

**KURGUDAN GERÇEKLIĞE UZANAN
BİR TARTIŞMA ALANI:
SUSMA HAKKININ İDARE HUKUKUNDA
YERİ VAR MIDIR?
FROM FICTION TO REALITY
EXTENDING DISCUSSION AREA:
IS THERE A PLACE FOR THE RIGHT
TO SILENCE IN ADMINISTRATIVE LAW?**

Mutlu KAĞITCIOĞLU*

Özet: Âdil yargılanmanın temel bileşenlerinden olan susma hakkı, ceza yargılamasında gelişen en köklü usulî güvencelerin başında gelmektedir. Temel insan hakları ve özgürlüklerinin gelişimi ile günümüzde susma hakkı, âdil yargılanma ilkelerinin gözetildiği diğer hukuk dallarına da sirayet edecek şekilde ele alınmaktadır. İdare hukukunda gerek idarenin yürüttüğü faaliyetlerde gerek idarî yargılama sırasında, susma hakkının gündeme geleceği konular söz konusu olmaktadır. Özellikle 1982 Anayasası'nın beyan yanında fizikî delilleri de kişinin kendini suçlamama hakkının kapsamına alması ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin (İHAM) susma hakkına yönelik oluşturduğu testleri, idarenin inceleme ve denetleme faaliyetleri bakımından ortaya çıkan uyumsuzluklara da uygulaması, susma hakkının idare hukuku boyutunu geliştirmektedir. Diğer taraftan, idarenin görev ve yetkilerinin niteliği ile idarî yargılama usulünün temel ilkeleri birlikte düşünüldüğünde, susma hakkının idare hukuku açısından değerlendirilmesinin gereği ortadadır.

Anahtar Kelimeler: Susma Hakkı, Kendini Suçlamama Hakkı, İdarî Yargı, Âdil Yargılanma, İdarî Yargılama Usulü Kanunu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi

Abstract: The right to silence which is the main component of the fair trial right is one of the most fundamental procedural safeguards in criminal proceedings. With the development of the basic human rights and freedoms the right to silence is handled in a way that also spread to other branches of law that observance of fair trial principles. In administrative law, both the activities are carried out by the administration and during the administrative proceedings the

* Yrd. Doç. Dr., Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, mutlukagitcioglu@gmail.com, ORCID: 0000-0001-8032-0976

future agenda of the right to silence issues are concerned. Especially taking physical evidence in addition to statements into the scope of the right not to incriminate oneself in the Constitution and the ECHR application of the tests on the right to silence to the conflicts arising in terms of the administration's inspection and surveillance activities, thereby improve the administrative law dimension of the right to silence. On the other hand, while considering the qualification of the duties and powers of administration together with the basic principles of the administrative jurisdiction procedure, it is clear that to evaluate the right to silence with a limited basis in terms of administrative law is needed.

Keywords: Right to Silence, Right not to Incriminate Oneself, Administrative Jurisdiction, Fair Trial, Procedure of Administrative Justice Act, the European Court of Human Rights

I. Susma Hakkının İçeriği ve Hukuksal Görünümüne İlişkin Genel Tespitler

Evrensel ve geleneksel ceza yargılaması kavramlarından biri olan ve kişinin kendisini suçlamaması hakkı olarak ifade edebileceğimiz susma hakkı, insan hakları mücadeleleriyle paralel bir gelişim göstermiştir.¹ “*Nemo tenetur se ipsum accusare*” yani kişinin kendi kendini suçlamaya zorlanamaması ilkesiyle² doğrudan bağlantılı olan susma hakkı, kişinin susmasının ikrar sayılamayacağını ve kendisi aleyhine delil olarak kullanılmayacağını ifade etmektedir. Böylece özellikle bir ceza davasında iddia makamının, kişinin iradesi dışında bir tehdit veya zorlama ile elde edilen delillere başvurmadan, sanığa karşı iddiasını kanıtlaması gerektiği kabul edilmektedir. İnsan onurunun korunması ile insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağıyla da bağlantılı olan susma hakkı, ceza hukuku bağlamında doğmuş, özellikle ceza huku-

¹ Common law çıkışı olan ve dayanağı Magna Carta Libertatum'a dayandırılan susma hakkı, 16. yüzyıldan itibaren İngiliz Hukukunda, 18. yüzyıldan itibaren Kıta Avrupası sistemlerinde yer bulmaya başlamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Rezzan İtişgen, Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı, On İki Levha, İstanbul 2013; Serhat Sinan Kocaoğlu, “Susma Hakkı”, *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 69, S. 2011/1, s.32 vd.

² İtişgen, kişinin kendini suçlamaya zorlanamaması ilkesinin (Nemo Tenetur ilkesi), bir kişinin kendi suçsuzluğunu ispat yükü altında olmaması, suçun ispatı hususunda yargılama makamlarına yardım etmeye zorlanamaması ve yargılama pasif tutumunun kendi aleyhine yorumlanamaması anlamına geldiğini belirtmektedir, İtişgen, a.g.e., s.3.

kunda hakkın niteliği, içeriği ve sınırları açısından, öğretide oldukça ayrıntılı bir şekilde ve farklı tartışmalarla ele alınmıştır.³

Hukukî metinlerde ayrıca bir düzenlemeye konu edilmese dahi, evrensel hak niteliğinden ötürü susma hakkının gereği gibi çalıştırılmaması, âdil yargılanma hakkının da ihlâlini beraberinde getirecektir. Susma hakkına yönelik genel olarak, uluslararası ve bölgesel ölçekteki belgelerde özel bir madde söz konusu olmamakla birlikte, âdil yargılanma hakkına yönelik düzenlemeler bağlamında bu hakkın değerlendirilmesi söz konusu olmaktadır.⁴ Nitekim İHAM, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde (İHAS) açık bir şekilde ifade edilmemekle birlikte, susma hakkını, İHAS'ın 6. maddesinde yer bulan âdil yargılanma hakkı kapsamında ele almaktadır. Örneğin, İHAM, Murray/Birleşik Krallık davasında, diğer kararlarında verdiği gibi; polis sorgusunda sessiz kalma hakkının (right to remain silent) ve kendi kendini itham etme ayrıcalığının (the privilege against self-incrimination), İHAS madde 6 altında düzenlenen âdil yargılanma kavramının kalbinde yatan genel kabul görmüş uluslararası standartlar olduğunu ifade etmiştir.⁵ Diğer taraftan İHAM'dan farklı olarak Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, Orkem davasında ise, kişinin kendi aleyhinde delil sunmama hakkının, İHAS'tan, İHAM içtihadından ve Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 14. maddesinden çıkarılamayacağını söylemiştir.⁶

Ülkemiz mevzuatına baktığımızda, Anayasa'nın "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı 38. maddesinin 5. fıkrasında susma hakkının kabul edildiğini görmekteyiz: "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göster-

³ Bkz. Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18.Bs., Beta, İstanbul 2010, s.445 vd.; Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, 12.Bs., İstanbul 2015, s.158 vd.; Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, C.1, 11.Bs., Adalet, Ankara 2016, s.127 vd.; Yalçın Şahinkaya, Suçsuzluk Karinesi, Seçkin, Ankara 2008, s.100 vd.; İtişgen, a.g.e, s.3 vd.

⁴ Örneğin, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, m.10; Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, m.14; Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi, m.48.

⁵ Murray/Birleşik Krallık, Başvuru No.18731/91, 08.02.1996, Benzer yönde, Funke/Fransa, 10828/84, 25.02.1993.

⁶ Orkem/Komisyon, C-374/87, 18.10.1989.

meye zorlanamaz." 04.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) susma hakkı, "açıklamada bulunmama" şeklinde ifade edilmiş ve açıklamada bulunmamanın kanunî bir hak olduğu nitelendirilmiştir. CMK uyarınca susma hakkının kullanılması, yakalama anıyla birlikte başlamakta ve kovuşturma evresinde de söz konusu olmaktadır.⁷

Belirtmek gerekir ki, 1982 Anayasası'nın kaleme alınış biçimine göre, kişinin kendini suçlayıcı belgeler vermeye zorlanması da susma hakkının ihlâli olarak değerlendirilecektir. Anayasa açısından, belgeler veya belgelerde yer alabilecek açıklamalar delil kapsamında değerlendirileceğinden, kişinin kendi aleyhine delil veremeyeceği bağlamında susma hakkı kullanılabilir. Zira Anayasa'da susma hakkına ilişkin bir sınırlama hükmü getirilmemiştir. Diğer taraftan iç hukukumuza etkisi bakımından konuyla ilgili İHAM kararlarından doğan sonuçların da ele alınması gerekmektedir. Strazburg Mahkemesi'nin, somut olaya göre farklı değerlendirmelerde bulunduğu kararlarından öne çıkanlarını, kısaca şu şekilde belirtebiliriz: İHAM, Funke/Fransa kararında; belge ve ticari kayıtları vermeyi reddetme hakkını susma hakkı kapsamında değerlendirerek, gümrük görevlilerine belge vermeyi reddeden başvuru için mahkeme tarafından, kanunda öngörülen para cezası verilmesini susma hakkının ihlâli olarak yorumlamış ve dava öncesi aşamayı da susma hakkının kullanımı bakımından ele almıştır.⁸ Mahkeme burada, idarenin gerekli belgeleri başka bir yoldan toplamasına bir engel bulunmadığını; gümrük mevzuatının özelliklerinin, İHAS madde 6'nın özerk anlamı altında bir suç ile isnat edilen kimsenin hakkını ihlâl etmede haklı çıkarmayacağını belirterek, suç isnat edilen herkesin, sessiz kalmak ve kendini suçlamaya katkıda bulunmamak hakkı bulunduğundan âdil yargılanma hakkının ihlâl edildiğine kanaat getirmiştir. Funke/Fransa kararındaki yaklaşımından sonra İHAM, Saunders/Birleşik Krallık kararında, kendi aleyhine ifade vermeme hakkını da susma hakkı kapsamına dâhil ederek, susma hakkının ceza davasını kapsaya-

⁷ CMK'ya göre kolluk, yakalanan kişiye kanunî haklarını derhal bildirir (m.90/4). Kanun'un 147. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi uyarınca, "Şüpheli veya sanığa yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir." Ayrıca kovuşturma evresinde de, duruşma başlangıcında sanığa, yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu bildirilir (m.191/1-c).

⁸ Funke/Fransa, Başvuru No. 10828/84, 25.02.1993.

cağını ifade etmiştir.⁹ Mahkeme davada, şirket dolandırıcılığı nedeniyle yürütülen davanın karmaşıklığının ve kamu yararının, zorlama altında alınan ifadelerin ceza davasında kullanılmasını haklı çıkardığı yönündeki hükümet iddialarını yerinde görmemiştir. O'Halloran ve Francis/Birleşik Krallık davasında, hız sınırının aşılmasının radar tarafından tespit edilmesi karşısında sürücünün, kimlik bilgilerini vermemesi halinde para cezası ve ceza puanı riskiyle karşılaşmasının, susma hakkının ihlâline neden olmadığına oy çokluğuyla karar vermiştir.¹⁰ Mahkeme, bu kararında susma hakkına yönelik verdiği ilke kararlarının tamamına da yer vererek, düzenleyici rejimin özel doğasına ve ilgili kanundaki sınırlı incelemenin niteliğine dikkat çekerek, salt ceza tehdidi altında bir bilginin talep edilmesinin söz konusu olmadığını ifade etmiştir.

İdare hukuku öğretisinde susma hakkının kullanımı meselesi yoğun bir şekilde incelemeye konu olmamıştır. Konumuz açısından susma hakkına yönelik ayrıntılı açıklamalara girmemekle birlikte,¹¹ susma hakkının ceza yargılaması usulü dışında idarî yargılama usulünde de uygulanmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilecektir. Çalışmamızda susma hakkının idarî yargılama öncesinde kullanılmasına ilişkin çeşitli tezler ve antitezler ele alınacak; 06.01.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) ekseninde, susma hakkının idarî yargılama usulünde uygulanmasına ilişkin açıklamalar getirilecektir.

II. İdarenin Faaliyetlerinde Susma Hakkı

Bu bölümde susma hakkının, idarenin faaliyetlerinde uygulanıp uygulanmayacağı, özellikle İHAM kararları ile AYM kararları çerçevesinde, farklı yöndeki görüşlerle birlikte değerlendirmeye çalışılacaktır.

⁹ Saunders/Birleşik Krallık, Başvuru No. 19187/91, 17.12.1996. Olayda, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı müfettişleri tarafından alınan ifadeler, daha sonra Saunders aleyhine açılan ceza davasında savcılık tarafından delil olarak kullanılmıştır. Saunders kararının, Funke kararını gölgelediği ve her iki kararla ilgili karşılaştırma için bkz. Alan Riley, "The ECHR Implications of The Investigation Provisions of the Draft Competition Regulation", *Nottingham Law Journal*, Vol.8(2), 1999, s.8 vd.

¹⁰ O'Halloran ve Francis/Birleşik Krallık Başvuru No. 15809/02 ve 25624/02, 29.06.2007.

¹¹ Susma hakkıyla ilgili değerlendirmeler için bkz. Albert W. Alschuler, "A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent", *Michigan Law Review*, Vol.94, No.8, Ağustos 1996, s.2625 vd.

1. Tez: İdarî Yargılama Öncesinde Susma Hakkının Uygulanamazlığı

Bir savunma yöntemi olan susma hakkının, idarî yargılama aşaması öncesinde, idarenin denetim ile yaptırım uygulama yetkilerini kullanması durumunda gündeme gelebileceği belirtilebilir. İdare, kamu düzeninin çeşitli unsurlarının korunması ve sağlanması bakımından çeşitli denetim faaliyetlerini yürütmektedir. İdarî kolluk yetkilerinin "a posteriori denetim" şeklindeki görünümü açısından idare, ilgili mevzuat uyarınca her türlü bilgi ve belgeyi toplama, inceleme gibi yetkileri kullanabilme ayrıcalığına sahip kılınmıştır. İdarenin böylesi geniş bir bilgi ve belge isteme yetkisinin kaynağını, ilgili idarî düzeninin korunması ve kollanması konusunda devletin sahip olduğu yükümlülükler oluşturmaktadır. Nitekim idarî kolluk denetimi sonucunda, idarî düzenin ihlâl edildiği tespit edilirse, idare tarafından bu düzeni geri getiren birtakım idarî tedbirlerin ve idarî yaptırımların uygulanması söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla, kendisi hakkında bir idarî yaptırım uygulanması ihtimali olduğunu düşünen gerçek veya tüzel kişinin, idarî kolluk denetimi aşamasında susma hakkını kullanıp kullanamayacağı sorusu doğmaktadır.

İdarenin kolluk denetimi öyle bir faaliyettir ki bu denetimin yapılmaması kamu düzeninin bozulmasına sebebiyet vereceği gibi, bu bozulmanın çok çeşitli sonuçları söz konusu olabilecektir. Örneğin idarenin ekonomik kolluk faaliyeti kapsamında bankalara yönelik çok ayrıntılı denetleme yetkilerini kullanması söz konusudur. 19.10.2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanması, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışması, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması noktasında BDDK'ya, Kanun'da düzenleme ve denetlemeyle ilgili görev ve yetkiler verilmiştir. Bu görev ve yetkilerin bir bölümünü a posteriori denetim kapsamında, BDDK'nın yerinde denetim ve gözetim ile bilgi ve belge isteme faaliyetleri teşkil etmektedir (m.95,96). "Bilgi ve Belge İsteme" başlıklı 96. madde uyarınca Kanun'a tâbi kuruluşlar, Kanun'un uygulanması ile ilgili olarak her türlü bilgi ve belgeyi BDDK'nın talebi üzerine BDDK'ya tevdi etmekle yükümlüdür. Aynı maddeye göre kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişiler, devletin güvenliği ve temel dış yararlarına karşı ağır sonuçlar doğuracak hâller ile mes-

lek sırrı, aile hayatının gizliliği ve savunma hakkına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla özel kanunlardaki yasaklayıcı ve sınırlayıcı hükümler dikkate alınmaksızın gizli dâhi olsa BDDK tarafından bu Kanun kapsamında verilen görevler ile sınırlı olmak üzere istenecek her türlü bilgi ve belgeyi uygun süre ve ortamda, sürekli veya münferit olarak vermeye, istenecek defter ve belgeleri ibraz etmeye ve incelemeye hazır bulundurmaya, tüm bilgi işlem sistemini denetim amaçlarına uygun olarak ilgili personele açmaya, verilerin güvenliğini sağlamaya ve muhafaza etmek zorunda oldukları her türlü defter, belge ve karneler ile vermek zorunda buldukları bilgilere ilişkin mikrofiş, mikrofilm, manyetik teyp, disket ve benzeri ortamlardaki kayıtlarını ve bu kayıtlara erişim veya kayıtları okunabilir hale getirmek için gerekli tüm sistem ve şifreleri incelemek için ibraz etmeye ve işletmeye mecburdurlar. Hattâ maddenin son fıkrasında, bu madde kapsamında ilgili kişi, kurum ve kuruluşların BDDK'nın belirleyeceği süre içerisinde söz konusu talebe cevap vermek ve gereken kolaylığı göstermekle yükümlü oldukları hükme bağlanmıştır.¹²

Yukarıda verdiğimiz Bankacılık Kanunu'ndaki örnekte, ilgililerin idareye bilgi ve belge sunma zorunluluğu bir kanun tarafından öngörülmektedir. İdarenin böylesi bir denetim faaliyetinde kural olarak, ilgilisi için bir suç isnadı yöneltilmesi söz konusu değildir. Bankacılık Kanunu kapsamında verdiğimiz örnekte durumu değerlendirebiliriz; finansal piyasaların kalbi konumundaki para piyasasının temel lokomotif olan bankacılık sektöründe meydana gelecek bir bozulma tüm finansal piyasayı ve ekonomik düzeni tehdit edici niteliktedir. Öyle

¹² Aynı Kanun'un "Yerinde Denetim ve Gözetim" başlıklı 95. maddesine göre, "Kurum, bankalardan, bunların bağlı ortaklıklarından, nitelikli paya sahip oldukları ortaklıklardan, birlikte kontrol ettikleri ortaklıklardan, şubeleri ile temsilciliklerinden, destek hizmeti kuruluşlarından ve diğer gerçek ve tüzel kişilerden bu Kanun hükümleri ile ilgili görecekları bütün bilgileri gizli dâhi olsa istemeye, bunların vergiyle ilgili kayıtları dâhil olmak üzere tüm defter, kayıt ve belgelerini incelemeye yetkili olup, bilgi istenenler de istenilen bilgileri vermekle, defter, kayıt ve belgeleri incelemeye hazır bulundurmakla, tüm bilgi işlem sistemini denetim amaçlarına uygun olarak Kurumun yerinde denetim yapan meslek personeline açmakla, verilerin güvenliğini sağlamakla ve muhafaza etmek zorunda oldukları her türlü defter, belge ve karneler ile vermek zorunda buldukları bilgilere ilişkin mikrofiş, mikrofilm, manyetik teyp, disket ve benzeri ortamlardaki kayıtlarını ve bu kayıtlara erişim veya kayıtları okunabilir hale getirmek için gerekli tüm sistem ve şifrelerini inceleme için ibraz etmek ve işletmekle yükümlüdür." (m.95/8).

ki bu bozulmanın, devletin varlığını dâhi tehdit edecek noktaya geldiği küresel ve yerel ölçekteki bankacılık krizlerinden görülmektedir. Dolayısıyla idarenin bankalara ve diğer finansal kurumlara yönelik ekonomik kolluk faaliyetinde böylesi ayrıntılı bilgi ve belge istemesi, ekonomik kamu düzeninin sağlanmasının önemli bir ayağını teşkil etmektedir. Nitekim BDDK'nın denetim faaliyetinde, ilgili bankanın Bankacılık Kanunu ve ilgili mevzuata aykırılıklar tespit ettiği takdirde Kanun'da öngörülen çok çeşitli ve ayrıntılı idarî yaptırımların uygulanması gerekecektir. Örneğin, incelenen finansal tablolar ve diğer finansal veriler çerçevesinde bir bankanın malî gücünün yetersizliğinin tespiti halinde o bankanın faaliyet izninin kaldırılması gibi bir idarî yaptırım uygulanması söz konusu olacaktır. Böylesi bir denetimin yapılmaması, Kanun'da öngörülen bilgi ve belgelerin idareye verilmemesi, sektörün işleyişini bozan bir yapıya gereğinde ve yeterli bir müdahalenin önüne geçecek ve sistemik risk özelliği nedeniyle bütün bir ekonomik düzeni tehdit edecek hale gelebilecektir. Dolayısıyla Kanun'da öngörülen, ekonomik düzeni koruyucu idarî yaptırımların ölçülü bir şekilde devreye sokulabilmesi de idarenin değerlendirebileceği bilgi ve belgelerin teminine bağlı olacaktır.

İdarenin kolluk faaliyetini yürütmesi durumunda, kişinin kendisi hakkında bir yaptırım uygulanabileceği düşüncesiyle talep edilen beyanlarda bulunmaması ve belge sunmaması, farklı yaptırımların uygulanmasını gerektirebilecektir. Örneğin, Bankacılık Kanunu uyarınca, Kanun'un 95 ve 96. maddeleri kapsamında BDDK tarafından talep edilen bilgilerin gönderilmemesi hâlinde idarî para cezası uygulanacaktır (m.146/1-p). Bankacılık Kanunu'nda bu yönde öngörülen para cezası riski ile karşı karşıya kalınması, ilk bakışta İHAM içtihadına uygun olmayan bir zorlama da değildir. Nitekim İHAM, Saunders kararında, idarece yapılacak araştırmanın, idarî ve adli işlemlerin dayanağı olabileceğini söyleyerek; ticari ve malî faaliyetlerin, kamu yararına uygun olarak ve etkin biçimde düzenlenmesi karşısında, yargısal usule ilişkin birtakım güvencelerin uygulanmamasını kabul etmiştir. Diğer taraftan kararda, kamu yararının bulunmasının âdil yargılama usulünün temel ilkelerinden ayrılmayı da meşrulaştırmayacağına işaret etmiştir. Yine örneğin, 30.03.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda; görevle bağlantılı olarak sorulması halinde kamu gö-

revlisine, kimliği veya adresiyle ilgili bilgi vermekten kaçınan veya gerçeğe aykırı beyanda bulunan kişiye, bu görevli tarafından 50-TL idarî para cezası¹³ verileceği kabul edilmiştir (m.40). Şunu da eklemek gerekir ki kolluk denetimi sonucunda ulaşılan bilgi ve belgeler, kişinin veya kuruluşun kendisine bir suç isnadı yöneltmesi potansiyelini bünyesinde zaten taşımaktadır. Ancak İHAM'ın Allen/Birleşik Krallık kararında da belirtildiği gibi, kendini suçlamama ayrıcalığı idarenin incelenmesinden kaçınma arzusu ile yapılan eylemlere muafiyet getirmemektedir.¹⁴ Dolayısıyla idarî kolluk yetkilerinin kullanılması kapsamında bilgi ve belge toplanmasıyla ilgili susma hakkının kullanılması gündeme gelmeyecektir.

2. Anti Tez: İdarî Yargılama Öncesinde Susma Hakkının Uygulanabilirliği

İHAM kararlarında da ifade edildiği üzere susma hakkında problem alanını, idarenin bilgi ve belge toplama yetkisi değil, bu yetkinin kullanılması kapsamında bir zorlamanın ve bir ceza tehdidinin varlığı oluşturmaktadır. Zorlama, bilgi ve belge vermemenin, yani susma hakkının kullanılmasının bir para veya hapis cezası ile karşılıp karşılanmadığıdır ki, zorlamaya ilişkin içerik her somut olaya göre değerlendirilmelidir. İHAM, “*otonom (özerk) kavramlar doktrini*” uyarınca iç hukuktaki nitelendirmelerle bağlı kalmadan “*suç isnadı*” kavramını geniş bir düzlemde ele almaktadır. İHAM, iç hukukta idarî yaptırım olarak kabul edilse de bir yaptırımı cezaî yaptırım olarak değerlendirebilmekte ve âdil yargılanma hakkı çerçevesinde ele alabilmektedir.¹⁵ Bu doğrultuda İHAS'ta öngörülen âdil yargılanma ilkelerinin, uyumsuzluğa konu olan ve ilgilisi için ağır yükümlülükler içeren, örneğin bir para cezası şeklindeki idarî yaptırım için de aranması gerektiği kabul edilebilecektir. Öztürk kararında İHAM, Alman Kabahatler

¹³ Tutar, yeniden değerlendirme oranına göre her yıl güncellenmektedir.

¹⁴ Allen/Birleşik Krallık (Kabul edilebilirlik kararı), Başvuru No. 76574/01, 10.09.2002.

¹⁵ Engel/Hollanda, Başvuru No.5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 08.07.1976, Engel davasında verdiği kararda mahkeme, bir isnadın cezaî karaktere sahip olup olmadığını şu ölçütlere göre belirleyeceğini açıklamıştır; fiilin davalı devletin iç hukukunda ceza hukuku alanında mı, disiplin hukuku alanında mı, yoksa her ikisinde de mi düzenlendiği; fiilin niteliği; ilgili kişinin alabileceği cezanın ağırlık derecesi.

Kanunu'na göre uygulanan idarî para cezasını, cezaî yaptırım olarak ele alarak İHAS madde 6 çerçevesinde ihlâl kararı vermiştir.¹⁶

Örnekle konuyu derinleştirmek gerekir ise Bankacılık Kanunu'nun 153. maddesine göre; Kanun'la yetkilendirilen mercilerin ve denetim görevlilerinin istedikleri bilgi ve belgeler ile bu Kanun kapsamındaki kuruluşların, konsolide finansal tabloların hazırlanmasını teminen istedikleri bilgi ve belgeleri vermeyen kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş yüz günden bin beş yüz güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılacaktır. Burada idarî bir süreç söz konusu olduğundan ve doğrudan suç isnadıyla yürütülen bir faaliyet bulunmadığından susma hakkının uygulanamayacağı da ileri sürülebilir. Zira susma hakkının gündeme gelmesi için de İHAS madde 6 uyarınca kişinin hakkında bir suç isnat¹⁷ edilmesi gerekmektedir. Örneğin, Saunders/Birleşik Krallık kararından, Funke/Fransa kararındaki yaklaşımına geri dönen İHAM, J.B./İsviçre davasında da vergi kaçakçılığı incelemesinde belge vermeyen başvuru hakkında art arda para cezası uygulanmasını, incelemenin ceza soruşturması boyutu nedeniyle, susma hakkının ihlâli olarak ele almıştır.¹⁸ Ancak, verilecek bilginin önceden var olan bir suçu ortaya çıkarma amacıyla yapılması noktasında durum karmaşık hale gelmektedir. Nitekim Bankacılık Kanunu'nun 95. maddesinin 13. fıkrasına göre; bankalarda yerinde denetim yapan kişilerin, bu Kanun'da belirtilen düzenlemeler dışında diğer kanunlara aykırılıkları tespit ettikleri takdirde bu tespitleri ilgili mercilere derhal bildirmek zorunda oldukları da kabul edilmiştir. Örneğin, burada kişi, kendisini ve hattâ kanunda gösterilen yakınlarını suçlamaya neden olacak bir belgeyi vermektен kaçınabilecektir ki Anayasa göz önüne alındığında kişinin bu hakkı kullanabilmesi mümkün görünmektedir. Kanun'da öngörülen hapis cezası ile adlî para cezasının bir zorlamayı içerdiği ise sabittir. Dolayısıyla kendisi aleyhine bir delil yaratmamak amacıyla

¹⁶ Öztürk/Almanya, Başvuru No.8544/79, 21.02.1984. Ayrıntılı inceleme için bkz. Wolfram Cremer, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İdarî Ceza Hukuku", İdarî Ceza Hukuku Sempozyumu, Çev. Serdar Nart, Seçkin, Ankara 2009, s.173-184.

¹⁷ İHAM içtihadında isnat kavramı ve konunun vergi hukuku açısından değerlendirilmesi için bkz. Billur Yaltı, Vergi Yükümlüsünün Hakları, Beta, İstanbul 2006, s.103 vd.

¹⁸ JB/İsviçre, Başvuru No. 31827/97, 03.05.2001.

idareye bilgi ver belge temin edilmemesine, Bankacılık Kanunu'nun 153. maddesine uyarınca bir ceza yaptırımını bağlanması, susma hakkını ihlâl edici niteliktedir.¹⁹ Öğretide Reisoğlu da, kişinin bilgi ve belgeyi vermemesi Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrasına dayanıyorsa, Bankacılık Kanunu'nun 153. maddesine göre suç oluşturmayacağını söylemektedir.²⁰

Yine mülga 28.07.1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47. maddenin A) fıkrasının 3. bendinde "(...) açıklamakla yükümlü oldukları bilgileri açıklamayan gerçek kişilerle, tüzel kişilerin yetkilileri ve bunlarla birlikte hareket edenler" için hapis ve adli para cezası öngörülmüştür. Öğretide, manipülasyon suçu olarak ifade edilen suçla ilgili olarak, kanun koyucunun, bireyi aktif bir yükümlülük -bilgi açıklama- altına soktuğu ve âdil yargılanma hakkının önemli ölçüde zedelendiği belirtilmiştir.²¹ Mülga Kanun'la ilgili benzer yönde bir değerlendirmede; SPK'nın yapacağı olağan veya şüphelendiği durumlarda olağanüstü denetimlerle ve gözlemlerle, bu yönde elde etmek istediği bilgilere ve açıklamalara ulaşması her zaman imkân dâhilinde olduğundan, kişileri bunları açıklamaya zorlamanın ve açıklamaları halinde de bu eylemi suç sayarak, yaptırım altına almanın susma hakkının ihlâli anlamına geldiği ileri sürülmüştür.²² Yürürlükteki 06.12.2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda 111. maddesinin 1. fıkrasında da "Kurul veya bu Kanuna göre görevlendirilenler tarafından istenen bilgi, belge ve elektronik ortamda tutulanlar dâhil kayıtları hiç veya istenen şekliyle vermeyen kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalan-

¹⁹ Yine 13.01.2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 562. maddesi uyarınca; bu Kanun hükümlerine göre tutulmakla veya muhafaza edilmekle yükümlü olunan defter, kayıt ve belgeler ile bunlara ilişkin bilgileri, denetime tâbi tutulan gerçek veya tüzel kişiye ait olup olmadığına bakılmaksızın, denetime yetkili olanlarca istenmesine rağmen vermeyenlerin, idarî para cezası yanında, fiilleri daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, üç yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılacakları öngörülmüştür.

²⁰ Seza Reisoğlu, Bankacılık Kanunu Şerhi, C.I-II, 2.Bs., Yaklaşım, Ankara 2015, Bankacılık Kanunu Şerhi, C.II, s.2273.

²¹ Sinan Bayındır, Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyon Suçu, Beta, İstanbul 2011, s.120

²² Ali Hakan Evik, Sermaye Piyasası Araçlarını Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon Suçu), Seçkin, Ankara 2004, s.242. Aksi yöndeki görüş için bkz. İbrahim Onur Baysal, Sermaye Piyasasında Manipülasyon Suçu, Yüksek Lisans Tezi (Yayımlanmamış), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s.134 vd.

dırılır." hükmü yer almaktadır. Söz konusu düzenlemenin de susma hakkını ihlâl edici nitelikte olduğu değerlendirilebilir.

Konu, idarî yaptırımların uygulanması yönüyle düzenleyici ve denetleyici kurumların yaptırım vermeye ilişkin süreçlerinde de gündeme gelebilir. Örneğin, 07.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabet Kanunu'na göre, Rekabet Kurulu inceleme ve araştırmalarında çeşitli usuller kullanmakta, deliller toplamakta ve tarafları dinleyerek bir idarî karar tesis etmektedir.²³ İHAM, sermaye piyasasında manipülasyon suçu nedeniyle şirket ve üyelerine uygulanan idarî para cezasını da bir cezaî yaptırım olarak ele almış ve bağımsız idarî otoriteler tarafından idarî yaptırım uygulanmasına ilişkin süreçlerde de âdil yargılanma kriterlerinin uygulanması gerektiğine dikkat çekmiştir.²⁴ Bu doğrultuda İHAM, mahkeme kavramını, iç hukuklardan bağımsız olarak ve somut olaya göre geniş bir şekilde yorumlamakta,²⁵ uygulanan usul ile verilen yaptırımın ağırlığı bakımından İHAS madde 6 ilkelerine göre değerlendirme yapma yolunu açmaktadır. Bir ihtimale göre de düzenleyici ve denetleyici kurumun, susma hakkının kullanılmasına, İHAM içtihadı anlamında bir "ceza" uygulaması veya bir uyarı yapılmadan kuruma sunulan belgelerin daha sonra bir ceza davasında kullanılması susma hakkının ihlâli anlamına gelebilecektir. Gürsel, Fransa'da bağımsız idarî otoritelerin yaptırım içeren kararlarına karşı, yargı yoluna başvurulduğunda yargıç yaptırım uygulama sürecinin İHAS'ta öngörülen âdil yargılama ilkelerine uygun olup olmadığını denetlediğini belirtmektedir.²⁶ Örneğin İHAM'ın Funke kararındaki

²³ Örneğin, 30.12.2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 105. maddesinde Sermaye Piyasası Kurumu tarafından idarî para cezası kararı tesis edilmeden önce ilgisinin savunmasının alınması kabul edilmiştir.

²⁴ Grande Stevens ve Diğerleri/İtalya, Başvuru No. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 ve 18698/10, 04.03.2014.

²⁵ İHAM, bir uyuşmazlığı hukuk kuralları çerçevesinde çözümlenemeyen ve öngörülen kuralları uygulayan bir yapıyı da maddî açıdan yargılama fonksiyonu yerine getirdiğine kanaat verdiğinde, iç hukuktaki yargı sisteminden farklılaşarak, mahkeme olarak nitelendirebilmektedir, Sramek/Avusturya, Başvuru No.8790/79, 22.10.1984; Rolf Gustafson/İsveç, Başvuru No.23196/94, 01.07.1997. Örneğin Mahkeme Sramek davasında, bölgesel taşınmaz kıymet takdir komisyonunu mahkeme statüsünde kabul etmiştir. İHAM içtihadında mahkeme kavramına ilişkin bilgi için bkz. A. Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 10.Bs., Turhan, Ankara 2013, s.279 vd.

²⁶ Gürsel, Fransa'da olduğu gibi Türkiye'de de idarî yargı organının, SPK'nın yar-

yaklaşımının, rekabet konularında, özellikle rekabet otoritelerinin yerinde soruşturmadaki yetkileri bakımından da uygulanabileceği ifade edilmektedir.²⁷

Yine konu sadece bilgi ve belge verme bakımından değil, kolluk denetiminde talep edilen diğer veriler yönünden, örneğin fiziksel örneklerin alınması için de söz konusu olabilir. Anayasa Mahkemesi (AYM), somut norm denetimi yoluyla önüne gelen bir iptal davasında, 13.10.1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesinin 9. fıkrasında yer alan, "*Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılıp kullanılmadığı ya da alkolün kandaki miktarını tespit amacıyla, kollukça teknik cihazlar kullanılmasını kabul etmeyen sürücülere 2000 Türk Lirası idarî para cezası verilir ve sürücü belgesi iki yıl süreyle geri alınır.*" hükmünün Anayasa'ya aykırı olmadığına oy çokluğuyla karar vermiştir.²⁸ İtiraz gerekçesinde söz konusu idarî yaptırımın ölçülülük ilkesine aykırılığı iddiası dile getirilmişse de, kararın karşı oy gerekçesinde susma hakkına yönelik de bir tartışma yapılmıştır. Belirtmek gerekir ki kişiden fiziksel delil alınması hususu ceza hukuku bakımından da oldukça tartışmalı bir alandır.²⁹ İHAM, Saunders davasında kişinin iradesinden bağımsız nitelik taşıyan kan, nefes, idrar örnekleri ve DNA testi için vücut dokusu elde edilmesinin kendini suçlamaya zorlanma yasağını kapsamadığını ifade etmiştir. Ancak bir uyuşturucu satıcısının yuttuğu hapların ortaya çıkarılması amacıyla, idarenin tıbbi müdahale ile kişiyi zorla kusturmasını İHAS madde 6'ya oy çokluğuyla aykırı bulmuştur.³⁰ Mahkeme davada başvuru aleyhine işkence boyutuna ulaşan bir muamele ile elde edilen delilin, ispat niteliğine bakmadan savunma hakkını ihlâl ettiği yorumunu yapmış ve Saun-

gısal denetime konu kararlarını İHAS m.6 bağlamında denetleyebileceği kanaatinde; Meltem Kutlu Gürsel, "Sermaye Piyasası Kurulu'nun Denetimi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, C.7, 2005, s.531.

²⁷ Walter B.J. Van Overbeek, "The Right to Remain Silent in Competition Investigations: The Funke Decision of the Court of Human Rights Makes Revision of the ECJ's Case Law Necessary", *European Competition Law Review*, 1994, 15(3), s.127-133.

²⁸ AYM, 02.10.2014, E.2014/65, K.2014/150, RG, 12.12.2014/29203. Yine AYM, "...sürücü belgesi iki yıl süreyle geri alınır." ibaresinin iptali talebini de oy çokluğuyla reddetmiştir, 24.11.2014, E.2014/178, K.2014/178, RG, 04.03.2015/29285.

²⁹ Tartışmalar için bkz. İtişgen, a.g.e., s.43.

³⁰ Jalloh/Almanya, Başvuru No. 54810/00, 11.07.2006.

ders kararına istisna getirmiştir.³¹ İptale konu hükümde de idarî kol-
luğun denetimi esnasında teknik cihazı kullanmasının, Anayasa'nın
ilgili düzenlemesi gereğince, kişinin kendini suçlamama hakkını ihlâl
edebilecek nitelikte olduğunu söyleyebiliriz.³² Karşı oy gerekçesinde-
ki açıklamalardan biri şöyledir: *"Denetim sonucunda suç işlemiş olduğu
ortaya çıkması muhtemel olan bir kişinin, kendisi aleyhine delil elde edilmesine
iradi olarak katılma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Kanun ile böyle bir
yükümlülük konulması veya yükümlülüğe uymayan kişinin idarî veya adlî
bir yaptırımla cezalandırılması da kendi aleyhine delil sunmaya zorlanmama
hakkına aykırılık teşkil edecektir."*. Kanaatimizce Anayasa madde 38'in
hiç kimsenin delil göstermeye zorlanamayacağı hükmü nedeniyle, söz
konusu idarî yaptırımların Anayasa'daki susma hakkına uygun düş-
mediğini belirtmek gerekmektedir.

3. Sentez: Bireysel Yarar ile Kamu Yararı Arasındaki Denkleştirme ve İdarenin Yürüttüğü Faaliyetlerde Susma Hakkının Uygulanabilirliği

İdarenin kolluk faaliyetlerini yerine getirmesinin ve ilgili yetkile-
rini kullanmasının bir sonucu olan idarî yaptırım gibi idarî işlemleri
uygulaması, bu kapsamdaki bilgi ve belgelere ulaşılmasını zorunlu
kılmaktadır. Kaldı ki, idarenin kanunun kendisine verdiği görev ve
yetkileri kullanmaması idarenin sorumluluğuna gidilmesini de gerek-
tirmektedir. İHAM, Allen kararında, ceza soruşturmasında zorlama
ile alınan bilgilerin kullanılmamasına ve ceza davasında susma hak-
kının kullanılmasına işaret ederek, kişinin malî durumu veya şirket
faaliyetleriyle ilgili bilgi vermeye zorlayıcı yetkilerin kullanılmasının
kendiliğinden yasaklanamayacağını belirtmiştir. Olayda da malvarlığı
bildiriminde bulunmayan başvuru hakkında para cezası verilmesi,
başvuru hakkında Funke kararında olduğu gibi verilmeyen belge-
ye dayanılarak bir ceza soruşturmasına uğrama ihtimali bulunmadığı
için, İHAS madde 6'ya aykırı olarak değerlendirilmemiştir.³³ Şu anda

³¹ Kararın eleştirisi için bkz. Ashworth, a.g.m., s.765 vd.

³² Ancak somut norm denetimine başvuran mahkemelerin itiraz gerekçelerinde be-
lirtildiği üzere, Karayolları Trafik Kanunu'nda düzenlenen diğer idarî yaptırımlar
gözetildiğinde, iptali talep edilen hükmün ölçüsüz ve orantısız bir yaptırım oldu-
ğu görülmektedir.

³³ Funke kararına yönelik eleştiriler de öğretilerde dile getirilmiştir. Örneğin, Guy Stes-

mevcut olmayan İnsan Hakları Avrupa Komisyonu Abas/Hollanda davasında, başvuruçunun nerede ikamet ettiğine ilişkin idarenin mektubuna verdiği yazılı cevabın üzerine, ailesinin evi aranarak ve belgelere idarece el konularak, kaçakçılık ve vergi kaçırma iddiası nedeniyle bir adli kovuşturmayla tâbi tutulmasında ve mahkemece hapis cezası ve para cezası ile cezalandırılmasında, İHAS madde 6'ya aykırılığa iki açıdan yaklaşmıştır.³⁴ Mahkeme, somut olayda malî amaçlarla idareye bilgi ve belge verilmemesinde hapis cezası ve para cezasının uygulanmasının kanunda öngörüldüğünü; olayda başvuruçunun mektuba verdiği yanıt esnasında herhangi bir adli soruşturma altında olmadığını; bu aşamada idarenin başvuruçunun cezaî sorumluluğu aleyhine çalışmadığını, vergi denetimi kapsamında vergisel amaçlarla hareket ettiğini belirterek, bir cezalandırma sürecinin yokluğu nedeniyle kendini suçlamama ilkesinin ihlâl edilmediğine kanaat getirmiştir. Ancak Mahkeme, mektuba verdiği yanıtta sonra başvuruçunun evinin aranması ile kendisinin durumunda ciddi bir etkilenme (substantially affected) oluştuğunu ve İHAS madde 6'nın sağladığı korumadan faydalanabileceği sonucuna ulaşmıştır. Başvuruçucu bu aşamaya ilişkin ihlâl iddiasında bulunmadığından, Komisyon başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.

Belirtmek gerekir ki, idarenin kolluk yetkisi çerçevesinde yapacağı araştırmaların çıkış noktasını esasen bir ceza sorumluluğunun tespiti oluşturmamaktadır. İHAM kararlarında belirtildiği üzere bir ceza suçlaması amacıyla yürütülen bir idarî incelemede, yani idarî denetimin amacının bir suç isnadını bünyesinde taşıması halinde, susma hakkını kullanana zorlayıcı nitelikte herhangi bir idarî veya cezaî yaptırım uygulanması, bu hakkın ihlâl edildiği sonucuna götürecektir. İHAM, kendi içtihadında geliştirdiği susma hakkı kapsamında, genel olarak devletin, bireyin kendini suçlamaya zorlayamayacağını kabul ederken; cezaî olmayan amaçlar için devletin bilgi edinme hakkına da saygı duymaktadır.³⁵ Strazburg Mahkemesi, Jalloh/Almanya ile

sens, "The Obligation to Produce Documents Versus the Privilege Against Self-Incrimination: Human Rights Protection Extended Too Far?", *European Law Review*, 1997, 22 Supp (Human Rights Survey), s.45-62.

³⁴ Abas/Hollanda, Başvuru No. 27943/95, 26.02.1997.

³⁵ Mark Berger, "Self-Incrimination and the European Court of Human Rights: Procedural Issues in the Enforcement of The Right to Silence", *European Human Rights*

O'Halloran ve Francis davasında susma hakkı ile ilgili şu üç kriteri gözetmiştir: (i) "zorlama"nın tipi ve derecesi; (ii) mevcut usul güvencelerinin varlığı; (iii) zorlama dışında elde edilen kanıtların mahkemede sonraki kullanımı.³⁶ İdare ile yaptığı işbirliğinin sonuçları hakkında bilgilendirilmeyen ve idarece elde edilen bilgi ve belgelerin bir ceza suçlamasında kullanılacağı bilgisi sunulmayan kişiye, susma hakkını kullanması karşısında herhangi bir yaptırım uygulanması ihlâl durumu yaratacaktır. Özellikle idarî yargılama öncesinde susma hakkının kullanılmasına bir ceza yaptırımı bağlandığı hallerde, susma hakkının ihlâl edildiğini mutlak olarak söylemek gerekecektir, örneğin Bankacılık Kanunu madde 153'te olduğu gibi.³⁷ Burada sadece gerçek kişi değil, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın Orkem davasında olduğu gibi, tüzel kişilik açısından da susma hakkı değerlendirilebilmeli, âdil yargılanma ilkelerinin tüzel kişiler için uygulanması da mümkün olmalıdır.³⁸ Anayasa'da ilgili düzenlemede, "hiç kimse" şeklinde bir formül ile gerçek kişi ve tüzel kişi arasında bir tercihe gidilmemiştir.

1982 Anayasası ise susma hakkını İHAM içtihadının da ilerisine çekmektedir. Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, suç isnadını bünyesinde taşımayan bir idarî denetim faaliyetinde dâhi kişi, kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlamaya neden olacak bir delili vermektan kaçınabilme hakkına sahiptir. Bu noktada İHAM kararlarından da öngörüleceği üzere, kişinin kendisi veya yakını aleyhine bir delil sağlamamak için idareye bilgi ve belge vermemesinin,

Law Review, Issue 5, 2007, s.514-533.

³⁶ Nicolas A.J. Croquet, "The Right of Silence and Not to Self-Incriminate Under the European Convention on Human Rights: To What Extent Are They Qualified?", *Cambridge Student Law Review*, Vol.4, No.2, 2008, s.214-234.

³⁷ Öğretide ise İtişgen, ceza muhakemesi dışında, susma hakkının geçerli olmaması, kişinin susmayı tercih etmesine cezai nitelik taşımayan yaptırımlara tâbi tutulabilmesi ya da susmasının onun aleyhine yorumlanması; fakat bu şekilde elde edilen beyanların o kişilerin aleyhine bir ceza davasında kullanılmaması gerektiği görüştünder, İtişgen, a.g.e., s.148.

³⁸ Konunun ceza yargılaması açısından değerlendirilmesi için bkz. İtişgen, a.g.e., s.100 vd. Farklı yönde bir görüş, kendini suçlama yasağına ilişkin İHAM kararlarının tamamının gerçek kişilere ilişkin olduğu; dolayısıyla bütün karşı iddialara rağmen İHAM içtihadının gerçek kişiler gibi tüzel kişilerin de kendini suçlamama yasağından yararlanabileceği yönünde bir işaret taşımadığını ve İHAM kararlarına dayanılarak yasağın uygulama alanını genişletmenin pek mümkün görünmediğini belirtmektedir, Harun Gündüz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Rekabet Hukuku Uygulamasına Etkileri*, Rekabet Kurumu, Ankara 2010, s.67.

bir ceza yaptırımını sonucunu doğurması yani zorlama yoluna gidilmesi susma hakkının ihlâlini oluşturabilecektir. Defter ve belge ibrazı ceza hukuku açısından da susma hakkı yönüyle tartışmalı bir durumdur.³⁹ Ancak Anayasa'nın, aleyhe delil gösterme yasağını da koruma kapsamına aldığı göz ardı etmemek lazımdır.

Diğer yandan şu da bir gerçektir ki, idareye yapılan açıklamaların ve sunulan belgelerin incelenmesi, kamu düzeninin korunması bakımından gereklidir. Problem, ilgili fiillere ceza yaptırımını yerine idarî yaptırım öngörülmesi ile çözülebilecekse de İHAM'ın otonom kavramlar doktrini uyarınca iç hukuktaki yaptırım ve ceza kavramları ile bağlı olmadığı hususunun da dikkate alınması gerekecektir. Bir idarî yaptırımın karakteri ceza yaptırımından farklı olmakla birlikte, İHAM'ın otonom kavramlar doktrini uyarınca sahip olduğu yaklaşım nazara alınmalıdır. Nitekim değindiğimiz örneklerden görüleceği gibi İHAM da verdiği kararlarda, somut olayın özelliklerine göre farklı sonuçlara varabilmektedir.⁴⁰ Ayrıca aleyhte delil oluşturabilecek bilgi ve belgeyi idareye vermemenin bir idarî yaptırımla karşılanması da somut olaya göre zorlama olarak nitelendirilebilecektir. Örneğin, J.B. davasında, cezanın miktarının önemli olmadığı, maruz kalınan para cezasının maddî bir tazminat değil cezalandırıcı ve caydırıcı olduğu İHAM tarafından ifade edilmiştir. Dolayısıyla susma hakkının kullanılmasına kanunda bir idarî yaptırım bağlanması da her zaman doğru sonucu vermeyebilecektir.

Geri planında bir suç isnadı olsun ya da olmasın idarî aşamada, kendini suçlamama hakkı ve aleyhe delil göstermeme hakkı çerçevesinde susma hakkından yararlanılmasının mümkün olacağını düşünüyoruz. Bu sonuca ulaşmamızın nedeni açıkladığımız üzere, hiç kimse'nin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda

³⁹ İtişgen, a.g.e., s.109 vd.

⁴⁰ Susma hakkının İHAM içtihadındaki görünümüyle ilgili bkz. Mark Berger, "Europeanizing Self-Incrimination: The Right to Remain Silent in the European Court of Human Rights", *Colombia Journal of European Law*, Vol.12, No.2, 2006, s.339 vd. İHAM'ın susma hakkına yönelik yaklaşımı da belirsizlik ve uyumsuzluk eleştirilerine konu olmaktadır, ayrıntılı bilgi için bkz. Andrew Ashworth, "Self-Incrimination in European Human Rights Law – A Pregnant Pragmatism?", *Cardozo Law Review*, Vol. 30, No. 3, Aralık 2008, s.751 vd., <http://cardozolawreview.com/Joomla1.5/content/30-3/ASHWORTH.30-3.pdf> (01.04.2016).

bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağı yolundaki, Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrasının mutlak düzenlemesidir. Bu itibarla, idarî aşamada susma hakkından yararlanan açısından uygulanacak her türlü cezaî yaptırım veya zorlayıcı idarî bir yaptırım Anayasa duvarına çarpacaktır. Dolayısıyla çalışmamızda örnek gösterdiğimiz üzere, bu aşamada idareye bilgi ve belge sunulmamasının suç olarak kabulü, susma hakkını ihlâl etmekte ve Anayasa'ya aykırılık taşımaktadır. Kanaatimizce, idare karşısında susma hakkının kullanılması zorlayıcı olmayan idarî tedbirlerle veya idarî yaptırımlarla karşılanmalıdır. İfade etmek gerekir ki susma hakkının idarî yargılama aşaması öncesinde uygulanabilirliğinin kabulünde, idarenin yapmakla görevli ve yetkili kılındığı faaliyetlerini gereği gibi yapamayacağı endişeleri haklı olarak doğacaktır. Örneğin kişinin, kendisi aleyhine açılacak bir ceza davasında değerlendirebileceği gerekçesiyle, idarenin rutin bir denetim faaliyetinde susma hakkına sahip olduğu ileri sürebilecektir ki bu yaklaşım idarî faaliyetin yolunu tıkayacaktır. Bu durumun hakkın kötüye kullanılması yolunu açması ve haksız bir hukukî korumanın oluşmasına neden olması muhtemeldir. Burada kamu yararı ile bireysel yarar arasında bir tercihin yapılması imkânı idare açısından kolay görünmemektedir. Nitekim konu İHAM açısından da karışıktır, Strazburg Mahkemesi Jalloh davasında kamu yararı kriterine de susma hakkı yorumunda yer verirken, O'Halloran ve Francis davasında bu kriteri nazara almamıştır.⁴¹ Diğer taraftan bilgi ve belge ibraz etme talebine riayet edilmemesinin, bu talebin dayanağını oluşturan konuda idarenin işlem tesis etmesini engellemeyeceği de açıktır. Nitekim uygulamada susma hakkına konu olan olaylarda idarenin, ilgisinden talep edeceği bilgi ve belgeleri, diğer yöntemlere başvurarak elde edebilmesi mümkündür. Çünkü bilgi ve belge sunulmasının önem taşıdığı idarenin birtakım denetim faaliyetlerinde, özellikle bilgi ve belgenin inceleme esasasının olduğu ekonomik düzene ilişkin kolluk denetimlerinde, teknolojinin gelişmesiyle tüm işlemlerin elektronik ortamda kayıt altına alındığı sabittir. Yine İHAM kararla-

⁴¹ Bu yaklaşımın eleştirisi için bkz. Croquet, a.g.m., s.y. Jalloh kararının değerlendirilmesi için bkz. Jan C. Schuhr, "Kusturucu Madde Kullanmak İnsanlık Dışı ve Aşağılayıcı Bir Muameledir", Çev. Alexandra Deniz Üner, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 15, Seçkin, Ankara 2014, s.161-169.

rında da belirtildiği gibi susma hakkı her durumda, hakkı kullanan için mutlak bir koruma kalkanı oluşturmamaktadır. Kanaatimizce Anayasa'nın 38. maddesinin 5. fıkrasında, susma hakkının kapsamına ilişkin bir değişiklik yapılmadıkça ve/veya bu hakkın kullanılmasına yönelik istisnalar getirilmedikçe,⁴² idarî aşamada susma hakkının kullanılabilmesi için hukukî bir neden kalmamaktadır. Susma hakkının karşılığının zorlayıcı yaptırımlarla karşılandığı, bilhassa ilgili fiillerin suç olarak kabul edildiği kanun hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı yargısal başvurularda dile getirilmelidir.

4. Anayasa Mahkemesine Taşınan Bir Örnek: Vergi Usul Kanunu'nun 359. Maddesinin Susma Hakkı Açısından Değerlendirilmesi

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun (VUK) 134. maddesi uyarınca, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak amacıyla yapılan vergi incelemelerinde susma hakkının uygulanabilirliği meselesi, uygulamada sıklıkla gündeme gelen bir konudur. Bu kapsamda VUK'un 359. maddesinin; defter, kayıt ve belgelerin istenmesi ve bunların ibraz edilmemesi nedeniyle hapis cezasını öngörmesine yönelik düzenlemeleri, somut norm denetimi yoluyla AYM önüne gelmiştir. Birçok değişikliğe uğrayan madde metninin mülga düzenlemesine ilişkin olarak, VUK'un 359. maddesinin (a) bendinin (2) sayılı alt bendinin⁴³ iptali talebinde, AYM kısaca; devlet ile vergi

⁴² Örneğin İspanya Anayasası, herkesin kendi aleyhine tanıklık etmeme, kendini suçlu ilan etmeme ve masum olduğuna inanma hakkı olduğunu belirlerken devamında kanunla, aile ilişkileri veya meslek sırrı nedenleriyle, iddia edilen suçlarla ilgili ifade verme zorunluluğu olmayan hallerin belirleneceğini düzenlemiştir (m.24/2).

⁴³ Kanun'un ifadesiyle;
"Madde 359: a) Vergi Kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan; (...)
2) Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler (Varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi gizleme demektir.) veya muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar (Muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge, gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belgedir.)
Hakkında altı aydan üç yıla kadar hapis cezası hükmolunur.
Hükmolunan hapis cezasının para cezasına çevrilmesinde, hapis cezasının her bir günü için sanayi sektöründe çalışan on altı yaşından büyük işçiler için hüküm ta-

mükellefi arasındaki ilişkinin toplumsal sözleşme olarak kabul edilemeyeceğini; özgürlüğün kısıtlanmasının idarî bir uygulama sonucu değil, bağımsız yargı kararı ile hükme bağlandığını; verginin özelliği nedeniyle para cezaları yanında özgürlüğü bağlayıcı cezalar konulabileceğini ifade ederek, Kanun'un ilgili düzenlemesinin, "*Defter, kayıt ve belgeleri gizleyenler*" yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına oy birliğiyle karar vermiştir.⁴⁴ AYM yine, VUK'un 359. maddesinin (a) bendinin 2 numaralı alt bendinin,⁴⁵ "*defterler*" yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına oy çokluğuyla hükmetmiştir.⁴⁶ AYM karar gerekçesinde; susma hakkının, suçlanmayla başlayan bir hak olduğunu, kovuşturma ve soruşturmanın her aşaması için geçerli olduğunu; vergi ödevine dikkat çekerek iptali talep edilen bölümün kendisini suçlama ve bu yolda delil göstermeye zorlanma olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmiştir.

Söz konusu kararların yankıları öğretilerde farklı görüşlere neden olmuştur. Yaltı ilk karar açısından, "*Vergi yükümlüsünün susma hakkı, hem ifade hem de defter ve belgeleri vermeyi reddetmeye ilişkin bir koruma alanı yaratır. Susan ve kendi aleyhine delil vermeyi reddeden vergi yükümlüsünün para veya hapis cezasına çarptırılması, susma hakkının ihlâli anlamına gelir.*"; "*Bu çerçevede Türk vergi usul hukukunda, bilgi toplama hükümlerine*

rihinde yürürlükte bulunan asgari ücretin bir aylık brüt tutarının yarısı esas alınır ve hükmolunan bu para cezası ertelenemez. (...)"

⁴⁴ AYM, 11.03.2003, E.2002/55, K.2003/8, RG, 16.12.003/25318.

⁴⁵ Değişikliğe uğrayan ve iptale konu edilen VUK'un 359. maddesinin (a) bendinin 2 numaralı alt bendi;

"a) Vergi Kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan; (...)

2) Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler (Varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi gizleme demektir.) veya muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar (Muhteviyatı itibarıyla yanıltıcı belge, gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibarıyla gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belgedir.)

Hakkında altı aydan üç yıla kadar hapis cezası hükmolunur.

Hükmolunan hapis cezasının para cezasına çevrilmesinde, hapis cezasının her bir günü için, sanayi sektöründe çalışan on altı yaşından büyük işçiler için (...) yürürlükte bulunan asgari ücretin bir aylık brüt tutarının yarısı esas alınır ve hükmolunan bu para cezası ertelenemez."

şeklinde idi.

⁴⁶ AYM, 31.01.2007, E.2004/31, K.2007/11, RG, 18.05.2007/26526.

(VUK, 148, 256, mük. 257) bağlanan cezaî hükümler yeni bir değerlendirme ile okunmak zorundadır, bu hükümler olay özelinde susma hakkının ihlâli sonucu doğurabilecek mahiyettedir." diyerek AYM'nin kararında susma hakkını tartışmamasını eleştirmiştir.⁴⁷ Başaran Yavaşlar ise kendini suçlamama hakkının ceza hukukundaki içeriğiyle vergisel yaptırımlar bakımından uygulama alanı bulmasını kabul etmenin büyük sorunlara yol açacağını; kendini suçlamama hakkının, denetimin sık yapılmadığı ülkelerde, vergisel para cezaları alanında, kayıt dışılığı, vergi kaçığını, re'sen tarhiyatları ve aramaları artıran bir durum yaratabileceğini belirtmektedir.⁴⁸ Candan, farklı ihtimallere yer vererek, vergi idaresinin denetim yetkisi ile kişinin susma hakkı arasında dengenin kurulmasında zorunluluk olduğuna; dengenin, susma hakkının işlerliğinin, defter ve belgelerin ibrazının istenilmesinden önce vergi kaçırıldığı kuşkusunun bulunması ve bu nedenle soruşturmaya (incelemeye) başlanmış olunması hali ile sınırlı tutulmasıyla sağlanabileceğine dikkat çekmektedir.⁴⁹

AYM, gerek birinci gerek ikinci kararında vergi ödemenin önemi-ne, vergi ödevinin üstünlüğüne vurgu yapmaktadır. Birinci kararda susma hakkını tartışmayan Mahkeme, ikinci kararında değinmekle birlikte gerekçesini yine vergi ödevi üzerinden yürütmüştür. Bu nedenle, Mahkemenin oluşturduğu gerekçe konunun özünü karşılamamaktadır. Üstelik Mahkeme, Anayasa'da öngörülen kuralı daraltıcı bir yorum getirmiş, susma hakkını sadece kovuşturma ve soruşturma aşamalarına sıkıştırmıştır. İHAM kararlarından da görüleceği üzere, susma hakkına ilişkin böylesi bir sınırlandırma yerinde bir yaklaşım değildir. Nitekim kararın karşı oy gerekçesinde de İHAM kararına atıf yapılarak, "38. maddedeki diğer hak ve güvenceler (lehe kanun uygulaması, masumluk karinesi, kanunsuz elde edilmiş delil, zamanaşımı gibi) ceza hukukundaki soruşturma ve kovuşturma işlemleri ile sınırlı olmayan, idarî cezalar, disiplin cezaları ve kabahatler için de geçerli olan evrensel kurallardır. Susma

⁴⁷ Yaltı, a.g.e., s.144-149; Billur Yaltı, "Vergi Hukukunda Susma Hakkı (VUK 359) (a) (2) nin Anayasaya Aykırılığı Sorunu", *Vergi Dünyası*, S. 285, Mayıs 2005, s.24.

⁴⁸ Funda Başaran Yavaşlar, "İdarî Nitelikli Vergi Suç ve Cezaları", *Danıştay ve İdarî Yargı Günü 138. Yıl Sempozyumu*, Danıştay, Ankara 2006, s.150.

⁴⁹ Turgut Candan, "Danıştay Kararlarında Vergisel Kabahatler ve Yaptırımlar Hukukuna İlişkin Temel İlkeler", *İdarî Ceza Hukuku Sempozyumu*, Seçkin, Ankara 2009, s.276-277.

ve kendisini veya yakınlarını suçlayıcı delil göstermeye mecbur edilememe hakkının farklı şekilde değerlendirilmesi mümkün değildir.” yorumu getirilmiş ve susma hakkının idarî soruşturma aşamasında da geçerli olduğu ifade edilmiştir.

Dolayısıyla VUK'un AYM önüne gelen kuralındaki temel sorunu, aleyhe delil oluşturabilecek belge vermemenin bir hapis cezası ile karşılanması, yani vergi mükellefine bir zorlamanın yapılması hususu oluşturmaktadır. Bu itibarla Allen ve Abas kararları başta olmak üzere İHAM kararları ışığında, VUK kapsamında yapılan idarî incelemenin, bir suç delili sağlanması yani bir suç isnadı altında yürütülen bir soruşturma boyutunu taşıması durumunda, idareye belge vermemenin cezaî yaptırımla karşılanması susma hakkını ihlâl edecektir. Örneğin; sahte fatura düzenlediği sabit bulunan mükelleften fatura alıp kullandığı, bu mükellefin kayıtlarından tespit edilen, yani bir suç isnadı yöneltilen mükellefin, defter ve belgelerinin ibrazının istenilmesi halinde, susma hakkını kullanarak, ibraz isteğini yerine getirmemesi nedeniyle herhangi bir cezanın kesilememesi veya hükmedilememesi gerekir.⁵⁰ Strazburg Mahkemesi J.B. davasında, vergi mükellefinin ceza riski taşıyan vergi inceleme sürecinin başından itibaren âdil yargılanma hakkının içeriğini oluşturan güvencelere sahip olması gerektiğini belirtmiştir. Bu itibarla, idarenin salt vergisel amaçlarla, vergilerin doğruluğunun denetlenmesi kapsamında hareket ettiği bir incelemede, idareye belge ibraz edilmemesinin susma hakkı kapsamında korumaya sahip olmayacağı ileri sürülebilecektir.

Ancak bir suç isnadı ile yürütülmeyen, örneğin bir vergi suçu şüphesi ile yapılmayan olağan bir vergi incelemesinde dâhi mükellef, aleyhine suçlamaya konu olacak bir riski önlemek adına, idareye belge sunmamayı tercih edebilecektir. Bu halde de VUK madde 359'un bir ceza yaptırımını öngörmesi nedeniyle yine Anayasa'ya aykırılık söz konusu olacaktır. Zira Anayasa'da, hiç kimsenin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda

⁵⁰ Candan, a.g.e., s.277. Müellif, susma hakkının kapsamına girsin ya da girmesin, her halde, vergi idaresinin yapacağı matrah takdirlerinde, takdirin usulüne uygun olmaması hali dışında, matrah ve matrah farkının gerçeğe uymadığını kanıtlama yükü mükellefe düşen, geniş bir takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilir olduğuna işaret etmektedir.

delil göstermeye zorlanamayacağı hükmü emredicidir. Vergi mükellefinin kendi ve yakınları aleyhine bir beyanda bulunmaya zorlanamamasının ya da bir defter veya belge sunmamasının dayanağını Anayasa oluşturmaktadır. Nitekim ABD Anayasası'nın 5. değişikliğinde, hiç kimsenin, herhangi bir ceza davasında kendi aleyhinde tanıklık yapmaya zorlanmayacağı kabul edilmiştir. Yani ABD Anayasası'nda kendini suçlamama hakkı beyan delilleriyle sınırlandırılmıştır.⁵¹ Ancak 1982 Anayasası'nda bu konuda bir muafiyet veya istisna yoktur, kendisi aleyhinde bilgi ve belge vermenin yani delil göstermenin, kendini suçlamama hakkını kapsadığı Anayasa'da zikredilmiştir. Önceki başlıkta belirttiğimiz gibi İHAM genel olarak, idarenin denetim süreçleriyle ilgili yetkisinin kullanılmasına ilişkin tartışmaya girmemekte ve kendini suçlamaya zorlama kapsamına belgeleri almamakta, ancak bu süreçte bilgi ve belge vermeyerek susma hakkını kullanan kişinin zorlama ve ceza tehdidi altında olup olmasını değerlendirmektedir. Üstelik ikinci AYM kararına ilişkin karşı oy gerekçesinde belirtildiği üzere, mevzuata göre tutması gereken defterleri hiç tutmayan kişi için hapis cezası öngörülmezken iyi-kötü defter tutan, tasdik ettiren, fakat inceleme sırasında göstermeyen/gösteremeyen kişiye üst sınırı üç yıla varan ağırlıkta bir ceza öngörülmektedir. Dolayısıyla Anayasa'ya göre delil niteliğindeki belgeler susma hakkının korumasına dâhildir.⁵² Bu itibarla da VUK madde 359'un iptale konu edilen düzenlemelerle benzer olan mevcut düzenlemesinin⁵³ Anayasa'ya aykırı olduğu ve susma

⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. İtişgen, a.g.e., s.19 vd.

⁵² Bir görüşe göre, her şeyi kayıt sistemine bağlı vergi hukukunun özelliği nedeniyle ibraz mecburiyeti olmalıdır. Ancak bu mecburiyetin ihlâli hapis cezası gerektiren suç fiili olma dışına çıkartılarak, kabahatler hukukunun konusu haline getirilmelidir, Doğan Şenyüz, "Susma Hakkı Karşısında Vergi Usul Kanunundaki Defter ve Belgeleri Gizleme (Kaçakçılık) Suçu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 1, 2013, s.38. Bir diğer görüşe göre; "Mükellefin kendisinden istenen defter ve belgeleri ibraz etmemesi durumunda kanaatimce, sadece idarî yaptırma muhatap olması, hapis cezasına muhatap tutulmaması gerekmektedir. Ancak AİHM'in ulaşmış olduğu, para cezasına bile çarptırılacak olması halinde kişinin susma hakkının bulunduğu görüşü de, isabetli değildir.", Ümit Süleyman Üstün, "Susma Hakkı Çerçevesinde Defter, Kayıt ve Belgeleri Gizleme Suçu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 3, 2011, s.387.

⁵³ 2008 tarihli değişiklik ile bugün yürürlükte olan VUK'un 359. maddesinin (a) bendinin 2 numaralı alt bendine göre;

"a) Vergi kanunlarına göre tutulan veya düzenlenen ve saklanma ve ibraz mecburiyeti bulunan; (...)

(2) Defter, kayıt ve belgeleri tahrif edenler veya gizleyenler veya muhteviyatı iti-

hakkını ihlâl ettiği düşüncesindeyiz.⁵⁴ Ayrıca VUK'a ilişkin diğer idarî ve cezaî yaptırım düzenlemeleri dikkate alındığında, VUK madde 359'da defter ve belge ibraz etmemeye bağlanan yaptırımların, ölçülülük ilkesi bağlamında orantısız olduğu da ortadadır.

III. İdarî Yargılama Usulünde Susma Hakkı

İdarî yargılama aşamasında susma hakkının kullanılıp kullanılmayacağı esasen konunun idarî yargılama aşaması öncesinde değerlendirilmesiyle benzerlikler taşımaktadır. İYUK'ta susma hakkına yönelik özel bir düzenleme, doğal olarak, bulunmamaktadır. Çıkış noktası ve uygulama alanı ele alındığında, susma hakkının idarî yargılama usulünde de kullanılabileceği sonucuna varmak çok kolay olmamaktadır. Dava konusunun kaynaklandığı esaslardaki aykırılıklardan dolayı,⁵⁵ taraflarca hazırlama ilkesi medenî yargılama usulünde uygulanırken gerek ceza gerek idarî yargılama usulünde re'sen araştırma ilkesi ve delil serbestisi ilkesi uygulanmaktadır. İYUK'un 20. maddesinin 1. bendinde, Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinin bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapacakları kabul edilmiştir.⁵⁶ Böylece idare yargıcının re'sen araştırma yetkisi çerçevesinde, davalı idare yanında davacıdan bilgi ve belge talep edebilmesi ve ispat yükünü dağıtabilmesi söz konusudur. İdarî yargılamada uyumsuzluğun özelliğine göre de, davacı veya davalı idare ispat yükü altında olabilmektedir.⁵⁷ Diğer taraftan susma hakkının doğduğu ceza

barıyla yanıtıcı belge düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar, Hakkında on sekiz aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Varlığı noter tasdik kayıtları veya sair suretlerle sabit olduğu halde, inceleme sırasında vergi incelemesine yetkili kimselere defter ve belgelerin ibraz edilmemesi, bu fıkra hükmünün uygulanmasında gizleme olarak kabul edilir. Gerçek bir muamele veya duruma dayanmakla birlikte bu muamele veya durumu mahiyet veya miktar itibariyle gerçeğe aykırı şekilde yansıtan belge ise, muhteviyatı itibariyle yanıtıcı belgedir. (...)"

⁵⁴ Ancak VUK'a ilişkin ilân edilen tasarı metninde aynı yaklaşımın devam ettirildiği görülmektedir.

⁵⁵ AYM, 28.02.1989, E.1988/32, K.1989/10, RG, 22.06.1989/20203.

⁵⁶ En genel ifadelerle, dava malzemesinin hazırlanmasında taraflarla birlikte, hâkimin de görevli olması, re'sen araştırma ilkesi olarak adlandırılmaktadır, Yücel Oğurlu, "Danıştay Kararları Işığında İdarî Yargılama Usulünde Re'sen Araştırma İlkesi", *Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 75'inci yıl Armağanı, C. 2, S. 2, s.122.

⁵⁷ Örneğin idarî eylemden kaynaklı bir tam yargı davasında ispat yükü davacıdadır,

yargılamasında, medenî yargılama usulündeki gibi bir ispat yükünün kesinliğinden söz edilemese de, kural olarak iddia makamına düşen bir ispat yükü söz konusudur. Ceza yargılamasında iddia makamu olan savcı, somut olaya ilişkin delilleri dava açılmadan toplamaktadır. Ayrıca ceza yargılamasında mahkeme, maddî gerçeği re'sen araştırma yükümlülüğü altında olduğundan, ispat yükü ceza yargıcısı için de söz konusudur. Ceza yargılamasında sanık, iddia makamının delilleri karşısında susma hakkını kullanabilir; ancak idarî yargılamada susma hakkını kullanan taraf, davacı konumundaki işlemin muhatabıdır. Bu itibarla ceza yargılamasından farklı usullere tâbi olan idarî yargılamada susma hakkının nasıl değerlendirileceği meselesi önem taşımaktadır. Örneğin ceza hukuku mevzuatında, bazı durumlarda kanun ile fiilî veya hukukî bir sorumluluk karinesi öngörüldüğünde, yani sanığın beraatını sağlamak için fiilden sorumlu olmadığını kanıtlayan deliller getirmekle yükümlü kılındığı durumlarda, İHAM bu karinenin suçsuzluk karinesiyle bağdaşır bir şekilde uygulanıp uygulanmadığını da denetlemektedir.⁵⁸ Ayrıca taraflarca hazırlama ilkesinden farklı olarak, yargıcın aktif olduğu sistemlerde ispat yükünün söz konusu olmayacağı belirtilebilse de, bir yargılama faaliyetinin doğası gereği ispat yükü yine doğmaktadır.⁵⁹ Dolayısıyla susma hakkının idarî yar-

⁵⁸ Melikşah Yasin, İdarî Yargılama Usulünde İspat, On İki Levha, İstanbul 2015, s.97. Gözübüyük/Gölcüklü, a.g.e., s.298.

⁵⁹ Bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında, taraflarca hazırlama ilkesi şu şekilde açıklanmış ve re'sen araştırma ilkesinden farkı ortaya konulmuştur;

“Tasarıf ilkesi, hâkimin kendiliğinden bir davaya bakamayacağını, ancak talep üzerine davaya bakabileceğini, tarafların dava konusu üzerinde tasarıf yetkisi bulunduğunu ve hâkimin tarafların talepleri ile bağlı olduğunu ifade eder. Kendiliğinden (re'sen) harekete geçme ilkesi gereğince kamu yararı düşüncesi ile hâkim bazı hallerde tarafların talebi olmadan da kendiliğinden harekete geçebilir ve gerekli inceleme ve araştırmalarda bulunabilir.

Taraflarca hazırlama ilkesi, davanın ve savunmanın dayanağı olan vakıaların ve bunların delillerinin taraflarca mahkemeye bildirilmesi demektir. Bu ilke tasarıf ilkesinin doğal bir tamamlayıcısıdır. Hâkim, incelemesini taraflarca kendisine bildirilmiş olan dava malzemesi üzerinde yapar. Hâkim, tarafların bildirmedikleri vakıaları kendiliğinden inceleyemez ve onları hatırlatabilecek hallerde dâhi bulunamaz. Hâkim, tarafların kendisine bildirdikleri vakıalara göre, dava konusu olayı tespit eder ve ona göre gerekli hukuk kuralını uygular. Hâkim, sadece kendisine usulüne uygun biçimde bildirilmiş olan vakıaları inceleme konusu yapabilir ve bu vakılardan anlaşılınan itiraz sebeplerini kendiliğinden gözetmekle yükümlüdür. Buna karşılık hâkim, kendisine usulüne uygun biçimde bildirilmemiş itiraz sebeplerini kendiliğinden gözetemez. Kendiliğinden (re'sen) araştırma ilkesi dava malzemesinin hazırlanmasında, tarafların yanında, hâkimin de görevli

gılama usulünün özellikleriyle bağdaşabilmesi noktasında konuyu değerlendirmekte yarar vardır. Nitekim Amerikan Yüksek Mahkemesinin, ABD Anayasası'ndaki kendini suçlamama ayrıcalığının, sadece ceza yargılamasıyla sınırlandırılmayacağını ifade ettiği ve hukuk yargılamalarında da uygulanabileceği yönünde kimi kararları olmuştur.⁶⁰

Kanaatimizce idarî yargılama usulünde davacının, susma hakkından yararlanması mümkündür. Örneğin, kendisi hakkında bir ceza soruşturması sonucunu doğuracak bir belgenin mahkemeye sunulmasından davacı susma hakkı kapsamında imtina edebilecektir.⁶¹ Ancak davacının bu hakkını yerinde kullanıp kullanmadığının mahkemece nasıl tespit edileceği bir sorundur. Öğretide Yasin, İYUK'un 20. maddesinin 3. fıkrasının bir çözüm olarak uygulanabileceğini belirtmektedir.⁶² Söz konusu düzenlemeye göre, "Ancak, istenen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Başbakan veya ilgili bakan, gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri veremeyebilir. Verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen savunmaya göre karar verilemez." Burada bilgi ve belgenin verilmemesinin gerekçesi mahkeme tarafından değil davalı idare tarafından takdir edilmektedir. Bu takdir doğrultusunda verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak kullanılan savunmaya göre, idarî yargıcın bir karar veremeyeceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla davacının da kendi aleyhine herhangi bir idarî veya cezaî sonuç doğuracak bilgi ve belgeyi sunmaması, susma hakkı kapsamında korunmalı ve yine mahkemenin sunulmayan bilgi ve belgelere göre karar vermemesi gerektiği kabul edilmelidir. İYUK'un 20. maddesinin 3. fıkrası kapsamında getirilen bu çözümde, bireysel yararın devletin yararlarıyla bir tutulması eleştirileri olabileceksede bilgi ve belgenin sunulmama gerekçesinin mahkemece takdir edilmeyecek olması, idareye İYUK'ta tanınan imkân kapsamın-

olması hali olup, bu ilke kamu yararı gerekçesine dayanır ve taraflarca hazırlama ilkesinin istisnasıdır.", Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 26.03.2014, E.2013/13-637, K.2014/397.

⁶⁰ Bilgi için bkz. İtişgen, a.g.e., s.145.

⁶¹ Yasin, ister idare, ister mahkeme tarafından talep edilsin, talep edilen bilgi ve belge, aynı zamanda kişinin işlediği bir suçun ortaya çıkması/ispatlanması anlamına geliyor ise bu durumda, kişinin ceza hukukundan doğan susma hakkının varlığından söz edilebileceğinin altını çizmektedir, Yasin, a.g.e., s.69.

⁶² Yasin, a.g.e., s.69.

da silâhların eşitliği ilkesi gereğidir. Davacı tarafından dosyaya sunulmayan bilgi ve belgenin, susma hakkı kapsamında olup olmadığının tayininin mahkemeye bırakılması, âdil yargılanma hakkının amacına hizmet etmeyecektir. Diğer taraftan mahkemenin susma hakkı nedeniyle davacı tarafından ibraz edilmeyen bilgi ve belgelere, re'sen araştırma yetkisini kullanarak ulaşması durumunda, bu bilgi ve belgelerin dava konusu olayda mahkemece değerlendirileceği de tabiidir.

Bu nedenle, ceza yargılamasında olduğu gibi idarî yargılama sürecinde de davacının susması, yani dosyaya bilgi ve belge sunmaması, davacının aleyhine bir sonuç doğurmamalıdır. Ancak bu kabul de mutlak değildir. Bir hak, kullananı aleyhine negatif bir sonuç doğuramayacaksa da, ispat yükünün davacı üzerinde olduğu durumlarda, susma hakkının kullanılmasının davacı aleyhine bir karine teşkil edeceği ortadadır.⁶³ Nitekim İHAM Murray davasında, ceza yargılamasında da sanığın suskunluğunun aleyhe yorumlanmasının, toplanan delillerin sanığın açıklama yapmasını gerektirmesi halinde, âdil yargılanma hakkını ihlâl etmediği görüşündedir.⁶⁴ Susma hakkını kullanan davacı sonuç olarak, mahkemenin dosyadaki mevcut bilgi ve belgeler ışığında karar vermesini baştan kabullenmiş olacaktır.⁶⁵ Şunu da eklemek gerekir ki susma hakkıyla ilgili tespitlerin yerindeliği yine her davanın kendi koşullarına göre değişecektir. Zira her uyumsuzluğun kendine özgü yapısı, davacının susma hakkının kullanması yönüyle farklı değerlendirmeleri gerektirebilecektir. Örneğin, bir işletmenin kanuna aykırı olarak işlemlerini gerçeğe aykırı muhasebeleştirildiğinin, o işletmenin defter ve kayıtlarından bağımsız bir şekilde tespiti

⁶³ “Örneğin, kaçak akaryakıt kullandığı iddiasıyla bir işletme hakkında yürütülen idarî soruşturmada, işletmenin belgeleri susma hakkı kapsamında vermemesi durumunda; ilgilinin aleyhindeki iddianın aksini ispatlayacak belgeleri vermekten imtina etmesi, iddianın doğruluğu bakımından ‘karine’ olarak kabul edilebilir.”, Yasin, a.g.e., s.69-70.

⁶⁴ İHAM bu konuda; sanığın aleyhine olan delillerin sanık tarafından bir açıklama getirilmesini gerekli kıldığı halde, sanık tarafından bir açıklama getirilmiyorsa, sağduyu sınırları içinde, bir açıklama getirilmemesi nedeniyle, sanığın suçlu olduğu şeklinde bir çıkarsamanın yapılabileceğini; savcılığın iddialarının delil değerinin düşük olması halinde ise bir açıklamada bulunmamanın suçluluğun tespitine ulaşmada gerekçe olamayacağını belirtmiştir.

⁶⁵ Yasin ise, hukuka aykırı delili bile dışlamayan İHAM’ın, bir kişinin suçluluğunu ispatlayan belgeyi, susma hakkını esas alarak kabul etmemesinin de çok uyumlu bir yaklaşım olmadığı kanaatindedir, Yasin, a.g.e., s.70-71.

ile faaliyet belgesinin idarece iptali durumunda, bu işleme karşı dava açılmasına rağmen davacının birtakım kaygılarla (örneğin ceza soruşturması riski) bu defter ve kayıtları vermemesinde susma hakkı nasıl değerlendirilecektir? Mahkemenin diğer deliller kapsamında bir karar vereceği düşünülürse de, idarî yaptırımın hukuka uygun olup olmadığının tespiti her zaman mümkün olamayacaktır. Örneğin, bu idarî yaptırımın ölçülü olup olmadığı, idarece idarî yaptırımla ilgili kanunilik ilkesine uygun davranılıp davranılmadığı gibi noktaların tespiti imkânsızlaşabilecektir. Bu durumda, mahkemece yapılacak bir araştırma olsa da, idarenin bu bilgi ve belgeler dışında dayandığı gerekçelerin yerinde olup olmadığının mahkeme tarafından değerlendirilmesi sorunlu olacaktır. Böylesi şartlar altında, mahkemenin dosyadaki mevcut verilerle bir karar oluşturmasında ise susma hakkını kullanan davacının, âdil yargılanma ihlâli iddiasında bulunması yerinde olmayacaktır. Sonuç olarak hukuka aykırılık iddiasıyla idarî işlemi mahkeme önüne getiren davacının kendisidir.

Diğer taraftan idarî denetim aşamasında susma hakkını kullanarak bilgi ve belge vermeyen davacının, bunları idarî yargılama aşamasında mahkemeye sunması halinde mahkemece nasıl bir değerlendirme yapılacaktır? Mahkemenin bu bilgi ve belgeler üzerinde kendisinin yapacağı inceleme veya bilirkişi marifetiyle yaptıracağı inceleme ile karar vermesi halinde, yerindelik denetimi sorunu gündeme gelecektir. Zira idarenin ulaşamadığı bilgi ve belgeyi kullanan mahkemenin, idarenin yerine geçip karar aldığı eleştirileri doğacaktır. Ancak bu bilgi ve belgelerin yargılama usulünde idareye gönderilmesi ve bunların taraflarca tartışılabilmesi de mümkündür. Konuya ilişkin Danıştay'ın örnek kararlarını şu şekilde ele alabiliriz: Danıştay bir kararında,

“2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 20. maddesi hükmüne göre her ne kadar mahkemeler resen araştırma yetkisini haiz ise de defter ve belgelerin inceleme elemanına ibraz edilmemesinin haklı bir nedene dayanması gerektiği, olayda, davacının hiç bir haklı sebep ve mazeretinin bulunmadığı, bu durumda, davacının defter ve belgelerinin vergi mahkemesince incelenmesinin, mükelleflerin vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlarca istendiğinde defter ve belge ibraz edilmesi sorumluluğunu müeyyidesiz bırakacağı gibi kanunen resen takdir konusu olan bir kazancın maddî delillere dayandırılması sonucunu doğuracağı, İdarî Yargılama Usulü Kanunundaki resen araştır-

ma yetkisinin amacının bu olmadığı, mahkemelerin davacının defter ve belgelerini inceleyerek dönem matrahım yeniden belirleme yetkisinin bulunmadığı, böyle bir talebin kabul edilmesinin, mahkemelerin idarenin yerine geçmesi sonucunu doğuracağı, bu nedenle davacı isteminin yerine getirilmesinin mümkün olmadığı ve cezalı tarhiyatta yasaya aykırılık bulunmadığı” gerekçesiyle davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararını,

“Mahkemelerce, bakılan davalarla ilgili dosyada mevcut bilgi ve belgeler uyumsuzluğun çözümü için yeterli görülmezse her türlü incelemenin yapılması gerekmektedir. Mahkemece bu doğrultuda yapılacak inceleme idarenin yerine geçmek olarak düşünülemeyeceği gibi katma değer vergisinin indirim konusu yapılabilmesi ve bunun doğruluğunun saptanabilmesi için defter ve belgelerin incelenmesi zorunludur. Olayda, yasal defter ve belgelerini inceleme elemanına ibraz etmeyen yükümlünün dava dilekçesinde; defter ve belgelerin muntazam olduğunu belirterek vergi mahkemesince incelenmesini istediği dosyanın incelenmesinden anlaşılmıştır.” gerekçesiyle oy çokluğuyla bozmuştur.⁶⁶

Sonraki kararlarında yukarıdaki görüşünü değiştiren Danıştay;

“Davacının tutum ve davranışı ile idarenin inceleme ve araştırma yapmasını önlemesi sonucu tesis edilen işlemin iptal davasına konu edilmesi durumunda, idarî yargı yerinin idarece yapılamayan inceleme ve araştırmayı yapması idarenin yerine geçmesi sonucunu doğuracağından böyle bir inceleme ve araştırma yapılmasının re’sen araştırma yetkisinin kullanılması olarak kabulüne olanak bulunmamaktadır.

Vergi incelemesi yapmaya yetkili denetim elemanına ibraz edilmediği için, biçimsel varlığının gerçek mahiyetiyle uyumlu olup olmadığı tespit edilemeyen defter ve belgelerin, davacı lehine verilecek karara dayanak alınması, vergilemede esas olan gerçek mahiyetin biçimselliğe feda edilmesi anlamına gelir. Bu bakımdan, gerçek mahiyetiyle uyumlu olduklarının, idarî yargı yerince saptanmasına olanak bulunmayan; aksine, yetkili inceleme elemanına ibraz edilmedikleri için, kanıt olma değerini yitiren defter ve belgelere dayanılarak davacı lehine karar verilemez.

Diğer taraftan, idarî yargı yerinin görevi, idarî işlemin tesis edildiği tarihte yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka

⁶⁶ DVDDGK, 14.06.1996, E.1995/18, K.1996/269, www.kazanci.com (17.04.2016).

aykırı olup olmadığını denetlemek olduğundan, *idarî* işlemin tesis tarihinden sonra yargı yerince yapılacak veya bilirkişiye yaptırılacak inceleme sonucuna göre karar verilmesi bu yönüyle de mümkün değildir.” gerekçesiyle⁶⁷ oy çokluğuyla bozma kararı vermiştir.

Danıştay başka bir kararında,

“Hiçbir mücbir sebep bulunmaksızın defter ve belgelerini incelemeye ibraz etmeyen davacının daha sonra dava aşamasında bunları mahkemeye ibraz edebileceği yönündeki istemi vergi incelemesinden amaçlanan sonuçların ortadan kaldırılmasına sebebiyet verebileceğinden ve Katma Değer Vergisi Kanunu ile getirilen esaslara uygun olmadığından, ara kararı ile defter ve belgelerin mahkemeye ibrazının istenmesi ve bu defter ve belgeler üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılarak karar verilmesi hukuka uygun görülmemiştir.” gerekçesiyle oy çokluğuyla bozma kararı tesis etmiştir.⁶⁸

Yakın zamanda ise inceleme sırasında idareye verilmemekle birlikte, yargılama aşamasında mahkemeye ibraz edilen belgelerle ilgili olarak, re’sen araştırma yetkisi gerekçesiyle, bu durumdan vergi dairesinin haber edilerek bilirkişi incelemesi yaptırılması yönünde Danıştay’ın bir kararına rastlanmaktadır⁶⁹. Ancak aksi yöndeki kararlar da söz konusudur⁷⁰. Özetle Danıştay’ın konuya ilişkin kararlarının istikrarlı olduğunu söylemek imkânsızdır.

Danıştay’ın bazı kararlarında gördüğümüz üzere, mahkemeye sonradan sunulan defter ve belgelerin idareye tebliğ edilmemesi, silâhların eşitliği ilkesi bakımından yerinde değildir ve bu bakımdan yerel mahkemelerin kararları eleştirilebilir.⁷¹ Ancak Danıştay bu ka-

⁶⁷ D, 4.D, 22.06.2012, E.2009/9359, K.2012/3655 www.kazanci.com (17.04.2016).

⁶⁸ DVDDK, 26.12.2012, E.2010/707, K.2012/618 www.kazanci.com (17.04.2016).

⁶⁹ “Olayda, davacı tarafından hem dava dilekçesinde hem de temyiz dilekçesinde defter ve belgelerin incelenmek üzere hazır olduğunun belirtildiği görüldüğünden, yukarıda sözü edilen re’sen araştırma ilkesi uyarınca Vergi Mahkemesince vergi dairesi de haberdar edilmek suretiyle, söz konusu belgelerin gerçekten alış yapılan emtialara dair alış faturaları olup olmadığı araştırılması ve gerçek alış faturaları gözönüne alınarak ödenecek verginin tespiti için bu defter ve faturalar üzerinde gerekirse bilirkişi incelemesi de yaptırılarak hâsıl olacak duruma göre bir karar verilmesi gerektiğinden, böyle bir inceleme yapılmaksızın verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır.”, D 9.D, 30.03.2017, E.2014/6558, K.2017/3429 www.kazanci.com (15.12.2017).

⁷⁰ DVDDK, 25.11.2015, E.2015/549, K.2015/909 www.kazanci.com (15.12.2017).

⁷¹ Nitekim DVDDK’nın 2010/707 Esas sayılı kararındaki karşı oy gerekçesinde

rarlarda, vergi incelemesinde sunulmayan defter ve belgelerin verilmemesini; idarenin inceleme ve araştırma yapmasını önlemesi olarak değerlendirmiş, sonradan sunulan defter ve belgelerin kanıt değerini yitirdiğine işaret etmiş ve bunların sonradan mahkemeye ibrazı ile yargı yerince yapılacak veya bilirkişiye yaptırılacak inceleme ve araştırmayı, re'sen araştırma yetkisi kapsamında görmemiştir. Kanaatimizce Danıştay'ın bozma kararları bu gerekçeler yönüyle âdil yargılanma ilkeleriyle uyumsuzdur. Susma hakkından yargılama aşamasında (kanun yolları da dâhil) vazgeçen mükellefin dosyaya ibraz ettiği bilgi ve belgelerin mahkemece değerlendirilmesi gerekmektedir.⁷² Bu değerlendirmede yerindelik tartışması söz konusu olabileceksede, iptal davasının mahiyeti düşünüldüğünde, sunulan bilgi ve belgeler hakkında davanın diğer tarafı olan idarenin görüşü ve tespitleri de alınarak, gerekirse mahkemenin yapacağı inceleme veya yaptırılan bilirkişi incelemesi ile bir kararın verilmesi uygun olacaktır.⁷³

de şu gerekçeler ifade edilmiştir; "Defter kayıtlarının sonradan tamamlanması, vergi idaresine ibraz süresi içinde de sağlanabileceği göz önüne alındığında, bu yöndeki bir kuşkunun davanın çözümüne etkili olmayacağı açıktır. Yaptığı vergilendirmeye karşı açılan davanın tarafı olan vergi idaresinin, ancak yargılama sırasında ulaşabildiği defter ve belgeler hakkında gerek biçimsel yönden, gerekse belgelerin temsil ettiği hukuki muamelelerin gerçekliği konusundaki saptamaları, kendisine Vergi Usul Kanununun tanıdığı yetki ve tekniklere göre yapacağı kuşku yoktur. Vergi mahkemesi tarafından, yukarıdaki saptamalardan sonra durum gerektirdiği takdirde diğer kanıtların, 2577 sayılı Yasanın 31'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca elde edilmesi olanaklıdır. Belirtilen hukuksal nedenlerle, davacının vergilendirme dönemine ilişkin yasal defterleri ve belgelerinin dosyaya sunulması üzerine bu kayıt ve belgeler hakkında davanın diğer tarafı olan vergi idaresinin görüşü ve saptamaları alınmaksızın Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu düzenlenen rapora göre karar verilmesinde yasaya uygunluk görülmemiştir."

⁷² Candan ise Danıştay'ın söz konusu yeni içtihadının, bir yargılama usulü kuralı olan, "silâhların eşitliği ilkesinin" de gereği olduğunu belirtmektedir. Müellife göre, "Uygulamada, vergi denetiminden kaçınmak isteyen kimi vergi mükelleflerinin, usulüne göre kendilerinden istenilmiş olmasına karşın, defter ve belgelerini inceleme elemanına değil de, dava açtıklarında, getirip, vergi incelemesi yapma yetkisi olmayan, vergi mahkemesine ibraz etmelerine; vergi mahkemesinin de, tayin ettiği bilirkişinin biçimsel incelemesine dayanarak, dava hakkında karar vermesine, sıkça, rastlanmaktadır. Bu tür uygulamanın, denetim ve yargılama sisteminin ters işlemesine; gerçek mahiyetin, bilirkişinin yapmış olduğu biçimsel incelemeye feda edilmesine yol açtığı, izahtan varestedir.", Turgut Candan, Vergi Yargısında İspat, <http://turgutcandan.com/2012/11/08/vergi-yargisinda-ispat/> (26.03.2016).

⁷³ Danıştay, inceleme elemanına ibraz edilmeyen; dava sırasında mahkemeye getirilip verilen defter ve belgelerin, davalı vergi idarenin incelenmesine olanak tanın-

İYUK madde 20 kapsamında idare yargıcı; uyuşmazlık konusu olayın hukukî nitelendirmesini yapmak, uygulanacak hukuk kuralını belirlemek ve hukukî çözüme ulaşmak bakımından tam bir yetkiye sahip olup, maddî durumun gerçeğe uygunluğunu ortaya çıkarmak durumundadır.⁷⁴ Nitekim VUK madde 3 gereği, vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti yemin hariç her türlü delille ispatlanabilecektir. Karar örneklerindeki yaklaşım ise, hukuka aykırı olma ihtimalini bünyesinde taşıyan bir işlemin yargısal denetimini sınırlayacak niteliktedir. Zira idarî yargılama usulü yazılı bir usul olup, İYUK madde 21 uyarınca dilekçeler ve savunmalarla birlikte verilmeyen belgeler, bunların vaktinde ibraz edilmelerine imkân bulunmadığına mahkemece kanaat getirilirse, kabul ve diğer tarafa tebliğ edilir. Unutulmamalıdır ki kamu yararına verilen öncelik maddî idare hukuku yönünden idare lehine kabul edilebilse de idarî yargılama usulünde davacı ve davalı aynı konumda olmak durumunda, yani bireysel yarar ile kamu yararı dengelenmek durumundadır. Bir AYM kararında da belirtildiği üzere, “İdarî yargı yerlerinin re’sen inceleme yetkileri Anayasa’nın 2. maddesinde anlam bulan hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur. İdarî yargı yerlerinin önüne gelen her türlü eylem ve işlemin çözümü için gerekli tüm bilgi ve belgelere ulaşımının yasa kuralları ile kısıtlanması hukuk devleti ilkesinden uzaklaşma anlamını taşır.”⁷⁵ Örnek verdiğimiz Danıştay kararları, sonuçları sadece davacıyı etkileyen iptal davaları hakkındadır. Danıştay’ın bu kararlardaki görüşü kabul edilse dâhi, kamuyu ilgilendiren davalar hakkında, mahkemenin her aşamada sonradan sunulan bilgi ve belgeleri dikkate almaması düşünülemez. Davanın taraflarında bulunan kanıtların bir araya getirilmesi olanağı mevcutken, aksine bir yorum getirilmesi, idarî yargı denetiminin varlık nedenlerini sorgulatacak bir yaklaşımı da doğurmaktadır.

maksızın karara esas alınmasını anayasal âdil yargılanma hakkının ihlâli niteliğinde olduğunu söylemiştir, D, 7.D, 30.12.2004, E.2003/1463, K.2004/3651.

⁷⁴ Yasin, re’sen araştırma yetkisinin, yargının ne bireyin yerine geçerek onun adına davayı yürütmek ne de kamu yararının, kamu düzeninin bekciliğini yapma amacıyla tanınmış bir yetki olmadığı; ilkenin asıl gayesinin yargılama sürecinde idare ile bireyler arasında mevcut eşitsizliği gidermek olarak düşünülmesi gerektiğini belirtmektedir, Yasin, a.g.e., s.16.

⁷⁵ AYM, 18.10.2005, E.2003/7, K.2005/71, RG, 22.02.2006/26088.

Kanaatimizce sonuçları bireysel olan davalarda da, davacının sonradan dosyaya sunduğu belgeler üzerinde tarafların tartışabilmesi ve silâhların eşitliği ilkesinin bu yönüyle sağlanması İYUK kapsamında mümkün olmalıdır.⁷⁶

Sonuç

1982 Anayasa'sının 38. maddesinin 5. fıkrasında kaynağını bulan susma hakkını, sadece ceza yargılaması değil diğer yargılama usullerinde uygulanabilecek şekilde ele almak gerekmektedir. Anayasa'nın "hiç kimse" hitabıyla cümleye başladığı 38. maddesinin 5. fıkrasını, sadece sanık veya şüpheli ile sınırlı okumak ve ceza yargılamasına özgülemek yerinde olmayacaktır. Nitekim Anayasa'nın "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı 38. maddesiyle bağlantılı kurallar zaten, disiplin yaptırımları ve diğer idarî yaptırımlar bakımından idare hukuku açısından uygulanmakta, AYM tarafından da bu şekilde ele alınmaktadır. Diğer taraftan âdil yargılanma hakkının düzenlendiği, haklar bloku niteliğindeki İHAS 6. maddede bireye sağlanan usulî güvencelerin, İHAM tarafından, idarenin faaliyetlerinden kaynaklı uyuşmazlıklarda ele alındığı görülmektedir. Bu kapsamda susma hakkının da açıkça yazılmasa dâhi İHAS ile bütünleştiği İHAM tarafından kabul edilmektedir.

İdareye yüklenen yetki ve görevlerin gereği gibi yürütülmesinin bir sonucu olarak, idarenin kişiden bilgi almaya yönelik birtakım yetkilerini kullanması kaçınılmazdır. Ancak aksi yöndeki bir iddia, yani idare hukukunda susma hakkının hiçbir şekilde uygulanamayacağı tezi de mutlak bir doğru olmayacaktır. Susma hakkı İHAM içtihadından da görüleceği üzere, sadece ceza soruşturması ve kovuşturması aşamasında geçerli olmayıp, idarî yargılama öncesinde ve idarî yargılama sırasında kendine özgü bir uygulama alanı bulmaktadır. Çalışmamızda yer verdiğimiz üzere İHAM da susma hakkının kullanımı bakımından oluşturduğu testleri, somut olaya uygulayarak bir karar oluşturma yoluna gitmektedir. Funke, J.B., Jalloh, Allen, O'Halloran

⁷⁶ Bu durumun, iptal davaları yanında, idarî işlemde veya idarî eylemde kaynaklı tam yargı davalarında da mümkün olacağını düşünüyoruz.

ve Francis gibi idarenin faaliyetleriyle ilgili susma hakkının ele alındığı kararlarında İHAM, her bir olayın kendi özelliklerinden hareketle, ihlâlin varlığı veya yokluğu hakkında bir sonuca ulaşmaktadır. Öğretilerde bu kararlar arasındaki çelişkilerin de dile getirildiği görülmekle birlikte, Strazburg Mahkemesi'nin uyuşmazlığın özelliğine yönelik olarak kavramları yeniden yorumlaması söz konusu olmaktadır. Zira susma hakkının gündeme geldiği hem idarî hem cezaî karakterdeki uyuşmazlıklarda gri alanlar yoğunluktadır.

Bu kapsamda, susma hakkının idare hukukuyla ilişkisinin bulunmadığı yönünde getirilecek kesin ve daraltıcı bir yorum, âdil yargılanma açısından yerinde olmayacaktır. Genel olarak İHAM içtihadına göre, idarenin bilgi ve belge toplama yetkisine saygı gösterilmekle birlikte, bu yetkinin bir suç isnadı amacıyla yürütülmesi bakımından; bir zorlama, yani otonom bir kavram olarak zorlayıcı herhangi bir idarî veya cezaî yaptırım tehdidinin bulunması, yeterli usulî güvencelerin sağlanmaması ve idarenin elde ettiği bilgi ve belgelerin başka bir ceza yargılamasında kullanılması, susma hakkının ihlâline neden olacaktır. Ayrıca 1982 Anayasası, açık bir hükümle beyan delili yanında fiziki delilleri de kişinin kendini veya yakınlarını suçlama yasağının kapsamına alarak, İHAS gibi uluslararası sözleşmelerin, ABD Anayasası gibi çeşitli ülke anayasalarının ilerisine geçen bir yaklaşım göstermektedir. İdare tarafından yapılan denetimlerde kişinin bilgi ve belge ibraz etmemesinin dayanağını bizatihi Anayasa oluşturmaktadır ve susma hakkı bu temel ekseninde idare hukukunda uygulanabilme olanağına kavuşmaktadır. Dolayısıyla geri planda bir suç isnadı olup olmadığına bakılmaksızın idarenin yapacağı denetimde, idarece yapılan isteklere uyulmamasının her durumda susma hakkının kapsamı dışında tutulması Anayasa'ya uygun düşmeyecektir.

Ancak Anayasa'nın bu konuda mutlak hükmü varken, örneklerden gördüğümüz üzere susma hakkının kullanılmasına kanun koyucu zorlayıcı yaptırımlar bağlamaktadır. Bu durumda idarenin, Anayasa ve kanun arasındaki çelişki noktasında ne doğrultuda hareket edeceği hususu önemlidir. Sanıktan delile gidilmeyen ceza hukukunda olduğu gibi idare hukukunda da kamusal yarar uğruna bireysel yararın feda edilememesi gerekmektedir. Ayrıca insan haklarına saygıyı

özüne yerleştirmiş bir devletin, kişinin susma isteğine saygı duyması evleviyetle gereklidir. Bu noktada susma hakkının idare hukukunda uygulanmasının kabulü halinde, bir “*yararlar yarışması*” ortaya çıkacaktır. Bireysel yarar ile kamusal yararın nasıl dengeleneceği meselesi, özellikle idarî yargılama öncesinde yürütülen idarî faaliyetlerle ilgili olarak gündeme gelecektir. İdarenin denetim ve yaptırım uygulama yetkilerini kullanırken ileri sürülebilecek susma hakkının ihlâli iddiası, bireysel yarar ile kamusal yararın denkleştirilmesi ve somut olayın özelliklerine göre idare tarafından nazara alınmalıdır. Zaten susma hakkının kullanılması halinde de idare kanuna dayanarak, takdir yetkisiyle ve/veya diğer yollarla ulaştığı veriler eşliğinde bir işlem tesis edecektir. Bu doğrultuda, susma hakkını kullanması nedeniyle kişiye, kendi iradesi dışında bir baskı veya zorlama yoluna başvurulmaması gerekmektedir. Ancak kanun koyucu, örneklerini verdiğimiz üzere Anayasa’ya aykırı olarak bilgi ve belge sunmama fiilini suç olarak kabul edebilmektedir. Birçok farklı tartışmayı barındıran bu konunun güçlükleri iki yolla aşılabilecektir. İlk yol, Anayasa’nın 38. maddesinin 5. fıkrasındaki susma hakkına yönelik içeriğin yeniden düzenlenmesi veya metinde hakkın kullanımına ilişkin istisnalar öngörülmesidir. İkinci yol ise Anayasa’da bir değişiklik yapılmayarak, mevcut düzenlemeye aykırı kanun hükümlerinin ve diğer düzenleyici işlemlerin Anayasa’ya uygun olarak yenilenmesidir.

İdarî yargılama öncesinde geçerli olan benzer durum, idarî yargılama aşaması için de söz konusudur. Re’sen araştırma ilkesi çerçevesinde, yargılamadaki aktif katılımı dışında idare yargıcının, ispat yükünü dağıtması durumunda, ispat yükü üzerinde olan davacının susma hakkını kullanmasında hukukî bir engel bulunmadığı düşüncesindeyiz. Diğer yandan açıkladığımız üzere susma hakkının davacının aleyhine yorumlanamayacağı kuralı olmakla birlikte, mahkemenin re’sen araştırma yetkisine rağmen yargılama süreci davacı tarafından verilmeyen bilgi ve belgelere dayanılarak ileri sürülen iddiaların ispatı noktasında tıkanır, bu sürecin davacı lehine gelişmeyeceği de belirtilmelidir. Zira idarî yargılamada susma hakkından faydalanan davacı, aynı zamanda hukuka aykırılık iddiasıyla uyuşmazlığı yargı yoluna taşıyan kişidir. Bununla birlikte idarî yargılamanın her aşamasında susma hakkından vazgeçen davacının, kendisinde olan bilgi ve

belgeyi mahkemeye sunmak istemesi halinde, yani susma hakkından vazgeçmesi durumunda, mahkemenin silâhların eşitliği ilkesini gözeterek, bu bilgi ve belgelerin taraflarca incelenmesini ve değerlendirmesini sağlayarak bir karara ulaşması da mümkün olmalıdır. Bu itibarla susma hakkının idarî yargılama aşamasında da mahkeme tarafından nazara alınması, Anayasa madde 36' da koruma altında alınan âdil yargılanma hakkının bir gereğidir. Anayasa ve İHAS ile İHAM içtihadının birlikte değerlendirilmesinin ve idarî yargının hukuka uygunluk bloku ile şekillenmesinin bir sonucu olarak, susma hakkının kullanılması konusunun idarî yargılama usulünde ele alınması ihtiyacı vardır. Susma hakkı ile kamu yararı arasındaki dengenin sağlanması ve susma hakkı ile idarî yargılama usulünün bağdaştırılması; Anayasa ve İHAS uyarınca idarî yargıcın omuzlarına yüklenmektedir. Ancak susma hakkının kullanılmasında ceza yargılaması açısından oluşan birçok problem idare hukuku bakımından da gündeme gelebilecekse de bu problemler, idarî yargılama usulümüze ait kuralların ve diğer âdil yargılanma ilkelerinin gözetilmesiyle aşılabilecektir.

Kaynakça

- Alschuler Albert W., "A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent", *Michigan Law Review*, Vol. 94, No. 8, Ağustos 1996, s.2625-2672.
- Ashworth Andrew, "Self-Incrimination in European Human Rights Law—A Pregnant Pragmatism?", *Cardozo Law Review*, Vol. 30, No. 3, Aralık 2008, s.751 vd.; <http://cardozolawreview.com/Joomla1.5/content/30-3/ASHWORTH.30-3.pdf> (01.04.2016).
- Bayındır Sinan, *Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyon Suçu*, Beta, İstanbul 2011.
- Baysal İbrahim Onur, *Sermaye Piyasasında Manipülasyon Suçu*, Yüksek Lisans Tezi (Yayımlanmamış), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.
- Berger Mark, "Self-Incrimination and the European Court of Human Rights: Procedural Issues in the Enforcement of The Right to Silence", *European Human Rights Law Review*, Issue 5, 2007, s.514-533.
- Berger Mark, "Europeanizing Self-Incrimination: The Right to Remain Silent in the European Court of Human Rights", *Colombia Journal of European Law*, Vol.12, No.2, 2006, s.339-381.
- Candan Turgut, "Danıştay Kararlarında Vergisel Kabahatler ve Yaptırımlar Hukukuna İlişkin Temel İlkeler", *İdarî Ceza Hukuku Sempozyumu*, Seçkin, Ankara 2009, s.245-284.

- Candan Turgut, Vergi Yargısında İspat, <http://turgutcandan.com/2012/11/08/vergi-yargisinda-ispat/> (26.03.2016).
- Centel Nur/Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12.Bs., Beta, İstanbul 2015.
- Cremer Wolfram, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İdarî Ceza Hukuku", İdarî Ceza Hukuku Sempozyumu, Çev. Serdar Nart, Seçkin, Ankara 2009, s.173-184.
- Croquet Nicolas A.J., "The Right of Silence and Not to Self-Incriminate Under the European Convention on Human Rights: To What Extent Are They Qualified?", *Cambridge Student Law Review*, Vol.4, No.2, 2008, s.214-234.
- Evik Ali Hakan, Sermaye Piyasası Araçlarını Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma (Manipülasyon Suçu), Seçkin, Ankara 2004.
- Gözübüyük A. Şeref/Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 10.Bs., Turhan, Ankara 2013.
- Gündüz Harun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Rekabet Hukuku Uygulamasına Etkileri, Rekabet Kurumu, Ankara 2010.
- Gürsel Meltem Kutlu, "Sermaye Piyasası Kurulu'nun Denetimi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, C.7, 2005.
- İtişgen Rezzan, Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı, On İki Levha, İstanbul 2013.
- Kazancı Hukuk Otomasyon, www.kazanci.com.
- Kocaoğlu Serhat Sinan, "Susma Hakkı", *Ankara Barosu Dergisi*, Y. 69, S. 2011/1, s.29-58.
- Kunter Nurullah/Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18.Bs., Beta, İstanbul 2010.
- Oğurlu Yücel, "Danıştay Kararları Işığında İdarî Yargılama Usulünde Re'sen Araştırma İlkesi", *Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 75'inci yıl Armağanı, C. 2, S. 2, s.120-133.
- Reisoğlu Seza, Bankacılık Kanunu Şerhi, C. I-II, 2.Bs., Yaklaşım, Ankara 2015.
- Riley Alan, "The ECHR Implications of The Investigation Provisions of the Draft Competition Regulation", *Nottingham Law Journal*, Vol. 8(2), 1999, s.1-27.
- Schuhr Jan C., "Kusturucu Madde Kullanmak İnsanlık Dışı ve Aşağılayıcı Bir Muameledir", Çev. Alexandra Deniz Üner, Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 15, Seçkin, Ankara 2014, s.161-169.
- Stessens Guy, "The Obligation to Produce Documents Versus the Privilege Against Self-Incrimination: Human Rights Protection Extended Too Far?", *European Law Review*, 1997, 22 Supp (Human Rights Survey), s.45-62.
- Şahinkaya Yalçın, Suçsuzluk Karanesi, Seçkin, Ankara 2008.
- Şenyüz Doğan, "Susma Hakkı Karşısında Vergi Usul Kanunundaki Defter ve Belgeleri Gizleme (Kaçakçılık) Suçu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.15, S.1, 2013, s.29-40.
- Ünver Yener/Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, C.1, 11.Bs., Adalet, Ankara 2016.

- Üstün Ümit Süleyman, "Susma Hakkı Çerçevesinde Defter, Kayıt ve Belgeleri Gizleme Suçu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 3, 2011, s.363-390.
- Van Overbeek Walter B.J., "The Right to Remain Silent in Competition Investigations: The Funke Decision of the Court of Human Rights Makes Revision of the ECJ's Case Law Necessary", *European Competition Law Review*, 1994, 15(3), s.127-133.
- Yaltı Billur, *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, Beta, İstanbul 2006.
- Yaltı Billur, "Vergi Hukukunda Susma Hakkı (VUK 359) (a) (2) nin Anayasaya Aykırılığı Sorunu", *Vergi Dünyası*, S. 285, Mayıs 2005, s.24-33.
- Yasin Melikşah, *İdarî Yargılama Usulünde İspat, On İki Levha*, İstanbul 2015.
- Yavaşlar Funda Başaran, "İdarî Nitelikli Vergi Suç ve Cezaları", *Danıştay ve İdarî Yargı Günü 138. Yıl Sempozyumu, Danıştay*, Ankara 2006, s.131-178.