

Avukat

Bekir Baykara

VERGİ BARIŞI KANUNUNUN 14. MADDESİNİN ANAYASAL DURUMU

Bekir BAYKARA

Avukat

(Bu makale Vergi Dünyası Dergisinin Mayıs 2003 tarih ve 261. sayısında yayınlanmıştır.)

I-GİRİŞ

Mükelleflere geniş imkanlar sağlayan “Vergi Barış Kanunu” 4811 Sayı ile 25 Şubat 2003 tarihinde kabul edilmiş, 27 Şubat 2003 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

Kanunun çıkarılma süreci uzun sürmüştür. Kanun, Başbakanlık tarafından 06.01.2003 tarihinde tasarı olarak TBMM Başkanlığına sunulmuş, Meclis tasarısı 16.01.2003 tarihinde 1492 sayı ile kabul etmiştir. Ancak Kanun, Sayın Cumhurbaşkanımız tarafından 29 Ocak 2003 tarihinde, Anayasanın 89. ve 104. maddelerine göre tekrar görüşülmek üzere TBMM’ye geri gönderilmiştir. Cumhurbaşkanı’nın geri gönderme gerekçesi, Kanunun özellikle 14’üncü maddesi başta olmak üzere, hem şekil hem de esas yönünden Anayasaya aykırı görülmüş olmasıdır.

Kanun TBMM’de tekrar görüşülmüş hiçbir değişiklik yapılmadan aynen kabul edilmiş ve 27.02.2003 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Kanunun 14. maddesi ile “uygulanmayacak hükümler” başlığı altında VUK’nun 359. maddesinde sayılan fiillerden bazılarını işleyenler affedilmiştir.

Yazımızın konusu, VBK’nun 14. maddesinin Anayasaya aykırılığı ileri sürülebilecek hükümleri üzerinedir. Aynı maddenin kapsamı ve uygulaması üzerine daha önce yazmıştık.¹

Konu iki bakış açısı göz önünde bulundurularak incelenecektir. Bunlardan birisi Anayasa Mahkemesinin 4616 sayılı Af Kanunu², ile ilgili olarak verdiği karar diğeri, Cumhurbaşkanının geri gönderme yazısıdır.

Konuyu üç bölümde inceleyeceğiz. Giriş bölümünden sonraki ikinci bölümde af kanunlarının denetlenmesi konusunu ele alacağız. Bu bölümde af olgusunu genel olarak inceledikten sonra, Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararı çerçevesinde, affa bakışı ve denetleme ölçülerinin, konumuzla sınırlı olarak, üzerinde duracağız. Üçüncü bölüm ise konumuz olan VBK’nun 14. maddesinin Anayasa’ya aykırı hükümleri olacaktır. Bu bölüm de iki alt bölüm olarak ele alınacaktır. Birinci alt bölümde Cumhurbaşkanının geri gönderme

¹ Bekir Baykara, Vergi Barışı Kanununa Göre Hapis Cezasını Gerektiren Vergi Suçlarının Durumu, Yaklaşım Nisan 2003, 124 Sayı, Sh. 138.

² Bu Kanunun tarihi 21.12.2000, adı da “23 Nisan 1999” Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıvermeye ve Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun”dur. Ancak başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere herkes af kanunu nitelendirmesinde bulunmuştur.

yazısındaki görüşleri ve değerlendirmesi, ikinci alt bölümde ise kendi görüşümüz sunulacaktır. Sonuç bölümü son bölüm olacaktır.

II-AF VE AF KANUNUNUN DENETLENMESİ

A-GENEL OLARAK AF

Bir suç işlendiğinde Devletin ceza verme hakkı doğar. “Af” suç teşkil eden fiiller için ceza vermek hakkını ortadan kaldıran, verilmiş olan cezaların kısmen veya tamamen infazını önleyen, yetkili mercilerce yapılmış bir hukuki tasarruftur. Af yetkisinin kullanılması, netice itibariyle Devletin cezalandırma hakkından geçici olarak feragat etmesi anlamına gelmektedir.³

Af, genel af ve özel af olarak ayrılır. Genel af, kamu davasını düşüren, mahkumiyeti bütün sonuçlarıyla birlikte yok sayan bir kamu hukuku tasarrufudur. Genel af, fiile yöneliktir ve yasama işlemidir, yani kanun şeklinde olur.⁴

Genel af, hüküm kesinleşmeden yürürlüğe girerse davayı düşürür. Savcılık aşamasında ise takibatın düşürülmesine karar verilir. Temyiz aşamasında da davanın düşmesine karar verilir. Af kesin hükümden sonra çıkarılırsa, kesin hükmü siler. Yani mahkumun hükümden dolayı bütün cezaları silinir, tekerrüre esas olmaz, adli sicil kaydı silinir.⁵

Affin genelliği kişiler itibariyle değil, affın sonuçları itibariyledir. Genel affta ceza mahkumiyeti ortadan kalkar, bir anlamda bir kişi için bile genel af çıkarılabilir.⁶

Genel af, şarta bağlı olarak çıkartılabilir. Bu şart taliki (ileride gerçekleşecek) veya infisahi (bozucu) olabilir. Örneğin, VBK'nun 14. md.sindeki af taliki şarta bağlı genel afftır. Bozucu şarta bağlı affa örnek, belirli süre suç işlememe şartı olabilir.

Özel af, TCK 98. md.de tanımlanmıştır. Buna göre özel af, af kanunundaki belirlemeye göre cezayı ortadan kaldırır, azaltır veya (daha hafif ceza ile) değiştirir. Özel affın, ikinci ve tamamlayıcı nitelikli cezalara etkisi olmaz. Özel af, genel af gibi şarta bağlı olarak çıkarılabilir.

Genel af çıkarma yetkisi sadece TBMM'ne ait iken özel af, TBMM ve Cumhurbaşkanınca çıkarılabilir. (A. Md. 87 ve 104.) Ancak Cumhurbaşkanının özel af yetkisi sınırlıdır. Bu yetki, sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebiyle belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak şeklinde kullanılır.

B-AF KANUNLARININ YARGISAL DENETİMİ

1-Genel Olarak

³ Anayasa M. E. 2001/4, K. 2001/332, 18.07.2001 G.

⁴ Aynı karar.

⁵ Doğan Soyaslan, Af, Anayasa Yargısı, (Anayasa Mahkemesi Yayını) C. 18, Sh. 418.

⁶ Anayasa Yargısı, C. 18, Sh. 334. Tartışma bölümü, Uğur Alacakaptan.

Hukuk normlar, kurallar sistemidir. Hukuk alanında, kurallar arasında bir hiyerarşi, rütbe, astlık, üstlük ilişkisi vardır. Kuralların en üstünde anayasalar vardır. Hiçbir Kanun, Kanun Hükmünde Kararname, Anayasaya aykırı olamaz. (A. Md. 11). Yani Meclisin yasama yetkisi Anayasa ile sınırlıdır. Kanunların, Anayasaya uygunluğu Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenir. (A. Md.148)

Af kanunları Anayasaya aykırı olamaz, dolayısıyla Anayasaya uygunluk denetimine tabidirler.

Türkiye Cumhuriyetinde ilki 1923 yılında olmak üzere 12 af kanunu çıkmıştır. Ancak bunlardan altı tanesi geniş kapsamlı af kanunu niteliğindedir.⁷ Bu af kanunları Anayasa Mahkemesinin kurulduğu 1961 yılından beri yargı denetimindedir. Yargı denetimi Anayasanın 150. md.'ne göre iptal davası açmak yada 152. md.'ne göre itiraz yoluyla, diğer mahkemelerde ileri sürülmesi yoluyla olmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, af kanunları ile ilgili davaları kabul etmiş, iptal kararları vermiştir. En son iptal kararı da, aşağıda geniş olarak incelediğimiz 4616 Sayılı Kanun ile ilgilidir.

2-Anayasa Mahkemesi'nin Af Kanunlarını Denetleme Ölçüleri

Yukarıda belirttiğimiz gibi Anayasa Mahkemesi'nin denetleme ölçüleri için 18.07.2001 tarih ve E. 2001/4 K.2001/332 sayılı kararını esas tutacağız. Bu karar 4616 sayılı Kanun ile ilgili olarak verilmiştir.

Kanunun Anayasa Mahkemesi önüne gelmesi, 226 mahkemenin "itiraz yoluna başvurması" ile olmuştur.

Kanunun itiraz edilen hükümleri başlığı, uygulama tarihi (23 Nisan 1999) ve birinci maddenin çeşitli bent ve cümlelerindeki hükümleridir. İtiraz edilen hükümlerin büyük çoğunluğu kapsam dışılığı ve yararlanma şartlarına ilişkindir. Anayasa'ya aykırılığı iddiasının dayanağı ise, Anayasanın başlangıç, 2, 5, 10, 11, 36, 38 ve 138. maddeleridir.

Anayasa'ya aykırı görülen hükümler, ile nedenlerine gelmeden önce, Anayasa Mahkemesi'nin af, aftan yararlanma, eşitlik, hak arama özgürlüğü hakkındaki görüşlerini özetlemek istiyoruz.

a-Mahkemenin Af Ve Af Kanunlarının Denetlenmesi Konusundaki Görüşü

Anayasa mahkemesi, 4616 S.K.'nin adı erteleme ve şartla salıverme olmasına rağmen "niteliğine bakıp" af kanunu olarak görmektedir.⁸

⁷ Timur Demirbaş, Af Tartışmaları ve 4616 Sayılı "23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun" Anayasa Yargısı C. 18, Sh. 89.

⁸ Ag Karar, Mustafa Bumin, Ertuğrul Ersoy, Karşı oy yazısı, AMKD S.35 C. 1. Sh. 640-641.

Anayasa Mahkemesi'ne göre,

“Ceza Hukuku ve tamamlayıcı olan infaz hukuku alanında yasa koyucunun,..... özel ve genel af çıkarılması hususlarında kamu yararı amacıyla düzenlemeler yapma konusunda takdir hakkı vardır. Ancak bu takdir hakkı, Anayasa ve evrensel hukuk kurallarıyla sınırlıdır.”⁹

Anayasamızdaki iki somut sınırlama, 87. maddedeki “Anayasa'nın 14. maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler.....” ile 169. maddedeki “Ormanları yakmak, ormanı yok etmek veya daraltmak amacıyla işlenen suçlar genel ve özel af kapsamına alınamazlar” hükümleridir.

Yukarıda Anayasa Mahkemesi Kararından yaptığımız alıntıdan anlaşıldığı gibi Anayasa Mahkemesi'ne göre; TBMM'nin af çıkarma yetkisi, Anayasa ve Evrensel Kurallar ile sınırlıdır. Bunun sonucu olarak da Anayasa Mahkemesi'nin hukuka uygunluk denetimine tabidir. Üyelerden Mustafa Bumin ve Ertuğrul Ersoy bu görüşe karşıdırlar. Bu üyeler af kanunlarının denetlenemeyeceği görüşündedirler.¹⁰

Anayasa Mahkemesi'ne göre “Anayasamızda fertlerin temel hak ve hürriyetleri arasında af, erteleme ve şartla salıverme gibi kimi olanaklardan yararlanma gibi bir hak yer almamıştır”¹¹.

b-Mahkemenin Eşitlik Ve Adalet Konusundaki Görüşü

Anayasa Mahkemesi'ne başvuruların çoğunda “adalet” ve “eşitlik” ilkesine aykırılık vardır.

Anayasa Mahkemesinin eşitlikle ilgili görüşü şu şekildedir; “Hukukun temel ilkeleri arasında yer alan eşitlik ilkesine Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre yasa önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık yapılmasını önlemektir. Bu ilkeye, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulayarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesini yasaklamıştır”.¹²

⁹ Ag. Karar, Ag Dergi, Sh. 607

¹⁰ Bu üyelere göre; af çıkarmak yasa koyucunun takdirindedir. Bu takdirin alanı, ceza koymaktan daha geniştir. Anayasa ile yasaklanan alanlar dışında, yasa koyucu af konusunda kısıtlayıcı bir kurala tabi değildir. Anayasa Mahkemesi bir takım hükümleri diğerleri ile karşılaştırarak iptal ettiğinde, alanını aşarak yasa koyucu gibi davranmış olacaktır. Halbuki Anayasamızda aftan yararlanma hakkı diye bir hak yoktur. (Ag. Karar. Karşı oy yazıları)

¹¹ Ag Karar Ag Dergi Sh. 598.

¹² Ag Karar, Ag Dergi Sh. 606, Aynı Konu Mahkemenin H. 1. 1994 tarih ve E. 1993/29, K.1994/I sayılı kararında da açık ve geniş olarak ifade edilmiştir. (AMKD S.33 C.1 S.5)

Anayasanın 2. maddesi Cumhuriyetin niteliklerini, 10. maddesi kanun önündeki eşitlik konusunu düzenlemiştir. Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında, adil ve adaletli olma da vardır. Esasen adalet ve eşitlik birbirini tamamlar, çoğu zaman birbirinin yerine kullanılır. Anayasa Mahkemesi “yasa önünde eşitlik” ilkesine aykırı düşen bir düzenlemenin Anayasa’nın 2. maddesindeki “hukuk devleti” kavramı karşısında geçerliliğini savunmanın olanaksız olduğu içtihadındadır.¹³

İncelediğimiz Kararda, kapsam dışı ve kapsama alınan suçlar, eşitlik ve adalet açısından karşılaştırılmış, aykırı olan hükümleri iptal edilerek bir bakıma affin kapsamı genişletilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, suçları Ceza Kanunundaki bab ve fasıl olarak yapılan ayırım ile 86. maddedeki düzenlemeye bakarak benzer hukuki yararları (menfaatleri) koruyan hükümleri karşılaştırarak düzenlemenin eşit ve adil olup olmadığına karar vermiştir. **Eğer aynı konuyu veya hukuki yararı ihlal eden iki suçtan birisi affedilip biri affedilmemişse, mahkeme bunu haksız bulmuştur. Keza, gerek hukuki gerekse sosyal sonuçları itibariyle daha ağır suçun affedilip, daha hafifinin affedilmemesini eşitliğe aykırı bulmuş, iptal etmiştir.**

Bu konu ile ilgili olarak karardan bazı örnekler aşağıda verilmiştir.

-4616 S.K.’da TCK 188 ve 191. maddeler kapsam dışı bırakılmıştı. Buna karşı aynı fasıldaki suçlar ve bu suçların unsurunu oluşturan diğer suçlar affedildiği halde TCK 188 ve 191. md.deki suçların affedilmemesine Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle itiraz edilmişti.

Anayasa Mahkemesi, TCK 188 ve 191. maddeleri ile aynı fasılda yer aldığı ve bazıları daha fazla ceza içeren suçlar kapsamda olduğu halde söz konusu maddelerin olmamasını ve bu suçları unsur olarak içeren TCK 179, 495, 429, 430 ve 201. maddelerindeki benzeri veya daha ağır cezalı suçlar kapsama alındığı halde, 188 ve 191. maddelerin aftan istisna (ayrık) tutulmasını adaletsiz bulmuştur. Bu durum Anayasanın 2. maddesine aykırı görülmüştür. Kuralın Anayasanın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

-4616 S.K.’da TCK 240. Md. kapsam dışı bırakılmıştı. Buna karşı da yukarıdakine benzer nedenlerle Anayasa’nın 2, 10 ve 11. maddelerine aykırı olduğu gerekçesi ile itiraz edilmişti.

Anayasa Mahkemesi, aynı fasılda yer alıp cezaları daha ağır olan TCK 228 ve 233. maddeleri ile, 240. Md.’deki cezanın ağırlaştırılarak verileceğini hükme bağlayan 1918 S.K.’nun 38. Md.’si kapsamda olmasına rağmen, 240. Md.’nin af kapsamına alınmamasını

¹³ Yukarıdaki dipnotta verilen K.1994/I sayılı karar, AMKD Sayı 33 C.1 Sh 6

adil bulmamıştır. Mahkeme, Askeri Ceza Kanununun 144. Maddesinde de düzenlenen askerlerin görevlerini kötüye kullanmalarına ilişkin maddenin kapsama alınmasına karşılık, aynı suçun genel nitelikte olanını düzenleyen TCK 240. maddenin kapsam dışı olmasını Anayasanın eşitlik ilkesi ile bağdaşmaz bulmuştur. Bu nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.¹⁴

-Anayasa Mahkemesi'nin itirazı reddettiği hallere ilişkin bir örnek de şöyledir: 4616 S.K. TCK 243. Maddeyi kapsam dışı bırakmıştı. Bu hükümlerle ilgili olarak, TCK 245 ve 450/3 maddeler daha ağır olduğu halde, 243. maddenin kapsam dışı olmasını hukuk devleti ve eşitlik ilkesi açısından aykırılık iddiası ile itiraz edilmişti.

Anayasa Mahkemesine göre, koruduğu hukuki yarar bakımından diğer tüm suçlardan farklı olan işkence suçunun kamu düzeni ve kamu güvenliği gibi amaçlarla, 4616 sayılı kanunun dışında bırakılmasında hukuk devletine aykırılık yoktur. Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesi ile ilgili itirazlar dolayısıyla Mahkeme, 243. Maddenin kamu gücüne dayanarak görev yapan memurlarca işlenebileceğini, 450/3 Md. ise herkes tarafından işlenebilecek suçlardan olduğunu, bu nedenle eşitlik ilkesi yönünden karşılaştırılamayacağını belirterek, Anayasa'ya aykırılık olmadığına karar vermiş ve itirazı reddetmiştir.

-4616 S.K, VUK'nun 359. Md.ni de kapsam dışı bırakmıştı. Bu konu ile ilgili olarak, yasanın daha ağır suçları affettiği halde 359. maddedeki suçun affedilmemesinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştü. Anayasa Mahkemesi bu itirazı "Toplumun ekonomik refahının sağlanması açısından büyük önemi olan verginin tarh, tahakkuk ve tahsilinin hiç yapılamaması veya gerçeğe aykırı biçimde ve verginin ziyanına yol açacak şekilde yapılması sonucunu doğuracak "vergi kaçakçılığı" suçlarının içeriği, suç tipleri, koruduğu hukuki yarar, unsur ve nitelikleri gözetildiğinde diğer yasalardaki suç türleri ile karşılaştırılamayacağı açıktır"¹⁵ gerekçesi ile reddetmiştir.

c-Anayasa Mahkemesinin Hak Arama Özgürlüğü Üzerindeki Görüşü

İncelediğimiz karara konu yasanın 1. Maddesinin 4. bendinde 23 Nisan 1999 tarihinden önce işlenen ve üst sınırı 10 yılı geçmeyen suçlarla ilgili olarak henüz takibata geçilmemiş veya hazırlık soruşturmasına girilmiş olmakla beraber henüz hüküm verilmemiş veya verilen hüküm kesinleşmemiş ise, davanın açılması veya kesin hükme bağlanması ertelenir hükmü bulunmaktadır. Bendin ikinci paragrafında ise, ertelemenin şartları düzenlenmektedir. Maddeye, Anayasanın başlangıç, 2, 5, 10, 38, 138. maddelere aykırılığı nedeniyle itiraz edilmiştir. İtiraz nedenlerinden birisi de ertelemeyi (affi) ret hakkının

¹⁴ Ag Dergi Sh.609-610

¹⁵ Ag Dergi Sh. 630

olmaması, kişilerin beraat etmelerini engellediği, adil yargılanma hakkını ortadan kaldırdığı hususudur.

Anayasa Mahkemesi bu bendi Anayasa'nın 2, 10, 36 ve 38/4. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

Mahkemenin hükmün Anayasanın 38. Md.sine¹⁶ aykırılıkla ilgili gerekçesi, "...itiraz konusu kurala getirilen mahkumiyetine yeterli kanıt bulunanlar bakımından hükümlülüğün engellenmesi kuralı lehte ise de hazırlık soruşturması yapılarak takipsizlik kararı ile sonuçlandırılabilirler veya yargılama sonucunda beraat edebilecekler yönünden aleyhte sonuç doğuracağı açıktır. Hakkında kimi nedenlerle yanlışlıkla kamu davası açılmış kişilerin (başkasının kimlik bilgileri verilerek suçla ilgisi olmayan kişiler hakkında kamu davası açılması gibi) hukuk devleti olmanın gereği savunup aklanabilecekleri söz konusu olabilecekken bu hakları ellerinden alınmış olmaktadır"¹⁷ şeklindedir.

III-VERGİ BARIŞI KANUNUNUN 14. MADDESİNİN ANAYASAYA AYKIRI HÜKÜMLERİ

A-CUMHURBAŞKANININ AYKIRI GÖRDÜĞÜ HUSUSLAR

Sayın Cumhurbaşkanımız 16.01.2003 tarihinde kabul edilen 4792 sayılı Vergi Barışı Kanununu (VBK) 23.01.2003 tarihinde, Anayasa'nın 89. maddesindeki yetkiye dayanarak ,bir daha görüşülmek üzere geri göndermişti.¹⁸ Cumhurbaşkanı geri gönderme yazısında özellikle 14. madde üzerinde durmuş, bu konuda Anayasaya aykırı gördüğü hususları belirtmişti. Bu hususlar aşağıda özetlenmiştir.

1-Cumhurbaşkanı'nın 4792 Sayılı VBK'nun Şekil Bakımından Anayasa'ya Aykırı Gördüğü Hususlar

Cumhurbaşkanı'na göre VBK'nun 14. maddesi af niteliğindedir. Kanunun bu niteliği, Anayasa'nın 87. maddesine göre üye tam sayısının beşte üç çoğunluğu ile kabul edilmesini gerektirmektedir. Tutanaklarda bu hususta bir kayıt yoktur. Dolayısıyla Kanunun bu oranda kabul edilmediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle de Kanunun bu hükmü Anayasaya şekil yönünden aykırıdır.

¹⁶ Anayasa'nın 38/4 maddesi "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılmaz" şeklindedir.

¹⁷ Ag Dergi Sh 606

¹⁸ Anayasanın 89. ve 104. maddelerinde düzenlenen bu kurum, basında ve kamu oyunda "Veto" olarak adlandırılmaktadır. Bu yanlıştır. Bu kurum, 1876 Kanun-i Esasinin ilk metnindeki, padişahın, İngiltere'de Taç'ın 18. yüzyıldan beri kullanılmayan "mutlak veto" kurumundan farklı olduğu gibi, ABD Başkanının "Geciktirici Veto" yetkisinden de farklıdır. Bu nedenle bu kurumu "veto" olarak adlandırmamak gerekir. Bu konuda bkz. Erdoğan Teziç, Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi, Anayasa Yargısı 1987, Sh. 84-85. Anayasa Mahkemesi yayınları. Bu söz konusu hukuki kuruma veto diyemeyeceğimize göre biraz uzun olmakla birlikte yukarıda makalenin başlığında olduğu gibi Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisi diyebiliriz.

Geri gönderme yazısında Cumhurbaşkanı, VBK'nun özellikle 14. md.ni bir af kanununu olarak nitelemektedir. Bu nedenle beşte üç çoğunlukla kabul edilmelidir düşüncesindedir. Bu husus şüphesiz doğrudur. Ancak bu durum, 4811 Sayılı VBK'nunda düzeltilmiş olacağından böyle bir sorun olmayacaktır.¹⁹

2-Cumhurbaşkanınca VBK'nun 14. Md.nin Anayasanın 38. Maddesine Aykırı Görülen Yönleri

VBK'nun 14. Maddesinin 1. fıkrasındaki VUK'nun 359. md.sindeki fiilleri 31.08.2002 gününden önce işleyenlerle ilgili başlatılmış bulunan soruşturmaların sürdürülemeyeceği ve açılmış olan kamu davalarının kaldırılacağı kuralı, Cumhurbaşkanı'nca Anayasa'nın 38. Maddesine aykırı görülmüştür. Cumhurbaşkanı bu konuda 4616 Sayılı Kanunun benzer kuralının Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda incelenen Kararı ile ve aynı nedenle, iptal edildiğini hatırlatmaktadır.

Cumhurbaşkanı, geri gönderme yazısında, başlatılmış olan soruşturmaların sürdürülemeyeceği ve açılmış olan davaların ortadan kaldırılacağı hükmünün, hak arama özgürlüğü kapsamında, yargı önünde aklanma isteme hakkını vermediğini belirterek, Anayasa'ya aykırı olduğunu bildirmiştir.

Bu konuyla ilgili görüşümüz şöyledir: Gerçekten, 4811 S. Kanun ile affi reddetme hakkı tanınmamıştır.²⁰ Dolayısıyla Kanunun 14/1. md.deki soruşturmaların sürdürülemeyeceği, Kamu davasının ortadan kaldırılacağı yönündeki hüküm sanığın beraat ederek (aklanarak) toplum önüne çıkmasını engellemektedir. Oysa sanığın toplumda ve vicdanlarda aklanmayı isteme hakkı vardır.²¹ Anayasa Mahkemesi bu nedenle 4616 Sayılı Kanunun 1. Maddesinin 4. bendini iptal etmiştir.

Bize göre 4811 Sayılı VBK'nun 14. Md.'de düzenlenen af şartlı bir aftır.²² Sanık tarafından yerine getirilecek olan bu şart, maddenin 3. fıkrasında belirtildiği gibi, kayba uğrayan verginin ödenmesidir. Sanık bu şartı yerine getirmeyerek davasını sürdürebilir. Gerçi 4369 S.K.'dan sonra vergi kaybı olmasa da, vergi suçu işlenebileceği için²³, bu tür suçlar için sorun olabilir. Fakat, bu durum Vergi Ceza Hukukunda çok rastlanan bir durum değildir. Ayrıca pratikte kimsenin bu yönde itirazda bulunacağını düşünmüyoruz. Bu konuda,

¹⁹ Bu konudaki tutanakları görmedik. Fakat Meclis TV'den izlediğimiz kadarıyla bu konuya dikkat edildi.

²⁰ Doğan Soyaslan, Af, Anayasa Yargısı C.18 SH. 365. Ancak bazı kanunlarda bu konuda hüküm bulunmaktadır.(Örneğin 26 Ekim 1960 tarihli 113 Sayılı Af Kanunu). Ayrıca Affi reddetme hakkının anayasal bir hak olduğu söylenmektedir.(Zehra Odyakmaz) 1982 Anayasası Açısından Bireyin Aftan Yararlanmayı Reddetme Hakkı, Anayasa Yargısı C. 18, Sh. 364 vd.

²¹ Zehra Odyakmaz agm.

²² Gerçi 4616 S. Kanunda düzenlenen af da şartlı bir aftı. Ancak bu şart bozucu (infisahi) bir şarttı.

²³ Bekir Baykara, Vergi suçuna Teşebbüs 4369 Sayılı Kanundan Sonra Mümkün müdür?, Yaklaşım Ekim 2001, Sayı 106 Sh. 167

Anayasanın 150. md.ne göre iptal davası açılabilir. Böyle bir dava açılır ve Anayasa Mahkemesi bu nedenle iptal kararı verirse, incelediğimiz kararda olduğu gibi, düzenleme için, bir süre vermektedir.

3-Cumhurbaşkanı'nın Sahte Belge Kullananların Af Kapsamına Alınmasını, Adalet Duygusu ve Hukuk Devleti İlkesiyle Bağdaşmadığı Yönündeki Görüşü

Cumhurbaşkanı geri gönderme yazısında sahte belge düzenleyenler ve basanlar af kapsamı dışında tutuldukları halde, kullananların af kapsamına alınmalarını, vergisel kamu düzeniyle, adalet duygusuyla ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırılmaz olarak görmektedir. Yani Cumhurbaşkanı bu durumu Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bulmaktadır. Bu görüşün gerekçesi özet olarak aşağıdaki gibidir:

-Sahte belgeden asıl çıkar sağlayanlar düzenleyenler değil, kullananlardır. Düzenleyenler küçük bir komisyon aldıkları halde, kullananlar Devlet Hazinesi aleyhine çok büyük çıkarlar sağlamaktadırlar.

-Bu nedenle, sahte belge kullananlar, düzenleyenler gibi kamu düzenini bozmaktadırlar.

-Bu nedenle, yasa koyucu, sahte belgeyi düzenleyenleri, kullananlar ile eşdeğer görmüş ve aynı ceza ile cezalandırmıştır.

-Bu nedenle sahte belge kullananların af kapsamına alınmış olması Anayasaya aykırıdır.

Yukarıda açıkladığımız gibi, Cumhurbaşkanı geri gönderme yazısında sahte belge kullananların, kullandıkları sahte belgeyi basan ve düzenleyenler gibi af kapsamında tutulmamalarını "... Vergisel kamu düzeniyle adalet duygusuyla ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır" ifadesiyle Anayasaya aykırı görmüştür.

Hukuk devleti ilkesi Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenmiştir. "Adalet duygusu"na ise "Adalet anlayışı" ifadesi ile aynı maddede yer verilmiştir.

Aşağıda geniş olarak açıkladığımız gibi, Kanununun 14. maddesi Anayasa'ya aykırıdır. Maddedeki aykırılık, Cumhurbaşkanının belirttiği gibi, sahte belgeyi basan, düzenleyen ve kullananlar arasında farklı düzenleme yapılmasıdır. Ancak bize göre bu aykırılık, sahte belgeyi kullananların af kapsamına alınmasında değil, basan ve düzenleyenlerin af kapsamına alınmamasındadır.

B-KANAATİMİZE GÖRE MADDENİN ANAYASAYA AYKIRI YÖNLERİ

Yukarıda, hem 4616 Sayılı kanun ile ilgili verilmiş kararın analizi hem de Cumhurbaşkanı'nın geri gönderme yazıları ile ilgili tespit ve açıklamalarımızın ışığında, başlıkta yer alan görüşe vardık.

Gerçekten, 4811 Sayılı Kanununun 14. Maddesi bir af hükmüdür. Davayı düşürdüğü, mahkumiyeti ve sonuçlarını kaldırdığı için de genel af kanunudur. Maddenin 2. fıkrasında yer alan "...belgelerin asıl ve suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler, (2) numaralı bendindeki belgeleri sahte olarak basanlar hakkında (1) numaralı fıkra hükümleri uygulanması" hükmü Anayasa'nın 2 ve 10. maddelerine aykırıdır.

Bu aykırılığın nedeni, aynı nitelikte olan, hatta daha ağır zarar doğuran sahte belge kullananlar affedildiği halde, bunları basan ve düzenleyenlerin kapsam dışı bırakılmasıdır.

Burada kısaca, sahte belge ve bu belgelerin basılması, düzenlenmesi ile bunların kullanılması üzerinde durmak gerekir:

VUK'nun 359/b-1 md.'de tanımlandığı gibi sahte belge; gerçek bir muamele veya durum olmadığı halde varmış gibi düzenlenen belgedir. Sahte belge düzenlemek oldukça yaygın bir suçtur. Bu Suç genellikle şu şekilde işlenir: İki kişi bir limited şirket kurup, vergi kaydı yaptırıp fatura kesmeye başlarlar. Çok büyük tutarda fatura keserler. Kendi kestikleri faturaların altlarını da ya kendi şirketlerinden yada başka şirketlerden kesilen faturalarla doldururlar. Şirketin sahteci olduğu ortaya çıkınca, bu şirketi bırakıp giderler, yenisini kurarlar. Bu işle uğraşanlar, şirketi kendi adlarına kurdukları gibi, kimi kimsesi olmayan, ortalıkta başıboş dolaşan, işsiz güçsüz kişiler adına da kurarlar. Bu kişilerden vekaletname alarak bütün işlemleri kendileri yaparlar. Bu kişilerin zabıta (mali polis) ve Maliyece ortaya çıkarılmaları kolaydır. Ancak sayıları fazla olduğundan uğraşmak zordur. Bu kişiler düzenledikleri belgeleri yerine göre % 3-8 oranında bir komisyonla satar. Komisyon oranını, belgenin sağlamlığını göstermek için sarfedilen gayret belirler.

Sahte belge düzenleyenler sadece yukarıdaki kişilerden ibaret değildir. Büyük, yerleşik şirketler veya kurumlardan da bu tür faturalar düzenleyenler olabilir. Ancak bunu ortaya çıkarmak çok zordur.

Sahte belge kullanmanın çok çeşitli nedenleri vardır. Bunların başlıcaları, KDV ödememek, KDV iadesi almak, maliyeti ve giderleri şişirmek gibi nedenlerdir.

Sahte belge düzenleme ile kullanma, aynı suçun değişik iki yönüdür. Zaten Kanun "...düzenleyenler veya bu belgeleri kullananlar" diyerek bunu kastetmiştir. Esasen bunlardan birisi kanunda yer almamış olsaydı bile, diğeri VUK'nun 360. maddesine göre iştirak hükümlerine göre cezalandırılabilirdi.

VUK'nun 359/b-2 maddesindeki belgeleri sahte olarak basanlar ve bu belgeleri kullananlar arasında da yukarıdaki gibi bir ilişki söz konusudur.

Görüldüğü gibi sahte belge düzenlemek ve kullanmak, birbirine bağlı, birbirinin sonucu olan suçlardır. Sahte belge talebi olmadan arzı da olmaz. Ancak bunlardan sahte belge kullanma suçu, Cumhurbaşkanı'nın da belirttiği gibi, daha ağır zararlara yol açar.

Açıklandığı gibi, aynı suçun yarısını affedip yarısını affetmemek, Anayasa'nın 2. ve 10. maddesine aykırıdır. Bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda incelediğimiz kararının, TCK 240. maddesi ile ilgili bölümü bize ışık tutacaktır. Anayasa Mahkemesi, incelediğimiz kararda TCK 240. maddesi af kapsamı dışında tutulduğu halde, aynı suçun askerler tarafından işlenmesi halinde cezalandırılan Askeri Ceza Kanununun 144. maddesinin af kapsamına alınmasını Anayasamızın 2. ve 10. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir.²⁴

SONUÇ:

Yazımızda, 4811 Sayılı VBK'nun 14. maddesinin Anayasa'ya aykırı hükümlerini inceledik. Bu incelemede, Anayasa Mahkemesi'nin en son af kanunu olan 4616 sayılı kanunla ilgili olarak verdiği, 18.07.2001 tarih ve 2001/4 E, 2001/332 sayılı kararındaki görüş ve örnekler esas alınmıştır. Yazımızda ayrıca, Sayın Cumhurbaşkanımızın kanunu geri gönderme yazısındaki gerekçeler de ele alınıp incelenmiştir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, Yasa koyucu, Anayasa ve evrensel ilkelere uygun olarak gerekli gördüğü fiilleri suç olarak belirler, gerekli gördüklerini suç olmaktan çıkarır. Yasa koyucunun af yetkisi, 14 ve 169. maddelerdeki kısıtlamalar dışında suç ve cezayı belirleme yetkisinden daha geniştir. Kişilerin temel hak ve özgürlükleri arasında aftan yararlanma gibi bir hakları yoktur. Bu nedenle afta eşitlik olamaz. Af kanunun içeriğini yasa koyucu belirler. Ancak bu belirlemenin sınırı Anayasa'nın temel ilkeleridir. Anayasa Mahkemesi bu kurallar çerçevesinde 4616 Sayılı Kanunu değerlendirmiş ve bir kısım maddelerini iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu Kararı ışığında 4811 Sayılı VBK'nun 14. maddesini incelediğimizde, genel af getiren bu madde ile, sahte belge kullananların af kapsamına alınmasına karşılık, bunları düzenleyen ve basanların af kapsamı dışında tutulmasının Anayasanın 2. ve 10. md.ne aykırı olduğu kanaatine vardık.

Ancak vardığımız sonuç, Cumhurbaşkanı'nın vardığı sonuç ile aynı değildir.²⁵ Hatta ters yöndedir. Çünkü; Cumhurbaşkanı, sahte belge kullananların sahte belgeleri basan ve düzenleyenler gibi af kapsamı dışında tutulması gerektiği görüşündedir. Halbuki bizim görüşümüz, sahte belge basan ve düzenleyenlerin de kullananlar gibi af kapsamına dahil olması gerektiğidir. Bu görüşe varmamızın nedeni de Anayasa Mahkemesi'nin Af

²⁴ Ag. Dergi sh. 610

²⁵ Sayın Cumhurbaşkanının geri gönderme nedeninin sadece hukuki olmadığını adalet, hakkaniyet, kamusal vergi düzeni gibi düşüncelerin de rol oynadığını düşünüyoruz.

konusundaki tutumudur. Anayasa Mahkemesinin kapsam içine alınan suçlar hakkında herhangi bir iptal kararı vermezken, benzer durumda olup da kapsam dışında bırakılanlar için iptal kararı vermesidir.