



HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Hasan Kalyoncu University
Law Review

Yıl / Year: Ocak / January 2023 - Cilt / Volume: 13 - Sayı / Issue: 25

Derginin Sahibi / Owner of Review

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına
Hukuk Fakültesi Dekanı
On behalf of Hasan Kalyoncu University, Dean of Law Faculty
Prof. Dr. Enver BOZKURT

Editör / Editor

Dr. Öğr. Üyesi Ferhat USLU

İletişim Adresi / Contact

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Havalimanı Yolu
27410 Şahinbey / GAZİANTEP
E-posta: dergihuhuk@hku.edu.tr
Tel: +90 (342) 211 80 80 - Faks: +90 (342) 211 80 81

Sayfa ve Kapak Tasarımı / Graphic Design of Pages and Cover

Emre KIZMAZ

Yayıncı / Publisher

Seçkin Yayıncılık A.Ş. (Sertifika No: 45644)
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13 Çankaya / ANKARA
Tel: 0312 435 30 30 - Faks: 0312 435 24 72

Yayın Yeri | Yılı / Place and Date of Publication

Ankara | Ocak 2023

ISSN

2147-3293

© HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ Dergisinin (HKÜHFD) her hakkı 5847 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na göre Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne aittir. Gerçek ve tüzel kişiler tarafından kısmen dahi olsa çoğaltılamaz, yayımlanamaz. Dergide yayımlanan yazılardan alıntı yapılması ancak kaynak gösterilmesi koşulu ile mümkündür. Yazılarda yer alan görüşler yazarların kişisel görüşleridir.

HKÜHFD, yılda iki sayı olarak yayımlanan hakemli, uluslararası, süreli ve basılı dergidir.

EDİTÖR KURULU / EDITORIAL BOARD

Dr. Öğr. Üyesi Ferhat USLU | Dr. Öğr. Üyesi Kemal Haluk ERUYGUR
Balıkesir Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAYIN KURULU / EDITORIAL BOARD

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN | Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS
Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY | Dr. Öğr. Üyesi Mehmet KODAKOĞLU
Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa Alper GÜMÜŞ | Dr. Öğr. Üyesi Tamer BOZKURT
Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

DANIŞMANLAR KURULU / ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN | Prof. Dr. Maya Turgut ÖZ
Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi | İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Cem BUDAĞ | Prof. Dr. Mehmet Çağlar MANAVGAT
İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi | İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ | Prof. Dr. Murat ALIŞKAN
Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Asuman TURANBOY | Prof. Dr. Mustafa Alper GÜMÜŞ
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aynur YONGALIK | Prof. Dr. Mustafa Tayfun AKGÜNER
Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi | İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Aziz Can TUNCAY | Prof. Dr. Muzaffer ŞEKER
Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi | İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cem BAYGIN | Prof. Dr. Nuri Tankut CENTEL
Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemil KAYA | Prof. Dr. Oruç Hami ŞENER
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cevdet İlhan GÜNAY | Prof. Dr. Osman Gökhan ANTALYA
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Enver BOZKURT | Prof. Dr. Pınar AKAN
Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Esra EKMEKÇİ ÇALICIOĞLU | Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Etem Saba ÖZMEN | Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI
Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Faruk ACAR | Prof. Dr. Sururi AKTAŞ
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fatma Nur CENTEL | Prof. Dr. Şahin AKINCI
Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi | İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ | Doç. Dr. Bahar Ceyda SÜRAL
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hasan PULAŞLI | Doç. Dr. Murat TOPUZ
İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ | Doç. Dr. Seçkin NAZLI
İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi | İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YAYIN İLKELERİ

1. Dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlarını bağlar.
2. Makale yazarına ilişkin açıklama kısmında farklı bir ifade yoksa makalenin araştırma makalesi olduğu kabul edilir.
3. Makaleler e-posta yolu ile dergihukuk@hku.edu.tr adresine gönderilmelidir.
4. Yazılar, en az iki hakem denetiminden geçtikten ve “yayınlanabilir” değerlendirmesinden sonra yayımlanır.
5. Dergiye gönderilen yazıların daha önce başka yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.
6. Yayın Kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik denetim sistemine göre az iki hakem denetiminden geçirilir. Hakem raporlarında düzeltme istenmesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapabilir. Hakemler tarafından önerilen düzeltmeler yazar tarafından yapıldıktan sonra, gerekli görülmesi halinde, tekrar hakem denetimine tâbi tutulabilir. Hakem raporlarından birisinin olumlu, diğerinin olumsuz görüş bildirmesi durumunda, yayın kurulu makaleyi üçüncü bir hakeme gönderir.
7. Dergide çalışmaları yayımlanan yazarlar, yazılarına ilişkin işleme, çoğaltma, yayma, temsil ve umuma iletme ve yayın hakları olmak üzere tüm mali haklarını Hasın Kalyoncu Üniversitesi'ne devretmiş sayılır. Dergide yayımlanan yazılar için telif ücreti ödenmez.
8. Dergide yayınlanan yazılar kaynak gösterilmek şartı ile iktibas edilebilir.
9. Dergide, makaleler dışında; çeviri, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve notlara da yer verilebilir.
10. Süresi içerisinde hakem incelemesi tamamlanmayan çalışmalar, Yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında yayınlanabilir.
11. Yayınlanması için gönderilen yazıların akademik yazım kurallarına uyularak yazılmış olması gerekir.
12. Dergiye yayınlanmak üzere çalışmasını gönderen Yazar yukarıdaki yayım ilkelerini kabul etmiş sayılır.

HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YAZIM İLKELERİ

1. Yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmalıdır.
 - Kâğıt boyutu: A4
 - Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm
 - Metin: Times New Roman, 12 punto, 1,5 satır aralığı, iki yana yaslı
2. Yazının Türkçe ve altında yabancı dilde başlığı, ortaya hizalı biçimde en üstte kalın, 14 punto, tüm harfleri büyük şekilde yer almalıdır. Yazarın unvanı, adı ve soyadı yabancı dilde konu başlığının altında ve sağ tarafa yaslı biçimde yer almalıdır. Yazarın varsa görev yaptığı kurum ve görevi, e-posta adresi ve orcid numarası ilk sayfada (yıldızlı) dipnot olarak belirtilmelidir.
3. Başlıklar;
 - Bölüm başlıkları, “I, II, III, ...” olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, tüm harfler büyük yazılmalıdır.
 - Alt başlıklar, “A, B, C...” olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.

Bundan sonraki başlıklar “1, 2, 3, ...” ve ardından gelenler “a, b, c...” “aa, bb, cc...”, “aaa, bbb, ccc...” olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.

(Örnek:

I. İKİ YANA YASLI BİÇİMDE, KALIN, 12 PUNTO, TÜM HARFLER BÜYÜK

A. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

1. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

a. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

aa. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük

aaa. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük)

4. Dergiye gönderilecek yazıların öz kısmı iki yüz elli (250) kelimeyi geçmemeli ve beş kelimedenden oluşan anahtar kelime içermeli, ayrıca başlık, öz ve anahtar kelimelerin İngilizcesi'ne yer verilmelidir.
5. Makalede ilk atıfta yararlanılan kaynağın tüm detayları belirtilmeli; makalenin devam eden kısımlarında ise dipnotlarda (Yazarın Soyadı, atıf yapılacak sayfa) gibi bir kısaltma ile atıf sürdürülmelidir. Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapılması halinde kısaltmada eseri ayırt etmek amacıyla eserin kaynakçada belirtilen kısaltması kullanılarak (Yazarın Soyadı, kısaltma, atıf yapılacak sayfa) atıf yapılmalıdır. Aynı atıfta birden fazla kaynak olması halinde kaynaklar noktalı virgül ile ayrılmalıdır.

Kitap

Birinci Atıf: Yazarın Soyadı, Adı: Kitap Adı, Baskı Sayısı, Yayınevi, Yer Yıl, Sayfa.

Örnek: Bozkurt, Enver: Hukukun Temel Kavramları, 13. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara 2020, s. 155.

Çoklu yazar durumunda: Yazarın Soyadı, Adı / 2. Yazarın Soyadı, Adı: Kitap Adı, Baskı Sayısı, Yayınevi, Yer Yıl, Sayfa.

Örnek: Bozkurt, Enver / Köktaş, Arif: Avrupa Birliği Hukuku, 7. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara 2020, s. 175.

İkinci Atıf: Yazarın Soyadı, sayfa.

Örnek: Bozkurt/Köktaş, s. 175; Bozkurt, s. 155.

İkinci atıf usulü, diğer kaynaklar bakımından da geçerlidir.

Dört veya daha fazla yazarlı durumlarda: Birinci atıfta ve kaynakçada yukarıdaki usul ile tam künyeye yer verilecek, ikinci ve sonraki atıflarda ilk üç yazarın soyadları eğik çizgi ile birbirinden ayrılarak yazıldıktan sonra “ve diğerleri” denilmek suretiyle atıf yapılacaktır.

Editörlü Kitap

Editörün Soyadı, Adı (Editör): Kitap Adı, Baskı Sayısı, Yayınevi, Yer Yıl, Sayfa.

Örnek: Döner, Ayhan (Editör): Türk Anayasa Hukuku, 1. Baskı, Cilt Yayınevi, Erzincan 2020, s. 152.

Kitap Bölümü

Yazarın Soyadı, Adı: Makalenin Adı, (Editör: Soyadı, Adı: Baskı Sayısı, Yayınevi, Yer Yıl, Sayfa).

Örnek: Uslu, Ferhat: Kamu Denetçiliği Kurumu'nun Etkililiği Üzerine, (Er/Sadık Erol (Editör): Güncel Sosyal Bilimler Araştırmaları, 1. Baskı, Akademisyen Yayınevi, Ankara, Mart 2020, s. 90).

Çeviri Kitap

Yazarın Soyadı, Adı (Çeviren: Çevirenin Soyadı, Adı): Kitap Adı, Baskı Sayısı, Yayınevi, Yer Yıl, Sayfa.

Örnek: Hayek, Friedrich A. (Çeviren: Yayla, Atilla): Hukuk, Yasama ve Özgürlük, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 1996, s. 102.

Elektronik Kitaplarda aynı atıf usulü uygulanır. Ancak internet adresi belirtildikten sonra son erişim tarihi atfın sonunda parantez içinde belirtilir.

Makale

Yazarın Soyadı, Adı: Makale adı, Dergi adı, Yıl, Cilt, Sayı, İlk ve Son Sayfa Aralığı, Sayfa.

Örnek: Bozkurt, Enver: Uluslararası Hukuk Bakımından Münhasır Ekonomik Bölge Kavramının Ortaya Çıkışı, Uluslararası Hukuk ve Politika, Yıl: 2, Sayı: 5, 2006, ss. 50-74, s. 55.

Elektronik Makale için aynı atf usulü uygulanır. Ancak internet adresi belirtildikten sonra son erişim tarihi atfın sonunda parantez içinde belirtilir. Eğer makalede sayfa numarası yoksa, dipnotlardan yararlanılarak sayfa numarası verilir.

Konferans Tebliği

Yazarın Soyadı, Adı: Tebliğin Başlığı, Konferans ismi (Editör: Soyadı, Adı), Yer, Tarih, Sayfa Aralığı), Sayfa.

Örnek: Uslu, Ferhat: 21 Ocak 2017 Tarihli Anayasa Değişikliği Bağlamında Cumhurbaşkanının “Seçimlerin Yenilenmesine Karar Verme Yetkisi” Üzerine, 3rd International Multidisciplinary Congress Eurasia (IMCOFE 2017) (Editör:), Universitat Autònoma de Barcelona, The Casa de Convalescència, Barcelona, Spain, 27.04.2017/30.04.2017, ss. 145-146, s. 145.

Tez

Yazarın Soyadı, Adı: Tez Başlığı, Türü, Üniversite ve Enstitü, Yer Yıl, Sayfa

Örnek: Bozkurt, Enver: Yabancılar Hukukunun Şekli Kaynakları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1988, s. 85.

HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ETİK İLKELER VE YAYIN POLİTİKASI

Yayın etiğinde en iyi uygulamaları esas alan Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (HKÜHFD), Yayın Etiği Komitesi (*Committee on Publication Ethics - COPE*), Açık Erişim Dergileri Dizini (*Directory of Open Access Journals - DOAJ*) ve Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (*Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA*) tarafından belirlenen şeffaflık ve en iyi uygulamaları çerçevesinde, ancak bu ilkelerle sınırlı olmamak üzere, bilimsel ahlak kurallarına uygun yayım yapmayı hedefler.

Dergi editörünün, yazarların ve hakemlerin, görev ve sorumluluklarının bu çerçevede belirlendiği HKÜHFD'de süreçler COPE'nin ilişkili akış şemaları esas alınarak yönetilir. Ayrıca, özellikle İngilizce yayımlanan bilimsel makaleler için, Avrupa Bilim Editörleri Birliği (*European Association of Science Editors - EASE*) tarafından belirlenen ilkelere uyulması tavsiye edilir.

Yazarlar

- Hukuk alanında ve özgün olması beklenen çalışmaların, atıf yapılan bölümleri hariç olmak üzere, herhangi bir bölümünün daha önce yayımlanmamış olması gerekir.
- Çalışmalarda, birden fazla yazar olması halinde, yazarların tümünün yazarlık ölçütlerine uyması ve her bir yazarın ilgili çalışmaya *kayda değer ölçüde* katkı sunmuş olması beklenir. Her bir yazar tüm çalışmadan sorumludur.
- Çalışmanın hazırlanmasına katkı sunmuş, ancak çalışmada yazar olarak belirtilmeyen kişilerin isimlerine de yer verilmesi gerekir.
- Çalışmada yararlanılan kaynakların tümüne, Yazım Kuralları'nda düzenlenen kurallara uygun ve doğru şekilde atıf yapılmalı ve kaynakçada yer verilmeli, çalışmada yararlanılmayan eserler Kaynakçada listelenmemelidir.
- Editörler Kurulu'nun gerekli gördüğü hallerde, çalışmalara ilişkin ham verilerin teslim edilmesi gerektiğinden, yazarlar, yayımlanan çalışmaya ilişkin verileri 5 yıl süreyle saklamakla yükümlüdür.

Hakemler

- Makaleleri tarafsız ve nesnel esaslara göre değerlendirmesi beklenen hakemlerin, yalnızca uzmanlık alanlarına ilişkin çalışmalarda hakemlik yapması beklenir.
- Hakemlerin gizliliği esastır. Hakemlerin başka kişilerle ilgili çalışmalarını tartışması yasaktır. Ancak gerekli görülmesi halinde, editörün kararıyla, hakemin ilgili çalışmaya ilişkin yorumları, aynı çalışmanın diğer hakemleri ile paylaşılabilir.
- Görevi kabul eden hakemin çalışmaya ilişkin değerlendirmesini belirtilen süreler içinde editöre göndermesi, hakemlik görevini verilen süre içerisinde yerine getiremeyeceğine sonradan karar vermesi halinde, en kısa zamanda editörü bilgilendirmesi beklenir.
- Hakemler çıkar çatışması halinde hakemlik görevini reddetmeli, çıkar çatışmasının sonradan fark edilmesi halinde ise editörü bilgilendirmelidir.

Editörlük

HKÜHFD editörlüğü COPE Dergi Editörleri için Etik Davranışlar ve En İyi Uygulamalar Kılavuzu ile COPE Dergi Editörleri için En İyi Uygulamalar Kılavuzu'nda yer alan ilkelerle bağlıdır. Bu çerçevede,

- HKÜHFD'ye gönderilen çalışmalar, yazarların cinsiyetinden, etnik kökeninden, dini inancından ve benzeri şekilde eşitlik ilkesine aykırı herhangi bir unsurdan bağımsız olarak değerlendirilir. Ancak, en yakın sayıdaki eserlerin çeşitliği, önemi, güncelliği vb. gibi sebeplerle ilgili çalışmanın bir sonraki sayıda yayımlanmasına karar verilebilir.

- Dergiye gönderilen çalışmanın, derginin amaç ve kapsamına, kurallarına uyumu, özgünlüğü ve önemi yönünden yayıma uygun görülmeyen çalışmaların hakeme gönderilmeden editörlük tarafından reddedilmesi mümkündür. Ancak bu durumda, ret kararının sebebi açık şekilde yazar ile paylaşılır.
- Editörlüğün, hakemleri bilgi ve uzmanlıklarına uygun çalışmalar için görevlendirmesi esastır. Atanan hakemle, değerlendirme sürecine ilişkin bilgi ve belgelerin paylaşılması editörün sorumluluğundadır.
- Derginin hakemleri için bir liste oluşturan editörlük, hakemlerin performansını da esas alarak bu listeyi güncellemekle yükümlüdür. Editörlüğün, görevini burada ve atf yapılan metinlerde açıklanan ilke ve esaslara uygun olarak yerine getirmeyen hakemleri, hakemlik listesinden çıkarması beklenir.
- Editörlük, çift taraflı hakemlik sisteminin gerekleri başta olmak üzere menfaat sahiplerinin, paylaşımı zorunlu olan bilgiler hariç olmak üzere, gizli bilgilerinin korunması için azami özeni gösterir.

HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
İÇİNDEKİLER

MAKALELER / ARTICLES

- 1961 Anayasası'nın Türk Anayasacılığındaki Yeri ve Önemi
The Place and Importance of the 1961 Constitution in Turkish Constitutionalism
Dr. **Fatih ÖZKUL**..... 15
- Mukayeseli Bir İnceleme: Yapı Denetiminde "İnşaata" Başlama ve Yapı Ruhsatında "Yapıya"
Başlama
*A Comparative Review: Start of Construction in Building Inspection and Starting the
Building in Terms of Construction Permit*
Dr. **Selman ÖZDEMİR** 63
- Anayasacılık Düşüncesi ve Anayasacılığın Bazı Araçları
The Idea of Constitutionalism and Some of Tools of Constitutionalism
Dr. Öğr. Üyesi **Ferhat USLU**..... 107
- Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanmak, Kullanmak İçin Kabul Etmek, Satın Almak,
Bulundurmak Suçunun Muhakemesi
*The Criminal Procedure of the Offence of the Use of Narcotics or Psychotropic Substances or
Purchasing, Accepting, Possession of These Substances for Personal Use*
Dr. **Ceyda ÜMİT** 149
- Devlet Memurları Kanunu Uyarınca Vekâlet Görevi ve İkinci Görev Yasağı
Task of Proxy and Prohibition of Second Task under the Law on Public Servants
Doç. Dr. **Seçkin YAVUZDOĞAN** - Av. **Arda ERGENE** 205
- İdari Yargılama Usulünde Feragat ve Kabul ile Mukayeseli Olarak Sulh Müessesesi
Settlement in Administrative Procedure in Comparison with Waiver and Acceptance
Doç. Dr. **Seçkin YAVUZDOĞAN** - Av. **Berrin TAYMUR** 225

MAKALELER
ARTICLES

1961 Anayasası'nın Türk Anayasacılığındaki Yeri ve Önemi^(*)

The Place and Importance of the 1961 Constitution in Turkish Constitutionalism

Dr. Fatih ÖZKUL^(**)

Öz:

Ülkemizde muhalefet görevini üstlenen altı partinin "Bilkent Deklarasyonu" ismi ile yayınladıkları güçlendirilmiş parlamenter sistem çalışmasında 1961 Anayasası, "dar kalıplı ve "vesayetçi" biçiminde tanımlanarak eleştirilmiştir. Gerçekten de siyasi parti temsilcilerinin hazırladığı güçlendirilmiş parlamenter sistemin ayrıntılarının anlatıldığı Bilkent Deklarasyonunda, 1961 Anayasası ile ilgili ifadeler tartışmaya değer niteliktedir. Deklarasyon, 1961 Anayasası'nı tekrar gündeme getirmiştir. Kimi yazarlarca anayasa tarihimizin en ileri anayasası olarak görülen 1961 Anayasası, özellikle bazı siyasetçiler tarafından ülkenin sosyolojik unsurları ile bütünlük sağlayamadığı için eleştiri konusu yapılmıştır. Genel olarak konuya baktığımızda, 1961 Anayasası hakkında söylenmesi gereken ilk şeyin çoğulcu, özgürlükçü ve hukukun üstünlüğüne dayalı, demokrasi yönünde yapılmış bir anayasa olduğudur. Ayrıca 1961 Anayasası'nın özellikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemeleri incelendiğinde, çağdaşlarına göre de örnek bir anayasa olduğu anlaşılmaktadır. 1961 Anayasası en çok, güçsüz hükümetlere yol açtığı iddiasıyla eleştiriye uğramıştır. 1961 Anayasası'nın uygulandığı zaman dilimi içerisinde, yürütme organının ve parlamentonun tıkanıp, karar alamadığı, politika üretmediği süreçlerin yaşandığı bir gerçektir. Ancak bunun sebebi, Anayasa'dan ziyade parti sayısının çokluğu, hükümetlerin yasama organında istikrarlı, disiplinli, tutarlı bir çoğunluk tarafından desteklenmemiş olmaları ve uygulanan seçim sistemidir. Kanaatimizce 1961 Anayasası haksız şekilde eleştirilmemeli, aksine sağlamış olduğu kazanımlardan ders alınmalı, bıraktığı mirastan faydalanılmalıdır.

Anahtar Kelimeler:

Anayasa, 1961 Anayasası, 1961 Anayasası'na Getiriler Eleştiriler, Çoğulcu Anayasa, Anayasanın Üstünlüğü.

Abstract:

In the strengthened parliamentary system work of the six parties that took on the duty of opposition in our country, the 1961 Constitution was criticized by being defined as "narrowly molded and "tutelage" which is published under the name "Bilkent Declaration". Indeed, in the "Bilkent Declaration", in which the details of the strengthened parliamentary system prepared by

^(*) Makale Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin Editörlüğe Gönderildiği Tarih: 21.10.2022, Makalenin Kabul Tarihi: 15.12.2022.

^(**) Hâkim, Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 6. Ceza Dairesi,

E-posta: fatih4567@hotmail.com,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-1082-6856>.

the representatives of political parties are explained, the statements about the 1961 Constitution are worth discussing. The Declaration brought the 1961 Constitution back to the agenda. The 1961 Constitution, seen by some writers as the most advanced Constitution in Turkish history, was criticized by some politicians, especially because it could not integrate with the sociological elements of the country. When we look at the subject in general, the first thing to be said about the 1961 Constitution is that it is a constitution made in the direction of democracy, which is pluralistic, liberal and based on the rule of law. In addition, when the regulations regarding the fundamental rights and freedoms in the 1961 Constitution are examined, it is also understood that it is an exemplary constitution compared to its contemporaries. The 1961 Constitution was most criticized for allegedly leading to weak governments. It is a fact that there were processes in which the executive branch and parliament were blocked, unable to take decisions and produce policies during the time period when the 1961 Constitution was implemented. However, the reason for this is the large number of parties rather than the Constitution, the governments not being supported by a stable, disciplined and consistent majority in the legislature. In our opinion, the 1961 Constitution should not be criticized unfairly, on the contrary, lessons should be learned from its achievements and the legacy it left behind should be utilized.

Keywords:

The Constitution, The 1961 Constitution, The Criticisms of the 1961 Constitution, Pluralistic Constitution, Supremacy of the Constitution.

GİRİŞ

28 Şubat 2022 tarihinde muhalefet partileri tarafından gerçekleştirilen hükümet sistemi arayışları konulu çalışma sonucunda, rasyonelleştirilmiş parlamenter sistem bir hükümet modeli önerisi olarak tartışılmış ve imzalanan metin de kamuoyu ile paylaşılmıştır. Anılan çalışmada 1961 Anayasası, “dar kalıplı” ve “vesayetçi” biçiminde tanımlanarak eleştirilmiştir.¹ Ancak kanaatimizce 1961 Anayasası² ile ilgili olarak ifade edilen bu düşüncelerin üzerinde tartışılması ve Anayasa’nın yeniden hatırlanması gerekmektedir.

Bilindiği üzere anayasa, bir devletin hukuki yapısını oluşturan, kurumların yetkilerini ve birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleyen, temel hak ve hürriyetleri belirleyen temel ve en üst hukuk kurallarından oluşmaktadır.³ Anayasa aynı zamanda devletin ideolojisini de ifade etmektedir.⁴ Anayasayı yapan kurucu

¹ Mutabakat metni ve 1961 Anayasası için kullanılan terimler hakkında bkz., <https://chp.org.tr/haberler/guclendirilmis-parlamenter-sistem-mutabakat-metni-mzalandi>; <https://im.haberturk.com/images/others/2022/03/02/A4.pdf>, s. 14-15, erişim tarihi: 28.02.2022.

² 1961 Anayasası metni için bkz., <https://www.tbmm.gov.tr/files/Anayasa/docs/1961/1961-ilkhali/1961-ilkhali.pdf>.

³ Üçışık, Hasan Fehim: Anayasa Hukuku, Ötüken Yayınları, İstanbul 2019, s. 21-30; Dal, Kemal: Anayasa Hukuku, Alter Yayınları, Ankara 2006, s. 6; Gözübüyük, A. Şeref: Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1993, s. 1; Erdoğan, Mustafa: Anayasal Devlet, Siyasal Kitabevi, Ankara 1996, s. 12-13; Soysal, Mümtaz: 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1990, s. 13.

⁴ Eren, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Ders Notları (Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku), Oniki Levha Yayınları İstanbul 2018, s. 1-7; Atar, Yavuz: Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İliki

iktidar, nasıl bir yönetim kabul ettiğini, vatandaşlarının devlet karşısındaki konumunu, haklarını, sorumluluğunu, devletin vatandaşlarına olan görevlerini anayasada belirtir.⁵ Anayasanın dayandığı temel felsefeyi ihtiva eden bu kural- lar genelde başlangıç kısmında düzenleme altına alınmaktadır.⁶

Anayasacılık tarihimize baktığımızda 1876 yılından beri bir anayasaya sahip olduğumuz anlaşılmaktadır. İlk Osmanlı Anayasası olan 1876 Anayasası'nı 1921 ve 1924 Anayasaları, sonrasında ise 1961 ve 1982 Anayasaları takip etmiştir. Kanaatimizce 1961 Anayasası bu çizgide önemli bir yere sahip olup, yapı ve felsefe bakımından diğer Anayasalarımızdan ayrılmaktadır. Ülkemizin dördüncü Anayasası olan 1961 Anayasası, 27 Mayıs Askeri Darbesi sonucun- da ortaya çıkmıştır. Söz konusu askeri darbe Demokrat Parti (DP) hükümetine karşı yapılmış ve yeni anayasa yapılırken askeri müdahale öncesi dönemin koşulları dikkate alınmıştır.⁷ 1961 Anayasası'nı daha iyi anlayabilmek için, yeni anayasanın yapım koşullarının ve bu ihtiyaca sebep olan nedenlerin de ortaya konulması önem arz etmektedir. Ancak bizim bu çalışmadaki temel amacımız, 1961 Anayasası ile getirilen sistemin dar kalıplı ve vesayetçi bir anlayış sergileyip sergilemediği hususunu ortaya koymaktır. Bu sebeple çalışmamıza, 1961 Anayasası öncesi gelişen siyasi ve toplumsal olayları açıklamakla başlaya- cak, devamında 1924 ve 1982 Anayasaları da gözetilerek, Anayasa'nın temel özelliklerini, getirdiği kurumları ve uygulandığı dönemi inceleyerek kendi kanaatimiz olan, 1961 Anayasası'nın dar kalıplı ve vesayetçi nitelikte tanımlana- mayacağı sonucuna ulaşacağız.

I. 27 MAYIS 1960 ASKERİ DARBESİ VE 1961 ANAYASASI'NIN YAPIM SÜRECİNE ETKİ EDEN FAKTÖRLER

Cumhuriyet Halk Partisi'nden (CHP) ayrılanların kurduğu DP, 1950 yı- lında iktidara gelmiş ve devam eden 1954 seçimlerini de kazanmıştır.⁸ DP, Türk siyasi tarihinde önemli bir yere sahiptir. DP'nin iktidara gelişi ile birlikte, cumhuriyetin ilanından beri devleti yöneten CHP'nin egemenliği son bulmuş,

ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukuki Sonuçları (Anayasa m.11), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Coşkun Üçok'a Armağan, Cilt: 2, Sayı: 2, 1989, s. 181-182.

⁵ Fendoğlu, Hasan Tahsin: Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 92-98; Bellamy, Richard: Political Constitutionalism, Cambridge University Press, 2007, s. 46.

⁶ Uran, Peri: Anayasaların Başlangıç Kısımları, Journal of Istanbul Law Faculty, Sayı: LXXXXIII/1, Yıl: 2016, s. 223-248.

⁷ Tanör, Bülent: İki Anayasa 1961-1982, Beta Yayıncılık, İstanbul 1985, s. 9.

⁸ Toy, Hakan / Elmacı, Defne: Kronolojik Türkiye Tarihi Ansiklopedisi, Karma Kitaplar, İstanbul 2007, s. 122.

gerçek anlamda çok partili siyasal hayata geçilmiştir.⁹ DP iktidara ilk gelişinde, gerek ekonomik gerekse temel hak ve hürriyetler konusunda önemli başarılarla imza atmıştır.¹⁰ Bu gelişimin, 1954 seçimlerinin DP tarafından kazanılmasından sonra da bir müddet devam ettiği söylenebilir.¹¹ Ancak 1957 seçimleri öncesine gelindiğinde, devlet idaresine karşı hem halk hem de CHP tarafından hoşnutsuzlukların dile getirildiği gözlenmektedir.¹² 1957 seçimleri öncesinde, DP ile muhalefet partileri arasındaki anlaşmazlıkların daha kırıncı ve sert bir alana taşınması ile birlikte, DP tarafından “vatan cephesi” oluşturulmuştur.¹³ Vatan cephesinin oluşturulması ile birlikte, hem muhalefet ile iktidar, hem de vatandaşların kendi arasında gerginlikler yaşanmaya başlamıştır.¹⁴ 1957 seçimlerini de DP kazanmış, ancak muhalefet partileri meclisteki üye sayılarını artırmak suretiyle milletvekili sayısı bakımından DP’ye üstünlük sağlamıştır.¹⁵ Muhalefetin iktidara karşı yasama organında çoğunluk sağlaması ile birlikte DP, daha sert bir siyasi tutuma yönelmiştir.¹⁶

Muhalefet Partileri ve CHP’nin lideri İsmet İnönü, her alanda DP’nin siyasi tutumunu eleştirmeye başlamış ve bu eleştirilere halkın önemli bir bölümünden de destek gelmiştir. 1957 sonrasında DP’nin ilk yıllarına oranla ekonomide ve halkın refah seviyesinde ciddi gerileme başlamış,¹⁷ bunlara hükümetin dış politikadaki tutumuna yönelik eleştiriler de eklenmiştir.¹⁸ Bununla birlikte DP tarafından özellikle, yargı organı, üniversiteler ve basına karşı sistemli müdahale girişimlerinde bulunulmuştur.¹⁹ Bu noktada 1959 yılının Nisan ayında

⁹ Aldıkaçtı, Orhan: Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 105.

¹⁰ Erdoğan, Vahap: Demokratik Güç Birliği ve 5 Haziran Seçimleri, Ülke, Sayı: 1, Yıl: 1977, s. 104-168.

¹¹ İnel, Ahmet: Modern Türkiye’de Siyasi Düşünce, İletişim Yayınları, İstanbul 2001, s. 20.

¹² Aldıkaçtı, s. 121-123.

¹³ Tunç, Bilal: Türk Siyasi Tarihinde Demokrat Parti Dönemi Uygulamalarından Vatan Cephesinin Sakarya’daki Yansımaları, Current Research Social Sciences, Sayı: III/3, Yıl: 2017, s. 56; Uyar, Hakkı: Türk Siyasal Yaşamında Cepheleşmelere Bir Örnek Vatan Cephesi, Büke Yayınları, İstanbul 2001, s. 20-21.

¹⁴ Örneğin o dönemde radyoda her gün vatan cephesine katılan kişilerin isimleri teker teker okunmaktadır. Uyar, s. 78.

¹⁵ Toy / Elmacı, s. 127.

¹⁶ Ülman, Haluk / Yücekök, Ahmet: C.H.P.nin Vardığı Nokta, Özgür İnsan, Sayı: 1, Yıl: 1972, s. 8; İnce, Abidin Kadir: Çoğulcu ve Vesayetçi Unsurlar Açısından 1961 Anayasası, Adalet Yayınevi, Ankara 2022, s. 17-23.

¹⁷ Beriş, Hamit Emrah: Tek Parti Döneminde Devletçilik, Kadim Yayınevi, İstanbul 2021, s. 203.

¹⁸ Yücekök, Ahmet, N: Türkiye’de Parlatononun Evrimi, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara 1983, s. 140-142; İnce, s. 30-35.

¹⁹ Toy / Elmacı, s. 137.

İsmet İnönü tarafından gerçekleştirilen ve "Ege Vazife Gezisi" olarak adlandırılan etkinliği hatırlamakta da fayda vardır. İsmet İnönü anılan gezisinde, Kurtuluş Savaşında ordunun izlediği rotayı takip ederek halkla buluşmayı ve basın organlarına demeç vermeyi planlamıştır. DP ise bu geziye "Ege Taarruzu" ismini vererek, özellikle gezilecek yerler konusunu onaylamamıştır. İsmet İnönü kararlı tavrını sürdürünce siyasi gerginlik daha da artmış ve Uşak, İzmir ile Manisa'da CHP'lilere yönelik saldırı girişimlerinde bulunulmuştur. İsmet İnönü bu girişimler üzerine programını yarıda kesmiş, 4 Mayıs 1959 tarihinde ise İstanbul Topkapı'da fiilen saldırıya uğramıştır.²⁰ Bu olayların ardından İsmet İnönü, 25 Mart 1960'da CHP'nin il kongresine katılmak amacıyla Kayseri'nin Yeşilhisar İlçesine hareket etmiş ancak orada da engellemelerle karşılaşmıştır. İnönü'nün Yeşilhisar'a girmesinin engellenmek istenmesi üzerine taraflar arasında kavgalar yaşanmış ve DP'nin bu tutumu, tüm yurttan tartışılmaya başlamıştır.²¹ Bütün bu olaylar, 27 Mayıs 1960 Darbesine giden yolun önemli köşe taşları olmuştur.²²

DP, kendisine karşı artan muhalefet hareketlerini bastırabilmek amacıyla 7 Nisan 1960'da TBMM bünyesinde, "Tahkikat Komisyonu" olarak isimlendirilen bir komisyon kurmuştur. Burada önemli olan nokta, anılan Komisyon üyelerinin DP'li milletvekillerinden oluşması ve ancak hâkimlerin kullanabilecekleri mahkeme yetkilerine haiz olmasıdır.²³ DP'nin bu girişimi özellikle üniversite öğrencileri tarafından protesto edilmeye başlamış, bu protestolara kolluk görevlilerince sert müdahalelerde bulunulmuş ve sıkıyönetim ilan edilmiştir.²⁴ Ancak sıkıyönetim de, DP'yi protesto eden öğrenci kitlesinin sokaklardan çekilmesine engel olamamıştır.²⁵ Bu gelişmeler üzerine Adnan Menderes, 29 Nisan'dan 2 Mayıs 1960'a kadar radyodan konuşmalar yapıp toplumu sıkıyönetime uymaya çağırmıştır. Daha sonra bir miting programı düzenleyen Menderes, İstanbul ve Ankara'da yaşanan olaylarla ilgili açıklamalarda bulunmuştur. Menderes konuşmalarında, bu protestoların CHP başta olmak üzere üst güçler tarafından organize edildiğini ve yaşanan olaylara ilişkin sebeplerin gerçeklere dayanmadığını

²⁰ Çakmak, Fevzi: "Cumhuriyet Halk Partisi'nin Ege Vazife Gezisi" ve 1959 Yılı Uşak-İzmir Olayları, *Turkish Studies*, Sayı: IX/10, Yıl: 2014, s. 1239.

²¹ Aydemir, Şevket Süreyya: II. Adam (III. Cilt), Remzi Kitabevi, İstanbul 2011, s. 388-389.

²² İnce, s. 35-40.

²³ Ayrıntılı bilgi için bkz., Esen, Selin: 18 Nisan 1960 Tarihli Tahkikat Komisyonu, *Mülkiye Dergisi*, Yıl: 2010, Sayı: XXXIV, ss. 167-192.

²⁴ Bulut, Sedef: Üçüncü Dönem Demokrat Parti İktidarı (1950-1960): Siyasi Baskılar ve Tahkikat Komisyonu, *Akademik Bakış*, Yıl: 2009, Sayı: 4, ss. 125-145, s. 139.

²⁵ Toy / Elmacı, s. 138.

ifade etmiştir.²⁶ Menderes'in yapmış olduğu bu konuşmalar da olayları önleyememiş ve 27 Mayıs 1960 tarihinde Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK) bünyesinde yer alan bir grup subay önderliğinde ordu, darbe yaparak yönetime el koymuştur.²⁷ 27 Mayıs Askeri Darbesi en yüksek rütbelisi albay olan bir grup subay tarafından gerçekleştirilmiş, dolayısıyla emir-komuta zincirinde yapılmamıştır. Darbeci subaylar Orgeneral Cemal Gürsel'i ikna etmek suretiyle Milli Birlik Komitesi'ni²⁸ (MBK) oluşturmuşlardır.²⁹ 27 Mayıs Askeri Darbesi neticesinde yakalanan tüm DP'li yöneticiler Yassıada'ya götürülerek, doğal hâkim ilkesine aykırı şekilde Yüksek Adalet Divanı (YAD) tarafından yargılanmışlardır.³⁰ YAD, Cumhurbaşkanını, Başbakanı, Bakanları ve DP milletvekillerini yargılamak için kurulmuş bir mahkeme olup, üyeleri MBK tarafından seçilmiştir.³¹ YAD, suç sayılan fiillerin gerçekleşmesinden sonra kurulan, suçun işlenmiş olduğu zaman diliminde mevcut olmayan olağanüstü mahkeme niteliğindedir. Dolayısıyla YAD, kanuni hakim güvencesi ve doğal hakim ilkelerine aykırı olarak oluşturulmuştur.³² YAD tarafından gerçekleştirilen, 592 sanık hakkında 19 ayrı dosyadan oluşan yargılama neticesinde 16 ve 17 Eylül 1961'de, dönemin Başbakanı Adnan Menderes, Fatin Rüştü Zorlu ve Hasan Polatkan idam edilmiştir.³³

Kısaca ifade etmek gerekirse 1961 Anayasası askeri darbe sonrasında yapılmıştır. Anayasa'da temel hak ve özgürlükler en geniş kapsamda garantiye alınmış olsa da, sonuçta Anayasa'nın bir darbe anayasası olması sebebiyle meşruiyet konusunda tartışmaların yaşanması doğaldır.³⁴ Türk Anayasa Hukuku Literatürü-

²⁶ Topçu, İlyas: Adnan Menderes'in Gözünden İstanbul ve Ankara Olayları, Journal of Social and Humanities Sciences Research, Sayı: VI/42, Yıl: 2019, s. 2457.

²⁷ Toy / Elmacı, s. 137.

²⁸ Milli Birlik Komitesi 38 subaydan oluşmakta olup, başkanı Cemal Gürsel'dir. Üyeler ise Ekrem Acuner, Fazıl Akkoyunlu, Refet Aksoyoğlu, Mucip Ataklı, İrfan Baştuğ, Rifat Baykal, Emanullah Çelebi, Ahmet Er, Orhan Erkanlı, Vehbi Ersü, Numan Esin, Suphi Gürsoytrak, Orhan Kabibay, Kadri Kaban, Mustafa Kaplan, Suphi Karaman, Muzaffer Karan, Kamil Karavalioglu, Osman Köksal, Münir Köseoğlu, Fikret Kuytak, Sami Küçük, Cemal Madanoğlu, Sezai Okan, Muzaffer Özdağ, Fahri Özdilek, Mehmet Özgüneş, Şükran Özkaya, Selahattin Özgür, İrfan Solmazer, Şefik Soyuyüce, Dündar Taşer, Haydar Tunçkanat, Alparslan Türkeş, Sıtkı Ulay, Ahmet Yıldız ve Muzaffer Yurdakuler'dir. Bkz., Meydan Larousse, C. 13, s. 574.

²⁹ Çavdar, Tefvik: Türkiye'nin Demokrasi Tarihi, İmge Yayınevi, Ankara 2013, s. 85.

³⁰ Toy / Elmacı, s. 146.

³¹ YAD, şu şekilde oluşturulmuştur. Başkan Salim Başol'dur. Asıl üyeler ise Ferruh Adalı, Selman Yörük, Abdullah Üner, Hıfzı Tüz, Cahit Özden, Rıza Tunç, Nahit Saçlıoğlu ve Hasan Gürsel'dir. Yedek üyeler ise Vasfi Göksoy, Adil Sanal, Ali Doğan Toran, Nahit Hatipoğlu, Kemal Gökçen ve Mehmet Çokgüler'den oluşmaktadır. Başsavcılık görevinde Altay Ömer Egesel bulunmaktadır.

³² Gözler, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2000, s. 78.

³³ Tunç, Türk Siyasi Tarihinde, s. 371; Topçu, s. 67.

³⁴ Akıncı, Abdulvahap: Türkiye'nin Darbe Geleneği: 1960 ve 1971 Müdahaleleri, Eskişehir Osman-gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Sayı: IX/1, Yıl: 2014, s. 62.

ne bakıldığında 27 Mayıs Darbesini olumlu karşılayanlara rastlanmaktadır. Bazı yazarlar askeri darbeyi açıkça övmüş, darbenin anayasal düzeni korumak üzere yapılmış olan bir ihtilal olduğuna yönelik düşünce açıklamasında bulunmuşlardır.³⁵ Bazı yazarlar ise darbeyi açıkça eleştirmiş, darbenin sivil toplumla, anayasal düzenin korunmasıyla veya direnme hakkıyla hiçbir ilgisinin bulunmadığını, darbenin demokrasiye ve halka karşı askerlerce yapılmış açık bir dayatma olduğunu vurgulamıştır.³⁶ 27 Mayıs Askeri Darbesi cumhuriyetin kabul edilmesinden sonra gerçekleştirilen ilk askeri darbe niteliğindedir. Anılan darbe ile birlikte DP iktidarı son bulmuş, Cemal Gürsel devlet başkanlığı makamına getirilmiştir.³⁷

II. 1961 ANAYASASI'NIN HAZIRLANMASI

MBK'nın 38 üyesi, 28 Mayıs 1960 tarih ve 13 sayılı Tebliğ ile Anayasa'yı hazırlama görevini Sıddık Sami Onar başkanlığında oluşan bir profesör heyetine vermiştir.³⁸ 12 Haziran 1960 tarih ve 1 sayılı Kanun ile de geçici anayasal düzen yürürlüğe konulmuştur. Bu ara dönem içerisinde 1924 Anayasası'nın yürürlükten kaldırılmayan hükümleri ile birlikte 1 sayılı Kanun uygulanmıştır. Daha geniş bir temsil sağlayabilmek amacıyla, Anayasa'yı hazırlamakla görevli Komisyon tarafından hazırlanan rapora (1 sayılı Kanun) ek olarak, 157 ve 158 sayılı Kanunlar yürürlüğe sokulmuştur.³⁹ Bu süreç içerisinde Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi tarafından hazırlanan anayasa taslağı kamuoyu ile paylaşılmıştır. Dolayısıyla 1961 Anayasası'nın hazırlanma sürecinde iki adet Anayasa Ön Tasarısı bulunmaktadır. Bunlardan ilki Sıddık Sami Onar başkanlığında oluşturulan "İstanbul Ön Tasarısı" ikincisi ise Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi tarafından kamuoyu ile paylaşılan "Ankara Ön Tasarısı" şeklinde adlandırılmıştır.⁴⁰

A. İstanbul Ön Tasarısı

İstanbul Hukuk Fakültesinde görevli olan Sıddık Sami Onar, Hıfzı Velâdet Velidedeoğlu, Hüseyin Nail Kubalı, Ragıp Sarıca, Naci Şensoy, Tarık Zafer Tunaya ve İsmet Giritli, Ankara'ya davet edilerek kendilerinden yeni anayasayı hazırlamaları istenmiştir. Bu komisyona daha sonra Ankara Üniversitesinde görevli öğretim üyeleri İlhan Arsel, Bahri Savcı ve Muammer Aksoy da

³⁵ Esen, Bülent Nuri: Türk Anayasa Hukuku, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1971, s. 130-137.

³⁶ Erdoğan, Mustafa: Liberal Toplum, Liberal Siyaset: Siyasal Kitabevi, Ankara 1998, s. 372.

³⁷ Dunba, Seda: 1961 Anayasası Perspektifinden Parlamenter Bağışıklıklar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 124, Yıl: 2016, s. 157.

³⁸ Toy / Elmacı, s. 147.

³⁹ Gözler, Türk Anayasa, s. 82; İnce, s. 35-40.

⁴⁰ Gözler, Türk Anayasa, s. 82.

katılmıştır.⁴¹ Komisyon, hazırlamış olduğu 191 maddelik ön tasarısı 18 Ekim 1960'da Milli Birlik Komitesine sunmuştur.⁴²

İstanbul ön tasarısında ilk göze çarpan husus, genel oya ve siyasi partilere duyulan güvensizliktir. Tasarıda devlet iktidarı çeşitli organlar arasında bölüştürülmekte, bununla birlikte özerk kurum ve kurullar yaratılmakta, bir başka deyimle yürütme organı zayıflatılmaktadır. Yine tasarıda II. Meclis de kurulmaktadır.⁴³

B. Ankara Ön Tasarısı

Ankara Ön Tasarısı, İstanbul Komisyonu çalışmalarını tamamlamadan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari İlimler Enstitüsü "Gerekçeli Anayasa Tasarısı ve Seçim Sistemi Hakkındaki Görüş" ismiyle yayınlanmıştır. Tasarı, Tahsin Bekir Balta başkanlığında bir komisyon tarafından hazırlanmış ve kamuoyunun bilgisine sunulmuştur.⁴⁴ Ankara Ön Tasarısında İstanbul Tasarısından farklı olarak genel oya ve siyasi partilere şüpheli gözle bakılmamış, yürütme organının zayıflatılmasına özel bir önem verilmemiş, iki meclisli sistem benimsenmiştir.⁴⁵

C. Temsilciler Meclisi ve Anayasa Komisyonu

13 Aralık 1960 tarih ve 157 sayılı Kanunla Kurucu Meclisin, MBK ve bu Kanuna göre oluşturulacak Temsilciler Meclisinden oluşması öngörülmüş, bu doğrultuda yasama yetkisi Kurucu Meclise verilmiştir.⁴⁶ 6 Ocak 1961'de Anayasa Komisyonunun Temsilciler Meclisi tarafından seçilmesini müteakip, fiili olarak yeni anayasa çalışmaları da başlamıştır. Sıddık Sami Onar başkanlığındaki Bilim Kurulu tarafından hazırlanan taslak "çalışma belgesi", Siyasal Bilgiler Fakültesi tarafından hazırlanan tasarı ise "yardımcı metin" olarak kabul edilmiştir.⁴⁷ Yukarıda da belirttiğimiz gibi İstanbul tasarısında devlet organları farklı organlar arasında bölüştürülmüş, çok sayıda özerk kurum kabul edilmiş ve bu suretle görece olarak daha zayıf bir yürütme organı öngörülmüştür.⁴⁸ Ankara Üniversitesi Siya-

⁴¹ Gözler, Türk Anayasa, s. 82.

⁴² Aldıkaçtı, s. 138.

⁴³ Tanör, Bülent: Osmanlı - Türk Anayasal Gelişmeleri, Der Yayınları, İstanbul 1985, s. 309; Aldıkaçtı, 1982, s. 139-140.

⁴⁴ Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari İlimler Enstitüsü, Gerekçeli Anayasa Tasarısı ve Seçim Sistemi Hakkındaki Görüş, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1960.

⁴⁵ Gözler, Türk Anayasa, s. 83.

⁴⁶ Toy / Elmacı, s. 147.

⁴⁷ Tunç, Bilal: Türk Anayasa Tarihinde 1961 Anayasası'nın Yeri ve Önemi, Karadeniz Araştırmaları Dergisi, Sayı: XVII/67, Yıl: 2020, s. 669.

⁴⁸ Tunç, Türk Anayasa Tarihinde, s. 669.

sal Bilgiler Fakültesi tarafından hazırlanan "Gerekçeli Anayasa Tasarısı ve Seçim Sistemi Hakkında Görüş" isimli tasarıda ise İstanbul çalışmasından farklı olarak, yürütme organının zayıflatılmasına yönelik bir öncelik bulunmamaktadır.⁴⁹

D. Anayasa'nın Görüşülmesi ve Kurucu Mecliste Kabul

Tasarı ilk önce Temsilciler Meclisinde tartışılmış, sonrasında ise MBK tarafından ayrıca ele alınmıştır. Bu incelemeler sırasında 17 maddede uyuşmazlık çıkmıştır. Çıkan bu uyuşmazlık, Temsilciler Meclisi ve MBK içinden seçilen ve eşit sayıda üyeden oluşan Karma Kurulca yeni bir metin düzenlenerek giderilmiştir.⁵⁰ 27 Mayıs 1961'de yapılan Kurucu Meclis Birleşik Toplantısında 260 kabul ve 2 çekimser oy ile tasarının son metni kabul edilmiştir.⁵¹

E. Halkoylaması

Anayasa, 9 Temmuz 1961 tarihinde yapılan halk oylaması sonucunda kabul edilerek yürürlüğe girmiştir.⁵² Oylamaya katılma oranı %80'in üstünde olmuştur. Geçerli oyların %61.5'i "evet", %38.5'i "hayır" şeklindedir.⁵³ 1961 Anayasası, 20 Temmuz 1961 tarih ve 10859 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 1961 Anayasası, 1924 Anayasası uygulamalarına tepki niteliğinde hazırlandığı için uzun bir metinden oluşmaktadır. Anayasa'nın halk oylaması ile yürürlüğe girmiş olması meşruiyet problemi açısından olumlu bir girişim olarak kabul edilmelidir.⁵⁴ 15 Ekim 1961'de ise genel seçimler yapılmıştır.⁵⁵

III. TEMEL KONULARDA 1961 ANAYASASI'NIN 1924 VE 1982 ANAYASALARINA GÖRE BENZERLİKLERİ VE FARKLILIKLARI

1961 Anayasası'nın bazı temel konularda 1924 ve 1982 Anayasalarına göre benzerlikleri ve farklılıkları kısaca şu şekilde açıklanabilir:

⁴⁹ Gözler, Türk Anayasa, s. 81-82.

⁵⁰ İpekçi, Abdi / Coşar, Ömer Sami: İhtilalin İcyüzü, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul 2010, s. 396-413.

⁵¹ Bkz., Kurucu Meclis Tutanak Dergisi, 27 Mayıs 1961, C. 2, 15. Birleşim, s. 107; Gözler, Türk Anayasa, s. 83; Gençkaya, Ömer Faruk: Türk Siyasal Sisteminde Kurucu Meclis: 1961 ve 1981 Deneyimlerinin Karşılaştırılması, 27 Mayıs 1960 Devrimi ve 1961 Anayasası içinde, Editör, Suna Kili, Boyut Kitapları, İstanbul 1998, s. 15.

⁵² Toy / Elmacı, s. 150.

⁵³ Bkz., 20 Temmuz 1961 tarih ve 10859 sayılı Resmi Gazete.

⁵⁴ Ayan, Sezer: Siyasi Yapılanma Sürecinde 1961 ve 1982 Anayasası, Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı: VII/2, Yıl: 2007, s. 3.

⁵⁵ Toy / Elmacı, s. 153.

A. Genel Esaslar

1961 Anayasası'nın "Genel Esaslar" başlığını taşıyan birinci kısmında devletin şekli ve cumhuriyetin nitelikleri düzenlenmiştir. Genel esaslar bağlamında ilk maddede, ülkenin yönetim biçiminin cumhuriyet olduğu belirtilmiştir. Cumhuriyetin nitelikleri konusunda 1961 Anayasası, önceki Anayasa olan 1924 Anayasası'na⁵⁶ göre farklılıklar taşımaktadır. 1924 Anayasası'nın 2. maddesinde devletin temel nitelikleri arasında sayılan halkçılık, devletçilik ve inkılapçılık 1961 Anayasası'nda temel nitelikler arasında kabul görmemiş, milliyetçilik ilkesi ise "milli devlet" olarak benimsenmiştir. Anayasa'da ayrıca bir yenilik olarak "insan haklarına dayanan devlet", "demokratik devlet", "sosyal devlet" ve hukuk devleti gibi yeni temel ilkelere yer verilmiştir. Hukuk devleti ilkesi önceki Anayasalarımızda da mevcut olduğu halde, sosyal devlet ilkesi anayasa tarihimizde bir ilktir. Kimi yazarlar, 1924 Anayasası'nın 103. maddesinde hüküm altına alınan "anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı" ilkesinin, 1961 Anayasası ile bir Anayasa Mahkemesi (AYM) kurulmuş olduğu için daha etkili ve işlevsel bir biçimde düzenleme altına alındığını düşünmektedir.⁵⁷ Bu konuya çalışmanın ilerleyen kısmında değineceğiz.

1961 Anayasası'nın ikinci maddesinde ise Türkiye Cumhuriyetinin insan haklarına ve başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, milli, demokratik, laik ve sosyal hukuk devleti olduğu vurgulanmaktadır. Görüleceği üzere 1961 Anayasası'nda laik hukuk devleti anlayışı savunulmaktadır.⁵⁸ 1961 Anayasası'nın üçüncü maddesinde Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütün olduğu, resmi dilinin Türkçe ve başkentinin Ankara olduğu hüküm altına alınmıştır. Dördüncü maddeye göre ise egemenlik kayıtsız ve şartsız bir biçimde Türk Milletindedir. Bu maddeler 1924 Anayasası'nda da yer almaktadır.

1961 Anayasası'nın devam eden 8. maddesi uyarınca yasama yetkisi TBMM'ye aittir ve devredilemez. Altıncı madde uyarınca yürütme görevinin kanunlar çerçevesinde Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından yerine getirileceği belirtilmiştir. Yedinci maddede ise yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı düzenlenmiştir. Bu durumda Anayasa'da yasama yetkisi parlamentoya, yürütme yetkisi ise Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kuruluna verilmiş olmakta, kısacası güçler ayrılığı ilkesi uygulan-

⁵⁶ 1924 Anayasası metni için bkz., <https://www.tbmm.gov.tr/files/Anayasa/docs/1924/1924-ilkhali/1924-ilkhali.pdf>.

⁵⁷ Arsel, İlhan: Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Mars Matbaası, Ankara 1965, s. 19.

⁵⁸ Kaçmazoğlu, Bayram: Demokrat Parti Dönemi Toplumsal Tartışmaları, Doğu Kitap, İstanbul 2012, s. 106-107.

maktadır. Ülkemizde gerçek anlamda güçler ayrılığı ilkesine 1961 Anayasası ile geçilmiştir.⁵⁹ Sekizinci maddede anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı, 9. maddede ise devlet şeklinin değişmezliğine dikkat çekilmiştir. 1924 Anayasası'nın 5 ve 9. maddesine bakıldığında ise yasama yetkisinin Büyük Millet Meclisi tarafından bizzat kullanılacağı, yürütme yetkisinin de Meclise ait olduğu, ancak bu yetkinin kendi üyeleri içinden seçeceği Cumhurbaşkanı ve onun tayin edeceği Bakanlar Kurulu aracılığıyla kullanılacağı anlaşılmaktadır.

1982 Anayasası incelendiğinde ise 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde yer alan *"Türkiye Cumhuriyeti ... başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan ... bir Devlettir."* düzenlemesinden yola çıkıldığında, Anayasa'nın başlangıç kısmının sembolik olmaktan çıktığı ve hukuki açıdan belirgin bir değer taşıdığı anlaşılmaktadır.⁶⁰ 1982 Anayasası'nın başlangıç kısmındaki temel ilkelere bakıldığında Atatürk milliyetçiliği, laiklik, milli egemenlik, Türk varlığının devleti ve ülkesiyle bölünmez bütünlüğü, kuvvetler ayrılığı, anayasanın ve hukukun üstünlüğü gibi ilkelere önem atfedilerek düzenleme altına alındıkları görülmektedir. 1982 Anayasası'nın 1. maddesinde devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu, 2. maddesinde insan haklarına saygılı, demokratik, laik ve sosyal hukuk devleti olduğu, 3. maddesinde başkentinin Ankara olduğu, 4. maddesinde ise devlet şeklinin değiştirilemeyeceği belirtilmektedir. Görüleceği üzere 1982 Anayasası'nda Cumhuriyetin nitelikleri sayılırken, 1961 Anayasası'ndan farklı olarak "insan haklarına dayanan" ibaresi yerine, "insan haklarına saygılı" ibaresi tercih edilmiştir.

1982 Anayasası'nın 7. maddesi uyarınca yasama yetkisi TBMM'ye aittir. Anayasa'nın 8. maddesi uyarınca yürütme yetkisi Cumhurbaşkanı tarafından kullanılıp yerine getirilmektedir. Hatırlanacağı üzere, 2017 yılında 677 sayılı Kanunla⁶¹ yapılan Anayasa değişikliği ile birlikte Anayasa'dan Bakanlar Kurulu kaldırılmış, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçilmiş ve bu doğrultuda Cumhurbaşkanı, yürütme organının tek aktörü haline getirilmiştir.⁶² 2017 değişikliği öncesinde ise yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanı ile Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasa ve kanunlara uygun olarak yerine getirilmekteydi. 1961 Anayasası'nda yürütme organı sadece "görev" olarak nitelendirilmiş olduğu halde, 1982 Anayasası'nda aynı organ bir "görev" ve "yetki" şeklinde

⁵⁹ İba, s. 62-63.

⁶⁰ İba, s. 81-82.

⁶¹ Bkz., 11 Şubat 2017 tarih ve 29976 sayılı Resmi Gazete.

⁶² Kaya, Batur Semih: Hükümet Sistemi Sınıflandırmasında Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Analizi: Denge-Denetim Ağı ve Demokratiklik Sorunu, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 182.

nitelendirilmiştir.⁶³ 1982 Anayasası'nın orijinal halinde 9. maddede yargı yetkisinin, Türk Milleti adına "bağımsız" mahkemelerce kullanılacağı düzenlenmişken, 2017 değişikliği ile birlikte "bağımsız" ibaresine "ve tarafsız" ibaresi de eklenmiştir.

B. Temel Hak ve Özgürlükler

Temel hak ve özgürlükler 1961 Anayasası'nın II. kısmında düzenlenmiştir. Bu kısmın birinci bölümünde temel hak ve özgürlükler ile ilgili genel hükümler, ikinci bölümünde kişi hak ve ödevleri, üçüncü bölümde sosyal, iktisadi haklar ve ödevler, dördüncü bölümde ise siyasi hak ve ödevler hüküm altına alınmıştır. Anayasa'da sosyal hak ve ödevler konusunun ilk kez sistematik olarak düzenlenmiş olması önemli bir yeniliktir.⁶⁴

1961 Anayasası'nda temel hak ve hürriyetlere geniş ve güvenceli bir şekilde yer verilmiştir.⁶⁵ Anayasa'nın Türkiye Cumhuriyetinin niteliklerini belirten 2. maddesindeki düzenlemede bu nitelikler arasında "insan haklarına dayanan devlet olma" vurgusu yapılmıştır. Anılan düzenleme, Anayasa'da özgürlükçü bir rejimin kabul edilmiş olduğunu göstermektedir.⁶⁶ 1924 Anayasası'nda temel hak ve hürriyetlerin adlarının sayılması ve bunların sınırlarının kanunla çizileceğinin belirtilmesi ile yetinilmiş iken, 1961 Anayasası'nda temel hak ve hürriyetler konusunda ayrıntılı bir düzenleme sistemi kabul edilmiştir. Bu kabul ile birlikte yasama organı, temel hak ve hürriyetlere ilişkin düzenleme yaparken, Anayasa tarafından çizilen sınırlara uymak zorunda kalmaktadır. Yasama organı 1924 Anayasası'ndan farklı olarak, özgürlüklere ilişkin yaptığı düzenlemelerde sınırlı bir takdir yetkisine sahiptir. Bu konuya bir örnek verilmek istendiğinde, Anayasa'nın 28. maddesindeki düzenlemede yer alan toplantı ve gösteri yürüyüşleri yapma hakkına bakmak yeterli olacaktır. Anılan maddede uyarınca, herkes önceden izin almaksızın silahsız ve saldırısız toplantı ve

⁶³ Anayasa Komisyonu'nun madde ile ilgili gerekçesine bakıldığında, Anayasa koyucunun anılan düzenleme ile güçlü bir yürütme organı oluşturma arzusunda olduğu anlaşılmaktadır. Ancak düzenlemenin pratikteki önemi, 2017 değişikliği öncesinde Anayasa'da yer alan sıkıyönetim ve olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleleriyle (md.121, 122) Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği'nin kuruluşu ile ilgili 107. maddede kendini göstermekteydi. Anılan işlemler yürütme organı tarafından doğrudan Anayasa'dan kaynaklanın yetkiye dayanılarak yerine getirilmekteydi. Ayrıntılı bilgi için bkz., Özbudun, s. 197-198. s. 297-300.

⁶⁴ Gözler, Türk Anayasa, s. 86.

⁶⁵ Döner, Ayhan: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 51-53; Birol, Sinem: 1961 Anayasasında İfade Özgürlüğü, İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, Sayı: II, Yıl: 2012, s. 40.

⁶⁶ Fendoğlu, s. 280-287.

yürüyüş yapma hakkına sahiptir. Bu düzenleme karşısında yasama organı ve idare, toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma hakkını önceden izin alma şartına bağlayamayacaktır.

Anayasa'da temel hak ve hürriyetlerle ilgili en önemli düzenlemelerden birisi de 11. maddede yer alan hükümdür. Anılan madde uyarınca temel hak ve hürriyetler ancak kanunla ve Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak sınırlanabilecektir. Bu düzenleme ile özgürlüklerin sınırlanmasına iki unsur getirilmiştir. Öncelikle, hürriyetlere ilişkin sınırlama ancak bir kanunun konusu olabilecektir. İkincisi, sınırlamanın ancak Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak yapılabilecek olmasıdır. Aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca ise kanun ile kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hak veya hürriyetin özüne dokunulamayacaktır. Anılan fıkra, temel hak ve hürriyetler açısından "hakkın özü" güvencesini getirmektedir. Dolayısıyla temel hak ve hürriyetlere ilişkin kanuni düzenlemeler, bu hak veya hürriyetin özüne zarar verecek, kullanılmasını anlamsız hale getirecek, güçleştirecek düzenlemeler içeremeyecektir. Bir hak ve hürriyetin özünün ne olacağı ise o hak ve hürriyetin niteliğine göre belirlenecektir.⁶⁷ 1961 Anayasası ile birlikte temel hak ve hürriyetlerin korunması konusuna getirilen en etkili yeniliklerden biri ise şüphesiz ki anayasa yargısının kabul edilmiş olmasıdır.⁶⁸ Eğer anayasada kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi kabul edilmiş olsaydı, kişi hak ve hürriyetleri konusunda veya anayasanın çizdiği yol haritasına ilişkin tüm hükümler işlevsiz kalabilirdi.⁶⁹

1982 Anayasası'nın 12. maddesinde de 1961 Anayasası'nın 10. maddesindeki yöntem belirlenmiş ve herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu, ancak temel hak ve hürriyetlerin, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva ettiği düzenleme altına alınmıştır. 1982 Anayasası'nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması konusunda öngördüğü sistem ise 1961 Anayasası'na bazı konularda benzemekte, bazı konularda ise ayrılmaktadır.⁷⁰ 1961 Anayasası'nda her hak ve hürriyetin hangi sebeple sınırlanabileceği o hürriyetle ilgili maddede belirtilmiş ve buna ek olarak 11. maddenin 2. fıkrasındaki düzenleme ile kanun, kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni,

⁶⁷ Atar, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya 2007, s. 25-26.

⁶⁸ Demirkol, Ferman: Anayasa Hukuku (Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku), Filiz Kitabevi, İstanbul 2011, s. 250-253.

⁶⁹ Aliefendioğlu, Yılmaz: Anayasa Yargısı, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s. 33.

⁷⁰ Özbudun, Türk Anayasa, s. 11.

sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa, bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunulamayacağı kabul edilmiş iken, 1982 Anayasası'nın orijinal halinin 13. maddesinde yer alan düzenleme ile temel hak ve hürriyetlerin, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasa'nın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabileceği kabul edilmişti. Aynı madde uyarınca temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacak ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamayacaktır.⁷¹ 1982 Anayasası'nda 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Yasa⁷² ile yapılan değişiklik ile birlikte, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında genel sınırlama sebeplerinin kabul edilmesinden vazgeçilmiş, bu suretle 1961 Anayasası'nın ilk şeklindekine benzer bir sisteme dönülmüştür. Yeni 13. madde uyarınca temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilecektir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacaktır.

C. Kuvvetler Ayrılığı ve Devlet İktidarının Paylaşılması

Modern anayasaların en önemli görevlerinden birisi, devlet iktidarını sınırlandırmak suretiyle temel hak ve hürriyetleri güvenceye almaktır.⁷³ Devlet iktidarını sınırlandırmayan bir anayasa biçimsel anlamda bir anayasa olsa bile fonksiyonel anlamda anayasa olarak kabul edilemez.⁷⁴ Devlet iktidarını en etkin şekilde sınırlamanın yolu, kuvvetler ayrılığının kabul edilmesi suretiyle, devlet organlarının birbirlerini denetlemesi ve dengelemesinin sağlanmasından geçmektedir.⁷⁵ Amerika Birleşik Devletlerinde bu sebeple, kuvvetler ayrılığına dayanan hükümet sistemlerinden frenler ve dengeler sistemi" olarak bahsedilmektedir.⁷⁶

⁷¹ Demirci, Fatih: 1982 Anayasası'nda Demokratik Devlet İlkesi: Kavramsal ve Yapısal Bir Analiz Denemesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y, S. 1-2, 2008, s. 643.

⁷² Bkz., 17 Ekim 2011 tarih ve 24556 (mükerrer) sayılı Resmi Gazete.

⁷³ Koçak, Mustafa: Devlet ve Egemenlik, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 128-132.

⁷⁴ Tunaya, Tarık Zafer: Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1975, s. 82.

⁷⁵ Soysal, Mümtaz: Anayasaya Giriş, İmge Kitabevi, Ankara 2011, s. 241.

⁷⁶ Özbudun, Türk Anayasa, s. 40.

1924 Anayasası'nda yasama ve yürütme kuvvetleri teorik açıdan TBMM'de toplandığı halde, 1961 Anayasası ile birlikte yumuşak kuvvetler ayrılığı benimsenmiştir.⁷⁷ Kuvvetler ayrılığının pratikteki anlamı, yasama ve yürütme organları arasındaki ayrılıktan ziyade, yargı organının bu iki siyasal niteliğe sahip olan organlardan ayrı ve bağımsız olmasıdır.⁷⁸ Siyasal partilerin zaman içerisinde önem ve fonksiyon kazanması ile birlikte, özellikle yasama organının güvenine dayalı sistemleri kabul eden hükümet rejimlerinde doğal olarak parlamento ve yürütme organı arasında bir özdeşlik görülmekte, kuvvetler ayrılığı ilkesinin gerçek aktörü, yargı organı olmaktadır.⁷⁹

1961 Anayasası hükümleri uyarınca, yasama yetkisi Millet Meclisi ve Senatoya ait iken yürütme yetkisi Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu arasında paylaştırılmış, Cumhurbaşkanı parlamentere hükümet sistemine uygun olarak daha çok temsili nitelikte görevler verilmiş⁸⁰, yargı erkinin de tam anlamıyla bağımsız olması için çaba harcanmıştır.⁸¹ 1924 Anayasası uygulamasında anayasa yargısı bulunmaması sebebiyle, kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi gerçek anlamda yapılamamaktaydı. 1961 Anayasası ile birlikte yargı bağımsızlığı tüm kurumları ile birlikte kabul edildiği için, kuvvetler ayrılığı da teoriden çıkararak pratiğe girmiştir.⁸²

Devlet iktidarının bölüşülmesi sadece yasama, yürütme ve yargı organları arasındaki paylaşımı değil, tek bir kuvvetin çeşitli organlar arasında paylaşılmasını da ifade eder.⁸³ Örneğin parlamentere hükümet sisteminde yürütme kuvveti, devlet başkanı ile başbakan ve bakanlar kurulu arasında da paylaşılır.⁸⁴ İki meclisli sistemde de yasama fonksiyonu iki ayrı kurul arasında paylaşılmaktadır. 1961 Anayasası'nda da yasama organı, Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu olmak üzere ikiye bölünmüştür.

1961 Anayasası'nda yürütme ve idarenin konusu içerisine giren özerk kamu kuruluşları kabul edilmiştir. Bu kuruluşlar üniversiteler ve radyo-tele-

⁷⁷ Bkz., Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu (5/7). Temsilciler Meclisi S. 35, s. 4.

⁷⁸ Üçışık, Hasan Fehim: Anayasa Hukuku, Ötüken Yayınları, İstanbul 2019, s. 392.

⁷⁹ Murphy Uran, Peri: Teorik Çerçeve Türkiye'de Yargı Bağımsızlığı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 15.

⁸⁰ Kaya, s. 143.

⁸¹ Demir, Fevzi: Cumhuriyet Dönemi Türk Anayasaları ve Hükümet Sistemleri, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Yayınları, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, 2000, s. 65-68.

⁸² Eren, 2018, s. 127-128.

⁸³ Tunç, Hasan: Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), Gazi Kitabevi, Ankara 2019, s. 156.

⁸⁴ Özdemir, Hakan: 100 Soruda Hükümet Sistemleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 15.

vizyon idaresidir. Anayasa'nın 120. maddesindeki düzenleme uyarınca üniversiteler, bilimsel ve idari özerkliği sahip kamu tüzel kişileridir. Üniversiteler, kendileri tarafından seçilen yetkili öğretim üyelerinden kurulu organlar eliyle yönetilip denetlenmektedir. Yine 121. maddedeki düzenleme uyarınca, radyo ve televizyon istasyonlarının idaresi özerk kamu tüzel kişiliği halinde kanunla düzenlenecektir. Görüleceği üzere bu iki kamu kuruluşuna da özerk statü, yani kendi kendilerini yönetme yetkisi verilmiştir. Bu yetki, çoğulcu demokrasi anlayışından kaynaklanmaktadır.⁸⁵ Çoğulcu demokrasi, ancak bu kurumların özerk olması halinde hayat bulacaktır. Üniversitelerin görevi bilimsel gerçeği araştırmak, radyo ve televizyon kurumunun fonksiyonu ise kamuoyunu tarafsız ve doğru bir biçimde bilgilendirmektir. Bu fonksiyonlar siyasal iktidarın yönetimine bırakıldığı takdirde, hürriyetçi ve çoğulcu demokrasi gereklerinin yerine getirilmesi zordur.

Devlet iktidarı, kurumların kendi içerisinde yani yatay bir biçimde değil, dikey şekilde diğer bir ifadeyle merkezi yönetim ile yerel yönetim birimleri arasında da bölüştürülebilir. Bu bölüşüm akla federalizm ile yerinden yönetimi getirir.⁸⁶ 1961 Anayasası ile birlikte yerinden yönetim ilkesi yönünden de yenilikler getirilmiştir.⁸⁷ 1924 Anayasası'nın 90. maddesinde sadece il, şehir, kasaba ve köylerin tüzel kişiliğe sahip oldukları belirtilirken, 1961 Anayasası'nın 116. maddesi ile yerel yönetimlerin karar organlarının halk tarafından seçilmesi anayasal bir ilke haline getirilmiştir. Ayrıca halk tarafından seçilen bu karar organlarının, merkezi yönetim tarafından yargı kararı olmadan görevden alınamayacakları kabul edilmek suretiyle, yerel yönetimlerin özerkliğine anayasal güvence tanınmıştır.⁸⁸

1982 Anayasası'na baktığımızda ise 7. maddedeki düzenleme ile 1961 Anayasası'nın 5. maddesindeki düzenlemeye paralel bir şekilde, yasama yetkisinin Türk Milleti adına TBMM'ye ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği, Anayasa'nın 2017 değişikliğinden önceki 8. maddesinde yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağına hüküm altına alındığını görüyoruz. Bu

⁸⁵ Yavuz, Bülent: Çoğulcu Demokrasi Anlayışı ve İnsan Hakları, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2019, Cilt: 13, Sayı: 1, ss. 283-302, s. 283.

⁸⁶ Kaboğlu, İbrahim Ömer: Anayasa Hukuku Dersleri, Legal Yayınevi, İstanbul 2005, s. 94-98.

⁸⁷ Gözler, Kemal: Mahalli İdareler Hukukuna Giriş, Ekin Yayınevi, Bursa 2018, s. 141-151.

⁸⁸ Yerel yönetimlerin özerkliği ve önemi hakkında bkz., İşbir, Begüm: Temsili Demokrasi Anlayışına Göre Yerel Yönetimlerde Özerklik, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, Özel Sayı, 2009, s. 1571-1599.

ifade ile 1961 Anayasası'nın 6. maddesi arasında fark bulunmaktadır. Daha önce de belirttiğimiz gibi 1961 Anayasası'nda yürütme sadece bir "görev" olarak nitelendirildiği halde, 1982 Anayasası'nda "yetki ve görev" olarak nitelendirilmiştir.

2017 Anayasa değişikliği sonrasında ise yürütme yetki ve görevinin Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılıp yerine getirileceği kabul edilmiştir. 2017 değişikliği ile beraber sistemimize yeni bir düzenleyici işlem olarak Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin⁸⁹ girmiş olduğu düşünüldüğünde, yürütmenin aynı zamanda bir yetki olarak nitelendirilmesinin ayrı bir önem kazandığı söylenebilir. Yürütme, sadece görev olarak nitelendirilip yetki olarak nitelendirilmeseydi, bu kararnamelerin Anayasa'nın sistematığı içindeki yerini açıklamakta güçlük çekilebilirdi.⁹⁰

1982 Anayasası'nda 2017 Anayasa değişikliği sonrasında, Cumhurbaşkanlığı makamı ile ilgili tüm anayasal sistemi etkileyen önemli değişikliklere gidilmiştir.⁹¹ Anılan değişikliklerin sistem üzerindeki etkileri bu çalışmanın boyutunu aşacağından, burada genel bilgilerin verilmesi ile yetinilecektir. 1921 Anayasası'nda 29 Ekim 1923 tarihinde yapılan değişiklik ile birlikte devlet teşkilatımıza giren Cumhurbaşkanının, TBMM tarafından kendi üyeleri arasından seçilmesi kabul edilmişti. Aynı düzenleme 1924 Anayasası'nın 31. maddesinde, 1961 Anayasası'nın da 95. maddesinde mevcuttu. 1982 Anayasası'nın ilk halinde de Cumhurbaşkanının yasama organı tarafından seçilmesi öngörülüyordu. Ancak 31.07.2007 tarih ve 5678 sayılı Kanun⁹² ile 1982 Anayasası'nın 101 ve 102. maddelerinde değişikliğe gidilerek, Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi benimsendi. Anayasa'da Cumhurbaşkanı ile ilgili değişikliklere devam edildi ve 16 Nisan 2017 tarihinde gerçekleştirilen referandum sonucunda, 1982 Anayasası'nda değişiklik öngören 6771 sayılı Kanunun⁹³ kabul

⁸⁹ Bu konuda ayrıntılı bir çalışma için bkz., Söyler, Yasin: Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2018.

⁹⁰ Özbudun, Türk Anayasa, s. 205.

⁹¹ Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminde, özellikle yasama ve yürütme organları arasındaki ilişkiler bakımından anayasal sistemi etkileyen değişiklikler için bkz., Uslu, Ferhat: Türkiye'de Hükümet Sistemi Tartışmaları ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet sisteminde Yasama ve Yürütme Organları Arasındaki İlişkiler, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s. 475-631.

⁹² Halkoyulamasına sunulmak üzere 16.06.2007 tarihli ve 26554 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, 16.10.2007 tarih ve 5697 sayılı Kanunla değişik 31.05.2007 tarih ve 5678 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Hakkında Kanun, 21.10.2007 tarihinde yapılan halk oylaması sonucunda kabul edilmiş ve buna ilişkin Yüksek Seçim Kurulu Kararı 31.10.2007 tarih ve 26686 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁹³ 11 Şubat 2017 tarih ve 29976 sayılı Resmi Gazete.

edilmesi ile birlikte, Cumhurbaşkanının seçilme şartları ve usulünde yeniden değişikliğe gidildi.⁹⁴ Değişiklik uyarınca yürütme organı tek elde, yani halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanının da toplanarak Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemine geçilmiştir.⁹⁵ Anılan değişiklik ile birlikte, özellikle Cumhurbaşkanına tanınan yetkiler⁹⁶ bağlamında kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında, yasma organı karşısında yürütme organı olarak sadece Cumhurbaşkanının çok güçlü yetkilerle yer aldığı,⁹⁷ denge-denetleme yönünden Cumhurbaşkanının yasama organına karşı avantajlı olduğu⁹⁸ ve yürütme organının asli düzenleme yetkisinin genişlediği görülmektedir.⁹⁹

D. Yargı Organı

1924 Anayasası'nın 4. maddesindeki düzenleme ile egemenlik hakkının sadece Türk Milletinin gerçek temsilcisi olan TBMM tarafından kullanılacağı ve 5. madde ile de yasama ve yürütme fonksiyonlarının TBMM'de toplandığı belirtilmişti. Anayasası'nın 8. maddesindeki düzenleme uyarınca ise yargı yetkisi millet adına bağımsız mahkemelerce kullanılacaktır. 1924 Anayasası'nın dördüncü faslı "kuvvet-i kazaiye"ye yani yargı kuvvetine ayrılmıştır. Anayasa'nın önceki fasıl başlıklarında yasama ve yürütmeden "vazife" olarak bahsedilirken, 8. maddedeki düzenlemede yargıdan "kuvvet" olarak bahsedilmesi dikkat çekicidir. Bazı yazarlar bu düzenleme ile yargı organının Anayasa'daki konumunun yükseltilmiş olduğunu düşünmektedir.¹⁰⁰ Kimi yazarlar ise bu düzenlemenin bilinçli yapılmadığını, sadece rastlantıdan ibaret olduğu fikrindedir.¹⁰¹ 1924 Anayasası'nın 54-60 maddeleri arasında yargı organının bağımsızlığına yönelik hükümler yer almaktadır.¹⁰²

⁹⁴ 1982 Anayasası'nda Cumhurbaşkanının seçimi ile ilgili değişikliklerin safahatı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Özkul, Fatih: 2017 Anayasa Değişikliği Sonrasında 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanı ve Sorumluluğu, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 29-54.

⁹⁵ Cumhurbaşkanlığı hükümet sisteminin temel özellikleri hakkında bkz., Özkul, 2017 Anayasa, s. 51-54.

⁹⁶ 2017 Anayasa değişikliği sonrasında Cumhurbaşkanının yeni görev ve yetkileri hakkında bkz., Özkul, 2017 Anayasa, s. 111-147.

⁹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz., Gönenç, Levent / Kontacı, Ersoy: 2017 Tarihli Anayasa Değişikliği Sonrasında Yasama - Yürütüme İlişkileri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 45, Ankara 2019, s. 53-79.

⁹⁸ Türk anayasacılık tarihinde, kuvvetler ayrılığı ilkesinin gelişim ivmesini yasama ve yürütme organları açısından değerlendiren ayrıntılı bir çalışma için bkz., Özkul, Fatih: Anayasa Hukuku Açısından Osmanlı'dan Günümüze Türk Parlamento Deneyimleri, Yetkin Yayınevi, Ankara 2022.

⁹⁹ Özbudun, Türk Anayasa, 206.

¹⁰⁰ Tanör, Osmanlı-Türk, s. 254.

¹⁰¹ Gözler, Türk Anayasa, s. 66.

¹⁰² 1924 Anayasası'nda yargı organı ile ilgili düzenlemeler hakkında bkz., Özkul, Fatih: Anayasa Hukuku Kapsamında Türkiye'de Yargı Organının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Yetkin yayınları, Ankara 2022, s. 76-80.

1961 Anayasası'nda yargı organı ile ilgili önemli düzenlemeler yapılmış, özellikle yargı bağımsızlığını bütün gerekleriyle sağlayabilmek konusuna büyük önem verilmiştir. Bu doğrultuda mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatının tanınması ilk göze çarpan unsurlardır.¹⁰³ Ayrıca hâkim bağımsızlığını teminat altına almak amacıyla bir üst Kurul, yani Yüksek Hâkimler Kurulu oluşturulmuştur. Maddenin ilk şekline göre yasama organınca da Kurula üye seçilebilmekte iken, 1971 değişiklikleri ile birlikte bu esastan vazgeçilmiştir. 1961 Anayasası'nda Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Uyuşmazlık Mahkemesi gibi mahkemeler tek tek düzenlenmiştir. Ancak Anayasa'nın yargı alanında getirdiği en büyük ve önemli yenilik şüphesiz ki, kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevli bir AYM'nin kurulmuş olmasıdır.¹⁰⁴

1982 Anayasası'nın 9. maddesinde, 1961 Anayasası'nın 7. maddesi aynen muhafaza edilmek suretiyle yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı hüküm altına alınmıştır. 2017 Anayasa değişikliği ile birlikte anılan hükme "bağımsız" kelimesinden sonra "ve tarafsız" ibaresi eklenmiştir. 1982 Anayasası'nda mahkemelerin bağımsızlığını düzenleyen temel hüküm niteliğinde olan 138. madde, 1961 Anayasası'nın aynı konuyu düzenleyen 132. maddesi ile hemen hemen aynıdır. Anayasa'da, yargı organı ile ilgili bir üst Kurul olarak Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna yer verilmiş, 2017 değişikliği ile Kurulun isminden "Yüksek" ibaresi kaldırılmıştır.¹⁰⁵

E. Çoğulcu Demokrasiye Geçiş

Demokrasinin en bilinen ve kolay tanımı, Abraham Lincoln'un 1863 yılında Gettysburg nutkunda söylediği, "Halkın, halk tarafından, halk için yönetimi" sözleridir.¹⁰⁶ Ancak demokrasinin gelişim sürecinde bu tanım, demokrasinin vasıflandırılmasında "saydam", "yetersiz" ve "karmaşık" kaldığı için eleştirilmiştir.¹⁰⁷ Zaman içerisinde demokrasi, çok daha karmaşık ve ayrıntılı bir yapı sergileme eğilimine girmiştir.¹⁰⁸ Örneğin, demokraside "eşit olma", yani eşitlik demokrasidir fikri üzerinden yola çıkıldığında, bir ülkede yaşayan insanların

¹⁰³ 1961 Anayasası'nda yargı organı ile ilgili olarak kabul edilen yenilikler hakkında bkz., Özkul, Fahri: Anayasa Hukuku Kapsamında, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 80-95.

¹⁰⁴ Sosyal, Anayasaya, s. 241.

¹⁰⁵ 1982 Anayasası'nın yargı organı ile ilgili düzenlemeler ve bunların değerlendirilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Özkul, Anayasa Hukuku Kapsamında, s. 95-193.

¹⁰⁶ Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukukuna Giriş, Ekin Yayınevi, Bursa 2002, s. 112.

¹⁰⁷ Sartori, Giovanni (Çeviren: Baykal, Deniz): Demokrasi Kuramı, Siyasi İlimler Türk Dergisi, Yayın No: 23, Ankara 1977, s. 18-19.

¹⁰⁸ Sartori, Giovanni: Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, (Çeviren: Turhan Mehmet / Karamustafaoğlu Tunçer), Sentez Yayınları, İstanbul 2014, s. 42.

eşit olması, o ülkede demokrasinin bulunduğu anlamına gelmemektedir. Vandaşlar, diktatörlüklerde de eşit olabilirler.¹⁰⁹ İdeal demokrasinin işleyişinde özgürlük, herkesin devlet yönetimine serbest bir şekilde katılımını, eşitlik ise insanların farklılıklarına rağmen, eşit bir şekilde yönetime katılmalarını gerektirmektedir.¹¹⁰ Bu doğrultuda modern demokraside özgürlük ve eşitlik kavramları, iki zorunlu unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.¹¹¹

Demokraside, çoğunluğun sınırsız bir şekilde yönetmeye hakkı olduğu kabul edildiği takdirde, çoğunluk iradesini zorla azınlığa kabul ettirmiş olacak ve demokrasi gerçek amacından, işlevinden tamamen farklı bir yola girecektir.¹¹² Demokrasinin gerçek işleyişinde çoğunluk ve azınlığın yer değiştirmesinin de mümkün olması gereklidir.¹¹³ Çoğunluğa sınırsız bir iktidar ve bunu kullanma gücü verilmesi durumunda, çoğunluk her zaman iktidarda kalmak amacıyla muhalefeti engelleyebilir, rahatsız edebilir, kendisine tanınan egemenlik yetkilerini kötüye kullanabilir.¹¹⁴ Hatta daha ileri bir boyuta adım atmak suretiyle çoğunluk, demokrasiyi askıya bile alabilir. Bu durumda çoğunluğun sınırlandırılması, demokrasinin işlemesi için bir diğer zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.¹¹⁵ İdeal demokrasi, çoğunluğun yönetme hakları ile yönetilenlerin hak ve hürriyetlerinin dengelenmesini gerektirmektedir. Sartori bu hususu, “çoğunluğun sınırlı egemenliği” olarak adlandırmaktadır.¹¹⁶

Çoğunluğun devlet yönetimindeki kararlarının mutlak olması durumunda, azınlık haklarının kısıtlanabileceği kaygısı çoğulcu demokrasiyi ortaya çıkarmıştır.¹¹⁷ Burada üzerinde durmamız gereken husus “çoğulculuk” ibaresinin ne anlama geldiği olmalıdır. Çoğulculuk, sadece egemenliğin birden fazla devlet organı arasında paylaşılması anlamında yorumlanmamalıdır.¹¹⁸ Çoğulcu de-

¹⁰⁹ Sartori, *Demokrasi Teorisine*, s. 391-392.

¹¹⁰ Sartori, *Demokrasi Teorisine*, s. 145.

¹¹¹ Sartori, *Demokrasi Teorisine*, s. 391-392.

¹¹² Sartori, *Demokrasi Teorisine*, s. 145.

¹¹³ Sartori, *Demokrasi Teorisine*, s. 145.

¹¹⁴ Sartori, bu durumu “çoğunluğun zorbalığı” olarak ifade etmektedir. Bkz., Sartori, *Demokrasi Teorisine*, s. 145.

¹¹⁵ Sartori, *Demokrasi Teorisine*, s. 26.

¹¹⁶ Sartori, *Demokrasi Teorisine*, s. 34.

¹¹⁷ Kapani, Münci: *Kamu Hürriyetleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Yayın No: 392, Sevinç Matbaası, Ankara 1976, s. 163-167; Turhan, Mehmet: *Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklileri*, *Anayasa Yargısı*, C, 8, s. 9, 1991; Güleler, Serdar: *Karşılaştırmalı Bir Perspektiften Anayasalar ve Temsil Ettikleri Değerler*, *Liberal Düşünce*, Yıl: 16, Sayı: 61-62, 2011, s. 62-65.

¹¹⁸ Yavuz, Bülent: *Çoğulcu Demokrasi Anlayışı ve İnsan Hakları* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIII, Sa. 1-2, 2009, s. 289-295.

mokrası, çoğunluğun mutlak hâkimiyetini reddeden, azınlıktakilerin siyasal ve kültürel haklarının kabul edilmesi gerektiğini ve azınlığın da bir gün çoğunluk olabileme hakkının verilmesini savunan ve bunu hayata geçirmek için gerekli tedbirleri alan bir demokrasi anlayışıdır.¹¹⁹ Azınlıkta veya muhalefette olanların korunması, düşüncelerin serbestçe hiçbir baskıyla karşılaşmadan söylenebilmesi gerçek bir çoğulcu demokrasi için şarttır.¹²⁰ AYM de, “Demokratik devlet, egemenliğin bir kişi, zümre veya sınıfça belli sınıflar yararına kullanılmadığı, genel ve serbest seçimlerin iktidara gelmede ve iktidardan ayrılmada tek yol olarak kabul edildiği ve iktidarın tüm Ulus yararına kullanıldığı bir yönetim biçimidir.” şeklinde bir tanım yaparak, aynı düşünceye vurgu yapmıştır.¹²¹

1924 Anayasası'nda egemenliği tek başına yasama organı temsile yetkili olduğu halde, 1961 Anayasası ile bu anlayış terk edilmiştir.¹²² Anayasa'da egemenliğin kayıtsız ve şartsız olarak Türk Milletine ait olduğu vurgulanmakla birlikte, 4. maddedeki hükümlerle egemenliğin “Anayasa'nın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanılacağı” belirtilmiş, bu doğrultuda egemenliğin kullanılmasına TBMM dışındaki diğer devlet organları da dâhil edilmiştir.¹²³ Diğer devlet organları egemenliği Anayasa'da öngörülen kurallar çerçevesinde, yani sınırlı bir biçimde kullanabilecektir. 1961 Anayasası'nda yasama ve yürütme organları bir yetki olarak tanımlandığı halde, Anayasa'nın 6. maddesinde yürütme organının bir görev olarak tanımlanmış olması bu başlık altında önem kazanmaktadır. Kanaatimizce burada bir devlet kuvveti olarak tanınan yürütme organının, “yetki” ibaresi ile kontrol alanı daraltılmaktadır. Kaldı ki 1961 Anayasası'nda, toplumsal çoğunluğu ve bu çoğunluğun temsilcisi olan hükümetlere güvensizlik duyulduğu, bu suretle Anayasa'da seçilmiş hükümetlerin yetkilerini kısıtlayacak, frenleyecek olan Cumhuriyet Senatosu (md.70), AYM (md.145-152), MGK (md.111), gibi yeni organlara yer verildiği iddia edilmiştir.¹²⁴ Zaten 1961 Anayasası da, getirmiş olduğu bu kurumlar sebebiyle vesayetçi bir anlayışı kabul ettiğinden bahisle eleştirilmektedir.¹²⁵ 1961 Anayasası'nın çoğulcu bir demokrasi öngörüp öngörmediği, öngörmüş olsa bile bu felsefenin pratikte hayata geçip geçmediği

¹¹⁹ Uslu, Ferhat: Anayasa Hukukunun 99 Konusu, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 89-91; Gözübüyük, Şeref: Anayasa Hukuku Anayasa Metni Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999, s. 27; Yavuz, s. 292-293.

¹²⁰ Sartori, Demokrasi, s. 34.

¹²¹ İlgili AYM kararı için bkz., Sayı: 17214, s. 41, Karar No: 1980/5, Resmi Gazete 8 Ocak 1981.

¹²² Memiş, Emin: Türkiye'de Anayasa Gelişimleri Eğrisi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005, s. 105.

¹²³ Dal, Kemal: Türk Esas Teşkilat Hukuku, Bilim Yayınları, Ankara 1986, s. 59.

¹²⁴ Erdoğan, Mustafa: Anayasalar ve Siyaset, Liberte Yayınları, Ankara 2003, s. 90-92.

¹²⁵ Özbudun, Türk Anayasa, s. 45.

konusu ancak bu kurumların yetkilerinin, görevlerinin ve uygulamada vesayet işlevi yerine getirip getirmediklerinin değerlendirilmesinden sonra açıklığa kavuşacaktır. Bu hususlara ileride değineceğiz.

1982 Anayasası'nın 6. maddesindeki düzenleme ile egemenliğin kayıtsız ve şartsız millete ait olduğu, Türk Milleti'nin egemenliğini, Anayasa'nın koyduğu esaslara göre yetkili organları eliyle kullanacağı, egemenliğin kullanılmasının hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılmayacağı, hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağı kabul edilmiştir. Devam eden 7. maddede ise yasama yetkisinin Türk Milleti adına TBMM'ye ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. 1982 Anayasası'nın 8. maddesindeki düzenleme ile yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı tarafından, Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılıp yerine getirileceği belirtilmiştir. Hatırlanacağı üzere 2017 Anayasa değişikliği öncesinde bu yetki, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurul tarafından yerine getiriliyordu.

1982 Anayasası'nın egemenliğin kullanılma biçimine bakıldığında, temel anlamda temsili demokrasi anlayışının benimsenmiş olduğu görülmekle birlikte, yarı doğrudan demokrasi uygulamasını da içerdiği anlaşılmaktadır. Anayasa'nın 80. maddesinde düzenleme altına alınan, milletvekillerinin seçildikleri bölgeyi veya kendilerini seçenlerin değil, bütün milletin temsilcisi oldukları yönündeki hüküm ile birlikte temsili demokrasi sisteminin benimsendiği görülmektedir. 1982 Anayasası'nda, saf temsili demokrasi sisteminden sapılarak, yarı doğrudan demokrasi uygulamalarından olan halkoylamasına da yer verilmiştir.¹²⁶ Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi kapsamında AYM, 1982 Anayasası'nda da düzenleme altına alınmıştır. Yasama organı tarafından çıkarılan kanunların anayasaya uygunluk denetiminden geçirilmesi, çoğulcuğun en önemli örneklerinden birisi olarak gösterilmektedir.¹²⁷

F. Çoğulcu Toplum Yapısı

Devlet iktidarının sadece yasal düzenlemeler ile sınırlanabileceğini ve bu hususun yeterli olacağını düşünmek, hürriyetçi demokratik düşünce açısından iyimser bir beklentiden ileriye gidemeyecek bir husustur. Bu yasal düzenlemelerin yanında, sivil toplumun da siyasi organların kararları üzerinde etki

¹²⁶ Özbudun, Türk Anayasa, s. 61-62.

¹²⁷ Hakyemez, Yusuf Şevki: Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı, Rousseau ve Türk Anayasaları Üzerindeki Etkisi, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2003-52-04/AUHF-2003-52-04-Hakyemez.pdf>.

edebilmesi gereklidir.¹²⁸ Sivil toplumun kendi bünyesinden çıkan insan topluluklarının, meslek kuruluşlarının, derneklerin kendi alanlarında alınan siyasal kararlar üzerinde etki sahibi olabilmeleri, çoğulcu toplum yapısı yönünden iktidarın sınırlanması anlamında önem arz etmektedir.¹²⁹ Anayasalar ile çoğulcu toplum yapısının oluşturulamayacağı sosyolojik bir gerçek olsa da, anayasalar ile bu yapının gelişimi kolaylaştırılabilir veya engellenebilir.¹³⁰

Bu hususta anayasalarda ilk göze çarpan hükümler siyasi partiler ile ilgili olanlardır. Siyasal partiler devlet örgütlenmesi içerisinde yer almasalar da, bir kamu tüzel kişiliği taşımasalar da, sivil toplum ile devlet arasında bir köprü vazifesi görürler.¹³¹ Siyasi partilerin en temel görevi, halkı ilgilendiren siyasal kararları alma sürecinde gösterdikleri fonksiyondur.¹³² 1961 Anayasası'nda bu doğrultuda çoğulcu toplum yapısını geliştirebilmek amacıyla, gönüllü ve özerk kuruluşların oluşumuna öncelik verilmiştir.¹³³ 1924 Anayasası'nda siyasal partiler ile ilgili hiçbir hüküm bulunmaz iken, 1961 Anayasası'nın 56. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenleme ile siyasal partiler, ister iktidarda ister muhalefette olsunlar, siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları olarak kabul edilmişlerdir.

1961 Anayasası'nın çoğulcu toplum yapısı oluşturma çabası siyasi partilere ilişkin hükümler ile sınırlı kalmamaktadır. Anayasa'nın 46, 47. maddelerindeki hükümler ile işçilere ve kamu görevlilerine sendika kurma hakkı tanınmış, sözleşme ve grev hakkı verilmiş, 29. maddedeki düzenleme ile de herkesin önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Yine 122. maddede yer alan, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organlarının kendileri tarafından ve kendi üyeleri arasından seçilmesi ve idarenin bu seçilmiş organları yargı kararı olmadan görevinden uzaklaştıramaması, çoğulcu toplum yapısının geliştirilmesi için elverişli ortam sağlamaktadır.¹³⁴

1982 Anayasası'na baktığımızda ise öncelikle, Anayasa'nın yapılış felsefesi itibarıyla 1961 Anayasası'ndan ayrıldığını görmekteyiz. 1982 Anayasası'nda

¹²⁸ Mumcuoğlu, Maksut: Sendikacılık Siyasal İktidar İlişkileri, Doruk Yayınları, Ankara 1979, s. 5.

¹²⁹ Aybay, Rona: Genel Kamu Hukuku (18-20. Yüzyıllarda Devlet, Kuramlar ve Uygulamalar): Der Yayınları, İstanbul 2020, s. 83; Erdoğan, Mustafa: Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü -Özgürlükçü Bir Perspektif, Liberal Düşünce, Y, 6, 2001, s. 24.

¹³⁰ Göze, Ayferi: Baskıya Karşı Direnme Hakkının Kabul Edildiği Pozitif Hukuk Metinleri ve Anayasalar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Sayı: 36 (1/4), 1970, s. 42.

¹³¹ Özbudun, Ergun: Siyasal Partiler, Sevinç Matbaası, Ankara 1979, s. 91-108.

¹³² Uslu, Anayasa Hukukunun, s. 77.

¹³³ Ayrıntılı bilgi için bkz., Ayiter, Kudret: Anayasanın Özerk Kuruluşları, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/632060>; Memiş, s. 105.

¹³⁴ Memiş, s. 98.

“otorite-hürriyet” dengesi, hürriyet aleyhine bozulmuş ve öncelik, özellikle yürütme organı bağlamında devlet otoritesinin güçlendirilmesine verilmişti.¹³⁵ 1982 Anayasası’nın “orijinal” halinde, 1961 Anayasası’na göre daha az katılımcı bir model benimsenmiş, toplumun belirli bir ölçüde siyasetten uzaklaşması amaçlanmış ve bu doğrultuda hükümler getirilmişti.¹³⁶ Aslında bu husus, Anayasa’nın başlangıç kısmında demokrasinin niteliği kısmından da anlaşılmaktadır. 1982 Anayasası’nın başlangıç kısmında “*Millet iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı*” düzenlemesi yer almaktadır. Görüleceği üzere anılan düzenlemede, bürokratik kurumların sivil toplum kuruluşları üzerinde üstünlüğüne ağırlık verilmektedir.¹³⁷

1982 Anayasası’nın siyasi partiler ile ilgili 68. maddesindeki düzenlemeye bakıldığında “*Siyasî partiler, demokratik siyasî hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır*” hükmü kabul edildikten sonra, siyasî partilerin tüzük ve programları ile eylemlerinin, demokratik cumhuriyet ilkesine aykırı olamayacağına kabul edildiği anlaşılmaktadır. 69. maddede de siyasî partilerin uyacakları esaslar başlığında ise siyasî partilerin faaliyetlerinin, parti içi düzenlemelerinin ve çalışmalarının demokrasi ilkelerine uygun olması gerektiğine vurgu yapıldığı anlaşılmaktadır. İleride açıklanacağı üzere, Anayasa’nın geçirdiği değişiklikten önceki 69. maddesine bakıldığında, ifade özgürlüğünün bireyi aşarak topluma aktarılmasına hizmet eden siyasal parti faaliyetlerine, 1961 Anayasası’na oranla daha geniş bir sınırlama alanı getirildiği görülmektedir.¹³⁸ 1982 Anayasası’nın sendikalara ilişkin 51. maddesindeki düzenlemeye bakıldığında, hem çalışanlar hem işverenler açısından, önceden izin alınmasına gerek olmaksızın sendika ve üst kuruluşlar kurma, serbestçe üye olma ve çekilme hakkının düzenlendiği anlaşılmaktadır. Sendika kurma hakkı ancak milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlak ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilecektir. Son fıkrada uyarınca sendika ve üst kuruluşlarının tüzükleri, yönetim ve işleyişleri, cumhuriyetin temel niteliklerine ve demokrasi esaslarına aykırı olamayacaktır.

¹³⁵ Özbudun, Türk Anayasa..., s. 63-64.

¹³⁶ Özbudun, Türk Anayasa..., s. 66-68.

¹³⁷ Arslan Zühtü, İki Anayasa İki Tarz-ı Demokrasi: Avrupa Anayasası ve Türk Anayasası Üzerine Notlar, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg22/zuhtu.pdf.

¹³⁸ Ercan, M. Sercan: Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Siyasal Parti Yasakları, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 3(1), 2016, s. 51-65; Aksoy, Kazım: Siyasal Parti Yasakları, <https://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimler/64.pdf>.

1982 Anayasası'nda zaman içerisinde, temel hak ve özgürlükler konusunda olduğu gibi çoğulcu toplum yapısının oluşturulması yönünde de olumlu değişikliklere gidildiği, bu alanda önemli adımlar atıldığı görülmektedir. Siyasi partiler ile ilgili 69. maddede 1995 yılında yapılan değişiklikle¹³⁹ birlikte, siyasi partilerin parti içi düzenlemeleri ve çalışmalarının yanı sıra, faaliyetlerinin de demokrasi ilkelerine uygun olacağı kabul edilmiş, dernek sendika, vakıf, kooperatif ve mesleki kuruluşlarla ilişki kurma ve işbirliği yapma yasağına son verilmiştir. Siyasi partilerin kapatılması hakkında yeni bir düzenlemeye gidilerek parti kapatma zorlaştırılmıştır. Kapatılan siyasi partilerin kurucuları, her kademedeki yöneticileri hakkındaki yasaklar yumuşatılmıştır.¹⁴⁰ 2010 yılında Anayasa'da 5982 sayılı Yasa¹⁴¹ ile yapılan değişiklik ile beraber, kamu görevlilerinin sendikal hakları güçlendirilmiş, siyasal amaçlı grev, dayanışma ve genel grev yasakları kaldırılarak çoğulcu toplum yapısının temini yönünde önemli adımlar atılmıştır.¹⁴²

1995 ve 2001 Anayasa değişiklikleri¹⁴³ ile Anayasa'nın siyasi katılımı önleyici yapısına da kısıtlama getirilmiştir. Örneğin, katılma hakkı olarak "toplantı hak ve hürriyetleri" adı altında Anayasa'nın 33. ve 34. maddelerindeki düzenlemelere bakıldığında, 2001 yılında yapılan değişiklik ile birlikte, 34. maddenin değişiklikten önceki halinde yer alan derneklerin, vakıfların, sendikaların ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, kendi konu ve amaçları dışında toplantı ve gösteri yürüyüşü yapamayacağına ilişkin yasağın kaldırılmış ve bu sayede sivil toplum kuruluşlarının, çoğulcu ve katılımcı demokrasinin gereği olan toplantı ve gösteri düzenlemesine ilişkin engellere son verilmiş olduğu anlaşılmaktadır.¹⁴⁴ 54. maddedeki "Siyasi amaçlı grev, lokavt, dayanışma grevi gibi eylemlerin yapılamayacağı", 34. maddedeki "dernek, vakıf ve sendikaların amaçları dışında faaliyet bulunamayacağı" hükümleri yine 2001 ve 2010 yılında yapılan değişikliklerle kaldırılarak, Anayasa'nın daha az katılma isteyen, otorite özgürlükler dengesi içerisinde tercihini otoriteden yana kulla-

¹³⁹ Bkz., 26 Temmuz 1995 ve 22355 sayılı Resmi Gazete.

¹⁴⁰ 1982 Anayasası'nın siyasi partiler ile ilgili düzenlemelerinde yapılan değişikliklere ilişkin bkz., Karakoç, Rifat: 1982 Anayasası'nın Siyasi Partilere İlişkin Düzenlemeleri Üzerine Bir Değerlendirme, Çankırı Karatekin Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2013, s. 62-64.

¹⁴¹ Bkz., 13 Mayıs 2010 tarih ve 27580 sayılı Resmi Gazete.

¹⁴² Aydın, Mesut; 1982 Anayasasında Sendika Kurma Hakkı ve Sınırlanması, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2016, s. 77.

¹⁴³ 2001 değişiklikleri için bkz., 17 Ekim 2001 tarih ve 24556 sayılı Resmi Gazete.

¹⁴⁴ Aydın, Nizamettin: 3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine Etkileri, Ekin Yayinevi, Bursa 2008, s. 135.

nan yapısı yumuşatılmıştır.¹⁴⁵ Tüm bunlar, 1982 Anayasası'nın ilk halinde kabul edilen ve çoğulcu toplum yapısının oluşumunu sınırlayan hükümlerin kaldırılması niteliğinde oldukları için çok olumlu gelişmeler olarak görülmelidir.

IV. 1961 ANAYASASI'NIN UYGULANMASI VE SONA ERİŞİ

A. 1961 Anayasası'nın Uygulanması

1961 Anayasası halk oylaması ile birlikte yürürlüğe girmiştir. 9 Temmuz 1961'de yapılan halkoylaması sonucunda Anayasa'ya karşı güçlü bir muhalefetin olduğu da anlaşılmıştır. Anayasa, geçerli oyların yaklaşık %62'sini almak suretiyle kabul edilmiştir.¹⁴⁶ Halkoylamasının yapıldığı tarihte MBK yönetiminin görevde olduğu ve iktidardan uzaklaştırılmış olan DP yönetiminin örgütlenmemiş olduğu¹⁴⁷ dikkate alındığında, Anayasa'ya hayır oyu kullanan yaklaşık %38'lik çoğunluğun güçlü bir muhalefet oluşturduğu anlaşılmaktadır. Bu oran bize, iktidardan uzaklaştırılan DP seçmeninin yeni anayasayı benimsemiş olduğunu göstermektedir. 1961 Anayasası için belki de en büyük şansızlık, yapılan halkoylamasında önemli oranda bir seçmen kitlesinden olumsuz oy almış olmasıdır. Bu doğrultuda da 1961 Anayasası'nın, toplumun önemli bir bölümünün uzlaşması sonucunda yürürlüğe girmemiş olduğu söylenebilir. Anayasa'nın yapılması sürecinde CHP ile Cumhuriyetçi Köylü Millet Partisi'nin (CKMP) ağırlıklı olarak görev almış olmaları, bu durumun aksine DP'nin anayasa yapım sürecinden dışlanmış olması da halkoylaması sonucunu etkilemiştir.¹⁴⁸

1950'li yıllarda siyasete hâkim olan parti DP iken, 1960'lı yıllarda bu liderliği anılan partinin siyasi mirasçısı olan Adalet Partisi (AP) almıştır.¹⁴⁹ AP'nin liderleri bu durumu gayet istekli ve usta bir şekilde kullanarak yaptıkları mitinglerde, verdikleri demeçlerde, 1961 Anayasası ile ülkenin yönetilemeyeceğini ifade ederek yeni bir anayasa talebinde bulunmuşlardır.¹⁵⁰ Bu bağlamda AP yetkililerin ve seçmeninin, 1961 Anayasası ile gönül bağı kurmamaları normal karşılanmalıdır.

¹⁴⁵ Kayaçağlayan, Metin: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında "Demokrasi" Kavramı, Zabunoğlu Armağanı, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 316, 2011, s. 443.

¹⁴⁶ Toy / Elmacı, 150.

¹⁴⁷ Toplu, Abdülhadi: Anayasada Milliyetçilik Mücadelesi 27 Mayıs ve Kurucu Meclis'in Perde Arkası, Töre-Devlet Yayınları, Ankara 1976, s. 73.

¹⁴⁸ Gözler, Türk Anayasa, s. 89.

¹⁴⁹ Özbudun, Türk Anayasa... s. 46.

¹⁵⁰ Özbudun, Türk Anayasa... s. 46.

1961 Anayasası'nın getirmiş olduğu özgürlükçü ve liberal yaklaşım, sendikal faaliyetlerin güçlenmesine, solu temsil eden fikir akımlarının toplumda yaygınlaşmasına yol açmıştır.¹⁵¹ Sendikal hareketlerin bu şekilde ivme kazanması ile birlikte toplumda başlayan gerginlik, 1960'lı yılların sonlarına doğru gelindiğinde siyasal şiddete ve terör olaylarına dönüşmüştür.¹⁵² Bu dönemde kurulan hükümetler karar alamamakta, yasama organı kanun çıkaramamaktadır.¹⁵³ Yaşanan zaman diliminde hükümetler zayıf temelli koalisyon ortaklıklarından oluşmuş, yasama organında kendilerini destekleyen istikrarlı bir çoğunluğa sahip olamamıştır.¹⁵⁴ Ayrıca küçük partiler, temsil ettikleri kitle ile orantılandığında, hükümetlerin kurulması ve düşürülmesi bağlamında fazlasıyla güç sahibi olmuşlardır.¹⁵⁵ Bu sonucun nedeni, 1961 Anayasası döneminde nispi (orantılı) temsilin D'hondt usulüne göre milletvekilleri seçimlerinin gerçekleştirilmiş olması ve 1965 yılında bir defaya mahsus olmak üzere artan oyların dağıtımında ulusal artık (milli bakiye) usulünün uygulanmasıdır. Benimsenen bu seçim usulü, yasama organında çok partiden oluşan bir yapının oluşmasına yol açmıştır.¹⁵⁶ Parlamenter hükümet sistemini benimseyen 1961 Anayasası'nın, fonksiyonsuz hükümetlere yol açtığına yönelik iddialarda bu hususların da göz önüne alınmasında fayda vardır.¹⁵⁷ Devam eden süreçte Anayasa'ya yapılan suçlamalar artmış ve TSK'nın 12 Mart 1971 Muhtırası ile birlikte Demirel Hükümeti istifaya zorlanarak bir "partilerüstü" geçiş süreci kabul edilerek anayasa değişikliği gündeme gelmiştir.¹⁵⁸

B. 1971-1973 Ara Rejimi

1961 Anayasası'nda 1971-1973 ara rejim döneminde iki kez önemli değişiklik yapılmıştır. 22 Eylül 1971 tarihinde 1488 sayılı Kanunla¹⁵⁹ yapılan değişiklik ile birlikte Anayasa'nın 35. maddesi değiştirilmiş ve 9 geçici hüküm eklenmiştir. İkinci değişiklik ise 20 Mart 1973 tarihinde 1699 sayılı Kanunla¹⁶⁰ yapılan değişikliktir. Yapılan değişiklikler şu şekilde özetlemek mümkündür:

¹⁵¹ Aldıkaçtı, Orhan: Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İstanbul 1982, s. 160-168.

¹⁵² Toy / Elmacı, s. 137-149.

¹⁵³ Gözler, Türk Anayasa, s. 91.

¹⁵⁴ Memiş, s. 106.

¹⁵⁵ Yavuz, K. Haluk: Türkiye'de Sistem Arayışları ve Yürütmenin Güçlendirilmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000, s. 431-434.

¹⁵⁶ Keskinsoy, Ömer: Anayasa ve Türk Anayasa Hukuku, Monopol Yayınları, Ankara 2018, s. 95.

¹⁵⁷ Memiş, s. 106.

¹⁵⁸ Özbudun, s. 47.

¹⁵⁹ Bkz., 22 Eylül 1971 ve 13964 sayılı Resmi Gazete.

¹⁶⁰ Bkz., 20 Mart 1973 ve 14482 sayılı Resmi Gazete.

- Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmek suretiyle yürütme organı güçlendirilmiştir (m.64).
- Bakanlar Kurulu vergi, resim, harç ve muafiyet istisnaları ile nisbet ve hadlerine ilişkin hükümlerde değişiklik yapmaya yetkili kılınmıştır (m.61).
- Üniversitelerin özerkliği zayıflatılmıştır (m.120).
- TRT'nin özerkliği kaldırılmıştır (m.121).
- Bütün temel hak ve hürriyetler için geçerli genel bir sınırlama maddesi getirilmiştir (m.11).
- Bazı hak ve özgürlüklere ilişkin anayasal ve yasal sınırlamaların sebepleri artırılmış, devlet memurlarının sendika kurma hakkı ortadan kaldırılmıştır (m.119).
- "Tabii" yargı yolu yerine "kanunî" yargı yolu ilkesi kabul edilmiştir (m.32).
- AYM'ye iptal davası açabilecekler arasında "Türkiye Büyük Millet Meclisinde temsilcisi bulunan siyasi partiler" terimi, "Türkiye Büyük Millet Meclisinde grubu bulunan siyasi partiler" şeklinde değiştirilmiş ve bu doğrultuda küçük partilerin dava açma hakkı ortadan kaldırılmıştır (m.149).
- AYM'nin, anayasa değişikliklerini sadece şekil yönünden denetleyebileceği esası kabul edilmiştir (m.147).
- Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin kurulması suretiyle, asker kişilerle ilgili idari eylem ve işlemlerin denetimi Danıştay'ın görev alanından çıkarılmıştır (m.140).
- Üyeleri Bakanlar Kurulu tarafından aday gösterilen Devlet Güvenlik Mahkemeleri kurulmuştur (m.136).

1961 Anayasası'nın kurduğu hükümet sistemi içinde tıkanıklıkların meydana geldiği Anayasa hükümlerinin bu sorunları çözmede yetersiz kaldığı, rejim bunalımının doğduğu, siyasal sistemde önemli tıkanıklıkların yaşandığı bir gerçektir.¹⁶¹ Siyasal tıkanıklıkların en bilinen örneği, 1980 senesinde TBMM'nin Cumhurbaşkanı'na 6 ay süre ile seçememiş olmasıdır.¹⁶² Ancak daha önce de-ğindiğimiz üzere, kanaatimizce devlet otoritesinin zayıflamasının nedenleri hukuki olmaktan ziyade siyasaldır. Parlamenter rejimde, bir hükümet istikrarlı

¹⁶¹ Özbudun, s. 24.

¹⁶² Toy / Elmacı, s. 265.

ve disiplinli bir meclis çoğunluğu tarafından desteklenmediği takdirde, anayasa yürütme organına ne kadar geniş yetkiler vermiş olursa olsun, söz konusu yetkilerin kullanılması büyük zorluklar gerektirecektir.¹⁶³ Bu doğrultuda parlamenter sistemde devlet otoritesi değerlendirilirken sadece yürütme organı değil, yasama organı da ve yürütme organı ile birlikte ele alınmalıdır.

C. 1961 Anayasası'nın Yürürlükten Kaldırışı

1971 ve 1971 değişiklikleri ile 1961 Anayasası'nda önemli yenilikler getirilmiş olmasına rağmen, özellikle 1975 yılından sonra siyasal şiddet ve terör olayları artarak devam etmiştir.¹⁶⁴ Toplumda baş gösteren bu bölünmüşlük yasa ve yürütme organlarına da yansımış, hükümetler ve parlamento karar alamaz, politika üretemez hale gelmiş, bu durum da beraberinde yeni anayasa arayışlarını gündeme getirmiş, mevcut durumdan 1961 Anayasası sorumlu tutulmuştur. 1961 Anayasası'nın yaşanan krizden sorumlu tutulma nedeni, yürütme organını ve devlet otoritesini zayıf bıraktığı yönündeki düşünceye dayanmaktadır.¹⁶⁵

İlerleyen süreçte siyasal şiddet ve terör olaylarına hükümetlerin müdahaleleri yetersiz kalmıştır.¹⁶⁶ Görülen bu krizin sorumlusu olarak da yine, 1961 Anayasası'nın yürütme organını zayıf bırakması gösterilmiştir.¹⁶⁷ 1961 Anayasası'na getirilen eleştiriler ivme kazanmaya devam etmiş ve kamuoyunda, yeni bir anayasa yapılması gerektiğine yönelik beklentiler doğmuş, hatta bu konuda seminerler düzenlenmiştir.¹⁶⁸ Yeni bir anayasa arayışının temel nedeni, 1961 Anayasası'nın kurduğu hükümet mekanizması içinde ortaya çıkan tıkanıklıklar ve Anayasa hükümlerinin bunları gidermede yetersiz kaldığı

¹⁶³ Özbudun, s. 48.

¹⁶⁴ Atar, Türk Anayasa, s. 29.

¹⁶⁵ Özbudun, s. 47-48.

¹⁶⁶ Toy / Elmacı, s. 259-260.

¹⁶⁷ Dal, Türk Esas, s. 97.

¹⁶⁸ Bu seminerlerden ilki Tercüman Gazetesi tarafından 19 Nisan 1980 tarihinde düzenlenen "Siyasi Rejimin İşler Hale Getirilmesi, Anayasa ve Seçim Sistemimiz" isimli olanıdır. Anılan seminerde tebliğ sunarak tartışmaya katılan bazı düşünürler şu isimlerden oluşmaktadır: Orhan Aldıkaçtı, Yaşar Karayalçın, Turan Feyzioğlu, Aydın Yalçın, Feridun Ergin, Mukbil Özyörük, Fethi Çelikbaş, İsmet Giritli, Cihat Baban. Seminerin özeti için bkz., Anayasa ve Seçim Sistemi Semineri (Tarabya 19 Nisan 1980), Tercüman Gazetesi, 23-27 Nisan 1980. Akılda kalan ikinci seminer, İstanbul Barosu ve İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi tarafından düzenlenen 10 Mayıs 1980 tarihli "Demokratik Anayasal Düzenin İşlerliği: Anayasal Hak ve Özgürlüklerin Yaşama Geçirilmesi" isimli seminerdir. Seminerde Tarık Zafer Tunaya, Orhan Apaydın, Lütfi Duran, Bahri Savcı, Murat Sarıca, Suphi Karaman, Aslan Başer Kafaoğlu, Uğur Mumcu, Server Tanilli, Edip Çelik ve Aydın Aybay tebliğ sunmuştur. Bkz., "Demokratik Anayasal Düzenin İşlerliği: Anayasal Hak ve Özgürlüklerin Yaşama Geçirilmesi", İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 1980.

yönündeki yaygın kanaattir.¹⁶⁹Anayasa hükümleri kriz çözmede yetersiz kaldığında, ortaya çıkan rejim bunalımından yine 1961 Anayasası sorumlu tutulmuştur. Ancak tüm bu yeni anayasa arayışları sonuçsuz kalmış, 12 Eylül 1980 tarihinde TSK'nın yönetime el koymasıyla birlikte bir dönem sona ermiştir.

V. 1961 ANAYASASI VESAYETÇİ BİR ANAYASA OLARAK KABUL EDİLEBİLİR Mİ?

İlk olarak “vesayetçilik” kavramı ile neyi ifade etmeye çalıştığımızı açıklayalım. Vesayetçilik en genel anlamda, devlet yönetiminin anayasada öngörülen organlara ait olması gerekirken, bunların üzerinde başka bir iradenin devlet yönetimini elinde tutması olarak tanımlanabilir.¹⁷⁰ Örneğin genelde hâkimler veya askerler, yani atanmışlar seçilmişler üzerinde bu vesayeti kurarlar. Konu 1961 Anayasası ile ilgili olduğunda, “vesayetçilik” kavramı ile ifade edilmek istenilenin, çoğunluk iktidarını bürokratik denetim mekanizmalarıyla baskı altına almayı ve sınırlamayı benimseyen bir devlet anlayışı olduğu ortaya çıkmaktadır. 1961 Anayasası askeri bir darbe sonrasında hazırlanarak yürürlüğe girdiği için, muhteviyatında bazı vesayetçi izler taşıdığı ileri sürmek olağandışı bir tutum olarak görülemez. Ancak konuyu bütün olarak değerlendirmek bizi daha kapsamlı bir sonuca götürecektir. Anayasa’da bu doğrultuda vesayetçi unsurlar açısından bir inceleme yapılarak, şu hususların değerlendirilmesi gerekmektedir.

A. Cumhuriyet Senatosu

1961 Anayasası’nda parlamento, Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu olmak üzere çift meclisten oluşmaktadır. Millet Meclisinde genel oyla seçilmiş olan 450 milletvekili bulunurken, Cumhuriyet Senatosuna üyeler üç farklı yolla gelmektedir. Öncelikle Cumhuriyet Senatosu üyelerinin tümünün seçilmiş üyelerden oluşmadığına dikkat çekmek gerekir. Birinci grup üyeler 150 kişiden oluşmakta ve halk tarafından seçilmektedir. İkinci grup üyeler ise 15 kişiden oluşup Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Halk tarafından seçilen ve Cumhurbaşkanı tarafından atanan üyelerin görev süresi 6 yıldır. Cumhuriyet Senatosundaki 3. grup ise, MBK üyeleri ve eski Cumhurbaşkanı olup ömür boyu görev yapmaktadırlar. Askeri darbeyi gerçekleştiren MBK’nın 13 Aralık 1960 tarihindeki üyelerinden oluşan 23 kişi de, yaş kaydı gözetilmeksizin, ömür boyu Cumhuriyet Senatosunun doğal üyesi durumundadır. Anayasa’nın 70. maddesindeki düzenleme uyarınca Cumhurbaşkanı’nın da 15 üyeyi seç-

¹⁶⁹ Özbudun, s. 25.

¹⁷⁰ Kaya, Mehmet Orhan: Vesayet Demokrasisi ve Türkiye Örneği, Afyon Kocatepe Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, C. XV, S.II, 2013, s. 495-496.

me hakkı hatırlandığında, Senatoda, 150 seçilmiş üye karşısında 38 adet seçilmemiş üye bulunduğu anlaşılmaktadır.¹⁷¹

Bazı yazarlar, 1961 Anayasası kurucu meclisinde Cumhuriyet Senatosu ile ilgili temel yaklaşımı, çok partili yaşama uygun, demokratik bir sistem oluşturma çabası olarak ifade etmektedir.¹⁷² 1924 Anayasası ile getirilmiş olan mekanizmanın tek partili yaşama uygun olması, çok partili yaşamda ise çoğunluğun hâkimiyetine olanak sağlamasının sakıncaları, 1961 Anayasası ile kabul edilen çift meclisli yapı ile giderilmiştir.¹⁷³ Zaten bu bağlamda bakıldığında da, 1946-1960 yılları arasında, yasama organına tek partinin hâkim olmasının bir sonucu olarak demokrasinin ortadan kalktığı görülmektedir.¹⁷⁴ Çift meclisli sistem, çoğunluğun yasama organına egemen olmasını engelleyecek ve bu sayede demokrasi işlevselleşecektir.¹⁷⁵ Ayrıca, demokratik bir ülkede, siyasi tercih ve kararlar oluşturulurken geniş katılımlı, kamuoyuna açık tartışmalar yapılmasının iktidarın sorumluluğunda olan bir husus olduğu, II. Meclisin bu amaca hizmet edeceği gibi, yasaların ve hükümet çalışmalarının teknik mahiyetinin iyileştirilmesini de artıracığı farklı bir görüş olarak ileri sürülmüştür.¹⁷⁶ İstanbul ve Ankara tasarılarında da yasama organının çift meclisten oluşması öngörülmüş, ancak Ankara tasarısında İstanbul tasarısından farklı bir biçimde, II. Meclisin tamamıyla seçilmiş üyelerden oluşması tavsiye edilmiştir.¹⁷⁷

Ancak bu görüşlerin aksi yönünde düşünen yazarlar da mevcuttur. Aksi yönde kanaate sahip olanların ilk dikkat çektikleri husus, seçimle gelmeyen üyelerin (sayısı ne olursa olsun) Cumhuriyet Senatosunu demokratik meclis olma niteliğinden çıkarmasıdır.¹⁷⁸ II. Meclisin bir kısım üyelerinin seçimle işbaşına gelmemiş olmaları, milletin temsili ilkesi ile de bağdaşmamaktadır.¹⁷⁹ Halk tarafından seçilmeyen, siyasal sistemi darbe ile durdurmuş kişilerin Senato'da doğal üye olarak yer almaları, halk tarafından seçim yoluyla gelecek temsilcilerin Anayasa'nın 72. maddesindeki düzenleme uyarınca 40 yaşını doldurmuş

¹⁷¹ Gözler, Türk Anayasa, s. 86-87; Özbudun, 45-46.

¹⁷² Arsel, s. 109.

¹⁷³ Arsel, s. 109.

¹⁷⁴ Arsel, s. 64.

¹⁷⁵ Arsel, s. 65-66.

¹⁷⁶ Bkz., Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt: 3, Dönem: 3, Toplantı: 1, https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d03/c003/mm__03003fih.pdf.

¹⁷⁷ Aldıkaçtı, 1982, s. 138-140; 141-144.

¹⁷⁸ Şimşek, Mürşide: Çoğulculuk ve Vesayet İkileminde 1961 Anayasası, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 22, Sayı: TBMM'nin 100. Yılı ve Millî İrade Özel Sayısı, Yıl: 2020, s. 230.

¹⁷⁹ Özgüşi, Tunca: Türk Parlamento Tarihinde Cumhuriyet Senatosu, TBMM Kültür ve Sanat yayınları, 2012, s. 51.

ve yükseköğretim yapmış kişiler arasından seçilme zorunluluğu, Cumhuriyet Senatosunu seçkin bir meclis haline getirmektedir.¹⁸⁰ Bu sebeple de II. Meclis, aristokratik ve demokratik olmak üzere karma yapı sergilemektedir.¹⁸¹ Ayrıca Mecliste seçimle gelen üye sayısı, seçimle gelmemiş üye sayısından fazla olsa da, seçimle gelmeyen üyelerin siyasal etkinlikleri, MBK üyeleri sebebiyle seçimle gelen üyelerinkine göre daha fazla olmuştur.¹⁸² 1961 Anayasası'nda 1924 Anayasası'ndan farklı olarak çift meclisli bir yasama organı belirlemesinin tek sebebi, DP'nin 1924 Anayasası'nda uygulanan tek meclisli yapıda, hak ve özgürlükleri ihlal edici şekilde hareket edebilme kabiliyetine sahip olduğu bahanesidir.¹⁸³ 1961 Anayasası uygulamasında yasama organında etkin olan güç, 1950 seçimlerinden itibaren iktidarı kaybeden kesimin destekçileridir.¹⁸⁴ 1961 Anayasası'nın yapımında kurucu iktidarda bulunan etkin güç, demokratik yaşama geri dönüldüğünde yine azınlık duruma düşeceğini hissetmiş ve bu sebeple yasama organını tek başlı bir çoğunluğun eline bırakmak istemiştir.¹⁸⁵ Cumhuriyet Senatosu sisteme işlevlik de kazandırmamıştır. Senatunun siyasal sisteme uzlaşma anlamında bir katkısının olmadığı en karakteristik örneği, 1980 askeri darbesinden önce Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosunun birleşik oturumunda seçilmesi gereken Cumhurbaşkanı'nın, 115 turluk bir seçimde dahi seçilememiş olmasıdır.¹⁸⁶ Ayrıca, 1961-1977 yılları arasında yasalaşan metinlerin %90'ı Millet Meclisinden Cumhuriyet Senatosuna geldiği şekilde, yani üzerinde hiçbir değişikliğe gerek görülmeden yasalaşmıştır. Cumhuriyet Senatosu bu zaman zarfında önüne gelen kanun metinlerinden ancak %7'si üzerinde değişiklik yapma veya reddetme yetkisini kullanmıştır.¹⁸⁷

Bu eleştirilerde haklılık payı olduğu muhakkaktır. Ancak ilk olarak, Senatunun karma yapısından yola çıkılarak bir anayasanın vesayetçi izler taşıdığına karar vermek haksızlık olacaktır. Kanaatimizce 1961 Anayasası ile çift meclisli bir yapının

¹⁸⁰ Erdoğan, Anayasalar ve, s. 91.

¹⁸¹ Erdoğan, Anayasalar ve, s. 91.

¹⁸² Karatepe, Şükrü: Darbeler Anayasalar ve Modernleşme, İz Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 225-232.

¹⁸³ Karatepe, s. 223.

¹⁸⁴ Aydın/Taşkın, s. 81-82.

¹⁸⁵ Bkz., Ülkemizde Demokrasiye Müdahale Eden Tüm Darbe ve Muhtıralar ile Demokrasiyi İşlevsiz Kılan Diğer Bütün Girişim ve Süreçlerin Tüm Boyutları ile Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu, 2012, <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/handle/11543/2782?locale-attribute=en>.

¹⁸⁶ Pantül, Mehmet / Yalçın, Bekir Sıtkı: Türk Parlamento Hukukunda İkinci Meclisler, Cumhuriyet Senatosu Vakfı, Ankara 1982, s. 175.

¹⁸⁷ Eroğul, Cem: Türk Anayasa Düzeninde Cumhuriyet Senatosunun Yeri, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara 1977, s. 51-52.

benimsenmesinin temel nedeni, teorik olarak da olsa, yasama organının kendi içerisinde bir denge - fren mekanizması yaratma isteğidir.¹⁸⁸ Bu sayede Cumhuriyet Senatosu yasama organının ikinci bir kanadı olarak, çıkarılacak olan kanunlar üzerinde yeniden düşünülmesine, aceleye getirilmemesine imkân sağlayacaktır.¹⁸⁹ Uygulamada bu beklenti karşılanamamış olsa da, bu başarısızlık sadece Anayasa'ya atfedilmemeli, ülkenin siyasal, sosyal, kültürel tüm özellikleri göz önüne alınarak bir sonuca ulaşılmalıdır. Bugün olduğu gibi o zaman diliminde de, toplumda ve politikacılarda temel noktalarda siyasal bir uzlaşının mevcut olmadığını gözden kaçırmamak gerekir. Bir anayasa ile ne kadar mükemmel bir sistem oluşturulmak istense de, o anayasanın uygulandığı toplumdaki uzlaşma kültürü, siyasi olgunluk, demokrasi tecrübesi, demokrasiye olan inanç gibi değerlerin olgunluk düzeyini hesaba katmadan karar vermek kanaatimizce eksik bir düşünce tarzı olacaktır. Dolayısıyla Cumhuriyet Senatosu 1961 Anayasası'nda vesayetçi bir kurum olarak tasarlanmadığı gibi, o nitelikte işlev de görmemiştir.

B. Cumhurbaşkanlığı

1961 Anayasası'nda tasarlanan devlet başkanlığı makamı üzerinde ayrıca durmak gerekir. Anayasa'da Cumhurbaşkanı siyaset üstü, tarafsız ve dengeleyici bir aktör olarak öngörülmüştür.¹⁹⁰ Anayasa'da, Cumhurbaşkanının bir vesayet makamı olarak öngörüldüğü ileri sürülse de, bu noktada Anayasa'nın parlamenter hükümet sistemini benimsediği, devlet başkanının yetkilerinin sınırlı tutulduğu gözden kaçırılmamalıdır.¹⁹¹ Parlamenter sistemin etkili olabilmesi için Cumhurbaşkanı ile yasama organı arasındaki ilişki süre açısından da koparılmıştır. 1961 Anayasası uyarınca Cumhurbaşkanı 7 yıllık bir süre için, yani bir yasama döneminden daha uzun bir süre için seçilmektedir. Ayrıca Cumhurbaşkanı seçilenin partisi ve TBMM ile ilişkisi kesilmiş, yasama çoğunluğundan bağımsızlaştırılması amaçlanmış, bunlara ek olarak devlet başkanı geciktirici nitelikte veto yetkisine sahip olmuştur. 1961 Anayasası'nda Cumhurbaşkanının Meclisin çoğunluğu tarafından seçilmesi gerekliliği ve iki defa seçilme yasağı da makamın partiler üstü ve tarafsız olmasını amaçlamaktadır.¹⁹²

¹⁸⁸ Aydın, Suavi / Taşkın, Yüksel: 1960'tan Günümüze Türkiye Tarihi, İletişim Yayınları, İstanbul 2014, s. 93.

¹⁸⁹ Onar, Erdal: Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizdeki Öncüler, (Basımevi Belirtilmemiş), 2003, s. 27-28; Parla, Taha: Türkiye'de Anayasalar, İletişim Yayınevi, İstanbul 2002, s. 42.

¹⁹⁰ Kerse, Ahmet: Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı, Sümer Matbaası, İstanbul 1973, s. 218-223; Gözler, Türk Anayasa, s. 88.

¹⁹¹ Özkul, 2017 Anayasa, s. 25-27.

¹⁹² Öztürk, M. Utku: 1961 Kurucu Meclisi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 179; Arsel, s. 67-70.

Uygulamaya baktığımızda ise, yani 1961 Anayasası döneminde görev alan üç Cumhurbaşkanı'nın da (Cemal Gürsel - Cevdet Günay - Fahri Korutürk) asker kökenli olduğunu görmekteyiz. Bu durum bir tesadüf eseri olarak görülemeyeceğinden üzerinde biraz durmak gereklidir. Örneğin Cemal Gürsel'in Cumhurbaşkanı seçilme safahatı dikkat çekicidir. 1961 Anayasası yürürlüğe girdikten sonra yapılan ilk demokratik seçimlerde CHP 173, DP'nin devamı olarak görülen AP 158, YTP 65, CKMP ise 54 milletvekili çıkarmıştır.¹⁹³ CHP'li olan milletvekilleri dışındaki temsilciler Ali Fuat Başgil'in Cumhurbaşkanı olmasını istemelerine rağmen, TSK bu ismin devlet başkanı olmasına açıkça karşı çıkmıştır. Hatta bu süreçte Ali Fuat Başgil'in aday olmaması için tehdite varacak boyutta uyarıldığı da ileri sürülmüştür.¹⁹⁴ Kriz, AP'li vekillerin bir kısmının ikna edilmesi ve Cemal Gürsel'in Cumhurbaşkanı seçilmesiyle sona ermiş, devamında CHP - AP koalisyonuna dayanan bir hükümet kurulmuştur.¹⁹⁵ Kanaatimizce TSK'nin bu tutumu, 1924 Anayasası uygulamasında Cumhurbaşkanı Celal Bayar'ın, dönemin başbakanı Adnan Menderes ile siyaseten çok yakın ilişki içerisinde olması, DP'nin son dönemlerinde temel hak ve özgürlüklere karşı sergilemeye başladığı katı tutuma engel olmaya çalışmamasından, hatta destek vermesinden kaynaklanmaktadır.

Burada üzerinde durmak istediğimiz bir başka nokta, 1961 Anayasası'nın bir tepki anayasası olduğu hususunun gözden kaçırılmamasıdır. 1961 Anayasası'nda Cumhurbaşkanlığı makamı ile ilgili düzenlemelere, Cumhurbaşkanı'na tanınan yetkilere bakıldığında, devlet başkanlığının bir vesayet organı olarak tasarlandığını söylemek fazlaca iddialı bir yaklaşım olacaktır. Uygulamada Cumhurbaşkanının vesayetçi bir tavır sergilemesi ise zaten ayrı bir konudur. Böyle bir durumda tahlil yapabilmek için, o makama gelen aktörün kişiliği, siyasi görüşü ve anayasa hükümlerini kullanım şekli, ayrı ayrı değerlendirilmelere tabi tutulması gereken hususlardır.

C. Anayasa Mahkemesi

Anayasa'da, AYM'nin de bir vesayet kurumu olarak tasarlanıp tasarlanmadığına değinilmesi gereklidir. 1960'larda dünyada yükselen özgürlük anlayışı kaçınılmaz olarak ülkemizde de önemli bir kitle tarafından kabul görmüştür. Bu doğrul-

¹⁹³ Tuna, Işıl: 27 Mayıs Gölgesinde Demokrasiye Dönüş: 15 Ekim 1961 Genel Seçimleri, Çağdaş Türkiye Tarihi Dergisi, Sayı: XX/40, Bahar 2020, s. 241-242.

¹⁹⁴ Özdemir, Hakan: Ordunun Olağanüstü Rolü, İz Yayıncılık, İstanbul 1994, s. 175-176; Ulay, Sıtkı: 27 Mayıs 1960 Harbiye Silah Başına, K Kitapçılık, İstanbul 1968, s. 233-234.

¹⁹⁵ Ahmad, Feroz: Demokrasi Sürecinde Türkiye 1945-1980, Hil Yayınları, İstanbul 1992, s. 101.

tuda, 1961 Anayasası'nda temel hak ve özgürlüklere ilişkin kategori genişletilmiş, insan haklarına dayalı bir devlet yapısı benimsenmiştir. Hukukun üstünlüğünü tanıyan, temel hak ve hürriyetlerin korunmasına önem verem sistemlerde Anayasa mahkemeleri, önemli ve etkili bir denetim mekanizması oluşturmaktadır.¹⁹⁶

AYM'nin 1961 Anayasası'nda bir vesayet kurumu olarak tasarlandığı dile getirilmiştir.¹⁹⁷ 1961 Anayasası ile toplumu yeniden inşa etmeye çalışan kurucu iktidarın, yasama organının karşısına AYM'yi bir denge ve fren mekanizması olarak getirmesi, olağan dönemlerde rejimin korunmasının Yüksek Mahkemeye devredilmesi olarak yorumlanmıştır.¹⁹⁸ Anayasa'da, kanunların Anayasa'ya uygunluğunun denetimini yapmak amacıyla tesis edilen AYM, kendisini destekleyen kesimin görüşleri doğrultusunda resmi ideolojiye uygun kararlar verdiği için eleştirilmiştir.¹⁹⁹ En çok üzerinde durulan eleştiri konusu da, o dönem uygulanmakta olan ve düşünce özgürlüğünü sınırlayan 765 sayılı TCK'nın 141 ve 142. maddelerini Anayasa'ya aykırı bulmamış olmasıdır.²⁰⁰ Yine AYM, 1971 yılında Türkiye İşçi Partisini, 1979 yılında Türkiye Emekçi Partisini, o dönem yürürlükte olan Siyasi Partiler Kanununun 87. maddesinde yer alan, "ülke bütünlüğünün korunmasına" ve 89. maddede yer alan "azınlık yaratılmasının önlenmesine" ilişkin hükümleri ihlal ettikleri gerekçesiyle kapatmıştır.²⁰¹ 1971 yılında, İslamcı çizgide yer alan Milli Nizam Partisi de, Atatürk İlke ve İnkılaplarına aykırı ve laiklik ilkesini ihlal eden görüşleri sebebiyle Yüksek Mahkeme tarafından kapatılmıştır.²⁰²

Anayasa yargısının kabul edilmesi ile birlikte, yasama organının hareket alanının daraltılmış olması vesayetçi bir anlayış olarak görülmemelidir.²⁰³ AYM, temel hak ve hürriyetlerin korumasında, anayasanın üstünlüğü ilkesinin gerçek anlamda uygulanmasında en güvenli ve etkin mekanizmalardan birisini oluşturmaktadır.²⁰⁴ Ayrıca Anayasa'nın ilk şekline göre AYM'nin 15 üyesinden 5'ini seçme yetkisinin TBMM'ye ait olduğu hususu da gözden kaçırılmamalı-

¹⁹⁶ Gönenç, Levent: Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi ve Anayasa Yargısı, Tepev Yayınları, Ankara 2010.

¹⁹⁷ Şimşek, s. 228.

¹⁹⁸ Karpat, Kemal: Kimlik ve İdeoloji, Timaş Yayınları, İstanbul 2017, s. 175.

¹⁹⁹ Ünsal, Artun: Siyaset ve Anayasa Mahkemesi, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara 1980, s. 269-275.

²⁰⁰ Artun, s. 271.

²⁰¹ Bkz., AYM, Esas: 1971/3, Karar: 1971/3, Tarih: 20.07.1971; AYM, Esas: 1979/1, Karar: 1980/1, Tarih: 08.05.1980.

²⁰² Bkz., AYM, Esas: 1971/1, Karar: 1971/1, Tarih: 20.05.1971.

²⁰³ Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi uyarınca, yasama ve yürütme organlarının anayasa-ya bağlılığı konusu ile ilgili olarak bkz., Atar, Anayasanın Bağlayıcılığı, s. 187-191.

²⁰⁴ Gönenç, s. 25.

dır. AYM'nin yukarıda örneğini vermiş olduğumuz parti kapatma davaları farklı bir boyuttan da okunabilir. Vesayetçi bir kurum olmanın aksine, AYM'nin 1961 Anayasası uygulamasında vermiş olduğu kararlar ile toplumsal açıdan bir emniyet sübabı görevini yerine getirmeye çalıştığı, toplum içindeki gerilimi yatıştırmaya gayret ettiği de rahatlıkla ileri sürülebilir.²⁰⁵ Şüphesiz ki, toplumdaki siyasal bölünmüşlük mahkeme kararları ile engellenemez. Bu tür girişimler her mahkeme için beyhude çabadan ibaret kalacaktır. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi, 1961 Anayasası'nda AYM'nin kurulmasının temel sebebi rejimi korumak değil, kuvvetler ayrılığı çerçevesinde etkin bir hukuksal denetim mekanizması oluşturmaktır. 1924 Anayasası uygulamasında kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemek amacıyla oluşturulmuş bir mekanizma bulunmadığı halde, 1961 Anayasası ile birlikte AYM kurulduğu için, anayasanın üstünlüğü ilkesi tam anlamıyla işlevselliğe kavuşmuştur.²⁰⁶

D. Devlet Planlama Teşkilatı

Ekonominin planlama yoluyla gerçekleştirilmesi düşüncesi sadece ülkeye özgü bir fikir değildir. Kalkınma planları 1927 yılından itibaren Sovyetler Birliği'nde, 1930'dan itibaren Latin Amerika ülkelerinde, 1930 yılından itibaren Hindistan'da, II. Dünya Savaşı'ndan sonra ise Batı Avrupa'da başlamıştır.²⁰⁷ 1960'lı yıllarda ise neredeyse tüm dünyada, ücret politikalarının ve gelir dağılımının düzenlenmesi, sosyal güvenlik gibi konularda devlet müdahalesinin önemli olduğu düşüncesi kabul görmeye başlamıştır.²⁰⁸ Bu akım, devletçiliğin "planlamacılık" olarak benimsenmesini ve kalkınmanın planlı devletçilikle gerçekleştirilmesi yolunun açılmasını doğurmuştur.²⁰⁹

DP iktidarında, özellikle 1955-1958 yılları arasında ekonomik zorluklar kendisini göstermiş, hedeflenen ekonomik gelişmeye ulaşamadığı gibi, o zamana kadar yakalanmış olan ekonomik refah da kaybolmuştur.²¹⁰ 27 Mayıs Darbesinin gerçekleştirilmesinin ardından, anayasa koyucu tarafından bir "Devlet Planlama Teşkilatı" kurumunun oluşturulmasına karar verilmiştir.

²⁰⁵ Ünsal, 1980, s. 321.

²⁰⁶ Dal, Türk Esas, s. 96.

²⁰⁷ Bayram, Mehmet Emin: Türkiye'de Planlama Teşkilatının (Türk Plancılığı'nın) Hukuki ve İdari Yapısı ile İlgili Sorunları ve Çözüm Önerileri, Türkiye Cumhuriyeti Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı Uzmanlık Tezi, 1994, s. 24-25.

²⁰⁸ Aksu, Ömer Alparslan: Ücret Politikası, Verimlilik ve Sanayileşme, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, Sayı: 62-63, 2012, s. 279-281.

²⁰⁹ İnsel, Ahmet: Düzen ve Kalkınma Kısacasında Türkiye, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1996, s. 21.

²¹⁰ Zürcher, E. Jan: Modernleşen Türkiye'nin Tarihi, İletişim Yayınları, İstanbul 2017, s. 330.

Kimi yazarlar, 1960-2011 yılları arasında faaliyet gösteren DPT'nin, toplumsal çoğunluğun ekonomik olarak kontrol altında tutulması için oluşturulduğunu düşünmektedir.²¹¹ Ancak kanaatimizce bu yaklaşım fazlasıyla iddialıdır. 1960-1980'li yıllar, ekonomik olarak gelişmekte olan tüm ülkeler için büyük önem ifade eden yıllardır.²¹² Bu zaman aralığı içerisinde sadece Türkiye değil, anılan kategorideki birçok ülke kısa vadeli ekonomi politikaları yerine planlı kalkınmayı tercih etmiş, ekonomik anlamda hızlı ama planlı bir kalkınmayı sağlayabilmek için çeşitli arayışlara girilmiştir.²¹³ Bu sebeple 1961 Anayasası'nın hazırlandığı süreçte, ekonomik kalkınma isteği ve bunun planlama yoluyla yapılması, yeni bir anayasa yapımı kadar önem taşımıştır.²¹⁴

1961 Anayasası uyarınca oluşturulan DPT'nin, klasik bakanlık örgütlenmesinden farklı olarak doğrudan Başbakanlığa bağlı şekilde yapılandırılması da, anılan kurumun vesayetçi niteliğe sahip olduğu yönünde bir delil olarak sunulmuştur.²¹⁵ Ancak DPT uygulamasına bakıldığında, ekonomik planlamanın ülke ekonomisini ve toplumsal yapısını önemli ölçüde tarımsal olmaktan çıkarıp, ithal ikameci endüstri merkezli hale getirdiği görülmektedir.²¹⁶ Dolayısıyla DPT'nin vesayetçi bir kurum olarak öngörülüp öngörülmediği veya bu doğrultuda kullanılıp kullanılmadığı yerine, işlevsel açıdan verimli olup olmadığını tartışmak daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Kanaatimizce DPT, bir vesayet organı olarak tasarlanmadığı gibi, ekonominin kendisine özgü kuralları gereği resmi ideoloji tarafından siyasi iktidar üzerinde baskı unsuru oluşturmaya, siyasi otoritenin ülke ekonomisi üzerinde kontrolününü sağlamaya elverişli bir kurum görünümünde değildir.

E. Milli Güvenlik Kurulu

Kanaatimizce, Anayasa'da vesayetçi anlayış olarak ileri sürülebilecek tek husus, askeri otoritenin sivil otorite karşısındaki konumunun güçlendirilmiş olmasıdır. Örneğin 1961 Anayasası ile 1924 Anayasası'nda bulunmayan Milli Güvenlik Kurulu (MGK) bir anayasal kurum olarak düzenlenmiştir. 1961 Anayasası'nda bu nitelikte bir organın getirilmiş olmasının sebebi olarak, 27

²¹¹ Şimşek, s. 234.

²¹² Aksu, s. 285.

²¹³ Mihçioğlu, Cemal: Yine Devlet Planlama Teşkilatının Kuruluşu Üzerine, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, S. 43(1), 1988, s. 122; Ahmad, s. 132.

²¹⁴ Kuruç, Bilsay: 1961 Anayasası ve Planlı Ekonomi, 27 Mayıs 1960 Devrimi Kurucu Meclis ve 1961 Anayasası, Editör, Suna Kili, Boyut Kitapları, İstanbul 1998, s. 76.

²¹⁵ Kaya, Yusuf: Kapitalizmi Planlamak-Türkiye'de DPT'nin Dönüşümü, İnsan ve Toplum, S. 2(3), 2012, s. 222; Şimşek, s. 234.

²¹⁶ Ahmad, 1992, s. 133.

Mayıs Darbesinden sonra demokratik sisteme tekrar geri dönüldüğünde, askeri otoritenin sivil otorite karşısındaki güçlü konumunun devamının sağlanması arzusu olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır.²¹⁷ Amaçlanan, TSK'nin doğrudan siyasi iktidara müdahale etmesine gerek kalmadan, MGK aracılığıyla sivil siyaseti yönlendirebilmesi ve ordunun üst düzey yetkililerinin milli güvenlik politikalarında söz sahibi olabilmesidir.²¹⁸

1961 Anayasası'nda, Anayasa'nın 11. maddesindeki düzenleme uyarınca, kanunda öngörülen Bakanlar ile Genel Kurmay Başkanı ve ordu kuvvet temsilcilerinden oluşan Kurul, milli güvenliği ilgilendiren kararların alınmasında ve koordinasyonun sağlanmasında yardımcı olmak amacıyla Bakanlar Kuruluna görüş bildirmektedir. Kurulun görüşleri danışma niteliğinde olup bağlayıcı olmakla birlikte, dönemin atmosferi MGK görüşlerinin önemle dikkate alınmasına zemin hazırlamış, Kurul kararları geniş yorumlanmak suretiyle olduğundan daha güçlü bir hale gelmiştir.²¹⁹ MGK'nın Anayasa ile belirlenmiş olan görevinin istişare olmasına karşın, Kuruldaki asker üyelerin zaman içerisinde sivil rejim ve kurumlar üzerinde denetim olanağı elde etmeye çalıştıkları ve bunda da başarılı oldukları gözlenmiştir.²²⁰ Anayasa'nın uygulandığı dönem içerisinde TSK, MGK sayesinde siyaset sahnesinde temel bir aktör gibi rol üstlenebilmiştir.²²¹ 1961 Anayasası'nda askeri otoriteyi siviller karşısında güçlü kılan bir başka düzenleme 110. maddede yer almaktadır. Anılan madde uyarınca Genel Kurmay Başkanı, 1924 Anayasası'nda olduğu gibi Milli Savunma Bakanına değil, Başbakanı karşı sorumlu kılınmıştır. Dolayısıyla Genel Kurmay Başkanının siyaseten bakanlardan, hatta zaman zaman başbakanı dahi etkili olduğu görülmüştür.²²² Zaten bu durumun en açık örneği 12 Mart Muhtırasında görülmektedir. O dönem, MGK'da bulunan dört komutan (Genelkurmay Başkanı Orgeneral Memduh Tağmaç, Kara Kuvvetleri Komutanı Orgeneral Faruk Gürler, Hava Kuvvetleri Komutanı Orgeneral Muhsin Batur, Deniz Kuvvetleri Komutanı Oramiral Celal Eyiceoğlu), sivil siyasetin gidişatının iyi olmadığından bahisle muhtıra vererek, dönemin hükümetini istifaya zorlamışlardır.²²³

²¹⁷ Özbudun, s. 45.

²¹⁸ Eser, Bahadır H. / Baltacı, Cemal / Arslan, Mustafa: Türk Siyasal Sisteminde 1960 Müdahalesi ve Vesayet Kurumsallaşması Üzerine Bir Analiz Denemesi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 25, Yıl: 2012, s. 88.

²¹⁹ Gözler, Kemal: Anayasa Hukukuna Giriş (Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku), Ekin Yayınlar, Bursa 2008, s. 188.

²²⁰ Tanör, İki Anayasa, s. 411.

²²¹ Ahmad, 1992, s. 231.

²²² Aydın / Taşkın, s. 207.

²²³ Aydın / Taşkın, s. 205.

12 Mart Muhtırası sonrasında TSK'nın sistemdeki siyasal ağırlığı artarak devam etmiştir. 1961 Anayasası'nın orijinal halinde, MGK'yı düzenleyen 111. madde uyarınca MGK'daki asker temsilciler "kuvvet temsilcileri" sıfatı ile görev yaparken, 1971 yılında yapılan değişiklik ile birlikte "kuvvet komutanları" sıfatıyla görev yapar hale gelmişlerdir. Yine anılan maddedeki bir başka değişiklik ile de MGK'nın görevi, kararların alınmasında ve koordinasyonun sağlanmasında yardım etmek için bakanlar kuruluna görüş bildirmekten ibaret iken, "kararların alınmasında ... gereken temel görüşleri Bakanlar Kuruluna tavsiye etmek" haline getirilmiştir.²²⁴ Bu değişiklik ile birlikte MGK'nın sivil siyaset üzerindeki etkinliği ve baskısı daha da artırılmıştır. Ancak takdir buyurulacağı üzere, sadece MGK ile ilgili düzenlemeler, 1961 Anayasası'nın tümüyle vesayetçi ve dar kalıplı nitelikte olduğunu söylemeye yeterli değildir.

SONUÇ

Ülkemizde muhalefet görevini üstlenen altı partinin güçlendirilmiş parlamenter sistem çalışmasında 1961 Anayasası, "dar kalıplı ve "vesayetçi" biçiminde tanımlanarak eleştirilmiştir. Gerçekten de siyasi parti temsilcilerinin hazırladığı güçlendirilmiş parlamenter sistemin ayrıntılarının anlatıldığı "Bilkent Deklarasyonunda" 1961 Anayasası ile ilgili ifadeler tartışmaya değer niteliktedir. Deklarasyon, 1961 Anayasası'nı yeniden gündeme getirmiştir. Kimi yazarlarca Türk tarihinin en ileri Anayasası olarak görülen 1961 Anayasası, özellikle bazı siyasetçiler tarafından ülkenin sosyolojik unsurları ile bütünlük sağlayamadığı için eleştiri konusu yapılmıştır. Ancak konuya baktığımızda, 1961 Anayasası'nın çoğulcu, özgürlükçü ve hukukun üstünlüğüne dayalı bir sistem getirdiği görülmektedir. Ayrıca 1961 Anayasası'nda özellikle temel hak ve özgürlükler ile ilgili düzenlemeler incelendiğinde, çağdaşlarına göre de nitelikli bir konumda olduğu anlaşılmaktadır. 1961 Anayasası'nı daha iyi tanımak için getirdiği kazanımlar üzerinde durulmalıdır. Bu kazanımları şu ana başlıklar altında toplayabiliriz:

- Öncelikle 1961 Anayasası'nı hazırlayan meclis atama ile değil seçim ile oluşturulmuştur. Bu sayede geniş bir temsiliyet sağlanmıştır.
- Anayasa'da parlamenter sistem ve kuvvetler ayrılığı ilkelerine tamamen uyulmuştur.
- İlk kez bir anayasamıza insan haklarına dayalı devlet anlayışı girmiş, temel hak ve özgürlükler devletin kuruluşunu düzenleyen esaslardan önce hüküm altına alınmıştır.

²²⁴ Kili, Suna / Gözübüyük Şeref: Senet-i İttifaktan Günümüze Türk Anayasa Metinleri, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul 2006, s. 229.

- Demokrasi kültürü açısından değerlendirildiğinde, siyasi partiler ister iktidarda ister muhalefette olsunlar demokrasinin vazgeçilmez unsurları arasında yer almıştır.
- 1961 Anayasası ile hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkeleri güçlendirilmiş, anayasal tarihimizde ilk kez AYM'nin kuruluşu kabul edilerek kanunların yargısal denetimi sağlanmıştır. Bu doğrultuda Türk demokrasisi evrensel düzeye ulaşma çabasına girmiştir.²²⁵

1961 Anayasası uygulamasında MGK'nın vesayetçi bir işlev sergilediği, kurulan hükümet mekanizması içerisinde dönem dönem tikanlıkların meydana geldiği, Anayasa hükümlerinin bu sıkıntıları gidermekte yetersiz kaldığı, bu doğrultuda da siyasal karar alma, yeni politikalar üretebilme kapasitesinin zayıfladığı ve rejim bunalımlarının yaşandığı, yadsınamaz bir gerçektir. Kanaatimizce yürütme organının etkin olmamasının tek sebebi 1961 Anayasası değildir. Parlamenter hükümet sisteminin benimsendiği 1961 Anayasası uygulamasında, 1970'li yıllarda hiçbir siyasi parti yasama organında mutlak çoğunluğu sağlayamamış ve sonuçta güçsüz, gündelik meselelerle meşgul olan hükümetler doğmuştur. Siyasi parti sayısındaki çokluk, küçük partilerin kamuoyundaki güçleri ile orantılı olmayan şekilde önem kazanmış olması ve uygulanan seçim sistemi zayıf hükümetlerin doğmasına yol açmıştır. Klasik parlamenter hükümet modeli, ancak yasama organında sağlam, disiplinli ve tutarlı bir çoğunluğu sahip olduğu takdirde istikrar sahibi olabilmektedir. Kanaatimizce 1961 Anayasası, "dar kalıplı" ve "vesayetçi" şeklinde nitelendirilmemeli, aksine sağlamış olduğu kazanımlardan ders alınmalı, bıraktığı mirastan faydalanılmalıdır.

²²⁵ Bkz., ÖZKUL, Fatih: Asoscongress 8. Uluslararası Hukuk Sempozyumu, İstanbul 15-16-17 Haziran 2022, Özet Metin, file:///C:/Users/ab39773/Downloads/da1dbe4a6f24aaa7ebddc3d1227b350d9f2c36d304e634c56a14a5073af90a0f%20(1).pdf.

KAYNAKÇA

- Ahmad, Feroz: Demokrasi Sürecinde Türkiye 1945-1980, Hil Yayınları, İstanbul 1992.
- Akıncı, Abdulvahap: "Türkiye'nin Darbe Geleneği: 1960 ve 1971 Müdahaleleri", Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, IX/1, 2014.
- Aksoy, Kazım: Siyasi Parti Yasakları, <https://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimler/64.pdf>.
- Aksu, Ömer Alparlan: Ücret Politikası, Verimlilik ve Sanayileşme, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, Sayı: 62-63, 2012.
- Aldıkaçtı, Orhan: Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İstanbul 1982.
- Aliefendioğlu, Yılmaz: Anayasa Yargısı, Yetkin Yayınları, Ankara 1997.
- Arsel, İlhan: Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Mars Matbaası, Ankara 1965.
- Arslan Zühtü, İki Anayasa İki Tarz-ı Demokrasi: Avrupa Anayasası ve Türk Anayasası Üzerine Notlar, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg22/zuhtu.pdf.
- Atar, Yavuz: Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukuki Sonuçları (Anayasa m.11), Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Coşkun Üçok'a Armağan, C. 2, S. 2, 1989 (Anayasanın Bağlayıcılığı...).
- Atar, Yavuz: Türk Anayasa Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya 2007 (Türk Anayasa...).
- Ayan, Sezer: Siyasi Yapılanma Sürecinde 1961 ve 1982 Anayasası, Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Sayı: VII/2, Yıl: 2007.
- Aybay, Rona: Genel Kamu Hukuku (18-20. Yüzyıllarda Devlet, Kuramlar ve Uygulamalar): Der Yayınları, İstanbul 2020.
- Aydemir, Şevket Süreyya: II. Adam (III. Cilt), Remzi Kitabevi, İstanbul 2011.
- Aydın, Mesut; 1982 Anayasasında Sendika Kurma Hakkı ve Sınırlanması, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2016.
- Aydın, Nizamettin: 3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine Etkileri, Ekin Yayınevi, Bursa 2008.
- Aydın Suavi / Taşkın Yüksel: 1960'dan Günümüze Türkiye Tarihi, İletişim yayınları, İstanbul 2014.
- Ayiter Kudret: Anayasanın Özerk Kuruluşları, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/632060>.
- Bayram, Mehmet Emin: Türkiye'de Planlama Teşkilatının (Türk Plancılığının) Hukuki ve İdari Yapısı ile İlgili Sorunları ve Çözüm Önerileri, Türkiye Cumhuriyeti Başbakanlık Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı Uzmanlık Tezi, 1994.

- Bellamy, Richard: Political Constitutionalism, Cambridge University Press, 2007.
- Beriş, Hamit Emrah: Tek Parti Döneminde Devletçilik, Kadim Yayınevi, İstanbul 2021.
- Biröl, Sinem: 1961 Anayasası'nda İfade Özgürlüğü, İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, Sayı: II, Yıl: 2012.
- Bulut, Sedef: Üçüncü Dönem Demokrat Parti İktidarı (1957-1960): Siyasi Baskılar ve Tahkikat Komisyonu, Akademik Bakış Dergisi, Sayı: II/4, Yıl: 2009.
- Çakmak, Fevzi: "Cumhuriyet Halk Partisi'nin Ege Vazife Gezisi" ve 1959 Yılı Uşak-İzmir Olayları, Turkish Studies, Sayı: IX/10, Yıl: 2014.
- Çavdar, Tefvik: Türkiye'nin Demokrasi Tarihi, İmge Yayınevi, Ankara 2013.
- Dal, Kemal: Türk Esas Teşkilat Hukuku, Bilim Yayınları, Ankara 1986 (Türk Esas...).
- Dal, Kemal: Anayasa Hukuku, Alter Yayınları, Ankara 2006 (Anayasa...).
- Demir, Fevzi: Cumhuriyet Dönemi Türk Anayasaları ve Hükümet Sistemleri, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Yayınları, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, 2000.
- Demirci, Fatih: 1982 Anayasası'nda Demokratik Devlet İlkesi: Kavramsal ve Yapısal Bir Analiz Denemesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y, S. 1-2, 2008.
- Döner, Ayhan: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
- Demirkol, Ferman: Anayasa Hukuku (Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku), Filiz Kitabevi, İstanbul 2011.
- Dunbay, Seda: 1961 Anayasası Perspektifinden Parlamenter Bağışıklıklar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 124, Yıl: 2016.
- Ercan, M. Sercan: Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Siyasal Parti Yasakları, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 3(1), 2016.
- Erdoğan, Mustafa: Anayasalar ve Siyaset, Liberte Yayınları, Ankara 2003 (Anayasalar ve...).
- Erdoğan, Mustafa: Liberal Toplum, Liberal Siyaset: Siyasal Kitabevi, Ankara 1998 (Liberal Toplum...).
- Erdoğan, Mustafa: Anayasal Devlet, Siyasal Kitabevi, Ankara 1996 (Anayasal...).
- Erdoğan, Mustafa: Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü -Özgürlükçü Bir Perspektif, Liberal Düşünce, Y. 6, 2001 (Demokratik Toplumda...).
- Erdoğan, Vahap: Demokratik Güç Birliği ve 5 Haziran Seçimleri, Ülke, Sayı: 1, Yıl: 1977.
- Eren, Abdurrahman: Anayasa Hukuku Ders Notları (Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku), Oniki levha Yayınları İstanbul 2018.
- Eroğul, Cem: Türk Anayasa Düzeninde Cumhuriyet Senatosunun Yeri, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara 1977.

- Esen, Bülent Nuri: Türk Anayasa Hukuku, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1971.
- Esen, Selin: 18 Nisan 1960 Tarihli Tahkikat Komisyonu, Mülkiye Dergisi, Yıl: 2010, Sayı: XXXIV, ss. 167-192.
- Eser, Bahadır H. / Baltacı, Cemal / Arslan, Mustafa: Türk Siyasal Sisteminde 1960 Müdahalesi ve Vesayetin Kurumsallaşması Üzerine Bir Analiz Denemesi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 25, Yıl: 2012.
- Fendoğlu, Hasan, Tahsin: Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- Gençkaya, Ömer Faruk: Türk Siyasal Sisteminde Kurucu Meclis: 1961 ve 1981 Deneyimlerinin Karşılaştırılması, 27 Mayıs 1960 Devrimi ve 1961 Anayasası içinde, ed. Suna Kili, İstanbul: Boyut Kitapları, 1998.
- Gönenç, Levent: Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi ve Anayasa Yargısı, Tepav Yayınları, Ankara 2010 (Yasaların Anayasaya...).
- Gönenç, Levent / Kontacı, Ersoy: 2017 Tarihli Anayasa Değişikliği Sonrasında Yasama - Yürütme İlişkileri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 45, Ankara 2019.
- Göze, Ayferi: Baskıya Karşı Direnme Hakkının Kabul Edildiği Pozitif Hukuk Metinleri ve Anayasalar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Sayı: 36 (1/4), 1970.
- Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Ekin Yayınevi, Bursa 2000 (Türk Anayasa...).
- Gözler, Kemal: Türk Anayasa Hukukuna Giriş, Ekin Yayınevi, Bursa 2002, s. 112 (Türk Anayasa Hukukuna...).
- Gözler, Kemal: Mahalli İdareler Hukukuna Giriş, Ekin Yayınevi, Bursa 2018 (Mahalli İdareler...).
- Gözübüyük, A. Şeref: Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1993 (Anayasa Hukuku...).
- Gülener, Serdar: Karşılaştırmalı Bir Perspektiften Anayasalar ve Temsil Ettikleri Değerler, Liberal Düşünce, Yıl: 16, Sayı: 61-62, 2011.
- Hakyemez, Yusuf Şevki: Çoğunlukçu Demokrasi Anlayışı, Rousseau ve Türk Anayasaları Üzerindeki Etkisi, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, <http://auhfd.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2003-52-04/AUHF-2003-52-04-Hakyemez.pdf>.
- İba, Şeref: Türk Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.
- İnce, Abidin Kadir: Çoğulcu ve Vesayetçi Unsurlar Açısından 1961 Anayasası, Adalet Yayınevi, Ankara 2022.
- İnsel, Ahmet: Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce, İletişim Yayınları, İstanbul 2001 (Modern Türkiye'de...).
- İnsel, Ahmet: Düzen ve Kalkınma Kısacında Türkiye, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1996 (Düzen ve Kalkınma...).

- İpekçi, Abdi / Coşar, Ömer Sami: İhtilalin İçyüzü, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul 2010.
- İşbir, Begüm: Temsili Demokrasi Anlayışına Göre Yerel Yönetimlerde Özerklik, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, Özel Sayı, 2009.
- Kaboğlu, İbrahim Ömer: Anayasa Hukuku Dersleri, Legal Yayınevi, İstanbul 2005.
- Kaçmazoğlu, Bayram: Demokrat Parti Dönemi Toplumsal Tartışmaları, Doğu Kitap, İstanbul 2012.
- Karatepe, Şükrü: Darbeler Anayasalar ve Modernleşme, İz Yayıncılık, İstanbul 2009.
- Kapani, Münci: Kamu Hürriyetleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Yayın No: 392, Sevinç Matbaası, Ankara 1976.
- Karakoç, Rifat: "1982 Anayasası'nın Siyasi Partilere İlişkin Düzenlemeleri Üzerine Bir Değerlendirme", Çankırı Karatekin Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2013.
- Karpat, Kemal: Kimlik ve İdeoloji, Timaş Yayınları, İstanbul 2017.
- Kaya, Batur Semih: Hükümet Sistemi Sınıflandırmasında Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Analizi: Denge-Denetim Ağı ve Demokratiklik Sorunu, Yetkin Yayınevi, Ankara 2021.
- Kaya, Yusuf: Kapitalizmi Planlamak-Türkiye'de DPT'nin Dönüşümü, İnsan ve Toplum, S. 2(3), 2012.
- Kaya, Mehmet Orhan: Vesayet Demokrasisi ve Türkiye Örneği, Afyon Kocatepe Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, C. XV, S. II, 2013.
- Kayaçağlayan, Metin: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında "Demokrasi" Kavramı, Zabunoğlu Armağanı, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 316.
- Kerse, Ahmet: Türkiye'de 1961 Anayasası'na Göre Cumhurbaşkanı, Sümer Matbaası, İstanbul 1973.
- Kili, Suna / Gözübüyük Şeref: Senet-i İttifaktan Günümüze Türk Anayasa Metinleri, Türkiye İş Bankası Yayınları, İstanbul 2006.
- Koçak, Mustafa: Devlet ve Egemenlik, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006.
- Kuruç, Bilsay: 1961 Anayasası ve Planlı Ekonomi, 27 Mayıs 1960 Devrimi Kurucu Meclis ve 1961 Anayasası, Editör, Suna Kili, Boyut Kitapları, İstanbul 1998.
- Memiş, Emin: Türkiye'de Anayasa Gelişimleri Eğrisi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005.
- Mıhçıoğlu, Cemal: Yine Devlet Planlama Teşkilatının Kuruluşu Üzerine, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, S. 43(1), 1988.

- Mumcuoğlu, Maksut: Sendikacılık Siyasal İktidar İlişkileri, Doruk Yayınları, Ankara 1979.
- Murphy Uran, Peri: Teorik Çerçeve de Türkiye'de Yargı Bağımsızlığı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- Onar, Erdal: Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizdeki Öncüler, (Basımevi Belirtilmemiş), 2003.
- Özbudun, Ergun: Siyasal Partiler, Sevinç Matbaası, Ankara 1979 (Siyasal...).
- Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2017 (Türk Anayasa...).
- Özdemir, Hakan: Ordunun Olağanüstü Rolü, İz Yayıncılık, İstanbul 1994 (Ordunun Olağanüstü...).
- Özdemir, Hakan: 100 Soruda Hükümet Sistemleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018 (100 Soruda...).
- Özgişi, Tunca: Türk Parlamento Tarihinde Cumhuriyet Senatosu, TBMM Kültür ve Sanat yayınları, 2012.
- Özkul, Fatih: 2017 Anayasa Değişikliği Sonrasında 1982 Anayasası'nda Cumhurbaşkanı ve Sorumluluğu, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020 (2017 Anayasa Değişikliği...).
- Özkul, Fatih: Anayasa Hukuku Açısından Osmanlı'dan Günümüze Türk Parlamento Deneyimleri, Yetkin Yayınevi, Ankara 2022 (Anayasa Hukuku Açısından...).
- Özkul, Fatih: Anayasa Hukuku Kapsamında Türkiye'de Yargı Organının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022 (Anayasa Hukuku Kapsamında...).
- Özkul, Fatih: Asoscongress 8. Uluslararası Hukuk Sempozyumu, İstanbul 15-16-17 Haziran 2022, Özet Metin, file:///C:/Users/ab39773/Downloads/da1dbe4a6f24a-aa7ebddc3d1227b350d9f2c36d304e634c56a14a5073af90a0f%20(1).pdf.
- Öztürk, M. Utku: 1961 Kurucu Meclisi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Pantül, Mehmet / Yalçın, Bekir Sıtkı: Türk Parlamento Hukukunda İkinci Meclisler, Cumhuriyet Senatosu Vakfı, Ankara 1982.
- Parla, Taha: Türkiye'de Anayasalar, İletişim Yayınevi, İstanbul 2002.
- Sartori, Giovanni (Çeviren: Baykal, Deniz): Demokrasi Kuramı, Siyasi İlimler Türk Dergisi, Yayın No: 23, Ankara 1977 (Demokrasi...).
- Sartori, Giovanni: Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, (Çeviren: Mehmet Turhan / Karamustafaoğlu Tunçer), Sentez Yayınları, İstanbul 2014 (Demokrasi Teorisine...).
- Soysal, Mümtaz: 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, İstanbul 1990 (100 Soruda...).
- Soysal, Mümtaz: Anayasaya Giriş, İmge Kitabevi, Ankara 2011 (Anayasaya...).

- Söyler, Yasin: Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2018.
- Şimşek, Mürşide: Çoğulculuk ve Vesayet İikileminde 1961 Anayasası, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Cilt: 22, Sayı: TBMM'nin 100. Yılı ve Milli İrade Özel Sayısı, Yıl: 2020.
- Tanör, Bülent: Osmanlı- Türk Anayasal Gelişmeleri, Der Yayınları, İstanbul 1985 (Osmanlı -Türk...).
- Tanör, Bülent: İki Anayasa 1961-1982, Beta Yayıncılık, İstanbul 1985 (İki...).
- Topçu, İlyas: "Adnan Menderes'in Gözünder İstanbul ve Ankara Olayları", Journal of Social and Humanities Sciences Research, Sayı: VI/42, Yıl: 2019.
- Toplu, Abdülhadi: Anayasada Milliyetçilik Mücadelesi 27 Mayıs ve Kurucu Meclis'in Perde Arkası, Töre-Devlet Yayınları, Ankara 1976.
- Toy, Hakan / Elmacı, Defne: Kronolojik Türkiye Tarihi Ansiklopedisi, Karma Kitaplar, İstanbul 2007.
- Tuna, Işıl: 27 Mayıs Gölgesinde Demokrasiye Dönüş: 15 Ekim 1961 Genel Seçimleri, Çağdaş Türkiye Tarihi Dergisi, Sayı: XX/40, Bahar 2020.
- Tunaya, Tarık Zafer: Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1975.
- Tunç, Bilal: Türk Siyasi Tarihinde Demokrat Parti Dönemi Uygulamalarından Vatan Cephesinin Sakarya'daki Yansımaları, Current Research Social Sciences, Sayı: III/3, Yıl: 2017 (Türk Siyasi Tarihinde...).
- Tunç, Bilal: Türk Anayasa Tarihinde 1961 Anayasası'nın Yeri ve Önemi, Karadeniz Araştırmaları Dergisi, Sayı: XVII/67, Yıl: 2020 (Türk Anayasa Tarihinde...).
- Tunç, Hasan: Anayasa Hukuku (Genel Esaslar), Gazi Kitabevi, Ankara 2019.
- Turhan, Mehmet: Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere, Anayasa Yargısı, C, 8, s. 9, 1991.
- Ulay, Sıtkı: 27 Mayıs 1960 Harbiye Silah Başına, K Kitapçılık, İstanbul 1968.
- Uran, Peri: Anayasaların Başlangıç Kısımları, Journal of Istanbul Law Faculty, Sayı: LXXXIII/1, Yıl: 2016.
- Uslu, Ferhat: Anayasa Hukukunun 99 Konusu, Adalet Yayınevi, Ankara 2019 (Anayasa Hukukunun...).
- Uslu, Ferhat: Türkiye'de Hükümet Sistemi Tartışmaları ve Cumhurbaşkanlığı Hükümet sisteminde Yasama ve Yürütme Organları Arasındaki İlişkiler, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022 (Türkiye'de Hükümet...).

- Uyar, Hakkı: Türk Siyasal Yaşamında Cepheleşmelere Bir Örnek Vatan Cephesi, Buke Yayınları, İstanbul 2001.
- Üçışık, Hasan Fehim, Anayasa Hukuku, Ötüken Yayınları, İstanbul 2019.
- Ülman, Haluk / Yücekök, Ahmet: C.H.P.nin Vardığı Nokta, Özgür İnsan, Sayı: 1, Yıl: 1972.
- Ünsal, Artun: Siyaset ve Anayasa Mahkemesi, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara 1980.
- Yavuz, Bülent: Çoğulcu Demokrasi Anlayışı ve İnsan Hakları, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2019, Cilt: 13, Sayı: 1, ss. 283-302 (Çoğulcu Demokrasi Anlayışı...).
- Yavuz, K. Haluk: Türkiye'de Sistem Arayışları ve Yürütmenin Güçlendirilmesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000.
- Yücekök, Ahmet, N: Türkiye'de Parlatentonun Evrimi, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara 1983.
- Zürcher, E. Jan: Modernleşen Türkiye'nin Tarihi, İletişim Yayınları, İstanbul 2017.
- <https://tr.euronews.com> (erişim tarihi: 28.02.2022); "Güçlendirilmiş Parlatenter Sistem Mutabakat Metni İmzalandı", <https://chp.org.tr> (erişim tarihi: 28.02.2022).

Mukayeseli Bir İnceleme: Yapı Denetiminde “İnşaata” Başlama ve Yapı Ruhsatında “Yapıya” Başlama^(*)

A Comparative Review: Start of Construction in Building Inspection and Starting the Building in Terms of Construction Permit

Dr. Selman ÖZDEMİR^(**)

Öz:

Yapı ruhsatının düzenlendiği tarihten itibaren belli bir süre içerisinde yapıya başlanması gerekmektedir. İmar Kanunu'nda belirtilen süre içerisinde yapıya başlanmaması durumunda, verilen yapı ruhsatı kendiliğinden hükümsüz hale gelmektedir. Bu durum ise inşaata başlanamaması, yapı ruhsatı alınmasına kadar geçen süreçte yapılan alımların ziyan olması, hattâ bu süreçte bir de imar planı değişikliği meydana gelmişse o parselde herhangi bir yapı yapılamaması durumları ile karşılaşılması sonuçlarını ortaya çıkarabilmektedir. Yapı ruhsatının hükümsüz hale gelmemesi için yapıya başlanmış olunması gerekmektedir. Ancak ne yapılırsa yapıya başlanmış olunacağı sorusunun cevabının uygulamada tartışmalı olduğu gözlenmektedir. Bu çalışma ile “yapıya başlama” konusu, yapı denetimi bakımından ve yapı ruhsatı bakımından ayrı ayrı ele alınmaya çalışılmıştır. Böylelikle yapı ruhsatının hükümsüz sayılmaması için, yapıya başlanmış sayılmanın ne şekilde gerçekleştiğinin açıklığa kavuşturulması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler:

Yapı Denetimi, Yapı Ruhsatı, Yapıya Başlama, Ruhsat Geçerlilik Süresi, İnşaata Başlama, İşyeri Teslimi.

Abstract:

It is necessary to start the construction within a certain period of time from the date the building license is issued. If the construction is not started within the period specified in the Zoning (Construction) Code, the given construction permit automatically becomes invalid. This situation can lead to the consequences of not starting the construction, wasting the practices made in the process until the building permit is obtained, and if there is a zoning plan change in this process, thus no building can be built on that parcel. In order for the building permit not to become invalid, it is necessary to start the construction. However, when the construction started is controversial in practice. In this study, the subject of starting the construction has been handled separately in terms of building inspection and building permit. Thus, the moment of realization of the construction being deemed to have started has been determined in order that the construction permit is not deemed invalid.

Keywords:

Building Inspection, Construction Permit, To Start the Building, Construction Permit Period of Validity, To Start the Construction, Transfer of Workplace.

^(*) Makale Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin Editörlüğe Gönderildiği Tarih: 09.11.2022, Makalenin Kabul Tarihi: 22.11.2022.

^(**) Konya Bölge İdare Mahkemesi Üyesi,
E-posta: selmanozdemir3@gmail.com,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-2513-6073>.

GİRİŞ

İmar hukukuyla ilgili davalarda, “yapıya başlama” kavramı ayrı bir önem ihtiva etmektedir. Fakat çalışmanın sınırlarını çizmek için, bu çalışmada “yapıya başlama” kavramı ile kastedilen, esasında “binaya başlama” hususudur. Dolayısıyla bu çalışmada yapıya başlama konusu, esasında binaya başlama bağlamında ele alınacaktır. Çalışmada geçen “yapıya başlama” ifadesiyle, “binaya başlama” hususu kastedilmektedir.

Yapıya hangi tarihte başlandığının belirlenmesi, bu konuya ilişkin mahkeme kararları, sadece davanın taraflarını değil, aynı zamanda inşaat sektörünün bütününe de etki etmektedir. Diğer bir deyişle yapıya başlamadan yapı arzı, yapı arzı dolayısıyla gayrimenkul fiyatları, gayrimenkul fiyatları vasıtasıyla inşaat sektörü, inşaat sektörünün işleme dolayısıyla bu sektörle ilgili olan alt ve yan sektörler ve bunlara dair istihdam durumu, kezâ kat karşılığı inşaat sözleşmeleri ve maketten satış olarak adlandırılan satışlar da etkilenmektedir. Yine “yapıya başlama” anı, imar kolluğunu ve bu kolluğun faaliyetlerini de yakından ilgilendirmektedir. Aynı zamanda, idarî yargıda görülen imar kolluğundan kaynaklanan para cezaları, mühürleme ve yıkıma ilişkin davalarda¹ verilen kararlardan da, özellikle ilk derece mahkemeleri tarafından yapıya ne zaman başlandığı konusunda gerek teknik gerekse hukukî yönden olayın değerlendirilmesinde hataya düşüldüğü durumlarla karşılaşmaktadır.

Bu nedenlerle “yapıya başlama” anının ne zaman vuku bulduğu hususunun tespiti ve bu anın hukukî bir zemine oturtulması, imar hukukuyla ilgilenenler açısından incelenmesi gereken bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır.

Uygulamada inşaat sektörü temsilcileri bakımından, mahallî idareler bakımından, ilgili bakanlıklar bakımından, mahkemeler bakımından yapıya başlamanın vukuu anının farklı farklı değerlendirilebildiğine rastlanmaktadır.

Bu farklı değerlendirmelerse doğal olarak bazı tartışmaları beraberinde getirebilmektedir. Örneğin “yapı denetimi açısından inşaat çalışmalarına başlanmakla birlikte, yapı ruhsatı bakımından da yapıya başlanmakta mıdır?”; “sosyal güvenlik hukuku yahut vergi/muhasebe uygulamaları bakımından işe başlanmakla, aynı zamanda imar hukuku bakımından da yapıya başlanmış olunmakta mıdır?”; “arsadaki herhangi bir fizikî çalışma yapıya başlamış sayılmak bakımından yeterli

¹ İdarî yargıda istinaf sistemine geçilmiş olması ve bu konuya ilişkin uyuşmazlıkların artık bölge idare mahkemelerinde kesinleşiyor olması da, düşünülen hatalardan mütevellit istikrarsız kararlar verilebilmesine neden olmaktadır. Ancak bu çalışmanın konusu, bölge idare mahkemeleri arasındaki farklı kararlar verilmesi olmadığından, bu husus bu çalışmanın dışında tutulmuştur.

midir?"; "söz konusu hallerin tamamı "yapıya başlama" olarak addedilirse, bu durumda İmar Kanunu'nda yer alan yapı ruhsatının tanzim tarihinden itibaren iki yıl içerisinde ruhsatın hükümsüz hale gelmiş sayılmasının önüne geçilmiş olunmakta mıdır?" gibi sorulara uygulamada farklı farklı cevaplar verilebilmektedir.

Bu farklı yaklaşımlar (da), konunun incelenmesine ve mevzuat bağlamında "yapıya başlama" ifadesiyle kastedilen durumun ne olduğunun açıklığa kavuşturulmasına yönelik bir çalışma yapılmasına bizi sevk etmiştir.

Çalışmanın başlangıcında bir hususun daha ifade edilmesinde fayda görülmüştür. Konu bağlamında yapılan literatür taramasında, bu çalışmada incelenen meselenin literatürde tartışılmadığı anlaşılmıştır. Uygulamada sürekli gündemde olan ve tartışılan bu meselenin, literatürde tartışılmaması dikkat çekicidir. Literatürde hakkında değerlendirme yapılmayan bu konuda bir şeyler söylemek muhtelif güçlükler barındırmaktadır. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere özellikle teknik uygulayıcılar ve mahkemeler arasındaki farklı yaklaşımlara binaen, meseleye biraz daha yakından bakmanın ve bir yaklaşım getirmenin önemli olduğu değerlendirilmiştir.

İfade etmek isteriz ki, bu çalışmada serdedilecek görüşlerin aksi düşüncelerin mevcut olması pek tabii mümkündür. Zîra bu çalışmanın konuyu her yönüyle tükettiği elbette söylenemez. Lakin "bârika-i hakîkât, müsâdeme-i efkârdan doğar" düsturunca, bilimsel gelişmenin fikirlerin tartışılmasıyla tekemmül ettiği de inkâr edilemez². Dolayısıyla gerek uygulamada gerekse akademide burada serdedilen görüşlerden farklı olarak konunun değerlendirilmesi mümkün olmakla birlikte, konunun tartışılması cihetinden yazının bu alanla ilgilenenlere bir bakış sunması ümit edilmektedir.

Çalışmada, binalara yönelik olmak üzere "yapı denetimi bakımından inşa faaliyetlere başlamak" ile "yapı ruhsatı bakımından yapıya başlamak" konuları ele alınarak; yapı denetimi bakımından binalarda inşaata başlamanın, aynı zamanda yapı ruhsatı bakımından yapıya başlama anlamına gelip gelmediği incelenmiştir.

Çalışmanın teknik boyutunun bulunmadığı, sadece hukukî boyut içerdiği söylenemez. Zîra bina, yapı, inşaat, temel, hafriyat, proje, beton, kalıp gibi bu çalışmanın konusuyla ilgili olan hususlar inşaat ve yapı tekniklerini ilgilendiren hususlardır. Hukukî tahlile altlık oluşturulabilmesi için teknik konuların açıklanması; bu açıklamanın çizimlerle, grafiklerle, fotoğraflarla görselleştirilmesi ve somutlaştırılması konunun izahına katkı sunmaktadır.

² Malik, Fazlurrahman: "Faiz ve Riba", Marife Dergisi, (Çev. Hakan Şahin), 2020, Cilt 20, Sayı 1, Yaz, s. 307.

Burada konu, teknik boyuttan ve hesaplamalardan uzak kalınarak ele alınmaya gayret edilmiştir, zorda kalınmadığı sürece görsellerden kaçınılmıştır. Öte yandan; yapı denetimi ve yapı ruhsatı özelinde konuya odaklanıldığından vergi hukuku, borçlar hukuku ve sosyal güvenlik hukuku bakımından işe/inşaat başlamak konuları bu çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur.

Aşağıda, evvelâ yapı ruhsatının hükümsüz sayılmaması bakımından, yapı ruhsatının düzenlendiği tarihten itibaren bina inşaatına hangi müddet içerisinde başlanacağı meselesi ele alınacaktır. Ardından “yapı denetimi bakımından inşaat faaliyetlere başlama” konusu ile “yapı ruhsatı bakımından yapıya başlama” konusu binalar özelinde ayrı ayrı ele alınacaktır. Bilahare yapı ruhsatının hükümsüz hale gelmemesi için yapı denetimi bakımından inşaat başlama tarihinin mi yoksa yapı ruhsatı bakımından yapıya başlama tarihinin mi esas alınması gerektiği hususu tahlil edilecektir.

I. İMAR, YAPI VE YAPI RUHSATI

A. İmar Kavramı

İmar kavramı, insanın mutluluğunu amaçlayan bir kavramdır. Bu amaca ulaşmak maksadıyla kavramın konu edildiği “şey”, üzerinde yaşadığımız mekân olan dünyadır (teknik olarak da dünyanın bir parçasıdır). Günümüz bilimi ve rilerine göre üzerinde insan hayatının var olduğu tek gezegen olan Dünya’da insan hayatının devamını sağlayan ana unsurlardan birisi ise “toprak”tır. Diğer bir ifadeyle üzerinde yaşanan mekânın esasını toprak oluşturmaktadır³.

Toprak kelimesi fizikî, biyolojik, coğrafi, felsefi veya iktisadî olarak farklı şekillerde tanımlanabilmektedir⁴. Burada bu tanımlar incelenmeyecektir, ancak imar kavramıyla ilgili olan yönü cihetinden toprağın bazı unsurlarına dikkat çekilmesi gerekmektedir. Her şeyden önce toprak bir tabii kaynaktır. Bu yönüyle üretimde kullanılan girdilerdendir. Dolayısıyla üretim faktörleri arasında yer almaktadır⁵.

Geçmişten günümüze tarihi sürece bakıldığında toprak sahibi olmak, toprağı işlemek, topraktan ziraî/sınaî ürün almak, üzerine yapı yapmak, şehirler kurmak ve toprak vasıtasıyla hayatın idamesini sağlamak; gücün simgesi ve

³ Özdemir, Selman: “İmar Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme”, Mahallî İdareler Dergisi, Yıl 2018, Sayı 69, Eylül, s. 102.

⁴ Üner, H. Bülent/Aşıcıoğlu, Faruk: “Toprağın Adli Karakteristiği”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl 1996, Sayı 55, s. 453.

⁵ Özdemir, 69, s. 103.

varlığın kaynağı olarak görülmüştür. Toprağın gücün simgesi ve varlığın kaynağı olarak görülmesinin en önemli nedeniyse, toprağın çoğaltma imkânı olmayan tek üretim faktörü olmasıyken, çoğaltma imkânı olmayan bu üretim faktörünü kullanan dünya nüfusunun sürekli artmasıdır⁶.

Toprağın iktisadî anlamda üretim faktörlerinden biri olması; toprağa olan talebi artırmakta, herkesçe toprak (*daha doğru bir ifadeyle toprak üzerinde kullanım hakkı*) sahibi olunmak istenmektedir⁷. Bu istek, toprağın kıt (*sınırlı*) bir kaynak olması, ikâme edilmeyen bir kaynak olması, mülkiyete konu edilebilmesi ve bu mülkiyetin nesilden nesile aktarılabilirliği (*mirasa konu*) olması nitelikleriyle bir araya geldiğinde; toprağın (*geniş anlamda gayrimenkulün*) rant aracı olması sonucunu doğurmaktadır. Toprağın bu nitelikleri ve özellikle rant aracı olması durumu, toprak üzerindeki mekân kullanımının gelişigüzel (*başiboş*) bir şekilde gerçekleşmesinin önlenmesini gerektirmektedir. Aksi halde hem iktisadî açıdan, hem sosyal barış açısından, hem de çevre ve sağlık açısından mahzurların ortaya çıkacağı izahtan varetsedir⁸.

Yaşanacak, ziraî üretim yapılacak, çalışılacak, müşterek olarak kullanılacak alanların çoğaltılması için, toprağın, diğer bir deyişle arz üzerindeki zeminin çoğaltılması mümkün değildir. Nüfus artışına göre kütleli olarak toprağın çoğaltılması mümkün olmadığından, hem sosyal refahın ve sosyal barışın artırılmasına yönelik hem de mevcut topraklardan daha fazla miktarda verim alınmasına yönelik yöntemlerin bulunmasını sağlamak gerekmektedir⁹.

Bu maksatla arz üzerindeki toprak (gayrimenkul) kullanımı, bu kullanımın içeriği ve topoğrafya üzerindeki konumları mekânsal planlarla, arazi düzenlemeleriyle ve yapılaşma kurallarıyla kontrol edilmektedir. Yukarıda yer verilen toprağı niteliğinden kaynaklı durumlar, kurallar manzumesi vasıtasıyla toprak kullanımı üzerinde bir düzen kurmayı gerektirmektedir ki; bu düzenleme ve kural koyma ihtiyacı, "*imar*" kelimesiyle karşılanmıştır¹⁰.

⁶ Seylam, S. Gökşin/Ünal, Mete: "Toprak - İnsan İlişkileri ve Tapu, Kadastro Hizmetlerinin Otomasyonu", Harita ve Kadastro Mühendisliği Jeodezi, Jeoinformasyon ve Arazi Yönetimi Dergisi, Yıl 1985, Sayı 52-53, s. 14.

⁷ Demirel, Zerrin/Gülsever, Fatma Zehra: "Türkiye'de Toprak Reformu ve Uygulamaları", s. 12, http://www.tarimreformu.gov.tr/library/belge/b_Turkiye_toprak%20reformu_uygulamaları.pdf, e.t. 08.10.2012.

⁸ Özdemir, 69, s. 104. Demirel, Gülsever, s. 12.

⁹ Özdemir, 69, s. 104.

¹⁰ Özdemir, 69, s. 104.

B. Bina ve Yapı Kavramları

Çalışma esas olarak “yapıya başlama”yı içermektedir. Ancak burada esas olarak bina niteliğindeki yapılar ele alınacaktır. Dolayısıyla süresinde başlanması gereken şeyin bina niteliğinde bir “yapı” olması zorunludur. Ayrıca yapı ruhsatının kapsamına neyin girdiğinin açıklığa kavuşturulabilmesi için de, bina ve yapı kavramlarının açıklanması gerekmektedir.

İmar Kanunu’nda “yapı” ayrı, “bina” ayrı tanımlanmıştır. Kanun’da “Yapı; karada ve suda, daimî veya muvakkat, resmî ve hususî yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik (hareketli) tesisler” olarak (m.5/9); “Bina ise, kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılar” olarak (m.5/10) tanımlanmıştır.

Esasında yapının tanımlanması için, kelimenin etimolojisine bakılması uygun olacaktır. Yapı kelimesinin kökü, “yap” kelimesidir. Yap kelimesine “-ı” yapım eki getirilmek suretiyle yap kelimesinden yapı kelimesi türetilmiştir. Türkçe’de yap kelimesi, bir fiildir. Fiil ise, dilbilgisinde bir eylem (bir iş) bildirmektedir¹¹. Yap fiilinin mastar hali ise, “yapmak” kelimesidir. Yapmak kelimesinin Türk Dil Kurumu Sözlüğündeki birinci anlamının “ortaya koymak, gerçekleştirmek, oluşturmak, meydana getirmek” olduğu görülmektedir¹². Dolayısıyla yapı yapmak, yapay bir şey imal etmeyi ihtiva etmektedir. Bu yönüyle yapı, tabii zemin ve doğal topoğrafyaya yapay imalâtlarla şekil verilmesini ihtiva etmektedir.

Bir yapının,

- a- Üzeri örtülüyse, kendi başına kullanılabilirse, içine insanlar girebilir nitelikteyse ve (mesken gibi) insanların oturmasına, (okul, dükkan gibi) insanların çalışmasına, (okul gibi) insanların hem çalışmasına hem de eğitim görmesine, (sinema - tiyatro - avm gibi) insanların eğlenmesine, (otel gibi) insanların dinlenmesine yahut (cami - kilise - havra gibi) insanların ibadet etmesine yarıyorsa,
- b- Yahut da üzeri örtülüyse, kendi başına kullanılabilirse, içine insanlar girebilir nitelikteyse ve (ahır - kümes gibi) hayvanların korunmasına ya da (depo - garaj gibi) eşyaların korunmasına yarıyorsa,

bahse konu nitelikteki yapılar bina niteliğindeki yapılardır.

¹¹ Ediskun, Haydar: Türk Dilbilgisi, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1999, s. 219.

¹² Türk Dil Kurumu, “Yapmak”, <https://sozluk.gov.tr/>, e.t. 07.11.2022.

Kanundaki tanımlara ve açıklamalara göre her bina bir yapıdır. Fakat her yapı bir bina değildir. Örneğin televizyon vericisi direği, elektrik direği, deniz feneri, su kuyusu, iskele, rıhtım, baz istasyonu, köprü, bahçe duvarı¹³, pergola, kamelya, yola döşenen rögar ve döşemeye konu rögar kapağı, sera (zemin tatbikatında) birer yapıdır¹⁴; fakat bunların hiç birisi bina değildir. Bina niteliğinde olan yapılar, yukarıda (a) ve (b) bentlerindeki nitelikleri haiz olan yapılardır. Öte yandan; İmar Kanunu yapılar da daha sonradan gerçekleştirilecek olan ilaveleri, değişiklikleri ve tamirleri de yapı olarak kabul etmektedir.

Netice itibarıyla, aşağıda değinilecek olan yapı ruhsatının kapsamına (istisnaları mevzuatta belirtilenler hariç olmak üzere) sadece binalar değil, binaların yanında yapı tanımına giren bütün sabit tesisler ve müteharrik (hareketli) tesisler, diğer bir ifadeyle yapılar girmektedir¹⁵. Bu çalışmadaki değerlendirmeler ise, "giriş" başlığında açıklandığı üzere bina niteliğindeki yapılar esas alınarak yapılacaktır.

C. Yapı Ruhsatı Kavramı

Ruhsat kavramının her mevzuatta farklı içeriği haiz şekilde, mevzuatın konusuna giren statü yönünden ayrı ayrı tanımının ve konusunun mevcut olduğu; Avukatlık Kanunu'ndan, Çay Kanunu'na kadar pek çok faaliyet alanında mevzuat koyucunun ruhsata yer verdiği; ilgili mevzuatlarda ruhsata esas bir faaliyete, bir işi yapıp yapmamaya izin verilme durumunun bulunduğu dikkati çekmektedir¹⁶. Bu bağlamda ruhsat, "mevzuat ile, o mevzuat kapsamında kalan türlü faaliyetlerin ne şekilde, kimler tarafından, hangi şartlarda gerçekleştirileceğine destur veren, böylelikle toplumsal alanı düzenleyen belge" olarak tanımlanabilir¹⁷. Farklı mevzuatlarda ruhsata izin, lisans, faaliyet belgesi, işletme belgesi gibi farklı isimler verilebilmektedir.

Ruhsat olarak adlandırılan belge yetkili merci onayıyla hayat bulmakta, tasdik neticesinde hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Dolayısıyla ruhsat bakımından tasdik işlemi, ruhsatın müessiriyet şartını teşkil etmektedir¹⁸.

¹³ İmar Hukuku Ders Notları, Teksir, s. 41, <http://web.iku.edu.tr/courses/mimar/arc853/DOC/Kitap.doc>, e.t. 02.10.2009.

¹⁴ Konya Bölge İdare Mahkemesi 2'nci İdarî Dava Dairesi'nin 21.09.2022 tarih ve E: 2022/577, K: 2022/1567 sayılı kararı.

¹⁵ Özdemir, Selman: "Yapı Ruhsatının Kolluk/Zabıta Niteliği", Mahallî İdareler Dergisi, Yıl 2017, Sayı 51, Mart, s. 5.

¹⁶ Özdemir, 51, s. 4.

¹⁷ Çal, Sedat: Türk İdare Hukukunda Ruhsat, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 21.

¹⁸ Zanobini, Guido: İdare Hukuku C-1 (Umumiyet İtibarı ile İdarî Nizam), (Çev. Atif Akgüç, Sahir Erman), M. Sadık Kâğıtçı Matbaası, İstanbul, 1945, s. 227.

İmar Kanunu'nun "yapı ruhsatiyesi" başlıklı maddesinde (m.21) ve Kanun'un diğer maddelerinde yapı ruhsatının bir tanımına yer verilmemiştir. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nde ise "bir parselde, Ek-10'da yer alan forma uygun olarak bu Yönetmelikle öngörülen belgeler ile projelerin onaylanması sonrasında ilgili idaresince tanzim edilen, onaylı resmî izin belgesi" şeklinde yapı ruhsatının "soyut" bir tanıma yer verildiği görülmektedir (m.4/rrrr).

Yapı ruhsatını tanımlayabilmek için, ruhsat kelimesini ve yapı kelimesini ayrı ayrı ele almak gerekmektedir. Yukarıda yapıya dair açıklamalara yer verilmiştir. İmar Kanunu'nun ilgili madde başlığında "ruhsatiye" kelimesinin kullanılmış olmasına istinaden, tanıma evvelâ ruhsatiye kelimesinin açıklanmasıyla başlamak uygun olacaktır. "Ruhsatiye" izin manâsına gelmektedir¹⁹. Aynı anlamda kullanılan "ruhsatnâme", birleşik isimdir ve Arapça "ruhsat" ile Farsça "nâme" kelimelerinden oluşmaktadır²⁰. "Nâme" kelimesi ise mektup, kitap anlamlarına gelmektedir²¹. Ancak ruhsat kelimesi ve nâme kelimesi "ruhsatnâme" şeklinde birleşik olarak kullanıldığında "izin belgesi", "izin kâğıdı" anlamlarını ihtiva etmektedir²².

Ruhsatın izin, ruhsatnâmenin izin belgesi anlamlarına gelmesi, kezâ ruhsatla bir mevzuat kapsamında kalan türlü etkinliklerin/faaliyetlerin ne şekilde, kimler tarafından, hangi koşullarda gerçekleştirileceğine destur verilmesi hususları bir arada ele alındığında; yapı ruhsatının, imar mevzuatı kapsamında kimlerin, ne şekilde, hangi koşullarda, nerelere ne tür yapılar yapabileceklerine destur veren ve yapılan yapılarda ne çeşit değişiklikler yapabileceklerine icazet veren belgeyi ifade ettiği söylenebilir²³. Bir başka tanımda da yapı ruhsatı özetle "inşaat, tamirat veya ilâvenin yapılmasına izin veren belge" olarak açıklanmıştır²⁴.

Yukarıda ele alınan toprak sathının kullanımına yönelik normlar ihtiva eden kanunlardan olan İmar Kanunu, gelişigüzel arazi kullanımını ve bu bağlamda gelişigüzel yapı yapılmasını yasaklamış; yapılaşmayı ve arazi kullanımını bazı kurallara tabi kılmıştır. Kanun'un arazi kullanımına yönelik getirdiği kurallardan birisi de yapı ruhsatıdır. Nitekim Kanun'da, bir yapı yapılabilmesi için evvelâ "yapı ruhsatı alınması kuralı" benimsenmiştir (m.20, m.21, m.22).

¹⁹ Kanar, Mehmet: Osmanlıca Türkçesi Sözlüğü, Say Yayınları, İstanbul, 2009, s. 380.

²⁰ Özdemir, 51, s. 5.

²¹ Kanar, s. 347.

²² Özdemir, 51, s. 5.

²³ Özdemir, 51, s. 5.

²⁴ Abacıoğlu, Muhittin: Açıklamalı ve İçtihatlı İmar Kanunu Mevzuatı ve Uygulaması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 321.

Bir yapının inşa edilmesinin, yapılmış bir yapıda tamirat yahut değişiklik yapılmasının veya yapılmış/yapılacak bir yapıya ilâve (ek) yapılmasının ruhsata tabi kılınmasının amacı; gerçekleştirilecek imâlâtın imar plânlarına, yapının inşa edileceği bölgenin koşullarına ve yönetmelik hükümlerine uygun imal edilmesini sağlamak, böylelikle inşa edilecek yapının hem fizikî/estetik olarak, hem fen/teknik olarak, hem de sağlık/çevre bakımından başta insan olmak üzere bütün canlıların kullanımına uygun olmasını temin etmektir²⁵.

Öte yandan mevzuat koyucu, imar düzeni bakımından bazı yapıların yapılmasını ruhsata tabi tutmuşken, bazı yapıların yapılmasını ruhsata tabi tutmamış sadece izne tabi tutmuş, bazı yapıların yapılmasını yine ruhsata tabi tutmamış sadece proje hazırlanarak proje onayına ve bildirim tabi tutmuştur. Bazı yapıların yapılması ise ne ruhsata, ne izne, ne de proje onayına tabi tutulmamış, sadece bildirim tabi tutulmuştur.

Ruhsat alınarak yahut ruhsat alınmasına gerek olmamakla birlikte izin ve onay alınarak inşa edilecek olan imalatlar birer yapı olduğu gibi; ruhsat alınmadan yahut izin ve onay alınmadan inşa edilebilecek olan imalatlar da birer yapıdır. Ruhsat yahut izin alınmadan yapılacak imâlât, imâlâta konu şeyi yapı statüsünden çıkarmadığından, sadece o yapının ruhsat alınmadan, izin alınmadan yahut projeleri onaylanmadan imal edilebilmelerine müsaade edildiğinden, bunlar ruhsat/izin gerektirmeyen yapılar olarak isimlendirilmektedir²⁶.

Bu açıdan yapı inşasını temelde "ruhsat gerektiren" yapı inşası ve "ruhsat gerektirmeyen" yapı inşası olarak ikiye ayırmak mümkündür²⁷. Ruhsat gerektirmeyen yapı inşasını da kendi içerisinde üç alt gruba ayırmak mümkündür. Bu grupta akımından konu ele alındığında, yapıları "yapımına başlanması için ruhsat alınması gereken yapılar", "yapımına başlanması için ruhsat alınmasına gerek olmayan ancak proje hazırlatılarak projenin onaylanmasını gerektiren yapılar", "yapımına başlanması için ruhsat alınmasına gerek olmayan ancak izin alınması gereken yapılar" ve "yapımına başlanması için ruhsat alınmasına gerek olmayan ancak bildirimde bulunulması gereken yapılar" olarak yapı ruhsatı hukuku bakımından gruplandırılmaları mümkündür.

Bazı idarî yargı kararlarındaysa yapının ne olduğu hususunda bilgi eksikliklerinin olduğu, aslında yapı olan imalatın yapı olmadığı, bu nedenle ruhsat

²⁵ Artukmaç, Sadık: Türk İmar Hukuku, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1969, s. 56.

²⁶ Konya Bölge İdare Mahkemesi 2'nci İdarî Dava Dairesi'nin 21.09.2022 tarih ve E: 2022/577, K: 2022/1567 sayılı kararı.

²⁷ Konya Bölge İdare Mahkemesi 2'nci İdarî Dava Dairesi'nin 19.01.2022 tarih ve E: 2021/774, K: 2022/154 sayılı kararında yer alan karşı görüş açıklaması.

alınmadan imal edilebileceği gibi bu yapılara İmar Kanunu'ndaki yaptırımların da uygulanamayacağı yönünde kararlar verildiğine rastlanmaktadır. Bu hususun sebebinin, yapı konusundaki “teknik bilgi eksikliği”nden ileri geldiği düşünülmektedir. Örneğin bir parselin 2805,08 metrekarelik kısmında zemin tesviyesi yapılmış, tesviye sonrasında bu sahaya beton dökülmüş ve beton seviyelendirilmiş, ardından bu betonarme saha önce otopark olarak sonra go-kart pisti olarak kullanılmaya başlanmıştır. Söz konusu imalât hakkında “uygulamanın İmar Kanunu'nun 5 inci maddesinde yer alan yapı tanımına uygun ve yapı niteliğine haiz olmadığı”na karar verilmiştir²⁸ ki; hem Mekânsal Plânlar Yapım Yönetmeliği eki listede otoparkın bir altyapı tesisi olduğunun belirtilmesi, hem go-kart sahasının rekreatif tesis niteliğinde olması, hem de yukarıda “B. Bina ve Yapı Kavramları” alt başlığından bu yana aktarılan hususlar birlikte değerlendirildiğinde, söz konusu mahkeme kararının hatalı olduğu değerlendirilmektedir.

Diğer taraftan; bir yapının yapımına başlanması için ruhsat alınmasına gerek olmaması, yukarıda da ifade edildiği üzere bu imalâtın yapı olmadığı anlamına gelmemektedir. Uygulamada ise “imalat ruhsat alınmadan yapılabilirse, o zaman bu imalat yapı değildir” gibi hatalı değerlendirmelerle karşılaşılabilir. Örneğin derz, iç ve dış sıva - boya ve badana, dış cephe kaplama, kiremit aktarma, oluk değiştirme, gölgelik gibi imalat, onarım ve değişiklikler de Kanun gereği yapıdır. Ancak mevzuat koyucu bu yapı işlerinin yapılmasını ruhsat alınmasından bağımsız tutmuştur. Bu tür imalâtların ruhsattan bağımsız tutulması, bu imalâtların yapı olmadığı anlamına gelmediği, aksine bunların da yapı olduğu ancak bunların yapılması yönünden ruhsat alınma süreci bakımından muafiyet getirildiğini göstermektedir²⁹.

İfade etmek gerekir ki; inşaa sürecinin onlarca aşaması bulunmakta olup ruhsat, inşaa sürecinin aşamalarından sadece birisidir. Dolayısıyla yapı inşasının ruhsat gerektirmemesi demek, yapımın imar mevzuatına aykırı gerçekleştirilebileceği anlamına gelmemektedir. Diğer bir ifadeyle bir yapının ruhsat alınmadan yapılabilmesi demek; herkesin keyfince (imar düzenine tabi olmadan) gelişigüzel dilediği yere yapı yapabileceği anlamına gelmemektedir. Nitekim ruhsata tabi olmayan yapılar da, imar düzeni kurallarına tabi olarak yapılmak durumundadır. Bu yönüyle ruhsat

²⁸ Konya Bölge İdare Mahkemesi 2'nci İdarî Dava Dairesi'nin 16.03.2022 tarih ve E: 2022/572, K: 2022/564 sayılı kararı.

²⁹ Kalabalık, Halil: İmar Hukuku Dersleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 476.

gerektirmeyen yapılar da mevzuatla belirlenen kurallara uygun yapılmak zorundadırlar. Mevzuat koyucu bazı yapıların yapılmasını yapı ruhsatından bağımsız tutarak, yapı ruhsatının bürokratik işlemlerine ve malî masraflarına katlanmadan, ilgilere söz konusu yapıları inşa etme imkânı tanımıştır. Fakat imar mevzuatının bazı yapıların ruhsat prosedürüne tabi tutmadan yapılmasına icazet vermesi, bu yapıların ruhsat prosedürü haricindeki diğer imar kurallarına da uyulmadan yapılabileceği anlamına gelmediğinin hatırdan çıkarılmaması gerekmektedir.

II. YAPI RUHSATININ GEÇERLİLİK SÜRESİ

Yapı ruhsatı adı verilen belge düzenlendikten sonra, ruhsata konu olan yapının imalâtına/inşaatına başlamayı kanun belli bir süreye tabi tutmuş; yapı ruhsatı alındıktan sonra belli bir süre içerisinde yapıya başlanmasını zorunlu kılmış; bunda kamu yararı görmüştür³⁰. Bu zorunluluğunun arkasında yatan nedenlerin ne olduğu bu çalışmanın ana konusu dışında olmakla birlikte, bu hususlara aşağıda kısaca değinilecektir.

Yapı ruhsatı, mevzuatta belirtilen süre içerisinde yapıya başlanması kaydıyla geçerlidir. Süresi içerisinde yapıya başlanmaması halinde yapı ruhsatı hükümsüz hale gelmektedir ki; bu durum bize yapı ruhsatının "sürelî bir idarî işlem" olduğunu göstermektedir³¹.

Ruhsat alındıktan sonra yapıya hangi süre içerisinde başlanması gerektiği İmar Kanunu'nda "Yapıya başlama müddeti, ruhsat tarihinden itibaren iki yıldır" şeklinde belirtilmiştir (m.29/1). Yapıya bu müddette başlanmamasının sonuçlarını da kanun koyucu açıklamıştır. Ruhsatın düzenlenmesi tarihinden itibaren iki yıl içinde yapıya başlanmazsa, "... verilen ruhsat hükümsüz sayılır. Bu durumda yeniden ruhsat alınması mecburidir" (m.29/1).

Örneğin 01.01.2018 tarihinde bir yapı ruhsatı tanzim olunmuşsa, en geç 01.01.2020 tarihine kadar (01.01.2020 tarihi dâhil) yapıya başlanması gerekmektedir. Şayet en geç 01.01.2020'de yapıya başlanmamış, yapıya bir gün sonra 02.01.2020 tarihinde başlanmışsa; bu durumda 01.01.2018 tarihli yapı ruhsatı 02.01.2020 tarihinde hükümsüz hale gelmiş olacağından; 01.01.2020 tarihinden sonra başlanan yapı, ruhsatsız başlanan herhangi bir yapıdan fark-

³⁰ Şekerci, Ersin: "İmar Hukukunda Yapı İzni", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1981, Sayı 2, s. 193.

³¹ Hondu, Selçuk: İmar Hukuku Ders Notları, Türkiye Adalet Akademisi Eğitim Merkezi Müdürlüğü, Ankara, 2004, Teksir, s. 65.

sız olacaktır³². Bu örnek ruhsat geçerlilik süresi ve yapıya başlama bakımından bir günün bile ne kadar önemli olduğunu göstermektedir.

Ruhsat geçerlilik süresi olan iki yıllık süre içerisinde ne yapılırsa, hangi çalışmalar gerçekleştirilirse yapıya (*bu çalışma konusu özelinde binaya*) başlanmış sayılacaktır? Yapıya başlama ile inşaata başlama aynı “şey” midir? Aşağıda bu hususa ilişkin uygulamadaki tartışmaların özetine yer verilerek çalışmaya devam edilecektir.

III. YAPIYA BAŞLAMA HAKKINDAKİ TARTIŞMALAR

Düzenlendiği tarihten itibaren iki yıl içerisinde yapıya başlanmaması halinde yapı ruhsatını hükümsüz kıldığından, ruhsatın düzenlenmesi sonrasında iki yıllık sürede yapıya başlamak önem arz etmektedir. Ruhsatı hükümsüz kılmamak için uygulamada türlü türlü değerlendirmeler yapılarak konunun ele alındığına şahit olunmaktadır. Başka mevzuatlardaki muhtelif durumlar, yapı ruhsatı alanına da sirayet ettirilerek, bazı hallerde kanunun dolanılmaya çalışıldığı gözlenmektedir.

Kamu ihalesi suretiyle yaptırılan inşaat işlerinde, taahhüdün imzalanması tarihinde işe başlanmış sayılabilmektedir. Konuya ilişkin günlük müzâkerelerde, buradaki işe başlamanın yapıya (binaya) başlama olarak kabul edilebileceği ileri sürülebilmektedir. İhale sözleşmelerinde, işyeri teslimi tarihi veya işe fiilen başlanacak tarihinin belli edilmesi halinde, söz konusu tarihlerin de işe başlama tarihi olarak esas alınabileceği belirtilebilmektedir³³. Yahut da “*taşeron*” adı verilen biçimde alt işveren vasıtasıyla yürütülen inşaat-taahhüt işlerinde, esas işverenle yapılan sözleşmede yazılı işyeri teslim tarihi, işe başlama tarihi olarak kabul edilmektedir³⁴.

Yine günlük müzâkerelerde arsanın kenarlarına zemin tesviyesine ve ka-
rıya esas köşe kazıklarının çakılmasıyla yapıya (binaya) başlanmış olunacağı yönünde beyanlarda bulunulmakta; kimi zaman arsada hafriyat çalışması

³² Özdemir, Selman: İmar İdare Hukukunda Kazanılmış Hak, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 480. Fakat yapı ruhsatının düzenlendiği tarihten itibaren iki yıl içerisinde yapıya (inşaata) başlanılmaması durumu, yapı ruhsatını tanzim eden idareden kaynaklı ise, bu durumda iki yıllık sürenin hesabında söz konusu gecikilen sürenin dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir; Ergen, Cafer/Böke, Veli: Kaçak Yapı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 252.

³³ Maliye Bakanlığı'nın (Gelir İdaresi Başkanlığı'nın) 27.04.2006 tarih ve B.07.1.GİB.0.40/4076-112/31824 sayılı yazısı.

³⁴ İstanbul Serbest Muhasebeci ve Mali Müşavirler Odası: “İnşaat İşletmelerinde Muhasebe ve Vergi Uygulamaları”, s. 94, <http://archive.ismmmo.org.tr/docs/seminernotlar/28122013/28122013.pdf>, e.t. 24.07.2019.

yaparak tesviye yapılmasının yapıya (binaya) başlama olarak değerlendirilebilmekte; bazen de hafriyat yapmak yeterli görülmemekte, ilâveten yapının (binanın) temelinin kazılması gerektiği yönünde görüşler serdedilebilmektedir.

İnşaat ve imar hukuku meseleleriyle ilgilenenlerin günlük fiilî tabrikatlara ilişkin serdettikleri bu görüşler saygıdeğer görüşlerdir. Lâkin mevzuatta karşılığı olmadığı sürece görüşlerin hukukî bakımdan dikkate alınması mümkün değildir. Bu nedenle, yapıya başlamanın hangi anda vuku bulduğu konusunda mevzuatın konuyu nasıl ele aldığı bu çalışmanın ana temasını oluşturmaktadır.

Bilindiği üzere münhasıran idare hukukunda kurallar, statülere ilişkin normları ihtiva etmektedir³⁵. Kişi, durum yahut olay hangi statüyle ilgiliyse, o statünün kurallarının o kişiye, o duruma yahut o olaya uygulanması gerekmektedir. Örneğin ihaleyle ilgili bir meselede statü hukuku olan ihale hukuku kurallarının, vergiyle ilgili bir meselede statü hukuku olan vergi hukuku kurallarının, imarla ilgili bir meselede statü hukuku olarak imar hukuku kurallarının uygulanması gerekmektedir. Yapıya (binaya) başlama bakımından uygulamada yaşanan tartışmaların, yukarıda yer verilen farklı statülere ilişkin durumu göz önünde bulundurulmadan yapıldığı değerlendirilmektedir. Dolayısıyla "sözleşmeye göre işe başlanmış olmak", aynı zamanda "inşaata da başlanmış olunduğu" anlamına gelmemektedir. Kezâ "inşaat işlerine başlamış olmak" da "yapıya (binaya) başlandı" anlamına gelmemektedir. Yukarıda yer verilen örnekteki "işe başlama" olarak adlandırılan durumlar sözleşme hukuku, vergi ve muhasebe uygulamaları ile sosyal güvenlik mevzuatı bakımından işe başlamaya esas alınan tarihlerdir³⁶. İşe başlama, işyerinin SGK'ya bildirilmesi ve işe giriş bildirgesinin verilmesi bakımından önem arz etmektedir³⁷. İşe başlama aynı zamanda işletmenin faaliyete geçmesi, meslek veya sanatın icraya başlanması, vergiyi doğuran olayın tespiti bakımından da önem arz etmektedir ve Vergi Usûl Kanunu yönünden muhtelif mükellefiyetler ihtiva etmektedir³⁸.

³⁵ Çoban Atik, Ayşegül: "İdare Hukukunda Kazanılmış Hak İlkesi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2013, Cilt 21, Sayı 1, s. 19. Onar, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları - Cilt I, Hak Kitapevi, İstanbul, 1966, s. 482-483. Akyılmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil: Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 43. Özgür, Erdem: "İdarî İşlemler ve İdarî Sözleşmeler", İdare Hukuku, (Edit. Erdem Özgür), Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi Yayınları, Ankara, 2020, s. 107.

³⁶ Diril, Funda: İnşaat Sektöründe Kazancın Tespiti ve Vergilendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İzmir, 2010, s. 135.

³⁷ Göktaş, Murat: "Sosyal Güvenlik Hukukunda Müeyyidesi Ağır Bir İşveren Yükümlülüğü: İşe Giriş ve İşten Ayrılış Bildirgesi", Mali Çözüm, Yıl 2010, Sayı 98, s. 207.

³⁸ Hatipoğlu, Cengizhan: "İşe Başlama Bildiriminin Yapılmamasının Kayıt Dışı Ekonomiye Etkisi ve Bunu Önlemeye Yönelik Çözüm Önerileri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2015, Cilt 73, Sayı 1, s. 188.

İşe başlama tarihleri aynı zamanda, istisna sözleşmelerindeki yükümlülükler ve edimler yönünden de önem arz etmektedir³⁹. Bu nedenle yer teslimi yapılması tarihi, sözleşmenin akdedilmesi tarihi, sözleşmede belirtilen işe başlama tarihi gibi tarihler; inşaat sözleşmelerinde karşılıklı edimler⁴⁰, vergi ve sosyal güvenlik işlemleri bakımından önem arz etmektedir. Hâlbuki sözleşme hukuku alanı, vergi hukuku alanı, sosyal güvenlik hukuku alanı, imar hukuku alanı ve yapı denetimi hukuku alanı hukukî açıdan farklı statüleri ve konuları düzenlemektedirler.

Tartışmalar, sözleşme hukuku bakımından yahut vergi veya sosyal güvenlik hukuku bakımından işe başlanmakla birlikte; aynı zamanda yapı ruhsatı bakımından yapıya (binaya), yapı denetimi bakımından da inşaata başlanmış olup olmadığı noktasında toplanmakta; yapı denetimi bakımından inşaata ve yapı ruhsatı bakımından yapıya (binaya) başlamanın aynı “şey” olup olmadığı özelinde yoğunlaşmaktadır. Bu nedenle çalışmanın devamında bu iki nokta üzerinde durularak, yapı denetimi bakımından inşaata başlama ile yapı ruhsatı bakımından yapıya başlama konuları biraz daha yakından incelenecektir.

IV. YAPI DENETİMİ BAKIMINDAN İNŞAATA BAŞLAMA

Yapı denetimi bakımından inşaata başlamanın ne olduğunun açıklanabilmesi için yapı denetimi hakkında kısa bir bilgi vermenin ve bu sistemin tanıtımının yapılmasının, meselenin anlaşılabilirliğine katkı sunacağı değerlendirilmiştir.

A. Yapı Denetiminin Konusu

Denetimle, plânlanan eylem ve gerçekleşen eylem karşılaştırılarak, gerçekleşen durumun plânlanan durumdan sapıp sapsadığının, bir sapma varsa bunun sebeplerinin ne olduğunun belirlenmesi, sapmanın sebeplerinin ortadan kaldırarak plânlanan duruma ulaşılması amaçlanmaktadır⁴¹. Zira gerçekleşen olayla gerçekleşmesi istenilen sonuçların karşılaştırılması denetimle mümkündür⁴².

³⁹ Öngören, Gürsel: İnşaat Hukuku, Öngören Hukuk Yayınları, İstanbul, 2016, s. 209 vd. Yücel, Özge: “Borçlar Kanunu 358/1 Hükmüne Göre Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Südürme Borcu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2008, Cilt 57, Sayı 3, s. 781 vd.

⁴⁰ İnşaat sözleşmelerindeki işe başlama kavramı için bkz.; Baradan, Selim/Yiğiter, Hüseyin: “İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmelerin Uygulanması”, s. 44 v.d., Dokuz Eylül Üniversitesi İnşaat Mühendisliği Bölümü Yapı İşletmesi Dersi Notları, <http://kisi.deu.edu.tr/huseyin.yigiter/YI%20%2306%20-%20INSAAT%20SOZLESMELERI.pdf>, 24.07.2019.

⁴¹ Pala, Murat/Demir, Mehmet Şirin: “Güneydoğu Anadolu Bölgesinde Yapı Denetimi Uygulamasında Karşılaşılan Sorunlar ve Bu Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri”, Adıyaman Üniversitesi Mühendislik Bilimleri Dergisi, Yıl 2017, Sayı 6, s. 21.

⁴² Pala, Demir, s. 21.

Etkili bir yapı denetimden bahsedebilmek için, bir plânın ve plânlama aracının olması gerekmektedir⁴³. Plâna ve plânlama aracına göre, inşa sonucu ortaya çıkan ürünün mukayese edilmesi ve denetlenmesi mümkün olabilecektir.

Mevzuatta bir yapının inşa sürecinin denetlenmesinde hem yapının projesinin denetlenmesinin, hem de yapının inşasının (kendisinin) denetlenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir⁴⁴. Dolayısıyla yapı denetiminin "proje aşaması" ve "inşa aşaması" olmak üzere iki ana aşaması bulunmakla birlikte mevzuatta, aşağıda değinileceği gibi yapı denetimi üç aşamalı bir denetim süreci olarak düzenlenmiştir.

Yapı Denetimi Hakkında Kanun hükümlerine göre, yapının projesinin denetimi ve yapının inşasının denetimi sağlanınca "imar plânına, fen kurallarına, sanat kurallarına, sağlık kurallarına ve standartlara uygun biçimde, 'kaliteli yapı' yapılmış olacaktır" (m.1). İmar plânına, fen kurallarına, sanat kurallarına, sağlık kurallarına ve standartlara uygun biçimde, 'kaliteli yapı' yapmak ile ne amaçlanmaktadır? sorusunun cevabını da kanun koyucu, "can güvenliğini ve mal güvenliğini temin etmek" şeklinde cevaplamaktadır. Dolayısıyla yapı denetimi müessesesi esas olarak, can güvenliğini ve mal güvenliğini temin edecek biçimde kaliteli yapıların yapılması konusunda ilgilenmektedir. Diğer bir deyişle, "projenin hazırlanması ve ardından başlanan inşa faaliyeti süresince" imar plânına, fen kurallarına, sanat kurallarına, sağlık kurallarına ve standartlara "uygunluğun" sağlanıp sağlanmadığının denetlenmesi hususu, yapı denetiminin konusuna girmektedir⁴⁵.

Bu yönüyle yapı denetimi; her yapının türü ve niteliği dikkate alınarak fonksiyonellik, güvenilirlik ve ekonomiklik özelliklerini sağlamak amacıyla, yapının her parçası için projelere, ilgili mevzuata-plâna-standartlara-şartnameye ve talimatlara uygunluğun incelenmesi, ayrıca çevre değerlerini, zamanı, estetiği, konfor kayıplarını önlemeye yönelik laboratuvar dâhil her türlü teknik ve idarî çalışmaların, incelemelerin ve faaliyetlerin tamamıdır⁴⁶.

⁴³ Pala, Demir, s. 21.

⁴⁴ Özdemir, Selman: "Yapı Denetim Kuruluşuna İmar Kanunu Kapsamında Para Cezası Verilip Verilemeyeceği Hakkında Bir İnceleme: Yapı Denetim Kuruluşlarının Fennî Mesuliyet Sorumlulukları", Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2020, Cilt 3, Sayı 2, s. 184.

⁴⁵ Özdemir, 3/2, s. 184.

⁴⁶ Kural, Recep/Ünal, Osman: "İnşaat Sektöründe Yapı Denetimi ve Afyonkarahisar İlindeki Uygulamaların Araştırılması", Afyon Kocatepe Üniversitesi Fen ve Mühendislik Bilimleri Dergisi, Yıl 2015, Sayı 15, s. 1.

B. Yapı Denetimi Firmalarının Gördüğü Fonksiyon: İmar Kolluğuna Yardımcı Olmak

Yapı Denetimi Hakkında Kanunda, “Yapı denetim kuruluşu: Bakanlıktan aldığı izin belgesi ile münhasıran yapı denetimi görevini yapan, ortaklarının tamamı mimar ve mühendislerden oluşan tüzel kişi” olarak tanımlanmıştır (m.1). Bu tüzel kişilerin neredeyse tamamının limited şirket statüsünde özel hukuk tüzel kişiliği edindikleri müşahade edilmektedir. Şirket unvanlarındaysa ekseriyetle “yapı denetimi” ibaresi yer almaktadır⁴⁷. Bu firmaların gördüğü fonksiyonun açıklanması, inşaata/yapıya başlama konusuna altlık oluşturmak bakımından elzemdir.

Coğrafi ve jeolojik durumu nedeniyle ülkemiz her an deprem tehlikesiyle karşı karşıyadır⁴⁸. Ülkedeki insanları deprem tehlikesinden korumak, deprem öncesinde, deprem esnasında ve deprem sonrasında gerekli tedbirleri almak, bu maksatla kurallar koymak ve bu kuralların uygulanmasını sağlamak da devletin görevlerindedir⁴⁹.

Ülkemizde görülen depremlerle aynı büyüklükteki depremler sonucu gelişmiş ülkelerde vuku bulan can ve mal kayıplarının, ülkemizdeki kayıplara oranla az olmasının nedenleri incelendiğinde; bu nedenlerin başında ülkemizdeki yapı kalitesinin düşük olması ve denetimsiz imalâtın geldiği anlaşılmıştır⁵⁰. Bu durum, devletin yukarıda belirtilen tedbirleri alıp almadığı noktasında soru işaretlerine sebep olmakta, devletin bu konuya ilişkin görevlerini yerine getirip getirmediğini sorgulatmaktadır.

Tanzimat döneminden itibaren yapılaşmayla ilişkin kurallar getirilmekle birlikte, yapı denetimine ilişkin modern kuralların Cumhuriyet dönemiyle mevzuata girdiği; 1930 yılında “Belediye Kanunu” ve “Umumî Hıfzıssıhha Kanunu” ile başlayan norm sürecinin, 1933 yılında “Belediye, Yapı ve Yollar Kanunu”, 1944 yılında “Yer Sarsıntılarında Evvel ve Sonra Alınacak Tedbirler Hakkında Kanun”la devam ettiği⁵¹; ardından 1956 tarihinde (6785 sayılı) “İmar Kanunu”nun, 1985 yılında (3194 sayılı) “İmar Kanunu”nun ve nihayetinde

⁴⁷ Özdemir, 3/2, s. 183.

⁴⁸ Ömürbek, Nuri/Karaatlı, Meltem /Cömert, Hafize Gonca: “Ahp-Saw ve Ahp-Electre Yöntemleri ile Yapı Denetim Firmalarının Değerlendirmesi”, Yönetim Bilimleri Dergisi, Yıl 2016, Cilt 14, Sayı 27, s. 172.

⁴⁹ Ömürbek vd, s. 172.

⁵⁰ Davraz, Metin/Başpınar, Ebru/Ceylan, Hakan: “Yapı Denetim Kurumları Öncesi Isparta ve Yakın Çevresindeki Hazır Beton Kalitesi”, Teknik Bilimler Dergisi, Yıl 2012, Cilt 2, Sayı 1, s. 18.

⁵¹ Atabey, İsmail İsa/Bozdoğan, Kanat Burak: “Yapı Denetim Kanunu Uygulamalarında Sivas Örneği”, Engineering Sciences, Yıl 2012, Cilt 7, Sayı 1, s. 120. Kural ve Ünal, s. 1.

2001 yılında "Yapı Denetimi Hakkında Kanun"un yürürlüğe girerek yapı denetimine ilişkin norm sürecinin devam ettiği görülmektedir⁵².

Geçen süreç, norm koyma bakımından devletin görevini yerine getirme çabasında olduğunu, ancak esas sorunun norm koymada değil var olan normların uygulanmasında olduğunu göstermiştir. Sürecin sonunda devlet, yapı denetimine ilişkin kanun çıkararak imar kolluğuna yardımcı unsurlar teşkil etmekle uygulamadaki problemleri çözmeyi amaçlamıştır. Ancak yapı denetimi sisteminin ülkemizdeki normların uygulanmaması sorununa derman olup olmadığı da tartışmalıdır. Lâkin bu husus bu çalışmanın konusu dışında tutulmuştur.

Anayasa Mahkemesi insanların barınarak, üreterek, çalışarak veya sosyal ve kültürel faaliyetlerde bulunarak hayatlarının önemli bir bölümünü içinde geçirdikleri yapılarda can ve mal güvenliklerine ilişkin endişe duymadan yaşayabilmelerinin, yapıların doğru projelendirilmesi ve doğru imal edilmesine, etkili bir yapı denetiminin sağlanmasına bağlı olduğunu vurguladıktan sonra; yapı denetiminin özünün deprem, heyelan, toprak kayması, çığ düşmesi, sel gibi tabii afetlerden kaynaklanan yapı hasarlarının önlenmesi ve hasarların en aza indirilmesiyle birlikte yapının varlığının, insan sağlığını ve insan hayatını güvence altına alacak şekilde sürdürülmesi, bu suretle toplum düzeninin sağlanması olduğunu belirtmektedir⁵³.

Yapıların gerek tasarım, gerek imalât aşamasında can ve mal güvenliğini sağlamak amacıyla denetlenmeleri gerekmektedir⁵⁴. Bu yönüyle yapıım sürecinin denetimi de başlı başına bir kolluk/zabita faaliyetinin yürütülmesi işini ihtiva etmektedir⁵⁵. İmar hukuku bağlamında mekâna etki eden plânlama işlemleri ile plânların zemine tatbikine dair uygulama işlemlerinin tamamı kolluk faaliyeti kapsamında kalmaktadır⁵⁶. Bu açıdan imar hukukunun bütün işlemleri, kolluk niteliğindeki işlemlerdendir⁵⁷. Bu husus, bir imar plânının kolluk/zabita niteliğinin mevcut olduğuna, keza bir yapı ruhsatının yahut yapı kullanma izninin de kolluk/zabita niteliğinin mevcut olduğuna işaret etmektedir. Bu bağlamda yapıım sürecinin denetimi de kolluk faaliyetleri kapsamında

⁵² Özdemir, 3/2, s. 184.

⁵³ Anayasa Mahkemesinin 03.11.2011 tarih ve E: 2010/75, K: 2011/150 sayılı kararı.

⁵⁴ Anayasa Mahkemesinin 03.11.2011 tarih ve E: 2010/75, K: 2011/150 sayılı kararı.

⁵⁵ Özdemir, 3/2, s. 185.

⁵⁶ Özdemir, 51, s. 6.

⁵⁷ Özdemir, 2019, s. 391.

yürütülen işlerin bir parçasıdır⁵⁸. Ancak belirtmek gerekir ki, “proje denetimi ve yapı denetimi görevi, İmar Kanununa göre (esas olarak) belediyelere ve il özel idarelerine ait bir görevdir”⁵⁹. Dolayısıyla yapılardaki kolluk/zabıta, diğer bir ifadeyle denetim yetkisinin aslı sahibi, belediyeler ve il özel idareleridir.

Anayasa Mahkemesi, Yapı Denetimi Hakkında Kanun’la yeni ve özel bir düzenlemeye gidildiğini; yapıların denetiminin “devletin denetim yetkisi saklı kalmak kaydıyla” yapı denetim kuruluşu denen özel hukuk tüzel kişilerine verildiğini ifade etmektedir⁶⁰. Bu husus, yapı denetiminde aslı görevin idareye ait olduğunu, yapı denetim firmalarının denetim yapmasının ilgili idarelerin denetim yetkilerini ortadan kaldırmadığını göstermektedir⁶¹. Anayasa Mahkemesi, Yapı Denetimi Hakkında Kanun’la yapı denetim kuruluşlarına mahallî nitelikteki müşterek ihtiyaçlardan olan imar kolluğunun yapı denetim kısmının karşılanmasında belediyelere ve il özel idarelerine “teknik destek görevi”nin verildiğini söylemektedir⁶².

Yapı denetim kuruluşlarına Kanun, belediyeye ve il özel idaresine proje denetiminde ve yapı denetiminde teknik destek sağlama fonksiyonu vermiştir. Fakat yapı denetim kuruluşlarının denetleme yetkisinin içeriğinde, tek başına kamu gücünün kullanılması ve bu bağlamda icraî bir idarî yetki kullanma hali söz konusu değildir. Zîra yapı denetim kuruluşu, projede ve yapımda herhangi bir mevzuata aykırılığın olduğunu tespit etmesi halinde, durumu ilgili idareye bildirmekle görevli olup, kamu gücünü kullanarak icraî idarî işlemi uygulama görevi ve yetkisi ilgili idarede bulunmaktadır⁶³.

Anayasa Mahkemesi, yapı denetim kuruluşlarının proje denetimine ve yapı denetimine yönelik mahallî idarelere teknik destek verme işlerinin, devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu aslı ve sürekli görevler arasında bulunmadığını ifade etmiştir⁶⁴. Dolayısıyla yapı denetim kuruluşlarının bir kolluk teşkilâtı veya zabıta birimi olmadığı, ancak mahallî idarelerin imar kolluğu faaliyetinin yardımcı elemanları olarak işlev gördükleri söylenebilir⁶⁵.

⁵⁸ Özdemir, 3/2, s. 185.

⁵⁹ Anayasa Mahkemesinin 29.11.2012 tarih ve E: 2011/106, K: 2012/192 sayılı kararı.

⁶⁰ Anayasa Mahkemesinin 03.11.2011 tarih ve E: 2010/75, K: 2011/150 sayılı kararı.

⁶¹ Özdemir, 3/2, s. 185.

⁶² Anayasa Mahkemesinin 09.11.2002 tarih ve E: 2001/377, K: 2002/59 sayılı kararı.

⁶³ Özdemir, 3/2, s. 185.

⁶⁴ Anayasa Mahkemesinin 03.11.2011 tarih ve E: 2010/75, K: 2011/150 sayılı kararı.

⁶⁵ Özdemir, 3/2, s. 186.

Netice itibarıyla kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu yararı amacıyla ihdas edilen yapı denetimi müessesesiyle yapı denetim kuruluşlarına, mahallî idarelerin yerine geçme ve onlar gibi işlem tesis etme yetkisi verilmemiş, mahallî nitelikteki müşterek ihtiyaçlardan olan o mahaldeki yapıların denetlenmesi işinde mahallî idarelere teknik destek sağlanması fonksiyonu verilmiştir⁶⁶. Kezâ Yapı Denetimi Hakkında Kanun, diğer kanunlarla mahallî idarelere tevdi edilen yapı denetimi görev ve yetkilerini de kaldırmamıştır⁶⁷.

Dalkılıç, Yapı Denetimi Hakkında Kanun'la özel idarî kolluk faaliyetine ilişkin yetkilerin kullanılmasının özel kişilere devredildiğini, ilâveten bu hususta Anayasa Mahkemesi'nin çelişkili kararlarının olduğunu belirtmektedir⁶⁸. Dolayısıyla özel hukuk tüzel kişilerine kolluk yetkisi ya da imar kolluğuna yardım etme görevi verilmesi hususunda farklı yaklaşımlar bulunmakla birlikte; bu çalışmanın ana konusunun, özel hukuk tüzel kişilerine kolluk yetkisi ya da imar kolluğuna yardım etme görevi verilmesi meselesinin incelenmesi değildir. Bu nedenle özel hukuk kişilerinin imar kolluğu faaliyetlerine yardım etme suretiyle katılması hususunda burada daha fazla tartışmaya yer verilmesinin, çalışmanın mecrayı dışına çıkılması tehlikesini ihtiva etmesi nedeniyle, bu hususların derinlemesine tartışması burada yapılmamıştır.

C. Yapı Denetimi Bakımından İnşaata Başlama

1. Genel Olarak

Yapı ruhsatının hükümsüz sayılmaması için ruhsatın düzenlenmesi tarihinden itibaren iki yıl içerisinde inşaata başlanması değil, yapıya başlanması gerekmektedir. Zira yapı denetimi bakımından inşaata başlanması demek, aynı zamanda yapı ruhsatı bakımından da yapıya başlandığı anlamına gelmemektedir. Yapı denetiminin başrol oyuncularını, yapı denetim kuruluşlarıdır. Dolayısıyla yapı denetimine ilişkin işler ve işlemler bakımından yapı denetimi mevzuatıyla getirilen kurallar, yapı denetim şirketleri esas alınarak düzenlenmiştir. Bu yönden yapı denetimine ilişkin inşaata başlamanın, ruhsat hukukundaki yapıya başlamadan farklı olması tabiidir.

Uygulamada "inşaata başlama" kavramıyla "yapıya başlama" kavramı arasındaki hukukî mahiyet farkı ve inşaata başlamanın tevsik edildiği belgeyle

⁶⁶ Anayasa Mahkemesinin 09.11.2002 tarih ve E: 2001/377, K: 2002/59 sayılı kararı.

⁶⁷ Anayasa Mahkemesinin 09.11.2002 tarih ve E: 2001/377, K: 2002/59 sayılı kararı.

⁶⁸ Dalkılıç, Elvin Evrim: "İdarenin Denetim Yetkisinin Özel Kişilere Devrine Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı", Ankara Barosu Dergisi, Yıl 2013, Sayı 2, s. 114 ve 118.

yapıya başlamanın tevsik edildiği belge arasındaki farklar göz önünde bulundurulmadığından; sanki parselde inşaatla ilgili işlere başlanınca aynı zamanda yapıya da başlanmış gibi değerlendirmelerde bulunulabilmektedir. Hâlbuki inşaata başlama farklı bir kavram iken, ruhsat hukuku bakımından yapıya başlama daha başka bir kavramdır. Aşağıda bu husus izah edilmeye çalışılacaktır.

2. Yapı Denetimi Yönünden Yapım Aşaması

Yapı denetimi kuruluşlarının ve laboratuvarlarının kuruluş ve çalışmalarıyla yapı denetim kuruluşlarının görevlerini ve sorumluluklarını detaylı biçimde düzenleyen Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği'nde⁶⁹ yapı denetim kuruluşlarına üç aşamalı bir denetim görevinin tevdi edildiği görülmektedir (m.5). Yönetmelik yapı denetim kuruluşlarına,

- i) Proje safhasına ilişkin denetim görevleri,
- ii) Yapı ruhsatının alınması safhasına ilişkin denetim görevleri ve,
- iii) Yapım safhasına ilişkin denetim görevleri olmak üzere, üç ayrı aşamaya yönelik farklı görevler vermiş; her bir aşama bakımından yapı denetim kuruluşlarının görevleri ayrı ayrı düzenlemiştir. Yönetmelik'teki sistematığe bakıldığında;
 - a) "Proje aşaması",
 - b) Proje aşaması sonrasında "Yapı ruhsatının alınması aşaması" ve
 - c) Yapı ruhsatı alındıktan sonra "Yapım aşaması" olarak yapı denetiminin üç aşamasının mevcut olduğu anlaşılmaktadır.

Yönetmelik'te yer alan aşamalardan olan "yapım aşaması" ifadesiyle neyin kastedildiğinin anlaşılabilmesi için burada bir hususun açıklanması gerekmektedir. Bazı kavramların/kelimelerin yazılışlarının aynı veya benzer olması, bu kavramların/kelimelerin farklı mevzuat sahalarında da aynı manâyı ihtiva ettiği anlamına gelmemektedir. Bu husus, "arsa" kavramı/kelimesi üzerinden örneklendirebilir. Teknik hukuk bakımından "arsa" denildiğinde, bu kelimenin kullanıldığı olaya/konuya göre arsa kelimesinin anlamı değişmektedir⁷⁰. Nitekim kamulaştırma hukuku bakımından "arsa" farklı niteliklere ve özelliklere⁷¹,

⁶⁹ 05.02.2008 tarih ve 26778 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁷⁰ Şenol, Mehmet: Kamulaştırma Birlikliği, TMMOB Jeoloji Mühendisleri Odası Yayınları, Ankara, t.y., 55.

⁷¹ Şenol, s. 56-58.

imar hukuku bakımından "arsa" farklı niteliklere ve özelliklere⁷², vergi hukuku bakımından "arsa" farklı niteliklere ve özelliklere⁷³ sahiptir. Dolayısıyla yazılışı aynı olsa da, hangi hukuk alanında kullanılıyorsa kelimenin kapsamı ve mahiyeti o hukuk alanına göre değişmektedir. Eş söyleyişle statü bakımından, farklı hukukî statüleri düzenleyen mevzuat karşısında arsa kelimesi farklı şekillerde tanımlanabilmektedir.

Arsa kelimesi örneğinde olduğu gibi Yapı Demetimi Uygulama Yönetmeliği'nde geçen "yapım aşaması" kavramındaki "yapım" kelimesi de hangi mevzuat alanıyla ilgiliyse o alana mahsus anlam taşımakta, o alana münhasır sonuçlar doğurmaktadır. Bu hususu kanun koyucunun da kabul ettiği görülmektedir. Nitekim Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un gerekçesinde, "*uygulamada kolaylık sağlamak ve yanlış yorumlara yol açmamak için, Kanunda yer alan kavramlar, "bu Kanunun uygulanmasına mahsus olmak üzere" tanımlanmıştır*" açıklamasına yer verilerek⁷⁴, terimler/kavramlar başka mevzuatlarda tanımlansa dahi "yapı denetimi uygulamasında" başka mevzuatlardaki tanımların değil yapı denetimi mevzuatındaki açıklamaların dikkate alınması, aynı konudaki diğer mevzuatlardaki açıklamaların dikkate alınmaması gerektiği ifade edilmiştir.

Pek çok kavram hem yapı denetimine ilişkin mevzuatta hem de imar mevzuatında yer almakta olup, bu kavramların içeriklerinin ilgili oldukları mevzuat bakımından farklı şekillerde tanımlanabildiği görülmektedir. Dolayısıyla yapı denetimi mevzuatındaki "yapım aşaması" kavramı ve "inşaata başlama" ifadesinin yapı denetimi mevzuatındaki mahiyetinin, kapsamının ve görünümünün; yapı ruhsatı ve imar mevzuatındaki mahiyetinden, kapsamından ve görünümünden farklı olduğunun hatırdan çıkarılmaması gerekmektedir.

Yapı Demetimi Uygulama Yönetmeliği'nde yer alan "yapım aşaması" kavramındaki yapım, konstrüksiyon anlamında kullanılmıştır. Konstrüksiyon "*inşa etme, tertip etme, bina etme, çeşitli yapı öğelerinin belirli bir plâna göre bir*

⁷² Linke, Hans Joachim/Yıldız, Nazmi: "Almanya'da İmar Uygulama ve Eşdeğerlik Sistemi", Arazi Yönetimi Günleri Paneli, TMMOB Harita-Kadastro Mühendisleri Odası İstanbul Şubesi Yayınları, İstanbul, 2014, s. 349.

⁷³ Yaygır, Tacim/Hacıköylü, Canatay: "Arsa ve Arazilere Yönelik Mali Yükümlülükler Çerçevesinde Kentsel Rantların Vergilendirilme(me)si", Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi, Ağustos 2018, Cilt 13, Sayı 2, s. 79.

⁷⁴ TBMM: Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü'nün 22.06.2001 tarih ve B.02.0.KKG.0.10/101-204/3065 Sayı Numaralı Yazısı Eki "Yapı Denetimi Hakkında Kanun Tasarısı ve Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonu Raporu", s. 2, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c068/tbmm21068128ss0732.pdf>, 21.07.2019.

araya getirilerek biçimlendirme” manâlarını ihtiva etmektedir⁷⁵. Bu yönüyle yapım, binanın inşasını da kapsayan bir nitelik taşımaktadır. Bir nevi yapım yumurtanın akına, binanın inşasıysa yumurtanın sarısına benzetilebilir. Nitekim inşâat, kelime anlamı olarak yapı işleri mânâsına gelmektedir⁷⁶. Dolayısıyla yapı denetimi bakımından “yapı ruhsatının alınması aşaması” sonrasındaki yapım aşaması, inşaat aşamasını da içeren ancak bina imâlatından daha geniş bir faaliyeti içeren bir kavramdır.

Diğer bir deyişle yapı denetiminde yapım aşamasının denetiminin başlayabilmesi için, inşaa işlemlerine başlanması gerekmekte olup; yapı denetiminde hukukî olarak yapım işinin denetlenmesinin başladığı aşama, yapım aşamasıdır. Yapım aşaması, yapı ruhsatının alınması aşamasından sonra gelen bir aşamadır. Yapı ruhsatı alınmadan inşaaata başlanamayacağından “hukukî açıdan” proje aşamasında ve yapı ruhsatı alınması aşamasında da inşaaata başlanamayacağı izahtan varestedir.

“Proje aşamasında” yapı plânlarının, elektrik-tesisat-statik ve mimarî projelerin, aplikasyon krokilerinin incelenmesi, detay hesapların yapılması işleri yürütülmekte; bu aşamada henüz zeminde fiilî inşaa çalışmalara başlanmamaktadır. Yapı ruhsatı aşamasındaysa proje aşamasında hazırlanan belgeler incelenerek, imar mevzuatı bakımından belgelerde bir eksiklik yahut mevzuata aykırılık tespit edilmezse projeler vd. belgeler onaylanmakta, ardından yapı ruhsatı düzenlenmektedir. Dolayısıyla yapı ruhsatı alınması aşamasında da zeminde henüz fiilî inşaa çalışmaları yapılmamaktadır.

3. Yapı Denetimi Yönünden İnşaaata Başlama

“Yapı denetimi bakımından inşaaata ne zaman başlanmaktadır?” Burada yukarıda değinilen tartışmalar üzerinden çeşitli sorgulamalar yapılabilir. Örneğin, yapı ruhsatı alındıktan sonra parselde tesviye yapıldığında, aynı zamanda yapı inşaatına başlanmakta mıdır? Veya yapı ruhsatı alındıktan sonra, bir iş makinesi getirilerek parsel üzerindeki ağaç-taş-moloz kalıntıları hafriyat edilince, binanın inşasına da başlanmakta mıdır? Yahut yapı ruhsatı aldıktan sonra bina temeli kazılmaya başlanınca, bina inşaatına da başlanmış olunmakta mıdır?

Yapı denetiminde, “işyeri teslimi” denilen bir kavram bulunmaktadır. İşyeri teslimiyle yapı sahibi, yapının yapılacağı (yani yapı müteahhidinin yapım aşama-

⁷⁵ Erdoğan, Nevnihal: Bina Bilgisi-I, Trakya Üniversitesi Mühendislik Mimarlık Fakültesi Yayınları, Edirne, 1999, s. 20.

⁷⁶ Devellioğlu, Ferit: Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Aydın Kitabevi, Ankara, 2007, s. 587.

sında işyeri olarak faaliyet göstereceği) yeri yapının müteahhidine teslim etmektedir. Bu teslimat yapı denetimi mevzuatında "işyeri teslimi" adı verilmektedir.

Yapı ruhsatının alınmasını müteakiben yapı denetim firmasının denetçileri, yapı sahibi ve yapı müteahhidi (veya yapı müteahhidi adına şantiye şefi) tarafından müştereken imzalanmak suretiyle bir tutanak tanzim edilmektedir. Bu tutanağa Yönetmelik'te "işyeri teslim tutanağı" adı verilmiştir (m.3/e, m.6/2). Yönetmelik bu tutanağın "inşaat başlandığını belgelemek üzere" tanzim edildiğini söylemektedir (m.3/e)⁷⁷. Mevzuatta bu tutanağın "inşaat başlandığını belgelemek üzere" tanzim edildiği söylendiğine göre "yapı denetiminde inşaat, bu tutanağın tanzim edildiği tarihte başlanmış olunmakta mıdır?" Bu sorunun, bir simülasyon vasıtasıyla somutlaştırılması anlatımı kolaylaştırıcaktır.

- a- Yapı ruhsatının 04.05.2018 günü alındığını,
- b- İşyeri teslim tutanağının 03.03.2019 tarihinde tanzim edildiğini,
- c- Arkasından üç işgünü içerisinde 05.03.2019 günü tutanağın ilgili idareye ibraz edildiğini,
- d- Yapı müteahhidinin tutanağın tanzim edildiği tarihten beş ay sonra 03.08.2019 günü parsel iş makinesi getirerek zemin tesviyesi yapmaya başladığını,
- e- Tesviyenin tamamlanması sonrasında kotlandırma yapılarak 16.08.2019 günü temel kazısına başladığını,
- f- Temelin kazılması sonrasında 25.08.2019 tarihinde drenaj yapıldığını,
- g- 29.08.2019 tarihinde temel aplikasyonunun yapıldığını,
- h- 30.08.2019 tarihinde yalıtımın yapıldığını,
- ı- 03.09.2019 tarihinde blokaja yönelik grabeton dökümünün yapıldığını,
- i- 10.09.2019 tarihinde donatı unsurlarından (radye) temel çalışmalarına başladığını,
- j- Donatı unsurlarından yapı temelinin kalıplamasının ve ardından soğuk demir bağlama işinin 30.09.2019 günü tamamlandığını,
- k- 15.10.2019 günü temel vizesinin yapıldığını varsayalım.

⁷⁷ İşyeri teslim tutanağı ilgililer tarafından imzalandıktan sonra, imza tarihinden itibaren üç iş günü içerisinde ilgili idareye ibraz edilmesi gerekmektedir (Yönetmelik m.5/4-a).

Bu simülasyondaki verilere göre, yapı denetimi bakımından “yapım işlerine” ne zaman başlanılmıştır?

- i) İşyeri teslim tutanağının tanzim edildiği 03.03.2019 tarihinde mi yapıma (binanın inşasına) başlanmıştır?
- ii) İşyeri teslim tutanağının idareye ibraz edildiği 05.03.2019 tarihinde mi yapıma (binanın inşasına) başlanmıştır?
- iii) Yapı müteahhidinin parselde zemin tesviyesini yaptırdığı 03.08.2019 tarihinde mi yapıma (binanın inşasına) başlanmıştır?
- iv) Kotlandırma yapılarak temel kazısının başladığı 16.08.2019 tarihinde mi yapıma (binanın inşasına) başlanmıştır?
- v) Drenajın yapıldığı 25.08.2019 tarihinde mi yapıma (binanın inşasına) başlanmıştır?
- vi) Temel aplikasyonunun yapıldığı 29.08.2019 tarihinde mi yapıma (binanın inşasına) başlanmıştır?
- vii) Yalıtımın yapıldığı 30.08.2019 tarihinde mi yapıma (binanın inşasına) başlanmıştır?
- viii) Grabetonun döküldüğü 03.09.2019 tarihinde mi yapıma (binanın inşasına) başlanmıştır?
- ix) Temel donatı çalışmalarına başlandığı 10.09.2019 tarihinde mi yapıma (binanın inşasına) başlanmıştır?
- x) Temel kalıplama ve soğuk demir bağlama işlerinin bitirildiği 30.09.2019 tarihinde mi yapıma (binanın inşasına) başlanmıştır?
- xi) Yoksa temel vizesinin yapıldığı 15.10.2019 günü mü yapıma (binanın inşasına) başlanmıştır?

Görüldüğü üzere Yönetmelik’te işyeri teslim tutanağının “inşaata başlandığını belgelemek üzere” düzenlendiği belirtilmekle birlikte; bu tutanağın tanzim edilmiş olması binanın inşasına da fiilen başlandığını göstermemektedir. Söz konusu tutanağın tanzim tarihi, daha çok sözleşme hukukuyla (duruma göre) vergi/muhasebe uygulamalarında işe başlama tarihi olarak alınmaktadır. Ancak işyeri teslim tutanağının düzenlendiği tarih, fiilî açıdan yapıma başlanılan tarih değildir.

Dolayısıyla işyeri teslim tutanağının tanzim edildiği tarih, yapı denetimi bakımından "yapım aşaması"nın bir parçası olmakla birlikte; işyeri teslim tutanağının tanzim edildiği tarih aynı zamanda fiilî yapım işine başlanılan bir tarih olmadığı gibi, binanın inşasına başlanılan bir tarih de değildir. Yönetmelik'teki, "İNŞAATA BAŞLANDIĞINI BELGELEMELİK" fonksiyonu bakımından işyeri teslim tutanağı, parsel üzerinde tutanak tarihinden itibaren fizikî çalışmalara başlanması mümkün olduğuna tevsiye yaramaktadır.

Örneğin bu tutanağın tanzimiyle birlikte parsel üzerindeki ağaç-taş-moloz kalıntıları hafriyat suretiyle temizleme çalışmalarına başlanmasında bir sakınca bulunmamaktadır. Kezâ yapının inşa edileceği parselin eğimli olması sebebiyle eğimin giderilmesine yönelik parselde tesviye (kazı/dolgu) çalışması yapılması da bu tutanakla birlikte mümkün hâle gelmektedir. Ancak işyeri teslim tutanağıyla parselin inşaata hazırlanmasına yönelik çalışmalara başlanması, aynı zamanda yapı denetimi özelinde "yapının imalâtına da başlandığı" anlamına "gelmemektedir".

Yapıya yönelik fiilî/fizikî dokunuşlar, diğer bir deyişle bizatihi binanın inşasına yönelik faaliyetler, temel donatı çalışmalarına başlandığı tarihte başlamaktadır. Bu da yukarıdaki simülasyonun "ix" numaralı bendine karşılık gelen 10.09.2019 tarihidir. Nitekim Yönetmelik'te "İşyeri teslimi yapıldıktan sonra, ihtisas alanlarına göre ilgili denetçilerin ve yardımcı kontrol elemanlarının, temel bölümünün inşası sırasında gerekli denetim ve gözetimleri yapacakları; temel kalıp ve donatı imalâtı kontrol tutanağını (...) tanzim ederek, yapılan işlemlerin uygunluğunu onaylayacakları" belirtilmiştir (m.6/3). Burada yer verilen denetimin içerisinde, yapı taşıyıcı sistemi inşası öncesine tekâbüle eden "temel donatı imalâtı" denetimi de yer almaktadır.

Yönetmelik'te geçen ifadeye göre, yapının temel bölümünün inşasına yönelik temel donatı ve kalıp imalâtının yapılmaya başlanmasıyla birlikte, yapı denetim firmasının inşa edilecek yapının imalât aşamasına yönelik denetim görevi de fiilen başlamış olmaktadır. Zira yapının temel kalıbının hazırlanması ve temel soğuk demir işlerine başlanmasıyla birlikte inşaya konu binaya da "dokunulmaya başlanmaktadır". Nitekim "parselin inşaata hazırlanması maksadıyla taştan, ağaçtan temizlenmesi, hafriyatın yapılması" ve "temelin kazılması" aşamalarında henüz inşaya konu binaya dokunulmamaktadır.

"Temel kazmak", yapı denetimi bakımından yapım aşamasının bir parçasıdır, lâkin temel kazmakla "binanın inşasına" başlanılmamaktadır. Temel,

üzerine gelen yükleri zemine aktaran bir yapı elemanıdır. Bu yönüyle temel, yapının ayaklarıdır ve yapının inşa edilen ilk elemanıdır. Yapının bütün yükleri, temel vasıtasıyla zemine (arza) iletilmektedir⁷⁸. Temel kazmayla ifade edilense, temelin zeminde oturacağı kot seviyesine inilerek, temelin konumlandırılması maksadıyla zeminin deşilmesidir. Zemin deşilirken ya da deşildiğinde henüz inşaya konu binaya dokunulmamaktadır. Kaldı ki Yönetmelik'te temel kazmak değil “*yapının temel bölümünün inşası*” ifadesine yer verilmiştir. Yapının temel bölümünün inşası da temel donatı elemanlarıyla başlamaktadır.

Mevzuatta “*yapının temel bölümünün inşası*” ifadesine yer verilmesi bize, (istinat duvarı gibi imalâtların mevcut olmadığı yapılarda) yapı denetimi bakımından “*binanın inşasına*” başlanmış kabul edilebilmek için sadece temelin kazılmasının yeterli olmadığını; zîra bu aşamada henüz inşaya konu binaya dokunulmadığını; yapı denetimi bakımından “*yapının inşasına*” başlanmış kabul edilebilmek için temelin kazılması sonrasında binanın temel donatılarının bağlanması ve temel kalıplarının hazırlanması şeklinde, bir bütün olarak “*yapının temelinin imalât işlerine başlanması*” gerektiğini göstermektedir.



Görsel 1: Yapım aşamasından bölümler

Bu hususun yukarıdaki görseller vasıtasıyla basitleştirilerek izah edilmesi, yapı denetim bakımından yapının (binanın) inşasına ne zaman başlandığının izahını kolaylaştıracaktır⁷⁹. Görsel 1’de yer alan bir numaralı çizimde inşa edi-

⁷⁸ Güner, Mehmet Selçuk: Yapı Bilgisi Teknolojisi I-II, Aktif Yayınevi, İstanbul, 2000, s. 7.

⁷⁹ Dirier, Ekrem/Çakır, Hamdi/Arik, Murat/Sevinç, Murat/Gümüş, Mustafa/Ank, Suat: Temel Yapı Teknolojisi, Millî Eğitim Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2019, s. 116 vd. Millî Eğitim Bakanlığı: Yapı Ele-

lecek binanın kesitine yer verilmiştir. Bu binanın inşasına başlanabilmesi için, evvelâ iki numaralı çizimde yer verildiği gibi zemin tesviyesinin yapılması, ardından temelin kazılması gerekmektedir. Üç numaralı fotoğrafta temel kazılmaktadır. Lâkin temel kazılmakla birlikte, zeminde henüz inşaya konu binaya yönelik bir imalât işi yapılmamıştır. Binanın inşasına başlanabilmesi için dört numaralı fotoğrafta yer verildiği biçimde temel plânına göre temel elemanlarının (kalıpların ve demirlerin) hazırlanması gerekmektedir. Temel elemanlarının hazırlanmasının ardından temel kalıplarının zeminde imalâtına başlanması, ardından beş numaralı fotoğrafta yer verildiği biçimde soğuk demir döşeme çalışmalarına başlanması gerekmektedir. Altı numaralı fotoğraftaysa temel donatılarının zeminde tamamlandığı görülmektedir. Dört ve beş numaralı fotoğraflarda yer verildiği biçimde, temel kalıbı ve demire ilişkin yapının zemininde donatı imalâtına başlandığında, inşaya konu binanın yapımı işlerine de başlanmış olunmaktadır.

Netice itibarıyla temel kalıbı hazırlanması ve soğuk demir döşeme şeklindeki temel donatıları vasıtasıyla binanın temel imalâtına başlamakla, yapı denetimi bakımından "yapının (binanın) inşasına" başlanmaktadır. Zîra yapım aşamasındaki denetime esas "temel kalıp ve donatı imalâtı", "temel topraklaması" ve bunların ardından gerçekleştirilecek olan "temel beton dökümü" süreci, kalıplama ve demir bağlamayla birlikte başlanmaktadır.

V. YAPI RUHSATI BAKIMINDAN YAPIYA BAŞLAMA

A. Genel Olarak

İmar hukukunda ruhsatının geçerlilik süresine etki eden şey, "imar hukuku bakımından yapıya başlama" durumudur. Diğer bir deyişle önemli olan, yapıya ruhsat hukukuna göre başlanmış olunmasıdır. Dolayısıyla yapı denetimi bakımından binanın inşasına başlamak, ruhsat hukuku bakımından da yapıya başlandığı anlamına gelmemektedir.

Yapı ruhsatının kendine has bir kolluk niteliği bulunmaktadır⁸⁰. Bu kolluk niteliğinin sonucu olarak yapı ruhsatı çeşitli fonksiyonlar görmektedir. Hem yapı ruhsatının kolluk niteliği gereği, hem de yapı ruhsatına İmar Kanunu'yla

manları Ölçülendirme ve Tarama, Millî Eğitim Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2011, s. 19. Millî Eğitim Bakanlığı: Kalıp Yapma, Millî Eğitim Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2006, s. 12. Millî Eğitim Bakanlığı: İnşaat Demiri Ek ve Bağlama Çizimi, Millî Eğitim Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2006 s. 34. Millî Eğitim Bakanlığı: Basit Kiriş Donatıları, Millî Eğitim Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2013, s. 14-15.

⁸⁰ Özdemir, 51, s. 3-13.

yüklenen “müktesep hak” statüsü oluşturma niteliği (m.29/1) göz önünde bulundurularak mevzuat koyucu, düzenlendiği tarihten itibaren bir müddet sonra yapı ruhsatının hükümsüz olması şeklinde bir durumu kabul ederek, yapı ruhsatını süreli bir idarî işlem şeklinde düzenlemiştir⁸¹.

Yapı ruhsatı alındıktan sonra ruhsatın geçerliliğinin süreyle sınırlanması, hem kamu düzeni hem de sosyal devlet bakımından zorunluluk arz etmektedir⁸². Zîra yapı ruhsatı alındıktan sonra inşaata başlanması belli bir süreyle sınırlanmazsa, bu durum birçok sakıncaları ortaya çıkarabilir⁸³. Örneğin spekülâtif amaçlarla yapıya başlama belirsiz ve süresiz olarak uzatılabilir, artan konut talebinden rant sağlamak maksadıyla inşaatlar uzun süreler bitirilmeyebilir yahut yıllara sari şekilde yapıya başlama zamana yayılabilir; inşaata başlanamaması yahut başlansa dahi tamamlanmasının uzun yıllara sarkması ve bu dönemde bölgenin ihtiyaçlarındaki değişmeler gereği imar plânlarında değişiklikler olması durumunda yapı maliklerinin müktesep hakları olduğu iddiasıyla yeni imar kurallarına uymaktan kaçınmaları söz konusu olabilir⁸⁴. Bütün bu durumların sonuçları hem kamu düzenini, hem iktisadî yapıyı, hem de sosyal barışı bozucu sonuçlar ortaya çıkaracak niteliktedir⁸⁵. Bu vb hususları göz önünde bulunduran mevzuat koyucu, yapı ruhsatı alındıktan sonra yapıya başlamayı belli bir süre içerisinde gerçekleştirmeyi zorunlu kılmış ve bunda kamu yararı görmüştür⁸⁶.

B. Yapı Ruhsatı Bakımından Binaya Başlama

Yapı ruhsatı alındıktan sonra yapıya hangi sürede başlanması gerektiği hususu, İmar Kanunu’nda “Yapıya başlama müddeti, ruhsat tarihinden itibaren iki yıldır” şeklinde belirtilmiştir. Yapıya ruhsat tarihinden itibaren iki yıl içinde başlanmazsa “Verilen ruhsat hükümsüz sayılır. Bu durumda yeniden ruhsat alınması mecburidir” (m.29).

Uygulamadaki sorun yapıya ne zaman başlanmış olunacağına düğümlenmektedir. İki yıl içerisinde ne yapılırsa yapıya başlanmış kabul edilmekte ve ruhsat hükümsüz hale gelmekten kurtulmaktadır? Yukarıda yapı denetimine ilişkin inşaata başlamanın, yapı ruhsatı bakımından yapıya başlama olmadığı açıklanmıştır.

⁸¹ Hondu, s. 65.

⁸² Özdemir, Selman: “İnşaata Başlama Müddeti”, Mahallî İdareler Dergisi, 2019 Mayıs, Sayı 77, s. 13.

⁸³ Şekerci, s. 193.

⁸⁴ Şekerci, s. 193.

⁸⁵ Özdemir, 77, s. 14.

⁸⁶ Şekerci, s. 193.

"Yapı ruhsatına göre "yapıya" ne zaman başlandı?" sorusunun cevabı, "temel vizesi" ya da "temel üstü vizesi" adı verilen izinde saklıdır⁸⁷. Esasında temel vizesi de, yapı ruhsatı gibi bir imar hukuku izin işlemidir. Bu anlamda temel vizesi (de) bir imar plânı uygulaması işlemidir⁸⁸. Bu vize aynı zamanda alınan yapı ruhsatı sonrasında ruhsata konu "yapıya" başlanıldığını tevsik eden belge niteliğini haizdir ve pek çok fonksiyonlar görmektedir⁸⁹. Nasıl ki inşaatın hukukî olarak tamamlanması bir izne (yapı kullanma iznine) bağlıysa, aynen bunun gibi yapıya hukukî olarak başlama da bir izne (temel vizesine) bağlıdır.

Temel vizesinin fonksiyonlarını tahlil edebilmek için kısaca temel vizesinden ve uygulama sürecinden bahsetmek gerekmektedir. Muhtelif belediyelerin imar yönetmeliklerinde, imar planlarında yahut da fiilî uygulamada yer alan bu müessese, 1969 yılında Plânlama ve İmar Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan İmar Plânları Uygulama Kılavuzuyla ülke genelinde uygulanır hale gelmiştir⁹⁰. Kimi yönetmeliklerde temel üstü vizesinden subasman vizesi olarak da bahsedilmektedir⁹¹.

Bazı belediyelerin imar yönetmeliklerinde temel üstü vizesinin tanımlandığı, bazılarında tanımlanmamakla birlikte bu müesseseye yer verildiği göze çarpmaktadır. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nde de (aşağıda aktarılacağı şekilde) temel üstü vizesinden bahsedilmekle birlikte, bu Yönetmelik'te temel üstü vizesinin tanımlanmaması bir eksiklik⁹². Hâl böyle olmakla birlikte, temel üstü vizesi, imar ve inşaat alanında gerek teknik, gerek idari, gerekse hukukî bağlamda uygulanan bir müessesedir. Üniversitelerin ilgili bölümlerinde, derslerde eğitimi verilmektedir, fennî mesuliyet şartnamelerinde yer almaktadır⁹³. İşlemin teknik yönünden kaynaklı olarak mevzuata alınmaktan ziyade uygulama çerçevesinde yapı denetiminin önemli bir unsuru olarak temel üstü vizesi varlığını devam ettirmektedir.

⁸⁷ Özdemir, 77, s. 15.

⁸⁸ Özdemir, 77, s. 15.

⁸⁹ Özdemir, 2019, s. 481.

⁹⁰ Plânlama ve İmar Genel Müdürlüğü, İmar Plânları Uygulama Kılavuzu, İmar ve İskân Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1969, s. 23.

⁹¹ Örneğin Konya Büyükşehir Belediyesi İmar Yönetmeliğinde temel üstü vizesi tanımı yapılırken parantez içinde subasman vizesi ifadesi kullanılmıştır; <https://www.konya.bel.tr/dosyalar/imar-yonetmeligikbb.pdf>, e.t. 08.11.2022.

⁹² Öngören, Gürsel: Yargı Kararları Işığında İmar Hukuku, Öngören Hukuk Yayınları, İstanbul, 2016, s. 212.

⁹³ Bkz. Yapı Aplikasyon Projesi Yapımı ve Uygulanması ile Fenni Mesuliyet Üstlenilmesi Esasları Şartnamesi; https://obs.hkmo.org.tr/show-media/resimler/ekler/7687481e1ceb13b_ek.pdf?tipi=2&туру=H&sube=0, e.t. 08.11.2022.

Temel vizesi için müracaat edildikten sonra ilgili görevliler yapı yer teslim tutanağıyla birlikte inşaat sahasına giderek inşaatın kot alınan noktadan olan yüksekliği, temelin komşu parsellere veya binalara olan uzaklıkları ölçülmekte ve krokiye yazılmaktadır. Daha sonra bu değerler yer teslim tutanağındaki değerlerle karşılaştırılmaktadır. Ölçümler neticesinde (+/-)3, (+/-)5 cm'ye kadar olan farklar hata payı olarak değerlendirilerek hoş görülmektedir⁹⁴. Temel vizesi için yapılan ölçülerle yer gösterme tutanağındaki ölçüler arasında hata payını aşan oranda farklar varsa, bu durum temel vizesi tutanağına geçirilerek, aykırılıklar giderilinceye kadar inşaatın durdurulması gerekmektedir. İki nüsha olarak düzenlenen temel vizesi tutanağı ilgili görevliler, yapı sahibi ve teknik sorumlularca imzalanmaktadır. Temel vizesinde bazen ayrı bir temel vizesi tutanağı düzenlenmeyip, yapının subasman kotu üzerinde de durum gösterilebilmektedir⁹⁵.

1969 yılında Plânlama ve İmar Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanan İmar Plânları Uygulama Kılavuzunda temel vizesi ve bu vize süreci; yapının temel inşaatı zemin kat taban seviyesine geldiğinde, yapı sahibinin (yahut temsilcisinin) yazılı müracaatı sonrasında yapı yerinin ve kırmızı kot durumunun ölçülerek sonuçların uygulama zaptı ile karşılaştırılacağı, yapı yerinin uygulama zaptına uygun olduğunun görülmesi durumunda temelin vize edileceği, inşaatın devamına izin verileceği şeklinde açıklanmıştır⁹⁶. Şayet temel vizesi ölçüsüyle uygulama zaptı arasında (hata payını aşan) fark bulunması halinde hatanın giderilmesi için durumun ilgili mercilere aksettirileceği ve inşaatın devamına mani olunacağı Kılavuzda belirtilmiştir⁹⁷.

Temel vizesi kontrolünde herhangi bir sorunun olmadığına anlaşılması sonrasında verilen temel vizesi, yapıya (yapı ruhsatı açısından) hukukî olarak ne zaman başlanıldığının anlaşılmasını sağlamaktadır⁹⁸. Diğer bir deyişle temel kontrolü yapıлып, vizesi alınmadan binaya hukukî olarak (yapı ruhsatı yönünden) başlanılmadığından, temel vizesiz bir yapıda inşaatın devamına izin verilmeyeceği gibi; iki yıl içinde temel vizesi yapılmadığı takdirde yapı ruhsatı hükümsüz kalacaktır⁹⁹. Dolayısıyla temel vizesi vasıtasıyla hukukî açıdan yapıya

⁹⁴ Bu kısmın hata payı olarak değerlendirilerek hoş görülmesi teknik bir konu olup, bu hususun izahı çalışma konusu dışında tutulmuştur.

⁹⁵ Millî Eğitim Bakanlığı: İmar Plânı Uygulamaları, Millî Eğitim Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2011, s. 51.

⁹⁶ Plânlama ve İmar Genel Müdürlüğü, s. 23.

⁹⁷ Plânlama ve İmar Genel Müdürlüğü, s. 23.

⁹⁸ Özdemir, 77, s. 15.

⁹⁹ Özkaya, Harun: "Yapı İzinleri", <http://www.harunozkaya.com/wp-content/uploads/2014/02/06-ruhsat-izinleri.pdf>, e.t. 26.12.2014.

(binaya) başlanmış olunmaktadır¹⁰⁰ ve temel üstü vizesi yapının projeye uygun olarak başladığını göstermektedir¹⁰¹.

Temel vizesi, ruhsat geçerlilik süresi bakımından yapıya iki yıllık süre içerisinde başlanıp başlanılmadığını denetlemeye imkân veren bir uygulama işlemi¹⁰² olmasının yanında, aynı zamanda yapının temelden itibaren temel üstü seviyesine kadar fen kurallarına uygun şekilde yapılıp yapılmadığının; temel zemininin demir kalitesinin jeolojik-jeoteknik standartlara uygun şekilde ve uygun malzemeden oluşturulup oluşturulmadığının denetlenmesini de sağlamaktadır¹⁰³. Aynı zamanda temel vizesiyle kotlandırmanın ve aplikasyonun teknik yönden doğru yapılıp yapılmadığı, bu manâda yapının kenar boyutlarının hata payı sınırları içerisinde kalıp kalmadığı, yapının subasman kotunun hata payı sınırları dâhilinde kalıp kalmadığı, çıkma boyutları ve röper mesafeleri de kontrol edilmektedir. Vizede incelenen hususlar bakımından bir hata/eksiklik varsa temel vizesi verilmeyecek, bu manâda inşaatın devamına izin verilmeyecektir¹⁰⁴.

Kezâ yalıtım kontrolü de yapılarak onaylanmaktadır. Bu nedenle yalıtım onayı yapılmazsa, temel vizesi verilmemektedir. Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği gereği kanalizasyon bağlantısına dair projenin kanal kotu tutanağına göre hazırlanması ve yapılacak temel üstü vizesinde bu belgenin idareye verilmesi gerekmektedir. Aksi halde yapının inşasının devamına izin verilmeyecektir (m.55/7).

Bu vizenin, temel inşaatının tamamlandığını gösterdiği hususu Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin fennî mesuliyete ilişkin 68/15'inci maddesinde, "İşin konusuna göre ilgili fennî mesuller ve yardımcısı fen adamları yapı ruhsat formunda belirlenenler ile aşağıda belirtilen yapım aşamalarında yapı yerinde bulunmak ve aşağıda sıralanan işlerin yapılmış olduğuna ilişkin açıklamaları Ek 3'te yer alan yapı denetim defterine işlemek zorundadır. Bu işler;

(...)

c) Temel inşaatın tamamlanması ve temel vizesi düzenlenmesi,

(...)” şeklinde ifade edilmiştir.

¹⁰⁰ Konya Bölge İdare Mahkemesi 2'nci İdarî Dava Dairesi'nin 06.02.2019 tarih ve E: 2018/282, K: 2019/193 sayılı kararı.

¹⁰¹ Ünal, Halil Baki: "Tarımsal Yapıların Ruhsatlandırılması", Ege Üniversitesi Ziraat Fakültesi Dergisi, Yıl 2009, Cilt 46, Sayı 1, s. 66-68.

¹⁰² Isparta İdare Mahkemesi'nin 04.09.2020 tarih ve E: 2020/13, K: 2020/1097 sayılı kararı. Konya Bölge İdare Mahkemesi 2'nci İdarî Dava Dairesi'nin 15.04.2021 tarih ve E: 2020/2598, K: 2021/755 sayılı kararı.

¹⁰³ Özkaya.

¹⁰⁴ Özkaya.

Temel vizesinin, temel kalıpları hazırlanıp temel demirleri bağlandıktan¹⁰⁵ ve bu bağlamda temel topraklaması yapıldıktan sonra, yapı sahibince belediyesine (yahut il özel idaresine) müracaat edilerek, (kural olarak) temel betonu dökülmeden önce¹⁰⁶ vize verilmesinin talep edilmesi; idare personelinin hem belgeleri hem de temeli inceleyerek vize verilmesi yahut vize verilmemesi yönünde bir işlem tesis etmesi şeklinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Temel vizesinin verilmesi durumunda, inşaatın devamına izin verilecek ve böylelikle imar hukuku bakımından “yapıya” başlanmış olunacaktır. Aksi halde İmar Kanunu gereği otuz güne kadar ilgililere süre verilerek eksikliklerin tamamlanması ve yeniden vize için kontrol yapılması gerekecektir.

VI. YAPI DENETİMİ BAKIMINDAN “YAPININ İNŞASINA BAŞLAMA” İLE YAPI RUHSATI BAKIMINDAN “YAPIYA BAŞLAMA”NIN MUKAYESESİ

Yukarıdaki veriler çerçevesinde “*yapı denetimi bakımından yapının inşasına başlama, yapı ruhsatına ilişkin yapıya başlama kabul edilebilir mi?*” sorusunun tekrar ele alınması mümkündür. Yukarıdaki değerlendirmelerden; yapı denetimi bakımından yapının inşasına başlandığı tarihin, yapı ruhsatı bakımından yapıya başlama tarihi olarak kabul edilemeyeceğini göstermektedir.

Nitekim yukarıdaki temel vizesi süreci incelendiğinde görüleceği üzere, temel vizesi aşamasının yapı denetimi bakımından yapının inşasına başlandıktan sonraki bir aşamaya ve tarihe tekabül ettiği görülmektedir. Dolayısıyla yapı denetimi bakımından yapının inşasına başlanması, aynı zamanda yapı ruhsatı bakımından yapıya başlandığı anlamına gelmemektedir.

Yukarıda “*Yapı denetimi yönünden inşaata başlama*” alt başlığı altında verilen simülasyonun buraya aktarılması, bu konunun somutlaşmasına katkı sağlayacaktır. Hatırlanacağı üzere simülasyonda,

- a- Yapı ruhsatının 04.05.2018 günü alındığını,
- b- İşyeri teslim tutanağının 03.03.2019 tarihinde tanzim edildiğini,
- c- Arkasından üç işgünü içerisinde 05.03.2019 günü tutanağın ilgili idareye ibraz edildiğini,

¹⁰⁵ Durmuş, Cemil: “Yapı İzinleri, s. 8, <http://web.hitit.edu.tr/dosyalar/duyurular/cemildurmus@hititedutr090220173B0M2W3Y.pdf>, e.t. 01.08.2019.

¹⁰⁶ Durmuş, s. 8. Beton dökümünün temel vizesinin hemen ardından başlatılmasında, betonun incelenmesi bakımından yarar olduğu değerlendirilmektedir. Bu bakımdan beton dökümünün temel vizesi ile aynı güne denk getirilmesi ve vize kapsamında betonun da incelenmesi, daha faydalıdır.

- d- Yapı müteahhidinin tutanağın tanzim edildiği tarihten beş ay sonra 03.08.2019 günü parsele iş makinesi getirerek zemin tesviyesi yapmaya başladığını,
- e- Tesviyenin tamamlanması sonrasında kotlandırma yapılarak 16.08.2019 günü temel kazısına başladığını,
- f- Temelin kazılması sonrasında 25.08.2019 tarihinde drenaj yapıldığını,
- g- 29.08.2019 tarihinde temel aplikasyonunun yapıldığını,
- h- 30.08.2019 tarihinde yalıtımın yapıldığını,
- ı- 03.09.2019 tarihinde blokaja yönelik grabeton dökümünün yapıldığını,
- i- 10.09.2019 tarihinde donatı unsurlarından temel çalışmalarına başladığını,
- j- Donatı unsurlarından yapı temelini kalıplamasının ve ardından soğuk demir bağlama işinin 30.09.2019 günü tamamlandığını,
- k- 15.10.2019 günü temel vizesinin yapıldığını, varsaymıştık.

Bu simülasyonda yapı denetimi bakımından yapının inşasına temel donatı çalışmalarına başlanan 10.09.2019 tarihinde başladığı açıklanmıştı. Örneğe göre yapı ruhsatı bakımından yapıya, temel vizesinin yapıldığı 15.10.2019 gününde başlanmış olunmaktadır.

Ruhsatın hükümsüz hale gelmemesi bakımından bir günün bile önem arz ettiği dikkate alındığında, yapı denetimi bakımından "yapının inşasına başlanması" tarihiyle yapı ruhsatı bakımından "yapıya başlanması" tarihinin öneminin daha iyi kavranılacağı değerlendirilmektedir.

Yapı denetimine ilişkin inşaata başlamanın, yapı ruhsatına (imar mevzuatına) ilişkin yapıya başlama olarak kabul edilmemesinin altında, yukarıda değinilen "müktesep hak" meselesi yatmaktadır. Yapı ruhsatı konusunun düzenlendiği İmar Kanunu'nun 29/1'inci maddesinde kanunda belirtilen süre içinde yapıya başlanmaz yahut başlanmakla birlikte kanundaki süre içerisinde başlanan yapı tamamlanmazsa, "(...) verilen ruhsat hükümsüz sayılır. (...) Başlanmış inşaatlarda müktesep haklar saklıdır" hükmüne yer verilmiştir.

Bu fıkranın son cümlesinde yer alan "Başlanmış inşaatlarda müktesep haklar saklıdır" hükmü; "yapı ruhsatı" ve "fiilî imalât kısmı" bakımından kanun koyucunun "müktesep hak" mertebesine erişmiş bir statüyü kabul ettiğine işaret etmektedir. Diğer bir ifadeyle kanun koyucu, ruhsat yönünden yapıya

mevzuata uygun şekilde başlanırsa bir müktesep hak statüsünün ortaya çıkacağı belirtilmektedir¹⁰⁷. Fakat her inşaatla müktesep haklar saklı değildir. Zira Kanun'un deyişiyle "müktesep hakkın saklı olacağı inşaat", imar mevzuatına uygun şekilde yapı ruhsatı alınıp, yine "yapı ruhsatına, ruhsat eki belgelere ve diğer mevzuata uygun şekilde başlanan" yapılar¹⁰⁸. Başka bir deyişle, "yapıya" ilişkin müktesep hakkın sonuçlarından faydalanabilmek için¹⁰⁹, yapının müktesep hak teşkil edecek statüye eriştirilmesi gerekmektedir.

Yapı ruhsatı bakımından yapıya başlanmasıyla hafriyat yapmak, temel kazmak yahut da temel kalıplarını çakıp temele soğuk demir bağlamakla gerçekleştirilmemektedir. Zira yapı ruhsatı bakımından yapıya başlamak suretiyle müktesep hak elde edebilmek ve müktesep hakkın muhtelif sonuçlarından¹¹⁰ faydalanabilmek için, inşa edilecek olan yapının (mevzuata uygun şekilde) belli bir seviye kadar ilerletilmiş ve bu aşamadan sonra da inşaatın devamında sakınca olmadığı tespit edilmiş olması gerekmektedir¹¹¹. İnşa edilecek olan yapı belli bir seviyeye kadar ilerletilmemişse ve bu ilerletme ve bundan sonra inşaatın devam edebileceği temel vizesi denilen belgeyle kayıt altına alınmışsa, müktesep hak doğurma yönünden o yapıya başlandığından bahsetmek mümkün değildir.

Yapı ruhsatı vasıtasıyla müktesep hakkın sonuçlarından faydalanabilmek için Kanun, yapının başlaması gerektiğini belirtmiş, yapının hukuka uygun şekilde başlaması ise temel vizesinin yapılması ile gerçekleşmektedir. Diğer bir deyişle, müktesep hak statüsünün elde edilmesi, yapının belli bir seviyeye gelmesine bağlıdır, buradaki "belli bir seviye" ise temel vizesinin yapıldığı seviyedir. Yapının bu seviyeye gelip gelmediği, geldiyse hangi tarihte geldiği temel vizesiyle belgelenmektedir.

Aşağıda Görsel 2'de yer verildiği üzere, temel vizesi safhasına gelen yapının temel kalıbı ve soğuk demir bağlaması tamamlanmış, gider boruları döşenmiş, topraklanması ve diğer işlemleri tamamlanmış ve artık yapının temeli beton dökümüne hazır hale gelmiştir. Görsel 2'deki inşaatla temel vizesinin, ruhsatın düzenlendiği tarihten itibaren iki yıl içerisinde yapılması durumunda,

¹⁰⁷ Özdemir, 2019, s. 484.

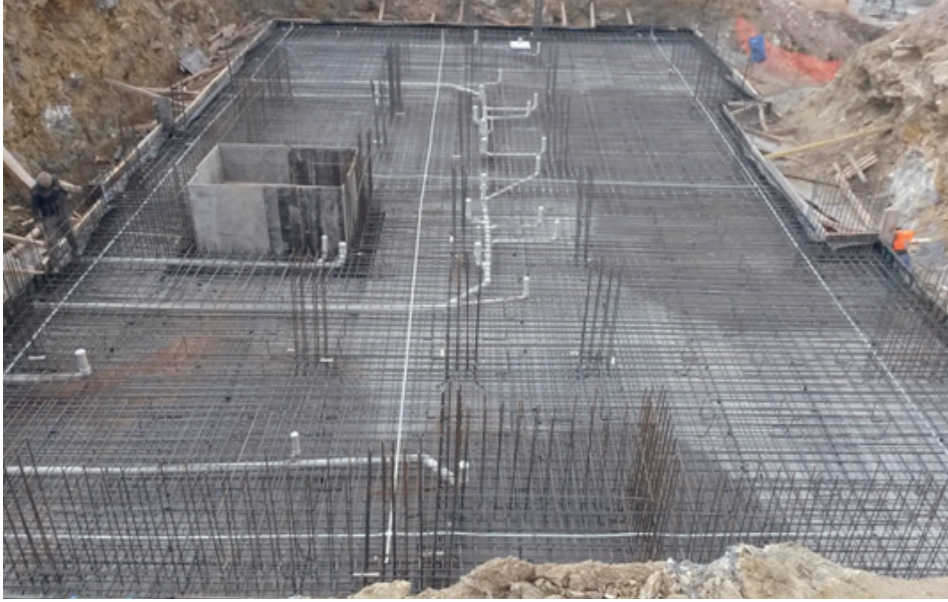
¹⁰⁸ Özdemir, 2019, s. 484.

¹⁰⁹ Yapıya ilişkin kazanılmış hak durumları, türleri ve fonksiyonları için bkz.: Özdemir, 2019, s. 540 vd.

¹¹⁰ İdare hukukunda kazanılmış hakkın türleri, fonksiyonları ve sonuçları için bkz.: Özdemir, 2019, s. 111-293.

¹¹¹ Özdemir, 2019, s. 448-449.

imar hukuku yönünden yapıya başlanmakta, yapıya başlamanın hukukî sonuçlarından yapı faydalanabilir hale gelmektedir. Temel vizesi tarihi itibarıyla yapı ruhsatı, müktesep hakka ilişkin sonuçları doğuracak mertebeye erişmiş olmaktadır¹¹².



Görsel 2: Temel (üstü) vizesi seviyesi

Öte yandan; temel vizesinin fiilî yapıya ilişkin müktesep hak etkisinin yanında, temel vizesi yapıldıktan sonra yapı tamamlanmamış olsa dahi müktesep hakla bağlantılı başkaca hususlardan da faydalanabilir hale gelmektedir. Zîra yapı ruhsatı bakımından yapıya başlama tarihi olarak kabul edilen temel vizesi neticesinde yapılar, temel vizesi tutanağındaki ölçülere göre hâlihazır haritaya veya uygulama haritasına (diğer bir deyişle parselasyon haritasına) işlenmektedir¹¹³. Böylece yapıya dair müktesep hak durumunun tespiti yanında, bina tamamlanmasa dahi haritaya işlenmiş olduğu için imar plânı revizyonlarında zemindeki yapı göz önünde bulundurulurken imar planı çizimleri gerçekleştirilebilmektedir. Kezâ arazi ve arsa düzenlemesinde, temel vizesi yapılan yapıların durumları takip edilebilmekte¹¹⁴, parsellerin oluşturulmasında zemindeki

¹¹² Yapıya ilişkin kazanılmış hak durumları, türleri ve fonksiyonları için bkz.: Özdemir, 2019, s. 540 vd.

¹¹³ Millî Eğitim Bakanlığı 2011, s. 51. Plânlama ve İmar Genel Müdürlüğü, s. 23.

¹¹⁴ Yıldız, Ferruh: İmar Bilgisi, Nobel Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 327.

fiilî durum göz önünde bulundurulmaktadır¹¹⁵. Çünkü temel vizesi aşamasına gelmeyen bir yapının uygulama haritasına alınması, hâlihazır haritaya alınması ve bu kapsamda arazi ve arsa düzenlemesinde ve imar plânında dikkate alınması mümkün olmadığı gibi, gerekli de değildir; çünkü yapı ruhsatı bakımından henüz ortada müktesep hak statüsüne erişmiş ve devam edilmesine izin verilen bir yapı bulunmamaktadır.

VII. ÇEVRE, ŞEHİRCİLİK VE İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ BAKANLIĞI UYGULAMASINDA YAPIYA BAŞLAMA

Bakanlık, “yapının temel inşaatına yönelik ilgili fennî mesullerin denetiminde kazı yapılması ve hafriyat alınması tarihi”ni inşaat başlama tarihi olarak kabul etmektedir¹¹⁶. Bakanlığın bu uygulamasını ve kabulünü, yukarıdaki simülasyona aktararak açıklamak mümkündür.

Hatırlanacağı üzere simülasyonda;

- a- Yapı ruhsatının 04.05.2018 günü alındığını,
- b- İşyeri teslim tutanağının 03.03.2019 tarihinde tanzim edildiğini,
- c- Arkasından üç işgünü içerisinde 05.03.2019 günü tutanağın ilgili idareye ibraz edildiğini,
- d- Yapı müteahhidinin tutanağın tanzim edildiği tarihten beş ay sonra 03.08.2019 günü parsele iş makinesi getirerek zemin tesviyesi yapmaya başladığını,
- e- Tesviyenin tamamlanması sonrasında kotlandırma yapılarak 16.08.2019 günü temel kazısına başladığını,
- f- Temelin kazılması sonrasında 25.08.2019 tarihinde drenaj yapıldığını,
- g- 29.08.2019 tarihinde temel aplikasyonunun yapıldığını,
- h- 30.08.2019 tarihinde yalıtımın yapıldığını,
- ı- 03.09.2019 tarihinde blokaja yönelik grabeton dökümünün yapıldığını,
- i- 10.09.2019 tarihinde donatı unsurlarından temel çalışmalarına başlandığını,

¹¹⁵ Özdemir, Selman: “Hâlihazır Haritanın İmar İşlemleri Bakımından Müktesep Hakka Etkisi”, Adalet Dergisi, Mayıs 2016, Sayı 55, s. 10 vd.

¹¹⁶ Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın (Meslekî Hizmetler Genel Müdürlüğü'nün) 24.05.2019 tarih ve E.122512 sayılı Yapı Ruhsatı konulu yazısı.

- j- Donatı unsurlarından yapı temelinin kalıplamasının ve ardından soğuk demir bağlama işinin 30.09.2019 günü tamamlandığını,
- k- 15.10.2019 günü temel vizesinin yapıldığını, varsaymıştık.

Değerlendirmelerimize göre bu simülasyonda yapı denetimi bakımından yapının inşasına 10.09.2019 tarihinde, yapı ruhsatı bakımındansa yapıya 15.10.2019 tarihinde başlanmaktadır. Ruhsatın geçerliliğine ve müktesep hakka etki eden tarih temel vizesinin yapıldığı tarihtir.

Bakanlığa göreyse yapıya 16.08.2019 günü başlanmaktadır. Zîra Bakanlığa göre, (fennî mesul denetiminde olmak kaydıyla) temel inşaatına yönelik kazı hafriyatına başlandığı gün, inşaata başlanmış olunmaktadır. Dolayısıyla yapı ruhsatının tanzim edildiği tarihten itibaren iki yıllık süre içerisinde inşa edilecek yapının temeline yönelik Görsel 1'de yer alan üç numaralı fotoğraftaki gibi kazıya (hafriyata) başlanması durumunda, Bakanlık bakımından yapı ruhsatının iki yıllık geçerlilik süresi içerisinde yapıya (binaya) başlandığı kabul edilebilecektir.

Bakanlığın "yapıya ne zaman başlandığı"na ilişkin uygulaması, yukarıda açıklanan durumlara nazaran yapı sahiplerinin ve yapı müteahhitlerinin lehine olan bir uygulamadır. Diğer bir deyişle Bakanlığın uygulaması âdetta, "*Parsele bir çivi çakılması, yapıya başlamış kabul etmek bakımından yeterlidir. Bu yapıya başlama benim açımdan, hem yapı denetimi mevzuatı hem de yapı ruhsatı bakımından geçerlidir*" anlamına gelmektedir. Ancak bu uygulamanın mevzuata uygun olduğu tartışmalıdır.

Bakanlığın yapıya başlamaya ilişkin yukarıdaki değerlendirmesi, yargının yaklaşımıyla da uyumlu değildir. Yargının, yapı ruhsatının hükümden düşmesini engelleyen yapıya başlama eylemini, temel vizesine bağladığı gözlenmektedir¹¹⁷. Danıştay'ın bir kararında "*iki yıllık yapıya başlama müddeti içerisinde ruhsat eki projesine uygun olarak betonarme yapı temelinin hazırlanıp beton dökülebilmesi için belediye onayının (temel vizesi) alındığı tarih, yapı inşaatına başlama tarihi olup; temel vizesi, ruhsatlı yapının temel betonu dökülmeden önce yapı sahibinin ilgili fennî mesulünün onayıyla ilgili belediyesine başvurusu üzerine yapılan imalatın uygulama projesine uygunluğunun onaylandığı, beton dökme ve inşaata devam izni veren belge niteliğindedir*" değerlendirmesine yer verilmiştir¹¹⁸.

¹¹⁷ Konya Bölge İdare Mahkemesi 2'nci İdarî Dava Dairesi'nin 06.02.2019 tarih ve E: 2018/282, K: 2019/193 sayılı kararı. Isparta İdare Mahkemesi'nin 04.09.2020 tarih ve E: 2020/13, K: 2020/1097 sayılı kararı. Konya Bölge İdare Mahkemesi 2'nci İdarî Dava Dairesi'nin 15.04.2021 tarih ve E: 2020/2598, K: 2021/755 sayılı kararı.

¹¹⁸ Danıştay 6'nci Dairesi'nin 04.02.2016 tarih ve E: 2012/351, K: 2016/416 sayılı kararı.

Bakanlığın inşaatla başlama tarihi olarak kabul ettiği durumun; hem yapı denetimi mevzuatında yer alan inşaatla başlama tarihinden, hem de yapı ruhsatına ilişkin yapıya başlama tarihinden daha erken bir tarih olduğu görülmektedir. Bakanlığın inşaatla başlama tarihi uygulamasının, sosyal güvenlik mevzuatındaki işyeri bildirgesi ve işe başlama tarihleri ile uyumlu olduğu söylenebilir. Nitekim sosyal güvenlik mevzuatına göre, bir yerde çalışılmaya başlanıldığı gün, o yerdeki çalışanların sigortalılığı başlamakta ve dolayısıyla o yerde aynı zamanda sigorta yönünden işe de başlanmış olunmaktadır. Dolayısıyla inşaya konu yapı temeline yönelik iş makinesiyle kazı yapılmasıyla birlikte o parselde “sosyal güvenlik mevzuatı bakımından” işe başlanmış olunmaktadır. Ancak imar hukuku bakımından ortada başlanmış bir yapı bulunmamaktadır.

Bu yönüyle Bakanlığın yaklaşımının hem mevzuatla, hem ruhsat hukuyla hem de yargı kararlarıyla uyumlu olmadığı değerlendirilebilir. Bakanlığın yaklaşımının, hukuka uygun olanı tercih etmekten ziyade belki maslahata uygun olanı tercih etmek yönünde olduğu söylenebilir. Zîra iktisadî yahut sair nedenlerle iki yıllık ruhsat geçerlilik süreci içerisinde yapıya başlanmaması halinde, ruhsat hükümsüz hale gelmektedir. Bu durumda parselde yapı yapılabilmesi için yürürlükte olan imar planı hükümleri dikkate alınarak en baştan ruhsat işlemlerinin yeniden başlatılması, hatta imar plânı değişikliği yapılmışsa yeni imar plânı hükümlerine göre projelerin yeniden çizilmesi gerekebilmektedir. Bu sürecin malî yönü, yapı müteahhitlerini yeniden yapı ruhsatı almakta uzak durmaya sevk etmekte, inşaat sektörünün üretimi yavaşlatmasıysa genel olarak (sosyolojik/iktisadî sebeplerle) inşaat sektörüne dayalı olan ülke ekonomik durumunda bir durgunluğa yol açmaktadır. Bakanlığın, bu durgunluğu ve üretim yavaşlamasını “maslahat” bağlamında azaltmak zımında, hukuka uygunluğu tartışmalı olan şekilde ruhsatın hükümsüz kalmasının önüne geçmeyi hedeflediği anlaşılmaktadır.

SONUÇ

Günümüzde özellikle inşaat sektöründe ciddî bir daralmanın mevcut olduğu bir vakiadır¹¹⁹. Sektördeki bu daralmanın iktisadî/sosyolojik sebeplerinin ne olduğu hususu, bizim inceleme konumuz dışında kalmaktadır.

İnşaat sektöründeki bu daralma, yapı yapmak isteyenlerin ve müteahhit firmaların yeni inşaat faaliyetlere ve yeni yatırımlara başlamasını engellemekte; yapı ruhsatı alınmış olsa dahi müteahhit firmalar fiilî olarak yeni inşaatlara

¹¹⁹ Özdemir, 77, s. 13.

ve yatırımlara başlamamaktadırlar. Hâl böyle olmakla birlikte, daha evvelden yapı ruhsatı alınan ve sözleşmesi yapılan işlerle ilgili olarak bir kısım müteahhit firmaların ekonomik nedenlerle inşa faaliyetlere başlayamamaları, alınan yapı ruhsatlarının hükümsüz hale gelmesi durumunu ortaya çıkarmaktadır. Yapı ruhsatının hükümsüz hale gelmesi durumundaysa, inşaata başlanabilmesi için ruhsat süreci en baştan yeniden başlamaktadır ki, bu hâl hem zaman ve emek kaybı, hem de malî kayıp anlamına gelmektedir¹²⁰. Bu nedenle ruhsatın hükümsüz sayılıp sayılmaması bakımından bir günün bile ne kadar önemli sonuçlar doğurduğuna yukarıda değinilmiştir.

Esasında inşaata başlamanın eşya hukukunu, borçlar hukukunu, kadastro mevzuatını, kat mülkiyeti hukukunu, sosyal güvenlik ve vergi mevzuatını ilgilendiren yönleri bulunmakla birlikte; söz konusu mevzuat yönünden bu çalışmada inceleme yapılmamıştır. İnşaata başlamanın farklı mevzuatı ilgilendirmesi, bu hususun her bir mevzuat bakımından farklı hukukî statülere tabi tutulması sonucunu doğurmaktadır. Bunun neticesindeyse teknik ve hukukî açıdan yapıya başlanıp başlanmadığı hususunun, imar mevzuatı özelinde diğer mevzuatlardan farklılık içermesi tabiidir. Konunun geniş boyutlu ve farklı mevzuatları ilgilendirmesi bir yana burada ruhsatın hükümsüz hale gelmemesi bakımından "yapıya başlama" kavramı "yapı denetimi" ve "yapı ruhsatı" yönünden (bina kavramı dikkate alınarak) ayrı ayrı incelenmeye çalışılmış; bu esnada Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı'nın konuyu ele alışına da yer verilmiştir.

İncelemede yapı denetimi mevzuatında yapıya başlamanın, yapının inşasına başlama olarak değerlendirildiği, bu yönüyle ruhsat hukukundaki yapıya başlamadan farklı bir tarihi içerdiği gerek görseller yardımıyla gerekse simülasyon vasıtasıyla açıklanmaya çalışılmıştır. Yapı denetimi bakımından yapının inşasına başlanılmış olmasının, aynı zamanda ruhsat hukukundaki yapıya başlama olmadığı değerlendirilmiştir. Bu konuyla ilgili yargıya yansımış uyuşmazlıklarda imar mevzuatı özelinde "temel vizesi" adı verilen izin çerçevesinde konunun ele alındığı; temel vizesinin yapıldığı tarih itibarıyla imar hukuku bakımından yapıya başlandığı, temel vizesinin de ruhsatın düzenlenmesi tarihinden itibaren iki yıl içerisinde yapılması gerektiği, hukuka uygunluk incelemesinin bu minval üzerinden gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır.

Bakanlığınsa, farklı mevzuatlarda konunun farklı şekillerde düzenlenmesi durumunu dikkate almayarak, daha çok sosyal güvenlik hukukundaki ve söz-

¹²⁰ Özdemir, 77, s. 13.

leşmelerdeki işe başlama tarihini inşaata başlama olarak kabul ettiği, bu inşaata başlama tarihinin de aynı zamanda yapıya başlama tarihi olacağını söylediği, uygulamayı bu yönde yönlendirdiği görülmektedir. Bakanlığın memleketin genel iktisadî durumu dolayısıyla imar hukukunun aradığı yapıya başlama şartına göre daha masrafsız olan parselde bir kaç çalışmanın yapıldığı tarihte, yapıya başlandığını kabul ettiği; ancak Bakanlığın bu değerlendirmesinin mevzuatla uyumluluğunun tartışmalı olduğu değerlendirilmiştir. Bakanlığın yaklaşımının hukuka uygunlukla değil maslahata uygunlukla ilgili olduğu, ekonomik koşullar bağlamında yapı sahipleriyle müteahhit firmalar bakımından yaklaşımın olumlu olduğu söylenebilir. Ancak yapı denetimi firmalarının görevlerinin ve sorumluluklarının başladığı noktayla yapı ruhsatının yukarıda izah edilen müktesep hakka ilişkin sonuçlarından faydalanabilmek bakımından, Bakanlığın kabul ettiği temele yönelik hafriyata başlanmasının aynı zamanda yapıya başlanmış sayılma için tek başına yeterli olmadığı değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

- Abacıoğlu, Muhittin: Açıklamalı ve İçtihatlı İmar Kanunu Mevzuatı ve Uygulaması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001.
- Akıylmaz, Bahtiyar/Sezginer, Murat/Kaya, Cemil: Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.
- Artukmaç, Sadık: Türk İmar Hukuku, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1969.
- Atabey, İsmail İsa/Bozdoğan, Kanat Burak: "Yapı Denetim Kanunu Uygulamalarında Sivas Örneği", Engineering Sciences, Yıl 2012, Cilt 7, Sayı 1.
- Baradan, Selim/Yiğiter, Hüseyin: "İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmelerin Uygulanması", Dokuz Eylül Üniversitesi İnşaat Mühendisliği Bölümü Yapı İşletmesi Dersi Notları, <http://kisi.deu.edu.tr/huseyin.yigiter/YI%20%2306%20-%20INSAAT%20SOZLES-MELERI.pdf>, 24.07.2019.
- Çal, Sedat: Türk İdare Hukukunda Ruhsat, Seçkin Yayınları, Ankara, 2010.
- Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığının (Meslekî Hizmetler Genel Müdürlüğü'nün) 24.05.2019 tarih ve E. 122512 sayılı Yapı Ruhsatı konulu yazısı.
- Çoban Atik, Ayşegül: "İdare Hukukunda Kazanılmış Hak İlkesi", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2013, Cilt 21, Sayı 1.
- Dalkılıç, Elvin Evrim: "İdarenin Denetim Yetkisinin Özel Kişilere Devrine Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı", Ankara Barosu Dergisi, Yıl 2013, Sayı 2.
- Davraz, Metin/Başpınar, Ebru/Ceylan, Hakan: "Yapı Denetim Kurumları Öncesi İsparta ve Yakın Çevresindeki Hazır Beton Kalitesi", Teknik Bilimler Dergisi, Yıl 2012, Cilt 2, Sayı 1.
- Demirel, Zerrin/Gülsever, Fatma Zehra: "Türkiye'de Toprak Reformu ve Uygulamaları", http://www.tarimreformu.gov.tr/library/belge/b_Turkiye_toprak%20reformu_uygulamaları.pdf, e.t. 08.10.2012.
- Devellioğlu, Ferit: Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Aydın Kitabevi, Ankara, 2007.
- Dirier, Ekrem/Çakır, Hamdi/Arık, Murat/Sevinç, Murat/Gümüş, Mustafa/Arık, Suat: Temel Yapı Teknolojisi, Millî Eğitim Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2019.
- Diril, Funda: İnşaat Sektöründe Kazancın Tespiti ve Vergilendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, İzmir, 2010.
- Durmuş, Cemil: "Yapı İzinleri, <http://web.hitit.edu.tr/dosyalar/duyurular/cemildurmus@hititedutr090220173B0M2W3Y.pdf>, e.t. 01.08.2019.
- Ediskun, Haydar: Türk Dilbilgisi, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1999.

- Erdoğan, Nevnihal: Bina Bilgisi-I, Trakya Üniversitesi Mühendislik Mimarlık Fakültesi Yayınları, Edirne, 1999.
- Ergen, Cafer/Böke, Veli: Kaçak Yapı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006.
- Göktaş, Murat: "Sosyal Güvenlik Hukukunda Müeyyidesi Ağır Bir İşveren Yükümlülüğü: İşe Giriş ve İşten Ayrılış Bildirgesi", Malî Çözüm, Yıl 2010, Sayı 98.
- Güner, Mehmet Selçuk: Yapı Bilgisi Teknolojisi I-II, Aktif Yayınevi, İstanbul, 2000.
- Hatipoğlu, Cengizhan: "İşe Başlama Bildiriminin Yapılmamasının Kayıt Dışı Ekonomiye Etkisi ve Bunu Önlemeye Yönelik Çözüm Önerileri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2015, Cilt 73, Sayı 1.
- HKMO: Yapı Aplikasyon Projesi Yapımı ve Uygulanması ile Fenni Mesuliyet Üstlenilmesi Esasları Şartnamesi; https://obs.hkmo.org.tr/show-media/resimler/ekler/7687481e1ceb13b_ek.pdf?tipi=2&turu=H&sube=0, e.t. 08.11.2022.
- Hondu, Selçuk: İmar Hukuku Ders Notları, Türkiye Adalet Akademisi Eğitim Merkezi Müdürlüğü, Ankara, 2004, Teksir.
- İmar Hukuku Ders Notları, Teksir, <http://web.iku.edu.tr/courses/mimar/arc853/DOC/Kitap.doc>, e.t. 02.10.2009.
- İstanbul Serbest Muhasebeci ve Malî Müşavirler Odası: "İnşaat İşletmelerinde Muhasebe ve Vergi Uygulamaları", <http://archive.ismmmo.org.tr/docs/seminernotlar/28122013/28122013.pdf>, e.t. 24.07.2019.
- Kalabalık, Halil: İmar Hukuku Dersleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Kanar, Mehmet: Osmanlıca Türkçesi Sözlüğü, Say Yayınları, İstanbul, 2009.
- Konya Büyükşehir Belediyesi: İmar Yönetmeliği, <https://www.konya.bel.tr/dosyalar/imaryonetmeligikbb.pdf>, e.t. 08.11.2022.
- Kural, Recep/Ünal, Osman: "İnşaat Sektöründe Yapı Denetimi ve Afyonkarahisar İlindeki Uygulamaların Araştırılması", Afyon Kocatepe Üniversitesi Fen ve Mühendislik Bilimleri Dergisi, Yıl 2015, Sayı 15.
- Linke, Hans Joachim/Yıldız, Nazmi: "Almanya'da İmar Uygulama ve Eşdeğerlik Sistemi", Arazi Yönetimi Günleri Paneli, TMMOB Harita-Kadastro Mühendisleri Odası İstanbul Şubesi Yayınları, İstanbul, 2014.
- Malik, Fazlurrahman: "Faiz ve Riba", Marife Dergisi, (Çev. Hakan Şahin), 2020, Cilt 20, Sayı 1, Yaz.
- Maliye Bakanlığı'nın (Gelir İdaresi Başkanlığı'nın) 27.04.2006 tarih ve B.07.1.GİB.0.40/4076-112/31824 sayılı yazısı.
- Millî Eğitim Bakanlığı: Basit Kiriş Donatıları, Millî Eğitim Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2013.

- Millî Eğitim Bakanlığı: İmar Plânı Uygulamaları, Millî Eğitim Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2011.
- Millî Eğitim Bakanlığı: İnşaat Demiri Ek ve Bağlama Çizimi, Millî Eğitim Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2006.
- Millî Eğitim Bakanlığı: Kalıp Yapma, Millî Eğitim Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2006.
- Millî Eğitim Bakanlığı: Yapı Elemanları Ölçülendirme ve Tarama, Millî Eğitim Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2011.
- Ömürbek, Nuri/Karaatlı, Meltem /Cömert, Hafize Gonca: "Ahp-Saw ve Ahp-Electre Yöntemleri ile Yapı Denetim Firmalarının Değerlendirmesi", Yönetim Bilimleri Dergisi, Yıl 2016, Cilt 14, Sayı 27.
- Onar, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları - Cilt I, Hak Kitapevi, İstanbul, 1966.
- Öngören, Gürsel: İnşaat Hukuku, Öngören Hukuk Yayınları, İstanbul, 2016.
- Öngören, Gürsel: Yargı Kararları Işığında İmar Hukuku, Öngören Hukuk Yayınları, İstanbul, 2016.
- Özdemir, Selman: "Hâlihazır Haritanın İmar İşlemleri Bakımından Müktesep Hakka Etkisi", Adalet Dergisi, Mayıs 2016, Sayı 55.
- Özdemir, Selman: "Yapı Ruhsatının Kolluk/Zabıta Niteliği", Mahallî İdareler Dergisi, Yıl 2017 Mart, Sayı 51.
- Özdemir, Selman: "İmar Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme", Mahallî İdareler Dergisi, 2018 Eylül, Sayı 69.
- Özdemir, Selman: "İnşaata Başlama Müddeti", Mahallî İdareler Dergisi, 2019 Mayıs, Sayı 77.
- Özdemir, Selman: "Yapı Denetim Kuruluşuna İmar Kanunu Kapsamında Para Cezası Verilip Verilemeyeceği Hakkında Bir İnceleme: Yapı Denetim Kuruluşlarının Fennî Mesuliyet Sorumlulukları", Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2020, Cilt 3, Sayı 2.
- Özdemir, Selman: İmar İdare Hukukunda Kazanılmış Hak, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Özgür, Erdem: "İdarî İşlemler ve İdarî Sözleşmeler", İdare Hukuku, (Edit. Erdem Özgür), Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi Yayınları, Ankara, 2020.
- Özkaya, Harun: "Yapı İzinleri", <http://www.harunozkaya.com/wp-content/uploads/2014/02/06-ruhsat-izinleri.pdf>, e.t. 26.12.2014.
- Pala, Murat/Demir, Mehmet Şirin: "Güneydoğu Anadolu Bölgesinde Yapı Denetimi Uygulamasında Karşılaşılan Sorunlar ve Bu Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri", Adıyaman Üniversitesi Mühendislik Bilimleri Dergisi, Yıl 2017, Sayı 6.

- Plânlama ve İmar Genel Müdürlüğü: İmar Plânları Uygulama Kılavuzu, İmar ve İskân Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1969.
- Şekerci, Ersin: “İmar Hukukunda Yapı İzni”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1981, Sayı 2.
- Şenol, Mehmet: Kamulaştırma Birlikliği, TMMOB Jeoloji Mühendisleri Odası Yayınları, Ankara, t.y.
- Seylam, S. Gökşin/Ünal, Mete: “Toprak - İnsan İlişkileri ve Tapu, Kadastro Hizmetlerinin Otomasyonu”, Harita ve Kadastro Mühendisliği Jeodezi, Jeoinformasyon ve Arazi Yönetimi Dergisi, Yıl 1985, Sayı 52-53.
- TBMM: Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü'nün 22.06.2001 tarih ve B.02.0.KKG.0.10/101-204/3065 Sayı Numaralı Yazısı Eki “Yapı Denetimi Hakkında Kanun Tasarısı ve Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm Komisyonu Raporu”, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c068/tbmm21068128ss0732.pdf>, 21.07.2019.
- Türk Dil Kurumu, “Yapmak”, <https://sozluk.gov.tr/>, e.t. 07.11.2022.
- UYAP Bilişim Sistemi: İdare Mahkemesi, Bölge İdare Mahkemesi, Danıştay kararları.
- Ünal, Halil Baki: “Tarımsal Yapıların Ruhsatlandırılması”, Ege Üniversitesi Ziraat Fakültesi Dergisi, Yıl 2009, Cilt 46, Sayı 1.
- Üner, H. Bülent/Aşıcıoğlu, Faruk: “Toprağın Adli Karakteristiği”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl 1996, Sayı 55.
- www.anayasa.gov.tr: Anayasa Mahkemesi kararları.
- www.mevzuat.gov.tr: Kanunlar ve yönetmelikler.
- www.resmigazete.gov.tr: Kanunlar ve Yönetmelikler.
- Yaygır, Tacim/Hacıköylü, Canatay: “Arsa ve Arazilere Yönelik Mali Yükümlülükler Çerçevesinde Kentsel Rantların Vergilendirilme(me)si”, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İİBF Dergisi, Ağustos 2018, Cilt 13, Sayı 2.
- Yıldız, Ferruh: İmar Bilgisi, Nobel Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Yücel, Özge: “Borçlar Kanunu 358/1 Hükmüne Göre Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Sürdürme Borcu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2008, Cilt 57, Sayı 3.
- Zanobini, Guido: İdare Hukuku C-1 (Umumiyet İtibarile İdarî Nizam), (Çev. Atif Akgüç, Sahir Erman), M. Sadık Kâğıtçı Matbaası, İstanbul, 1945.

Anayasacılık Düşüncesi ve Anayasacılığın Bazı Araçları^(*)

The Idea of Constitutionalism and Some of Tools of Constitutionalism

Dr. Öğr. Üyesi Ferhat USLU^(**)

Öz:

Devlet iktidarının sınırlandırılması ya da anayasacılık düşüncesi milattan önceki dönemlere kadar gitmekle birlikte, anılan düşüncenin belirgin hale gelmesi yakın dönemlere rastlamaktadır. İnsanoğlu, modern devletin ortaya çıkmaya başladığı dönemlerden bu yana temel hak ve özgürlüklerin güvence- lenmesi bakımından devlet iktidarının sınırlandırılması gerektiğini düşünmüş ve bunun gerçekleştiril- mesi için gerekli çareler üretmeye çalışmıştır. Anayasacılık düşüncesinin gelişimiyle eş zamanlı olarak ortaya çıkan anılan çabaların ürünü olarak bazı çareler ya da çözüm önerileri bulunmuştur. Anayasacı- lığın araçları olarak nitelendirilen bu çareler, hukuk devlet ilkesi, erkler ayrılığı ilkesi, federal yapılanma biçimi, insan hakları düşüncesi, anayasanın üstünlüğü ilkesi olarak sıralanabilir.

Anahtar Kelimeler:

Anayasacılık, Anayasacılığın Araçları, Erkler Ayrılığı İlkesi, Federal Yapılanma Biçimi, İnsan Hakları Düşüncesi, Anayasanın Üstünlüğü İlkesi.

Abstract:

Although the idea of limiting the state power or constitutionalism goes back to the pre-Christian era, the aforementioned idea has become apparent in recent times. Since the beginning of the modern state, mankind has thought that the state power should be limited in terms of guaranteeing fundamental rights and freedoms, and tried to produce the necessary remedies for this to happen. As a product of the aforementioned effort, which emerged simultaneously with the development of constitutionalism, some remedies or solution proposals were found. These remedies, which are described as the tools of constitutionalism, can be listed as the principle of the rule of law, the principle of separation of powers, the federal structure, the idea of human rights, and the principle of supremacy of the constitution.

Keywords:

Constitutionalism, The Tools of Constitutionalism, The Principle of Separation of Powers, The Federal Form of Structure, The Thought of Human Rights, The Principle of the Supremacy of the Constitution.

^(*) Makale Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin Editörlüğe Gönderildiği Tarih: 01.10.2022, Makalenin Kabul Tarihi: 11.10.2022.

Makale, "Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu" adlı doktora tezinin birinci bölümünden türetilmiştir. Ayrıca makale metninin tamamına yakınına, yine makalenin yazarı tarafından daha önce kaleme alınan "Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu", "Anayasa Yargısı" ve "Bütün Konularıyla Anayasa Yargısı Dersleri" adlı kitapların birinci bölümlerinde yer verilmiştir.

^(**) Balıkesir Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,

E-posta: anayasa.hukuku@hotmail.com,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-7052-3961>.

GİRİŞ

İlk anayasaların ortaya çıktığı tarihlerden öncesine bakıldığında, bireylerin yaşamsal alanının büyük ölçüde devlet eliyle denetlendiği ve bu denetimin hak ve özgürlükleri herhangi bir kurala bağlı olmaksızın sınırlandırdığı gözlenmektedir. Bu durum hemen bütün devletlerde böyle olmakla birlikte özellikle doğu toplumlarında otokratik yönetimler söz konusudur ve devlet her alana egemen olmuştur¹. Bundan dolayı günümüzde hemen bütün anayasaların toplumsal yaşamın göstergesi olan millet ya da ulus kavramına vurgu yaparak başlamaları rastlantı değildir.

Ancak, 1787 ABD Anayasası ile birlikte başlayan yazılı bir anayasaya sahip olma geleneği, toplumsal alandaki devlet egemenliğinin azaltılması sürecini beraberinde getirmiştir. Kuşkusuz yazılı bir anayasaya sahip olma isteğinin ardındaki erek, devlet yetkilerinin sınırlandırılmasını temin, devletin iş ve işlemlerinde hukuk içerisinde hareket etmesini sağlamaktır².

Özellikle liberal demokrasi ile ilişkili bir kavram olan anayasacılık, “devletin yetkileri, icraatları ve faaliyetleri üzerine, politikacıların ve bürokratların kendi otoritelerinin hudutlarını belirleme gücüne-yetkisine sahip olmalarını engellemek amacıyla bir üst sınır koyma (devlet düzeninin üstüne bir kendiliğinden doğan düzen koyma) çabasının yansıması ve ürünüdür³.” Liberal ilkelere yönetilen bir devlette, devleti yönetenlerin hak ve özgürlükleri ölçüsüz bir şekilde sınırlandırmalarına engel olmak temel bir ilkedir. Anılan amacın gerçekleştirilebilmesi için kişilere siyasi hakları en geniş biçimde tanımanın yanında, kamu erkini kullanan otoritelerin de bu amaca uygun biçimde düzenlenmesi gerekmektedir⁴.

I. ANAYASACILIK DÜŞÜNCESİ

Anayasacılığın ve dolayısıyla anayasa yargısının düşünsel arka planını öncelikle bireysel özgürlük fikrinin doğduğu dönemlere kadar götürmek ola-

¹ Antonia Gramsci. Belirten: Murat Belge, “Sivil Toplum Nedir?”, **Sivil Toplum ve Demokrasi Konferans Yazıları No 1**, Haz. Nurhan Yentük ve Arzu Karamani, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sivil Toplum Kuruluşları Eğitim ve Araştırma Birimi, 2003, s. 6 vd.

² Günümüzde anayasaların hemen tamamı yazılı anayasalardır. Sergio Fabri, “Transatlantic Constitutionalism: Comparing United States and European Union”, **European Journal of Political Research**, Vol. 43, 2004, p. 548.

³ Atilla Yayla, “Anayasacılık, Anayasal Demokrasi ve İdeolojiler”, **Liberal Düşünce Dergisi**, Ankara, Liberte Yayınları, Y. 17, S. 66, 2012, s. 13.

⁴ Ayferi Göze, **Liberal, Marksist, Faşist ve Sosyal Devlet Sistemleri**, İstanbul, İÜHFY, 1977, s. 25.

naklıdır. Bu bağlamda anayasa yargısının düşünsel temellerini eski Yunan'da aramak yerinde olacaktır⁵.

Hayek'in verdiği bilgilere göre, "bireysel özgürlük" düşüncesinin ilk kez ortaya çıktığı toplum, M.Ö. Dördü ve Beşinci Yüzyıllardaki eski Yunan toplumdur. Özellikle Atinalılar'ın anlayışında özgürlük, hukukun egemen olduğu bireyler arası ilişkiler durumunu ifade eden bir kavramdı. Aristoteles (M.Ö. 384 - M.Ö. 322) tarafından ortaya konulan, "hukuk önünde eşitlik" düşüncesi, anılan yüzyılların ilk başlarındaki özgürlük anlayışını en iyi şekilde anlatmaktadır. Bu kavram, özellikle (çoğunluğun içindeki küçük bir azınlığı oluşturan) Atinalı özgür vatandaşların "özel alanlarının" devlete karşı korunmasını kapsamaktaydı ve bu anlayışta "Otuz Tiran" (Thirty Tyrants) yönetimi döneminde bile, bir Atinalı vatandaşın evinin içinde dokunulmaz ve güvende olması kabul ediliyordu. Bu dönemde var olan halk meclislerinin kanun değiştirme yetkisi oldukça sınırlıydı. Kuşkusuz liberal düşünce tarzının nüveleri olan bu düşünceler, özellikle bütün devlet yetkilerinin sınırlı olduğunu savunan doğal bir hukuk ve hukuk önünde bireylerin eşitliği anlayışı, dönemin Stoacı düşünürleri tarafından geliştirilerek sonraki dönemlere aktarıldı⁶.

Otuz Tiran, Atina ve Sparta arasında gerçekleşen Peloponez Savaşı (M.Ö. 404) sonrasında Sparta tarafından Atina'da yönetime yerleştirilen oligarşiyi ifade eder. Yönetimleri sırasında Atina'da Oligarşi veya Otuzlar olarak isimlendirilmişlerdir. Despot ya da zorba anlamlarına gelen "tiran" ifadesi, sonraki dönem tarihçiler tarafından eklenmiştir. Critias liderliğindeki oligarşi, aşırı muhafazakâr görüşlere sahip baskıcı bir sistem kurmuşlardı. Yönetimleri döneminde 1500'e yakın Atina vatandaşı öldürülmüş, bir kısmı da şehri terk etmek zorunda kalmıştı. Daha sonra taraflar arasında yapılan Piraeus Savaşı'nda (M.Ö. 403) Otuz Tiran yenilgiye uğramış ve bu dönem de son bulmuştur.⁷

Eski Yunan'da, "Polis insanı için, her şeyden önce yurttaş olma özelliği ağır basıyordu. Yurttaş olarak da yalnızca yasayı kendi (yapa)biliyordu. Bu yasa her ne kadar onu sınırsız bir çember içine sokuyorsa da kişi bundan fazla rahatsız olmuyordu, çünkü yasayı yapan da yine kendisiydi, yalnız yasa yapmakla kalmıyor savaşa, barışa karar veriyor, yöneticilerini atama işlemini yapıyor ve bu

⁵ Onar, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler**, s. 2.

⁶ Friedrich August von Hayek, **New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas**, London, Routledge & Keagan Paul, 1978, p. 122.

⁷ **Wikipedia The Free Encyclopedia**, "Thirty Tyrants", (Çevrimiçi) http://en.wikipedia.org/wiki/Thirty_Tyrants, 15 Aralık 2015.

nedenle de kendini özgür biliyordu.⁸ Ancak Stoacılar bireyi polis ile özdeşleştiren düşünceleri eleştirerek, birey özgürlüğü anlayışını benimsemişlerdi⁹. Kuşkusuz birey özgürlüğünün tartışıldığı bir düzen, kendi içerisinde sınırlı bir devlet anlayışını da barındırır. Sözcüleri Platon, düşünürlerin bilgeliğine dayalı bir yönetim isteyen Aristoteles'e, onların yetkilerinin kim tarafından denetleneceği ya da sınırlandırılacağı sorusuyla karşılık vermişti¹⁰.

Stoacı felsefe okulu Kıbrıslı Zenon tarafından M.Ö. 308'de Atina'da kurulmuştur. Stoacılar ahlâk üzerinde önemle durmuşlardır. Zenon, bütün insanların erdeme sahip olmak için çaba harcaması gerektiğine inanmıştı. Ona göre erdemi elde etmek için akıllı yol gösterici olarak kabul ederek, ihtiraslara hâkim olmak gerekir. Bu anlayışta insan sırf insan olması nedeniyle saygıya değer bir varlıktır¹¹.

Anayasacılık düşüncesinin temel amacı, bireysel özgürlükler için değişmez anayasal güvenceler sağlamaktır. O halde anayasacılık aslında sınırlı devleti gerçekleştirme projesidir¹². "İktidarın sınırlandırılması" ve "sınırlı devlet" kavramları anayasacılığın özünü oluşturur¹³. Yayla'nın verdiği bilgilere göre, sınırlı devlet anlayışını, yarı-tanrı firavunların iktidara sahip olduğu eski Mısır'daki egemenin de uyması gereken kuralların varlığı düşüncesinde bulmak mümkündür. Ayrıca Müslümanların yönetimi döneminde Kudüs'te, iktidarın paylaşılması amacına yönelik olan ve merkezî iktidarın sınırlandırılmasını sağlayan siyasi bir yapılanma bulunmaktaydı. Batılılar bunu Haçlı seferleri sırasında öğrenerek, Avrupa'ya taşıdılar. Magna Carta Libertatum (Büyük Özgürlük Fermanı-1215), böyle bir sınırlı devlet-iktidar anlayışının sonucu olarak görülebilir. Ancak, anayasa yargısının düşünsel temellerini oluşturan anayasacılık düşüncesi, ilk kez, John Locke ve Charles-Louis de Secondat, Baron de Montesquieu tarafından düzenli bir şekilde ele alınmıştır. Anılan yazarlar anayasacılık düşüncesinin merkezinde yer alan erkler ayrılığı ilkesinin temellerini atmıştır.¹⁴

⁸ Ayferi Göze, **Siyasal Düşünce Tarihi**, İstanbul, İÜHFY, 1982, s. 67.

⁹ Niyazi Öktem ve Ahmet Ulvi Türkbağ, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, 3. Baskı, İstanbul, Der Yayınları, 2003, s. 136.

¹⁰ Nigel Ashford, **Özgür Toplumun İlkeleri**, Çev. Can Madenci, Brommatryck & Brolins, 2009, s. 10.

¹¹ Adnan Güriz, **Hukuk Felsefesi**, 6. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2003, s. 176 ve 177.

¹² Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, s. 18.

¹³ Zühtü Arslan, "Türkiye'de Anayasacılık Hareketleri ve Liberalizm", **Modern Türkiye'de Siyasi Düşünce**, Haz. Murat Yılmaz, C. 7, İstanbul, İletişim Yayınları, 2005, s. 27.

¹⁴ Yayla, "Anayasacılık, Anayasal Demokrasi ve İdeolojiler", s. 14. Erkler ayrılığı ilkesi, "Anayasacılığın Araçları" başlığı altında daha ayrıntılı incelenecektir.

Anayasacılık düşüncesi ile ilgili olarak Locke ve Montesquieu'yu, ABD Anayasası'nın fikir önderleri olan Thomas Jefferson, James Madison, Alexander Hamilton, John Jay ve John Adams izlemiştir¹⁵. Özellikle devlet iktidarının sınırlandırılması ile ilgili James Madison'un şu sözleri tarihe geçmiştir: "Hükûmetin kötüye kullanılmasını denetlemek için (bir takım) sistemlere gerek bulunması, insan doğasına hakaret sayılabilir. Fakat hükûmetin kendisi insan doğasına ilişkin hakaretlerin en büyüğü değil de nedir? Eğer insanlar melek olsalardı hiçbir hükûmete gerek kalmazdı. Eğer melekler yönetici olsalardı hükûmet üzerinde iç ve dış denetimlere gerek kalmazdı. İnsanların diğer insanları yönetecekleri bir hükûmet planlanırken en büyük zorluk şudur: Önce hükûmetin yönettiklerini denetlemesine olanak sağlamalısınız; sonra da onu kendisini denetlemeye yükümlü kılmalısınız."¹⁶

Montesquieu siyasi özgürlüğün iktidarın kötüye kullanılmaması şartıyla sadece ılımlı hükûmetlerde olduğunu söylemişti. Düşünüre göre, insana iktidar verildiği durumda, iktidar sahibi onu kötüye kullanma eğilimindedir. İktidarın kötüye kullanımının önlenmesi, iktidarın iktidarla durdurulması ya da iktidarın sınırlandırılmasıyla mümkündür¹⁷. Gerçekten de bir toplumda en kapsayıcı ve en üstün erk olan siyasi iktidarın, sınırlandırılmadığı durumlarda kötüye kullanılarak, bir baskı aracına dönüşmesi çok kolaydır¹⁸. Nitekim özgürlüğe yönelik en büyük tehlikenin devletten geldiğini, tarihi tecrübeler bize göstermiştir¹⁹.

Toplum içinde yer alan ve belli bir toprak üzerinde erk ve şiddet kullanımı konusunda tekele sahip bir örgüt olan devletin²⁰ özgürlükler için baskı unsuru olarak kullandığı en önemli araçlardan birisi anayasadır. Gerçekten de anayasanın en temel işlevi, zorlama erkine sahip bir kurum olan devlete meşruiyet sağlamaktır. Meşruiyet, çağdaş siyaset teorisinin en temel sorunlarından birisini oluşturmaktadır. Özellikle "monarkların tanrısal meşruiyeti anlayışının" büyük ölçüde terkedil-

¹⁵ Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, s. 18.

¹⁶ James Madison, "The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments", **Independent Journal Wednesday**, 6 February 1788, The Federalist No. 51, (Çevrimiçi) <http://www.constitution.org/fed/federa51.htm>, 1 Aralık 2012.

¹⁷ Charles-Louis de Secondat, Baron de Montesquieu, **The Spirit of Laws**, Trans. by Thomas Nugent, Kitchener, Batoche Books, 2001, Book XI, Chapter 4, p. 172.

¹⁸ Levent Gönenç, **Siyasi İktidarın Denetlenmesi, Dengelenmesi ve Anayasalar**, TEPAV Anayasa Çalışma Metinleri, 2010, s. 1.

¹⁹ Mustafa Erdoğan, "Özgürlük ve Güvenlik", Milliyet Gazetesi, 15 Kasım 2012, (Çevrimiçi) <http://gundem.milliyet.com.tr/ozgurluk-ve-guvenlik/gundem/gundemyazardetay/15.11.2012/1627179/default.htm>, 15.11.2012.

²⁰ Murray N. Rothbard, "The Anatomy of the State", **Egalitarianism as a Revolt Against Nature and Other Essays**, Second Edition, Auburn, Ludwig von Mises Institute, 2000, p. 57.

diği on yedinci yüzyıldan günümüze kadar, kimi insanların diğerleri üzerindeki tahakküm kurma yetkisinin nereden geldiği sorunu, hem siyaset hem de hukuk bilimleri tarafından tartışılan başlıca konulardan birisi olmuştur²¹. Kuşkusuz anayasalar, çağdaş demokratik devletlerde devleti kuran ve kurduğu bu sistemin erklerini ayrıştırarak, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına alan belgeler olmakla birlikte²², onlar aynı zamanda, “çağdaş toplumlarda, birey üzerinde devleti zorbalayabilecek veya özgürleştirebilecek en güçlü unsurdur²³”.

Özellikle anayasaların, devletin düşman algısına göre biçimlenmesi, köleliğe giden yolu kurumsallaştırma işlevi görmektedir. Bir devlette devletin iç ve dış düşman varlığının bir tehdit algılaması olarak, sürekli siyasetin gündeminde tutulması ve yine sürekli anılan tehdit için savunma konumunda olan bir toplumsal yaşam kurulmaya çalışılması durumu, “köleliğe giden yolun” ilk ve en önemli işareti olarak kabul edilebilir. Böyle bir anlayışta, toplumun sürekli güvenlik baskısı ile korku ve tehdit algılaması içerisinde tutularak denetim altında tutulması, toplumun sivil hayattan koparak askeri bir düzen içerisinde yapılandırıldığı bir sistem oluşmasına zemin hazırlayacaktır. İç ve dış düşman algılamasına dayanan “güvenlik devleti”, anılan gerekçeleri toplumu ve onun yaşam tarzını düzenlemenin aracı olarak kullanabilir. Hayek’inde isabetli olarak belirttiği gibi, güvenlik algılaması, bireysel özgürlük alanını daraltma ve hatta yok etme potansiyelini her zaman bulundurur. Yine böyle bir düzende, “kamunun yararı ve bireyin iyiliği” uğruna özgürlüklerin sınırlandırılması kolaylaşacaktır. Ayrıca güvenliği sağlamakla görevli güvenlik birimleri (ordu, polis yargı vs) ölçsüz yetki ve ayrıcalıklarla devlet yönetimine hâkim olacaklardır. Sonuçta toplumun üyeleri, güvenliklerini sağlamak için bir araç olarak gördükleri ve sırf bu nedenle uydukları devletin birer köleleri olacaklardır. Benjamin Franklin’in belirttiği gibi; “geçici güvenlik uğruna temel özgürlüğünü feda eden insanlar ne özgürlüğe ne de güvenliğe lâyıktırlar.”²⁴

Kuşkusuz, özgür bir toplumsal yapıda güvenlik vazgeçilmez bir unsurdur. Bireyler güvenli bir ortamda özgür olabilirler. Ancak bunun öyle olması, güvenliğin “kendi başına” bir değer olduğu anlamına gelmez. Esasen güvenliğin

²¹ Ronald Myles Dworkin, “Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri”, **Anayasa Yargısı**, S. 28, Ankara, AYM Yayınları, 2011, s. 27.

²² Öztürk, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli mi?**, s. 1.

²³ Tamer Çetin, “Anayasa İçin Özgürlük Yolu-I”, Zaman, 4 Eylül 2012, (Çevrimiçi) http://www.zaman.com.tr/haber.do?haberno=1340747&title=yorum-tamer-cetinyeni-ana_yasa-icin-ozgurluk-yolui&haberSayfa=0, 4 Eylül 2012.

²⁴ Bkz.: Friedrich August von Hayek, **Kölelik Yolu**, Çev. Turhan Feyzioğlu ve Yıldırım Arsan, Ankara, Liberte Yayınları, 2004, s. 165-178.

değeri, özgürlük ve adalet gibi başka değerlerin varlık koşulu olmasındandır. Özgürlüğün olmadığı yerde güvenlik de bulunmayacağından, özgürlüklerin sürekli sınırlandırıldığı bir toplumsal yapı güvenli toplum olmaktan da çıkmıştır²⁵.

Diğer taraftan Yayla'nın verdiği bilgilere göre, bir toplumda var olan temel kurumların (dil, para, pazar, ticaret kuralları, temel ahlâk ve hukuk kodları vb) kendiliğinden ya da Adam Ferguson'un ifadesiyle, "insanın eseri olarak, fakat insan dizaynının ürünü olmadan" ortaya çıktığı olgusu göz ardı edilmemelidir. Herhangi bir siyasî otorite olmasa da, anılan unsurlar varlığını koruyacaktır. Esasında siyasî yapı ve programlar bu kurumları değil ve fakat bu kurumlar siyasetten ve siyasî yapıdan önce gelir. Hayek'in de yerinde olarak belirttiği gibi, her toplum bu kurumlara dayanan kendiliğinden doğan düzenle, bir örgütlenme düzeninin karışımı olan bir sisteme sahiptir. O halde toplumsal güçler kendiliğinden doğan düzeni bozmazlar ve fakat devlet, anılan işlevi yerine getiren bir unsurdur. Bundan dolayı devlet, sınırlı devlet (anayasal devlet) olarak kurgulanmalıdır²⁶. Ayrıca bir toplumsal veya siyasî ilişkilerde "erk", bu ilişkiyi belirleyen insan topluluğunun birlikte karar alıp uygulaması demektir. Toplumsal ve siyasî ilişkilerde zor kullanmanın bir meşruiyet temeline dayanma zorunluluğu, anılan ilişkilerde tarafların ortak kabulünün varlığını zorunlu kılar²⁷.

Arapça 'devl' sözcüğünün kökünden gelen devlet, el değiştirme, elden ele geçme²⁸, değiştiren, dönüştüren gibi anlamlara gelmektedir. Devlet aynı zamanda toplumsal hafızanın bir ürünü olması nedeniyle, ancak kaynağını toplumdan alarak var olabilir. Yüzyıllardır insanların bilinçaltında yer almış bir özne olan devlet, bilinç ve iradesi ile evrenden ayrışabilen insan gibi, kendisini üreten toplumdan da ayrışabilir ya da farklılaşabilir.

Esasında bütün varlıkların bir değişim ve dönüşüm içerisinde olduğu, varlık dünyasında kolayca gözlemlenebilir. Efesli Heraklitos'un (M.Ö. 535-M.Ö. 475) söylediği gibi, "Değişmeyen tek şey, değişimin kendisidir." Bu durum, varlıkların var olmaya devam etmesinin bir şartıdır. Bu temel kurala göre hare-

²⁵ Mustafa Erdoğan, "Özgürlük ve Güvenlik", Milliyet Gazetesi, 15 Kasım 2012, (Çevrimiçi) <http://gundem.milliyet.com.tr/ozguruluk-ve-guvenlik/gundem/gundemyazardetay/15.11.2012/1627179/default.htm>, 15.11.2012.

²⁶ Atilla Yayla, "Liberalizm Eleştirilerinde İnsaf ve Nezaket İhtiyacı", Hürfikirler, 27 Temmuz 2012, (Çevrimiçi) <http://www.hurfikirler.com/yazi2673/liberalizm-elestirilerinde-insaf-ve-nezaket-ihtiyaci.php>, 4 Ekim 2012.

²⁷ Levent Köker, "Özerklik", Zaman Gazetesi, 4 Ekim 2012, (Çevrimiçi) <http://www.zaman.com.tr/haber.do?haberno=1353835&title=ozerklik>, 5 Ekim 2012.

²⁸ Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 14. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2012, s. 127.

ket etmeyen varlıkların anılan niteliklerini sürdürmeleri mümkün değildir. Bu değişim ve dönüşüm evrende tüm varlıkların zaman ve mekân içinde birbiri ile kurdukları iletişim ile gerçekleşirken, insan için durum bundan biraz farklı ve karmaşıktır. Bunun nedeni insanın evrendeki diğer varlıklardan farklı olarak, ona etki edebilme yeteneğine sahip olmasıdır. Durum böyle olunca, insanlar, devlet gibi kendi varoluşunu gerçekleştirebileceği bir dönüşüm aygıtına ihtiyaç duymuştur. İnsanlar genellikle bir arada yaşamının getirdiği karşılıklı davranış ve sorumluluk bilincinin düzenlediği karar düzeneklerinin etrafında biraraya gelmişlerdir. Bu düzenek, insanların ihtiyaçları doğrultusunda açığa çıkan bilgiyi işleyerek toplumun kendisini dönüştürmesine hizmet etmiştir. Dönüşümünde insana yardım eden düzenek olarak devlet, sınırlandırılarak denetlenebilir bir varlık durumuna getirilemezse, kendi varlığı ve güvenliğini her şeyin üstünde tutan bir yaklaşımla insanların isteklerini dikkate almaksızın dönüştüren bir varlığın ortaya çıkması kaçınılmazdır. On yedinci yüzyıl İngiliz düşünür Thomas Hobbes'un (5 Nisan 1588-4 Aralık 1679), "Leviathan ya da Bir Din ve Dünya Devletinin Dokusu, Biçimi ve Erki" adlı eserinde, Leviathan olarak nitelendirdiği devlet²⁹, herhalde anılan nitelikleri haiz bir devlettir.

Devletin en büyük meşruiyet kaynağı olan anayasa, eğer bir "güvenlik anayasası" ise, devleti Leviathan olarak yaratmaktan öte bir işlev görmez. Böyle bir düzende, devlet, tek egemen varlık olarak belirlenmiştir. Güvenlik anayasası ise, bireylerin de kendi varlıklarını o egemenin varlığına, kendi iradelerini o egemenin iradesine, kendi akıllarını o egemenin aklına ve kendi ahlaki değerlerini o egemenin ahlaki değerlerine göre ayarlamasını emreden bir metni ifade eder³⁰. Güvenlik anayasalarının biçimlendirdiği toplumlar ise, aslında öncelikle kendi güvenliğini sağlamak için yarattığı varlığın güvenliğini sağlamakla görevli bir aygıt dönüşür. Totaliter ve otoriter rejimlerdeki durum, bu anlatılanların kurumsallaşmasından ibarettir. Şu halde, toplumsal güven ve istikrar için, devleti denetlenebilir kılmak gerekir.

Yayla'nın da belirttiği gibi, bir toplumda sosyal düzenin yanında, bir de siyasî düzenin bulunduğu kolayca gözlemlenebilecek bir olgudur. Siyasî düşünüş bi-

²⁹ Thomas Hobbes, **Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiastical and Civil**, London, 1651, s. 196; Thomas Hobbes, **Leviathan**, Çev. Semih Lim, 3. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2001, s. 225. Leviathan, efsaneye göre yedi tane başı olan ve denizde yaşayan bir tür yırtıcı hayvandır. **Urban Dictionary**, "Leviathan", (Çevrimiçi) <http://www.urbandictionary.com/define.php?term=Leviathan&defid=762043>, 3 Ekim 2012.

³⁰ Halis Çetin, "Güvenlik Devletinden Güven Devletine Yeni Anayasa", Star Gazetesi, 2 Temmuz 2012, (Çevrimiçi) http://www.stargazete.com/acikgo_rus/guvenlik-devletinden-guven-devletine-yeni-anayasa/haber-626323, 2 Temmuz 2012.

çimlerinin anayasacılığa bakışı, büyük ölçüde anılan iki düzen karşısında benim-sedikleri konum tarafından belirlenir. İki düzenden hangisinin önce geleceği ya da hangi düzenin hangisini belirlemesi gerektiği tartışmaları anayasacılık açısin-dan oldukça önemlidir. Çünkü bir bakıma, anayasacılık siyasî düzenin öncesine ve üstüne sosyal düzeni yerleştirme çabasının sonucudur. Bunun hukukî karşı-lığı, doğal hukukun pozitif hukuku; felsefî karşılığı, doğal hakların siyasî hakları öncelenesidir. Anayasacılık siyasî düzenin ya da devletin sınırlı olmasını isteyen fikir geleneği içinde doğmuştur ve gelişimini halen sürdürmektedir. Anayasacı-lığa bağlı kalmak ve anayasal yönetim geleneğine uygun bir anayasa yapmak, sınırsız ve sorumsuz devlet karşısında, sınırlı ve sorumlu devleti savunmak an-lamına gelmektedir. Eş deyişle sosyal düzenle, sosyal düzenin kurallarıyla, birey hak ve özgürlükleriyle sınırlı ve bireylere karşı sorumlu devleti hedeflemek ana-yasacılık açısından şarttır. Çağdaş siyasî terim biliminde anılan niteliklere sahip bir siyasî yapı, “demokrasiyle” özdeşleştirilmektedir³¹.

Diğer taraftan devletin varlığı, toplumun ve bireyin kendine karşı sorumlu-luğuna ilişkin bir konudur. Eğer toplum devleti yarattıktan sonra onun üstündeki denetim düzeneklerini işletmez ya da işletemez ise mutlaka o, bir başka erkin denetimine geçer. Toplum devleti hangi bilinçle yaratmışsa, bireylerin aynı bi-linçte olmaya devam ederek büyük ölçüde denetim düzenekleri yolu ile onu eli altında bulundurmalıdır. Devlet, anayasa ve diğer hukuki düzenlemeler aracılı-ğıyla toplumdan aldığı emirler doğrultusunda hareket eder. Eğer toplum devleti denetleme sorumluluğunu yerine getirmezse, bu kez devlet toplumu denetle-meye ve kendi emri altına almaya çalışacaktır. Daha da ileri gidip devlet, kendi istekleri doğrultusunda toplumu kendisine karşı sorumlu yapar. Bu aşamadan sonra toplumun istekleri, ihtiyaçları ve güvenliği değil, devletin istekleri, ihti-yaçları ve güvenliği ön plana çıkar. Böyle bir düzende insanlar, toplumu oluşturan birey olarak hakların öznelere değil; devletin belirleyici olduğu bir düzende amaçlarını yerine getirmek için kullandığı nesne durumuna gelir. Esasında ana-yasacılık ve onun araçları, insanı hakların öznesi yapma ve bu durumu devam ettirme çabalarının ürünlerinden başka bir şey değildir. Anayasa yargısı böyle bir sistemde piramidin en üstünde gözcülük görevi yerine getirmelidir.

Buraya kadar anlatılanlardan da anlaşılacağı gibi, uygulamada son iki yüz yıllık bir zaman diliminde biçimlenmiş anayasa yargısının³² düşünsel temelle-

³¹ Atilla Yayla, “Anayasa ve Devletin Sınırlanması”, *Liberal Düşünce Dergisi*, Ankara, Liberte Ya-yınları, Y. 17, S. 66, 2012, s. 10.

³² Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 12. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2012, s. 464; Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, s. 6.

rini oluşturan anayasacılık, insanlığın en zengin ve köklü siyasî, ekonomik ve hukukî düşünce sistemi olan liberal düşünce sisteminin³³ bir ürünüdür³⁴. Çağdaş anlamıyla ilk kez on sekizinci yüzyılda ortaya çıkmaya başlayan ve fakat yirminci yüzyılda gelişen liberal demokrasilerin günümüzdeki görünüş biçimi olan anayasal demokrasi ya da demokratik hukuk devleti³⁵, anayasacılık hareketlerinin ulaştığı son noktayı ifade etmektedir.

Kimi Batılı liberal düşünürler, liberalizmin Batı kültürü ve uygarlığının bir ürünü olduğunu ve Judaizm ile Hıristiyanlık inancının birleşmesinden ortaya çıktığını savunmaktadırlar. Ancak liberal düşüncelere, iki bin beş yüz yıl önce-sinin Çin medeniyetinde bile rastlamak mümkündür. Özellikle, Çinli düşünür Konfüçyüs'ten (M.Ö. 551-479) sonra yaşamış ve onun kimi fikirlerine karşı çıkmış diğer bir Çinli düşünür olan Mozi'nin (M.Ö. 470-391) fikirleri, liberalizmin sadece Batı kültürünün ürünü olduğuna ilişkin iddiaların sorgulanmasına neden olabilecek niteliktedir.³⁶

Ne var ki, mutlak dogmalardan oluşmayan liberalizm, kuşatıcı Batılı devrimci hareket bağlamında biçimlenmiş dinamik bir düşünsel sistem olması nedeniyle anılan devrim hareketinin safhalarına göre anlam değişmesine uğramış olabilir.³⁷

Ne var ki, "bir siyasî teori, anayasacılıktan uzaklaştıkça liberal düşünce-nin, liberal düşünceden uzaklaştıkça anayasacılığın tersine dönüşür. Devletin sınırlanmasını istemeyen hiçbir teori anayasacılığı savunamaz ve anayasal yönetim geleneğine bağlı bir siyasî yönetim biçimine (liberal demokrasi, anayasal demokrasi, anayasal monarşi) yol veremez³⁸".

Sosyalist ideolojiye sahip anayasalı sistemler, erkler ayrılığı ilkesini reddederek, devlet örgütlenmesini erkler birliği ilkesine uygun olarak gerçekleştirmişlerdir. Bundan dolayı anılan nitelikleri haiz anayasaya geleneğine sahip

³³ Atilla Yayla, "Liberalizm Eleştirilerinde İnsaf ve Nezaket İhtiyacı", Hürfikirler, 27 Temmuz 2012, (Çevrimiçi) <http://www.hurfikirler.com/yazi2673/liberalizm-elestinilerinde-insaf-ve-nezaket-ihtiyaci.php>, 4 Ekim 2012.

³⁴ Atilla Yayla, "Anayasa ve Devletin Sınırlanması", *Liberal Düşünce Dergisi*, Ankara, Liberte Yayınları, Y. 17, S. 66, 2012, s. 10.

³⁵ Öztürk, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli mi?*, s. 1.

³⁶ Atilla Yayla, "Konfüçyüs mü Mozi mi?", Zaman Gazetesi, 30 Kasım 2012, (Çevrimiçi) <http://www.zaman.com.tr/yorum/konfucyus-mu-mozi-mi/2022723.html>, 30 Kasım 2012. Mozi'nin fikirleri konusunda daha ayrıntılı bilgi için Bkz.: Evan Osborne, "China's First Liberal", *The Independent Review*, Vol. 16. No. 4, Spring 2012, pp. 533-551.

³⁷ Eric Voegelin, "Liberalism and Its History", Trans. by. Mary Algozin and Keith Algozin, *The Review of Politics*, Cambridge University Press, Vol. 36, No. 4, October 1974, p. 506.

³⁸ Yayla, "Anayasa ve Devletin Sınırlanması", s. 10.

hukuk sistemlerinde AYM gibi bağımsız bir yargı organı bulunmamaktadır³⁹. Sözelimi, İtalya'da ilk zamanlar komünist ve sosyalist ideolojiye sahip siyasi partiler, AYM kurulmasına şiddetle karşı çıkmışlardır. İkinci Dünya Savaşı'nın hemen ardından İtalya'da bakanlık ve başbakan yardımcılığı görevlerinde bulunmuş, İtalya Komünist Partisi (Partito Comunista Italiano, PCI) liderlerinden Palmiro Togliatti (26 Mart 1893-21 Ağustos 1964), İtalya AYM'ye karşı çıkmıştı. Togliatti, İtalya'nın siyasi, ekonomik ve sosyal yapısını kökünden yenileştirmek isteyen emekçi sınıfların doğrudan ve özgür bir ifadesini yansıtacak olası bir çoğunluktan korkanların AYM kurmak istemesine vurgu yapıyordu. Togliatti, mahkemenin kuruluşu ile "ünlü yurttaşların tüm Meclisler ve Parlamento ile demokratik sistemin üzerine çıkarak ve yerleşerek, onun yargıçları olacaklarını" söyleyerek, "Bunlar da kim oluyor? Eğer onları ulus seçmiyorsa güçlerini nereden alıyorlar?" demişti⁴⁰.

Esasın da Yalçın'ın da belirttiği gibi, aşırı sağ (faşist düşünce yapısı) ve aşırı sol (marksist-komünist-sosyalist düşünce yapısı) totalitarizm, hemen hemen aynı kaynaklardan beslenmişlerdir. Anılan akımlar, aynı veya benzer muarıza karşı mücadele açmışlar; kapitalizm, liberal düzen, burjuvazi, çok partili sistem ve çoğulcu toplum düzenini ortadan kaldırmak için ortaklaşa çaba sarfetmişlerdir⁴¹. Aşırı sol totalitarizm gibi, "(f)aşizm özü itibarıyla çoğulcu bir sistem olan demokratik ve liberal düzene karşıdır. ... (F)aşizm ortaya çıktığı her ülkede, demokrasinin, çok partili siyasi hayatın, hür basın yoluyla oluşturulan özgür kamu hayatı ve fikir hayatının, memleketi böldüğü, parçaladığı ve iç çekişmeleri artırdığı inancındadır. Bu nedendir ki, toplumun bütününe yayılmış (totaliter) bir siyasi güç ve yönetim tarzından yanadır. Bu yüzden iktidara gelince, parlamenter sisteme son vereceğinden, siyasi partileri kapatacağından, fikir hayatını, "millî görüşler" doğrultusunda kontrol altına sokacağından, sorumsuz yayınları önlemek için, basına sansür koyacağından, dernekleri kapatacağından, hür sendikacılığa son vereceğinden bahseder.⁴²" Böyle bir düşünce yapısında anayasa yargısı ve onun kurum ve organlarına yer olmadığı açıktır.

Diğer taraftan yaşadığımız yüzyılda, anayasallık denetimi ya da kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, anayasacılıktan ayrı olarak düşünül-

³⁹ Kaboğlu, **Anayasa Yargısı, Avrupa Modeli ve Türkiye**, s. 26.

⁴⁰ İl Han Özay, "Anayasa Mahkemeleri (Ya da Yargısının) Meşruiyeti", **Anayasa Yargısı**, Ankara, AYM Yayınları, S. 9, 1992, s. 68.

⁴¹ Aydın Yalçın, "Faşizmin Doğuşu", **Liberal Düşünce Dergisi**, S. 35, Ankara, Liberte Yayınları, Yaz 2004, s. 19.

⁴² Yalçın, **Faşizmin Doğuşu**, s. 22.

lemezken, bu durum özellikle on dokuzuncu yüzyılda Avrupa’da kabul edilebilir değildi. Anılan döneme hâkim olan hukuk anlayışında yasama organı tarafından yapılan kanun, milli iradenin ifadesi olarak kabul ediliyordu. Milli iradeyi denetleyecek ve sorgulayacak bir düzeneğin varlığı da düşünülemezdi. Ancak on dokuzuncu yüzyılın ortalarından sonra Avrupa’da siyasi partilerin ortaya çıkmaya başlaması⁴³ ile parlamenter hükûmet sisteminde çoğunluğu elde eden parti aracılığı ile yasama ve yürütme bütünlüğü çerçevesinde kanun, artık hükûmet iradesinin dayanışma halindeki bir çoğunluk tarafından uygun bulunmasını ifade etmeye başladı. Avrupa’da yirminci yüzyılda kanunların anayasaya uygunluğunu sağlama ya yönelik yargısal denetim sistemlerinin kurulmasında rol oynayan etkenlerden birisi de, kuşkusuz egemenlik anlayışındaki bu değişimdir⁴⁴.

Devleti oluşturan unsurlardan birisi olan ve aynı zamanda onu örgütleyen bireylerin⁴⁵, sahip oldukları hak ve özgürlükleri koruma ve geliştirme ereği, sınırlı devlet idealinin düşünsel temellerinden birini oluşturmaktadır. Devlet erkinin sınırlandırılmasında, devletin temel kuruluşu ile bireylerin hak ve özgürlüklerine bünyesinde yer veren, değiştirilmesi olağan kanunlara göre zorlaştırılmış katı ve yazılı bir anayasanın kabulü⁴⁶, etkili yöntemlerden birisidir. Ancak anılan niteliklere sahip anayasanın, bu niteliklerinin korunması için, erkler ayrılığı ve hukuk devleti ilkelerinin yanında ayrı bir kuruma ihtiyaç duyulmuştur. Sınırlı devlet anlayışının hâkim olduğu bir devlette en üstün hukuk erkine sahip resmi belge olan anayasanın⁴⁷ hem korunması hem de üstünlüğünün sağlanması için anayasa yargısının varlığı gereklidir. Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı olarak ifade edilen bu ilke, anayasacılığın bir aracı olarak, ayrı başlık altında anlatım konusu yapılacaktır.

Kuşkusuz, kanunları anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, bu amacı gerçekleştirmeyi sağlayan tek çözüm tarzı değildir. “Yasanın, yasama organında yapımı sırasında veya yapımından sonra devlet başkanı tarafından yürürlüğe sokulma aşamasında gerçekleştirilen denetim⁴⁸” ya da kanunların tasarı veya teklif

⁴³ Hüseyin Özcan ve Murat Yanık, **Siyasi Partiler Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2007, s. 17-19.

⁴⁴ Teziç, **Anayasa Hukuku Genel Esaslar**, s. 215-217.

⁴⁵ Teziç, **Anayasa Hukuku Genel Esaslar**, ss. 132-137; Niyazi Öktem, “Yeni Anayasada ‘Millet’ Vurgusu”, Milliyet Gazetesi, 28 Nisan 2013, (Çevrimiçi) <http://gundem.milliyet.com.tr/yeni-anayasada-millet-vurgusu/gundem/gundemyazardetay/28.04.2013/1699606/default.htm>, 28 Nisan 2013.

⁴⁶ Onar, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler**, s. 9.

⁴⁷ Mustafa Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, Orion Yayınları, 2005, s. 37.

⁴⁸ Onar, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler**, s. 19.

olarak yasama organına sunulmasından yürürlüğe girmesine kadar geçen sürede yapılan denetimini ifade eden siyasi denetim de kanunların anayasaya uygunluğunu sağlamada bir araçtır⁴⁹. Özellikle kanun üzerinde devlet başkanının sahip olduğu mutlak veya geciktirici veto yetkisi (Türk hukuku bakımından kanunun bir daha görüşülmek üzere geri gönderilme yetkisi (Any. 104/6) olarak ifade edilen “geciktirici veto yetkisi (Any. md.89/2 ve 3)”), çift meclis sistemi, yasama organındaki komisyonlar⁵⁰, meclis başkanlığı ve meclis genel kurulu denetleme işlevini yerine getiren siyasi denetim araçları olarak sayılabilir⁵¹.

Türk hukukunda TBMM Başkanı'nın kanunların anayasaya uygunluğunun siyasi denetimi konusunda herhangi bir yetkisi olmamakla birlikte, anılan yetki İsveç'te Meclis Başkanına verilmiştir. Buna göre, Meclis Başkanı, yasama organına sunulan bir kanun teklifinde yer alan hükümlerden herhangi birinin temel kanunlara aykırı olduğunu düşünüyorsa, bu konudaki görüşünü gerekçeli bir şekilde belirterek, kanunu meclis genel kurulu gündemine almayı reddedebilmektedir.⁵²

Ancak, yasama organında sayısal çoğunluğu elde etmiş olan siyasi parti ya da partilerde katı bir parti disiplini olması kimi zaman gözlenebilen bir olgudur⁵³. Ayrıca, parti içi demokrasinin hiç bulunmayışı ya da yetersizliği, yasama organında kanuna karşı muhalefetin yeterince yapılamamasına neden olabilmektedir⁵⁴. Yasama organı üyelerinin, kanunun düzenleme alanına ilişkin teknik bilgisinin yetersiz olması da çoğunlukla kanunların, yasama organı üyeleri tarafından fazla tartışılmadan ve sonuçları yeterince irdelenmeden yasama organına getirilerek oylanması sonucunu doğurabilmektedir.

Yine, yasama organındaki çoğunluk ile devlet başkanının aynı ya da benzer siyasi görüşü paylaşmaları ya da daha sonra bir şekilde ikisi arasında siyasi görüş birlikteliğinin meydana gelmiş olması olasılıklarında, siyasi denetim yolunun kendisinden beklenen faydayı sağlayamayacağı açıktır. Bütün bu sayılan

⁴⁹ Gönenç, **Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı**, s. 4.

⁵⁰ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, s. 394.

⁵¹ Gönenç, **Yasaların Anayasaya Uygunluğunun Denetimi ve Anayasa Yargısı**, s. 4.

⁵² Gönenç, **Siyasi İktidarın Denetlenmesi, Dengelenmesi ve Anayasalar**, s. 17.

⁵³ Özellikle Avrupa ve Türkiye siyasi geleneğinde siyasi partiler büyük ölçüde disiplinlidir. Levent Köker, “Nasıl ve Ne İçin Başkanlık Sistemi?”, Zaman Gazetesi, 15 Kasım 2012, (Çevrimiçi) <http://www.zaman.com.tr/yorum/yorum-levent-koker-nasil-ve-ne-icin-baskanlik-istemi/2015954.html>, 16 Kasım 2012.

⁵⁴ Parti içi demokrasi kavramı için bkz.: Murat Yanık, **Parti İçi Demokrasi**, İstanbul, Beta Yayınları, 2002, s. 95-99.

etkenler siyasi denetim yolunun yargısal denetime göre, daha az güvenceli olmasına neden olabilmektedir. Bundan dolayı, anayasaya uygunluğu sağlamaya yönelik her türlü yargısal işlem anlamında anayasa yargısı, en etkin hukuki güvence olarak kabul edilmektedir⁵⁵. Ayrıca, hukuki bir yapı olarak devlet örgütlenmesinin her türlü eylem ve işlemlerinin ve özellikle de yasama organı işlemlerinin anayasaya uygun olması zorunluluğuna⁵⁶ ilişkin inanç, aynı zamanda anayasa yargısının düşünsel temellerinden birisini oluşturmaktadır.

Son olarak yazılı anayasa geleneğinin oluşması, anayasa yargısının yaygınlaşmasında ve benimsenmesinde büyük ölçüde etkili olmuştur. ABD Anayasası'nın 17 Eylül 1787'de Philadelphia-Pennsylvania'da Anayasa Konvansiyonu tarafından kabul edilmesinden sonra⁵⁷ anayasayı yazılı hale getirme düşüncesinin Avrupa devletlerini etkilemesi, ilk olarak 1791'de Polonya ve aynı yıl Fransa Anayasaları'nın kabul edilmesi ile sonuçlanmıştır⁵⁸. Yirmi birinci yüzyıla gelindiğinde birkaç ayrık durum dışında devletlerin tamamının yazılı bir anayasaya sahip olduğu gözlenmektedir. Anılan ayrık durumları Birleşik Krallık ve İsrail oluşturmaktadır. İsrail'de özellikle 1948-1950 yılları arasındaki anayasa tartışmalarında, "devletin" (lâik ve dinî) anlamları konusunda uzlaşmaya varılamaması, anılan tartışmaların bir anayasa yapımıyla sonuçlanmasını engellemiştir. Yasama organı (Knesset) 1950'de anayasa yapma girişimlerini durdurarak, tam olarak anayasal düzeyde olmamakla birlikte, çeşitli temel kurulları ve konuları düzenleyen çok sayıda "temel kanun"un kabul edilmesi yöntemini benimsemiştir. Bu temel kanunlara, 1951 Equal Rights for Women Law ve 1992 Basic Laws: Human Dignity and Liberty örnek verilebilir.⁵⁹

II. ANAYASACILIĞIN BAZI ARAÇLARI

Anayasa yargısı açısından, "iktidarın elde edilmesini, kullanılmasını ve devrini, devletin yapısını, başlıca hukukî işlemlerin (hukuk kuralları) konulma-

⁵⁵ Hasan Tunç ve Faruk Bilir, **Anayasa Hukuku**, Ankara, Gazi Kitabevi, 2005, s. 147.

⁵⁶ Attila Özer, **Anayasa Hukuku, Genel İlkeler**, Geliştirilmiş 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s. 295.

⁵⁷ Jack Walter Peltason, **Amerika Hakkında, Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Açıklamalı**, A.B.D. Dışişleri Bakanlığı Uluslararası Bilgi Programları Bürosu, 2004, s. 10.

⁵⁸ 3 Mayıs 1791 Polonya Anayasası için bkz.: **Polish American Congress Illinois Division**, "May 3rd 1791, Constitution of Poland", (Çevrimiçi) <http://www.polishconstitution.org/index1.html>, 31 Ağustos 2015. 3 Eylül 1791 Fransa Anayasası için bkz.: **The National Assembly of France**, "September 3rd 1791, Constitution of France", (Çevrimiçi) <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/constitutions/constitution-de1791.asp>, 31.08. 2015.

⁵⁹ Hanna Lerner, **Making Constitutions in Deeply Divided Societies**, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 51-107. Özellikle bkz.: p. 52, 53 ve 103.

sını ve rejimini; insan haklarını, hukuk kuralları hiyerarşisinin en üst düzeyinde düzenleyen, kendine özgü bir makam tarafından (otorite) yapılmış hukuki bir işlem” olarak tanımlanan anayasanın⁶⁰ varlığı gereklidir.

Anayasalar, devlet iktidarının kullanılmasını çeşitli kurumlar ve kurallar yolu ile düzenleyip onu sınırlandıran siyasi araçlar olmakla birlikte⁶¹, anılan işlevlerini yerine getirebilmek için başka araçlara ihtiyaç duyarlar. Özellikle anayasaların yazılı hale gelmesi onların pozitif hukukun birer parçası olması yanında, anayasacılığın araçlarının ya da unsurlarının daha da belirginleşmesine neden olmuştur. İlk anayasacılık hareketlerinden günümüze kadar erkler ayrılığı, hukukun üstünlüğü ya da hukuk devleti ilkesi, anayasal insan hakları rejimi, federalizm⁶² ve bunlara ek olarak anayasanın üstünlüğü ilkesi anayasacılığın unsurları ya da araçları olarak kabul edilmektedir⁶³. Hukuk devleti ilkesi oldukça geniş bir konu olması nedeniyle, makalenin hacmini makul ölçülerde tutmak için, bu çalışmada anılan ilke dışındaki Anayasacılığın araçları anlatım konusu yapılmıştır.

Günümüzde anayasaların çoğunluğu anılan unsur ya da araçlara değişen ölçülerde bünyelerinde yer vermektedir. Özellikle insan hakları ve erkler ayrılığı unsurları anayasacılık açısından o kadar önemlidir ki, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi (FİYHB) md.16’da insan haklarının güvenceelenmediği ve erkler ayrılığının sağlanmadığı devletler anayasaya asla sahip değildir denilmiştir⁶⁴.

A. Erkler Ayrılığı İlkesi

Erkler ayrılığı ilkesi devlet iktidarının paylaşılmasını ve devlet içerisindeki farklı işlevlerin (kanun yapma, yargılama ve yürütme ya da yönetmenin) farklı organlar elinde bulunmasını ifade eder. Ancak anılan ilkeden sadece, yasama, yürütme ve yargı işlevlerinin ayrı organlar tarafından yerine getirilmesini ifade eden yatay erkler ayrılığı anlaşılmalıdır. Devletin federal devlet-federe devlet şeklinde örgütlenmesini ifade eden dikey erkler ayrımı da, erkler ayrılığı ilkesi çerçevesinde değerlendirilmektedir.

Hem anayasacılığın araçlarından hem de anayasal demokrasinin gereklerinden olan erkler ayrılığı ilkesi, devlet içindeki erklerin tek bir elde toplanmasını önler. Bireysel özgürlüğün en önemli kuramcılarından ve tarihçilerinden birisi

⁶⁰ Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, s. 41 ve 42.

⁶¹ Leslie Lipson, **Demokratik Uygulama**, Çev. Haldun Güllalp ve Türker Alkan, Ankara, Türkiye İş Bankası Yayınları, 1984, s. 352.

⁶² Yayla, “Anayasacılık, Anayasal Demokrasi ve İdeolojiler”, s. 14.

⁶³ Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, s. 20 ve 21.

⁶⁴ Burhan Kuzu, **Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011, s. 854.

olan on dokuzuncu yüzyılda yaşamış İngiliz düşünür Lord Acton'ın "İktidar yozlaşır. Mutlak iktidar mutlaka yozlaşır."⁶⁵ (Power corrupts, absolute power corrupts absolutely) sözünden hareket eden erkler ayrılığı ilkesinin temel amacı, yasama, yürütme ve yargıyı temsil eden erklerden her birinin farklı organların elinde bulunmasını sağlamaktır⁶⁶. Gerçekten de, Yayla'nın da belirttiği gibi, Lord Acton'ın anılan sözüyle iktidarın, ona sahip olanların özelliklerinden bağımsız olarak genel ve değişmez bir özelliği vurgulanmaktadır. İktidarlar, sınırlı iktidar ve sınırsız iktidar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Her siyasi iktidarın doğasında yozlaşma eğilimi bulunmaktadır. Fiilen yozlaşıp yozlaşmama ihtimali ise birçok şarta bağlı olabilir. Ancak, sınırsız olması halinde iktidarın yozlaşacağı kesindir. Bunun böyle olacak olması iktidar sahiplerinin kişisel özelliklerinin ne olduğundan ayrı ve bağımsızdır.⁶⁷ İşte erkler ayrılığı ilkesiyle hem anılan yozlaşmanın önüne geçilmek istenmiş, hem de yasama, yürütme ve yargılama erklerinin birbirlerini dengelemeleri ve özgürlükler karşısında sınırlandırılmaları amaçlanmıştır.

Esasen ilk zamanlarda erkler ayrılığı düşüncesinin tek amacı, insan hak ve özgürlüklerini sağlamaktır. Ancak anılan ilke zaman içerisinde hukuk tekniği açısından kuramsal bir kavram olarak devletin işlevlerini yerine getirirken, üç ayrı hukuki erke ihtiyaç olduğu düşüncesine dayanak olmuştur⁶⁸.

Erkler ayrılığı ilkesinin anayasalarda yer bulması son iki yüz yıllık bir zaman diliminde gerçekleşmiştir. Ancak bu ilkenin ortaya çıkması oldukça eskilere dayanmaktadır. Avrupa siyasi hayatına en uzun süreli etkide bulunan düşünür olarak kabul edilen Aristoteles⁶⁹, "Politika" adlı eserinde Atina ve gözlemlediği diğer eski Yunan şehir devletlerinde, kamusal ilişkiler konusunda tartışmaların ve görüşmelerin yapıldığı meclis, alınan kararları yerine getiren ve yürüten kamu görevlileri (hükûmet) ve yargı sistemi ya da yargı düzeni olmak üzere üç ana organdan söz etmektedir⁷⁰. Meclis, hükûmet ve yargı sistemi arasındaki

⁶⁵ Belirten: Gönenç, **Siyasi İktidarın Denetlenmesi, Dengelenmesi ve Anayasalar**, s. 1.

⁶⁶ Montesquieu'nun belirttiği gibi, deneyimler iktidar sahibi bütün insanların, iktidarlarını kötüye kullanma eğiliminde olduklarını ve otoritelerini sonuna kadar uygulayacaklarını göstermiştir. Montesquieu, **The Spirit of Laws**, Book XI, Chapter 4, p. 172.

⁶⁷ Atilla Yayla, "Mutlak İktidar ve Yozlaşma", Zaman Gazetesi, 6 Şubat 2009, (Çevrimiçi) <http://www.zaman.com.tr/haber.do?haberno=812111&title=yorum-atilla-yayla-mutlak-iktidar-ve-yozlasma>, 10 Ağustos 2012.

⁶⁸ Haluk Yavuz, **Türkiye'de Siyasal Sistem Arayışı ve Yürütmenin Güçlendirilmesi**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2000, s. 137.

⁶⁹ Murat Güzel, "İnsanoğlu Siyasetle Kaimdir", Star Gazetesi, 2 Eylül 2012, (Çevrimiçi) <http://haber.stargazete.com/acikgorus/insanoglu-siyasetle-kaimdir/haber-685558>, 19 Kasım 2012.

⁷⁰ Aristotle, **Politics**, Trans. By Benjamin Jovett, Kitchener, Batoche Books, 1999, p. 100; Aristoteles, **Politika**, Çev. Mete Tunçay, 6. Baskı, İstanbul, Remzi Kitabevi, 2002, s. 124-127.

ayrım çok belirgin ve kesin olmamasına karşın, belki de tarihte ilk kez devlet içindeki iktidar dağılımı ile ilgili bu üç erkten söz edilmesi oldukça önemlidir.

Aristoteles'in Politika'da bahsettiği erkler ayrılığı benzeri sistem Roma Cumhuriyeti'nde de gözlenmektedir. Roma'nın cumhuriyet dönemi hukuk sisteminde, seçimlere ve dışişlerine ilişkin konularda karar vermek ve başta ölüm cezaları olmak üzere kimi önemli kararları onaylamak gibi görevleri yerine getiren halk meclisleri, yönetime ilişkin konularda danışma işlevini gören senato ve çeşitli idari ve hukuki görevleri yapan kamu görevlileri bulunmaktaydı⁷¹.

Roma'da krallık yıkıldıktan sonra kurulan cumhuriyet döneminde, Magistralar (Consul), Curia Meclisleri (Comitia Curia), Centuria Meclisleri (Comitia Centuriata) ve Senato (Senatus) iktidarda pay sahibi olmuştur. Magistralar yürütme organı niteliğindediler ve sahip oldukları imperium yetkisi ile idari, askeri ve yargısal görevleri yerine getiriyorlardı⁷². Curia Meclisleri, vatandaşlara ait olan imperiumu bir kanunla, vekâleten yeni seçilmiş Magistralara yöneltir ve verirdi. Magistraların seçilmesine ilişkin işlemler bu meclislerin katılımı ile ve uygun görmesiyle tamamlanabilirdi⁷³. Halk meclisi olarak da görev yapan Centuria Meclislerinin seçimler, yargı ve yasamaya ilişkin olmak üzere çeşitli yetkileri bulunmaktaydı. Centuria Meclisleri, Magistraların seçimleri, yargılanmaları ve cezalandırılmalarında görevliyidiler. Ayrıca kanunların kabul veya reddedilmesinde de mutlak bir yetkiye sahiptiler. Savaş ve barış hakkında karar vermek ile anlaşmaların onayı ya da reddine ilişkin kararlar da bu meclislerde alınırdı⁷⁴.

Esasında bu anlatılanlardan eski Yunan ve Roma'da çağdaş anlamda erkler ayrılığının varlığından söz etmek oldukça zordur. Ancak, iktidarın sınırlandırılması düşüncesinin varlığının işareti olan karma hükûmet sistemine benzer bir yapının olduğu kolayca anlaşılmaktadır. Diğer taraftan bu dönemde olanak oldukça toplumu oluşturan bütün sınıflar (köleler ve kadınların sahip olduğu durum ayrık olmak üzere) arasında dengenin sağlanarak iktidarın kurgulanması düşüncesi, sistemi şekillendirici ana etken olmuştur. Kuşkusuz bu durum, devletin hukuk kurallarına uygun olarak yönetilmesini ve yönetenlerin kanuna bağlılığı düşüncesini de beraberinde getirmiştir⁷⁵.

⁷¹ John Archibald Fairlie, "The Separation of Powers", *Michigan Law Review*, Vol. 21, No. 4, 1923, p. 394.

⁷² Recai Galip Okandan, *Roma Amme Hukuku*, İstanbul, 1944, s. 37.

⁷³ Okandan, *Roma Amme Hukuku*, s. 41.

⁷⁴ Ziya Umur, *Roma Hukuku Ders Notları*, İstanbul, 1987, s. 27.

⁷⁵ Vile, *Constitutionalism and The Separation of Powers*, p. 25.

Eski Yunan ve Roma Cumhuriyeti'nden daha yakın dönemlere geldikçe erkler ayrılığı ilkesinin daha da belirginleştiği gözlenmektedir. Bu dönemde özellikle "Barış Savunusu" (Defensor Pacis) adlı eserin yazarı Podava'lı Marsilius'un (1275-1342, Marsilius of Padua) görüşleri önemlidir. Anılan yazar, Ortaçağ'a damgasını vurmuş din kurumunu yorumlama tekeli elinde bulunduran ve onun kitleleri yönlendirici özelliğinden sonuna kadar yararlanmış olan Papalık makamının iktidarına karşı ciddi eleştirilerde bulunmuştur. Podava'lı Marsilius'un kanun koyucu ile kanun uygulayıcılar arasında yaptığı ayırım erkler ayrılığı ilkesi açısından oldukça önemlidir. Anılan düşünür kanunu yapan devleti, onları uygulayan görevlileri ve kanunların uygulanma sürecini ayrı düşünmüştür. Ortaçağ'da hukukun kaynağı olarak (dolaylı da olsa) bireyin düşünülmesinin, daha sonraları ortaya çıkacak olan yasama organı ya da parlamento düşüncesi üzerindeki etkisi yadsınmaz⁷⁶.

Dönemin diğer bir düşünürü olan Aquina'lı Thomas (Thomas Aquinas, 1225-1274) Papa'nın iktidarının Tanrı'dan gelmekle birlikte, dünyevi iktidarın kaynağının halk olduğunu söylemiştir⁷⁷. Aquina'lı Thomas'a göre bütün iktidarın kaynağı Tanrı'dır⁷⁸ (Nulla potestas nisi a Deo). Ancak iktidarın yeryüzünde nasıl kullanılacağı belirlenmemiştir. Toplum, iktidarı kullanacakları kendisi seçer (Omnis potestas a Deo per populium)⁷⁹. Her iki düşünürün eleştiri ve çıkarımları iktidarın sınırlandırılması düşüncesi ve kaygısının sonucudur.

Aquina'lı Thomas'a göre, en iyi yönetim biçimi monarşinin, aristokrasinin ve demokrasinin karışımından oluşan bir krallıktır. Bu krallıkta herkesi yöneten erdemli bir kişi ve onun emrinde erdemli yöneticilik eden başkalarının bulunması gerekir. Yönetilenler, yönetenlerin belirlenmesi sürecine katılmıdır.⁸⁰

Ortaçağ'da erkler ayrılığı ilkesi, çağdaş dönemde sahip olduğu anlamında olduğu gibi çok net bir biçimde gözlenmemekle birlikte, dönemin iktidar

⁷⁶ Bkz.: Vile, **Constitutionalism and The Separation of Powers**, p. 26 and 27.

⁷⁷ Howard Scott Gordon, **Controlling The State, Constitutionalism from Ancient Athens to Today**, Cambridge, Harvard University Press, 1999, p. 29.

⁷⁸ Bütün iktidarların Tanrı'dan geldiği (Omnis potestas a Deo) sözünü daha başlangıçta İsa Peygamber'in havarilerinden ve Paul the Apostle olarak da isimlendirilen Saint Paul (M.S. 5- M.S. 67) söylemişti. Münci Kapani, **Politika Bilimine Giriş**, 12. Baskı, Ankara, Bilgi Kitabevi, 2000, s. 69. Dolayısıyla esasında Aquina'lı Thomas'ın yaptığı şey, Hristiyanlık inancı üzerinde büyük etkileri olmuş bir din adamının söylediklerini tekrardan ibaretti.

⁷⁹ Teziç, **Anayasa Hukuku**, s. 105.

⁸⁰ Aquinum'lu Thomas, "Prenslük Yönetimi Üstüne'den Seçme Parçalar", **Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi Seçilmiş Yazılar Eski ve Ortaçağlar**, C. 1, Çev. Mete Tunçay, Haz. Mete Tunçay, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006, s. 460-462.

ilişkileri, büyük ölçüde ekonomik yapının ve ilişkilerin biçimlendirdiği siyasi yapıdan etkilenmiştir⁸¹. Kralın (Monark) ve kimi feodal otoritelerin başat rol oynadığı bu yapıda idari, yargısal, sivil ve askeri birçok işlev anılan unsurlar tarafından yerine getirilmiştir. Özellikle feodal otoritelerin ekonomik çıkarlarını korumak amacıyla kurulmuş feodal meclisler, aynı zamanda yargısal görevler de üstlenmiştir⁸².

Erkler ayrılığı ilkesinin günümüzdeki anlamına yakın bir anlamda ortaya çıkışı on sekizinci yüzyıla rastlamaktadır. Özellikle Ortaçağ'dan günümüze daha yakın dönemlere geldiğinde iktidarın paylaşılması ile ilgili ilk sistemli felsefi incelemeler, İngiliz düşünür ve siyasetçi John Locke (29 Ağustos 1632 - 28 Ekim 1704) ile Fransız düşünür ve siyasetçi Charles-Louis de Secondat, Baron de La Brède et de Montesquieu (18 Ocak 1689 - 10 Şubat 1755) tarafından kaleme alınmıştır. Anılan düşünürler anayasacılığın tam merkezinde yer alan erkler ayrılığı ilkesinin temellerini atmışlardır⁸³.

Locke'a göre, 'doğal hukuk', bütün insanlar bakımından, diğerlerinin yanında kanun koyucu bakımından da ölümsüz bir kural olarak geçerlidir⁸⁴. Yasama organı kendisine keyfi kararlar alacak şekilde kural koyma erki tanıyamaz. Yasama organı, adalet dağıtmak ve kanunlara dayanan ve yetkilendirilmiş hâkimler tarafından uygulanması yoluyla tâbi olanların hakları konusunda karar vermekle yükümlüdür⁸⁵. İster mutlak keyfi erk olsun ister uzlaşmaya varılan kanunlara dayanmayan yönetim olsun hiçbir toplumsal ve yönetimin amaçlarını karşılayamaz⁸⁶. Tasarrufta bulunma erki kamunun iyiliğine yönelik bir takdire uygun şekilde kullanılmalıdır⁸⁷. Locke'un erkler ayrılığında yargı erki çok belirgin olmamakla birlikte⁸⁸ yasama, devlet iktidarının, devleti oluşturan topluluğu korumak için nasıl kullanılacağını belirleyen erki ifade etmektedir. İkinci erk olan federatif erk, kendi içinden yürütme erkini de çıkarır ve

⁸¹ Ortaçağ'da Avrupa'da üretim ilişkileri ve sosyal yapı ile ilgili olarak bkz.: Erol Öz, **Feodalizm, İZM'ler Dizisi 2**, İstanbul, BDS Yayınları, 1996.

⁸² John Archibald Fairlie, "The Separation of Powers", **Michigan Law Review**, Vol. 21, No. 4, 1923, p. 394.

⁸³ Yayla, "Anayasacılık, Anayasal Demokrasi ve İdeolojiler", s. 14.

⁸⁴ John Locke, **Two Treatises of Government**, London, 1823, Chapter XI, Sec. 135, p. 163.

⁸⁵ Locke, **Two Treatises of Government**, Chapter XI, Sec. 136, p. 163 and 164.

⁸⁶ Locke, **Two Treatises of Government**, Chapter XI, Sec. 137, p. 164 and 165.

⁸⁷ Locke, **Two Treatises of Government**, Chapter XIV, Sec. 160, p. 176.

⁸⁸ Locke yargıyı yürütme erkinin içinde düşünmüştür. Alaeddin Şenel, **Siyasal Düşünceler Tarihi, Tarihöncesinde İlkçağda Ortaçağda ve Yeniçağda Toplum ve Siyasal Düşünüş**, Kısaltılmış 6. Baskı, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara, 1996, s. 344 ve 345.

genel olarak devletler arasında savaş ve barışa karar vermek, ittifaklar kurmak ve devletin dışındaki kişilerle ilgili her türlü işlemi yapmak gibi görevleri bulunmaktadır. Daha çok ulusal alana ilişkin kanunları uygulayan erk, yürütme erki adını alırken; kamunun dış güvenlik ve faydasını sağlamakla görevli erk ise, federatif erki oluşturmaktadır⁸⁹.

Locke'dan sonra erkler ayrılığı ilkesini en derinlikli ve günümüzdeki anlamına en yakın anlamda çalışmalarında işlemiş ve anılan ilkenin anlaşılması konusunda katkı sağlamış kişi, Montesquieu'dur. Erkler ayrılığı ilkesinin geç mucidi olarak da nitelendirilen Montesquieu⁹⁰ "Kanunların Ruhı" (Esprit des Lois⁹¹) adlı eserinde erkler ayrılığını İngiliz parlamenter hükümet sistemi ve büyük ölçüde Locke'un görüşlerini esas alarak işlemiştir. On sekizinci yüzyıl Aydınlanma Çağı düşünürlerinden olan ve aynı zamanda aristokratik bir aileden gelen "Montesquieu, devlet gücünü, özellikle de kuvvetler ayrılığı aracılığıyla bölerek despotizme karşı çıkma ihtiyacını vurgulamıştır⁹²."

Montesquieu hayatı boyunca Viyana, İtalya, Almanya, Hollanda ve Londra gibi daha birçok değişik ülke ve şehirlerde bulunmuştur. Böylece, "(ç)eşitli ülkeler görüşü, öte yandan özellikle eski Yunan ve Roma hakkında olmak üzere geniş tarih kültürü, 18. Yüzyılda Avrupalı gezginlerin gördükleri ülkelerin düzenlerini anlatan pek çok gezi notları, Montesquieu'yu yeni bir siyaset kuramı kurmaya kalkışması konusunda etkilerken, Doğu monarşisi, Fransız monarşisine karşı olumsuz görüşlerini formüleştirmede, İngiliz parlamentarizmi ise mutlak monarşiye karşı bir siyasal düzenin ilkelerin ne olacağı yolunda, kendisine örneklik etmiştir⁹³."

Düşünüğe göre, özgürlük kanununun emretmediği bir şeyi yapmaya zorlanmamayı içerir ve bir kimse medeni kanunlar tarafından yönetiliyorsa özgür olabilir⁹⁴. O halde özgür olmanın şartı medeni kanunlara uymaktır ya da

⁸⁹ Bkz.: Locke, **Two Treatises of Government**, Chapter XII, Sec. 143-148, pp. 167-169.

⁹⁰ Cemal Bali Akal, **Yasa ve Kılıç**, Afa Yayınları, İstanbul, 1991, s. 122.

⁹¹ Eserin İngilizcesi için bkz.: Charles-Louis de Secondat, Baron de Montesquieu, **The Spirit of Laws**, Trans. by Thomas Nugent, Batoche Books, Kitchener, 2001; Türkçesi için bkz.: Montesquieu, **Kanunların Ruhı Üzerine I** ve **Kanunların Ruhı Üzerine II**, Çev. Fehmi Baldaş, 2. Baskı, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, İstanbul, 1998.

⁹² Andrew Heywood, **Siyaset**, Çev. Bekir Berat Özipek ve Diğerleri, Liberte Yayınları, Ankara, 2006, s. 448.

⁹³ Alaeddin Şenel, **Siyasal Düşünceler Tarihi, Tarihöncesinde İlkçağda Ortaçağda ve Yeniçağda Toplum ve Siyasal Düşünüş**, Kısaltılmış 6. Baskı, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara, 1996, s. 349.

⁹⁴ Montesquieu, **The Spirit of Laws**, Book XXVI, Chapter 20, p. 516.

kişi medeni kanunlara uyduğu ölçüde özgürdür. Diğer taraftan insanlar doğal halde, eşit doğarlar ve fakat eşit kalmazlar. Yaşadıkları toplum onların eşitliği kaybetmelerine neden olur. Bireyler sadece kanunlar aracılığı ile eşit hale gelebilirler⁹⁵.

Montesquieu, siyasi erki yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üçe ayırmaktadır. Esasen o, bu düşüncelerini daha çok İngiliz yönetimi üzerindeki gözlemleri sonucu olgunlaştırmıştır. Gerçekten İngiliz hükûmet sisteminde iktidar kral, yasama organı ve mahkemeler arasında paylaştırılmıştır. Erkler ayrılığı ilkesi devletin üç işlevinden (yasama, yürütme ve yargı) her birinin, devletin ayrı bir kurumuna (meclis, hükûmet ve adliye) verilmesi gerektiği düşüncesine dayanır. Böyle bir düşüncenin amacı, baskıcı bir yönetimi uzak tutacak ve özgürlüğü savunacak biçimde devlet iktidarının paylaştırılmasıdır. Bunu gerçekleştirmek için de, anılan kurumlar arasında bağımsızlığı sağlamak için çaba ya da görevli farklılaşmasına dikkat edilmelidir. Ayrıca yasama, yürütme ve yargı organları arasındaki yetki paylaşımı, aynı organlar arasında denge ve denetim düzenekleri oluşturacak biçimde gerçekleştirilmelidir. Nitekim erkler ayrılığı ilkesi, en sağlam biçimiyle anayasanın temelini oluşturduğu ABD’de uygulanmakta ve özellikle yargı bağımsızlığı ilkesi adı altında, bütün liberal demokrasilerde belirli ölçüde saygı görmektedir⁹⁶.

Ne var ki, Yalçın’ın da belirttiği gibi, “... Klâsik devlet kuruluşunda, kuvvetler ayrımı prensibi yanında, açık ve çoğulcu toplum düzeninde, özerk bazı müesseselerin bulunuşu, bazı sorunlar doğurur; hür basın ve özerk üniversiteler yanında, dernek kurma, sendika kurma özgürlüklerinin var oluşu, özerk mahallî idareler, özgür siyasî dernek ve örgütlerin bulunuşu, devlet idaresinde bazı zorluklar yaratmaktadır. Amerikan demokrasisinde “frenleme ve dengeleme” (checks and balances) adı verilen bir sürecin, demokrasi, ferdî haklar ve özgürlükler için zorunlu sayılması bu nedendir. Hiç şüphe yok, yetkisini halktan alan yürütme gücü ve yasama gücü, bu yetkiyi kullanırken, girişimini zaman duraklatan, geri çeviren ve zorlaştıran bu “frenlemeler ve dengelemeler”le karşılaşmaktadır⁹⁷”.

Esasında başta Montesquieu olmak üzere erkler ayrılığı ilkesini dile getiren Locke, Hayek ve diğer düşünürlerin temel çabası, yargıyı bir erk olarak ortaya çıkarmak değildir. Onlar daha çok temel erk olarak yasama ve yürüt-

⁹⁵ Montesquieu, **The Spirit of Laws**, Book VIII, Chapter 3, s. 132.

⁹⁶ Heywood, **Siyaset**, s. 452.

⁹⁷ Yalçın, “Faşizmin Doğuşu”, s. 16 ve 17.

meye vurgu yapmışlardır. Yargı ise bağımsız bir erk değildir. Yargı, en üstün irade olan halk iradesinin yansıması olan yasama organının yaptığı kanunları ya da koyduğu kuralları, onun yorumuna ve amacına uygun kalmak şartıyla uygulamakla görevli bir erk olarak kabul edilmektedir. Bu yönüyle onu diğer devlet görevlilerinden ayıran hiç bir nitelik bulunmamaktadır. Erkler ayrılığı ifadesine yargının da eklenmesi, onun üzerinde baskı kurulmasını önlemek amaçlı olduğu kadar, aynı zamanda kendisinin bir baskı aracı olmasını önlemeye yönelik bir çabadır. Montesquieu'nun ifadesiyle, 'ağırlığı olmayan erk' olan yargı ve onun görevlileri olan hâkimler, "kanunun sözlerini telâffuz eden bir ağızdan başka bir şey değildir"⁹⁸.

Esasında Montesquieu'nun yasama, yürütme, yargı erkleri ayrımında en zayıf erki yargı oluşturmaktaydı. Montesquieu'nun anlayışındaki yargı ve hâkim düşüncesi, soylular sınıfının çıkarlarına hizmet eden içerikte tasarlanmıştı ve bununla daha çok anılan sınıfın oligarşik çıkarlarının gözetilmesi amaçlanmıştı.⁹⁹

Montesquieu'nun erkler ayrılığı konusundaki esin kaynaklarından diğerini, Roma siyasi düzeni ve eski Yunan'dan beri süregelen, özellikle Roma'da üzerinde önemle durulan karma yönetim düşünceleri oluşturmaktadır. Bu anlamda, Montesquieu'nun siyasi düşüncesi, dengeye ve iktidarın iktidarla sınırlandırılması düşüncesine dayanır. Yöneticilerin devlet gücünü kendi çıkarlarına kullanması, ancak ikinci bir iktidarın varlığı ile engellenebilir. Bunu sağlamak için, devletin varlığını ortaya çıkaran çeşitli erkleri birbirinden ayırmalı ve onlar farklı ellere verilmelidir. Siyasi özgürlüğü güvenliğe bağlayacak iktidarlar dengesi ancak bu şekilde kurulabilir¹⁰⁰. O halde, Aristoteles'ten yaklaşık iki bin yıl sonra Montesquieu tarafından yeniden ele alınan erkler ayrılığı hukukî anlamda organlar ayrımından çok, siyasi ve toplumsal güç dengesini sağlamaya yöneliktir¹⁰¹.

Düşünüre göre, her devlette yasama yetkisi, devletler hukukuna ait olan şeyleri uygulama yetkisi ve medeni hukuka ait şeyleri uygulama yetkisi olmak üzere üç yetki bulunmaktadır. Yasama yetkisi, devlet başkanı ya da bu iş için görevlendirilmiş kişi, ya belli bir süre ya da her zaman yürürlüğe girecek

⁹⁸ Yusuf Tekin, "Yargı Siyasetten Rol Çalıyor", Hürfikirler, 26 Şubat 2012, (Çevrimiçi) <http://www.hurfikirler.com/yazi2339/yusuf-tekini-yargi-siyasetten-rol-caliyor.php>, 16 Eylül 2012.

⁹⁹ Mustafa Kutlu, **Kuvvetler Ayrılığı, Temelleri, Gelişimi, Hukuk Devletin Kökenleri**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2001, s. 114 ve 115.

¹⁰⁰ İlhan F. Akın, **Kamu Hukuku**, 4. Baskı, İstanbul, Üçdal Neşriyat, T.Y, s. 150.

¹⁰¹ İrfan Çelik, "Kuvvetler Ayrılığı: Bir İndirgemenin Dayanılmaz Sığığı", Hürfikirler, 21 Aralık 2012, (Çevrimiçi) <http://www.hurfikirler.com/yazi2876/dr-irfan-celik-kuvvetler-ayriligini-bir-indirgemenin-dayanilmaz-sigligi.php>, 2 Ocak 2013.

kanunları yapar. Eskiden yapılmış olanları düzeltir ya da yürürlükten kaldırır. Devletler hukukuna ait olan şeyleri uygulama yetkisi ise barışı sağlama, savaş açma, büyükelçiler gönderme veya kabul etme, istilaları önleme ve devlet içerisinde güvenliği sağlama yetkilerini içerir. Üçüncü yetkiyle de suçlular cezalandırılır veya kişiler arasındaki uyuşmazlıklar için yargılama yapılır. Bu sonuncuya yargılama yetkisi¹⁰²; ikincisine de yürütme yetkisi adı verilebilir. Bu üç erk, yani kanun yapma yetkisi, genel kararları uygulama yetkisi, suçluları ya da kişiler arasında çıkan anlaşmazlıkları yargılama yetkisi, aynı zamanda aynı kişinin ya da yüksek görevlilerden, soylulardan, halktan oluşan aynı toplulukların tekeline verilseydi, devlette her şey altüst olurdu. Yasama yetkisiyle yürütme yetkisi aynı kişi ya da görevliler topluluğuna verilirse ortada özgürlük kalmazdı. Aynı hükümdar ya da aynı senatonun şiddet kullanarak uygulamak üzere ağır kanunlar yapmasından korkulurdu. Yargılama yetkisi yasama ve yürütmeden ayrı olmadığı durumda, yine ortada özgürlük kalmazdı. Yargılama yetkisiyle yasama birleşseydi, hâkim aynı zamanda kanun koyucu olacağından bireylerin hayatı ve özgürlüğü üzerinde keyfi bir yönetim olurdu. Yargılama yetkisi yürütmeye birleşseydi, hâkim yargılama yetkisinin yanında bir de baskı erkine sahip olmuş olacaktı¹⁰³.

Montesquieu'nun bu fikirlerinden yola çıkarak, onun erkler ayrılığı ilkesini çağdaş anlamda ve felsefi temellerini de içine alacak şekilde ele alan ve anlaşılmasını sağlayan düşünür olduğunu rahatlıkla söylenebilir. Onun erkler ayrılığı ilkesi konusundaki fikirleri *Esprit des Lois* adlı kitabının iki kapağı arasında kalmamış ve fakat dönemin liberal anayasal belgelerinde iz bırakmıştır. Anılan anayasal belgeler arasında en başta 29 Haziran 1776 tarihli Virginia Anayasası Bölüm 5¹⁰⁴ ve bu anayasanın başında bulunan, 12 Haziran 1776 tarihli Virginia Haklar Bildirisi¹⁰⁵ sayılabilir. Yine, 25 Ekim 1780 tarihli Mas-

¹⁰² Montesquieu, kendinden önceki düşünürlerden ve özellikle de Locke'dan farklı olarak yargı yetkisini yasama ve yürütme yetkisinden ayırmış ve onu ayrı bir erk olarak ele almıştır. Vile, **Constitutionalism and The Separation of Powers**, p. 105.

¹⁰³ Montesquieu, **The Spirit of Laws**, Book XI, Chapter 6, p. 173-175.

¹⁰⁴ "SEC. 5. That the legislative and executive powers of the state should be separate and distinct from the judiciary; and that the members of the two first may be restrained from oppression, by feeling and participating the burdens of the people, they should, at fixed periods, be reduced to a private station, return into that body from which they were originally taken, and the vacancies be supplied by frequent, certain, and regular elections, in which all, or any part, of the former members, to be again eligible, or ineligible, as the laws shall direct." **National Humanities Institute**, "The Constitution of Virginia", (Çevrimiçi) <http://www.nhinet.org/ccs/docs/va-1776.htm>, 11 Ağustos 2015.

¹⁰⁵ Bkz.: **The Constitution Society**, "The Virginia Declaration of Rights" (Çevrimiçi) http://www.constitution.org/bcp/virg_dor.htm, 11 Ağustos 2015.

sachusetts Anayasası Bölüm 1¹⁰⁶, Massachusetts Halkının Hakları Bildirisi¹⁰⁷ ve md.XXX¹⁰⁸, 1787 ABD Anayasası, md.I-III¹⁰⁹, 3 Mayıs 1791 tarihli Polonya Anayasası, md.V-VII¹¹⁰, 3 Eylül 1791 tarihli Fransa Anayasası'nın başında yer alan 1789 FİYHB md.16¹¹¹, bu tür metinlere örnek olarak verilebilir.

Esasında günümüzde demokratik devletlerde yetkilerin devlet organları arasında paylaştırılmasına ilişkin tek bir tip yapı ya da biçim bulunmamaktadır. Uygulamada da bu tipler, parlamentarizmden, yarı-başkanlık ve başkanlık sistemlerine kadar değişkenlik göstermektedir. Parlamentarizmin de tek bir tipi ya da biçimi bulunmamaktadır. Yürütmenin üstünlüğüne dayanan İngiliz (Westminster) tarzı parlamentarizmin yanında, düalist (ikici ya da ikili), “rasyonelleştirilmiş”, “başkanlık” gibi çeşitli nitelendirmeler yapılan parlamenter hükûmet biçimleri de vardır¹¹². Diğer taraftan parlamenter hükûmet sistemi tarihsel olarak monarşi kökenli olmakla birlikte, monarşik ya da cumhuriyetçi niteliklere sahip olabilir¹¹³.

Son olarak erkler ayrılığı ilkesi günümüzde önemli anlam değişmesine uğramıştır. Özellikle parlamenter hükûmet sistemini benimsemiş siyasi yapılarda siyasi partilerin etkinliklerini artırması, anılan değişimde itici rol oynamıştır. Bu değişim daha çok yasama ve yürütme işlevleri arasındaki ayrımın giderek be-

¹⁰⁶ **National Humanities Institute**, “Constitution of Massachusetts”, (Çevrimiçi) <http://www.nhinet.org/ccs/docs/ma-1780.htm>, 11 Ağustos 2015.

¹⁰⁷ **Ashbrook Center**, “Massachusetts Declaration of Rights” (Çevrimiçi) <http://teachingamericanhistory.org/library/index.asp?documentprint=2172>, 11 Ağustos 2015.

¹⁰⁸ “XXX. In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them: the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them: the judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them: to the end it may be a government of laws and not of men.” **Lonang Institute**, “Constitution of Massachusetts”, (Çevrimiçi) <http://www.lonang.com/exlibris/organic/1780-mdr.htm>, 11 Ağustos 2015.

¹⁰⁹ Peltason, **Amerika Hakkında, Amerika Birleşik Devletleri Anayasası Açıklamalı**, A s. 48-68.

¹¹⁰ **Polish American Congress Illinois Division**, “May 3rd 1791, Constitution of Poland”, (Çevrimiçi) <http://www.polishconstitution.org/index1.html>, 31 Ağustos 2015.

¹¹¹ **The National Assembly of France**, “September 3rd 1791, Constitution of France”, (Çevrimiçi) <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/constitutions/constitution-de-1791.asp>, 31 Ağustos 2012. FİYHB md.16: “Hakların teminat altına alınması sağlanmamış, kuvvetlerin ayrılığı tayin edilmemiş olan cemiyetler Anayasaya asla sahip değildir.” Burhan Kuzu, **Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011, s. 854.

¹¹² Mustafa Erdoğan, “Yeni Anayasa: Yol Haritası”, **Liberal Düşünce Dergisi**, Ankara, Liberte Yayınları, Y. 17, S. 66, 2012, s. 28.

¹¹³ Osman Can, “Yeni Anayasa ve Sistem Tartışmaları”, Milliyet Gazetesi, 9 Kasım 2012, (Çevrimiçi) <http://gundem.milliyet.com.tr/yeni-anayasa-ve-sistem-tartismalari/gundem/gundemyazarde-tay/09.11.2012/1624094/default.htm>, 9 Kasım 2012. Monarşik olanına Birleşik Krallık; cumhuriyetçi nitelikte olanına Türkiye örnek verilebilir.

lirsizleşmesi biçiminde kendini göstermiştir. Anılan hükûmet sisteminin çoğu örneklerinde yasama ve yürütme, aynı siyasî çoğunluğun ya da uygulamada başbakanın elindedir¹¹⁴. Pek çok anayasal sistemde yürütme organı öne çıkarak, sistemin “asli yönetme faaliyeti” anılan organ tarafından yerine getirilmeye başlanmıştır¹¹⁵. Ancak bu değişime karşın erkler ayrılığı ilkesinin temel noktası ve hukuk devletinin de güvencesini oluşturan yargı organının bağımsızlığı korunmuş ve geliştirilmeye çalışılmıştır¹¹⁶.

B. Federal Yapılanma Biçimi

Federal yapılanma biçimi, devletin dikey erkler ayrılığı bağlamındaki örgütlenişini ifade eder. Ancak federalizm, hem anayasacılığın bir unsuru olması¹¹⁷ hem de devlet yetkilerinin sınırlandırılmasında en az yatay erkler ayrılığı kadar kilit rol oynaması nedenleriyle, ayrı bir başlık altında anlatım konusu yapılmıştır.

Günümüzde kimi devletlerin dikey erkler ayrılığının bir sonucu olarak federal devlet-federe devletler biçiminde örgütlenmiş olduğu gözlenmektedir. Federal yapılı devletlerde, devlet işlevleri, federal devlet ile federe devletler arasında paylaştırılmıştır. Ayrıca anılan iki yapı arasında, yetkilerini doğrudan seçmen kitesinden alan birçok iktidar merkezî de bulunabilir. Federal devletlerde en üst yönetim alanını, federal yönetim oluşturur ve coğrafi olarak ülkenin tamamını ve bütün halk kitlesini kapsar. İkinci ya da alt yönetim alanını ise, ulusal altı düzeyde örgütlenmiş eyalet yönetimleri ya da bölgesel yönetimler oluşturur. Esasen federal siyasi sistem, erklerin üst ve alt iktidar merkezleri arasında paylaştırılması sonucu ortaya çıkmış bir yönetim biçimini ifade eder. Bu bağlamda anayasal yetki paylaşımına ilişkin ilkeler, federal sistemi kuran ve iktidar merkezleri arasında gerçekleşen temel bir anlaşma niteliğindedir¹¹⁸.

Federal yapılanmanın iki ana türü bulunmaktadır. Federalizmin bir türünde federal yasama organının yetkileri anayasada tek tek belirtilmiş ve bunlar arasında sayılmayan yetkilerin federe devletler yasama organları tarafından kullanılacağı düzenlenmiş olabilir. Federalizmin diğer bir türünde ise, federe devletlerin

¹¹⁴ Erdoğan, “Yeni Anayasa: Yol Haritası”, s. 28.

¹¹⁵ Gönenç, **Siyasi İktidarın Denetlenmesi, Dengelenmesi ve Anayasalar**, s. 2.

¹¹⁶ Sir Kenneth Clinton Wheare, **Modern Anayasalar**, Çev. Mehmet Turhan, Değişim Yayınları, İstanbul, 1984, s. 36.

¹¹⁷ Yayla, “Anayasacılık, Anayasal Demokrasi ve İdeolojiler”, s. 14.

¹¹⁸ Oktay Uygun, “Avrupa ve Türk Anayasası: Temel İlkeler Yönünden Genel Bir Değerlendirme”, **Anayasa Yargısı**, S. 22 Ankara, AYM Yayınları, 2005, s. 384 ve 385.

yetkileri anayasada liste halinde belirtilmiş, anayasada açıkça belirtilmeyen yetkiler konusunda merkezî yönetim söz sahibi kılınmıştır¹¹⁹. Federalizmin birinci türüne ABD, İsviçre ve Federal Almanya; ikinci türene ise Kanada, Güney Afrika ve Hindistan örnek verilebilir¹²⁰. Federalizmin her iki şeklinde merkezî yönetim ile federe yönetimlere verilen yetkilerin paylaşımı konusunda federal devlet organları ile federe devletler organları arasında anlaşmazlıkların çıkması olasılığında anayasa yargısı organları arabulucu rolünü üstlenebileceklerdir.

Sözgelimi ABD’de erkler ayrılığı ilkesi, siyasi sistemin temel oyuncularını olan Başkan (yürütme erki), Kongre (Temsilciler Meclisi ve Senato, yasama erki) ve mahkemeler (yargı erki) arasında denetim ve denge (checks and balance) işlevlerini yerine getirecek biçimde oluşturulmuştur. Erklerin sert ayrılığına dayanan ve yaygın olarak “başkanlık hükûmeti sistemi” olarak anılan bu sistemde, erklerin birbirlerini mümkün oldukça en az ölçüde etkilemeleri istenmiştir. Esasında burada iktidarın parçalanmasından ya da bölünmesinden daha çok, organlar arasında paylaşılmasına dayalı hükûmet sisteminden söz edilebilir¹²¹. Ayrıca 1787 ABD Anayasası’nda bütün devlet örgütü, iktidara karşı bir güvenlik sistemi biçiminde düzenlenmiştir. Durum böyle olunca da, sistem anayasasının özünü oluşturan özgürlük, eşitlik ve bağımsızlık değerlerini korumanın önemli bir aracıdır¹²².

Diğer taraftan ABD’nin kurucu babaları özgürlüğe yönelik tehdidin bütün gücü elinde tutandan geldiğini bildiklerinden¹²³, devlet erkinin federal ve federe organlar arasında dengeli bir şekilde paylaştırılarak birisinin ötekisine baskı yapmasını önlemeye çalışmışlardır. ABD’nin kurucu babalarından birisi olan Alexander Hamilton 18 Haziran 1787 tarihindeki Anayasa Konvansiyonu’nda yaptığı konuşmada “İnsanlar gücü sever. ... Bütün gücü çoğunluğa verdiği-zinde azınlığı bastırır; azınlığa verdiğinizde de çoğunluğu bastırır.” demişti¹²⁴. Böylelikle ABD’de federal sistem öyle kurulmuştur ki, ne azınlık çoğunluğu ne de çoğunluk azınlığı bastıramasın. Ayrıca federal ve federe organlar arasında çıkabilecek çeşitli uyuşmazlıkları çözme işlevini yerine getirmek üze-

¹¹⁹ Uygun, **Federal Devlet: Temel İlkeler, Başlıca Kurumlar ve Türkiye’de Uygulanabilirliği**, s. 146 vd.

¹²⁰ Teziç, **Anayasa Hukuku Genel Esaslar**, s. 152, dn. 54.

¹²¹ Giovanni Sartori, **Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği, Yapılar, Özendiriciler ve Sonuçlar Üzerine Bir İnceleme**, Çev. Ergun Özbudun, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s. 117.

¹²² Akın, **Kamu Hukuku**, s. 291.

¹²³ Ashford, **Özgür Toplumun İlkeleri**, s. 10.

¹²⁴ John R. Vile, **The Constitutional Convention of 1787 A Comprehensive Eyclopeide of Americans Founding**, Vol. 1, Santa Barbara, California, ABC-CLIO INC, 2005, p. 354 and 355.

re, anayasallık denetiminde içtihat birliğini de sağlayan ABD Federal Yüksek Mahkemesi (Supreme Court of the United States) zaman içinde sistemin en önemli oyuncularından birisi olmuştur. Almanya'da olduğu gibi ABD'de de federalizmin belirgin özelliklerinden birisi, güçlü bir anayasallık denetimidir¹²⁵.

Anayasa yargısının ilk kez federal bir devlet olan ABD'de ortaya çıkmış olması¹²⁶; ilk AYM'lerin federal yapılı devletlerde kurulmuş ve bölgelere siyasi yetkilerin tanındığı anayasal sistemlerde kendisini kabul ettirmiş olması, tarihsel açıdan önemlidir. Bu devletlerin federal yapılı olanlarına Almanya ve Belçika; bölgelere siyasi yetkiler tanımış olanlarına İspanya, İtalya ve Macaristan örnek verilebilir¹²⁷. Yine Arjantin Cumhuriyeti, Avusturya ve Hindistan gibi devletler ABD örneğini izleyerek, yargı sistemlerindeki en üst kurumlara ya da özel olarak kurulan mahkemelere, anayasaya aykırı kanunları ayıklama yetkisi vermişlerdir¹²⁸.

Özellikle ABD ve Almanya gibi tarihî olarak federasyon biçiminde kurulmuş devletlerin yanı sıra, üniter yapı içinde bölge yönetimleri oluşturmuş ve merkezî devletin yasama ve yürütme yetkilerini bölgeler lehine kısıtlamış, (İspanya ve İtalya gibi) ileri düzeyde adem-i merkezîyetçi devletler de adı konmamış federalizm örnekleri olarak anılabilir¹²⁹.

Ayrıca federal sistemlerde çift meclis sisteminin vazgeçilmez olduğu da gözlenmektedir. Günümüzde Mikronezya ve Birleşik Arap Emirlikleri dışında kalan tüm federal sistemlerde, çift meclis sistemi bulunmaktadır¹³⁰.

C. İnsan Hakları Düşüncesi

Zorlayıcı başka sebepler ya da durumlar olmadığı sürece, meşru olan bir istek, ihtiyaç ya da menfaatin karşılanmasını meşru kılan bir kabul, hak kavramı ile ifade edilmektedir¹³¹. Ünlü Amerikalı düşünür Ayn Rand'ın söylediği

¹²⁵ Jan-Erik Lane, **Constitutions and Political Theory**, Manchester, Manchester University Press, 1996, p. 99.

¹²⁶ Gülsoy, **Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu**, s. 99.

¹²⁷ İbrahim Özden Kaboğlu, **Anayasa Yargısı**, 3. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, 2000, s. 130.

¹²⁸ Uygun, **Federal Devlet, Temel İlkeler, Başlıca Kurumlar ve Türkiye'de Uygulanabilirliği**, s. 279.

¹²⁹ Levent Köker, "Nasıl ve Ne İçin Başkanlık Sistemi?", Zaman Gazetesi, 15 Kasım 2012, (Çevrimiçi) <http://www.zaman.com.tr/yorum/yorum-levent-koker-nasil-ve-ne-icin-baskanlik-sistemi/2015954.html>, 16 Kasım 2012.

¹³⁰ George Tsebelis ve Jeannette Money, **Bicameralism**, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, p. 6, dn. 8.

¹³¹ Vernon Van Dyke, "The Cultural Rights of Peoples", **Universal Human Rights**, Vol. 2, No. 2, April - June 1980, p. 3.

gibi, ahlaki bir kavram olan haklar, bireylerin davranışlarına kılavuzluk eden ilkelere mantıksal bir geçişi sağlayan kavramdır. Bireysel ahlakı sosyal bir bağlamda muhafaza ederek koruyan haklar, bireyin ahlak sistemiyle toplumun hukuki sistemindeki ahlak ve siyaset arasındaki bağlantıyı oluşturur. Bireysel haklar, aynı zamanda toplumun, ahlaki kanunlara uymasını sağlayan araçlardan birisidir¹³².

Rasmussen'e göre, haklar insanların birey olarak kendi kendilerini yönetmelerini ya da özerkliklerini koruma işlevini yerine getirerek, onların her birinin ahlaki iyiliğinin içinde gerçekleşebileceği toplumsal ortamı sağlarlar. Esasında hukuk da, bireylerin başkalarıyla birlikte olduklarında kendini yönetmelerinin ya da diğerlerine karşı özerkliklerinin korunmasıyla doğrudan ilgili bir kavramdır. Bireyin özerkliğinin olması demek, onun kendisine ait ve yine kendisinin kullanabileceği bir ya da birden fazla seçme hakkının olması ya da tercihte bulunabilme imkânının olmasını ifade eder. Bu özerklik sayesinde ki, birey, öteki bireylerin herhangi bir fiziksel baskı, zorlama ya da müdahalesinden bağımsız olabilir¹³³. Bu durum da, hak kavramının, sadece davranışla ve özellikle davranış özgürlüğüyle ilişkili olduğunu göstermektedir¹³⁴. Anılan özerklik alanının çerçevesini çizecek ve onu koruyacak bir ya da birden çok aracın varlığı gereklidir. Bu araçlardan en önemlisi kuşkusuz anayasalardır.

Ayn Rand'ın ifadesiyle aslında insan haklarının kaynağı, ne ilahi kanun ne de herhangi bir yasama organının çıkardığı kanunlardır. İnsan haklarının gerçek kaynağı, kimlik kanunudur. Bu kanuna göre A A'dır ve insan insandır. Haklar; insanın kendine özgü biçimde hayatını devam ettirebilmesi için insan doğasının ihtiyaç duyduğu varoluş şartlarıdır. Bireyin kendi özgür düşüncesine karşı davranmasını zorlamak ya da onu kendi değerlerinden soyutlamak insan haklarının ihlali anlamına gelir. İnsan haklarını ihlal etmenin temelde tek yolu da, fiziksel zorlamadır. O halde, insan haklarının iki potansiyel ihlalcisinden birisi suçlular, diğeri de hükûmettir. ABD Bağımsızlık Bildirgesi, bu hakları güvencelemek için, insanlar arasında hükûmetler oluşturulur ilkesini içermektedir. Bu ilke, bir hükûmet için tek geçerli sebep ve aynı zamanda onun tek ger-

¹³² Ayn Rand, "Man's Rights", **The Virtue of Selfishness, A New Concept of Egoism**, New York, Signet, 1964, p. 88.

¹³³ Douglas B. Rasmussen, "Rights, Law, and Morality", **The Freeman**, Vol. 40, No. 9, September 1990, p. 350 and 351.

¹³⁴ Rand, "Man's Rights", p. 89. Bir "hak", sosyal anlamda, bir insanın davranış özgürlüğünü tanımlayan ve yaptırım getiren bir ahlak ilkesidir. Esasen sadece bir temel hak varlığından söz edilebilir. O da, bireyin kendi yaşamı üzerindeki hakkıdır. Diğer hakların tamamı, bunun sonucudur. Rand, "Man's Rights", p. 89.

çek amacını ifade etmektedir. O da, bireyi fiziksel şiddetten koruyarak onun haklarını sağlamaktır¹³⁵.

İnsan hakları kavramı denilince her insana ait olan haklar anlaşılır. Bir hak her insanın sahip olması gereken ya da ahlaki bir yetkiyi ifade eder. O halde, hak, bir istek ya da arzudan daha fazlasını içermektedir. Ahlaki haklar olarak insan hakları, devlet tarafından tanınan ve “pozitif” ya da “kanuni haklar” olarak bilinen haklardan farklılık arz etmektedir. Pozitif hakların insan hakları olma ihtimalleri olduğu gibi olmama ihtimalleri de vardır¹³⁶. O halde, insan haklarının anayasa metninde yer verilen hak ve özgürlükler listesiyle sınırlı olmadığı, yazılı olmayan ya da isimsiz hakların da varlığı görüşü çerçevesinde, AYM’lerin anılan hakların belirleyicisi veya yaratıcısı işlevi gördüğü söylenebilir¹³⁷. Aslında insan hakları hareketinin başlıca amaçlarından birisi, insan haklarını kanunen tanınan haklar hâline getirmektir. İnsan haklarındaki “insan” ifadesi, onların herhangi bir millet, din, cinsiyet, etnik grup ya da cinsel yönelime bakılmaksızın bütün insanlara ait olduğunu ifade etmektedir¹³⁸.

Diğer taraftan, daha önce de ifade edildiği gibi insan haklarının iki potansiyel ihlalcisi bulunmaktadır. Bunlar, suçlular ve hükûmettir. Ne var ki, Ayn Rand’nda belirttiği gibi, herhangi bir çağda veya devlette suçlular küçük bir azınlığı oluştururlar ve onların insanlığa verdikleri zarar, hükûmetlerin gerçekleştirdiği dehşetle karşılaştırıldığında fazla ciddi değildir. Kan dökmeye, savaşlarla, zulümlerle, el koymalarla, kıtlıklarla, köleleştirmelerle, toplu yıkımlarla ve buna benzer sayısız eylemlerle hükûmetler, suçlularla kıyaslandığında insan haklarının ihlalcisi olarak daha büyük bir tehlike oluştururlar. O halde insan hakları için potansiyel olarak en büyük tehdit, bir hükûmettir. Hükûmet, kanuni olarak silahlandırıldığından bireylere ya da kurbanlara karşı fiziksel şiddet kullanma tekeli elinde bulundurmaktadır. Bu noktada özellikle bireysel haklarla sınırlandırılmamış bir hükûmet, insanın en ölümcül düşmanıdır¹³⁹. Bundan dolayıdır ki, yüzlerce yıl önce Montesquieu, siyasi özgürlüğü sağlamak ve keyfi yönetimi önlemek amacıyla iktidarın sınırlandırılması gerektiğini söylemişti¹⁴⁰. Bu durum egemenliğin öznesinin devlet değil de, halk olduğunda bile

¹³⁵ Rand, “Man’s Rights”, p. 90 and 91.

¹³⁶ Ashford, **Özgür Toplumun İlkeleri**, s. 32.

¹³⁷ Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 12. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2012, s. 467 ve 468.

¹³⁸ Ashford, **Özgür Toplumun İlkeleri**, s. 32.

¹³⁹ Rand, “Man’s Rights”, p. 93 and 94.

¹⁴⁰ Montesquieu, **The Spirit of Laws**, Book XI, Chapter 4, p. 172.

böyledir. Bu durumda da bireysel özgürlükler ve onlar için öngörülen hukuk güvenceleri tehlike ve tehdit altındadır¹⁴¹.

Bu noktada anayasacılık düşüncesi; ancak, herhangi bir anayasacılık düşüncesi değil ve fakat liberal anayasacılık düşüncesi devreye girmelidir. Çünkü Erdoğan'ın da belirttiği gibi¹⁴², liberal anayasacılık düşüncesi açısından anayasa yapmak demek sadece devletin örgütleniş biçimini düzenlemek demek değildir. Anayasa yapmak, devlet iktidarının sınırlandırılmasının yanında, aynı zamanda onun kötüye kullanılmasını önleyecek güvence ve düzeneklere yer veren yazılı bir belge oluşturmak anlamına gelir. O halde, sadece devletin örgütleniş biçimini düzenleyen bir belgenin gerçek anlamda bir anayasa olması mümkün değildir. Liberal anayasacılık geleneği içinde devlet iktidarının sınırlandırılması ilkeleri ve araçlarından en önemlisi, kuşkusuz insan haklarının ve bununla ilgili başlıca hukuki güvencelerin anayasallaştırılmasıdır. Diğer ilke ve araçlar, yatay ve dikey erkler ayrılığı ile diğer denetim ve denge araçları, yargı bağımsızlığı öncelikli olmak üzere hukukun üstünlüğüdür. Liberal anayasacılığın özü, bu sayılanların anayasallaştırılmasıdır¹⁴³.

Gerçekten de, anayasacılık doktrini, tarihsel olarak bakıldığında 1776 Amerikan ve 1789 Fransız İhtilallerinden sonra başlayan süreçte baskıya karşı verilmiş bir cevaptır¹⁴⁴. İhtilalleri gerçekleştirenler silahlı mücadeleyi kazandıktan hemen sonra zaman kaybetmeksizin, aynı zamanda bağımsız devlet olmanın da bir göstergesi olan anayasa yapmaya girişmişlerdi. Ayrıca, insanların baskıya karşı verdikleri mücadele sürecinde öğrendikleri çok önemli bir şey vardı. O da, devlet iktidarının anayasa gibi resmi bir belge ile sınırlandırılması gerektiğinin yanı sıra, aynı zamanda bu belgede kendi hak ve özgürlüklerinin bir listesine yer verilmesi zorunluluğuydu. Bu durum onların, kendilerini daha güvende hissetmelerini sağlayacaktı. Bundan dolayı, ilerleyen dönemlerde anayasalarda devletin temel kuruluşuna ilişkin ilkelerin yanında, kişilerin temel hak ve özgürlüklerine ilişkin listelere ve bu hak ve özgürlüklerin güvence ölçütlerine ayrıntılı olarak yer verilmiştir¹⁴⁵.

¹⁴¹ Erdoğan, "Yeni Anayasa: Yol Haritası", s. 25.

¹⁴² Mustafa Erdoğan, "'Yeni Anayasa' İçin İhtiyaç Devam Ediyor", Milliyet Gazetesi, 4 Ocak 2013, (Çevrimiçi) <http://gundem.milliyet.com.tr/-yeni-anayasa-icin-ihhtiyac-devam-ediyor/gundem/gundemyazarteday/04.01.2013/1651055/default.htm>, 4 Ocak 2013.

¹⁴³ Erdoğan, "Yeni Anayasa İçin İnsan Hakları Gündemi", s. 744.

¹⁴⁴ Ozan Ergül, **Yeni Kurumsalçı Yaklaşımla Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007, s. 72.

¹⁴⁵ Onar, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler**, s. 12.

1789 Fransız İhtilali'nin ürünü olan FİYHB'nin, bir taraftan anayasacılık düşüncesinin kavramlarına yer verirken, diğer taraftan "egemenliğe" vurgu yapması nedeniyle, anayasacılık ile demokrasi arasındaki çatışmayı yansıttığı kabul edilmektedir¹⁴⁶.

Gerçek ya da sahici bir anayasanın, insan haklarını tanıma ve bunların korunması için gerekli olan teknik-hukuki güvenceleri resmileştirmesi zorunlu olmakla birlikte, bu "tanıma" işi, anayasada insan haklarının tüketici olarak sayılması ve tanımlanması biçiminde olmayabilir. Ayrıntılı bir anayasal "temel haklar" listesi, liberal anayasacılık geleneği olmayan veya bu geleneğin fazla güçlü olmadığı devletlerde zorunlu olabilirse de, insan hakları fikrinin ve insan haklarının hukukun korunmasının köklü bir geleneğe dayandığı toplumlar aynı ihtiyacı duymayabilirler. Anayasacılık bakımından önemli olan, insan haklarının hukuk yoluyla fiilen korunmasıdır. Esasen, insan haklarını anayasalarda sayma yoluyla göstermeye ilişkin her girişim eksik kalmaya da mahkûmdur. Ayrıca böyle bir girişimin önemli bir sakıncası da olabilir. Bu da ayrıntılı bir anayasal "temel haklar" listesinin pek çok kişiye, insan haklarının anayasada belirtilenlerden ibaret olduğu şeklinde bir izlenim doğurabilmesidir. Böyle bir düşünce tarzının yanlışlığı da oldukça açıktır¹⁴⁷.

D. Anayasanın Üstünlüğü İlkesi

Anayasanın, Anayasanın, bir devletin hukuk kuralları içinde, en yüksek hukuk kuralı sayılması anlamına gelen anayasanın üstünlüğü ilkesi¹⁴⁸, çağdaş dönemlerde Montesquieu ve Rousseau'nun fikirleriyle gelişen, doğal kanunun toplum kanunlarından önce geldiği varsayımının bir ürünüdür¹⁴⁹.

Anayasanın üstünlüğü, kısaca, siyasi sürecin işleyişinde bütün ilgili oyuncuların anayasal ilke ve normlara uygun davranmalarının sağlanmasını ifade eder. Bu bağlamda, şekli anlamda anayasanın üstünlüğü ve maddi anlamda anayasanın üstünlüğü biçiminde ikili bir ayrıma gidilebilir¹⁵⁰. Devleti kuran ve devletle bireyler arasındaki karşılıklı hak ve yükümlülükleri düzenleyen bir hukuki metin olarak anayasanın maddi anlamda üstünlüğü, anayasanın devletin hukuksal

¹⁴⁶ Bkz.: Lane, **Constitutions and Political Theory**, p. 59 and 60.

¹⁴⁷ Erdoğan, "Yeni Anayasa İçin İnsan Hakları Gündemi", s. 745.

¹⁴⁸ Hasan Tunç, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı, Denetim Kapsamı ve Organları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1997, s. 21.

¹⁴⁹ Yılmaz Aliefendioğlu, **Anayasa Yargısı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s. 25.

¹⁵⁰ Hasan Tunç, Faruk Bilir ve Bülent Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, Berikan Yayınevi, 2011, s. 88.

normlarının oluşturduğu bütün içinde en üstte yer alması demektir¹⁵¹. Anayasanın şekli anlamda üstünlüğü ise, onun katı nitelikte olmasını ya da değiştirilmesinin olağan kanunlara göre daha fazla zorlaştırılmış olmasını ifade eder¹⁵². Anayasanın şekli üstünlüğün sağlamak için şu yöntemler izlenebilir:

- Anayasanın bazı maddelerinin değiştirilmesi yasaklanabilir,
- Anayasanın belirli bir süre ya da dönem değiştirmesi yasaklanabilir,
- Anayasa değişikliklerinin kesinleşebilmesi için, değişiklikten belirli bir süre sonra, onun yasama organı tarafından tekrar kabul edilme şartı getirilebilir,
- Anayasada değişiklik yapılabilmesi için yasama organında kanunları değiştirmek için aranan çoğunluktan daha fazla bir çoğunluk aranabilir,
- Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesi için halkoylamasına sunulması şartı getirilebilir vs.

Bütün bu yöntemler, değiştirilme açısından anayasaların hukuk sistemindeki diğer kurallardan üstün olmasını sağlar¹⁵³.

Anayasanın üstünlüğü ilkesinin, devlet organlarını ve vatandaşlarını anayasanın ruhunda duyarlı kılmak gibi bir işlevi bulunmaktadır. Ayrıca anayasanın yorumlanması ve uygulanması yoluyla çoğulcu menfaat dağılımı sürecinde uzlaşmayı korumak ve uzlaşmayı geliştirmek şeklinde barışçıl kimi işlevleri de bulunmaktadır. Bundan dolayı anayasa yargısı, anayasanın üstünlüğünü diğer devlet organları ve vatandaşlar karşısında geçerli kılmak zorundadır. Bir anayasal devlette sadece anayasanın üstünlüğü olmalıdır. Anayasal organlar kendilerine anayasanın verdiği yetkileri, anayasanın öngördüğü görev dağılımına göre kullanmakla yükümlüdürler¹⁵⁴.

Anglo-Saxon hukukunda, hukukun üstünlüğü ile ilgili ilk dava olarak da kabul edilen ve 1610 yılında Birleşik Krallık'ta görülen Dr. Bonham davası¹⁵⁵

¹⁵¹ Anayasanın altında yer alan kanunların anayasaya aykırı olamayacağı ve geçerliliğini anayasadan aldığı anlayışı (normlar hiyerarşisi), anayasanın maddi üstünlüğünü anlatır ve her hukuk sistemi için bir kanıt olarak kullanılmaktadır. Yasemin Işıktaç, **Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1999, s. 115.

¹⁵² Attila Özer, **Anayasa Hukuku, Genel İlkeler**, Geliştirilmiş 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s. 26 ve 27.

¹⁵³ Anayasalarda katılımın sağlanması için izlenen yöntemler ve uygulamalar konusunda daha ayrıntılı bilgi için bkz.: Kemal Gözler, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, Bursa, Ekin Kitabevi, 2010, s. 60-63.

¹⁵⁴ Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, s. 81.

¹⁵⁵ Tunç, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı: Denetimin Kapsamı ve Organları**, s. 29.

kararında Hâkim Sir Edward Coke, yasama organı ve kral tarafından yapılan kanunların, mahkemelerce yıllar boyunca verilmekte olan kararlardan oluşan ortak hukuka (common law) aykırı olmaması gerektiği savını ileri sürmüştür. Anılan karara göre, yasama organınca yapılan bir kanunun, ortak hukuk ya da yaygın hukuktan kaynaklanan haklara ve ilkelere aykırı olması durumunda, onun geçersizliğine hükümlenacaktır. Dr. Bonham davası kararı, doğal haklar düşüncesi ile bütünleşmiş olan üstün hak anlayışını yansıtan ilk karar olması yanında¹⁵⁶, kanunların üst bir hukuk kuralına uygunluğunun yargı organları tarafından denetlenmesi düşüncesini de içinde barındırmaktadır¹⁵⁷. Yine anılan karar yargı denetiminin başlangıcının veya bir mahkemenin kanunların anayasaya uygunluğu hakkında karar verme yetkisine sahip olduğunun ilk işaretlerinden birisi olarak da kabul edilmektedir¹⁵⁸.

Dr. Thomas Bonham, ruhsatı olmadığı halde doktorluk yaptığı gerekçesi ile İngiltere Kraliyet Doktorlar Odası (Royal College of Physicians) tarafından para ve hapis cezasına mahkûm edilmişti. Daha sonra Dr. Thomas Bonham konuyu Common Pleas Mahkemesi'ne dava yoluyla taşımıştır. Mahkeme hâkimi Sir Edward Coke, davaya konu cezayı veren Doktorlar Odası'nın uygulamasını bir common law kuralı olan "kimse kendi davasında hâkim olamaz" hükmüne aykırı bulmuştur.¹⁵⁹

Diğer taraftan Birleşik Krallık'ta olduğu gibi, yazılı bir anayasanın bulunmadığı durumlarda teamüli bir anayasadan söz edilebilir. Anılan tür anayasa doğası gereği yumuşak bir anayasadır. Esasında bu niteliğe sahip bir anayasanın pozitif meşruluğu güçlü olduğundan, onun üstünlüğünü sağlamak için kanuni yollara başvurmaya gerek bulunmamaktadır¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Çağlar, "Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi", s. 137 ve 138.

¹⁵⁷ Mauro Cappelletti, "Judicial Review in Comparative Perspective", **California Law Review**, Vol. 58, No. 5, 1970, p. 1028 and 1029. Ayrıca bkz.: Raoul Berger, "Doctor Bonham's Case: Statutory Construction or Constitutional Theory?", **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 117, No. 4, 1969, pp. 521-545; Theodore F. T. Plucknett, "Bonham's Case and Judicial Review", **Harvard Law Review**, Vol. 40, No. 1, November, 1926, pp. 30-70.

¹⁵⁸ Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, s. 8.

¹⁵⁹ Kararın tamamı için bkz.: **The Founders' Constitution**, "Dr. Bonham's Case", 8 Co. Rep. 107a, 114a C.P. 1610, Vol. 5, Amendment V, Document 1, The University of Chicago Press, (Çevrimiçi) http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendV_due_process1.html, 1 Aralık 2012. Dr. Bonham kararı ile ilgili daha geniş bilgi ve değerlendirmeler için bkz.: Öztürk, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli mi?**, s. 14-16.

¹⁶⁰ Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, s. 58.

ABD Anayasası'nın kurucu babalarından ve The Federalist Papers'ın yazarlarından birisi olan Alexander Hamilton'ın ifade ettiği üzere: "Anayasa gerçekte temel bir kanundur ve yargıçlar da onu böyle görmelidir."¹⁶¹ Hamilton'un bu ve buna benzer çıkarımları ABD Federal Yüksek Mahkemesi'nin kanunların anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisine sahip olduğunu kabul ettiği, ilk kararı olan 1803 Marbury v. Madison davasındaki karara dayanak oluşturmuştur¹⁶².

"The Federalist Papers, Alexander Hamilton, James Madison ve John Jay'ın "Publius" takma adı ile kaleme aldıkları makalelerin tümüne verilen addır. Anılan kişiler, çeşitli yerlerde yayınlanmış olan bu makaleler ile 17 Eylül 1787 tarihinde Federal Convention'da kabul edilmiş olan ve federasyonu oluşturan federe devletlerin ayrı ayrı onayına sunulmuş bulunan Amerikan Anayasasını tanıtmaya ve ona halk desteğini sağlama amacını gütmekteydiler."¹⁶³

1803 Marbury v. Madison Davasından önce görülen kimi davalarda eyalet mahkemelerinin (state courts) anayasallık denetimi yaptığı görülmektedir. Bu davalardan bazıları şunlardır: 1761 Paxton's Case of the Writ of Assistance, 1789 Ham v. M'Claws, 1792 Bowman v. Middleton, 1792 Hayburn's Case, 1792 VanHorne's Lessee v. Dorrance, 1793 Kamper v. Hawkins, 1796 Lindsay v. Commissioners, 1801 Stidger v. Rogers.¹⁶⁴

ABD Federal Yüksek Mahkemesi'nin bu kararına göre, kanun yapmakla görevli bir organın yetkilerinin sınırları, diğer devlet organlarının yetkilerinde olduğu gibi, yazılı bir anayasada belirlenmiştir. Anayasa koyucu, anayasayı yaparken, onun olağan kanunlardan daha ayrıcalıklı ve üstün bir konumda olmasını öngörmüştür. Bundan dolayı, anayasa, olağan kanunlara göre üstün olmalıdır. Eğer anayasa hükümleri ile kanunların aynı düzeyde olduğu düşünülseydi, anayasa yapmanın bir anlamı olmazdı. Hâkimlerin kanunların soyut hükümlerini somut olaylara uygularken kanun hakkında açıklamalarda bulunmaları ve kanunları yorumlamaları kaçınılmaz bir sonuçtur. Eğer somut olaya uygulanması gereken iki kanun varsa ve bunlardan birisi diğeri ile çatışma içerisindeyse, hâkimin bu kanunlar arasındaki çatışmayı gidermesi gerekir.

¹⁶¹ Ashford, **Özgür Toplumun İlkeleri**, s. 64.

¹⁶² Zühtü Arslan, **Anayasa Teorisi**, Ankara, Seçkin Kitabevi, 2005, s. 30.

¹⁶³ Onar, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler**, s. 95, dn. 226.

¹⁶⁴ Anılan davalarla ilgili daha ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz.: Öztürk, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli mi?**, s. 17-20; Maeve Marcus, "The Founding Fathers, Marbury v. Madison - and so What?", **Constitutional Justice Under Old Constitutions**, Ed. by Eivind Smith, The Netherlands, Kluwer Law International, 1995, s. 23-50.

Hâkim, hangi kanunun somut olaya uygulayacağına kendisi karar vermelidir. Hâkimin bu davranışı doğrudan doğruya görevinin ve işlevinin bir gereğidir. Buna göre, sözü edilen somut olaya uygulanacak hem bir kanun kuralı, hem de bir anayasa kuralı varsa ve bunlar bir birleri ile çelişme ve çatışma içerisindedeyse, hâkimin elinde iki seçenek vardır. Hâkim davayı ya anayasaya aykırı kanuna göre karara bağlayacak ya da bu kanunu ihmal ederek anayasa hükümlerine göre karar verecektir. Anayasa hükümlerinin diğer kanunlar karşısında bir üstünlüğünün olduğu kuşkusuz olduğuna göre, anayasaya aykırı kanun ihmal edilmeli ve somut uyuşmazlık doğrudan doğruya anayasa hükümleri uygulanarak çözüme kavuşturulmalıdır¹⁶⁵. Görüldüğü gibi hâkim Marshall tarafından anayasanın üstünlüğünün sağlanması amacıyla gerçekleştirilen anayasaya uygunluk denetiminin düşünsel arka planında, doğal haklar düşüncesiyle bütünleşmiş olan “üstün hukuk” (higher law) anlayışı bulunmaktadır¹⁶⁶.

Avrupa devletlerinde anayasa yargısı, büyük ölçüde merkezileşmiş denetimin düşünsel temellerini atan Avusturyalı hukukçu Hans Kelsen’in fikirleri doğrultusunda kurulmuş ve gelişmiştir. Kelsen’e göre, hukuk normları, hiyerarşik yapıda bir piramit oluşturur. Piramidin en üstünde anayasa yer alır. Anayasayı, kanunlar, tüzükler, yönetmelikler ve içtihatlar izler. Alttaki normlar geçerliliklerini bir üstteki normdan almaktadır¹⁶⁷. Yönetmelikler tüzüklere, tüzükler kanunlara ve nihayet kanunlar anayasa hükümlerine aykırı olamaz. İşte AYM’lerce yapılan denetim, hukuki işlemleri hiyerarşik yapılanma bağlamında daha üstteki metinlerle uyumlu hale getirme amacına yöneliktir¹⁶⁸. Kelsen’in normlar hiyerarşisindeki piramit, anayasallık denetimi olmadığı durumda pek bir anlam ifade etmeyecektir¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Turhan Feyzioğlu, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazaî Murakabesi**, Ankara, AÜSBFY, S. 19-1, 1951, s. 168-172. Kararın tamamı için bkz.: **The Founders’ Constitution**, “Marbury v. Madison”, Vol. 4, Article 3, Section 2, Clause 1, Document 47 The University of Chicago Press, (Çevrimiçi) <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a321s47.html>, 1 Aralık 2012. 1803 Marbury v. Madison Davası ile ilgili daha geniş bilgi ve değerlendirmeler için bkz.: Öztürk, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli mi?**, s. 20-28; Onar, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler**, s. 96-100; Gerald L. Neuman, “Amerika’da Anayasal Bir Kavram Olarak Rule of Law ve Alman Anayasasının Rechtsstaat İlkesi”, **Hukuk Devleti, Hukukî Bir İlke ve Siyasî Bir İdeal**, Çev., Ali Rıza Çoban, Haz. Ali Rıza Çoban, Bilal Canatan ve Adnan Küçük, Ankara, Adres Yayınları, 2008, s. 562.

¹⁶⁶ Çağlar, “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi”, s. 137 ve 138.

¹⁶⁷ Hans Kelsen, **General Theory of Law and State**, Trans. by Anders Wedberg, Clark, New Jersey The Lawbook Exchange, Ltd., 2007, p. 123 and 124.

¹⁶⁸ Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, s. 339.

¹⁶⁹ İbrahim, Özden Kaboğlu, “Kelsen Modeli Sınırlarında Demokratikleşme Sürecinde Anayasa Yargıları”, **Anayasa Yargısı**, S. 10, Ankara, AYM Yayınları, 1993, s. 381.

Hukuk devleti ilkesinin de en önemli gereklerinden olan anayasanın üstünlüğü ilkesi, yasama, yürütme ve yargı organlarından kaynaklanan hukuki anlamı olan her faaliyet ve işlemin anayasaya uygun olmasını gerektirir. Bu meyanda 1982 Anayasası md.11, anayasanın üstünlüğü ilkesini düzenlemekle önemli bir sorunu açıklığa kavuşturmuştur. Ancak anılan düzenlemenin sadece yasama organına yöneldiği ve onu bağladığı düşüncesi günümüzde kabul edilmemektedir¹⁷⁰. Anayasanın üstünlüğünün ve bağlayıcılığının doğrudan doğruya yöneldiği kurumlar devlet ve onu oluşturan kamusal organlardır. Anayasa, öncelikle ve esas olarak devlet organları tarafından uygulanır. Ancak özel kişiler için anayasanın bağlayıcılığı dolaylıdır¹⁷¹. Türkiye AYM, faaliyete geçtikten kısa bir süre sonra verdiği bir kararda “Anayasa hükümleri, ister yalnız ilkeleri ana çizgileriyle, ister ele aldığı konuyu bütün ayrıntılarıyla tam olarak belirtmiş bulunsun etki ve değer bakımından hep aynı niteliktedir; yani bunlar üstün, bağlayıcı, temel hukuk kurallarıdır.”¹⁷² demiştir.

Eğer bir devletin temel düzeni ve dayanak noktası olarak kabul edilen hukuk fikri anayasa ile belirlenip geçerlilik kazanıyorsa, bunun doğal sonucu, o devletin sahip olduğu bütün iç hukuk metinlerinin anayasaya uyum olmasıdır. Bu durum, “anayasanın esasa ilişkin üstünlüğü” olarak ifade edilmektedir¹⁷³. Anayasaların esas bakımından üstün olma niteliği, hukuki işlemlerin şekil yönünden de çoğu zaman farklı düzenlemelere tabi tutulmasını gerektirmektedir. Çünkü esasa ilişkin üstünlük niteliğine sahip olmak için, anılan niteliğin sadece ve açıkça anayasa metninde yer alması yetmemektedir¹⁷⁴. Anayasanın üstünlüğü ilkesinin, sadece bir temenni hükmü olma niteliğini aşarak anlam kazanması için, bunu güvence altına alacak bir sistemin oluşturulması şarttır¹⁷⁵.

SONUÇ

Hukuk devlet ilkesi, erkler ayrılığı ilkesi, federal yapılanma biçimi, insan hakları düşüncesi ve anayasanın üstünlüğü ilkesi günümüzde devlet iktidarının sınırlandırılmasının, dolayısıyla da Anayasacılığın araçları olarak kabul edilmektedir. Temel hak ve özgürlüklerin devlet erki karşısında korunmasının

¹⁷⁰ Yavuz Atar, “Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukuki Sonuçları”, *SÜHFD*, C. 2, S. 2, 1989, s. 183.

¹⁷¹ Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, s. 82.

¹⁷² AYM, K.T., 11.11.1963, E.1963/106, K.1963/270, R.G. T. 29.1.1964, S. 11619.

¹⁷³ Özer, *Anayasa Hukuku, Genel İlkeler*, s. 27.

¹⁷⁴ Yıldızhan Yayla, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1986, s. 42 vd.

¹⁷⁵ Tunç, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı, Denetim Kapsamı ve Organları*, s. 21.

yöntemleri olarak da nitelendirilebilecek anılan araçlar, Anayasalarda kendilerine yer buldukları ölçüde gerçek bir Anayasadan söz edilebilecektir.

Kuşkusuz her devletin tarihi, siyasi kültürü, belirli coğrafyalara yakınlığı vb. dinamikleri farklılık arz etmektedir. Dolayısıyla yukarıda sayılan Anayasacılığın araçlarından hangilerine ve ne ölçüde Anayasada yer verileceğine bütün bu dinamikler göz önünde bulundurularak ilgili devletlerin asli kurucu iktidarları tarafından karar verilecektir. Konuyla ilgili Anayasakoyucular tarafından yapılacak yanlış tercihler, devlet iktidarının sınırlandırılması ya da temel hak ve özgürlüklerin korunması bir yana tam tersi siyasi istikrarsızlıklara ve otoriter yönetimlere yol açabilir. Bundan dolayı Anayasakoyucular Anayasacılığın araçlarıyla ilgili tercihte bulunurken, Anayasanın uygulanacağı toplumun dinamiklerin çok iyi tahlil etmelidirler.

Kimi zaman Anayasacılığın araçlarından herhangi birisinin eksikliği, gerek sistem üzerinde gerekse de temel hak ve özgürlükler üzerinde herhangi bir olumsuz sonuca neden olmayabilir. Sözgelimi, bilindiği gibi Birleşik Krallık'da geçmişte olduğu gibi günümüzde de katı ya da sert nitelikte bir Anayasa bulunmadığı için "Anayasanın Üstünlüğü İlkesi" de kabul edilmemiştir. Ne var ki, anılan devlet sisteminde devlet iktidarının sınırlandırılması işlevi başta güçlü ve duyarlı bir kamuoyu olmak üzere değişik araçlar tarafından yerine getirilebilmektedir. Yine Birleşik Krallık sisteminde Anayasallık denetimi ya da Anayasa yargısı kabul edilmemiş olmasına rağmen Parlamento'nun temel hak ve özgürlükleri baskı altına almaya yönelik kanunlar yapması önlenebilmiştir.

Kimi zaman da belirli bir Anayasacılığın aracının kabul edilmesi ilgili devlet sisteminde kimi istikrarsızlıklara neden olabilir. Siyasi istikrarsızlıkların ortadan kaldırılmasına yönelik çareler ise, kimi zaman otoriter yönetimlere ve yönelimlere neden olabilir. Sözgelimi, üniter devlet yapısının benimsendiği bir devlet sisteminde, sırf Anayasacılığın aracı olmasının nedeniyle federal yapılanma biçiminin kabul edilmesi, ilgili devlet bakımından telafisi güç ya da imkansız zararlara neden olabilir. Özellikle müzakere etme kültürünün eksik olduğu ve farklılıklara yeterince saygı duyulmadığı çoklu toplum yapısına sahip devletlerde üniter yapıdan federal yapılanma biçimine geçilmesi, ilgili devleti bölünmeye kadar götürebilecektir. Devlet mekanizması ise bu bölünmeyi önleyebilmek için kimi otoriter yöntemlere başvurabilir. Bu durumun da temel hak ve özgürlükler üzerinde kimi daraltıcı ve sıkılaştırıcı etkilere neden olacağı açıktır.

Liberal Anayasacılık düşüncesini ya da hareketinin ürünü olarak kabul edilen Anayasa yargısı ya da Anayasallık denetiminin kabul edilmesi, günümüz çağdaş devlet anlayışında bir zorunluluk gibi durmaktadır. Özellikle Anayasacılığın araçlarından olan hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesi ve bütün devlet organlarının hukukla bağlı olmasını temin için, Anayasallık denetiminin yargı yetkisine sahip organlar ya da mahkemeler tarafından gerçekleştirilmesi, temel hak ve özgürlükler bakımından önemli güvence mekanizmalarından birisini oluşturmaktadır.

KAYNAKÇA

- Aliefendioğlu, Yılmaz: **Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996.
- Aliefendioğlu, Yılmaz: **Anayasa Yargısı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 1997.
- Aliefendioğlu, Yılmaz: "Türk Anayasa Mahkemesi'nin Hukuk Devleti Anlayışı", Haz. Hayrettin Ökçesiz, **Hukuk Devleti**, İstanbul, Afa Yayınları, 1998.
- Altay, Evren: "Anayasa Mahkemesi Kararlarında 'Yürürlüğün Durdurulması'", **Anayasa Yargılaması İncelemeleri-1**, Haz. Mehmet Turhan ve Hikmet Tülen, Ankara, AYM Yayınları, 2006, ss. 359-400.
- Altıparmak, Kerem: "Due Process of Law" Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme", **AÜHFD**, C. 45, S. 1-4, 1996, ss. 219-250.
- Batum, Süheyl: **99 Soruda Neden ve Nasıl Çağdaş Bir Anayasa**, 12 Levha Yayınları, 2009.
- Belge, Murat: "Sivil Toplum Nedir?", **Sivil Toplum ve Demokrasi Konferans Yazıları**, No 1, Haz. Nurhan Yentük ve Arzu Karamani, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sivil Toplum Kuruluşları Eğitim ve Araştırma Birimi, 2003, ss. 1-25.
- Berger, Raoul: "Doctor Bonham's Case: Statutory Construction or Constitutional Theory?", **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 117, N. 4, 1969, pp. 521-545.
- Bilgili, Alper: "Pozitivizme İmanın Esasları", Star Gazetesi, 16 Ocak 2012, (Çevrimiçi) <http://www.stargazete.com/acikgorus/pozitivizme-imanin-esaslari-haber-415831.htm>, 6 Şubat 2012.
- Bobbio, Norberto: **Thomas Hobbes and The Natural Law Tradition**, (Trans) Daniel Gobetti, The University of Chicago Press, Chicago, 1993.
- Brewer-Carías, Allan Randolph: "Constitutional Courts as Positive Legislators", **General Reports of the XVIII th of the Congress International Academy of Comparative Law**, Edt. By Karen B. Brown and David V. Snyder, London, Springer, 2012, pp. 549-570.
- Erdoğan, Mustafa: **Demokrasi Laiklik Resmi İdeoloji**, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, Liberte Yayınları, 2000.
- Erdoğan, Mustafa: **Anayasa ve Özgürlük**, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2002.
- Erdoğan, Mustafa: **Anayasa Hukuku**, Ankara, Orion Yayınevi, 2011.
- Erdoğan, Mustafa: "Demokrasi, Anayasa Yargısı ve Türkiye Örneği", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 10, S. 20, İstanbul, (Hukuk Sayısı)'ndan ayrı basım, Güz 2011/2, ss. 27-45.

- Erdoğan, Mustafa: "Yeni Anayasa: Yol Haritası", **Liberal Düşünce Dergisi**, Ankara, Liberte Yayınları, Y. 17, S. 66, 2012, 23-30.
- Erdoğan, Mustafa: **Anayasal Demokrasi**, 13. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2017.
- Erdoğan, Mustafa: **Türk Anayasa Hukuku**, Hukuk Yayınları, Ankara, 2018.
- Fabrini, Sergio: "Transatlantic Constitutionalism: Comparing United States and European Union", **European Journal of Political Research**, Vol. 43, 2004, pp. 547-569.
- Hayek, Friedrich August von **New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas**, London, Routledge & Keagan Paul, 1978.
- Göze, Ayferi: **Liberal, Marksist, Faşist ve Sosyal Devlet Sistemleri**, İstanbul, İÜHFY, 1977.
- Kaboğlu, İbrahim Özden: "Kelsen Modeli Sınırlarında Demokratikleşme Sürecinde Anayasa Yargıçları", **Anayasa Yargısı**, S. 10, Ankara, AYM Yayınları, 1993, ss. 381-404.
- Kaboğlu, İbrahim Özden: "'Hukuk Toplumu' Gerekli", Cumhuriyet, 9 Eylül 1994.
- Kaboğlu, İbrahim Özden: **Anayasa Yargısı**, 3. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, 2000.
- Kaboğlu, İbrahim Özden: **Laiklik ve Demokrasi**, İstanbul, İmge Kitabevi, 2001.
- Kaboğlu, İbrahim Özden: **Özgürlükler Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, 2002.
- Kaboğlu, İbrahim Özden: **Anayasa Yargısı, Avrupa Modeli ve Türkiye**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara, İmge Kitabevi, 2007.
- Öztürk, Fatih: **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Politik Sorun ve Yargısal Aktivizm Doktrini: Anayasal Yargı Denetimi Gerekli mi?**, İstanbul, Beta Yayınları, 2012.
- USLU, Ferhat: **Bütün Konularıyla Anayasa Yargısı Dersleri**, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- USLU, Ferhat: **Anayasa Yargısı**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 3. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- USLU, Ferhat: **Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- Uzun, Cem Duran: "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu (Anayasa Şikâyeti) Beklentiler ve Riskler", **SETA Analiz**, S. 50, Şubat 2012.
- Ünsal, Artun: **Siyaset ve Anayasa Mahkemesi**, Ankara, AÜSBFY, 1980.
- Üskül, Zafer: "Mahkemenin, Seçimi İptal Yetkisi Yok...", Zaman Gazetesi, 26 Nisan 2007, (Çevrimiçi) http://www.zaman.com.tr/newsDetail_getNewsById.action?haberNo=532111, 13 Ocak 2013.

- Vile, John R.: **The Constitutional Convention of 1787 A Comprehensive Eyclopedia of Americans Founding**, Vol. 1, Santa Barbara, California, ABC-CLIO INC, 2005.
- Vile, Maurice J. C.: **Constitutionalism and The Separation of Powers**, Second Edition, Indianapolis, Liberty Fund, 1998.
- Voegelin, Eric: "Liberalism and Its History," Trans. by Mary Algozin and Keith Algozin, **The Review of Politics**, Cambridge University Press, Vol. 36, No. 4, October 1974, pp. 504-520.
- Ward, Kenneth: "Legislative Primacy: A Neglected Alternative to Judicial Supremacy", May 2006, **All Academic**, http://citation.allacademic.com/meta/p_mla_apa_research_citation/1/3/9/6/3/pages139631/p139631-1.php, 1 Şubat 2013, pp. 1-32.
- Wheare, Sir Kenneth Clinton: **Modern Anayasalar**, Çev. Mehmet Turhan, Değişim Yayınları, İstanbul, 1984.
- Wikipedia The Free Encyclopedia: "Thirty Tyrants", (Çevrimiçi) http://en.wikipedia.org/wiki/Thirty_Tyrants, 15 Aralık 2012.
- Wikipedia The Free Encyclopedia: "Telos", (Çevrimiçi) [http://en.wikipedia.org/wiki/Telos_\(philosophy\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Telos_(philosophy)), 1 Eylül 2012.
- Wolff, Karen: "From Plessy v. Ferguson to Brown v. Board of Education: The Supreme Court Rules on School Desegregation", (Çevrimiçi) <http://www.yale.edu/ynhti/pubs/A5/wolff.html#f>, 10 Mayıs 2012.
- Wöhrmann, Gotthard: "The Federal Constitutional Court: an Introduction", 2001 (Çevrimiçi) <http://www.iuscomp.org/gla/literature/Inbverfg.htm>, 1 Mart 2012.
- Vogel, Hans-Heinrich: "Constitutional Review and Democracy - Constitutional Courts and the Legislative Process", **Seminar on "Strengthening of the principles of a democratic state ruled by law in the Republic of Belarus by way of constitutional control"**, Place and Date: Strasbourg, 15 July 2003, CDL-JU, 2003, 25, pp. 1-11.
- Yayla, Atilla: "Fazilet Partisi'nin Kapatılması ve Türkiye'nin Cari Sistemi'nin Çıkmazlar", **Liberal Düşünce Dergisi**, Y. 6, S. 23, Yaz-2001.
- Yayla, Atilla: **Siyaset Teorisine Giriş**, 2. Baskı, Ankara, Liberte Yayınları, 2002.
- Yayla, Atilla: "Yasama ve Yargı Arasındaki İlişkiler Üzerine", Yazarın 20 Nisan 2005 tarihinde TBMM'de yaptığı konuşma, (Çevrimiçi) <http://www.3hareketi.org/basindanyazi.php?id=64>, 20 Ağustos 2012.
- Yayla, Atilla: "Mutlak İktidar ve Yozlaşma", Zaman Gazetesi, 6 Şubat 2009, (Çevrimiçi) <http://www.zaman.com.tr/haber.do?haberno=812111&title=yorum-atilla-yayla-mutlak-iktidar-ve-yozlasma>, 10 Ağustos 2012.

Yayla, Atilla: "Anayasacılık, Anayasal Demokrasi ve İdeolojiler", **Liberal Düşünce Dergisi**, Ankara. Liberte Yayınları, Y. 17, S. 66, 2012, ss. 13-22.

Yayla, Atilla: "Anayasa ve Devletin Sınırlanması", **Liberal Düşünce Dergisi**, Ankara, Liberte Yayınları, Y. 17, S. 66, 2012, ss. 9-11.

Yayla, Atilla: "Liberalizm Eleştirilerinde İnsaf ve Nezaket İhtiyacı", Hürfikirler, 27 Temmuz 2012, (Çevrimiçi) <http://www.hurfikirler.com/yazi2673/liberalizm-elestirilerinde-insaf-ve-nezaket-ihtiyaci.php>, 4 Ekim 2012.

Yayla, Atilla: "Liberaller, Siyaset ve Siyasî Partiler", Zaman Gazetesi, 23 Kasım 2012, (Çevrimiçi) <http://www.zaman.com.tr/yorum/liberaller-siyaset-ve-siyasi-partiler/2019584.html>, 23.11.2012.

Yayla, Atilla: "Konfüçyüs mü Mozi mi?", Zaman Gazetesi, 30 Kasım 2012, (Çevrimiçi) <http://www.zaman.com.tr/yorum/konfu-cyus-mu-mozi-mi/2022723.html>, 30 Kasım 2012.

Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanmak, Kullanmak İçin Kabul Etmek, Satın Almak, Bulundurmak Suçunun Muhakemesi^(*)

The Criminal Procedure of the Offence of the Use of Narcotics or Psychotropic Substances or Purchasing, Accepting, Possession of These Substances for Personal Use

Dr. Ceyda ÜMİT^(**)

Öz:

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 191. maddesi, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanma, kullanmak için kabul etmek, satın almak veya bulundurmak suçu ile bu suç için özel muhakeme usulünü düzenlemektedir. Kendine özgü muhakeme usulü kapsamında çok sayıda dava koşulu içeren düzenleme, ceza hukukunun ihtisaslaşma gerektiren teknik bir alanıdır. Bu özelliğiyle, TCK 191. maddenin muhakeme usulü, yasa uygulayıcı makamlar nezdinde ve ceza hukuku öğretisinde tartışmalı bir alandır. Suçun hukuki niteliği, işleniş zamanı ve somut olayın özelliklerine göre soruşturma ve kovuşturma usulünün uygulanması gerekliliği son derece kapsamlı araştırma ve değerlendirmeyi zorunlu kılmaktadır. Makale, uygulama birliğini sağlamak ve konuya açıklık kazandırmak amacıyla TCK 191. madde muhakeme usulünün kapsamlı analizini yaparak sorunlu alanlarda çözüm önerileri sunma amacını taşımaktadır. Bu bağlamda, makale konusu ile ilgili olarak TCK 191. maddenin genel yapısı, suçun unsurları ve sübuta dair önemli konular açıklandıktan sonra, maddede öngörülen muhakeme usulü, Yargıtay kararları ışığında soruşturma ve kovuşturma evreleri yönünden ayrıntılı olarak incelenmektedir. Ayrıca, TCK 191. maddeye özgü muhakeme usulü ile birlikte değerlendirilmesi gereken 5320 sayılı CMK'nın Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un geçici 7. madde uygulaması irdelenmekte, basit yargılama usulünün uygulanacağı haller ele alınmakta, en iyi uygulamaya yönelik çözüm önerileri tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler:

Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde, Geçici 7. Madde Usulü, Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi, Zorunlu Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Basit Yargılama Usulü.

Abstract:

Article 191 of the Turkish Penal Law (TPL) not only regulates the offence of the use of narcotics or psychotropic substances or purchasing, accepting, possession of these substances for

^(*) Makale Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin Editörlüğe Gönderildiği Tarih: 21.07.2021, Makalenin Kabul Tarihi: 23.11.2022.

^(**) Gaziantep Bölge Adliye Mahkemesi 11. Ceza Dairesi Başkanı,

E-posta: ceydaumit@gmail.com,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-8965-7900>.

personal use but also the special criminal procedures for this offence. This provision with its own criminal procedure comprising several cause of actions constitutes an extremely technical field of the penal law. Especially, the distinguished legal character of the criminal procedures of Article 191, has been an ongoing topic of discussion among the law enforcement bodies and penal law authorities. Due to the, inherent criminal provisions to be implemented by taking into account of the specific particularities of each offence even the time of the offence, an intense reserach and evaluation is required. This study intends to offer a comprehensive analyse of the special criminal procedures of Article 191 in order to provide clarification, uniform interpretation and implementation of the provision and to find solutions to some disputed areas. Within this context, this article explains first the general structure of the provision of Article 191, including the topic, the legal conditions, the core elements and the evidentiary material of the offence to the extent of its topic. Thereafter, the article examines in detail the inherent criminal procedure regulated under Article 191 with regard to prosecution and investigation stages in light of the Supreme Court decisions. In so doing, the article enlightens the implementation of the provisional Article 7 of the Enforcement and Implementation of the Penal Procedure Law numbered 5320 which has to be evaluated inevitably together with the criminal procedure of Article 191, the implementation of the simple criminal procedure. Finally, the article offers some solutions for the best implementation.

Keywords:

Narcotics or Psychotropic Substances, Procedure of the Provisional Article 7, Deferring of the Opening of the Public Prosecution, Compulsory Deferment of the Announcement of the Verdict, Simple Criminal Procedure.

GİRİŞ

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 191. maddesinde "Kullanmak İçin Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek veya Bulundurmak ya da Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanmak Suçu" başlığı altında düzenlenen suç¹, ceza hukukunun ihtisaslaşma gerektiren zorlu bir alanıdır. Suç için öngörülen ceza yaptırımına dair düzenlemenin haricinde, özel soruşturma ve kovuşturma usulünü barındıran ve toplam on fıkradan oluşan TCK 191. maddenin yorumu ve uygulaması süregelen tartışmalı alanların başındadır.

Maddenin geçirdiği muhtelif yasa değişiklikleri nedeniyle suç tarihine göre doğru uygulamanın yapılması, seçimlik hareketleri içeren eylemin kendine özgü araştırma ve incelemeyi zorunlu kılması, kamu davası açılabilmesi için dava şartı olarak getirilen özel usulün yanı sıra, Yargıtay kararlarıyla dava şartı olarak kabul edilen gerekliliklerin irdelenmesi, son derece titiz değerlendirmeye ve araştırmayı zorunlu kılmaktadır. Dava şartlarına hiç uyulmaması veya gereği gibi uyulmaması yargılama sürecinin uzamasına neden olan sorunların

¹ Makalede başlıkta yer aldığı şekliyle "uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak, kullanmak için kabul etmek, satın almak, bulundurmak suçu" veya kısaca "TCK 191. maddede düzenlenen suç" ya da "TCK 191. maddede tanımlı suç" olarak anılacaktır.

başındadır. Diğer yandan, TCK 191. madde kapsamındaki suçun özelliğine göre esasen bir bağımlılık türü olarak uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımı ya da bu amaçla bulundurma, saklama kabul etme eyleminin çoğu kez zaman aralığında yinelenen eylemlerle gerçekleştirilmesi, her somut olayda failin birden fazla eylemi olup olmadığının, eylemlerin birbiriyle bağlantısının ve işliş tarihlerinin dikkate alınarak doğru muhakeme usulünün uygulanmasını gerektirmektedir. Zira, uygulamada sıklıkla aynı kişi hakkında mükerrer soruşturmalar ve kamu davaları ile karşılaşılmakta, bu durum, hukuki durumun değerlendirilmesini zorlaştırmakta, mükerrer mahkumiyetler ve dava şartlarına uyulmaması nedeniyle hak kayıpları ile karşılaşılmaktadır. Bu bağlamda, uygulamaya açıklık ve yeknesaklık kazandırmak önem taşımaktadır.

Makalede TCK 191. maddesinde düzenlenen suçun muhakeme süreci ve bu süreçte uyulması gereken gereklilikler tüm yönleriyle irdelenerek sorunlu alanlarda zm nerileri tartışılmaktadır. Bu amaçla birinci bölümde, inceleme konumuzun bütünlüğünü ve anlaşılabilmesini sağlayıcı kapsamda ve sınırlı lde TCK 191. maddenin genel yapısı, madde kapsamının anlaşılabilmesi için geçirdiği değişiklikler, maddede düzenlenen suçun maddi ve manevi unsurları, suçla korunan hukuki yarar ve sübuta dair önemli inceleme konuları açıklanmıştır. İkinci bölümde, muhakeme usulü; soruşturma ve kovuşturma evreleri yönünden ayrı ayrı ele alınarak, her bir evrede uyulması gereken ilkeler ve dava şartları maddenin amir hükümleri ve Yargıtay uygulaması işiğinde ayrıntılarıyla tartışılmıştır. Bu kapsamda, kamu davasının açılmasının ertelenmesi (KDAE) kurumunun TCK 191. maddeye özgü uygulaması, kurumun uygulanamayacağı ve ayrı soruşturma veya kovuşturma konusu yapılamayacak haller, madde uyarınca kamu davası açma koşulları, 6545 sayılı Kanun değişikliği ile 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanun'un Yürürlük ve Uygulama şekli Hakkında Kanun'a eklenen geçici 7. madde uygulaması², belirli koşullarda vasıf değişikliğine dayalı zorunlu hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) uygulaması ile suç tarihine göre basit yargılama usulünün uygulanacağı haller incelenmiştir.

I. TCK 191. MADDEYE GENEL BAKIş

A. Maddenin Yapısı ve Geçirdiği Değişiklikler

Uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanmak, bu amaçla söz konusu maddeleri bulundurmak, satın almak, kabul etmek eylemleri TCK m.191/1'de suç olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla, maddede dört ayrı bağımsız suç bu-

² Makalede 5320 sayılı Kanun Geçici m.7 olarak anılacaktır.

lanmaktadır: kullanmak, kullanmak için satın almak, bulundurmak, kabul etmek. Son üç eylemin ortak bileşeni kullanmak amacıyla yapılmalarıdır. Madde, suç tanımının yanı sıra, öngörülen suç tiplerine özgü soruşturma ve kovuşturma usulünü de içermekte, bu yönüyle Türk Ceza Kanununda düzenlenen diğer suçlardan ayrılmaktadır. Makalede inceleneceği üzere bu suçların soruşturulması ve kovuşturulmasında ceza muhakemesi hukuku ilke ve kuralları, TCK 191. maddede öngörülen usul ve esaslara uyularak uygulanacaktır.

TCK 191. maddenin bir özelliği de; TCK'da en fazla değişiklik yapılan maddelerden biri olmasıdır. Halen 28.06.2014 tarihli ve 29044 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 6545 sayılı Kanunun 68. maddesi ile değişik hali yürürlüktedir³. 6545 sayılı Kanun değişikliğine dek, TCK 191. madde muhtelif değişikliklere uğramıştır⁴. Her bir değişiklikte, suç konusu eylemin niteliği ve soruşturma usulüne ilişkin esaslı yenilikler getirildiğinden TCK 191. madde uygulamasında süregelen yorum farklılıklarıyla karşılaşmaktadır.

TCK 191. madde değişikliklerini kısaca özetlersek; 5377 sayılı Kanunun 24. maddesi ile önceki metnin ilk fıkrasındaki "kendisi tarafından kullanılmak üzere uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisi doğuran bitkileri yetiştirmek eylemi çıkarılmış, ikinci fıkrası, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine, kullanmamakla birlikte kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulduran kişi hakkında denetimli serbestlik tedbirine hükmedileceği şeklinde değiştirilmiştir. 5560 sayılı Kanun m.7 değişikliği ile madde tamamen yeniden düzenlenmiştir. Fail, suç konusu maddeyi kullanmamış ise denetimli serbestlik kararı uygulaması, kullanmış ise takdire bağlı olarak denetimli serbestlik ve tedavi tedbiri ya da bu tedbirle beraber ceza uygulaması getirilmiştir. 6217 sayılı Kanun m.20 ile TCK 191. maddesi uyarınca verilen tedavi ve denetimli

³ Makale, 6545 sayılı Kanunla değişik TCK 191. maddesindeki muhakeme usulünün incelenmesi ile sınırlı olup, çalışma kapsamında 6545 sayılı Kanun ile değişik TCK 191. maddesi olarak anılacaktır.

⁴ 5237 sayılı TCK'nın yürürlük kazandığı 1 Haziran 2005 tarihinden itibaren TCK m.191, kronolojik sıraya göre; 08.07.2005 tarih ve 25869 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 5377 sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.24; 19.12.2006 tarih ve 26881 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.7; 14 Haziran 2011 tarih ve 27905 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.20 ile değişikliğe uğramıştır. Son olarak, 28.06.2014 tarih ve 29044 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 6545 sayılı Kanun m.68 ile değişiklik geçirmiştir. 04.04.2015 tarih ve 29316 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 6638 sayılı Kanun m.12 ile de, madde içeriğinde değişiklik yapılmaksızın suçun işlendiği yere göre ceza artırımı getiren TCK m.191/10 hükmü eklenmiştir.

serbestlik kararlarının durma kararının hukuki sonuçlarını doğuracağı cümlesi, ikinci fıkraya eklenmiştir⁵.

6545 sayılı Kanun m.68 değişikliği ile madde bir kez daha köklü bir değişikliğe uğramış, yeni soruşturma ve kovuşturma usulleri getirilmiştir. TCK 191. madde kapsamında uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak eylemi de suç olarak tanımlanmış, bu doğrultuda madde başlığı değiştirilmiş, ceza artırımına gidilmiş, soruşturma evresinde genel hükümlerdeki koşullara bağlı olmadan zorunlu olarak suç faillerine uygulanacak kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu, asgari 1 yıl süreli denetimli serbestlik tedbiri ve bununla birlikte gerekli görülürse tedavi tedbiri uygulaması getirilmiştir. Ayrıca, yine genel hükümlerdeki koşullara bağlı olmaksızın zorunlu olarak uygulanacak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanacağı haller düzenlenmiştir. 6545 sayılı Kanunun yürürlük tarihi öncesi uygulama ile uyumu sağlamak için aynı Kanunun 85. maddesi ile 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'a geçici m.7/1, geçici m.7/2 ve geçici m.7/3 maddeler eklenmiştir⁶. Son olarak 6638 sayılı Kanun ile muhakeme usulünde değişiklik getirmeyen ancak suçun işlendiği yere göre ceza artırımı öngören son fıkra hükmü maddeye eklenmiştir⁷.

Madde sistematüğını kısaca formüle ederek açıklarsak, birinci fıkrada suç tanımı ve cezai yaptırım düzenlendikten sonra dokuzuncu fıkraya kadar maddeye özgü soruşturma ve kovuşturma usulleriyle ilkelerin yer aldığı görölmektedir. Bu kapsamda, ikinci fıkrada TCK 191. madde soruşturmalarında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun uygulanması, üçüncü fıkrada erteleme süresi zarfında denetimli serbestlik ve bununla birlikte takdire bağlı tedavi tedbiri uygulaması, dördüncü fıkrada erteleme süresi zarfındaki ihlal sayılan eylemler ve durumlar, beşinci fıkrada erteleme süresi içindeki ihlal eylemlerinin ayrı bir soruşturma veya kovuşturma konusu yapılamayacağı ilkesi, altıncı fıkrada erteleme süresi zarfındaki ihlal eylemlerinden dolayı kamu

⁵ Değişikliklerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: Sevimli, Hüseyin Özgür, Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek veya Bulundurmak ya da Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanmak Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Ankara 2019, (www. tez.yok.gov.tr), Erişim tarihi: 03.04.2021, s. 69-79; Çetin, Soner Hamza, Kullanmak için Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek, Bulundurmak ya da Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanmak Suçu (TCK m.191), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (4) 2016, s. 1362-1367, (s. 1353-1480).

⁶ 6545 sayılı Kanun değişikliği ile 5320 sayılı Kanuna eklenen geçici 7. madde ilerleyen bölümlerde açıklanacaktır.

⁷ 6545 ve 6638 sayılı Kanun değişiklikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Ruhi, Cemal Ahmet, Türk Ceza Kanunu'nda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları, 2. baskı, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 89-94.

davası açıldıktan sonra birinci fıkrada tanımlı suçun tekrar işlenmesi halinde artık kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun uygulanamayacağı kuralı, yedinci fıkrada erteleme süresinin iyi halli geçirilmesi halinde kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verileceği düzenlenmiştir. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan uyuşturucu veya uyarıcı madde ticaretinden veya bu maddelerin kullanılmasını kolaylaştırma suçlarından açılan davalarda eylemin vasfının TCK 191. madde kapsamında kaldığının kabulü halinde kovuşturma sonucunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması sekizinci fıkrada, genel hükümlere göre kamu davasının açılmasının ertelenmesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanması dokuzuncu fıkrada yer almaktadır. Onuncu fıkra ise ceza artırımı maddesidir.

B. Suçla Korunan Hukuki Yarar

TCK 191. madde; Türk Ceza Kanunu'nun "Özel Hükümler" Başlıklı İkinci Kitabının "Topluma Karşı Suçlar" başlığını taşıyan Üçüncü Kısmında "Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar" başlıklı Üçüncü Bölümünde yer almaktadır. Türk Ceza Kanunundaki düzenleniş yerine göre madde düzenlemesi ile korunan hukuki değer; toplum sağlığının korunması ve genel kamu yararadır⁸. Maddenin kendi içinde düzenleniş biçimi ve kapsamına göre bu amaçların yanı sıra, suç faillerinin sağlıklarının korunması, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanma alışkanlıklarını tedavi ve denetimli serbestlik tedbirleri aracılığıyla bırakmalarının sağlanarak bireyin ve sağlığının korunması hedefinin de gözetildiği anlaşılmaktadır⁹.

C. Suçun Maddi ve Manevi Unsurları¹⁰

1. Maddi Unsurlar

a. Suçun Konusu

Suçun maddi konusu; kullanmak için satın alınan kabul edilen veya kullanılan uyuşturucu veya uyarıcı maddelerdir. Failin kullandığı, kullanmak için

⁸ Elmas, Birsen, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, 2. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 395; Çalışkan, Suat, Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları, 2. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 102.

⁹ Ateş, Neslihan, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanma Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, 2016, (www.tez.yok.gov.tr) Erişim tarihi: 20.04.2021, s. 64; Anayasa Mahkemesi 26.02.2009 tarih, E: 2007/22, K: 2009/37 sayılı kararında 6545 sayılı Kanun değişikliğinden önce yürürlükte olan TCK m.191/7'nin Anayasaya aykırılık iddiasını incelerken TCK 191. madde ile korunan hukuki yararın sanığı ceza tehdidi ile tedaviye zorlayarak yeniden topluma kazandırmak olduğunu vurgulamıştır, (www.anayasa.gov.tr), Erişim tarihi: 15.03.2022.

¹⁰ Makalenin konu bütünlüğünü sağlayıcı kapsamda incelenmiştir.

bulundurduğu, satın aldığı, kabul ettiği suç konusu madde, uyuşturucu veya uyarıcı madde niteliği taşımalıdır. TCK 191. maddede uyuşturucu veya uyarıcı madde tanımı yer almamaktadır. Taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerde, kanunlarımızda, kanunların verdiği yetkiye dayanarak ıkarılan Bakanlar Kurulu Kararlarında uyuşturucu madde olduğu kabul edilen, tıbbi, bilimsel amaçlar dışında imali, ithali, ihracı, satışı, satın alınması, nakledilmesi, bulundurulması yasak ya da ruhsata tabi olan, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak belirtilen eylemlere konu olan maddeler, uyuşturucu veya uyarıcı madde olarak kabul edilmektedir¹¹. Konuyla ilgili uluslararası sözleşmelerde ayrıntılı tanımdan ziyade liste halinde sınırlı olmayan şekilde uyuşturucu veya uyarıcı maddeler sayılmıřtır¹². Dolayısıyla, bu sözleşmelerdeki uyuşturucu veya uyarıcı madde kapsamının genişletilmesi mümkündür.

Mevzuatımızda 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakebesi Hakkında Kanun'un 1. maddesinde aralarında tıbbi afyon ve kokainin de yer aldığı bazı maddeler sayılmıştır. Kanun'un 19. maddesinin verdiği yetkiye dayalı ıkarılan Bakanlar Kurulu kararı ile psikotrop maddeler de uyuşturucu madde kapsamına alınmıřtır¹³. 3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle ilgili Kanun'un 1. maddesinde çizilmiş veya çizilmemiş haşhaş kapsülü gibi bazı maddeler uyuşturucu madde olarak sayılmış, 4. maddesinin birinci fıkrasında maddesinde ham afyon, hazırlanmış afyon, tıbbi afyon ile müstahzarlarının uyuşturucu madde sayılacağı belirtilmiştir. Yine, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticaretini düzenleyen TCK m.188/4'te eroin, kokain, sentetik kannaboid ve türevleri ile baz morfin, uyuşturucu ve uyarıcı madde olarak kabul edilmiştir. Genel olarak bakıldığında afyon, esrar, kokain, eroin gibi doğal biçimdeki maddeler uyuşturucu ve uyarıcı etki doğuran ve çoğunlukla yapay surette elde

¹¹ Yargıtay 10 CD, 30.09.2019 tarih, E: 2013/7397, K: 2016/2619 sayılı ilam, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr) Erişim tarihi: 20.10.2022.

¹² 27.12.1966 tarih ve 812 sayılı Kanunla onaylanan 12496 sayılı ve 5.1.1967 tarihli Resmî Gazetede Yayımlanan 1961 tarihli Uyuşturucu Maddelere Dair Tek Sözleşmesi (Single Convention on Narcotic Drugs) I, II, III ve IV numaralı cetvellerde doğal ve sentetik uyuşturucu veya uyarıcı maddelerle, bunların müstahzarları uyuşturucu madde kapsamında sayılmıştır. 27.10.1980 tarih ve 2326 sayılı Kanunla onaylanan, Resmî Gazetenin 28.10.1980 tarih ve 17145 sayısında yayımlanan 1971 tarihli Psikotrop Maddeler Sözleşmesi ile de uyuşturucu maddelere benzer etkiler yaratan sentetik ilaçlar ve diğer maddeler olarak tanımlanan psikotrop maddeler listeler halinde uyuşturucu madde kapsamına alınmıştır. 11.02.1996 tarih ve 22551 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 22.11.1995 tarih ve 4136 sayılı Kanunla onaylanan 1988 tarihli Uyuşturucu ve Psikotrop Maddelerin Kaçakçılığına Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinde de, 1961 tarihli TEK sözleşmesi, bu sözleşmede değişiklik yapan 1972 tarihli Protokol ve 1971 tarihli Psikotrop Maddeler Sözleşmesi listelerine atıfta bulunularak yine sınırlı olmayan sayım tercih edilmiştir.

¹³ 16.12.2013 tarihli ve 2013/5742 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı.

edilen ilaç ve sentetik maddeler ise uyarıcı olarak sınıflandırılmaktadır¹⁴. İncelediğimiz düzenlemelerdeki sayımın esnek olması isabetlidir.

b. Suçu Oluşturan Eyleme İlişkin Tespitler

TCK 191. madde uyarınca cezai sorumluluğun doğması ve suçun oluştuğunun kabulü için maddede sayılan seçenek eylemlerin işlenmesi gerekir¹⁵. Fail, bilerek ve isteyerek kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almalı veya kabul etmeli ya da bulundurmalı veya kullanmalıdır. Yani, satın alma, bulundurma, kabul etme ve kullanma fiilleri suçun maddi unsurudur. Sayılan ilk üç eylem kullanmak amacıyla yapılmalıdır. Maddede sayılan seçimlik hareketlerden birinin işlenmesi yeterlidir. Seçimlik hareketlerden kullanmak suçu ile diğerlerinin eş zamanlı işlenmesi hali ile sıklıkla karşılaşılmaktadır. Bu halde, eylemlerin eş zamanlı olup olmadığı önem taşımaktadır. Yani olay tarihinde kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde bulundurduğu veya satın aldığı ya da kabul ettiği somut delillerle sabit olan kişinin aynı zamanda olay tarihinde kullandığı da saptanırsa olay tarihi itibarıyla tek suç vardır. Aynı suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zaman aralıklarında işlenen suçun varlığı halinde, koşullara bağlı olarak zincirleme suç uygulanabilecektir¹⁶.

¹⁴ Çetin, s. 1373. Uyuşturucu ve uyarıcı madde çeşitleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz: Barut, Ferit / Aydemir, Melisa, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları ve İlgili Mevzuat, Legal Hukuk Kitapları Serisi: 589, 1.baskı, 2019, (www.legal.com.tr/ Book/marc/f6d4c726a15245e9908a08eddd156c38), Erişim tarihi: 01.04.2021), s. 9-28; Doğan, Fatma Karakaş, Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, Legal Hukuk Kitapları Serisi: 308, 1. Baskı, 2015, (www.legal.com.tr/ Book/marc/4482cb7373e847f19cba8ae301b9eeee4), Erişim tarihi: 05.04.2021), s. 12-31.

¹⁵ TCK 191. maddede tanımlı suçun tipiklik unsuru; suç konusu eylemin yasal unsurlarının gerçekleşmesidir, yani kanundaki tipe uygun, hukuka aykırı ve tamamlanmış eylem olmalıdır. Suçun yasal tanımındaki maddi kurucu öge; kanunda öngörülen fiilin yapılması, suç düzenlemesinde tanımlanan sonucun oluşması ve hareket ile sonuç arasında illiyet bağı bulunmasıdır. Suçun yasal tanımındaki manevi unsur ise; suç eyleminin faille isnat edilebilmesi için var olması gereken kast ve taksir ögesidir. Failin suç işleme iradesi kusurlu olmalı, yani yasada suç olarak düzenlenen eylem, kusur yeteneğine sahip kişi tarafından kusurlu irade ile işlenmelidir, Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 153-227; Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Alşahin, Mehmet Emin / Çakır, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 285-289; Ceza sorumluluğunun esasları ile ilgili genel bilgi için bkz: Ümit, Ceyda, Hekimlerin Mesleklerinin Uygulanmasından Doğan Ceza Sorumluluğu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 2017 (8), Cilt: 35, Sayı: 32, (s. 197-246), s. 198-200.

¹⁶ TCK m.43/1 düzenlemesine göre, bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda bir cezaya hükmedilir. Maddenin ikinci fıkrası uyarınca, aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi durumunda da bir cezaya hükmedilecektir. YCGK 16.05.2017 tarih; E: 2015/7-398, K: 2017/272 ve 08.04.2014 tarih, E: 2013/7-591, K: 2014/171 sayılı ilamlarında vurgulandığı üzere, suçla korunan ve ihlal edilen hukuki yarar, suçun işlenmesindeki özellikler, fiillerin işleniş zamanı, yeri, fiiller arasında geçen süre, korunan değer, maddi konunun niteliği, failin amacı ve diğer tüm özellikler birlikte değerlendirilerek, aynı suç işleme kastının yinelenip yinelenmediği tartışılmalıdır. Bu ölçütler çerçevesinde

Kullanmak için satın alma, bulundurma ve kabul etme eylemlerinde uyuşturucu veya uyarıcı madde failin, fiili ve hukuki tasarruf alanına geçmeli, fail istediği anda ulaşabilecek konumda olmalıdır¹⁷. Kullanmak için satın alma eyleminde para ya da herhangi bir bedel karşılığında alınması, kullanmak için kabul etme eyleminde ise herhangi bir bedel karşılığında olmaksızın maddenin mülkiyet veya zilyetliğinin devralınması söz konusudur¹⁸. Kullanmak için bulundurma eylemi yönünden uyuşturucu veya uyarıcı maddenin fiili ege-menlik alanında olma kaydıyla failin üstünde, evinde, aracında ele geçirilmesi yeterlidir. Fiili hâkimiyet devam ettiği sürece ele geçirilen yerin mülkiyetinin failde olması şart değildir¹⁹.

c. Suçun Faili ve Mağduru

Suçun faili olmak için özel bir koşul bulunmamaktadır. TCK m.191’de tanımlı suçu işleyen herkes suçun faili olabilir. TCK m.191 özgü suç değildir²⁰. Suçla korunan hukuki yarar alt başlığında incelediğimiz üzere; TCK m.191’in ‘Topluma Karşı Suçlar’ başlığı altında ‘Kamunun Sağlığına Karşı Suçlar’ bölümünde düzenlenmesi, suçla korunan hukuki yarar ve suç konusu dikkate alındığında belirli bir kişi, bu TCK m.191’de düzenlenen suçun mağduru olamaz. Mağdur toplumdur²¹. Ateş’e göre, uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanmayla mücadele uluslararası bir boyut kazandığından insanlığa karşı suç olarak da nitelendirilebilir²².

2. Manevi Unsur

Suçun manevi unsuru kast ögesidir. Eylemin kanuni tipe uygunluğu saptanırken TCK m.191/1’de yer alan suç tanımındaki kullanmak amacıyla satın alma,

genel uygulama, hukuki kesintiden önce yinelenen suç kastı ile aynı eylemin birden fazla işlenmesi halinde zincirleme suç uygulanması, kanun gereği cezada artırım yapılarak sonuçta tek ceza verilmesi yönündedir, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 20.03.2022. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 619-636.

¹⁷ Ekmen, s. 72-73.

¹⁸ Sevimli, s. 105.

¹⁹ Ibid (ibidem, aynı eserde), s. 107.

²⁰ TCK m.40/2 uyarınca özgü suçlarda ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Örneğin bankacılık zimmeti özgü suçtur, banka görevlisi tarafından işlenebilir. İştirak eden varsa azmettiren veya yardım eden olarak kabul edilir.

²¹ Çirkin, Menekşe, Kullanmak İçin Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek veya Bulundurmak ya da Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanma Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, İzmir, 2020, (www.tez.yok.gov.tr), Erişim tarihi: 21.04.2021, s. 88.

²² Ateş, s. 98.

bulundurma veya kabul etme vurgusuna dikkat edilmelidir. Olayın özelliğine göre failin amacının kullanmak olmadığı, ticaretini yapmak gibi başka amaçla uyuşturucu veya uyarıcı maddeyi bulundurduğu, kabul ettiği, satın aldığı sabit olması halinde, manevi unsur oluşmadığından TCK m.191’de tanımlı suç oluşmayacaktır. Bu durumda özellikle TCK m.188/3 kapsamında uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti yapma suçu gündeme gelebilecektir²³. Somut olayın bulguları, faile özgü özellikler, failin içinde bulunduğu duruma göre failin ticaret amacıyla mı yoksa kullanmak, kullanmak için satın almak, bulundurmamak veya kabul etmek amacı taşıyıp taşımadığı yani suç kastı tespit edilmelidir.

Diğer yandan kullanmanın sabit olması halinde, kullanılan uyuşturucu veya uyarıcı maddenin türü, ne şekilde kullanıldığı ve hangi amaçla kullanıldığının önemi bulunmamakta, ağrı dindirme, keyif almak ya da sair amaçlarla işlenmesi fark yaratmamaktadır²⁴. Kullanmanın kişide yarattığı etkinin, bir başka deyimle kullanım nedeniyle zarar veya tehlike meydana gelip gelmemesinin suçun soyut tehlike suçu olması nedeniyle, önemi bulunmamaktadır²⁵. Ancak kullanma kastının yani manevi unsurun belirlenmesinde madde miktarı, ele geçiriliş şekli, failin davranış şekli gibi ölçütler yol gösterici olabilmektedir²⁶.

D. Hukuka Aykırılık Unsuru²⁷

Hukuka aykırılık suç tipini ihlâl eden hareketin hukuk düzeni ile çelişmesi ve hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen bir durumun olmamasıdır²⁸. Suçun oluşması eylemin hukuka aykırı olmasına bağlıdır. TCK m.191’de özel bir hukuka aykırılık unsuru ya da özel bir hukuka uygunluk nedeni düzenlenmemiştir. TCK’nın ‘Ceza Sorumluluğunun Esasları’ başlıklı İkinci Kısım’da ‘Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler’ başlığı altında m.24 ila

²³ TCK m.188/3’de; uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız ya da ruhsata aykırı olarak ülke içinde satmak, satışı arz etmek, başkalarına vermek, sevk etmek, nakletmek, depolamak, satın almak, kabul etmek, bulundurmamak, bu maddelerin ticaretini yapmak eylemleri suç sayılmıştır.

²⁴ Sevimli, s. 101.

²⁵ Çirkin, s. 93.

²⁶ Yargıtay (kapatılan) 20 CD, 07.12.2017 tarih, E: 2015/8787, K: 2017/6875 sayılı ilamında sanığın çantasında ele geçirilen 213,5 gram esrar maddesini kullanma amacı dışında bulundurduğuna ilişkin kuşku sınırlarını aşan delil olmadığını belirtmiştir, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 20.10.2022. Failin kullanma amacının tespitinde ayrıntılı bilgi için bkz: Ateş, s. 102-110; Çetin, s. 1401-1409; Ekmen, Eyüp Selahaddin, Türk Ceza Kanununda Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Kırıkkale, 2019, (www.tez.yok.gov.tr), Erişim tarihi: 21.04.2021, s. 75-77.

²⁷ Makalenin konu bütünlüğünü sağlayıcı kapsamda incelenmiştir.

²⁸ Çetin, s. 1409.

m.34 arasında düzenlenen genel hükümler ışığında TCK m.191 kapsamında işlenen suç için her somut olayın özelliğine göre hukuka uygunluk nedeni olup olmadığı belirlenmelidir²⁹.

TCK m.191’de tanımlı suç için karşılaşılabilecek bir hukuka uygunluk nedeni; failin rızası dışında faile karşı koyamayacağı şekilde zorla cebir, şiddet, tehdit uygulanarak ya da hileli davranışla suçun işlettirilmesi halidir³⁰. Bu durumda TCK m.28’de düzenlenen cebir, şiddet, korkutma ve tehdit altında veya TCK m.30/1 ve 4’te düzenlenen hata ile suç işleme hali söz konusudur. Bir başka olasılık, tıbbi tedavi gereklerinin yerine getirilmesi amacıyla hekim izni ile belirlenen dozda uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasıdır³¹. Bu olasılıkta hukuka uygunluk, hastanın yaşam hakkı ve tedavi olma hakkı ile açıklanabilir. TCK m.26’da hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedenidir. Kuşkusuz, bu durum hekim için de tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılmaktadır. Belirlenen dozun kasıtlı olarak aşılması veya doktor izni olmadan erişim durumunda suç oluşacaktır. Öğretide bazı hallerde zorunluluk halinin de hukuka uygunluk nedeni olabileceği kabul edilmektedir. Bu konuda örnek olarak uyuşturucu krizine girmiş birinin hekime başvurma ya da hastaneye gitme imkânı yoksa krizi atlatmak için uyuşturucu madde kullanması, bu amaçla satın alması, verileni kabul edip kullanması hali gösterilmektedir³². TCK m.191 uyarınca işlenen suçta failin içinde bulunduğu durum ve her somut olayın özelliğine göre hukuka uygunluk nedeni değerlendirilmelidir.

E. Suçun Sübutunda Önemli İrdelemeler³³

TCK m.191/1 uyarınca uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kullanıldığı, bu amaçla satın alındığı, kabul edildiği veya bulundurulduğu olay tutanağı, ekspertiz raporu, doktor raporu gibi somut olaya özgü suçun sübutuna ilişkin deliller ile sabit olmalıdır³⁴. Kullanma eyleminde, kullanıma ilişkin rapor dosya

²⁹ TCK m.24’te ‘kanunun hükmü ve amirin emri’, TCK m.25’de ‘meşru savunma ve zorunluluk hali’, TCK m.26’da ‘hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası’, TCK m.27’de ‘sınırın aşılması’, TCK m.28’de ‘cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit’, TCK m.29’da ‘haksız tahrik’, TCK m.30’da ‘hata’, TCK m.31’de ‘yaş küçüklüğü’, TCK m.32’de ‘akıl hastalığı’, TCK m.33’de ‘sağır ve dilsizlik’, TCK m.34’te ‘geçici nedenlerle alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olma’ başlıkları altında ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler düzenlenmiştir.

³⁰ Çirkin, s. 97.

³¹ Ateş, s. 111.

³² Çetin, s. 1410.

³³ Makalenin konu bütünlüğünü sağlayacak kapsamda incelenmiştir.

³⁴ Yargıtay 10 CD, 24.02.2021 tarih, E: 2020/8210, K: 2021/2661 sayılı ilam, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 20.10.2022.

içinde yer almalıdır³⁵. Uyuşturucu madde kullanımının tespiti için failden kan ve/veya idrar örneği alınması gereken hallerde CMK m.75/1 hükmüne göre; Cumhuriyet savcısının ya da mağdurun talebi ile ya da re'sen hâkim veya mahkeme kararı alınmalıdır. Gecikmesinde sakınca olan hallerde ise Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir, bu durumda, Cumhuriyet savcısının kararı yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkeme onayına sunulur. Onaylanmamış olması halinde vücuttan örnek alınmasına dair karar hükümsüz kalır, delil olarak kullanılamaz³⁶. Diğer yandan, uyuşturucu veya uyarıcı kullanmak için maddenin bulundurulması, kabul edilmesi, satın alınması başlı başına suç teşkil ettiğinden, bu eylemler için CMK 123 ve 127. maddeler uyarınca elkoyma ve elkoymanın onaylanması için karar alınmasına gerek yoktur³⁷. Ancak, kullanılan, kullanılmak amacıyla bulundurulmuş, kabul edilen, satın alınan maddenin niteliğine dair rapor mutlaka bulunmalıdır³⁸.

Ele geçirilen maddenin uyuşturucu veya uyarıcı madde niteliği taşıyıp taşımadığı, teknik yöntemler, uzmanlık raporları ile kesin olarak tespit edilmelidir³⁹. Suç konusunun uyuşturucu veya uyarıcı madde vasfı taşıması halin-

³⁵ Yargıtay 10 CD, 24.02.2021 tarih, E: 2020/8864, K: 2021/2654 sayılı ilamında, denetimli serbestlik dosyasının kapatılmasına dayanak hastane yazısına ilişkin idrar analiz raporunun dosya içine alınmadan sanığın mahkûmiyetine hükmedilmesini eksik inceleme nedeni ile hukuka aykırı bulunmuştur. Özel Daire 14.01.2021 tarih, E: 2020/3812, K: 2021/458 sayılı ilamında da; idrar ve/veya kan tahlili raporlarının fiziki dosya içerisinde ve UYAP sisteminde bulunmamasını hukuka aykırı bulmuştur. Belirtilen kararlar için internet erişim adresi: (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 20.03.2022.

³⁶ CMK m.75/2'ye göre; vücuttan kan veya benzeri örnek alınabilmesi için müdahalenin kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir. Maddenin üçüncü fıkrası uyarınca da örnek alımı sadece doktor veya sağlık mesleği mensubu tarafından yapılabilir.

³⁷ Yargıtay 10 CD, 24.05.2018 tarih, E: 2018/786, K: 2018/4486 sayılı ilamında; somut olayda suçüstü halinin varlığı ve gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında elkoyma ve örnek alma işleminin CMK 127 ve 75. maddeleri ile Cumhuriyet savcısına tanınmış yetkiler olduğundan, bu işlemlerin onaylanma talebinin hâkim tarafından onaylanması yerine reddine karar verilmesinin yasaya aykırı olduğu gerekçesi ile yapılan kanun yararına bozma talebini kabul etmiştir. Benzer bir karar için bkz: Yargıtay 10 CD, 10 CD, 07.03.2016 tarih, E: 2015/1714, K: 2016/669 sayılı ilam. Belirtilen kararlar için internet erişim adresi: (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 14.05.2022.

³⁸ Yargıtay 10 CD, 10 CD, 20.01.2021 tarih, E: 2020/20616, K: 2021/703 sayılı ilamında ise; sanığın idrar örneğinin bulunması, sanığın olay yerinde oturduğu yerde ele geçirilen kâğıt parçası üzerinde eroin maddesi kalıntısı olduğunun tespit edilmesi ve diğer şüphelinin olayın hemen sonrasında alınan beyanlarında sanığın eroin maddesi kullandığını beyan etmeleri, kamu davasının ertelenmesi kararının usulüne uygun tebliğ edilmiş olması ve sanığın denetim süresinde yeniden kullanmak için uyuşturucu madde bulundurması karşısında kamu davasına devamla esastan inceleme yapılarak karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 20.03.2022.

³⁹ Yargıtay 10 CD, 11.02.2021 tarih, E: 2020/11454, K: 2021/2035 sayılı ilamında, kamu davasının ertelenmesi kararı ile birlikte verilen tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin infazı sırasında sanığın kanında ve idrarında "carbamazepine", "Quetiapine" maddelerinin tespiti nedeniyle sanık

de TCK 191. madde kapsamındaki suç oluşmayacaktır⁴⁰. Sanıkta uyuşturucu madde ele geçirilememiş olması veya kullanma eyleminde kullanımın tıbbi raporlarla sabit olmaması halinde ikrara yönelik soyut beyanın ceza sorumluluğunun tayininde yeterli olmayacağı kabul edilmektedir⁴¹.

Diğer yandan, uyuşturucu veya uyarıcı madde hukuka uygun yöntemlerle ele geçirilmiş olmalıdır⁴². Olayın özelliği ve maddenin bulunuş yerine göre usulüne uygun adli veya önleme arama kararı bulunmalı veya kişinin rızası ile teslim etmesine dayalı olarak ele geçirilmiş madde olmalıdır⁴³. Örnek bir olayda Yargıtay, polis merkezinde yapılan üst aramasında bel kemeri ile pantolon arasında gizlenmiş yerde bulunan uyuşturucu maddenin, sanığın rızası ile verilmemesi, bulunduğu yer itibarıyla kaba üst araması ile bulunamayacağı, Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu m.4/A'daki düzenleme uyarınca somut olayda

hakkında ihlale dayalı kamu davası açılmış ise de, etken maddelerin uyuşturucu madde niteliğinde olup olmadığının tespiti için Adli Tıp Kurumu veya Kriminal Polis Laboratuvarının rapor alınmasına gereği belirtilmiştir, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 20.03.2022.

⁴⁰ Yargıtay 10 CD, 30.09.2016 tarih, E: 2013/7397, K: 2016/2619 sayılı ilamında; sanığın üst aramasında bulunan ilaç içeriğindeki aktif maddenin TCK m.188/4'de, 2313 Sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanunda, 3298 sayılı Uyuşturucu Maddelerle İlgili Kanunda, Uyuşturucu Maddelere Dair 1961 sayılı TEK Sözleşmesinin 1 ve 2 numaralı cetvellerinde, 2313 ve 3298 sayılı Kanunlar uyarınca çıkarılan Bakanlar Kurulu Kararlarında uyuşturucu veya uyarıcı maddeler arasında yer almaması nedeniyle, sanığın uyuşturucu maddeyi kullandığı da teknik yöntemlerle tespit edilemediğinden TCK m.191'de tanımlı suçun oluşmayacağı belirtilmiştir, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 06.05.2022.

⁴¹ Yargıtay 10 CD, 25.02.2020 tarih, E: 2019/4635, K: 2020/1314 sayılı ilamında; somut olayın özelliklerine göre üzerinde uyuşturucu veya uyarıcı madde ele geçirilemeyen, madde kullandığı teknik yöntemlerle saptanmayan sanık hakkında yeterli delil olmadan mahkûmiyet kararı verilmesini hukuka aykırı bulmuştur. Özel Daire, 25.12.2017 tarih, E: 2014/7775, K: 2017/7327 sayılı ilamında da; benzer şekilde suç tarihi ve öncesinde uyuşturucu madde kullandıkları teknik yöntemlerle tespit edilmeyen, olay günü üzerlerinde uyuşturucu madde ele geçmeyen sanıklar hakkında, görgüye dayalı bilgileri olmayan tutanak tanıkları beyanlarına göre beraat kararı verilmesini hukuka uygun bulmuştur. Bir başka olayda ise, üst aramasında sadece cebinde üç adet alüminyum folyo bulunan, ancak bununla ilgili uzmanlık raporu aldırılmayan ve uyuşturucu madde kullandığı teknik yöntemlerle saptanmayan sanık hakkında verilen mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar verilmiştir, bkz: Yargıtay 10 CD, 11.02.2021 tarih, E: 2020/8905, K: 2021/2111 sayılı ilam. Benzer bir karar için bkz: Yargıtay 10 CD, 20/01/2021 tarih, E: 2020/10675, K: 2021/743 sayılı ilam. Belirtilen kararlar için internet erişim adresi: (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 20.03.2022.

⁴² CMK m.289/1-i maddesine göre hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması hukuka kesin aykırılık halidir. Bu şekilde elde edilen bulgular hiçbir şekilde hükme esas alınmaz.

⁴³ Yargıtay 10 CD, 29.03.2021 tarih, E: 2020/15906, K: 2021/4064 sayılı ilamında sanığın iç çamaşırında uyuşturucu maddenin ele geçirildiği, dosyada arama kararının bulunmadığından, öncelikle adli ya da önleme arama kararı bulunup bulunmadığının araştırılmasına karar vermiştir. Bu bağlamda, önleme arama kararının olay yeri ve tarihini kapsayacak şekilde 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nun 9. maddesine, adli arama kararının da CMK 116, 117 ve 119. maddelere uygun alınmış olması gerekmektedir, bkz: Yargıtay 10 CD, 15.03.2021 tarih, E: 2019/6697, K: 2021/3496; 01.02.2021 tarih, E: 2020/8348, K: 2021/1381 sayılı ilamlar. Belirtilen kararlar için internet erişim adresi: (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 05.09.2022.

kaba üst araması sınırlarının aşılması, ayrıca herhangi bir önleme araması kararı, adli arama kararı ve yazılı adli arama emri de bulunmaması nedeniyle aramanın hukuka aykırı olduğuna, bu nedenle sanığın eyleminin ihlal eylemi olarak kabul edilip hükme esas alınamayacağına karar vermiştir⁴⁴. Bu bağlamda, önleme araması sırasında şüphe üzerine kaba üst araması yapılması mümkündür⁴⁵. Sanığın cüzdanında yapılan arama ise; kaba üst araması, yoklama ve kontrol niteliğinde kabul edilmemiştir⁴⁶.

II. MUHAKEME SÜRECİNDE USUL KOŞULLARI VE ÖZELLİKLİ DURUMLAR

A. Soruşturma Evresi

Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanma, kullanmak için bulundurma, satın alma, kabul etme suçu özel soruşturma usulüne tabidir. TCK m.191/2'de, bu suçlara özgü olarak kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu düzenlenmiştir. Suçun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet Savcısının soruşturma evresindeki görevleri bu suçlar için de geçerlidir⁴⁷. Ancak, bu başlık kapsamında inceleneceği üzere, TCK 191. maddenin soruşturma evresi daha uzun bir zaman dilimine yayılmakta, kamu davası açılmadan önce maddede düzenlenen muhakeme usulü işlemlerine uyulması gerekmektedir.

⁴⁴ Yargıtay 10 CD, 09.12.2020 tarih, E: 2020/13663, K: 2020/8738 sayılı ilam, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 05.09.2022.

⁴⁵ Yargıtay 10 CD, 17.12.2019 tarih, E: 2016/2417, K: 2019/8321 sayılı ilam, (www.uyap.gov.tr) Erişim tarihi: 05.09.2022.

⁴⁶ Yargıtay CGK, 18.06.2019 tarih, E: 2016/20-805, K: 019/480 sayılı ilamında; somut olayda cüzdanda yapılan aramanın Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun (PVSK) 4/A maddesi kapsamında yoklama ve kontrol mahiyetinde olmadığını, üzerlerinde yoklama veya kontrol yapılan kişilerin eşyalarında arama yapılabilmesi için CMK 116 ve devamı maddeleri uyarınca alınmış adli arama kararı veya PVSK m.9 uyarınca alınmış önleme araması kararının gerekli olduğuna, olayda suçüstü halinin de bulunmadığını belirterek, olayda ele geçirilen maddenin hukuka aykırı delil olduğunu, hükme esas alınamayacağını belirtmiştir. Aynı ilamda, bir başka sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesinde ise; inceleme dışı kişi hakkındaki fiziki takip esnasında ilk defa görülen sanık hakkında adli arama talebini gerektirecek bilgiye sahip olunmadığı aşamada henüz işlenmiş olan fiil ile fiilin işlenmesinden hemen sonra takip edilerek yakalanan kimsenin işlediği suçla karşılaşan görevlilerin suçüstü hali nedeni ile CMK m.90/4 ve PVSK m.13/1-A ve m.Ek 6. uyarınca suç delillerinin kaybolmaması için derhâl gerekli tedbirleri alarak arama yapma yetkilerinin olduğu, PVSK m.Ek 6'yı açıklayıcı nitelikte olan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 8. maddesinin (f) bendindeki düzenlemeye göre de; suçüstü hâlinde arama emri ya da karar alınmasına gerek bulunmadığı belirterek bu sanıktan ele geçirilen maddenin hukuka uygun olduğunu belirtmiştir, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 19.03.2022.

⁴⁷ CMK m.2/1-e'de soruşturma; kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi ifade etmektedir. Soruşturma işlemleri CMK m.160 ila 169 arasında, Cumhuriyet Savcısının bu evredeki görev ve yetkileri CMK 161. maddede düzenlenmiştir.

1. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kararı (KDAEK) Verilmesi

TCK m.191/2-ilk cümlesine göre; TCK m.191/1’de tanımlanan kullanmak için uyuşturucu madde veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak ya da bu maddeleri kullanmak suçundan başlatılan soruşturmada Cumhuriyet savcısı şüpheli⁴⁸ hakkında beş yıl süreyle kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar vermelidir⁴⁹. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu, TCK m.191/1’de düzenlenen suça ilişkin zorunlu soruşturma usulüdür. CMK m.171/1, m.171/2 ve m.171/3’de belirtilen koşulların gerçekleşmesine ve takdire bağlı olarak bazı suçlar için uygulanabilen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun uygulaması ile TCK 191. maddedeki kurumun uygulama koşulları farklıdır⁵⁰. Madde düzenlemesindeki; suçtan dolayı başlatılan soruşturmada şüpheli hakkında ‘CMK 171. madde koşulları aranmaksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verileceği’ yönündeki düzenlemeden bu farklılık açıkça anlaşılmaktadır.

⁴⁸ CMK m.2/1-a ve b bentlerinde şüpheli; soruşturma evresinde suç şüphesi altında olan kişiyi, sanık ise; kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar suç şüphesi altında olan kişi olarak tanımlanmıştır.

⁴⁹ Yargıtay 10 CD, 24.02.2020 tarih, E: 2020/368, K: 20201243 sayılı ilamında; kanun yararına bozma talebi üzerine yapılan incelemede kovuşturma evresinde yerel mahkemenin sanık hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar veremeyeceğini, dava şartının gerçekleşmediği kanaatine varıldığından davanın durmasına, dava şartının gerçekleştiğinin tespit edilmesi durumunda da yargılamaya devam edilerek davanın esası hakkında karar verilmesi gerektiğini, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı tarafından verilmesi gereken bir karar olduğunu belirterek mahkeme tarafından kovuşturma sonunda verilebilecek karar ve hüküm çeşitleri arasında sayılmayan “kamu davasının açılmasının ertelenmesine” karar verilmesinin yasaya aykırı olduğu gerekçesi ile kanun yararına bozma talebini kabul etmiştir. Yargıtay 10 CD, 01.03.2021 tarih, E: 2020 /8588, K: 2021/2817 sayılı kararında da sanığın kan/ıdrar örneğinde THC etken maddesinin pozitif çıkması üzerine kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilmeden doğrudan TCK 191. maddesi uyarınca mahkûmiyet hükmü kurulamayacağına hükmetmiştir. Belirtilen kararlar için internet erişim adresi: (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 19.03.2022.

⁵⁰ Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu CMK 171. maddede düzenlenmiştir. Belirli koşullara tabidir. Buna göre; soruşturulması veya kovuşturulması şikâyete bağlı olan, üst sınırı bir yıl ya da daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda yeterli şüphenin varlığına rağmen Cumhuriyet savcısı, beş yıl süre ile kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verebilmektedir. Bunun için şüphelinin daha önce kasıtlı suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmaması, kurumun uygulanması halinde yeniden suç işlemekten çekineceğine dair kanaat oluşması, kurumun uygulanmasının şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı bulunması, suçun işlenmesi ile mağduru veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, tazmin ya da suçtan önceki hale getirme yoluyla giderilmesi koşulları bir arada bulunmalıdır. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Kaşka, Hakan, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Soruşturma Evresinin Sona Ermesi, Doktora Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Kırıkkale, 2018, (www.tez.yok.gov.tr), Erişim tarihi: 12.11.2022. Ercan, İsmail, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. baskı, Kurum Kitap, 2017, s. 5-6. Ercan’a göre; Cumhuriyet savcısına tanınan kamu davasının açılmasının ertelenmesi yetkisi, kamu davası açılmasının değil, iddianame düzenlenmesinin ertelenmesi yetkisidir, zira kamu davasının açılması mahkemenin iddianameyi kabulü kararı vermesine bağlıdır.

Kuşkusuz, KDAEK verilmeden önce, ilk bölümde incelediğimiz, suç unsurları ve sübuta dair gerekli irdelemeler yapılmalıdır. Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullandığı ihbar olunan veya suç şüphesi altında olan kişinin derhâl ilgili sağlık kurumuna sevki ile uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanıp kullanmadığının kesin olarak tespiti, kullanmak amacıyla satın alınan, kabul edilen veya bulundurulana maddenin uyuşturucu veya uyarıcı madde olup olmadığının belirlenmesi için uzman kuruluşlardan rapor alınması, şüpheli veya tanık beyanlarının alınması gibi gerekli tüm soruşturma işlemleri bu kapsamdadır.

Suçun işlendiğine dair yeterli şüphenin oluşması durumunda KDAEK verilmelidir. Aksi halde, soruşturma ve kovuşturmanın ilerleyen aşamalarında uyuşturucu veya uyarıcı madde kullandığı, kullanmak için satın aldığı, kabul ettiği ya da bulundurduğu somut delillerle desteklenmeyen kişi hakkında yetersiz veya eksik soruşturma sonucu verilen KDAEK'nın hukuki işlevselliği tartışmalı hale gelecek, hatta sonuç yaratmayacaktır.

TCK m.191/2'nin ilk cümlesi hükmü uyarınca verilecek KDAEK'nın hukuki etkisi; şüpheli hakkında beş yıl süre ile kamu davasının açılmamasıdır. Kanun koyucu, bu süre içinde şüpheliye bu suçu işlemeyi bırakması ve yeniden toplum hayatına iyileşmiş bir birey olarak dönmesi için şans tanımaktadır. O halde, TCK m.191/1'de tanımlı suçun soruşturma evresinde ilk kez bu suçu işleyen şüpheli hakkında bu kurumunun uygulanması koşulu bulunmaktadır⁵¹. Bu koşula uyulmadan, şüpheli hakkında suç işlediğine dair yeterli delil bulunsa dahi kamu davası açılması mümkün değildir. Yani, KDAEK bu suçlarda dava şartı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kanun koyucunun CMK m.171'deki iddianamenin düzenlenmesinin erelenmesi koşullarından biri olarak bu uygulamanın şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olup olmadığı hususunda maslahata uygunluk ilkesi uyarınca Cumhuriyet savcısına tanınan kanuni takdir yetkisini⁵², TCK 191. madde için farklı öngördüğü anlaşılmaktadır. Yukarıda incelendiği üzere madde düzenlemesinde Kanun koyucunun önceliği; TCK m.191/1'de tanımlı suçu işleyenler için KDAE kurumunun uygulanması sayesinde kişinin uyuşturucu madde bağımlılığının kurtularak iyileşmesi, böylece hem şüpheli hem de toplumun korunmasının sağlanmasıdır. Kanun koyucu, KDAE kurumunun uygulanmasının şüpheli ve toplum açısından kamu davası

⁵¹ TCK m.191/6'ya göre açılacak kamu davaları, bu kuralın istisnası olup, ilerleyen bölümlerde açıklanacaktır.

⁵² Kaşka, s. 134.

açılmasından daha faydalı olduğunu kabul etmiştir. Bu konuda maslahat bakımından Kanun koyucunun şüphelinin iyileşmesi ve uyuşturucu madde kullanmayı bırakması ihtimalini öncelikli yarar olarak gözettiği söylenebilir. Anayasa Mahkemesi tarafından da 5320 sayılı Kanun'a 6545 sayılı Kanun m.85 ile eklenen Geçici m.7/2'nin Anayasa'ya aykırılık iddiasını incelerken yapılan değerlendirmede Kanun koyucunun doğrudan cezalandırma yerine belirli bir süre tanıyarak topluma kazandırma yöntemini tercih ettiği belirtilmiřtir⁵³.

KDAE uygulaması kişiye sunulan iyileşme ve bağımlılığından kurtulma fırsatıdır. Aynı zamanda kişiye, erteleme süresini kendisine yüklenen yükümlülüklerle uyararak geçirmesi ve aynı suçu bir daha işlemekten kaçınması durumunda, hakkındaki soruşturmanın TCK m.191/7 uyarınca kovuşturmaya yer olmadığına dair kararla sona ermesinden faydalanma imkânını sunmaktadır. Bu bağlamda, Kanun koyucunun KDAE kurumunun kişinin aynı suçu bir daha işlemekten çekinmesine de katkı sağlayacağı yönünde bir kabulünün de bulunduğu görölmektedir.

2. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi Kararında Bulunması Gereken Özellikler

KDAEK'nın hukuki etkisi; beş yıllık erteleme sürecinin başlamasıdır. Bu süreç içinde şüpheli hakkında üçer aylık süreler ile en fazla bir yıl daha uzatılabilen en az bir yıl süre ile denetimli serbestlik tedbiri, bu tedbirle birlikte gerek duyulursa ayrıca denetimli serbestlik tedbiri süresinde tedavi tedbiri uygulanacaktır⁵⁴. Ancak, söz konusu erteleme ve denetim sürecinin başlaması ve hukuki etki yaratması için bazı gerekliliklere uyulması şarttır. Zira bu kurum, TCK 191. maddeye göre dava aılabilmesinde dava şartıdır. Dava şartının gerçekleşmesi için kanunda belirtilen koşulların dışında, Yargıtay'ın süregelen uygulamasında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının geçerliliğine ilişkin uyulması gereken hususlar bulunmaktadır.

Öncelikle KDAEK'da yasal bildirim ve açıklamalar yer almalıdır. TCK m.191/2'nin ikinci cümlesi bu konuda Cumhuriyet savcısına açıkça yükümlülük getirmiştir: Cumhuriyet savcısının şüpheliye erteleme süresi zarfında kendisine yüklenen yükümlülüklerle uygun davranması gereğini ve yükümlülüklerle uyumama halinin sonuçlarını açıkça bildirmesi gerekmektedir⁵⁵.

⁵³ Anayasa Mahkemesi 27.05.2015 tarih, E: 2014/155, K: 2015/52 sayılı karar, (www.anayasa.gov.tr), Erişim tarihi: 15.03.2022.

⁵⁴ TCK m.191/3.

⁵⁵ TCK m.191/2 ikinci cümle hükmü.

O halde, TCK m.191/1'e göre suç işleyen şüpheli hakkında verilen KDAEK'da; TCK m.191/2'nin ikinci cümlesi uyarınca erteleme süresi içinde belirlenen yükümlülükler ve yükümlülük ihlalinin sonuçlarına dair açıklamanın yanı sıra, KDAEK'ya karşı itiraz hakkı olduğuna, itiraz yasa yoluna hangi süre içerisinde hangi makam nezdinde başvurulması gerektiğine dair bilgilendirmenin de yer alması gerekmektedir⁵⁶. Söz konusu bildirimlerin yokluğu halinde KDAEK usulüne uygun tebliğ edilerek kesinleştirilse dahi geçerli sayılmamakta, dava şartının gerçekleşmediği kabul edilmektedir⁵⁷.

KDAEK'nın gerekli açıklama ve bildirimleri içermesinin yanı sıra, usulüne uygun olarak tebliğ edilerek kesinleştirilmesi bir başka önemli gerekliliktir⁵⁸. Kararın tebliği ile şüpheliye suç işlediği, bu nedenle öncelikle hakkında erteleme kurumunun uygulanacağı, erteleme süresi içinde yükümlülüklerinin olduğu, bu yükümlülüklere uyması gereği, uymamanın sonuçları ve karara itiraz hakkı olduğu bildirim yapılmaktadır. Bu bildirim Tebligat Kanunu hükümlerine göre usulüne uygun yapılması KDAEK'nın hukuki sonuç doğurması açısından önemli bir koşuldur⁵⁹.

⁵⁶ Yargıtay 10 CD, 24.02.2021 tarih, E: 2020/8875, K: 2021/2663 ve 17.02.2021 tarih E: 2020/8628, K: 2021/2289 sayılı ilamlarında; kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı ve bu karar içeriğinde verilen tedavi ve denetimli serbestlik kararının içeriğinde karara itiraz hakkı bulunduğu, itiraz süresinin ve makamının gösterilmemesi nedeniyle usule uygun bildirim yapılmadığından kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının kesinleşmediğini ve dava şartının oluşmadığını kabul etmiştir. Belirtilen kararlar için internet erişim adresi: (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 20.03.2022. Bu durumda kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararına karşı 15 gün içinde Sulh Ceza Hâkimliğine itiraz hakkı bulunduğu ihtarı ile birlikte sanığa yeniden kararın tebliğ edilmesi gerektiğinden, kovuşturma şartının gerçekleşmesini beklemek üzere kamu davasının durmasına ve gerekli tebligat işlemlerinin tamamlanarak kararın kesinleşmesi halinde infazına devam edilmesi için dosyanın Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar verilmelidir.

⁵⁷ Yargıtay 10 CD, 22.02.2021 tarih, E: 2020/8711, K: 2021/2423 ve 22.02.2021 tarih, E: 2020/8706, K: 2021/2422 sayılı ilamlarında da; itiraz hakkı, süresi ve makamı konularında gerekli bildirimleri içermeyen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının şüpheli tarafından öğrenilmiş olsa dahi, kesinleşmiş sayılamayacağına hükmetmiştir. Belirtilen kararlar için internet erişim adresi: (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 20.03.2022.

⁵⁸ Yargıtay 10. CD, 24.02.2021 tarih, E: 2020/8864, K: 2021/2654 sayılı ilamında; TCK m.191/2-ikinci cümlesindeki 'kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilmesi halinde Cumhuriyet savcısının şüpheliyi erteleme süresi içerisinde kendisine yüklenen yükümlülüklerle uygun davranmadığı veya yasakları ihlal ettiği takdirde ortaya çıkabilecek sonuçlar hakkında uyarı' yönündeki düzenleme gereği kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı ve bu karar ile birlikte verilen tedavi ve/veya denetimli serbestlik tedbiri uygulamasına yönelik kararların şüpheliye tebliğinin gerektiğine hükmetmiştir. Tebliğ ve kesinleşme olmadan kararın infazına başlanması hukuki sonuç doğurmayacaktır, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 16.09.2022.

⁵⁹ 7201 sayılı Tebligat Kanunu m.10/1'e göre tebligat öncelikle muhatabın bilinen en son adresine yapılır. Kanunun m.10/2'ye göre bu adresin tebligata elverişsiz olması veya tebligatın yapılamaması halinde muhatabın adres kayıt sistemindeki adresi (MERNİS), bilinen en son adres olarak kabul edilerek tebligat buraya yapılır. İlk durumda Tebligat Kanunu m.21/1'e göre, ikinci halde ise Tebligat Kanunu m.21/2 uyarınca tebligat yapılmalıdır. Muhatabın bilinen adresi yoksa ya

Yargıtay kararları uyarınca, KDAEK ancak, şüpheliye tüm sonuçlarıyla birlikte usulüne uygun tebliğ edilmesi halinde hukuki sonuç doğurmaya başlayacaktır. Tebliğ yapılmaması, tebliğin usulsüz olması veya tebliğe rağmen kesinleşmenin beklenmemesi hallerinde KDAEK geçersiz sayılmakta ve dava şartının gerçekleşmediği kabul edilmektedir⁶⁰. Bu durumda, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararını müteakip kanuni prosedüre göre başlayan beş yıllık erteleme süresi ile denetimli serbestlik aşaması başlamış sayılmayacaktır⁶¹.

da bilinen son adres ile MERNİS adresi aynı ise; adres kayıt sistemindeki MERNİS adresine önce MERNİS adresi olduğu belirtilmeksizin Tebligat Kanunu m.21/1'e göre, tebligat çıkartılmı, tebligatın iade olması halinde bu kez aynı Kanun m.21/2 uyarınca MERNİS adresine Tebligat Kanununun m.23/1 ve 8 maddeleri ile Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik m.16/2'ye göre, "Tebliğ çıkarılan adres muhatabın adres kayıt sistemindeki adresi olduğundan tebliğ imkânsızlığı durumunda tebligatın, Tebligat Kanunu m.21/2'ye göre bu adrese yapılması" gerektiğine dair şerh konularak tebliğ edilmesi gerekmektedir, bkz: Yargıtay 10 CD, 08.03.2021 tarih, E: 2020/15276, K: 2021/3147; 22.02.2021 tarih, E: 2020/8705, K: 2021/2421 sayılı ilamlar. Bu bağlamda, Yargıtay (kapatılan) 20 CD 13.03.2017 tarih, E: 2016/2946, K: 2017/1643 sayılı ilamında; kanun yararına bozma talebi üzerine yapılan incelemede kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve tedavi denetimli serbestlik uygulamasına dair kararın tebliğinin şüphelinin soruşturma dosyasında belirttiği adrese yapılmadığı, bunun yerine şüphelinin MERNİS adresine doğrudan Tebligat Kanunu m.21/2'ye göre tebliğ yapıldığı, Tebligat Kanunu hükümlerine uyulmadan yapılan bu tebligatın usulsüz olduğuna, kamu davasının ertelenmesi kararının kesinleşmediğine, kesinleşmeyen bu karara bağlı yapılan işlemlerin de hukuki değerden yoksun olduğuna karar vermiştir. Yargıtay 10 CD, 25.02.2021 tarih, E: 2020/8772, K: 2021/2749 sayılı ilamında ise; sanığın bilinen en son adresine çıkartılan kamu davasının açılmasının ertelenmesine dair tebligatın şahsın adresten taşınması nedeniyle iade edilmesi üzerine, MERNİS adresine Tebligat Kanunu m.21/2 uyarınca tebligat yapılması yerine, aynı Kanununun 35. maddesine göre yapılan tebligatın geçersiz olduğuna, bu nedenle kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı kesinleşmediğinden kovuşturma şartının gerçekleşmediğine karar vermiştir. Belirtilen kararlar için internet erişim adresi: (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 20.03.2022.

⁶⁰ Nitekim Yargıtay 10 CD, 24.02.2021 tarih, E: 2020/8864, K: 2021/2654 sayılı ilamında, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının şüpheliye tebliğine rağmen kesinleşmesi beklenmeden Denetimli Serbestlik Müdürlüğüne gönderildiğinden, sonraki işlemlerin hukuki sonuç doğurmayacağı, dava şartının gerçekleşmediği belirtilmiştir, benzer bir karar için bkz: Yargıtay 10 CD, 09.12.2020 tarih, E: 2020/13658, K: 2020/8733 sayılı ilam. Yargıtay 10 CD, 25.02.2021 tarih, E: 2020/8780, K: 2021/2726 sayılı ilamında ise; kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının hiç tebliğ edilmiş olması nedeniyle dava şartının gerçekleşmediğinden kamu davasının durmasına karar verilerek dosyanın Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesi gerektiği belirtilmiştir. Belirtilen kararlar için internet erişim adresi: (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 15.03.2022.

⁶¹ Yargıtay 10 CD, 09.12.2020 tarih, E: 2020/13664, K: 2020/8739; 25.02.2021 tarih, E: 2020/8781, K: 2021/2743 sayılı ilamlarında, kanun yararına bozma talebi üzerine yapılan incelemede somut olayda kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının şüphelinin bilinen en son adresine Tebligat Kanunu m.21/1 uyarınca yapılması yerine, doğrudan şüphelinin MERNİS adresine Tebligat Kanunu m.21/2'ye göre yapılması nedeniyle kesinleşmediğinden beş yıllık erteleme süresinin başlamayacağı, bu süreçte yeniden ihlal eylemi işlense de erteleme süresi içinde işlenmiş kabul edilemeyeceğinden hukuki sonuç doğurmayacağı bildirilerek somut olayda kovuşturma şartının gerçekleşmediği kabul edilmiştir. Özel Daire, 23.02.2021 tarih, E: 2020/8444, K: 2021/2599 sayılı ilamında da; kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı usulüne uygun kesinleşmeden önce işlenen TCK m.191/1'de tanımlanan eylemlerin ihlal eylemi niteliğinde sayılmayacağını belirtmiştir. Belirtilen kararlar için internet erişim adresi: (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 15.03.2022.

Diğer yandan, TCK m.191/2'de, KDAEK'ya karşı başvurulabilecek yasa yolu, yasal süre ve başvuru makamı konusunda düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay kararlarına göre 15 günlük itiraz süresi içerisinde sulh ceza hâkimliğine itiraz hakkının bulunduğu kabul edilmektedir⁶². Yüksek mahkeme, CMK'daki genel hükümlere göre verilen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararlarına karşı gidilebilecek itiraz yasa yolunu, TCK 191. maddeye göre verilen KDAEK için de uygulamaktadır⁶³. Bize göre bu kabul isabetlidir. KDAEK'nın tebliğinden itibaren on beş gün içerisinde itiraz hakkının kullanılmaması ya da itiraz üzerine red kararı verilmesi durumunda KDAEK kesinleşecektir. İtirazın kabulü halinde ise; karar ortadan kalkacağından, Cumhuriyet savcılığının soruşturmaya devam etmesi gerekmektedir. Somut olayın özelliğine göre; itiraz konusu eksikliğin giderilerek yeniden KDAEK verilmesinin mümkün olduğunu düşünmekteyiz. Örneğin ele geçirilen maddenin uyuşturucu madde olup olmadığı konusunda rapor eksikliği nedeni ile itiraz üzerine KDAEK kaldırılmış ise; bu konuda alınacak rapora göre yeniden KDAEK verilebilecektir.

Açıklamaların ışığında, soruşturma evresinde KDAEK'nın şüpheliye usulüne uygun tebliğ edilerek kesinleştirilmesi, karar içeriğinde şüphelinin erteleme süreci yükümlülüklerine uygun davranması veya davranmaması halinde karşılaşılabilecek sonuçlar ve karara karşı başvurabileceği yasa yoluna dair gerekli bildirimlerin ve bilgilerin yer alması gereklilikleri yerine getirilmelidir. Kovuşturma evresinde ise; sayılan hususlardan herhangi birinin yokluğunun anlaşılması halinde yargılamaya devam edilmemeli, kovuşturma şartı yokluğu nedeniyle durma kararı⁶⁴ verilerek kovuşturma şartının gerçekleşmesi beklenmek üzere dosya Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmelidir⁶⁵.

⁶² Yargıtay 10 CD, 24.02.2021 tarih, E: 2020/8875, K: 2021/2663 sayılı ilamda; 6545 sayılı Kanunun 68. maddesi ile değişik TCK'nın 191. maddesinin 2 ve 3. fıkraları uyarınca, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı ile birlikte verilen tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri kararının içeriğinde, sanığın bu karara itiraz hakkı bulunduğuna ilişkin bildirim, itiraz süresi ve itiraz edilecek makam gösterilmeden usulüne uygun bir yasa yolu bildirim yapılmadığı için kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının kesinleşmediği ve kovuşturma şartlarının oluşmadığı belirtilmiştir, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 12.03.2022.

⁶³ CMK m.173/1'e göre; CMK m.172/2-son cümlesindeki atf nedeniyle; kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararına karşı, tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine itiraz edilmektedir. Bu bağlamda, TCK m.191/2'ye göre verilen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararına karşı da aynı usulle yasal başvuru hakkı kullanılacaktır.

⁶⁴ CMK m.223/8'e göre; soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması halinde düşme kararı, soruşturma veya kovuşturma şartının henüz gerçekleşmediği hallerde ise; şartın gerçekleşmesini beklemek üzere durma kararı verilir.

⁶⁵ Yargıtay 10 CD, 25.02.2021 tarih, E: 2020/8759, K: 2021/2729 sayılı ilam, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 25.03.2022.

3. Erteleme Süresi İçinde Denetimli Serbestlik ve Tedavi Tedbiri Uygulanması

KDAEK'nın usulüne uygun kesinleşmesi ile başlayan erteleme süresi içinde TCK m.191/3 uyarınca şüpheli hakkında en az bir yıl süreli denetimli serbestlik tedbiri uygulanması zorunludur, tedavi tedbirine gerek duyulması halinde karar verilecektir. Yani, tedavi tedbiri uygulaması TCK m.191/1 kapsamında işlenen eylemin niteliği, somut olay ve faile özgü koşullara göre değerlendirilecektir. Zorunlu olarak asgari bir yıl süreli uygulanacak denetimli serbestlik tedbiri süresinin her defasında üçer aylık süreler için en fazla bir yıl daha uzatılması mümkündür⁶⁶. Şüpheli belirlenen süreler zarfında denetimli serbestlik tedbirini⁶⁷ ile uygulandığı takdirde tedavi tedbiri kapsamında⁶⁸ belirlenen yükümlülüklerini yerine getirmek ve bu yükümlülüklerle zorundadır.

KDAEK'nın usulüne uygun verilip kesinleşmesi ile erteleme süreci fiilen başlamakta ve bu süreçte uygulanması zorunlu olan denetimli serbestlik tedbiri ve takdire göre gerektiğinde uygulanan tedavi tedbirinin infaz aşamasına geçilmektedir⁶⁹. KDAEK kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığı tarafından denetimli serbestlik müdürlüğüne dosya gönderimi ve yazılı talimat verilmesi ile şüpheli için açılan denetimli serbestlik dosyası üzerinden tüm işlemler takip edilmektedir⁷⁰. Denetimli serbestlik tedbirinden beklenen amacın sağlanması amacıyla iyileştirilme ve topluma kazandırılma için her şüpheli için özel denetimli serbestlik planı hazırlanarak, bu kapsamda bireysel görüşmeler, grup çalışmaları, seminerler, tedavi amaçlı ilgili sağlık kurumlarıyla işbirliği gibi faaliyetler yürütülmektedir⁷¹.

⁶⁶ TCK m.191/3.

⁶⁷ 05.03.2013 tarih ve 28578 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği m.72/2'de denetimli serbestlik tedbirine ilişkin çalışmalar; uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan ya da kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişinin, uyuşturucu kullanmasına neden olan veya kullanma isteğine yol açan etkenlerin değerlendirilerek, kişinin maddeye olan ihtiyacını kontrol etmesi, yaşam standardını artırması, belirlenen ihtiyaçları doğrultusunda kendisine ve topluma yararlı bir birey olabilmesi amacıyla yürütülen rehberlik çalışmaları olarak açıklanmıştır.

⁶⁸ Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği m.72/1'e göre tedavi; uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri kullanan kişinin bağımlılık yapan maddeden vücudunun arındırılmasına, bu maddelere olan ihtiyacı sonucunda ortaya çıkan yoksunluk belirtilerinin giderilmesine yönelik resmi veya özel kurumlarca yürütülen işlemleri ifade eder.

⁶⁹ Yargıtay 10 CD, 25.02.2021 tarih, E: 2020/8768, K: 2021/2746 sayılı ilamında kamu davasının ertelenmesi kararı tebliğ edilmeden ve kesinleşmesi beklenmeden denetimli serbestlik tedbirinin infazına başlanması durumunda kovuşturma şartının oluşmadığına karar verilmiştir, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 20.05.2022.

⁷⁰ Tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri ve bu tedbirlerin yerine getirilme usulü, Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliğinin 72. maddesinin 3 ila 7. bentlerinde düzenlenmiştir.

⁷¹ Denetimli serbestlik hizmetleri kapsamında, toplum içinde denetim, takip ve iyileştirilmesine karar verilen sanık veya hükümlülerin, yeniden topluma kazandırılmalarına yönelik çalışmalara temel oluşturması amacıyla objektif bir değerlendirme sistemi ile risk ve ihtiyaçlarının belirlenmesi, de-

Erteleme süresi yükümlülüklerinin amacı; şüphelinin uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanma alışkanlığını uygulanan tedavi ve denetimli serbestlik yükümlülükleri sayesinde bırakmasıdır. Bu düzenleme, kanun koyucunun suçla korunan hukuki değere verdiği önemi göstermektedir. Bireyin sağlığının korunması hem kendisine hem de topluma zarar verebilecek bağımlılıklarından kurtulması, bireyi topluma kazandırıcı ve kamuyu koruyucu niteliktedir⁷².

4. Erteleme Süresi Zarfında Kamu Davası Açılması Koşulları

a. Yükümlülük veya Tedavi Gereklere Uymama

TCK m.191/4-a hükmüne göre; kişinin erteleme süresi zarfında kendisine yüklenen yükümlülükler veya uygulanan tedavinin gereklerine uygun davranmamakta ısrar etmesi halinde hakkında kamu davası açılır. Sıklıkla karşılaşılan uygulama hatalarının başında TCK m.191/4-a'nın yanlış yorumlanması gelmektedir.

Maddede; ancak yükümlülük veya tedavi gereklerine uygun davranmamakta ısrar edilmesi halinde kamu davası açılacağı öngörüldüğünden her somut olayda ısrar koşulu değerlendirilmelidir⁷³. İsrar koşuluna uyulmaması, TCK m.191/4-a'ya göre kamu davası açılmasında dava şartıdır⁷⁴.

netimli serbestlik uygulamalarının temelini oluşturur. Bu nedenle kişiye özel değerlendirme yapılır. İyileştirme çalışmalarının kapsamı, denetim planı ve raporu hazırlanması, şüpheli hakkında sosyal araştırma raporu hazırlanmasına dair esaslar Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliğinin 34 ila 38. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

⁷² Ateş, s. 64; Elmas, s. 395.

⁷³ TCK m.191/4-a hükmüne göre; kişinin erteleme süresi zarfında kendisine yüklenen yükümlülükler veya uygulanan tedavinin gereklerine uygun davranmamakta ısrar etmesi halinde, hakkında kamu davası açılır. Yargıtay 10 CD, 15.03.2021 tarih, E: 2020/8562, K: 2021/3500 sayılı ilamında; sanığa çağrı yazısı ile ihtarında bulunulduğu, sanığın denetime başladığı, sanığa tedavi programının 3. randevusuna gitmemesi nedeniyle uyarı yazısı tebliğ edildiği, sanığın uyarıdan sonra bazı programlara katıldığı, bazılarında katılmadığı, bu durumda ilk uyarıdan sonra yükümlülüklerini yerine getirmeye çalışan sanığa yeni bir süre verilerek başvuru yapması konusunda ihtarında bulunulmadan denetimli serbestlik dosyasının kapatılmasında ısrar koşulunun oluşmadığına hükmetmiştir. O halde, ilk bildirim üzerine bir süre yükümlülüğünü yerine getiren, daha sonra uymama nedeniyle ilk uyarı üzerine de bir süre yükümlülüğünü ifa edip yarım bırakan sanığa tekrar uyarı yapılması kabul edilerek bu durumdakiler için daha esnek bir yaklaşım izlendiği görülmektedir. Özel Daire 22/02/2021 tarih, E: 2020/8705, K: 2021/2421 sayılı ilamında ise; ilk uyarılı başvuru davetiyesi üzerine müracaatta bulunmayan şüphelinin, TCK m.191/4-a uyarınca denetim yükümlülüklerine ve tedavi gereklerine uymamakta ısrar ettiğinin kabul edilebilmesi için 'önceki tebligat gereğince başvuruda bulunmadığı, bu tebligat üzerine öngörülen süre içinde de başvurmaması halinde yükümlülükler ve tedavinin gereklerine uymamakta ısrar etmiş sayılacağı' uyarısı ile tekrar uyarılı tebligat yapılması gerektiğine, bu tebligata rağmen başvurmadığı takdirde ısrar koşulunun gerçekleşeceğine hükmetmiştir. Belirtilen kararlar için internet erişim adresi: (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 16.06.2022.

⁷⁴ Yargıtay CGK 02.05.2019 tarih, E: 2018/10-172, K: 2019/373 sayılı ilam, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 16.06.2022.

İsrarın oluşması için denetimli serbestlik programı uyarınca öngörülen yükümlülüklerin ifası veya tedavi programlarına uyulması konusunda öncelikle şüpheliye usulüne uygun tebligat yapılmalı, uymama halinin sonuçları bildirilmelidir⁷⁵. Süreç boyunca denetimli serbestlik ve tedavi tedbiri uygulamasına dair tüm tebligatlar, denetimli serbestlik planı çağrı yazısı ile tüm uyarılı başvuru davetine dair yazılar usulüne uygun tebliğ edilmelidir.

Denetimli serbestlik sürecini başlatan ilk uyarılı çağrı yazısı usulüne uygun tebliğ edilmezse ısrar koşulu gerçekleşmeyecektir. İsrar koşulu için; ilk uyarılı başvuru davetiyesi gereğine uymaması halinde önceki tebligat gereğine uymadığı belirtilerek, bu tebligat üzerine de süresi içinde başvurmaması halinde yükümlülükler ve tedavinin gereklerine uymamakta ısrar etmiş sayılacağı ve bu durumun hukuki sonuçlarını bildiren uyarı yazısı ile yeniden tebligat yapılması gerekmektedir⁷⁶. Yani, hem ısrar koşulunun gerçekleşmesi hem de süreçle ilgili tüm tebligatların usulüne uygun yapılmış olması TCK m.191/4-a'ya göre kamu davası açılmasında dava şartı olarak kabul edilmiştir⁷⁷.

Diğer yandan, erteleme süresi içinde yükümlülük veya tedavi gereklerine uygun davranmamakta ısrar etme koşulu, 28.06.2014 tarihinde yürürlük kazanan 6545 sayılı Kanun değişikliği ile getirildiğinden değişiklik sonrası dönemde infazına başlanılan KDAEK sürecine ilişkin uygulanacaktır. 6545 sayılı Kanun değişikliği öncesi dönemde işlenen suçlarda tedavi ve denetimli serbestlik uygulanmasına ilişkin kararın infazı için çağrı yazısının tebliğine rağmen başvuruda bulunulmazsa, ikinci tebligat çıkartılmasına ve ısrar şartı aranmasına gerek bu-

⁷⁵ Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği m.40/3'e göre; denetimli serbestlik müdürlükleri tarafından düzenlenecek tebligatlarda haklı, geçerli ve gerektiğinde belgelendirilebilen mazerete dayanmadan yükümlünün müracaat etmemesinin veya denetimli serbestlik kararının niteliğine göre yükümlülükler uymamasının hukuki sonuçlarının bildirileceği düzenlenmiştir.

⁷⁶ Yargıtay 10 CD, 25.02.2021 tarih, E: 2020/8761, K: 2021/2727 sayılı ilamında; somut olayda usulüne uygun çağrı yazısı tebliği olmadığı, usulüne uygun tebliğe karşın sanık başvurmamış olsa dahi ikinci uyarı yapılmadığı için kamu davası açma koşullarının oluşmadığına, dava şartı oluşmadan açılan kamu davasında CMK 223/8 maddesi uyarınca dava şartının gerçekleşmesi beklenilmek üzere durma kararı verilerek denetimli serbestlik dosyasının Cumhuriyet savcılığına gönderilmesine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Aynı yönde kararlar için bkz: Yargıtay 10 CD, 17.02.2021 tarih, E: 2020/8651, K: 2021/2287; 17/02/2021 tarih, E: 2020/8610, K: 2021/2288 sayılı ilamlar. Belirtilen kararlar için internet erişim adresi: (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 15.03.2022.

⁷⁷ Yargıtay 10 CD, 21.01.2021 tarih, E: 2020/16344, K: 2021/787 sayılı ilamında çocuk olan sanıkla ilgili çağrı yazısının bizzat sanık adına düzenlenip tebliğ edilmesi gerekirken velisine tebligat yapılmasının usulsüz olduğunu, bu tebliğden sonra Denetimli Serbestlik Müdürlüğüne müracaat etmediği ileri sürülerek denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerini ihlal ettiğinin kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Özel Daire, 25.02.2021 tarih, E: 2020/8761, K: 2021/2727 sayılı ilamında da, ilk çağrı yazısının MERNİS adresine doğrudan Tebligat Kanunu m.21/2 uyarınca tebliğ edilmesi nedeniyle tebligatın usulsüz olduğunu kabul etmiştir. Belirtilen kararlar için internet erişim adresi: (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 14.03.2022.

lunmamaktadır⁷⁸. Zira, erteleme süresi içinde yükümlülük veya tedavi gereklerine uygun davranmamakta ısrar etme koşulu, ceza muhakemesine ilişkin bir normdur⁷⁹. Ceza muhakemesi kurallarının yürürlüğe girdiği tarihte derhal uygulanması ilkesi gereği kanunen aksi kararlaştırılmadığı için aleyhe veya lehe olduğuna bakılmadan yürürlük tarihi itibarıyla yeni kural uygulanacaktır⁸⁰.

Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliğinin m.44/3'de yapılan son değişiklik ile ısrar koşulu yeniden tanımlanarak, yükümlülüğün bir yıl içinde mazeretsiz ve kasıtlı olarak üç defa ihlal edilmesinin yükümlülüğe uymamada ısrar etme sayılacağı düzenlenmiştir. Değişiklik, 10.10.2021 tarih ve 31655 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlük kazandığından bu tarih itibarıyla infazına devam edilen denetimli serbestlik tedbirleri bakımından uygulanmalıdır⁸¹. Son değişiklik de, suçun muhakeme sürecini etkileyen bir ceza muhakemesi normu olduğundan, 10.10.2021 tarihi itibarı ile uygulanmaya başlanmıştır.

Denetimli serbestlik ve tedavi tedbiri yükümlülüklerine uygun davranmamakta ısrar edilmesi halinde, şüpheli için açılan denetimli serbestlik dosyası kapatılarak soruşturma dosyasına eklenmek üzere Cumhuriyet savcılığına gönderilir. Bu durumda, TCK m.191/4-a koşullarının gerçekleştiğinin tespiti halinde Cumhuriyet savcılığınca kamu davası açılacaktır.

⁷⁸ Yargıtay CGK 02.05.2019 tarih, E: 2018/10-172, K: 2019/373 sayılı ilamı, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 20.03.2022.

⁷⁹ Maddi ceza hukuku kuralları, hangi eylemlerin suç olarak vasıflandırılacağını ve yaptırımları düzenler. Şekli ceza hukuku kuralları ise; suç olarak tanımlanmış bir fiilin muhakeme sürecinin işleyişine dair kurallardır. Kovuşturma şartları, şekli hukukun alanına dâhildir, suçun tanımlanmasına etki etmez, kovuşturma sürecini etkiler, Tulay, Muhammed Emre, Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması ve Delil Elde Etme Yöntemlerinde Zaman Bakımından Uygulanma Sorunu, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet YAVUZ'a Armağan, Özel Sayı, Yıl: 2016, Cilt: 22, Sayı: 3, s. 2721-2723.

⁸⁰ Ibid, s. 2724. Ceza muhakemesi kurallarının derhal uygulanması ilkesinin sonuçları ise; muhakeme işlemlerinin yürürlükteki kanuna göre yapılması, eski kanun zamanında başlanıp sonuçlanmayan muhakeme işlemlerine yeni kanunun uygulanması ve önceki kanun zamanında tamamlanan muhakeme işlemlerinin sonraki kanun döneminde de geçerliliğini korumasıdır, Ercan, s. 5-6.

⁸¹ Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği m.44/3; 'Kararların infazında, yükümlülüğün bir yıl içerisinde mazereti olmaksızın ve kasıtlı olarak üç defa ihlal edilmesi yükümlülüğe uymamada ısrar etme sayılır. Yükümlünün ikinci kez uyarılmasının ardından bir yıl içerisinde üçüncü ihlalin tespit edilmesi halinde dosyanın kapatılması ile ilgili süreç başlatılır. Suça sürüklenen çocuklar ve denetimli serbestlik kararının infazına başlandığı tarihte çocuk olup infaz sürecinde on sekiz yaşını dolduranlar bakımından dörtüncü ihlalin tespit edilmesi halinde dosyanın kapatılması ile ilgili süreç başlatılır' düzenlemesini içermektedir. Maddenin dördüncü fıkrasında da; 'Uyarı için yapılan tebligatta, bir yıl içerisinde suça sürüklenen çocuklar ve denetimli serbestlik kararının infazına başlandığı tarihte çocuk olup infaz sürecinde on sekiz yaşını dolduranlar bakımından dördüncü kez, diğer yükümlüler bakımından üçüncü kez ihlal durumunun tespit edilmesi halinde tekrar bir uyarının yapılmayacağı, dosyanın kapatılması ile ilgili sürecin başlatılacağı ve dosyanın ilgili yargı merciine gönderileceği yükümlüye ihtar edilir' düzenlemesi getirilmiştir.

Belirlenen süre içinde denetimli serbestlik ve tedavi tedbiri yükümlülüklerine uygun davranılması halinde ise; denetimli serbestlik dosyasının kapatılarak soruşturma dosyasına eklenmek üzere Cumhuriyet savcılığına gönderilmesi gerekmektedir. Bu olasılıkta henüz beş yıllık kamu davasının erteleme süresi işlemeye devam ettiğinden soruşturma dosyası bu süre içinde derdest kalacaktır.

b. Tekrar Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanma, Kullanmak İçin Bulundurma, Kabul Etme, Satın Alma

TCK m.191/4-b ve c bentleri uyarınca erteleme süresi içerisinde şüphelinin tekrar kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alması, kabul etmesi, bulundurması ya da kullanması halinde kamu davası açılacaktır. Kanunda sayılan seçenek eylemler, ihlal eylemi olarak kabul edilmektedir. Anılan madde uyarınca bir veya daha fazla ihlal eyleminin⁸² gerçekleştirilmesi dava açılmasında yasal dayanaktır. Tekrar kullanma, kullanmak için bulundurma, satın alma, kabul etme eylemlerinin biri ya da bir kaçının denetimli serbestlik süresi içinde veya bu süre bittikten sonra kalan erteleme süresi içinde işlenmesi halinin hukuki sonucu aynıdır: her iki durumda da kamu davası açılması için yasal şartlar gerçekleşmektedir. Sayılan ihlal eylemleri nedeniyle kamu davası açılması beş yıllık erteleme süresini sonlandırmaktadır.

Diğer yandan, ihlal eylemi ya da eylemlerinin somut delillerle sabit olması, bu amaçla olayın özelliğine göre uygun soruşturma yöntemleri ve araçlarının kullanılması zorunludur. Bu bağlamda, ihlal eyleminin niteliğine göre şüphelinin uyuşturucu kullandığının teknik yöntemlerle saptanması, kan ve idrar örneği raporunun alınması, kişinin üstünde, eşyasında, aracında veya evinde yapılan aramanın Ceza Muhakemesi Kanununda belirtilen ilke ve kurallara uygun olması, kullanılan, bulundurulan, kabul edilen veya satın alınan madde raporunun alınması gibi gerekli incelemeler mutlaka soruşturma aşamasında tamamlanmalıdır⁸³.

⁸² TCK m.191/4'te erteleme süresi zarfındaki eylemler ihlal nedeni olarak belirtilmiştir. Çalışmada incelendiği üzere, her somut olayda mutlaka erteleme sürecinin başlamasına dayanak olan ve suç tarihinin belirlenmesinde esas alınacak eylem bulunmaktadır. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararına dayanak eylem ile ihlal nedeni olan eylemleri ayırt edici bir kavram olarak erteleme süresi zarfındakileri ihlal eylemi ya da eylemleri olarak nitelendirme uygun olacaktır. Bu şekilde, uygulamadaki özellikle suç tarihi konusundaki yanlışlıklar değerlendirilmeler önenebilecek, sürecin işleyişi netleşecektir. Bu nedenle çalışmada ihlal nedeni sayılan eylemler için ihlal eylemi / eylemleri kavramı kullanılmıştır.

⁸³ Yargıtay 10 CD, 09.12.2020 tarih, E: 2020/13664, K: 2020/8739 sayılı ilamında, somut olayda kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının tebliğinin geçerli olmaması nedeniyle dava şartının bulunmadığını, kabule göre de; denetim süresi içerisindeki ihlal eylemine ilişkin sanığın

5. Erteleme Süresi Zarfındaki İhlal Eylemlerinin Ayrı Soruşturma ve Kovuşturma Konusu Olamayacağı İlkesi

TCK m.191/5 çok önemli bir usul kuralını düzenlemektedir. Madde uyarınca; erteleme süresi içinde işlenen tekrar kullanma, kullanmak için bulundurma, satın alma, kabul etme eylemleri ihlal nedeni sayılır, ayrı bir soruşturma ve kovuşturma konusu yapılamaz. Yani, bu eylemler, sadece kamu davası açılmasına dayanak oluşturur, bu eylemlere dayalı tekrar KDAEK verilemez. Düzenleme son derece isabetlidir. Kanun koyucu, kişi hakkında sadece bir kez KDAEK uygulanmasını öngörmektedir. Bize göre aksi halin kabulü halinde, suç sayısınca KDAEK verilebilecek, kurumun getiriliş amacı gerçekleştirilemeyecek ve uygulama âdeta bir hukuk labirentine dönüşecektir.

TCK m.191/5, uygulamanın sorunlu alanlarından. Çoğu kez aynı kişi hakkında farklı soruşturma dosyalarında verilmiş birden çok KDAEK nedeni ile kişinin hukuki durumunun çözümü zorlaşmakta, hatalı uygulamalar gündeme gelebilmektedir. TCK m.191/5 hükmünün doğru uygulanmasında özellikle; şüphelinin 6545 sayılı Kanunun yürürlük kazandığı 28.06.2014 tarihinden sonra değişik yargı çevrelerinde işlemiş olduğu TCK m.191/1 kapsamında suç olup olmadığı, varsa aynı kişi hakkında daha önce KDAEK verilip verilmediği ve somut olaydaki suçun önceden verilmiş KDAEK'nın erteleme süresi içinde işlenip işlenmediği araştırılmalıdır. Bu nedenle UYAP kayıtları⁸⁴ ve sabika kaydı verileri detaylı irdelenmeli, şüpheli hakkında aynı yer veya başka yer Cumhuriyet savcılıklarınca verilmiş KDAEK bulunması halinde derdest soruşturma dosyaları birleştirilmelidir.

Bize göre doğru çözüm, ilk suç itibarıyla verilmiş KDAEK'nın esas alınmasıdır. Soruşturma konusu dosyadaki veya varsa başka derdest soruşturma dosyalarındaki eylemler değerlendirilerek fail hakkındaki ilk KDAEK'nın kesinleşme tarihinden itibaren başlayan erteleme süresi zarfında ihlal sayılabilecek eylem veya eylemlerin işlenip işlenmediği tespit edilmeli, bağlantılı tüm soruşturma dosyaları tespit edilmelidir.

üzerinde uyuşturucu veya uyarıcı maddenin ele geçirilmemiş olması ve sanığa ait kan ve idrar örneği alınarak tahlil yaptırılmaması halinde denetimin ihlali konusunda kesin ve somut delil bulunmadığından kovuşturma şartının gerçekleşmediğinin kabulü ile CMK m.223/8'e göre kamu davasının durmasına ve kamu davasının ertelenmesi koşullarına uygun değerlendirme yapılmak üzere dosyanın Cumhuriyet savcılığına gönderilmesine karar verilmesi gerekirken beraat kararı verilmesinin kanuna aykırı olduğunu bildirerek kanun yararına bozma talebini kabul etmiştir, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 20.03.2022.

⁸⁴ Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP), Adalet Bakanlığı merkez ve taşra teşkilatının, bağlı ve ilgili kuruluşların, adli ve idari tüm yargı ve yargı destek birimlerinin donanım ve yazılım olarak iç otomasyonu ve benzer bilgi otomasyon sistemlerini kurmuş olan kamu kurum ve kuruluşları ile dış birim entegrasyonunu sağlayan bilişim sistemidir.

Diğer yandan suçun 6545 sayılı Kanunun yürürlük tarihi öncesinde TCK 191. madde uyarınca açılmış bir davaya konu suç nedeniyle verilen tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin infazı sırasında işlenip işlenmediğinin araştırılması da gerekmektedir⁸⁵. Yargıtay, bu ihtimalde, yani eylemin, 6545 sayılı Kanun ncesi dönemde verilen tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin infazı sürecinde işlenmesi halinde de TCK m.191/5’de düzenlenen erteleme süresi zarfındaki ihlallerin ayrı soruşturma ve kovuşturma konusu yapılamayacağı kuralının geçerli olduğunu kabul etmektedir. Yani bu olasılıkta değişiklik öncesi dönemde verilmiş tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin infaz süreci, değişiklik sonrası verilebilen KDAEK’nın erteleme süreci işlevinde kabul edilmiştir. Bize göre, Yargıtay bu yorumu ile değişiklik öncesi ve sonrası dönem uygulamasını uyumlulaştırmış, şüpheliye lehe uygulamadan yararlanma imkânı tanımıştır.

Soruşturma evresinde yapılacak araştırma sonucuna göre; soruşturma dosyasındaki suçun önceden verilen KDAEK’nın denetim süresi içinde veya önceden verilen tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin infazı sırasında işlendiğinin anlaşılması ve önceki suçtan kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü verilmiş olması halinde, bu hususun belirtilerek kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi isabetli olacaktır. nceki suç mahkûmiyet dışında bir hüküm ile sonuçlanmış ise; soruşturma dosyasındaki suç için KDAEK uygulanarak, süreç içerisinde TCK m.191/4’te belirtilen dava şartlarının geerleşmesi halinde kamu davası açılmalıdır.

6. Kamu Davasının Ertelenmesi Kurumunun Bir Kez Uygulanması Kuralı

TCK m.191/6 önemli bir kural getirmiştir: TCK m.191/4 uyarınca kamu davası açıldıktan sonra, yani erteleme süresi içinde işlenen ihlal eylemi ya da denetimli serbestlik tedbiri veya tedavi gereklerine uygun davranmamada ısrar nedeniyle açılan kamu davasından sonra, TCK m.191/1’de tanımlanan eylemlerin yeniden işlenmesi nedeniyle başlatılan soruşturmalarda aynı kişi hakkında tekrar KDAEK verilemeyecektir. Bu durumda gerekli deliller toplanarak, suçun sübutuna dair yeterli şüphenin varlığı halinde doğrudan kamu davası açılmalıdır. TCK m.191/6

⁸⁵ Yargıtay 10 CD, 25.02.2021 tarih, E: 2020/8761, K: 2021/2727; 25.02.2021 tarih, E: 2020/8780, K: 2021/2726; 17.02.2021 tarih, E: 2020/8610, K: 2021/2288 sayılı ilamlarında da; TCK m.191/5’in uygulanmasında, ilgili hakkında bu suç tarihinden önce açılmış başka bir dava veya soruşturma olup olmadığının, varsa, suçun diğer davaya konu suç nedeniyle verilen tedavi ve denetim tedbirinin infazı sırasında veya 6545 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra verilmiş olan KDAEK uyarınca tabi tutulduğu tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin infazı sırasında işleyip işlemediğinin ve önceki dava sonucunun belirlenmesi gereği vurgulanmıştır. Belirtilen kararlar için internet erişim adresi: (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 19.03.2022.

düzenlemesinden kanun koyucunun kişiye sadece ilk kez TCK m.191'de tanımlı suçu işlemesi halinde kamu davasının açılmasının ertelenmesi imkânı tanıyarak iyileşme ve bağımlılıktan kurtulma şansı verdiği anlaşılmaktadır.

Bu kapsamda, şüpheli hakkında aynı ya da farklı yer yargı çevrelerinde TCK m.191/4 uyarınca açılmış kamu davası bulunup bulunmadığı araştırılması önemlidir. Zira, TCK m.191/6 uyarınca kamu davası açılmasının koşulu, aynı kişi hakkında TCK m.191/4'e göre açılmış bir kamu davası bulunmasıdır.

7. Erteleme Süresinin İyi Halli Geçirilmesi

TCK m.191/7'ye göre; TCK m.191/1 kapsamında suç işleyen şüpheli hakkında aynı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca verilen KDAEK'nın kesinleşmesi ile başlayan beş yıllık erteleme süresi içinde ilgilinin denetimli serbestlik tedbiri ve tedavi gereklerine uyması ve tekrar ihlal nedeni sayılan bir ihlal eylemini işlememesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilecektir⁸⁶. Soruşturma evresi bu şekilde sonlanacaktır. Kuşkusuz, TCK m.191/4 ya da TCK m.191/6 uyarınca şüpheli hakkında kamu davası açılması ile de soruşturma evresi sona ermektedir.

B. KOVUŞTURMA EVRESİ

Özel soruşturma usulüne tabi olan, TCK 191. madde kapsamında işlenen suçların kovuşturma evresi de⁸⁷ çok titiz araştırma ve irdelemeyi gerektirmektedir. Kamu davasının TCK 191. maddenin amir hükümlerine ve bu düzenlemeler ile getirilen usul ve kurallara uygun açılıp açılmadığının saptanması, suç tarihine göre doğru yasa maddesinin ve yargılama usulünün uygulanması, bu kapsamda basit yargılama usulüne tabi haller ile 6545 sayılı Kanun ile getirilen geçici 7. madde uygulamasının özelliği, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun bu suçlara özgü zorunlu uygulanış halleri, bu bölümün inceleme konusunu oluşturmaktadır.

1. Dava Şartlarının İrdelenmesi

TCK m.191/1'e göre cezalandırılma istemi ile kamu davası açılabilmesi, kanunda öngörülen sisteme göre iki seçenek kapsamında mümkündür. İddianame TCK m.191/4 delaleti ile TCK m.191/1 ya da TCK m.191/6 delaleti ile

⁸⁶ CMK m.172/1-birinci cümlesi hükmüne göre soruşturma evresi sonunda kamu davası açılması için yeterli şüphe yaratan delil veya kovuşturma olanağının bulunmaması durumunda kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilir. CMK 173. madde hükümleri uyarınca karara itiraz edilebilir.

⁸⁷ CMK m.2/1-f'de kovuşturma; iddianamenin kabulü ile başlayıp hükmün kesinleşmesine kadar geçen evre olarak tanımlanmıştır.

TCK m.191/1'den cezalandırılma istemiyle açılmalıdır. Her iki olasılığın dava açma koşulları farklı düzenlendiği için kamu davasının doğru açılıp açılmadığının tespiti için öncelikle bu belirleme yapılmalıdır. Esasen, iddianamenin kabulünden itibaren kovuşturmanın her aşamasında Kanunda öngörülen soruşturma evresi gerekliliklerine uyulup uyulmadığının denetlenmesi gerekmektedir.

a. TCK m.191/4 Uyarınca Açılan Kamu Davaları

Kamu davasının TCK m.191/4 uyarınca açılmasında soruşturma evresinde şüpheli hakkında KDAEK verilmiş olması ve kesinleşme ile başlayan erteleme süresi içinde TCK m.191/4'ün a, b ve c bentleri kapsamında kalan ihlal eylemlerinden biri ya da birkaçının gerçekleşmiş olması dava şartıdır⁸⁸.

Önceki bölümde belirttiğimiz üzere Yargıtay, KDAEK'nın yasal bildirimleri içerecek şekilde hazırlanarak usulüne uygun tebliğ edilmiş olması ile itiraz hakkı tanınarak usulüne uygun kesinleştirilmiş olması unsurlarının her birini KDAEK'nın geçerlilik şartı olarak saymakta, bu gerekliliklere uyulmaması halinde KDAEK'nın hukuka uygun olmaması nedeniyle dava şartının oluşmadığını kabul etmektedir. Maddenin düzenleniş sistemi, sözü ve özüne göre bu değerlendirme isabetlidir. Dava şartının yokluğu halinde, gerçekleşme ihtimalinin bulunup bulunmamasına göre durma ya da düşme kararı verilmelidir⁸⁹.

Diğer yandan, bu madde uyarınca dava açılırken her dosyada 6545 sayılı Kanun ile değişik TCK m.191/5 koşullarının bulunup bulunmadığı yani erteleme süresi zarfındaki ihlal eylemlerinin ayrı bir soruşturma veya kovuşturma yapılamaması ilkesine aykırı bir durum olup olmadığı araştırılmalıdır. Zira, aynı kişi hakkında birden çok soruşturma veya kovuşturma dosyasının bulunması ya da TCK m.191/4'e göre önceden açılıp karara bağlanan bir ya da daha fazla dosyanın bulunması uygulamada sık karşılaşılan bir durumdur. Bu amaçla her somut olayda, sanık hakkında suç tarihinden önce açılmış başka dava veya soruşturma olup olmadığı, varsa derdestlik durumu araştırılmalı, tespiti halinde sanığın eylemi, 6545 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önce

⁸⁸ Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı kesinleşmeden tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin infazına başlanamayacağı yönünde bir karar için bkz: Gaziantep BAM 11 CD, 02.04.2021 tarih, E: 2019/1976, K: 2021/750 sayılı ilam, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 20.04.2022.

⁸⁹ CMK m.223/8 hükmüne göre TCK'da öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması halinde davanın düşmesine, soruşturma veya kovuşturma şartının henüz gerçekleşmediği durumda gerçekleşmesini beklemek üzere davanın durmasına karar verilir.

işlenen suç nedeniyle verilen tedavi veya denetimli serbestlik tedbirinin infazı sırasında veya 6545 sayılı Kanun değişikliği sonrası dönemde verilen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının denetim süresi veya bu karar uyarınca uygulanan tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin infazı sırasında işleyip işlemediği tespit edilmelidir⁹⁰.

Burada karşımıza çıkan ihtimallerden ilki; sanığın eylemi, önceki işlediği suçtan dolayı yapılan kovuşturma aşamasında yani 6545 sayılı Kanun değişikliği öncesinde verilen tedavi veya denetimli serbestlik tedbirinin infazı sırasında veya 6545 sayılı Kanun ile değişik TCK m.191/2'ye göre önceden verilen KDAEK'nın erteleme süresi içerisinde işlemiş olmasıdır. Bu durumda, önceki suçtan mahkûmiyet kararı verilmiş ise erteleme süresinde işlediği suç nedeniyle TCK m.191/5 uyarınca kovuşturma şartı yokluğu nedeni ile CMK m.223/8'e göre düşme kararı verilmelidir⁹¹. Önceki suçtan açılan dava veya soruşturmanın derdest olması durumunda, kovuşturma şartının bulunmaması nedeniyle verilecek düşme kararı ile birlikte, tedavi ve/veya denetimli serbestlik kararı veren ilgili mahkemeye ya da KDAEK'yı veren ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına ihbarda bulunulmalıdır⁹².

Diğer bir ihtimal, söz konusu süreler içinde suçun işlenmemesi halidir. Yani sanık suçu ne önceki işlediği suçtan dolayı verilen tedavi ve/veya denetimli serbestlik tedbirinin infazı sırasında ne de kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının denetim süresi içinde işlemiştir. Bu durumda, somut olayın özelliklerine göre sanığın hukuki durumu değerlendirilerek sanığın somut olay nedeniyle verilen KDAEK'nın denetim süresi içinde gerçekleşmesi ve bu düzenlemeler kapsamında ihlal eyleminin sübutuna göre değerlendirme yapılmalıdır⁹³.

Karşımıza çıkan son olasılık da; sanığın eylemi söz konusu süreler içinde işlemesi yani önce işlediği suçtan dolayı yapılan kovuşturma aşamasında verilen tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin infazı sırasında veya 6545 sayılı Kanun değişikliği sonrası dönemde verilmiş KDAEK'nın denetim süresinde işlemesi ancak, önceki suçtan beraat, düşme, davanın reddi gibi mahkûmiyet

⁹⁰ Yargıtay 10 CD, 24.02.2021 tarih, E: 2020/8873, K: 2021/2665 sayılı ilam, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 19.04.2022.

⁹¹ Yargıtay 10 CD, 17.02.2021 tarih, E: 2020/8610, K: 2021/2288 sayılı ilam, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 19.04.2022.

⁹² Yargıtay 10 CD, 11.02.2021 tarih, E: 2020/11454, K: 2021/2035 sayılı ilam, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 19.04.2022.

⁹³ Yargıtay 10 CD, 24.02.2021 tarih, E: 2020/8864, K: 2021/2654 sayılı ilam, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 19.04.2022.

dışında bir hüküm verilmiş olması halidir. Bu durumda, yine TCK m.191/5 kuralı uygulanamayacağından TCK m.191/4'ün a, b veya c bentleri uyarınca ihlal eyleminin sabit olup olmamasına göre hukuki durum değerlendirilmelidir⁹⁴.

b. TCK m.191/6 Uyarınca Açılan Kamu Davaları

TCK m.191/6 uyarınca açılan kamu davaları, uygulamada sorunlu bir alandır. TCK 191. maddenin genel sistematığı, soruşturma evresi için getirildiği amir kurallar ve ilkelere göre yorum yapılmalıdır. TCK m.191/6 uyarınca kamu davası açılabilmesi için sanık hakkında daha önce TCK m.191/4'e dayalı bir dava açılmış olması dava şartıdır. Bu madde uyarınca dava açılan mahkemenin öncelikle bu hususu araştırarak, sanık hakkında TCK m.191/4'e dayalı açılmış davanın olmaması halinde TCK m.191/6'ya göre dava açma koşulu gerçekleşmediğinden düşme kararı vermesi gerekmektedir⁹⁵. Sanık hakkında TCK m.191/4'e dayalı açılmış dava veya davaların olması ve sanığın dava konusu eyleminin, TCK m.191/4'e göre açılan davada uygulanan KDAEK'nin denetim süresi içinde işlendiğinin tespiti halinde TCK m.191/5 kuralı ve dava şartı yokluğu nedeniyle düşme kararı verilmelidir.

Bu davaların kovuşturma evresinde karşımıza bir sorun daha çıkmaktadır: sanık hakkında daha önce TCK m.191/4 uyarınca açılmış bir davanın bulunması, yani dava şartının varlığı ancak, kovuşturma evresi devam ederken TCK m.191/4'e dayalı açılan önceki davanın mahkûmiyet dışında bir hükümlerle sonuçlanması veya derdest olması halinde dava şartının nasıl değerlendirileceği yoruma açık sorunlu bir konudur. Bu konuda maddede düzenleme bulunmamaktadır.

Bize göre; TCK m.191/6'ya göre açılan davada sanık hakkında doğru hukuki değerlendirme yapılabilmesinin yegâne koşulu; TCK m.191/4 uyarınca açılan davanın kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü ile sonuçlanmış olmasıdır.

⁹⁴ Yargıtay 10 CD, 25.02.2021 tarih, E: 2020/8780, K: 2021/2726 sayılı ilam, (www.uyp.gov.tr/intranet.uyp.gov.tr), Erişim tarihi: 17.03.2022.

⁹⁵ Yargıtay 10 CD, 14.08.2020, E: 2020/3685, K: 2020/3408 sayılı ilamında; sanık hakkında uyuşturucu madde bulundurma suçundan dolayı kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verildikten sonra erteleme süresi zarfında tekrar aynı suç işlediğinden bahisle açılan kamu davasının yargılaması sonucunda, sanığın beraatine karar verildiği ve beraat hükmünün yasa yoluna başvurulmadan kesinleştiği, beraatle sonuçlanmış bu davada verilmiş olan kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının, kanun yararına bozma talebine konu olan sonraki tarihli suçlar için TCK m.191/6 uyarınca kamu davasının açılmasının ertelenmesine engel olmayacağı, bu nedenle kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilmeden açılmış olan kamu davasında yargılama şartı bulunmadığından, gerçekleşmesi muhtemel olan bu şartın gerçekleşmesini beklemek üzere "durma kararı" verilmesi gerekirken olayda uygulama yeri bulunmayan "davanın düşmesi-ne" karar verilmesinin yasaya aykırı olduğunu bildirmiştir, (www.uyp.gov.tr/intranet.uyp.gov.tr), Erişim tarihi: 17.03.2022.

Zira, dayanak dosya konumundaki TCK m.191/4 uyarınca açılan davanın mahkûmiyet dışı bir kararla sonuçlanması halinde, TCK m.191/4'e göre açılan dava ve bu davada sanık hakkında uygulanan KDAEK ortadan kalkacaktır. Yani, TCK m.191/6'ya göre açılan davada dayanak dosya olmayacaktır. Bu nedenle, TCK m.191/6'ya göre açılan kamu davalarının kovuşturma evresinde önceki TCK m.191/4 uyarınca açılan dava sonuçlanmamış ise, bu hususun bekletici sorun yapılması isabetli olacaktır⁹⁶. Aksi halde, kişi hakkında hiç KDAEK uygulanmadan TCK 191. maddeden cezalandırma sonucu doğacak, hem TCK m.191/6'ya göre açılan dava mesnetsiz kalacak hem de TCK 191. maddenin düzenleniş amacı gerçekleşmeyecektir. Bu yorum, uzun yargılama sürecine neden olacağı eleştirisine maruz kalabilir ise de; sanığın daha lehine olması, maddenin düzenleniş amacına ve maddeye özgü soruşturma ve kovuşturma usullerine sırasıyla uygunluğun sağlanması açısından bize göre daha hakkaniyetlidir. Diğer yandan, dayanak dava sonucunun beklenmemesi, hak kaybına neden olabileceğinden, bu durumun düzeltilebilmesi için ileride olağanüstü yasa yollarına başvuru sonucunu yaratacaktır. Bu yola başvurulmayan, dosyalar yönünden ise yine hak kayıpları doğacaktır. Özellikle, müdafii bulunmayan sanığın bu konudaki mevzuattan haberdar olması beklenemeyeceğinden veya olağanüstü yasa yolu başvurusu yapılmasının gözden kaçması nedeniyle bu imkânın kullanılmaması da olasıdır. Açıklanan nedenlerle, bu konudaki en makul çözüm dava şartı olan dayanak dava sonucunun beklenmesidir.

TCK m.191/4 uyarınca açılan kamu davasının yargılması sonucunda mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiğinde, önceki HAGB kararının açıklanmasının beklenip beklenmeyeceği de ayrı bir tartışma konusudur⁹⁷. Bu konuda da, yargılamanın uzaması, iş yükü artışı, derdest dosyada beş yıllık erteleme süresinin bitişinin beklenmesinin yaratacağı muhtelif sakıncalar ile 6545 sayılı Kanun ile değişik TCK 191. maddenin ön-

⁹⁶ Sanık hakkında TCK m.191/6 uyarınca açılan kamu davasına dayanak TCK m.191/4'ten açılan kamu davasının beraat ile sonuçlandığından dava şartının gerçekleşmediği yönünde kararlar için bkz: Gaziantep BAM 11 CD, 31.05.2021 tarih, E: 2019/2377, K: 2021/1276; 02.04.2021 tarih, E: 2019/2027, K: 2021/749 sayılı ilamlar. Belirtilen kararlar için internet erişim adresi: (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 17.03.2022.

⁹⁷ CMK m.231/5-6-7-8-9-10-11. Maddenin beşinci fıkraya hükmüne göre; hükmün açıklanmasının geri bırakılması sanığa yargılama sonucunda hükmolunan cezanın iki yıl ya da daha az süreli hapis ya da adli para cezası olması haline münhasırdır. Bu koşula ilave olarak, altıncı fıkraya hükmüne göre; sanığın daha önce kasıtlı suçtan mahkûm olmamış bulunması, sanığın kişilik özellikleri ve yargılama sürecindeki davranışlarına göre mahkemede, tekrar suç işlemeyeceği konusunda kanaat oluşturması ve suçun işlenmesinden doğan mağduru veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, eski hale getirme veya tazmin suretiyle giderilmesi koşulları bir arada bulunmalıdır. Suçun özelliğine göre mağduru ya da kamunun uğradığı zarar yok ise, son koşul aranmayacaktır.

gördüğü ilk kez suç işleyenler için KDAEK uygulanarak sonucuna göre hukuki durumun değerlendirilmesi gereği birbiri ile çatışmaktadır. HAGB dosyasının açıklanmasına yer olmadığına veya bu davada düşme kararı verilmesi halinde, kişi yine, yeni sistemden faydalanma olanağından mahrum kalacaktır. Bize göre; çatışan menfaatlerin dengelenmesinde öncelik yine, sanığın menfaati ve kanun koyucunun düzenlemedeki amacının karşılanması olmalıdır. Yargılamanın makul sürede sonlandırılması kadar doğru karar verilmesi de çok önemlidir. Bu halde de, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen dayanak dosyanın yani TCK m.191/4 uyarınca açılan dava sonucunun beklenmesi gerektiği düşünülmektedir. Bu konuda izlenebilecek bir seçenek ise; TCK m.191/6'dan açılan dava dosyasında hüküm verilmezden önce sanık hakkında TCK m.191/4 uyarınca açılıp HAGB kararı verilen dosyanın incelenmesi ve sonucuna göre değerlendirme yapılmasıdır. Özellikle yasa yolu inceleme makamları tarafından bu hususta değerlendirme yapılmasının isabetli olacağını düşünmekteyiz⁹⁸.

Bize göre TCK m.191/6'ya son cümle olarak "Bu fıkra uyarınca yapılan kovuşturmalarda, dördüncü fıkraya göre açılan kamu davasının neticesi beklenir" yönünde bir ibare eklenmesi yararlı olacaktır. Bu şekilde, TCK 191. maddenin getiriliş amacı karşılanacak, hak kayıpları önlenecek ve konu açıklığa kavuşturulacaktır.

Diğer yandan, Yargıtay yakın tarihli bir kararında; TCK m.191/6'da; TCK m.191/4'te belirtilen durumlardan birinin gerçekleşmesi nedeniyle kamu davasının açılmasından sonra, TCK m.191/1'de tanımlanan suçun tekrar işlenmesi halinde doğrudan açılan kamu davasında sanık hakkında karar verilebilmesi için önceki kamu davasının karara bağlanması gerektiği veya önceki kamu davasının bekletici sorun yapılarak bu davada verilecek karara göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiği hususunda bir düzenleme öngörülmediği gerekçesi ile açılan kamu davasının sonucunun beklenmesine gerek olmadığı kabul etmiştir⁹⁹. Yargıtay oyçokluğu ile verdiği bu kararında, önceki davanın durma, düşme ya da beraat kararı ile sonuçlandırıldığının tespit edilmesi halinde koşullarının varlığı halinde CMK m.309. gereğince kanun yararına

⁹⁸ Yargıtay 10 CD, 20.01.2021 tarih, E: 2020/20615, K: 2021/702 sayılı ilamında; somut olayda bu konu ile ilgili değerlendirme yapmamış ancak sonuç olarak TCK m.191/1 ve TCK m.191/6 uyarınca açılan davada mahkûmiyet kararı verilmesi halinde önceden TCK m.191/1-4'e göre açılan dava sonucunda verilen HAGB kararına ihbarda bulunulması gerektiğini belirtmiştir, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 17.03.2022.

⁹⁹ Yargıtay 10 CD, 23.06.2021 tarih, E: 2021/7464, K: 2021/7987 sayılı ilam, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 19.03.2022.

bozma veya CMK m.311/1-e maddesi gereğince yargılamanın yenilenmesi yoluyla hak kaybı ve mağduriyetlerin önüne geçilebileceğini belirtmiştir¹⁰⁰. Yukarıda açıkladığımız nedenlerle Yargıtay'ın bu kararına katılmamaktayız.

2. 5320 sayılı Kanun Geçici 7. Madde Uygulaması

6545 sayılı Kanununun 85. maddesi ile 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna eklenen Geçici 7/1, Geçici 7/2 ve Geçici 7/3 maddeler ile 6545 sayılı Kanun değişikliği öncesinde işlenip de değişikliğin yürürlüğe girdiği 28.06.2014 tarihi itibarıyla devam eden kovuşturmalar bakımından özel düzenleme getirilmiştir. Düzenleme ile 6545 sayılı Kanun değişikliği öncesi ve sonrası kovuşturma ve soruşturma usullerindeki farklılığın uyumlulaştırılması amacıyla, değişiklik tarihinde devam eden kovuşturmalarda ortaya çıkabilecek ihtimaller üç farklı seçenek altında toplanmıştır. Geçici 7. maddede üç ayrı fıkrada düzenlenen seçeneklerin ortak bileşeni, somut olayda değişiklik öncesi işlenen suç olması ve suçtan dolayı devam eden kovuşturmanın bulunmasıdır. Bu nedenle, tüm seçenekler kapsamında suç tarihinde yürürlükte olan lehe kanun maddesi ile ceza tayini gerekmektedir. 6545 sayılı Kanun değişikliği ile maddede ceza artışı öngörüldüğünden, bu tarihten önceki suçlarda değişiklik öncesindeki daha lehe olan ceza miktarı uygulanmalıdır¹⁰¹.

a. 5320 sayılı Kanun Geçici m.7/1 Uygulaması

6545 sayılı Kanun ile 5320 sayılı Kanuna eklenen geçici m.7/1, yukarıda değindiğimiz birinci seçeneği kapsamaktadır. Maddeye göre; 28.06.2014 tarihinden önce yani 6545 sayılı Kanun değişikliğinden önce TCK 191. maddede tanımlı suçtan dolayı hakkında denetimli serbestlik veya tedavi kararı uygulanıp halen kovuşturması devam edenler yönünden TCK 191. madde

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ TCK m.7/2 uyarınca suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanun hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun hükmünün uygulanarak infaz olacağı amir hükmü gereği, hükmün gerekçesinde lehe ve aleyhe olan kanun maddeleri belirtilerek karşılaştırma yapılmalı, değişiklik öncesi ve sonrası Kanun hükümleri ayrı ayrı uygulanarak sonuçlarının karşılaştırılması suretiyle lehe kanunun tespiti ile ceza tayin edilmelidir, bkz: Yargıtay 10 CD, 25.02.2021 tarih E: 2020/8772, K: 2021/2749; 24.02.2021 tarih, E: 2020/8875, K: 2021/2663; 15.03.2021 tarih, E: 2020/8562, K: 2021/3500 sayılı ilamlar. Özel Daire 25.02.2021 tarih, E: 2020/8758, K: 2021/2731 sayılı ilamında da; suç tarihi olan 16.04.2014 tarihi itibarıyla yürürlükte olan 5560 sayılı Kanun ile değişik TCK m.191/1'e göre temel cezanın belirlenmesi gerekirken suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanun ile değişik TCK m.191/1 uyarınca temel cezanın iki yıl olarak belirlenerek fazla ceza tayin edildiği gerekçesiyle yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar vermiştir. Belirtilen kararlar için internet erişim adresi: (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 20.03.2022.

hükümleri uyarınca bu tedbirlerin uygulanmasına devam edilecektir¹⁰². Tedbirlerin uygulanmasının TCK 191. madde hükümleri çerçevesinde yapılacağı düzenlemesi dikkat çekicidir. Yani, hakkında değişiklikten önceki dönemde karar verilip yeni yasa döneminde infazı devam eden tedavi veya denetimli serbestlik kararları bulunan sanıklar bakımından 6545 sayılı Kanun ile değişik TCK 191. madde düzenlemeleri uygulanabilecektir.

O halde, bu konumdaki kişiler 6545 sayılı Kanun değişikliği ile getirilen TCK 191. maddenin dördüncü fıkrasının (a) bendindeki yükümlülük veya tedavi gereklerine uygun davranmamakta ısrar edilmesi koşulundan faydalanabilecektir¹⁰³. Yukarıda ‘yükümlülük ve tedavi gereklerine uymama’ alt başlığında açıklandığı üzere, erteleme süresi içinde yükümlülük veya tedavi gereklerine uygun davranmamakta ısrar etme koşulu, ceza muhakemesine ilişkin bir normdur. 6545 sayılı Kanun değişikliği ile getirilen ısrar koşulunun değişiklik tarihinde kovuşturması devam eden suçlar bakımından uygulanması hem geçici 7/1’deki düzenleme hem de derhal uygulanma ilkesinin gereğidir.

Çok önemli bir avantaj da; 6545 sayılı Kanun değişikliği ile getirilen TCK m.191/5’den yararlanma imkânıdır, böylece değişiklik öncesi dönemde uygulanmaya başlanılan denetimli serbestlik veya tedavi tedbirinin infazı sırasında tekrar TCK 191. maddede tanımlı suçun işlenmesi halinde bu eylemlerden dolayı soruşturma veya kovuşturma yapılamayacaktır. TCK m.191/5 ile getirilen erteleme süresi içindeki ihlâllerden dolayı ayrı soruşturma ve kovuşturma yapılamaması kuralı da, suçun muhakeme sürecine ilişkin ve bu süreci etkileyen ceza muhakemesi ilkesi niteliği taşıdığından, 6545 sayılı Kanunun yürürlük tarihinde infazı devam eden kovuşturmalarda uygulanacaktır.

b. 5320 sayılı Kanun Geçici m.7/2 ve Zorunlu HAGB Uygulaması

6545 sayılı Kanun değişikliğinin yürürlük tarihi öncesinde başlayan ve 28.06.2014 tarihi itibarıyla derdest kovuşturmalar yönünden ikinci olasılık; sanık hakkında eski yasa döneminde denetimli serbestlik veya tedavi tedbirinin uygulanmaması halidir¹⁰⁴. Bu olasılıkta, tedavi veya denetimli serbestlik kararına tabi olmadığı için iyileşme imkânı sunulmayan, değişiklik sonrası işlenen suçlar için uygulanabilen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun sunduğu iyileşme fırsatından da faydalanma olanağı olmayanlar için Kanun

¹⁰² 6545 sayılı Kanunla 5320 sayılı Kanuna eklenen Geçici m.7/1.

¹⁰³ TCK m.191/4-a uyarınca ısrarın hangi hallerde oluşacağı Yargıtay kararları ışığında makalenin ilk bölümünde açıklanmış idi.

¹⁰⁴ 6545 sayılı Kanun ile 5320 sayılı Kanuna eklenen geçici m.7/2.

koyucu telafi niteliğinde bir düzenleme getirmiştir. 6545 sayılı Kanunla 5320 sayılı Kanuna eklenen Geçici m.7/2'ye göre; TCK 191. madde hükümleri çerçevesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması (HAGB) kararı verilecektir.

Geçici m.7/2 kapsamına giren hallerde HAGB uygulanması zorunludur. Madde uyarınca, CMK m.231/5 ve 6 koşulları bulunmasa dahi geçici m.7/2'nin amir hükmü gereği mahkûmiyet hükmü verildiği takdirde mahkûmiyet hükmünün açıklanması geri bırakılmalıdır¹⁰⁵. O halde, genel hükümlere göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunu düzenleyen CMK 231. maddede sayılan koşulların aksine, daha önce kasıtlı suçtan mahkûm olan, mahkemece kişilik özellikleri ve yargılamadaki davranışlarına göre yeniden suç işlemeyeceği konusunda olumlu kanaat oluşmayan sanıklar hakkında verilen ceza miktarına bakılmaksızın, geçici m.7/2 uyarınca HAGB uygulanacaktır¹⁰⁶.

Hem TCK 191. maddede tanımlı suçlardan dolayı geçici m.7/2'ye göre zorunlu olarak hem de bu madde dışındaki durumlarda takdir hakkına bağlı olarak genel hükümler çerçevesinde uygulanacak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında suçun özelliği gereği, suçtan kaynaklanan mağdur veya kamunun uğradığı zararın giderilmesi koşulunun aranmayacağı vurgulanmalıdır. Zira, TCK 191. maddesinde tanımlı suçlarda uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığı nedeniyle kişinin kendi sağlığına verdiği zarar söz konusudur.

Düzenlemede geçen "... 191. madde hükümleri çerçevesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılacağı..." ibaresi de açıklığa kavuşturulması gereken bir alandır. Bize göre; yasakoyucu bu ibare ile yasa uygulayıcı makamlara yol göstermiştir. Geçici m.7/2 uyarınca zorunlu HAGB uygulamasında hüküm fik-

¹⁰⁵ Anayasa Mahkemesi 27.05.2015 tarih, E: 2014/155, K: 2015/52 sayılı kararında; uyuşturucu madde ile mücadelede, suçun önlenmesinin yanı sıra, uyuşturucu madde kullanan kişilerin topluma kazandırılması, sağlıklarının korunması, kendilerine zarar vermelerinin önlenmesi ve yaşam haklarının Devletçe korunması zorunluluğunun da bulunduğunu, Kanun koyucunun geçici m.7/2 düzenlemesi ile doğrudan cezalandırma yerine belli süre tanıyarak topluma kazandırma yöntemini tercih ettiğini, kanun koyucunun takdir yetkisi çerçevesinde yaptığı düzenlemenin hukuk devleti ilkesine aykırı olmadığını, geçici m.7/2'den faydalananların erteleme süresini suç işlemekten geçirmeleri durumunda haklarında düşme kararı verilmesinden faydalanacaklarını, dolayısıyla eski yasa döneminde tedavi ve denetimli serbestlik uygulamasının zorunlu olmaması ancak bu durumda doğrudan ceza hükmü kurulduğu göz önüne alındığında, geçici m.7/2 uygulaması sonucunda düşme imkânı tanınması karşısında lehe kanun uygulamasına da aykırılık bulunmadığını ve eşitsizlik yaratmadığını belirterek, geçici m.7/2'nin Anayasaya aykırılık iddiasıyla yapılan iptal istemini reddetmiştir, (www.anayasa.gov.tr), Erişim tarihi: 15.03.2022.

¹⁰⁶ Geçici m.7/2, 6545 sayılı Kanun değişikliği öncesinde işlenen suçlar için uygulanabileceğinden bu dönemde yürürlükte olan TCK 191. maddede suçun yaptırımını bir yıldan iki yıla kadar hapis cezasıdır. Bu nedenle, CMK m.231/5'deki iki yıl ya da az süreli hapis cezasına hükmolünme koşulu zaten gerçekleşmekle, diğer iki koşulun varlığı yasa gereği aranmamaktadır.

rasında geçici m.7/2 uyarınca mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, TCK m.191/3 uyarınca denetimli serbestlik ve gerek duyulursa tedavi tedbiri uygulanmasına da ayrıca karar verilmeli ve bu husus açıkça belirtilmelidir¹⁰⁷. Geçici m.7/2 düzenlemesinin sözü ve özünden çıkarılan anlam budur. Bu şekilde, eski-yeni yasa dönemi düzenlemelerinin sanık lehine uyumu sağlanmıştır.

Esasen genel hükümlere göre verilecek HAGB'yi düzenleyen CMK 231. madde, beş yıllık erteleme süresi içerisinde denetimli serbestlik uygulamasına takdire bağlı olarak cevaz vermektedir¹⁰⁸. Ancak TCK 191. madde kapsamında suç işleyen kişinin TCK 191. maddede öngörüldüğü şekilde maddenin getiriliş amacına uygun şekilde denetimli serbestlik tedbirine veya bu tedbirle birlikte tedavi tedbirine tabi tutulması suçun kendine özgü yapısının gereğidir. Bu nedenle, Kanun koyucunun, geçici m.7/2'deki 'TCK 191. madde hükümleri çerçevesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması' ibaresiyle TCK 191. madde uyarınca denetimli serbestlik kararı verilmesini amaçladığı anlaşılmaktadır. Yani, zorunlu HAGB uygulamasında denetimli serbestlik veya bu tedbirle birlikte takdire bağlı olarak tedavi tedbirine tabi tutulma zorunludur. Böylece, soruşturma aşamasında tedavi veya denetimli serbestlik tedbiri ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu uygulanmayan sanıklar hakkında, kovuşturma aşamasında zorunlu HAGB sayesinde tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri uygulama olanağı sağlanmaktadır¹⁰⁹.

O halde, zorunlu olarak verilen HAGB kararı, kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun veya eski yasa döneminde uygulanmayan tedavi ve/veya denetimli serbestlik kararının işlevini üstlenmektedir¹¹⁰. Bu nedenle, zorun-

¹⁰⁷ Bu konuda örnek bir hüküm fıkrası için bkz: Gaziantep BAM 11 CD, 02.02.2018 tarih, E: 2017/2520, K: 2018/166 sayılı ilam, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 20.03.2022.

¹⁰⁸ CMK m.231/8 hükmüne göre; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi halinde sanık beş yıl süre ile denetim süresine tabi tutulur. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği sürede denetimli serbestlik tedbiri olarak, Kanunun aynı maddesinin (a), (b), (c) bentlerinde belirtilen eğitim kurumuna devam etme, ücret karşılığında çalışma, belli yerlere gitmekten yasaklanma gibi yükümlülükler ile takdir edilecek başka yükümlülükler de uygulanabilir.

¹⁰⁹ Yargıtay 10 CD, 27.12.2019 tarih, E: 2019/3645, K: 2019/9249 sayılı ilam; Özel Daire, aynı ilamda bir yıl süre ile denetimli serbestlik ve gerekli görülmesi halinde tedavi tedbiri uygulanmasına da karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 16.03.2022.

¹¹⁰ Yargıtay 10 CD, 16.09.2020 tarih, E: 2020/6435, K: 2020/3579 sayılı ilamda, sanık hakkında 29.03.2016 ve 31.07.2016 tarihli eylemleri nedeniyle verilen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının ihlali nedeniyle açılan kamu davasında mahkûmiyet kararı verilerek adli sicil kaydında görünen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına ihbarda bulunulduğu, sanık hakkında 6545 sayılı Kanun ile değişik TCK m.191/5 ve aynı Kanunla 5320 sayılı Kanuna ekli geçici 7. maddenin uygulanma koşulunun tespiti açısından, önceki hükmün açıklanmasının geri bırakılması

lu HAGB'nin denetim süresi içinde yeniden TCK 191. maddede tanımlı suçun işlenmesi halinde, TCK m.191/5 kuralı uyarınca bu suç ihlal eylemi niteliği taşıyacağından geçici m.7/2'ye göre verilen HAGB kararının ihlali sayılacaktır¹¹¹.

HAGB kararının denetim süresi içerisinde işlenen suçların ihlal eylemi niteliğinde olup olmadığına dair değerlendirme, HAGB kararını veren mahkeme tarafından yapılmalıdır¹¹². Bu bağlamda, TCK 191. maddede tanımlı suçtan dava açılan mahkemenin, gerekli araştırmaları yaparak suçun önceki davada verilen zorunlu HAGB kararının denetim süresi zarfında işlendiğini belirlemesi halinde bu dosyaya birleştirme talepli ihbarda bulunarak HAGB kararına ait dosyanın derdest hale gelmesini sağlaması gerekmektedir. TCK m.191/1 kapsamında işlenen yeni suçtan dolayı açılan davada; erteleme süresi içinde aynı tür eylemlerden dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılamayacağından dava koşulu yokluğuna dayalı düşme kararı verilmelidir.

Zorunlu HAGB kararlarının erteleme süresi içerisinde ancak, yeniden TCK m.191 kapsamındaki uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanma, kullanmak için kabul etme, satın alma, bulundurma suçunun işlenmesi halinde, zorunlu HAGB kapsamında açıklanması geri bırakılan hüküm açıklanabilecektir¹¹³. Zira, zorunlu HAGB, sanık hakkında uygulanmayan kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun veya tedavi ve/veya denetimli serbestlik kararının yerine geçmektedir. Ertelleme süresi içinde TCK 191. madde dışında kasıtlı bir suçun işlenmesi halinde ise; hükmün açıklanmasına yer olmadığına dair karar verilmelidir¹¹⁴. Ertelleme süresinde suç işlenmediği takdirde genel

kararı verilen dosya incelendiğinde bu dosyadaki 29.11.2013 tarihli suçtan dolayı açılan davada geçici m.7/2'ye göre zorunlu HAGB uygulaması yapılması gerekirken, tedavi ve denetimli serbestlik kararı verildiği, ihlal nedeniyle yargılamaya devamla mahkûmiyet ve HAGB kararı verildiği anlaşıldığından, tedavi ve denetimli serbestlik kararının yok hükmünde olduğunu, mahkemenin tedbirin ihlal edilmesinden sonra verdiği HAGB kararının geçici m.7/2 uyarınca verilmesi gereken zorunlu HAGB kararı olarak değerlendirilmesi gerektiğini, bu durumda 29.03.2016 ve 31.07.2016 tarihli eylemlerin bu kararın ihlali sayılması ve ayrı soruşturma ve kovuşturma konusu olamayacağından kovuşturma koşulunun kalkması nedeniyle CMK m.223/8 uyarınca düşme kararı verilmesi gerektiğini belirtmiştir, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 19.04.2022.

¹¹¹ Yargıtay 10 CD, 09.12.2020 tarih, E: 2020/13658, K: 2020/8733 sayılı ilam, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 19.03.2022.

¹¹² Ibid.

¹¹³ Yargıtay 10 CD, 01.10.2019 tarih, E: 2019/56, K: 2019/5999; 15.01.2019 tarih, E: 2015/4708, K: 2019/318 sayılı ilamlar, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 15.05.2022.

¹¹⁴ Yargıtay 10 CD, 27.01.2021 tarih, E: 2020/732, K: 2021/1116 sayılı ilamda, somut olayda geçici 7(2) maddesine göre zorunlu olarak HAGB kararı verildiği, bu durumun özel düzenlemeye dayanmadığını, bu nedenle denetim süresi içinde hakaret ve tehdit suçlarından verilen mahkûmiyet hükmünün ihbarı üzerine şartları oluşmadığı halde, hükmün açıklanmasını hukuka aykırı bulmuştur, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 15.05.2022.

hükümlere göre verilen HAGB kararlarında olduğu gibi zorunlu HAGB'de de sanık hakkındaki kamu davası düşecektir¹¹⁵.

c. 5320 sayılı Kanun Geçici m.7/3 Uygulaması

6545 sayılı kanun değişikliği öncesi dönemde işlenip kovuşturması 28.06.2014 tarihi itibarıyla devam eden TCK 191. madde kapsamındaki eylemlerde hukuki durumunun değerlendirilmesinde son olasılık; değişiklik öncesi dönemde denetimli serbestlik veya tedavi kararı verilip bu yükümlülüklerin ihlal edilmesi halidir¹¹⁶. Bu halde, değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihte kovuşturma devam etmektedir. Geçici m.7/3 bu durumu kapsamaktadır: düzenleme uyarınca göre yargılamaya devam olunmalı, yargılama sonucuna göre, sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesine göre suçun işlendiği tespit edilirse suç tarihinde yürürlükte olan lehe kanun maddesine göre sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmalıdır. Zira, geçici m.7/3 kapsamına giren hallerde, suç 6545 sayılı Kanun değişikliği öncesi işlenmiştir. Kuşkusuz, hukuki durumunun değerlendirilmesine göre beraat, red, düşme gibi mahkûmiyet dışında bir karar ile de yargılamanın sonuçlandırılması olasıdır.

Geçici m.7/3 madde uygulamasında HAGB, takdire bağlıdır, genel hükümler uyarınca koşulları olduğu takdirde uygulanacaktır. Zira, 6545 sayılı Kanun ile değişik TCK m.191/9'a göre; TCK m.191'de aksine düzenleme bulunmayan hallerde CMK m.231 hükümleri uygulanır. Bu nedenle HAGB kararının erteleme süresi içinde yeniden kasıtlı bir suç işlenmesi veya denetimli serbestlik tedbiri belirlenip de yükümlülüklere uygun davranılmadığı takdirde hüküm açıklanabilir¹¹⁷. Ertelene süresi içinde kasten yeni suç işlenmemesi ve denetimli serbestlik tedbiri yükümlülüklerine uygun davranılması halinde ise kamu davasının düşmesine karar verilir¹¹⁸.

¹¹⁵ Anayasa Mahkemesinin 27.05.2015 tarih, E: 2014/155, K: 2015/52 sayılı kararı, (www.anayasa.gov.tr), Erişim tarihi: 15.03.2022.

¹¹⁶ Yargıtay 10 CD, 22.10.2020 tarih, E: 2020/7371, K: 2020/6181 sayılı ilamında; sanık hakkında 14.02.2013 tarihli eylemi nedeniyle tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri uygulandığından, geçici 7(2) madde uygulama koşullarının bulunmadığı, sanığın bu suçu başka bir davaya konu olan suç nedeniyle verilen tedavi ve/veya denetimli serbestlik tedbirinin infazı sırasında işleyip işlemediği belirlendikten sonra, işlenmiş ise, 6545 sayılı Kanun ile değişik TCK m.191/5 uyarınca bu eyleminden dolayı ayrı bir soruşturma ve kovuşturma yapılamayacağından, ikinci suçtan açılan davanın kovuşturma şartının kalmaması nedeniyle düşme kararı verilmesi, aksi halde 6545 sayılı Kanun ile 5320 sayılı Kanuna eklenen geçici m.7/3 uyarınca hüküm kurulması gerektiğini belirtmiştir, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 20.03.2022.

¹¹⁷ CMK m.231/11.

¹¹⁸ CMK m.231/10.

3. Yargılamada 5320 sayılı Kanun Geçici m.7 ile TCK m.191/5 Usulüne Uyulması Gereği¹¹⁹

Sanık hakkında somut olaydaki suç tarihinden önce 6545 sayılı Kanun değişikliğinden sonraki veya bu değişiklik öncesinde açılmış ve dava konusu olaydaki yargılama usulünü etkileyebilecek bir veya birden fazla davanın olması mümkündür. TCK 191. maddenin kovuşturma evresinde doğru uygulama yapılması, bu maddeye özgü soruşturma usulleri ve ilkelerinin her somut olayda gözetilmesine bağlıdır. Bu kapsamda, suç tarihi ve dosyanın özelliğine göre her somut olayda geçici 7. maddenin tatbik kabiliyeti ile TCK m.191/5'deki erteleme sürecindeki aynı nevi eylemlerin ihlal nedeni sayılacağı ve ayrı soruşturma veya kovuşturma konusu yapılmayacağı hükmüne uyulup uyulmadığı istisnasız değerlendirilmelidir. Bu bağlamda, kamu davasının TCK m.191/4 ya da TCK m.191/6 uyarınca açılmasının önemi yoktur. Gerekli araştırmaların yapılmaması durumunda davada usul ve esas açısından sanığın aleyhine sonuçlar doğacaktır.

Bu bağlamda, somut olaydaki suç tarihinden önce açılmış dava olup olmadığı UYAP ve adli sicil kaydı verileri uyarınca sorgulanmalı, araştırma sonucuna göre 6545 sayılı Kanun değişikliği öncesinde işlenen suç ya da suçlar dolayısıyla açılmış ve halen kovuşturması derdest davanın bulunması halinde; sanığın somut olaydaki suçu diğer davada verilen tedavi ve/veya denetimli serbestlik tedbirinin infazı sırasında işleyip işlemediği araştırılarak, geçici 7. maddenin sunduğu seçenekler çerçevesinde hukuki durum değerlendirilmelidir¹²⁰. Buna göre sanık suçu, önceden hakkında verilen tedavi ve/veya denetimli serbestlik tedbirinin infazı aşamasında işlemiş ve önceki suçtan mahkûmiyet kararı verilmiş ise; TCK m.191/5 uygulanmalıdır. Yani, dava konusu ikinci suç kovuşturma ve soruşturma konusu yapılamayacağından ikinci suçtan açılan davada düşme kararı verilmeli, aksi halde yani ikinci suçtan tedavi ve/veya denetimli serbestlik uygulanmış ancak mahkûmiyet dışında karar verilmiş ya da sanık dava konusu suçu önceden verilen tedavi ve/veya denetimli serbestlik tedbirinin infazı sırasında işlememiş ise yargılamaya devam edilmelidir¹²¹.

¹¹⁹ TCK m.191/5 madde uygulaması, ilgili alt başlıklarda ayrıntılı olarak incelenmiş olup, muhakeme usulündeki önemi dolayısıyla ayrı alt başlıkta genel ilkeler açıklanmıştır.

¹²⁰ Yargıtay 10 CD, 15.03.2021 tarih, E: 2020/8549, K: 2021/3497; 11.03.2021 tarih, E: 2019/7266, K: 2021/3479; 24.02.2021 tarih, E: 2020/8875, K: 2021/2663; 25.02.2021 tarih, E: 2020/8768, K: 2021/2746 sayılı ilamlar. Belirtilen kararlar için internet erişim adresi: (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 23.03.2022.

¹²¹ Yargıtay 10 CD, 08.03.2021 tarih, E: 2020/15276, K: 2021/3147 sayılı ilam, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 20.03.2022.

Araştırma sonucuna göre; somut olaydaki suç, önceden verilen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının denetim süresi içerisinde işlenmiş ve önceki suçtan dolayı yapılan yargılamada mahkûmiyet kararı verilmiş ise; ikinci suçtan açılan davanın kovuşturma şartının ortadan kalkması nedeniyle davanın düşmesine, bu ihtimalde önceki suç mahkûmiyet dışında bir hüküm ile sonuçlanmış veya dava konusu suç önceden verilen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararının denetim süresi içerisinde işlenmemiş ise suç tarihi itibarıyla yürürlükte olan TCK 191. maddeye göre değerlendirme yapılması gerekmektedir¹²².

4. TCK m.191/8 Uyarınca Zorunlu HAGB Uygulaması

TCK m.191/8'de; uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu¹²³ ile uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma¹²⁴ suçundan açılan kamu davasının kovuşturmasında sanığın eyleminin TCK 191. madde de tanımlanan suç oluşturduğunun anlaşılması halinde, bu suça dönüşebileceği yani TCK 191. maddeden hüküm kurulabileceği kabul edilmiştir¹²⁵. Kovuşturma evresinde toplanan deliller ve oluşa göre bu suçların TCK m.191/1 kapsamında kaldığının anlaşılması, sık karşılaşılan bir durumdur. Bize göre, bu durumda mutlaka CMK m.226/1 uyarınca ek savunma hakkı tanınarak yargılamaya devam edilmelidir¹²⁶.

¹²² Yargıtay 10 CD, 22.02.2021 tarih, E: 2020/8713, K: 2021/2424; 17.02.2021 tarih, E: 2020/8628, K: 2021/2289; 25.02.2021 tarih, E: 2020/8761, K: 2021/2727; 25.02.2021 tarih, E: 2020/8756, K: 2021/2730; 03.02.2021 tarih, E: 2019/4258, K: 2020 /574 sayılı ilamlar. Belirtilen kararlar için internet erişim adresi: (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 15.05.2022.

¹²³ TCK 188. madde sekiz fıkradan oluşmakta olup, maddede uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak imal, ithal veya ihraç etme, ülke içinde satma, satışa arz etme, başkasına verme, sevk etme, nakletme, depolama, satın alma, kabul etme, bulundurma eylemleri cezalandırılmıştır. Uyuşturucu veya uyarıcı maddenin türlerine göre de düzenleme yapılmış, cezadan artırım ve indirim nedenleri sayılmıştır.

¹²⁴ TCK m.190/1 ve 2. fıkralarında; uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırmak için özel yer, donanım ve malzeme sağlamak, kullananların yakalanmalarını zorlaştıracak önlemler alma, kullanma yöntemleri konusunda bilgi vermek, kullanmayı alenen özendirme, bu amaçla yayın yapmak eylemleri cezalandırılmıştır, ayrıntılı bilgi için bkz: Özlem Yenerer Çakmut, "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma Suçu", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, Cilt: 21, Özel Sayı, Yıl: 2019, s. 3111-3126.

¹²⁵ Yargıtay 10 CD, 14.10.2020 tarih, E: 2020/7299, K: 2020/5558 sayılı ilamında; TCK m.188/3'den açılan davada ağır ceza mahkemesinin eylemin TCK 191. madde kapsamında kaldığından bahisle görevsizlik kararı vermesinin kanuna aykırı olduğunu, bu durumda yargılamaya devamla CMK m.231'deki şartlar aranmaksızın hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi gerektiği gerekçesiyle kanun yararına bozma talebi kabul edilmiştir, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 20.03.2022.

¹²⁶ CMK m.226/1'e göre sanık suçun hukuki niteliğinin değişmesinden önce haber verilip savunması alınmadan, iddianamede atılı suçtan başkasıyla mahkûm edilemez.

Bu durumda da, tıpkı geçici m.7/2 uygulamasında olduğu gibi TCK m.191/8 uyarınca, mahkûmiyet hükmü kurulması halinde zorunlu HAGB uygulanacaktır¹²⁷. Zorunlu uygulamada yine CMK 231. madde koşulları aranmamalıdır¹²⁸. Kanun koyucu, bu düzenleme ile TCK 191. maddede tanımlı eylem nedeniyle haklarında KDAEK ve tedavi veya denetimli serbestlik kararı uygulanmayan sanık için bu durumu telafi imkânı getirmiş, soruşturma aşamasında bu olanaklardan yararlananlar ile eşitliği sağlamıştır. Böylece, TCK 191. maddedeki öncelikli hedef olan kişinin sağlığının korunması ve madde kullanım alışkanlığının bırakılarak kişiyi iyileştirme amacı karşılanmış olmaktadır.

TCK m.191/8'e göre verilen zorunlu HAGB kararları da tıpkı KDAEK veya tedavi ve denetimli serbestlik kararı gibi hukuki etki doğurmaktadır¹²⁹. Bu husus, kanunda yer almamakla birlikte, Yargıtay kararlarında zorunlu uygulamanın kamu davasının açılmasının ertelenmesi veya tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri uygulanmamasını telafi ettiği kabul edilerek benimsenmiştir. Bu nedenle, zorunlu HAGB kararında TCK m.191/3 uyarınca denetimli serbestlik tedbiri ve gerek duyulursa tedavi tedbiri uygulanmalıdır.

TCK m.191/8 uygulamasında da, TCK m.191/5 kuralının somut olaydaki tatbik kabiliyeti değerlendirilmelidir. Bu kapsamda, kovuşturmayla konu suç tarihinden önce sanık hakkında TCK m.191'de tanımlı eylemlerden dolayı açılmış dava veya soruşturma olup olmadığı, bulunması halinde dava konusu TCK m.191/8'e konu suçun önceden verilmiş KDAEK'nın denetim süresi içinde işlenip işlenmediği ve varsa önceki dava sonucu araştırılmalıdır¹³⁰.

¹²⁷ Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun, kanun hükmü gereği zorunlu olarak uygulanması, bu konudaki diğer örnek olan geçici m.7/2 kapsamında verilen zorunlu hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları ile aynı olup, önceki alt başlıkta açıklandığı üzere kararda en az bir yıl süreli denetimli serbestlik tedbiri ile gerek duyulursa tedavi tedbirine ayrıca hükmedilmelidir.

¹²⁸ Yargıtay 10 CD 16.09.2020 tarih, E: 2020/6439, K: 2020/3584 sayılı ilam. Aynı Dairenin 03.02.2020 tarih, E: 2020/234, K: 2020/578 sayılı ilamında da TCK m.191/8'den verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı yapılan itiraz üzerine sanığa hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul edip etmediğinin sorulmaması nedenine dayalı itirazın kabulünün yasaya aykırı olduğu belirtilerek kanun yararına bozma talebi, TCK m.191/5 araştırması yapılmaması gerekçesiyle kabul edilmiştir. Belirtilen kararlar için internet erişim adresi: (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 20.03.2022.

¹²⁹ Yargıtay 10 CD, 27.12.2019 tarih, E: 2019/3645, K: 2019/9249 sayılı ilam, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 20.03.2022.

¹³⁰ Yargıtay 10 CD, 03.02.2020, E: 2020/234, K: 2020/578 sayılı ilam; Gaziantep BAM 11 CD, 06.06.2017 tarih, E: 2017/1177, K: 2017/1144 sayılı; İstanbul BAM 4. CD, 05.06.2018 tarih, E: 2018/1330, K: 2018/1473 sayılı ilamlar. Belirtilen kararlar için internet erişim adresi: (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 10.04.2022.

Araştırma sonucuna göre karşılaşılabilecek ilk durum; yargılama konusu suçun önceden verilen KDAEK'nın ihlali niteliğinde olmasıdır. Bu halde KDAEK verilen soruşturma dosyası derdestse ilgili Cumhuriyet savcılığına ihbarda bulunularak soruşturmalar birleştirilmelidir. KDAEK verilen soruşturma dosyasında dava açılmış ise; bu davaya birleştirme talepli ihbarda bulunularak sanığın hukuki durumu değerlendirilmelidir¹³¹.

Önceden verilmiş KDAEK bulunmaması, ya da davada mahkûmiyet dışında hüküm verilmiş olması veya yargılama konusu suçun önceden verilen KDAEK'nın ihlali niteliğinde olmaması halinde ise; artık TCK m.191/5 koşulu bulunmadığından, yargılama konusu suçun sübutu değerlendirilerek mahkûmiyet halinde TCK m.191/8'e göre zorunlu olarak hükmün açıklanması geri bırakılacaktır.

TCK m.191/8'e göre verilen zorunlu HAGB kararlarının geçici m.7/2 uyarınca verilen zorunlu HAGB kararlarıyla ortak bir özelliği; denetim süresi içerisinde sadece TCK m.191 uyarınca suç işlenmesi halinde açıklanabilmesidir. Kasten işlenen başka suç nedeniyle açıklama koşulu oluşmayacaktır¹³². Bu özellik; yukarıda da açıklandığı üzere TCK m.191/8'e göre verilen zorunlu HAGB kararları ile 5320 sayılı Kanun geçici m.7/2 uyarınca verilen zorunlu HAGB kararlarının Yargıtay uygulamasında KDAEK işlevinde kabul edilmesinin sonucudur. Bu nedenle, TCK m.191/8 uyarınca verilen HAGB kararının denetim süresi içerisinde işlenen aynı nitelikteki suç nedeniyle dava açılan mahkemenin, zorunlu HAGB kararı verilen davaya birleştirme talepli ihbarda bulunması ve denetim süresinde işlenen suça ilişkin davanın zorunlu HAGB verilen dava ile birleştirilmesi gerekmektedir. Bu durumda, ikinci suçun sübutunun varlığı ve zorunlu HAGB kararının denetim süresi içinde işlendiğinin kabulü halinde, zorunlu HAGB kararı açıklanmalıdır¹³³.

Diğer yandan, daha önce TCK m.191 kapsamında işlenen suçtan dolayı KDAEK ve/veya tedavi ve denetimli serbestlik kararı uygulananlar hakkında, sonradan TCK m.188 veya TCK m.190'daki suçlardan dolayı açılan kamu da-

¹³¹ Yargıtay 10 CD, 03.02.2020, E: 2020/234, K: 2020/578 sayılı ilam, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 10.04.2022.

¹³² Gaziantep BAM 11 CD, 12.02.2018 tarih, E: 2017/2558, K: 2018/295 sayılı karar, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 20.03.2022.

¹³³ Yargıtay 10 CD, 28.09.2020 tarih, E: 2020/905, K: 2020/4329 sayılı ilamda; TCK m.191/8'e göre verilen hükmün açıklanmasının denetim süresi içerisinde işlendiği için TCK m.191/5 uyarınca ayrı bir soruşturma ve kovuşturma yapılma yasağı bulunan ikinci suça ilişkin davanın ilk dava ile birleştirilmesi yerine ikinci suçtan mahkûmiyet kararı verilmesinin yasaya aykırı olduğuna, ancak, inceleme konusu olayda ilk suçtan verilen mahkûmiyet kararı nedeniyle birleştirme imkanı kalmadığından ikinci suç bakımından davanın düşürülmesi gerektiği gerekçesiyle kanun yararına bozma talebi kabul edilmiştir, (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 16.03.2022.

vasının yargılama sürecinde suçun TCK m.191 kapsamında kaldığının kabulü durumunda, bize göre artık TCK m.191/8'e göre zorunlu HAGB uygulaması yapılmamalıdır. Zira, bu durumda kişiye önceden işlediği suçtan dolayı iyileşme imkânı tanınmış, Kanunun bu suçlar için aradığı özel soruşturma usulü uygulanmıştır. Dolayısıyla TCK m.191/8'de düzenlenen zorunlu HAGB uygulamasının suç vasfının değişmesi sonucu ilk kez TCK 191. maddede tanımlı suç işlediği anlaşılan sanıklar için uygulanabileceği düşünülmektedir. Maddenin altıncı fıkrasındaki; aynı kişi hakkında bir kez KDAEK verilebileceği ilkesi de bu kabulü desteklemektedir. Zira, TCK m.191/8'e göre verilen zorunlu HAGB, daha önce haklarında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı uygulanmayan kişiler yönünden KDAEK işlevindedir.

5. 6545 Sayılı Kanun Değişikliği Öncesi Dönem İçin Basit Yargılama Usulünün Uygulanabilmesi

Yargısal sürecin hızlandırılması ve iş yükünün azaltılmasına matuf olarak CMK 251. madde ile asliye ceza mahkemelerince iddianamenin kabulünden sonra belirli cezai yaptırımlar gerektiren suçlar için basit yargılama usulü uygulanabilmesi imkânı getirilmiştir¹³⁴. Bu usulün kapsamına üst sınırı iki yıl ya da daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlar girdiğinden 6545 sayılı Kanun ile değişik TCK m.191'in yürürlük kazandığı 28.06.2014 tarihinden önce işlenen ve kovuşturma süreci devam eden suçlar için TCK m.191/1'de öngörülen yaptırım itibarıyla takdire bağlı olarak basit yargılama usulünün uygulanması imkânı bulunmaktadır. Makalenin ilk bölümünde TCK m.191 değişikliklerinde belirtildiği üzere; 6545 sayılı Kanun değişikliği öncesinde TCK m.191'de suçun cezası bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası olarak öngörüldüğünden, basit yargılama usulünün yürürlük tarihinde kovuşturması devam eden veya istinaf ve temyiz inceleme aşamasında bulunan dosyalarda ceza miktarı 6545 sayılı Kanun değişikliği öncesi TCK m.191/1 uyarınca belirlenmelidir. Zira, 6545 sayılı Kanun değişikliği ile yapılan ceza artırımı, maddi ceza hukuku kuralına ilişkindir¹³⁵. TCK m.7/2'ye

¹³⁴ 24.10.2019 tarih ve 30928 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 17.10.2019 tarih ve 7188 sayılı Kanun m.24 ile başlığı ile birlikte yeniden düzenlenen CMK m.251/1'e göre, adli para cezasını ve/veya üst sınırı iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verilebilir. Basit yargılama usulü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Karakehya, Hakan/ İnce Tuncer, Asuman, Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 113-139.

¹³⁵ Türk ceza hukukunda maddi ceza hukuku kurallarının zaman bakımından uygulanmasında TCK m.7 esas alınmalıdır. TCK m.7'de zaman bakımından uygulanmaya dair ilkeler, sonradan yürürlüğe giren kanunun suçun unsurlarında, sair cezalandırılabilme şartlarında, suçun yaptırımlarında ve bir cezaya mahkûm olmaya dair kanuni neticelerde değişiklik yapılması durumunda dikkate alınacaktır, Özgenç, s. 142.

göre suçun işlendiği zaman yürürlükte olan kanun ile sonradan yürürlük kazanan kanunun hükümleri farklı ise lehe olan kanun hükmü uygulanacağından, bu durumdaki dosyalar basit yargılama usulü kapsamındadır.

TCK m.191 kapsamında hangi dosyaların basit yargılama usulü kapsamında değerlendirilebileceğini inceledikten sonra, 7188 sayılı Kanun'da belirli bir tarih öngörüldüğünden genel olarak basit yargılama usulünün zaman bakımından uygulanmasına değinmek de faydalı olacaktır. Basit yargılama usulüne ilişkin düzenlemeler ceza muhakemesine ilişkin olması nedeniyle düzenlemenin lehe veya aleyhe olduğuna bakılmaksızın derhal uygulanma ilkesi geerlidir¹³⁶. 7188 sayılı Kanun Geçici m.5/1-c'de basit yargılama usulünün uygulanma tarihi 01.01.2020 olarak belirlendiğinden derhal uygulanma ilkesi gereği bu tarihte yeni usul uygulanmaya başlanmıştır. 7188 sayılı Kanun Geçici m.5/1-d uyarınca basit yargılama usulü 01.01.2020 tarihinde kesin hükümle sonuçlanmış veya hükme bağlanmış dosyalarda uygulanamayacaktır. Bu tarihte kovuşturma evresine geçilmiş dosyalarda, istinaf veya temyiz incelemesi sonucu bozma kararına istinaden ilk derece mahkemesine gönderilen dosyalarda uygulanacaktır¹³⁷.

Diğer taraftan, basit yargılama usulünün uygulandığı hallerde duruşma açılmaksızın yapılacak yargılama sonucunda mahkûmiyet kararı verildiği takdirde Kanunun amir hükmü gereği cezadan dörtte bir oranında indirim yapılabilmesi¹³⁸, maddi ceza hukukunu da ilgilendirmektedir¹³⁹. Zaman bakımından uygulama değerlendirilirken bu husus da dikkate alınmalıdır. Nitekim, Anayasa Mahkemesi, "01.01.2020 tarihi itibarıyla kovuşturma evresine geçilmiş dosyalarda basit muhakeme usulünün uygulanmayacağına dair' 7188 sayılı Kanunun Geçici 5. maddesinin 1-d bendinde yer alan düzenlemedeki 'kovuşturma evresine geçilmiş' ibaresini iptal gerekçesinde; sanık hakkında cezadan indirim sağladığı için CMK m.251 yürürlüğe girdikten sonra kapsamında yer alan ve kesin hükümle sonuçlandırılmamış tüm dosyalarda TCK 7/2 ve Anayasa m.38 kuralı uyarınca uygulanmasını, ceza miktarını etkileyen yargılama kurallarında lehe düzenlemenin geçmişe uygulanmasının suçta ve cezada kanunilik ilkesinin gereği olduğunu belirtmiřtir¹⁴⁰.

¹³⁶ Kaşka, Hakan, (Olan ve Olması Gereken Açısından) Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Muhakeme, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 2021, Sayı: 153, s. 133.

¹³⁷ Kaşka, s. 136.

¹³⁸ 7188 sayılı Kanun m.24 ile değişik CMK m.251/3.

¹³⁹ Kaşka, s. 35.

¹⁴⁰ 7188 sayılı Kanunun Geçici m.5/1-d bendinde yer alan "01.01.2020 tarihi itibarıyla kovuşturma evresine geçilmiş dosyalarda basit muhakeme usulünün uygulanmayacağına dair hüküm", Anayasa Mahkemesinin 19.08.2020 tarih ve 31218 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 25.06.2020

Yargıtay uygulamasında da TCK m.191 yönünden TCK m.7 ve CMK m.251 dikkate alınarak 28.06.2014 tarihinden önce işlenen TCK 191. maddede tanımlı eylemler için sanık lehine uygulama ile basit yargılama usulünün uygulanması kabul edilmiştir¹⁴¹. O halde sonuç olarak basit yargılama usulü kurallarının ilk bakışta ceza muhakemesi kuralları gibi görünse de maddi ceza hukukuna ilişkin özelliğinin de bulunduğu görülmektedir¹⁴².

Basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verildiğinde mahkemece duruşma açılmaksızın dosya üzerinde karar verilebilmesi için öncelikle bu hususta açıklama içeren meşruhatlı davetiye çıkartılarak sanıktan tebligattan itibaren on beş gün içinde yazılı savunmasını yapması istenmelidir¹⁴³. Basit yargılama usulü uygulanarak hüküm verilen hallerde, sonuç ceza olarak verilen kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi, ertelenmesi, sanığın onayıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılması, hüküm verilinceye dek duruşma açılarak genel hükümlere göre yargılama yapılması olanaklıdır¹⁴⁴.

Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik hallerinde ya da başka bir suç ile birlikte işlenmiş TCK 191. madde kapsamında suç olması halinde basit yargılama usulü uygulanamaz¹⁴⁵. Bize göre, Kanun koyucu, basit yargılama usulünün uygulanabileceği halleri tanımlarken koşulların bulunması halinde asliye

tarih, 2020/16 esas, 2020/33 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Dolayısıyla, 01.01.2020 tarihinden önce kovuşturması başlamış dosyalarda da CMK 251. maddesinin uygulanma imkânı oluşmuştur. Ancak, 7188 sayılı Kanunun Geçici 5. maddesinin 1-d maddesindeki 01.01.2020 tarihi itibarıyla hükme bağlanmış veya kesinleşmiş dosyalarda basit yargılama usulünün uygulanmayacağı düzenlemesi yürürlüğünü korumaktadır, (www.anayasa.gov.tr), Erişim tarihi: 15.03.2022.

¹⁴¹ Yargıtay 10 CD, 24.02.2021 tarih, E: 2020/8875, K: 2021/2663; 22.02.2021 tarih, E: 2020/8705, K: 2021/2421; 22.02.2021 tarih, E: 2020/8719, K: 2021/2425; 29.03.2021 tarih, E: 2020/22608, K: 2021/4066; 16.02.2021 tarih, E: 2020/20738, K: 2021/2189; 15.02.2021 tarih, E: 2017/1821, K: 2021/2131 sayılı ilamlar. Belirtilen kararlar için internet erişim adresi: (www.uyap.gov.tr/intranet.uyap.gov.tr), Erişim tarihi: 20.03.2022.

¹⁴² Yargıtay uygulamasında da temelde ceza muhakemesi kurumu olan yargılamanın yapılmasına ve cezanın miktarına etki eden hukuki kurumları hem ceza hem de ceza muhakemesi kurumu olarak kabul edilmekte, bu kapsamda şikâyet, izin, HAGB gibi kurumlarda lehe kanun uygulamasına cevaz verilmektedir, Karakehya / İnce, s. 240-241.

¹⁴³ 7188 sayılı Kanun m.24 ile değişik CMK m.251/2. Basit yargılama usulünün sanığın onayının alınması, avukat güvencesinin olması ve kamusal düzen bakımından nispeten daha hafif suçlara uygulanması nedenleriyle adil yargılanma hakkına ve anayasal ilkelere ihlâl teşkil etmediği yönünde bir görüş için bkz: Karakehya / İnce, s. 240.

¹⁴⁴ 7188 sayılı Kanun m.24 ile değişik CMK m.251/4 ve 5 maddeler Basit yargılama usulünde itiraz usulü ise; yine 7188 sayılı Kanun m.25 ile değişik CMK m.252'de düzenlenmiştir. Buna göre basit yargılama usulü ile verilen kararlar itiraz yasa yoluna tabidir. İtiraz halinde hükmü veren mahkeme tarafından genel hükümlere göre duruşma açılarak yargılama yapılır. Duruşma davetiyesine meşruhat konulması kaydıyla taraflar gelmese dahi hüküm verilmesi mümkündür. Duruşmadan önce itirazdan vazgeçilmesi halinde itiraz yapılmamış sayılır.

¹⁴⁵ 7188 sayılı Kanun m.24 ile değişik CMK m.251/7 ve 8.

ceza mahkemesince bu usulün uygulanabileceğini belirttiğinden uyuşturucu veya uyarıcı madde ticaretinden dolayı bu suçlara bakmakla görevli ağır ceza mahkemelerine açılan ve yargılama sürecinde TCK m.191/1'de tanımlı eylemlere dönüştüğünün kabulüyle TCK m.191/8 delaletiyle TCK m.191/1'den hüküm kurulan dosyalarda basit yargılama usulü uygulanamayacaktır. Ayrıca, basit yargılama usulünün uygulanmasına kovuşturmanın başında karar verileceğinden, uyuşturucu veya uyarıcı madde ticareti suçundan açılan davanın kovuşturma sürecinin başında henüz eylemin vasıf değişikliği değerlendirilmeyeceğinden bu usulün uygulanması mümkün değildir.

SONUÇ

6545 sayılı Kanun ile değişik TCK m.191, uygulamanın zorlu bir alanıdır. Uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığı sonucu işlenmesi nedeniyle en az bir veya daha fazla tekrarlanan eylemlerle oluşan suçun kendine has yapısı, maddeye özgü soruşturma ve kovuşturma usulleri, suç tarihine göre değişebilen usul ilkeleri, TCK 191. maddenin ayırt edici niteliğidir. Suçla korunan hukuki yarar ile uyumlu olarak toplum sağlığının korunmasına matuf şekilde öncelikle suçu işleyenin iyileştirilmesi ve bağımlılığından kurtulması hedefiyle, getirilen muhakeme usullerinin ceza muhakemesi hukuku ilkeleri işığında ancak TCK 191. madde özellikleri çerçevesinde uygulanması gerekmektedir. Diğer yandan, sübut irdelemesinin tam yapılmaması halinde, muhakeme usullerine uyulmasının da anlamı kalmayacağından, teknik yöntem ve incelemelerle sübut araştırmasına da önem verilmelidir.

TCK 191. madde düzenlemesi ile getirilen özel muhakeme usulü, yasa uygulayıcı makamların pek çok önemli usule ilişkin gereklilik ve ilkeleri bir arada inceleyerek son derece kapsamlı araştırma ve değerlendirme yapmalarını zorunlu kılmaktadır. Adeta bir zincirin halkaları gibi birbiri ile yakından bağlantılı araştırma konularından birinin gözden kaçması doğru hukuki değerlendirmeyi önleyebilmektedir. Yetersiz araştırma ve inceleme sonucu maddenin doğru yorumlanmaması, muhakeme usullerine tam olarak veya gereği gibi uyulmaması, yargılama sürecini uzatmakta, telafisi güç hak kayıplarına neden olmaktadır.

Suçun 6545 sayılı Kanun değişikliği öncesi veya sonrası dönemde işlenmesi, kişi hakkında önceden tedavi veya denetimli serbestlik kurumu veya KDAEK'nın uygulanmış olup olmaması, 6545 sayılı Kanunun yürürlük tarihi itibarıyla, kişi hakkında TCK 191. maddede tanımlı suçtan dolayı derdest so-

ruşturma veya kovuşturma bulunması, kişi hakkında TCK 188. veya 190. madde uyarınca açılan kamu davasında suçun niteliğinin TCK 191. madde kapsamına girdiğinin anlaşılması hali gibi pek çok değişik olasılık ile karşılaşmakta, her bir olasılığın ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Diğer yandan, muhakemenin her evresinde hem TCK 191. maddenin içerdiği birden çok dava şartına hem de söz konusu dava şartlarının geçerliliğine ilişkin Yargıtay tarafından kabul edilen usul koşullarına uyulması gerekmektedir. Maddede yeterli açıklıkta düzenlenmeyen pek çok konu, uygulamada tereddüt yaratmaktadır. Bu bağlamda, ilke olarak kişi hakkında bir kez KDAEK verilebilmesi, KDAEK'nın usulüne uygun olmasının dava şartı sayılması, KDAEK'ya dayalı dava açılmasında TCK m.191/4'te üç ayrı bentte sayılan hallerden her birinin dava şartı olarak kabulü, Yargıtay kararları ile açıklığa kavuşturulmuştur.

Kanunda açıkça dava şartı olarak düzenlenen TCK m.191/6'ya dayalı kamu davası açılmasında önceden TCK m.191/4'e göre açılmış bir kamu davasının bulunması koşulunda kamu davası açılması yönünden tereddüt bulunmamakta ise de; karar verilirken dayanak dava sonucunun beklenip beklenmeyeceği konusunda Yargıtay; yakın tarihli kararında dayanak dava sonucunun beklenmesine gerek olmadığına hükmetmiştir. Bu kabule katılmaktayız. Bize göre; TCK m.191/1 ve TCK m.191/6'ya dayalı açılan kamu davalarında mutlaka KDAEK'ya dayalı açılan dava sonucu beklenmelidir. Zira, dayanak dosya mahkumiyet dışı bir hükümlerle sonuçlanırsa, TCK m.191/6 uyarınca verilip kesinleşmiş tüm mahkûmiyet hükümlerine karşı kanun yararına bozma yoluna gidilemeyeceğinden telafisi imkansız hak kayıpları doğabilecektir. Bu nedenle, TCK m.191/6'ya son cümle olarak "Bu fıkra uyarınca yapılan kovuşturmalarda, dördüncü fıkraya göre açılan kamu davasının neticesi beklenir" yönünde bir ibare eklenmesi yararlı olacaktır.

Yine uygulamada karşılaşılan sorunlardan biri olan kişi hakkında derdest soruşturma dosyalarında verilen birden çok KDAEK olması halinde; birden çok denetim süreci ve bu süreçlere esas suç ve ihlal eylemleri nedeniyle kişinin hukuki durumunun nasıl değerlendirileceği konusunda çözüm; ilk suç nedeniyle verilen KDAEK'nın esas alınmasıdır.

Yargıtay kararları ile 6545 sayılı Kanun değişikliği öncesi dönemde verilen tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin infaz süresi ile geçici m.7/2 ve TCK m.191/8 uyarınca verilen zorunlu HAGB kararlarının erteleme süresinde işlenen eylemler için de ayrı soruşturma ve kovuşturma yapılamayacağı ilkesinin

uygulanmasının kabul edilmesi isabetlidir. Yargıtay'ın TCK 191. madde uygulamasındaki zorunlu HAGB kararları ile 6545 sayılı Kanun öncesi dönemde verilen tedavi ve denetimli serbestlik kararlarını, KDAEK işlevinde kabul etmesi de TCK m.191/5'in amacına uygun uygulanmasını pekiştirmiştir.

Diğer yandan, geçici m.7/2 ve TCK m.191/8 düzenlemelerinde yer alan "TCK 191. madde hükümleri çerçevesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması" uygulamasında bize göre, TCK m.191/3 zorunlu olarak uygulanmalıdır. Bu durum, zorunlu HAGB kararının KDAEK kararı veya tedavi ve denetimli serbestlik uygulaması işlevinde kabul edilmesinin doğal sonucudur. Bu işlevin doğal sonucu; zorunlu HAGB'de hükmün açıklanmasının denetim süresi içinde aynı tür suçun işlenmesi halinde mümkün olmasıdır.

Değerlendirmelerin ışığında TCK 191. maddedeki özel soruşturma ve kovuşturma usulünün suçla korunan hukuki yararlar uyumlu yapıda, bireyi bağımlılığında kurtarmaya yönelik rehabilite edici, birey ve toplum menfaatlerine öncelik tanıyan özellikte olduğu görülmektedir. Maddenin içerdiği dava koşulları ve bu koşulların yerine getirilme şartlarının değerlendirilmesi ve her somut olayın özelliklerine göre değişebilen soruşturma ve kovuşturma usullerinin Yargıtay içtihatları ışığında mevzuata uygun uygulanmasında, yasa uygulayıcı makamların özen ve hassasiyeti büyük önem taşımaktadır.

KAYNAKÇA

- Ateş, Neslihan, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanma Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, İstanbul, 2016, (www.tez.yok.gov.tr) Erişim tarihi: 20.04.2021.
- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Alşahin, Mehmet Emin / Çakır, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. baskı, 2019, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Barut, Ferit / Aydemir Melisa, Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi Kararları Işığında Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları ve İlgili Mevzuat, Legal Hukuk Kitapları Serisi: 589, Birinci Baskı, 2019, (www.legal.com.tr/Book/marc/f6d4c726a15245e-9908a08eddd156c38), Erişim tarihi: 01.04.2021.
- Çalışkan, Suat, Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları, 2. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Çakmut, Yenerer, Özlem, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma Suçu, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, Cilt: 21, Özel Sayı, Yıl: 2019, (s. 3111-3126).
- Çetin, Hamza, Soner, Kullanmak için Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek, Bulundurmak ya da Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanmak Suçu (TCK m.191), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2016, Cilt: 65, Sayı: 4, (s. 1353-1480).
- Çirkin, Menekşe, Kullanmak için Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek veya Bulundurmak ya da Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanma Suçu Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, İzmir, 2020, (www.tez.yok.gov.tr), Erişim tarihi: 21.04.2021.
- Doğan, Karakaş Fatma, Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, Legal Hukuk Kitapları Serisi: 308, Birinci Baskı, 2015, (www.legal.com.tr/Book/marc/4482cb7373e847f19cba8ae301b9eee4), Erişim tarihi: 05.04.2021.
- Ekmen, Eyüp Selahaddin, Türk Ceza Kanununda Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Kırıkkale, 2019, (www.tez.yok.gov.tr), Erişim tarihi: 21.04.2021.
- Elmas, Birsen, Uyuşturucu ve Uyarıcı Madde Suçları, 2. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Ercan, İsmail, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. baskı, Kurum Kitap, 2017.
- Gödekli, Mehmet, Türk Ceza Öğretisi ve Uygulamasında Etkin Pişmanlık, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 2017, Cilt: 1, Sayı: 29, (s. 277-360).

- Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Karakehya, Hakan/ İnce Tuncer, Asuman, Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Kaşka, Hakan, (Olan ve Olması Gereken Açısından) Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Muhakeme, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 2021, Sayı: 153, (s. 107-167).
- Kaşka, Hakan, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Soruşturma Evresinin Sona Ermesi, Doktora Tezi, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Kırıkkale, 2018, (www.tez.yok.gov.tr), Erişim tarihi: 12.11.2022.
- Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- Ruhi, Cemal, Ahmet, Türk Ceza Kanunu'nda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Suçları, 2. baskı, Oniki Levha Yayınevi, İstanbul, 2020.
- Sevimli, Özgür Hüseyin, Türk Ceza Hukukunda Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek veya Bulundurmak ya da Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanmak Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, 2019, (www. tez.yok.gov.tr), Erişim tarihi: 03.04.2021.
- Tulay, Muhammed Emre, Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması ve Delil Elde Etme Yöntemlerinde Zaman Bakımından Uygulanma Sorunu, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cevdet YAVUZ'a Armağan, Özel Sayı, Yıl: 2016, Cilt: 22, Sayı: 3, (s. 2715-2736).
- Turan, Hüseyin/Kodal, Osman, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanma Suçları Yönünden Kamu Görevlisi ile Sağlık Meslek Mensuplarının Suçu Bildirmemesine Yönelik Düzenlemenin Etkin Pişmanlık Kurumuna Etkisi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl: 7, Sayı: 13, 2019, (s. 501-524).
- Ümit, Ceyda, Hekimlerin Mesleklerinin Uygulanmasından Doğan Ceza Sorumluluğu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 2017 (8), Cilt: 35, Sayı: 32, (s. 197-246).
- ÜMİT, Ceyda, Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda Etkin Pişmanlık Uygulaması: Yasal Gelişmeler Işığında Analitik Bir İnceleme, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2021, Sayı: 1, Cilt: 2, (s. 133-147).
- Yurtcan, Erdener Yurtcan, Yargıtay Kararları Işığında Uyuşturucu Suçları Kamunun Sağlığına Karşı İşlenen Suçlar, 2. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Yargı Kararları

- Anayasa Mahkemesi 27.05.2015 tarih, E: 2014/155, K: 2015/52 sayılı karar.
- YCGK 15.03.2016 tarih, E: 2014/10-847 K: 2016/128 sayılı ilam.
- YCGK 16.05.2017 tarih; E: 2015/ 7-398, K: 2017/272 sayılı ilam.
- YCGK, 08.04.2014 tarih, E: 2013/7-591, K: 2014/171 sayılı ilam.
- YCGK, 18.06.2019 tarih, E: 2016/20-805, K: 2019/480 sayılı ilam.
- YCGK, 02.05.2019 tarih, E: 2018/10-172, K: 2019/373 sayılı ilam.
- Yargıtay (kapatılan) 20 CD, 07.12.2017 tarih, E: 2015/8787, K: 2017/6875 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 24.02.2021 tarih, E: 2020/8210, K: 2021/2661 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 23.06.2021 tarih, E: 2021/7464, K: 2021/7987 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 24.02.2021 tarih, E: 2020/8864, K: 2021/2654 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 24.05.2018 tarih, E: 2018/786, K: 2018/4486 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 07.03.2016 tarih, E: 2015/1714, K: 2016 / 669 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 20.01.2021 tarih, E: 2020/20616, K: 2021/703 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 11.02.2021 tarih, E: 2020/11454, K: 2021/2035 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 30.09.2016 tarih, E: 2013/7397, K: 2016/2619 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 25.02.2020 tarih, E: 2019/4635, K: 2020/1314 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 25.12.2017 tarih, E: 2014/7775, K: 2017/7327 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 11.02.2021 tarih, E: 2020/8905, K: 2021/2111 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 20/01/2021 tarih, E: 2020/10675, K: 2021/743 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 29.03.2021 tarih, E: 2020/15906, K: 2021/4064 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 15.03.2021 tarih, E: 2019/6697, K: 2021/3496 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 01.02.2021 tarih, E: 2020/8348, K: 2021/1381 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 09.12.2020 tarih, E: 2020/13663, K: 2020/8738 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 17.12.2019 tarih, E: 2016/2417, K: 2019/8321 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 15.03.2021 tarih, E: 2019/6743, K: 2021/3498 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 01.12.2020 tarih, E: 2017/1426, K: 2020/8414 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 25.11.2020 tarih, E: 2020/7745, K: 2020/8209 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 24.02.2020 tarih, E: 2020/368, K: 2020/1243 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 01.03.2021 tarih, E: 2020 /8588, K: 2021/2817 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 24.02.2021 tarih, E: 2020/8875, K: 2021/2663 sayılı ilam.

- Yargıtay 10 CD, 17.02.2021 tarih, E: 2020/8628, K: 2021/2289 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 22.02.2021 tarih, E: 2020/8711, K: 2021/2423 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 22.02.2021 tarih, E: 2020/8706, K: 2021/2422 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 08.03.2021 tarih, E: 2020/15276, K: 2021/3147 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 22.02.2021 tarih, E: 2020/8705, K: 2021/2421 sayılı ilam.
- Yargıtay (kapatılan) 20 CD, 13.03.2017 tarih, E: 2016/2946, K: 2017/1643 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 25.02.2021 tarih, E: 2020/8772, K: 2021/2749 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 24.02.2021 tarih, E: 2020/8864, K: 2021/2654 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 09.12.2020 tarih, E: 2020/13658, K: 2020/8733 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 25.02.2021 tarih, E: 2020/8780, K: 2021/2726 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 09.12.2020 tarih, E: 2020/13664, K: 2020/8739 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 25.02.2021 tarih, E: 2020/8781, K: 2021/2743 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 23.02.2021 tarih, E: 2020/8444, K: 2021/2599 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 25.02.2021 tarih, E: 2020/8759, K: 2021/2729 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 25.02.2021 tarih, E: 2020/8768, K: 2021/2746 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 15.03.2021 tarih, E: 2020/8562, K: 2021/3500 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 25.02.2021 tarih, E: 2020/8761, K: 2021/2727 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 17.02.2021 tarih, E: 2020/8651, K: 2021/2287 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 17.02.2021 tarih, E: 2020/8610, K: 2021/2288 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 21.01.2021 tarih, E: 2020/16344, K: 2021/787 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 09.12.2020 tarih, E: 2020/13664, K: 2020/8739 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD 25.02.2021 tarih, E: 2020/8780, K: 2021/2726 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 24.02.2021 tarih, E: 2020/8873, K: 2021/2665 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 24.02.2021 tarih, E: 2020/8864, K: 2021/2654 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 14.08.2020 tarih, E: 2020/3685, K: 2020/3408 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 20.01.2021 tarih, E: 2020/20615, K: 2021/702 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 25.02.2021 tarih, E: 2020/8772, K: 2021/2749 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 15.03.2021 tarih, E: 2020/8562, K: 2021/3500 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 25.02.2021 tarih, E: 2020/8758, K: 2021/2731 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 27.12.2019 tarih, E: 2019/3645, K: 2019/9249 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 16.09.2020 tarih, E: 2020/6435, K: 2020/3579 sayılı ilam.

- Yargıtay 10 CD, 09.12.2020 tarih, E: 2020/13658, K: 2020/8733 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 01.10.2019 tarih, E: 2019/56, K: 2019/5999 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 15.01.2019 tarih, E: 2015/4708, K: 2019/318 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 27.01.2021 tarih, E: 2020/732, K: 2021/1116 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 22.10.2020 tarih, E: 2020/7371, K: 2020/6181 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 15.03.2021 tarih, E: 2020/8549, K: 2021/3497 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 11.03.2021 tarih, E: 2019/7266, K: 2021/3479 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 25.02.2021 tarih, E: 2020/8768, K: 2021/2746 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 22.02.2021 tarih, E: 2020/8713, K: 2021/2424 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 17.02.2021 tarih, E: 2020/8628, K: 2021/2289 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 25.02.2021 tarih, E: 2020/8761, K: 2021/2727 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 25.02.2021 tarih, E: 2020/8756, K: 2021/2730 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 03.02.2021 tarih, E: 2019/4258, K: 2020 /574 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 14.10.2020 tarih, E: 2020/7299, K: 2020/5558 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 16.09.2020 tarih, E: 2020/6439, K: 2020/3584 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 03.02.2020 tarih, E: 2020/234, K: 2020/578 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 03.02.2020 tarih, E: 2020/234, K: 2020/578 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 28.09.2020 tarih, E: 2020/905, K: 2020/4329 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 24.02.2021 tarih, E: 2020/8875, K: 2021/2663 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 22.02.2021 tarih, E: 2020/8705, K: 2021/2421 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 22.02.2021 tarih, E: 2020/8719, K: 2021/2425 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 29.03.2021 tarih, E: 2020/22608, K: 2021/4066 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 16.02.2021 tarih, E: 2020/20738, K: 2021/2189 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 15.02.2021 tarih, E: 2017/1821, K: 2021/2131 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 22.02.2019 tarih, E: 2017/5289, K: 2019/1141 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 07.12.2020 tarih, E: 2020/873, K: 2020/8630 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 21.10.2020 tarih, E: 2020/6878, K: 2020/6114 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 02.03.2021 tarih, E: 2020/8941, K: 2021/2961 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 25.02.2021 tarih, E: 2020/15975, K: 2021/2786 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 14.10.2020 tarih, E: 2020/7292, K: 2020/5552 sayılı ilam.
- Yargıtay 10 CD, 17.12.2020 tarih, E: 2020/8093, K: 2020/9271 sayılı ilam.

- Yargıtay 10 CD, 09.11.2020 tarih, E: 2020/4224, K: 2020/7064 sayılı ilam.
Yargıtay 10 CD, 07.10.2020 tarih, E: 2020/6468, K: 2020/5037 sayılı ilam.
Yargıtay 10 CD, 20.01.2021 tarih, E: 2020/20615, K: 2021/702 sayılı ilam.
Yargıtay 10 CD, 12.12.2018 tarih, E: 2017/4184, K: 2018/9248 sayılı ilam.
Yargıtay 10 CD, 28.01.2021 tarih, E: 2020/8144, K: 2021/1330 sayılı ilam.
Yargıtay 10 CD, 16.09.2019 tarih, E: 2018/5534, K: 2019/5542 sayılı ilam.
Yargıtay 10 CD, 18.02.2021 tarih, E: 2019/5220, K: 2021/2305 sayılı ilam.
Yargıtay 10 CD, 18.09.2019 tarih, E: 2018/5548, K: 2019/5633 sayılı ilam.
Yargıtay 10 CD, 31.03.2021 tarih, E: 2020/3574, K: 2021/4214 sayılı ilam.
Gaziantep BAM 11 CD, 12.02.2018 tarih, E: 2017/2558, K: 2018/295 sayılı karar.
Gaziantep BAM 11 CD, 06.06.2017 tarih, E: 2017/1177, K: 2017/1144 sayılı karar.
İstanbul BAM 4. CD, 05.06.2018 tarih, E: 2018/1330, K: 2018/1473 sayılı karar.
Gaziantep BAM 11 CD, 02.04.2021 tarih, E: 2019/1976, K: 2021/750 sayılı karar.
Gaziantep BAM 11 CD, 31. 05. 2021 tarih, E: 2019/2377, K: 2021/1276 sayılı karar.
Gaziantep BAM 11 CD, 02.04.2021 tarih, E: 2019/2027, K: 2021/749 sayılı karar.
Gaziantep BAM 11 CD, 02.02.2018 tarih, E: 2017/2520, K: 2018/166 sayılı karar.

Devlet Memurları Kanunu Uyarınca Vekâlet Görevi ve İkinci Görev Yasağı^(*)

Task of Proxy and Prohibition of Second Task under the Law on Public Servants

Doç. Dr. Seçkin YAVUZDOĞAN^(**)

Av. Arda ERGENE^(***)

Öz:

Kamu hizmetlerinde esas olan, kamusal görevlerin asaleten atanan memurlar veya kamu görevlilerince yürütülmesidir. Bazı hallerde söz konusu kişilerin görevlerini ifa edememeleri olasıdır. Bu gibi hallerde kamu hizmetlerinde aksama yaşanmaması ve sürekliliğin sağlanması için vekâlet kurumu oluşturulmuştur. Vekâleten atama istisnai bir usuldür; dolayısıyla bu kuruma kısa dönemler için ve geçici olarak başvurulmalıdır. Devlet memurlarının bazı faaliyetlerde bulunmaları yasaklanmıştır. Bunlardan biri de, ikinci görev yasağıdır. Ancak birtakım istisnai hallerde, devlet memurlarına ikinci bir görev verilebilir.

Anahtar Kelimeler:

Devlet Memuru, Kamu Hizmeti, Yetki, Görev, Vekalet.

Abstract:

What is essential in public services is the execution of public tasks by ordinarily appointed public servants or public officials. In some cases, it is possible that the persons in question may not be able to perform their tasks. In such cases, a proxy institution has been established in order to avoid disruptions in public services and to ensure continuity. Appointment by proxy is an exceptional procedure; therefore, this institution should be applied for short periods and on a temporary basis. Public servants are prohibited from engaging in certain activities. One of them is the second task ban. However, in some exceptional cases, a second task may be assigned to public servants.

Keywords:

Proxy, Public Servant, Public Service, Authority, Task.

^(*) Makale Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin Editörlüğe Gönderildiği Tarih: 14.11.2022, Makalenin Kabul Tarihi: 16.11.2022.

^(**) Doç. Dr., Kırklareli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi,
E-posta: seckinyavuzdogan@klu.edu.tr,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-4698-3140>.

^(***) Avukat; Kırklareli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Programı Öğrencisi,
E-posta: av.ardaergene@gmail.com,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0001-5428-4772>.

GİRİŞ

Kuvvetler ayrılığı ilkesi, günümüzde çağdaş hukuk devletlerinin birçoğu tarafından benimsenmiştir. Bu ilkeye göre, devletin yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üç işlevi bulunmaktadır. Bahsi geçen işlevlerin yerine getirilebilmesi için devlete yasama, yürütme ve yargı yetkileri verilmiştir. Yasama ve yargı organları, görevlerini yerine getirme açısından yürütme organından ayrılır. Lakin, bu iki organ görevlerini sürekli bir şekilde yerine getirmeye mecbur değildir. Bu organların yılın belli dönem ve zamanlarında iş başında bulunmaları yeterliken; yürütme organının ve onun içinde bulunan idarenin görevlerini kesintisiz bir şekilde yerine getirmesi gerekir. Çünkü, idarenin yürütmek zorunda olduğu kamu hizmetlerinin en önemli özelliklerinden biri sürekliliktir. Süreklilik ilkesinin gereği olarak, memurlar ve diğer kamu görevlileri, kamu hizmetlerinin arzında aralıksız olarak görevlerini yapmaya devam ederler. Ancak bu kişiler birtakım hallerde, yürütmekle mükellef oldukları görevlerini yerine getiremeyebilirler. Bu gibi hallerde kamu hizmetlerinin aksamaması ve sürekli olarak yürütülebilmesi için, vekâlet kurumuna yer verilmiştir¹.

Devlet memurlarının, bir taraftan bütün çalışmalarını kamu hizmetine ayırmaları; diğer taraftan da kamu hizmetini yerine getirirken, kamu gücünün kullanımına katılmış ve çeşitli şekil ile derecelerde bu gücü kullanabilmeleri nedeniyle, birtakım faaliyetlerde bulunmaları yasaklanmıştır². Bu yasakların amacının, devlet memurlarının içinde bulunduğu statülerini korumak ve kamu hizmetlerinin görülmesinde oluşması muhtemel aksamaları engellemek olduğu söylenebilir³. Bu yasaklardan biri de, devlet memurlarının ikinci görev yasağıdır.

Vekâlet kurumunun, idari işlemin unsurlarından “yetki” unsuruyla ilgili olması sebebiyle, çalışmamızda ilk olarak, kısaca yetki kavramına değineceğiz. Akabinde vekâlet kavramı ele alınacak, vekâleten atamalarda izlenecek usul ve esaslara değinilecektir. Sonrasında vekâletin türleri irdelenecek, bu doğrultuda dolu ve boş kadroya vekâlet hakkında bilgilendirme yapılacaktır. Bu konuyla alakalı olan tedviren görevlendirme de ele alındıktan sonra, vekâletin

¹ Bucaktepe, Adil: İdare Hukukunda Vekâlet, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 26, 2016, ss. 143-167, s. 144, 145, 147.

² Onar, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 1175.

³ Yerebasmaz, Yasin: 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28. Maddesine Göre Memurların Ticaret ve Diğer Kazanç Getirici Faaliyetlerde Bulunma Yasağının Kapsamı ve Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 69, Sayı: 1-2, 2011, ss. 1177-1198, s. 1177.

süresi üzerinde durulacaktır. Ardından kısaca vekâleten atananların yetkilerine değinilecek ve vekâleten atananların mali hakları üzerinde durulacaktır. Son olarak ise, devlet memurlarının ikinci görev yasağı irdelenecektir.

I. KISACA “YETKİ” KAVRAMI

Genel olarak yetki, idarenin işlem ve eylem yapma gücünü anlatır⁴. İdari işlemler, ister hak yaratsın, ister yaratmasın; ister yasak, sınırlama veya düzenleme getirsin; kişiler arasındaki eşitliği, kişilerin hak ve özgürlükleri ile kamusal mallarını etkiler. Bu kamu gücü aracı, herhangi biri tarafınca kullanılamaz. Böylesine mühim bir güç ve olanak idare içindeki herhangi biri tarafınca da kullanılamaz. Bu gücü ancak, hukuk kurallarıyla belirlenen ve belli görevde bulunan kişi ve/veya kişiler kullanabilir. İşte bu kanuni güce “yetki” adı verilir⁵.

Yetki kavramı, kamusal bir otorite olarak, göreve ilişkin birtakım mükellefiyetleri de içerir. Dolayısıyla yetkiyi, “*idari makamların görevlendirildikleri alanlarda, görevleriyle ilgili olarak devlet adına tasarrufta bulunma yetenek ve iktidarı*” olarak tanımlamak daha doğru olacaktır⁶.

İdare hukukunda yetkiyi, hem geniş hem de dar anlamında açıklayabiliriz. Geniş anlamda yetki, idarenin vazife sahasını ve hukuksal imkânını ifade eder. Dar anlamda yetki ise, Anayasa ve kanunlar tarafından idareye bırakılan sahalarda alınacak idari kararlar ile yapılacak işlemlerin, hangi idari makam ve organlarınca yapılabileceğini veyahut alınabileceğini ifade eder⁷.

Yetki kamu düzeniyle ilgili olduğu için, yetkisiz olmak kural iken, yetkili olmak istisnadır. Dolayısıyla, yetki kurallarını yorum yoluyla genişletmenin imkânı yoktur. Söz konusu yetkiler, sübjektif hak niteliğinde değildir. Bu yetkiler görev olarak tanınmıştır. Bu yüzden, yasanın öngördüğü şartlar oluştuğu zaman, idari makam bu yetkiyi kullanmak mecburiyetindedir. Bununla birlikte, idari makam, elinde bulundurduğu yetkiden kendi isteğiyle feragat edemez ve kanunun aleni izni olmadan başkasına devredemez⁸.

İdari işlemleri yapmaya yetkili, görevli kamu görevlileri mevzuatla belirlenir. Yetkili kişinin yapması gereken işlemi, başka biri yaparsa, yapılan işlem

⁴ Yıldırım, Ramazan / Çınarlı, Serkan: Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt: II, 1. Baskı, Astana Yayınları, Ankara 2019, s. 51.

⁵ Yayla, Yıldızhan: İdare Hukuku, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2009, s. 116.

⁶ Kalabalık, Halil: İdare Hukuku Dersleri Cilt-II, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s. 52.

⁷ Kalabalık, s. 52.

⁸ Atay, Ender Ethem: İdare Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022, s. 244.

hukuka aykırı olur⁹. Ancak uygulamada kolaylık sağlamak amacıyla, yetkinin aracısız kullanılması kuralına belirli istisnalar konmuştur¹⁰. Bu istisnalardan biri de vekâlet kurumudur.

II. VEKÂLET KAVRAMI

İdari işlem oluşturma yetkisi hangi kamu görevlisine verildiyse, kural olarak yetkiyi kullanmakla mükellef olan kişi de, bu kamu görevlisidir. Yetkili kılınan kamu görevlisinin, görevinin başında olamaması hallerinde, kamu hizmetlerinde sürekliliği sağlamak için, kamu görevlisinin yetkilerinin kullanılmasını sağlamak gâyesiyle, vekâlet kurumu kabul edilmiştir¹¹.

Türk Dil Kurumu'na göre vekâlet etmek, birinin yerine bakmak, görevini üstlenmek anlamına gelmektedir¹². Vekâlet etmeyi kısaca, başka biri adına hareket edebilmek için yetkilendirilme olarak tanımlayabiliriz¹³. Vekâlet, asil görevli kişinin işinin başında olmadığı zamanlarda, bu görevli kişinin yerine geçici olmak şartıyla bir başka kişinin görevlendirilmesidir. Görevlendirilen bu kişiye de, vekil adı verilir¹⁴. Danıştay'ın bir kararında, vekilin, asilin tüm yetkilerine sahip olduğu vurgulanmıştır. Bu yetkilere, karar alma ve imza yetkileri de dâhildir¹⁵.

Vekâlet, yetki ve imza devrinden farklıdır. Vekâlet etme bunlardan daha farklı bir kamu yönetimi yöntemidir¹⁶. Vekâlet, bir vazife yerinin arızı süreyle boşalması durumunda, yasal koşullara haiz olan başka bir kamu görevlisinin boşalan yeri doldurmasıdır. Vekil, asilin yapmaya yetkili olduğu işlemlerin neredeyse tümünü yapmaya hukuksal olarak yetkili olduğu için, vekâlette bir yetki devrinden söz edilemez. Vekâlette, imza yetkisi bir kamu görevlisinden başka bir kamu görevlisine daimî olarak geçer. Vekâlet etmeyle, imza yetkisinin devri arasındaki en mühim ayrım, ilkinde kamu görevlisinin neredeyse her konuda imza yetkisine sahip olmasıyken; diğerindeyse, yalnızca hangi konuda kendisine imza yetkisi verilmişse, o konuda işlem icra edebilmesidir¹⁷.

⁹ Atay, s. 245.

¹⁰ Yayla, s. 120.

¹¹ Günday, Metin: İdare Hukuku, 11. Baskı, İmaj Yayınları, Ankara 2017, s. 141.

¹² Türk Dil Kurumu: Türkçe Sözlük (K-Z), Türk Tarih Kurumu Basım Evi, Ankara 1998, s. 2339.

¹³ Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil: Türk İdare Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, s. 204.

¹⁴ Atay, s. 246.

¹⁵ Danıştay 1. Dairesinin, 05.12.1996 tarihli, E. 1996/222, K. 1996/228 sayılı kararı.

¹⁶ Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 204.

¹⁷ Kalabalık, s. 66.

III. VEKÂLETEN ATAMALARDA İZLENECEK USUL

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda, memurların geçici görev, kanuni izin, disiplin cezası tatbikatı ya da görevden uzaklaştırma sebepleriyle işlerinden arızı olarak ayrılmaları durumunda yerlerine kurum içinden ya da diğer kurumlardan veyahut açıktan vekil atanabileceği hüküm altına alınmış olsa da; vekâleten atamanın usulüyle ilgili bir herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁸.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun ilk halinde, vekilde aranacak nitelikler bakımından herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanunda herhangi bir düzenleme olmadığı için, idari makamlar vekâlet göreviyle ilgili olarak bir takım farklı uygulamalara gitmekteydiler. Bu yüzden, vekilde aranacak koşullar hakkında bir düzenlemeye gereksinim vardı. Söz konusu gereksinimi karşılamak gayesiyle ilk olarak 19.08.1978 tarihinde, Maliye Bakanlığı Bütçe ve Kontrol Genel Müdürlüğü tarafından, 52 Seri No.lu Devlet Memurları Kanunu Genel Tebliği çıkarılmıştır. Daha sonra, 17.05.1987 tarihinde, Maliye Bakanlığı tarafından, 99 Seri No.lu Devlet Memurları Kanunu Genel Tebliği çıkarılmıştır. 52 Seri No.lu Tebliğde vekil atamalarında, vekâleten atanacak memurların, eğitim durumları ve hizmet süreleri istikametinde atanacakları derecenin mecbur kıldığı şartları taşımaları gerektiği; memurların eğitim durumları ve hizmet sürelerine göre atanabilecekleri kadronun üzerinde bir kadroya vekâlet ettirilemeyeceği belirtiliyordu. 99 Seri No.lu Tebliğde¹⁹ de, 52 Seri No.lu Tebliğdeki kurallar tekrarlanıyordu. Ancak, 99 Seri No.lu Tebliğ, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda göz önünde tutulmayan ek bir kural getirmişti. Bu kural, vekilin asilde olması gereken koşulları taşıması zorunluluğuydu. Kanunda buna benzer herhangi bir koşul bulunmadığı gibi, bu konu hakkında idareye düzenleme oluşturma yetkisi de verilmemiştir. Söz konusu düzenleme, idari yetkilerin “kanuna dayanma” ve “kanuna aykırı olmama” prensiplerine aykırılık oluşturmaktadır. Tebliğ ile kanundaki vekâletin tatbikat sahasına ilişkin sınırlama getirilmesi, bu

¹⁸ Bucaktepe, s. 148.

¹⁹ “... 1. Bir görevin vekâleten yürütülmesi halinde görevin gerekleri ve nitelikleri değişmeyeceğinden bu görevi vekâleten yürütecek olanların asil memurda aranan şartlara sahip olmaları gerekmektedir. Bu sebeple; a) 1-4 üncü dereceli kadrolara vekâlet edeceklerin 657 sayılı Kanunun 68 inci maddesinde belirtilen şartları haiz olmaları, b) 5-15 inci dereceli kadrolara vekalet ettirileceklerin öğrenim durumları itibarıyla tesbit olunan yükselinebilecek dereceyi aşmamak kaydıyla vekalet ettirilecekleri kadronun derecesinin, kazanılmış hak aylık derecesinin üç üst derecesinden fazla olmaması, gerekmektedir.
2. Asilde aranan şartlara sahip vekil memur bulunmadığı takdirde, hizmetin aksamadan yürütülebilmesi bakımından herhangi bir şekilde boşalmış veya boş bulunan bir görevin öncelikle varsa yardımcıları yoksa asilde aranan şartlara en yakın personel tarafından tedviren gördürülmesi mümkün görülmektedir. ...”

kanuna aykırılık oluşturmaktadır. Bunun yanında, idarenin yasayla yetkili kılınmamasına rağmen, tebliğ ile bu düzenlemenin ortaya konması, idari yetkilerin kanuna dayanma hususiyetine de aykırılık oluşturmaktadır²⁰.

Özetleyecek olursak, kadro ya da göreve vekâleten ataması yapılacak olan kişinin, söz konusu kadro ya da görevde bulunan asilin taşıdığı tüm koşulları sağlıyor olması gerekir. Vekâleten atanacak kişi, öncelikli olarak 657 sayılı Kanunda bulunan genel şartları taşımalı; ayrıca, vekâlet edilecek kadro ya da görevle ilgili, mevzuatta bulunan özel şartlara da sahip olmalıdır. İçtihatlar da, asilde bulunması icap eden koşulların, vekilde de bulunmasının icap ettiğini vurgulamaktadır²¹. Danıştay bir kararında, vekilin asilde aranan şartları taşımasının zorunlu olduğunu hükme bağlamıştır²². Danıştay'ın başka iki kararında da aynı husus vurgulanmıştır²³.

Türlü sebeplerle sürekli veya arızı olarak boşalan kadro ya da görevlere vekil atamasında uyulması gereken usul ve esaslar, kanunların bazılarında belirtilmediği halde, bazılarında belirtilmemiştir²⁴.

²⁰ Ulu, Güher: İdari İşlemin Yetki Unsuru, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa 2011, s. 239, 240, 241.

²¹ Bucaktepe, s. 150.

²² Danıştay 11. Dairesinin, 22.12.2003 tarihli, E. 2001/481, K. 2003/5610 sayılı kararı. "... asilde aranan şartları taşımayan bir kişinin vekil olarak atanamayacağı ve kendisine vekâlet aylığı ödenemeyeceği açık olmakla birlikte..."

²³ Danıştay 12. Dairesinin, 24.06.2008 tarihli, E. 2006/3642, K. 2008/3954 sayılı kararı. "... ödenebilmesi için, vekilin asilde aranan şartları taşımasının zorunlu olduğu hükmü yer almıştır..."; Danıştay 2. Dairesinin, 27.01.2009 tarihli, E. 2008/2193, K. 2009/274 sayılı kararı. "... bu hükümler karşısında, asilde aranan şartları taşımayan bir kişinin vekil olarak atanamayacağı ve kendisine vekâlet aylığı ödenemeyeceği, öte yandan...", "... buna göre, asilde aranan şartları taşımayan davacıya vekâlet onayı verilmemesinde hukuka aykırılık bulunmadığı, bu nedenle davacıya vekâlet aylığı adı altında bir ücret ödenmesi mümkün olmamakla birlikte...", "... vekâlet aylığı ödenebilmesi için, vekilin asilde aranan şartları taşımasının zorunlu olduğu...", "... Danıştay'ın istikrar kazanmış bulunan kararlarına göre, personel rejiminde tedviren görevlendirmenin hukuki bir dayanağı olmayıp bir görevin o kadroya atama veya asilde aranan şartlara sahip vekil marifetiyle gördürülmesi gerekmektedir..." "... bir göreve vekâleten atanan kişiye vekâlet ettiği göreve ilişkin vekâlet aylığı, yan ödeme ve tazminatın ödenebilmesi için vekilin asilde aranan şartları taşıması gerekmektedir..."

²⁴ 5393 sayılı Belediye Kanununun 40. maddesinin 1. fıkrasına göre, "Belediye başkanı izin, hastalık veya başka bir sebeple görev başında bulunmadığı hâllerde, bu süre içinde kendisine vekâlet etmek üzere, belediye meclisi üyeleri arasından birini başkan vekili olarak görevlendirir". Aynı Kanunun 45. maddesine göre, "Belediye başkanlığının herhangi bir nedenle boşalması durumunda, vali tarafından belediye meclisinin on gün içinde toplanması sağlanır. Meclis, birinci başkan vekilinin, onun bulunmaması durumunda ikinci başkan vekilinin, onun da bulunmaması durumunda en yaşlı üyenin başkanlığında toplanarak; a) Belediye başkanlığının boşalması veya seçim dönemini aşacak biçimde kamu hizmetinden yasaklanma cezasının verilmiş olması durumunda bir başkan, b) Başkanın görevden uzaklaştırılması, tutuklanması veya seçim dönemini aşmayacak biçimde kamu hizmetinden yasaklama cezası alması durumunda bir başkan vekili, seçer". Yine aynı Kanunun 46. maddesine göre de, "Belediye başkanlığının herhangi bir nedenle boşalması ve yeni belediye başkanı veya başkan vekili seçiminin yapılamaması durumunda, seçim yapıncaya ka-

Vekil atamasının usul ve esasları eğer mevzuatta belirlenmemişse, izlenecek yol, kadronun dolu ya da boş olmasına göre değişiklik gösterecektir²⁵.

IV. İDARE HUKUKUNDA VEKÂLET TÜRLERİ

Hukukumuzda vekâlet konusunda herhangi bir ayırım yapılmış olmasa da, vekâletin iki farklı halde meydana geldiğini söyleyebiliriz²⁶. Vekâletin ilk türü, dolu kadroya vekâlettir. Bunu vekâlet verme olarak da adlandırabiliriz. Vekâletin ikinci türü ise, boş kadroya vekâlettir. Bu da, vekâleten atama olarak adlandırılır.

A. Dolu Kadroya Vekâlet

Bir idari makamın, izin, hastalık, geçici görevlendirme, yurt dışında bulunma gibi sebeplerle geçici olarak boşalması durumunda; asıl veya bir üst yetkilinin önerisi ve atamaya yetkili amirin onayı ile görevlendirilen yetkili, boşalan makama vekâlet eder²⁷.

Dolu kadroya vekâlette, vekilin tayini iki şekilde olabilir. İlkinde vekil, asıl görevli tarafınca atanır. Eğer asıl görevli kendi istenci haricinde türlü nedenlerle yetkilerini kullanamıyorsa; bu durumda vekil, asıl kamu görevlisini atamaya yetkili makam tarafından atanır²⁸.

Fransız hukukunda vekâlet vermenin, kanunla öngörülüp düzenlenmesinin icap ettiği kabul edilmiştir²⁹. Fransız düşünürler Frier ve Petit'e göre, bu tür vekâlette vekil kanun tarafından tayin edilir ve kanunun öngördüğü durumlarda vekâlet kendi kendine gerçekleşir. Bir başka Fransız düşünür Auby, bu tür vekâleti, yetki sahibinin yokluğu durumlarında yasal olarak öngörülen vekâlet

dar belediye başkanlığına büyükşehir ve il belediyelerinde İçişleri Bakanı, diğer belediyelerde vali tarafından görevlendirme yapılır. Görevlendirilecek kişinin belediye başkanı seçilme yeterliğine sahip olması şarttır”.

657 sayılı Yükseköğretim Kanununun 6. maddesinde, başkanın yokluğunda, başkanın görevlendirdiği başkan vekillerinden biri başkana vekâlet edeceği; aynı Kanunun 13. maddesinde, rektör, görevi başında olmadığı zaman yardımcılarından birisini yerine vekil bırakacağı; yine aynı Kanunun 16. maddesinde ise, dekanı, görevi başında olmadığı zaman yardımcılarından birinin vekâlet edeceği hükme bağlanmıştır.

633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun 4. maddesinin 2. fıkrasına göre, “Başkanın bulunmadığı hallerde, Başkanın göstereceği başkan yardımcılarından birisi, Başkanın göstermediği hallerde Din İşleri Yüksek Kurulu Başkanı Diyanet İşleri Başkanına vekâlet eder”.

²⁵ Bucaktepe, s. 152.

²⁶ Gözler, Kemal: İdare Hukuku Cilt I, 2. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2009, s. 783.

²⁷ Atay, s. 247.

²⁸ Bucaktepe, s. 154.

²⁹ Gözler, Cilt I, s. 783.

türü olarak açıklar. Buna göre bu tür vekâlette, koşullar gerçekleştiğinde, vekil otomatik olarak, asıl yetkilinin yerine geçer³⁰.

Görevin vekâleten yürütüldüğü hallerde vekil, asıl görevlinin elinde bulunduğuş tüm yetkileri kullanabilir³¹. Danıştay bir kararında, “*Vekil, vekâlet ettiği görevin yetki ve sınırları içinde kalmak şartıyla asılın bütün hak ve yetkisine sahip olduğu vekâlet kurumunun niteliği gereğidir*” diyerek, vekilin imza yetkisi olduğuna karar vermiştir³².

B. Boş Kadroya Vekâlet

Bir kamu görevi için kadro ayrılmasına karşın, söz konusu kadrodan maaş alan herhangi bir kamu görevlisinin bulunmaması durumuna boş kadro adı verilir³³.

Bir idari makamın asıl sahibi olan kişinin görevi, azil, istifa, tayin, emeklilik, ölüm gibi nedenlerle son bulmuş; ancak yerine yeni görevli hâlâ atanmamış ya da atanan görevli daha görevine başlamamış olabilir. Asıl makamın mutlak olarak boş olması halinde, kamu hizmetlerinde sürekliliği sağlamak için bu makama geçici olarak başka bir kişinin bakması ve bu yetkileri geçici olarak başka birinin kullanması gerekir. Lakin bu halde, asıl görevli olmadığından ya da asıl görevli bundan sonra yetkisiz olduğundan, başka birisine vekâlet vermesi mümkün değildir. Bu tür vekâlette vekil, asıl görevliyi atamaya yetkili üst tarafınca geçici olarak atanır³⁴.

Fransız hukukunda bu tür vekâletin kanunla öngörülmesine ve düzenlenmesine gerek duyulmamıştır. Dolayısıyla Fransız hukukunda, asıl görevlinin görevinin son bulması halinde, kamu hizmetlerinde sürekliliğin sağlanması gayesiyle, asıl görevliyi atamaya yetkili makamın derhâl ve atamadaki usul kurallarına uymaksızın geçici olarak bir vekil atayabileceği ya da vekâlet görevini aracısız olarak üstlenebileceği kabul edilmiştir³⁵. Fransız düşünür Delvolvé, vekâletin bu türüyle, asıl makamın yokluk sebepleri arasında bağ kurmuştur. Ancak düşünür, bu ayrımın mutlak olmadığını vurgulamaktadır. Bir diğer Fransız düşünür Legrand’a göre, anayasa veyahut yasayla vekâleten atamanın düzenlenmediği durumlarda; vekâleten atama yetkisi, atamaya yetkili makamda veya ilgili hiyerarşik amirdedir³⁶.

³⁰ Ulu, s. 219.

³¹ Atay, s. 247.

³² Danıştay 11. Dairesinin, 25.10.1995 tarihli, E. 1995/2828, K. 1995/2794 sayılı kararı.

³³ Akyel, Recai / Söyler, İlhami: Kamu Personel Yönetiminde Vekâlet Müessesesi (Sorunlar-Çözümler), Vergi Raporu Dergisi, Sayı: 123, 2009, ss. 7-14, s. 11.

³⁴ Gözler, Cilt I, s. 784.

³⁵ Gözler, Cilt I, s. 784.

³⁶ Ulu, s. 220, 223.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 86. maddesinde boş kadroya vekâletten söz edilmektedir. İlgili maddenin 1. fıkrasına göre, “Memurların kanuni izin, geçici görev, disiplin cezası uygulaması veya görevden uzaklaştırma nedenleriyle işlerinden geçici olarak ayrılmaları halinde yerlerine kurum içinden veya diğer kurumlardan veya açıktan vekil atanabilir”. Kanunun lafzından anlaşıldığı gibi, boş kadrolara vekâlet, kurum içinden, kurum dışından veya açıktan vekil ataması olarak, üç değişik biçimde gerçekleşmektedir.

657 sayılı Kanunun bahsi geçen maddesinde, birtakım kadrolara yalnızca memurlar arasından vekil atanabileceği belirtilmektedir³⁷. Söz konusu maddenin 5. fıkrasına göre, “Bu Kanuna tabi kurumlarda çalışan veteriner hekim veya hayvan sağlık memurları, veteriner hekim veya hayvan sağlık memuru bulunmayan belediyelerin veterinerlik veya hayvan sağlık memurluğu hizmetlerini ifa etmek üzere bu hizmetlerle ilgili kadrolara vekâlet aylığı verilmek suretiyle atanabilirler”. Yine aynı maddenin 7. fıkrasına göre, “Bu Kanuna tabi kurumlarda, mali, nakdi ve aynı sorumluluğu bulunan saymanlık kadrolarının boşalması halinde bu kadrolara işe başladıkları tarihten itibaren vekâlet aylığı verilmek suretiyle memurlar arasından atama yapılabilir”.

657 sayılı Kanun, boş kadrolara açıktan vekil tayin edilmesine yalnız belirli durumlarda izin vermiştir³⁸. 657 sayılı Kanunun 86. maddesinin 3. fıkrasına göre, “Ancak, ilkökul öğretmenliği (Yaz tatili hariç), tabiplik, diş tabipliği, eczacılık, köy ve beldelelerdeki ebelik ve hemşirelik, mühendis ve mimarlık, veterinerlik, vaizlik, Kur'an kursu öğreticiliği, imam-hatiplik ve müezzin-kayyımlığa ait boş kadrolara Maliye Bakanlığının izni (mahallî idarelerde izin şartı aranmaz) ile, açıktan vekil atanabilir”.

V. TEDVİREN GÖREVLENDİRME

Arapça kökenli “tedvir” kelimesi, Türk Dil Kurumu'na göre, çevirme, döndürme, yönetme, çekip çevirme anlamına gelmektedir. Aynı sözlükte tedvir etmek ise, yönetmek, çevirmek, döndürmek olarak açıklanmıştır³⁹. Bu kelime idare hukukundaki anlamıyla, kamusal hizmetlerin gereği gibi, aksatılmadan yürütülmesi olarak belirtilebilir⁴⁰.

Tedviren görevlendirme, “yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetini çeşitli nedenlerle yerine getiremeyen bir memur veya diğer bir kamu görevlisinin

³⁷ Bucaktepe, s. 153.

³⁸ Bucaktepe, s. 153.

³⁹ Türk Dil Kurumu, s. 2163.

⁴⁰ Yücesoy, Ayşe Aslı: Kanuni İdare İlkesi Çerçevesinde Tedviren Görevlendirme Usulü, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 26, Sayı: 1, 2018, ss. 127-147, s. 130.

yürüttüğü kamu hizmetini yapmak üzere vekâleten atama yapılamayan durumlarda, kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi uyarınca, şartları uymasa da, o görevi yürütebileceğine inanılan bir başka memur veya diğer bir kamu görevlisine görev ve yetki verilmesidir” biçiminde tanımlanabilir⁴¹.

Tedviren görevlendirme, asıl olarak yapılacak atamayı ikame etmemelidir. Başka bir deyişle, bu tür bir görevlendirme, asıl olarak yapılması gereken atamanın yerine geçmemelidir. Bunun sonucu olarak da, bu tür görevlendirmelerin uzunca bir süreye yayılmaması gerekir⁴². Gözler tedviren görevlendirmeyi, eğer geçici bir süre için yapılmışsa “vekâleten atama”; uzun sürecek bir dönem için yapılmışsa “asaleten atama” olarak kabul etmemiz gerektiğini düşünmektedir⁴³.

Tedviren görevlendirme esasen uygulamanın bir icadıdır⁴⁴. Bu görevlendirmenin kanuni dayanağı bulunmamaktadır⁴⁵. Tedviren görevlendirmenin dayanağı, 17.05.1987 tarihinde, Maliye Bakanlığı tarafından çıkarılan, 99 Seri No.lu Devlet Memurları Kanunu Genel Tebliğidir⁴⁶.

Asılda olması gereken koşullara haiz bir memur veya kamu görevlisi bulunamazsa, kamu hizmetlerinin aksamadan yürütülebilmesi için; herhangi bir biçimde boşalmış ya da boş bulunan göreve, asılda olması gereken koşullara en yakın personelden birinin tedviren görevlendirilmesi gerektiği bilinmektedir⁴⁷. Danıştay kararları da bu yöndedir⁴⁸.

Görevini tedviren yürüten bir kamu görevlisi, bu göreve ilişkin unvanı taşımıyorsa; görevi her ne kadar tedviren yürütüyor olsa da, tedviren yürüttüğü görevdeki unvana hak kazanamaz. Aynı zamanda idare, tedviren görevlendirilen personeli, istediği zaman görevinden alıp, esas kadrosuna iade edebilir⁴⁹. Danıştay bazı kararında bunu açık olarak vurgulamıştır⁵⁰.

⁴¹ Kalabalık, s. 67.

⁴² Giritli, İsmet / Bilgen, Pertev / Akgüner, Tayfun: İdare Hukuku, 3. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2008, s. 582.

⁴³ Gözler, Cilt I, s. 785.

⁴⁴ Yıldırım, Turan: İdari Yargı, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 158.

⁴⁵ Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 209.

⁴⁶ 19 no.lu dipnota bakınız.

⁴⁷ Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 210.

⁴⁸ Danıştay 5. Dairesinin, 14.12.2004 tarihli, E. 2001/1374, K. 2004/5356 sayılı kararı. “... Mevzuatta “tedviren görevlendirme” şeklinde bir yöntem öngörülmeden durumlarda, asılda aranan koşullara sahip vekil memur bulunmadığı hallerde, idarelerce hizmetin aksamadan yürütülebilmesi bakımından herhangi bir şekilde boşalmış veya boş bulunan bir göreve asılda aranan koşullara en yakın personel arasından tedviren görevlendirme yapılmakta ve idari görev bu şekilde yürütülmektedir...”.

⁴⁹ Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 210.

⁵⁰ Danıştay 5. Dairesinin, 16.01.2008 tarihli, E. 2005/5719, K. 2008/59 sayılı kararı. “... davacıya ikinci derece imza yetkisi tanınması ve şef görev ve yetkisi verilmesinin davacı açısından kaza-

Danıştay'ın tedviren görevlendirme ile ilgili kararlarında, istikrar bulunduğunu söylemek oldukça zordur. Danıştay bazı kararlarında tedviren görevlendirmeye olumsuz⁵¹ yaklaşmaktayken; bazı kararlarında ise, olumlu⁵² yaklaşmaktadır⁵³.

Danıştay'ın yerleşmiş görüşüne göre, tedviren görevini yürüten kamu görevlisine, ifa ettiği göreve karşılık olarak, herhangi bir ücret, yan ödeme, zam ve tazminat ödenemez⁵⁴. Sayıştay'ın kararları da bu doğrultudadır⁵⁵. Bununla

nılmış bir hak oluşturmayacağı, verilen görev ve yetki ile birlikte imza yetkisinin her zaman geri alınabilmesi olanağı bulunduğundan..."; Danıştay 5. Dairesinin, 22.11.2001 tarihli, E. 1998/1661, K. 2001/4441 sayılı kararı. "... uygulamada, asilde aranan şartlara sahip vekil memur bulunmadığı hallerde idarelerce hizmetin aksamadan yürütülebilmesi bakımından, herhangi bir şekilde boşalmış veya boş bulunan bir göreve asilde aranan şartlara en yakın personel arasından tedviren görevlendirme yapılmakta ve idari görev bu şekilde yürütülmektedir...".

⁵¹ Danıştay 1. Dairesinin, 25.11.1993 tarihli, E. 1993/258, K. 1993/240 sayılı kararı. "... Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli görevlerin Kanunda öngörülen nitelikleri taşıyanlar arasında atanacak memurlar eliyle yürütülmesi asıl olmakla birlikte, bu görevlerin, ancak yine koşulları Kanunda gösterilen vekâlet, ikinci görev ve geçici süreli görevlendirme yoluyla gördürülmeleri mümkün bulunmakta, bu istisnai görevlendirmelerin dışında Kanunda ayrıca tedvir ile görevlendirme adı altında bir istihdam şekli yer almamaktadır...".

⁵² Danıştay 11. Dairesinin, 10.04.2003 tarihli, E. 2000/9798, K. 2003/1654 sayılı kararı. "... Mevzuatta tedviren görevlendirme şeklinde açıklanan bir usul bulunmamakla beraber, uygulamada 99 Seri No.lu Genel Tebliğde de belirtildiği üzere asilde aranan şartlara sahip vekil memur bulunmadığı hallerde idarelerce hizmetin aksatılmadan yürütülmesini teminen herhangi bir şekilde boşalmış veya boş bulunan bir göreve asilde aranan şartlara en yakın personel arasından tedviren görevlendirme yapılarak idari görevin yürütülmesi sağlanmaktadır..."; Danıştay 5. Dairesinin, 14.12.2004 tarihli, E. 2001/1374, K. 2004/5356 sayılı kararı. "... Mevzuatta "tedviren görevlendirme" şeklinde bir yöntem öngörülmemen durumlarda, asilda aranan koşullara sahip vekil memur bulunmadığı hallerde, idarelerce hizmetin aksamadan yürütülebilmesi bakımından herhangi bir şekilde boşalmış veya boş bulunan bir göreve asilda aranan koşullara en yakın personel arasından tedviren görevlendirme yapılmakta ve idari görev bu şekilde yürütülmektedir. Dolayısıyla tedviren görevlendirme geçici ve istisnai durumlarda başvuru bir yoldur...".

⁵³ Bucaktepe, s. 159; Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 209.

⁵⁴ Danıştay 2. Dairesinin, 27.01.2009 tarihli, E. 2008/4125, K. 2009/294 sayılı kararı. "... asilde aranan şartlara sahip olmayan davacının malmüdürlüğü görevini tedviren yürütmesi nedeniyle kendisine tazminat şeklinde olsa dahi vekâlet aylığı ödenmesi mümkün olmadığından..."; Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun, 28.12.2006 tarihli, E. 2003/736, K. 2006/3361 sayılı kararı. "... asilde aranan şartlara sahip olmadığı için ilçe milli eğitim müdürlüğü görevini tedviren yürüten davacıya anılan yasal düzenlemeler karşısında asilde aranan şartları taşımaması nedeniyle tedviren görev yaptığı kadro için yan ödeme, özel hizmeti tazminatı ve ek ders ücreti ödenmesine imkân bulunmadığından, temyize konu kararın bu kısmında hukuka uyarlık bulunmamaktadır..."; Danıştay 11. Dairesinin, 10.01.2007 tarihli, E. 2004/3769, K. 2007/8 sayılı kararı. "... mevzuatta, tedviren görevlendirilenlere ek ders ücreti ödeneceğine ilişkin bir düzenleme yer olmadığından, il milli eğitim şube müdürü olarak tedviren görevlendirilen davacıya, tedviren yürüttüğü bu görev boyunca ödenen ek ders ücretlerinin geri istenilmesine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmamakta olup...".

⁵⁵ Sayıştay Temyiz Kurulunun 12.05.1992 tarihli K. 1992/22746 sayılı kararı. "... buna açıklık getiren gelgelge ile tedviren atanan ve bu görevi yürüten kişilere Karamamede belirlenen zam ve tazminatların ödenmesine cevaz verilmemektedir..."; Sayıştay Temyiz Kurulunun 25.02.1997 tarihli K. 1997/24020 sayılı kararı. "... dosyada mevcut görevlendirme yazısından, Millî Emlak Müdürlüğü görevinin Millî Emlak Müdür Yardımcısı tarafından tedviren yürütülmesinin uygun görüldüğü anlaşıldığından ve ted-

beraber Danıştay'ın, angarya yasağını göz önüne alarak, tedviren görevlendirilen kamu görevlisine vekâlet aylığına denk bir tutarın tazminat olarak ödemesi gerektiği doğrultusunda kararları⁵⁶ da vardır.

Tedviren görevlendirme, sürekli hale getirilecek şekilde uygulanmamalıdır. Aksi halde, bu yönde yapılan işlemlerin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 3. maddesinde yer alan kariyer ve liyakat ilkelerine aykırılık oluşturması söz konusu olacaktır⁵⁷. Danıştay da bir kararında bunu net bir şekilde vurgulamıştır⁵⁸.

VI. VEKÂLETİN SÜRESİ

Vekâlet kurumu istisnai bir usul olduğundan, bu kuruma kısa dönemler için başvurulmalıdır. Vekâleten atanan kişinin görev süresi, makul bir süre ile sınırlı olmalıdır. Makul süre ile kastedilen, atama yapılacak kadronun gerektirdiği vasıflara haiz kamu görevlisinin, söz konusu kadroya asaleten atanması için yapılması gereken hazırlık ve atama işlemleri ile sınırlı olan süredir. Eğer, vekâleten atanan kamu görevlisi, makul süreyi aşacak şekilde asıl görevi ifa etmeye devam ederse, bu süreden sonra yaptığı işlemler yetkisizlik sebebiyle sakat olur. Belirtmekte fayda vardır ki, bazı kanunlarda⁵⁹ bu konu hakkında azami süre öngören hükümler de bulunmaktadır⁶⁰.

viren yürütülmesi ve bu durumda ödenecek mali haklar konusunda mevzuatta yapılan bir düzenleme bulunmadığından, tedviren görevlendirilen kamu görevlisine, vekâleten görevlendirme yapılmış gibi Millî Emlak Müdürü görevine ait zam ve tazminatların ödenmesine imkan bulunmamaktadır...”

⁵⁶ Danıştay 8. Dairesinin, 18.11.1999 tarihli, E. 1997/59, K. 1999/6401 sayılı kararı. “... atandığı enstitüde öğretim elemanı olmadığı için davacı zorunlu olarak bu idari görevle görevlendirildiğine ve ilgili yasal düzenlemelerle tedviren görevlendirme adı altında bir görevlendirme şekli kabul edilmediğine göre bu görevlendirmenin vekâlet olarak kabulü gerekir. Bu durumda, davacının görevin yürütülmesinde yetkili ve sorumlu olduğu, görevi fiilen yürüttüğü konusunda da taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmadığından, davacının asaleten atananlara yapılan ödemelerden yararlandırılması gerekir. Aksine bir uygulama eşitlik ve hakkaniyet ilkelerine aykırı düşer...”: Danıştay 11. Dairesinin, 22.12.2003 tarihli, E. 2001/481, K. 2003/5610 sayılı karar. “... Asilde aranan şartları taşımayan bir kişinin vekil olarak atanamayacağı ve kendisine vekâlet aylığı ödenemeyeceği açık olmakla birlikte, Anayasanın 18. maddesinde düzenlenen ve angaryayı yasaklayan hükmü uyarınca, davacının fiilen yürüttüğü görev karşılığında bazı maddi haklara hak kazanacağı, ancak yüksek öğrenim mezunu olmaması nedeniyle zam ve tazminatları alamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır...”

⁵⁷ Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 211.

⁵⁸ Danıştay 5. Dairesinin, 17.09.2003 tarihli, E. 2003/868, K. 2003/3533 sayılı kararı. “... vekâleten ve tedviren görevlendirmenin geçici ve istisnai durumlarda başvurulmuş bir yol olduğu, tedviren görevlendirilen personelin o kadro için öngörülen şartları taşımadığı göz önüne alındığında, kamu hizmetlerinin tedviren ya da vekâleten yürütülmesini sürekli hale getirecek şekilde uygulama yapılamayacağı, bu yöndeki işlemlerin 657 sayılı Yasanın 3. maddesinde ifadesini bulan kariyer ve yeterlilik ilkelerine de aykırı olacağı açıktır...”

⁵⁹ 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 13. maddesine göre, “Göreve vekâlet altı aydan fazla sürerse yeni bir rektör atanır”.

⁶⁰ Gözler, Cilt I, s. 785; Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 207.

Ne yazık ki, ülkemizde söz konusu usul ve esaslara külliyen riayet edilmediğini söyleyemeyiz. Birçok idari makam, uzun süreliğine, vekâleten atanan kamu görevlileriyle doldurulmuştur⁶¹.

Danıştay bir kararında, vekâleten atanan kamu görevlilerinin, vekâlet görevini sona erdiren sebepleri tek tek saymıştır. Buna göre, vekâleten bir göreve atanan kamu görevlisinin vekâlet görevinin sona erdirilmesi için; vekâlete esas olan nedenin ortadan kalkması, boş kadroya asaleten atama yapılmış olması, vekâlet görevine atanan kamu görevlisinin vekâlet görevini layıkıyla yerine getirememesi veya vekâlet görevinin üzerinde kalmasında sakınca bulunduğu nun anlaşılması hallerinin bulunması gerekmektedir⁶².

VII. VEKÂLETEN ATANANLARIN YETKİLERİ

Hukukumuzda, vekâletin her iki çeşidinde de vekil, asıl kamu görevlisinin elinde bulundurduğu yetkileri, kendisine yasaklanmadığı sürece, vekâlet süresi boyunca kullanabilir. Ayrıca vekilin bu zaman zarfı boyunca yaptığı tüm işlemler, yetkisizlik sebebiyle sakat da olmaz⁶³.

İçtihatlar da vekilin, asıl kamu görevlisinin tüm yetkilerine sahip olduğunu vurgulamaktadır⁶⁴.

VIII. VEKÂLETEN ATANANLARIN MALİ HAKLARI

657 sayılı Kanundaki genel kural, bir görevin memurlar eliyle vekâleten yürütülmesi durumunda aylıksız vekâleten asıl olduğudur. Her ne kadar genel kural bu olsa da, gerek kurum içinden, gerek kurum dışından, gerekse açıktan atanacak vekillere birtakım mali hakların verilebileceği öngörülmüştür⁶⁵.

⁶¹ Akyılmaz / Sezginer / Kaya, s. 209.

⁶² Danıştay 12. Dairesinin, 17.11.2009 tarihli, E. 2008/6642, K. 2009/6351 sayılı kararı.

⁶³ Gözler, Cilt I, s. 785.

⁶⁴ Danıştay 11. Dairesinin, 17.02.2000 tarihli, E. 1998/2640, K. 2000/615 sayılı kararı. "... Dosyanın incelenmesinden, dava konusu inceleme raporunun vergi dairesi müdür yardımcısı ... tarafından düzenlendiği, ...'ın inceleme raporunu düzenlediği dönemde vergi dairesi müdürüne vekâlet ettiği anlaşılmaktadır. Olayda, müdür yardımcısının müdürün izinli olduğu dönemde vekil olarak vergi inceleme raporuna imzaladığı, vekilin de, vekâlet ettiği görevin yetki ve sınırları içinde kalmak şartıyla asılın bütün hak ve yetkisine sahip olduğu vekâlet kurumunun niteliği gereğidir..."; Danıştay 1. Dairesinin, 19.09.2002 tarihli, E. 2002/136, K. 2002/131 sayılı kararı. "... 1580 Sayılı Kanunun 93 üncü maddesi gereğince Belediye Başkan Vekili olarak görevlendirilen ...'nun 8.8.2002 tarihinde Belediye Başkanının görevinden ayrılması nedeniyle boşalan belediye başkanlığı görevini vekâleten yürüttüğü, vekilin, asılın bütün yetkilerini haiz olması nedeniyle başkanlık sıfatının gerektirdiği diğer görevleri yerine getirmesi yanında, 16.8.2002 günlü Meclis toplantısını yönetmesinde hukuka aykırılık bulunmamaktadır...".

⁶⁵ Bucaktepe, s. 160.

Bir göreve vekâleten atanan kamu görevlisi veya memura, söz konusu görevi yürütmesi sebebiyle yapılan ödemeye vekâlet aylığı adı verilir. Bu aylığın kanuni dayanağı, 657 sayılı Kanunun, 86. maddesidir⁶⁶.

Vekâleten atananlar ayrıca, devlet memurlarına ödenen zam ve tazminatlardan faydalanabilirler. Ödenecek zam ve tazminatların kanuni dayanağı ise, 657 sayılı Kanunun, 152. maddesidir.

Danıştay verdiği kararlarında çoğunlukla, vekâleten veya tedviren atanan vekilin, asıl kamu görevlisinin şartlarını taşımadığı durumlarda, kendisine vekâlet aylığı ödenmeyeceğini vurgulamaktadır⁶⁷. Ancak Danıştay'ın, vekâleten veya tedviren atanan vekile herhangi bir ödeme yapılmamasının,

⁶⁶ Memurların kanuni izin, geçici görev, disiplin cezası uygulaması veya görevden uzaklaştırma nedenleriyle işlerinden geçici olarak ayrılımları halinde yerlerine kurum içinden veya diğer kurumlardan veya açıktan vekil atanabilir.

Bir görevin memurlar eliyle vekâleten yürütülmesi halinde aylıksız vekâlet asıldır.

Ancak, ilkokul öğretmenliği (Yaz tatili hariç), tabiplik, diş tabipliği, eczacılık, köy ve bel-delerdeki ebelik ve hemşirelik, mühendis ve mimarlık, veterinerlik, vaizlik, Kur'an kursu öğreticiliği, imamahatıplık ve müezzin-kayyımlığa ait boş kadrolara Maliye Bakanlığının izni (mahallî idarelerde izin şartı aranmaz) ile, açıktan vekil atanabilir.

Aynı kurumdan ayrılımlar dolayısıyla atanan vekil memurlara vekâlet görevinin 3 aydan fazla devam eden süresi için, kurum dışından veya açıktan atananlarla kurum içinden ilkokul öğretmenliğine atanan öğretmenler ile veznedarlık görevine atananlara göreve başladıkları tarihten itibaren vekâlet aylığı ödenir.

Bu Kanuna tabi kurumlarda çalışan veteriner hekim veya hayvan sağlık memurları, veteriner hekim veya hayvan sağlık memuru bulunmayan belediyelerin veterinerlik veya hayvan sağlık memurluğu hizmetlerini ifa etmek üzere bu hizmetlerle ilgili kadrolara vekâlet aylığı verilerek suretiyle atanabilirler. Yukarıda sayılan haller dışında, boş kadrolara ait görevler lüzum görüldüğü takdirde memurlara ücretsiz olarak vekâleten gördürülebilir.

Bu Kanuna tabi kurumlarda, mali, nakdi ve aynı sorumluluğu bulunan saymanlık kadrolarının boşalması halinde bu kadrolara işe başladıkları tarihten itibaren vekâlet aylığı verilmek suretiyle memurlar arasından atama yapılabilir.

Açıktan vekil olarak atananlara, bir yılda yirmi günü geçmemek üzere çalıştıkları her ay için iki gün yıllık izin verilir. Bu iznin kullanımında, bir sonraki yıla devredilme hâli dışında Devlet memurları için öngörülen hükümler uygulanır.

⁶⁷ Danıştay 2. Dairesinin, 06.10.2009 tarihli, E. 2009/309, K. 2009/3367 sayılı kararı. "... asilde aranan şartlara sahip olmayan davacının Pazarlar Tapu Sicil Müdürlüğü görevini Kaymakamlık onayıyla yürütmesi nedeniyle kendisine tazminat şeklinde olsa dahi vekâlet aylığı ödenmesi mümkün olmadığından, davaya konu vekâlet aylığı ödenmemesine ilişkin işlem hukuka uygun olup, davacıya yürütüldü görev dolayısıyla vekâlet aylığına eş değer tutarda bir meblağın tazminat olarak hesaplanıp ödenmesine hükmedilmesi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır..."; Danıştay 2. Dairesinin, 17.06.2009 tarihli, E. 2008/7627, K. 2009/2573 sayılı kararı. "... asilde aranan şartlara sahip olmayan davacının Kastamonu İli, Şeydiler İlçesi Tapu Sicil Müdürlüğü görevini yetkilendirme yoluyla yürütmesi nedeniyle kendisine tazminat şeklinde olsa dahi vekâlet aylığı veya zam ve tazminatların ödenmesi mümkün olmadığından..."; Danıştay 2. Dairesinin, 20.12.2010 tarihli, E. 2008/1832, K. 2010/4958 sayılı kararı. "... vekaleten yürütmekte olduğu Döner Sermaye Saymanlığı kadrosuna atanmak için asilde aranan şartları taşımayan davacının, söz konusu görev nedeniyle Maliye Bakanlığı personeline Gelir İdaresini Geliştirme Fonundan yapılan ek ücret ödemesinden yararlandırılmamasına ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmamaktadır...".

Anayasanın 18. maddesinde belirtilen angarya yasağına aykırı olacağını vurgulayan kararları da mevcuttur⁶⁸.

Dolu kadrolara yapılan vekâleten atamalara istisnasız vekâlet aylığı ödenmektedir. Bununla beraber, boş kadrolara yapılan vekâleten atamalarda ise, yalnızca saymanlık kadroları ile belediyelerin veterinerlik ve hayvan sağlık memurluğu kadrolarına vekâleten atanan vekillere vekâlet aylığı ödenmektedir. Bu durum ciddi bir haksızlık yaratmaktadır. Dolu kadroya yani asıl kamu görevlisine aylık ödenirken, ek olarak vekile de ayrıca vekâlet aylığı ödenmekte; boş kadroya vekâlet eden vekile ise vekâlet aylığı ödenmemektedir. Bu haksız durumun, yapılacak kanuni bir düzenlemeyle giderilmesi gerekmektedir⁶⁹.

IX. DEVLET MEMURLARININ İKİNCİ GÖREV YASAĞI

Bir memur kural olarak yalnızca bir kadroda çalışabilir. Yani bir memur sadece bir görev ifa edebilir. Bir memur kendi memuriyetinden başka, ikinci bir memuriyete atanamaz. 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 87. maddesiyle memurlara, kamu kurum ve kuruluşlarında ikinci bir görev verilmesi yasaklanmıştır. İkinci görev yasağına, “başka görev alma yasağı” da denilmektedir⁷⁰.

788 sayılı Memurin Kanunu, asaleten iki memuriyetin bir şahsın sorumluluğunda toplanamayacağını hüküm altına almıştı. Buna karşın, ek görev sürekli bir hale getirilmişti. Üstelik bazı kuruluşlarda bir memur için iki kadro kullanımı normal karşılanmaya başlanmıştı. Bu hali sona erdirmek için, 657 sayılı Kanun, devlet memurlarına ikinci bir görevin verilmesini yasaklamış bulunmaktadır⁷¹.

Yine 657 sayılı Kanunun 87. maddesi, devlet memurlarına, kamu kurum ve kuruluşlarından, maaşları dışında, her ne isim altında olursa olsun para ödemeyeceğini ve yarar sağlanamayacağını da belirtmektedir⁷². Örnek vermek

⁶⁸ Danıştay 11. Dairesinin, 22.12.2003 tarihli, E. 2001/481, K. 2003/5610 sayılı kararı. “... Asilde aranan şartları taşımayan bir kişinin vekil olarak atanamayacağı ve kendisine vekâlet aylığı ödenmeyeceği açık olmakla birlikte, Anayasanın 18. maddesinde düzenlenen ve angaryayı yasaklayan hükmü uyarınca, davacının fiilen yürüttüğü görev karşılığında bazı maddi haklara hak kazanacağı, ancak yüksek öğrenim mezunu olmaması nedeniyle zam ve tazminatları alamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır...”.

⁶⁹ Akyel / Söyler, s. 12, 13.

⁷⁰ Yıldırım, Ramazan / Çınarlı, Serkan: Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt: I, 1. Baskı, Astana Yayınları, Ankara 2018, s. 227; Gözler, Kemal: İdare Hukuku Cilt II, 2. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2009, s. 731.

⁷¹ Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut: İdare Hukuku Cilt I, 14. Baskı, Doruk Kitabevi, Ankara 2021, s. 841.

⁷² Ancak 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 87. maddesine göre, “Ancak, bu Kanunun memurlara ikinci görev verilmesini öngören hükümleri ile hakem, tasfiye memuru ve bilirkişilere takdir olunan İl Genel Meclisi ve İl Daimi Encümeni başkanları, özel kanunlarla veya Cumhurbaşkanlığı

gerekirse, lise müdürlüğüne asil olarak atanan bir öğretmene, asil görevinin öğretmenlik olması sebebiyle ikinci bir görev ücreti verilemez⁷³. Bir memurun üzerinde birden fazla, ücretli ikinci görev bulunamaz⁷⁴.

Her ne kadar devlet memurlarına ikinci görev yasağı getirilmiş olsa da, 657 sayılı Kanun, bazı istisnai durumlarda, devlet memurlarına ikinci bir görev verilebileceğini öngörmüştür. 657 sayılı Kanununun 88. maddesine göre, devlet memurlarına esas görevlerinin yanında, özel kanunlarla, Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle veya bunların verdiği yetkiye dayanılarak memurlara gör-dürülmesi gereken hizmetler; mesleki bilgiyle alakalı olarak hizmete sakınca getirmemek ve atamaya yetkili amirin onayı olmak koşuluyla, 657 sayılı Kanununun 87. maddesinde bahsi geçen kurumların tabiplikleri, dış tabiplikleri, eczacılıkları, kimyagerlikleri, veterinerlikleri, avukatlıkları ile Adli Tıp Kurumu uzmanlıkları; asıl görevlerinin bulunduğu bucak, ilçe ve zorunlu hallerde iller belediyelerinin yüksek mühendis, mühendis, yüksek mimar ve mimarlarca yürütülmesi gereken teknik hizmetleri ikinci görev olarak verilebilir⁷⁵. Yine 657 sayılı Kanununun 88. maddesine göre, tabiplere, sağlık müdürlüğü, sağlık müdür yardımcılığı, baştabiplik ve baştabip yardımcılığı; dış hekimlerine ve veterinerlere, meslekleri ile ilgili baştabiplik; veteriner, dış hekimi ve eczacılara baştabip yardımcılığı; öğretmenlere; okul ve enstitü müdürlüğü, başyardımcılığı ve yardımcılığı görevleri ikinci görev olarak yaptırılabilir⁷⁶.

Danıştay'ın da bu konu ile ilgili birtakım kararları mevcuttur. Bu kararlardan biri de, Danıştay 8. Dairesinin, 17.11.1999 tarihli, E. 1997/719, K. 1999/6278 sayılı kararıdır. Bir üniversitenin, eğitim uygulama ve araştırma hastanesinin başhekimisi olan davacı, ikinci görev aylığı ödenmemesine ilişkin işlemin iptali istemiyle dava açmıştır. Eskişehir İdare Mahkemesi, açılan davada, idari görev aylığı konusunda 2914 ve 2547 sayılı Kanunlarda hüküm bulunmadığından, 2914 sayılı Kanununun 20. maddesi uyarınca 657 sayılı Kanunun "ikinci görev aylığına" ilişkin hükümlerine gitmek zorunluluğu bulunduğu,

kararnameleriyle kurulan ve asli görevlerinin devamı niteliğinde olmayan çeşitli kurul, komisyon, heyet ve jüri çalışmalarına, Üniversiteler, Akademiler, Türkiye ve Orta - Doğu Amme İdaresi Enstitüsü ve özel kanunlarla veya Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle kurulan araştırma kurumları tarafından idareyle ilgili olarak yapılan inceleme ve araştırma çalışmalarına katılanlar için özel kanunlarınca gösterilen veya bu kanunlara dayanılarak tespit edilen ücretlerin ödenmesine ilişkin hükümler saklıdır".

⁷³ Giritli / Bilgen / Akgüner, s. 614.

⁷⁴ Derdiman, R. Cengiz: İdare Hukuku, 2. Baskı, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa 2007, s. 431.

⁷⁵ Derdiman, s. 430.

⁷⁶ Gözler, Cilt II, s. 731, 732.

657 sayılı Kanununun 88. maddesinde baştabiplik görevinin ikinci görev olarak verilebileceği, 175. maddesinde ise ikinci görev aylığı düzenlendiğinden, hastane profesörü olan davacıya, başhekimlik görevinden dolayı ikinci görev aylığının ödenmesi gerektiği gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal etmiştir. Davalı idare de, 2914 sayılı Kanununun 3. maddesinde idari görev ödeneği verilecekler arasında başhekimlik görevinin sayılmadığını öne sürerek, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması için Danıştay'a başvurmuştur. Danıştay da, Eskişehir İdare Mahkemesi tarafından verilen kararın dayandığı gerekçe, usul ve yasaya uygun olduğu ve kararın bozulmasını gerektiren bir neden olmadığı için, temyiz isteminin reddi ile söz konusu kararın onanmasına karar vermiştir.

SONUÇ

Süreklilik özelliği, kamu hizmetlerinin en önemli özelliklerinden biridir. Lakin, idare sürekli iş başındadır. İdari işlemleri yapmaya yetkili kılınan görevliler mevzuat tarafından belirlenmiştir. Bir idari işlem, kural olarak, yetkili kişi tarafından yapılmalıdır. Yetkisiz kişi tarafından yapılan idari işlem hukuka aykırı olacaktır. Fakat, uygulamada kolaylığın sağlanması adına, yetkinin doğrudan kullanımına bazı istisnalar getirilmiştir. Bunlardan biri de vekâlet kurumudur.

Vekâleten yapılan atamaların asıl amacı, kamu hizmetlerinin sunumunda aksaklıkların önlenmesidir. Dolayısıyla vekâlet kurumuna, istisnai durumlarda, geçici olarak başvurulmalıdır. Kadrolara yapılacak atamalarda esas olan, mevzuatla tayin edilen koşulları taşıyan kişilerin, liyakat ve kariyer ilkeleri doğrultusunda atanmalarıdır.

Vekâleten atanacak kişi, öncelikli olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda bulunan genel koşulları taşımalı; bununla birlikte, vekâlet edilecek kadro ya da görevle ilgili, mevzuatta bulunan özel koşullara da sahip olmalıdır.

Vekâlet kurumu istisnai bir uygulama olduğundan, bu kuruma kısa dönemler için başvurulmalıdır. Vekâleten atanan kişinin görev süresi makul süreyi geçmemelidir. Ancak ülkemizde, vekâleten atanan kamu görevlileri uzun dönemler boyunca bu görevde bulunmaktadır. Bu yüzden, pek çok idari makam vekâleten atanan kamu görevlileriyle doldurulmuştur.

Vekâleten atanan kamu görevlileri, kendilerine yasaklanmadığı sürece, asıl kamu görevlisinin sahip olduğu tüm yetkileri kullanabilir. Dolayısıyla, vekilin yaptığı işlemler, yetkisizlik nedeniyle sakat olmaz.

Vekâleten yürütülen görevlerde, genel kural, aylıksız vekâletin esas olmasıdır. Genel kurul bu şekilde olsa da, vekâleten görevlendirilenlerin bazı mali hakları bulunmaktadır. Danıştay'ın birçok kararında, vekâleten atanan vekile, eğer asıl kamu görevlisinin şartlarını taşımıyorsa, vekâlet aylığı ödenemeyeceği belirtilmektedir. Ancak, Danıştay bazı kararlarında vekâleten atanan vekile ödeme yapılmamasının, angarya yaşağına aykırılık oluşturacağını da vurgulamıştır.

Dolu kadrolara yapılan vekâleten atamalara vekâlet aylığı ödenmesine rağmen, boş kadrolara yapılan vekâleten atamalarda, yalnızca saymanlık kadroları ile belediyelerin veterinerlik ve hayvan sağlık memurluğu kadrolarına vekâleten atanan vekillere vekâlet aylığı ödenmektedir. Gerçek bir haksızlık yaratan bu uygulamanın, kanuni bir düzenlemeyle giderilmesi gerekmektedir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre, memurlara, kamu kurum ve kuruluşlarında ikinci bir görev verilemez. Genel kural bu olsa da, bazı istisnai durumlarda, devlet memurlarına ikinci bir görev verilebilmektedir.

KAYNAKÇA

- Akyel, Recai / Söyler, İlhami: Kamu Personel Yönetiminde Vekâlet Müessesesi (Sorunlar- Çözümler), Vergi Raporu Dergisi, Sayı: 123, 2009, ss. 7-14.
- Akıylmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil: Türk İdare Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2017.
- Atay, Ender Ethem: İdare Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2022.
- Bucaktepe, Adil: İdare Hukukunda Vekâlet, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 26, 2016, ss. 143-167.
- Derdiman, R. Cengiz: İdare Hukuku, 2. Baskı, Alfa Aktüel Yayınları, Bursa 2007.
- Giritli, İsmet / Bilgen, Pertev / Akgüner, Tayfun: İdare Hukuku, 3. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2008.
- Gözler, Kemal: İdare Hukuku Cilt I, 2. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2009.
- Gözler, Kemal: İdare Hukuku Cilt II, 2. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2009.
- Gözübüyük, A. Şeref / Tan, Turgut: İdare Hukuku Cilt I, 14. Baskı, Doruk Kitabevi, Ankara 2021.
- Günday, Metin: İdare Hukuku, 11. Baskı, İmaj Yayınları, Ankara 2017.
- Kalabalık, Halil: İdare Hukuku Dersleri Cilt-II, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2021.
- Onar, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.
- Yıldırım, Turan: İdari Yargı, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2008.
- Türk Dil Kurumu: Türkçe Sözlük (K-Z), Türk Tarih Kurumu Basım Evi, Ankara 1998.
- Ulu, Güher: İdari İşlemin Yetki Unsuru, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bursa 2011.
- Yayla, Yıldızhan: İdare Hukuku, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2009.
- Yerebasmaz, Yasin: 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28. Maddesine Göre Memurların Ticaret ve Diğer Kazanç Getirici Faaliyetlerde Bulunma Yasağının Kapsamı ve Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 69, Sayı: 1-2, 2011, ss. 1177-1198.
- Yıldırım, Ramazan / Çınarlı, Serkan: Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt: I, 1. Baskı, Astana Yayınları, Ankara 2018.
- Yıldırım, Ramazan / Çınarlı, Serkan: Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt: II, 1. Baskı, Astana Yayınları, Ankara 2019.
- Yücesoy, Ayşe Aslı: Kanuni İdare İlkesi Çerçevesinde Tedviren Görevlendirme Usulü, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 26, Sayı: 1, 2018, ss. 127-147.
- <https://www.sinerjias.com.tr/> (Tüm Danıştay kararları Sinerji Hukuk Yazılımlarının içtihat arşivinden alınmıştır).

İdari Yargılama Usulünde Feragat ve Kabul ile Mukayeseli Olarak Sulh Müessesesi^(*)

Settlement in Administrative Procedure in Comparison with Waiver and Acceptance

Doç. Dr. Seçkin YAVUZDOĞAN^(**)

Av. Berrin TAYMUR^(***)

Öz:

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesi gereğince Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan feragat ve kabul müesseselerine ilişkin hükümler, niteliği uygun düştüğü ölçüde idari yargıda uygulama alanı bulmaktadır. Bu kapsamda özellikle tam yargı ve iptal davaları bakımından söz konusu müesseseler farklı özellikler barındırmaktadır. Danıştay içtihatlarında kamu yararı niteliği yüksek iptal davalarında feragat ve kabulün davayı sona erdiren bir usuli işlem olarak kabul edilmediği ifade edilmektedir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda tarafların irade beyanlarının uyuşması sonucunda davayı sona erdiren sözleşme niteliğini haiz sulh müessesesi bakımından kabul ve feragatten farklı olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapılmamıştır. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. maddesinde yapılan sayımın tahdidi olması ve sulhün bu kapsamda yer almaması nedeniyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun sulhe ilişkin düzenlemeleri idari yargılama usulünde uygulanamamaktadır. Bununla birlikte özellikle 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname gereğince idari yargılama usulünde sulhe başvurmak mümkündür. 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenen sulh mahkeme dışı sulhe ilişkindir. Dolayısıyla idari yargılama hukukunda sulh, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen sulhten farklı olarak, tarafların uyuşmazlığı yargı yoluna intikal ettirmeden önce başvurdukları bir müessesedir. Bu nedenle idari yargılama usulünde sulhün derdest olan davayı sona erdirici etkisi bulunmamaktadır.

Anahtar Kelimeler:

İdari Yargılama Usulü Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Feragat, Kabul, Sulh.

^(*) Makale Hakem denetiminden geçmiştir.

Makalenin Editörlüğe Gönderildiği Tarih: 14.11.2022, Makalenin Kabul Tarihi: 17.11.2022.

^(**) Doç. Dr., Kırklareli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi,
E-posta: seckinyavuzdogan@klu.edu.tr,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-4698-3140>.

^(***) Avukat; Kırklareli Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Tezli Yüksek Lisans Programı Öğrencisi,
E-posta: berrintaymur@gmail.com,
Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-7207-2535>.

Abstract:

Pursuant to Article 31 of the Code of Administrative Procedure, the provisions on waiver and acceptance in the Code of Civil Procedure are applicable in the administrative jurisdiction to the extent that their nature is appropriate. In this context, especially in full judgment and annulment cases, the said institutions have different characteristics. In the case law of the Council of State, it is stated that waiver and acceptance are not accepted as a procedural act that ends the case in annulment cases with high public interest. Unlike acceptance and waiver, the Administrative Procedure Law does not refer to the Code of Civil Procedure in terms of the settlement institution, which has the nature of a contract that terminates the lawsuit as a result of the agreement of the parties' declarations of will. Since the enumeration made in Article 31 of the Code of Administrative Procedure is limited and settlement is not included in this scope, the provisions of the Code of Civil Procedure regarding settlement cannot be applied in administrative proceedings. However, it is possible to apply for settlement in administrative proceedings, especially in accordance with the Decree Law No. 659. The settlement regulated by the Decree Law No. 659 is related to out-of-court settlement. Therefore, unlike the settlement regulated under the Code of Civil Procedure, settlement in administrative proceedings is an institution applied by the parties before the dispute is referred to the judicial proceedings. Therefore, the settlement in administrative procedure does not have the effect of terminating the pending lawsuit.

Keywords:

Administrative Procedure Law, Civil Procedure Law, Waiver, Acceptance, Settlement.

GİRİŞ

Hukuk devleti ilkesi gereğince idare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Bu bağlamda idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır. Uyuşmazlıkların yargı yoluna intikal ettirilmesi, tarafların davadan tasarruf etme hakkını ortadan kaldırmamaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen ve idari yargılama usulünde niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulan, tek taraflı irade beyanı ile davayı sona erdiren feragat ve kabul müesseseleri, tasarruf ilkesinin birer yansımasıdır. Usulüne uygun bir biçimde yapılmış olan feragat ve kabul beyanları ile uyuşmazlık sona erdirilir. Çözümüne seri bir şekilde ulaşılması taraflara emek ve zaman tasarrufu sağlar. Kabul ve feragat kurumlarının idari yargıda uygulama alanı bulması usul ekonomisi bakımından da faydalıdır. Lakin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan feragat ve kabule ilişkin hükümlerin doğrudan idari yargılama usulünde uygulanması mümkün değildir. Zira idari yargılama usulünde kamu yararı ilkesi ön plandadır.

İdarenin eylem veya işlemlerinden hakları ya da menfaatleri ihlal edilen kişiler yargı yoluna başvurarak zararlarının tazminini isteyebilecekleri gibi yargı dışı yollar ile de uyuşmazlıkları çözebilme imkanına sahiptirler. İlgili çözüm yollarından birisi de özellikle 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'yle düzenlenen sulh müessesidir. Uyuşmazlığı sona erdirme açısından benzerlik gösteren sulh, feragat ve

kabul müesseseleri, mevzuat içerisindeki yeri ve sözleşmesel bağlamıyla farklılaşır. Bu nedenle ilgili müesseselerin mukayese edilerek açıklanması gereklidir.

I. HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNU (HMK) KAPSAMINDA DAVADAN FERAGAT

HMK kapsamında “feragat” terimi davacının dilekçesinde belirttiği netice-i talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesidir¹. Davayı tek taraflı irade beyanı ile sona erdiren, mahkemeye ulaşması ile hüküm ve sonuçlarını doğuran feragat, medeni usul hukukunda kabul edilen tasarruf ilkesinin² bir sonucudur.³ Kural olarak taraflarca üzerinde serbestçe tasarruf etme hakkı bulunmayan davalarda⁴ dahi feragat mümkündür⁵. Lakin HMK m.70/III⁶ gereğince Cumhuriyet Savcısının bulunduğu davalarda⁷ feragat müessesesi doğrudan kullanılamaz⁸.

Feragate ilişkin irade beyanı HMK m.309/I gereğince mahkeme huzurunda sözlü yapılabileceği gibi dilekçe vermek suretiyle de yapılabilir.⁹ Feragatin etki ve sonuçlarını doğurabilmesi için HMK m.309/II hükmünde belirtildiği üzere karşı tarafın iznine ya da hakimın takdir ve onayına ihtiyaç bulunmamaktadır¹⁰. Bu nedenle hakim yalnızca, feragatin usulüne uygun yapıp yapılmadığı hususunu inceleyebilir¹¹.

¹ Murat Atalı/İbrahim Ermenek: Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 306; H. Yavuz Alangoya: Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul, 2000, s. 373; Serpil Işık: “Medeni Usul Hukukunda Hükümden Sonra Feragat ve Davanın Feragat Sebebiyle Sona Erdiğini Ortaya Koyacak Olan Mercii: 7251 Sayılı Kanun Değişikliği Kapsamında Değerlendirmeler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 27, Sayı 2, Yıl 2021, s. 1577-1578.

² Medeni Usul Hukuku’nda kabul edilen ilkeler hakkında detaylı bilgi için bkz. M. Serhat Sarısözen: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Medeni Usul Hukukumuzda Getirdiği Yeni Düzenlemeler”, TBB Dergisi, 125/2016, s. 347 vd.

³ Alangoya, s. 373; Işık, s. 1577; Atalı/Ermenek, s. 304.

⁴ Doktrinde bu tür davalara örnek olarak, kişilik haklarını müdafaa eden, boşanma ve ayrılığa ilişkin, babalık, evliliğin butlanı, nüfus kayıt düzeltme davaları ifade edilmektedir. Seda Özmmümcü: “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi”, S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı, 2014, s. 146.

⁵ Işık, s. 1586; Atalı/Ermenek, s. 306.

⁶ HMK. m.70/III “Cumhuriyet savcısının yer aldığı dava ve işler üzerinde taraflar serbestçe tasarruf edemezler.”.

⁷ Bu tür davalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Ali Selim Genç, Cumhuriyet Savcısının Özel Hukuk Davalarındaki Yeri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019, s. 62 vd.

⁸ Örneğin evliliğin feshi davasında taraf feragat hakkından yoksundur. Atalı/Ermenek, s. 306-307; Işık, s. 1586.

⁹ HMK. m.309/I “Feragat ve kabul, dilekçeyle veya yargılama sırasında sözlü olarak yapılır.”.

¹⁰ HMK. m.309/II “Feragat ve kabulün hüküm ifade etmesi, karşı tarafın ve mahkemenin muvafakatine bağlı değildir.”.

¹¹ Işık, s. 1597.

Feragatin yalnızca dava tarafınca yapılacağını söylemek yerinde değildir. HMK m.74 hükmünde belirtildiği üzere vekil aracılığı ile de feragat işleminin yapılması mümkündür ancak vekilin bu konuya ilişkin özel olarak yetkilendirilmesi ve vekaletnamesinde bu hususun açıkça belirtilmesi gerekir¹².

Davadan feragat tek taraflı irade beyanıyla davayı sona erdiren bir usul işlemidir. Feragate ilişkin beyanın mahkemeye ulaşması ile feragatin hüküm ve sonuçları doğacağından, henüz mahkemece feragat nedeni ile dava sona erdirilmemiş olsa dahi artık feragatten dönülmesi mümkün değildir.¹³ Lakin davadan feragat bir irade beyanı olduğu için irade beyanının sakatlanmasına ilişkin hükümlerin feragate uygulanması mümkündür. Yargıtay kararında belirtildiği üzere davadan feragat eden taraf irade beyanının hata, hile veya ikraha uğradığı iddiasını ileri sürebilir. Şayet davadan feragate ilişkin irade beyanı hata, hile veya ikrah sonucunda sakatlanmış ise, bu durumda davadan feragat beyanı iptal edilebilir niteliktedir¹⁴.

Feragat kesin hüküm gibi sonuç doğurur. Feragat edilen hakka ilişkin olarak aynı davalıya karşı aynı konuya ve sebebe dayanarak davanın tekrar açılma imkanı yoktur¹⁵. Şayet feragat edilen hakka ilişkin aynı davalıya karşı aynı

¹² HMK. m.74 "Açıkça yetki verilmemiş ise vekil; sulh olamaz, hâkimi reddedemez, davanın tamamını ıslah edemez, yemin teklif edemez, yemini kabul, iade veya reddedemez, başkasını tevkil edemez, haczi kaldıramaz, müvekkilinin iflasını isteyemez, tahkim ve hakem sözleşmesi yapamaz, konkordato veya sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması teklifinde bulunamaz ve bunlara muvafakat veremez, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuramaz, davadan veya kanun yollarından feragat edemez, karşı tarafı ibra ve davasını kabul edemez, yargılamanın iadesi yoluna gidemez, hâkimlerin fiilleri sebebiyle Devlet aleyhine tazminat davası açamaz, hangileri hakkında yetki verildiği açıklanmadıkça kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davaları açamaz ve takip edemez."

¹³ Işık, s. 1579.

¹⁴ Y. 22. HD. E. 2016/7106, K. 2016/9735, T. 04.04.2016 "... Davacı 04.03.2014 tarihinde açtığı bu dava ile, Ankara 1. İş Mahkemesi'nin 2013/837 esas sayılı dosyasının yargılaması devam ederken davalının, davacıyı kandırarak ve vekil sıfatı ile kendisini bertaraf ederek alacağın tamamının ödeneceği vaadi ile davadan feragat etmesini sağladığını, ilgili dosyada sadece davanın harçlandırılan kısmının ödendiğini, geriye kalan ve ödeneceği vaad edilen alacağın ödenmediğini belirterek feragat beyanını iptali ve anılan dosyada talep edilen işçilik alacaklarının hüküm altına alınmasını istemiştir. Mahkemece kesin hüküm sebebi ile davanın reddine karar verilmiştir. Ancak yukarıda açıklanan kanuni düzenlemeler gereğince feragat eden, hata, hile yada ikrah nedeni ile feragatin iptalini talep edebilir. Davacı, feragatin hata, hile veya ikrah nedeni ile feshi için ayrı bir dava açmayıp da, feragatin geçersizliğini ileri sürerek feragat ettiği davayı yeniden açarsa, mahkeme ön sorun olarak feragatin hata, hile yada ikrah nedeniyle geçersiz olup olmadığını incelemekle yükümlüdür. İrade fesadı ileri sürülen her davanın kesin hüküm itirazı ile karşılaşılmadan görülebileceği açıktır. Anılan sebeplerle mahkemece öncelikle tarafların gösterdikleri tüm deliller toplanarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu 164. maddesi gereğince, feragat beyanının iptali talebi, ön sorun olarak değerlendirilmeli ve oluşacak sonuç dairesinde bir karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." E.T. 12.11.2022; www.hukuktürk.com.

¹⁵ Atalı/Ermeneç, s. 305; Işık, s. 1582.

konuda ve sebeple bir dava açılmış ise açılan yeni dava kesin hükmün bir dava şartı¹⁶ olması nedeniyle usulden reddedilecektir. Bu durum *non bis in idem* ilkesi¹⁷ olarak da adlandırılır.

Davadan feragat aynı zamanda haktan da feragat sonucu doğurduğundan dolayı içeriği mahiyetiyle maddi bir hukuki işlemdir¹⁸. HMK m.309/III gereğince kısmi feragat halinde yalnızca ilgili kısım açısından bu durum söz konusudur. Feragat edilmemiş olan hak için yargılamaya devam edilir¹⁹. Türk hukuk sistemimizde şarta dayalı hüküm verilemeyeceğinden, davayı sonlandıran feragat beyanının da şarta bağlı olmaması gerekir. Bu durum HMK m.309/IV'te açıkça belirtilmiştir²⁰.

Davadan feragatin söz konusu olabilmesi için açılmış bir davanın varlığı gereklidir, henüz vuku bulmamış bir davadan feragat mümkün değildir²¹. Dava açıldıktan sonra mahkemece verilen hükmün kesinleşmesine kadar geçen tüm aşamalarda davacı, davasından feragat edebilir. Dolayısıyla davadan feragat hüküm verildikten sonra, kanun yolu aşamalarında dahi başvurulabilen bir usuli taraf işlemidir. Bu durum HMK m.310 hükmünde açıkça ifade edilmiştir²².

Davadan feragat halinde yargılama giderleri HMK'nın 312. maddesi gereğince davacı tarafından ödenir²³. Mahkeme, feragat eden davacıyı davayı kaybetmiş gibi yargılama giderlerine mahkum eder.

¹⁶ HMK. m.114 "Dava şartları şunlardır: a) Türk mahkemelerinin yargı hakkının bulunması. b) Yargı yolunun caiz olması. c) Mahkemenin görevli olması. ç) Yetkinin kesin olduğu hâllerde, mahkemenin yetkili bulunması. d) Tarafların, taraf ve dava ehliyetine sahip olmaları; kanuni temsilin söz konusu olduğu hâllerde, temsilcinin gerekli niteliğe sahip bulunması. e) Dava takip yetkisine sahip olunması."

¹⁷ İlke hakkında detaylı bilgi için bkz. Mustafa Özen: "Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XIV, Y. 2010, S. 1.

¹⁸ Işık, s. 1588.

¹⁹ HMK. m.309/III "Kısmen feragat veya kabulde, feragat edilen veya kabul edilen kısmın, dilekçede yahut tutanakta açıkça gösterilmesi gerekir."

²⁰ HMK. m.309/IV "Feragat ve kabul, kayıtsız ve şartsız olmalıdır."

²¹ Işık, s. 1594.

²² HMK. m.310 "Feragat ve kabul, hüküm kesinleşinceye kadar her zaman yapılabilir." Bununla birlikte iflas davalarında kanun yolu aşamasında feragat söz konusu değildir. Atalı/Ermenek, s. 306.

²³ HMK m.312 "Feragat veya kabul beyanında bulunan taraf, davada aleyhine hüküm verilmiş gibi yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edilir. Feragat ve kabul, talep sonucunun sadece bir kısmına ilişkin ise yargılama giderlerine mahkûmiyet, ona göre belirlenir."

II. İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUNU (İYUK) KAPSAMINDA DAVADAN FERAGAT

İdari yargılama hukukunda kamu yararı esas olduğundan ötürü idari yargılama hukukuna hakim olan ilkelerden²⁴ biri de re'sen araştırma ilkesidir²⁵. Her ne kadar idari yargıda re'sen araştırma ilkesi geçerli olsa da bu ilke, tarafların açılmış olan bir davayı sona erdirmeye iradelerini diğer bir ifadeyle davadan feragat edebilme hakkını elinden almaz²⁶.

İdari yargılama hukukuna ilişkin düzenlemeler İYUK'ta yer almaktadır. Ancak idari yargıya ilişkin kuralların tamamı İYUK'ta düzenlenmediğinden idari yargıya ilişkin bazı usuli işlemler açısından HMK'ya atıfta bulunulmuştur. HMK'ya atıf yapılan haller İYUK m.31'de sayılmıştır²⁷. Yapılan atıflar sınırlı niteliktedir. Bu durum "numerus clausus"²⁸ olarak da adlandırılır. Atıfta bulunan usuli işlemlerden biri de feragattir. Dolayısıyla HMK'da yer alan feragat idari yargılama usulünde de uygulama alanı bulacaktır.

Feragat beyanı, ilgili mahkemeye hitaben yazılmış olan dilekçe ile yazılı olarak yapılabileceği gibi, mahkeme huzurunda tutanağa geçirilmek üzere sözlü de yapılabilir. Yazılı olarak yapılan feragat beyanının tutanağa geçirilmesi gerekmezken, sözlü yapılan irade beyanının geçerli olup hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için tutanağa geçirilip davacı tarafından imzalanması gerekmektedir. Bazı yazarlar, idari yargılama usulünde yazılılık esas olduğundan ötürü sözlü şekilde yapılan feragatin geçerli olamayacağı yönünde görüşleri-

²⁴ İdari yargılama usulüne özgü ilkeler resen araştırma, tasarruf ve yazılılıktır. Kamile Türkoğlu Üstün: İdari Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 91; İYUK içerisinde öngörülen ilkeler yazılılık ve evrak üzerinde inceleme, delil serbestisi, re'sen araştırma, yerinde-lik denetimi yasağı, HMK ile kıyas, taleple bağlılıktır. İçtihatlar gereğince usuli kazanılmış hak ilkesinin varlığından da söz edilir. Ender Ethem Atay: İdari Yargılama Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 77 vd.

²⁵ Re'sen araştırma ilkesi yargılama sürecinde vakıa ve delillerin toplanması kısmında hakim özel-liktedir. İlkenin kamu yararı ve eşitlik ile bağlantısı bulunmaktadır. Türkoğlu Üstün, s. 92.

²⁶ Türkoğlu Üstün, s. 295 vd.

²⁷ İYUK m.31 "Bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda; hakimın davaya bakmaktan mem-niyeti ve reddi, ehliyet, üçüncü şahısların davaya katılması, davanın ihbarı, tarafların vekilleri, dosyanın taraflar ve ilgililerce incelenmesi, feragat ve kabul, teminat, mukabil dava, bilirkişi, ke-şif, delillerin tespiti, yargılama giderleri, adli yardım hallerinde ve duruşma sırasında tarafların mahkemenin sukununu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemler, elektronik işlemler ile ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrasında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır. (Ek cümle: 5/4/1990-3622/11 md.; Değişik: 10/6/1994-4001/14 md.) Ancak, davanın ihbarı (...) (2) Danıştay, mahkeme veya hakim tarafından hazırlanan listelerden seçilir ve bilirkişiler hakkında Bilirkişilik Kanunu ve 12/1/2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muha-kemeleri Kanununun ilgili hükümleri uygulanır."

²⁸ Numerus clausus sınırlı sayı prensibi anlamına gelir. Belgin Erdoğan: Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözlük, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 3. Baskı, 2011, s. 100.

ni beyan etmektedir²⁹. Ancak bizim de katıldığımız görüş³⁰ medeni yargılama usulünde olduğu gibi idari yargılama usulünde de tutanağa geçirilmek sureti ile sözlü bir şekilde yapılmış olan feragat beyanının geçerli olacağı yönündedir. Danıştay kararları da bu yöndedir³¹. Aynı zamanda geçerli bir feragatin sözü konusu olabilmesi için yapılmış olan feragat beyanının açık bir şekilde, hiçbir yanlış anlaşılmaya mahal vermeyecek şekilde olması gerekir. Buradan da anlaşılacağı üzere feragat beyanının zımni yapılması mümkün değildir³².

Feragat, talep sonucunun tamamını kapsayacak biçimde olabileceği gibi kısmi de olabilir. Kısmi feragat halinde ise feragat edilmeyen kısım için yargılamaya devam olunur³³.

Bir üst başlıkta belirttiğimiz üzere feragat şarta bağlanamaz³⁴. Bu nedenle İYUK kapsamında gerçekleştirilen feragatin de kayıtsız ve şartsız yapılması gerekir³⁵. Feragat sonucunda taraflar arasındaki maddi hukuka ilişkin uyuşmazlık son bulsa da idari yargılama içinde uyuşmazlığın tespiti yönünde karar alınması gerektiği Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu tarafından ifade edilmiştir³⁶.

²⁹ Bkz. Türkoğlu Üstün, s. 296-297; Ramazan Yıldırım/Serkan Çınarlı: Türk İdari Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Adalet Yayınları, 2021, s. 340 vd.

³⁰ Gözde Ülker: "İdari Yargılama Usulünde Davadan Feragat", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 3, Yıl 2016, s. 3357.

³¹ D. 5. D., E. 2011/5286, K. 2011/8012 T. 23.12.2011 "2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 31. maddesinin "feragat ve kabul" konusunda göndermede bulunduğu 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, 4.2.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan ve 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 450. maddesi ile; yürürlükten kaldırılmış; anılan Yasanın 447. maddesinin 2. fıkrasında ise, "Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 18.6.1927 tarih ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan yollamalar, Hukuk Muhakemeleri Kanununun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılır." hükmü getirilmiştir. 6100 sayılı Yasanın 307. maddesinde feragat; davacının talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesi olarak tanımlanmış; 309. maddesinde, feragat beyanının dilekçe ile veya yargılama sırasında sözlü olarak yapılacağı; 310. maddesinde, feragat ve kabulün, hüküm kesinleşinceye kadar her zaman yapılabileceği; 311. maddesinde ise, feragatin kesin hüküm gibi hukukî sonuç doğuracağı hükme bağlanmıştır." E.T. 12.11.2022; www.hukuktürk.com.

³² Ülker, s. 3359.

³³ Ülker, s. 3363 vd.

³⁴ Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Kapsamında Davadan Feragat başlığı.

³⁵ Şeyma Sancar Dere/Ahmet Dere: "Genel Olarak Feragat ve İdari Yargıda Feragatin Hüküm ve Sonuçları", TAAD, Cilt: 1, Yıl: 1, Sayı: 3 (20 Ekim 2010), s. 228.

³⁶ D. İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2003/967, K. 2004/640, T. 17.06.2004 "Dolayısıyla feragat, davayı kendiliğinden sona erdirmemekle birlikte taraflar arasındaki dava konusu yapılan uyuşmazlığı sona erdirmektedir. Bunun yanında dava konusu uyuşmazlığın feragat nedeniyle son bulunduğunu tespit etmek görevi ise mahkemeye ait bulunmaktadır. Mahkeme, bu görevi sadece davacının feragat beyanının gerçekten feragat olup olmadığını ve kanunun öngördüğü şekilde yapılıp yapılmadığını araştırmak suretiyle yerine getirmekle yükümlüdür. Mahkemenin, davacının

İdari yargılama usulünde iptal ve tam yargı davalarından feragatin uygulanabilirliği farklılaşmaktadır. Danıştay kamu yararı ve özel yarar ayırımına değinerek, kamu yararı niteliği yoğunluğu yüksek derecede olan iptal davalarında feragati mümkün kabul etmemektedir³⁷. Tam yargı davalarında ise kişinin uğramış olduğu hak ihlali ortadan kaldırılır. Bu nedenle feragat mümkündür³⁸.

Davadan feragat kesin hüküm verilene kadar yapılabilir³⁹. Mahkemece verilen karar kesinleştikten sonra davadan feragat edilmesi artık mümkün olmayacaktır. İdari yargıda doktrindeki ağırlıklı görüş feragatin hükmün kesinleşmesine kadar her aşamada yapılabileceğine ilişkin olsa da, kanun yolları aşamasında feragatin yapılamayacağına yönelik Danıştay kararı söz konusudur⁴⁰. Aksi görüş ise feragatin yalnızca mahkemece esas hüküm verilmeden önce yapılabileceğini ifade eder⁴¹. Bu tartışmanın sebebi yasanın yorumundan kaynaklanmaktadır. Şu hususu belirtmekte fayda vardır ki temyiz isteminden feragat etmek ile temyiz aşamasında esas davadan feragat etmek farklı durumlardır. Temyiz isteminden, temyiz incelemesi sonuçlanmadan feragat edilebileceği hususunda herhangi bir tereddüt yoktur. Bu durum doğrudan Anayasa m.36 hükmünde ifade edilen hak arama özgürlüğünün bir parçasıdır.

beyanının gerçekten feragat olduğunu ve kanunun öngördüğü şekilde yapıldığını tespit etmesi durumunda, davadan feragat nedeniyle uyumsuzluğun son bulduğuna karar vermesi gerekmektedir.” E.T. 12.11.2022; www.hukukturk.com.

³⁷ D. 15. D., E. 2013/4981 K. 2014/2553 T. 8.4.2014 “*İptal davalarında, feragatin söz konusu olduğu durumlarda kamu yararı ve bireysel yarar ölçütünün belirlenmesinden sonra feragat hakkında karar verilmesi gerektiği konusunda mevzuatta hüküm bulunmamaktadır. Kendisine iptal davası açma hakkı tanınan bir özel hukuk kişininin ya da kamu tüzel kişininin, açılmış olan davadan feragat hakkı bulunmadığı ileri sürülemez.*” E.T. 12.11.2022; www.hukukturk.com.

³⁸ Ülker, 3375; Tam yargı davaları ile eda davaları birbirine benzer niteliklere sahiptir. Bu nedenle feragat ilişkili bir farklılık bulunmaz. Ramazan Çağlayan: İdarî Yargılama Hukuku (Temel Bilgiler), 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 161.

³⁹ Yıldırım/Çınarlı, s. 262; Ülker, 3362.

⁴⁰ Tartışmalar için bkz. Ülker, s. 3369 vd. D. 10. D. E. 1995/5846 K. 1996/6434 T. 30.10.1996 “*Dosyanın incelenmesinden davacının temyiz dilekçesi tarihinden sonraki tarihi taşıyan bir dilekçe ile maddi ve manevi tazminat talebinden feragat ettiğini bildirdiği anlaşılmaktadır. Her ne kadar davacının feragat etme hakkı dava açma hakkının da doğal bir sonucu ise de idarenin yargısal denetiminin gerçekleştirildiği idari yargıda, davanın karara bağlanmasından sonraki aşamada temyiz veya kararın düzeltilmesi isteminin incelenmesi sırasında davacıya davadan feragat etme hakkının tanınması, yapılmış olan yargısal denetimin geçersiz sayılması sonucunu doğuracaktır. Bunun da idarenin faaliyetlerinde hukuka uygunluğunun sağlanması amacıyla dolayısıyla kamu yararıyla bağdaşmayacağı açıktır. Bu nedenle 2577 sayılı Yasanın 31. maddesiyle yollamada bulunulan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun feragata ilişkin hükümlerinin, ancak idari yargılama usulüyle bağdaştığı ölçüde uygulanması mümkün olup, söz konusu yasal düzenlemenin idari yargıda, kanun yollarında da davadan feragat etme olanağı tanıdığından söz edilemeyeceğinden temyiz aşamasında verilen, davadan feragat ettiği yolundaki davacı dilekçesi dikkate alınmayarak davalının ve davacının temyiz istemi incelendi.*” E.T. 12.11.2022; www.hukukturk.com.

⁴¹ Halil Kalabalık: İdari Yargılama Usulü Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 367.

III. HMK KAPSAMINDA DAVAYI KABUL

HMK kapsamında davayı kabul müessesesi, davalının tek taraflı irade beyanıyla yapmış olduğu ve davacının netice-i talebini kısmen veya tamamen kabul etmesi olarak tanımlanır⁴². Davalı, kabul beyanında bulunmakla, davacının talepte bulunduğu hakka rıza göstermiş olur⁴³ ve aslında davayı kabul eden davalı kendi talep sonucundan feragat etmiş olur⁴⁴.

Kabul, davalı açısından söz konusu olan irade beyanıdır⁴⁵. Ancak, davalı tarafından açılmış karşı davanın⁴⁶ varlığı söz konusu ise davacı (karşı davanın davalısı) karşı davasını kabul edebilir⁴⁷.

Kabul ile davalı, davacının netice-i talebine kısmen veya tamamen onay vermiş olur⁴⁸. Dava bu beyan doğrultusunda kısmen veya tamamen sonlanır⁴⁹. Dolayısıyla davayı kabul, davalı tarafından yapılan ve davayı sona erdiren usuli bir işlemdir⁵⁰. Feragatte olduğu gibi kabul beyanının da hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için karşı tarafın ya da mahkemenin onayına ihtiyaç bulunmamaktadır⁵¹.

Kabul bakımından önem arz eden bir husus da kabule ilişkin konunun kabul açıklamasında bulunan tarafça (davalı tarafından) açıkça bilinmesi gerektiğidir⁵².

⁴² HMK m.308/I; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özeker: Medeni Usul Hukuku, 5. Baskı, Vedat Yayıncılık, 2017, s. 423; Timuçin Muşul: Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Adalet Yayıncılık, 2012, s. 439; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz: Medeni Usul Hukuku, 18. Baskı, Yetkin Yayıncılık, 2010, s. 547.

⁴³ Ercan Göktepeoğlu: İdari Davada Davadan Feragat ve Davayı Kabul, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 58 vd.

⁴⁴ Göktepeoğlu, s. 58 vd; Muşul, s. 440.

⁴⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 547; Muşul, s. 439.

⁴⁶ Karşı dava, aynı yargılama usulüne tabi, asıl dava ile arasında bağlantı bulunan, açılmış ve henüz mahkeme tarafından karara bağlanmamış olan bir davanın, davalı tarafınca davacıya karşı aynı mahkemeye dilekçe verme sureti ile açılan davadır. Emine Aslı Küçükaydın: "Karşı Dava", TBB Dergisi, 123/2016, s. 211 vd.

⁴⁷ Muşul, s. 440.

⁴⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 547; Muşul 439.

⁴⁹ Muşul, s. 440; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 548.

⁵⁰ Göktepeoğlu, s. 60.

⁵¹ Zeki Gözütok/Adem Albayrak: Alfabetik Medeni Usul El Kitabı, Adalet Yayınevi, 2021, s. 598; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 548; Göktepeoğlu, s. 59.

⁵² Y. 7. HD., E. 1995/2283, T. 18.11.1995 "Her ne kadar davalı Musa, duruşma sırasında davaya diyeceği olmadığını, davayı kabul ettiği yolunda bulunmuş ise de, bu beyanı kendi adına ve davacı adına oluşturulan parsellerin arazi üzerindeki konumları belirlenmeden yapılmıştır. Kabulün hukuki sonuç doğurabilmesi için, davanın müddeabihinin yani davacının dava ettiği kesimin karşı tarafça bilinmesi zorunludur. Bu nedenle, davalının duruşma sırasındaki beyanı bağlayıcı olarak kabul edilemez." E.T. 12.11.2022; www.hukukturk.com.

Davanın, davalının kabulü ile sona erebilmesi için feragatten farklı olarak dava konusu hakkın tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri⁵³ türden olması gerekir⁵⁴. Aksi durumda davalının yapmış olduğu kabul hüküm ifade etmez, davayı sona erdirmez ve dolayısı ile mahkemece yargılamaya devam edilir.

Usulüne uygun olarak yapılan kabul beyanı davayı sona erdirdiğinden ötürü bir taraf işlemidir. Davayı sona erdirmenin dışında davalının davayı kabul etmesi davacının ileri sürmüş olduğu hakkın var olduğunu da kabul anlamına geleceğinden dolayı aynı zamanda maddi hukuki işlemidir⁵⁵. Kabulün irade bozukluğu nedenlerine⁵⁶ dayanılarak iptal edilebilir olması da yine kabulün maddi hukuki işlem niteliğine haiz olduğunu kanıtlar niteliktedir⁵⁷.

Davalı kabul beyanını yazılı olarak dilekçe ile yapabileceği gibi yargılama sırasında tutanağa geçirilmek suretiyle sözlü olarak da yapabilir⁵⁸.

Vekil aracılığı ile kabul işlemi gerçekleştirilecekse avukatın vekaletnamesinde kabule ilişkin özel ve açık yetkilendirme yapılmış olması şarttır⁵⁹.

Feragat kısmında da belirttiğimiz üzere⁶⁰ koşula bağlı hüküm verilemeyeceğinden kabul beyanının da kayıtsız ve koşulsuz olması gerekir. Aksi halde şarta bağlı yapılmış olan kabul geçerli olmaz.

Davalı, davayı tek taraflı irade beyanı ile sona erdiren kabul işlemi, hükmün kesinleşmesine kadar olan tüm aşamalarda yapabilir⁶¹. Kabul beyanı, davadan feragat edilmesinin sonuçlarına benzer olarak kesin hüküm teşkil eder. Kesin hükmün etkisi dolayısı ile aynı taraflar arasında aynı dava nedenine dayanılarak ikinci bir davanın açılması engellenmektedir⁶².

⁵³ Tarafların üzerlerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri davalarda re'sen araştırma ilkesi geçerlidir. Muşul, s. 440.

⁵⁴ Seçkin Yavuzdoğan: İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 31. Maddesi Çerçevesinde Medeni Yargılama Hukuku - İdari Yargılama Hukuku İlişkisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, s. 199; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 551; Göktepeoğlu, s. 60.

⁵⁵ Göktepeoğlu, s. 60; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 540.

⁵⁶ İrade bozukluğu sebepleri için bkz. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz: Borçlar Hukuku Genel Hükmüler Cilt-1, 13. Baskı, Vedat Yayıncılık, 2016, s. 90 vd.

⁵⁷ Göktepeoğlu, s. 60.

⁵⁸ HMK m.309/I; Muşul, s. 441; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 548.

⁵⁹ HMK m.74; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 547; Muşul, s. 440.

⁶⁰ Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Kapsamında Davadan Feragat başlığı; HMK m.309/IV.

⁶¹ Gözütok/Albayrak, s. 599; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 548.

⁶² Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 550; Göktepeoğlu, s. 92.

IV. İYUK KAPSAMINDA DAVAYI KABUL

İYUK'da düzenlenmeyen belli hususların HMK'ya atıf yapılmak sureti ile uygulama alanı bulduğunu ifade etmiştik⁶³. İYUK'da düzenleme alanı bulmayıp İYUK m.31. hükmünde HMK'ya atıf yapılan hallerden biri de kabul müessesesidir.

HMK kapsamında kabul kurumundan bahsederken değindiğimiz üzere; kabul, davalı tarafın tek taraflı irade beyanı ile davacının netice-i talep sonucuna kısmen veya tamamen onay vermesidir⁶⁴.

İdari yargılama usulünde de davalı kabul beyanını tutanağa geçirilmek sureti ile mahkemede sözlü olarak yapabileceği gibi görülmekte olan mahkemeye hitaben yazılmış olan bir dilekçe ile de yapılabilir⁶⁵.

Kabul beyanı hükmün kesinleşmesine kadar olan tüm aşamalarda yapılabilir⁶⁶. Dolayısı ile mahkemece esasa ilişkin karar verilmiş olsa dahi davanın kabulü mümkündür. Doktrinde mahkemece esasa ilişkin karar verildikten sonra artık kabulün mümkün olmayacağına dair farklı görüşler⁶⁷ mevcutsa da biz HMK'nın 310. maddesinde yer alan açık hüküm gereğince bu görüşe katılmayıp hükmün kesinleşmesine kadar kabulün mümkün olduğunu düşünüyoruz⁶⁸.

Kabul beyanı kesin hüküm gibi sonuç doğurur⁶⁹, kabul beyanında bulunulduktan sonra geri dönülme imkanı bulunmamaktadır. Ancak irade bozukluğu halleri mevcut ise kabul beyanının iptali mümkündür⁷⁰.

Kabulün hüküm ve sonuçlarını doğurması için her ne kadar davalı tarafın tek taraflı irade beyanı gerekiyorsa ve karşı tarafın ya da mahkemenin onayına ihtiyaç duyulmuyorsa da medeni usul yargılamasından farklı olarak idari yargıya özgü olan iptal davalarında⁷¹ sadece bu irade beyanı yeterli değildir⁷². İdari yargılama usulünde davalı konumunda idare bulunuyor ise idarenin yalnızca davanın kabulüne ilişkin

⁶³ Bkz. İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) Kapsamında Davadan Feragat başlığı.

⁶⁴ Yavuzdoğan, s. 194; Ramazan Çağlayan: İdari Yargılama Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021 s. 161; Kalabalık, s. 371; Yıldırım/Çınarlı, s. 264.

⁶⁵ Kalabalık, s. 371; Göktepeoğlu, s. 65.

⁶⁶ Çağlayan, s. 359; Yavuzdoğan, s. 204.

⁶⁷ Kalabalık, s. 371, Göktepeoğlu, s. 71.

⁶⁸ HMK m.310/1 "*Feragat ve kabul, hüküm kesinleşinceye kadar her zaman yapılabilir.*"

⁶⁹ Kalabalık, s. 372; Çağlayan, s. 360; Göktepeoğlu, s. 92.

⁷⁰ Kalabalık, s. 372; Yavuzdoğan, s. 207; Göktepeoğlu, s. 77.

⁷¹ İptal davası; idari işlemlerin menfaatleri ihlal edilen kişiler tarafından, yetki, şekil, konu, sebep ve amaç yönlerinden birine ilişkin hukuka aykırılık iddiası ile idari yargı yerlerinde açılan davadır. Kalabalık, s. 157.

⁷² Kalabalık, s. 372; Yıldırım/Çınarlı, s. 265; Göktepeoğlu, s. 84.

beyanı yeterli olmaz. Davayı kabul ettiğine dair irade açıklamasında bulunan idare, bu beyanın gereğini İYUK madde 28⁷³ kapsamında hayata geçirmek durumundadır. Davalı idarenin kabul beyanının yanı sıra idari işlemi yapmaya yetkili olan makamın, içtihatlar ile idari yargı sistemimize girmiş olan yetki ve usulde paralellik ilkesi⁷⁴ uyarınca yapmış olduğu idari işlemi hukuk aleminden silmesi gerekir. İşlemi tesis eden idarenin iradesiyle gerçekleşen sona erme nedenleri dört tanedir⁷⁵. Bunlar kaldırma, geri alma, düzeltme ve değiştirmedir. İdare tesis ettiği işlemi geri aldığı ve bunu mahkemeye dilekçe ile sunduğu takdirde mahkemenin davanın konusuz kalması sebebiyle karar verilmesine yer olmadığına ilişkin hüküm vermesi gerekir. Bundan dolayı dava konusu olan idari işlemin idari organlar tarafından geri alınması aslında davayı kabul niteliğindedir.⁷⁶ Ancak geri alma dışında kalan diğer idarenin iradesiyle gerçekleşen sona erme sebepleri davanın kabulü niteliğine haiz değildir. Çünkü yalnızca geri alma işlemi, iptalin hüküm ve sonuçlarını doğurur.

Tam yargı davalarında⁷⁷ da davayı kabul mümkündür⁷⁸. Tam yargı davası, medeni yargılama hukukundaki eda davası ile benzerlik gösterir. İdarenin vermiş olduğu zararın giderilmesine yönelik tazminat talebini içeren tam yargı davası idarece kabul edilmek yerine hukuk devleti ilkesinin gereklerine daha uygun olacak biçimde davacının uğradığı zarar giderilmek sureti ile dava konusuz bırakılarak da sona erdirilebilir⁷⁹.

⁷³ İYUK m.28/II "Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecburdur. Bu süre hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemez."

İYUK m.28/II "Konusu belli bir miktar paranın ödenmesini gerektiren davalarda hükmedilen miktar ile her türlü davalarda hükmedilen vekalet ücreti ve yargılama giderleri, davacının veya vekilinin davalı idareye yazılı şekilde bildireceği banka hesap numarasına, bu bildirim tarihinden itibaren, birinci fıkrada belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde yatırılır. Birinci fıkrada belirtilen süreler içinde ödeme yapılmaması halinde, genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur."

İYUK m.28/III "Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare ve vergi mahkemeleri kararlarına göre işlem tesis edilmeyen veya eylemde bulunulmayan hallerde idare aleyhine Danıştay ve ilgili idari mahkemede maddi ve manevi tazminat davası açılabilir."

⁷⁴ Yetki ve usulde paralellik ilkesi, yasada aksine herhangi bir düzenleme bulunmadıkça, bir işlemin tesis edilmesinde yapılan yetki ve usul şartlarının aynı işlemin geri alınmasında veyahut da kaldırılmasında da aynen uygulanması zorundalıdır. Ayşenur Hasoğlu: "Danıştay Kararları Işığında Yetki ve Usulde Paralellik İlkesi", TAAD, 33/2018, s. 130 vd.; D. 6. HD., E. 1986/65, K. 1986/454, T. 7.05.1986.

⁷⁵ İdarenin iradesiyle gerçekleşen sona erme sebepleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Onur Mercan: İdari İşlemin Sona Ermesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020, s. 65 vd.

⁷⁶ Göktepeoğlu. s. 84, Yavuzdoğan, s. 215.

⁷⁷ Tam yargı davası, medeni yargılama hukukundaki edim davasına benzer niteliktedir. Tam yargı davası ile idarece yapılan işlem veya eylem sonucu oluşan zararın tazmini amaçlanır. Yıldırım/Çınarlı s. 104.

⁷⁸ Yavuzdoğan s. 218; Göktepeoğlu, s. 85.

⁷⁹ Göktepeoğlu, s. 85.

İYUK m.31'in atırđ dolayısı ile HMK'nın kabule iliřkin hűkűmleri idari yargılama usulűnde de uygulama alanı bulacaktır. HMK'nın 312. maddesinin⁸⁰ aűık hűkmű geređince davayı kabul ettiđine dair irade beyanında bulunan idare yargılamayı kaybetmiřçesine yargılama giderlerine mahkum edilir⁸¹.

V. HMK KAPSAMINDA SULH

Tarafların uyuřmazlık konusunda çűzűme ulařmak sureti ile karřılıklı bir biçimde taleplerinden kısmen veya tamamen vazgeçerek ortak bir noktada buluřması sonucunda davanın iradi olarak sona erdirilmesidir⁸².

Gűrűldűđi űzere sulh; kabul ve feragatten farklı olarak tek tarafın irade beyanıyla deđil, karřılıklı her iki tarafın irade beyanlarının uyuřması sonucunda davayı sona erdiren sűzleřme niteliđinde taraf iřlemidir⁸³. Taraflar feragat ve kabulde olduđu gibi hűkműn kesinleřmesine kadar olan ařamaların tűműnde sulhe bařvurabilirler⁸⁴.

Sulh, mahkeme içi ve mahkeme dıřı olmak űzere iki biçimde karřımıza çıkar⁸⁵. Mahkeme dıřında gerçekteřtirilen sulh borçlar hukuku alanına girdiđinden HMK'da yalnızca mahkeme içi sulh dűzenlenmiřtir.

Mahkeme içi sulhte yargılmasına devam edilen bir dava sűz konusudur. Taraflar gűrűlmekte olan bu davayı kısmen ya da tamamen sona erdirmeye yűnelik irade beyanlarını duruřma esnasında tutanađa geçirip imzalamak suretiyle yapabilecekleri gibi, yazılı olarak da mahkemeye sunabilirler.

Davayı kabul műessesesinde olduđu gibi geçerli bir sulhun sűz konusu olabilmesi için dava konusu uyuřmazlıđın, tarafların űzerinde serbestçe tasarruf edebileceđi tűrden olması gerekir⁸⁶.

⁸⁰ HMK m.312/1 "Feragat veya kabul beyanında bulunan taraf, davada aleyhine hűkűm verilmiř gibi yargılama giderlerini űdemeye mahkum edilir. Feragat ve kabul, talep sonucunun sadece bir kısmına iliřkin ise yargılama giderlerine mahkumiyet, ona gűre belirlenir."

⁸¹ Çađlayan, s. 361; Gűktepeođlu, s. 94.

⁸² Seçkin řahan: Medeni Usul Hukukunda Sulh, Adalet Yayınevi, 2020, s. 17; Pekcanitez/Atalay/űzekes, s. 425; Gűzűtok/Albayrak, s. 713.

⁸³ Pekcanitez/Atalay/űzekes, s. 425; řahan, s. 33; Gűzűtok/Albayrak, s. 714.

⁸⁴ HMK m.314/1 "Sulh, hűkűm kesinleřinceye kadar her zaman yapılabilir."; Pekcanitez, Atalay, űzekes, s. 425; řahan, s. 133.

⁸⁵ Atalı/Ermenek, s. 310; Gűzűtok/Albayrak, s. 714.

⁸⁶ Pekcanitez, Atalay, űzekes, s. 425; HMK m.312/II "Sulh, ancak tarafların űzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuřmazlıkları konu alan davalarda yapılabilir." Bu sebepten űtűrű re'sen arařtırma ilkesine tabi davalarda sulh műmkűn deđildir.; Atalı/Ermenek s. 310.

Sulh, kural olarak dava konusu uyuşmazlık ile ilgilidir ancak taraflar anlaşarak dava konusu dışındaki hususları da sulh kapsamına alabilirler⁸⁷.

Davayı sona erdiren taraf işlemlerinden olan davanın kabulü ve davadan feragatin hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için kayıtsız ve şartsız olması gerekirken, HMK'nın 313. maddesinin⁸⁸ açık hükmü gereğince sulh bunlardan farklı olarak kayıt ve şarta bağlı bir şekilde tesis edilebilir. Aynı zamanda sulhün şarta bağlanabileceğine ilişkin Yargıtay kararları da bulunmaktadır⁸⁹. Sulhün şarta bağlı olarak yapılması halinde mahkemece şarta bağlı hüküm verilir verilemeyeceği noktası tartışmalıdır⁹⁰. Doktrinde hakim görüş şarta bağlı olarak sulh yapılmasının mahkemece şarta bağlı hüküm verilmesi anlamına gelecek şekilde geniş yorumlanmaması gerektiği⁹¹ olsa da aksi yönde mahkemece şarta bağlı hüküm verilebileceğini öngören görüşler de vardır. Bizim kanaatimiz HMK madde 313/4'ün gerekçesi⁹² de dikkate alındığında şarta bağlı sulh yapılmasının mahkemece şarta bağlı hüküm kurulabileceği şeklinde geniş yorumlanamayacağıdır.

VI. İYUK KAPSAMINDA SULHÜN FERAGAT VE KABUL İLE MUKAYESESİ

Sulh tarafların karşılıklı fedakarlıkta bulunarak aralarındaki uyuşmazlığı sona erdirmek maksadı ile yapmış oldukları sözleşmedir. Dolayısı ile sulhten bahsedebilmemiz için öncelikle taraflar arasında mevcut bir uyuşmazlığın varlığı şarttır⁹³.

Sulh ile ilgili düzenlemeler 6100 sayılı HMK da yer alsa da bu düzenlemeleri idare hukukunun yapısı gereği⁹⁴ idari yargıda aynen uygulamak mümkün olmamaktadır⁹⁵.

⁸⁷ HMK m.313/III "Dava konusunun dışında kalan hususlar da sulhun kapsamına dahil edilebilir."

⁸⁸ HMK m.313/IV "Sulh, şarta bağlı olarak da yapılabilir."

⁸⁹ Y. 11. HD. E. 2015/1907, K. 2016/134, T. 12.1.2016 "... Sulhun, hükmün kesinleşmesine kadar yapılması mümkün olup şarta bağlı yapılmasına bir engel bulunmamaktadır..." E.T. 12.11.2022; www.hukuktürk.com.

⁹⁰ Ayşe Soy: Türk Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Adalet Yayınevi, 2017, s. 24; Şahan, s. 39.

⁹¹ Gözütok/Albayrak, s. 714; Şahan, s. 41.

⁹² HMK m.313/IV gerekçesi şu şekildedir; "Sulhün sözleşmesel niteliği gereği, şarta bağlı olarak da yapılabileceği kabul edilmektedir. Ancak bu düzenleme, mahkeme tarafından, şarta bağlı bir hüküm verilebileceği anlamına gelmez. Zira sulh, mahkemenin bir hükmüne gerek kalmaksızın davaya son veren usuli bir sözleşme olduğundan, şarta bağlı sulh ile dava kendiliğinden sona erecek ve mahkeme de sulh sebebiyle, karar verilmesine yer olmadığını tespit ile yargılamayı sona erdirecektir."

⁹³ Azime Deniz Özder: 659 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname Kapsamında İdari Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümü, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 49.

⁹⁴ İdare hukuku, esaslı anayasada belirlenen, idarenin faaliyetlerini ve örgütlenmesine ilişkin kuralları düzenleyen, kamuya tanınan üstünlük ve ayrıcalıklarla birlikte bireye tanınan haklar arasında denge kurmayı sağlayan hukuk dalıdır. İdarenin tek taraflı üstünlüğü dolayısı ile tarafların aralarındaki uyuşmazlıkları özel hukuk hükümleri çerçevesinde yapacakları sözleşme ile sonlandırılmaları mümkün olmamaktadır.

⁹⁵ Özder, s. 51.

İYUK'da uyuşmazlık çözüm yollarından sulhe ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. İYUK kapsamında düzenlenmeyen bazı hususların HMK'ya atıf yapılmak sureti ile uygulama alanı bulduğundan bahsetmiştik⁹⁶. Ancak İYUK m.31 hükmü içerisinde HMK'ya atıfta bulunduğu haller sınırlı sayıdadır ve bu kapsamda sulhe atıf yapılmamıştır. Dolayısı ile HMK'nın sulh müessesesi ile ilgili hükümleri idari yargıda uygulama alanı bulamamakta ve idari yargı yerlerince görülmekte olan davalar sulh hükümleri doğrultusunda sona erdirilememektedir.

İYUK m.31 hükmünde HMK'ya atıf yapılan kurumlar arasında feragat ve kabule yer verilirken sulhe yer verilmeyip atıfta bulunulmamasının nedeni idare hukukunun yapısından kaynaklanmaktadır.

Sulhe ilişkin düzenlemeler genellikle özel hukuk alanına ilişkindir⁹⁷. İdarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların çözümü ile ilişkin olarak sulh müessesesi 659 sayılı KHK ile düzenleme alanı bulmuştur⁹⁸. Aynı zamanda kamu hukukuna ilişkin olarak tarafların yargı yoluna gitmeden, uyuşmazlık konusu üzerinde tasarrufları ile uzlaşabilmelerine yönelik farklı kanunlarda düzenlemeler mevcuttur. Bu mevcut düzenlemeler neticesinde idari uyuşmazlıkların çözülmesinde, mağdur olduğunu düşünen kişilerin yargı yoluna gitmeden evvel sulh yoluna başvurarak sonuca ulaşabilmeleri mümkün olabilmektedir. Örnek vermek gerekirse 5389 sayılı Belediye Kanununun 18. maddesinde belediye meclislerine mevcut uyuşmazlıkları sulh yoluyla sona erdirmeye, feragat ve kabul etme konusunda yetki verilmiştir⁹⁹. Benzer bir şekilde sulhe ilişkin hüküm Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na dayanılarak çıkarılmış olan Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Yönetmelikte yer almaktadır. Bu şekilde düzenlemelerin olması sebebiyle idari uyuşmazlıklar yargı makamlarının önüne gitmeden, yargı evvelinde çözüm imkanı bulur ve böylelikle mahkemelerin iş yükü kısmen olsa da azalmış olur. Aynı zamanda şahıslar yargılama bitiminde ulaşmayı arzuladıkları sonuçlara da daha hızlı ulaşım imkanı elde ederler.

Hukuk sistemimizde idarenin tabi olduğu hukuk kurallarının farklılığı ve idarenin kamu gücü ile donatılmış olması nedeniyle özel hukuk uyuşmazlıkları-

⁹⁶ Bkz. İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) Kapsamında Davadan Feragat başlığı.

⁹⁷ Özder, s. 52.

⁹⁸ Ayşenur Hasoğlu: "İdarenin Sorumluluğu Bağlamında Yargı Dışı Çözüm Yolları Olarak Sulh", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 25, Sayı 2, Yıl 2017, s. 65-87.

⁹⁹ Belediye Kanunu m.18/h'de belediye meclislerinin görevlerinden biri olarak da uyuşmazlıkları sulh yolu ile sona erdirmeye sayılmıştır. "Vergi, resim ve harçlar dışında kalan ve miktarı beş bin TL'den fazla dava konusu olan belediye uyuşmazlıklarını sulh ile tasfiyeye, kabul ve feragat karar vermek."

nın yargı dışı çözüm yolları için getirilen müesseselere ilişkin hükümlerin idarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların çözümünde uygulanması çeşitli zorluklar getirmenin yanı sıra bir yarar da sağlayamamıştır. Bu sebeple İYUK m.31 hükmünde HMK'nın sulhe ilişkin maddelerine atıfta bulunulmamış, idarenin taraf olduğu uyuşmazlıklara ilişkin yargı dışı çözüm yollarından sulhe ilişkin olarak 659 sayılı KHK¹⁰⁰ çıkartılmış ve idari yargıda sulhe ilişkin hükümler düzenlenmiştir.

Sulh başvurusunun yapılma yöntemine ilişkin olarak 659 sayılı KHK'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak idari yargılama hukukunda hakim ilkenin yazılilik olduğu göz önüne alındığında ve ayrıca 659 sayılı KHK'nın 12/IV hükmüne de bakıldığında sulh başvurusunun yazılı olarak¹⁰¹ yapılması gerektiği anlaşılmaktadır.

KHK'nın içeriğine iptal davalarına ilişkin uyuşmazlıkların da girip girmeyeceği hususu hakkında net bir görüş birliğine varılamamıştır¹⁰². İptal davaları açısından kamu yararı ve özel yarar ayırımına gidilmektedir. Kamu yararı niteliği yüksek olan iptal davalarında sulhün mümkün olmadığı kabul edilmekteyse de bu konuda tam bir görüş birliği sağlanamamıştır. Tam yargı davalarında sulh mümkündür ve sulh ile kişinin uğramış olduğu hak ihlali ortadan kaldırılır.

İdari uyuşmazlıklarda tarafların sulh yoluna başvurması öncelikle işlemeye başlamış bulunan ve hak düşürücü nitelikte olan dava açma süresini durdurmaktadır. Ancak dava açma süresinin durması için sulhün, dava açma süresi içinde idari işlemi veya idari eylemi yapan idareye yöneltilmiş olması gerekir. Aynı zamanda idari işlemde doğan zararın giderilmesi talebi ile idareye yöneltilen bu başvurunun sulhe ilişkin olması gerekir¹⁰³.

Sulh başvurusu idari makamca öncelikle süresinde yapılıp yapılmadığı hususunda incelemeye tabi tutulur. Süresinde yapılmamış olduğu anlaşıldığı takdirde sulh talebi reddedilir¹⁰⁴. Sulh başvurusu süresinde ve usulüne uygun yapılmış ise hukuki uyuşmazlık değerlendirme komisyonuna başvuru intikal ettirilir. İlgili komisyon başvuruyu kapsamlı olarak inceler, görüş sunar ve bu çerçevede hazırladığı raporu yetkili mercie tevdi eder. Komisyonca, raporun

¹⁰⁰ 659 Sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin KHK, 26.09.2011.

¹⁰¹ Özder, 69.

¹⁰² Özder, s. 57.

¹⁰³ Kalabalık, s. 318.

¹⁰⁴ 659 Sayılı KHK m.12/IV "Sulh başvurusu, belli bir konuyu ve somut bir talebi içermiyorsa, idari makam tarafından reddedilir."; Özder, s. 68.

karar vermeye yetkili mercie gönderilmesinden sonra artık başvurunun neticelendirilmesi aşamasına geçilmiş olur¹⁰⁵. İdari mercice kamunun çıkar ve menfaatleri de göz önünde bulundurularak rapor değerlendirilir bu değerlendirmeler sonucunda idari mercice sulh başvurusu olumlu neticelendirildiği takdirde başvurucuya davet ile beraber imzalaması için tazminat tutarını da içinde bulunduran sulh tutanağı idare tarafından da imzalanarak gönderilir. Başvurucu tarafından sulh tutanağında belirtilen tazminat miktarı kabul edildiği, ödeme şeklinde de anlaşılması ve sulh tutanağının da başvurucu tarafından imzalanması halinde sulh başvurusu olumlu bir şekilde neticelendirilmiş olur¹⁰⁶. İmzalanmış olan sulhe ilişkin bu belge ilam niteliğine haizdir ayrıca feragat ve kabulde olduğu gibi kesin hüküm niteliği taşır¹⁰⁷.

Sulh sözleşmesinin taraflarından biri her ne kadar idare olsa da sulh sözleşmesinin idari bir sözleşme değil de özel hukuk sözleşmesi niteliğinde olduğu kanaatindeyiz. İdarenin taraf olduğu sözleşmenin idari bir sözleşme¹⁰⁸ sayılabilmesi için öncelikli olarak konusunun bir kamu hizmetinin sürekli olarak gördürülmesine ilişkin olması gereklidir. Sulh sözleşmesinde herhangi bir kamu hizmetinin görülmesi söz konusu olmadığından yapılan bu sözleşme özel hukuk sözleşmesidir¹⁰⁹.

İYUK'da kabul ile feragatte ilişkin hüküm bulunmama ile birlikte İYUK madde 31'in atıfta bulunması sebebi ile HMK'da yer alan kabul ve feragatte

¹⁰⁵ Özder, s. 80.

¹⁰⁶ Özder, s. 84.

¹⁰⁷ Özder, s. 88.

¹⁰⁸ İdari sözleşmeler hakkında detaylı bilgi için bkz. Ayhan Tekinsoy: "İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri" Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002, s. 104.

¹⁰⁹ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, E. 2018/488, K. 2018/649, T. 22.10.2018 "... Buna göre sulh sözleşmesinin imzalanmasından önceki uyuşmazlıklarda idari yargı yerine işaret edilirken sulh sözleşmesinin imzalanmasından sonraki süreç içerisinde adli yargı yerinin gösterildiğinin açık olduğu, somut olayda ise; davacı ile davalı idare arasında taşınmazda meydana gelen zarar ve ziyanın tazmini hususunda bir sulh sözleşmesinin akdedildiği, işbu sulh sözleşmesinin mahiyetinin 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin 12. maddesinin 7. fıkrasından da anlaşılacağı üzere ilam hükmünde olduğunun ve anlaşmaya uyulmaması halinde anlaşma üzerindeki tutarın icraya konulmak suretiyle tahsilinin mümkün olduğunun belirtildiği, dava dilekçesinde de davacı tarafından salt sulh sözleşmesinden kaynaklanan toplam tutarın tahsilinin talep edildiği, dolayısıyla istemin sulh sözleşmesinin akdedilmesinden sonraki bir aşamaya ait olduğunun ve açıklanan mevzuat hükmü dâhilinde uyuşmazlığı çözüme kavuşturmakla yükümlü olarak adli yargı merciinin görevli olduğunun tespiti karşısında, tazmini istenen tutarın idari bir işlemde kaynaklandığı yönünde bir değerlendirme yapılamayacağından, idari yargı yetkisi kapsamında açılmış bir dava bulunduğundan söz etmek olanaksızdır..." E.T. 12.11.2022; www.hukukturk.com.

ilişkin hükümler idari yargıda da uygulama alanı bulmaktadır. Sulh müessesesine ilişkin ise İYUK'ta herhangi bir düzenleme yer almamakla birlikte HMK'ya da atıfta bulunulmamıştır¹¹⁰. Sulhe ilişkin hükümler 659 sayılı KHK kapsamında ve çeşitli kanunlarla düzenleme alanı bulmuştur¹¹¹.

Feragat ve kabul tek taraflı irade beyanı ile var olan uyuşmazlığı yargı dışı çözmeye ilişkin müessese iken, sulh iki tarafın karşılıklı olarak uyuşması sonucu uyuşmazlığı sona erdiren yargı dışı uyuşmazlık çözüm yoludur.

İdari yargılama hukukunda sulh, medeni yargılama hukukunda düzenlenen sulhten ve aynı zamanda kabul ve feragat kurumlarından farklı olarak, tarafların uyuşmazlığı yargı yoluna intikal ettirmeden evvel başvurdukları bir müessesedir. Bundan ötürü idari yargılamada sulhün devam eden bir davayı sona erdirici etkisi bulunmamaktadır¹¹². Ancak bu kapsamda sulhün, sulh olunan konu ve miktara ilişkin dava açılmasını önleyici etkisi bulunmaktadır¹¹³. Belirtmekte fayda vardır ki feragat ve kabulde olduğu gibi sulh tutanağı da irade sakatlığı halleri sebebi ile iptal edilebilir niteliktedir. Ancak irade sakatlığı halleri dışında bu beyan ve taleplerden geri dönülme imkanı yoktur¹¹⁴.

Feragat ve kabule ilişkin talep tek taraflı irade beyanı vasıtasıyla mahkemeye yönlendirilmek sureti ile hüküm ve sonuçlarını doğururken, geçerli bir sulhün söz konusu olabilmesi için sulh talebinin idari eylemi veya idari işlemi yapmış olan idareye yöneltilmesi gerekir ve aynı zamanda bu sulh başvurusunun somut talebin yanı sıra zararın miktarını da içermesi gerekir¹¹⁵.

Uyuşmazlık konusuna ilişkin sulh beyanı feragat ve kabul beyanlarında olduğu gibi uyuşmazlık konusu hakkın tamamını kapsayacak bir biçimde yapılabileceği gibi kısmen de yapılabilir. Aynı zamanda çalışmamızın önceki başlığında belirttiğimiz üzere sulh beyanında açık ve özel olarak yetkilendirilmiş olmak kaydı ile sulhün vekil vasıtası ile yapılması mümkündür.

¹¹⁰ Yavuzdoğan, s. 199; Özder, s. 51.

¹¹¹ Hasoğlu, s. 77; İdare hukukuna, 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılama Hakkındaki Kanun da alternatif bir uyuşmazlık çözüm yolu getirmiştir.

¹¹² Özder, s. 87.

¹¹³ 659 sayılı KHK m.12/9 "*Sulh olunan konu ya da miktara ilişkin olarak dava yoluna başvurulamaz.*"

¹¹⁴ Sulh sözleşmeleri, idare tarafından imzalanmış olan özel hukuk sözleşmelerindedir dolayısıyla geçerli olabilmesi için hem borçlar hukukunun genel hükümlerine uygun şekilde yapılmalı hem de 659 sayılı KHK'da belirtilen gerekli şartları taşımalıdır.

¹¹⁵ Yavuzdoğan, s. 200; Kalabalık, s. 319.

Medeni yargılama hukukunda sulh kavramını açıklarken değindiğimiz gibi diğer yargı dışı uyuşmazlık çözüm yollarından olan feragat ve kabulden farklı olarak dava konusu dışındaki uyuşmazlıkların da sulh kapsamına dahil edilmesi mümkündür. İdari yargı kapsamında yapılan sulh içinde aynı durum geçerlidir.

Kabul ve feragat tek taraflı irade beyanı ile davayı sona erdiren taraf usul işlemlerinden olmasına karşılık sulhün sözleşme olma niteliği gereği karşılıklı irade beyanlarının uyuşması gerekir.

Diğer bir farklılık arz eden husus ise sulh¹¹⁶ ve kabulün yalnızca tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecekleri davalarda olabilmesine karşın feragat müessesesinin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri davalar üzerinde dahi mümkün olabilmesidir¹¹⁷.

Ayrıca kabul¹¹⁸ ve feragat beyanlarının¹¹⁹ kayıt ve şarta bağlanabilmesi mümkün değilken sulhun şarta bağlı olarak yapılabilmesi mümkün olabilmektedir.

Taraflar sulh olduktan ya da davacı feragat ve davalı kabul beyanında bulduktan sonra bu beyanın geri alınması imkanı yoktur. Dolayısı ile mahkeme henüz sulh, feragat veya kabul bakımından karar vermemiş olsa dahi tarafların beyanlarından dönmesi mümkün değildir. Ancak irade fesadı hallerinin mevcut olması durumunda irade fesadı sebebi ile beyanın iptalinin istenmesi mümkündür.

Davayı sona erdiren taraf işlemlerinden olan bu üç müessese de tam veya kısmi olarak yapılabilir. Ayrıca her üçü de mahkemece verilen hükmün kesinleşmesine kadar olan tüm aşamalarda tesis edilebilir. Bu iradi işlemlerden herhangi birinin vekil vasıtasıyla tesis edilebilmesi için vekilin özel ve açık olarak bu işlemler konusunda yetkilendirilmesi gerekir¹²⁰.

SONUÇ

İdari yargılama hukukuna ilişkin düzenlemeler İYUK'ta yer almaktadır. Ancak idari yargıya ilişkin kuralların tamamının İYUK'ta düzenlenmesi müm-

¹¹⁶ 659 sayılı KHK kapsamında sulh olunabilecek idari uyuşmazlıkların, tarafların üzerlerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hakka yönelik olması ve aynı zamanda da kamu düzenine ilişkin olmaması gerekir.

¹¹⁷ Yavuzdoğan, s. 199.

¹¹⁸ Yavuzdoğan s. 195.

¹¹⁹ Yücel Oğurlu/Cüneyd Altıparmak: İdari Yargılama Hukuku El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 133; Yavuzdoğan, s. 167.

¹²⁰ Yavuzdoğan, s. 175; Kalabalık, s. 371; Özder, s. 88.

kün olmadığından idari yargıya ilişkin bazı usuli işlemler açısından HMK'ya atıfta bulunulmuştur. HMK'ya atıf yapılan haller İYUK m.31'de sayılmıştır. Feragat ve kabul, İYUK m.31'de HMK'ya atıf yapılan kurumlardandır. Feragat terimi davacının dilekçesinde belirttiği netice-i talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesidir. Kabul ise davalının tek taraflı irade beyanı ile yapılmış olduğu ve davacının netice-i talebini kısmen veyahut da tamamen kabul etmesi olarak ifade edilmiştir. Bazı yazarlar, idari yargılama usulünde yazılılık esas olduğundan ötürü sözlü şekilde yapılan feragat ve kabulün HMK'nın aksine İYUK kapsamında geçerli olamayacağı yönünde görüşlerini beyan etmektedir. Ancak bizim de katıldığımız görüş medeni yargılama usulünde olduğu gibi idari yargılama usulünde de tutanağa geçirilmek sureti ile sözlü bir şekilde yapılmış olan feragat ve kabul beyanlarının geçerli olacağı yönündedir. Danıştay kararları da bu yöndedir. İdari yargılama usulünde kabul edilen iptal ve tam yargı davaları hususunda feragat, kabul ve sulh müesseselerinin uygulanabilirliği farklılaşmaktadır. Danıştay bu hususta kamu yararı ve özel yarar ayırımına gitmektedir. Kamu yararı niteliği yüksek olan iptal davalarında feragat, kabul ve sulhün yapılabilmesini mümkün görmemektedir. Tam yargı davalarında ise kişinin uğramış olduğu hak ihlali ortadan kaldırılır. Bu nedenle bu üç müessesenin uygulanması tam yargı davaları açısından mümkündür. Kabul beyanı hükmün kesinleşmesine kadar olan tüm aşamalarda yapılabilir. Dolayısı ile mahkemece esasa ilişkin karar verilmiş olsa dahi davanın kabulü mümkündür. Doktrinde mahkemece esasa ilişkin karar verildikten sonra artık kabulün mümkün olmayacağına dair farklı görüşler mevcutsa da biz HMK'nın 310. Maddesinde yer alan açık hüküm gereğince bu görüşe katılmayıp hükmün kesinleşmesine kadar kabulün mümkün olduğunu düşünüyoruz. Kabulün hüküm ve sonuçlarını doğurması için her ne kadar davalı tarafın tek taraflı irade beyanı gerekiyorsa ve karşı tarafın ya da mahkemenin onayına ihtiyaç duyulmuyorsa da medeni usul yargılamasından farklı olarak idari yargıya özgü olan iptal davalarında sadece bu irade beyanı yeterli değildir. İdari yargılama usulünde davalı konumunda idare bulunuyor ise idarenin yalnızca davanın kabulüne ilişkin beyanı yeterli olmaz. Davayı kabul ettiğine dair irade açıklamasında bulunan idare, bu beyanının gereğini İYUK madde 28 kapsamında hayata geçirmek durumundadır. Davalı idarenin kabul beyanının yanı sıra idari işlemi yapmaya yetkili olan makamın, içtihatlar ile idari yargı sistemimize girmiş olan yetki ve usulde paralellik ilkesi uyarınca yapmış olduğu idari işlemi hukuk aleminden silmesi gerekir. Geri alma dışında kalan diğer idarenin irade-iyle gerçekleşen sona erme sebepleri davanın kabulü niteliğine haiz değildir.

Çünkü yalnızca geri alma işlemi, iptalin hüküm ve sonuçları ile aynı niteliktedir. Sulh tarafların karşılıklı fedakarlıkta bulunarak aralarındaki uyuşmazlığı sona erdirmek maksadı ile yapmış oldukları sözleşmedir. (Sulh ile ilgili düzenlemeler 6100 sayılı HMK da yer alsa da bu düzenlemeleri idare hukukunun yapısı gereği idari yargıda uygulamak mümkün olmamaktadır. İdarenin taraf olduğu uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin olarak sulh müessesesi 659 sayılı KHK ile düzenleme alanı bulmuştur.) KHK'nın içeriğine iptal davalarına ilişkin uyuşmazlıkların da girip girmeyeceği hususu hakkında net bir görüş birliğine varılamamıştır. İptal davaları açısından kamu yararı niteliği yüksek olan iptal davalarında sulhün mümkün olmadığı kabul edilmekteyse de bu konuda tam bir görüş birliği sağlanamamıştır. (İdari yargılama hukukunda sulh, medeni yargılama hukukunda düzenlenen sulhten ve aynı zamanda kabul ve feragat kurumlarından farklı olarak tarafların uyuşmazlığı yargı yoluna intikal ettirmeden evvel başvurdukları bir müessesedir. Bundan ötürü idari yargılamada sulhün devam eden bir davayı sona erdirici etkisi bulunmamaktadır.)

KAYNAKÇA

- ALANGOYA, H. Yavuz: Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul, 2000.
- ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim: Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- ATAY, Ender Ethem: İdari Yargılama Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- ERDOĞMUŞ, Belgin: Hukukta Latince Teknik Terimler Özlü Sözlük, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 3. Baskı, 2011.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: İdari Yargılama Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2021.
- GENÇ, Ali Selim: Cumhuriyet Savcısının Özel Hukuk Davalarındaki Yeri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- GÖKTEPEOĞLU, Ercan: "İdari Davada Davadan Feragat ve Davayı Kabul", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010.
- GÖZÜTOK, Zeki/ALBAYRAK, Adem: Alfabetik Medeni Usul El Kitabı, Adalet Yayınevi, 2021.
- HASOĞLU Ayşenur: "İdarenin Sorumluluğu Bağlamında Yargı Dışı Çözüm Yolları Olarak Sulh", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 25, Sayı 2, Yıl 2017, ss. 65-87.
- HASOĞLU, Ayşenur: "Danıştay Kararları Işığında Yetki ve Usulde Paralellik İlkesi", TAAD, 33/2018.
- İŞİK, Serpil: "Medenî Usûl Hukukunda Hükümden Sonra Feragat ve Davanın Feragat Sebebiyle Sona Erdiğini Ortaya Koyacak Olan Mercî: 7251 Sayılı Kanun Değişikliği Kapsamında Değerlendirmeler", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 27, Sayı 2, Yıl 2021, ss. 1576-1622.
- KALABALIK, Halil: İdari Yargılama Usulü Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: Medeni Usul Hukuku, 18. Baskı, Yetki Yayıncılık, 2010.
- KÜÇÜKAYDIN, Emine Aslı: "Karşı Dava", TBB Dergisi, 123/2016.
- MERCAN, Onur: İdari İşlemin Sona Ermesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2020.
- MUŞUL, Timuçin: Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Adalet Yayıncılık, 2012.
- OĞURLU, Yücel/ALTIPARMAK, Cüneyd: İdari Yargılama Hukuku El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, 13. Baskı, Vedat Yayıncılık, 2016.

- ÖZDER, Azime Deniz: 659 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname Kapsamında İdari Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümü, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- ÖZEN, Mustafa: “Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2010, S. 1.
- ÖZMUMCU, Seda: “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi”, S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı, 2014, ss. 146.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 5. Baskı, Vedat Yayıncılık, 2017.
- SARISÖZEN, M. Serhat: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Medeni Usul Hukukumuza Getirdiği Yeni Düzenlemeler”, TBB Dergisi, 125/2016, ss. 347 vd.
- SOY, Ayşe: Türk Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Adalet Yayınevi, 2017.
- TEKİNSOY, Ayhan: “İdari Sözleşme Rejiminin Temel Özellikleri”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002.
- TÜRKOĞLU ÜSTÜN, Kamile: İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- ÜLKER, Gözde: “İdari Yargılama Usulünde Davadan Feragat”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 3, Yıl 2016, ss. 3357.
- YAVUZDOĞAN, Seçkin: İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 31. Maddesi Çerçevesinde Medeni Yargılama Hukuku - İdari Yargılama Hukuku İlişkisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.
- YILDIRIM, Ramazan/ÇINARLI, Serkan: Türk İdari Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Adalet Yayınları, 2021.