

ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ

HUKUK ARAŞTIRMALARI DERGİSİ

CUKUROVA UNIVERSITY JOURNAL OF LEGAL STUDIES



Yıl 2024 Year 2024 • Sayı 6 Number 6 • e-ISSN: 2822-4809

ÇUKUROVA ÜNİVERSİTESİ

HUKUK ARAŞTIRMALARI DERGİSİ

CUKUROVA UNIVERSITY JOURNAL OF LEGAL STUDIES

Yıl 2024 Year 2024 • Sayı 6 Number 6 • e-ISSN: 2822-4809

Sahibi | Owner

Prof. Dr. A. Aslı Bilgin Güvenç

Editör | Editor

Doç. Dr. Hakan Albayrak

Alan Editörleri | Field Editors

Dr. Öğr. Üyesi Seda Arslan Durmuş (Özel Hukuk Anabilim Dalı)
Dr. Öğr. Üyesi Zeynep Özkan Güneş (Kamu Hukuku Anabilim Dalı)

Editör Yardımcıları | Co-Editors

Arş. Gör. Dr. Deniz Alkış Cemiloğlu
Arş. Gör. Dr. Furkan Özdemir
Arş. Gör. Esra Bulut
Arş. Gör. Yiğit Çelik
Arş. Gör. M. Zahid Doğanay
Arş. Gör. İdil Nur Gürbüz Gökberk
Ar. Gör. Ali Uçar Kaya
Arş. Gör. Tahsin Mavzer

Yabancı Dil Editörleri | Foreign Language Editors

Öğr. Gör. Dr. Erman Ekingen (*İngilizce*)
Arş. Gör. Dr. Yasin Sönmez (*Fransızca*)
Arş. Gör. Dr. Serhan Yıldırım (*Almanca*)

İletişim | Contact

Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Balcalı Kampüsü, Sarıçam/ADANA
E-posta | E-mail: cuhad@cu.edu.tr

İnternet Adresi | Web Address: <https://hukuk.cu.edu.tr/cu/fakulte-dergisi>
DergiPark Sayfası | DergiPark Page: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/cuhad>

TARANILAN DİZİNLER



Yayın Kurulu | Editorial Board

Prof. Dr. Fatih BİLGİLİ (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Zeki OKUR (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ömer KORKUT (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. A. Aslı BİLGİN GÜVENÇ (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Mehmet DEMİR (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. İbrahim ERMENEK (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Ertan DEMİRKAPI (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Erdal YERDELEN (Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Süleyman YILMAZ (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN (Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Dursun Ali DEMİRBOĞA (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Nurcihan ÖZDOĞAN (Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Doç. Dr. Cem Duran UZUN (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Danışma Kurulu | Advisory Board

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ - Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY - Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa AVCI - Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN - Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR - Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Fatih BİLGİLİ - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. A. Aslı BİLGİN GÜVENÇ - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mehmet DEMİR - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İsmail DEMİR - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ertan DEMİRKAPI - Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN - Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İbrahim ERMENEK - Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M. Hakan HAKERİ - İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ - İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Cemil KAYA - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. İsmail KIRCA - TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ömer KORKUT - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR - Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zeki OKUR - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem ÖZEN - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ahmet Hamdi TOPAL - Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN - Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Gülriz UYGUR - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erdal YERDELEN - Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM - Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Süleyman YILMAZ - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Aziz Serkan ARSLAN - Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Dursun Ali DEMİRBOĞA - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Eşref KÜÇÜK - Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Nedim MERİÇ - Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Nurcihan ÖZDOĞAN - Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Cem Duran UZUN - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi M. Fatih CENGİL - İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

AMAÇ VE KAPSAM

Dergide hukuk ve/veya hukukla ilişkilendirilebilen disiplinler arası nitelikteki bilimsel çalışmalar, özellikle araştırma makaleleri, karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri, kitap incelemeleri ve çeviriler yayımlanmaktadır. ÇÜHAD ile hukuk alanında ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlanması amaçlanmaktadır.

Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, yılda iki sayı (Haziran-Aralık) olmak üzere yalnızca elektronik ortamda yayımlanan en az iki kör hakem incelemesinin geçerli olduğu bir dergidir. Bu dergi adı “ÇÜHAD” kısaltmasını kullanmaktadır.

Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi'nde, Türkçe hazırlanmış hukuk ve/veya hukukla ilişkilendirilebilen disiplinler arası nitelikteki çalışmalara ek olarak, Yayın Kurulu'nca uygun görülecek diğer yabancı dillerde (Almanca, İngilizce, Fransızca vb.) hazırlanmış bilimsel çalışmaların da yayımlanması mümkündür.

AIM AND SCOPE

The journal aims to enhance the national and international literature in the field of law by publishing a wide range of interdisciplinary scientific studies. These studies encompass research articles, decision reviews, legislative reviews, book reviews, and translations, all associated with law and/or legal topics. The objective of CUHAD is to make valuable contributions to the field of law through its diverse publications.

Çukurova University Law Studies Journal, abbreviated as "CUHAD", is a peer-reviewed electronic journal published twice a year (June-December) with at least two blind peer reviews.

This journal offers the opportunity to publish scientific studies in law and/or interdisciplinary studies related to law and other foreign languages such as German, English, French, and more. The Editorial Board evaluates and approves the inclusion of these studies, ensuring their appropriateness for publication in the journal.

YAYIN İLKELERİ

1. Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Makalenin Türk Dil Kurumu'nun kabul ettiği yazım kurallarına ve bu metinde yer verilen kurallara uygun hazırlanması zorunludur. Bunlara uyulmaması hâlinde Editörlük yazının ilgili kurallara uygun şekilde yeniden düzenlenerek gönderilmesini talep edebilir.
3. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar hakemlere gönderilecek, hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, hakemden gelen raporlar çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda, yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecektir. Dergide, çeviri, karar ve kitap incelemeleri, mevzuat değerlendirmeleri ve bilgilendirici notlara da yer verilecektir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Komisyonu tarafından yapılacaktır. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere, tüm yayın haklarına sahiptir.
4. Yalnızca "Dergipark" sistemi üzerinden gönderilen makaleler değerlendirmeye esas alınacak olup, derginin iletişim adresinde yer alan e-posta adresine gönderilen makaleler dikkate alınmayacaktır.
5. Makale ve Kelime Sınırları: Gönderilen çalışmaların başına, makalenin Türkçe ve yabancı dildeki adı, en az 100, en fazla 300 kelimelik Türkçe ve yabancı dilde özetlerinin ve en az üç en fazla on adet anahtar kelimenin Türkçe ve yabancı dilde eklenmesi gerekmektedir. Anahtar kelimelerin ilk harfleri büyük olmalıdır.
6. Başlık ve Yazar Adı: Makale başlığının Times New Roman yazı tipi 12 punto tüm harfler büyük, kalın ve ortalanmış şekilde yazılması gereklidir. Konu başlığının sağ altında yazarın adı ve soyadı yer almalıdır. Yazar adı ve soyadı, ana başlığın altına, 12 punto, kalın, sağa yaslı olarak akademik unvanla beraber "Adı SOYADI" biçiminde yazılmalı, sonuna * işareti konularak dipnotta sırasıyla yazarın akademik unvanı, çalıştığı kurum, e-posta adresi ve ORCID numarası belirtilmelidir. Örnek: Doç. Dr., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, yazar@cu.edu.tr, ORCID: 0000-0000-0000-0000.
7. Sayfa Yapısı: Sayfa yapısı üstten, alttan ve yanlardan 2,5 cm olmalıdır.

8. Metin: Çalışmaların, esas metni en az 4.500 en fazla 15.000 kelimedenden oluşmalıdır. Başlık 1 biçimi sadece yazının ana başlığı için kullanılmalıdır. Yazılarda Öz, Abstract, Giriş, Sonuç ve Kaynakça başlıkları Başlık 2 biçimine tanımlanmalıdır. Başlıkların numaralandırılması Romen rakamıyla I. ile başlamalıdır. Başlıkların tümünün ilk satırı 1,25 cm girintili olmalıdır.
9. Çalışmanın sonunda, çalışmada kullanılan kaynakların yazarlarının soyadlarına göre sıralandığı bir kaynakça bulunmalıdır.
10. Çalışmanın ana metni, Times New Roman yazı tipinde, 1,5 satır aralığı ve 12 punto, dipnotları ise, tek satır aralığı ve 10 punto olarak hazırlanmalıdır. Dipnotların 0,75 cm asılı ve aralarında 3 nk boşluk olması gerekir.
11. Atıflar dipnotta gösterilmelidir. Dipnot ve kaynakça yer alan eserler “APA” atıf sistemi ile gösterilmelidir.
12. Yargı Kararlarına Atıf: Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi kararlarına yapılan atıflar bu bölümde yer verilen şekilde düzenlemelidir. Yabancı mahkeme kararlarına atıf yapılırken Dergi tarafından özel bir usul öngörülmemekle birlikte, benimsenen usul yazının tamamında yeknesak olarak kullanılmalıdır.
Y. 17. HD, T. 08.09.2020, E. 2019/3192, K. 2020/4927: Yargı kararına ulaşılan kaynak, (E.T. 12.12.2021).
Ankara BAM 2. HD, T. 23.01.2017, E. 2016/113, K. 2017/21: Yargı kararına ulaşılan kaynak, (E.T. 12.12.2021).
13. Dergimize gönderilen makaleler intihal programından geçirilmektedir. İntihal programı olarak Turnitin veya İThenticate isimli programlardan biri kullanılmaktadır. İntihal oranının %30'dan aşağı olması gerekmektedir.

WRITING RULES

1. Manuscripts submitted to the journal must be original and should not have been previously published or under consideration for publication elsewhere.
2. The manuscript should adhere to British rather than American spelling, e.g., ‘recognise,’ not ‘recognize’; ‘labour,’ not ‘labor’; ‘analyse’ not ‘analyze.’ Place full points and commas inside quotation marks; place other punctuation marks outside quotation marks unless they are part of the quoted material. Footnote numbers should be placed outside quotation marks except when they are part of the exact quote. If there are any non-compliance issues, the Editorial Board may request the manuscript to be revised and resubmitted according to the relevant rules.
3. Once the manuscripts pass the initial evaluation by the Editorial Board, they will be forwarded to referees for review. CUHAD operates under a double-blind peer-review model. Based on the referees’ reports, the decision will be made to accept the manuscript for publication, request revisions based on the reports, or reject the manuscript. The author will be promptly informed of the outcome. If revisions are requested, the author may only make changes within the framework of the specified corrections. The journal also includes translations, decision reviews, book reviews, legislative evaluations, and informative notes. The final decision to accept or reject a manuscript of this nature lies with the Editorial Board. If the articles are accepted for publication, CUHAD holds all publication rights, including full-text publication in electronic format.
4. Only manuscripts submitted through the “Dergipark” system will be considered, and submissions sent via email to the journal’s contact address will not be reviewed.
5. Manuscript and Word Limits: The submitted work should include a title in both Turkish and foreign languages, abstracts of at least 100 and a maximum of 300 words in Turkish and foreign languages, and a minimum of three and a maximum of ten keywords in Turkish and foreign languages. The keywords should have the first letter capitalized.
6. Title and Author Name: The article title should be written in Times New Roman font, 12 points, with all letters capitalized, bolded, and centered. Below the title, the author’s full name should be provided. The author’s name, surname, academic title, institution, email address, and ORCID number should be listed as a footnote. The author’s name and surname should be written in size 12, bolded, and right-justified. The academic title, institution, email address, and ORCID number should be indicated sequentially with an asterisk (*) at the end. (Researchers without an ORCID number can obtain one from <https://orcid.org/>. Studies by researchers without an ORCID number will not be evaluated.)

Example: Assoc. Prof. Dr., Cukurova University Faculty of Law, Department of Civil Law, author@cu.edu.tr, ORCID: 0000-0000-0000-0000.

7. Page Layout: The page layout should have margins of 2.5 cm from the top, bottom, and sides.
8. Text: The main body of the study should contain a minimum of 4,500 words and a maximum of 15,000 words. The main heading of the article should be formatted as 'Heading 1'. Titles such as Abstract, Introduction, Conclusion, and Bibliography should be formatted as 'Heading 2'. Headings should be numbered using Roman numerals, starting with I. The first line of each heading should be indented by 1.25 cm.
9. A bibliography should be included at the end of the manuscript document, listing the sources used in alphabetical order based on the authors' surnames.
10. The main text of the study should be prepared in Times New Roman font, with a size of 12pt and 1.5 line spacing. Footnotes should be single-spaced with a font size of 10pt. The footnotes should hang 0.75 cm and have a 3.0 line spacing between them.
11. Citations should be presented in footnotes, following the "APA" citation system adopted for both footnotes and bibliographies.
12. Reference to Judgments: References to decisions from the Court of Cassation and the District Court of Justice should follow the format presented in this section. While the Journal prescribes no specific procedure for citing foreign court decisions, a consistent format should be used throughout the article.
Example citation for a Court of Cassation decision: Y. 17. HD, T. 08.09.2020, M. 2019/3192, K. 2020/4927: Source from which the judicial decision was reached, (Accessed 12.12.2021).
Example citation for a District Court of Justice decision: Ankara BAM 2. HD, T. 23.01.2017, E. 2016/113, K. 2017/21: Source from which the judicial decision was reached, (Accessed 12.12.2021).
13. All manuscripts submitted to CUHAD for publication will be examined by plagiarism software (Turnitin or Ithenticate). As a result of this examination, articles with a plagiarism rate exceeding 30% will not be evaluated.

MAKALELER | ARTICLES

Araştırma Makalesi | Research Article

Ceza Muhakemesinde Yargıtay İncelemesi Sonrası Dosyanın Gönderileceği Mahkeme..... 1-22
The Court to which the File will be Remanded after the Court of Cassation's Review in Criminal Procedure

Dr. Muharrem ÇELİK

Araştırma Makalesi | Research Article

7343 Sayılı Kanun Kapsamında Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi..... 23-46
Granting Sale Authority to the Debtor under the scope of Law Numbered 7343

Betül GÜMÜŞ KISAK

Araştırma Makalesi | Research Article

Anayasal Demokrasi Bağlamında İsrail Yüksek Mahkemesi ile Türk Anayasa Mahkemesinin Konumu..... 47-87

The Position of the Israeli Supreme Court and the Turkish Constitutional Court in the Context of Constitutional Democracy

Dr. Ferhat KÜÇÜK

Araştırma Makalesi | Research Article

Adli ve İdari Yargı Kararları Çerçevesinde Denetim Görevinin İhmali Suçu 88-121
The Crime of Failure to Supervise within the Framework of Judicial and Administrative Justice Decisions

Sevimsu GÖK & Prof. Dr. Orhan Veli ALICI



CEZA MUHAKEMESİNDE YARGITAY İNCELEMESİ SONRASI DOSYANIN GÖNDERİLECEĞİ MAHKEME*

The Court to which the File will be Remanded after the Court of Cassation's Review in Criminal
Procedure


Muharrem ÇELİK*

Z

Temyiz, bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bozma dışında kalan hükümlerine karşı gidilen bir kanun yoludur. Temyiz incelemesi neticesinde Yargıtay tarafından; temyiz isteminin esastan reddi, bozma, düşme ve düzelterek onama kararları verilebilecektir. Yargıtay incelemesi sonrasında dosyanın gönderileceği mahkeme, Yargıtay'ın vereceği karara göre değişiklik gösterecektir. Bu husus 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m.304'te kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, CMK m.304/1'de Yargıtay'ın temyiz başvurusunun esastan reddine veya hukuka aykırılığın düzeltilerek onanmasına karar verdiği hallerde, dosya ilk derece mahkemesine gönderilmektedir. CMK m.304/2'de ise Yargıtay'ın bozma kararı sonrası dosyanın gönderileceği mahkeme ele alınmış olup CMK m. 304/2 genel kural teşkil etmektedir. CMK m.304/2-a, b hükümleri ise bunun istisnasını oluşturmaktadırlar. CMK m.304/2-a'da bozma kararının istinaf başvurusunun esastan reddi kararına ilişkin olması halinde dosyanın kararı veren ilk derece mahkemesine gönderileceği belirtilmiştir. CMK m.304/2-b'de ise bozma kararının hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddi kararına ilişkin olması düzenlenmiştir. Bu durumda dosyanın kararı veren ilk derece mahkemesine ya da bozma kararının içeriği doğrultusunda Yargıtay'ca uygun görülmesi halinde bölge adliye mahkemesine gönderileceği ifade edilmektedir. Yargıtay'ın verdiği karara göre dosyanın hangi mahkemeye gönderileceğine ilişkin uygulamada ve öğretide birtakım tartışmalar bulunmaktadır. Bu tartışmaların ele alınması ve değerlendirilmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Yargıtay, Kanun Yolu, Temyiz İncelemesi, Yargıtay Bozma Kararı, Yargıtay Kararının Gönderileceği Mahkeme.

Gönderi: 27.03.2024 - **Kabul:** 10.06.2024 | **Received:** 27.03.2024 - **Accepted:** 10.06.2024.

Dr., İstanbul Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Doktora Programı Mezunu / Av., İstanbul Barosu, İstanbul, Türkiye 
muharrem.celik@outlook.com.tr • **ORCID** 0000-0003-0582-815X.

Atıf şekli / Cite As: ÇELİK, Muharrem (2024). Ceza Muhakemesinde Yargıtay İncelemesi Sonrası Dosyanın Gönderileceği Mahkeme. HAD, (6), 1-22.

İntihal / Plagiarism: Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden gemiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.
This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

ABSTRACT

Appeal is a legal remedy against the judgements of the criminal departments of the regional court of justice, except for reversal. In the appellate review, the Court of Cassation may decide to reject the appeal request on the merits or reverse, dismiss and confirm the decision with corrections. The court to which the file will be sent after the Court of Cassation review will vary according to the decision of the Court of Cassation. This issue is comprehensively regulated in Article 304 of the Criminal Procedure Code (CPC) No.5271. According to Article 304/1 of the CPC, in cases where the Court of Cassation decides to reject the appeal on the merits or uphold it with the correction of the violation of law, the file is sent back to the court of first instance. Article 304/2 of the CPC addresses the court to which the file will be sent after the Court of Cassation's reversal decision, and Article 304/2 of the CPC constitutes a general rule. The provisions of Article 304/2-a,b of the CPC constitute an exception to this rule. Article 304/2-a of the CPC stipulates that if the reversal decision is related to the decision to reject the appeal on the merits, the file shall be sent to the court of first instance that rendered the decision. Article 304/2-b of the Code of Criminal Procedure states that if the reversal decision is related to the decision to reject the appeal application on the merits by correcting the violation of law, the file will be sent to the court of first instance or the regional court of justice that made the decision. There are certain debates in practice and doctrine regarding the court to which the file will be sent after the decision of the Court of Cassation, and these discussions need to be addressed.

Keywords: Court of Cassation, Right to Appeal, Appellate Review, Court of Cassation's Reversal Decision, Court to which the Court of Cassation Decision shall be sent.

GİRİŞ

Bir suçun işlendiğine dair bilginin yetkili merciler tarafından öğrenilmesi ile soruşturma aşaması, soruşturma aşamasının sonucunda Cumhuriyet Savcısı tarafından hazırlanmış olan iddianamenin yetkili mahkemeye verilmesi ve mahkeme tarafından kabul edilmesiyle de kovuşturma aşaması başlamış olur. Bir başka ifadeyle, ceza muhakemesi süreci soruşturma aşaması ile başlayıp kovuşturma neticesinde verilen hükmün kesinleşmesi ile sonuçlanır. Kovuşturmanın yapılması ve duruşmanın nihayete erdiğinin açıklanmasından sonra mahkeme tarafından karar verilir ve son karar ile yargılamaya konu hukuki sorun çözülmüş olur. Son karar CMK m. 223'te hüküm olarak ifade edilmektedir.

Doğal olarak bazen yargılama neticesinde verilmiş olan karar haksız, hukuka aykırı ya da hukuka uygun olmakla birlikte tarafları tatmin etmeyecek şekilde olabilir. Bu gibi durumlarda karara karşı kanun yollarına başvurulabilecektir. Kanun yollarına başvurularak, hükmün ihtiva ettiği hukuka aykırılıkların ve hataların aynı ya da başka bir mahkeme tarafından incelenmesi ve gözden geçirilmesi sağlanacaktır¹. Kanun yollarına gidilmek suretiyle hukukun doğru bir şekilde tatbik edilmesi amaçlanmıştır². Kanun yolları, yargılama makamlarınca ortaya konulmuş olan ve hukuka aykırı veya

¹ GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 649.

² ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 239; ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞSIZ, s. 781.

hatalı olduğu iddia edilen kararların, aynı ya da başka bir makam tarafından tekrar ele alınmasına ve incelenmesine olanak tanıyan yasal yollardır³.

Kanun yolları ceza muhakemesi işlemlerinin doğru bir şekilde gerçekleştirilmesi noktasında önemli bir işleve sahiptir. Şöyle ki, söz konusu işlev sayesinde hükmün verilmesi ile ceza yargılaması sonuçlanmış olmamakta, bilakis hükmün yeni bir merci tarafından tekrar değerlendirilmesi sağlanmaktadır⁴. Bu doğrultuda, Yargıtay'ın temyiz incelemesi neticesinde verdiği karar, yargılamanın devam edip etmeyeceğini ve devam edecekse ne şekilde gelişeceğini belirleme noktasında doğrudan etkili bir konumda yer almaktadır⁵. Temyiz, bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin hükümleri ile hükme esas teşkil eden ara kararlar ve kanunda belirtilmiş olan diğer bazı kararlar aleyhine başvurulabilen ve sadece hukuksal denetimin yapıldığı bir olağan kanun yoludur⁶.

Bölge adliye mahkemeleri tarafından verilmiş olan kararlara karşı temyiz kanun yoluna başvurulduğu durumlarda, Yargıtay'ın kendisine temyiz denetimi amacıyla gelmiş olan dosyaya ilişkin olarak incelemesi neticesinde verecek olduğu karar ve vermiş olduğu karara göre dosyanın hangi mercie gönderileceği önem arz etmektedir. Yargıtay incelemesi sonrasında dosyanın gönderileceği merciinin belirlenmesinde Yargıtay'ın verecek olduğu kararın mahiyeti etkili olmaktadır. Çalışmamızda, bu durum da göz önünde bulundurularak ilgili hususa ilişkin problemler ele alınacaktır.

I. TEMYİZ DENETİMİ

A. Genel Olarak

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 286/1'e göre temyiz, bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bozma haricindeki hükümlerine karşı olarak gidilen bir kanun yoludur. Bölge adliye mahkemesinin hükme esas teşkil eden veya başka bir kanun yolu öngörülmemiş olan kararları, hükümle birlikte temyiz edilebilir⁷. Bir başka ifadeyle, bölge adliye mahkemesi tarafından bozma kararı verilmesi halinde dosya ilk derece mahkemesine yeniden hüküm kurulmak üzere gönderilecek olup ilk derece mahkemesi bu karara karşı direnme kararı veremeyecektir⁸. Böylelikle bölge adliye mahkemelerinin bozma kararlarına karşı temyiz yoluna gidilememektedir. Buna karşın, bölge adliye mahkemesi ceza daireleri tarafından verilmiş olan bozma kararı haricindeki hükümler üçüncü derece olarak temyiz kanun yolunun konusunu oluşturabilecektir.

³ CENTEL, ZAFER, s. 874; ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 239; ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞSIZ, s. 737; ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, GEZER, s. 453; GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 649; YENER, ÜNVER, s. 749-750; YENİSEY, NUHOĞLU, s. 915; BİRTEK, İstinaf, s. 40.

⁴ KOÇ, s. 49.

⁵ KEKLİK, s. 186.

⁶ ÜNVER, HAKERİ, s. 777; CENTEL, ZAFER, s. 903; YENİSEY, NUHOĞLU, s. 915; YURTCAN, Yargılama, s. 608; ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞSIZ, s. 781.

⁷ EKER KAZANCI, s. 22; BALCI, ÖZTÜRK, s. 281-282; KAYMAZ, İstinaf, s. 293; CENTEL, ZAFER, s. 903-904; ÖZEN, s. 1500; ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞSIZ, s. 780; ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 269.

⁸ KİZİROĞLU, s. 180; BİRTEK, Tartışma, s. 456; CENTEL, ZAFER, s. 903; EKER KAZANCI, s. 33; ÇAKIR, Direnme, s. 55-56.

Bununla birlikte bölge adliye mahkemelerince verilen ve kesin olarak nitelendirilen, diğer bir ifadeyle temyize kapalı hükümler söz konusudur. Temyiz kanun yolunun istisnaları mahiyetindeki bu kararlar CMK m. 286/2’de ifade edilmiştir⁹.

Temyiz edilebilen kararlar genel olarak; istinaf başvurusunun esastan reddine, düzelterek esastan reddine ilişkin kararlar ve ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılmak suretiyle verilen hükümlerdir¹⁰. Bununla birlikte CMK m. 223’te belirtilmiş olan hüküm türlerinden ceza verilmesine yer olmadığı, beraat, mahkûmiyet, güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararları da temyize tabi olan kararlar arasında yer almaktadır¹¹. Ancak bu nevi kararların CMK m. 286/2’de ifade edilmiş olan temyiz kanun yolu dışında kalan kararların kapsamına girmemesi gerekmektedir. Ayrıca CMK m. 287 uyarınca hükümden önce verilmiş olan ve hükme esas teşkil eden veya başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkemenin ara kararı olarak da ifade edilebilecek kararlar da hükümle beraber temyiz olunabilir.

B. Hükümün Temyizi Üzerine Mahkemece Yapılacak İşlemler

CMK m.296’da belirtildiği üzere, kanunda belirtilmiş olan sürenin geçmesinin ardından yapılan temyiz başvurularında, temyiz edilemeyecek bir hükme ilişkin yapılan başvurular veya başvuruda bulunan kişinin temyiz etmeye hakkının bulunmadığı durumlarda hükmü temyiz olunan bölge adliye mahkemesi veya ilk derece mahkemesi temyiz başvurusunu reddedecektir¹². Böyle bir durumda temyiz kanun yoluna başvuran taraf ret kararının kendisine tebliğ edilmesinden itibaren iki hafta içinde temyiz mahkemesi olan Yargıtay’dan bu hususa ilişkin olarak bir karar vermesini isteyebilecektir¹³. Ancak CMK m.296/2 uyarınca, Yargıtay’ın karar vermesine kadar geçen sürede hükmün infazı ertelenmeyecektir. CMK m.296’da yer alan bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere kanun koyucu Yargıtay’ın iş yükünü azaltmak ve gereksiz meşguliyetini ortadan kaldırmak adına temyiz isteminin yapıldığı mahkemeye temyiz istemini reddetme yetkisi vermiştir¹⁴.

CMK m. 297 uyarınca, bölge adliye mahkemesi kabul edilebilir bir temyiz başvurusu bulunduğunu tespit edip gerekli tebligat eksikliklerini de tamamladıktan sonra dosyayı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına göndermektedir¹⁵.

⁹ ATALAN, s. 57; ÖZEN, s. 2380; ARTUÇ, s. 74; PEHLİVAN, s. 988.

¹⁰ KAYMAZ, İstinaf, s. 293; ÜNVER, HAKERİ, s. 778.

¹¹ KAYMAZ, İstinaf, s. 293; ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, GEZER, s. 516.

¹² SOYASLAN, s. 591; CENTEL, ZAFER, s. 909; ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 274; GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 721; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s. 797.

¹³ 12.3.2024 tarihli ve 32487 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan 7499 sayılı Kanununun 37’nci maddesiyle “yedi gün” şeklindeki söz konusu süre “iki hafta” olarak değiştirilmiş olup 1.6.2024 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁴ SOYASLAN, s. 591.

¹⁵ SOYASLAN, s. 592; CENTEL, ZAFER, s. 910; ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 274; GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 720; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s. 798.

C. Genel Olarak Temyiz Nedenleri

Temyiz nedeni mülga CMUK döneminde olduğu gibi CMK m.288’de de hükmün hukuka aykırılığı olarak düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemede belirtildiği üzere “*bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması*” hukuka aykırılık durumunu oluşturmaktadır. Bu hukuka aykırılık durumu da temyiz başvurusunun nedenini oluşturmaktadır. Önemle belirtilmelidir ki, CMK m.294¹⁶ uyarınca temyiz nedeninin gösterilmesi durumu mülga CMUK düzenlemesinin aksine ihtiyari olmayıp zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Temyiz başvurusunda bulunan taraf, hükmün hangi sebepten ötürü bozulması gerektiğini dilekçesinde belirtmelidir¹⁷. Başka bir ifadeyle, temyiz incelemesinin gerçekleştirilmesi için artık “hükmü temyiz ediyorum” demek suretiyle bir başvuruda bulunmak yeterli olmamaktadır. Zira temyiz denetimi, belirtilen temyiz nedeni çerçevesinde yapılacak olup neden gösterilmemiş olan gerekçesiz başvurular kabul görmeyecektir¹⁸. CMK m.301’ e göre Yargıtay, yalnızca temyiz dilekçesinde ortaya konulmuş olan meseleler ile temyiz başvurusu usule ilişkin eksikliklerden kaynaklanmışsa, dilekçede bu durumu ortaya koyan eksiklikler çerçevesinde bir inceleme yapacaktır.

Mülga CMUK düzenlemesinde temyiz nedeni “kanuna aykırılık” olarak belirtilmişken¹⁹, CMK’da “hukuka aykırılık” olarak düzenlenmiştir. Öğretide ağırlıklı görüş hukuka aykırılık kavramının kanuna aykırılık kavramına nazaran daha kapsamlı olduğu tespitini yaparak, CMK düzenlemesinin daha isabetli olduğunu belirtmektedir²⁰. Öğretide diğer bir görüş ise, her iki kavramın da ilgili düzenlemelerde “bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması” şeklinde tanımlandığını belirterek iki mefhumun da aynı anlamda anlaşılmasının istendiği sonucuna varmaktadır²¹. Çünkü, her iki düzenlemenin de söz konusu hükümlerinde yer alan ibareler ilgili düzenlemelerde “bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması” şeklinde tanımlanmıştır²². Netice itibarıyla, temyiz sebebi olarak karşımıza çıkan hukuka aykırılık, hâkimin somut vakıya ilişkin en uygun hükmü tespit edememesi veya tespit etse bile yanlış değerlendirip hatalı bir şekilde tatbik etmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır²³.

¹⁶ CMK m. 294/1’e 12.3.2024 tarihli ve 32487 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan 7499 sayılı Kanunun 37’nci maddesiyle “*Cumhuriyet savcısı temyiz dilekçesinde, temyiz isteğinin sanığın yararına veya aleyhine olduğunu açıkça belirtir.*” hükmü eklenmiş olup söz konusu hüküm 1.6.2024 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁷ BALCI, ÖZTÜRK, s. 355; ÜNVER, HAKERİ, s. 791-792; KARAKOYUNLU, s. 256; APAYDIN, s. 190.

¹⁸ KIZIROĞLU, s. 182; ERDEM, KAVLAK, s. 1435-1436.

¹⁹ Mülga CMUK dönemindeki düzenlemeye ilişkin değerlendirmeler için bkz. YENİSEY, s. 121-122.

²⁰ ÖZEN, s. 1509; BALCI, ÖZTÜRK, s. 355; YURTCAN, Yargılama, s. 615; GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 713; PARLAR, SEKMEN, s. 203.

²¹ TANER, s. 53.

²² TANER, s. 53.

²³ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 911; ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 272; GÖKCEN, BALCI, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 711; ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 784; ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, GEZER, s. 520.

Temyiz nedeninin belirtilmesi zorunluluğu temyiz nedeniyle bağlilik kuralını da ortaya çıkartmıştır²⁴. Bu nedenle, kararı temyiz kanun yoluna taşıyan taraf temyiz nedenini temyiz dilekçesinde göstermek zorundadır. Ayrıca hukuka aykırılığın maddi hukuka aykırılıktan mı yoksa muhakeme hukukuna aykırılıktan mı kaynaklandığını belirtmelidir²⁵.

Temyiz başvurusunda maddi hukuka ya da muhakeme hukukuna ilişkin herhangi bir temyiz nedeninin ortaya konulmuş olması halinde, CMK m. 289’da düzenlenmiş olan hukuka kesin aykırılık halleri dilekçede belirtilmiş olmasalar dahi, Yargıtay tarafından re’sen dikkate alınacak ve aykırılık tespit edilmesi halinde hükme etkisine bakılmaksızın bozma kararı verilecektir²⁶. Eğer karar yalnızca maddi hukuka ilişkin olan bir aykırılık dolayısıyla temyiz kanun yoluna taşınmaktaysa Yargıtay, CMK m. 289’da²⁷ yer alan hukuka kesin aykırılık halleri dışında (CMK m. 302/5), hükmü muhakeme hukukuna aykırılık dolayısıyla bozamayacaktır²⁸. Diğer taraftan, CMK m. 289’da belirtilen hallerin dışında kalan bir hukuka aykırılık nedeniyle temyiz kanun yoluna başvurulmaktaysa, kararı temyize taşıyan taraf bu aykırılığa neden teşkil eden maddi olguları da göstermek zorunda olup Yargıtay incelemesi de yalnızca muhakeme hukukuna ilişkin dilekçede gösterilen aykırılık teşkil eden bu hususlar kapsamında gerçekleşecektir²⁹.

Maddi hukuka aykırılık nedeniyle temyiz başvurusunda bulunulması halinde ise temyiz dilekçesinde maddi hukuka ilişkin bir aykırılık durumundan ötürü hükmün temyiz edildiğinin belirtilmesi temyiz incelemesinin yapılması için yeterli olacaktır³⁰. Yargıtay bu noktada, dilekçede belirtilen bu durumu yeterli bulacak ve belirtilmemiş olan maddi hukuka ilişkin olarak da bir inceleme gerçekleştirebilecektir³¹. Bir başka ifadeyle temyiz dilekçesinde temyiz nedeni olarak maddi hukuk normunun net bir şekilde olarak ortaya konulması zorunluluğu bulunmamaktadır³².

²⁴ KIZIROĞLU, s. 183.

²⁵ KIZIROĞLU, s. 183; ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 274; ERDEM, KAVLAK, s. 1435.

²⁶ YENER, ÜNVER, s. 785; BALCI, ÖZTÜRK, s. 334; EKER KAZANCI, s. 182; ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 273; YILMAZ, Değerlendirme, s. 1795; EŞİTLİ, s. 133; APAYDIN, s. 190.

²⁷ Bir görüşe göre, CMK m. 289’da yer alan “*Temyiz dilekçesi veya beyanında gösterilmiş olmasa da aşağıda yazılı hallerde hukuka kesin aykırılık var sayılır*” düzenlemesinden hiçbir temyiz nedeni ortaya konulmamış olan bir temyiz başvurusu halinde dahi hukuka kesin aykırılık hallerinin Yargıtay tarafından dikkate alınacağını anlaşılmaması mümkün değildir. Çünkü CMK m. 298’de temyiz dilekçesinde temyiz nedenlerinin belirtilmemiş olması durumu temyiz başvurusunun reddini gerektiren haller arasında sayılmıştır. Dolayısıyla CMK m. 289’de düzenlenmiş olan dilekçede gösterilmemiş olsa da dikkate alınacak olan kesin hukuka aykırılık halleri, Yargıtay tarafından yalnızca dilekçede bir temyiz nedeni ortaya konulmuş olan başvurular açısından söz konusu olacaktır. Detaylı bilgi için bkz. TANER, s. 66.

²⁸ KIZIROĞLU, s. 183.

²⁹ KIZIROĞLU, s. 183; BALCI, ÖZTÜRK, s. 354; TANER, s. 66.

³⁰ KIZIROĞLU, s. 183.

³¹ “*Temyiz dilekçesinde maddi hukuka aykırılık iddiasının ileri sürüldüğü hâllerde Özel Dairece, temyiz nedeni olarak gösterilen maddi hukuka aykırılıklar yanında dilekçede açıklanmış olmasa dahi dosyaya yansıyan tüm maddi hukuka aykırılıkların temyiz denetiminde incelenmesi...*” Y. CGK, T.19.11.2020, 2019/341 E., 2020/474 K.: <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T. 07.05.2024).

³² KIZIROĞLU, s. 183.

II. TEMYİZ İNCELEMESİ SONRASINDA VERİLEBİLECEK KARARLAR

A. Genel Olarak

Temyiz değerlendirmesi sonucunda Yargıtay tarafından verilecek ret veya bozmaya ilişkin hükümler, CMK m.302 ve 303'te düzenlenmektedir. Bölge adliye mahkemesi tarafından verilen hükme ilişkin yapılan temyiz incelemesi sonucunda, Yargıtay kararın hukuka aykırılık içermediğini tespit ederse temyiz başvurusunun esastan reddine karar verecektir. Yargıtay tarafından verilmiş olan temyiz başvurusunun esastan reddine ilişkin bu kararın ardından bölge adliye mahkemesi kararı kesinleşecektir. Eğer bölge adliye mahkemesi tarafından verilen hüküm temyiz dilekçesinde gösterilmiş olan temyiz nedenlerinden dolayı ortaya çıkmış hukuka aykırılıklara dayanmaktaysa, Yargıtay tarafından bölge adliye mahkemesinin bu kararına ilişkin olarak bozma kararı verilecektir. Hüküm, hükmün kurulması esnasında maddi hukuka ya da muhakeme hukukuna ilişkin kuralların tatbiki noktasında meydana gelen hukuka aykırılıktan dolayı bozulmuş ise Yargıtay, CMK m.303/2'de belirtilen bazı durumlar hakkında dosyanın esasına ilişkin karar verebileceği gibi kararda yer almakta olan hukuka aykırılığı da düzeltme yetkisini haizdir³³.

B. Temyiz İsteminin Esastan Reddi Kararı (Onama)

Yargıtay esas hakkında yaptığı incelemede bölge adliye mahkemesi tarafından verilmiş olan hükümde hukuka aykırılık bulunmadığını tespit ederse, temyiz isteminin esastan reddedilmesine karar verir (CMK m. 302/1)³⁴. Söz konusu karar verilen hükmün kesinleşmesine neden olduğu için, uygulamada ret yerine “tasdik” ya da “onama kararı” ifadeleri de kullanılmaktadır³⁵. Uygulamada hala onama ibaresinin kullanılmasının temel nedeni eski yasada bu hususun düzenlenmemiş olmasıdır³⁶. Ancak tasdik ifadesinin kullanılması doğru bulunmamaktadır. Çünkü tasdik (onay) bir işlemin ya da kararın hukuki varlık veya uygulanabilirlik kazanmasını sağlayan bir yoldur³⁷.

Diğer bir ifadeyle, bölge adliye mahkemesince verilmiş olan karar Yargıtay tarafından hukuka uygun bulunursa ya da temyiz dilekçesinde zikredilmiş olan sebeplerin hüküm açısından hukuka aykırılık oluşturmadığı kabul edilirse temyiz istemi esastan reddedilecektir³⁸. Bununla birlikte aleyhe

³³ “Temyiz incelemesinde görevi hukuk kurallarının ve kanuni tavsiflerin doğru uygulanıp uygulanmadığını denetlemek olan Yargıtay’ca yapılan inceleme sonucunda; onama, düzelterek onama, düşme ve bozma kararlarından birinin verilebilmesi mümkündür.” Y. CGK, T: 04.04.2017, E: 2014/760, K:2017/212.; Yargıtay CGK, T: 14.05.2019, E: 2018/572, K:2019/420: <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T. 07.05.2024).

³⁴ “Sanık hakkında uyuşturucu madde ticareti yapma suçundan kurulan mahkûmiyet hükmüne yönelik istinaf isteminin esastan reddine dair Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 18. Ceza Dairesinin kararı hukuka uygun bulunduğundan, sanık ve müdafinin yerinde görülmeyen temyiz istemlerinin CMK’nun 302/1. maddesi uyarınca ESASTAN REDDİNE, hükmolunan ceza miktarı ile tutuklu kalınan süre dikkate alınarak sanık hakkındaki tahliye talebinin reddine,” Y.10. CD, 25.10.2022, E. 2022/12825, K. 2022/10706: <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T. 07.05.2024).

³⁵ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 1015; YURTCAN, Yargılama, s. 643; EKER KAZANCI, s. 253; SOYASLAN, s. 595.

³⁶ PARLAR, s. 1331-1332.

³⁷ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 1015; YURTCAN, Yargılama, s. 643; BALCI, ÖZTÜRK, s. 419-420.

³⁸ BALCI, ÖZTÜRK, s. 419-420; PARLAR, SEKMEN, s. 513; ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 276; EKER KAZANCI, s. 253-254; YURTCAN, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, s. 1153; ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞIZ, s. 801.

değiştirme yasağının söz konusu olduğu³⁹, yani hükmün yalnızca sanık lehine temyiz edildiği hallerde suçun hukuki nitelmesi doğru yapılmışsa, yalnızca cezayı etkileyecek bir hukuka aykırılık söz konusuysa hatalı uygulama işaret edilerek temyiz isteminin esastan reddine karar verilecektir⁴⁰. Esastan ret kararı ile karar kesinleşmiş olmakta olup eğer mahkûmiyet hükmü söz konusu ise dosyanın gönderildiği ilk derece mahkemesi dosyayı infaz edilmek üzere Cumhuriyet Savcılığına gönderir⁴¹.

C. Bozma Kararı

İlk derece mahkemesi tarafından verilmiş olan ve istinaf kanun yoluna gidilen ilk hükmün bölge adliye mahkemesi tarafından ortadan kaldırılarak yeni bir hüküm kurulması ve bunun temyiz edilmesi ihtimalinde, Yargıtay yapacağı inceleme sonunda hükmü etkileyecek mahiyette hukuka aykırılık tespit ederse ve tespit ettiği hukuka aykırılıklar temyiz başvurusunda belirtilmişse söz konusu hükmü bozacaktır (CMK m.302/2)⁴². Bozma nedenleri, yani hukuka aykırılık halleri dilekçede belirtilmemiş olsa dahi kararda ayrı ayrı gösterilmesi gerekmektedir⁴³. Bu şekilde bir düzenlemenin yapılmış olmasının amacı, uygulamaya yol göstermek ve içtihat birliğini sağlamaktır⁴⁴. Ancak CMK m. 289'da belirtilmiş olan hukuka kesin aykırılık halleri doğal bozma sebeplerini teşkil ettiği için temyiz başvurusunda ortaya konulmalarına gerek yoktur⁴⁵. Bununla birlikte bozma kararının verilebilmesi için söz konusu hukuka aykırılık hallerinin CMK m.303'te belirtilen, ıslah kararı ile düzeltilebilecek hususlardan olmaması gerekir⁴⁶.

Başka bir ifadeyle, Yargıtay başvurusunda ortaya konulmuş olan hukuka aykırılığın gerçekleşmiş olduğunu tespit etmiş olsa dahi bu aykırılıktan dolayı derhal bozma kararı veremez⁴⁷. Eğer temyiz başvurusunda belirtilmiş olan hukuka aykırılık bölge adliye mahkemesi kararını etkilemişse, bu durumda bozma kararı verilebilir⁴⁸. Zira haksız kararın kaldırılması anlamını ihtiva eden bozmanın işlevsel hale gelmesi gerekmektedir⁴⁹. Bu yüzden hukuka aykırılığın hükme etki edip etmediğinin araştırılması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır⁵⁰. Bu doğrultuda hükme etki etmeyen hukuka aykırılığın kapsamı ortaya konulmalıdır. Buna göre, bir hukuka aykırılık durumunun söz konusu olmasının hükme

³⁹ Aleyhte değiştirme yasağı sadece sanık lehine temyize (istinaf, yargılamanın yenilenmesi ve belli durumlarda kanun yararına bozma kanun yolları açısından da geçerlidir.) başvurulması halinde hükmün Yargıtay tarafından bozulması durumunda, verilecek yeni hükmün artık önceki hükümde gösterilen cezadan daha ağır olmamasını ifade etmektedir. Bu kural sanığın kanun yoluna çekinmeksizin başvurusuna olanak sağlamaktadır. CENTEL, ZAFER, s. 885- 886. Aleyhe değiştirme yasağı ile ilgili detaylı bilgi için bkz. KAYMAZ, Değiştirme, s. 1400 vd.; ÖZBEK, TEPE, s. 3770 vd.

⁴⁰ PARLAR, s. 1332; PARLAR, SEKMEN, s. 513.

⁴¹ ERDEM, ŞENTÜRK, s. 230; BALCI, ÖZTÜRK, s. 421; EKER KAZANCI, s. 254.

⁴² BALCI, ÖZTÜRK, s. 422.

⁴³ ERDEM, ŞENTÜRK, s. 231; YENİSEY, NUHOĞLU, s. 1015.

⁴⁴ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE, s. 869; YENİSEY, NUHOĞLU, s. 1015; EKER KAZANCI, s. 257.

⁴⁵ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 1015; SOYASLAN, s. 598; YENER, ÜNVER, s. 785.

⁴⁶ PARLAR, s. 1332.; PARLAR, SEKMEN, s. 513-514.

⁴⁷ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s. 801; ÖZEN, s. 1535; ÖZTÜRK, TEZCAN, ERDEM, GEZER, s. 522.

⁴⁸ ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, s. 801; ÖZEN, s. 1535; YENİSEY, NUHOĞLU, s. 1015-1016; ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 276; YURTCAN, Şerh, s. 1154-1155.

⁴⁹ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 1016.

⁵⁰ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 1016.

etki etmemesinin ve aykırılığın kaldırılmasının da hükme bir etkisinin olmadığı mutlak olduğu hallerde söz konusu aykırılık mevcuttur⁵¹.

D. Düşme Kararı

Temyiz süreci esnasında mahkeme hükmünden önce veya sonrasında çıkmış olan genel af, zamanaşımı, sanığın ölümü, şikâyetten vazgeçme gibi bir düşme sebebi bulunduğu durumlarda Yargıtay düşme kararı verecektir⁵². Çünkü düşme sebepleri, muhakemeyi mevcut yerinde durdurmakla kalmayıp durma sebeplerinden farklı olarak devamını da engeller⁵³. Dolayısıyla Yargıtay bu sebepleri yargılamanın sonuna, yani temyize konu meselenin esası hakkında karar verecek duruma gelmeden önce de görebilir ve o anda derhal düşme kararı verir⁵⁴.

Düşme kararı iki durumda verilebilir. Bunlardan ilki, birinci derece yargılamada söz konusu olan bir düşme nedenin mahkeme tarafından fark edilmemiş olmasıdır⁵⁵. İkincisi ise temyiz incelemesi sırasında bir düşme nedenin ilk kez ortaya çıkması durumudur⁵⁶. Bu gibi durumlar nedeniyle Yargıtay düşme kararı verdiğinde, karar kesin hükme dönüşecektir⁵⁷.

Verilmiş olan bir düşme kararı ile asıl ceza davası ve tali davalar düşeceği gibi temyiz davası da düşer. Diğer taraftan düşme kararı neticesinde daha önce verilmiş bütün kararlar, kendiliğinden hükümsüz hale gelecektir⁵⁸. Örneğin tutuklama kararının verildiği bir varsayımda bu karar da kalkacaktır⁵⁹.

E. Düzelterek Onama/İslah Kararı

Yargıtay, maddi olguları inceleme olanağına sahip olmadığı için temyiz aşamasında maddi meseleler hakkında karar vermeyecektir⁶⁰. Ancak CMK m. 303'te düzenlenmiş olan istisnai hallerde, Yargıtay esas hakkında da karar verebilecektir⁶¹.

⁵¹ ERDEM, ŞENTÜRK, s. 231; YENİSEY, NUHOĞLU, s. 1016; EKER, KAZANCI, s. 257-258.

⁵² EKER KAZANCI, s. 263; ÜNVER, HAKERİ, s. 803; ÖZEN, s. 1568; YURTCAN, Yargılama, s. 644.

⁵³ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 1020. "Sanığın, UYAP sisteminden alınan ve dosya içerisine konulan nüfus kayıt örneğine göre, hükümden sonra 13.04.2021 tarihinde öldüğüne ilişkin kayıt araştırılarak öldüğünün anlaşılması halinde TCK'nın 64/1. maddesi gereğince sanık hakkında düşme kararı verilmesinde zorunluluk bulunması, Bozmayı gerektirmiş olup diğer yönleri incelenmeyen hükmün öncelikle bu sebepten dolayı CMK'nın 302/2 maddesi uyarınca BOZULMASINA, 28.02.2019 tarihinde yürürlüğe giren 20.02.2019 tarih ve 7165 sayılı Kanunun 8. maddesiyle değişik 5271 sayılı Kanunun 304. maddesi uyarınca dosyanın Yozgat Ağır Ceza Mahkemesine, kararın bir örneğinin bilgi için ... Bölge Adliye Mahkemesi 4. Ceza Dairesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE," Y. 3. CD, 21.09.2022, 2022/29716 E, 2022/4756 K: : <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T. 15.05.2024).

⁵⁴ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 1020; EKER KAZANCI, s. 263; BALCI, ÖZTÜRK, s. 499.

⁵⁵ YURTCAN, Yargılama, s. 644.

⁵⁶ YURTCAN, Yargılama, s. 644.

⁵⁷ YURTCAN, Yargılama, s. 644.

⁵⁸ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 1020; BALCI, ÖZTÜRK, s. 264.

⁵⁹ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 1020; BALCI, ÖZTÜRK, s. 264.

⁶⁰ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 1020.

⁶¹ ÖZBEK, DOĞAN, BACAŞIZ, s. 804.; YENİSEY, NUHOĞLU, s. 1020; YURTCAN, Yargılama, s. 644.

Daha önce de ifade edildiği gibi, temyiz makamı olarak Yargıtay'ın görevi kural olarak hukuki meselenin çözümünde aykırılık olup olmamasına göre hükmü bozmak ya da bozmayarak reddetmektir⁶². Oysa CMK m.303 gereği olarak ıslah kararında Yargıtay'ın asıl davanın esasına karar vermesi, davayı sona erdirmesi yani bir başka mahkemenin vermiş olduğu kararı kaldırıp yerine yeni bir karar ikame etmesi söz konusu olmaktadır⁶³. Bu doğrultuda hukuka aykırılıktan dolayı hüküm bozulmuşsa, CMK m.303'te sınırlayıcı bir şekilde ortaya konulmuş olan durumlarda Yargıtay davanın esası hakkında karar verebileceği gibi hükümdeki hukuka aykırılığı da düzeltebilir⁶⁴. Yargıtay'ın saptadığı bazı hukuka aykırılıklardan dolayı bölge adliye mahkemesinin kararını bozup geri çevirmek yerine ıslah edebildiği bu duruma düzelterek onama da denilmektedir⁶⁵.

İlgili düzenlemede yer alan ıslah (düzeltme) sebeplerinin ortak paydası, maddi olaya ilişkin ek bir soruşturma ihtiyacının söz konusu olmaması ve maddi sorun açısından mahkemeye bırakılmış bir takdir yetkisinin bulunmamasıdır⁶⁶.

III. YARGITAY İNCELEMESİ SONRASI DOSYANIN GÖNDERİLECEĞİ MAHKEME

Temyiz incelemesi neticelenen ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından itiraz veya maddi hatanın düzeltilmesi yollarından birisine başvurulmayan dosyaların, kararı temyiz incelemesine tabi tutulan mahkemeye gönderilmesi söz konusudur⁶⁷. Temyiz incelemesi sonrası dosyanın gönderileceği merci kapsamlı olarak CMK m. 304'te düzenlenmiştir. Mezkûr düzenlemede, temyiz incelemesi neticesinde temyiz isteminin esastan reddi, bozma, düşme ve düzelterek onama kararlarından hangisinin verileceğine göre dosyanın gönderileceği mercinin de değişiklik arz edeceği ifade edilmektedir.

⁶² ÜNVER, HAKERİ, s. 800.; YURTCAN, Yargılama, s. 644.; YENİSEY, NUHOĞLU, s. 1021.

⁶³ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 1021. “Sanık hakkında kurulan hükümlerde tekerüre esas alınan Kandıra Asliye Ceza Mahkemesinin 04/03/2013 tarih, 2011/27 Esas ve 2019/596 Karar sayılı kararındaki mahkumiyetine konu suçu on sekiz yaşından küçük iken işlemesi nedeniyle tekerüre esas alınamayacağı ve tekerüre esas nitelikte başka bir ilamının da bulunmaması nedeniyle sanık hakkında nitelikli hırsızlık, konut dokunulmazlığının ihlali ve mala zarar verme suçlarından kurulan hükümlerde tekerrür hükümleri uygulanmayacağı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, Bozmayı gerektirmiş, sanığın temyiz istemi bu itibarla yerinde görülmesi olduğundan, hükümlerin açıklanan nedenle itiraza uygun olarak BOZULMASINA, bozma nedeni yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi yollamasıyla 1412 sayılı CMUK'un 322. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak, hüküm fıkralarından sanık hakkında TCK'nun 58. maddesinin uygulanmasına ilişkin bölümlerin çıkarılması suretiyle, diğer yönleri usul ve yasaya uygun bulunan hükümlerin DÜZELTİLEREK ONANMASINA” Y. 6. CD, 08.11.2022, 2022/11675 E, 2022/15590 K: <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T. 10.05.2024).

⁶⁴ ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 277; ÜNVER, HAKERİ, s. 800.; PARLAR, SEKMEN s. 518; ERDEM, ŞENTÜRK, s. 230.

⁶⁵ ÜNVER, HAKERİ, s. 800; PARLAR, SEKMEN s. 518; ERDEM, ŞENTÜRK, s. 230; KEKLİK, s. 187; BİRTEK, Zor(unlu)luk, s. 1341; KAYMAZ, İstinaf, s. 332; SOYASLAN, s. 601.

⁶⁶ PARLAR, s. 1336; YENİSEY, NUHOĞLU, s. 1021.; BALCI, ÖZTÜRK, s. 479.

⁶⁷ KEKLİK, s.193.

A. Temyiz İsteminin Esastan Reddi (Onama) ve Düzelterek Onama (İslah) Kararı Verilmesi Halinde

CMK m. 304/1'e göre, Yargıtay'ın CMK m.302/1 hükmü doğrultusunda temyiz başvurusunun esastan reddine (onama)⁶⁸ veya CMK m.303 uyarınca hukuka aykırılığın düzelterek onanmasına (ıslah)⁶⁹ karar verdiği hallerde, dosya ilk derece mahkemesine, verilmiş olan kararın bir örneği ise Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı vasıtasıyla bölge adliye mahkemesine gönderilmektedir. Bu durum, 20/2/2019 tarihli 7165 sayılı Kanun ile yürürlüğe girmiş olup böylelikle dosyanın doğrudan ilk derece mahkemesine gönderilmesi sağlanmıştır⁷⁰.

Söz konusu değişiklikten önce dosya ilk olarak hükmü veren bölge adliye mahkemesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmekteydi. Ayrıca bölge adliye mahkemesi dosyayı Yargıtay'dan geldiği tarihten itibaren yedi gün içerisinde ilgili ilk derece mahkemesine gönderilmek üzere gerekli işlemlerin yapılması için Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığına vermek zorundaydı⁷¹. Eski düzenleme öğretide kimileri tarafından, Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığına infaz görevi verilmemiş olması nedeniyle eleştirilmekteydi⁷². Ancak yeni durumda karar kesinleşmiş olduğundan ilk derece mahkemesinin yanındaki Cumhuriyet savcılığı hükmün infazı ve birtakım gerekli diğer işlemleri yerine getirecektir⁷³. Ayrıca masraf ve süreden tasarruf edilmesi noktasında da söz konusu değişiklik yerinde olmuştur⁷⁴. Yargıtay tarafından verilen kararın bir örneğinin de bölge adliye mahkemesine gönderilmesi, bölge

⁶⁸ “Sanığın göçmen kaçakçılığı suçundan mahkumiyetine dair verilen Bölge Adliye Mahkemesi kararına yönelik Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Savcısının somut olayda TCK'nın 79/2-a. maddesinin uygulanma koşullarının oluşmadığına yönelik olduğu, ancak kurulan hükümde bozmayı gerektirecek bir hukuka aykırılık bulunmadığından, Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Savcısının temyiz nedenleri yerinde görülmediğinden, tebliğnameye uygun olarak CMK'nın 302/1. maddesi uyarınca TEMYİZ İSTEMİNİN ESASTAN REDDİNE, 28/02/2019 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7165 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile değişik CMK'nın 304/1. maddesi gereğince dosyanın ..Asliye Ceza Mahkemesi'ne , kararın bir örneğinin ise ... Bölge Adliye Mahkemesi 1. Ceza Dairesi'ne gönderilmesine” Y. 4. CD, 17.10.2022, 2022/11388 E, 2022/19777 K: <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T. 11.05.2024).

⁶⁹ “Kanuna aykırı, sanık ve müdafinin temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olup, Adana Bölge Adliye Mahkemesi 5. Dairesinin, 11/11/2020 tarih, 2020/1890 esas ve 2020/1590 sayılı kararı hukuka aykırı bulunduğundan, CMK'nın 302/2. maddesi uyarınca BOZULMASINA, ancak bu hususun yeniden duruşma yapılmaksızın aynı Kanun'un 303. maddesinin verdiği yetki uyarınca düzeltilmesi mümkün bulunduğundan, Hükmün adli para cezasının taksitlendirilmesine ilişkin hüküm fıkrasında yer alan, “...taksitlerden birinin zamanında ödenmemesi halinde geri kalan kısmın tamamen tahsil edileceği hususunun” ibaresinden sonra gelmek üzere, “ve ödenmeyen adli para cezasının hapse çevrileceğinin,” ibaresinin eklenmesi suretiyle, diğer yönleri usul ve kanuna uygun olan Adana Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesi hükmünün DÜZELTİLEREK TEMYİZ İSTEMİNİN ESASTAN REDDİNE, 28/02/2019 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7165 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile değişik CMK'nın 304/1. maddesi uyarınca dosyanın Adana 1. Ağır Ceza Mahkemesine, kararın bir örneğinin Adana Bölge Adliye Mahkemesi 5. Ceza Dairesine gönderilmesine” Y.10. CD, 25.10.2022, 2022/10857 E, 2022/10714 K: <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T. 07.05.2024).

⁷⁰ CMK m. 304/1'de değişiklik yapan 7165 sayılı Kanunun gerekçesi şu şekildedir: “Yargıtay tarafından onama veya düzelterek onama kararı verilen dosyaların doğrudan ilk derece mahkemesine gönderilmesi ve nin bilgi mahiyetinde bölge adliye mahkemesine iletilmesi sağlanmaktadır. Düzenlemeyle, Yargıtay kararıyla kesinleşen dosyalar bakımından gecikmeye meydan vermeden en az masrafla infaz aşamasına geçilmesi ve bölge adliye mahkemelerinin iş yükünün azaltılması amaçlanmaktadır.” <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss42.pdf> (E.T. 27.04.2024).

⁷¹ BALCI, ÖZTÜRK, s. 502.

⁷² ÜNSAL, s. 357; KAYMAZ, İstinaf s. 332.

⁷³ PARLAR, SEKMEN, s. 519-520; EKER KAZANCI, 264; YENİSEY, NUHOĞLU, s. 1022.

⁷⁴ KAYMAZ, İstinaf, s. 332; YURTCAN, Şerh, s. 1160.

adliye mahkemesinin dosyanın akıbetini öğrenmesini ve buradaki kayıtların kapatılmasını sağlamaktadır⁷⁵.

Netice itibarıyla CMK m. 302 ve 303'e göre verilen onama kararları kesin olup bu tür kararlara karşı olağan kanun yolu bulunmadığından, bu kararların dosyalarının bölge adliye mahkemeleri yerine, mevcut kayıtların kapatılması için doğrudan ilk derece mahkemesine gönderilmesi yerinde olmuştur⁷⁶.

Diğer taraftan yeni düzenleme ile eski düzenleme arasında ciddi bir farklılığın söz konusu olmadığı görülmektedir. Buradaki temel farklılık, eski düzenlemede CMK m. 302/1 ve m. 303 doğrultusunda verilmiş olan kararlarda dosyanın bir hafta içerisinde bölge adliye mahkemesinden ilk derece mahkemesine gönderilmesi gerekirken, kanunda yapılan değişiklik ile dosyanın direkt olarak ilk derece mahkemesine gönderilerek, söz konusu aşamaların hızlandırılmış olmasıdır.

B. Kararın Bozulması Halinde

Temyiz incelemesi neticesinde verilecek bozma kararı sonrası dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesi CMK m. 304/2,3 ve 4'te düzenlenmiştir. CMK m.304/2 hükmü uyarınca Yargıtay, dosyadaki hukuka aykırılığı CMK m.303 doğrultusunda kendisi düzeltip ıslah etmemişse, yani düzelterek onama kararı vermemişse, dosya yeniden incelenmesi ve karar verilmesi amacıyla hükmü bozulan bölge adliye mahkemesine veya başkaca bir bölge adliye mahkemesine gönderilecektir⁷⁷. Benzer bir durum mülga CMUK m. 322/3'te, Yargıtay'ın yetkisizlik dışındaki diğer bozmalarda dosyayı hükmü bozulan ya da civarda aynı seviyedeki başka bir mahkemeye göndermesi şeklinde düzenlenmekteydi⁷⁸. Bu durum CMK'da kanun yollarına ilişkin değişikliklerden dolayı bölge adliye mahkemelerine uyarlanmıştır⁷⁹. Bununla birlikte kanun lafzında açıkça "diğer bir bölge adliye mahkemesi" denildiği için, aynı bölge adliye mahkemesinin başka bir ceza dairesine dosyanın gönderilmesi de söz konusu olamayacaktır⁸⁰.

Bu noktada önemle belirtmelidir ki, ilgili düzenlemede bozma kararı verilen dosyanın yeniden değerlendirilmek ve karar verilmek için aynı mahiyette görevli başka bir bölge adliye mahkemesine gönderilmesine karar verilebileceğine dair ifadeler yer almakla birlikte, bozma neticesinde dosyanın

⁷⁵ YURTCAN, Şerhi, s. 1160.

⁷⁶ YURTCAN, Yargılama, s. 647.

⁷⁷ YENİSEY, NUHOĞLU, s. 941. "*Tanıklar ... ve ...'in aşamalarındaki beyanlarında, sanığın, katılana yönelik tehdit ve hakaret eylemlerinde bulunmadığını ifade etmeleri karşısında; bu tanıkların anlatımlarına neden itibar edilmediği ve hangi anlatımın hangi nedenle üstün tutulduğu açıklanıp tartışılmadan yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde hükümler kurulması, Bozmayı gerektirdiğinden, sanık ... müdafinin temyiz nedenleri yerinde görülmele, tebliğnameye uygun olarak, HÜKÜMLERİN BOZULMASINA, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere, 28/02/2019 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7165 sayılı Kanununun 8. maddesi ile değişik 5271 sayılı CMK'nın 304/2. maddesi uyarınca "dosyanın Adana Bölge Adliye Mahkemesi 4. Ceza Dairesi'ne gönderilmek üzere" Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na TEVDİİNE" Y. 4. CD, 25.01.2021, 2020/4043 E, 2021/1928 K: <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T. 07.05.2024).*

⁷⁸ PARLAR, SEKMEN, s. 520

⁷⁹ PARLAR, s. 1337.

⁸⁰ ERDEM, ŞENTÜRK, s. 232.

başka bir mahkemeye gönderilmesine uygulamada çok fazla rastlanmamaktadır⁸¹. Buna karşın, bozmadan sonra dosyanın hükmü veren bölge adliye mahkemesine gönderilme zorunluluğunun olmaması neticesinde dosyanın diğer bir mahkemeye gönderilmesi, diğer bir dereceye geçilmesi anlamına gelmekte olup buna bozmadan sonraki derece denilmektedir⁸². Bozmadan sonra dosyanın hükmü veren bölge adliye mahkemesi yerine başka bir bölge adliye mahkemesine gönderilebilmesi ve dosyaya bu mahkeme tarafından bakılacak olması tarafsızlığın sağlanması bakımından önemlidir.⁸³

Bununla birlikte, CMK m. 304/2 uyarınca bozma kararı neticesinde dosyanın ilgili bölge adliye mahkemesine veya diğer bir bölge adliye mahkemesine gönderilmesi genel kuraldır⁸⁴. CMK m. 304/2-a, b⁸⁵ ve CMK m. 304/3'te ise bu durumun istisnaları ortaya konularak, bozma kararının dayanak noktasına göre dosyanın gönderileceği merciinin farklılık gösterebileceği ve bu durumlardaki ilgili merciiler ortaya konulmuştur⁸⁶.

CMK m. 304/2-a uyarınca, Yargıtay tarafından verilmiş olan bozma kararı istinaf başvurusunun esastan reddi kararına ilişkinse dosya, gerekli işlemlerin yapılması için kararı veren ilk derece mahkemesine gönderilecektir⁸⁷. CMK m.304/2'ye a bendi eklenmeden önceki düzenleme gereğince, bozma kararı bölge adliye mahkemesine gönderilerek dosya burada incelenmekteydi⁸⁸. Öğretide bizim de katıldığımız görüşe göre, yapılan değişiklikte bölge adliye mahkemesi devre dışı bırakılmış olup bu durum CMK'da yer alan kanun yolu sistematığı ile uyumlu değildir⁸⁹. Şöyle ki, değişiklik öncesi düzenlemede bölge adliye mahkemesi istinaf aşamasında dosyayı incelemekte ve ilk derece mahkemesinin kararını yerinde bularak, istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermekteydi. Ancak yapılan değişiklikte, bölge adliye mahkemesinin Yargıtay'ın bozma kararına karşı yeni bir karar vererek

⁸¹ ÇINAR, s. 161; ERDEM, ŞENTÜRK, s. 232.

⁸² ÜNSAL, s. 357; YENİSEY, NUHOĞLU, s. 1023; KAYMAZ, Bozma, s. 292.

⁸³ ÖZEN, s.1538.; ÜNSAL, s.357. Dosyanın yargılamayı yapan bölge adliye mahkemesi yerine başka bir bölge adliye mahkemesine gönderilmesi öğretide eleştirilmektedir. Buna göre, dosyanın olayı bilmeyen bir mahkemeye gönderilmesi yargılamadan sonuç almayı geciktirecek olup yargılamanın amacıyla bağdaşmamaktadır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. YURTCAN, Kanun, s. 1161.

⁸⁴ KAYMAZ, Bozma, s. 309.

⁸⁵ Söz konusu hususlar CMK m. 304/2 hükmüne 20.2.2019 tarihinde 7165 sayılı Kanun ile eklenmiştir. CMK m. 304/2'ye a ve b benzerinin eklenmemiş olduğu durumda, istinaf başvurusu üzerine bölge adliye mahkemesinin duruşma açmadan istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermesi halinde bile Yargıtay tarafından hükmün bozulması üzerine dosyanın hükmü bozulan ilk derece mahkemesine değil, bölge adliye mahkemesine gönderilmesi öngörülmekteydi. Bu ve diğer bazı sebeplerden dolayı eski düzenleme eleştirilmekteydi. Bu eleştirilere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNGÖR, s. 133.

⁸⁶ KAYMAZ, Bozma, s. 309.

⁸⁷ KAYMAZ, Bozma, s. 307; YENİSEY, NUHOĞLU, s. 1023; SOYASLAN, s. 603. "Başka suçtan ... Açık Ceza İnfaz Kurumu'nda hükümlü olduğu anlaşılan sanık ...'a duruşmadan varestede tutulma hakkının hatırlanmadığı ve varestede tutulma talebi de bulunmadığı halde ilk derece mahkemesince hükmün açıklandığı 01.06.2017 tarihli son oturumunda hazır bulundurulmadan hükümlülüğüne karar verilmesi suretiyle 5271 sayılı CMK'nın 193/1, 196/5 ve 289/1-h maddelerine aykırı davranılarak savunma hakkının kısıtlanması, Bozmayı gerektirmiş, sanık ... ve müdafinin temyiz itirazları bu bakımdan yerinde görülmüş olduğundan, diğer yönleri incelenmeyen hükmün öncelikle bu nedenle CMK'nın 304/2. maddesi uyarınca tebliğnameye uygun olarak BOZULMASINA, CMK'nın 304/2-a maddesi gereğince dosyanın gereğinin ifası için ... 12. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine" Y. 6. CD, 20.10.2021, 2021/17392 E, 2021/15943 K: <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T. 12.05.2024).

⁸⁸ YURTCAN, Şerh, s. 1161-1162.

⁸⁹ YURTCAN, Şerh, s. 1161-1162; KAYMAZ, Bozma, s. 307; ŞEN, "CMK ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 7165 Sayılı Kanun", (Çevrimiçi) <https://www.hukukihaber.net/cm-k-degisiklik-teklifi-makale,6486.html> (E.T. 01.05.2024).

görüşünü açıklama olanağı ortadan kalkmıştır⁹⁰. Diğer taraftan kanun koyucunun CMK m. 304/2-a düzenlemesiyle, ilk derece mahkemesinin bölge adliye mahkemesinin de onadığı kararı veren ve delilleri toplayan mahkeme olmasından dolayı doğrudan işlem yapması sağlanarak yargılamaların makul sürede neticelendirilmesini amaçladığı anlaşılmaktadır.⁹¹

CMK m. 304/2-a'da yer alan düzenleme uygulamada bazı durumlarda sorunlara neden olmaktadır. Şöyle ki, istinaf başvurusunun reddini gerektiren hallerde özellikle istinaf başvurusunun yasal süresi içerisinde yapılmamış olması durumunda, bölge adliye mahkemesinin istinaf başvurusunun reddine karar vermesi gerekirken, istinaf başvurusunun esastan reddine karar vermesi söz konusu olabilmektedir. Bu durumda istinaf başvurusunun esastan reddine ilişkin karar temyiz edilmesi halinde Yargıtay CMK m. 304/2-a gereğince bölge adliye mahkemesinin bu kararını bozmakta ve dosyayı ilk derece mahkemesine göndermektedir⁹². Ancak öğretide bir görüşe göre, Yargıtay hükmü bozmak yerine bölge adliye mahkemesinin kararındaki “istinaf başvurusunun esastan reddine” ilişkin kısmı çıkartmalı ve “istinaf başvurusunun reddine” ilişkin bir ifade ekleyerek hukuka aykırılığı düzeltmeli ve temyiz başvurusunun reddine karar vermelidir⁹³. Zira Yargıtay’ın bu uygulaması nedeniyle ilk derece mahkemesi tarafından verilecek olan uyma veya direnme kararı ile istinaf başvuru süresi geçmiş bir dosyanın temyiz incelemesinin yapılması mümkün hale gelebilecektir⁹⁴.

Kanaatimizce, Yargıtay’ın bu uygulaması mevcut yasal düzenlemeye uygundur. Çünkü CMK m. 304/2-a’da açık bir şekilde istinaf başvurusunun esastan reddine ilişkin bozma kararlarının ilk derece mahkemesine gönderileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla, Yargıtay’ın CMK m. 304/2-a düzenlemesinin hilafında hareket edip dosyadaki hukuka aykırılığı düzelterek temyiz başvurusunun reddine karar vermesi mümkün değildir. Bununla birlikte, bölge adliye mahkemesi tarafından ortadan kaldırılabilir nitelikte bir hukuka aykırılık barındıran dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi de yerinde olmayacaktır. Bu durumun ortadan kaldırılması adına CMK m. 304/2-a düzenlemesine, CMK m. 304/2-b’de yer alan “bozma kararının içeriği doğrultusunda Yargıtay’ca uygun görülmesi halinde bölge adliye

⁹⁰ YURTCAN, Şerh, s. 1161-1162.

⁹¹ CMK m. 304/1’de değişiklik yapan 7165 sayılı Kanunun gerekçesi şu şekildedir: “Maddenin mevcut ikinci fıkrasına göre, Yargıtay tarafından bozulan dosyalar, ilgili bölge adliye mahkemesine gönderilmektedir. Fıkraya eklenen cümleyle, istinaf başvurusunun esastan reddine ilişkin bölge adliye mahkemesi kararlarının Yargıtay tarafından bozulması üzerine dosyanın gönderileceği mercide değişiklik yapılmaktadır. Bu durumda dosyanın gereği için kararı veren ilk derece mahkemesine, kararın bir örneğinin de bölge adliye mahkemesine gönderilmesine imkân tanınmaktadır. Böylelikle, bölge adliye mahkemesinin esastan ret kararı verdiği dosyalarda, delilleri toplayan ve kararı veren ilk derece mahkemesinin, Yargıtay bozma kararı üzerine doğrudan işlem yapması sağlanarak davaların makul süre içinde sonuçlandırılması hedeflenmektedir.” <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss42.pdf> (E.T. 01.05.2024).

⁹² “İlk derece mahkemesince 16.01.2018 günü yüzüne karşı verilen ve re’ sen de istinaf incelemesine tabi olmayan hükümlerle ilgili olarak 5271 sayılı CMK’nın 273/1. maddesinde öngörülen yedi günlük kanuni süresinden sonra sunduğu 24.01.2018 tarihli dilekçe ile istinaf yoluna başvuran suçta sürüklenen çocuk müdafisinin talebinin reddine karar verilmesi gerekirken, yapılan istinaf incelemesi neticesinde yazılı şekilde müsnet suçlardan kurulan hükümlere yönelik istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilmesi”nin kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle, istinaf mahkemesince verilen esastan red kararının CMK’nın 302/2-4. maddesi uyarınca bozulmasına ve dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine” Y.14. CD, 21.03.2019, 2018/8934 E, 2019/8421 K: <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T. 07.05.2024).

⁹³ KAYMAZ, Bozma, s. 305-306; AĞKUŞ, BANDIR, Tartışmalar, s. 142.

⁹⁴ AĞKUŞ, BANDIR, Tartışmalar, s. 142.

mahkemesine” şeklindeki bir ifade eklenebilir. Böylelikle hukuka aykırılığın bölge adliye mahkemesince giderilebileceği durumlarda dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesinin önüne geçilmiş olacaktır.

CMK m. 304/2-b’de ise bozma kararının, hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddi kararına ilişkin olması düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre dosya, gerekli işlemlerin yapılması amacıyla kararı veren ilk derece mahkemesine veya bozma kararının içeriği doğrultusunda Yargıtay tarafından uygun görülmesi halinde bölge adliye mahkemesine gönderilir. Ayrıca dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi durumunda, verilmiş olan kararın bir örneği de bölge adliye mahkemesine gönderilmektedir. İlgili düzenlemede, Yargıtay’ın “bozma kararının içeriği doğrultusunda” dosyanın bölge adliye mahkemesine veya ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar verileceği ifade edilmiştir. Ancak gerek kanunun gerekçesinde gerekse hazırlık aşamalarında “bozma kararının içeriği” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. Bizim de katıldığımız bir görüşe göre, CMK m. 304/2-a’nın “Böylelikle, bölge adliye mahkemesinin esastan ret kararı verdiği dosyalarda, delilleri toplayan ve kararı veren ilk derece mahkemesinin, Yargıtay bozma kararı üzerine doğrudan işlem yapması sağlanarak davaların makul süre içinde sonuçlandırılması hedeflenmektedir.” şeklindeki gerekçesinden hareketle, CMK m. 304/2-b doğrultusunda verilmiş olan bir bozma kararının maddi vakialara ilişkin yeni delil toplanmasını gerektirmesi halinde dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesinin daha isabetli olacağı söylenebilir⁹⁵. Diğer taraftan verilmiş olan bozma kararının, yalnızca hukuki bir soruna ilişkin olması, çözülmesi zaman almayacak bir usul kuralı ile ilgili olması ve yeni delil toplanmasını gerektirmemesi hallerinde dosya bölge adliye mahkemesine gönderilebilecektir⁹⁶.

⁹⁵ KAYMAZ, Bozma, s. 308. “görüşmelere ilişkin ayrıntılı mesajlara, ekran fotoğraflarına ilişkin ayrı bir tutanağın dosyada bulunmadığı anlaşılmalıdır; CMK’nın 217. maddesinin 1. fıkrasındaki “Hakim kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir.” hükmü karşısında, 15/01/2020 tarihli ifade tutanağına ‘özet’ halinde geçirilen whatsapp mesajlaşma kayıtlarının, CMK’nın 134. maddesi kapsamında görüşme tarihleri, saatleri belirtilerek, ayrıntılı diyaloglar şeklinde, ekran görüntülerine de yer verilerek denetime olanak verecek şekilde tutanağa bağlanması, bu şekilde düzenlemiş bir tutanak mevcut ise aslı ve denetime olanak verecek şekilde onaylı suretinin dosyaya konulması, söz konusu evrakların duruşmada sanığa okunarak diyeceklerinin sorulması, tüm deliller birlikte değerlendirilip, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerektiği halde, eksik inceleme ile savunma hakkını kısıtlar nitelikte hüküm kurulması, Bozmayı gerektirmiş, sanık ve müdafinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmesi olup, Konya Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi’nin 14/12/2020 tarihli, 2020/2653 esas ve 2020/2675 karar sayılı hükmü hukuka aykırı bulunduğundan, 5271 sayılı CMK’nın 302/2. maddesi uyarınca diğer yönleri incelenmeyen hükmün BOZULMASINA, suçun niteliği, tutuklu kalınan süre ve bozma sebebine göre sanık hakkındaki salıverilme talebinin reddine, CMK’nın 304/2 (b) maddesi uyarınca dosyanın Konya 1. Ağır Ceza Mahkemesine, kararın bir örneğinin Konya Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesine gönderilmesine” Y. 10.CD, 24.05.2021, 2021/2849 E, 2021/5922 K: <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T. 07.05.2024). Yargıtay’ın bozma kararının maddi vakıya ilişkin delil araştırması gereken bir nedene dayanması halinde dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesine ilişkin diğer bazı kararlar: Y. 6.CD, 12.04.2022, 2021/16548 E.,2022/5513 K.; Y. 10.CD, 01.11.2021, 2020/11921 E., 2021/10966 K.: <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T. 07.05.2024).

⁹⁶ KAYMAZ, Bozma, s.308. “Sanık hakkında 18/09/2015 tarihinde işlediği ileri sürülen suçtan dolayı 12/04/2016 tarihli iddianameyle temyiz konusu bu davanın açıldığı; UYAP sistemi üzerinden yapılan araştırmada, sanık hakkında 23/09/2015 tarihinde işlediği ileri sürülen “uyuşturucu madde ticareti yapma” suçu nedeniyle ise 07/10/2015 tarihli iddianame ile açılmış ... 3. Ağır Ceza Mahkemesinin 2015/314 esas 2016/51 karar numarası ile kayıtlı başka bir dava daha bulunduğu anlaşıldığından, sanık hakkındaki bu dava derdest ise davaların birleştirilmesi, hüküm verilmiş ve kesinleşmiş ise dosyanın bu dosya içine konulması, daha sonra her iki dosyadaki tüm deliller birlikte değerlendirilerek, bu fiillerin tek suç, iki ayrı suç ya da zincirleme suç oluşturup oluşturmadığı tartışılarak sonucuna göre, sanığın hukuki durumunun belirlenmesinde zorunluluk bulunması, Yasaya aykırı, Cumhuriyet savcısının temyiz itirazları bu nedenle

CMK m. 304/2 uyarınca dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi durumunda, kararın bir örneğinin bölge adliye mahkemesine gönderilmesi gerekmektedir. Bu düzenleme bölge adliye mahkemesinin karardan bilgilendirilmesini ve dosyaya ilişkin kayıtlarını kapatmasını sağlamaktadır⁹⁷. 7165 sayılı Kanun'un 10.maddesi ile CMK'ya geçici madde 4 eklenmiştir. Geçici maddeye göre CMK m.304/2'ye eklenen düzenlemeler, 7165 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih olan 28.02.2019'dan sonra verilmiş olan bozma kararları hakkında uygulanabilecektir⁹⁸. Buradan hareketle, söz konusu kanunun yürürlük tarihinden önce verilmiş olan bozma kararlarında dosya, bölge adliye mahkemesine gönderilecek olup ilk derece mahkemesine gönderilmesi mümkün değildir⁹⁹.

Yargıtay tarafından verilmiş olan bozma kararı ilk derece mahkemesinin kendisini hukuka aykırı bir şekilde görevli veya yetkili olarak değerlendirmesinden kaynaklanmışsa, Yargıtay bu durumda dosyayı aynı zamanda görevli veya yetkili ilk derece mahkemesine gönderecektir. CMK m. 304/3'te yer alan bu düzenlemenin bir benzeri mülga CMUK m. 323'te yer almaktaydı. Hükmün görevsizlik veya yetkisizlik durumlarında bozulması halinde dosyanın görevli veya yetkili mahkemeye gönderilmesi CMK m. 304/2'deki düzenlemenin istisnasını teşkil etmektedir¹⁰⁰. Zira bu düzenlemeye göre, Yargıtay bozmadan sonra dosyayı, görevli veya yetkili mahkemeye gönderecek olup eşdeğerde başka bir mahkemeye gönderilme durumu burada söz konusu olmayacaktır¹⁰¹.

Yargıtay tarafından kararın görevsizlik veya yetkisizlik sebebiyle bozulması halinde uygulamada, öncelikle bozmaya konu dosyanın temyiz incelemesinden geçen kararı veren mahkemeye (yetkisiz veya görevsiz) gönderilmesi şeklinde tezahür etmektedir¹⁰². Kanunda yer alan ifadenin hilafında görünen bu uygulamanın tatbik edilmesinin sebebi hükmü bozulan mahkemenin, Yargıtay tarafından verilmiş olan bozma kararına göre kendi kayıtlarını güncelleyip kapattıktan sonra dosyayı kararda gösterilmiş olan mahkemeye göndermesinin daha uygun görülmesidir¹⁰³. Uygulamada, mezkûr nedenlere dayanan bozma kararı akabinde duruşma açılmakta olup bozma kararında belirtilmiş olan gerekçeler doğrultusunda yetkisizlik veya görevsizlik kararı verilmektedir¹⁰⁴.

yerinde olduğundan, ... Bölge Adliye Mahkemesi 18. Ceza Dairesinin kararı hukuka aykırı bulunduğundan, 5271 sayılı CMK'nın 302/2. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 28/02/2019 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 7165 sayılı Kanununun 8. maddesi ile değişik 5271 sayılı CMK'nın 304/2-b. maddesi uyarınca dosyanın ... Bölge Adliye Mahkemesi 18. Ceza Dairesi'ne, kararın bir örneğinin ... 1. Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine," Yargıtay 14. CD, 13.09.2021, 2019/1280 E, 2021/8635 K. Yargıtay'ın bozma kararının hukuki bir soruna ilişkin olması halinde dosyayı ilk derece mahkemesi yerine bölge adliye mahkemesine göndermesine ilişkin diğer bazı kararları: Y. 10.CD, 14.12.2021, 2020/14874 E,2021/13685 K.; Y. 10.CD, 21.05.2021, 2020/740 E., 2021/5870 K.; Y. 10. CD 24.06.2021, 2020/14766 E., 2021/8076 K.; Y. 10. CD, 22.06.2022, 2021/15273 E., 2022/8275 K.; Y. 16.CD, 08.06.2020, 2020/2030 E., 2020/2903 K.: <https://karararama.yargitay.gov.tr> (E.T. 07.05.2024).

⁹⁷ YURTCAN, Kanun, 1163.

⁹⁸ ŞAHİN, GÖKTÜRK, s. 278; YURTCAN, Kanun, s. 1164.

⁹⁹ YURTCAN, Kanun, s. 1164. *Yurtcan* bu durumun ceza yargılamasının temel ilkelerinden birisi olan "derhal tatbik" ilkesine aykırılık teşkil ettiğini belirtmektedir.

¹⁰⁰ ÖZEN, s. 1538.

¹⁰¹ ÖZEN, s. 1538; EKER KAZANCI, s. 265.

¹⁰² KEKLİK, s. 193.

¹⁰³ KEKLİK, s. 193.

¹⁰⁴ KEKLİK, s. 193.

Bozma kararının görevsizlik veya yetkisizliğe dayandığı bir durumun söz konusu olabilmesi için, bölge adliye mahkemesinin görev ve yetki mevzusunu atlamış olması gerekmektedir. Dolayısıyla söz konusu hususun uygulaması yukarıda açıklandığı gibi olmakla birlikte ortaya çıkması sık rastlanan bir durum değildir. Zira CMK m. 279/1-a hükmünde yetki meselesi “*Bölge adliye mahkemesinin yetkili olmadığına anlaşılması hâlinde dosyanın yetkili bölge adliye mahkemesine gönderilmesine,*” şeklinde düzenlenmiş olup böylelikle mezkûr husus iki ayaklı bir denetime tabi tutulmuştur.

Diğer taraftan CMK m. 304/4 uyarınca, ilk derece mahkemesi tarafından verilmiş olan doğrudan temyiz kanun yolu açık kararlara ilişkin dosya, kararı vermiş olan ilk derece mahkemesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına verilir. Bu durumda da bozma üzerine dosyanın başka bir mahkemeye gönderilme imkânı bulunmamaktadır¹⁰⁵.

SONUÇ

Temyiz incelemesi sona eren ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından itiraz veya maddi hatanın düzeltilmesi yoluna başvurulmayan dosyalar, bazı istisnalar mahfuz olmak kaydıyla, genel olarak temyiz incelemesinden geçen hükmü veren mahkemeye gönderilmektedir. Temyiz incelemesi sonrası dosyanın gönderileceği merci kapsamlı olarak CMK m.304’te düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre kararın hangi mahkemeye gönderileceği verilen karara göre farklılık göstermektedir. Bir başka ifadeyle, dosyaya ilişkin olarak temyiz isteminin esastan reddi, bozma veya esasa hükmetme/düzelterek onama gibi kararlara göre gönderilecek olan mahkeme değişiklik arz edecektir.

CMK m.304/1’e göre, CMK m. 302’nin birinci fıkrası uyarınca verilen esastan ret (onama) veya CMK m.303 uyarınca verilen hukuka aykırılığın düzeltilerek onanması (ıslah) kararlarına ilişkin dosya, hükmü veren ilk derece mahkemesine, kararın bir örneği ise bölge adliye mahkemesine gönderilecektir. Bu noktada tartışmalı bir durum bulunmamaktadır. Bununla birlikte, 20/2/2019 tarihinde 7165 sayılı Kanun ile yürürlüğe giren mevcut düzenlemeden önce dosya ilk olarak hükmü veren bölge adliye mahkemesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmekteydi. Ayrıca bölge adliye mahkemesi dosyayı Yargıtay’dan geldiği tarihten itibaren yedi gün içerisinde ilgili ilk derece mahkemesine gönderilmek üzere gerekli işlemlerin yapılması için Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığına vermek zorundaydı. Değişiklikle birlikte, masraf ve süre açısından tasarruf sağlanmış olup doğrudan infaz aşamasına da geçilmesi mümkün hale getirilmiştir. Bu bakımdan söz konusu değişiklik isabetli olmuştur.

Bozma kararı neticesinde dosyanın gönderileceği mercii ise CMK m. 304/2, 3 ve 4 hükümlerinde düzenlenmiştir. CMK m. 304/2’ye göre Yargıtay, dosyadaki hukuka aykırılığı CMK m. 303 doğrultusunda kendisi düzeltip ıslah etmemişse, dosya yeniden değerlendirilmek ve karar verilmek üzere hükmü bozulan bölge adliye mahkemesine veya başka bir bölge adliye mahkemesine

¹⁰⁵ KEKLİK, s.193.

gönderilecektir. Ancak uygulamada bozma neticesinde dosyanın başka bir mahkemeye gönderilmesi durumuna çok fazla rastlanmamaktadır. Bu hüküm, bozma sonrası dosyanın gönderileceği mahkemenin belirlenmesine ilişkin genel kural olup bu düzenlemeye ilişkin tartışmalı bir durum bulunmamaktadır.

Genel kuralın istisnalarını teşkil eden CMK m. 304/2-a, b hükümleri önem arz etmektedir. Uygulama ve öğretideki temel tartışmalar bu kapsamda şekillenmektedir. CMK m. 304/2-a düzenlemesine göre, bozma kararı istinaf başvurusunun esastan reddi kararına ilişkinse dosya, ilk derece mahkemesine gönderilecektir. Değişiklik öncesi dosya bölge adliye mahkemesine gönderilmekteydi. Değişiklik getiren mezkûr kanunun gerekçesinde, dosyanın delilleri toplayan ve kararı veren ilk derece mahkemesine gönderilerek yargılamanın makul sürede sonuçlanmasının amaçlandığı belirtilmiştir. Ancak mevcut düzenleme ile ilk derece mahkemesinin kararını onayan bölge adliye mahkemesinin Yargıtay'ın bozma kararına karşı görüşünü açıklama olanağı kalmamıştır. Bu bakımdan söz konusu değişiklik CMK'da yer alan kanun yolu sistematığı ile uyumlu değildir. Bununla birlikte kararın bölge adliye mahkemesi atlanarak doğrudan ilk derece mahkemesine gönderilmesi, uygulamada bazı durumlarda sorunlara neden olmaktadır. İstinaf başvurusunun reddine karar verilmesi gereken hallerde özellikle istinaf başvurusunun süresinde yapılmaması durumunda, bölge adliye mahkemesi tarafından istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilebilmektedir. Bu durumda Yargıtay dosyayı CMK m. 304/2-a uyarınca bozarak ilk derece mahkemesine göndermektedir. Öğretide Yargıtay'ın bozma kararı yerine bölge adliye mahkemesinin kararını düzelterek temyiz başvurusunun reddine karar vermesi gerektiğini ifade eden görüşler bulunmaktadır. Ancak kanaatimizce bu sorunun çözümü Yargıtay'ın CMK m. 304/2-a'ya aykırı bir karar vermesi değildir. Bunun yerine CMK 304/2-a'ya, CMK m. 304/2-b' de yer alan "bozma kararının içeriği doğrultusunda Yargıtay'ca uygun görülmesi halinde bölge adliye mahkemesine" şeklindeki ifadenin bir benzerinin eklenmesidir. Böylelikle bölge adliye mahkemesi tarafından düzeltilebilecek nitelikte hukuka aykırılık içeren dosyaların ilk derece mahkemesine gönderilmesinin önüne geçilmiş olacaktır.

CMK m. 304/2-b'de ise bozma kararının, hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddi kararına ilişkin olması düzenlenmiş olup bu durumda dosya, gerekli işlemlerin yapılması amacıyla kararı veren ilk derece mahkemesine veya bozma kararının içeriği doğrultusunda Yargıtay tarafından uygun görülmesi halinde bölge adliye mahkemesine gönderilir. Ancak söz konusu düzenlemede "bozma kararının içeriği" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. Buna ilişkin herhangi bir bilgi gerek kanunun hazırlık aşamasında gerekse gerekçede de yer almamıştır. Bu noktada CMK m. 304/2-a'nın gerekçesinden hareketle bir tespit yapılabilecektir. Söz konusu gerekçede dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilerek davaların makul süre içinde sonuçlandırılmasının hedeflendiği belirtilmektedir. Buradan hareketle, CMK m. 304/2-b doğrultusunda verilmiş olan bir bozma kararının maddi vakıalara ilişkin yeni delil toplanmasını gerektirmesi halinde dosya ilk derece mahkemesine, yalnızca hukuki bir soruna ilişkin olması halinde bölge adliye mahkemesine gönderilecektir.

CMK m. 304/3 uyarınca, Yargıtay tarafından verilmiş olan bozma kararı mahkemenin kendisini hukuka aykırı bir şekilde görevli veya yetkili görmesinden dolayı ortaya çıkmış ise Yargıtay bu durumda dosyayı aynı zamanda görevli veya yetkili mahkemeye gönderecektir. Ancak uygulama, hükmün görevsizlik veya yetkisizlik nedeniyle bozulması durumunda, öncelikle dosyanın temyiz incelemesinden geçen kararı veren mahkemeye (yetkisiz veya görevsiz) gönderilmesi şeklinde tezahür etmektedir.

CMK m. 304/4 uyarınca ilk derece mahkemesi tarafından doğrudan temyiz yolu açık olan hükümlerle ilgili olarak verilen karara ilişkin dosya, hükmü veren ilk derece mahkemesine gönderilecektir.

KAYNAKÇA

- AĞKUŞ, K., BANDIR, O. (2022). Ceza Muhakemesinde Temyiz Kanun Yolu ve Getirdiği Tartışmalar. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 35(162), 105-154.
- APAYDIN, CENGİZ. (2020). Ceza Muhakemesine Egemen İlkeler Işığında Olağan ve Olağanüstü Kanun Yolları. Ankara.
- ARTUÇ, M. (2021). Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Başsavcılığının İtiraz Yetkisi Kapsamındaki Kararlar. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (17), 69-92.
- ATALAN, M. (2023). Türk Ceza Yargılamasında İstinaf Mahkemesi Kararlarının Kesin Niteliği Ve Kanun Yollarına Başvuru. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (53), 43-80.
- BALCI, F., ÖZTÜRK, S. (2019). Ceza Yargılamasında İstinaf ve Temyiz. Ankara.
- BİCAK, V. (2018). Ceza Muhakemesi Hukuku (4.b.). Ankara.
- BİRTEK, F. (2019) Ceza Muhakemesinde İstinaf (1.b.). Ankara.
- BİRTEK, F. (2022). Ceza Muhakemesinde Temyiz Sebeplerinin Gösterilmesine İlişkin Zor(unlu)luk. İstanbul Hukuk Mecmuası, 80(4), 1331 – 1372.
- BİRTEK, F. (2023). Beraat Kararının İstinaf Kanun Yolunda Bozulması Sonrasında Verilen Mahkûmiyet Kararının Temyiz Edilebilirliğine İlişkin Tartışma. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25(2), 453-476.
- CENTEL, N., ZAFER, H. (2020). Ceza Muhakemesi Hukuku (17. b.). İstanbul.
- ÇAKIR, K. (2022). Ceza Muhakemesinde Bölge Adliye Mahkemesinin Bozma Kararı Vermesi ve Bozma Sonrası Direnme Yasağı. THD, 195, 47-57.
- ÇINAR, R. (2006). Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu. Ankara.
- EKER KAZANCI, B. (2021). Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz. Ankara.
- ERDEM, M., KAVLAK, C. (2018). Ceza Muhakemesinde Temyiz incelemesinin Kapsamı ve Sınırları. Yargıtay Dergisi, 44(4), 1419-1478.
- ERDEM, M., ŞENTÜRK, C. (2018). Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları. Ankara.
- EŞİTLİ, E. (2015). Yargıtay’da Hükümün Bozulmasından Sonra Davaya Yeniden Bakacak Mahkemenin İşlemleri Ve Soruşturmanın Genişletilmesi Yasağı. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10 (2), 129-147.
- GÖKCEN, A., BALCI, M., ALŞAHİN, M., ÇAKIR, K. (2021). Ceza Muhakemesi Hukuku (5.b.). Ankara.
- GÜNGÖR, D. (2016). Ceza Muhakemesinde İstinaf. Ankara.

- KARAKOYUNLU, Ü. (2023). Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 20(2), 247-288.
- KAYMAZ, S. (2013). Ceza Muhakemesinde Aleyhte Değişirme Yasağı. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 19(2), 1397-1452.
- KAYMAZ, S. (2019). Yargıtay Bozma Kararı Üzerine Yapılan Yargılama. Ceza Hukuku Dergisi, 14(40), 289-333.
- KAYMAZ, S., (2023). Ceza Muhakemesinde İstinaf (3. b.). Ankara.
- KEKLİK, R. (2015). Ceza Yargılamasına İlişkin Temyiz Yasa Yolunda Yargıtay Kararları Üzerine Yapılacak İşlemlerin Kronolojik İncelemesi. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (6), 185-225.
- KİZİROĞLU, S. (2017). Türk Ceza Muhakemesi Kanununda Temyiz Yasayoluna İlişkin Değişikliklere Bakış. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 159(12), 179-185.
- KOÇ, Z. (2019). Ceza Muhakemesi Hukukunda Uymadan Sonra Serbestlik İlkesi. Terazi Hukuk Dergisi, 149(14), 47-59.
- ÖZBEK, V., DOĞAN, K., BACAŞIZ, P. (2023). Ceza Muhakemesi Hukuku (16. b.). Ankara.
- ÖZBEK, V., TEPE, İ. (2014). Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değişirme (Reformatio In Peius) Yasağına İlişkin- Öğreti Ve Uygulama Boyutlarıyla- Genel Bir Değerlendirme. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16 (Özel Sayı), 3759 – 3797.
- ÖZEN, M. (2016). Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65(4), 2331-2388.
- ÖZEN, M. (2023). Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku (6.b.). İstanbul.
- ÖZTÜRK, B., TEZCAN, D., ERDEM, M., GEZER, Ö. (2023). Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku (10.b.). Ankara.
- PARLAR, A. (2017). Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi (3.b.). Ankara.
- PARLAR, A., SEKMEN, O. (2017). Ceza ve Hukuk Muhakemesinde İstinaf ve Temyiz (2.b.). Ankara.
- PEHLİVAN, A. (2019). İstinaf Kanun Yolu ve Uygulamasının Değerlendirilmesi. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21 (Özel Sayı), 965-995.
- SOYASLAN, D. (2020). Ceza Muhakemesi Hukuku (8.b.). Ankara.
- ŞAHİN, C., GÖKTÜRK, N. (2022). Ceza Muhakemesi Hukuku II (12.b.). Ankara.
- ŞEN, E. (2019). CMK ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 7165 Sayılı Kanun. (Çevrimiçi) <https://www.hukukihaber.net/cm-k-degisiklik-teklifi-makale,6486.html> (E.T. 01.05.2024).
- TANER, F. (2017). 5271 Sayılı Cmk'nın Temyiz Kanun Yoluna İlişkin Hükümlerinin Yürürlüğe

- Girmesiyle Ortaya Çıkan Farklılıklar. Ankara Barosu Dergisi, (4), 47-78.
- ÜNSAL, C. (2016). Ceza Muhakemesinde İstinaf, (2.b). Ankara.
- ÜNVER, Y., HAKERİ, H. (2023) Ceza Muhakemesi Hukuku (21. b.). İstanbul.
- YENİSEY, F. (1986). Temyizin Genişletilmesi Sorunu. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 52(1-4), 117-143.
- YENİSEY, F., NUHOĞLU, A. (2023) Ceza Muhakemesi Hukuku (11.b.). Ankara.
- YILMAZ, N. (2023). CMK'da Temyiz Kanun Yolunda Sebep Gösterme Zorunluluğuna İlişkin Bir Değerlendirme. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 31(4), 1779-1803.
- YURTCAN, E. (2019). Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi (9.b.) Ankara.
- YURTCAN, E. (2019). Ceza Yargılaması Hukuku (16.b). İstanbul.



7343 SAYILI KANUN KAPSAMINDA BORÇLUYA SATIŞ YETKİSİ VERİLMESİ*

Granting Sale Authority to the Debtor under the scope of Law Numbered 7343

Betül GÜMÜŞ KISAK*

ÖZ

7343 sayılı Kanun ile hukuk sistemimize borçluya satış yetkisi verilmesine dair düzenlemeler getirilmiştir. Getirilen değişikliklerin amacı hacizli malın satış sürecini hızlandırmak ve basitleştirmektir. Borçlu, kendisine ait hacizli malın bizzat satışını yapma yetkisine kavuşmuştur. Borçluya satış yetkisi verilmesi süreci, kıymet takdiri yapıldıktan sonra başlamaktadır. Kıymet takdirinin yapılmadığı durumlarda borçlunun da kıymet takdiri yapılmasını talep hakkı vardır. Bu sayede borçluya, cebri icra sürecini hızlı bir şekilde sonuçlandırma imkânı getirilmiştir. Satış yetkisinde belirtilen şartlara uygun şekilde borçlu, satışı gerçekleştirir. Alıcı, parayı yatırdıktan sonra ise satışın onaylanması kararı, icra mahkemesi vermektedir. Mahkemenin kabul kararı ile satılan şeyin mülkiyeti alıcıya geçer. Mahkemenin ret kararı vermesi halinde satış bedeli alıcıya iade edilir. Mahkemede yürütülen sürece alacaklıların veya haciz ilgililerinin katılması yönünde kanuni bir düzenleme yapılmamıştır. Mahkemenin yapacağı inceleme sonucunda verdiği kararlar kesindir. Kararın kesin olması hükmün denetlenmesini talep hakkına ve hak arama özgürlüğüne aykırı sonuç yaratmıştır. Borçluya satış yetkisi verilmesi suretiyle gerçekleşen satış bir cebri icra satışıdır ancak cebri açık arttırmadan farklı özellikler taşımaktadır. Satışın iptal edilmesi istenildiğinde ihalenin feshi hükümleri yerine sözleşmenin geçersizliği hükümlerine başvurulur.

Anahtar Kelimeler: Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi, Satış Talebi, Alacaklı, Kıymet Takdiri, Satış Yetki Belgesi.

ABSTRACT

With the Law No. 7343, regulations have been introduced in our legal system regarding the granting of sales authorization to the debtor. The purpose of the amendments is to speed up and simplify the sale process of the seized property. The debtor has the authority to sell the seized property in person. The process of granting sales authorization to the debtor begins after the appraisal of the value. In cases where valuation is not made, the debtor has the right to demand an appraisal. In this way, the debtor has the opportunity to quickly conclude

* **Gönderi:** 18.09.2023 - **Kabul:** 10.07.2024 | **Received:** 18.09.2023 - **Accepted:** 10.07.2024.

* İcra Mahkemesi Hakimi, Adana, Türkiye ✉ betulgms06@gmail.com • ORCID 0009-0005-0525-0628.

Atıf Şekli / Cite As: GÜMÜŞ KISAK, Betül (2024). 7343 Sayılı Kanun Kapsamında Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi. ÇÜHAD, (6), 23-46.

İntihal / Plagiarism: Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

the enforcement process. The debtor will make the sale in accordance with the conditions specified in the sales authorization. After the buyer deposits the money, the Court will decide to approve the sale. With the acceptance decision of the court, the ownership of the sold thing will pass to the buyer. In case of rejection by the court, the sale price will be returned to the buyer. There is no legal arrangement for the participation of creditors or liens in the process carried out in the court. Decisions made by the court as a result of its examination are final. The finality of the decision has created results contrary to the right to demand the review of the provision and the freedom to seek rights. The sale, which is realized by giving the authority to sell to the debtor, is a forced execution sale, but it has different characteristics from the forced auction. When canceling the sale is requested, it would be more appropriate to refer to the provisions of the invalidity of the contract instead of the provisions of the annulment of the tender.

Keywords: Authorization to Sell to the Debtor, Request for Sale, Creditor, Appraisal, Sales Authorization Certificate.

GİRİŞ

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'na 7343 sayılı Kanun¹ ile eklenen (İİK) 111/a maddesinde, cebri icra satış türlerinden olan açık arttırma ve pazarlık usulüyle satış türüne ek olarak, borçluya satış yetkisi verilmesi düzenlenmiş, uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemek amacıyla Borçluya Satış Yetkisi Verilmesine Dair Yönetmelik² (Yön.) yayınlanmıştır.

Hukukumuzda bu düzenlemenin getirilme amacı; açık arttırma suretiyle yapılan satışlardan sonra, ihalenin feshi aşaması ile satılan malın tescili işlemine kadar yaşanan gecikmeleri ve mağduriyetleri engellemek, borçlunun hacizli malının satışının uzun süre istenmemesi nedeniyle cebri icra tehdidi altında kalmasının önüne geçmek, malın rayiç değerinde hızlı bir şekilde satılmasını ve alacaklının alacağına bir an önce kavuşmasını sağlamaktır³. Her ne kadar cebri icra sistemi ile borçlunun mülkiyet hakkı ve alacaklının alacak hakkı arasında kanun koyucu bir denge mekanizması kurmaya çalışmış ve ihkak-ı hak yasağına uygun şekilde satışın, alacaklı tarafından değil, cebri icra organları vasıtasıyla yapılmasını düzenlemiş ise de, alacaklıya, en azından satışa katılacak uygun alıcılar bulunması konusunda borçlu ile aynı yetkinin verilmemiş olması, eşitlik ilkesine aykırı bir sonuç yaratmıştır⁴.

7343 sayılı Kanun öncesinde İİK 113. maddesinde “Vaktinden Evvel Satış” başlığı altındaki düzenleme gereğince alacaklının satış talep etmediği durumlarda borçlunun talebiyle de satışa gidilebileceği, kıymeti süratle düşen veya muhafazası masraflı malların ise alacaklının talebi olmadan da icra müdürü tarafından satışa çıkarılabileceği düzenlenmekteydi. Ancak bu durumda satış talebinin

¹ 30 Kasım 2021 tarihli 31675 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 7343 sayılı İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun.

² 28.05.2022 tarihli 31849 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan İcra ve İflâs Kanunu Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesine Dair Yönetmelik.

³ PEKCANITEZ, ATALAY, SUNGURTEKİN ÖZKAN, ÖZEKES, s. 231; GÜNDOĞAN, s. 76.

⁴ GÖRGÜN, BÖRÜ, KODAKOĞLU s. 237.

kabul edilebilmesi için hacizli mal üzerinde istihkak iddiasının bulunmaması, satış talebinin alacaklının menfaatini ihlal etmemesi ve gerekli masrafların da yatırılmış olması gerekmektedir⁵. Kanun, borçlunun bu düzenleme kapsamındaki satış talebini, taşınır mallarla sınırlı olarak düzenlemişse de Yargıtay, söz konusu hükmün taşınmazlar bakımından da uygulanabileceğini kabul etmektedir⁶.

Borçluya satış yetkisi verilmesi suretiyle hacizli malın satılması, taşınır ve taşınmaz mallar bakımından uygulanacak olmakla; bir özel hukuk sözleşmesi olmayıp, Kanunda aranan özel prosedürlere bağlı tutulduğundan ve satışın onaylanması ile mülkiyet alıcıya geçeceğinden, kamusal nitelikte bir cebri icra satışı olarak nitelendirilebilir⁷. Benzer yöndeki düzenlemelerin diğer hukuklarda bulunup bulunmadığına ilişkin yapılan araştırmalarda, İsviçre ve Alman hukukunda bu isimde düzenlenmiş bir cebri satış türünün bulunmadığı, İsviçre’de pazarlık suretiyle satışın, bu amaçla kullanıldığı, Fransız Hukukunda ise “anlaşmalı satış” olarak benzer bir müessesenin bulunduğu⁸ doktrinde ifade edilmektedir.

İcra ve İflas Kanunu’nun 111/a maddesinde, açıkça hacizli malın satışından bahsedilmiş olsa da doktrindeki bazı görüşler⁹ Kanundaki susmanın kasıtlı olmadığı ve amaca uygun yorum ilkesi gereği rehlin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan takiplerde de bu düzenlemenin uygulanabileceğini savunmaktadır. Diğer bir görüşe göre ise, İİK’nın ipotekli takiplerde paraya çevirme usulünün düzenlendiği 150/g maddesinde; satılması istenen rehin hakkında İİK’nın 2/III, 93, 96, 97, 97/a, 98, 99 ve 112’den 137’nci maddeye kadar olan hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağı belirtilmiş ancak bu maddeye İİK 111/a maddesi eklenmemiş olduğundan ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takiplerde borçluya satış yetkisi verilemeyeceği anlamı çıkarılabilir¹⁰. Uygulamada bu yönde verilen ilk derece ve Bölge Adliye Mahkemesi kararlarında¹¹ da rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde borçluya satış yetkisi verilemeyeceği kabul edilmiştir. Bizim de katıldığımız görüş, bu yönde olup, Kanunun kıyas yoluyla uygulaması her durumda başvurulabilecek bir araç değildir. Satışın onaylanmasına yönelik mahkeme kararlarının kesin olması sebebiyle Kanuna bağlı hareket etmek hukuki güvenlik açısından daha uygun olacaktır. Aksi halde satışın onaylanması kararları kesin olduğundan, bu kararlar hukuki denetimden geçirilmediğinden, Türkiye’nin farklı yerlerinde farklı sonuçlar doğmasına sebebiyet verecek; hukuki birliğin ve hukuki güvenliğin sağlanmasını engelleyecektir.

⁵ PEKCANITEZ, MERİÇ, s. 235.

⁶ Y 23. HD, T. 30.09.2014, E. 2013/1819, K. 2014/6058: ([https:// karararama.yargitay.gov.tr/](https://karararama.yargitay.gov.tr/) E.T 12.04.2024).

⁷ KALE, (<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis> E.T. 06.04.2024).

⁸ GÜNDOĞAN, s. 48-63.

⁹ GÖRGÜN, BÖRÜ, KODAKOĞLU, s. 239; ATALI, ERMENEK, ERDOĞAN, s. 287.

¹⁰ UYAR, s. 18.

¹¹ İstanbul BAM 21. HD, T. 10/05/2022, E. 2022/1672, K. 2022/1486 ([https:// www.uyap.gov.tr](https://www.uyap.gov.tr), E.T. 02.05.2024); Kayseri BAM 5. HD, T. 10/05/2022, E. 2022/890, K. 2022/869, ([https:// www.uyap.gov.tr](https://www.uyap.gov.tr), E. T. 02.05.2024).

Borçluya satış yetkisi verilmesi yoluyla satışın yapılması, Kanunun devamında rızai satış olarak belirtilmiştir. Bu nedenle çalışmamızın devamında, borçluya satış yetkisi verilmesi kavramından, rızai satış olarak bahsedilecektir.

İİK. 111/a maddesi, 7343 sayılı Kanun ile İcra ve İflas Kanunu'na değişiklik getiren diğer maddelerinin aksine¹² 30 Kasım 2021'de yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla tüm Türkiye'de uygulanmasına başlanmış olup, Yönetmelik'in beklenmesine gerek duyulmamıştır. Bu düzenlemeden anlaşılması gereken 30 Kasım 2021 tarihinden sonra ilk kez yapılan kıymet takdir işlemlerinde veya mahcuzla ilgili yeniden yapılan kıymet takdiri işleminde rızai satışın uygulanabilecek olmasıdır¹³.

Borçlu, icra takibinin yapıldığı yer icra dairesinden satış yetkisi verilmesini talep edebilecek olup¹⁴, çalışmamızda, borçlunun, satış yapabilmek amacıyla kendisine yetki verilmesini isteyebileceği süreler, hacizli malın satılacağı bedel, mahkemece satışın onaylanması, malın alıcı adına tescil işlemleri ile önalım hakkının, tasarrufun iptali davalarının rızai satışlarda nasıl uygulanacağı incelenecektir. Bu kavramlar mevcut hukuki düzende ele alınacak, ayrıca borçluya satış yetkisi verilmesine ilişkin kurumun yabancı hukuktaki benzer örneklerine kısaca değinilecektir.

I. BORÇLUYA SATIŞ YETKİSİ VERİLMESİNDE SÜRELER

A. KIYMET TAKDİRİ YAPILMADAN ÖNCE

Kıymet takdirinin işlevi, yapıldığı zamana göre değişiklik göstermekte olup, kural olarak, malın haczi ile satışı esnasında iki kıymet takdiri vardır. Uygulamada genellikle, taşınırlar bakımından kıymet takdiri, haciz esnasında, haczedilen malların değerini tespit etmek amacıyla icra dairesi tarafından görevlendirilen alanında uzman bilirkişi marifetiyle yapılmaktadır. Taşınmazlar bakımından ise genellikle haciz konulduktan sonra alacaklının satış istemesi sonrasında taşınmazın satışa konu değerinin tespiti için kıymet takdiri aşamasına geçilmektedir¹⁵. İcra dairesi tarafından yapılan kıymet takdiri işlemi için kıymet takdirinin tebliğ edildiği ilgililer, raporun tebliğinden itibaren yedi gün içinde, raporu düzenleyen icra dairesinin bulunduğu yerdeki icra mahkemesinde şikâyette bulunabilirler.

Yönetmelik'in 6. maddesinin ikinci fıkrasında; borçlunun veya borçlu namına Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebellüğe yetkili kimse huzurunda yapılan hacizlerde, kıymet takdirini içeren haciz tutanağının borçluya ayrıca tebliğ edilmesine gerek olmadığı düzenlenmiştir. Düzenlemeden anlaşılacağı üzere, bu durumda satış yetkisi verilmesi talebinin haciz tarihinden itibaren başlayacağı açıktır.

¹² 7343 sayılı Kanun'la İcra ve İflâs Kanunu'na (İİK) eklenen geçici madde 18 ve Çocuk Koruma Kanunu'na (ÇKK) eklenen geçici madde 2'de, 7343 sayılı Kanun'un 57. maddesine nazaran, bazı hükümler için zaman bakımından uygulamaya ilişkin farklı tarihler belirlenmiştir.

¹³ AKKAN, PEKCANITEZ, s. 272.

¹⁴ ARSLAN, YILMAZ, AYVAZ TAŞPINAR, HANAĞASI, s. 393.

¹⁵ ARSLANDOĞAN, s. 1452.

Kıymet takdirini içeren haciz işleminin, borçlunun yokluğunda yapılmış olması halinde borçluya, İİK m. 103 uyarınca “103 davetiyesi” gönderilir. Borçluya tebligattan itibaren üç gün içerisinde icra dairesine gelerek haciz tutanağını incelemesi ihtar edilir (İİK Yön. m. 45). Bu durumda borçlunun, icra dairesine geldiği ve tutanağı incelediği gün, satış yetkisi verilmesine dair yedi günlük sürenin başlangıcı sayılır¹⁶.

İİK 111/a maddesinin ilk cümlesinde borçluya, kıymet takdirinin kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde haczedilen malının rızaen satışı için yetki verilmesini talep edebileceği; ancak kıymet takdiri yapılmadığı durumlarda borçlunun da kıymet takdiri yapılmasını isteyebileceği düzenlenmiştir. Borçlu, malının uzun süredir haczedilmiş ve muhafaza altına alınmış olmakla, satış aşamasına geçilmediği durumlarda, cebri icra tehdidinden kurtulmak maksadıyla, masrafını kendisi karşılamak suretiyle, kıymet takdiri yapılmasını isteyebilecektir¹⁷.

Haczedilen malın değerinin hızla düşmesi, takip sürecinde faizin işlemeye devam etmesi, muhafaza ve giderlerin süreç içinde artacağı düşünüldüğünde, borçlunun, mahcuz hakkında kıymet takdirinin yapılmasını ve malın satışını istemesinde menfaati olduğu açıktır. Kıymet takdiri yapıldıktan sonra raporun tebliğinden itibaren borçlunun, 7 gün içerisinde kendisine satış yetkisi verilmesini istemesi gerekmektedir.

B. KIYMET TAKDİRİ YAPILDIKTAN SONRA

Borçlunun, kıymet takdir raporunun kendisine tebliğinden itibaren 7 gün içinde haczedilen malı hakkında satış yetkisi verilmesi amacıyla icra müdürlüğüne başvurması gerekir. İcra müdürlüğü ise kıymet takdirinin kesinleşmesinden itibaren, borçluya, satış işlemlerini yerine getirmek üzere 15 günlük süre verir (m. 111/a, 1). İcra müdürlüğünün kıymet takdir raporunun tebliği ile borçluya satış için yetki talebinde bulunmasını bildirmesi, bu amaçla süre vermesi veya re’sen borçluya satış yetkisi vermesi mümkün değildir¹⁸.

Borçlu, satış için yetki verilmesi talebini, tebligata elverişli adresini ve iletişim bilgilerini içerir bilgileri bir dilekçe ile sunar. Borçlu kıymet takdirinin gerçeği yansıtmadığını düşünerek kıymet takdirine itiraz yoluna başvurmuş olsa dahi, satış için yetki verilmesi talebini kıymet takdirinin tebliğinden itibaren 7 gün içinde yapması gerekmektedir¹⁹. Kıymet takdiri kesinleşmeden önce, icra dairesi tarafından tespit edilmiş değere göre tarafına satış yetkisi verilmesi talebinde bulunan borçlu, kıymet takdirine itiraz edilmesi halinde, bedelin daha yüksek veya daha düşük çıkma ihtimalleri ile karşı karşıyadır. Kıymet takdirinin düşük olduğu iddiasıyla mahkemeye yapılan itiraz sonucunda hacizli malın bedeli, icra dairesinin yapmış olduğu kıymet takdirinden daha yüksek tespit edilmiş olabilir. Bu

¹⁶ YAZICI, s. 1134.

¹⁷ KALE, (<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis> E.T. 06.04.2023).

¹⁸ GÖRGÜN, BÖRÜ, KODAKOĞLU, s. 237.

¹⁹ GÜNDOĞAN, s. 64.

durumda borçlunun, önceki düşük bedele güvenerek yapmış olduğu başvuru ile bu bedel üzerinden anlaşmış olduğu alıcıların, bedelin artması nedeniyle satıştan vazgeçme ihtimali ortaya çıkabilir. Böyle durumlarda menfaatine göre borçluya bu talebini geri alma imkânı tanınmalıdır²⁰.

İİK 111/a maddesinde, borçluya talepte bulunmak için verilen yedi günlük sürenin, kıymet takdirinin tebliği ile başlayacağı belirtilmiş ise de, sürenin kıymet takdiri kesinleştikten sonra başlaması, hukuki öngörülebilirlik ve rızai satış kurumunun getirilme amacına daha uygun olacaktır²¹. Böylece, malın değeri kesin olarak belirlendikten sonra, borçlu bu değere güvenerek satış için yetki talebinde bulunup bulunmayacağına karar verebilir. Kıymet takdiri kesinleştikten sonra ise satış yapacağı bedeli bu kapsamda tahmin ederek alıcı bulma girişiminde bulunmuş olur.

Bir takip sürecinde birden fazla kez kıymet takdiri raporunun alınması mümkündür. Bu durumda borçlunun, her yeni yapılan kıymet takdirinin tebliği ile birlikte yeni bir satış yetkisi verilmesini talep etmesinin de mümkün olacağını kabul etmek gerekir²².

C. KIYMET TAKDİRİ KESİNLEŞTİKTEN SONRA

İcra müdürlüğü kıymet takdirinin kesinleşmesinden itibaren cebrî satış işlemlerini durdurarak borçluya satış işlemlerini yerine getirmek üzere yetki ve 15 günlük süre verir (İİK m.111/a, 1). Yani borçlu, kıymet takdirinin tebliğinden itibaren 7 gün içerisinde kendisine satış yetkisi verilmesini talep etmiş ise de icra müdürü satış yetkisini verebilmek için kıymet takdirinin kesinleşmesini beklemesi gerekir.

İcra müdürlüğünün, borçluya, malın satış işlemlerini yapmak ve belirlenen bedelin ödenmesi için 15 günlük süre vermesi, taşınır ve taşınmaz mallar bakımından Kanunda aynı şekilde düzenlenmiş olup; satış öncesi piyasa araştırmasının yapılması, daha yüksek teklif veren alıcıların bulunması, pazarlık süreci ve satışın aşamaları bakımından bu süre, özellikle taşınmaz mallar bakımından makul görünmemektedir²³. İhale feshi sürecindeki gecikmelere engel olmak amacıyla getirilmiş olan bu düzenlemede, verilen sürenin, hayatın olağan akışında, bir malın satışı aşamasında geçen sürelerle uygun olması gerekir.

İcra müdürlüğünün, kıymet takdirinin kesinleşmesinden sonra borçluya satış yetkisi vereceği sürenin başlangıcı, kanunda düzenlenmemiş olsa da, sürenin, borçluya tebliğinden itibaren başlaması gerekir²⁴. Borçluya verilecek satış yetki belgesinde yazılacak hususlar, ilgili Yönetmelik'in 5. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiş olup, borçlunun satış yetkisi verilmesini talep ettiği malın, sicile kayıtlı bir mal olması halinde, icra müdürünün, satış talebinin ilgili sicile işlenmesi için bildirimde

²⁰ PEKCANITEZ, (https://www.youtube.com/watch?v=Roym7HiFDP4_E, T. 06.05.2024).

²¹ PEKCANITEZ, s. 831.

²² YAZICI, s. 1131.

²³ PEKCANITEZ, ATALAY, SUNGURTEKİN ÖZKAN, ÖZEKES, s. 231.

²⁴ ATALI, ERMENEK, ERDOĞAN, s. 288.

bulunacağı da, Yönetmelik'in 7. maddesinde düzenlenmiştir. Satışa konu malın, sicile kayıtlı olmadığı ve birden fazla icra takip dosyasından hacizli olduğu hallerde, borçluya satış yetkisi verildiğinin, diğer icra dosyalarına da bildirilmesi ile gereksiz yere masraf yapılmasının önüne geçilebilir²⁵. Ayrıca hacizli aynı mal hakkında başka icra takip dosyasında satış sürecinin tamamlanmış olması halinde de borçluya satış yetkisi verilmemesi gerektiğinden, icra dairelerinin bu nedenle irtibat halinde olması önemlidir.

İcra müdürlüğü tarafından borçluya verilen sürenin başlangıcından, satışın onaylanması için icra mahkemesinin kararına kadar geçen sürede alacaklı bakımından satış isteme süresi işlemez (m.111/a, 1). İcra mahkemesinin, satışın onaylanması talebinin reddine karar verdikten sonra, satış süresinin ne zamandan itibaren işlemeye devam edeceği ise Kanun'da düzenlenmemiştir; ancak bu durumda satışın onaylanması işleminin reddedildiğinin alacaklı tarafa tebliğ edilmesi ve tebliğ tarihi itibarıyla satış süresinin kaldığı yerden işlemeye devam etmesi gerekmektedir²⁶. Alacaklının haberdar dahi edilmediği bu süreçte satış isteme süresinin takibi bakımından alacaklının zararına neden olacak uygulamaların önüne geçilmesi gerekir.

İcra müdürünün, borçluya, satış yetkisi verilip verilemeyeceğine ilişkin şartları, re'sen incelemesi gerekmekte olup, iflâs halinde müflisin tasarruf yetkisi sona ereceğinden, borçlu, iflâs tasfiyesinde kendisine satış yetkisi verilmesini talep dahi edemez²⁷.

II. RIZAI SATIŞTA BEDEL

Hacizli malın satış bedeli; malın muhammen kıymetinin yüzde doksanına karşılık gelen bedel ile satış isteyen alacaklıya rüçhanı olan alacakların toplam değerinin karşılaştırılmasından sonra bunlardan hangisi fazla ise bu bedele, o aşamaya kadar mahcuz için yapılan takip masrafları ilave edilerek hesaplanır (İİK m.111/a, 2). İcra müdürü bu araştırmayı yapmak için haczedilen malın sicile kayıtlı takyidatlarını temin ederek rüçhan hakkı alacaklısından, alacağının devam edip etmediğini, devam ediyor ise alacak miktarını sorar (Yön. m. 8). Rüçhanlı alacakların bulunmaması halinde, kıymet takdiri ile tespit edilen bedelin yüzde doksanına karşılık gelen miktar esas alınır ve mahcuz için o aşamaya kadar yapılmış olan takip masrafları eklenmek suretiyle satış bedeli tespit edilir.

Aynı mahcuz mal için farklı icra daireleri tarafından kıymet takdiri yapılması durumunda hangi kıymet takdirinin esas alınacağı konusunda ise Kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Böyle bir durumla karşılaşılması halinde öğretilde çözüm olarak; kıymet takdirini yapan icra dairelerinin, söz konusu raporun veya icra mahkemesinin kıymet takdirine itiraz şikayetinin kabulüne ilişkin kararının bir suretini, haciz koyan diğer icra dosyalarına bildirmesi ve böylece mahcuz mal için yapılmış kıymet takdirlerinden, en yüksek bedel içerenin esas alınması yönünde görüşler mevcuttur²⁸.

²⁵ YAZICI, s. 1142.

²⁶ ATALI, ERMENEK, ERDOĞAN s. 288.

²⁷ PEKCANITEZ, s. 826.

²⁸ GÖRGÜN, BÖRÜ, KODAKOĞLU, s. 240.

İİK 111/a maddesinde belirtilen asgari bedeli karşılayan alacak miktarına sahip alacaklıların alacağına mahsuben mahcuzu satın almalarında, yasal olarak herhangi bir engel bulunmamaktadır²⁹. Alacak miktarının tespit olunan bedelden eksik kalması halinde ise alacaklıların, eksik kalan miktarı tamamlayarak malın rızaen satışının yapılması mümkündür. Ancak her ne kadar yasal düzenlemede, satışın yapılacağı üçüncü kişinin, taşınmazın kaydındaki haciz alacaklısı veya alacaklılardan biri olabilmesine engel bir düzenleme bulunmamakta ise de bu hususun, cebri icradaki iki temel ilke olan paraya çevirme ilkesi ile öncelik ilkesi bakımından irdelenmesi gerekir. Birden fazla alacaklının mal üzerinde haczinin bulunduğu durumda, satış sonucu elde edilen para haciz sırasına göre paylaştırılması için sıra cetveli düzenlenmesi gerekir. Oysa alacaklılardan birinin, rızaen satış yoluyla alacağına mahsuben malı edinmesi, kendisinin haciz sırasına bakılmaksızın alacağına kavuşmasını sağlamakla birlikte sıra cetveli düzenlenmesindeki amacı da ortadan kaldırmış olacaktır. Ayrıca hacizli malın mülkiyetinin doğrudan alacaklıya devredilmesi, alacaklının alacağını doğrudan borçlunun malvarlığından değil de el konulan malın paraya çevrilmesinden elde edilmesi gerektiğini içeren paraya çevirme ilkesi bakımından da çelişki yaratmaktadır.

İcra müdürünün satışı için borçluya yetki verdiği mahcuz hakkında, birden fazla alıcı çıkması veya teklif edilen bedellerin birbirinden farklı olması halinde, satışın kime yapılacağına dair icra müdürlüğüne veya mahkemeye herhangi bir denetim yükümlülüğü getirilmemiş, alacaklı veya diğer alıcılara da bir itiraz hakkı tanınmamıştır. Kanuni düzenlemedeki bu eksiklik, borçlu bakımından keyfiliğe mahal verecek olup, daha yüksek bedelle mahcuzu satın almak isteyenler varken, borçlunun dilediği kişi ile anlaşma yapması menfaat dengesine aykırı sonuçlara yol açabilir³⁰. Bu durumun önüne geçilmesi için mahcuzu satın almak isteyen alıcıların tekliflerini icra dairesine yöneltmesi, icra dairesinin ise birden fazla tekliften hangisinin esas alınarak satışın tamamlanacağını tespit edebilmek için icra mahkemesinden görüş sorması uygun olacaktır³¹.

Artırma yolu ile cebri satışlarda geçerli olan muhammen bedelin yarısına karşılık gelen asgari oran (%50) borçlu ve alacaklı bakımından zarara neden olmasının yanında, mahcuzun bazı hallerde yok pahasına satışa konu olmasına neden olmaktadır. Bu yönüyle borçluya verilen satış yetkisi ile gerçekleşecek satışta aranan asgari satış oranının daha yüksek olması hem borçlu hem de alacaklının menfaatine daha uygun düşmektedir.

A. RÜÇHANLI ALACAKLARIN BULUNMASI HALİNDE BEDELİN TESPİTİ

Satış bedeli tespit edilirken, icra müdürlüğü tarafından, satış isteyen alacaklıya, rüçhanı olan alacakların belirlenmesi, alacağın devam edip etmediğinin araştırılması, alacak devam ediyor ise miktarının bildirilmesi için gerekli müzekkerelerin gönderilmesi gerekmektedir (İİK m. 111/a, 2).

²⁹ PEKCANITEZ, s. 837.

³⁰ PEKCANITEZ, s. 836.

³¹ YAZICI, s. 1131; PEKCANITEZ, s. 836.

Burada kastedilen rüçhanlı alacaklara; satışın yapılacağı dosyadaki hacizden önce mevcut bulunan rehinli alacaklar ile malın aynından doğan kamu alacakları³² örnek verilebilir. İcra müdürü, diğer cebri icra satışlarda olduğu gibi, rehin hakkı sahibi alacaklıya, satışa muvafakatinin bulunup bulunmadığını ve alacak miktarını bildirmesi için İİK'nın 100. maddesi uyarınca müzekkere gönderir. Her ne kadar rehin hakkı sahibinin satışa muvafakat etmediğini bildirmesi, satışın yapılmasına engel değilse de³³ icra müdürünün külli bir muvafakat almak yerine özel olarak borçlunun yapacağı rızai satışa ilişkin cevap verilmesinin istenmesi daha doğru olur.

Rüçhanlı alacaklar bildirildikten sonra bunların toplamı ile malın kıymet takdir raporunda belirlenen değerinin yüzde doksanına karşılık gelen bedelden hangisi yüksek ise bu bedel, satış için esas alınır. Ayrıca mahcuz için o aşamaya kadar yapılmış olan takip masraflarının da eklenmesi suretiyle, borçluya verilen satış yetki belgesindeki asgari bedel tespit edilir.

B. RÜÇHANLI ALACAKLARIN BULUNMADIĞI HALLERDE BEDELİN TESPİTİ

Satış istenen mahcuz üzerinde satış isteyen alacaklıya rüçhanı olan alacakların bulunmaması halinde veya takip alacaklısından başka hacizlerin bulunması ancak rüçhanlı alacakların bulunmaması halinde kıymet takdiri ile tespit edilen bedelin yüzde doksanına karşılık gelen miktar esas alınır. Ayrıca mahcuz için o aşamaya kadar yapılmış olan takip masrafları eklenmek suretiyle satış bedeli tespit edilir³⁴.

Her ne kadar İİK 111/a maddesinde satış yapılacak asgari bedel belirlenmiş ise de borçlunun bu miktarı aşan bir bedelde alıcı bulması ve satışın yapılması halinde, satışın onaylanması kararına kadar mal üzerindeki haczin devam ettiği unutulmamalıdır. Bu nedenle borçlunun üzerinde tasarruf yetkisi bulunmayan tüm bedelin dosyaya yatırılması gerekir³⁵.

Getirilen düzenleme ile kıymet takdirinin önemi artmış olsa da İİK m. 128/a hükmünde herhangi bir değişiklik yapılmadığından, kesinleşen kıymet takdiri iki yıl boyunca geçerlidir. Kıymet takdiri yapıldıktan sonra raporun taraflara tebliğe çıkarılmadığı durumda, borçlunun rızaen satışı isteme süresi başlamayacaktır. Kıymet takdir raporunun tebliği işleminin iki yıllık sürenin sonlarına doğru yapılması halinde, borçlu da bu anda, kendisine satış yetkisi verilmesini istediğinde; kıymet takdiri üzerinden uzunca bir zaman geçtiğinden, malın muhammen bedeli piyasa fiyatına göre daha düşük olacağından, bu durum malın düşük fiyata satılmasına neden olabilir. Kıymet takdirinin üzerinden uzun zaman geçmesi nedeniyle piyasa fiyatının altında bir değerde kalan mahcuzu, piyasa fiyatından satarak, takip dosyasına yalnızca asgari bedelin yatırılmasını sağlayan kötü niyetli borçlulara karşı ise herhangi bir denetim öngörülmemiştir³⁶. Açıklanan kanun boşluğundan kaynaklanan kötüniyetli uygulamaların

³² GÖRGÜN, BÖRÜ, KODAKOĞLU, s. 240.

³³ Y. 12. HD. T. 12.05.2016, E. 2016/708, K. 2016/14104: (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T. 06.05.2024).

³⁴ KALE, (<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis> E.T. 06.04.2024).

³⁵ ATALI, ERMENEK, ERDOĞAN, s. 289.

³⁶ PEKCANITEZ (<https://www.youtube.com/watch?v=Roym7HiFDP4> E.T. 06.05.2024).

önüne geçmek amacıyla, alıcıların, tekliflerini, icra dairesine sunması ve icra müdürünün en yüksek teklifi sunan kişiye satışı yapması sonucunda satışın onaylanması için dosyayı mahkemenin denetime sunması daha uygun olur³⁷.

C. TAKİP MASRAFLARININ EKLENMESİ VE KDV

Satış bedeli tespit edilirken rüçhanlı alacakların bulunması veya bulunmaması durumunda her iki halde de, mahcuz için o aşamaya kadar yapılmış olan takip masraflarının, tespit edilecek bedele eklenmesi gerekmektedir (İİK m. 111/a, 2). Takip masraflarından anlaşılması gereken; icra takibinin sonuçlandırılabilmesi için yapılması gereken harcamaların (harç, icra vekâlet ücreti, posta masrafları, haciz masrafları...) tamamı olup, bu masraflardan İİK m. 59 gereğince borçlu sorumlu olduğundan, satış bedelinin bu miktarı da içermesi gerekmektedir.

KDV Kanunu'nun³⁸ 1/3-d maddesi ile KDV Genel Tebliği'nde³⁹, cebri icra, izale-i şuyu, ipoteğin paraya çevrilmesi, tasfiye gibi nedenlerle müzayede mahallerinde yapılacak olan satışların katma değer vergisine tabi olacağı düzenlenmiş ise de, İİK m. 111/a kapsamında açıkça borçluya satış yetkisi verilmesi suretiyle yapılacak satışlarda KDV alınacağı düzenlenmemiştir. Ayrıca borçluya satış yetkisi verilmesi suretiyle yapılacak satışın düzenlendiği 7343 sayılı Kanun'da da 3065 sayılı KDV Kanunu'na herhangi bir atıf yapılmamıştır.

Yapılan yeni düzenlemeye göre rızai satış kapsamında herhangi bir müzayede ortamında satışın gerçekleştirilmesi söz konusu olmadığından bu satışın katma değer vergisinin kapsamına girmediği söylenebilir. Bunun yanı sıra KDV Kanunu'nun 1/1. Maddesinde; Türkiye'deki "ticarî, sınaî, ziraî faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetler" in KDV'ye tabi olacağı belirtilmiştir. Borçluya mahcuzun satışı konusunda anlaşan alıcının, bu işin ticaretini, alım, satım, kiralama, ticari, sınai, mesleki olarak bir faaliyet kapsamında yapıyor olması halinde ise vergiyi doğuran olayın gerçekleştiğini ve alıcının vergi ödeme yükümlülüğünün doğduğunu kabul etmek gerekir⁴⁰.

Adalet Bakanlığı İcra İşleri Dairesi Başkanlığı'nın 02.06.2022 tarihli görüş yazısında; "2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 111/a maddesi kapsamında borçluya verilen satış yetkisine istinaden hacizli malın borçlu tarafından rızaen satılması ve mahkemece satış işleminin onaylanması halinde; 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu gereğince KDV'nin alınamayacağı" belirtilmiştir. Bununla birlikte aynı yazıda satış bedeli üzerinden binde 5,69 oranında damga vergisinin tahsili gerektiği, satış bedelinin %11,38'i oranında ise tahsil harcının alınacağı belirtilmiştir. Satışa konu edilen malın taşınmaz olması halinde ise tescil işlemi sırasında yatırılması gereken tapu alım-satım harcının

³⁷ PEKCANITEZ, s.836, YAZICI, s. 1134.

³⁸ 25.10.1984 tarih ve 18563 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan 3065 Sayılı KDV Kanunu'nun 1/3-d maddesinde, müzayede mahallerinde ve gümrük depolarında yapılan satışların KDV'ye tâbi olduğu, 48 Seri No.lu KDV Genel Tebliğinin (D) Bölümünün "1.Verginin Mükellefi" alt başlığında, icra yoluyla yapılan satışlarda verginin mükellefinin, satışı gerçekleştiren icra daireleri olduğu, hüküm altına alınmıştır.

³⁹ 21.07.1985 tarihli Resmî Gazetede yayınlanan 15 Seri No.lu Katma Değer Vergisi Genel Tebliği.

⁴⁰ GÜNDOĞAN, s. 97.

satıcı tarafından ödenmesi gereken kısmının icra dairesi tarafından borçlu namına ödenmesinin gerekeceği hususunda icra daireleri ve icra mahkemelerine bilgilendirme yapılmıştır⁴¹.

Kanaatimizce de kanun koyucunun amacı, cebri açık arttırmanın getirdiği ağır şartlara takılmadan, satış masraflarının azaltılarak kısa sürede hacizli malın satışını sağlamak, borçlunun borcunu daha fazla ödeyebilmesi, alacaklıların ise alacağına daha fazla kavuşması için malın mümkün olduğu kadar yüksek bir bedelle satılmasını sağlamaktır. Bu nedenle yapılacak satışlarda KDV ödeme yükümlülüğünün bulunmaması da amaca uygun, malı satın almak isteyen alıcıları teşvik edici bir düzenlemedir⁴².

III. SATIŞIN ONAYLANMASI

Borçluya anlaşılan alıcının, belirlenen bedeli, borçluya verilen on beş günlük süre içerisinde dosyaya yatırması halinde, icra müdürünün gerekli bilgi ve belgeleri temin edip satışın onaylanması için dosyayı icra mahkemesine göndereceği, mahkemenin ise en geç on gün içinde yapacağı inceleme sonucunda dosya üzerinden talebin kabulüne veya reddine kesin olarak karar vereceği düzenlenmiştir (İİK m.111/a, 3). Kanuni düzenlemeden anlaşıldığı üzere icra müdürü, satışın geçerliliğinin hukuka uygun olup olmadığını değerlendiremez. İcra müdürünün görevi belgeleri temin ettikten sonra dosyayı icra mahkemesine göndermek olup, hukuki değerlendirme ve denetleme yetkisi hâkime aittir.

Mahkemenin satışın onaylanmasına ilişkin kararı Kanun'da "kabul kararı" olarak düzenlenmiş olup, bu kararın verilmesiyle malın mülkiyeti alıcıya geçecektir. Satışın onaylanması sonucunda icra mahkemesinin kararını UYAP sistemi üzerinden icra dairesine göndereceği belirtilmiştir (Yön. 13/f. 1). Bu bildirim alan icra dairesinin satışa konu olan mala haciz koymuş diğer icra dairelerine de satış hakkında bilgi vermesi gerekir. Satış onaylandıktan sonra icra müdürü tüm hacizleri kaldırarak devir ve teslim işlemlerini gerçekleştirir, satışın onaylanması talebinin reddi hâlinde ise yatırdığı bedeli alıcıya iade edilir (İİK m. 111/a, 3).

A. SATIŞIN ONAYLANMASI İŞLEMİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

İİK 86. maddesinde düzenlendiği üzere borçlunun malına haciz konulmasıyla birlikte malın üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmış olur. Aksi yöndeki tasarrufları, alacaklıların haklarını ihlal ettiği sürece geçersiz sayılır. Borçluya tanınan satış yetkisi ile gerçekleşen satış, esasen cebri sürecin bir parçasıdır. Borçlunun satış yaparken uymak zorunda olduğu usuller ile satışın yapılacağı asgari bedel borçlu bakımından emredici bir düzenleme içerir⁴³.

⁴¹ Bkz. Adalet Bakanlığı İcra İşleri Dairesi Başkanlığı'nın 02.06.2022 tarihli görüş yazısı, (<https://iidb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/15022023124604Bor%C3%A7luya%20Sat%C4%B1%C5%9F%20Yetkisi%20Verilmesi%20S%C4%B1ras%C4%B1nda%20Al%C4%B1nacak%20Har%C3%A7lar.pdf>) Erişim Tarihi 08.04.2023).

⁴² ÜSTÜNBAŞ, (<https://www.youtube.com/watch?v=Roym7HiFDP4> E.T. 08.04.2023).

⁴³ YAZICI, s. 1127.

Borçlu ile anlaşılan alıcının belirtilen bedeli, icra dosyasına yatırdıktan ve icra müdürlüğünce dosya mahkemeye gönderildikten sonra, satış işleminin geçerli bir hale gelmesi, onaylanmasına bağlı olup, mahkemenin bu hususta on gün içerisinde karar vermesi gerekmektedir. Bu suretle; alıcı ve borçlunun anlaşması ile kurulan ve ayakta hükümsüz olan sözleşme, mahkemenin kabul kararıyla birlikte geçmişe dönük olarak hüküm ifade etmeye başlayacaktır⁴⁴.

Satışın onaylanması için dosyanın icra mahkemesine gönderilmesi işlemi, çekişmesiz yargı işi olduğundan, tarafların dâhil edilme zorunluluğu yoktur⁴⁵. Ancak burada tartışılması gereken çekişmesiz yargıda hâkimin re'sen araştırma yükümlülüğünün uygulanıp uygulanmayacağıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun⁴⁶ (HMK) 25/2 maddesinde; hâkimin ancak Kanun'un kendisine açık bir şekilde yetki verdiği hallerde re'sen hareket edebileceği, araştırma yapıp delil toplayabileceği düzenlenmiş, belirtilen durumlar dışında taraflarca getirilme ilkesine öncelik tanınmıştır⁴⁷.

Satışın onaylanması aşamasına ilişkin düzenlemede, bilgi ve belgeleri icra müdürünün toplayarak, belirtilen şartların bulunduğunu tespit etmesi halinde, dosyayı mahkemeye göndereceği belirtilmiştir. Mahkemenin ise, icra müdürlüğünce toplanması gereken belgelerin dosyada mevcut olup olmadığını, asgari satış bedelinin usulüne uygun şekilde belirlenip belirlenmediğini, yapılması gereken işlemlerin verilen kesin sürede yapılıp yapılmadığını denetlemekten başka bir işlevi olmadığını düşünmekteyiz. Zira mahkemeye satışın onaylanması için verilen on günlük süre, taraf teşkilini sağlamaya, kamu düzeni bakımından re'sen araştırma yapmaya, mahcuzla ilgisi bulunanların itirazlarını incelemeye yetmeyecek kadar kısadır. Fransız hukukundaki benzer müessese olan anlaşmalı satışta ise, alacaklıların mahkemede görülmekte olan duruşmaya iştiraki sağlanarak satış sürecine itirazları olması halinde cebri satış işlemine geri dönülmektedir⁴⁸.

Satışa konu olan malın, piyasada yüksek talep görmesi veya kıymet takdirinin üzerinden uzunca bir zaman geçmesi halinde malın muhammen bedelinin üstünde satılma ihtimali olabilir. Bu durumda alacaklılar cebri icra yoluyla yapılacak satışın menfaatlerine daha uygun olacağını somut olarak ortaya koydukları takdirde itirazlarının değerlendirilmesi gerekir. Açıklanan nedenlerden ötürü mahkemece satışın onaylanması sürecine alacaklıların dâhil edilmesi eşitlik ilkesine ve menfaat dengesine daha uygun olacaktır⁴⁹. Bunun yanı sıra getirilen yeni düzenleme ile hacizli malların paraya çevrilmesi sürecinin hızlandırılması ve basitleştirilmesi amaçlandığından, alacaklıların rızai satış aşamalarındaki itirazları, satış sürecini uzatarak amaca aykırı bir sonuç da doğurabilir.

⁴⁴ ATALAY, (https://www.youtube.com/watch?v=Roym7HiFDP4_E.T.08.04.2024).

⁴⁵ AKKAN, (https://www.youtube.com/watch?v=0hRh9Uz_EAI.E.T.12.04.2024).

⁴⁶ 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmî Gazetede Yayınlanan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu.

⁴⁷ ÖZMUMCU, Re'sen Araştırma İlkesi, s. 150.

⁴⁸ NAMLI, Satış Yetkisi Verilmesi, s.343.

⁴⁹ PEKCANITEZ, s. 839.

Rızai satış, her ne kadar cebri satış türü olarak düzenlense de bu satışın onaylanmasına ilişkin mahkeme kararı kesin olduğundan ve ihalenin feshi hükümleri burada uygulanmayacağından⁵⁰, satışın iptali gerektiğinde tarafların hangi yola başvurabileceği açıkça gösterilmemiştir. Bu durumda, satış işlemi, borçlar hukuku genel hükümlerine göre iradi bir sözleşme olarak değerlendirmek ve ihalenin feshi yerine, şartların var olması halinde, sözleşmenin irade bozukluğu (hata, hile, korkutma) nedeniyle geçersizliği hükümlerine başvurmak gerekmektedir⁵¹. Böylece, hukuki yararı olmak kaydıyla ilgililer genel hükümlere göre satışın iptalini isteyebilirler⁵². Satışın iptal edilmesi halinde ise Kanunda, rızai satışın mahkeme tarafından onaylanmamasına ilişkin düzenlenmiş olan, bedelin alıcıya iade edilmesi, vb. sonuçların kıyasen uygulanması mümkündür.

B. SATIŞIN ONAYLANMASI KARARININ KESİN OLMASININ HAK ARAMA HÜRRİYETİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Cebri icra satışlarında, icra dairesi tarafından gerçekleştirilen satış işleminin iptaline yönelik mahkemede görülen her türlü ihalenin feshi davalarına karşı kanun yolu açık olmasına rağmen borçluya satış yetkisi verilmesi ile yapılan satışlarda mahkemenin vereceği satışın onaylanması kararına karşı gidilecek bir kanun yolu öngörülmemiş, mahkeme kararının kesin nitelikte olduğu belirtilmiştir (İİK m. 111/a, 3). Kanun koyucu kararın kesin nitelikte olmasına ilişkin düzenleme ile, cebri arttırma yoluyla yapılan satış sürecindeki ihalenin feshi davası açılarak sürecin uzamasına engel olmayı ve borçlunun yapacağı satışı daha cazip kılmayı amaçlamıştır. Ancak yanlış olduğu iddia edilen kararın tekrar incelenmesi ve denetlemesi esasen kanun yoluna gidilerek sağlanabilir.

Hak arama hürriyetinin temel dayanağını, Anayasa'nın 36. Maddesindeki hak arama özgürlüğü ve Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi⁵³'nin (AİHS) 6. maddesi oluşturmaktadır. Kişinin kendisini ilgilendiren bir mahkeme kararının denetlenmesini istemesi de hak arama hürriyetinin bir gereğidir. Davanın taraflarının kanun yoluna başvurabilme hakkı, Anayasa Mahkemesi kararlarında 'hükümün denetlenmesini talep hakkı' olarak, ele alınmış olup, bu konuda birçok somut norm denetimi ve bireysel başvuru yoluyla incelemeler yapılmıştır⁵⁴. Kanun yolu denetimi, hukuk devleti ilkesinin bir gereği olmakla birlikte, mahkeme kararlarındaki hataların ve hukuka aykırılıkların giderilmesini sağlar. Ayrıca hukuk kurallarının uygulanması konusunda birliğin sağlanması bakımından da son derece önemlidir⁵⁵.

⁵⁰ PEKCANITEZ, s. 839; GÖRGÜN, BÖRÜ, KODAKOĞLU, s. 274; ATALI, ERMENEK, ERDOĞAN, s. 291; PEKCANITEZ, ATALAY, SUNGURTEKİN ÖZKAN, ÖZEKES, s. 233.

⁵¹ AKKAN, (https://www.youtube.com/watch?v=0hRh9Uz_EAI E.T. 12/04/2024).

⁵² GÖRGÜN, BÖRÜ, KODAKOĞLU, s. 274; ATALI, ERMENEK, ERDOĞAN, s. 291; PEKCANITEZ, ATALAY, SUNGURTEKİN ÖZKAN, ÖZEKES, s. 233.

⁵³ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Türkiye tarafından 04.11.1950 tarihinde imzalanmış, 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı Onay Kanunu, 19 Mart 1954 tarih ve 8662 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁵⁴ Anayasa Mahkemesi, T. 16.03.2016, E. 2016/19, K. 2016/17, (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, E.T.06.05.2024).

⁵⁵ GÜNDÜZ, E., GÜNDÜZ, H., s. 18.

Satışın onaylanması kararının kesin olmasıyla birlikte kararın denetimi bakımından herhangi bir kanun yoluna gidilemeyecektir. Bu durum, kanunda açıkça düzenlenmemiş hususlarla ilgili, mahkemelerce, farklı yorumlar yapılmasına sebebiyet vermekle birlikte, kararların hukuka uygun olup olmadığı da denetlenemeyeceğinden, hukuki birlik ve hukuki güvenlik ilkesini zedeler. Doktrinde de mahkemenin vereceği karara karşı kanun yolunun kapalı olmasının hak arama hürriyeti açısından doğru olmadığı belirtilmiştir⁵⁶. Her ne kadar kararların kesin olması ile ihalenin feshi yargılamalarında yaşanan yargısal sürecin uzamasının önüne geçilmiş ise de karara karşı itiraz hakkının tanınması halinde, maddi hataların düzeltilmesi ve hükmün denetlenmesini sağlayabilir.

IV. SATIŞIN ONAYLANMASI SONUCU MÜLKİYETİN KAZANILMASI

Türk Medeni Kanunu'nun⁵⁷ (TMK) 705. maddesinin birinci fıkrasında, taşınmaz mülkiyetinin tescille kazanılacağı, ikinci fıkrasında ise istisnai hallerde (miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma) mülkiyetin tescilden önce kazanılacağı; ancak malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi için mülkiyetin tapuya tescil edilmiş olması gerektiği belirtilmiştir. Taşınır mülkiyetinin ise, zilyetliğin devri yoluyla kazanılacağı düzenlenmiştir (TMK m.763).

Cebri açık arttırmada ise, mülkiyetin geçişi genel hükümlerden ayrı olarak düzenlenmiş olup, Türk Borçlar Kanunu'nun⁵⁸ (TBK) 279. Maddesinde, arttırmada taşınır mal alan kişinin ihale anında, taşınmaz mal alan kişinin ise tapu siciline tescil sonucunda mülkiyeti kazanacağı belirtilmiştir.

Rızai satışta ise; cebri açık arttırma usulünden farklı olarak, mahkemenin satışın onaylanmasına dair vermiş olduğu kabul kararıyla, malın mülkiyetinin alıcıya geçeceği düzenlenmiştir (İİK m. 111/a, 3). Bu durumda mahkemenin kabul kararı verdiği tarihte artık satılan malın hasar ve yararı da alıcıya geçmiş olacaktır. Mahkeme kararı ile mülkiyetinin geçişinin kabul edilmesi tescilsiz iktisaba örnek olup, tescil işlemi yalnızca açıklayıcı işlev görmektedir⁵⁹. Her halükârda malikin tasarruf işleminde bulunabilmesi için tapuda tescil işleminin tamamlanması gerekmektedir. İİK'nın 111/a maddesinin 4. fıkrasında, bu madde uyarınca yapılacak satışlar hakkında niteliğine uygun düşüğü ölçüde, bu Kanunun diğer hükümlerinin uygulanacağı belirtildiği için, satışa ilişkin olarak İİK 135/1. maddesi kapsamında alıcının tescil için tapuya yazı yazılmasını icra müdürlüğünden talep etmesi gerekmektedir. Mahkeme kararı kesin nitelikte olduğundan icra müdürlüğünün tapuya yazı yazılması konusunda beklemesi gereken herhangi bir süre yoktur.

Hacizli malın satışından sonra devir ve teslim işlemleri mal üzerindeki tüm hacizlerin kaldırılması suretiyle gerçekleştirilecek olup, devir ve teslim masrafları alıcıya aittir. Satılan mal alıcıya teslim edilmedikçe veya teslim hazır hale getirilmedikçe, alıcının yatırdığı bedel alacaklılara

⁵⁶ GÖRGÜN, BÖRÜ, KODAKOĞLU, s. 273; PEKCANITEZ, s. 838-839; BOLAYIR, s. 88-89.

⁵⁷ 8.12.2001 tarih ve 24607 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu.

⁵⁸ 4.2.2011 tarih ve 27836 Sayılı Resmî Gazetede Yayınlanan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu.

⁵⁹ PEKCANITEZ, s. 841.

ödenmeyecektir (Yön. m. 14). Bu aşamadan sonra ise paranın ödenmesi, paylaşılması, sıra cetveli düzenlenmesi, aciz vesikası düzenlenmesi gibi İİK'nın diğer hükümleri niteliğine uygun düştüğü ölçüde rızai satışta da uygulanacaktır⁶⁰.

Mahkemenin İİK 111/a maddesine aykırı şekilde yapılmış olan satışa onay vermemesi halinde alıcının yatırmış olduğu para üç gün içerisinde iade edilir. Satışa konu mal sicile kayıtlı ise ve icra müdürü malın sicildeki kaydına borçluya satış yetkisi verildiğine dair şerh işlemiş ise mahkemenin ret kararı ile bu şerh silinir (Yön. m. 13/3).

Satıcının ayıba ve zapta karşı sorumluluğu TBK'da ayrıntılı olarak düzenlenmiş ancak bu düzenlemelerin cebri satışlarda uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır (TBK m. 280). Rızai satış, kanunda aranan özel prosedürlere bağlı tutulduğundan ve satışın onaylanması ile mülkiyet alıcıya geçeceğinden kamusal nitelikte bir cebri icra satışıdır. Bu nedenle ayıba ve zapta karşı sorumluluğun borçluya satış yetkisi verilmesi suretiyle yapılan satışlarda da uygulanmayacağı kabul edilmelidir⁶¹.

V. RIZAI SATIŞTA ÖN ALIM HAKKININ KULLANILMASI

Önalım hakkı, kanundan veya sözleşmeden doğan, hakkın konusu olan eşyanın satışı halinde hak sahibine o malı öncelikle satın alma yetkisi veren kurucu yenilik doğuran bir haktır⁶². Kanundan doğan ön alım hakkı paylı mülkiyetteki paydaşlara tanınmışken, sözleşmeden doğan ön alım hakkı; tapuya şerh verilmediği sürece yalnızca sözleşmenin tarafları bakımından ileri sürülebilecek bir alacak hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır (TMK m. 732 vd.).

Önalım olgusu, zorla (cebri) olmayan, iradi (isteğe bağlı); ivazlı ve cüz'i halefiyet yoluyla gerçekleşen devir işlemlerinde söz konusu olacağından kamulaştırma, toplulaştırma, bağışlama, mahkeme kararı ile yapılan devirlerde önalım olayını doğuran satışa benzer devir olgusunun gerçekleştiğinden bahsedilemez⁶³.

Cebri açık arttırmayla yapılan satışlarda ön alım hakkının kullanılamayacağı ilgili kanunda açıkça düzenlenmiştir (TMK m. 732 vd.). Her ne kadar İİK'da borçluya satış yetkisi verilmesi suretiyle yapılan satışlarda ön alım hakkının kullanılamayacağı ayrıca belirtilmemiş ise de, rızai satış da cebri icra satışının bir türü olduğundan, bu satışlarda ön alım hakkının kullanılamayacağını kabul etmek gerekir⁶⁴.

⁶⁰ ATALI, ERMENEK, ERDOĞAN, s. 291.

⁶¹ PEKCANITEZ, s. 841.

⁶² OĞUZMAN, SELİÇİ, OKTAY ÖZDEMİR, s. 534; KILIÇOĞLU, s. 16; ESENER, GÜVEN KUDRET, s. 246; SİRMEN, s. 445.

⁶³ GÜNERİ, s. 1358.

⁶⁴ ATALI, ERMENEK, ERDOĞAN, s. 291; PEKCANITEZ, s. 842.

VI. RIZAI SATIŞIN TASARRUFUN İPTALİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Tasarrufun iptali, İİK' nın 277. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olup, hakkında haciz veya iflas yoluyla takip yapılan borçluların, mallarını alacaklılardan kaçırma gayesiyle yapmış oldukları şüpheli işlemlerin tespiti sonucunda, alacaklıya, malın bedelinden alacağını (kişisel hakkını) alma yetkisini elde etmek üzere getirilmiş bir şahsi dava hakkıdır⁶⁵. Tasarrufun iptali davası açabilmek için HMK' da aranan dava şartlarının yanında bazı özel dava şartlarının da bulunması gerekmektedir. İİK 277. maddesinde, özel dava şartı olarak, elinde kesin veya geçici aciz belgesi bulunan alacaklının tasarrufun iptali davasını açabileceği düzenlenmiştir. Alacaklının, borçlu hakkında yapmış olduğu gerçek bir alacağa dayalı olarak başlattığı takibin, kesinleşmiş olması, borcun doğumundan sonra iptal edilecek işlemin vuku bulmuş olması gibi diğer özel dava şartları ise, yargı içtihatlarıyla geliştirilmiştir⁶⁶. Borçlunun yapmış olduğu tasarruf işleminin; karşılıksız (İİK m. 278), aciz halinden bir sene önceki süre içerisinde (İİK m. 279) veya alacaklılarını zarara sokmak maksadıyla (İİK m. 280) yapıldığı ispat edildiği takdirde söz konusu tasarrufun iptaline karar verilir.

Cebri icra yoluyla yapılan satışlarda, borçlunun iradesiyle değil, cebri icra marifetiyle satış işlemi gerçekleştiğinden, bir tasarruf işleminden bahsedilemez. Bu nedenle cebri icra yoluyla yapılan satışlara ilişkin tasarrufun iptali davası açılması kural olarak mümkün değildir. Ancak Yargıtay'ın bazı kararlarında *alacaklısından mal kaçırmak amacına yönelik bir (muvazaalı) alacak-borç ilişkisi yaratılarak, takip yapılmak suretiyle gerçekleştirilen ihaleler hakkında iptal davası açılabilirliği belirtilmiştir*⁶⁷. Yargıtay'ın bir kısım içtihatlarında ise mutlak olarak "*cebri icra yoluyla icra dairesince yapılan ihalelerin iptali için tasarrufun iptali davası açılmayacağı*" belirtilmiştir⁶⁸. Cebri icra satışları, niteliği itibariyle kamusal gücün ve belli prosedürlerin uygulanması suretiyle gerçekleştirilmektedir. Bu şekilde yapılan satış işlemi, satışa katılan alıcılarda ve satış sonucu elde edilecek parada hak sahibi olan alacaklılarda, satışın gerçek ve usulüne uygun yapıldığı konusunda güven yaratmaktadır. Cebri icra satışlarında iptal davası yoluna gidilmesi halinde muvazaa olgusunun geniş yorumlanması, cebri satışlarda iptal davasının genel uygulamaya dönüşmesi, cebri satışa duyulan güveni zedeler.

Tasarrufun iptali davası, rızai satışta özellikle, borçlunun alacaklılarını zarara uğratmak kastıyla, hakkında gerçek olmayan bir icra takibi ve alacaklılar yaratıp, itiraz haklarını kullanmayarak, malının hacz edilmesini ve rızaen satışını sağlaması durumunda gündeme gelir. Borçlunun, *alacaklısından mal kaçırmak kastıyla gerçek olmayan bir borç ilişkisi yaratarak*, icra takibinde kendisine tanınmış olan yasal hakları kullanmayarak, takibin kısa sürede kesinleşmesi ile mallarının satılmasını sağlaması, şaibeli davranışlar olarak yorumlanır. Bu durumda Yargıtay'ın bazı kararlarında belirtmiş olduğu,

⁶⁵ KURU, s. 1397; ALBAYRAK, s. 932; MUŞUL, s. 17.

⁶⁶ YALÇIN, s. 38-53.

⁶⁷ Y. 17. HD. T. 27.05.2010, E. 2010/2141, K. 2010/4792: (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T. 06.05.2024).

⁶⁸ Y. 17. HD. T. 18.09.2008, E. 2008/2637, K. 2008/4156: (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T. 06.05.2024).

alacaklısından mal kaçırmak amacıyla gerçek olmayan (muvazaalı) bir alacak-borç ilişkisi yaratılarak başlatılan takip sonucunda yapılan rızaen satış bakımından da iptal davası açılabileceği söylenebilir⁶⁹.

VII. MUKAYESELİ HUKUKTA BORÇLUYA SATIŞ YETKİSİ VERİLMESİ

A. FRANSIZ İCRA HUKUKU'NDA "ANLAŞMALI SATIŞ" USULÜ

İİK. 111/a maddesi ile hukukumuzda yer almaya başlayan rızaen satış, Fransız hukukunda uygulanan "anlaşmalı satış (vente amiable)" ile benzerlik gösterir. Fransız icra hukukunda 2006 yılında yapılan değişiklikler ile taşınırların yanında taşınmazların da anlaşmalı satış usulü ile satışının yapılmasına olanak sağlanmıştır. Fransa'daki düzenleme ile sürece, alıcı ve alacaklıların aktif bir şekilde katılması sağlanmış, borçluya satış yetkisi verilmesi değil, borçluya alıcı bulma yetkisi verilmiştir⁷⁰. Fransız icra hukukunda anlaşmalı satışa ilişkin reformun ana amacı, hukukumuzdakine benzer şekilde olup; taşınmaz haczi ve satışı prosedürünün hızlandırılması, basitleştirilmesi ve ucuzlaştırılmasıdır⁷¹.

Fransız İcra Kanunu (Code Des Procédures Civiles D'exécution) incelendiğinde cebri icra marifetiyle satış için, taşınırlar ve taşınmazlar bakımından farklı süreler öngörülmüştür. Taşınırların satışı söz konusu olduğu hallerde, borçluya haciz işlemi huzurunda yapılmışsa o andan, haciz anında hazır bulunmamışsa haciz tutanağının kendisine tebliğinden itibaren 1 ay içerisinde hacedilen malların anlaşmalı satışının (Vente Amiable) gerçekleştirilmesi için alıcılar bulması gerektiği belirtilmiştir (CPCE m. R. 221-30/1). Bu süre zarfında, borçlunun, hacizli mal üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlandırılmış ve dostane satış süreci tamamlanıncaya kadar hacizli malın yedieminde muhafaza altına alınacağı düzenleme altına alınmıştır (CPCE m. R. 221-30/2).

Taşınmazlar bakımından ise anlaşmalı satış, ancak mahkemenin izin vermesi halinde söz konusu olur. Taşınmazının, kendisinin bulacağı alıcıya, dostane satış yöntemiyle satılmasını isteyen borçlu, icra hakiminden buna ilişkin izin ister (CPCE m. R. 322-20). Alıcı bulma süresi dört ay olup, satışın gerçekleştirilmesinin inceleneceği duruşmada, ancak yazılı bir teklifin kanıtlanması hal ve durumunda, resmi satım sözleşmesinin kontrolü ve tamamlanması için hâkim üç aylık ek süre verebilme hakkına sahiptir (CPCE m. R. 322-21/4). İcra hâkimi, anlaşmalı satışa izin kararında pazarın ekonomik şartlarına göre taşınmazın ihale edilebileceği asgari bedeli ve alacaklının talebi üzerine alıcının ihale bedelinin haricinde ödeyeceği takip giderlerini belirleyerek satış konusunda izin verir, izin kararından en geç 4 ay sonra olmak üzere, satışın gerçekleştirilmesinin incelenebileceği bir duruşma tarihi de tespit edilir (CPCE m. R. 322-21/4).

⁶⁹ PEKCANITEZ, s. 842.

⁷⁰ BOLAYIR, s. 92.

⁷¹ Bkz. Rapport au President De La rebluque Relatif a L'ordonance, no:2006-461- du 21.04.2006 Reformant La Saisie Immobiliere, JO22.04.2006-Aynı raporda, reformun temel düşüncelerinden birinin de anlaşmalı satışın yaygınlaştırılması olduğu açıklanmaktadır (<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000264275/> E.T. 09.05.2024).

Borçlu, kendisine verilen süre içerisinde bulunduğu alıcıları, teklif ettikleri bedelleri, vaat ettikleri ödeme tarihlerini, e-posta, telefon vb. iletişim adreslerini de belirterek icra görevlisine bildirir (CPCE m. L. 221-3/3). Ayrıca borçluya anlaşmalı satışın gerçekleştirilmesi için yaptığı işlemler hakkında talebi halinde haciz sahibi alacaklıya hesap verme sorumluluğu da yükletilmiştir (CPCE m. R. 322-22/ 1).

Fransız hukukunda borçlu hacizli malın satışı için yalnızca alıcı bulma konusunda yetkilendirilmiş olduğundan satışın yapılması aşamasında alacaklı ve alacaklıların muvafakati aranmakta ve iadeli taahhütlü mektup ve posta yoluyla muvafakatleri sorulmaktadır (CPCE m. R. 221-31/2). Alacaklıların 15 gün içerisinde bir yanıt vermesi gerekli olup bu süre içerisinde alacaklılar tarafından yanıt verilmez ise bedeli uygun buldukları kabul edilmektedir (CPCE m. R. 221-31/3). Alacaklılar oybirliğiyle bedeli açıkça kabul ederse veya susmalarına kabul sonucu bağlanırsa malın rızaen satışı gerçekleştirilir. Satılan malın bedeli icra dairesine ödendikten sonra mülkiyet alıcıya geçer (CPCE m. L. 221-3/5).

Borçluya zarar verme kastı olmaksızın alacaklıların söz konusu satış bedelini kabul etmemeleri durumunda rızaen satış yapılamaz. Bu durumda hacizli malın satışı cebri açık arttırma yöntemiyle gerçekleştirilir (CPCE m. L. 221-3/5).

Belirlenen bedelin ve satış giderlerinin yatırılmasından sonra satılanın devri için gerekli işlemler yapılır. Fransız Hukuk Sistemi gereği tüm gayrimenkul devir işlemleri noterde yapıldığından anlaşmalı satış sonucu taşınmazın devir işlemleri de noter kanalıyla tamamlanır (CPCE m. L. 322-4).

Noterden yapılan satış süreci tamamlandıktan sonra icra mahkemesi tarafından satışın anlaşmalı satış koşullarına uygun olarak yapılıp yapılmadığı, anlaşmalı satış ihale bedelinin tam ve eksiksiz olarak yatırılıp yatırılmadığı denetlenir. Mahkemenin vereceği onay sonrasında satış süreci tamamlanır. Mahkeme kararına karşı yargı yolu kapalıdır (CPCE m. R. 322-25/2).

Fransız icra hukukunda, Türk hukuk düzenlemesinden farklı olarak alacaklıların süreçte aktif olarak yer alması sağlanmıştır. Ayrıca satılacak malın, taşınır veya taşınmaz olması haline ilişkin ayrı ayrı düzenlemeler yapılmıştır.

Mevcut düzenlememizde, satış sürecinde, alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesi gözetilmemiştir. Bizim hukukumuzda da Fransız hukuk düzenlemesinde olduğu gibi alacaklılara itirazda bulunabilme ve süreci denetleme imkânı getirilmelidir⁷². Fransız hukukunda borçlu satış sürecinin yürütülmesinin neredeyse her aşamasında icra görevlisine bilgi vermektedir ancak hukukumuzda borçluya bu yönde bir hesap verme yükümlülüğü getirilmemiştir. Satışa konu mal için daha yüksek teklif veren alıcıyı seçmeme konusunda borçlu kötü niyetli hareket edebilir. Bu duruma

⁷² YARDIM, M. E. (2021). İcra ve İflas Kanunu'nda Paraya Çevirme İşlemlerine Dair 7343 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişiklikler ve Yenilikler. KHAS Hukuk Bülteni, s. 2-3 ([https:// hukukbulteni.khas.edu.tr/ bulten/63](https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/63), E.T. 06.05.2024).

engel olunması açısından satışa hazırlık işlemleri hakkında icra müdürüne bilgi verme yükümlülüğü kabul edilmelidir⁷³.

Fransız hukukunda ayrıca farklı olarak icra mahkemesinin alacaklıları sürece dâhil etmesiyle birlikte alacaklılara, satışa itiraz etme ve cebri satışa geri dönme imkânı tanınmıştır⁷⁴. Ancak hukukumuzda satış sürecinin hızlı bir şekilde tamamlanması amacıyla alacaklıların haberdar edilmesine gerek duyulmamış ise de bu durum, satışta menfaati bulunan alacaklıların haklarını ihlal edebilir.

İİK 111/a maddesinde borçlunun alıcı bulması ve satış işlemlerinin tamamlanması için öngörülmüş olan on beş günlük süre, borçlunun önceden hazırlık yaptığı haller dışında son derece güç olduğu gibi, taşınmazların satış sürecinin, taşınırlardan daha uzun sürdüğü düşünüldüğünde, satışa konu malın cinsine göre, sürenin farklı düzenlenmesi veya haklı sebep halinde uzatılması gerekmektedir⁷⁵. Fransız Hukukunda bu nedenle, taşınmazlar bakımından dört aylık, taşınır ve gayri maddi mallar bakımından bir aylık süreler öngörülmüş, haklı sebebin varlığı halinde bu sürenin üç ay uzatılması imkânı getirilmiştir.

B. İTALYAN HUKUKUNDA “DOĞRUDAN ANLAŞMA” USULÜ

İtalyan icra hukuk sisteminde de hacizli malların daha etkin ve hızlı bir yöntemle, az masraf ve basit bir usulle satışının gerçekleşmesi bakımından cebri açık arttırma yöntemine alternatif olarak “açık arttırma olmaksızın paraya çevirme” (müzayedesiz satış) adı altında düzenleme yapılmıştır (CPC m. 474-632)⁷⁶.

Cebri icra yöntemi ile yapılan anlaşmalı satış usulünde, satılan malın asgari bedeli, satışın hangi gün ve saatte, nerede yapılacağı, yatırılması gereken teminat bedeli mahkeme tarafından ilan edilir⁷⁷.

Hukukumuzdaki düzenlemeden farklı olarak alıcılar, satış bedelini içerir tekliflerini borçlu ile müzakere etmezler. İtalyan Hukuk Usulü Kanunu'nun 570. maddesinde hacizli mala ilişkin satış bedelini, bedelin ödenme zamanını, ödemenin hangi yöntemle yapılacağını içerir bilgilerin bir mektup ve kapalı zarf içerisinde mahkemeye sunulacağı, tekliflerin değerlendirileceği makamın mahkeme olduğu belirtilmiştir. Mahkeme satışa teklif sunmak suretiyle katılan tüm alıcıların tayin edilecek duruşma gününde hazır olmalarını sağlar ve teklif sahiplerinin huzurunda zarflar açılır. Zarflarda yer alan teklifler açık duruşmada değerlendirilerek ek yüksek teklif üzerinden malın satışı sağlanarak doğrudan anlaşma süreci tamamlanmış olur⁷⁸.

⁷³ BOLAYIR, s. 88.

⁷⁴ BOLAYIR, s. 93.

⁷⁵ BOLAYIR, s. 91.

⁷⁶ Codice di Procedura Civile m. 474-632 (<https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/proceduraCivile/>, E.T.10.05.2024).

⁷⁷ MASCİOLÌ A., p. 47, (<https://www.enforcementatlas.eu/enforcement-systems/italy/>, E.T.10.05.2024).

⁷⁸ MASCİOLÌ A., p. 46, (<https://www.enforcementatlas.eu/enforcement-systems/italy/>, E.T.10.05.2024).

İtalyan hukukunda yer alan doğrudan anlaşma usulü borçluya malın satışı konusunda yetki vermekten ziyade cebri açık arttırma usulündeki zaman ve masraf kalemlerini kısaltma amacını taşımaktadır. Ayrıca mahkeme aracılığıyla yapılan satışın hangi fiyat üzerinden gerçekleştirileceğini, alıcıların aktif rol olarak belirlemesine, katkı sunmaktadır.

C. İSVİÇRE HUKUKUNDA “PAZARLIK” USULÜ

Pazarlık suretiyle satış, alıcı ve satıcının karşılıklı konuşmaları, önerileri ve kabulleri ile olabildiğince uygun bir satış fiyatının oluşturulmasını amaçladıkları satış çeşididir⁷⁹. İİK 119. Maddesinde “Pazarlık Suretiyle Satış” ve 111/a maddesinde “Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi” düzenlenmiş olup İsviçre İcra İflas Kanununda da bu müesseseye benzer şekilde taşınırın yanında taşınmazların da pazarlık usulü ile satışı düzenlenmiştir⁸⁰.

İsviçre Hukukunda, taşınmazların pazarlık yoluyla satışının yapılarak paraya çevrilmesi işlemi hukuki niteliği itibariyle açık arttırma yöntemine alternatif olarak getirilmiş, cebri icraya özgü bir satış usulü olan, takip hukuku tasarrufudur⁸¹.

Hukukumuzda pazarlık suretiyle satışın, kanunda taşınırın satışına ilişkin kısımda düzenlenmiş olması ve taşınmazlar bakımından uygulanabileceğine ilişkin açıkça düzenleme olmaması nedeniyle cüzi icra alanında, taşınmazlar bakımından uygulama alanı bulamamıştır⁸². Külli icra alanında ise hem taşınır hem taşınmazlar bakımından sürat ve kolaylık sağlaması açısından pazarlık suretiyle satış imkânından faydalanılmaktadır. Kanuni düzenlemenin ayrıntılı olmayışı bu satış usulünün uygulanmasında çekincelere neden olmuştur.

İsviçre İcra İflas Kanunu’ndaki düzenlemelere bakıldığında, hacizli malla ilgili mükellefiyet listesi oluşturulur ve bu şekilde ilgililer tespit edilerek malın pazarlık ile satışına muvafakatlerinin olup olmadığını bildirmek ve rızalarını açıklamak üzere süre verilir. İlgililerin açık rızası sonucunda pazarlık yoluyla taşınmazın satışına ilişkin verilen teklifin, taşınmazın tahmini (piyasa değeri-rayiç değeri) değerini karşılaması halinde satış süreci tamamlanır ve mülkiyet satışın yapıldığı anda alıcıya geçer. Pazarlık suretiyle paraya çevirme işleminin iptali de icra mahkemesinde şikâyet yoluyla ileri sürülmesi düzenlenmiştir (SchKG Art m.132/a).

Her ne kadar hukukumuzda yer alan pazarlık suretiyle satış usulü Kanundaki eksik düzenleme ve başkaca sebeplerle çok fazla uygulama alanı bulamamış ise de İsviçre’de bu paraya çevirme usulü hakkındaki birçok sorun yasal düzenlemeler ve istikrar kazanmış yargı kararları ile çözüme

⁷⁹ ÖZMUMCU, Satış, s. 25-50.

⁸⁰ İsviçre Federal İcra İflas Kanunu (SchKG Art 143b), (https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/11/529_488_529/de/, E.T.10.05.2024).

⁸¹ ÖZMUMCU, Satış, s. 406.

⁸² ÖZMUMCU, Satış, s. 410; UYAR, (<https://app.e-uyar.com/login/index?%2Ffaciklama%2Fview%2Fbc440acd-0fa0-45b4-9afd-9bfe65e7ac26/>, E.T. 014.05.2024).

kavuşturulmuştur⁸³. Hukukumuzda da İİK 119. maddesinin uygulanması konusunda her ne kadar eksiklik ve çekinceler yaşansa da satışın veya satış aşamasındaki işlemlerin yargı kararlarına konu olması durumunda mehaz ülke olan İsviçre'deki çözüm önerilerinden faydalanılarak sorunların giderilmesi mümkündür.

SONUÇ

Borçluya satış yetkisi verilmesine dair İİK'nın 111/a maddesi; ülkemizde cebri icra yoluyla yapılan satışlarda yapılan masrafların yüksek olması nedeniyle, bu maliyetleri azaltmak, ihalenin feshi süreci ile başlayan ve satışın kesinleşmesine kadar geçen süreleri kısaltmak, uzun süre haciz baskısı altında yaşayan borçlunun, malının satışını sağlayarak borcundan kurtulmasını sağlamak amacıyla getirilmiştir⁸⁴. İİK.111/a maddesinde; borçlunun kıymet takdiri yapılmadığı hallerde kıymet takdiri yapılmasını isteyebileceği ve kıymet takdirinin tebliğinden itibaren yedi gün içerisinde kendisine satış yetkisi verilmesini talep edeceği düzenlenmiş olsa da, satış yetkisinin talep edileceği zaman, tarafların menfaatine uygun değildir. Çalışmamızda belirttiğimiz gibi, borçlunun yetki talebinde bulunması için gereken yedi günlük sürenin, kıymet takdirinin tebliği ile değil kıymet takdirinin kesinleşmesinden sonra başlaması, tarafların menfaatine daha uygun olacaktır.

İcra müdürü, kıymet takdirinin kesinleşmesinden sonra, satış işlemlerini durdurarak, borçluya, alıcı bulması, belirlenen bedelin yatırılması bakımından 15 günlük süre verir ve bu süre içerisinde alacaklı bakımından satış isteme süreleri işlemez (İİK m. 111/a, 1). Satış bedeli; rüçhanlı alacakların bulunması halinde, rüçhanlı olan alacakların toplamından hangisi fazla ise bu miktar ve malın muhammen bedelinin yüzde doksanına karşılık gelen bedel karşılaştırılarak yüksek olan bedele, o zamana kadar yapılmış takip masrafları eklenmek suretiyle tespit edilir (İİK m. 111/a, 2).

KDV konusunda kanunda herhangi bir açıklık bulunmasa da Adalet Bakanlığı İcra İşleri Dairesi Başkanlığı'nın 02.06.2022 tarihli görüş yazısında da belirtildiği üzere yapılacak satışlarda KDV ödeme yükümlülüğünün bulunmamaktadır. KDV alınmaması, borçluya satış yetkisi verilmesinin getirilmesi amacına uygun, malı satın almak isteyen alıcıları teşvik edici bir uygulamadır. Borçluya, satışı yapacağı asgari bedel bildirilecek olup, daha yüksek bedelle satışın yapılması halinde tüm bedelin icra dosyasına yatırılması gerekmektedir de, bu yönde herhangi bir denetim mekanizması söz konusu değildir.

Satış bedeli yatırıldıktan sonra, icra müdürü bilgi ve belgeleri toplayarak, belirtilen şartların bulunduğunu tespit etmesi halinde, dosyayı mahkemeye gönderir ve mahkeme, dosya üzerinden yapacağı inceleme sonucunda, on gün içerisinde, kesin olmak üzere, kabul veya ret kararı verir. Mahkemenin kabul kararı ile satılan şeyin mülkiyeti alıcıya geçer, ret kararı ile satış bedeli alıcıya iade edilir (İİK m. 111/a, 3).

⁸³ ÖZMUMCU, Satış, s. 475.

⁸⁴ Adalet Komisyonu Raporu, (<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/do-nem27/yil01/ss285.pdf>, E.T. 10.05.2024).

Satış sürecine ve satışın onaylanması aşamasında mahkemedeki sürece dâhil edilmeyen alacaklıya, taşınmazla ilgisi bulunan haciz alacaklılarına veya malın bedelini ödeyen alıcıya, satışa herhangi bir itirazda bulunma veya katılma hakkı tanınmamış olması, eşitlik ilkesi ve menfaat dengesine aykırı bir sonuç yaratmıştır. Satışın onaylanmasının nihayetinde, bu kişilerin menfaatlerini etkileyen bir karar verilmiş olacaktır. Fransız Hukukunda yer alan anlaşmalı satış kurumuna benzer şekilde alacaklıların da sürece dâhil edilmesi sağlanmalıdır. Mukayeseli hukuktaki benzer uygulamalar esas alınarak, yargısal içtihatlar ile kanuni düzenlemedeki boşluklar giderilebilir.

Mahkemece verilen satışın onaylanması veya reddi kararı kesindir. Karara karşı kanun yolunun kapalı olması, hak arama hürriyetine ve hükmün denetlenmesini talep hakkına aykırıdır.

Rızai satış, her ne kadar cebri satış türü olarak düzenlense de, bu satışın onaylanmasına ilişkin mahkeme kararı kesin olduğundan ve ihalenin feshi hükümleri burada uygulanmayacağından, satışın iptali gerektiğinde tarafların hangi yola başvurabileceği açıkça gösterilmemiştir. Bu durumda, satış işlemini, borçlar hukuku genel hükümlerine göre iradi bir sözleşme olarak değerlendirmek ve ihalenin feshi yerine, şartların var olması halinde, sözleşmenin irade bozukluğu (hata, hile, korkutma) nedeniyle geçersizliği hükümlerine başvurmak gerekmektedir⁸⁵.

Rızai satış cebri icra satışının bir türü olduğundan ön alım hakkı kullanılamaz. Borçlunun, *alacaklısından mal kaçırmak amacıyla yönelik bir (muvazaalı) alacak-borç ilişkisi yaratması sonucunda başlatılan takipte* rızai satış işlemine başvurduğunun anlaşılması halinde ise menfaati ihlal edilenlerin, bu satışın iptaline yönelik İİK 277 ve devamı maddelerinde düzenlenen iptal davası açmalarında herhangi bir engel yoktur.

⁸⁵ AKKAN, (https://www.youtube.com/watch?v=0hRh9Uz_EAI E.T.12.04.2023).

KAYNAKÇA

- AKKAN, M., PEKCANITEZ, H. (2022). 7343 Sayılı Kanun'la İcra Ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Zaman Bakımından Uygulanması, TBB Dergisi, 160, 259-297.
- ALBAYRAK, H. (2015). Tasarrufun İptali Davalarında Yargıtay Tarafından Kabul Edilen Özel Dava Şartları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 64 (4), 931-974.
- ANDREA M., (2020) Italy Narrative National Report, EU Enforcement Atlas, (<https://www.enforcementatlas.eu/enforcement-systems/italy/>, E.T. 10.05.2024).
- ARSLANDOĞAN, B. (2021). İcra ve İflâs Hukukunda Covid-19 Sebebiyle Sürelerin Durmasına İlişkin Düzenlemelerin Kıymet Takdiri Süresine Etkisi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 27 (2), 1447-1461.
- ARSLAN, R., YILMAZ, E., TAŞPINAR AYVAZ, S., HANAĞASI, E. (2022). İcra ve İflâs Hukuku (8.b). Ankara.
- ATALAY, O. (2022), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 7343 sayılı Kanun'la İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi Sempozyumu (<https://www.youtube.com/watch?v=Roym7HiFDP4> E.T. 03.05.2024).
- ATALI, M., ERMENEK, İ., ERDOĞAN, E. (2022). İcra ve İflâs Hukuku (5.b). Ankara.
- BOLAYIR, N. (2023). Fransız Hukuku'nda Vente Amiable (Dostane Satış) Kurumu. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 72(1), 67-96.
- ESENER, T., GÜVEN K. (2008). Eşya Hukuku. (4. b.). Ankara.
- GÖRGÜN, Ş., BÖRÜ, L., KODAKOĞLU, M. (2022). İcra ve İflâs Hukuku (3.b). Ankara.
- GÜNDOĞAN, A. (2022). Türk İcra İflas Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Borçluya Rızai Satış Yetkisi Verilmesi ve İcra Hukukunda Elektronik Satış (4.b.). İstanbul.
- GÜNDÜZ, E., GÜNDÜZ, H. (2022). Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hükmün Denetlenmesini Talep Etme Hakkı. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, (49), 1-28.
- GÜNERİ, O. (2021). Kanundan Doğan Önalım Hakkı ile Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı ve Bu Kavramların Mukayesesi. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 18(2), 1353-1379.
- KALE, S. (2021) İcra ve İflas Hukukunda Online Satış. (<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis> E. T. 06.05.2024).
- KILIÇOĞLU, M. (1997). Şufla Davaları. Ankara
- KURU, B. (2013). İcra ve İflas Hukuku El Kitabı (2 b.). Ankara
- MUŞUL, T. (2015). Tasarrufun İptali Davaları (1 b.). Ankara.
- NAMLI, M. (2019). İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi (3.b.). İstanbul.

- NAMLI, M. (2023). Fransız Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi (Rızaen Satış- İİK m. 111/a) TBB Dergisi, 168, 313-360.
- OĞUZMAN, M. K., SELİÇİ, Ö., OKTAY Ö., S. (2015). Eşya Hukuku. (18. b.). İstanbul.
- ÖZMUMCU, S. (2014). Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re'sen Araştırma İlkesi. S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı, 4(2), 145-171.
- ÖZMUMCU, S. (2005). Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış. İstanbul.
- PEKCANITEZ, H., ATALAY, O., SUNGURTEKİN Ö., ÖZEKES, M. (2022). İcra ve İflâs Hukuku (9.b.). İstanbul.
- PEKCANITEZ, H. (2022). Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 21(1), 819-848.
- PEKCANITEZ, H. (2022). 7343 sayılı Kanun'la İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi Sempozyumu, (https://www.youtube.com/watch?v=Roym7HiFDP4__E.T.01.05.2024).
- PEKCANITEZ, H., MERİÇ, N. (2020). Borçlunun Talebiyle Satış. TBB Dergisi, 151, 235-258.
- SİRMEN, A. L. (2013). Eşya Hukuku. Ankara.
- UYAR, T. (2022). Kesinleşen Bir 'İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yolu ile Takipte' Takip Borçlusu, İİK.m. 111/a Uyarınca, İcra Dairesinden Kendisine Satış Yetkisi Verilmesi'ni Talep Edebilir Mi?. İstanbul Barosu Dergisi, 96(2), 15-21.
- UYAR, T. İİK 119. Madde Açıklamaları. (<https://app.e-uyar.com/login/index?%2Faciqlama%2Fview%2Fbc440acd-0fa0-45b4-9afd-9bfe65e7ac26/> , E. T. 10.05.2024).
- ÜSTÜNBAŞ, A. (2022). 7343 sayılı Kanun'la İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi Sempozyumu (https://www.youtube.com/watch?v=Roym7HiFDP4__E.T.01.05.2024).
- YALÇIN, E. (2021). Tasarrufun İptali Davasında İspat. Ankara.
- YARDIM, M. E. (2021). İcra ve İflas Kanunu'nda Paraya Çevirme İşlemlerine Dair 7343 Sayılı Kanun İle Getirilen Değişiklikler ve Yenilikler. KHAS Hukuk Bülteni (<https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/63>, E.T. 01.05.2024).
- YAZICI, B. (2022). İcra ve İflâs Kanunu m. 111/A Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi. Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12(2), 1119-1147.
- YILMAZ GÜRÜN, S. (2022). 7343 sayılı Kanun'la İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi Sempozyumu (https://www.youtube.com/watch?v=Roym7HiFDP4__E.T.06.05.2024).



ANAYASAL DEMOKRASİ BAĞLAMINDA İSRAİL YÜKSEK MAHKEMESİ İLE TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN KONUMU*

The Position of the Israeli Supreme Court and the Turkish Constitutional Court in the Context
of Constitutional Democracy

Ferhat KÜÇÜK*

ÖZ

Bu çalışmada, anayasal demokrasi anlayışının yerleşmesinde büyük bir öneme sahip anayasa yargısı (İsrail Yüksek Mahkemesi ile Türk Anayasa Mahkemesi) üzerinde durulmuştur. "Anayasal demokrasi"nin iki unsuru olan anayasalcılık ile demokrasi kavramlarının tarihsel gelişimi anlatılmaya çalışılmış ve bu iki kavram arasında bir çelişkinin mevcut olduğu üzerinde durulmuştur. Demokrasinin özü, çoğunluğun iktidarı olduğu halde anayasalcılığın amacının ise iktidarı sınırlandırmak olduğu malumdur. Bu iki kavram arasında bir gerilimin var olduğu tespitinden hareketle, İsrail Yüksek Mahkemesi ile Türk Anayasa Mahkemesi'nin yürütme ve yasama karşısındaki durumları ele alınacaktır. Son tahlilde, İsrail Yüksek Mahkemesi ile Türk Anayasa Mahkemesinin hak temelli (demokrasiyi korumaya ve tahkim etmeye yönelik) yaklaşımından esinlenerek verdiği kararlar incelenip verilen kararların iki ülkedeki hükümetlerin söylemlerine nasıl sirayet ettiği üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Anayasalcılık, Demokrasi, Anayasa Yargısı, Türk Anayasa Mahkemesi, İsrail Yüksek Mahkemesi.

ABSTRACT

In this study, the constitutional judiciary (the Israeli Supreme Court and the Constitutional Court of the Republic of Turkey), which has a great importance in establishing the understanding of constitutional democracy, has been emphasized. The historical development of the concepts of constitutionalism and democracy, which are two elements of "constitutional democracy," has been attempted to be explained, and it has been emphasized that there is a contradiction between these two concepts. In other words, while the essence of democracy is known to be the rule of the majority, it is widely known that the purpose of constitutionalism is to limit power. Starting from the observation that there is tension between these two

• **Gönderi:** 12.09.2024 - **Kabul:** 19.09.2024 | **Received:** 12.09.2024 - **Accepted:** 19.09.2024.

* Dr., İstanbul Barosu, İstanbul, Türkiye ✉ av.ferhatkucuk@gmail.com • ORCID 0009-0009-7593-9980.

Atıf Şekli / Cite As: KÜÇÜK, Ferhat (2024). Anayasal Demokrasi Bağlamında İsrail Yüksek Mahkemesi ile Türk Anayasa Mahkemesinin Konumu. ÇÜHAD, (6), 47-87.

İntihal / Plagiarism: Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.
This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

concepts, the recent situations of the Israeli Supreme Court and the Constitutional Court of the Republic of Turkey against the executive and legislative branches will be discussed. As a result, after examining the decisions made by the Israeli Supreme Court and the Constitutional Court of the Republic of Turkey, inspired by their rights-based (aimed at preserving and strengthening democracy) approach, the focus will be on how the decisions of these courts have influenced the rhetoric of the governments in both countries in recent times.

Keywords: Constitutionalism, Democracy, Constitutional Judiciary, the Constitutional Court of the Republic of Turkey, Israeli Supreme Court.

GİRİŞ

Anayasal demokrasi anlayışının yerleşmesinde anayasa yargısı büyük bir öneme sahiptir¹. Bu çalışmada kendine has sosyolojiye sahip iki ülkede anayasa yargısının konumu (İsrail Yüksek Mahkemesi ile Türk Anayasa Mahkemesi) üzerinde durulmuştur. “Anayasal demokrasi”nin iki unsuru olan anayasalcılık ile demokrasi² kavramlarının tarihsel gelişimi anlatılmaya çalışılmış ve bu iki kavram arasında çelişkinin üzerinde durulmuştur. Çalışmamızda anayasa yargısı içtihatlarını ve özellikle çalışmamıza konu edilen Türkiye ve İsrail’deki anayasa yargısının değişen toplumsal koşullar altındaki konumunu ortaya koymaya çalıştık.

Ulusal düzeydeki siyasi kararların alınmasında anayasa yargısının ve ulusüstü yargı mercilerinin etkili birimler haline gelmesi olgusunu olumlu karşılayan bazı yazarlar, demokrasinin çoğunluğun idaresi anlamına gelmediğini ve kendisini çoğunluğun tiranlığı haline gelmekten ancak anayasallaşma ve anayasal denetim vasıtasıyla koruyabileceğini savunmaktadırlar³.

Anayasal demokrasi devletinin sacayaklarından olan yüksek mahkemeler (diğer ülkelerde Anayasa Mahkemeleri); devlet iktidarının yasama, yürütme ve yargı erkleri arasındaki dengeyi gözetler ve Anayasa'nın üstünlüğünü korurlar. Anayasayı ortaya koyan asli kurucu iktidarlar, devletin geleceği ve düzeni için oldukça önem taşıyan bu görevi devlet başkanına ya da parlamentonun kendisine vermemiş, yasama ve yürütme erklerinden bağımsız olarak özel bir mahkeme biçiminde kurulmuş olan Yüksek Mahkemelere (bazen Anayasa Mahkemeleri) vermiştir⁴. Bu çalışmada konumuzu ilgilendiren Türkiye ve İsrail’i incelemeye çalıştık: İchtihatlarıyla, kendine has kararları ile anayasada değişiklik yapma etkisi doğuran İsrail Yüksek Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesini ile söz konusu mahkemelerin zaman içindeki konumunu inceledik. Son tahlilde, bu yüksek mahkemelerin hak temelli

¹ ÖZBUDUN, E. (2014). Türkiye’de Demokratikleşme Süreci: Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

² ÖZBUDUN, E. (2015). Anayasalcılık ve Demokrasi. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

³ HIRSCHL, R. (2004). Towards juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism. Harvard University Press.

⁴ ÖZBUDUN, E. (2005). “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu”. Demokrasi ve Yargı Kitabı. Ankara: TBB Yayınları. (Ayrıca bkz. GÖREN, Z. Türk ve Alman hukukunda anayasa mahkemesi ve parlamentonun karşılıklı etkileşimi. <https://anayasa.gov.tr/media/4720/zafergoren.pdf>).

(demokrasiyi korumaya ve tahkim etmeye yönelik) yaklaşımından esinlenerek verdiği güncel kararların iki ülkedeki hükümetlerin söylemlerine nasıl sirayet ettiği gözlemlenecektir

I. ANAYASALCILIK (CONSTITUTIONALISM)

Anayasa (constitution) kavramının neyi ifade ettiği sorusuna yönelik olarak, bu kavramın Aristo'nun "politeia" kavramından devşirildiğini savunanların yanı sıra aksi yönde fikir serdeden siyaset bilimcileri de olmuştur. Aksi yönde fikir serdeden siyaset bilimci Giovanni Sartori'ye göre, eski Yunan politik düşüncesinde devletin keyfi güç kullanması diye bir sorun olmadığı gibi keyfi güç kullanımını önlemek için devlet iktidarının sınırlandırılması diye bir sorun da yoktur. Tüm bu açıklamaların aksine, eski Yunan'da "siyasal toplum", var olmayı bir erdemün özünü gerçekleştirmek olarak görmekteydi. Bu bahisle, "siyasal iktidar" bu erdemün özünü ortaya koymak için ortaya çıkmaktadır⁵. Buradan hareketle, devletin keyfi uygulamalarını sınırlandırmak için anayasa yapmak düşüncesi, modern dönemin bir fikri olduğu daha inandırıcı gelmektedir. Carl Schmitt ise anayasa kavramının Yunan felsefesiyle bağlantılı olduğunu savunmaktadır. Nitekim Aristoteles'e göre devlet, bir şehirde bulunan yerli insanların ortaya koyduğu bir eserdir. Anayasa ya da kurallar da devletin, bu yerli insanlarca nasıl yönetildiğini düzenlemektedir. Ayrıca Schmitt, anayasa kavramının iki yönlü olduğunu ve anayasa kavramının devlet kavramından ayrılmaması gerektiği kanısındadır⁶.

Anayasa teorisyeni Jon Elster, Ulysses and Sirens (Ulysses ve Sirenler)⁷ adlı yapıtında kurucu iktidarların niçin kendilerini katı bir anayasa ile bağlamak ihtiyacı içerisinde olduklarına ilişkin tespitlerini, Yunan mitolojisindeki bir efsane ile açıklamaktadır. Bilindiği üzere Homeros, Odyssea adlı eserinde, "siren" adındaki deniz kızlarının, cezbedici şarkılarıyla mürettebatı etkileyip kendilerine çektikten sonra etkisiz hale getirmektedir. Destanın kahramanı Odysseus (Latinize adıyla Ulysses), sirenlerin büyüleyici sesinden etkilenmemek ve yoldan çıkmamak için kendisini gemideki direğe bağlayarak alıkoymaya çalışır. Yine gemideki kürekçilerin de bu büyüleyici sestenden etkilenmemesi için kulaklarına balmumu damlatır. Elster'in iktidarın sınırlandırılmasındaki bu benzetmesi başka yazarlar tarafından da yeniden yorumlanmıştır⁸. Elster, başka bir eserinde ise, eski görüşlerini yeniden değerlendirerek, kurucu iktidarların kendilerini değil başkalarının iktidarını direğe bağlamak için ortaya çıktıklarını iddia eder⁹. Anayasa yapım süreci, aslında Ulysses'in bu hikayesine çok benzemektedir. Eğer anayasa yapım sürecini Ulysses'in bu zorlu ve tehlikeli deniz yolculuğuna benzetecek olursak bu yolculukta deniz kızlarının cezbedici güzelliğine kapılmamak için, başka bir deyişle iktidarın cezbedici sarhoşluğuna kendini bırakmamak için, kendini direğe bağlamak ve muhtelif şekillerle iktidarın kendini

⁵ SARTORI, G. (1965). Democratic theory. F. A. Praeger (Ed. & Trans.). New York, Washington, London, s. 250-256.

⁶ SCHMITT, C. (2008). Constitutional theory. J. Seitzer (Ed. & Trans.), E. Kennedy (Önsöz). Duke University Press, Durham and London.

⁷ ELSTER, J. (1984). Ulysses and Sirens. Cambridge University Press. Cambridge.

⁸ Bu tartışmalar için bkz. ÖZBUDUN, 2014, s. 3. Ayrıca bkz. ÖZBUDUN, 2015, s. 32-34.

⁹ ELSTER, J. (2000). Ulysses Unbound. Cambridge University Press. Cambridge.

sınırlaması kaçınılmazdır¹⁰. Çünkü, Lord Acton'un deyişi ile “*iktidar yozlaşır, mutlak iktidar ise mutlaka yozlaştırır*” deyimini, çoğu kez su götürmez bir şekilde siyasal iktidarlar tarafından doğrulanmıştır¹¹. Elster, yukarıdaki görüşünü şu şekilde yenilemektedir: “*Siyasette insanlar hiçbir zaman kendilerini bağlamazlar; sadece başkalarını bağlarlar*”¹².

Yukarıda ifade edilen anayasal tartışmalarının sadece Batı literatürüne ait olduğu sanılmamalıdır. Gerçekten de Sartori'den yaklaşık 600 yıl evvel bu anayasal tartışmaları kaleme alan İbn Haldun, eseri Mukaddime'de, halkı yönetenlerin iktidar sahibi oldukça halkının sorunlarıyla daha az meşgul olduklarını, halkı yüksek vergilerle sömürdüklerini belirtir. İktidar zehirlenmesinin adaletsizlik ve kayırmacılık ile sonuçlandığını belirtir. Halkı yönetenlerin kendi çıkarlarını korumaya yönelik hareket etme eğiliminde olduklarını ifade etmesi esas itibarıyla anayasal tartışmalarını fitilini ateşlemiştir: Halkı yönetenler, halka gösterdikleri keyfi uygulamalar karşısında dengelenmeli ve denetlenmelidir. Peki, İbn Haldun veya diğer anayasa teorisyenlerin ifade ettiği siyasal iktidarın dengelenmesi hangi yollardan sağlanmalıdır? Bu sorunun cevabını ilk anayasal metinlerinden olan 1789 Fransız ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nde bulmak mümkündür. Bu haklar bildirgesinin 16. maddesi şu hükmü ihtiva etmektedir: “Birey haklarının güvence altına alınmadığı ve kuvvetler ayrılığının tesis edilmediği bir toplumda anayasa yoktur.” Bu hüküm, Carl Schmitt'in üstünde durduğu anayasa metninin iki yüzünü vurgulamaktadır. Madalyonun bir yüzü devletin şekli ile ilgilidir. Bu yüzde devlet iktidarının farklı erklerle paylaşılması, bu erklerin birbirini dengelemesi ve denetlemesi düzenlenmektedir. Madalyonun diğer yüzü ise bireyin temel hak ve hürriyetlerini düzenlenmektedir. Bu haklar söz konusu devletteki -ya da yerdeki- insanların yaşam felsefesini, kimliğini ve diğer halklardan yaşamsal olarak ayrılma biçimini ortaya koymaktadır¹³. 18. asırda “kuvvetler ayrılığı” adı altında bir anayasalcılık düşüncesi daha türemiştir. “Toplumsal sözleşme” teorisini savunan Thomas Hobbes'un mutlakiyetçiliğin gerekli ve elzem olduğu iddiasını ve J. J. Rousseau'nun birey lehinde devleti sınırlamak düşüncesini yer almadığı “genel irade” teorisini bir yana koyarsak, modern anlamda birey temel hak ve özgürlüklerini korumak maksadıyla iktidarı sınırlandırma düşüncesi J. Locke ve Montesquieu tarafından kuvvetler ayrılığı düşüncesiyle ortaya konulmuştur.¹⁴ Kuvvetler ayrılığı prensibini ortaya koyan Montesquieu, “De L'Esprit des Lois” (Kanunların Ruhu) adlı eserinde, devlet erkini çeşitli fonksiyonlara bölmüştür: Yasama erki, kanunu ortaya koyar ya da yapılmış olan kanunu çağın gereklerine göre değiştirir, yürütme erki bu kanunu uygulamakla toplumsal barışı ortaya koyar, yargı erki ise toplumda ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmak adına kanunun nasıl

¹⁰ ŞİRİN, T. (2016). Türkiye'nin Anayasa Gündemi (27 uzman; 66 soru-yanıt). İ. Kaboğlu (Der.). İstanbul: İletişim Yayınları. İstanbul.

¹¹ GÖNENÇ, L. (2014). Siyasal İktidarın Denetlenmesi-Dengelenmesi ve Yargı. Ankara: Adalet Yayınevi.

¹² ELSTER, J. (2000). Ulysses unbound. Cambridge University Press. Cambridge. s. ix. (aktaran ÖZBUDUN, E. (2013). Prof. Dr. Erdal Onar'a armağan. Cilt 1. Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, s. 19-36).

¹³ ŞİRİN, s. 50-51.

¹⁴ VILE, M. J. C. (1998). Constitutionalism and the separation of powers. Liberty Fund. Indianapolis. s. 64-65. (Ayrıca bkz. ERDOĞAN, M. (2003). Anayasal Demokrasi. Ankara: Siyasal Kitabevi, s. 10-11).

uygulanacağına karar verir¹⁵. Ayrıca Montesquieu'ya göre, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almak, kuvvetler ayrılığı ilkesini bir zaruret haline getirmektedir. Yine Montesquieu'ya göre yasama ve yürütmenin bir elde vücut bulması durumunda bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmesi kaçınılmaz olacaktır. Buna ilaveten yargının bu erklerden -yasama ve yürütmeden- ayrı ve bağımsız olması gerekmekte, siyasal iktidarın keyfilğini engelleyecek bir mekanizmanın olmaması sonucunda devletin sonunun gelebileceğini de dile getirmektedir¹⁶. Montesquieu'nun siyasal kurumlara ilişkin dile getirdiği bu düşünceler, Descartes ile Newton'un maddedeki mekanik sistemini izah etme anlayışlarına oldukça benzemektedir. Böylelikle dönemin bilim ve sanat anlayışının Montesquieu'nun bu teorisinde etkili olduğu ortadadır¹⁷. Yukarıda ifade edilen eserinde Montesquieu devlet iktidarını paylaşan erkleri (yasama, yürütme ve yargı) birbirinden bağımsız olarak ve "kuvvetin kuvveti dengelemesi" olarak düşünmüştür. Duguit ve Schmit de kanunların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi hususunda Montesquieu'nun "kuvvetler ayrılığı" prensibini vurgulamışlardır.¹⁸ Nitekim ABD Anayasası'nı ortaya koyan kurucu babalardan James Madison da "kuvvetler ayrılığı" ilesini şu şekilde yorumlamıştır: "Bu organlar, her biri diğeri üzerinde anayasal denetim sağlayacak şekilde, birbirleriyle ilişkilendirilip karıştırılmadıkları müddetçe, teoriye göre, hür bir devlet için gerekli ölçüde ayrılık, uygulamada hiçbir zaman gerektiği gibi sürdürülemez..."¹⁹. Böylelikle, 1787 ABD Anayasası, kuvvetler ayrılığı ilkesini benimsemiş ve yasama yetkisini Kongre'ye, Yürütme yetkisini Başkan'a, yargı yetkisini ise bağımsız mahkemelere bırakmıştır²⁰.

Anayasalcılık ise modern çağın ürünü gibi görünse de esasında iktidarın kötüye kullanılmasını engelleyecek siyasal kurumlar ortaya koyma fikri oldukça eskiye tarihlere dayanmaktadır²¹.

Zühtü Arslan, Anayasalcılık fikrinin oluşmasında doğal hukuk ile toplumsal sözleşme anlayışının etkili olduğunu söylemektedir²². Doğal hukukun savunduğu, "Tanrının insan doğasına yerleştirilmiş olduğu" fikri, bireyin devlet karşısında tabiatan gelen doğal hakları olduğunu zikretmektedir. Böylelikle, bu hakların siyasal iktidarın keyfilğine karşı bireye özel alan tanımaktadır²³.

Anayasalcılık hareketleri, siyasal iktidarın halk lehine kısıtlanması gerektiği anlayışını meydana getirmiştir. Aynı zamanda bu anayasalcılık hareketleri, bir nevi siyasal iktidarın sınırsız keyfilğine karşı

¹⁵ MONTESQUIEU (1748). *De l'esprit des lois*. Cenevre. çev. F. Baldaş (1963). *Kanunların ruhu üzerine*. Ankara: Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, s. 296.

¹⁶ MONTESQUIEU (1748), s. 296.

¹⁷ FLANZ, G. H. (1952). XIX Asır Avrupa'sında Anayasa Hareketleri. Ş. Mardin, N. Erder, A. Sinanoğlu (Çev.), Ankara: AÜSBF Yayınları, s. 10.

¹⁸ MONTESQUIEU, 1748, s. 297. (ayrıca bkz. SCHMITT, C. (2008). *Constitutional theory*. Duke University Press, Durham and London).

¹⁹ Aktaran: ÖZBUDUN, 2015, s. 16.

²⁰ KAPANİ, M. (1993). *Kamu Hürriyetleri*. Ankara: Yetkin Yayınları.

²¹ FLANZ, 1952.

²² ARSLAN, Z. (2000-01). Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı. *Doğu Batı Dergisi* Sayı 13 (Kasım, Aralık, Ocak), s. 67.

²³ ERDOĞAN, s. 14-15.

bireyin haklarını tahkim etme anlayışıdır. Bu anlayış aynı zamanda siyasal iktidarın dengelenmesi ve denetlenmesi de ihtiva eder²⁴. Loewenstein'in ifade ettiği gibi, devlet iktidarının bireyin özgürlükleri lehine sınırlandırılması modern çağda anayasalcılığı pekiştirmiştir²⁵.

Türkiye'de devlet iktidarının birey lehine sınırlandırılmasına yönelik bir anayasalcılığı Tanzimat sürecindeki "hukuk devleti" söylemine kadar götürmek mümkündür. Tanzimat süreciyle beliren hukuk devleti ve demokratikleşme arayışının devamında ortaya çıkan ilk Osmanlı parlamentosu, sultanı yeteri kadar dengeleme ve denetleme yetkisini haiz değildi²⁶. Bu bahisle sınırlı iktidara dayalı anayasalcılık anlayışını 1876 Kanun-i Esasi'den ziyade 1909 Anayasa değişikliklerinde rastlamak mümkündür. 1909 Anayasa değişiklikleri ile Osmanlı siyasal sistemi, bazı yetkileri sınırlanmış bir devlet başkanı ile daha makul hak ve özgürlükler sistemine sahip oldu. Böylelikle, sınırlı siyasal iktidara dayalı anayasallaşma cereyanının önü açılmış oldu. 1921 Anayasası ile Büyük Millet Meclisi'nin (BMM) kurumsallaşmasını tamamladıktan sonra İstanbul/Osmanlı hükümetinin iktidarını sınırlandırdığı söylenebilir²⁷. 1924 Anayasası da Meclisi merkeze alan bir iktidar anlayışı benimsedi. Sonrasında bu Anayasa cumhuriyetin reformlarını halka uygulayıcı bir amaçla sınırlı kaldı. 1961 Anayasasında, özellikle Anayasa Mahkemesinin teşekkülü ile, Meclis'in çoğunluğunu çeşitli anayasal kurumlarla denetleme amacı güdüldü. Yine 1961 Anayasasının tesis ettiği çift meclis sisteminde, Meclisin ikinci kanadını oluşturan Cumhuriyet Senatosu (CS) beklenen denetleyici ve dengeleyici işlevi yerine getirmemesine rağmen siyasal iktidarın sınırlandırılması işlevini görmekteydi²⁸.

İsrail siyasi sistemi ise, Westminster ve Kıta-Avrupa'sı tipi bir parlamenter sistem karışımı ile, demokrasinin ilginç bir kombinasyonu oluşturmaktadır. İsrail Devleti, Filistin'deki İngiliz egemenliğinden doğdu ve İngiliz sisteminin ana bileşenlerini miras aldı. Bu nedenle İngiltere'deki gibi yasama organı ile yürütme arasında gerçek bir ayrılık yoktur. Ancak İsrail, çoklu parti temsilinin olduğu orantılı temsil sistemini benimsedi. Bu da tek meclisli parlamento ve koalisyon hükümetleri anlamına gelmektedir. ABD'deki kuvvetler ayrılığı sisteminde, yargıya büyük bir takdir yetkisi verilir²⁹.

Mart 1992'de İsrail bir Anayasal Devrim geçirdi. İki yeni Temel Yasa kabul edildi: Çalışma Özgürlüğü ve Temel Yasası ile İnsan Onuru ve Özgürlüğü Yasası. Bu yeni Temel Yasalar kapsamında insan hakları, normal yasaların üzerinde anayasal bir güç kazandı³⁰. Bu hakların çoğu zaten

²⁴ ODER, B. E. (2016). Türkiye'nin Anayasa Gündemi (27 uzman; 66 soru-yanıt). İ. Kaboğlu (Der.). İstanbul: İletişim Yayınları., s. 14-15.

²⁵ ERDOĞAN, s. 10.

²⁶ TANÖR, B. (2011). Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, s. 137.

²⁷ ODER, s. 18.

²⁸ YAZICI, S. (2010). Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim: Türkiye'de Anayasal Değişimin Tarihi. Türkiye Barolar Birliği Yayınları. Ankara. s. 255-260.

²⁹ Bkz. SALZBERGER, E. M. (2007). "Judicial activism in Israel". (Erişim tarihi: 25.04.2023) <https://law.haifa.ac.il/wp-content/uploads/2017/05/SSRN-id957849.pdf> (ayrıca bkz. SALZBERGER, E. M. (1993). A positive analysis of the doctrine of separation of powers, or: Why do we have an independent judiciary. *International Review of Law and Economics*, 13, 349).

³⁰ GROSS, A. M. (1998). "The politics of rights in Israeli constitutional law". *Israel Studies: Indiana University Press*, Vol. 3, No. 2, Law and the Transformation of Israeli Society (Fall), s. 80-118, s. 80-81. E.T. 07.05.2023, doi:10.2979/ISR.1998.3.2.8.

korunuyordu. Birkaçı yasa koyucu tarafından korunurken çoğunluğu Devletin kuruluşundan bu yana yargıçların bazıları tarafından geliştirilen Yüksek Mahkeme içtihatları tarafından korunuyordu³¹. Esasında, Temel Kanunların yarattığı temel fark, bu hakların anayasal olarak normatif değerinin güçlendirilmesidir. İnsan haklarına olağan yasaların üzerinde anayasal bir güç verdiği bahisle İsrail demokratik devletlere katıldı. Amerika Birleşik Devletleri, Almanya ve diğer batı ülkelerine benzer şekilde İnsan Hakları için artık bir anayasal savunmaya sahip oldu. Gerçekten de İsrail, konusu İnsan Hakları olan herhangi bir yazılı anayasanın ana bölümüne sahip; aynı şekilde Knesset'in yasama yetkisi üzerinde kısıtlamalar bulunmaktadır. Anayasal olarak korunan insan haklarını ihlal eden yasaların yargı denetimine sahip olduğu bir düzende, Knesset'in yasa koyucu sıfatıyla değiştiremeyeceği yazılı bir temel kanun da bulunmaktadır³². 1992'deki Anayasal Devrim, devlet organlarının yetkilerinde köklü değişikliklere yol açtı. Her iki Temel Kanun da kamu makamlarının bu kanunlarla korunan haklara saygı göstermesi gerektiğini belirtmektedir. Knesset de Temel Kanunlarda belirtilen İnsan Haklarına saygı göstermekle yükümlüdür. Bu bahisle Knesset'in yasama yetkileri sınırlandırılmıştır. Böylelikle, İsrail'deki üstünlüğün Anayasa'nın üstünlüğü olduğu açıklığa kavuşmuştur³³. Anayasal Devrim yargının statüsünde değişikliklere yol açtı ve aynı zamanda Yüksek Mahkemeye büyük sorumluluklar yükledi. Yapılan bu değişikliklere göre; yargı, halkın temel değerlerinin farkında olmalı ve kamuoyunun görüşlerine göre bunları dengelemelidir. Anayasal yorum geniş bir perspektiften yapılmalı ve amaçsal olarak somut bir yaklaşım benimsenmelidir. Anayasa yaşayan bir organizmadır ve onun yorumu anayasal uyumu sağlamak amacıyla ulusun yaratılışının tarihsel devamlılığına dayanmalıdır. Anayasal devrim aynı zamanda kuvvetler ayrılığı ilkesini de vurgular. Demokratik bir toplumda, Anayasa çerçevesinde işlev gören, eşit anayasal statüye sahip üç gücün bir arada bulunmasını ifade eder. Hiçbir güç egemen değildir ve hiçbir güç üstün değildir. Üstünlük yalnızca Anayasa'ya aittir. Her güç sınırlıdır. Farklı güçler arasında hassas kontroller ve dengeler mevcuttur³⁴. İsrail hukuk sisteminde, yasama yetkisine sahip parlamento Knesset'tir. Anayasal düzeyde yasama süreciyle ilgili ayrıntılı bir düzenleme bulunmamaktadır ve Knesset, kendi işlemlerinin kurallarını el kitabını belirlemiştir³⁵. Neticede anayasalcılık, kurumları inşa eden toplum mühendislerinin ya da siyasal iktidarların başvurduğu araçlardan sadece birisi durumundadır. Burada, anayasallaşma kavramıyla anlatılan sadece adına "anayasa" dediğimiz yazılı, temel bir kanun yapmak değildir. Aynı zamanda bu yazılı metnin, parlamento tarafından değiştirilmesinin güç olması, uzun yıllar yürürlükte kalması, normlar

³¹ Bkz. NEUER, H. (1998). "Aharon Barak's revolution". *Azure*. No. 3. Winter 5758 / 1998.

³² BARAK, A. (1997). "The Constitutionalization of the Israeli Legal System as a Result of the Basic Laws and its Effect on Procedural and Substantive Criminal Law. *Israel Law Review*", 31(1-3), Winter-Summer, s. 3-4 (pp. 3-23). E.T. 04.07.2023. <https://doi.org/10.1017/S0021223700015223>. s. 3-4.

³³ NEUER.

³⁴ BARAK, 1997, s. 3-5.

³⁵ ROZNAI, Y. (2019). "Constitutional Paternalism: The Israeli Supreme Court as guardian of the Knesset". E.T. 25.05.2023. <https://blog-iacl-aicd.org/2019-posts/2019/5/17/constitutional-paternalism-the-israeli-supreme-court-as-guardian-of-the-knesset>.

hierarchyisinde en üstte yer alması, diğer normların anayasaya aykırılığı halinde bu metnin ölçü-norm olması ve en önemlisi devlet iktidarının keyfiliğine karşı bireyi koruması gerekmektedir. Ayrıca, bu metin toplumun içtimai değerlerini de yansıtmalı ve kapsamalıdır³⁶.

Yukarıda da üstünde durulduğu gibi anayasalcılık, devletin temel işlevlerinin farklı organlar tarafından yerine getirildiği, temel hakların tanınip anayasal güvence altına alındığı, devletin keyfiliğinin bireyin hakları lehine sınırlandırıldığı ve bu hukuki durumun bağımsız mahkemeler nezdinde bireye sağlandığı bir durumdur³⁷. Politik birlik ve toplumsal düzen, her devletin olmazsa olmaz ilkesidir. Bu birlik ve düzen ilkesi aynı zamanda kendi muhalif kavramlarını da yaratır: bazı çıkar çatışmaları ve güç çatışması durumları gibi. Dolayısıyla, bu siyasi birlik ve toplumsal düzenin ortak şartı genellikle bir anayasa olarak tarif edilmektedir³⁸. Buna paralel olarak anayasalcılığın ilkeleri de kısaca şu şekilde ele alınabilir: Anayasanın üstünlüğü, hukuk devleti, insan hakları, kuvvetler ayrılığı, federalizm ve demokrasi³⁹.

II. DEMOKRATİKLEŞME SÜRECİ

Bir kavramın ne olduğunu açıklamaya çalışmanın en temel ve faydalı yanı, o kavramın ne olmadığı üzerinde durmaktır. Böylelikle, tanımlamaya çalıştığımız kavramın diğer kavramlarla karışmasını alıkoyarız. Sartori, demokrasi kavramının tanımını ve sürecini ortaya koyarken, tüm dikkatini demokratik olmayan siyasal sistemler üzerinde toplar. Totaliter, otoriter ya da diktatörlük gibi terimlerin belirli bir süre sonra nasıl demokrasi karşıtı terimlere dönüştüğüne, bu terimlerin zaman içinde ne denli anlam kayması yaşadığına işaret eder ve böylelikle modern çağda demokrasinin ne olduğu ya da ne olmadığını git gide sofistike bir hal almasından yakınıır⁴⁰. Bu sebeple biz de demokrasi tanımını yaparken ya da demokratikleşme süreci üzerinde dururken daha çok demokrasi kavramının kökenine inip demokratikleşme sürecinin ne olduğu üzerinde yoğunlaşacağız. Demokrasi, Grekçe’de demos (halk) ve kratos (yönetmek) sözcüklerinden oluşmaktadır. Bu bileşenler bir araya gelerek demokrasiyi yani “halkın iktidarı”nı meydana getirmektedir⁴¹. Başka bir deyişle demokrasi kavramı, yönetim şekli bakımından eski Yunan felsefesiyle ilişkilendirilebilir. Ancak, demokrasi kavramı, modern anlamda

³⁶ SADURSKI, W. (2010). Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim: Anayasalcılık ve Anayasa Yapımı Üzerine. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 23-24.

³⁷ ERDOĞAN, s. 10-11.

³⁸ SCHMITT, s. 59-60.

³⁹ ERDOĞAN, s. 18-33.

⁴⁰ SARTORI, G. (1996). Demokrasi Teorisine Geri Dönüş. T. Karamustafaoğlu & M. Turhan (Çev.), Ankara: Yetkin Yayınları, s. 198-199.

⁴¹ ERGÜL, O. (2010). Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim: Türkiye’de Demokratik Sürecin Güçlendirilmesi İçin Anayasal Değişim Beklentileri. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 23-24.

Batı uygarlığına izafe edilen siyasal bir yapının adıdır ve Batı'daki ihtilalleri tetikleyen devrimci bir anlayıştan türemiştir⁴². Demokrasinin anlamı üzerindeki bu yaklaşımlardan sonra Abraham Lincoln'un o meşhur sözüne de değinecek olursak demokrasi yalnızca halkın iktidarı anlamını taşımaz, aynı zamanda "halk için iktidar" anlamını da ihtiva eder. Başka bir deyişle, demokrasi çağın ruhuna göre yine halkın tercihlerine uygun bir yönetimdir.⁴³50 Demokrasiyi "halk tarafından halk için yönetim" olarak ele aldığımızda yönetimin kimin elinde olacağı sorusu kendiliğinden ortaya çıkacaktır. Ayrıca, bu yönetim hangi kişi ya da grubun çıkarlarına yarayacaktır? Bu iki soruya verilecek cevap kendiliğinden "çoğunlukçu demokrasi" anlayışını ortaya çıkarmaktadır. Bu çoğunlukçu demokrasi anlayışı, J. J. Rousseau'nun sosyal sözleşme teorisinin temel unsuru olan "genel irade"nin mutlak oluşundan ileri gelmektedir. Rousseau'ya göre insanlar komün halinden içtimai hayata geçerken kendi aralarında yaptıkları bir sözleşme ile devlet denen otoriteyi teşekkül ettirmişlerdir. Neticede devlet otoritesi, bu insan topluluğunun genel iradesini yansıtmaktadır. Bu irade her vakit bu topluluğun menfaatine yönelmiş çoğunluğun iradesi olacaktır⁴⁴. Bu sebeple çoğunluğun çıkarlarına uygun ve bu çoğunluk tarafından yapılan yönetim, azınlığın çıkarlarına ve isteklerine yönelik olan yönetimden çok daha faydalıdır ve bu sebeple daha talep edilebilir bir konuma sahiptir.⁴⁵52 Çoğunlukçu demokrasi, genellikle demokratik olmayan yönetimlerdeki sosyolojik meşruluğun tesis edilmesi bakımından, bu yönetimlerin ilham kaynağını oluşturmaktadır. Gerçekten de çoğunlukçu bir demokraside, pratikte, azınlıkların ileride çoğunluk olma şansına sahip olmaları mümkün görünmemektedir. Çoğunlukçu demokrasi -uygulamada- çoğunluğun diktatörlüğü şeklindeki bir yönetim biçimine bürünebilmektedir⁴⁶. Yukarıdaki iki soruya verilecek başka bir cevap da şudur ki: "imkân dâhilinde olduğu kadar çok insan tarafından mümkün olduğu kadar çok insan için yönetim." Bu cevap da bize "oydaşmacı demokrasi" anlayışını sunmaktadır. Bu anlayışın çoğunlukçu demokrasiden farkı, çoğunlukçu yönetimi sadece asgari bir gereklilik olarak almasıdır. Başka bir deyişle, çoğunlukçu demokraside iktidar, en çok oyu alanın elinde toplanırken oydaşmacı demokraside ise iktidar, çeşitli yollarla çoğunlukta olmayan kişi veya gruplara da paylaştırılır. Dolayısıyla, çoğunlukçu demokraside rekabetçi ve dışlayıcı bir anlayış hâkimken, oydaşmacı demokraside daha kapsayıcı ve müzakereci bir anlayış hâkimdir.⁴⁷ Çoğunlukçu demokraside, çoğunluğun keyfi iktidarına karşı sınırlı bir devlet hedefini gerçekleştirmek için çeşitli çözümler ortaya atılmıştır. Nitekim saf kuvvetler ayrılığı teorisinde olduğu gibi her erk kendi yetki dairesi içinde diğer erklerin kendisini denetlemesinden uzak, sahip olduğu iktidarı keyfi olarak kullanırsa bu iktidarın keyfiliğini önlemek için ne tür önlemler alınmalıdır? Yasama, yürütme ve yargı

⁴² HUNTINGTON, S.P. (1993) Üçüncü Dalga: Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma, çev: Ergun Özbudun, Türk Demokrasi Vakfı Yayınları, Ankara, s. 3; SARTORI, G. (1996). Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, çev: Tunçer Karamustafaoğlu, Mehmet Turhan, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 3.

⁴³ LIJPHART, A. (2012). *Patterns of democracy: Government forms and performance in thirty-six countries*. Yale University Press, New Haven & London, s. 1-2.

⁴⁴ KAPANİ, M. (1993). *Kamu Hürriyetleri (7.b.)*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 33-38.

⁴⁵ LIJPHART, A. (2012). *Patterns and Democracy Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*. s. 2.

⁴⁶ Arend Lijphart'ın bu görüşleri için bkz. YAZICI, s. 253-254.

⁴⁷ LIJPHART, s. 53-54.

erkleri halkın iktidarı karşısında sorumlu oldukları takdirde, bu erklerin keyfi uygulamalarının halk nezdinde bir hesapverirliliği olması halinde, bu erkler iktidarlarını kullandıkları vakit herhangi bir keyfiliğin çıkmayacağını, çıkması halinde ise, egemen halka karşı sorumlu olduklarından, herhangi bir denge ve denetleme sistemine ihtiyaç olmayacağını savunan düşünürler de olmuştur⁴⁸. Başka bir deyişle iktidar organlarından herhangi birinin kendisine verilen yetkilerini aştığı vakit, söz konusu organın egemen olan halk gücü karşısında bir hesapverirlilik ile yükümlü olduğundan, egemen halkın bu organı cezalandırıp bu keyfi tutumuna son verebileceğini savunmuşlardır. Kuvvetler ayrılığını, demokratik meşrulukla kuvvetlendirilmiş bir denge ve denetim mekanizmasıyla güçlendirmek daha makul gelmektedir. Nitekim 1787 ABD Anayasasının meşhur kurucu babaları, iktidar organlarının keyfi uygulamalarına karşı güçlü bir denge ve denetleme mekanizmasının olması gerektiğini şöyle açıklamıştır: Ancak muhtelif salahiyetlerin git gide aynı organın elinde toplanmasındaki asıl teminat, her organın diğer bir organ tarafından dermeyeran edebilecek müdahalelere gerekli anayasal vasıtaları ve kişisel görüşleri temin etmektir. Devlet iktidarının kötüye temayül etmemesi için bu gibi çarelerde karar kılmanın insanın doğasına aykırı olduğu tezi ileri sürülebilir. Zaten devlet insan tabiatına en aykırı olan bir teşekkül değil midir? İnsanlar melek olsalardı hiçbir devlete gerek görülmezdi. Eğer melekler insanları yönetseydi, devlet üzerinde ne dış ne de iç denetime lüzum olurdu. İnsanların insanları yöneteceği bir devlette en büyük zorluk şuradadır: İlkin devletin yönetilenler üzerinde tahakkümünü kurmasını sağlamalısınız, sonrasında, devleti de kendisini denetlemeye mecbur etmelisiniz. Halka dayanmak devlet üzerindeki bir denetim şekli olsa da tecrübeler göstermiştir ki diğer denetim şekillerinin de gerekliliği kaçınılmazdır⁴⁹. Görüldüğü üzere, anayasal denetimin en önemli amacı devlet iktidarını bölüştüren erklerin güçlerini birleştirmesi halinde, yönetilen aleyhine ortaya çıkacak keyfiliği bertaraf etmektir⁵⁰.

Demokratik gelişme ise, özünde devlet iktidarını elinde bulunduranlarla yönetilenler arasında, yönetilenler lehine bir koruma anlaşması sağlamaktadır⁵¹. Böylelikle, demokratikleşme, yöneten ile yönetilen arasında daha saygılı bir koruma alanı geliştirdiğinden, diğer yönetim sistemleri olan monarşik ve aristokratik durumu tamamen saf dışı bıraktığı söylenebilir⁵². Buna paralel olarak Karl Popper, demokrasinin diktatörlükten kaçınmayı haklı kılan bir yönetim olduğunu ileri sürerken aslında demokrasinin yönetilen lehine daha saygılı bir koruma alanı geliştirdiğini ifade etmektedir⁵³. İlk anayasal metinlerde, devlet iktidarının bu denli sınırlandırılmaya çalışılmasının altında yatan temel saikin, demokrasinin niceliksel korkusundan ileri geldiği söylenebilir. Nitekim İngiliz anayasal

⁴⁸ VILE, M. J. C. (1998), s. 181, aktaran: ÖZBUDUN, E. (2015), s. 20.

⁴⁹ MADISON, J., HAMILTON, A., JAY, J. (1987). *The Federalist Papers*. İ. Kremnick (Der.), Penguin Books, Londra, No. 51, s. 319-320.

⁵⁰ YILMAZ, D. (2016). Türkiye'nin Anayasa Gündemi (27 uzman; 66 soru-yanıt). İ. Kaboğlu (Der.), İstanbul: İletişim Yayınları, s. 27.

⁵¹ SOMER, M. (2016). Türkiye'nin Anayasa Gündemi (27 uzman; 66 soru-yanıt). İ. Kaboğlu (Der.), İstanbul: İletişim Yayınları, s. 65-66.

⁵² ÖZBUDUN, 2015, s. 20.

⁵³ ERDOĞAN, s. 175-185.

doktrinini inşa edenlerin başında gelen Walter Bagehot, “cahil kalabalıklardan çok korktuğunu” ifade ettikten sonra, Avam Kamarası’nın cahil kalabalıklardan ziyade, eğitilmiş insanlardan oluşan bir organ

haline geldiği takdirde, işlevini yerine getirebileceğini ifade etmektedir⁵⁴. Demokrasi teorileri temelde iki kola ayrılır: Normatif ve ampirik demokrasi teorileri. Normatif teoriler, demokrasinin nereden kaynaklı olduğuna ve demokrasinin nihai amacının ne olduğuna yönelik sorular sorarlarken ampirik demokrasi teorileri, demokrasi ile yönetilen ülkelerin mukayeseli bir analizini yapmaktadırlar. Normatif anlayıştan bakıldığında, demokrasi, ortak faydayı tesis edecek olan siyasal karar mekanizmalarının oluşmasını sağlayan kurumsal düzenlemelerdir. Bu düzenlemelerle birlikte halk, kendi sorunlarını çözüme kavuşturmak için, iradesini belirli bireylerin eline teslim etmektedir⁵⁵. Joseph Schumpeter, “demokrasiyi amacı ya da kaynağı ile tanımlamak, belirsiz kavramlara yol açacaktır”⁵⁶ demektedir. Yine, yazara göre, “demokratik yöntem, siyasal kararların alınmasında bireylerin karar verme iktidarını, halkın oyu için yarışmacı bir mücadele yoluyla elde ettikleri kurumsal düzendir”⁵⁷. Robert Dahl’in demokrasi yerine kullandığı “poliarşi” (polyarchy) kavramı da Schumpeter’in yukarıdaki demokrasi tanımıyla paraleldir. Nitekim Dahl’a göre poliarşiler, “muhalafet” (opposition) ve “katılma” (participation) olmak üzere iki sacayağından oluşur⁵⁸. Yine, Dahl’a göre, bir poliarşik sistemde azınlıkların halkın desteğini kazanarak, iktidara gelmek için, barışçı yollarla, bu yarışma hürriyetlerine sahip olması gerekir. Ancak, bu hürriyetlerin üzerindeki sınırlamalara bakılarak bu sistemin demokratik ya da daha az demokratik olduğu hakkında yorum yapılabilir. Demokratik olmayan rejimler ise, azınlıkların yarışmacı hürriyetlerini sınırlandırmakla kalmayıp, genellikle bu hürriyetlere kesin bir hukuki sınırlama da uygular⁵⁹. Demokrasi ahlakı, meşruluğunu bireyin kendi kaderini tayin ilkesinden almaktadır. J. Locke’a göre demokratik eşitlik ve özgürlük tüm insanların doğal değerlere eşit olarak sahip olmasıdır. Fakat J. S. Mill demokrasilerde bireysel özgürlüğün siyasal toplumun tehdidi altında olduğunu söylemiştir. Faydacı ekole göre, demokrasi çoğunluğun faydasına dayanır. Yine J. Locke Dahl’in ifade ettiğine paralel olarak, demokrasilerde muhalafetin ortaya çıkmasının çözüm sürecinin tam anlamıyla sağlandığının işareti olduğunu ifade etmektedir⁶⁰. Başka bir demokrasi türü ise toplumun her zaman aynı değerlere sahip türdeş bir yapıya sahip olamayacağı düşüncesine dayanan; din, dil ve ırk gibi hususlarda farklılıklar ortaya çıkacağı gerçeğinden hareketle, demokrasinin niceliksel çoğunluğunu elinde bulunduran çoğunlukçu iktidarın keyfî uygulamalarına karşı çıkan, çoğulcu demokrasi anlayışıdır. Bu itibarla, çoğulcu demokrasilerde, çoğunluğu elinde bulunduran iktidarın, azınlıktaki gruplara karşı muhtemel keyfî uygulamaları bu azınlık gruplar lehine, anayasanın üstünlüğü

⁵⁴ VILE, M. J. C., 1998, s. 247.

⁵⁵ ÖZBUDUN, 2015, s. 73.

⁵⁶ HUNTINGTON, S. P., 1993, s. 3-5.

⁵⁷ SCHUMPETER, J. A. (1962). *Capitalism, socialism and democracy* (3. baskı). Harper Torchbooks, New York and Evanston, Bölüm 21, s. 250; aktaran: ÖZBUDUN, 2015, s. 74.

⁵⁸ DAHL, R. A. (1971). *Polyarchy: Participation and opposition*. New Haven: Yale University Press, s. 1.

⁵⁹ LINZ, J. J. (2012). *Totaliter ve otoriter rejimler*. E. Özbudun (Çev.), Ankara: Liberte Yayınları, s. 26-27.

⁶⁰ ERDOĞAN, s. 189-193.

ve hukuk devleti gibi ilkelerle sınırlanmaktadır⁶¹. Çoğulcu demokrasilerin en önemli unsurlarından biri yatay hesapverirliktir. O'Donnell, yatay hesapverirliği şöyle tanımlamaktadır: “Diğer devlet kurumlarının hukuka aykırı olarak nitelendirilebilecek eylem veya eylemsizlikleriyle ilişkili olarak, rutin denetimden cezai müeyyidelere ve Yüce Divan yargılamasına (impeachment) kadar uzanan alanda işlemler yapmaya hukuken yetkili ve muktedir kılınmış, fiiliyatta da yapmaya muktedir kurumların varlığı”.⁶² Phillipe Schmitter, bu tanımları dar bulmakla beraber yatay hesapverirliliğin belli başlı sivil toplum örgütleri nezdinde de yapılması kanaatindedir⁶³. Yatay hesapverirlikte, yasama, yürütme ve yargı erklerinin birbirleriyle olan ilişkileri büyük önem arz etmektedir. Çünkü hesapverirlik bir bakıma bu erklerin birbirleriyle olan sorumluluklarını da belirler. Bu denetleme ve dengeleme mekanizmaları söz konusu sorumluluğun niteliğine göre siyasi veya hukuki olabilmektedir⁶⁴. Çağdaş anayasal demokrasilerde⁶⁵ devlet iktidarının denge ve denetleme görevi, hukuka bağlı, yine devletin iktidarını bölüştüren devlet organizasyonu, yani yasama, yürütme ve yargı erkleri tarafından yerine getirilir⁶⁶. 20. yüzyıldan itibaren anayasal demokrasilerde yürütme organının ayrıca güçlendiği görülmektedir. Oysa bütün sistemlerde yürütme organını sınırlandırma hususu üzerinde çalışmalar yapılmaktadır. Nitekim Andrew Heywood'a göre bunun sebepleri şu şekilde açıklanabilir: “disiplinli partilerin ortaya çıkışı, yürütme organının kuvvetlenmesi, yasama organında liderliğin olmaması, sivil toplum örgütlerinin ve medyanın yükselişi”⁶⁷. Samuel P. Huntington'un üç demokratikleşme dalgası neticesinde kurulduğunu iddia ettiği Batı demokrasisinde, ilkin 1688 İngiliz Devrimi sonucunda, özellikle İngiliz monarşisi ve Fransa cumhuriyetçiliği, 19. yüzyılın sonuna kadar Avrupa kıtasının kuzeyinde yaşayan eski ulusların demokratikleştirmesinde ön ayak oldu. İkinci dalga 20. yüzyılda Orta ve Güney Avrupa'da baş gösteren otoriter ve totaliter rejimlerin faşizme yönelmesinin neticesinde baş gösterdi. İkinci Dünya Savaşı sonrası gelen yenilgiler, Almanya, İtalya gibi devletleri Batı'nın liberal demokrasisini benimseye zorladı. Son dalga ise Orta ve Doğu Avrupa devletleri üzerinde etkili oldu. Sovyet Rusya'nın dağılmasıyla birlikte büyük ölçüde bu ülkeler de Batı Avrupa demokrasisini benimsediler.⁶⁸ Avrupa bu demokratikleşme cereyanlarına sahne olurken, 17 ve 18. yüzyıllarda Osmanlı'da gerileme devri yaşanmakta ve modernleşme fikrine olan bağlılık daha da güçlenmekteydi⁶⁹. III. Selim yönetimdeki karar alma sürecini Meclis-i Meşveret denen usule bağlayarak, karar alma sürecini keyfilikten çıkarıp

⁶¹ Arend Lijphart'ın bu konudaki görüşleri için bkz. YAZICI, s. 254.

⁶² O'DONNELL, G. (1999). Horizontal accountability in new democracies. A. Schedler, L. Diamond ve M. Plattner (Der.), *The self-restraining state: Power and accountability in new democracies*, Lynne Rienner, Boulder-Londra, s. 38; alıntı: ÖZBUDUN, 2015, s. 80.

⁶³ ÖZBUDUN, 2015, s. 80.

⁶⁴ GÖNENÇ, s. 30.

⁶⁵ Anayasalı devlet ile anayasal devlet kavramları birbirinden farklı kavramlardır. Her anayasalı devlet anayasal devlet olma özelliğini haiz olmayabilir. Anayasal devlet, temelde insan haklarını güvence altına alma saikiyle, devlet iktidarının keyfilikliğini sınırlama amacı güder. Bu kavramlar arasındaki farklılıklar için detaylı olarak bkz. ERDOĞAN, s. 8-9.

⁶⁶ GÖNENÇ, s. 30.

⁶⁷ HEYWOOD, A. (2007). *Politics*, London: Palgrave, s. 351-3, aktaran: GÖNENÇ, s. 31-32.

⁶⁸ HUNTINGTON, s. 10 vd.

⁶⁹ KARPAT, K. H. (1967). *Türk demokrasi tarihi*. İstanbul: İstanbul Matbaası, s. 12-14.

danışma usulüne çevirdi. Tanzimat Ferman'ı devletin yönetilmesinde kanunlara riayet edilmesini salık vermekteydi. Kanun-i Esasi ise, çift meclisli bir parlamento sistemini getirerek Osmanlı modernleşmesine demokratik bir hüviyet kazandırmıştır⁷⁰. Avrupa'da ilk demokratikleşme dalgasının yaşandığı dönemde, Osmanlı çeşitli reformlar yoluyla bu dalganın kendisini etkileme şiddetini geciktirmeye çalışmaktaydı. İkinci dalga olarak bilinen 20. yüzyıl boyunca Türkiye, İkinci Meşrutiyet, Cumhuriyet ve çok partili rejimlere sahne oldu. Demokratikleşmenin son dalgasının yaşandığı dönemde ise Türkiye, her ne kadar demokratikleşme yolunda adım atmaktan imtina etse de 2001 Anayasa değişiklikleri ile askeri vesayetın etkisini hafifletme uğraşına girdi ve bu süreç hala devam etmektedir⁷¹.

III. ANAYASALCILIK VE DEMOKRASİ İKİLEMİNDE ANAYASA YARGISININ GELİŞİMİ

Anayasalcılık ve demokrasi arasındaki bağı en ayrıntılı bir şekilde açıklayan ampirik demokrasi teorisi, Arend Lijphart'a aittir. Lijphart, çoğunluklu ve oydaşmacı demokrasiler üzerinde çalışırken, çoğunluğun yönetimiyle teşekkül etmiş çoğunlukçu bir demokrasinin karşısına oydaşmacı bir demokrasi teorisini oturtur. Lijphart'a göre oydaşmacı demokrasi, çoğunlukçu demokrasinin aksine yürütme gücünün paylaşılmasını, diğer bir deyişle, iktidar yetkisinin geniş bir tabana yayılmasını ifade etmektedir⁷². Çağdaş demokratik ülkelerde, demokrasi ile anayasalcılık arasında bir çeşit denge kurulmaya çalışıldığı, terazinin kefelerindeki anayasalcılık ve demokrasinin bulunduğu, ağır basan kefenin ülkeye göre farklılık gösterdiği herkesçe bilinmektedir. Çoğunlukçu demokrasilerde kefenin ağırlığının çoğunluk yönetimi lehine, oydaşmacı demokrasilerde ise bu kefenin ağırlığının anayasalcılık lehine olduğu iddia edilmektedir⁷³. Ancak, sadece çoğunluğun yönetimi değil, halkın kendi kendini yönettiği bir demokratik sistemin gözünden bakıldığında bile, bu sistemin daha belirgin ve sistemli işleyebilmesi halkın iradesinin serbestçe oluşmasına bağlıdır. Neticede bugünün azınlığının yarının çoğunluğu haline gelebilmesi, düşüncelerin serbestçe ifade edilebilmesi, demokratik koşulların ne denli muhafaza edildiğiyle alakalıdır. Bu bakımdan anayasalcılık demokratik koşulların tahkim edildiği bir alan olarak da karşımıza çıkabilmektedir⁷⁴.

Neticede, anayasalcılık ve demokrasinin, bu birbirleriyle olan zıt durumlarına (oksimoron) rağmen, birbirlerinin destekçisi oldukları da söylenebilir. Anayasalcılıkla tahkim altına alınmamış bir demokrasi, çoğunluğun istibdadına; demokrasiye yabancı bir anayasalcılık ise, ayrıcalıklı siyasal ya da ekonomik elitlerin hâkimiyetine yol açar. Nitekim çağdaş demokrasilerde devlet iktidarının birey lehine sınırlandırılması, seçimler aracılığıyla tesis edilen bir "dikey hesapverirlik" (vertical accountability)

⁷⁰ TANÖR, B. (1991). İki Anayasa (1961-1982) (2. b.). İstanbul: Beta Yayınları, s. 103-106.

⁷¹ KABOĞLU, İ. Ö. (2016). Türkiye'nin Anayasa Gündemi (27 uzman; 66 soru-yanıt). İ. Kaboğlu (Der.). İstanbul: İletişim Yayınları, s. 81-82.

⁷² LIJPHART, 2012, s. 5.3

⁷³ ÖZBUDUN, 2015, s. 101.

⁷⁴ KABOĞLU, İ. Ö. (1997). Anayasa Yargısı (2. b.). Ankara: İmge Yayınevi, s. 196.

mekanizmasına indirgenemez⁷⁵. Dolayısıyla, katı bir anayasa, anayasa yargısı başta olmak üzere diğer “yatay hesapverirlik” (horizontal accountability) mekanizmalarının da sağlıklı işletilmesi gerekmektedir. Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi ile anayasanın katılığı birbirini destekler niteliktedir. Başka bir deyişle, yapımı veya değiştirilmesi alelade kanunlardan farklı olarak belirli şartlara tabi tutulmuş anayasalarda, anayasanın bağlayıcı ve üstünlüğü ilkesi ile katılığı arasında güçlü bir iletişim bulunmaktadır. Bu itibarla anayasanın katı olması, anayasanın üstünlüğünün nedeni ve aynı zamanda da neticesidir⁷⁶. Anayasanın değiştirilmesinin bu denli nitelikli şartlara bağlanmasının muhtelif amaçları vardır: Yerel hukukun ve politik istikrarın öncül ve normatif metni olan anayasaya olan bağlılığı pekiştirmek, bu metnin toplum nezdinde geniş tabana yayılmasını sağlayarak ona geniş bir uzlaşma alanı oluşturmak ve anayasayı çoğunluk iktidarının yapboz oyunu durumuna düşmesini engellemek⁷⁷. Ancak, hâlihazırdaki anayasa bölünmüş bir siyasal toplumun çatışmalarını, uyuşmazlıklarını, uzlaşma yoluyla çözülmesi gereken siyasal ve ekonomik sorunlarını, anayasayı meydana getirenlerin çıkarları doğrultusunda tek taraflı bir çözüm sunmak amacıyla değiştirilemez bir metne dönüştürülmüşse, anayasanın üstünlüğü ve katılığı ilkesi toplumun kronikleşmiş olan sorunlarını dondurmaktan öteye gitmez. Bu bakımından, yukarıda izahını yaptığımız nitelikteki bir anayasanın katılığı, demokrasiyi ve hukukun üstünlüğünü korumaya hizmet etme anlamına gelebileceği gün gibi aşikârdır⁷⁸. Özellikle parlamenter hükümet sistemlerinde devlet iktidarının bölüştürülmesinin neticesinde oluşan yasama ve yürütme erkleri kuvvetli bir şekilde kaynaşmış ve iç içe geçmiş durumdadır. Teşekkül edecek olan çoğunluk iktidarının mutlak keyfilikliğini sınırlandıran başlıca kurumlardan biri olan ‘yazılı ve katı anayasa’ya yukarıda değindik. Çoğunluk iktidarının keyfi uygulamalarını sınırlandıran başka bir kurum ise kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini yapan bağımsız bir Anayasa yargısının

varlığıdır. Böyle bir organın olmaması halinde kanunların anayasaya uygun olup olmadığının takdiri geçmişte de olduğu gibi yasama organının bir komisyonuna yahut ikinci bir meclise bırakılmış olur. Diğer taraftan, geçmişte de hâlihazırda da kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminin yine yasama tarafından oluşturulacak bir komisyona ya da özel bir komisyona verildiği bilinmektedir⁷⁹.

IV. İSRAİL YÜKSEK MAHKEMESİ KARARLARI

İsrail'in siyasi yapısı, Westminster ve Kıta-Avrupa tipi parlamenter sistemlerin birleşimi ile ilginç bir demokrasi örneği sunmaktadır. İsrail Devleti, Filistin üzerindeki İngiliz egemenliğinden doğmuş ve bu sistemin temel unsurlarını miras almıştır. Bu durum, yasama ile yürütme arasında belirgin

⁷⁵ ÖZBUDUN, 2015, s. 25.

⁷⁶ TANÖR, 1991, s. 163.

⁷⁷ TANÖR, 1991, s. 165.

⁷⁸ Bölünmüş toplumlarda anayasa yapım süreci için, bkz. LERNER, H. (2011). *Making constitutions in deeply divided societies*, Bölüm 2. Cambridge University Press, Cambridge.

⁷⁹ ONAR, E. (2003). *Kanunların anayasaya uygunluğunun siyasal ve yargısal denetimi ve yargısal denetim alanındaki öncüler*. Ankara, s. 19-90; GÖNENÇ, s. 83-90.

bir ayrımın olmamasına yol açmaktadır. Bununla birlikte İsrail, çok partili temsilin olduğu orantılı temsil sistemini benimsemiştir; bu da tek meclisli bir parlamento ve koalisyon hükümetlerini zorunlu kılmaktadır. ABD'deki kuvvetler ayrılığı sistemi, yargıya geniş bir takdir yetkisi tanırken bu yapı yargısal aktivizm için uygun koşullar oluşturmaktadır. Ayrıca, bu sistem, Amerikan ve İngiliz yargısı arasındaki farklılıkları açıklamada da önemli bir rol oynamaktadır. İngiltere'deki parlamenter sistemin etkisiyle, yargı, diğer erklerin kararlarını geri çevirme olasılığına karşı daha az duyarlıdır ve bu nedenle daha az aktivist bir yaklaşım sergilemektedir⁸⁰.

Mart 1992'de, İsrail önemli bir Anayasal Devrim yaşadı. Bu süreçte Çalışma Özgürlüğü ve İnsan Onuru ile Özgürlüğü Yasası adında iki yeni Temel Yasa kabul edildi. Bu yasalar sayesinde insan hakları, normal yasaların üzerinde anayasal bir güç kazandı. Bu hakların çoğu zaten daha önce korunuyordu; bazıları yasa koyucu tarafından güvence altına alınmışken, pek çok hak, devletin kuruluşundan bu yana yargıçlar tarafından geliştirilen Yüksek Mahkeme içtihatlarıyla korunmaktaydı⁸¹. Temel Kanunların getirdiği en önemli değişiklik, insan haklarının normatif değerinin güçlendirilmesidir. Knesset (Parlamento) tarafından kabul edilen bir yasa Temel Yasaların gerekliliklerine uymadığı sürece, yani İsrail Devleti'nin değerlerine uygun olmadığı gerekçesiyle, anayasal insan haklarına zarar vermiş sayılır. Böylece, kabul edilen bu iki temel yasa, İsrail'in anayasal bir devlet olduğunu ortaya koymaktadır. İnsan haklarına normal yasaların üzerinde anayasal bir güç tanınması, İsrail'in demokratik devletler arasındaki yerini güçlendirmiştir. Amerika Birleşik Devletleri, Almanya ve diğer batı ülkeleri gibi, insan hakları için artık bir anayasal koruma mekanizmasına sahip olmuştur. Ayrıca İsrail, insan hakları konusunu içeren yazılı bir anayasanın temel unsurlarına sahiptir ve bu çerçevede Knesset'in yasama yetkileri de kısıtlanmıştır. Anayasal olarak korunan insan haklarını ihlal eden yasalar, yargı denetimine tabi olup, Knesset'in bu hakları ihlal eden yasaları değiştirme yetkisi bulunmamaktadır⁸².

1992'deki Anayasal Devrim, devlet organlarının yetkilerinde önemli değişikliklere yol açtı. Her iki Temel Kanun, kamu makamlarının bu yasalarla güvence altına alınan haklara saygı göstermeleri gerektiğini vurgulamaktadır. Knesset de Temel Kanunlarda belirtilen insan haklarına riayet etmekle yükümlüdür. Bu nedenle, Knesset'in yasama yetkileri sınırlı hale gelmiştir. Böylece, İsrail'de anayasanın üstünlüğü belirginleşmiştir⁸³.

Anayasal Devrim, yargının statüsünde önemli değişiklikler meydana getirmiş ve Yüksek Mahkemeye büyük sorumluluklar yüklemiştir. Bu değişikliklerle yargının, halkın temel değerlerini göz önünde bulundurarak kamuoyunun görüşleri ile bunları dengelemesi gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca, anayasal yorumların geniş bir perspektiften yapılması ve amaçsal bir yaklaşım benimsenmesi

⁸⁰ Bkz. SALZBERGER, E.M. (2007). "Judicial activism in Israel". <https://law.haifa.ac.il/wp-content/uploads/2017/05/SSRN-id957849.pdf>, s. 9-11. Ayrıca bkz. SALZBERGER, E. M. (1993). A positive analysis of the doctrine of separation of powers, or: Why do we have an independent judiciary. *International Review of Law and Economics*, 13, 349.

⁸¹ Bkz. NEUER.

⁸² BARAK, 1997, s. 3-4.

⁸³ NEUER.

beklenmektedir. Anayasa, yaşayan bir organizma olarak ele alınmalı ve yorumu, anayasal uyumu sağlamak amacıyla ulusun tarihi gelişimine dayanmalıdır. Aynı zamanda, Anayasal Devrim kuvvetler ayrılığı ilkesini de güçlendirmiştir. Demokratik bir toplumda, Anayasa çerçevesinde eşit anayasal statüye sahip üç güç bir arada bulunmalıdır. Hiçbir güç egemen ya da üstün değildir; üstünlük yalnızca Anayasa'ya aittir ve her gücün sınırlı olduğu kabul edilmektedir. Bu güçler arasında hassas denge ve kontroller mevcuttur.⁸⁴ İsrail hukuk sisteminde yasama yetkisi Knesset'e aittir. Ancak anayasal düzeyde yasama sürecine dair ayrıntılı bir düzenleme bulunmamaktadır; Knesset, kendi işlemlerinin kurallarını belirleyerek bir el kitabı oluşturmuştur⁸⁵.

1969 Bergman Davasında⁸⁶ Yüksek Mahkeme, 1969 tarihli Finansman Yasasının Temel Kanun'un 4. Bölümüyle çeliştiğini belirtti. Mahkeme, yargıçlara gerekli özel çoğunluk tarafından kabul edilmemiş olağan mevzuatı bozma yetkisi verdiğine karar verdi. Başka bir deyişle, Yüksek Mahkeme, Knesset'in bir Temel Kanun'daki yerleşik bir madde aracılığıyla kendisini sınırlama yetkisine sahip olduğuna ve bunun sonucunda mahkemenin böylesine yerleşik bir hükümle çelişen olağan bir kanunu geçersiz kılma yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir. 1969 Bergman Davası, İsrail Yüksek Mahkemesi'nin yasaların yorumlanması ve yargının yetkileri konusundaki önemli bir kararıdır. Mahkeme, 1969 tarihli Finansman Yasası'nın, Temel Kanun'un 4. Bölümü ile çeliştiğini belirleyerek, yasaların nasıl yürütüleceği konusunda önemli bir prensip ortaya koymuştur. Mahkeme, yargıçlara, belirli bir çoğunlukla olağan mevzuatı geçersiz kılma yetkisi vermiştir. Bu karar, Knesset'in (İsrail Parlamentosu) Temel Kanunlar üzerinden kendini sınırlama yetkisine sahip olduğu görüşünü pekiştirmiştir. Yani, Knesset'in, Temel Kanunlar'daki hükümlerle çelişen olağan yasaları geçersiz kılma yetkisi, Yüksek Mahkeme tarafından tanınmıştır. Bu durum, İsrail'in hukuk sistemi içinde yasaların hiyerarşisi ve yargının denetim işlevi açısından kritik bir nokta oluşturmuş ve ilerleyen süreçte mahkeme kararlarının, yasaların uygulamasındaki etkisini artırmıştır⁸⁷. 1969 Bergman Davası, İsrail'de yargısal denetimin evrimi açısından kritik bir dönüm noktasıydı. Mahkeme, Knesset'in Temel Yasalar üzerindeki sınırlayıcı etkisini tartışmak yerine, yasaların uygulanmasına dair bir denetim mekanizması oluşturmuştur. Bu, yargının, yasaların anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisini pekiştirmiştir. Mahkeme, geniş kapsamlı bir yargısal inceleme potansiyeli taşıyan bir karar olarak, Temel Yasalar ile çelişen bir Knesset yasasını geçersiz kılma yetkisini kullanmıştır. Bu durum, bazı yazarlar tarafından Amerika'daki *Marbury v. Madison* davasına benzetilmiştir; zira her iki davada da yargı, yasaların anayasaya uygunluğunu denetleyerek yasama organının yetkilerini sorgulamıştır⁸⁸. Resmi bir Haklar

⁸⁴ BARAK, 1997, s. 3-5.

⁸⁵ ROZNAI, Y. (2019). Constitutional paternalism: The Israeli Supreme Court as guardian of the Knesset. E.T. 25.05.2023. <https://blog-iacl-aicl.org/2019-posts/2019/5/17/constitutional-paternalism-the-israeli-supreme-court-as-guardian-of-the-knesset>.

⁸⁶ İsrail Yüksek Mahkemesi. (1969). HCJ 98/69, *Bergman v. Minister of Finance*. E.T. 07.05.2023. <https://versa.cardozo.yu.edu/sites/default/files/upload/opinions/Bergman%20v.%20Minister%20of%20Finance.pdf>.

⁸⁷ İsrail Yüksek Mahkemesi. (1969). HCJ 98/69, *Bergman v. Minister of Finance*.

⁸⁸ Bkz. ABD Yüksek Mahkemesi. (1803). *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137; ayrıca bakınız İsrail Yüksek Mahkemesi. (1969). HCJ 98/69, *Bergman v. Minister of Finance*.

Beyannamesi'nden yoksun olan, parlamentarizmin hâkim olduğu İsrail'de bu karar yargının rolünü ve Knesset'in yasama yetkilerini yeniden şekillendirmiştir. Bu, yasaların ve anayasal ilkelerin daha derinlemesine bir değerlendirmeye tabi tutulmasını sağlamış ve yargının bağımsızlığını pekiştirmiştir. Dolayısıyla, Bergman Davası, İsrail hukuk sisteminde önemli bir devrim niteliği taşımaktadır⁸⁹. Bergman Davası, İsrail'de yasama üstünlüğü anlayışına ilişkin önemli bir adım oldu. Mahkeme, temel hakların devletin demokratik doğasının bir parçası olarak tanınmasına yönelik bir anlayış geliştirdi. Bu bağlamda insan haklarının, demokratik bir devleti karakterize eden unsurlar arasında yer aldığını vurguladı.

Mahkeme, temel hakların korunmasını sağlamak amacıyla her yasanın, insan haklarını geliştirme amacına yönelik olarak yorumlanması gerektiği varsayımını benimsedi. Ancak bu yargısal koruma hâlâ sınırlıydı. Knesset, parlamenter egemenliğini korumaya devam etti ve bu durum, yargının yetkilerini kısıtlayan bir çerçeve oluşturdu. Sonuç olarak, Bergman Davası, insan haklarının tanınmasında bir adım ileri gitse de yargının Knesset üzerindeki etkisi sınırlı kaldı. Bu da İsrail hukuk sisteminin dinamiklerinde önemli bir gerilim yarattı⁹⁰.

İsrail'deki "anayasal devrim"⁹¹ 1995 yılında United Mizrahi Bank davası⁹² ile daha da pekişmiştir.

Bu dava, Amerikan modeli yargı denetiminin uygulanmasına olanak tanıyan önemli bir içtihat oluşturmuş ve yasaların anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisini güçlendirmiştir. Bu bağlamda İsrail'in anayasal gelişimi, Amerikan sistemine benzer bir şekilde, insan hakları konusunda yeni Temel Yasaların anayasal statüsü ile liberal-demokratik bir gelişim olarak değerlendirilmiştir.

Mahkeme, bu kararında Temel Yasaların, olağan yasalara kıyasla üstün bir normatif statüye sahip olduğunu vurgulamıştır. Knesset'in yasama yetkilerinin sınırlı olduğunu ve olağan yasaların, Temel Kanunların hükümlerine uyum sağlaması gerektiğini belirtmiştir. Önceden, Knesset tarafından çıkarılan Temel Yasaların olağan yasa statüsünde olduğu ve bunların olağan yasalar tarafından ihlal edilebileceği düşünülüyordu. Ancak bu anlayış, sonraki yıllarda köklü bir değişim geçirmiştir. Yüksek

⁸⁹ ROZNAI, Y. & JACOBSON, G. (2020). "Judicial Activism, Courts, and Constitutional Revolutions: The Israeli Case", Cambridge University Press, s. 166-168.

⁹⁰ KLEIN, C. (1969). "Aharon A. Bergman v. The Minister of Finance and. *Israel Law Review*". 4 (4), s. 569-576, s. 569-570.

⁹¹ Anayasal Devrim (Constitutional Revolution) için ayrıca bkz., Kelsen, H. (2006). *General Theory of Law and State*. Piscataway, NJ: Transaction., s. 117. KELSEN, H. (1967) *Pure Theory of Law*, trans. Max Knight (Berkeley: University of California Press), s. 209.; ARENDT, H. (1977) *On Revolution* (London: Penguin).; özellikle bkz. JACOBSON, G. (2012) "Making Sense of the Constitutional Revolution" *Constellations* 19, no. 2: 164; JACOBSON, G. (2014). "Theorizing the Constitutional Revolution," *Journal of Law and Courts* 2): 1, 7; ayrıca bkz. ROZNAI, Y. (2017) *Unconstitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, (Oxford and New York: Oxford University Press.; Yaniv Roznai and JACOBSON, G. (2018) "Amendment and Dismemberment" *Yale International Law Journal* 43; JACOBSON, G. (2006), "An Unconstitutional Constitution? A Comparative Perspective" *International Journal of Constitutional Law* 4, no. 3: s. 460.; ROZNAI, Y. (2018). 'Unconstitutional Constitutional Change by Courts,' *New England Law Review* 51, no. 3, s. 555.

⁹² İsrail Yüksek Mahkemesi, *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village* CA 6821/93 (1995) 49(4) P.D.221.

Mahkeme'nin başyargıcı Aharon Barak, Herut davasında (2003)⁹³ Temel Kanun'u şöyle ifade etmiştir: "Temel Kanun, üstün hukuk normu niteliğindedir. Bir olağan yasal düzenleme, bir Temel Kanun hükmünü değiştirme gücüne sahip değildir... Benzer şekilde, olağan bir kanunun, onu oluşturan sınırlama hükümleri izin vermediği sürece, Temel Kanun hükümlerini ihlal etme yetkisi yoktur. Temel Yasaların bir parçasıdır"⁹⁴.

Yukarıda bahsedildiği gibi Mahkemenin bu tür davalarda verdiği kararlar, İsrail'in anayasal kimliğini koruma işlevi görmüş ve İsrail Yüksek Mahkemesi'ne yasama organının çıkardığı yasaları denetleme gücü vermiştir. Bu, Knesset'in kararlarının insan hakları ve temel özgürlüklerle çelişmesi durumunda, mahkemenin devreye girip yasaları geçersiz kılabileceği anlamına gelmektedir. İsrail'de 1992 Anayasa Devrimi, anayasal yapı ve doktrinler açısından ülkenin hukuk sisteminde derin bir etki yaratmıştır. "İnsan Onuru ve Özgürlüğü" vakası⁹⁵ ve "The Bus" vakası⁹⁶, İsrail Yüksek Mahkemesi'nin anayasal kimliğin korunması için başvurduğu temel yapı doktrininin örnekleridir. Bu vakalarda, mahkeme, Knesset'in bazı yasaları değiştirme veya iptal etme yetkisini sınırlandıran önemli kararlara imza atmıştır. Mahkeme, The Bus vakasında temel yapı doktrinini uygulayarak, Knesset'in belirli Temel Kanunların içeriğini, özel bir çoğunluk olmadan değiştiremeyeceği ilkesini ortaya koydu. Bu yaklaşım, anayasal temellerin korunmasını ve yasaların keyfi olarak değiştirilememesini sağlayarak, Knesset'in yasama yetkisine sınırlamalar getirmektedir. Böylelikle 1992'de gerçekleşen anayasa devrimi, İsrail Yüksek Mahkemesi'nin yetkilerini genişletti ve mahkemeye, Temel Kanunlar çerçevesinde anayasanın temel ilkelerini savunma sorumluluğu verdi. Bu dönemde, Mahkeme Temel Yasaları, İsrail'in fiili anayasası olarak kabul etmiş ve yasaların insan haklarıyla uyumlu olmasını sağlamak için geniş bir yetki kullanmıştır. Anayasa devrimi, İsrail'in anayasa hukukunda büyük bir dönüşüm yaratmış ve temel yapı doktrininin anayasal düzenin koruyucusu olarak yerleşmesine katkı sağlamıştır.

Bu örnekler, Knesset'in özel çoğunluğu olmadan Temel Yasaların belirli bölümlerinin değiştirilemeyeceği ilkesini güçlendirdi. 1992 anayasa devrimi, temel yapı doktrinini oluşturduğu ve Yüksek Mahkemeye İsrail anayasasının temel ilkelerini savunması için daha fazla yetki verdiği için İsrail anayasa hukukunda önemli bir değişiklikti: "*Yeni Temel Yasaların yürürlüğe girmesiyle İsrail'deki insan haklarının statüsünde önemli bir değişiklik meydana geldi. İnsan hakları, anayasal haklara dönüştü. Üst-kanuni anayasal bir statü verildi. Knesset'in bir "normal" yasası bunları değiştiremez. Normal yasama, Temel Yasaların belirlediği talepleri karşılamadıkça korunan bir insan hakkına*

⁹³ İsrail Yüksek Mahkemesi, Herut – The National Jewish Movement v. Justice Mishael Cheshin, Chairman of the Central Elections Committee for the Sixteenth Knesset, HCJ 212/03 (2003), E.T. 09.05.2023, <https://versa.cardozo.yu.edu/sites/default/files/upload/opinions/Herut--The%20National%20Jewish%20Movement%20v.%20Cheshin.pdf>.

⁹⁴ İsrail Yüksek Mahkemesi. (2003). HCJ 212/03, *Herut – The National Jewish Movement v. Justice Mishael Cheshin, Chairman of the Central Elections Committee for the Sixteenth Knesset*. ROZNAI, Y., & JACOBSOHN, G. J. (2020). Judicial activism, courts, and constitutional revolutions: The Israeli case. In S. Khurshid, S. Luthra, L. Malik, & S. Bedi (Eds.), *Judicial activism, courts, and constitutional revolutions* (ss. 170-171). Cambridge University Press.

⁹⁵ İsrail Yüksek Mahkemesi, "The Bus 97435" Case, HCJ 5100/92, K.T: 24 Mart 1993.

⁹⁶ İsrail Yüksek Mahkemesi, "The Bus 97435" Case, HCJ 5100/92, K.T: 24 Mart 1993.

*tecavüz edemez. Anayasal taleplerin ihlali, normal yasayı anayasaya aykırı hale getirir. Bu, anayasal bir kusur taşıyan bir yasadır. Mahkeme bunun geçersizliğini ilan edebilir*⁹⁷.

Ka'adan v. Israel Land Administration⁹⁸ kararı İsrail Yüksek Mahkemesi'nin ayrımcılık karşıtı yargısal denetim gücünü gösteren önemli kararlardan biridir. 1995'ten itibaren Mahkeme, temel hak ve özgürlüklerin korunması adına çeşitli düzenlemeleri anayasaya aykırı bularak geçersiz kılmış ve bu kararda da aynı prensipleri uygulamıştır. Dava, İsraili Arap bir çiftin, İsrail'in Katsir yerleşim yerinde ev inşa etmek için başvuruda bulunmalarının reddedilmesiyle gündeme gelmiştir. İsrail Devleti, yerleşim yerlerinin tahsisi konusunda dini ve milliyet temelinde ayrımcılık yapmakla suçlanmıştır. Mahkeme başyargıca Aharon Barak, bu kararda ayrımcılığa karşı güçlü bir manifesto ortaya koyarak, devletin toprak tahsisi konusunda eşitlik ilkesine uygun hareket etmesi gerektiğini vurgulamıştır. Barak'ın manifestosu, devletin vatandaşlarına eşit davranma zorunluluğunu ve devlet topraklarının tahsisinde din ya da milliyet temelinde ayrımcılık yapılamayacağını açık bir şekilde ifade etmiştir. Bu karar, İsrail'in demokratik ve anayasal düzeninde eşitlik ilkesinin güçlenmesine katkıda bulunmuş ve devletin kamusal kaynakları tahsis ederken tüm vatandaşlarına adil davranmasını zorunlu kılmıştır. Bu karar, Yüksek Mahkeme'nin yargısal denetim yetkisini kullanarak, ayrımcılıkla mücadeleye ve anayasal hakların korunmasına verdiği önemi bir kez daha göstermiştir⁹⁹.

Dünya çapındaki COVID-19 salgını sırasında, İsrail hükümeti, virüsün yayılmasını engellemek amacıyla, yeni koronavirüs testi pozitif çıkan kişiler ve onların yakın temasta bulunduğu kişilerin takibi için izleme teknolojilerini kullanmaya karar verdi. Bu süreçte, İsrail Güvenlik Teşkilatı (ISA) tarafından kullanılan izleme teknolojileri, özellikle vatandaşların mahremiyet haklarıyla ilgili endişeler yarattı.

Bu duruma tepki olarak, dört kuruluş, mahkemeye başvurarak, ISA Yasasının yürürlükten kaldırılmasını veya bu izleme faaliyetlerine izin veren hükümet beyannamesinin iptal edilmesini talep etti. İsrail Yüksek Mahkemesi, davayı inceledikten sonra, ISA tarafından uygulanan gözetim faaliyetlerinin vatandaşların mahremiyet hakkını ihlal ettiğine hükmetti. Mahkeme, ISA'nın normalde güvenlikle ilgili konular için kullanılan izleme teknolojilerinin salgın bağlamında kullanımının orantısız ve gereğinden fazla müdahaleci olduğuna karar verdi. Mahkeme ayrıca, bu tür geniş kapsamlı gözetim uygulamalarının ancak demokratik denetime tabi tutulması durumunda kabul edilebilir olabileceğini belirtti ve bu tür yetkilerin uzun vadede yürütmeye verilmesinin tehlikelerine dikkat çekti. Sonuç olarak, mahkeme hükümete, ISA gözetim uygulamalarına son vermesi gerektiğini vurguladı. Böylece halkın temel hak ve özgürlüklerinin korunmasını sağladı¹⁰⁰. İsrail Yüksek Mahkemesi'nin verdiği bu karar, hükümetin salgın sırasında izleme teknolojilerini kullanma yetkisini ciddi şekilde sınırlamış ve bu tür

⁹⁷ Alıntı: NEUER, s. 16.; ayrıca bkz., İsrail Yüksek Mahkemesi, United Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village (CA 6821/93, 1908/94, 3363/94). (1995), s. 352.

⁹⁸ İsrail Yüksek Mahkemesi. (2000). HCJ 6698/95, *Ka'adan v. Israel Land Administration*, PD 54(1), 258.

⁹⁹ İsrail Yüksek Mahkemesi (2000). HCJ 6698/95, *Ka'adan v. Israel Land Administration*, PD 54(1), 258.

¹⁰⁰ İsrail Yüksek Mahkemesi, HCJ 6732/20 (2021).

araçların kullanılmasında belirli ilkeler getirmiştir. Mahkeme, ISA (İsrail Güvenlik Teşkilatı) izleme aracının, hükümetin elindeki seçenekler arasında son çare olması gerektiğini ve yalnızca epidemiyolojik soruşturmalarda iş birliği yapmayı reddeden bireyler için bir tamamlayıcı araç olarak kullanılabileceğini vurgulamıştır. Kararda, gözetim teknolojilerinin kullanımının ancak ölçülebilir ve nesnel kriterlere dayanarak, son çare olarak uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Bu bağlamda, Mahkeme, hükümetin gözetim aracını kullanmaya devam etmesi için ISA'nın katılımını sınırlayacak ve bu teknolojilerin yalnızca destekleyici amaçla kullanılmasını sağlayacak ölçütler oluşturması gerektiğine hükmetmiştir.

Ayrıca, Mahkeme, böyle geniş çaplı bir gözetim aracının kullanımı için hükümetin, Knesset'ten açık bir yetki alması gerektiğini belirterek birincil düzenleme oluşturulmasının gerekliliğine işaret etmiştir. Hükümetin beyannamesinin yeterli olmayacağını ve böylesine hassas bir konuda, doğrudan yasama organının müdahalesinin gerektiğini ifade etmiştir. Sonuç olarak, Mahkeme, Knesset'in, ISA'nın gözetim faaliyetlerini sürdürebilmesi için geçici bir emir değil, birincil mevzuat yoluyla açık bir yetki vermesi gerektiğine karar vermiştir. Bu, hükümetin salgın sırasında dahi bireylerin mahremiyet haklarına saygı göstermesinin ve izleme yetkilerinin yalnızca gerekli durumlarda kullanılması gerektiğinin altını çizen önemli bir karardır¹⁰¹. İsrail Yüksek Mahkemesi'nin bu kararı, Knesset üzerinde doğrudan bir etki yaratarak, hükümetin İsrail Güvenlik Teşkilatı (ISA) aracının kullanımını düzenlemek zorunda kalmasına yol açtı. Mahkeme, hükümetin salgın sırasında ISA'nın gözetim teknolojilerini kullanma yetkisinin sınırlandırılması gerektiğine karar verdikten sonra, Knesset'e bu teknolojilerin kullanımını belirleyen ve sınırlayan ölçülebilir kriterler getiren bir kanun çıkarma yükümlülüğü doğdu.

Knesset, bu bağlamda Mahkeme'nin talep ettiği ölçütleri oluşturmak ve gözetim aracının yalnızca son çare olarak, belirli durumlarda ve sınırlı bir kapsamda kullanılmasını sağlamak için bir yasama süreci başlattı. Yeni çıkarılan yasada, izleme teknolojilerinin yalnızca epidemiyolojik soruşturmalarda iş birliği yapmayı reddeden kişiler için kullanılacağı ve kullanımın sıkı denetim altında olacağı kuralları getirildi. Böylece ISA, salgınla mücadele gibi olağanüstü durumlarda dahi, bireylerin mahremiyet hakkına saygı gösterilerek faaliyet göstermek zorunda kaldı. Bu kanun, hükümetin gözetim uygulamalarına yasal dayanak sağlarken aynı zamanda demokratik denetim mekanizmalarını güçlendirdi. Böylece Knesset, Mahkeme'nin çizdiği sınırlar çerçevesinde, izleme teknolojilerinin kullanımını düzenleyen ve birey haklarını güvence altına alan bir yasal çerçeve oluşturmuş oldu. İsrail'deki yargıçlar, özellikle son yıllarda, ülkenin demokratik yapısı ve temel haklar konusundaki tartışmalarla yakından ilgilenmiştir. İsrail'in resmi bir yazılı anayasası olmasa da 1992 yılında kabul edilen iki önemli Temel Kanun, "İnsan Onuru ve Özgürlüğü" ve "İş Yerinde Özgürlük" yasaları, fiili olarak bir haklar beyannamesi işlevi görmektedir. Bu Temel Kanunlar, her bireyin çeşitli haklarını güvence altına almakta ve İsrail'in demokratik yapısını koruma konusunda merkezi bir rol oynamaktadır. Bu kanunlar, mülkiyet hakkı, yaşam hakkı, kişisel özgürlük, insan onuru gibi temel

¹⁰¹ İsrail Yüksek Mahkemesi, HCJ 6732/20 (2021).

hakları güvence altına alırken, aynı zamanda bireylerin dilediği meslekte çalışma hakkını korumaktadır. İsrail'deki bu iki yeni Temel Kanun tarafından korunan haklar, ABD ve Kanada gibi ülkelerdeki anayasal haklara benzer şekilde, demokratik devletlerin bireysel özgürlükler üzerine kurduğu hukuki normlarla örtüşmektedir¹⁰². Yüksek Mahkemenin başkanı Aharon Barak bu iki yasanın Mahkeme'nin İsrail'deki temel hak ve özgürlükleri koruma çabalarında daha dikkatli olmasını sağlayacağını ifade etti: “artık ABD, Kanada, Fransa, Almanya, İtalya, Japonya ve diğer batı ülkeleri gibi, İnsan Hakları için bir anayasal savunmaya sahibiz”¹⁰³.

Anayasa yargısında hak eksenli paradigma, özellikle bireysel hakların korunması ve genişletilmesi konusunda önemli bir rol oynamaktadır. Günümüzde İsrail'de hükümetin öne sürdüğü “yargı reformu” çabaları bu tartışmaların merkezindedir. Hükümet, özellikle Yüksek Mahkeme'nin yetkilerini sınırlamayı, yargıç atamalarında mevcut yapıdaki Baro ve Mahkeme'nin etkisini azaltmayı ve seçilmiş yetkililerin bu süreçteki rolünü artırmayı hedeflemektedir. Reformların önemli bir parçası da Yüksek Mahkeme'nin yasaları geçersiz kılma yetkisini sınırlandırmayı veya kaldırmayı amaçlamaktadır. Öneriler arasında, mahkemenin karar alabilmesi için süper çoğunluk şartı (örneğin, 15 yargıcın 12'sinin onayı) getirilmesi de bulunmaktadır. Ayrıca, Yüksek Mahkeme'nin kararlarının Knesset (İsrail Parlamentosu) tarafından iptal edilmesini sağlayacak bir düzenleme önerilmekte, ancak burada da Knesset'te basit çoğunluk (61 oy) mu yoksa süper çoğunluk mu gerektiği konusunda tartışmalar sürmektedir. Bu tartışmalar, yargının bağımsızlığı ile demokratik temsiliyet arasında bir denge arayışını yansıtırken, İsrail'de mevcut siyasi mücadelelerin arka planında önemli bir yer tutmaktadır. Reformlar, hukuk sistemi üzerinde hükümetin daha fazla kontrol sahibi olmasını sağlamaya çalışırken, bu durum birçok kesimde yargının bağımsızlığının tehdit altında olduğu endişelerine yol açmaktadır¹⁰⁴. Yakın tarihte İsrail'deki yargı reformları bağlamında Knesset tarafından tartışılan ve büyük tartışmalara yol açan yasa tasarılarından biri, Yüksek Mahkeme'nin bir yasayı geçersiz kılma yetkisini sınırlamayı hedefliyordu. Bu tasarı, Knesset'te 61 milletvekilinin oyuyla mahkemenin kararını aşarak yasaların geçerli kılınmasını öngörüyordu. Yani, Yüksek Mahkeme bir yasayı anayasaya aykırı bulup iptal etse bile, Knesset'te basit çoğunluk sağlanarak bu kararın etkisiz hale getirilmesi mümkün olacaktı. Ancak bu yasa tasarısı, ciddi bir dirençle karşılaştı ve sonunda reddedildi. Tasarının reddedilmesi, İsrail'de yargının bağımsızlığı ve demokratik denetim süreçleri açısından önemli bir dönüm noktası olarak değerlendirildi. Muhalefet partileri, hukukçular ve geniş halk kesimleri, böyle bir düzenlemenin yargının bağımsızlığını tehlikeye atacağını ve hükümetin gücünü orantısız şekilde artıracığını savunarak, bu girişime karşı çıkmışlardı. Bu gelişme, İsrail'de devam eden yargı reformu

¹⁰² Detaylı olarak bkz., BARAK, 1997, s. 3-21.

¹⁰³ HIRSCHL, R. (1998). Israel's constitutional revolution: The legal interpretation of entrenched civil liberties in an emerging neo-liberal economic order. *American Journal of Comparative Law*, 46(3), s. 427-432.

¹⁰⁴ Bkz., RADAY, F. (2023). Varoluşsal bir tehdit (An existential threat). *Verfassungsblog on Matters Constitutional*, 03.03.2023. https://verfassungsblog.de/support/?mtm_campaign=Home_Button.

tartışmalarının bir parçası olarak, hükümet ile yargı arasındaki güç dengesini nasıl koruyacağına dair soruları gündeme getirmeye devam ediyor¹⁰⁵.

İsrail'deki hükümet koalisyonu, Yüksek Mahkeme'nin "*makul olma doktrini*"ni¹⁰⁶ kullanarak aldığı kararlara karşı ciddi eleştiriler getirmiştir. Bu doktrin, hükümetin veya kamu yetkililerinin kararlarının, makul sınırlar içinde olup olmadığını denetleme yetkisini Mahkeme'ye verir. Yani Mahkeme, bir kararın yasal olup olmamasının ötesinde, mantıklı ve makul olup olmadığını da değerlendirir. Koalisyon hükümeti, bu doktrinin aşırı geniş yorumlandığını ve hükümetin yetkilerini sınırlandırdığını savunmaktadır. Koalisyon, "*makul olma doktrini*"nin sınırlanmasını, hatta kaldırılmasını isteyerek, hükümetin aldığı kararların Yüksek Mahkeme tarafından "*belirsiz*" gerekçelerle iptal edilmesini engellemeyi hedeflemektedir. Bu çaba, hükümetin idari kararları üzerinde yargısal denetimin sınırlandırılmasını ve yargının yürütme üzerindeki etkisinin azaltılmasını amaçlamaktadır. Reform yanlıları, bu doktrinin yargıya fazlasıyla geniş bir takdir yetkisi verdiğini ve demokratik olarak seçilmiş hükümetin iradesinin yargı tarafından aşırı şekilde sınırlandırılmasına neden olduğunu iddia ediyor. Öte yandan, muhalifler ve hukukçular, "*makul olma doktrini*"nin, kamu yararını gözetmek ve keyfi veya kötü niyetli kararların önüne geçmek için önemli bir denge unsuru olduğunu savunmaktadırlar. Doktrinin kaldırılmasının, hükümetin denetimsiz bir şekilde hareket etmesine yol açabileceği ve yargı bağımsızlığını ciddi şekilde zayıflatacağı endişesi dile getirilmektedir. Bu durum, İsrail'de devam eden yargı reformu tartışmalarının önemli bir parçası olarak öne çıkmakta ve hukuk devleti, denge-denetleme mekanizmaları ve demokratik temsiliyet açısından kritik soruları gündeme getirmektedir¹⁰⁷. Aralık 2022'de göreve başlayan İsrail hükümetinde, yargıyı sert şekilde eleştiren Yariv Levin adalet bakanı olarak atandı. Levin, uzun süredir yargının gücünü sınırlandırma taraftarı olan bir politikacı olarak biliniyor. Koalisyon hükümeti, yargı reformunun¹⁰⁸ öncelikli bir hedef olduğunu açıkça belirtmiş ve bu reformun diğer tüm konulardan daha önemli olduğunu vurgulamıştır. Aynı zamanda Aralık 2022'de göreve başlayan yeni hükümette İsrail'deki yargıyı eleştiren Yariv Levin yeni adalet bakanı oldu ve koalisyon hükümeti, her konunun önünde tutulacağını ifade etti. Vakit kaybetmeden

¹⁰⁵ Bkz., Knesset News. (2020). Knesset votes down "override clause" allowing parliament to overturn High Court decisions. 06.08.2020. <https://m.knesset.gov.il/en/news/pressreleases/pages/press6820b.aspx>.

¹⁰⁶ İsrail Yüksek Mahkemesinin verdiği bu kararların etkisini azaltmak ve bu doktrini sınırlamak için Knesset, son zamanlarda yargı reformunu kabul etti. Ancak İsrail v. Hamas Savaşı devam ederken Mahkeme, yargı reformunun ilgili maddesini iptal etti. İsrail hukukunun gelişiminde önemli bir etkiye sahip olan ve İngiliz hukukunun etkileri ile pekişen "*makul olma doktrini*", hükümet otoritesini sarsması nedeniyle hukukun üstünlüğü ilkesiyle çeliştiğini ileri sürülmektedir. (Bkz., Carrie Keller -Lynn, "Knesset begins final votes on reasonableness law, curbing court review of decisions", The Times of İsrail, 23 Temmuz 2023, <https://www.timesofisrael.com/knesset-to-begin-final-votes-on-reasonableness-law-curbing-court-review-of-decisions/>; Amichai Cohen ve Yuval Shany, "The HCJ Strikes Back: Israel's Supreme Court Pulls the Plug on "Judicial Reform"", <https://www.lawfaremedia.org/article/the-hcj-strikes-back-israel-s-supreme-court-pulls-the-plug-on-judicial-reform>, 11 Ocak 2024).

¹⁰⁷ GOLAN, M. (2020). Israel needs a constitutional council. *Hashiloach*, 18.

¹⁰⁸ İsraildeki bu gelişmeler için bkz., Ash Obel, "Coalition agreements require factions give 'total preference' to judicial reforms", The Times of İsrail, 20.12.2022, E.T. 05.08.2023, <https://www.timesofisrael.com/coalition-agreements-require-factions-give-total-preference-to-judicial-reforms/>. Ayrıca bkz. Jeremy Sharon, "Levin unveils bills to remove nearly all High Court's tools for government oversight", The Times of İsrail, 11.01.2023, E.T. 05.08.2023, <https://www.timesofisrael.com/levin-unveils-bills-to-weaken-top-court-enable-laws-to-be-immune-to-judicial-review/>.

Levin, Ocak 2023'te yaptığı basın toplantısında Yüksek Mahkemenin yetkilerinin sınırlanabileceklerini ifade etti ve buna ilişkin "yargı reformu" yasa tasarısını Knesset'e sundu¹⁰⁹.

Yariv Levin, Ocak 2023'te sunduğu yargı reformu yasa tasarısının gerekçelerini açıklarken, İsrail'deki demokratik sistemin tehlikede olduğunu savundu. Levin, "İsrail'de yargıçlar olduğu gibi, parlamento ve hükümet de vardır" diyerek, Yüksek Mahkeme'nin gücünün demokratik sisteme zarar verdiğini iddia etti. Bu bağlamda, özellikle Yüksek Mahkeme'nin, halk tarafından seçilmemiş yargıçlar tarafından yönetildiği ve bu yargıçların hükümetin ve Knesset'in (İsrail parlamentosunun) kararlarını aşırı derecede sınırladığı eleştirisini getirdi. Levin, Yüksek Mahkeme'nin, demokratik olarak seçilmiş hükümetin ve parlamento üyelerinin yetkilerini aşındırdığını belirterek, demokrasinin gerçek anlamda işlemesi için reformların şart olduğunu ileri sürdü. Ona göre, hükümet ve parlamento, doğrudan halkın iradesini temsil ederken, seçilmemiş yargıçların halk adına karar verme yetkisi olmamalıydı. Levin'in bu açıklamaları, yürütme ve yasama organlarının yargı üzerindeki etkisinin artırılması gerektiği yönündeki görüşünün temelini oluşturmaktaydı¹¹⁰. Levin'in bu görüşü, hükümetin yasama ve yürütme süreçlerindeki etkinliğini artırmak ve yargının bu süreçlere müdahale etmesini sınırlamak amacı taşımaktaydı. Ancak bu yaklaşım, yargı bağımsızlığının tehlikeye girebileceği ve güçler ayrılığı ilkesinin zayıflayabileceği endişelerini de beraberinde getirdi. Reform karşıtları, bu tür değişikliklerin demokratik dengeyi bozacağını ve hükümetin gücünü orantısız şekilde artırarak denetimsiz bir yürütme yaratacağını savunmaktadır. Knesset'e sunulan bu yasa tasarısından sonra başını akademisyenler ve hukukçular ile baroların çektiği mitingler ile büyüyen bir protesto haline geldi. Protestocular bu tasarının geçmesi halinde İsrail'deki liberal-demokrasinin sonu olacağını iddia ettiler. Yüksek Mahkeme başyargıcı Esther Hayut, bu yasa tasarısının hukuk devletine yapılan en büyük saldırı olduğunu ifade etti. Hayut bu reform tasarısının İsrail devletinin demokratik kimliğine bir darbe oluşturacağını ve yargı bağımsızlığına asıl darbeyi vuracağını vurguladı¹¹¹.

Yargı reformunu eleştirenler, bu reformun demokratik yapı ve yargı bağımsızlığı üzerindeki etkilerinden endişe ederek Yüksek Mahkeme'ye başvuru yaptılar. Başvuru, özellikle yasanın askıya alınması ve nihayetinde iptal edilmesi talebini içeriyordu. Bu başvurunun odak noktalarından biri, reformun "makullük" doktrini üzerindeki etkisiydi. Eleştirenler, bu doktrinin iptal edilmesinin, Yüksek Mahkeme'nin hükümetin kararlarını denetleme yetkisini zayıflatacağını savunuyorlardı. Reform karşıtları, söz konusu yasa ile insan haklarının korunmasının ciddi şekilde sınırlandırılacağını iddia etmekteydiler. Reformun hukukun üstünlüğünü sarsacağı, kuvvetler ayrılığını zedeleyeceği ve Mahkeme'nin ahlaki bütünlüğünü zayıflatacağı öne sürülüyordu. Reform karşıtlarına göre Yüksek

¹⁰⁹ ROZNAI, Y. & COHEN, A. (2023). "Populist Constitutionalism And The Judicial Overhaul In İsrail", Israel Law Review, E.T. 02.10.2023, <https://ssrn.com/abstract=>.

¹¹⁰ ALTERMAN, O. "Israel's Justice Minister Levin presents dramatic court reforms", i24news, 05.01.2023, E.T. 02.10.2023, <https://www.i24news.tv/en/news/israel/politics/1672867118-israel-s-justice-minister-levin-presents-controversial-court-reforms>.

¹¹¹ SHAFIR, N. "Supreme Court President Hayut blasts judicial reform plan", Globes, 12. 01. 2023, E.T. 02.10.2023, <https://en.globes.co.il/en/article-supreme-court-president-hayut-blasts-judicial-reform-plan-1001435441>.

Mahkeme'nin bu tür düzenlemeler karşısında halkın haklarını koruma kapasitesi ciddi anlamda zarar görecekti. Bu eleştiriler, İsrail'deki kuvvetler ayrılığına ve denge-denetleme mekanizmalarına dair endişeleri derinleştirdi. Özellikle, hükümetin bu reformlarla yargıyı kontrol altına alarak demokratik sistemin temel taşlarını zayıflatacağı korkusu, geniş bir muhalefete ve protestolara neden oldu¹¹².

İsrail anayasasına aykırı olduğu bahsiyle İsrail Yüksek Mahkemesine bu yasanın iptali için başvurulması üzerine Mahkeme yasanın ilgili maddesini “yargı bağımsızlığına darbe” olarak görüp ülkenin demokrasi geleneğine büyük bir zarar vereceği gerekçesiyle yasanın ilgili maddesine iptal etti. İsrail Yüksek Mahkemesi'ne yapılan başvuru sonucunda, yargı reformunun bazı maddelerinin İsrail'in anayasal düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle incelenmesi talep edildi. Mahkeme, özellikle “yargı bağımsızlığı” ve “düzenin korunması” açısından bu reformun tehlikeli sonuçlar doğurabileceğine dikkat çekti. Yüksek Mahkeme, yasadaki bazı maddelerin "yargı bağımsızlığına darbe" olarak değerlendirildiğini belirtti. Mahkeme, bu maddelerin yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı üzerinde ciddi bir tehdit oluşturduğunu ve ülkenin demokrasi geleneğine büyük bir zarar vereceğini ifade etti. Özellikle, reformların Yüksek Mahkeme'nin hükümetin kararlarını denetleme yetkisini aşırı şekilde sınırladığına ve yürütmenin yargı üzerindeki etkisini artırarak demokratik dengeyi bozduğuna vurgu yaptı. Bu gerekçelerle Mahkeme, yasanın ilgili maddesini iptal etti. Karar, İsrail'deki yargı bağımsızlığını ve demokratik dengeyi koruma çabası olarak yorumlandı. Ancak hükümet ve reformu destekleyenler, bu iptalin demokratik iradeye karşı bir müdahale olduğunu savundu. Karar, İsrail'de zaten gergin olan yargı reformu tartışmalarını daha da alevlendirdi ve toplumun farklı kesimlerinde güçlü tepkilere yol açtı¹¹³. İsrail'deki yargı reformu tasarısı, Yüksek Mahkeme'nin yetkilerini sınırlamayı ve hükümetin yargı üzerindeki etkisini artırmayı amaçlayan önemli düzenlemeler içeriyordu. Bu reformun en tartışmalı maddelerinden biri, Yüksek Mahkeme başkanının hükümetin etkisi altındaki bir kurum olan yargı komitesi tarafından atanmasını öngörüyordu. Bu düzenleme, Yüksek Mahkeme'nin bağımsızlığına doğrudan bir tehdit olarak görüldü çünkü bu yolla hükümetin, başkanın atanması üzerinde büyük bir etki sahibi olması sağlanacaktı. Yasa tasarısı, Yüksek Mahkeme'nin yürütme üzerindeki denetim gücünü sınırlarken hükümetin yargı üzerinde daha fazla kontrol sahibi olmasına olanak tanıyordu. Bunun sonucunda, Yüksek Mahkeme'nin bağımsızlığı ve tarafsızlığına yönelik ciddi endişeler dile getirildi. Yüksek Mahkeme, kendisine yapılan başvuru üzerine tasarının anayasal yapıya aykırı olduğunu değerlendirdi. Mahkeme'de yapılan oylama sonucunda, 15 yargıçtan 8'i yasanın ilgili maddesinin iptal edilmesine karar verdi. Yargıçların çoğunluğu, hükümetin yargı üzerindeki kontrolünün artmasının yargı bağımsızlığını baltalayacağını ve demokratik dengeyi bozacağını vurguladı. Bu kararla birlikte, Mahkeme reformun ilgili maddesinin iptaline

¹¹² Patrick Kingsley & Aaron Boxerman, “Israel’s High Court Says It Will Review Netanyahu’s Judicial Overhaul”, 26 Temmuz 2023, New York Times, <https://www.nytimes.com/2023/07/26/world/middleeast/israel-supreme-court-judicial-overhaul-netanyahu.html>.

¹¹³ Bkz., Jeremy Sharon, “In historic ruling, High Court strikes down key judicial overhaul legislation”, 1 Ocak 2024, The Times of Israel, <https://www.timesofisrael.com/in-historic-ruling-high-court-strikes-down-key-judicial-overhaul-legislation/>

hükmetti. Bu karar, İsrail'deki yargı bağımsızlığı açısından kritik bir adım olarak görüldü, ancak aynı zamanda reform yanlıları tarafından sert eleştirilere maruz kaldı. Reform destekçileri, Mahkeme'nin bu iptal kararıyla seçilmiş hükümetin iradesine müdahale ettiğini savunurken reform karşıtları kararı, hukukun üstünlüğünü ve demokratik düzeni koruma yönünde atılmış bir adım olarak değerlendirdi¹¹⁴.

İsrail Yüksek Mahkemesi'nin hikayesi, bir devlet teorisinin geliştirilmesinde ilginç bir vaka çalışması olarak görülmektedir. Anayasal demokrasilerdeki kuvvetler ayrılığının ya da yerleşik bir haklar bildirgesinin yokluğunda bile Yüksek Mahkemenin, demokrasiyi ayakta tutmak için yeterli olabileceğine dair Madisoncu argüman oldukça önemlidir¹¹⁵.

İsrail Yüksek Mahkemesi, kişi temel hak ve hürriyetlerini korumadaki rolüyle ülkenin hukuk sistemi içinde kritik bir yere sahiptir. İnsan haklarının korunmasına yönelik kararları, İsrail'deki örf ve âdet hukukunun, yani "common law" geleneğine dayalı hukuk anlayışının güçlenmesine katkıda bulunmuştur. İsrail, yazılı bir anayasaya sahip olmamakla birlikte, Yüksek Mahkeme'nin temel yasalar ve anayasal ilkeler doğrultusunda aldığı kararlar, bu boşluğu dolduran ve hukuki sistemi geliştiren önemli bir kaynak olarak görülmektedir. Common law hukuk sistemlerinde olduğu gibi İsrail'de de yargıçlar, sadece yasaları uygulamakla kalmayıp, aynı zamanda yasaların gelişimine katkıda bulunan önemli aktörlerdir. Bu sistemde yargıçlar, yasama işlemlerine dolaylı olarak katkı sağlayan bir rol üstlenirler. Bir yargıcın hukuki yorumu, yasa maddelerine şekil verebilir ve bazen yasa yapıcıların öngöremediği durumlarda yasaya yeni anlamlar kazandırabilir.

Yargıçların bu yetkisi, precedent (emsal karar) mekanizması ile de desteklenir. Bir yargıç, önüne getirilen bir dava ile ilgili olarak verdiği karar, o davanın konusu olan kanunun nasıl yorumlanacağına dair önemli bir örnek teşkil eder ve bu yorum, gelecekte benzer davalarda uygulanarak kanunun gelişimine katkı sağlar. Böylece, İsrail'deki yargı sistemi, yasaların durağan olmadığı, aksine yargıçların kararlarıyla şekillenen ve gelişen bir yapıya sahiptir. Bu süreç, özellikle insan hakları konularında Yüksek Mahkeme'nin önemli bir denetleyici rol oynamasına olanak tanır. İsrail'de Yüksek Mahkeme, yasama ve yürütme organlarının kararlarını anayasaya uygunluk açısından denetleyerek, kişi hak ve özgürlüklerini koruma misyonunu üstlenmiş durumda. Bu nedenle yargı, sadece adalet dağıtan değil, aynı zamanda yasaların dinamik bir biçimde gelişmesini sağlayan bir aktör olarak kabul edilmektedir¹¹⁶. Yargıç Aharon Barak İsrail'de "örf ve âdet hukuku"nun uygulanmasını şöyle açıklamaktadır: "*Common law hukukunun "İsrail versiyonu", İsrail'in mirasından çıkarılabilecek çeşitli olasılıkları olan bir dizi çözüm veya gelişme sağlar. Bu gibi durumlarda Yüksek Mahkemenin kanun hükmündeki beyanı da kanun koyucudur. Yargılamadan önce var olan hukuk, ondan sonra var olanla*

¹¹⁴ Bkz., Jeremy Sharon, "Will the High Court rulings against the judicial overhaul become a permanent revolution?" 8 Ocak 2024, The Times of Israel, <https://www.timesofisrael.com/will-the-high-court-rulings-against-the-judicial-overhaul-become-a-permanent-revolution/>

¹¹⁵ SALZBERGER, E. (2007). "Judicial Activism in Israel: Sources, Forms and Manifestations".

¹¹⁶ SHULTZINER, D. (2009). "Israel Studies An Anthology: Between Basic Norms and Basic Laws: Human Rights and the Supreme Court in Israel".

aynı değildir. Yargısal bir karardan önce, yasa veya temel yasa, bir dizi sesle konuştu. Yargısal bir tespitin ardından kanun veya temel kanun tek ağızdan konuşur. Birden çok olasılığın belirsizliğinden tek bir çözümde var olan kesinliğe geçiş, yalnızca bir hukuk beyanını değil, aynı zamanda hukukun yaratılmasını da içerir. Bu “yargı mevzuatı”dır¹¹⁷.

Yargıç Barak'ın yukarıda ifade ettiği yasa yapma süreci, esasen bir yargı içtihadıdır. Başka bir deyişle, yargıç Aharon Barak, Yüksek Mahkeme'nin yasa yapma sürecinde oynadığı rolü vurgularken, bu sürecin esasen bir yargı içtihadı olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda, Yüksek Mahkeme'nin verdiği kararlar, içtihat hukuku çerçevesinde, sonraki benzer davaların değerlendirilmesinde mahkemeler için bağlayıcı birer örnek teşkil eder. Yani, bir karar alındıktan sonra, aynı ya da benzer konularda diğer mahkemelerin bu kararı dikkate alması gerekmektedir. Yüksek Mahkeme'nin bu şekildeki kararları, sadece mahkemeleri değil, aynı zamanda devletin diğer organlarını da bağlayıcı nitelik taşımaktadır. Emsal kararlar, yasama ve yürütme organlarının işleyişini etkileyerek, hukukun üstünlüğü ve devletin işleyişi üzerinde belirleyici bir etkiye sahip olur. Bu süreç, Yüksek Mahkeme'nin içtihatları aracılığıyla kişi temel hak ve hürriyetlerine yönelik korumalar geliştirmesine olanak tanır. İsrail'deki anayasal sistemin eksikliklerine rağmen, Yüksek Mahkeme, İsrail Anayasal Devrimi olarak adlandırılan döneme kadar insan haklarının gelişimini içtihatlar yoluyla sağladı. Bu, İsrail'in yazılı bir anayasası olmamasına rağmen, Yüksek Mahkeme'nin çeşitli insan hakları ihlallerine karşı etkin bir denetim mekanizması işlevi görmesini mümkün kıldı. Barak'ın liderliğindeki Yüksek Mahkeme, hukukun üstünlüğünü korumak ve bireylerin haklarını savunmak adına kritik bir rol oynamıştır. Bu tür içtihatlar, hukukun gelişimi ve insan haklarının korunması açısından önemli bir mekanizma olarak işlev görmektedir. Yargıç Barak'ın vurguladığı gibi, bu içtihatlar, yargının bağımsızlığı ve insan haklarının korunması açısından önemli bir zemin oluşturmakta ve İsrail'deki demokratik değerlere katkı sağlamaktadır¹¹⁸.

1990'ların ortalarında, İsrail'de gerçekleşen olağanüstü yasal dönüşüm, ülkenin hukuk sisteminde önemli bir değişim ve gelişim sürecini temsil etmektedir. Bu dönüşüm, İsrail Anayasal Devrimi olarak adlandırılmakta ve yazılı olmayan bir anayasaya, parlamenter üstünlüğe ve yasaların yargı denetimine tabi olmaması gibi eski İngiliz hukuk geleneğinden yeni bir rejim yaratma çabası olarak görülmektedir. Anayasal devrim, yargı denetimini ve Temel Kanunların üstünlüğünü ön plana çıkaran sağlam bir anayasa anlayışını içermektedir. Bu bağlamda, yargının rolü, yasaların nasıl yorumlandığı ve uygulandığı konusunda kritik bir öneme sahip olmuştur. Yüksek Mahkeme, verdiği kararlarla bu sürecin gelişiminde belirleyici bir aktör olarak öne çıkmış; yargı bağımsızlığını koruma, insan haklarını güvence altına alma ve hukukun üstünlüğünü sağlama adına önemli işlevler üstlenmiştir. Upendra Baxi'nin belirttiği gibi, yargıçlardan yalnızca yargısal güçlerini etkili bir şekilde kullanmaları beklenmemekte,

¹¹⁷ Alıntı: SHULTZINER, D. “Israel Studies An Anthology : Between Basic Norms and Basic Laws: Human Rights and the Supreme Court in Israel”, s. 5-6; Ayrıca bkz. BARAK, A. (2002). “The Role of a Supreme Court in a Democracy”, 53 Hastings L.J. 1205.

¹¹⁸ SHULTZINER, D. (2009). “Israel Studies An Anthology: Between Basic Norms and Basic Laws: Human Rights and the Supreme Court in Israel”, s. 5-6.

aynı zamanda devlet ve sivil toplum arasındaki ilişkilerdeki tarihi dönüşümün hızını artırmaları da beklenmektedir. Bu, yargıçların yalnızca hukuk kurallarını uygulayan birer yargı mensubu olmaktan öte, toplumsal adalet ve insan hakları konularında aktif rol almalarını gerektiren bir durumdur. İsrail'deki bu yasal dönüşüm, sadece hukukun evrimini değil, aynı zamanda toplumsal yapıyı ve demokratik değerleri de şekillendiren bir süreci temsil etmektedir. Yargının güçlendirilmesi ve insan haklarının korunması, bu dönüşümün en önemli başarılarından biri olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, İsrail Anayasal Devrimi, tarihsel bir dönüşümün parçası olarak, yargı bağımsızlığını ve temel hakların güvence altına alınmasını sağlayan bir model sunmaktadır¹¹⁹. Hiç şüphe yok ki, iyi ya da kötü, İsrail yargısı İsrail'deki tarihi dönüşüm hızını artırdı. Devrim niteliğinde, anayasa değişikliğini savunan kararları ve mahkemenin aktivist rolü etkili olmuştur¹²⁰.

V. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'nin "yargısal aktivizm" kavramı, Mahkemenin yargılama sürecindeki rolü ve sınırları açısından farklı yönlerden tartışılabilmektedir. Yargısal aktivizm, genel anlamda yargının, yasama veya yürütme organlarının yetki alanına müdahale ederek, kararlarıyla toplumsal veya politik alanda değişiklik yaratma eğiliminde olması şeklinde tanımlanır. Bu çerçevede, Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararların bazen yasamanın alanını daraltmaya yönelik olarak değerlendirilebilmesi, mahkemenin aktivist bir yaklaşım benimseyip benimsemediği konusunu gündeme getirebilmektedir. Mesela, anayasa yargılaması yapan mahkemelerin verdiği bir kararın yasamanın alanını daraltmaya yönelikken aynı zamanda bu kararın aktivist bir tutum içinde olup olmadığı hususunda da bir değerlendirmeye ihtiyaç duyabilmektedir¹²¹. Türkiye'de ise yargısal aktivizm kavramı, Yüksek Mahkemenin yaptığı anayasallık denetiminde gündeme gelmektedir¹²². Ancak, yargısal aktivizm dediğimiz durum sadece anayasallık denetimi ile sınırlı olmayıp özellikle siyasi parti kapatma kararlarında daha belirgin ve tartışmalı bir şekilde kendini göstermiştir. Türkiye'de Anayasa Mahkemesi, anayasal düzenin korunması ve demokrasinin işleyişinin güvence altına alınması adına çeşitli siyasi partilerin kapatılması yönünde kararlar vermiştir. Bu tür kararlar, yargının siyasete müdahale ettiği eleştirilerine yol açarak yargısal aktivizm tartışmalarını derinleştirmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararları; yargısal aktivizmin sınırları, demokratik süreçlerin korunması ve yargının siyasete müdahalesi üzerine önemli sorular ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle parti kapatma davaları,

¹¹⁹ Bkz. HIRSCHL, 1998, s. 427.; Yaniv Roznai, 'Constitutional Paternalism: The Israeli Supreme Court as Guardian of the Knesset,' *Verfassung und Recht in Übersee* 51, no. 4 (2018–2019): s. 415.

¹²⁰ ROZNAI, Y. ve JACOBSOHN, G. (2020). "Judicial Activism, Courts, and Constitutional Revolutions", s. 178.

¹²¹ YOUNG, A. (2002). "Judicial Activism and Conservative Politics", *Colorado Law Review*, 73(4), s. 1141-1142

¹²² HAKYEMEZ, Y.Ş. (2009). *Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 34.

Türkiye'de yargının siyasi sürece nasıl etki ettiği ve bu müdahalenin sınırlarının nasıl belirlenmesi gerektiği konusundaki tartışmaları yoğunlaştırmaktadır¹²³.

Temel haklar ve siyasi haklar konusunda Anayasa Mahkemelerinin aktivist bir tutum benimsemesi, demokratikleşme sürecine olumlu katkılar sağlayabilmektedir. Bu tür bir yaklaşım, özellikle bireylerin hak ve özgürlüklerini koruma ve güçlendirme açısından önemli bir rol oynamaktadır. Yargısal aktivizm, yasama organının hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı veya ihlal edici kararlarına karşı yargının denetim işlevini etkin bir şekilde yerine getirdiği anlamına gelebilir. Böylece anayasa yargısının aktivist tutumu, demokrasiyi ve bireysel özgürlükleri koruma açısından yapıcı bir rol üstlenebilir. 1982 Anayasası'nın, yargısal aktivizme elverişli bazı hükümler içerdiği ve özellikle Başlangıç bölümünde yer alan "Atatürk milliyetçiliği", "Türk milli menfaatleri" gibi muğlak ve geniş kapsamlı kavramların, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarını etkilediği görülmektedir. Bu kavramların belirsizliği, mahkemenin bu kavramları geniş yorumlayarak yasama organının politikalarını ve kararlarını denetleme alanında daha aktif olmasına olanak tanımaktadır. Böylelikle mahkeme, devletin ideolojik çerçevesini koruma görevi kapsamında yasama organına karşı aktivist bir tutum takınabilmektedir¹²⁴.

Mahkeme'nin "367 Krizi"¹²⁵ olarak bilinen kararı ve parlamento ile arasındaki çatışma, 2007 yılında, Cumhurbaşkanlığı seçimi konusunda verdiği kararla farklı bir mecraya taşınmıştır. Mahkeme, ilgili kararında, "367 Krizi" olarak bilinen karar, Türkiye'deki Anayasa Mahkemesi ile parlamento arasındaki ilişkiyi gerilime sürükleyen önemli bir dönüm noktasıdır. 2007 yılında Cumhurbaşkanlığı seçimi sürecinde ortaya çıkan bu kriz, Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlar yeni bir boyut kazanmış ve Mahkeme ile yasama organı arasındaki çatışmayı derinleştirmiştir. Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanı seçimine ilişkin Anayasa'nın 102. maddesinde düzenlenen "üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu" hükmünü, sadece karar yeter sayısı değil, aynı zamanda toplantı yeter sayısı olarak da yorumlamıştır. Bu yorumla Mahkeme, Meclisin 27 Nisan 2007 tarihli 96. Birleşiminde, TBMM Başkanı'nın 184 üyenin toplantı yeter sayısı için yeterli olduğu yönündeki kararını iptal etmiş ve bu kararı "eylemli bir İçtüzük değişikliği" olarak nitelendirip yürütmesini durdurmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, yargısal aktivizm tartışmalarını yoğunlaştırmıştır. Karar, birçok hukukçu ve siyasi aktör tarafından, Mahkeme'nin yetki sınırlarını aşarak yasama organının yetki alanına müdahale ettiği ve siyasi süreçleri şekillendirmeye çalıştığı yönünde eleştirilmiştir. Mahkeme'nin, toplantı yeter sayısını belirlemek için Anayasa'nın 102. maddesini bu şekilde geniş yorumlaması, yasama

¹²³ Bkz. ÖZBUDUN, E. (2007). "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasi Elitlerin Tepkisi". AÜSBF Dergisi, 62(3), s. 257-268.

¹²⁴ ÖZBUDUN, 2007, s. 260

¹²⁵ TBMM'de 2007 yılındaki Cumhurbaşkanlığı seçimini ilk tur oylaması yapılırken toplantı yetersayısının tıpkı karar yeter sayısı nisabı olan üçte ikilik çoğunluğa tekabül ettiğini ve bu nisap sağlanmadan 27 Nisan 2007 tarihindeki toplantının TBMM İçtüzüğü'nün 102'nci maddesine aykırı olduğunu, TBMM'nin İçtüzüğü'nün ilgili hükümlerine aykırı olarak gerçekleştirilen bu toplantının "eylemli içtüzük değişikliği" niteliğinde olduğu hasebiyle Anayasa Mahkemesi'nce denetlenip iptal edilmesi varsayımına dayanmaktadır. Bkz. Türk Yüksek Mahkemesi, E. 2007/45, K. 2007/54 T. 01.05.2007.

yetkisinin doğrudan yargı denetimine tabi tutulup tutulamayacağına dair tartışmaları beraberinde getirmiştir. Mahkemenin, bu kararında bir yargısal aktivizm yaptığı, yani Anayasa tarafından kendisine verilen yetki sınırlarını aşmış olduğu apaçık ortadadır¹²⁶.

2007 yılında Anayasa Mahkemesi'nin verdiği meşhur "367 kararı"¹²⁷, Türkiye'de yargı ve siyaset arasındaki ilişkiye dair önemli bir tartışmanın fitilini ateşlemiştir. Bu karar, Mahkeme'nin kendi meşruiyeti ve rolü üzerine soru işaretleri yaratırken, aynı zamanda siyaset alanını daraltması nedeniyle yoğun eleştirilere maruz kalmıştır. Özellikle, Mahkeme'nin anayasa değişikliklerini esas bakımından inceleme yetkisini kendisine tanınması ve bu yöndeki kararları, yargının yasama ve yürütme üzerindeki etkisini sorgulayan yargısal aktivizm tartışmalarını daha da derinleştirmiştir¹²⁸.

Gerçekten de Mahkeme, "367 Kararı" ile yargısal aktivizm tartışmalarının merkezine yerleşmiştir. Mahkeme, bu kararda, Anayasa'da açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen, nitelikli bir toplantı yeter sayısı belirleyerek, kanun koyucunun görev alanına müdahale etmiştir. Anayasa'nın 102. maddesi, Cumhurbaşkanı seçimi için sadece nitelikli bir karar yeter sayısı öngörmesine rağmen, Mahkeme bu hükmü geniş yorumlayarak, toplantı yeter sayısına da uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Bu durum, Anayasa Mahkemesi'nin yasama organının yetki alanına müdahale ettiği ve Anayasa'da açıkça düzenlenmemiş bir konuda aktivist bir tavır sergilediği şeklinde yorumlanmıştır¹²⁹.

Yine, 1980'ler ve 1990'larda Türkiye'de üniversitelerde başörtüsü tartışmaları, yargı ve siyaset alanında önemli bir gerilim yaratmıştı. Danıştay'ın üniversite yönetimlerinin başörtüsüne yönelik yasakçı uygulamalarını destekleyen kararlarının ardından, dönemin iktidar partisi olan Anavatan Partisi (ANAP), öğrencilerin dini inançları gereği başörtüsü takmalarına izin veren bir yasa çıkardı. Ancak bu yasa, Anayasa Mahkemesi'ne taşındı ve Mahkeme, laiklik ilkesini merkeze alan önemli bir karar verdi. Anayasa Mahkemesi, söz konusu yasayı laiklik ilkesi çerçevesinde değerlendirdi ve şu temel gerekçelere dayandı: Mahkeme, laikliğin sadece din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılması olarak dar bir anlamda yorumlanamayacağını belirtti. Laikliğin, devletin kararlarında dini inançların değil, aklın ve bilimin rehber olması gerektiğini vurguladı. Yani, devletin egemenlik gücünü herhangi bir dinin inanç ve değer sistemine dayandırmasının mümkün olmadığını ifade etti. Ayrıca Mahkeme, laikliğin kabul edildiği bir sistemde, yasaların herhangi bir dinin akidelerine dayandırılmayacağını, devletin ve hukukun dinlerden bağımsız bir temelde işleyişini sürdürmesi gerektiğini ifade etti. Bu bağlamda,

¹²⁶ KORUCU, S. (2013). "Yargısal Aktivizmin Kavramsal Analizi". Liberal Düşünce Dergisi, S. 69-70, Kış- Bahar, s. 223. Ayrıca bkz. GÖZLER, K. (2007). "Cumhurbaşkanının Seçimi Konusunda Bir Açıklama". Türkiye Günlüğü, Sayı 89, Yaz 2007, (s. 17-23.), özellikle s. 17-19.

¹²⁷ TBMM'de 2007 yılındaki Cumhurbaşkanlığı seçimini ilk tur oylaması yapılırken toplantı yetersayısının tıpkı karar yeter sayısı nisabı olan üçte ikilik çoğunluğa tekabül ettiğini ve bu nisap sağlanmadan 27 Nisan 2007 tarihindeki toplantının TBMM İçtüzüğü'nün 102'nci maddesine aykırı olduğunu, TBMM'nin İçtüzüğü'nün ilgili hükümlerine aykırı olarak gerçekleştirilen bu toplantının "eylemli içtüzük değişikliği" niteliğinde olduğu hasebiyle Türk Yüksek Mahkemesi tarafından denetlenip iptal edilmesi varsayımına dayanmaktadır. Bkz. Türk Yüksek Mahkemesi, E.S.: 2007/45, K.S.: 2007/54 K.T.: 01.05.2007

¹²⁸ KORUCU, 2013, s. 201.

¹²⁹ KORUCU, 2013, s. 223.

başörtüsüne yönelik yasayı, dini inançları temele alarak düzenlenmiş bir girişim olarak değerlendirip iptal etti. Bu karar, Türkiye'de laiklik anlayışının kapsamını genişleten ve özellikle devletin tarafsızlığını koruma konusundaki hassasiyeti vurgulayan bir içtihat olarak önemli bir yer tuttu. Laiklik ilkesi, yalnızca dinin devletten ayrılması olarak görülmekle kalmayıp, aynı zamanda devlette dini referansların etkisini tamamen dışlayan bir yaklaşımla tanımlandı¹³⁰.

Yine, türban sorunu ilgili başka bir kararında Mahkeme, üniversitelerde başörtüsü giyilmesinin Anayasa'nın laiklik ilkesi ile bağdaşmadığına daha önce hükmetmiş olduğu gerekçesiyle, bu konuda çıkarılacak yeni yasaların da türban yaşağını kaldırma sonucunu doğuramayacağını ifade etmiştir¹³¹.

Devamında 2008 yılında, Adalet ve Kalkınma Partisi (AK Parti) ile Milliyetçi Hareket Partisi (MHP) tarafından yapılan anayasa değişiklikleri, Anayasa Mahkemesi tarafından önemli bir tartışma konusu haline gelmiştir. Bu değişiklikler, Anayasa'nın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesi ve eğitim ve öğretim hakkını düzenleyen 42. maddesi üzerinde yapılmıştı. Amaç, üniversitelerdeki başörtüsü yaşağını kaldırarak öğrencilere daha fazla özgürlük tanımaktı. Ancak Anayasa Mahkemesi, bu değişiklikleri Anayasa'nın 4. maddesinde yer alan değiştirilemez nitelikteki laiklik ilkesine aykırı bularak iptal etti. Mahkeme'nin kararı, laiklik ilkesine yapılan bu vurgu nedeniyle şekil denetiminin ötesine geçerek esastan bir inceleme yapması şeklinde yorumlandı. Oysa Anayasa'nın 148. maddesi Mahkeme'ye, anayasa değişikliklerini yalnızca şekil yönünden inceleme yetkisi tanımaktadır. Şekil denetimi, yalnızca anayasa değişikliğinin teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülmeme şartlarına uyulup uyulmadığına odaklanmakla sınırlıdır. Ancak Mahkeme, bu sınırı aşarak esasa ilişkin bir inceleme yapmış ve değişikliğin laiklik ilkesine aykırı olduğunu belirterek iptal kararı vermiştir. Bu karar, yargısal aktivizm tartışmalarını daha da derinleştirmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın 148. maddesinde yer alan şekil denetimi yetkisini aşarak esas denetimi yapması, yargının kendisine verilen yetkileri genişlettiği ve yasama organının alanına müdahale ettiği eleştirilerine neden olmuştur. Mahkeme, bu kararla birlikte, laiklik ilkesini koruma adına anayasa değişikliklerini iptal edebileceği yönündeki güçlü bir içtihat oluşturmuş ancak aynı zamanda yasama ve yürütme ile olan güç dengesini sorgulatan bir konuma gelmiştir¹³². Anayasa Mahkemesi'nin 2008 yılında yaptığı anayasa değişiklikleriyle ilgili iptal kararı, yargı yetkilerinin sınırlarının ne şekilde yorumlandığına dair önemli bir tartışma yaratmıştır. Anayasa'nın açık

¹³⁰ Mahkemenin ilgili kararında yaptığı laiklik tanımı bize Comte'çu bir pozitivist anlayışı anımsatmaktadır. Nitekim Mahkemeye göre, "laiklik dinselikle bilimselliği birbirinden ayırmış" ve bu durum uygarlık yürüyüşümüzü hızlandırmış, laiklikten kasıt din ve devlet işlerinin ayrılması değil, devletin dini inanışlar üzerindeki alanın çok daha geniş olmasıdır. (Türk Yüksek Mahkemesi, E.S.: 1989/1, K.T.: 1989/12, K.T.: 7.03.1989, AMKD, S. 25, s. 133-165. Ayrıca bkz. ÖZBUDUN E. (2017). Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 85-86.

¹³¹ Bu kararında Mahkeme "anayasaya uygun yorum" denilen yöntemi kullanmıştır. (Türk Yüksek Mahkemesi, E.S.: 1990/36, K.T.: 1991/8, K.T.: 9.03.1991, AMKD, S. 27, Cilt 1, s. 285-323; bu kararın detaylı eleştirisi için bkz. ERDOĞAN, M. (2002). Anayasa ve Özgürlük, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 111-126.

¹³² ÖZBUDUN, E. (2009). "Judicial Review of Constitutional Amendments in Turkey". European Public Law 15, No. 4): 533-538; ROZNAI, Y. & YOLCU, S. (2012). "An Unconstitution Constitutional Amendment - The Turkish Perspective: A Comment on the Turkish Constitutional Court's Headscarf" , 10(1) Int'l J. Const. L. 175; Türk Yüksek Mahkemesi, E.S.: 2008/16, K.T.: 2008/116, K.T.: 5.06.2008, Resmi Gazete, 22.10.2008, s. 27032.

hükümlerine göre, Mahkeme, anayasa değişikliklerini yalnızca şekil şartları bakımından denetleyebilmekte ve bu denetim, Anayasa'nın 148. maddesi ile belirlenmiştir. Bu madde, Mahkeme'nin denetim yetkisini "teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülmeyeceği şartlarına uyulup uyulmadığı" ile sınırlamaktadır. Bu bağlamda, Mahkemenin laiklik ilkesine atıfta bulunarak değişiklikleri iptal etmesi, yetki aşımı olarak değerlendirilmektedir. Mahkeme, anayasa değişikliklerinin esasıyla ilgili bir inceleme yaparak, yasama organının yetkilerine müdahale etmiş ve bu durum yargısal aktivizmin bir örneği olarak görülmektedir¹³³. Dolayısıyla, Mahkemesi bu kararında da bir "yetki aşımı" sonucunda yargısal aktivizm örneği sergilediği ortadadır.

Yukarıdaki kararlar ile, Mahkemenin bir jüristokrasiye dönüşüp demokratik temayülleri yok etme boyutuna ulaştığını *Zühtü Arslan* şu ifadelerle değerlendirmektedir:

*"Türkiye'de başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere yüksek mahkemelerin laiklik ve demokrasinin militan versiyonlarına bağlılıkları, jüristokratik eğilimleri körüklemektedir. Laiklik burada hak ve özgürlüklerin sınırını belirleyen bir üst-hukuk normu olarak algılanmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi'ne göre, laiklik ilkesine aykırı hak ve özgürlüklerden bahsedilemez. Çünkü "anayasal ayrıcalığa sahip laiklik ilkesi; demokrasiye aykırı olmadığı gibi tüm hak ve özgürlüklerin de bu ilke temel alınarak değerlendirilmesi zorunludur"*¹³⁴.

Anayasa Mahkemesi militan laiklik anlayışını da şu şekilde formüle etmektedir: "*Özgürlükleri yıkmak için özgürlüklerden yararlanılması düşünülemez. Özelde korunması gerekli görülen laiklikle bağdaşmayan özgürlük savunulamaz ve korunulamaz*"¹³⁵.

Özbudun'a göre de anayasa yargısının demokratik meşruluğunu güçlendirmek için Türk Anayasa Mahkemesi'nin nasıl bir tutum sergilemesi gerektiğine dair önemli bir perspektif sunmaktadır. *Özbudun*, anayasa yargısının toplumun temel siyasi tercihleri ve değer yargılarını etkileyen konularda, yargı organının daha temkinli bir yaklaşım benimsemesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu bağlamda, Mahkemenin "kendi kendini sınırlama" yaklaşımı göstermelidir¹³⁶. Serap Yazıcı'nın da vurguladığı şekliyle, Anayasa Mahkemesi'nin yetkilerini genişletme eğilimi, Türkiye'deki yargısal aktivizm tartışmalarının merkezinde yer almaktadır. Bu durum, Mahkemenin asli rolü olan hukuki denetim görevini aşarak, siyasi organların kararlarını yerindelik açısından denetleyen bir "vesayet organı" gibi hareket etmesine yol açmaktadır. Bu algı, çeşitli sorunları ve eleştirileri beraberinde getirmektedir: anayasanın açık hükümlerine rağmen AYM sürekli yetkilerini genişletme eğilimindedir. Mahkeme

¹³³ ÖZBUDUN, 2017, s. 187.

¹³⁴ ARSLAN, Z. (2005). "Jüristokratik Demokrasi ve Laiklik: Türk Laikliğinin Siyasal İşlevi Üzerine", *Liberal Düşünce*, Cilt 10, Sayı 38-39- Bahar-Yaz 2005, s. 50.

¹³⁵ ARSLAN, s. 52; Türk Yüksek Mahkemesi, E. S.: 1989/1, K.S.: 1989/12, K.T.7.3.1989, AMKD, S. 25, s. 150.

¹³⁶ ÖZBUDUN, E. (2005). "Yargının Demokratik Sistemlerde Konumu: Demokratik Bir Güç mü, Bürokratik Bir Hegemonya mı?". *Demokrasi ve Yargı Sempozyumu* (Ocak 2005 Ankara). (Edt.: Ozan ERGÜL). Türkiye Barolar Birliği Yayınları. Ankara, s. 350.

burada asli rolü olan hukuki denetim yapmaktan çok, siyasal organların kararlarını, yerindelik yönünden denetleyen bir tür vesayet organı gibi hareket etmektedir¹³⁷.

Gerçekten de hem 1961 hem de 1982 Türk Anayasalarında, yargısal aktivizme oldukça elverişli hükümler barındırmaktadır. Bu durumun arka planında yatan faktörler, 1961 ve 1982 Anayasalarında devletin temel özelliklerini belirleyen ve değiştirilmesi mümkün olmayan maddelerde; toplumun huzuru, millî dayanışma, Atatürk milliyetçiliği, insan haklarına saygı, hukuk devleti, demokratik devlet, laik devlet ve sosyal devlet gibi kavramları içermektedir. Bu kavramların muğlak ve geniş tanımlanabilir olması, Anayasa Mahkemesi'ne yargısal aktivizm için zemin hazırlamıştır. Özellikle Anayasa'nın 176. maddesi uyarınca Başlangıç bölümünde yer alan "Türk millî menfaatleri" ve "Atatürk milliyetçiliği" gibi kavramlar, geniş bir yoruma açıktır; Türkiye'de modernleşme süreci, Batı'daki burjuva sınıfı yerine, askerî ve bürokratik elitler tarafından yönlendirilmiştir. Bu elitler, kendilerini "devletin muhafızı" olarak konumlandırarak halkın oyu ile seçilen temsilcileri çoğunlukla çıkarıcı ve güvenilmez olarak görmüşlerdir. Bu durum, devletin elitlerinin siyasal süreçler üzerindeki etkisini artırmış ve yargının da bu süreçlerde bir tür vesayet organı gibi işlev görmesine yol açmıştır; askerî ve bürokratik elitlerin seçilmiş siyasal elitlere duyduğu şüphe, yargının siyasi alan üzerindeki etkisini pekiştirmiştir. Bu durum, Anayasa Mahkemesi'nin, yasaların yorumlanmasında ve uygulanmasında daha fazla yetki talep etmesine neden olmuştur; yargısal aktivizm, Türkiye'deki demokratik süreçler üzerinde derin etkilere sahip olmuştur. Mahkeme, yasaların yorumlanmasında aktif bir rol üstlendiğinde, bu durum, yasama ve yürütme organlarının yetkilerini aşma riski taşır. Bu da kuvvetler ayrılığı ilkesinin zayıflamasına ve demokratik meşruiyetin sorgulanmasına yol açabilir; Türkiye'deki sosyal ve politik dinamikler, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda tartışmalara yol açmaktadır. Yargının aktivist bir tutum sergilemesi, toplumsal güvenin sarsılmasına ve yargıya olan güvenin azalmasına neden olabilmektedir. Sonuç olarak, Türkiye'de yargısal aktivizm, anayasa metninin geniş ve belirsiz hükümleri, devlet elitlerinin konumu ve toplumda oluşan şüpheli algılarla şekillenmektedir. Bu durum hem demokratik süreçlerin işleyişini etkileyen hem de yargının rolü ve işlevi konusunda ciddi tartışmalara yol açan bir dinamik olarak karşımıza çıkmaktadır¹³⁸.

Devlet elitleri, kendilerini çoğunlukla "devletin muhafızı" ve vesayet makamı olarak konumlandırmışlardır. Halkın oyu ile seçilen temsilcileri her zaman çıkarıcı olarak görmüş ve seçilmiş, siyasal elitlere daima şüphe ile bakmışlardır. Devlet elitlerinin "devletin muhafızı" ve vesayet makamı olarak kendilerini konumlandırması, Türkiye'deki siyasal yapının tarihsel ve kültürel dinamikleriyle de doğrudan ilişkilidir¹³⁹. Devamında, 1982 Anayasası çerçevesinde vesayetçi zihniyetin etkisi,

¹³⁷ YAZICI, S. (2009). Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye: Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine. İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 237.

¹³⁸ HEPER, M. (1985). The State Tradition in Turkey (Walkington: Eothen); ÖZBUDUN, E. (1996). "Continuing Otoman Legacy and the State Tradition in the Middle East". Carl Brown (ed.). The Ottoman Imprint on the Balkans and the Middle East. Columbia University Press. New York.

¹³⁹ ÖZBUDUN, E. (1983). "State Elities and Democratic Political Culture in Turkey," Larry Diamond (ed.), Political Culture and Democracy in Developing Countries. Boulder: Lynee Reiner. s. 247-68.

Türkiye'deki devlet organlarının işleyişinde belirgin bir biçimde kendini göstermektedir. Bu durum, Türk Yüksek Mahkemesi'nin kararlarında da görülmektedir:1982 Anayasası, devlet elitlerinin kontrolünde kalmaya devam eden bir yapı oluşturmuştur. Bu, yasaların ve anayasanın yorumlanmasında, devletin belirli ideolojileri ve değerleri koruma çabasının bir sonucu olarak, yargı organlarının da vesayetçi bir yaklaşım benimsemesine yol açmıştır; Yüksek Mahkeme, siyasi parti kapatma davalarında, genellikle Kemalist değerleri ve laiklik ilkesini öne çıkaran bir tutum sergilemiştir; Yüksek Mahkeme'nin başörtüsüyle ilgili kararları, vesayetçi yaklaşımın en çarpıcı örneklerinden biridir. Mahkeme, başörtüsü gibi bireysel hak ve özgürlükleri, laiklik ilkesi çerçevesinde sıkı bir şekilde denetleme yoluna gitmiştir; Yüksek Mahkeme'nin Kemalist düşünce sisteminin temel bileşenleri olan “üniter milli devlet” ve “laiklik” ilkelerini katı bir şekilde yorumlaması, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı açısından önemli sorunlar doğurmaktadır. Bu durum, yargının, belirli ideolojik ve siyasi çizgilere hizmet eden bir mekanizma haline gelmesine neden olmuştur¹⁴⁰.

Gerçekten de bir anayasa değişikliği, ancak anayasa değişiklikleri ile ilgili hükümde yer alan gerekliliklere uygun olarak yapılmışsa geçerli olabilir. Bu nedenle, yargı denetimi yapma yetkisine sahip bir mahkemenin bu gerekliliklerin yerine getirilip getirilmediğini incelemesi doğaldır. Türkiye'deki anayasa değişiklikleri hem hukuki hem de siyasi açıdan derin etkiler yaratmaktadır. 2017'deki değişiklikler, yalnızca yönetim şekli açısından değil, aynı zamanda anayasanın özü ve demokratik yapısı bakımından önemli tartışmalara yol açmaktadır. Yargının bu değişiklikleri denetleme yetkisi ve sınırları, anayasa hukukunun temel meselelerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle, anayasa değişiklikleri sürecinin şeffaf ve demokratik bir şekilde yürütülmesi, hukukun üstünlüğü ve insan hakları açısından büyük bir öneme sahiptir. Bu gereksinimler genellikle, değişikliği yasalaştıran organın (halk, federal yasama organı veya eyalet yasama organı) ve bunu yapmak için gereken çoğunluğun kimliği gibi resmi niteliktedir. Türk Anayasasında sadece bir değişiklik usulü vardır¹⁴¹ ve bu prosedür tüm

¹⁴⁰ ÖZBUDUN, 2007, s. 265-266.

¹⁴¹ “Anayasanın değiştirilmesi, seçimlere ve halkoylamasına katılma” kenar başlıklı 175. Maddesi şu şekildedir:

“Anayasanın değiştirilmesi Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür. Değiştirme teklifinin kabulü Meclisin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyuyla mümkündür.

Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü, bu maddedeki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tâbidir.

Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları, bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderebilir. Meclis, geri gönderilen Kanunu, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile aynen kabul ederse Cumhurbaşkanı bu Kanunu halkoyuna sunabilir.

Meclise üye tamsayısının beşte üçü ile veya üçte ikisinden az oyla kabul edilen Anayasa değişikliği hakkındaki Kanun, Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilmediği takdirde halkoyuna sunulmak üzere Resmî Gazetede yayımlanır.

Doğrudan veya Cumhurbaşkanının iadesi üzerine, Meclis üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile kabul edilen Anayasa değişikliğine ilişkin kanun veya gerekli görülen maddeleri Cumhurbaşkanı tarafından halkoyuna sunulabilir. Halkoylamasına sunulmayan Anayasa değişikliğine ilişkin Kanun veya ilgili maddeler Resmî Gazetede yayımlanır.

Halkoyuna sunulan Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların yürürlüğe girmesi için, halkoylamasında kullanılan geçerli oyların yarısından çoğunun kabul oyu olması gerekir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların kabulü sırasında, bu Kanunun halkoylamasına sunulması halinde, Anayasanın değiştirilen hükümlerinden, hangilerinin birlikte hangilerinin ayrı ayrı oylanacağını da karara bağlar.

maddelere uygulanmaktadır. Bunu hesaba katarak, 2017'deki anayasa değişiklikleri yalnızca yönetim şekli açısından değil, aynı zamanda anayasanın özü ve demokratik yapısı bakımından önemli tartışmalara yol açmaktadır. Yargının bu değişiklikleri denetleme yetkisi ve sınırları, anayasa hukukunun temel meselelerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle, anayasa değişiklikleri sürecinin şeffaf ve demokratik bir şekilde yürütülmesi, hukukun üstünlüğü ve insan hakları açısından büyük bir öneme sahiptir. Bu değişiklikler, 16 Nisan 2017'de gerçekleşen halk oylaması ile seçmenlerin zayıf bir çoğunluğu tarafından onaylanmıştı. Değişikliklerin halk oylaması ile onaylanması, demokratik meşruiyet açısından önemlidir. Ancak, bu oylamanın sonucunun "zayıf bir çoğunluk"la gerçekleşmiş olması, eleştirileri de beraberinde getirmiştir¹⁴².

Mahkeme 8 Temmuz 2021 tarihinde, eski HDP Kocaeli Milletvekili Ömer Faruk Gergerlioğlu'nun milletvekilliğinin düşürülmesiyle ilgili önemli bir karar verdi. Mahkeme, Gergerlioğlu'nun milletvekilliğinin düşürülmesine yol açan kesinleşmiş mahkeme kararını gerekçe göstererek, Gergerlioğlu'nun "seçilme ve siyaset yapma hakkının ihlal edildiğine" hükmetti¹⁴³. Bu karar, siyasi hakların korunması açısından kritik bir öneme sahip olup, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurulara yönelik denetim yetkisini de gözler önüne sermektedir. Bu kararda Mahkeme, 17 Mart'ta hakkındaki kesinleşmiş mahkeme kararı gerekçe gösterilerek eski HDP Kocaeli Milletvekili Ömer Faruk Gergerlioğlu'nun milletvekilliğinin düşürülmesi ve Mahkemeye başvurusu üzenine, Ömer Faruk Gergerlioğlu'nun "seçilme ve siyaset yapma hakkının ihlal edildiğine" hükmetti¹⁴⁴. Karar böylelikle, Gergerlioğlu'na milletvekilliğine dönüş yolunu açtı. Kararın başka bir ilginç yanı da oybirliği ile alınmış olmasıdır. Yine Mahkeme, Gergerlioğlu hakkında ilk kararı veren yerel mahkeme Kocaeli Ağır Ceza Mahkemesi'ne de ivedi yazı göndererek, Gergerlioğlu'nun tahliyesini de istedi. Daha öncesinde, AYM'nin Kadri Enis Berberoğlu¹⁴⁵ hakkında verdiği karar aynı yönde bir karardır. Kadri Enis Berberoğlu kararı, "seçilme ve siyaset yapma hakkı"nın ihlali açısından bir örnek teşkil etmektedir. Bu kararda, Berberoğlu'nun milletvekilliği, mahkeme kararıyla düşürülmüş, ancak Anayasa Mahkemesi, bu durumun anayasa ile güvence altına alınan hakların ihlali olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme aynı zamanda, Gergerlioğlu'na ilk cezayı veren Kocaeli Ağır Ceza Mahkemesi'nin AYM kararına uyarak, Gergerlioğlu hakkında "yargılamanın yenilenmesinin kabulü, infazın durdurulması ve hükümlülüğünün sona erdirilmesi" yönünde karar verdi. Genel Kurul'da yapılan gündem dışı konuşmaların ardından Anayasa Mahkemesi'nin hakkında "hak ihlali" kararı verdiği Kocaeli Milletvekili Ömer Faruk Gergerlioğlu'nun yargı kararı 16 Temmuz 2021 tarihli oturumda okundu. 17 Mart'ta düşürülen vekilliği,

Halkoylamasına, milletvekili genel ve ara seçimlerine ve mahallî genel seçimlere iştiraki temin için, kanunla para cezası dahil gerekli her türlü tedbir alınır." (<https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/anayasa/>)

¹⁴² Bkz. GÖZLER, K. (2017). "Elveda Anayasa: 16 Nisan 2017 Referandum ve Bu Referandumda Oylanan Anayasa Değişikliği Hakkında Makaleler", <https://www.anayasa.gen.tr/elveda-anayasa-kitap.htm>.

¹⁴³ Anayasa Mahkemesi, Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK], B. No: 2019/10634, K.T: 1/7/2021.

¹⁴⁴ Anayasa Mahkemesi, Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK], B. No: 2019/10634, K.T: 1/7/2021.

¹⁴⁵ Bkz. Anayasa Mahkemesi, Kadri Enis Berberoğlu (3) [GK], B. No: 2020/32949, 21/1/2021.

4 ay sonra iade edilen Gergerlioğlu, yasama görevlerine devam etti¹⁴⁶. Anayasa Mahkemesinin hak temelli kararlarının mimarı Mahkeme Başkanı Prof. Dr. Zühtü Arslan, 03 Ocak 2023 tarihli konuşmasında hak eksenli paradigma temel hak ve özgürlüklerin korunmasında öncelik tanındığını ifade etmektedir. Hak ve özgürlüğü esas, sınırlamayı istisna olarak kabul eden bu anlayış, özgürlükler lehine yorumu gerektiren bir yaklaşımı sergilemektedir. Anayasa Mahkemesi birçok kararında anayasa yargısına hâkim olması gereken yaklaşımın hak eksenli paradigma olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre anayasal hükümler “*hak eksenli yorumlandıkları takdirde işlevlerini tam olarak yerine getirebilir.*” Bu sebeple kamu gücü kullananların “*anayasal hükümleri özgürlükler lehine yorumlamaları*” mümkün ve gereklidir. Bunun yanında hak eksenli yaklaşım, anayasal hükümlerin hukukun üstünlüğü ilkesi ışığında yorumlanmasını gerektirmektedir. Anayasa Mahkemesi, hukuk devletinin “*Anayasa’nın tüm maddelerinin yorumlanması ve uygulanmasında göz önünde bulundurulması zorunlu olan bir ilke*” olduğunu belirtmiştir¹⁴⁷. Yorumun içinde gerçekleştiği en geniş daire olan toplumsal ve siyasal durum bakımından bunun ne kadar önemli olduğu izahtan varestedir. Zühtü Arslan’ın reformu olarak ifade edeceğimiz durum, şu şekilde izah edilebilir,

Anayasa yargısında hak eksenli paradigma, özellikle bireysel hakların korunması ve genişletilmesi konusunda, önemli bir rol oynamaktadır. Bu hak eksenli paradigmanın iki pratik yansımasının öne çıktığı söylenebilir. Birincisi, hak eksenli yorum gerek bireysel başvuruda gerekse norm denetiminde anayasal hak ve özgürlüklerin alanını genişletici bir sonucu beraberinde getirmiştir¹⁴⁸.

Hak eksenli paradigmanın ikinci pratik yansıması “hukukun anayasallaşması” olarak bilinen sürece yaptığı katkıda ortaya çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi yakın tarihli bir kararında askerî yükseköğretim kurumlarından devredilen profesörler için daha düşük ek gösterge rakamı uygulanmasını mülkiyet temelinde ayrımcılık yasağının ihlali olarak görmüştür. Bu kararda Mahkeme, bir yandan derece mahkemelerinin kanunların anlam ve kapsamını belirlerken bunu Anayasa’yı dikkate alarak yapmaları gerektiğini, diğer yandan da Anayasa’nın yaşayan bir belge olduğunu vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesine göre “Anayasa kâğıt üzerinde kalan bir metin değil yaşayan, hukuk sistemini yönlendiren, her türlü kamusal tasarrufta gözetilmesi gereken hukuki bir belgedir”¹⁴⁹.

Hiç kuşkusuz “yaşayan belge” olarak Anayasa’ya nihai anlamını veren, anayasal hükümleri yorumlayarak somut durumlara uygulayan, deyim yerindeyse onları ete kemiğe büründüren Anayasa Mahkemesidir. Bu nedenle anayasa yargısında yapılan yorumun ve uygulamanın diğer mahkemeler

¹⁴⁶ Bkz., <https://www.voaturkce.com/a/gergerlioglu-vekilligini-geri-kazandi/5968201.html>.

¹⁴⁷ Bkz., Zühtü Arslan’ın “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yorum” konulu Sempozyumun Açış Konuşması, İstanbul, 3.1.2023. https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesinin-hak-eksenli-yorumu#_ftn11.

¹⁴⁸ Bkz., Zühtü Arslan’ın “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yorum” konulu Sempozyumun Açış Konuşması, İstanbul, 3.1.2023.

https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesinin-hak-eksenli-yorumu#_ftn11.

¹⁴⁹ Bkz., Zühtü Arslan’ın “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yorum” konulu Sempozyumun Açış Konuşması, İstanbul, 3.1.2023.

https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesinin-hak-eksenli-yorumu#_ftn11.

tarafından dikkate alınması hak eksenli paradigmanın bir gereğidir. Bireysel başvuruda “Mahkemenin objektif işlevi Anayasa’nın temel hak ve özgürlükleri düzenleyen hükümlerini yorumlamak ve bunların uygulanmasını gözetmektir”. Anayasa Mahkemesi bir konuda temel anayasal ilke ve esasları yorumladıktan sonra mahkemelerden ve kamu gücü kullanan tüm kurumlardan beklenen “aynı meseleye ilişkin uygulamalarını bu yorum çerçevesinde gerçekleştirmeleri”dir¹⁵⁰.

Mahkeme Başkanı Prof. Dr. Zühtü Arslan’ın reformunu yukarıdaki kararlarda görmek mümkündür. Gergerlioğlu, Berberoğlu kararlarının yanı sıra Bekir Coşkun¹⁵¹, Mehmet Ali Aydın¹⁵² Kemal Kılıçdaroğlu¹⁵³ ve Abdullah Öcalan¹⁵⁴ kararlarında da Anayasa Mahkemesinin hak eksenli paradigma içinde kalarak yasal ve anayasal yoruma devam etmesi, insanımızın temel hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından son derece önemlidir.

Mahkeme Başkanı Prof. Dr. Zühtü Arslan’ın reformunun kararlara yansımaları Şerafettin Can Atalay kararında¹⁵⁵ da görülmektedir. Son zamanlarda özellikle Anayasa Mahkemesinin verdiği hak temelli kararlar Cumhur ittifakının (iktidardaki partiler) tepkisini çekmektedir. Tıpkı İsrail’de olduğu gibi Anayasa Mahkemesini kapatmaya yönelik söylemlerde bulunmaktadır¹⁵⁶.

SONUÇ

Anayasa yargısı, bir ülkenin en yüksek mahkemesinin yasal anlaşmazlıkları çözmek için anayasayı yorumlama ve uygulama yetkisini ifade eder. Bu çalışmada, Türkiye ve İsrail’in Yüksek Mahkemelerinin anayasa hukukunu şekillendirmedeki rolüne ve bunun da verdiği hak temelli kararlar ile nasıl ortaya koyduğunu inceledik. Yüksek Mahkemeler, hukuki uyumsuzlukların çözümü için anayasanın yorumlanması ve uygulanması için bir çerçeve sağlar. Yüksek Mahkemelerin kanunları ve yürütme kararlarını anayasaya aykırı ilan etme yetkisi, kuvvetler ayrılığının ve temel hakların korunmasının kritik bir bileşenidir. İsrail’de Yüksek Mahkeme, anayasa hukukunun şekillendirilmesinde etkili olmuştur ve temel hakları ve demokratik ilkeleri korumak için yargısal denetim yetkisini kullanmıştır. Yüksek Mahkeme’nin bu rolü anayasa yapımında etkili olmasa da hukuki bir rehberlik sağlamaktadır. Mahkeme, Batı Şeria’daki ayırma bariyerinin yasallığı ve Batı Şeria’daki Yahudi yerleşimleri meselesi gibi çok sayıda yüksek profilli davaya müdahil oldu. Mahkemenin kararları İsrail anayasasının yapımını etkiledi ve ayrıca Güney Afrika ve Kanada gibi diğer ülkelerde anayasa

¹⁵⁰ Bkz., Zühtü Arslan’ın “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yorum” konulu Sempozyumun Açış Konuşması, İstanbul, 3.1.2023. https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesinin-hak-eksenli-yorumu#_ftn11.

¹⁵¹ Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015.

¹⁵² Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015.

¹⁵³ Kemal Kılıçdaroğlu, B. No: 2014/1577, 25/10/2017.

¹⁵⁴ Abdullah Öcalan [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014.

¹⁵⁵ Şerafettin Can Atalay, [GK], B. No: 2023/99744, 12/12/2023.

¹⁵⁶ Bkz., MHP Genel Başkanı Devlet Bahçeli’nin söylemleri.

taslaklarının hazırlanmasında da etkisi oldu. Ancak son zamanlarda İsrail’de yaşanan siyasi tartışmalar, Yüksek Mahkemenin etkisini sınırlayabilecek dinamiklere işaret etmektedir¹⁵⁷.

Türkiye’de de Anayasa Mahkemesi de verdiği hak temelli kararlar ile yürütmenin eleştirileri oklarının hedefi olmaktadır. Mahkemenin kapatılması gerektiğine yönelik eleştirilileri devamlı olarak ifade edilmektedir. Neticede, son yıllarda Türkiye’de yaşanan siyasi tartışmalar, İsrail’deki gibi, Yüksek Mahkemenin yetkisini sınırlayabilecek durumlara işaret etmektedir¹⁵⁸.

Sonuç olarak, İsrail ve Türkiye’deki anayasa yargısının ortaya koydukları kararların etkisi benzer durumdadır. İsrail’de aşırı sağcı hükümet Yüksek Mahkemenin etkisini azaltmaya yönelik olarak yargı reformunu Knesset’ten geçirmeye çalışırken Türkiye’de ise Cumhur İttifakı Anayasa Mahkemesini kapatmakla tehdit etmektedir.

¹⁵⁷ HIRSCHL, 1998, s. 427-432.

¹⁵⁸ ÖZBUDUN, 2015, s. 20.

KAYNAKÇA

- ARENDR, H. (1977). On revolution. London: Penguin Publishing.
- BARAK, A. (1997). The constitutionalization of the Israeli legal system as a result of the Basic Laws and its effect on procedural and substantive criminal law. *Israel Law Review*, 31 (1-3), s. 3-23. <https://doi.org/10.1017/S0021223700015223>.
- BARAK, A. (2002). "The Role of a Supreme Court in a Democracy", 53 *Hastings L.J.* 1205.
- DAHL, R. A. (1971). *Polyarchy: Participation and opposition*. New Haven: Yale University Press.
- ERDOĞAN, M. (2003). *Anayasal Demokrasi*. Ankara: Siyasal Kitabevi..
- FLANZ, G. H. (1952). *XIX asır Avrupa'sında Anayasa Hareketleri*. Ankara: AÜSBF Yayınları.
- GOLAN, M. (2020). "Israel Needs a Constitutional Council". *Hashiloach* 18.
- GROSS, A. M. (1998). The politics of rights in Israeli constitutional law. *Israel Studies: Indiana University Press*. 3(2), s. 80-118. doi:10.2979/ISR.1998.3.2.80.
- GÖZLER, K. (2017). "Elveda Anayasa: 16 Nisan 2017 Referandumunu ve Bu Referandumda Oylanan Anayasa Değişikliği Hakkında Makaleler", <https://www.anayasa.gen.tr/elveda-anayasa-kitap.htm>.
- HEYWOOD, A. (2007). *Politics*. London: Palgrave Publishing.
- HIRSCHL, R. (1998). Israel's constitutional revolution: The legal interpretation of entrenched civil liberties in an emerging neo-liberal economic order. *American Journal of Comparative Law*. 46(3), ss. 427-432.
- HIRSCHL, R. (2004). *Towards juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press.
- JACOBSOHN, G. J. (2012). Making sense of the constitutional revolution. *Constellations*. 19(2), 164.
- JACOBSOHN, G. J. (2014). Theorizing the constitutional revolution. *Journal of Law and Courts*, 2(1), 1, 7.
- KABOĞLU, İ. Ö. (1997). *Anayasa Yargısı (2. b.)*. Ankara: İmge Yayınevi.
- KAPANİ, M. (1993). *Kamu Hürriyetleri*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- KELSEN, H. (1967). *Pure theory of law*. Berkeley: University of California Press.
- KELSEN, H. (2006). *General theory of law and state*. Transaction.
- KLEIN, C. (1969). "Aharon A. Bergman v. The Minister of Finance and. *Israel Law Review*". 4 (4), s. 569-576.

- KNESSSET NEWS. (2020). Knesset votes down “override clause” allowing parliament to overturn High Court decisions. <https://m.knesset.gov.il/en/news/pressreleases/pages/press6820b.aspx>
- LERNER, H. (2011). Making constitutions in deeply divided societies. Cambridge: Cambridge University Press.
- LIJPHART, A. (2012). Patterns of democracy: Government forms and performance in thirty-six countries. New Haven & London: Yale University Press.
- MONTESQUIEU. (1748). De L'Esprit des Lois. Cenevre; çev. F. Baldaş (1963). Kanunların ruhu üzerine. Ankara: Millî Eğitim Bakanlığı Yayınları.
- NEUER, H. (1998). Aharon Barak’s revolution. Azure, No. 3, Winter 5758 / 1998.
- ONAR, E. (2003). Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi Ve Yargısal Denetim Alanındaki Öncüler. Ankara.
- ÖZBUDUN, E. (1983). “State Elities and Democratic Political Culture in Turkey”. Larry Diamond (ed.), Political Culture and Democracy in Developing Countries. Boulder: Lynee Reiner.
- ÖZBUDUN, E. (2005). “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu”. Demokrasi ve Yargı Kitabı. Ankara: TBB Yayınları.
- ÖZBUDUN, E. (2005). “Yargının Demokratik Sistemlerde Konumu: Demokratik Bir Güç mü, Bürokratik Bir Hegemonya mı?”. Demokrasi ve Yargı Sempozyumu (Ocak 2005 Ankara). (Edt.: Ozan ERGÜL). Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- ÖZBUDUN, E. (2007). “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasi Elitlerin Tepkisi”. AÜSBF Dergisi, 62(3), s. 257-268.
- ÖZBUDUN, E. (2009). “Judicial Review of Constitutional Amendments in Turkey”. European Public Law 15, No. 4): 533-538.
- ÖZBUDUN, E. (2014). Türkiye’de Demokratikleşme Süreci: Anayasa Yapımı ve Anayasa Yargısı. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- ÖZBUDUN, E. (2015). Anayasalcılık ve Demokrasi. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- ÖZBUDUN E. (2017). Türk Anayasa Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ROZNAI, Y. (2019). Constitutional paternalism: The Israeli Supreme Court as guardian of the Knesset. E.T. 25.05.2023. <https://blog-iacl-aidc.org/2019-posts/2019/5/17/constitutional-paternalism-the-israeli-supreme-court-as-guardian-of-the-knesset>.
- ROZNAI, Y., & JACOBSON, G. J. (2017). Unconstitutional constitutional amendments: The limits of amendment powers. Oxford University Press.
- SADURSKI, W. (2010). “Anayasalcılık ve Anayasa Yapımı Üzerine”. Anayasa Yapımı ve Anayasal

Değişim, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.

SALZBERGER, E. M. (2019). Judicial activism in Israel. <https://law.haifa.ac.il/wp-content/uploads/2017/05/SSRN-id957849.pdf>

SCHMITT, C. (2008). Constitutional theory. Durham and London: Duke University Press.

SCHUMPETER, J. A. (1962). Capitalism, socialism and democracy (3. b.). New York and Evanston: Harper Torchbooks.

SHAFIR, N. (2023). Supreme Court President Hayut blasts judicial reform plan. Globes. E.T. 02.10.2023. <https://en.globes.co.il/en/article-supreme-court-president-hayut-blasts-judicial-reform-plan-1001435441>.

SHARON, J. (2023). In historic ruling, High Court strikes down key judicial overhaul legislation. The Times of Israel. <https://www.timesofisrael.com/in-historic-ruling-high-court-strikes-down-key-judicial-overhaul-legislation/>.

SHARON, J. (2024). Will the High Court rulings against the judicial overhaul become a permanent revolution? The Times of Israel. <https://www.timesofisrael.com/will-the-high-court-rulings-against-the-judicial-overhaul-become-a-permanent-revolution/>.

SHULTZINER, D. (2009). Israel Studies: Between Basic Norms and Basic Laws: Human Rights and the Supreme Court in Israel.

TANÖR, B. (1991). İki Anayasa (1961-1982) (2. b.). İstanbul: Beta Yayınları.

TANÖR, B. (2011). Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.

VOA TÜRKÇE. (2021). “Gergerlioğlu vekilliğini geri kazandı.” <https://www.voaturkce.com/a/gergerlioglu-vekilligini-geri-kazandi/5968201.html>.

YAZICI, S. (2010). Anayasa Yapımı ve Anayasal Değişim: Türkiye’de Anayasal Değişimin Tarihi. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.

YOUNG, A. E. (2002). “Judicial activism and conservative politics”. Colorado Law Review. 73(4).

Mahkeme kararları

ABD YÜKSEK MAHKEMESİ. (1803). *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137.

İSRAİL YÜKSEK MAHKEMESİ. (1969). HCJ 98/69, *Bergman v. Minister of Finance*.

İSRAİL YÜKSEK MAHKEMESİ. (1995). *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Cooperative Village CA* 6821/93, 49(4) P.D.221.

İSRAİL YÜKSEK MAHKEMESİ. (2000). HCJ 6698/95, *Ka’adan v. Israel Land Administration*, PD 54(1), 258.

İSRAİL YÜKSEK MAHKEMESİ. (2003). HCJ 212/03, *Herut – The National Jewish Movement v. Justice Mishael Cheshin, Chairman of the Central Elections Committee for the Sixteenth Knesset*.

İSRAİL YÜKSEK MAHKEMESİ. (2021). HCJ 6732/20.

TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ. (1989). E.S.: 1989/1, K.T.: 1989/12, K.T.: 7.03.1989, AMKD, S. 25.

TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ. (1991). E.S.: 1990/36, K.T.: 1991/8, K.T.: 9.03.1991.

TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ. (2007). E. 2007/45, K. 2007/54, K.T. 01.05.2007.

TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ. (2008). E. 2008/16, K. 2008/116, T. 5.06.2008, Resmi Gazete, 22.10.2008, S. 27032.

TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ. (2014). Abdullah Öcalan [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014.

TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ. (2021). Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 4/6/2015.

TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ. (2021). Kadri Enis Berberoğlu (3) [GK], B. No: 2020/32949, 21/1/2021.

TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ. (2021). Ömer Faruk Gergerlioğlu [GK], B. No: 2019/10634, K.T: 1/7/2021.

TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ. (2021). Şerafettin Can Atalay [GK], B. No: 2023/99744, 12/12/2023.



ADLİ VE İDARİ YARGI KARARLARI ÇERÇEVESİNDE DENETİM GÖREVİNİN İHMALİ SUÇU*

The Crime of Failure to Supervise within the Framework of Judicial and Administrative Justice Decisions

Sevimsu GÖK*

Orhan Veli ALICI**

ÖZ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 251'inci maddesinde düzenlenen "Denetim görevinin ihmali" suçu, "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" başlığı altında hüküm altına alınmıştır. Maddenin birinci fıkrasında denetimle yükümlü kamu görevlisinin zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine kasten göz yumması hali düzenlenmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında ise denetim görevini ihmal ederek, zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine imkan sağlama hali hüküm altına alınmıştır. Kanun'da düzenlenen denetim görevini ihmal suçunun ilgili kamu görevlisi özelinde aynı zamanda bir disiplin suçunu oluşturduğu açıktır. Bununla birlikte söz konusu fiilin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu özelinde hangi disiplin cezası ile tecziye edileceği konusunda tereddütler bulunmaktadır. Çalışmada denetim görevini ihmal eden kamu görevlisinin işlemiş olduğu fiil yargı kararları çerçevesinde ele alınmaktadır. Uygulamada tereddüde mahal veren hususlar tartışılarak bilhassa disiplin hukuku özelinde önerilerde bulunulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Türk Ceza Kanunu, Devlet Memurları Kanunu, Disiplin Hukuku, Adli Yargı, İdari Yargı.

Gönderi: 12.10.2024 - **Kabul:** 27.12.2024 | **Received:** 12.10.2024 - **Accepted:** 27.12.2024.

Bu makale, Tarsus Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalında kabul edilen ve makale ile aynı adı taşıyan tezden üretilmiştir.

* Bağımsız Araştırmacı / Avukat, Mersin Barosu, Mersin, Türkiye ✉ sevimsu.tikir@gmail.com • ORCID 0009-0007-2175-7124.

** Prof. Dr., Tarsus Üniversitesi, İİBF, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Yönetim Bilimleri Ana Bilim Dalı, Mersin Türkiye ✉ orhanvelialici@tarsus.edu.tr • ORCID 0000-0002-8670-3879.

Atıf Şekli / Cite As: GÖK, Sevimsu, ALICI, Orhan Veli (2024). Adli ve İdari Yargı Kararları Çerçevesinde Denetim Görevinin İhmali Suçu. ÇÜHAD, (6), 88-121.

İntihal / Plagiarism: Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

ABSTRACT

Article 251 of the Turkish Criminal Code No. 5237 regulates the crime of “Failure to Supervise” under the heading of “Crimes Against the Reliability and Functioning of the Public Administration”. In the first paragraph of the article, the case where the public official that has a supervisory role intentionally condones the commission of the crime of embezzlement or extortion has been regulated. In the second paragraph of the article, the case of enabling the commission of the crime of embezzlement or extortion by neglecting the duty of supervision is regulated. It is clear that the crime of failure to supervise regulated in the Criminal Code also constitutes a disciplinary offense in the case of the relevant public official. However, there are hesitations about the disciplinary penalty to be imposed for the act in question under the Civil Servants Law No. 657. In this study, the act committed by the public officer who neglects his duty of supervision is discussed within the framework of judicial decisions. The issues that cause hesitation in practice are discussed and suggestions are made, especially in terms of disciplinary law.

Keywords: Turkish Criminal Code, Civil Servants Code, Disciplinary Law, Judicial Justice, Administrative Justice.

GİRİŞ

Kamu hizmetleri, merkezden ve yerinden yönetim ilkeleri çerçevesinde hiyerarşi ile idari vesayet yetkileri kapsamında kanuni idare ilkesine uygun olarak devlet ve kamu tüzel kişilerince yerine getirilmektedir. Kamu görevlileri de söz konusu hizmetlerin ifası sırasında önceden kanunla düzenleme altına alınmış bulunan ilke ve kaideleri gözeterek görevlerini yerine getirmektedir. Yönetim faaliyetinin amaca hizmet edip etmediğini tespit eden ve kamu hizmetlerinin gereklerine uygun bir şekilde faaliyette bulunmayı teminat altına alan denetim ilkesi, hizmetlerin aynı zamanda gelişmesine ve değişen koşullara karşı etkin bir şekilde yürütülmesini sağlamaktadır.

Denetim görevi, sadece denetim görevlilerince değil hiyerarşi ilkesi uyarınca görev, yetki ve sorumluluk çerçevesinde yönetim erkinde bulunan hiyerarşik üstlerin doğal ve sürekli görevidir. Dolayısıyla bir hizmeti sunan görevlinin hizmeti sunmakla birlikte hizmetin gereği gibi sunulup sunulmadığını da denetleme görevi bulunmaktadır. Nitekim bir kamu görevlisinin hiyerarşisi altında meydana gelen ve denetlemekle yükümlü olunan bir hususta oluşan suçta denetleme görevi bulunan hiyerarşik üstün de sorumluluğu doğmaktadır. Türk Ceza Kanunu’nda (TCK) “Denetim görevinin ihmali” başlığı altında düzenlenen 251’inci maddeye göre: “Zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine kasten göz yuman denetimle yükümlü kamu görevlisi, işlenen suçun müşterek faili olarak sorumlu tutulur. Denetim görevini ihmal ederek, zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine imkân sağlayan kamu görevlisi, üç aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”. Detaylıca incelenecek bu madde hükümlerine göre denetim görevinin kasten yapılmaması ve zimmet ile irtikap suçlarının işlenmesine göz yumma halinde denetlemekle görevli yetkili müşterek fail olurken denetim görevini ihmal ederek zimmet ve irtikap suçunun işlenmesine zemin hazırlayan, bir başka deyişle bu suçların işlenmesine olanak tanıyan denetimle yetkili görevli ise “Denetim görevinin ihmali” suçu ile yargılanmaktadır.

Anılan fiil ceza hukuku özelinde suç olmakla birlikte, disiplin hukuku açısından bakıldığında denetimle yükümlü kamu görevlisinin görev ihmali durumunda ilgili kamu görevlisi hakkında disiplin cezaları özelinde bir işlem yapılması da gerekmektedir. 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu (DMK) ile kimi idare, kurum ve kuruluşları kapsayan özel personel kanunları da incelendiğinde genel olarak disiplin cezaları beş kategoride kayıtsızlık, ihmal, kusur ve kasıt unsurları özelinde sıralanmaktadır. Denetim görevinin ihmali ile ilgili doğrudan bir fiile atıfta bulunulmamasına bağlı olarak denetim görevini ihmal eden kamu görevlisine hangi disiplin cezasının uygulanacağı özelinde tereddütler oluşmaktadır. Bu çalışmada öncelikle “Denetim görevinin ihmali” fiili TCK özelinde ele alınmış, akabinde disiplin hukuku kapsamında anılan fiilin karşılığı disiplin cezaları esas alınarak sırasıyla incelenmiştir. Disiplin hukuku özelinde tesis edilen tecziye işlemi akabindeki yargısal süreç incelenerek, bilhassa disiplin cezaları ile idari yargı düzeninde tesis edilen farklı kararların sebebiyet vereceği olumsuzlukların giderilmesi adına çeşitli önerilerde bulunulmuştur.

Bu itibarla, çalışmanın temeli nitel araştırma yöntemine dayanmaktadır. Çalışma konusunu ele alan basılı kaynakların yanında adli ve idari yargı ilk derece mahkemesi kararları, yine istinaf mercii olan Bölge İdare Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri kararları, en nihayetinde Yargıtay ve Danıştay kararları esas alınmıştır. İkincil kaynak kullanımı ile çalışma konusuna yer veren diğer bilgi ve belgeler ile yargı kararlarının tahlil edilmesinde nitel araştırma yöntemi tercih edilmiş, içerik ve doküman analizi yapılmıştır. Ele alınan konu her iki yargı kolu kapsamına girdiğinden ortaya konulan kararlar karşılaştırmalı olarak ele alınmış, kamu görevlileri farklı idari kurum ve kuruluşlar bünyesinde görev alabileceklerinden bu kurum ve kuruluşların disiplin mevzuatları çerçevesinde istihdam edilen kamu görevlilerinin eylemlerine uygun düşen cezalar da ele alınarak varılan sonuçlar doğrultusunda öneriler sunulmuştur.

I. TCK'DA DENETİM GÖREVİNİN İHMALİ SUÇU

Denetim görevinin ihmali suçu niteliği itibarıyla özgü suç olarak değerlendirilmektedir. Özgü suçtan bahsedebilmek için, suça konu eylemin ancak belli nitelikleri ve özellikleri taşıyan kişiler tarafından işlenmesi gerekmektedir. Denetim görevinin ihmali suçu da bu tanım doğrultusunda belirli kişiler tarafından işlenebilen mahsus bir suçtur¹. Zira bu suç ancak kamu görevlisi tarafından işlenebilmektedir. Bununla beraber denetim görevinin ihmali suçunun işlendiğinden bahsedebilmek için failinin kamu görevlisi olması yeterli değildir. İlgili kamu görevlisinin aynı zamanda denetim yükümlülüğünün bulunması gerekmektedir².

Denetlemek kelimesi, “bir işin doğru ve usulüne uygun olarak yapılıp yapılmadığını incelemek, murakabe etmek, teftiş etmek, kontrol etmek” anlamlarına gelmektedir. Yine, denetim kelimesi ise,

¹ ARTUK, GÖKCEN, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 291.

² BAYRAKTAR, EVİK, KANGAL, ZAFER, AKSOY RETORNAZ, AKYÜREK, BOSTANCI BOZBAYIR, EVİK, KARTAL MEMİŞ, ALTUNÇ, AYTEKİN İNCEOĞLU, EROĞLU, s. 110.

“denetlemek işi” olarak tanımlanmaktadır³. Başkaca tanımlara bakacak olursak; denetim bir kurum tarafından yürütülen işlemlerin ve gerçekleştirilen faaliyetlerin öncesinde tespit edilmiş ve belirli olan usul ve kurallara uygun şekilde yürütülüp yürütülmediğinin kontrol edilmesi olarak açıklanmıştır⁴. Yine, denetim esasen yönetimin faaliyetlerinin herhangi bir sorun yaşanmaksızın işlemesi için de gereklidir ve denetim, yönetimin vazgeçilmez bir unsurudur. Yönetimin başarıya ulaşması için iyi bir denetimden geçmesi gerekli olup yönetimin akıbeti ancak denetimin kalitesine bağlıdır⁵.

5237 sayılı TCK’ya bakıldığında denetim görevinin tanımlanmadığı görülmektedir. Zira denetim görevi ve hatta bunun ihmali her somut olay açısından farklı değerlendirmeye açıktır. Bunun yanı sıra denetim görevinin ihmali, suçun faili olan kamu görevlilerinin istihdam edildikleri idarelerin kendi mevzuatları çerçevesinde farklı kategorize edilebilecek bir niteliğe sahip olduğundan tanım yapmaktan kaçınılmış olabileceği düşünülmektedir.

Hareketin şekline göre suçlar ikiye ayrılır. Hukuksal yarara zarar veren hareketin ortaya koyulması ile doğan aktif hareket icrai hareket olup, hukuksal yararı koruma fonksiyonu bulunan hareketin yapılmaması ise pasif, yani ihmali harekettir. Yargıtay kararlarında da eylemden bahsedilirken aktif veya pasif kavramları tercih edilmektedir⁶. İhmal, “gereken ilgiyi göstermeme, boşlama, savsaklama, savsama, önem vermeme” anlamına gelir⁷. Hukuki anlamda bakıldığında, hukuk kuralları ile kişiye belli bir şekilde davranma yükümlülüğü yüklenmesine karşın kişinin bu yükümlülüğe aykırı davranması ihmal olarak tanımlanır. Hukuk kuralları ile belirlenen bu icrai davranma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi şeklindeki eylem ihmali davranışı oluşturur. İcrai bir davranış ortaya koyulması gereken durumlarda bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi bazı durumlarda haksızlık içerebilir. Kanun’da bu haksızlık içeren hallerin bazıları suç olarak tanımlanmıştır⁸. Bu suçlar ihmali suç olarak anılmaktadır. İhmali suçlar da kendi içinde saf ihmali suçlar ve garantörsel ihmali suçlar olmak üzere ikili bir ayrıma daha tabi tutulmaktadır. İhmal bağlamında bir hareketin yapılmamış olması da suç olarak kabul edilebilmektedir. Buna karşın TCK’nın ikinci kısmında yer alan “Özel Hükümler” başlığı altında düzenleme alanı bulan suç tipleri arasında çok az sayıda suçun açıkça ihmali suç olarak, yani ihmali hareketle işlenebileceği hüküm altına alınmıştır. İhmal kavramı denilince iradi olarak kişinin meydana getirebileceği ve hatta getirmesi gereken eylemi yapmaması anlaşılır. İhmali suçlardan anlaşılması gereken ise; kişinin yükümlü kılındığı özel bir hareketi yapmaktan kaçınması veya genel belirlenmiş hareket sorumluluğuna zıt şekilde yapması gereken bir hareketi yapmayı ihmal etmesidir. Burada açıklanan kavramlar garantörsel ihmali suç ile gerçek ihmali suç kavramlarına vücut vermektedir⁹.

³ Bkz. Türk Dil Kurumu, Erişim Adresi: <https://sozluk.gov.tr/> (E.T. 08.05.2024).

⁴ BOZKURT, s. 56-62.

⁵ AKYEL, KÖSE, s. 9.

⁶ HAKERİ, s. 170.

⁷ Türk Dil Kurumu, Erişim Adresi: <https://sozluk.gov.tr/> (E.T. 08.05.2024).

⁸ ÖZGENÇ, s. 303.

⁹ HAKERİ, s. 171.

Çalışma konusu olan denetim görevinin ihmali suçu da ihmali hareketle işlenebilen bir suçtur. İhmali suç kavramına ışık tutabilmek adına her iki fıkra kapsamında maddeyi tahlil etmekte yarar vardır. İlk fıkraya bakıldığında; denetim yükümlülüğü bulunan kamu görevlisi, zimmet veya irtikap suçlarının işlendiğinden haberdar olmasına karşın suçun işlenmesine engel olmamaktadır. Burada denetimle görevli bulunan kamu görevlisi zimmet veya irtikap suçlarının işlendiği bilgisine sahip olmasına karşın suçu engelleme yönünde bir adım atmamakta ve denetim görevini kasten ihmal etmektedir. Bu açıklamalar doğrultusunda, denetim görevi bulunan kamu görevlisi, bilgisi dâhilinde başkaca bir fail tarafından gerçekleştirilen zimmet veya irtikap suçlarının işlenmesi karşısında hareketsiz kalmakta veya suçların ortaya çıkması için bir çaba sarf etmemektedir. Özel düzenleme gereği denetim görevinin ihmali suçunun faili, bu ihmali hareket neticesinde zimmet veya irtikap suçlarının faili gibi, müşterek faillik müessesesi çerçevesinde sorumlu olacaktır. Ancak burada iştirak yalnızca sorumluluk yönünden geçerlidir. Diğer fıkraya bakıldığında; kamu görevlisince yine kasten denetim görevinin ihmal edildiği görülmektedir. Denetimle yükümlü kamu görevlisinin denetim görevini ihmal etmesinden doğan boşluk ortamında başkaca failler tarafından zimmet veya irtikap suçlarının işlenme imkânı doğmaktadır. Ne var ki ikinci fıkrada ilk fıkradan farklı olarak denetimle yükümlü kamu görevlisinin, işlenen zimmet veya irtikap suçlarından haberdar olmadığı bir durum söz konusudur. Dolayısıyla bu fıkra uyarınca denetimle yükümlü kamu görevlisinin anılan suçlara iştirak iradesi bulunduğu bahsetmek mümkün değildir.

Özetle, TCK m. 251’de düzenlenen denetim görevinin ihmali suçu, temelde iki ayrı hal olarak öngörülmüştür. Maddenin ilk fıkrasında zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine kasten göz yuman denetimle yükümlü kamu görevlisi bakımından özel bir iştirak hali düzenlenmişken maddenin ikinci fıkrasında ilgili suçlara iştirak iradesi taşımayan denetimle görevli kamu görevlisinin kasten ortaya koyduğu denetim görevini ihmal şeklindeki eylemi müstakil bir suç olarak düzenlenmiştir¹⁰.

II. 765 SAYILI TCK’NIN KONUYA İLİŞKİN HÜKÜMLERİ İLE 5237 SAYILI TCK HÜKÜMLERİNİN KARŞILAŞTIRMASI

Denetim görevinin ihmali suçu 5237 sayılı TCK’nın “Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler” başlıklı dördüncü kısmının “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar” başlıklı birinci bölümünde düzenlenmektedir. Mülga 765 sayılı TCK’ya bakıldığında ise suçun, Kanun’un “Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler” başlıklı üçüncü bapının “Basit ve Nitelikli Zimmet ile Devlet Alım ve Satımlarında Menfaat Sağlama” başlıklı birinci faslında düzenlendiği görülmektedir. Kanunların sistematigi ve üst başlıklar bakımından benzerlik olduğu görülmekle birlikte Mülga 765 sayılı Kanun’da denetim görevinin ihmali suçunun zimmet suçu içerisinde eritildiği değerlendirilmektedir.

¹⁰ ÖZGENÇ, s. 354.

Mülga Kanun'un 202'nci maddesine göre:

“Görevi sebebiyle kendisine tevdi olunan veya muhafaza, denetim veya sorumluluğu altında bulunan para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer malları zimmetine geçiren memura altı yıldan on iki yıla kadar ağır hapis ve meydana gelen zararın bir misli kadar ağır para cezası verilir.

Yukarıdaki fıkrada gösterilen cürüm, dairesini aldatacak ve fiilin açığa çıkmamasını sağlayacak her türlü hileli faaliyette bulunmak suretiyle işlenmiş ise faile on iki yıldan aşağı olmamak üzere ağır hapis ve meydana gelen zararın üç misli kadar ağır para cezası verilir.

Zararın, kovuşturma yapılmadan önce tamamıyla ödenmiş olması halinde yukarıdaki fıkralarda yazılı cezaların yarısı, ödeme hükümden önce gerçekleştirilmiş ise üçte biri indirilir.

Meydana gelen zararın ödenmemesi halinde mahkemece ödettilmesine resen hükmolunur. Bu fiiller kamu bankaları aleyhine işlenmiş ise faile verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.”

Kanun'un 203'üncü maddesi ise:

“Denetim görevini ihmal ederek 202'nci maddenin birinci fıkrasında yazılı zimmetin oluşmasını veya artmasını mümkün kılmış olan kimseye üç aydan iki yıla kadar hapis ve beşyüzbin liradan iki milyon liraya kadar ağır para cezası verilir.

Fail, meydana gelen zararın ödenmesinden asıl fail ile birlikte sorumlu tutulur.”

hükmünü amirdir.

Mülga Kanun'un 203'üncü maddesinde denetim görevinin ihmali suçuna müstakil bir suç olarak yer verilmiş görünse de denetim görevinin ihmali suçu esasen bir önceki maddede düzenlenen zimmet suçunun altında ele alınmaya devam edilmiş ve basit zimmet suçunun oluşmasına veya artmasına katkı sağlayan failin cezalandırılacağı öngörülmüştür. Yine 765 sayılı Kanun kapsamındaki düzenlemede denetim görevini ihmal şeklinde eylem ortaya koyan failin zararın ödenmesi noktasında sorumluluğun zimmet suçunun faili ile birlikte doğacağı düzenlenmiştir.

Mülga 765 sayılı Kanun'da denetim görevinin ihmali sebebiyle yalnızca zimmet suçunun basit halinin oluşması veya artmasına sebep olma hüküm altına alınmışken, 5237 sayılı Kanun'da denetim görevinin ihmaline bağlı olarak zimmet veya irtikap suçlarının ortaya çıkmasına imkân sağlanmasından bahsedilmektedir. İrtikap suçunun madde kapsamına dahil edilmesi yerinde bir değişikliktir. Yine 5237 sayılı Kanun'da denetim görevinin ihmali suçunun farklı bir işleniş şekli daha hüküm altına alınmıştır ve zimmet ve irtikap suçunun işlenişine dair Mülga Kanun'dan farklı olarak özel bir iştirak şekline de yer verilmiştir. Tüm bu anlatılanlar ışığında, 765 sayılı Mülga Kanun'un 203'üncü maddesinde düzenleme alanı bulan suçun 5237 sayılı Kanun'un 251'inci maddesinin ikinci fıkrasına karşılık geldiğini söylemek mümkündür.

III. 5237 SAYILI TCK UYARINCA DENETİM GÖREVİNİN İHMALİ SUÇUNUN UNSURLARI

A. Suçun Maddi ve Manevi Unsurları

Suç genel teorisi uyarınca suçun yapısal unsurları genel itibarıyla haksızlık ile kusur arasında ayırım yapılarak incelenmektedir. Tipiklik ve hukuka aykırılık, suçun haksızlık unsurlarını oluşturmakta; tipiklik ise maddi ve manevi unsurlar olmak üzere iki grupta incelenmektedir. Fiil, netice, nedensellik bağı ve objektif isnadiyet, fail, mağdur, suç konusu ve nitelikli haller tipikliğin maddi unsurları kapsamında yer almaktadır. Çalışmanın bu başlığında denetim görevinin ihmali suçunun maddi ve manevi unsurları üzerinde durulacaktır. Ancak suçun tüm unsurları ayrıntılı olarak incelenmeyecek olup yalnızca suç bakımından özellik arz eden unsurlar kısaca ele alınacaktır.

Öncelikle ifade edilmelidir ki, denetim görevinin ihmali suçu herkes tarafından işlenemeyen suçlardandır. Niteliği gereği bu suç hukuken belirli bir niteliğe sahip kişilerce işlenebilen suçlardandır ve bu itibarla özgü suç (veya mahsus suç) olarak değerlendirilmektedir¹¹. Zira suçun faili her iki fıkrada da denetimle görevli kamu görevlisi olarak gösterilmiştir. Bu düzenleme uyarınca kamu görevlisi ifadesinden anlaşılması gereken, TCK'nın 6'ncı maddesinde düzenlendiği haliyle "kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi"dir¹². Özetle, denetim görevinin ihmali suçu ancak kamu görevlisince işlenebilen bir suçtur ve yine bu kamu görevlisinin "denetimle görevli" kamu görevlisi olması gerekmektedir. Failin suçtan sorumlu olduğunun kabul edilebilmesi için denetim görevinin zimmet veya irtikap suçunu işleyenler üzerinde olması gerekmektedir¹³. Bu kişilere yönelik olmayan denetim görevi suçunun oluşması bakımından yeterli olmadığı gibi kamu görevlisi olan ancak görevi gereği herhangi bir denetim yükümlülüğü altında olmayan kimse, denetim görevinin ihmali suçu içerisinde yer verilen eylemleri gerçekleştirirse bile denetim görevinin ihmali suçunun işlendiğinden bahsetmek de mümkün olmayacaktır. Söz konusu şartları taşımayan ve zimmet veya irtikap suçlarının failleri üzerinde denetim görevi bulunmayan kamu görevlisinin zimmet veya irtikap suçlarının işlendiğinden haberdar olması ihtimalinde dahi sorumluluğu doğmayacak ve müşterek fail olarak cezalandırılmayacaktır¹⁴. Yine bu bağlamda ifade edilmelidir ki denetim görevinin ihmali suçu gerçek görev suçudur; suç denetimle

¹¹ GÖKCEN, s. 180.

¹² Bkz. TEZCAN, ERDEM, ÖNOK, s. 1072-1075: Önemle altını çizmek gerekir ki, Ceza Hukuku kapsamında anılan kamu görevlisi, İdare Hukuku içerisinde yer alan memurdan farklıdır. TCK kapsamında anılan kamu görevlisi, İdare Hukuku altında yer alan memura göre daha geniş kapsamlıdır. İdare Hukukundan ayrılan yönüyle, görevlinin devlet ile arasında bir istihdam ilişkisi bulunması gerekmezken İdare Hukuku içerisinde yer alan memurun bir kadroya bağlı olması şartı mevcuttur. Kamu görevlisi tanımlaması yapılırken kamu hizmeti kavramından yola çıkılmış olması nedeniyle, TCK m. 6/1-c kapsamında belirlenen kamu görevlisinin kamu görevi ifa edenlerin yanında kamu hizmeti ifa edenleri de kapsadığını ancak kamuya yararlı faaliyetin yürütülmesine katılanların bu kapsamda yer almayacağını söylemek gerekmektedir.

¹³ ERMAN, ÖZEK, s. 50.

¹⁴ MERAN, s. 90.

görevli kamu görevlisi olması müstakil olarak suçun unsuru niteliği taşımaktadır¹⁵. Denetim sorumluluğunun kapsamı ilgili kamu görevlisinin bünyesinde bulunduğu idarelere ve idarelerin kendi mevzuatlarına göre değişebileceğinden ötürü her bir somut olayın ayrıca değerlendirilmesi icap etmektedir¹⁶.

Denetim görevinin ihmali suçu Kanun'un "Topluma Karşı İşlenen Suçlar" başlığı altında yer alması nedeniyle başlığın kendisinden de açıkça anlaşılacağı üzere topluma yönelen, toplumun tamamına karşı işlenen bir suçtur¹⁷. Bu itibarla suçun mağduru olarak toplumu oluşturan herkesi göstermek mümkündür. Mağdurun belirlenmesinde korunan hukuksal değerden yola çıkılmaktadır. Denetim görevinin ihmali suçu ile amaçlanan, kamu görevinin yürütülmesinde disiplini sağlamak ve kamu idaresinin düzen içinde, etkin, dürüst ve tarafsız şekilde ortaya koyulmasıdır¹⁸.

Denetim görevinin ihmali suçunun düzenlendiği maddeye bakıldığında, suçun oluşması için zimmet veya irtikap suçunun işlenişine göz yumma şartının arandığı görülmektedir. Denetim görevinin ihmali suçunun işleniş açısından bakıldığında, denetimle yükümlü kamu görevlisi olan failin, kendisine icra ettiği kamu görevinin ihtivası nedeniyle yüklenen sorumluluk kapsamında bir görevi kasti olarak yerine getirmemesi, görevini yapmaktan kasten imtina etmesi suçun oluşması için aranan harekettir. İlgili maddenin ilk fıkrasında ikinci fıkradan farklı olarak zimmet veya irtikap suçlarının işlenmesine kasten göz yumma şartı aranmaktadır. Başka bir deyişle, denetim görevinin ihmali suçunun oluşması için Kanun'un aradığı fiil, zimmet ve irtikap suçunun işlenmesine kasten göz yummak şeklinde gerçekleşen ihmali bir harekettir. O halde, denetim görevinin ihmali suçu zimmet ve irtikap suçları ile yakından ilişkilidir. TCK'nın 251'inci maddesinin birinci fıkrasında suçun oluşumu için öngörülen hareket zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine, bu suçların ortaya çıkmasına kasti olarak göz yumma şeklinde tanımlanmaktadır. Failin bu fıkra kapsamında suç işlediğinden bahsedebilmek için zimmet veya irtikap suçlarının işlendiğini bilmesi ve bu bilinç haline rağmen kastının denetim görevini ihmal etmeye yönelmiş olması gerekmektedir. Burada kasten denetim görevini ihmal eden fail, işlendiğinden haberdar olduğu zimmet veya irtikap suçlarının ortaya çıkmasını engellememekte; zimmet veya irtikap suçlarının işlenmesinin bir nevi yolunu açmakta ve suçun işlenişini kolaylaştırmaktadır. Denetimle görevli kamu görevlisi kendisine görevi nedeniyle yüklenen sorumluluğa aykırı olarak zimmet veya irtikap suçlarının işlenmesi karşısında hareketsiz kalarak bu suçların icrasına katkı sağlamaktadır¹⁹.

¹⁵ Yargıtay kararları ışığında denetimle yükümlü kamu görevlisi olarak kabul edilenler arasında 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 11'inci maddesinde tanımlanan il özel idarelerinde vali ve belediyelerde belediye başkanı olmak üzere üst yöneticiler, ilgili birimin başkan, amir, müdürleri, muhasebe müdürleri sayılabilir. Bunun yanında, noter ve noter başkatibinin vezneden sorumlu katip üzerinde, İşletme Başmühendisliği işletme sorumlusu ve idari mali sorumlusunun veznedarların; hastane sayman ve sayman vekilinin veznedarın üzerinde denetim sorumluluğu olduğu belirtilmiştir. Bkz. BAYTEMİR, s. 186 ve 832-833; SAVAŞCI TEMİZ, s.187; Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2003/6177 E., 2004/4646 K., 7.6.2004; Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2008/1967 E., 2008/2999 K., 01.04.2008; Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2009/5669 E., 2009/7303 K., 15.6.2009.

¹⁶ BOSTANCI BOZBAYINDIR, BOZBAYINDIR, ÇİÇEK, s. 111.

¹⁷ ÖZBEK, KANBUR, DOĞAN, BACAKSIZ, TEPE, s. 763.

¹⁸ OKUYUCU ERGÜN, s. 14.

¹⁹ YAŞAR, GÖKCAN, ARTUÇ, s. 7102.

Failin hareketsiz kalarak ortaya koyduğu ihmali hareket sonucunda zimmet veya irtikap suçlarının işlenmesine katkı sağladığı ve bu haliyle de suça vücut verdiği kabul edilmiştir. Denetim yükümlülüğü bulunan kamu görevlisince zimmet veya irtikap suçunun işlendiği bilinmekte ve denetim görevi yerine getirilmemektedir. Failin bu suçların işlendiğini bilmesine karşın hiçbir hareket ortaya koymama şeklinde bir ihmali gerçekleşebileceği gibi denetim yapılsa bile suçların ortaya çıkması için bir girişimde bulunmama şeklinde bir tutum da sergilenebilir. Her iki halde de birinci fıkra kapsamında tanımlanan suç oluşmaktadır. Yine, madde içerisinde zimmet veya irtikap suçlarının işlenmesine imkân sağlamaktan bahsedildiğine göre bu zimmet veya irtikap suçlarının en azından teşebbüs aşamasına ulaşmış olması gerekmektedir. Yani, teşebbüs boyutuna varmayan hazırlık hareketleri suçun oluşması bakımından yeterli olmayıp suçların işlenmesi ya da teşebbüs aşamasına gelmiş olması gerekmektedir²⁰. Sorumluluk yönünden denetim görevinin ihmali suçunu işleyen failinin zimmet veya irtikap suçlarını işleyen fail gibi, müşterek fail olarak cezalandırılacağı hüküm altına alındığından, zimmet veya irtikap suçlarının teşebbüs aşamasında kalması halinde sorumluluk açısından denetim görevinin ihmali suçunun faili de zimmet veya irtikap suçuna teşebbüsten sorumlu olacaktır. İşlenen eylem teşebbüs aşamasına varmayan basit bir hareket suçu veya zimmet veya irtikap suçlarına vücut vermeyen bir eylem niteliğindeyse burada denetim görevinin ihmali suçunun faili açısından müşterek fail olarak sorumluluk doğmayacaktır zira sorumluluk zimmet veya irtikap suçuna bağlanmıştır²¹.

Denetim görevinin ihmali suçunun bir diğer işleniş şekli, saf ihmali hareket olarak düzenlenmiş ve denetim yükümlülüğü bulunan kamu görevlisinin, zimmet veya irtikap suçlarının işlenişinden haberdar olmaksızın sadece denetim görevini ihmal etmesi neticesinde zimmet veya irtikap suçlarının işlenmesine imkân sağlanmış olması suçun tamamlanması için yeterli görülmüştür. Burada fail tarafından dış dünyaya yansıyan eylem, yalnızca denetim görevinin ihmali hareketi olup, sırf bu ihmali hareket neticesinde zimmet veya irtikap suçlarının faileri bu suçları işleme imkânı bulmaktadır. TCK'nın 251'inci maddesinin ikinci fıkrasında yer verilen zimmet veya irtikap suçlarının işlenmesine ihmali hareketle imkân sağlanması şeklindeki düzenlemede suça konu eylem denetimle yükümlü kamu görevlisince görevinin ihmal edilmesidir. Bu hareket gerçek ihmali suçtur ve Kanun'un yapmakla yükümlü kıldığı bir eylem, fail tarafından gerçekleştirilmemekte, "yapmama" hali ihmali davranış olarak Kanun'a aykırılık teşkil etmekte ve yaptırıma bağlanmaktadır. Sonuç olarak denetim görevi bulunan kamu görevlisi bu yükümlülüğünü ihmali davranışla yerine getirmekten kaçınmaktadır. Suçun tamamlanması için denetimle yükümlü kamu görevlisinin görevini kasten ihmal etmesi yeterlidir. Bu kapsamda denetim görevinin hiç veya gerektiği gibi yerine getirilmemesi denetim görevinin ihmali suçuna vücut verecektir²².

²⁰ BAYTEMİR, s. 818.

²¹ SAVAŞCI TEMİZ, s. 189.

²² BOSTANCI BOZBAYINDIR, BOZBAYINDIR, ÇİÇEK, s. 112.

Denetim görevinin ihmali suçu özelinde objektif cezalandırılabilme koşullarına bakıldığında, zimmet veya irtikap suçunun işlenmesi veya işlenmesine teşebbüs edilmesi objektif cezalandırılabilme koşulları arasında yer almaktadır. Başka bir deyişle denetimle görevli kamu görevlisi ihmali hareketi ortaya koyarak denetim görevini ihmal ettiği takdirde suç işlenmiş demektir. Buna karşın denetim görevinin ihmali sonucunda gerçekleştirilen eylemler zimmet veya irtikap suçlarını oluşturmuyorsa, objektif cezalandırılabilme koşulları gerçekleşmemiştir. Bununla birlikte denetim görevinin ihmalinden faydalanarak zimmet veya irtikap suçları işlenmemiş ise, diğer unsurlar da gözetilerek failin TCK m. 257/2'de düzenleme alanı bulan ihmali hareketle işlenen görevi kötüye kullanma suçunu işlediği değerlendirilebilir²³.

Bir diğer önemli husus denetim görevinin ihmali şeklindeki eylemin zimmet veya irtikap suçuna iştirak boyutuna varmamış olması gerekliliğidir. İştirak halinde artık denetim görevinin ihmali suçundan değil işlenen zimmet veya irtikap suçlarına yönelen katkının derecesine göre müşterek fail, azmettiren veya yardım eden olarak sorumluluk gündeme gelecektir²⁴. Denetim görevinin ihmali kapsamına birçok eylem dahil edilebilir. Fail tarafından yükümlü olduğu denetim görevi hiç veya gereği gibi yerine getirilmediğinde, zamanında yapılmadığında, geciktirildiğinde veya savsaklandığında denetim görevinin ihmalinden bahsetmek mümkündür²⁵.

Yine, denetim görevinin ihmali şeklindeki hareketin zimmet veya irtikap suçlarının işlenmesiyle bir nedensellik bağı oluşturması gerekli olup bu suçların işlenmesine denetim görevinin ihmali sebep olmalıdır. Bu yorum suçun Kanun'daki düzenleniş biçiminden yola çıkarak yapılmaktadır. Denetim yükümlüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla zimmet veya irtikap suçlarının işlenmesinin yolunun açılması suçun maddi unsuru olarak kabul edilmektedir. Bu illiyet bağının tespiti ise uygulama bakımından oldukça zordur ve her bir somut olay açısından detaylıca irdelenmelidir²⁶.

Denetim görevinin ihmali suçunun manevi unsuruna bakıldığında suçun kasten işlenebilen bir suç olduğu görülmektedir²⁷. Denetim görevinin suçunun taksirli hali Kanun'da düzenlenmemiştir. Denetim görevinin ihmali suçu Kanun'da iki ayrı fıkra düzenlendiğinden manevi unsuru da ayrı ayrı değerlendirmeye alma gereği doğmaktadır. Birinci fıkra kapsamında kast, zimmet veya irtikap suçlarının işlenmesine yönelmemelidir; fail yalnızca bu suçların işlendiğini bilerek hareketsiz kalmak şeklinde bir eylem ortaya koymalıdır. Burada kasıtlı olarak gerçekleştirilen tek hareket denetim görevini ihmal etmek olmalıdır. İkinci fıkra uyarınca, yani zimmet veya irtikap suçlarının işlenmesine imkân sağlama açısından da kast denetim görevini ihmal etmekten ibarettir. Bu kez fail zimmet veya irtikap

²³ BOSTANCI BOZBAYINDIR, BOZBAYINDIR, ÇİÇEK, s. 116.

²⁴ MERAN, s. 91.

²⁵ SAVAŞÇI TEMİZ, s. 193.

²⁶ SAVAŞÇI TEMİZ, s. 195.

²⁷ BAKICI, s. 166.

suçlarının işlendiğini bilmeden, bunlardan habersiz şekilde ancak yine kasten denetim görevini yerine getirmemektedir.

Yine, manevi unsurun fail açısından gerçekleşebilmesi için failin denetim görevi sorumluluğunu bilmesi ve buna rağmen hareketsiz kalmayı tercih etmesi gerekmektedir. Yani, failin denetim görevini yerine getirmemesi kasten değil de taksirle gerçekleşmişse ve özen yükümlülüğüne aykırılıktan ileri gelmişse Kanun'da suçun taksirli hali düzenlenmediğinden sorumluluk da meydana gelmeyecektir. Failin yalnızca denetim görevinin ihmali şeklindeki eylemi kasten gerçekleştirmesi yeterli değildir. Fail, denetim yükümlülüğü bulunduğunu ve hatta yükümlülüğünün gereklerini de tam olarak bilmelidir. Aksi takdirde sorumluluktan bahsedilmesi mümkün olmayacaktır²⁸.

B. Denetim Görevinin İhmali Suçunun Hukuka Aykırılık Unsuru

Denetim görevinin ihmali suçu açısından hukuka uygunluk sebeplerini değerlendirdiğimizde ilgilinin rızası bu suç açısından mümkün olmamaktadır zira denetim görevinin ihmali suçu kamuya karşı işlenen bir suçtur. Yine aynı doğrultuda meşru savunma da hukuka uygunluk nedeni olarak bu suç açısından gündeme gelmemektedir. Diğer hukuka uygunluk nedenlerinden olan kanun hükmünün yerine getirilmesi veya hakkın kullanılması bu suç açısından ortaya çıkabilecektir ve failin denetim görevini yerine getirememesinin hukuka uygun düştüğü durumlarda eylem suç teşkil etmeyecektir. Denetimle yükümlü kamu görevlisinin amiri tarafından başka bir bölgede görevlendirilmiş olması nedeniyle ilgilinin görevi kapsamında bir işin denetimini gerçekleştirememesi durumunda hukuka uygun emrin yerine getirilmesi dolayısıyla hukuka aykırılık ortadan kalkacaktır. Bu itibarla denetimin gerçekleştirilememesi sonucunda zimmet veya irtikap suçları işlenmişse bile denetim görevinin ihmali suçu oluşmaz zira olayda hukuka uygunluk nedeni bulunmaktadır²⁹.

C. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

Denetim görevinin ihmali suçu açısından teşebbüs başlığı altında bir değerlendirme yapmak oldukça güçtür. Teşebbüs ancak ve ancak icra hareketlerinin bölünebildiği suçlar açısından mümkündür ve bakıldığında TCK m. 251/2 düzenlemesi açısından teşebbüsün gerçekleşmesi mümkün değildir. Yani, hareketin niteliği gereği suça teşebbüsün mümkün olmadığı sonucuna varılmaktadır³⁰.

Bu başlık altında değinilmesi gereken bir diğer husus suça özel iştirak düzenlemesine ilişkindir. Şöyle ki, denetim görevinin ihmali suçunun faili işlendiğini bildiği zimmet veya irtikap suçları üzerinde hakimiyet kurmamaktadır. Ayrıca suça özel iştirak hükümleri öngörülmediğinden burada yalnızca sorumluluk anlamında müşterek faillik müessesesinin kabul edildiğinden hareketle failin suça katıldığından da bahsedilmemelidir. Bu ihtimallerin gerçekleşmesi halinde denetim görevinin ihmali suçundan değil doğrudan doğruya işlenen zimmet veya irtikap suçlarından fail olarak sorumluluk doğar.

²⁸ ARTUK, GÖKCEN, YENİDÜNYA, s.7336.

²⁹ MERAN, s.93.

³⁰ BAKICI, s. 165.

Burada denetim görevinin ihmali suçunun faili açısından yalnızca zimmet veya irtikap suçlarının işlendiğini bilmesi ve kastının bu bilme haline rağmen yalnızca denetim görevini ihmal etme eylemine yönelmesi aranır.

Yine bu bağlamda ifade edilmelidir ki, TCK m. 251/2’de düzenlenen denetim görevinin ihmali suçu, esas itibarıyla kanundaki başkaca bir suçun özel düzenlemesi niteliği taşımaktadır. Söz konusu suç, görevi kötüye kullanma suçu olup denetim görevinin ihmali suçu ile görevi kötüye kullanma suçu genel norm-özel norm ilişkisi barındırdığından denetim görevinin ihmali suçunun failinin ayrıca TCK m. 257/2 kapsamında bir sorumluluğu doğmamaktadır³¹.

Denetim görevinin ihmali suçu kapsamında suça iştirak bahsinde değinilmesi gereken temel husus müşterek faillik kurumudur. Zira TCK m.251/1 ile Kanun’da özel bir iştirak hali düzenlenmektedir. TCK m.37/1 uyarınca “Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.” Bu itibarla, suçun işlenişi noktasında bir elden hakimiyet kurarak suçun işlenmesini sağlayan failler müşterek faillik kapsamına girmektedir ve her bir fail işlenen suç için kanunda belirlenen yaptırıma tabi tutulmaktadır. Müşterek fail, bakıldığında suçun işlenişinde merkezde bulunan kişidir ve onun tarafınca ortaya koyulan eylem ikincil bir faaliyet değildir. Suçun işlenişine katkısı az bile olsa, katkının niteliği gereği eşit kabul etmek gerekir³². Burada sorumluluğun tüm fiil açısından doğmasının esas nedeni, her müşterek failin suçun icrasına yönelik önemli ve müessir bir katkı sunması ve bu katkının da suç planının nihayete ermesi açısından zaruri olmasıdır³³. Ancak, denetim görevinin ihmali suçu açısından özel bir iştirak hali öngörülmüş ve yalnızca sorumluluk anlamında iştirak düzenlemesine yer verilmiştir. Böyle bir ihtimalde artık denetim görevinin ihmalinden değil zimmet veya irtikap suçlarına iştiraktan bahsedilecektir.

Denetim görevinin ihmali suçu her şeyden önce özgü bir suçtur ve özgü suçlara ilişkin Kanun’da özel iştirak düzenlemesi yapılmıştır. TCK m. 40/2 kapsamında, fail olarak nitelendirilemeyen, bunun doğal bir sonucu olarak da denetimle görevli kamu görevlisi olarak kabul edilemeyen kişilerin eylemleri hariç tutulacak, bu özellikleri taşımasına rağmen farklı şekilde suça katkı sağlayan kişiler ancak ve ancak azmettiren veya yardım eden olarak kabul edileceklerdir.

D. Denetim Görevinin İhmali Suçunun Yaptırımı

TCK m. 251/1’de denetim görevini ihmal eden kamu görevlisinin zimmet veya suçlarının failleri gibi müşterek fail olarak sorumlu olacağı öngörüldüğünden, denetim görevinin ihmali suçunun failine verilecek ceza diğer zimmet ve irtikap suçlarının faillerine göre belirlenecektir. TCK’nın 251’inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenleme alanı bulan yaptırım ise, üç aydan üç yıla kadar hapis cezası olarak net bir şekilde öngörülmüştür. Bu cezai yaptırımın yanında TCK m. 53 hükmü de yine denetim

³¹ BOSTANCI BOZBAYINDIR, BOZBAYINDIR, ÇİÇEK, s. 118

³² HAKERİ, s. 567.

³³ ÖZGENÇ, s. 501.

görevinin ihmali suçunun işlenmesi halinde gündeme gelecektir. Zira, denetim görevinin ihmali suçunun faili kamu görevlisidir ve anılan madde de kamu görevlisince işlenen suçlar açısından belli hakların kullanılmasından yoksun bırakılmayı düzenlemektedir³⁴.

Yine bu bağlamda belirtilmelidir ki denetim görevinin ihmali suçunun yaptırımı nitelik itibarıyla kısa süreli hapis cezasıdır. Bir hapis cezanın kısa süreli hapis cezası olması meydana getirdiği iki sonuç nedeniyle önemlidir. Kısa süreli hapis cezaları TCK'nın 50'nci maddesinde sayılan seçenek yaptırımlardan birine çevrilme imkânı taşımaktadır ve yine Kanun'un 51'inci maddesinde de işlenen suçtan dolayı haklarında iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına hükmedilenlerin cezasının erteleneceği düzenlenmiştir.

IV. DENETİM GÖREVİNİN İHMALİ SUÇUNUN DİSİPLİN HUKUKUNDAKİ YANSIMASI VE DİSİPLİN REJİMİ

Disiplin hukuku; kamu hizmeti yürüten kamu görevlilerine bu hizmetin gerektirdiği şekilde davranma görevi yükleyen düzenlemeler öngören ve bu düzenlemelere aykırı hareket edenlere uygulanacak yaptırımları ve bu yaptırımları tesis edecek olan mercii tayin eden kuralların oluşturduğu hukuk düzenidir³⁵. Yine, başka bir tanıma göre; memurlar tarafından ihlal edildiği takdirde istihdam edildikleri idare içerisindeki düzene zarar veren ve devlet memurluğu statüsü ile ilgili kurallar bütününe disiplin hukuku denilmektedir³⁶.

İdare ise, en basit anlatımla kamu hizmeti ifa eder. Bu kamu hizmetlerinin gerçekleştirilebilmesi için idarenin bazı hareket araçlarına ihtiyacı vardır. Bu hareket araçlarından belki de en önemlisi söz konusu hizmeti ifa edecek olan personeldir. Personel bakımından idarenin sahip olması gereken araç karşımıza “kamu görevlisi” kavramını çıkarmaktadır. İdarenin kendisine yüklenen kamu hizmetini personel bakımından araçları olmadan, yani kamu görevlileri olmadan yerine getirmesi olanaksızdır³⁷.

Kamu görevlisi kavramı farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Gerek kamu görevlisi gerekse memur kavramları hakkında ortak kabul edilen yeknesak bir tanım belirlenebilmiş değildir³⁸. Bizi ilgilendiren tanım idare hukuku kapsamında kamu görevlisi olup bu da esasen dar anlamda kamu görevlisinin tanımıdır³⁹. Bu tanıma göre; kamu tüzel kişilikleri bünyesinde mesleki saiklerle ücret karşılığında iş gören ve haklarında kamu hukuku düzenlemeleri uygulama bulan personele kamu görevlisi denir. Burada yer alan “mesleki saikle iş görme” ibaresinden yola çıkarak, yaptıkları işi mesleki

³⁴ AKÇİN, s. 184.

³⁵ BUCAKTEPE, Disiplin Makamlarının Disiplin Cezası Verme Yetkileri Üzerine Bir Değerlendirme, s. 201.

³⁶ AKYILMAZ, SEZGİNER, KAYA, s. 664.

³⁷ GÖZLER, KAPLAN, s. 261.

³⁸ BUCAKTEPE, Ceza Mâhkumiyetinin Devlet Memurluğuna Etkisi, s. 3.

³⁹ Bkz. Anayasa'nın 68'inci maddesinde yer alan “kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevliler ve yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri” ifadesi de dar anlamda kamu görevlisi tanımına işaret eder. ÇAĞLAYAN, s. 816.

bir sıfatla yapmayanların idare hukuku anlamında, yani dar anlamda kamu görevlisi kavramına dahil olmadıklarını söylemek mümkündür. Örneğin, Cumhurbaşkanı, belediye başkanları veya belediye meclis üyeleri dar anlamda kamu görevlisi olarak değerlendirilmemelidir, zira bu görevi seçilmiş veya atanmış olarak ifa etmektedirler. Öyleyse, dar anlamda kamu görevlisi olarak başta memurlar olmak üzere, idari hizmet sözleşmesi ile iş gören sözleşmeli ve geçici personel de bu kapsamda sayılması mümkün gözükmemektedir⁴⁰. Kamu görevlisi olanların kamu görevlisi olmayanlardan ayrılması oldukça önemlidir; ancak bu noktada ne Anayasa’da ne de kanunlarda “kamu görevlisi” tanımı bulunmaktadır. TCK’da yer verilen tanım ilk kısımda ele alınmış olup, bu bölüm içerisinde TCK’da düzenlenen tanım mecburen dışlanacaktır. İdare Hukukunda “kamu görevlisi” tanımı bulunmaması bizleri doktrindeki tanımlara yöneltilmektedir. Gözler tarafından benimsenen tanım Fransız Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından kabul gören tanımdır ve bu çalışma kapsamında da bu tanıma uyularak ilerlenmesi gerekmektedir. Bu tanıma bakıldığında; bir kamu tüzel kişinin kamu hukuku bağı ile istihdam ettiği görevliler kamu görevlisi olarak kabul edilmektedir⁴¹.

Kamu görevlileri de kendi içerisinde memurlar ve diğer kamu görevlileri olmak üzere iki temel başlık altında incelenmektedir. Nitekim Anayasamızın 128’inci maddesinde: “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.” hükmü yer almaktadır. 657 sayılı DMK’nın 4’üncü maddesi ile somut bir memur tanımı ortaya konmaktadır. Bu tanım şu şekildedir: “Memurlar, mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilen görevlilerdir.” Bu tanım kapsamında bir kamu görevlisinin memur olarak atfedilebilmesi için üç niteliğe kümülatif olarak sahip olması gerekmektedir. Öncelikle, kamu görevlisi devlet bünyesinde veya diğer kamu tüzel kişilikleri içerisinde çalışmalıdır. İkincil şart, kamu görevlisinin ifa ettiği kamu hizmeti kamusal yönetim biçimi esaslarına göre görülmelidir. Yine, ifa edilen kamu hizmetinin niteliği gereği asli ve sürekli olması zaruridir. 657 sayılı DMK’nın 4’üncü maddesi ile kamu görevlileri dört gruba ayrılarak memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler olmak üzere tasnif edilmiştir.

A. Denetim Görevinin İhmalini Oluşturan Eylemlere Disiplin Hukukunda Karşılık Gelen Yaptırımlar

Disiplin cezası, bir disiplin suçu karşılığında tatbik edilir. Denetim görevinin ihmaline ise fiilin gerçekleşme süreci, yeri, sıklığı ve diğer hususlar nazara alınarak değerlendirilmelidir. Nitekim 657 sayılı Kanun’da disiplin cezalarını düzenleyen maddelerde açıkça denetim görevinin ihmaline ilgili bir fiil ve yaptırım bulunmamakta olup, söz konusu fiile tekabül eden çeşitli yaptırımlar bulunmaktadır. Söz konusu fiillerden sonra ise 125’inci maddede “Yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren

⁴⁰ GÖZLER, KAPLAN, s. 262.

⁴¹ GÖZLER, KAPLAN, s. 263.

fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibariyle benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir.” hükmü yer almaktadır. Böylece disiplin hukukunda kıyasa olanak tanınmaktadır. Aşağıda denetim görevinin ihmali özelinde disiplin cezalarına yer verilmiştir.

1. Denetim Görevinin İhmali ve Uyarma Cezası

Uyarma cezası, 657 sayılı Kanun’un 125/A maddesinde düzenlenmiş olup uyarma cezasının uygulanmasına neden olacak eylemler söz konusu maddede sayılmıştır. Denetim görevinin ihmalinin uyarma disiplin cezası altında sayılan eylemlerin kapsamına dahil edilip edilemeyeceğini tartışacak olursak, 125’inci maddede “a) Verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasların yerine getirilmesinde, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçlerin korunması, kullanılması ve bakımında kayıtsızlık göstermek veya düzensiz davranmak” şeklinde düzenleme alanı bulan fıkra üzerinden ilerlemek gerekmektedir. Denetim görevinin ihmali şeklindeki eylemin disiplin mevzuatında kendisine bu fıkra kapsamında bir karşılık bulabilmesi mümkün gözükmemektedir.

Zira denetim görevinin ihmalden görevin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinin anlaşılması gerekmektedir. Öyleyse, açıklamalarımız ışığında uyarma disiplin cezası içerisinde sayılan “verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasların yerine getirilmesinde” kayıtsızlık gösterilmesinden söz edilebilecek ve mezkûr düzenleme ile denetim görevinin ihmali fiili eşleştirilebilecektir. Bu çerçevede somut olayın özellikleri ile idarenin takdir yetkisi doğrultusunda kamu görevlisi hakkında denetim görevinin ihmali şeklindeki eyleme karşılık uyarma cezasının uygulanabileceğini söylemek mümkün gözükmemektedir. Yine uyarma cezası içerisinde sayılan ve f bendinde düzenlenen “görevine veya iş sahiplerine karşı kayıtsızlık göstermek veya ilgisiz kalmak” şeklindeki eylemin de denetim görevinin ihmali ile ilişkilendirilebileceği değerlendirilmektedir. Zira yine görevi eksik yapma anlamına gelebilecek göreve ilgisiz kalma ve kayıtsızlık göstermekten söz edilmiş olup “görevine veya iş sahiplerine karşı kayıtsızlık göstermek veya ilgisiz kalmak” hükmü uyarınca denetim görevinin ihmali suçu özelinde uyarma cezasının da tatbik edilebileceği değerlendirilmektedir.

2. Denetim Görevinin İhmali ve Kınama Cezası

Kınama cezası, 657 sayılı Kanun’un 125/B maddesinde düzenlenmiştir ve bu madde kapsamında kınama cezasına karşılık gelen eylemlere yer verilmiştir. Denetim görevinin ihmalinin kınama cezası kapsamında kalan eylemlerden hangileri kapsamına dahil edilebileceğine bakıldığında 125/B maddesinin a fıkrası tipiklik ilkesi özelinde dikkat çekmektedir. Söz konusu hüküm; “a) Verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasların yerine getirilmesinde, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçlerin korunması, kullanılması ve bakımında kusurlu davranmak” şeklinde olup “uyarma” cezasının a fıkrasında yer alan hükme çok benzemekle birlikte uyarma cezasındaki düzenlemeden bir nokta ile ayrılmaktadır. Burada anılan

eylemleri gerçekleştirmekte kamu görevlisinin “kusurlu” olması da ayrıca aranmaktadır. Yine, eylemin ağırlığı ve somut olayın özelliklerine göre denetim görevinin ihmali özelinde yapılan inceleme ve tahlilde “kusur” unsurunun tereddüde mahal bırakmayacak şekilde ortaya konması halinde “kınama” cezası kapsamında değerlendirilebileceğini söylemek mümkündür.

3. Denetim Görevinin İhmali ve Aylıktan Kesme Cezası

Aylıktan kesme cezası 657 sayılı Kanun’un 125/C maddesinde düzenleme alanı bulmuştur ve madde içerisinde aylıktan kesme cezasının uygulanacağı hallere yer verilmiştir. Denetim görevinin ihmali şeklindeki fiilin, aylıktan kesme cezası kapsamında iki hüküm çerçevesinde incelenebileceği değerlendirilmektedir. 125/C maddesinde yer alan “a) Kasıtlı olarak; verilen emir ve görevleri tam ve zamanında yapmamak, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasları yerine getirmemek, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçleri korumamak, bakımını yapmamak, hor kullanmak” şeklindeki düzenlemeye bakıldığında yine uyarma ve kınama cezalarının ilgili fıkrası ile benzer olduğu görülmektedir. Ancak aylıktan kesme cezasının uyarma ve kınamadan daha ağır nitelikte bir disiplin cezası olmasına bağlı olarak bu cezanın uygulanacağı eylem için de “kasıtlı olarak” fiilde bulunma şartı öngörülmüştür. Bu çerçevede denetim görevinin ihmalinin anılan fıkra içerisinde değerlendirilmesi mümkündür ve hatta TCK kapsamında denetim görevinin ihmali suçunun oluşması için her iki fıkrada da denetim görevini “kasıtlı olarak” ihlal etmek arandığından bu madde kapsamında bir disiplin cezası öngörülmesi çok daha isabetli olacaktır. Denetim görevinin kamu görevlisince bilerek ve isteyerek ihmal edilmesi suç olarak kabul edildiğinden disiplin cezası tatbik edilirken de kastın mevcut olup olmadığının araştırılması daha ölçülü olacaktır. Nitekim böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde yürütülen disiplin soruşturmasında memurun görevini kasten yapmayarak zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine imkân sağlaması hususunun açık bir şekilde incelenmesi ve kasıt unsurunun tereddüde mahal vermeyecek ölçüde gerekçeli olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Aksi halde eksik inceleme ve tahlile dayanan bir kanaat ile kasıt unsurunun yeterince incelenmemesi ve değerlendirilmemesinden hareketle kusur veya kayıtsızlık hallerine atıfta bulunarak verilen disiplin cezasının şekil yönündeki eksikliği gerekçe gösterilerek iptali de söz konusu olabilecektir. Bu bakımdan denetim görevinin ihmali halinde söz konusu fiilin kasıt-kusur-kayıtsızlık unsurları özelinde etraflıca incelenmesi ve değerlendirilmesi akabinde tecziye işleminin gerekçeli bir şekilde nihayete erdirilmesi gerektiği açıktır.

Öte yandan aynı cezanın düzenlendiği maddede aylıktan kesme fiiline tekabül eden “Hizmet içinde devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak” hükmüne de yer verilmiştir. Anılan hükmün de esasında bir kamu görevlisinin kayıtsız olarak veya kusurlu ya da kasıtlı bir şekilde görevini yapmamak suretiyle “zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine” imkân sağlaması neticesinde memura duyulan güven duygusunu sarstığı da değerlendirilmektedir. Tipiklik ilkesi uyarınca daha önce değinilen 125/C-a hükmü kadar olmasa da denetim görevinin ihmali ile anılan hükmün bağdaştırılabileceği değerlendirilmektedir.

4. Denetim Görevinin İhmali Suçu ve Kademe İlerlemesinin Durdurulması Cezası

Kademe ilerlemesinin durdurulması cezası 657 sayılı Kanun'un 125/D maddesinde düzenlenmiş olup kademe ilerlemesinin durdurulması disiplin cezasının uygulanacağı eylemler de yine bu madde içerisinde sayılmıştır. Tıpkı diğer disiplin cezalarında olduğu gibi kademe ilerlemesinin durdurulması yaptırımına karşılık gelen eylemler içerisinde denetim görevinin ihmali ile ilişkilendirebileceğimiz fiiller mevcut olup bu aşamada n bendinde yer alan düzenleme uygun düşmektedir. “n) Verilen görev ve emirleri kasten yapmamak” şeklinde düzenlenen fiil karşılığında kademe ilerlemesinin durdurulması cezası uygulanacak olup denetim görevini ihmalin de bu madde kapsamında değerlendirilebilmesi mümkün gözükmektedir. Şöyle ki, denetim görevini kasten yerine getirmemek suçun tipiklik unsuru olarak düzenlendiğinden açıkça emir ve görevleri kasten yerine getirmemek şeklindeki disiplin suçu ile açıkça bağdaşmaktadır. Yine aylıktan kesme cezasında olduğu gibi eylemde kast unsuru aranmış olduğundan denetim görevinin ihmali anılan madde kapsamında değerlendirilerek kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının tatbik edilmesinin isabetli olacağı değerlendirilmektedir. Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerinde hiyerarşi ilkesi uyarınca yürütülen iş ve işlemler normlar hiyerarşisine göre üst norma göre düzenlenen mevzuata dayanmaktadır. Bu bakımdan bir memurun görev, yetki ve sorumluluklar mevzuatla tereddüde mahal vermeyecek şekilde hüküm altına alınmıştır.

Dolayısıyla denetim görevi özelinde de bir hiyerarşik amirin himayesi veya yönetimi altındaki memurları ve iş süreçlerini mevzuata göre incelenmesi, denetlemesi gerekmektedir. Denetim görevini üstlenen memurun ise bu görevini mevzuata göre gerçekleştirdiği de nazara alındığında mevzuatta yer alan bir hükmün veya bir amirin bilmesi gerektiği görevini bilmemesi ve dolayısıyla da yapmamasında kasıt unsurunun olduğu açıktır. Yukarıda zikredilen “Verilen görev ve emirleri kasten yapmamak” hükmü de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir.

5. Denetim Görevinin İhmali Suçu ve Devlet Memurluğundan Çıkarma Cezası

Devlet memurluğundan çıkarma cezası 657 sayılı Kanun'un 125/E maddesinde on iki alt başlık halinde düzenlenmiş ve devlet memurluğundan çıkarma disiplin cezasının uygulanmasına neden olacak eylemler de bu madde altında sayılmıştır. Bu madde içerisinde yer alan ve g bendinde düzenleme alanı bulan “Memurluk sıfatıyla bağdaşmayan nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak” şeklinde gerçekleştirilecek eylemler memuriyetten kalıcı olarak çıkarılması sonucunu doğuracaktır. Denetim görevinin ihmalinin bu madde kapsamında değerlendirilerek en ağır disiplin cezası öngörülmesi mümkün olup devlet memurluğundan çıkarma cezasının niteliği gereği daha ayrıntılı bir açıklama yapma gereği duyulmuştur. Yukarıdaki açıklamalarımızda zaten disiplin suçları açısından kanunilik ilkesinin sert bir biçimde uygulanmadığını ve Kanun'un kıyasa imkân verdiğinden bahsedilmiştir. Ayrıca, denetim görevinin ihmali suçunu oluşturan ve aynı zamanda disiplin mevzuatı kapsamında da disiplin suçu olarak değerlendirilecek eylemler açısından her zaman aynı disiplin cezasının karşılık görülmeyeceği hususuna da değinilmiştir. Bu durum, disiplin mevzuatında düzenlenen

en ağır nitelikte yaptırım söz konusu olduğunda ayrıca değerlendirilmesi gereken bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira, denetim görevinin ihmali suçunu oluşturan eylem disiplin mevzuatında yaptırım kararı veren merci tarafından anılan maddedeki gibi memurluk sıfatıyla bağdaşmayacak derecede yüz kızartıcı ve utanç verici nitelikte değerlendirildiği takdirde, eylemi gerçekleştiren memur devlet memurluğundan çıkarma cezası ile karşı karşıya kalacaktır. Yine, söz konusu maddenin oldukça geniş bir şekilde yorumlanması ve idareye bir nevi sınırları çizilmiş olsa bile takdir yetkisi vermesi maddeyi ve uygulanmasını tartışmalı kılmaktadır. Bu maddeye vücut verecek hareketler Kanun'da açık bir şekilde tanımlanmadığından kanunsuz suç ve ceza ilkesi ile ters düşmektedir⁴². Kanun açıkça bu hareketleri saymadığından bu ceza kapsamına giren fiiller hakkında ipucunu yargı kararlarında aramak gerekmektedir. Kaldı ki, Danıştay da yine bu belirlemenin mahkemelerce yapılması gerektiği yönünde kararlar kurmuştur. Danıştay'ın bu kararları isabetli olup, aksi bir karar mevzuatla çelişkiye neden olabilecektir.

Madde içerisinde yer alan yüz kızartıcı hareketler kavramından yola çıkarak devlet memurluğundan çıkarma disiplin cezasına sebep olacak eylemlerin bir kısmını belirleyebilmek mümkündür. Anayasa'nın milletvekili seçilme yeterliliğine ilişkin 76'ncı maddesi içerisinde "...zimet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla..." şeklinde bir ifade kullanılarak yüz kızartıcı olarak nitelendirilecek eylemlerin hangileri olduğu sayılmıştır. Elbette bu madde kapsamında yalnızca anılan suçlar yoktur; ancak açık Anayasa hükmü gereğince bu suçların evleviyetle devlet memurluğundan çıkarma yaptırımına tabi olduğunu söyleyebiliriz. Denetim görevinin ihmali suçunun TCK'da geçen ilk fıkrasında failin sorumluluk noktasında zimet veya irtikap suçunun faili gibi sorumlu olduğu ve müşterek fail gibi cezalandırılması gerektiği belirtilmiştir. Hal böyleyken, zimet veya irtikap suçunun faili gibi sorumlu tutulacak olan denetimle yükümlü kamu görevlisi disiplin mevzuatında da en ağır disiplin cezası ile karşı karşıya kalabilir. Bu çerçevede TCK m. 251/1 uyarınca "Zimet veya irtikap suçunun işlenmesine kasten göz yuman denetimle yükümlü kamu görevlisi, işlenen suçun müşterek faili olarak sorumlu tutulur." hükmüne göre bu fiilde bulunan kamu görevlisinin zimet veya irtikap suçunun müşterek faili olarak yargılanması sebebiyle yüz kızartıcı bir suç işlediği ve hakkında yukarıda zikredilen maddeye göre işlem yapılması gerektiği açıktır. Öte yandan salt denetim görevinin ihmali suçunun genel olarak yüz kızartıcı bir suç mahiyetinde olmadığı değerlendirilmektedir.

Yine buradaki açıklamalarımız suç ve disiplin suçu arasındaki bağlantıyı kurabilmek adına eylemin her iki hukuk alanında da sonuç doğurması ihtimali üzerine kurulu olsa da, beraat veya mahkûmiyet kararının disiplin soruşturmasını ve yine aynı şekilde tatbik edilen disiplin cezasının ceza mahkemesi kararını etkilemeyeceğinin altını çizmekte yarar bulunmaktadır.

⁴² PINAR, ÇALIŞKAN, s. 80.

Yani, denetim görevini ihmali kapsamında memur tarafından gerçekleştirilen eylem her iki hukuk düzeninde kendi usul ve esaslarına göre değerlendirilecek olup her zaman birbiriyle paralel şekilde neticelenmek zorunda değildir. Burada ortaya koyulmak istenen asıl husus denetim görevinin ihmali şeklinde ortaya çıkan eylemlerin özellikle TCK'da tipikliği oluşturan fiilden yola çıkarak disiplin mevzuatında somut olayın özelliklerine göre farklı yaptırımlara tabi tutulabileceğine ilişkindir.

Danıştay kararları üzerinden kısa bir inceleme yapacak olursak:

“...Bahse konu soruşturmalarda ilgili olarak dava konusu işlemin tesis edilmesinden sonra verilen kararlar incelendiğinde ise; ... Bakanlığın Yüksek Disiplin Kurulu'nun ... tarih ve ... sayılı kararı ile; davacının Emniyet Genel Müdürlüğü görevini yürüttüğü dönemde hakkında yapılan soruşturma sonucu, Azerbaycan vatandaşı gazeteci M.Z. 'nin sınır dışı edilme evraklarının basına sızdırılması olayındaki davranışları nedeniyle basına sızdırılması olayındaki davranışları nedeniyle “denetim görevini yerine getirmemek” fiilini işlediğinden bahisle Emniyet Teşkilatı Disiplin Tüzüğü'nün 6/A-3. Maddesi gereğince “4 ay kısa süreli durdurma” cezası ile cezalandırılmasına, ancak öğretim durumu nedeniyle yükselebileceği kadronun son kademesinde bulunduğundan 657 sayılı Kanun'un 125'inci maddesinin beşinci fıkrası uyarınca bu cezanın brüt maaşından 1/2 oranında kesinti yapılması şeklinde uygulanmasına karar verildiği...”⁴³.

şeklindeki karara bakıldığında, denetim görevini yerine getirmemek şeklindeki eylem özel mevzuat kapsamında yaptırım olarak kademe ilerlemesinin durdurulması cezası tatbik edildiği; ancak istisnai durum olarak bu cezanın uygulanamaması hallerinde alternatif olarak belirlenen aylıktan kesme disiplin cezası şeklinde uygulandığı bir uyuşmazlık karara bağlanmıştır. Yani buradaki özel durumu ayrık tutarsak esasen memurun eylemine karşılık gelen yaptırım somut olay özelinde kademe ilerlemesinin durdurulması olarak takdir edilmiştir. Burada disiplin suçu olarak meydana gelen eylem de denetim görevini yerine getirmemek şeklinde tanımlanmıştır. Yine bir başka Danıştay kararı içerisinde geçen bir bölüme bakacak olursak:

“...denetim görevini ihmal nedeniyle verilen uyarma cezasının .. İdare Mahkemesinin ... günlü, E: K: ... sayılı kararı ile iptal edildiği, davacının davalı idarede 23.06.2014 tarihinde ... olarak görev yapmaya başladığı ve 12.06.2017 tarihinde ... kadrosuna atandığı, daire başkanlığı kadrosundan alınmasına neden olacak bir disiplin cezası olmadığı nazara alındığında...”

şeklindeki kısımdan idarenin denetim görevinin ihmali nedeniyle “uyarma” cezası tatbik ettiği anlaşılmaktadır⁴⁴. Burada anlatmak istediğimiz husus özetle, denetim görevinin ihmali suçunu oluşturan eylemler aynı zamanda disiplin suçu da teşkil edebilir ve bu disiplin suçu karşılığında da disiplin

⁴³ Bkz. Danıştay 5. Dairesi, 2016/1873 E., 2020/4535 K. sayılı ilamı.

⁴⁴ Bkz. Danıştay 2. Dairesi, 2020/551 E., 2021/54 K. sayılı ilamı.

cezasına hükmedilir. Ancak denetim görevinin ihmali suçu kapsamına giren eylemler disiplin mevzuatında da farklı disiplin suçları şeklinde işlenebileceğinden her zaman aynı disiplin cezası ile eşleşmesi mümkün olmamaktadır. Kimi zaman suça konu eylem, uyarma disiplin cezası içerisinde düzenlenen bir fiil veya hale uyarken, kimi zaman aylıktan kesme disiplin cezası öngörülen fiil ve hal ile örtüşebilir. Denetim görevinin ihmali suçunu oluşturan eylemler somut olayın özelliği, eylemin ortaya çıkış şekli ve idarenin takdir yetkisinin etkin olması ile Kanun'da yer alan disiplin cezalarından herhangi biri kapsamında değerlendirilebilmektedir.

V. DENETİM GÖREVİNİN İHMALİ SUÇU ÜZERİNE ADLİ YARGI MERCİLERİNCE TESİS EDİLEN KARARLAR

Denetim görevinin ihmali suçunu oluşturan eylemlerin ortaya koyulması üzerine kamu görevlileri hakkında bünyelerinde buldukları idarelerin tesis ettikleri işlemlerin yanında bu eylemler için adli makamlarca da yargılanmaya başlanır ve anılan süreç tamamlanarak adli yargı mercilerince suça konu fiil hakkında hüküm kurulur. Denetim görevinin ihmali suçu için TCK'da farklı işleniş şekilleri öngörülmüştür. Daha önce de değinildiği üzere 251'inci maddenin ilk fıkrası uyarınca suç, zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine kasten göz yumma şeklinde ortaya çıkabileceği gibi; ikinci fıkra uyarınca denetim görevini ihmal ederek zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine imkân sağlama şeklinde de ortaya çıkabilir. Yine, sınırları çizilen ve tipiklik unsuru belirlenen eylemlerin ne şekilde gerçekleşeceği de somut olayın özelliklerine göre değişkenlik gösterebilecektir. Zira, denetimle görevli kamu görevlisinin ifa ettiği görev ve bulunduğu konuma göre denetim yükümlülüğü değişkenlik gösterecek ve her bir fail açısından farklı fiiller suç teşkil edebilecektir. Sırf bu nedenle bile yargı kararlarının incelenmesi oldukça önem taşımaktadır. Zira, bu kararlar kapsamında denetim görevinin ihmali suçunu teşkil eden eylemlerin belirlenmesinde hangi ölçütlere dikkat edildiği daha net şekilde görülebilecektir.

Somutlaştırmak istediğimiz hususların bir kısmını Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 2014/3118 Esas, 2016/4201 Karar ve 25.05.2016 tarihli kararı ile değerlendirebiliriz. Kararda yer alan "*...sanık hakkında zimmet suçundan kurulan mahkûmiyet hükmüne yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde...*" ve "*sanıklar ... ve ... hakkında denetimle yükümlü kamu görevlisinin zimmet suçunun işlenmesine kasten göz yumması suçundan kurulan mahkûmiyet hükümlerine yönelik temyiz itirazlarının incelenmesine gelince...*" şeklindeki ifadeler öncelikle dikkat çekmektedir. Görüldüğü üzere aynı dava içerisinde zimmet suçu ve denetim görevinin ihmali suçu açısından birlikte yargılama yürütülmektedir. Davanın aynı mahkemede görülmeye başlanması mümkün olmasa bile daha sonradan davaların birleştirilerek aynı mahkemece hüküm kurulması gerekmektedir. Ele aldığımız Yargıtay kararı içerisinde yer verilen ifadelerden bu şekilde bir yargılama yürütüldüğü görülmektedir. Yine, kararın devamında Bakanlık Mahalli İdareler Kontrolörünün yaptığı denetim neticesinde Belediyede tahsildar olan sanığın, tahsil ettiği gelirlerin bir kısmını kullanmak suretiyle belediye hesaplarına süresinden sonra yatırması, bir

kısmını ise hiç yatırmaması şeklindeki eylemi ile zimmet suçunu işlediği sabit görülmüş, bu sanığın eylemlerini denetleme yükümlülüğü bulunan diğer sanıklar olan belediye başkanı ve hizmetler müdür vekilinin ise söz konusu zimmet eylemine kasten göz yumduklarını ortaya koyan mahkûmiyete yeter derecede kesin delil olmaması sebebiyle gerçekleştirdikleri eylemin TCK m. 251/1 kapsamında değil, TCK 251/2'nci maddesi kapsamında, yani denetim görevini ihmal ederek zimmet suçunun işlenmesine imkân sağlamadan ibaret olduğu sonucuna varılmış, temyiz merciince sair hususlar da gerekçe gösterilerek yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Söz konusu karar, somut olay açısından denetimle görevli kamu görevlisinin tespiti ve yine denetim görevinin ihmali suçunun iki ayrı fıkrada iki farklı işleniş şekli öngörülmesine bağlı olarak eylemin bu iki fıkradan hangisinin kapsamına girdiğini belirlemek açısından da yararlı bir karardır. Bu karar özelinde; belediyede tahsildar olan ve zimmet suçunun faili konumundaki memurun eylemlerini kontrol etme yükümlülüğü, belediye başkanı ile hizmetler müdür vekilinde toplanmaktadır. Tahsildar memur her ne kadar ayrı bir suç oluşturacak eylemler ortaya koymakta ise de burada belediye başkanı ile hizmetler müdür vekilinin ifa ettikleri görev ve buldukları konum gereği tahsilat işlemi yapan memurun işlemlerinin farkında olmaları ve gerekli denetimi yapmaları kendilerinden beklenmektedir. Burada ikinci bir önemli husus ise denetim görevinin ihmali suçunun gerçekleştiğini kabulle birlikte hangi fıkra kapsamında bir değerlendirme yapılması gerektiği ile ilgilidir. Şöyle ki, eylemin 251'inci maddenin ilk fıkrası kapsamında değerlendirilebilmesi için zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine kasten göz yumma şartı aranmaktadır. İkinci fıkra açısından ise, zimmet veya irtikap suçlarının işlendiğinden haberdar olmayan fail yalnızca denetim görevini kasten ihmal etmektedir. Yani, burada araştırılması gereken belediye başkanı ve hizmetler müdür vekilinin, tahsildar olan memurun eylemlerinden haberdar olup zimmet suçunun işlendiği bilinmesine karşın hareketsiz kalınıp kalınmadığı ile ilgilidir. Karar kapsamına bakıldığında da zaten bu değerlendirme yapılarak ilk derece mahkemesi kararı hatalı bulunmuştur. Zimmet suçuna kasten göz yumma kastına dair kesin ve inandırıcı delil bulunmadığından tahsilat ve harcama işlemlerinin denetlenmemesi şeklindeki eylemin 5237 sayılı Kanun'un 251'inci maddesinin ikinci fıkrası kapsamında cezalandırılması gerekmekte olup kararın da isabetli şekilde açıklanan yönde kurulduğu değerlendirilmektedir.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 2013/6238 Esas, 2014/13383 Karar ve 31.12.2014 tarihli kararında: *“Suça konu teşkil eden tüm çeklerin bankadan M. İ. tarafından tahsil edildiği, bu kişinin paraları teslim ettiğine ilişkin savunmasının belediye başkanı ve makam şoförünün anlatımlarına göre doğrulanmadığı, buna bağlı olarak sanığın zimmet eylemine fail veya şerik şeklinde iştirak ettiği yönünde delil elde edilemediği, ancak belediyenin muhasebe sorumlusu olan bu sanığın Murat'ın Sigorta primleri için tahsil ettiği paraları bu kuruma yatırmadığı hususunu rutin bir denetimle tespitinin mümkün olması karşısında eyleminin TCK'nın 251/2. mad. denetim görevinin ihmaliyle zimmete neden olma şeklinde kabulü gerektiği nazara alınmadan yanılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde zimmete azmettirmeden mahkûmiyetine karar verilmesi yasaya aykırıdır”* denilmektedir. Söz konusu karar

kapsamında denetimle yükümlü kamu görevlisi yine görevin niteliği ve hiyerarşik denetim kapsamında tespit edilmiş, belediyenin muhasebe sorumlusu olarak diğer sanığın sigorta primleri için tahsil ettiği paraları kuruma ödemediği hususunu rutin ve görev gereği bir denetimle tespit etmesi mümkünken denetim yapılmaması neticesinde tespit edilmemesi şeklinde gerçekleşen eylemin denetim görevinin ihmali suçunu oluşturduğu yönünde karar kurulmuştur. Yine, burada zimmet suçunun işlenmesine kasten göz yumma olmadığından, sanığın eylemi TCK m. 251/1 kapsamında değil, TCK m. 251/2 kapsamında değerlendirilmiştir.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 2012/14232 Esas, 2014/3240 Karar ve 20.03.2014 tarihli kararı ile de yine TCK m.251/1 ile 251/2 ayrımı vurgulanmış olup, bu kararın tahlil edilmesi de açıklamalarımızı destekleyecektir. Şöyle ki, “...dosya kapsamı, soruşturma raporu, alınan beyanlar ve olayın oluş biçimine göre suç tarihlerinde Havsa P.. Müdür vekil olarak görev yapan sanık mali sorumluluk ve kasa işleri yönergesine aykırı olarak günlük kasa sayımı ile ilgili görevini ihmal etmek suretiyle, diğer sanığın bir kısmı basit şekilde gerçekleştirilen zimmet suçunu işlemesine imkân sağladığı anlaşılmakla TCK'nın 251/2'nci maddesi uyarınca mahkûmiyeti gerektiği gözetilmeden dosya kapsamı, oluşa uygun düşmeyen gerekçeler ve yanılığılı değerlendirme sonucu sanığın anılan suçtan beraatine karar verilmesi...” hukuka aykırı bulunmuş ve bozma kararı verilmiştir. Kararın bu kısmına bakıldığında, müdür vekili olan sanığın mali sorumluluk ve kasa işleri yönergesi kapsamında günlük kasa sayımı ve diğer görevlerinin ihmalinden ibaret olan eylemi sonucu diğer sanık tarafından basit zimmet suçunun işlenmesi neticesinde, denetim görevini ihmal eden kamu görevlisinin TCK m. 251/2 kapsamında cezalandırılması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 2012/3904 Esas, 2012/6025 Karar sayılı 30.05.2012 tarihli kararında:

“.... sanık ...'in geçici olarak 05/03/2009-09/03/2009 tarihleri arasında saymanlığa vekaleten baktığı sırada yaptığı işlemleri kontrol görevini ihmal ettiği ileri sürülen diğer sanık ...'nın usulsüz sadece bir işlem gerçekleştirdiği, görev yaptığı sürenin çok kısa olması, bu sırada asli görevinin devam etmesi, verilen saymanlık görevindeki bilgi ve deneyim noksanlığı ve savunması karşısında görevi ihmal kastının bulunduğu dair mahkûmiyetine yeterli somut ve tarafsız kanıt olmadığı ve bu nedenle mahkemece verilen beraat kararında bir isabetsizliğin bulunmadığı anlaşıldığından tebliğnamedeki bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir. Delilleri takdir ve gerekçesi gösterilmek suretiyle verilen beraat ve mahkûmiyet hükümleri usul ve kanuna uygun olduğundan yerinde görülmeyen sanıklar müdafii ve katılan Hazine vekilinin temyiz itirazlarının reddiyle hükümlerin onanmasına...”

denilmiştir. Bu karar kapsamında yorumlayacağımız husus suçun manevi unsurudur. TCK m. 251/2 uyarınca, denetim görevinin ihmali suçu kasten işlenebilen bir suçtur ve taksirli hali de Kanun'da

düzenlenmemiştir. Buradaki kast doğrudan kast olabileceği gibi olası kast olması da mümkündür. Ancak suç, Kanunda açık bir düzenlemeye yer verilmediğinden taksirle işlenemez⁴⁵. Bu açıklamalar ışığında, failin denetim görevinin ihmal etme kastı bulunmalıdır. Ele alınan karara bakıldığında; sanığın yalnızca tek bir usulsüz işlemi olması, görev süresinin kısılalığı, eş zamanlı olarak asli görevinin de devam ediyor olması, savunmasında üstlendiği saymanlık görevindeki noksanlığını ileri sürmesi gibi hususlar bir arada değerlendirildiğinde sanığın denetim görevini ihmal etme kastı bulunmadığı sonucuna varılmıştır. İlk derece mahkemesince sanık hakkında beraat kararı verilmiş ve Yargıtay anılan gerekçelerle kararın onanmasına hükmetmiştir. Denetim görevinin ihmali suçunu işleme kastının sabit olmaması nedeniyle verilen kararın isabetli olduğu değerlendirilmiştir.

Suçta vücut veren eylemler ve suçun unsurları hususlarının aydınlatılması üzerine kararlar ele aldıktan sonra yargılama usulü hakkında bir karara yer verilmesinde de yarar vardır. Buna ilişkin olarak, Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 2011/2067 Esas, 2012/12477 Karar sayılı 05.12.2012 tarihli kararına bakmak uygun olacaktır. Söz konusu kararda Yargıtay:

“TCK 251’inci maddesinde yer alan suçun oluşumu için, denetim görevinin ihmali nedeniyle oluşan boşluk ortamından imkân sağlamak suretiyle başka bir sanık tarafından zimmet veya irtikap suçlarının işlenmesi ve bu iki eylem arasında nedensellik bağı kurulabilmesi gerektiği, uyuşmazlık konusu olayda ise; zimmet suçunun faili hakkında açılan kamu davasının neticesi beklenerek sanıkların hukuki durumu netleştikten sonra hüküm tesis edilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulmasının hukuka aykırı kabul edilmesi...”

değerlendirmesinde bulunmaktadır. Bu karar daha çok yargılama usulünü ilgilendirmekte olup, zimmet veya irtikap suçunun sanıkları ile denetim görevinin ihmali suçunun sanıkları hakkındaki davaların birlikte açılmasının gerekliliğini ortaya koymaktadır. Bunun mümkün olmaması halinde, bir başka deyişle davaların birleştirilememesi durumunda zimmet veya irtikap suçunun görüldüğü davaların sonuçları beklenerek denetim görevinin ihmali suçu hakkındaki hüküm ona göre verilmelidir.

Denetim görevinin ihmali suçunu oluşturan eylemler her ne kadar serbest hareketli bir suç olması nedeniyle çeşitlilik gösterse de yer verdiğimiz kararlar ışığında denetim görevini ihmal şeklinde anlaşılabilir eylemlerin tespitinde belli ölçütler kullanıldığı görülmektedir. Genel olarak bizim sayabileceğimiz ölçütler arasında denetimle yükümlü kamu görevlisinin tespiti açısından inceleme ve gözden geçirme yükümlülüğü bulunan kamu görevlileri ile genelde hiyerarşik olarak üst konumda bulunan amirler sorumluluk yönünden ön plana çıkmaktadır. Bu kişilerin sorumlulukları kapsamında kalan denetim görevlerinin kasten ihmal edilmesiyle de denetim görevinin ihmali suçu oluşmaktadır. Kararlara bakıldığında somut olaylar açısından haliyle farklılık bulunsa da belli ölçütlerin kullanıldığı ve birbiriyle çelişmeyen kararlar verildiği görülmektedir. Zaten TCK'nın güncel düzenlemeler içermesi,

⁴⁵ ÖZBEK, DOĞAN, BACAĞSIZ, MERAKLI, TEPE, BAŞBÜYÜK, s. 275.

suçun unsurlarının belirli olması gibi hususlar da bir arada değerlendirildiğinde adli yargı mercilerince tesis edilen kararların birbiriyle çelişmediği sonucuna varmak mümkündür.

VI. 657 SAYILI DEVLET MEMURLARI KANUNU ÇERÇEVESİNDE DENETİM GÖREVİNİN İHMALİ ŞEKLİNDE GERÇEKLEŞEN EYLEMLERE İLİŞKİN İDARİ YARGI MERCİLERİNCE TESIS EDİLEN KARARLAR

Denetim görevini ihmal eden kamu görevlisinin disiplin hukuku çerçevesinde tecziyesi neticesindeki örnek kararlara aşağıda yer verilmiştir.

Danıştay 2. Dairesi'nin 2022/2863 Esas, 2022/6230 Karar ve 06.12.2022 tarihli kararında; *"...bunun dışında, M.... Genel Müdürlüğünde Mali Hizmetler Dairesi ... iken iki vezne görevlisinin uzun süre zimmetine para geçirmesi olayı nedeniyle davacı ile diğer görevliler hakkında denetim görevini ihmalden dolayı soruşturma açıldığı, düzenlenen soruşturma raporu neticesinde davacı hakkında 5237 sayılı TCK'nin "Denetim Görevinin İhmali" başlıklı 251'inci maddesi kapsamında suç duyurusunda bulunduğu ve ... Asliye Ceza Mahkemesinin ... esasında yargılamasının devam ettiği, Teftiş Kurulu Başkanlığınca düzenlenen ... günlü, ... sayılı soruşturma raporunda; İdare Mahkemesinin ... günlü, E: ..., K: ... sayılı kararı ile davacı hakkında ... olarak görev yaptığı esnada kurumda veznedar olarak görev yapan ... ve ...'nin zimmet suçu işlediğinden bahisle davacının denetim görevini yerine getirmediği değerlendirilerek 657 sayılı Kanun'un 125/A-a bendi uyarınca verilen 15/11/2017 günlü, 1359 sayılı UYARMA cezasının iptaline karar verildiği, anılan karara karşı davalı idare tarafından yapılan istinaf başvurusunun ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesinin ... günlü, ... sayılı kararı ile reddedildiği..."* değerlendirmesinde bulunularak davalı idarenin temyiz isteminin reddi ile Bölge İdare Mahkemesi ilgili İdari Dava Dairesi tarafından verilen kararın onanmasına karar verilmiştir.

Uyuşmazlığın temelinde davacının çalıştığı kurumda görev yaptığı esnada kurumda veznedar olarak görev yapan şahısların zimmet suçu işlediğinden bahisle davacının denetim görevini yerine getirmediği değerlendirilerek 657 sayılı Kanun'un 125/A-a bendi uyarınca verilen uyarma cezası yer almaktadır. Denetim görevinin yerine getirilmemesi neticesinde oluşan boşluk ortamından yararlanılarak veznedar olan diğer iki sanığın zimmet suçunu işlemesiyle birlikte denetim görevinin ihmalî suçunun meydana geldiğinden hareketle bu yönde bir tecziye işleminin tesis edildiği görülmektedir. Söz konusu yargı kararın devamında davacı hakkında verilen uyarma cezasının itiraz sürecinde iptaline karar verildiği ifadesi de geçmektedir. Karar içerisinde davacının başkaca eylemleri nedeniyle tatbik edilen disiplin cezalarının da bir kısmı hakkında iptal kararı verilmiş ve bu değişen durum uyuşmazlığın temelini oluşturan istem açısından önemli rol oynamıştır.

Disiplin cezaları idare tarafından uygulanır ancak bu cezanın iptali için itiraz yolu açık olup somut olayda görüldüğü üzere hukuka aykırılık ihtiva etmesine bağlı olarak iptal kararı verilebilir. Bu karar özelinde ele aldığımız konu ile alakalı dikkat çekmek istediğimiz ilk husus denetim görevinin ihmalî nedeniyle adli makamlara suç duyurusunda bulunularak ceza kovuşturması ve idari soruşturma

sürecinin birlikte nasıl yürütüldüğü üzerinedir. Diğer husus ise denetim görevinin ihmali eylemine karşılık olarak idarece uyarma cezasının uygulanmış olması ve itiraz üzerine idari yargı mercilerince uyarma cezasında hukuka uyarlık bulunmaması nedeniyle iptaline karar verilmiş olmasıdır.

Denetim görevinin ihmali suçunun disiplin hukukundaki yansımaları ve bu suçu oluşturan eylemlere hangi disiplin yaptırımının uygulanması gerektiği hususunu aydınlatılmak adına Danıştay 2. Dairesi'nin 2021/1663 Esas, 2022/5559 Karar ve 02.11.2022 tarihli kararı incelenmelidir. Bu karar kapsamına bakıldığında, temyiz isteminin konusu 4. Sınıf Emniyet Müdürü olarak görev yapan davacının, 2015 yılı rütbe terfi döneminde 3. Sınıf Emniyet Müdürü rütbesine terfi ettirilmemesine ilişkin 2015/3 sayılı Yüksek Değerlendirme Kurulu kararının iptaline ilişkindir. Davacı görevine devam ettiği esnada polis kantini ile ilgili hesaplarda tutarsızlık bulunması nedeniyle ve bu olayda davacının ihmalinin olması karşısında davacı hakkında, hizmet dışında resmi sıfatının gerektirdiği saygınlığı ve güven duygusunu sarsacak eylem ve davranışlarda bulunma suçundan aylıktan kesme cezası tatbik edilmiş, bu cezaya karşı açılan dava ile yaptırımın iptaline karar verilmiş, temyiz üzerine verilen bu iptal kararı bozulmuştur. Mahkemelerce verilen iptal kararı üzerine yapılan yeni değerlendirme neticesinde davacıya görevi sırasında veya dışında yasaklanan tutum ve davranışlarda bulunmak suçundan kınama cezası uygulanmış, aynı olaya bağlı olarak davacı hakkında denetim görevini ihmal ederek zimmet veya irtikaba neden olmak suçundan adli yargıda açılmış olan davada beraat kararı verilmiştir. Sair hususlar hakkında da yargılama yürütülmüş ve nihayetinde uyuşmazlığa konu İdare Mahkemesince verilen iptal kararı Danıştay tarafından bozulmuştur.

Bu karar uyarınca; denetim görevinin ihmali kapsamında değerlendirilen eyleme karşılık olarak öncelikle aylıktan kesme cezası verildiği, akabinde yargı yoluna gidilmesi üzerine bu kararın iptaline karar verildiği, neticeten bu iptal kararının da Danıştay tarafından bozulduğu görülmektedir. Yine, iptal kararı üzerine yeniden değerlendirme yapılarak aynı eyleme karşılık bu kez kınama cezası verildiği görülmektedir. Söz konusu karar denetim görevinin ihmali şeklindeki eylemlerin farklı yaptırımlar ile karşılaşacağı şeklindeki açıklamalarımızı oldukça somut şekilde ortaya koymaktadır. Zira idare, memurun eylemine karşılık olarak aylıktan kesme cezası öngörmüş, disiplin cezasına yönelik memur tarafından yapılan yargısal başvuru neticesinde bu yaptırım iptal edilmiş, Danıştay tarafından bu iptal kararı da bozulmuş, Mahkemelerce verilen iptal kararı üzerine yeniden değerlendirme sonucunda ise daha hafif bir ceza olan kınama cezası tatbik edilmesine karar verilmiştir. Yine, aynı eylemden dolayı ceza kovuşturmasının yürütülmesi ve beraat kararı verilmesi de gerek disiplin soruşturması ile ceza kovuşturmasının birlikte yürütülmesine dair açıklamalarımıza iyi bir örnek teşkil etmekle birlikte ceza yargılaması neticesinde verilen beraat kararının disiplin cezasını etkilemeyeceğini açıkça ortaya koymaktadır. Zira, memurun eylemi ceza hukuku bakımından cezalandırılmamış ve hakkında beraat kararı verilmişse de hukuka aykırılık içerdiği gerekçesiyle söz konusu eylem disiplin cezası ile yaptırıma bağlanmıştır.

Bu başlıkta denetim görevinin ihmali suçuna karşılık olarak idarece tesis edilen farklı yaptırım kararlarına değinmek adına Danıştay 12. Dairesi'nin 2013/5834 Esas, 2016/6213 Karar ve 08.12.2016 tarihli kararı da incelenecektir. Söz konusu kararda;

“İlçe Tarım Müdürlüğü'ne verilmiş olunan taahhütnamenin 3'üncü ve 4'üncü maddesinde yer alan kontrol işlemleri yeterli yapılmadığından davacının denetim görevini yerine getirmediği, bu eyleme bağlı olarak haksız kazanç sağlandığı anlaşıldığından davacının sübuta eren fiilleri için 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125'inci maddesinin birinci fıkrasının (C) bendinin (a) alt bendi uyarınca 1/30 oranında aylıktan kesme cezası ile cezalandırıldığı...”

belirtilmektedir. Mezkûr karar özelinde denetim görevinin ihmali suçuna karşılık aylıktan kesme cezası tatbik edildiği görülmektedir.

Görülebileceği üzere fiilin niteliğine ve kamu görevlisinin tabi olduğu mevzuata göre denetim görevinin ihmali halinde farklı disiplin cezaları tatbik edilebilmektedir. Bilhassa idari yargı yerleri söz konusu fiilden önce “usul esastan önce gelir” teamülü uyarınca idari işlemin şekil unsuruna değindiği görülmekte, kimi iptal kararları ise esasa girilmeden kurulduğu anlaşılmaktadır. Bu bakımdan idarelerin disiplin cezalarında her türlü idari işlem tesisinde mevzuata uygun hareket etmesi gerekmekte olup aksi durumlar fiilin cezasız kalmasına dahi yol açabilmektedir. Bu bakımdan personel mevzuatlarının denetim görevinin ihmali suçu da başta olmak üzere “Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar” özelinde daha somut ve tereddüde mahal vermeyecek şekilde düzenlenmesinde fayda bulunmaktadır.

VII. İDARİ YARGI KOLU İÇERİSİNDE DENETİM GÖREVİNİN İHMALİ SUÇU ÜZERİNE VERİLEN FARKLI KARARLAR VE İDARELERE YANSIMASI

Denetim görevinin ihmali şeklindeki eyleme karşılık gelen disiplin yaptırımı 657 sayılı Kanun'da açıkça düzenlenmemiştir. Şöyle ki, idarece tesis edilebilecek olan disiplin cezaları Kanun'da tek tek sayılmış olup bu disiplin cezalarının uygulama alanı bulacağı eylemlere de yine disiplin cezalarının altında yer verilmiştir. Disiplin suçları açısından sert bir kanunilik ilkesi uygulanmaması ve esasen bizzat Kanun'un kıyasın uygulanmasına imkân tanınması gibi hususlar denetim görevinin ihmali eyleminin yaptırimsız kalması gibi bir sonuç doğurmamakla birlikte her bir idarenin farklı yaptırım öngörmesine ve yine yargıya taşınan idari kararlar doğrultusunda birlik oluşturmayan yargı kararlarının ortaya çıkmasına neden olabilmektedir. Zira, denetim görevinin ihmali suçunu oluşturan eylem, Kanun'da sayılı olan disiplin cezalarından birçoğunun kapsamında değerlendirilebilir. İdarenin takdir yetkisinin disiplin usulünde etkin rol oynamasına bağlı olarak bu sonuç kaçınılmazdır. Ancak, yukarıda yer verdiğimiz idari yargı kolundaki emsal kararlar açısından da yeknesaklık sağlanmamış olması hukuk güvenliğini zedeleyici niteliktedir. Denetim görevinin ihmali suçu hem adli hem idari yargı mercilerinde yansımaları olan bir eylem teşkil ettiğinden gerek ceza adaletinin gerek disiplin adaletinin teşkili

amaçlanmaktadır. Buna karşın yargı mercilerince farklı ve çelişkili kararlar ortaya koyulması adalet inancının zarar görmesi sonucunu doğurmaktadır⁴⁶.

Denetim görevinin ihmali, çeşitli disiplin cezaları altında sayılan birçok disiplin suçu kapsamında değerlendirilebilir ve bu nedenle sayılan disiplin cezalarından sadece biriyle eşleştirilmesi mümkün değildir. Çalışmamızın ikinci kısmında detaylıca açıklama yapılmış olup bu bölümde başkaca bir hususu daha tartışmak adına önceki bölümdeki açıklamalarımıza kısaca değinme gereği hasıl olmuştur. Şöyle ki, denetim görevini ihmal eden bir memura DMK 125/A maddesi ve “a) Verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasların yerine getirilmesinde, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçlerin korunması, kullanılması ve bakımında kayıtsızlık göstermek veya düzensiz davranmak” uyarınca uyarma disiplin cezası tatbik edilebilir. Zira, denetim görevini ihmal etmek şeklindeki eylem bu tanım ile eşleşebilmektedir. Yine, DMK m. 125/D maddesinde “n) Verilen görev ve emirleri kasten yapmamak” uyarınca aynı eylem için kademe ilerlemesinin durdurulması cezası verilmesi de mümkündür. Suçun tanımına bakıldığında denetim görevinin kasten ihmal edilmesinden bahsedilmektedir ve anılan disiplin suçu ile bu tanım bağdaşmaktadır. Yani, idarelerin somut olayın özelliklerine göre takdir yetkilerini kullanarak memur hakkında tatbik ettikleri disiplin cezalarının idari yargıya taşınması halinde yargı mercilerince bu ikilik ortamına son verecek ve birlik oluşturacak ölçütler ortaya koyulması zaruridir. Kamu hizmetinin sürekliliğini korumayı amaçlayan disiplin hukuku açısından böyle bir çelişkili ortam oluşması korunmak istenen amacın da tehlikeye uğramasına yol açabilir.

Hatta bunun da ötesinde hukukun temel ilkelerine aykırılık oluşturur. Yine bu başlık altında değinmek istediğimiz bir diğer husus adli yargı mercilerince tesis edilen kararlar ile idari yargı mercilerince tesis edilen kararlar kıyaslandığı takdirde ortaya çıkabilecek bir diğer çelişkiye ilişkindir. Şöyle ki, denetim görevinin ihmali suçu 5237 sayılı TCK’da tanımlanmış ve tipiklik unsuru ortaya koyulmuştur. TCK’nın 251’inci maddesinde suçun oluşması için her iki fıkrada da denetim görevinin kasten ihmal edilmesi suçun unsuru olarak düzenlenmiştir. Yani, suçun oluşması için failin kastının denetim görevini ihmal etmek noktasında toplanması ve manevi unsur şartının gerçekleşmesi gerekir. Peki, kast unsuru disiplin usulünde ne derece göz önünde bulundurulmalıdır? Denetim görevinin ihmali şeklindeki eylemi gerçekleştiren memura uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve hatta devlet memurluğundan çıkarma şeklindeki disiplin cezalarının ilgili fıkralar kapsamında uygulanabileceğine değinilmiştir. Ancak bu disiplin cezalarının öngörüldüğü disiplin suçları haliyle birbirinden farklı olup kimisi yaptırımın ağırlığına göre kusur içeriği daha yüksek bir eylemi düzenlerken kimisi de kusur içeriği daha düşük bir eylemi düzenler. Az önce yer verdiğimiz kıyaslamadan ilerleyecek olursak uyarma disiplin cezası içerisinde geçen ifadede verilen görev ve

⁴⁶ ÇATALÇAM, ALICI, s. 73.

emirleri yerine getirmemekten bahsedilmekte, kademe ilerlemesinin durdurulması disiplin cezası içerisinde geçen ifadede ise verilen görevleri kasten yerine getirmemekten bahsedilmektedir. Denetim görevinin ihmali suçu oluşması için failin kasten denetim görevini ihmal etmesi arandığından, disiplin usulünde memura yaptırım uygulanırken de disiplin amirince aynı yorum esas alınarak takdir yetkisi kullanıldığı hallerde memurun kastı olmayan, taksir seviyesinde bir ihmalin disiplin yaptırımı ile karşılaşp karşılaşmayacağı hususunda bir belirsizlik meydana gelebilir. Disiplin usulü ile ceza usulünün farklı özellikleri haiz olması nedeniyle disiplin usulünde cezai anlamda bir suç değerlendirmesinin katı şekilde değil yalnızca kusurlu eylem değerlendirmesi çerçevesinde yapılması gerekmektedir. Yani, denetim görevinin ihmali şeklindeki eylemin suç oluşturup oluşturmadığı hususunda adli yargı mercilerince kast unsurunun aranması gerekirken, idarece ve idari yargı mercilerince memurun kastı olmasa bile taksir seviyesindeki bir ihmali hareketin de uyarma veya kınama yaptırımına tabi tutulması gerektiği değerlendirilmiştir. Kaldı ki, disiplin suçları uyarınca kast unsurundan anlaşılması gereken kamu görevlisinin suça konu eylemi bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi manasına gelir. Bu şekilde meydana gelen hareket ile suç oluşur, ayrıca kamu görevlisinin bu eylem nedeniyle disiplin cezası tatbik edileceğini bilmesi gerekmez⁴⁷. Yine, 657 sayılı Kanun'da “kayıtsızlık göstermek”, “düzensiz davranmak” gibi ifadeler disiplin suçlarının taksirle de işlenebileceğine dikkat çeker⁴⁸ ve tüm bu açıklamalar ışığında denetim görevini ihmal eden kamu görevlisinin kastının sabit olmadığı hallerde uyarma ve kınama disiplin cezasının; kastın gerekçeli şekilde açıklanabildiği ve somut delillerle ortaya koyulabildiği hallerde ise kademe ilerlemesinin durdurulması veya aylıktan kesme cezalarının uygulanmasının isabetli olacağı değerlendirilmektedir. Bu ayırım disiplin hukuku açısından geçerli olup ceza hukuku değerlendirilmesinde suçun oluşması için kastın olması zaruridir. Aksi takdirde fail herhangi bir alternatif ceza ile karşı karşıya kalmaz.

Arz ve izah etmeye çalıştığımız üzere, başta denetim görevinin ihmali eylemine karşılık gelen yaptırımın belirli olmaması ve idari yargı mercilerince bu hususta bir birlik oluşturulmaması hukuk güvenliğini zedeleyecek olup, yine adli yargı mercileri ve idari yargı mercilerinin denetim görevinin ihmali karşısında kast değerlendirmesi yapması neticesinde farklı kararlar ortaya çıkması da belirlilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Bunun yanında, gerek idari yargı mercilerinin kendi içerisinde çelişkili kararlar vermesi gerekse adli ve idari yargı mercilerinin aynı eyleme yönelik farklı kararlar vermeleri yargıya olan güveni de zedeleyecektir. Hukukun temel ilkelerinden olan belirlilik ilkesinin sağlanmadığı bir hukuk düzeninde yargı kararlarının uygulanabilirliği azalacağından yargı kararlarında istikrarın sağlanması zaruridir. Hal böyleyken, başta idari yargı kolu içerisinde aynı eyleme ilişkin farklı yaptırımlar öngören yargı kararlarının, bunun yanında adli ve idari yargı kolları arasında kast unsuruna, yani manevi unsura dayalı olarak ortaya çıkabilecek çelişkili kararların önüne geçilmesi, istikrarın

⁴⁷ TAŞKIN, s. 192; COŞKUN, s. 62.

⁴⁸ LİVANELİOĞLU, s. 40-45; COŞKUN, s. 62.

sağlanması ve belli ölçütler çerçevesinde aynı yönlü, yeknesak kararların verilmesi ile uygulamanın işlevselliği açısından gereklidir.

Öte yandan denetim görevinin ihmali özelinde yürütülen bir soruşturma neticesinde adli ve idari yargı mercileri tarafından aynı konuda farklı kararlar verilmesi ve bu kararların kamu görevlisi veya kamu görevlisinin istihdam edildiği kamu tüzel kişiliğinde tereddüde yol açması halinde Uyuşmazlık Mahkemesine başvurulması da olası çelişkileri ve tereddütleri ortadan kaldıracaktır.

Sonuç olarak, denetim görevinin ihmali eylemi karşısında idari yargı mercilerince belirlenen farklı disiplin cezaları nedeniyle doğabilecek çelişkili kararları engelleyebilmek adına Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı alınması da bir çözüm önerisi olarak sunulabilir. İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararlarının fonksiyonu yargı mercilerinin çelişkili kararlarının önüne geçilmesi olup bu konu özelinde de böyle bir karara ihtiyaç duyulmaktadır. Çalışmamız özelinde dikkat çekmek istediğimiz konu özellikle denetim görevinin ihmali eylemine karşılık disiplin mevzuatında hangi idari yaptırımın karşılık geleceğinin belirli olmaması üzerinedir. Bu doğrultuda idari yargı mercileri tarafından verilen ve yeknesaklık taşımayan çelişkili kararların çözüme kavuşturulması zaruridir. İdari yargı mercilerince verilen kararlar arasındaki çelişkilerin kaldırılması bu aşamada disiplin soruşturmalarının yapılmasında ve tecziyeye yönelik kanaatin hasıl olmasında yol gösterici bir misyon üstlenecektir. Bakıldığı zaman disiplin mevzuatının önemli boşlukları ve uygulama farklılıklarına yol açacak belirsizlikleri uhdesinde barındırdığı görülmektedir. Bu aşamada denetim görevinin ihmali neticesinde verilen disiplin cezalarına dair farklı kararların Danıştay uhdesinde tetkik edilerek İçtihatları Birleştirme Kurulunca ortak bir karar tesis edilmesi önerilmektedir.

Öte yandan adli ve idari yargı özelinde aynı konuda verilen farklı kararlar özelinde de Uyuşmazlık Mahkemesince konunun ele alınması veya Danıştay tarafından İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı tesis edilmesi pratikte çözüm önerisi sunmakla birlikte anılan sorunların çözümlenebilmesi bizce en iyi şekilde kanunda açıklayıcı bir düzenlemenin ve denetim görevinin ihmali açısından adli ve idari yargı nezdinde yeknesak sonuçların ortaya çıkması adına ve elbette temel hukuk ilkelerine ters düşmemek için kanuni düzenlemelerde yenilik yapılması gerektiği değerlendirilmektedir.

SONUÇ ve ÖNERİLER

5237 sayılı TCK'nın "özel hükümler" başlıklı ikinci kitabının dördüncü kısmında "millete ve devlete karşı suçlar ve son hükümler", bu kısmın da birinci bölümünde "kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı suçlar" içerisinde düzenlenen "denetim görevinin ihmali suçu", yer aldığı bölüm itibariyle kamu düzeni ve kamu güvenliğini koruma amacı taşımaktadır. TCK'nın 251'inci maddesinde iki ayrı fıkra şeklinde düzenlenen fiil kapsamında ilk olarak özel bir iştirak hali öngörülmüş ve failin zimmet veya irtikap suçlarının işlendiğinden haberdar olmasına rağmen yükümlülüğünü kasten yerine getirmemesi suç olarak kabul edilmiştir. Diğer fıkrada ise ilk fıkradan ayrı bir suç tipi öngörülmekte, denetim görevi bulunan kamu görevlisi denetim yükümlülüğünü ihmal etmesine karşın bu kez işlenen

zimmet veya irtikap suçları failin bilgisi dışında gerçekleşmektedir. Madde gerekçesinde de ikinci fıkranın birinci fıkradan ayrı bir suç teşkil ettiği ortaya koyulmuş olup, birinci fıkra zimmet veya irtikap suçları açısından özel bir iştirak düzenlemesi olarak görülürken ikinci fıkra bağımsız bir suç olarak değerlendirilmektedir.

TCK kapsamında denetim görevinin ihmali suçu tereddüde mahal vermeyecek şekilde düzenlenmiş olup adli yargı çevresinde birbiri ile uyumlu kararlar verilmektedir. Ancak söz konusu fiili işleyen failin kamu görevlisi olması sebebiyle denetim görevinin ihmali özelinde bir disiplin sürecinin de başlayacağı aşikârdır. TCK'nın 151'inci maddesinin birinci fıkrasına göre zimmet ve irtikap fiiline kasten göz yuman denetimle yükümlü kamu görevlisi müştereken yargılanacağı için yüz kızartıcı suç kapsamında söz konusu fiilde bulunanlarla yargılanacağından hakkında "Devlet memurluğundan çıkarma" cezasının verilmesi gerektiği değerlendirilmektedir. Ancak ikinci fıkra uyarında denetim görevini ihmal ederek zimmet ve irtikap suçunun işlenmesine olanak sağlayan görevli hakkında çeşitli disiplin cezaları tatbik edilebilmektedir. Bir başka deyişle 657 sayılı Kanun'da bu hususta açık bir düzenleme olmaması sebebiyle kamu görevlisi hakkında denetim görevinin ihmali suçu nedeniyle hangi disiplin cezasının tatbik edileceği hususunda bir açıklık bulunmamaktadır. Çalışmamızda tartıştığımız temel noktalardan birisi de bu belirsizlik üzerinedir. Bu çerçevede denetim görevinin ihmali suçu uyarı, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve hatta devlet memurluğundan çıkarma disiplin cezaları kapsamında kalan eylemler ile somut olayın özelliklerine göre ilişkilendirilebilir ve bu sayılan yaptırımlar denetim görevinin ihmali suçu için geçerli olabilir. Bu çerçevede uyarı cezası kapsamında "a) Verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasların yerine getirilmesinde, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçlerin korunması, kullanılması ve bakımında kayıtsızlık göstermek veya düzensiz davranmak"; kınama cezası kapsamında "a) Verilen emir ve görevlerin tam ve zamanında yapılmasında, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasların yerine getirilmesinde, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçlerin korunması, kullanılması ve bakımında kusurlu davranmak"; aylıktan kesme cezası kapsamında "a) Kasıtlı olarak; verilen emir ve görevleri tam ve zamanında yapmamak, görev mahallinde kurumlarca belirlenen usul ve esasları yerine getirmemek, görevle ilgili resmi belge, araç ve gereçleri korumamak, bakımını yapmamak, hor kullanmak" ve "ı) Hizmet içinde devlet memurunun itibar ve güven duygusunu sarsacak nitelikte davranışlarda bulunmak"; kademe ilerlemesinin durdurulması cezası kapsamında "n) Verilen görev ve emirleri kasten yapmamak" ve devlet memurluğunda çıkarma cezası kapsamında "g) Memurluk sıfatıyla bağdaşmayan nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak" maddeleri üzerinden somut fiilin ağırlığına göre işlem tesis edilebilmektedir.

Gerek adli yargı ile idari yargı tarafından verilen çelişkili kararlar gerekse idari yargı içerisinde verilen çelişkili kararlar uygulamada idareler açısından belirsizliğe yol açacak, hukuki güvenlik ve idari istikrar ilkeleri zarar görecektir. Kamu görevlilerine benzer olaylardan sırf yaptırım hususunda birlik

sağlanamaması nedeniyle farklı yaptırımlar uygulanması hukuka aykırı bir ortam yaratacak ve kamu görevlileri açısından da eylemlerinin neticelerini öngörmemeleri, hangi yaptırım ile karşı karşıya gelebileceklerinin önceden bilinmemesi hali hukuka hizmet etmeyecektir. Bu nedenle 657 sayılı DMK'nın memur suçları özelinde gözden geçirilmesi ve disiplin hükümlerinin bu filler nazara alınarak tereddüde mahal vermeyecek şekilde düzenlenmesinde kamu yararı olduğu açıktır. Bu çerçevede yasal düzenleme getirilmesi önerisinin yanında adli ve idari yargı arasındaki uyumsuzlukların giderilmesi noktasında Uyuşmazlık Mahkemesi'nin hüküm uyumsuzluklarını karara bağlama görevi kapsamında doğabilecek çelişkileri de gidermesi mümkündür.

Sonuç olarak denetim görevinin ihmali suçuna disiplin hukukunda karşılık gelen yaptırım açıkça düzenlenmediğinden, benzer veya aynı olaylar hakkında verilen farklı yaptırım kararlarına rastlanmaktadır. Bu çelişkinin ortadan kaldırılması için idari yargının son aşaması olarak değerlendirilen ve temyiz merci olan Danıştay tarafından yeknesak bir uygulama sağlanması adına İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı oluşturulması da yine etkili bir çözüm yolu olarak gösterilebilir. Zira İçtihatları Birleştirme Kurul kararlarının amacı da çelişkili kararların önüne geçmek ve uygulamada birlik sağlamaktır. İdari yargı kapsamında denetim görevinin ihmali suçuna karşılık gelecek yaptırım kapsamında çelişkinin giderilerek birlik sağlanmasının gerektiği ise tartışmasızdır.

KAYNAKÇA

- AKÇİN, İ. (2007). Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar (1. b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- AKYEL, R., KÖSE, H.Ö. (2010). Kamu Yönetiminde Etkinlik Arayışı: Etkin Kamu Yönetimi İçin Etkin Denetimin Gerekliliği. *Türk İdare Dergisi*, 466:9-45.
- AKYILMAZ, B., SEZGİNER, M., KAYA, C. (2014). *Türk İdare Hukuku* (5. b.). Ankara: Seçkin Yayınları.
- ARTUK, M.E., GÖKCEN, A., ALŞAHİN, E., ÇAKIR, K. (2017). *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (10. b.). Ankara: Adalet Yayınevi.
- ARTUK, M. E., GÖKCEN, A., YENİDÜNYA, C. (2014). *Türk Ceza Kanunu Şerhi* (2. b.). Ankara: Adalet Yayınevi.
- BAKICI, S. (1988). *Açıklamalı Zimmet, İrtikap, Rüşvet Suçları* (1. b.). Ankara.
- BAYRAKTAR, K., EVİK, V.S., KANGAL, A.K., ZAFER, H., AKSOY RETORNAZ, E., AKYÜREK, G., BOSTANCI BOZBAYIR, G., EVİK, A.H., KARTAL MEMİŞ, P., ALTUNÇ, S., AYTEKİN İNCEOĞLU, A., EROĞLU, F. (2021). *Özel Ceza Hukuku Cilt IX- Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar* (1. b.). İstanbul: Onikilevha Yayınları.
- BAYTEMİR, E., (2011). *Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar ile Banka Zimmeti* (1. b.). Ankara: Adalet Yayınevi.
- BOSTANCI BOZBAYINDIR, G., BOZBAYINDIR, A. E., ÇİÇEK, T. F., (2021). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Pratik Çalışma Kitabı* (2. b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- BOZKURT, P. (2016). Denetim Kavramı ve Denetim Anlayışındaki Gelişmeler. *Denetim Dergisi*, (12), 56-62.
- BUCAKTEPE, A. (2015). Disiplin Makamlarının Disiplin Cezası Verme Yetkileri Üzerine Bir Değerlendirme. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19(2):199-224.
- BUCAKTEPE, A. (2015). *Ceza Mâhkumiyetinin Devlet Memurluğuna Etkisi* (1. b.). Bursa: Ekin Yayınevi.
- COŞKUN, H., (2009). 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'na Göre Disiplin Suçları ve Disiplin Soruşturmaları, Danıştay Kararları Üzerine Bir İnceleme. Yüksek Lisans Tezi, Hatay Mustafa Kemal Üniversitesi, Hatay.
- ÇAĞLAYAN, R. (2017). *İdare Hukuku Dersleri* (5. b.). Ankara: Adalet Yayınevi.
- ÇATALÇAM, B., ALICI, O. V. (2023). *Kamu Görevlisi Tarafından İşlenen Resmî Belgede Sahtecilik*

Suçuna İlişkin Adli ve İdari Yargı Kararlarının Mukayeseli Analizi. Çukurova Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, (3), 52-79.

ERMAN S., ÖZEK, Ç. (1992). Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı Suçlar (TCK 202-281) (1. b.). İstanbul: Dünya Yayıncılık.

GÖKCEN, A. (2018). Belgede Sahtecilik Suçları (5. b.). Ankara: Adalet Yayınevi.

GÖZLER, K., KAPLAN, G. (2017). İdare Hukukuna Giriş (23. b.). Bursa: Ekin Yayınevi.

HAKERİ, H. (2017). Ceza Hukuku Genel Hükümler (20. b.). Ankara: Adalet Yayınevi.

LİVANELİOĞLU, Ö. A. (2003). Memur Disiplin Hukuku (2. b.). Ankara: Türk Hukuk Enstitüsü Yayınları.

MERAN, N. (2006). Yeni Türk Ceza Kanununda Kamu Görevlisine ve Adliyeye Karşı Suçlar (1. b.). Ankara: Seçkin Yayınevi.

MERAN, N. (2008). Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zimmet, Rüşvet, İrtikap ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları (2. b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

OKUYUCU ERGÜN, G. (2009). Görevi Kötüye Kullanma Suçu. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, (82):1-31.

ÖZBEK, V., KANBUR, M.N., DOĞAN, K., BACAKSIZ, P., TEPE, İ. (2014). Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (5. b.). Ankara: Seçkin Yayınevi.

ÖZBEK, V., DOĞAN, K., BACAKSIZ, P., MERAKLI, S., TEPE, İ., BAŞBÜYÜK, İ. (2023). Açıklamalı-Şematik Pratik Çalışma Kitabı-III- Ceza Hukuku Özel Hükümler (20. b.). Ankara: Seçkin Yayınevi.

ÖZGENÇ, İ. (2021). İhmalî Suç Teorisi. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (25):303-378.

ÖZGENÇ, İ. (2016). Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (12. b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

PINAR, İ., ÇALIŞKAN, Ö. (2020). Açıklamalı İtihatlı Memurluğun& Kamu Görevinin Sona Ermesi (1. b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

SAVAŞÇI TEMİZ, B. (2024). Denetim Görevini İhmal Suçu (TCK m.251). Adalet Dergisi, (72):179-208.

TAŞKIN, A. (2006). Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku (1. b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

TEZCAN, D., ERDEM, M.R., ÖNOK, R.M. (2018). Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (16. b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Türk Dil Kurumu, Erişim Adresi: <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 08.05.2024.

YAŞAR, O., GÖKCAN, H.T., ARTUÇ, M. (2010). Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt V Madde 205-256 (2. b.). Ankara: Adalet Yayınevi.

Yargı Kararları

Danıştay 2. Dairesi'nin 2020/551 Esas, 2021/54 Karar sayılı ilamı

Danıştay 2. Dairesi'nin 2022/2863 Esas, 2022/6230 Karar ve 06.12.2022 tarihli ilamı

Danıştay 2. Dairesi'nin 2021/1663 Esas, 2022/5559 Karar ve 02.11.2022 tarihli ilamı

Danıştay 5. Dairesi'nin 2016/1873 Esas, 2020/4535 Karar sayılı ilamı

Danıştay 12. Dairesi'nin 2013/5834 Esas, 2016/6213 Karar ve 08.12.2016 tarihli ilamı

Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 2008/1967 Esas, 2008/2999 Karar ve 01.04.2008 tarihli ilamı

Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 2009/5669 Esas, 2009/7303 Karar ve 15.06.2009 tarihli ilamı

Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 2003/6177 Esas, 2004/4646 Karar ve 07.06.2004 tarihli ilamı

Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 2012/3904 Esas, 2012/6025 Karar ve 30.05.2012 tarihli ilamı

Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 2011/2067 Esas, 2012/12447 Karar ve 05.12.2012 tarihli ilamı

Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 2014/3118 Esas, 2016/4201 Karar ve 25.05.2016 tarihli ilamı

Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 2013/6238 Esas, 2014/13383 Karar ve 31.12.2014 tarihli ilamı

Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 2012/14232 Esas, 2014/3240 Karar ve 20.03.2014 tarihli ilamı