

“1-) 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu madde 337 hükmünün Anayasa Mahkemesi'nin 16.4.2008 tarih ve 26849 sayılı R.G.'de yayımlanan, 28.2.2008 T., 2006/71 E. ve 2008/69 K. sayılı Kararı ile iptalinden sonra aynı kanunun madde 74,75,76 hükümlerindeki düzenlemeler uygulamada ciddi çelişkiler yaratmaktadır.

Özellikle sözleşme ilişkisi ve abonelik sözleşmesine dayanan İlamsız icra takiplerinden sonra mahkememiz yetki alanı çerçevesi içinde mahkememizde çok sayıda dava açılmış ve derdesttir.

Bu dosya esaslarından bazıları: 2024/229E, 2024/254E, 2024/261E, 2024/263E, 2024/268E, 2024/274E şeklindedir. İlgili dosyalarda durma kararı verilmiştir.

Mahkememizce re'sen Anayasaya aykırılık iddiası ile kanun hükümleri arasındaki çelişki inceleme konusu yapılmakla somut norm denetimi yoluyla bu ciddi Anayasa Aykırılığı ve aynı kanunun farklı hükümlerindeki uyuşmazlığın giderilmesi gerekmektedir.

2-) Anayasa'nın 152. maddesi mahkemeye, bakmakta olduğu davada uygulayacağı kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olup olmadığını araştırma görevini vermektedir.

Bu hüküm incelendiğinde mahkemenin kendiliğinden somut norm denetimini işletmesi hâlinde kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varması ve bunu gerekçeleri birlikte yazması gerektiğinden mahkemenin sırf bir şüphe üzerine bir kural ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesine başvuru yapamayacağı ortaya çıkmaktadır.

Aykırılığın resen dikkate alındığı durumlarda mahkemenin ilgili hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varmış olması, bir kriter olarak öne çıkmaktadır. Anayasa'ya aykırılığın taraflarca ileri sürülmesi hâlinde davaya bakan mahkemenin söz konusu itirazı ciddi bulması gerekmektedir.

Aykırılık iddiasının ciddiliği somut olayın nesnel koşullarına göre değerlendirilecektir. Mahkeme, aykırılık iddiasını ciddi bulduğu takdirde bu iddiayı Anayasa Mahkemesine sevk etmek zorundadır; bu işi bir başka kararı beklemek için erteleme mümkün değildir.

Öncelikle ciddilik kavramının objektif ve subjektif boyutları gibi bir ayrımın yeni olduğunu söylemek gerekir. Doktrin görüşleri hakkında kaleme alınan eserlerde ciddilik kavramı genellikle objektif boyutuyla ele alınmıştır.

Konunun birbirini tamamlayıcı niteliğine dikkat çekmek ve bir bütün olarak anlaşılmasının daha yararlı olacağı inancıyla objektif ve subjektif ciddilik şeklinde kavramlaştırma yoluna gidilmiştir. Objektif ciddilik, Anayasa'ya aykırılık iddialarının hukuki tartışılabilirlik değeri olarak özetlenebilir. Bu yönüyle Anayasa'ya aykırı olma ya da olabilme kavramlarından farklı kabul edilmelidir. Öğretide ciddiliği, dava mahkemesinin ilgili hükmü Anayasa'ya aykırı görmesi şartına bağlayan bir görüş de mevcuttur.

3-) 1982 Anayasası'na göre çıkarılmış bulunan, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un “Anayasa'ya aykırılığın mahkemelerce ileri sürülmesi” başlığını taşıyan 40. maddesinin ilk fıkrasında tamamen aynı ifadeyi kullanıldığına dikkat çekilmektedir.

Öğretide büyük ölçüde uzlaşıldığı gözlemlenen görüş ise itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varılmasına gerek olmadığı yönündedir. Buna göre aykırılık iddiasının ciddi bulunması, mahkemenin aykırılık iddiasıyla ilgili bir şüphe duymaya başlamasını veya anılan kural ile ilgili olarak kamuoyunda mevcut bir şüphenin varlığı anlamına gelmektedir. Aliefendioğlu ve Aybay "ciddilikten" anlaşılması gerekenin aykırılık iddiasının, "hukuksal yönden tartışılır durumda" olması gerektiğini belirtmiştir.(Aliefendioğlu, Y. (1996). s. 142; Aybay, R. (1962). "Anayasa'ya Aykırılık İtirazı", Dünya Gazetesi, 12/11/1962, aktaran Kıratlı, M. (1966). s. 69. Benzer yönde bkz. Tanör, B., Yüzbaşıoğlu, N. (2015). 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 15. bs., İstanbul: Beta, s. 526)

Kanaatimizce "tartışılabilirlik" kavramının "aykırılık" kavramından ayrılması, Anayasa'nın 152. maddesinin öngördüğü iki ayrı durumu kapsamı açısından, yerindedir. Buna göre Mahkeme, Anayasa'ya aykırılık konusunda ikna olmalıdır; yüzeysel şüpheler ya da tarafların ikna olması somut norm denetimine başvuru için yeterli değildir. Buna göre ilgili normun Anayasa'ya aykırılığı şüphesi aşılabilir düzeydeyse, Mahkeme bu yasayı uygulamak zorundadır.

Türk hukukundaki ciddi bulma kavramından farklı olduğu Pekcanitez tarafından da teyit edilmektedir. Yazara göre, taraflarda birinin aykırılık iddiası karşısında mahkemenin, aykırılık iddiasını resen çözümlemesi öngörülmektedir. (Pekcanitez, H. (1980). "Bekletici Mesele (Meselei Müstehire)", Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1., S. 1., s. 258.) Her ne kadar aykırılık iddiasına konu olan kanunun yorumlanmasında, ilgili dava önemli olsa da Anayasa Mahkemesi, kanunun uygulamada nasıl yorumlandığını dikkate alırken yüksek yargı kararlarına da başvurmalıdır. Buna rağmen "tartışılabilirlik" kavramının ciddilik sorusunu tamamen aydınlatacak şablon kriterler sunmadığı hususu eklenmelidir.

Mahkemenin çekingen tutumuna rağmen tartışılabilir bir iddia kavramının somut olayın özgün koşullarına göre değerlendirilecek, açıkça dayanaktan yoksun olmayan, sonradan ispat edilebilir bir iddia olması gerektiği söylenebilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru kararlarında bu kavramı, "araştırılabilir, tartışılabilir, araştırmaya değer, makul şüphe uyandıran" ifadesiyle tanımlamıştır. (Abdullah Yaşa, B. No: 2015/12486, 5/11/2020, § 60.)

Bu duruma göre Anayasa Aykırılık itiraz ve ciddilik konusunda mahkememizde oluşan görüşe göre Anayasa aykırılık ve kanun hükümleri arasındaki çelişki uygulamada ciddi sorunlar ve uygulama hataları oluşturmaktadır.

AY'ya aykırılık iddiasında, "ciddilik" in ölçütü ve "haklı bulunma, benimsenme gibi" anlamlara gelmediğine, "hukuken tartışılabilirlik" in kâfi olduğuna, görüşün analitik bir biçimde olduğu değerlendirilmelidir.

4-) 1982 Anayasası'nın yalnızca iki maddesinde "ciddî" nitelemesi kullanılmıştır:

AY-Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi-madde 152- : "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır".

AY-"Şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddî şekilde bozulması sebepleriyle olağanüstü hal ilânı-madde 120- : "Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini

veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması hallerinde, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Milli Güvenlik Kurulunun da görüşünü aldıktan sonra yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilân edebilir”.

5-) Somut Norma Denetimine tabi bu başvurumuzda başvurunun ciddiliğinin içtihatlarda görünümü;

"Dava, menfi tespit istemidir. Uyuşmazlık, icra dosyasına borçlu tarafından sunulan mal beyanı dilekçesinde yer alan "Bu borcumu ileride kazancım olduğunda ödeyeceğim" ifadesinin borç ikrarı olarak kabul edilip edilmeyeceği noktasında toplanmaktadır. Gerekçeli kararda her ne kadar davacı tarafça icra dosyasına verilen mal beyanı dilekçesinde "...borcumu ödeyeceğim..." ibaresinin borcu kabul anlamına gelmediği belirtilmişse de, mal beyanının borca yetecek mal, alacak ve haklarını göstermekten ibaret olduğu ve davalının bununla yetinmeyip kanuni bir zorunluluk yokken açıkça "...bu borcumu ileride ödeyeceğim..." demek suretiyle dava konusu icra takibinde talep edilen borcu açıkça kabul ve ikrar ettiği bir gerçektir. Bu nedenle Mahkemece anılan beyanın değerlendirilmesinde yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir." (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2012/19-114 K. 2012/341 T. 6.6.2012)

"Sanık, gerçeğe aykırı mal beyanında bulunma suçundan yargılanmıştır. Yaşam tarzına göre geçim kaynak ve olanakları açıklamasını taşımayan mal beyanı usul ve yasaya uygun mal beyanı olarak kabul edilemez. Bu durumda beraat kararı verilmesi gerekirken sanığın cezalandırılmasına karar verilmesi hatalıdır.

2004 sayılı İcra İflas Kanunu md. 338'de hapis cezası ve alt haddinin de 3 ay olduğu gözetilmeyerek 1 aya kadar tazyik hapsi ile cezalandırılmasına karar verilmesi yasaya aykırıdır." (Yargıtay 16. Hukuk Dairesi E. 2009/4452 K. 2009/4642 T. 28.9.2009)

"Borçlu sanık vermiş olduğu mal beyanı dilekçesinde, borcu ne şekilde ödeyeceğini belirtmemesi nedeniyle mal bildiriminin İİK'nun 74. maddesinde düzenlenen şartları taşımadığı, hal böyle olunca mal beyanı dilekçesinin geçersiz olması nedeniyle isnat edilen suçun da oluşmayacağı gözetilmeksizin, sanığın beraati yerine cezalandırılması isabetsizdir." (Yargıtay 16. Hukuk Dairesi E. 2008/8396 K. 2008/7901 T. 15.12.2008)

"Borçluya çıkarılan ödeme emrinde mal beyanının nasıl olması gerektiğini düzenleyen İİK'nın 74. maddesindeki unsurların belirtilmemesi, 5237 sayılı Yasa'nın 5 ve 30/1. maddelerindeki düzenleme karşısında bir eksiklik olarak kabul edilebilir ise de, 5237 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin yürürlüğü 5252 sayılı Yasa'nın 5560 sayılı Yasa ile değişik geçici 1. maddesi ile 31.12.2008 tarihine ertelendiğinden suçun yasal unsurlarının tanımlanmaması nedeniyle sanığın suçun unsurlarını bilmediğini kabul etmek mümkün değildir." (Yargıtay 16. Hukuk Dairesi E. 2007/1384 K. 2007/4598 T. 20.11.2007)

"Mal bildiriminde bulunmamak suçu "kabahat" niteliğinde olup, bir yıl içinde mahkûmiyet kararı verilmezse kamu davası zamanaşımına uğrar." (Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 1973/145 K. 1973/468 T. 4.6.1973)

Bu durumda kanunun bu maddesinin kabahat niteliğinde olup olmadığı şüphesi ortada durmaktadır. Ancak mal beyanında bulunmamak resmi mercilerin kanunla belirlenen yetkileri

içinde bildirdikleri emir ve talimatlara uyulmaması olarak kabul edildiğinde ise kanunun uygulama vasfı çelişki oluşturacaktır.

Bu kararlar incelendiğinde; mal beyanı dilekçesinin verilmesi için takibin kesinleşmesi süresinin beklenmesi şart olduğuna göre kesinleşmiş takip konusunda bilgilendirme yapılmak suretiyle beyanda bulunma konusunda ihtar yapılmaması gereklidir. Ancak mahkememizde görülen davalarda uyumsuzluk konusunun elektrik dağıtım şirketi ile yapılan abonelik sözleşmesine dayandığı görülmektedir.

Abonelik ve hizmet sağlama konusunda yükümlülere uyulmaması halinde diğer yaptırımlar (aboneliği sonlandırma, kesme) uygulanmadan ekonomik gücünün de ödemeye yetip yetmediği değerlendirilmeden ceza verilmesi öncelikle sözleşme ilişkisi ve yaptırımları kuralına uygun olmayacaktır. Bu yönüyle mal beyanı hakkındaki hükmün iptali veya yeniden düzenlenmesi zorunluluğu ortadadır.

"2004 Sayılı Kanun'un 76. maddesi gereğince mal beyanında bulunmama suçunun oluşabilmesi için borçlu sanığa usulüne uygun olarak ödeme emri tebliğ edilmesine rağmen, yasal süre zarfında mal bildiriminde bulunmaması gerekir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 20.11.2020 tarihli ve 2019/2 esas, 2020/3 karar sayılı ilamında da belirtildiği üzere, 7201 Sayılı Tebligat Kanunu'nun 10. madde bir ve ikinci fıkrasının, "Tebliğat, tebliğ yapılacak şahsa bilinen en son adresinde yapılır. Bilinen en son adresin tebligata elverişli olmadığına anlaşılması veya tebligat yapılamaması hâlinde, muhatabın adres kayıt sisteminde bulunan yerleşim yeri adresi, bilinen en son adresi olarak kabul edilir ve tebligat buraya yapılır." şeklindeki hükmü ile gerçek kişilere yapılacak tebligat ile ilgili olarak iki aşamalı bir yöntem benimsenmiş olması karşısında, öncelikle bilinen en son adres (bilinen bir adres yoksa ya da bilinen en son adres ile adres kayıt sistemindeki adres aynı ise mernis adresi olduğu belirtilmeksizin adres kayıt sistemindeki adres) esas alınarak, 7201 Sayılı Kanun'a göre normal tebligat çıkarılıp, çıkarılan tebligatın bila tebliğ iade edilmesi halinde, aynı Kanun'un 21/2. maddesi uyarınca adres kayıt sistemindeki adres bilinen en son adres olarak kabul edilerek, merci tarafından tebligata 7201 Sayılı Kanun'un 23/1-8 ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmeliğin 16/2. maddesi hükümlerine göre, "Tebliğat çıkarılan adres muhatabın adres kayıt sistemindeki adresi olduğundan, tebliğ imkânsızlığı durumunda, tebligatın, Tebligat Kanunu'nun 21/2. maddesine göre bu adrese yapılması" gerektiğine dair şerh düşülerek tebliğ işlemlerinin tamamlanması gerekir.

Bu kapsamda inceleme konusu dava dosyası değerlendirildiğinde; somut olayda, sanığın mernis adresine doğrudan 7201 Sayılı Kanun'un 21/2. maddesine göre yapılan tebligatın usulsüz olduğu, borçluya yapılmış usulüne uygun bir ödeme emri tebligatı bulunmadığı cihetle, 2004 Sayılı Kanun'un 76. maddesinde yer alan anılan suçun oluşmadığı ve sanığın beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi kanuna aykırı olup, açıklanan gerekçe uyarınca kanun yararına bozma talebi yerinde görülmüştür."(Yargıtay 12. Hukuk Dairesi E. 2023/1885 K. 2023/1411 T. 7.3.2023)

"Dava, mal beyanında bulunmama suçuna ilişkindir. Dosya arasında mevcut icra takip dosyası içeriğine göre, borçlu sanığa usulüne uygun olarak ödeme emri tebliğ edilmesine rağmen, yasal 10 günlük süre zarfında mal bildiriminde bulunmadığının anlaşılması karşısında, borçlu sanığın 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 76. maddesi gereğince hapsen tazyikine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi kanuna aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname içeriği bu yönden yerinde görüldüğünden kararın bozulması gerekir."(Yargıtay 12. Hukuk Dairesi E. 2020/9378 K. 2021/911 T. 2.2.2021)

"Yapılan son düzenlemeyle icra ceza mahkemelerince İİK'nin 76. maddesi gereğince verilen disiplin veya tazyik hapis cezası kararlarına karşı itiraz Kanun yolunun açık hale geldiği, itiraz merciinin ise; kararın verildiği yerde birden fazla icra mahkemesi varsa bir sonraki icra mahkemesi, şayet o yerde icra mahkemesinin tek dairesi bulunması hâlinde asliye ceza mahkemesi, icra mahkemesi hâkimi ile asliye ceza mahkemesi hâkiminin aynı hâkim olması hâlinde ise en yakın asliye ceza mahkemesi olduğu hüküm altına alınmış olup, anılan gerekçeyle itiraz hakkında kanun değişikliği öncesindeki norm ile bu döneme ilişkin içtihatlara dayanılarak "karar verilmesine yer olmadığına" şeklinde verilen karar hukuka aykırıdır."(Yargıtay 19. Ceza Dairesi E. 2019/31351 K. 2019/12809 T. 15.10.2019)

"Dava, ödeme emrinin şikâyet yolu ile iptali istemine ilişkindir. Şikâyet konusu işlem lehine olan kimsenin, işlemin iptal ettirilmesinde veya düzeltilmesinde hukuki yararının bulunmadığı kuşku ve duraksamadan uzaktır. Somut olayda; borçluya gönderilen örnek 163 ödeme emrinde, "itiraz edilip de reddedildiği takdirde üç gün içinde mal beyanında bulunması ve bulunmazsa hapisle tazyik edileceği" hususu borçluya ihtar edilmemiştir. Borçluya böyle bir ihtarın yapılmamış olması; borçluyu mal beyanında bulunma yükümlülüğünden kurtaracağından, borçlunun çıkarlarının zarara uğramayacağı açıktır.

Hal böyle olunca, ödeme emrinin iptal edilmesinde korunmaya değer bir hukuki yararı bulunmayan borçlunun şikâyetinin reddine karar verilmesi gerekir." (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2005/12-591 K. 2005/561 T. 5.10.2005)

Yargılama çok sayıda sürenin tebliğden itibaren başlatılmakta olması durumu değerlendirildiğinde mal beyanı konusundaki ihtarın da icra takip dosyasının kesinleştiği konusundaki şerhten sonra bildirilmesi hukuki uygulamaya ve yaptırım ilkesine daha uygun olacaktır.

"Dava; mal beyanında bulunmama nedeniyle İİK 337/a maddesi suçuna ilişkindir. İİK'nin 44. maddesindeki mal beyanında bulunma yükümlülüğünün gerçek kişi tacirlere yönelik bir yükümlülük olduğu ve ticaret şirketlerini kapsamadığı anlaşıldığından, sanığın beraatine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde mahkûmiyetine dair karar verilmesi bozma nedenidir." (Yargıtay 12. Hukuk Dairesi E. 2024/734 K. 2024/1175 T. 13.2.2024)

"Borçlunun cezalandırılmasına esas teşkil eden mal beyanında bulunmamak eylemine ilişkin İcra ve İflas Kanunu'nun 5358 sayılı Yasa'nın 7. maddesi ile değişik 337. maddesinin birinci fıkrası, Anayasa Mahkemesi'nin 28.02.2008 tarih, 2006/71 esas ve 2008/69 sayılı kararı ile iptal edilmiş ve aynı kararla iptal hükmünün, kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe gireceği hüküm altına alınmıştır. Gerekçeli karar da 16 Nisan 2008 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Hal böyle olunca, İcra ve İflas Kanunu'nun 337. maddesinin birinci fıkrasınının 16 Nisan 2009 tarihine kadar yürürlükte olduğunun kabulü gerekir. Ancak, 16 Nisan 2009 tarihinde iptal edilecek bir hükümden dolayı maddede öngörülen on gün disiplin hapsi cezasının infazı suretiyle kişilerin özgürlüklerinin kısıtlanması da hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacaktır.

İcra Mahkemesince karar tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan İcra ve İflas Kanunu'nun 337. maddesinin birinci fıkrasına göre verilmiş bir hüküm söz konusu olup, mahkumiyet kararının kesinleşmesinden sonra, borçlunun mağduriyetine sebebiyet verilmemesi bakımından, iptal hükmü yürürlüğe girinceye ya da daha lehe olan düzenleme yapıncaya kadar, Mahkemesince her zaman infazın durdurulmasına karar verilebileceği, ayrıca iptal hükmünün yürürlüğe girdikten veya daha lehe olan düzenleme yapıldıktan sonra da borçlunun hukuki durumunun yeniden değerlendirilebileceği gözetilmeden, itirazın esası hakkında karar verilmesi yerine Mahkemesine iadesine karar verilmesi isabetsizdir." (Yargıtay 16. Hukuk Dairesi E. 2008/5194 K. 2008/4963 T. 7.7.2008)

Emsal içtihatlarda mal beyanı yükümlülüğünün gerçek kişilere tanınmış bir zorunluluk olduğu gerekçesi yoğun olarak görülmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde "disiplin hapsi cezasının infazı suretiyle kişilerin özgürlüklerinin kısıtlanması da hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacaktır" değerlendirmesine yer verilerek hükümlerin infazı tamamen tartışmalı hale getirilmiştir.

6-) Hukuk sistemimizde yargı mercileri tarafından bir yargısal faaliyetin yürütülmesi bağlamında tesis edilebilen birtakım disiplin yaptırımları mevcuttur. Disiplin yaptırımlarından bir kısmı disiplin tedbiri mahiyetinde iken, diğer bir kısmı, özellikle de disiplin para cezaları disiplin cezası niteliğini haizdir. Disiplin yaptırımları yargı mercileri tarafından tesis edilse de, bunlar idari, daha açık bir ifadeyle yargısal işlerin idaresine ilişkin yaptırımlardır. Bu disiplin yaptırımlarından bazıları farklı nedenlerle hukuka aykırıdır.

Bir disiplin yaptırımının tesisinden önce ilgili kişilerden savunma alınmaması, bu yaptırıma karşı başvurulabilecek herhangi bir hukuk yolunun bulunmaması durumunda bir hukuka aykırılık sebebi oluşturur. Ayrıca bunlar yargısal değil de idari kararlar olduğu için, kişilere bu yaptırımlara karşı hukuki koruma imkânı tanınması Anayasa'nın 125. ve 36. maddeleri uyarınca zorunludur. Bu nedenle tesis edildiği anda kesinleşen disiplin yaptırımları Anayasa'ya aykırıdır.

İİK madde 74 ve devamında düzenlenen mal beyanında bulunmama eylemi disiplin hukuku ilkelerine benziyor olsa da uygulamada kamu otoritesinin kanun hükümlerine uygun hareket etmeyenler hakkında idari bir yaptırım olduğu görüşü öne çıkmaktadır.

Bu somut norma denetimi suretiyle iptal başvurusunda asıl amaç ise İİK'nda mal beyanında bulunmama eylemine uygulanan yaptırımın aynı kanun içerisinde AYM tarafından Anayasaya uygun olmaması yönünde iptal kararları vermesine rağmen aynı yönde karar verme zorunluluğu mu yoksa hükümler arası çelişki mi olduğu net olmayan uygulamalar ve karar verme zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

Bu sebeple başvurumuzda kanunlar arası çelişki, hiyerarşi, yorum ve istisna ilkeleri ile temel hukuk kuralları çerçevesinde İİK m 74-75-76-337-354 hükümleri sebebiyle ortaya çıkan çelişkinin yargılama mercilerini zor durumda bıraktığı aynı zamanda uygulamada çelişkili yargısal kararlar ortaya çıktığı değerlendirilmesi hükmün Anayasaya aykırılığı sebebine dayalı iptalinin hukuken doğru olacağı sonucuna dayanmaktadır.

7-) İcra takibinin kesinleşmesinden sonra borçlunun mal beyanında bulunması kanuni bir zorunluluk olarak düzenlenmiştir.

İİK Dördüncü Bölümünde “Haciz Yolu İle Takip” başlığı altında düzenlenen madde 74 hükmünde;

“Mal beyanı, borçlunun gerek kendisinde ve gerek üçüncü şahıslar yedinde bulunan mal ve alacak ve haklarından borcuna yetecek miktarın nevî ve mahiyet ve vasıflarını ve her türlü kazanç ve gelirlerini ve yaşayış tarzına göre geçim membalarını ve buna nazaran borcunu ne suretle ödeyebileceğini yazı ile veya şifahen icra dairesine bildirmesidir.” denilmektedir. Borçluya tebliğ edilen icra veya ödeme emri içeriğinde borçlunun mal beyanında bulunması ihtar edilir.

Aynı Kanun “Beyan Mecburiyeti Müddeti, Başlangıcı” başlığı altında düzenlenen madde 75 hükmünde ise;

“(Değişik: 3222 - 6.6.1985 / m.8) İtirazının iptaline veya kat'i veya muvakkat surette kaldırılmasına karar verilen borçlu, bu kararın kendisine tebliğinden itibaren üç gün içinde yukarıdaki maddede gösterildiği üzere beyanda bulunmaya mecburdur.

İptal veya kaldırma kararı borçlunun vicahında verilmiş ise bu müddet, kararın teffhiminden başlar.” denilmekte olup mal beyanında bulunmayı yasal bir yükümlülük olarak görmekte ve mazeretsiz yerine getirmemenin disiplin hapsiyle cezalandırılacağı kanunun gerekçesinden ve lafzında anlaşılacak şekilde belirtilmektedir.

Bu yasal düzenleme ile korunmak istenen hukuki yarar borcun ödenmesi olmayıp yasanın açık hükmüne uyulmasının sağlanması suretiyle, cebri icranın etkin bir şekilde yürütülmesine ilişkin kamu otoritesinin sağlanmasıdır.

Aynı Kanun “Hapis İle Tazyik” başlığı altında düzenlenen madde 76 hükmünde;

“(Değişik: 51 - 24.5.1962 / m.1) Mal beyanında bulunmayan borçlu, alacaklının talebi üzerine beyanda bulununcaya kadar icra mahkemesi hâkimi tarafından bir defaya mahsus olmak üzere hapisle tazyik olunur. Ancak bu hapis üç ayı geçemez.” denilen kanun metninde kamu otoritesi amaçlı konulan hükme rağmen alacaklının şikâyetine bağlanan hüküm içeriğinden borçlunun borcu ödemesi konusundaki düzenlemenin alacaklının yararını koruma yönünün öne çıktığı görülmektedir.

Yargıtay 17. Hukuk Dairesi E. 2004/13049 K. 2005/1278 T. 17.2.2005 ilamında;

“Takip konusu alacağın miktarı itibarıyla günün ekonomik koşullar ve paranın satın alma gücü karşısında belirlenen asgari ücretin üzerinde olduğu gibi, haczin de şikâyetten sonra yapıldığı gözetilmeksizin yazılı gerekçeyle ceza tertibine yer olmadığına karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” şeklinde verilen kararın içeriği hükmün disiplin hapsi özelliğinden uzaklaşan bir yaklaşım ortaya koyduğu görülmektedir. Çalışmamızın ileri aşamalarında disiplin hapsi ve ceza ayırımı konusu ortaya konulmakta olup bu karar içeriği kanunun hükmünün yanlış yorumlandığı anlamı taşımaktadır.

Gerek İİK m 354 hükmünde;

“(Ek fıkra: 6217 - 31.3.2011 / m.6) Nafaka alacaklarına ilişkin takipler hariç, alacak miktarı Asgari Ücret Tespit Komisyonu tarafından her yıl belirlenen aylık en yüksek brüt asgari ücret tutarının altında kalan takiplerde bu Kanunda öngörülen disiplin ve tazyik hapsi

uygulanmaz.” Düzenlenen içerik gerekse; Anayasa Mahkemesi'nin 16.4.2008 tarih ve 26849 sayılı R.G.'de yayımlanan, 28.2.2008 T., 2006/71 E. ve 2008/69 K. sayılı iptal edilen İİK m 337/1 hükmünün iptal edilen;

“Müddeti içinde beyanda bulunmak üzere mazereti olmaksızın icra dairesine gelmeyen veya yazılı beyanda bulunmayan borçlu, alacaklının şikâyeti üzerine, on gün disiplin hapsi ile cezalandırılır. Alacaklının alacağını karşılayacak miktarda malın haczedilmesi veya borcun ödenmesi halinde, bu ceza düşer.” içeriği birlikte dikkate alındığında hükmün aynı kanun içinde çelişkiye sebep olduğu görülmektedir.

Hukuk devletinin gereklerinden biri, kişi güvenliğini sağlamaktır. Kişi güvenliği, dış ve iç tehditlerin ortadan kaldırılması şeklinde olabileceği gibi, hukuki anlamda kişinin iç huzurunu bozan ömür boyu sürebilecek belirsizlikler şeklinde de olabilir. Tabiri caiz ise, Demokles'in kılıcının kişi üzerinde yaşam boyu durması, hukuki güvensizliği ortaya çıkaracaktır.

Kişi güvenliğinin hukuki zeminde kendini gösterdiği durumlardan biri, non bis in idem ilkesi olarak ifade edilen aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz ilkesidir. Non bis in idem ilkesinin çıkış felsefesi, Demokles'in kılıcının sürekli olarak bir ceza tehdidi ile kişinin üzerinde asılı durmasının doğuracağı acıyı ortadan kaldırmaktadır. Bu ilke, “geçmişte yapılan yargılama neticesinde verilen hüküm, geleceğe karşı bir güvence işlevine sahiptir” ilkesini temel almaktadır. Bu ilke gereğince, bir kişi hakkında bir fiilden dolayı daha önce dava açılmışsa artık başka bir dava açılmaz, daha önce dava açılmış ve kesin hükümle sonuçlanmışsa yine artık başka bir dava açılmaz. Bu nedenle non bis in idem ilkesi daha önce kesinleşmiş bir hükmün başka hüküm verilmesini önleme (kesin hükmün önleme etkisi) işlevine sahip olduğu görülmektedir. Bu ilke, salt ceza davasını ifade ettiği için, hukuk davası veya disiplin soruşturması açılmasına engel teşkil etmez. Non bis in idem ilkesi, çok eski bir ilkedir. Hem Roma hukuku hem de Kilise hukukunda gerek mahkûmiyet ve gerekse de beraat kararlarında uygulanmıştır.

Non bis in idem ilkesi, usul hukukuna ilişkidir. Bu ilke üç alanda kendini gösterir; (1) İç hukukta, (2) İç hukuk ve uluslararası hukukta, (3) Uluslararası ceza mahkemesinin kurulmasından sonra tabiri caiz ise Uluslar üstü hukukta.

Mahkeme kararı, “yargı organının, önüne gelen bir uyuşmazlığı kesin olarak çözmek amacıyla, uyuşmazlığa ilişkin kişiler ve olaylar ile somut hukuki durumlara ilişkin araştırma, gözlem ve hukukun ne dediğini belirlemek faaliyetinin sonucu olarak, hâkimin vicdani kanaati ile vardığı sonucu, yazılı hüküm olarak tespit ettiği kararlar” şeklinde tanımlanmaktadır.

Mahkeme kararları, bir konuda hukuki çözüm bulunmasında yol gösterici, aydınlatıcı nitelikte olup hukukun yardımcı kaynaklarındandır. Mahkeme kararlarının yardımcı kaynak olması nedeniyle bir mahkemenin kararı, o kararı veren mahkemeyi, diğer mahkemeleri ve kararın muhatabı olmayan diğer idareleri, kural olarak, bağlamaz.

Kararın muhatabı olan idare Anayasa ve İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümleri uyarınca yargı kararına uymakla yükümlü olmakla birlikte, pozitif hukuk açısından kararı veren mahkemenin benzer bir olayda aynı yönde bir karar verme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Nitekim Anayasa'nın 138. maddesine göre “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.” . Danıştay'a göre de “...yüksek mahkemelerin içtihatları birleştirme kararları yargı organlarını bağladığı gibi, idareyi de

bağlayan kararlardır. İdare, benzeri olaylarda bu kararlar yönünde işlem tesisine zorunlu bulunmaktadır. Bunun dışındaki kesin yargı kararları ise, yalnızca tarafları bağlayan kararlardır.” Mahkeme kararlarının hukukun yardımcı kaynağı olduğu, mevzuatta da açıkça düzenlenmiştir. 4721 s. Türk Medeni Kanunu madde 1/3’e göre “Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.”

Mahkeme kararları her ne kadar hukukun yardımcı kaynaklarından olsa da uygulamada son derece önemli bir yere sahiptir. Mahkemeler karar verirken önceki kararlardan yararlandıkları gibi, taraflar da iddialarını ve savunmalarını hazırlarken benzer konulardaki mahkeme kararlarını dilekçelerine eklemektedirler. Doktrinde de “idare hukukunda yargısal içtihatların çoğu kez Anayasadan hemen sonra gel”diğini ifade edenler bulunmaktadır.

Mahkeme kararlarında istikrar, “mahkemelerin önceki kararlarında vermiş olduğu hükümlerle tutarlı kararlar vermesi” olarak tarif edilebilir. Ancak istikrarın mahkemenin önceden vermiş olduğu bir karardaki hükümlerle tamamıyla aynı olması gerekmeyip, “makul” bir istikrar yeterlidir. Anayasa Mahkemesi’ne göre “Yargısal kararlardaki değişiklikler, hukukun dinamizmini ve mahkemelerin yaklaşımlarını yaşanan gelişmelere uyarlama kabiliyetlerini yansıtmaları yönüyle olumludur.” Diğer bir deyişle mahkeme kararlarının değişmezliği söz konusu değildir. Makul istikrar çeşitli nedenlere bağlı olarak farklı kararlar verilebilmesini mümkün kılar. Örneğin sosyal şartlar ve ilişkilerdeki değişiklikler her zaman için eski uygulamaları izlemeye imkân vermez

Anayasa Mahkemesi’ne göre hukuki güvenlik ve belirlilik kavramı, mahkeme kararlarında makul bir istikrarın sağlanması hususu ile doğrudan ilgilidir. Yargı makamlarının benzer davalarda daha önceki kararlarıyla kabul edilebilir oranlarda uyumlu kararlar vermesi gerekir. Mahkeme kararlarında istikrarlı değerlendirmelerin dışındaki bir yaklaşımın hukukun dinamik yorumuyla uyumlu ve gelişmeye yönelik olarak verildiğinin yeterli ve makul gerekçeyle açıklanması gerekir.

Mahkeme kararlarında istikrar sağlanması; eşitlik, adalet ve hukuki güvenlik ilkelerinin gereğidir. Mahkeme kararlarında istikrar olması çeşitli yararlar sağlar. Bu cümleden olmak üzere; içtihatların yerleşik ve herkesçe bilinir olması (idari veya yargısal) yapılacak başvuruların azalmasına imkân verir. Yargıya güven korunur ve artar. Birbirine zıt kararlar verilmemesi sayesinde adalet ve hakkaniyet sağlanır. Kanun yolları başvurularının azaltılmasına yardımcı olur. Önceki kararlardan yararlanma mahkemenin önündeki uyuşmazlık için vereceği kararda zaman ve emekten tasarruf etmesini, kararın sorumluluğunu tek başına üstlenmekten kurtulmasını ve mahkeme kararlarında birlik ve uyumu sağlar. Benzer davaların benzer şekilde çözümlenmesi hukuk hayatında eşitlik, kesinlik, tarafsızlık ve hukuki belirlilik ilkelerinin de gerçekleştirilmesinde yardımcı olur. Kararlar arasında istikrar sağlanması özellikle içtihat mahkemesi konumunda olan yüksek mahkemeler için önemlidir. Anayasa Mahkemesi’ne göre “farklı uygulamaların yüksek mahkemeler nezdinde gelişmesi durumunda, toplumun yargıya güvenini azaltacak nitelikte bir hukuki belirsizliğin oluşmasına izin verilmemelidir. Böyle bir durumda, adli makamların -özen yükümlülükleri gereği- farklı uygulamaları ortadan kaldırmaya yönelik usule ilişkin güvenceleri devreye sokmaları beklenir. İlgili adli makamlar, adil yargılanma hakkının da içeriğine dâhil olan hukuki güvenlik ilkesini ihlal ederek hukuki belirsizliğin bizatihi kaynağı olmamalıdır.”

8-) Hukuk normları ve bu normların birbirleriyle olan kurgusu, intizamı, hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarındandır. İnsanların bireysel ve toplumsal ihtiyaçlarının sağlıklı bir şekilde temin edilebilmesi için ortaya çıkan devlet müessesesinin iş ve eylemlerinin hukuk

normlarıyla belirlenmesi de toplumsal yaşam için son derece önemlidir. Hukuk normları arasında takip edilmesi gereken bir hiyerarşi bulunmaktadır. Normlar hiyerarşisi olarak ifade edilen bu sıralama ile hukuk kuralları arasında sistematik bir uyumun sağlanması amaçlanmaktadır. Bu sistematik uyumun sağlanamaması halinde ise hukuk normlarının kendisinden beklenen sonuçları üretmesi ve nihayetinde toplumsal düzeni sağlaması -imkânsız olmasa da- zordur. Normlar hiyerarşisi ile ilintisini dikkate alarak konumuzun özeli itibarıyla denetim kavramına baktığımızda, denetim; denetlenen kurum, kuruluş veya kişilerin uygulamalarının sözünü ettiğimiz hukuk normlarına uygunluğunun incelenmesidir. Dolayısıyla hem yetki hem de denetlenenlerin uygulama sonuçlarının denetimi açısından normlar hiyerarşisi kavramı büyük önem taşımaktadır.

Normlar hiyerarşisi, bir hukuk düzeninde var olan birçok hukuk normunun derece ve kuvvetini belirlemekte, hiyerarşik bir sıraya oturtmakta, bunları anlamlandırmaktadır. Ülkemizde mevcut normatif düzenlemeleri dikkate alacak olursak, bu hiyerarşik düzen – sırasıyla- anayasa, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar, kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik ve adsız düzenleyici işlemlerden (kararname, karar, tebliğ, sirküler, genelge, özelge, ilke kararı, esaslar, yönerge, talimat, statü vb.) oluşan birden çok normdan oluşmaktadır. Bu normlar farklı kademelerde yer almakta, normlar arasında altlık ve üstlük ilişkisi söz konusu olmakta ve her norm geçerliliğini bir üst hukuk normundan almaktadır. Normlar hiyerarşisinin uygulamasında bir alt norm üst norma aykırılık teşkil etmemeli, alt norm üst normun kendisine verdiği hukuki sınırların dışına çıkmamalıdır. Normlar hiyerarşisi bu şekilde kolayca sıralanmakla birlikte, hukuken aynı statüdeki hukuk normları arasında aynı olayda farklı düzenlemeler yapılmış olması durumunda, uygulanacak hukuk normunun tespitinde zorluklar yaşanabilmektedir. Bu kez söz konusu sıralamanın yanında doktrin ve yargı içtihatları ile belirlenen hiyerarşi de ortaya çıkmaktadır.

Somut olaya uygulanacak normun tespitinde, aynı konuyla ilgili birçok hukuk kuralı bulunabilir. Bunların arasında genellikle uyum vardır. Örneğin, aynı zamanda aynı olayı düzenleyen eşit hukuki statüdeki iki norm birbiriyle çeliştiği takdirde, genel hüküm ve özel hüküm ilişkisi veya önceki düzenleme ve sonraki düzenleme ilişkilerine bakılmak suretiyle söz konusu olaya uygulanacak hukuk normu tespit edilmektedir. Ancak aynı konuyla ilgili hukuk kuralları arasında bir çelişki ya da çatışma da olabilir. Oysa hukuk kuralları arasında bir çatışmanın olmaması gerektiği düşünülür. Kaldı ki, tamlamasında “düzen (intizam)” kelimesini içeren bir olgu olan hukuk düzeni tutarlı bir bütün olmalıdır. Bu bütünü oluşturan unsurlar arasında bir çelişki, bir çatışma olsaydı, bunların bir araya gelmesiyle oluşan bütüne “düzen” denmezdi. Yine de bir hukuk düzeninde, ilk bakışta birbiriyle çatışıyor gibi görünen birden fazla hukuk kuralı bulunabilir. Ancak bu kurallar arasındaki çatışma olsa olsa “görünüşte”dir, “zahiri”dir. İşte hukuk kuralları arasında böyle bir “görünüşte çatışma” varsa, bu çatışma, “çatışma çözme ilkelerine” göre çözülür. Bu ilkeler esas itibarıyla üç tanedir:

- (1) Üst kanun alt kanunları ilga eder,
- (2) Sonraki kanun önceki kanunları ilga eder,
- (3) Özel kanun genel kanunları ilga eder .

Kanun hükümleri arasındaki çelişki ve hiyerarşi değerlendirilirken yorum kuralları ortaya çıkıyor.

Yorum ilkelerinin gerekli olması başka, var olması başka bir şeydir. Bu ilkelere ihtiyacın olması, bu ilkelerin var olduğunu kanıtlamaz. Kanunlara göre, olgusal öncüllerden normatif sonuçların çıkarımı mümkün olmaz. Tasvirî önermeler ile normatif önermeler iki ayrı dünyaya aittir. Norm normdan kaynaklanır; olgudan değil. Olgusal dünyadan normatif dünyaya geçiş yoktur. Böyle ilkelere hâkimlerin ihtiyaç duyduğu bir vakıa olsa bile, bu vakıa, bu ilkelerin normatif âlemde var olduklarını göstermez. Özetle yorum ilkelerine hukuk uygulamasında ihtiyaç vardır. Ancak bu ihtiyaç, bu ilkelerin var olduğunu ve dolayısıyla hâkimleri bağladıklarını göstermez. Dolayısıyla bu ilkelerin kaynağının ne olduğunu da göstermek gerekir. Hatta bu ilkelerin nereden ve nasıl doğduklarını göstermek de yetmez, bu ilkelerin hâkimi nasıl olup da bağladığını da göstermek gerekir

Bu ilkelerin hâkimi bağlaması için bu ilkelerin Anayasa ve Medenî Kanun ve Ceza Kanunu gibi temel kanunlarda sayılması gerektiğini söyleyebiliriz. Nitekim özellikle belirttiğimiz gibi bu ilkelerden bazıları Anayasa ve kanunlarımız tarafından hükme bağlanmış olan ilkelere de Anayasa, Medeni Kanun ve Ceza Kanunu gibi temel kanunlarımızda sayılabilir.

Yorum ilkelerinin niteliği hakkında şunu da söylemek isteriz: Bu ilkeler, kişilere değil, hâkime hitap eden ilkelere aittir. Diğer bir ifadeyle bu ilkeler doğrudan doğruya kişilerin davranışlarını düzenlemezler. Bu ilkeler, davranışları düzenleyen hukuk kurallarının hâkim tarafından nasıl uygulanacağını düzenleyen ilkelere aittir. Dolayısıyla bu ilkeler, birincil norm değil, ikincil normlardır. Tabir caiz ise, yorum ilkeleri doğrudan doğruya “norm” değil, “norm üzerine norm”, yani “meta-norm” durlar. Bu ilkeler, hâkimin vereceği kararın gerekçesinde uygulanır ve bu ilkelere uyulup uyulmadığı hâkimin vereceği kararın gerekçesine bakılarak anlaşılır.

9-) Sıfat-1 Arızada Aslolan Ademdir (Mecelle, m.9) (Aslî Niteliğin Varlığı, Arızî Niteliğin Yokluğu Asıldır). Sıfat (nitelik, attribute), vasıf kelimesinden türemiş olup, hâl (durum), keyfiyet (nitelik), suret, özellik demektir. Yani sıfat, bir kişinin veya bir şeyin hal veya vasfı, niteliğidir.

Sıfat, “sıfat-1 asliye” ve “sıfat-1 ârıza” olmak üzere iki çeşittir. Yani “sıfat-1 arızada aslolan ademdir” prensibinde dikotomik bir akıl yürütme vardır. Sıfat-1 asliye, nitelenen şeyde bizzat bulunan, yani o şeyin kendisinde bulunan durum, nitelik veya özelliktir. Sıfat-1 asliye için biz aşağıda “aslî nitelik” terimini kullanacağız. “Aslî”, “asl”ın sıfatı olup, “asla mensup” demektir. Asıl” ise, kök, temel, esas, kaide, kural demektir. “Sıfat-1 asliye” İngilizceye “original attribute” diye çevrilebilir. Sıfat-1 asliye için Latince olarak “essentialia” terimini de kullanabiliriz. Sıfat-1 ârıza, nitelenen şeyde bizzat, yani kendiliğinden bulunmayıp, ona sonradan eklenen niteliklerdir. Sıfat-1 ârıza için biz aşağıda “arızî nitelik” terimini kullanacağız. “Ârıza”, “ârız”dan gelip “sonradan olan şey”, “bozulma” anlamına gelmektedir. “Ârız” ise bir şeyin zatına ilişkin olmayıp, o şeye bazen sonradan yapışan, takılan şey demektir. “Arızî” ise, “ârız”ın sıfatı olup, “sondan ortaya çıkan”, “gelip geçici olan”, bir şeyin zati ve esasına ilişkin olmayan şey anlamına gelmektedir. “Sıfat-1 arıza”. İngilizceye “intervening attribute” veya “transitory attribute” diye çevrilebilir. Sıfat-1 arıza için Latince olarak “accidentalialia” terimini de kullanabiliriz.

Sıfat-1 Asliye Kaide, Sıfat-1 Arıza ise İstisnadır (Asıl Olan Şey Kuraldır, Arızî Olan Şey ise İstisnadır) Bir şeyin aslî niteliğinin varlığı genel kuraldır; ama aynı şeyin arızî niteliğinin ise varlığı istisnadır. Bu ilke “sıfat-1 arızada aslolan ademdir” (Mecelle, m.9) ilkesinin mantikî sonucudur.

Yukarıda açıklandığı gibi bir şeyin aslî niteliğinin varlığı, arizî niteliğinin ise yokluğu asıl olduğuna göre, aslî niteliğin var olması kaide, arizî niteliğinin var olması ise istisnadır. Aslında bir şeyin arizî nitelik olması, bizatihi o şeyin istisnaî nitelikte olduğu anlamına gelir. Çünkü yukarıda açıklandığı gibi, arıza, yani arizî olma durumu, bir şeyin kendisinde olmayıp, sonradan ortaya çıkan geçici bir durumdur. Bu ise o arizî niteliğin istisnaî bir nitelik olduğu anlamına gelir.

Sıfat-1 Asliyenin Değil, Sıfat-1 Arızanın Varlığı İspata Muhtaçtır “Sıfat-1 asliye” değil, “sıfat-1 ârıza”nın varlığı ispata muhtaçtır. Diğer bir ifadeyle, bir şeyin aslî niteliğinin varlığını değil, ama o şeyin arizî niteliğinin varlığını iddia eden ispatlamalıdır. Çünkü bir şeyin aslî niteliğinin var olduğu zaten kabul edilir. Bir şeyin belli bir anda arizî niteliği üzerinde bulunduğu ispatlanmadıkça, o şeyin aslî niteliği üzerinde bulunduğu kabul edilir. Aynı şekilde kaide olan şeyin var olduğu kabul edilir; istisna olan şeyin ise varlığının ispatlanması gerekir. Bir istisnanın varlığı ispatlanmadıkça, yokluğu kabul edilir ve o konuda kaideye tâbi olur.

Bazen kanun koyucu, genel kuralı ayrıca belirtmeye ihtiyaç duymadan doğrudan doğruya istisnayı belirtir. Ceza kanunlarının yaptığı şey budur: İnsanların genel olarak özgür olduğu ayrıca belirtilmeksizin, belirli bir insan fiiline müeyyide bağlanır. Böylece o insan fiili, genel insan özgürlüğü karşısında istisnayı teşkil etmiş olur. Böyle bir durumda kaide konusunda söz konusu süjenin tâbi olduğu genel hukukî rejim geçerlidir. Örneğin ceza hukuku alanında ayrıca ve açıkça suç olarak tanımlanmamış her fiil serbesttir. Ceza kanunlarının suç tanımı yapan ve müeyyide bağlayan bütün hükümleri istisna, kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibi ise genel kuraldır. Kaidenin ayrıca belirtilmeksizin doğrudan doğruya istisnanın belirtilmesine anayasa hukukunda da rastlanır. Anayasamızın 82. maddesi TBMM üyeliği ile bağdaşmayan işleri tek tek saymıştır. Bu maddede sayılanlar dışındaki işleri yapmakta TBMM üyeleri serbesttir. Bu konuda kaide budur. Ancak Anayasa, m.82’de böyle bir kaideyi ifade eden bir hüküm yoktur. Ancak ayrıca ve açıkça yasaklanmadıkça, milletvekilleri de bir insan olarak istedikleri her faaliyeti yapabilirler. O hâlde Anayasa, m.82’de dile getirilmemiş olsa da bu konuda genel kural ve kaide şu şekilde ifade edilebilir: “Kendiliğinden İstisna Olmaz, İstisna Konulmalıdır”

Yukarıda açıkladığımız gibi istisna bir “arizî nitelik (sıfat-1 arıza, accidentalia)”tır. Dolayısıyla bir arizî nitelik olarak istisnanın olabilmesi için, istisnanın öngörülmüş olması gerekir. Yani bir istisnadan bahsedebilmek için, bu istisnanın ayrıca ve açıkça konulmuş olması gerekir. Pozitivist terminolojiyle söylersek, konulmamış bir şey istisna olamaz. Keza belli bir konuda bir istisnanın olduğunu iddia eden kişi iddiasını ispatlamalıdır. İstisnanın ayrıca ve açıkça konulmuş olduğu ispatlanamazsa, istisnanın bulunup bulunmadığı hususu hala tereddütlü ise, istisnanın olmadığı varsayılır. Çünkü kaide asıl, istisna ise arizî bir niteliklidir. İstisnanın olduğu ispatlanmamış ise, ilgili konuya kaide uygulanır.

Yargı organı kural koyucu bir organ olmadığına göre istisna koyma yetkisine sahip değildir. Bir konuda istisna yok ise, yargı organı genel kuralı uygulamak zorundadır. Yargı organının istisna koyamaması, aynı zamanda yorum yoluyla genel kuralın kapsamını daraltmaması ve keza yorum yoluyla istisna üretememesi anlamına gelir. Yorum yoluyla genel kurala istisna getiren yargı organı, yasama yetkisini veya düzenleyici işlem yapma yetkisini gasp etmiş olur. İkinci olarak, bir kurala istisna getirmek yetkisi, sadece ve sadece o kuralı koyma yetkisine sahip olan makama aittir. Yani genel kural kim tarafından konulmuş ise, o genel kurala istisnayı yine o makam getirebilir. Mesela yasama organının koyduğu bir genel kurala yine yasama organı istisna getirebilir.

Normlar hiyerarşisinin cari olduğu bir sistemde yukarıdaki ilkeyi daha doğru bir şekilde şöyle de açıklayabiliriz: İstisna, normlar hiyerarşisinde kendisine istisna getirilen norm ile en az aynı düzeyde bulunan bir norm ile getirilebilir. Yani anayasa hükmüne istisna anayasa hükmüyle, kanun hükmüne istisna kanun hükmüyle getirilebilir; anayasanın bir hükmüne kanunla, kanunun bir hükmüne yönetmelikle istisna getirilemez. Keza tüzükle konulan bir kurala yönetmelikle istisna getirilemez.

Bu durumda İİK m 74, 75,76,337,354 hükümlerinde düzenlenen ve Anayasa Mahkemesi kararıyla da uygulamasında çelişkiye düşülen bu durumda normlar arası çelişki konusunda nasıl bir istisna uygulanmalı ve yorum hangi kriter esas alınarak yapılmalıdır. Anayasa Mahkemesinin böyle tartışmalı bir konuda yapması gereken şey, yorum ilkelerini uygulayarak Anayasaya aykırılık sorununu çözmesidir. Anayasa Mahkemesi kararları önceden bilinebilir olmalıdır. Yukarıda belirttiğimiz gibi istisna, kaidenin, yani o konudaki genel kuralın kapsamını daralttığı için, genel kuralın değiştirilmesi anlamına gelir. Dolayısıyla bir kurala istisna getirmek, o kuralı değiştirmek ile aynı anlama gelir. Bu nedenle, yukarıda açıkladığımız gibi, istisna koyma yetkisi sadece ve sadece o kuralı koyma yetkisine sahip olan makama aittir. Bundan şu sonuç çıkar ki, yargı organı, uygulayacağı genel kurala yorum yoluyla istisna getiremez. Çünkü istisna getirmek demek genel kuralı değiştirmek demektir. Yargı organının da buna haliyle yetkisi yoktur. Dolayısıyla bir kaidenin, yani bir genel hükmün istisnasının olup olmadığı konusunda tereddüt ortaya çıkarsa, genel hükmün istisnasının olmadığı sonucuna ulaşılır. Çünkü genel hükme istisna getirme yetkisi, haliyle genel hükmü koyma yetkisine sahip olan makama aittir. Bu makam, kendi koyduğu genel hükme istisna getirmemiş ise ortada bir istisna yoktur. Böyle bir durumda yorum yoluyla istisna üretmek, genel hükmü koyma yetkisine sahip makamın yetkisini gasp etmek anlamına gelir. Genel hükmü koyma yetkisine sahip makam ayrıca ve açıkça istisna öngörmemiş ise, o hükmün bir istisnası yoktur.

Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus (Kanunun ayırım yapmadığı yerde, bizim de ayırım yapmamamız gerekir). Aynı özdeyiş şu kelimelerle de ifade edilir: “*Lege non distinguente non nobis est distinguere*”. Bu ilke şu anlama gelir ki, hüküm koyarken kanun koyucu, ayırım yapmaksızın genel ifadeler kullanmış ise, kanunun kullandığı ifadeden mümkün olan en genel anlamı çıkarmak gerekir. Yani kanunun ayırma gitmediği yerde, yorumcu da ayırım yapamaz (*Ubi lex non distinguit neque interpretis est distinguere*). Diğer bir ifadeyle, sınırsız bir hükmü sınırlamamak, hükmün genelliğine aykırı ayırlamalar yapmamak gerekir. Bu nedenle bu ilkeye “*argumentum a generali sensu*” ismini verenler de vardır.

Kanun koyucunun belirli bir şey hakkında koyduğu belirli bir hükmün kapsamını tespit ederken şu sorun ortaya çıkar: Kanun koyucu, koyduğu hükmü sırf o şeye mi münhasır tutmuştur, yoksa koyduğu hüküm, kanun koyucunun koyduğu kuralda zikredilmeyen, sayılmayan diğer şeyler için de geçerli midir? Bu konuda iki ilke vardır: “*Expressio unius est exclusio alterius*” ve “*unius positio non est alterius exclusio*” ilkeleri. Bu iki ilke birbiriyle çelişiyor gibi görünse de belirli durumda biri, diğer bazı durumlarda diğeri uygulanır.

“*Expressio unius est exclusio alterius* (bir şeyi zikretmek, diğerini dışlamaktır)” özdeyişi “*inclusionem unius fit exclusio alterius* (bir şeyi dâhil etmek, diğerlerini hariç tutmak demektir)” şeklinde söylenir. Bu ilkeye göre, kanun metninde zikredilmeyen şeylerin, zikredilen şeyler ile aynı hükme bağlandığı iddia edilemez. Yani kanun metninde zikredilmemiş şeylerin sehven unutulduğu, bu şeylerin de zikredilen şeyle aynı hükme tâbi olduğu varsayılamaz. Tersine, böyle bir durumda kanun metninde zikredilmeyen şey veya şeylerin kanun koyucu tarafından aynı hükme bağlanmasının reddedildiği sonucuna ulaşmak gerekir. Zira kanun koyucu, hükme bağladığı şey gibi, diğer şeyleri de aynı hükme bağlamak isteseydi, o şeyleri de o hükümde

zikrederdi. İmkânı varken bunu yapmamış olması, onun bunu yapmak istemediği anlamına gelir. Yani “ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit (kanun istediği zaman söyler; istemediği zaman ise susar)”. Keza “qui dicit de uno negat de altero (bir şeyi kabul eden, diğerini inkâr ediyor demektir)”. Ancak “expressio unius est exclusio alterius” ilkesi her durumda değil, sadece kanun koyucunun düzenlediği şeyin belirli bir özelliğini dikkate alarak, yani sırf o şeye özgü düzenleme yaptığı durumlarda geçerli olan bir ilkedir.

“Unius positio non est alterius exclusio (Bir Şeyin Belirtilmesi, Diğer Şeylerin Hariç Tutulduğu Anlamına Gelmez)” Expressio unius est exclusio alterius ilkesinin karşıtı “expressio unius non est exclusio alterius (bir şeyin zikredilmesi, diğerinin dışlanması demek değildir)” ilkesidir. Aynı anlamda daha yaygın olarak “unius positio non est alterius exclusio (bir şeyin konulması, diğer şeylerin hariç tutulduğu anlamına gelmez)” özdeyişi de kullanılmaktadır. Bu ilkenin geçerli olmadığı her durumda “expressio unius non est exclusio alterius (bir şeyin zikredilmesi, diğerinin dışlanması demek değildir) ilkesi geçerlidir. Yani kanun koyucu, bir şeyi sınırlandırarak saymamış ise veya o şeyi o şeyin bir özelliğini dikkate alarak düzenlememiş ise, expressio unius non est exclusio alterius ilkesi uygulanır. Yani böyle bir durumda, kanun koyucunun zikrettiği şey hakkında koyduğu hüküm, zikretmediği şey hakkında da uygulanır.

Bu durumda İİK madde 74-75-76 hükümlerinin İİK m 337/1 hükmü hakkında verilen AYM kararı ve İİK m 354 hükmünde belirtilen hükümlere uyumlu hale getirilmelidir. Anayasa Mahkemesi'nin 16.4.2008 tarih ve 26849 sayılı R.G.'de yayımlanan, 28.2.2008 T., 2006/71 E. ve 2008/69 K. sayılı iptal edilen İİK m 337/1 hükmünün iptal edilen hükmünün istisna mı genel hüküm mü olduğu açıkça vurgulanmalı aynı kanunun farklı hükümleri arasında hükümler arası çelişki giderilmelidir.

10-) Anayasa Mahkemesi 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu kapsamında tesis edilen disiplin ve tazyik hapsi kararlarının yargısal kararlar olduğu görüşündedir. Yüksek mahkeme 2004 sayılı Kanunun 346. maddesinin iptali talebiyle yapılan başvuruyu reddederken şu gerekçelere yer vermiştir: “Anayasa’ya ve hukukun temel ilkelerine aykırı olmamak koşuluyla toplum düzeninde yaptırım altına alınması gereken eylemlerin hangisinin idari, hangisinin ceza yaptırımına bağlı tutulacağı yasa koyucunun takdir alanı içindedir. İcra ceza mahkemesince uygulanan yaptırımlar idari nitelikte olmayıp, yargısal işlemlerdir.” . Bu karar Anayasa Mahkemesinin bir müeyyidenin cezai veya idari nitelikte olup olmadığını belirlerken organik kriteri esas aldığını göstermektedir. Ancak 2004 sayılı Kanunun 16. Bab kısmındaki fiiller incelendiğinde, bunların ikili bir ayrıma tabi tutulduğu görülecektir. Bazı fiiller “suç” olarak nitelendirilerek hapis cezası ve / veya adli para cezası ile müeyyidelendirilmişken, diğer bazı fiiller “suç” olarak anılmamış ve bunlar için sadece disiplin veya tazyik hapsi yaptırımlarına yer verilmiştir.

Disiplin veya tazyik hapsi yaptırımları hukuka aykırılığın giderilmesi ile birlikte son bulurken (bkz. m. 337, 338/2, 339, 340, 341, 343, 344), suç teşkil eden fiillere uygulanan cezalar, takibi şikâyete bağlı olanlar müstesna (m. 354), kişi hakkında uygulanmaya devam eder. Disiplin veya tazyik hapsine ilişkin kararlara karşı yedi gün içinde 353. maddenin ilk fıkrasına göre itirazda bulunulabilirken, suçlardan dolayı tesis edilen hükümlerle ilgili olarak 5271 sayılı Kanunun kanun yollarına ilişkin hükümleri uygulanır (m. 353/1). İşte İcra ve İflas Kanunu’nun hukuka aykırı fiiller arasında yaptığı bu ayrımın bir anlamı olmalıdır. Yargıtay bu fiillerden ilk grupta olanları “suç”, ikinci grupta olanları ise “kabahat” olarak nitelendirmiştir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 2. maddesi kabahatleri “kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık” olarak tarif etmiştir. Ayrıca 5326 sayılı Kanunun

24. maddesi mahkemelerin de kabahatler hakkında idari yaptırım kararı verme yetkisine sahip olduğunu hüküm altına almıştır. Hiç şüphesiz bu yetkinin mahkemeler tarafından kullanılması halinde, uygulanan yaptırım nitelik değiştirmeyecek, idari yaptırım olarak kalmaya devam edecektir. Tüm bu nedenler kanun koyucunun 2004 sayılı Kanunda yer alan disiplin ve tazyik hapsi yaptırımlarını suç teşkil eden fiillere uygulanan ceza hukuku yaptırımlarından ayrı tuttuğunu ve bunları birer idari yaptırım olarak gördüğünü göstermektedir. Özgenç de benzer bir şekilde disiplin ve tazyik hapislerinin ceza hukuku yaptırımı olmadıklarını, bunlara ceza hukuku kurumlarının uygulanmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir.

11-) Yargı mercileri tarafından tesis edilen disiplin yaptırımları dikkatle incelendiğinde, bunlara sebebiyet veren fiillerin taraflardan ziyade ilgili yargısal faaliyeti ve bu faaliyeti yürüten mercileri hedef aldığı görülecektir. Gerçekten de disiplin yaptırımına sebebiyet veren bir fiilin davacı veya davalı ile doğrudan bir ilgisinin olması gerekli değildir. Hukuka aykırı bir fiil ile bunların hak veya menfaatleri olumsuz yönde etkilense dahi, bu durum yargısal faaliyetlere verilen zararın bir sonucu, yani dolaylı bir sonuçtur.

Disiplin suçlarının ceza hukuku anlamında bir suç ve disiplin yaptırımlarının da birer yargısal karar olarak nitelendirilmesi durumunda, bunların ilgili yargısal faaliyeti yürüten hâkim veya hâkimlerce değil, başka yargı mensuplarınınca karara bağlanması gerekecektir. Örneğin duruşma sırasında sözlü veya fiili olarak hâkime karşı uygun olmayan bir davranış sergileyen bir kişinin bu davranışının suç teşkil ettiği kabul edilirse, bu kişi hakkında yürütülecek ceza yargılamasına suçun mağduru konumundaki hâkim katılamayacaktır. Zira Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 22. maddesinin 1/a bendine göre suçtan zarar gören hâkim davaya bakamaz. Aynı Kanunun 24. maddesinin 1. fıkrasına göre tarafsızlığını şüpheye düşürecek diğer sebeplerden dolayı da hâkimin reddi istenebilir. Duruşma sırasında uygun olmayan bir davranışın hâkimi hedef alması durumunda, bu hükümlere göre hâkimin davaya bakmaktan yasaklı olması veya en azından hâkimin reddedilebilmesi gerekir. Oysa bu fiillerin idare hukuku anlamında bir disiplin suçu olarak kabul edilmesi durumunda hâkimin bu konuyu karara bağlamasında herhangi bir sakınca olmayacaktır. Zira idare hukukunda idareyi ilgilendiren konuların yine idare tarafından karara bağlanmasının önünde kural olarak herhangi bir engel bulunmamaktadır. Öyle ki, idarenin çalışma düzenine karşı işlenen fiiller yine idare tarafından karara bağlanmaktadır. İşte yargısal faaliyetlerin yürütülmesine zarar verici faaliyetlerin müeyyideye bağlanması işleminin yargısal bir faaliyet olarak nitelendirilmesi durumunda, bu kararların ayrı bir yargı mercii tarafından karara bağlanması zorunlu iken, kanunlarda bu yönde herhangi bir düzenleme getirilmemiş olması, anılan kararların idari bir karar olduğuna işaret etmektedir. Yargısal kararları diğer kararlardan ayıran önemli bir özellik, bunların kanun yolları veya kanunlarda öngörülen diğer istisnai hallerin dışında kural olarak hiçbir şekilde değiştirilememesi, kaldırılamaması veya geri alınamamasıdır. Yargı mercilerinin re'sen yargılama yapmaları mümkün olmadığı gibi, kararlarını re'sen düzeltmeleri veya kaldırmaları da mümkün değildir. Oysa yargı mercileri tarafından verilen kimi disiplin yaptırımları incelendiğinde, bunların bu yönüyle yargısal kararlara benzemediği, bu yaptırımların kimi zaman yargı mercilerince re'sen kaldırılabilirdiği görülecektir. Örneğin Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 60. maddesine göre yasal bir sebep olmaksızın tanıklıktan veya yeminden çekinmesi nedeniyle üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsine mahkûm edilen tanık, tanıklığa ilişkin yükümlülüğüne uygun davrandığı takdirde derhal serbest bırakılır. Alman hukukunda da yargısal faaliyetlerin düzenli bir şekilde yürütülebilmesi amacıyla alınan kararlara uymayan kişilere uygulanan yaptırımların değiştirilebileceği veya kaldırılabilirdiği kabul edilmektedir. Suç teşkil eden bir fiil hakkında bir ceza hükmü tesis edildikten sonra, bu hükmün aynı yargı mercii tarafından re'sen alınacak yeni bir kararla kaldırılması mümkün olmamasına rağmen, anılan disiplin yaptırımlarının kaldırılabilmesi, bunların yargısal kararlar

olmadığını göstermektedir. Benzer bir örnek Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 245. maddesinde yer almaktadır. Buna göre çağrıldığı halde mazeret bildirmeksizin gelmeyen tanık zorla getirilir ve hakkında ayrıca disiplin para cezasına hükmolunur. Ancak zorla getirilen tanık evvelce gelmemesini haklı gösterecek sebepleri sonradan bildirirse, aleyhine hükmedilen giderler ve disiplin para cezası kaldırılır. Buna göre mazeretini bildirilmekle birlikte kendisine verilen disiplin para cezasının kaldırılmasını talep etmeyen tanığın bu cezasının mahkemece re'sen kaldırılması mümkündür. Bu noktada şu hususa da işaret etmek gerekir ki, madde metnine göre tanığa verilen disiplin cezasının kaldırılabilmesi için, mazeretin tanık tarafından mahkemeye bildirilmesi gerekir. Ancak kanaatimce mazeretin mahkemece başka bir suretle öğrenilmesi halinde de bu cezanın kaldırılması mümkün olmalıdır. Zira bu hükümle ulaşılmak istenen amaç mazeretsiz bir şekilde mahkeme huzuruna gelmeyen tanığı cezalandırmak olup, mahkeme huzuruna çıkmaya engel bir özre sahip olan bir kişinin bu özrünün kim tarafından mahkemeye bildirildiğinin herhangi bir önemi olmamalıdır.

12-) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre yargılamayı yapan yargıçlar aynı zamanda soruşturma sürecindeki kararlarda yer almışlarsa ve bu kararlarda şüphelilerin suçluluğuna dair görüş ve yorumlarda bulunmuşlarsa bu durumda da tarafsızlık koşulundan şüphe duyulması kabul edilebilir (Hauschildt v. Danimarka, Gomez de Liano y Botello v İspanya). Aynı yargıcın soruşturma aşamasına ciddi bir biçimde dâhil olmuş olması da tek başına bu kapsamda değerlendirilmektedir (De Cubber v. Belçika). ki yargılama konusu olayda her iki durum da söz konusudur.

Bunlara bağlı savcıların soruşturma ve yargıçların kovuşturma yöntemleri toplum için huzurun temel taşı olan 'hukuk güvenliğini' ortadan kaldırmaktadır. Sırf o olay için kurulmuş ve hâkimi sırf o olay için atanmış bir mahkemede suçlanan kişiler masum olsalar bile mahkum edilebilirler. AYM'nce 1982 AY çerçevesinde; hukuk devletinde yasal yargıç (kanunî hâkim), doğal yargıç (tabîî hâkim) olarak anlaşılması gerektiği belirtilerek; doğal yargıç ilkesinin, sanığa veya davanın yanlarına göre yargıç atanmasına olanak vermeyeceği tanımlanmıştır.

AY m. 141/3- "Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır". 6216 sayılı- Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Yasa m.40/2/1.c uyarınca, "Taraflarca ileri sürülen Anayasaya aykırılık iddiası davaya bakan mahkemece ciddi görülmezse bu konudaki talep, gerekçeleri de gösterilmek suretiyle reddedilir".

CMK m. 34 – (1) Hâkim ve mahkemelerin her türlü kararı, karşı oy dâhil, gerekçeli olarak yazılır. Gerekçenin yazımında 230. madde göz önünde bulundurulur. Kararların örneklerinde karşı oylar da gösterilir.

Detaylarıyla anlatıldığı üzere, hukuk devletinde, anayasaya aykırılığı "hukuken tartışılmaya değer bir norm"a dayanılarak hüküm kurulmaması gerekir. Kaldı ki, Anayasa'ya aykırılık iddiası, Anayasa'daki hak arama özgürlüğü, savunma hakkı kapsamındadır. Bu açıdan, mahkeme, Anayasa'ya aykırılık iddiasını benimsemese dahi, iddiayı "ciddi" saymak durumundadır. Mahkemenin, aykırılık iddiasını benimsemediği için tarafların istemini reddetmesi hak arama özgürlüğünün veya savunma hakkının sınırlandırılması anlamına gelir.

AYM' nin , 2011/113 E., 2012/108 K., 18.7.2012 günlü kararında da sözü edilen;

"...Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin unsurlarından biri de, vatandaşlarına hukuk güvenliği sağlamasıdır. Hukuk devleti, tüm eylem ve işlemlerinde yönetilenlere en güçlü en kapsamlı şekilde hukuksal güvence sağlayan devlettir. Hukukun

üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette hukuk güvenliğinin sağlanması, hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur. Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Belirlilik ve öngörülebilirlik ise, herkesin bağlı olacağı hukuk kurallarını önceden bilmesi, tutum ve davranışlarını buna göre düzene sokabilmesidir. Kişi ve kuruluşların devlete güven duymaları, maddi ve manevi varlıklarını korkusuzca geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğü sağlandığı bir hukuk devleti düzeninde gerçekleştirilebilir”.

Yine, AYM'nin 6216 sayılı Yasa 41/2 hükmünün AY'ya aykırılığının incelenmesi çerçevesinde, konumuzla ilintili bir tespiti de şu şekilde olmuştur: “Dolayısıyla, itiraz konusu kuralın hem usul ekonomisi gereği hem de aynı normun uygulanacağı benzer uyumsuzluklarda hukuki birlik ve istikrarın sağlanması amacına yönelik olması ve yargılama sonucunda işin esasına ilişkin adil ve hakkaniyete uygun karar verilmesine engel oluşturmaması nedeniyle kişilerin hak arama özgürlüğüne de aykırı bir yönü bulunmamaktadır” (Esas Sayısı : 2013/55, Karar Sayısı : 2013/67, Karar Günü : 28.5.2013, R.G. Tarih-Sayı : 27.3.2014-28954).

Bilindiği üzere; 1982 AY-XI. Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü madde 11-Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.

Kemal Gözler'in Türk Anayasa Hukuku Dersleri adlı eserinde belirttiği gibi; somut norm denetimi, yani itiraz yoluyla verilen kararlar da, soyut norm denetimi, yani iptal davası yoluyla verilen kararlar gibidir; Resmi Gazete 'de yayımlanır ve bu kararlar da sadece davanın tarafları bakımından değil, herkes için, yani erga omnes bağlayıcıdır; iptal edilen kanun herkes için yürürlükten kalkmış olur. Kısacası, AYM'nin anayasaya aykırılık itirazını değerlendirmesi sonucunda vereceği karar sadece ciddi bulunup da önüne gelmiş davanın taraflarını değil aynı AY kurallarıyla temel hak ve özgürlükleri güvencede bulunan, ilgili yasa maddesinin uygulama alanındaki herkes için, idareler için ve bu olguları değerlendirmekte olan her yargı merci için bağlayıcı olacaktır.

Anayasa'ya uygunluk denetimi dâvanın esasını çözmeye yetkili mahkeme tarafından çözülebiliyorsa, denetim ön sorun şeklinde çözülmektedir. Bu tür denetim yolunda verilen Anayasa'ya aykırılık kararı sadece olayla sınırlı ve tarafları bağlayıcı bir nitelik taşımaktadır.

1961 AY m.152/4-5- “Anayasa Mahkemesi, diğer mahkemelerden gelen Anayasaya aykırılık iddiaları üzerine verdiği hükümlerin, olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı olacağına da karar verebilir” (“ön sorun” yapabilme yetkisi). 1982 AY m.90 aslında bu uygulamaya izin vermez mi?

Başvuru Numarası: 2013/2187, Karar Tarihi: 19,12,2013; Resmi Gazete :28875; Yayınlanma Tarihi : 07.01.2014

Anayasa'nın 90. maddenin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkraya göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluğun bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır.

Başvuruya konu yargılama kapsamında verilen kararın 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesine dayanarak verildiği anlaşılmaktadır. Ancak, yukarıda yer verilen tespitler ışığında, ilgili Kanun hükmünün sözü edilen Sözleşme hükümleri ile çatıştığı görülmektedir. Bu durumda, uyuşmazlığı karara bağlayan derece Mahkemelerinin, AİHS ve diğer uluslararası insan hakları andlaşmaları ile çatışan 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesini kararlarına esas almayarak, başvuru konusu uyuşmazlık açısından Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uygulanması gereken uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Yine AYM kararlarına göre, itiraz yoluyla gelen işlerde, uygulanacak kuralın yürürlükten kalkması dahi anayasaya uygun denetimini durdurmaz.

SONUÇ VE İSTEM : Yukarıda açıklanan ve re'sen gözetilebilecek nedenlerle;

1-2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu madde 76 hükmünde düzenlenen "(Değişik: 51 - 24.5.1962 / m.1) Mal beyanında bulunmayan borçlu, alacaklının talebi üzerine beyanda bulununcaya kadar icra mahkemesi hâkimi tarafından bir defaya mahsus olmak üzere hapisle tazyik olunur. Ancak bu hapis üç ayı geçemez." hükmünün Anayasaya aykırılığı ve kanunun diğer maddelerinde düzenlenen hükümlerine aykırılığı ve çelişki oluşturması açısından ve Anayasa 152. maddesine aykırılık hükümleri gereği somut norm incelemesiyle iptaline karar verilmesi,

AY madde 2., 10., 13., 36. ve 37., 90./son maddelerine aykırılığının AY m. 152/1 doğrultusunda 'ciddi bulunarak' Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesine ve AY.152/1 fıkrası son cümlesi uyarınca AY. Mahkemesince bir karar verilinceye kadar "davayı geri bırakma" kararı verilmiş olduğunun dikkate alınarak yasal süresinde karar verilmesini mahkemeye ve davaya bakan hâkim sıfatıyla saygıyla dileriz."