T.C.
ANAYASA MAHKEMESİ

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun
60. Yılı Anısına

60 Yıl 60 Makale

Cilt 1

1962-2022 60.yıl

www.anayasa.gov.tr

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun
60. Yılı Anısına

60 Yıl 60 Makale

Cilt 1

Ankara, 2022

Anayasa Mahkemesi Yayınları
ISBN: 978-605-2378-84-7 (1.c.)
ISBN: 978-605-2378-83-0 (Tk)

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 60. Yılı Anısına
60 Yıl 60 Makale

© 2022, Anayasa Mahkemesi

Bu eser, kapak tasarımı dahil olmak üzere 5846 sayılı "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu" kapsamında korunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin ve/veya yazarların yazılı izni olmaksızın eserin tümü bir kitabın bölümü olarak kullanılamaz; eserin tümü veya bir kısmının elektronik, mekanik ya da fotokopi yoluyla basımı, yayımı, çoğaltılması ve dağıtımı yapılamaz.

Kitapta yer alan makalelerde ileri sürülen görüşler yazarlara aittir; Anayasa Mahkemesini bağlamaz.

Anayasa Mahkemesi Başkanlığı
Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü

Adres : Ahlatlıbel Mahallesi İncek Şehit Savcı
Mehmet Selim Kiraz Bulvarı No: 4
06805 Çankaya/Ankara
Telefon : (312) 463 73 00
Faks : (312) 463 74 00
e-posta : bilgi@anayasa.gov.tr
Twitter : @AYMBASKANLIGI
Web : www.anayasa.gov.tr

Tasarım ve Baskı
EPAMAT
Basın Yayın Promosyon San. Tic. Ltd. Şti.
Telefon : (0312) 394 48 63
Faks : (0312) 394 48 65
Web : www.epamat.com.tr

Basım Tarihi
Nisan, 2022

ÖNSÖZ

Adalet temelinde insanı ve devleti yaşatma, günümüz demokratik toplumlarının ortak amacı hâline gelmiştir. Anayasa mahkemeleri de bu amacı gerçekleştirmek üzere varlık kazanan, anayasanın üstünlüğü ilkesini hayata geçirmek için kurulan kurumlardandır. Anayasa mahkemeleri temel hak ve özgürlüklerin seçimle gelen yasama çoğunluğuna karşı da korunması gerektiği yönündeki düşüncenin ürünü olarak ortaya çıkmışlardır.

Anayasal demokrasilerin alâmet-i farikası haline gelen bu mahkemelerin varlık nedeni, kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemek suretiyle anayasal adaleti gerçekleştirmektir. Bireysel başvuru veya anayasa şikâyeti olarak bilinen hak arama yolunun kabul edildiği ülkelerde anayasa mahkemeleri, kamu gücü işlemlerinin temel hak ve özgürlükleri ihlal edip etmediğini inceleyerek, bir anlamda uygulamanın da anayasalara uyumunu denetlemektedirler.

Bilindiği üzere ülkemizde Anayasa Mahkemesi esas olarak kanunların Anayasa'ya uygunluğunun yargısal denetimini yapmak üzere 1961 Anayasasıyla ihdas edilmiştir. 25 Nisan 1962 tarihinde yürürlüğe giren 22 Nisan 1962 tarihli ve 44 sayılı "Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun"la Anayasa Mahkemesi kurulmuş ve 28 Ağustos 1962 tarihinde resmen çalışmaya başlamıştır.

Anayasa Mahkemesinin görev alanı zamanla genişlemiş, bu kapsamda 2010 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle bireysel başvuruları karara bağlama görev ve yetkisi de kabul edilmiştir. Böylece temel hak ve özgürlüklerin etkili bir şekilde korunması açısından yeni ve önemli bir adım atılmıştır.

Anayasa Mahkemesi, içinde bulunduğumuz 2022 yılında altmışıncı kuruluş yıldönümünü kutlamaktadır. Kuruluş yıldönümü etkinlikleri arasında en anlamlı ve kalıcı olanları kuşkusuz yayım faaliyetleridir. Bu kapsamda 2017 yılında "55 Yıl 55 Makale" adlı kitabı yayımlamıştık. Anayasa Mahkemesinin kuruluşunun altmışıncı yılında da elinizdeki kitaba önsöz yazmaktan duyduğum memnuniyeti ifade etmek isterim.

Kitap, Anayasa Mahkemesinin kurulduğu 1962 yılından bu yana insan hakları, anayasa hukuku ve anayasa yargısı alanlarında çalışan ülkemiz akademisyenleri tarafından hazırlanmış ve daha önce farklı bilimsel eserlerde yayınlanmış olan yazılardan oluşmaktadır. Bu yönüyle kitap söz konusu alanlarda yayınlanmış makaleleri bir araya getirmek suretiyle altmış yıllık akademik birikimi de bir ölçüde yansıtmayı amaçlamaktadır.

Kitabın hazırlanması sürecinde katkıda bulunan Anayasa Mahkemesi Üyesi Prof. Dr. Yusuf Şevki Hakyemez'e, Raportör Dr. Hilal Yazıcı'ya, Basın Müşaviri Dr. Osman Arslan'a ve emeği geçen herkese teşekkür eder, çalışmanın ilgililer açısından faydalı olmasını dilerim.

Nisan 2022

Zühtü ARSLAN
Anayasa Mahkemesi Başkanı

SUNUŞ

Anayasa Mahkemesi, kuruluşunun altmışıncı yılı vesilesiyle çeşitli projeler ve bilimsel etkinlikler gerçekleştirmektedir. Elinizdeki çalışma da bu kapsamda hazırlanmıştır.

Bu kitap anayasa hukuku, anayasa yargısı ve insan hakları hukuku alanında yazılmış seçkin makaleleri bir araya getirmek suretiyle ülkemizde Anayasa Mahkemesinin kuruluşundan bu yana geçen 60 yıllık dönemde, belirtilen alanlarda oluşan akademik birikimi bir ölçüde de olsa yansıtma amacını taşımaktadır. Kitaba alınacak makaleler belirlenirken anayasa hukuku ve temas ettiği diğer alanlara ilişkin makalelerin yer aldığı 1962 yılı ve sonraki dönemde yayımlanmış süreli yayınlar ile kitaplar taranmıştır.

Seçilen makaleler Kitaba aktarılırken makalelerin orijinal metnine sadık kalınmış, sayfa numaralarının değiştirilmesi dışında editoryal hiçbir düzenleme ya da değişikliğe tabi tutulmamıştır. Her yazının kapak sayfasında makalenin orijinal metninin bulunduğu kitap ya da dergiye ilişkin bilgileri içeren bibliyografik künyeye yer verilmiştir. Yazarların unvanları yazının yazıldığı dönemdeki haliyle bırakılmıştır.

Çalışmamız her yıl için bir makale olmak üzere, 1962 yılından başlayarak sonuncusu 2021 yılında yayımlanmış olan toplam 60 yazıyı ihtiva etmektedir. Kitapta yer alan makalelerin sıralanmasında makalelerin yayımlandıkları yıla göre kronolojik bir sıra izlenmiştir. Her bir yazarın sadece bir eserine yer verilmiştir. Bu çerçevede kitap 60 farklı yazar tarafından hazırlanmış makaleleri ihtiva etmektedir.

Her bir yıldaki makale seçilirken mümkün olduğu ölçüde yazıldığı dönemde gündem oluşturan anayasa hukuku meseleleriyle ilgili olması gözetilmiştir. Kitaptaki makaleler genel olarak anayasa hukuku, anayasa yargısı ve insan hakları alanındaki çalışmalardan oluşmakla birlikte özel hukuk, idare hukuku, ceza hukuku, vergi

hukuku ve siyaset bilimi alanlarıyla anayasa hukuku ve anayasa yargısının kesiştiği alanlarda yayımlanan bazı makaleler de Kitapta yer bulmuştur.

Makaleler, hükümet sistemlerinden seçim sistemlerine, siyasi partiler rejiminden hukuk ve siyaset ilişkisine varıncaya dek çok geniş bir yelpazede yer alan konuları kapsamaktadır. Bu yönüyle çalışma anayasa hukuku, anayasa yargısı ve insan hakları alanında önemli bir derleme niteliği taşımaktadır.

Kitapta yer alan eserlerin orijinalinin bulunduğu kitap ya da süreli yayınların sorumluları ya da hak sahipleri, makalelerin kitaba alınması konusunda gerekli kolaylıkları göstermek suretiyle kitabın hazırlanması sürecinde önemli katkılarda bulunmuşlardır.

Anayasa Mahkemesinin kuruluşunun 60. yılı anısına yayımlanan bu kitabın ilgilenenlere kalıcı bir eser olarak faydalı olması temennisi ile...

Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Anayasa Mahkemesi Üyesi

İÇİNDEKİLER

CİLT 1

1. **A. Selçuk ÖZÇELİK**
   1961 Anayasasına Göre Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu, Görev ve Yetkileri.....1

2. **Duygun YARSUVAT**
   Yürütme Organının Koyduğu Kaidelerle Suç İhdası ve 1961 Anayasası.....21

3. **Sulhi DÖNMEZER**
   Anayasa Hukuku Yabancı Yayınlar ve Türk Anayasası.....39

4. **Lütfi DURAN**
   İtiraz Yolu İle Anayasa'ya Aykırılık İddiası ve Temel Hak ve Ödevlerin Kanunla Düzenlenmesi.....63

5. **Uğur ALACAKAPTAN**
   Demokratik Anayasa ve Ceza Kanunu'nun 141 ve 142'inci Maddeleri.....123

6. **Rona AYBAY**
   Anayasa'nın 151. Maddesine Göre Taraflarca İleri Sürülen Anayasaya Aykırılık İddialarının '«Ciddi»liği Sorunu.....139

7. **M. Tunçer KARAMUSTAFAOĞLU**
   Anayasa Yargısının Önemli Sorunları.....159

8. **Alaeddin ŞENEL**
   Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişmesi.....169

9. **Yıldızhan YAYLA**
   Anayasa Mahkemesi Kararı.....191

10. **Servet ARMAĞAN**
    1961 Anayasasının Son Değişikliğinden Sonra Anayasa Mahkemesi.....205

11. İsmet OCAKÇIOĞLU
Yasaların Maddi Yönden Anayasaya Uygunluğunun Denetlenmesi.....217

12. İlhan AKIN /Mehmed AKAD
Cumhuriyetin Ellinci Yılında Temel Hak ve Özgürlükler 225

13. Turhan Tûfan YÜCE
Temel Hakların Özü Kavramı ve Sınırlanması Problemi.....249

14. Fazıl SAĞLAM
Türk ve Alman Anayasa Hukukları Açısından Gizli Ses Kaydı 265

15. Mehmet TURHAN
Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri.....277

16. Artun ÜNSAL
Yüksek Mahkeme Yargıçlarımızın Toplumsal Kimlikleri Üzerine
Bazı Veriler 313

17. Cemil OKTAY
Anayasa Mahkemesi, İdari Yargı ve Ferdi Girişim Yolu İle
Yapılan Denetim Deneyleri.....333

18. Cahit TALAS
Bir İnsan Hakkı Olarak Sendika Hakkı ve Uluslararası Belgelerde
Yeri ve Evrimi 347

19. Feyyaz GÖLCÜKLÜ
Avrupa İnsan Hakları Divanında Söz ve İfade Özgürlüğü 369

20. Bakır ÇAĞLAR
"Anayasal Yargı" Yerlerinin Kamu Hukukuna Katkısı
Bir Örnek Olay Araştırması: Fransız Anayasa Konseyi 399

21. Rona SEROZAN
Mülkiyet Hakkının Özü, İşlevi ve Sınırları 413

22. Erdoğan TEZİÇ
1982 Anayasasına Göre Anayasaya Uygunluğun Denetimi 427

23. Ülkü AZRAK
Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği.....437

24. Yavuz SABUNCU
Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine.....453

25. Yılmaz ALİEFENDİOĞLU
Anayasa Mahkemesinin İşlevsel Yönü.....463

26. Tekin AKILLIOĞLU
Anayasaya Uygunluk Denetiminde Yönetim Hukuku Ölçüleri.....497

27. Bülent DAVER
Seçim Sistemi ve Anayasa Yargısı.....509

28. Erol ALPAR
Olağanüstü Haller.....525

29. Turgut TAN
Anayasal Ekonomik Düzen.....549

30. İl Han ÖZAY
Yargı Güvencesi-Bağımsızlığı ve Anayasa Mahkemesi.....565

31. Naz ÇAVUŞOĞLU
İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesini "Yaşayan Belge" Yapan
Yorum Teknikleri.....579

32. Turan YILDIRIM
Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı.....593

33. Selim KANETİ
Anayasa Mahkemesi Kararları'na Göre Yasama Yetkisi İle
Yürütmenin Düzenleme Yetkisinin Sınırları.....607

34. Feridun YENİSEY
Sanık Haklarının Anayasa Mahkemesi Tarafından Korunması.....621

35. Yavuz ATAR
Türk Anayasa Yargısında Anayasaya Uygunluk Denetiminin Konusu.....635

36. Zeki HAFIZOĞULLARI
İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması.....667

37. Kemal GÖZLER
Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı 701

CİLT 2

38. Emin MEMİŞ
Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Kuralının Sorgulanması Anayasa ve İdari Yargı Kararları Örnekleri.....737

39. Merih ÖDEN
Türk Anayasa Yargısında On Yıl Süreli Denetim Yasağı 787

40. Levent GÖNENÇ
Meşruiyet Kavramı ve Anayasaların Meşruiyeti Problemi 821

41. Ozan ERGÜL
Anayasa Mahkemesi'nin TBMM İçtüzük Değişikliğini İptal Kararı Işığında Özel Yasama Yöntemine Bir Bakış 843

42. Melikşah YASİN
Anayasa Mahkemesi'nin İdari Yargının Görev Alanı Sorununa Yaklaşımı 873

43. Ali ULUSOY
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Üniversitelerde Türban Yasağına İlişkin Kararları Üzerine Notlar 887

44. Mustafa ERDOĞAN
Anayasa Mahkemeleri Önemli midir? Orta Avrupa'da Anayasa Yargısı ve Demokrasinin Pekişmesi 899

45. Ergun ÖZBUDUN
Anayasa Mahkemesi ve Ekonomik Politika.....921

46. Osman CAN
Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu.....935

47. Nur ULUŞAHİN
Yokluk Teorisinin Anayasa Hukukunda Yeri ve Uygulanabilirliği.....969

48. Abdurrahman EREN
Siyasi Partilerin Hukuki Niteliği ve Türk Anayasa Mahkemesinin Tutumu 1023

49. Adil ŞAHİN
Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme 1049

50. Bertil Emrah ODER
Temel Hakların Yargısallaşması ve Kurumsal Sorunlar: Türkiye Örneği 1089

51. Serkan AYAN
Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar İle Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi.....1109

52. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU
Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme 1171

53. Sultan TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK
Ad ve Soyada İlişkin Kararlar Bireyin Kimlik Hakkı 1205

54. Sibel İNCEOĞLU
Hukuk Devletinin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Tezahürü: Karşılaştırmalı Bir Çalışma.....1231

55. Sururi AKTAŞ /Sencer Abdullah AKKOYUNLU
İdari Kolluk Faaliyetlerinin Temel Anayasal Sınırları Olarak
Kanunilik ve Ölçülülük İlkeleri 1251

56. Ersoy KONTACI
Anayasada Sayılmayan Hakların Yargısal Koruması 1271

57. İsmail KÖKÜSARI
Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlal
Kararlarının Kesinliği, Bağlayıcılığı ve Etkisi 1301

58. Abdullah SEZER
Normlar Hiyerarşisi ve Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri
[Çok Boyutlu Normlar Piramidi Yaklaşımı] 1345

59. Muharrem KILIÇ
Pandemik Tehdit Karşısında Sağlık Hakkının
Sosyo-Legal Dinamiği 1397

60. Ece GÖZTEPE
Bireysel Başvuru Kararlarının İcrası: Anayasa
Mahkemesi'nin Doğrudan ve Dolaylı "Çağrı Kararları"
Üzerine Bir İnceleme 1433

(1. Makale - 1962)

A. Selçuk ÖZÇELİK

1961 Anayasasına Göre Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu, Görev ve Yetkileri *

* A. Selçuk ÖZÇELİK, "1961 Anayasasına Göre Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu, Görev ve Yetkileri", İÜHF Mecmuası, Yıl 1962, Cilt 28, Sayı 3-4, 598 – 619.

1961 ANAYASASINA GÖRE ANAYASA MAHKEMESİNİN KURULUŞU, GÖREV VE YETKİLERİ

Doç. Dr. A. Selçuk ÖZÇELİK

1—Bilindiği gibi, kanunların Anayasaya uygunluğunun kazai murakabesi sistemlerinden biri olan İptal Dâvası Yoluyla Murakabe Usulü, memleketimizde ilk defa 1961 Anayasamızla ihdas edilmiştir. 1961 Anayasamız böyle bir murakabeyi 145 ilâ 152. maddeleriyle özel bir yüksek mahkemeye vermiştir. Bu yüksek yargı organı Anayasa Mahkemesidir. Böyle bir usul ve müessese memleketimizde ilk defa kabul ve ihdas olunmaktadır. «…Yılardan beri Anayasaya aykırı kanunlardan şikâyet edilen memleketimizde, bu prensipin kabul edilmesi mühim gelişmelerden biri telâkki edilmiş ve bu sebeple son Batı Avrupa anayasalarında görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi teşkili uygun görülmüştür.»[1].

2—Anayasamızın 148. maddesi. Anayasa Mahkemesinin kuruluşunun ve yargılama usullerinin özel bir kanunla, mahkemenin çalışma tarzı ve üyeleri arasındaki işbölümünün de kendi yapacağı içtüzükle düzenleneceğini âmir bulunmaktadır.

Gerçekten, Anayasanın bu hükmü gereğince 22.4.1962 tarih ve 44 sayılı «Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun»[2] ile 27.7.1962 günlü «Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü»[3] meydana getirilmiş ve yürürlüğe girerek adı geçen mahkeme faaliyete girişmiş; 3 Ekim 1962 tarihinden itibaren de bu mahkemenin kararları, Anayasanın 152., 22.4.1962 tarih ve 44 sayılı «Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun» un 51. maddesi gereğince, Resmi Gazetede yayınlanmaya başlamıştır.

Bu suretle Türkiyemizde Yasama Organının tasarrufları yüksek bir yargı organı olan Anayasa Mahkemesinin kontrolü altına konmuştur. Milli Esas Teşkilât Hukuku tarihimiz yönünden bu, mühim bir adım ve yeniliktir.

I

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu

3— Anayasa mahkemesi on beş asil ve beş yedek üyeden kuruludur. Asil üyelerden dördü Yargıtayca, üçü Danıştayca, biri Sayıştayca, üçü Millet Meclisi, ikisi Cumhuriyet Senatosu ve ikisi de Cumhurbaşkanı tarafından seçilir. Yargıtay ve danıştay, Anayasa Mahkemesine gönderecekleri üyeleri, genel kurullarınca kendi başkan ve üyeleri ile Başsavcı ve Başkanın Sözcüsü arasından üye tam sayılarının

[1] Bk. Anayasa Gerekçesi, m. 146.
[2] Bk. Resmi Gazete, 25 Nisan 1962 Çarşamba, sayı 11091.
[3] Bk. Resmi Gazete, 3 Ağustos 1962 Cuma, sayı 11171.

salt çoğunluğu ile ve gizli oyla seçerler. Sayıştay da bir üyeyi Genel Kurulunca kendi başkan ve üyeleri arasından ayni usulle seçer.

Yasama Meclisleri, bu seçimleri Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri dışından üye tam sayılarının üçte iki çoğunluğu ile ve gizli oyla yaparlar. İlk iki oylamada bu çoğunluk sağlanamazsa salt çoğunlukla yetinilir[4]. Bu, üye tam sayısının salt çoğunluğu olmalıdır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Yasama Meclislerince, Anayasa Mahkemesi asil ve yedek üyeliklerine seçilemezler[5]. Bu son hükme kanun koyucu herhalde şu düşünceden varmış olsa gerektir: Anayasa Mahkemesi Anayasaya aykırılığı iddia olunan kanunlar ve Yasama Meclisleri içtüzükleri hakkında ikame olunacak dâvalara bakacaktır. Yasama Meclisleri de kanun koyucu olduğuna göre ve zikredilen meclisler bu çeşit dâvalarda âdeta dâvâlı yani taraf durumunda olacaklarına nazaran 44 sayılı kanunun 5. maddesinin son fıkrasındaki hükmün aksine hüküm koymak, âdeta dâvadaki taraflardan birini veya onun temsilcisini hâkim (yargıç) mevkiine getirmek demek olur ki bu da mahkemenin bitaraflığından şüpheyi davet edici bir mahiyeti mutazammındır.

Yasama Meclislerince seçilecek üyelerden birer kişinin, üniversitelerin Hukuk, İktisad ve Siyasal Bilimler öğretim üyelerinin birlikte toplanarak, açık üyeliklerin üç katı tutarında ve gizli oyla gösterecekleri adaylar arasından olması lâzımdır[6]. Anılan öğretim üyeleri Ankara Üniversitesi Rektörünün daveti üzerine Ankara'da toplanırlar. Toplantı nisabı, üye tam sayısının üçte ikisidir. Aday seçimi gizli oyla yapılır. Aday olarak seçilebilmek için, bahis konusu Kurulun üye tam sayısının salt çoğunluğunun oyu gereklidir[7].

Cumhurbaşkanı Anayasa Mahkemesine seçeceği iki üyeden birini, Askeri Yargıtay Genel Kurulunun üye tam sayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla seçip göstereceği üç aday arasından intihap eder.[8]

4—Anayasanın 145. ve 44 sayılı kanunun 3. maddesi Anayasa Mahkemesine asil veya yedek üye olarak seçilebilmek için aranan şartları tesbit eylemiş bulunmaktadır. Bu şartlar şunlardır:

a — Kırk yaşını bitirmiş ve altmış beş yaşını doldurmamış olmak,

b—

aa — Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay veya Sayıştay'da Başkanlık, Üyelik, Başsavcılık, Başkanun sözcülüğü veya

bb — Üniversitelerde hukuk, iktisad ve siyasal bilimler alanlarında da en az beş yıl öğretim üyeliği veya

[4] Bk. Anayasa m. 145, fıkra 1.
[5] Bk. 44 sayılı kanun m. 5, son fıkra.
[6] Bk. Anayasa, m. 145, fıkra 1.
[7] Bk. 44 sayılı kanun, m. 5, fıkra 2.
[8] Bk. Anayasa, m. 145. fıkra 1.

cc — On beş yıl avukatlık yapmış olmak ve

c — Hâkimler Kanununa göre hâkimlik meslekine alınmamayı gerektiren bir suçtan dolayı mahkûm bulunmamak veya bu gibi suçlardan ceza takibi altında olmamak.

Anayasa Mahkemesine Yargıtay iki, Danıştay ile Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu birer yedek üye seçerler. Yedek üyelerin seçiminde de, asillerin seçimindeki usul uygulanır [9].

Anayasa Mahkemesi üyeleri, görevlerine başlamadan önce, Mahkeme Başkanının davet edeceği Cumhurbaşkanı, Yasama Meclisleri başkanları, Başbakan, Adalet Bakanı, Yargıtay Birinci Başkanı ile Cumhuriyet Başsavcısı, Danıştay Başkanı ve Başkanun sözcüsü, Askeri Yargıtay Birinci Başkanı ve Başsavcısı, Sayıştay Başkanı Üniversiteler Rektörleri ile Hukuk, İktisad ve Siyasal Bilimler Fakülteleri Dekanlarının huzurunda, asil ve yedek üyelerin iştirak edeceği Kurul önünde and içerler[10].

5—Anayasa Mahkemesi kendi asil üyeleri arasından dört yıllık bir müddet için bir Başkan, bir de Başkan vekili seçer. Seçim asil üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile yapılır. Yeniden seçilmek caizdir[11].

Başkanlık veya Başkan vekilliği bu dört yıllık sürenin geçmesinden evvel inhilâl ederse, süresinden önce açılan bu makama yeniden yukarıdaki şartlar dairesinde seçim yapılır. Yeni seçilen, seçim tarihinden itibaren dört yıl müddetle bu mevkii işgal eder[12].

6—Anayasa Mahkemesi üyeliği şu hallerde sona erer:

a— Yaş tahdidi: Üyeler altmış beş yaşında emekliye ayrılırlar[13] .

b— Emeklilik: Üyeler kendi istekleriyle emekliye ayrılınca bu görev nihayete erer[14]. Ancak, Cumhurbaşkanınca Askeri Yargıtay tarafından gösterilecek adaylar arasından seçilecek üyenin, ordu mensubu olmaktan doğan emeklilik ile ilgili bütün hakları saklıdır[15].

c— Görevden çekilme: Anayasa Mahkemesi Başkan veya üyeleri dilekçe ile görevlerinden çekilebilirler. Bu çekilme müddet ve kabule bağlı değildir. Tek taraflı tasarrufla, dilekçe sahibinin dilekçesini vermesiyle tekemmül eder.

Emeklilik ve çekilme hallerinde Başkanlık, durumu derhal, seçimi yapacak olan kurul veya meclislere veya makama bildirir[16].

---

[9] Bk. Anayasa, m. 145. fıkra 5.
[10] 44 sayılı kanundaki yeminin metni şudur: «Asıl teminatını Türk vatandaşlarının gönül ve iradelerinde bulan Türkiye Cumhuriyeti Anayasasını koruyacağıma; görevimi doğruluk, tarafsızlık ve hakka saygı duygusu içinde, sadece vicdanımın emrine uyarak yapacağıma, namusum üzerine yemin ederim.» Ayni kanun m. 10, son fıkra.
[11] Bk. 44 sayılı kanun, m. 11.
[12] Bk. Ayni kanun, m. 11. son fıkra.
[13] Bk. Anayasa, m. 146. fıkra 1.
[14] Bk. 44 sayılı kanun, m. 13.
[15] Bk. 44 sayılı kanun, m. 17. son fıkra.
[16] Bk. 44 sayılı kanun, m. 13.

d— Resmi veya özel görev alma: Anayasa Mahkemesi Başkanı ve üyeleri, resmi veya özel hiç bir görev alamazlar. Aksine hareket edenler, asli vazifelerinden çekilmiş sayılırlar. Ancak bu durum Anayasa Mahkemesince karara bağlanır.

e— Seçimlere iştirak: 44 sayılı kanunun 14. maddesinin ikinci fıkrası, Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyelerinin, bu sıfatlarını muhafaza ettikleri müddetçe, Yasama Meclisleri ve mahalli idareler seçimlerinde hiç bir şekil ve suretle aday olamıyacaklarını, aday gösterilemiyeceklerini ve seçilemiyeceklerini sarahaten ifade eylemektedir. Aksine hareket halinde bunun müeyyidesi ne olacaktır? Acaba bu gibi seçimlerde aday olan, aday gösterilen veya seçilen başkan veya üyenin bu görev ve sıfatı zail olacak mıdır? Kanaatimizce, kanun bu kadar kat'î hüküm koyduğuna ve mezkûr mahkeme başkan ve üyelerine bu hususta menedici çok açık ve kesin emirler verdiğine göre, bu yasaklara uygun hareket etmeyenlerin asıl görevinin nihayete ermesi normal bir netice olsa gerektir.

f— Hâkimlik mesleğinden çıkarılmayı gerektiren bir suç işlemiş olmak: Gerçekten, Anayasa Mahkemesi üyeliği, Hâkimler Kanununa göre hâkimlik mesleğinden çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı kesin bir hüküm giyme halinde otomatikman nihayete erer[17].

g— Sağlık bakımından kifayetsizlik: Görevin sağlık bakımından yerine getirilemiyeceği Sağlık Kurulu raporu ile kesin olarak anlaşılırsa, üyelik Anayasa Mahkemesi asil ve yedek üyelerinin tam sayısının salt çoğunluğu ile sona erer.

h— Vazifeye devamsızlık: Anayasa Mahkemesi üyeleri izinsiz veya özürsüz ve aralıksız olarak bir ay süre ile göreve devam etmezlerse keza asil ve yedek üyelerin tamsayısının mutlak ekseriyeti (salt çoğunluğu)'nin kararı ile üyelik sıfatlarını kaybederler.

7— 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, yardımcı teşkilât ta kurmuştur. 18 ve 19. maddeler bu meyanda Raportörler ve Genel Sekreterlik'ten bahsetmektedir.

Gerçekten 18. maddeye göre, Anayasa Mahkemesine çalışmalarında yardımcı olmak üzere yeteri kadar daimi ve geçici raportör verilir.

Genel Sekreterlik Teşkilâtı da Anayasa Mahkemesi Başkanlığına bağlıdır [18].

II

Anayasa Mahkemesinin Görev ve Yetkileri

8—Anayasa Mahkemesinin bazı kazai ve idari görev ve yetkileri vardır. Bunlar şu şekilde sıralanabilir:

[17] Bk. 44 sayılı kanun, m. 15, fıkra 2.
[18] Bk. 44 sayılı kanun, m. 19.

A— *Kanunlar ve Yasama Meclislerinin içtüzükleri hakkında Anayasaya aykırılık iddiasiyle açılan iptal dâvalarına bakmak:*

9— Gerçekten Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi içtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu murakabe eder[19].

Bilindiği gibi bu çeşit kazai murakabe iptal dâvası yoluyla yapılanıdır. İptaline bu mahkemece karar verilen kanun veya içtüzük yahut bunların iptal edilen hükümleri, karar tarihinde yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi, iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Ancak bu tarih, kararın verildiği günden başlayarak altı ayı geçemez. Mahkemece verilen iptal kararı makable teşmil edilmez, yani geriye yürümez[20].

10- Anayasanın 149. maddesiyle, 44 sayılı kanunun 21. maddesi Anayasa Mahkemesine kanunlar ve yasama meclislerinin içtüzüklerinin iptali hakkında dâva açmağa yetkili olan kişi, kurul, makam ve müesseseleri açıkça belirtmiştir. Bunun dışındaki kişi, kurum, makam ve müesseseler dâva açamazlar. Açarlarsa da mesmu olmaz. Böyle bir dâvanın tetkik edilmeden başlangıçta reddedilmesi gerekir.

Bu çeşit dâvaları açmağa yetkili olanlar şu şekilde sıralanabilir:

a— Cumhurbaşkanı:

11- Anayasa Mahkemesine kanunların ve yasama meclisleri içtüzüklerinin Anayasaya aykırılığı dolayısiyle iptal dâvası açabilecek yegâne şahıs Cumhurbaşkanıdır. Cumhurbaşkanından başka hiç kimse böyle bir dâva açmağa yetkili değildir. Yani vatandaşların gerek ferden, gerek toplu olarak Anayasa Mahkemesine iptal dâvası açma salâhiyetleri yoktur.

---

[19] Bk Anayasa, m. :147, fıkra 1—44 sayılı kanun, m. 20, fıkra 1— Anayasa Mahkemesinin bu deneteme yetkisi hakkında, kanun lâyihasının Millet Meclisine sevki esnasında, Hükümet tarafından hazırlanan Gerekçede şu satırlara tesadüf etmekteyiz:

«Tasarı kaleme alınırken tabiatiyle Anayasa Mahkemesine ilişkin Anayasa hükümleriyle memleket ihtiyaçları esas alınmaktadır. Bununla beraber Anayasa yargısı alanında mevcut yabancı sistemlerden sistemimize mütenazır olanlar da göz önünde tutulmuştur. Şunu belirtelim ki, kanunlara ilişkin Anayasa Yargısı yabancı memleketlerin bir kısmında dâva mahkemeleri marifetiyle yürütülmekte, diğer bir kısmı ise çoğu Anayasa Mahkemesi ünvanını taşıyan özel yargı mercilerine tevdi edilmiş bulunmaktadır. Kanunların Anayasaya uygunluğu hem ihtisas isteyen, hem de içtihad farklarına pek tahammülü olmayan bir mesele olduğu cihetle, bu ikinci sistem tercihe şayandır. Zaten birinci sistem, yani dâva mahkemesi marifetiyle denetleme sistemi Anayasa sahasında özel bir yargı mercii bulunmayışı karşısında mevcut boşluğu doldurma zaruretinden doğmuştur. Bu itibarla Anayasamızın bu Anayasa Mahkemesi sistemini tercih etmesi pek yerindedir. İlâve edelim ki, Anayasa Yargısı sahasında sistem farkları bu husustaki denetin uygulanma zamanında kendini göstermektedir. Bu yargı denetinin uygulanması bakımından da biri önleyici (préventif), diğeri giderici (repressif) olmak üzere başlıca iki sisteme rastlanmaktadır. Kanunlar, birinci sistemde çıkmadan önce, ikincisinde ise çıktıktan sonra yargı denetine tâbi tutulmaktadır. Anayasamız tam ve tesirli bir yargı denetine imkân vermesi dolayısiyle bu ikinci sistem esas alınmış bulunmaktadır. Bu itibarla tasarı hazırlanırken aynı sistemi uygulamakta olan Alman ve İtalyan Anayasa Mahkemelerine ait kanunlar bilhassa gözönünde bulundurulmuştur. Bununla beraber önleyici bir denetleme şekli uygulayan Fransız Anayasa Konseyine ait hükümlere de bakılmıştır.»

[20] Bk. Anayasa, m. 152, fıkra 2.

Ancak şu noktaya işaret edelim ki 5.9.1962 gününden itibaren, kendisine açılan dâvaları karara bağlamaya başlayan Anayasa Mahkemesi kararlarının hey'et-i umumiyesini tetkik ettiğimizde görüyoruz ki bu çeşit dâvaların hemen yüzde doksan dokuzu şahıslar tarafından açılmış bulunmaktadır[21]. Hattâ o kadar ki bazen hâkim, avukat ve dâva vekilleri tarafından bile bu nevi dâvaların açıldığını ve mahkemece bu yönden reddedildiğini görüyoruz[22].

Vatandaşların bu hususta dikkatli davranmaları ve boşuna dâva ikame etmemeleri şayanı temennidir. Gerçekten, Anayasa Mahkemesi Başkan vekili Sayın Tevfik Gerçeker'in 17 Kasım 1962 tarihinde bir İstanbul gazetesine verdiği beyanatta ifade ettiği gibi, vatandaşların bu hususu iyice kavrayarak fuzuli müracaatlarda bulunmamaları için basın yoluyla uyarılması kanaatimizce de faydalı olacaktır[23].

---

[21] Bunu söylerken 8 Aralık 1962 gününe kadarki Remi Gazete nüshalarında yayınlanmış kararları kasdediyoruz. Bundan sonra neşredilecek kararların taallûk ettiği dâvaların nasıl açıldığını şimdiden bilmemize, tabiatiyle imkân yoktur.

[22] Ezcümle şu esas ve karar sayılı Anayasa Mahkemesi kararları bu meyanda zikredilebilir: E. No: 1962-29, K. No. 1962-28, RG. 3 Ekim 1962 – E. No. 1962-182, K. No. 1962-39, RG. 10 Ekim 1962 – E. No. 1962-181, K. No: 1962-38, RG. 10 Ekim 1962. – E. No. 1962-209, K. No. 1962-64, RG. 3 Kasım 1962.

[23] Gerçekten bu konu ile ilgili olarak 17 Kasım 1962 Cumartesi günlü Cumhuriyet Gazetesinde şöyle bir yazı çıkmıştır:

«Birçok vatandaşın, Anayasa Mahkemesinin mevzuuna girmeyen ve yetkisi dışında olan hususlarla olur olmaz sebeplerle bu mahkemeye müracaatta bulunması ve bu müracaatların son zamanlarda büyük bir yekûna yükselmesi, Anayasa Mahkemesinin çalışmasını aksatmaktadır.

Bugün bu konuda bir demeç veren Anayasa Mahkemesi Başkan Vekili Tevfik Gerçeker şunları söylemiştir:

«Görev ve yetkileri, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama usulleri Hakkındaki 22.4.1962 tarihli, ve 44 sayılı kanunun 20 nci maddesinde gösterilmiştir. Bu görevler kısaca:

Kanunlar ve yasama meclislerinin içtizükleri hakkında Anayasaya aykırılık iddiasiyle açılan iptal dâvalarına bakmak, Cumhurbaşkanını, Bakanlar Kurulu üyelerini, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Yüksek Hâkimler Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyeleriyle Cumhuriyet Başsavcısını ve kendi başkan ve üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatiyle yargılamak, siyasi partilerin kapatılması hakkındaki davalara bakmak, yapılacak özel kanun gereğince siyasi partilerin hesaplarını denetlemek, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin yasama dokunulmazlığının kaldırılması veya üyeliğin düşmesine karar verilmesi halinde ilgilinin Anayasa veya İçtüzük hükümlerine aykırılık iddiasına dayanan istemlerini karara bağlamak.

Danıştay Başkan ve üyeleriyle Başkanun sözcüsünü seçmek, kendi asil ve yedek üyeleri arasından Uyuşmazlık Mahkemesine başkanlık edecek üyeyi seçmekten ibarettir.

Kanunlar ve Yasama Meclisleri İçtüzüklerinin tümü veya bunların belirli madde ve hükümlerinin Anayasaya aykırılığı iddiasiyle Anayasa Mahkemesine doğrudan doğruya iptal dâvası açabilecek olan şahıs ve teşekküller ise kanunun 21 inci maddesinde tâdad edilmiştir. Bunlar:

Cumhurbaşkanı, siyasi partiler, Millet Meclisi veya Cumhuriyet Senatosu üye tam sayısının en az altıda bir tutarındaki üyeleri ile kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda Yüksek Hâkimler Kurulu , Danıştay, Askeri Yargıtay ve Üniversitelerden ibarettir. Bu şahıs ve kurumlardan gayrı hiçbir şahıs ve teşekkülün kanunların ve tüzüklerin Anayasa'ya aytırılığını iddia ederek iptal davası açmağa yetkisi yoktur. Açarlarsa dilekçeleri reddolunur.

Yalnız, vatandaşın kanun ve tüzüklerin Anayasaya aykırılık iddia ve talebi bilvasıta mümkün olabilmektedir. Şöyle ki: 44 sayılı kanunun 27 nci maddesine göre, bir dâvaya bakmakta olan mahkemede, taraflardan biri, o dâva sebebiyle uygulanacak olan kanunun Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürebilir. Mahkeme bu iddianın ciddi olduğu kanısına varırsa kendisini bu kanaate sevkeden görüşü açıklayan kararı ile birlikte bu konu ile ilgili evrakın örneklerini Anayasa Mahkemesine göndererek Anayasa Mahkemesinin vereceği karara intizaren dâvayı geri bırakır.

Hal böyle iken maalesef birçok vatandaşlarımız Anayasa Mahkemesine iptal dâvaları açmaktadırlar. Bu müracaatlar tabiatiyle reddedilmekte ve net kararları kendilerine tebliğ edildiği gibi Resmi Gazete ile de yayınlanmaktadır.

b — Son Milletvekili Genel Seçimlerinde muteber oy sayısının en az yüzde onu nu alan siyasi partiler:

12- Bazen bir parti son milletvekili genel seçimlerinde muteber oy sayısının yüzde onundan fazlasını aldığı halde Türkiye Büyük Millet Meclisinde temsilcisi bulunmayabilir. Siyasî hüviyeti olan böyle bir partinin de Anayasa Mahkemesine iptal dâvası açmağa yetkili kılınması faydalı, hattâ lâzım ve zaruridir. Zira Anayasaya aykırı kanunlardan en çok sızlanan ve şikâyeti olan siyasî müesseselerin içinde bu çeşit partiler önemli yer kaplarlar. Kanaatimizce Kanunkoyucu herhalde böyle bir düşünce ve kaygının tesiri altında kalarak, son milletvekili genel seçimlerinde muteber oy sayısının en az yüzde onunu alan siyasi partilere, Türkiye Büyük Millet Meclisinde temsilcileri bulunmasa dahi, Anayasa Mahkemesine kanunlar veya yasama meclisleri içtüzükleri aleyhinde Anayasaya aykırılık dolayısiyle iptal dâvası açmağa yetki vermiş olsa gerektir.

İstanbul Üniversitesi Anayasa Komisyonu tarafından hazırlanıp Milli Birlik Komitesine sunulan 2. Cumhuriyet Anayasası Önprojesinde de bu çeşit siyasî partilere böyle bir dâva ikame etmek hakkı tanınmış bulunmaktadır. Ancak bu münasebetle şurasını zikredelim ki, 1961 Anayasamız sadece kanunlar ve Türkiye B. M. Meclisi içtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu kazai bakımdan denetlemek hususunda Anayasa Mahkemesine yetki verdiği halde İstanbul Üniversitesi Anayasa Komisyonunun hazırladığı önproje bu mahkemenin mezkûr yetkisini daha fazla tutmuş ve 173. maddesinin ilk fıkrasına şu hükmü koymuştur:

«Madde 173 — Anayasa Mahkemesi, aşağıdaki konularda yetkilidir:

Bundan sonra, Anayasa Mahkemesinin görevi ile uzaktan, yakından hiç ilgisi bulunmayan konular hakkında da müracaatlar vâki olmaktadır. Bunlar idari ve adli merciler tarafından verilen kararlara ve işlemlere karşı mahkememize vâki itirazı havi müracaatlardır ki, mahkememizin görevi cümlesinden bulunmadığı için reddedilmektedir. Bütün bu füzuli müracaatlar, mahkememizi işgal ettiği gibi, dert ve dâvaların hal çaresi bulamayan vatandaşı inkisara uğratmaktadır.

Muhterem vatandaşlarımızın bu hususları iyice kavrayarak füzuli müracaatlarda bulunmamaları için basınımızın bu konuda yapacağı yayınla kendileri uyarmaları faydalı olur kanatindeyiz.

Bu uyarma hem mahkememiz, hem de vatandaşlarımız için faydalı olacaktır.»

Bu şekilde yapılan füzuli müracaatların adedi hakkında bir fikir vermiş olmak için Anayasa Mahkemesi kararlarının Resmi Gazetede neşredildiği tarih olan 3 Ekim 1962 ilâ bu yazının matbaaya verildiği anda en son elimize geçen 8 Aralık 1962 günleri arasında intişar eden Anayasa Mahkemesi kararları hakkında şu bilgiyi edinebildik:

Bu tarihler arasında Resmi Gazetede intişar eden Anayasa Mahkemesi kararlarının adedi seksen dörttür. Bu dâvaların yetmiş yedi adedi dâva açmağa yetkili olmayan şahıslar veya –az bir kısmı da- kurumlar tarafından ikame edilmiş bulunmaktadır. Yetmiş yedi aded dâvanın yirmisi münhasıran kanunların -şu veya bu kanunun, yahut filân kanunun falan maddesinin- iptali için açılmıştır. Tabiatiyle Mahkeme bu dâvaları dâvacının yetkisizliği noktasından reddetmiştir. Geri kalan elli yedi adedi yine dava açmağa yetkisi olmayan şahıslar tarafından ikame olunmuş ve bu dâvalarda, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkisi dahiline girmeyen hususlarda yani idari makamların ittihaz etmiş oldukları idari kararların iptali hususunda istemlerde bulunulmuştur. Tabii Mahkeme bu dâvaları da bu sefer görevi dahiline girmemesi yönünden reddetmiştir. 84 adet dâvadan geriye kalan yedisi dâva açmağa yetkili kişi veya kurum tarafından açılmıştır. Anayasa Mahkemesi bu yedi dâvadan altısını reddetmiş, sadece birini kabul ile, Danıştayca havale edilen işi müsbet bir neticeye bağlamış ve bu dâva sonunda 6435 sayılı kanunun üçüncü maddesinin iptaline oybirliği ile karar vermiştir. Bu karar Resmi Gazetenin 8 Aralık 1962 günlü nüshasında intişar eylemiştir. (Bk. E. No. 962-221, K. No: 962-86, karar tarihi: 14.11.1962.)

Kanunların, Yasama Meclisleri içtüzüklerinin ve bu meclislerce verilen her türlü kararların Anayasaya uygunluğunu denetlemek.» Böylece Yasama meclislerinin her türlü kararları aleyhine Anayasaya aykırılık bakımından iptal dâvası açmak hakkı hususundaki İstanbul Önprojesindeki hüküm bilâhare kaldırılmış ve 1961 Anayasamızda yer almamıştır.

c— Türkiye Büyük Millet Meclisinde temsilcisi bulunan siyasi partiler:

13— Yasama Meclislerinde veya bunlardan birinde az veya çok sayıda temsilcisi bulunan siyasi partiler de Anayasa Mahkemesinde dâva açabilirler. Bu hüküm sayesinde, siyasî partilere Mecliste, Anayasaya aykırı bir kanun veya içtüzüğün çıkmasını önleyemeseler bile, bilâhare iptali için dâva açmağa yetkili olmak imkânı bahşedilmektedir.

Son milletvekili genel seçimlerinde muteber oy sayısının en az yüzde onunu alan siyasi partiler ile, Türkiye Büyük Millet Meclisinde temsilcisi bulunan siyasi partiler adına Anayasa Mahkemesinde dâva açacak ve onları temsil edecek olan kimse, partilerin kendi tüzüklerine göre en yüksek merkez organlarının en az üye tam sayısının salt çoğunluğuyla alacakları karar üzerine genel başkanları veya vekilleridir[24].

d— Siyasi partilerin Türkiye Büyük Millet Meclisi grupları:

14— Parti grupu adına Anayasa Mahkemesinde dâva açıp onu temsil etmeğe yetkili olan kişi, grupun genel kurulunun en az üye tam sayısının salt çoğunluğuyla alacakları karar üzerine, grup başkanı veya vekilleridir [25].

44 sayılı kanunun 25. maddesinin 1 ve 2 numaralı bendleri hükümlerinin muhalif mefhumlarından anladığımıza göre, partiler veya meclis gruplarının başkan veya vekilleri, partilerin kendi tüzüklerine göre en yüksek merkez organlarının yahut grupun genel kurulunun en az üye tam sayısının salt çoğunluğuyla karar alınarak kendilerine Anayasa Mahkemesinde temsil yetkisi verilmedikçe, Anayasaya aykırı kanunlar veya yasama meclisleri içtüzükleri aleyhinde iptal dâvası açamazlar ve bu mahkemede kendi partilerini veya meclis gruplarını temsil edemezler.

e— Millet Meclisinin veya Cumhuriyet Senatosunun üye tam sayısının en az altıda biri tutarındaki üyeleri:

15— Bu duruma göre gerek Millet Meclisi üyeleri, gerek Cumhuriyet Senatosu üyeleri toplu olarak dâva açabileceklerdir. Ancak her iki meclisin üyelerinin dâva açabilmeleri için asgari aded, üye tam sayısının en az altıda biridir. Fakat böyle bir dâvanın açılması bahis konusu olduğu hallerde mezkûr üyeler Anayasa Mahkemesinde şu şekilde temsil edileceklerdir: Dâva dilekçesinde, kendilerine mahkemece tebligat yapılmak üzere, en çok iki üyenin gösterilmesi gereklidir. Demek oluyor ki dilekçede üyelerin hepsinin imzası bulunacak, fakat tebellüğ için en fazla iki üye gösterilecektir. 44 sayılı kanunun 25. maddesinin son fıkrası hükmünün muhalif mefhumundan şu anlaşılmaktadır ki iki üye yerine bir üye de gösterilebilir.

[24] Bk. 44 sayılı kanun, m.25. bend 1.
[25] Bk. 44 sayılı kanun, m.25. bend 2.

16— Buraya kadar zikredilen kişi, kurul ve müesseseler, herhangi bir kanun veya yasama meclisleri içtüzüklerinin yahut bunların bir hükmünün Anayasaya aykırılığı hususunda iptal dâvası açmağa yetkilidir. Bu bakımdan dâva yetkisini kayıtlayan herhangi bir husus bahis konusu değildir.

17- Anayasaya aykırılık yönünden Anayasa Mahkemesine dâva açmağa yetkili diğer makam, kurul ve müesseseler şunlardır:

f — Yüksek Hâkimler Kurulu,

g— Yargıtay,

h— Danıştay,

i— Askeri Yargıtay,

j— Üniversiteler,

Şu noktaya önemle işaret etmek lâzımdır ki, mezkûr kurul ve kurumlar, ancak kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda, kanunların ve yasama meclisleri içtüzüklerinin tümü veya belirli madde ve hükümleri aleyhinde Anayasaya aykırılık iddiasiyle iptal dâvası açabilirler[26]. Bunun dışında herhangi bir kanun veya içtüzük hükmü için dâva açamazlar. Açarlarsa reddedilir.

18— Anayasa Mahkemesine doğrudan doğruya iptal dâvası açma hakkı, iptali istenen kanunun veya yasama meclisi içtüzüğünün Resmi Gazetede yayınlanmasından başlayarak doksan gün sonra düşer[27].

Anayasamız, Anayasa Mahkemesinin görevine başladığı tarihle yürürlükte olan herhangi bir kanun hakkında, muayyen istisnalar hariç, Anayasaya aykırılık iddiasiyle iptal dâvası açılabileceği hükmünü koymuşsa da bu hususta dâva açma süresini tahdid ile bir sukut-u hak müddeti tâyin ve tesbit eylemiştir. Bu müddet te, Anayasa Mahkemesinin göreve başladığının Resmi Gazeteyle yayınlandığı tarihten (28 Ağustos 1962) itibaren altı aydır[28].

19— Anayasa Mahkemesine iptal dâvası açma yetkisinin bazı istisnaları vardır. Bu istisnalar şu şekilde sıralanabilir:

a— Usulüne uygun bir şekilde yürürlüğe konmuş olan Milletlerarası Andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa Mahkemesine başvurulup iptal dâvası açılamaz[29].

b— Anayasanın 153. ve 44 sayılı kanunun 24. maddelerine göre, aşağıdaki kanunların hükümleri Anayasaya aykırı olduğu şekilde anlaşılamaz. Bunlar aleyhinde Anayasa Mahkemesinde iptal dâvası açılamaz:

[26] Bk. 44 sayılı kanun, m. 21. son fıkra.
[27] Bk. Anayasa, m. 150. – 44 sayılı kanun, m. 21. son fıkra
[28] Bk. Anayasa, geçici m. 9. fıkra 2.
[29] Bk. Anayasa, m. 65. son fıkra. – 44 sayılı kanun, m. 23.

1— 1 Mart 1340 tarihli ve 430 sayılı Tevhid-i Tedrisat Kanunu:

2— 25 Teşrinisâni 1341 tarihli ve 671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanun;

3— 30 Teşrinisâni 1341 tarihli ve 677 sayılı Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar İle Bir Takım Ünvanların Men'i ve İlgasına Dair Kanun;

4— 17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisiyle kabul edilen, evlenme akdinin evlendirme memuru tarafından yapılacağına dair medeni nikâh esası ile ayni kanunun 110. maddesi hükmü;

5— 20 Mayıs 1928 tarihli ve 1288 sayılı Beynelmilel Erkamın Kabulü Hakkında Kanun;

6— 1 Teşrinisâni 1928 tarihli ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun;

7— 26 Teşrinisâni 1934 tarihli ve 2590 sayılı Efendi, Bey, Paşa gibi Lâkap ve Unvanların Kaldırıldığına Dair Kanun;

8— 3 Kânunuevvel 1934 tarihli ve 2596 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemiyeceklerine Dair Kanun.

c— 27 Mayıs 1960 Devrim tarihinden 6 Ocak 1961 tarihine kadar çıkarılan kanunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasiyle, Anayasa Mahkemesinde iptal dâvası açılamaz[30].

20— Ancak burada, Anayasanın geçici dördüncü maddesinin üçüncü fıkrasının bu konuya taallûk eden hükmü üzerinde dikkatlice tahlilde bulunmak lâzımdır. Mezkûr fıkra şöyle demektedir:

«Normal demokratik rejimi bütün teminatı ile kurmak amaciyle gerçekleştirilen ve yürütülen 27 Mayıs 1960 tarihinden 6 Ocak 1961 tarihine kadar çıkarılan kanunlar…….» «…… hakkında Anayasaya aykırılık iddiasiyle, Anayasa Mahkemesine iptal dâvası asla açılamıyacağı gibi, itiraz yoluyla dahi mahkemelerde Anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülemez.»

Bu hükümle zikredilen tarihler arasında çıkarılan kanunlar üzerindeki kazai murakabe imkânı, Anayasaya uygunluk bakımından, kapatılmış bulunmaktadır. Mezkûr kanunlar için sadece, Türkiye Cumhuriyetinin diğer kanunlarının değiştirilmesi veya kaldırılmasında uygulanan kurallara göre teşrii yoldan değiştirilip kaldırılma imkânı tanınmaktadır.

Kanaatimizce bu hüküm pek isabetli sayılamaz. Zira 27 Mayıs 1960 ilâ 6 Ocak 1961 tarihleri arasında çıkarılan kanunlardan bir kısmının bugün yürürlükte bulunan Anayasaya aykırı, insan hak ve hürriyetlerini zedeleyici mahiyette olması pekâlâ mümkün ve muhtemeldir. Çünkü bu kanunlar fevkalâde şartlar, ihtilâl devresi esnasında ısdar olunmuşlardır. Bunların bazısı bu fevkalâde şartların devamı

[30] Bk. Anayasa, geçici m. 4, fıkra 3.

müddetince mazur görülebilirler. Fakat olağanüstü şartlar kaybolduktan, normal demokratik rejim avdet ettikten sonra dahi, bu devre zarfında çıkarılan antidemokratik, Anayasa ve insan haklarına aykırı herhangi bir kanunu veya hükmünü kazai murakabeden masun tutmak, ona dokunulmazlık, bir nevi kudsiyet izafe etmek herhalde isabetli bir yol değildir. Gerçi böyle bir kanunun veya hükmünün kaldırılması yahut değiştirilmesi için teşrii faaliyet yolu kapalı değilse de, bu usule müracaat halinde işler çok defa gecikebilir ve bu arada birçok insanların hak ve menfaatleri ihlâl edilmiş olabilir.

Fikrimizce madde şu şekilde kaleme alınsaydı daha iyi ve isabetli bir yol tutulmuş olurdu: «…..27 Mayıs I960 tarihinden 6 Ocak 1961 tarihine kadar normal demokratik rejimi bütün teminatıyla kurmak amacıyla çıkarılan kanunlar ve kanun mahiyetindeki kararlar aleyhinde Anayasa Mahkemesinde iptal dâvası açılamıyacağı gibi, itiraz yoluyla dahi mahkemelerde Anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülemez.» Eğer şimdiki hüküm yerine böyle bir metin formüle edilseydi, o zaman 27 Mayıs 1960 tarihi ile 6 Ocak 1961 günü arasında çıkarılan kanunlardan ir kısmı, yani sadece normal demokratik rejimi bütün teminatiyle kurmak amacıyla meydana getirilen kanunlar aleyhinde böyle bir dâva ve itiraz dermeyan edilemeyecek, fakat bu gayenin dışında yapılan kanunlar aleyhinde pekâlâ Anayasa Mahkemesinde iptal dâvası açılabilecek, yahut mahkemelerde itiraz yoluyla aykırılık iddiası ileri sürülebilecekti[31].

---

[31] Bu hususta bir misal olmak üzere, Anayasa Mahkememizin 10.10.1962 tarihli Resmi Gazetede intişar eden 1962-37 esas, 1962-35 karar sayılı ve 11.9.1962 tarihli bir kararı üzerinde durmak istiyoruz. Karar şudur:

«İstemde bulunan: Elâzığ 1 inci Asliye Hukuk Hakimliği,

İstemin konusu: Elâzığ Belediyesince, usulüne uygun olarak kamulaştırma kararı alınmaksızın yola katılan gayr-i menkul bedelinin tahsili için mal sahibi Hüseyin Gül vekili Avukat Hayati Ekşi tarafından açılan dava neticesinde, mahkemece davanın açıldığı tarihteki kıymete hükmolunmuş iken, Yargıtay 4 üncü Hukuk Dairesince, 221 sayılı kanun ileri sürülerek davanın açıldığı tarihteki kıymet yerine fiili tahsis ve elkoyma tarihindeki rayiç bedelin ödettirilmesine karar verilmesi icap edeceği gerekçesi ile hükmün bozularak dosyanın iade edildiğinden bahisle adı geçen 221 sayılı kanunun, Anayasanın istimlakler için şart koyduğu (Kamu menfaati kararı alınması ve gerçek bedelin peşin verilmiş olması) esaslarına sarih bir surette aykırı bulunduğundan sözü geçen 221 sayılı kanunun kaldırılmasına karar verilmesinden ibaret bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 11.9.1962 gününde İçtüzüğün 15 inci maddesi gereğince ilk inceleme için yapılan toplantısında, istemin 22.4.1962 tarihli ve 44 sayılı kanunun 27 nci maddesinin birinci fıkrasına dayanılarak re'sen mahkemece yapılmış olduğu anlaşıldıktan ve işin niteliği bakımından istemin esasının incelenmesine oybirliği ile karar verildikten sonra dosyada bulunan mahkemenin 17.8.1962 tarih ve 961-367 sayılı yazısı ile rapor okundu. Gereği görüşülüp düşünüldü:

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının geçici 4 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasında ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri hakkındaki 22.4.1962 tarihli ve 44 sayılı kanunun geçici 6 ncı maddesinde, 27 Mayıs 1960 tarihinden (bu tarih dahil) itibaren 5 Ocak 1961 tarihine kadar (bu tarih dahil) kabul edilen kanun mahiyetindeki kararlar ve kanunlar aleyhine iptal ve itiraz yollarıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamıyacağı açıkça belirtilmiş olup 12.1.1961 tarihinde yayınlanmış olan bahse konu (Amme Hükmi Şahısları veya Müesseseleri Tarafından Fiilen Amme Hizmetlerine Tahsis Edilmiş Gayrimenkuller) hakkındaki 221 sayılı kanunda 5 Ocak 1961 tarihinde kabul edilmiş bulunduğundan bu kanunun iptali için hiçbir suretle Anayasa Mahkemesine başvurulması mümkün değildir. Bu sebeple Mahkemece yapılan istemin reddi gerekir.

Sonuç: Yukarıda belirtilen sebepten ötürü istemin reddine, işbu kararın istemde bulunan Mahkemeye tebliğine ve anılan 44 sayılı kanunun 51 inci maddesi uyarınca Resmi Gazetede yayınlanmasına 11.9.1962 gününde oybirliği ile karar verildi.»

B— *Yüce Divan sıfatiyle Devletin önemli mevkilerini işgal eden bazı şahsiyetleri yargılamak:*

21— Anayasa Mahkemesinin ikinci görevi, Cumhurbaşkanını, Bakanlar Kurulu üyelerini, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Yüksek Hâkimler Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini, Cumhuriyet Başsavcısını, Başkanun Sözcüsünü, Askeri Yargıtay Başsavcısını ve kendi üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı, Yüce Divan sıfatiyle yargılamaktır[32]. Anayasa Mahkemesi bu şahısları görevleriyle ilgili suçlardan dolayı yargılarken YÜCE DİVAN hüviyetine bürünür. Mahkemenin bu sıfatla haiz olduğu kaza hakkı şahıs ve madde bakımından tahdid edilmiş bulunmaktadır. Yani Anayasa Mahkemesi sadece yukarıda zikredilen şahısları bu sıfatla yargılayabilir. Başka kimseleri, bu gibi dâvalarda müşterek suçlu veya sanık dahi olsalar muhakeme edemez. Aksi halde Kanunkoyucunun bu hususta sarih bir hüküm vazetmesi, yani gerek Anayasada, gerek 44 sayılı kanunda Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan sıfatiyle gördüğü dâvalarda icabı halinde yukarıda tâdad edilen şahıslarla birlikte müşterek suçluları veya o dâva ile ilgili şahısları da sanık sıfatiyle yargılayabileceği hususunda sarih bir hüküm sevketmesi lâzım gelirdi.

Ayni zamanda Anayasa Mahkemesinin bu görevi madde itibariyle de tahdid edilmiştir. O da, biraz evvel belirtildiği gibi, zikredilen şahısları sadece görevleriyle ilgili suçlar sebebiyle yargılamaktır. Bu kimseleri şahsi ve âdi suçlardan dolayı yargılayan merci Anayasa Mahkemesi değil, normal yargı müesseseleridir.

Anayasa Mahkemesi Yüce Divan halinde çalışırken yürürlükteki kanunlara göre duruşma yapar ve hüküm verir[33]. Yüce Divan sıfatiyle yapılan yargılamada Savcılık görevini Cumhuriyet Başsavcısı ifa eder[34]. Başsavcı yardımcılarından bir veya bir kaçı da Başsavcı ile birlikte duruşmaya iştirak eder. Cumhuriyet Başsavcısının bu görevi yerine getirememesi halinde, geçici olarak bu makamı işgal edecek olan zat, Yargıtay İkinci Başkan ve üyeleri arasından Yargıtay Büyük Genel Kurulunca üye tamsayısının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla seçilir[35].

Elazığ Mahkemesinin mütaleasından anladığımıza göre 221 sayılı kanun Anayasanın 38 inci maddesine aykırıdır. Gerçekten adı geçen kanunun birinci maddesi şöyle demektedir: «6830 sayılı İstimlâk Kanununun yürürlüğe girdiği tarihe kadar, kamulaştırma işlerine dayanmaksızın, kamulaştırma kanunlarının göz önünde tuttuğu maksatlara fiilen tahsis edilmiş olan gayrimenkuller ilgili âmme hükmi şahsi veya müessesesi adına tahsis tarihinde kamulaştırılmış sayılır.» (Bk. 12 Ocak 1961 tarihli Resmi Gazete, sayı 10705). İkinci maddeye göre, «Gayrimenkulde hizmetin mahiyet ve gayesine uygun şekilde tesisler veya inşaat vücuda getirilmiş olması bu kanunun uygulanması bakımından fiilen tahsistir.»

Görülüyor ki Anayasanın 38 inci maddesinin birinci fıkrasındaki kamu menfaatinin gerekmesi (bu hususta karar alınması) ve gerçek bedelin peşin ödenmiş olması prensiplerine hakikaten aykırı olan ve fakat normal demokratik düzeni bütün teminatı ile kurmak amaciyle, hele bugünkü şartlar altında, uzaktan veya yakından hiçbir ilgisi olmayan böyle bir kanun hakkında, sırf çıkarıldığı devir nazara alınarak, Anayasa Mahkemesinin kazai murakabesi yetkisi dışındadır diye hüküm sevketmenin mahzurları zamanla meydana çıkmaktadır. Temennimiz odur ki, hiç olmazsa 221 sayılı kanun ve benzerlerinin tâdil veya ilgası hakkında Yasama Organı, gereğini ifa için, vakit geçirmeden harekete geçmeli ve görevini ifa eylemelidir. Memnuniyetle kaydetmek gerekir ki, Türkiye Büyük Millet Meclisi böyle kanunlardan biri olan 114 sayılı kanunu bilâhare 43 sayılı kanun ile ortadan kaldırmış ve böylelikle büyük haksızlık ve mağduriyeti geniş ölçüde önlemeye muvaffak olmuştur.

[32] Bk. Anayasa, m. 147. fıkra 2 - 44 sayılı kanun, m. 20. bend 3.

[33] Bk. 44 sayılı kanun, m. 34.

[34] Bk. Anayasa, m. 147. son fıkra.

[35] Bk. 44 sayılı kanun, m. 35.

44 sayılı kanunun geçici 7. maddesi uyarınca, Anayasa Mahkemesinin bu sıfatla intaç edeceği bazı vazifeleri daha bahis konusu olmaktadır. Bu işler de, Yüksek Soruşturma Kurulu ve Yüksek Adalet Divanı tarafından karara bağlanmamış olan bazı dâvalardır. Ancak bu görev geçicidir. Geçici 7. madde uyarınca Anayasa Mahkemesine devredilen dâvalar neticeye bağlanınca nihayete erecektir.

C— *Mahkemelerce kendisine intikal ettirilen Anayasaya aykırılık iddialarını karara bağlamak:*

22—Burada iki hali birbirinden ayırmak gerekir:

İlk olarak, bir dâvaya bakmakta olan mahkeme hâdiseye uygulanması gereken kanun hükümlerini, dâvadaki taraflardan birince hiçbir itiraz ve def'i olmaksızın Anayasaya aykırı görebilir. Böyle bir halde işi res'en Anayasa Mahkemesine intikal ettirmek yetkisini haizdir[36].

İkinci hal de, muhakeme esnasında taraflardan birince hâdiseye tatbik edilecek olan kanunun veya hükmünün Anayasaya aykırı olduğu itirazını ileri sürmesidir. Boyacıoğlu'na göre, Anayasamızda bir açıklama bulunmamasına rağmen, Cumhuriyet Savcıları huzuru ile görülen dâvalarda Savcılık tarafından da, o dâvada uygulanacak kanun hükümlerinin Anayasaya aykırılığı iddia olunabilir[37].

İkinci halde mahkeme, taraflardan birinin bu yoldaki itirazını Anayasa Mahkemesine intikal ettirip ettirmemekte serbesttir. Yani mahkeme için mutlaka o itirazı Anayasa Mahkemesine göndermek gibi bir mecburiyet ve mükellefiyet düşünülemez. Bu hususu takdir yetkisi mahkemelere bırakılmıştır, Dermeyan edilen Anayasaya aykırılık def'ini (iddiasını) mahkeme ciddi görürse iddiayı Anayasa Mahkemesine havale edecektir; görmezse bu iddiayı reddedecektir. Ancak bu ihtimalin tahakkuku halinde taraflardan birinin esas mahkemece reddedilen iddiası Temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır[38].

Anayasaya aykırılık iddiasının, mahkemece ciddi görülmemesi halinde bu iddianın reddine mütedair olarak verilen karar, bir ara kararıdır. Bu bakımdan müstakillen temyizi kaabil değildir. Taraflar böyle bir kararı ancak esas hakkındaki kararla birlikte temyiz edebilirler[39].

23— Mahkemece verilen karar temyiz edilmemişse mes'ele yoktur. Çünkü Anayasaya aykırılık iddiasında bulunan, esas hükümle birlikte, mahkemenin aykırılık görmediği yolundaki görüşünü benimsemekte ve temyiz etmek suretiyle eski iddiasında ısrar ile bunları temyizen dermeyan eylememektedir[40].

Eğer mahallî mahkemenin aykırılık iddiasının ciddi olmadığı kanısına vararak bu iddiayı red ile verdiği karar, usul kanunları gereğince veya hususi kanunlarına

[36] Bk. Anayasa, m. 151, fıkra 1. – **Ahmet Boyacıoğlu**: Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Def'i Yoluyla Denetlenmesi. (Adalet Dergisi, Haziran – Temmuz 1962. sayı 7-8), s. 718.
[37] Bk. **Boyacıoğlu**'nun adı geçen makalesi, s. 718.
[38] Bk. Anayasa, m. 151, fıkra 2.
[39] Bk. **Ahmet Boyacıoğlu**: s.g. makale, s. 722.
[40] Bk. **Ahmet Boyacıoğlu**: s.g. makale, s. 723.

tevfikan temyizi kaabil kararlardan değilse o zaman ne olacaktır? Boyacıoğlu'nun kanaatine göre esası kaabil olmayan bir husustaki Anayasaya aykırılık iddiasının, müstakillen ve başlıbaşına temyizi mümkün olamaz[41]. Anayasanın 151. maddesinin ikinci fıkrası «Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse, bu iddia, esas hükümle birlikte karara bağlanır» dediğine, mevzuubahis kararın ise temyizi kaabil olmadığına göre bir de Boyacıoğlu'nun bu husustaki kanaatine iştirak ediyoruz.

24— Mahkeme kararı aleyhine usulü dairesinde Temyiz merciine müracaat edilmesi halinde nasıl muamele yapılacaktır?

Temyiz Mahkemesi böyle bir halde esas mahkemesi gibi Anayasaya aykırılık iddiasının ciddiasının ciddi olmadığı kanısını benimserse mes'ele yoktur. İkinci halde, yani Temyiz Mahkemesinde yapılacak tetkikat sonunda, Anayasaya aykırılık iddiası ciddi görülürse ne olacaktır? Böyle bir durum karşısında acaba hüküm, işin Anayasa Mahkemesine intikal ettirilmesi bakımından bozulacak mıdır? Yoksa Temyiz Mahkemesi bu konu üzerine işi Anayasa Mahkemesine bizzat kendisi mi intikal ettirecektir? Kanaatimizce, Temyiz Mahkemesi, Bidayet Mahkemesinin ciddi görmediği böyle bir iddianın ciddiyetine kail olursa, işin müstaceliyetle ve pratik olarak halledilmesini temin için doğrudan doğruya onu Anayasa Mahkemesine havale edebilmelidir.

Böyle bir neticeye Anayasanın 151. maddesinin birinci fıkrası hükmünden istiane suretiyle de varabiliriz. Zira mezkûr madde hükmü şöyledir: «Bir dâvaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanunun hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraftardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar dâvayı geri bırakır.» Bu hüküm karşısında kanaatimizce, Temyiz Mahkemesi de metindeki mahkeme teriminin şümulüne girdiğinden, esas mahkemede itiraz sahibinin dermeyan ettiği itirazı yani Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi gördüğünde, işi Anayasa Mahkemesine bizzat havale etmek ve Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar tetkikatını ve karar verme işini geri bırakmak mecburiyetindedir.

Dâvaya bakmakta olan mahkeme bizzat kendisi, hâdiseye uygulanması gereken kanun hükümlerini, dâvadaki taraflardan birince bir itiraz ve def'i dermeyan edilmeksizin Anayasaya aykırı görecek olursa, bu yolda vereceği gerekçeli kararı veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının (definin) ciddi olduğu kanısına varırsa, tarafların bu konudaki iddia ve savunmalarını ve kendisini bu kanıya götüren görüşünü açıklayan kararı, dosya muhtevasının mahkemece bu konu ile ilgili görülen tasdikli suretleriyle birlikle Anayasa Mahkemesine (Başkanlığına) gönderir[42].

25— Mahkeme, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara resmen ittılâ kesbedinceye kadar dâvayı geri bırakır. Anayasa Mahkemesi de, işin kendisine

[41] Bk. **Ahmet Boyacıoğlu**: s.g. makale, s. 724-725.
[42] Bk. Anayasa, m. 151, fıkra 1. – 44 sayılı kanun, m. 27. Kanaatimizce ayni usul Temyiz Mahkemesi için de mevzuubahs olmaktadır.

gelişinden başlamak üzere üç ay içinde kararını verir[43]. Bu süre içinde karar verilmezse, mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını, kendi kanısına göre hallederek dâvayı yürütür. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkemeler buna uymak mecburiyetindedir [44].

26— Anayasa Mahkemesine doğrudan doğruya iptal dâvası açmak hakkı, iptali istenen kanun veya içtüzüğün Resmi Gazetede yayınlanmasından başlayarak 90 gün sonra düştüğü halde[45] mahalli mahkemelerde def'i yoluyla aykırılık iddiasında bulunabilmek için böyle bir müddet kaydı konmamıştır. Böylece vatandaşların Anayasaya aykırılık iddialarını bir dâva dolayısiyle esas mahkemeye müddetle bağlı olmaksızın dermeyan edebilmek imkânı tanınmıştır.

Anayasa Mahkemesinin görevine başladığı tarihte yürürlükle olan herhangi bir kanun veya belirli bir kanun hükmü hakkında Anayasaya aykırılık iddiasiyle iptal dâvası açma hakkı, Anayasa Mahkemesinin görevine başladığı tarihten itibaren (28 Ağustos 1962) altı ay sonra düşecektir. Bu tarihten sonra bu gibi kanunlar hakkında bir daha iptal dâvası açılamıyacaktır[46].

D— *Siyasi partilerin kapatılması hakkındaki bütün dâvalara bakmak:*

27— Anayasanın 57. maddesine göre siyasi partilerin kapatılması hakkındaki dâvalara Anayasa Mahkemesinde bakılacaktır ve kapatma kararı ancak bu mahkemece verilecektir.

Ayni maddeye göre tüzükleri, programları ve faaliyetleri, insan hak ve hürriyetlerine dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyet prensiplerine ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmezliği temel hükmüne uygun olmayan partiler temelli kapatılır.

44 sayılı kanunun 20. maddesinin 4 numaralı bendine göre, Anayasa Mahkemesi siyasi partilerin kapatılması hakkındaki her çeşit dâvalara bakmak görev ve yetkisini haizdir. Siyasi partilerin kapatılması hakkında açılan dâvalarda, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu uygulanır[47]. Bu dâvalara duruşmalı olarak ve Cumhuriyet Başsavcısının huzuru ile bakılır. Fiili veya hukuki sebeplerle Cumhuriyet Başsavcısının bu görevi ifa edememesi halinde, Anayasa Mahkemesi Savcılığını geçici olarak yapacak olan zat, Yargıtay İkinci Başkan ve üyeleri arasından Yargıtay Büyük Genel Kurulunca üye tamsayısının salt çoğunluğuyla ve gizli oyla seçilir[48].

E— *Yüce Divan sıfatiyle çalışırken veya siyasi partilerin kapatılması hakkındaki dâvaları görürken Anayasanın 151 inci maddesi gereğince mes'ele-i müste'hire olarak bakması gereken işleri karara bağlamak[49].*

[43] Bk. 44 sayılı kanun, m. 27, son iki fıkra.
[44] Bk. Anayasa, m. 151, son fıkra.
[45] Bk. Anayasa, m. 150.
[46] Bk. 44 sayılı kanun, geçici m. 5, fıkra 1, 2.
[47] Bk. 44 sayılı kanun, m. 32, fıkra 1.
[48] Bk. 44 sayılı kanun, m. 32, 35.
[49] Bk. Anayasa, m. 81. – 44 sayılı kanun, m. 20, fıkra 2.

28- «Anayasanın 151. maddesi gereğince» tâbirinden anladığımıza göre Anayasa Mahkemesi Yüce Divan sıfatiyle çalışırken veya siyasi partilerin kapatılması hakkındaki dâvaya bakarken hâdiseye uygulanacak olan kanunun Anayasaya aykırı olduğu zehabına kapılırsa veya dâvadaki sanık yahut partiler kanunun Anayasaya aykırı olduğu def'ini ileri sürerlerse esas dâvayı geri bırakır ve evvelemirde mes'ele-i müste'hire olarak bu işe bakıp kararını verir. Ondan sonra esas dâvaya geçer.

F— *Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya üyeliğin düşmesine kendi meclislerince ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi olmayan Bakanların dokunulmazlığının kaldırılmasına Millet Meclisince karar verilmesi hallerinde, ilgililerin Anayasa veya içtüzük hükümlerine aykırılık iddiasına dayanan iptal istemlerini karara bağlamak:*

29- Anayasanın 102. maddesinin 3. fıkrasına göre Bakanlar, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri veya dışarıdan milletvekili seçilme yeterliğine sahip olanlar arasından Başbakanca seçilir ve Cumhurbaşkanınca atanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri arasından atanan Bakanların zaten, teşrî uzvunun üyesi olmaları hasebiyle, yasama dokunulmazlıkları vardır. Dışarıdan seçilen ve atanan Bakanlar da Anayasanın 105. maddesinin 3. fıkrası hükmü gereğince Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleriyle ayni durumda olurlar. Yani bunlar da yasama dokunulmazlığı ve yasaklamalar bakımından yasama organı üyelerinin statüsüne tâbi olurlar.

30- Anayasa Mahkemesine dermeyan edilen iptal istemleri için müracaat müddeti, iptal istemlerine konu teşkil eden yasama meclisleri kararları aleyhine, karar tarihinden itibaren bir haftadır. Bu bir haftalık müddet te bir sukutu hak müddetidir. Bir haftalık müddet içinde yapılan bu çeşit iptal istemleri, Anayasa Mahkemesince on beş gün içinde karara bağlanır.

Anayasa Mahkemesinin buraya kadar zikredilen yetki ve görevleri kazaî mahiyettedir. Bundan sonra zikrolunacaklar ise kazaî mahiyette değildir.

G— *Siyasî partilerin gelir kaynakları ve giderleri hakkında verecekleri hesapları denetlemek:*

31— Anayasanın 57. maddesinin 3. fıkrası uyarınca meydana getirilecek özel kanun gereğince Anayasa Mahkemesi bu görevini ifa edecektir. Böylece Anayasa Mahkemesinin siyasi partiler üzerinde haiz olduğu kazaî yetkisi yanında, gelir ve giderlerini kontrol bakımından, idari bir yetkisi de bahis mevzuu bulunmaktadır[50]

H— *Danıştay Başkanı ve üyeleriyle Başkanının Sözcüsünü seçmek:*

---

[50] 1961 Anayasamızın Gerekçesinde Anayasa Mahkemesinin bu yetkisi konusunda şu mülâhazalara tesadüf ediyoruz: «Partilerin gayr-i meşru gelir kaynaklarına sahip olmalarını, iktidar partilerinin manevi tazyik ile kitle halinde büyük hibeler sağlamasını önlemek maksadiyle, partilerin gelir ve giderleri alanında açıklığı temin etmek çeşitli memleketlerde ya mevzuat, yahut ta Anayasa hükümleri sayesinde mümkün olmaktadır.

Geçirdiğimiz tecrübelerden sonra, böyle bir hükmün memleketimizde de faydalar sağlayacağı düşünülmektedir. Bu kontrolün şekil ve şümulü kanunla düzenlenecektir.»

32- Anayasanın 140. maddesinin 3. fıkrası bu konuya temas eylemektedir. Mezkûr hükme göre, Danıştay Başkan ve üyeleriyle Başkanun Sözcüsü, Anayasa Mahkemesince, kanunda gösterilen niteliklere sahip kimseler arasından seçilirler. Seçim, Anayasa Mahkemesinin asıl ve yedek üyelerinden meydana gelen kurulca gizli oyla ve üçte iki çoğunlukla yapılır. Yani seçilebilmek için oyların üçte ikisini almak şarttır. İlk iki oylamada çoğunluk sağlanamazsa üçüncüsünde salt çoğunlukla yetinilir.

İ- *Kendi asil ve yedek üyeleri arasından Uyuşmazlık Mahkemesine başkanlık edecek üyeyi seçmek:*

33- Anayasanın 142. maddesine göre, Uyuşmazlık Mahkemesi, adli, idari ve askeri yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm anlaşmazlıklarını kesin olarak çözümlemeye yetkilidir.

Bu mahkemenin başkanlığını, Anayasa Mahkemesi asil veya yedek üyelerinden biri yapar. Uyuşmazlık Mahkemesinin başkanlık vazifesini ifa edecek bu üyeyi de Anayasa Mahkemesi bizzat kendisi görevlendirir[51].

Doç. Dr. A. Selçuk ÖZÇELİK

[51] Bk. Anayasa, m. 142.

(2. Makale - 1963)

Asistan Duygun YARSUVAT

*Yürütme Organının Koyduğu Kaidelerle Suç İhdası ve 1961 Anayasası**

* Duygun Yarsuvat, "Yürütme Organının Koyduğu Kaidelerle Suç İhdası ve 1961 Anayasası", İÜHF Mecmuası, Yıl 1963, Cilt 29, Sayı 3, 540-559.

YÜRÜTME ORGANININ KOYDUĞU KAİDELERLE SUÇ İHDASI
ve
1961 ANAYASASI

Asistan Duygun YARSUVAT

İÇİNDEKİLER: GİRİŞ — I. BÖLÜM. — I-Yürütme Organının Kaide Koyma Yetkisi a) Tanzim yetkisinin sebepleri b) Tanzim yetkisinin hukuki esası. — II. BÖLÜM. — I. Yürütme Organının Koyduğu Kaidelerle Suç ihdası. — II. Mukayeseli Hukukta Durum: 1) Fransa'da 2) İngiltere'de 3) İtalya'da, 4) Almanya'da — III. Türk Anayasa Hukukunda Yürütme Organının Suç İhdas Etmesi : 1) 1293 Kanun-u Esasisi, 2) 1924 Teşkilâtı Esasiye Kanunu, 3) 1961 Anayasası, — SONUÇ.

G İ R İ Ş

1764 yılında Beccaria, «Suçlar ve Cezalar» adlı kitabının III. Bölümünde, «Suçların cezasını yalnız kanunlar tayin eder, kanun yapmak hakkı ise, içtimaî mukavele ile birleşmiş olan ve toplumu temsil eden kanun koyucuya aittir» demekte idi.

1789 İnsan Hakları Beyannamesinde ilk defa yer alan bu fikir daha sonra birçok memleketin mevzuatında da kabul edilmiştir. Türk Hukukunda bugün, suçların ve cezaların kanun tarafından gösterilmesi prensibi, TCK'nın 1. maddesinde ve 1961 Anayasasının 33. maddesinde, ilk defa sarih bir anayasa prensibi olarak ifadesini bulmuştur.

Suçların kaynağı olan kanunun, yalnız anayasada yer almış bulunan prosedüre uygun olarak yasama organı tarafından yapılmış kaide tasarrufları mı, yoksa yürütme organının meydana getirdiği tanzimi tasarrufları dahi ihtiva edip etmediği meselesi ortaya çıkmaktadır. Bu konuda 61 Anayasasından sonra çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Suçların kanunlarda gösterilmesi kişi hak ve hürriyetleri bakımından bir garanti teşkil eder. Kanunlar daha zor değişebildiği için, vatandaşlar ne gibi fiillerin suç teşkil ettiği hususunda daha kolay bilgi edinebilirler. Yürütme organının meydana getirdiği kaidelerde ise, fertler bu teminattan uzak bulunmaktadırlar; zira bu gibi tasarruflar sık sık değişebilmekte ve takip etmek imkânı güçleşmektedir*. Bununla beraber içtimai ihtiyaçları karşılaması, devlet işlerinin yürümesi bakımından kolaylık sağlamaktadır.

---

*) *Tosun Öztekin,* «Yürütme Organının Koyduğu Kaidelere Aykırılıkların cezalandırılması». İ.H.F.M. 1962, s. 2.

Bu yazımızda, ilkönce yürütme organının kaide koyma yetkisi tetkik edilecek ve sonra Yürütme organının koyduğu kaidelerle suç ihdası meselesinin mümkün olup olmadığı incelenecektir.

I. BÖLÜM

YÜRÜTME ORGANININ KAİDE KOYMA YETKİSİ

Genel olarak yürütme organı veya idari makamlar, hukuk kaideleri koyma yetkisine sahiptirler. Bunun neticesi olarak, daimî, mücerret ve objektif umumî hükümleri ihtiva eden hukuki tasarruflar meydana getirirler. İdarenin bu tanzim yetkisinin (pouvoir reglementaire) sonucu olarak tüzükler (nizamname), yönetmelikler (talimatname), kararnameler şeklinde kaide tasarruflar (acte - regle) meydana çıkar[1].

a) *Tanzim yetkisinin sebebleri:*

Bu sebebleri araştıracak olursak hukuki olmaktan ziyade siyasi bir problemle karşılaşırız[2]. Parlâmento, yasama fonksiyonu içine giren tasarrufları bazan bizzat kendisi yapmamakta, yürütme organına çeşitli sebeplerle bu yetkiyi vermektedir:

1) Evvelâ bu gibi tasarrufların adedi oldukça çoktur. Yasama organı bu görevi yapmaya yetişemez.

2) Tanzimî tasarruflarla konan hükümlerin büyük bir kısmı muayyen bir tekniği icap ettiren hususlardır. Tabiidir ki, böyle bir çalışma, teknisyen olmayan politikacıların toplandığı meclislerden beklenemez.

3) Tanzim otoritelerine devredilen birçok hususlar, kanun koyucuya zaman kaybettirecek, önemi az olan konulardır.

4) Meclisler sık sık, bazı hususları, gayrimeşru saiklerle —popüler olmama korkusu gibi— kanun hükmü haline getirmekten çekinirler; zira bazı hükümler vatandaşlara toplum içinde anlaşılamıyan ağır fedakârlıklar yükleyebilir. Umumiyetle milletvekilleri, böyle nankör vazifeleri Bakanlara bırakırlar. Bu gibi haller, Parlâmentonun basit tanzim yetisini değil, gerçek yasama yetkilerini dahi hükümetlere devretmesinin sebepleridir[3].

5) Tanzim yetkisinin genel olarak bir mahali düzene koymak için verildiği görülmektedir. Bu gibi kaide tasarruflar bütün ülke üzerinde tatbik edilen tanzimi tasarruflar yanında, daha dar bir çevreye ait olmaktadır. Misal olarak, belediyelerin yaptığı kaide tasarrufları gösterebiliriz.

b) Tanzim Yetkisinin Hukuki Esası:

Müellifler tanzim yetkisinin hukuki esasını değişik sebeblere dayandırmaktadırlar:

---

1) *Sarıca Ragıp*, Türkiye'de İcra Uzvunun Tanzim Selâhiyeti. 1943, İst. s. 21.
2) *Walline*, Droit Administratif, Paris 1957, s. 108.
3) *Walline*, a.g.e., s. 109.

1) Delegasyon nazariyesi; bu görüşü benimseyen müellifler ve bu arada Alman müellifleri[4], idarenin yapmış olduğu kaide tasarrufları ikiye ayırarak bir kısmını bizzat idarenin sahip olduğu tanzim yetkisinin sonucu olduğu, bir kısmının ise kanun yapmak yetkisine sahip olan yasama organından alınan bir (delegasyona) vekâlete dayandığını kabul etmektedirler. İdare esas itibarı ile kaide koyamaz. Bu yasama organına ait bir fonksiyon ve yetkidir. Ancak bazı hususlarda, idareye delegasyon yolu ile kaide koyma yetkisi verilebilir[5].

Hususî hukuktaki vekâlet (mandat) teorisine dayanan bu görüş taraftarları XVIII. y.y. danberi kendilerine yağdırılan itirazlara rağmen teoriyi cesaretle müdafaa etmektedirler[6]. Zira önce Siéyes, ve Locke, daha sonra Duguit, «Kendine verilen bir hakkın tatbiki devredilebilir» demiş, «Parlâmentoya hiçbir hak verilmemiş» olduğunu ilâve etmiştir[7]. Bonnard ise, «Parlâmentonun tanzim etmek hakkı değil, yetkisi vardır»[8] demekte, Barthélemy ve Duez cümleye «Yetkiler devredilemez» şeklinde devam etmektedirler[9], Carré de Malberg, kesin olarak «Yasama yetkisi devredilemez» sonucuna varmıştır[10]. Bu itirazlara rağmen bazı Fransız müellifleri, bu arada görüşün en son müdafilerinden olan Font Reaulx[11], kanun koyucu tarafından hükümete verilmiş bir vekâletin mevcudiyetini kabul etmektedir. Şunu belirtmek gerekir ki, doktrindeki bu itirazlara rağmen gerek Fransız gerek Türk Anayasa Hukukunda meclisler delegasyon teorisine müracaat etmişlerdir[12].

Gerçekten de tanzim yetkisini, yasama yetkisinin bir delegasyonu olarak gören bu teori yanlıştır; zira tanzim yetkisi spontanedir, tarihî bakımdan da yasama yetkisinden önce gelir. Kuvvetler ayrılığına yer veren yazılı bir anayasası bulunan bir memlekette, yasama yetkisi devredemez.

2) İkinci gurup müellifler ise tanzim yetkisini icra fonksiyonunun bir lâzimesi olarak kabul ederler[13]. Doktrinde baskın olan bu görüş taraftarları, icra fonksiyonunu genel olarak kanunları icra etmek şeklinde tarif ederler. Kanunların icrasını temin ise, onların boşluklarını doldurmayı, bunun sonucu olarak gereken hallerde kaide koymayı zarurî olarak içine almaktadır. Kanunları icra edecek bir organın böyle bir kaide koyma yetkisine sahip olması kadar tabiî bir şey olamaz; aksi halde icra fonksiyonu ifa edilemez bir hale gelecektir, demektedirler.

3) Kanaatimizce 61 Anayasasına göre tanzim yetkisi icra organının bir lâzimesi olarak ortaya çıkmamaktadır. Bugün Türk Hukuku bakımından «Tanzim yetki-

---

4) *Onar,* İdare Hukukunun Umumi Esasları. 1960. s. 275.
5) *Onar*, a.g.e., *s.* 276 (Bu müellif vekâlet kelimesini ruhsat olarak ele almaktadır.)
6) *Soubeyrol*, «Les décrets-lois sous la 4éme République 1947, s. 29.
7) *Duguit*, «Traité de droit Constitutionnel» 2. éd. 1924. c. IV. s. 293.
8) *Bonnard,* «Précis de droit Administratif» 3. éd. s. 293.
9) *Barthélemy*, «Traité de Droit Constitutionnel » Paris, s. 195.
10) *Carré de Malberg,* «La Loj, expression de la volanté generales, s. 76.
11) *Soubeyrol*, s. 279.
12) *Onar,* a.g.e., s. 279.
13) *Vedel,* «Droit Administratif» 1958, *Ragıp Sarıca*, a.g.e., s. 33. *Onar*, a.g.e., s. 277. *Dönmezer-Erman,* «Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku», c. I, 1960, s. 137. *Başgil,* «Türkiye Teşkilât Hukukunda nizamname mefhumu», Cemil Bilsel'e armağan, s. 51.

si genel bir yetki midir?» sualine menfi cevap vermek gerekmektedir. Bu konuyu tanzim eden Anayasanın 6. maddesine bakacak olursak «Yürütme görevi, kanunların çerçevesinde, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından yerine getirilir» denmektedir. İlk nazarda «yürütme», «icranın» eşanlamı, olarak anlaşılmakta ise de gerek Anayasanın gerekçesinde ve gerek maddenin Temsilciler Meclisindeki görüşmelerinden[14] bu iki kelimenin eş mâna taşımadığı anlaşılmaktadır[15]. Anayasanın 6. madde ile ilgili gerekçesinde «Yürütme sadece kanunların uygulanması demektir. Kanun olmayan yerde, Türk hukukuna göre, yürütme de yoktur.» denmekte ve yasamanın ilkel (primaire) ve genel olmasına karşılık yürütmenin müştak (derivé) bir yetki olduğu belirtilmektedir. Gerekçeden de anlaşıldığı gibi maddede «Görev» kelimesini kullanmak suretiyle Anayasa vazıı bu farkı göstermek istemiştir. Bu hükümler altında Anayasa Komisyonu raporunda belirtildiği gibi yumuşak bir kuvvetler ayrılığı kabul edilmiş bulunulmaktadır. Yasama organı Kanun yapma yetkisini başkalarına bırakamaz, devredemez; «Yasama yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez» diyen Anayasanın 5. maddesi buna mânidir. TBMM'nin görev ve yetkilerini gösteren 64. maddesinde de, «Kanun koymak ve kaldırmak» kelimeleri ile ifade edilen kaide tasarruflar koymak yetkisinin kaideten Meclise ait olduğu anlaşılmaktadır. Bunun sonucu olarak yürütme organı kaideten tanzim yetkisine sahip bulunmamakta, istisnaen ise ancak Anayasanın 107. ve 113. maddelerine göre, kanun çerçevesinde tüzük ve yönetmelik yapabilme şeklinde gözükmektedir.

1961 Anayasasına göre tanzim yetkisi genel bir yetki değildir. Yürütme organına tanınan bu yetki sadece tüzük ve yönetmelik neşrinden ibaret kalmaktadır[16]. Kanunlar dışında yürütme organına tanzim sahası tanınmamıştır.

---

14) Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu, (5/7) 9.1.1961, s. 11.

15) «Yürütme» Temşiyet, mevcut esaslar dairesinde yürütmek demektir. (kendinden birşeyler ilâve etmeden).. İcra etmek ise daha geniş olarak, kanunların boşluklarını doldurmak ve gerekirse kaide koymağı da içine almaktadır. İcra yetkisi re'sen tasarruflarda bulunmayı icap ettirir. Bugün ise Türkiye'de Bakanlar Kurulu kanun tatbikçisidir. Esasında buna Hükûmet demek gerekir. Fakat Anayasada Hükûmet kelimesi ancak bir yerde geçmektedir (105. mad.).

16) Bu bakımdan 1961 Anayasası ile bundan önceki Anayasa arasında fark vardır. Büyük Millet Meclisi Hükümeti devrinde, (1920, 23 Nisan – 1923 Ekim arasında) 1921, 2. Kânununa kadar mer'i olan Nisab-ı Müzakere Kanunu ve İcra Vekilleri Kanununda ve yine bu tarihten sonra mer'i olan 1921 Esas Teşkilât Kanununda tanzim yetkisine dair en ufak bir hüküm yoktur. Buna rağmen 18 Haziran 1920 tarihli «Umuru Adliye Vekâletinin İntihabı Memurin Nizamnamesi» nden itibaren İcra Vekilleri Heyeti muhtelif işlere dair nizamnameler çıkarmaya başlamıştır. Büyük millet Meclisi bu hususun «Türkiye an'anesine uyduğu için dokunmamış ve yürütme organı ve İdarenin tanzim yetkisini haiz olduğunu teamüli olarak kabul etmiştir. *Ali Fuat Başgil,* «Türkiye Teşkilât Hukukunda Nizamname Mefhumu ve Nizamnamelerin mahiyeti ve tâbi olduğu Hukuki rejim» Cemil Bilsel Armağanı, s. 47 – 48
1924 Esas Teşkilât Kanununun tanzim yetkisi hakkında genel ve açık bir hükme maddeleri arasında yer vermemiştir. Buna rağmen icra uzvunun genel bir tanzim yetkisini haiz olduğu konusunda tereddüt edilmemiştir. Bu yetkinin icra ve idare fonksiyonunda mündemiç olduğu kabul edilmiştir. *Sarıca*, a.g.e. s. 32.

II. BÖLÜM

YÜRÜTME ORGANININ KOYDUĞU KAÎDELERLE SUÇ İHDAS EDİLMESİ

Yürütme organının tanzim yetkisini böylece tesbit ettikten sonra, bu gibi tasarruflarla suç ihdas edilip edilemiyeceği meselesi üzerinde durmak lâzım gelir. Yeni Anayasamızda ve mukayeseli hukukta bu konu nasıl halledilmiştir?

«Kanunsuz suç ve ceza olmaz» prensibini benimsemiş birçok memleketlerde, kanun tâbirine değişik mânalar verilmektedir. Müelliflerin büyük bir kısmı bilhassa Bordeau ekolü ve Léon Duguit Kanunun organik tarifine itiraz ederek kanunun maddi tarifini verirler. Tanzimî tasarrufları muhtevası incelendiğinde, genel kaideler ihtiva etmesi bakımından da «Maddi kanun» olarak kabul ederler[1]. Yine Fransız ve İtalyan Ceza Hukukçuları[2] yürütme organının meydana getirdiği kaideleri şeklî olmasa dahi maddi bakımdan Kanun saymaktadırlar. Bunlardan J. C. Soyer «Ceza ve suçun kaynağını teşkil eden kanunu geniş mânasıyla almamız gerekir; bütün vatandaşlara eşit olarak tatbik edilen, objektif mücerret kaideler olarak kabul edilmelidir» demektedir[3].

Suçun kanunî unsurunu meydana getiren bütün hükümlerin yalnız kanun olmadığı, yürütme organının koyduğu kaidelerle de bu unsurun meydana getirileceği doktrinde bir çok müellifler tarafından kabul edilmiştir[4].

Türk Hukukunda da bu konu tartışmalara sebep olmuş; TCK. 1. maddesinde yer alan kanunsuz suç olmaz prensibi gereğince bir fiilin doğrudan doğruya kanun tarafından suç sayılması gerektiği ileri sürülmüş, bir tüzük, yönetmelik, kararname, kanundan sarih bir müsaade almış olsa dahi herhangi bir fiil suç sayılamaz, denmiştir[5]. Buna karşılık olarak, Kanunsuz suç olmaz prensibini bu kadar dar mânada anlamıyan müellifer bir fiilin kanun tarafından doğrudan doğruya olduğu gibi dolayısı ile de suç sayılabileceğini kabul etmektedir[5a]. Dolayısı ile bir kanun kendisi bir fiili suç sayabileceği gibi, bir tüzüğe, veya yönetmeliğe istediği fiilleri suç sayabilme yetkisini verebilir demekte ve devamla, «Kanunsuz suç olmaz demek menşe ve kuvvetini kanundan almayan bir tasarrufla fiiller suç haline getirilemez» şeklinde, prensibi geniş bir tarzda tefsire taraftardırlar[6].

---

1) *Duguit*, s. 138; *Walline*, s. 109; *Kubalı*, s. 51.
2) *Antolisei*, «Manuale di Diritto Penale, Parte Generale», 1953, s. 46-47, Zikreden *Tosun*, a.g.m. *Garraud*, «Traité Théorique et Pratique du Droit Pénal Français», 1913, s. 296; *Leauté et Vouin*, «Droit Pénal et Criminologie» s. 120.
3) *J. C. Soyer*, «Manuel de Droit Criminel», 1960, s. 14.
4) *Stefani-Levasseur*, «Droit Pénal et Criminologie», 1957. S. 81; *Bouzat*, «Traité de Droit Pénal», s. 79; *Donnedieu de Vabres*, «Traité de Droit Criminel», s. 60; *Rour*, s. 35.
5) *A. Fuat Başgil*, a.g.m., s.38; *Faruk Erem*, «Türk Ceza Hukuku», Ankara 1962, s. 19 ve son.
5a) *Dönmezer-Erman*, s. 138; *Sarıca*, s. 72; *Taner*, s. 153.
6) *Sarıca*, s. 73. Yalnız Profesör Sarıca bu eserinde; suçta ve cezada kanunilik prensibinin bir Türk Anayasası prensibi olmamasından hareket etmektedir.

Mukayeseli Hukukta Durum :

I. F r a n s a d a; 1875 ve 1946 Anayasaları, icra yetkisi ile tanzim yetkisi arasında bir ayırım gözetmemişlerdir. Bu kanunlara göre de tanzim yetkisi, icra yetkisinin bir parçasını meydana getirmektedir; icranın kanun koyucunun daveti üzerine kanunlara uygun olarak, mevcut kanunların hükümlerini belirterek, tamamlayarak, icralarını göstermek için genel ve objektif tasarruflarda bulunmasıdır. Bunun yanında otonom tasarruflar da da yer verilmiştir. Bunlar Kanun dışında yeni konuları tanzim için re'sen yapılmış olan tasarruflardır[7]. Yürütme organının yaptığı ordönanslar gerçek kanunlarla benzerlik arzederler, kanunlar gibi cezalar ve suçlar ihtiva ederler. 1920 - 40 arasında Parlamentonun verdiği delegasyona dayanarak icra organı tarafından yapılan «décret-loi» lar ile suç ihdas edilmiştir[8]. Fransız 1946 Anayasasının 13. maddesi, yasama organından delegasyonu sarahaten kaldırmasına rağmen, gelişen olayların baskısı, kanunlardan daha kuvvetli olmuş, «décret-loi» lar tekrar ortaya çıkmıştır[9].

1958 Anayasası ise kanuna ait sahayı tayin etmiş ve bu saha dışında yasama organına tanzim yetkisi vermemiştir. Böylelikle, Fransız Anayasasının getirdiği yenilikle, tanzim, kaide, yasama ise istisna olmaktadır. 34. maddede, yasama sahası içine giren hususlar sayılmıştır. Cürümler de bu madde hükmü içinde yer almaktadır. Kabahatler ise, 37. maddeye uygun olarak tanzimi sahaya bırakılmıştır.

II. İ n g i l t e r e' de: İngiliz parlâmentosu, kadını erkek ve erkeği kadın haline getirmekten başka her şeyi yapabilir, denmektedir[10]. Dolayısı ile parlamento kendi iktidarını sınırlayabileceği gibi, kendinden sonra gelecek meclislerinkini de tayin edebilir. İngiltere'de delegasyona müsaade etmeyen katı bir Anayasa yoktur. Yetkinin delegasyonu İngiltere'de her derecede ve her halükarda ortaya çıkmaktadır. Âmme hükmî şahısları, kararnameler, (bylaws) şeklinde tanzimi tasarruflarda bulunabilmekte ve bunlarla suç ihdas edilebilmektedir. Aynı zamanda (Court Supreme) tanzim komitesi usule ait kaideler vaz etmek yetkisindedir. İngiltere Kilisesi Milli Meclisi, Parlâmentonun tasdikine bağlı olarak kanun kuvvetinde olan kaideler koyabilmektedir.

---

7) Önceleri otonom tanzimi tasarrufların sahaları oldukça dardı. 17 Ağustos 1948 tarihli kanun bu sahayı genişletmiştir. Parlamento kanun ile tanzimi sahanın sınırını tâyin edebilmekte ve bu saha içinde serbestçe otonom tanzimi tasarruflar yapabilmekteydi. Bunlara çerçeve kanunlar (loi-cadre) adı verilmekteydi. *Laubadére,* «des 'Pleins Pouvoirs' aux 'Demis Decrets - Lois'»; *Duverger,* « Institutions Politiques et Droit Constitutionnel », 1962. 6. ed., s. 536.

8) *Stefani – Levasseur*, s. 82; *Soubeyrol*, s. 29.

9) Bunun için iki yola müraccat edilmiştir:

1. «Loi-Cadre», çerçeve kanunlar, genel prensipleri ihtiva eden ve geri kalan teferruatı «décret» lere bırakan kanunlardır. Şayet Parlâmento bu dec-ret'leri muayyen bir müddet içinde reddetmezse kesinleşmekte, aksi halde yasama prosedürüne başvurulmaktadır.

2. «Tanzim yetkisinin genişletilmesi» meselesi ise Fransız Âmme Hukukunda yeni sayılabilen bir fikre istinad etmektedir. Yasama organı bir kanunla tanzimi tasarrufların sahasını tayin eder. Parlâmento her hangi bir hususun tanzim sahasına girdiğine karar verdiği takdirde hükümet bu sahada tanzimi tasarrufta bulunabilir ve evvelce bu hususu düzenleyen kanunları delegalise eder. *Maurice Duverger*, «les Institutions politiques», 1962, s. 67.

10) *De Lolme, Souberyo*l'den naklen, s. 207.

III. İ t a l y a' da: 1947 tarihli İtalyan Anayasasında, (md. 76 – 77) delegasyona cevaz verilmektedir. Yasama fonksiyonunun, hükümete ancak prensip ve kıstasların tayin edilmesi halinde devredileceği kabul edilmiştir. Ancak 76. maddenin son cümlesi, muayyen bir konu ve zaman ayırarak iki bakımdan tahdit koymaktadır. Binnetice, İtalyan Anayasası, Alman Anayasası gibi delegasyonu sınırını tayin ederek kabul etmiştir. Bunlarla suç ihdas etmek meselesine gelince; İtalyan Anayasasının 25/2. maddesi Suçta ve Cezada kanunîlik prensibine sarih olarak yer vermektedir. «Hiç kimse bir fiili işlediğinden evvel mer'iyete girmiş bir kanun bulunmaksızın cezalandırılamaz.» demiştir. Ancak Anayasa bir maddesinde «Decrets-lois» lar yani kanun kuvvetindeki kararnamelere de yer vermektedir. (Decreto Legg). Yürütme organınca meclislerden geçirilmeden yapılan kanun kuvvetinde olan, sonradan meclise arzedilen tanzimi tasarruflardır. Bunlar yasama organı tarafından yapılmış hükümleri değiştirdiği için kanun kuvvetinde kararname denmektedir. Bu gibi tasarruflarla suç ihdas edildiği gibi, yürütme organı, kanun vazıının bir kanunla ruhsat verdiği hallerde, tanzimi tasarruflarla da suç ihdas edilebileceği, İtalyan doktrin ve tatbikatında kabul edilmektedir[11].

IV. A l m a n y a' da : 1949 Bon Anayasasının 80. maddesi yürütme organının kaide koyma yetkisini ve 103. maddesi de kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibini nizamlamaktadır. Alman Hukukunda, tanzimi tasarrufların caiz olup olmadığı konusunda, umumiyetle yasama organının yetkilerine kanunla diğer organlara devredilemeyeceği kabul edilmekteydi. Ancak yürütme organına mahdut bir saha dahilinde nizamname ısdar etmek yetkisi, sarih bir hüküm bulunmamasına rağmen, Weimar Anayasası zamanında kabul edilmiştir. Fakat tatbikat bu hududu muhafaza etmemiş, Nasyonal Sosyalist İdaresi zamanında, kanunla nizamname arasındaki tefrik tamamen kaybolmuştur. Bu hal daha sonra 1949 Bonn Anayasasının 80. md. nin tanzimine sebep olmuştur[12]. Bu maddeye göre kanun bir hususun yalnızca nizamname ile tanzimine yetki vermemeli, aynı zamanda bu yetkinin maksadını, muhtevasını ve hudutlarını tayin etmeli ve mahkemelerde kendisine yetki verilen makamın bu yetkinin hudutlarına riayet edip etmediğini kontrol imkânına sahip olmalıdır.

Bonn Anayasasının 103/2 fıkrası ise «Bir fiil ancak fiilin ikaından evvel kanunla tayin edilmiş ise cezalandırılabilir» demekle kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibine yer vermektedir. Anayasada yer alan «kanunen tayin mefhumu dar mânada ele alınarak şekli kanun, «formelles Gesetz» mânasında anlaşılması lâzım geldiği Alman hukukçuları tarafından kabul edilmiştir[13]. Bununla beraber Weimar Anayasası zamanında müelliflerce kanunen tayin edilmiş demek, cezalandırabilmenin yalnızca yazılı hukuka istinad etmesi şeklinde anlaşılmakta idi[14]. Yazılı Hukuk

11) *Florian*, «Trattato di Diritto Penale» Milano 1934, c. I. s. 185; *Sabatini*, Istituzioni, Parte Generale, C. I, Catania, 1946; *Antolisei*, Manuale di diritto panale, Parte Generale, Milano 1955, s. 46; (Manzini «Trattato di diritto penale» 1950, c. II, s. 191 ve *Santoro*, «Manuale di diritto penale» 1958, c. I. s. 96 aksi kanaattedirler. Zikreden. *Tosun*, a.g.m.)

12) *Herrfahrt*, Bonner Kommentar, Art. 80, 2.

13) *Holtkotten*, Bonner Kommentar Art. 103.

14) *Anschütz*, Kommentar, 14. bası, 1933 md. 116 not. 1, s. 548.

ise şeklî kanun ve böyle şeklî bir kanunla yetki verilmiş nizamname veya otonom yönetmelikleri ihtiva etmektedir. Bugün, Bonn Anayasasına göre artık bir fiili suç saymanın veya bir cezanın nizamname ve bilhassa polis nizamnamesi ile tayin edilmesi mümkün görülmemektedir.

TÜRK ANAYASA HUKUKUNDA YÜRÜTME ORGANININ SUÇ İHDAS ETMESİ

I. 7 Zilhicce 1293 Kanunu Esasisi:

1293 Kanunu Esasisinin 10. maddesi, «Hürriyeti Şahsiye her türlü taarruzdan masundur. Hiç kimse kanunun tayin ettiği sebep ve suretten maadâ bir bahane ile mücazat olunamaz» demek suretiyle suçta ve cezada kanunilik[1] prensibini dolayısı ile belirtmiştir. Ancak Kanunun meşhur 113. maddesi bu prensibin tatbik kabiliyetini kaldırmış ve bir lâf-ı güzaf haline sokmuştur[2]. Aynı Kanunun 36. maddesi gereğince yasama yetkisinin yürütme organına kanunun muvakkat şeklinde devri kabul edilmiştir. Bu «Devleti bir muhataradan veya emniyeti umumiyeyi halelden vikaye için bir zarureti mübrime zuhur ettiği» ve meclis de münakid olmadığı zamanda «Kanunu Esasî ahkâmına mugayir olmamak üzere» meclisi vükelâ tarafından ve «Bâ iradei seniye muvakkaten kanun hüküm ve kuvvetindedir» denmekte idi[3]. Bu nevi kararnameler mahiyetleri itibariyle bir tanzimi tasarruf oldukları halde kanun hükmünde olduklarından bunlarla suç ihdas edilebileceği mümkün görülmektedir[4].

1293 Kanunu Esasisi ancak bir yıl kadar tatbik edilebilmiştir. İkinci Abdülhamid'in Meclisi Meb'usanı dağıtması ile yasama organı ortadan kalkmış fakat padişah memleketi idarede Kanunu Esasiye uyar gözükmek için, nizamname, kararname, talimatname ismini verdiği kaide tasarruflar ısdar etmiştir. Kanun kuvvetinde sayılan bu gibi tasarruflarla ihdas edilen suçlar, vaz edilen cezalar mevcuttur[5].

II. 1924 Teşkilâtı Esasiye Kanunu:

1924 Esas Teşkilât Kanununda suçta ve cezada kanunilik prensibini, sarih bir Anayasa prensibi olarak görmemekteyiz. Doktrinde bu prensibin bazı maddelerden dolayısı ile çıkarılıp çıkarılamıyacağı münakaşa edilmiştir.

Prof. Sarıca[6] «Kanunsuz suç olmaz» yalnız Ceza Kanununda vaz edilmiş olmayıp Anayasa tarafından da kabul edilmiş olduğu söylenemez diyerek, böyle bir

1) *Dönmezer Erman,* c. I, s. 33; *Ali Fuat Başgil*, Türkiye Siyasi Rejimi Anayasa Prensipleri, c. 1, İst. 1957, s. 88.
2) 3 Ağustos 1325 tarihli Kanunla 113. madde kaldırılmış ve 10. madde «Hürriyeti şahsiye, her türlü taarruzdan masundur. Hiç kimse şer ve kanunun tayin ettiği sebep ve suretten maada bir bahane ile tevkif ve mücazat olunamaz» şeklini almıştır. *Feridun Server*, Anayasalar ve Siyasal Belgeler, 1962, s, 29.
3) *A. F. Başgil,* a.g.m. s. 38.
4) *Tosun*, a.g.m., s. 355.
5) *Tosun*, a.g.m., not 17, Bu sırada kabul edilip hâlâ tatbik edilen bir çok nizamnamenin bulunduğunu söylemekte ve bazı örnekler vermektedir.
6) *Sarıca*, a.g.e., s. 71.

prensibin Anayasanın ne 71. ne de 72. maddelerinden çıkarmaya imkân bulunmadığını ileri sürmektedir. Dolayısı ile bu bir Anayasa prensibi değil, sadece alelâde bir kanunla «TCK.» la konmuş olan bir prensip olmaktadır. Daha sonra çıkarılan bir kanun ile prensipten ayrılarak suç ve ceza ihdas etmek yetkisi verilebilir.

Buna karşılık olarak bazı Türk Ceza Hukukçuları, Esas Teşkilât Kanununun 71. ve 72. maddelerinden sarih olmasa bile bu prensibin çıkarılabileceğini ileri sürmekteydi[7]. Dönmezer-Erman ise Esas Teşkilât Kanununun 68. maddesinin 3. fıkrasında «hukuku tabiiyeden olan hürriyetin herkes için hududu başkalarının hududu hürriyetidir. Bu hudut ancak kanun marifeti ile tesbit ve tayin edilir» hükmü yer almaktadır. Suçlar ferdi hürriyetleri tahdit ettiklerinden 68. maddenin suçta kanunilik prensibini ihtiva ettiği söylenebilir diyerek bir Anayasa Hukuku prensibi olarak kabul ederler[8].

Bize göre de 1924 Anayasasında bu hususta sarih bir hüküm yoktur. Ancak 68. maddeden dolayısı ile bu prensip çıkartılabilir. Bir ceza koymak veya bir fiili suç saymak bir kimsenin hak ve hürriyetini tahdit edeceğine göre ancak kanun ile yapılabilir.

Esas Teşkilât Kanunundan dolayısı ile çıkarttığımız bu prensibe rağmen gerek tatbikatta gerek doktrinde tanzimi tasarruflarla suç ihdası kabul edilmiştir[9]. Kanun koyucunun bu gibi idarî tasarruflar için icra organına yetki vermesi bakımından doktrinde üç fikir ortaya atılmıştır:

a) Vekâlet mânasında delegasyon: Yürütme organının yasama organından almış olduğu vekâlete dayanarak idarî tasarruflarla suç ihdas etmesidir. Tenkit için şunu ileri sürebiliriz: evvelâ yukarıda da belirttiğimiz gibi tanzim yetkisinin vekâlet anlamında delegasyon ile izahı mümkün değildir. Kaldı ki, vekâlette asıl salâhiyet müvekkilde olup salâhiyeti her zaman geri alabilir. Salâhiyet bu şekilde geri alındığı takdirde icra organı bütün hareket imkânını kaybetmiş olacaktır.

b) İdarenin tanzim yetkisinin mahiyetine dayanarak yürütme organı, koyduğu kaideler ile suç ihdas edebilmektedir[10] . Tanzim yetkisi icraya kanunların tatbikini sağlamak için tanınmıştır. Dolayısı ile yasak fiiller ve mükellefiyetler ihdası bu yetkinin zarurî bir neticesi olmaktadır. Bu görüş ceza hukuku bakımından eksik kalmaktadır. Çünkü suçta kanunilik prensibi, icra kuvvetinden doğan tanzim yetkisine değil ancak kanun vazıının iradesine bağlı kılınabilir.

c) Yürütme organının yaptığı tasarruflar ile suç ihdası ve ceza verilmesini yasama organının vermiş olduğu niyabete bağlanmaktadır[11]. Ancak bu yolda suçta kanunilik prensibi korunmuş olur. Anayasanın 26. maddesine göre BMM. kanun-

7) *Tahir Taner*, s. 33. Esas Teşkilât Kanununun 71. maddesi sadece «can, mal, ırz, mesken» in her türlü taarruzdan masun olduğunu belirtmekte, herhangi bir fiilin kanun ile suç sayılabileceği söylenmemektedir. 72. madde ise «bir kimsenin derdest ve tevkif edilmesinden» bahsediyor. Bu cezada ve suçta kanunilik prensibinden ziyade tevkifte kazai teminatı gösteren bir Anayasa hükmüdür. Bu konuda bak: *Sarıca*, s. 72; *Dönmezer-Erman*, s. 33, not 76.

8) *Dönmezer-Erman*, s. 33.

9) 30.3.1949 tarih, E: 25, K: 4, Temyiz Ceza Um. Hey. Kararı.

10) *Sarıca*, a.g.e., s. 317.

11) *Dönmezer – Erman*, s. 139.

ların vaz' ve tâdilini kendi yapar, bunlar dışındaki hususların ifası için başkasına yetki tanıyabilir. Bu yetki verme suç ihdası sahasında olabilir. Zira suçta kanunilik demek kanun koyucunun iradesi ile suçların tayinidir. Bu irade doğrudan doğruya olduğu gibi dolayısı ile de tezahür edebilir. İşte niyabet verme halinde kanun koyucu iradesini dolayısı ile belirtmiştir.

Bu görüşe göre suç ihdasının bazı şartlar ile mümkün olabileceği kabul edilmiştir:

aa) Tasarruf tanzim yetkisini haiz olan merciden sadır olmalı,

bb) Merciin yetkisinin içinde kalmalı,

cc) Kanunun sarih veya zımni bir hükmünü ihlâl etmemiş olmalı,

dd) Yetkinin saptırılması sureti ile ittihaz olunmamış olmalı,

ee) Kanunî şekillere uygun olarak neşir ve ilân edilmiş olmalı,

ff) Niyabet veren kanun suç sahasını tayin edip cezaları göstermelidir.[12]

d) Kanaatimizce: 1924 Anayasasına göre meseleyi hallederken Anayasanın 6, 26 ve 68/2 maddelerini bir arada mütalâa etmek gerekmektedir. 6. maddede, «Meclis teşriî salâhiyetini bizzat istimal eder» şeklinde bir hüküm yer almaktadır. Bununla «délegation depouvoir» yasak edilmektedir. Meclisin vazifelerini gösteren 26. madde ise, «BMM. kavanin vazıı tâdili… gibi vezaifi bizzat kendisi ifa eder.» demektedir. 68. maddedeki hürriyetler kanunla düzenlenir hükmünden çıkarttığımız suçta kanunilik prensibinin bir neticesi olarak suç ve ceza ihdasının da ancak kanun ile yapılması gerekmektedir. Kanun yapmak vazifesi meclise ait olduğundan ve bu salâhiyeti bizzat istimal edeceğinden görüşümüze göre eski Anayasa hükümleri çerçevesinde dahi tanzim tasarrufları ile idarenin veya yürütmenin suç ihdası kabul edilemez.

Buna rağmen memleketimizde bu konuda geniş bir tatbikata rastlanmaktadır[13]. Hattâ daha ileri gidilerek hükümetin kendine verilmiş yetkiyi bir başka vekalete devretmesi dahi, niyabet veren kanun hükümleri çerçevesinde Temyiz Mahkemesi tarafından kabul edilmiştir.

Tanzim edilecek mevzuları gösteren fakat teferruatını, hattâ bazan muhtevanın tayin ve tesbitini tanzimî tasarruflara bırakan kanunlara beyaz hükümler, «lois-Cadres» veya «Blanketts Strafgesetz» çerçeve hükümler denmektedir. Bu gibi kanunlara misal olarak mevzuatımızda, 14, Mayıs 1933 Hususî Hastahaneler

12) *Dönmezer-Erman*, s. 139. (Fransız Doktrininde de tanzimi tasarruflarla suç ihdas edilmesi bu şartlara bağlanmaktadır. Bk. *Bouzat* 79. *Stefani-Levasseur*, 83: *Garraud*, c. I, 297; Vouin, 35.)

13) Bu konuda memleketimizde oldukça enteresan 2 kanuna rastlamaktayız. Biri bugün mer'i bulunmayan 3780 sayılı, 18.1.1940 tarihli Milli Korunma Kanunu, diğeri ise 1567 sayılı, 20.2.1930 tarihli Türk Parasının Kıymetini koruma hakkında Kanundur. İkinci kanunun 1. maddesi kanunun maksat ve mevzuunu göstermiştir. Bunlara uygun olarak kararlar ittihazına İcra Vekilleri Heyeti salâhiyetli kılınmıştır. Kanunun 3. md. kararlara aykırı davranışları suç saymakta, bu suçlarını cezalarını belirtmektedir. Böylece yasama meclisi Bakanlar Kuruluna bir takım suçlar kabul etme imkânı vermiştir. Bugün dahi 1576 sayılı Kanunun 1. Maddesinin verdiği yetkiye dayanarak Bakanlar Kurulunca çıkarılan 17 sayılı kararname mer'iyette bulunmaktadır.

Kanunu; 24 Nisan 1930 Hıfzıssıhha Kanunu; 1075 sayılı Ticarette Tağşişin Men'i Hakkında Kanun; 3008 sayılı İş Kanunu; Umuru Belediyeye ait Ahkâmı Cezaiye hakkında Kanun'u sayabiliriz. Bu son Kanun Belediye Meclislerinin ittihaz edecekleri ve tembihnameler ile mahallerinde ilân edilecek kararlara aykırı davranışların suç sayılacağını kabul etmiştir.

Bunlar gibi 1924 Anayasasına aykırı olarak vaz edilen kanunlar, sözü geçen Anayasada kanunların Anayasaya aykırılığını tetkik edecek bir müessese olmadığından hâkimleri bağlamıştır, zira hâkim bir fiilin, tüzük tarafından suç sayılmasına müsaade eden kanunu uygulamak mecburiyetinde idi. Kaldı ki, tüzük kanuna aykırı olsa dahi, hâkim meseleyi bir defi zımnında tetkik edip neticede tüzüğü ihmal edemiyeceği gibi böyle bir iddia karşısında hâdiseyi bir bekletici mesele yapıp dâvayı tâlik dahi edememekte idi.

III. 1961 Anayasası :

334 sayılı 1961 Anayasası bu konuda yeni esaslar getirmiştir. 33. maddesinde ilk defa olarak sarih bir şekilde, «Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz,» denilmek suretiyle, suçta kanunilik prensibini kabul etmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise, «Cezalar ve ceza tedbirleri ancak kanunla konur» şeklinde cezada kanunilik prensibi ifade edilmiştir. 5. maddesinde de, «Yasama yetkisi Türkiye BMM'nindir. Bu yetki devredilemez» şeklinde bir hüküm mevcuttur.

Yeni Anayasanın koyduğu bu hükümler karşısında, yürütme organı, yasama organının kendine bir kanun ile bıraktığı hususlarda suç ihdas edebilecek midir?

Bu hususta Türk Hukukunda rastlanan bir görüş, Mülga Esas Teşkilât Kanunu ile, yeni Anayasanın hükümlerini mukayese ederek bir neticeye varmaya çalışmaktadır[14]. Ancak bu suretledir ki, evvelce cevaz verilen bir hususun bugün dahi aynı cevaz çerçevesi içinde bulunup bulunmadığı tesbit edilecektir, denmektedir[15].

Mülga Esas Teşkilât Kanununda hürriyetler kanunla düzenlenir ifadesinden dolayısı ile çıkardığımız suçta kanunilik prensibi 1961 Anayasasının 33. maddesinde sarih bir şekilde mevcuttur. Böylece, bu prensip bakımından iki Anayasa arasında bir fark yoktur. Yeni Anayasanın 5. maddesi, ile mülga Anayasanın 6. maddeleri de benzerlik arz etmektedir. Bu maddeler kanun-u muvakkat denilen ve bazı yabancı anayasalarda kabul edilmiş bulunan, zarurî hallerde devlet başkanlarının yasama meclislerinden geçirmeden kanun kuvvetinde kararnameler koymalarını önlemek için vaz edilmişlerdir[16]. Bu konu bakımından da eski ve yeni Anayasalar arasında bir fark mevcut değildir. Anayasanın cevaz verdiği tanzimi tasarruflar olursa, (Tüzük 107), (Yönetmelik 113. mad) yürütme organı suç ihdas edebilir. Aksi

14) *Dönmezer*, İcranın tanzim tasarrufları ile suç ihdası, Anayasaya aykırılık halinde verilmesi icap eden karar (İ.H.F.M., sy. 1., 1962). *Tosun*, Yürütme organının koyduğu kaidelere aykırılıkların cezalandırılası (İ.H.F.M., sy. 2. 1962).

15) *Dönmezer*, a.g.m., s. 9.

16) *Tosun*, a.g.m., s. 355.

halde devlet hayatı felce uğrayacaktır. Anayasayı içtimaî ihtiyaçlar açısından göz önünde tutmak gerekir, demektedirler.

Bu şekilde bir muhakeme tarzı ile bu sonuca varmak görüşüme göre yanlıştır. Eski Anayasada mesele farklı bir düzen içinde ele alınmıştır. Yukarıda belirttiğimiz gibi Anayasada suç ve ceza ihdasını kanuna bırakan bir madde olmadığı için, CK. 1, maddesine bu sarih bir Anayasa prensibi değildir deniliyor veya, niyabet veren bir kanunun mevcudiyeti halinde, suç ihdas edilebileceği kabul ediliyordu. Kanaatimce eski Anayasaya göre dahi tanzimi tasarruflar ile suç ihdas edilemez. Eski Anayasanın 6. maddesi ile yeni kanunun 5. maddeleri sadece kanun-u muvakkatları değil yetkinin devredilmesini de yasaklamak için konulmuştur. 1961 Anayasasının 5. maddesine ilâve edilen «Bu yetki devredilemez» cümlesi eski Anayasanın tefsirlere sebebiyet veren metnine sarahat verilmek için vaz edilmiştir.

Yeni bir felsefe, yeni bir ruhla yapılan Anayasa ile yeni sonuçlara varmamız gerekirken eski neticeleri ele alamayız. İtalyan ve Fransız Anayasaları da bu konuda bize yardımcı olamaz, zira İtalyan Anayasası delegasyonu sınırını tayin ederek kabul etmiş, Fransız Anayasası da tanzimi sahayı kaide yasama sahasına da istisna kabul ederek yepyeni bir sistem getirmiştir. Bizim Anayasamız ise, 5. maddesi ile tanzimi sahayı tamamen reddetmiştir. Gerçekte de kuvvetli bir icra, tanzim yetkisi ile bir hükümet kurmak, diğer yandan da hukukçu olarak Anayasa ile bağlı olmak vardır.

Hakikatleri, zorunlukları kabul etmekle beraber bu Anayasa felsefesi içinde düşünmek, Anayasayı çiğnemeden realitelerle bağdaştırmak lâzımdır.

Bu meseleleri sadece 33. madde içinde mütalaa etmek kâfi gelmez. Anayasanın diğer bir çok meselelerine de bakmamız elzemdir. Bu Anayasaya göre yürütme, yasama nedir? Evvelâ bu müesseseler incelenmelidir. Yukarıda belirttiğimiz gibi, yasama ilkel ve genel bir yetki olmasına rağmen, yürütme müştak (derivé) bir yetkidir. Yasama kuvvet olmasına rağmen yürütme bir görevdir. Türkiye'de Bakanlar Kurulu kanun tatbikçisidir. Anayasa yapıcıları yürütme organına suç ihdası yetkisi vermemiştir. Yani Anayasanın bu mühim vasfı, «legalist» kanuncu olmasıdır. «Kanuncu» demek, ancak yasama meclisinin iradesi ile hürriyetler tahdit edilebilir demektir. 1961 Anayasası kanuncu Anayasadır, çünkü, 1) Hürriyetler bahsinde kanun yer alır, 2) Anayasa mahkemesinde Anayasaya aykırılık iddia edilebilir (md. 8). Bunların dışında bir reaksiyon Anayasası olması hasebiyle bazı sebepler de vardır, 1924 Anayasasından farklı olarak, «ancak kanunla düzenlenir», «ancak kanunla korur» tâbirleri bambaşka bir gaye ile söylenmiştir. Anayasanın 11. maddesine göre temel hak ve hürriyetlere kanunsuz hiçbir tahdit konulamaz. Bir ceza koymak veya suç saymak temel hak ve hürriyeti tahdit edeceğine göre ancak kanunla yapılacaktır. Bu bakımdan suçların tayininde, Anayasanın hürriyetleri tahdidine dair kaide ve prensiplerinin uygulanması gerekir. Dolayısı ile 33. maddedeki şeklî ve maddî mânada kanun olarak anlaşılmalıdır. Esasen Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu Raporunda, «İdari karar ve nizamnameler ile temel hak ve hürriyetlerin kayıtlanamıyacağı» bilhassa belirtilmiştir[17].

17) Anayasa Komisyon Raporu, 9.3.1961, No. 27, madde 11.

Anayasanın 61. maddesi, vergi mükellefiyetinin de ancak kanun ile yüklenebileceğini belirtmiştir. Vergi kanunları verginin mevzuunu, matrahını tayin eder. Ceza koyarken de, kanun koyucu suçun tarifini yapmaktadır.

Anayasamıza göre, istisnai bir durum olan tanzimi saha için, 107. madde ile Bakanlar Kuruluna kanunların uygulanmasını göstermek ve kanunların emrettiği işleri belirtmek için Tüzük ve 113. maddesiyle de Bakanlıklara «Kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak» üzere yönetmelik çıkartmak yetkisi verilmektedir. «Göstermek», «belirtmek», ve «uygulanmasını sağlamak üzere»[18] derken, idarenin yeni hükümler koyabileceği ancak temel haklar sahasına giremiyeceği kabul edilmiştir[19].

Bu izahatımızın sonucu olarak, Anayasayı sosyal ihtiyaçları halledecek şekilde, geniş olarak yorumlamanın hatalı olacağını belirtmek isterim. Bir hukukçu olarak Anayasa ile, Anayasa metni ile bağlı kalmak icap eder.

1961 Anayasası mer'iyete girdikten sonra, tatbikatta, Mülga Esas Teşkilât Kanunu zamanında çıkartılmış ve nizamname kararnameler ile suç ihdasına ruhsat veren kanunlar hakkında Anayasa Mahkemesinin kararlarına rastlamaktayız.

15.1.1962 tarih ve E: 3/132-1, K: 2 Yargıtay Ceza Genel Kurulu 1576 Türk Parasını Koruma Kanunu hakkında vermiş olduğu kararında, Yargıtay Ceza Baş Savcılığının T.P.K.K. gereğince çıkarılan kararnamelerle bir takım eylemlerin suç sayılmasını Anayasaya uygun görmeyen tebliğine karşı bir görüş serdetmemiş, fakat böyle bir iddianın tetkik merciinin Anayasa Mahkemesi olduğunu belirtmekle yetinmiştir[20]. Meseleyi tetkik eden Anayasa Mahkemesi de bu Kanun ile Anayasa hükümleri arasında bir aykırılık görmemiştir[20bis].

Bir diğer Anayasa Mahkemesi kararı ise 1918 sayılı Kaçakçılığın men'ine dair Kanuna, 6829 sayılı kanunla eklenen ek. 1 maddenin birinci fıkrası ile ek 2. maddenin 1 sayılı fıkrasının Anayasaya aykırı olduğu itirazı karşısında verilmiştir.[21]. İtiraz konusu olan «Kaçakçılığın men ve takibi için lüzumlu görülen yerlerde İcra Vekilleri Heyetince tesbit ve ilân olunacak madde ve eşyaların, Dahiliye, Gümrük ve İnhisarlar Vekâletlerince tayin edilecek mercilerden müsaade almaksızın emniyet bölgelerine sokanlar veya sokmağa teşebbüs edenler hürriyeti bağlayıcı ceza ile suç mevzuu olan şeylerin müsaderesi» hükmü idi.

---

18) «Belirtmek» açıklamak olarak anlaşılmalıdır. Dar mânada ele alınmalıdır. Ancak bu şekilde anlaşılması Anayasanın 5. maddesine aykırı bir durum meydana getirmez.

19) 107. ve 113. md. ler tetkik edilecek olursa, Türk Anayasası ile 1958 Anayasası arasında fark olduğu anlaşılır. Tanzim yetkisi, Fransız Anayasasının idareye verdiği bir yetki değildir. Hükümet kanun dışında bir tanzimde de bulunabilir. Meselâ, Fransa'da trafik hükümleri Reisicumhur tarafından konulmuştur.

20) Y.C.G.K., 15.1.1962, E: 3/132-1, K: 2, Teb. 961/3154.

20 bis) A.Y.M.K. 28/3/1963, E: 1963/4, K: 1963/71, (Bu karar mecmua basılırken neşredilmiş bulunmaktadır).

21) A.Y.M.K., 10.12 1962, E: 1962/198, K : 192/198.

Anayasa Mahkemesi ekseriyetle vermiş olduğu bu kararında konumuzla alâkalı iki hususa temas etmiştir:

1) Yasama organının doğrudan doğruya kullanması gereken yetkilerini yürütme organına devretmiş olmasını, «... zamanın gereklerine göre sık sık değişip tedbirler alınmasına veya alınan tedbirlerin kaldırılmasına ve yerine göre tekrar konmasına lüzum görülen hallerde, yasama organının yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında tedbirler almasının güçlüğü karşısında kanun koyucunun esaslı hükümleri tesbit ettikten sonra ihtisas ve idare tekniğine taallûk eden hususların düzenlenmesi için Hükûmete yetki vermesi, yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey değildir» diyerek Anayasanın 5. maddesine aykırı görmemiştir.

2) Kanunda, «Emniyet bölgelerine İcra Vekilleri Heyetince tesbit ve ilân olunacak madde ve eşyanın Dahiliye, Gümrük ve İnhisarlar Vekâletlerince tayin edilecek mercilerden müsaade almaksızın sokulmasının suç sayılması» ve cezasının gösterilmiş olması 33. maddede yer alan «Kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibini» ihlâl eder görülmemiştir. Yüksek Mahkeme suçun unsurlarının ve cezasının kanunda gösterilmiş ve ancak detaylarının tanzimi tasarruf sahasına bırakılmış ve bunun da kişilere duyurulacak şekilde yayınlanmış olmasını, Anayasaya aykırı olmayışının gerekçeleri olarak kabul etmekle, «çerçeve kanunları» kabul etmiş olmaktadır. 1946 Fransız Anayasası 13. maddesinde bizim Anayasamızın 5. maddesi gibi delegasyonu yasaklayan benzer bir hükmün bulunmasına rağmen Fransız Âmme Hukukunda «çerçeve kanunlara» (lois-Cadres) başvurulmuştur. Bizde de olayların baskısı ile bu yola gidilmektedir.[22] [23]

Yukarıdaki izahatımızdan da anlaşıldığı gibi, Anayasa Mahkemesinin ekseriyetle alınan bu kararına iştirak edememekteyiz. Kararın muhalefet şerhinde belirtildiği gibi «Anayasa Mahkemesi bir yargı organı olmak itibariyle bir kanunun Anayasaya aykırılığı iddiasını incelerken yalnız ve ancak Kanunilik denetimi yapmak zorundadır. Anayasaya aykırılığı zahir olan bir kanun veya hükmü halin icabına uygun olduğu bakımından ele aldığı takdirde, yetkisinin sınırlarını aşmış ve siyasi sahaya girmiş olur.» Meseleyi Anayasa metni muvacehesinde değerlendirmek gerekir. Kaldı ki kanunda takip edilecek siyasetin esas prensipleri belirtil-

22) Anayasa Mahkemesi daha sonra aynı kanuna 6829 sayılı kanunla eklenen ve hangi fiilin suç olduğunu belli etmek yetkisini Bakanlar Kuruluna bırakan ek 2. maddenin Anayasaya aykırı olduğu yolundaki Reyhanlı Asliye Ceza Mahkemesi itirazını da aynı sebeplerle reddetmiştir. (A.Y.K. 16.1.1963 E: 1962/232, K: 1963/9).

23) Anayasa Mahkemesi «Ticarette tağşişin men'i ve ihracatın murakabesi ve korunması» hakkındaki 1705 sayılı kanunun ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan «Deri, Gön ve Kösele Murakabe Nizamnamesi» nin Anayasaya aykırılığı iddiası karşısında; adı geçen kanunun suçu ve kanuna aykırı davranışlarının mahiyetlerini açıklamaksızın, Bakanlar Kuruluna tedbirler almak yetkisi verilmesi ve bu tedbirlere aykırı hareketleri suç sayıp, ceza tayin etmesini Anayasanın 5 ve 33. maddelerine aykırı görmemiştir. Kararda «Türk malının istihsalindeki tekemmül ve intizamı, satışında itimadı ve istihlâkında rağbet ve emniyeti temin» gayesi ile vazedilmiş 1705 sayılı kanunun güdülen bu amaca uygun olarak malların istihsalinden satışına ve teslimine kadar tâbi olacağı şartları idari tasarruflarla tayin ve tesbit etmesi ve bunlara aykırı fiilleri cezalandırması mümkün görülmüştür (A.Y.M.K. 7.3.1963. E: 1962/281, K: 1963/52).

meden yürütme organına bu kadar geniş bir takdir yetkisi tanınması yürütme organını kanunun uygulanmasına taallûk eden teferruatın tesbitiyle görevlendirme mahiyetinde değil, yasama sahasına giren bir yetkinin devredilmesidir.

SONUÇ

Bu araştırmada şu sonuca varmaktayız:

1) Hergün biraz daha gelişen sosyal ihtiyaçlar kanun koyucuyu bu ihtiyaçları izlemeye, bir fiili suç sayıp kanunla tesbit etmeye veya suç olmaktan çıkarıp kanunu ilga etmeye zorlamak gibi son derece güç bir durum meydana getirebilir.

2) Diğer bir çok sebepler yanında, bilhassa kanun yapma tekniği pek ağır işlemesi sebebiyle, benzer hallerde yürütme organına bazı fiilleri yasaklama yetkisi verilmek zorunda kalınmaktadır.

3) Bununla beraber elimizdeki Anayasa metnini sosyal ihtiyaçlar açısından gözönünde tutamayız, 1961 Anayasası «kanuncu» (legalist) bir Anayasa olması sebebiyle, Yasama organına büyük bir üstünlük sağlamış bulunmaktadır. Bu bakımdan 1949 Bon Anayasası ile benzerlik arzeder.

4) Bugün artık devlet idaresinde bütün hayatı sevk ve idare eden hükümetlerdir. Parlâmentolara sadece denetlemek vazifesi verilmiştir. Hükümet büyük bir serbesti içinde bulunmakta, kuvvetli bir icra olarak gözükmektedir.

5) 1961 Anayasası bir tepki, bir reaksiyon Anayasasıdır. Kötü tecrübelerle dolu bir devrin sonunda kaleme alınmış, gerçeklerle uzlaştırılamamıştır.

Bu Anayasa metni karşısında realitelere uygun olmadığı halde, tanzimi tasarruflarla suç ihdas edilemez. Yapılacak olan şey Anayasanın bu bakımdan tâdil edilmesidir. Aksi takdirde olayların baskısı kanun hükümlerinden ağır olacağından aynen 1946 Fransız Anayasası tatbikatında olduğu gibi, çerçeve kanunlara veya tanzim yetkisinin genişletilmesi usullerine başvurulacaktır ki, bilhassa ikincisi bizce kanuna karşı hile mahiyetini taşımaktadır. Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararlar da bu görüşümüzü teyid etmektedir.

Asistan Duygun YARSUVAT

Faydalanılan Eser ve Makaleler

Balta Tahsin Bekir — Türkiye'de Yasama Yürütme Münasebeti İncelemeler ASBF. Yayınlan, 1960, No. 18.

Başgil, Ali Fuat — Türkiye Teşkilât Hukukunda Nizamname Mefhumunu ve Nizamnamelerin Mahiyeti ve Tâbi Olduğu Hukuki Rejim, Cemil Bilsel'e Armağan, İst. 1939.

Bonnard — Précis de Droit Administratif 3ed. Paris.

Bouzat et Pinatel — Traité de Droit Pénal et de Criminologie Paris 1962.

Chatelain Jean — La Nouvelle Constitution et la Regime Politique de la France Paris, 1959.

Crosa, Emilio — La Constitution Itallenne de 1948 Paris 1950.

Duguitt, Léon — Traité de Droit Constitutionnel Paris 1924.

Dennwitz B. — Kommentar Zum Bonner Grundgezetz, Hamborg, 1955.

Donnedieu de Vabres — Traité de Droit Criminel, Paris 1947.

Donnedieu de Vabres — «Decrets - Lois et Droit Français Reglementaire D'aprés La Loi du 17 Août 1948.

Dönmezer - Erman — Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku c. 1, İstanbul 1961.

Dönmezer Sulhi — İcranın Tanzim Tasarrufları ile Suç İhdası Anayasaya Aykırılık Halinde Verilmesi İcap Eden Karar. İHFM. c. XXVIII 1962 s. 1.

Duverger Maurice — Institution Politiques et Droit Cnstitutionnels, 6éd Paris, 1962.

Duverger, M. — Les Institutions Françalses Paris 1962.

Duvarger, M. — La V e Républiques Paris 1960.

Duverger, M. — Constitution et Documents Politiques Paris 1956.

Garraud — Traité Theorique et Pratiqe du Droit Pénal Français Paris 1913.

Leauté et Vouin — Droit Pénal et Criminologle Paris 1956.

De Laubadére — Traité Eléementaire de Droit Administratif 2éd Paris 1957.

De Laubadére — Des «Pleins Pouvoir Aux «Demis - Decrets - Lois» Recueli Dalloz 1952, 10 cahier.

Levasseur — Cronique Dalloz 1959 XVIII.

Kubalı Hüseyin Nail — Esas Teşkilat Hukuku Dersleri İstanbul 1959.

Onar S. S. — İdare Hukuku Umumi Esasları İstanbul 1960.

Taner Tahir — Ceza Hukuku 3. bası, İstanbul 1953.

Tosun Öztekin — Yürütme Organının Koyduğu Kaidelere Aykırılkarın Cezalandırılması İHFM c. XXVIII. s. 2, 1962.

Stefani - Levasseur — «Droit Pénal General et Criminologie» 1957-60.

Sarıca, Ragıp — Türkiye'de İcra Uzvunun Tanzim Selâhiyeti, İstanbul 1943.

Schwartz — «Le Droit Administratif Americain» Paris 1952.

Soubeyrol, Jacques — «Les Décrets-lois sous la 4éme, Republique» Bordeaux, 1955.

Soyer et Fréjaville′ — «Manuel de Droit Criminel» 9. bası, Paris 1960.

Vedel — Droit Administratif, Paris 1958.

Walline, M. — Traité de Droit Administratif, Paris 1959.

(3. Makale - 1964)

Sulhi DÖNMEZER

Anayasa Hukuku Yabancı Yayınlar ve Türk Anayasası *

* Sulhi Dönmezer, "Anayasa Hukuku Yabancı Yayınlar ve Türk Anayasası", İÜHF Mecmuası, Yıl 1964, Cilt 30, Sayı 1-2, 377 – 398.

MAHKEME KARARLARI KRONİĞİ

ANAYASA HUKUKU

Yabancı Yayınlar ve Türk Anayasası

T.C.

Anayasa Mahkemesi Kararı

Esas No. : 1963/170
Karar No. : 1963/178
Karar tarihi : 5/7/1963
R.G.de Yayın tarihi : 4/11/1963

Davacı : Türkiye İşçi Partisi

Dâvanın konusu : 5680 sayılı Basın Kanununun 31 inci maddesinin ve ayrıca diğer bazı kanunların bir kısım hükümlerinin Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İnceleme :

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünün 15 inci maddesi gereğince 11/3/1963 gününde yapılan ilk inceleme sonunda;

a) Türkiye Büyük Millet Meclisinde Temsilcisi bulunan Türkiye İşçi Partisi Genel Yönetim Kurulunun; Anayasaya aykırı kanunlar hakkında Anayasa Mahkemesinde iptal dâvası açılması, dâvaların konularının tâyini ve gerekli işlemlerin yapılması için Merkez Yönetim Komitesine tam yetki verilmesini kararlaştırdığı, Merkez Yönetim Komitesinin açılacak dâva konularını tesbit ederek Parti Genel Başkanına dâvaların açılması, takip ve intacı hususlarında tam yetki verdiği ve dâvanın bu yetki üzerine Parti Genel Başkanı Mehmet Ali Aybar tarafından açıldığı, Türkiye İşçi Partisi Tüzüğünün 17 nci maddesine göre Partinin en yüksek merkez organının da Merkez Yönetim Komitesi olduğu anlaşıldığından iptal dâvasının açılmasına bu Organ tarafından karar verilmiş olmasının 22/4/1962 gün ve 44 sayılı kanunun 25 inci maddesinin 1 numaralı bendine uygun olduğuna, Üyelerden İsmail Hakkı Ülkmen, İbrahim Senil, Celâlettin Kuralmen ve Muhittin Gürün'ün dâva açma kararının, (Parti Tüzüğünün 15 inci maddesi uyarınca Partinin en yüksek merkez organı olan Genel Yönetim Kurulunca) ve Üyelerden Şemsettin Akçaoğlu'nun (Partinin en yüksek organı olan Büyük Kongrece) verilmesi gerektiği yolundaki muhalefetleriyle ve oyçokluğu ile;

b) Muhtelif kanunlarda yer alan hükümlerin iptalinin bir dilekçede istenilmesi, dâvaların çözümlenmesini güçleştireceğinden her kanuna ilişkin madde veya maddeler için örnekler çıkarılmak suretiyle ayrı birer dosya teşkili ile dâvaların

ayrılmasına ve dosyada başkaca eksiklik bulunmadığı anlaşılmakla esasın incelenmesine oybirliği ile;

Karar verilmiştir.

Bu suretle 5680 sayılı Basın Kanununun 31 inci maddesinin Anayasa'nın 17., 20., 21., 22., 24 üncü maddelerine aykırı olduğundan iptali isteminden ibaret olan işbu dâvaya ilişkin rapor, dâva dilekçesi ve ekleri kâğıtlar ve iptali istenilen kanun maddesi, Anayasa'nın ilgili maddeleri, bu maddelerin gerekçeleri ile Temsilciler Meclisi Görüşme tutanakları okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

Gerekçe: 5680 sayılı Basın Kanununun iptali istenilen 31 inci maddesi aynen şöyledir:

Madde 31 — Yabancı memleketlerde çıkan basılmış eserlerin Türkiye'ye sokulması veya dağıtılması Bakanlar Kurulu Kararı ile men olunabilir.

Bu gibi basılmış eserlerin, Bakanlar Kurulundan acele karar alınmak üzere, İçişleri Bakanlığınca karardan evvel dağıtılmaları men olunabileceği gibi, dağıtılmış olanlar da toplattırılabilir.

Men edilmiş olmasına rağmen bunları Türkiye'ye bilerek sokanlar, dağıtanlar veya bu gibi eserleri kısmen veya tamamen iktibas ederek yayanlar 3 aydan 1 yıla kadar hapis ve 500 liradan 5000 liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar.

Dâva dilekçesinde bu konuda üzerinde durulması gereken önemli noktanın; yabancı memleketlerde çıkan hangi çeşit ve hangi cins konudaki eserlerin Türkiye'ye sokulmasının ve dağıtılmasının Bakanlar Kurulu karariyle yasaklanabileceğinin gösterilmemiş olması ve İçişleri Bakanının yetkisi bakımından da bir sarahat bulunmaması olduğu belirtildikten sonra Bakanlar Kuruluna ve İçişleri Bakanına tanınan bu yetkilerin,

a) Anayasa'nın 17 nci maddesine aykırı olduğu, zira bu maddeye göre herkes haberleşme hürriyetine sahip olduğundan ve yabancı memlekette basılmış bir eserin Türkiye'ye getirtilmesi de bu hürriyetin bir gereği bulunduğundan Bakanlar Kurulu Kararı veya İçişleri Bakanının tasarrufu ile basılı bir eserin Türkiye'ye girmesinin yasaklanmasının bu hürriyeti açıkça ihlâl etmekte olduğu,

b) Anayasa'nın 20 ve 21 inci maddelerine de aykırı olduğu, zira bu maddelerin, düşünce ve fikirlerini yayma hürriyetini herkese kayıtsız ve şartsız tanımış ve aynı hürriyeti bilim ve sanat yönünden de mutlak olarak kabul etmiş bulunduğu, bu hürriyetlerin neticesi olarak da bir çalışma mahsulünün yurda sokulmasında Bakanlar Kurulu ve İçişleri Bakanının yetkisinin hudutsuz olmaması icap ettiği halde yabancı memleketlerde basılmış eserlerin Türkiye'ye sokulması ve dağıtılmasında hiç bir ayırım yapılmaksızın mutlak olarak Bakanlar Kuruluna yetki tanınmış olmasının bu hürriyetleri ihlâl ettiği,

c) Basın Kanununun, Hükümete her nevi yayınların Türkiye'ye sokulmasının yasaklanması yetkisini, sınırsız bir surette veren 31 inci maddesi hükmünün, basının hür olduğunu belirtip sansürü yasaklayan Anayasa'nın 22 nci maddesinin

1 inci fıkrası hükmünü zedelediği ve Anayasa'nın 22 nci maddesinin 3 üncü fıkrası hükmü karşısında dışardan gelecek yayınların, yurt içindeki yayınların bağlı bulunduğu kayıtlarla sınırlanmaları tabii olduğu halde, Basın Kanununun 31 inci maddesi ile Bakanlar Kuruluna ve İçişleri Bakanlığına, hiç bir hukukî esasa bağlı olmaksızın, Anayasa'nın 22 nci maddesinin 3 üncü fıkrası hükmü dışında bir sınırlama yetkisi tanınmasının Anayasa'nın sözü geçen 22 nci maddesi ve yine kitap ve broşürlerin yayımının izne bağlı tutulamıyacağını ve sansür edilemiyeceğini belirten 24 üncü maddesi hükümlerine aykırı bulunduğu;

ç) Basın Kanununun 31 inci maddesinin son fıkrasında yer alan müeyyidelerin Anayasa'nın yukarıda belirtilen 17., 20., 21., 22 ve 24 üncü maddeleri karşısında hiç bir hukukî mesnedi bulunmadığı, Türkiye'de yayınlanan bir eserin veya tercümesinin, Anayasa'nın 22 nci maddesine göre ancak kanunların açıkça gösterdiği suçlardan dolayı toplanmasına karar verilebildiği halde dışarıdan gelecek bir eserin, Bakanlar Kurulu tarafından yurda sokulmasının yasaklanması veya toplattırılması için, konusunun ceza kanunlarına göre suç sayılmasına ihtiyaç olmadığı, konusu yürürlükteki ceza hükümlerine göre suç olmıyan ve Anayasa'nın 22 nci maddesine göre de toplatma kararı verilemiyecek olan bir eserden dolayı yurda sokan ve dağıtan şahsa ceza verilmekte olduğu ve bu sebeplerle bu maddede yer alan müeyyidelerin de yukarıda açıklanan Anayasa hükümlerine aykırı bulunduğu,

İzah ve iddia edilmektedir.

Önce, davacı tarafından dayanılan Anayasa maddelerinin hiç birisinde yabancı memleketlerde basılan eserlerin yurda sokulmaları konusu ile ilgili açık veya kapalı herhangi bir hükmün mevcut olmadığını belirtmekte fayda vardır.

Zira yabancı memlekette basılmış gazete, kitap ve sair herhangi bir eserin Türkiye'ye gönderilmesi veya getirtilmesi işinin Anayasa'nın 17 nci maddesinin hedef tuttuğu (Haberleşme hürriyeti) ile bir ilgisi mevcut değildir. Çünkü bir gazete veya kitabın bir şahsa gönderilmesi veya getirilmesi işi, bir haberleşme değildir.

Yine Anayasa'nın 22 nci maddesi de Türkiye sınırları içinde basılan ve yayılan eserlerle ilgili hükümleri kapsadığından yabancı memleketlerde basılan ve yayılan eserleri bu maddenin çevresi içerisinde görmekte isabet yoktur.

Anayasa'nın 24 üncü maddesi dolayısiyle Temsilciler Meclisinde yapılan görüşmelerin de konumuzu aydınlatması bakımından önemi vardır.

Gerçekten bu görüşmeler sırasında bir Temsilcinin, özet olarak (Türkiye'de mevcut mevzuata göre Bakanlar Kurulunun, zararlı saydığı yabancı kitap, dergi ve alelumum yabancı yayının yurda sokulmamasına karar verebildiğini, bu maddede yani 24 üncü maddede ve daha evvelki maddelerde, zararlı görülen yabancı yayın hakkında bir kayda rastlanamadığını, halbuki propagandanın modern dünyada geniş kitleler bakımından fevkalâde tesirli bir silâh olduğunu, bir takım felsefî telâkkileri ve hayat görüşlerini memleketimiz bakımından zararlı gördüğümüz için, bunları gaye bilen siyasî partilerin kurulmasına müsaade etmezken bunların propaganda yapmalarına imkân verecek bir kapının nasıl açık tutulabileceğini, bu

sebeplerle Bakanlar Kurulunun millî menfaatler mülâhazasiyle yabancı bazı neşriyatı yurda sokmamaya karar verme yetkisinin nasıl saklı tutulduğunu) sorması üzerine Anayasa Komisyonu sözcüsü aynen (…. arkadaşımız, yabancı memleketlerin yayınları üzerinde durdular ve bunların yurda girmesine mani olamıyacak mıyız? dediler. Madde hükmü Türkiye'de çıkacak yayınlarla, ilgilidir. Yurt dışındaki yayınlarla ilgili hükümleri, Yüksek Heyetimiz tamamen kanuna bıraktı. Bunların Türkiye'ye girmesi her zaman menedilebilir.) yolunda cevap vermiş ve bu açıklama üzerine madde oylanmıştır. (Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi Cilt: 3 Sahife: 206 - 210).

Görülüyorki Anayasamız, bir prensip olarak, yabancı memleketlerde basılan ve yayınlanan eserlerle ilgili olarak (Temel Haklar ve Ödevler) arasında bir hüküm koymamış, bu konunun düzenlenmesini kanuna ve kanun koyucunun takdirine bırakmıştır.

Anayasa'nın bu prensibi karşısında kanun koyucu, yabancı memleketlerde basılan gazete, dergi, kitap ve benzeri eserlerin yurdumuza ne suretle ve hangi şartlar altında sokulabileceğini tâyin ederken ve bu hususta gerekli gördüğü yasakları koyarken Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerle ilgili hükümlerini gözönünde bulundurmak mecburiyetinde olmadığı gibi Anayasa'nın 11 inci maddesinde yazılı bulunan temel hakların ve hürriyetlerin özünü kanuna karşı dahi muhafaza eden kayıtlarla da bağlı değildir.

Bu itibarla Anayasanın temel hak ve hürriyetler arasına almadığı (Yabancı yayınların yurda sokulması) konusuna ilişkin bir hükmün temel haklara ve hürriyetlere aykırı bulunduğu yolundaki iddiada isabet yoktur.

Bu sebeplerle Anayasa'nın 20 nci ve 21 inci maddelerini de konu ile ilgili görmek mümkün değildir.

Kaldıki, bir an için, Anayasa'nın (Düşünce) ve (Bilim, sanat) hürriyetleri hakkındaki 20 nci ve 21 inci maddelerinin konu ile ilgili bulunduğunu ve bu sebeple yabancı memleketlerde basılan eserlerin yurda sokulması işinin bu maddelerin ve Anayasa'nın 11 inci maddesinin ışığı altında incelenmesi ve bu hususta konulacak hükümlerin 20 nci ve 21 inci maddelerdeki hürriyetlerin özüne dokunmaması gerektiğini düşünelim;

5680 sayılı Basın Kanununun 31 inci maddesi iddia edildiği gibi idareye kayıtsız ve şartsız yani keyfiliğe kadar gidebilecek olan bir yetki vermiş değildir. Her ne kadar madde metninde (Men) ve (Toplatma) konusunda idareye verilmiş bulunan yetkinin. bir sınırı yok gibi görülmekte ise de; bir hukuk rejiminde idare, kanunların maksadına ve amacına göre onları uygulamakla görevli olup hiç bir zaman bu maksat ve amaç dışına çıkamaz. Yani idarenin yetkisi, kanunların maksat ve amaçları ile sınırlıdır. Kanunların maksat ve amaçları ise gerekçelerinde gösterilir ve meclislerde geçen görüşmelerle belli olur.

5680 sayılı Basın Kanununun 31 inci maddesinin (Bu kanun tasarısında 35) gerekçesinde maddenin maksadı ve amacı şöylece belirtilmektedir:

(Tesiri seri ve sahası geniş olan basın ve yayın faaliyetinin düzenlenmesi işinin, millî sınırlar içindeki basın ve yayına hasredilmesi şüphesiz kâfi bir tedbir olarak mütalâa edilemez. Zira yabancı illerdeki her nevi faaliyetler de basın ve yayın vasıtalarından faydalanarak kolaylıkla başka illere intikal ve nüfuz edebilmektedirler. Dışardaki muzır ve yıkıcı faaliyetlerin yurda intikalinin mühim bir vasıtası olan bu gibi neşriyat hakkında uyanık bulunmak, tedbirler almak suretiyle savunma imkânlarını sağlamak icap eder. İşte bu zaruret ve ihtiyaca uyularak, yabancı memleketlerde çıkan, basılmış eserlerin Türkiye'ye sokulması veya dağıtılması Bakanlar Kurulundan acele karar alınmak kaydiyle İçişleri Bakanlığınca karardan evvel de toplattırılabileceği gibi dağıtılmaları da men olunabilecektir.)

Görülüyor ki Bakanlar Kurulunun yetkisi iddia edildiği gibi sınırsız olmayıp dışarıdaki muzır ve yıkıcı faaliyetlerin yurda intikaline vasıta olacak nitelikteki basına mahsus ve münhasır olup, bu maksat ve amaç ile sınırlıdır.

Muzır ve yıkıcı yayınların yurda sokulmasını önlemek için idareye verilmiş olan bir yetkinin de Anayasa'nın 20 nci ve 21 inci maddelerinde yazılı hürriyetlerin özüne dokunmadığı aşikârdır. Bu bakımdan da söz konusu 31 inci madde, Anayasa'nın 20 nci ve 22 nci maddelerine aykırı değildir.

Öte yandan 5680 sayılı Basın Kanununun 31 inci maddesinin Bakanlar Kuruluna böyle bir yetki vermiş olmasında, Anayasa'nın, yasama yetkisinin devrini yasaklıyan 5 inci maddesine ilişkin bir yön de bulunmamaktadır. Zira Bakanlar Kurulunun bu yetkiye dayanarak vereceği kararlar, objektif kaideler koyan tanzimi tasarruflardan olmayıp belli bir veya bir kaç eserin yurda sokulmasını yasaklıyan veya toplattırılmasını öngören idarî tasarruflardan ibarettir.

Bu sebeplerle 5680 sayılı Basın Kanununun 31 inci maddesi Anayasaya aykırı değildir ve dâvanın reddi gerekir.

Sonuç: 5680 sayılı kanunun 31 inci maddesinin Anayasaya aykırı olmadığına ve dâvanın reddine, Başkan Sünuhi Arsan, Üyelerden Rıfat Göksu, İsmail Hakkı Ülkmen, Lûtfi Akadlı, Şemsettin Akçaoğlu, İbrahim Senil ve İhsan Keçecioğlu'nun muhalefetleriyle ve oyçokluğu ile 5/7/963 gününde karar verildi.

Başkan *Sünuhi Arsan*	Başkan Vekili *Tevfik Gerçeker*	Üye *Rifat Göksu*	Üye *İ. Hakkt Ülkmen*
Üye *Lûtfi Akadlı*	Üye *Şemsettin Akçaoğlu*	Üye *İbrahim Senil*	Üye *İhsan Keçeçioğlu*
Üye *Salim Başol*	Üye *Celâlettin Kuralmen*	Üye *Hakkı Ketenoğlu*	Üye *Fazıl Uluocak*
Üye *Ahmet Akar*	Üye *Muhittin Gürün*		Üye *Lûtfi Ömerbaş*

MUHALEFET ŞERHİ

Türkiye İşçi Partisi, 5680 sayılı Basın Kanununun 31 inci maddesinin, Anayasa'nın 17., 20., 22., ve 24 üncü maddelerine aykırı olduğunu ileri sürerek, iptaline karar verilmesini istemiştir.

Bu maddelerden, Basın hürriyetinden bahseden 22 nci maddenin Temsilciler Meclisinde görüşülmesi, sırasında, sorulan bir sual üzerine Anayasa Komisyonu Sözcüsü, maddenin Türkiye'de çıkacak yayınlarla ilgili olduğunu, yurt dışındaki yayınlarla ilgili hükümlerin tamamen kanuna bırakıldığını bunların Türkiye'ye girmesinin her zaman menedilebileceğini beyan etmiştir.

Bu beyandan, yabancı yayınlar konusunun Anayasa dışında bırakıldığı ancak bu konunun, Kanun koyucu tarafından düzenlenmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Kanun Koyucu, Yeni Anayasa'dan önce 5680 sayılı Basın Kanununun 31 inci maddesinde dış yayınlar hakkında hükümler koymuştur. Maddenin birinci fıkrasında, yabancı memleketlerde çıkan basılmış eserlerin Türkiye'ye sokulmasının veya dağıtılmasının Bakanlar Kurulu Kararı ile men olunabileceği öngörülmüştür.

Bu fıkrada, yasaklamanın ne gibi sebeplerle hangi eserler hakkında uygulanacağı açıklanmamış, böylece Bakanlar Kuruluna sınırsız, mutlak bir yetki verilmiştir. Bu yetki çok geniş bir şekilde kullanılmağa elverişlidir. Gerçi, maddenin gerekçesinde, dışardaki «muzır ve yıkıcı, faaliyetlerin yurda intikalinin önlenmek istendiği belirtilmiş ise de metnin itlâkı karşısında bu gerekçenin Bakanlar Kurulunu ne dereceye kadar bağlayacağı düşünülmeğe muhtaç bir mesele olmakla beraber» «muzır ve yıkıcı» tâbirleri de çok mübhem ve elâstikî olduğundan tatbikata ışık tutabilecek ve aşırı yasaklamaları önleyecek nitelikte sayılamaz. Kanun Koyucu, yabancı yayınların Türkiye'ye sokulması hususunu sınırlamak üzere bir kanun konusu olarak ele aldığına göre, kendisinin, bu konuyu etraflı bir şekilde düzenlemesi, zararlı sonuçlar doğurabilecek uygulama ihtimal ve imkânlarını önlemesi ve bunun için de yasaklamanın şartlarını ve sebeplerini açıkça göstermesi zorunlu olduğu kanısındayız. Söz konusu kanun hükmü, yürürlükteki şekli ile, yasama organına ait olan yetkinin yürütme organına devrini tazammun etmekte ve bu itibarla Anayasa'nın 5 inci maddesine aykırı bulunmaktadır.

Bundan başka, Anayasa'nın 21 inci maddesinde, herkes bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahip olduğu yazılıdır. Öğrenmenin ve araştırmanın en önemli kaynaklarından birisi de yabancı yayınlardır. Bu bakımdan yabancı yayınların, özellikle toplumumuz için önemi ve faydası çok büyüktür. Bu faydanın yanı başında, gene toplumumuz için zararlı yönleri de olabilir. Bu itibarla yabancı yayınların kontrola tabi tutulması zaruridir. Ancak Basın Kanununun 31 inci maddesinin yürütme organına verdiği geniş yetkinin maksat dışında kullanılması halinde, bundan, öğrenme ve araştırma yapma hakkının lüzumsuz yere sınırlanmış olacağını kabul etmek gerekir. Bu hak temel haklardandır. Gene Anayasamızın 11. maddesi temel hak ve hürriyetlerin, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabileceği esasını koymuştur. Yabancı yayınların yurda sokulmasının yasaklanması, bir temel

hak olan öğrenme ve araştırma yapma hakkının da sınırlanması sonucunu doğurduğuna göre bu yasaklamanın kanunla yapılması ve sınırlama niteliğini taşıması için de sebeplerinin ve şartlarının kanunda gösterilmesi lâzımdır. Bu suretle kanuna konacak belli esaslarla hem kişilerin öğrenme ve araştırma yapma hakları hem de toplumun muzır ve yıkıcı yayınlardan korunması açık ve dengeli bir şekilde sağlanmış olacaktır. Halbuki kanun koyucu yabancı yayınların yurda sokulmasını ve dağıtılmasını menetmek yetkisini Bakanlar Kuruluna vermekle yetinmiştir. Bu durum, Anayasa'nın 11 inci maddesine uygun bir sınırlama sayılamaz. Söz konusu 31 inci maddenin birinci fıkrası hükmü, bu bakımdan Anayasa'nın 11 inci maddesine de aykırıdır.

Bu sebeplerle çoğunluk kararına muhalifiz.

Başkan *Sünuhi Arsan*	Üye *Rifat Göksu*	Üye *İ. Hakkı Ülkmen*	Üye *Lûtfi Akadlı*
Üye *İbrahim Senil*	*Üye* *Şemsettin Akçaoğlu*		*Üye* *İhsan Keçecioğlu*

Yukarıya metni nakledilen kararı ile, Anayasa Mahkemesi, yabancı memleketlerde basılmış eserlerin Türkiye'ye sokulması veya dağıtılmasının Bakanlar Kurulu kararı ile men olunabileceğini bildiren Basın Kanununun 31. maddesindeki hükmü Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.

Karar Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan *haberleşme hürriyeti* ve 21. maddede yer alan *bilim ve san'at hürriyetlerinin* muhtevalarını belirtebilecek işaretleri, Türk Anayasa'sına göre basın hürriyetinin süjelerinin kimlerden ibaret bulunduğunu göstermesi bakımlarından önem taşımakta ve karara verilen muhalefet şerhi ise, bilhassa, bahis konusu tahditlerin şartları hakkında belirttiği görüş tarzı yönünden dikkati çeker nitelikte bulunmaktadır.

Kararın konusu :

Bilindiği üzere Basın Kanununun 31. maddesi birinci fıkrasında, *yabancı memleketlerde çıkan basılmış eserlerin Türkiye'ye sokulması veya dağıtılmasının Bakanlar Kurulu kararı ile men olunabileceği* ve 3. fıkrasında «men edilmiş olmasına rağmen bunları Türkiye'ye bilerek sokanlar, dağıtanlar veya bu gibi eserleri kısmen veya tamamen iktibas ederek yayanlar üç aydan 1 yıla kadar hapis ve 500 liradan 5.000 liraya kadar ağır para cezasiyle cezalandırılır» hükümlerini ihtiva etmiştir.

İkinci fıkrada «bu gibi eserlerin, Bakanlar Kurulundan acele karar alınmak üzere, İçişleri Bakanlığınca karardan evvel dağıtılmaları men olunabileceği gibi dağıtılmış olanlar da toplattırılabilir» hükmü yer almış ve böylece acele hallerde sür'atle tedbir alabilmesi bakımından yürütme gücü için ek bir imkân da tesis edilmiştir.

Anayasa'ya aykırılık iddiasının dayanakları, iddia :

Maddenin Anayasa'ya aykırı bulunduğunu iddia eden İşçi Partisi dilekçesinde geçen ve kararda da yer alan gerekçeyi şöylece özetlemek mümkündür:

Yabancı bir memlekette basılan bir eserin Türkiye'ye getirilebilmesi haberleşme hürriyetinin bir gereğidir. Bir idarî tasarrufla bu imkânın sınırlanması haberleşme hürriyetini sakatlar. Mezkûr hüküm Anayasanın mutlak olarak kabul ettiği, düşünce ve fikirleri bilim ve san'atı arama ve yayma hürriyetlerine de aykırıdır; zira bir çalışma mahsulünün yurda sokulup sokulmamasına karar vermek hususunda Bakanlar Kurulunun veya İçişleri Bakanlığının yetkisinin mutlak olması bu hürriyetleri ihlâl eder. Nihayet bu hüküm Basın hürriyeti yönünden, sansürü men eden Anayasa hükmünü de zedeler. 22. maddenin 3. fıkrası karşısında dışardan gelecek yayınların da, yurt içindeki yayınların bağlı bulunduğu kayıtlarla sınırlanması icap eder. Ayrıca kitap ve büroşürlerin yayımının izne bağlı tutulamıyacağını belirten Anayasa hükümleri karşısında 31. maddenin Anayasa'ya aykırı bulunduğu meydandadır. Basılı eserlerin toplatılabilmesi bakımından Anayasa'nın koyduğu hükümler yurt içinde ve yurt dışında yayınlanmış eserler bakımından aynen uyulması gereken esasları teşkil eder.

Kararın gerekçesi :

31. maddenin bütün fıkraları itibariyle Anayasa'ya aykırı bulunmadığını belirten kararın gerekçesi de şu suretle özetlenebilmektedir :

1° Anayasa'nın hiç bir maddesinde yabancı memleketlerde basılan eserlerin yurda sokulmaları konusu ile ilgili açık veya kapalı herhangi bir hüküm mevcut değildir.

2° Bir gazete veya kitabın bir şahsa gönderilmesi veya getirilmesi işi bir haberleşme işi olmadığından, 31. madde hükmünün haberleşme hürriyeti ile bir alâkası yoktur.

3° 22. madde Türkiye sınırları içinde basılan ve yayılan eserleri kapsar; yabancı memleketlerde basılan ve yayılan eserler bu maddenin çevresi içinde değildir. Anayasa, yabancı memleketlerde, basılan eserler konusunun düzenlenmesini kanuna ve kanun koyucunun takdirine bırakmıştır ve Temsilciler Meclisinde cereyan eden Anayasa projesi ile ilgili müzakereler de bu hususu teyid eylemektedir. Binaenaleyh kanun koyucu yabancı memleketlerde yayınlanan eserler bakımından gerekli gördüğü sınırlamaları yaparken Anayasa'nın temel hak: ve hürriyetlerle ilgili hükümlerini gözönünde bulundurmak mecburiyetinde değildir ve gine Anayasa'nın 11. maddesinde yazılı bulunan temel hakların ve hürriyetlerin özünü kanuna karşı dahi muhafaza eden kayıtlarla bağlı değildir.

Özetlediğimiz gerekçe ortaya koymaktadır ki, yabancı memleketlerde basılmış eserlerin Türkiye'ye gelebilmesi ve Türk vatandaşlarına ulaşabilmesi konusunu, Anayasa mahkemesi, esasında, Anayasanın ne haberleşme, ne düşünce ve kanaat ne bilim ve san'atı öğrenme ve öğretme ve yayma ve ne de Basın hürriyetleriyle ilgili telâkki etmemektedir.

Ancak dikkate değer olan cihet şudur ki, görüşünü böylece tesbit eden mahkeme, konunun «bir an için Anayasa'nın (düşünce) ve (bilim, san'at) hürriyetleri hakkındaki 20. ve 21. maddelerinin konusu ile ilgili bulunduğunu» kabul ile 31. maddenin 20 ve 21. maddelerdeki hürriyetlerin özüne dokunup dokunmadığını araştırmaktadır. Yüksek mahkemeye göre, Bakanlar Kuruluna verilen bu yetki 20 ve 21. maddelerin özüne dokunmamaktadır; zira idare bir hukuk rejiminde kanunları maksadına ve amacına göre uygulamakla mükelleftir ve bu sınır dışına çıkamaz. Kanunların maksat ve amaçları ise, gerekçelerinde gösterildiğinden ve 31. maddenin gerekçesinde ise, Bakanlar Kurulunun yetkisinin dışardaki muzır ve yıkıcı faaliyetlerin yurda intikalinde vasıta olacak nitelikteki basına mahsus ve münhasır olduğu tasrih edildiğinden yani yetki bu maksat ve amaçta sınırlı olduğundan, böyle bir yetkiyi ihtiva eden 31. maddenin Anayasa'nın 20 ve 21. maddelerine aykırı bulunmadığı meydandadır.

Anayasa mahkemesi, 31. maddenin 3. fıkrasında gösterildiği gibi, Bakanlar Kurulunun kararına aykırı olarak men edilmiş bu gibi neşriyatı bilerek Türkiye'ye sokmak, dağıtmak, veya bunları kısmen veya tamamen iktibas ederek yaymak fiillerini üç aydan 1 yıla kadar hapis ve 500 liradan 5.000 liraya kadar ağır para cezasiyle karşılayan hükmü dahi, Anayasa'nın yasama yetkisinin devrini yasaklayan 5. maddesi ile ilgili bulmamıştır. Bu yetkinin 5. maddeye aykırı sayılmamış olmasında dikkate değer bir cihet yoktur; ancak gerekçe dikkati çekicidir ve buna nazaran, Anayasa mahkemesi, tanzim tasarrufları ile suç ihdası konusunda âdeta bir ayırma yapıyor gibi gözükmektedir. Gerçekten şöyle deniliyor: «Zira Bakanlar Kurulunun bu yetkiye dayanarak vereceği kararlar, objektif kaideler koyan tanzimi tasarruflardan olmayıp belli bir veya birkaç eserin yurda sokulmasını yasaklayan ve toplattırılmasını öngören idarî tasarruflardan ibarettir». Adeta o intiba hâsıl olmaktadır ki, Bakanlar Kurulunun kanunların verdiği yetkiye dayanarak kanunun tâyin ettiği sınırlar içerisinde objektif kaideler vaz'etmesi Anayasa'nın 5. maddesine aykırı sayılmıştır.

Muhalefet şerhi :

Anayasa mahkemesinin kararı 15 üyeden 7 sinin muhalefeti ile ittihaz edilmiş olup muhalefet şerhi dikkati çekici iki gerekçeyi ihtiva etmektedir.

1° Azınlıktaki üyeler de yabancı yayınlar konusunun Anayasa dışında bırakıldığını ve kanun koyucu tarafından düzenlenmesi gerektiğini beyan eylemektedirler; 31. madde bu esasa göre konulmuş hükümlerdendir. Ancak, bu maddede yasaklamanın ne gibi sebeplerle ve hangi eserler hakkında uygulanacağı gösterilmemiş, Bakanlar Kuruluna sınırsız ve mutlak bir yetki verilmiştir. Maddenin ıtlakı karşısında gerekçede gösterilen maksadın Bakanlar Kurulunu ne derece bağlıyabileceği bir meseledir. Kaldı ki, gerekçede geçen muzır ve yıkıcı tâbirleri de çok müphemdir.

Muhalefet şerhinde aynen «kanun koyucu yabancı yayınların Türkiye'ye sokulması hususunu sınırlamak üzere bir kanun konusu olarak ele aldığına göre, kendisinin, bu konuyu etraflı bir şekilde düzenlemesi, zararlı sonuçlar doğurabilecek

uygulama ihtimal ve imkânlarını önlemesi ve bunun için de yasaklamanın şartlarını ve sebeplerini açıkça göstermesi zorunlu olduğu kanısındayız. Söz konusu kanun hükmü, yürürlükteki şekli ile, yasama organına ait olan yetkinin yürütme organına devrini tazammum etmekte ve bu itibarla Anayasa'nın 5. maddesine aykırı bulunmaktadır» denilmektedir.

2° Öğrenmenin ve araştırmanın en önemli kaynaklarından birisini yabancı yayınlar teşkil ettiğinden 31. maddenin verdiği yetki, maksat dışında kullanılırsa öğrenme ve araştırma yapma hakkı lüzumsuz yere sınırlanmış olur; binaenaleyh yabancı yayınların yurda sokulup sokulmaması konusundaki yasaklamaların kanunla yapılması ve sebepleri ve şartlarının kanunda gösterilmesi lâzımgelir. Yani kanuna belli esaslar konulmalıdır. Binnetice, 31. maddenin 1. fıkrası mevcut hali ile Anayasa'nın 11. maddesine aykırıdır.

31. Maddenin ilgili bulunduğu haklar:

Kamu hak ve hürriyetleri, elbetteki, tamamiyle birbirinden ayrı ve müstakil hak kategorileri olarak telâkki olunmamak icap eder. Belirli bir kamu hak veya hürriyetinin tanzimi veya sınırlanmasını belirten bir kanun hükmünün veya tasarrufun aynı zamanda diğer bir takım kamu hak ve hürriyetleri ile de ilgili bulunması ve müteaddit âmme hak ve hürriyetlerini aynı zamanda ilgilendirmesi elbette mümkündür. Kaldı ki, bir kamu hak ve hürriyeti yerine göre başka kamu hak ve hürriyeti olarak da vasıflandırılabilir.

Basın Kanununun 31 maddesindeki sınırlama da böyledir ve kanaatımızca başta gelmek üzere düşünce ve kanaat, ilmi ve san'atı öğrenme ve öğretme hak ve hürriyetleri ile ilgili ve hattâ basın hürriyeti ile de geniş mânada alâkalı bulunmaktadır.

Filhakika Basın hürriyeti muhtevası itibariyle diğer bir takım haklardan terekküp eder (Bk.: *Sulhi Dönmezer,* Basın Hukuku, Genel Prensipler, Basın Hürriyeti, c. 1, İkinci Bası, Yıl 1964, s. 71 ve son, 172 ve son.). Haberleri bilmek, haberlere ulaşmak ve bunları toplamak hakkı mahfuz olmadan Basın hürriyeti elbette ki, teminat altında bulunmuş olmaz. Bu itibarla haberlere ulaşmak hakkı da ancak Anayasa'nın 22. maddesinin 3. fıkrasında gösterilen hallerde sınırlandırılabilir.

Türk Anayasası, Mahkemenin kararında da belirtildiği üzere, ancak Türk vatandaşları için ve Türkiye'de yapılacak yayınlar bakımından Anayasa'nın konu ile ilgili hükümlerine tâbidir.

Basın hürriyetinin tesis eylediği hakların aktif süjesi lehlerine bu hakkın teminat altına alınmış bulunduğu kişilerdir; bu hakların pasif süjesi ise, Devlettir (Bk.: *Jean Koelliker,* Liberté et Statut de la presse moderne, Lausanne 1955, s. 39; *Bourquin,* La liberté de la presse, 1950, s. 155).

Türk Anayasasına göre aktif süjeler ise, Türk vatandaşlarıdır. Anayasadaki hükümlerden Türk vatandaşlarının Türkiye'de yaptıkları yayınlar faydalanır. Anayasa 22 ve 24. maddelerinin son fıkralarında belirttiği teminatı Türkiye'de yapılan yayınlar bakımından kabul eylediğini tasrih etmektedir (Bk.: *Sulhi Dönmezer,* s. 171).

Bu itibarla Basın Kanununun 31. maddesinde yürütme gücüne tanınan yetkinin Basın hürriyetini tesbit eden Anayasamız hükümlerine aykırı bulunmadığı muhakkaktır.

Fransız hukukunda durum :

31. maddemizin muhtevasını açıklamak ve ilgili bazı meselelerin belirtilmesini sağlamak yönünden Fransız hukukuna bir göz atmak faydalı olacaktır.

Fransız Basın Kanununun 14. maddesi de bizdekine benzer bir yetkiyi kabul etmiş bulunmaktadır (Tafsilât için Bk : Juris Classeurs Pénal, c. 1 bis, Art, App. aux arts 283 á 294, fasc. VI, no. 453 ve son).

Buna nazaran İçişleri Bakanlığı, yabancı dilde yazılmış mevkute ve gayrımevkutelerin Fransa'da tevziini, satışını veya tedavülünü men edebilir. Bu yasaklama, yabancı memlekette veya Fransa'da Fransız dilinde basılmış, yabancı menşeli eserler hakkında da tatbik olunabilir. Bu nevi eserlerin bilerek satışı, satışa arzı, tevzii veya iktibası 6 günden 1 seneye kadar hapis cezasını ve para cezasını müstelzim bir fiil teşkil eder. Böylece men edilmiş olan gazete veya dergi nüshaları veya gazete veya yazıların iktibas edilmiş şekillerini ihtiva eden basılmış eserler idarî yolla zaptolunur.

Açıklamalıyız ki, 14. maddenin 1939 yılında aldığı bu son şekil, kanunun ilk şekline nazaran daha da genişletilmiş, filhakika evvelce Bakanlar Kuruluna verilmiş olan yetki, tâdilden sonra İçişleri Bakanlığına, daha da genişletilerek, verilmiştir. 6 Mayıs 1939 tarihli kararname dolayısiyle Cumhurbaşkanına sunulan raporda bilhassa Fransa'yı ifsat edici, zarar verici yabancı neşriyata karşı korumak zaruretinden bahsedilmiştir.

Kanunun müzakeresi sırasında çok eleştirilmiş olan bu hüküm üzerinde Fransa'da bugün hemen de mutabakat vardır; hükmün faydası kabul edilmektedir: Gerçekten her hükümetin, memleket için zararlı, ifsat edici propagandaları önlemekle görevli bulunduğu, yabancı gazetelerin yayınlanacağı Fransız makamlarına bildirilmediğinden, kanun hükümleri dairesinde Fransız gazeteleri bakımından yürütülmesi mümkün bir murakabenin dahi, yabancı gazeteler yönünden icrasının mümkün bulunmadığı, suç işlendiğinde, satıcıların Fransa'da takibi mümkün ise de, yabancı memlekette bulunan yazı işleri müdürlerini ve diğer sorumluları takip etmenin mümkün olmadığı ve bütün bu mucip sebeplerin, bu nevi yayınları men etmek hususunda idareye tanınan yetkileri haklı gösterecek, tabiî saydıracak nitelikte bulunduğu açıklanmaktadır.

Fransada dört Danıştay kararı 14. maddenin muhtevasını belirli şekilde tâyin etmiştir :

1° Yabancı menşeden olan bir mevkutenin Fransada tedavülünün men edilmesi, gençlerde askerî hizmeti ret etmek duygusunu tahrik edecek mahiyette veya daha genel olarak, kamu düzeni için bir tehlike yaratabilecek nitelikte bulunduğu hallerdedir ki, men olunabilir; neşriyatın kamu düzeni bakımından bir tehlike teş-

kil edip etmediği konusu ise Danıştay huzurunda münakaşa olunamaz *(Gazette du Palais*, 1954, 2. 199).

2° Kamu düzeni kavramı genel olarak ele alınmak icap eder ve umumî adap aleyhine olan kitapları da ihtiva eder (Cons d'etat. 19 fevr. 1958).

Bununla beraber, 14. maddenin tâdiline ait gerekçenin sadece siyasî yayınları ihtiva eylediği, bu sebeple umumî adaba aykırı yabancı yayınların bu madde ile men olunamıyacağı hususunda bazı Danıştay kararları da vardır.

3° Yabancı memlekette, bir Fransız tarafından fransızca dilinde basılmış bir kitap 14. maddenin anlamında menşei yabancı memleket olan bir eser telâkki edilemez *(Gaz. pal.* 1954. 2. 199).

4° Buna mukabil, yabancı bir müellifin eserinin fransızcaya çevrilmesi, 14. madde anlamında yabancı olan bir eser telâkki edilmek icap eder *(Rec . Dr. Pén.* 1958. 133).

Görülüyor ki, Fransız Danıştayı İçişleri Bakanlığınca 14. maddeye göre ittihaz edilmiş men kararlarının hukukiliğini kontrol etmek ve bahsolunan şartları ihtiva etmeyen men kararlarını iptal etmek yetkisini haiz bulunmakta ve bu yetkiyi icabında kullanmaktadır. İçişleri Bakanlığınca men olunan eserleri Fransa'da tevzi edenler hakkında 14. maddenin ceza koymuş bulunduğunu yukarda belirtmiştik; acaba ceza mahkemesi, İçişleri Bakanlığınca ittihaz edilen kararın, 14. maddenin hükümlerine ve gerekçesine aykırı bulunduğu mucip sebebi ile, fail hakkında cezayı hükmetmekten çekinebilir mi?

Fransız Yargıtayı 6 Mayıs 1959 tarihli bir kararı ile bu konuyu halletmiş ve kontrol yetkisinin Danıştaya ait bir imtiyaz olduğunu, ceza mahkemelerinin men'in gerekçesini değerlendirmek yetkisine sahip bulunmadıklarını ve İçişleri Bakanlığı kararı şekil bakımından kanuna uygun olduğu takdirde bunun ihlâlinden mütevellit suçun teşekkül edeceğini tesbit etmiştir *(Cass, crim,* 6 mai, 1959).

Görülüyor ki, Fransız hukukunda, bizim kanunumuzun 31. maddesine uygun olan tahdidin Anayasaya aykırı olduğu iddiası öne sürülmüş değildir. Sadece, Danıştay'ın muhtelif kararlarında da gösterdiği esaslara riayet etmek lâzımdır.

31. Maddeye olan ihtiyaç :

Gerçekten yabancı yayınlarla suç işlendiğinde failleri takip etmenin mümkün olamaması karşısında, yabancı yayınlar bakımından, Türkiye'deki neşriyata nazaran, munzam bazı korunma tedbirlerinin alınması zaruretini yukarda nakledilen ve Fransa'da belirtilen gerekçe kâfi derecede açıklıkla ortaya koymaktadır. Gerçekten Türkiye'de yayınlanmış suç teşkil edici, ifsat edici mızır neşriyatı toplamak bakımından, bu nevi yayınların tedavülünü önlemek için, idareye yetki verilmesine ihtiyaç yoktur. Çünkü mevcut ceza kanunlarını yargı yolu ile tatbik ederek failleri cezalandırmak ve suçu ihtiva eden yazıları da gine kazaî kovuşturmanın ve ceza usulü kanunlarının verdiği imkânlar ve müeyyidelerle ortadan kaldırmak mümkündür. Halbuki yabancı ülkelerde yapılan ve Türkiye'ye sokulan yayınların

faillerini Türkiye'de cezalandırmak imkânı olmayacağından 31. maddenin belirttiği şekilde istisnaî bir yetkiyi idare bakımından kabul etmekten başka çıkar yol olamaz. Aksi takdirde yabancı memleket neşriyatına Türkiye'de cezasızlık imtiyazı tanımak gibi bir vaziyet imkânı hazırlanmış olur idi. Bu itibarla idarî makamlara yurt içinde mevkuteleri veya diğer basılı eserleri toplamak yetkisi verilmediğine göre yabancı neşriyat bakımından da böyle bir yetkinin mevzubahis olamıyacağı hakkındaki mütalâalar da isabetli olamaz.

Düşünce ve kanaat hürriyeti ve 31. madde:

Anayasamızın 20. maddesinde ifadesini bulan düşünce ve kanaat hürriyeti hakkındaki esasları Anayasa Mahkemesi 1963/16 Esas ve 1963/83 Karar sayılı ve 8.4.1963 tarihli kararında açıklamıştır (Bu kararın metni ve karar üzerindeki bir analiz yazımız için Bk.: *Sulhi Dönmezer,* Anayasa Hukuku, Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Sınırı; Hürriyetlerin özüne dokunan Sınırlamalar, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, c. XXIX, sy. 3).

Bu karara nazaran düşünce ve kanaat hürriyetine taallûk eden 20. madde mutlak değildir ve Anayasa'nın 11. maddesinde gösterilen esaslar dairesinde ve kanunla sınırlanabilir. Düşünce ve kanaat hürriyeti haricileştiği andan itibaren kullanılan vasıtaya göre Basın Hürriyeti şeklini de alabilir. Buna göre 31. maddenin uygulandığı hallerde düşünce ve kanaatları yayma hürriyeti, Basın Hürriyeti halini alacaktır. Basın Hürriyeti bakımından 31. maddenin Anayasa'ya ne için aykırı telâkki edilemiyeceğini ise, yukarıda açıklamış bulunmaktayız.

İlim ve san'atı öğrenme ve öğretme hak ve hürriyeti ve 31. madde :

Anayasa'mızın 21. maddesinde yer alan ilim ve san'at hürriyeti *«herkesin, bilim ve san'atı elbette öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hürriyetine sahip»* olması demektir. Anayasa Mahkemesi kararına ekli muhalefet şerhinde de belirtildiği üzere «öğretmenin ve araştırmanın en önemli kaynaklarından birisini yabancı yayınların teşkil ettiği» elbette ki, doğrudur.

Belirtmelidir ki, ilim ve san'atı öğrenme ve öğretme hürriyeti de netice itibariyle düşünce ve kanaat hürriyetinin bir tezahür şekli olmaktadır *(Georges Burdeau,* Les Libertés Publiques, İkinci Bası, 1961, s. 193; *Maurice Duverger,* Droit Public Paris 1957, s. 199; *Robert E. Cushman,* Civil Liberties'in the United States, New York, 1956, s. 70 ve son).

İlim ve san'atı öğrenme ve öğretme hürriyeti üç mefhumu ihtiva eder: Öğretme hürriyeti, öğrenme hürriyeti ve hocasını seçme hürriyeti. Kişi, ilmini veya inanç yahut kanaatini diğer kişilere nakledebilmek hakkına sahip olduğu zaman öğretme hürriyeti mevcut olur. Öğrenme hürriyeti ise, her kişinin, fikrî kabiliyetleri derecesi mahfuz kalmak kaydı ile, servet sahibi kişilerin malik olabilecekleri öğrenme imkânlarını ve kültürü iktisap edebilmek hakkını öne sürebildiği takdirde mevzubahis olur… Bu sebepledir ki öğrenme ve öğretme hürriyeti fikir ve düşünce hürriyetinin, kişilerin eşitliğinin, vicdan hürriyetinin mevzubahis olmasını icap ettiren mürekkep bir hürriyettir (Bk.: *Burdeau,* s. 263).

Bu itibarla denilebilir ki, Basın ve düşünce ve kanaat hürriyetlerini tesbit eylemiş olan bir Anayasa, zarurî olarak öğretme ve öğrenme hürriyetini de ihtiva eylemiş olur.

Böyle olunca, öğrenme ve öğretme hürriyetinin de düşünce hürriyetinin tâbi tutulduğu sınırlamalarla mahdut bulunduğu hususu şüpheli bir cihet teşkil etmez. Düşünce ve kanaat hürriyeti gibi ilmi öğrenme ve öğretme hürriyeti dahi Anayasa'nın 11. maddesinde gösterilen esaslar dairesinde ve kanunla sınırlanabilir. Ancak bu sınırlamanın 11. maddenin hükümleri çerçevesinde ilmi öğrenme hürriyetinin özüne dokunmaması lâzımdır.

Bu itibarla Anayasa Mahkemesi kararına ait gerekçede «Anayasa'nın hiç bir maddesinde yabancı memlekette basılan eserlerin yurda sokulma konusu ile ilgili açık veya kapalı herhangi bir hüküm bulunmadığı, kanun koyucunun yabancı memleketlerde neşredilen eserler bakımından gerekli gördüğü sınırlamaları yaparken Anayasa'nın temel hak ve hürriyetleri ile ilgili hükümleri gözönünde bulundurmak mecburiyetinde olmadığı ve 11. maddede yazılı bulunan temel hakların ve hürriyetlerin özünü kanuna karşı muhafaza eden kayıtlarla bağlı bulunmadığı hakkındaki» mütalâalara elbette ki, iştirak olunamaz. Böyle bir telâkki tarzı yabancı memleketlerde basılmış eserlere ulaşabilmenin düşünce ve kanaat hürriyeti, ilim ve san'atı öğrenme hak ve hürriyeti bakımından olan görünüşünü bütünü ile bertaraf eden bir telâkki tarzı teşkil eder ve bu bakımdan elbette ki, kabule şayan değildir. Bu bakımdan karara ait muhalefet şerhindeki mütalâanın çok daha yerinde olduğu muhakkaktır.

Sonuç :

Sonuç olarak, yabancı memleketlerde yapılmış olan yayınların yurda sokulup sokulmamaları konusunda karar ittihazı hususunda Bakanlar Kuruluna yetki verilebilmesi ancak kanunla mümkün olur ve Kanunun Anayasa'nın 11. maddesi dairesinde, düşünce ve kanaat, öğretme ve öğrenme hak ve hürriyetlerinin özüne dokunmayacak bir surette, tahdidin sebep ve şartlarını tâyine imkân verebilecek işaretleri ihtiva etmesi lâzımgelir.

İmdi yürürlükteki 31. madde yabancı memleketlerde çıkan basılmış eserlerin Türkiye'ye sokulması veya dağıtılması bakımından Bakanlar Kuruluna mutlak bir yetki vermiş ve men olunacak eserlerin hususiyetleri bakımından herhangi bir işareti ihtiva eylememiştir. Buna mukabil hükümet gerekçesinde «.... dışardaki muzır ve yıkıcı faaliyetlerin yurda intikalinin mühim bir vasıtası olan bu gibi neşriyat hakkında uyanık bulunmak, tedbirler almak suretile savunma imkânlarını sağlamak icap eder…». Görülüyor ki, aynen Fransız Kanununun 14. maddesinde olduğu gibi, bizim kanunumuzda da, ne çeşit yabancı neşriyat hakkında men kararı verilebileceği gösterilmiş değildir. Bu bakımdan Fransız kanunu ile kanunumuz arasında bir fark yoktur. Bununla beraber Fransız Anayasasından farklı olarak bizim Anayasa'mızda bir 21 ve 11. maddenin mevcut bulunduğu gözönüne alınacak olursa, 31. maddenin ihtiva eylediği sınırlama yetkisinin hürriyetin özüne doku-

nan bir sınırlama mahiyetini almaması için, sebeplerinin kanunda gösterilmesi lâzımgeldiği kanaatına varmak icap eder.

Bununla beraber, çoğunluk mütalâasında, 31. maddenin hükümet gerekçesine atıf suretiyle gösterilen işaret, Danıştay'ın uygulamaları bakımından değerli bir kayıt teşkil etmiştir. Gerçekten buna nazaran muzır yıkıcı faaliyetlerin yurda intikalini önlemek için yapılmış tahditler kanuna uygun, diğer maksatlara dayanan tahditler ise kanuna aykırı sayılmak icap edecektir. Ancak bundan çıkan netice şu olmaktadır ki, ithal, tahditleri sadece siyasî maksada dayanmak lâzımgelecektir. Böyle olunca diğer muzır maksatlara taallûk eden, ezcümle umumî adâba aykırı olan eserlerin yurda ithalini men eden kararlar, kanuna aykırı mahiyet iktisap edebilecek demektir. Bu itibarla, azınlık mütalâasına uygun olarak 31. maddenin daha tafsilâtı ve sosyal korunmayı daha ziyade sağlayıcı şart ve sebepleri ihtiva eden hükümlerle ikmali çok yerinde olur. Böylece hem Anayasa'ya uygunluk ve hem de içtimaî müdafaa sağlanmış olur.

Ord. Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER

CEZA HUKUKU

Meclisler müzakerelerinin basında yayınlanması ve hakaret cürmü

T.C.
İstanbul Toplu Basın Asliye Ceza
Mahkemesi Kararı
Esas : 968/32
Karar : 963/251
C.M.U. : 63/4356

Reis : Fehmi Çağıl 6007
Hâkim : Sadık Güney 6357
Hâkim : Saadet Hergüner 6972
Kâtip : İhsan Örgün 769

Şahsi dâvacı Kızıltoprak Kayışdağ caddesi 87/10 No.da mukim Emekli Albay Celâl Dora'yı madde tâyini suretile neşren tahkir eylediği iddiasile maznun Üsküdar Hâkimiyeti Milliye caddesi Mektep sokak 8 No.da oturur, Yeni İstanbul Gazetesi sorumlu müdürü, lise tahsilli, bekâr, sabıkasız, Hikmet'den doğma 938 Üsküdar doğumlu, Ahmet Oğlu Hasan Tuncay hakkında müşteki vekili avukat Münir Araslı tarafından verilen 28/3/963 tarihli şikâyet dilekçesi üzerine şahsî dâva dosyası son tahkikatın açılmasına dair İstanbul birinci sorgu hâkimliğinin 18/4/963 gün ve 963/86-104 sayılı kararnamesine müsteniden mahkememize tevdi olunmakla C. savcılığının iştiraki olmaksızın icra, kılınan açık duruşma sonunda gereği görüşülüp düşünüldü:

Sanık'ın sorumlu müdürü bulunduğu İstanbul'da münteşir Yeni İstanbul gazetesinin 17/2/963 tarihli nüshasının birinci sahifesinin baş tarafında 6, 7 ve 8. sütunlarında başlıyarak 5. sahife 1 ve 2. sütunlarında nihayet bulan (Korede T. Yazıcı değil C. Dora kaçtı) başlığı altında 15/2/963 tarihinde Millet Meclisinde Adalet bütçesi müzakeresi esnasında muhtelif partilere mensup Milletvekilleri arasında cereyan eden siyasî konuşmalardan A.P. li bir Milletvekilinin (Korede Tahsin Yazıcı değil Celâl Dora kaçtı) şeklindeki konuşması büyük puntolu harflerle yazı başlığı intihap edilmek suretile adı geçen müşteki Celâl Dora'ya Kore harbinden kaçmak gibi halkın husumetine maruz kılacak fiil isnadı ile askerlik şeref ve haysiyetine taarruz edildiği, 28/3/963 talihli müddetinde verilen şikâyet dilekçesi, dâva konusu yazıyı ihtiva eden 17/2/ 963 tarihli Yeni İstanbul gazetesi ve yazının haber verme fonksiyonu dışında mütalâa, edileceğine dair 11/7/963 tarihli yeminli bilirkişi raporu duruşma zabıtnamesi ve tekmil dosya münderecatı ile anlaşılmıştır.

Sanık sorgu ve müdafaasında, Millet Meclisinde bütçe müzakereleri esnasında cereyan eden konuşmaların haber şeklinde intişar ettiğini, müştekiyi tanımadığını, Celâl Dora hakkında en alâka çekici söylenilen bahis mevzuu sözlerin gazetede

haber olarak büyük harflerle belirtilmiş olduğunu ve müdafii de, Parlâmentoda cereyan eden konuşmalar gazeteye aynen alınmak suretile sadece gazetecilik fonksiyonunun ifa edildiğini, hususî suç kastının bulunmadığını bildirmişler ise de, isnat olunan harpten kaçmak fiili buna muhatap olan bir kimse için ve bilhassa Kore harbine iştirak ettiği halk tarafından bilinen bir komutan için askerlik şeref ve haysiyetine tecavüz olup halkın husumetine maruz kılacak madde isnadı suretile hakaret fiilini teşkil etmektedir. Bizatihi hakaret teşkil eden böyle bir isnat her nerede mevzuubahis olursa olsun büyük puntolu harflerle başlık yapılarak gazetede neşretmek suretile tekrar edilmesi de haber verme fonksiyonu dışında muhatabını tahkir etmek kasdının mevcudiyetine delâlet eder; yazının umumî hey'etinden istihraç edilen, gazetenin tutumu da bu noktaî nazarı teyit eder mahiyettedir. Bu itibarla yazıda hususî hakaret kastının bulunmadığına dair maznun ve müdafii tarafından sebkeden müdafaa gayrı varit görülmüş, ancak müştekiyi tahkir edici sözlerin bir başka yerden alınarak aynı kast altında yayınlanmış olması maznun lehine takdiri tahfif sebebi olarak kabul edilmiştir.

Yukarda yazılan sebep ve delillere göre sanık ve müdafiinin kasta dokunan bilcümle müdafaalarının reddile sanık Hasan Tuncay'ın hareketine uyan Basın Kanununun 16 cı maddesi delâletile T.C.K. nunun 480 inci maddesinin son fıkrasına tevfikan tâyin olunan altı ay hapis ve 1000 lira ağır para cezasının takdiri tahfif sebebi dolayısile 59 uncu madde ile altıda bir nisbetinde indirilmek suretile neticeten ***Beş ay hapsine ve 833 lira 30 kuruş ağır para cezası ile mahkûmiyetine*** 49 lira 15 kuruş yarım duruşma harcı ile (6650) kuruş mahkeme masrafının sanıkdan tahsiline, takdir olunan 400 lira vekâlet ücretinin sanıktan alınarak müştekiye verilmesine şikâyet dilekçesinde şahsî haklarını mahfuz tutmuş olduğundan tazminat takdirine mahal olmadığına ve bu hususda müştekinin ait olduğu hukuk mahkemesine müracaatta muhtariyetine, kayden sabıkası bulunmayan sanıkın cezasının tecili halinde ilerde suç işlemiyeceğine kanaat getirilmekle T.C.K. 89. maddeye tevfikan ***cezasının teciline*** temyizi kabil olmak üzere 23/10/1963 tarihinde oybirliği ile karar verilerek müşteki vekili Av. Münir Araslı ve sanık vekili Atalay Peközün yüzlerine karşı açıktan anlatıldı.

YARGITAY
Dördüncü Ceza Dairesi

Esas No. : 5841
Karar No. : 165
Tebliğname : 4-B/4306

Emekli Albay Celâl Dora'ya neşren hakaretde bulunmaktan sanık Yeni İstanbul gazetesi sorumlu müdürü Hasan Tunçay'ın yapılan duruşması sonunda T.C.K. nunun 480/Son, 59 ve 89 uncu maddeleri gereğince Beş ay hapis, 833 lira 30 kuruş ağır para cezalarile mahkûmiyetine, 400 lira avukatlık ücretinin sanıktan alınarak müdahile verilmesine ve cezasının ertelenmesine dair (İstanbul) Toplu basın asliye ceza mahkemesinden verilen 23/10/1963 tarihli hükmün Yargıtayca incelenmesi

sanık vekili tarafından süresinde istida ve şartı ifa edilerek dâva evrakı C. başsavcılığından Anayasanın 87 inci maddesinin son fıkrası muvacehesinde sanığın sorumlu müdürü bulunduğu gazetede yayınlanan suç konusu yazıdaki sözlerin Millet Meclisinde, açık oturumda bir Milletvekili tarafından söylenmiş olup olmadığının tesbiti bakımından Meclis müzakere tutanaklarının celbi ve tetkiki gerektiğinden zuhul olunarak noksan soruşturma ile mahkûmiyet kararı verilmesinin yolsuzluğundan bozma isteyen tebliğname ile daireye gönderilmekle gereği görüşüldü:

Yarım harcın bir kuruş eksik tâyini aleyhe temyiz olmadığından bozma sebebi sayılmamıştır.

Tebliğnamede Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 87 inci maddesinin son fıkrası karşısında sanığın sorumlu müdürü bulunduğu gazetede yayınlanan suç konusu yazıdaki sözlerin Millet Meclisinde açık oturumda bir Milletvekili tarafından söylenmiş olup olmadığının tesbiti bakımından Meclis müzakere tutanaklarının celp ve tetkiki gerektiğinden zuhul olunarak noksan soruşturma ile mahkûmiyet kararı verilmesinin kanuna aykırı olduğu bildirilerek hükmün bu sebepten dolayı bozulması istenilmiştir.

Tebliğnamede açık olarak ifade edilmemekle beraber Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 87 inci maddesinin son fıkrası hükmüne işaret edilmiş olmasına göre, bir Milletvekili tarafından Millet Meclisinde açık oturumda söylenmiş ve Meclis tutanağına geçirilmiş olan sözler hakaret niteliğinde olsa bile bunların yayınlanmasından dolayı mezkûr fıkra hükmü karşısında gazetenin sorumlu müdürü hakkında takibat yapılamıyacağı ve ceza verilemiyeceği düşüncesinin benimsenmiş olduğu anlaşılmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 87 inci maddesinin son fıkrası şöyledir. (Meclislerdeki açık görüşmelerin her türlü vasıta ile yayımı önlenemez).

Temsilciler Meclisi Anayasa komisyonu raporunda maddenin gerekçesi (Görüşmelerin açıklığını teminat altına alan bu maddenin son fıkrası Meclis görüşmelerine yasaklar konulmasını önlemektedir.) şeklinde yazılmıştır. Son fıkranın maddeye konulmasındaki amaç Meclis görüşmelerine yasaklar konulmasını önlemekten ibarettir. Ve bu fıkra şahıslara hakaret niteliğinde olan sözleri, haber hüviyet ve hususiyetinden ve bunun hududundan ayrılarak bir maksatla yayınlayanlar, suç unsurları tekevvün etmiş olsa dahi ceza, sorumluluğu terettüp etmiyeceği yolunda yorumlamağa, müsait bir hükmü taşımamaktadır.

Bu itibarla dâvaya konu olan sözlerin Millet Meclisinde açık oturumda bir Milletvekili tarafından söylenmiş ve tutanak dergisine yazılmış olup olmadığının araştırılması sonuna etkili olmadığından tebliğnamede bozma isteyen düşüncenin ve dosya münderecatına, toplanan delillere, gerekçeye ve mahkemenin takdirine göre sanığın yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle *hükmin ONANMASINA*, depo parasının gelir yazılmasına ve onama harcı olarak müstedi sanıktan 98 lira 33 kuruş alınmasına 24/1/1964 gününde çoğunlukla karar verildi.

Olay :

Yargıtay kararının ilgili bulunduğu olay, bir gazetenin, Millet Meclisinin açık oturumunda bir Milletvekilince söylenmiş olup, hakaret teşkil edici nitelik taşıyan sözleri yayınlamasından ibarettir.

Hukukî problem :

Olay dolayısı ile bahis konusu olan hukukî problemi şu suretle açıklayabiliriz: Millet Meclisi veya Senatoda yapılıp muayyen bir kişi hakkında hakaret niteliği taşıyan bir beyanın, gazete veya dergilerde tekrarlanarak yayınlanması suç teşkil eder mi ve hakarete uğrayan, hakaret dolayısiyle dâva açarak gazeteyi mahkûm ettirebilmek imkânına sahip olur mu? Yoksa Anayasa'nın 87. maddesinin son fıkrası karşısında, bir Milletvekili tarafından Millet Meclisinde açık oturumda söylenmiş ve Meclis tutanağına geçirilmiş olan sözler hakaret niteliğinde olsalar bile bunların yayınlanmasından dolayı sorumlu müdürün suçluluğuna hükmolunabilir mi?

Mercilerin hâl tarzı :

İstanbul Toplu Basın Asliye Ceza Mahkemesinin, 963/32 sayılı ve 23.10.1963 tarihli kararında bir tefrik yapıldığı anlaşılıyor: Bu gibi hallerde Mecliste cereyan eden müzakerelerin basında aksettiriliş tarzının haber verme fonksiyonu içinde mütalâa edilebilip edilemiyeceğini araştırmak lâzımgelir. 87. maddenin son fıkrasındaki hüküm, Mecliste cereyan eden bir müzakerenin, ne tarzda ve şekilde olursa olsun Basın'da aksettirilebilmesi hakkını vermemektedir. Şahıslara karşı hakareti tazammun eden ve bir milletvekilinden veya Senato üyesinden sâdır olan beyanlar, hakikata uygun şekilde aksettirilseler dahi, bir haber verme maksadını aşan ve vesileden yararlanarak beyanın ilgili bulunduğu kişiyi halkın husumetine maruz kılmaya imkân verecek yollara ve tertiplere başvurularak neşredilecek olursa, hakaret cürmünü teşkil ederler ve Anayasa'nın 87. maddesi bu konuda gazetenin sorumsuzluğunu sağlamağa imkân verecek, hukuka aykırılığı kaldırıcı bir sebep de teşkil etmez.

Asliye Mahkemesinin böylece özetlenebilecek çözüm yolunu Yargıtay 4. Ceza Dairesi de, yukarda sunulan karardan da anlaşılacağı üzere, kabul ve teyid etmektedir. Yargıtay kararında bilhassa dikkati çeken cihet, Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu raporundaki bir açıklamaya da dayanmak suretiyle, Anayasa'nın 87. maddesinin son fıkrasına verilen anlamdır. Gerçekten şöyle deniliyor: Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu raporuna göre 87. maddenin son fıkrasının vaz'ı sebebi görüşmelerin açıklığını teminat altına almaktır; bunun içindir ki, son fıkraya, Meclis görüşmelerine yasak konulmasını önlemek için mezkûr hüküm vaz'edilmiştir. Binaenaleyh amaç bu olunca şahıslara hakaret niteliğinde olan sözleri, haber hüviyeti ve hususiyetinden ayrılarak bir maksatla yayınlayanlar 87. maddenin son fıkrasına dayanmak suretiyle sorumluluktan kurtulamazlar.

Görülüyor ki, Yargıtay Dairesine nazaran da, Meclis müzakerelerinde yapılan beyanları Basın'da aksettirmek bakımından, yasama dokunulmazlığı sadece mil-

letvekili veya Senato üyesiyle ilgilidir ve gazeteci böyle bir dokunulmazlığa sahip değildir; dokunulmazlık onu kavramaz. Gazetecinin yayınında hukuka aykırılığı kaldıran cihet, haberleri toplamak ve yaymak hususundaki sübjektif meslekî hakkıdır (Bu konuda Bk.: *Sulhi Dönmezer - Sahir Erman,* Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, s. II/1, II. bası, İstanbul 1961, s. 46). Sorumsuzluk da bu meslekî hak içinde kalındığı ölçüde mevcuttur.

Yargıtay kararının analizi sonunda çıkarılabilecek gerekçesi bundan ibarettir.

Tartışma ve kanaatimiz :

Tetkik konusu hukukî meselenin muhtelif yönleri vardır:

Önce *yasama dokunulmazlığı bakımından* problemin incelenmesi lâzımgelir. Gerçekten dokunulmazlığın milletvekilinin veya Senato üyesinin şahsına râci olduğu, bu itibarla işlenen fiilden dolayı milletvekili veya Senato üyesi sorumlu olmamakla beraber, fiilin gine de hukuka aykırılık vasfını taşıyacağı malûmdur (Bk. *Sulhi Dönmezer - Sahir Erman,* Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku, II. Bası, c. I, s. 248).

Böyle olunca, yani mutlak yasama dokunulmazlığı ve sorumsuzluk sadece milletvekili veya Senato üyesine râci şahsî bir muafiyet sebebi teşkil edeceğinden, milletvekili veya Senato üyesi sıfatını taşımayanlar için ortada bir sorumsuzluk sebebi mevcut bulunmaz. Binaenaleyh yasama dokunulmazlığı prensipi, meclislerde yapılan ve hakaret teşkil edici mahiyette bulunan beyanların basında tekrarı dolayısile sorumsuzluk neticesine götürecek bir hukukî temel ihtiva etmemektedir. Anayasa'nın 79. maddesinin ilk fıkrasındaki «*Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden ve bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar*» hükmü Meclis dışındaki tekrardan dolayı sadece milletvekilinin mes'ul olamayacağını ifade eder.

Anayasa'nın 87. maddesinin son fıkrasındaki hükmün anlamı ise, Yargıtay kararında da isabetle belirtildiği üzere, Meclis müzazerelerinin yayımı bakımından, bu yayımı önleyecek herhangi bir yasak kararının ittihazına imkân bulunmayacağından ibarettir. Mezkûr fıkranın *occasio legis* i hatırlanacak olursa, başka türlü mânalandırılamıyacağı kolaylıkla anlaşılır.

Verilen izahlardan anlaşılacağı üzere, Meclis müzakerelerini aksettiren gazetecinin ceza sorumluluğu konusunu, gazetecilik mesleğine ait sübjektif haklar yönünden mütalâa etmek lâzımgelir. Filhakika bir meslek veya san'atın icrasına yetki veren hukuk kaidesi, bu meslek veya san'atın sahibine sübjektif bir hak vermiş olur (Bk.: *Sulhi Dönmezer - Sahir Erman,* Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku , c. II/l, ikinci Bası, İstanbul 1961, s. 34, 44).

Gazetecilik mesleğinin icrası da, haber verme fonksiyonunun ve buna bağlı yetkilerin kullanılmasını zorunlu kılar. Gazete, haber yayan bir vasıta olduğundan, gazetenin hakaret dahi teşkil etse, Meclis müzakerelerini aksettirmesi lâzımdır ve bunu yapan gazete, mesleğe bağlı sübjektif bir hakkı kullanmış olacağı için hukuka aykırılık teessüs etmiş olmaz ve binnetice fiil de suç teşkil etmez. Burada dikkat

edilecek cihet, haber verme hususundaki sübjektif hakkın sınırlarının aşılmamış olmasıdır.

Fransız 1881 Basın Kanununun 1958 yılında tâdil edilmiş olan 41. maddesinin 2. fıkrasında, Fransız Meclisleri müzakerelerinin gazetelerde kontrandüleri yapılarak yayınlanmasının, sorumluluğu sonuçlamıyacağı belirtilmiş, ancak bunun hüsnüniyetle yapılmış bulunmasının şart olduğu ayrıca belirtilmiştir. Kötü niyetle yapılan yayınlar 41. maddedeki sorumsuzluktan faydalanamaz (Bk. : *Juris classeur Pénal*, c. 1 bis, Art. 283 ^â^ 294, fasc. XIV, No. 2168).

Kanaatımızca Fransız Kanununun 41. maddesindeki kıstas, yani yayının hüsnüniyetle yapılmış olması, Türk hukukunda da, gazetecinin haber verme fonksiyonunu, hakkının hududunu aşıp aşmadığını tâyin bakımından yeterli bir usur sayılabilir. Gerçekten gazeteci Mecliste geçen müzakereleri aksettirmek amacı ile ve bu maksadı ifade eden şekil ve yönler içinde yayında bulunmuş, kullandığı bütün kelimeler, olayları belirtiş şekli, sadece haberi nakletme amacının varlığını göstermekte bulunmuş ise, gazeteci sadece haber verme fonksiyonu içinde kalır ve hakaret dahi teşkil eden isnadın tekrarı bu bakımdan cürmü vücuda getirmiş olmaz.

Böyle olmayıp ta, haber verme fonksiyonunu aşan bir maksat izlenerek ve vesileden yararlanmak suretiyle hakaretin tekrarı ve hattâ, Meclis dışına taşırılması amacı güdülmüş ve âdeta muhatabı tahkir için, Mecliste geçen müzakereler bir fırsat sayılarak kullanılmış olursa, hakaret cürmü, yayını yapan gazeteci bakımından da gerçekleşmiş olur.

Belirttiğimiz esaslardan da anlaşılacağı üzere Yargıtay Kararını yerinde bulmaktayız.

Ord. Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER

(4. Makale - 1965)

Lütfi DURAN

*İtiraz Yolu İle Anayasaya Aykırılık İddiası ve Temel Hak ve Ödevlerin Kanunla Düzenlenmesi**

---

* Lütfi Duran, "İtiraz Yolu İle Anayasa'ya Aykırılık İddiası ve Temel Hak ve Ödevlerin Kanunla Düzenlenmesi", İÜHF Mecmuası, Yıl 1965, Cilt 31, Sayı 1-4, 284 – 353.

MAHKEME KARARLARI KRONİĞİ
ANAYASA HUKUKU

İTİRAZ YOLU İLE ANAYASA'YA AYKIRILIK İDDİASI VE TEMEL HAK VE ÖDEVLERİN KANUNLA DÜZENLENMESİ

ANAYASA MAHKEMESİ, 25 Aralık 1964, **DANIŞTAY 8. DAİRESİ***

İTİRAZ YOLU. — Anayasa'ya aykırılık iddiası, Anayasa m. 151, Anayasa Mahkemesi organik kanunu m. 27, İtiraza yetkili olanlar, Mahkemeler ve dâvanın tarafları, Danıştay 8. Dairesi, Davacı, İtirazın konusu, Dâvada uygulanacak hüküm, Anayasa Mahkemesi, İtirazın reddi.

KANUNLA DÜZENLEME. — Temel haklar ve ödevler, Anayasa m. 60, Millî Savunma hak ve ödevi, Askerlik yükümü, Yedek Subay ve Yedek Askerî Memurlar Kanunu, m. 23/E, Yabancı kız veya kadınla evlenmek, Yedek subaylıktan çıkarılma, Anayasa m. 12, Eşitlik ilkesi, Cinsiyet ayırımı, Öğrenim bakımından ayırım, Anayasa m. 35, Evlenme hakkı, Eş seçme serbestliği, Ailenin korunması, Anayasa m. 58, Kamu hizmetlerine girme hakkı, Kanun koyucunun takdiri, Askerlik yükümünün gerekleri, Ödevin gerektirdiği nitelikler.

1° «İtiraz, (Yedek Subay ve Yedek Askeri Memurlar Kanununun 23 üncü) maddenin tümüne karşı olmayıp, sadece E bendini hedef tutmaktadır. — Danıştay 8 inci Dairesi de maddenin E bendini bir bütün olarak söz konusu etmiş ve bir ayırım yapmaksızın bendin tümünün Anayasa'ya aykırı bulunduğunu ileri sürmüştür.»

2° «Bir dâvaya bakmakta olan mahkemece o dâva sebebiyle uygulanacak olan bir kanun hükmünü Anayasa'ya aykırı görür veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinden, ancak o hükmün iptalini isteyebileceğinden; Danıştay 8. Dairesinin itirazının da, kendisine açılmış olan bu dâvada uygulayacağı, 1076 sayılı kanunun değişik 23 üncü maddesinin E bendinin (Yabancı kız veya kadınla evli olanlar) hükmüne münhasır bulunduğu...»

3° «Bir kanunun, Anayasanın 12 nci maddesinde yazılı olanlar dışında, düzenlemekte olduğu konunun niteliği bakımından bazı kayıt ve şartlar koyarak ayırımlar yapması ve hükümlerinden, bu kayıt ve şartları yerine getirmiş olanların yararlanabileceklerini kabul etmesi, 12 nci maddedeki eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez.»

4° Anayasanın 60 ıncı maddesi hükmüne göre, «Anayasamız askerlik yükümünü düzenleme işini, herhangi bir kayıt ve şart koymaksızın, kanun koyucunun takdirine bırakmıştır.»

---

*) Esas: 1964/36 - Karar: 1964/77 numaralı olan bu karar Resmî Gazetenin 21 Nisan 1965 gün ve 11981 sayılı nüshasında yayınlanmıştır.

5° «Askerlik yükümü konusunda, (Cinsiyet) esasına dayanması bakımından ilk nazarda Anayasanın 12 nci maddesine aykırı sanısını verebilecek bir ayırımın, askerlik yükümünün bir gereği olmak üzere, buna ilişkin kanun hükümlerinin 12 nci maddedeki eşitlik ilkesini zedeleyecek nitelikte olduğunu düşünmeğe yer bırakılmamıştır .»

6° «Kanun, önce yüksek öğrenimlerini yapmış olanları, diğerlerinden ayrı bir işleme bağlı tutmuştur. Ancak bu ayrılık, Anayasa'nın 12 nci maddesinde sayılan özelliklere dayanmayıp kanunun düzenlediği konunun gereklerine dayandığında, ortada Anayasanın 12 nci maddesindeki eşitlik ilkesine de bir aykırılık yoktur.»

7° «Yabancı kız veya kadınlarla evli olmanın yedek subaylık durumuna etki yapması veya yapmaması yolundaki düzenlemelerin, Anayasanın 12 inci maddesinde öngörülmüş bulunan eşitlik ilkesiyle ilgili bir tarafı bulunmadığı meydana çıkmaktadır.»

8° «Yedek subaylık yukarıda da açıklandığı üzere yüksek öğrenim yapmış Türk vatandaşı erkeklerin askerlik yükümlerini yerine getirirken tâbi tutuldukları bir eğitim ve görevlendirme şeklinden ibarettir. Bu duruma göre yedek subaylık, şahsın veya ailenin geçimini sağlayan bir meslek, sanat veya kişinin isteği üzerine atandığı bir kamu hizmeti olmadığından askerlik yükümünün şu veya bu suretle yaptırılmış olmasında Anayasa'nın 35 inci maddesindeki ilkeye aykırılık sözkonusu olamaz.»

9° «Bu kanunla (1076 sayılı) düzenlenmiş olan yedek subaylık, kişinin kendi isteği ile belirli bir kamu hizmetine girişi olmayıp, zorunlu olarak askerliğe alınması halidir.» — «Bu sebeple konunun, Anayasanın 58 inci maddesinde yer alan hükümlere ve yapılmış olan ayrımların da, maddede öngörülmüş bulunan (ödevin gerektirdiği niteliklere) dayandığı veya dayanmadığı yolunda belirecek olan düşüncelere göre çözümlenmesi mümkün olmadığı...»

Esas No. : 1964/36
Karar No. : 1964/77
Karar tarihi : 25/12/1964

İtirazda bulunan : Danıştay 8 inci Dairesi

İtirazın konusu : 16/6/1927 günlü ve 1076 Yedek Subay ve Yedek Askerî Memurlar Kanununun 18/6/1947 günlü ve 5099 sayılı Kanunla değiştirilen 23 üncü maddesinin E bendi hükmünün, Anayasa'nın 12., 35 ve 60 ıncı maddelerine aykırı bulunduğundan bahisle yapılmış olan itirazın ciddî olduğu kanısına varıldığı ileri sürülerek Anayasa'nın 151 inci ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri hakkındaki 44 sayılı Kanunun 27 inci maddeleri uyarınca bir karar verilmesi istenilmiştir.

OLAY

Askerlik hizmetini yedek subay olarak yapıp terhis edildikten sonraki bir tarihte yabancı bir kadınla evlenmiş bulunan kişinin yedek subaylık hakkının 1076 sayılı Yedek Subay ve Yedek Askerî Memurlar Kanununun 5099 sayılı Kanunla değişik 23 üncü maddesinin E. bendine dayanılarak kaldırılması üzerine, bu kara-

rın Anayasa'ya ve İnsan Hakları Beyannamesine aykırılığı ileri sürülerek iptali için Danıştay'a dâva açılmıştır. Danıştay Başkanun Sözcülüğü ve dâvâlı Millî Savunma Bakanlığı, 1076 sayılı Kanunun değişik 23 üncü maddesinin E. bendinin Anayasa'ya aykırı bulunmadığı düşüncesini savunmuşlardır.

Karşılıklı iddia ve savunmaları inceleyen Danıştay 8 inci Dairesi, 17/6/1964 günlü ve 1963/2299 sayılı kararında:

«1 - Yüksek öğrenim görmüş ve yedek subay olma hakkını kazanmış erkek yurtdaşların yabancı bir kadın veya kızla evlenmeleri, kendilerinin yedek subaylıktan çıkarılmalarını intaç ettiğine göre, 1076 sayılı Yasanın değişik 23 üncü maddesinin E. bendi hükmü T. C. Anayasa'sının 12 nci maddesiyle konulan eşitlik ilkesine açıkça aykırı düşmektedir.

Çünkü, yüksek tahsil gören T.C. yurtdaşı kadınlar askerlik mükellefiyetine bağlı olmadıkları için onlar hakkında bu hüküm uygulanamaz. Yüksek tahsil görmemiş yani yedek subay olma niteliğinde bulunmayan erkek ve kadın Türk yurtdaşları da bu müeyyidenin dışında kalmıştır. Böylece bir kısım yurtdaşları yabancı ile evlenme, dolayısiyle yedek subay olma hakkından yoksun kılan, anılan bent hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu yolundaki itirazın ciddî olduğu kanısına varılmıştır.

2 — Yabancı kadın veya kızla evlenen yüksek öğrenim görmüş Türk erkeğinin yedek subaylıktan çıkarılması, o erkeğin kurmuş olduğu ailenin Türk toplumu içinde tedirgin edilmesi sonucunu doğurur. Böyle bir durum T. C. Anayasa'sının 35 inci maddesiyle konulmuş ilkeye aykırı düşer. Bu bakımdan da itiraz ciddî görülmüştür.

3— Yurt savunmasına yedek subay olarak katılma hakkını ve ödevini kazanmış olan bir Türk erkeğinin yabancı bir kadın veya kızla evlendi diye bu hak ve ödevden yoksun bırakılması T. C. Anayasa'sının 60 ıncı maddesinde yer alan ilkeye de aykırı düşer. Bu bakımdan 1076 sayılı Yasanın değişik 23 üncü maddesinin E. bendi hükmünün, Anayasaya aykırılığı yolundaki itiraz ciddî görülmüştür.» diyerek kanısını belirtmiş ve Anayasa'nın 151 inci ve 44 sayılı Kanunun 27 nci maddeleri uyarınca bir karar verilmek üzere dâva dilekçesiyle tarafların iddia ve savunmalarının örneklerinin Anayasa Mahkemesine gönderilmesine ve dâvanın olduğu yerde durdurulmasına karar vermiştir.

İNCELEME:

Anayasa Mahkemesi içtüzüğünün 15 inci maddesi uyarınca 11/9/1964 gününde yapılan ilk inceleme sonunda işin esasının incelenmesine karar verilerek 25/12/1964 günü yapılan toplantıda dosyadaki bütün yazılar, hazırlanan rapor, Anayasa'nın ilgili maddeleri ile itiraza konu olan kanun maddesi ve gerekçeleri, Büyük Millet Meclisi ve Temsilciler Meclisi Tutanakları, okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

GEREKÇE:

1076 sayılı Yedek Subay ve Yedek Askeri Memurlar Kanununun 5099 sayılı Kanunla değişik 23 üncü maddesi hükmü şöyledir:

«Madde 23 — Yedek subay ve memurluğundan çıkarılmağı ve yaşlarına göre haklarında Askerlik Kanununun uygulanmasını gerektiren sebepler şunlardır:

A - Ordu dışında şeref ve haysiyet bozucu halleri âdet edindiği bir askerî kurulca yaptırılacak inceleme ile Millî Savunma Bakanlığınca anlaşılanlar,

B - Ordu içinde veya dışında tardı ve ihracı gerektirecek kadar herhangi bir mahkeme tarafından hüküm giymiş olanlar,

C - Ordu dışındaki memuriyetinden müebbeten mahrumiyet cezasına hükümlü olanlar,

D - Hileli müflis olduğu ilân edilenler (Tekrar itibarı iade edildiği takdirde rütbesi geri verilir.)

E - Yabancı kız veya kadınla evli olanlar veya nikâhsız yaşıyanlar»

İtiraz, maddenin tümüne karşı olmayıp sadece E bendini hedef tutmaktadır.

Danıştay 8 inci Dairesi de maddenin E bendini bir bütün olarak söz konusu etmiş ve bir ayırım yapmaksızın bendin tümünün Anayasa'ya aykırı bulunduğunu ileri sürmüştür. Halbuki bent hükmünün; birisi yabancı kız veya kadınla evli olanlar, diğeri de yabancı kız veya kadınla nikâhsız yaşayanlar olmak üzere iki konuyu içine aldığı görülmektedir. Bu sebeple öncelikle itirazın kapsamının belirtilmesi gerekli bulunmuştur :

Dâvaya sebep olan olay; yukarıda açıklandığı üzere, bir yedek subayın yabancı kadınla evlenmesinden ibaret olduğuna göre dâvacı hakkında sözü geçen E bendinin sadece (Yabancı kız veya kadınla evli olanlar) hükmü uygulanmış bulunduğundan Danıştay 8 inci Dairesince iptal dâvasının çözümlenmesinde uygulanacak olan hükmün de bundan ibaret olacağı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 151 inci ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri hakkındaki 44 sayılı Kanunun 27 nci maddelerine göre, bir dâvaya bakmakta olan mahkeme, o dâva sebebiyle uygulanacak bir kanun hükmünü Anayasa'ya aykırı görür veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinden, ancak o hükmün iptalini isteyebileceğinden; Danıştay 8 inci Dairesinin itirazının da, kendisine açılmış olan bu dâvada uygulayacağı, 1076 sayılı Kanunun değişik 23 üncü maddesinin E bendinin (Yabancı kız veya kadınla evli olanlar) hükmüne münhasır bulunduğuna oybirliği ile karar verilmiştir.

İtirazın esasına gelince :

Danıştay 8 inci Dairesinin kararında; söz konusu hükmün, Anayasa'nın 12., 35., 60 ıncı maddelerine aykırı bulunduğu açıklanmak suretiyle dâvacının itirazının

ciddî olduğu kanısına varıldığı belirtilmekte olduğundan incelemenin de bu maddeler sırasına göre yapılması gerekmektedir :

1 — Danıştay 8 inci Dairesi; yukarıya alınmış bulunan kararında görüldüğü üzere, yüksek öğrenim yapmış olan kadınlarla yüksek öğrenim yapmamış kadın ve erkekler hakkında bu hükmün uygulanmamakta olduğunu öne sürerek bu hali bunlarla yüksek öğrenim yapmış erkekler arasında yaratılan bir eşitsizlik olarak yorumlamakta ve bu bakımdan Anayasa'nın 12 inci maddesine aykırılık bulunduğu kanısında olduğunu açıklamaktadır.

Anayasa'nın 12 inci maddesi hükmü şöyledir;

«Madde 12 — Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir.

Hiç bir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.»

Yürürlükte olan kanunlarımız, kadınları genel olarak askerlik yükümü dışında tutmakta olduğundan, yüksek öğrenim yapmış olsun olmasın, erlik veya yedek subaylıkları söz konusu değildir. Bu sebeple anılan 23 üncü maddenin E bendinin, yabancılarla evlendikleri için yedek subaylık haklarını kayıp eden erkekleri, kadınlara karşı eşit olmayan bir duruma soktuğu ve böylece Anayasa'nın yukarıda yazılı 12 nci maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı bir hüküm taşıdığı düşüncesi yerinde değildir.

Keza, bu hükmün uygulanması sonucunda; yedek subaylık hakkını kazanmış iken yabancı bir kadınla evlenme sebebiyle er durumuna geçirilen bir kimse ile, yüksek öğrenim yapmamış olduğu için askerliğini er olarak yapmakta olan bir kimse arasında Anayasa'nın 12 nci maddesine aykırı herhangi bir eşitsizlik yaratılmış olduğunu düşünmek de doğru değildir.

Zira bu durumun, Anayasa'nın yukarıda metni yazılı 12 nci maddesinde yer alan özelliklerin herhangi birisine dayanılarak yapılmış bir ayırım olmadığı meydandadır.

Bir kanunun, Anayasa'nın 12 nci maddesinde yazılı olanlar dışında, düzenlemekte olduğu konunun niteliği bakımından bazı kayıt ve şartlar koyarak ayırımlar yapması ve hükümlerinden, bu kayıt ve şartları yerine getirmiş olanların yararlanabileceklerini kabul etmesi, 12 nci maddedeki eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez.

Aksine, Anayasa'nın 12 nci maddesinde öngörülenler dışında kalan ayrı şartların ve vasıfların ayrı hükümleri gerektirmesi doğaldır.

Örneğin Anayasa'nın 60 ınci maddesinde: «Yurt savunmasına katılma, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu ödev ve askerlik yükümü kanunla düzenlenir.» denilmektedir.

Bu hükme göre Anayasa'mız askerlik yükümünü düzenleme işini, herhangi bir kayıt ve şart koymaksızın, kanun koyucunun takdirine bırakılmıştır.

Bu maddenin, Temsilciler Meclisinde görüşülmesi sırasında ileri sürülen sorular ve verilen önergeler karşısında Anayasa Komisyonu Sözcüsünün cevapları ve komisyonun bunların etkisiyle hazırladığı yeni madde metni, kanun koyucuya bu konuda bırakılan takdir yetkisinin çok geniş olduğunu göstermektedir.

Nitekim bu görüşmelerde bir temsilcinin «Türk kadınları da yurt savunmasına tabi mi?» sorusuna komisyon sözcüsü «Bunun cevabını kanun verecektir.» demek suretiyle kadın ve erkek vatandaşların, hangi şartlar ve ölçüler içerisinde ve hangi safhalarında yurt savunmasına katılacaklarının, gereklere uygun olarak, tâyin ve takdir yetkisinin kanun koyucuya bırakıldığını açıklamış ve erkek vatandaşların askerlik yükümlerini belirtmek amaciyle verilen önergeler gözönünde tutularak madde Temsilciler Meclisi tarafından ilk metinde olmayan; (Askerlik yükümünün kanunla düzenleneceği) hükmü de eklenmek suretiyle kabul olunmuştur.

Görülüyor ki, askerlik yükümü konusunda, «Cinsiyet» esasına dayanması bakımından ilk nazarda Anayasa'nın 12 nci maddesine aykırı sanısını verebilecek bir ayırımın, askerlik yükümünün bir gereği olmak üzere, yapılabileceği, Anayasa koyucu tarafından da öngörülmüş ve böylece buna ilişkin kanun hükümlerinin, 12 nci maddedeki eşitlik ilkesini zedeleyecek nitelikte olduğunu düşünmeğe yer bırakılmamıştır.

Yasama organı, kabul ettiği çeşitli kanunlarla, askerlik yükümünü düzenlemiş olup bu kanunlarda, yirmi yaşına basan bütün sağlam erkeklerin askerlik çağına girmiş oldukları, bunlardan yüksek öğrenim yapmış olanların yedek subay yetiştirilmek suretiyle, geride kalanların da er olarak askerliklerini yapacakları hakkında hükümler yer almaktadır.

Görüldüğü gibi kanun, önce yüksek öğrenimlerini yapmış olanları, diğerlerinden ayrı bir işleme bağlı tutmuştur. Ancak bu ayrılık, Anayasa'nın 12 nci maddesinde sayılan özelliklere dayanmayıp kanunun düzenlediği konunun gereklerine dayandığından ortada Anayasa'nın 12 nci maddesindeki eşitlik ilkesine de bir aykırılık yoktur.

Bundan başka kanunun, yedek subaylık müessesesini bir takım kayıt ve şartlarla birlikte kurduğu, örneğin askere alınan yüksek öğrenim gören erkekleri, belirli bir süre askerlik öğlenim ve eğitiminden geçirdiği, sınavlarda başarı göstermiyenlere bu hakkı vermeyerek er sınıfına geçirdiği görülmektedir. Gerek bu hükümlerin gerekse itirazla ilgili 23 üncü maddenin diğer fıkralarında yer alan ve yedek subaylık hakkını düşüreceği yazılı olan sebeplerin hiç birisinin de esasen askerliklerini er olarak yapan yüksek öğrenim yapmamış erkek vatandaşlara uygulanması söz konusu bulunmamaktadır. Nasıl yüksek öğrenimlerini yapmamış olan erkek vatandaşlara uygulanmayan ve hizmetin gereği olan bu hükümlerin hiç birisinin, söz konusu vatandaşlara uygulanmıyor diye Anayasa'nın 12 nci maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı oldukları düşünülemezse; askerlik yükümünü yedek subay olarak yapmak ve sonra da bu sıfatı muhafaza edebilmek için, yabancı kız ve kadınla evli olmamak şartını koymakta Anayasa'nın 12 nci maddesinde öngörülen bir eşitsizlik sayılamaz. Zira bu hüküm de, diğerleri gibi, Anayasa'nın 60 ınci mad-

desiyle kanun koyucunun takdirine bırakılmış olan bir konunun, gerektiği şekilde düzenlenmesinden ibarettir.

Diğer taraftan, 5099 sayılı kanunun gerekçesinden de anlaşıldığı üzere evvelce mevcut olmayan bu hükmün; muvazzaf subayların yabancı kız veya kadınlarla evlenmeleri halinde istifa etmiş sayılarak, hatta yedek subaylık hakkı bile verilmeden haklarında yaşlarına göre askerlik kanunu hükümleri uygulanırken aynı ordu içinde vazife gören yedek subayların böyle bir müeyyidenin dışında bırakılmış olmalarının yarattığı farklı durumun giderilmesi düşüncesiyle kabul edilmiş olduğu görülmektedir.

Gerçekten 1950 yılına kadar yürürlükte olan 1683 sayılı Askerî ve Mülkî Tekaüt Kanununun 12. ve 1/1/1950 gününde de bu kanunun yerine geçen 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununun 9/7/1963 günlü ve 266 sayılı kanunla değiştirilen geçici 84 üncü maddeleri gereğince, subay ve askerî memurlardan (Astsubaylar da aynı hükme tabi tutulmuştur.) yabancı uyruklularla evlenenler veya nikâhsız olarak yaşayanlar istifa etmiş sayılmakta ve bu suretle ordudan çıkanlar hakkında, (Yedek subaylık hakkı dahi tanınmadan) yaşlarına göre askerlik kanunu gereğince işlem yapılmakta iken, 5099 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği 25/6/1947 gününe kadar yabancılarla evlenmek veya nikâhsız yaşamak hali, yedek subaylık durumuna herhangi bir etki yapmamakta idi. Bu farklı durum, ordu içinde yabancı kadınlarla evli subay ve askerî memur bulundurulmaması hakkında kanun koyucu tarafından güdülen amacın tam olarak elde edilmesini önlemekte olduğu düşüncesiyle 1076 sayılı kanunun 23 üncü maddesine, itiraza konu olan E bendi hükmünün eklenmesi gerekli görülmüş ve bu maksatla 5099 sayılı kanun kabul edilmiş bulunmaktadır.

Bu suretle, ayrı ayrı zamanlarda ve çeşitli açılardan birer eşitsizlik imiş gibi değerlendirilmiş bulunan konunun, yani yabancı kız veya kadınlarla evli olmanın yedek subaylık durumuna etki yapması veya yapmaması yolundaki düzenlemelerin, Anayasanın 12 nci maddesinde öngörülmüş bulunan eşitlik ilkesiyle ilgili bir tarafı bulunmadığı meydana çıkmaktadır.

2 — Danıştay 8 inci Dairesi; yabancı kız veya kadınla evlenen yüksek öğrenim görmüş Türk erkeğinin yedek subaylıktan çıkarılması, o erkeğin kurmuş olduğu ailenin Türk toplumu içinde tedirgin edilmesi sonucunu doğuracağından bu durumu yaratan hükmü Anayasa'nın 35 inci maddesiyle konulan ilkeye aykırı görmektedir.

Anayasa'nın 35 inci maddesi hükmü şöyledir:

«Madde 35 — Aile Türk toplumunun temelidir.

Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, ailenin, ananın ve çocuğun korunması için gerekli tedbirleri alır ve teşkilâtı kurar.»

Yedek subaylık, yukarıda da açıklandığı üzere yüksek öğrenim yapmış Türk Vatandaşı erkeklerin, askerlik yükümlerini yerine getirirken tabi tutuldukları bir eğitim ve görevlendirme şeklinden ibarettir. Bu duruma göre yedek subaylık, şahsın veya ailenin geçimini sağlayan bir meslek, sanat veya kişinin isteği üzerine

atandığı bir kamu hizmeti olmadığından, askerlik yükümünün şu veya bu suretle yaptırılmış olmasında Anayasa'nın 35 inci maddesindeki ilkeye aykırılık söz konusu olamaz. Zira kanun koyucu, askerlik yükümünün yerine getirilmesi şekillerini, günün koşullarına ordunun ihtiyaçlarına göre dilediği şekilde düzenleyebilir. Bu düzenlemenin, ailenin kuruluşunu ve devamını önleyici hükümler taşımadığı müddetçe, Anayasa'nın 35 inci maddesini ilgilendiren bir tarafı da bulunamaz.

Esasen dikkat edilecek olursa sözü edilen hüküm, evlenmeyi doğrudan doğruya veya dolayısiyle kayıtlıyan bir hüküm değildir. Zira bu hüküm var olduğu halde yapılmış olan bir evlenme kanuna uygun bütün diğer evlenmeler gibi hukuk bakımından geçerlidir.

Diğer taraftan bu hüküm, genel olarak evli olmayı, yedek subaylık hakkını düşüren bir sebep olarak da koymamakta, sadece yabancılarla evli olma halini öngörmektedir. Bu halile dahi söz konusu hüküm, evlenmeyi kayıtlayıcı nitelikte olmayıp sadece kendi isteğiyle bu durumu yaratmış olanların, askerlik yükümlerini yerine getirmeleri şeklini değiştirmiş bulunmaktadır. Bu sonuç yurt savunmasının temelini teşkil eden askerlik görevinin bir gereği olmak üzere kanun koyucunun takdirine dayanmaktadır.

Nitekim yine 1076 sayılı kanunun 5099 sayılı kanunla değiştirilmiş bulunan 8 inci maddenin E bendinde de, yedek subay veya yedek askerî memurluğa ayrılmak için lüzumlu bulunan koşullar arasında yabancı kız veya kadınla evli olmamak veya nikâhsız yaşamamak hali de sayılmakta ve askerliğe çağrıdıkları günde bu durumlarda olanlar, daha başlangıçta yedek subay veya yedek askerî memurluğa ayrılmamaktadırlar.

Bu da göstermektedir ki bu hükümler aile müessesesini tedirgin etmek veya Anayasa'nın 35 inci maddesinde yer alan aile ile ilgili diğer kuralları zedelemek amacıyla kabul edilmiş olmayıp, sadece askerlik yükümünün yerine getirilmesinin gerektirdiği koşulların bir sonucu olarak kanun koyucu tarafından takdir edilmiş bulunmaktadır.

Esasen evlenme durumlarını, bu kanun hükümlerini de gözönüne almak suretiyle dilediği şekilde düzenleyerek askerlik yükümünü er veya yedek subay olarak yapmanın, kişilerin iradelerine bağlı bir işlem olduğu düşünülecek olursa söz konusu hükümde Anayasa'nın 35 inci maddesindeki ilkeleri ilgilendiren bir yön bulunmadığı daha açık belirmiş olur.

3 — Danıştay 8 inci Dairesi; yurt savunmasına yedek subay olarak katılma hakkını ve ödevini kazanmış olan bir Türk erkeğinin yabancı bir kadın veya kızla evlendi diye bu hak ve ödevden yoksun bırakılmasını Anayasa'nın 60 ıncı maddesine de aykırı görmektedir.

Anayasa'nın 60 ıncı maddesi hükmü şöyledir.

«Madde 60 — Yurt savunmasına katılma, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu ödev ve askerlik yükümü kanunla düzenlenir.»

Madde metninden açıkça anlaşıldığı üzere Anayasamız, askerlik yükümünün ne suretle yerine getirileceğinin düzenlenmesi işini yasama organına bırakmıştır. Yukarıda 1 numaralı fıkrada yapılan açıklamalar sırasında da belirtildiği üzere kanun koyucu bu konuyu kendi takdirine göre düzenlemiştir.

Gerçekten yürürlükteki kanunlarla, yirmi yaşına basan bütün sağlam erkeklerin askerlik çağına girmiş oldukları, bunlardan yüksek öğrenim yapmış olanların yedek subay yetiştirilmek suretiyle askerliklerini yapacakları, ancak bunların belirtilen bazı kayıt ve koşullara uymamaları halinde (Konumuzda olduğu gibi, yabancı kız veya kadınla evlenmeleri halinde) askerlik yükümlerini er olarak yapacakları hükümlere bağlanmış bulunmaktadır.

Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere ortada Danıştay 8 inci Dairesince ileri sürüldüğü gibi bu hak ve ödevden yoksun bırakılma hali bulunmayıp, askerlik yükümünün er olarak yerine getirilmesi durumu vardır.

Bu sebeple 1076 sayılı kanunun 5099 sayılı kanunla değişik 23 üncü maddesinin E bendinin itiraz konusu olan hükmünü, Anayasa'nın 60 ıncı maddesine de aykırı saymak yerinde değildir.

Danıştay 8 inci Dairesince ileri sürülmemekle beraber, itiraza konu olan hükmün Anayasa'nın 58 inci maddesiyle ilgisi olup olmadığı konusu üzerinde de durulması gerekli görülmüştür:

Anayasa'nın 58 inci maddesi hükmü şöyledir:

«Madde 58 — Her türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir.

Hizmete alınmada, ödevin gerektirdiği niteliklerden başka hiç bir ayrım gözetilemez.»

Görüldüğü gibi bu madde hükmü, kamu hizmetlerine girme hakkı ile ilgili Anayasa kuralını koymaktadır. Maddede ki (Kamu hizmetine girme) deyimiyle yurttaşların kamu hizmetlerinin her hangi bir dalında kendi istekleriyle görev almaları halinin öngörüldüğü açıktır.

Halbuki itiraz konusu olan kanun hükmü, bir kamu yükümü olan askerlik ödevinin ne suretle yerine getirileceğini düzenlemektedir. Bu kanunla düzenlenmiş olan yedek subaylık, kişinin kendi isteği ile belirli bir kamu hizmetine girişi olmayıp, zorunlu olarak askerliğe alınması halidir. Bu bakımdan 1076 sayılı kanun, Anayasa'nın 58 inci maddesinin kapsamına değil 60 ıncı maddesinin kapsamına giren bir konuyu düzenlemektedir.

Bu sebeple konunun, Anayasa'nın 58 inci maddesinde yer alan hükümlere ve yapılmış olan ayırımların da, maddede öngörülmüş bulunan (ödevin gerektirdiği niteliklere) dayandığı veya dayanmadığı yolunda belirecek olan düşüncelere göre çözümlenmesi mümkün olmadığından ayrıca bir de bu madde açısından inceleme yapılmasına yer görülmemiştir.

SONUÇ:

Yukarıda açıklanan nedenlerden ötürü 1076 sayılı kanunun 5099 sayılı kanunla değiştirilen 23 üncü maddesinin E bendindeki yabancı kız veya kadınla evli olanların yedek subaylıktan çıkarılarak yaşlarına göre haklarında Askerlik Kanununun uygulanmasının gerekeceğine ilişkin hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığından itirazın reddine, Üyelerden Şemsettin Akçaoğlu'nun muhalefetiyle ve oyçokluğu ile 25/12/1964 gününde karar verildi.

Başkan *Lûtfi Akadlı*	Üye *Cemalettin Köseoğlu*	Üye *Asım Erkan*	Üye *Rifat Göksu*
Üye *İ.Hakkı Ülkmen*	Üye *Şemsettin Akçaoğlu*	Üye *İbrahim Senil*	Üye *İhsan Keçecioğlu*
Üye *A. Şeref Hocaoğlu*	Üye *Salim Başol*	Üye *Celâlettin Kuralmen*	Üye *Hakkı Ketenoğlu*
Üye *Fazıl Uluocak*	Üye *Muhittin Gürün*	Üye *Lûtfi Ömerbaş*	

MUHALEFET ŞERHİ

1 — *Anayasa'nın 60 ıncı maddesi, askerlik yükümünün kanunla düzenleneceğini göstermektedir. Askerlik de bir kamu hizmeti olduğuna göre, bu düzenleme sırasında, Anayasa'nın 58 inci maddesinde yazılı esasa uyulması, yani, askerlik mükellefiyetine tabi olanlara görev verilirken bunlar arasında (Ödevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilmemesi) şarttır.*

Bu konuya kararın sonlarında temas eden Mahkeme, 58 inci maddenin ancak kendi isteğiyle kamu hizmetine girenlere uygulanabileceğini, askerlik gibi mecburi bir hizmette 58 inci madde hükmünün değil sadece 60 ıncı madde hükmünün nazara alınabileceğini mütalâa etmektedir.

Hizmetin ihtiyarî veya mecburî oluşunun bu hizmeti göreceklerin niteliğinde farklar yaratmasını gerektireceği kanaatine katılmak mümkün değildir. Askerlik mükellefiyetinin düzenlenmesinde kanun koyucuya tanınan geniş takdir hakkının da, 58 inci maddede yazılı esasla sınırlı olduğuna şüphe yoktur. Hizmetin gerekleriyle ilgisi bulunmayan kayıt ve şartlar askerlik mükellefiyetini düzenleyen kanunlara da giremez.

Nitekim, kararın birçok yerlerinde, 58 inci maddedeki esasın askerlik mükellefiyeti kanunlarına da tesirini zaruri gören aşağıdaki mütalâalar yer almaktadır; Mahkeme:

a) *Askerlik yükümü konusunda «cinsiyet» esasına dayanan tefrikin (Askerlik yükümünün bir gereği) olmak üzere yapılabileceği;*

b) *Yüksek öğrenimi yapmış olanların diğerlerinden farklı bir muameleye tabi tutulmasının kanunun düzenlendiği konunun gerektirdiği bir ayırım bulunduğu) sebepleriyle bu gibi ayırımların eşitliği ihlâl etmediği kanaatindedir.*

c) *Kanun koyucunun, askerlik yükümünün yerine getirilmesi şekillerini, günün şartlarına, (Ordunun ihtiyaçlarına) göre dilediği şekilde düzenlenmesini uygun bulmaktadır.*

Vatandaşların askerlik mükellefiyeti bakımından farklı muamelelere tabi tutulmasını - cinsiyet ve tahsil durumu açısından - inceleyen ve tasvip eden çoğunluk bu bahisle (Askerlik yükümünün gereği) veya (Kanunun gerektirdiği ayırım) tâbirleriyle (Hizmetin gerektirdiği nitelikler)e kıymet verirken evlilik, bekârlık, ecnebi kadınla evlilik) esasına dayanan ayırımlarda da (Hizmetin gereği) ne uygunluk olup olmadığını incelemek mevkiindeydi.

Nitekim, evvelce görülen bir dâvada, 788 sayılı Memurin Kanununun 4 üncü maddesinin Z bendinde yer alan (Bu kanunun neşrinden evvel ecnebi kadınlarla teehhül etmiş bulunan memurin, Hariciye, Müdafaai Milliye ve Bahriye Vekâletlerinde istihdam edilemezler) hükmünün «Devlet sırlarının saklı kalması» gibi o Vekâletler hizmetlerinin icabı olan bir maksada dayandığına ve bu gerekçeyle Anayasa'ya uygun bulunduğuna kanaat getirilerek buna ait iptal talebi reddedilmiştir. (11480 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 25/5/1963 günlü ve 1963/205 - 123 sayılı karar). Şimdi görülen dâvada ise çoğunluk, Anayasa'nın 58 inci maddesi açısından inceleme yapılmasına mahal görmemektedir.

Memurların ecnebilerle evlenmiyecekleri hakkında Memurin Kanununun 4 üncü maddesinin Z bendinde yazılı hükmün iptalinde de, bu bentte yazılı olan ve yukarıda parantez içinde aynen tekrarlanan hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığı hususunda da 58 inci maddeye dayanılmıştır. İptal talebinin reddinde ele alınan (Devlet sırlarının korunması) gerekçesi veya, ecnebi kadınla evli olmanın yedek subaylık hizmetine tesirini ifade edecek başka bir gerekçe olmadan, sadece Anayasa'nın 60 ıncı maddesinin çok umumi hükmünden istifade edilerek itirazın reddedilemiyeceği kanaatindeyim.

2 — Diğer taraftan, askerlik hizmetini düzenleyen bir kanuna, yedek subaylığa ayrılmış, bu hizmeti yaparak terhis edilip sivil hayata dönmüş olan kimseleri mükellefiyet çağı sonuna kadar takip eden bir hüküm de konulmuştur. 1076 sayılı kanunun 5099 sayılı kanunla değişik 23 üncü maddesinde konulan E bendinde (Yabancı kız ve kadınlarla evli olanlar)ın (Ordu dışında şeref ve haysiyet kırıcı harekette bulunanlar gibi) yedek subaylıktan çıkarılması kabul edilmiştir. Yapılan itirazla iptali istenen hüküm de budur.

23 üncü maddenin diğer bentleri üzerinde de Anayasa'ya aykırılık bakımından inceleme yapılması bu dâvada mümkün olmadığından sadece (Ecnebi kadınla evlilik) halinin şeref ve haysiyet kırıcı hareketlere benzetilmesindeki yanlışlığa işaret olunması kâfidir. Bu hareketler her memur hakkında işlem yapmayı gerektirdiği halde ecnebi ile evlilik -bugünkü mevzuata göre- her memuriyete engel bir sebep değildir.

Diğer taraftan, memurlar kendi statülerine tabidirler. Sivil bir memura askerlik hizmetine başlamadan veya terhis edilip de tekrar hizmete çağırılmadan askerlikle ilgili kanun hükümleri uygulanamaz. Memur olmayanlar ise hiçbir hizmet kanununa uymaya zorlanamaz.

Serbest bir iş sahibini veya ecnebi kadınla evlenmesine kanuni engel bulunmayan bir memuru, böyle bir evlenme yaptı diye, yedek subaylıktan çıkarmanın, günün birinde talim veya manevra için çağırılabileceği ve hizmetini er olarak yapmaya mecbur kalacağı endişesine kapılan bir kimseyi (Dilediği ile evlenme) hakkından mahrum etmenin Anayasa'ya uygun görülmesinin sebepleri de kararda gösterilmemiştir.

Bu sebeplerle, 1076 sayılı kanunun değişik 8 ve 23 üncü maddeleri Anayasa'ya aykırıdır. 23 üncü maddenin isteme uygun olarak, 8 inci maddenin de, 22/4/1962 tarihli ve 44 sayılı kanunun 28 inci maddesi gereğince iptaline karar verilmesi gerektiği kanaatiyle karara muhalifim.

Üye
Şemsettin Akçoğlu

Metni ile muhalefet şerhi tam olarak yukarıya çıkarılan karar[1]. Anayasa Mahkemesinin, gerek usul gerek esas bakımından bugüne kadar izlediği muhakeme yöntemi ve içtihad politikasını yansıtan tipik bir örnektir. Gerçekten bu karar, Yüksek Mahkemenin, dâva veya itiraz yolu ile önüne getirilen Anayasaya aykırılık iddialarını, ta baştan usul yönünden bertaraf edip çözümsüz bırakmaması halinde, 1961 Anayasasının hâkimiyeti altında gereken ve beklenen ileri bir anlayışın ve davranışın aksine, genellikle esastan reddetmek eğiliminde olduğunu bir kerre daha ortaya koymaktadır. Bu tutum ve gidişi dolayısiyle Anayasa Mahkemesinin, yeni toplum düzeninin yerleşmesinde ve gelişmesinde yararlı mı, yoksa engelleyici mi olduğu sorusunu sormak gerekmektedir.

Yüksek Mahkemenin faaliyetini bu açıdan değerlendirebilmek için, sözkonusu kararını evvelâ usul bakımından, bilâhare esas cihetinden ele alıp, incelemek ve tartışmak lâzımdır.

I _ USUL BAKIMINDAN

Anayasa Mahkemesinin 25/12/1964 gün ve 36/77 sayılı kararında, usul bakımından, biri dokunulup geçilmiş, diğeri sözkonusu edilip tartışılmış şu iki mesele yer almaktadır:

—Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunmak hakkı, daha doğrusu yetkisi kimlere aittir?

—İtiraz yolu ile iptal veya aykırılığı tesbit ettirilebilecek hükümler nelerdir?

1 — *İtiraz yetkisi.*

Bilindiği gibi, kanunların veya yasama meclisleri içtüzüklerinin Anayasa'ya aykırı olduğu hakkındaki iddialar, Türk Hukukunda, ya dâva şeklinde belli ve sayılı

(1) Anayasa Mahkemesinin Resmi Gazetede yayımlanan kararlarından sadece iptal hükmü ile sonuçlananlar Düstur ciltlerine geçirilmekte olduğundan; itirazın reddiyle neticelenen bu kararın Mecmuamızda yer alması uygun ve faydalı görülmüştür.

makam, kurul ve kurumlar tarafından, ya da itiraz yolu ile, bir davaya bakmakta olan mahkemece veya dâvanın taraflarınca Anayasa Mahkemesi önüne götürülebilir.

Burada bizi ilgilendirmekte olan itiraz yolu, Anayasanın 151 inci maddesinde, şöylece tarif edilmiştir: «Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanunun hükümlerini Anayasa aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar dâvayı geri bırakır.». Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri hakkındaki 22 Nisan 1962 tarihli ve 44 numaralı kanunun 27 nci maddesi de; «Bir davaya bakmakta olan mahkeme: 1. O dâva sebebiyle uygulanacak kanun hükümlerini Anayasaya aykırı görürse, bu yoldaki gerekçeli kararı; veya - 2. Taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, tarafların bu konudaki iddia ve savunmalarını ve kendisini bu kanıya götüren görüşünü açıklayan kararı, - Dosya muhtevasının mahkemece bu konu ile ilgili görülen tasdikli suretiyle birlikte Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderir.» diyerek Anayasanın 151 inci maddesi hükmünü tefrik ve tâfsil etmiştir.

Anayasanın ve Yüksek Mahkeme organik kanununun mezkûr maddelerinde açık ve seçik olarak ifade edildiği üzere; itiraz yolu ile aykırılık iddiasında bulunmak yetkisi, bir yanda mahkemelere, öte yanda dâvanın taraflarına tanınmış ve farklı şekilde düzenlenmiştir.

Şöyleki, *mahkemeler,* bakmakta oldukları dâvalarda uygulanacak kanun hükümlerini Anayasa aykırı *görürse;* tarafların ileri sürmesine hacet kalmadan ve hattâ aksini iddia etmelerine rağmen; bu noktayı re'sen nazara alıp, meselenin çözümlenmesini Anayasa Mahkemesinden isteyebilirler.

Buna mukabil, *taraflar,* ileri sürdükleri Anayasaya aykırılık iddialarını, *esas mahkemesinin süzgecinden geçirmeden, doğrudan doğruya Yüksek Mahkemenin önüne götüremezler.* Fakat, *esas mahkemesinin bu haldeki yetkisi,* re'sen iddia şıkkındakinden farklıdır ve tarafların dermeyan ettiği *itirazın sadece ciddi olup olmadığını takdir ve tesbit etmekten ibarettir.*

Filhakika esas mahkemesi re'sen itirazda bulunduğu zaman, uygulayacağı kanun hükmünün *Anayasaya aykırılığını* bizzat iddia etmekte olduğundan; bunun *gerekçelerini* göstermek zorundadır. Halbuki, dâvanın taraflarından gelen itirazın, münhasıran ciddî olup olmadığı, yani işi uzatmak, savsaklamak, hasmı veya mahkemeyi uğraştırmak gibi Adalete yabancı, aykırı ve zararlı maksatlarla yapılıp yapılmadığı ve bir de hakikaten tereddüdü davet edecek nitelikte bulunup bulunmadığı noktasından incelenip değerlendirilmesi gerektiğinden; esas mahkemesi, bu aykırılık iddiasını benimsemek ve mucip sebeplerini ortaya koymak mevkiinde değildir. Bu halde, esas mahkemesi, *itirazın sadece iyi niyetle yapılmış ve aykırılık iddiasının zihinlerde tereddüt doğurmuş olduğunu* müşahede ve tesbit etmekle yetinir ve, şayet tarafların görüşüne tamamen katılmıyorsa bukadarla yetinmelidir. Aski takdirde, tarafların Anayasaya göre haiz oldukları itiraz hakkı, esas mahkemesinin aykırılığı re'sen nazara alma yetkisi ile kaynaşmış ve birleşmiş olur. Çünkü, esas

mahkemesinin tamamen benimsemediği tarafların itirazları, ciddî olsa bile asla Anayasa Mahkemesi önüne çıkarılamıyacak ve netice itibariyle yalnız mahkemeler itiraz yoluna başvurabilecek demektir.

Nitekim Yüksek Mahkemenin, bugüne kadar yayınlanan kararlarından itiraz yetkisini münhasıran mahkemelerde topladığı ve gördüğü ve tarafları müstakil bir itiraz hakkına sahip saymadığı anlaşılmaktadır. Bu telâkki ve tatbik tarzının belirgin delili, Yüksek Mahkeme kararlarının hiç birinde muteriz mevkiinde davaya taraf olan gerçek veya tüzelkişilerin gösterilmemesi, bu unsurun daima bir mahkeme teşkil etmesidir. Anayasa Mahkemesinin itiraz yolu ile baktığı işlerde, bu bakımdan başlangıçta müteredddit ve fakat sonradan kesin bir tutuma vardığı müşahede edilmektedir.

Gerçekten, Danıştay önündeki bir davacının Anayasa'ya aykırılık itirazı üzerine ilk defa el koyduğu böyle bir işte Yüksek Mahkemenin verdiği 14 Kasım 1962 tarihli ve Esas: 1962/221 - Karar: 1962/86 numaralı bir karar (R. G. 8 Aralık 1962 -11277), müracaatın niteliğini belirten bir hane taşımamakta ve doğrudan doğruya «*İnceleme konusu:* 6430 sayılı kanunun 3 üncü maddesinin Anayasaya aykırılığı iddiasıdır.» diye başlamaktadır. Bunun gibi; Çanakkale Asliye Ceza Mahkemesi önünde kaçakçılık ithamiyle takip edilen bir sanığın ve aynı zamanda savcının, 1918 - 6829 numaralı kanunların ek 2 inci maddesinin I sayılı fıkrasının Anayasaya aykırılığını iddia etmeleri üzerine, esas mahkemesince Anayasa Mahkemesine intikal ettirilen işe ait 10 Aralık 1962 gün ve Esas: 1962/198 —Karar: 1962/111 numaralı kararda (R. G. 24 Ocak 1963— 11293), «*istemde bulunan*» hanesi mevcut olduğu halde, karşılığı boş bırakılmıştır.

Yüksek Mahkeme, esas mahkemelerinden re'sen vaki olduğu anlaşılan ilk iki aykırılık iddiasından birincisi hakkındaki 26 Aralık 1962 tarihli ve Esas: 1962/211 - Karar: 1962/121 numaralı kararında (R. G. 6 Mart 1963 -11316), «*İstemde bulunan*» hanesi karşısına itiraz eden mahkemenin adını koymuş, ikincisine dair olan ayni günlü ve Esas: 1962/223 Karar: 1962/122 numaralı kararında ise (R. G., 30 Nisan 1963-11394), muteriz mahkemeyi belirtmek için «*İtirazda bulunan*» tabirini kullanmıştır.

Oysa, Anayasa Mahkemesi mezkur tarihten önce ve kısmen sonra «*istemde bulunan*» tabiriyle, «*dâva*» şeklinde yapılan müracaatlarda baş vuranları tavsif etmiş (9 Kasım 1962, Esas: 1962/227 —Karar: 1962/76, R. G. 28 Kasım 1962 -11268; 14 Mart 1962, Esas: 1963/178-Karar: 1963/57, R. G. 11 Mayıs 1963- 11400; 13 Mayıs 1963, Esas: 1963/200 - Karar: 1963/110, R. G., 30 Temmuz 1963 - 11467) ve fakat arada 11 Kasım 1963 tarihli ve Esas: 1963/106 - Karar: 1963/270 numaralı kararında (R. G. 29 Ocak 1964-11619) müracatçıyı «*İptal dâvasını açan*» diye tarif etmekle beraber; 29 Nisan 1963 ve Esas: 1963/190 - Karar: 1963/100 sayılı kararından (R. G. 30 Temmuz 1963 -11467) itibaren «*dâva*» yolu ile başvuranlara «*dâvacı*» adını vermeğe başlamış ve devam etmiştir.

Ancak Yüksek Mahkeme, bilâhare tarafların ve savcının itirazı üzerine önüne gelen işlerden birinde, «*itiraz yolu ile iptal isteminde bulunan*» (23 Temmuz 1963,

Esas: 1963/245 - Karar: 1963/203, R. G. 4 Kasım 1963-11546) ibaresini, diğerinde «*İtiraz eden*» (10 Nisan 1963, Esas: 1963/20 - Karar: 1963/88, R. G. 20 Mayıs 1962-11407) tâbirini istimal eylemiş ve fakat bu tarihlerden sonra, mahkemelerden re'sen vâki iddialar ile tarafların ileri sürdüğü itirazlar arasında bir ayırım gözetmeden kararlarına hep «*itirazda bulunan*» hanesini koymuş ve karşılığında, hep davaya bakmakta olan mahkemeyi göstermiştir.

İşte inceleme konumuz olan kararda da Yüksek Mahkeme, «*İtirada bulunan*» hanesi karşısına «*Danıştay 8 inci Dairesini*» yazarken, ayni anlayışla hareket etmekte, yani asıl Anayasaya aykırılık iddiasını ileri süren dâvacıya kendi önünde itiraz eden durumunu tanımadığını açıklamış bulunmaktadır.

Filhakika, «*itiraz konusu*» kısmında, ihtilâflı hükmün «Anayasanın 12, 35 ve 60 ıncı maddelerine aykırı bulunduğundan *bahisle yapılmış olan itirazın ciddî olduğu kanısına varıldığı* ileri sürülerek.... bir karar verilmesi istenilmiştir.» denildiğine göre; bu olayda aykırılık iddiasının davacı tarafından dermeyan edildiği Anayasa Mahkemesince de ifade ve kabul edilmektedir. Ancak bu noktayı iyice aydınlatabilmek için, sözkonusu mesele'i müste'hirenin ortaya konuluşu ile Yüksek Mahkemeye intikal ettirilişi safhalarını gözden geçirmek lâzımdır.

Bu vesile ile önce, daha ilerideki izahlarımıza da ışık tutacak olan, Anayasaya aykırılık iddiasının dermeyan edildiği esas uyuşmazlığa yol açan olayı hatırlamakta fayda vardır. Gerçi, yukarıdaki karar metninde «OLAY» başlığını taşıyan bir kısım mevcuttur; lâkin buradaki bilgiler, «*İtirazın konusu*» kısmında yer alanlardan farksız şekilde, mes'elei müstehirenin objektif olarak ifadesinden ibaret olup, itiraz yolu ile yapılan müracaatlarda önemli bir unsur teşkil eden asıl olay hakkında müşahhas ve esaslı bir fikir vermemektedir.

Bu itibarla, Danıştay 8. Dairesinin metni incelememizin sonuna dercedilen 8 Nisan 1965 tarihli ve Esas: 1963/2299 - Karar: 1965/ 1625 numaralı ihtilâfın esası hakkındaki ilâmının «*Dâvanın Özeti*» kısmında hülâsa edilen olayın unsurlarını gözönünde tutmak gerekir.

Davacı Yüksek Mühendis Mithat Esmer, Yedek Subaylık hakkını kaldıran Milli Savunma Bakanlığının 8 Ağustos 1962 tarihli ve 1255 sayılı müşterek kararnamesini usulen tebellüğ ettikten sonra, 5 Nisan 1963 tarihli bir dilekçe ile Danıştay'a başvurarak, mezkûr tasarrufun dayandığı 1076 numaralı Yedek Subay ve Yedek Askerî Memurlar Kanununun 5099 sayılı kanunla değişik 23 üncü maddesinin (E) bendinin Anayasaya aykırılığına binaen iptalini talep etmiştir. Davalı Milli Savunma Bakanlığı, bu dilekçeye karşı verdiği müdafaanamede müşterek kararname muhteviyatını tekrar ile yetinerek, dâvanın reddini istemiş ve dâvacının cevap lâyihasında Anayasa'ya aykırılık iddiası tafsil ve izah edildiği halde, ikinci savunmada bulunmağa bile lüzum görmemiştir. Ancak, 6 Ocak 1964 günü yapılan duruşma sırasında davacı tarafın aykırılık itirazı hakkında söz ve yazı ile uzun açıklamalar yapması karşısında, davalı Bakanlık bu iddianın vârit olmadığını, binnetice istemin reddine karar verilmesi gerektiğini bildirmiştir.

Yüksek Danıştay 8 inci Dairesi duruşma sonunda, metni aşağıya konulan 6 Ocak 1964 tarihli ve Esas: 1963/2299 numaralı kararda[2], dâvasının ileri sürdüğü Anayasaya aykırılık iddiasını ciddî gördüğünü tesbit ile, bu meselenin hallin için gerekli evrakın Anayasa Mahkemesine iletilerek başvurulmasını ve davanın olduğu yerde durdurulmasını kabul etmiştir.

Yüksek Mahkeme, bu müracaat üzerine ittihaz ettiği, metni aşağıda bulunan 21 Şubat 1964 tarihli ve Esas: 1964/9 Karar: 1964/16 numaralı kararında[3], 44 sayılı

---

(2) KARAR. - Mithat Esmer tarafından Yedek Subaylık Hizmetini ifa ettikten sonra yabancı uyruklu bir kadın ile evlenmesi üzerine 1076 sayılı kanunun 5099 sayılı kanunla değiştirilen 23. maddesinin (E) fıkrası gereğince Yedek Subaylık hakkının kaldırılması hakkındaki işlemin iptali talebiyle Millî Savunma Bakanlığı aleyhine açılan dâvaya ait dosya incelendi:
Davacı: hakkında tatbik edilen kanun hükmünün, 334 sayılı Anayasanın 13, 35, 60 ıncı maddeleriyle Milletlerarası Hukuk kaidelerine ve temel haklara aykırı olduğunu ileri sürmektedir.
Bu itiraz Hey'etimizce ciddî görüldüğünden Yüksek Anayasa Mahkemesince bu hususta bir karar verilmek üzere, dâva dilekçesi, savunma, dâvacının savunmaya cevaben verdiği dilekçe ile kanun sözcüsünün düşüncesi örnekleri de iliştirilmek suretiyle kararımızın, Anayasanın 151. ve 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ve yargılama usulleri hakkındaki kanunun 27. maddelerine dayanılarak yüce Mahkemeye iletilmesine ve dâvanın olduğu yerde durdurulmasına 6/1/1964 gününde oyçokluğuyla karar verildi.
Başkan: H. Kümbetlioğlu; Üyeler: S. Çolakoğlu, İ. Arar, C. Göydün İ. Koloğlu. (X).
(X) Muhalefet Şerhi - Dâvacı hakkında uygulanan 1076 sayılı Yedek Subay ve Yedek Askerî Memurlar Kanununun 5099 sayılı kanunla değiştirilen 23. maddesi (E) fıkrasının Anayasaya aykırı olmadığı kanısındayım.

Üye: İ. Koloğlu

(3) ANAYASA MAHKEMESİ KARARI
İtirazdan bulunan : Danıştay 8. Dairesi
İtirazın Konusu : Danıştay 8. Dairesine ait 16.1.1964 gün ve 1963/2299 esas sayılı kararda: Yedek Subay ve Yedek Askarî memurlar hakkındaki 1076 sayılı kanunun 5099 sayılı kanunla değişik 23. maddesinin (E) bendinin, Anayasanın 12, 13, 35, ve 60. maddeleri hükümleriyle Milletlerarası Hukuk kaidelerine ve temel haklara aykırılığı ileri sürülerek iptali istenmiştir.
Anayasa Mahkemesinin, içtüzüğün 15. maddesi uyarınca 21.2.1964 gününde ilk inceleme için yaptığı toplantısında; Danıştay 8. Dairesine ait karar ile ekleri ve rapor okundu gereği görüşülüp düşünüldü: 44 sayılı kanunun 27. maddesinin 2 sayılı bendinde (bir davaya bakmakta olan mahkeme taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, tarafların bu konudaki iddia ve savunmalarını ve kendisini bu kanıya götüren görüşünü açıklayan kararı, Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderir.) diye yazılıdır.
Danıştay 8. Dairesi, kararında, daireyi iddianın ciddî olduğu kanısına götüren görüşü açıklamadığı gibi; karşı tarafın bu konudaki savunmasını da istememiştir. Bu eksiklerin tamamlanması için dosyanın geri çevrilmesi gerekir.
Sonuç: Yukarıda belirtilen eksiklerin tamamlanması için dosyanın Danıştay 8. Dairesine geri çevrilmesine 21.2.1964 gününde oybirliği ile karar verildi.
Başkan Sünuhi Arsan, Üyeler: Lûtfi Akadlı, Rifat Göksu, İsmail Hakkı Ülkmen, İbrahim Senil, İhsan Keçecioğlu, A. Şeref Hocaoğlu, Salim Başol, Celâlettin Kuralmen, Hakkı Ketenoğlu, Fazıl Uluocak, Avni Givda, Muhittin Gürün, Lûtfi Ömerbaş, Ekrem Tüzemen.
Anayasanın 152/5 inci ve 44 sayılı organik kanunun 51 inci maddeleri hükmünce Anayasa Mahkemesi kararları derhal Resmî Gazetede yayınlanmak gerektiği, halde, her nedense bu karar şimdiye kadar hiçbir yerde neşredilmemiştir. Ve bunun gibi diğer birçok kararlar da belki yayınlanmamaktadır.
Gerçi Yüksek Mahkeme, yukarıdaki kararın bir nevi ara kararı olduğu düşüncesiyle neşrine lüzum görmemiş olabilir. Lâkin, Anayasa ve kanun Mahkemenin kararları arasında ara veya son karar diye herhangi bir ayırım yapmaksızın bunların yayınlanmasını emrettiği gibi; bu karar da ilişkin olduğu konuda bizzatihi kesin ve son hükümdür. Kaldı ki, Danıştay 8. Dairesi, davacının itiraz sebeplerini benimsememiş olsaydı, iş Anayasa Mahkemesine tekrar gönderilmeyeceğinden, yukarıdaki karar her halde son hüküm niteliğini alacaktı.

organik kanunun 27 inci maddesinin 2 sayılı bendine dayanarak, Danıştay 8. Dairesinin, Davacı tarafından ileri sürülen iddianın ciddî olduğu kanısına kendisini götüren görüşü açıklamadığı ve davalı Bakanlığın savunmasını da istemediği gerekçesiyle, bu eksiklerin tamamlanması için dosyayı geri çevirmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararı, 44 sayılı kanunun m. 27/2 hükmü muvacehesinde, ilk nazarda doğru ve yerinde görünmekte ise de; gerçekte aşırı bir formalizmin mahsulü ve, daha önemli olarak, tarafların itiraz yetkisini bertaraf eden bir anlayış ve uygulamanın ifadesidir.

Filhakika, Danıştay 8. Dairesinin, 6 Ocak 1964 tarihli kararı ile 44 sayılı kanunun m. 27/2 hükmünü yerine getirmiş olduğu kabul edilmeliydi. Yüksek Daire, «*bu itiraz heyetimizce ciddî görüldü*» derken, gerekçesiz bir kanaat izhar etmiş sayılamaz. Şöyleki, dâvacı taraf, 6 Ocak 1964 günkü duruşmada sözle yaptığı açıklamaları Anayasa Mahkemesine hitaben yazdığı 22 Ocak 1964 tarihli itiraz dilekçesinde tekrar ve tâfsil etmiş, Yüksek Hey'et de bu lâyihada dermeyan edilen itiraz ve mucip sebeplerinin ciddi olduğu kanısına varmış ve kararında keyfiyeti tesbit etmiştir. Kaldı ki yürütmenin durdurulması kararı verilmemiş bir uyuşmazlıkta davacının, muhakemenin uzamasında herhangi bir menfaati veya kötü maksadı olamıyacağı aşikâr ve ileri sürdüğü aykırılık iddiasının, mümasil bir hüküm olan 78 sayılı Memurin Kanununun m. 4/z bendini iptal eden Anayasa Mahkemesinin 22 Mayıs 1963 tarihli ve Esas: 1963/205 - Karar: 1963/123 numaralı kararı (R. G., 14 Ağustos 1963 -11480) muvacehesinde esaslı şüphe ve tereddüde yol açacağı tabiî iken; Danıştay 8. Dairesinin, vaki itirazın ciddiliği hususunda kararında daha fazla açıklama yapmasına ne mahal, ne lüzum vardı. Nitekim bu karara karşı olan bir üyenin muhalefet şerhinde de görüldüğü gibi; 8. Daire davacının itirazı hakkında ancak bir iki kelime ile kanaatini ifade etmek mevkiinde idi. Yok eğer Anayasa Mahkemesi, 21 Şubat 1964 günlü kararındaki gerekçe ile, Danıştay Dairesinin görüşünü açıklamasını istediği husus bizatihi Anayasaya aykırılık meselesi ise; bu takdirde, davacı tarafın ileri sürdüğü itirazın ciddiliği üzerinde değil, aykırılık iddiası hakkında kanısını bildirmesini talep ediyor demektir. İşte bu anlayış ve uygulamanın isabetli olmadığını, davalı karşı tarafın savunmasının istenip istenmediği noktasını inceledikten sonra göstermeğe çalışacağız.

Gerçekten, yukarıda izah edildiği veçhile, Danıştay 8. Dairesi önünde cereyan eden muhakeme sırasında, davacı tarafın evvel veâhir yazılı ve sözlü olarak ileri sürdüğü Anayasaya aykırılık itirazına karşı davalı Bakanlık, kendi irade ve ihtiyariyle savunma yapmıyarak, duruşmada şifahen cevap vermekle iktifa etmiştir. Genel surette muhakeme usulünde ve özellikle idarî muhakeme usulünde, mahkemelerin, tarafları, karşılıklı iddia ve müdafaalar arasında belirli bir husus hakkında savunmaya davet etmesi gerektiğine dair umumî bir hüküm veya prensip bulunmadığına göre, Yüksek 8. Dairenin, dâvalı Bakanlıktan Anayasaya aykırılık iddiası üzerinde savunma yapmasını ayrıca ve açıkça istemesi sözkonusu olamazdı. Her dâvaya taraf olan gibi Bakanlık da, dilekçe ve cevap lâyihalarına karşı, diğer noktalar meyanında, Anayasaya aykırılık iddiası bakımından lüzum görüyorsa kendiliğinden savunmada bulunabilirdi veya bulunmalıydı. Şayet karşı taraf, id-

diaya muttalî olmasına rağmen, müdafaa yapmamışsa; bu neticelerine katlanması gereken bir ihmal veya zuhul olmadığı takdirde, müddeinin görüşüne iştiraki tazammun eder. Anayasaya aykırılık itirazı gibi objektif bir meselede davalı idarenin böylece sükutu veya hareketsizliği ihtiyar etmesi ise, Hukuk Devleti sisteminde gayet normal ve uygun kabul edilmek lâzımdır.

Bu itibarla Yüksek Mahkemenin, dosyayı geri çevirmek için istinad etiği savunma eksikliği sebebi, ancak karşı tarafın Anayasaya aykırılık iddiasından habersiz olarak usulî muameleler yürütülmüş bulunsaydı vârid ve kabule şayan sayılabilirdi. Danıştay önünde cereyan eden dâvada, Millî Savunma Bakanlığının gıyabında bir itiraz yapılmış ve Hey'etçe ciddî görülmüş olmadığına nazaran, Anayasa Mahkemesine vâki müracaatta bu bakımdan hiçbir noksan yok idi.

Davacının Anayasaya aykırılık iddiası ile karşılaşan 8. Dairenin, bu husustaki görüşünü açıklaması gerekip gerekmediği noktasına gelince; bu mesele, Anayasa Mahkemesinin 21 Şubat 1964 tarihli kararında beliren içtihad dairesinde hal suretine bağlandığı takdirde, dâvaya taraf olanların itiraz haklarının ortadan kalkmasına müncer olur.

Şöyleki, bu anlayış ve uygulamaya göre, davanın tarafları, bir Anayasaya aykırılık iddiasını yetkili Yüksek Mahkemenin önüne çıkarabilmek için, evvelemirde bu baptaki itirazlarını esas mahkemesine kabul ettirmek zorundadırlar. Zira, esas mahkemesinin ileri sürülen itirazın ciddî olduğu görüşünü, yani intibaının edinmesi ve belirtmesi kâfi olmayıp; Anayasaya aykırılık iddiasını benimsemesi ve muterizden müstakil olarak kanaatini gerekçeleriyle birlikte açıklaması gerekmektedir. Böylece esas mahkemesi, tarafların ileri sürdüğü itiraz hakkında ilk bir hüküm vermek mevkiinde bırakılmaktadır. Oysa, gerek Anayasa, gerek 44 sayılı organik kanun, esas mahkemelerine bu yolda bir yetki tanımamış, sadece bir süzgeç ve aracı görevi vermiştir. Esas mahkemesi bu görevini, Anayasaya aykırılık iddiasını, dıştan değil de, Yüksek Mahkemenin istediği gibi, içten bir tetkik ve takdire tâbi tutarak yapacak olursa, kendisinin re'sen nazara alacağı aykırılık ve ileri süreceği itirazla tarafların iddia ve itirazları arasında hiçbir fark kalmaz. Bunun sonucu olarak da, yukarıda belirttiğimiz gibi, mahkemenin re'sen iddiası ile davanın taraflarından gelecek iddia kaynaşmış ve birleşmiş olur ve gerçekte asıl itiraz yolu ile korunması istenen ve gereken ilgililerin itiraz hakkı bertaraf edilmiş bulunur.

Filhakika genel muhakeme usulüne göre itiraz yolu ile aykırılık iddiası, kaideten davanın taraflarına bahşedilen bir yetkidir; esas mahkemesince re'sen nazarı itibara alınabilirse de; re'sen yetkili merci önüne götürülemez. Çünkü mahkemeler, Montesquieu'nün tavsifi gereğince, kendiliğinden hareket etmeyen birer makinaya benzer ve ancak ilgililerin müracaatı üzerine işlem yapabilir. Mahkemeler üstün kaideye aykırılığı re'sen nazara alabildiği zaman, yetkili kılınmış ise meseleyi bizzat çözümler, aksi halde karar almaları için taraflara mehil verir; mâkul bir müddet zarfında karar istihsal ve kendisine ibraz etmedikleri takdirde, davayı görev veya esas noktasından reddeder. Bununla beraber 1961 Anayasası, bazı siyasî ve pratik mülâhazalarla (tarafların bilgisizliği veya cesaretsizliği, Anayasa

Mahkemesinin gereği gibi çalışmaması v. b.) genel usul prensibinden kısmen inhiraf etmek lüzumunu duymuş ve taraflardan başka esas mahkemelerine de re'sen itiraz yetkisini vermiştir. Fakat kurucu erkin itiraz yolunu bu suretle genişletmiş olması, hiçbir zaman asıl haksahibi olan tarafların yetkilerinin kısılmasına veya kaldırılmasına vesile veya sebep teşkil etmemelidir. Aksine, metinlerin tefsir ve tatbikinde, mümkün mertebe umumî kaideyi muhafazaya ve ona yaklaşmaya gayret ve itina göstermek lâzımdır. İşte Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünün 1 inci maddesinin 2 nci fıkrasındaki «mahkeme çalışma esasları ve usulleri hakkında kanunlarda ve bu içtüzükte hüküm bulunmayan hallerde *genel hukuk kurallarını uygular.*» esası da, bu gibi hallerde başvurulacak yolu göstermektedir.

Türk Hukukunda, 1961 Anayasasına gelinceye kadar, ne teşriî, ne de idarî alanda itiraz yolu ile aykırılık iddiası usulü mevzuatta ve tatbikatta pek görülmediğinden; bu konuda genel hukuk kurallarımız bulunduğu söylenemez. Ancak bu hususta, Âmme Hukuku sistemimizin en çok mülhem ve müteessir olduğu Fransız Hukukundan istiane ve istifade etmek mümkün ve lâzımdır.

Şöyleki, İdarî meseleî müstehire usulünün çok gelişmiş olduğu Fransada, Yüksek Mahkemeler içtihadları ile ortaya çıkan genel kaideler gereğince; havale mahkemesi, kendi usul kurallarına uygun eşkilde yapılan müracaatları, esas mahkemesinin kararında konulan sorunu, görev ve yetkisi içinde görürse, başka hiçbir şeyi araştırıp incelemeden çözümlemekle yükümlüdür. Havale mahkemesi, esas mahkemesinin bir meseleyi hallettirmek için davayı tâlik etmesinin doğru ve yerinde olup olmadığını incelemeğe ve karar bağlamağa yetkili değildir; o sadece vaz'edilen meselenin kendi vazifesine girip girmediğini araştırabilir; görev sahası içinde ise, çözüm şeklini göstermekle yetinir. Esas mahkemesi ise, tarafların ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî ve nazarı itibara alınmağa değer olup olmadığını serbestçe takdir ederek, meseleyi kararında belirtir ve ilgililere yetkili mercie başvurmaları için münasip bir mehil verir. Taraflardan biri veya her ikisi, görevli mahkemeye usulü dairesinde müracaatla, esas mahkemesi kararında formüle edilen mes'elei müste'hirenin karara bağlanmasını, talep eder; havale mahkemesi de vereceği cevabın asıl davaya yalnızca müessir olup olmıyacağına bakmaksızın, sorulan noktayı halleder ve halletmek zorundadır. (Raymond Odent-Contentieux Administratif, 1961 -1962, fasicule I, Les Cours de Droit, Paris 1962, p. 64-76; J. —M. Auby et R. Drago— Traité de Contentieux Administratif, Tome II, Paris 1962, p. 383-394, No. 948-962).

Diğer taraftan, İtalyan doktrin ve içtihatlarından faydalandığı ve kuvvet aldığı anlaşılan Sayın Prof. Dr. Faruk Eren'de bu konu ile ilgili kıymetli etüdünde aynen, «Anayasaya aykırılık iddiasının ciddî olup olmadığını araştırmak Anayasa Mahkemesi için, bu mahkemeye müracaat şartı olarak bidayeten, tetkiki gereken bir şart değildir. Bu itibarla mahkemeden gönderilen Anayasaya aykırılık iddiasının tetkiki ve karara bağlanması zaruridir» demektedir. (Ön mesele: meselei müstehire olarak Anayasaya aykırılık iddiası, Ankara, 1962, s. 8)

Böyle olunca, Anayasa Mahkemesinin, tarafların aykırılık iddialarını ciddi görerek itiraz yolunu açan esas mahkemelerin bu baptaki takdirleri üzerinde herhangi bir murakabe icra edememesi gerekir. Gerçekten bu konuya ilişkin kararların denetimi münhasıran esas mahkemesinin tâbi olduğu kaza manzumesinin başında bulunan Yüksek Mahkemenin görev ve yetkisi içine girer. Nitekim esas mahkemesinin taraflarca yapılan aykırılık itirazını ciddi görmemesi halinde, bu husustaki ara kararı, nihaî hükümle birlikte ancak yetkili Yüksek Mahkemede temyizen tetkik olunup, nakız veya tasdik edilebilir (Anayasa m. 151/2). Binaenaleyh, itirazın ciddî olduğu hakkındaki kararları Anayasa Mahkemesi kontrole yetkili olmamalıdır.

Gerçi muhakeme usulümüzde, ara kararlarının kabili temyiz olmaması dolayısiyle mahkemelerin ciddi gördüğü itirazları yetkili Yüksek Merciin murakabesinden geçirmek mümkün bulunmadığına göre; bu fonksyonu Anayasa Mahkemesinin yapması gerektiği düşünülebilir. Lâkin görev kurallarının ve usul kaidelerinin kamu düzeniyle ilgili olması bir yana, böyle bir kontrolün nasıl bir fayda sağlıyacağı ve ne gibi bir lüzuma dayandırılabileceği sorulmağa değer. Kaldı ki, mahkemelerin re'sen nazara alacağı aykırılıklar ve bunun için yapacağı itirazları, bir ara kararına konu olduğu için, nasıl yetkili Yüksek Mercilerin hiçbir zaman murakabesine tâbi bulunmuyorsa; tarafların ciddi kabul edilen itirazlarının da böyle bir kontrolden geçmemesinde bir noksan ve mahzur görülmemelidir.

Buna mukabil, esas mahkemesinin tarafların aykırılık iddiasını ciddi saymayan kararının Yüksek Mahkemece bozulması üzerine itiraz yoluna başvurulması halinde, Anayasa Mahkemesi, «*iddianın ciddî olduğu kanısına götüren görüşü açıklamadığı*» gerekçesiyle dosyanın geri çevrilmesine karar verirse, kendi alanında egemen olan temyiz mercii ile çatışmış bulunur. Çünkü bu takdirde Anayasa Mahkemesi, esas mahkemesinin uyduğu Yüksek Mahkeme kararındaki aykırılık kanısına götüren «görüşü» yeter saymamış demek olur ki, bu durum içinden çıkılmaz meselelere ve ihtilâflara yol açabilir.

Şu da varki, esas mahkemesinin, taraflarca vaki aykırılık iddiasının gerekçelerini de göstermek suretiyle, benimsemeğe zorlanması, gerçekte ciddi bir takım itirazların Anayasa Mahkemesine intikaline engel olduktan başka, esas mahkemesinin müracaatten itibaren üç ay içinde karar gelmemesi üzerine meseleyi kendi kanısına göre çözümlemeğe girişmesi halinde, Anayasaya aykırılığı adetâ kabul durumunda bırakacaktır. Çünkü bu mahkeme, daha önce Anayasa Mahkemesine sevk kararında, iddianın şeklen ciddi olduğu değil, esastan haklı bulunduğu hususunda da oyunu açıklamıştır. Halbuki esas mahkemesi, tarafların ileri sürdüğü itirazın sadece ciddi olduğu hakkındaki intibaını kısaca ifade ile yetinirse, daha sonra aykırılık iddiasının esası üzerinde hüküm verirken kendini hiçbir şeyle bağlı saymaz.

Bütün bu mahzurları önlemek ve Anayasanın gereğine uymak için, Anayasa Mahkemesinin, tarafların itirazı üzerine gönderilen aykırılık iddialarında, mahkemelerin esas hakkındaki görüşünü açıklayan gerekçeleri de kararlarında beheme-

hal irae etmeleri mecburiyetini kaldırması ve bu gibi müracaatlarda, «*itirazda bulunan*» mevkiine, aracılıktan başka birşey yapmayan mahkemeleri değil, asıl ilgili ve haksahibi olan muteriz tarafı koyması lâzımdır.

Filhakika, bu usulî nokta, bir şekil meselesinden ibaret kalmayıp, itirazın esasına da müessir bir unsur mahiyetini taşımaktadır. Şöyleki, Anayasa Mahkemesi, itiraz yolunun her iki şekilde esas mahkemesinin sevk kararı üzerinde işlem yaptığı cihetle, davanın tarafı olan muterizin aykırılık iddiasını ve sebeplerini nazarı itibara alıp, tetkik ve münakaşa etmek ihtiyaç ve lüzumunu duymamakta ve binnetice fertler için gerçek bir teminat müessesesi olmaktan çıkmaktadır.

Nitekim, hâdisemizde Anayasa Mahkemesinin 22 Şubat 1964 tarihli ve Esas: 1964/9 - Karar: 1964/16 numaralı kararını alan Danıştay 8. Dairesi, 26 Mart 1964 günlü ara karariyle, dâvâlı Millî Savunma Bakanlığından aykırılık iddia ve itirazına karşı savunmasını isteyip elde ettikten sonra verdiği ve metni aşağıya konulan 17 Haziran 1964 tarihli Esas: 1963/2299 numaralı kararında[4]; davacının 22 Ocak

4) DANIŞTAY 8. Dairesi Esas: 1963/2299 No. lu KARARI - Mithat Esmer tarafından Yedek Subaylık hizmetini ifa ettikten sonra yabancı uyruklu bir kadın ile evlenmesi üzerine 1076 sayılı yasanın 5099 sayılı yasa ile değiştirilen 23. maddesinin (E) bendi gereğince Yedek Subaylık hakkının kaldırılması hakkındaki işlemin iptali isteğiyle Millî Savunma Bakanlığı aleyhine açılan dâvaya ait dosya incelendi, iddia ve savunmalar tetkik edilerek gereği düşünüldü:

1 — Yüksek öğrenim görmüş ve Yedek Subay olma hakkını kazanmış erkek yurttaşların yabancı bir kadın veya kız ile evlenmeleri kendilerinin Yedek Subaylıktan çıkarılmalarını intaç ettiğine göre, 1076 sayılı Yasanın değişik 23 üncü maddesinin (E) bendi hükmü T.C. Anayasa'sının 12 inci maddesiyle konulan eşitlik ilkesine açıkça aykırı düşmektedir.

Çünkü, Yüksek Tahsil gören T.C. Yurttaşı kadınlar askerlik mükellefiyetine bağlı olmadıkları için onlar hakkında bu hüküm uygulanamaz. Yüksek tahsil görmemiş yani Yedek subay olma niteliğinde bulunmayan erkek ve kadın Türk Yurttaşları da bu müeyyidenin dışında kalmıştır. Böylece bir kısım yurttaşları yabancı ile evlenme, dolayısiyle Yedek Subay olma, hakkından yoksun kılan, anılan bend hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu yolundaki itirazın ciddi olduğu kanısına varılmıştır.

2 — Yabancı kadın veya kız ile evlenen yüksek öğrenim görmüş Türk erkeğinin Yedek Subaylıktan çıkarılması, o erkeğin kurmuş olduğu ailenin Türk toplumu içinde tedirgin edilmesi sonucunu doğurur. Böyle bir durum T.C. Anayasa'sının 35 inci maddesiyle konulmuş ilkeye aykırı düşer. Bu bakımdan da itiraz ciddi görülmüştür.

3— Yurt Savunmasına Yedek Subay olarak katılma hakkını ve ödevini kazanmış olan bir Türk erkeğinin yabancı bir kadın veya kızla evlendi diye bu hak ve ödevden yoksun bırakılması T. C. Anayasa'sının 60. maddesinde yer alan ilkeye de aykırı düşer. Bu bakımdan da 1076 sayılı Yasanın değişik 23 üncü maddesinin (E) bendi hükmünün Anayasa'ya aykırılığı yolundaki itiraz ciddi görülmüştür

Bu sebeplerle Yüksek Anayasa Mahkemesince bu hususta bir karar verilmek üzere, dâva dilekçesi, savunma, davacının savunmaya cevaben verdiği dilekçe 22.1.1964 günlü dâvacı itiraznamesi ve buna verilen cevap ile Kanun sözcüsünün düşüncesi örnekleri de iliştirilmek suretiyle kararımızın, Anayasa'nın 151 ve 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ve yargılama usulleri hakkındaki kanunun 27 inci maddelerine dayanılarak Yüce Mahkemeye iletilmesine ve dâvanın olduğu yerde durdurulmasına 17/6/1964 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

BAŞKAN	ÜYE	ÜYE	ÜYE	ÜYE
H. Kümbetlioğlu	S. Çolakoğlu	İ. Arar	C. Göydün	İ. Koloğlu

MUHALEFET OYU

1076 sayılı kanunun 5099 sayılı kanunla değişik (e) fıkrası hükmünün Anayasa'nın 67 ci maddesinde gösterilen Vatandaşın yurt savunmasına katılma hakkının özüne dokunur bir tarafı yoktur. Bu hüküm sadece yabancı bir kadınla evlenen Yedek Subayların bundan sonra askerlik ödevlerini Yedeksubay olarak değil, er olarak yerine getireceklerini kabul etmektedir.

1964 günlü itiraz dilekçesindeki sebeplerden başlıcalarını özetleyip gerekçe haline sokmuş ve dosyayı yeniden adı geçen Yüksek Mahkemeye sunmuştur. İnceleme konumuz olan Anayasa Mahkemesi kararında, «OLAY» kısmında tırnak arasında üç madde olarak yer alan 8. Daire kararındaki noktaların dışında davacı tarafından dermeyan edilen itiraz sebeplerinden hiçbirinin incelenip tartışılmamış olduğu görülmektedir. İleride «Esas bakımından» mütalâalarımızı serdederken rücu edeceğimiz bu noksan veya ihmalin sadece müşahede ve tesbit edilmesi, Yüksek Mahkemenin itiraz prosedüründe tuttuğu yolun fertler yönünden ne derece mahzurlu ve tehlikeli olduğunu ortaya koymağa yeter.

Ancak, bu mahzurlardan usul ile ilgili olan birini, itirazların geç karara bağlanması hususunu, sırası gelmişken hemen söz konusu etmek lâzımdır. Gerçekten, yukarıda usulî muamelelerin cereyan tarzına dair verilen bilgilerden anlaşılacağı üzere, Danıştay 8. Dairesi önündeki dâvada ileri sürülen aykırılık itirazı, Anayasa Mahkemesinin önce, 21 Şubat 1964 tarihli kararı ile dosyayı geri çevirmesi ve bilâhare kanunca kabul edilmeyen ve fakat fiilen yapılan yaz tatilinin araya girmesi yüzünden, bir yıla yakın bir müddet sonra karara bağlanabilmiştir. Bu iki sebepten ileri gelen uzama nazarı itibara alınmasa dahi, üç aylık süreye riayet edilmemiş olduğu görülür. Oysa, Anayasanın 151/3 ve organik kanunun 27/6 maddeleri hükmü, Yüksek Mahkemeye, itiraz yolu gelen işler hakkında üç ay içinde karar vermek ödevini yüklemiş ve, 151 inci maddenin son fıkrası, bu süre içinde karar verilmediği takdirde esas mahkemesine hareket serbestliği tanımıştır.

Şu kadar ki, 44 sayılı organik kanunun 27 nci maddesi, Anayasanın m. 151/3 hükmünü almayıp, aksine sondan bir evvelki fıkrasında «*Mahkeme, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara resmen ittilâ kesdebinceye kadar davayı, geri bırakır*» emrini ihtiva etmekte olduğundan; esas mahkemelerinin, mezkûr kanun hükmü tâdil veya iptal edilmedikçe Anayasanın tanıdığı re'sen çözümleme yetkisini kullanabilecekleri kesinlikle söylenemez ve kabul edilemez. (bak. L. Duran, Mevzuat Kroniği, Âmme Hukuku, İst. Ün. Huk. Fak. Mec., 1962, Cilt XXVIII, Sayı: 2, s.). Çünkü, Anayasa, «Genel esaslar»ı arasındaki 8. maddesinde, «Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz. - Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel kurallardır.» demekte ise de; daha sonra gelen maddeleriyle, bir kanunun Anayasaya aykırı olup olmadığı hususunu hangi merciin nasıl tâyin ve tesbit edeceğini de göstermiş bulunmaktadır. Bu itibarla, mahkemeler de dahil olmak üzere, hiçbir organ, makam ve kişinin Anayasa Mahkemesince iptal edilmedikçe, herhangi bir kanunu veya hükmünü ihmal etmeğe yetkisi ve hakkı yoktur ve olamaz. Aksini mülâhaza ve ifade etmek, herkesin kanunların Anayasaya uygunluğunu kontrole yetkili bulunduğunu kabule müncer olur ki, bu hal düzenli bir toplum hayatına yer ve imkân bırakmaz.

Anayasa'nın 11 ci maddesinin verdiği yetkiye müsteniden ve sırf kamu yararı ve Milli Güvenlik sebebiyle konulan bu takyidi hüküm Anayasa'nın sözüne ve ruhuna aykırı değildir. Bu sebeple talebin ciddiye alınmaması gerekeceği düşüncesindeyim.

Üye
İ. Koloğlu

Hukuk tekniği açısından mahkemeler arasındaki görev ayırımı prensibinin bir gereği olan bu mekanizmayı, Yüksek Mahkeme bir kararında, Anayasanın geçici 9 uncu maddesiyle izaha çalışmakla, neticeyi sebep diye kabul etmiş olmasına rağmen, şöylece isabetle açıklamaktadır:

«Anayasa hükümleri, ister ana çizgileriyle ilkeleri kısaca, ister bütün ayrıntılariyle bazı konuları tam olarak belirtmiş bulunsun etki ve değer bakımından hep ayni niteliktedir. Yani bunlar üstün, bağlayıcı temel hukuk kurallarıdır. Hiçbir kanunun hiçbir hükmü bu kurallara aykırı olamaz. Ancak uyuşmazlık ve çelişme durumlarında, sonraki kanunun bazı hallerde önceki kanunun aykırı hükümlerini dolayısiyle kendiliğinden kaldırılışı gibi, *temel hukuk kuralının uyuşmazlığı ve çelişmeyi meydana getiren kanun hükmünü doğrudan doğruya kaldırarak onun yerine geçmesi mümkün değildir.* Aykırılığın giderilmesi için mutlaka bir eylem ve işlem gerekir ki bu da ya yasama yoluyla yahut iptal müessesesinin işletilmesi ile olur.» (22 Mayıs 1963, *Türkiye İşçi Partisi,* Esas: 1963/205 - Karar: 1963/123, R. G., 14 Ağustos 1963 -11480)

Binaenaleyh, mahkemeleri, Anayasa mahkemesinin kararına resmen ittilâ kesbedinceye kadar dâvayı geri bırakmaya zorlayan 44 sayılı organik kanunun 27 nci maddesinin sondan bir önceki fıkrası Anayasa Mahkemesince iptal edilinceye veya Kanun koyucu tarafından değiştirilinceye kadar, esas mahkemesinin «Anayasaya aykırılık iddiasını, kendi kanısına göre çözümliyerek davayı yürüt»ebileceği çok şüphelidir.

Bununla beraber, Anayasanın 155 inci maddesinin son cümlesi hükmünce, «Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkemeler buna uymak zorunda» olduğundan; esasa ilişkin hüküm genellikle temyiz ve tashihi karar taleplerine konu yapılacağı ve dâva bu uzun safhalardan geçinceye dek Yüksek Mahkeme Kararı gelmiş bulunacağı için, esas mahkemesinin aykırılık iddiası hakkındaki kendi çözüm şekline göre dâvayı sonuçlandırması pek az halde görülebilir.

Fakat, Kanun Koyucunun esas mahkemesinden esirgemek istediği aykırılık meselesini bizzat halletmek yetkisinin çok defa müesseriyetten mahrum bulunması, Yüksek Mahkemeye verilen üç aylık sürenin tecavüz edilmesi için bahane ve mazeret sayılmamalıdır.

Zira bu konudaki gecikmeler, sanığın tutuklu olduğu ceza davaları ile yürütmenin durdurulması kararının alınmadığı idarî davalarda, ilgililer için çok ağır, düzeltilmesi ve karşılanması imkânsız durumlara ve zararlara yol açar. Bu bakımdan, Anayasa Mahkemesi, itiraz yolu ile gelen tekmil aykırılık iddialarını en geç üç ayın sonunda herhalde kesin bir karara bağlamalıdır.

2 — İTİRAZ KONUSU

Yetkililerin çoğunluğu, yeni çıkan herhangi bir kanunun ve yasama meclisi içtüzüğünün belirli madde veya hükümlerini olduğu gibi, tümünü de iptal davasına

konu yapabildikleri halde (Anayasa m. 149, organik kanun m. 21); mahkemeler ile taraflar, sadece bakılmakta olan *dâvaya uygulanacak kanun hükümlerinin* Anayasaya aykırı olduğu iddiası ile itirazda bulunabilirler (Anayasa m. 151, organik kanun m. 27).

Kurucu erkin ve kanun koyucunun, itiraz konusunu bu suretle sınırlamaktan maksadı, itiraz yolunun dava şekline dönmesini önlemek olmakla beraber; itiraz üzerine verilen iptal kararının, kaideten, kaziyei muhakemenin genel ve salt etkisini (erga omnes) taşımasını kabul etmesi dolayısiyle, (Anayasa m. 152/3, organik kanun m. 50/6), sonuç bakımından, dâva neticesinde sadır olan iptal hükümlerinden farksız bulunması karşısında, alınan tedbir kısmen tesirini yitirmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi, itiraz mevzuunu tahdit eden mezkûr hükümleri o derece dar ve sıkı şekilde tefsir ve tatbik etmektedir ki, bazı eski kanunların Anayasaya aykırılığı iddiası ile iptal edilmesinin itiraz yolu ile dahi istenilmesine imkân bırakmamaktadır.

Yüksek Mahkemenin bu baptaki içtihadına gösterilebilecek en belirgin örnek, Memurin Muhakematı Kanunu Muvakkati hükümlerine karşı yapılan itirazlar üzerine verdiği kararlardır: 23 Temmuz 1963, *Bulancık Asliye Ceza Mahkemesi,* Esas: 1963/272 - Karar: 1963/204 (R. G. 19 Ekim 1963-11535); 12 Şubat 1965, *Kozan Asliye Mahkemesi,* Esas: 1965/4 - Karar: 1965/6 (R. G. 24 Mayıs 1965 -12005). Anayasa Mahkemesi bu kararlarında; Anayasanın 151 ve Organik kanunun 27 nci maddelerinin itiraz yoluna başvurulabilmesi için öngördüğü derdest dava ve uygulanacak kanun şartlarını hatırlattıktan sonra; 4 Şubat 1329 tarihli Memurin Muhakematı Kanununun idarî makamlarca uygulanacak ve uygulanan hükümleri ihtiva ettiği ve bunlar tarafından lüzumu muhakemeye karar verilince, son tahkikatta artık adı geçen kanuna değil, C.U.M.K. ve T.C.K.'na dayanarak muhakeme icra ve hüküm ita edecek mahkemelerin, evvelce tatbik edilmiş olan kanun hükümleri hakkında Anayasaya aykırılık itirazında bulunmağa yetkisi olmadığı gerekçesi ile vâki müracaatleri iptidaen reddetmiştir. Memurin Muhakematı Kanununu uygulamağa yetkili idarî makam ve hey'etler (Danıştay idarî kuruluşları dâhil) mahkeme sıfat ve salâhiyetini haiz olmadıklarından, bu içtihada göre adıgeçen kanunun Anayasaya aykırılığı iddiası ile iptali hiçbir zaman ve hiçbir suretle istenemiyecek ve kanun koyucunun keyfince yürürlükte kalacak demektir.

Bunun gibi, Yüksek Mahkeme, mahkeme başkâtiplerinin sorgu hakimliğine vekâlet etmeleri için tâyin yetkisi veren Mehâkim Teşkilâtına ait ahkâmı muadil Kanunun 5 inci maddesine eklenen 7188 sayılı kanunla değişik fıkranın Anayasaya aykırılığını, böyle bir memurdan sâdır olan tevkif kararının tasdik muamelesi vesilesiyle iddia eden bir Asliye Ceza Hâkiminin itirazını da, «Olayda ...hâkimin uygulayacağı kanun hükmü 7188 sayılı kanun hükmü olmayıp Ceza Yargılama Usulü Kanununun 124 üncü maddesidir. O halde asliye ceza hâkimi uygulayamıyacağı 7188 sayılı kanunun iptali için itirazda bulunmağa yetkili değildir.» diyerek reddetmiştir. (26 Şubat 1965, *Pozantı Asliye Ceza Hâkimliği,* Esas: 1965/7 - Karar: 1965/10, R. G. 25 Haziran 1965 -12032). Böylece ayni içtihad, Anayasaya aykırılığı muhakkak ve mutlak olmasına rağmen, Türkiyede başkâtiplerin sorgu hakimliği ve tevkif yetkilerinin iptal ettirilmesini imkânsız kılmaktadır.

İnceleme konumuzla doğrudan doğruya ilgili olmıyan bu kararları zikretmekten maksadımız, ihtiva ettikleri içtihadı münakaşa ve tenkid etmekten ziyade, Anayasa Mahkemesinin muhakeme yöntem ve gidişatının ne kadar yanlış ve zararlı olduğunu belirtmekten ibarettir. Şöyleki, Yüksek Mahkeme kendi fonksiyonunu adeta unutup, üyelerinin eski görevlerini devam ettirircesine, mahkemelerin üst denetim mercii rolünü oynamakta ve aykırılık iddialarını çözümsüz bırakmaktadır.

Gerçekten Anayasa Mahkemesinin bu yoldaki tutum ve davranışı, Düğünlerde İsrafın Men'i hakkındaki Kanunun 1 inci maddesine ilişkin aykırılık itirazı üzerine verdiği yeni yayınlanan bir kararında son haddine çıkmış bulunmaktadır. Adalet Bakanlığının yazılı emri üzerine C. Başsavcılığının verdiği tebliğname yerinde görülerek bozulan kesinleşmiş bir mahkumiyet kararına mevzu teşkil eden olay esas mahkemesince yeniden ele alındığında, mezkûr kanun maddesinin Anayasaya aykırılığı re'sen iddia edilip, iptali istenmiştir. Anayasa Mahkemesi, yine 44 sayılı kanunun m. 27/1 bendini hatırlatarak, re'sen vaki olan itirazı aşağıdaki gerekçe ile iptidaen reddetmiştir.

«Mahkemenin bu madde hükmüne dayanarak iptal isteğinde bulunduğu anlaşılmakta ise de, Ilıç Sulh Ceza Mahkemesince tesis olunan mahkûmiyet ilâmı, yazılı emirle C. Başsavcılığının tebliğnamesi üzerine Yargıtay 7. Ceza Dairesince bozulduğuna ve cezanın çektirilmemesine karar verildiğine göre, C.M.U.K. nun değişik 343 üncü maddesi hükmüne göre duruşmanın tekrarlanmaması gerekir. - Duruşma tekrarlanmayınca iptali istenen kanun hükmünün mahkemece bu olayda uygulamasına imkân olmadığından Mahkemenin sözü geçen kanun hükmünün iptalini istemeye yetkisi yoktur» (15 Aralık 1964 *Ilıç Sulh Ceza Mahkemesi*, Esas: 1964/49-Karar: 1964/73, R. G., 24 Mayıs 1965-12005) [5].

Yüksek Mahkemenin bu aşırı içtihadı ortada iken, Danıştay 8. Dairesinin, bir yedek subayın yabancı bir kızla evlenmesi sebebiyle Millî Savunma Bakanlığınca bu hakkının kaldırılmasından çıkan dâvada yaptığı itirazın konusunu, uygulanacak kanun hükmünün asgarî şekline irca ve hasredeceği tabiî ve zarurî idi. Nitekim, Anayasanın 151 ve organik kanunun 27 inci maddelerini zikrettikten sonra, Anayasa Mahkemesi, «Danıştay 8. Dairesinin itirazının da, kendisine açılmış olan bu dâvada uygulayacağı, 1076 sayılı kanunun değişik 23 üncü maddesinin E bendinin (yabancı kız ve kadınla evli olanlar) hükmüne münhasır bulunduğuna oybirliği ile karar» vermiştir.

Bu karar, olayın ve ihtilâfın mahiyetlerine göre ve mezkûr maddeler hükmü muvacehesinde yerinde ve doğrudur. Ancak, Danıştay 8. Dairesinin itirazı reddolunmayıp, kabul edilseydi, itiraz konusu 23 üncü maddenin (E) bendi «yabancı kız veya kadınla evli olanlar» hükmü iptal ile ortadan kalkmış bulunacağından,

(5) Anayasa Mahkemesinin, esas mahkemesine ait olan dâvada uygulanacak kanun hükmünü tâyin ve tesbit hususunda yetkisini açıkça aştığını ve asıl uyuşmazlığı çıkmaza soktuğunu gösteren diğer bir kararı: 20 Aralık 1963, *Arhavi Asliye Hukuk Mahkemesi*, Esas: 1963/328, Karar: 1963/296, R. G., 24 Şubat 1964 - 11639.

«nikâhsız yaşıyanlar» hükmünden ibaret olarak yürürlükte kalacaktı. Bu takdirde (E) bendi, yabancı olsun vatandaş olsun herhangi bir kız veya kadınla «nikâhsız yaşıyan» yedek subayların bu haklarının kaldırılmasını öngören bir hüküm haline inkilâp edecekti. Gerçi mezkûr bend hükmünü eski şeklinin bünyesi içinde ve maksadına uygun olarak mütalâa ve tatbik etmek mümkün ve lâzım idi ise de; bu yeni metnin yorumlanmasında veya uygulanmasında bir takım güçlüklerin ve anlaşmazlıkların çıkacağı da muhakkaktı.

Önemli olmıyan bu örnek de gösteriyor ki, itiraz konusunun davada uygulanacak kanun hükmüne hasr ve tahsis edilmesi her zaman kolay ve doğru olmadığı gibi, bazı hallerde karşıklıklara da yol açabilir. İtiraz yolu ile vâki kısmî iptallerin doğurabileceği tatbikat müşkillerini, Anayasa Mahkemesi, 44 sayılı organik kanunun 28 inci maddesinin 2 nci fıkrası ile tanınan butlan hükmünü diğer maddelere veya metnin tümüne teşmil yetkisini kullanarak bir dereceye kadar önleyebilir. Fakat, itiraza yol açan bir dâvada uygulanacak kanunun veya kanun hükmünün hangisi ve neden ibaret olduğunu muhakemenin her safhasında kestirmek mümkün bulunmadıktan başka; bu hususta kesin karar vermek yetkisinin Anayasa Mahkemesine tanındığı kabul edilemez.

Filhakika bir davada çok defa davacı veya savcı ile davalı veya sanık, hâdiseye ve ihtilâfa uygulanacak kanun hükmü üzerinde anlaşıp birleşemezler; ittifak etseler de, iradeleriyle mahkemeyi bağlayamazlar. Esas mahkemesi de bu ciheti, tahkikatı tamamlayıp olayı ve uyuşmazlığı tavsif ettikten sonra, nihaî hükmünde açıklayarak tesbit edebilir. Bu itibarla, esas mahkemesi önünde cereyan eden muhakemenin herhangi bir safhasında tarafların ileri sürebileceği Anayasaya aykırılık iddiası üzerine bu mahkeme, itirazın ciddi olduğu kanısına vardığında, söz konusu olan kanun hükmünün o davada uygulanacak metin olduğunu da kat'i surette kabul etmiş sayılamaz. Zira tahkikatın devamı neticesinde elde edilecek verilere ve düşüncelere göre, hadiseye ve ihtilâfa tatbik olunacak kanun hükmünün evvelce öngörülenden başka ve farklı bulunması mümkün ve muhtemeldir. Bundan başka temyiz mercii, uygulanan kanun hükmünün yerinde ve doğru olmadığı gerekçesiyle kararı bozabileceğine göre; mahkemenin son kararı da bu bakımdan kesin sayılamaz. Fakat Anayasanın 151 ve organik kanunun 27 nci maddeleri hükmü, açık ve seçik olarak, sadece *«bir davaya bakmakta olan mahkeme»* yi Anayasaya aykırılık iddiasını Yüksek Mahkemeye intikal ettirmeğe yetkili kılmış bulduğundan, dâvayı değil, kazaî kararları inceleyen temyiz mercileri, re'sen veya ilk defa önlerinde ileri sürülen aykırılık itirazını nazarı itibara alıp, Anayasa Mahkemesine gönderemez. (Aksine mütalâa için bak.: Erem, op cit., s. 12-13). Gerçekten, Anayasaya aykırılık iddiası, kamu düzenine ilişkin bir mesele olmakla beraber, ayni niteliği taşıyan adlî, idarî ve askerî yargı mercileri arasındaki görev ihtilâflarının Uyuşmazlık Mahkemesine gönderilmesi için yapılan vazife itirazı gibi, muhakemenin her safhasında dermeyan edilemeyen ve ancak esas mahkemesi önünde ileri sürülebilen bir itirazdır. Anayasanın, «Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkemeler buna uymak zorundadır» diyen 151 inci maddesinin son cümlesi hükmü, bu şartı tâdil veya tahfif eder mahiyette değildir.

Çünkü, uyuşmazlık sistemimizde olduğu gibi, burada da sadece zamanında vâki olan itirazlar üzerine verilen Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılık kuvveti kabul edilmiştir. Kaldı ki, ayni maddenin mezkûr cümlesinden önce gelen hükümle, üç ay içinde karar verilmemiş olması halinde, esas mahkemesinin Anayasaya aykırılık iddiasını bizzat çözümleyerek dâvayı yürütmesi dâhi öngörülmüştür.

Şu halde Anayasaya aykırılık iddiası, Türk Hukukuna göre, dâvanın esasına taallûk eden bir savunmadır ve ihtilâfa uygulanacak kanun hükmünün tâyin ve tesbiti de esas mahkemesine ait bir yetkidir. Anayasa Mahkemesinin bu konudaki salâhiyeti, îdare hâkiminin iptal dâvasında dâvacının menfaat şartını haiz olup olmadığını araştırması gibi, iptali istenen kanun hükmünün olay ve uyuşmazlıkla yakın veya uzak bir ilgisi bulunup bulunmadığını incelemekten ibarettir. Fakat, belirtmek lâzımdır ki, idarî iptal dâvasında sözkonusu olan münasebet kısmen sübjektif nitelik taşıdığı halde, Anayasaya aykırılık itirazında kanun hükmü ile hâdise ve ihtilâf arasındaki ilgi tamamen objektif mahiyeti haizdir. Bu itibarla Yüksek Mahkeme, vereceği iptal hükmünden muterizin faydalanıp faydalanmıyacağını nazara almadan, itirazı objektif bir mesele şeklinde tetkik etmek ve karara bağlamak mevkiindedir. İptal hükmünün dâva üzerindeki tesir ve neticelerini, esas mahkemesi çıkarıp uygulayacaktır.

Anayasa Mahkemesi, iptal davasında ise, esas itibariyle davacının iptalini istediği kanun veya hükmü ile bir ilgisi bulunup bulunmadığını da araştıracak değildir. Ancak, Anayasanın 149 uncu ve organik kanunun 21 inci maddeleri gereğince; Yüksek Hâkimler Kurulu, Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay ve Üniversiteler münhasıran kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda kanunların ve yasama meclisleri iç tüzüklerinin Anayasaya aykırılığını iddia edebileceğinden; adı geçen kurum ve kurullar tarafından açılan iptal davalarında Yüksek Mahkeme, idari iptal dâvasında olduğu gibi, davacının menfaat şartını gerçekleştirip gerçekleştirmediğini önceden tetkik ve tesbit eder ve etmelidir. Bu halde Anayasa Mahkemesi, davacının, aleyhinde olmayan veya bilâkis lehinde bulunan bir kanun hükmünün iptalini istediğini görürse, dâvayı menfaat fıkdanı sebebiyle iptidaen reddetmek durumundadır. (15 Mayıs 1963, *Yüksek Hâkimler Kurulu,* Esas: 1963/169 - Karar : 1963/113, R. G., 14 Ağustos 1963 -11480)[6]

İşbu istisna dışında, Anayasaya aykırılık iddiası, ister dâva şeklinde, ister itiraz yolu ile dermeyan edilsin, tamamen objektif bir mesele olarak ortaya çıktığı ve yetkililerle ilgililerin hak ve menfaatlerinden ziyade, Anayasa düzeninin korunmasını amaç tuttuğu cihetle; Yüksek Mahkeme, vereceği hükmün davacı veya muterizlere yararlı mı, yoksa zararlı mı olacağını düşünmeden hareket etmelidir. Sadece iti-

(6) Mahdut dâva hakkına sahip bulunan kurul ve kurumlar, bir kanunda kendi aleyhlerine olan hükmü teşhis ve tâyinde hatâ ederek, lehlerine olan hükme karşı dâva açtıkları takdirde; Anayasa Mahkemesi davacının varlık ve görevlerini ilgilendiren hükmü re'sen nazara alıp inceleyemez. Çünkü, Yüksek Mahkeme, 44 numaralı organik kanuna göre: ileri sürülmeyen Anayasaya aykırılık sebeplerini kendiliğinden sözkonusu edebilirse de; davacı veya muterizin aykırılığını iddia etmediği kanun hükümlerini re'sen tetkik mevzuu yapmağa yetkili değildir. Genel muhakeme usulünün «ultra petita» kaidesi de, böyle olmasını gerektirir.

raz yolu ile vâki aykırılık iddialarını ele alırken, Anayasa Mahkemesi iptali istenen hükmün, uygulanacak kanun maddesi olup olmadığını tesbit edebilmek için, bunun hâdise ve ihtilâfla ilgili bulunup bulunmadığını dıştan ve objektif surette araştırmakla yetinmelidir. Yüksek Mahkeme, bu noktaya ilişkin inceleme ve deneylemesini daha ileri götürdüğü takdirde, esas mahkemesinin yerine geçmiş veya temyiz merciinin yetkisini kullanmış olur. Yukarıda açıklandığı üzere, Anayasa ve Hukukun Genel Prensipleri buna cevaz ve imkân vermez.

Bununla beraber, Anayasamız, mes'eleyi müste'hire usulünün umumî esaslarından ayrılarak, itiraz üzerine verilen iptal hükümlerinin kaideten kaziyei muhkemenin genel ve salt (erga omnes) tesir ve kuvvetini haiz olacağını kabul ettiği için, Anayasa Mahkemesinin bu husustaki titizliğini anlamak ve ona bir dereceye kadar hak vermek lâzımdır. Filhakika, bu suretle ittihaz edilen iptal kararının, esas itibariyle itiraza vesile olan dâvaya münhasır kalmıyacağını gözönünde tutan Yüksek Mahkemenin, sözkonusu hâdiseye uygulanmaması gerektiği kanısını taşıdığı ve belki ileride esas mahkemesinin de tatbik etmiyeceği veya temyiz merciinin neticede uygun görmiyeceği bir kanun hükmüne dokunmamayı tercih ettiği tahmin olunabilir.

Halbuki, Anayasa Mahkemesi itiraz üzerine vereceği kararlarda Anayasanın 152/4 ve organik kanunun 50/5 maddelerine istinaden, iptal hükmünün olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı (in-ter partes) olacağını kabul ederse bütün bu endişe ve mahzurları önleyebilir. Çünkü bu takdirde esas mahkemesi ve temyiz mercii, dâvada uygulanacak kanun hükmünün takdir ve tesbiti hususundaki yetkisini normal olarak kullanır ve Yüksek Mahkemece iptal edilen hüküm olmadığı neticesine varsa da; bu sonuncu hüküm muteberi yet ve mer'iyetini muhafaza eyler. Gerçi bu çeşit nîsbî butlan kararları, Anayasaya aykırılık hallerinin objektif mahiyetiyle pek mütenasip değilse de; itiraz yolu ile vaki iddiaların niteliğine en uygun hal suretidir. Ayrıca, Yüksek Mahkeme, o mesele hakkındaki kesin içtihadını belirtmek imkânını elde tutmuş olacağı gibi; yasama organının da dikkatini bir Anayasaya aykırılık noktasına çekmiş ve muhtemelen düzeltilmesine yol açmış bulunur. Herhalde Anayasa Mahkemesi, taraflar ile mahkemelerden gelen itirazların hepsinde değilse bile; dâvaya uygulanacak kanun hükmünü şüphe ve tereddütle karşıladığı müracaatlerde vereceği kararın olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı olacağını belirtmekle, birçok usulî müşkülü kaldırmış ve hatta meselenin esası hakkında, ihtilâfı çevreleyen unsur ve şartlara uygun bir hükmü varmış olur.

Nitekim, aşağıda «Esas bakımından» yapılacak açıklamalarda görüleceği veçhile, Yüksek Mahkeme karar konusu itiraza vesile olan hâdisenin özelliğini nazara alarak, Anayasaya aykırılık iddiasını yalnız muteriz hakkında pekâlâ kabul edebilirdi.

II — ESAS BAKIMINDAN

Anayasa Mahkemesi önüne getirilen itirazın esası, kısaca, yabancı kız veya kadınla evlenen yedek subayların bu sebeple yedek subaylıktan çıkarılmalarının Anayasaya aykırı olup olmadığı meselesinden ibarettir.

Danıştay 8. Dairesi, sözkonusu hükmü taşıyan 1076 numaralı Yedek Subay ve Yedek Askerî Memurlar Kanununun 18 Haziran 1947 tarihli ve 5099 sayılı kanunla değişik 23 üncü maddesinin (E) bendinin, Anayasanın eşitlik ilkesini koyan 12 nci, Ailenin korunmasını emreden 35 inci ve Millî Savunma hak ve ödevini belirten 60 ıncı maddelerine aykırı olduğu kanısına varmıştır. Yüksek Mahkeme, hiç de zaruret yokken ve hattâ kendi «*argumentation*» una göre tersine bir sıra izlemesi daha uygun olmasına rağmen, yukarıdaki gerekçeleri sırasiyle incelemiş ve bunlara re'sen nazara aldığı kamu hizmetlerine girme hakkına ilişkin Anayasanın 58 inci maddesini ekliyerek tartışmış ve neticede aykırılık iddiasını reddetmiştir; fakat bu arada, asıl itirazı ileri süren dâvacının konu ile ilgili dilekçesindeki diğer sebeplere dokunmamıştır.

Şimdi kararda sözkonusu edilen ve edilmeyen iptal sebeplerini bir arada ele alıp tahlil ve tetkike çalışacağız.

1 — *Eşitlik ilkesi.*

Anayasa Mahkemesine göre, «yabancı kız veya kadınlarla evli olmanın yedek subaylık durumuna etki yapması veya yapmaması yolundaki düzenlemelerin, Anayasanın 12 nci maddesinde öngörülmüş bulunan eşitlik ilkesi ile ilgili bir tarafı» yoktur. Çünkü, Anayasamız 60 ıncı maddesiyle, «askerlik yükümünü düzenleme işini, herhangi bir kayıt ve şart koymaksızın, kanun koyucunun takdirine bırakmıştır.». Ve «bir kanunun, Anayasanın 12 nci maddesinde yazılı olanlar dışında, düzenlemekte olduğu konunun niteliği bakımından bazı kayıt ve şartlar koyarak ayırımlar yapması ve hükümlerinden, bu kayıt ve şartları yerine getirmiş olanların yararlanabileceklerini kabul etmesi, 12 nci maddedeki eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez.» Bununla beraber, «askerlik yükümü konusunda, «*Cinsiyet*» esasına dayanması bakımından ilk nazarda Anayasanın 12 nci maddesine aykırı kanısını verebilecek bir ayırımın, *askerlik yükümünün bir gereği olmak üzere,* yapılabileceği, Anayasa koyucu tarafından da öngörülmüş ve böylece buna ilişkin kanun hükümlerinin, 12 nci maddedeki eşitlik ilkesini zedeliyecek nitelikte olduğunu düşünmeğe yer bırakılmamıştır» Bu itibarla; yüksek öğrenim yapmış ve yedek subay olmuş Türk erkekleri ile esasen kanunların askerlik yükümü dışında tuttuğu kadınlar ve yüksek öğrenim yapmamış oldukları için askerlik ödevini er olarak ifa etmiş vatandaşlar arasında, yabancı ile evlenmek bakımından mevcut fark, Anayasanın 12 nci maddesine aykırı herhangi bir eşitsizlik sayılmaz.

Yüksek Mahkeme meseleyi, önce tekmil unsurları ile bir bütün olarak ortaya koymadığı ve sistematik şekilde ele almadığı için, çeşitli açılardan incelerken ister istemez hep tek yönlü mütalâa etmiş ve doğru sayılamıyacak sonuçlara varmıştır. Gerçekten itiraz konusu, mücerret bir eşitlik prensibine aykırılık iddiası olmayıp,

Aile kurma serbestliğinin Millî Savunma hak ve ödevinin yerine getirilmesi vesilesiyle takyid ve tahdit edilerek zedelenmesi keyfiyetidir. Oysa, böylece türlü temel hak ve hürriyetlerin buluştuğu bir Anayasaya aykırılık meselesi, ancak bunlar bir arada gözönüne alınarak, çatışmaları önlenmek suretiyle çözümlenebilirdi.

Nitekim Anayasa Mahkemesi daha önce karara bağladığı iki iptal dâvasında bu metodu uygulamış ve butlana hükmetmiştir. Şöyle ki, Anayasanın 35 inci maddesinin 2 nci fıkrasında yer alan «Eğitim ve öğretim Devletin gözetim ve denetimi altında serbesttir.» hükmüne dayanan «Kanun koyucunun, bu gözetim ve denetim esaslarını düzenlerken, *Anayasa ilkelerine bağlı kalarak* eğitim ve öğretim serbestliğini bozacak herhangi bir hüküm getirmekten kaçınacağı doğaldır. - Şu halde kişilerin bir eğitim ve öğretim konusu niteliğinde olan beden terbiyesi ve spor yapmalarını yüküm ve zorunluk esasına bağlı tutmamak, bunu kendi isteklerine bırakmak gerekir. - Bu sebepler karşısında, 3530 sayılı kanunun 4 üncü maddesinde yer alan ve iptali istenen «Gençler için kulüplere girmek ve boş zamanlarında beden terbiyesine devam etmek mecburidir.» şeklindeki hükmün, Anayasanın 21 inci maddesinin ikinci fıkrasına *ve yine Anayasanın teminatı altındaki kişi hürriyetleri ilkelerine aykırı olduğundan* iptali gerekir» (3 Kasım 1964, *C.H.P. - TBMM. Grupu,* Esas: 1963/152 - Karar: 1964/66; R. G., 17 Mart 1965-11955)

Bunun gibi, Anayasanın 117 nci maddesinin 2 nci fıkrası hükmü ile memurlar statüsü hakkında verilmiş olan direktifler arasında emekliliğe ilişkin esasların da düzenlenmesi yer almakta ise de; «Kanun koyucunun, bu görevi yerine getirirken, sınırsız bir yetkiye sahip olmadığı bütün yasama tasarruflarında olduğu gibi burada da, *genel hukuk esasları, ve özellikle Anayasa ilkeleri ile bağlı olduğu aşikârdır.* Emeklilik hakkından yoksun bırakmayı öngören sözkonusu hüküm (Kanun No: 4237, m. 13/1), genel hukuk esaslarından ve hatta *hukuk devleti ilkesinin gereklerinden olan kazanılmış hak kavramım zedelemekle birlikte sosyal güvenlik ilkesini de KAYITLAMAKTADIR.* Söz konusu hükümler emeklilik hakkından yoksun bırakılanların devlet veya başka kamu kurumu hizmetinde çalışmakta olmaları, genel hukuk esaslarının ve Anayasa ilkelerinin teminatından yoksun edilmeleri için sebep teşkil etmez. Bu kimselerin de, bütün yurttaşlar gibi, bu teminattan yararlanmaya hakları vardır.» (11 Aralık 1964, *C.H.P.- TBMM. Grupu,* Esas: 1964/ 138-Karar: 1964/71; R. G., 2 Nisan 1965 11969).

Yüksek Mahkeme, yukarıda zikredilen kararlarından birincisinde, beden terbiyesi mükellefiyetinin Anayasaya aykırılığını, sadece eğitim ve öğretim serbestliği bakımından değil, onunla birlikte kişi hürriyetlerinin tümü yönünden mütalâa ve kabul etmiş; ikincisinde de, fevkalâde hallerde haksız olarak mal iktisap etmek suçundan mahkûm olan memurların tekaüd hakkından da mahrum edilmelerini Anayasaya aykırı görürken, müktesep hak mefhumuna olduğu kadar, sosyal güvenlik esasına da dayanmış bulunmaktadır. Kısaca, bu muhakeme tarzında, çok doğru ve yerinde olarak, aykırılık iddiası, Anayasanın bir tek hüküm veya ilkesinden ziyade, türlü temel hak ve hürriyetleri ve hattâ bütün metni ve ruhu ve hukukun genel prensipleri topyekûn nazarı itibara alınarak, incelenmekte ve değerlendirilmektedir.

İşte Anayasa Mahkemesi sözkonusu itirazı da bu muhakeme metodu ile tetkik etmiş olsaydı, «yabancı kız veya kadınla evli olanın yedek subaylık durumuna etki yapması veya yapmaması yolundaki düzenlemenin (yani 1076 numaralı kanunun 5099 sayılı kanunla değişik 23 üncü maddesinin (E) bendinin), Anayasanın 12 nci maddesinde öngörülmüş bulunan eşitlik ilkesi ilgili bir tarafı» olduğunu ve bu prensibi zedelediğini müşahede ve kabul ederdi.

Filhakika bu meselede hareket noktası, Kanun koyucunun, Anayasanın 60 ıncı maddesinde belirtilen Millî Savunma hak ve ödevini düzenlerken, yine Anayasanın 35 inci maddesiyle tanınan Evlenme hakkı veya Eş seçme serbestliğini kayıtlayıp kayıtlamıyacağı olmalı, bunu sınırlayabildiği takdirde, sadece yüksek öğrenim yapmış erkeklere uygulayıp, diğer vatandaşlar hakkında öngörmemesinin, eşitlik esasını ihlâl edip etmiyeceği araştırılmalıdır.

Anayasa Mahkemesi, önce, mezkûr 60 ıncı maddenin kanun koyucuya mutlak bir takdir yetkisi verdiğini ifade ettiği halde; daha sonra, Anayasanın hazırlık çalışmalarına dayanarak, savunma ödevi ile askerlik yükümünün düzenlenmesinde «*Cinsiyet*» bakımından bir ayırım gözetilmesinin Kurucu erk tarafından kabul edildiğini belirtmek suretiyle «*bu konuda bırakılan takdir yetkisinin çok geniş olduğunu*» söylemekte ve «buna ilişkin kanun hükümlerinin, 12 nci maddedeki eşitlik ilkesini zedeleyecek nitelikte» olamıyacağı neticesine varmaktadır. Ancak, dikkat etmek lâzımdır ki, Yüksek Mahkeme, Temsilciler Meclisinin, «yurt savunmasına katılacakları, *gereklere uygun olarak,* tâyin ve takdir yetkisinin kanun koyucuya bırakıldığını açıklamış» bulunduğunu ve «*Cinsiyet*» bakımından olan «*ayrımı, askerlik yükümünün bir gereği olmak üzere, yapabileceği*»*ni* öngördüğünü tasrih etmektedir. Şu halde Anayasamız, askerlik yükümünü düzenleme işini herhangi bir kayıt ve şartla koymaksızın kanun koyucunun takdirine bırakmamış ve onu savunma ödevi ile askerlik yükümünün nitelik ve gerekleri ile bağlamış bulunmaktadır. Şu da var ki, Anayasa koyucunun cinsiyet bakımından gözettiği ayırım, yalnız savunma ödevinin erkek ve kadınlar tarafından yerine getirilmesi konusunda kabul edildiğine göre, erkeklerin er veya yedek subay olmaları hususunda evlilik münasebetlerinin durumlarına tesir etmemesi gerekir. Esasen, Anayasa Mahkemesinin yukarıda zikredilen 11 Aralık 1964 tarihli ve 138/71 numaralı kararında kabul ettiği veçhile, Anayasanın 117 nci maddesinde bir kelime ile işaret edilen memurların emekliliğine ilişkin kanunu yapacak olan «Kanun Koyucunun, bu görevi yerine getirirken, sınırsız bir yetkiye sahip olmadığı, *bütün yasama tasarruflarında olduğu gibi burada da, genel hukuk esasları ve özellikle Anayasanın ilkeleri ile bağlı olduğu aşikârdır.*»

Binaenaleyh, Kanun Koyucu, savunma ödevini ve askerlik yükümünü düzenlemek hususunda ne mutlak bir takdir kudretini haizdir ve ne de çok geniş bir takdir selâhiyetine sahiptir. Bu konuya ilişkin kanun hükümleri, ödev ve yükümün gereklerini takdir ve tâyin yetkisinin kullanılması suretile de, Anayasada teminat altına alınmış bulunan diğer temel hak ve hürriyetleri kayıtlayamaz veya bunların kısılması sonucunu doğuracak nitelikte olamaz. Çünkü, yine Yüksek Mahkemenin ifadesiyle, «bu hak ve hürriyetlerin kanun koyucu tarafından sınırlanmasında gözönünde tutulacak gaye olarak kaydedilen hususlar yerine göre yine Anayasada

belirtildiği ve ayrık bir nitelik arzedecek olan bu kayıtların ancak mevridine münhasır olması gerekeceği cihetle, *kanun koyucunun herhangi bir konuyu düzenlerken bu esaslara bağlı kalması gerekeceği tabiidir.»* (3 Kasım 1964, *C.H.P., TBMM Grupu,* Esas: 1963/152 - Karar: 1964/66; R. G., 17 Mart 1965, 11955) Aksine bir mülâhaza, kanunun doğrudan doğruya konu yaptığı zaman kayıtlayamadığı bir temel hürriyeti, diğer bir hak ve ödevi düzenlerken, dolambaçlı olarak dilediği gibi sınırlayabileceği sonucuna götürür ki, bu hiç bir suretle izah ve kabul edilemez.

Bununla beraber, yabancı kız veya kadınla evlenmemenin yahut evli bulunmamanın askerlik yükümü bakımından kat'i bir zaruret olduğu bir an için kabul edilse bile; bu baptaki takdir kudreti ancak Anayasanın 35 inci maddesinde ifade edilen aile kurma hürriyetinin sınırlanmasını tazammun edebilir, fakat böyle bir yasağın sadece yüksek öğrenim yapmış erkek vatandaşlara hasır veya tahsisine cevaz ve imkân vermez. Zira, gerek savunma ödevi ile askerlik yükümü, gerek evlenme hakkı ve eş seçme serbestliği erkek olsun, kadın olsun, tekmil vatandaşlar için kabul edilmiş olup; şayet yabancı ile evli bulunmamak ödev ve yüküm bakımından gerekli ise, bunun herkes hakkında öngörülmesi ve uygulanması lâzımdır. Kanun koyucu, Anayasanın 60 ıncı maddesinden aldığı takdir yetkisini bir kere böyle bir hüküm sevkederek kullanınca; eşitlik ilkesini zedelememek için bütün ödevli ve yükümlüleri bu yasağın şumulü içinde tutmak mecburiyetindedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 11 Aralık 1964 tarihli ve 138/71 numaralı kararında, Anayasanın 53 üncü maddesiyle «Devletin iktisadî ve sosyal ödevlerinin sınırı»nı tâyin ve tespit hususunda tanınan takdir salâhiyetinden bahsederken, aynen «Bu hüküm uyarınca kanun koyucu sosyal güvenlik alanında bazı hakları vermemeye veya sadece bir kısmını vermeğe yetkilidir. Fakat ekonomik gelişme ile malî kaynakları yeterli görerek *bir hakkı sağlayınca herkesi, bunun kapsamına alması zorunludur.* Belli suçları işlemiş olmak gibi *kişisel durumlar bakımından ilgililer arasında bir ayırım yapamaz...»* demektedir. Kadın veya yüksek tahsilli olmak, kişisel durumlar bulunduğuna göre; kanunların bu yönden ödevli ve yükümlüler arasında bir ayırım gözetmesi ve koyduğu yasağı bir kısmına uygulaması eşitlik esasına aykırı düşmektedir.

Bu bakımdan, «yürürlükte olan kanunlarımız, kadınları genel olarak askerlik yükümü dışında tutmakta olduğundan», bugün ve şimdilik bunların «yüksek öğrenim yapmış olsun olmasın, erlik veya yedek subaylıkları söz konusu değildir.» diye, kanunun koyduğu yabancı ile evlenme yasağı karşısında erkeklerle aralarında mevcut fiilî eşitsizlik inkâr edilemiyeceği gibi; esastaki hukukî müsavatsızlık da ortadan kalkmış olmaz. Hernekadar Kurucu erk, kadınların askerlik yükümüne tâbi tutulup tutulmaması ve bunun şartlarının tâyini hususunda kanun koyucuya bir takdir yetkisi tanımışsa da; savunma ödevi ile birlikte kadınlığın bir niteliği ve gereği olmıyan yabancı ile evlenme keyfiyetinin kadınlarda serbest bırakılıp, erkeklerden esirgenmesi imkânını tazammun ve bahşetmez.

Şu da varki, askerlik yükümüne ötedenberi tâbi bulunan ve bundan sonra da tâbi tutulacak olan erkek vatandaşlar arasında, yabancı ile evlenme bakımından, yüksek öğrenim yapıp yapmadıklarına göre bir ayırım gözetilebilmesi için anayasal

hiçbir gerekçe bulunmadığından; yüksek Öğrenim yapmamış erkekler gibi kadınların yabancı ile evlenme yasağı dışında kalmaları da, savunma ödevinin bunlara uygulanmamasının ve binnetice niteliğinin ve gereklerinin zorunluğu değil, doğrudan doğruya kanun koyucunun düzenleyici iradesinin eseridir. Gerçi Yüksek Mahkeme, erkek vatandaşlar arasında mevcut bu farklı durumu, yedek subaylık müessesesinin öğretim ve eğitim şartları, sınav sonuçları ve sözkonusu 23 üncü maddenin diğer fıkralarında yer alan yedek subaylık hakkını düşürücü sebeplere kıyasla hizmetin gereği gibi mütalâa ederek, Anayasanın 12 nci maddesinde öngörülen bir eşitsizlik saymamaktadır. Lâkin, dikkat edilirse görülür ki, benzetilen unsur ve sebeplerden hiçbiri itiraz konusu (E) bendiyle kayıtlanan evlenme hakkı veya eş seçme serbestliği gibi, Anayasa teminatı altında olan temel hürriyetlere dokunmamakta ve bunların tümü gerçekten askerlik yükümünün nitelik ve gerekleri ile ilgili bulunmaktadır. Bu itibarla, esasen anlaşılması güç bir mantığın mahsulü olan bu kıyaslamanın yapılması yersiz ve sonuçları aldatıcıdır. Demek oluyorki kanun yüksek öğrenim yapmış ve yapmamış erkekler arasında aile kurma hakkı bakımından yarattığı bu ayrılık herhangi bir suretle izah edilememekte ve bir eşitsizlik olarak ortaya çıkmaktadır.

Şukadar ki, yabancı kız veya kadınla evlenme yasağının askerlik yükümünün gereklerine dayanıp dayanmadığı meselesini ileride ele almak üzere, burada sadece Anayasa Mahkemesinin, ayni müşahhas nokta ile ilgili olarak kabul ve tatbik ettiği kendine özgü bir genel prensibi tetkik ve münakaşa etmek mümkün ve lâzımdır.

Filhakika, Yüksek Mahkemeye nazaran, «kanun önce yüksek öğrenimlerini yapmış olanları, diğerlerinden ayrı bir işleme bağlı tutmuştur. Ancak bu ayrılık, Anayasanın 12 nci maddesinde sayılan özelliklere dayanmayıp, kanunun düzenlediği konunun gereklerine dayandığından ortada Anayasanın 12 nci maddesindeki eşitlik ilkesine de bir aykırılık yoktur.» Çünkü, yine Anayasa Mahkemesinin kendi koyduğu bir prensibe göre, «Bir kanunun, Anayasa'nın 12 nci maddesinde yazılı olanlar dışında düzenlemekte olduğu konunun niteliği bakımından bazı kayıt ve şartlar koyarak ayırımlar yapması ve hükümlerinden, bu kayıt ve şartları yerine getirmiş olanların yararlanabileceklerini kabul etmesi, 12 nci maddedeki eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez. - Aksine, Anayasanın 12 nci maddesinde öngörülenler dışında kalan ayrı şartların ve vasıfların ayrı hükümleri gerektirmesi doğaldır.»

Yüksek Mahkeme, askerlik yükümünün bir gereği olarak nazarı itibara alınacak öğrenim durumu, farklı işlemlere esas kabul edildiği takdirde, Anayasanın 12 nci maddesinde sayılan özellikler arasında bulunmadığı için kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılığa yol açmıyacağını söylemekle, bir yandan Anayasa te'minatına bağlanmış hürriyet ve haklarla bu niteliği taşımayan vaziyetleri yine karıştırmakta, öte yandan eşitlik prensibini hatalı ölçülerle dar bir çerçeveye sıkıştırmaktadır.

Şöyle ki, bir kanun, ancak fertlerin dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din veya mezhepleri bakımından aralarında bir ayırım gözetirse, Anayasanın 12 nci maddesiyle konulan müsavat esasını ihlâl etmiş olur; bunlar dışında kalan kri-

terlere göre yapılacak tefrikler, Anayasaya aykırı değil, tabiidir. Şu halde Kanun koyucu, Anayasanın 12 nci maddesinde yer alan mezkûr unsur ve vasıflara ilişkin olmamak kaydiyle, vatandaşlar arasında her türlü eşitsizliği ihdasa yetkili bulunmaktadır. Bugün artık hiçbir kanun koyucu, açıkça ve doğrudan doğruya dil, ırk cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ölçüleriyle insanlar arasında bir ayırım yapmağa kalkışmayacağına göre; Yüksek Mahkemenin bu içtihadında tanınan yetki, eşitlik ilkesini çiğnemek ve hattâ yoketmek tehlikesini taşımaktadır.

Esasen kanun önünde eşitlik ilkesinin bu yorum ve uygulanış şekli, modern Hukuk tekniğine ve politikasına uygun olmadığı gibi; bizzat Anayasa Mahkemesinin daha önceki bir kararında beliren içtihadı ile de bağdaşmamaktadır.

Gerçekten, XVIII. yüzyılın sonlarından beri bildirilerde ve anayasalarda «kanun önünde eşitlik» tâbiri ile yer alan bu prensip, günümüze gelinceye kadar çok gelişmiş ve kamu görevi, kamu hizmeti, kamu yükümü, vergi ve saire gibi çeşitli alanlara yayılarak kısaca «eşitlik ilkesi» şeklinde ifade ve kabul edilmeğe başlanmıştır. Bugün «eşitlik» kavramı, yalnız yukarıda sayılan ölçülere göre fertler arasında ayırım gözetilmemesini değil, daha şümullü ve genel olarak, *ayni durumda bulunan kimselere ayni şekilde işlem yapılmasını gerektirmektedir.* Binaenaleyh, bir kanun, belli bir hak ve ödevin sahip ve yükümlüsü olan vatandaşlara, şahsi statüleri bakımından, farklı hükümler tertip ederse, müsavat esasını zedelemiş bulunur. Denoît Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la Jurisprudence administrative,* Paris, 1954, s. 7 - 39 - Georges Burdeau, *Les liberéts publiques,* 2 ed. Paris, 1961, s. 83 - 88 - R. Odent, op cit., fascicule III, s. 923 - 936 - J. M. Auby et R. Drago, op. cit., Tome III, No. 1146, s. 19 - Marcel Waline, *Traité de Droit Administratif,* 9 éd., Paris 1963, No. 763, s. 465).

Nitekim Yüksek Mahkeme, Leylî Tıp Talebe Yurdunda okuyup mezun olanlardan mecburî hizmeti kabul veya ikmal etmiyenlerin kendilerine Devletçe sarfedilen paranın iki katını ödememeleri halinde hapis cezasına çarptırılmalarını öngören 2000 numaralı kanunun 3 ücü maddesinin 2 nci fıkrası hükmünü, aşağıdaki gerekçe ile Anayasanın 12 nci maddesine aykırı bularak iptal etmiştir.

«Özel hukuk ilişkilerinde uygulanacak hükümleri bir yana bırakarak Devletin özel hukuk alanına giren alacağına üstünlük tanıyan bu kanun hükmü, hukuk prensiplerine aykırı düştüğü gibi, *Devletin diğer bütün borçluları ile Leylî Tıp Talebe Yurdunda kendilerine yapılan giderlerden ötürü borçlu olanlar arasında açık eşitsizlik doğurmakta* ve Borçlar Kanunu, İcra İflâs Kanunu, Ceza Kanunu, Âmme Alacaklarının Tahsili hakkındaki Kanun gibi ana kuralları kapsayan hükümler ile de bağdaşmamaktadır» (22 Aralık 1964. *C.H.P. TBMM Grupu,* Esas: 1963/166 - Karar: 1964/76, R. G., 28 Nisan 1965-11985).

Görülüyor ki Anayasa Mahkemesinin burada mevcudiyetini kabul ettiği eşitsizlik, Anayasanın 12 nci maddesinde yazılı olan unsur veya vasıflardan hiçbirine dayanmayıp, münhasıran ayni neviden borç için alacakların sıfatına göre borçlular hakkında farklı işlemler yapılmasından ileri gelmektedir. Bu bakımdan Yüksek

Mahkemenin, Anayasa te'minatı dolayısiyle borç münasebetinden daha kuvvetli bir mahiyeti haiz olan evlilik rabıtasına binaen fertler arasında bir ayırım gözeten itiraz konusu 23 üncü maddenin (E) bendi hükmünü, eşitlik ilkesine aykırı görerek, iptal etmesi beklenirdi ve hattâ gerekirdi.

İşte Danıştay 8. Dairesi önünde mezkûr kanun hükmünün Anayasaya aykırılığını iddia eden dâvacı yukarıda belirtilen esas ve mülghazalardan hareketle itirazını şu gerekçelere dayandırmıştır:

a) Bu hüküm yabancı kız veya kadınla evli olanları yedek subay ve memur olmaktan men veya bu haklarının kaldırılmasını derpiş ve emretmekle, yüksek tahsilli vatandaşlar arasında, yurt savunmasına katılma ödev ve hakkı bakımından, yerli veya yabancı ile evli bulunduklarına göre bir ayırım yapmaktadır. Böylece, demokratik hayatın ve Anayasa düzeninin ilk ve en önemli esası olan müsavat prensibi zedelenmiş ve fertlerin temel hak ve hürriyetlerden eşit olarak faydalanmaları önlenmiş bulunmaktadır.

b) Türk kız ve kadınlarının askerlik mükellefiyeti mevcut ve evleviyetle yedek subaylıkları mevzuubahis olmadığından; bunlar herhangi bir hak ve hürriyetleri takyid ve tahdide uğramadan, diledikleri yabancı erkekle evlenebilir veya yaşayabilirler. Buna mukabil, itiraz konusu hüküm dolayısiyle, Türk erkekleri eş seçme serbestliğine sahip olmadıkları için, kız ve kadınlara nazaran evlenme hakkından diledikleri gibi faydalanamazlar. Bu da, Anayasanın 12 nci maddesiyle *«Cinsiyet»* farkının eşitliğe engel olamıyacağı hakkında konulan esasa aykırı düşmektedir.

c) Anayasanın «Temel Hak ve Ödevler» başlıklı kısmının «Genel Hükümler» bölümünde yer alan 13 üncü maddesi gereğince; «Bu kısımda gösterilen hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak, kanunla sınırlanabilir.» Milletlerarası hukukun bu husustaki genel kaidesi, yabancıların da, vatandaşlar gibi, esaslı insan hak ve hürriyetlerinden istifade etmeleri olmakla beraber; bunların tâli mahiyette olanlardan *«mütekabiliyet esası»* dairesinde faydalanmalarıdır. Aşağıda açıklanacağı veçhile, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi Teşkilât Anayasasının mütemmim cüz'ü olarak, tekmil Birleşmiş Milletlerce, İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair Sözleşme de Avrupa Konseyine dâhil bütün devletler tarafından kabul edilmiş bulunduğuna göre; Türkiye Cumhuriyetinin bu baptaki genel kaide gereğince olmasa bile, mütekabiliyet esasına binaen, yabancı uyruklu kız ve kadınlara, hiçbir takyide tâbi olmadan, Türk erkekleriyle aile kurma ve evlenme hakkı tanınması hukukan zarurîdir.

Halbuki, 1076 sayılı kanunun 5099 numaralı kanunla muaddel 23 üncü maddesinin (E) bendi hükmü böyle bir izdivacı yüksek tahsilli erkeklere yasak saymakla, ecnebi kız ve kadınların vatandaşlarımız arasından eş seçmek serbestliklerini takyid ve tahdit etmektedir. Herne kadar mezkûr hükmün, yabancı kız ve kadınları Türk erkekleriyle evlenmekten menetmediği ileri sürülebilirse de; bu müeyyide, gerçekte, onların yüksek tahsilli yurttaşlarımızla aile kurmalarına engel olmakta ve binnetice evlenme haklarını sınırlamakta ve kısmaktadır.

Bu itibarla mezkûr hüküm, Devletimizin milletlerarası teahhüt ve vecibelerine mugayir düşmekte ve insan hak ve hürriyetlerinin evrensel eşitliği ilkesini de zedelemektedir.

Davacının ileri sürdüğü itirazda, sözkonusu hükmün, yüksek öğrenim yapmış ve yapmamış olan erkekler arasında da eşitsizlik yarattığı gerekçesiyle Anayasaya aykırılık iddiasında bulunulmadığı, herhalde gözden kaçmamıştır. Bu suretle, Anayasa Mahkemesi önündeki meselede, sadece ayni durumda bulunan kimselere kanunun farklı işlemler uyguladığı şeklinde klâsik bir eşitsizlik iddiası dermeyan edilmiştir. Fakat Yüksek Mahkeme, Danıştay 8. Dairesinin 17/6/1964 tarihli ve 1963/2299 numaralı kararını tetkikatına esas ittihaz ettiği için, itirazı bu açıdan karşıladığı halde, davacının diğer gerekçelerini nazarı itibara dahi almamıştır.

2 — *Evlenme hakkı veya eş seçme serbestliği.*

Anayasa Mahkemesi, Danıştay 8. Dairesinde itiraz konusu 23 üncü maddenin (E) bendi hükmünün yabancı ile evli bulunan «erkeğin kurmuş olduğu ailenin Türk toplumu içinde tedirgin edilmesi sonucunu doğur»duğu gerekçesiyle Anayasanın 35 inci maddesinde konulan ilkeye aykırı düştüğü yolunda ileri sürülen iddiayı da, esas itibariyle, Kanun Koyucunun takdir yetkisine istinaden:

—Askerlik yükümünün ailenin geçimini sağlayan bir meslek, Sanat veya kişinin isteğiyle atandığı bir kamu hizmeti olmadığından,

—Bu ödevin er veya yedek subay olarak yapılmasının kişilerin iradelerine bağlı bir işlem bulunduğundan,

—Sözkonusu hükmün evlenmeyi doğrudan doğruya veya dolayısiyle kayıtlamadığından,

Ve «aile müessesesini tedirgin etmek veya Anayasa'nın 35 inci maddesinde yer alan aile ile ilgili diğer kuralları zedelemek amaciyle kabul edilme»diğinden

Bahisle reddetmektedir.

Yüksek Mahkemenin dayandığı bu gerekçeleri tartışabilmek için önce Anayasanın 35 inci maddesinde tesbit edilen ilkenin anlam ve kapsamını ve bu prensibin temel yasanın 60 ncı maddesinde belirtilen Millî Savunma hak ve ödeviyle olan münasebetini açıklamak lâzımdır.

Şöyleki, Kanun koyucu, vatandaşların savunma ödevini, ayni zamanda «*siyasî*» mahiyette bir «*temel hak*» olarak kabul eden Anayasanın 60 ıncı maddesine göre tanzim ederken, diğer hak ve hürriyetleri kollamak ve zedelememek zorundadır. Aksi takdirde, Anayasa, bir eliyle verdiği bir hakkı diğer eliyle geri almış sayılır ki, bunu düşünmek bile doğru ve kabil değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, yukarıda (1) numaralı paragrafta zikredilen 11 Aralık 1964 tarihli ve 138/71 numaralı kararında; kanun koyucunun sosyal güvenlik hakkını sağladıktan sonra, kamu güveni, düzeni veya yararı gibi sebep ve mülâhazalarla bazı kimselerden bunu geri almasının Anayasanın 48 inci maddesine aykırı olduğunu tesbit ederek, aynen

«Aksi düşünülecek olursa Kanun koyucunun bütün sosyal ve ekonomik haklar için ayni şeyi yapabileceğini de kabul etmek gerekir ki, bu halde yalnız sosyal güvenliğin değil Anayasanın kurduğu sosyal devlet düzeninin de zedelenmesine yol açılmış olur.» (R. G,, 2 Nisan 1965 -11969, S. 3, sütun 2) demektedir. Şu halde, askerlik ödevini düzenleyen kanunlar, Anayasada yer alan hürriyet ve serbestlikleri ihlâl etmeyecek olmalıdır; tâ kî Türklerin savunma hakları bunlarla çatışmasın ve bütün «temel haklar» tam ve ahenkli surette gerçekleşsin!

Anayasanın bu bakımdan meselemizle ilgili hükmü, «Aile Türk toplumunun temelidir. - *Devlet* ve diğer kamu tüzelkişileri, *ailenin,* ananın ve çocuğun *korunması için gerekli tedbirleri alır* ve teşkilâtı kurar.» diyen 35 inci maddesidir. Devletimizin imza ve Bakanlar Kurulunun bir kararname ile (R. G., 27 Mayıs 1949 - 7217; Düstur III. 30. 1019) Anayasa seviyesinde ve hattâ daha üstün kaideler alarak İç hukuk Nizamına ithal ettiği 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 16 ncı maddesinin (3) numaralı paragrafından mülhem ve muktebes olan T. C. Anayasasının mezkûr 35 inci maddesi hükmü, evlenme hakkının veya eş seçme serbestliğinin hiçbir kısıntıya ve sınırlamaya tâbi olmamasını mutazammın ve âmirdir. Gerçekten 35 inci madde, Devlete ailenin korunması için gerekli tedbirleri almak ödevini yüklediğine göre; Evrensel Beyannamenin 16 ncı maddesinin (1) numaralı paragrafiyle ilân edilen, «*evlilik çağına varan her erkek ve kadın, ırk, vatandaşlık veya din bakımından hiçbir takyidata tâbi olmaksızın evlenmek ve aile kurmak hakkını*» evleviyetle kabul etmiş demektir. Çünkü, ailenin esası olan evlilik bağı ve bunu doğuran erkek ve kadının evlenme hakları daha önce mevcut olmazsa ve kabul edilmezse, Devletin böyle bir müesseseyi korumak için gerekli tedbirleri alması mevzuubahis dahi olamaz.

Bunun gibi. 10 Mart 1954 tarihli ve 6366 numaralı kanunla (R. G., 19 Mart 1954-8662, Düstur m, 35. 1567) tasdik ve mer'iyete vaz edilmek suretiyle İç Hukuk Nizamına giren İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair Sözleşme de, 12 nci maddesinde evlenmek ve bir aile kurmak hakkını tanıdıktan sonra, 14 üncü maddesinde bundan ve diğer hak ve hürriyetlerden, *millî veya sosyal menşe ve herhangi diğer bir durum üzerine müesses hiçbir tefrıke tâbi olmaksızın* istifade sağlanmasını emretmektedir.

Demek oluyorki, Anayasamız ile aynı derece ve kuvvette hattâ ondan daha üstün olan millî ve milletlerarası hukuk kaidelerini ihtiva eden Beyanname ve Sözleşme hükümleri, fertlerin evlenme ve eş seçme haklarını kullanmak hususunda vatandaşlık, millî menşe veya buna benzer herhangi durumları dolayısiyle hiçbir tahdit ve takyide tâbi tutulamıyacaklarını ilân ve kabul etmiş bulunmaktadır.

Herne kadar Anayasanın 65 inci maddesinin son fıkrası hükmü, usulüne göre onanmış ve yürürlüğe konmuş milletlerarası andlaşmaların kanun hükmünde olduğunu ifade etmekte ise de; Yüksek Mahkeme, çok doğru ve yerinde olarak, bunların Anayasa seviyesinde ve hattâ daha üstün hukuk kaideleri bulunduğunu içtihad eylemiştir. Filhakika Anayasa Mahkemesi, C.H.P. Meclis grubunun 6195 sayılı kanunun iptali talebiyle açtığı dâvada verdiği 11 Ekim 1963 ve Esas: 1963/124 - Ka-

rar: 1963/243 numaralı hükümde (R. G., 4 Aralık 1963-11572), Anayasanın mülkiyet hakkına ilişkin 36 ncı maddesinden ve müsadereyi yasaklayan 33 üncü maddesinden önce, ayni konuları düzenleyen insan Hakları Evrensel Beyannamesinin 17 nci ve insan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesine ek Protokolün 1 inci maddesine dayanmıştır. Keza Yüksek mahkeme, 1631 numaralı Askerî Muhakeme Usulü Kanununun, kadınların ve hukuku âmmeden memnuniyete mahkûm olanların duruşmalarda bulunmalarını men etmek suretiyle muhakemenin aleniliği prensibini ihlâl eden 165 inci maddesinin (1) numaralı bendindeki hükmü iptal etmek için de, Anayasanın 135 nci maddesinden başka, «davanın açık olarak görülmesini kişinin bir hakkı olarak kabul eden» İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 10 uncu maddesine istinad etmiştir (26 Haziran 1963, *C.H.P-, TBMM Grupu, Esas:* 1963/143 - Karar: 1963/167, R. G. 12 Kasım 1963-11553). Nihayet Anayasa Mahkemesi, 442 sayılı Köy Kanununun 15 inci maddesi ile konulan «imece» usulünün Anayasaya aykırı olmadığını belirtirken, «öte yandan Devletimizin de 6366 sayılı kanunla katılmış olduğu İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesinin 4 üncü maddesinin 3 üncü bendinin (d) işaretli paragrafı da askerlik ödevinden başka Normal medenî (civiques - vatanî) mükellefiyetlere giren her türlü çalışma ve hizmetin zorla çalıştırma sayılamıyacağı esasını kabul etmiştir.» şeklinde bir gerekçeye de kararında yer vermiştir. (5 Ocak 1965, *Türkiye İşçi Partisi,* Esas: 1963/198 - Kararı: 1965/1, R. G., 24 Mayıs 1965-12005, S. 3, sütun 1).

Bu noktaya doğrudan doğruya ilişkin olmamakla beraber, ilâve edelim ki Yüksek Mahkeme, bu alandaki muhakeme yönteminde daha da ileri giderek, bir kararında, «Devletimiz, Anayasa'nın 2 nci maddesinde ifade edildiği gibi, bir Hukuk Devletidir. *Kanunlarımızın, Anayasanın açık hükümlerinde önce hukukun, bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen, prensiplerine uygun olması şarttır.*» esasını kabul ve tatbik etmiştir. (22 Aralık 1964, *C.H.P. TBMM Grubu,* Esas: 1963/166 - Karar: 1964/76; R. G., 28 Nisan 1965-11985, S. 5, sütun 1).

Anayasa Mahkemesinin, milletlerarası andlaşmaların normlar hiyerarşisi içindeki yerine ve kuvvetine ilişkin içtihadı, Hukuk tekniği bakımından doğru ve Anayasa sistemimize uygundur. Çünkü, Anayasanın 65 inci maddesinin son fıkrası hükmünce, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar hakkında dâva ve itiraz yollariyle Anayasa Mahkemesine başvurulamıyacağına göre; bunlar Anayasaya aykırı hüküm ve şartlar ihtiva etse dahi, mabihüttatbik olacaktır. Binaenaleyh, Türkiye Cumhuriyetinin kabul veya iltihak ettiği milletlerarası hukuk kaideleri, yalnız kanunların değil, Anayasanın da üstünde bir kıymet ve kuvveti haizdir.

Şu halde, «yabancı kız veya kadınla evli olanları» yedek subaylık hakkından mahrum eden 1076 sayılı kanunun 5099 numaralı kanunla değişik 23 üncü maddesinin (E) bendi, evlenme hakkını ve eş seçme serbestliğini takyid ve tahdit etmekle, Anayasaya ve ondan önce yer alan Beyanname ve Sözleşmeye aykırı bir hüküm olarak kabul edilmek gerekirdi.

Fakat Yüksek Mahkeme, dâvacının itiraz dilekçesinde ileri sürdüğü Anayasa ve Milletlerarası Hukuk kurallarına dayanan bu sebebi, yukarıda açıklanan yerleşmiş ve kesinleşmiş içtihadına rağmen, hiç nazarı itibara almamış ve aykırılık iddiasını, anlaşılması güç bir takım gerekçelerle reddetmiştir.

Örneğin, Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemenin ailenin kuruluşunu ve devamını önleyici hükümler taşımadığını; «bu hüküm var olduğu halde yapılmış olan bu evlenme (nin) kanuna uygun bütün diğer evlenmeler gibi hukuk bakımından geçerli» bulunduğunu; esasen evlenme durumlarını, bu kanun (?) hükümlerini de gözönüne almak suretiyle dilediği şekilde düzenliyerek askerlik yükümünü er veya yedek subay olarak yapmanın kişilerin iradelerine bağlı bir işlem olduğu düşünülecek olursa, söz konusu hükümde Anayasanın 35 inci maddesindeki ilkeleri ilgilendiren bir yön bulunmadığı (nın) daha açık belirmiş (!)» olduğunu söyleyebilmektedir. Hele bir kanun hükmünün (m. 23/E) Anayasaya aykırı olmadığına, ayni kanunun benzeri bir hükmünün (m. 8/E) delil olarak gösterilmesi, insanı, soluğunu kesercesine hayrette bırakmaktadır.

Bu itibarla, Anayasa Mahkemesinin, itiraz konusu 23 üncü maddenin (E) bendi hükmünün Anayasanın 35 inci maddesiyle ilgili olmadığı veya buna aykırı bulunmadığı yolundaki gerekçeleri üzerinde fazla durmağa mahal ve lüzum görmüyoruz. Ancak, Millî Savunma ödevinin, bir kamu görevi olmayıp, bir kamu yükümü bulunmasından çıkarılması gereken hüküm ve sonucun tamamen aksi yönde belirdiğini müteakip paragrafta göstermek üzere, burada diğer noktalara kısaca değinmekle yetineceğiz.

Bir kerre, askerlik ödevinin er veya yedek subay olarak yapılması, tamamen kişilerin iradelerine bağlı olmadıktan başka; ilgililerin evlilik medenî halini iktisap hususunda haz bulundukları irade serbestlikleri, yedek subay olmak istedikleri takdirde, mezkûr hükümle eş seçmek bakımından kayıtlanmaktadır. Bu durumda, kişilerin erliği veya yedek subaylığı tercih yönünden serbest iradeye sahip bulundukları söylenebilir mi?

Böyle olunca, sözkonusu hükmün evlenmeyi doğrudan doğruya değilse bile, dolayısiyle kayıtlamadığı iddia edilebilir mi Bir kanun hükmünün, Anayasaya aykırı olduğunu kabul etmek için mutlaka temel hak ve hürriyetlerden birini doğrudan doğruya ve tamamen yoketmesi gerektiğine dair bir şart var mıdır? Bizzat Yüksek Mahkemenin, gayrimenkûl kiralarının dondurulmasını mülkiyet hakkının özünü zedelemekten, beden terbiyesi mükellefiyetini kişi hürriyetini ihlâle kadar, Anayasa'ya aykırılık sebebiyle, iptal ettiği birçok kanun hükümlerinde sadece dolaylı bir sınırlama ve kısmî bir kısıtlama yok mu idi?

Nihayet, Anayasaya aykırılık hali, ancak kanun koyucunun bir temel hak ve hürriyeti *zedelemek amaciyle* hareket ettiği takdirde mi mevcut olur? Kanun koyucunun iyi niyeti veya asil maksatları, Anayasaya aykırılıkları mazur gösterir veya mubah kılar mı?

Hem sonra Anayasa Mahkemesinin kendisi de, bazı kanun hükümlerinin, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması veya kısılması *«sonucunu doğuracağı»* (26 Ha-

ziran 1963, *C.H.P. TBMM Grupu,* Esas: 1963/143 - Karar: 1963/167, Paragraf 4; R. G., 12 Kasım 1963-11553) gerekçesiyle, iptaline hükmetmemiş midir?

Karşılıkları kendi içinde bulunan bütün bu sorulardan anlaşılacağı üzere, Yüksek Mahkeme Kararının (2) numaralı paragrafında yer alan argümanlar arasında yegâne tartışmağa elverişli ve gerekli olanı, Kanun koyucunun askerlik yükümünü düzenlemek hususunda takdir yetkisine sahip bulunduğudur ki, «eşitlik ilkesi»ni incelerken de bu mesele önümüze çıkmış ve onu ilerde ele alacağımızı kaydetmiş idik.

3 — *Millî Savunma ödevi ve hakkı.*

Bu paragrafta, Anayasa Mahkemesinin (3) numaralı gerekçesini ve bunun ardından re'sen nazara aldığı sebebi (aralarındaki sıkı ilişki dolayısiyle), birlikte incelemek gerekir.

Filhakika Yüksek Mahkemeye göre, «Anayasamız (60 ncı maddesiyle), askerlik yükümünün ne suretle yerine getirileceğinin düzenlenmesi işini yasama organına bırakmıştır», «Kanun Koyucu (da) bu konuyu kendi takdirine göre düzenlemiştir.» Bu itibarla, «askerlik yükümünün bir gereği olmak üzere», 1076 numaralı kanunun 5099 sayılı kanunla değişik 23 üncü maddesinin (E) bendiyle yedek subaylar hakkında konulan «yabancı kız veya kadınla evli bulunmamak» şartı, ilgilileri, Millî Savunma hak ve ödevinden yoksun bırakmadığından, Anayasanın 60 ncıı maddesi hükmüne aykırı değildir. Öte yandan, «yedek subaylık, kişinin kendi isteği ile belirli bir kamu hizmetine girişi olmayıp, zorunlu olarak askerliğe alınması hali» bulunduğundan; itiraz konusu kanun hükmü Anayasanın (kamu hizmetlerine girme) hakkına ilişkin 58 inci maddesinin kapsamına dâhil olmamakla, konulan şartın (ödevin gerektirdiği niteliklere) dayanıp dayanmadığını araştırmağa da imkân ve yer yoktur.

Anayasa Mahkemesinin bu gerekçeleri, Amme Hukuku esaslarına aykırı olduğu gibi; yasama organının takdir yetkisi hakkında daha önce belirmiş bulunan içtihadına da uygun değildir. Çünkü, bu yorum ve uygulamaya göre; Anayasa, temel hak ve hürriyetlerle ilgili hükümlerinde sebep, konu ve amaç bakımından sınırlayıcı veya kısıcı bir kayıt ve işaret ihtiva etmediği hallerde, kanun koyucuya kayıtsız ve şartsız, çok geniş bir takdir kudreti vermiş sayılır ve Yüksek Mahkeme bu yetkinin kullanılmasını denetleyemez.

Oysa, Anayasamızın temel ilkelerinden olan Hukuk Devleti sisteminde, yasama uzvu da dâhil bütün kamu organları, makam ve mercileri, takdir selâhiyeti tanınan konulara ilişkin tasarruflarında da tüm serbest olmayıp, Anayasanın kuralları ve bunların üstünde yer alan Hukukun Genel prensipleri, hakkaniyet ve adalet esasları ile bağlıdırlar. Aksini düşünmek, takdir kudreti bulunan hususlarda yetkililerin tamamen indî ve keyfî şekilde hareket edebileceklerini kabule müncer olur ki, bu sonuç günümüzün demokratik kamu iktidarı kavramiyle bağdaşamaz[7].

(7) Ayni yolda bir düşünce için bak: Prof. Dr. İlhan Arsel, *Yedek Subaylık ve eş,* Cumhuriyet Gazetesi, 21 Haziran 1965, s. 2.

İşte bu sebeplerledir ki, Yüksek Mahkeme de 21 Ekim 1963 tarihli ve Esas: 1963/172 - Karar: 1963/244 numaralı «*Türkiye İşçi Partisi*» kararında (R. G., 1 Şubat 1964 -11622); «Bu konudaki (İş Kanununun kapsamı bakımından) ölçünün belli edilmesi işinin ise, Anayasa'daki temel ilkelere uygun olmak ve belirtilen dengeyi (işçi ve işveren arasındaki) sağlamak kaydiyle kanun koyucunun takdirine bağlı olduğu şüphesizdir. *Kanun Koyucunun bu takdirini, Anayasa hükümlerine uygun olarak kullanıp kullanmadığını da yukarıda belirtilen esasların* (sosyal adalet) *ışığı altında incelemek icap eder.*», yukarıda zikredilen 17 Aralık 1964 gün ve 151/75 sayılı kararında; «Devletimiz Anayasanın 2 nci maddesinde ifade edildiği gibi, bir hukuk Devletidir. *Kanunlarımızın, Anayasanın açık hükümlerinden önce, hukukun, bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensiplerine uygun olması şarttır.*» ve 11 Aralık 1964 tarihli ve 138/71 numaralı kararında da; «*Kanun koyucunun,* bu görevi (düzenleme) yerine getirirken, *şuursuz bir yetkiye sahip olmadığı, bütün yasama tasarruflarında olduğu gibi burada da* (Anayasada düzenleme için kayıt ve şart bulunmadığı hallerde), *genel hukuk esasları ve özellikle Anayasanın ilkeleri ile bağlı olduğu aşikârdır.*» demektedir.

Yukarıda açıklanan Âmme Hukuku esasları ile Anayasa Mahkemesinin kararları muvacehesinde, Kanun koyucunun hiçbir halde, denetimi dışında kalan mutlak bir takdir yetkisinden bahsedilmesi hukukan caiz ve mümkün olmadıktan başka; «*askerlik yükümünün gerekleri*» ile Yüksek Mahkemece bu güne kadar birçok kararlarda tartışılan Anayasanın 11 inci ve çeşitli maddelerinde sınırlama gerekçesi olarak kabul edilen «*kamu yararı*», «*genel ahlâk*», «*kamu düzeni*», «*sosyal adalet*», «*millî güvenlik*» ve daha başka kavramlar ve özellikle kamu hizmetine alınmada gözönünde tutulabilecek «*ödevin gerektirdiği nitelikler*» arasında yargı yolu ile denetleme bakımından, herhangi bir farkın varlığı iddia ve ispat edilemez.

Gerçekten Anayasanın, meselâ mülkiyet hakkı gibi bir temel hürriyetin «*kamu yararı amaciyle*» sınırlanabileceğini öngörmesi (m. 36), Kanun koyucuya kamu yararını belirlemek hususunda takdir yetkisi tanıması demek olduğu halde; Yüksek Mahkeme, Gayrimenkul Kiraları hakkındaki «6570 sayılı kanunun, 2 nci ve 3 üncü maddelerinde öngörülen sınırlamalar adalete ve eşitliğe aykırı durumlar doğurduğu ve bu yüzden gayrimenkul sahibi yurttaşlar arasında huzursuzluk yarattığı ve huzursuzluk diğer yurttaşlar üzerinde de etkisini göstermekten geri kalmadığı cihetle, *bunların artık kamu yararını sağladıkları kabul edilemez.*» gerekçesiyle, mezkûr hükümlerin iptaline karar verebilmiştir. (26 Mart 1963, *Mersin Sulh Hukuk Mahkemesi,* Esas: 1963/3- Karar: 1963/67, R. G., 31 Mayıs 1963-11416).

Bunun gibi, Anayasa 58 inci maddesiyle Kanun koyucuya, kamu ödevinin niteliklerini takdir ve tayin yetkisini vermiş olmasına rağmen; Anayasa Mahkemesi, 788 sayılı kanunun «*yabancılarla evli olmamayı*» memurlar için şart koşan hükümlerini, «bütün memurluklara şâmil, genel ve sınırsız bir kayıtlamadır. Aslında *bu şart,* evlenmeyi değil, sadece memur olmayı sınırlamakla beraber, bu haliyle *kamu hizmetinin gerektirdiği bir nitelik olma hüviyetini yitirmekte ve* Anayasanın Kanun karşısında eşitlik ilkesini zedeleyen, kişiliğe bağlı bir ayırım durumuna düşmektedir.» diye, iptal etmiştir. (22 Mayıs 1963, *Türkiye İşçi Partisi,* Esas: 1963/205 - Karar: 1963/123, R. G,, 14 Ağustos 1963-11480).

Şu halde Yüksek Mahkeme, ayni şekilde, Anayasanın 60 ıncı maddesinde Kanun koyucuya askerlik yükümünün gereklerini tâyin ve itiraz hususunda takdir kudreti tanındığını kabul etmekle beraber, itiraz konusu (E) bendiyle konulan «yabancı kız veya kadınla evli olmama» şartının Millî Savunma ödevinin veya yedek subaylığın gereği sayılıp sayılamıyacağını tartışabilirdi, görevini yapması ve isabetli bir karara varması için de tartışmalıydı.

Nitekim, Danıştay 8 inci Dairesinin Anayasa'ya aykırılık iddiasını Yüksek Mahkemeye sevk kararında değilse bile, dâvacının itiraz dilekçesinde, yabancı ile evli olmanın yedek subaylığın gereklerinden bulunmadığı şöylece münakaşa ve izah edilmiş idi:

a) Yabancı ile evlilik, savunma sırları bakımından, asker kişiler için tehlikeli ve mahzurlu bir hal ise; bu hususta er ve subaylar arasında bir ayırım gözetmeğe; birincilere müsaade edip, diğerlerini yasaklamağa mahal, lüzum ve fayda yoktur. Çünkü erler de, en az yedek subaylar kadar şüphe, vehim ve vesveseleri dâvet edebilirler. Kaldı ki, tatbikatta ordunun en gizli servislerinde, yedek subaylar çalıştırılmadığı halde, erler yardımcı olarak bulunur (Benzer bir argüman için bak.: Anayasa Mahkemesi 7 Mart 1963, *İstanbul Asliye 6 ncı Hukuk Mahkemesi,* Esas: 1962/286 - Karar: 1963/53, R. G., 8 Haziran 1963 -11423; (1) numaralı paragrafın 2 nci bendi).

b) Devlet ve savunma sırlarının tümüne vâkıf ve hatta vazı - ülyed olan Devlet ve Hükümet adamları ile bu konularda her zaman bilgi isteyip alabilecek durumda bulunan milletvekili ve senatörlerin yabancılarla evlenmelerine mâni olunmayan bir memlekette ve Hukuk düzeninde, yedek subayların ecnebilerle izdivacına yasak koymak, en hafif tabiriyle, bir «paradoxe»tur. Nitekim Yüksek Mahkeme üyelerinden Sayın Şemsettin Akçaoğlu, yukarıda zikredilen 22 Mayıs 1963 gün ve 205/123 sayılı karara verdiği muhalefet şerhinde bu garabeti ve çelişmeyi çok güzel belirtmiştir.

c) Bir yedek subayın muvazzaflık hizmetini ifa ettikten sonra sivil hayatta iken ve askerî görevlerde bulunmadığı bir sırada, sırf ecnebi ile evlilik durumu sebebiyle, bu hakkının elinden alınması, hiçbir gayeye yaramıyan muhayyel bir tedbirden ibaret kalmağa mahkûmdur. Filhakika, Devlet sırlarının ifşa edilmesi ihtimali bakımından, gayri faal bir yedek subayın mahzur ve tehlike arzetmesi, tasavvur dahi edilemez. Şu veya bu sebeple askerlik hizmetinin ifası için davet edildiğinde, yedek subayın yabancı ile evliliği devam ediyorsa, belki o zaman (E) bendi hükmünün öngördüğü tedbirin alınması bir vehmi ve vesveseyi tatmin edebilir.

Oysa, mevzubahis kanun hükmü, yedek subayın silâh altında bulunup bulunmadığını araştırmadan, askerî sırlardan uzak olduğu esnada da kendisine müeyyide tatbikini veya bu hakkın kaldırılmasını kabul etmektedir. Böyle bir yetki, sadece realiteye karşı gelmekle kalmaz, adalet ve hakkaniyet hislerini de rencide eder.

d) Mezkûr (E) bendi hükmü, vatandaşları *«kanuna karşı hile»* yoluna sevk ve teşvik ederek, almak istediği tedbiri tesirsiz ve hükümsüz bırakacak nitelikte olup, buna elverişli mevzuat sistemi içinde yer almaktadır.

Şöyleki, Sayın Şemsettin Akçaoğlu'nun ifadesiyle, «Vatandaşlık Kanunumuza göre bir ecnebi kadın ile Türk evlenince Türk tabiiyetine geçer. Bu kadın boşanır ve eski tabiiyetine rücu hakkında bir arzu izhar etmezse Türk kalır (1312 sayılı kanunun 13 üncü maddesi). Türk tabiiyetini bu suretle kazanan bir ecnebinin, hangi hizmette bulunursa bulunsun, bir Türk ile evlenmesine kanunî bir mani yoktur.»

İşte, eski İslâm Hukukumuzda «talâki selâse» ile ayrılmış olan karı kocanın tekrar nikâhla birleşebilmeleri için kadının arada başka bir erkeğe nikâhlanıp boşanması lüzumu (hillî nikâh, halk dilinde Hülle) gibi bir hilei şer'iye yoluna sapmak suretiyle, mevzuubahis hükmü bertaraf etmek mümkündür. Bilhassa kötü niyetli kimselerin bu kanunî imkândan faydalanacakları tabiidir. Mamafih bu güne kadar iyi niyetli birçok yüksek tahsilli vatandaşlarımız da, ya memuriyete girebilmek veya vazifelerini muhafaza edebilmek, yahut yedek subaylık hakkından mahrum olmamak için mevzuubahis «kanuna karşı hile» yoluna başvurmak zorunda kalmışlardır.

Bu kabil gayrimeşru ve mahzurlu kombinezonlara mahal, ihtiyaç ve imkân bırakmamak ve dolayısiyle kanunlara saygı ve riayeti sağlamak maksadiyle, (E) bendi hükmünün mevzuatımız arasından çıkarılması lâzımdır.

e) Medenî milletlerden hiç birinde, gerek memurların gerek askerlerin yabancı ile evlenmesine engel olan bir kanun veya tüzük hükmü mevcut değildir. Bilâkis, Fransız ve İngiliz diplomatlarının ecnebi kız veya kadınla evlenmeleri tatbikatta tavsiye ve teşvik edilmektedir; tâki gönderildikleri Devletler nezdinde görevlerini daha iyi görebilsinler... Sadece Amerika Birleşik Devletleri Hâriciyesinde câri bir teamüle göre, yabancı ile evlenen bir diplomat usulen istifasını verir; yetkili makam bu izdivacı mahzurlu gördüğü takdirde, müsbet delillere dayanarak, istifayı kabul edebilir.

f) Günümüzde ve Birleşmiş Milletler Anayasası çerçevesinde millî savunma her milletin tek başına yürüttüğü ve yürütebileceği bir konu ve faaliyet olmaktan çıkmış, kollektif mahiyet almıştır. Çünkü, barış ve güvenliğin ancak toplu müdafaa sistemi ile korunup sağlanabileceği gerçeği kabul edilmektedir. Bu bakımdan, tebaasiyle evlenebilmesi yasak edilen devletin yetkili askerî ve siyasî şahısları memleketin hemen bütün askerî ve siyasî sırlarına vakıf iken, bir yerli yedek subayın o millete mensup bir kız veya kadınla evlenmesini yasak etmek tuhaf olduğu kadar, abestir..

Türkiye Cumhuriyeti NATO ve CENTO müşterek savunma sistemlerine dâhil ve A.B.D. ne sıkı bir askerî ittifakla bağlı bulunduğuna göre; (E) bendinde öngörülen tedbir adetâ yersiz ve boşta kalmaktadır. Bundan başka, para, mal, düşünce ve kişilerin serbestçe tedavül ve mübadelesi esası üzerine kurulu olan Ortak Pazar'a girmeğe hazırlandığımız bir sırada, mevzuatımızda yabancı uyruklulara karşı bu gibi tedbir hükümlerinin mevcudiyeti veya devamı, millî menfaatlerimize hizmet etmese gerektir.

g) Nitekim, hatırlanacağı üzere, bir zamanlar tatbikatta, gayri müslim Türk vatandaşlarından lise veya yüksek tahsilli olanlara da, imtihan veya tezkiye gibi ko-

nularda kanunların tanıdığı takdir kudreti istimal edilerek, askerlik hizmetleri er statüsünde yaptırılmakta idi. Hattâ daha önce, gayri müslim kız veya kadınla evli olan Türklerin dahi, subay olmalarına, ayni şekilde, imkân verilmemekte idi.

İkinci Dünya savaşından sonra Batı Demokrasi cephesine katılmamız üzerine, 1946 ve bilhassa 1950 den itibaren bu uygulama tarzı terkedilerek, gayri müslim Türk unsurlar da öğrenim durumları müsait ise askerlik hizmetlerini yedek subay olarak ifaya başladılar.

Bu istihale de açıkça gösteriyor ki, itiraz konusu (E) bendi hükmü, gerçek bir ihtiyacı karşılamaktan ziyade, aşırı bir gelenekçiliğin ve şüpheciliğin ifadesi yersiz bir tedbiridir. Binaenaleyh, milletlerarası hayata açılmak ve girmek istediğimiz bir devirde, bu kabil izah ve kabulü güç ve hatta imkânsız tahdit ve takyidlerin mevzuatımızdan çıkarılması her bakımdan faydalı ve lüzumdur.

İtiraz konusu 1076 numaralı kanunun 5099 sayılı kanunla değişik (E) bendi hükmünün, Anayasanın kamu hizmetlerine girme hakkında bahseden 58 inci maddesiyle olan ilişkisine gelince; herne kadar mezkur hükmün evlenmek ve aile kurmak hakkından ziyade, yedek subay ve yedek askerî memur olmak hakkını sınırladığı ve kıstığı söylenebilirse de; 1076 sayılı kanuna göre, yüksek öğrenimli vatandaşların yedek subay ve memur olmaları, savunma ödevlerini yapmak ve haklarını kullanmak yönünden sadece bir imkân ve müsaadeden ibaret değil, hem bir mecburiyet hem de tam manasiyla bir hak teşkil ettiğinden, (E) bendi hükmü gerçekten ve fiilen evlenme hakkını ve eş seçme serbestliğini takyid ve tahdit eylemektedir. Diğer bir ifade ile, Türklerin savunma ödevi, kamu hizmetine girme hakkı gibi, ilgililerin kullanıp kullanmamakta muhayyer bulunduğu bir hak olmayıp, ifası zarurî bir mükellefiyet mahiyetini de taşıdığına ve yüksek tahsilliler için bu hizmetin yedek subay veya memur sıfatiyle yapılması kanunî bir hak şeklinde kabul edildiğine göre; yabancı kız veya kadınla evli olan bu gibilerin vatanî vazifelerini er olarak ifa etmeleri istenemez ve böyle kimselerle evlendikleri sebep gösterilerek evvelce kazandıkları yedek subaylık hakları kaldırılamaz. Aksi takdirde bir mükellefiyet olan askerlik görevleri dolayısiyle vatandaşların evlenmek hakkı ve eş seçmek serbestliği sınırlanmış ve kısılmış bulunur.

Kaldıki, Yüksek Mahkeme, yukarıda zikredilen 22 Mayıs 1963 tarihli ve 205/123 numaralı «*Türkiye İşçi Partisi*» kararında; itiraz konusu 23 üncü maddenin (E) bendine paralel ve benzer bir hükmü ihtiva eden 788 sayılı Memurin Kanununun 4 üncü maddesinin (Z) fıkrası hakkında, «Aslında bu şart, evlenmeyi değil, sadece memur olmayı sınırlamakla beraber, bu haliyle kamu hizmetinin gerektirdiği bir nitelik olma hüviyetini yitirmekte ve Anayasanın kanun karşısında eşitlik ilkesini zedeleyen, kişiliğe bağlı bir ayırım durumuna düşmektedir. O halde hüküm Anayasanın 58 inci maddesine ve eşitlik temel ilkesine aykırıdır; iptali gerekir.» içtihadında bulunmuştur.

Gerçi Anayasa Mahkemesi, ayni kararında, sözkonusu (Z) fıkrasının parantez içindeki, Millî Savunma ve Dışişleri Bakanlıkları memurları ile ilgili muvakkat veya intikali memuriyet hükmünü, «sözü geçen hizmetlerde memuru önemli dev-

let sırlariyle karşı karşıya getiren görevlerin bulunduğunda şüphe yoktur. Kamu güvenliğinin ve bu arada devlet sırrının korunması için her türlü sakınganlık tedbirinin alınması gerekir. Şu hale göre, inceleme konusu hükmün koyduğu yasakla beliren nitelik, görevin gerektirdiği bir niteliktir.» gerekçesiyle, Anayasaya aykırı görmemiştir. Ancak, yukarıda açıklandığı üzere, yedek subaylık memuriyet gibi, ihtiyarî ve sürekli bir görev değil, mecburî ve geçici bir ödevdir ve ilgilinin yabancı ile evli olmaması bunun bir gereği değildir. Askerlik görevi, «şahsın veya ailenin geçimini sağlayan bir meslek, sanat veya kişinin isteğiyle atandığı bir kamu hizmeti» olduğu takdirde; ilgililer hakkında yabancı ile evlenme yasağının tatbiki belki doğru ve yerinde olabilirdi, işte ancak bu halde, Anayasa'nın 11 inci maddesiyle Kanun koyucuya tanınan bütün temel hak ve hürriyetlerin, özüne dokunmadan, «*milli güvenlik*» sebebiyle sınırlanması yetkisinden bahsedilebilirdi. Filhakika, yurt savunmasına katılma hakkı, ayni zamanda herkes için kaçınılmaz bir ödevdir, ve hiç kimse bu mükellefiyetin ifası dolayısiyle daha önemli olan evlenme hakkında ve eş seçme serbestliğinde kısıntıya veya sınırlamaya uğratılamaz.

Bu bakımdan, inceleme konusu kararın (1) numaralı paragrafının sondan bir önceki bendinde, 5099 sayılı kanunun 1947 den itibaren yedek subay ve askerî memurları, muvazzaf subay ve astsubayların daha önce bağlı bulunduğu yasağa tâbi tutmakla güdülen amacın tam olarak elde edildiği yolunda ileri sürülen gerekçe yersiz ve yanlıştır. Çünkü böylece Kanun koyucu, ayni durumda bulunmayan kişileri ve ayni niteliği taşımayan görevleri ayni hükmün kapsamına almakla, eşitliği sağlamak yerine, eşitsizlik yaratmıştır.

Hülâsa Anayasa Mahkemesinin, itiraz konusu 23 üncü maddenin (E) bendiyle konulan yabancı ile evlenme yasağının, askerlik yükümü bakımından gerekli olup olmadığını tartışmaya yanaşmaması ve fakat yukarıda işaret edilen karar bendinde «Kanun koyucu tarafından güdülen amaç»a uygun bulunduğunu açıklayarak, bunu zımnen tasvip eylemesi, sadece kendisinin muhafazakâr eğilimini veya «chauvin» duygularını ortaya koymaktadır[8]. Gerçekten ayni Yüksek Mahkeme, evlen-

(8) Bu eğilim ve duyguların artık bizzat Ordu mensupları arasında da kalmadığını göstermesi bakımından, bütün hayatını askerlik mesleğinde geçirmiş ve en yüksek rütbeye kadar çıkmış olan bir gazete okurunun mesele ile ilgili mektubunu aşağıya aynen koyuyorum:

EŞİ YABANCI OLAN YÜKSEK TAHSİLLİLER VE YEDEK SUBAYLAR
Yedek Subayların yabancı eş almalarını yasaklayan Kanun çok eski tarihlidir. (1927)
O tarihlerde Türk Ordusu yalnız başına çalışmak mecburiyetinde idi. Ordumuza ait en ufak bir bilgi de mühim bir sır idi.
Bu gün ise Türk Ordusu NATO'nun bir parçasıdır.
Uluslararası bir Ordunun bir kısmıdır.
Bu gün Türk Ordusunun veya diğer NATO Ordularının sır denilen bilgileri NATO'nun 15 milletine mensup Subayların yani bizim yabancı gelinlerimizin kardeşlerinin veya babalarının, elinde ve gelecek için hazırlanan harekât ve lojistik plânlarına temel olarak kulanılmaktadır.
Pek yeni tarihlerde kabul edilen bir kanunla azınlıklara yedek hatta muvazzaf Subay olma hakkı verilirken neden eşi yabancı olan Türkler düşünülmemiştir?
Acaba Türk oğlu Türkler bu azınlık vatandaşlarımız kadar da mı Subaylık üniformasına lâyık değillerdir?
Anayasamızın eşitlik prensiplerine ve bu günkü Millî Savunma doktrinlerine uymayan bu kanunun değiştirilmesi veya Anayasa'ya aykırılığını kabul etmek bir zarurettir.

me hakkı ve eş seçme serbestliği yanında bugün artık yer alamıyacak derecede kısıtlanmış ve sınırlanmış bulunan sözleşme hürriyetini, aşağıdaki gerekçe ile korumaktan geri kalmamıştır.:

«İstimlâk dâvalarında vekâlet ücreti sözleşmesinin belli bir miktarı kapsamak üzere serbestçe yapılmasının, kamu düzenini bozacak veya genel ahlâk kavramı ile bağdaşmayacak, toplum yararına aykırı ve kişi hak ve hürriyetleriyle toplum yararı arasındaki dengeyi sarsacak bir sonuç doğurmayacağı cihetle, bu sınırlamada kamu yararı bulunduğu kabul edilemez. Bu sebeple, sözügeçen (6830 sayılı istimlâk Kanununun 32 nci maddesinin) (C) bendi hükmü, Anayasa'nın 40 ıncı maddesinde yer alan sözleşme hürriyetine aykırı bulunmuştur.» (7 Mart 1963, *İstanbul Asliye 6. Hukuk Mahkemesi*, Esas: 1962/286 - Karar: 1963/53, R. G., 8 Haziran 1963- 11423). Oysa Anayasa Mahkemesi, bu kararında daha önce, istimlâk Kanunu hazırlık çalışmalarına dayanarak.» itiraz konusu 32 nci maddenin (c) ve (d) bentlerindeki yasaklayıcı hükümlerin gerektirici sebepleri (nin) yolsuzluk ve ispekülasyonları önlemek düşüncesi» olduğunu müşahede ve tesbit etmiş bulunuyor.

4 — *Diğer itiraz sebepleri:*

Danıştay 8 inci Dairesi, dâvacının ileri sürdüğü itiraz sebeplerinden yalnız üçünü benimseyip, Yüksek Mahkemeye intikal ettirdiği ve bu merci de tarafları muteriz olarak kabul etmediği için, itiraz dilekçesinde yer alan bir kısım aykırılık sebepleri hiç nazara alınmamış bulunmaktadır.

Halbuki Anayasa Mahkemesinin «*Suç ve cezaların kanuniliği*» ilkesi yönünden yapılan itirazı değilse bile, meseleyi, «*kamu hizmetine girme*» yerine, «*Savunma hakkı*» ve «*Tedbirlerin amaca uygunluğu*» bakımından incelemesi beklenir ve gerekirdi. Çünkü, Yüksek Mahkeme, hep Kanun koyucunun takdir yetkisinden bahisle itiraz konusu yasağın, askerlik yükümünün bir gereği olduğunu kaydetmekle beraber, kararın (1) numaralı paragrafının sondan iki ve bir önceki bendinde, bunun açıkça bir «*müeyyide*» teşkil ettiğini ve «güdülen amacın tam olarak elde edilmesini» sağlaması itibariyle de zımnen bir «*tedbir*» bulunduğunu ifade ve kabul eylemektedir.

Gerçekten, iptali istenen hüküm, yedek subay ve memurluğundan çıkarılmayı gerektiren sebeplerden biri olduğuna göre, Devlet sırlarını ve askerlik disiplinini korumak için, müeyyide tehdidi altında konulmuş bir tedbirdir. O halde, Kanun koyucunun aldığı bu tedbirin, önce güdülen amaca uygun olup olmadığını, sonra da buna riayeti te'min için yapılan müeyyide tatbikatında savunma hakkı tanınıp tanınmadığını araştırmak ve tesbit etmek lâzımdır.

Emniyet isteniyorsa, bu durumda olan vatandaşları er yaparak Ordu Evlerinde garson olarak kullanmaktansa onlara yalnızca (Kozmik) belgeler vermemek suretiyle çalışma sahalarını tahdit etmek en doğru bir hareket olur.

Hukuk Devletinde karar verecek durumda olanlar, hâdiseleri dört köşesinden bakarak mütalâa ve şartların değişmesiyle hükümlerin de değişeceğini kabul etmek mecburiyetindedirler.

« Cumhuriyet» Gazetesi, 21.8.1965

1 Eylül 1965

General İhsan DURAY
EMlNSU'dan

A — *Tedbirin amaca uygunluğu:* Yedek subayları yabancı kız veya kadınlarla evlenmekten veya yaşamaktan men'eden 1076 numaralı kanunun 5099 sayılı kanunla değişik 23 üncü maddesinin (E) bendi hükmünün, Yüksek Mahkemenin 22 Mayıs 1963 tarihli «*Türkiye İşçi Partisi*» kararındaki ifadesiyle, «....askerlik, Dışişleri, Millî Emniyet ve benzeri hizmetlerde kamu güvenliğinin gereği olarak önemli Devlet sırlarının korunması bakımından *bu türlü bir sakınganlık tedbirine* başvurulması» zaruretinden doğduğu bir an için kabul edilse bile; Anayasanın temel hak ve hürriyetlere ait genel prensipleri ile Âmme Hukuku esaslarına aykırı düştüğü görülür.

Şöyleki, yeni Anayasamız, «*Başlangıç*»ında insan hak ve hürriyetlerini gerçekleştirmeyi ve te'minat altına almayı Türk Milletinin amaçları arasında saydıktan ve 2 nci maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin insan hakları ve «*Başlangıç*»*taki* temel ilkelerine dayandığını belirttikten sonra, 11 inci maddesinde aynen, «Temel hak ve hürriyetler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir. - Kanun, kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adalet ve millî güvenlik gibi sebeplerle de olsa, bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz.» hükmünü vaz etmektedir. Bu hükümler ile Anayasanın tümünden ve ruhundan çıkan mana şudur ki, Türk siyasi toplumunda ve hayatında, *kaide ve aslolan hürriyettir ve temel haklar ancak zaruret halinde ve ihtiyaç nisbetinde iştisnaen veya muvakkaten kısılabilir ve sınırlanabilir;* fakat hiçbir zaman yok edilemez. Batının modern siyasî demokrasi sistemine ve felsefesine tetabuk eden bu anlayış, bütün medeni milletlerin Âmme Hukukunda kabul ve tatbik edilmektedir.

Bu Âmme Hukuku esasları, en fazla uygulanma sahası bulduğu zabıta ve bilhassa güvenlik zabıtası bahsinde, Yasama ve Yürütme organları ile idarenin polis tasarrufları ile alacakları tedbirlerin, önlemek istedikleri tehlike ve mahzurlarla mütenasip ve ahenkli, güttükleri amaçlara uygun ve neticeye fiilen müessir olmasını gerektirmektedir. Mezkûr vasıf ve şartları haiz olmayan zabıta tedbirleri, sebep, mevzu ve maksat unsurları bakımından Hukuka aykırı ve sakat sayılmaktadır, işte bu esaslara binaendir ki, Yüksek Mahkeme, 22 Mayıs 1963 tarihli «*Türkiye İşçi Partisi*» kararında, Memurin Kanununun 4 üncü maddesinin «*(Z) fıkrasındaki şart, bütün memurluklara şâmil, genel ve sınırsız bir kayıtlama*» olduğu için, iptal hükmü vermiştir. Polis tedbirlerinin, genel ve sınırsız olması gibi, güvenliği tehdit eden tehlike ve mahzurlara ve varılmak istenen gayeye uygun ve müessir bulunmaması da, butlan sebepleridir. (Bak. Prof. M. WALINE, *Traité de Droit Administratif,* 8 e éd., Paris, Sirey, 1959 sahife 611 - 615, No: 1035 -1042 ve bilhassa 1042 No. lu paragraf, Prof. A. de Laubadére, *Traité Elémentaire de Droit Administratif,* 3. e. éd., Paris, L.G.D.J., 1963 Tome 1, sahife: 511- 513, No. 977 - 980). Nitekim Anayasa Mahkemesi, Fevkalâde hallerde haksız olarak mal iktisap eden memurlar hakkındaki 4237 sayılı kanunun 13 üncü maddesinin I numaralı bendinde öngörülen tekaüd hakkından mahrumiyete hüküm verilmesi şeklindeki «*müeyyideden maksat memurları uyarmak ve hizmetin iyi işlemesini sağlamak ise, bunun Hukuka ve Anayasaya uygun başka müeyyidelerle gerçekleştirilmesi mümkündür.*» gerekçesiyle, mezkûr hükmün «Anayasanın 11 inci maddesiyle bağdaştığı ve bu maddeye aykırı olmadığı söylenemez.» sonu-

cuna varmaktadır. (11 Aralık 1964, *TBMM Grubu*, Esas: 1963/138, Karar: 1964/71, R. G., 2 Nisan 1965-11969).

Şu halde, zabıta hükümleri vazına salâhiyetli organ ve makamlar, kamu güvenliğini korumak için, genel veya özel yasaklar koymadan önce, mevcut tehlike ve mahzurların fertler için daha hafif, yumuşak ve zararsız tedbirlerle önlenip giderilebileceğini düşünmek ve temel hak ve hürriyetleri kollayan ve zedelemeyen en uygun tedbirleri almak zorundadır. *Yasağın her çeşidi Devlet, ve İdare için en kolay ve kesin tedbir şekli olmakla beraber, ferdi hak ve hürriyetlerin özüne az veya çok herhalde dokunur. Demokratik rejimde ise, zabıta tedbirlerinin kolaylık ve kesinliği uğruna Âmme hak ve hürriyetleri feda edilemez.* Bu sistemde Devlet ile diğer kamu teşkilâtı ve faaliyetleri, Anayasamızın ifadesiyle, «ferdin ve toplumun, huzur ve refahını gerçekleştirmeyi ve teminat altına almayı» istihdaf ettiğinden; pek istisnaî ve fevkalade bir zaruret olmadıkça insan haklarını hiçbir tahdit ve takyide tâbi tutamaz, bilâkis «Devlet kişinin temel hak ve hürriyetlerinin... maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar» (Anayasa, m. 10).

İşte söz konusu (E) bendi hükmü, Anayasa ile Âmme Hukuku esaslarına aykırı olarak, yersiz, tesirsiz ve çok ağır bir yasak koyarak, vatandaşların evlenme haklarını ve eş seçme serbestliğini sınırlamış ve kısmıştır. Filhakika, yukarıda (3) numaralı paragrafta belirttiğimiz üzere, bu tedbirlerin alınmasını gerektiren hakiki ve ciddî bir sebep mevcut olmadığı gibi; böyle sert ve mutlak bir yasağı meşru ve zarurî bir vasıta saymağa da imkân yoktur. Üstelik bu tedbir, saklanmak istenen Devletin askeri sırlarını koruyacak ve casusluk hareketlerini önleyecek mahiyet ve tesiri de haiz değildir. Çünkü, yabancı ile evli olan yedek subaylar savunma hizmetlerinin gizli olmayan kısımlarında çalıştırılmak veya şüpheli elemanlar takip ve tarassut altında tutulmak gibi başka türlü tedbirlerle de sakınılan tehlike ve mahzurlar önlenebilir. Kaldı ki, Yüksek Mahkemenin, Memurin Kanununun 4 üncü maddesinin (Z) fıkrası hakkındaki hükmüne verdiği muhalefet şerhinde Sayın Şemsettin Akçaoğlunun dediği gibi; «bir memurun ecnebi olan eşinin tavassutu olmaksızın bir Devlet sırrının ortaya çıkmasının imkânsızlığı iddia edilemez. Böyle de olsa, bazı memurların ecnebilerle evlenmesinin önlenmesiyle bu mahzur bertaraf edilmiş sayılamaz. «Nitekim, Kanun vazıının meselemizde önlemek istediği mahzur ve tehlikeyi, ayni mülâhaza ve muhakemeyi sonuna kadar götürdüğümüz takdirde, yalnız subayların ecnebilerle evlenmesini değil, bütün vatandaşların yabancılarla izdivacını ve hattâ tekmil yabancıların memlekete girmesini ve burada ikamet etmesini yasaklamak lâzım gelir.

Bu derece aykırı ve paradoksal neticeleri tazammun eden bir tedbirin, «kişi hak ve hürriyetleri ile toplum yararı arasındaki dengeyi sarsacak nitelikte bir sonuç doğuracağı şüphesiz» (13 Kasım 1963, *Mersin Sulh Hukuk Mahkemesi*, Esas: 1963/301 - Karar: 1963/271, R. G., 4 Şubat 1964 -11624) bulunmasına ve hattâ hiçbir şeye yaramamasına rağmen, vatandaşların temel hak ve hürriyetlerini tahdit ve takyid etmesine hukuken cevaz ve imkân olmadığından, butlanına hükmedilmesi gerekirdi.

B — *Müeyyideye karşı savunma hakkı:* Modern Âmme Hukukunun, eşitlik prensibi kadar önemli ve aslî bir kaidesi olan savunma hakkı, insanların temel hak ve hürriyetlerindendir. (Anayasa Mahkemesi, 26 Haziran 1963, *Türkiye İşçi Partisi,* Esas: 1963/197- Karar: 1963/166, paragraf 7, R. G., 7 Kasım 1963-11549,-26 Haziran 1963, *C.H.P, TBMM Grubu,* Esas: 1963/143 - Karar: 1963/ 167, Paragraf 4, R. G., 12 Kasım 1963-11553). Bu hak, fertlerin yargı mercileri nezdinde olduğu gibi; İdare makamları önünde de aynen ve tamamen câri ve riayeti mecburî bir usuldür. Onun içindir ki, yeni Anayasamız 31 inci maddesiyle mahkemeler nezdinde herkesin dâva ve savunma hakkına sahip olduğunu tesbit ve ilân ettikten sonra, idari müeyyidelerin tatbikine karşı ilgililerin İdare önünde peşin müdafaa hakkını haiz bulunduklarına mütedair Hukukun bu Genel Prensibini, bir misal kabilinden, 118 inci maddesinde memurlar ile meslekî teşekküller mensupları için etraflı şekilde düzenlemiş bulunmaktadır. Gerçekten, Fransa Devlet Şûrası, Fransız Anayasası ve kanunlarında genel ve açık bir hüküm bulunmadığı halde, müeyyide uygulamak tasavvurunda olan İdarenin ilgililere savunma hakkı tanıması vecibesini, Hukukun bir Genel Prensibi olarak kabul ve tatbik etmektedir. (Bak. Prof. M. WALINE, *Traité de Droit Administratif,* 8 e éd., Paris, Sirey, 1959, No. 425, No. 695 ve 513, No. 870; Prof. A. de Laubadére, *Traité Elémentaire de Droit Administratif,* 3 e. éd., Paris, L. G. D. J., 1963, Tome I, p. 199, No. 378 ve p. 247, No. 462). Anglo - Sakson memleketlerinde ise, İdarenin ilgilileri önceden dinlemesi usulü, yalnız müeyyide uygulanması bahiskonusu olan hallerde değil, hemen her mevzuda tatbiki gereken bir garanti olarak kabul edilmektedir.

İşte, 1076 sayılı kanunun 5099 numaralı kanunla değişik 23 üncü maddesinin (A) dan (D) ye kadar (dahil) olan bentlerinde yazılı yedeksubaylıktan çıkarılmayı gerektiren sebepler savunma hakkına yer veren kazaî veya yarı - kazaî inceleme ve kararlara dayandığı halde; iptali istenen (E) bendi hükmü, ilgiliye müdafaa hakkı tanımadan, Millî Savunma Bakanlığına re'sen karar almak hususunda yetki bahşetmektedir. Binnetice, mezkûr hüküm. Anayasa ile te'minat altına alınmış bulunan ve Hukukun Genel Prensiplerinden olan «Savunma hakkı »nı bertaraf ettiğinden, bâtıldır.

Gerçi mevzuubahis çıkarma sebebinin evlilik gibi hukukî ve birlikte yaşama gibi fiilî bir durumdan ibaret olması dolayısiyle, İdarenin bu vaziyetleri re'sen tesbit ederek muamele yapabileceği; bu bakımdan ilgililere savunma hakkı tanınmasına mahal ve lüzum olmadığı hatıra gelebilir. Fakat yabancı kız veya kadınla yaşama keyfiyeti, ilgili tarafından münakaşa ve reddedilebilecek mahiyette olmak itibariyle, müdafaa imkânının verilmesini istilzam ettiği gibi; evlilik hukukî durumunun zeval bulmuş olması veya buna nihayet verilmesi muhtemel ve mümkün olduğundan, bu halde de ilgiliye savunma hakkı tanınması zarurîdir.

Filhakika, Millî Savunma Bakanlığı, bir ara ecnebi tabiiyette biriyle evli ve fakat bilâhare boşanmış olan bir yedek subayın bu hakkını kaldırmağa tevessül ederken, müdafaasını aldığı takdirde muameleden sarfınazar etmek mevkiinde kalır. Bunun gibi, yabancı ile evli bulunduğu sebebiyle yedek subaylıktan çıkarılmak tehdidi altında olduğuna, savunması istenilmesi vesilesiyle muttali olan kimse de, ay-

rılmağa teşebbüs ve boşanmayı istihsal ederek, idarece uygulanması derpiş edilen müeyyideyi önleyebilir. Çünkü bu hallerde, mâni zail olduğundan, memnu avdet eder ve idarî müeyyidenin tatbiki yersiz ve gereksiz olur. Aksi halde, yedek subaylıktan çıkarılma, tedbire riayeti sağlayan idarî bir müeyyide olmaktan çıkar, adlî ceza mahiyetini alır. Nitekim, Danıştay 5. Dairesi, mülga Tekaütlük Kanununun itiraz konusu (E) bendine benzer bir hükmün uygulanmasından çıkan bir ithilâfta, çok doğru ve haklı olarak, aynı istikamette içtihadta bulunmuştur:

«Kanun vazıı, *memuriyetten mahrumiyeti, yabancı kadınla evli kalınan zamana hasr ve kasretmiş bulunmasına;* bu hükme göre, yabancı kadından boşanan memurun tekrar ve hiçbir hükme hacet kalmaksızın memur olmak imkânına mâlik olacağı hususunda bir gûna tereddüt bulunmamasına binaen, bununla mütenazır olarak *emeklilik hakkının sukutunun da yabancı, kadınla evli kaldığı zamana inhisar etmesi lâzım* geleceğini kabul etmek yine kanun vazıının maksadına ve hakkaniyete uygun düşer.» (16 Haziran 1961 tarihli 1637 numaralı karar, İlmî ve Kazaî içtihatlar Dergisi, Sayı: 15, sahife: 1133).

Binaenaleyh, hiçbir halde ilgiliye savunma hakkı tanımayan ve yedek subaylığını muhafaza etmek imkânını vermeyen 23 üncü maddenin (E) bendi hükmü, Anayasaya ve Hukukun Genel Prensiplerine aykırıdır.

5— *Nisbî butlan.*

Bütün bu açık ve ağır aykırılıklara rağmen, Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu hükmü, genel ve salt (erga omnes) şekilde iptal etmekte, millî güvenlik bakımından tehlike ve mahzur olduğu kanısında idi ise, mes'elei müste'hireye yol açan olayın özelliğini nazarı itibara alarak, büyük bir haksızlığı ve garabeti önlemek için, bunun yalnız tarafları bağlayıcı (inter partes) olmak üzere butlanına hükmedebilirdi ve etmeliydi.

Gerçekten, bu incelemenin sonuna eklenen Danıştay 8. Dairesinin 8/4/1965 tarihli ve 1625 numaralı kararında açıklandığı üzere, hâdisede yedek subaylık hakkı kaldırılan davacı Yüksek Mühendis, muvazzaflık hizmetini yapıp terhis edildikten sonra ve silâh altında bulunmadığı bir sırada İngiliz tabiiyetinde bir kızla evlenmiş, bu izdivaçtan önce ve sonra memleketimizde NATO tesislerini inşa etmekte olan müteahhit firmalar yanında ve gizli askerî işlerde uzun zaman mütehassıs mühendis ve müşavir olarak çalışmış ve çalışmakta devam etmiştir. Bu işlere alınırken, gerek NATO, gerek Türk makamları kendisi hakkında tetkikat ve tahkikat yaparak, çalıştırılmasında hiçbir mahzur ve mâni bulunmadığını tesbit ve kabul etmişlerdir. Hattâ bu yüksek mühendis, yedek subaylığı kaldırıldığı ve dâva açtığı tarihlerde, NATO'nun Türkiyedeki bazı tesislerini yapmakta olan Amerikan - İtalyan ortak firması «Edison - Page» müessesesinde müşavir proje mühendisi olarak çalışmakta idi. Ayrıca Millî Savunma Bakanlığı, dâva konusu olan müşterek kararnameyi tesis etmeden önce, ilgilinin müdafaasını da almamıştı.

Bu durum karşısında, Yüksek Mahkeme, silâh altında bulunmayan ve yabancı ile evli olduğu halde gizli askerî işlerde çalıştırılan bir kimsenin savunması alın-

madan yedek subaylık hakkının kaldırılması, millî güvenlik mülâhazasna müstenid bir tedbir veya bunun bir müeyyidesini teşkil edemiyeceği gerekçesiyle, itiraz konusu (E) bendi hükmünün yasa'ya aykırılığına, olayla, sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı olmak üzere karar vermeliydi.

Gerçi Anayasa Mahkemesi bu takdirde, 1076 numaralı kanunun 5099 sayılı kanunla değişik (E) bendindeki müeyyidenin, ancak silâh altında bulunan yedek subaylara uygulanabileceği hükmüne varmış görünürdü. Lâkin böyle bir neticenin, nisbî butlan kararlarından istihracı hukuken mümkün ve doğru olmamakla beraber; bu yolda bir içtihadın belirmesi, mezkûr hükmün makûl ve realist bir sınır içinde tutulmasına hizmet bakımından faydalı ve lüzumludur.

Şurası muhakkaktır ki, Yüksek Mahkeme, bu olayda, büyük bir adaletsizliği ve «paradoxale» bir durumu bertaraf etmek için, itiraz konusu (E) bendinin iptaline değilse bile, Anayasanın 152/4 ve organik Kanunun 50/5 maddeleri gereğince, butlanına hükmetmek mevkiinde idi. Bu vesile ile, mezkûr hükümlerin tatbikatı cümlesinden, olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı iptal kararlarına yerinde ve doğru ilk bir örnek verilmiş olurdu.

Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesi aykırılık iddiasını bu müşahhas hâdisede kabul etmiş olsaydı, Danıştay 8.Dairesinin 8/4/1965 tarihli ve 1625 numaralı kararla, *«sözü edilen Anayasa Mahkemesi kararı gereğince dâvanın reddine»* diyerek, bihakkın kendisine yüklediği sorumluluktan da kurtulmuş bulunurdu. Çünkü, nisbî butlan hükmü üzerine, uyuşmazlığı çevreleyen ahval ve şeraite göre, dâvanın reddi veya kabulü tamamen esas mahkemesinin yetki ve sorumluluğu içinde telâkki edilmek lâzımdır.

ÖZET VE SONUÇ

Bu incelemenin başında, Anayasa Mahkemesi içtihatlarını yansıtan bir «prototype» olduğunu söylediğimiz sözkonusu karar üzerine yukarıda yapılan açıklamalar bu tavsifi doğrulayacak nitelikte ise; aşağıda özetlenen mütalâalar, adı geçen Yüksek merciin şimdiye kadar Anayasaya aykırılık iddiasına ilişkin olarak yayımlanan bütün yargı kararları hakkında geçerli sayılabilir.

1 — Yüksek Mahkeme, dâvanın taraflarına, mahkemelerden müstakil olarak, itiraz yetkisi tanımamakla; Anayasanın açıkça kişilere verdiği bir hakkı yalnız red ve inkâr etmiş olmuyor, Hukuk Devleti ilkesini de amacından saptırmış bulunuyor.

Gerçekten, Hukuk Devleti ilkesinin asıl gayesi, Anayasada belirtilen temel hak ve hüriyetleri, kamu organ, makam ve mercilerinin müdahale ve tecavüzünden korumak olduğu gibi; Anayasaya aykırılık iddialarının Yüksek Mahkemece çözümlenmesi usulü de, bunun bir müeyyidesidir. Anayasamız aykırılık iddialarının dâva yolu ile ileri sürülmesi yetkisini, esasen bazı siyasî kurul, makam ve kurumlara inhisar ettirip, fertlerden esirgemiş bulunduğundan; Yüksek Mahkemenin itiraz

yolunu sadece mahkemelere açık tutarak, dâvanın taraflarına kapatması, Hukuk Devleti ilkesinin, vatandaşları değil de, bir takım politikacıları teminat altına almak ve hâkimlerin spekülasyon zevkini karşılamak için vaz ve kabul edildiği sonucuna götürmektedir. Böylece temel hak ve hürriyetlerin garanti prosedürünün tahriki, ilgililerin iradesi dışında, sırf politikacıların keyfine ve mahkemelerin takdirine terkedilmiş olmaktadır.

2 — Anayasa Mahkemesi, itiraz yolu ile aykırılık iddialarında, «davada uygulanacak kanun hükmü» şartını dar yorumlamak ve yanlış uygulamak suretiyle, esas mahkemesinin yerine geçtikten veya temyiz merciinin yetkilerine karıştıktan ve birçok güçlüklere yol açtıktan başka; kendi yargı denetimi alanını da sebebsiz ve yersiz olarak daraltmaktadır.

Oysa, bizzat Yüksek Mahkeme, «bütün hukukî düzenin Anayasa düzenine uygun olması gerektiğine göre, *hangi sebep ve gerekçelere dayanırsa dayansın Anayasa düzeni içinde Anayasaya aykırı bir kanun hükmünün yürürlükte kalmasına yer verilemez.»* (3 Kasım 1964, *C.H.P.-TBMM Grupu,* Esas: 1963/152 - Karar: 1964/66, R. G., 17 Mart 1965 -11955) ve «4237 sayılı kanunun olağanüstü hallerde uygulanacağı ve emeklilik hakkından yoksun bırakılacakların az sayıda olacağı yolundaki düşünce yukarıda belirtilen sakıncaların yerinde görülmemesini gerektirmez. *Mesele prensibin korunmasında ve sosyal güvenlik sisteminde gedikler açılmasına, yer bırakılmamasındadır.»* (11 Aralık 1964, *C.H.P. TBMM Grubu,* Esas: 1963/138 - Karar: 1964/71, R. G., 2 Nisan 1965-11969) içtihadında bulunmuştur. Şu halde, esasa ilişkin hiçbir sebep ve mülâhaza, nasıl Yüksek Mahkemeyi Anayasaya aykırı kanun hükmünü iptal etmekten alıkoymamakta ise; çok defa kendisinin ihdas ettiği bir takım şekil ve usul engelleri de, evleviyetle itiraz yolu ile aykırılık iddialarının iptidaen reddine vesile yapılmamak lâzımdır.

3 — Yüksek Mahkeme, itiraz yolu ile önüne gelen aykırılık iddialarını, çok defa, Anayasa ve organik kanun ile verilen üç aylık süre içinde karara bağlamamakla; yalnız âmir bir hükmü ihmal etmiş olmuyor, hak ve adaletin gerçekleşmesinin gecikmesine, dolayısiyle ilgililerin mağdur ve mutazarrır olmalarına ve diğer mahkemeler için kötü örnek verilmesine yol açmış bulunuyor.

İptal davasının açılabileceği doksan günlük müddeti çok sıkı ve hattâ yerleşmiş esas ve içtihatlar dışında kısaltarak uygulayan (3. Temmuz 1964, *A. P. Cumhuriyet Senatosu Grupu, Esas: 1964/22- Kararı: 1964/54, R. G., 26 Kasım 1964 -11866)* Anayasa Mahkemesinin, kendisine tanınan üç aylık karar verme süresine daha fazla titizlik ve dikkatle riayet etmesi beklenir ve gerekir.

4— Anayasa Mahkemesi kararları, genellikle bir hayli uzun olmasına rağmen; aykırılık itirazlarına ilişkin bulunanlar, dâvaya konu teşkil eden olayı, müşahhas surrette belirtmeyip, mücerret ve afakî bir mesele şeklinde aksettirmektedir. Bu yüzden Mahkeme, olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı (inter partes) nisbî butlan hükümleri vermek alternatifini gözden kaçırmakta, hemen daima genel ve salt (erga omnes) iptal kararları almaktadır. Binnetice, dâvanın tarafları, yani Anayasanın asıl korumak istediği kişiler, durumlarının özelliği ve uyuşmazlıklarının nite-

liği çerçeveside yaptıkları aykırılık iddialarını kabul ettirmek imkânından yoksun bırakıldıkları gibi; Yüksek Mahkeme de, umumî ve mutlak iptal hükmünde sakınca gördüğü için, itirazı tamamen reddetme durumunda kalmaktadır. Böyle red kararları ise, Anayasa Mahkemesinin lehine not kaydettirmese gerek,

5— Yüksek Mahkeme kararlarının uzunluğu incelenen meseleler sistematik bir şekilde ele alınıp, «rationnel» bir tertip ve sıra dairesinde takdim ve halledilseydi, belki bir mahzur ve tenkidi celbetmezdi. Ancak Anayasa Mahkemesi, dâvacıların dilekçeleri ve itirazda bulunan mahkemelerin kararları mündericatiyle adetâ kendini bağlı saydığı için, bu müracaatlerde sözkonusu olan birçok mesele ve noktaları ayni tertip ve sıra dahilinde mütalâa ederek, gerekçelerini karma karışık sevketmekte ve birçok tekrar ve atıflara sebebiyet vermektedir. Bu tutum ve davranış kararların yalnız açıklık ve kesinlikten yoksun olmasını değil, bazan çelişen fıkra ve beyanları da içinde taşımasını kaçınılmaz hale getirmektedir. Ayrıca bu kararlarda, prensip ifadeleri ile müşahhas meseleye ilişkin gerekçeler herzaman belli bir esas ve sıra gözetilerek yerleştirilmediği için, Yüksek Mahkemenin ileride benzer veya ayni meseleler hakkında, vereceği hükümler bakımından bir takım güçlükler doğurabilir ve nitekim yukarıda işaret ettiğimiz içtihad uyuşmazlık ve çelişmeleri kısmen bu yüzden çıkmış olabilir.

Bu itibarla, Anayasa Mahkemesi, kararlarını belli bir metoda uyarak, sistematik bir şekilde ve mümkün mertebe kısa, veciz ve açık bir ifade ile kaleme almalı tekrar ve atıflardan sakınmalıdır. Aksi takdirde, aydınlatma ve saptama görevi kendisine verilmiş olan Anayasa düzeni, vüzuh ve kat'iyet yerine, ipham ve tereddüt içinde kalmış olur.

6— Anayasa Mahkemesi gibi yüksek içtihat mercileri, fonksiyonları icabı ve haiz oldukları yetkiye binaen, bazı hallerde genel prensipleri açıklamak ve o meselelere müşahhas surette uygulamak durumundadır. Ancak Yüksek mahkemeler, bu prensipleri ilk defa ortaya atarken çok dikkatli ve ihtiyatlı davranmak zorundadır. Çünkü, bir genel prensip bir kere açıklanınca, artık onu benimseyeni ileride gelecek işlerde bağlar ve, kendi kendisiyle çelişmeye düşmemesi için, bunu mümasil meselelerde uygulaması gerekir.

Yüksek Mahkemenin yukarıda zikredilen bir kısım kararlarında gayet umumî mutlak prensipler ifade edildiği halde; bunları daha sonraki dâva veya itirazlara uygulamadığı izah ve tesbit edilmiş bulunmaktadır. Halbuki Anayasa Mahkemesi, içtihad kudretine dayanarak bu genel prensibi ortaya koyarken, sadece buna vesile teşkil eden meseleyi çözümlemekle kalmaz, daha önemli olarak, Kanun koyucuya yasama görevinde doğru yolu işaret etmiş bulunur.

Binaenaleyh, Anayasa Mahkemesi, sevkedeceği genel ve salt gerekçelerinin bu geniş kapsam ve etkisini gözönünde tutarak, ya prensip beyanlarından kaçınmalı, ya da böylece açıkladığı esaslara sadık kalmalıdır. Mevcut bir prensipten inhirafın zarurî olduğu hallerde bunun çok kuvvetli mucip sebeplere istinad ettirilmesi şarttır.

Aksi takdirde Yüksek Mahkeme, bugünkü tutum ve davranışı ile, Anayasanın verdiği «mission»u yerine getiremiyeceği gibi; kendi otorite ve prestijini yine kendisi sarsmış ve zayıflatmış olur.

7- Örneğin Anayasa Mahkemesi, 11 Aralık 1964 tarihli ve 138/71 numaralı kararında, Anayasanın 117 nci maddesinde bir kelime ile yer alan memurların «emeklilik» hakkını düzenlerken Kanun koyucunun ilgilileri genel hukuk esaslarının ve Anayasa İlkelerinin te'minatından yoksun bırakamıyacağını içtihat ettiği halde; bundan iki hafta sonra 25 Aralık 1964 günü verdiği yukarıdaki kararda, Anayasanın 60 ıncı maddesiyle belirtilen Millî Savunma hak ve ödevinin «düzenleme işi(nin), herhangi bir kayıt ve şart koymaksızın, kanun koyucunun takdirine bırakılmış» olduğunu kabul etmekle, açıklanması ve inandırılması çok güç bir hüküm vermiştir.

Kaldı ki Yüksek Mahkeme, Anayasa yargısının niteliği icabı, hemen daima yasama organının takdir yetkisinin bulunduğu kanun hükümlerini denetlemek mevkiinde olacaktır. Gerçekten Anayasa, şahıs hürriyeti ile basın hürriyeti kısmen istisna edilirse, diğer temel hak ve ödevlerin düzenlenmesi hususunda kanun koyucuya geniş veya dar bir takdir yetkisi bırakmıştır. Fakat, buna rağmen, Anayasa Mahkemesi, yalnız kamu yararı, düzeni ve güvenliği ile genel ahlâk ve sosyal adalet gibi bir bakıma takdiri gerektiren sebepleri değil, Anayasanın hürriyetleri herhangi bir kayıt ve şartla bağlamadığı hallerde tüm takdire dayanan düzenlemeleri dahi, Hukukun Genel Prensipleri ve Anayasa ilkeleri çerçevesinde incelemekte ve denetlemektedir. Hukuk Devleti ilkesinin tabiî ve zarurî bir gereği olan bu kontrol yetkisi, Yüksek Mahkemeyi, fertler arasındaki uyuşmazlıkları kanunlar dairesinde çözümlemekle görevli olan adliye mahkemelerinden ayrılan en önemli noktadır. Bu bakımdan Danıştay Anayasa Mahkemesine benzerse de; Yüksek İdare Mahkemesinin, takdir kudretini murakabe yetkisi, siyasî, iktisadî, sosyal ve kültürel alanlara kadar uzanmaz.

Binaenaleyh, Anayasa Mahkemesi, ya kanun hükümlerinin takdirî gibi görünen ve hattâ sırf takdirî olan unsurlarını da denetliyecek, ya da yargı yetkisini çok dar sınırlar içinde tutmak zorunda kalacaktır. Anayasamız, kanun ve içtüzüklerin kendisine uygunluğunun denetimini hiçbir bakımdan tahdit ve takyid etmediğine göre; Yüksek Mahkeme, görev konusunun mahiyeti icabı takdir kudretini tazammun eden noktaları da *hukukî etki ve sonuçları yönünden* tartışmak ve değerlendirmek yetkisine sahiptir.

8- Ancak Yüksek Mahkeme, Kanun Koyucunun takdiri yerine ikame edeceği kendi takdirini kullanırken, meselâ temel hak ve hürriyetler konusunda, üyelerin kişisel eğiliminden ziyade, Anayasanın ruhuna ve genel yönüne uygun olan hal suretlerini kabul edebilir ve etmelidir. Şöyleki, 1961 Anayasası, bugünkü anlamında insan haklarına dayandığına ve sosyal adalete yöneldiğine göre; bütün hak ve hürriyetler, bu ışık altında ve yeni verilere göre kıymetlendirilmeli ve düzenlenmelidir.

Oysa Anayasa Mahkemesi - sosyal güvenlik ilkesini üstün tuttuğu 11 Aralık 1964 tarihli ve 138/71 numaralı karar (R. G., 2 Nisan 1965 -11969) - istisna edilirse, bugüne kadar mülkiyet hakkı, sözleşme hürriyeti gibi hep klâsik liberal hak ve hürriyetlere öncelik tanımış ve bunları, kamu yararı, düzeni ve güvenliği ile sosyal adaletin gereklerine rağmen, muhafazakâr bir zihniyetle korumuş ve pekleştirilmiştir. Buna mukabil, Yüksek Mahkeme, örneğin yukarıdaki kararında, en eski haklardan olduğu halde evlenme hakkı ile eş seçme serbestliğini, 1961 Anayasasının getirdiği yeni esaslar ve anlayış dairesinde mütalâa etmediği için, sözleşme hakkı veya öğretim ve eğitim hürriyeti kadar himayeye lâyik görmemiş ve zamanı geçmiş mütaassıp bir milliyetçilik inancına kurban etmiştir.

Şu halde Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasasının kurulmasını öngördüğü ve hattâ emrettiği yeni siyasî, sosyal ve iktisadî düzenin yerleşmesine hizmet etmek mevkiinde bulunduğuna göre; herşeyden önce, temel hak ve ödevleri, bu yeni zihniyetle ve ona uygun bir metodla ele alarak, bunlar arasında bir hiyerarşi gözetmek, ilişkilerini ayarlamak ve çatışmaları önlemek için denge kurmak zorundadır. Yüksek Mahkeme, bu yolda toplu bir görüşe ve genel bir yönteme sahip olmadıkça, Anayasanın ona verdiği görevi yerine getiremez ve halkın kendisine haklı olarak bağladığı büyük umudu gerçekleştiremez.

1 Eylül 1965 *Lûtfi Duran*

DANIŞTAY (8. Daire), 8 Nisan 1965, **ESMER***

ASKERLİK YÜKÜMÜ. — Yedek subaylık, Erlik, 1076 numaralı kanun m. 23/E, Yabancı kız ve kadınla evlenme, Yedek subaylıktan çıkarılma, Anayasaya aykırılık, Yok ve red.

ANAYASAYA AYKIRILIK. — Temel haklar ve ödevler, Millî savunma hak ve ödevi, Eşitlik ilkesi, Evlenme hakkı, Eş seçme serbestliği, Ailenin korunması, İtiraz yolu ile aykırılık iddiası, Anayasa Mahkemesi, Aykırılık iddiasının reddi, Esas mahkemenin uymak zorunluğu, İptal dâvasının reddi.

Anayasanın 152 nci ve 44 sayılı kanunun «51 inci maddeleri hükümleri karşısında, Anayasa Mahkemesi kararlarına uymak zorunluğu bulunduğundan»; Anayasa Mahkemesinin, 1076 numaralı kanunun değişik «23 üncü maddesinin, E bendindeki yabancı kız veya kadınla evli olanların yedek subaylıktan çıkarılarak yaşlarına göre haklarında askerlik kanununun uygulanmasının gerekeceğine ilişkin» 25.12.1964 gün ve 77 sayılı «kararı gereğince dâvanın reddine...»

Davacı : Mithat Esmer, Maltepe Onur Sok. No. 22/4 Ankara.

Davalı : Milli Savunma Bakanlığı.

Davanın özeti : 1. Kasım 1953 den 30. Nisan 1955 tarihine kadar muhabere

*) Esas: 1963/2229 - Karar: 1965/1625 numaralı olan bu ilâm ilk defa yayımlanmaktadır.

yedeksubayı olarak askerlik hizmetini yapıp terhis olduktan sonra 29 Şubat 1956 tarihinde İngiliz tabiyetinde olan bir kızla evlendiğinden ve bu suretle eşinin vatandaşlık kanunumuza göre nufus siciline Türk vatandaşı olarak kaydedildiğinden, bu durumda ve silâh altında bulunmadığı bir sırada, Millî Savunma Bakanlığınca 1076 sayılı yedek subay ve yedek askeri memurlar kanununun 5099 sayılı kanunla değişik 23 üncü maddesinin (E) bendi gereğince 8.8.1962 gün ve 1255 sayılı müşterek kararname ile yedek subaylık hakkının kaldırılması hakkındaki işlemin, askerlik hizmetini yapmadan önce ve yaptıktan sonra, memlekette Amerikan ve Nato tesislerini inşa etmekte olan müteaddit firmaların yanında ve gizli işlerinde uzun zaman mütehassıs mühendis ve müşavir olarak çalıştığı, bu işlere alınırken gerek Amerikan ve Nato, gerek Türk makamlarınca kendisi hakkında tetkikat ve tahkikat yapılarak çalıştırılmasında bir mahzur ve mani bulunmadığının tesbit edilmiş olduğu, hakkında uygulanan madde hükmünün Anayasa'ya aykırı bulunduğu ileri sürülerek iptali istenmektedir.

Savunmanın özeti: İngiliz teb'alı kadınla evlenmesi üzerine davacının yedek subaylık hakkının 1076 sayılı kanunun 5099 sayılı kanunla değişik 23 ncü maddesinin (E) fıkrası gereğince kaldırılmasında mevzuata aykırılık olmadığı ve Anayasa'ya aykırılık iddiasının da yersiz bulunduğu ileri sürülerek davanın reddi istenmektedir.

Kanun Sözcüsü Fikret Köksal'ın Düşüncesi: 1076 sayılı yedek subay ve yedek askeri memurları kanununun 5099 sayılı kanunla değiştirilen 23 üncü maddesinin (E) fıkrası Anayasa'ya aykırı olmadığından talebin reddi gerekir.

Yardımcı M. Oğuzutku'nun Düşüncesi: Davacı iddiaları Danıştay Sekizinci Dairesince ciddi görülerek iş Anayasa Mahkemesine intikal ettirilmişse de, 15.12.1964 gün ve 77 sayılı karar ile iptali istenen madde hükmünün Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir. 334 sayılı Anayasa'nın 152 nci ve 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ve yargılama usulleri hakkındaki kanunun 51 inci maddeleri hükümlerine göre verilen karara uymak zorunluğu bulunduğundan davanın reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği düşünüldü :

Davacı, yedek subaylık görevini tamamladıktan sonra yabancı uyruklu bir kadın ile evlenmesi üzerine 1076 sayılı kanunun 5099 sayılı kanun ile değiştirilen 23 üncü maddesinin (E) bendi gereğince yedek subaylık hakkının kaldırılması hakkındaki 8.8.1962 gün ve 1255 sayılı kararname ile uygulanan işlemin iptalini istemiş ve belirtilen madde hükmünün Anayasa'nın 12, 35 ve 60 ncı maddelerinde yer alan ilkelere aykırılığını ileri sürmüştür.

Dairemizce bu istek ve itirazın ciddi olduğu kanısına varılarak bu hususta bir karar verilmek üzere iş, Anayasa'nın 151 ve 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ve yargılama usulleri hakkındaki kanunun 27 nci maddesine dayanılarak yüce mahkemeye iletilmiştir.

Anayasa Mahkemesi 25.12.1964 gün ve 77 sayılı kararı ile 1076 sayılı kanunun 5099 sayılı kanunla değiştirilen 23 üncü maddesinin (E) bendindeki yabancı kız veya kadınla evli olanların yedek subaylıktan çıkarılarak yaşlarına göre haklarında askerlik kanununun uygulanmasının gerekeceğine ilişkin hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığından itirazın reddine karar vermiştir.

334 sayılı Anayasa'nın 152 nci maddesi ve 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ve yargılama usulleri hakkındaki kanunun 51 inci maddeleri hükümleri karşısında Anayasa Mahkemesi kararlarına uymak zorunluğu bulunduğundan, sözü edilen Anayasa Mahkemesi kararı gereğince dâvanın reddine ve dökümü aşağıda yazılı 80 kuruş yargılama giderinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine oybirliğiyle, ve 800 kuruş ilâm harcından geri kalan 550 kuruşun da davacıdan alınmasına oyçokluğuyla 8.4.1965 gününde karar verildi.

Başkan *Hikmet Kümbetlioğlu*	Üye *İhsan Arar*	Üye *İbrahim Koloğlu*
Üye *İhsan Öralay*		Üye *Ahmet Boyacıoğlu*

AZLIK OYU

1. Kasım. 1964 gününde yürürlüğe giren 492 sayılı Harçlar Kanunu, 139 uncu maddesinde sayılan kanunları ve özellikle 5887 sayılı Harçlar Kanununu, yürürlükten kaldırılmış ve geçici 2 inci maddesi ile de, 492 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden evvelki zamanlara ait harçlarla ilgili işlemleri eski hükümlere tabi kılmıştır.

Hakkın korunması dileğiyle yargı yerlerine başvurmağı ifade eden dava harç mükellefiyetini doğuran veya böyle bir yüküm tahmil etmiyen müteaddit işlemler topluluğudur. Kanun koyucu sevkettiği geçici 2 nci maddesi ile, 1 Kasım 1964 gününden evvelki zamanlara ait harçla ilgili işlemleri eski hükümlere tabi tutmuş, bu tarihten sonraki harçlarla ilgili işlemlerde ise, yeni kanunun tatbik olunması esasını benimsemiştir.

Hüküm, açılan davanın gayesi bulunan son kazaî işlemi teşkil etmesi ve 1 Kasım 1964 gününden sonra tesis edilmiş bulunması vakıası karşısında, ilâm harcı bakımından yeni kanunun uygulanması tabii ve zaruri bir neticedir.

Geçici 2 inci madde bu konuda eski hükümlerin uygulanmasına imkân vermediğinden, yürürlükten kalkan kanun hükmünü tatbike müncer olan ekseriyet görüşüne karşıyım.

Üye
Ahmet Boyacıoğlu

(5. Makale - 1966)

Uğur ALACAKAPTAN

Demokratik Anayasa ve Ceza Kanunu'nun 141 ve 142'inci Maddeleri *

* Uğur Alacakaptan, "Demokratik Anayasa ve Ceza Kanunu'nun 141 ve 142'inci Maddeleri", AÜHF Dergisi, Yıl 1966, Cilt 22, Sayı 1, 18sf.

DEMOKRATİK ANAYASA
VE
CEZA KANUNU'NUN 141 ve 142'inci MADDELERİ

Dr. UĞUR ALACAKAPTAN
CEZA HUKUKU DOÇENTİ

I

Türk Ceza Kanunu'nun 141 ve 142. maddeleri, çeşitli suçlar hakkında hükümler koymuştur. Bunlardan birincisi, bir yandan komünist cemiyetler kurulmasını suç saymış, öte yandan, anarşizmi, diktatörlüğü, ırkçılığı ve millî duyguları yok etmeği ve zayıflatmayı amaç edinen cemiyetleri yasaklamıştır. 142. madde ise, birincisine paralel olarak, komünizm, anarşizm, diktatörlük, ırkçılık propagandalarını ve millî duyguları yok etmeğe ve zayıflatmağa yönelen propagandayı cezalandırmıştır.

27 Mayıs 1960 Devrimi'nden sonra ve özellikle 1961 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın yürürlüğe girmesini izleyen dönemde, adı geçen maddelerin, Anayasa'da ifadesini bulan düşünce ve fikir hürriyetleri ile dernek ve siyasî parti kurma hürriyetlerini aşırı surette kısıtladığı iddia olunmuş, böylece başlayan tartışmalar zaman zaman hararetlenmiş ve son yıllar içinde, bu maddelere yöneltilen eleştirme ve hücumlar yoğunluk kazanmıştır. Anayasa Mahkemesi tarafından da ele alınan kanunun artık kamuoyunun malı olduğunda şüphe yoktur. Maddelere dayanarak açılan kamu dâvalarındaki artış, konuya karşı duyulan ilgiyi daha da arttırmaktadır. Son günlerde, Adalet Bakanlığı'nın, söz konusu hükümlere yeni bir hüviyet vermek, hiç değilse, maddelerin kapsamı dışında kalan bazı fiilleri cezalandırmak amacıyla yeni bir tasarı hazırlamış bulunduğu da açıklanmıştır. Hazırlanan tasarı gün ışığına çıktığında tartışmaların artması beklenebilir. Burada, bugüne kadar yapılan tartışmalara genel bir nazar atfetmek ve bunlardan, kamuoyuna ve konuya ilgilenenlere yardımcı olabilecek sonuçlara ulaşmak amacı güdülmüştür. Ancak, şu hususu belirtelim ki, burada T.C.K.nun 141 ve 142. maddelerinin tümünü ele alacak değiliz. İnceleme konumuz, söz konusu maddelerin, «sosyal bir sınıfın, diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü tesis etmeğe veya sosyal bir sınıfı ortadan kaldırmağa veya memleket içinde müesses iktisadî veya sosyal nizamlardan birini devirmeğe...» matuf cemiyetler kurulmasını ve propaganda yapılmasını cezalandıran ([1]) numaralı bendlerden ibarettir.

---

(1) Maddelerin değişiklikten önceki metni şöyle idi :

Madde 141 — Evvelki maddenin muhtevi olduğu maddelerde yazılı cürümlerin ika edileceğini en doğru bir surette haber alıp da zamanında devlet memurlarına, ihbar eylemeği ihmâl edenler, cürmün veya hakkında ceza verilecek teşebbüsün vukuu halinde altı aydan az olmamak üzere hapsedilir.

Madde 142 — Her kim, Türkiye'de yahut ecnebi memleketlerde hükümetin tasvibi olmaksızın asker yazmak ve sair suretlerle Türkiye Cumhuriyetinin bitaraflığını ihlâl eder veya

A — Maddelerin Geçirdiği Değişiklikler :

Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihteki şekilleriyle 141 ve 142. maddeler tamamen başka konulara temas ediyor (1) ve mehaz kanunun İkinci Kitabı'nın Birinci Bab'ında «Vatan Aleyhinde Cürümler» başlığını taşıyan fasılda yer alıyordu. Bu iki maddenin, zararlı ve yıkıcı akımları suç sayması, 23/6/1936 tarih ve 3038 sayılı kanunun getirdiği değişiklikle olmuştur. Kaynak olarak gene İtalyan mevzuatı seçilmiş, fakat, bu kez, Mussolini iktidarı zamanında yapılan 1931 tarihli Yeni İtalyan Ceza Kanunu'ndan faydalanılmıştır. Adı geçen kanunun 270 ve 272. maddelerinden alınan bu hükümler, İtalyan Ceza Kanunu'na, 1926 tarihli «Devletin Korunması Hakkında Kanun-La Legge sulla Difesa dello Stato»dan intikal etmişti ([2]). 141. madde, mevzuatımıza yepyeni hükümler getiren bu şekliyle suçu şöyle tanımlamıştı :

> «1 — Memleket dahilinde, içtimai bir zümrenin diğerleri üzerinde tahakkümünü şiddet kullanmak suretiyle tesis etmeğe veya içtimaî bir zümreyi şiddet kullanarak ortadan kaldırmağa ve memleket dahilinde teşekkül etmiş iktisadî veya içtimaî nizamları şiddet kullanarak devirmeğe matuf cemiyetleri tesis, teşkil, tanzim veya sevk ve idare eden kimse...» cezalandırılır.

142. maddenin (1) numaralı bendi ise, bu hükme paralel olarak, aynı amaçla yapılan propaganda fiillerini suç saymaktaydı. Maddelerde sonraki tarihlerde yapılan değişiklikler sırasında da bu paralellik muhafaza edilmiş ve maddeler daima birlikte değiştirilmişlerdir.

141 ve 142. maddelerde ikinci kez 1938 yılında 3531 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucunda «şiddet» unsuru çıkartılarak, hükümlerin kapsamına giren fiiller, bu unsur olmasa bile cezalandırılabilir hale getirilmişlerdir. Ancak, kanun koyucu, şiddet unsurunu tamamen bertaraf etmemiş, «maksada vusul için şiddet kullanmak da istihdaf edilmiş» olmasını cezayı ağırlaştırıcı bir sebep saymıştır, ileride temas edeceğimiz gibi, bu değişikliğin, komünizm teorisi ve tatbikatı hakkında esaslı bir bilgiye sahip olmayan kimselerce hazırlanmış olduğunu kabûl etmek gerekir.

18/6/1946 tarihinde 4934 sayılı kanunla yapılan üçüncü değişiklikte bazı kelimeler değiştirilmiş ve 141. maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir :

> «Memleket içinde cemiyetin siyasî veya hukukî herhangi bir nizamını zorla değiştirmek gayesiyle cemiyet teşkil, tesis, tanzim veya sevk ve idare eden kimse... cezalandırılır.»

---

hükümeti muharebe tehlikesine maruz kılarsa beş seneden on seneye kadar hapisle cezalandırılır.

Yaptığı iş yüzünden bir harp olursa, ceza onbeş seneden aşağı olamaz.

Eğer hükümetin tasvip etmediği bu hareket, Türkiye Cumhuriyetini veya tab'asını yalnız mukabelebilmisil tehlikesine maruz kılar veya Türkiye ile ecnebi devlet arasındaki dostane münasebeti ihlâl ederse cürmün faili üç aydan otuz aya kadar hapis cezası görür ve bunun neticesi olarak mukabele bilmisil vukua gelmiş ise hapis cezası otuz aydan beş seneye kadar uzatılır.

(2) MANZINI, Vincenzo. Trattato di Diritto Penale Italiano. Vol. IV, n. 954 ve 981.

Adalet Komisyonu raporunda bu ek fıkranın gerekçesi şu şekilde yazılmıştı: «...Güdülen amaç, memlekette müteaddit partilere en liberal, demokratik esaslar dairesinde yer vermektir. Partilerin ise, memleket idaresinde birbirinden farklı, muayyen noktai nazarları olacağı tabiidir. Her parti, memleket idaresinde noktai nazarını tahakkuk ettirmek için, hiç şüphe yok, kanun yolları ile cemiyetin siyasî ve hukukî nizamında değişiklik yapmağa çalışacaktır. Bu çalışma, «zor» unsuruna mukarin olmadıkça, elbette cürüm sayılmamak icap eder. Aksi halde, partilerin, gayelerine erişmek için normal kanun yollarından, değil yürümelerine, teşekküllerine bile imkân bırakılmamış olur.»

Fakat, maddeler, bu şekilleriyle de ömürlü olmamışlar ve 16/6/1949 tarih ve 5435 sayılı kanunla yeni bir değişikliğe tabi tutulmuşlardır. Bu kez, yukarıda maddeye eklenmiş olduğunu söylediğimiz fıkra çıkartılmış ve 141. maddede yer alıp, cemiyeti kuranların şiddet kullanmağı istihdaf etmiş olmalarını cezayı ağırlaştırıcı sebep sayan hüküm epeyi genişletilmiştir. Bundan başka, propagandayı cezalandıran 142. maddedeki «medih ve istihsan» deyimi, yerini, «öven veya iyi gördüğünü söyleyen veya bu fıkraların ihtiva ettiği amaçlar için başkasına söz veya herhangi bir fiil ve hareketle telkinde bulunan kimse...» formülüne bırakmıştır. Maddeler, 11/Aralık/1951 tarihinde 5844 sayılı kanunun getirdiği beşinci değişiklikten sonra bugün yürürlükte olan son şekillerini almış bulunmaktadırlar.

B — Yasaklanan Husus Nedir? :

141 ve 142. maddelerin söz konusu olan hükümlerinde «komünizm» ya da «komünist» gibi deyimler yoktur. Bununla beraber, kanun koyucunun, başlangıçtan beri özellikle komünizmi yasaklamak amacını güttüğü söylenebilir. Çeşitli değişiklik gerekçelerinde rastlanan şu cümleler bu görüşü destekleyici niteliktedirler: «...Türk cemiyetlerinin, k o m ü n i s t l i k gibi fikir sistemleri ile mücadelesinin bir yolu da, kurulmuş nizamı yıkmak, onun yerine, bünyesine yabancı bir nizamı kurmak için yapılacak teşebbüslere karşı müeyyide koymasıdır... Bu fıkra, kurulmuş iktisadî veya içtimaî nizamları devirmek amacıyla cemiyet teşkilini cezalandırmaktadır. Meselâ, k o m ü n i z m, cemiyetin iktisadî ve içtimaî nizamlarını devirmek ister. Çünkü, onun müşterek mülkiyete dayanan bir **i**ktisadî nizamı, bu nizamı yaşatmak için ferdî mülkiyete insanları sevkeden yarınki nesillerinin istikbali endişesini yoketmek üzere çocuğun yetişmesi ve aile müessesesi üzerinde muayyen bir **i**çtmaî nizam görüşü vardır…»

Acaba, kanun, bugünkü şekliyle yalnız komünizmi mi cezalandırmaktadır, yoksa, komünizm dışında kalan diğer solcu akımlar, bu arada demokratik sosyalizm de kanunun kapsamına girmekte midir? Bundan başka, «komünist olmayan ve fakat kendisine hâs bir nizamı koymak için memleket içinde kurulmuş bir içtimaî veya iktisadî nizamı devirmek amacıyla...» kurulmuş meselâ, sağcı bir cemiyet de cezalandırılacak mıdır? Bu son soruya, maddelerin gerekçesinde olumlu bir cevap verilmiştir ([3]). Buna mukabil, bir yandan, gerekçeden aldığımız yukarıdaki

(3) Gerekçe. Bk, **ÇAĞLAYAN**, Muhtar. Türk Ceza Kanunu, C.I. sah. 429

cümleler, öte yandan komünist doktrinin temelini teşkil eden Marxist felsefenin tahakküme, başka bir deyişle, diktatörlüğe dayanması ve tahakküm ile hürriyet rejiminin birlikte bulunmalarının imkânsızlığı ve demokratik sosyalizmin, demokrasinin olmadığı yerde sosyalizmin gerçekleşmeyeceğine inanmış olması vakıası, bu maddelerle sosyalizmin yasaklanmış olamayacağı sonucuna götürebilir.

Gerçekten, demokratik sosyalizm, demokratik yol ve usûlleri izleyerek, «... ortadan kaldırmak istediği müesses iktisadî ve içtimaî nizam yerine, yeni temeller üzerinde cemiyetin müdahelesiyle doğacak bir nizamı ikame arzusundadır... Sosyalizm muhtelif şekiller alabilir. Bir şekil, istihsâl vasıtalarının nasyonalize edilmesini... gaye edinmektedir. En müfrit şekil olan komünizm ise, gerek istihsâl, gerekse istihlâkte mülkiyetin kaldırılmasını, say ve servetin müşterek hâle ifrağını ifade eder. Bu takdirde, müesses iktisadî, içtimaî veya hukukî rejim yıkılacak ve bir proleter diktatörlüğü kanaliyle komünist cemiyete ulaşmak gerekecektir» ([4]).

Ancak, maddelerin geçirdiği değişiklikler sırasında, «c e b i r» unsurunun metinden çıkartılmış olması vakıası karşısında kanun koyucunun, demokratik sosyalist anlayış ve amaçları suç saymak istemediği yolundaki yorum kuvvetinden kaybetmektedir. Hele, değişiklik getiren kanunlardan birinin gerekçesinde, «...Kurulmuş iktisadî veya içtimaî nizamı devirmek için teşkil olunan cemiyet, bu maksadına varmak için ya cebir ve şiddet yolunu takip eder, yahut kanun çerçevesi içinde ve seçim yolu ile iktidara geçmek ister. Buna göre, madde de iki şekilde yazılabilir: Ya, (bu nizamları cebir ve şiddetle devirmek için cemiyet teşkili yasaktır) denilir. Yahut, (bu nizamları cebir ve şiddetle devirmek için cemiyet teşkili yasaktır.) denilir. Yahut, (bu nizemları devirmek için cemiyet teşkili yasaktır.) denilir. Bu maddenin ilk def'a Ceza Kanunu'muzda kabul edildiği 3038 sayılı kanunda 141. maddenin bu fıkrası, (nizamları şiddet kullanarak devirmeğe matuf...) unsurunu ihtiva ediyordu. Bu maddeye göre, bu nizamları şiddet kullanmadan, seçim yolu ile iktidara gelerek devirmek isteyen bu gibi cemiyetlerin kurulmasına Ceza Kanunu bakımından müsaade edilmiş oluyordu. Buna da mani olmak için 3531 sayılı kanunla bu fıkradan şiddet vasfı kaldırılmış bulunuyordu. Fıkranın bugünkü ifadesine göre, «Türkiye'de kurulmuş iktisadî veya içtimaî nizamları devirmek maksadiyle cemiyet kurmak yasaktır. Bu cemiyetin, nizamları devirmek için takip edeceği yolun da önemi yoktur» denildikten sonra ([5]), kanunun yorumu ve uygulanmasıyla ilgili ihtilâflar büsbütün artmıştır.

Bu neden böyle olmaktadır? Yani, bu tereddüt ve ihtilâfları yaratan, kanunun metninin komünist sayılamayacak fikirleri ve komünizme götürmeyen fiilleri de kapsamına almış olduğunun söylenmesini mümkün kılan şey nedir? Aşağıda bu sorunun cevaplandırılmasına çalışılacaktır.

Bugün, sosyalizmin en aşırı ucu olan komünizm ile sosyal reformları ve sosyalist ekonomi düzenini demokrasi ilkelerinden ayrılmaksızın gerçekleştirmek isteyen demokratik sosyalizm, birbirinden kesinlikle ayrılmışlardır, öyle ki, ko-

(4) Yeni baştan gazetesine ait dâva ile ilgili bilirkişi raporu. Sah. 1-2.
(5) **ÇAĞLAYAN,** a.g.k. Sah. 433

münist partilerinin meşru sayıldıkları batılı ülkelerde, komünist partileri ile sosyal demokrat partileri biribirinin amansız hasımları kesilmişlerdir. Oysa, komünizm ile demokratik sosyalizm teorisi arasında, ekonomik düzen açısından mevcut fark, bu çatışmayı gerektirecek ve komünizme, insanlık için büyük bir tehlike nazarıyla bakılmasını haklı gösterecek kadar derin değildir. Hatta, iki akımın birleştikleri noktalar bile vardır. Gerçekten, ikisi de, bugünkü sosyal, ekonomik, siyasal ve hukukî düzenler yerine yeni bir düzen getirmeyi amaç edinmişlerdir. Ancak, demokratik sosyalizm, ekonomik alanda yalnız üretim araçlarının kamuya maledilmesine taraftar olduğu halde, komünizm bunun yanında tüketimde de ortaklık istemektedir. Acaba, iki sistem arasındaki bütün gürültüyü koparan tek fark bu mudur?

Günümüzde, kapitalist düzenin en iyi sosyal ve ekonomik düzen olduğu iddiası eskisi kadar inandırıcı olmaktan uzaktır. Kapitalist olduğu ileri sürülen ülkelerde bile, sosyalist ilkelerin bir kısmı uygulana gelmektedir. Şu hâlde, komünist olmayan bir çok ülkelerde, sosyal, ekonomik ve hukukî bir takım tedbirlerle komünizme karşı koymak istenmesinin başka sebepleri olmak gerekir.

Bilindiği gibi, komünizm, getirmek istediği yeni düzenin, ancak işçi sınıfının yani proleteryanın diktasının kurulmasıyla sağlanabileceğine inanır. Ona göre, tarihî, sosyal ekonomik sebepler kapitalizme dayanan burjuva tahakkümünü yaratmıştır. Bu istismarcı baskı, ancak proleteryanın birleşerek gerçekleştireceği bir ihtilâl ile yıkılabilir. Bu amaçla her türlü maddî ve manevî cebre başvurulacaktır. İhtilâl yapılıp iktidar ele geçirildikten sonra, bir yandan kapitalist düzenin yıkılmasına, öte yandan komünist düzenin temellerinin atılmasına başlanacaktır. Fakat, bunun, burjuva demokrasisinin malûm ilkelerine bağlı kalmak suretiyle gerçekleştirilmesi imkânsızdır. «Bir yandan burjuva sınıfının tasfiyesi ve bu arada baş göstermesi muhtemel direnmelerin ve karşı ihtilâllerin ezilmesi, öte yandan bütün üretim vasıtalarının toptan kollektifleştirilmesi ancak proleter diktatoryası sayesinde mümkün olabilir» ([6]). İhtilâlci olmayan bir marxism anlamdan yoksundur. Marxism ya da komünizm, toplumun bütün yapısını başaşağı etmek ve onu yeni temeller üzerine kurmak fikrini hareket noktası olarak kabul eder ([7]). İhtilâli müteakip kurulacak yeni toplumda fertler kişiliklerini terkedip, toplumda ve yalnız toplum için yaşayacaklardır. Ancak, bütün bu sonuçları, toplumun serbest rızası ile elde etmenin mümkün olduğunu sanmak hayalperestlik olur ([8]). Esasen komünist doktrinin böyle bir iddiası da yoktur, ihtilâlden sonra iktidarı ele geçirecek işçilerin kuracağı dikta rejiminin öteki sonuçları şunlardır: Siyasî hayata tek bir parti hâkimdir. Çünkü, ikinci bir siyasî parti tarafından temsili gereken farklı bir menfaat, zümre ya da sınıf mevcut değildir. Bu itibarla, komünist partisi ile aynı paralelde olan bir parti lüzumsuz, hemfikir olmayan bir parti ise karşı ihtilâl taraftarı sayılır ([9]). Tek bir hakikat kabûl eden komünizm, karşısında olan fikirlerle bir uzlaşma taraflısı da olamaz. Gerçi, komünist teoriye göre bu diktatörlük, komü-

(6) **KAPANİ,** Münci. Kamu Hürriyetleri, sah. 116
(7) **HUNT.** R.N. Carew. The theory and practice of communism, sah. 288
(8) **HUNT.** op. cit. cah. 286
(9) **HUNT.** Op. cit. sah. 285

nizmin üst safhasına ulaşıldıktan sonra son bulacak ve hatta, devlet müessesesi bile ortadan kalkacaksa da, bu safhaya ne zaman ulaşılabileceği sorusuna ne teori ve ne de tatbikatta kesin bir cevap bulunamamaktadır.

Görüldüğü gibi, proleterya diktatoryasının gerek hazırlanması ve başarıya ulaşması, gerek devamı sırasında muarızların susturulması, tasfiyesi ve kollektivizasyonun tamamlanabilmesi için cebir ana vasıtadır. Teori ve tatbikat bakımından bu konuda esaslı bir fark olmamıştır. Komünist ülkelerin iç rejimlerinde son yıllarda vuku bulan yumuşamalar, sistemin bir yandan kendine itimat duymağa başlamasının, bir yandan da batı dünyası ile temasın artması ve hayat seviyesinin yükselmesi gibi sebeplere bağlanabilir. Ama, bu gerçek, rejimin bir ihtilâle dayanması ve kuruluş yıllarda bir diktatoryanın bütün özelliklerini taşıması vakıasını silemez.

Buna mukabil, demokratik sosyalizm, getirmek istediği yeni düzene, insan hak ve hürriyetlerine saygı esasına dayanan liberal demokratik sistem içinde ve devlet otoritesini reddetmeksizin ulaşmağı amaç edinmiştir. İlkelerini gerçekleştirmek için, öteki siyasî partilere tanınmış olan hakların ve hukuk düzeni tarafından çizilmiş sınırların dışına çıkmaz. Kısacası, demokratik sosyalizm, liberal demokrasiyi, varlığının ve başarısının adeta bir şartı olarak görür ([10]). Sosyalizm bu çerçeve içinde anlaşılacak olur ve komünizm, amacına, işçi diktatoryasından geçerek ve cebri vasıta olarak kullanmak suretiyle ulaşmak isteyen bir teori ve sistem şeklinde kabûl edilirse, hukukî inşaların sağlam esaslara dayandırılması ve tatbikatta rastlanan zararlı sonuçların ve adaletsizliklerin önlenmesi imkân dahiline girebilir.

II

Türk Ceza Kanunu'nun lâfzı yukarıdaki ayrımın yapılmasını her zaman mümkün kılmamaktadır ([11]). Belki, iyi niyetli bir hükümet, ilmi bilgilerle mücehhez bir kaza organı —mutemelen kanun gerekçesinde çizilen sınırları aşarak, fakat, yeni anayasanın ruhuna uygun bir şekilde— komünizm sayılamayacak faaliyet ve fikirlerin cezalandırılmasını önleyebilir. Ancak, işi, hükümet yada kaza organının iyi niyetine yada bilgisine bırakmaktaki tehlike küçümsenemez. Çünkü, maddeler, lâfızlarına uygun bir şekilde uygulandıkları takdirde, kolaylıkla kötüye kullanılabilirler. Hatta, mazur gösterilemeyecek adaletsizliklerle karşılaşılması için yetkili makamların kötü niyetli olmaları da şart değildir.

O halde ne yapmak gerekmektedir?

Bir görüşe göre, komünizm Türk toplumunun ve Devlet düzeninin düşmanıdır. Komünizme karşı en güçlü ve etkili araç ve silâhlarla karşı koymak gerekir. Bu bakımdan, komünizmi cezalandıran 141 ve 142. maddeler oldukları gibi bırakılmalı, bir değişiklik yapılacaksa, suçların gerek unsurları, gerek cezaları bakımından daha ağır hükümler getiren bir sisteme gidilmelidir. Bu görüş, siyasî hayatımıza

(10) Bk. **ERMAN,** Sahir. T. C. K. nun 141 ve 142. maddesi hakkında Anayasa Mahkemesine verilen mütalâa. YÖN. 30 Aralık 1966.

(11) Aynı mahiyette, **ERMAN.** op. cit.

etkili olmağa başlamıştır. Adalet Bakanı, hükümetin bu konuda hazırlığı bulunduğunu ve 141 ilâ 142. maddelerin kapsamı dışında kalan bölücü ve yıkıcı akımların cezalandırılmalarını öngören bir kanun tasarısının Yasama Organı'na sevkedilmiş olduğunu açıklamıştır. Tasarının hükümlerinin muhtevası henüz kamuoyunun bilgisine sunulmamıştır. Bu bakımdan, böyle bir tasarının isabet ve doğruluk derecesi hakkında peşin bir hüküm vermek fikrî dürüstlükle bağdaşamaz. Fakat, bir hukuk, toplum ve Devlet düzeninin, komünizm ile olan mücadelesini haksız ve gayrımeşrû bir veçheye büründürebilecek aceleci ve hissi davranışlardan kaçınmakta fayda büyüktür. Komünizm cezalandırılabilir, ama, komünizmin cezalandırılması bahasına, onunla ilgisi olmayan öteki solcu ve reformist fikir, akım ve hareketleri de tecrim etmeğe kalkışmak, uzun yıllardan beri tartışması yapılan bu meseleyi çözmek iktidarından yoksun kalabilir.

Çözüm yolu bu yönde bulunamayacağına göre, konunun, şu iki hareket noktasından birini seçmek suretile tartışmalı durumdan kurtarılabileceği düşünülebilir :

a) Kanunda, komünizm ile demokratik sosyalizm ve öteki solcu akımların biribiriyle karıştırılmasını önleyecek değişiklikler yapılmalıdır.

b) Bu maddeler kaldırılmalıdır. Zira, ne kadar zararlı olurlarsa olsunlar, bütün fikirlerin serbestçe tartışılamadığı bir rejime «demokratik rejim» denilemez.

Eğer bu ikinci görüş doğruysa, birincisini tartışmağa lûzum kalmayacaktır. Bunun için, önce ilga taraftarlarının görüşleri üzerine eğilmek istiyoruz.

Söz konusu anlayışa göre, 141 ve 142. maddeler yürürlükten kaldırılmalıdırlar. «Zira, mesele, komünist partisi kurulabilmesi yada kurulamaması, komünizm propagandası yapılabilmesi yada yapılamaması değil, fikir ve inanç hürriyetinin varlığı veya yokluğu meselesidir. Demokrasilerde bütün fikirler rahatça, savunulabilmeli, ceza tehdidiyle karşılaşmamalıdır».

Bu kanaatta olanların şu temelden hareket ettiklerini söylemek mümkündür: «...hürriyetçi demokrasi, kendi kendisiyle çelişmeye düşmeksizin ve kendi kendini inkâr etmeksizin bir kısım vatandaşları —bunlar dikta rejimi taraflısı da olsalar— herkes gibi hürriyetlerini kullanmaktan menedemez. Bunu yaptığı takdirde, demokrasinin temel prensibinden uzaklaşmış olur... Bu yola sapmakla devlet, hür düzenin temelinde bir yara açmış ve belki de ileride bu yaranın yavaş yavaş genişlemesi ile bütün düzenin çöküşünü hazırlamış olacaktır. Sonra, unutmamak gerekir ki, zararlı ve tehlikeli sayılan fikirlerin panzehiri, açık ve serbest tartışma rejiminde bulunur. Bu gibi fikirler, kamuoyunun önünde açıkça tartışıldığı ve cevaplandırıldığı zaman tehlikeli olmaktan çıkarlar. Düşünce ve düşüncenin açıklanması hürriyeti, sadece vatandaşların yararı bakımından değil, belki ondan daha önemli olarak, demokratik bünyenin sağlığı bakımından gereklidir... Bundan başka, ihtilâlci görüşler toplumun iktisadî ve siyasî meseleleri bakımından bazı faydalı ve uyarıcı tenkitler de getirebilir. Özü itibarile hiçbir değer ifade etmeyen bazı beyanlar, bir kısım vatandaşların acı şikâyetleri ve derin hoşnutsuzlukları bulunduğunu ortaya çıkarır. Aslında bu şikâyetler, haksız ve yersiz de olsalar, toplumu idare edenler bunları öğrenmekle, yanıltılarak veya yanıltılmak gayrımemnun hâle

gelmiş kimselere durumu açıkça izah etmek ve onları demokrasi taraftarı olmaya ikna etmek için ellerinden gelen herşeyi yapabilirler... Demokrasi bir inanma ve inandırma rejimidir. Şu halde, bu rejim, kendisine karşı yapılan bütün hücumları —bu hücumlar ne kadar yıkıcı, ne kadar öldürücü olursa olsun— ancak gene kendi inandığı ve dayandığı usûllerle karşılamak ve cevaplandırmak zorundadır» ([12]).

Komünizm, liberal demokrasinin ilkelerini kabûl etmediğine ve tamamen karşı kutupta yer aldığına göre, naklettiğimiz anlayışın benimsenmesi yada reddi, şu soruya verilecek cevaba bağlı olacaktır: Demokrasi, kendi düşmanlarına, hürriyeti, dolayısile demokrasiyi yok etme hürriyetini tanımalı mıdır?

Türkiye, demokratik gelenekleri olmayan, yeni bir anayasa ile şeklen kurduğu demokrasiyi, yerleştirme ve yaşatma çabası içinde olan bir ülkedir. Öte yandan, yedi yıl önce bir ihtilâl geçirmiş ve bu yıllar içinde, sayısı herkesçe bilinmeyen suikastlere mâruz kalmıştır. Bu bakımdan da köklü ve kendisine güvenen demokratik bir rejime sahip olduğumuz söylenemez. Türk demokrasisinin bu niteliği, onu, demokratik düzenin düşmanlarının teşebbüs ve hücûmlarına karşı çok hassas ve savunmasız bir hâle sokmaktadır. Demokrasimiz, kendi kendini koruyacak moral şartlardan yoksundur. İnsan hak ve hürriyetlerine saygı fikri bilinçlerde henüz yerleşmemiştir. Bu sebeple, yukarıdaki soruya cevap ararken, Türkiye'nin bu gerçeklerini gözden uzak tutmamalı, örneğin, İngiltere'deki hukukî rejimi, Türkiye'de de aynen uygulamayı isteyecek kadar aşırı bir romantizme kapılmamalıyız. Türk demokrasisi, kuvvetlenip kendisine olan güveni arttığı nisbette, ülkemiz her çeşit fikrin serbestçe tartışıldığı bir forum haline şüphesiz gelecektir. 1961 Anayasa'sının yürürlüğe girmesinden bu yana fikir ve inanç hürriyetleri ve bunların siyasî hayatımıza intikali konularında müşahede edilen gelişmeler bu düşünceyi doğrulamaktadır. Ancak, demokrasiye giden yolun henüz başında olduğumuz bir sırada, hem demokrasiye inanıldığını söylemek, hem de bu demokrasinin hürriyet ilkesini bütün genişliği ile uygulamanın demokratik bünyeyi sağlamlaştıracağını zannederek, iktidara geçer geçmez tüm insan hak ve hürriyetlerini inkâr edip dikta rejimini kuracağı muhakkak olan partilere ve bu çeşit görüşleri savunan kişilere her bakımdan serbestinin tanınması gerektiğini ileri sürmek çelişmeye düşmek demektir.

Esasen, menfaatlerinin ve görevlerinin bilincine sahip bir Devlet'in, varlığına, kendisini meydana getiren düzenlerin tümlüğüne yönelmiş tehlikeli ve yıkıcı bütün kuruluş ve akımlara karşı kendini korumak hakkına sahip bulunduğu ve intihara kararlı olmadıkça bunlara göz yummamak durumunda olduğu inkâr edilemez. Bu bakımdan, Devlet'in, demokratik, liberal, totaliter yada sosyalist olması arasında bir fark yoktur ([13]).

Öte yandan, özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, çeşitli ülkelerdeki gelişmeler, liberal demokrasiyi benimseyen anayasalara, demokratik düzen aşırı ve

(12) **Z. CHAFEE**'nin kuvvetle savunduğu bu görüşün tamamı ve eleştirilmesi için bak. **KAPANİ** Freedom To Destroy Freedom. Reprinted from the Collection of Essays in Honour of. Prof. Ernst E. Hircsh. sah. 2 ve mü.

(13) MANZINI, op. cit. n. 956 ve 983.

yıkıcı akımlara karşı koruyucu hükümlerin girmesi yönünde olmuş, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde ifadesini bulup, hürriyetin, onu yok etme hürriyetini içine alacak kadar geniş yorumlanamacağını ilân eden ilke, birçok Anayasalarda somutlaştırılmıştır. Federal Almanya Anayasası bunun en canlı örneğidir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası da, başka bir sonuca varılmasını önleyici bir sistem getirmiş bulunuyor. Anayasamız, gerek soldan, gerek sağdan gelecek aşırılıklara karşı olduğunu açıkça gösteren hükümler koymuştur. Daha 2. m. de, Türkiye Cumhuriyeti'nin, «insan haklarına... dayanan... demokratik... bir hukuk devleti» olduğunu belirten Anayasa, her şekli ile totaliterizmi reddettiğinin en açık delilini getirmiştir. 4. maddedeki, «Egemenliğin kullanılması, hiç bir suretle belli bir zümreye veya sınıfa bırakılamaz» hükmü de Anayasamızın, liberal demokrasinin düşmanı olan akımlara ve kuruluşlara karşı vaziyet aldığını göstermektedir.

Bu bakımdan, demokratik hürriyet rejimini cebren yıkmak amacıyla parti ve dernek kurulmasını yada propaganda yapılmasını yasaklayan ceza kanunu hükümlerinin, hürriyeti kısıtlayıcı yasaklar koydukları gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı olduklarını iddia eden görüşe katılamıyoruz. Kaldı ki, Anayasa'nın 57. maddesinde, liberal demokrasi ilkelerini tanımayan siyasî partilerin kurulması kesinlikle yasaklanmıştır :

> «Siyasî partilerin tüzükleri, programları ve faaliyetleri, insan hak ve hürriyetlerine dayanan demokratik ve laik Cumhuriyet ilkelerine ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmezliği temel hükmüne uymak zorundadır. Bunlara uymayan partiler temelli kapatılır.»

Binaenaleyh, devlet adamlarımız arasında bile rağbet bulan, «Türkiye'de komünist partisi kurulabilir, kurulmalıdır» gibi görüşlerin Anayasa ile bağdaştırılamayacağını sanıyorum. Türkiye'de komünist partisi kurulabilecekse, Nazi ve faşist partileri de kurulabilecek demektir.

Denilmiştir ki, «...cebrî hareketlerde bulunmadıkça cebir telkin etmedikçe, komünist partisi kuranlar cezalandırılmamalıdırlar. Böyle bir parti kurulursa yegâne müeyyide, Anayasa'nın 57. maddesinde belirtildiği üzere, partinin kapatılmasından ibarettir.»

Ancak, bir partinin, komünist partisi olmasına rağmen, getirmeği amaç edindiği sosyal, ekonomik, siyasal ve hukukî değişiklikleri gerçekleştirmek için cebri vasıta olarak kullanma yoluna gitmeyeceğini kabûldeki güçlük büyüktür. Eğer böyle bir parti, amaçlarına cebrî yoldan değil, liberal demokrasinin çizdiği yollardan geçerek gitmeği taahhüd eden bir programa sahipse ve programını cebir kullanmadan gerçekleştirmesi gerçekten mümkün ise, yukarıda belirtilen anlamda bir komünist partisi olmaktan uzaktır. Zaten batı ülkelerindeki komünist partileri cebri programlarına almadıkları sürece meşrû sayılmaktadırlar.

Yukarıdaki izahatın göstermiş olacağı gibi, 141 ve 142. maddelerin ilgası kesin bir çözüm şekli olmaktan uzak ve tehlikelerle doludur. Geriye, maddelerin, komünizm ile demokratik sosyalizm ve sair solcu akımların karıştırılmasını önleyecek

şekilde değiştirilmesi yolu kalmaktadır. Yalnız, bu, kolay bir iş değildir. İlk olarak, kanundaki vuzuhsuzluğun komünizmin kanun metninde tanımlanmasıyla yokedilebileceği akla gelebilir. Fakat, böyle bir hareket tarzı, başlıca iki sebepten ötürü yersiz ve sakıncalı olacaktır.

— Kanun metninde verilecek her tanım bir kalıp olacaktır. Bu bakımdan, kapsadığı konunun çevresine katı bir sınır çizecektir. Bu ise, kanunun, durmadan değişen olaylara kolaylıkla ve sür'atle uygulanamaması sonucunu doğurur. Komünizm de devamlı olarak değişiyor. Gerçekten, XIX. Yüzyıl komünizmi ile günümüzün komünizmi farklıdırlar. Hatta, İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesinden bu yana bile, komünizm teorisi ve tatbikatında önemli değişiklikler olmuştur. Şu hâlde, verilecek kanunî bir tanımın, bir süre sonra modası geçecektir. Esasen, komünizmi tanımlama teşebbüsü, çıkması muhakkak bir çok kuramsal tartışmalar yüzünden verimsiz kalmağa mahkûmdur ([14]).

— Komünizm, kanunda tanımlanacak olursa, bu tanımın kapsamına girmesi muhtemel, fakat komünist olmaksızın da savunulması mümkün bulunan, enternasyonalizm, sömürme, sömürgecilik ve kapitalizm ile din aleyhtarlığı gibi fikir akımlarının da cezalandırılması tehlikesi doğacaktır. Binaenaleyh, bu alternatifi de bir yana itmeliyiz.

III

Öyle ise çare nedir? Çare, söz konusu maddelere «c e b i r» unsurunun eklenmesiyle bulunabilir. Çünkü, yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, komünizmin, ortaya çıkmasından beri değişmeyen niteliği, cebir ve şiddeti vasıta kabûl etmesidir. Bu niteliği, onu, demokratik sosyalizmden ve öteki solcu akımlardan ayırmağa yardım edecek en sağlam ölçüdür. Gerçekten, sermaye düşmanlığı, her türlü sömürücülük ve sömürgeciliğe karşı oluş, sınıf ve ırk farkı gözetmeksizin insanlığın kardeşliği inancı başka akımlarca da benimsenmiştir.

Bu noktada, şöyle bir mülâhazanın ileri sürülmesi mümkündür: 141 ve 142. maddelerin metinlerinde, «sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü tesis etmek»; «sosyal bir sınıfı ortadan kaldırmak», «memleket içinde müesses iktisadî veya sosyal nizamlardan birini devirmek» söz konusu edilmektedir. «T a h a k k ü m t e s i s e t m e k», «o r t a d a n k a l d ı r m a k», «d e v i r m e k» fiilleri, zor kullanmayı ve cebri tazammun eden kelimelerdir. Bu itibarla, cebir unsuru, maddenin bünyesinde zaten vardır. Bunun için, kanunda bir değişikliğe gitmeksizin de, Anayasaya ve bilim gerçeklerine uygun bir tatbikatın yerleşmesi mümkündür.

Ancak, yazımızın baş taraflarında, maddelerin tarihçesini incelerken de gördüğümüz gibi, kanunun metni, cebir ve şiddet kullanmayı amaç edinmeyen, yada bu

(14) Genellikle «Sol», «Sosyalizm», «Komünizm» teori ve uygulaması hakkında özlü bilgi için bak. **CAUTE,** David. The Left in Europe Since 1789, London, 1966.

yolda propaganda ve telkinde bulunmayan kuruluş ve kişilerin de cezalandırılmalarını mümkün kılacak tarzda değiştirilmiş ve değişiklik gerekçelerine bu yolda kayıtlar konulmuştur. Bunun için cebir kullanma saikinin, tereddüde ve karışıklığa yer vermeyecek şekilde, suçun unsurları arasına sokulması gerekmektedir.

Aksi takdirde, çeşitli düşünürlerce belirtildiği üzere, «... en masum ve demokratik düzen içindeki gelişimci düşüncelerin dahi tehdit altında tutulması ve fikir özgürlüğü hiçe sayılarak bir çok kimselerin cezalandırılması imkânı mevcudiyetini devam ettirecek... sınıflar arasındaki aşikâr ve ilmen kabûl edilmiş dengesizliklere, haksızlıklara, insanların insanlara kul olup sömürülmelerine karşı isyan duyguları taşıdığını ve sermayedarlığın, ağalığın, beyliğin kaldırılması gerektiğini söyleyen bir kimseyi, sosyal sınıfların halen mevcut düzeni aleyhinde propaganda yapıyor diye takip edebilmek mümkün olabilecektir.» Öte yandan, «el ve kafa işçilerine emeklerinin tam semeresini sağlamak ve istihsal, tevzi ve mübadele vasıtalarının müşterek mülkiyeti esasları üzerinde hakkaniyete en uygun ve mümkün tevzi yapmak ve her faaliyet sahasının ve hizmetin halk tarafından idare ve murakebesini en iyi şekilde sağlamak amacını güden...» siyasî bir partiyi kuranlar, idare edenler ceza tehdidi ile karşı karşıya kalabileceklerdir.

Yalnız, «c e b i r» unsurunun gerçek anlamı üzerinde bir anlaşmaya varmak şarttır. Gerek kanun koyucunun, gerek bu konuya eğilmiş bazı yazarların, cebir unsurunu, adı geçen maddeler bakımından yanlış değerlendirdikleri görülmektedir.

Komünizmin cezalandırılması için, bu ideolojinin karakteristiği olan cebrin fiilen kullanılmış olması şart değildir ([15]). Bir kuruluşun başında olanları yada her hangi bir kimseyi komünizmden ötürü cezalandırabilmek için, getirmek istedikleri yeni düzeni gerçekleştirmek üzere, silâha sarılmalarını ve sair şiddet vasıtalarına başvurmalarını beklemek şart, olmayıp, kurdukları gizli yahut açık parti yada derneğin amacının bir işçi ihtilâli yaparak komünist rejimi yerleştirmek olduğunun anlaşılması kâfidir. Bunun gibi, propagandacının, «Ey işçi yoldaş, sömürülen, fakirlik içinde yüzen, ağalar tarafından ezilen köylü vatandaş, özlediğin mutluluğa kavuşman için, silâhına, baltana, kazmana, sopana sarılıp başındakileri alaşağı etmeli ve kendi hakimiyetini onlar üzerinde kurmalısın» demesini beklemek de şart değildir,

Binaenaleyh, cebrin açıkça ifade edilmiş olmamasına rağmen «meknuz» sayılabileceği hâllerde de cezalandırma mümkün olmalıdır. Bu bakımdan şu görüş, esas bakımından yerindedir: «...cebir istimalinin açık olarak ve sarih surette nazara alınmış veya programa ithal edilmiş olmasına ihtiyaç yoktur. Cebir unsuru zımmen de mevcut olabilir. Meselâ, cemiyetin mahiyeti itibarile, tahakkuk ettirmek maksadını güttüğü gaye, cebir istimal edilmeksizin sağlanamayacaksa, sarahaten ifade edilmese dahi, cebir unsuru mevcut sayılmak gerekir.» ([16]). Manzini, bu konuda şöyle

(15) Cebir bilfiil kullanılmışsa, Ceza Kanunu'nun ikinci Kitabının Birinci Bab'ında yer alan ve daha ağır bir şekilde cezalandırılmış olan cürümlerden birisi işlenmiş olur.

(16) T. B. M. M. Tutanak Dergisi, sayı, 264.

düşünmektedir: cemiyet, anayasaya uygun vasıtalarla gerçekleştirilebilecek fikirleri geliştirmek ve yaymak yada reformları amaç edinmekle yetinmeyip, siyasal ve sosyal düzenlerin, yıkıcı her harekete karşı tabîî olarak gösterecekleri direnmeye karşı şiddet kullanmak suretiyle ulaşabileceği pratik amaçlara yönelecek olursa cebir meknuz sayılmak gerekir. Cebrin kullanılacak tek vasıta olması da zorunlu değildir ([17]).

Komünist bloklar arasındaki farklılıklar, özellikle sulh içinde birlikte yaşama formülünün Rusya ve onun etrafında kümelenen komünist devletler tarafından kabûl edilmesinden sonra gittikçe derinleşmektedir. Fakat Pekin ile Moskova'yı biribirinden gün geçtikçe uzaklaştıran bu çatışmayı Avrupa Komünizm'inin, Asya Komünizm'inin aksine, her bakımdan sulhçu ve liberal niteliğe kavuştuğu ya da kavuşma yolunda olduğu şeklinde mütaleâ etmek, ihtiyatsız olmasa bile aceleci bir yorum olur. Mamafih, işçi ihtilâlinin, modern komünizmin bayrağı olmaktan, hiç değilse görünüşte çıktığı ve amaca ulaşmak için yeni yollar ve usûller denendiği de bilinen bir gerçektir. Meselâ; 1966 yılı sonuna doğru Komünist Partisi dahil, bütün Fransız solu, De Gaulle'e karşı birleşmiş ve komünist partisi, iktidara zorla gelmekten vazgeçtiğini ve partilerin çokluğu ilkesini benimsemiş olduğunu gösteren bir tatbikata girişmiştir ([18]).

Mamafih, ancak bu durumun bütün komünist partileri bakımından geçerli olduğu zannedilmemelidir. Meğer ki, Prof. Duverger'nin de dediği gibi, «...İnsanların mutluluğunu kapitalizmden daha iyi gerçekleştirebilmek için komünist rejimler mahrumiyet ve diktatörlükten ayrılma...» ([19]) yolunu tutsunlar. Komünizmin hüviyetini değiştirecek böyle bir topyekûn değişiklik olmadıkça, seçim yolu ile iktidara gelmiş olsalar bile, komünist partileri, kendi kendilerini inkâr etmemek için, kuvveti ele geçirdikten kısa yada uzunca bir süre sonra diktatoryayı ilân edebilecekleri bir süreçin içine gireceklerdir.

Aslında bütün mesele, insan hak ve hürriyetlerine saygı esasına dayanan demokrasiye içtenlikle inanmış olup olmamaktan ibarettir. Eğer bu anlamda bir demokrasiye kurtuluş çâresi olarak bakıyorsak, hangi yönden gelirse gelsin, onu yıkmak isteyen bütün teşebbüs ve tecavüzlerle savaşmak zorundayız. Bu savaşta başvurulacak araçlardan biri de hukukî tedbirler olmalıdır. Özellikle, henüz emekleyen ve yerleşme çabası içinde bulunan demokrasilerin, hayatına kasdedenlere karşı, «sana bir tokat vurana öbür yanağanı uzat» felsefesiyle hareket etmelerini beklemek, yani, düşmanlarına, hürriyeti yok etme hürriyetini tanımasını istemek gerçekçi bir talep olamaz.

(17) **MANZINI.** op. cit. n. 956, IV.
(18) **TOPUZ,** Hıfzı. Fransa'da solcu partilerin anlaşması. Cumhuriyet, 5 Ocak 1967,
(19) **ALTUğ**, Yılmaz, insanların Mutluluğu, Milliyet, 16/9/1965

SONUÇ

Türk Ceza Kanunu'nun, 141 ve 142. maddelerinin (1) numaralı bendleri, yürürlükteki muhtevalarıyla, bilimsel veriler, toplum hayatının gerçekleri ve Anayasa'nın getirdiği ilkelerle çatışma halindedirler. Bu yüzden, Anayasa'da ifadesini bulan çeşitli inancalara rağmen, iktidarlar tarafından adaletsiz ve isabetsiz bir şekilde uygulanmaları mümkündür. İzahına çalıştığımız sebepler dolayısiyle, maddelerin yürürlükten kaldırılmaları gerçekçi bir çözüm yolu olamayacağına göre, cebir unsurunu maddelere sokarak, şikâyet konusu olan tatbikata bir son vermek lâzımdır. Böyle bir değişiklik, bir yandan da demokrasi cephesine kuvvet kazandıracaktır.

Yazımıza son vermeden önce, bir noktaya daha dokunmak istiyoruz: söz konusu maddelere cebir unsurunun eklenmesiyle, cebir kullanma saiki suç unsuru haline getirilmiş olacaktır. Bu sebeple, mahkemeler, her olayda sanığın saikini araştırıp bulmağa çalışacaklar ve meselâ, öğretmek, bilgi veya haber vermek gibi bir amacın güdüldüğü sonucuna varırlarsa ceza vermeyeceklerdir.

(6. Makale - 1967)

Dr. Rona AYBAY

*Anayasa'nın 151. Maddesine Göre Taraflarca İleri Sürülen Anayasaya Aykırılık İddialarının «Ciddi»liği Sorunu**

---

*Rona Aybay, "Anayasa'nın 151. Maddesine Göre Taraflarca İleri Sürülen Anayasaya Aykırılık İddialarının «Ciddi»liği Sorunu", İÜHF Mecmuası, Yıl 1967, Cilt 33, Sayı 3-4, 155 – 176.

ANAYASA ' NIN 151. MADDESİNE GÖRE TARAFLARCA İLERİ SÜRÜLEN ANAYASAYA AYKIRILIK İDDİALARININ «CİDDİ» LİĞİ SORUNU

Dr . Rona AYBAY

I— KONUNUN ANAYASA METNİ BAKIMINDAN İNCELENMESİ

Bilindiği gibi, Anayasanın kurmuş olduğu «kanunların Anayasaya uygunluğunun yargı yoluyla denetimi» sistemi iki ana yoldan işlemektedir. Birinci yol, doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesinde açılan «iptal dâvası» yoludur. Anayasa, iptal dâvası açabilme yetkisini herkese değil, sadece belirli makam, kurum ve topluluklara tanımış ayrıca bu davanın açılmasını belirli koşullara bağlamıştır.

Kanunların Anayasaya uygunluğunun yargı yoluyla denetimi sisteminin işlediği ikinci ana yol; herhangi bir dâvaya bakmakta olan bir mahkeme önünde, uygulanacak bir kanunun hükümlerinin Anayasaya aykırılığının sözkonusu olmasıdır([1]).

Anayasa bu konuyu 151. maddesinde düzenlemiş bulunmaktadır. 151. maddenin 1. f. na göre: «Bir dâvaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanunun hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar dâvayı geri bırakır.»

---

(1) Yazımızda, Anayasanın 151. maddesinin uygulanmasına sahne olan bütün yargı organlarını, başlangıç (bidayet) mahkemesi terimiyle belirteceğiz. Bu anlamda; Yüce Divan sıfatıyla çalışırken veya siyasi partilerin kapatılması dâvalarına bakarken, Anayasa Mahkemesi de aynı zamanda başlangıç (bidayet) mahkemesidir. Bkz. Anayasa Mahkemesinin E. 1964/22, K. 1964/54 sayılı kararı (AYMKD., sayı 2, s. 166 v.d.).

ARMAĞAN, bir makalemize (Anayasa Mahkemesi ile ilgili bir kaç sorun, Dünya, 17 Şubat 1962) atıf yaparak, Anayasa Mahkemesinin başlangıç mahkemesi olarak görev yaptığı tek hâlin, «siyasi partilerin kapatılması davalarına bakmak» olduğunu söylediğimizi ileri sürüyor. Yazarın cümlesi aynen şudur: «Bazıları yalnız bir hâlde (partilerin kapatılma davaları) mevzubahis olacağını söylemektedirler ki kanaatimizce eksiktir» (ARMAĞAN, Servet, Anayasa Mahkememizde kazai murakabe sistemi, doktora tezi, istanbul, 1967, s. 31 not 75).

Oysa, sözkonusu makalemizde, Anayasa Mahkemesinin, kendisine bir başvurma olmadan da, resen iptal kararı verebileceği yolundaki bir görüşün (ARIKAN, Baha, Anayasa Mahkemesinin yetkileri, Cumhuriyet, 9 Şubat 1962) yanlışlığı belirtilmekte ve şöyle denilmektedir:

«Kanımıza göre, Anayasa Mahkemesinin re'sen iptal kararı verebileceği bir tek istisnai durum vardır. Bu da Anayasa Mahkemesinin bir işe ilk mahkeme (bidayet mahkemesi) olarak bakması durumudur. Anayasa Mahkemesi, **örneğin** siyasi partilerin kapatılması ile ilgili davalara ilk mahkeme olarak bakacaktır...»

Bu ifademizden, «tek isitsna durum» un, Anayasa Mahkemesinin bir işe başlangıç (bidayet) mahkemesi olarak bakması durumu olduğu anlaşılır. Yoksa, ARMAĞAN'ın ileri sürdüğü gibi, bu durumun **yalnız** siyasi partilerin kapatılması dâvaları için sözkonusu olabileceğini söylediğimizi sanmak ve görüşümüzün «eksik» olduğu kanısına varmak doğru değildir. **Örneğin** sözünün de açıkça gösterdiği gibi, siyasi partilerin kapatılması ile ilgili davalar yazımızda, sadece bir örnek olarak bellrtilmiştir.

Anayasanın 151. maddesindeki «mahkeme» deyimi, kural olarak, bütün yargı organlarını kapsamaktadır ([2]). 151. maddenin uygulanması sonucunda, görülmekte olan bir dâva sırasında, uygulanacak bir kanun hükmünün Anayasaya aykırılığının sözkonusu olması ve işin Anayasa Mahkemesine intikal ettirilmesi üç şekilde mümkün olmaktadır.

A) Uygulanacak bir kanunun hükümlerinin mahkemece, Anayasaya aykırı «görülmesi»

Anayasa Türk Hâkimine, Anayasaya aykırı bulduğu bir kanunu uygulamaktan kaçınma yetkisini tanımış bulunmaktadır. 151. madde bunu açıkça belirtmiştir: «Bir dâvaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanunun hükümlerini Anayasaya aykırı görürse ... Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar dâvayı geri bırakır.» Bu madde karşısında, hâkim, uygulayacağı her kanun hükmünün Anayasaya uygun olup olmadığını kendiliğinden araştırmak zorundadır.

Anayasa, hâkime, Anayasaya aykırı bulduğu kanunları uygulamaktan kaçınma yetkisini tanımakla, gerçekte ona bir görev vermiş olmaktadır. Önüne getirilen bir olaya uygulanacak kanun hükmünün Anayasaya aykırı olduğunu «gören» bir hâkim, görevinden ötürü (resen) dâvayı durduracak, bu kanısını gerekçeli bir karar şeklinde ve dâva dosyasındaki ilgili diğer belgelerle birlikte (44. sayılı Kanun m. 27) Anayasa Mahkemesine bildirecek ve onun kararını bekleyecektir.

Bu durumda; hâkimin bir kanun hükmünü uygulaması, ancak o hükmü Anayasaya uygunluk bakımından bir denetimden geçirmesinden sonra mümkündür ve sözkonusu hükmü Anayasaya uygun bulduğu anlamını taşır.

Bunun (Anayasanın m. 65/son f., m. 153 ve geçici m. 4/3 f. hükümleri dışındaki) tek istisnası, Anayasanın 151 maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesine intikal ettirilmiş bir hüküm hakkında, Anayasa Mahkemesinin Anayasaya uygun bulma kararını başlangıç (bidayet) mahkemesine 3 aylık süre içinde ulaştırması duru-

---

(2) Anayasa Mahkemesinin kararlarına göre, Sorgu Hâkimlikleri, Anayasanın 151. maddesi anlamında «mahkeme» niteliğinde değildir. Fakat bu konuda muhalefet şerhleri de vardır*. Bu konuda en son bir seri karar: E. 967/4, K. 967/5 (R.G. 2 Aralık 1967, 12 766); E. 1967/29, K. 1967/ 28 (R.G- 15 Aralık 1967, 12 777); E. 1967/12, K. 1967/10 (R-G. 18 Aralık 1967, 12 779).

Hakem sıfat ve yetkisini haiz İstanbul Yüksek Dereceli Hâkimi de Anayasanın 151. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkili görülmemiştir, (E. 1963/46, K. 1963/43, AYMKD, sayı 1, s- 92 - 93).

İcra Tetkik Mercileri «mahkeme» olarak kabul edilmektedir (E. 1967/ 15, K. 1967/15, R.G. 4 Kasım 1967, 12 742); (E. 1966/15, K. 1966/33, AYMKD., sayı 4, s. 187 v.d.); (E. 1965/25, K. 1965/57, AYMKD., sayı 3, s. 219 vd.)

Vergiler Temyiz Komisyonu 6. Dairesi de, Anayasa Mahkemesince Anayasanın 151. maddesi anlamında «mahkeme» kavramının dışında sayılmıştır (E. 1966/16, K. 1966/28, AYMKD, sayı 4, s. 142 v.d.).

Anayasaya aykırılık iddiasının ileri sürülebilmesi bakımından Uyuşmazlık Mahkemesinin özel durumu için Bkz. GÜRAN, Sait, Uyuşmazlık Mahkemesinde başkan vekilliği meselesi, İHFM, c. XXX, sayı 3-4, s. 1022 - 23.

mudur. Böyle bir durumda, başlangıç (bidayet) mahkemesi, sözkonusu hükmün Anayasaya aykırı olduğu kanısında bulunsa bile, Anayasa Mahkemesinin kararına uymak zorundadır ([3]).

B) Taraflardan birinin ileri sürdüğü Anayasaya aykırılık iddiasının mahkemece «ciddi» bulunması

Bir dâvaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun hükmü hakkında taraflardan birinin ileri sürdüğü Anayasaya aykırılık iddiasının «ciddi» olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar dâvayı geri bırakır. Bu durumda, hâkim «tarafların iddia ve savunmalarını ve kendisini bu kanıya götüren görüşünü açıklayan kararı» dâva dosyasındaki ilgili diğer belgelerle birlikte Anayasa Mahkemesine gönderecektir (Anayasa m. 151, 44 sayılı Kanun m. 27).

C) Mahkemenin, taraflardan birince ileri sürülen Anayasaya aykırılık iddiasını «haklı» veya «yerinde» bulması

(A) ve (B) de açıklamaya çalıştığımız durumlara bir üçüncüsü de, doğal olarak eklenmektedir :

Bir dâvaya bakmakta olan mahkeme, taraflardan birinin ileri sürdüğü Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi bulmakla yetinmeyip, bu iddiayı «haklı» ve «yerinde» de bulabilir. Bu halde, mahkeme, taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasını inceledikten sonra, bu iddianın «ciddi» olduğu kanısına varmaktan öteye, onu benimsemekte ve sözkonusu hükmün Anayasaya aykırı olduğu kanısına varmaktadır.

Anayasanın 151. maddesi, mahkemenin uygulayacağı kanun hükmünü Anayasaya aykırı «görmesi» nden bahsetmektedir. Yukarıda (A) da açıklamaya çalıştığımız gibi, uygulayacağı her kanun hükmünün Anayasaya uygunluğunu araştırmak, hâkimin görevleri arasındadır. Mahkeme, bir hükmün Anayasaya aykırılığını doğrudan doğruya yapacağı bir inceleme sonucunda görebileceği gibi, taraflarca ileri sürülen iddialar üzerine de görebilecektir.

---

(3) «Bir kanun hükmünün Anayasaya aykırı bulunması halinde yargı yerinin tutumu ne olabilir? Dâvaya bakmakta bulunan mahkeme (Bu mahkeme Anayasa Mahkemesi değilse) uygulanacak kanunun hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa o hükmün uygulanmasından kendi kendine vazgeçemez. Ancak Anayasa Mahkemesinden karar isteyebilir.» (Anayasa Mahkemesinin E. 1964/22, K. 1964/54 sayılı kararından — AYMKD, sayı 2, s. 166 V-d.).

Kanımızca, başlangıç (bidayet) mahkemesi için; Anayasanın 151. maddesinde sözü geçen 3 aylık sürede, bir **vazgeçme** değil, **kaçınma** söz- konusudur. Bu «kaçınma», aykırılığı ileri sürülen kanun hükmünün uygulanmasını geçici olarak askıda bırakmak anlamına gelir. Mahkeme ancak, 3 aylık süre içinde Anayasa Mahkemesi kararının kendisine ulaşmaması hâlinde, kanunu uygulamaktan **vazgeçebilecektir**.

Bu halde «mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını, kendi kanısına göre çözümleyerek dâvayı yürütür. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkemeler buna uymak zorundadır.» (Anayasa m. 151/son f.)

Anayasada açık olarak belirtilmemiş olmakla birlikte, bu, yukarıda (A) ve (B) de belirttiğimiz iki hâlin doğal bir sonucu olarak görülmektedir. Bu bakımdan da, Anayasa metninde ayrıca belirtilmesine gerek yoktur.

Anayasaya aykırılık gibi önemli bir konuda, hâkimin kendiliğinden olduğu gibi, tarafların uyarmaları üzerine de aykırılığı «görebilmesi» tabii karşılanmalıdır.

II — KONUNUN ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI BAKIMINDAN İNCELENMESİ

Birinci bölümde, Anayasanın 151. maddesi ile kurulmuş; başlangıç (bidayet) mahkemesinde tahrik olunan, kanunların Anayasaya uygunluğunun yargı yoluyla denetimi sistemini, şematik olarak belirtmeye çalıştık. Bu bölümde de, başlangıç (bidayet) mahkemesinde sözkonusu olan Anayasaya aykırılık durumları sonucunda Anayasa Mahkemesine intikal etmiş olan dâvaları, konumuz açısından incelemeye çalışacağız ([4]).

Anayasanın 151. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi önüne gelen dâvaların büyük çoğunluğu, I. Bölümde yaptığımız tasnifte (A) ve (C) kategorilerine giren dâvalardır. Göreve başladığı günden bugüne (1968 Şubat) kadar, 151. madde uyarınca Anayasa Mahkemesine gelen 90 kadar dâvadan sadece 4 tanesi, I. Bölümde yaptığımız tasnifte (C) kategorisine girecek niteliktedir.

Bu dört karar dışındaki kararlar, ya başlangıç (bidayet) mahkemesinin, uygulanacak bir kanunun Anayasaya aykırılığını kendiliğinden «görmesi» veya taraflardan gelen aykırılık iddialarına katılması (yani, bu iddiaları haklı ve yerinde bulması) sonucunda Anayasa Mahkemesi önüne gelen problemler üzerine verilmiştir ([5]).

---

(4) Dâvaların niteliğinin tespitinde, Anayasa Mahkemesi kararlarında özet olarak verilen bilgilerden yararlanılmıştır.

(5) Burada, Anayasa Mahkemesi kararlarının kaleme alınış şeklinin, konumuz bakımından gerekli seçme ve ayırmanın yapılmasını hayli güçleştirmiş olduğunu da belirtmek isteriz.

Taraflarca ileri sürülen aykırılık iddiası üzerine, başlangıç (bidayet) mahkemesinin bunu «ciddi» bulmakla kalmayıp kendisinin de iddiaya katılması durumu; Anayasa Mahkemesi kararlarında genellikle, «mahkeme de (sözkonusu hükmün) Anayasaya aykırı bulunduğu kanısına vardığından» gibi ifadelerle belirtilmiştir. Ancak, kararlarda bu açıklığa her zaman rastlanmamaktadır, örneğin, bazı kararlarda «İtirazın konusu» başlığı altında «mahkemece iddianın ciddi olduğu kanısına varılarak» denildikten sonra, «Olay» başlığı altında «mahkemece de iptali gerektiği kanısına varılarak» denilmiştir. (Örnek: E. 1966/26, K. 1966/47, AYMKD., sayı 4, s. 235 v.d.)

Başka bir kararda da «Olay» başlığı altında, mahkemenin aykırılık iddiasını «ciddi» bulduğu belirtildikten sonra, «... aykırılığı kanısına varmış...» denilmektedir (E. 1965/41, K. 1965/66, AYMKD*., sayı 4, s. 10 v-d.)

Bir kararda da, aykırılık iddiasına konu olan kanunun «mahkemece, **Anayasaya aykırılığının ciddi olduğu** kanısına varıldığından» bahsedilmektedir (E. 1965/18, K. 1965/53, AYMKD, sayı 3, s. 197 v-d.). Bazı Anayasaya aykırılık durumlarının «ciddi», bazılarının ise «gayrı ciddi» olduğu şeklinde bir düşünceyi hatıra getiren bu ifade, herhalde bir mahkeme kararında yer almamalıydı. Anayasanın 151-maddesinde sözkonusu olan «ciddilik» aykırılık iddiasına yönelmiştir. Yoksa, bazı kanunların Anayasaya aykırılıklarının «ciddi» bazılarının ise «gayrı ciddi» bulunması gibi bir ayırım yapılmasına esas olamaz.

Anayasa Mahkemesi kararlarının kaleme alınışında şekil ve terim tutarlılığına özen gösterilme-

Anayasanın 151. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi önüne gelen davalar içinden, I Bölümde sözünü ettiğimiz (B) kategorisine girmek üzere ayırdığımız dört dâvanın, konumuz bakımından özeti şudur ([6]):

Başlangıç (bidayet) mahkemesi önünde taraflarca ileri sürülmüş bir Anayasaya aykırılık iddiası vardır. Bu iddia üzerine başlangıç (bidayet) mahkemesi, iddianın yerinde olup olmadığı yani aykırılığın varlığı veya yokluğu konusunda bir kanı belirtmiş değildir. Başlangıç (bidayet) mahkemesi, sadece, ileri sürülmüş aykırılık iddiasının «ciddi» olduğu kanısına varmış ve gerekçesinde, ciddi buluşunun nedenlerini açıklamıştır.

Dört karar da, Ankara Birinci Ağır Ceza Mahkemesi önünde taraflarca ileri sürülmüş aykırılık iddiaları sonucunda Anayasa Mahkemesine gelmiş dâvalarla ilgilidir. Dâvalardan birinde, 38 sayılı Kanunun 1. m. nin (A) bendinin, diğerlerinde de (B) bendinin Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Ankara Birinci Ağır Ceza Mahkemesi, dört dâvada da, aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına şu aynı gerekçeyle varmaktadır :

«Söz konusu edilen bu 38 sayılı kanunun 1 inci maddesinin (B) bendinin Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk derecesinin, demokrasimizin en baş dayanağı olan Anayasa Mahkemesince de kontrolü ile bu kanunun en küçük ne bir itiraz ve ne de herhangi bir aykırılık iddialarına yer vermeyecek kesinlikte bir uygulama üstünlüğüne ve sonuç olarak da yayınlandığı günden beri her çeşit basının maksada göre anlayış çevresindeki yaptıkları ayrı ve şaşırtıcı yayınlar karşısında güvensizli-

---

mesinin başka örnekleri de vardır. Kararlarda, başlangıç (bidayet; mahkemesini göstermek üzere ayrı terimler kullanılmaktadır: «İtirazda bulunan», «İtiraz eden», «İtiraz yoluna başvuran», «İtiraz yoluyla iptal isteminde bulunan» gibi.

Öte yandan, Yüksek Mahkemenin anlayışına ve uygulayışına göre, fertler itiraz yolu ile dahi kendi huzuruna çıkamazlar; bu kabil müracaatları ancak mahkemeler yapabilir. Nitekim, bugüne kadar yayınlanan kararların «itiraz eden» hanesinde davaya taraf olan gerçek ve tüzel kişilerin adlarına rastlamak mümkün değildir; kararların bu kısmında hep bir mahkeme ismi yer alır.» Bu görüş ve uygulama her bakımdan «yanlış ve mahzurludur». Fertlerin Anayasaya aykırılık iddiasında bulunma hakkını ortadan kaldırıcı bir niteliktedir. (Bkz. DURAN, Lütfi, Anayasa Mahkemesi, Özel Galatasaray Y. İktisat ve Ticaret O. Der, yıl 2, 1965, sayı 2, s. 14-15).

Dileğimiz, Anayasa Mahkemesinin, hiç olmazsa, Anayasanın 151. maddesine dayanarak, I. Bölümde belirttiğimiz üçlü tasnife uygun bir ayrım yapması ve aynı kategoriye giren davaları gönderen başlangıç (bidayet) mahkemelerini hep aynı terimle belirtmesidir. Bu ilke kabul edilecekse, şu terimleri teklif ediyoruz :

(A) kategorisine giren bir dâvayı yollayan başlangıç (bidayet) mahkemesi için: «İtirazda bulunan»; (B) kategorisine giren bir dâvayı yollayan başlangıç mahkemesi için: «Aykırılık iddiasını ciddi bulan» ve (C) kategorisine giren bir dâvayı yollayan başlangıç mahkemesi için de: «İtiraza katılan».

(6) Başka bir davada daha, başlangıç mahkemesinin tarafça ileri sürülmüş aykırılık iddiasını «ciddi» bulmakla yetindiği düşünülebilir (Bkz. E. 1965/2, K- 1965/24, AYMKD, sayı 3, s. 109). Gerçekten, bu kararda başlangıç (bidayet) mahkemesi, aykırılık iddiasını ciddi bulmasının gerekçesini açıklarken, kendi kanısını açıkça belirtmiş değildir. Ancak, gerekçenin yazılış şekli ve ifadesinden, mahkemenin de ileri sürülen aykırılık iddiasına katıldığı sonucuna vardığımızdan, bu karan da (C kategorisine soktuk. Anayasa Mahkemesinin bu kararının eleştirilmesi için Bkz. DURAN, Lütfi, Uzatmalı Jandarmanın başına gelenler, İHFM. dit XXXI, sayı 1-4, s. 354 v.d.

ğe düşürülmüş olan umumi efkârın yatıştırılması ve sanıkların müdafaa haklarının da umumi ceza prensipleri içinde lâyık olduğu bir üstünlük değerine ulaştırılabilmesi için 44 sayılı kanunun 27 nci maddesinin ikinci bendi gereğince sanık müdafiinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varılarak...» ([7]).

Görüldüğü gibi, bu davalarda başlangıç (bidayet) mahkemesi, gerekçesinde, Anayasaya aykırılığın varlığı konusunda kanısını belirtmiş değildir. Mahkemenin gerekçesinin temeli, sözkonusu kanun hakkında kamuoyunun tereddüdü düşmüş olmasıdır. Mahkeme, «umumi efkârın güvensizliğe düşürülmüş» bulunduğunu kabul etmekte, Anayasa Mahkemesinin vereceği kararla, bu güvensizliğin ortadan kalkacağına inanmaktadır.

Ayrıca, bu durumun, 38 sayılı kanunun kesin bir uygulama üstünlüğüne kavuşmasına engel olduğu da, mahkemece kabul edilmektedir. Yine mahkeme, bu durumu, sanıkların müdafaa hakkı bakımından da elverişsiz görmekte ve Anayasa Mahkemesinin vereceği kararla, bütün bu tereddütlerin ortadan kalkması ihtimaline dayanarak aykırılık iddiasını ciddi bulmaktadır.

Görüldüğü gibi, mahkemenin meseleyi ele alış şekli ve gerekçesini dayandırdığı noktalar, «teknik hukuk» alanının dışına taşmaktadır. Mahkeme, ileri sürülmüş Anayasaya aykırılık iddiasının «ciddi» olup olmadığını araştırırken, sosyolojik gerçekleri göz önüne almıştır.

Kanımızca, mahkemenin meseleyi ele alış şekli son derece isabetlidir. Anayasaya aykırılık sorunlarının incelenmesinde, böyle daha geniş kapsamlı araştırmalar yapmak ve dar hukuk kalıplarının dışına çıkmak, işin niteliğinin bir gereğidir.

Anayasa Mahkemesi, yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle önüne gelen dört davayı incelemeyi reddetmiş değildir. Taraflarca ileri sürülmüş Anayasaya aykırılık iddialarının sonuçta, Anayasa Mahkemesince reddedilmiş olması, başlangıç (bidayet) mahkemesinin bu iddiaları «ciddi» bulmakta dayandığı gerekçelerin muteber olmadığı anlamına gelmez. Eğer Anayasa Mahkemesi, başlangıç (bidayet) mahkemesinin, aykırılık iddialarını ciddi bulmakta dayandığı gerekçeleri muteber bulmasa idi; dâvaları inceleyip, sonuçlandırmayı reddetmesi gerekirdi.

Anayasa Mahkemesi kararları üzerinde yaptığımız incelemenin sonuçları şu noktalarda toplanabilir :

a — Mahkemeler, uygulayacakları kanun hükümlerini, taraflarca bir iddia ileri sürülmeksizin de, Anayasaya aykırılık bakımından denetleme görevlerini yerine getirmekte, genellikle, titiz davranmaktadırlar. Anayasanın 151. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi önüne gelen dâvaların çoğunluğunu bu yolla gelen dâvalar teşkil ediyor.

---

(7) E. 1963/16, K. 1963/83, AYMKD, sayı 1. s. 159 v.d. Ankara Birinci Ağır Ceza Mahkemesinin aynı gerekçeyle Anayasa Mahkemesine yolladığı diğer üç iş hakkındaki Anayasa Mahkemesi kararları: E. 1963/17, K. 1963/84, (AYMKD, sayı 1, s. 173 v.d.); E. 1963/18, K. 1963/85 (R.G. 17 Temmuz 1963, 11 456); E. 1963/19, K. 1963/86 (R.G- 18 Temmuz 1963, 11 457).

b — Taraflarca ileri sürülen, Anayasaya aykırılık iddiaları karşısında, başlangıç (bidayet) mahkemeleri, genel olarak, kendilerini de bu iddialara katılma veya katılmama durumunda görmektedirler.

Böylece, uygulamada, Anayasanın 151. maddesinde sözkonusu olan «ciddi olduğu kanısına varma», *genellikle,* mahkemenin de Anayasaya aykırılık durumunun varlığına inanması anlamında anlaşılmaktadır.

c — Fakat dört dava, başlangıç mahkemesinin, aykırılığı ileri sürülen kanun hükmünün Anayasaya aykırı olup olmadığı konusunda kanı belirtmeden, sadece «ciddi» bulması şeklinde bir uygulamanın varlığını da göstermektedir. Anayasa Mahkemesi, önüne bu şekilde gelen bu dört dâvayı incelemeyi reddetmiş değildir.

III— KONUNUN DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER BAKIMINDAN İNCELENMESİ

Doktrinde, Anayasanın 151. maddesinde sözü edilen «ciddi» likten ne anlaşılması gerektiği konusunda görüş birliği yoktur. «Ciddi» ligin muhtevası konusunda, birbirinden kesin olarak ayrılan iki görüşe rastlanıyor.

Bunlardan birincisine göre; başlangıç (bidayet) mahkemesinde ileri sürülmüş Anayasaya aykırılık iddiaları üzerine, işin Anayasa Mahkemesine intikal ettirilebilmesi, bu iddiaların yerinde ve haklı görülmesine bağlıdır. Bu görüşe göre, Anayasaya aykırılık iddiası karşısında kalan bir mahkeme, sözkonusu hükmün gerçekten Anayasaya aykırı olup olmadığı konusunda bir karara varmak zorundadır. Mahkeme ancak:, Anayasaya aykırılığın varlığı konusunda bir kanıya ulaşması hâlinde Anayasanın 151. maddesindeki yetkisini kullanabilir.

Diğer görüşe göre ise, başlangıç (bidayet) mahkemesinin, ileri sürülmüş bir Anayasaya aykırılık iddiasının «ciddi» ligini araştırması, kendisinin de *aykırılığın varlığı* konusunda bir kanıya varmasını zorunlu kılmaz. Bu görüş, aykırılık iddiasının «ciddi» bulunabilmesi için, ortada tartışılması gereken ciddi bir hukuki problemin var olduğu kanısına ulaşılmasını yeter görmektedir.

Özet olarak sunduğumuz bu görüşleri, şimdi, daha ayrıntılı bir biçimde belirtmeye çalışacağız.

A) «Ciddi» bulmanın, mahkemenin de Anayasaya aykırılığın varlığı kanısında olması anlamına geldiği görüşü

Bu görüşün savunucuları KURU ve ARMAĞAN'dır ([8]).

(8) ARMAĞAN, ciddiliğin muhtevası konusunda görüşünü açıklarken, BALTA ve AKIN'a da atıfta bulunuyor. (ARMAĞAN, Servet, Dâva Mahkemelerinde Anayasaya Aykırılık Defi ve Re'sen Sevk, ÎHFM., cilt XXXII, sayı 2-4, s- 734, not 70).

Oysa BALTA, sözkonusu raporunun, ne ARMAĞAN'ın atıfta bulunduğu 564. sayfasında ne de başka bir yerinde bu meseleye değinmemiştir. (BALTA, T.B., Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Türkei — Verfas- sungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart Köln, Berlin, 1962. Raporun Türkçesi, «Türkiye'de Anayasa Yargısı» adıyla yayınlanmıştır; AHFD., 1961, cilt XVIII, sayı 1-4, s. 547-565).

Bu konuda atıfta bulunduğu AKIN'm görüşünün de, ARMAĞAN'la aynı olduğu çok şüphelidir.

a — KURU'nun görüşü :

KURU'ya göre Anayasanın 151. maddesinde sözkonusu olan «her iki halde de, dâvaya bakan mahkemenin uygulanacak hükmün, Anayasaya aykırı olduğuna karar vermesi gerekir. Yoksa, mahkeme bu husustaki tereddüdünün aydınlanması için dosyayı Anayasa Mahkemesine gönderemez.

Mahkeme tarafların ileri sürdükleri Anayasaya aykırılık iddiasını varit görmüyorsa, talebin reddine karar verecektir» ([9]).

KURU'nun bu satırlarla eleştirdiği konu, esas itibariyle, Anayasa Mahkemesinden «istişari mütalaa» istenmesi durumudur ([10]). Ancak, yazarın ifadesinden kendisinin aynı zamanda, başlangıç mahkemesinde taraflarca ileri sürülen aykırılık iddialarının ciddi bulunmasına, iddiaya mahkemenin de katılması anlamını verdiği anlaşılmaktadır.

Yazar, bir anayasaya aykırılık iddiasının Anayasa Mahkemesine intikal ettirilmesi için, iddianın mahkemece «varit» görülmesi gerektiği kanısındadır. «Varit» terimi Anayasada veya 44. sayılı Kanunda kullanılmış değildir. Ancak, yazarın bununla «yerinde» görülmeyi kastettiği anlaşılmaktadır ([11]).

AKIN, aynen şöyle diyor: «Fakat, tarafların sırf dâvayı uzatmak amacı ile anayasaya aykırılık iddiasında bulunmalarını önlemek için, bu iddiaların sağlamlığına mahkemenin inanması gerekir. Mahkeme bu iddiayı ciddi görmezse, bu iddia Yargıtayca esas hükümle birlikte karara bağlanır (AKIN, İlhan F, Temel Hak ve Özgürlükler, İstanbul, 1964, s. 149).

AKIN'm kullandığı «sağlamlık» deyimi, ARMAĞAN'la aynı görüşte olduğuna inanmak için yeterli bir kanıt değildir. Tam tersi görüşte olduğu da en az aynı derecede isabetle düşünülebilir.

BOYACIOĞLU'nun bir makalesinde «Anayasaya aykırılık iddialarının mahkemece **yerinde** görülmesi» nden bahseden bir başlık vardır (BOYACIOĞLU, Ahmet, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Defi Yoluyla Denetlenmesi, Adalet Dergisi, 1962, yıl 53, sayı 7-8, s. 722). Bu başlık, BOYACIOĞLU'nun aynı görüşü paylaştığını düşündürebilirse de, metinde, konumuz olan probleme değinmemiş bulunduğundan, görüşünü tespit etmemiz mümkün olmamıştır.

ARMAĞAN'm, «ciddilik iddianın ileri sürülmesinde değil de, muhtevasında aranırsa, hiç bir müşküle yer vermeyecek şekilde soru cevaplandırılacaktır» cümlesinin ardından atıfta bulunduğu (ARMAĞAN, s. 734, not 70) EREM de; gerçekte, aykırılık iddiasının ciddi bulunması için, mahkemenin de aykırılığın varlığı kanısında olmasının gerekip gerekmediği problemine doğrudan doğruya değinmiyor. Yazarın amacı, terim olarak «ciddi» liğin isabetini araştırmaktır. EREM'e göre: «İddianın ciddiyeti hukukî bir terim değildir. Anayasanın kullandığı bu ibare isabetsizdir. Savcının iddiasında mahkeme ciddiyet arayacaktır ki izahı müşküldür (EREM, Faruk, Ön Mesele meselei müstehire — olarak Anayasaya aykırılık iddiası, Ankara, 1962, s. 8).

Kanımızca, EREM'i de bu görüşün savunucuları arasında görmek, yerinde olmayacaktır. EREM'in burada yaptığı. Anayasanın ifadesini eleştirmektir. Yazarın görüşlerini, ileride Sonuç bölümünde inceleyeceğiz.

(9) KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara, 1964, s. 168).

(10) Anayasa Mahkemesinin, «istişari mütalaa» istemini reddetmesi konusunda bir kararı için Bkz. E. 1963/25, K. 1963/87, AYMKD., sayı 1, s- 181 v.d.

Bu kararın eleştirilmesi için Bkz- ARIK, K. Fikret, Anayasa Mahkemesi Usul ve içtihadı, SBFD., 1962, cilt XVII, no. 3-4, s. 78.

Kanımızca, Anayasa Mahkemesinden istişari mütalâa istenemiyeceği konusunda bir tereddüde yer yoktur. Ancak bunu, başlangıç (bidayet) mahkemesinin, ileri sürülen bir aykırılık iddiasını «ciddi» bularak Anayasa Mahkemesine yollamasıyla karıştırmamak gerekir.

(11) Hukuk uygulamamızda «varit görmek», «yerinde görmek» le eş anlamda kullanılmaktadır.

Fakat, Türk Dil Kurumunu Türkçe Sözlüğüne (4. Bs.) göre «varit», «olabileceği akla gelen» demek-

b — ARMAĞAN'ın görüşü :

ARMAĞAN'a göre, «ciddilikten maksat», «kanunun Anayasaya şekil ve muhteva olarak aykırı olmasındaki isabet derecesidir» ([12]). Yazar, «Anayasanın 151. maddesinde sözü geçen her iki halde de, mahkemenin kanısının «müşterek bir bünyesi» olduğunu ileri sürmektedir. «Bu bünyenin muhtevası, adı geçen kanunun Anayasaya uygunluk derecesidir» ([13]).

Yine ARMAĞAN'a göre, «ileri sürülen iddianın ciddi görülmesi demek, mahkemece kanunun hakikaten şekil ve muhteva olarak Anayasaya aykırı olduğunun kabul edilmesi demektir» ([14]).

Yazar, «Anayasa Mahkemesi kararlarında, dâva safahatı özetlenirken çıkan mânaya göre, tatbikatın da bu merkezde» olduğunu ileri sürmektedir ([15]).

B) **«Ciddi» bulmanın, mahkemenin de Anayasaya aykırılığın varlığı kanısında olması anlamına gelmediği görüşü**

Bu görüş, DURAN, KIRATLI ve AZRAK tarafından savunulmaktadır. Biz de, bu görüşe katılıyoruz ([16]).

a — DURAN'ın görüşü :

DURAN, aykırılık iddiasının «ciddi» bulunmasının; mahkemenin, tarafların iddialarını *benimsemesini* zorunlu kılmadığını belirtmektedir. Yazara göre, işin Anayasa Mahkemesine havale edilmesi için, aykırılık iddiasında aranacak olan «ciddi» lik; mahkemenin, bu iddianın «davayı uzatmak», «hasmı veya mahkemeyi uğraştırmak gibi Adalete yabancı, aykırı ve zararlı maksatlarla» ileri sürülmediği ve ortada «gerçekten aykırılık şüphesi» ve tereddüdü olduğu kanısına varması anlamına gelir ([17]).

---

tir. Yazar, «varit» görmeye, Türk Dil Kurumunun Sözlüğündeki anlamı vermişse, kendisi bu görüşten çok, ikinci görüşe yakın bir durumdadır

(12) ARMAĞAN, a.g.m:, s. 731.

(13) ARMAĞAN, a.g.m, s. 732.

(14) ARMAĞAN, a.g.m, s. 732 - 733.

Burada, ARMAĞAN'ın bir makalemize atfen yazdığı şu cümlenin anlamını kavramaya imkân bulamadığımızı da belirtmek isteriz: «Yoksa bazılarının iddia ettiği gibi, mahkeme uygun olduğu kanısında olmakla beraber (birinci hal), taraflarca ileri sürülen iddianın ciddilik ve samimiliğine rağmen, eski kanaatini (kanısını) değiştirmesi mümkün değildir» (s. 733).

Yazar «Bazı müellifler ... Amme Hukukunda da «defi» yolu ile kazai murakabe ve «itiraz» yolu ile kazai murakabenin mevcut olduğunu ... ileri sürmektedirler» cümlesinde de, bir makalemize atıfta bulunmaktadır (s. 718, not 7; Doktora Tezi, s. 74). Sözkonusu makalemizde, Amme Hukukunda böyle bir ayrımın «mevcut olduğu» veya «mevcut olmadığı» anlamına gelebilecek bir görüş ileri sürdüğümüzü sanmıyoruz (Bkz. Anayasa Mahkemesi, Dünya Gazetesi, 27 Haziran 1961).

(15) ARMAĞAN, a.g.m, s. 734-

(16) Bu görüşümüzü, biri, Anayasanın halkoyuna sunulmasından önce yayımlanan iki gazete makalemizde belirtmiştik: Anayasa Mahkemesi, (Dünya, 27 Haziran 1961); Anayasaya Aykırılık itirazı (Dünya 12 Kasım 1962).

(17) DURAN, Lütfi, Anayasa Mahkemesi, özel Galatasaray Y.iktisat ve Ticaret Ok. Der,, 1965», yıl 2, sayı 2, s. 13; İtiraz Yolu ile Anayasaya Aykırılık İddiası ve Temel Hak ve ödevlerin Kanunla Düzenlenmesi, ÎHFM, c. XXXI, sayı 1-4, s. 297.

DURAN, aykırılık iddiaları karşısında, başlangıç (bidayet) mahkemesinin durumunu şöyle belirtiyor:

«... anayasal meselei müstehirenin asıl ve normal olan şekli, dâvaya taraf olanların aykırılık iddiaları dolayısıyla esas mahkemesinin bir süzgeç ve mutavassıt rolünde bulunması, *itirazın sonucu ile bizzat ilgili olmamasıdır*» ([18]).

Yazarın verdiği şu örnek, aykırılık iddiasının mahkemece «ciddi» bulunması ile «benimsenmesi» arasındaki ayrımı açıkça göstermektedir:

«Meselâ bir mahkeme resen yaptığı itirazın cevabı üç ay içinde gelmediği takdirde, Anayasadan aldığı yetkiye dayanarak muhtemelen aykırılığını iddia ettiği kanun hükmünü ihmâl ederek, dâvayı kendi hukuk anlayışına göre karara bağlar. Fakat, tarafların ileri sürdüğü ve kendisinin sadece ciddi gördüğü aykırılık itirazını, aynı şartlar altında, bilahare nazarı itibare almayabilir ve olaya kanun hükmünü tatbik eder. Zira bu halde mahkeme, tarafların aykırılık iddialarını benimsemek ve izlemek zorunda ve durumunda değildir» ([19]).

b — KIRATLI'nın görüşü :

KIRATLI, «iddianın ciddiliğinden ne anlamak gerekir?» sorusunu şöyle cevaplandırmaktadır: «Mahkemenin böyle bir iddianın ciddi olduğu kanısına varması, bu iddiaya katıldığı yani kendisinin de iddia edilen kanunu Anayasaya aykırı gördüğü anlamına gelmez. Çünkü gerek Anayasada gerek 44 Sayılı Kanunda bu iki hal birbirinden açıkça ayrılmıştır. Bu şu demektir ki mahkeme, bahis konusu kanunu Anayasaya aykırı görmese bile, aykırılık iddiası kendisinde bir şüphe yaratabileceği gibi, kamuoyunda kanunun Anayasaya uygunluğu hakkında mevcut olan bir şüpheyi de yansıtabilir. Mahkeme, kendisinin ve kamu oyunun tatmin edilmesi veya itiraz edilen kanunun her türlü şüpheden uzak bir şekilde tam bir vicdan huzuru ile uygulayabilmesi için Anayasaya aykırılık şüphesinin Anayasa Mahkemesinin otoritesiyle çözülmesini gerekli görerek itirazı ciddi bulabilir.»

«Mahkemenin, Anayasaya aykırılık iddiasının ciddiliğini kabul etmesi, hiç olmazsa, bu iddianın esastan yoksun olmadığına kanaat getiremediğini, ortaya konulan kanıtları «hukuki bakımdan tartışılmaya değer» bulduğunu ifade eder» ([20]).

c — AZRAK'ın görüşü :

AZRAK'a göre de; «Dava mahkemesi, uygulanacak bir kanunun Anayasaya aykırılığına ya kanaat getirmiş olmalı, ya da böyle bir kanaata varmamış olmakla beraber kanunun Anayasaya aykırılığı yolunda taraflarca ileri sürülen iddiayı ciddi ve hukuki bakımdan tartışılmaya değer bulmuş olmalıdır» ([21]).

---

(18) DURAN, (Anayasa Mahkemesi), s- 14.

(19) DURAN, (Anayasa Mahkemesi), s- 14. Yazarın bu noktayla ilgili açıklaması için Bkz. ileride Sonuç bölümü, s. 172.

(20) KIRATLI, Metin, Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu), Ankara, 1966, s, 68-69.

(21) AZRAK, Ülkü A-, Türk Anayasa Mahkemesi, Anayasa düzenindeki yeri -Teşkilâtı -Fonksiyonları, İHFM., 1963, cilt XXVIII, sayı 3-4, s. 687.

SONUÇ

Anayasanın 151. maddesi uyarınca, bir dâvaya bakmakta olan mahkemenin, taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması sorunu bakımından; Anayasa metni, Anayasa Mahkemesi kararları ve doktrindeki durumu ortaya koyabildiğimizi sanıyoruz. Şimdi de, bu konuda doğru olduğuna inandığımız görüşü belirteceğiz.

Kanımızca, Anayasanın 151. maddesinde sözü edilen, mahkemenin tarafça ileri sürülmüş aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması, mahkemenin de Anayasaya aykırılığın varlığına inanmasını gerekli kılmaz. Bu kanımızı ve tersi görüş hakkındaki tenkitlerimizi şöyle belirtebiliriz:

A) «Ciddi» bulmanın, mahkemenin de Anayasaya aykırılığın varlığı kanısında olması anlamına geldiği görüşünün eleştirilmesi

a — Her şeyden önce, Anayasanın 151. maddesi metninin incelenmesi, görüşümüzün doğruluğunu ortaya koyar. 151. maddenin başında sözkonusu olan; mahkemenin, uygulanacak kanunu Anayasaya aykırı görmesi durumu için, mahkemenin «uygulanacak bir kanunun hükümlerini Anayasaya aykırı görmesi» ibaresi kullanılmıştır. Bu halde, mahkemenin, aykırılığın varlığına inanması gerektiğinden şüphe edilemez.

Fakat ikinci halde, yani bir aykırılık iddiasının tarafça ileri sürülmesi hâlinde, bir *kanı* sözkonusudur. Buradaki *kanı,* ARMAĞAN'ın düşüncesinin tersine, aykırılığın varlığına değil «aykırılık iddiasının ciddi» olduğuna yönelmiş bir kanıdır.

Anayasanın amacı, bu halde de, mahkemenin aykırılığın varlığı kanısında bulunmasını sağlamak olsa idi bunu başka türlü ifade ederdi. «Taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa» ibaresinin yerine, örneğin «taraflardan birince aykırılığı ileri sürülen hükmün, Anayasaya aykırı olduğu kanısına varırsa» gibi bir ibareyle bunu belirtirdi.

Oysa Anayasa, sadece, mahkemenin *aykırılık iddiasının ciddi olduğu* kanısına varmasını aramaktadır. Şu halde, aykırılığı ileri sürülen bir hükmün, Anayasaya uygun ya da aykırı olduğu yolunda hiç bir kanı belirtmeksizin; mahkemenin, sadece iddianın ciddi olduğu kanısına varmak şartıyla işi Anayasa Mahkemesine intikal ettirmesi mümkündür.

b — KURU ve ARMAĞAN'ın görüşü, Anayasanın 151. maddesindeki «veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa» ibaresinin hiç dikkate alınmaması gibi bir sonuca da varmaktadır.

Gerçekten, bu ibare Anayasa metninde bulunmasaydı da; mahkemenin, uygulayacağı bir kanun hükmünü kendiliğinden veya taraflardan birince ileri sürülen aykırılık iddiası üzerine Anayasaya aykırı *görmesi* ve işi Anayasa Mahkemesine havale etmesi mümkün olacaktı.

151. maddenin başındaki, «bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanunun hükümlerini Anayasaya aykırı görürse» ifadesi genel bir niteliktedir. Bu ifade, gerçekte, taraflarca ileri, sürülen aykırılık iddiaları üzerine mahkemece de, sözkonusu , hükmün Anayasaya aykırı görülmesi durumunu da kapsar. Çünkü mahkemenin Anayasaya aykırılığı *görmesi,* aykırılığın varlığını kendiliğinden (resen) görmesi anlamına geldiği gibi, tarafça ileri sürülmüş aykırılık iddiası üzerine mahkemenin aynı iddiaya katılması anlamına da gelir. Mahkemenin, uygulanacak bir kanunun Anayasaya aykırılığını görmesi, davanın her safhasında ve her surette mümkündür.

Anayasanın hazırlanması sırasında da bu gerçek göz önüne alınmış olmalı ki, bu genel ifadenin ardından, aykırılık iddiasının mahkemece «ciddi» bulunmasını düzenleyen özel bir hüküm konulmuştur.

KURU ve ARMAĞAN'ın yaptıkları yorum, ancak, ikinci hâli düzenleyen cümle (yani «veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa» cümlesi) Anayasada mevcut olmasaydı doğru olabilirdi.

c — KURU ve ARMAĞAN'm görüşü, Anayasanın hazırlık çalışmalarının incelenmesini de ihmal etmektedir.

Temsilciler Meclisi ve Milli Birlik Komitesinde yapılan Anayasa görüşmelerinde konumuza ışık tutacak bir açıklığa rastlanmıyor ([22]). Fakat, şu noktanın konumuz bakımından önemli olduğunu sanıyoruz:

Milli Birlik Komitesince, Anayasa Ön-Tasarısı hazırlamakla görevlendirilen Bilim Kurulu'nun tasarısının (İstanbul Tasarısı) 178. maddesi; davada taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiası üzerine işin Anayasa Mahkemesine intikal ettirilmesini, mahkemece iddianın *«ciddi ve haklı»* olduğu kanısına varılması şartına bağlamıştı. Bu ifade, işin Anayasa Mahkemesine intikali için, mahkemenin de, aykırılığın varlığına inanmasının gerektiği şeklinde yorumlanabilirdi.

Ama, Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu, İstanbul Tasarısının konumuzla ilgili hükmünü esas itibariyle benimsemişse de, «ciddi ve haklı» deyimi yerine sadece «ciddi» sözü ile yetinmiştir.

Anayasanın 151. maddesi, Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunun hazırladığı tasarıdaki 152. maddenin Kurucu Meclise aynen kabulü sonucunda Anayasaya girmiş bulunmaktadır ([23]).

Bilindiği gibi, Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu, İstanbul Komisyonu tasarısını «etüd metni» olarak kabul etmiş ([24]) ve bu metinden geniş ölçüde yararlanmıştır.

---

(22) Maddenin, Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunca hazırlanan gerekçesinde, konumuzla ilgili olabilecek sadece şu cümle vardır: «Ancak böyle bir iddianın bekletici bir mesele haline gelebilmesi için, hakikaten ciddi olması gerektir.» Bu cümle, konumuza ışık tutabilecek nitelikte değildir.

(23) Bkz. AYBAY, Rona, Karşılaştırmalı 1961 Anayasası — Metin Kitabı —, İstanbul, 1963. s. 250.

(24) Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu Tasarısının Genel Gerekçesi, Bölüm I, 3 (Bkz. AYBAY, a-g-e., s- 278)-

İstanbul Tasarısının 178. maddesindeki «haklı» sözcüğünün, Anayasaya alınmasının uygun görülmeyerek, çıkarılmasının bir anlamı olmak gerekir. Bu da ancak, «ciddi olduğu kanısına varma» nın, «haklı» bulmaya kadar varmayan bir durum olduğudur.

d — KURU ve ARMAĞAN'ın görüşü, Anayasanın tanıdığı temel hak ve özgürlükleri gereksiz yere sınırlamaya da yol açacak niteliktedir.

Fert için, kendisinin taraf olduğu bir dâvada uygulanacak bir kanun hükmünün Anayasaya aykırı olduğu iddiasında bulunabilmek ve konuyu Anayasa Mahkemesi önüne getirebilmek, şüphesiz, önemli bir teminattır. Ancak, burada ferde düşen külfet, acaba başlangıç mahkemesini, sözkonusu kanunun *Anayasaya aykırı* olduğuna ikna etmek midir? Yoksa, tarafın mahkemeyi, sadece, aykırılık iddiasının *ciddi* olduğuna inandırabilmesi yetecek midir?

Mahkemeyi, iddianın ciddi olduğuna ikna etmekle karşılaştırılırsa, Anayasaya aykırılığın varlığına ikna etmek daha büyük güçlük taşır.

KURU ve ARMAĞAN'ın görüşüne göre; taraf için, mahkemeyi Anayasaya aykırılığın varlığına ikna etmek şart olmaktadır. Böylece taraf, Anayasada öngörülmemiş munzam bir külfet altına sokulmuş oluyor. Bu daraltıcı yorum ise, Anayasanın kurduğu sistemin amacına aykırı düştüğü gibi, sözüne de aykırıdır.

Öte yandan, mahkemenin, aykırılık iddiasını ciddi bulmasına, iddiayı kabul etmesi anlamını vermek, hem mahkemeyi kanısı hilâfına bağlamak, hem de *taraflara ait bir itiraz hakkın*ı *ortadan kaldırıp, mahkemeye mal etmek* sonuçlarına varmaktadır. Oysa, bu iki sonuç da, Anayasada öngörülen sisteme aykırı düşmektedir ([25]).

e — Bilindiği gibi, Anayasa Mahkemesi, aykırılık iddiası ileri sürülmesi üzerine önüne gelen davalarda, üç ay içinde kararını vermek durumundadır. Bu süre içinde karar verilmezse, başlangıç mahkemesi, Anayasaya aykırılık iddiasını kendi kanısına göre çözümliyerek davayı yürütecektir (Anayasa m. 151, f. 3 ve son).

DURAN, Anayasanın bu hükmü karşısında, başlangıç mahkemesinin aykırılık iddiasını sadece ciddi bulmakla yetinmeyip, benimsemesini şart sayan görüşün önemli bir sakınca yaratacağını belirtiyor. DURAN'ın haklı olarak üzerinde durduğu sakınca şudur:

Başlangıç mahkemesi, aykırılık iddiası üzerine dosyayı Anayasa Mahkemesine yollarken, iddianın sadece şeklen ciddi olduğu değil, esastan haklı bulunduğu konusunda oyunu açıklamış olacaktır. Böylece, Anayasa Mahkemesinden üç ay içinde karar gelmemesi halinde, mahkeme, meseleyi kendi kanısına göre çözümlemeye giriştiği zaman, Anayasaya aykırılığın varlığını kabul zorunda kalacaktır.

Oysa, başlangıç mahkemesi, taraflarca ileri sürülen iddianın sadece ciddi olduğu konusundaki kanısını belirtmekle yetinirse, kendisini aykırılığın varlığı konu-

(25) DURAN, (Anayasa Mahkemesi), s. 14.

sunda bir kararla bağlamış bulunmayacak ve daha sonra, aykırılık iddiasının esası üzerinde hüküm verirken bu konuda serbest olacaktır ([26]).

f — Yukarıda da belirttiğimiz gibi, ARMAĞAN görüşünü belirtirken, «Anayasa Mahkemesi kararlarında dâva safahatı özetlenirken çıkan mânâya göre, tatbikatın da bu merkezde» olduğunu ileri sürmektedir.

Gerçekten, Anayasa Mahkemesi kararlarının çoğunun ifadesi, uygulamanın *genellikle* bu yolda olduğunu göstermektedir. Ancak, Anayasa Mahkemesinin aksi görüşü de benimsiyebileceğini ve uygulamanın bu yolda olabileceğini gösteren dört önemli kararı vardır. 1963 de verilmiş bulunan bu kararları hiç dikkate almadan yapılacak bir değerlendirme, araştırmacıyı yanlış sonuçlara götürür (26a).

Kaldı ki, Anayasanın açıkça belirttiği bir konuda, uygulamanın bunun aksi yönde olması, akademik tartışmalar bakımından büyük bir değer de taşımaz.

g —Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri hakkındaki 44 sayılı kanunun incelenmesi de, ARMAĞAN'ın ileri sürdüğünün ([27]) aksine bizim görüşümüzü destekler.

44 sayılı Kanunun 27. maddesinin 2. bendine göre: Bir dâvaya bakmakta olan mahkeme, «Taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, tarafların bu konudaki iddia ve savunmalarını ve kendisini bu kanıya götüren görüşünü açıklıyan kararı» Anayasa Mahkemesine gönderir.

Bu maddede sözkonusu olan «kanı» Anayasanın 151. maddesinde belirtilen «kanı» dan başka bir şey değildir ve iddianın ciddi bulunmasına yönelmiştir. Yoksa, Anayasanın tanıdığı bir imkânın 44 sayılı kanunla ortadan kaldırılması düşünülemez.

Yalnız, başlangıç (bidayet) mahkemesi, kendisini aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına götüren görüşünü açıklamak zorundadır. Bu da, mahkeme kararlarının gerekçeli olması ilkesinin (Anayasa m. 135 son f.) tabii bir sonucudur.

Bu hüküm aynı zamanda, mahkemenin, kendisi hiç bir gerekçe göstermeden, sadece Anayasa Mahkemesinden fikir sormasını veya istişari mütalâa istemesini de engeller. Fakat, Anayasanın 151. maddesi uyarınca, aykırılık iddiasının ciddi bulunarak, Anayasa Mahkemesinden «karar istenmesine» ([28]) engel değildir.

B) Anayasada kullanılan «ciddi» teriminin isabeti

Anayasaya aykırılık iddiaları üzerine, işin Anayasa Mahkemesine gönderilebilmesi için başlangıç (bidayet) mahkemesince bir denetleme yapılması usulü, şüphe-

(26) DURAN, İtiraz Yolu ile Anayasaya Aykırılık İddiası... s. 306.

(26a) Mahkemenin «iddianın ciddiliğine ve hukuki bakımdan tartışılmaya değer olduğuna inanarak dosyayı Anayasa Mahkemesine göndermesi hâlinde Anayasa Mahkemesi tarafından **her zaman** reddedilecektir» (ARMAĞAN, a.g.m., s. 733).

(27) ARMAĞAN, a.g.m., s. 731 - 732.

(28) Bkz. Anayasa Mahkemesinin E. 1964/22, K. 1964/54 sayılı kararı (AYMKD, sayı 2, s. 168).

siz, yerinde olarak kabul edilmiştir. Gerçekten, dâvanın taraflarına Anayasaya aykırılık iddiasında bulunma yetkisinin, bunun kötüye kullanılmasını önliyecek bazı tedbirlerle birlikte kabul edilmesi anlaşılır bir şeydir. Sırf dâvayı uzatıp, zaman kazanmak amacı ile ileri sürülen «gayrı ciddi» Anayasaya aykırılık iddialarının, Anayasa Mahkemesine intikalini önlemekte, sistemin işleyişi bakımından fayda vardır. Özellikle, 151. maddenin son fıkrasında sözü geçen 3 aylık süre göz önüne alınırsa, Anayasa Mahkemesinin önüne gereksiz yere dava yığılmasına engel olmak gerektiği açıkça görülür.

Anayasa, bu konudaki denetimi; başlangıç (bidayet) mahkemesince aykırılık iddiasının «ciddi olduğu kanısına varılması» şartını koyarak sağlamaya çalışmaktadır.

EREM, Anayasada bu amaç için kullanılan «ciddi» terimini isabetsiz bulmaktadır ([29]). Yazara göre, «Anayasanın kullandığı bu ibare isabetsizdir... Anayasaya aykırılık gibi bir iddianın ciddiyetinin takdiri bir sonuca bağlanması haklı sayılamaz ([30]).

İleri sürülen her aykırılık iddiası üzerine işin Anayasa Mahkemesine yollanmasının, bu mahkemeye, altından kalkamıyacağı bir hacimde iş gelmesi sonucunu doğuracağı ilke olarak kabul edildiğine göre, bir sınırlama yapmak zorunludur. Bu sınırlamayı yapmak için, Anayasada kullanılan terimin isabeti tartışılabilir. Ancak, kanımızca, bu sınırlamayı sağlamak üzere hangi terim kullanılırsa kullanılsın bu durum, işi «takdiri bir sonuca bağlamak» olacaktır. «Esasen her yargılama az çok takdirî bir işlem değil midir?» ([31]).

Örneğin EREM'in doğru bulduğu, «ileri sürülen mesele aşikâr surette gayrı varit değil ise» ibaresi kullanılmış olsa idi, durumda, işin «takdiri bir sonuca bağlanması» bakımından bir değişiklik olacak mıydı? Kanımızca, olmayacaktı.

EREM, «ciddi» terimini eleştirirken «Savcının iddiasında mahkeme ciddiyet arıyacaktır ki izahı müşküldür» demektedir ([32]). Gerçekten, bir kamu görevlisi olan Savcının, «gayrı ciddi» iddialar ileri süreceğini düşünmek biraz zordur.

Ancak, Savcının ileri süreceği her aykırılık iddiası üzerine işin Anayasa Mahkemesine havale edileceği prensibi kabul edilmemiş bulunduğuna göre, bu durumu tabiî görmek gerekir. Konumuz bakımından, Savcının durumu, dâvanın taraflarından her hangi birinden farklı değildir ([33]).

---

(29) «Ciddi» teriminin «yetersiz» bulunduğu görüşü için ayrıca Bkz. KIRATLI, a.g.e., s. 70; KÖKSAL, Mehmedcan. Hukuka Bağlı Devlet Kuramı Açısından Kanunların Anayasaya Uygunlukları Denetinde «Defi», İHFM., 1962, cilt XXVIII, sayı 3-4, s. 646.

(30) EREM, a.g.e., s. 8.

(31) KIRATLI, a.g.e., s. 71.

(32) EREM, a.g.e., s. 8.

(33) Unutmamak gerekir ki, bîr tarafın vekili olan avukatın da bir kamu görevi yaptığı kabul edilmektedir (Avukatlık Kanunu, m. 22)

Anayasada kullanılan «ciddi» terimi, hukuk dilimize yeni girmiş olduğu için, yadırgatıcı bulunabilir. Fakat, bu sözün kullanılmasını zorunlu kılan sorunun da, hukuk uygulamamız bakımından yeni bir sorun olduğu gözden uzak tutulmamalıdır ([34]).

C) «Ciddi» likten ne anlaşılması gerektiği

Kanımızca, Anayasada kullanılan «ciddi» terimi amaca uygundur. Aykırılık iddiasının «ciddi» liginden ne anlaşılması gerektiği konusunda da, kriter olarak «hukuki bakımdan tartışılmaya değer» bulunmak kabul edilebilir ([35]).

Bir iddianın hukuki bakımdan tartışılmaya değer bulunması, yerinde ve haklı görülmesini gerekli kılmaz. Fakat, böyle bir iddia karşısında kalan başlangıç (bidayet) mahkemesi, işi bu konuda asıl yetkili merci (35a) olan Anayasa Mahkemesine yollamak zorundadır.

Taraflarca ileri sürülen bir aykırılık iddiasının hukuki bakımdan tartışılmaya değer olup olmadığı, kural olarak, *objektif* durumlara göre tayin edilir. Yani, Anayasa Mahkemesinin yukarıda zikrettiğimiz dört kararında gördüğümüz üzere, kanunun Anayasaya uygunluğu hakkında, hukuk doktrininde veya kamuoyunda beliren şüpheler gibi tarafların dışındaki sosyolojik gerçekler bu konuda rol oynar. Bu etkiler, mahkemenin eldeki kanunu «tam bir vicdan huzuruyla» uygulamasına engel olacak bir ölçüye varmışsa, iddiayı ciddi bulmak gerekir ([36]).

Bu alanda şöyle bir örnek düşünülebilir:

Görülmekte olan bir dava sırasında, Anayasa Mahkemesinin bir süre önce zayıf bir çoğunlukla ve kuvvetli karşı - oy yazılarıyla Anayasaya uygun bulduğu bir kanun hükmünün, Anayasaya aykırılığının ileri sürüldüğünü varsayalım.

Başlangıç (bidayet) mahkemesi, böyle bir durum karşısında, Anayasa Mahkemesinin içtihadının değişmesinin muhtemel olduğunu düşünerek, aykırılık iddiasını ciddi bulabilir. Özellikle, Anayasanın, Anayasa Mahkemesine «olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı» kararlar verebilmek imkânını tanıyan hükmü (m. 152 f. 4) göz önüne alınırsa, bu yolun açık tutulması bir Anayasa gereğidir.

---

(34) «Ciddiyet» teriminin. Anayasanın 151. maddesindekine benzeyen bir kullanılışına da, Cumhuriyet Senatosu içtüzüğünde (R.G. 18 Ocak 1964, 11 610) rastlanıyor. Bu İçtüzüğün 140 maddesinde, bir C- Senatosu üyesinin yasama dokunulmazlığının kaldırılması sorununu inceleyen Alt Komisyonun, üye hakkında yapılan isnadın «ciddiyetine» kanaat getirmesinden bahsolunmakadır

(35) Teklif ettiğimiz bu kriter (Anayasaya aykırılık itirazı, Dünya, 12 Kasım 1962) KIRATLI ve AZRAK tarafından da uygun görülerek benimsenmiştir. Bkz. KIRATLI, a.g.e., s. 69, AZRAK, a.g.m., s. 687:

(35a) KUNTER, Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, ikinci bs, İstanbul, 1964:, s. 389; BALTA, a.g, rapor (Türkçesi) s. 553.

(36) İptal edilmiş fakat yürürlükten kalkması, Anayasa m. 152/2 ye göre ertelenmiş bir kanun hakkında ileri sürülen aykırılık itirazı karşısında,, mahkemenin artık ciddilik aramasına gerek yoktur. Bkz. KIRATLI, a.g.e., s. 78-79.

Aykırılık iddiasının hukuki bakımdan tartışılmaya değer olup olmadığını tayininde, iddiayı ileri süren tarafın *sübjektif* durumu da objektif durumların yanı sıra göz önüne alınabilir. Yani, tarafın niyetinin, samimi olarak adaletin gerçekleşmesini sağlamaktan çok davayı uzatıp zaman kazanmak olup olmadığına da bakılabilir.

Ancak, bu konuda objektif sebeplere, her zaman, sübjektif sebeplerden daha fazla değer vermek gerekir. Ortada, kamuoyunda gerçekten tereddüt yaratmış ve hukuki bakımdan tartışılmaya değer bir durum varsa; aykırılık iddiasında bulunan tarafın, bu iddiayı ileri sürmedeki niyetini araştırmak büyük önem taşımaz. Böyle durumda önem olan eldeki kanunun hükmünü, mahkeme tarafından vicdan huzuru ile uygulanmasını sağlayacak bir denetimden yani Anayasa Mahkemesinin denetiminden geçmesinin sağlanmasıdır.

(7. Makale - 1968)

Dr. Tunçer KARAMUSTAFAOĞLU

*Anayasa Yargısının Önemli Sorunları**

* M. Tunçer Karamustafaoğlu, "Anayasa Yargısının Önemli Sorunları", AÜHF Dergisi, Yıl 1968, Cilt 25, Sayı 3, 91-100.

ANAYASA YARGISININ ÖNEMLİ SORUNLARI

Yazan : **Dr. Tunçer KARAMUSTAFAOĞLU**

Anayasa Yargısıyla İlgili Tarihsel Tartışmaların Günümüzdeki Yankıları

Anayasa yargısının kabul edildiği dönemlerden beri, Anayasa Mahkemelerinin yetkileri ve denetledikleri konuların niteliği sert tartışmalara yol açmıştır. Anayasa yargısı konusunda, Amerikan Yüksek Mahkemesinin kuruluş yıllarında Federalistlerle bazı Cumhuriyetçiler arasında başlayan tartışmalar ve görüş ayrılıkları, günümüzde de aynı veya benzer gerekçelerle vakit vakit başgöstermektedir. Tarihsel görüş ayrılıklarını ayrıntılarına girmeksizin ana çizgileriyle özetlersek, bunların modern anayasa yargısı etrafında cereyan eden tartışmaları hâlâ etkilediğini görürüz.

Amerika'da Federal Anayasayı hazırlamakla görevli Federal Kurucu Meclisin çalışmaları ve görüşmeleri incelenecek olursa, burada yargı denetimi konusunda ileri sürülen düşüncelerin birbirine aykırı iki temel görüş çevresinde toplandıkları görülür;

(1) Yargı denetiminden yana olanların düşüncelerine göre, Mahkemeler, milletin iradesini yansıtan temel siyasî ve hukukî belgeye (Anayasaya) uygun bulmadıkları yasama işlemlerini hükümsüz kılabilirler. Bu yargı denetimi yoluyla millet, temsilcilerinin haksız ve yanlış işlem ve eylemlerine karşı korunmuş ve millî iradenin egemenliği sağlanmış olur.

Halkın kurucu kuvveti gerek yasama ve gerek yargı kuvvetlerinin üstündedir. Eğer yasama organının kanunlarda ifâdesini bulan iradesi ile halkın Anayasada beliren iradesi arasında bir ayrılık olursa, yargıçlar bu iradelerden İkincisine yani halkın kurucu istek ve onamına uyacaklardır. Demek ki, yargıçlar kararlarını temel yasa niteliğinde olmayan metinlere göre değil, anayasaya dayanarak vereceklerdir

Öte yandan, klâsik kuvvetler ayrılığı ilkesinin benimsendiği hükümet sistemlerinde Anayasanın garantisi altında bulunan kamu hürriyetlerinin yargı kuvveti tarafından zedelenmek tehlikesi de pek azdır. Yargı kuvvetinin yerine getirdiği görevin niteliği böyle bir tehlikeye elverişli gözükmemektedir.

(2) Yargı üstünlüğüne ve yargı denetimine karşı çıkanların ileri sürdükleri görüşlere göre, Mahkemelere böyle bir otorite ve yetki verildiği takdirde, bunlar öteki devlet organlarının üstüne çıkabilirler. Nitekim, yargı organlarına kanunları anayasanın sözüne ve özüne uyarak yorumlama, inşa etme ve uygulama yetkileri tanınırsa, yargının gücü yasamanın gücünü aşar. Yargı denetiminin tehlikeli sonuçlarından endişe eden bir temsilci, bu konudaki korkularını şöyle açıklamıştır:

«Yasama organının iktidarını kötüye kullanmasından hiç korkmuyorum. Çünkü bu organ iki yılda bir halk tarafından seçilmekte ve halka karşı sorumlu bulunmaktadır. Bunun gibi, yürütme organının iktidarını kötüye kullanması da beni ürkütmüyor. Çünkü o da dört yıllık sınırlı bir dönem için iş görmektedir. Ama benî gerçekten korkutan şey, öteki organları kontrol imkânına sahip olan yargı organının bütün iktidarı ele geçirmesidir.» ([1])

Anayasa Mahkemelerine ve yargısına yöneltilen bu eleştiriler henüz sona ermemiştir. Türlü biçimler altında bu eleştirilere günümüzde de sık sık rastlanmaktadır. Gerçekten Anayasa Mahkemeleri bazı hassas konulara değinen yasama işlemlerini denetledikleri zaman şimşekleri üzerlerine çekmekte ve devlet içinde «istenmeyen organ» ilân edilmektedirler. Eleştirisiz demokrasi olamıyacağı, klâsik demokrasinin kuruluş çağlarından beri bilinen bir gerçektir. Ayrıca siyasal demokrasinin felsefî inançları her türlü kişisel ve kurumsal tabulara karşıdır. Eleştiriye, tartışmaya bütün kapılarını ardına kadar açık tutmak çokçu (pluralist) ve tartışmacı yönetimin değişmez bir geleneğidir. Demokratik kamu kuruluşları bir yandan kamuoyunun, öte yandan örgütlü veya örgütsüz sosyal, siyasal ve ekonomik kümelerin (grupların) etki ve baskısı altında işlemek zorundadırlar. Kamu organlarının bütün eylem ve işlemleri yine kamunun gözetim ve denetimi altında yürütülür. Açık rejim felsefesinin en belirgin özelliği, bu alanlarda kendisini göstermektedir. Anayasa Mahkemeleri de birer kamu organıdırlar. Bu organlara karşı akla, sağduyuya ve bilim verilerine uygun biçimde yöneltilen eleştirileri, tartışmalı yönetimin bir gereği saymamak mümkün değildir. Gerçekten Yüksek Mahkemeleri eleştirilerin dışında tutmak bu organlara ne onur ve ne de yarar sağlar. Tersine yargıçların hayat ve kişiliklerini, mahkemelerin verdiği kararları halkın sürekli gözetimine ve özgür eleştirilerine açık tutmakta fayda vardır. Gerçi bu eleştirilerin bir çoğu, bunların sahipleri kadar tatsız - tutsuz, yavan şeylerdir. Ama her türlü eleştiri, hiç eleştiri olmamasından daha iyidir. ([2])

Anayasa Mahkemeleri genellikle siyasal nitelikteki konuları yargı denetimine tâbi tuttukları vakit sert eleştirilere uğramaktadırlar. Ancak, Anayasa Mahkemelerini birtakım partizanca duygulara kapılarak eleştirmek ve anayasa yargıçlarını partizanlıkla suçlamak, hem bu garanti organının ve hem de anayasa üstünlüğü ilkesinin geleceğini tehlikeye düşürür. Bu bakımdan hukuk, yargı ve siyaset gibi sorunların özelliklerini dikkatle incelemekte fayda vardır.

Hukuk, Siyaset ve Yargı

Anayasa Mahkemelerinin kararlarına karşı beliren tepkiler, Türkiye'ye özgü değildir. Amerikan ve Alman Anayasa Mahkemeleri de verdikleri kararlardan dolayı türlü tepkilere ve amansız eleştirilere maruz kalmaktadırlar. Bu durum anayasal anlaşmazlıkların niteliğinden doğmaktadır. Almanya'da Weimar Anayasası

(1) Tarihsel görüşler hakkında geniş bilgi için bkz. İlhan ARSEL, Amerikan Anayasası ve Federal Yüksek Mahkeme, Ankara, 1958, s. 89-98; Turhan FEYZÎOĞLU, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazaî Murakabesi, Ankara 1951, s. 164 ve son.

(2) Bu bilgiler için bkz. Paul A. FREUND, The Supreme Court of the United States, Cleveland, 1963, s. 71.

döneminde Reich Mahkemesi «her anayasal anlaşmazlığın ardında siyasal bir sorun yatar ve bir iktidar problemi ortaya çıkar» demiştir. Gerçekten, Anayasa Mahkemeleri kamu hayatında ve anayasa düzeni içinde daha değişik bir ödeve ve yere sahip bulunmaktadırlar. Meselâ, Anayasa Mahkemesine siyasî organlar arasında çıkan anlaşmazlıkları çözme yetkisi tanınmışsa, yüksek mahkemenin böyle bir yetki çerçevesinde siyasal sorunlara dokunmaksızın bir karar vermesi çok güçtür. Nitekim, Alman Anayasa Mahkemesinin verdiği kararlar bazan aşırı derecede siyasal sonuçlara varmış ve genel siyasal ortamı etkilemiştir. ([3])

Herşeyden önce, Anayasa Mahkemesi hukuk, ceza, idare mahkemelerinden farklı nitelikte birtakım hukukî anlaşmazlıklarla uğraşmaktadır. Çünkü bu mahkemenin uğraştığı hukuk dalı (Medeniye, ceza, iş ve idare) gibi öteki hukuk dallarından ayrılmaktadır. Anayasa hukuku alanındaki anlaşmazlık siyasal bir sorundan veya olgudan çıkmaktadır. Üstelik, Anayasa hukukunun bir başka adı da siyasal hukuktur. O halde, Anayasa Mahkemesinin önüne siyasal hukukla ilişkin bir anlaşmazlık götürüldüğü vakit, siyasal hukuk biçimine bürünmüş bir sorun ister istemez Mahkeme kararının objesi haline gelmektedir.

Alman Anayasa Mahkemesi yargıçlarından Prof. Leibholz, hukuk ve siyaset sorunlarını Alman hukuk ve siyaset tekniğinin alışılagelmiş düzeyden derine doğru dikey inceleme ve değerlendirme yöntemleriyle inceleyerek ilginç sosyo-politik sonuçlara varmıştır. ([4]) Prof. Leibholz'un gözlemlerine göre hukukî ve siyasal sorunlar arasında bir iç gerginlik (bir yapısal çatışma) mevcuttur. Bu gerginlik veya çatışma politikanın esasından ileri gelmektedir. Bir başka söyleyişle, politika, yapısı ve niteliği icabı dinamik ve irrasyonel biçimdeki kuvvetlerle sıkı ilişki halindedir. Sözü edilen bu kuvvetler ise, sosyal ve siyasal hayatın boyuna değişmekte olan şartlarına kendilerini uydurma ve alıştırma çabasındadırlar. Buna karşılık hukuk temel yapısı itibariyle statik ve rasyoneldir. Ama, hukuk buna rağmen siyasal alan içindeki canlı, etkin güçleri kontrol etmek ve frenlemek isteğindedir. Kısaca, bu çekişme normla (hukukla), varlık-hayat (siyaset) arasında cereyan etmektedir.

Siyasal bir temele dayanan hukuki sorunları incelemekten kaçınmayan Alman Anayasa Mahkemesinin görüşüne göre, bir hukuk kuralının yüksek siyasete ilişkin bir konuyu düzenlemesi mümkündür. Ancak bu hukuk normunun siyaseti ilgilendirmesi, Anayasa Mahkemesinin norm, üzerindeki yargı denetimini ortadan kaldırmaz. ([5]) Oysa, bazı Anayasa Mahkemeleri, özellikle Amerikan Yüksek Mahkemesi, siyasal nitelikteki konulara bakmaktan, bir süre çekinmiştir. ([6]) Gerçekten, Amerikan Yüksek Mahkemesi bir federe devletin anayasadaki cumhuriyet şekline uyup uymadığını veya anayasada değişikliği öngören bir teklifin usulü, dairesinde onaylanıp onaylanmadığını; savaş durumunun, devamını; antlaşmaların yürürlükten kaldırılmasını; yabancı devletlerin tanınması veya tanınmamasını; dış

(3) Gerhard LEIBHOLZ, Politics and Law, Leyden, 1965, s. 272-273.
(4) LEİBHOLZ, Op. Cit., s. 273.
(5) Mahkeme kararı için bkz. LEİBHOLZ, Op. Cit., s. 299.
(6) Japon Yüksek Mahkemesinin tutumu hakkında ayrıca bkz, Shin-İchi TAKAYANAGÎ, Japonya'da Hukuk Devleti, çeviren; T. Karamustafaoğlu, Hukuk Fakültesi Dergisi, c : xxv, 1968, s. 97-98.

politika sorunlarını, genellikle siyasal nitelikte sorunlar (Kara Avrupası deyimiyle hükümet tasarrufu) sayarak denetlemekten kaçınmıştır. ([7]) Yüksek Mahkeme, yargıç Frankfurter'in «siyasal fundalık» diye adlandırdığı bu siyasal konulara girmek istememiştir. Ancak, Amerikan Yüksek Mahkemesi siyasal sorunların yargı denetimine tâbi tutulup tutulmaması hakkında iki fikir kanadına ayrılmıştır. Yargıç Frankfurter ve onun görüşünü izleyen yargıçlar, Yüksek Mahkemenin yargı sınırlan içinde kalmasına (judicial restraint) taraftar olmuşlardır. Buna karşılık, Yargıç Black'ın öncülüğünü yaptığı kanat, yargısal atılganlık veya etkinlik anlayışını (judicial activism) benimseyerek Mahkemenin daha etkin ve müdahaleci bir rol oynamasını savunmuştur. ([8]) Ama ne var ki, yıllar sonra özellikle Başyargıç Earl Warren döneminde etkinlik taraftarlarının görüşleri Mahkemenin kararlarında ağır basmaya başlamıştır. Nitekim, Yüksek Mahkemenin 26 Mart 1962 tarihinde Baker v. Carr dâvası dolayısıyla verdiği karar, Mahkemenin yargı tarihinde bir dönüm noktası olmuştur. Çünkü o tarihe kadar siyasal temsil hakkının nüfusa göre eşit, dengeli şekilde bölüştürülmesi sorunu, federe devletleri ilgilendiren siyasal nitelikte bir konu sayılarak yargı denetimine tâbi tutulmamıştır. Ama Mahkeme Baker v. Carr olayı dolayısıyla bu sorunun yargılanabilir nitelikte olduğuna karar vermiştir. Gerçekten, bazı federe devletlerin anayasalarında yasama meclisi üyelikleri seçim bölgeleri arasında dengesiz bir biçimde dağılmıştır. Temsilcilerin dağılımında daha çok köy ve kır yörelerinin nüfusuna itibar olunmuştur. Ama, ne var ki son yılların hızlı şehirleşme akımı sonucunda bölgelerin nüfusları arasında büyük' değişiklikler meydana gelmiş, eski çevrelerin nüfusu azalırken şehir ve kasabalarınki çoğalmıştır. Yasama meclislerinde eski dağılıma göre köy ve kır bölgelerinden gelen temsilcilerin sayıları ağır bastığı için, meclislerden yeni gelişmeleri kapsayacak bir kanun çıkarmak mümkün olamamıştır. ([9]) Federe devletlerin anayasalarında gerekli değişikliklerin yapılmasını öneren istemler, Yüksek Mahkemece siyasal nitelikte görülmüş ve bölgeler arasındaki bu dengesiz dağılım, Mahkemenin tutumunu değiştirmesine kadar devam etmiştir. Meselâ, Tennessee Anayasası her on yılda bir nüfus sayımı yapılmasına hükmetmiştir. Aynı Anayasa yasama meclisindeki temsilcilerin her bölgedeki seçme hakkını haiz kimselerin sayılarına göre seçileceklerini belirtmiştir. Anayasanın bu kurallarına bir süre yani 1871 den 1901 tarihine kadar uyulmuştur. Yasama meclisinin nüfus esasına göre ayarlanmasıyla ilgili en son işlem 1901'de yapılmıştır. Ama bu tarihten sonraki yeniden bölüştürme çabaları başarısızlığa uğramış ve Federe Devletin nüfusu giderek 2 milyondan 3,5 milyona yükselmiştir. Yeni nüfusa göre bir düzenleme yapılmadığından bölgeler arasında dengesiz, nisbetsiz bir dağılım meydana gelmiştir. Tennessee devletinin kalabalık bölgelerinde oturan seçmenler, bu dengesiz bölünme dolayısıyla kendilerinin nüfusu daha az bölgelerdeki seçmenlere oranla haksız

(7) Bu kategoriler için bkz. Robert H. JACKSON, The Supreme Court in the American System of Government, 1955, ch. 3.

(8) Arthur S. MILLER, The Changing Role of the United States Supreme Court, (The Modem Law Review, 1962, vol. 25, s. 646.

(9) MILLER, Op. Cit., s. 650; Calvin B. T. LEE, One Man, One Vote, New York, 1967, s. 15.

ve eşit olmayan bir duruma düşürüldüklerini ileri sürmüşlerdir. ([10]) Bundan başka Alabama'da 1957 tarihli bir kanun Tuskegee şehrinin sınırlarını yeniden düzenlemiştir. Bu düzenleme sonunda ilkin kare şeklinde olan eski şehıir krokisi, 28 köşeli acayip bir biçime sokulmuştur. Düzenleme belli amaçla yapılmıştır. Şehirde oturan 400 kadar zenciyi şehir sınırları dışına çıkararak bunların belediye seçimlerinde oy kullanmalarına engel olunmak istenmiştir. ([11])

Yüksek Mahkeme bütün bu dâvalardaki olayları incelemiş ve bunların anayasaya aykırı olduklarına hükmetmiştir. (Wmca v. Lomenzo; Reynolds v. Sims; Webserry v. Sanders) Başyargıç Warren Yüksek Mahkemenin görüşünü şöyle açıklamıştır: «Yasama meclislerindeki üyeler ağaçları veya toprak dönümlerini değil, halkı temsil ederler... Madem ki sistemimiz temsilî bir hükümet sistemidir ve temsilcilerimiz doğrudan doğruya halk tarafından seçilen ve halkı temsil eden devlet organlarıdır, o halde temsilcilerimizi serbest ve eşit bir şekilde seçmek hakkı siyasal sistemimizin temel unsurudur... Yurttaşların oylarına ayrı değer ve ağırlık vermek... Belirli bir bölgede oturan kimselere ait oyların bir başka yerde yaşayan kimselerin oylarından daha ağır sayılması haklı görülemez. Herkesin oyu aynı değerdedir. Tek kişi, tek oy demokratik hükümet fikrinin temel ilkesidir. ([12])

Yargıçlar ve Anayasa Yargısının Sınırları

Yukarda da belirttiğimiz gibi, anayasa yargıcı, öteki yargıçlardan daha farklı bir yargı alanında faaliyet göstermektedir. Bu bakımdan anayasa yargıcının öteki yargıçlardan fazla olarak siyasal hayatı meydana getiren siyasal ve sosyal güçler hakkında bilgi ve anlayışa sahip bulunması gereklidir. Anayasa yargıcı, anayasayı bir bütün olarak türlü yönleriyle ele almak ve bu metnin taşıdığı özel anlam ve önemi kavramak zorundadır. Anayasa yargıcının siyasî-hukukî nitelikteki sorunları yargı usulünün tarafsız ve bağımsız süzgecinden geçirmesinde herhangi bir sakınca yoktur. Asıl korkulması gereken şey, partizanlıktır. Çünkü anayasa yargısıyla bağdaşmayan siyasal sorunlar değil, partizanca davranışlardır. Kamu yönetiminin her alanında partizanlık kötü ve tehlikelidir. Ama adaletin partizanlığı kötülüklerin en kötüsüdür. Şu halde, anayasa yargıcı kendi siyasal kanı ve düşüncesi ne olursa olsun, bunları kararlarında bir ölçü veya yargı değeri olarak kullanamaz. Bunun gibi anayasa mahkemesi de kendi siyasal görüş ve düşüncelerini kanun koyucunun somut düşüncelerinin yerine koyamaz. Yargıç Stone'nun deyişiyle «yersiz, isabetsiz kanunları düstûrlardan kaldırmak yetkisi mahkemelere değil, seçime ve demokratik devlet sürecine düşen bir ödevdir.» ([13]) Gerçekten, yargıç bir kanun koyucu değildir. Gerçi yargıç yorum yoluyla hukukunun oluşumuna katılabilirse de, kanun koyma konusunda kendi yetkilerinin sınırlarını bilmeli ve bunları aşmamaya özen göstermelidir. Daha teknik bir deyişle yargıç yasama fonksiyonunu gasbetmemelidir. Yargıç bir hukuk kuralının uygunsuz olduğuna inansa bile, prensip itibariy-

(10) LEE, Op. Cit., s. 31.
(11) Robert E. CUSHMAN, Leading Constitutional Decisions, New York, 1966, s. 222.
(12) CUSHMAN, Op. Cit., 490-91; LEE, Op. Cit., s. 95.
(13) LEIBHOLZ, Op. Cit., s. 297.

le yasama organınca konulmuş bulunan hukukî kuralı kabul etmek zorundadır. Ancak, yargıç kanun koyucunun yasama takdirini kötüye kullandığına ve hukuk kuralının anayasaya uygun düşmeyen keyfî bir kural olduğuna inanırsa, o zaman bu kuralı veya kanunu hükümsüz kılabilir. Kural veya kanunun iptalinden sonra meydana gelen yasama boşluğunu doldurmak görevi anayasa mahkemesinin değil, yasama meclisinin görevidir. Nitekim, Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşüldüğü sırada 50 inci madde üzerinde ilginç görüşler ileri sürülmüştür. Adı geçen Kanunun 50 nci maddesinin 4 üncü fıkrasında şöyle bir hükme yer verilmiştir; «Anayasa Mahkemesi bir kanun veya içtüzüğün veya bunların belirli hükümlerinin iptali halinde meydana gelecek olan boşluğu, kamu düzenini tehdidedici mahiyette görürse... Boşluğun doldurulması için yasama meclisleri başkanlıkları ile Başbakanlığı durumdan haberdar kılar.» Ancak bu maddeyle ilgili hükümet teklifinin gerekçesinde «... Bir kanunun Anayasaya aykırı olması sebebiyle iptaline Anayasa Mahkemesince karar verilmesi halinde âmme düzeninin bozulabileceği üzerinde durulmuş ve cemiyeti başıboş bırakmanın telâfisi imkânsız mahzurlar tevlid edebileceği düşünülmüştür. Bazı ana kaideler vaz'eden kanunların iptalinde cemiyet nizamsız ve başıboş kalacaktır. İşte, bu gibi hallerde, Anayasa Mahkemesi, âmmeyi düzensizlikten korumak ve nizamı tesis etmek bakımından, mevcut hukukî esaslar dahilinde tatbiki zarurî olan hukuk kaidelerini de kararında belirtebilecek, bu suretle, tehdit altında, olan âmme nizamının teşriî organ tarafından yeni bir kanun yapılıncaya kadar tesisine imkân bahşedebilecektir,» denilmiştir. Ama, ne var ki gerek Millet Meclisi Adalet Komisyonu ve gerek Anayasa Komisyonu, yasama boşluğunun geçici niteliktede olsa Anayasa Mahkemesi tarafından doldurulmasını şu gerekçelerle uygun görmemişlerdir: «... Hukuk kaidelerinin kanunları yapmak salâhiyeti münhasıran millî iradeyi temsil eden yasama organlarına ait maddede böyle bir hükmün yer alması yasama organının yetkilerini zedelediği gibi yetkinin devri, kuvvetler ayrılığı ve kazaî murakabe esaslarına da uygun değildir... (Bu husus) Anayasanın 5, 6, ve 7 nci maddelerinde yer alan görevler ayrılığı ilkesine aykırı düşmektedir. Eğer Anayasamız bu konuda görevler ayrılığı ilkesine bir istisna getirmek isteseydi, bunu açıkça yapması gerekirdi...» ([14]) Nitekim, Anayasa Mahkemesi de, çeşitli kararlarında anayasa yargısının görev ve kapsamını şu şekilde açıklamıştır:» Anayasa Mahkemesinin görevi, anayasa hukuku bakımından, yasama organını denetlemektir. Nitelikleri ne olursa olsun Türkiye Büyük Millet Meclisince kanun adı altında yapılan bütün tasarruflar... Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbidir... ([15])

Anayasa Mahkemesinin özellikle son Seçim Kanunu hakkında verdiği iptal kararı siyasî ve hukukî çevrelerde tartışma konusu olmuştur. Anayasa Mahkemesi seçimlerle ilgili kanunların bazı maddelerinin yürürlükten kaldırılması ve 306 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununa bazı maddeler eklenmesi hakkındaki 1036 sa-

(14) Reşit ÜLKER, Gerekçeli, Notlu, Anayasa Mahkemesi Kanunu, İstanbul, 1962, s. 168 - 69.
(15) Bülent Nuri ESEN, Anayasa Mahkemesine Göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı, Ankara, 1966, s. 13.

yılı Kanun ([16]) konusunda TİP, YTP ve bazı senatörlerce açılan iptal dâvasındaki istemleri inceledikten sonra verdiği kısa ve gerekçesiz kararında Meclis Başkanlık Divânının kuruluş biçimi» ile Senatoda Seçim Kanunu tasarısını inceleyen geçici komisyonun kuruluş tarzı üzerindeki itirazların Seçim Kanununun iptalini gerektirmediğine karar vermiştir. Buna karşılık yüksek mahkeme 1036 sayılı kanunun 32 nci maddesinin 4 üncü ve 5 inci fıkralarını Anayasasının 2 nci maddesinde yer alan ve seçim kanunlarında da uyulması gereken (Türkiye Cumhuriyeti demokratik bir hukuk devletidir) ilkesini zedelemekte bulunmaları dolayısıyla Anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. ([17]) Yüksek Mahkemenin bu kararı bazı çevrelerde tepki ile karşılanmış ve mahkemenin yetki gasbında bulunduğu ve seçim sistemleri arasında bir tercih yaptığı ileri sürülmüştür. ([18]) Yüksek Mahkemenin konuya ilişkin gerekçeli kararını henüz yayınlamamıştır. Bu bakımdan, mahkeme kararına karşı yöneltilen eleştirileri ancak gerekçeli kararın tümü okunup incelendikten sonra değerlendirmek doğru olur. Şimdilik şu kadar söyliyelim ki, Anayasa Mahkemesi 1036 sayılı Seçim Kanununun tümünü değil iki fıkrasını iptal etmiştir. Yalnız bu iki fıkranın anayasaya aykırı olduklarını belirtmiştir. Kanımızca, Anayasa Mahkemesi sanıldığı gibi seçim sistemleri arasında bir tercih yapmamıştır. Mahkemenin bu kararla kendi fonksiyonlarını aşarak yasama organının yetki alanına giren bir konuya el attığı ve böylece bir yetki gasbında bulunduğu kesinlikle söylenemez. Çünkü, mahkeme yasama organının takdirini büsbütün değiştirmiş veya bunun yerine yeni bir kural yada seçim sistemi koymuş değildir. Ortada iptal tekniği ile ilgili durum vardır. Gerçekten anayasa mahkemeleri bir kanunu kısmen geçerli ve kısmen de geçersiz sayabilirler. Eğer kanunun geçersiz bir bölümü veya maddesi metnin öteki bölüm veya maddelerinden açıkça ayrılabiliyorsa ve bunlar iptal edildiği vakit kanun tek başına yürürlükte kalabiliyorsa ve yasama meclisi de kanunu bu kısmen iptal edilmiş şekliyle yürürükte alıkoyabilecekse, o zaman mahkeme sâdece geçersiz gördüğü maddeyi, bölümü, iptal etmekle yetinebilir. Ama, böyle değil de geçersiz olan bölüm (madde) geçerli bölümle (maddeyle) çok kaynaşmış ve iç içe girmişse ve bunların iptali ortaya eksik ya da az çok zedelenmiş bir metin kalıntısı bırakacaksa, mahkemenin kanunun tümünü iptal etmesi isabetli olur. Bizce Anayasa Mahkemesi birinci usulü denemiş ve yalnız iki fıkrayı iptal etmiştir. İptal ettiği fıkraların yerine herhangi bir kural koymamıştır. Esasen böyle bir yetkisi de mevcut değildir. Üstelik, Mahkeme eski bir kararında Seçimlerin belli esaslar dışında kanun koyucunun takdirine bırakılmış olduğunu açıklamıştır, ([19]) Yukardaki fıkraların iptali dolayısıyla meydana gelen boşluğu doldurmak yetkisi yine yasama meclisinin elindedir. Anayasa Mahkemesi buna engel olmuş değildir. Öte yandan Anayasa Mahkemesi tüm maddenin seçimlerden kısa bir süre önce iptalinin sosyal ve siyasal alan üzerindeki sakıncalı sonuçlarını düşünerek bu

(16) Resmî Gazete, 23 Mart 1968, Sayı: 12856.
(17) Cumhuriyet, 8 Mayıs 1968.
(18) Başbakanın demeci, bkz. Milliyet, 9 Mayıs 1968; Kanun yapma yetkisi Mecliste Kalmalıdır, Adalet, 9 Mayıs 1968.
(19) Bülent Nuri ESEN, Anayasa Mahkemesine Göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı, Ankara, 1966, s. 12-13.

kere maddenin yürürlüğüne halel getirmeyecek kısmî bir iptalle yetinmiş olabilir. Ancak tekrar edelim ki, bütün bu hususlar Yüksek Mahkemenin gerekçeli kararı yayınlandıktan sonra yeniden ele alınıp daha kesin yargılarla incelenmek gerekir.

(8. Makale - 1969)

Alaaddin ŞENEL

Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişmesi *

* Alaeddin Şenel, "Eşitlik Kavramı ve Tarihsel Gelişmesi", Prof. Dr. Yavuz Abadan'a Armağan, Ankara: A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1969.

EŞİTLİK KAVRAMI VE TARİHSEL GELİŞMESİ

Alâeddin ŞENEL

«Özellikle koşulların gücü her zaman eşitliği bozucu yönde olduğu içindir ki, yasama gücü onu sürdürücü yönde olmalıdır.»

Rousseau, *Toplum Anlaşması,*

II. 11

Giriş

Eylem ve düşünce tarihinin üzerinde ençok durulan istek ve kavramlarından biri özgürlükse, diğeri eşitliktir. İlk bakışta özgürlük kadar soyut, özgürlük kadar kaypak bir kavram olarak gözükmeyen, bir matematik terimi gibi kolayca kavranıp, üzerinde kolayca uzlaşılabilecek bir kavram olarak gözüken eşitlik kavramı, soruna girildikçe görülür ki, hemen özgürlük kadar soyut, özgürlük kadar kaypak bir kavramdır. Bunun nedeni «eşitlik» denince kafamızda bir matematik terimi çağrıştırarak güven duyarken, sosyal alandaki, felsefedeki eşitlik kavramının matematik eşitlik kavramıyla hemen hemen ilgisiz bir kavram oluşudur. Çeşitli özgürlük anlayışlarının, çeşitli özgürlük türlerinin bulunuşu gibi, pek çeşitli eşitlik tanımları, eşitlik türleri öne sürülmüştür şimdiye kadar. Öyle ki, eşitlik kavramı ve eşitlik isteği üzerinde bir uzlaşma olanaksız gözükmektedir. Farklı devirlerin, farklı sınıfların farklı eşitlik anlayışları ve istekleri olmuş, birçok düşünürler farklı eşitlik kavramları geliştirmişlerdir.

Bu yazının amacı, yüzlercesine yeni bir eşitlik kavramı eklemek değildir. Amacımız, eşitlik kavramının farklı bilgi dallarındaki farklı anlamlarına işaret etmek, kavramın içlemini, içeriğini ortaya koymaya çalışmak, eşitlik kavramının tarihteki gelişmesini gözden geçirip, aristokrasinin muhafazakâr eşitlik anlayışını, burjuvazinin liberal eşitlik anlayışını ve proleteryanın sosyalist eşitlik anlayışını inceleyip yansıtmaktan ibarettir.

I. EŞİTLİĞİN ÇEŞİTLİ ANLAMLARI

Eşitlik anlayışı üzerine çıkan uyuşmazlıklar, eşitlik kavramının belirsizliğinden çok, çeşitli sınıfların ve grupların çıkarlarının farklılığından gelmektedir. Bu sınıflar ve gruplar kendi çıkarlarına olan eşitlik istek ve görüşlerini «asıl», «doğru» eşit-

lik olarak görmekte, ya da böyle göstermektedirler. Bu yolda eşitlik kavramının belirsizliğinden, kaypaklığından ellerinden geldiği kadar yararlanmaktadırlar. Bu durum eşitlik kavramı üstüne tartışmaları daha da bulandırmaktadır. Bunun için yazımızda çeşitli eşitlik görüşlerini anlatmaya geçmeden önce, eşitlik sözcüğünün çeşitli bilgi dallarındaki anlamlarını açıklamayı yararlı bulduk. Bu, hiç değilse bazı eşitlik kavramlarının ahlâk, hukuk, ekonomi gibi sosyal bilgi dallarında kullanılamayacağını gösterip, çeşitli eşitlik anlayışlarında eşitlik sözcüğünün hangi anlamında kullanıldığını kavramamıza ve nihayet genel anlamda eşitlik kavramının içlemini ve içeriğini görmemize yarayacaktır.

1. Mantık Terimi Olarak Eşitlik

Mantık «doğruluk yargıları» verir. Önermelerde o önermenin iç tutarlılığını kendi kendisiyle, usa vurmalarda ise, önermelerin birbirleriyle çelişkili olup olmadıklarını inceler. Olgusal gerçeklerle uğraşmaktan çok, yargıların tutarlılığını araştırıp, sonunda «doğru önerme» ya da «yanlış önerme» değerlendirmesinde bulunur.

Bir mantık terimi olarak eşitlik, özdeşlik (ayniyet, aynı oluş) demektir, a = a («a» «a» dır). Bir şey kendisine eşittir. Kendisinden ne fazladır ne eksik. Bu anlamda eşitlik iki ayrı şey için değil, tek bir şey için sözkonusudur. Olgu dünyasında birbirine bu mantıktaki anlamında eşit, yani özdeş iki şey yoktur. Değil insanlar arasında, sosyal alanda, cansız dünyada, maddeler dünyasında bile birbirine tıpa tıp eşit iki ayrı varlık gösterilemez. Buna aykırı olarak bir kimse olgu dünyasında bütün nitelik ve nicelikleriyle iki şeyin birbirine eşit olduğunu söylüyorsa, doğru söylemiyor demektir. Önermesi yanlıştır. Söz konusu ettiği durumda ortada iki değil tek şey vardır. Çünkü birini diğerinden ayrı olarak kavramamız, birini diğerinden ayırdedebilmemiz, birini diğerinden ayrı olarak var kabul edebilmemiz için gerekli olan hiçbir farklı nitelik ve niceliğin bulunmadığı söylenmiştir. Bu mantıksal anlamı ile bakıldığı zaman, evrende hiçbir şey bir diğer şeye eşit değildir; farklıdır, eşitsizdir.

Bu olguyu düşünce tarihinde en güzel biçimde Eski Yunan filozofu Herakleitos ortaya koymuştur. Aynı ırmağa iki kez giremeyiz. Çünkü ikinci girişimizdeki sular ilk girişimizdeki sular değildir; hatta aynı ırmağa bir kez bile giremeyiz; daha adımımızı atarken, yalnız sular değil, biz de değişmekteyiz. Kendi deyişiyle,

«Aynı ırmağa hem adımımızı atıyor, hem atmıyoruz; hem biziz, hem biz değiliz.» [1] Bu, «yalnız doğa değil, kendimiz bile iki farklı zaman kesiminde kendimizin aynısı, özdeşi, eşiti değiliz» demektir.

2. Aritmetik Terimi Olarak Eşitlik

Eşitlik sözcüğünün mantıktaki anlamından başka anlamları da vardır ve bunlar mantıktaki anlamından farklı anlamlardır. Örneğin aritmetikteki anlamı. İnceleme ve düşünme konusu olarak, şeylerin niteliklerini değil de, yalnızca niceliklerini (sa-

(1) Herakleitos, fragment49a.
Diels, (tr by Kathleen Freeman), **Ancilla to the Pre-Socratic Philosop- hers,** (Diels'in antik frağmentleri derleyip sıraladığı **Fragmente der Vorsokratiker** adlı eserin İngilizce çevirisi), Oxford, Basil Blackwell; 1962, s. 28 de.

yılarını) alan aritmetikte eşitlik, mantıktaki anlamından farklı, daha doğrusu özel bir anlamda kullanılır.

Aritmetik de, mantık gibi, gerçeklikle ilgilenmeksizin doğruluk yargıları verir. Aritmetikde eşitlik durumu da, eşitsizlik durumu da vardır. Beş ne üçe, ne de sekize eşit değildir; eşitsizdir. Birinden büyük, diğerinden küçüktür. X = 5 ise, nicelik olarak hesaplanabilen herhangi bir şeyin sayısının beş olduğunu belirtmektedir. Bu da iki şeyin sayısının birbirine eşitliği demek değildir. Ama X = Y, iki ayrı şeyin nicelik olarak birbirlerine eşit olduğunu, yani aynı sayıda olduklarını belirten bir deyiştir.[2] Teorik aritmetik yalnız niceliklerle uğraşır; niteliklerle uğraşmaz.

Her insanın niceliği (sayısı) «bir» dir. Her insan sayıca bir diğer insana eşittir. Ama bunu söylemek insanlar arasındaki eşitlik ve eşitsizlik sorununa hiçbir ışık getirmez. Bu, insanların eşitliği savı için geçerli bir kanıt olarak kullanılamaz. Çünkü bu anlamda bir kadının bir erkeğe, bir kölenin bir efendiye eşit olduğu söylenebileceği gibi, bir ölünün bir diriye, bir eşeğin de bir krala eşit olduğu öne sürülebilir.

Ancak eşitliğin aritmetikteki anlamının incelenmesi, bu kavramın ahlâk alanındaki ve günlük dildeki anlamını kavramamızda, eşitlik kavramının içlemini saptamamızda bize yardımcı olacaktır. Bu konuda teorik değil de, pratik aritmetik, yani aritmetiğin pratik amaçlarla günlük hayatta kullanılması bize bazı ipuçları verebilir.

X = Y örneğinde «X» bir sepet elmanın, «Y» bir sebep ayvanın niceliklerini temsil ediyor olsun. Bu durumda X = Y demek, nitelikçe farklı iki grubun nicelikçe, sayıca birbirlerine eşit olduklarını söylemektir. Aritmetik teoride değil, uygulamada, yalnız nicelikleri değil, nicelik biçiminde belirtilebilen nitelikleri de ölçmede, kıyaslamada kullanılır. Örneğin uzunluk şeylerin bir niceliği değil niteliği olduğu halde, nicelik biçiminde belirlenmiş olan bir ortak nitelik (metrik sistem) sayesinde, nicelik olarak belirtilebilir. Böylece bir kadınla bir erkeğin boylarının birbirine eşit ya da eşitsiz olduğu söylenebilir. Kitle niteliği için de durum aynıdır. Şeylerin kitleleri de ortak ağırlık birimleri ile ölçülüp birbirleri ile kıyaslanabilirler. İnsanların kuvvetleri de bu yöntemle ölçülüp kıyaslanabilir.

Bu durumda eşitlik, ölçülebilen ortak niteliklerin kıyaslanmasında, bu şeylerin ilgili niteliklerinin birbirinden az ya da çok olmadığı özel bir durumun ifadesidir. Pratik aritmetik günlük hayattan başka doğa bilimlerinde de kullanılır. Bu yüzden eşitlik kavramının bundan sonraki uzantısını, doğa bilimlerinde eşitlik kavramı alanında izleyelim.

3. Doğa Bilimlerinde Eşitlik Terimi

Doğa bilimleri «gerçeklik yargıları» [3] verirler. Örneğin bir kaptaki suyun sıfır santigrat derecede olup olmadığını söyler; suyun hangi enlemlerde ve deniz düze-

(2) Mantığın kurucusu sayılan Aristoteles, «... niceliğe ençok has olan karekter ona eşitliğin ve eşitsizliğin yüklenebilmesidir. Buna karşılık nicelik olmayan başka ne varsa hiçbiri hiçbir surette eşit ya da eşitsiz diye tastik edilemezler. Sözgelimi istidat mutlak olarak eşitlikle veya eşitsizlikle vasıflandırılmayıp, daha çok benzerlikle veya benzemezlikle vasıflandırılabilir.» diyerek, eşitlik üstüne en kesin olarak niceliklerle ilgili konularda konuşabileceğimizi belirtmiştir.
Aristo [teles,], (H. R. Atademir), **Organon** (I Kategoryalar) Ankara, Milli Eğitim Bakanlığı Yunan Klâsikleri, 1947, s. 23.

(3) «Olgusal yargılar», «fenomenolojik yargılar» da denebilir.

yinden hangi yüksekliklerde kaç derecede kaynadığını saptar. Suyun yirmi derecede kaynadığını söyleyen bir kimsenin doğruyu, gerçeği söylemediğini, yanlış bir şey söylediğini ortaya koyar. Yargıları olgularla ilgilidir. Mantık gibi «doğrudur», «yanlıştır» yargıları kullanmakla beraber, bunları «gerçektir», «gerçek değildir» anlamında kullanılır.

Demek ki doğa bilimleri şeylerin gerçek niteliklerini araştırır. Üstelik bu niteliklerin derecelerini nesnel ölçülerle nicelik olarak belirtebilir. Böylece şeylerin niteliklerini de kıyaslama olanağına kavuşur. İki ayrı kaptaki suyun hangisinin diğerinden daha sıcak olduğunu ölçülebilir. Bu suların ısı dereceleri farklı olabileceği gibi, eşit de olabilir. O zaman «bu iki kaptaki suyun ısı dereceleri eşittir» yargısını verir. Burada verdiği yargı bir gerçeklik yargısıdır. İki ayrı kaptaki suyun ısı derecelerinin eşit olduğu olgusunu, gerçeğini ortaya koymuştur. Bu nesnel bir yargıdır ve eğer ölçme doğru yöntemle yapılmışsa— herkes kabul etmek zorundadır. Kimse dereceleri gördüğü halde, «hayır bana göre bu iki suyun ısıları farklı» diyemez; derse ciddiye alınmaz.

Bu açıklamalar, doğa bilimlerinde şeylerin niceliklerinden başka niteliklerinin de nesnel olarak ortaya konup ölçülebileceğini ve bulguların herkesçe kabul edilmek zorunda olan evrensel bulgular olduğunu hatırlatmak içindi.

Doğa Bilimlerindeki Anlamıyla Eşitlik Terimi İnsanları Değerlendirişte Kullanılabilir mi?

İnsanlar da doğanın parçasıdırlar; dolayısiyle doğa bilimlerinin bir konuşudurlar. İnsanlar da diğer cansız ve canlı varlıklar gibi birçok niteliklere sahiptirler. Ancak canlılar çok karmaşık varlıklardır. İnsanlar daha da karmaşıktırlar. Bazı nitelikleri diğer şey lerin nitelikleri gibi yalın niteliklerdir. Kolayca ölçülebilirler; kıyaslanabilirler. Örneğin bedenlerinin ısısı. Bazı nitelikleri ise son derece karmaşık niteliklerdir. Örneğin kişilerin sanat yetenekleri. Haydi yük kaldırma yeteneklerini ölçtük deyelim; ya söz kaldırma (hakarete tahammül) yeteneklerini de aynı derecede nesnel olarak ölçecek bir ölçü bulabilir miyiz? Hele kişilerin fizik, duygusal, zihni yeteneklerinin toplamı olan kişiliklerini ölçüp değerlendirebilir miyiz?

İnsanların bazı yetenekleri ölçülebilir —diyebiliriz ki hiç değilse zamanımızdaki teknolojik olanaklarla— bazı yetenekleri ölçülemez. Ölçülebilir yeteneklere göre kişiler kıyaslanabilir ama, bunlar «insanları değerlendirmek» konusunda şaşmaz ölçüler olarak alınamazlar. Örneğin bir defada yüz kiloluk bir ağırlığı kaldıran biri, neden aynı yükü iki seferde taşıyan birinden daha değerli olsun. Birinin beden ısısı 36.4, diğerinin 36.3 derece ise, hangisi daha değerlidir.[4] Birinin kalbi dakikada 68, diğerinin 72 atıyorsa, neden kalbi fazla atan az atandan değerli olsun.

İnsanların akıl, zekâ gibi yetenekleri ise, son derece güç ölçülüp, birbirleriyle güç kıyaslanabilen yeteneklerdir. Diyelim ki onları ölçtük. Neden akıllı olup çalışmayan biri, daha az akıllı olup aklından daha çok yararlanandan değerli sayılsın?

(4) Aristoteles'in, kadının erkekten aşağı olduğu yolundaki görüşünü desteklemek için öne sürdüğü kanıtlar arasında —yanlış olarak— kadının bedeninin ısısının erkekten daha düşük olduğunu söylemesi ilginçtir. Erik Nordenskiöld, **TheHıstory of Biology,** New York, 1928, s. 41-43 den, Richard Levinsohn, (tr. by Alexander Mayce), **A History of Se-xualCustoms**, New York, HarperandRow, 1964, s. 53 de.

Neden yüksek aklını çok çalışıp, ama toplum zararına, kendi yararına kullanan biri, topluma fayda vermese de, zarar da vermeyen daha kıt akıllı birinden daha değerli sayılsın? Nihayet Popper'in belirttiği gibi, «kişisel üstünlüklerin varlığı kanıtlanabilse bile, asla onlara bazı ayrıcalık lar verilmesini haklı kılmaz... Olsa olsa üstün insanlar için özel bazı ahlâki sorumluluklar yaratabilir.» [5]

İnsanların fizik ve zihni yetenekleri arasında pek çok farklılıklar, eşitsizlikler olduğu kaba gözlemlerimizle görebileceğimiz ve doğa bilimlerinin açıkça ortaya koyduğu bir gerçektir. Bu gerçekten hareket edip insanlara farklı değerler vermek, farklı, eşitsiz hak ve ayrıcalıklar tanımak zorunlu ve gerekli midir? Öyle ise hangi farkı, ya da hangi farklılıkları ölçü olarak alacağız; insanların değerlendirilmesi ve haklarına dağıtılması ile ilişkili farklılıklar hangileridir?

İlişkili Fark

İnsanlar arasında, insanların nitelikleri ve yetenekleri arasın da pek çok farklılıkların bulunduğu bir gerçektir. Ama bu farklılıkların hakların dağıtılmasına ve insanların değerlendirilişine temel kılınması ortaya çözülmesi güç sorunlar çıkarmıştır. Örneğin iki insanın derilerinin niteliklerinin (renklerinin) farklı olmasından dolayı eşitsiz oldukları, beyaz ırktan olana daha fazla hak tanınması gerektiği doğru mudur? Şimdi bize sorusu bile saçma gelen bu fikir, iki yüzyıl öncesine kadar beyaz dünya insanlarının çoğunluğunun kabul ettiği, renk farkını insanların doğal eşitsizliğinin temeli ya da belirtisi olarak alan görüştü. Siyah ırk içinden pekçok yetenekli, ünlü kimselerin çıktığını bilen çağdaş insanın egemen görüşü ise, deri rengi ile yetenekler ve haklar arasında, siyah derililerin köle sayılıp aşağı görülmesini gerektiren hiçbir «ilişkili fark»ın bulunmadığı yolundadır.

İlişkili fark fikrini insanlık yeni ortaya çıkarmış değildir. Zamanımızdan 2300 yıl kadar önce Platon, kadın erkek eşitliğine ilişkin olarak, nasıl dazlakların saçlılardan farklı olduğu için birine kunduracılık yaptırıp diğerine yaptırmamak gülünç[6] ise, kadınların salt kadın oldukları için toplumda birçok haklardan yoksun ediliş-lerini de saçma olarak görüp, erkek cinsinin kadın cinsinden şu ya da bu işe yatkınlık bakımından farklı olmadığını, aralarındaki ayrılığın yalnızca erkeğin tohum salması, kadının doğurmasından başka birşey olmadığını[7] söyleyerek, hakların ve görevlerin dağıtımında gözönüne alınacak farkın *ilişkili fark* olması gereğini açık bir biçimde ortaya koymuştu.[8] Ama toplumda egemen cins olan erkeklerin çıkarlarına uygun olmadığından, bu anlayışa zamanımızda bile tam olarak ulaşılabilmiş değildir.[9]

---

(5) Kari R. Popper, (Mete Tunçay), **Açık Toplum ve Düşmanları Platon,** Ankara, Türk Siyasi İlimler Derneği yayını, 1967, s. 53.

(6) Eflatun [Platon], (S. Eyüboğlu - M. A. Cimcoz), **Devlet,** 454 b-c, İstanbul, Remzi Kitabevi Yunan ve Latin Klâsikleri, 1958.

(7) Platon, **Devlet,** 454 e.

(8) Öte yandan Platon da kadın erkek eşitliği konusunda ileri sürdüğü bu «ilişkili fark» ilkesini, bir aristokrat oğlu ile bir halk oğlu arasında bir kız çocuğu ile bir erkek çocuğu arasındaki kadar bile fark olmadığı gerçeğine gözlerini kapayarak, ideal devlet tasarısında üretici sınıf çocuklarını kural olarak siyasal haklar dışında bırakmış, ama aristokrat koruyucular sınıfı kızlarına siyasal haklar tanınmıştır.

(9) Eşitlik sloganının 1789 da meydanlarda çınladığı Fransa'da kadınlara siyasal haklar ancak 1945 de tanınmıştır. Zamanımızda ise birçok memleketlerde kadınlar erkekelere eşit statüye kavuşabilmiş değillerdir.

İnsanların değerlendirilmesinde ve hakların dağıtılmasında hangi farklar ilişkili farklardır? Bir çocuğun asil anababadan, bir çocuğun avam anababadan doğmuş olması onlara eşitsiz siyasal haklar tanınması için ilişkili fark değildir. Çünkü tarih asil doğuşlulukla siyasal yetenek arasında düzenli bir ilişki bulunmadığını, yüzlerce, binlerce örnekte asillerin başına kakmıştır. Aynı şekilde o ya da bu ırktan, o ya da bu dinden oluşla siyasal yetenek arasında nesnel bir ilişki gözlemlenememiştir şimdiyedek. Cinsiyet farkının da ilişkili bir fark olmadığı ortada. Zihni farklılıkların beden yapısı, bedenin özellikleri ile ilişkili olmadığını, günlük gözlemlerimiz yanı sıra, biyoloji bilimi de ortaya koymuştur. Servet farklılıkları kapitalist üretim düzeninin bulunduğu bir toplumda yeteneklerden çok raslantıların, miras kurumunun, haksız kazançların eseridir. Eğitim farklılığı ise, toplumun bütün çocuklarına eşit eğitim fırsat ve olanağı sağlanmadıkça haklı bir temele dayanmayacağı gibi, akıl, yetenek farklarını da yansıtmazlar.

Şimdiye kadar insanlık tarihinde hakların eşitsiz dağıtılmasının temeli olarak alınan farklar hep «ilişkisiz farklar» olmuştur. Hakların eşitsiz dağıtımına ve insanları değerlendirişe temel olacak hiçbir nesnel, evrensel ilişkili fark saptanamamış, gösterilememiştir. İnsanları değerlendirişte, insana insan değeri verme nesnel değilse de, evrensel bir ölçü olabilecek güçte bir ahlâk kuralı olarak görülüyor. Kısaca, tarihin de gösterdiği gibi, insanların kişisel yetenekleri onların toplumsal değerlendirilişleriyle sıkı bir ilişki göstermez.[10]

Ayrıca bir insan bir yönde yetenekli ise, bir başka insan çokluk bir başka yönde daha yeteneklidir. Bu durumda farklı yetenekleri, örneğin resim yapma yeteneği ile müzik yapma yeteneği öl çülemezler ya— ayrı ayrı ölçülebiliyor olsalar bile, ikisinin bir ölçeğe vurulması olanağı yoktur doğa bilimlerinin elinde. Ölçü aynı nitelikte olan şeylere uygulanır. Örneğin bir eleman rengi ile bir portakalın tadı aynı ölçü ile ölçülemez; dolayısiyle nesnel bir biçimde kıyaslanamaz. Ama bir kimse kalkıp, «portakal daha lezzetli ama ben elmanın rengine bayılıyorum, bu yüzden portakal değil elma alacağım» diye elmaya daha yüksek bir değer verebilir. Ne var ki bu, ilerde göreceğimiz gibi, «gerçeklik yargısı» değil, «değer yargısı» olur.

İşte insanları değerlendiriş de, çokluk gerçeklik yargıları ile sıkı bir ilişki olmayan değer yargılarına göre olur. Kimi hareketli, haşarı, kimi uysal çocuğu daha değerli bulur. Kimi beyaz kimi siyah tenli kimselerden hoşlanıp daha değerli görür. Kimi akıllı kimi duygulu insanlara değer verir. Değer yargılan ise, şeylerin nesnel niteliklerini ve bu niteliklerin derecesini belirten nesnel gerçeklik yargılarından farklı olarak, şeylere, insanlara, değer yargısı verenlerce yüklenmiş yargılar olarak, kişiden kişiye, sınıftan sınıfa, toplumdan topluma değişen sübjektif yargılardır.

Bir toplumun, bir sınıfın, bir grubun üyelerinin çoğunluğu herhangi bir değer yargısı üzerinde birleşmiş olabilirler; ama bu o yargının nesnel, doğru, gerçek olmasını sağlamaz. İnsanların, ırkların, soyların, ulusların kendilerini üstün görüşlerini, fizik, biyolojik, zihni yeteneklerde nesnel olarak üstün oldukları savma dayan-

(10) Eski Yunanda aristokrat bir anababadan doğan, yetenekleri tek bir örnekte bile ölçülmeksizin aristokrat değeri görmüş; Birleşik Devletlerde derisi siyah olan köle sayılmıştır.

dırma çabaları, çokluk bilimsel gözlem ve ölçülere dayanmayan önyargılardır, kuruntulardır. Çünkü, buraya kadar yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı gibi, doğa bilimlerindeki ölçme yöntemleri, insanların yeteneklerini ölçmeye elverişli, hele insanların değerlerini birbirleriyle kıyaslamaya temel olacak yargılar vermeye uygun değillerdir. Bu yüzden doğa bilimlerindeki anlamıyla eşitlik ve eşitsizlik sözcükleri insanları değerlendirişte kullanılamaz; kullanılırsa yanlış kullanılmış olurlar.

A. Değer Yargıları Alanında Eşitlik

Bazı niteliklerin nicelik olarak belirtilmeye uygun oldukları halde, bazılarının buna elverişli olmadığını söylemiştik. Örneğin «güzellik» şeylerin bir niteliğidir. Nicelik biçiminde ölçülüp değerlendirilemez. «Şu iki resim onar birim (birbirlerine eşit birimde) güzeller» denemez. Dikkat edilirse «güzellik» niteliği nesnel değil, insanların şeylere yükledikleri sübjektif bir niteliktir. Şeylerin nesnel niteliklerinden ayrılıp, şeylere yüklenen sübjektif nitelikler alanına geçince, «gerçeklik yargıları» alanından «değer yargıları» alanına geçmiş oluruz. Estetik değer yargıları alanının bir dalıdır; ahlâk (etik) bir diğer dalı; temel hukuk ilkeleri bir başka dalıdır.

Gerçeklik yargıları alanında «doğru», «yanlış» (yani «gerçek olan», «gerçek olmayan») değer yargıları alanının estetik dalında «güzel», «çirkin», ahlâk dalında «iyi», «kötü» (ve bazan bunların anlamdışı olarak kullanılan, bu yüzden de gerçeklik yargıları ile karışıklığa yol açan «doğru», «yanlış») yargılarını kullanırız.

Gerçeklik yargıları alanı dışında, insanların şeylere ve davranışlara değer yargıları ile yükledikleri nitelikler, nicelikler biçiminde belirtilemediği halde, insanlar gene de çeşitli nedenlerden dolayı, şeyleri birbirleriyle kıyaslamak, birbirlerine göre sıralamak gereğini duyarlar. Bunun için de sıralama (ordinal) zamirleri kullanma yoluna giderler. Şu şundan daha güzel, daha çirkin, şu davranış şu davranıştan daha iyi, daha kötü gibi yargılar verirler. Bu kıyaslamalarda bir nokta vardır ki, iki şeyden ne birinin ne de diğerinin daha güzel, iki davranıştan ne birinin ne diğerinin daha kötü olduğu söylenemez. İşte bu noktada, «ikisi de aynı derecede güzel», «iki davranış da eşit derecede kötü» gibi yargılar verilir. Ki bu gibi yargılarda kullanılan eşitlik, ileride göreceğimiz «eşit-değerlilik» anlamında bir eşitliktir.

«Eşit» terimi hem kardinal sayıların hem ordinal sayıların[11]terimidir ve iki sayı sisteminin kesiştiği noktadadır. Öte yandan «eşittir» «eşitsizdir» yargıları, hem gerçeklik yargıları alanında, hem değer yargıları alanında kullanılan yargılardır. İşte eşitlik ve eşitsizlik kavramları üzerine çıkan uyuşmazlıklar biraz da bu yüzdendir. Bir düşünür eşit sözcüğünü ordinal anlamda kullanır, diğeri bunu kardinal anlamda alıp, «söz konusu nitelik ölçülemez» diye onun fikrine saldırır. Bir düşünür «eşittir» sözünü değer yargısı olarak, bir ahlâki dilek olarak «eşit olmalıdırlar» kastı ile söyler, ama «olmalıdırlar» sözünü de eklemediği için, sözü bir gerçeklik

(11) Kardinal sayılar, 1, 2, 3, 4, 5 gibi, ya da 0, 0.5, 1, 1.5, 2, 2.5, 3 gibi birbirlerinden farklılık dereceleri belli sayılardır. Ordinal sayılar ise, birbirlerinden büyük ya da küçük, az ya da çok oldukları bilinmekle beraber, şeylerin nicelikleri ya da nitelikleri arasındaki farkın bilinmediği veya ölçülemediği, ölçülemeyeceği durumlarda kullanılan, birinci, ikinci, üçüncü gibi sıralama sayılarıdır. Bir de «güzel», «daha güzel», «en güzel» gibi sıralama zamirleri de ordinal sayılara yakın anlamlarda kullanılır.

yargısı olarak alınıp, «sözkonusu şeyler doğada açıkça eşit değildirler» itirazı ile karşılaşır. Elli elmanın sayıca elli ayvaya eşit olduğu söylenince kimse itiraz etmezken (gerçeklik yargısı), bir kilo muzun üç kilo elmaya eşit değerde olduğu söylenince (değer yargısı), buna itiraz edecek birçok kimse çıkabilir. Çünkü bu değerlendiriş, sayı gibi, ağırlık gibi, uzunluk gibi nesnel ortak bir ölçüye göre yapılmamaktadır. Bu bakımdan diyebiliriz ki, bir kilo muzun üç kilo elmanın değerine eşit olduğu keyfi, sübjektif olarak saptanmıştır. Değer, şeylere insanlar tarafından yüklenen sübjektif bir niteliktir. Örneğin muzun kilosu üç lira, elmanın kilosu bir lira olarak saptanmış olsun; bu elma ve muzun gerçek değeri ile ilgili nesnel bir ölçüye göre yapılmış bir saptama değildir. Bu örnekte değer, nesnel bir nicelik biçiminde belirtilmemiştir. Ya «bence bir kilo muzun değeri üç kilo elmanın değerine eşittir» sözünde olduğu gibi «keyfi» bir değerlendiriş, ya konvansyonel (uylaşımsal) bir değerlendiriştir. Elma ve muz üreticileri ile tüketicileri tabi bir de üreticiler ile tüketiciler arasındaki aracılar, arz ve talep durumuna göre bu nisbi değerler üzerinde uyuşup, bir kilo muzun üç kilo elma değerinde olduğunu kabullenmişlerdir.

Bununla beraber *malların* ve *hizmetlerin* değeri konusunda sosyalist görüş, «bir malı üretmek, bir hizmeti görmek için, o toplumdaki egemen üretim teknolojisi içinde ortalama verimlilikte bir işçinin harcadığı —zaman ile ölçülen— emek» gibi nisbeten nesnel bir ölçeğe bağlama çabasındadır «emek-değer» teorisi ile.

Buna rağmen, bu alanda artık aritmetikteki gibi niceliklerin eşitliği olan, ya da doğa bilimlerindeki gibi niceliklerin derecelerini belirtişe özel bir durum olan *kesin eşitlik* değil, eş-değerlilik söz konusudur.[12] «Eşdeğerlilik» ya da bunun karşıt kavramı olan «eş-de- ğersizlik», o şey birden çok kişiyi ilgilendiriyorsa, ya bir kişi veya bir grup tarafından empoze edilir, ya da toplumun birey ve grupları tarafından uylaşımsal (konvansyonel) olarak kabul edilir. Her iki durumda da niteliklerin niceliklerle belirtilişi nesnel ölçülere dayanmadığı için, bu değerlendiriş evrensel, kesin olmayıp, herhangi bir kimse veya grup tarafından reddedilebilir. Çoğu durumlarda da toplumda bir konuda çeşitli kimselerde ve çeşitli çevrelerde farklı değerlendirişler sürer gider. İşin içine, kişilerin beğenileri gibi sübjektif unsurlar yanı sıra, gıda değeri, üretim masrafları, arz talep durumu gibi nesnel unsurların da girdiği malların değerlendirilişinde beliren bu uyuşmazlığın, insanları değerlendiriş sözkonusu olunca kat kat artacağı açıktır.

5. Ahlâk Alanında Eşitlik Terimi

Ahlâk değer yargıları kullanılan alanlardan biridir. İnsanların birbirleriyle ve toplumla olan ilişkilerindeki davranışlarını değerlendirir. Bir kimsenin bir yeteneği ne kadar yüksek bir yetenek olursa olsun, kişilerin kendisinde kaldıkça, kişi bu yeteneği yönünde toplumla, diğer kişilerle ilişki kurmadıkça, dağ başındaki ayının gücünü kaya yuvarlamakta kullanışıyla kimsenin ilgilenmeyişi gibi, ahlâk bu yeteneklerle ilgilenmez; onu değerlendirmeye kalkmaz. Onun hakkında «iyi ya da «kötü» yargıları vermez. Ahlâk kişilerin birbirleriyle, kişilerin toplumla ilişkilerini düzenlemeye çalışan kurallar koyup, insanları ve eylemleri bu kurallara uyuş ve

(12) Eşitlik kavramı üzerine çalışmalarım sırasında, kendisiyle yaptığım konuşmalarda dikkatimi «eş-değerlilik» kavramına ilk çeken kürsü arkadaşım Doç. Mete Tunçay oldu. Kendisine borçluyum.

uymayışlarına göre değerlendirir. Örneğin Herakles gücünü, Argolide yöresini titreten Nemae aslanını öldürüp halkı onun zararından kurtarmak için kullanmışsa bunu «iyi», karısı Megara'yı ve ondan olan çocuklarını —cinnet geçirdiği bir sırada bile olsa— öldürmek için kullanmışsa, «kötü» bir davranış olarak değerlendirir.

İşte kişilerin doğal yetenekleri ile toplumca değerlendirilişleri arasında sıkı bir ilişkinin bulunmayışının bir nedeni de budur. Ahlâkda önemli olan yeteneklerin çeşit ve derecelerinden çok kullanılış yönleridir. Ahlâkda kullanılan yargılar değer yargılarıdır. Değer yargıları olduğu için de gerçeklik yargıları gibi nesnel, evrensel, kesin yargılar değildir. Devirden devire, toplumdan topluma, sınıftan sınıfa, hatta kişiden kişiye değişebilir bu yargılar. Ahlâk alanında kullanılan ortak yargılara «ahlâk kuralları» denir.

Bazı ahlâk kuralları yaygın kabul gören kurallardır. Ahlâk yargılarının ahlâk kuralları haline gelebilmesinin ölçü ve derecesi, bu kurallar yararına olan sınıf ve gruplarca «benimseniş», zararına olan sınıf ve gruplara kültürel koşullandırmayla «benimsetiş»dir. Yani bireylerin ahlâk kurallarını kabullenişleri bazan kendiliğinden, bazan zorlanmış kabullenişlerdir. Zorla kabul ettirilmiş kurallar olmadıkları durumlarda, ahlâk kurallarının varlıklarının herkesçe kabul görme derecelerine bağlı olacağı açıktır. Bireylerse kendi çıkarları zıddına işleyen, zararlarına olan kuralları kabullenmeyecek, bunlara katılmayacak, aksine başkaları zararına, kendi yararlarına olan kurallar öne sürmek isteyeceklerdir. Bu kez de bu kurallar zararına olan başkaları bunları benimsemek istemeyecektir. Bu durumda ister istemez bireylere «eşit yarar» sağlayacak kurallar üzerinde bir konvansyon (uylaşım) kurulması şansı artacaktır. Bu konvansyonun baş kuralı, toplumun bu konvansyona katılan her üyesinin «insan olma sıfat ve onurunda eşit sayılması» dır. İnsan olma sıfat ve onurunda eşitlik, herkesin başlıbaşına bir amaç kabul edilmesi, kimsenin bir başkasının aracı olmaması, kimseye araç davranışı gösterilmemesidir.[13] Çünkü hiçbir insan zorlama olmaksızın başkalarınca kendisine araç muamelesi yapılmasını kabul etmeyecektir.

Ancak böyle bir ahlâk kuralı, daima zorlamaların bulunduğu geçmiş ve mevcut toplumlar için söylenmiş bir kural değildir; ya zorlamaların bulunmadığı bir toplum yapıntısına (fiksiyonuna) dayanan teorik bir kuraldır, ya da zorlamaların bulunmayacağı geleceğin toplumlarında egemen olacağı umulan bir ahlâk kuralıdır. Bazan yalnızca «bütün insanlar eşittir» biçiminde formüle edilen, bu yüzden de gerçeklik yargısı sanılıp, «nasıl olur, insanların boyları bile birbirine eşit değil» gibi itirazlara uğrayan bu kural, herkesin insanlık sıfat ve onurunda eşit olduğu, yani kimsenin aracı olmayıp kendi amacı olduğu, herkesin birbirine bunu gözönüne alarak davranmayı kabul etmesi yönünde uzlaşabilecekleri yolunda bir varsayımdır. Bu, kişilerin yetenekleri ile ilgili olmayıp, herkese toplumun üyesi olarak ilk anda kayıtsız şartsız tanınması istenen bir eşitliktir. Aksi halde kendisinin araç kılınacağını bilen bir kimse, o toplumla işbirliğine girmeyecek ve o toplumun kurallarına uymak istemeyecektir.

---

(13) Kant bu ilkeyi şöyle belirtmiştir: «İster kendi kişiliğinde, ister herhangi bir kimsenin kişiliğinde olsun, insana hiçbir zaman yalnızca araç muamelesi etme, bir amaç muamelesi göster.»
S. I. Benn - R. S. Petters, **Social Principles and Democratic State,** Lon don, Ailen and Unvvin, Fourthimp., 1965, s. 111.

Ahlâk teorisinde durum böyledir; uygulamada ise bundan çok farklıdır. Topluma iyice entegre edilmiş olan birey grup ve sınıflar, çoğu zaman ahlâk kuralları eşitlikçi değil diye toplumdan ayrılabilme olanak ve gücünde değillerdir. Böyle bir eşitlikçi kurala uymayan, bazı kimselerin amaç, bazı kimselerin onların aracı olduğunu belirten ahlâk kuralları, bütün toplumun isteyerek katılmadığı, bazı sınıfların diğer sınıflara empoze ettikleri «zorlanmış» ahlâk kurallarıdır. Örneğin Eski Yunanda uygulanan, Aristoteles tarafından formüle edilmiş olan «köle efendinin canlı aracıdır» [14] kuralı böyle zorlanmış bir ahlâk kuralıdır.

«Bütün insanların insan olma sıfat ve onurunda eşitliği kuralı da gerçeklik yargısı olmadığı gibi, evrensel bir değer yargısı da değildir. Bazı toplumlarda *gerçekte* bazı insanlara ve bazı sınıflara insan sıfat ve onuruna yakışmayan muamele, araç muamelesi yapılıyor olabilir ve hatta Eski Yunanda olduğu gibi buna uygun ahlâk kuralları geliştirilmiş olabilir. «İnsan olma sıfat ve onurunda eşitlik», «insanlara insanlık sıfat ve onuruna uygun muamele, araç değil amaç muamelesi yapılmalıdır» anlamına gelen bir değer yargısı; bir dilektir.

Çeşitli ahlâk sistemleri olmakla beraber, «kimsenin kimseye baskı yapmaması» ilkesine dayanan ahlâk teorisinde, ahlâkın bu temel değer yargısından, bu baş kuralından, insanların toplumla ve birbirleriyle ilişkilerini düzenleyip değerlendiren diğer ahlâk ve hukuk kuralları çıkarılır. Örneğin, bazı genel ahlâk ilkeleri üzerine dayanan çağdaş hukuk anlayışında, «herkese amaç muamelesi yapılması» ilkesinden, herkesin bir hukuk süjesi olarak kabul edilmesi kuralına varılmıştır. İnsanın bir hukuk süjesi değil, bir hukuk objesi olarak da görülebilip, örneğin üzerinde diğer insanlara mülkiyet hakkı tanınması, onu bir araç saymak demek olup, bu temel ahlâk ilkesine aykırı düşer. Çağdaş ahlâk teorisine uygun olan, herkesin hukuk süjesi olması, herkesin hak sahibi olmada birbirine eşit olmasıdır ki buna, «hukuki eşitlik» ya da «yasa önünde eşitlik» denir, Bazı alanlarda bazı kimselere haklar tanınıp bazı kimselere tanınmaması, (o kimseler araç kılınmasalar da, toplumca, kendilerinden fazla haklar tanınan kimseler kadar amaç olarak alınmadıklarından) bu ilkeyi gölgeler.

Eşit hak tanıma, yani «hukuki eşitlik» de, «insanların insan olma sıfat ve onurunda eşitliği» ilkesine dayandırılan, başkaca hiçbir olağanüstü fizik ve zihni yetenek önkoşulu aranmayan bir değer yargısıdır.[15]

Aslında ahlâk ve temel hukuk ilkeleri büyük ideallerden, temel ahlâk ilkelerinden çıkarılmış kurallar değillerdir. Toplumu ahlâk ve hukuk kurallarının düzenle-

---

(14) Aristo [teles], (Niyazi Berkes), **Politika,** İstanbul, Maarif Vekâleti Yunan Klâsikleri, 1944- 1946.
I.II.4 «Aile yapısında köle canlı bir mülktür.»
I.II.14 «Gerçekten kölelerle ehli hayvanlar aşağı yukarı aynı işe yararlar, her ikisi de vücutlarının kuvveti ile yaşamamız için giderilmesi zaruri olan ihtiyaçlarımızın giderilmesine yararlar.»
Aristotle, (W. D. Ross), **Nicomachen Ethics** Nikomakhos Ahlâkı], **Great Books of Western World Aristotle** II, Chicago, Ene. Brit, Inc., 1952 içinde. IX.I (1161b) «Köle canlı bir alettir [araçtır] ve alet cansız bir köle».

(15) Temyiz kudretine sahip olmayanların hakları kullanma ehliyetlerinin (kendi yararları için) sınırlanması bunun tek kural dışıdır. Bu durumda bile ilke olarak «haklardan yararlanma» ehliyeti tanınır. Hukuk süjesi olma durumları sınırlanırsa da asla bir hukuk objesi, bir araç olarak görülmezler.

mesinden çok, ahlâk ve hukuk kurallarını toplum düzenler. Ahlâk ve hukuk kuralları, devrin üretim teknolojisinin biçimlendirdiği kişiler ve sınıflararası ilişkilerin ideolojik bir yansıması, bu kuralların değişmesi, gelişmesi ise, değişen üretim teknolojisine paralel olarak tarih boyunca sınıflar arasındaki mücadelelerin eseridir. Bunun eşitlik kavramındaki gelişmede de böyle olduğunu «Eşitlik Kavramındaki Tarihsel Gelişme» başlığı altında birazdan göreceğiz. İşte eşitlik kavramı üzerindeki tartışmaların bir kaynağı da, ileride daha etraflı göstereceğimiz gibi, bu kavramı doğal ya da evrensel bir ahlâk kuralı olarak gören idealist düşünüşle, eşitlik anlayışının zamanın üretim teknolojisine göre biçimlenip değiştiği görüşünü savunan bilimsel sosyalist düşünüş arasındaki görüş farkıdır.

6. Eşitlik Sözcüğünün Günlük Dildeki Çeşitli Anlamlan

Günlük dilde eşitlik sözcüğü çeşitli anlamlarda, mantık, aritmetik, doğa bilimleri ve ahlâkdaki anlamları yanı sıra, bunlardan farklı anlamlarda da kullanılır. Eşitliğin günlük dildeki anlamlarından ikisi «yaklaşıklık», «benzerlik» tir. Genellikle iki ya da ikiden fazla bazı nitelik ve nicelikleri bakımından tam eşit olduklarını saptama, olanaklarımız dışında olacak kadar güçtür. Örneğin eşit ağırlıkta diye tartıp verdiğimiz birer kilo şekerler, aslında ağırlık bakımından belki sonsuzda bir olasılıkla birbirine tam eşit, diğer olasılıklarda ağırlıkça birbirlerinden çeşitli derecelerde farklıdırlar. İnsanların şeyleri ölçmede böylesine titiz davranmaya ne zamanları uygundur, ne de böylesine bir titizlik onlara önemli bir yarar sağlar. Birbirlerinden farklılıkları, bu farklılığı ölçmek için ayırdığımız zaman içinde ve o tarihte, o anda elimizdeki ölçülere göre anlaşılamayacak kadar az olan, birbirlerinden farklılıkları ayırdedilemeyecek kadar birbirlerine benzer olan şeylere, «eşit» der geçeriz. Böylece eşitlik günlük dilde bazan, farklılığın karşılığı olarak «yaklaşıklık», «benzerlik» anmlarında kullanılır. Özellikle kişisel yeteneklerde böyle titiz bir ölçme son derece güçtür. Bu durumda iki insan belli bir yetenekçe, belli bazı yeteneklerce, ya da tüm yeteneklerince hangisinin üstün olduğu anlaşılamayacak kadar yaklaşıksalar, onların ilgili hususta eşit olduklarını söyleriz. Örneğin «geçenlerde iki saat güreştikleri halde yenişemedilerikisi eşit değerde güreşçilerdir» yargımızda olduğu gibi.

II. EŞİTLİK KAVRAMINDAKİ TARİHSEL GELİŞME

Eşitlik kavramını daha iyi anlayabilmek için onun çeşitli bilgi dallarındaki anlamlarını bilmek yeterli değildir; aynı zamanda bu kavrama tarihin çeşitli devirlerinde yüklenen anlamları da bilmek gereklidir.

İlkel toplum, üretim teknolojisinin son derece ilkel olduğu, işbölümünün bilinmediği, bu yüzden sefaletin, yokluğun egemen olduğu bir toplumdur. Bu devrin ilkel üretim teknolojisi, kabile üyeleri arasında otlaklar ve sürü gibi bazı mallarda ortak yararlanmayı, ve servet birikiminin yok denecek kadar azlığından dolayı, toplum üyeleri arasında ekonomik eşitsizliklerin son derece sınırlı oluşu olgusunu birliğinde getirmiş ve deyiş uygun düşerse, bir «yoklukta eşitlik» durumu yaratmıştır.

İşbölümünün başlayıp, üretim teknolojisinin gelişmesiyle, ilkel toplumdan uygar topluma geçişle, insanlık, üretim teknolojisindeki gelişmelere paralel olarak,

servet biriktirme olanakları ile birlikte eşitsizliğin gittikçe arttığı bir evrim içine girmiştir.[16] İlkel toplumdan işbölümü, sınıflaşma ve eşitsizliğin hızla geliştiği uygar topluma geçişle, uygar toplumun en alt tabakaları, toplum üyeleri arasında aşırı eşitsizliklerin bulunmadığı ilkel toplum devirlerini (bu devirde hayat koşullarının çok daha çetin, üretim teknolojisinin geriliğinden dolayı, sefaletin egemen olduğunu unutup) tam bir bolluk, eşitlik ve mutluluğun bulunduğu «Altınçağ» mitosu biçiminde îdealize etmişlerdir.[17]

Antikçağda köleci toplum vardır; antik üretim düzeni olarak adlandırılan üretim düzeni egemendir. İşbölümü oldukça gelişmiş olmakla beraber, üretim araçları, üretim için gerekli kol gücü yükünün büyük bir kısmını insanların omuzlarından alacak kadar gelişmemiştir. Kol gücüne dayanan bu üretim düzeninde, bazı insanlar, diğer bazı insanlar tarafından, köle statüsü ile canlı üretim araçları durumuna indirgenmişlerdir. Buna uygun olarak köle, Eski Yunanda, özellikle antik üretim düzeni modeline daha yakın olan Roma'da, hukuki bakımdan bir hak objesi, tam bir mal durumundadır. Yunan'da ve Roma'da yalnızca hukuki ve siyasal alanlarda, «özgür vatandaşlar arasında eşitlik» uygulaması vardır.

Eşitsizlikçi bir düzenin değiştirilemez bir biçimde kesin olarak egemen olduğu antik toplumlarda, eşitlik düşüncesi ya alt tabakaların Altınçağ mitosunda olduğu gibi hayallerde kalmış, ya üst tabakalarda olduğu gibi, «vatandaşlararası eşitlik», «dostlararası eşitlik», «bilgelerarası eşitlik» gibi, (diğer sınıf ve gruplar gözönüne alınırsa) eşitsizliğin eşitlik sözcüğü ile ifadesi olan sınırlı bir eşitlik olarak görülmüş, ya da, stoiklerde olduğu gibi, üst tabaka aydınlarınca, «hepsi de aynı tanrısal akıldan pay almış insanların eşitliği» gibi, sosyal alanda köleliği bile doğal bir kurum olarak görebilen, uygulamayla ilişkisini kesmiş, soyut, içeriksiz bir eşitlik düşüncesi biçiminde belirmiştir. Bunlar dışında, özgür-köle, asil- avam, Hellen ya da Romalı-barbar, vatandaş-metoikos, patrici-pleb ayırım ve eşitsizlikleri bu toplumların egemen değer yargıları olmuştur.

Bu anlayışın felsefi ifadelerini Platon ve Aristoteles'in hiyerarşik evren görüşlerinde görebileceğimiz gibi, Çiçero'nun şu sözünde de izleyebiliriz :

> «*Nihil est enim unum uni tam simile tam parquam omnes inter nosmet ipsos sumus.*» [18]
>
> («Gerçekte hiçbir şeyin hiçbir şeyle aynı [eşit] olmayışı gibi, kendi aramızda bizler hepimiz de öyleyiz.)

Hıristiyanlık, A. J. Toynbee'nin de belirttiği gibi, eşitsizlikçi antik toplumun

(16) Bu eşitsizlikçi gidiş, üretim teknolojisinin nüfusun tamamına aynı mal ve hizmetleri sağlayabilecek kadar geniş çapta kütle tüketimini karşılayabilecek düzeye ulaştığı zaman, sosyalist üretim düzeninde sona erip, komünist toplum aşamasında toplum, başlangıçtaki eşitlikçi durumuna, ama «yoklukta eşitlik» biçiminde değil, «bollukta eşitlik» olanakları sağlanarak ulaşacaktır.
Bizim de katıldığımız sosyalist görüşe göre, pre-sosyalist tarih eşitsizliğin tarihidir. (Sanford A. Lakoff, **Equality in Political Philosophy,** Mas- sachusetts, Harvard Univ. Press, 1964, s. 228.

(17) İlkel toplumun bir bolluk toplumu olduğu yönündeki bu gerçekçi olmayan «Altınçağ» imajına, örneğin J. J. Rousseau gibi bilimsel sosyalist görüşe sahip olmayan bazı toplumcu yazarlar da kapılmışlardır.

(18) Crane Brinton, «Equality», **Encyclopaedia of the Social Sciences,** New York. Macmillan, 1957 printing, vol. V - VI, s. 575.

proleteryasının uygarlığa bir katkısıdır.[19] Hıristiyanlığın çıkışında alt tabakaların eşitlikçi özlemlerinin izleri *İncil'deki* şu sözlerde görülebilir :

> «Bütün iman edenler birarada olup herşeyleri müşterekti, mallarını ve mülklerini satıp, hepsine herkesin ihtiyacına göre dağıtıyorlardı.»[20]
>
> (Resullerin İşleri. 44-45)

Ancak üretim teknolojisi ve sosyal ve siyasal gerçekler insanların evrensel eşitliğinin somut koşullarını sağlayabilecek durumda olmadığı için, bu sınıfların eşitlik özlemleri, «evrensel hıristiyan kardeşliği», «insanların Tanrı önünde eşitliği» gibi soyut alanlarda savunulup, gerçekleşmesi öte dünyaya, «gök devleti»ne bırakılmıştır.

> «Ne Yahudi ne Yunanlı vardır; ne kul ne azatlı vardır; ne erkek ne de dişi vardır; çünkü Mesih İsa'da hepiniz birsiniz.»
>
> (Galatyalılar. 28)

Hıristiyanlık fakir kütlelerin elinden alınıp, üst sınıflarca benimsenen bir kültürel silâh olunca, Ortaçağın eşitsizlikçi tabakalı düzeni, Antikçağın eşitsizlikçi felsefeleri temeline dayandırılarak geliştirilen bir teoloji ile onaylandığı gibi, bizzat klise, piramit biçiminde eşitsizlikçi bir örgütlenişe sahip olmuştur. Kilisenin resmi filozoflarından St. Thomas, evrenin hayran olunacak akli düzenini tam bir hiyerarşi düzeni olarak görmüştür.[21]

Durum İslam dünyasında da çok farklı değildi. Eşitlik ve eşitsizlik konusunda *Kur'an'da,* şöyle denmektedir :

> «O size sizden misal verir. Size rızk olarak verdiklerimize köle veya cariyeniz ortak olur mu? Birbirinizden korktuğunuz gibi onlarla müsavi olur ve onlardan korkar mısınız? Böylece biz ayetleri aklı eren bir kavme açıklarız.»[22]
>
> (Rum suresi. 28. ayet)

Bu tek tanrılı dinsel kültürü benimseyen Ortaçağda düzen feodal üretim düzenidir. Devrin en önemli üretim aracı olan toprağın mülkiyetine sahip asillerle, asillerin topraklarında yarı köle durumunda çalışan serfler, bu eşitsiz, tabakalı toplumun sınıflarıdır. Bu toplumda «insanların tanrı önünde eşitliği» tesellisi dışında, eşitsizlik, hiyerarşi, evrenin olduğu gibi, toplumun da «tanrısal düzen »i olarak görülüp böyle gösterilmiştir.

XVII. yüzyılda ticaretin gelişmesi, ticaretin olanak verdiği büyük servet birikimi, giderek XVIII. yüzyılda ticaret sermayesinin sanayi sermayesi haline dönüşmesi ile, üretim teknolojisinde sanayi devrimi gerçekleştirilmiştir. Bu devrimle toplumun sınıflarının ekonomik güçleri değişmiş, burjuvazi, ekonomik gücü eline

(19) Amold J. Toynbee, (Abridgementby D. C. Somervell), **A Study of History,** New York, Oxford Univ. Press, 1965, vol. II, s. 409.
(20) **İncili Şerif (Yeni Ahit),** (Bir heyet tarafından çevrilmiştir). İstanbul Kitabı Mukaddes Şirketi, 1949.
(21) Henry Alonzo Myers, **Are Men Equal,** New York, Cornell Univ. Press, **1963, s. 23.**
(22) **Türkçe Kur'an'ı Kerim [Kur'an],** (Çev. Osman Nebioğlu), İstanbul, Nebioğlu Yayınevi, tarih yok.

geçirip güçlü bir sınıf olarak aristokrasinin karşısına dikilmiştir. Sanayi devrimi ile alt yapı değiştiği halde, eski üretim düzeninin kalıntısı olup hâlâ süren üst yapı, eski değer yargıları, ahlâk kuralları, hukuki ve siyasal düzen zorlanmaya başlanmıştır.

Bu koşullar içinde «eşitlik» sloganı, Fransız Devriminde ekonomik güçte aristokrasiyi aşan burjuvazinin, aristokrasinin sınıfsal ayrıcalıklarına karşı öne sürdüğü bir slogan olarak ortaya atılmıştır. Marx ve Engels'e göre eşitlik, (Fransız Devriminin de açıkça ortaya koyduğu gibi) üretim güçlerinin durumu onu gerektirdiği zaman önemli bir ideolojik savaş çığlığı olur.[23] Daha önceleri spekülasyon alanında soyut bir kavram olarak duran eşitliğin, Fransız Devrimi ile güçlü bir ideolojik slogan olarak belirişinin nedeni budur.

Burjuvazi, ekonomik hayatın kapitalist düzenin gereklerine göre (dolayısiyle kendi çıkarlarına göre) düzenlenmesi için siyasal iktidarı ele geçirmek, bunun için de aristokratlara eşit siyasal haklara sahip olmalarını sağlayacakhukuki, siyasal eşitlik, sanayinin gereksidiği serbest emeği sağlamada aristokratların hizmetinde olan emeği fabrikalara çekebilmek için de özgürlük istemiştir. Burjuvazinin bu istekleri onun insaniyetperverliğinin eseri değildir; üretim güçleri ve sınıfsal çıkarlar bunu gerektirdiği için savunmuştur eşitlik ilkesini.

Burjuvazinin eşitlik anlayışı, sınıf ayrıcalıklarının kaldırılmasını isteyen (siyasal eşitliği de kapsayan) «hukuki eşitlik»tir. Bu ekonomik bakımdan güçlü olan burjuvazinin toplumda egemen sınıf durumuna geçmesi için yeterli bir istektir. Çünkü Marx'ın belirttiği gibi, «Eşit haklar sözkonusu olduğu zaman kuvvetlinin sözü geçer.»[24]

Ancak burjuva devrimlerinin temel belgeleri ve burjuva düşünürleri eşitliği, sınıf çıkarlarına hizmet eden bir slogan olarak değil, evrensel bir ideal olarak ortaya atıyorlar, feodal üretim düzeninin dinsel kültürünün «Tanrı önünde eşitlik» ilkesi yerine, eşitliği, kapitalist üretim düzeninin yeni yeni beliren kültürü olan aydınlanmanın rasyonalist akımında, doğal hukuka dayandırıyorlardı. 1776 *Virginia Haklar Demecinin* birinci maddesi,

> «Bütün insanlar tabiaten eşit derecede hür ve bağımsız olup... yaradılıştan bir takım haklara sahiptirler; bunlar; hayat ve hürriyetten faydalanma, mülkiyet elde etme ve ona sahip olma, mutluluk ve güvenlik arama ve ona erişebilme haklarıdır.» [25]

demektedir. Buna parelel olan, aynı yıl ilân edilen *Amerikan Bağımsızlık Bildirisi* ise, başlangıcında,

---

(23) Lakoff, **Equality...,** s. 226.
Brinton, «Equality», **Ene... Soc. Sel...,** s. 575 de, genel olarak eşitlik isteminin insan gruplarının geleneksel statüleri ile gerçek statüleri arasında açık bir zıtlık olduğu zaman alevlendiğini, bu konuda klâsik örnek olan Fransız Devriminde orta sınıfın asiller kadar zengin ve eğitimli olduğu halde sosyal ve hukuki bakımdan aşağı statüde olduğunu, eşitlik sloganını bu durumunu düzeltmek için öne sürdüğünü söyler.

(24) Karl Marx, (Mehmet Selik), **Kapital,** (I. cilt, I. ktap), Ankara, Sol Yayınları, 1966, s. 153.

(25) Çeviri, Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri,** Ankara, Ajans Türk Matbaası, 1964, s. 36 dan alınmıştır.

> «Şu gerçekleri kendiliklerinden doğru sayıyoruz. Bütün insanlar eşit yaratılmıştır. Yaratan her insana kimsenin elinden alamayacağı bir takım haklar bağışlamıştır. Yaşamak, özgürlük, mutluluğu arama bu haklardandır.» [26]

der. 1789 Fransız *İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi,* birinci maddesinde,

«İnsanlar hak yönünden, hür ve eşit doğar, hür ve eşit yaşarlar. ..»[27] ilkesini ilân ediyordu. Amerikan burjuva düşünürü Thomas Paine ise, *Rights of Man* (İnsan Hakları) (1791), eserinde,

> «İnsanlar hakları bakımından eşit ve özgür doğmuşlardır ve her zaman eşit ve özgür olacaklardır.»[28]

diyordu.

Bu burjuva devrimleri bildirilerinde ve bu devrimi savunan burjuva düşünürlerinin eserlerinde titizlikle mülkiyet hakkı üzerinde duruluyordu. Sınıf ayrıcalıklarının kaldırılması ve hukuki eşitlik isteniyordu. Bu bildirilerde parlak deyişlerle öne sürülen insanların evrensel eşitliği fikrindeki içtensizlik öylesine belli idi ki, Bağımsızlık Bildirisindeki idealleri benimsemiş görünen Birleşik Devletler Anayasası, aynı sayfalarda zencilerin köleliğini de onaylıyordu. [29] Hukuki eşitlik üzerinde böylesine ısrar eden Fransız burjuvazisi ise, ekonomik eşitsizliğin alt tabakaların hukuki eşitlikten yararlanmalarını olanaksız kılacak kadar artmasını görmemezlikten geliyordu. Devrim başarıya ulaşıp, burjuvazi iktidarı ele geçirip, devrimde işbirliği ve güçbirliği yaptığı aşağı sınıfları safdışı edince, devrim sırasında yuvarlak bir slogan olarak ortaya atılan, böylece burjuvazinin aristokrasi ile mücadelesinde aşağı sınıfları safına çekmesinde yardımcı olan eşitlik ilkesinin anlam ve içeriği üzerinde çatışmalar başladı. Bunun üzerine uzantıları zamanımıza kadar gelen üç farklı eşitlik anlayışı belirdi.

Muhafazacı Liberal ve Sosyalist Eşitlik Anlayışları[30]

Devrim sırasında ve devrim ertesinde aristokrasinin eşitlik anlayışı, muhafazacı eşitlik anlayışı olarak nitelenebilir ki bu, eşitliğe inançsızlık, eşitsizliğe inanç idi. Aristokrasinin muhafazacı eşitlik anlayışı, eşitliğin sosyal bir kıskançlığın ifadesi olduğu anlayışını savunuyor,[31] eşitsizliği evrenin ve toplumun doğal düzeni olarak görüyor, eşitsizlik ilkesini ekonomik, sosyal, hukuki ve siyasal alanlarda da benimseyip, sınıfların farklı haklara, aristokrasinin diğer sınıflardan farklı olarak ayrıcalıklara sahip olması gerektiğini öne sürüyordu. Aristokrasi ile birlikte bu eşitlik anlayışı zamanla silinip gitti. (Ama bazı görüşleri ekonomik alanda eşitsizliği savunan burjuva düşünüşüne miras kaldı.) Batı toplumu, uzun mücadelelerin bir

(26) Çeviri, İlhan F. Akın, **Temel Hak ve Özgürlükler,** İstanbul, İ. Ü. Huk. Fak. yayını, 1968, s. 31 den alınmıştır.
(27) Çeviri, Akm, **Temel Hak ve Özgürlükler,** s. 38 den alınmıştır.
(28) David Thomson, **Equality,** Cambridge, The Univ. Press. 1949, s. 63.
(29) Friedrich Engels, (M. Reşat Baraner), **Anti-Dühring,** (I. kitap), Ankara, Sol Yayınları, 1966, s. 170.
(30) Bu ayrımlamadaLakoff'u izledik. Bak. Lakoff, **Equality...,** s. 8.
(31) Lakoff, **Equality...,** s. 9.

semeresi olarak, herkesin doğuşuna bakılmaksızın eşit haklara sahip olduğu yolundaki «hukuki eşitlik» anlayışı geleneğini benimsedi.[32]

Burjuvazinin liberal eşitlik anlayışı, aristokrasinin sınıf ayrıcalıklarına karşı, «sınıf ayrıcalıklarının kaldırılması» isteğiyle, doğuşlarına bakılmaksızın toplumun bütün üyelerine eşit haklar tanınmasını isteyen «hukuki eşitlik» olarak belirdi. Hukuki eşitlikte bu kadar ısrar eden burjuvazi, ekonomik eşitliği hesaplarına almayıp, ekonomik eşitsizliğin uygulamada hukuki eşitlik ilkesini düşük gelirli sınıflar için sözde bırakacak kadar artışına aldırmadı. Bu duruma cephe alıp, soyut eşitlik ilkesine karşılık, somut eşitlik anlayışını, ekonomik eşitlik anlayışını ortaya atıp, yalnız sınıf ayrıcalıklarının değil, bizzat sınıfların da ortadan kaldırılmasını isteyen proleteryanın eşitlik anlayışına[33] karşı koyarken, eşitlik anlayışını daha belirgin bir biçimde ortaya koymak gereğini duydu. Farklı yetenektekilere eşit dağıtımın adaletsizlik olacağını öne sürdü.[34]

Burjuvazi kendine özgü eşitlik anlayışını, eşitlikle özgürlük ilkelerinin çatıştığını söyleyip, özgürlüğün amaç, eşitliğin özgürlüğe ulaşmak için bir araç olarak görülmesi gerektiğini belirterek,[35] «özgür olmak için eşitlik», «fırsat eşitliği», giderek, «farklı olmak için eşitlik» [36] biçiminde formüle etti. Amaçladığı farklılık, «insanlar farklı yetenektedirler, kendilerine bu yeteneklerini sonuna kadar geliştirme fırsatı verilmelidir» dediği halde, aslında ekonomik farklılık idi. «Fırsat eşitliği» ise, ekonomik eşitsizlik amacının bir aracı idi. Üretim araçlarını tekellerine veren bir ekonomik düzenle, miras kurumunu kabul eden bir hukuki düzen, bu amaçlarını gerçekleştirmeye yetiyordu. Ama insanların böyle bir düzende zengin ya da fakir çocuğu olarak doğuşları, «insanların doğuştan eşitliği» ilkesi ile alay edercesine «fırsat eşitliği» ilkesini gölgeliyordu.

Ekonomik bakımdan güçlü olan kişilere ve sınıfa fırsat kapılarını ardına kadar açan hukuki ve siyasal eşitlikle yetinen burjuvazi, ekonomik eşitlik anlayışına cephe aldı. Bunun, bireyi silip süpürüp özgürlüğü katledeceğini, uygarlığı mahvedeceğini söyledi. Hatta ekonomik eşitliğin bilimsel bakımdan olanaksız olduğunu öne süren düşünürler çıktı.[37]

Ancak burjuvazi, zamanla *laissez-faire* politikasının eşitliği olduğu kadar özgürlüğü de katledecek sonuçlar doğurduğunu görerek, ama daha çok ekonomik ve

---

(32) R. **H.** Tawney, **Equality,** London, Ailen andUnwin, 1952, s. 42.
Tawney, hukuki eşitlik geleneğini tevarüs eden Batı toplumunun, henüz yaratılmakta olan «ekonomik eşitlik»i benimseyemediğini, ortak çabalarla sağlanan hizmetlere gelecekte pekçoklarının katılacağını, tecrübe daha fazla ekonomik eşitliğin daha etkin ve genel mutluluğu daha artırıcı olduğunu sınadıkça, eşitliğe doğru gidişin alakonamayacağını, böylece bir zamanlar hukuki eşitliği kavrayışlarına sığdıramayan Batı toplumunun şimdi onu doğal görüşleri gibi, ekonomik eşitliği de, hukuki eşitlik gibi kişisel yeteneklerle ilişkisiz, yararlı ve doğal görmeye başlayacaklarını söyler (bak. s. 42-43).

(33) Engels, **Anti-Dühring,** I. kitap, s. 170.

(34) Tawney, **Equality,** s. 41 de, bu anlayışı, bir annenin zayıf çocuğuna daha az, kuvvetli çocuğuna daha fazla ilgi göstermeyeceğini söyleyip, toplumun da ortak mutluluk adına üyelerine yeteneklerinin farkına bakmaksızın ekonomik eşitlik tanıyabileceği kanıtıyla karşılar.

(35) GiovanniSartori, **DemocraticTheory,** Detroit, WayneStateUniv. Press, 1962, s. 336 da,

(36) Tawney, **Equality,** s. 105.

(37) Örneğin Pareto ve Sir Ernest Benn. Bak. Tawney, **Equality,** s. 42-43.

sosyal gelişmelerin bir sonucu olarak alt sınıfların —burjuva demokrasisi yoluyla kısmen de olsa seslerini duyurmaları sonucu olan— baskıları ile, daha çok da bir proleterya devrimi korkusu ile, ekonomik alana bazı eşitleştirici müdahelelerde bulunmak zorunda kaldı. Aşırı ekonomik eşitsizlikleri (ama üst sınırı indirmekten çok, alt sınırı sefalet çizgisi altına düşürmeyecek yönde) gidermeye çalıştı. Böylece ekonomik eşitsizlik düzeninin sürmesi için, aşırı ekonomik eşitsizlikleri törpüleyen bir sosyal politika izleyip, «sosyal demokrasi» biçimini aldı.

Fransız Devriminde ve diğer burjuva devrimlerinde, devrim ortakları olan burjuvazinin ihanetine uğrayan proleterya, devrim sırasında üzerinde burjuvalarla anlaştıkları yuvarlak eşitlik sloganını bırakıp, kendine özgü farklı bir eşitlik anlayışı geliştirdi. Bu, «ekonomik eşitlik» anlayışıydı. Babeuf (1776 da) proleteryann eşitlik anlayışını ilk dile getiren, pratik bir sorun olarak ekonomik eşitliğin kurulmasını ilk isteyen sosyalistlerden biriydi.[38] Proleteryanın eşitlik anlayışı «ekonomik eşitlik» olarak belirdi.

Ancak bilimsel olmayan sosyalistler, eşitlik sorununa önceleri burjuva düşünürleri gibi idealist açıdan yaklaştılar. Eşitliği evrensel, doğal, mutlak bir ilke gibi görüp, eşitlik üzerine metafizik yapmaya giriştiler; ya da eşitliği sosyalizmin dayandığı temel ideal olarak gördüler. Böyle olunca, kolayca çürütülebilecek savlar öne sürmüş oldukları gibi, eşitlikle ilgili materyalist bir tarih ve toplum yorumu yapamıyorlardı.[39]

Buna karşılık bilimsel sosyalist düşünürler, sosyalist eşitlik anlayışını materyalist bir temelde dayandırıp, proleteryanın eşitlik anlayışını «sınıfların ortadan kaldırılması» olarak ortaya koydular. Materyel koşulları ve üretim güçlerinin durumunu gözönüne alarak, mutlak ekonomik eşitliği savunmaktan özellikle kaçındılar.

Marx ve Engels proleteryanın sosyalist eşitlik kavramının «sınıfların ortadan kaldırılması» biçiminde formüle etmişlerdi. Marx eşitlik idealini ekonomik örgütlenişin temeli yapmak isteyen Pro- udhon'a, onun *Sefaletin Felsefesi* adlı eserine karşı bir polemik olan *Felsefenin Sefaleti* adlı eserinde şiddetle çattı.[40] Engels, *Anti-Dühring'de,*Dühring'in «İki insanın iradesi tamamiyle birbirine eşittir» biçiminde evrensel bir gerçek gibi sunduğu eşitlik anlayışına, karşı, insanın, doğal, biyolojik, sosyal çevresinden soyutlanamayacağını, bu çevre ve koşullar içinde insanların hiçbir zaman eşit olmadıklarını, insanı bu çevre ve koşullardan iyice soyutlanarak yalnız insan sıfatını bırakıp, bunların eşitliğini öne sürmenin ruhların eşitliğini öne sürmek demek olacağını söyler. Proleteryanm eşitlik isteğinin içeriğinin sınıfların

(38) Thomson, **Equality,** s. 84.

(39) Doğal, doğuştan eşitlik ya da eşitsizlik konusundaki felsefi tartışmalar XIX. yüzyılın sonunda çıkmaza girdi (Lakoff, **Equality...,** s. 10) XX. yüzyılda artık hem sosyalist düşünürler hem burjuva düşünürleri, eşitlik ve eşitsizlik savlarını metafizik temellere dayanan «doğal hukuk» görüşü ile desteklemekten vazgeçtiler. Bununla beraber, eşitlik ilkesini hâlâ felsefi, metafizik temellere dayandırmaya çalışan yazarlar vardır. Örneğin Myers, **(Are Men Equal,** s. 18, 30-33 de) eşitlik fikrini, evrende bir hiç denecek küçüklükte ve yalnız olan bireyin diğer insanlara ihtiyacı, hiç denecek kadar küçük olmakla beraber gene de kendi yaşam alanının büyük dünyasına eşit oluşu, böylece aynı şeyde eşit olan insanların birbirlerine eşit oluşları, her insanın diğerlerinin kendinden iyi olmadığına inancı, böylece kendini diğerlerine eşit görüşü gibi felsefi, metafizik temellere dayandırmaya çalışır.

(40) Lakoff, **Equality...,** s. 219.

ortadan kaldırılması demek olduğunu belirtip, bunun dışında kalan her eşitlik isteğini saçma bulur. Hem burjuvazinin hem proleteryanın eşitlik anlayışlarının tarihsel koşulların zorunlu ürünleri olduklarını belirtip, bu eşitlik anlayışlarının «sonsuz ve ölümsüz» olmadığını, yani mutlak ve evrensel gerçekler olmadığını açıklar.[41]

Lenin,

> «Biz sınıfları ortadan kaldırmak istiyoruz ve bu açıdan eşitlik için uğraşıyoruz. Fakat bizim herkesi birbirine eşit ettiğimiz tamamen boş bir söz ve bazan bilinçli olarak önerilerin ve sözcüklerin anlamını saptıran entelektüellerin ahmak icadıdır.»[42]

der. Stalin de,

> «Herkesin aynı ücretleri aldığı, aynı nicelikte ve aynı nitelikte ekmek aldığı sosyalizm türü, böyle bir sosyalizm marksizmce malum değildir. Tüketimde ve bireysel hayat alanında eşitleştirme bazı asetik tarikatlar için değerli olan, fakat sosyalist bir toplum için değerli olmayan gerici küçük burjuva saçmalarıdır.» [43]

diyerek bilimsel sosyalist görüşün eşitlik anlayışının «mutlak ekonomik eşitlik» olmadığını ortaya koyar.

Bununla beraber bilimsel sosyalist düşünürler, eşitsizliğe, özellikle eşitsizliğin doğal bir düzen olduğu görüşüne kesinlikle karşıdırlar. Mevcut eşitsizlikçi düzeni üretim teknolojisinin tarihsel gelişmesinin bir sonucu, ama ebedi değil, üretim teknolojisi ile birlikte değişebilecek bir sonucu olarak görürler. Marx bu görüşü,

> «Tabiat insanları bir yanda para ve mal sahipleri, diğer yanda emeklerinden gayri birşeyleri olmayan kimseler olarak yaratmaz. Bu ilişkinin doğal bir temeli olmadığı gibi, bütün tarih dönemleri için toplumsal bir temeli de yoktur. Bu, geçmişteki tarihi gelişimin bir sonucudur.» [44]

diyerek açıkça ortaya koyar.

Eşitsizliği doğal ve genel bir sosyal düzen olarak görmeyen Marx ve onu izleyen bilimsel sosyalist düşünürler, eşitliği de doğal ve ideal bir düzen olarak görmeyip, eşitlik uygulamasının ve eşitlik anlayışının, üretim teknolojisine ve üretim güçlerine göre biçimlendiği görüşündedirler. Üretim teknolojisinin kaba ve kalifiye emek farkını ortadan kaldıracak, sonra da kol ve kafa gücünün yerini büyük ölçüde alıp, bolluk toplumunu yaratacak düzeye gelmedikçe, ekonomik eşitliğin maddi koşullarının sağlanamayacağını hesaba kattıkları için, sosyalist toplumda tam bir ekonomik eşitliğin kurulamayacağını söylerler. Hatta bilimsel sosyalist düşünüşe göre, komünist aşamada da tam, herkese aynı miktar dağıtan aritmetik bir ekonomik eşitlik olmayacaktır.

---

(41) Engels'in idealist eşitlik anlayışını Dühring'e çatarken bu yönde eleştirisi için bak. **Anti-Dühring,** I. kitap, s. 159 v.d.

(42) **V.** I. Lenin, **Deception of the People bytheSlogans of Equality and Freedom,** London, Little Lenin Library, vol. 19, 1942, s. 27.

(43) Thomson, **Equality,** s. 8 den aktarma («bir başka yerde», denip kaynak belirtilmemiş).

(44) Marx, **Kapital,** (I. cilt, I. kitap), s. 45.

İdealist eşitlik anlayışını eleştirdikten sonra, bilimsel sosyalist görüş, eşitlik programını, kapitalist toplumda eşitsizliklerin kaynağı olan «sınıfların ortadan kaldırılması», sosyalist toplumda «herkese çalışmasına göre», komünist toplumda «herkese ihtiyacına göre» olarak formüle eder. Bu durumda komünist toplumda bile tam bir ekonomik eşitlik sözkonusu olmayacaktır. Çünkü farklı çalışma gücünde ve farklı yetenekte olabilecekleri kabul edilen toplum üyeleri, toplumdan çalışmalarına, yeteneklerine, ürettiklerine göre ayarlanmış farklı pay almayacakları gibi, bolluk toplumunda ihtiyaçlarına göre alacakları için, bu pay, toplum üyeleri farklı fizik, biyolojik yapıda olabilecekleri, farklı çevresel koşullar içinde bulunabilecekleri, dolayısiyle farklı ihtiyaçlara sahip olabilecekleri için, eşitsiz olabilecektir. Ancak bu aşamada herkes ihtiyacına göre alabildiğinden, bir «bollukta eşitlik» durumu sözkonusu olacak, toplum üyeleri arasında «az aldım, fazla aldın», «eşit dağılsın eşitsiz dağılsın» tartışmalarının hiçbir anlamı kalmayacak, eşitsizlik sorunu kökünden çözülüp ortadan kalkmış olacaktır bilimsel sosyalist düşünüşe göre.

Bilimsel sosyalist düşünüş, mutlak, aritmetik bir eşitlikten yana görülmemekle beraber, üretim araçlarının topluma maledilip sınıfların ortadan kaldırılmasıyla aşırı ve haksız eşitsizliklerin ortadan kaldırılacağı görüşündedir.

Komünist toplumun koşulları gerçekleştikten sonra insanlar arasındaki eşitlik eşitsizlik kavgası sona erecektir ama, haklara ve olanaklara sahip olmada değil, fakat bireysel yeteneklerde insanlar birbirlerine yaklaşık, eşit mi olacaklar, yoksa eşitsiz, farklı mı olacaklar? Bu çok yakın gözükmeyen gelecek hakkında sosyalistler arasında iki farklı görüş vardır. Bazı sosyalistlere göre eşit koşullar benzer yetenekte soylar yetiştirecektir. Örneğin Marx, eserlerinde komünist aşamanın insanı hakkında pek az şey söylemiş olmakla beraber, onun *Private Property and Communism* (Özel Mülkiyet ve Komünizm) de vulgar komünizme saldırırken, gerçek komünizmin gerçekleştirilmesinde önemli olanın, yalnızca mülkiyetin eşitleştirilmesi değil, mülkiyetin tarihi ürünü olan insaniyetsizliğin yenilmesi olduğunu belirtip,

> «Kurtuluşun anahtarı insanlar arası özdeşmedir; bu ancak diğer insanın duyum ve ruhu benim duyumuna uygunsa olanaklıdır.»[45]

demesini bu görüşte oluşunun bir ipucu sayabiliriz.

Bazılarına, örneğin R. H. Tawney'e göre, sosyal enerjinin bir kaynağı olan bireysel farklılıklar, sosyal eşitsizlikler azaltıldıkça daha fazla olgunlaşıp gelişeceklerdir. Yani koşullarda eşitlik, daha doğrusu toplumun bütün üyelerine sağlanan olanaklar, bireylerin birbirlerinden pek farklı yeteneklerini sonuna kadar geliştirip çeşitlendirmelerini sağlayacaktır.[46]

Tawney'in ve onun gibi düşünen sosyalistlerin tasavvur ettikleri böyle bir durumda da, kimi o kimi bu yetenekte kendini göstereceği için, toplumun bireyleri arasında eşitlik eşitsizlik, üstünlük aşağılık tartışmalarının olmayıp, herkesin insanlığın çeşitli yeteneklerini birbirlerinde sevgiyle seyrettikleri bir toplumun var olacağı düşünülebilir.

---

(45) Kari Marx, **Private Property and Communism,** s. 297 den Lakoff, **Equality...,** s. **232** de.
(46) Tawney, **Eguality,** s. 49.

Ama bize öyle geliyor ki, komünist toplumun ilk aşamasında, «herkese ihtiyacına göre» ilkesi, eşitsizlikçi insanlık tarihinin o zamana kadar eşitsiz ve çeşitli yetenekler biçiminde genlere işlemiş olduğu farklılıkları geliştireceği için, yeteneklerin çeşitlenmesi yönünde gelişmeler olacak, ama bu yeteneklerinin ürünleri toplumun ortak yararlanmasına sunulacağı, böylece maddi olanaklar yanı sıra, kültürel olanakların da kuşaklar boyu herkese açık olacağı için, komünist toplumun çeşitlenmeyi izleyen daha sonraki aşamasında, aynı koşulların benzer bireyler yetiştireceği yönde bir gelişme olacaktır.

Bu aşamada da insanlar benzer yetenek duygu ve düşüncede olmakla beraber, insanlar ve hayat, zamanımızın endividüalist bireyinin tasavvur etmekten bile ürktüğü bir birörneklik ve biteviyelik içinde olmayacak, fakat dünün bugüne, bugünün yarına benzemediği, bugünkü benin dünkü benden farklı olup, yarınki benin bugünkü benden farklı olacağı, bütün insanlar birlikte, ama zaman içinde sürekli olarak değişip geliştikleri bir oluşum içine gireceklerdir.

Tabii bu son söylediklerimizin belirsiz bir gelecek için yapılmış spekülasyonlar olmaktan öte bir anlamı ve değeri yoktur.

(9. Makale - 1970)

Dr. Yıldızhan YAYLA

*Anayasa Mahkemesi Kararı**

*Yıldızhan Yayla, "Anayasa Mahkemesi Kararı", İÜHF Mecmuası, Yıl 1970, Cilt 36, Sayı 1-4, 589 – 604..

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI (1)

Dr. Yıldızhan YAYLA

I — ÖZET

İstanbul Üniversitesi, 4 Temmuz 1967 tarih ve 892 sayılı «Hacettepe Üniversitesi Kurulması Hakkındaki Kanun» un Anayasa'ya aykırılığını ileri sürerek, Anayasa Mahkemesi tarafından iptalini istemiştir. Bir davanın anatomisine uygun şekilde, hukuki olay, aşağıda özetlenmiştir.

1 — İddia

a) Usul Yönünden: Dava konusu kanunun hazırlanış, sonradan kurulan bir siyasî parti milletvekillerinin usulünce seçilmeden yer aldıkları komisyonlarda incelenmiştir (Ay. mad. 85).

b) Esas Yönünden :

— Anayasa Md. 12 ye göre, Üniversitelerin tümü, rejim ve sistemleri itibariyle genel ve tek bir kanuna bağlanmak gerekir, 892 sayılı kanun bu bakımdan, bütünüyle. Anayasa'ya aykırıdır

— Üniversite organları tek dereceyle seçilmelidir 892 sayılı kanuna göre rektör, senato tarafından, yani iki dereceli olarak seçilmektedir. Üniversite yönetimi kollejiyal sisteme dayanırken söz konusu kanun ferdi bir usul getirmektedir.

- 892 sayılı kanun, fakültelerin özerkliğini, rektör lehine kısıtlamaktadır. Soyut Üniversite olamıyacağı, asıl özerklik fakültelerden geleceği için, dava konusu kanunun bu konudaki hükmü Anayasa'ya aykırıdır.

-892 sayılı kanun Hacettepe Üniversitesinin merkezinin Ankara olduğunu belirtmektedir. Kamu kurumlarının çalışma alanları konularıyla sınırlı olduğundan ve yurdun çeşitli yerlerinde idari kararla fakülte ve şubeler açılabileceği bu kanunla kabul edildiğinden Anayasa'ya aykırılık vardır. Zira kanun, kamu kurumu ve üniversitelerin bir kanunla kurulabileceği esaslarına uymamaktadır.

2— Savunma

a) *Usul Yönünden*; Savunmada bu konuya değinilmemiştir.

b) *Esas Yönünden :*

— 892 sayılı kanunla Hacettepe üniversitesi kurulmuştur, özerkliğe uymak ve kanunla kurulmak kaydıyla değişik tipte üniversite kurulabilir.

---

(1) Karar metni, ayrışık oylarla birlikte oldukça uzundur Ayrıca, aynı konuda, az farklı sayılabilecek iddialarla iki ayrı iptal istemi ve dolayısiyle Anayasa Mahkemesi kararı da (E. 1907/33, K= 1968/58 ve E.1067/34, K 1968/59) mevcuttur. Ancak, yer yer metinden kısımlar aynen verilmek süetiyle okuyan İçin belli ölçüde bir kolaylık sağlanılmasına çalışılmıştır.

— Organların seçiminde tek derecelilik Anayasaca şart koşulmamıştır. Ayrıca rektörü senatonun seçmesi denetimini de kolaylaştırır. Bunda kollejiyal sisteme aykırılık yoktur.

— Fakülteleri bir üniversite birimi olarak kabul etmek de şart değildir. Anayasa Md. 120 de fakülte özerkliği değil, üniversite özerkliği öngörülmüştür

— Hacettepe Üniversitesinin merkezi Ankarada'dır, ifadesi, Hacettepe Üniversitesi ayrı ayrı üniversite kurabilecektir, anlamına gelmez.

3— Karar

a) *Usul Yönünden:* (Anayasa Mahkemesinin ifadesiyle şekil Yönünden): Ay. 85'e göre meclisler çalışmalarını içtüzük hükümlerine göre yürütür. Ancak bazı hükümlere uyulmaması kesin olarak Anayasaya aykırılık doğurmaz. 892 sayılı kanunun kabulünde komisyonların önemi bir «dokunulmazlığın kaldırılması» kararındaki gibi değildir. Kanunun bu bakımdan Anayasa'ya aykırı olduğu söylenemez.

b) *Esas Yönünden :*

— Anayasa Md. 120 bir Üniversite kurulurken uyulması gerekli esasları tesbit etmiştir. Bu esaslara uyulmak kaydıyla yeni tip bir Üniversite kurulabilir.

— Senato Ay. md. 120'ye uygun olarak kurulmak kaydıyla rektörü seçebilir. Rektörlüğe bağlı yüksek okulların müdürleri de, (kanunda bir açıklık bulunmamakla beraber, Anayasa'ya aykırı olamıyacağından) bu sıfatlarını md. 120'ye uygun olarak kazanabileceklerine göre, dava konusu kanunda bu noktadan Anayasaya bir aykırılık yoktur. Anayasa rektör seçimi biçimini belli bir esasa bağlıyan özel bir hüküm koymadığından, ölçü olarak 4936 sayılı kanun kullanılamaz. Seçimin tek veya iki dereceli olması yönünü Anayasa kanun koyucunun takdirine bırakmıştır. Rektörlük için de durum aynıdır.

— Anayasa, Üniversite içinde Fakültelere de özerklik tanınmasını zorunlu kılmamıştır. Bu üniversitenin bir iç işidir. Şu halde Fakültelerin idare şekli konusunda kanun koyucunun takdir yetkisi vardır. Serbestçe düzenleyebilir. Senatonun Hacettepe Üniversitesi içinde Fakülteler, Yüksek Okul ve okulları ile enstitüler açılmasına, bunların birleştirilmesine ve kaldırılmasına karar verebilmesi idari kararla bir üniversite kurmak anlamına gelmez.

— Anayasa, Üniversiteleri diğer kamu kurumları ve idareleriyle bir tutmamıştır. Anayasa md. 120 de bunların çalışma konuları ve hizmet alanları için bağlayıcı bir hüküm getirmemiştir.

Bu yüzden dava konusu 892 sayılı kanunda Anayasaya aykırılık yoktur.

II — DEĞERLENDİRME

Yukarıda özetlemeye çalıştığımız iptal davasının ve verilmiş bulunan kararın değerlendirmesini yaparken, yine aynı sırayı izleyecek ve bir sonuca varmaya gayret edeceğiz.

1 — Usul Yönünden (2)

«Anayasanın 85. md sinin birinci fıkrası hükmüne göre, Meclislerin, çalışmalarını içtüzük hükümlerine uygun olarak yürütmeleri gerekir. O halde kanunların Anayasaya uygunluğunun denetlenmesinde içtüzük hükümleri de göz önünde tutulmalıdır. Ancak bundan içtüzüğün herhangi bir hükmüne aykırılığın iptal sebebi sayılacağı anlamı çıkmaz. Çünkü bu hükümler içerisinde Yasama Meclislerince verilen bir kararın sıhhati üzerinde etkili olabilecek ve uyulmaması Anayasa'nın 85. maddesinin ruh ve maksadına aykırı sonuç verecek nitelik taşıyanlar bulunduğu gibi bu derecede önemli bulunmayanlar da vardır.» Böylece, «Anayasada gösterilmeyen ve yalnız içtüzüklerde yer alan şekil kuralları arasında bu ayırımı yapmak Anayasanın maksadına uygun düşer» düşüncesile Anayasa Mahkemesi şu sonuca varmış görünmektedir:

— Anayasada öngörülen karma komisyonlar (md. 92 ve 94) dışındaki komisyonlar birer içtüzük düzenlemesidir, ve Anayasada kanun tasarı ve tekliflerinin mutlak surette bu komisyonlardan geçirilmesi zorunluğu yoktur.

— Usulüne uygun olarak kurulmamış bir komisyondan geçen her karar mutlaka kanunu sakatlamaz. Kararın mahiyetine göre bir sonuca gidilmelidir.

Kanaatimizce Anayasa Mahkemesinin bu konudaki gerekçesi ve vardığı sonuç üzerinde biraz durmak gerekir. Dikkat edilirse, meselenin can alıcı noktası, Anayasanın komisyonlar konusundaki tutumu ile içtüzük hükümlerine yaptığı atıftır, öyle sanıyoruz ki, Anayasa Meclislerin komisyonsuz çalışamıyacağı esasını koymuştur. Anayasa md. 91 «ilgili komisyonlardan söz etmekte, fakat daha önemlisi md. 92/5 de «her iki meclisin ilgili komisyonlarından seçilecek... bir karma komisyon» dan söz edilmektedir. Demek ki Anayasa muhtemelen komisyonlar vardır» diye değil, «Mutlaka komisyonlar vardır» şeklinde meseleyi ele almaktadır ve bu yüzden Cumhuriyet Senatosunun bir metni benimsememesi halinde «karma komisyon» kurulması için ikinci bir ihtimali öngörmemiştir» (3).

Anayasa Mahkemesinin bir gerekçesi de «Cumhuriyet Senatosu İçtüzüğünün 36. maddesinde belirtildiği gibi kimi hallerde komisyon çalışmalarından vazgeçilmesi ve konunun doğruca Senato Genel Kurulunda görüşülerek sonuçlandırılabilmesi de bunu göstermektedir. Çünkü komisyon çalışmaları bir Anayasa kuralının gereği bulunsaydı herhangi bir zorunluluk yüzünden dahi bu yoldan vazgeçilmesi mümkün olmazdı» şeklindedir. Bu iddia içtüzüğün bir Anayasa hükmü gibi ele alınmasından doğmaktadır ve temelinden yanlıştır. Bir kanunun Anayasaya uygunluğu, başka bir «Anayasadan aşağı seviyedeki norm» a (4) uygunluğuyla isbat

(2) Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesi «şekil yönünden» ifadesini kullanmaktadır. Kanaatimizce, davacı iddiasında olduğu gibi «usul» kelimesini kullanmak hukuk terminolojimize daha uygun düşecektir. Zira bir kanunun şeklinden çok. tâbi olduğu «Proceduro (usul) sözkonusudur burada.

(3) Bu hususta ayrıca ayrışık oylara bkz Ancak ayrışık oylardaki fikirler meseleyi biraz daha teferruata götürmekte ve bizce -can alıcı noktadan» uzaklaştırmaktadır. Kanaatimizce Anayasa metni, lafzıyla da meseleyi aydınlatmaya yeter niteliktedir.

(4) Tabii İçtüzüklerin Anayasadan aşağı seviyede normlar oldukları, bunların da Anayasa'ya uygun olmaları gereği karşısında açıklama gerektirmez niteliktedir.

edilebilir mı? Ya içtüzük md 36 da Anayasaya aykırı ise? Böyle hır ihtimal ve imkân var oldukça, bu iddia ileri sürülemez

Buraya kadar Anayasa Mahkemesinin «komisyonlardan — esas itibariyle-- vazgeçilebileceği» iddiasının bizce yerinde olmadığını belirtmeğe çalıştık. Hal böyle olmakla beraber, öyle sanıyoruz ki, Anayasa Mahkemesinin şekil (ve usul) kuralları arasında yaptığı ayırım yerindedir. Gerçekten, bir kanunun, Anayasa'nın ve md. 35 dolayısiyle İçtüzüğün hükümlerine hiç uyulmadan hazırlanması başka, bu usullere uyulurken bazı noksanlıklar bulunması başkadır. Bizce, kanunların hazırlanmasında komisyonların rolü meclis çalışmalarını kolaylaştırmak ve hızlandırmaktır ([5]). Bu maksadın aksine bir yorum düşünülmemeli ve olayda olduğu gibi, doğrudan doğruya, incelenen kanun tasarısını, etkilemeyecek aksaklıklar, deyim yerindeyse, «mübalağa» edilmemelidir. Şu halde Anayasa Mahkemesi her olayda bu tip meseleleri ayrı ayrı değerlendirecek demektir ([6]) Dikkat edilirse usul sakatlığını reddetmemekle beraber, özellikle Anayasa md. 85 deki «.....siyasi parti gruplarının meclislerin bütün faaliyetlerine kuvvetleri oranında katılmalarını sağlayacak yolda düzenlenir.» hükmünün maksadına uygun olarak bir sonuca varmak istemekteyiz. Maksat Parlamento hakimiyetine dayanarak komisyonlara sadece belli siyasi görüşlerin veya kişilerin hâkim olmasını önlemektir. Böylece siyasi yönü ağır basan konularda, hiç değilse hazırlık safhası bakımından bir denge sağlanılmasına çalışılmıştır, Nisbeten teknik konularda ([7]) şekil ve usul kurallarıyla meseleleri tereddütlü yollara sürüklemek Anayasa Mahkemesinin de ifadesiyle. «... kanunların şekil yönünden denetlenmesinden beklenilen amacın dışına çıkar».

2. ESAS YÖNDEN:

Usul yönünden yapılabilecek tartışmaları daha fazla uzatmaksızın, davanın esasına gelir ve yine ayni sıra içinde değerlendirmelere girişirsek şu tartışmalara yer verilmesinini zorunlu olduğu ortaya çıkar:

a) Bir kere esas yönünden de olayın bir can alıcı noktası vardır ve bu da, idari savunma ve karardan açıkça anlaşılacağı üzere 892 sayılı kanunun bütününün Anayasa Md. 120'ye aykırı olup olmadığıdır. Başka bir ifadeyle Anayasa Md. 120'nin anlamı nedir? Nasıl bir Üniversite anlayışına sahiptir? Düzenleme genel mi olmalıdır? Şu halde ele alınacak ilk ve en önemli nokta söz konusu maddenin anlamı olmalıdır.

Anayasa'nın 120 nci maddesinin 1 ve 2 nci fıkralarında: «Üniversiteler ancak devlet eliyle ve kanunla kurulur, üniversiteler bilimsel ve idari özerkliğe sahip kamu tüzel kişileridir.» «Üniversiteler, kendileri tarafından seçilen yetkili öğretim üyelerinden kurulu organları eliyle yönetilir ve denetlenir; özel Kanuna göre kurul-

(5) Öyle sanıyoruz ki dokunulmazlığın kaldırılması meselesinde ise komisyonların fonksiyonları bu nitelikte değildir, hattâ belki aksi yöndedir.

(6) Bilindiği gibi şekil ve usul unsurundaki noksanlıkların her zaman iptali gerektirecek nitelikte olmadığı idare Hukuku esaslarındandır

(7) Nisbeten diyoruz; çünkü, 892 sayılı kanun bakımının aksi yönünü savunmak da mümkün olabilir. Ama bu genellemede sonucu değiştirmez, bizce.

muş Devlet Üniversiteleri hakkındaki hükümler saklıdır,» denilmektedir. Anayasa Mahkemesine göre bu hükümler karşısında, tek tip ve genel bir Üniversite kanunu şart değildir. Yeter k», sözkonusu maddede geçen esaslara uyulmuş bulunulsun, Anayasa Mahkemesi bu meyanda. «... bu esaslara aykırı hükümleri kapsamamak şartiyle belli bir Üniversite'nin kuruluş ve işleyişinin, o Üniversite' nin kurulmasını gerektiren sebep ve şartların özelliklerine göre, kimi yönlerde genel hükümlerden ayrı hükümlere bağlı tutulması Anayasa'nın 120 nci maddesine aykırı değildir,» demektedir.

İlk bakışta 120 nci madde gerçekten «özel kanunla kurulmuş» Üniversiteleri sadece 2 nci fıkranın istisnası saymış gibi görünmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de meseleyi böyle anlamaktadır. Ancak, öyle sanıyoruz ki bu ilk intiba yanlıştır. Zira, doğru kabul edildiği takdirde, özel kanunla kurulmuş olan Üniversitelerin birinci fıkrada belirtilen niteliklere (bilimsel ve idari özerkliğe) ve üç ve devamı fıkralardaki özelliklere, teminata sahip bulundukları sonucu çıkar. Bu sonuç ise Anayasa 'nın ve özerk üniversitenin anlam ve maksadına zıd yündedir. Hatta belki de anlamsızdır. 120 nci maddeyle Anayasa'nın iki tip üniversite statüsü kabul ettiği açıktır. Genel ve özel statüler Özel Statünün de Anayasa'nın yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş ve bugün artık -Anayasanın bu hükmü yürürlükte kaldıkça dondurulmuş bulunduğu bizzat Anayasa Mahkemesince de kabul edilmektedir. Genel statüsü ise, kanaatimizce yanlış anlaşılmaktadır. Genel statüyü sadece 115 sayılı kanunla değişik 4936 sayılı kanun hükümleri şeklinde anlamak ne kadar hatalı ve savunan tarafın ifadesiyle «tutucu» ise, «mademki durum böyle değildir o halde her üniversitenin özelliğine göre ve yalnız m. 120/2'ye riayet kaydıyla kanunlar çıkarılabilir» düşüncesini kabul etmek de o kadar yanlıştır. Gerçi Anayasa mahkemesi uygulanması gerekli esasları 120 nci maddenin bütününden çıkarmaktadır. Ancak, «özel kanuna göre kurulmuş üniversiteleri ' de. «Özel kanuna göre kurulmuş Devlet Üniversitelerinin yönetim ve denetiminin kimler tarafından yapılacağına ilişkin hükümlerin saklı kaldığı» şeklinde anlamaktadır Sanki böyle özel statüdeki bir Üniversite aynı zamanda idari ve bilimsel bakımdan özerk olabilirmiş gibi. Şu halde genel statünün ne olduğu iyice anlaşılmak gerekir. Bizce genel statü, Devletin Anayasa Md. 120'ye göre kurmuş ve kuracağı Üniversitelerin ana teşkilât ve prensipleri bakımlarından aynı statü içinde olmaları demektir. Eğer yeni bir teşkilat yeni bir takım esaslar tabii-- Anayasaya aykırı olmamak kaydıyla --gerçekçi ve bilimsel yönden bir zorunluluksa, neden bütün, o zamana kadar, genel statü içinde bulunan Üniversiteler bundan yararlanmasın. Böyle bir anlayış, öyle sanıyoruz ki hem tutucu değildir, hem de, hukuki bakımdan daha önemli olan, Anayasanın özel ve genel statü ayırımına uygun düşer. Eğer Anayasa Böyle bir ayırım yapmıyorsa neden «özel» kanundan söz etmiş olsun. Daha önce kurulmuş bulunan Üniversiteler de birer kanunla hukuk âlemine çıkmış olduklarına göre özel kanunla kurulmuş olanların istisna edilmesi için başka bir ifade kullanılabilirdi. «Özel» denmişse, bunun dışındakiler «Genel» statüde demektir.

Üniversiteler için genel statü, herbirinin çalışma konuları itibariyle özellikleri olmayacak sonucuna götürmez, şüphesiz. Ama. Devletin, istisnalar dışında kalan

Üniversite'lerinin birinde başka seçim sistemi, başka genişlikte yetkiler ve başka başka görev süreleri uygulanması, yine özel bir takım statülerin ortaya çıkması sonucuna götürür. Bu ise Devlet Üniversitelerindeki bütünlüğe ve aralarındaki eşitliğe aykırıdır ve Anayasa'nın böyle bir sonuçla bağdaşabileceğini kabul etmek güçtür. Kanun koyucuya düşen iş, yeni Üniversiteyi mevcut genel statünün içine bir kanunla sokmak veya değişen şart ve gerçeklere uygun olacak yeni bir genel statü hazırlamaktır. Yeni kurulacak Üniversite bakımından kanun koyucunun, temel esasların (Anayasa Md. ,120'ye o zamana kadar uygun olduğu kabul edilen genel statü) dışına çıkması, takdir yetkisini aşmak olur. Daha kesin bir ifadeyle, Anayasa Md. 120'ye uygun, fakat özel bir Üniversite kanunu kabul edemez. Ya «yeni» yi mevcudun içine alır, ya da mevcudu yeniyle birlikte tekrar düzenler. Bunu yaparken de Anayasa nın dışına çıkarsa Anayasa Mahkemesi gerekli denetim görevini yerine getirir. Burada «peki, kanun koyucunun yeni Üniversite bakımından, sırf bu üniversite için bir takdir yetkisi yok mudur?» sorusu akla gelebilir, işte ancak bu noktada yeni üniversitenin kurulmasını gerektirecek şartlar (konusu, faaliyet vasıtaları, yeri) meselesi ortaya çıkar ve kanun koyucunun takdir yetkisi sınırları içinde kalır. Nitekim bugün genel statüde olan Üniversiteler bakımından da bu türlü farklılıklar ([8]) vardır, ama hepsi yine aynı statü içinde çalışabilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, 892 sayılı «Hacettepe Üniversitesi kurulması hakkında kanun», daha temel seviyede farklılıklar gösterdiği ve bu yüzden genel statüden ayrı, özel bir üniversite kanunu olduğu halde, bütünüyle Anayasaya uygun bulduğu için, bizce yanlış bir uygulamaya yol açmaktadır.

Kanunun bütünü hakkındaki bu açıklamalardan sonra, kararda ele alınan diğer hususlar üzerinde de, ayrıca durmak gerekmektedir. Sırasiyle ele alalım :

b) Rektörün seçimi meselesi Hemen belirtelim ki bu konu, yukarıda açıklamaya çalıştığımız hususlarla doğrudan doğruya ilgilidir. Anayasa Mahkemesi, «Anayasa, 4936 sayılı Üniversiteler Kanunuyla ek ve tadillerinin, Üniversitelerin kuruluş ve işleyişini düzenleyen hükümlerini, bu hükümlerin dayandığı genel ilkeleri benimsemiş, bunların değişmezliğini veya yeniden kurulacak Üniversitelerin de bu hükümlere bağlı olacağını kabul etmiş değildir.» diyerek Rektör seçiminin tek veya iki dereceli olması, görev süresinin farklı tutulması «Anayasa'ya aykırı değildir»' sonucuna varmaktadır. Mesele böyle konacak olursa yüksek mahkeme, kanunun bütünü hakkında vermiş olduğu hükmün tutarlı sayılabilecek ([9]) tabiî sonucuna ulaşır. Ancak mesele, Anayasa Md. 120 esaslarına göre kurulmuş bulunduğu ileri sürülen iki ayrı Üniversitede, seçim şekilleri, yetkileri ve görev süreleri farklı organların bulunabilip, bulunamıyacağı tarzında ortaya atılırsa bir açıklık ve — bizce— doğruluk kazanır. Aslında olaya bu açıdan bakmak gerekirdi.

Rektörün seçimi, Senato tarafından yapıldığı için, iki dereceli bir nitelik kazanmakta, bu durum da kollejiyal sistem ve demokratik esaslara uygun görülmemek-

(8) Meselâ İstanbul Üniversitesiyle, İstanbul Teknik Üniversitesi.

(9) «Sayılabilecek» diyoruz, çünkü biraz aşağıda açıklayacağımız gibi, kanunun bütününden soyut olarak sırf Rektörün seçimi sisteminde — Kanunun tümü Anayasaya uygun olsa bile— Anayasaya aykırılık görülebilmektedir. Bu hususta «ayrışık oylar» da dikkati çekmektedir.

tedir Anayasa'nın 120 nci maddesi «Üniversiteler, kendileri tarafından seçilen yetkili öğretim üyelerinden kurulu organlar eliyle yönetilir ve denetilir.» hükmünü koymuştur. Bu hüküm Üniversitelerin kollejiyal sistemle yönetilmesini öngörmektedir. Zira aynı fonksiyonları ifa eden kimselerin kendi kendilerini yönetmeleri ve denetlemeleri söz konusudur. Ancak 892 sayılı kanun kollejiyal sisteme aykırı mıdır? Kanaatimizce, genel olarak böyle bir sonuca varmak güçtür. Çünkü çıtada seçilmiş bir senato ve senatonun seçtiği bir rektör vardır. Anayasa Mahkemesinin de ifade ettiği gibi, «Rektörün seçiminde uygulanacak seçim biçimi bakımından tek dereceli ya da iki dereceli seçim şekillerinden her birinin ötekine bakarak yararlı ve sakıncalı yanları bulunduğu ileri sürülebilirse de Anayasa hüküm ve İlkelerine aykırılık söz konusu değildir.» ([10]). Tekrar edelim, önemli olan, bir Üniversitede, bütün Üniversite Öğretim Üyeleri» nin seçtiği bir Rektör görev başında bulunurken bir diğerinde, sadece Senatonun seçtiği bir Rektörün görev yapmasının, Anayasa'nın kabul edemiyeceği bir husus olmasıdır. Yalnız, genel plânda hâl böyle olmakla beraber, Hacettepe Üniversitesi bakımından özel bir durum göze çarpmaktadır. O da işin başlangıcıyla ilgilidir. Gerçekten Senato'nun kuruluş şekli bir tarafa, (bu konuya aşağıda değineceğiz), Üniversite'nin bir kanunla ortaya çıktığı ilk günlerde yetkileri oldukça geniş bir Rektörün, senato tarafından, uzun bir süreyle seçilmesi, kollejiyal sistemin anlam ve amacıyla bağdaşamayacak bir kişisel etki ve baskı aracı olabilir. Bu sakınca dikkate alınmak gerekirdi.

Rektörü seçen Senato'nun kuruluşuna gelince; bu noktada. Anayasa Mahkemesi, Rektörlüğe bağlı Yüksek Okulların Müdürleri Üniversite Senatosu'nun kurulmasına katıldıkları için, biraz durmakta ve « Rektörlüğe bağlı Yüksek Okulların Müdürlerine gelince: kanun bu konuda bir açıklık getirmemiş olmakla birlikte, Anayasanın bağlayıcılığı, bunların da bu sıfatlarını, Anayasanın 120 nci maddesinin esasları içinde kazanabilmelerini zorunlu kılar. Anayasanın bu konudaki ilkesi bakımından önemli olan, Üniversite Öğretim Üyeleri dışından birisine dahi senatoya üye olabilmek hakkının tanınıp tanınmadığı veya üniversite dışından bir görevlendirme yapılabileceğinin kabul edilip edilmediğidir. Bu açıdan bakılınca dava konusu hükümde Anayasa'ya aykırı bir yön olmadığı sonucuna varılır.» denilmektedir. Anayasa Mahkemesi Senato'nun kuruluşuna önem vermekle beraber, kanaatimizce sonuca aynı titizlikle varmamaktadır. Bir kanun hükmünün Anayasaya uygunluğu bir açıklığa bağlı ve bu açıklık da yok ise, «nasılsa Anayasa'ya aykırı değildir, çünkü olamaz» gibi bir düşünce bize oldukça ters gelmektedir. Durumu farazi bir örnekle açıklamaya çalışalım. Diyelim ki, sözkonusu Üniversite Yüksek Okul Müdürleri'nin tayini usulünü bir yönetmelikle kabul etti; tabiî böyle bir idari karar aleyhine dava açılabilir. Bu davaya bakacak olan mahkeme ne yapacaktır? Kanunun Anayasa'ya bir çeşit «şartlı uygunluğu» kabul edildiğine göre yapılacak en doğru iş, dava konusu kararın doğrudan doğruya kanuna uygun olmadığı —Anayasa Mahkemesi yorumuna göre— sonucuna varmak olacaktır,

(10) Bizce, ayrışık oylarda da İleri sürüldüğü gibi mesele bir demokratik esaslara uyma meselesi değildir Tek dereceli seçim mutlaka demokratik denemiyecek gibi, iki dereceli seçim de zorunlu olarak antidemokratiktir denemez Hele Anayasanın İki dereceli olarak Cumhurbaşkanı seçimini kabul ettiği düşünülürse.

Ancak ortada bir dava da olmazsa, belki anayasaya aykırı bir uygulama yürüyüp gidecek) ir. Bizce Anayasa Mahkemesinin, böyle çok önemli konularda ([11]) «şartlı uygunluk» usulünü benimsemesi kendi etki alanını daraltması sonucunu doğurduğu için yerinde değildir. Bununla beraber, kararın uygulamaya biraz olsun ışık tutabileceği ve bu yüzden tamamen faydasız olmadığı kabul edilebilir.

c) Anayasa Mahkemesi kararının, kanunun tümünün Anayasaya aykırılığı konusundan sonra, en önemli noktası, Fakültelere dair yaptığı yorum ve vardığı sonuçtur. Anayasa Mahkemesine göre Anayasa, «Üniversiteyi meydana getiren Fakültelerin idaresini bir iç iş olarak kabul etmiş ve Fakültelere de Üniversite içinde özerklik tanınmasını zorunlu kılan bir kural koymamıştır Fakültelerin özerk olup olmadıklarının Üniversitelerin Özerkliği üzerinde bir etkisi olmadığından, fakültelerin idare şekli, Anayasa konusu değil, kanun koyucusunun serbestçe düzenleyebileceği bir yön» olduğu ve «Hacettepe Üniversitesi içinde Fakülteler, Yüksek Okul ve Okullar ile Enstitüler açılmasına, bunların birleştirilmesine ve kaldırılmasına senatonun karar vereceğine ilişkin hükmün, idari kararla bir Üniversite kurmak anlamına gelmediği» kabul edilmesi gerekir. Konunun aydınlanması bakımından kanaatimizce şu hususların belirlenmesi şarttır:

— Anayasa'nın «Üniversite» derken kasdettiği nedir?

— Anayasa «Üniversite özerkliği» nin kapsamını nasıl anlamaktadır?

Bu soruların cevapları bazı yan meseleleri de aydınlatacağı için, konu özellikte ele alınmak ve araştırılmak gerekir.

Üniversite ne demektir? Konumuz bakımından Üniversite, bugünkü anlamıyla bir «Fakülteler bütünü» dür. Anayasa'nın bu kuruma yer vermiş olması, kurumun bugünkü bilimsel anlamını tutucu bir şekilde dondurması demek olmadığı gibi, geriye götürmesi veya ayrı bir anlam vermesi demek de hiç değildir. Fakültelerden soyut olarak, içi boş bir çerçeve veya küre misali bir Üniversite düşünmek mümkün müdür? hukukî yorumlar, üzerinde durulan ve anlamı araştırılan kurumları bilimsel şartlar ve ulaşılan çağdaş seviye açısından ele alarak yapılmak gerekir ([12]) Kaldı ki, Anayasa, «Üniversite öğretim üyeleri ve yardımcıları» derken, bilimsel özerklikten sözederken, öncelikle Fakülteleri hedef tutmuştur. Zira soyut olarak Üniversitenin ne öğretim üyesi ve öğretim üyesi yardımcısı» ne de bilimsel yönü vardır. Anayasa Mahkemesinin anlayışına göre ifade edilirse «Üniversite» Rektör ve Senato demektir; Kanunla düzenlenecek olan da özerkliği korunan da bu makamlardır. Anayasa'nın böyle bir sonuçla bağdaşabileceği kabul edilebilir mi? Edi-

(11) Anayasa Mahkemesine gelen konuların şüphesiz hemen hepsi önemlidir Ancak, bir hükmün Anayasaya aykırı olabilme ihtimali varsa — yeterince açık olmadığı için hükme açıklık verilmek üzere, iptali yönüne gitmek daha doğru olur. Zira burada önemli olan bir hükmün anlamı değil, boşluğudur. Boşluğu doldurmak için Anayasa Mahkemesi direktif veremez. Ama bir hükmün anlamını açıklayabilir.

(12) Hatta, bugün yavaş yavaş Enstitüsüz Üniversite olmıyacağı düşüncesi dahi hakim olmaya başlamıştır. Bu bakımdan, henüz kesin bir sonuca varılmasa bile, yakın bir gelecekte, Enstitülerin dahi gerekliğinin şart görülebileceği ve tabiatıyla Anayasanın da bu sonuca göre anlaşılması gerekeceği düşünülmelidir.

lirse bu çok açık bir yorum yanlışlığı örneği olmaz mı. Nitekim, bize göre, böyle olmuştur. Anayasa Madde 120'de «Fakülte» kelimesi kullanılmamıştır, gerçekten. Bunun sebebini anlamak çok kolaydır: çünkü. Üniversite deyince zaten bunun içinde fakülte veya fakülteler vardır. Aksi halde, doğrudan doğruya Anayasa'nın Lâfzından çıkan sonuçlara göre özellikle senato, deyim yerinde ise, altından kalkamayacağı görevler yüklenmiş olur. Şöyle ki; üniversite organları (Anayasa Mahkemesi yorumuna göre, Üniversite Fakültelerden ayrı bir kavram olduğundan) yani rektör ve senato, «öğretim ve araştırma görevlerini de denetlemek» zorundadır. Tabiî «Üniversite organları» aynı zamanda Fakülte organlarını da içine aldığından aslında Anayasa böyle bir sonucu öngörüyor değildir ([13]). Sonuç olarak diyebiliriz ki, Anayasanın «Üniversite» dediği, «üniversite organları», «Üniversite öğretim üyeleri ve yardımcıları» dediği yerde Fakülteyi de içine alan bir ifade kullanmadığını düşünmek mümkün olamaz.

Anayasa'nın «Üniversite Özerkliği» derken neyi kastettiğine gelince; Anayasa Mahkemesine göre bu özerklik sadece dışa karşı olup içte söz konusu olmadığından, Fakülteleri kapsamamakta iken, bizce yukarıdaki açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere Fakülte özerkliğini de içine almaktadır Üstelik, Özerkliği «içe- ve «dışa» karşı diye ayıran Anayasa Mahkemesi görüşü de kanaatimizce yanlıştır. Zira, bu görüşle Anayasa Mahkemesi özerklik sadece görevden uzaklaştırma meselesine indirgemektedir.

Çünkü «Üniversite dışındaki makamlarca» sözü, 120 nci maddenin üçüncü fıkrasında ve görevden uzaklaştırma konusunda yer almaktadır. Özerkliği bu fıkradan çıkarıp, fıkrayı bütün maddelere teşmil ederek, tek yönlü (aylniz dışa karşı) bir şekilde genişletmektedir. Aslında, Üniversite özerkliğinin yalnız üçüncü fıkraya hasredilmemesi doğru olmakla beraber, konuyu bir iç mi. dış mı »- meselesi haline getirmeyip, içe karşı olsun, dışa karşı olsun bilimsel ve idari özerkliğin anlamı ve amacından sonuç çıkarmak gerekirdi. Kaldı ki, dışa karşı (ve bu arada kanun koyucuya karşı) bir teminat, evleviyetle içte de sözkonusudur.

Özerklik, Anayasa Mahkemesinin anladığı manada Üniversiteye hasredilince, Fakültelerde öğretim görevi yapanlarla yardımcılarının nasıl olup da bilimsel özerkliklerinden söz edilebileceği sorusu karşımıza çıkar. Anayasa Md. 120/4. «Üniversite öğretim üyeleri ve yardımcıları serbestçe araştırma yayımda bulunabilir», hükmünü koyduğuna göre, acaba Üniversite senatosuna bu «araştırma ve yayımda bulun»mayı sınırlama yetkisi veren bir kanun kabul edilse bu Kanun Anayasa'ya aykırı olmayacak mıdır? Diyelim ki, bu konuda Anayasa, öğretim üyelerinin ve yardımcılarının kişi olarak serbest olduğunu açıkça kabul etmiştir Acaba, bu şahıslardan meydana gelen Fakültelerin, bir tüzel kişi olarak yapacağı araştırmalarda ve yayımlarda serbestisi bulunmıyacak, Üniversite Rektör veya Senatosu bunları istediği gibi kısıtlayabilecek midir? Anayasa Mahkemesinin kara-

(13) Bizim anlayışımıza göre de, Senato'nun bilimsellik seviyesini titizlikle korumak görevi vardır Ancak bu seviye, kontrilu. çeşitli uzmanlık konularında eğitim yapan Fakülte organları Üzerinde, deöişlk Fakültelerden gelmiş, farklı dallara mensup senato üyelerinin esasa inen bir denetimi değildir, olamaz da zaten.

rından çıkan sonuçlara göre, ortada özerkliği bulunan soyut bir Üniversite İle, bu Üniversiteye bağlı fakat tek tek Özerk (!) Öğretim üyeleri ve yardımcıları vardır. Unutulmamalıdır ki, bu kişilere tanınan serbestlik, sırf öğretim üyeleri ve yardımcıları olduklarından değil (Zira bu statüde olmıyan öğretim üyeleri Türkiye'de çoğunluktadır), Fakülte seviyesinde ve çerçevesinde görev yapmalarından dolayıdır. Aslında Üniversiteler gibi bu statüdeki kişileri de Fakülte kavramından tamamen ayrı olarak düşünmek gerekir.

Anayasa Mahkemesinin, Fakülteleri özerk kabul etmeyişi, Anayasa Md. 120'de sadece Üniversitelerin özerkliği kabul edilmiştir» düşüncesine dayanınca bundan, kararla doğrudan ilgisi bulunmayan başka sonuçlar da çıkarılabilir. Meselâ, Fakülteler, sözkonusu maddede yer almadığına göre, bunların organlarının mutlaka «kendileri tarafından seçilen yetkili öğretim üyelerinden kurulu» olmaları gerekmez. Daha açık bir ifadeyle Fakülte organları, yardımcılar ve öğrenci temsilcilerinin de katılabileceği bir nitelik kazanır. Hiç değilse, bunu kabul eden bir kanun — hattâ aşağıda değineceğimiz gibi bir yönetmelik — Anayasa'ya aykırı olmaz, Gerçi Anayasa Mahkemesi Üniversite Senatosu'nun kuruluşuna katılanlardan, sektörlerle Fakülteler Dekanlarının, her Fakülte Profesörler Kurulunca kendi üyeleri arasından seçilecek profesörlerin u nitelikleri (yetkili öğretim üyeliği) haiz bulundukları açıktır,» denmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesinin bu açıklığı nerden çıkardığı bizce pek anlaşılamamıştır. Eğer Anayasadan çıkarıyorsa, kararıyla tezat teşkil eden bir görüş olur. Kanunlardan çıkarıyorsa bu da göreviyle bağdaşamaz, çünkü bir kanunun Anayasa'ya aykırılığı meselesinde başka kanunlara göre hüküm veriyor, demektir. Mahkeme, Fakülte organlarının içinde öğretim üyeleri dışındakilerin de bulunabileceğini kabul eden bir kanunu, incelemeğe çalıştığımız bu kararıyla çelişmeden (ve esastan tabiî) nasıl Anayasa'ya aykırı bulup iptal edebilecektir, merak edilir.

Bu konuda bir başka fakat yakın mesele de, kanun koyucunun, sırf özerklik sınırı karşısına çıkmasın diye, sadece Fakülteler kurmakla yetinmesi halidir. Anayasa Mahkemesi bu kararıyla böyle bir kanunun da yürürlükte kalmasına imkân vermektedir. Üstelik kanun, aynı yerde ve birbirini tamamlıyan konularda kaç tane Fakülte kurarsa kursun ([14]), bunlara özerklik tanımayabilecek ve Anayasa Mahkemesi de, aslında bir Üniversite urulmuştur, diyemiyecektir. Anayasa, «Üniversiteler, *kendileri* tarafından seçilen yetkili öğretim üyelerinden kurulu organları eliyle yönetilir ve denetlenir,» dediğine göre, sadece «KENDİLERİ» sözü üzerinde düşünülerek dahi, bu hükmün fakülteleri de kapsadığı anlaşılabilir ve Fakülte Özerkliğini tanımıyan kanunların Anayasaya aykırı olduğu çıkarılabilirdi.

d) Anayasa Mahkemesi kararında üzerinde durulan bir konu da, 892 sayılı kanunun Hacettepe Üniversitesine., idari kararla (yönetmelik) Fakülte kurabilme yetkisini vermesinin Anayasaya ykırı olup olmadığıdır, Kararda, Fakülteler Anayasa

(14) Dikkat edilirse «Fakülte» diyoruz. Yüksek Okul değil Fakültelerin. bir bilim dalında yalnız mevcut bilgileri değil, geçmişi, mevcudu ve bunların doğrultusunda geleceğin de esaslarını araştıran kurumlar olduğu düşünülürse, bu nitelikteki kurumların ancak Fakülte olabileceği anlaşılır.

Md 125'de açıkça yer almadığından, bunun mümkün olduğu sonucuna varılmaktadır Zira Anayasa Md. 112 /3 idareye genel olarak böyle bir yetki vermektedir. Gerçekten, bir kere Fakülteler özerk kabul edilmedi mı — başka bir deyişle Md 120 dışında bırakıldı mı — artık idari kararla Fakülte veya fakülteler kurmanın Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmek veya kabul etmek mümkün değildir; yeter ki kanun açıkça yetki versin. 892 sayılı kanunun 2 nci maddesinin 2 nci fıkrasında, bu yetki açıkça Senatoya verilmiş bulunduğuna göre mesele yoktur. Demek ki, idari kararla Fakülteler kurabilme, Kurulan bu Fakültelerin aslında bir Üniversite olup olmadığı, yani sonuçta idari kararla fiilen bir üniversite kurulup kurulmadığı hususları, Fakültelerin niteliği ve özerkliği konularıyla ilgilidir ve bu konulardan ayrı olarak ele alınamaz.

3. SONUÇ:

Yukarıdaki açıklamalarımız sonunda vardığımız sonuçları özetlersek :

— 892 sayılı kanun usul (şekil) bakımından Anayasaya aykırı değildir.

— Kanun bütünüyle Anayasaya aykırıdır, çünkü özel bir Üniversite statüsü kabul etmekte ve düzenlemektedir.

— Rektör ve Senato seçimleri, özel bir Üniversite Statüsü düşüncesi Anayasa'ya aykırı görülmediği takdirde, 892 sayılı kanunu Anayasaya aykırı duruma sokmamaktadır. Yalnız Senato seçiminde Okul Müdürlerinin durumu açık olmadığından bu açıklık noksanını, titiz bir tutumla Anayasa'ya uygun bulmamak Anayasa Mahkemesi'nin görev ve kuruluş amaçlarına daha uygun düşerdi.

— Fakültelerin özerkliği meselesinde Anayasa Mahkemesi yanlış bir yorumla, sonuca varmaktadır Kanunun tümünün Anayasaya aykırılığı meselesinden soyut olarak Fakültelerin özerkliğini kabul etmeyen kanun hükümlerinin de Anayasaya aykırı görülerek iptali gerekirdi.

— Kanunun tümünün ve, Fakülte kavramının Anayasa Md. 120 içinde düşünülmemesi yüzünden Anayasa'ya aykırı almadıkları kabul edilirse idari kararla Fakülteler kurulabilmesini mümkün kılan kanun hükmünün (Md. 2/2) de Anayasaya uygun olduğu sonucuna varılması tutarlı sayılmalıdır.

Bizce, özellikle bütünü ve Fakülte özerkliği konusundaki yanlış sonuçlarına karşılık, Anayasa Mahkemesi kararı, kamu hukukumuz bakımından bazı ilkeler de getirmektedir. Bunları şu şekilde sıralamak mümkündür sanıyoruz.

— Kanunların hazırlanmasındaki her usul ve şekil noksanı iptali gerektirecek önem ve etkide değildir. Her olayda bu durum ayrıca tesbit edilmek gerekir.

— Üniversiteler kamu kurumlarının uyduğu ihtisas prensibine bağlı değildirler. Hatta Anayasa Mahkemesine göre, asıl olan ihtisas prensibi değildir. Bu hususta bağlayıcı hüküm yoksa «çalışma konuları ve hizmet alanları» farklı ve geniş tutulabilir.

— Anayasa Md 120'de sözü edilen özel kanunla kurulmuş Devlet Üniversiteleri kategorisi dondurulmuştur, Bundan sonra bu mahiyette (özerk olmıyan) üniversiteler kurulamaz.

— Üniversite öğretim üyesi olmayanlar Senatoya giremezler.

Sonuç olarak denilebilir ki, Anayasa Mahkemesi bazı ilke olabilecek yorumlarına rağmen, Anayasa'nın üniversite özerkliği kurumunu, daha çok yüzeyde kalan hususlarda korumaya çalışırken, daha özlü, temel meselelerde bu kurumla bağdaşmıyacak yorumlarla sonuçlara varmaktadır.

Dr. Yıldızhan YAYLA

(10. Makale - 1971)

Doç. Dr. Servet ARMAĞAN

*1961 Anayasasının Son Değişikliğinden Sonra Anayasa Mahkemesi**

---

* Servet Armağan, "1961 Anayasasının Son Değişikliğinden Sonra Anayasa Mahkemesi", İÜHF Mecmuası, Yıl 1971, Cilt 37, Sayı 1-4, 121 – 134.

1961 ANAYASASININ SON DEĞİŞİKLİĞİNDEN SONRA ANAYASA MAHKEMESİ

Doç. Dr . Servet ARMAĞAN

GİRİŞ

Konumuz 1961 Anayasasının son değişikliğinden sonra Anayasa Mahkemesinin durumudur.

Bilindiği gibi, Anayasamız en son olarak 20 Eylül 1971 tarih ve 1488 sayılı kanunla (1) değiştirilmiştir. Bu değişiklik, bundan evvelki değişikliklere göre (2), çok geniştir ve daha tesirli, neticeler doğuracak vasıftadır.

Acaba, bu değişiklikten sonra Anayasa Mahkemesinin durumu nedir? Gerek kuruluş ve işleyişinde ve gerekse, kararlarının alınması ve yürürlüğe girmesinde ne gibi değişiklikler olmuştur. Ve bu değişikliklerin isabet derecesi nedir?

1961 Anayasamızın önemli bir yeniliği olan Anayasa Mahkemesine ait uzun zamandanberi, gerek hukukçular ve gerekse politikacılar arasında çeşitli istikametlerde fikirler ileri sürülmüştür. Bu fikirler, çok defa, Anayasa Mahkemesinin acı bir dil ile sert tenkitleri ihtiva eder. İtiraf etmek lâzımdır ki bu kabil tenkitler, Anayasa Mahkemesinin mevcut olduğu diğer bazı devletlerde de görülmektedir (3). Memleketimizde, son zamanlarda, bu tenkitler geniş bir şekilde görülmeye başlanmıştır.

İşte 1961 Anayasasının son ve en geniş değişikliği, bu tenkitler sırasında ve Anayasanın istediği «reform»ları yapmak (gerçekleştirmek) azminde olan bir Hükümet tarafından teklif ve gerçekleştirilmiştir. Ancak belirtmek lâzımdır ki, yapılmış olan değişiklik, partilerarası bir Komisyonda görüşülüp kabul edildikten sonra, Parlamentoya teklif edilmiştir.

Bu değişiklikte 1961 Anayasasının 35 md. si değiştirilmiş ve ona 9 geçici md. eklenmiştir. Bunlardan 5 md. Anayasa Mahkemesi ile ilgili değişiklikleri içine almaktadır.

Değişiklikler, değişiklik getiren kanunun 3. md. si gereğince, kanunun «*yayımı tarihinde yürürlüğe*» girmiştir.

---

(1) Bkz R.G. 22.9.1971-13,964.

(2) Diğer değişiklikler şunlardır. 1188 s. vc 6.11.1969 t. Kanun (68. ve Geçici 11 md.) (R.G. 12.11.1969-13.369) (Bu değişiklik daha sonra Anayasa Mahkemesi tarafından şekil yönünden Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir, (Bkz. 1/31 Esas sayılı karar: R.G. 7.6.1971-13.858); 1254 s ve 17.4.1970 t. Kanun (73 md. ve Geçici bir md. eklenmesi) (R.G. 22.4.1970-13.478); 1255 s. ve 17.4.1970 t. Kanun (131. md.) (R.G. 22.4:1970-13:478) ve 1421 s. ve 30.6.1971 t. Kanun (56. ve 82. md.) (R.G. 2.7:1971-13:883):

(3) Bkz ARMAĞAN, Servet, 182/dip not 17. ARSEL, sh 23-24.

Şimdi, acaba, hukuki ve hattâ siyasi hayatımızda geniş tesirler meydana getiren Anayasa Mahkememizin durumu ne olmuştur? Bazan çok alkışlanan, bazan da yaylım ateşine tutulan Anayasa Mahkemesinin çalışması, son değişikten sonra nasıl olması istenmiştir?

Bu soruların cevaplarını yukarıdaki sıraya göre vermeye çalışacağız.

I — KURULUŞ

Anayasa Mahkemesinin kuruluşunda esas itibariyle büyük bir değişiklik yoktur. Ancak yeni değişiklik ile, Üniversitelerin Anayasa Mahkemesi üyeliği için aday göstermesi imkânı ortadan kaldırılmaktadır.

Gerçekten, değişiklikten önceki durumda, «Yasama Meclislerince seçilecek birer kişinin, Üniversitelerin hukuk, iktisat ve siyasal bilimler öğretim üyelerinin birlikte toplanarak, açık üyeliklerin üç katı tutarındaki ve gizli oyla gösterecekleri adaylar arasından olması gerekli» idi (A. Md. 145/3). Yeni şekilde bu fıkra olduğu gibi kaldırılmıştır. Artık Üniversiteler, Anayasa Mahkemesine üyelikleri için aday gösteremeyeceklerdir.

Bundan evvel mevcut olan o yasama meclislerinin seçecekleri üyeleri, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri dışından yapmaları gerektiği yolundaki 145/2. md. ise kalmakta ve fakat birinci fıkraya katılmış bulunmaktadır (4).

Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesinin kuruluşunu düzenleyen 145/3. md., Anayasa Mahkemesinde üye olacak kimselerin özelliklerini belirtmektedir. Sayılan özelliklerden biri de adayın: «...Üniversitelerde hukuk, iktisat ve siyasal bilimler alanlarında en az beş yıl öğretim üyeliği... yapmış olmak» şartıdır. Bu hüküm değiştirilmemiştir. Yukarıdaki hükme paralel olarak değiştirilmemesi, unutma eseridir denilebilir. Ya da Anayasa Mahkemesine üye olacak kimselerde bu şartların bulunması uygun görülmüş ve fakat üniversitelerin aday gösterilmesi istenmediğinden, böyle bir hükme dokunulmamıştır.

Artık, öğretim üyeleri isterlerse, adaylıklarını kendileri teklif edeceklerdir.

Anayasayı değiştirenlerin yukarıda açıklanan yoldaki bir değişik ile, Üniversiteler «güvensizlik»lerini dile getirmek istemiş oldukları söylenebilir.

Bu arada şunu da söyleyelim ki, eski şekilden farklı olarak ve yerinde bir hareketle, «Yasama Meclislerince yapılacak seçimlerde, adaylığa başvurma ve seçim esas ve usulleri kanunla düzenlenir» yolunda bir hüküm getirilmiştir (A.m.d 145 son).

Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ile ilgili olarak şu da söylenebilir: Anayasanın gerek eski ve gerekse yeni şeklinde, Anayasa Mahkemesine üye olabilmek için «... Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay veya Satıştay'da Başkanlık, Üyelik, Başsavcılık, Başkanun sözcülüğü... yapmış olmak şarttır» (Md. 145/3) Bu hükümle, Anayasa Mahkemesi üyelerinin muayyen bir derece ve devre, kanunların tatbikatı ile

(4) Bu arada şunu da söyleyelim ki, yeni 145. md. 6 dan 5 fıkraya indirilmiştir.

meşgul olmuş, hukukî anlaşmazlıkları halletmekte ihtisaslaşmış kimseler olması istenmektedir. Bunu gerçekleştirmenin en iyi yolu da, üyeleri, Yüksek Mahkemelerde üyelik yapmış kimselerden seçmektir.

Bu şekilde hareket etmek mantıki olmakla beraber, Anayasanın burada bir Yüksek Mahkemeyi unuttuğu görülmektedir. Gerçekten, 1488 s. kanunla yüksek mahkemeler arasına «*Askeri Yüksek İdare Mahkemesi*» adlı bir mahkeme ilâve edilmiştir. 140 md. nin son fıkrasına göre, «Asker kişilerle ilgili eylem ve işlemlerin yargı denetimi Askeri Yüksek İdare Mahkemesince yapılır.» Şimdiye kadar Danıştay'da yapılan bu denetim, yeni bir Yüksek İdare Mahkemesine verilmiştir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nde üyelik yapmış olanlara, Anayasa Mahkemesinde üye olmak imkânı tanımayan bu netice, herhalde bir unutma eseridir. Anayasa Mahkemesine üye olacak kimselerde aranan özellikler içinde, yukarıda sayılan Yüksek Mahkemelerde üyelik, Başsavcılık, Başkanunsözcülüğü, Başkanlık yapmış olmak şartı sayılırken, «Askeri Yüksek İdare Mahkemesi» nin bu yüksek Mahkemeler arasında sayılması unutulmakla birlikte, Anayasa Mahkemesine üye gönderecek veya seçecek Yüksek Mahkemeler arasında da Askerî Yüksek İdare Mahkemesi'nin ismi zikredilmemiştir. Gerçekten 145/1. md. de Anayasa Mahkemesine Yargıtay, Danıştay, Sayıştay ve Askeri Yargıtay tarafından üye seçileceği belirtilirken, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin ismi sayılmamıştır.

Burada denebilir ki, Anayasa Mahkemesine bu yüksek mahkemelerin seçecekleri üyeler Anayasaca ahenkli bir şekilde belirtilmiştir. Yeni Anayasayı değiştirenler bu ahengli düzeni, bu orantıyı bozmak istememişlerdir. Kanaatimizce, bu şekilde bir gerekçe, Anayasayı değiştirenlerce benimsenmiş olsa bile, ahengi veyo orantıyı değiştirmeden de, Askeri Yüksek İdare Mahkemesine üye seçmek imkânı verilebilirdi. Meselâ Askeri Yargıtay ile müştereken toplanarak, Askeri Yargıtay'a ayrılmış bir üyelik için üç aday gösterebilmesi: yahut daha iyi bir ihtimal olarak, Danıştay'a ayrılmış üç üyelik için, Danıştay ile birlikte toplanarak aday tesbitine katılabilmesini temin edecek şekilde bir değişiklik mümkündü.

Burada olsa olsa, yine bir unutma sözkonusudur (5).

II — GÖREV ve YETKİLERİ

Anayasanın son değişikliğinden sonra, Anayasa Mahkemesinin görevlerinde «sayı» bakımından az değişiklik yapılmıştır. Ancak bir görevinde değişiklik, daha doğrusu bir kısıtlama yapılmıştır.

---

(5) A, md, 140'son hükmü gereğince, Askeri Yüksek idare Mahkemesinin kuruluş ve işleyiş kanunu hamlıkları yapılmaktadır. Gazetelere İntikal etlen haberlere göre. yetkililer, bu Yüksek Mahkemenin Anayasadaki yerinin eksik düzenlenmiş, daha doğrusu, bu düzenlemeye paralel olarak Anayasanın diğer maddelerinde de değişiklik yapılması şart olduğunu belirtmişler, aksi halde «Askeri Yüksek Mahkemesinin diğer yüksek mahkemeler derecesinde bulunduğundan bahsedile»meyeceğini ifade etmişlerdir (Bkz. 25 Kasım 1971. Cumhuriyet Gazetesi)
Askeri Yüksek îdare Mahkemesinin Anayasadaki düzenliş tarzı, hatta md. deki hatalı ifadeler hakkındaki düşünceler için bkz Ahmet KERSE «Anayasa Tadili ve Danıştay» 3.12.1971, Cumhuriyet.

Gerçekten de, Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 19/son. 57, 81, 140/3. 142/son md. lerinde verilmiş görevleri yerine getirecektir. Bu görevlerde herhangi bir değişiklik yapılmış değildir. Ancak, bu sayılanlar dışında, Anayasa Mahkemesinin görevlerinden biri de, «...kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya» uygunluğunu denetlemektir (md 147/1). İşte getirilen değişiklik, bu denetlemenin kapsamında yapılmıştır. Bilindiği gibi, burada geçen «*kanun*» dan maksat «*uzvi ve şekli manada kanundur*» (6). Böyle olduğu için, Anayasayı değiştiren kanunlar da, buradaki mânada bir «kanun» dur. Bu sebeple, Anayasayı değiştiren kanunların da Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi olması normaldir.

Diğer tarafdan, bilindiği gibi, Anayasa Mahkemesi denetimini hem şekli (7), ve hem de maddi (8) bakımlardan yapar. Hatta belirtelim ki, Anayasa Mahkemesi, kanunların şekli uygunluk araştırmasını büyük bir titizlikle yapmaktadır.

Normal olan ve değişiklikten evvelki durum da bu olmakla beraber, yeni şekilde, Anayasa değişikliğinin, sadece şekli bakımdan denetimini yapabilecek, maddi bakımdan Anayasaya uygunluğunu denetleyemeyecektir: «Anayasa Mahkemesi… Anayasa değişikliklerinin de Anayasa'da gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler» (A.m.d 147/1) (9).

Anayasa Mahkemesinin daha evvelki bir kararı da bu esaslara uygun düşmekteydi. Bu karar, bir siyasi Partinin (T.İ.P.),

Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki 1188 s. Kanunun iptali için başvurması neticesi alınmıştır. Anayasa Mahkemesi bu kararında (10), Anayasa değişikliklerini hem esas ve hem de şekil bakımından denetleyebileceğini belirtmektedir. Hattâ Anayasa Mahkemesi, adıgeçen değişikliği, şekil bakımından Anayasaya aykırı bulmuş ve iptal etmişti.

İşte, Anayasa yargısının genel teorisinde ve Anayasa Mahkememizin de tatbikatında durum böyle iken, yeni değişiklik, Anayasa değişikliklerinin sadece şekli bakımdan denetlenmesine izin vermiş, bu değişikliğin «*esas*» bakımdan denetlemesi imkânını ortadan kaldırmıştır.

Böyle bir değişikliğin getirilmesinde, Anayasayı değiştiren hükümetin, Anayasa değişikliklerinden beklediği uzak neticeleri gerçekleştirme ve koruma arzusu (niyyeti) olduğu söylenebilir.

---

(6) Bkz. ARMAĞAN, 55.

(7) İbid, 105 vd.

(8) İbid, 108 vd

(9) Cümle yapısı bakımından «**de**» yerine «**ise**» gelmesi daha uygun düşer, îlk okunuşda göze çarpmamakla beraber, burada, bir evvelki şıkka bir istisna getirilmek istendiğinden «**dahi**» manasına «**de**» uygun değildir. Bu fıkranın ifadesi lam sekli ile şöyle olmalıydı: Anayasa Mahkemesi kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasa'ya, Anayasa değişikliklerinin ise, Anayasa da gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler».

(10) Bkz. l/ 31 Esas sayılı karar (R.G. 7 Haziran 1971-13.858):
«Bu nedenlerle söz konusu kanun (Anayasa değişikliğini getiren kanun), gerek biçim, gerekse esas yönünden Anayasa Mahkemesince denetlenebilmelidir». Aynı şekilde şu karara da bkz.: 41/37 E. S karar (R.G 17/3/1972 14131).

Anayasa deiğşiklikleri çok zor gerçekleştirilebilmektedir. Böylesine bir zor devreden sonra, Anayasa Mahkemesinin bu değişikliği, ister şekil, isterse esas noktasından, iptal etmesi halinde, yürütme organı, getirmek istediği reformları gerçekleştirmek için, daha bir hayli zaman beklemesi icab etmektedir. Öyle anlaşılıyor ki, Anayasanın son değişikliğine, yapacakları reformların istikbalini bağlayan hükümet, bu duruma düşmek istememiştir.

Burada denebilir ki, reformları yapmak isteyen hükümet, bu arzusunda haklı olsa bile, bu değişiklik, Türk Anayasa Yargısına yeni bir sistem getirdiği için, reformdan sonraki değişiklikler için, bu değişiklik haklı görülemez. Çünki, getirilen değişiklik, Anayasa yargısını kısıtlayıcı istikamettedir.

Son zamanlarda, Anayasa Mahkemesinin bazı kararları, idare edenlerin yüksek kademesini bir hayli korkuttuğundan, böyle bir değişiklik Yasama Organında kolaylıkla kanunlaşabilmiştir.

Burada hatıra gelen bir sual de şudur: Acaba, Anayasa Mahkemesi buna rağmen, Anayasaya değişiklik getiren bu kanunu denetleyebilir mi? Yani şekil bakımından olduğu kadar, bilhassa esas bakımından, bu kanunda getirilmiş bulunan değişiklikleri kontrol edebilir mi?

Bilindiği gibi, meşhur Alman hukukçusu BACHOF'un ortaya attığı ve sonra kendisine tarafdar bulan teoriye göre, Anayasa içinde, Anayasanın kendisine aykırı normlar bulunabilir. BACHOF'a göre, Anayasayı değiştiren kanunların şekli ve maddi bakımdan Anayasaya aykırı olması mümkündür (11).

Teorik olarak böyle bir esas kabul edilmekle beraber, Anayasanın son değişikliğinden sonra, Anayasa Mahkemesi, bu esasa göre, Anayasa değişikliklerinin «*esas*» bakımından murakabesini yapabilir mi? Kanaatimizce yapamaz. Çünki, bir defa, kendisine, Anayasaca böyle bir yetki verilmiş değildir. Bu yetkiyi vermeme, Anayasa Yargısı teorisine aykırı olabilir; ama Anayasa Mahkemesi kendisine tanınan denetim sahası ile bağlıdır, yahut, ancak bu saha içinde denetimini yapabilir. İkincisi, Anayasa Mahkemesi, Anayasa normları arasında bir hiyerarşi'nin varlığını kabul etmiş değildir. Anayasaya aykırı Anayasa normları, böyle bir hiyerarşinin kabulünden sonra mümkündür (12).

Anayasa Mahkemesinin, yeni görevlerinden biri de, son değişiklik ile 64. md. sinin son fıkrasında düzenlenmiştir.

---

(11) Bkz. BACHOF. 116. Ayrıca bkz. REİSOĞLU, loc, cit.

(12) Anayasa Mahkemesi, ilk defa. Anayasa değişikliklerini de şekil ve esas bakımından denetleyebileceğini 10 nolu dip notunda zikredilen kararında açıklamıştır. Ancak bu kararında, Anayasaya aykırı Anayasa normlarının varlığını kabul etmemiştir. Bu karara esas olan iptal davası dilekçesinde, anayasa normları arasında bir hiyerarşinin varlığı ve bu normların birbirine aykırılığının mümkün olduğu ileri sürülmüşse de, Anayasa Mahkemesi, bu noktaya kararında dokunmamıştır .
Federal Almanya Anayasa Mahkemesi, anayasa normları arasındaki hiyerarşiyi kabul etmiş, ancak kararlarında şimdiye kadar tatbik etmemiş, yani bu yolda bir denetimde bulunmamıştır. (Bkz. FRIESNEHAHN, 152.)

Bilindiği gibi, 1488 s. K. la getirilen en mühim yenilik, «kanun hükmünde kararnâmeler» dir. 64. md. nin yeni şeklîne göre, «Türkiye Büyük Millet Meclisi kanunla, belli konularda, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararnameler çıkarmak yetkisi verebilir...» (A. md. 64/2). «Bu kararnameler, Resmi Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girerler» (A . md. 64 /3).

Bu şekilde yapılan ve yürürlüğe giren kanun hükmünde kararnameler, Anayasa Mahkemesinin kontrolüne tâbi kılınmıştır: «Anayasa Mahkemesi, bu kararnamelerin Anayasaya uygunluğunu da denetler» (A. md. son) (12a).

Anayasa Mahkemesi bu yeni görevi ile, çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin, hem esas ve hem de şekil bakımından Anayasaya uygunluğunu kontrol edecek, bu kararnameler ile ferdi hakların aleyhine bir tatbikat husule gelmesine mâni olabilecektir.

Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkisi konusunda son olarak belirtelim ki, Anayasa Mahkemesinin kuruluşu konusunda Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ile ilgili olan unutma burada da görülmektedir. 147/2. md. ye göre, Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan sıfatiyle, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu üyeleri ile yüksek mahkemelerin ve hatta Yüksek Hâkimler Kurulunun başkan ve üyelerini. Cumhuriyet Başsavcısı, Askeri Yargıtay Başsavcısı ve kendi üyelerini görevleri ile ilgili suçlardan dolayı yargılamakla görevlidir. Ancak bu yüksek mahkemeler arasında, Askeri Yüksek idare Mahkemesi üyeleri sayılmamaktadır. Bu yüksek Mahkeme, Anayasanın son değişikliği ile Anayasaya (md. 140/son) girmiş olduğundan, bir unutma eseri olarak buraya (md. 147/2) alınmamıştır.

III— İPTAL DAVASI AÇMAYA YETKİLİ OLANLAR

Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkili olanlar iki gruptur (13). Getirilen değişikliği bu iki grup bakımdan belirtmekte fayda vardır.

1— Dâva açma yetkisi sınırlandırılmamış şahıs ve kurumlar

Bu gruptakiler, herhangi bir kanun ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya aykırılığı iddiasiyle Anayasa Mahkemesine başvurabilirler, Bu grupta yer alanlardan siyasi partiler ile ilgili olarak bir tahdide gidildiği görülmektedir.

Yeni şekle göre, iptal dâvasını, «Yasama Meclislerindeki siyasi parti grupları ve Türkiye Büyük Millet Meclisinde grubu bulunan siyasi partiler» açabileceklerdir (A.md. 149).

Getirilen değişiklik ikidir:

(12a) Bu cümledeki ifade, son Anayasa değişikliğinden sonraki 147/1 md, deki bozuk ifadeye benzemektedir (Bkz. dip not, 9). Aynı mânâ şu şekilde daha iyi ifade edilmiş olurdu: «Anayasa Mahkemesi, bu kararnamelerin de Anayasaya uygunluğunu denetler» veya sadece «Anayasa Mahkemesi, bu kararnamelerin Anayasaya uygunluğunu denetler».

(13) Bkz. ARMAĞAN, 37 vd., 48 vd.

a) Eskiden grubu olmayan, ancak Türkiye Büyük Millet Meclisinde bir tek de olsa, temsilcisi olan siyasi partiler de iptal dâvası açabiliyorlardı. Şimdi bu imkân kaldırılmıştır. Bu şekilde hareketle, parlamentoda grup kuramayacak kadar azınlıkta(14) kalan siyasi partilere iptal dâvası açma yolu kapatılmış olmaktadır. Bunu mânalandırmak gerekirse, denebilir ki, Parlamentoda küçük partiler, bir kanunun veya İçtüzüğün çıkmasına engel olamadıklarından, Anayasa Mahkemesinde, mukabil kanaatlerini dile getirmekte, seslerini duyurabilmekteydiler. Anayasa Mahkemesi, dâvalarını yerinde görüp, iptal kararı verince, arzuları tahakkuk etmekteydi. Bundan sonra bu mümkün olamayacak. Binaenaleyh burada getirilen değişiklik, parlâmentodaki azınlık partilerinin aleyhine netice doğuracaktır.

b) İkinci olarak, getirilen değişiklik neticesi, Cumhuriyet Senatosundaki Millî Birlik Grubu da dâva açamayacak demektir. Çünki Anayasa, «*siyasi parti grubu*» ile, «*grubu bulunan siyasi partilere*» iptal dâvası açma hakkı tanımıştır. Milli Birlik Grupu ise, bir siyasi parti değildir.

2 — Dâva açma yetkili sınırlandırılmış olan kurum ve kurullar

Bu grupta yer alanlar ancak «kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda» (A.md. 149) dâva açabilmektedirler. Burada Üniversiteler ve Yüksek Hâkimler Kurulu dışında bütün yüksek mahkemeler sayıldığı halde, «*Askerî Yüksek İdare Mahkemesi*» nin adı geçmemektedir. Halbuki Danıştay 149. md. gereğince açabilmektedir. Bu da, yukarıda da söylediğimiz gibi, bir unutma eseridir.

IV— KARAR VERME VE SÜRESİ

I — Karar Verme

Anayasa Mahkemesinin «yargılama ve çalışma usulü» (A.md.

148) degiştirilmemiştir. Bu konuyu 44 s. ve 22/4 1962 t. «Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri hakkında Kanun» (15) düzenlemektedir. Bu kanunda değişiklik olmamakla beraber, hatırlatmak için belirtmek yerinde olur ki, bu kanunun «siyasi partilerin kapatılması dâvalarının duruşmalı olarak görülmesine ilişkin hükümler»i ile bu «dâvalara. Cumhuriyet Başsavcısının huzuru ile bakılacağı» na ilişkin hükümler Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir (16).

2 — Karar Verme Süresi

a) Mahkemeler kanalı ile gelen Anayasaya aykırılık iddilarında

Anayasa Mahkemesi mahkemeler kanalı ile gelen Anayasaya aykırılık iddiaları hakkında «altı ay içinde kararını verir ve açıklar» (A.md. 151/3). Bu hükümle iki değişiklik getirilmiştir. Birisi, bundan evvelki metinde «*açıklar*» kelimesi yoktu. Bununla nasıl bir gaye takip edildiğini tesbit zordur, ikincisi ise eskiden

(14) A. md. 85/2 md gereğince, «Siyasi Parti grupları, en az on üyeden meydana gelir »

(15) Bkz R.G. 25.4 1962-11.091.

(16) Bkz. R.G. 22 10.1971-13.994.

karar verme müddetinin 3 ay olmasına karşılık, yeni şekilde bu müddet 6 aya çıkarılmıştır. Bununla, Anayasa Mahkemesine daha salim, bir karar verme imkânı tanınmış olmaktadır. 3 aylık müddete bazan riayet mümkün olmayabiliyordu. Ama 6 ay içinde herhangi bir karar verilebilir (17). Bu değişikliğin yerinde olduğu kanaatindeyiz,

b) Diğer yollar ile gelen iddialarda

Bu kısma ait bir müddet yoktur. 1961 Anayasası yapılırken, üç aylık bir müddet konulması teklif edilmiş, ancak kabul edilmemiştir(18). Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunun, kanaatine göre, müddet konursa, bunun müeyyidesi bulunamayacak, buna aykırı harekete karşı bir şey yapılamayacaktır (19).

Son değişiklik bu konuda bir yenilik getirmemiştir.

3 — Kararın Açıklanması

Yeni değişiklik, Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçesi yazılmadan açıklanamayacağını belirtmektedir (A.md 152/1).

Bu hükümde isabet olduğu açıktır. Eskiden bazan kararlar ilgililere açıklanmak ta, ancak gerekçeli karar daha sonra kaleme alınmakta idi. Bu suretle iptal, veya red kararlarını, evvela ancak muayyen kişiler öğrenebilmekle idi. Bu arada basın bu kararı verirse, daha geniş kitleler öğrenebiliyordu. Bu sebeple de, verilen karardan memnun olmayanlar arasında «*karar verildi, şimdi de gerekçe hazırlanıyor*.» şeklinde söylentilere yol açıyordu (20). Bu değişiklikle bu kabil nahoş durumlar ortadan kalkmış olacak.

İkinci ve daha önemli husus, yeni şekil «*gerekçe - hüküm*» bağlantısını sağlamaktadır. Mahkeme kararlarının hüküm kısmı muayyen gerekçeler sebebiyle veya neticesi ortaya çıktığından, çıkması gerektiğinden, eski şekil bu esasa uygun düşmüyordu. Yeni şeklin bu sebeple isabetli olduğunu söyleyebiliriz.

V — KARARLARIN YÜRÜRLÜĞÜ

1 — Kararın Yürürlüğe Girmesi

Eskiden olduğu gibi Anayasa Mahkemesi kararları «hemen yayımlanır» (A.md. 152/son). Ancak bu kararların yürürlüğe girmesinde değişiklik getirilmiştir.

---

(17) Bkz. ARMAĞAN, 130 ve 130/dip not 149.
Anayasa Mahkemesi bunun dışında bir halde daha Anayasa Mahkemesine karar verme müddeti koymuştur. 81. md ye göre. bir üyenin yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya üyeliğin düştüğüne Meclise karar verilmesi halinde, bu karara karşı ilgili üye veya herhangi bir üye Anayasa Mahkemesine bu kararın iptali için başvurabilir. Bu başvurma hakkında Anayasa Mahkemesi onbeş gün içinde karar verecektir.

(18) Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi c. 4. sh. 226.

(19) İbid., 225

(20) Böyle bir söylenti bilhassa TCK nun 141 ve 142 md lerinin Anayasaya uygun olduğu yolundaki kararın, verildiği tarihten uzunca bir müddet sonra Resmi Gazetede yayımlanması sırasında ve sebebiyle ortaya çıkmıştı.

Yeni şekle göre, «Anayasa Mahkemesince, Anayasa'ya aykırı olduğundan iptaline karar verilen kanun veya içtüzük veya bunların iptal edilen hükümleri, gerekçeli kararın Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar» (A.md. 152/2), Eskiden «k*arar tarihinde*» yürürlükten kalkmakta idi.

Yeni şeklin yerinde olduğu söylenebilir. Eski şeklin ise hatalı olduğu gerek doktrinde (21), ve gerekse Temsilciler Meclisinde (22) belirtilmişti. İptal edilen hükümler, ancak yayımlanması ile üçüncü şahıslar tarafından öğrenilebilmektedir. Diğer yandan, bir kısım üçüncü şahıslar tarafından öğrenilen, diğer bir kısım tarafından ise henüz bilinmeyen iptal kararları, hukuk tatbikatında, isbat zorluklara ve karışıklıklara yol açabilir.

Tabii bu hükmün isabetli neticeler verebilmesi için, yukarıda belirtildiği gibi, kararların «hemen» yayımlanması gerekir.

İtiraf etmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi kararları şimdiye kadar oldukça geç yayımlanmıştır. Buna dair çeşitli misaller verilebilir. Meselâ 2/6/1964 tarihinde verilen 88/44 Esas sayılı karar, ancak 10/2/1965 tarihli R.G. de yayımlanmıştır.

Öyle görünüyor ki, yeni değişiklikten sonra, yayımlanmakta pek gecikme olmayacak. Kararların, gerekçesi yazılmadan açıklanması yasaklandığına göre, Anayasa Mahkemesi, bir an evvel gerekçeyi yazacak, bunu açıklayacak, yani 44 sayılı kanun hükümlerine göre (md. 39/4) ilgililere tebliğ edecek, bundan sonra yayımlanma ise, herhalde çok zaman almayacaktır.

2 — Yürürlüğün Geriye Bırakılması

Anayasa Mahkemesinin iptal kararları «Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlüğe girer. Gereken hallerde, Anayasa Mahkemesi, iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih kararın Resmi Gazetede yayımlandığı tarihten başlıyarak bir yılı geçemez» (A.md. 152/2). Eskiden bu müddet 6 aydı.

Böyle bir istisna, iptal kararının derhal ve herkese şâmil olarak yürürlüğe girmesi dolayısı ile doğabilecek mahzurları bertaraf etmek ve iptal kararı sebebiyle meydana gelecek boşluğu doldurmak için yasama organına fırsat vermek gayesi ile konulmuştur (23).

Anayasanın çıkarılmasını istediği bazı kanunlar, tesbit edilmiş müddet içinde çıkarılamamaktadır. Bu hususta, İçtüzük hükümleri kadar partilerin tutumu da rol

---

(21) Bkz. EREM. 20.
İstanbul Üniversitesi Anayasa Komisyonu Öntasarısı (İstanbul Tasarısı), Anayasaya aykırılığı Anayasa Mahkemesince kararlaştırılan hükümlerin. Anayasa Mahkemesinin «**kararının yayınlandığı gün yürürlükten kalkar** demek suretiyle (md. 179/2) bu görüşü benimsemişti Ankara Tasarısı ise bu hususta hüküm sevketmemişti. İtalya'da kararın yayın tarihini takibeden gün esas alınmıştır (Bkz. İtalyan A. md. 136; 87 s. K. md. 30/2. Metinler için bkz. ALACAKAPTAN, UĞUR, İtalyan Anayasa Mahkemesi ile ilgili hükümler. AHFM.. c. XVII, s. 1-4. sh. 493-517.

(22) Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, c. 4, sh. 221.

(23) Bkz. ARMAĞAN. 136/176 no. lu dip notu. Ayrıca bkz. 136-137.

oynamaktadır. O sebeple, eskisinden daha uzun bir müddet tanıyarak, getirilen istisnadan beklenilen fayda sağlanmak istenmiştir.

Realitelere uygun olan bu hükmün yerinde olduğunu söyleyebiliriz.

VI — NETİCE

1961 Anayasasının geçirdiği en büyük değişiklikten sonra, Anayasa Mahkemesinin durumunu kısaca belirtmeye çalıştık. Bu kısa izahatımızdan sonra şunu söyleyebiliriz.

1961 Anayasasının bu değişikliğini yapanlar, azınlıkta kalan küçük partiler aleyhine bir şekil getirmek istemişlerdir. Diğer tarafdan bazan unutma eseri olarak hükümler arasında ahenksizlikler ortaya çıkmıştır. Üniversitelere güvensizlik yanında, Anayasa Mahkemesi kararları mevzuunda da, tatbikata güvensizlik vardır. Son husus ile ilgili olarak gerçekçi bir değişiklik getirilmiştir.

B i b 1 i y o ğ r a f y a

ARMAĞAN, Servet	:	Anayasa Mahkememizde Kazaî Murakabe Sistemi. (Doktora Tezi) İstanbul 1967.
ARSEL, İlhan	:	Amerikan Anayasası ve Yüksek Mahkeme, Ankara, 1957.
BACHOF, Otto	:	Verfassungswidrige Verfassungsnormen?, Tübingen, 1951.
EREM, Faruk	:	Ön Mesele (Mes'ele-i Müstehire) olarak Anayasaya aykırılık iddiası, Ankara, 1962.
FRIESENHAHN, Ernst	:	Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, (Ver fassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart Laenderberichte un Rechtsvergleichung, Carl Heymans Verlag KG., Köln-Berlin, 1962., sh. 89-197).
REİSOGLU, Safa	:	Anayasa Mahkemesi Kanunu Tasarısı. 30/3/1962 tarihli Dünya Gazetesi.
REİSOGLU, Safa	:	Anayasa Mahkemesi, 3/5/1962 tarihli Dünya Gazetesi.

Doç. Dr. Servet ARMAĞAN

(11. Makale - 1972)

Dr. İsmet OCAKÇIOĞLU

*Yasaların Maddi Yönden Anayasaya Uygunluğunun Denetlenmesi**

* İsmet Ocakçıoğlu, "Yasaların Maddi Yönden Anayasaya Uygunluğunun Denetlenmesi", Prof. Dr. Hüseyin Cihat Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara: Sevinç Matbaası, 1972, 8 syf.

YASALARIN MADDİ YÖNDEN ANAYASAYA UYGUNLUĞUNUN DENETLENMESİ

Dr. İsmet OCAKÇIOĞLU*

Genel olarak :

Yasaların kapsadıkları hükümler bakımından Anayasaya uygun bulunup bulunmadıklarının incelenmesine yönelen denetime maddî veya esas yönünden Anayasaya uygunluk denetimi adı verilmektedir.

Anayasaya uygunluğun denetlenmesi tamamen hukuk açısından bir incelemeyi gerektirir; burada yasaların maslahata uygun, iyi veya fena, zararlı veya yararlı olup olmamaları değil hukuk açısından Anayasaya uygun bulup bulunmadıkları söz konusu olmaktadır.[1]

Yetkili yer :

Maddî yönden yasaların Anayasaya uygunluğunu denetleme konusunda Anayasa Mahkemesi lehine olarak bir tekel hakkı vardır. Alman ve İtalyan Anayasa Mahkemeleri de maddî yönden Anayasaya uygunluk denetiminde aynı tekel hakkını haizdirler.[2]

Ancak, Anayasanın 1488 sayılı Anayasa değişikliğine ilişkin yasayla değişik 151. maddesi hükmünce Anayasa Mahkemesinin işin kendisine gelişinden başlamak üzere altı ay (bu süre değişiklikten önce üç ay idi) içinde karar vermemesi halinde davaya bakan mahkeme de Anayasaya aykırılık iddiasını kendi kanısına göre çözümlemek yetkisini haizdir;[3] bununla beraber davaya bakan mahkemelerce yapılacak bu denetim, sonucu itibariyle sakıncalı bulunarak uygulama görmemesi temenni olunmuştur.[4]

Anayasaya uygunluk denetiminde ölçü olarak alınacak kurallar:

Anayasa ve Başlangıç kısmı :

Esas yönünden Anayasaya uygunluğun denetlenmesinde ölçü olarak alınacak kurallar herşeyden önce Anayasa kurallarıdır. Bu Anayasa, biçimsel denetimde olduğunun aksine, denetiminin yapıldığı sırada yürürlükte bulunan Anayasadır;

---

* Anayasa Mahkemesi Raportörü.

(1) Prof. J. Laferriere-Manuel de Droit Constitutionnel, Paris 1947, s: 312

(2) Rossi: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 29, s: 328 (Çev: Ö. Tosun).W Buerstedde: Revue International de Droit Compard, 1957, s: 60.

(3) Dr. R. Seçkin: Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı, s: 128-141. Prof. K. F. Arık Adalet Dergisi, Yıl: 1961, s: 843-845. A. Boyacıoğlu: Adalet Dergisi, Yıl: 1962, s : 719.

(4) Prof. T. B. Balta: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Yıl: 1961, s : 554/555. Dr. M. Kıratlı: Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi, Ankara 1966, s : 56.

yasa eski Anayasaya uygun olsa bile denetimin yapılması sırasında yürürlükte bulunan Anayasaya aykırı ise iptali gerekecek, aksine eski Anayasaya aykırı olan yasa denetim sırasındaki Anayasaya uygun ise iptal edilemeyecektir.[5]

Denetleme ölçüsü olarak Anayasa bir bütün teşkil eder. Anayasanın bütününe egemen bulunan çağdaş uygarlık düzeyine ulaşma amacı, Atatürk Devrimlerine bağlılık ve Türk milliyetçiliği ilkesi, diğer temel görüşler, ilkeler ve bütün bunları açıkça hükme bağlayan ve Anayasanın 156. maddesi hükmünce Anayasanın metnine dahil bulunan Başlangıç kısmının da ölçü olarak denetimde göz- önünde tutulacağı doğaldır.[6] Burada şu hususu da belirtelim ki, Anayasanın 156. maddesindeki «Bu anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmı, Anayasa metnine dahildir hükmü ona Anayasanın bütün hükümlerinin yorumunda temel bir direktif değeri kazandırmıştır».[7]

Anayasaya uygunluğun incelenmesinde, Anayasaya egemen bulunan ruha göre hukukun genel prensiplerinin, Anayasanın tüm sistemi içerisinde gözönünde tutulması gerekir. Anayasa Mahkemesi Esas: 1966/19, Karar: 1968/25 sayı ve 18-19/6/1968 günlü kararında şu esası benimsemiştir : «Kanunların Anayasaya uygunluğunun yargı yolu ile denetlenmesi sırasında, iptali istenen hükmün öteki kanunlara karşı olan durumunun onlarla çelişir veya çelişmez nitelikte oluşunun değil, Anayasa ilkelerine ve bu ilkelerin dayandığı genel hukuk kurallarına uygun olup olmadığının araştırılması gereklidir».[8]

İtalyan Anayasasının 10. maddesine göre «İtalyan hukuk düzeni genellikle kabul edilen Devletler hukuku kaidelerine uyar».[9] Prof. Crisafulli'ye göre Anayasadaki bu açık gönderme nedeniyle, bir yasa Devletler hukukunun genellikle kabul edilmiş bulunan bir kuralına aykırı ise Anayasaya da aykırı sayılacaktır.[10]

Anayasa hukuk düzenine egemen bulunan bir bütün teşkil ettiğinden Anayasaya uygunluk denetiminde Anayasanın tümünün göz önünde tutulması gerekir; Anayasanın herhangi bir maddesini yorumlarken Anayasanın Başlangıç kısmının ışığı altında gene tümünü dikkate almak gerekir.

Bir yasanın Anayasaya uygun olup olmadığı incelenirken diğer yasaların hükümleri ölçü olarak alınamazlar. Ancak, Anayasanın 153 ve değişik 64/2. maddelerini, dikkate almak zorunludur :

Anayasa Madde : 153 - Devrim Kanunları:

Anayasanın 153. maddesi hükmünce «Bu Anayasanın hiçbir hükmü, Türk toplumunun çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi ve Türkiye Cumhuriyetinin lâiklik

(5) Dr. R. Seçkin: Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı, s: 140. Dr. T. Güneş, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Yıl: 1963, No: 3-4, s: 353.
(6) Ş. Hocaoğlu—İ. Ocakçıoğlu : Anayasa ve Anayasa Mahkemesi, s: 362.
(7) Prof. Dr. H. N. Kübalı: Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul 1969, s. 113-114.
(8) Resmi Gazete — 29.1.1970, sayı: 13412.
(9) Mirkine-Guetzevitch-Les Constitutions Europêennes. s : 507.
(10) Prof. Crisafulli: Le Systême de Contrôle de la constitutionalité des lois en Italie, s. 96. Revue du Droit Public et de la Science Politique 1968.

niteliğini koruma amacını güden aşağıda gösterilen Devrim Kanunlarının, bu Anayasanın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamaz ve yorumlanamaz». Bu hükümle güdülen amaç Devrim Kanunlarının korunmasıdır. Anayasa doğrudan doğruya yaptığı bu açık ve kesin gönderme ile Devrim Kanunlarının Anayasanın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin, Anayasaya uygunluk denetminde, ölçü olarak göz önünde tutulacağını kabul etmiştir. Başka bir ifade ile yasalar Anayasanın 153. maddesi hükmünce Devrim Kanunlarının Anayasanın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerine aykırı olamazlar; aksi hal Anayasanın 153. maddesine ve Başlangıcına aykırılık teşkil eder.

Anayasa madde : 64/2 — Yetki kanunları :

Anayasanın 1488 sayılı yasa ile değişik 64. maddesinin 2. fıkrası hükmünce «Türkiye Büyük Millet Meclisi kanunla, Bakanlar kuruluna kanun hükmünde kararnameler çıkarmak yetkisi verebilir. Yetki veren kanunda, çıkarılacak kararnamelerin amacı, kapsam ve ilkeleriyle bu yetkiyi kullanma süresinin ve yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin açıkça gösterilmesi ve kanun hükmünde kararnamede de yetkinin hangi kanunla verilmiş olduğunun belirtilmesi lâzımdır». Aynı maddenin son fıkrası hükmünce Anayasa Mahkemesi kanun hükmünde kararnamelerin Anayasaya uygunluğunu da denetler.

Kanun hükmünde kararnamelerin Anayasaya uygunluğunun denetimi de diğer yasaların denetimi gibidir. Ayrıca, kanun hükmünde kararnamelerde, denetlenen kararnamenin çıkarılmasına izin veren yetki kanununun da göz önünde tutulması gerekir. Başka bir ifade ile Anayasaya uygunluk denetimine tabi tutulan kanun hükmünde kararnamenin, bu kararnamenin çıkarılmasına izin veren yetki kanununa da konu, amaç, kapsam ve ilkeler yönünden uygun bulunması zorunludur. Kanun hükmünde bir kararname konu, amaç, kapsam ve ilkeler yönünden, ilgili bulunduğu yetki kanununa uygun değilse Anayasanın 5. maddesindeki «Yasama yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez» prensibine aykırı düşer. 1488 sayılı Anayasa değişikliğine ilişkin kanunla Anayasanın 64. maddesinde yapılan değişiklik Anayasanın 5. maddesindeki ilkeyi bozmamıştır.[11] Kanun hükmünde kararnamelerde kararnamenin çıkarılmasına izin veren yetki kanununun belirtilmemesi veya Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel hak ve hürriyetler ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevlerin düzenlenmesi Anayasaya aykırılık nedeni teşkil ederler (Anayasanın değişik 64. maddesinin 2 ve 6. fıkraları)

(11) 1488 Sayılı kanunun gerekçesinde bu konuda şöyle denilmiştir:
«Anayasanın 5. maddesi hükmünün prensibini bozmamak ve her halde önceden yasama meclislerince esasları bir kanunla tesbit olunan sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla hükümete kanun hükmünde kararnameler çıkarmak yetkisinin verilmesi ve bu yetkiyi düzenleyen hükmün, TürkiyeBüyük Millet Meclisinin genel görev ve yetkilerini belirleyen 64. maddesine eklenmesi uygun görülmüştür — Millet Meclisi Tutanak Dergisi Dönem : 3, Cilt: 17. SS. 419, s : 11.

Anayasaya uygunluk denetiminin konusu :

Anayasanın 1488 sayılı kanunla değişik 147/1 ve ve 64/6. maddelerindeki düzenlemeye göre Anayasa Mahkemesi tarafından şu metinler Anayasaya uygunluk denetimine tâbi tutulabilir: 1. Kanunlar; 2. T.B.M.M. İçtüzükleri; 3. Kanun hükmünde kararnameler; 4. Kanun mahiyetinde sair metinler.

1. Kanunlar : Anayasa Mahkemesi kanunların Anayasaya uygunluğunu denetler. Anayasamız maddî ve şekli anlamda kanun kavramlarına birlikte yer vermiş bulunduğundan yasama organı tarafından Anayasanın öngördüğü kanun prosedürüne uygun olarak çıkarılan her metin Anayasa Mahkemesinin esas yönünden Anayasaya uygunluk denetimine tâbidir. İtalyan Anayasa yargısı sisteminde de aynı esas hâkimdir.[12] Anayasa Mahkemesi Bütçe Kanunlarını, Af kanunlarını Anayasaya uygunluk denetimine tâbi tutmuştur.[13]

2. T.B.M.M. içtüzükleri.

Anayasanın değişik 147. maddesi hükmüne T.B.M.M. içtüzükleri esas yönünden Anayasaya uygunluk denetimine tâbidirler. Anayasa Mahkemesinin kararlı içtihadına göre Yasama Meclislerinin içtüzük düzenlemesi niteliğinde bulunan kararları da yasama meclisleri İç tüzükleri gibi esas yönünden Anayasa uygunluk denetimine konu yapılabilirler.[14]

2. Kanun hükmünde kararnameler.

Kanun hükmünde kararnameler 1961 Anayasasına, 1488 sayılı Anayasa değişikliğine ilişkin kanunla girmiş bulunmaktadırlar. Bunlar da Anayasanın değişik 64/6. maddesi hükmünce Anayasaya uygunluk denetimine tâbidirler.

3. Kanun Mahiyetinde sair metinler. .

44 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun geçici 5. maddesi hükmünce «Anayasa Mahkemesinin göreve başladığı tarihte yürürlükte olan herhangi bir kanun veya belirli bir kanun hükmü hakkında 9 Temmuz 1961 tarihli ve 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına aykırılığı iddiasıyla, 21 inci maddenin 1 inci fıkrasında yazılı makam, kurul, kurum ve kişiler tarafından, bu kanun hükümleri uyarınca iptal davası açılabilir». Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre «Yukardaki fıkralar, kanun adını taşımamakla beraber kanun mahiyetindeki sair metinler için de uygulanır». Buna göre kanun mahiyetinde sair metinlerin Anayasaya uygun bulunup bulunmadıkları Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbidir.[15] Anayasa Mahkemesi Âsarı Atika Nizamnamesi ile Zabıtaı Saydiye Nizamnamesini kanun mahiyetinde metin olarak kabul etmiştir.

---

(12) Prof. Crisafulli-s.g.e. S: 90.

(13) Bu konudaki kararlar için bakınız: Esas: 1965/19, Karar: 1965/42 sayı ve 12/7/1965 günlü karar. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi Sayı: 3, s : 147. Esas : 1966/27, Karar: 1968/8 sayı ve 21/2/1968 günlü karar Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi Sayı: 5 s: 21.

(14) Resmî Gazete 17 Aralık 1970 ayrıca Esas : 1967/6, Karar: 1968/9 sayı ve 27/2/1963 günlü karar, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi Sayı: s: 124 v.d.

(15) Kanun mahiyetinde metinler için bakınız : Prof. T. B. Balta: Kısa İdare Hukuku, s : 70.

1924 Anayasasına göre verilmiş olan Türkiye Büyük Millet Meclisi yorum kararları kanuna eşit bir metin olmakla beraber[16] bunlar aleyhine Anayasa Mahkemesine iptal veya itiraz yoluyla başvurulamaz; Anayasa Mahkemesi Meclis yorumuna konu teşkil etmiş bir kanunun Anayasaya uygun olup olmadığını incelerken, bu kanunu yorum kararının verdiği anlam altında ele almak mecburiyetindedir (44 Sayılı kanun madde: geçici 5 fıkra: 4).

İstisnalar

T. C. Anayasası'nın 153. maddesi hükmünce «Bu Anayasanın hiçbir hükmü, Türk toplumunun çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi ve Türkiye Cumhuriyetinin lâiklik niteliğini koruma amacını güden aşağıda gösterilen Devrim kanunlarının, bu Anayasanın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamaz ve yorumlanamaz»; Devrim kanunlarının Anayasanın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümleri, 27 Mayıs 1960 Devrim tarihinden 6 Ocak 1961 tarihine kadar çıkarılan kanunlar ve milletler arası antlaşmalar aleyhine iptal veya itiraz yolları ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz (Anayasa madde : 153; Geçici 4; 65/5; 44 Sayılı Kanun madde : 23, 24, Geçici 6). Ayrıca Anayasanın değişik 147/1. maddesinde «Anayasa Mahkemesi, Kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi içtüzüklerinin Anayasaya, Anayasa değişikliklerinin de Anayasa'da gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler.» denilmek suretiyle Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliklerini maddî yönden denetleyemeyeceği kabul edilmiştir.

Anayasaya uygunluk denetiminin sonucu

Anayasa Mahkemesi Anayasaya uygunluk denetiminin sonucunu bir kararla tesbit eder. Kanun Anayasaya aykırı görülmemişse itiraz veya iptal davasının reddine, aykırı görülmüş ise kanunun veya belirli hükümlerinin iptaline karar verilir. Anayasaya aykırılık iddiası, Anayasa Mahkemesinin altı ay içerisinde karar vermemesi nedeniyle, davaya bakan mahkemece çözümlenmişse, bu mahkemece itiraz olunan kanunun Anayasaya aykırı olduğu sonucuna varılmış olması halinde iptal kararı verilmesi söz konusu olamaz; davaya bakan mahkemece, Anayasaya aykırı görülen kanunun bakılmakta olan davada uygulanmaması ile yetinilir. Kanun yürürlükte kalmakta devam eder ve başka davalarda uygulanır.[17]

İtalyan Anayasa Mahkemesi kararları arasında tefsiri ret (Arrêts interprétatif de rejet), tefsiri iptal (Arrêts interprétatif d'annulation) ve kısmî iptal kararları şeklinde bir ayırım yapılmaktadır. Tefsiri ret ve iptal kararlarında kanun Anayasa Mahkemesinin verdiği anlam altında Anayasaya aykırı veya uygun görülmekte ve buna göre kanunun iptaline veya aykırılık iddiasının reddine karar verilmektedir.[18]

Anayasa Mahkemesi kararları kesindir, bu kararlar aleyhine herhangi bir yere başvurulamaz.

(16) Prof. Balta: s.g.e., s : 70 v.d.
(17) Dr. R. Seçkin: İmran Öktem'e Armağan, s: 56.
(18) Prof. Crisafulli: s.g.e., s: 119/123.

Anayasa Mahkemesi kararları Devletin yasama, yürütme, ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesine göre kararın temelini oluşturan gerekçenin de bağlayıcı gücü vardır; Alman Mahkemeleri de uygulamada bu görüşü izlemektedirler.[19]

İptal kararı geri yürümez, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal olunan kanun veya içtüzük veya bunların iptal edilen hükümleri gerekçeli kararın Resmî Gazete'de yayınlandığı gün yürürlükten kalkar. Bu esas 1488 sayılı Anayasa değişikliğine ilişkin yasa ile getirilmiş bulunmaktadır. Değişiklikten önce, Anayasa Mahkemesi kararının verildiği günde sonuçlarını doğurması yolundaki şu düzenleme Anayasanın 152/2. maddesinde yer almış bulunmakta idi: «Anayasa Mahkemesince, Anayasaya aykırı olduğundan iptaline karar verilen kanun veya içtüzük veya bunların iptal edilen hükümleri, karar tarihinde yürürlükten kalkar».

(19) Buerstedd : s.g.e., s : 60.

(12. Makale - 1973)

Prof. Dr. İlhan AKIN
As. Mehmet AKAD

Cumhuriyetin Ellinci Yılında
*Temel Hak ve Özgürlükler**

---

* İlhan Akın / Mehmed Akad, "Cumhuriyetin Ellinci Yılında Temel Hak ve Özgürlükler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin 50. Yıl Armağanı: Cumhuriyet Döneminde Hukuk, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1973, 32 syf.

CUMHURİYETİN ELLİNCİ YILINDA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER

PROF. DR. İLHAN AKIN **AS. MEHMET AKAD**

Ellinci yılını tamamlayan Cumhuriyetimizin gerçek anlam ve önemini açıklayabilmek, ancak sıkı sıkıya bağlı olduğu demokrasinin özünü oluşturan kişi hak ve özgürlüklerinin bu süredeki gelişmesini ortaya koymak ve günümüzdeki durumunu belirtmekle mümkündür. Bu amaçla hak ve özgürlüklerin Cumhuriyetin kuruluşundan bu yana pozitif hukuk metinleri, uygulama ve Anayasa Mahkemesi kararları açısından vardığı düzeyi saptamaya çalışacağız. Bunu yaparken 1924, 1961 ve 1971 temel yasalarını esas alıp, özgürlükleri düzenleyen yasalara ve Anayasa Mahkemesi kararlarına sırası geldikçe yer vereceğiz.

1924 ve 1961 Anayasalarının özgürlükleri farklı biçim ve anlayışla düzenlemeleri, böylesine bir çabayı zorunlu kılıyor. Bundan sonra özgürlüklerin asgarî varoluş ve yürürlük koşulunu oluşturan eşitlik ilkesini incelemek gerekir. Eşitlikle özgürlük arasındaki ölçülü denge, bu iki kavramın birbirinden ayrılmasına izin vermiyor.

Klâsik özgürlüklerin gelişimini ayrıca inceleyeceğiz. "Olumsuz haklar statüsü" diye bilinen bu geniş listeyi, getirdiği yeniliklerle birlikte göreceğiz. 1961 Anayasasının temel özelliği ve çağdaş niteliğini oluşturan Sosyal Devlet ilkesinin bir sonucu Sosyal Haklar ve Ödevlerin yeri, içeriği ve önemine de değinmek gerekir. Hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını ve korunmasını birlikte ele alacağız. Kişinin, siyasal iktidarın organlarına karşı korunması, özgürlüklerin hangi boyutlar içinde kullanılacağı da günümüzün en önemli sorunları arasında bulunmaktadır.

I — HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN ANAYASADAKİ KAYNAĞI

1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisin'den büyük ölçüde etkilenen temel yasalardan biri de bizim 1924 Anayasamızdır. Gerçekten bu Anayasa, 1875 Fransız Anayasasını kendisine örnek almakla kalmamış, 1789 Bildirisinin özgürlük anlayışını da aynen benimsemiştir. Bu Anayasa 68. maddesinde özgürlüğü; "Başkasına muzır olmayacak her türlü tasarrufta bulunmaktır" diye tanımlıyor. Sonra ekliyor : "Hukuku tabiyeden olan hürriyetin herkes için hududu başkalarının hududu hürriyetidir". Böylece hem doğal haklar doktrininin kesin biçimde benimsendiğini gözlemliyoruz, hem de özgürlüğ'ün başkasına zarar vermeyecek herşey yapabilmek anlamına geldiğini... Bundan sonra gelen maddeler de hep 1789 modeli klâsik özgürlükler listesini tekrarlıyor. Böyle olunca, 1924 Anayasasının özgürlük anlayışı üstüne söyleyecek pek fazla söz kalmıyor. XVIII. yüzyıl felsefesinin kabul ettiği, kişinin doğuştan bir takım haklara sahip olduğu görüşünün doğal haklar doktrini içinde nasıl kristalize olduğunu hepimiz biliyoruz. Bizce asıl üzerinde durup incelenecek konu, 1961 Anayasasının 10. maddesinde açıkladığı özgürlük anlayışı.

1961 Anayasası ve özgürlüğün kaynağı :

1924 Anayasasının 68. maddesinin hiç tartışmasız kabul edilmesine karşı 10. md. Kurucu Mecliste geniş tartışmalara yol açmış. Tartışmaların temelini 1924 Anayasasındaki doğal hukuk anlayışına bu maddede yer verilip verilmediği konusu oluşturuyor. Komisyon sözcüsü açıklaması ile şöyle bir çözüme varıyor : "Arkadaşlarımızdan iki tanesi "tabiî hukuk" terimi üzerinde durdular. Buna komisyonumuz katılmamaktadır. Bu vasıf eski Anayasamızda yer almıştı. Hattâ bir değil iki maddede zikredilmişti. Biz, tabiî hukuku inkâr etmiyoruz. Fakat hem tabiî hukuk anlayışına imkân veren, hem de tabiî hukuka inanmayanların dahi kabul edeceği bir formül vazediyoruz ki, bu, umumiyetle temel haklarda herkesin, her doktrinin birleşmesi için tutulan yoldur. Birleşmiş Milletlerde de bu sayede bir anlaşmaya varılabilmiş. Biz burada, tabiî hukukçuları da, tabiî hukuku kabul etmeyenleri de tatmin eden, objektif bir formül kullanıyoruz. İtalyan ve Alman Anayasalarında olduğu gibi", dedikten sonra biraz aşağıda ekliyor: "Muhterem arkadaşlarım, arz ettim; birisinde (10. md. de) Devlete vazife yüklüyoruz: Temel hak ve hürriyetleri gerçekleştirmek için birtakım tedbirler alacaksın. Hatta, yalnız Anayasadaki maddelerle kalmıyacak, bunlar için kanunlarda mâniler de varsa, bu mânileri de kaldıracaksın. Hürriyetin şartlarını yaratacaksın diyoruz. Onuncu maddede bu cihet düzenleniyor"[1].

Maddenin ilk fıkrası : "Herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir" hükmünü koymuş, gerekçe "Doktrin münakaşalarına yer bırakmamak için eski Anayasamızda olduğu gibi bu hakların tabiî hukuka dayandığı ifade edilmemiş, fakat onların siyasî iktidarın arzu ve takdirine göre yok edilemeyecek haklardan olduğu da kesin surette belirtilmiştir" diyerek, ilk fıkrayı açıklama yoluna gitmiştir.

Komisyon sözcüsünün açıklaması ışığında bu ilk fıkrayı gerekçesiyle birlikte ele aldığımızda bazı sonuçlar çıkarabiliriz. Gerçekten doğal haklar doktrininden farklı, ama kaynağını yine insanın kişiliğinde bulan bir hak ve özgürlük anlayışıyla karşı karşıyayız.

Siyasal iktidarların saygı göstermekle yükümlü olduğu bu haklar sistemi, gücünü ve garantisini bir ölçüde toplumun kendisine duyduğu inançta bulmaktadır, işte maddenin ilk fıkrası hükmü açık biçimde bu inancı formüle etmekte ve siyasal iktidarların keyfî tutumlarına set çekmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de E. 1963/166, K. 1964/76 ve 22.XII.1964 tarihli kararında, "Şu durumda hapis cezası zorunlu hizmeti değil, paranın ödenmesini sağlamak için konulmuştur. Böylece devlet, kendi alacağını tahsil edebilmek için hapis cezasına başvurabilmektedir. Halbuki kaide olarak devletin, hususî hukuk münasebetlerinde hususî hukuk hükümlerine bağlı olması asildir. Bu hükümler ise Devlete, kişilerden ayrı bir üstünlük tanımaz" demiş, sonra da ceza tedbirlerinin kamunun huzur ve sükûnunu, güvenini, düzenini bozan eylemlerin yaptırımı olduğuna işaretle vergi, resim ve harç gibi, yasalardan doğan ve kamu hizmetlerinin karşılığı olan alacaklarda dahi,

1 Bk. : Kâzım Öztürk, T.C. Anayasası, Iş By., Ank., 1966, C. II, s. 1225 vd.

hapis cezasına başvurulamıyacağını söyleyerek insanın kişiliğine bağlı temel hak ve özgürlüklerin Devletçe "dokunulmaz" niteliğini belirtmiştir.

Maddenin ikinci fıkrası hükmü, bütün çağdaş Anayasalarda yer alan ve temel hak ve özgürlüklerin gerçekleşmesinde Devlete görev yükleyen anlayışı düzenliyor. Günümüzde kişinin mutluluğu, olumlu bir Devlet karışması sonucu, somut olanaklar tanınması, kişinin de kendi onuruna yaraşacak koşulları Devletten isteyebilmesiyle gerçekleşebilir. Böyle olunca 1789 düşüncesinin zorunlu gördüğü pasif Devlet anlayışının terkedildiği kolayca anlaşılıyor. Özellikle ekonomik ve sosyal alanlarda kişinin kendisine maddî olanaklar sağlanmasını isteyebilmesi, Anayasalardaki Devlete yüklenen görevler listesinin genişlemesine yol açmıştır, Komisyon sözcüsünün yukarda belirttiğimiz ikinci fıkraya ilişkin sözlerini hatırlarsak, "manileri kaldıracaksın, hürriyetin şartlarını yaratacaksın" ifadesinde kişiyi özgür kılacaksın, özgürleştireceksin, bütün çabanı bu yönde harcayacaksın direktifini görürüz. Maddenin gerekçesi; "Temel hakların gerçekleştirilmesi Devlet için bir vazife olarak ilân edilmiştir. Devlet, bir tarafta bu hakları demokratik nizam ile bağdaşmıyacak surette sınırlayan engelleri kaldıracak, diğer tarafta da kişinin maddî, manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlayacaktır", derken, Devletin çağdaş sorumlulugunun sınırlarını çizmiş görünmektedir. İlk fıkrayla ikinci fıkrayı birlikte ele alırsak, hukuk tekniği yönünden Devletin karışmaması gereken özgürlüklerle, Devletin düzenlenmesi gereken haklar arasında bir ayırım, yapıldığı hemen anlaşılır. İnsanın kişiliğine bağlı; dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez geleneksel özgürlükler siyasal iktidarların her türlü karışmasına kapalı kabul edilecek ve belgelerle açıklanacaktır. Kişinin toplumsal hakları ise, Devlet mekanizmasının çalışması, bunların kamu hizmeti olarak ele alınmasıyla gerçekleşir. Hizmetlerin sınırı; temel hakların fert huzuru, sosyal adalet, ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmadığı yerden başlamaktadır. Bu andan itibaren de Devlet siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmakla yükümlü olur. Burdan çıkan sonuç şöyle formüle edilebilir : Özgürlükler, kişinin huzuru ile toplumun güvenliğini ayni terazinin iki kefesi gibi dengede tutmalıdırlar. Ancak bu uyum sağlanabilirse, demokratik hak ve özgürlükler bir toplum içinde varlıklarını sürdürebilirler. Ne var ki, kişinin huzuru ile sosyal adaletin sağlanmasını, özgürlükler açısından dengeleyebilmek sanıldığı kadar kolay değildir. Anayasamız, sosyal adaleti tanımlamamış; Anayasa Mahkemesi de, bir kararında; (21.X.963 tarih ve E. 963/172 ve K. 963/244) "bu ilkenin işçi ile birlikte işvereni ve toplumun diğer fertlerini de koruduğunu ve Anayasanın öteki ilkeleriyle sınırlanmış olduğunu düşünmek gerekir" demiştir. Burada söylenmek istenen, sosyal adaletin fert huzuru yönünde ve kişi hak ve özgürlükleri çerçevesinde gerçekleştirileceğidir. Zaten komisyon sözcüsü de "Sosyal adalet, fakat demokrasi ve hukuk devleti içinde ve insan hak ve hürriyetleri çerçevesinde kalmak şartiyle sosyal adalet!" demek suretiyle 10. md. deki *fert huzuru* sözcüğünün niteliğine işaret etmiştir.

Temelinde İtalyan ve Alman Anayasalarının etkilerini taşıyan Anayasamızın çağdaş belgelerin olumlu niteliğini yansıttığı bir gerçektir.

II — EŞİTLİK İLKESİ

Eşitlikle özgürlük aynı anlamda olmasalar bile, eşitlikle özgürlüğü birbirinden uzaklaştırmaya da gelmez. Eşitlik bir bakıma olanakların örgütlenmesi, bir düzene sokulması demektir.

Tarih boyunca özgürlüğün gerçekleşmesi için eşitliğin ortaya çıkması aranmıştır. Özgürlük içinde eşitlik, ya da eşitlik içinde özgürlük, anlayışından birine üstünlük tanımak bir çok sorunun çözümünde önemli bir ip ucu olmaktadır.

Böyle olunca, eldeki belgeler ışığında eşitliğin ülkemizdeki yerini saptamak gerekiyor. İlk önce 1924 Anayasasındaki sonra da 1961 Anayasasındaki hükümleri ele alacağız.

Yasal Eşitlik :

1924 Anayasasının 69. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi, özgürlük anlayışı gibi bütünüyle XVIII. yüzyıl düşüncesini yansıtıyor : "Türkler kanunu nazarında müsavi ve bilaistisna kanuna riayetle mükelleftirler. Her türlü zümre, sınıf, aile ve fert imtiyazları mülga ve memnudur" derken maddenin yasa önünde eşitliği kabul ettiği, sosyal ve ekonomik alandaki eşitliğin ise kişinin kendi gücüne bırakıldığı görülüyor. 1924 Anayasasının Meclis görüşmelerinde de bu madde üzerinde hiç tartışma olmamış. Anayasanın 88. maddesinde Türk halkının din ve ırk farkı gözetilmeksizin Türk sayılacağı açıklanmaktadır. Bu iki maddenin ortak anlamı, 1961 Anayasasının 12. md. de yer almaştır. Buna göre dil, din, ırk, mezhep ayırımı yanı sıra, felsefî inanç, siyasal düşünce ve cinsiyet gözetilmeden herkesin yasa önünde eşitliği açıklanırken, Evrensel Bildirilerin kabul ettiği formül benimsenmiştir.

Anayasa Mahkemesi de verdiği kararlarda, 12. md. yi yasal eşitlik ilkesi açısından ele almış ve bu yönde değerlendirmeyi üstün tutmuştur. Nitekim, 21.VI.963 tarih ve E. 1963/192 ve K. 1963/161 sayılı kararında, "Anayasanın seçmenlik yaşı olarak medenî rüşt yaşını yeterli saydığı ileri sürülemez. Kaldı ki, Anayasanın 12. md. kanunlar önünde eşitliği öngörmektedir. Burada, yaş farkı gözetmeksizin herkesin aynı hakkı haiz olacağı yolundaki tabiî bir eşitlik öngörülmemiştir" diyerek hukuk önünde eşitlik ilkesinin 12. md. nin özü olduğunu açıkça belirtmiştir. Gene, 22. V. 963 tarih ve E. 963/205 ve K. 963/123 sayılı kararı aynı yöndedir. Hukuk Devleti ilkesinin temel gereği olan yasaların genelliği; yani benzer durumların aynı çözümlere bağlanması zorunluğu, 12. md. nin düzenlediği ilkenin hangi doğrultuda anlaşılması gerektiğini belli eder.

Sosyal Eşitlik :

Çağımızda Devletin olumlu karışmasının kişinin mutluluğunu sağlamanın bir koşulu olduğu bilinir. Kökleri XIX. yüzyılın ortalarına kadar uzanan bu anlayış, bir yanda Devlete görevler yüklemekte, öte yanda özgürlüklerin toplum yararına sınırlandırılmasını ve sosyal hakların varlığını zorunlu kılmaktadır. İnsanoğlu artık tek başına yaşayan bir varlık değil, yaşadığı toplumla ilişkiler kuran, hak

ve özgürlüklerini de bu toplum çerçevesinde ve ortak yararı doğrultusunda ele almayı öğrenmiş kişidir. Böyle olunca, çağdaş belgelerde sosyal haklar listesine, sosyal adalet kavramına ve Sosyal Devlet ilkesine sık sık rastlanıyor. Sosyal Devlet, ekonomik ve sosyal hayatı düzenliyerek toplum yararına kendisinden beklenen ödevleri yerine getirirken, sosyal güvenliği ve belli ölçüde sosyal eşitliği de gerçekleştirmeye gayret edecektir.

Kısaca değindiğimiz sosyal haklar kavramı ve sosyal güvenlik ilkesinin 1924 Anayasamızda yer almadığını görüyoruz. Yukarda söylediğimiz gibi, bu belge bireyci özgürlük anlayışını, geleneksel anlayışa uygun biçimde yansıtmakla yetiniyor. Halbuki 1961 Anayasası bu bakımdan günümüz Anyasal belgelerine örnek bir tutumu yansıtıyor. Topluma yönelik girişimlerde sosyal eşitliğin de gözönünde tutulacağını kanıtlayan hayli anlamlı bir 41. md. var. Buna göre "İktisadî ve sosyal hayat, tam çalışma esasına ve herkes için insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi sağlanması amacına göre düzenlenir. İktisadî, sosyal, kültürel kalkınmayı demokratik yollarla gerçekleştirmek; bu maksatla, millî tasarrufu arttırmak, yatırımları toplum yararına gerektirdiği önceliklere yöneltmek ve kalkınma plânları yapmak Devletin ödevidir." Maddenin en önemli hükmü ilk fıkrada yer alıyor; "herkes için insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesinin sağlanması". Kişinin uygulamadaki eşitliğini, hak ve özgürlükleri açısından gerçekleştirileceğine işaret eden bu hüküm, Sosyal Devlet ilkesi içindeki sosyal adalet kavramının Hukuk Devleti ölçülerine uygun yanını da belirliyor.

Bu madde hükmünü 10. maddedeki "Devlet... insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar" hükmüyle birlikte ele aldığımızda, birbirini bütünleyen tek bir fikrin ortaya çıktığını görüyoruz; kişinin insanlık onuruna uygun bir yaşayış düzeyi sağlaması için Devletin bu yönde yani, —maddî ve manevî varlığın gelişmesinde — çaba harcaması, kendisinden beklenen görevleri yerine getirerek ekonomik ve sosyal hayata karışması, gereken tedbirleri alması, sosyal adaletle ekonomik ve sosyal kalkınmayı atbaşı götürmesi gerekmektedir.

Maddenin gerekçesinden ve Kurucu Meclisteki Anayasa Komisyonu sözcülerinin açıklamalarından anlaşılan odur ki, böylesine bir kalkınma çabasına girişecek olan Devlet, "Hürriyetçi, demokratik, lâik olan ve Batılı anlamda Sosyal Devlet nizamını kabul eden" bir anlayış içinde, demokratik ve bilimsel kurallara uygun ve kişi huzur ve mutluluğunu ön plânda tutacak nitelikte olacaktır.

Siyasal Eşitlik :

Demokrasinin vazgeçilmez unsuru olan genel ve eşit oy ilkesinin Anayasal belgelerde yer alması, XIX. yüzyılın ikinci yarısından sonraya, özellikle XX. yüzyıl başlarına rastlıyor. Yasal eşitlikten sonra siyasal eşitliğin kabul edilişi pek öyle kolay olmamış. Demokrasi inancının kitlelerde filizlenmesi ve gelişmesi ile, yönetenlerin seçimine yöneltilenlerin geniş oranda katılması isteği, bu sonucu doğurmuş. Ne var ki, siyasal eşitlik ilkesi sadece temsilcileri seçmeyi değil, onları denetlemeyi de içeriyor.

Siyasal iktidarı ele geçirme ve denetleme amacını taşıyan siyasal partilerin yanı sıra, toplumdaki çeşitli sosyal güçlerin farklı kuramlarda örgütlenerek sözkonusu denetim zincirinin halkalarını oluşturması, rastlantı değil, sosyolojik yasaların doğal sonucudur. Böyle olunca, siyasal eşitlikten bahsedildiğinde, artık seçme ve seçilme hakkının yanı sıra, denetleme hakkını da düşünmek gerekir. Siyasal katılmanın geniş boyutlarda geçerli olabilmesi ancak böyle mümkün olabilecektir.

Ülkemizdeki gelişmeye göz atarsak, iki Anayasanın az da olsa farklı çözümler getirdiğini görürüz. Onsekiz yaşını bitiren her erkek Türke seçme hakkını tanıyan 1924 Anayasasının 10. maddesinin Mecliste tartışmasız kabulüne karşı, seçilme hakkını yalnız otuz yaşını bitiren erkeklere tanıyan 11. madde üzerinde oldukça gürültü kopuyor. Kadınların da milletvekili olmasını isteyen kanadın direnmesi sonuç vermiyor. Üstelik seçme ve seçilme hakkının yalnız erkeklere tanındığı belli olsun diye her iki maddeye mazbata muharriri Celâl Nuri Bey'in isteğiyle "her erkek Türk" sözleri ekleniyor. Azınlık da olsa o devre Meclisinde kadınlara siyasal hakların tanınmasını destekleyenlerin bulunması sevindiricidir.

Daha sonra, Anayasada 5.XII.1934 tarih ve 2599 sayılı yasayla yapılan düzeltme, seçme hakkını yirmiiki yaşını bitirmiş kadın erkek herkese ve seçilme hakkını da otuz yaşını bitirmişlere cinsiyet farkı gözetmeden tanımakla genel, eşit oy ilkesi benimsenmiş oluyor. 1961 Anayasasının 55. maddesi, ikinci fıkrasındaki "seçimler, serbest, eşit, gizli, tek dereceli genel oy" ilkelerine uygun yapılır, hükmüyle siyasal katılmanın en geniş düzeyde kabullenildiği gözlemleniyor. Artık kadın erkek ayırımı bir yana, seçmenlik hakkını bir zamanlar batının bazı ülkelerinde görüldüğü gibi eğitim ya da mülkiyet durumuna göre ayarlayan bütün kayıtlamalardan da kurtulunmuştur. Üstelik Anayasa Mahkemesi de iki önemli kararında 55. maddede yer alan temel kavramları açıklayarak konuya ışık tutmuştur. Bunlardan, 28.V.1965 tarih ve E. 1965/12 ve K. 1965/34 sayılı kararda serbest oydan ne anlaşılması gerektiğini açıklamıştır: "Serbest oy, (...) seçmenin, seçimler esnasında oyunu baskıya ve yasa dışı bir müdahaleye uğramadan kullanması demektir". Gene, 6.V.1968 tarih ve E. 1968/15 ve K. 1968/13 sayılı kararında serbest oy kavramını biraz daha aydınlatıyor: "Bir eylemin serbest oy esasını zedelemesi için baskının mutlaka fiilî ve maddî olması gerekmez. Serbestlik ilkesi aynı zamanda seçmen iradesine dolaylı yollardan müdahelede bulunacak veya etki yapacak bir engel ve tedbirin seçmen karşısına çıkartılmamasını da zorunlu kılar." Aynı kararda devamla, "seçmen daha başlangıçta bir ruhî baskı altına ve tereddüt içine düşmektedir" diyerek maddî ve fiilî baskının ötesinde manevî baskının dahi seçmenin iradesini etkiliyebileceğine işaretle, serbestliği tam bağımsız karar verebilme yeteneğiyle eş anlamda kabul etmektedir.

Öte yandan, yukarda belirttiğimiz 1965 tarihli kararında Yüce Mahkeme, eşit oy kavramına da değinmiştir: "Oy eşitliğinden maksat her seçmenin bir tek oy kullanması demektir. Bu, bazı seçmenlere bir oy, bazılarına birden ziyade oy kullanma hakkının tanınmasına engel teşkil eder. Eşit oy kavramı içinde her oyun eşit etkiye ve sonuca varması gerektiği gibi bir görüşe de yer verilemez. Bir oyun etki ve sonucunu ancak oy sahibinin tutumu ve öteki oyların karşı etkileri belli eder". Burada

da herkese tek oy ilkesi açıklanmakta, ancak her oyun aynı sonuca yönelik olamayacağı, tercihlerin doğrultusunda farklı görüşleri dile getireceği anlatılmaktadır. Bu iki karar ışığında 55. maddenin yorumlanmasına gidilecek olursa; seçmenler hiç bir maddî ya da manevî baskıya uğramadan bağımsız olarak ve tek oy kuralınca, siyasal tercihlerini açıklayacaklardır. Ancak bu durumda pek doğaldır ki, her oy aynı sonuca yönelik olacaktır ve eşit etki yaratacaktır diye düşünülemez. Oyların etki alanı, ancak karşı karşıya geldikleri, yekdiğeriyle seçmenin tercihi doğrultusunda bütünleştiği oranda hüküm ifade eder. Böyle olunca oyun etkinliğinden iktidar ya da muhalefete katkıda bulunduğu ölçüde bahsedilebilir ki, bu da siyasal eşitlik ilkesinin sonucudur.

III — KLÂSİK HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN GELİŞMESİ

İnsanın kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez nitelikteki özgürlükleri 1924 Anayasasında 68 - 88. maddeler arasında yer alıyor. 1961 Anayasasında da 14 - 35. maddeler arasında düzenlenmiş. Bu bölümde, önce 1924 Anayasasiyle 1961 in özgürlük anlayışları arasındaki farkın oluşturduğu sistematiği ve nitelik değişimini belirtten sonra, 1971 değişiklikleri üzerinde durmak istiyoruz. Böylesine bir inceleme, pozitif hukuk belgelerinde özgürlükler açısından yarım yüzyılda nereye vardığımızı da ortaya koyacak.

1924 ve 1961 Anayasalarında Özgürlükler :

1924 Anayasasının 70. maddesi klâsik hak ve özgürlükleri topluca sıralamış : Kişi dokunulmazlığı, vicdan, düşünme, söz, yayım, yolculuk, bağıt (akit), çalışma, mülkedinme, malını ve hakkını kullanma, toplanma, dernek kurma, ortaklık kurma... Sonra da kısa birer maddeyle bunları açıklamış.

1924 Anayasasındaki özgürlük anlayışının kaynağını açıklarken, XVIII. yüzyılın bireyci görüşünü yansıttığını söylemiştik. İşte bu görüşün bir yansıması olan hak ve özgürlükler, Anayasada sayılmış ama, bunları uygulamaya taşıyacak güçte bir düzenlemeye gidilmediği gibi, herhangi bir garanti de tanınmamıştır. Batıda devrimler siyasal özgürlüğün yanı sıra, ekonomik özgürlükleri de gerçekleştirmiştir. Aynı yönde bir akımın, toplumsal oluşumun bizde bulunmayışı, siyasal özgürlüklere takılıp kalınmasına yol açmış ve beklenilen sonuç sağlanamamıştır. Başkasına zarar vermiyecek herşeyi yapabilmek, anlamındaki özgürlük, artık devrini kapamıştır. Batı demokrasilerinde özgürlük yavaş yavaş bir hoşgörü çerçevesinde ele alınıyor. Bu yüzden modern anlamda *özgür olmaktan* bahsedildiğinde, kişinin ne türden olursa olsun hiç bir baskıyla karşılaşmadan, belirli faaliyetlerde bulunabilmesini ve belirli biçimde davranabileceğini anlıyoruz. Baskının olmamasından siyasal iktidarın insanın kişiliğine bağlı hak ve özgürlüklere el atamayacağı, "belirli" sözcüğünden de kişinin toplu yaşamada her aklına geleni dilediğince yapamayacağı anlaşılıyor. Tam bu noktada 1961 Anayasasının özgürlükler rejimiyle karşılaşılıyor. Gerçekten Anayasanın genel gerekçesi, "Kişinin hakları ve Ödevleri" başlığı altında çağdaş özgürlük anlayışına paralel tavrını şöyle açıklıyor : "Siyasî iktidar karşısında ferdin serbest kalacağı ve siyasî iktidarın müdahele edemeyeceği maddî ve manevî alanlar, bugün artık tartışılması bile mümkün olmayan bir

gerçektir." Biraz aşağıda da Anayasanın özgürlükleri öncekinden farklı biçimde düzenlemesinin nedenini açıklıyor : "Siyasî iktidarın sınırı olan bu kişi hak ve hürriyetlerinin kendi sınırlarının tayini, kanun koyucunun takdirine mutlak olarak bırakılmamıştır, kanun koyucunun, hürriyetleri tanziminin sınırını esas itibariyle Anayasanın kendisi tayin etmiştir."

Bu sözlerden, 1961 Anayasasının sistematiğinde özgürlüklerin kapladığı geniş ve ayrıntılı yerin önemi kendiliğinden çıkıyor. Özgürlükler, Anayasa güvenliğine bağlanarak iktidarın açık ya da gizli ve usulüne uydurularak yapılacak karışmalarından Anayasanın üstünlüğü ilkesi uyarınca korunmak istenmiş. Burada hemen söyleyelim ki, bütün bu "koruma" sistemleri iktidar mekanizmasını ellerinde tutanların tutumlarıyle ve takındıkları tavırlarla yakından ilgilidir. Özgürlüklerin gerçek garantisini biraz da burada aramak gerekir. Toplumun ve kişinin mutluluğu da ancak bu yönde duyulan saygının sürekliliği ile sağlanabilecektir.

1924 Anayasasının çok genel kavramlarla özgürlükleri sıralamasına karşılık 1961 Anayasası, ikinci bölümünde beş başlık altında konuyu enine boyuna düzenleme yoluna gitmiş. Bölümün başında 14. madde ile Kişi Dokunulmazlığı düzenlendikten sonra, Özel Hayatın Korunası, Düşünce ve İnanç Hak ve Hürriyetleri, Basın ve Yayımla ilgili hükümler, Toplantı Hak ve Hürriyetleri, Hakların Korunmasiyle ilgili hükümler başlıkları altında da klâsik hak ve özgürlükler, ayrıntılariyle ve sınır taşları da gösterilerek yer almış. Bu hak ve özgürlükleri tek tek tartışma yoluna gitmeyeceğiz. Zaten buna hem gerek, hem de olanak yok. Ama içlerinden bazıları ötekilerden daha önemli, üstelik belli bir geçmişe, geleneğe sahip. Bu yüzden 1971 de 1488 sayılı yasayla değişikliğe uğrayanlar da bunlar arasından seçilmiş. Böyle olunca, bu özgürlüklerin önceki ve şimdiki durumlarını, neden değiştirildiklerini kısa da olsa görmekte yarar var.

Klâsik Özgürlükler ve 1971 değişiklikleri :

Toplumlarda amaç kişinin mutluluğu ve huzuru olunca onun kişisel dokunulmazlığı ve güvenliği kendiliğinden ön plâna çıkıyor. Anayasaların konuyu ayrıntılı düzenleyen ilkelere yer vermesi de hep bu yüzden olmuş. Nitekim 1924 Anayasası da 70. maddede "şahsî masuniyet (...) Türklerin tabiî hukukundandır", maddede "can, (...), ırz (...) her türlü taarruzdan masundur" 71. maddede, "Kanunen muayyen olan ahval ve eşkalden başka bir suretle hiç bir kimse derdest ve tevkif edilemez", 73. maddede, "işkence, eziyet, müsadere (...) memnudur" diyerek dört maddede "dokunulmazlığı ve güvenliği" düzenlemiş. Aynı hükümlere 1961 Anayasasının 14. ve 30. maddelerinde rastlıyoruz. Bunlardan 30. madde 1971 de değiştirildiği için, önce 14. maddeyi ele alacağız, sonra da eski ve yeni biçimiyle 30. maddeyi.

14. maddenin ilk fıkrası : "Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını geliştirme haklarına ve kişi hürriyetine sahiptir" diyor. 10. maddede kişinin maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gereğinin yapılmasını Devlete ödev olarak verildiğini görmüştük. Bu iki madde hükmü birlikte düşünüldüğünde kişi evriminin iki yönlü dinamik yapısı hemen farkediliyor. Bir yanda insana varlığını geliştirme hakkı

tanınırken, öte yandan Devlete bu yöndeki engelleri kaldırma direktifi veriliyor. Anayasa Komisyonu sözcüsü de aynı noktaya işaretle bu maddenin hem beden bütünlüğünü, hem de kişi onurunu hedef aldığını açıklamıştır. Ayrıca maddenin ikinci fıkrasında kişi dokunulmazlığının yasanın gösterdiği hallerde ve yargıç kararıyle kayıtlanacağı esası belirtilerek sözkonusu ilke yargı organının teminatına bağlanmıştır. Anayasa Mahkemesi de, E. 1963/100, K. 1965/48 ve 28.IX.1965 tarihli bir kararında aynı görüşe yer vererek "Temel hak ve hürriyetlerin en başta geleni, bir şahsın bedeni üzerinde sahip olduğu fizik hak ve hürriyettir. Beden üzerinde fizik hürriyeti sağlanmadıkça ferdin iç huzuruna kavuşmasına vve diğer bir çok hürriyetlerin fiilen gerçekleşmesine imkân olmadığını" açıklamıştır. Demek ki 14. md. bir yandan kişinin özgürlüğünü, onun fikren gelişmesi için bütün olanaklardan faydalanması gerektiğini, öte yandan da iç huzurunun ancak beden bütünlüğü ve can emniyetinin kesin garantiye bağlanmasiyle sağlanabileceğini, hükme bağlamaktadır. Burada Devlete düşen görev, kişinin yapısında var olan evrim eğiliminin hem maddî, hem de manevî plânda aksamadan gelişmesini sağlayacak tedbirleri almak, engelleri kaldırmaktır. Bir adım daha öteye giderek denilebilir ki, Anayasanın 3. Bölümünde yer alan Sosyal ve İktisadî Haklar sistemi de kaynağını hep bu "kişiye maddî varlığını geliştirecek olanakların sağlanması" hükmünün dinamik özünden almaktadır.

Şimdi de bu maddeyle pek yakından ilgili 30. md. deki "Kişi Güvenliği" ilkesini görelim.

14. md., gerekçesinde, "tevkif ve yakalama ile ilgili 30. md. hükümleri dahi, şahıs hürriyetini sağlayan garantilerdendir" diyerek kişinin dokunulmazlığı ile güvenliği arasındaki bağa dikkati çekmektedir. Bu iki kavram, birbirini tamamlar ve birbirinin "sine qua non" koşulunu oluşturur. Böylece 1924 Anayasasının 72. md. görülen eksik ifade düzeltilirken hangi hallerde yakalamaya ve tutukluluğa karar verileceği de Anayasa emri olarak düzenlenmiştir. Kurucu Meclis Anayasa Komisyonu sözcüsü de aynı görüşü şöyle açıklamaktadır: "(...) Anayasada tevkif sebepleri hakkında hiç bir hüküm bulunmaz veya genel olarak kanun koyucunun tesbit edeceği tevkif sebeplerine atıfta bulunmakla yetinilirse, işte o zamandır ki şahıs hürriyeti bakımından teminat zayıflayacaktır. Biz ise kanunu koyucuyu tamamen serbest bırakmıyor, onu bir direktifle bağlıyoruz. Kanunda ancak, diğer iki hal gibi tevkif için zaruret arz eden sebepler derpiş edilecektir"[2].

Burada tutuklama için öngörülen iki durum, 30. md. nin ilk fıkrasında düzenlenen suçluluğu hakkında kuvvetli belirtiler bulunan kişilerin, ancak kaçması veya delilleri yok etmesi veya değiştirmesini önlemek amaciyle yargıç kararıyle tutuklanması halidir. Böylece Anayasa, genel gerekçesinde gördüğümüz özgürlükleri sınırlamayı yasa koyucunun keyfine bırakmama ilkesine uygun tutumunu tekrarlamış olmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, C.M.U.K. nun 104. md. deki (memleketin asayişini bozan fiillerden bulunur) hükmünü, Komisyon Sözcüsünün açıklamasına dayanarak tu-

2 Bk. K. Öztürk. op. cit., s. 1640.

tuklama sebepleri arasında saymıştır (E. 1962/277, K. 1963/34 ve 19.2.1963 tarihli karar). Bir başka kararında ise (E. 1963/100, K. 1965/48 ve 28.9.1965 tarihli) sorgu hâkiminin bulunmadığı hallerde mahkeme başkâtibinin tutuklamaya karar vermesinin 30. maddeye aykırı sayarak kesinlikle yargıç yetkisi aramıştır.

Maddenin 4. fıkrası, 1971 de değişikliğe uğramıştır.

Yakalanan veya tutuklanan kimsenin tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilme süresi hariç, kırk sekiz saat, (değişmeden önce 24 saat idi) ve yasanın açıkça belli ettiği hallerde topluca işlenen suçlarda yedi gün içinde yargıç önüne çıkarılacağı hükmü eklenerek yeni bir durum daha Anayasaya katılmış olmaktadır. Sürenin kırk sekiz saate çıkarılması, gerekçede açıklandığı üzere, uygulamadaki aksaklıkların giderilmesi, delillerin toplanması sebeplerine bağlanabilir, zaten Komisyon sözcüsü de ilk şekil görüşülürken modern Anayasalardaki sürelerin 24 ve 48 saat olarak düzenlendiğine işaret etmiştir[3].

Fıkrada son değişiklik 15.3.1973 tarihinde ve 1699 sayılı yasayla yapılmıştır (R.G. 20.3.1973 tarih ve 14482 sayı). Buna göre; yakalanan veya tutuklanan kimse, tutulma yerine 48 saat ve Devlet Güvenlik Mahkemelerinin görev ve yetkilerine giren suçlar ile kanunun açıkça belli ettiği hallerde toplu olarak işlenen suçlarda ve genellikle savaş veya sıkıyönetim hallerinde, kanunlarda gösterilen süre içinde hâkim önüne çıkarılır; bu süre 15 günü geçmez.

Kimse bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın, hürriyetinden yoksun kılınamaz. Yakalanan veya tutuklanan kimsenin durumu hemen yakınlarına bildirilir."

Kişi özgürlüğü ve dokunulmazlığının bir devamı olan "Özel Hayatın Gizliliği" ilkesi, Anayasanın 15. md. de düzenlenmiş, 1971 de değişikliğe uğramıştır. Maddenin eski biçimi kişinin üstünün evrakının, eşyalarının aranmasını "usulüne uygun hâkim kararına" bağlamış, kamu düzeni bakımından da gecikmede sakınca olan halleri de yasanın göstereceği yetkili makama bırakmıştır. Kurucu Meclis tartışmalarında "millî güvenlik" kavramının da eklenmesi önerilmiş, ancak Komisyon konut dokunulmazlığı ile özel hayatı ayırarak, konutta aramanın daha çok huzursuzluk yaratacağı görüşünden hareketle 16. md. de bu yüzden daha sıkı koşulların arandığını açıklamış, bu kavrama yer vermemekte direnmiştir. Maddede yapılan değişiklikle "Millî Güvenlik" kavramına yer verilmiştir. Üstelik "gecikmede sakınca bulunan haller" sözleri, maddenin eski gerekçesinde yer aldığından buraya da konmuştur. Komisyon sözcüsü 15. md. için "onun orada (yani 16. md.) buradaki kadar geniş formül kullanmadık" demişti. Bu sözlerden kişinin üstünün ve kâğıtlarının aranmasının konut aranmasına kıyasla daha hafif kabul edildiği, bu yüzden konut dokunulmazlığında yetkili merciin emrini millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallere bağlı kılındığı anlaşılmaktadır. 15. md. nin yeni şekli, 16. maddedeki kalıpları aynen almakla kişinin dokunulmazlık alanını konut dokunulmazlığiyle eş düzeye getirmiş olmaktadır. Böylesine bir de-

3 Bk. K. Öztürk, op. cit., s. 1621.

ğişikliğe pek gerek yoktu. 15. md. nin eski şekli yalnızca "Kamu düzenini" gözönünde tutmakla dokunulmazlık alanını dar tutmuştu. Halbuki yeni biçimiyle madde, 16. md. de öngörülen dar alana ve sıkı koşullara bağlanmış olmaktadır, üstelik Anayasa Mahkemesi E. 963/128, K. 964/8 ve 28.1.1964 tarihli bir kararında; "Kamu düzeni deyimi; toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilâtının muhafazasını hedef tutan her şeyi... cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları" kapsar demekle geniş bir tanım vermiştir.

Millî güvenlik ilkesi Devletin içte ve dıştaki güvenliğini, saldırılara karşı bütünlüğünü ve savunmasını içerdiğine göre, Yüce Mahkemenin "Devletin ve devlet teşkilâtının muhafazasını hedef tutan her şeyi" sözleri, kuşkusuz millî güvenliği de içermektedir. Böyle olunca, kişi dokunulmazlığının sınır taşına bir de millî güvenliği eklemek yenilik sayılmaz.

Vicdan ve Din Hürriyeti:

1924 Anayasasının 70. ve 75. maddelerinde düzenlenen Vicdan Özgürlüğü, 1961 Anayasasında 19. md. de yer alıyor. Maddenin uzun sayılabilecek metninde 2. ve 3. fıkralar, 1924 Anayasasının ilgili hükümlerini tekrarlıyor. Konuyu incelemeye geçmeden önce, bu özgürlüğün sıkı sıkıya bağlı olduğu "lâyiklik ilkesine" kısaca değinmek istiyoruz.

Anayasa tasarısının genel gerekçesinde; "Lâyiklik ilkesine gelince; Türk Devriminin temel ilkelerinden biri ve demokratik bir zaruretin ifadesi olan lâyiklik, bir devrim ilkesi olarak devam etmektedir" sözleri yer alıyor. Buna göre bir Devrim ilkesi olarak kabul edilmekle lâyiklik, din - Devlet ayrılığının ötesinde, Türk Devriminin günümüze dek gelen uzantısı ve sürekliliğini, bir başka deyişle, dinamizmini açıklıyor. Dinin siyasal amaçlara araç kılınmasını, din adına kitleye baskı yapılmasını ve bu yoldan seçmeni manen etkilemenin mümkün olmadığını ise Anayasanın 2. md. gösterilen "Lâyik Devlet" ilkesi uyarınca 19. md. düzenliyor. Gerçekten maddenin, vicdan ve din özgürlüğünü, onun bir uygulaması olan ibadet özgürlüğünü, bu yönde kişilere hiç bir biçimde karışılamayacağını, kınanamayacağını, dini eğitim ve öğretimin kurallarını açık biçimde düzenlediğini görüyoruz. Ancak maddenin en can alıcı hükmü, son fıkrada yer alıyor. Devletin sosyal, ekonomik, siyasal, hukukî temellerini kısmen de olsa din kurallarına dayandırmaya kimsenin hakkı olmadığını belirten bu hüküm, lâyikliğin demokratik özünü de belirlemektedir. Genel ve eşit oya davalı demokrasinin temel ilkesi, herkesin siyasal tercihini — Anayasa Mahkemesinin bir kararında da gördüğümüz gibi — bağımsız açıklaması olunca, bu yönde dinin âlet edilemeyeceği, baskı aracı olarak hiç bir biçimde kullanılamayacağı kesinlikle kabul edilmelidir. Fıkranın son cümlesi; "Bu yasak dışına çıkan veya başkasını bu yolda kışkırtan gerçek ve tüzel kişiler hakkında, Kanunun gösterdiği hükümler uygulanır ve siyasî partiler Anayasa Mahkemesince temelli kapatılır" hükmünü kovmaktadır. 1971 değişikliğiyle getirilen bu hükmün eski biçimi şöyleydi; "..veya başkasını bu yolda kışkırtanlar kanuna göre cezalandırılır; dernekler, yetkili mahkemece ve siyasî partiler Anayasa Mahkemesince temelli kapatılır".

Gerekçesinde değişikliğin nedeni açıklanırken, gerçek ve tüzel kişiler deyimi kullanılmakla, dernek hüviyetini taşımayan tüzel kişiler hakkında müeyyide uygulanabilme olanağının bu hükümle sağlandığı ifade edilmektedir. Ote yandan Dernek Kurma Hakkını düzenleyen 29. md. de değiştirilmiştir. Gene gerekçeden anlıyoruz ki, bu maddedeki değişiklik, 29. md. deki değişiklikle ilgilidir. 29. md. de yapılan değişiklikle, derneklerin belli koşullar altında, mahkeme kararı olmaksızın yetkili merciin faaliyetten alıkonulması hükme bağlanmıştır. 19. md. nin yasakladığı fiilleri işleyen gerçek kişiler ve dernekler ile dernekler dışında kalan tüzel kişilerin tâbi olacakları hükümler yasayla düzenlenecektir. Derneklerle ilgili maddeyi biraz aşağıda inceleyeceğimiz için, burada ayrıntılarına inmiyoruz. Ancak anlaşılan odur ki, "gerçek ve tüzel kişiler" deyimini kullanmakla madde, dernekleri Anayasanın garantisinden çıkararak daha önce de söylediğimiz gibi, yasa koyucunun idaresine terketmiş gözükmektedir.

Fıkranın bir başka önemli hükmü de siyasal partilerin 19. md. deki yasaklara uymadıkları takdirde Anayasa Mahkemesince temelli kapatılacağıdır. Nitekim, Anayasa Mahkemesi, E. 1971/1, K. 1971/1 ve 20.5.1971 tarihli karariyle Millî Nizam Partisini amaç ve faaliyet bakımından Anayasanın 2., 19., ve 57. maddeleriyle S.P.K. nun 19. md. paralelindeki 92., 93., ve 94. maddelerine aykırı bularak temelli kapatmıştır.

Basın Özgürlüğü :

1924 Anayasasının 77. md. si, kısaca belirttiği basın özgürlüğünü : "Matbuat kanun dairesinde serbesttir ve neşredilmeden evvel teftiş ve muayeneye tâbi değildir" biçiminde tanımlamıştır.

Diğerlerinde olduğu gibi bu madde de Mecliste hiç tartışmasız kabul edilmiştir. Halbuki maddenin hem 1961 Anayasasındaki düzenlenişi, hem de değişiklikten sonraki durumu oldukça uzun sayılır. Şimdi biz de bu değişikliği esas alarak nasıl ve ne yönde biçim değiştirdiğine bakalım.

1488 sayılı yasanın 22. maddeye getirdiği eklere 3. fıkradan itibaren rastlanıyor. Bu arada maddenin basın ve haber alma özgürlüğü, gazete ve dergilerin toplatılması ve kapatılması olmak üzere üç konuyu ele aldığını görüyoruz. İşte 3. fıkraya eklenen "Devletin ülkesi ve milleyetiyle, bütünlüğünü kamu düzenini ve millî güvenliğin gerektirdiği gizliliği korumak" halleri, haber alma ve basın özgürlüğüne getirilen yeni sınırlamalar oluyor.

5. fıkrada yapılan değişiklikle gazete ve dergilerin "Kanunla yetkili kılınan merciin emri ile de" toplatılabilmesine olanak tanınmıştır. Ancak böyle bir merciin emri için bazı sebepler aramaktadır 22. madde. Bunlar "Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, millî güvenliğin, kamu düzeninin ve genel ahlâkın" korunmasıdır. Bu fıkra hükmünün uygulanması "gecikmede sakınca bulunması" koşuluna bağlıdır. Ancak böyle bir durumda, yukarıda gösterdiğimiz hallerde ve gecikmede sakınca olduğu inanciyle kanunun yetkili kıldığı merci, toplatma kararı verebilecek, bu kararı en geç 24 saat içinde mahkemeye bildirecek, mahkeme de bu kararı

en geç 3 gün içinde onaylayacaktır. Onaylamazsa, toplatma kararı hükümsüz sayılacaktır. Maddenin yeni şeklinin gerekçesi, yetkili merciin tayinini yasa koyucuya bırakmaktadır. Buna göre bu merci, Cumhuriyet Savcısı veya adlî zabıta olabileceği gibi, yasa koyucunun takdirine göre, mahallin en büyük mülkî âmiri de olabilecektir. Gerekçe, toplatma kararının İdarî makamlara verilmesi halinde, bu kişinin mahallin en büyük mülkî âmir olmasını "teminat sağlayıcı" olarak nitelemektedir. Ayrıca gene gerekçeden anlıyoruz ki, bu yetkinin münhasıran gecikmede sakınca olan hallerde ve ancak Anayasada gösterilen sebeplerle kullanılması, keyfe göre davranış ve uygulamalara olanak vermeyecektir. Kaldı ki, sonuçları bakımından da yargı denetimine tâbidir. Buna rağmen, toplatma kararını verecek merciin İdarî makam olması, ayrıca gecikmede sakınca olan haller için maddenin saydığı sınırlamaları yorumlamada serbest olması, idareye bu özgürlüğün sınırlarını tayinde geniş yetki tanımaktadır. 11. maddenin yeni şekli de hak ve özgürlüğün ancak *Yasayla* sınırlanabileceğine işaret ettiğine göre, idare yasadan aldığı yetkiyi, yerini ve zamanını kendisi tayin ederek kullanmış olacaktır. Bu durumda da özgürlüklerin yasayla değil, yasanın devrettiği yetkiyle idarenin sınırlayabileceğini görürüz. Maddenin eski şekli ise toplatma kararını yargıca bırakıyordu.

Maddenin son fıkrası, gazete ve dergilerin hangi hallerde kapatılabileceğini de geniş biçimde düzenlemektedir.

Maddenin eski hükmü, Anayasanın 57. maddesine gönderme yapmakla yetinirken, şimdiki hüküm 57. maddenin siyasal partiler için saydığı kıstasları hem de yenilerini getirmektedir. Bunlar; millî güvenlik, kamu düzeni ve genel ahlâk kavramlarıdır. Kapatma kararını verecek mahkeme bu kıstaslara göre, Anayasa düzenine aykırı yayımları belirleyerek mahkûm edecek ve gerekli görürse de kapatma kararı verecektir.

Basın özgürlüğüyle ilgili bir başka hükme de 26. md. de rastlıyoruz. "Basın dışı haberleşme araçlarından faydalanma hakkı" başlığını taşıyan bu madde, ile kişilere ve siyasal partilere kamu tüzel kişileri elindeki basın dışı haberleşme ve yayın araçlarından faydalanma hakkı tanınıyor. Kısaca, kamuoyunun serbestçe oluşmasına olanak tanınmak isteniyor.

Burada, maddenin gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, asıl Radyo ve Televizyon gözönünde tutulmuş, bunlardan kişilerin ve partilerin eşitlik esasına göre faydalanmaları sağlanmak istenmiştir. Maddenin eski biçimi, yasanın kamuoyunu serbestçe oluşmasını önleyecek hiç bir kayıtlama getiremeyeceği hükmüne rağmen, yeni düzenleme ile burada da bir takım sınırlamalar getiriliyor. Buna göre halkın bu araçlarla haber alması, düşünce ve kanaatlere ulaşması ve kamuoyunun serbestçe oluşması, "Devletin ülkesi ve milletiyle üstünlüğünün, insan haklarına dayanan millî, demokratik, lâyik ve sosyal Cumhuriyetin, millî güvenliğin ve genel ahlâkın korunması" amaciyle engellenebilecek ve kayıtlanabilecektir. Yasanın bu düzenlemeyi getirirken engelleme yetkisini hangi makama ve nasıl tanıyacağı hakkında genel de olsa —hiç olmazsa öteki maddelerde yapıldığı gibi— bir ifadeye yer verilmemiş olması tereddütlerin doğmasına yol açar niteliktedir.

Dernek Kurma Hakkı:

1924 Anayasasında dernek kurma özgürlüğünden iki maddede söz açılıyor. 70. madde, "...cemiyet... hak ve hürriyetleri Türklerin tabiî hukukundandır" der. 79. maddede ise, "... cemiyetlerin hududu hürriyeti kanunlar ile musarrahtır" hükmü vardır.

Bu dönemde dernek kurma yönünden bir yenilik görülmemiş, 1909 tarihli "Cemiyetler Kanunu" nundan bazı değişiklikler yapılmakla yetinilmiştir.

Kurucu Meclis, 1961 Anayasasının 29. maddesini "Herkes önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, kamu düzenini veya genel ahlâkı korumak için kanunla sınırlanabilir" şeklinde düzenlenmiştir. Temsilciler Meclisinde dernek kurma özgürlüğü ile ilgili 29. md. nin görüşülmesi sırasında, bu maddenin sendikalar ve sendika birlikleri kurmadan ayrı olarak ele alınması ve meslek kuruluşlarının ayrıca düzenlenmesi gerektiği düşüncesi hâkim olmuştur. Komisyon sözcüsü de yaptığı açıklamada derneklerin, meslekî teşekkül niteliğindeki sendikalardan ayrı düşünülmesi gerektiğini, bu görüşün bir sonucu olarak da sendikaların 45. maddede düzenlendiğini söylemiştir. Gerçekten de 1961 Anayasası siyasal parti kurma gibi, sendika kurmayı da ayrı maddelerde ele almış, böylece Anayasanın 29. maddesi bunlar dışındaki derneklerin kurulması sorununu düzenlemiştir.

Dernek kurma hakkı, 20.9.1971 tarihli ve 1488 sayılı yasanın Anayasada yaptığı deişiklik sonucu yeniden düzenlenmiştir. Buna göre, dernek kurma hakkı, herkes için izne bağlı olmadan kullanılabilecek bir hak olarak bırakılmış, ancak hakkın "kötüye kullanılmasını önlemek için" bazı önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu nedenle ilk fıkraya hakkın kullanılışında "Kanunda gösterilen şekil ve usullere" uyulması gerektiği belirtilmiştir.

Gerekçede de görüldüğü üzere yasa, önceden izin almaksızın dernek kurma hakkını kısıtlayıcı hükümler koyamayacak, ama maddeye eklenen "Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün ve millî güvenliğin korunması" amaçlariyle snırlayabilecektir. Burada biraz durup eski ve yeni Dernekler Yasasının ilgili maddelerine bir göz atmak gerekir.

Bazı maddeleri 10.6.1946 tarihli 4919 sayılı yasayla değiştirilen 3512 sayılı "Cemiyetler Kanunu" nun 9. md. 4. bend halinde yasak faaliyetleri saymıştır. Kısaca söylemek gerekirse; Devletin bütünlüğünü bozan, dinî amaç taşıyan aile, cemaat, ırk esasına dayanan, gayesini saklayan, bölgecilik amacı güden dernekler kurulamazlar. Ayrıca uluslararası nitelikte dernek kurulması, Bakanlar Kurulunun iznine bağlıdır (10 md).

Öğrenci dernekleri siyasetle uğraşamayacaklar (13. md.), askerliğe hazırlayıcı faaliyette bulunamayacaklar (bu husus Bakanlar Kurulunun iznine bağlı) (11. md.), siyasal partilerden başkası da birden fazla konuyla uğraşamayacaklar (15. md.), ayrıca Siyasal Partiler Kanununun 2. md. si hükmüne göre de, siyasal partileri desteklemek, desteklememek, bunlar arasında işbirliğini sağlamak, seçimlerde belli bir adayı desteklemek amacı taşıyamıyacaklardır.

Anayasanın 29. md. nin yeni şekline göre hazırlanan 22.11.1972 tarih ve 1630 sayılı Dernekler Kanununa gelince, sözkonusu yasanın hangi amaçla hazırlandığına önce bir göz atmak gerekiyor. Yasanın genel gerekçesi, amacını şöyle açıklıyor; "Devlet bu görevi ifa ederken (burada sözkonusu olan AY. nın 10. maddesinde Devlete yüklenen görevdir) bir takım kişi veya topluluklarda bazı temel hak ve hürriyetler getirip diğer kişilere, hak ve hürriyetlerini zedeleyici veya fert huzurunu bozucu ve dolayısiyle hakların ve hürriyetlerin kötü bir biçimde kullanılması ortamını yaratmaktan, elbette kaçınacaktır. Yâni Devlet, getirdiği bazı kanunlarla, bir kısım kişi ve toplulukların karşılaştığı ve sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayan siyasal ve sosyal engelleri kaldırırken, bu kaldırış ortam ve düzeninin de diğer kişi ve topluluklar için siyasal ve sosyal engeller olmamasına dikkat ve itina etmek zorundadır."

İşte bu nedenledir ki, yasa, AY. nın 29. md. si hükmüne uygun olarak genel ahlâkın yanı sıra kamu düzeninin de ve onun içerdiği Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğü ilkelerine uygun şekilde Dernek Kurma hakkını sınırlama yoluna gitmiştir. Gerekçenin de belirttiği üzere "ülkenin ve milletin bütünlüğünün korunması, bir toplumda başlıca şart ve toplumdaki kişilerin temel ödevidir. (...) kişilere tanınan hak ve hürriyetler hiçbir şekilde ve surette, Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünü sarsıcı, millî güvenliği de zedeleyici, kamu düzeni ve genel ahlâkın korunması imkânlarını ortadan kaldırıcı bir nitelikte olamaz. Dernekler Kanununun 2. md. si, önceden izin almaksızın dernek kurma hakkını tanımış, ancak kuruculardа bulunması gereken nitelikleri iki bend halinde göstermiştir. Buna göre siyasal partilerden çıkarılanlarla, o partinin kapanmasına sebep olanlar ve ağır hapis cezasına, taksirli suçlar hariç olmak üzere, beş yıldan fazla hapis cezasına mahkûm olanlar ile yüz kızartıcı suçlardan, ya da Kanunun kurulmasını yasakladığı dernekleri kurmak veya idare etmek suçlarından birinden kesin hüküm giymiş olanlar dernek kuramazlar. Dernekler Kanununun 4. md. si ise, kurulması yasak dernekleri düzenliyor. 12. bend halinde sayılan bu amaçları güden veya amacı girden fazla olan derneklerin kurulması yasaktır. Bu arada maddenin son fıkrası, her türlü resmî veya özel öğretim kurumlarında birden fazla öğrenci derneği kurulmasını yasaklamıştır.

Yasanın 8. md. si, dernek kuruluşunu ve tüzüğünü mahallin en büyük mülkiye âmirine bildirimi zorunlu kılmış, 9. md. ise, tüzüklerin valiliklerce ve İçişleri Bakanlığınca inceleneceğini hükme bağlamıştır. Bu maddeye göre, kuruluşunda eksiklik ya da kanuna aykırılık görülen dernekler valinin kararı ile faaliyetten alıkonulur. Bu karar, mahkemece aksine karar verilinceye kadar devam eder. Şunu hemen söyleyelim ki, önceden izin almadan kurulma ilkesine yer verdiğini düzenleyen 2. md. si ile şimdi gördüğümüz 9. md. hükmü çelişik niteliktedir. Çünkü, tüzüklerin incelenmesi sonucu o dernek idarenin kararı ile faaliyetten alıkonmakta, çalışması engellenebilmektedir. Burada görülen doğrudan olmasa bile "dolaylı" bir izin almadır, hem yasanın ruhuna, hem de izin almama ilkesine aykırıdır. Daha baştan incelemeye bağlanan tüzüklerle derneğin kuruluşu, idarenin takdiri-

ne terkedilmiş olmaktadır. Aslolan bu kararın, eğer gerekiyorsa, yargıç tarafından verilmesidir.

Yasanın 35. md. si de "Yasak faaliyetleri" sıralıyor. Bu maddenin ilk bendi, (b) fıkrasında her türlü yoruma elverişli bir biçimde Dernekleri ideolojik bakımdan sınırlarken, ikinci bendi de dernek yöneticilerinin toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılamayacaklarnıı, öğrenci derneklerinin de her ne şekilde olursa olsun siyasetle uğraşamayacaklarnı, ancak beden ve ruh sağlıklarının korunması, beslenme, dinlenme v.s. gibi amaçlarla kurulabileceklerini düzenlemektedir. Maddenin bu şekli, hem eski yasanın, hem de Anayasanın 29. maddesinin yeni hükmünün dahi çok gerisine düşmektedir. Hele 39. madde ile derneklerin bildiri yayınlaması, "bildirim" gerekçesiyle hem Cumhuriyet Savcısının, hem de mülkiye âmirinin denetimine terkedilmekte, böylece yukardaki maddeler de birlikte ele alındığında Dernek Kurma hakkının özünün zedelendiği kanısı güç kazanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, E. 1963/128 ve K. 1964/8 sayılı ve 28. I. 1964 tarihli bir kararı ile kökü dışarda derneklerin kurulmasının izne bağı tutulmalarını 29. md. ye aykırı görmemiş, kamu düzeninin korunmasının doğal bir sonucu kabul etmiştir. Ancak, Yüce Mahkeme bu kararı, maddenin eski şekli yürürlükteyken vermişti ve dâva konusu da milletlerarası mahiyeti haiz olan derneklerin faaliyetiyle ilgiliydi. Aynı kararında mahkeme, "Anayasamız kanun koyucuya (önceden izin almaksızın dernek kurmak) hakkına sınırlar çizebilmek yetkisi tanımıştır" diyerek bu hakkın muhtevasında sınırsız olmadığını açıklamıştır. Ne var ki, yasa koyucunun getirdiği sınırlamalar, hakkın özünü zedeler nitelikte olamayacaktır. 11. md. nin yeni biçimi de aynı amacı gözönünde tutmaktadır.

29. md. de yapılan değişikliği ikinci fıkra hükmünü inceleyerek sürdürelim. Bu hükme göre "hiç kimsenin bir derneğe üye olmaya ve bir dernekte üye kalmaya zorlanamayacağı" hüküm altına alınmıştır. Bu suretle derneklere girip çıkma serbestliği gerekçesinin de açıkladığı gibi, Anayasa garantisine kavuşuyor.

Dernekler Yasasının 15. ve 16. md. leri "Üyeliği" düzenlemiş. 15. md. özellikle öğrenciler üzerinde durmaktadır. Buna göre, öğrenci olmayanlar ile siyasal partilerden birine kayıtlı olan öğrenciler, öğrenci derneklerine üye olamayacaklar, öğrencilik sıfatını kaybedenler de dernekten çıkmış sayılacaklar.

29. md. nin son fıkrası, derneklerin kapatılmasını düzenliyor. Maddenin gerekçesi, "topluma kolayca sirayet eden tehlikeli faaliyetleri dolayısiyle bazı derneklerin mahkeme kararı olmaksızın ve bir tedbir olmak üzere faaliyetten alıkonulması" gereğine işaretle 15. ve 16. maddelerdeki değişikliğe paralel bir değişikliğin bu maddeye de eklendiğini açıklıyor. Buna göre "gecikmede sakınca bulunan hallerde" ve Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, millî güvenliğin, kamu düzeninin ve genel ahlâkın korunması amaçlariyle yasanın açıkça yetkili kıldığı merciin emriyle, hâkim kararına kadar faaliyetten alıkonulabilecektir. Maddenin gerekçesine göre bir "tedbir" olarak düşünülen bu hüküm garantisini, yetkili merciin mahallin en büyük mülkî âmiri olmasında ve mahkemece kapatma kararı verilmeme halinde kararın yürürlükten kalkmasında buluyor. Dernekler Yasasının

45. md., derneklerin kapatılması veya faaliyetten alıkonulmasını düzenlerken, 29. maddede sözü edilen yetkili merciin vali olduğunu gösteriyor. Maddenin 4. fıkrası ise faaliyetten alıkonulan dernekler hakkında C. Savcılığınca ve mahkemelerce yapılacak işlemi göstermektedir. 45. md. nin gerekçesi, gecikmede sakınca bulunan hallerde ve Anayasanın getirdiği sınırlamalar paralelinde, süratli ve etkili bir yol olarak il valiliğinin dernekleri faaliyetten alıkoyabileceğinin hükme bağlandığını söylemektedir.

IV —SOSYAL HAKLARIN ANAYASADAKİ YERİ VE ÖNEMİ

Anayasamızın üçüncü bölümü, "Sosyal ve İktisadî Haklar ve Ödevler" başlığını taşıyor. Hiç şüphe yok ki, böylesine bir haklar ve ödevler listesi, ikinci Dünya savaşı sonrası Batı demokrasilerinin temel yasalarında düzenledikleri "sosyal hayata karışma" ilkesinin doğal bir yansıması. Tıpkı 1924 Anayasamızla Batı'nın özgürlük anlayışını aktarmamız gibi, yeni Anayasamız da çağdaş yönelimlere kapılarını kapayamamıştır. Hele böylesine bir yönelişin Batıda hangi zorunluluklardan doğduğu hatırlanırsa...

Anayasamızın genel gerekçesi, bu görüşü doğruluyor: "Batı demokrasisi, hürriyetçi yollarla, daha fazla hürriyet elde etme rejimidir. Çağımızın karmaşık sosyal ve İktisadî dünyası içinde daha fazla hürriyet ise İktisadî ve sosyal bakımdan zayıf olan kişileri, grupları korumak, bunların maddî ve manevî varlıklarını geliştirme şartlarını hazırlamak ve bunlara klâsik kişi hak ve hürriyetleri yanında İktisadî ve sosyal haklar tanımakla kabildir. Zamanımızın demokratik devleti bu ödeve sahiptir. Devlet hayatı içinde, bu himayenin ve hizmetlerin sağlanmasını, bu alandaki engellerin kaldırılmasını istemekte sosyal bir haktır." Önceki bölümlerde de gördük ki, kişinin hakları - Devletin ödevleri ikilemi, işte bu görüşün bir sonucu olarak Anayasamızın sosyal haklar listesinde kendini açıkğa vurmuştur.

Anayasa, bu dinamik yapıyı kurarken, başta da söylediğimiz gibi, 10. madde ile 41. md. arasında kurduğu bağı, 35 - 53. maddeler arasında sistemleştirmiştir. Buradaki haklar, artık hep siyasal iktidarın karışmasını gerektiren, sosyal ve ekonomik yönde örgütlenerek ve olanakları düzenleyerek, kişinin mutluluğuna yönelmiş faaliyette bulunmasnı sağlayacak haklardır.

Anayasamızın benimsediği böylesine bir anlayış, bugüne kadar dokunulmaz sayılan bazı özgürlüklerin de yeni bir görüşle değerlendirilmelerini gerekli kılıyor. Bu tutuma bir örnek, 36. maddede düzenlenen "Mülkiyet hakkı". Bu hakkın sosyal haklar listesi içinde yer alması, kullanılmasının toplum yararına aykırı olamıyacağının belirtilmesi, mülkiyetin toplumsal fonksiyonunu açıkça gösteriyor. 38. md. de "Kamulaştırmayı" düzenleyen hükmü de aynı anlayışın bir uzantısı kabul etmek gerekir. Buna göre, Devlet ve kamu tüzelkişileri, kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılıklarını peşin ödemek suretiyle (1971 deki değişiklikle "gerçek karşılıkları" deyimi kaldırılmış, ve vergi değeri esası kabul edilmiştir) özel mülkiyette bulunan taşınmaz mallar yasaca belirlenecek ilkelere göre kamulaştırabilecektir.

Böylesine bir kamulaştırma gereğinin, gerekçede belirtildiği üzere, ekonomik ve sosyal kalkınmanın gerçekleştirilebilmesi için kaçınılmaz olduğu, sosyal Devlet anlayışının olduğu kadar, liberal hukuk ve devlet anlayışının da bir sonucu olduğu ifade edilmektedir. İkinci fıkrayla ilgili bu açıklama, çiftçinin topraklandırılması, ormanların devletleştirilmesi, yeni orman yetiştirilmesi ve iskan projelerinin gerçekleştirilmesini amaçlayan hükmün yasal boyutlarını veriyor. Şunu da hemen ekliyelim ki, 1924 Anayasasının 74. md., ilk ve ikinci fıkralarında, aynı fikri benzer biçimde düzenlemektedir.

Anayasamızın bu bölümdeki öteki hükümlerine topluca bir göz atarsak, sözünü ettiğimiz sosyal eğilimin en açık olarak, iş-çalışma ilişkilerinde kendini gösterdiğini anlarız. Nitekim, bütün çağdaş belgelerde olduğu gibi, Anayasamızda da bir işçi statüsüne rastlamamızın nedeni budur. İnsanoğlunun bir toplum çerçevesinde ele alınması, Devlete bir takım görevler yüklemekle kalmaz, aynı zamanda, Devletin bu görevini yerine getirirken, bazı kimseleri diğerleri yararına yüklenmesi, onların yükünü hafifletmesi şeklinde kendini gösterir. Devlet, çalışanların insanca yaşaması, çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, ekonomik, malî tedbirlerle çalışanları korur ve çalışmayı destekler. Bunu yaparken, yani çalışma koşullarını (43. md.) belirtirken, dinlenme hakkını (44. md.), ücrette adaletin sağlanmasını (45. md.), sendika kurma hakkını (46. md.) ,toplu sözleşme ve grev hakkını (47. md.) düzenler. Bu haklar, sosyal örgütlenmenin ilkeleri olarak ortaya konmuşlardır.

Sadece bir grup insana bazı imtiyazlar verilmesi amaciyle değil, sosyal faaliyetin bir aracı olarak ileri sürülmüşlerdir.

Sosyal güvenliğin salanması için sosyal sigortalar ve sosyal yardım örgütlerinin kurulmasını öngören 48. md., bu görüşü formüle etmektedir. Beden ve ruh sağlığının Devletin görevi olması (49. md.) bunun doğal sonucudur. Kooperatifçiliği geliştirmek (51. md.), tarımın ve çiftçinin korunması (52. md.), hep aynı eğilimi yansıtan düzenlemelerdir. Burada "Devletin başta gelen ödevi" olarak belirtilen 50. m.d. üzerinde biraz durmak gerekiyor. Bir başka deyişle "Eğitim Hakkı" olarak da nitelenebilecek bu madde hükmüyle Devlete, halkın eğitim ve öğretim ihtiyaçlarını sağlama, baş ödev olarak verilmiştir. İlköğrenim, kız-erkek bütün vatandaşlara mecburidir, Devlet okullarında da parasızdır. Ayrıca, Devlet, maddî olanaklardan yoksun, başarılı öğrencileri burslar ve diğer yollarla destekleyecektir. Cumhuriyetin ilânından buyana, kalkınmanın temel araçlarından olarak kabul edilen okuma- yazma öğrenme ve bunun ötesinde çağdaş uygarlık dünyasının nimetlerinden yararlanmak için yayım araçlarından faydalanabilme, kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirmede en önemli bir etken olarak görülmüş ve her fırsatta bu soruna eğilinmiştir. İşte bu zorunluğun en açık ve kesin ifadesini, 50. md. de görmekteyiz. Öte yandan, 21. md. de bu eğitim faaliyetinin (çağdaş bilim ve eğitim esaslarına aykırı olamıyacağını) söyleyerek izlenecek yolu ve ereği göstermiştir.

Yukarda çağdaş belgelede bir işçi statüsüne rastlandığından söz ettik. Anayasamızın da bu eğilimin gereğini yerine getirdiğini, geniş haklar ve ödevler listesiyle

aynı tutumu benimsediğini görmüş bulunuyoruz. İşte bunlardan işçiyle ilgili 46. md. "Sendika Kurma Hakkı"nı düzenlemektedir. Bu madde 1971 de değiştirilmiştir. Maddenin yeni şeklinde, ilk fıkradaki "çalışanlar" sözcüğü, "işçiler" biçimini almıştır. Kamu hizmeti görevlilerinin durumunu düzenleyen ikinci fıkra hükmü, maddeden çıkarılmıştır. Böylece kamu hizmeti gören memurların sendikalaşması olanağı kaldırılmıştır. Maddenin gerekçesi, "toplu sözleşme, grev, lokavt gibi müesseselere, işin niteliğinin gereği olarak, yer vermeye imkân olmayan kamu hizmetlileri kuruluşlarının gerçek manada sendikal bir faaliyette bulunmaları mümkün değildir. Şu halde bu kuruluşların "sendika" olarak isimlendirilmesi herşeyden önce kavram karışıklığına sebebiyet vermekte, ayrıca sendika teriminin etkisiyle bu kavrama olduğundan başka bir anlam verilmesi eğilimi ortaya çıkmaktadır" diyerek, bunlara sendika yerine "kuruluş" denmesinin daha uygun olacağına işaret etmektedir. Gerçekten memurlarla ilgili 119. maddenin de başlığı değiştirilerek "Memurların siyasal partilere ve sendikalara girememesi" biçimini almıştır.

Gene 46. maddenin ilk fıkrası; "Kanun, Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, millî güvenliğin kamu düzeninin ve genel ahlâkın korunması maksadiyle sınırlar koyabilir" diyerek, sendika kurma hakkının hangi sınırlar içinde kullanılabileceğini de göstermiştir: Şimdi akla bir soru geliyor: Devlet bu geniş listede yüklenen görevleri hangi yolla ve nasıl gerçekleştirecektir? Hangi yolla ve nasıl gerçekleştireceğini 41. md. ve genel gerekçede görüyoruz. Maddenin ikinci fıkrası; ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmanın "demokratik" yollarla gerçekleştirileceğini belirtmektedir. Sosyal haklarla ilgili genel gerekçede de şu satırlara rastlıyoruz: "Devlet, bu geniş kalkınma politikasını millî tasarrufu arttırmak gibi, yatırımları toplum yararının gerektirdiği önceliklere yöneltmek suretiyle plânlama zorundadır. (...) Devlet, bunu demokratik usullerle, demokrasi müesseselerini zedelemeden yapmak zorundadır, bu suretle bir hürriyet ve kalkınma sentezinin gerçekleştirilmesi Türk toplumunun temel meselesi olarak tasarıda ortaya konmuştur. (...) Bu sentez, nazik denge ve kontrol organlarına dayanan parlamenter rejim mekanizması sayesinde gerçekleşecektir. Bir taraftan Batı dünyasını olgunlaştıran siyasî gelenek terkedilmeyecek, bir taraftan da millî ihtiyaçlar bir plâna bağlanacaktır. Türk demokrasisinin temel unsurları bu sentezde saklıdır." Oldukça geniş biçimde aktardığımız gerekçenin bu bölümü, Sosyal Devlet anlayışı içinde toplu kalkınmanın önemli sayılabilecek ipuçlarını da vermektedir. Bir kere kalkınma, toplum yararı ön plâna alınarak plânlı bir surette gerçekleştirilecektir. Kişinin kendi geleceğini tayin etmesi, kaderine hükmetmesi zorunluğunun doğal sonucu kabul edilen plânlama, akılcı yöntemle işi rastlantıya bırakmadan olanakların tek tek saptanması, bir düzene sokulması olarak anlaşılmalıdır. Batı ülkelerinin de plancılık anlayışı, kalın çizgileriyle aynı yöndedir. Sorun bir toplumun ortak yararını ve gelecekteki mutluluğunu sağlamak olunca, boyutları bu denli geniş ve herkesi ilgilendiren kalkınma işleminin de bir düzene, bir plâna bağlanması gerekliğini kendiliğinden ortaya çıkıyor. Ancak bu kalkınmanın temel koşulu, özgürlükçü demokrasi anlayışı içinde, parlamenter rejim mekanizmasına sıkı sıkıya bağlılıktır. Başka bir çözüm yolu yoktur, zaten sistemin bünyesi de diğer bütün varsayımları reddeder.

İşte bu açıdan Devletin ekonomik ve sosyal ödevlerinin sınırını gösteren 53. md. ye bakıldığında sağlıklı bir yoruma gidilebilir. İktidarlar, hiç bir zaman bu maddenin gölgesine sığınıp "ekonomim gelişmedi ve bu yüzden malî kaynaklarım elverişli değildir" diyerek bu hakların tümünü yerine getirmekten kaçınamıyacaklardır. Tersine, yukarda açıkladığımız sentezci anlayış içinde bütün olanaklarını seferber edip sosyal düzeyin yükselmesi, uygarlığa uygun atılımlar yapabilmesi için çaba harcayacaklardır. Maddeye ancak böylesine dinamik bir içerik ve anlam vermekle onun paravana olarak kullanılması önlenmiş olur.

V — TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASI VE KORUNMASI

Aslında birbiriyle çelişir gibi gözüken iki terim bunlar; sınırlama ve koruma. Ama biraz dikkatli bakınca aralarında gizli de olsa bir bağın varlığı hemen görülür. Sanki sınırlandırma, korumanın ön koşulu gibi geliyor insana. Şimdi eldeki Anayasa metni içinde bu konuyu inceleyelim.

Özgürlüğü tanımlarken gördük ki, kişinin baskıya uğramadan belirli faaliyetlerde bulunması ve belli biçimde davranması, toplumun bir parçası olmasının ve topluca yaşamasının doğal bir sonucudur. Artık birinin özgürlüğünün yekdiğerine set çekmesi biçiminde kristalize olan XVIII. yüzyıl anlayışı çok gerilerde kalmıştır. Günümüzün insanı, somut özgürlüklerini kendi olanakları ile gerçekleştiremiyeceğini anlamış, uygulamada sağlam boyutlara varmasının ancak bunların maddî olanaklarla pekiştirilmesiyle mümkün olacağını kavramıştır. Özellikle eşitliğin özgürlükle çatıştığı yerde, belli bir hakkın kullanılması bazan başka bir hakkın kullanılmasını engelleyebilmektedir.

Sınırlamanın "koruma" ile ilgisini açıklamak kolay; soyut özgürlükler döneminden "SOMUT haklar" evresine geçilince zorunlu olarak "Devletin görevleri - Kişinin hakları" ikilemi kuruluyor, böylece çağdaş belgelerde kamu yararına geleneksel özgürlükler sınırlandırılmak suretiyle kişinin maddî ve manevî varlığının gelişmesi yolları açılmış, mutluluğunun koşulları sağlanmaya başlanmış oluyor. Nitekim, Anayasa Mahkemesi de, 7.3.963 tarih ve E. 962/ 286 ve K. 963/53 sayılı kararıyle Anayasanın I. kısım II. Bölümünde yer alan kişi özgürlüklerinin "Kamu Yararı" nedeniyle sınırlanacağını belirtiyor. Anayasamızdaki "Sosyal ve İktisadî Haklar ve Ödevler" listesi, bu anlayışın en belirgin örneğidir.

Özgürlüklerin demokrasi adına sınırlanması ve gene bu çerçeve içinde korunması, sorunun bir başka yönüdür. İki Dünya savaşı arasındaki Faşist ve Nasyonal Sosyalist rejim denemeleri gözönünde tutularak yazılan çağdaş bildirilerde, demokrasinin korunması, demokrasi temellerine bağlılık da sınırlamalarla sağlanmış, özgürlüklerin demokrasi ilkelerine aykırı uygulanması önlenmeye çalışılmıştır. Militan demokrasi anlayışının bir sonucu olan bu görüş, "demokrasi kendini savunmak zorundadır, kendisini ortadan kaldıracak özgürlükleri sınırsız bırakamaz" formülüyle açıklanmaktadır. Bu noktada özgürlüklerin Devlete karşı korunması ve kişiler arası ilişkilerde korunması ikilemi ile karşılaşıyoruz. Eğer,

kişilerin özgürlüğü tehlikeye düşürecek bir takım işlemlerde bulunabileceklerini düşünürsek, yapılacak iş, Devlet gücünü arttırmak, Devletin kişilerarası ilişkileri düzenlemesine yol açmaktır. Yok, özgürlüğe en amansız saldırının Devletten geleceğini hesaplarsak, bütün hukuk ve ekonomi tekniğini Devleti zayıflatmak için kullanmalıyız.

Burada, çağdaş Anayasalarda yasama ve yürütmeye karşı kurulmuş korunma sistemlerinden Anayasamızın ne ölçüde etkilendiğini incelemiyeceğiz. Bizce sorunu kökeninde inceleyebileceğimiz en iyi kaynak, eski ve yeni biçimiyle 11. maddedir, içeriğinde yapılan değişikliğin anlamını çözümleyebilirsek, sınırlama ile koruma arasındaki ilişkiyi bir başka açıdan ortaya koymuş oluruz.

11. maddenin eski hükmüne göre; "Temel hak ve hürriyetler Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak *kanunla* sınırlanabilir. Kanun, kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adalet ve millî güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin *özüne* dokunamaz". Burada hemen söyleyelim ki, Anayasa Mahkemesi verdiği bir çok kararda "öze dokunmayı" o hak ya da özgürlüğü ortadan kaldıramama, kullanılmasını son derece zorlaştırmama şeklinde tanımlamaktadır.

Maddenin gerekçesine baktığımızda, bu hükmün yasa koyucuya, yani siyasal iktidar mekanizmasını elinde tutanlara yönelik ve kişiyi koruma amacıyla düzenlendiğini gösterir ipuçlarına rastlıyoruz: "İkinci fıkrada, temel haklar kısmının en önemli hükmü yer almaktadır. Alman Anayasasının 19. maddesinden ilham alınarak formüle edilmiş olan bu hüküm, temel hak, hürriyet dokunulmazlıklarının kanunlarla düzenlenmesi bahanesiyle bu hakların tahrip edilmemesini teminat altına almaktadır. (...) Hürriyetleri tahrip edenler, daima bunları sadece düzenlediklerini iddia etmişlerdir, işte bu düzenlemenin, hakkın özünü tahribe kadar gidemiyeceği esasını koyan 11. maddesinin ikinci fıkrası, *kanun koyucunun yetkisini kayıtlayan* pek önemli bir kaidedir".

Genel gerekçe, Anayasa Mahkemesinin bu ölçüyü gözönünde bulundurarak, herhangi bir sınırlamanın o hak veya özgürlüğün özünü zedelediğini gördüğünde Anayasaya aykırılığı dolayısiyle hükümsüz sayacağını belirtmektedir. Kurucu Meclis görüşmelerinde de bu nokta üzerinde durulmuş, yasa koyucunun hak ve özgürlükleri belli nedenlerle sınırlayabileceği ama asla özüne dokunamıyacağı; sanki yokmuş gibi bir durum yaratamıyacağı ifade edilmiştir.

Bütün bu açıklamalardan anlaşılan odur ki; bir tepki yasası niteliği taşıyan 1961 Anayasası, geçmiş deneylerin ışığında siyasal iktidarı ellerinde bulunduranların bu yetkiyi dilediklerince kullanamıvacaklarını, baskıcı yönetimlere yönelemiyeceklerini hatırlatmakta, dolayısiyle demokratik düzenin temeli olan kişi hak ve özgürlüklerinin garantisini sağlamış olmaktadır.

Şimdi de aynı maddenin yeni biçimine bakalım.

Bir kere değişiklik başlıktan başlıyor; "Temel Hak ve Hürriyetlerin Özü, Sınırlanması ve kötüye kullanılamaması".

Başlıktan anlaşıldığı gibi, artık maddenin eski biçiminin yol açtığı, 11. maddedeki genel hüküm, sonraki bölümde sayılan bütün hak ve özgürlükler için de geçerli sayılıp madde metninde gösterilmese dahi sözkonusu özgürlüğün sınırlandırılması mümkün müdür değil midir tartışması sona ermiştir. Açıkça bellidir ki maddenin ilk fıkrası da, başlığın anlamının bu yönde anlaşılmasını göstermek için düzenlenmiştir. Gerçekten, ilk fıkrada; "Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, Cumhuriyetin, Millî Güvenliğin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir" denmekte, böylece hem yasa koyucunun özgürlükleri sınırlamada kullanacağı sınır taşları çoğaltılmakta, hem de ("korunması amacı ile veya" sözcüklerinin işaret ettiği gibi) bu hükmün Anayasada düzenlenen bütün özgürlükleri kapsayacağı açık ve kesin olarak belirtilmektedir. Yasa koyucu, eskiden olduğu gibi hak ve özgürlüğün özüne dokunamıyacaktır.

Maddenin içeriğine yenilik getiren hüküm ise ikinci fıkrada yer alıyor; "Bu Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiç birisi, insan hak ve hürriyetlerini veya Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayırımına dayanarak, nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak kasdı ile kullanılamaz".

Bu çok genel ve Anayasa ile getirilen bütün sınırlamaları kapsayan hükmün anlamı ise çok açık; artık bireyler de özgürlükleri kullanırken bu kriterlere dikkat edecek, bunların dışına çıkmayan ve zedelenmelerine yol açmayan bir alan içinde faaliyet gösterecekler, haklarını kullanacaklardır. Aksi halde, aykırı eylem ve davranışları yasayla cezalandırılacaktır. Herhangi bir yoruma gitmeden hemen akla geleni söyleyelim; 11. md. nin eski biçimi, nasıl kendinden önceki döneme bir tepkiyi dile getiriyorsa, bu yeni hüküm de galiba ilk fıkranın yarattığı özgürlük ortamından yararlanmak isteyerek kamu düzenini bozanlara karşı bir tepkiyi dile getiriyor. Hem onlara hem de onların yarattığı ortama karşı bir tepki bu. Böylece ilk fıkra ile kişiler Devlete karşı korunurken ikinci fıkra ile de kişiler arası ilişkiler ve kişinin Devlete karşı eylem ve davranışı, düzenin korunması adına sınırlanarak korunmuş oluyor.

Bu bölümün başından söylediğimiz sınırlama -koruma ilişkisinin kurduğu sistemi 11. madde hükmü ile görmüş bulunuyoruz. Siyasal iktidarla kişinin dialoğunu düzenleyen ve her iki yana da temel direktifler veren, üstelik sosyal olgudan hareketle yasada kristalize olan böylesine bir maddenin dışında başka "korunma" sistemlerini incelemiyeceğiz, çünkü yönetilenlerle yönetenler arasındaki her türlü alış verişin zaman içinde alınan derslerle ve çoğulcu sosyal yapıdaki çok yanlı uygulamalarla belirginleşip netleşeceğine, demokrasinin geleneksel kurumlarına ulaşmakla yerleşeceğine inanıyoruz.

(13. Makale - 1974)

Turhan Tûfan YÜCE

*Temel Hakların Özü Kavramı ve Sınırlanması Problemi**

* Turhan Tûfan Yüce, "Temel Hakların Özü Kavramı ve Sınırlanması Problemi", Dr. A. Recai Seçkin'e armağan, Ankara: Sevinç Matbaası, 1974, 637-656.

TEMEL HAKLARIN ÖZÜ KAVRAMI VE SINIRLANMASI PROBLEMİ

Turhan Tûfan YÜCE*

BİRİNCİ BÖLÜM

Temel hak kavramının oluşumuna kısa bir bakış

I. Terminoloji

1961 Anayasamızın, Alman hukuk dilinden alarak kullandığı «temel haklar» (Die Grundrechte) yerine 1924 Anayasamızda «Türklerin Hukuk-u ammesi» (m. 68 ve son), terimi vardı. «Kamu hürriyetleri», «ferdî haklar» «insan hakları», «vatandaş hakları» ayni anlamı anlatmak üzere şimdi daha az kullanılıyor. Bu deyimler arasında bazı nüans farları düşünülebilir.[1] Burada farklar üzerinde durmak gerekli değildir. Terminolojide eskiden kalma tutmazlık okuyucuyu şaşırtmamalıdır. 1798 Fransız İnsansız İnsan ve Yurttaş Hakları Bidirisi ile yayılıp yerleşen «insan hakları», bu gün özellikle Türk-Alman Anayasa hukukunda «temel haklar» terimi ile anlatılmaktadır.

II. Gelişim çizgisi

Bir takım hakların, tarih boyunca fikir akımları ve sosyal gelişmeler sonucunda diğer haklardan ayrılıp üstünlük kazanmaları, özel bir önem almaları dikkate değer oluşum (tekevvün) dur. Orta çağın insanı, iç ve dış hayatı ile topluma, aileye, korporasyona v. s. ye sımsıkı bağlı bir insandı. İnsanın, toplum ve devlete karşı bağımsız ve saygıya değer varlığı yoktu. Avrupa fikir tarihinde aydınlık çağı (Aufklaerung) denilen dönemin uyanışı ile insan değişmeye başladı. Kişi, toplumdan ayrıldı, şahsiyetini ve bağımsızlığını kazandı. İnsan artık her hâli ile toplumun bağlı ve uysal bir parçası, devlet yetkilerinin bir mevzuu değil, hak ve menfaat sahibi, şahsiyeti olan, düşünen, duyan bir varlık sayıldı. Bu itibarla «iptidaî cemiyetlerde kütle içinde erimiş bir halde bulunan, her türlü manevî, ahlakî ve hukukî benlikten mahrum olan insan şahsının zamanla elde ettiği değer, çetin ve uzun mücadelelerin mahsulü olan bir medeniyet zaferidir».[2]

Temel haklar işte bu zaferin getirdikleridir.

İnsan hak ve hürriyetlerini dünya kamu oyuna duyuran ilk belge Amerikan tarihindedir. Amerikanın İngiltereye karşı giriştiği bağımsızlık savaşında yayınlanan 4 Temmuz 1776 tarihli Bağımsızlık Bildirisi'nin bir parçası şöyledir:

(*) Atatürk Üniversitesi İşletme Fakültesi Profesörü.

(1) Münci KAPANİ, Kamu Hürriyetleri, doktrin ve pozitif hukuk gelişmeleri,kamu hürriyetlerinin korunması problemi, Ankara 1964, s. 7-8

(2) Hüseyin Nail KUBALI, Devlet Hukuk Nizamı* ve Hükümet Edenlerle Hükümete Tâbi Olanların Bu Nizam İçindeki Vaziyetleri, Tahir TANER'e Armağan, İstanbul 1956, s. 478

«Biz şu gerçeklerin apaçık olduğunu kabul ediyoruz: Bütün insanlar eşit yaratılmışlardır ve Allah tarafından onlara, başkalarına devri kabil olmayan haklar verilmiştir. Hayat, hürriyet ve mutluluğa erişmek hakkı bunlardandır».

Amerikan zaferi ile bağımsızlık kazanan 13 eski sömürgeden Virginia'nın 1776 tarihli Anayasasında da insan hak ve hürriyetleri anlatılmıştır: Hayat hakkı, hürriyetten faydalanma, mülk edinme, mutluluk ve güvenliği arama hakkı.

Şimdi «temel haklar» dediğimiz insan hakları, 1789 Fransız «İnsan Ve Yurttaş Hakları Bildirisi» ile bütün çağdaş anayasaları etkiliyecek bir güç kazanmıştır.[3]

Temel hakların varlık sebebi üzerine

Temel haklar nelerdir? Varlıklarını nereden alırlar? Konumuzun bir temel düşüncesi bu sorunun cevabında vardır. Temel haklar, insanın insanlığından gelen, düşünen, duyan, sayılan bir varlık oluşundan çıkan yetkilerdir. İnsan tabiatının inkâr ve ihmal edilmez gerekleridir. Merhum Prof. BAŞGİL'in anlatımı ile «insan hakları doktrininde hak, insan için var olma ve yaşama imkânı, insan benliğinin bir imtiyazıdır. Ve münasebetler hayatına karışan ferdin bedenî, fikrî ve manevî kuvvet ve kabiliyetlerini kullanıp fiil ve harekette bulunma iktidar ve selâhiyeti demektir. Bu imtiyaz ve selâhiyetin kökleri, bu gün artık göklerde değil, yerdedir. Yeryüzünde de kanun ve nizam gibi resmî devlet buyruklarında ve hükmeden otoritenin ayakları altında değildir; fakat Kur'an diliyle konuşmak lâzım gelirse, ahsen-i mahlukat (yaradılmışların en güzeli) olan insan ferdinin hür ve muhtar şahsında ve insanlık sıfat ve şerefindedir».[4]

Hayvanın hayatı, bu günkü bilgimize göre bedenî ihtiyaçlarının karşılanmasından ibarettir. İnsan, düşünen, duyan, düşüncesine ve duygusuna uyan, bilerek isteyen, seçip beğenen, gezen, gören, öğrenen; düşüncesini ve duygusunu söyleyip yayan akıl sahibi varlıktır. Medenî insanın bu ihtiyaçları, onun yiyip içme ihtiyacı kadar zorlayıcı (mübrem) dır ve bu ihtiyaçlarını inkâr etmek onu hayvan derekesine indirmek demektir.

Bu sebeple insanın, hayatının korunması, dokunulmazlığı, düşünmesi, inanması, düşünce ve inancını söylemesi, yayması, haberleşmesi, gezip dolaşması gibi ihtiyaçlarını hukuklaştıran «temel haklar» insanlığının gerekleridir; insanlığından çıkan haklardır. «İnsan hakları» deyimini mânalandıran keyfiyet budur. İnsana, insan tabiatını veren devlet olmadığı için bu haklar da devletin ihsanı değil, insan varlığının icaplarıdır.

(3) Temel hakların tarihî gelişimini anlatmanın burada gereği yoktur. Ancak Fransız İhtilâl Bildirisini oluşturan fikirlerin, bu bildirideki insan haklarının Osmanlı devlet zihniyetindeki yankıları ilginçtir, ülkemizin yeni fikirlerin diriltici cereyanlarına pencerelerini açmak ta niçin geç kaldığını göstermektedir: O zamanki dış işleri bakanı demek olan Reisülküttap Atıf Efendi, 1798 tarihli «Muvazene-i Politikiyye» adlı lâyihasında, hürriyet fikirlerinin öncüleri olan VOLTAİRE ve ROUSSEAU gibi düşünürlere «mâruf ve meşhur zındıklar» diyor, bunları ve benzerlerini, dinsizlikle, Tanrısızlıkla, fesatçılıkla uçluyor. «İnsan Hakları Bildirisi»ni, «Beyanname-i tuğyan» yani taşkınlık, azgınlık bildirisi olarak niteliyor. Bkz: Tarih-i Cecdet, C. Vi s. 394 ve son. Bu lâyihanın ilgili bir parçası Prof. KAPANİ'nin anılan eserinde (s. 69 dip notu:: 104) ve Şemsettin GÜNALTAY'ın «Hürriyte Mücadeleleri» başlıklı küçük kitabında da vardır, İstanbul Gün Matbaası 1958 s. 16

(4) Ali Fuat BAŞGİL, Cihan Sulhu ve İnsan Hakları, 2. Bası, Sinan Matbaası İstanbul (tarihsiz) s. 30-31

Prof. Carl SCHMİTT'in insan hakları hakkındaki tarifi, bu düşüncelerin başka bir ifade tarzıdır: «Bir hukuk devletinde, devletten önce var olan, devletin üstünde (vor-und überstaatlich) olan, devletin vermediği, tersine, kendinden önce var olduklarını kabul ettiği ve prensip olarak ölçülebilir bir kapsamada (şumûlde) ve yalnız belli bir usule uyarak müdahale edebileceği haklardır».[5]

Bu paragrafa son verirken şu yönü de açıklamak faydalıdır: Her hak şüphesiz aranabilmelidir, korunmalıdır; fakat her hakkın temel hak olmadığı bilinmelidir. Prof. SCHMİTT'in isabetle belirttiği gibi anayasada yer almış olsa dahi her hak temel hak değildir.[6] İnsan olmanın kaçınılmaz gereği olan ihtiyacı karşılayan hak ancak «temel hak» niteliğindedir. Anayasaya aykırı düşmeyen bir kanun çerçevesinde mülk edinme bir temel haktır, lâkin meselâ lükata (kaybolmuş mal) yı bulan kimsenin ona mâlik olabilmesi (Medenî Kanun m. 695) bir temel hak değildir.

İKİNCİ BÖLÜM

Temel hakkın özü kavramı

I. Kavramın kaynağı

1961 Anayasamızın 11/2. Maddesine göre, «Kanun temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz». Bu hüküm Batı Almanya (Bonn) Anayasasının 19. Maddesinin 2. Fıkrasından alınmıştır.[7] Bu fıkra şöyledir:

"İn keinem Fall darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden».[8]

«Hiç bir halde bir temel hakkın özüne dokunulamaz»

Temel hakkın özü ne demektir? Bildiğimize göre Türk doktrininde olduğu gibi Alman eserlerinde de açık bir izah yoktur. Alman doktrininde ve içtihatlarında bu kavramın tartışmalı olduğu kaydediliyor.[9]

H. KRÜGER, temel hakların özü'nü şöyle niteliyor: «Yalnız yeni bir icat (Neuschöpfung) değil, ayni zamanda, idraki gayri kâbil olmasa bile meçhul bir genişlik, bir büyüklük».[10]

Sayın Prof. TUNAYA, «hürriyetin özü»nün henüz özü bilinmeyen bir kavram olduğunu yazmaktadır.[11] Sayın Prof. İlhan AKIN diyor ki:». Anayasada (özüne dokunulmaz) deyimindeki (öz)ün ne olduğunu belirtmek gerçekten çok zordur».[12]

(5) Cari SCHMİTT, Verfassungslehre, yeni bası, Verlag DUNKERHUM- BOLDT, Berlin 1954, s. 163
(6) SCHMİTT, age. s. 163
(7) Anayasamızın 11/2. Maddesinin Alman Anayasasından alınarak for- mülleşt.rildiği, Temsilciler Meclisinin Anayasa Komisyonunun 9/3/1961 tarihli raporunda da yazılıdır (11. Maddenin gerekçesi).
(8) Maddedeki «Wesensgehalt», «öz» diye çevrilmiştir. Bu çevirmenin isabetli olup olmadığını bir az sonra inceleyeceğiz.
(9) GIESE-SCHUNK, Grundgese'tz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 7. Baskı, Verlag Kommentator GMBH, Frankfurt 1965, s. 58
(10) MANGOLDT-KLEÎN'dan naklen, Das Bonner Grundgesetz, Band I Verlag Franz Vahlen GmbH, Berlin-Frankfurt 1966, s. 557
(11) Zafer Tarık TUNAYA, Siyasî Müesseseler Ve Anayasa Hukuku, 2. Baskı İstanbul 1969, s. 396
(12) İlhan F. AKIN, Temel Hak Ve Özgürlükler, İstanbul 1968, s. 124

Temsilciler Meclisinde Anayasa Komisyonu sözcüsü de bu zorluğu tekrarlıyor: «...Buna imkân yoktur. Bu öz, her hürriyet, her temel hak için ayrı ayrıdır. Belli bir hürriyetin özünün belli sınırlama sonundayok edildiğini mahkemeler, efkâr-ı umumiye, yâni o memleketin hukuk anlayışı ve zihniyeti tesbit eder. Nihayet Anayasa Mahkemesi de buna bir şekil verir. Bir hürriyetin özünün ne olduğunu, demokratik hukuk devletinin hukukçuları, o devletin hâkimleri elbette fark eder».[13]

Buna karşılık sayın Dr. Sait GÜRAN. 1967 de İstanbul Hukuk Fakültesinde başarı ile savunduğu «İfade Hürriyeti Üzerinde İdare' nin Yetkileri» başlıklı doktora tezinde diyor ki: «..Hürriyetin özü, cevheri, nüvesi, gerçekten üzerinde münakaşaya girmeğe lüzum göstermeyecek kadar açık, belli, tarifi kolayca yapılabilecek olan, gâyet vazıh bir kavramdır.. Hürriyetin özü, bir hak ve hürriyetin kullanılmasıdır, bir hak ve hürriyeti bilfiil kullanma hareketidir. Hürriyetin özü kavramından bunu anlıyor ve bu şekilde de tanımlıyoruz» (Adı geçen tez, İstanbul 1969, s. 416).

Bu açıklamanın yetersizliği, sanıyorum ki aşağıda hürriyetin «espri'sine uygun kullanılışı» anlayışında ortaya çıkacaktır.

III. Açıklama denemeleri

Anayasa gibi temel bir kanunda yer alan kavramın açıklanması zor olsa da mümkün olmalıdır. Kanundaki kavram ya uygulanacak ya da en azından uygulamaya yol gösterecektir ki bu da uygulama demektir. O halde «temel hakkın özü» bilinmeli, aydınlık bir izah bulunmalıdır.

1. Anayasanın 11. Maddesinin, Temsilcileri Meclisi Anayasa Komisyonunca hazırlanan 9/2/1961 tarihli raporundaki gerekçeden açık bir fikir edinmek mümkün değildir. Gerekçenin bir yerinde deniliyor ki «...Ötedenberi hakların sınırlanması meselesinde karşılaşılan tehlike bu tehditlerin çok ileri gitmesi neticesinde cevherinin imha edilmesidir». Gerekçenin başka bir yerinden bir parça: «...Eğer sınırlama, bir temel hak veya hürriyet veya dokunulmazlığın cevherini tahrip ediyorsa, Anayasaya aykırılığı dolayısiyle hükümsüz sayılacaktır».

Burada «hakkın özü»nün, «cevher» sözü ile anlatılması şüphesiz bir izah değildir.

2. Anayasa Mahkememizin bazı kararlarında «hakkın özü»nü aydınlatmaya yaracak açıklamalarla raslanıyor. Bunları gözden geçirdikten sonra Fransız Danıştayının Prof. TUNAYA tarafından nakledilen bir kararından bahsetmek de faydalıdır. Fransız kararında da, meseelnin olgunlaşmasına yarayacak fikirler vardır.

a) Anayasa Mahkememizin birinci kararı E. 1962/208, K. 1963/1 sayılıdır (Resmi Gazete: 13/3/1963) karar şu meseleyi çözüyor: 6761 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun, toplantı ve gösteri için önceden beyanname vermek mecburuyetini koyan hükmü Anayasaya aykırı mıdır? Anayasa Mahkemesi diyor ki: «... Bu madde ile konulan hükümler, herhangi bir konuda yapılmak istenen toplantı ve gösteriyi açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde yapılamaz hâle koyucu veya

(13)Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, c. 3, s. 57

ciddî surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldırıcı nitelikte olmadıklarından hürriyetin önüne dokunulmadığı meydandadır. Zira bu yolda bir beyanname vermekle toplantı ve gösteri yürüyüşü yapılabilir».

Sayın Prof. Dr. ALDIKAÇTI'nın işaret ettiği gibi, bu kararda «öz» kavramının muhtevasını tesbite yarayacak unsurların bir kısmının belirtilmiş olduğu[14] farzedilebilir. Bundan sonra ele alacağımız karar «öz»ün anlamına bir az daha yaklaşan düşünceler taşıyor.

b). 8/4/1963 tarihli ve E. 1963/16, K. 1963/83 sayılı olan ikinci karar (Resmî Gazete: 9/7/1963) Anayasa Nizamı, Millî Güvenlik ve Huzuru Bozan Bazı Fiiller Hakkında 38 sayılı K. nun 1/B. Maddesinin Anayasaya aykırı olup olmadığını incelemektedir. Bu inceleme sırasında hürriyetin «özü», kısa lâkin özlü düşüncelerle izah ediliyor. Kararın bir yerinde şu açıklama dikkati çekiyor:

«Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyon raporundan ve Anayasa tasarısının Meclisteki görüşmelerinden de anlaşılacağı veçhile, bir hak ve hürriyetin gâyesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılmaz duruma düşüren kayıtlara tâbi tutulması hâlindedir ki o hak ve hürriyetin özüne dokunulmuş olması söz konusu edilebilir».

Bu açıklamadan bir târif çıkabilir: Hak ve hürriyetin özü, onun gâyesine uygun kullanılma imkânıdır. Bu imkânın tanınmadığı yerde hürriyetin özü, cevheri de tanınmamış olur. Kanaatimize göre bu kararda isabetli bir sezgi, doğru bir izah başlangıcı vardır. Sayın Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER'in bu düşünceye katılması, güven verici bir destek sayılmalıdır.[15]

Fransız Danıştayının yukarda sözü geçen kararına gelince; Prof. TUNAYA, hürriyetin özünün, özü bilinmeyen bir kavram olduğunu yazmakla birlikte Fransız Danıştayının Rene Benjamin kararının yardımı ile kavramın açıklığa kavuşturulabileceği kanaatinde bulunuyor. Kararın konusu olan olay şudur: Öğretmenleri sert bir dille eleştirmiş olan yazar Rene Benjamin, bir konferans vermek üzere Nevers şehrine geliyor. Kendisine çok kızgın olan öğretmenler idarî makamlara başvurarak toplantıyı engellemek istiyorlar; idarî makamlar toplantıyı yasak ediyor. Yazar Benjamin Danıştaya başvuruyor. Danıştayın bu müracaat üzerine verdiği karara göre, idarî makamların görevi olaylar çıkmasını önlemektir. Yetkililer toplantı hürriyetinin yerine getirilmesi için çaba göstermemişlerdir. Emniyet mensupları, olayların çıkmasını önliyecek tedbirleri alırlar da buna rağmen toplantı yapılamazsa ancak o zaman, kamu düzeni bozulmuş sayılır ve toplantı yasaklanabilir. Her gösteri tehdidi karşısında bir toplantı önlenirse tezahüratçılara prim verilmiş olur. Kaldı ki Rene Benjamin daha önce Lyon şehrinde konferans vermiş, bir olay çıkmamıştır. İdare toplantı hürriyetinin özüne dokunmuş, onu hiç kullandırmamıştır.[16]

(14) Orhan ALDIKAÇTI, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası (ders notları), İstanbul 1970, s. 175

(15) Sulhi DÖNMEZER, Mahkeme Kararları Kroniği, Anayasa Hukuku, İstanbul Hukuk Fak. Dergisi, c. XXIX, sayı: 3, İstanbul 1963, s, 761ve son, özellikle s. 779.

(16) TUNAYA, age. s. 396-397

III. Sonuç ve kanaatimiz

1. «Temel hakkın özü» nün ne olduğu problemine, önce lafzî bir yorumla, sözün doğru anlamını bulmakla başlamak gerektiği düşüncesindeyiz. Alman Anayasasının 19/2. Maddesindeki «Wesensgehalt» sözüne daha isabetli bir karşılık bulunmalıdır. Bu deyimin aynen tercümesi, «mahiyetin muhtevası» olmak lâzımdır. Fakat bu, kullanışlı ve iyi bir tercüme değildir. «Wesensgehalt» öyle sanıyoruz ki burada espri, ruh (Geist) anlamında kullanılmıştır. Elimizdeki litaratür imkânlarına göre bu kanaatimizin dayanaklarını açıklıyoruz.

MANGOLDT ve KLEİN, temel hakkın özünü (yani Wesensgehalt'i) fesih ve ilga edilmez (unumstösslich feststehend), mutlak (absolut), aslî, cevheri (substantiell) bir «Wesenskern» olarak nitelemiştir.[17]

Alman Anayasa Mahkemesinin kararlarında da «Wesensgehalt» yerine «Wesenskern» sözünün kullanıldığı görülmektedir.[18]

O halde «Wesenskern» ile «Wesensgehalt» bileşik kelimelerinin burada ayni anlamda kullanıldığını düşünmek yanlış olmaz. «Wesenskern», «aslın özü, çekirdeği» demektir. Fakat «Kern» sözünün bir de figüratif mânası vardır; Türkçemizde bu mânayı, «ruh, espri» kelimeleri ile anlatıyoruz. Buna göre «Wesensgehalt» veya «Wesenskern» deyimlerini «ruh, espri» sözleri ile çevirmek doğrudur. Bu yorumda birleşilirse Anayasamızın 11/2. Maddesini şöyle anlamak lâzımdır: Temel hakkın esprı'si kanunla dahi ihlâl edilemez».

Gerçekten, Alman Anayasasının 19/2. Maddesinde geçen ve bizim 11/2. Maddemize «dokunmak» diye çevrilen «Antasten», ayni zamanda «ihlâl etmek, tecavüz etmek, bozmak» anlamlarına gelir.

«Wesenskern» bileşik kelimesindeki «Kern»in figüratif mânasını düşünmeyenler, meyvanın içinde bir çekirdek olduğu gibi hürriyetin içinde de hürriyetten başka bir şey, bir öz, bir cevher bulunduğu yanıltıcı tasavvuruna kapılabilirler. Halbuki hürriyet veya hak, et ve öz diye ayrılmaz. Hürriyet bütün hâlinde bir mâna, bir espri'dir.

2. Temel hak ve hürriyetin espri'si nedir? Bu, ileri bir hukuk görüşü, en başta insan şahsiyetine saygılı bir hukuk devleti anlayışı açısından temel hakkın amacını sağlayacak niteliği, genişliği ve güven vericiliğidir. Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu'nun sözü geçen 9/3/1961 tarihli raporundaki şu izah da bu anlayıştan gelir: «... Bu Tasarıda, genel mahiyeti ile kişi hakları iktidarı sınırlayıcı bir demokratik prensip olarak yer almaktadır. Gerçekten, siyasî iktidar karşısında ferdin serbest kalacağı ve siyasî iktidarın müdahale edemiyeceği maddî ve manevî alanları, bu gün artık tartışılması bile mümkün olmayan bir gerçektir. Tasarının özelliklerinden birisi siyasî iktidarın sınırlı olan bu kişi hak ve hürriyetlerinin kendi sınırlarının

(17) MANGOLDT-KLEÎN, age. Art. 19 Anm. V 4b-d s. 559
(18) LEÎBHOLZ-BİNCK, Grundgesetz, Kommentar, Verlag Dr, O. SCHMIDT KG, Köln-Marienburg, 2. Bası, Art. 19, Anm. 4-6, s. 216

tâyini, kanun koyucunun takdirine mutlak bırakılmamıştır, kanun koyucunun, hürriyetleri tanziminin sınırını esas itibariyle Anayasanın kendisi tâyin etmiştir».

Görüldüğü gibi pek de açık olmayan bir üslûpla rapor, kişi hürriyetlerinin (haklarının) siyasî iktidarı sınırlayıcı niteliğini, kişiye devlet müdahalesinden uzak bir alan sağlama amacını belirtiyor. Bunlar da espri'nin kapsamında olan unsurlardır.

Temel hakkın ruhu (espri) nun en arı ifadesi, onun gâyesindedir. Espriyi anlamak için hak kuralının amacını, konuluş sebebi (ratio legis) ni açıklamak gerekir. Konumuzda elverişli yorum, (teleolojik) yorum olmak lâzımdır. Hukuk devletinde temel hak kuralının gâyesi, hakkın, başkasının hak sınırını bozmayacak ölçüde, hiç bir engele uğramadan güvenle kullanılmasıdır. Siyasî gelişmeler, toplumun yeni eğilimleri ve ihtiyaçları, yaşayan medeniyetin yön verıci (müdir) değerleri, akılcılık, insan saygısı, insan hürlüğü, insanın bir vasıta değil, bizatihi bir gaye olduğu, şahsiyetini geliştirmek için devlet müdahalesine karşı korunmuş bir alana sahip bulunması gerektiği düşüncesi, temel hak kuralının gâyesini tâyinde önemli yol göstericilerdir.

Hukuk, olanı değil, olması lâzım geleni de arayan bir çabadır. Adalet ide'sinin ışığında, aklın, incelemenin, araştırmanın aydınlığında toplumun gelişip yerleşme istidadı gösteren yeni özlem ve eğilimleri, çağdaş medeniyetin üstün değerleri hukuk kavramlarını tâyin eder, temel hak ve hürriyetlerin sınırlarını çizer.

Buna göre, Temsilciler Mecilsinde Anayasa Komisyonu sözcüsünün şu açıklamasını bütünü ile benimsemeye imkân yoktur: «... Bu öz (temel hak ve hürriyetin özü) her hürriyet ve her temel hak için ayrı ayrıdır. Belli bir hürriyetin özünün belli bir sınırlama sonunda yok edildiğini mahkemeler, efkâr-ı umumiye, yâni o memleketin hukuk anlayışı ve zihniyeti tesbit eder. Nihayet Anayasa Mahkemesi de buna bir şekil verir».[19]

Hürriyetin özünün yok edilip edilmediği problemini o memleketin efkâr-ı umumiyesine, hukuk anlayışına ve zihniyetine bırakmak, tehlikeli bir yola gitmek olurdu. Efkâr-ı umumiye, memleketin hukuk anlayışı ve zihniyeti, şüphesiz bir kenara itilemez, lâkin bunlar bulanık kaynaklardır. Özellikle kamu oyu, her türlü olumlu-olumsuz etkiye açık, kolayca biçim ve yön değiştiren bir faktördür. Anayasa Sözcüsünün saydığı kaynaklardan faydalanma eğilimi, Nazi Almanyasnın «Gesundes Volksepfinden» (sıhhatli halk hissiyatı) ölçüsünü hatırlatıyor.[20]

İlerleme yolunda olması gereken bir toplumda kamu oyu ve hukuk anlayışı her şey değildir. Toplumun çürümüş ya da çürümeye yüz tutmuş değerlerinin bu kaynakları etkisi altında tutmakta olması mümkündür.[21]

(19) Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C. 3, s. 57

(20) Bu kavramın Nazi Almanyasındaki ilginç telakkisi için bkz: Dr. Wilhclm PÜSCHEL, Die Niedergang des Rechts im Dritten Reich (Üçüncü Reich'de hukukun çöküşü), Verlag 'Die Zukunft» Reutlingen 1947, s, 70 ve son.

(21) Bu sebeple, «... Bir toplumda hürlüğe çizilen sınırları o toplumun dinî, ahlakî, siyasî kanı ve görüşlerinin tümünün belirliyeceği» düşüncesi (Bkz: Hüseyin BATUHAN, Batıda Tolerans Fikrinin Gelişim esi I, Anıl Yayınevi İstanbul 1959 s. 36), hukukun olması gerekeni arayan çabasına, Anayasanın idealist ruhuna yabancıdır. Hukuk, yalnız siyasî-hukukî ilişkileri alıp yazmakla yetinmez, bunları belli hedeflere doğru yönelterek düzeltmek de ister.

3. Anayasa Mahkemesinin yukarda ele alınan iki kararında, temel hakkın özünü belirleme açısından isabetli bir sezginin, doğru bir izah başlangıcının bulunduğunu yazmıştım. Gerçekten kararlardan çıkan sonuca göre hak ve hürriyetin özü, onun gâyesine uygun kullanılma imkânıdır. Ancak, bu ifadeyi şöyle açmak gerekir: «espri»yi asıl oluşturan, ifadelendiren, hakkın, modern hukuk devleti görüşü içindeki gâyesini sağlayacak bir genişlikte, güvenle kullanılma imkânıdır. Fransız Danıştayının Benjamin kararında böyle bir izah edici nitelik yoktur. Benjamin olayında Fransız polisi bir temel hakkı, toplanma veya söz ve fikir hakkını korumuyor; kararda sâdece bu korumaktan kaçınma vardır. Şâyet polis yazar Benjamin'e öğretmenleri tenkit etmemek kaydiyle konuşma hakkı tanısaydı bir temel hakkın espri'sini, ruhunu ihlâl etmiş olurdu. Böyle bir sınırlama temel hakkın ruhunu zedelerdi. Türk kararları ile birlikte mülâhaza edilince Fransız kararı hakkın korunması ile ruhunun bozulması arasındaki farkın ortaya çıkmasına yardımı itibariyle anılmaya değer görünüyor. Fransız kararının, dediğimiz gibi başka bir izah değeri yoktur.

Bütün bu açıklamalara göre, meselâ, vatandaşın gezilerini yer ve zaman bakımından izne bağlamak, inanç ve ibadet hürriyetini yalnız bir dinin (diyelim ki müslümanlığın) sâliklerine tanımak başka bir dinin inanmışlarına (diyelim ki katoliklere) tanımamak, istediği yerde yerleşme hürriyetini bir vatandaş azınlığından esirgemek, fikir hürriyetini yalnız yüksek tahsilli kimselerin tekelinde tutmak, temel hakların esprisini bozan kayıtlar olurdu.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Temel hakkın sınırlanması

Temel hakkın özü (espri'si, ruhu), onun gâyesine uygun kullanılma imkânıdır. Fakat bu imkânın da bir sınırı olmak gerektir. Sınırsız hak olmaz.[22] Kullanılma imkânı, başkasının kullanma imkânını engellediği yerde sona erer. Özellikle başkasının daha üstün bir temel hakkına zarar verdiği noktada temel hakkın kendi sınırını geçen kullanılışı daha da belirgin hâle gelir. Yan yana yapılmış hücrelerdeki gibi bir duvar, bir sınır iki hakkı (hürriyeti) biribirinden ayırır. Böylece birinin sınırı ötekinin de sınırdır. Birinin sınırı aşılınca öbürünün alanına girilmiş olur. Şimdi bu sınırlama meselesinde değişik görüşleri açıklayalım.

I. 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi

Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildiri'sinin 4. Maddesi şöyle idi:

«Hürriyet başkasına zarar vermeyen her şeyi yapabilmektir. Bir insanın tabiî hakkının sınırı toplumun öbür üyelerinin de ayni haklardan faydalanmasını sağlayan sınırdır. Bu sınır ancak bir kanunla çizilebilir».

3 Eylül 1791 Fransız Anayasasında da ayni anlayış yer almıştır: «... Hürriyet, başkasının haklarına ve kamu güvenliğine zarar vermeyen her şeyi yapabilmektir».

(22) İnsan haysiyeti, eziyet ve işkenceden masun olma gibi bazı temel hakların sınırlanamayacağı fikrini burada kayıtla yetinelim. Bkz: Türk literatüründe ezcüle: Tahsin Bekir BALTA, İdare Hukuku, I, Genel Konular, Ankara 1970/72, s. 100

1922 Anayasamızın 68. Maddesini bu hükümler etkilemiştir.»[23] ...Hukuk-u tabiîyeden olan hürriyetin herkes için hududu, başkasının hudud-u hürriyetidir».

Alman filozofu E. KANT'ın hukuk tarifinde de bu görüşün açık izleri vardır. Gerçekten KANT'a göre «...Hukuk, o halde, umumî hürriyet kanununa uygun olarak bir kişinin hürriyetini, diğer kişilerin hürriyeti ile bağdaştırmak (birleştirmek) için gerekli şartların bütünüdür».[24]

KANT, hürriyetin en yüksek prensibini anlatırken de bu görüşü tekrarlıyor: «Hariçte (başka insanlarla olan ilişkilerde) öyle hareket etmelisin ki senin hürriyetinin kullanılışı, umumî bir hürriyet kanununa göre başkasının hürriyeti ile bağdaşabilsin».[25]

Bu bağdaşma (birleşme, Vereinigung) da hürriyetlerin hemhudut olduğu tasavvurunu seçmek zor değildir: Bir hürriyetin sınırı, öbürünün de sınırıdır. İtalyan hukuk filozofu DEL VECCHİO'nun, KANT'ın fikirlerini açıklarken yazdığı şu satırlar ilginçtir: «... Hukuk mütekabil hareketlerini tahdit etmek suretiyle hiç olmazsa iki şahsı karşı karşıya getiren bir rabıtadır; bu itibarla hukukî tahditler daima başka bir şahsın bunlara riayet etmesi imkânını tazammun eder».[26] Burada lüzumunu tazammun eder» demek belki daha isabetli olurdu.

II. Alman Anayasa hukukunda temel hakların sınırlanması

I. Anayasanın koyduğu sınırlar

Batı Almanya (Bonn) Anayasası 2/I. Maddesinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlarını çiziyor:

«Herkes, başkasının hakkını, anayasa düzenini ve ahlak kanununu ihlâl etmemek şartı ile, kişiliğini serbestçe geliştirmek hakkına sahiptir».

Bu maddede sayılan «başkasının hakları», «anayasa düzeni» ve «ahlak kanunu», yalnız kişiliğin serbestçe gelişmesi ya da geliştirilmesi hakkının değil, her temel hak ve hürriyetin «immanent» sınırlarıdır.[27] Alman literatüründe, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması bahsinde sık sık geçen[28] «İmmanent» sözünü biz, «kendin-

(23) AKIN, yukarda 12. Dip notta age. s. 52

(24) Bu târifin Almanca aslı: «Das Recht ist also, der İnbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit zusammen vereinigt werden kann». Nakleden: Sadri Maksudî ARSAL, Hukuk Felsefesi Tarihi, İstanbul 1945, s. 248, dip notu: 2

(25) Almancası: «Handle aeusserlich so, dassder freie Gebrauch deiner Willkür mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen könne», ARSAL, age. s. 248, dip notu: 3. Not: Târifler kendi analyışımıza ve söyleyişimize göre Türkçeleştirilmiştir. Prof. ARSAL'daki tercümelerin tıpkısı değildir.

(26) DEL VECCHİO, Hukuk Felsefesi Dersleri (Çev. Sahir ERMAN) İstanbul Hukuk Fakültesi yayını (tarihsiz), s. 128-129

(27) Theodor MAUNZ, Deutsches Staatsrecht, 13. Bası C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München-Berlin 1964 s, .100

(28) MANGOLDT-KLEİN, Das Bonner Grundgesetz, Band I, 1966, Verlag VAHLEN GmbH. Berlin-Frankfurt s. 23 ve son.

de var olan», eski deyişle «mahiyetinde meknuz veya mündemiç» mânasına alıyoruz. «İmmanent»in, «tabiî» (natürlich) anlamına kullanıldığı da görülüyor.[29]

Ikinci maddenin yukarıya alınan birinci bendinde konulan sınırlayıcı kavramlar üzerinde kısaca duralım:

a) Başkasının hakkı

Başkasının hakkı, MAUNZ-DÜRİG'in izahına göre Alman Medenî Kanunun 903. Maddesindeki üçüncü şahsın hakkı anlamındadır. Önce, gerçek ve tüzel kişilerin özel hakları ve sübjektif kamu hakları bahis konusudur. Devletin hükümranlığından doğan yetkileri vatandaşa karşı bu anlamda «başkasının hakkı» sayılmayacağı gibi toplumun hakkı da «başkasının hakkı» demek değildir. Böyle bir kabul, özel menfaat ile şahsî menfaati karıştırmak olurdu; gerçekte özel menfaat ve kamu menfaati çoğu zaman paralel gider; kamu düzeninin ve güvenlik kurallarının bozulması, ayni zamanda başkasının haklarını da ihlâl eder. Bu kısmî ahenk (teilweise Harmonie), özel menfaat ile kamu menfaatinin mahiyet itibariyle başka şeyler olduğu gerçeğini değiştirmez.[30] Bu itibarla, halk sağlığında, iş gücünde, güvenlik ve düzende, trafiğin iyi işlemesinde, gençliğe yardım, sosyal güvenlik ve umumî selametin diğer icaplarında beliren amme menfaati gibi insan hayatını teminat altına alan hukukî değerler (Rechtsgüter), başkasının hakları kavramına girmez.[31]

b. Anayasa düzeni

Almanca deyimi ile Anayasaya uygun düzen (Verfassungsmaessige Ordnung) Alman literatüründe çok tartışmalı bir kavramdır. Tartışmalara girmeden Alman Anayasa Mahkemesinin bir târifini kaydetmekle yetinelim: «Anayasanın 2/I. Maddesindeki anlamı ile anayasaya uygun düzen, anayasaya uygun hukuk düzeni, yâni anayasaya uygun şeklî ve maddî normların bütünüdür» (16/1/1957 tarihli karar).[32]

c) Ahlak kanunu (Sittengesetz)

«Ahlak kanunu» kavramı da mahiyeti kolayca anlaşılmayan tartışmalı bir konudur. Bazı kısa açıklamaları buraya almak yeter: Ahlak kanunu, Batı kültürünün ortak malı olmuş ahlakî normların bütünüdür. Misal, evamir-i aşere (on emir).[33] Başka bir açıklama: Ahlak kanunu, mutlak bağlayıcı nitelikte etik ölçülerdir.[34]

2. Değerlerin tartıya konulması (Güterabwaegung) prensibi

Hakların sınırlanması bahsinde Alman hukukunun hukukî değerlerin (veya menfaatlerin, Rechtsgüter) tartılması (Güterabwaegung) ilkesini de kısaca açıklamak lâzımdır.

---

(29) Eike von HİPPEL, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, DUNKER und HUMBOLT, Berlin 1965, s. 26
(30) MAUNZ-DÜRİG, Grundgesetz, Kommentar, 2. Bası, Verlag C. H. BECK, München-Berlin 1966, Abs. I Art. 2, s. 15, Kenar no: 1415
(31) MANGOLDT-KLEİN, age. s. 177
(32) MAUNZ-DÜRİG'den naklen, Abs. I, Art. 2, s. 19 Kenar No: 18
(33) MANGOLDT-KLEİN, s. 185
(34) GİESE-SCHUNK, Grundgesetz für die Bundesrebuplik Deutschland, 7. Bas ıVerlag Kommentator GMBH, Frankfurt 1965, s. 15

Gerçekten, hakların Anayasadaki mücrret (soyut) sınırlarının müşahhas (somut) olayda uygulanması bir problemdir. Karşılaşan iki haktan hangisinin daha üstün, daha çok korunmaya değer olduğu bu problemin özüdür. Değerleri tartmadan kanunun koyduğu mücerret sınırları pratikte belli etmeye imkân yoktur. «Her temel hak, kendi tabiî (immanent) sınırını, daha yüksek değerdeki bir hukukî manfaat (Rechtsgut) de bulur.[35]

Haklardan hangisinin daha yüksek değerde olduğu bunların tartılması ile belli olur. Terazinin ağır basan kefesindeki hak daha yüksek değerdedir. Bu hak öneclikle korunmalıdır. Hakların tartısı maddî eşyanın tartısı gibi gözle görülmez. O halde iki haktan hangisinin daha ağır geldiği nasıl bilinebilir? Bu sorunun cevabı, hak ve menfaatlerin o sıradaki (o zamanki şartlara göre) değerlendirilmesindedir. Değer ölçülerini elde etmek için de çeşitli hak ve menfaatleri derecelendirmek gerektir. Bu derecelendirmede en önde gelen Anayasanın 2/I. Maddesindeki üçlü kayıt (Triasvorbehalt) yâni başkasının hakkı, anayasa düzeni ve ahlak kanunudur.[36] Temel hak, başkasının hakkını zedelediği, anayasa düzenine ve ahlak kanununa aykırı olduğu yerde kendi sınırını geçmiş, geçerliğini yitirmiştir. Alman içtihatları arasında, Federal Anayasa Mahkemesinin «Apothekenurteil» (Eczacı hakkında karar) adı ile tanınan 11 Haziran 1958 tarihli kararı, değerlerin tartısı ilkesine dayanır. Eczacı Karl H. A nin açtığı bir iptal davası dolayısiyle Yüksek Mahkeme ezcümle diyor ki «... Bir meslek seçme (Berufswahl) hürriyeti, ancak, özellikle daha mühim kamu menfaatlerinin (Gemeinsc-haftsgüter) zarurî kıldığı yerde sınırlanabilir. Federal Mahkeme, kanun koyucunun bu sınırlama yüzünden kendi düzenleme yetkisini aşıp aşmadığını incelemelidir. Şâyet, meslek seçimi objektif cevaz şartları itibariyle sınırlanmış ise Mahkeme, bu müdahalenin daha üstün bir sosyal menfaatin kaçınılmaz gereği olup olmadığını yoklamalıdır».[37]

Alman Federal İdarî Mahkemesinin 5 Aralık 1953 tarihli bir kararına göre keza, «... Temel hak, başka temel hakları veya toplumun varlığı için gerekli olan hukukî değerleri (menfaatleri) tehlikeye koyduğu takdirde ileri sürülemez».[38]

Değerlerin tartısı (Güterabwaegung) prensibinin uygulanmasına bir kaç örnek:

a) Çoğunluğu protestan olan bir cemaat içinde, cemaatin dinî hislerini rencide ediyor veya mezhepler arasında barışı bozuyor diye katoliklerin büyük yortusu yasaklanabilir mi? Thüringen Yüksek İdare Mahkemesi bu yasaklamayı doğru bulmuştur.[39]

b) Bir dinî cemaatin, umuma açık bir parkta konuşmak isteyen vaizi hoperlör kullanmaktan men'edilebilir mi? Amerikan Yüksek Mahkekemesi (US Supreme Court) böyle bir yasaklamanın câiz olmadığına karar vermiştir. [40]

(35) Eike von HİPPEL, age. s. 25-26
(36) Eike von HİPPEL, age. s. 32
(37) Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, 7. Cilt, J. C. B. MOHR, Tübingen 1958, s. 378-379.
(38) MANGOLDT-KLEİN'dan naklen, s. 558
(39) Eike von HİPPEL, age. s. 35 dip notu: 55
(40) AYNÎ YAZAR, s. 35 dip notu: 56

c) Kitap ticaretini ,belli bir harç ödeme şartına bağlamış olan bir şehir idaresi, dinî eserler satışı için Yehova şahitlerinden de harç istiyebilir mi? Amerikan Yüksek Mahkemesi önce, şu gerekçe ile Yehova şahitlerinden de harç istenebileceğini kararlaştırdı: Nisbeten az bir harç talebi, bir din icrasını câiz olmayacak biçimde sınırlamaz. Fakat 1 yıl sonra, Yehova şahitleri tarafından dinî broşürler satımının dinî bir faaliyet olarak ruhsat harcı ile önlenemeyeceğine karar verdi.[41]

ç) Bir cemaatin üyeleri, müsaade verilmediği halde umuma açık bir parkta dinî âyin yapmışlarsa ceza görmeli midirler? Bir Amerikan mahkemesi bu cemaat üyelerinin cezalandırılabileceğini, değeri tecziyelerine imkân olmadığını kararlaştırmıştır.[42]

d) Polis «Sünderin» (Günahkâr kadın) filminin gösterilmesini yasaklayabilir mi? Almanyada bu yasağı uygun bulan mahkeme kararları vardır. Ancak Federal Anayasa Mahkemesi aksine karar vermiştir; Yüksek Mahkeme diyor ki «Bu konuda polis yasağı câiz değildir. Bir sinema filmi, Anayasanın 5/111. Maddesindeki «sanat hürriyeti» ile korunmuştur. Bu, zabıtanın takdirine bırakılmış bir hürriyet olamaz. Fakat başka bir temel hakkı zedelediği veya devlet toplumunun varlığı için zarurî olan değerleri (menfaatleri) tehlikeye koyduğu yerde bu hak meşruluk sınırını aşar. Ferdin toplum içinde ahlâkî mükellefiyeti (bağlılığı) hakkındaki umumî temel görüşler anlamında ahlak kanunu (Sittengesetz) da bu hukukî değerlere dahildir. Ayrıca, 6. Madde evliliği ve aileyi korur. Fakat bu, Anayasanın, ahlak kanununca tasvip edilmeyen veya ceza takibi altına konulmuş bulunan ya da evlilik ve aileye ilişkin ananevî görüşlere aykırı düşen olayları konu alan sanat gösterisini yasakladığı anlamına gelmez. Zira bu gibi olayların sâdece gösterilmesi, bu hukukî değerleri sarsmaz. Filim bu gibi olayları sâdece göstermekle yetiniyor, bunları övmüyor, beğendirmeye, benimsetmeye çalışmıyor».[43]

e) Polis, dünya komünist festivalinin propagandasını yapan bir bildiriyi müsadere edebilir mi? Alman Federal Mahkemesinin 3. Medenî Hukuk Dairesi 1/2/1954 tarihli kararı ile bunu doğru bulmuştur. Kararın tartışma konusu olduğu da kaydedilmektedir.[44]

Bu örneklerde kamu hakları, başka deyişle kamumenfaatine ilişkin haklarla özel hakların tartılması bahis konusudur. Bir özel menfaatin başka bir özel menfaatle tarılması ve ağır geleninin tercih edilmesi de mümkündür.[45]

III. Türk Anayasasına göre temel hakların sınırlanması

1. Türk hukukunda temel hak ve hürriyetlerin hangi sebeplerle sınırlanabileceği 1961 Anayasasının 1488 sayılı Kanunla değişik 11. Maddesinde yazılıdır:

(41) AYNİ YAZAR, s. 36, dip notu: 57
(42) AYNİ YAZAR, s. 36 dip notu: 59
(43) AYNİ YAZAR, s. 36, dip notu: 60
(44) AYNÎ YAZAR, s. 37 dip notu: 61
(45) AYNİ YAZAR, s. 37-38

«Temel hak ve hürriyetler, devletin ülkesi ve milleti ile bütünlüğünün, Cumhuriyetin, Millî güvenliğin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir.

«Kanun, temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz».

Demek ki temel hakları sınırlayabilecek sebepler şunlardır:

a) Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü

b) Cumhuriyetin korunması amacı

c) Millî güvenliğin korunması amacı

ç) Kamu düzeninin korunması amacı

d) Kamu yararının korunması amacı

f) Genel ahlakın korunması amacı

g) Genel sağlığın korunması amacı

h) Anayasada gösterilen diğer özel sebepler.

1488 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce temel haklar, kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve millî güvenlik gibi sebeplerle sınırlanabilirdi. Maddemizde, temel hakları sınırlayıcı sebepler arasında «başkasının hakkı» yoktur. Özel menfaatlerin de temel hakları sınırlayabileceği düşünülmemiştir. Kamu menfaati ile özel menfaatin mahiyetçe ayrılığı kabul ediliyorsa «başkasının hakkı »nın da sınırlayıcı sebep olarak göz önünde tutulması lâzımdı. 1924 Anayasasının yukarda sözünü ettiğimiz 68. Maddesi bu bakımdan daha geniş kapsamlı bir ifade taşır. Gerçekten, özel kişinin temel hakkına zarar veren bir temel hakkın kullanılma imkânı sınırsız değildir. Buna göre Anayasamızın yeni tanziminde bir eksiklikten söz etmek mümkündür.

2. Türkiyemizde son yıllarda meydana gelen anarşik olaylar, bunları bseleyen bölücü akımlar, Anayasanın 11. Maddesini daha açık hâle getirmek, daha genişletmek gereğini duyurmuştur. Cumhuriyet Senatosu ve Millet Meclisinin 430 üyesinin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının bazı maddelerinin değiştirilmesi hakkındaki tekliflerinin 11. Maddeye ilişkin gerekçesinde şu açıklama vardır:

«Hürriyetlerin sınırsız olmadığı ve olmayacağı kanısı hukukumuzun temel kurallarından biridir. Anayasanın temel haklar ve ödevler kısmında yer alan 11. Maddede hakların hangi sebeplerle ve hangi şartlarla sınırlanabileceğinin açıkça belirtilmesi, yanlış ve maksatlı yorumları önlemek bakımından yararlı olacaktır... Anayasada yer alan hak ve hürriyetlere dayanılarak insan hak ve hürriyetleri tahrip edilemez. Yâni hürriyeti tahrip hürriyeti yoktur. Keza, Anayasada yer alan hak ve hürriyetlere dayanılarak, nitelikleri Anayasanın 2 nci maddesinde sarih birşekilde belirtilen Türkiye Cumhuriyeti tahrip edilmemelidir..».[46]

(46) Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem: 3, Cilt: 17, Toplantı: 2, S. Sayısı: 419

11. Maddenin bu biçimde genişletilmesi, anayasa düzeninin meşru olmayan yollardan değiştirme çabalarının telkin ettiği lüzumun sonucudur. 11. Maddenin yeni biçiminde sınırlayıcı sebepleri tek tek saymak yerine bir çok sebepleri kolayca kapsayabilen «Anayasa düzenini koruma» amacını koymak yeterdi. Zira, devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğü, cumhuriyet şekli, Anayasanın en başında yer alan açık hükümlerdir, «anayasa düzenin»nin kapsamı içindedir. Ancak, «kamu yararı», «genel ahlâk», «genel sağlık» gibi kavramların anayasa düzeninin unsurları olup olmadığı tartışılabilirdi. Bunların da temel hakları sınırlayıcı sebepler arasına alınmaları muhtemel tartışmaları önlemiştir. Kanun hükümleride, özellikle anayasa hükümlerinde icaz (veciz ifade) arzu edilen bir şeydir, bununla birlikte, tereddütleri ve fikir ayrılıklarını önlemek için hükümlerin nisbeten geniş ifadeleri tercih edilmelidir.

3. Anayasanın 11. Maddesinin eski şeklinde «sosyal adalet» de temel hakları sınırlayabilecek sebepler arasında idi. Maddenin 1488 sayılı Kanunla değişik yeni ifadesinde, her nedense «sosyal adalet» sınırlayıcı sebep olarak gösterilmemiştir. Fakat 2. Maddedeki «sosyal devlet» prensibinin sosyal adalete dayanması gereği düşünülünce temel hak ve hürriyetlerin, sosyal adaleti sağlama amacı ile de sınırlanabileceği sonucuna varılır. «Sosyal adalet» devleti, «sosyal» olarak niteleyen bir anayasanın getirdiği düzende bir unsur, ayrılmaz bir parçadır. Bu itibarla, kanaatimize göre «sosyal adalet» de temel hakları sınırlayabilen bir sebeptir.

(14. Makale - 1975)

Dr. Fazıl SAĞLAM

*Türk ve Alman Anayasa Hukukları Açısından Gizli Ses Kaydı**

* Fazıl Sağlam, "Türk ve Alman Anayasa Hukukları Açısından Gizli Ses Kaydı", AÜSBF Dergisi, Yıl 1975, Cilt 30, Sayı 1, 116-107.

TÜRK VE ALMAN ANAYASA HUKUKLARI AÇISINDAN GİZLİ SES KAYDI

Dr. Fazıl Sağlam

I. *Genel Olarak*

Gizli ses kaydı sorunu, anayasa hukukumuz açısından yeterince işlenmiş değildir. Özellikle Anayasa Mahkememiz bu konuyu anayasa hukuku açısından ele almamış, ses bandlarının yalnızca bir ispat aracı olarak yetersizliğine işaretle yetinmiştir.

Oysa gizli ses kaydı, ilk plânda anayasa hukukunu ilgilendiren bir konudur. Teknik olanaklar ses bandının gerçeğe yakınlık derecesini tespite elverişli olsa bile, gizli ses kaydının doğurduğu anayasal sorunlar çözülmüş olamaz.

Gizli ses kaydının anayasal sorunlarıyla ilgili olarak daha geniş bir bakış açısı kazanabilmek için, karşılaştırmalı bir yöntemi yararlı gördük. Bu nedenle, önce Anayasamızı geniş ölçüde etkileyen Alman Anayasa Hukuku'na bir göz atacağız, sonra kendi Anayasa Hukukumuz açısından konuyu inceleyerek genel bir değerlendirmeye gideceğiz [(1)].

II. *Alman Anayasa Hukuku açısından Gizli Dinleme*

Alman doktrin ve içdihatlarında ses bandlarının ispat aracı olarak yeterli olup olmadığı, yâni gerçeği kanıtlamaya elverişli olup olmadığı, hep ikinci plânda ele alınan sorunlardır. Asıl önem verilen konu, ses kaydının insan haysiyeti (Alman Temel Yasası m. 1,1) ve kişiliğini serbestçe geliştirme özgürlüğü (Alm. Temel Yasası m. 2,1) karşısındaki durumudur.

Kişiliği serbestçe geliştirme özgürlüğü insan haysiyetinin içeriği olarak görülür.[(2)] Bu açıdan her iki hüküm bir bütündür.

Genellikle kabul edildiğine göre, Alman Temel Yasası'nın 2. maddesinin I. fıkrası, kişiye *kendi sözü üzerinde bir hak* tanımaktadır.[(3)] Başka bir deyişle bu madde kişiye, ağzından çıkacak her bir sözün tespit edileceğinden kuşku duymaksızın, adeta «müsvette yazı yazar gibi» rahatça konuşma hakkını sağlamaktadır. Günümüzde bu hakkı tehlikeye düşüren şey, gizlice yapılan ses kayıtlarıdır.

---

1 «Gizli dinleme» sorununu çeşitli yönleri ile inceleyen bir eser olarak bkz. COŞKUN, E., Gizli Dinleme, May Yayınları, İstanbul 1974.

2 MAUNZ—DÜRİG, Grundgesetz, Kommentar, München/Berlin, 4. Aufl, art. 2. Abs. I, Rn.1.

3 MAUNZ—DÜRÎG, Art. 2, A.bs. I, Rn. 38.

1. Özel kişilerce yapılan gizli ses kaydı

Burada anayasa hukuku açısından önemli olan nokta, özel kişilerce gizlice kaydedilmiş olan konuşmaların resmî makamlarca bir değerlendirmeye tabi tutulup tutulamıyacağıdır.

Bu türlü ses kayıtları, *kişinin gizli yaşam alanını* [4] *ihlâl* ettiğinden, hukuka aykırı bulunmakta, ve devlet makamlarınca değerlendirilmesi mümkün görülmemektedir. [5]

14.6.1960 tarihli Federal Mahkeme kararı, sorunun «*kişiliği serbestçe geliştirme hakkı*» ile olan bağlantısını çok açık bir biçimde göstermektedir.

«Her düşünce açıklaması, bazan içeriği bakımından (az ya da çok), ama her zaman ses bakımından konuşanın kişiliğini belirtir. Buna göre, sözlerini kimin duyması gerektiğini, bunların kaydedilip kaydedilmiyeceğini... yalnızca konuşanın kendisi tespit edebilir. Sözlerinin ve sesinin banda veya başka bir ses aygıtına alınıp alınmayacağına, alındığı takdirde bunun tekrarlanıp tekrarlanmıyacağına ve kimin önünde tekrarlanacağına karar verme hakkı bu kimseye aittir. Çünkü ses bandı üzerinde söz ve ses *konuşandan ayrılır ve bağımsız bir varlık kazanır. Böylece insan kişiliğinden bir* parça, *devredilebilir bir görünüş kazanır.* Bir kimsenin kişilik değerlerine onun rızası dışında başkalarınca tasarruf edilmesi... insan haysiyetinin hiçe sayılması demektir. Düşüncesizce açıklanmış her bir sözün kaydedileceği ve ilk fırsatta içeriği, anlamı ve ses tonu ile kendisine karşı kullanılabileceği... bilinci içinde yaşamak, bireylerin düşüncelerini özgürce açıklamalarını kısıtlar, doğal konuşma biçimini etkiler ve insanın uzun süreye bağlı olan gelişimini durdurur ve sonuçta, insanların birbirleri ile olan ilişkilerini zehirler...»

Ancak Alman Anayasa Hukuku'na göre «kişiliği serbestçe geliştirme hakkı» *sınırsız değildir.* Alman Temel Yasası'nın 2, I. maddesi bu hakka «başkalarının hakkı», «anayasal düzen» ve «örf ve adet hukuku» gibi sınırlar getirmiştir.

Uygulamada «*nefsi müdafa*» ya da benzer durumların gizli ses kaydını haklı kıldığı kabul edilmektedir. «*Şantaj*» buna bir örnektir.[6] Bunun yanında iş hayatında telefonla yapılan anlaşmaların banda alınması, kişilik hakkına aykırı görülmemektedir.

2. Resmî makamlarca yapılan gizli ses kaydı

Yurttaşların konuşmalarını hileli yollardan banda almak, istisnasız bütün merciler için yasaktır. Bu türlü ses kayıtları, kuşkusuz, yargılamanın hiç bir evresinde değerlendirilemez. Burada istisna söz konusu değildir. [7]

---

4 «Gizli yaşam alanı», Alman Hukuku'nda «insan haysiyeti» kavramı içinde bir unsur olarak ele alınmaktadır.

5 MAUNZ—DURİNG, Art. 2, 1, Rn. 40; BGHZ 27, 284 (Urf. v. 20. 5. 5. 1958); Urf. des BGH v. 14. 6. 1960, in NJW 1960, S. 1580

6 BGHZ 27, 284

7 MAUNZ—DURÎNG, Art. 2, I, Rn. 39

MAUNZ - DURİNG'e göre, ne suça karşı geleneksel korunma mücadelesi ne de anayasanın korunmasını, amaçlayan modern istihbarat örgütlerinin gerekliliği, konuşan kimsenin aldatıldığı bir ses kaydını haklı gösteremez. Özellikle herhangi bir savunma hizmetinde ortaya çıkmış olan teamül, anayasa hukuku açısından hiç bir surette nazara alınmamalıdır.

Dava ile ilgili kişilerin son soruşturma sırasındaki beyanlarının, ilerde, karar evresinde yargıçların belleklerini tazelemek amacıyla banda alınması gibi, hukuk yaşamımız içinde oldukça önemsiz görünecek olan bir olayda Federal Mahkeme şu yönde bir karar vermiştir: Gizli ses kaydı yalnızca karar evrinde bellek tazelemek için yapılmış olsa bile, kabul edilemez. İfadede bulunan kişinin buna rıza göstermesi şarttır. İfade veren kişinin bilgi ve iradesine bu derece önem verilmesi,[8] konunun genel kişilik hakkı ile olan sıkı bağlantısı yüzündendir. Bunun gibi hazırlık soruşturmasında alınmış olan gizli ses kayıtları da aynı nedenle Anayasa'ya aykırı sayılmaktadır.[9] .

«Hukuk devleti içinde ses kaydının geçerliliği ve kullanma sınırları» konusunda Mannheim Kamu Sorunları Enstitüsü tarafından 16, 17. Kasım 1956 tarihinde *Weinheim'de* düzenlenen sempozyumun kabul ettiği ilk karar, gizli ses kaydı konusunda Alman Hukuku'nun bugünkü durumunu özetler niteliktedir:

«Gizli ses kaydı, nerede olursa olsun..., hukuk düzenince korunan kişilik alanına bir tecavüz teşkil eder...»

3. Haberleşmenin gizliliği

Gizli ses kaydı konusunda Alman Anayasa Hukuku'nda yukarıda açıklanan ilkelerin ötesinde özel bir düzenlemeye de raslıyoruz.

Alman Temel Yasası'nın 10. maddesi haberleşmenin gizliliği ile ilgilidir. Bu maddenin 1968 yılındaki değişiklikten önceki metni haberleşmenin yasa ile sınırlanabileceğini öngörüyordu. Ancak aynı maddede işgal kuvvetlerinin bu gizliliği denetleme hakkı saklı tutulmuştu. 1955 yılında Federal Almanya'nın bağımsızlığı yeniden kurulduktan sonra şu esas kabul edildi: Alman Yasa Koyucusu, Alman makamlarına işgal devletlerinin denetim yetkisini verecek bir düzenleme getirdiği taktirde, işgal devletlerinin saklı tutulan hakları sona erecekti. İşte bu amaçla 1968 yılında 10. maddeye yeni bir fıkra eklenerek, haberleşmenin gizliliği ile ilgili yasa çıkarıldı.

10. maddeye eklenen yeni metin, haberleşmenin gizliliğinin, ilgilinin bilgisi dışında ve yargıç denetimini de kapalı tutarak sınırlanabileceğini öngörmektedir. Bu değişiklik ve yeni yasa hakkında Alman Federal Anayasa Mahkemesine açılan iptal dâvası yasanın bir hükmü dışında reddedilmiştir. [10] İptal edilen hüküm ise, sınırlama amacının tehlikeye düşmediği hallerde dahi ilgiliyi durumdan haberdar etmemeyi öngörmekteydi.

8 SCHMİDT, JZ 1964, S. 538
9 SIEGERT, DRİZ 1957, S. 103
10 BVERGE 30, 1, Urt. v. 15. 2. 1970

Bu özel düzenlemeye göre, telefon konuşmalarının gizlice banda alınması mümkün olmaktadır. Ancak bu halde dahi yapılan gizli ses kaydının ispat değeri taşıdığını belirten bir karara raslayamadık. Kanımızca bu düzenleme, devletin gizli istihbarat örgütünün bilgi toplama fonksiyonu ile sınırlı olup, usul hukuku açısından başlı başına bir değer taşımamaktadır.

Özet olarak denilebilir ki, telefon konuşmaları dışında gizli ses kaydı Alman Anayasası'na aykırıdır.

Şunu da eklemek yerinde olur ki, Alman Ceza Kanunu'nun 298. paragrafında yapılan ve 1967 sonunda yürürlüğe giren bir değişikliğe göre her türlü gizli ses kaydı ve dinleme, suç hâline getirilmiştir.

III. *Türk Anayasa Hukuku Açısından Gizli Dinleme*

Önce bir noktayı belirtmek yerinde olur. Gizli ses kaydının Anayasa'ya aykırılığı konusunda Alman Hukuku'nda dayanılan hükümlerin Anayasamızdaki karşılıkları daha kesin ve daha ayrıntılı formüllerle düzenlenmiştir. Başka bir deyişle gizli ses kaydının Anayasa'ya aykırılığı hukukumuz açısından evleviyetle varılacak bir sonuçtur. Anayasamızda konu ile ilgili temel hakların Alman Temel Yasasına göre daha ayrıntılı olarak kaleme alınmış olması bir yana, bu haklar bazı ek unsurlarla daha güçlü bir güvenceye bağlanmıştır.

1. İlgili Anayasa hükümleri

Anayasamızın 14. maddesi, 10. madde ile birlikte ele alındığı takdirde bütün diğer hak ve özgürlüklerin *kaynağı* niteliği kazanmaktadır. Gerçekten temel hakları *insan kişiliğine bağlı* kılan ve *devlete, «insanın maddi manevî varlığının gelişmesi için* gerekli koşulları hazırlama» *ödevini* veren 10. madde bu niteliği göstermektedir. Bu nedenledir ki kişinin *maddi ve manevi varlığı* ve kişi özgürlüğü yalnız güvence altına alınmakla kalınmamış, kişi dokunulmazlığı ve hürriyetinin *yargıç kararı* olmadıkça kayıtlanamıyacağı da hükme bağlanmıştır.

Özel yaşamın gizliliği, konut dokunulmazlığı ve haberleşme özgürlüğü de aynı nitelikte görüldüğü için Anayasamızın 15, 16 ve 17. maddelerinde bu haklara ancak *yargıç kararı* ile dokunulabileceği belirtilmiştir.

Bunlardan özel yaşamın gizliliği ve konut dokunulmazlığı açısından belli nedenlerle *gecikmede sakınca bulunan* hallerde yargıç denetimine istisnalar getirilmişse de haberleşmenin gizliliği maddesinde böyle bir istisnaya yer verilmemiştir.

Bu maddelerin ışığı altında gizli ses kaydı açısından *genel* olarak söylenebilecek söz şudur:

Gizli ses kaydı sisteminin yerleşmesi ile toplum içinde yaratılacak olan *korku ve güvensizlik,* toplumsal ilişkileri asgariye indirecek ve kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirme hakkını engelleyen zehirli bir ortam yaratacaktır.

Bunun dışında adı geçen Anayasa maddelerinden aşağıdaki sonuçları çıkarmak mümkündür:

a) Gizli dinleme genel olarak kişi dokunulmazlığının ağır bir ihlâlidir. Çünkü kişinin söz ve sesi onun kişiliğinin ayrılmaz bir parçasıdır.

b) Dinlemenin biçim ve yerine göre gizli dinleme, aynı zamanda Anayasa'nın özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı veya haberleşmenin gizliliği ile ilgili maddelerinin ihlâli niteliğini kazanır.

c) Yukarıda sözü geçen anayasal haklar, ilke olarak ancak yargıç kararı ile sınırlanabilir. Anayasa'nın 15 ve 16. maddelerinde yargıç denetimine getirilen istisnalar ancak milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından *gecikmede sakınca bulunan»* hallerle sınırlıdır. Yâni «kamu düzeni ve millî güvenlik», özel hayatın gizliliğini ve konut dokunulmazlığını yargıç kararı dışında sınırlamak için başlıbaşına yeterli nedenler değildir. Bunların işleyebilmesi için bir ön koşul gereklidir. Yargıç kararına kadar geçecek sürenin kamu düzeni ve millî güvenlik bakımından *sakıncalı* olması.

Sınırlama için yargıç dışında kanunun göstereceği makamların yetkisi, yargıç yerine geçmek üzere değil, yargıç kararının alınabilmesi için gerekli olan süre içinde doğabilecek sakıncaları önlemek üzere tanınmış bir yetkidir. Şu halde kanunun yetkili kılacağı merciin sınırlama yetkisi ilk fırsatta yargıç kararının alınabilmesi için gerekli olan makul bir süre ile sınırlı olmak zorundadır.

d) Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan haberleşmenin gizliliği ilkesini, yargıç kararı dışında sınırlamaya ise pozitif hukukumuz açısından olanak yoktur.

B- Gizli ses kaydı konusunda özel bir önem taşıyan diğer bir Anayasa hükmü de 33. maddenin 4. fıkrasıdır:

«Kimse, kendisinin veya kanunun gösterdiği yakınlarını suçlandırma sonucunu doğuracak beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.»

Sanığın susma hakkını taşıdığı bir konuda gizlice banda alınmış - sözlerinin kendisi aleyhinde bir delil olarak kullanılması, Anayasa'nın 33/4. maddesinin açık bir ihlalidir.(11) Alman Federal Mahkemesi de 14.6.1960 tarihli bir kararında (12) Ceza Yargılama Kanunu'nun 136. maddesine dayanarak aynı sonuca varmıştır.

Öte yandan gizli kaydının değerlendirilmesi, düşünce özgürlüğü ile de ters düşer, kişinin düşünce ve kanaatlerini zorla açıklaması sonucunu doğurur. (13)

2. Anayasa Mahkememizin Mevcut Kararlarındaki Yetersizlik

A- 17-19.8.1971 tarih ve E. 1971/41, K. 1971/67 sayılı karar.(14) Anayasa Mahkememiz bu kararında gizli ses kaydı sorununa doğrudan doğruya değinme

11 Karş. COŞKUN, E., age, S. 184, 185
12 Karş. COŞKUN, E., S. 183, 184
13 Karş. COŞKUN, E., S. 183, 184
14 İlgili metin için bkz. AYMKD, Sayı 11, S. 82, 83.

fırsatını bulmuştur. Ancak ne yazık ki konuya anayasal bir yaklaşım getirmemiştir. Kararda şu görüşlere yer verilmektedir:

«Ses alma alanındaki ilerleme ve gelişmeler bugün o evrededir ki bir sesin belirli bir kişiye ilişkin bulunduğunun hâlâ parmak izlerinde olduğu gibi kuşkusuzca ve kesinlikle saptanamamasına karşılık bir takım montaj yollarıyla ve gerekirse ses taklit etmede usta kişilerin yardımlarından da yararlanılarak bantlar istenildiği gibi doldurulabilmektedir. Bir toplantıda hazır bulunanlar, zamanında ve usulünce tutanaklarla saptanarak o toplantıya ilişkin bulunduğu ileri sürülen ses bandlarına böylece destek ve güç kazandırılmadıkça band çevirilerine hukuk yönünden tam bir güvenle bağlanılıp dayanılamıyacağı ortadadır.»

Görülüyor ki Anayasa Mahkememiz ses bandlarının yalnızca bir ispat aracı olarak *yetersizliği* üzerinde durmakta, gizli ses kaydının *anayasal haklar* karşısındaki durumu hakkında bir şey söylememektedir. Kararın bu eksikliğini yadırgamamak mümkün değildir.

B- Haberleşmenin Gizliliği İle İlgili Karar

Anayasa Mahkemesi 15, 16.2.1971 tarih ve E. 1971/31, K. 1972/5 sayılı kararında[15] haberleşmenin gizliliği konusunda sınırlamalar getiren ve bu sınırlamaların uygulanmasında sıkı yönetim komutanını yetkili kılan 1402 sayılı Sıkı Yönetim Kanunu'nun 3. maddesinin a fıkrasını Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Bu kararın gerekçesine kısa bir göz atmakta yarar vardır:

[«Anayasa'nın değişik 124. maddesinin son fıkrasında]»... hürriyetlerin nasıl kayıtlanacağı veya durdurulacağı... kanunla gösterilir» hükmüne yer verilmesinin özel bir ereği ve anlamı olmak gerekir...

...Sıkıyönetim gibi bir konuda Anayasa koyucu hürriyetlerin kısıtlanması bakımından özel maddelerinde ve 11. maddedeki hükümlerin sağladığı olanakları sıkıyönetim isterlerinin aşması ve o olanakların bu alanda yetersiz kalması olasılığını düşünmüş ve sıkıyönetimi başlıbaşına ve özel bir sınırlama nedeni olarak ele almayı ve hürriyetleri sıkıyönetimin gerekleri yönünden kanunla kayıtlama ve durdurma yetkisine öteki sınırlama kurallarından ayrı olarak sıkıyönetimi düzenleyen Anayasa maddesi içinde yer vermeyi öngörmüştür...

[1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 3. maddesinin (a) fıkrası]... konut dokunulmazlığı, haberleşme hürriyeti ve özel hayatın gizliliği konularında sıkıyönetim bölgeleri için bir takım sınırlamalar getirmekte ve bu sınırlamaların uygulanmasında sıkıyönetim komutanını yetkili kılmaktadır... Anayasa'nın 16. ve değişik 15. maddeleri zaten milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınan merciin buyruğu üzerine arama, girme ve el koymaya olanak tanımaktadır. Yalnız haberleşme hürriyetini düzenleyen 17. maddede böyle bir olanak yer almamıştır. Ancak 11. madde yoluyla bu hürriyetin sınırlandırılmasına gidilebileceği de ortadadır.»

15 Kararın metni için bkz. AYMKD, Sayı: 10, S. 155—236.

Görülüyor ki Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesi Anayasamızın iki maddesi üzerinde toplanmaktadır:

a) Anayasa m. 11, b) Anayasa m. 124

a) Anayasa Mahkememizin 15 ve 16. maddelerde açıkça öngörülmüş olup, 17. maddede yer verilmeyen bir istisnaya 11. madde ile nasıl ulaştığını anlamak doğrusu güçtür.

11. maddenin yeni biçimi ile temel haklar konusunda genel sınırlama nedenlerini sıraladığı kabul edilse bile, bu nedenlere dayanarak belli bir hakka Anayasa tarafından getirilmiş olan bir ek güvenceyi kaldırmak bize mümkün gözükmemektedir. Çünkü 11. maddede sayılan genel sınırlama nedenleri hakkın kendisine yöneliktir; Anayasa'nın belli bir hakkı daha sağlam bir güvenceye kavuşturmak için öngördüğü ek unsurlar, genel sınırlama nedenlerinin dışında kalır. Aksi halde 11. maddede yer alan « Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak sınırlama» şartının bir anlamı kalmaz.

Örneğin Anayasanın 22, 23 ve 24. maddelerinde yer alan sansür yasağı, 11. maddede sayılan sebeplere dayanılarak kaldırılamaz.(16)

Kaldı ki 11. madde ile Anayasa Mahkemesinin yukarıda ulaştığı sonuca ulaşmak mümkün olsa idi. Anayasa koyucusu 15 ve 16. maddelerde öngördüğü yargıç kararına, «gecikmede sakınca bulunan haller» bakımından bir istisna getirmek gereğini duymazdı.

Anayasa Mahkemesinin gerekçesinin 11. madde ile ilgili bölümünde yatan mantık hak ve özgürlükler bakımından tehlikeli sonuçlar yaratacak niteliktedir. Örneğin bu mantığa göre sıkıyönetim komutanına verilecek olan bir tutuklama yetkisini Anayasa'ya uygun saymak mümkün olabilecektir. Oysa Anayasa Mahkemesi bir çok kararlarında yargıç niteliği taşımayan kimselere tutuklama yetkisi veren hükümleri iptal etmiştir. (17)

b) Gerekçenin 124. madde ile ilgili bölümüne gelince; Anayasa Mahkemesi bu maddede yer alan «... hürriyetlerin nasıl kayıtlanacağı veya durdurulacağı... kanunla gösterilir.» hükmüne 11. maddenin esprisi dışında bir anlam vermektedir. Mahkemeye göre, 11. maddedeki genel ve diğer maddelerdeki özel sınırlama nedenleri sıkıyönetim isterleri açısından yetersiz *kalırsa,* 124. madde, bu isterlere uygun bir sınırlamaya imkân tanır.

Burada Anayasa Mahkemesi'nin pek üzerinde durmadığını sandığımız önemli bir soru ile karşı karşıyayız: 11. madde hangi alanda sıkıyönetim isterleri açısından yetersiz kalmaktadır?

---

16 Oysa Anayasa Mahkemesi yine aynı kararında sıkıyönetim komutanına sansür yetkisi veren 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun 3. maddesinin (c) fıkrasını Anayasa'ya aykırı bulmamıştır; bkz. AYMKD, Sayı: 10, S. 174 vd.

17 Örnek olarak bkz. AYM 20.9.1963. E. 1963/59, K. 1963/225 (AYMKD, Sayı : 2. S. 41 - 43. 2. bası,

11. maddeye bir göz atılırsa, burada kesin olarak engellenen şeyin «temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmak» olduğu görülür. Maddede bunun dışında genel sınırlama nedenleri sayılmış ve Anayasa'da yer alan diğer özel sınırlama nedenlerine gönderme yapılmıştır. Sıkıyönetim isterleri açısından bunların dışında kalan ciddi bir kategori göstermek güçtür. Üstelik 124. maddede yer alan hüküm, 11. maddede gönderme yapılan özel sınırlama nedenlerinden biridir. Böyle olunca 11. maddenin 2. fıkrasında yer alan «temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulamıyacağı» ilkesi 124. madde için de geçerlidir.

Oysa Anayasa Mahkemesi'nin 124. maddeyi yorumlayış biçiminden sıkıyönetim içinde bir hakkın özüne dokunulabileceği anlamı çıkmaktadır. Gerçi sıkıyönetim dönemi ile normal dönem arasında hakların sınırlanması bakımından bir farklılık olması doğaldır. Ancak yasa koyucunun bu alanda sahip olduğu yetki hakkın özüne dokunacak bir nitelik kazanamaz. Aksi halde Anayasa Mahkemesinin yine aynı kararında, sıkıyönetim komutanına 30 günlük gözetim altında tutma yetkisini veren hükmü (1402 sayılı kanun m. 15, f. 3) iptal etmiş olmasının bir dayanağı kalmaz.

Sonuç olarak denilebilir ki, yargıç kararı olmaksızın haberleşmenin gizliliğini sınırlama konusunda sıkıyönetim komutanına yetki veren hükmü 124. madde ile de açıklamak inandırıcı gözükmemektedir [(18)].

IV. GENEL DEĞERLENDİRME

Buraya kadarki açıklamalarımız, gizli dinlemenin ilke olarak Anayasaya aykırı olduğunu gösteriyor.

Bu kuralın istisnaları her şeyden önce *açık bir yasa hükmüne* dayanmak zorundadır.

Yargıç denetiminin Anayasa'ca şart kalındığı durumlarda, yasalar, hangi sebeple olursa olsun bu koşulu ortadan kaldıramaz. Ancak, gecikmede sakınca olan haller bakımından yasa koyucunun yargıç dışı mercilere yetki vermesi Anayasa tarafından öngörülmüşse, bu merciler, ilk fırsatta yargıç kararı almak için gerekli olan makul bir süre ile sınırlı olmak koşulu ile bu yetkiyi kullanabilirler.

Son olarak hukukî bakımından önemli olan bir soruna, gizli ses kaydı yolu ile hukuka aykırı olarak toplanan bilgilerin, söz konusu kişi aleyhine mahkeme önünde bir delil olarak kullanılıp kullanılamıyacağı sorununa değinmek yerinde olur.

İstanbul Barosu'nun 2 Haziran 1975 tarihinde düzenlediği «Gizli Dinleme ve Hukuk» konulu sempozyumda [(19)] bu nokta başlıca *tartışma konusu* olmuştur.

---

18 Adı geçen kararın aynı yönde bir eleştirisi için Özellikle Taylan, Seçkin ve Givda'nın karşı oy yazılarına bkz, AYMKD, Sayı: 10, S. 192—205; aksi yönde bir eleştiri için bkz., Hirsch, E., Menschentechte und Grundfreiheiten im Ausnahmezustand, Berlin 1974.

19 Bu makale adı geçen sempozyumda sunduğum bildirinin düzeltilmiş ve genişletilmiş metnidir.

Sempozyumda Askerî yargıçlar ve ceza usûl hukukçuları tarafından savunulan görüşe göre, hukuka aykırı olarak elde edilen delil, gerçeği kanıtladığı ölçüde geçerlidir. Hukuka aykırılık, ancak bu yoldan delil elde eden kamu görevlisi için bir sorumluluk doğurur; bu kimseye yasanın öngördüğü yaptırım uygulanır.

Kanımızca, gizli ses kaydının hukuka ve özellikle Anayasaya aykırılığı bir kez kabul edildikten sonra, ona bir delil değeri vermek mümkün değildir. Burada birbiriyle çatışan iki hukukî değer söz konusudur: a) Ceza mahkemesi hukukunun gerçeğe ulaşma amacı b) anayasal güvenceye bağlanmış temel hak ve özgürlükler.

Bu iki değer çatıştığında, hangisinin üstün tutulacağı, pozitif hukuk açısından çözülmüş bir sorundur. Hukuk düzenimiz içinde Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı tartışılmaz bir ilkedir. Kişi hak ve özgürlüklerini çiğneyen bir işlemin, kişi dokunulmazlığı ile yakından ilgili bir alanda hukukî değer taşıması, hukuk sistemimizle bağdaşmaz bir mantıktır.

İşkence yolu ile elde edilmiş bir itirafın delil değeri kazanmasına kadar varabilecek olan bu mantığın uygarlık tarihi içinde çok geri bir yerde kaldığını söylemek yanlış olmaz sanırız.

(15. Makale - 1976)

Asis. Mehmet TURHAN

*Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri**

* Mehmet Turhan, "Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri", AÜHF Dergisi, Yıl 1976, Cilt 33, Sayı 1, 63-104.

ANAYASAYA AYKIRI ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ

Asis, Mehmet TURHAN
A. Ü. Hukuk Fakültesi

I — ANAYASAYA AYKIRI ANAYASA NORMU KAVRAMI :

Anayasaya aykırılık kavramı Otto Bachof'a göre, yalnızca yasaların anayasaya aykırılığı şeklinde ortaya çıkmaz. Anayasa metninde bulunan veya sonradan eklenen maddelerde anayasaya daha doğrusu anayasanın özüne aykırı olabilirler. Yazara göre İkinci Dünya Savaşından sonra kabul edilen anayasalar yasama organına karşı, Anayasa Mahkemesine Anayasanın koruyucusu olarak, olağanüstü yetkiler tanımışlardır. Anayasa Mahkemeleri anayasanın bekçiliğini yaparken, aynı zamanda da toplumsal bütünleşmeyi sağlıyacaklardır. Bu ikisini bir arada yapabilmek ise, son derece zordur. Yazar anayasa koyucusunun ilk plânda ilke olarak adi yasaların[1] denetlenmesini düşündüğünü, ancak anayasaya aykırı anayasa normlarının varlığınında gözden uzak tutulmaması gerektiğini belirtmektedir. Bachof bunlarında yargı denetimine tabi olduğunu ileri sürmektedir[2].

Anayasa Mahkememizin, yukarıda Bachof'dan aktardığımız fikirlere uygun olarak anayasaya aykırı anayasa değişikliklerini yargı denetimine tabi tuttuğu hatırlanacak olursa, bu konunun bizim ülkemiz açısından taşıdığı önem kendiliğinden ortaya çıkar. Baştan şunu belirtmek isterizki ileride daha uzunca anlatacağımız gibi anayasa mahkememizin bu denetimi yapabilmesine hukuken olanak olmadığı gibi, sosyo-politik açıdan da tavsiye edilemez.

Bu ilk kısımda anayasaya aykırı anayasa normu kavramı ile ilgili bazı kuramsal konuları ele alacağız ve bunları sorunumuzu ilgilendirdiği ölçüde tartışacağız. Elden geldiğince kısa tutulacak olan bu bölümde şu konuları ele almak istiyoruz: Anayasa teriminin anlamı, sınıflandırılması, aslî kurma fonksiyonu ve türev kurma fonksiyonu.

A — Anayasa Teriminin Anlamı ve Sınıflandırılmaları :

Siyasal bilimde ve anayasa hukukunda anayasa terimi iki anlamda kullanılır. Bunlardan ilkine göre anayasa, bir Devletin kuruluşunu ve bunun işleyişini düzenleyen kuralların bütünüdür. Bu kuralların bir kısmı hukukî olabileceği gibi

---

1 Adi yasa tamlamasının, adi sıfatının taşıdığı kötü anlam karşısında kullanılmaması gerektiği ileri sürülürsede, bunun karşılığı kullanılan alelâde kelimeside aynı sakıncalarla doludur. Aynca bu terim Anayasa Hukuku doktrinimizde de yerleşmiştir. Bkz. *Hüseyin Nail Kübalı, Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar ve Siyasal Rejimler,* İstanbul, İÜHY., 1971. s. 92-93. Cem Eroğul, *Anayasayı Değiştirme Sorunu, (Bir Mukayeseli Hukuk incelemesi).* Ankara, SBF, 1974. s. 16.

2 Otto Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?,* Tübingen, 1951, s. 7-11. Çalışmamıza önemli bîr kaynak teşkil eden yukarıdaki kitabın çevirisinde, bana elinden geldiğince yardım eden Coşkun San'a teşekkürlerimi ifade etmek isterim.

bir kısmıda örf ve adet halinde ortaya çıkabilir. Dünyanın birçok ülkesinde anayasa terimi daha dar bir anlamda kullanılmakta ve yukarıda sözü geçen kuralları resmi bir metin halinde birleştiren bir belge anlamına gelmektedir[3].

Her memleketin geniş anlamda bir anayasası vardır, ama dar anlamda bir anayasanın olması zorunlu değildir. Bir memleketin dar anlamda anayasasının olmasının bir takım sonuçları vardır: Hukuki açıdan bu dar anlamdaki anayasa diğer hukuk kurallarına göre daha üstte bir yer işgal eder. Genellikle kabul edilen ise anayasaları değiştirme usulünün diğer adi kanunları değiştirme usulünden farklı ve daha zor olmasıdır. Örneğin A.B.D. inde anayasayı değiştirme usulü yalnızca yasama organı tarafından yapılamamaktadır. (Azda raslansa, örneğin Yeni Zellanda gibi anayasaları adi bir kanunla değiştirilebilen ülkelerde vardır)[4].

Günümüzde Devletlerin bir çoğunun anayasalarına diğer hukuk kurallarından daha üstte bir yer tanımalarının nedeni, bu sayede siyasal iktidarı kontrol edebilecekleri inancıdır. Anayasalar sınırlı siyasal iktidar kavramından ortaya çıkmıştır. Her ülke bu sınırlamanın derecesi ve neleri sınırlayacağı konusunda birbirinden çok farklı davranmıştır. Anayasalar bazen yürütme organını sınırlamakta, bazende hem yürütme hem yasama organını sınırlamaktadır. Hatta yasama organının bazı konularda kanunlar yapamıyacağını bile belirtmektedirler[5].

Anayasalar çok çeşitli açılardan sınıflandırılmışlardır. Biz burada bunlardan yalnızca iki türüne değinmekle yetineceğiz.

1. Yazılı Anayasalar, Yazılı Olmayan Anayasalar:

Anayasaların anayasa hukukunda yazılı ve yazı olmayan anayasalar diye ikiye ayrılmaları gelenek haline gelmiş ve yazılı anayasası olmayan ülkelerede İngiltere devamlı tipik bir örnek gösterilmiştir[6].

Yazılı anayasa olabilmesi için anayasa hukuku kurallarının içinde topladığı üstün nitelikte bir kanunun bulunması yeterlidir. Teamülî anayasa[7] sisteminde ise anayasa adı verilecek böyle bir metin yoktur. Fakat yazılı olmayan anayasa sisteminde de anayasayı oluşturan kuralların bir çoğu kanunlaştırılmış olabilir. Bu ayırımda önemli olan kıstas, Cem Eroğul'unun da belirttiği gibi yazılı olmayan anayasa sisteminde anayasa kurallarının şekilleri itibariyle bir hiyerarşi oluşturmamasıdır[8].

Yazılı anayasaların değiştirilme usulleri anayasa tarafından belli kurallara bağlanmıştır. Yazılı olmayan anayasalarda olduğu gibi belirli bir andaki gereksinmenin belirlediği bir usulle anayasada değişiklik yapılamaz. Halbuki

3 K. C. Wheare, *Modem Constitutions,* 3. B., London, OPUS, 1975, s. 1-2.
4 *Ibid.*, s. 7.
5 *Ibid., s. 7.*
6 *Ibid., s. 14.*
7 Biz teamül! anayasa ile yazılı olmayan anayasa terimlerini eş anlamlı olarak kullanıyoruz.
8 Eroğul, Op. Cit., s. 11.

sistemin gereği icabı yazılı olmayan anayasalarda anayasayı değiştirme usulüne hukuki bir üstünlük verilemez[9].

Yazılı anayasa sisteminde, anayasa kurallarının taşıdığı hukuki üstünlük adi kanun ve anayasa ayırımını gerektirmektedir[10]. Bir anayasa kuralı ile adi kanun iki bakımdan birbirinden ayrılabilir. Herşeyden önce adi kanunu yapan yasama organı ile anayasa kuralını koyan kurucu organ hukuki bakımdan birbirinden farklıdır. Ayrıca anayasa kuralı hukuk hiyerarşisinde adi kanundan daha üst bir yer işgal eder[11].

Anayasaların adi kanunlardan şeklen farklı olmalarının önemli bir sonucu, bunların adi kanunlara oranla daha zor değişeceğinin kabul edilmesi olmuştur[12].

2. Yumuşak Anayasalar - Kati Anayasalar:

Anayasalar değiştirilme metodlarına görede sınıflandırılabilirler. Buna göre adi bir kanunla değişebilen anayasalar yumuşak ve değiştirilmeleri özel bir takım süreçlere bağlanmış olanlar ise katı anayasaları meydana getirir. Lord Bryce'nin bu tanımına göre yazılı olmayan anayasaların hepsi yumuşak, yazılı anayasaların ise bir kaç ufak istisna hariç (Yeni Zellanda) hepside katı anayasalar olmaktadır. Gerçi yazılı olmayan anayasalarında değiştirilmesi siyasal gerçeklikte son derece zor olabilir; fakat hukuken yazılı olmayan anayasaların adi bir kanunla daima değiştirilebilmeleri mümkündür[13]. K. C. Wheare anayasaların yumuşaklık ve katılığı ile ilgili olarak başka bir yöntemlede sınıflandırıldığını söylemektedir. Yazara göre yasama organı tarafından değiştirilemiyenler ve değiştirilenler olmak üzere katı anayasalarda ikiye ayrılabilir. Anayasa değişikliğini yapmada yasama organının tek başına yetkili olmadığı ülkelere örnek olarak Birleşik Devletleri, Danimarka'yı, Avusturya'yı, İsviçre'yi ve İrlanda'yı vermektedir[14].

Yazılı anayasalar, sistemlerinin gereği olarak değiştirilme usullerini kendileri düzenlemişlerdir. Bu gereği yerine getirmeyen anayasaların hukukla çeliştiği söylenemez. Bu durumda anayasada bir boşluk vardır ve boşluğun doldurulma usulleride hukukta bellidir. Yazılı anayasalarda değiştirme usulünün anayasanın kendisi tarafından öngörülmesi gereği söylenebilir; fakat bu değiştirme şeklinin şöyle veya böyle olacağı söylenemez. Bir anayasa, «bu anayasa asla değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez» diyebileceği gibi, «bu anayasa adi bir kanunla

9 Ibid., s. 12.

10 Cem Eroğul bu ayırımı anayasal kanun ve adî kanun şeklinde ele almaktaysada yasa kelimesi zaten kanun anlamına geldiğinden anayasal kanun tamlaması bize dilbilgisi bakımından yanlış gibi gelmektedir. Fransızların «Loi Constitutionnelle» ve Ingilizlerin «Constitutional act» deki «constitution» esas teşkilât anlamında olduğundan yanlış olmamaktadır. Ayrıca anayasal kanun terimi literatürümüzde de yerleşmemiştir. Bu nedenden biz yanlış anlamaya yer vermemek için anayasa terimini anayasa ve adi kanun şeklinde ayırmayı uygun bulduk. Bkz. *Ibid.,* s. 8 dipnot 12.

11 I*bid.,* s .16.

12 Ibid., s.17.

13 Yumuşaklık ve katılık ayrımının bugünkü anlamı için bkz. Ibid., s. 176-184.

14 Wheare, *op. cit.,* s. 18.

değiştirilebilir» de diyebilir. Gerçi bu her iki halde her ülkenin siyasal gerçeklerine göre akıllı veya bilimsel olmayabilir. Fakat bu her iki düzenlemede hukukîdir. Bu nedenlerden Eroğul'unun da belirttiği gibi mutlak katılık ve mutlak yumuşaklıkta, hukuka aykırı değildir. Bu konuda yapılacak seçim siyasal bir seçimdir[15].

Anayasaya aykırı anayasa normlarından normal olarak anayasa yargısı denetimine tabi tutulması gerektiğini ileri sürenler yukarıda yaptığımız sınıflandırmaya benzer, fakat önemli farklarıda bulunan biçimsel anayasa, maddesel anayasa ayrımını temel almaktadırlar. Otto Bachoff biçimsel ve maddesel anayasa şeklindeki ayırımı aynı zamanda yazılı (biçimsel anayasaya) ve yazılı olmayan maddesel anayasaya aykırı hukuk normlarının anayasaya aykırılığı ayrımından ortaya çıkar demektedir[16].

Biçimsel anayasa, Devlet organlarının işleyişine ilişkin kuralların ve kamu özgürlüklerinin yazılı bir metin içinde toplanmış olması anlamına gelmektedir. Biçimsel anayasa yukarıda bahsettiğimiz yazılı anayasanın karşıtıdır. Fakat bu ayırımın farkı biçimsel anayasa teriminin, maddesel anayasa kavramı ile birlikte ele alınmasından doğmaktadır. Halbuki yazılı anayasa ayrımı teamülî anayasa kavramı ile birlikte kullanılır. Maddesel anlamda anayasa ise Devlet organlarının işleyişine ait kurallarla kamu özgürlüklerine ilişkin tüm hukuk kurallarından oluşur. Biçimsel anayasada yer almamış olsalar bile, bu kurallar maddesel anlamda anayasanın parçaları sayılır. Bu ayırımdan hareketle anayasaya aykırı anayasa normlarının yargı denetimine tabi tutulmasını savunanlar, maddesel anayasanın üstün hukuk kurallarınıda kapsadığını savunmaktadırlar. Onlara göre yazılı anayasaya alınan üstün hukuk kuralları yaratılmamakta, fakat beyan edilmektedirler. Bu üstün hukuk kurallarının geçerlik kazanabilmeleri için mutlaka yazılı metne girmeleride gerekmemektedir. Böyle olunca yazılı olmayan üstün hukuk kuralları, maddesel anayasanın parçası sayılabilecektir. Bunun sonucu ise anayasa mahkemelerinin üstün hukuk kurallarına gönderme yapabilecekleri ve bu konuda kendilerini yalnızca anayasa metni ile bağlı hissetmemeleri olacaktır. Buna ilaveten kurucu güç bile kendini maddesel anayasanın bu üstün hukuk kuralları ile sınırlı sayacaktır[17].

Bize göre geniş anlamda ve dar anlamda anayasa ayırımına bu çeşit sıfatlar yüklemek hukuku fazlası ile zorlamak demektir. Çalışmamızın başında da belirtildiği gibi, Devletin ana yapısı ve kamu özgürlükleri ile ilgili hukuk kurallarının

15 Eroğul, op. Cit., s. 20.

16 Badhoff, *op. cit.,* s. 32.

17 Coşkun San, *Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri,* Ankara, AİTİA Y., 1974, s. 43-47. Rona Serozan maddesel Anayasadan şunu anlamaktadır: «Günümüzde geçerli bu anlayış çerçevesinde, «Anayasa temel kişi hak ve özgürlüklerinin tanınıp güvence altına alındığı ve siyasal iktidarın kayıtlandığı bir rasyonel siyasal sistemdir». Böyle bir içerikten yoksun bir «Teşkilat Kanunu»na artık Anayasa denmemektedir. Nitekim 1789 Tarihli İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisinin 16 ncı maddesine göre de «bir toplumda hakların güvencesi sağlanmamış ve kuvvetler ayrılığı gerçekleşmemişse, o toplumda Anayasa yoktur..» Bkz. Rona Serozan, Anayasayı Değiştirme Yetkisinin Sınırları, *ÎÜHFM,* C. 37, No. 1-4, 1972, s. 138.

büründükleri şekil ne olursa olsun, anayasa kurallarıdır, ve anayasa hukukunun inceleme alanı içine girer. Yazılı anayasalarda anayasa metnine dahil olan kurallar anayasa kurallarıdır. Fakat yukarıdaki fikri benimseyenler şeklen anayasa metnine dahil olmakla beraber, anayasa dışında olan hükümleri örnek göstererek en azından bu hükümlerle, gerçekten anayasa hukukunun konusuna giren hükümler arasında bir hiyerarşinin bulunduğunu belirtmektedirler. Coşkun San anayasamızın cumhuriyetin niteliklerini sayan 2. maddesi ile ormanların korunması ve geliştirilmesine ilişkin 131. maddesi arasında karşılaştırılma yapılamıyacak şekilde büyük farklar olduğunu ileri sürmektedir. Bizce bu görüş kabul edilemez. Çünkü; yazılı anayasa sisteminin temel özelliği, şekle içeriğinden çok önem vermesidir. Yazılı anayasa dışındaki temel kuralların anayasal niteliğini kabul etmemize rağmen bunun değiştirme sorunu açısından geçerli olamıyacağı fikrindeyiz. Yazılı anayasalarda her hukuk kuralı kendi şeklinin tayin ettiği usule uygun olarak değiştirilebilir ve bu kuralların içeriği önemli değildir. Ayrıca hukuken anayasa kuralları arasında bu nedenden, bir hiyerarşinin varlığıda ileri sürülemez[18].

Bachoff, anayasaya aykırı anayasa normlarının değişik türlerini şu şekilde sıralamaktadır: Her şeyden önce yazılı anayasanın ihlâli meşru olmayan anayasa normlarının anayasaya aykırılığı şeklinde ortaya çıkabilir. Buradaki meşruluk kavramı hukuksal meşruluğun dışında tutulması gereken, toplumsal meşruluktur. Buna örnek olarak yeni anayasanın halk oyuna sunulacağı, Anayasada belirtilmiş olmasına rağmen bunun yerine getirilmemiş olmasını verebiliriz. Bu durumda anayasa meşruluktan yoksun olacağı için yazara göre yargı organı tarafından denetlenebilir. Yazar anayasa değişikliklerininde anayasaya aykırı olabileceğini belirtmekte ve türev kurucu iktidarın yetkilerinin sınırlı olduğunu hatta aslî kurucu gücün bile üstün hukuk kurallarına uymak zorunda olduğunu belirtmektedir. Anayasa değişiklikleri sonucunda anayasanın anayasaya aykırı normlarla dolmaması için mutlaka anayasa değişikliklerinin, yargısal denetime tabi olması gerektiğini belirtmektedir. Bachoff, ayrıca hiyerarşik açıdan üstün anayasa normlarının anayasa normları ile çelişmesi nedeni ilede anayasaya aykırılığın olabileceğini belirtmektedir. Hiyerarşik açıdan daha üstte bir yer tutan anayasa ilkesi ile çelişen bir anayasa hükmünün anayasaya aykırı olabileceğinin kabul edilmesi gerektiğini ve bununda yargı organı tarafından denetlenebileceğini söylemektedir. Anayasa normlarında oluşan anlam gelişmesi nedeni ilede, anayasaya aykırılık halleri olabilir ve yazara göre bunların da denetlenmesi gerekir. Yazarın anayasaya aykırı anayasa normları türlerinden bu tipine bizden verilebilecek en iyi örnek Anayasamızın 64. maddesinde ki ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar vermek T.B.M.M. yetkilerindendir hükmüdür. Bachoff'a göre anayasa normlarında öyle bir anlam gelişmesi olacaktır ki, bu hüküm anayasaya aykırı hale gelebilecektir. Yazar pozitifleşmiş üstün hukuk kurallarını ihlâl eden anayasa normlarının da anayasaya aykırı olabileceğini belirtmektedir. Yazar burada ihtiyat payını koyarak, doğal hukuka aykırı normlardan bahsedildiğinde

18 Eroğul, op. Cit., s. 15.

veya üstün hukuk kurallarından söz ettiğimizde bunların belli pozitif hukuk kurallarına bağlanması gerektiğini söylemektedir. Fakat bu kurallar anayasaya alınmazdan evvel mevcutturlar ve pozitif kurallar haline getirilmeleri yaratıcı değil beyan edici bir nitelik taşır[19].

Bachoff, yazılı olmayan anayasa ihlâllerindende bahsederken, anayasaya aykırı anayasa normlarının diğer türlerinde olabileceğini ve bu ihlâllerin hiçbirinin geçerli olamıyacağını ve Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olması gerektiğini söylüyor[20].

Yukarıdan beri yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, bize göre Bachoff'un bu görüşleri ne kadar sakınırsa sakınsın sonunda, doğal hukuk tartışmasına girmektedir. Doğal hukukun varlığı veya yokluğu konusundaki bu kronik tartışmaya girmek istemiyoruz. Çalışmamızın sonuç bölümündede belirteceğimiz gibi anayasanın ilkelerinin bütünlüğü içinde yorumlanması hem anayasa mahkemesinin görevine daha uygun düşmekte hemde tartışmalara daha az yer vermektedir.

B — Aslî Kurma ve Türev Kurma Fonksiyonu[21] :

Kurma fonksiyonu demek, siyasal iktidarın temel hukuk düzenini kurmak ve siyasal iktidarın organlarının birbirleri ile ve yönetilenlerle ilişkilerinin çerçevesini belirtmek fonksiyonu demektir. Kurma fonksiyonu iki şekilde ortaya çıkabilir. Birinci şekilde anayasa şu veya bu nedenle ortadan kalkmıştır ve hukuki bir boşluk vardır. Kurucu iktidar yeni bir sisteme ve yeni bir ideolojiye dayanan, yepyeni bir anayasa koyar ve bunu yaparken hukuksal açıdan herhangi bir hukuk kuralı ile bağlı değildir. Kurma fonksiyonunun ikinci şeklinde ise var olan bir hukuk çerçevesinde hareket edilmektedir ve yeni hukuk kuralı Devletin kuruluşunu düzenleyen diğer kurallarla eşit değerdedir. Varolan bu hukuki çerçeve içinde yaratılan bu temel kural daha evvelden var olan temel kuralla aynı niteliktedir. Biz hukuki boşluk içinde meydana gelen kuruculuğa aslî kurma fonksiyonu, varolan bir hukuk düzenine dayanan kuruculuğa ise türev kurma fonksiyonu diyoruz[22].

Aslî kurma fonksiyonu hukuk dışı bir işlemdir[23]. Çünkü aslî kurucu iktidar yeni bir anayasa meydana getirirken, Kapani'nin de belirttiği gibi hukuken kendisini kayıtlayan ve kısıtlayan bir otoriteye bağlı değildir. Başka bir değimle, aslî kurma fonksiyonu hukuk yaratmakta; fakat yetkisini fiilî gücünden almaktadır. Şunu

19 Bachoff, *op. cit.*, s. 32-47, San, *op. cit.*, s. 132-134. Doğal hukukla ilgili daha geniş bilgi için bkz. Hamide Topçuoğlu, *Yirminci Yüzyılda Tabiî Hukuk Rönesansı,* Ankara, AÜHFY. 1953.

20 Bachoff, op. Cit s.

21 Condrad, Limitation of Amendment Procedures and the Constituent Power, The Indian Year Book of International Affairs, Madras, (1966-67) 1970 s. 375-430. Bu makalede kurucu iktidar ile ilgili hayli geniş bilgi bulunmaktadır.

22 Doktrinde aslî kuruculuk ve türev kuruculuk yerine asıl kuruculuk ve tali kuruculuk terimleride kullanımaktadır. Bkz. Munci Kapani, Politika Bilimine Giriş, Ankara, AÜHFY, 1975 s. 38. Biz Eroğul'un kullandığı terimleri tercih ettik. Bkz. Eroğul,op. Cit., s. 22.

23 Biz burada hukuk dışı derken herhangi bir değer yargısı ifade etmiyoruz. Hukuk dışılıktan kasıt hukuk çerçevesi dışında cereyan etmektir.

unutmamak gerekirki hukuk dışı bir işlemin sonucu hukukî olabilir. Durum böyle olmasaydı, hiçbir hukuk kuralı ortaya çıkamazdı[24].

Türev kurma fonksiyonunun hukuk yaratıcılığı ise, ancak önceden belli olan koşullar altında ortaya çıkar ve yetkisini kullanırken tam ve mutlak bir hareket serbestisine sahip olmayabilir[25]. Türev kuruculuğun hukukî niteliğini veren şey daha önce bir kurala uymasıdır. Anayasa kuralları arasında hukuken bir hiyerarşi yoktur. Hepsi birbirine eşittir. Anayasalar Devletin temel kuruluşunu düzenlerler. Bu temel kuralların yeni gereksinmelere uydurulmaları gerekir. Anayasaların bu konuyu düzenleyici kuralları diğer kurallara nazaran ne üstündür nede aşağıdır. Koşul koyan kuralla, bu koşula uyularak konan kuralın eşit hukuki nitelikte olmasının nedeni, bu kuralların şekilleridir. Bunların ikiside anayasa kuralıdır. Anayasaların değiştirme hükümleri ile diğer hükümleri ve bunlara uyularak yaratılan yeni hukuk kuralları hukuken eşit değerdedir. Durum böyle olmasa yeni bir kural yaratarak eski bir kuralı değiştirmek ve hatta anayasanın değiştirme hükmünü değiştirmek olanak dışı olurdu. Ayrıca ister aslî bir iktidara, ister türev bir iktidara dayanılmış olsun anayasal kuralın hukukî değeri eşittir[26].

Aslî kurucu iktidarın hukuka aykırı olması diye bir şey söz konusu olamaz. Çünkü aslî kuruculuk hukukun dışında cereyan eder. Aslî kurucu iktidarın hukuken sınırsız iktidarı olması demek, sosyo-politik bakımdan sınırsız olduğunu söylemek demek değildir[27]. Bizim için önemli olan aslî kurucu fonksiyonun hukukî bir sahibi olmadığı ve hukuken çizdiği bir sınırın bulunmadığıdır[28].

Türev kurma fonksiyonunun sahibinin kim olacağı ve hangi usule uyacağı, hukuken bellidir. Anayasayı değiştirme yürürlükteki anayasa çerçevesinde düşünülür. Hukukun asıl görevi kuruculuğun bu türü ile ilgilenmektir. Şurasıda önemlidir ki türev kurucu organ, diğer anayasal organlarla da eşdeğerlidir[29].

Anayasayı değiştirme yetkisi (türev kurma fonksiyonu) sınırsız değildir. Bu yetki anayasa tarafından sınırlanmış bir yetkidir. Bu yetkiyi birkaç organ bir arada kullanabilir, önemli olan bu fonksiyonu yaptıkları andır ve o an o fonksiyonun organı niteliğini alırlar. Türev kurucu organın ayrı bir iş görmesi ona diğer kurulmuş organlardan üstün bir hukukî sıfat vermez. Yaptığı iş hukuk çerçevesi içinde olmalıdır. Aksi takdirde türev kuruculuk fonksiyonu ortadan kalkar ve aslî kuruculuk fonksiyonu ortaya çıkar[30].

Kubalı, aslî kurma ve türev kurma fonksiyonundan hareketle, türev kurucu iktidarın şeklî ve maddî yönden sınırlandığını belirtmektedir. Yazara göre türev kurucu iktidar anayasanın sözü ve ruhu ile hukuken bağlıdır, aksini düşünmek anayasayı ve onun dayandığı temelleri yıkmak demek olur. Bu ise aklın kabul

24 Eroğul, op. cit., s. 24.
25 Kapani, *op. cit.*, s. 39.
26 Eroğul, op. *cit.*, s. 25-26.
27 Aslî kurucu iktidarın sosyo-politik açıdan değerlendirilmesi için bkz. Kapani, *op. cit.*, s. 40.
28 Eroğul, op. cit., s. 29,
29 Ibid.
30 Ibid., s. 30.

edemiyeceği bir şeydir. Türev kurucu iktidar anayasanın belirli bir maddesinin degiştirilemiyeceği hakkında bir hüküm ihtiva etmediği halde de, anayasanın ruhu ile bağlıdır. Türev kurucu iktidar anayasayı değiştirmek yetkisine sahiptir. Fakat bu yetkiyi anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kullanabilir[31].

Bizim görüşümüze göre aslî kuruculuğun yukarıda da söylediğimiz gibi hukukî bir dayanağı yoktur. Bu nedenden bu yetkinin sahibinin kim olması gerektiği, ve bunun kullanılmasında hangi usule uyulması gerektiği hukuken bir anlam taşımaz; fakat buna karşılık türev kuruculuk hukukî bir fonksiyon olup, yazılı anayasa sisteminde bunun sahibinin veya uyacağı usulün hukuken belirli bir kurala göre saptanması zorunludur.

Eroğul'un belirttiği gibi türev kuruculuğun anayasa değişiklikleri yapabilme yetkisinin hangi hallerde var olup olmadığını incelerken şu üç olasılığı düşünmek gerekir: Bu üç olasılığı anlatmadan önce bizim anayasamızda olduğu gibi, değişiklik yetkisinin yasama organına verildiği ve Anayasa Mahkemesinin bulunduğunu varsayalım ve ayrıca yine tüm anayasa değişikliklerinin usulüne göre yapıldığını farzedelim. Buna göre ilk olasılık anayasa değişikliğinin usulüne göre yapılmakla beraber yürürlükte kalan bir başka anayasa kuralı ile dolaylı olarak çelişmesi halidir, örneğin gazete ve dergi çıkarılmasının önceden izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlayan bir anayasa değişikliğini düşünelim. Bu anayasanın «kanunlar temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz» hükmü ile çelişmektedir. Bu durumda yasama organı türev kuruculuğunu hatalı olarak kullanmıştır. Fakat bize göre durumun böyle olması Anayasa Mahkemesine iptal yetkisi veremez. Yasama organının yetkisini yanlış kullanması, kendiliğinden Anayasa Mahkemesine yeni yetkiler vermez. İkincilik olasılık ise, usulüne uygun yapılan anayasa değişikliğinin anayasanın ruhuna aykırı olması halidir. Örneğin yapılan bir değişiklik ile yargı yetkisinin idareye verildiğini düşünelim. Bu durumda artık türev kuruculuk değil aslî kuruculuk söz konusudur. Hiçbir organ bunu gerçekleştirmeye yetkili değildir. Yasama organının bu yetkiyi gaspetmesi, Anayasa Mahkemesine yeni bir yetki veremez. Sonuncu olasılık ise, şu olabilir. Yapılan anayasa değişikliği yürürlükte kalan diğer bir anayasa kuralı ile doğrudan doğruya çatışır. Anayasamızdan verilebilecek tek örnek, Devlet şeklinin monarşi olacağını söyleyen bir anayasa değişikliği olabilir. Bu değişiklik Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez diyen 9 uncu maddesi ile doğrudan doğruya çatışmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu durumda bu değişikliği iptal edebilir. Çünkü burada türev kuruculuğun öngördüğü şartlara uyulmamıştır. 9 uncu maddenin içeriği bu durumda şekil şartı niteliğindedir[32].

31 Kubali, op. cit., 102-103
32 Eroğul, op. *cit.*, s. 166-168.

II — ANAYASAYA AYKIRI ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN DENETLENMESİ SORUNU :

Anayasaların yapıldıkları zamanın ürünleri oldukları ve zamanında hiç durmadan değiştiğini söyleyecek olursak bilinen bir gerçeği ifade etmiş oluruz. Anayasaların bu değişen zaman içinde nasıl değiştikleri ve değiştirme usullerinin neler olduğu gibi sorunlar çok ilgi çekici olmalarına rağmen, bizim bu çalışmamızla doğrudan doğruya ilişkili olmadığından bunlara değinmekle yetinelim. Ancak şu kadarına değinmekte yarar vardır ki anayasaların değişmesi şu iki yoldan biri ile olur: Bunlardan ilkine göre anayasanın yapıldığı toplumsal çevre o şekilde değişirki anayasanın kelimelerinde herhangi bir değişme olmadığı halde, toplumsal çevresindeki değişiklikler anayasanın başka bir anlama gelmesine neden olabilir, ikinci yol ise toplumdaki sosyal güçlerin etkisi ile çevrenin değişmesi anayasanın değişmesini sağlar. Bu da üç şekilde ortaya çıkar. Ya anayasanın öngördüğü usul kullanılarak anayasa değiştirilir. Veya anayasanın metni değişmez, fakat yeni bir yoruma tabi tutulur. Veya da anayasanın metni olduğu gibi kalır; fakat örf ve adetler gelişerek metni değişik bir yoruma tabi tutabilirler.[1]

Anayasaların değiştirilmeleri hakkında son olarak şunları söylemek istiyoruz: 1875 Fransız Anayasası gibi öyle kısa anayasalar vardır ki kısalıkları nedeniyle bunlar ancak Anayasal rejimin esası hakkında kurallar koyabilirler. Böyle kısa anayasalarda değişikliklerin kısıtlayıcı şartlara tabi tutulmasının herhangi bir sakıncası yoktur. Bunun aksine son derece uzun ve teferruat hakkında hükümler koyan Anayasalarda vardır. Eğer bir anayasa teferruat diyebileceğimiz konuları da işlemişse değiştirilmesinin de daha sık olacağı kolayca anlaşılır. Bu nedenden bu anayasaların değiştirilmesini çok zorlaştırmak anayasa siyaseti bakımından doğru bir yol değildir[2].

Biz bu kısımda anayasa değişikliklerinin denetlenmesi sorununu ülkemiz açısından incelemeden önce çağdaş Anayasaların ve Anayasa Mahkemelerinin bu konudaki tutumlarına az da olsa değinmek istiyoruz.

A — Çağdaş Anayasaların ve Anayasa Mahkemelerinin Anayasa Değişikliklerinin Denetlenmesi Konusundaki Tutumları :

Dünyadaki anayasaların, kendi değişikliklerini denetleme yetkisini anayasa mahkemesine verenin olup olmadığını incelediğimizde, Güney Afrika Anayasası hariç bu yetkiyi veren başka hiçbir anayasaya raslamamaktayız. 25 Nisan 1961 tarihli Güney Afrika Anayasasında, anayasa değişiklikleri 108 nci ve 118 nci maddeleri hedef alan değişiklikler hariç, diğerlerinin adı kanunla değiştirilebildiğini; fakat yukarıdaki bu maddelerle ilgili olarak, özel usule uyulup uyulmadığının denetleme yetkisinin mahkemelere verildiğini görmekteyiz[3].

---

1 K.C. Wheare, Modern Consitutions, 3. B., London, OPUS., 1975, s. 70-71.

2 Hocaoğlu, Şeref, A. İsmet Ocakcıoğlu, *Anayasa ve Anayasa Mahkemesi (Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi)*, Ankara, Ayyıldız Matbaası, 1971, s. 159.

3 Cem Eroğul, Anayasayı Değiştirme Sorunu (Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi), Ankara, SBFY, 1974, s. 161 dipnot 71.

Anayasalarda durum bu olmakla birlikte değişiklikleri denetleme yetkisine sahip olduğunu iddia eden anayasa mahkemeleri varmıdır? diye sormakta gerekir. Kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesini kabul eden ülkelerin sayısı bir hayli kabarık olduğundan ve ayrıca çalışma zamanının kısalığından bizim durumlarını tespit edebildiğimiz ülkeler Almanya, Avusturya, İtalya ve Amerika oldu.

Almanya, Avusturya ve İtalya'da Anayasa Mahkemelerinin kabülü faşist ve nazi rajimlerine karşıt tepkiden doğmuştur. Bu her üç ülkeninde demokrasiye inanan siyasal partileri kanunların Anayasaya uygunluğunun denetlenmesinde yargı organına görev verilmesi konusunda aralarında anlaşmışlardır. Ayrıca faşist ve nazi rejimine olan bu tepki kişileri devlete karşı korumak için kamu özgürlüklerinin anayasalarda uzunca yazılmalarına ve ayrıca geçmişten miras kalan Federal Devlet yapısını, faşist zamandaki merkezileşmeye karşıt olarak korumalarına da neden olmuştur[4]. Kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi bu ülkelerde Federal Devlet yapısının ve kamu özgürlüklerinin korunmasında en etkili bir çözüm olarak görülmüştür[5].

Bu üç ülke içinde Alman Federal Anayasa Mahkemesinin tutumu en ilginç olanıdır. Mahkeme 18 Aralık 1953 tarihinde verdiği bir kararda yalnızca bir kanunun değil, bir anayasa normunun bile pozitif hukukun üstünde yer alan ilkelere veya daha yüksek bir anayasa normuna uygunluğunu denetleyebileceğini ileri sürmüştür. Mahkemeye göre anayasadaki normlar içinde bir hiyerarşi vardır ve ayrıca doğal hukuk, mahkemenin kararlarında bir anayasa değişikliğinin denetlenmesinde kullanılabilir. Ayrıca mahkeme nadirde olsa anayasadaki pozitif kurallarla, doğal hukuk arasında çelişkinin olabileceğini belirtmiştir[6]. Cole, mahkemenin bu kararını nazi rejiminin pozitivistler tarafından tasdik edilmesine bir tepki olarak doğan, doğal hukukun yeniden canlanışı olarak nitelendirmektedir[7]. Kauper'de aynı görüşü paylaşarak bu kararın Hitler rejimine olan tepkinin aşırı bir ifadesi olarak nitelendirmektedir[8]. Şunu önemle belirtmek gerekir ki mahkeme bu denetimi yalnızca kurumsal bir olanak olarak kabul etmiş, fakat böyle bir denetime girişmemiştir. 1953 den sonraki gelişimde ise mahkeme anayasaya aykırı anayasa normu tartışmasına girmemeye çalışarak, Anayasanın temel ilkelerine önem veren bir yorum şeklini tercih etmiştir[9].

---

4 İtalya'nın Federal Devlet yapısına sahip olup olmadığı tartışmalıdır. Bu konuda bkz. Carl J. Friede rich. *Trends of Federalism İn Theory and Practice,* New York, Praeger, 1968, s. 142-144.

5 Taylor Cole, Three Constutional Courts: A Camparison, *The American Political Science Review,* L III, No. 4 (December, 1959), s. 967.

6 Mahkeme birçok kararlarında «süpra pozitif temel normlar», «doğal adalet», «adaletin temel postülatları», «objektif ahlâkın normları» gibi terimlere başvurmuştur.

7 Cole, l*oc. cit.*, s, 973.

8 Paul, G. Kauper, The Constitutions of West Germany and The United States : A comparative Study, Michigan law Review, C. 58, No. 8 (June, 1960), s. 1179.

9 Cole, loc. Cit., s. 973-74 Ayrıca bkz. Metin Kıratlı, Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Ankara, SBFY, 1968, s. 54-56. Metin Kıratlı, Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu), Ankara, SBFY, 1966, s. 101-105.

Amerika Birleşik Devletlerinde Federal Yüksek Mahkemenin yetkilerini üç gurupta toplayabiliriz: Bunlar Kongre tarafından hazırlanmış yasaların anayasaya uygunluğunu denetlemek, Federe Devletlerin yasama organları tarafından hazırlanan kanunların, Federal Anayasaya uygunluklarını kontrol etmek ve yürütme organının kanuna ve anayasaya uygun düşmeyen tasarruflarını hükümsüz saymaktır[10]. Amerika'da da Federal Yüksek Mahkemenin, bazı anayasa normlarının, daha yüksek bir anayasa normuna veya üstün bir hukuk ilkesine aykırılığını denetleyip denetleyemiyeceği sorunuda tartışılmıştır. Amerika Birleşik Devletleri Anayasasında değiştirme yasağı niteliğinde yalnızca bir tek açık hükme rastlıyoruz. Anayasa değişiklikleri ile ilgili olan beşinci maddenin son cümlesi Federe Devletlerin Senatoda eşit temsil edilmesi kuralının anayasa değişikliği yolu ile kaldırılamayacağını belirtmektedir[11]. Amerika'da bir takım hukukçular bunu gerçek bir sınırlama olarak kabul etmezler ve bu hükmün önce anayasa değişikliği yolu ile kaldırılabileceğini ve ondan sonrada üye Devletlerin Senatoda eşit temsil edilmelerine dair maddenin değiştirilebileceğini belirtmektedirler. Diğer bir takım hukukçulara göre ise, Anayasanın üstünde öyle bir takım ilkeler vardırki bunları değiştirmeye kalkışmak usul bakımından kuzursuz olsada, Anayasaya aykırıdır ve Yüksek Mahkemenin denetimine tabi tutulması gerekir[12].

Anayasa değişikliğinin geçerliliği sorunu ilk olarak onbirinci değişiklikle (Amendment) ilgili olarak Hollingsworth v. Virginia (1789) davasında öne sürülmüştür. Yüksek Mahkeme oybirliği halinde değişikliğin onaylanmasından itibaren yürürlüğe girdiğini, bu nedenlede mahkemenin yetkisinin bulunmadığını söylemiştir. Ayrıca bu davada değişikliğin başkanın onayına sunulmadan kabul edildiği ileri sürülmüşse de, mahkeme bunu da kabul etmeyerek başkanın vetosunun yalnızca adi kanunlar için söz konusu olabileceğini belirtmiştir[13].

Onbeşinci anayasa değişikliği sırasında da Yüksek Mahkeme Myers v. Anderson (1915) davasında anayasa değişikliğinin anayasaya aykırılığı iddiasını kabul etmemiştir. Asıl anayasa değişikliğinin anayasaya uygunluğunun denetimi sorunu on sekizinci değişiklikle daha büyük bir önem kazanmıştır. William L. Marbury ve taraftarları anayasa değişikliği adı altında anayasanın Federe Devletlere verdiği hakların ihlâl edilemiyeceğini söylemişlerdir. National Prohibition Cases (1920)

10 İlhan Arsel, *Amerikan Anayasası ve Federal Yüksek Mahkeme*, Ankara, AÜHFY, 1958, s. 19.

11 Değişikliği ilgilendiren beşinci madde aynen şöyledir: «Kongre, her iki meclis üyelerinin üçte iki çoğunluğunun gerekli görmesi halinde, bu Anayasada değişiklikler yapılmasını önerir; Federe Devletlerden üçte ikisinin yasama organlarının istemeleri halinde ise, Anayasada değişiklik önermek için bir Konvansiyon toplar. Her iki halde de bu değişiklikler, —Kongrenin önereceği onaylama biçimine göre— Federe Devletlerden dörtte üçünün yasama organlarının ya da her Federe Devletde bu amaçla toplanmış Konvansyonlarının dörtde üçünün onaylamasiyla, bu Anayasanın tamamlayıcı bir parçası olarak, her bakımdan ve her noktada geçerli olurlar. *Bununla beraber, 1808 yılından önce, birinci maddenin 9 ncu ayırımındaki birinci ve dördüncü şartlar üzerinde, ne nitelikte olursa olsun, hiç bir değişiklik yapılamaz ve hiçbir Federe Devlet, kendi muvafakati olmadan, Senato'daki diğer Federe Devletlerle eşit oy hakkından yoksun kılınamaz*» Server Tanilli, *Anayasalar ve Siyasal Belgeler*, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, Koll. Şti., 1976, s. 440.

12 Turhan Feyzioğlu, *Kanunların Anayasa Uygunluğunun Kazaî Murakabesi (Yabancı Memleketlerde ve Türkiye'de)* Ankara, SBFY. 1951, s. 231.

13 Robert, E. Cushman, Robert F. Cushman, Cases in constitutional law, 3. B., New York, Meredith Corporation 1968, s. 3.

(davalarında) yüksek mahkeme şekil bakımından yapılan itirazları kabul etmediği gibi, esasa ait olanlarıda reddetmiştir[14].

Onsekizinci ve ondokuzuncu değişikliklere yapılan bu itirazlarda anafikir, değişikliklerin yapılmasında belli bir sınırın olduğudur. Fakat Yüksek Mahkeme bu görüşe taraftar olmamıştır. Leser v. Garnet (1922) davasında Yüksek Mahkeme ondokuzuncu değişiklik hakkında ileri sürülen anayasaya aykırı anayasa değişikliklerini denetlemeyi kabul etmemiştir[15].

Kauper, Alman Federal Anayasa Mahkemesinin 1953 tarihli kararlarında işlenen doğal hukukun Amerika'lılar için şaşırtıcı olmadığını ve Federal Yüksek Mahkemenin ondördüncü değişiklikle konan due Process hükmü yolu ile temel hakları korurken doğal haklara ve doğal adalete başvurulduğunu söylemektedir[16]. Fakat yazara göre Yüksek Mahkemenin doğal haklara dayanarak, anayasal hükümleri denetleyebilme iddiası hiç görülmemiştir[17].

Avusturya Anayasa Mahkemesine gelince 12 Aralık 1952 tarihli bir kararı ile anayasa hükümlerinin anayasa üstü ilkelere göre denetlenemiyeceğini; çünkü böyle bir denetim için herhangi bir ölçütün yok olduğunu belirtmiştir. Fakat mahkeme teklif edilen değişikliğin anayasanın tümünün değişikliği niteliğinde olup olmadığını denetleme yetkisinin kendisinde olduğunu söylemiştir. Çünkü bu halde anayasanın 44 ve 140 ıncı maddelerine göre referanduma sunulması gerekmektedir. Avusturya Anayasa Mahkemesine göre, Anayasa Mahkemesi hem anayasanın bekçisi olmak, hemde doğrudan demokrasinin uygulanmasını sağlamak zorundadır[18].

İtalyan Anayasa Mahkemesi anayasa normları arasında herhangi bir hiyerarşiyi kabul etmemiş ve anayasa normlarını doğal hukuka dayanarak denetleme fikrini reddetmiştir[19].

Çağdaş anayasaları ve anayasa mahkemelerinin anayasa değişiklikleri konusundaki, tutumlarını gördükten sonra bizim Anayasa Mahkememizin ve doktrinimizin görüşlerini anlatmaya çalışacağız.

B — Anayasa Mahkememizin Anayasaya Aykırı Anayasa Değişikliklerinin Denetlenmesi Konusundaki Kararları ve Literatürümüzdeki Durum :

Anayasa Mahkememizi, anayasanın 68. maddesinin değiştirilmesi ve 11 geçici maddesinin kaldırılması hakkındaki 6.11.1969 günlü ve 1188 sayılı yasaya karşı, Türkiye İşçi Partisince açılıp iptal davasında verdiği 16.6.1970 tarihli kararla bu değişikliği biçim yönünden anayasaya aykırı bulup iptal ederken, anayasa

14 Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Clement E. Vose *Constitutional Change*, Toronto, Lexington Books, 1972, s. 69-99.

15 Bu mahkeme kararlarından ayrı olarak şu kararlarada bakılabilir. Hawke v. Smith 253 U.S. 221; 40 S. Ct. 495; 64 L. Ed. 871 (1920), Coleman v. Miller 307 U.S. 433; 59 S. ct. 972; 83 L. Ed. 1385 (1939) Bkz. Cushman, *op. cit.*

16 Amerikan Federal Yüksek Mahkemesinin anayasanın uygulanmasında doğal hukuka verdiği yer için bkz. İlhan Arsel, op. cit., s. 77-85.

17 Kauper, Loc. cit., s. 1179-1180.

18 Cole, *Loc. cit.*, s. 974

19 Ibid., s. 974. Hocaoğlu, op. cit., s. 165-167.

değişikliklerini yalnız biçim açısından değil, esas yönünden de denetleme yetkisini kendisinde bulmaktaydı[20]. Anayasa mahkemesinin bu kararından sonra hukukçular arasındaki tartışmalar yoğun bir hal aldı. Bir kısmı Anayasa Mahkemesinin tutumunu hukuka uygun ve ileri bir adım sayarken, bir kısmıda Anayasa Mahkemesinin böyle bir denetim yapamıyacağını ileri sürüyordu.

Anayasa Mahkememizin anayasa değişikliklerini de denetlemeye kendisini yetkili görmesi, biz hukukçuların yarattığı bir sorundur. Bu nedenden kendi yapımızın doğurduğu sorunların cevaplarını, yine kendi gayretimizle bulmak zorundayız.

Anayasa Mahkemesinin kararlarını incelemeye geçmeden önce yasal durumu inceleyip Anayasa Mahkemesine böyle bir görevin verilip verilmediğine bakmalıyız.

1. Yasal Durum :

1961 Anayasası 1924 Anayasanın değiştirilmesi sonucunda değil, Kurucu Meclisce hazırlanıp halk oylamasıyla kabul edilmiştir. 1924 Anayasasının değiştirilmesi sonucu meydana gelecek olsaydı, 1924 anayasasının 102. maddesine göre Millet Meclisi üye tam sayısının üçte biri tarafından teklif edilip, üçte iki oy çokluğuyla kabul edilmesi gerekecekti[21].

1961 Anayasasının hazırlanmasında önemli bir yer tutan ve Milli Birlik Komitesince kurulup İstanbul Bilim Komisyonunca hazırlanan Anayasa taslağında, Anayasanın değiştirilmesi ile ilgili 191. madde aynen şöyle demekteydi:

«Anayasada değişiklik yapılması aşağıda şekil ve şartlara bağlıdır :

Gerekçeli değişiklik teklifinin meclislerden herhangi birinin üye tam sayısının en az üçte biri tarafından imzalanması gerekir.

Bu teklif meclislerin üç ay ara ile bir arada toplanarak yapacağı iki görüşme sonunda Türkiye Büyük Millet Meclisinin üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ile uygun görülürse meclisler kendiliğinden dağılır.

Dağılmadan sonra kurulan yeni meclisler, en geç onbeş gün içinde bir arada yapacakları toplantıda evvelce uygun görülen değişiklik teklifini görüşerek olduğu gibi kabul veya ret şeklinde karara bağlar. Değişiklik teklifinin Türkiye Büyük Millet Meclisinin üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ile kabul edilmesi gerekir.

Millet Meclisi süresinin son yılı içinde, Anayasada değişiklik teklifi yapılamaz.

Türkiye Devletinin laik bir Cumhuriyet olduğunu ve bütünlüğünü gösteren hükümler değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif bile edilemez»[22]

---

20 E.1970/1, K. 1970/31, Kt, 16.6.1970. AMKD., S. 8, 313 (Eski baskı).

21 1924 Teşkilâtı Esasiye Kanununun 102. maddesi şöyleydi: «İş bu Teşkilâtı Esasiye Kanununun tadili aşağıdaki şeraite tâbidir». Tadil teklifi Meclis azayi mürettebesinin Lâakal bir sülüsü tarafından imza olunmak şarttır.
Tadilât, ancak adedi mürettebin sülüsan ekseriyeti âzası ile kabul olunabilir. İşbu kanunun şekli Devletin Cumhuriyet olduğuna dair olan birinci maddesinin tadil ve tagyiri hiç bir suretle teklif dahi edilemez.» Bkz. Tanilli, op. *cit., s.* 84.

22 Kâzım Öztürk, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Ankara C. I. Ajans Türk Matbaası, 1966, s. 80.

Ayrıca İstanbul Komisyonunca hazırlanan Anayasa taslağında Anayasa Mahkemesinin görevleri ile ilgili 170. md. de

«Anayasa Mahkemesi Anayasayı ve Anayasaya hâkim esasları korur» denmekteydi. Onar'a göre «Hukuk Devleti fikrinin ve inkilâplarının henüz yerleşmekte olduğu ve bunlara karşı bir takım reaksiyonların bulunduğu bir ortamda Anayasanın bu suretle korunması bir zaruretti»[23].

Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari İlimler Enstitüsünün Anayasa tasarısında da *«Türkiye Devleti laik, Demokratik, Sosyal ve Devrimlere bağlı bir cumhuriyettir»* hükmü ile, *«Egemenlik kayıtsız* ve *şartsız milletindir»* maddelerinde yazılı Cumhuriyet ve Milli Egemenlik prensiplerinin değişikliğinin önerilemiyeceği bile belirtilmekteydi[24].

1961 Anayasasının kabul ettiği değiştirme usulü ise 1924 Teşkilâtı Esasiye Kanununun aynısıdır. Aralarındaki tek fark 1961 de Türkiye Büyük Millet Meclisinin çift meclisli olmasından ileri gelmektedir. Madde 155'e göre «Anayasanın değiştirilmesi, T.B.M.M. üye tam sayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler ivedilikle görüşülemez. Değiştirme teklifinin kabulü, meclislerin ayrı ayrı üye tam sayılarının üçte iki çoğunluğunun oyu ile mümkündür.

Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü, 1. fıkradaki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tabidir»[25].

Anayasamızın 1. maddesindeki «Türkiye Devleti bir cumhuriyettir» hükmü, 9. maddedeki «Devlet şeklinin cumhuriyet olduğu şeklindeki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez» denerek korunmak istenmiştir.

Anayasa Mahkememizin görev ve yetkilerini belirten 147. md.

22 Eylül 1971 tarihli resmi gazete ile yayınlanarak yürürlüğe giren 1488 sayılı kanundan önce şöyle idi «Anayasa Mahkemesi kanunların ve T.B.M.M. İç tüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetler».

Anayasanın 9. maddesi, Temsilciler Meclisinde yapılan müzakereler sırasında üzerinde durulmuştur. Bu görüşmelerde Necip Bilge, Devlet Şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hükmün değişmezliğinin ifade edilmesini yeterli bulmamış ve dünyanın en sağcısından, en solcusuna kadar bütün diktatörlüklerin rejimlerinin Cumhuriyet olduğunu ifade ettiklerini belirterek, Cumhuriyetin nitelikleri olan Demokratik ve Laiklik ilkelerininde korunması gerektiğini söylemiştir. Alp Kuran'da Anayasaya karşı hile diye adlandırılabilecek bir duruma yol açmamak için 9. maddeninde değiştirilemiyeceği hükmünün konulması gerektiğini belirtmiştir[26].

23 Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları,* C. I ,3. B., İstanbul İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 209.
24 Öztürk, loc. cit., s. 383.
25 Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Eroğul, op.cit., s. 144-148.
26 Kâzım Öztürk, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası,* C. II, Ankara, Ajans Türk Matbaası, 1966, S. 1208-1209.

Komisyon sözcüsü Muammer Aksoy, bu görüşlere gönülden katıldığını, fakat Anayasaya bunu koymanın ulusun, egemenlik alanını daraltmak demek olduğunu ve Demokratikten başka Laikliğede, Sosyalliğe de bu hükmü teşmil etmek gerekeceğini ve bu yeni yasaklar halkasının da durmadan genişleyebileceğini belirtmiştir. Sözcü Demokrasiyi korumanın toplum içindeki sosyal ve siyasal kuvvetler ile Anayasanın diğer ilkelerinin bunu sağlayacağını belirtmiştir[27].

Celâlettin Kuralmen, Anayasa Mahkemesinin, 16.6.1970 tarihli kararında yazdığı karşı oy gerekçesinde yukarıdaki temsilciler meclisi görüşmelerine yaptığı göndermeyle 9. maddedeki değişmezlik ilkesinin yalnızca Devletin Cumhuriyet şekli hakkında konulduğu ve Anayasanın başka hiçbir maddesi için bu ilkenin ileri sürülemiyeceğinin, Anayasanın sözü ve özü ile ortada olduğunu belirtmiştir[28].

Onar'da, Anayasa değiştireceğinden seçimlerde bile bahsetmeyen ve çeşitli yollarla siyasal iktidarı ele geçirebilen bir partinin, üçte iki çoğunluğu kazanabilirse hertürlü Anayasa değişikliğini yapabileceğini üzülerek belirtmiştir[29].

1971 değişikliklerinden biride 147. maddede olmuş ve 147. madde «Anayasa Mahkemesi, kanunların ve T.B.M.M. İçtüzüklerinin Anayasaya, Anayasa değişikliklerininde Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler» şeklini almıştır. Bu maddenin değiştirilmesindeki gaye Anayasa Mahkemesinin yalnızca Anayasa değişikliklerinin Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygun bulunup bulunmadığı denetimine hasredip, esas yönden bir denetim yapmamasını sağlamak içindir[30].

Yasal durum bu olmakla birlikte Anayasa Mahkemesi Anayasa değişikliklerini Anayasanın 9. maddesine göre Devlet şeklinin cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez yolu ile bu değişmezlik ilkesini Anayasanın 1. ve 2. maddelerinde ve başlangıç bölümündeki temel ilkelerle belirtilmiş olan Cumhuriyet sözcüğünün ifade ettiği Devlet sistemi olarak anlar, yani esasın biçim olduğunu söyleyerek Anayasa değişikliklerini denetlerse ne olur? Bilindiği gibi, Anayasamızın 4. maddesinin son fıkrasının son cümlesine göre «Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz». Bu ilkenin ışığı altında İdare Hukuku terimleri ile konuşacak olursak Anayasa Mahkemesinin yaptığına yetki aşımı denir. Fakat yetki aşımını bizler idari makamın tasarruflarındaki sakatlığı belirtmek için kullanırız[31]. Öyleyse yargı organı kendisine tanınan yetki sınırları içinde kalmazsa ne olur?

---

27 *Ibid.*, s. 1209-1210.

28 E. 1970/1, K. 1970/31, K.T., 16.6.1970, AMKD., S. 8, s. 336 (Eski baskı).

29 Onar; loc. cit., s. 234.

30 Cumhuriyet Senatosu Tutanak Dergisi, C. 67, B. 115, (14 Eylül 1971). s. 595. Anayasamızın 147 md.sini değiştiren 1488 numaralı kanunun bu konudaki gerekçesinde «… Anayasanın sadece kanunlara ve içtüzüklere hasrettiği bir denetleme yetkisinin, Anayasa Mahkemesince, Anayasa değişikliklerine teşmil edilemiyeceği tabiîdir… Bu denetim yetkisini, Anayasa değişikliğinin, sadece teklif, müzakere ve kabul edilmesine ait anayasa hükümlerine uygun olarak yapılmış bulunup bulunmadığı noktasına münhasır olduğu, esasa teşmil edilemiyeceği… tespit olunmuştur.» denmektedir. Kâzım Öztürk, Son Değişiklikleriyle Gerekçeli Anayasa, Ankara, Bilgi Yayınevi, 1971.

31 îdare Hukukunda yetki aşımı genel bir sakatlık türüdür. İdari bir merciin konuda, yerde ve zamanda yetkisiz olduğu halde bir tasarrufta bulunması durumunu gösterir.

Bilindiği gibi yargı organının dışarıdan bir denetimi olamaz. Yargının denetimi ancak otokontrol sistemi ile olabilir. Çünkü dıştan denetim, ancak siyasal bir denetim olacağından bu Hukuk Devleti ilkesini temelden zedeler. Anayasa Mahkememizinde belirttiği gibi Hukuk Devletinin temel unsuru, bütün Devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olması ve bütün işlem ve eylemlerin yargı denetimine tabi olması demektir[32].

Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz: Yargının denetimi olamaz. Anayasa Mahkemesi kararları bağlayıcıdır. Anayasanın hükümlerini, Anayasa Mahkemesi yorumlar. Yalnız şunuda unutmamak gerekir ki Anayasa Mahkemesi kararları bilimsel yönünden tartışılabilir, eleştirilebilir ve tavsiyelerde bulunulabilinir. Bizim de dileğimiz, Anayasa Mahkememizin bu görüşünden vazgeçmesidir.

2. Anayasa Mahkemesinin Kararları:

Anayasa Mahkemesi ilk yıllarında Anayasa kuralları arasında hiyerarşi kuran bir görüş belirtmemiştir. Türkiye İşçi Partisi'nin ölüm cezasının yaşama hakkının özüne dokunduğunu gerekçesi ile açtığı davayı red ederken 11. maddenin 64. madde ile («Mahkemelerce verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar vermek T.B.M.M. yetkilerindendir»), ile birlikte düşünülmesi gerektiğini belirtmiştir[33].

Bundan sonraki kararlarında ise Anayasa Mahkemesi, hukuk kuralları arasında bir hiyerarşi kabul etmiş ve bu hiyerarşiyi kanun, Anayasa ve hukukun temel ilkeleri olarak anlamıştır. Mahkememizin doğal hukuk görüşünü benimseyen birçok kararları vardır. Bu kararların birinde aynen şöyle demekteydi: «*...kanunun da üstünde* kanun koyucunun bozamıyacağı temel hukuk prensipleri ve Anayasa vardır. Kanun koyucu bunlardan uzaklaştığı takdirde meşru olmayan bir tasarrufta bulunmuş olur»[34]. Anayasa Mahkemesinin hukukun temel ilkelerine dayanma eğilimi bir hayli güçlüdür. Alman Federal Anayasa Mahkemesinin «Süpra pozitif temel normlar,» «tâbi, adalet» «adaletin temel postülala,» «objektif ahlâk normları» gibi kıstaslarına bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensipler»ide eklemiştir. Bir kararında aynen şöyle demekteydi : «Kanunlarımızın, anayasanın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve *bütün uygar memleketlerde kabul edilen* prensiplerine uygun olması şarttır»[35].

Bülent Nuri Esen'inde belirttiği gibi yüksek mahkeme, Carre'de Malberg'den ve diğer pozitivist görüşlerden uzaklaşarak, Ihering'in ferdi hakkın Devletçe verilmiş bir şey olamıyacağı görüşüne yaklaşmaktadır[36].

32 E. 1963/124, K. 1963/243, K.T.; 11.10.1963, *AMKD* S. 1, s. 429. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin bu konuda yeni bir kararı için bkz. E. 1976/43, K. 1977/4, K.T: 27.1.1977 *R.G.* 21.4.1977 S. 15916, s. 10.

33 E. 1963/207, K. 1963/175, K.T: 1.7.1963, *AMKD*, S. 1, s. 363-364

34 E. 1963/124, K. 1963/243, K.T: 11.10.1963, *AMKD*, S. 1. s. 429

35 E. 1963/166, K. 1964/76, K.T: 22.12.1964, *AMKD*, S. 2, s. 291.

36 Bülent Nuri Esen, Anayasa Mahkemesine Göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı, Ankara, AÜHFY. 1966, s. 41-42.

Doktirinde Anayasada açıkça belirtilmemiş olmakla beraber kanunların Anayasaya uygunluğunun saptanmasında Anayasanın üstünde yer alan bir takım ilkelerinde esas alınması savunulmuştur. Bunu savunan yazarlara göre bu ilkelerin sayısı ve içeriği kesin olarak belirtilemez. Buna rağmen anayasaya uygunluğunun saptanmasında esas alınmalıdırlar. Bazı öyle durumlar olur ki Anayasanın metnine aykırı bir durum saptanmamakla birlikte, bu normların uygulanması adalet hissini zedeleyebilir. Bu görüşü savunan yazarlar ihtiyat payınıda koyarak, Anayasadan bir anlam çıkarmak mümkün olduğu sürece bu ilkelerede başvurmamak gerektiğini belirtmektedirler[37].

Anayasa Mahkememiz Anayasanın 155. maddesine göre Anayasayı değiştirirken, esas bakımından yetkisinin sınırı konusunda bir kararında şöyle diyordu: «Ancak Anayasanın bu maddesinde (değiştirilme) den söz edilmesi sebepsiz değildir. Bu maddeyi hazırlayan Kurucu Meclisin ve Anayasayı kabul ve (hürriyete, adalete, fazilete âşık evlâtlarının uyanık bekçiliğine emanet etmiş bulunan Türk Milletinin Anayasasının ve niteliklerini belirttiği hukuk Devletinin temelinden kaldırılması ile onun tam zıddı rejimlerin getirilmesini öngörmüş bulunduğu düşünülemez. 155. maddenin, Türk toplumunu, daha ileri uygarlık düzeyine çıkarmak için, Anayasanın ruhuna uygun değişmelere imkân sağlamak maksadıyla kabul edilmiş olduğu söz götürmez bir gerçektir. Ancak, Türk toplumunu geriletici temel hak ve hürriyetlere, Hukuk Devleti ilkesini yok edici, bir kelime ile, 1961 Anayasasının özünü ortadan kaldırıcı ve bu niteliği ile (değişiklik) olarak kabul edilmesi caiz olmayan ve Anayasanın devrilmesini öngören maksatların, sözü geçen 155. maddenin gölgesinde gerçekleştirilebilmelerini düşünmek mümkün değildir»[38].

Doktirinimizde bu görüş yanlısı olan yazarlar 155. maddenin verdiği yetkiye dayanarak türev kurucu bir organ niteliği ile bir değişiklik yapılırken yalnızca Anayasanın açık yasakları ile değil aynı zamanda ruhu ilede bağlı olduğu görüşünü savunmaktadırlar[39]. Onlara göre, bu biçim kuralları, yürürlükteki anayasal düzenin Anayasayı değiştiren bir yasa eli ile ortadan kaldırılmasını önlemek ve Anayasayı değiştirme yetkisinin kötüye kullanılmasını bertaraf etmek için öngörülmüşlerdir[40].

a) 1971 Değişikliğinden Önceki Anayasa Mahkemesi Kararları :

Anayasa Mahkememizin Anayasa değişikliklerini Anayasada gösterilen şekil şartlarına ve hemde esas yönden denetlemeye kendisini yetkili gördüğü ilk karar, daha evvelde belirttiğimiz 16.6.1970 tarihli karardır. Türkiye İşçi Partisi Anayasa Mahkemesinin, Anayasanın bir veya birkaç maddesini değiştiren bir kanun hakkında açılan iptal davasına bakmaya yetkili olduğunu söylerken şu gerekçelere dayanmaktaydı. Anayasalar pozitif hukuk düzeni piramidinin tepesinde yer alırlar. Doğal hukuk okuluna mensup olanlar ve sosyolojik okul ve Sosyal Dayanışma Okulu veya Viyana Okulu mensupları pozitif hukukun ötesinde ve üstünde bazı

37 Servet Armağan, *Anayasa Mahkememizde Kazaî Murakabe Sistemi,* İstanbul, İÜHFY, 1967, s. 120-122.
38 E. 1963/173, K. 1965/40, K.T: 26.9.1965. *AMKD*, S. 4, s. 329.
39 Kubalı, *op. cit.,* s. 104.
40 Rona Serozan, Anayasayı Değiştirme Yetkisinin Sınırları, *İÜHFY.,* C. 37, No. 1-4, 1972, s, 136.

temel ilkelerin mevcut olduğunu söylemektedirler. Bu temel ilkeler Anayasalara kaynaklık etmekte ve Anayasalar hukukî değer ve geçerliklerini bu temel ilkelerden almaktadırlar. Anayasaların başlangıç kısmında yer alan ilkeler ile Anayasalara eklenmiş bulunan bildiriler, Anayasaların bünyesi içinde hiyerarşinin tepesini meydana getirirler. Anayasanın bütünlüğü, düzenleyici nitelikteki hükümlerle diğer hükümlerinin baştaki bu ilkelere uygunlukları ile sağlanmaktadır[41].

Davacının gerekçesine göre, Anayasaların içerdiği hükümler hukuki değerleri ve hukuki güçleri bakımından bir hiyerarşi içindedirler. Anayasanın ikincil değerde olan maddelerinden biri değiştirilir ve değiştirilen madde Anayasanın temel ilkeleri ile çelişirse Anayasanın bütünlüğü ihlâl edilmiş olacağından, Anayasa Mahkemesi bu değişik maddeyi iptal etmek yetkisine sahiptir. Nasıl ki Anayasanın bazı maddelerini değiştiren kanun şekil bakımından iptal edilebilirse esas bakımından haydi haydi iptal edilebilmesi gerekir. Anayasanın 132. maddesinin 1. fıkrasındaki «Hakimler görevlerinde bağımsızdırlar. Anayasaya, kanuna, hukuka ve vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler» hükmündeki hukuk kavramı çağdaş hukuk anlayışını kapsamaktadır. Bu hukuk kavramı, pozitif hukuka kaynaklık eden, Doğal Hukuk, tarih, sosyal dayanışma ve Kelsen'in Grundnorm dediği üst kural niteliğindedir. 132. maddedeki vicdani kanaat kavramıda bu objektif verinin subjektifleşerek hakimin kesin kanaati haline gelmesinden ibarettir[42].

Anayasa Mahkemesi yasama organının Anayasayı değiştirme yetkisini, Anayasanın ruhuna ve sözüne uymak koşulu ile kullanabileceğini ve bu yetkinin uygun olarak kullanılıp kullanılmadığını Anayasa Mahkemesinin denetleyeceğini belirtmiştir. Mahkeme esas yönden kendini yetkili görürken Anayasanın 9. maddesindeki değişmezlik ilkesine dayanmış ve buradaki değişmezlik ilkesinin yalnızca Cumhuriyet sözcüğünü hedef almadığını belirtmiştir. Yüksek Mahkemeye göre «... 9. maddedeki değişmezlik ilkesinin amacının Anayasanın 1., 2. maddelerinde ve 2. maddenin gönderme yaptığı başlangıç bölümünde yer alan temel ilkelerle niteliği belirtilmiş, Cumhuriyet sözcüğü ile ifade edilen Devlet sistemidir. Bir başka değimle, 9. madde ile değişmezlik ilkesine bağlanan Cumhuriyet sözcüğü değil, yukarıda gösterilen Anayasa maddelerinde nitelikleri belirtilmiş olan Cumhuriyet rejimidir. Şu halde, sadece Cumhuriyet sözcüğünü saklı tutup, bütün bu nitelikleri hangi istikamette olursa olsun tamamen veya kısmen değiştirme veya kaldırma sureti ile 1961 Anayasasının ilkeleri ile bağdaşması mümkün olmayan bir başka rejimi meydana getirecek bir Anayasa değişikliğinin teklif ve kabul edilmesinin Anayasaya aykırı düşeceğinin ... açık olduğu ortadadır». Böylece Anayasa Mahkemesi Anayasa değişikliğini öngören kanunlar üzerinde Anayasanın 147. maddesine göre kendisine esas yönünden de denetim görevi düştüğünü kabul etmiştir[43].

41 E. 1970/1. K. 1970/31, K.T: 16.6.1970, AMKD, S. 8, s. 314.
42 *Ibid.*, s. 315-316.
43 «*Ibid.*, s. 323.

Yine Türkiye İşçi Partisi'nin açtığı Anayasanın 73. maddesinin değiştirilmesine ve Anayasaya geçici bir madde eklenmesine dair olan 1254 sayılı kanunun iptali davasında Anayasa Mahkemesi aynen «Anayasa değişiklikleri doğrudan doğruya Anayasanın metnine girdiği için denetleme görevi kapsamı dışında kaldığı ileri sürülebilirse de bu *değişiklikler Anayasanın 157. maddesi uyarınca halk oyuna sunulması sonunda kabul edilmesinden sonra yeni bir kanunla Anayasa bütünü içine sokulmuş bulunduğuna göre böyle bir değişikliğe yol açan kanunun denetim dışında bırakılması düşünülemez.»* demiştir. Yüksek Mahkemeye göre Anayasa düzeninin öyle temel kuruluşları ve kuralları vardırki bunlar *çağdaş uygarlığın gereklerine* aykırı hükümlere bağlanırsa Anayasal düzenin bütünlüğü bozulur. Anayasanın tam bir uyum içinde bulunan genel hükümlerinin, Anayasa değişiklikleri ile bozulması bir bütün teşkil eden hukuki yapıyı yıkar. Anayasa Mahkemesi 147. madde ile kendisine verilen görev ve yetkileri kullanarak azınlığı çoğunluğun egemenliğine karşı koruyabilmelidir. Bu nedenle Anayasa değişiklikleri esas yönünden de yargı denetimine tabidir[44].

b) 1971 Değişikliğinden Sonraki Anayasa Mahkemesi Kararları :

Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesinin bu kararları 147. maddenin 22 Eylül 1971 tarihli değişikliğinden önce verilmişti. 147. maddede bu konuya açıklık getirmek için «Anayasa Mahkemesi ... Anayasa değişikliklerini de Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler», biçimine sokuldu. Bir takım hukukçular Anayasanın değişik 147. maddesine göre Anayasa değişikliklerinin Anayasaya uygunluğunun denetlenmesinin önlendiğini böylece Anayasada sınır tanımadan yapılan değişikliklerin denetim olanağının ortadan kalktığını belirtmişlerdir[45].

Mehmet Ali Aybar ise değişiklikle ilgili olarak Millet Meclisinde yaptığı konuşmada Anayasa Mahkemesinin yaptığı bu denetimden korkulmaması gerektiğini belirterek Anayasanın içinde hiyerarşi olduğunu, Anayasanın ilkelerini ifade eden hükümleri ile uygulamayı ilgilendiren maddeler arasında fark olduğu, uygulamayı ilgilendiren maddelerin ilke maddelerine uygun olmak zorunda olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirttiğimiz kararlarını Dünyada atılan en ileri bir hukuk adımı olduğunu ileri sürmüştür. Aybar'a göre bu değişiklik Anayasa Mahkemesinin önüne götürüldüğü takdirde mahkeme tarafından iptâl edilecektir[46].

Değişiklikten sonra Anayasa Mahkemesi, Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesinin Devlet Güvenlik Mahkemelerinin kuruluş ve yargılama usulleri hakkındaki kanunun 1. ve 6. maddelerinin biçim ve esas yönlerinden Anayasaya

44 E. 1970/41, K. 1971/37, K.T. 13.4.1971, *AMKD*, S. 9 s. 428-429.

45 Halit Çelenk, Anayasanın İhlâli, *Cumhuriyet*, 4.2.1969.

46 «147. maddenin değiştirilmesi hakkında Millet Meclisinde ilk görüşme». *Millet Meclisi Tutanak Dergisi*, C. 17. B. 158, 29.8.1971, s. 510-512.
«147. maddenin değiştirilmesi hakkında Millet Meclisinde ikinci görüşme» *Millet Meclis Tutanak Dergisi, C.* 17, B. 162, 5.9.1971, s. 736-738. Ayrıca bkz. Mehmet Ali Aybar, *12 Mart'tan Sonra Meclis Konuşmaları*, Ankara, Sinan Yayınları, 1973, s. 191-200.

aykırı olduğu yolunda yaptığı itirazı incelerken «... Anayasada yer alan kimi kuralların yasa maddeleri içinde yinilenmesi onlara Anayasa kuralları niteliğini vermez» demiştir[47].

Anayasa Mahkemesi 147. maddenin değişmesinden sonra, Cumhuriyet Senatosunun üye tam sayısının altıda birini aşan sayıdaki üyeleri tarafından 15.3.1973 günlü 1699 sayılı yasayla Anayasayı değiştiren 30, 57, 136, 138 ve 148. maddeleri ile eklenen iki geçici maddenin iptal için açılan davaya bakmıştır. Davacılar iptal gerekçesinde Anayasanın 1. maddesinde «Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir» ilkesinin Anayasanın 9. maddesinin açık hükmüne dayanarak Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliklerini denetleme yetkisinin varolduğunu belirtmişlerdir. Örnek olarak Anayasanın 3. maddesinde yer alan «Başkent Ankara'dır» hükmünü değiştirmeden Anayasaya yeni bir madde eklenerek «Başkent İstanbul»dur hükmünün konulması, Anayasanın genel esaslarına ve ilkelerine aykırıdır. Anayasanın bir hükmüne dayanılarak çıkarılan bir kanunun diğer bir hükmüne dayanılarak iptal edilmesi, Türkiye Devletinin Hukuk Devleti olmasının bir sonucudur[48].

Anayasa Mahkemesi Anayasanın 147. maddesinde yapılan değişiklik ile Anayasa değişikliklerinin esastan Anayasaya uygunluğunu denetleme görev ve yetkisinin Anayasa Mahkemesinden alındığını belirterek Anayasaya esastan aykırı olduğu yolundaki iddianın incelenemiyeceğini söylemiştir. Yüksek Mahkemeye göre Anayasadaki biçim kuralları 155, 85, 91, 92 ve 9. maddelerdir. Mahkeme 9. maddeyi şu şekilde incelemiştir. «Anayasa Devlet yapısının temelidir. Devlet kuruluşlarının yapısı ve düzeni bu kuruluşların yetkileri, görevleri ve birbirleri ile olan ilişkileri ile karşılıklı durumları, Devlet ve kişilerin hakları ile ödevleri bu hukuksal yapının bütününü oluştururlar. Anayasa düzeni diye adlandırabileceğimiz bu yapının öyle kuruluşları ve hak ve ödevleri vardır ki bunların hukukun üstün kurallarına ve çağdaş uygarlığın oluşum ve gelişim süreci gereklerine aykırı düşen kimi hükümlere bağlanması sözü geçen düzenin bütünlüğünü bozabilir... Cumhuriyet denen Devlet şekli temel kuruluşları, hak ve ödev kuralları ile bir ilkeler topluluğudur... Devlet biçimini değiştirerek ortadan kaldıran ve onu hukuk alanında yer aldığı ve istendiği biçimde artık işlemez duruma sokacak olan bir Anayasa değişikliği yapılmasına olanak düşünülemez... Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez hükmü bu olanaksızlığı çok açık olarak göstermektedir»[49].

Anayasa Mahkemesine göre 9. madde önce bir değişmezlik ilkesi koymuş, sonra birde teklif yasağı getirmiştir. «... Değişmezlik ilkesinin sadece Cumhuriyet sözcüğünü amaç aldığı... onun dışındaki ilke ve kuralların değişebileceğini düşünmek bu ilke ile bağdaştırılamaz. Çünkü 9. maddedeki değişmezlik ilkesinin asıl amacı Anayasanın 1. maddesi ile 2 ve 2. maddesinin gönderme yaptığı başlangıç

47 E. 1974/35, K. 1975/26, K.T: 6.5.1975. AMKD, S.13, s. 497.
48 E. 1973/19, K. 1975/87, K.T: 15.4.1975 AMKD, S. 13, s. 404.
49 Ibid., s. 428.

bölümünde yer alan temel ilke ve kurallarla niteliği belirtilerek Cumhuriyet sözcüğü ile adlandırılan Devlet sistemidir»[50].

Anayasa Mahkemesine göre, Anayasa değişikliklerini teklif etmeyi düzenleyen hükümler biçim kuralı olduğuna göre, bunu yasaklayan kuralda biçim kuralıdır. Böylece Anayasa değişiklik teklifi değişmezlik ilkesi ile çelişirse, hiç yapılamayacak, yapılmış ise yürütülemiyecek, yürütülmüş ise, kabul edilip kanunlaşamıyacaktır[51].

Anayasa Mahkemesi bu davada bir tek Anayasanın 138. maddesinin 4. fıkrasının değişik, 4. maddesinde yer alan «ancak savaş halinde bu şart aranmaz» kuralını Anayasanın 9. maddesindeki biçim kuralına aykırı bularak iptaline karar vermiştir. Bilindiği gibi Anayasanın 138. maddesinin 4. fıkrası «Askeri Mahkemelerde üyelerin çoğunluğunun hakimlik niteliğine sahip olması şarttır. Ancak savaş halinde bu şart aranmaz» şeklinde idi. Yüksek Mahkeme 138. maddenin 4. fıkrasının son tümcesini Türkiye Cumhuriyetinin Hukuk Devleti olma niteliğine aykırı bulduğundan Anayasanın 9. maddesindeki değişmezlik ilkesine ve teklif yasağına ters bulmuş ve bu nedenle bu kuralın iptaline karar vermiştir[52].

Anayasa Mahkemesinin hukukçular arasında bu çok tartışmalı olan yolu seçerek, yani esasın biçim olduğunu söyleyerek, Anayasa değişikliklerini esastan denetlemesi bazı hukukçular tarafından övgü ile karşılanmıştır. Bunun nedeni ise 12 Marttan sonra yapılan değişikliklerin ve özellikle özgürlükleri ve yargı yetkisini kısıtlayan, olağanüstü mahkemelerin kurulmasına izin veren kurallardan bu yolla kurtulunabileceği inancıdır[53].

Türkiye'de Anayasa Mahkemsinin tuttuğu bu yolu tasvip edenlerin ana fikrini Muammer Aksoy şu paragrafında çok iyi dile getirmektedir : «Türkiye'de çoğulcu (plüralist) toplum yapısı henüz gelişmediğinden, baskı guruplarının rolü yok denecek kadar az olduğundan kamu oyu (sosyal güçler dengesi) demokratik uygulamaların —başlı başına— bekçisi ve garantisi olamıyacaktır. Bizde iktidarları demokratik yoldan gitmeye «özgürlüklere, özerkliklere, tarafsızlıklara, güvenliklere saygı göstermeye zorlayan etken» birinci plânda «Anayasal kurallar ve kurumlar» ve «Anayasal fren kuruluşlarının yetkileridir»[54].

Aksoy, Anayasa Mahkemesinin vardığı sonuca Anayasanın felsefesinden de ulaşabileceğimizi söyleyerek Anayasa koyucusu 155. madde kapsamına giren değişikliklerin rejim değişikliklerine veya Anayasanın özünün değiştirilmesine kadar gideceğini düşünseydi, bu değişikliklerin yapılmasını halk oyuna bağlardı demektedir. Yazara göre Anayasa Mahkemesi rejimin yok olmasına seyirci kalamaz. Zira aksini yaparsa kendi kendini iptâl etmiş olur[55].

---

50 Ibid., s. 429.
51 Ibid., s. 430.
52 Ibid., s. 448.
53 Muhittin Taylan, Anayasa Yargısının Sınırları, Cumhuriyet, 16.2.1977.
54 Muammer Aksov, *Devrimci öğretmenin Kıyımı ve Mücadelesi. C.* 2. Ankara, Orsel Matbaası, 1975, s. 1265. *Ayrıca* bkz. Ekrem Serim, Anayasayı Değiştirme Sorunu, *ABD,* Yıl 1977, S. l, s. 33-37.
55 *Ibid,*, s. 1263-1264.

Anayasa Mahkemesi 12.10.1976 tarihinde çok önemli bir karar verdi. 1971 de 12 Marttan sonra yapılmış olan birkaç olumlu Anayasa değişikliklerinden biri olan 38. maddenin 2. ve 3. Fıkralarını iptâl etti. 38. maddenin 2. ve 3. fıkraları kamulaştırma halinde mülk sahibine ödenecek karşılığın yükümlünün emlâk vergisi için bildirmiş olduğu vergi değerini aşamıyacağını belirtiyordu. Anayasa Mahkemesine göre kamulaştırma işlemi işin aslında mülkiyet hakkının özüne dokunan bir işlemdir. Kamulaştırmaya ancak kamu yararı amacı ile başvurulabilir. Bu halde de kişiler kamulaştırılan mallarının tam karşılığını almalıdır ki, mülkiyet hakkının özüne dokunulmasın ve Anayasanın 11 ve 36. maddelerindeki temel ilkelere ve Cumhuriyetimizin niteliği olarak Anayasanın 2. maddesinde belirtilen Hukuk Devletine aykırı bir durum ortaya çıkmasın. Anayasanın 38. maddesinin 2., ve 3. fıkraları taşınmazları kamulaştırılmış olanların mallarının gerçek karşılığı ödenmemek yolu ile, kamulaştırma görmeyen kişilerden daha fazla oranda kamu hizmetlerini yerine getirmeye zorlanmakta bu da Anayasamızın 12. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı bir durum yaratmaktadır. Ayrıca Anayasanın 39. maddesinde yer alan Devletleştirmede özel teşebbüslerin gerçek karşılığı ödenecek, 38. maddesinde ise vergi değeri ödenecektir. Kamu yararına dayanan benzer iki işlemin farklı çözümlere bağlanması Cumhuriyetimizin Demokratik Hukuk Devleti ilkesine aykırıdır. Emlâk Vergisi Kanununa göre ise vergi bildirimi beş yılda bir yapıldığı için taşınmazın malikleri fiyat artışları nedeni ile zarara uğrayacaklardır. Anayasanın «1488 sayılı yasa ile ……. 38. maddesine eklenmiş bulunan 2. ve *3.* fıkraların hükümleri., Anayasanın 2. maddesindeki Cumhuriyetin niteliklerinden bir bölüğünü bozucu ve zedeleyici etki taşıdığından 9. maddede yer alan «teklif edilmezlik» ve «değiştirilemezlik» ilkelerine aykırı bulunmakta ve böylece aynı maddedeki biçim kurallarına aykırı olarak yasallaştığı ortaya çıkmaktadır»[56].

Bu kararla ilgili basında birçok eleştiri çıktı. Bu eleştiriler doğrudan doğruya konumuzu ilgilendirmediğinden kısaca değineceğiz : Anayasa Mahkemesinin İptal kararında dayandığı gerekçe mülkiyeti yalnızca hak olarak değil, aynı zamanda ödevleride içeren bir bütün olarak ele alan modern mülkiyet anlayışına ters düşmektedir. Taşınmazlarının değerini yıllarca düşük göstererek vergi kaçıranlar, kamulaştırma sırasında Devletin karşısına yeni birtakım isteklerle çıkmaktadırlar. Kamulaştırma ve Devletleştirmenin, kamu yararı amacı ile getirilen kurumlar olması bunların birbirine paralel düzenlenmesini gerektirmez[57]. Anayasa Mahkemesinin kararına dayanak yaptığı ölçütlerden biride Emlak Vergisi Yasasıdır. Mahkemenin düşünce sistemi içinde kalınırsa, bir yasa hükmünün,

56 E. 1976/38, K. 1976/46, K.T: 12.10.1977, *R.G.* 20.1.1977 S. 15825, s. 7. Anayasanın değişik 38 inci maddesinin 2 nci ve 3 ncü fıkraların iptali için, 7 ay önce açılan davada Anayasa Mahkemesi işin esasını yine biçim yönünden incelemiş; fakat bu fıkraların Cumhuriyetin temel ilkelerini çiğnemediği sonucuna vararak 23.3.1976 tarihinde istemin reddine karar vermişti. Bu karar için bkz. E. 1975/167, K. 1976/19, K.T.: 23.3.1976 *R.G.* 12.8.1976, S. 15675

57 Nami Çağan, Anayasa Mahkemesi ve Kamulaştırmada Vergi Değeri, *AÜHF. Prof. Dr. Osman Fazıl Berki Armağanı,* Ankara 1977, (Ayrı Bası) 252-253.

Anayasa kuralının geleceğini saptadığı sanılabilinir. Sonuç olarak Anayasa bu kararda yasalara göre yorumlanmıştır. Bu sonucu ise hukukla bağdaştırmak olanağı yoktur[58].

Kamulaştırma karşılığı olarak vergi değerinin ödenmesiyle vergi kaçakçılığına karşı gerçekten etkili bir yol anayasal bir güvenceye kavuşturulmuşken, iptal karan ile bu kalkmış oldu[59].

Anayasa Mahkemesi kararlarına son vermeden önce, Anayasa Mahkemesinin 27.1.1977 tarihli kararınada değinmek istiyoruz. Danıştay 5. Dairesi Anayasanın 1488 sayılı yasa ile değişik 144. maddesinin 1. fıkrasında yer alan «Yüksek Hâkimler Kurulu, adliye mahkemeleri hâkimlerinin özlük işleri hakkında karar verir. Bu kararlar aleyhine başka mercilere başvurulamaz. Ancak disiplin ve meslekten çıkarma cezaları ile ilgili kararların bir defa daha incelenmesini, Adalet Bakanı veya hakkında karar verilen hâkim isteyebilir.» yolundaki kuralın Anayasanın 9. maddesine aykırı olduğunu ileri sürerek itiraz yolu ile iptalini istemiştir. İtirazın gerekçesine göre bu hüküm anayasanın 31. maddesinde yer alan, «herkes, meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir» kuralıyla çelişmektedir. Ayrıca İnsan Haklan Evrensel Beyannamesinin 8. ve 10. maddelerinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde hak arama özgürlüğü ilkesine daha geniş bir biçimde yer verilmiştir. Söz konusu fıkra ise bu nedenlerden Anayasanın Cumhuriyetin İnsan Hak ve Hürriyetlerine dayalı olduğunu belirten başlangıç bölümü ile 2. maddesinde gösterilen İnsan haklarına ve başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayalı bir Hukuk Devleti olma niteliğine aykırı bulunduğundan, Anayasanın 9. maddesinde bulunan değişmezlik ilkesine ve dolayısıyla teklif yasağına aykırı düşmektedir[60].

Anayasa Mahkemesi Anayasa değişikliklerine ilişkin tekliflerin herşeyden önce Anayasanın başlangıç bölümü ile 1. ve 2. maddelerinde yer almış bulunan ilkelerden en küçük bir sapmayı ve değişikliği öngöremiyeceğini belirterek, Cumhuriyetin temel ilkelerinden sapma nitelikleri taşıyan bir Anayasa değişikliğinin, hem teklif edilemiyeceğini, hemde yasama meclislerince kabul olunamıyacağını yine tekrarlamıştır. Mahkeme Anayasanın değişik 144. maddesini incelerken,

58 Fazıl Sağlam, Mevzuata Uygun Anayasa, *Cumhuriyet,* 17.3.1977. Ayrıca bkz. Yalçın Küçük, Anayasa Mahkemesinin Cumhuriyet İlkeleri, *Yürüyüş,* 1.2.1977, S. 95, s. 2-3.

59 Gerçek değeri esas alan 1961 Anayasasının 38. maddesi Yasama Organı tarafından, İstimlâk Kanununun gerçek değeri öneren 3. maddesi Anayasa Mahkemesi tarafından (E. 1972/53, K. 1973/16 K.T: 10.4.1973, AMKD. S. 11. s. 197-201) ve Anayasanın 38. maddesinin 2. ve 3. fıkrası yine Anayasa Mahkemesi tarafından yürürlükten kaldırıldığı ve yeni bir yasal düzenleme için Anayasa Mahkemesince süre verilmediğinden, bu konu ile ilgili hukuki düzenlemede bir boşluk doğmuştur. Bu boşluğun nasıl doldurulabilineceğı hakkında bkz. Çağan, *Loc. cit.,* s. 255. Aydın Aybay, Kamulaştırma ve Bir öneri, *Cumhuriyet,* 12.2.1977. Kenan Bulutoğlu, Kamulaştırmada Vergi Değeri. *Cumhuriyet,* 19.2.1977 Anayasa Mahkemesinin, Anayasanın 38. maddesinin 2. ve 3. fıkralarını iptal eden yukarıdaki kararın lehinde bir görüş için bkz. Nazlı Ilıcak, Anayasa Mahkemesi ve Komünizm, *Tercüman,* 1.2.1977.

60 E.1976/43, K.1977/4, K.T: 27.1.1977, R.G.21.4.1977, S. 15916, s. 3-4.

Yüksek Hâkimler Kurulunun üyelerinin yargıtayca seçilen Yargıtay üyelerinden oluşmasının, kararlarının yargı denetimi dışında bırakılmasını gerektirmiyeceğini, çünkü yargı denetiminin kendine özgü kuralları olduğu ve denetimin bu kurallara uygun olarak yapılması ve sonuçlandırılması gerektiğini belirtmiştir. Yüksek Mahkemeye göre söz konusu fıkra Türkiye Cumhuriyetinin insan haklarına dayanma niteliğini zedelemektedir. Ayrıca itiraz konusu kural yargı denetimini ortadan kaldırdığı için yargıçları hukuksal güvenceden yoksun bırakmaktadır. Bu özelliği ile de Hukuk Devleti ilkesine aykırıdır. Hukuk Devletinin ana ilkelerinden biri olan, kanun önünde eşitlik ilkeside zedelenmiştir. Bu nedenlerden Yüksek Hâkimler Kurulu kararlarına karşı yargı yoluna başvurmayı engelleyen «bu kararlar aleyhine başka mercilere başvurulamaz» tümcesi Türkiye Cumhuriyeti niteliklerinden olan insan hakları ve Hukuk Devleti ilkelerini bozmakta olduğundan, Anayasanın 9. maddesindeki «değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez» yasağının kapsamı içine girmektedir[61].

Anayasaya aykırı Anayasa değişikliklerini benimseyen hukukçuların bazısı da bir Anayasa kuralının dğer bir Anayasa kuralına aykırı olması halinde, bunun denetlenmesinin yasal olarak Anayasa Mahkemesine verilmediğinden Anayasa Mahkemesi Anayasaya aykırı olan bu kararları iptal etmeyecek, fakat, fiilen alt derecede olan bu aykırı kuralı uygulamıyacaktır. Bu suretlede hem mevzuata aykırı hareket edilinmemiş olacak, hem de makul olan bu görüş uygulanmış olacaktır[62]. Metin Kıratlı haklı olarak böyle bir yetkinin kabulü halinde, Anayasa Mahkemesinin bir Aanayasa hükmünü iptal etmesine hiçbir engel kalmıyacağını belirterek, bir Anayasa hükmünü Anayasa iradesi dışında saymakla onu iptal etmek arasında pratik bakımdan pek bir fark bulunmadığını söylemiştir[63].

Görüldüğü gibi 1971 değişikliğinden evvel Anayasa Mahkemesi, Anayasa değişikliklerini hem şekil hemde esas yönünden denetleyip, bu değişiklikleri iptal edebileceğini açıkça söylemiştir. 1971 değişikliğinden sonrada Anayasanın 9. maddesindeki değişmezlik ilkesinin amacını, niteliği Anayasanın 1. ve 2. maddelerinde ve Başlangıç bölümündeki temel ilkelerle belirtilmiş olan «Cumhuriyet» sözcüğünün ifade ettiği Devlet rejimi olarak anlamış ve her Anayasa değişikliğini bu açıdan denetleyebilirim demiştir. Bu yol esasın biçim olduğunu söyliyerek, Anayasa değişikliklerinin esas yönden denetlenmesidir. Bu görüşe taraftar olan hukukçuların görüşlerinide incelemiş bulunuyoruz. Bundan sonraki bölümde ise, Anayasa .Mahkemesinin bu görüşünü değerlendirmeğe çalışacağız.

61 Ibid., s. 8-11.

62 Armağan, Op. Cit., s. 124. Bu iddianın savunucularından biride Faruk Erem'dir. Erem'de aynı fikri savunarak Anayasanın zıt hükümlü olamıyacağını, bu nedenden de Anayasa Mahkemesinin bu iki çelişkili hükümden birini esas tutması gerektiğini belirtmiştir. Faruk Erem. Ön Mesele (Mesele-i Müstehire) Olarak Anayasaya Aykırılık İddiası, Ankara, 1962, s. 19.

63 Metin Kıratlı, Anayasa yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu), Ankara, AÜSBFY., 1966, s. 103.

III— SONUÇ: ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİNİN DENETLENMESİ SORUNUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Çağdaş Anayasaların ve Anayasa Mahkemelerinin, Anayasa değişikliklerini denetleme konusundaki tutumları, Alman Federal Anayasa Mahkemesinin bir kararı hariç, genellikle olumsuzdur. Amerikan Yüksek Mahkemesi Anayasayı değiştirme usulünü ufak tefek istisnalar hariç hukuksal denetim dışında tutmuş, bu konudaki yetkinin tümüyle Kongreye ait olduğunu kabul etmiştir. Örneğin iç savaştan sonra ayrılmaya çalışmış olan Federe Devletlerin, Kongre tarafından yeniden kendilerine tanınan haklara sahip olmak için 14. ve 15. değişiklikleri onaylamaları şart koşulmuştu. Yüksek Mahkeme bu gereği incelemeyi reddetmişti (White v. Hart 1872). Yüksek Mahkemenin değişiklikle ilgili olan en son kararı Coleman v. Miller (1939) dir. Bu kararda mahkeme onaylama için uygun sürenin ne kadar olacağı konusunda, bir karar verme sorumluluğundan kaçınmıştır. Bunlar Kongrenin karar vermesi gereken siyasal sorunlardır. Yüksek Mahkemenin dört üyesi, daha da ileri giderek, mahkemenin Dillon v. Gloss kararındaki değişikliklerin, uygun bir zaman içinde onaylanması gerektiği konusundaki iddialarının yetkileri dışında olduğunu, bu konudaki tüm yetkilerin Kongreye ait bulunduğunu söylemiştir[1]. Avusturya ve İtalyan Anayasa Mahkemeleri, Anayasa değişikliklerini denetleme konusunda kendilerini yetkili bulmamışlardır.

Demek ki, Anayasa değişikliklerini denetleme konusunda Anayasa Mahkememizin kararları, bu konuda gerçekten orijinal ve ilgi çekici bir özellik taşımaktadır.

Şunu da belirtmek isteriz ki, Anayasa değişikliklerinin denetlenmesi sorunu ile ilgili olarak literatürümüzde çıkan yazıların sayısı son günlerde artmış olmasına rağmen, bunların polemik yönü ağır basmaktadır, ikinci bölümde bu konuda çıkan yazıların hemen hepsini göstermiş bulunuyoruz. Bu ikinci bölümünde anılan yazılara ayrı bölüm ayırmayışımızın nedeni ise, biraz önce de değindiğimiz gibi bu yazıların polemik yönünün ağır basması ve çoğunlukla Anayasa Mahkememizin kararlarına ilişkin bulunmasıydı.

Türkiye'deki Anayasaya aykırı Anayasa değişikliklerinin denetlenip denetlenemeyeceği sorunu, bize Carl Schmitt ile Hans Kelsen arasındaki veya 18. yy. daki Pozitivistler ile Doğal Hukukçular arasındaki tartışmayı hatırlatmaktadır. Bilindiği gibi, Carl Schmitt, Montesquieu'yu izleyerek yargı organının hukuksal

1 C. Herman Pritchett, *The American Constitution*, 2.B., New York McGraw Hill Book Company, 1968, s. 35-36. Amerikan Yüksek Mahkemesi, bir Federe Devletin, Anayasadaki Cumhuriyet şekline uyup uymadığına, Anayasa değişikliği öngören bir teklifin usulüne uygun olarak onaylanıp onaylanmadığını, savaş durumunun devamını, yabancı devletlerin tanınması veya tanınmamasını ve diğer dış politika sorunlarını siyasal nitelikte sorunlar (Political Questions) sayarak denetlemekten kaçınmıştır. Yargıç Black'ın öncülüğünü yaptığı yargısal etkinlik (Judicial Activism) akımı, Yargıç Frankfurtel'in benimsediği yargı sınırları içinde kalınması (Judicial Restraint) anlayışına galip gelmiştir. *26* Mart 1962 tarihinde Baker v. Carr davası dolayısıyla Yüksek Mahkemenin verdiği karar etkinlik taraftarlarının görüşlerinin egemen olduğunu açıkça göstermiştir. Bugün kabul edilen görüş, Yüksek Mahkemenin tüm Anayasal sorunları cevaplandırabileceği yolundadır. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. *Pritchett op. cit.*, s. 167-177

karakterinden vazgeçmeden Anayasanın bekçiliğini yapacağını söylemekteydi. Yargı organına kanunları gereğinde Anayasaya aykırı bularak iptal etmek yetkisi verildiği an, bu yetki kanun koyucunun fonksiyonları ile karışır ve bu Schmitt'e göre yargının siyasallaşması, yasama organının zayıflaması ve yargıçlar Devletinin doğması demektir. Sonunda bu görüş, Schmitt'i en azından, Nazi Devletinin ilk dönemlerini tasvip etmeye kadar götürmüştür[2]. Hukuku yasama organının iradesi saymak ve bu yasama organının üzerinde başka hiçbir şey düşünmemek bizi geçmişte de sık sık görüldüğü gibi, her türlü diktatörlüğün kör bir tasdikcisi haline getirebilir[3].

Hans Kelsen ise, Devletin her türlü siyasal işleminin hukuksal yönü olduğunu söyleyerek, Schmitt'in yaptığı hukukla siyaset arasındaki ayrımı uygun bulmamaktadır. Kelsen, yasama ile yargı fonksiyonları arasında nicel farklılık hariç, başka esaslı bir farklılık görmemektedir, ikinci Dünya Savaşı öncesi Alman siyasal hukukunun ve Montesquieu'nun öğrentilerinin tersine siyasal Anayasa Yargısı müessesesini uygun bulmaktadır[4].

Anayasa Yargısı ile ilgili tartışmalar günümüzde değişik bir düzeye erişmiştir. Artık, Schmit ve Kelsen arasında veya Kaufmann ile Scheuner arasında olduğu gibi, Anayasa Yargısının soyut düzeyde tasvibi veya reddi yolundaki fikirlere rastlanmamaktadır. Tartışmaların odak noktası, Anayasa Yargısının derece ve kapsamının ne kadar olması gibi daha somut sorunlar meydana getirmektedir.

Anayasa değişikliklerinin yargı organınca denetlenmesi sorununun cevabı, siyaset ile hukuk arasındaki ilişkiye dayanmaktadır. Anayasa Mahkemeleri diğer mahkemelerden yargı alanlarını siyasete uzatmakla ayırılırlar. Anayasa Mahkemeleri siyasal olaylarla hukuksal çekişmeler olarak ilgilendiklerinden, hukuk, ceza ve idare mahkemelerinden çok farklıdırlar. Anayasa Hukukunun, Medeni, Ceza, İş, idare Hukuku veya diğer hukuk dallarından en temel farkı, siyasal sorunlar burada hukuksal çekişmelerin ve kararların objesi haline gelmektedir. Bu nedenle Anayasa Hukuku Devletler Hukuku gibi, kelimenin tam anlamıyla siyasal hukuktur. Anayasa Mahkemeleri siyasal nitelikteki konuları, yargı denetimine tabi tuttuklarından zaman zaman da sert eleştirilere uğramaktadırlar[5].

Leibholz, hukuk ve siyaset sorunlarını değişik bir açıdan incelemiş, ve hukukî ve siyasal sorunlar arasında bir iç gerginliğin, yapısal bir çatışmanın var olduğu sonucuna varmıştır. Uzun dönemde bu gerginlik ortadan kaldırılamaz. Bu gerginliğin nedeni, siyasetin esasının dinamik ve irrasyonel güçlerle ilişki halinde

2 Fritz Nova, Political Innovation of the West German Federal Constitutional Court: The State of Discussion on Judical Review, APSR. Vol. LXX, No. 1 (March 1976) s. 114'dan C. Schmitt, Verfasungslehre (1928: rpt. Berlin: Duncker und Humblot, 1934) s. 185, No. 1.

3 Mümtaz Soysal, Dinamik Anayasa Anlayışı, Anayasa Diyalektiği üzerine Bir Deneme, Ankara, SBF yay., 1969, s.4.

4 Nova, *Loc. cit.,* s. 115'den Kelsen, in discussion on «Wesen und Entwicklung der Staasgerichtsbarkeit», *Ve r effetttlichungen der Vereini- gung der Deutschen Staatsrechts Lehrer,* 5 (1929) s. 119.

5 Gerhard Leibholz, *Politics and Law,* Leyden, , A. W. Sythoff, 1965, s. 271 - 272. Tuncer Karamustafaoğiu, Anayasa Yangısının önemli Sorunları, Ankara, *AÜHF. Derg,,* C. XXV, No. 3-4, (1968 ayrı bası), s. 93.

bulunmasından doğmaktadır. Bu güçler sosyal ve siyasal hayatı değişmekte olan şartlara kendilerini uydurma ve alıştırma çabasındadırlar. Buna karşılık hukuk, temel yapısı olarak statik ve rasyonel olup siyasal alandaki canlı güçleri frenleme isteğindedir. Bu bahsettiğimiz çelişki, Anayasa Hukukunun temel özelliğini ortaya çıkarmaktadır[6].

Leibholz, saf siyasal çekişmelerle, hukukî-siyasal nitelikteki çekişmeleri ayırmakta ve bunlardan saf siyasal nitelikte olanların Anayasa Mahkemelerinin yetkileri dışında olduğunu söylemektedir. Siyasal çekişmeler, hukukî-siyasal çekişmelerden farklı olarak, hukuk kurallarına göre kararlaştırılamazlar. Hukukî-siyasal sorunlarda iç gerginliğin çatışması ortadan kaldırılabildiği halde, saf siyasal sorunlarda buna olanak yoktur. Saf siyasal sorunları, Anayasa yargısının içine sokmak onların siyasal niteliğini ortadan kaldırmaz[7]. Anayasa Mahkemelerinin hiçbir şekilde şüpheye düşemiyeceğimiz Anayasa değişiklikleri gibi, saf siyasal sorunlarla ilgilenmesine olanak yoktur. Eğer Anayasa Mahkemesi Yargıçları bu tip sorunları kendi yetkileri içinde görmekte İsrar ederlerse, bu siyasete bir yarar sağlamadan yalnızca, Anayasa Yargısına büyük zarar verir.

Bilindiği gibi, Anayasa Mahkememiz, Anayasa'nın 9 uncu maddesindeki «Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu şeklindeki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez» hükmünden hareketle, bu değişmezlik ilkesinin amacının, Anayasanın 1 ve 2. maddelerinde ve başlangıç bölümündeki temel ilkelerde belirtilmiş olan «Cumhuriyet» sözcüğünün ifade ettiği Devlet sistemi olarak anlamıştır. Dolayısıyla da Anayasa Mahkemesi her Anayasa değişikliğinin Cumhuriyetinin temel ilkelerine uygunluğunu denetleyebilme yetkisini kendisinde görmüştür[8]. Çalışmamızın yasal durum kısmında da söylendiği gibi, bu sonuca ne temsilciler Meclisi tartışmalarından ne de Anayasa metninden varılabilir. Anayasa Hukukunda Cumhuriyet sözcüğünün anlamı, yönetimin irsi

6 Leibholz, *Op. Cit.*, s. 273.

7 *Ibid.*, s. 275. Leibholz'un saf siyasal sorunlar dediğini. Amerikan Yüksek Mahkemesinin geliştirdiği «Political Questions» veya «Political Clause» kavramıyla karıştırmamak gerekir. Çünkü, Yüksek Mahkeme, Anayasal Yargı Denetimine tabi tutulabilecek olan hukukî-siyasal çekişmelerle, bu nitelikleri taşımayan saf siyasal çekişmeler arasındaki temel farklılığı görememiştir. Amerikan Yüksek Mahkemesinin «Political Question» doktrini kıta Avrupası hukukçuları tarafından bu nedenle kak bul edilemez. Yüksek Mahkemenin siyasal nitelikte sorunlar dedikleri bizdeki «hükümet tasarrufları»nı hatırlatmaktadır. Bkz. Karamustafaoğlu, *Loc. Cit.*, s. 94-95.

8 Marbury 1919 yılında bizim Anayasa Mahkememizin savunduğu bu görüşü, A.B.D. açısından sas vunmuştu. Marbury'ye göre ABD. Anayasasının 5. maddesinin «... hiçbir Devlet, kendi muvafakati olmadan Senatodaki diğer Federe Devletlerle eşit oy hakkından yoksun kılınamaz hükmü. Anayasa değiştirme yetkisini esas yönden de sınırlıyordu. Anayasayı değiştirme yetkisi, Anayasayı yok etme yetkisi olarak anlaşılamaz diyen Baltimore'li tutucu avukat «Federal Woman's Amendment» ile «National Prohibition Amendment», Anayasaya aykırı buluyordu. Bkz. William L. Marbury. The Limitations upon the Amending Pawer, *Harvard Law Review* C. XXXIII, No. 2 (Aralık 1919) s. 233-235. Marbury'ye karşılık, Frierson ise Anayasa değişikliklerini denetleme yetkisinin Yüksek Mahkemede olmadığını, bu yetkinin Federe Devletlerle daha doğrusu, Kongre'de bulunduğunu ve bundan da daha iyi bir çözümün de bulunamayacağını söylemiştir («It is hardly conceivable that three forths of the states will ever agree to a change in the fundamental law which will, to any essential extent deprive a State of its sovereignity»). Bkz. Wm. L. Frierson, Amending the Constitution, *Harvard Law Review,* XXXIII, No. 5 (Mart 1920) s. 660.

olarak geçişini yasaklayan bir Devlet şeklinden ibarettir. Bu terime daha başka bir takım nitelikler yüklemek bize, biraz fazla zorlama gibi gelmekte[9]. Almanya'da da Anayasa Mahkemesinin yasa koyucu tarafından açıkça amaçlanmamış bir şekilde yorum yapamayacağı kabul edilmiştir. Hukuksal emniyet, devamlılık ve adaletin sağlanması için, Alman Federal Anayasa Mahkemesi, kanun koyucuya çoğunlukla geniş bir serbesti alanı bırakmaktadır. Alman Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun ancak Anayasa tarafından açıkça sınırlandığı hallerde, denetim yetkisini kullanmayı uygun bulmuştur.[10]

Leibholz, Anayasadaki kurallara taşıdıkları anlamlardan daha geniş anlamlar vermenin yargıcı ister istemez siyasetle ilgili kararlar vermesine neden olacağını belirtmektedir. Yargının kendi sınırları içinde kalması gelecekte belirli sınırları aşmamak koşuluyla, hukuksal etkinliği kuracağını söylemektedir[11]. Bizce de Anayasadaki kelimelere taşıdıkları anlamlardan daha geniş anlamlar yüklemek pek doğru bir yol gibi gelmemektedir. Yukarda da söylediğimiz gibi, Anayasamızın 9. maddesinin amacı, birinci maddesindeki «Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir» hükmünü korumaktadır. Eğer Anayasa koyucusu, 2. maddeyi ve 2. maddenin gönderme yaptığı Başlangıç Bölümünün de değiştirilmezliğini isteseydi, bunu açıkça belirtirdi.

Anayasa Mahkememiz, Anayasa hükümleri arasında bir hiyerarşi olduğu yolundaki görüşleri benimser görünmektedir. Bizce Anayasa hükümleri arasında herhangi bir hiyerarşi olamaz. Bir hakkı belirten Anayasa hükmü ile, onu sınırlayan hüküm, aynı hukuksal değeri taşır. Anayasa Mahkememizin yukarda belirtilen bir kararında[12] ölüm cezasını Anayasaya aykırı bulmama nedenlerinden biri de bu idi. İşin aslında, ölüm cezasının yaşama hakkının sadece özüne dokunduğu değil, tümüyle ortadan kaldırdığı çok açık bir şekilde bellidir. Anayasa hükümleri arasında herhangi bir hiyerarşi olamaz örneğin, Türkiye Devleti lâik bir Devlettir, fakat bu lâiklik, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın genel idare içinde yer aldığı bir lâikliktir. Bu nedenlerden biz, Anayasa maddeleri arasında hiyeraraşi kuran görüşlere katılamıyoruz.

Kendi içinde değişebilirliğini öngören bir Anayasanın, açıkça yasakladığı istisna dışında (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası md. 9) bazı hükümlerinin de değişmez olduğunu söylemek pozitif bir temele dayanmaz. Erdoğan Teziç'in de belirttiği gibi, kurucu iktidar Anayasanın değiştirilebileceği kuralını açıkça koymuştur. Bunun da istisnası yine Anayasayla belirtilmiştir. Bu istisnanın genişlemesine hukukça olanak yoktur[13]. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, Anayasanın 155.

---

9 Aynı görüş için bkz. Cem Eroğul, *Anayasayı Değiştirme Sorunu, (Bir Mukayeseli Hukuk incelemesi)*, Ankara SBF yay. 1974 s. 168.

10 Nova, *Lic. Cit.*, s. 123 (bu konuda Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararlan için bu makaleye bakılabilir).

11 Leibhelz, *Op. Cit,,* s. 301. Ayrıca bkz. Edward Mc. Whinney, Judicial Restraint and the West Gera man Contitutional Court, *Harvard Law Review, C.* 75, No. 1 (1961-1962) s. 19.

12 1963/207, K. 1963/175, K.T. 1.7.1963, AMKD D., s.1, S. 363.

13 Erdoğan Teziç, Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İstanbul, İÜHF. yay., 1972, s.134.

maddesindeki şekil şartlarına uyulmak koşuluyla yukarda belirttiğimiz istisna dışında Anayasanın değiştirilemeyecek hiçbir hükmü yoktur.

Şimdiye kadar bu konuda hiçbir hukukçunun dikkatini çekmeyen bir sakınca daha vardır. Bilindiği gibi, Anayasamızın 151. maddesine göre bir davaya bakmakta olan mahkeme bir kanunun hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, davayı Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar geriye bırakır. Anayasa Mahkemesi işin kendisine gelişinden başlamak üzere, 6 ay içinde kararını verir. Eğer bu süre içinde karar verilmezse, mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını kendi kanısına göre çözümleyerek davayı yürütür. Şimdi, Anayasa değişikliklerinin Anayasaya aykırılığı da Anayasa Mahkemesince denetlendiğine göre, bir davaya bakmakta olan mahkeme, böyle bir iddiayı eğer Anayasa Mahkemesinin kararı 6 ay içinde gelmezse, kendi kanısına göre çözümleyerek davayı yürütecektir. Görüldüğü gibi herhangi bir mahkeme yalnızca bir kanunun hükümlerinin Anayasaya aykırılığını incelemekle kalmamakta, Anayasa değişiklikleri gibi çok önemli bir konuda da bunların Anayasaya aykırılığını denetleyebilecektir. Ge- reğinde Anayasa değişikliklerini Anayasaya aykırı bulabilecektir. Hernekadar verilen bu kararların olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı olacağı düşünülürse de, bunun sakıncaları açıktır. Bizim temennimiz, bu durumlarda Anayasa Mahkemesinin hiç olmazsa işin kendisine gelişinden sonraki 6 ay içinde kararını vermesidir.

Anayasa Mahkememizin 12.10.1976 tarihli Anayasanın 38. maddesinin 2 ve 3. fıkraları hakkında verdiği kararında da[14] görüldüğü gibi, Anayasanın 147. maddesinin 1. fıkrası hükmünün zorlanılarak ulaşılan bu yorum, siyasal ve toplumsal yapıda önemli değişiklikler yapmayı düşünen siyasal iktidarların karşısına nasıl büyük bir engel olarak çıkacağını açıkça göstermiştir. Mahkememizin bu tutumu çok tehlikelidir; çünkü sonunda halkın oylarıyla kurulmuş bir parlamentonun elindeki değiştirme yetkisini hiçe indirebilir. Anayasa Mahkemesindeki 15 Yargıç, Cumhuriyetin temel niteliklerini belirli bir yönde yorumluyor diye o tutuma aykırı düşen tüm anayasa değişiklikleri iptal edilecek ve bu alanda ulusumuz kendi temsilcileri eliyle de olsa Anayasayı değiştirme yetkisini kullanamayacaktır[15].

Anayasa Mahkemesinin 20 Eylül 1971 değişikliğinden sonra, Anayasa değişikliklerini esas yönden denetlemesi olanağı yoktur. Anayasa Mahkememiz bunun da çaresini bulmuş ve «Cumhuriyetin temel ilkeleri»ne aykırı düştüğü söylenen değişiklikleri, 9. maddedeki değişmezlik kuralına biçim yönünden aykırı sayabileceğini söylemiştir. Bu esasın biçim olduğunu söylemektir. Bu tutum belki de, ilerde Anayasa Mahkemesiyle Parlamento arasında açık bir tartışmaya neden olabilir. Bu sonuçtan ise, zararlı çıkacak herhalde Anayasa Mahkemesi olacaktır. Yasama ile Yürütme Organının birleştiği bir konuda Anayasa Mahkemesinin kendi yorumundan fazla ısrar edemeyeceği, yapılan gözlemler sonunda ortaya çıkmış-

14 1976/38, K. 1976/46, K.T. 12.10.1976, R.G. 20 Ocak 1977. S. 15825.

15 Mümtaz Sosyal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, 3.B., İstanbul, 109 Soruda Cüzîsi, 1976, s. 218-219.

tır. Anayasa Mahkemesi, kendi yorumunda daha fazla israr ederse, ya Anayasa değiştirilmekte ya da Anayasa Mahkemesi Yargıçları değiştirilmektedir[16]. Anayasa Mahkememiz, Anayasa değişikliklerini de denetlediğine göre, çıkacak bir çatışma, her halde, daha şiddetli olacaktır.

Anayasa Mahkemesi, Anayasanın kuralları arasında çelişki de olsa, Anayasanın metnine ve ilkelerine göre yorum yapmak zorundadır. Anayasamızın yorumlanmasında, Anayasadan çıkarılabilecek ilkeler hiç de olumsuz ilkeler sayılamaz. Anayasadaki en temel ilke, kendi ilkelerinin ve kurumsal dengelerin ötesinde, Anayasa bekçiliğini halka dayandırmak istemesidir. Anayasamız, Anayasalarla meydana getirilen hukuki teminat kurumlarının ne kadar ustaca olursa olsun yeterli olamayacağının ve «... asıl teminatın vatandaşların gönüllerinde ve iradelerinde yer aldığı»nı söylemektedir[17]. O halde, Anayasamız için önemli olan, halkın bilinçlenmesine, örgütlenmesine ve serbestçe yarışmasına olanak sağlayıcı kurumların işletilmesi ve bunları engelleyecek sosyal yapının değiştirilmesidir.

16 Tanenhaus, Joseph, Judicial Review, *International Encyclopedia of the Social Sciences,* C, 8, Derleyen David L. Sills, Mc. Millan Co., 1968, s. 303.

17 Münci Kapanı, *Kamu Hürriyetleri,* 5B., Ankara, AÜHF. yay. 1976 s. 316. Münci Kapani, T.C. Anayasasının Başlangıç Kısmındaki bu cümlenin yalnızca «süslü bir retorik formülü değil, fakat sosyolojik bir gerçeğin ifadesi olarak» görmektedir.

BİBLİYOĞRAFYA

AKSOY, Muammer : *Devrimci Öğretmenin Kıyımı ve Mücadelesi,* Ankara, Orsel Matbaası, 1975.

ARMAĞAN, Servet : *Anayasa Mahkememizde Kazaî Murakabe Sistemi,* İstanbul, İÜHFY, 1967.

ARSEL, İlhan : *Amerikan Anayasası ve Federal Yüksek Mahkeme,* Ankara, AÜHFY, 1958.

AYBAR, Mehmet Ali : *12 Mart'tan Sonra Meclis Konuşmaları,* İstanbul, Sinan Yayınlan, 1973.

AYBAY, Aydın : Kamulaştırma ve Bir Öneri, *Cumhuriyet,* 12.2.1977.

BAOHOF, Otto : *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?* Tubingen Mohr (Paul Siebeck), 1951.

BULUTOĞLU, Kenan : Kamulaştırmada Vergi Değeri, *Cumhuriyet,* 19.2.1977.

COLE, Taylor : Three Constitutional Courts: A Comparison, *The American Political Science Review,* C. LIll, No: 4 (December, 1959).

CONDRAD, D. : Limitation of Amendment Procedures and the Constituent Power, *The Indian Year Book of International Affairs,* Madras, (1966- 67), 1970.

CUMHURİYET SENATOSU : «147. Maddenin Değiştirilmesi Hakkında Cumhuriyet Senatosunda İlk Görüşme», *Cumhuriyet Senatosu Tutanak Dergisi, C.* 67, B 115 (14 Eylül 1971).
«147. Maddenin Değiştirilmesi Hakkında Cumhuriyet Senatosunda İkinci Görüşme», *Cumhuriyet Senatosu Tutanak Dergisi,* C. 67, B 116 (20 Eylül 1971).

CUSHMAN, Robert E. ye Robert F. Cushman : *Cases in Constitutional Law,* 3. baskı, New York, Meredith Corporation, 1968.

ÇAĞAN, Nami : Anayasa Mahkemesi ve Kamulaştırmada Vergi Değeri, *AÜHF, Osman Fazıl Berki Armağanı* (Ayrı bası), 1977.

ÇELENK, Halit : Anayasa'nın İhlali, *Cumhuriyet,* 4.2.1975.

EROĞUL, Cem : *Anayasayı Değiştirme Sorunu,* (Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi), Ankara, SBFY, 1974.

ESEN, Bülent Nuri : *Anayasa Mahkemesine Göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı,* AÜHFY., 1966.

FEYZİOĞLU, Turhan : *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi (Yabancı Memleketlerde ve Türkiye'de),* Ankara, SBFY, 1951.

FRIEDRICH, Carl J. : Trends of *Federalism in Theory and Practice* New York, Praeger, 1968,

FRIERSON, Wm. L. : *Amending The Constitution, Harvard, Law Review,* C. XXXIII, No: 5 (Mart 1920).

HOCAOCLU, Şeref A., İsmet Ocakcıoğlu : *Anayasa ve Anayasa Mahkemesi (Kanunların Anayasaya Uygunluğun Yargısal Denetimi},* Ankara, Ayyıldız Matmaası, 1971.

ILICAK, Nazlı : Anayasa Mahkemesi ve Kominizm, *Tercüman,* 1.2.1977.

KAPANI Münci : *Politika Bilimine Giriş,* Ankara, AÜHFY, 1975.

KAPANI, Münci : *Kamu Hürriyetleri, 5.* baskı, Ankara, AÜHFY, 1976.

KARAMUSTAFAOĞLU Tuncer : Anayasa Yargısının Önemli Sorunları, *AÜHFD,* C. XXV, No: 3-4 (1968 Ayrı bası).

KAUPER, Paul G. : The Constitutions of West Germany And The United States: A Comparative Study, *Michigan Law Review,* C. 58, No: 8 (June 1960).

KIRATLI, Metin : *Alman Federal Anayasa Mahkemesi,* Ankara SBFY, 1963.

KIRATLI, Metin : *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu},* Ankara, SBFY, 1966.

KUBALI, Hüseyin Nail : *Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar, ve Siyasi Rejimler, İstanbul,* IÜHFY, 1971.

LEIBHOLZ, Gerhard : *Politics and Law,* Leyden, A. W. Sythoff, 1965.

MARBURY, William L. : The Limitations, Upon The Amending Power, *Harvard Law Review,* C. XXXIII, No: 2 (Aralık 1919).

McWHINNEY, Edvard : Judical Restraint and The West German Constitutional Court, *Harvard, Law Review* C. 75, No: 1 (1961-62).

MİLLET MECLİSİ : «147. Maddenin Değiştirilmesi Hakkında Millet Meclisinde Ilk Görüşme», *Millet Meclisi Tutanak Dergisi,* C. 17, B. 158, (29.8.1971).
«147, Maddenin Değiştirilmesi Hakkında Millet Meclisinde İkinci Görüşme «*Millet Meclisi Tutanak Dergisi,* C. 17, B. 162, (5.9.1971).

NOVA, Fritz : Political Innovation of The West German Federal Constitutional Court; The State of Discussion on Judicial Review *The American Political Science Review,* C. LIXX, No. 1 (Mart 1976).

ONAR, Sıddık Sami : *İdare Hukukunun Umumi Esasları,* C. 1, 3. B., İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1966.

ÖZTÜRK Kâzım : *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası,* Ankara, Ajans Türk Matbaası, 1966.

ÖZTÜRK Kâzım : Son *Değişiklikleri İle Gerekçeli Anayasa* Ankara, Bilgi Yayınevi, 1974.

PRITCHETT, C. Herman : *The American Constitution,* 2 .B., New York, McGraw-Hill Book Company, 1968.

SAĞLAM, Fazıl : Mevzuata Uygun Anayasa, *Cumhuriyet,* 17.3.1977.

SAN, Coşkun : *Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri,* Ankara, AİTİAY, 1974.

SERİM, Ekrem : Anayasayı Değiştirme Sorunu, *ABD,* Yıl 34, S. 1, 1977.

SEROZAN, Rona : Anayasayı Değiştirme Yetkisinin Sınırları, *İÜHFD,* C. 37. No: 1.4.1972.

SOYSAL, Mümtaz : *Anayasanın Anlamı,* 3 .B., İstanbul, 100 soruda dizisi, 1976.

SOSYAL, Mümtaz : *Dinamik Anayasa Anlayışı (Anayasa Diyalektiği Üzerine Bir Deneme),* Ankara, SBFY, 1969.

TANENHAUS Joseph : Judicial, Review, *The International Encylo- . pedia of the Social Sciences,* der, Davit L. Sills, Macmillan Co., 1968 (Cilt 8).

TAYLAN, Muhittin : Anayasa Yargısının Sınırları, *Cumhuriyet,* 16.2.1977.

TEZİÇ, Erdoğan : *Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı,* İstanbul, İÜHFY, 1972.

VOSE, Clement E. : *Constitutional Change,* Toronto, Lexington Books, 1972.

WHEARE, K. C. : *Modern Constitutions,* 3. B., London, OPUS, 1975.

(16. Makale - 1977)

Dr. Artun ÜNSAL

*Yüksek Mahkeme Yargıçlarımızın Toplumsal Kimlikleri Üzerine Bazı Veriler**

---

* Artun Ünsal, "Yüksek Mahkeme Yargıçlarımızın Toplumsal Kimlikleri Üzerine Bazı Veriler", Amme İdaresi Dergisi, Yıl 1977, Cilt 10, Sayı 3, 73-89.

YÜKSEK MAHKEME YARGIÇLARIMIZIN TOPLUMSAL KİMLİKLERİ ÜZERİNE BAZI VERİLER (*)

(Dr. Artan ÜNSAL*)

GİRİŞ

Özellikle A.B.D. de, 1920'lerden bu yana Federal Mahkemelerin ve Amerikan Yüksek Mahkemesinin (Supreme Court) verdikleri kararlar üzerine çeşitli incelemeler yapılmaktadır. Bu arada, «davranışçı» yaklaşımdan yana olan bilim adamlarının büyük bir bölümü yüksek mahkeme yargıçlarının bireysel özellikleri, yani ailelerin ekonomik ve eğitsel düzeyi, dinleri, doğdukları bölgeler ve gittikleri okulların yanısıra, yaşları, mesleksel deneyimleri ve siyasal eğilimleri ile verdikleri kararlar arasında bir ilinti olup olmadığını araştırmaya büyük önem vermektedirler [1].

Bu tür çalışmaların ilk başlatıldığı ülke olan A.B.D.'de federal yargıçların kariyerden gelme zorunluluğu olmadığı ve baştaki siyasal yöneticilerce atandıkları göz önünde bulundurulursa, toplumsal kimliklerin verilen kararların daha gerçekçi bir biçimde değerlendirilmesinde bir ölçüde ışık tutucu olması beklenebilir. Yargıçların tutum ve davranışlarının, yaptıkları yorumsal tercihlerin bir bakıma yalnız uygulamayla yükümlü bulundukları hukuk kurallarının çizdiği sınırlarla değil, aynı zamanda içinde doğup büyüdükleri ailelerinin, yakın çevrelerinin, daha sonra da okudukları okulların ve burada kendilerine verilen eğitimin ve ileride de mesleksel deneyim ve meslekdaşlarıyla olan etkileşimleri sonucu benimsedikleri toplumsal değerlerle de belirlenmesi bir yerde kaçınılmazdır[2]. Kısacası, karar verme sürecinde ve sonrasında içinde yaşadıkları toplumun egemen değerlerinden etkilenecekler, sırasında kamuoyu veya baskı grupları, sırasında siyasal iktidarın itiş, destek veya tepkisi ile karşı karşıya kalacaklardır.

Yargıçların da «insan» oldukları sık sık söylenegelir. Bir Amerikalı yargıç, John H. Clarke, yıllar önce şöyle diyordu: «Heyhat, hepimiz toprak ananın basit çocuklarıyız, yargıç cübbesi giyenlerimiz bile...»[3]. Gerçekten de, yargıçlar belirli

---

* Özel durumları nedeniyle, askeri yüksek yargı organlarımızda görevli subay yargıçlarımız araştırma kapsamına alınmamıştır.

* (Artun ÜNSAL S.B.F.'de Öğretim üye yardımcısıdır).

1 Bkz. SCHUBERT, Glendon, «Judical Behavior: A Reader in Theory and Research, Chicago; Rand McNally, 1964;
— SHUBERT, Glendon, «Judical Behavior». International Encyclopedia of the Social Sciences, New York: McMillan and the Free Press, 1968, Vol. VIII, s. 307-314.

2 GOLDMAN, Scheldon and JAHNIGE, Thomas P.-, The Federal Court as a Political System, New York: Harper and Row, 1971;
— ABRAHAM, Henry J., The Judicial Process, New York: Oxford University Press, (Second Edition), 1968.

3 Nakleden ABRAHAM, a.g.e., s. 322.

çevrelerden gelmekte, belirli toplumsal değerlerden etkilenmekte, kısacası belirli bir töresel, siyasal, sosyal ve ekonomik dünya görüşüne sahip olmaktadırlar.

Öte yandan yargıçların zaten hiç bir zaman «yansız» olmadıklarını ve olamıyacaklarını ileri sürenler de var: Bir kez, yasalar toplumdaki belli bir güçler dengesini yansıtır. Yasalar yansız değillerdir ki, yargıçlar da yansız olabilsin. Örneğin, ünlü İngiliz siyasal bilimcisi Harold J. Laski «Mahkemelerin hergün yaptığı şey, yürürlükte bulunan ve amaçları düzenin çıkarlarını korumaya yönelik kuralları uygulamaktır. İcat ettikleri güzel sözler, keşfettikleri ilkeler aslında içinde yaşadıkları toplumda egemen sınıfların isteklerine uygun düşecek şeylerdir. Burjuva bir devlette burjuva adaletini, komünist bir devlette ise komünist adaletini bulursunuz» dedikten sonra, yargıçlar için de şunu ekliyordu: «Yargıçlar da bizim gibi insan olduklarından, tıpkı öteki insanlar gibi, egemen düşünce sisteminin bir parçasıdırlar ve ondan etkilenirler»[4].

Özetle, hukuk kurallarının içeriğinin belli bir toplumun belli bir döneminde ekonomik sisteme egemen olanların istek ve gereksinmeleri ile belirlendiğini vurgulayan görüşler, yargıç bağımsızlığını ve yansızlığını ancak göreceli olarak ele alınabileceğini savunuyorlar.[5]. Oysa, daha çok yargıçların davranış biçimlerine eğilen ve kararlarının gerisinde yatan çeşitli öğeleri açığa çıkartmak isteyen araştırıcılar ise, konuyu siyasal rejim sorunundan soyutlayarak, daha alt düzeyde ele almakta ve ilgilerini belli bir «küçük grup» analizine dayandırarak, yargısal kararların daha çok sosyo-psikolojik öğeleri üzerinde odaklanmaktadırlar[6].

Ne var ki, yarım yüzyılı aşkın bir geleneği olan, hatta Polonya gibi sosyalist blok üyesi bir ülkenin bilim adamlarının bile ilgisini çeken[7], bu tür araştırmaların vardıkları sonuçlar oldukça sınırlıdır. Örneğin, bu tür araştırmaların önde gelen isimlerinden biri olan Scheldon Goldman yaptığı son çalışmasının bulgularını açıklarken oldukça kötümser görünmekte ve yargıçların ayırdedici özelliklerine ölçüt olarak aldığı çeşitli öğeler (yaş, din, siyasal eğilim, daha önceki avukatlık, yargıçlık veya savcılık deneyimleri ile çeşitli konularda (Ceza, Medenî, İş, Özel Ekonomi, Kamu Ekonomisi, Kamu Mâliyesi, Siyasal liberalizm, Ekonomik liberalizm, vb.) verdikleri kararlar arasında anlamlı bir neden-sonuç ilişkisi görmediğini itiraftan kaçınmamaktadır[8]. En çok anlamlı korrelasyonu federal yargıçların siyasal eğilimleri ile ekonomik ve sosyal konularda aldıkları

4 LASKI, Harold, J., Studies in Law and Politics, London: George Allen and Unwin Ltd., 1932, s. 278-279.

5 Sovyet Hukukçusu Vladimir TOUMANOV, Pensêe Juridique Borugeolse Contemporalne Moscou: Les Editilons du. Progrês, 1974, adlı yapıtında «burjuvan» «marksist» yaklaşımların arasındaki temel farkları ortaya koyuyor. Ayrıca, Devlet'in «araçsal» olup olmadığı konusundaki güncel tartışmalar için bkz. MILIBAND Ralph, POULANTZAS, Nicos ve LACLAU, Ernesto, Kapitallst Devlet Sorunu, (Çev. Yasemin Berkman), İstanbul: Birikim Yayınları, 1977.

6 Bkz. GROSSMAN, Joel B., «The Supreme Court and Social Change», American Bahavioral Sclentist, Vol. 13, (1970), s. 535-551.

7 Örneğin: KüRCZEWSKI, Jacek, «The Penal Attltudes and Behaviour of the Professlonal Judges», The Pollsh Soclologial Bulletin, Vol. 23, (1971), s. 121-129.

8 GOLDMAN, Scheldon, «Voting Behaviour on the US courts of Appeals Revisited», The American Political Science Review, Vol. LXIX, (1975), s. 491-506,

yargısal kararlar arasında olduğunu saptayan araştırmacının ülkesi A.B.D.'de yargıçların siyasal iktidar tarafından, kendi eğilimlerine yakın olan kişiler arasında atandıklarını bir kez daha yineliyelim. Gerçi, eski A.B.D. Başkanlarından Harry S. Truman'ın da değindiği gibi, «Yüksek Mahkemeye atadığınız bir kişi artık dostunuz olmaktan çıkar»[9] ve belli bir bağımsızlığa kavuşur. Uzun süre görevde kalacak bir yüksek yargıçın verdiği kararlarda siyasal etki altında kalma şansı bir ölçüde azalacaktır. Ancak, kişisel sosyalleşme sürecinden, başka bir deyişle, sınıfsal köken ve değerlerinden bütünüyle sıyrılamayacağı da açıktır. Yargıçların bireysel özellikleri ile görüşleri arasında anlamlı bir neden -sonuç bağı olmadığına az önce değinilmişti. Ayrıca yapılan son araştırmalar, yargıçların karar verme sürecinde birbirlerini çeşitli yollardan etkilediklerini ve salt bireysel özelliklerin ise sanıldığınca önemli olmadıklarını, yargıçlık rollerini değişik biçimlerde algılarken bazen bireysel özelliklerine tümüyle zıt düşen yönlerde görüş belirttiklerini ortaya koymaktadırlar[10].

YÜKSEK YARGIÇLARIMIZIN TOPLUMSAL KİMLİKLERİNİN ÖNEMİ

Türkiye'de yüksek yargı organlarının, özellikle Anayasa Mahkemesinin, verdiği kararlarla yargıçların toplumsal kökeni karşılaştırıldığında anlamlı bir neden-sonuç ilişkisinin ortaya çıkmasının zor olacağını halen yürüttüğümüz başka bir çalışmanın ilk sonuçlarından çıkardığımızı umuyoruz: Yargıçlarımızın verdikleri çelişkili kararlar ve karşı oylarında bu izlenime varmak olası gibi gözüküyor. Başka bir deyişle, yüksek yargıçlarımızın karar verme süreçlerinde salt bireysel özelliklerinden çok, içinde yaşadıkları toplumun genel evriminden ve çalkantılarından daha etkilendikleri kanısındayız. Bu varsayımımızı sınamak az önce sözü edilen çalışmanın konusudur. Şimdilik bu konuda herhangi bir genellemeye gitmenin acelecilik olacağını da hemen ekliyelim.

Tüm bu bilimsel sınırlılığına karşın, gene de yüksek yargıçlarımızın toplumsal kimliklerinin bilinmesinde sanırız yarar vardır:

a) Ülkemizde yargıçların, Batı ülkelerinde genellikle rastlanılan olgunun dışında, daha çok «orta halli» çevrelerden geldikleri herkes tarafından bilinmektedir. Bununla beraber, ilerki yıllarda yüksek yargıçlarımız arasında yapılacak daha kapsamlı araştırmalar için elimizdeki veriler bu yargıçlarımızın toplumsal kökeninde herhangi bir evrim olup olmadığını açığa çıkartılmasında bir ölçüt olabilir.

b) Öte yandan, yüksek yargıçlarımız gerek yaş, gerek kıdem, gerekse saygınlık yönlerinden alt mahkeme yargıçlarımıza oranla farklı bir toplumsal konum içindedirler. Örneğin, Yargıtay'ın bazı kararlarının alt kademelerde görevli genç yargıçlarının yasal yorumlarından çok farklı olduğu herkesçe bilinmektedir. Bu nedenle, elimizdeki veriler yüksek mahkeme kararlarına daha gerçekçi bir biçimde yaklaşmamızı kolaylaştırabilir.

9 Nakleden TOCHE, John P., and LEVY, Leonard W., The Judiciary, New York: Harcourt, Brace and World Inc., 1964, s. 7.

10 Bkz. GOLDMAN and JAHNIGE, a.g.e., s. 171-200.

c) Yüksek yargıçlarımızın, örneğin A.B.D. veya İngiltere'nin tersine, büyük bir çoğunlukla yalnızca meslekden gelen yargıçlar arasından seçildiklerini biliyoruz[11].

Uzun yıllar bürokrasinin özel bir kesimi olarak yargıçlık görevinde bulunmuş ve Devlet yönetimi geleneğinin bir parçası yargıçlarımızın, özellikle Danıştay'ın, son dönemlerde siyasal iktidarla gözle görülür bir sürtüşme içine girmiş olmasının nedenlerine de, bir ölçüde, yüksek yargıçlarımızın toplumsal kimliği ışık tutabilir sanırız.

Ülkemizde son yıllarda çeşitli kesimlerde, Frederic W. Frey'in Parlamenterlerimiz üzerinde) rinde artık klâsikleşmiş çalışmasının[12] yanısıra, örneğin bir siyasal parti üyeleri ve yöneticileri[13], ordumuzda görevli bir bölüm subay ve astsubay[14], bürokrasi[15], mülki idare amirleri[16], kamu kesiminde üst düzey yöneticileri[17] ile ilgili çeşitli çalışmalar yapılmıştır. Elimizdeki veriler, yüksek yargıçlarımızın Devlet hizmetinde bulunan öteki gruplardan farklı bir toplumsal kimliğe sahip olup olmadıklarını gösterebilir ve, en azından, ileride yapılacak araştırmalar için bir karşılaştırma yapılmasını kolaylaştırabilir.

Yüksek yargıçlarımızın toplumsal kimliği konusunda Alev Coşkun'un 1966/67 yılları arasında Danıştay üyeleri arasında yaptığı ve sonuçlarını 1970 yılında yayınladığı[18] çalışma karşılaştığımız ilk denemedir. Ayrıca, Gencay Şaylan'ın az önce atıfta bulunduğumuz (Bkz. dipnotu 15) çalışmasında bürokratlar arasına Danıştay üyelerini de dahil ettiğini ve bu kişilerin köken ve tutumlarına ilişkin bir çok bilgi verdiğini hemen ekliyelim. Öte yandan, Mine Tan'ın Gaziantep avukatları arasında yaptığı bir monografik çalışmayı, yargıç olmasalar bile, hukuk adamları olarak dikkate alma olanağı vardır[19].

Biz de 1976 başında Anayasa Mahkemesi ve 1977 başında da Yargıtay üyeleri arasında bir anket uygulama olanağını bulduk[20]. Anayasa Mahkemesinin

---

11 Danıştay üyeleri halen Anayasa Mahkemesi Üyeleri tararından seçilmektedir. Az İleride de görüleceği gibi (Bkz. dipnotu 37) eski general veya genel müdürlerin Danıştay üyeliğine seçilebildikleri açıktır. İkinci aşamada aynı kişilerin Danıştay kontenjanından Anayasa Mahkemesine üye seçilebilme olanağı bulunmaktadır. Öte yandan, Anayasamızın 145. maddesi de Sayıştay Üyelerinin yanısıra, üniversitelerde hukuk, iktisat ve siyasal bilimler alanında en az beş yıl öğretim üyeliği veya 15 yıl avukatlık yapmış adaylara da üyelik kapısını ilke olarak açık tutmaktadır. Bkz. dipnotları 32 ve 33.

12 FREY, Frederic W., The Turkish Political Elite, Cambridge: The M. I. T. Press, 1965.

13 ÜNSAL, Artun, «TİP Yönetim Kurullarının Sınıfsal Yapısı», Ant. (Nisan 1971), s. 54-69.

14 KIŞLALI, Ahmet, T., «Türk Ordusunun Toplumsal Kökeni üzerine Bir Araştırma»., S.B.F. Dergisi, Cilt XXIX, (1974), s. 89-105.

15 ŞAYLAN, Gencay, Türkiye'de Kapitalizm, Bürokrasi ve Siyasal İdeoloji, Ankara: T. O. D. A. İ. E. Yay., 1974.

16 FİŞEK, Kurthan (Editör), Türkiye'de Mülki İdare Amirliği, Ankara, Türk İdareciler Derneği Bilimsel Araştırma Dizisi, No. 1, 1976.

17 CEM, Cemil, Türk Kamu Kesiminde Üst Düzey Yöneticileri, Ankara: T. O. D. A. İ. E. Yay., 1976.

18 ÇOŞKUN, Alev, «Danıştay Üyeleri Üzerinde Bir inceleme», Amme İdaresi Dergisi, Cilt 3, (1970), s. 118-136.

19 TAN, Mine, Meslek Olarak Hukukçu ve Siyasette Hukukçu, Ankara: T. O. D. A. İ. E, Yay., 1972.

20 Gereken kolaylığı esirgemedikleri İçin Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Kâni Vrana ve Yargıtay

o dönemde görevde bulunan az sayıdaki [21] üyelerinin tümü sorunlarımızı cevaplamışlardır. Oysa, çok kalabalık bir kadroya sahip olan ve hatta üyelerinin herbirine bir çalışma odası bile sağlıyamıyan Yargıtay'da üye ve üye yardımcılarının tümüyle görüşmek pek kolay olmayacaktı. İki yüzü aşkın üye ve yardımcıları arasından en az 50'sinin cevap vereceğini umuyorduk. Gelen cevaplar 65'i buldu. İlk ağızda anketimizi doldurmaya isteklilerin dışında, öteki üyeleri bir bir bulup soru kâğıdımızı cevaplarını istemek aylar alacağından bu sayıyla yetindik. Kaldı ki, tüm üye ve üye yardımcılarının yüzde 30'a yaklaşan bölümünün cevap verdiği geniş bir evrene ilişkin bulgularının bize güvenilir ip uçlan sağlıyacağını düşünüyorduk.

Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'da sürdürdüğümüz anketin sonuçlarını, Coşkun'un az önce sözü edilen çalışmasından alınan bazı tablolarla birlikte vermeye ve Danıştay yargıçları ile de bir karşılaştırma yapma olanağını sağlamaya çalıştık. Böylece, örneğin Danıştay üyeleri ile Yargıtay üyelerinin kendi dallarındaki farklı hukuksal sorunlara, yaklaşımda da farklı gözüken tutumlarının[22] bir ölçüde toplumsal köken, mezun olunan okul ve mesleksel deneyimleriyle de ilişkili olup olmadığını araştırabilirdik.

1. YÜKSEK YARGIÇLARIMIZIN İLK ÇEVRELERİ

Bu başlık altında yargıçlarımızın çocukluklarını geçirdikleri aileleri ve oturdukları bölgelere ilişkin bazı temel verileri bir araya getirebiliriz.

A — Ailelerin Ekonomik Düzeyi

Ülkemizde kamu hizmetinde görev alanların çoğunun orta gelir düzeyinde ailelerden geldikleri ve genellikle memur çocukları olduğu bir çok araştırmada ortaya konmuştur. Yargıçların içinde doğup büyüdükleri ailelerin ekonomik düzeyinin bu olguyu bir kez daha yansıttığı görülmektedir:

Başkanı Sayın Cevdet Menteş'le birlikte, sorularımızı cevaplayan her iki yüksek yargı organımız üyelerine burada bir kez daha teşekkür ederim.

21 Millet Meclisi ve Senato uzun bir süredir Anayasa Mahkemesinin boş bulunan 2 üyeliğine bir türlü seçim yapamadığından denek sayımız 20 yerine 18'de kalmıştır. Kaldı ki, bu çok küçük sayının cevap yüzdelerini de kolaylıkla değiştirdiğini görebiliyoruz. Daha kapsamlı bir araştırma çerçevesinde, Anayasa Mahkemesinde önceki yıllarda görev almış ve emekliye ayrılmış tüm üyelere ilişkin verilerin çok daha güvenilir olacağı açıktır. Elimizdeki olanakların bizi ancak şu anda görevli yargıçlarımıza soru sormaya yettiğini bir kez daha yineliyelim. Anayasa Mahkemesinde bu güne dek görev almış ve halen görevli bulunan tüm yargıçlarımızın sayısı 47 dir. Elimizdeki 18 üyeye ilişkin verilerin de tüm evrenin % 38'ini kapsadığını ve bu nedenle belirli bir güvenirliğe sahip olduklarını kabul edebiliriz.

22 Gerçekten de, yüksek yargıçlarımızın önlerine gelen hukuksal anlaşmazlıkların da içerik yönünden farklı hukuk dallarına İlişkin olduğunu bir kez daha yineliyelim: Vatandaş ile İdare arasındaki bir anlaşmazlıkla, İki kişi arasındaki bir özel hukuk anlaşmazlığı veya bir yasanın Anayasaya uygunluğunun araştırılması Danıştay, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi yargıçlarının farklı hukuk dallarıyla uğraşmalarını doğal olarak beraberinde getirmektedir. Oysa örneğin, İdare Hukuku bir yerde «yargıç hukuğu» olarak belirlenirken, Özel Hukuk veya Ceza Hukuku dallarında Yargıtay üyelerine tanınan yorum yetkisi çok daha sınırlıdır.

Ekonomik düzey	Danıştay Üyeleri[23]		Yargıtay Üye ve Üye yardımcıları		Anayasa Mahk. Üyeleri	
	Sayı	%	Sayı	%	Sayı	%
Fakir	2	2.7	4	6.2	1	5.6
Orta halli	59	81.1	55	84.6	15	83.3
Zengin	8	10.8	6	9.6	2	11.1
Cevap yok	4	5.4	—		—	—
Toplam	73		65		18	

Tablo : 1

Aslında, yüksek yargıçlarımızın geldikleri ailelerin ekonomik olanaklarına ilişkin daha somut sorular sorulabilir ve o günün koşullarına göre gerçek gelir düzeyleri araştırılabilirdi. Ne var ki, gerek aradan uzun yılların geçmiş olması, gerekse halkımızın genellikle gelir düzeylerine ilişkin soruları cevaplamada isteksizliği bilindiğinden, kaba taslak bir sıralamayla yetinilmiş ve yargıçlarımızdan kendi ailelerini bunun içine yerleştirmeleri istenmiştir. Anayasa Mahkemesi üyeleri arasında gelir düzeyleri yüksek ailelerden gelenlerinin oranının, sınırlı da olsa, en yüksek düzeyde bulunması, ileride Tablo 2 ve 3'de de görülebileceği gibi, genellikle Cumhuriyet öncesi koşulları içinde, varlıklı taşra ailelerinin çocuklarını Devlet hizmetine girmeye bugünden daha çok teşvik etme eğilimine sahip olmaları varsayımıyla bir ölçüde açıklanabilir sanırız. Öte yandan, yüksek yargıçlarımızın büyük bir bölümünün ailelerini «orta halli» olarak tanımlamaları, Devlet hizmetine girme olanak ve isteğinin en çok bu kesimde bulunduğunu bir kez daha belirlerken, daha alt düzeydeki gelir gruplarından gelenlerin henüz çok sınırlı bir oranda kaldıklarını gösteriyor[24]. Yargıçlarımızın baba meslekleri de bu izlenimimizi doğrular niteliktedir:

B — Baba Meslekleri

	Danıştay Üyeleri[25]		Yargıtay Üye ve Üye yardımcıları		Anayasa Mahk. Üyeleri	
	Sayı	%	Sayı	%	Sayı	%
Memur	39	55.7	35	53.8	7	38.8
Çiftçi	6	8.6	12	18.5	5	27.8
Tüccar	5	7.1	5	7.7	4	22.2

23 ÇOŞKUN, a.g.m., s. 131.

24 Bu konudaki bulguların bir özeti için bkz. KAZANCI, Metin, Yönetimde Halkla İlişkiler, Yayınlanmamış doçentlik tezi, Ankara: S.B.F., 1976, s. 62 vd.

25 ÇOŞKUN'un a.g.m., s. 132'deki baba meslekleri sıralamasını biraz değiştirerek kendi tablomuza uyguladık.

Esnaf/Zanatkâr	15	21.5	10	15.4	—	—
Din adamı	1	1.4	2	3.1	2	11.1
Başka	3	4.3	1	1.5	—	—
Cevapsız	1	1.4	—	---------	—	—
Toplam	70[26]		65		18	

Tablo : 2

Yargıçlarımızın büyük bir bölümünün memur çocukları olduğu hemen göze çarpıyor. Gene, orta halli esnaf ve zanaatkar babaların çocukları da ikinci sırada yer yer alıyor. Ancak, daha yaşlı olduklarını belirttiğimiz Anayasa Mahkemesi üyelerinin % 60 gibi büyük bir bölümünün çiftçi-ki bundan varlıklı çiftçi anlamını çıkarabiliriz-, tüccar ve din adamı gibi Cumhuriyet öncesi dönemin varlıklı taşra ailelerinden gelmeleri, Devlet hizmetinin o günkü toplumumuzda kişilere sağladığı toplumsal önem ve saygınlığın etkisinde kalmış olabileceklerini bu sınırlı örneklememiz çerçevesinde sanırız yansıtıyor.

C — Babalarının Eğitim Düzeyi

Yargıçlarımızın yüksek eğitimden geçmiş olmaları doğal, ancak şu anda ilk çevreleri üzerinde durulduğundan, babalarının eğitim nitelik ve düzeylerinin de kişiliklerinin biçimlenmesinde önemli bir etken olduğu açıktır.

Babalarının eğitim düzeyi	Yargıtay Üye ve Üye Yardımcıları		Anayasa Mahk. Üyeleri	
	Sayı	%	Sayı	%
Yok	5	7.7	1	5.6
İlk	15	23.1	2	11,1
Orta (Rüştiye)	16	24.6	3	18.8
Lise (İdadi)	13	20.0	1	5.6
Yüksek	13	20.0	4	23.0
Medrese	3	4.6	5	27.8
Cevapsız	—	—	2[27]	11.1
Toplam	65		18	

Tablo : 3

26 ÇOŞKUN'un tablosu 73 kişi üzerinden yapılmışsa da deneklerin toplam sayısı 70'te kalmaktadır: bu nedenle yüzdelerini 70 üye üzerinden yeniden düzenledik.

27 Bu iki üye, babalarının kendileri çok küçük yaşta öldüğünü, bu nedenle eğitim düzeylerine ilişkin bilgileri olmadığını belirttiler. Bunlardan biri tüccar öteki çiftçi ailesinden geliyorlardı.

Yüksek yargıçlarımızın babalarının daha çok orta ve yüksek eğitim düzeylerine sahip oldukları anlaşılıyor. Gene, bu tabloda yer alan gerek üniversite gerekse medrese eğitimli babaların Anayasa Mahkemesi üyelerinde en yüksek orana çıkması da daha çok Cumhuriyet öncesi doğan üyelerinin, taşra eşrafının çocuklarına aşıladıkları okuma zevki ve olanaklarından yararlandıklarını yansıtıyor. Oysa, yaş ortalamalarının daha genç olduğunu göreceğimiz Yargıtay üye ve üye yardımcılarının yüzde 30'u aşan bir bölümünün eğitim görmemiş veya ilk okul düzeyinde kalmış daha mütevazi mevkilerdeki babaların çocuğu olduğu ortaya çıkıyor ve bu da belirli bir demokratikleşmeyi yansıtıyor. Bu eğilimi, yüksek yargıçlarımızın babalarının ve kendilerinin doğdukları yerler daha çok belli edecektir:

D — Yargıçların ve Babalarının doğdukları yer ve bölgeler

Coşkun'un Danıştay üyeleri arasında yaptığı araştırmada bu kişilerin doğum yerlerine göre dağılımını vermekte ve tablosu İstanbul, Ankara gibi büyük kentlerimizin yanısıra, çeşitli bölgeleri de içermektedir. Yargıtay üye ve yardımcılarıyla Anayasa Mahkemesi üyeleri anketlerimize gelen cevapları önce Coşkun'un tablosuna uyduralım:

Kent veya bölge	Danıştay Üyeleri[28]		Yargıtay Üye ve Üye yardımcıları		Anayasa Mahk. Üyeleri	
	Sayı	%	Sayı	%	Sayı	%
İstanbul	13	17.8	7	10.8	—	—
Ankara	7	9.6	3	4.6	—	—
Batı Anadolu	15	20.6	8	12.3	1	5.6
İç Anadolu	15	20.6	14	21.5	3	16.7
Doğu Anadolu	5	6.8	8	12.3	5	27.8
Güney Anadolu	5	6.8	10	15.4	2	11.1
Kuzey Anadolu	4	5.5	7	10.8	6	33.3
Şimdiki sınırlar dışında	3	4.1	2	3.0	1	5.6
Cevap yok	6	8.2	6	9.2	—	—
Toplam	73		65		18	

Tablo : 4

28 ÇOŞKUN. a.g.m., S. 122.

Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi üyeleri arasında İstanbul veya Ankara doğumlu bulunmamaktadır. Bunun da az önce üzerinde durulan taşra eşrafı çocuklarıyla ilgili izlenimlerimizi doğruladığını sanıyoruz. Yaşları daha genç olan Yargıtay üye ve yardımcıları arasında İç, Doğu ve Güney Anadolu'dan gelenlerin % 49.2'yi bulduğu, bu oranında gene az önce üzerinde durulan demokratikleşmeye koşut olduğunu hemen belirtelim. Aynı olgu Anayasa Mahkemesi üyeleri için söz konusu gözükmekteyse de, üyelerden bu bölgelerden gelenlerin daha çok iller ve ilçeler düzeyinde yoğunlaştığını oysa Yargıtay üyeleri arasında köy doğumluların en yüksek düzeye ulaştığını izleyebiliriz:

Doğdukları yer	Danıştay Üyeleri[29]		Yargıtay Üye ve Üye yardımcıları		Anayasa Mahk. Üyeleri	
	Sayı	%	Sayı	%	Sayı	%
İl	40	54.8	33	50.8	10	55.5
İlçe	25	34.2	21	32.3	7	38.9
Köy	2	2.7	11	16.9	1	5.6
Cevap yok	6	8.2	—		—	—
Toplam	73		65		18	

Tablo : 5

Yüksek yargıçlarımızın büyük bir bölümünün il ve ilçe doğumlu oldukları anlaşılıyor. Yargıtay üye ve yardımcıları arasında köy kökenli oranının % 17'ye yaklaşması da bu yörelerde Cumhuriyetten beri artan eğitim olanaklarına bağlanabilir. Nitekim, yüksek yargıçlarımızın babalarının doğum yeriyle bir karşılaştırma yapacak olursak, toplumsal hareketlilik açısından ilginç veriler çıkaracağı gibi, yukarıdaki sınırlı gözlemlerimiz bir kez daha sınanabilir:

Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi Üyelerinin ve Babalarının Doğum Yerleri

	Yargıtay Üye ve Üye yardımcıları				Anayasa Mahk. Üyeleri			
	Baba Sayı	Üye Sayı	Baba %	Üye %	Baba Sayı	Üye Sayı	Baba %	Üye %
İ1	33	33	50.8	50.8	12	10	66.7	55.5
İlçe	19	21	29.2	32.3	5	7	27.8	38.9
Köy	13	11	20.0	16.9	1	1	5.6	5.5
Toplam	65	65			18	18		

Tablo : 6

29 s.k., s. 123; ÇOŞKUN'un ikinci bir sıralaması ise:
a) Nüfusu 25 binden yukarı kentler, b) Nüfusu 2 bin ile 25 bin olan kasabalar, ve c) Nüfusu 2 binden aşağı köylere dayanmaktadır. Bir karşılaştırma olanağı açısından bu verilere de tablomuzda yer verdik.

Gerçekten de, Anayasa Mahkemesi üyelerinin babalarının daha çok kentte doğmuş oldukları görülüyor. Aynı durum Yargıtay üyeleri için de söz konusudur. Ne var ki, köy kökenli babaların oranı Yargıtay üyeleri arasında % 20'yi bulurken, aynı oran Anayasa Mahkemesi üyelerinin babaları arasında % 5.5 'uğu aşmıyor. Toplumsal hareketlilik olgusuna gelince, Yargıtay üyelerinin babalarının % 20'sinin köyde doğmuş olmalarına karşılık, kendilerinin ancak % 16.9 unun köyde doğdukları ve ilçeye doğru sınırlı bir yayılmanın (% 29'dan % 32.3'e) söz konusu olduğu anlaşılıyor. Bunun da daha çok memur çocuğu olan Yargıtay üyelerinin oranının yüksek olmasıyla bir ilintisi olduğunu düşünebiliriz. Anayasa Mahkemesi üyeleri arasında kentte doğanların oranı da daha yüksek. Ancak onlar arasında memur çocuğu olanların, babalarının görevleri sırasında ilçede doğmuş olabileceklerini de varsayabiliriz.

Yüksek yargıçlarımızın toplumsal kökenlerine ilişkin bazı temel verileri sıraladıktan sonra kişiliklerini büyük ölçüde belirliyebilecek öteki özelliklerine de değinebiliriz.

2— YÜKSEK YARGI ORGANLARIMIZDA KADIN YARGIÇLARIN ORANI

Atatürk Devrimlerinden sonra Türk kadınının önüne yeni ufuklar açılmıştır. Bu arada yargıçlığı meslek olarak seçen kadınlarımızın oranı doğal olarak artarken, yüksek yargı organlarımız içindeki yerleri nedir sorusu hemen akla geliyor:

Cinsiyet	Danıştay Üyeleri[30]		Yargıtay Üye ve Üye yardımcıları		Anayasa Mahk, Üyeleri	
	Sayı	%	Sayı	%	Sayı	%
Erkek	67	91.8	56	86.1	18	100.0
Kadın	6	8.2	9	13.9	—	—
Toplam	73		65		18	

Tablo : 7

Bayan yargıçların Yargıtay bünyesinde Danıştaya oranla daha kalabalık oldukları görülüyor. Anayasa Mahkemesine gelince, bu organımıza kurulduğu günden beri bir bayan yargıcın seçilmediğini belirtelim.

3 — YÜKSEK YARGIÇLARIMIZ VE MEZUN OLDUKLARI YÜSEK EĞİTİM KURUMLARI

Gerek Yargıtay gerekse Anayasa Mahkemesi ve Danıştay üyelerinin büyük bir çoğunluğunun Hukuk Fakültelerinden mezun olmaları doğal. Ancak aralarında belirgin farklılıkların bulunduğu da ortadadır:

30 a.k,, s. 133.

Eğitim Kurum	Danıştay Üyeleri([31])		Yargıtay Üye ve Üye Yardımcıları		Anayasa Mahk. Üyeleri	
	Sayı	%	Sayı	%	Sayı	
Hukuk Fak.	39	53.5	65	100	14	77.7
S.B.F.	17	23.3	—	—	3	16.7
S.B.F. ve Hukuk fark sınavı	8	11.0	—	—	—i	—
İk, Tic. İlim. Akademisi	4	5.5	—	—	—	—
Harbokulu, Harb Akademisi	2	2.7	—	—	--	—
Harbokulu ve Hukuk	—	-	—	—	1	5.6
Orman Fak. ve Hukuk	2	2.7	—	—	—	--
İktisat Fak.	1	1.3	—	—	—	—
Toplam	73		65		18	

Tablo : 8

Beklenildiği gibi, Yargıtay üyelerinin tümü hukuk eğitiminden geçmiştir. Anayasa Mahkemesi üyeleri arasında Siyasal Bilgiler Fakültesi mezunlarının da bulunması Sayıştaş ve Danıştay'dan bu organa seçilen yargıçlarımızdan kaynaklanmaktadır. Nitekim, gene Anayasa Mahkemesi bünyesinde bir Harbokulu ve Hukuk Fakültesi mezunu üyenin yer almasını, önce subay, daha sonra askeri yargıç ve Askeri Yargıtay üyesi iken ve bu organın kontenjanından söz konusu mahkemeye atanmış,olmasına bağlıyoruz. Oysa, Danıştay bünyesinde S.B.F. mezunlarının yanısıra, Orman Fakültesi, İktisadi Ticari İlimler Akademisi ve Harbokulu mezunları da Hukuk Fakültesi mezunları ile birlikte görev yapıyorlar. Farklı formasyonlardan[32] geçmelerinin, yüksek yargıçlarımızın hukuksal anlaşmazlıklara yaklaşım biçimleri üzerinde etkili olmaması sanırız çok güçtür.

Şimdi bir de yüksek yargıçlarımızın mezuniyetlerinden sonra herhangi bir akademik çalışma yapıp yapmadıklarına da bakabiliriz:

31 a.k,, s. 123.
32 Bkz. GOLDMAN and JAHNIGE, a.g.e., s. 72-86, 189-200

Mezuniyet sonrası kazanılan akademik	Yargıtay Üye ve Üye Yardımcıları		Anayasa Mahk. Üyeleri	
ünvan	Sayı	%	Sayı	%
Yok	59	90.8	17	95.5
Master	3	4.6	—	—
Doktora	3	4.6	1	5.5
Toplam	65		18	

Tablo : 9

Yargıtay üyeleri arasında mezuniyet sonrası akademik çalışma yapanların oranı % 9.2 Oysa Anayasa Mahkemesinde ancak bir tek üyenin bu tür bir ünvanı var.

Öte yandan, özellikle Anayasa Hukuku gibi siyasal niteliği ağır basan önemli bir alanda yorum yapan yüksek yargıçlarımız arasında Üniversite'den gelenlerin bulunmayışı da büyük bir eksikliktir. A.B.D. Yüksek Mahkemesi, Federal Almanya ve İtalya Anayasa Mahkemelerinde o ülkelerin Üniversitelerinde görev yapmış ünlü hukukçuların bulunması yararlı olmaktadır. Bizde ise çeşitli nedenlerle, biraz da parasal çekiciliğinin bulunmamasından olacak[33], Anayasa Mahkemesinde görev almış akademik hukukçular hâlâ yoktur[34].

4 — YÜKSEK YARGIÇLARIMIZIN YAŞ GRUPLARINA GÖRE DAĞILIMI

Yüksek yargıçlarımızın yaşları da önemli. Emeklilik yaşının 65 olduğu ülkemizde, yaşça daha olgun ve kariyerlerinin sonuna gelmiş kişilerin kararlarında daha az etki altında kaldıkları ve uzun yılların mesleksel deneylerini değerlendirdikleri ileri sürülebilir. Öte yandan, bu gibi yargıçların toplumsal gerçekler ve gereksinmeler önünde yaptıkları yorumlarda daha tutucu bir çizgi izledikleri de gözlenmiştir[35]. Biz bu konudaki tartışmalara girmeden, Çoşkun'un Danıştay verilerinden de yararlanarak, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi üyelerinin yaş dökümünü vermekle yetinelim:

33 Bkz. ÜNSAL, Artun, «Yargıçlarımıza Yaraşan Yapılmalı», Cumhuriyet, 30 Ocak 1977, s. 2.

34 Bu konuya ilginç bir bakış açısı İçin bta. AKSOY, Muammer, Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Seçimi Konusundaki Tartışma, Ankara: S.B.F. Yayınları, 1962.

35 İtalya ve Fransa'da üst mahkeme yargıçları ile alt mahkemelerde görev yapan genç yargıçlar arasındaki sürtüşmeler ve guruplaşmalar üzerine İncelemeler için bkz.
MORIONDO, Ezio, «The Value System and Professional Organization of Italian Judges», in AUBERT, Vilhelm (ed.), Sociology of Law, London; Pelican 1969, s. 310-320.
BOUCHER, Philippe, «Le Syndicat de la Magistrature a la Recherche d'une Nouvella Defition du Pouvoir», Le Monde, 25 Kasım 1972. (Her iki ülkede de yargıçların sendikal özgürlüklere sahip olduğunu ekliyelim).

Yaş grubu	Danıştay Üyeleri[36]		Yargıtay Üye ve Üye Yardımcıları		Anayasa Mahk. Üyeleri	
	Sayı	%	Sayı	%	Sayı	%
40'dan az	—	—	8	12.3	—	—
40—45	6	8.3	9	13.8	—	—
46—50	8	11.0	6	9.2	—	—
51—55	21	28.6	18	27.7	—	—
56—60	29	39.6	17	26.2	5	27.8
61—65	4	5.5	7	10.8	13	72.2
Cevap yok	5	7.0	—	—	—	—
Toplam	73		65		18	

Tablo : 10

Anayasa Mahkemesi üyelerinin büyük bir bölümünün 61-65 yaş grubu içinde bulundukları göze çarpıyor. Bu yargı organımıza seçilebilmek için 40 yaşını bitirmiş olmak koşulunun arandığı biliniyor; gene de 56 yaşından genç yargıçlarımızın bulunmaması ilginçtir. Yargıtay üyelerinin Danıştay üyelerine oranla daha genç olduklarını ve bunun da bir ölçüde Yargıtay üye yardımcılarını da anketimize dahil etmemizden doğduğunu belirtelim.

5 — YÜKSEK YARGIÇLARIMIZ VE BU GÖREVE GELMEDEN ÖNCE DEVLET HİZMETİNDE GEÇİRDİKLERİ SÜRE

Özellikle Danıştay üyeleri için aranan İdare veya Devletin öteki kesimlerinde belli bir deneyime sahip olma koşulu bir yerde Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi Üyeleri için de söz konusudur. Alt mahkemelerde yerine getirdikleri kamu görevi zaten Devlet hizmetinden ayrılamaz:

Süre	Danıştay Üyeleri [37]		Yargıtay Üye ve Üye Yardımcıları		Anayasa Mahk. Üyeleri	
	Sayı	%	Sayı	%	Sayı	%
10 yıldan az	—	—	10	15.4	—	—
10—20	21	28.8	19	29.5	—	—
21—30	40	54.6	25	38.5	6	33.3
31—40	6	8.2	7	10.8	10	55.5
41 ve daha fazla	1	1.3	—	—	1	5.6
Cevap yok	5	7.1	4	6.0	1	5.6
Toplam	73		65		18	

Tablo : 11

36 COŞKUN, a.g.m., s. 120.
37 a.k., s. 124.

Yukarıda tablo bir bakıma yaş dağılımı tablosunun bir devamı olarak gözüküyor. Nitekim, Anayasa Mahkemesi yargıçlarının Devlet hizmetinde geçirdikleri sürenin ötekilerine oranla daha uzun olduğu doğal olarak belirleniyor. Her üç yüksek yargı oranımız üyeleri arasında 20-30 yıl Devlet hizmetinde bulunanların oranı azımsanmıyacak düzeyde. Bürokratik yaşam ve geleneklerin özellikle Danıştay üyelerini etkilemesi kaçınılmazdır[38]. Anayasa Mahkemesi üyeleri arasında, Danıştay'dan gelenlerin, aynı zamanda eski bir senatör olan eski bir avukatın ve Sayıştay'dan gelen bir maliyecinin dışında, öbür üyelerin tümü Devlet hizmetinde yargıç veya savcı olarak görev almışlardır[39].

6 — YÜKSEK YARGIÇLARIMIZ VE GELİR DÜZEYLERİ

Devlet bürokrasimizin özel bir kesimi olarak nitelendirebilecek yargıçlarımızın ve yüksek yargıçlarımızın ellerine ayda net olarak geçen para,

Danıştay Üyelerinin İdare Kademelerinde İşgal Ettikleri Makamlar		
Görev	Sayı	%
Danıştayda Baş Yardımcı ya da Baş Kanun Sözcüsü	25	34.4
Vali	19	26.0
Yargıç	10	13.7
Hukuk Müş. (Bakanlık ya da Genel Müdürlük)	5	6.8
Maliye Bak. ya da Vergi Tem. Komis. Üye.	5	6.8
General	2	2.7
Milletvekili	2	2.7
Genel Müdürlük	1	1.4
Cevap Yok	4	**5.5**
Toplam	73	

Tablo : 12

Meslek		Sayı	%	%
İdareci-Maliyeci		11		23.4
Sivil yargıç	32	34	68.0	72.3
Askeri yargıç	2		4.3	
Avukat		2		4.3
Toplam		47		

Tablo : 13

Kaynak : Bu bilgileri bize Anayasa Mahkemesi Üyeleri üzerinde SBF'deki bir Doktora Seminerinde yürütülen geniş bir çalışmaya katılan meslekdaşım İhsan Garan sağlamıştır.

38 COŞKUN'un, a.k., s. 126'dakl tablosu ilginçtir:

39 Anayasa Mahkemesinde bugüne dek görev almış ve halen görevde bulunan 47 üyenin daha önceki görevlerinde şöyle bir dağılım görülüyor:

yargıçlık tazminatları ile birlikte, çok sınırlı kalmaktadır. Örneğin, 1977 bütçe yasasında katsayının 12'ye çıkarılmasından önce en kıdemli yüksek yargıçlarımızın eline geçen net maaş tutarı 10 bin liradan azdı. Kaldı ki, 1976 Eylülünde Maliye Bakanlığının yargıçlarımıza verilen tazminatların maaşlarından ayrı olarak vergilendirilmesini kabul etmesiyle, yüksek yargıçlarımızın eline bu miktar geçiyordu. Örneğin, Anayasa Mahkemesi üyeleri 1976 başlarında ayda en çok 8.300 lira alıyorlardı. 1976 başında Anayasa Mahkemesinde ve 1977 başında da Yargıtay'da sürdürdüğümüz araştırmalarda yüksek yargıçlarımızın eline geçen aylık net maaşları şöyle dağılmaktaydı:

Aylık net maaş (TL.)	Yargıtay Üye ve Üye Yardımcıları		Anayasa Mahke. Üyeleri	
	Sayı	%	Sayı	%
5.000 az	1	1.5	—	—
5.000 — 7.999	9	13.8	—	—
8.000 — 9.600	50	76.9	18	100.0
Cevap yok	5	7.7		
Toplam	65		18	

Tablo : 14

Oysa, aynı dönemde parlamenterlerimiz maaş ve yolluklarıyle birlikte ayda 16 bin lira alıyorlardı[40]. Sırası gelmişken. Anayasa Mahkemesi üyelerinin maaşları ile Yargıtay veya Danıştay'ın kıdemli yargıçlarınki arasında fark bulunmamasının, bu organlarımızın üyeleri arasından Anayasa Mahkemesine geçme isteğini, maddi bir çekiciliği bulunmaması nedeniyle de bir ölçüde frenlediğini söyleyebiliriz[41]. Federal Almanya Anayasa Mahkemesi üyelerinin maaşlarının özel bir yasayla bürokrasinin öteki kesiminden yüksek tutulduğunu da arada ekliyelim.

7 — YÜKSEK YARGIÇLARIMIZ VE SİYASAL GÖRÜŞLERİ

Türkiye'de yargıçlarımızın siyasal iktidar tarafından atanmadıklarını ve belli bir kariyerden geldiklerini yazımızın başında A.B.D. ile yaptığımız kısa karşılaştırmada vurgulamıştık. Dolayısıyla, kendilerine hangi siyasal görüşe sahip olduklarını, belli bir partiyi destekleyip desteklemediklerini sormak hem pek uygun düşmezdi hem de sağlıklı bir cevap almamızı güçleştirirdi. Kaldı ki, Devlet görevlilerinin, Türk milleti adına karar verenlerin «yansızlığı» veya en azından öyle olmaları gerektiği benimsenmiş bir ilkedir. ([42])

40 1977 yılı başında Anayasa Mahkemesinin, Parlamenterlerimizin maaşına zam getiren yasayı, Cumhuriyetçi Güven Partisi'nin başvurusu üzerine çok kısa bir sürede inceliyerek İptal etmesinde acaba yüksek yargıçlarımızın memnuniyetsizliklerinin de bir payı olamaz mıydı diye sormaktan kendimizi alamıyoruz. Oysa, aynı mahkeme o günlerde 1970 öncesi emeklilerinin de maaşlarının yükseltilmesini sağlıyabilecek başka bir iptal istemini geri çeviriyordu. Bkz. Cumhuriyet, 21 Şubat 1977.

41 ÜNSAL, a.g.m.

42 Bu konuda yüksek yargıçlarımızın izledikleri gazete sayısı ve adlarına ilişkin dolaylı ve sınırlı bir soru denememiz de olmuştur:

Hergün okunan gazete sayısı	Yargıtay Üye ve Üye yardımcıları		Anayasa Mahk.Üyeleri	
	Sayı	%	Sayı	%
Bir gazete	20	30.8	2	11.1
îki gazete	16	24.6	8	44.4
İkiden çok gazete	21	32.3	4	22.2
Cevap yok	8	12.3	4	22.2
Toplam	65		18	

Tablo : 15

Gazete çeşitleri	Yargıtay Üye ve Üye yardımcıları	Anayasa Mahk. Üyeleri
	Kaç kez atıfta bulunuldu	Kaç kez atıfta bulunuldu
Cumhuriyet	26	13
Milliyet	28	12
Günaydın	4	3
Hürriyet	12	1
Tercüman	5	1
Orta Doğu	1	--
Belirtilmemiş veya başka	26	1
Yabancı gazete	3	—
Cevap yok	8	4

Tablo : 16

Ancak yukarıdaki tablonun yalnızca yüksek yargıçlarımıza özgü bir tercihi değil, genellikle tüm kamu görevlilerinkine benzer bir özelliği yansıttığını sanıyoruz. Bu arada kişilerin okudukları gazeteler ile siyasal görüşleri arasında ancak dolaylı bir ilintinin olabileceğini de bir kez daha vurgulayalım. Kaldı ki, anketlerimizde okudukları gazetelerin adlarını vermekten çekinen ve «hepsini» gibi yuvarlak cevaplarla yetinen (ki biz bu cevapları «ikiden çok» biçimde değerlendirdik) yüksek yargıçlarımızın çokluğu belli bir çekingenliği de ortaya çıkarıyordu. Benzer bulgular için bkz. ŞAYLAN, Türkiye'de Kapitalizm, Bürokrasi ve Siyasal İdeoloji, s. 122-123.

Ancak, Anayasa Mahkemesi üyeleri arasında gene de aktif siyasete ilgi duymuş olanların oranı oldukça düşüktür. 1962 den bu yana, İşmail Hakkı Ketenoğlu AP'ye, Muhittin Taylan ise CHP'ye girmişlerdir. Ketenoğlu Millet Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanlığına bile seçilmiştir. Bir de halen üye olan Halit Zarbun eski bir AP senatörüdür. Konuları gereği kaçınılmaz bir biçimde siyasal bir görünü-

me bürünen anayasa hukuku anlaşmazlıklarında karar veren Anayasa Mahkemesi üyeleri arasından aktif siyasete karışmaya istekli olanların sayısının bu denli sınırlı kalması ilginçtir.

Partilere karşı duyulan yakınlıklardan çok daha önemlisi ise, yüksek yargıçlarımızın siyasal, sosyal ve ekonomik konulardaki tercihleridir. Ne var ki, yüksek yargıçlarımıza bu konuda soru sormanın hatta doğru cevap almanın çok güç olduğuna az önce değinilmişti.([43]) Böyle bir değerlendirmeye, yüksek yargıçlarımızın çeşitli konularda verdikleri kararların belli bir süzgeçten geçirilerek, yani dolaylı yoldan, gidilmesi ise olasıdır, ancak bu makalenin amacı dışında kalmaktadır.

SONUÇ

Bu çalışmamızda yalnız bazı nesnel verileri açıklamakla yetindik. Yüksek yargıçlarımızın yakın çevrelerine ilişkin bilgileri: ailelerinin ekonomik düzeyleri, babalarının meslekleri ve eğitim düzeyleri, kendilerinin ve babalarının doğdukları bölgeleri tablolarla ortaya koymaya ve sınırlı gözlemlerde bulunmaya çalıştık. Ayrıca, yüksek yargıçlarımızın mezun oldukları eğitim kurumları, devlet hizmetinde geçirdikleri süreler ve mesleksel deneyimleri, yaşları, cinsiyetleri ve gelir düzeyleri konusunda da çeşitli verileri bir araya getirdik.

Yüksek yargıçlarımızın siyasal, ekonomik ve sosyal konulardaki görüşlerini ise anketimize dahil edememizin gerekçelerini de yukarıda vermiştik.

Elimizdeki sınırlı sayıdaki deneklerden belli genellemelere gitmenin zorluğu ortadaydı. Daha kapsamlı ve ekip çalışmasına dayanaklı anketlerin gerekli olduğu açıktı. Bu konuda yalnız ilk adımı attığımızın ve sunulan çalışmalarımızın çeşitli eksiklikleri olduğunun bilincindeyiz. Olsa olsa, ileriki araştırmalara bazı verisel dayanaklar sağlayabiliriz ve onların belli karşılaştırmalara gitmelerini kolaylaştırabiliriz diye düşündük.

Öte yandan, yüksek yargıçlarımızın toplumsal kimlikleri ile verdikleri kararlar arasında anlamlı bir neden-sonuç ilişkisi olmadığını gerek yabancı ülke araştırıcılarının sundukları çalışmalardan, gerekse kendi gözlemlerimizden çıkarıyoruz. Kanımızca, yüksek yargı organlarımız, karar verme süreçlerinde salt hukuksal sorunların dışında, toplumdaki çalkantılardan, çeşitli güçlerden ve kamu oyundan etkilenmektedir. Gelecek bir çalışmada bu varsayımıza ilişkin bazı gözlemlerimizi bir araya getirebileceğimizi umuyoruz.

43 Bu konuda ŞAYLAN'ın anket çalışmasında Danıştay üyelerinin siyasal ve ekonomik İdeolojilere ilişkin tercihlerini yansıtan bazı cevaplar alındığını yeri gelmişken hatırlatalım. Bkz. ŞAYLAN, a.g.e., s. 127-216.

(17. Makale - 1978)

Cemil OKTAY

*Anayasa Mahkemesi, İdari Yargı ve Ferdi Girişim Yolu ile Yapılan Denetim Deneyleri**

* Cemil Oktay, "Anayasa Mahkemesi, İdari Yargı ve Ferdi Girişim Yolu İle Yapılan Denetim Deneyleri", AÜSBF Dergisi, Yıl 1978, Cilt 33, Sayı 01, 133-149.

ANAYASA MAHKEMESİ, İDARİ YARGI ve FERDİ GİRİŞİM YOLU İLE YAPILAN DENETİM DENEYLERİ

Cemil OKTAY

Günümüzün gelişmiş toplumlarının görüntüsü; tekdüzelik, farklılıkların budanmışlığı, hemen her alanda standartlaşmış olmaktır. Bu görünümün gerisindeki bütün nedenler tebliğimizin konusunu bir hayli aşıyor. Ancak bu tekdüze, standartlaşmış yapının elemanlarını bu sonuçtan ayrı düşünmek olanağı yoktur.

Eşitlik ve özgürlük kavramlarının, Hukuk Devleti anlayışının varılan standartlaşmış toplum yapısı sonucundan ayrı ele alınabileceğini sanmıyorum. Yapı tekdüze bir görünümle karşımıza çıkıyorsa, bu yapının birçok elemanlarından sadece bazıları olan yasaların yargısal denetimi veya İdari Yargı kurumları da bu sonucu yaratmak üzere işlemişlerdir.

Yapının standartlaşmaya yönelik genel eğilimlerini hazırlayıcı veya hızlandırıcı bir işlevi sözkonusu olmasaydı; ne Marshall'ın ünlü kararı ne de fransız devrimcilerinin ünlü «yasakları» tanınmış bir deyimle Kleopatra'nın burnunun tarihi etkileyebilme derecesinden öteye geçmezdi!..

Bu standartlaşmış toplum yapısının gerisinde yatan temel gerçeği «buldozer Devlet» imaji ile tanımlamak sanırım olguyu kavramak bakımından oldukça uygun bir imajdır. Bütün siyasal kavgalar, bütün eşitlik için verilen savaşımlar, Hukuk Devleti anlayışı, bütün devrimler sırasıyle bu buldozer Devleti yaratmak için işlemişlerdir. B. de Jouvenel'in üzerinde ısrarla durduğu bu olgu, XIX ncu yy da A. de Tocqueville'in yapıtlarında da oldukça açık bir biçimde vurgulanıyordu ([1])

Özellikle, de Tocqueville'in göstermeye çalıştığı biçimde, eşitliğin giderek yaygınlaşması, birey-Devlet ilişkisinde bireyin hem cinsleri ile kamu gücü karşısında aynı ölçülerde buluşması sonucunu doğurmuştur. Aynı oluşun öbür yüzü, kamu gücünün merkezileşmesi olgusudur. Veya siyasal sistemin giderek toplum bütününü daha etkin denetleyebilme olanaklarının genişlemesi, yoğunlaşmasıdır.

Siyasal Sistemin Varlığını Koruma Koşulu Olarak Standartlaşma:

Destek ve talep türünden çevreden siyasal sisteme, hizmet, denetleme veya kaynak türünden siyasal sistemden çevreye doğru iki yönlü hareketliliğin işlemesi ancak belirli standartların, ölçülerin normların geliştirilmiş olması ile mümkündür([2]). Siyasal sistemin varlığını koruması, kendisini çevreleyen sistemlerin gereksinmelerini uyumlu biçimde karşılayabilmesine bağlıdır. Çevrenin taleplerini cevaplaya-

(1) B. de Jouvenel, Du Pouvoir; histoire naturelle de sa croissance. Geneve 1947.
A. de Tocqueville, Dé la Democratie en Amérique Paris 1968,
A. de Tocqueville, L'Ancién Réjime et lu Révolution Paris 1967.

(2) J.W. Lapierre, L'Analyse des Systémes Politiques Paris 1969 sayfa: 256.

bilme yeteneği ise, bu yeteneği artırıcı desteklerin sisteme yönelmesiyle olanak kazanır. Bu açıdan, Devletle birey arasında, bütün ara grupların kalkması kişinin siyasal sistem önünde aynı ölçülerde buluşması bir tür standart yaratma işlemi olarak ortaya çıkar. Devletin herkesten vergi alabilmesi, herkesi askere çağırabilmesi ancak bu ön koşuluğun sağlanmasına bağlıdır. Keza Devletin, bu girdilerini çevreden toplayabilmesi, kaynakları dağıtmada eşit kural geliştirilmesi ile doğru orantılıdır. Özet olarak söylemek gerekirse; kamu gücünün yapısallaştığı siyasal sistem, çevre ile olan ilişkilerinde ister girdiler düzeyinde olsun, ister çıktılar düzeyinde olsun standartlar, normlar, tekdüze ölçüler geliştirmek zorundadır. Ancak bu standartların oluşturulması kadar korunması, yenilerinin yaratılması; bütün bu gereksinimleri cevaplayacak alt-sistem yapılarının kurulmasını gerektirir. Yasaların yargısal denetimi, idari yargı kurumları gibi organlar bu alt-sistem yapılarının bazı örnekleridir.

Eğer her türlü iki yüzlülükten arınarak söylemek gerekirse Hukuk Devleti, sanıldığının tersine Devletin eşitliğe, adalete, bu kavramların çağırdığı yüksek değerlere yönelmesinin bir sonucu değildir. Hukuk Devleti anlayışı, bir siyasal sistem olarak Devletin, çevresiyle olan ilişkilerini ölçülere bağlamak, çevrenin onayını kazanmak bu yoldan varlığını] sürdürmektir. Bu açıdan, yasamanın ve yürütmenin yargısal denetimi, genelde siyasal sistemin varlığını çevre ile uyumlu olarak sürdürmesinin koşulu oluyor. Burada bir parantez açarak, Hauriou'dan bir gözlemi aktarmak istiyorum. Yasaların yargısal denetimini benimseyen demokrasilerden söz ederken Hauriou yaşamının sonunda şunları yazıyor; «Bu gelişmeleri, hukukun Devlete esrarengiz bir sızması olarak görmemelidir. Bunlar, halkın rızasını daha fazla pekiştirmek amacıyla kamu oyunu tatmin etmek isteyen demokrat hükümetlerin ustaca siyasetlerinin sonucudur.» ([2]) Çağdaş sözcükler bunu belki consensus boyutlarını genişletmek veya destek girdilerini artırmak biçiminde ifade edecektir.

Buraya kadarki söylediklerimle, genel olarak siyasal sistem yapısının giderek güçlenmesi, alt - sistemleri arasında ve çevre ile ilişkilerinde standartlaşması olgusu üzerinde durdum.[3] Yasaların ve yürütmenin yargısal denetimi rolünü bu genel olgu çerçevesinde fazla ayrıntılara inmeden belirlemeye çalıştım. Vurgulamak istediğim nokta, ister Anayasa Mahkemesi düzeyinde, ister İdari Yargı düzeyinde olsun, genel olarak yargının buldozer Devlet imajını, öteki kurumlarla birlikte standartlaşmış tekdüze toplum yapısını hazırlamakta öteki kurumlarla birlikte tarihsel bir rolü oynadığını söylemekti ([4]).

Buradan itibaren, siyasal sistemin çevresini denetleme sürecinde, kendisinin alt - sistemleri aracılığı ile nasıl denetlendiği sorusu üzerinde durmak istiyorum. Denetleyen ve denetlerken denetlenen Devlet perspektifi içinde Anayasa Mahkemesi ve İdari Yargı deneylerini değerlendirmeye çalışacağım. Ferdi girişime de yeri geldiğinde değineceğim.

---

(3) M. Hauriou, Précis du Droit Constitutionel 2 éme édition Paris 1929 sayfa: 100.

(4) R. Shnur, Les tendances de la bureaucratie in S.E.D.E.İ.S, Bulletin No. 819 Suppldménť: 2 Euturibles no: 29. sayfa 15.

Denetleyen ve Denetlenen Devlet :

Kamu gücü, bireyle kendisi arasında bütün ara grupları budarken, hep çevreyi daha fazla denetleme amacı ile hareket etmiştir. Siyasal sistemin, çevreye yönelik bu denetleme işlevinin etkin çalışması geniş ölçüde kendisinin yapısal olarak farklılaşmasına bağlıdır ([5]), Bu açıdan bakıldığında kuvvetler ayrımı karşımıza iktidarın, iktidarla sınırlandırılması olarak değil, ve fakat siyasal sistemin işlevsel farklılaşması olarak çıkar ([6]), ([7]). Farklılaşmış her işlevin, bütünün etkinliğini koruması ise sürekli öteki işlevler tarafından sınanmasını gerektirir ([8]). Bir başka deyimle, siyasal sistem sürekli karşılaştırma, ölçme, sınama işlemleri yapma durumundadır. Bütün finalize sistemlerin çevrede yaratmak istedikleri değişiklikle, fiilen yaptıkları değişiklikler arası sapmayı saptayabilmeleri etkinliğin ön koşuludur ([9]).

Sorun bu yönüyle, denetleyen Devletin bu denetleme sürecinde, alt - sistemleri arasında ve alt - sistemlerinin kendi düzeylerinde işlevlerarası ve işleviçi denetlenmesi biçiminde belirlenir. Buna göre siyasal karar alma ve uygulama süreci, sürekli denetleme ve denetleme işlevlerinden oluşan bir yapı olarak karşımıza çıkar. Bir yandan siyasal sistem, yapısal farklılaşmasının unsurları olan yasama - yürütme - yargı işlevleriyle çevreyi denetlerken, bu yapı kendi içinde işlevlerarası ve işleviçi düzeylerde denetlenmektedir.

Bu model çerçevesinde (Bergeron) karşılıklı bir denetim hareketliliği söz konusudur. Bu hareket yargıdan yasamaya veya yönetime yönelik olabileceği gibi yasamadan ve yürütmeden yargıya doğru da olabilir. Keza bu denetim hareketliliği her alt - sistemin örneğin Anayasa Mahkemesinin veya İdari Yargının kendi iç bünyesinin işlemesinde de söz konusudur.

Birinci tür denetim hareketini işlevlerarası, ikinci tür denetim hareketini işleviçi denetim olarak tanımlamak gerekecektir.

Yargı düzeyinde denetleme - denetlenme hareketlerinin etkinliğini belirleyici ilkeler :

Yargının bağımsızlığı, yargının birliği, tabii yargıç, yargının açıklığı gibi ilkeler bu işlevlerarası ve işleviçi denetim hareketinin etkinliğini artırıcı ilkeler olmaktadır. Bu ana ilkeler açısından İngiltere ve ABD sistemlerinin çok duyarlı davrandıklarını belirtmek isterim. Özellikle İngiliz sisteminin yürütme organı içinde Adalet Bakanlığı türünden bir organı dahi öngörmemesi ilginç bir örnek oluşturmaktadır([10]). Keza İngiliz hukukun temelde özgörüye dayanan bir hukuk olması, bu sistemde yargıyı çok güçlü kılmakta; onu demokrasinin asıl temel taşı yapmaktadır. Genel kanı İngiliz demokrasisinin parlamenter yönünün ağır bastığı yolundadır.

(5) J.W. Lapierre. a.g.e. sayfa: 256-258.
(6) G. Bergeron; le fonctioınement de l'Etat Paris 1965 Chapitre IV.
(7) Ju A. Tikhomirov, Pouvoir et Administration dans la Société Socialiste Paris 1973 sayfa 80 ve devamı.
(8) G. Bergeron, a.g.e. sayfa : 111.
(9) L. Mehl, Pour une théorie cybernétique de l'action administrative, in Traité de Science Administrative Paris 1966 sayfa : 795.
(10) R. David, les grands systémes de droit contemporains Paris 1974 sayfa 387.

Oysa ingiliz demokrasisinin asıl güçlü yönü yargı sisteminde belirleniyor ([11]). İdari yargı alanında Habeas Corpus uygulamalarının, kazai emir yöntemlerinin kıta Avrupasında imrenilerek gösterilmesi ilginçtir ([12]), ([13]).

İngiliz yargıcının güçlülüğü, ingiliz siyasal sisteminde Anayasa Mahkemesi türünden bir organın varlığını da gereksiz kılıyor. Bir kez hukuk normlarının kaynağını uzun süre tek başına yargıcın özgörüleri oluşturmuştur. O derece ki; Parlamento'nun yasa yapması, o yasanın hukuk olması anlamına gelememektedir. Parlamento tarafından oylanan bir yasanın hukuk normları arasında yer alması ancak yargıcın onu uygulaması sonucu olabilir ([14]).

Anglosakson hukuk sisteminin bir başka türevini oluşturan, ABD, bu sisteme yasaların yargısal denetimini katmakla bir yenilik yapmıştır. ABD'nin yasaların yargısal denetimini geliştirmiş olması bu devletin federatif yapısı ile açıklanabilir. Federe devletler arası yasal normların standartlaştırılması ancak bu konuda bir merkez denetiminin geliştirilmesi ile olabilirdi. ABD Yüksek mahkemesinin, Amerikan siyasal sistemi içinde bir diğer işlevi federe devlet yasalarını standardize ederek bu yolla birliği perçinleyici yönde gelişmiştir. Bu bakımdan Yüksek Mahkemenin bir yargıcının şu sözleri ilginçtir: «Kongrenin yaptığı kanunları hükümsüz saymak yetkimizi kaybedersek Amerika Birleşik Devletlerinin yıkılacağını sanmam; fakat muhtelif üye devletler tarafından yapılan kanunlar hakkında bu yetkiyi kullanmadığımız gün, Birleşik Devletler tehlikeye düşmüş demektir.» (Holmes) Zaman - zaman Kongreye ve Başkana direnerek yargı eylemini sürdüren ABD Yüksek Mahkemesi, işlevlerarasi denetleme olanağını bu organlar karşısında bağımsızlığına borçludur.

Genellikle düzenlemelerin yasa niteliğinde olması, ABD yargıcına hemen her konuda düşüncesini belirtmek olanağı sağlamaktadır. Federe devletlerin yasaları arasında uyum sağlamak, ABD hukukunu standartlaştırmak işlevini Yüksek Mahkeme ile beraber bütün yargı organları birlikte yerine getirirler. Belirtelim ki; değişime amerikan yargıcı hemen her zaman ayak uyduramamaktadır. XX. Yüzyılın başında çalışma hayatının normlarının düzenlenmesinde ve 1930'lar sonrası Devletin ekonomiye müdahalesi sırasında toplumsal gereklere karşı düşmüştür. Özellikle bu sıralarda işlevlerarası denetleme, yürütme ve yasamadan yargıya doğru işlemiştir ([15]).

Yargıcın işleviçi düzeyde denetlenmesi süreci, yasama ve yürütme organlarına oranla bazı önemli değişiklikler göstermektedir. Yasama organında çoğunluk - azınlık alternatifi, iki-meclis, parlamento komisyonları işleviçi düzeyde denetlenme mekanizmalarının örneklerini oluştururlar. Yürütmede işleviçi düzeyde denetlenme hiyerarşik usullerle, yada Özel kurullar aracılığı ile olur.

(11) B. de Jouvenel, a.g.e. sayfa 380.
(12) P. Avril, Ie Gouvemement de la France Paris 1969 sayfa: 115.
(13) J. Rivero, Les libertés publiques Paris 1973 sayfa: 215.
(14) R. David. a.g.e. sayfa 394.
(15) T. Feyzioğlu, Kanunların Anayasaya uygunluğunun kazai murakabesi, Ankara 1951 sayfa 221 ve devamı.

Yargının işleviçi düzeyde denetlenmesini sağlayan ilkeler daha çok yargı usulünü ilgilendirir. Yargının açıklığı, yargı kararlarının gerekçeli olması, karşıt oyun kararla birlikte yayınlanması, yargı kararlarına üst mahkemelerde itiraz hakkı yargının işleviçi düzeyde denetlenmesinin belli - başlı yöntemleri oluyor ([16]).

Yargının işlevlerarası ve işleviçi denetlenme ve denetleme mekanizmalarının yanı sıra önemli bir başka nokta da; yargıyı harekete geçirebilme olanakları ile ilgilidir.

Yargıyı harekete geçirme derken iki şeyi anlıyorum; Birincisi yasanın ve idari kararın iptalini temin amacıyle yargıyı harekete geçirmek; ikincisi; anayasanın gerektirdiği bir yasanın yapılabilmesi veya yapılması gerekirken savsaklanan bir yönetsel işlemin yerine getirilmesi için yargıyı harekete geçirme. Genellikle yargıyı harekete geçirmeden birinci şık anlaşılır. Olumsuz bir harekete geçirme söz konusudur. Oysa güç olmakla beraber ikinci şıkkın da (olumlu harekete geçirme) yasama ve yürütme üzerinde etkin bir denetim sağlama açısından önemi açıktır. Kazai emir olarak nitelendirilen bu ikinci noktayı şimdilik bir yana bırakarak yalnız birinci nokta üzerinde durmak istiyorum.

Yargıyı hangi yönde olursa - olsun harekete geçirme konusunda çeşitli yargı sistemlerinin geliştirdiği olanaklar ülkeden - ülkeye farklılıklar göstermektedir.

Örneğin ABD bu alanda herkese hak tanıyan bir sistem geliştirmiş olmakla beraber harekete geçmeyi sadece def'i yolu ile sınırladığı için bir yönden oldukça kısıtlayıcı kalıyor.

Oysa Federal Almanya uygulamasının, hem dava hem Def'i yolunu açık tutması ve özellikle dava yolunu belirli koşullarda da olsa bireylere de tanıması, Alman sistemini harekete geçirme alanında bir hayli esnek kılmaktadır ([17]).

İdari yargı alanında da, yargıcın harekete geçirilmesi sistemden - sisteme bazen önemli bazen ayrıntıya inen farklılıklar göstermektedir.

Harekete geçirebilme konusunda bireye oldukça geniş kolaylıklar getiren İsveç Ombudsman uygulaması olması bu sistemin özellikle son yıllarda ilgiyle karşılanmasının bir nedenidir.

Yargıcın harekete geçirilebilmesinde önemli etkenlerden biri de yetkili yargıcın tayininde bireye sağlanan olanaklardır. Belirtelim ki; bu konuda yargı ayrılığı veya yargı birliğini benimseyen her iki ana sistem de yerine göre hem yararlı, hem sakıncalı olmaktadır. Yargı ayrılığının benimsenmesi, doğal olarak yetkili yargıcın belirlenmesi konusunda sayısız güçlüklerin nedenidir. Bununla beraber, özellikle idari yargı alanında, ayrı bir yargıcın uzmanlaşmış olması çözümün tutarlığına değgin hususlarda etkin olabilmektedir ([18]).

(16) B. Bergeron, a.g.e. sayfa: 284.
(17) J. Rivero, a.g.e. sayfa: 205.
(18) Bu konuda Goodnow'un görüşleri için bakınız; F. Morstein Marx, Quelques c ur uctéristiques du Droit Administratif aux Etats-Unis. in Livre Jubilaire Paris 1952 sayfa ; 676.

Yargı ayrılığı sisteminin en belirleyici örneği Fransadır. Yürütme ve yönetimin karar sürecinde asıl unsuru oluşturduğu Fransa'da ([19]) Danıştay hem merkeziyetçiliği pekiştiren, hem de yönetim normlarının standartlaştırılmasında birinci rolü oynayan bir organdır.

Fransız Danıştayı bu işlevini yönetimi yargılamak, yönetimi danışma göreviyle aydınlatmak ve yönetime üst düzeyde yönetici yetiştirmek biçiminde yerine getiriyor ([20]).

Yönetime yönelik kodifikasyon ve standartlaşma çalışmalarında oldukça başarılı olan Fransız Danıştayının, bireyi yönetimin kanunsuz işlemleri karşısında korumada aynı başarıyı gösterebildiğini söylemek oldukça güçtür. Özellikle Uyuşmazlık Mahkemesinin yargıya yönelen talepleri kısıcı gizil işlevleri olması yargı ayrılığı sisteminin en önemli sakıncasıdır ([21]).

Daha Fransız yargı rejiminde yargıcın, kamu hizmeti etiketini taşıyan ticari ve sanayi kuruluşlarını tanımadığı bir devirde La Bruyere'in «...» Karakterler'inde çizdiği bir tablo oldukça ilginçtir. La Bruyere; «Orante'in on senedir hangi yargıca başvuracağını saptamaya çalıştığını; şu beş senede bunu çözümlediği zaman, hayatının geri kalan kısmında da asıl davasını savunacağını» yazıyor ([22]).

Belki bu gün, yargı ayrılığı La Bruyere'in abarttığı biçimde sakıncalar doğurmamaktadır. Ama harekete geçirilecek yargıcın saptanması konusunda etkin bir sistem olduğu da söylenemez.

Tam bir yargı rejimi oluşturmamakla beraber; yönetime karşı sonuca yönelik çabuklukları yönünden İsveç Ombudsman ([23]) ve Sovyetler Birliği Prokuratura ([24]) deneyleri daha etkin sistemlerdir.

Özellikle Ombudsman Batı Demokrasilerinin abartarak imrendiği bir kurumdur. Kamu gücünün toplum yaşamına daha fazla karışmasının sonucu, bireyi yönetime karşı savunmakta klasik sistemlerin etkin davranamamaları Ombudsman ve benzeri uygulamalara ilginin temel nedenidir ([25]).

Yukarıda, yargıcı harekete geçirmenin iki ayrı amaca yönelik olabileceğini söylemiştik. Bu amaç ya bir yasa veya idari kararın iptali ya da bir düzenlemenin yasa ve yönetim düzeyinde istemi olabilir.

Birinci amaç genellikle benimsenmiş olmakla beraber, kazai emir sorununu ilgilendiren ikinci amaç konusunda hemen her sistemde uygulamalar son derece kısır

(19) M. Crozier, le phénoméne Bureaucratique Paris 1963 sayfa: 324-327.
(20) M.C. Kcssler, le Conseil d'Etat Paris 1968 sayfa: 9.
(21) J. Riveıo, a.g.e sayfa 86 ve 221.
(22) R. Charles, la Justice en France Paris 1958 sayfa: 25.
(23) A. Legrand, L'Ombudsman Scandinave Thése pour le Doctorat en Droit Lille 1968.
(24) J.A. Tikhomirov, a.g.e.
(25) Y. Altuğ, Vatandaşı idarenin yetki tecavüzleri karşısında koruyan <<Ombudsman>> müessesesi Yargıtay 100 üncü Yıldönüm Armağanı Ankara 1968 sayfa; 159.

kalmaktadır. Gerek ABD gerekse İngiliz Hukuku belki bu alanda öbür sistemlere oranla biraz daha kullanışlı görünüyor ([26]).

Bir yasanın çıkarılmasını sağlamak veya yönetime yapmaktan çekindiği bir işlemi yaptırmak alanında kazai emir yönteminin yanı sıra bir diğer yönet de ferdi girişim olmaktadır.

Bu konuda İsviçre uygulaması, bireye başka yurttaşlarının da rızasını almak koşulu getirerek, belirli alanlarda yasal düzenlemenin sağlanması için girişim olanakları vermektedir ([27]). Yasa koyucunun bazı kanunların çıkarılmasında atıl davranması karşısında bireye bu hakkın tanınması şüphesiz alışılagelen öteki sistemlerin önemli bir boşluğunu gidermektedir.

Bazı sosyalist ülkelerin, yasaların yargısal denetlenmesinde, yasama organının ataletinin kırılmasına önem vermeleri, ferdi girişim benzeri uygulamaları bu ülkelerde de gündeme getirmiştir. Romanya ve Doğu Almanya deneylerini buna örnek gösterebiliriz ([28]).

Yasama ve yürütmenin yargı aracılığı ile denetlenmesi alanında, işlevlerarası ve işleviçi düzeylerde denetleme - denetlenme hareketlerinin etkinliğini belirleyici önemli ilkeleri karşılaştırmalar yaparak göstermeye çalıştım. Türk uygulamasından söz etmedim. Uygulamamızın önemli sorunlarını ayrıca belirtmek kaygısı bunun asıl nedenidir.

Uygulamamızın, batı örneklerinde olduğu gibi genelde yasal - ussal standartlar yaratmak suretiyle güçlü siyasal sistem oluşturmak doğrultusunda işlediğini belirtmek isterim. Anayasa Mahkemesinin ve Danıştayın Devleti modernleştirme çabaları arasında siyasal sistemimize sokulması bu bakımdan anlamlıdır.

Türkiye'de Yasama ve Yürütmenin Yargısal Denetiminde Başlıca Sorunlar :

Türk siyasal sisteminde Anayasanın üstünlüğü ilkesi ötedenberi benimsenmiş bir ilke olmakla beraber; yasama alanı üzerinde yargı denetiminin kurulması oldukça yeni bir deneydir. Yüksek Mahkemenin siyasal yaşamımızdaki yerini değerlendirirken, Türk siyasal gelişmesinin izlediği genel çizgiyi ve bu çizgide 1961 Anayasasının yerini öncelikle belirlemek gerekir. Genel olarak 1961 Anayasasının ve bu Anayasa ile siyasal sisteme eklenen yeni kurumların tepkisel niteliğinin ağır basması ([29]) Anayasa Mahkemesi üzerinde yapılabilecek ilk değerlendirmelerde kuruluş ve öncesi dönemin genel koşullarını göz önünde bulundurmayı gerekli kılar.

Siyasal gelişmemizin en belirleyici niteliklerinden biri batılılaşma veya çağdaşlaşma diye adlandırdığımız, Devlet örgütlerinin etkin yöntemlerle donatılması sürecidir. Bu süreç belirli aşamalar halinde gerçekleşmekte, her aşamada Türk siyasal

(26) P. Ville, la Cour Suprême et la Représentation politique aux Etats- Unis Paris 1972.
(27) P.M. Gaudement, le Pouvoir exécutif daus les pays occidentaux Paris 1966 sayfa : 87-88.
(28) H. Roussilon, le probléme du Controle de la coustitulionnalité des Iois dans les pavs socialistes. in Rcvue de Drail public et de Science Po- litique 1977 No. 1.
(29) H.N. Kubalı, les traits dominants de la constitutioıı de la scconde Re publiqıc Turque îrı Revue Internationale de Droil Comparé, 1965 No. 3 sayfa : 857-858.

sistemi sanayileşmiş batı toplamlarından yeni bir kurumu kendi bünyesine eklemektedir([30]).

1961 Anayasası ve getirdiği kurumlar, bu batılılaşma çizgisinin geriye doğru zamanımıza en yakın noktasını oluşturmaktadır. Çok partili siyasal yaşam deneyinde çoğunluk egemenliğinin doğurduğu sakıncaları önlemek amacı ile düşünülen belli başlı yeni anayasal kuramlardan biri de Anayasa Mahkemesi olmuştur.

İtalyan ve Federal Almanya Anayasa Mahkemelerinin örnek alındığı Türk Anayasa Mahkemesi ile, anayasa taslağını hazırlayanlar Anayasa'daki demokratik laik ve cumhuriyetçi ilkeleri güvenceye almayı amaçlamışlardır. Bu ilkelerin yargı organı aracılığı ile korunmasında siyasal kadrolara karşı duyulan güvensizlik ([31]) önemli bir etken olmuştur.

Demokrasinin çoğunluk egemenliğine dayanan, mutlak bir yönetim kurmak demek olmadığı; siyaset oluşturan organların karşılıklı bir denetim süreci içinde işlemeleri gereği yeni anayasanın temel tanımlamalarından biridir. Anayasa Mahkemesinin varlığı da bu genel tanımlama içinde açıklığa kavuşmaktadır.

Türk Anayasa Mahkemesinin işlemeye başlamasından itibaren, bu denetim işlevini hemen her alanda uyguladığı, her siyasal eğilimin Anayasa Mahkemesinden taleplerde bulunduğu gözleniyor.

Sıkıyönetim rejimlerinin oldukça kısa aralıklarla gündeme geldiği siyasal yaşamımızda ([32]) genel olarak yargı organının ve bu arada Anayasa Mahkemesinin kişi özgürlüklerini koruma alanındaki girişimlerinde ne derece etkili olabileceği tartışmalıdır. Sıkıyönetim uygulamalarının, demokratik mekanizmaları tutukluğa uğratması kişileri haklarını savunmada daha çekingen kılması, sanıyoruz ki Anayasa Mahkemesinin özgürlükleri korumada etkinliğini zayıflatmaktadır.

Bazı göstergeler, Yüksek Mahkemenin yasama meclisleri tarafından yeterince benimsenmediğini gösterecek niteliktedir. Örneğin boşalan üyeliklere yeni atamaların yapılmasında yasama meclisleri çok önemli oranlarda gecikmekte, hatta bu tutumları ile Mahkemenin çalışmasını engelleyebilecek durumlar yaratılmaktadır ([33]). Eğer, aynı ihmali üye atamaya yetkili öteki Devlet organları da göstermiş olsalar, muhtemelen Mahkeme bir gün toplanamaz hale gelebilir.

Bununla beraber, Anayasa Mahkemesinde 1962 den beri açılan davalarda davacıların niteliklerine bakıldığında genellikle hemen her siyasal eğilimden partinin mahkemeye başvurduğu görülmektedir. Yasama meclislerinde üye atama konusundaki kayıtsızlığın, bu kez partiler aracılığı ile bile olsa yargı organından talep konusunda tekrarlanmadığını söyleyebiliriz.

Türk Anayasa Mahkemesi üzerindeki bu özet gözlemlerimizi noktalamadan

(30) S.S. Onar, les transformations de la structere administrative et juridique de la Turquie et son état actuel, in Revue Internationale des Sciences Administratives Bruxelles 1955 V : XXI sayfa: 780.
(31) H.N, Kubalı, a.g.m. sayfa: 857.
(32) C.Eroğul, Türk Anayasa düzeninde Cumhuriyet Senatosu'nun Yeri Ankara 1977 sayfa: 41
(33) C. Eroğul, a.g.e. sayfa 76 ve devamı.

önce bir - iki konuya gösterdikleri önem açısından değinmek yerinde olacaktır: Birinci konu dava yolu ile yasaların iptalini istemeye yetkili kurumlarla ilgilidir.

Bilindiği gibi, Anayasa Mahkemesinin yargısal denetim sürecini işletebilmesi ya dava yolu «voie d'action»; yada def'i yolu ile «voie d'exception» mümkündür.

149 uncu Madde dava hakkını kullanabilecek yetkilileri saymakta, bu arada «kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda» kaydını koyarak; Yüksek Hakimler Kurulu, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Üniversitelere de doğrudan doğruya iptal davası açma hakkını tanımaktadır. İster - istemez «kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlar» kaydından sendikal kuruluşların da yararlanabilmesini niçin anayasa koyucunun düşünmemiş olması akla geliyor.

Anayasamızın sosyal içeriği dikkate alındığında, özellikle çalışma hayatında yasal düzenlemelerin giderek yoğunlaştığı çağımızda böyle bir hakkın hiç değilse üye sayısında bir kayıt koymak koşulu ile sendikalara, meslek dernek ve birliklerine tanınmasının yararlı olacağını sanıyorum.

Günümüzde, anayasanın saydığı dava açma hakkı olan kurumlar sendikal ve meslek kuruluşlarından ne daha fazla ne daha az önemli değildirler.

İkinci olarak dikkat çekmek istediğimiz konu, Mahkemenin müzakerelerini düzenleyen **44 sayılı** kuruluş yasasının bazı hükümleri ile ilgili. Söz konusu yasanın 40. maddesi;

«Açıklanmasında Devletin Yüksek menfaatlerine zarar vermesi umulan ve sır halinde sağlanması gereken bilgilerin verilmesinden ve evrak ve belgelerin gönderilmesinden ilgili makam »ın kaçınabileceğini belirtmekte; gene aynı maddeye göre ilgili makamın bu kaçınmadan Mahkemenin üçte iki çoğunlukla istemini yenilemesi halinde yararlanamıyacağı hükmünü getirmektedir. Ancak bu durumda bile ilgili makam bu kez Türkiye Cumhuriyetinin güvenliğinin yanı sıra konu yabancı devletlere de ilişkin ise kaçınma kararında israr edebilmektedir. Kuruluş yasasının bu hükümlerini anlamak belirtelim ki bizce çok zor. Yargıçlar sır saklamakta, devletin şu yada bu organından veya memurundan daha mı az güven vericidirler ki kanun koyucu böyle bir hükmü getirmekte ısrarlıdır. Uygulama göstermektedir ki bu tür yasa hükümleri çokçası abartılarak kullanılmakta ve yargı sürecinin etkin işlemesine engel olunabilmektedir. Bu tür kısıtlayıcı ve yargı faaliyetini sekteye uğratacak nitelikte hükümleri örneğin Danıştayın muhakeme usullerini düzenleyen yasalarda da görüyoruz.

Bizi şaşırtan bir başka nokta da Mahkemenin bu hükmün anayasaya uygun olup-olmadığı yolunda bu zamana kadar herhangi bir endişe göstermemiş olması. Belirtelim ki bu yargı organımız her nedense kendisini ilgilendiren konularda bir hayli çekingen veya suskun olmaktadır ([34]). Bu suskunluğu onaylamak sanıyoruz ki mümkün değildir.

(34) Mahkemenin kendisini ilgilendiren durumlarda gösterdiği bu suskunluğa bir başka örnek için bakınız; T. Güneş, CHP nin Haksız İktisaplarının iadesi Hakkında 6195 sayılı Kanunu iptal eden Anayasa Mahkemesi Kararı üzerine. S.B.F. Dergisi. Cilt: XVIII N: 3-4 sayfa: 345.

Anayasa Mahkemesi ile ilgili bazı sorunlar üzerindeki bu gözlemlerimiz yeni düzenlemelerin gerektiğini kanıtlamaktadır. İdari Yargı alanındaki aksamalara gelince, onları da özetle şöyle belirleyebiliriz :

1 — Danıştay kararlarının yönetim tarafından uygulamaya konulması sorunu,

2 — Yargı sürecindeki demokratik olmayan hükümlerin kaldırılması,

3 — Danıştaydaki tıkanıklıkları ve dava birikmelerini önlemek için yerel idare mahkemelerinin kurulması,

4 — İdarî yargı alanında adlî müzaheret sorunu,

5 — Belirli alanlarda kazai emir yetkisinin tanınması gereği.

İdarî Yargının sorunlarını yakından inceleyenlerin kolaylıkla onaylayabilecekleri gibi; bu sayılan sorunların çözüme bağlanması, yönetimin yargısal denetiminin sağlıklı biçimde gerçekleştirilebilmesi için çok önemlidir.

Danıştay kararlarının, yönetim tarafından uygulamaya konulması sorunu esasında yalnızca idarî yargıyı değil bütün bir hukuku ilgilendiren bir sorundur. Yasama organı veya yürütme organı kararlarının uygulanmaması nasıl ki bu kurumların etkinliğini azaltır ve giderek varlık nedenlerini tartışma konusu yaparsa; yargı tarafından verilen kararların da uygulanmaması er-geç aynı sonuçları yaratma durumundadır. Daha da önemlisi siyasal sistemin, toplum bütününü denetleme yeteneğini yitirmesi, alışılmış deyimle otorite boşluğu doğması kaçınılmaz olur ([35]). Genel toplum düzeninin işlemesi birinci derecede bu düzeni oluşturan sistemlerin çevrelerinde değişiklik yaratabilmelerine bağlıdır. Danıştay kararlarının uygulanması sorununu bu geniş boyutlar içinde düşünmek gerekiyor.

İdarî Yargı sisteminin çevresinde değişiklikler yaratabilmesi, çıktılarını oluşturan yargı kararlarının, iptal, yürütmeyi durdurma, tazminat, öneri-uygulanması ile olanak kazanır.

Danıştay kararlarının yönetim tarafından uygulanmamasının hukukî ve cezaî sorumlulukları üzerinde burada ayrıntılı olarak durmayacağız. Ancak belirtelim ki yasalar bu alanda sorumlulukları göstermektedir. Ve Danıştay bazı kararlarında cezaî ve hukukî sorumlulukları saptamaktadır ([36]). Yasaların gösterdiği ve yargının kararlarında da tekrar edilen cezaî ve hukukî sorumlulukların, her şeye rağmen idarî yargı kararlarının uygulanması sorununu çözümlediğini söyleyebilmek güçtür. Yada bu bir çözüm olsa bile, genellikle Danıştay kararlarının uygulanmamasından dolayı doğan tazminatlar hazine tarafından ödenmekte olduğundan memurun veya bakanın keyfi tutumunun bedeli kamu tarafından karşılanmaktadır.

(35) İ. Olgun, Danıştay 10 uncu Daire Bşk., Danıştay kararlarının infazı, Amme İdaresi Dergisi Cilt: III sayı: 2.

(36) Abbas Gökçe, Danıştay Üyesi, Danıştay kararlarının uygulanması nasıl sağlanabilir? Milliyet 5 Mart 1977.
Danıştay kararlarının uygulanmasına değin ayrıntılı sorunlar için bakınız; İdari Yargı Kararlarının, Özellikle Yürütmenin Durdurulması Kararlarının Uygulanması konusunda T.B.B. Yönetim Kurulunun görüşleri. Türkiye Barolar Birliği Yayınları No: 18 Ankara 1975.

Çokçası tazminat davalarının kişi aleyhine değil de idare aleyhine açılması onaylanması güç bu tür sonuçlar doğurmaktadır.

Yargı kararlarının uygulanmamasının çoğu zaman müeyyidesiz kalması sanıyoruz ki hukuk mekanizmasının yetersizliğinin ötesinde temel bazı sorunları gündeme getiriyor. S.S. Onar'ın Türk yönetim ve hukuk kurumlarının gelişimi ile ilgili bir incelemesinde belirttiği gibi, bozukluğu ve uyumsuzluğu kurumların yapısında değil; toplumsal çevrenin yetersizliğinde aramak gerekmektedir ([37]).

Sanıyoruz ki; söz konusu çevrenin yetersizliği, sisteme yapılan taleplerde değil; daha çok destek nitelikteki girdiler düzeyinde belirlenmektedir. Genel olarak, siyasal toplumsallaşma düzeyimizdeki yetersizlikler, bu sürecin toplumumuza oranla çok daha gelişmiş olduğu siyasal sistemlerin kurumsal yapılarının bünyemize aktarılması halinde bu kurumların çevre tarafından yeterince benimsenmemesi sonucunu doğurmaktadır. Bu açıdan konuya yaklaşıldığında temel sorun, siyasal sistemimizi oluşturan kurumlar etrafında bu kurumları benimsetici tutum ve davranış oluşturulması olmaktadır.

Gerçekten, yargı organı tarafından verilen kararların uygulanmasında sürekli aksamalar gösteren siyasal iktidarın, demokratik mekanizmanın en doğal denetim aracı olan seçimlerde, bu aksamalarından dolayı seçmen tarafından onaylanmayacakları yolunda bir kaygının olmaması belki temelde yatan asıl nedendir ([38]).

Yargı kararlarının yürütme tarafından uygulanmaması, yargı- yürütme işlevleri arası denetleme sürecinde aksamalara neden olmaktadır. Bu aksamalar giderek hem yargısal alanda denetlenmeyen bir yürütme; hem de denetleme işlevinde etkin olmayan bir yargı olgusu oluşturur.

Yargılama sürecinin denetlenen bir süreç olmasını engelleyen yöntemlerin de varlığı bu iki olguyu daha da olumsuz yönde geliştirmektedir. 1740 sayılı yasa ile Danıştay yasasına eklenen şu madde yargı sürecinin denetlenen bir süreç olmadan uzaklaştırılması yönündeki yasama organının çabalarını açık olarak kanıtlayıcı niteliktedir.

Yargının açıklığını temelden bozan 1740 sayılı yasanın 1. Maddesi aynen şöyledir : «Görevli daire veya kurul, veya kanun sözcüleri tarafından getirilen veya idarece gönderilen gizli her türlü belge ve dosyalar ile reddi hakim istemi üzerine reddedilen hakim tarafından bu hususta verilen cevap, taraf veya vekillerine incelettirilemez». Hem yargının açıklığını, hem de kişinin savunma hakkını sarsan böyle bir yasa hükmünün yargı eylemini denetlenen bir eylem olmaktan çıkardığı kuşkusuzdur ([39]). Anayasa mahkemesi ile ilgili gözlemleri belirtirken yüksek mahkemenin yargılama yönteminde de, benzeri hükümlerin varlığına değinilmişti.

Danıştayın da Anayasa Mahkemesi gibi yargı faaliyetini açıklıktan, denetlenen bir süreç olmaktan uzaklaştıran bu tür yasa hükümlerine karşı kayıtsız kalmasını açıklamak mümkün değildir.

---

(37) S.S. Onar, a.g.m. sayfa: 780.
(38) B. Savcı, Danıştay Dergisi Yıl : 6 sayı: 20-21 sayfa: 92.
(39) İlgili Yasa Maddesinin doğurduğu tepkiler için bakınız. Cumhuriyet 4 Ağustos 1973.

İdarî yargı sistemimizi yetersiz kılan, işlevlerini yerine getirmekte geç bırakan önemli bir diğer sorun da; sistemin yeterince yapısal farklılaşmaya gidememiş olmasıdır. Ötedenberi yakınma konusu olan, Danıştay'da dava dosyalarının aşırı boyutlarda birikmesi günümüzde de sürmektedir ([40]).

Bu yetersizliklerin giderilmesi için zaman zaman ortaya yerel düzeyde idari yargı kurumlarının geliştirilmesi önerisi gerçekleşme olanağı bulamamıştır. Şüphesiz idari uyuşmazlıklarda yerel mahkemelerin kurulması, Danıştay'ın üzerindeki talep yükünü azaltarak bu yargı kurumunun daha çabuk çalışmasını sağlayabilir ([41]). Fransa'nın 1953 den beri uyguladığı bu yöntem, Danıştay'ın yükünü önemli ölçülerde hafifletmiş görünmektedir. Yerel yönetim mahkemelerinin kurulmasının dava yükünü hafifletmek yanında ayrıca yargı hizmetini bireye yaklaştırmak gibi önemli bir yararı da vardır ([42]).

Ancak yargı hizmetini bireye yaklaştırmak için yerel yargı organlarının kurulması yeterli değildir. Yargı yoluna başvurmada işlemlerin basitleştirilmesi; bireye karmaşık hukuk düzeni içinde haklarını savunabilmede kamunun da yardımcı olması gerektirir. Danıştay'da açılan davalarda davacıların hangi toplumsal kesimlerden geldiği, en çok hangi alanlarda uyuşmazlık çıktığı yolundaki bir araştırma bu alandaki gereksinmeleri daha açık-seçik ortaya koymak bakımından yararlı olacaktır.

Hemen belirtelim ki; bireye yargı kurumlarında yönetimi daha etkin denetlettirme olanağı tanıyan İsveç Kamu Gözeticisi sisteminin aslında yargı hizmetini ucuz ve basit olarak vatandaşa götürmek olduğunu düşünerek, benzer bir kurumun Türk koşullarına ve gereksinmelerine uyumlaştırılarak geliştirilmesi yerinde olabilir.

Aslında Türk toplumu böyle bir gereksinmeyi duymakta ve dolaylı yollarla bu söylediğimiz öneriyi gerçekte uygulamaya koymaktadır. Bir gazetenin bu alandaki geçmiş on yıllık deneyi bu açıdan bize çok ilginç görünüyor ([43]).

Genel olarak yargı alanı eyleme dönük değildir. Yargıç, yalnızca yönetimin karar ve düzenlemelerinin yasallığını denetlemekte, yasaya aykırılığı engelleyememektedir. Gerek Türk sisteminde, gerekse Fransız sisteminde kazaî emir yetkisinin tanınmamış olması; yargıcı işlevlerarası denetim sürecinde tamamen pasif bir duruma getirmektedir. Hiç değilse, yargı tarafından saptanan yasaya aykırılık hallerinde; yargıya yönetime emir verme yetkisinin tanınmasının önemli yararları olabilir. İtalyan Danıştayının belirli koşullarda bu yetkiye sahip olması, İtalyan yargı denetimi sistemini daha etkin kılmıştır ([44]).

Ülkemizde, İdare yargıcının yönetime emir verebilme yetkisi genellikle tartışma konusu bile yapılmamaktadır. Sanırız böyle bir yetkinin işlerliği üzerinde tartışmayı gündeme getirmek yararlı olacaktır.

---

(40) Ş. Gözübüyük, İdari Yargı Ankara 1977, sayfa: 45.
(41) S. Güran, Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay üzerine yapısal bir deneme İstanbul 1977 sayfa: 444 ve devamı.
(42) L'Etat et le Cıtoyen Paris 1961 sayfa: 398.
(43) Yıldıran Servis 10 ncu Yılında Yine Sîzlerle Hürriyet 24 Mart 1977.
(44) J. Rivero, a.g.e. sayfa: 231.

(18. Makale - 1979)

Cahit TALAS

*Bir İnsan Hakkı Olarak Sendika Hakkı ve Uluslararası Belgelerde Yeri ve Evrimi**

* Cahit Talas, "Bir İnsan Hakkı Olarak Sendika Hakkı ve Uluslararası Belgelerde Yeri ve Evrimi", İnsan Hakları Yıllığı, Yıl 1979, Cilt 1, Sayı 1, 36-63.

BİR İNSAN HAKKI OLARAK SENDİKA HAKKI VE ULUSLARARASI BELGELERDE YERİ VE EVRİMİ

Cahit TALAS*

GİRİŞ

İnsan haklarının dünyamızda saygınlık kazanması giderek yayılmakta ve genişlemektedir. İnsan hakları insanlık tarihi içinde eski çağlardan başlıyarak çağımıza doğru, daha çok anlam ve daha geniş içerik kazanarak uzanmıştır. Sade anlamında **insan hakları** deyimi, her hangi bir nedene dayanmaksızın ve hiçbir fark gözetmeksizin insanlık niteliğinden ötürü bütün insanlara tanınmış olan başta devlet olmak üzere herkesin saygılı olması ve uyması gereken bir haklar ve özgürlükler demetini belirler. Bu haklar demeti içinde örgütlenme, daha özel deyimi ile sendika hakkı, öteki ekonomik ve sosyal haklar gibi yeni çağların bir ürünüdür. Bu hakkın da devletlerarası çalışmalar ve belgeler içinde yer alması ve bir insan hakkı olarak benimsenmesi ise, Birinci dünya savaşını izleyen yıllarda başlar.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin (10 Aralık 1948) XXX. yılına ulaşmış olduğu günümüzde, sendika hakkı ekonomsal ve sosyal haklar, ulusal yasalar ve yeni anayasalar içinde en çok yer alarak, güvence altına alınarak ve oralardan uluslararası belgelere geniş ölçüde yansıyarak evrenselliğe doğru uzanmıştır. İşçi sınıfının, zengin olsun fakir olsun, bütün ülkelerde hızla ağırlık kazanması, bilinçlenip toplumların ekonomsal ve toplumsaldan başlayıp siyasal yaşantılarına kadar giden etkinliklere ulaşması, sendika hakkının tanınması, korunması ve yayılması olgusuna düşüncelerde ve uygulamalarda kalıcılık sağlamıştır. Her alanda eşitliğe yönelmiş çağdaş toplumlarda, ekonomik ve sosyal haklar alanında da büyük eşitsizliklerin giderilmesinin başlıca araçlarından biri olan sendika hakkının bütün boyutları içinde benimsenmesi ve etkinlik kazanması, henüz her yerde istenen ve gerekli olan düzeylere ulaşmış değildir. Bir çok ülke, özellikle gelişen ülkelerin bir bölümü, yaşam hakkı ile de yakından ilgili olan sendika hakkına yeterli önemi vermemiş, ona, eşitcilik işlevinde gerekli etkinliği kazandırmaktan uzak kalmıştır. Bu nedenledir ki, uluslararası sosyal politika çalışmaları ve bir bakıma insanı özgürleştirme düşünceleri ve hareketleri diyebileceğimiz insan hakları ve özellikle sendika hakkı, uluslararası belgeler içinde en önce ve daha çok dikkata konu olmuştur.

---

* Prof. Dr. Cahit Talas, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi öğretim üyesi ve Birleşmiş Milletler Türk Derneği Başkanı'dır.

I. İnsan Hakları Düşüncesinin Doğuşu

İnsan hakları düşüncesi, kuşkusuz, insanların toplu olarak yaşamaya başladıkları ve bir toplu, birlikte yaşam içinde bir otoriteye boyun eğip bir siyasal, toplumsal ve ekonomsal hiyerarşiyi, farklılaşmayı kabul ettikleri ya da buna zorlandıkları uzun insanlık tarihi içinde toplumlarla beraber başlamıştır. İnsanlık yaşamının dar boğazlarından, egemen olma tutkularından geçerek düşüncelere yansımış, ve aralıksız evrimler geçirerek çağımıza, günümüze ulaşmıştır. Ekonomsal, sosyal, siyasal ve düşünceler tarihi incelenirken, düşüncelerin ve bu düşüncelerden kaynaklanan uygulamaların kökenleri ve evrimi araştırılırken, genel olarak eski çağların Yunan ve Roma düşüncesine inilir ve bu düşünce içinde bir ışık, bir iz, bir başlangıç araştırılır, bulmaya çalışılır. İnsan haklarına ilişkin düşünceler tarihinde de genellikle böyle bir yola, yönteme başvurulur. Aslında çağlar boyunca insan haklarının özgürlükçü, eşitlikçi ve ayrıcalıksız yönleri açısından ne düşüncelerde ne de uygulamalarda gerçeklere çok yaklaşılamamıştır. Özellikle yakın tarihin bir ürünü olan ekonomik ve sosyal haklara ilişkin düşünceler ve bunların yaşama aktarılmasına ilişkin gelişmeler, olguların ve gerçeklerin çok gerilerinde kalmıştır.

Düşünceler tarihinde insan hakları açısından ne eski Yunan'da ne de eski Roma'da bir iz, bir ışık bulma olasıdır. Ne ünlü Aristo ve Platon ne de öteki yunan filozofları yanında insanı insan olarak değerlendiren ve insana bu açıdan bakan bir düşünce yaklaşımı var olmuştur. Gerçekten, Prof. Münci Kapani'nin de belirttiği gibi klasik çağın yunan düşünürlerinin felsefelerinin özü son bir tahlilde özgürlüğün bir antitezi olarak görünmektedir. Öyleki, **"Platon'un tasarladığı ideal devlet, toplum hayatının bütün yönlerini tek elden ayarlayan, düzenleyen ve bu kollektif düzen içinde kişiye en küçük bir serbest hareket alanı bırakmayan- ona aile kurmak hakkını bile tanımayan-** monolitik **bir devlettir.. Aristo'nun siyasal docktirini daha yumuşaktır, daha ölçülüdür, belki biraz daha insancıldır. Fakat, ünlü filozofun düşünce sisteminde de insan haysiyetine değer verildiğini, kişi hürriyet ve kavramına bir yer ayrıldığını görmek mümkün değildir".**[1] Aslında kölelik kurumlaşmıştır. İnsanlar arasında eşitsizlik eşyanın doğası gibi kabul olunmuştur. Eski Yunan'da ve Roma'da insanlar iki ayrı statü içinde yaşamışlardır : egemenler ve köleler. Egemenler, bunlar içinde halkın bir bölümü, kamu görevlileri ve filezoflar bile köleleri, tutsakları düşünen, duyan ve her insan gibi bir bilince ve bunlarla birlikte haklara da malik varlıklar olarak kabul etmiyorlardı. **Platon** ve **Aristo** üretim çalışmalarını, aşağılanan insanların yani kölelerin ve tutsakların yapmaları gereğine inanıyorlardı. Buna karşılık, ayrıcalıklı statülere malik olanların, başka bir deyimle egemen sınıfın, sanat, felsefe, politika ve devlet işleri ile uğraşmaları gereğine inanıyorlardı. Romalı filozof **Çiçeron'a** göre de özgür bir insan ancak felsefe, politika, devlet işleri ve topraklarında insanları çalıştırmakla uğraşmalı ve toplumun maddesel gereksinmelerini karşılama çalışmalarını aşağı sınıflara bırakmalıdır.[2]

1 Münci Kapanı: **Kamu Hürriyetleri,** yenilenmiş beşinci baskı. Ankara 1976, S. 17-18.
2 Cahit Talas: **Sosyal Politika,** yenilenmiş üçüncü baskı. Ankara **1976, s. 11.**

Eski Yunan'da Stoisiyen felsefe ile başlayan ve bütün insanlığı bir aile sayıp devletin yasalarının üstünde doğal yasaların bulunduğunu ve bu doğal yasalara herkesin uyması gerektiğini benimsemeğe dönük gelişmelerden geçilerek Ortaçağ'a gelinmiştir. Ortaçağ yeni ekonomik üretim biçimi, başka bir deyimle tarımsal çalışmalara zanaat ekonomisinin de eklenmesi, kölelik statüsünün daha az bağımlılığı simgeleyen serf statüsüne dönüşmesi, yeni düşüncelerin ve hızla yayılan hırıstiyanlığın da etkisi ile insana ve insan haklarına önem vermeğe başlamıştır. Bu çağda devletin yetkilerine, giderek büyüyen sınırlar getirilmeğe çaba gösterilmiştir. Bu gelişmede, yeni oluşta kilise önemli bir rol oynamıştır; insana insan olması nedeni ile bir saygınlık tanınmıştır. Bundan böyle insan, insana ulaşmak bir amaç olarak kabul edilmiştir. Bu yeni oluşumda, bir dinci olan **Saint Thomas'ın** düşünceleri önemli bir rol oynamıştır. Hükümdarın yetkilerini tanrısal yasaların varlığı ile sınırlamak düşüncesinden hareket eden Thomas'a göre, **"hükümdar, iktidarını ilâhi kanuna uygun olarak kullanmak ve bu kanunun hiçbir zaman makbul görmediği zulüm yoluna sapmaktan kaçınmak zorundadır. Şayet hükümdar, ilâhi ve ebedi kanuna, ve akıl yolu ile bundan çıkarılan tabii kanuna aykırı beşeri kanunlar yapacak olursa, fertler buna boyun eğmeğe mecbur değildirler. Görülüyor ki, Thomas Aquinas, kişilere, gerektiğinde zulme karşı direnme hakkını tanımaktadır."**[3] Saint Thomas'tan geçerek **Marsilius Patavinus'** un düşünceleri ile siyasal rejimde bir yenileşme başlamıştır. Güçlerin ayırımı ilkesi Marsilius'un düşüncelerinde açık olarak görülmektedir. Bunun yanında devlet ile Kilisenin ayrılması gereği ve ayrıca vicdan özgürlüğünü savunuşu ileriye doğru önemli gelişmeler olarak kabul edilmelidir. Ne var ki, bir kaç düşünürün ve ilâhiyatçının özgürlükçü düşüncelerine ve devletin yetkilerine bazı sınırlamalar öngörmelerine karşın, Ortaçağ, insanlık tarihi içinde, hırıstiyanlığın bağnaz ve katı uygulamaları sonunda karanlık bir dönemdir. Din adına zulüm kurumlaştırılmıştır. İnsan haklarının bir başlangıcını Ortaçağ düşüncesi ve kilise uygulamaları içinde görmek, bulmak olası değildir.

Onbeşinci yüzyıl ile birlikte siyasal feodalite dönemi ve Ortaçağ son bulduktan sonra tüm devlet gücünün ve tüm yetkilerin kralların elinde toplandığı yeni bir çağ başlamıştır. Yasama, yürütme ve yargı yetkilerinin kralın ya da monark'ın kişiliğinde toplandığı bu toptancı, merkeziyetçi ve mutlakiyetçi dönemde de din ve tanrısal yasalar yolu ve düşünceleri ile bireylerin bazı hakları bulunduğu yavaş yavaş ortaya atılmıştır.[4] **Jean Bodin**, kralların bu yetki sınırsızlığı döneminin başlıca temsilcisi olmuştur. Ancak, Bodin, kralların yetkilerinin bir tür doğal hukuk sayılabilecek tanrısal yasalar ve buyruklarla sınırlanabileceğini de kabul etmiştir.

XVI., özellikle XVII. yüzyıllarda insan haklarına ilişkin olarak gittikçe önem kazanan ve XVIII. yüzyılda açıkça ortaya çıkan düşünceler gelişmeğe başlamıştır. Deniliyordu ki, egemen güç tanrısal hukuka bir sınır getirmediği gibi, Tanrı tarafından oluşturulan doğal hukuku da bozamaz[5]. Ama, elle tutulan gelişmeler

3 Kapani, s. 25.
4 Bahri Savcı: İnsan Hakları (Kanunilik Yolu ile korunması), Ankara 1953, s. 17-18.
5 İbid., s. 19.

XVII ve XVIII. yüzyıllarda açık olarak İngiliz filozofu Locke'un ve Fransız filozof **Rousseau'**nun düşünceleri ile başlamış ve yol almıştır. Aynı nitelikteki düşünceleri Alman filozofu **Kant'**da da görmekteyiz.

Locke'a göre toplumlarda insanları yöneten ve insanların uymaları gereken doğal yasalar bulunmaktadır. Bu doğal yasaları insanlar sezgileri, akıl ve düşünceleri ile bulurlar. İşte bu doğal yasalar bir doğal hukuk oluştururlar ki, bunlar, insanlara bir takım doğal haklar sağlarlar. Örneğin, yaşam ve mülkiyet hakkı bu haklar arasında yer alırlar. Locke'in düşüncelerinin en önemli bir yanı da demokrasilerin kaynaklandığı gücün halk iradesine dayandığı sonucuna varmış olmasıdır. Aslında, devlet yönetiminde egemenlik halkındır. Ancak, halk bu egemenliği doğal hukuka uymak koşulu ile yöneticilere bırakmaktadır.

Düşünceleri çok tartışılan ve birbirinden çok farklı olarak yorumlanan j.j. Rousseau'ya gelince, o, ünlü yapıtı **Contrat Sociad - Toplumsal Sözleşme'de** insanların bir takım doğal özgürlüklere malik olduğunu ve bu özgürlüklerinden vazgeçmenin ne mümkün ne de insan nitelikleri ile bağdaşabileceğini ileri sürmüştür.. Ancak, bu özgürlük ve doğal hakların saldırılardan korunabilmesi için insanlar kendi istemleri ile bazı vazgeçim ve sınırlamalara katlanabilirler. İşte, Toplumsal Sözleşme bu olguyu düzenler ve böylece çoğunluğun iradesinin egemen olduğu devlet ve devlet gücü doğar. Toplumsal Sözleşmeye göre kişi, özgürlüklerinin sınırlamalara bağlanmasına razı olmuştur ama, bu, özgürlüğün özünü koruyabilmenin bir karşılığıdır.

Kant ta çağının öteki özgürlükçü filozofları gibi insanı ve insana saygıyı düşüncelerinin odak noktası yapmıştır. Ona göre, bütün insanlar aynı onura maliktirler ve aynı saygınlığı olan temel haklarla donatılmışlardır.

XVII. ve XVIII. yüzyıllarda geliştirilen ve insanların insan olmak niteliği ile bir takım doğal haklara ve özgürlüklere malik oldukları düşüncelerini oluşturup doğal hukuk tezi içinde düğümlenen gelişmeler, bireyci bir doktrinin doğması ile sonuçlanmış ve daha akılcı bir felsefe içinde birleştirilmiştir. Bu felsefeye göre tüm hakların ve özgürlüklerin kaynağı birey, insandır. Düşünen, bir bilince ve usa malik olan insan, toplumu oluşturmuş, düzenlemiş ve devleti yaratmıştır. Bu liberal bir devlettir[6]. Bunları **bir amaç** saymamış, tersine amaç olan bireyi ve onun haklarını ve özgürlüklerini korumak her çeşit karışımları önlemek için bir **araç** olarak kabul etmiştir. Bireyin siyasal, toplumsal ve ekonomsal hakları ve özgürlükleri **insanı** insan olarak her zaman önde tutarak açıklanmıştır.

Kısa özetleri içinde açıklamaya çalıştığımız yukardaki düşüncelerden ve ekonomik yaşamın da gerekirciliğinden geçilerek XVIII. yüzyılın ikinci yarısı içinde bazı somut gelişmelere tanık olmaktayız. Bunlar içinde insanların hakları ve özgürlükleri açıklığa kavuşturulmakta ve güvence altına alınmaktadır. Bunlar **Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi** ile feodal sistemin siyasal, toplumsal ve ekonomsal alanlardaki kalıntılarına son veren Fransız Devrimi ve bu devrimin

6 Ayferi Göze: **Liberal, Marksist, Faşist ve Sosyal Devlet Sistemleri**, İstanbul 1977, s. 3 ve devamı.

oluşturup yayınladığı **İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesidir.** Bu iki belgenin etkileri ulusal sınırları geniş ölçüde aşarak evrensel nitelikler kazanmışlardır. Ama, insan hakları belgeleri içinde ekonomsal ve toplumsal hakların ve özgürlüklerin yer alması ve bunların uluslararası belgelerde görünebilmesi için hemen hemen XX. yüzyılı beklemek gerekmiştir.

II. İnsan Haklarının Ekonomsal ve Toplumsal Dallarının Gün Işığına Çıkışı

Gerek Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi, gerekse Fransız İnsan ve Vatandaşlık Hakları Bildirgesi yalnız siyasal nitelikli hakları ve özgürlükleri simgelemişler ve güvence altına almak istemişlerdir. Bununla birlikte, Fransız Devriminin daha köklü değişmeleri amaçlayan ünlü **Robespierre'**inin, Konvansiyon'a sunmuş olduğu tasarı içinde bazı toplumsal ve ekonomsal haklara da yer verdiğini görmekteyiz. Robespierre'in düşünceleri tümü ile gerçekleştirilmemekle birlikte, 1793 Anayasa'sının başında yer alan ikinci İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesinde, kamu yardımları, devletin vatandaşa kutsal bir borcu sayılmış, böylece devletin sosyal yardımlarının ilk adımı atılmıştır. Çalışma hakkı ve eğitim hakkı da sosyal ve ekonomsal haklar arasında yer almıştır. Fakat, devlete ekonomsal ve toplumsal görevler yükleyen, siyasal ve medeni hakların gerçek ve yaşayan bir anlam kazanmasını amaçlayan daha önemli gelişmeler ve durumlar yarım yüzyılı aşkın bir süreden sonra ilk kez gene Fransa'da 1848 sosyalist devrimi ile görülmüştür. Bu devrimin ekonomsal ve toplumsal haklar ve özgürlükler açısından benimsediği ilkeleri belirlemeden önce içinde doğmuş ve, kuşkusuz esinlenmiş olduğu düşünce ortamından kısaca söz etmek yararlı olur.

1848 Devrimi gerçekleştiği dönemde bireyci liberal okulun düşünce ve uygulama alanlarındaki egemenlik sürmekte idi. Bununla birlikte, bu düşünce sistemine karşı tepkiler doğmaya başlamıştı. Bunlardan bir kaç örnek vermekle yetineceğiz. İlk isyancı **Simonde de Sismondi** (1773-1842) olmuştur. Bireyci liberaller, ekonomi bilimine bir servet bilimi olarak bakmışlardır. Sismondi'ye göre bu yanlıştır. Ekonomi biliminin gerçek konusu **insan ve insanın refahı olmalıdır.** Bu nedenden ötürü Sismondi üretime değil, gelirin dağılımı olayına önem vermiştir. Bu nedenle, denilebilir ki, ilk kez bir sosyal politika programını ileri sürmüş ve devleti bu programı gerçekleştirmeğe çağırmıştır[7]. Bir İngiliz işadamı ve aynı zamanda düşünürü olan **Robert Owen** (1771-1858) bir yandan öncü ve kooperatifçi düşünceleri ileri sürmüştür. Öte yandan, özellikle işçi sınıfının hakları ve çalışma koşullarının düzeltilmesi üzerinde durmuş ve bu konuları uluslararası alana aktarmaya çalışmıştır[8]. **İnsanın insan tarafından sömürülmesine karşı çıkan Saint-Simon** (1760-1825) ve emeğin karşılığı olmayan mülkiyete **hırsızlık** diyen **J. Proudhon** (1809-1865 tarafından ileri sürülen ilginç düşünceler üzerinde durmıyarak, **Louis Blanc**'a (1811-1882) uzandığımızda, onu hem bir düşün hem de bir eylem adamı olarak 1842 Devrimi hareketleri içinde görmekteyiz. **Organisation du Travail-Çalışmanın Örgütlenmesi** (1841) adlı yapıtında o da,

7 Cahit Talas : **Ekonomik Sistemler,** Ankara 1977, s 157 ve devamı.
8 İbid., s. 167-170.

işçi hakları üzerinde durmuştur. Ona göre rekabet yıkıcı bir kurumdur. Emeğin mezada çıkması demektir. Rekabet, işçilerin en elverişsiz çalışma koşulları altında çalışmalarına yol açmaktadır. Emek gücünü bir mal gibi satmak zorunda bırakılan ve ekonomik bakımdan zayıf insanların oluşturduğu işçi sınıfının bir yeğleme olanağı yoktur. Kendisine önerilen koşulları ya kabul edecek ya da sefaletin içine yuvarlanacaktır. Louis Blanc'nın düşüncesinin özeti **yaşam hakkı, çalışma hakkı ve gelişmeden yararlanma hakkı** olarak belirlenebilir. Bunları, Devrim hükümetlerinde görev alarak **Ulusal Atelyeler** içinde gerçekleştirmeğe çalışmıştır.

Çağın bu yeni düşünceleri 1848 Devriminin anayasasına önemli ölçülerde yansımıştır. Bu anayasa, ekonomsal ve toplumsal haklara ve özgürlüklere ilişkin ilkeler içeren ve bu alanlarda devlete toplumsal adaleti ve güvenci sağlamak bakımından geniş sorumluluklar yükleyen çağdaş anayasaların öncüsü sayılabilir. **Başlangıç**'ında, vatandaşın güvencini geliştirmek, vatandaşa yardımda bulunmak, işsizlere çalışma olanakları sağlamak, yoksul, sakat ve yaşlıların elinden tutmak, onlara yardım etmek devlet görevleri arasında sayılmıştır. Anayasanın 13. maddesi bu hakları daha da genişleterek bir sosyal devlet görünümü yaratma yoluna girmiştir.[9]

Bu oluşum, Birinci Dünya Savaşından sonra ve özellikle İkinci Dünya Savaşını izleyen yıllarda hızla sürmüştür. Weimar Anayasası (1919) yeni gelişmenin önde gelen yapıtıdır. Bu anayasa devletin bir sosyal görevi ve niteliği olduğunu benimsemiş ve buna bağlı olarak kişiye çeşitli ekonomik ve sosyal haklar tanımıştır. 151. maddesinde, **"ekonomsal yaşam, adalet esaslarına göre ve herkese, insanlığa yaraşır bir yaşam düzeyi sağlayacak biçimde düzenlenir",** ilkesini koyduktan sonra, bu ilkenin gerçekleştirilmesinin ve somut nitelikler kazanabilmesinin araçlarını da birer birer belirlemiştir. Sosyal güvenlik örgütlerinin ve sağlık hizmetlerinin kurulması, gençlerin, çocuğun ve annenin korunması önlemleri, sosyal yardımlar ve önemli bir yenilik olarak işletmelerin yönetimine işçilerin katılması bu araçların başlıcalarıdır. Weimar Cumhuriyeti Anayasası, Avrupa'da bazı yeni anayasaların oluşturulmasında ve toplumsal bir içerik kazanmalarında önemli bir rol oynamıştır.

1848 Fransız Anayasası ile ilk önemli adımı atılmış olan ve devlete toplumsal bir nitelik kazandırarak, siyasal demokrasiye ekonomsal ve toplumsal demokrasi boyutları da getirmeye dönük hareketler, İkinci Dünya Savaşından sonra hızlanmıştır. İşçi sınıfının rolü her alanda büyüme ve genişleme süreci içine girmiştir. Çünkü, demokrasi kurallarının benimsenip uygulanmış olduğu her ülkede, işçiler de öteki ekonomsal ve toplumsal statülerdeki vatandaşların haklarına maliktirler. Fakat, çalıştıkları işletmede kendilerini doğrudan ilgilendiren kararların alınmasına katılmazlarsa, bu bir çelişkili durum yaratır. Bu çelişkiyi önlemek ve gidermek, siyasal demokrasinin kurallarını ekonomsal yaşama da uygulamakla mümkün olur. Nasıl işçiler de oyları yolu ile temsilcilerini seçerek ve parlamentolar aracılığı ile toplumun siyasal yönetimine katılıyorlarsa,

9 Kapani; s. 53-54.

gene oyları ve temsilcileri aracılığı ile işyeri düzeyinden başlıyarak toplumun ekonomsal yaşamına da katılabilmelidirler. Böylece, daha anlamlı, ekonomsal ve toplumsal yanı da tamamlanmış bir demokrasiye yönelmek kolaylaşır. İşte, bu düşüncelerden kalkarak ve bu düşünceleri geliştirerek başlayan ekonomsal ve sosyal demokrasi hareketi yeni anayasalara geniş ölçüde yansımıştır. Bundan böyle, yalnız siyasal ve medeni hakların değil, bir insan hakkı olarak ekonomsal ve toplumsal hakların da anayasal güvenceler altına alınmasının yararına, daha adil toplumlar oluşturabilmek için gerek duyulmuştur. Ayrı ideoloji ve felsefelerden hareket etmekle beraber, gerek kapitalist gerekse sosyalist ülkelerin savaş sonrası doğan anayasalarında kişinin ekonomsal ve toplumsal haklarına geniş ölçülerde yer verilmiştir. Örneğin 1946 Fransız Anayasasında ve özellikle bu anayasanın **Başlangıç** bölümünde ekonomsal ve toplumsal haklara geniş yer ayrılmıştır. Çalışma hakkı, sendika hakkı, grev hakkı, yönetime katılma hakkı, sosyal güvenlik hakkı, eşit işe eşit ücret hakkı, v.b. bunların başlıcalarıdır. 1948 İtalyan Anayasası daha da ileri giderek ekonomsal ve toplumsal haklara ilişkin geniş ilke hükümleri koymuştur. Birinci maddesinde cumhuriyetin çalışma esası üzerine kurulmuş olduğunu belirterek, emeğin, çalışmaya verdiği değeri hemen açıklığa çıkarmıştır. 1948 Anayasası bu temel ilke çerçevesi içinde tüm ekonomsal ve toplumsal haklara ilişkin ayrıntılı hükümleri içermektedir.

Kuşkusuz, İkinci Dünya Savaşından sonra doğmuş anayasalar arasında gelişme süreci içinde bulunan bir ülkeyi, Türkiye'yi, çağdaş ve ileri bir anayasa düzenine ulaştıran 1961 Türk Anayasasının da ayrı bir yeri vardır. Geri kalmış toplumsal ve ekonomsal bir yapıya yön göstermiştir. Anayasaların sık sık değiştirilmezliği gözönünde bulundurularak, geleceğin de gereksinimlerine, oluşumlarına yanıt aramıştır. Çağdaşlığının kısa sürelerde eskimemesini de amaçlayan 1961 Anayasası, insan haklarına ve bu haklar içinde ekonomsal ve toplumsal nitelikli olanlara özel önem vermiştir. **Başlangıcında'**da **İnsan hak ve hürriyetlerini, milli dayanışmayı, sosyal adaleti, ferdin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeği ve teminat altına almayı mümkün kılacak demokratik hukuk devletini bütün hukuki ve sosyal temelleri ile kurmayı benimseyerek temel felsefesinin önemli, insan haklarına ve sosyal adalete bağlı bir yanını açıklamıştır.** İkinci maddesinde sosyal devlet niteliğini benimsemiştir. Üçüncü Bölümünü ise, toplumsal ve ekonomsal haklara ayırmış ve bunları ayrıntılı olarak belirlemiş ve düzenlemiştir. 35-53. maddeler içinde yer alan bu düzenlemeler ailenin korunmasından ve mülkiyet hakkından, bu hakkın çağdaş bir anlayışla ele alınmasından başlıyarak, çalışma ve sözleşme özgürlüğüne, iktisadi ve sosyal hayatın düzenine, çalışma, adil ücret, sendika kurma, toplu sözleşme, grev, sosyal güvenlik, öğrenim v.b. haklara kadar uzanmıştır. Ekonomsal ve toplumsal haklara dönük ve bunları geniş ölçüde (eksik yanları da bulunmakla birlikte) kapsamı içine alarak, yalnız başına siyasal ve medeni hakların güvence altına alınmış olmasının çağımızda çok anlamlı olmıyacağı gerçeğini vurgulamıştır.

Savaş sonrası anayasalarının insan hakları anlayışından ve bu hakların özellikle yeni gelişme yönlerinden söz ederken, kuşkusuz sosyalist ülkelerin anayasalarına

da kısaca değinmekte yarar vardır. Bilindiği gibi buraya kadar sözünü ettiğimiz insan haklarına ilişkin gelişmeler, düşünceler ve anayasalar klasik demokrasinin ve kapitalist ekonomsal sistemin içinde oluşmuşlardır. İnsanı, bireyi ya da kişiyi aşırı yetkileri ellerinde tutan despot monarklara ve devlete karşı korumayı ve kişinin hakları ile son aşamada, devletin yetkileri arasında bir denge kurmayı amaçlamışlardır. Ekonomik gücün siyasal güçte yarattığı görülüp anlaşıldıktan sonra, haklar ve özgürlükler ve devlet işlerinin yönetimi açısından, toplumun üretim mallarına sahip kapitalist sınıf lehine bozulan dengesinin yeniden kurulmasını amaçlayan sosyal devlet ile yeni ekonomik ve toplumsal haklar olgusu doğmuş ve bu yoldan siyasal ve medeni hakların etkinlik ve geçerlilik kazanmasına çalışılmıştır. Ama, Birinci Dünya Savaşından sonra yeni bir ekonomik, siyasal ve toplumsal sistem kurulmuştur. Marx'cı düşünceden kaynaklanan ve klasik demokrasiyi, kapitalist sistemi ve burjuva devletini yıkarak önce proleterya diktatörlüğüne ve üretim mallarının devlete maledilmesine dayanan bu sosyalist sistem içinde, kişinin hakları ve özgürlükleri geniş ölçüde tanınmış, fakat, yeni sosyalist toplumu gerçekleştirmek ve proleterya diktatörlük dönemini arkada bırakıp sınıfsız ve devletsiz gerçek komünizm aşamasına ulaşabilmek için kişiye tanınan haklar ve özgürlükler geçici olarak askıya alınmışlardır. Bu geçici dönemde haklarını ve özgürlüklerini tam anlamı ile kullanabilmesi için gerekli olan ekonomik ve toplumsal ortamı devlet hazırlayacak ve komünist toplum oluşarak tüm kişi özgürlüklerinin ve haklarının herkes için geçerlilik kazandığı bir aşamaya ulaşılacaktır. Marx'ın deyimi ile komünist toplumun en yüksek aşamasında, kişinin, işbölümüne kölece bağlanması ve bununla birlikte, kafa ve beden emeği arasındaki antitez kaldırılacaktır. Bundan böyle emek, yaşamın bir aracı değil, fakat, ilk gereği olmuştur. Üretici güç, kişinin her yerdeki gelişmesi ile birlikte çoğaldıktan ve kooperatif üretim bol bir biçimde elde olunup ortaya çıktıktan sonra ve yalınız bu zamanda burjuva hakkının dar ufukları tamamile geride bırakılmış olur, ve, toplum bayrağının, filamasının üzerine şunu yazabilir: **herkesten yeteneğine göre, herkese gereksinmelerine göre.** Ekonomik alandaki bu gelişmenin siyasal görünüşü ise, Marx'cılara ve özellikle Engels'e göre özgürlük ve devlet açısından ortaya çıkmaktadır. Şöyleki, devlet var olduğu sürece tam özgürlük yoktur. Tam ve gerçek özgürlüğe ulaşınca devlet olmıyacaktır[10].

Marx'cı düşünce bu niteliği ile son olarak 1977 yılında kabul olunan Sovyetler Birliği Anayasasına geniş ölçüde yansımıştır. Bu anayasa 1. maddesi içinde, Sovyetler Birliği Sosyalist Cumhuriyetinin tüm halkın sosyalist bir devleti olduğunu belirttikten sonra, 2. maddesinde bütün yetkinin halka ait olduğunu vurgulamaktadır. Bu ilkelerin doğal bir sonucu olarak üretim araçlarının mülkiyetinin devlete ait olduğu belirtilmektedir. (md. 10). 14. madde içinde ise, sosyal servetin artmasının halkın ve her bireyin gönençinin kaynağının, sömürüden kurtulmuş olan Sovyet halkının emeği olduğu açıklanmaktadır. 1977 Sovyet Anayasasının, sosyalizmin kapitalizm ile karşılaştırmasında sosyalizm' in büyük avantajlara malik olduğu düşüncesinden hareket ettiği görülür. Anayasa'da tüm siyasal,

10 Daha geniş bilgi için bkz., Talas C.: Ekonomik Sistemler, a.g.e., s.210-215.

medeni, ekonomsal, toplumsal ve kültürel haklar herhangi bir ayırım yapmaksızın Sovyet Rusya'nın tüm vatandaşlarına tanınmıştır. Fakat, doğal olarak kapitalist ülkelerin anayasalarından ayrı bir düşünce sistemini ve bunun sonucu olan bir içeriği yansıtmaktadır. Sosyalist bir devletin anayasası olmak nedeni ile bir bölüm toplumsal ve ekonomsal, örneğin, sendika hakkı, grev hakkı, toplu sözleşme hakkı, adil ücret hakkı, ve başkaları gibi, hakların birer birer sayılıp güvence altına alındığına ilişkin hükümler bu anayasa içinde yer almamaktadır. Bu hakların, sosyalist bir toplumda ayrıca belirlenmesinin ya gereksiz ya da doğasında zaten var olduğu düşüncesinden hareket olunduğu görülmektedir.

III. Ekonomsal ve Toplumsal Hakların İnsan Hakları Belgeleri içinde Yer Almaya Başlaması

Ekonomsal ve toplumsal hakların ve **sosyal devletin** tarih içinde çok gerilere uzanan bir geçmişi yoktur. Bu hakların doğuşunu ve pozitif hukuk içinde yer alışını görmek için Birinci Dünya Savaşının sonunu beklemek gerekmiştir. Gerçi, yukarda kısaca değindiğimiz gibi öncü sosyalistlerin düşüncelerinde ve 1793 Fransız Anayasasında bu hakların ilk oluşumlarına ve giderek ağırlık ve geçerlilik kazanmalarına tanık olmaktayız. Fakat, konunun gerek düşüncelerde, gerekse uygulamalarda ağırlık kazanması, Marx'ın düşüncelerinin dünyanın siyasal, ekonomsal ve toplumsal tarihi içinde uygulamalara ulaşması, 1917 Sosyalist Devrimi ile mümkün olmuştur. Bu tarihten sonra tüm sanayileşmiş ülkelerde işçi sınıfının baskısı artmış ve sömürüye karşı direnişi yoğunlaşmıştır. Kapitalist sistem devam edebilmek için yumuşayarak, bireycilikten kurtulup toplumsal bir içerik te kazanarak, ekonomsal haklara da önem vermek gereğini duymuştur. Klasik haklar ve özgürlükler ile yetinerek sürebilme olanağının gerilerde kaldığını görmüştür. Bu yoldaki uluslararası gelişmeleri İkinci Dünya Savaşına gelinceye kadar biri 1914 öncesi, ötekide 1914 sonrası olmak üzere iki aşamada incelemek mümkündür.

1. Ön gelişmeler - 1914 öncesi

Toplumsal ve ekonomsal hakların uluslararası çalışmalarda ve belgelerde yer alması bazı öncü sosyalistlerin çalışmalarına kadar iner. Aslında, bu oluşum uluslararası platformda toplumsal politikalara ilişkin çalışmalara ve gelişmelere yakından bağlıdır. Gerçekten, daha önce düşüncelerine kısaca değinmiş olduğumuz Robert Owen, 1818'de Aix-la Chapelle'de toplanan Kutsal İttifak Kongresine iki muhtıra sunmuştu. Bunlarda, devletlerin, bütün ülkelerde işçileri cehalete ve karşılaştıkları sömürüye karşı koruyacak önlemler alınmasını sağlamak üzere bir çalışma komisyonu kurulmasını istemekte idi. Fransız Legrand, Blanqui ve Wolovski aynı doğrultularda çaba harcadılar. İsviçre hükümetinin ve Ulusal Meclisinin çabaları ve Almanya'nın siyasal yarar açısından konuya ilgi göstermesi 1890 yılında Berlin Konferansının gerçekleştirilmesini olanaklaştırdı. Rusya dışında 14 Avrupa ülkesinin katıldığı konferansın başarıya ulaştığı söylenemezse de bir ilk atılımı simgelemesi nedeni ile önemi vardır. Uygulama alanına aktarılmamakla birlikte, işçilerin ve çocuk işçilerin çalışma sürelerine ve işe kabul yaşlarına ilişkin normlar saptanmış ve kadınların yeraltı işlerinde çalışmalarını yasaklamıştır. Res-

mi alandaki bu ilk adımı 1906 ve 1913 yıllarındaki iki Bern Konferansı izlemiştir. Bu konferanslarda da gençlerin ve kadın işçilerin çalışma koşulları bazı iyileştirmelere ulaştırılıyordu[11]. Savaşın araya girmesi ile bu çalışmalar aksadı ve dört yıllık bir duraksamadan sonra 1919 yılna gelindi.

2. Birinci ve İkinci Dünya Savaşları Arası

Ekonomsal ve toplumsal hakların uluslararası belgelere yansıması Birinci Dünya Savaşından sonra 1919 yılında Versailles Barış Andlaşması ile kurulmuş olan ve Milletler Cemiyeti ile organik bağları bulunan, fakat yönetsel ve mali açıdan bağımsız Uluslararası Çalışma Örgütü ile başlar. Dünyada izlenecek toplumsal politikaların ölçütlerini saptamakla görevlendirilmiş bulunan bu devletlerarası, fakat, tüm organlarında işçi ve işveren temsilcilerinin de yer aldığı bu üçlü yapılı örgüt ile yeni bir dönem başlamıştır. Siyasal ve medeni haklardan önce ekonomsal ve toplumsal hakların uluslararası bir örgütün öncülüğünde oluşturulmasına geçilmiştir. Uluslararası Çalışma Örgütünün Anayasası ve buna 1944 yılında eklenen ve **Filadelfiya Bildirgesi** adı ile tanınan belgenin içerdiği ilkeler, ekonomsal, fakat, özellikle toplumsal hakların ve özgürlüklerin uluslararası alana çıkışını simgeler. Örgütün Anayasanın Başlangıç'ında şu ilkeler yer alıyor :

— **Sosyal Adalet,**

— **Sosyal adaletsizliğin dünya barışı için tehlike oluşturması.**

— **Uluslararası düzen içinde çalışma koşullarının farklılığı.**

Şu halde, dünya barışını tehdit eden toplumsal adaletsizlik giderilmeli ve çalışma koşulları arasında bir birlik yaratılmaya dönük çalışmalar yapılmalıdır.

Filedelfiya Bildirgesinde ise şu ilkeler yer almaktadır :

— **Emek bir mal değildir.**

— **Söz ve örgütlenme özgürlüğü sürekli bir ilerlemenin vazgeçilmez koşuludur.**

— **Yoksulluk, nerede olursa olsun, genel gönenç için her zaman bir tehlikedir.**

— **Gereksinimlere karşı savaşım, demokratik bir çerçeve içinde ve ortak bir uluslararası çaba ile yürütülmelidir[12].**

Bu ilkelerden kalkan U. Ç. Ö., dünyamızda toplumsal hakların gelişmesine önemli katkılarda bulunmaktadır. Örgütün, konumuza ilişkin çalışmaları üzerinde daha sonra duracağız.

IV. İkinci Dünya Savaşında ve Sonrasındaki Gelişmeler

Ekonomsal ve toplumsal hakların siyasal ve medeni haklarla birlikte uluslararası alanda çalışmalara ve belgelere yoğun bir biçimde konu olmaya başlaması İkinci

11 Talas: **Sosyal Politika,** s. 53-57, Ayrıntılı bilgi için bkz.
12 Bakınız : **Uluslararası Çalışma Örgütünün Anayasası.**

Dünya Savaşı içinde ve sonrasında görülmeğe başlar. Bundan böyle toplumlar, dünya her alanda toplumsal adalete ve eşitliğe dönük hızlı bir oluşum içine girmiştir. İşçi sınıfının uyanması, güçlenmesi savaşımı ve yayılan sosyalist düşünce bu hızlanmada başlıca rolü oynamışlardır. İleri ve insancıl düşüncelere açık bir devlet adamı olan **Başkan Roosevelt** 6 Ocak 1941 tarihli ünlü mesajında savaş sonrasının dört büyük özgürlüğü üzerinde durmuştu. Bunlar söz ve ifade, vicdan, yoksulluktan ve bütün dünyada korkudan kurtulma özgürlükleri idi. Bu mesaj, uluslararası bir yankı uyandırmış ve savaş sonrası dünyasının ana niteliklerinin belirlenmesinin ilk adımını oluşturmuştur. Aynı yılın Ağustos ayında Başkan Roosevelt ile İngiltere Başbakanı **Churchill** arasında **Atlantik Şartı** adını alan bir belge imzalandı. Bunda da, savaş sonrasında kurulacak yeni düzende izlenecek temel ilkeler saptanıyordu. Bu ilkelerin 5.'si **herkese daha iyi ekonomsal ve toplumsal koşullar sağlanmasını amaçlıyordu.** Uluslararası Çalışma Örgütünün Filadelfiya'da toplanan ve Filadelfiya Bildirgesi ile son bulan konferansı, ve 26 Haziran 1945'te San Fransisco'da imzalanmış olan Birleşmiş Milletler Andlaşması ilk önemli gelişmeler olarak belirdi.

Savaş sonrasında başta **İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi** (1948) olmak üzere ekonomsal ve sosyal haklarla ilgili bir dizi uluslararası belge kabul olundu. Bunların özellikle örgütlenme, sendika kurma hakkına ve özgürlüğüne ilişkin ilkeleri üzerinde aşağıda duracağız.

V. Sendika Hakkının Doğuşu ve Ekonomsal ve Toplumsal Haklar İçindeki Yeri

Sendika işçi sınıfının örgütüdür. Ekonomsal bakımdan zayıf olan, sömürülen işçi sınıfı örgütlenerek, sendikalar içinde bir araya gelerek haklarını, özgürlüklerini ve çıkarlarını korumaya yönelmiş ve anamalcılar karşısında yaşama hakkını savunmaya koyulmuştur. Aslında sendika ve sendikacılık hareketi anamalcı sistemin bir ürünü bir yaratığı olarak doğmuştur. Görevi, işçi sınıfının çalışma ve yaşam koşullarını iyileştirmekten başlıyarak içinde doğduğu ve oluştuğu toplumun siyasal yaşantısına yön, içerik ve biçim vermeğe kadar uzanır.

Önce İngiltere'de başlamıştır. Çünkü, bu ülkede daha elverişli ekonomsal, toplumsal ve siyasal ortam bulmuştur. Sanayi Devrimi, kapitalist sistem, işçi sınıfını alabildiğine sömürü ve parlamenter demokrasi İngiltere'de daha önce başlamıştır. Bu koşullar elverdikçe öteki ülkelerde de doğup gelişmiştir. Zaman içinde ve 1860'lı yıllarla birlikte ulusal sınırları aşarak, özellikle Marx'ın düşünceleri yayıldıkça evrensellik kazanma yoluna girmiştir. Çağımızda yalınız gelişmiş ülkelerde değil gelişen ülkelerde de toplumsal ve siyasal yaşamla bütünleşme yoluna varmıştır.

Sendika çok yönlü bir örgüttür. Siyasal yaşamdaki önemi, işçi partilerinin temel öğesini ve dayanağını oluşturmasından gelir. Bu tür partiler, sendikalar aracılığı ile işçi sınıfının yoğun desteğine ulaşmadıkça, gelişerek siyasal yaşamda etkinlik kazanamazlar. Bazı tutucu sendikacılık akımları dışında, genellikle demokratik süreç içinde, işçi partilerini, sosyalist partileri iktidara getirerek toplumda sosyal adaleti sağlamaya dönük köklü değişikliklere ulaşmayı amaçlarlar. İkinci Dünya

Savaşından sonra oluşan insan hakları çalışmaları ve belgelerindeki yeri ve önemi gittikçe büyümüştür. Çünkü, siyasal ve medeni hakları tamamlamış ve etkinliğe ulaştırmıştır. Çalışma ve yaşam koşulları iyileştikçe siyasal ve medeni hakların anlam kazanacakları anlaşılmış ve gerek ulusal gerekse uluslararası çalışmalarda ekonomsal ve toplumsal haklar ön plana çıkmıştır. Devletin ekonomsal ve toplumsal yaşantıya en az karışımı ilkesini benimseyen ve siyasal haklar ve özgürlükler yolu ile geleceğin tüm maddesel sorumluluğunu kişiye yükleyen anamalcı sistem içinde, bireye tanınan haklar kuramsal planda kalmıştı. Gerçekten, başını sokacak bir damı olmayan insanın konut, ekonomsal olanaklarının yetersizliğinden Ötürü yerinden kıpırdayamıyacak bir kimsenin gezi, ya da oyunu 50 liraya satacak bir durumda tutulan bir kişinin seçme ve seçilme özgürlüğünün bir anlamı olabilir mi? O halde, siyasal ve medeni haklar ve özgürlükler ekonomsal ve toplumsal hak ve özgürlüklerle tamamlanmadıkça, yalnız varlıklı bir azınlığın ayrıcalıkları niteliğini kazanırlar. Bu gerçeğin giderek anlaşılması ile ekonomsal ve toplumsal haklar alanında da eşitliğe doğru yönelmiş çalışmalar ve gelişmeler başlamıştır. İşçi sınıfının ağırlığı ve etkinliği ile birlikte Birleşmiş Milletlerde ve öteki dünya örgütlerinde geri bırakılmış ülkelerin de çabaları ile hem uluslararası hem de ulusal alanda daha adil ekonomsal düzenin kurulması çabaları büyümüş ve bu çabalar bir çok uluslararası belgeye yansımıştır.

İşte, bütün bu yeni gelişme ve oluşlarda sendikaların, sendikacılık hareketinin önemli bir rolü olmuştur. İşçi sınıfının yaşam ve çalışma koşullarının iyileştirilmesi yanında temel insan haklarına ve özgürlüklerine ulaşmasında da sendikalar ön planda yer almışlardır. Denilebilir ki, sendika olmasa idi sendikayı hiç durmadan yaratmak gerekirdi. Bu nedenlerle, sendika hakkının ekonomsal ve toplumsal haklar arasında ayrı bir yeri vardır. Çünkü bir çok öteki insan haklarının ve özgürlüklerinin kaynağı ve dinamiği olmuştur.

Uluslararası örgütlerin çalışmaları ve çabaları insan haklarının benimsenip yayılması konusunda dünya halklarının kamu oylarını yakından etkilemiştir. Bu yollardan insan haklarının gereğine ve önemine ulaşma olanağını bulmuş olan halklar hükümetlerini insan hakları konusunda olumlu politikalar izlemeğe zorlamıştır. Eski, tutucu ve katı kapitalizmin bireyselciliği uygulamalarında direnen, hakları, özgürlükleri ve ülkelerin servet ve gelirlerini azınlıkların ayrıcalıkları olarak sürdüren hükümetler halkların tepkileri ile karşılaşmışlardır. Baskılarla ve daha ileri derecede sınırlamalarla bu ayrıcalıklar korunup sürdürülmek istenildiğinde, tepkiler ve karşı koymalar siyasal rejimleri çeşitli yollardan değiştirmek hareketlerine kadar uzanmıştır. İnsanları yarın kaygısından, gereksinim ve korkudan kurtarmayı amaçlıyan ekonomsal ve toplumsal hakların insan hakkı olarak benimsenmesinde uluslararası örgütlerin önemli katkıları olmuştur.

VI.Sendika Hakkına İlişkin Olarak Uluslararası Örgütlerin Çalışmaları

Ekonomsal ve toplumsal insan hakları arasında sendika hakkının daha önce de değindiğimiz gibi ayrı ve özel bir yeri vardır. Çünkü, çoğu kez, toplu sözleşme ve grev hakkı ile de desteklenen sendika hakkı hükümetlerin ekonomsal ve toplumsal

politika alanında hareketsizliklerinin ve yetersizliklerinin yerini almakta, bazan hükümetleri zorlayarak, etkileyerek, bazan da toplu pazarlık ve sözleşmeler yolu ile hükümetlerin yetersiz ve eksik bıraktıkları toplumsal ve siyasal çalışmalarını tamamlamaktadırlar. Böylece ekonomsal ve toplumsal hakların gelişebilmesinin bir dinamiği olmaktadır.

Sendika hakkı ve özgürlüğü ve genellikle ona bağlı olarak oluşturulan toplu pazarlık ve grev hakları konularında, hükümetlerin kararları ile kurulmuş ve çalışmalara koyulmuş olan başlıca üç uluslararası örgüt üzerinde durmamız gerekmektedir. Bunlar, Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ), Birleşmiş Milletler (BM) ve Avrupa Konseyi (AK) dir.

1. Uluslararası Çalışma Örgütü

Uluslararası Çalışma Örgütü 1919 yılında Versailles barış andlaşması uyarınca Milletler Cemiyeti ile birlikte kurulmuştur. Kuruluşunun bir önemli nedeni uluslararası pazarlarda ekonomsal rekabet eşitliğini sağlamak ise, başka bir önemli nedeni de Sanayi Devriminden beri birikerek ve yoğunlaşarak gelen emeği sömürü olayının patlama noktalarına gelmiş bulunması ve Marx'cı düşüncelere dayandırılarak gerçekleştirilmiş olan 1917 Ekim Devriminin kapitalist ülkelerde yaratmış olduğu derin kaygı idi. Kuşkusuz bu iki temel nedenin yanında başka ve ikincil nedenler, örneğin, insancıl düşünceler de yer almakta idi.

Daha önce belirtmiş olduğumuz gibi UÇÖ'nün Anayasasının Başlangıcında ve sonradan (1944) bu Anayasaya eklenmiş Filadelfiya Bildirgesinde ekonomsal ve toplumsal haklara ilişkin ilkeler yer almıştır. Toplumsal adaleti gerçekleştirmek, dünya barışını tehdit eden nedenleri ve çalışma koşullarındaki farklılıkları ortadan kaldırmak için Başlangıç'ta bir program belirtilmişti. Bu program içinde sendika kurma hakkı ve özgürlüğü de yer alıyordu. Şu halde, tüm bağımlı çalışanlar için bu hakkın ve özgürlüğün gerçekleştirilmesine dönük çalışmalar yapmak UÇÖ'nün başlıca görevleri arasında yer almıştı. Filadelfiya Bildirgesi sendika kurma hakkını ve özgürlüğünü bir ilke olarak kabul edip düşünce özgürlüğü ile bütünleştirdikten ve bu iki hak ve özgürlüğün, ilerlemenin vazgeçilmez bir koşulu olduğunu benimsedikten sonra, III. Bölümünde toplu pazarlık hakkını vurgulayarak, sendika hakkına uygulamalarda etkinlik kazandırmak amacına yönelmiştir[13]. Şu halde, uluslararası alanda hükümetlerin, işçi ve işverenlerin işbirliği ile sendika hakkına ilişkin ilk çalışmalar UÇÖ'nün kurulması ile başlamıştı.

Telmel insan hakları, özellikle bunların ekonomsal ve toplumsal yanlıları arasında, sendika hakkı ve özgürlüğü UÇÖ açısından özel bir yer tutar. Çünkü, daha öncede belirttiğimiz üzere sendika, başka ekonomsal ve toplumsal hakların, özgürlüklerin, daha iyi yaşam ve çalışma koşullarının elde olunmasının başlıca araçlarından biridir. Ne var ki, UÇÖ'nün bu alandaki çalışmaları ürünlerini geç vermeğe başlamışlardır. Gerçi, 1921 yılında tarım işçilerine ilişkin olarak (Örgütlenme-Tarım-Hakkına İlişkin Sözleşme, 11 sayılı) bir sözleşme kabul

13 Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Talas: **Sosyal Politika, a.ge.** ve İ.L.O: **İ.L.O. and Human Rights, Geneve,** 1968.

edilmiştir. Fakat bunun uygulamada fazla bir önemi olmamıştı. Çünkü, sanayide çalışan işçilerin yararlanmakta oldukları sendika hakkına atıf yapmakta ve bu işçilerin hakları ölçüsünde tarım işçilerinin de sendika kurma hakkından yararlanacaklarını öngörmekte idi. Oysa, 1921'de ve daha sonra bir çok ülkede ulusal düzeyde sanayi işçilerinin de sendika hakkı henüz gerçekleşmemiş ya da çok sınırlı düzenlemeler içinde kalmıştı. Uluslararası düzeyde ise, sanayi işçilerinin sendika haklarının normları üzerinde duruluyordu. Pek az istisnası dışında, herkese, sendika hakkı ve özgürlüğünün uluslararası ölçülerini saptayabilmek ve üzerinde anlaşılmış bir sözleşmeğe ulaşabilmek için, 1948 yılına kadar uzun sayılabilecek bir dönemin geçmesi gerekmişti. 1948 yılında Türkiye'nin de olumlu oyu ile desteklediği sendika özgürlüğüne ve sendika Hakkının Korunmasına İlişkin Sözleşme (87 sayılı) kabul olundu. O zamandan bu yana bu sözleşme uluslararası düzeyde sendika hakkı konusunda temel bir belge olarak önemini korumuştur. Daha sonraki yılda (1949) sendika özgürlüğü ilkesini tamamlıyan ve Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkında Sözleşme (98 sayılı) Genel konferansça kabul edildi. Böylece sendika hakkına ilişkin iki uluslararası sözleşme birbiri arkasından doğmuş oldu.

Sendika özgürlüğüne ve Sendika Hakkının korunmasına İlişkin Sözleşme'nin temel ilkeleri I. ve II. Bölümleri içinde yer almaktadır. Bu ilkelere göre, işçi ve işverenler, hiç bir ayırım yapılmayarak, önceden izin almaksızın istedikleri örgütleri kurmak ve bu örgütlerin statülerine uymak koşulu ile, bunlara üye olmak hakkına maliktirler. Böylece, serbest olarak kurulan işçi ve işveren örgütleri statülerini, yönetsel tüzüklerini, çalışmalarını düzenlemek ve temsilcilerini seçmek haklarına da ulaşmışlardır. Kamu makamları sendika hakkını sınırlayacak ve bu hakkın yasalara uyarak kullanılmasına engel olacak nitelikte her çeşit karışımlardan sakınacaklardır. Yönetsel yoldan kapatma ve faaliyetten alıkoyma kabul edilmemiştir. Üst kuruluşlar kurma ve uluslararası kuruluşlara katılmada serbest bırakılmıştır. Ulusal mevzuat bu sözleşmede öngörülen güvenceleri zedelemeyecek, ve zedeleyecek biçimlerde uygulanamayacaktır. Sözleşmeyi onaylayan her devlet, sözleşme hükümlerini bütün çalışanlara uygulayacaktır. Ancak, Sözleşmede öngörülen güvencelerin silahlı kuvvetler ve zabıta hakkında ne ölçüde uygulanacağı ulusal mevzuatla belirlenecektir.

Sendika Özgürlüğüne ve Sendika Hakkının Korunmasına İlişkin Sözleşme uluslararası çalışmalar alanında temel bir belgedir. Bu konuda uluslararası ölçütleri saptamıştır. Bu sözleşme, 1949 yılında gene Uluslararası Çalışma Örgütünün Genel konferansının kabul etmiş olduğu ve yukarda sözünü ettiğimiz Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı İlkelerinin Uygulanmasına İlişkin (98 Sayılı) Sözleşme ile daha da geliştirilmiş ve pekiştirilmiştir. Bu sözleşme, çalışanları sendika özgürlüğünü zedelemeğe dönük her türlü ayırımcı harekete karşı korumayı (özellikle işe alma ve işten çıkarma açısından) öngörmektedir. Bunun yanında işçi ve işveren kuruluşlarının (sendikalarının) birbirlerinin işlerine her hangi bir biçimde karışmayacaklarını kabul etmiştir. Öte yandan örgütlenme hakkına uyulmasını sağlamak üzere gerekli önlemler alınacak ve gönüllü toplu pazarlık

yöntemlerinin geliştirilmesine yardımcı ve özendirici ve, ulusal koşullara uygun mekanizmalar da oluşturulacaktır.

Türkiye bakımından üzerinde önemle durulması gereken bir durum da sözünü ettiğimiz iki sözleşmenin onaylanma ve uygulama konuları ile ilgilidir. Türkiye, kabulü sırasında olumlu oy kullandığı halde aradan 30 yıl geçmiş olmasına karşın, Sendika Özgürlüğüne ve Sendika Hakkının Korunmasına (87 sayılı) İlişkin Sözleşmeyi hâlâ onaylamamıştır. Oysa, bu Sözleşme UÇÖ'nün kabul etmiş olduğu sözleşmelerden en çok onaylananlardan biridir. Türkiye'nin böyle bir tutum içinde bulunmasının bir temel nedeni kamu görevlerinde çalışanların sendika hakkına ilişkin politikasının zikzaklı ve daha çok yasaklayıcı bir nitelik göstermiş olmasıdır. Aslında, 87 Sayılı Sözleşme bu konuda bir ayırım öngörmemiş ve kabul etmemiştir. Fakat Türkiye, 87 Sayılı Sözleşmeyi tamamlıyan 98 Sayılı Sözleşmeyi 1951 yılında 5834 sayılı yasa ile onaylamıştır. Bunun nedeni, Sözleşmenin 6. maddesinin Türkiye'de ve genellikle dar bir açıdan ele alınması ve yorumlanmasıdır. Gerçekten bu maddeye göre, Sözleşme, **devlet memurlarının durumları ile ilgili değildir ve onların haklarını ve statülerini hiçbir biçimde zedelemez.** Bu maddenin son yorumları tereddütleri kaldırıcı niteliktedir. Bu yorumlara göre 6. maddede sözü edilen **devlet memurları** deyimi devlet yetkisi kullanan yüksek düzeydeki bir bölüm memurları kapsamakta olup, bunun dışındaki kamu görevlilerini içine almamaktadır. Şu halde, 98 Sayılı Sözleşme genellikle kamu görevlilerinin örgütlenme hakları bakımından yasaklayıcı bir nitelik taşımıyor. Kaldı ki, bu Sözleşmenin 87 Sayılı Sözleşme hükümlerini değiştirmesi ve memurlara da tanınmış olan sendika özgürlüğü ve sendika hakkına ilişkin ilkeleri kaldırıcı, yok edici bir amaç gütmesi söz konusu olamaz. Her iki sözleşme sendika özgürlüğü ve hakkı açısından bir bütünü oluşturmaktadır. Ayrıca, 98 Sayılı Sözleşmenin 5. maddesi, **"bu Sözleşmede öngörülen güvencenin ne gibi durumlarda silâhlı kuvvetler ve zabıta kuvvetlerine hangi ölçüde uygulanacağı ulusal mevzuatla belirlenecektir",** demektedir. Bu duruma göre sınırlama ve yasaklama ancak silahlı kuvvetler ve zabıta için söz konusu olabilir. Bu da ulusal mevzuatla belirlenir. O halde, 6. maddenin tüm devlet memurlarını içine almadığı açıktır. Bununla birlikte sınırlayıcı yorumlarla memurların sendika kurma haklarının kaldırılmasını önlemek için UÇÖ'nün, 1978 yılında kabul etmiş olduğu **Kamu Görevlilerinin Örgütlenmesine ve Çalışma Koşullarının Saptanması Yöntemlerine İlişkin 151 sayılı Sözleşme** ile sorun çözülmüş ve açıklığa kavuşturulmuştur.

Sendika özgürlüğüne ve hakkına ilişkin olarak UÇÖ'ce 1948 ve 1949 yıllarında saptanmış olan bu standartlardan sonra bunları güçlendirici başka nitelikte belgelerde kabul olundu. Buna karşılık UÇÖ'nün kabul ettiği hiçbir Sözleşme ya da Tavsiye de grev hakkının da tanınmasına ilişkin her hangi bir ilke yer almamıştır. Bu konu daha çok ulusal yasaların düzenlemelerine bırakılmıştır. Bununla birlikte 1960 yılında toplanmış olan Afrika Birinci Bölge Konferansında, sendika özgürlüğü ve örgütlenme hakkının korunmasına ilişkin bir kararda, çıkarlarını koruyabilmek için işçilerin grev yapma haklarının korunması da oybirliği ile kabul olunan bir karar içinde yer almıştır.

2. Birleşmiş Milletlerin Çalışmaları

İkinci Dünya Savaşı öncesinde ve savaş içinde meydana gelen insanlık dışı olaylar, 1945 yılında kurulmuş olan Birleşmiş Milletler'i insan hakları ile yakından ilgilenmeğe görtürmüştür. Aslında savaş sürerken de bu konuya ilişkin çalışmalar başlamış bulunuyordu. İnsan hakları konusunda insanlığın yüzyıllar boyunca azar azar oluşturdukları çalışmalar, Birleşmiş Milletler Yasasının ilk sözleri **Biz, Birleşmiş Milletler Halkları,** diye başlayıp amaçlarını belirlerken, **uluslararası ekonomsal, toplumsal ve insancıl sorunların çözümünde işbirliği sağlamak ve insan hakları ile temel özgürlüklere saygıyı geliştirmek te bunlar** arasında yer almıştı. Aradan üç yıl gibi kısa bir süre geçtikten sonra, 1913 yılının 10 Aralık gününde bir Başlangıç ve 30 maddeden oluşan **İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi** Genel Kurul tarafından oybirliği ile kabul ve ilân olundu. Bu tarihsel büyük atılımdan sonra, Genel Kurul Üye Devletlerden, Bildirgenin tam metin olarak yayınlanması ve özellikle okullarda ve öteki öğretim kuramlarında ülkelerin ve toprakların siyasal statülerine bakmaksızın dağıtılması, duvarlara asılması, okunması ve yorumlanması için ellerinden gelen hiçbir çabayı esirgememelerini istedi.

Bildirge'nin Başlangıçı'ının bir bölümü insan haklarının insanlık için önemini belirttikten sonra, ikinci bölümünde şu sözlerle bu belgeyi dünya halklarına sunmaktadır. **Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, insanlık topluluğunun bütün bireyleri ve kurumları ile bu bildirgeyi her zaman gözönünde bulundurarak, öğretim ve eğitim yolu ile bu haklar ve özgürlüklere saygıyı geliştirmeğe, gittikçe artan ulusal ve uluslararası önlemlerle gerek doğrudan üye Devletler ahalisi gerekse bu Devletlerin yönetimi altındaki toprakların ahalisi arasında bu hakların dünyaca fiilen tanınması ve uygulanması için bu İnsan Hakları Evrensel Bildirgesini ilân eder."**

Evrensel Bildirge insanlığın çok eski özlemlerini yansıtmaktadır. İnsanlığı daha mutlu yapabilmek için düşünülmüş ve öngörülmüş bulunan bir iyi niyetler demetidir. Hukuksal bağlayıcılığı ve yaptırımları yoktur. Benimsenmesi ve uygulanması Üye Devletlerin iyi niyetlerine bırakılmıştır. Gücünü moral niteliklerinden almaktadır.

Bildirge siyasal ve medeni haklarla ekonomsal, toplumsal ve kültürel hakları birlikte ele almıştır. Zamanla, öngörülen haklara ve özgürlüklere uyma, bunlara saygı gösterme bakımından umutlarla gerçekler arasında önemli farklar olduğu görülmüş ve aşağıda değineceğimiz hukuksal bağlayıcılığı olan iki ayrı sözleşmenin oluşturulması gereği duyulmuştur.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ekonomsal, toplumsal ve kültürel haklara ilişkin olarak geniş ilkeler içermektedir. Sendika özgürlüğü ve hakkı da bunlar arasında yer alıyor. Evrensel Bildirge'nin 23. maddesinin 4. paragrafı, herkesin, menfaatlerinin korunması için sendikalar kurmaya ve bunlara katılmaya hakkı vardır, ilkesini koymuştur. Böylece her hangi bir statü ayırımı gözetmeksizin herkes sendika hakkı ve özgürlüğü bakımından eşit sayılmıştır. Memur işçi

ayırımı gibi yapay bir ayırım düşünülmemiştir. Hükümetlerin çoğu kez iyi bir işveren olmadıkları ve kamu görevlerinde çalıştırdıkları insanların özgürlüklerini, haklarını, ekonomsal çıkarlarını yeterince gözetmedikleri düşüncesi, kuşkusuz, böyle genel nitelikli bir ilkenin benimsenmesinde başlıca rolü oynamıştır.

Ancak, yukarda da belirttiğimiz gibi Evrensel Bildirgenin hukuksal bağlayıcılığı yoktur. Uygulanması, devletlerin iyi niyetlerine bağlıdır. Bu durumda temel insan haklarını ve özgürlüklerini hukuksal bağlayıcılığı ve bazı yaptırım hükümleri bulunan ülkelerle güvence altına alabilmek için uzun süren çalışmalardan sonra, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 2200 (XXI) sayılı ve 16 Aralık 1966 tarihli kararı ile iki sözleşme kabul etmiştir. Bunlar, Ekonomsal, Toplumsal ve Kültürel Haklar Konusunda Uluslararası Sözleşme ile Medeni ve Siyasal Haklar Konusunda Uluslararası Sözleşme'dir. Her iki sözleşme de yeterli sayıda Üye Devletin onaylaması ile 1976 yılında yürürlüğe girmiştir. Yürürlüğe girebilmeleri için herbir sözleşmenin 35 Üye Devlet tarafından onaylanması gerekiyordu.

Ekonomsal, Toplumsal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin 8. maddesi ilke olarak, ekonomsal ve toplumsal haklarını koruyabilmeleri için **herkese** sendika kurma ve dilediği sendikaya girme hakkını tanımıştır. Burada da **herkes** deyimi ile sendika hakkı ve özgürlüğü bakımından her hangi bir ayırım yapılmadığı belirlenmiştir. Sendikaların Federasyon ve Konfederasyonlar kurma ve uluslararası sendika örgütlerine katılma hakkı da tanınarak, bu haklara demokratik bir toplumda ulusal güvenlik ve kamu düzeni ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından gerekli olan sınırlamalardan başka bir sınırlama getirilmeyeceği ilkesi kabul olunmuştur. Sendikalar serbestçe çalışma yapabilecekler ve bu çalışmalara **demokratik bir toplumda** ulusal güvenlik ve kamu düzeni ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından gerekli olan sınırlamalardan başka bir sınırlama getirilmeyecektir.

Görüldüğü üzere bu ilke hükümlerle sendika hakkı ve özgürlüğü tam bir güvence altına alınmıştır. Sınırlamalar demokratik bir toplumun niteliklerinin ötesine taşamaz. Sendika hakkı kuşkusuz, üyelerinin ekonomsal ve toplumsal çıkarlarını koruyup geliştirebilmek için toplu pazarlık ve toplu sözleşme yapma hakkını da içermektedir. Sözleşme içinde ayrıca belirtilmemekle birlikte toplu pazarlık ve toplu sözleşme yapabilmek, sendikanın doğal çalışmaları ve görevi arasında yer almaktadır.

Ekonomsal, Toplumsal ve Kültürel Haklar Konusunda Sözleşme'nin önemli bir ilke hükmü de gene 8. madde içinde yer alan grev hakkının da tanınmış olmasıdır. Bu, uluslararası bir belge de ikinci kez yer almaktadır. Daha sonra belirteceğimiz gibi grev hakkı ilk kez **Avrupa Sosyal Yasası** ile tanınmıştır. Ancak, bu yasa bölgesel bir nitelikte idi. Yalınız Avrupa Konseyine üye ülkeleri ilgilendiriyordu. Bu nedenle önemi sınırlı idi. Oysa, E.T.K.H.K.U.S. evrensel bir nitelik taşımaktadır. Sözleşme, ülkenin yasalarına uygun olarak kullanılmak koşulu ile grev hakkını tanımıştır. Kuşkusuz, grev hakkının bir anlam taşıması için, ulusal yasaların demokratik bir ülkenin niteliklerine uygun bir sınırlamanın ya da düzenlemenin

ötesinde sınırlama ve düzenlemeler getirmemesi gerekir. **Ülkenin yasalarına uygun** terimini Sözleşmenin genel esprisi içinde başka türlü yorumlama olanağı, kanımızca yoktur.

Birleşmiş Milletler, sendika hakkını ve özgürlüğünü yalınız Ekonomsal, Toplumsal ve Kültürel Haklar konusunda Uluslararası Sözleşme içinde ele alıp güvence altına almakla yetinmemiştir. Bununla birlikte Medeni ve Siyasal Haklar Konusunda Uluslararası Sözleşme'de de sendika hakkına yer verilmiştir. Bu sözleşme'nin 22. maddesinde, **"herkesin başkaları ile bir araya gelip dernek kurma hakkı vardır. Bu hak, kendi çıkarlarını korumak için sendikalar kurmak hakkını da içerir. Bu hakkın kullanılmasına, yasalara uygun olarak konulmuş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik ya da kamu güvenliği, kamu düzeni bakımından ve kamu sağlığının, kamu ahlâkının korunması ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından gerekli olan sınırlamalardan başka sınırlama getirilemez. Bu madde, silâhlı kuvvetler ya da polis teşkilâtı mensuplarına, bu hakkın kullanılmasında yasal sınırlamalar konmasını engellemez",** denilmektedir. Görüldüğü üzere sendika genel anlayışa uygun olarak bir tür dernek, fakat, özellikle mensuplarının ekonomsal ve toplumsal çıkarlarını korumak için kurulan bir dernek olarak kabul edilmiştir. Bu hak korunacak ve sınırlamalar, önceki sözleşmede de belirlendiği üzere demokratik bir düzenin kabul edebileceği ölçüler içinde kalacaktır. Öteyandan, sözkonusu olabilecek sınırlamalar ancak kamu güvenliği, kamu düzeni, kamu ahlâkı ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için yapılabilir. Maddeden de anlaşılacağı üzere silahlı kuvvetler ve polis için özel sınırlamalar getirilebilir.

Medeni ve Siyasal Haklar Konusunda Uluslararası Sözleşme'de grev hakkından söz edilmesi gereği duyulmamıştır. Fakat, toplu görüşme ve toplu iş sözlşmesi yapma hakkından ve özgürlüğünden de söz olunmamıştır. Bunun nedeni, kuşkusuz, daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere, sendika hakkının içinde toplu görüşme ve toplu iş sözleşmesi yapabilmek hakkının da doğal olarak bulunduğunun kabul edilmiş olmasıdır. Çünkü sendikalar, üyelerinin çıkarlarını korumak için toplu görüşme ve toplu sözleşme dahil, çalışmalarını ve faaliyetlerini serbest olarak düzenleme hakkına maliktirler.

3. Avrupa Konseyi

Aprupa Konseyini kuran belge-statü 5 Mayıs 1949 yılında imzalanmıştır. Türkiye de Avrupa Konseyine kuruluşundanberi üyedir. Konseye Üye Devletler, üye olmakla temel insan haklarına ve özgürlüklerine saygılı olmayı yükümlenmişlerdir. Avrupa Konseyi'nin çalışmalarında sendika hakkına ve özgürlüğüne ilişkin ilkeler iki temel belge içinde yer almaktadır. Bunlar, 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile 18 Ekim 1961'de İtalya'nın Torino kentinde imzalanmış olan Avrupa Toplumsal Temel yasası'dır.

A. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi[14] — Bu sözleşme Avrupa'nın Özgürlükler Temel Yasası'dır. Özet olarak bu Sözleşme'nin ya da Özgürlükler Temel Yasası'nın anlamı şudur : İçerdiği haklar ve özgürlükler gerçekten demokratik bir toplumun temelini oluşturmaktadır. Bununla, imzacı Devletler en önemli insan haklarına ve özgürlüklerine ilişkin davranışlarını uluslararası bir denetime sunmayı kabul etmektedirler. Böylece her türlü totalitercilik girişimini başlangıcında önlemek için bir sistem oluşturulmuştur.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi de Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi gibi medeni ve siyasal haklara ilişkindir. Bununla birlikte toplumsal haklar arasında yer aldığı kuşkusuz olan sendika hakkını ve özgürlüğünüde içine almıştır. Sözleşmenin 22. maddesi, herkesin, çıkarlarını korumak için sendika kurma ve sendikalara katılma hakkı dahil, barışçıl toplanma ve dernek kurma özgürlüğüne malik olduğu ilkesini kabul etmiştir. Burada da sözkonusu özgürlükler ve haklar bakımından her hangi bir ayırımın yapılmadığını, **herkes** deyimi ile geniş bir kapsamın benimsendiğini görmekteyiz. Aynı maddenin iki sayılı paragrafı da, bu hak ve özgürlüklerin, demokratik bir toplumda ancak, yasa ile öngörülen ulusal güvenlik, genel asayiş, düzenin korunması ve suçun önlenmesi, sağlığın ve ahlâkın korunması ya da başkalarının haklarının ve özgürlüklerinin himayesi nedenleri ile sınırlanabileceğini belirledikten sonra, sözkonusu hak ve özgürlüklerin kullanımında haklı kısıtlamaların silâhlı kuvvetler, polis ve Devlet yönetimi açısından kabul olunabileceği ilkelerini benimsemiştir. Burada Devlet yönetimi deyimi ile kamu görevlilerinden Devlet yetkisini kullananların kastedildiği açıktır. Türkiye, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesini kimi haklarını saklı tutarak 1951 yılında onaylamıştır.

B. Avrupa Toplumsal Temel Yasası — 1959 yılında demokrasici siyasal rejimi benimsemiş On Avrupa ülkesi tarafından kurulmuş ve üye sayısı şimdi yirmiye ulaşmış bulunan Avrupa Konseyinin ekonomsal ve toplumsal hakları bakımından yapmış olduğu en önemli çalışma, kuşkusuz, Avrupa Toplumsal Temel Yasası içinde simgelenmektedir. 1961 yılında Torino'da Türkiye'nin de katıldığı sekiz devlet tarafından imzalanmış ve imzalar daha sonra tamamlanmıştır. Kuşkusuz, imzalamak bir adım ve niyettir. Fakat, bir sonuç değildir. Toplumsal Temel Yasa'nın Avrupa Konseyi'ne üye bir devlet hakkında hukuksallık ve uygulama zorunluğu kazanabilmesi için Üye Devletin yetkili kurumları tarafından onaylanması gerekir.

Avrupa Toplumsal Temel Yasası beş Üye Devletin onaylama işlemlerini tamamlamaları ile 26 Şubat 1965 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Halen onbir Üye Devlet tarafından onaylanmış ve haklarında işlerlik kazanmıştır. Türkiye, Avrupa Toplumsal Temel Yasasını henüz onaylamamıştır. Avrupa Toplumsal Yasası'nda sendika özgürlüğüne ve hakkına ilişkin iki madde yer almaktadır. Bu iki madde sendika hakkını düzenleyen 5. madde ile toplu pazarlık hakkını düzenleyen 6. maddedir. Toplumsal Temel Yasa'nın 5. maddesine göre, ekonomsal ve toplumsal çıkarlarını korumak için işçiler ve işverenler her düzeyde sendika kurma

14 Daha fazla bilgi için bkz.: Kemal Fikret Arık, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Üzerine Bir deneme,** Ankara 1965.

özgürlüğüne ve hakkına sahip olacaklar ve bunlara katılabileceklerdir. Temel Yasayı onaylayan her ülke özgürlüğün ve hakkın ulusal mevzuat ile ya da bu mevzuatın uygulamaları ile zedelenmemesi, zarar görmemesi için her türlü önlemi alacaktır. Bu güvencelerin polise ne ölçüde uygulanacağı mevzuat ya da ulusal düzenleme ile belirlenecektir. Görüldüğü üzere, getirilen ilkeler daha önceki uluslararası belgelerin benimsemiş olduklarından çok farklı değildir. Önce, sendika kurma hakkı ve özgürlüğü en geniş düzeyde güvence altına alınmıştır. Uluslararası alan dahil her hangi bir sınırlama söz konusu değildir. Herkes bu haktan ve özgürlükten yararlanabilecektir. Çalışanlar ve işverenler deyimi bunu göstermektedir. Kaldı ki, polis ve silâhlı kuvvetler mensuplarına değin ilke ile uygulama alanı genişletilmiştir. Yalınız bu kimseler bakımından mevzuat ile bazı düzenlemeler yapılabileceği belirlenmekle **herkes** sözcüğünün anlamı içinde kalınmıştır. Maddede sınırlama ve kısıtlamalar söz konusu edilmeksizin güvencelerin uygulanması **ilkesi** ve **ölçüsü** üzerinde durulmaktadır. Kuşkusuz, benimsenecek ilke ve ölçünün demokratik bir toplumun nitelikleri ile bağdaşırlık içinde olması gerekir.

Altıncı madde, sendika hakkından ve özgürlüğünden ayrı düşünülmesi olanağı bulunmayan toplu pazarlıktan ve bunun içinde de grev hakkı dahil, çalışanların ve işverenlerin toplu eylemlerinden söz etmektedir. Şöyle ki, Toplumsal Temel Yasayı onaylayan ülkeler, çalışanlar ve işverenler arasında ikili danışmanları kolaylaştıracaklar, eğer zorunlu ve yararlı ise, işverenler ve işveren örgütleri ile çalışanların örgütleri arasında toplu sözleşmelerle çalışma koşullarını düzenlemek amacına dayanık gönüllü toplu pazarlık yöntemlerinin oluşturulmasına çaba göstereceklerdir. Ayrıca iş uyuşmazlıklarını zorunlu olmayan uzlaştırma ve tahkim yolu ile çözmek için uygun yöntemlerin benimsenmesi ve kullanılmasına öncelik verilecektir. Bütün bunların yanında da, çalışanların ve işverenlerin, yürürlükteki toplu sözleşmelerin yükümlülüklerini gözönünde tutarak, çıkar çatışmaları durumunda toplu eylemlere başvurabileceklerdir. Bu eylemler içinde grev yapmak ta yer almaktadır ve bu açık olarak belirtilmiştir. Buna karşılık yeni anayasaların, toplumsal haklar anlayışının ve toplumsal politikaların eğilimleriline uygun olarak bir lokavt hakkından sözedilmiştir.

Öte yandan grev hakkının sınırları konusunda Toplumsal Temel Yasa'ya eklenen 6. maddenin 4. paragrafına ilişkin açıklama ve yorumda, onaylayan devletlerin grev uygulamasını yasa île düzenleyebilecekleri öngörülmüştür. Ancak, bu düzenleme içinde yer alması olanaklı kısıtlamalar demokrasici bir toplum içinde zorunlu, başka bir deyimle böyle bir toplumun nitelikleri ile bağdaşabilmelidirler. Yani zorunluluk başkasının haklarını ve özgürlüklerini güvence altına almak ya da kamu düzenini, ulusal güvenliği, genel sağlığı ve ahlâkı korumak için söz konusu olmalıdır. Hemen ekleyelim ki, grev hakkının yasalarla düzenlenmiş olduğu ülkelerin çoğunda, hakkın özüne dokunmaksızın, ve, genel yarar düşüncesine dayanarak yukardakilere benzer yasal kısıtlamalara genellikle rastlanmaktadır.

Avrupa Toplumsal Temel Yasası insan hakları uluslararası belgeleri içinde grev hakkına açık olarak yer vermiş olan bir belge niteliğini de taşımaktadır.

(19. Makale - 1980)

Feyyaz GÖLCÜKLÜ

*Avrupa İnsan Hakları Divanında Söz ve İfade Özgürlüğü**

* Feyyaz Gölcüklü, "Avrupa İnsan Hakları Divanında Söz ve İfade Özgürlüğü", İnsan Hakları Yıllığı, Yıl 1980, Cilt 2, Sayı 1, 41-76.

AVRUPA İNSAN HAKLARI DİVANINDA SÖZ VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Feyyaz GÖLCÜKLÜ*

Plân: I. Olayların Özeti: A) "De Becker" davası; B) "Engel ve diğerleri" davası; C) "Handyside" davası; D) "Sunday Times" davası - **II. 10. maddenin içeriği:** A) 10. maddeye göre "müdahele teşkil eden tedbirler; B) 10. maddenin kapsamı; C) Basın özgürlüğünü kısıtlayan ceza müeyyidesi. Sözleşmenin ceza müeyyidelerine ilişkin hükümleri açısından değil, fakat 10. madde açısından ele alınmak gerekir. **- III. Söz ve ifade özgürlüğüne getirilecek istisnalar konusundaki meşrûluk (hukuka uygunluk) sebepleri:** A) Genel düşünceler; B) Uluslararası denetim yetkisinin kapsamı: "Ulusal takdir marjı" (yahut, "takdir hakkı"); C) 10. maddenin 2. bendinde yeralan kavramlar otonon kavramlardır; D) Kısıtlayıcı tedbirlere başvurma yetkisinin ihtiyarî oluşu - **IV. Somut olaylara ilişkin değerlendirmeler :** A) "De Becker" davası; B) "Engel ve diğerleri" davası; C) "Handyside" davası; D) "Sunday Times" davası.

1. — Kısaca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi yahut "Avrupa Sözleşmesi"[1] adıyla anılan **"İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair Sözleşme"**[2] nin 10. maddesine göre: "1.— **Her fert ifade ve izhar hakkına maliktir. Bu hak içtihat hürriyetini ve resmi makamların müdahalesi ve memleket sınırları mevzuubahis olmaksızın, haber veya fikir almak veya vermek serbestisini ihtiva eder. Bu madde, devletlerin radyo işletmelerini bir müsaade rejimine tâbi kılmalarına mâni değildir.**

— Kullanılması vazife ve mes'uliyeti tazammum eden bu hürriyetler, demokratik bir toplulukta, zarurî tedbirler mahiyetinde olarak, milli güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya âmme emniyetinin, nizamı muhafazanın, suçun önlenmesinin, sağlığın veya ahlâkın, başkalarının şöhret veya haklarının korunması, gizli haberlerin ifşasına mani olunması veya adalet kuvvetinin üstünlüğünün veya tarafsızlığının sağlanması için ancak ve kanunla[3], müayyen merasime, şartlara, tahditlere veya müeyyidelere tabi tutulabilir".

2. — Bilindiği gibi sözkonusu madde kitle haberleşmesi yahut klâsik deyimiyle basın özgürlüğünü de teminat altına alıyor. Özgürlükleri ilânla yetinmeyip, uy-

---

* Prof. Dr. Feyyaz Gölcüklü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi ve Avrupa İnsan Haklan Divanı Hâkimidir.

1 İnceleme metninde bundan böyle **"Sözleşme"** adıyla anılacaktır.

2 İnceleme metninde yer alacak Sözleşme hükümleri 19.3.1954 tarih ve 8662 sayılı Resmî Gazetede ve Düstur cilt: 35, s. 1565 de yayımlanan resmi metindir.

3 Fransızca ve İngilizce resmî metinde kullanılan deyim **"prévues par la loi/prescribed by law" "kanunun öngördüğü"**dür.

gulamanın denetimi için Avrupa Konseyi çerçevesinde uluslararası bir denetim mekanizması kuran Avrupa sözleşmesi, bu yoldan hem soyut hükümlere somut bir içerik kazandırmış; hem de insan hakları ve temel özgürlüklerin gerçekten korunması imkânını yaratmıştır. Nitekim sözleşmenin öngördüğü denetim sisteminin en üst düzeyinde yer alan Avrupa İnsan Haklan Divanı[4] "**De Becker", "Engel ve diğerleri", "Handyside"** ve **"Sunday Times"** davalarında 10. maddeye konu olan basın özgürlüğü müessesesini ele almış bulunmaktadır. Bu yazıda, belirtilen davalardaki Divan kararları aracılığıyla, 10. maddenin belli noktalardaki somut içeriğini saptamak istiyoruz. Önce bu davalara konu olan olayları kısaca özetleyelim.

I. Olayların Özeti

A) **"De Becker" davası[5]**

3. — Bu davada söz ve ifade hakkı ve basın özgürlüğünün, bir ceza mahkumiyeti sonucu ömür boyu kısıtlanmasının 10. maddeye uygun düşüp düşmediği, yani maddenin 2. bendinde yer alan istisnaların bu tür bir kısıtlamaya imkân verip vermediği incelenmiştir.

4. — Belçika uyruklu **De Becker** Belçika'daki işgalci Alman makamlarıyla 13 Haziran 1940 ilâ 5 Ekim 1943 yılları arasında çeşitli şekillerde, bilhassa günlük **Le Soir** gazetesi yazı işleri müdürlüğü görevinin icrası suretiyle işbirliği yapmak suçundan Brüksel Harp Divanınca ölüm cezasına çarptırılmıştır. (24 Temmuz 1946). Bu mahkûmiyet, Belçika Ceza Kanununun 123. maddesinin altıncı bölümünde sayılan haklardan da mahrumiyet sonucunu doğurmaktaydı. Hükmün istinafı üzerine Brüksel Askerî Divanı, bazı hafifletici sebeplerin varlığına dayanarak, ölüm cezasını ömür boyu hapis cezasına çevirmiş; diğer hususlarda mahkûmiyet hükmünü onaylamıştır.

5.— Yukarıda değinilen 123. maddenin altıncı bölümü uyarınca Ceza Kanununun 1. Bölümünün II. Kitabının II. Alt Bölümünde yahut Askerî Ceza Kanununun 17 ve 18. maddelerinde öngörülen suçları savaş sırasında işlemek yahut bunlara teşebbüste bulunmaktan mahkûm olanlar bihakkın ve ömür boyunca…… **"(e) hangi sıfatla olursa olsun bir gazetenin yahut her türlü yayının işletmesine, yönetimine, yazı işlerine, basımına yahut dağıtımına katılmak hakkından; —(f) Her türlü— kültürel, yardım ve spor gösterilerinin yahut her çeşit genel eğlencelerin yönetimine yahut düzenlenmesine katılmak hakkından; —(g) Konusu tiyatro, sinema veya radyo gösterileri olan her tür kuruluşun işletmesine, yönetimine yahut her hangi bir şekilde faaliyetine katılma hakkından; ……. yasaklıdırlar".**

6.— De Becker'in hükümlü bulunduğu ömür boyu hapis cezası bir atıfet tedbiriyle onyedi yıl hapis cezasına çevrilmiştir. Daha sonra Adalet Bakanı, siyasetle

4 İnceleme metninde bundan böyle **"Divan"** adıyla anılacaktır.
5 Bk. **Cour Eur. D. H., affaire "De Becker", arret du 27 mars 1962, Série A** ve **Cour Eur. D. H., (C. E. H.) Série B, 1962 (Affaire "De Becker").**

uğraşmaması ve serbest bırakıldıktan bir ay içinde Fransa'ya yerleşmesi kaydıyla kendisinin şartla salıverilmesini kararlaştırmıştır. Serbest kalınca Paris'e yerleşen De Becker, Adalet Bakanlığına başvurarak, gazetecilik mesleğini icra ve Belçika'da oturmak yasağının kaldırılmasını istemiş; aynı zamanda siyasetle uğraşmayacağı vaadinde de bulunmuştur. Adı geçenin bir kaç başvurusu sonunda Bakanlık, kendisinin Belçika'da oturamayacağını, ancak kanuni ikâmetgâhını bu ülkede seçebileceğini De Becker'e bildirmiş; bunun üzerine De Becker kanunî ikâmetgâhını Brüksel'de tespit etmiştir. Uğradığı yasaklılıkların kaldırılması için bilâhere yaptığı başvuralara ise cevap alamamıştır.

7. —De Becker, Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna[6] yaptığı başvuruda Belçika Ceza Kanununun 123. maddesinin altıncı bölümünün, yazar ve gazetecilik mesleğinin yürütülmesine engel olmak suretiyle, sözleşmenin herkese söz ve ifade özgürlüğü hakkı tanıyan 10. maddesini ihlâl ettiği iddiasında bulunmuştur. De Becker'in isteği, ihlâl durumunun Komisyonca saptanması ve Belçika Hükümetinden yasaklıkların kaldırılmasına ilişkin işlemlere girişilmesinin istenmesidir.

Komisyon 9 Haziran 1958 tarihli kararıyla başvuruyu "kabuledilir" görmüş ve incelemelerine başlamıştır.

B) **"Engel ve diğerleri" davası**[7]

7.— Bu davanın değindiği husus daha ziyade haberleşme özgürlüğünün sınırlarıdır.

Komisyona başvurdukları sırada Hollanda ordusunda er olan Dona ve Schul askerî bir derginin **("Alarm")** yazarlarındandırlar. Kendileri bu derginin Eylül 1971 tarihli 8. sayısının hazırlanmasına katılmışlar ve kışla komutanı bu sayı içeriğini askerî disipline aykırı bulduğundan dağıtımını geçici olarak yasaklamıştır. Komutan dağıtım yasağı kararını "yazıların dağıtımı,, hakkındaki 21 Aralık 1967 günlü bir bakanlık kararnamesine dayanarak almıştır. Yapılan soruşturma sonunda Dona ve Schul "disiplini bozar nitelikteki bir yazının hazırlanmasına ve dağıtımına" katıldıkları gerekçesiyle askerî ceza kanununun 147/1 ve 1903 kanununun 2/2 maddeleri hükmü uyarınca hiyerarşik âmir tarafından (8 Ekim 1971 de) üç ve dört ay süre ile "bir disiplin birliğine verilme" cezası ile cezalandırılmışlardır. İddialarına göre, bilâhare kendilerinden, haklarında açılan soruşturma sonuna kadar hiçbir yayında bulunmaları istenmiştir. Hükümete göre ise, kendilerine söylenen sadece askerî disiplini bozacak başka makale yayınlamamalarıdır. Adı geçenler önerilen bu taahhüdü kabul etmemişler ve bu nedenle de, 1903 kanununun 20. maddesi uyarınca "ağırlaştırılmış göz hapsine" (arrêts agg- ravés) çarptırılmışlardır. Sözleşmenin 5, 6 ve 10. maddesini ileri sürerek yaptıkları itiraz, itiraz mercii hiyerarşik üst tarafından reddedilmiştir. Bunun üzerine Dona ve Schul gene sözleşmenin 5, 6 ve 10. maddelerini ileri sürerek 21 Ekimde Yüksek Askerî Divan'a başvurmuşlardır. Bu başvuru, 1903 kanununun 64. maddesi gereğince, bir disiplin birliğine

6 İnceleme metninde bundan böyle **"Komisyon"** adıyla anılacaktır.

7 **Bk. Cour Eur. D. H., affaire Engel et autres, arrêt du 8 juin/23 novembre 1976, Série A no. 22.**

verilme cezasının infazını durdurmuş, fakat "geçici hapis cezasının" infazına başlanmıştır. 27 Ekim 1971 de Yüksek Askerî Divan, Divanın esas hakkındaki kararını kabul ve, bundan böyle ve dava süresince, askerî disipline aykırı düşebilecek yazıların yazılmasına ve dağıtılmasına katılmakdan kaçınacaklarını kabûl taahhüdüyle Dona ve Schul'u serbest bırakmıştır. Kendileri bu taahhüte son çare olarak girdiklerini belirtmişlerdir; çünkü geçici hapis cezasının infazını durduracak başka bir yol ve itiraz mercii yoktur. 17 Kasım 1971 de Yüksek Askerî Divan, Dona ve Schul' un disiplin birliğine verilme cezasını onaylamış; kararının gerekçesinde de Sözleşmenin 5, 6 ve 10. maddelerinin konuya uygulanamayacağını, ezcümle 10. maddenin 2. bendinin buna müsaade ettiğini belirtmiştir. Askerî Divan'a göre şikayet konusu kısıtlamalar, ceza kanununun 147. maddesinin düzenlediği alanda, demokratik bir toplumda, nizamı muhafaza için gerekli tedbirlerdir.

8.— Gerek Komisyona yaptıkları başvuruda, gerekse Divan önünde Dona ve Schul'un iddiası, özellikle, askerî disiplini bozar nitelikte bulunan yazılar yayınlamak ve dağıtmak fiillerinden dolayı kendilerine verilen cezanın Sözleşmenin 10, 11, 14, 17 ve 18. maddelerini ihlâl ettiğidir.

9. — Komisyon yaptığı soruşturma ve inceleme sonunda hazırladığı 19 Temmuz 1974 tarihli Raporunda 10, 11, 17 yahut 18. maddelerin ihlâline raslanmadığını bildirmiştir.

C) **"Haydyside" Davası**[8]

10. — Havdyside davasında Divan basın özgürlüğünün ahlâkın korunması amacıyla sınırlanması konusunu ele almıştır.

"Stage I" yayınevi sahibi İngiliz uyruğu Handyside **The Little Red Schoolbook** adlı bir kitap yayınlamıştır ve dava konusu da bu kitaptır. İki Danimarka'lı yazara ait sözkonusu kitap pekçok Avrupa ülkesinde tercüme edilerek yayımlanmış bulunmaktadır. Kitabın İngilizce tercümesinin satış için dağıtımı üzere savcılık müstehcen yayınlar hakkındaki 1959/1964 kanunu uyarınca kovuşturmaya geçerek mevcut nüshaların zaptına karar almış; **Magistrates' Court da Handyside'ı** aynı kanun uyarınca, kâr amacıyla dağıtım için elinde müstehcen yayın bulundurmak suçu sebebiyle mahkemeye celbetmiştir (8 Nisan 1971). Yargılama sonunda Handyside para cezasına çarptırılmış ve aynı zamanda kitapların müsadesine de karar verilmiştir. İlgilinin bu karara itirazı üzerine istinaf mahkemesi kararı onaylamış ve sonuç olarak, müsadere edilen kitaplar tahrip olunmuştur.

Davayla ilgili diğer bir husus da sözkonusu kitabın Kuzey İzlanda, Anglononman adaları ve Man adasında kovuşturma konusu olmadığı, İskoçya'da açılan davanın ise beraatla sonuçlandığıdır.

11. — Kitabın içeriği şöyledir : "Bütün yetişkinler kâğıttan kaplandırlar" başlığını taşıyan bir giriş ve "İngilizce baskıya önsöz", "eğitim", "çıraklık" "öğretmenler", "öğrenciler" ve "sistem" bölümleri. Öğrenciler 'bölümünün konuları : "cinsiyet" ve

8 **Cour Eur.D.H.,affaire Handyside,arrêt du 7 décembre 1976,Série A no.24.**

bu başlık altında ele alınan konular: “mastürbasyon", “orgazm", "cinsel ilişkiler ve okşamalar", "kontraseptifler”, "gece boşalmaları”, "âdet görme”, "çocuk meraklıları yahut "ihtiyar domuzlar”, "müstehcen”, "iktidarsızlık”, “eşcinsellik”, "normal yahut anormal”, "daha çok öğrenmeye çalış”, "zührevi hastalıklar", "çocuk düşürme", "kanuna uygun yahut aykırı çocuk düşürme", "unutma", “çocuk düşürme yöntemleri", "cinsel konularda tavsiyeleri sağlayabileceğin yararlı adresler”. Kitabın "önsözünde" aşağıdaki satırlar yer almıştır.: "Bu kitap bir danışma eseri olarak düşünülmüştür. Bir solukta okunmamalı, fakat seni ilgilendiren konuların neler olduğunu bulmak yahut bazı konularda daha fazla bilgi sahibi olmak için içindekiler listesinden yararlanılmalıdır. Özellikle liberal bir okulda olsan bile bu kitap içinde, durumu daha da iyileştirmek için, pek çok fikir bulabilirsin".

Yargılama sırasında kitabın oniki ve daha büyük yaştaki öğrencilere hitap ettiği belirtilmiştir.

Handyside, kitabın değeri konusunda yayından önce uzmanlara danıştığını söylemektedir.

Müstehcen yayın nedeniyle açılan davanın istinafı safhasında yayımevi, yeni bir kovuşturmaya uğramamak için, **Red Schoolbook’** un gözden geçirilerek, özellikle müstehcen görülen kısımların düzeltilmesi yahut yeniden yazılması suretiyle ikinci basısını hazırlamıştır. İkinci bası hususunda da hukuk danışmanlarının fikri alınmış; fakat yeni metin hakkında savcılığa danışma teşebbüsleri olumlu şekilde sonuçlandırılamamıştır. Gözden geçirilmiş ikinci bası 15 Kasım 1971 de yayınlanmış ve savcılık bunun yeni bir kovuşturmaya konu teşkil etmeyeceğini Handyside’e bildirmiştir.

12. — Müstehcen yayınlar hakkındaki 1959/1964 İngiliz kanununun 1. maddesi müstehcen yayımın tarifini veriyor. 2. maddede, öngörülen ceza; 3. maddede, arama, zapt ve müsadere usulü gösterilmektedir. 4. maddede de, bu tür yayınlar konusunda geçerli hukuka uygunluk sebebi yer alıyor; bu madde uyarınca bilim, edebiyat, sanat yahut diğer genel yararlara yönelik olması nedeniyle kamuya yararlı olduğu saptanan yayınlar sözkonusu kanun sınırları dışındadır.

13. — İngiliz mahkemeleri sözkonusu kitabı belirtilen kanun açısından bir bütün olarak incelemiş; bunu, okuyanları “bozucu ve baştan çıkarıcı” **(“deprave and corrupt” / “depraver et corrompre”)** nitelikte bulmuştur. Kitabın yayımının "genel yarar’ca meşru kılındığı hususunu da ispatlanmamış gören kaza mercileri Handyside’i para cezasına çarptırarak toplanan nüshaların müsaderesine ve tahribine karar vermiştir.

14. — Handyside’in Komisyona 13 nisan 1973 günlü başvurusu Komisyonca 10. madde ve 1 numaralı Protokolun 1. maddesi (mülkiyet hakkının korunması) konusunda "kabul edilmiştir”. Yaptığı inceleme sonunda Komisyon, çoğunluk oyuyla, Sözleşmenin 10. maddesinin ve 1 numaralı Protokolün 1. maddesinin ihlâline raslanmadığı sonucuna varmıştır (30 Eylül 1975 tarihli Komisyon Raporu).

D) **"Sunday Times" Davası**[9]

14.— Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığına karşı **The Sunday Times** gazetesi yayın müdürü, baş yazarı ve bir grup gazeteci tarafından açılmış olan bu davanın konusu yayım yasağı müessesesinin, belli bir olayda, Sözleşmenin 10. maddesi önündeki durumudur.

İngiltere'de **Thalidomide** adıyla satışa çıkarılan (1958 ilâ 1961 arasında) sinir yatıştırıcı bir ilâç kullanan bazı gebe kadınların çocukları sakat doğmuş ve bunların sayısının 450 civarında bulunduğu saptanmıştır. Olay üzerine ilâç satıştan kaldırılmış; fakat **Thalidomide** kurbanı çocukların aileleri, yapımcı **Dirtillers** firması aleyhine, gerek kendi gerekse sakat çocukları adına, yapımcı firmanın ihmâlden doğan ağır kusurunu ileri sürerek 1962 yılından itibaren, tazminat davası açmaya başlamışlardı. Aynı zamanda ihtilâfın sulhen çözümü için davacılarla davalı firma arasında çeşitli anlaşma girişimlerinde de bulunuluyordu. Nitekim bir grup davacı anlaşma ile işi bitirmiş; anlaşmayanlar ise davalarını sürdürme yolunu seçmişlerdi. Ulusal düzeyde bir felâket niteliğindeki olayın basın ve yayım organları tarafından ele alınmaması mümkün değildi. Bu cümleden olarak yapımcı firmanın ihmâli ve sorumluluğu, önerdiği uzlaşma teklifleri, sakat çocukların ve ailelerinin dramı, uğradıkları maddî ve manevî zarar ve benzeri sorunlar basında zaman zaman tartışılıyordu. Bu arada **The Sunday Times** gazetesi 24 Eylül 1972 günlü sayısında "Thalidomid çocuklarımız ülke için bir utanç sebebi" **(Our Thalidomide Children: A Cause for National Shame)** başlıklı bir makale yayımladı. Bu yazıda, önerilen uzlaşma teklifleri inceleniyor; uğranılan zarara oranla bu önerilerin gülünç olduğu belitiliyor; İngiliz hukukunun tazminat hesapları konusundaki durumu eliştiriliyor ve yapımcı firmanın daha cömertçe davranması isteniyordu. Makalenin altına eklenen bir notta da **The Sunday Times'in** başka bir makalede trajedinin tarihçesini anlatacağı bildirilmişti. 17 Kasını 1972 tarihinde Q**ueen's Bench Division**'in / **Divisional Court'**u**, Attorney - General'**in (Başsavcı) başvurusu üzerine, yayınlanacağı duyurulan makalenin yayımını yasaklayan bir karar verdi. Mahkeme kararının gerekçesi böyle bir yazının yayımının İngiliz hukukunda suç teşkil eden **contempt of court** (mahkemeye hakaret) fiilini oluşturacağı idi.

Söz konusu yasak kararı üzerine **The Sunday Times** öngördüğü yazıyı yayımlamamış; bununla beraber olayın gerek basın ve Televizyonda, gerekse parlamentoda tartışılmasına devam olunmuştur. Bilhassa parlementodaki müzakerelerden sonra sürdürülen kampanya ile **Distillers**'in daha cümert bir teklif ileri sürmesi amaçlanmaktaydı.

15. — Bu arada **Divisional Court** tarafından verilen yayım yasağı kararı 16 Şubat 1973 de **Court of Appeal** tarafından. **Times News papers Ltd.'in** başvurusu üzerine kaldırılmış; fakat daha sonra **At torney-General'**in başvurusuyla değişik bir biçimde, 24 Ağustos 1973 günlü bir kararla Lordlar Kamarasının emri üzerine tekrar konmuştur.

---

9 Bk. **Cour Eur. D. H., affaire Sunday Times, arrêt du 26 avril 1979,Série A no. 30.**

30 Temmuz 1973 de davacı bir grup ile **Distillers** arasında varılan uzlaşma mahkemece onaylanmış; bu uzlaşmaya katılmayanların davaları ise adlî merciler elinde kalmıştır. **Distillers** ise kendisine yüklenen ihmâl sorumluluğunu inkâra devam etmiştir.

16. — **Times Newspapers Ltd.** aleyhinde verilen yayım yasağı gene **Attorney-General'**in başvurusuyla 23 Haziran 1976 da mahkemece kaldırılmış ve dört gün sonra da söz konusu makale, bazı değişikliklerle (ebeveyn avukatları tarafından toplanan sır niteliğindeki bilgiler çıkarılarak) yayımlanmıştır. Bu yazıda **Distillers'**in kusurlu davranışı, ezcümle ilâcın nasıl gerekli bilimsel araştırmalar yapılmadan piyasaya sürüldüğü anlatılmaktaydı.

17. — İleride ele alacağımız Divan kararının iyi anlaşılabilmesi amacıyla İngiliz hukukunda bir **common law** müessesesi olan **contempt of court** müessesesini burada kısaca özetlemek isteriz. Bu özet için Divan kararında yer alan İngiliz hukuku kaynaklarından yararlandık.

Contempt of court müessesesinin amacı mahkemeleri, adlî görevin yerine getirilmesi sırasında her türlü dış etkiden uzak tutmak, yargı organının otoritesini korumaktır. Bu yoldan mahkemeler "adlî görevin ifasını engeller, bu göreve belli bir davada yahut genel olarak zarar verir yahut adlî makamları yanıltır nitelikteki bir hareketi önlemek veya cezalandırmak için müdahalede bulunabilmektedirler." **Contempt of court** hâkimlerin kişi olarak şerefini değil, fakat "adlî görevi" ve "hukukun üstünlüğünü" korumak amacına yöneliktir. Bu fiili işleyenler hapis yahut para cezasına çarptırılabileceği gibi kendilerinde iyi davranış teminatı da alınabilmekte yahut **contempt** niteliğindeki olay ve düşüncelerin yayımı yasaklanabilmektedir. Kısaca bu müessese adlîye aleyhindeki pek çeşitli fiilleri içeriyor.

II. 10. maddenin içeriği

A) 10. Maddeye göre "müdahele" teşkil eden tedbirler

18. — 10. maddenin 2. bendine göre, her kişinin sahip bulunduğu söz ve ifade özgürlüğü belli amaçlarla, kanunun öngördüğü "muayyen merasime, şartlara, tahditlere veya müeyyidelere tâbi tutulabilir". Diğer bir deyimle çeşitleri sayılan tedbirler (merasim, şart, tahdit, müeyyide) söz ve ifade özgürlüğüne "**müdahele"** teşkil ederler; fakat 2. benddeki duruma uygun oldukları takdirde meşrûdurlar. "Merasim, şart, tahdit" yayımdan önce yer alan; yani bir hak yahut özgürlüğün, yayımdan önce, kullanılmasını kısıtlayan tedbirlerdir. Bu sıfatla basın özgürlüğüne müdahale teşkil eden tedbirlerden oldukları şüphesizdir. Diğer bir deyimle bunlar "önleyici tedbirlerdir". Klâsik anlamda basın özgürlüğü bir fikir ürünün, engelle karşılaşmadan araştırılıp, toplanabilmesi, yayımlanmak amacıyla çoğaltılıp dağıtılabilmesi olduğu cihetle, "önleyici tedbirler" basın özgürlüğünü kısıtlayan tedbirlerdir. Anayasa Mahkememiz de basın özgürlüğünü bu anlamda almıştır; Anayasa Mahkemesine göre "geniş halk kitlelerinin düşünce ve kanaatları üzerinde etki yapan basının hür olması... önceden kayıtlama ve kısıntıya tâbi tutulmaması demektir".[10]

10 **Anayasa Mahkemesi Kararlan Dergisi,** sayı 1, s. 164; 8.4.1963 gün E. 1963/ 16, K. 1963/83 sayılı karar.

Halbuki "müeyyide" uygulama, özgürlüğün (yahut, hakkın) kullanılmasından sonra, bu hakkın kötü kullanılmasından doğan sorumluluğu karşılayan bir tebirdir. Klâsik anlamda "basın özgürlüğünün kısıtlanması" kavramı, yani "önleyici tedbirler" dışında kalan; esasında basın özgürlüğünün kullanılmasından doğan sorumluluk müessesesine dahil bulunan "müeyyide" uygulama tedbiri Sözleşmenin 10. maddesiyle "kısıtlayıcı" bir tedbir sayılmış; böylece söz ve ifade özgürlüğünün, sınırları genişletilmiştir. Böylece bir basın suçu yahut basın yoluyla işlenmiş bir suçtan (yahut, haksız fiilden) kişinin sorumlu tutularak müeyyideye çarptırılması da, Sözleşmenin 10. maddesi anlamında söz konusu özgürlüğün kısıtlanmasıdır; bu özgürlüğe müdaheledir. Nitekim Komisyon, **De Becher** davasında adı geçene uygulanan "yasaklılık" müeyyidesini (bu müeyyide bir ceza mahkûmiyetinin kanunî sonucu olmakla beraber gerçek bir ceza müeyyidesi niteliğindedir) 10. maddenin 1. bendi uyarınca basın özgürlüğüne yapılan bir "müdahele" sayarak 9 Haziran 1958 tarihli "başvurunun kabulü" **(décision de recevabilité / decision of admissibility)** kararını almıştır.[11] Keza Divana göre de "Engel ve diğerleri" davasında Komisyon, başvurusunun kabulü kararını Dona ve Schul'un yayım ve dağıtımına katıldıkları "Alarm" dergisinin 8. sayısı nedeniyle kendilerine uygulanan disiplin cezası konusunda vermiştir ve bu müeyyide 10. maddenin 1. bendi tarafından güvence altına alınan söz ve ifade özgürlüğüne bir "müdahele" niteliğindedir.[12] Aynı husus Handyside davasında da belirtilmiştir.[13]

Bu duruma göre basın özgürlüğünün suistimalinden doğan sorumluluk sonucu kişiye uygulanan müeyyidenin Sözleşmenin 10. maddesini ihlâl etmiş olmaması için, bu maddenin 2. bendinde yer alan meşrû istisna şartlarının varolması gerekir.

Bir müeyyideye çarptırılma tehdidinin (tehlikesinin) varlığının, bir anlamda, özgürlüğün kullanılmasına engel teşkil edebileceği düşünülürse, "müeyyide'nin de potansiyel (yahut gizli) bir "önleyici tedbir' 'sayılmasını anlamak zor olmayacaktır.

19. — Buna karşılık Divan "Engel ve diğerleri" davasında, Dona ve Schul ile ilgi olarak farklı bir beyanda bulunuyor. Divanın vardığı sonuca göre"... Yüksek Askerî Divanın yaptığı[14], başvuru sahiplerini söz ve ifade özgürlüklerinden mahrum etmek değil, fakat sadece, bu özgürlüğün kendileri tarafından suistimalini cezalandırmak olmuştur. Sonuç olarak Askerî Divan kararı 10. maddenin 2. parag rafını ihlâl etmiş değildir".[15]

Divanın biraz önce 19. paragrafta belirtilen görüşüyle bu görüş arasındaki çelişki açık olmakla beraber, yukarıdaki Divan tespitinden hemen önce gelen cümleyle bu biribirine bağlayarak söz konusu çelişkiyi gidermek belki mümkün olabilecektir. Gerçekten Divan bir önceki cümlede askerî disiplinin gereğini ve o anda kışladaki özel şartları gözönünde tutarak, Hollanda Yüksek Askerî Divanın, adı geçen kişilere "...nizamın korunması için..., maruz kaldıkları müeyyideyi uygulamanın

11 **Arrêt du 27 mars 1962, § 8.**
12 **Arrêt du 8 juin 1976, § 95.**
13 **Arrêt du 7 décambre 1976,** § 43.
14 **Dona** ve **Schul**ün yazılarından dolayı disiplin cezasına çarptırılmaları.
15 **Arrêt du 8 juin 1976,** § 101.

zorunlu bulunduğu kanaatina varmakta makûl ve geçerli nedenlere sahip" bulunduğunu belirtmiş,[16] böylece 2. bentteki gerek "amaç", gerekse "zorunluluk" şartlarının varlığını vurgulayarak dava konusu müdahalenin meşrû bulunduğu sonucuna varmıştır. Şu halde kararın 101. paragrafını anlamı bağımsız ayrı iki cümle olarak değil; bir bütün olarak okumak lâzımdır.

B) 10. Maddenin Kapsamı

20. — **"Engel ve diğerleri"** davasında Hollanda Hükümeti, başvuru sahipleri ve Komisyon Sözleşmenin, ilke olarak, yalnız siviller konusunda değil, aynı zamanda silâhlı kuvvetler mensupları bakımından da geçerli olduğu noktasında mutabıktırlar. Bununla beraber Divan, başvuruyu incelerken, askerlik görevine ilişkin şartların özelliklerini ve bu özeliklerin silâhlı kuvvetler mensuplarının durumları üzerinde doğuracağı sonuçları gözönünde tutmuştur.[17] Nitekim Divan 10. madde aracılığıyla 14. madde hükmünün de **(discrimination =** ayırım, farklı muamele) ihlâl edildiği iddiasını incelerken tekrar bu noktaya değinmiştir. Şöyleki başvuru sahiplerine göre Hollanda'da benzer fiili işleyen bir sivilin cezalandırılmamasına karşılık bu fiil sebebiyle kendileri cezalandırılmışlardır. Böylece kişiler arasında fark gözetmeyi yasaklayan 14. madde Hollanda Hükümeti tarafından ihlâl edilmiştir. Bu iddia konusunda Divanın mütalâası şöyledir: Sivillerle asker kişiler arasında varlığı iddia edilen ayırımın nedeni, askerlik hayatı gereklerinin farklılığıdır; diğer bir deyimle söz ve ifade özgürlüğü konusunda silâhlı kuvvetler mensuplarına düşen ve 10. maddenin 2. bendinde değinilen "ödevlerin" ve "sorumlulukların", sivillere ilişkin ödevler ve sorumluluklardan farklı oluşudur.

21. — Divan kararında bu konuya değinen paragrafı, önemi nedeniyle, buraya aynen aktarmada yarar görüyoruz. Divan, dava konusu tedbirinin, "zorunluluğu" şartını incelerken şöyle diyor: "10. maddenin güvence altına aldığı söz ve ifade özgürlüğü âkit devletlerin yetki alanı içinde bulunan diğer kişiler gibi askerler konusunda da geçerlidir. Bununla beraber bir ordunun görevini etkin şekilde yerine getirmesi, askerî disiplini, bahusus yazılı yayımlarla bozucu fillerin işlenmesini önleyecek belli hukuk kuralları olmadan düşünülemez. Askerî Ceza Kanununun 147. maddesi bu meşrû gerekten doğmaktadır; bizatihi bu madde hükmü sözleşmenin 10. maddesine aykırı değildir.

"Şüphesiz Divan, Hollanda iç hukukunun Sözleşme açısından bu olaya nasıl uygulandığını denetlemek yetkisine sahiptir; fakat bu konuda gerek askerlik hayatının özelliklerini, silâhlı kuvvetler mensuplarına düşen özel "ödevler" ve "sorumlulukları", gerekse 8. maddenin 2. bendi gibi 10. maddenin 2. bendinin âkid devletlere tanıdığı takdir marjnı Divanın ihmâl etmemesi gerekir.

"Divana göre başvurucuları **Ermelo** kışlasında belli bir gerilimin hüküm sürdüğü bir sırada ilgili bölümleri [yukarıya] aktarılan yazıların yayımına ve dağıtımına katılmışlardır. Bu şartlar altında Yüksek Askerî Divan, kendilerinin askerî disiplini

16 Bk. ileride 21. paragrafda verilen "hüküm" bölümü.
17 Bk. **Arret,** § 54.

bozmaya kalkıştıkları ve nizamın korunması için onlara maruz kaldıkları müeyyideyi uygulamanın zorunlu bulunduğu kanaatına varmakta makûl ve geçerli nedenlere sahiptir".[18]

Keza Divan, **Handyside** davasında, aynı düşünce çerçevesi içinde kalarak söz ve ifade özgürlüğünü kullanan her kişinin, kapsamı kendi kişisel durumuna ve yararlanılan tekniğe bağlı "ödevler ve sorumluluklar" yüklendiğini; getirilen "kısıtlamaların" veya "müeyyidelerin", "demokratik bir toplumda" bu tedbirleri "zorunlu" kılan "ahlâkın korunması" amacına yönelik bulunması gerektiğini; Divanın bu hususu araştırırken, ilgilinin "ödevlerini" ve "sorumluluklarını" gözönünde tutması gereğini belirtmiştir.[19]

22. — Yukarıdaki düşüncelerden çıkaracağımız sonuç, **bir kişi hakkı olan ve bu sıfatla herkesin sahip bulunduğu söz ve ifade özgürlüğünün sınırlarının herkes için aynı olmadığıdır.** Diğer bir deyimle bu özgürlüğün kişiye yüklediği "ödevler" ve "sorumluluklar" kişinin içinde bulunduğu özel duruma, meselâ bu olayda olduğu gibi, meslekî statüye göre değişebilmekte, sonuç olarak söz konusu özgürlüğün sınırları özel durumlara göre daralabilmektedir.

C) Basın özgürlüğünü kısıtlayan ceza müeyyidesi, Sözleşmenin ceza müeyyidelerine ilişkin hükümleri açısından değil, fakat 10. madde açısından ele alınmak gerekir.

23. — **De Becker** davasında, Belçika Hükümetine göre, adı geçenin çarptırıldığı yasaklılıklarla, kendisinin 1947 yılında giydiği mahkûmiyet hükmü arasında çözülemez bir bağlantı vardır; yani söz konusu yasaklılıklar ceza mahkûmiyetinin mecburî ve kanunî sonucudur. Bu nedenle de, şikâyet konusu olan yasaklılıklar meşrûtiyetlerini, devletin sahip bulunduğu cezalandırma hakkının kullanılmasına ilişkin Sözleşmenin 2 ilâ 7. maddelerinde bulmaktadırlar; ve sonuç olarak Belçika Ceza Kanununun 123. maddesinin altıncı paragrafı Sözleşmenin 10. maddesine "indirgenemez".

24. — Belçika Hükümetinin bu iddiası Komisyon tarafından kabul edilmemiştir. Gerçekten, Komisyon Raporunda da belirtildiği gibi, bir ceza müeyyidesi yahut kamu güvenliğine ilişkin önleyici tedbirler (ceza hukukundaki deyimiyle "güvenlik tedbirleri") niteliği taşıyan söz konusu yasaklılıkların bu niteliği (diğer bir deyimle bir ceza mahkûmiyetinin kanunî sonucu olmaları), bunların Sözleşmenin 2 ilâ 7. maddelerinde yer alan istisnalara dahil bulunduğu yani bu maddeler hükümleriyle meşru kılındığı anlamına gelemez. Çünkü 2 ilâ 7. maddelerde söz ve ifade özgürlüğü değil, fakat hayat hakkı (mad. 2), kişi güvenliği (mad. 5) ve zorunlu çalışma (mad. 4) sözkonusudur. Böylece, sonuç olarak, Sözleşmenin güvence altına aldığı hak ve özgürlüklerden birinin bir ceza müeyyidesi ile sınırlanması halinde, bu sınırlamanın meşrû yani Sözleşmeye uygun olup olmadığını saptamak için, o hak yahut özgürlüğü konu almış bulunan maddeye başvurmak gerekir. Söz ve ifa-

18 Bk. **Arrêt § 100 ve 101.**
19 **Arrêt,** § 40.

de özgürlüğünün söz konusu edildiği madde ise 10. maddedir. Diğer bir deyimle, ceza müeyyidesi sonucu hak ve özgürlüklerin sınırlanmasını düzenleyen maddeler sadece 2 ilâ 7. maddeler değildir; Sözleşmenin diğer bazı maddeleri de bu hususla doğrudan doğruya ilgilidir. Meselâ para cezası sözkonusu olduğu zaman ek Protokolün 1. maddesine, söz ve ifade özgürlüğü sözkonusu olduğu zaman da 10. maddeye göre bir değerlendirme yapmak gerekecektir. Nitekim, "...Komisyonun kanaatımca Sözleşmenin 2, 5 ve 4 maddeleri, başvuru sahibinin, söz ve ifade özgürlüğüyle ilgili olarak Belçika Ceza Kanununun 123. maddesinin altıncı paragrafı uyarınca maruz kaldığı özel yasaklılıkları meşrû kılacak biçimde yorumlanamazlar. Ölüm cezası, bu cezaya mahkûm olanı ve ifade özgürlüğü hakkını kullanma melekesinden mahrum eder; aynı şekilde, hapis cezası, zorunlu çalışma ile birlikte olsun veya olmasın, bu hakkın (söz ve ifade özgürlüğü hakkı) kullanılmasına zarureten bazı sınırlamalar getirecektir. Bununla beraber, bu durumlarda ölüm ve hapis cezalarından doğan mahrumiyetler bu ceza müeyyidesi şekillerinin ortadan kaldırılamayacak sonuçlarıdırlar. 2 ve 5. maddelerin otomatik bütün sonuçlarıyla birlikte bu ceza müeyyidesi şekillerine müsaade etmiş bulunmaları vakıasından, bu maddelerin aynı zamanda, 10. madde hükümlerinden bağımsız olarak, ayrı bir ceza müeyyidesi sıfatıyla söz ve ifade özgürlüğü hakkından mahrumiyete yahut bu hakkın sınırlanmasına izin verdiği sonucu çıkarılamaz".[20]

III. Söz ve ifade özgürlüğüne getirilecek istisnalar konusundaki meşrûluk (hukuka uygunluk) sebepleri

A) Genel Düşünceler

24.— Sözleşmeyle tanınan hak ve özgürlükler, genel olarak mutlak ve sınırsız değildirler;[21] kişisel yararla genel yarar arasında bir denge kurmak amacıyla bunlar sınırlanıp kısıtlanabilmekte; diğer bir deyimle bunlara istisnalar getirilebilmektedir. Bununla beraber resmî mercilerin hak ve özgürlüklere "müdahalesi", âkid devletlerin keyif ve serbest takdirine de bırakılmamıştır; gene Sözleşmenin öngördüğü belirli şartların varlığına bağlanmıştır. İzaha gerek yoktur ki, uluslararası denetim organı Komisyon ve Divan da, kendilerine verilen denetim görevini, "müdahele" (ihlâl) teşkil ettiği iddia olunan "tedbir" konusunda bir meşrûluk (hukuka uygunluk) sebebinin bulunup bulunmadığını araştırıp saptayarak yerine getirmektedir.

25.— Sözleşmedeki hak ve özgürlüklere getirilmesi muhtemel "istisnaların" üç grupta toplandığını hatırlatmak isteriz. **Birinci grupta,** Sözleşmenin 64. maddesi uyarınca, âkid devletler tarafından konulan "ihtirazî kayıtlar" **"réserves/reservations** yer alır. Anılan maddeye göre, **"Bu Sözleşmenin imzası veya tasdik belgesinin tevdii anında her Devlet Sözleşmenin muayyen bir hükmü hakkında, o zaman kendi ülkesinde mer'i olan bir kanun (un) bu hükme uygun bulunmaması nispetinde ihtirazî kayıt koyabilir. İşbu madde umumi mahiyette ihtirazî kayıtlar konulması salâhiyetini bahşetmez". İkinci grubu** 15. madde uyarınca getirilen

20 Bk. **C. E. D. H. Série B. 1962** (affaire "De Becker") § 263 (s. 124-125).
21 Bu konudaki istisna için Bk. **Sözleşme,** md. 15/2.

"istisnalar" teşkil etmektedir. **(derogations).** Bu maddenin 1. bendi hükmünden olarak, **"Harp veya milletin varlığını tehdit eden diğer umumi bir tehlike her Yüksek Âkid Taraf ancak, durumun iktiza ettiği nispette ve devletler hukukundan doğan diğer mükellefiyetlerle tezat teşkil eylememek şartiyle işbu Sözleşmede derpiş olunan mükellefiyetlere aykırı tedbirler alabilir".** Nihayet **üçüncü grubu** ise, belli bir hak ve özgürlük konusunda, o hak ve özgürlüğe ait bulunan maddenin öngördüğü "sınırlamalar" **(restrictions)** oluşmaktadır. Meselâ inceleme konumuz olan 10. maddenin 2. bendi gibi.[22]

İlerideki sayfalarda söz fonusu "meşru kısıtlamalar" sorunu ele alınacaktır.

26. — Bu üç grup arasında en fazıla önem gösteren ve kendisine ençok başvurulan, üçüncü grupta yer alan kısıtlamalardır. Söz ve ifade özgürlüğüne bu cümleden olmak üzere getirilebilecek sınırlamalar, daha önce de belirttiğimiz gibi 10. maddenin 2. bendinde bulunmaktadır. Böylece bu maddenin 1. bendinin teminatı altında olan sözkonusu hakkı ihlâl eder bulunan bir "tedbir", ikinci kademede, 2. bend (yahut, duruma göre, 15 veya 64. madde) açısından incelenecek ve bu suretle bir devletin Sözleşmeyi çiğneyip çiğnemediği sonucuna varılacaktır. Nitekim Divan, bu inceleme yazısında ele aldığımız davalarda, önce, şikayet konusu tedbirlerin 1. bendi ihlâl edip etmediklerini araştırmış; bu konuda olumlu cevap halinde de, Sözleşmenin ihlâl olunup olunmadığını saptamak için, bilâhere, dava konusu müdahalenin, 2. bende uygun olarak: a) kanun tarafından öngörülüp görülmediği; b) bu bendde belirtilen meşru amaçlara yönelik olup olmadığı; c) bu amaç yahut amaçlara ulaşmak için "demokratik bir toplumda", "zorunlu" bulunup bulunmadığı hususlarını incelemiştir.

B) "Uluslararası denetim yetkisinin kapsamı: "Ulusal takdir marjı" (yahut, "takdir hakkı")

27. — Divanın, herbir davada denetim yetkisini nasıl kullandığı incelemeye geçmeden önce, bu denetim yetkisinin kapsamı (sınırları) üzerinde durmak gerekir.

Biraz önce belirttiğimiz gibi bir hak ve özgürlüğe yapılan "müdahelenin" 2. bend uyarınca meşrû sayılabilmesi için aranan şartlardan biri ve belki de en önemlisi müdahele teşkil eden tedbirin demokratik bir toplumda "zorunlu" olup olmadığının saptanması idi. Bu hususu değerlendirme işleminin geniş ölçüde sübjektif nitelikte olduğu açıktır. İşte uluslararası denetim yetkisinin kapsamının (sınırlarının) ne olduğu sorunu bilhassa 2. benddeki bu "zorunluk" şartı konusunda ortaya çıkmıştır.

Gerçekten **Handyside** davasında, ihtilâf konusu somut "kısıtlama" ve "müeyyidelerin" "demokratik bir toplumda ...ahlâkın korunması için **...zorunlu"** olup

22 Bununla beraber Sözleşmenin 17. (özgürlüğün kötüye kullanılması yasağı) **("gerenal compatibility clauses")** ve 65. maddelerini (Sözleşmenin feshi), yorumlayıcı hükümleri **("interpretation clauses")** (mad. 4 § 3), Sözleşmenin bazı bölümlerinin onaylanmamasını yahut bir kısım ülke topraklarının Sözleşme dışında tutulmasını da hak ve özgürlüklere istisna getirme sayanlar vardır. Bk. Torsten STEIN, "**Derogation from Guarantees laid down in Human Insruments",** Fifth International Colloquy about the European Convention on Human Rights (Frankfurt on Main 9-12 april 1980), (Co uncil Europe, Ht/Coll (80, 6) (Report).

olmadığını (Sözleşmeye uygun bulunmadığını) saptamak için nasıl bir yol izleneceği bu davanın Divan önündeki duruşması sırasında tartışılmış ve bu konuda iki görüş belirmiştir. İngiliz Hükümetine ve Komisyon çoğunluğuna göre Divanın yetki kapsamı yani rolü, sadece, İngiliz mahkemelerinin iyi niyetle, makûl şekilde ve 10. maddenin 2. bendinin âkid devletlere tanıdığı takdir marjı (alanı) içinde hareket edip etmediklerini denetlemekten ibarettir. Komisyon azınlığına göre ise Divan İngiliz mahkemesinin hükmünü denetlemek durumunda değildir; **School book'u** doğrudan doğruya ve yalnızca Sözleşme ışığında inceleyecek ve bu yoldan bir sonuca varacaktır.

28.— Divanın bu meselede benimsediği görüş hem benddeki "zorunluluk" kavramına açıklık kazandırmış; hem de, daha önceki kararlarında kısaca değinmiş bulunduğu "ulusal takdir hakkı" yahut "ulusal takdir marjı" kavramını belirgin kılarak Divan denetiminin kapsam ve yönetimini göstermiştir. Divana göre, "Sözleşmeyle getirilen koruma mekanizması, insan haklarının güvence altına alınması konusundaki ulusal sistemlere oranla tâli (yani, yedek : **Subsidiaire/subsidiary)** niteliktedir. Sözleşme, öngördüğü hak ve özgürlüklerin kullanılabilmesini sağlama işini birinci derecede âkid devletlere bırakmıştır. Sözleşmenin yarattığı kurumlar kendi yönlerinden bu göreve katılmakta iseler de, bunlar niza halinde ve iç yargı yollarının tüketilmesinden sonra işe karışırlar. —Bu düşünceler 10. maddenin 2. bendi konusunda da geçerlidir. Özellikle bir kısım âkid devletin iç hukukundan tüm Avrupa için geçerli tek tip bir "ahlâk" kavramı çıkarmak mümkün değildir. Ahlâkın gerekleri hakkında herbirinin sahip bulunduğu anlayış, bilhassa bu alandaki kanaatların derin ve hızır surette değişip geliştiği günümüzde zaman ve yer bakımından değişmektedir. Ülkelerinin yaşayan güçleriyle devamlı ve dolaysız temas halinde bulunduklarından, ilke olarak, devlet makamları, ihtiyaca cevap teşkil edecek bir "kısıtlama" yahut "müeyyidenin" "zorunluluğu" gibi gereklerin belirgin içeriği konusunda karar verme bakımından, uluslararası hakime oranla daha müsait durumdadırlar. Divan bu vesileyle belirtmek ister ki, 10. maddenin 2. bendindeki anlamında "zorunlu" **(necessa- ire/necessary)** sıfatı, "vazgeçilemez" **(indispensable)** deyimiyle eşanlamda değilse de [mad. 2 § 2 ve mad. 6 § l'deki "mutlak surette zorunlu **(absolument nécesaaire/absolutely necesaary)** ve "zorunluluk sınırlan içinde" **(strictement nécessaıre/strictly necessary)** kelimeleri ve md. 5 § l'deki "ancak durumun gerektirdiği ölçüde" **(dans la strîcte mesure où la situation l'exige/to the extend strictly required by the exigencies of the situation)** ibareleri ile karş.] "kabul edilebilir" **(admissible),** "normal" (mad. 4 § 3), "yararlı" (1 No.lu Protokol mad. 1 § 1), "makûl" (mad. 5 § 3 ve 6 § l), yahut "duruma uygun" **(opportun/desirable)** deyimlerinin yumuşaklığına da sahip bulunmamaktadır. Keza, "zorunluluk" kavramının içerdiği acil ve önemli toplumsal ihtiyacın **(besoin social impérieux/pressing social need)** gerçekliğini ilk elde takdir de gene ulusal maklara aittir —Böylece 10. maddesinin 2. bendi âkid devletlere bir takdir alanı (marjı) tanımaktadır. Söz konusu madde bu takdir marjını hem ulusal kanun koyucuya ("kanunun öngördüğü"), hem de yürürlükteki kanunları yorumlamak ve uygulamakla görevli, özellikle kazaî, mercilere vermektedir.— Fakat bunun anlamı 10 § 2. maddenin âkid devletlere sınırsız bir takdir yetkisi tanıdığı değildir. Komis-

yonla birlikte, devletlerin taahhütlerine riayeti sağlamakla görevli olan Divan bir "kısıtlama" yahut "müeyyidenin", 10. madde tarafından korunduğu şekliyle söz ve ifade özgürlüğüne uygun düşüp düşmediğini kesin bir hükümle kararlaştırmaya yetkilidir. Şu halde ulusal takdir marjı bir Avrupa denetimiyle paralel olarak yürümektedir. Avrupa denetimi, ihtilâf konusu tedbirin hem amacını, hem de "zorunluluğu" durumunu içerir. Söz konusu denetim gerek dava konusu işlemin kaynak aldığı kanunun, gerekse bu kanunu uygulayan karara, hatta bu karar bağımsız bir yargılama merciinden çıkmış olsa bile, yöneliktir. (Divan ve konuda sözleşmenin 50. maddesine (…….) atıfta bulunmaktadır.)— Yüklendiği gözetim görevinin önemi, bir "demokratik topluma" özgü ilkeler üzerinde azami dikkatle durmayı Divana emretmektedir. Söz ve ifade özgürlüğü demokratik toplumun temel taşlarından, bu toplumun ilerlemesi ve kişinin gelişmesi için gerekli ana şartlardan biridir. 10. maddenin 2. bendi hükmü saklı kalmak şartıyla, bu özgürlük yalnız hoşgörüyle karşılanan yahut saldırgan olmayan veya önemsiz "haberler" veya "fikirler" konusunda değil, aynı zamanda, devleti yahut halkın bir bölümünü inciten, şoke eden yahut endişelendirenler konusunda da geçerlidir. Çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gereği budur, ve bunlar olmadan "demokratik toplum"da olmaz. Bu düşüncelerden çıkan sonuç, özellikle, söz ve ifade özgürlüğü alanında konulan "formalite", "şart", "kısıtlama" veya "müeyyidenin", güdülen meşrû amaçla orantılı olması gereğidir[23]. —... Sonuç olarak Divanın görevi yetkili ulusal mahkemelerin yerine geçmek değil, fakat bu mahkemelerin takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararları 10. madde açısından değerlendirmektir. Eğer Divan ve kararları soyut şekilde incelemekle yetinmiş olsaydı, denetimi genellikle hayalî kalırdı; Divanın bunları, söz konusu yayın ve başvuru sahibinin önce iç hukuk düzeninde, sonra da uluslararası plânda ileri sürdüğü iddialar ve deliller de dâhil olmak üzere, olayın tümünün ışığı altında incelemesi gerekir. Divan'a düşen görev, bir devlet tarafından alınmış bulunan somut "müdahele" tedbirlerini meşrû kılmak için ulusal makamlarca ileri sürülen gerekçelerin 10. maddenin 2. bendi önünde geçerli ve yeterli olup olmadıklarını, sahip bulunduğu tüm bilgilere dayanarak, tayin etmektir".[24]

29. — Divan bu görüşünü **Sunday Times** davasında da tekrarlamıştır. Bu davadaki kararda belirtildiği üzere sözkonusu denetimin anlamı "davalı devletin iyiniyetle, dikkatle ve makûl surette hareket edip etmediğinin araştırılmasından ibaret değildir. Bir devlet böyle hareket etmiş olsa dahi, davranışının Sözleşmeden çıkan yükümlülüklerle bağdaşıp bağdaşmadığı hususunda Divanın denetimi altındadır".[25]

30. — Bu görüşlerden çıkan sonuç ulusal şartlar gözönünde tutulmak kaydıyla, hak ve özgürlüklerin sınırlanması alanında bir Avrupa standardının varlığıdır. Bu standar-

23 Burada belirtmek isteriz ki, 2. bendin koyduğu çeşitli kritelerden biri de "demokratik toplum" kritedir. Sözleşmeyle kurulan organları, alan kısıtlayıcı tedbirin demokratik toplum ilkelerine ne derece uygun düştüğünü araştırırken bu kriterden yararlanacaklardır.

24 **Arrêt, §** § 47, 48, 49 ve 50; Keza Bk. **Arrêt** "Sunday Times", § § 58 , 59 ve **Arrêt du 23 juillet 1968,** affaire "linguistique belge", Série A, no. 6, s. 35 § 10 **in fine** (esas hakkındaki karar).

25 Bk. **Arrêt, §** 59, s. 36.

dı da Divan, her somut olayı ayrıntılı şekilde ve tümü içinde inceleyerek[26] koyacak; devletçe alman kısıtlayıcı tedbirin Sözleşmeye uygunluğunu böylece saptayacaktır.

31. — Ulusal takdir merj'mın gerek kaynağını, gerekse kapsamını yukarda sözünü ettiğimiz "ulusal şartlar" ve "tedbirin yönelik bulunduğu amaç" oluşturmaktadır. Nitekim Divan, ulusal takdir yetkisinin, 10. maddenin 2. bendinde sayılan amaçların hepsi konusunda aynı genişlikte olmadığını **Sunday Times** davasında belirtmiş bulunuyor. **Handyside** davasında söz konusu olan "ahlâkın korunması" amacı, **Sunday Times** davasında ileri sürülen "yargı gücünün otoritesini koruma "amacından, ulusal takdir marjına ilişkin sınırı saptamada, biribirinden tamamen farklıdır. Divana göre devletlerin "ahlâkın korunmasına" yönelik tedbirler, diğer bir deyimle bu kavramın gerekleri konusunda sahip oldukları anlayış ve görüş zaman ve yer içinde değişiktir; bu nedenle söz konusu gereklerin gerçek ve belirgin içeriğini tayin bakımından devlet makamları, uluslararası hakime oranla daha müsait bir düzeydedir. Halbuki çok daha objektif bir kavram olan "yargı gücünün otoritesini koruma'' konusunda âkid devletler, gerek uygulamalarında gerekse iç hukuk düzenlerinde, birliğe yaklaşan bir görüş benzerliğine sahiptir.[27] Şu halde ulusal makamların, ahlâkın korunması konusunda alınacak tedbirler bakımından sahip bulundukları takdir yetkisi, yargı gücünün otoritesini sağlamağa yönelik tedbirler alanındaki takdir yetkisinden daha geniştir. Takdir yetkisi (marjı) genişledikçe uluslararası denetim yetkisi daralmakta, buna karşılık bu marj daraldıkça da Divanın denetim yetkisi genişlemektedir.[27a]

C) 10. maddenin 2. bendinde yer alan kavramlar otonom kavramlardır

32. — Ulusal takdir marjı anlayışıyla dolaylı surette ilgili bulunan diğer bir husus da, söz ve ifade özgürlüğüne getirilecek meşrû kısıtlamaları belirleyen kavramların ulusal hukuklardan bağımsız, otonom kavramla olduğu; içeriklerinin Divan tarafından yalnızca Sözleşme ışığında belirleneceğidir. Nitekim **Sunday Times** davasında ileri sürülen aksi iddia[28] konusunda Divan, 2. benddeki "yargı gücünün otoritesini koruma" kavramının **contempt of court** müessesesinden yahut benzer başka müesseselerden mülhem olsa bile, söz konusu bendin bu müesseseyi belli tedbirin "zorunluluğunu" saptamada kullanılacak kriter haline getirmiş, bu müesseseleri oldukları gibi kabul etmiş bulunmadığını; ancak bu müesseselerin otonom bir içerikle Sözleşmeye aktarıldığını belirtmiş; "Divan denetimi "zorunluluğunu" Sözleşme açısından denetimidir; rolü de ulusal tasarrufların bu Sözleşme normlarına uygunluğunu saptamaktır" demiştir.[29]

---

26 Bu konuda Bk. **Arrêt** (Handyside), § 50, s. 33 ve **Arrêt** (Sunday Times), § 60, s. 37., § 62, § 63.

27 Meselâ 6. maddede olduğu gibi bu benzerlik bir kısım Sözleşme Hükümlerine aksetmiştir. Fakat "ahlâk"konusunda benzer bir hüküm mevcut değildir.

27a Bu konuda Bk. **Arrêt** (Sunday Times) § 59, s. 36.— Buna karşılık Sözleşmenin, bazı hâllerde, meselâ 1 numaralı Protokolün 1. maddesinin 2. fıkrasında olduğu gibi, "zorunluluğu" takdir hususunu münhasıran devletlere bıraktığı; benzeri durumlarda Divanın bir denetim yetkisi bulunmadığı da belirtilmiştir. Bu konuda Bk. ileride 53. paragraf.

28 2. bentteki "yargı gücünün otoritesini ve tarafsızlığını koruma" kavramıyla, İngiliz hukukundaki **contempt of court** müessesesi kastedildiği ve binnetice bu müesseseye uygun bir tedbirin 2. bent hükmünce de meşru sayılması gerektiği iddia olunmuştur.

29 **Arrêt,** § 60.

D) Kısıtlayıcı tedbirlere başvurma yetkisinin ihtiyarî oluşu

33.— Gerek **Handyside,** gerekse **Sunday Times** davasında, alınmış bulunan kısıtlayıcı tedbirlerin "zorunlu" olmadığı ileri sürülürken **Schoolbook**'un pekçok Avrupa ülkesinde hatta İngiltere'nin bazı bölgelerinde (Kuzey İrlanda, Man ve angle-norman adaları, İskoçya, Galler Ülkesi) engelle karşılaşmadan dağıtıldığı, kovuşturmaya uğramadığı; Birleşik-Krallık'ta en aşırı pornografik yayınların bile halen geniş bir hoşgörü ile karşılandığı; **The Sunday Times** in maruz kaldığı yayım yasağı kararının başka bir hukuk düzeninde meşrû sayılmayabileceği, böyle bir kararın alınmasının şüpheli olduğu belirtilmişti. Divana göre, 60. madde hükmünden de anlaşılacağı gibi Sözleşme, âkid devletleri, güvence altına alınmış bulunan hak ve özgürlükleri sınırlamaya asla zorlamamakta; kendilerinin, sahip bulundukları bir imkândan yararlanmamalarına engel olmamaktadır. İngiltere'nin bazı bölgelerinde **Schoolbook'un** kovuşturmaya uğramaması, ulusal makamların sahip bulunduğu takdir marjı da hesaba katılırsa, **Handyside** hakkında alınan kararların gerçek bir zorunluluğa cevap teşkil etmediğinin delili olamaz; zira Kuzey İrlanda, Man ve anglo-norman adaları yetkili mercilerinin, yerel şartları gözönünde tutarak, yayınevi sahibini kovuşturmama konusunda geçerli nedenlere sahip bulunmaları da mümkündür. Hoşgörü ile karşılandığı ileri sürülen diğer pornografik yayınların **Schoolbook** gibi gençlere hitap ettiği ve kolaylıkla sağlanabildiği ise ispatlanmış değildir. **Schoolbook'**un Konsey üyesi diğer ülkelerde serbesçe yayımlanmış olması iddiasını da yerinde görmeyen Divan, bu hususun ulusal takdir marjına girdiğini ve "kısıtlama" yahut "müeyyidelerin" ihtiyarî nitelikte olduğunu belirtmiştir: "Akîd devletlerden herbiri ülkenin özel durumu ışığında tavırlarını saptamışlardır; bunu yaparken de özellikle demokratik bir toplumda, ahlâkın korunması gerekleri konusundaki çeşitli anlayış şekillerini gözönünde tutmuşlardır"; eğer bazı devletler kitabın yayımına müdahele etmemişlerse, bundan, İngiliz mahkemelerince tercih edilen çözüm şeklinin 10. maddeyi ihlâl ettiği sonucu çıkarılamaz.[30] Keza Divana göre, Sözleşmenin asıl amacı âkid devletlerin, kendi yetki alanları içindeki kişilerle olan ilişkilerinde uymak zorunda bulundukları bazı uluslararası normlar koymaktır; fakat bunun anlamı mutlak bir tekdüzen yaratmak değildir. Akid devletler kendilerince uygun görülen tedbirleri seçmekte serbest olduklarından Divan, bu devletlere ait iç hukukunun maddî ve şeklî hukuka ilişkin özelliklerini ihmâl edemez; bunları gözönünde tutmak zorundadır.[31]

IV. Somut olaylara ilişkin değerlendirmeler

34. — Yukardaki bölümlerde saptanan ilkelerin ışığında Divan dava konusu olayları değerlendirerek sonuca varmıştır. Ancak **De Becker** davası Divan önündeyken, Belçika Hükümeti ihtilâf konusu duruma, davacıyı tatmin eden bir çözüm getirdiği için, dava Divan listesinden çıkarılmıştır;[32] bu nedenle söz konusu dava konusunda yalnızca Komisyon görüşü özetlenecektir.

30 Bk. **Arrêt,** (Handyside), § 54 ilâ § 58.

31 Bk. **Arrêt,** (Sunday Times), § **61.** Aynı zamanda: **affaire** "**linguistique belge**", arrêt 9 février 1967, série A no 5, s. 19 ve **arrêt** du 23 Juillet 1968, série A no. 6, s. 3-4-35.

32 Bk. **Arrêt** "De Becker", § 1 ve son. (Sur la demande de radiation).

A) "De Becker" Davası

35. — Komisyona göre : 10. maddenin 2. bendinde öngörülen kısıtlamalar, herşeyden önce, söz ve ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumda normal olarak tâbi tutulabileceği kısıtlamalardır. Halbuki Belçika Ceza Kanununun 123. maddesinin (e), (f) ve (g) bentleri hükümleri farklı niteliktedirler; bunlar ceza müeyyidesi ve caydırma tedbirleri sıfatıyla savaş sırasında işlenen ve zarureten söz ve ifade özgürlüğünün suistimalini teşkil etmeyen belli suçlardan hüküm giyenlere uygulanmaktadır. Somut olayda **De Becker'**in (e), (f) ve (g) bentlerindeki müeyyidelere maruz bulunmasına yol açan suç, söz ve ifade özgürlüğünün suistimalini teşkil eden fiillerden oluşmakta ise de bu müeyyideler genel bir niteliğe sahiptirler ve başka suçlardan hüküm giyen kişilere de aynı şekilde uygulanabilmektedir.

36. — 123. maddenin altıncı bölümünün uygulandığı suçlar savaş sırasında ihanet gibi ağır fiilleri içermektedir. Belçika Hükümetinin ileri sürdüğü gibi günümüz toplumunda ideolojiler ulusal sınırları aşmakta, yıkıcı propaganda günümüz savaşlarının bir özelliğini teşkil ettiğinden, toplumu, **De Becker'in** işlediği cinsten suçlara karşı korumak gerekmekte ise de bizzat suçun niteliğinin açıkça zorunlu kıldığı haller dışında, 10. maddenin 2. bendi, gerek müeyyide, gerekse güvenlik tedbiri olarak söz ve ifade özgürlüğü konusunda yasaklık koymaya izin vermez.

37. — Savaş sırasında ihanet suçu işleyen kişilerin ömür boyu ve hertürlü politik düşüncelerini yayımlamaktan yasaklanması, caydırıcı müeyyide ve önleyici tedbir sıfatıyla 10. maddenin 2. bendi hükmünce meşrûluk kazanabilir. Fakat 123. maddenin altıncı bölümü, politik düşüncelerin yayımlanması ile ilgili yasaklılıklar koymakla yetinmemekte; ayni zamanda, işlenen suçla dolaysız ilişkisi bulunmayan yasaklılıklar da öngörmektedir. (e), (f) ve (g) bentlerindeki yasaklılıklar, savaş sırasında ve belki savaştan belli bu süre, bu dönemlerin özellikleri nedeniyle (ulusun maneviyatını ve kamu düzenini korumak vb. gibi) meşrû görülebilir. Durum böyle iken, bir kanunun, kamu düzenini ve ulusal maneviyattaki düzelmeyi hiç gözönünde tutmadan, katı şekilde ve devamlı surette, politik olsun veya olmasın her çeşit yazının yayımı özgürlüğünü ortadan kaldırması Sözleşmenin koyduğu (mad. 10/2) meşruiyet sınırları dışındadır.

38. — Komisyon, 123. maddenin altıncı bölümündeki müeyyide lerin uygulanacağı cinsten suç işlemek niyetinde olanları önlemek amacıyla sert tedbirlerin alınması zorunluluğunu kabul etmektedir. Fakat, Komisyona göre, Sözleşmenin 2, 4, 5 ve 10. maddeleri, 123. maddenin hatta politik olmayan yazılar için dahi öngördüğü söz ve ifade özgürlüğünden devamlı mahrumiyete başvurmaya gerek bırakmayacak tamamen yeterli önleyici tedbirlerin alınmasına izin vermektedir. Söz ve ifade özgürlüğünün bu şekilde devamlı ve tümden yok edilmesi Avrupa Konseyi üyesi demokrasilerin ideal ve gelenekleriyle bağdaşır görünmemektedir; ve "demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü yahut kamu emniyeti, nizamı muhafaza ….. içinde zorunlu olan tedbirlerin" ötesindedir.

Sonuç olarak Komisyon, Raporunda, Belçika Ceza Kanunun 123. maddesinin altıncı bölümünün (e), (f) ve (g) bentlerinde yer alan ve ifade ve basın özgürlüğünü

kısıtlayan yasaklılıkların Sözleşmenin 10. maddesini ihlâl ettiği kanaatma varmıştır.[33]

39. — Komisyon, **De Becker**'e uygulanan müeyyideyi Sözleşmenin 15. ve 17. maddeleri açısından da incelemiş; bu maddelerin de alınan tedbiri meşrû kılmadığı sonucuna varmıştır. Komisyona göre, 15. maddede sözü edilen "savaş" ve "ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlike hali" sonbulduktan sonra "istisna tedbirlerinin" muhafazası, Sözleşmenin ihlâlidir. Unutmamak gerekir ki, Sözleşmenin 18. maddesi uyarınca Sözleşme "hükümleri gereğince hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar ancak öngörüldükleri amaç için uygulanabilirler".[34]

40. — Tedbirin 17. madde önündeki durumuna gelince Komisyonun ve Divanın **M. G. Lawless** davasında da belirttiği gibi bu madde, "hak ve özgürlükler konusunda Sözleşmenin sağladığı genel güvenceyi, bu hak ve özgürlükleri yok etme girişiminde bulunanlar bakımından ortadan kaldırmamakta; fakat "bu tür amaç güdenlerin, Sözleşmece tanınan hak ve özgürlükleri tahribe yönelik bir faaliyete girişmelerine yahut bir fiil işlemelerine müsaade edecek bir hakkı Sözleşmeden sağlamalarını sadece imkânsız kılmaktadır. Bunun anlamı, meselâ hiç kimsenin düşünce, basın, toplantı veya dernek kurma özgürlüğü haklarını, bu hakları kötüye kullanarak Sözleşmenin korduğu özgür demokratik düzeni tahrip için ileri süremeyeceğidir". Şu halde, Sözleşmenin 17. maddesinden yararlanılarak **De Becker'in** söz ve ifade özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için, kendisinin bu özgürlüğü suistimalde özgürlükçü demokratik düzeni tahribe yönelik faaliyetlerde bulunacağının ispatı gerekir; böyle bir iddia Belçika Hükümeti tarafından ileri sürülmüş değildir. Kısaca, bir kişinin belli bir zamanda totaliter inançlar izhar etmiş ve bu yönde davranışlarda bulunmuş olması vakıası, kendisinin, 17. madde uyarınca, haklarından ve özgürlüklerinden mahrum kılınabilmesini sonuçlamaz.[35]

B) "Engel ve Diğerleri" Davası

41. — Bu davada Divan 10. maddenin 2. bendi şartlarının varlığını incelerken, Hollanda Hükümetince alınan tedbirin, iddia uyarınca, "demokratik bir toplumda", "nizamın korunması için", "zorunlu" bulunup bulunmadığı noktası üzerinde durmuştur. Divana göre, anılan bentdeki "nizam" deyiminin anlamı, yalnızca sözleşmenin 6 § 1 ve 9 § 2. maddelerinde ve 4 numaralı Protokolün 2 § 3 maddesindeki anlamında "kamu intizamı" **(ordre public / public order)** değildir : Bu deyim, aynı zamanda, "belli bir toplumsal grup içinde hüküm sürmesi gereken nizamı da ifade eder". Özellikle, silâhlı kuvvetler konusunda olduğu gibi, bu grup içindeki karışıklık tüm toplumdaki nizamı da etkileyecektir. Böylece, dava konusu olan müeyyideler eğer Hollanda Silahlı Kuvvetleri içindeki nizamın muhafazasına yönelik iseler ve bu amaca yönelik kaldıkları ölçüde,[36] söz konusu şarta da uygundurlar.

42. — Divan, **Dona** ve **Schul**'un iddia ettiğinin aksine, "nizami korumak" deyiminin, "suçu önlemek" şartıyla bağlantılı olmadığını da belirtmiştir. Sözleşmenin

33 Ayrıntılı gerekçe için Bk. **Cour Eur. D. H. Série B,** 1962 (affaire "De Becker"), s. 123 ve son.
34 Bk. **Série B,** 1962, ("De Becker"), s. 133.
35 Bk. **Série B**, 1962, ("De Becker"), s. 137-138.
36 Divan, tedbirlerin bu amaca yönelik olduğunu ve orantı şartının varlığını kabul etmiştir.

fransızca metnindeki bağlayıcı edat "ve" yerine, İngilizce metinde ayırıcı edat "yahut" kullanılmıştır; 10. maddenin tümü ve içeriği açısından İngilizce metin daha doğrudur.

43. — "Engel ve diğerleri" davası konusunda daha önceki ve ilkelere ilişkin bölümlerdeki mülâhazalara yukardaki kanaatı da eklemek suretiyle Divan, dava konusu olayın 10. maddenin 2. bendine uygun olduğu ve Hollanda Hükümetinin Sözleşmeyi ihlâl etmediği sonucuna varmıştır.

44. — **Dona** ve **Schul** hakkında alman tedbirleri 17. ve 15. maddeler açısından da ele alan Divan, bu tedbirlerin 10. maddenin 2. bendine uygun olduklarını; **belli bir "istisna hükmü" sınırları içinde kalan bir tedbirin 17. ve 15. maddelere aykırı bulunmasının mümkün olmadığını** belirtmekte yetinmiştir.

C) "Handyside" Davası

45. — Bu davada **Handyside'in** maruz kaldığı müeyyideler, Divanın kanaatine göre, söz ve ifade özgürlüğüne "resmî makamların müdahalesi" niteliğinde bulunduğundan ve bu "sınırlamaları" kanun öngörmüş olduğundan (1959/1964 İngiliz kanunu) Divan, incelemesinin müteakip safhasında, diğer şartların varlığını, yani alman tedbirlerin "**demokratik bir toplumda ... ahlâkın korunması için ... zorunlu ...**" **olup olmadığını** araştırmıştır. Bu yolda ilk inceleme de **Schoolbook'un** içeriğini ele almak olmuştur.

46.— İçerik konusunda Divanın önem atfettiği ilk nokta kitabın kime hitap ettiğidir. Divana göre, İngiliz mahkemelerinin de belirttiği gibi, bu kitap 12 ilâ 18, hatta, dili bakımından, daha küçük yaşta olanlara hitap etmektedir ve fiyatı itibariyle de geniş bir kitleye seslenmektedir. "Kitap, özü bakımından, genellikle doğru ve çoğu zaman yararlı bilgileri içermektedir. Ancak aynı zamanda, özellikle cinsiyete ilişkin bölümde ve öğrencilere hitap eden "kendin gibi ol" alt bölümünde, gelişimlerinin kritik bir dönemini geçmekte olan gençlerce, kendileri için zararlı ve vakitsiz, hatta bazıları suç teşkil eden deneylere girişmeyi teşvik edici şekilde yorumlanabilecek cümle ve paragraflar da vardır. Bu şartlar altında……., yetkili İngiliz hâkimleri ….. tâkdir haklarına dayanarak, **Schoolbook**'un, bu kitabı okuyacak çocuk ve gençlerin ahlâkı üzerinde zararlı etkide bulunacağını sanmakta haklıdırlar".[37]

47. — Başvuru sahibi Divan önündeki duruşmalarda ve sunduğu diğer belgelerde "ahlâkın korunması" gerekçesinin bir bahane teşkil ettiğini; asıl amacın sahip bulunduğu politik fikirler nedeniyle (sol eğilimli) küçük bir yayımevini batırmak olduğunu ileri sürmüştür. Elde edilen bilgilere göre **Handyside'**e gönderilen mektuplar ve basında yer alan yazılar kovuşturma açılmasında etkili olmuştur. Hükümete göre ise **Schoclbook**'un yayımına karşı bir kesim tarafından açılan aleyhteki kampanyanın amacı karanlık bir manevra değildir; bu, yakında yayımlanacağı basında duyurulan kitaptan bazı parçaları okuyan ve geleneksel ahlâki değerlere bağlı vatandaşların duydukları içten heyecandır. Aleyhdeki kampanyanın, zamanı bakımından, mahkemeyi etkilediği de söylenemez.

37 Bk. **Arrêt**, § 52.

Bu iddialar konusunda Divanın vardığı sonuç İngiliz mahkemelerinin, **Schoolbook**'un "kargaşa yaratıcı" **(subversif / anti-aut- horitarian)** yönünü değil; fakat gençleri "bozucu ve baştan çıkarıcı" yönünü gözönünde tutarak 1959/1964 kanununu uyguladıkları; böylece gençliğin ahlâkını korumak amacını güttükleri; bunun da 10. maddenin 2. bentteki meşrû amaçlardan olduğudur. Nitekim "kargaşa yaratıcı" bölümler, kitabın ikinci basınında, hatta daha da şiddetlendirilmiş şekilde yer almalarına rağmen, bu yeni bası bir kovuşturmaya uğramamıştır. Böylece kitabın zaptı işlemleri meşrû amaca yönelik, meşrû işlemlerdir.

48. — Tedbirlerin "zorunluluğu" şartına gelince, Divan, Handyside'in ileri sürdüğü gibi, zaptın sadece delil olarak kullanılmak üzere bir yahut iki nüshaya inhisar etmesi gerektiği iddiasını da kabul etmemiştir. Polisin yaptığı zaptın amacı, mahkeme karar verinceye kadar, kitabın kötü etkisinden gençleri korumaktır; ve polisin bu kanaat a sahip olabilmesi için geçerli sebepler de vardır. Gerçekten Konsey Üyesi pek çok devlet, benzeri hükümleri içeren kanunlara sahiptir.

49. — Kitabın zaptı yerine yayımevinin ikazı yahut dağıtımın sınırlandırılması gibi daha yumuşak bir tedbire başvurmanın, tedbirde orantı ilkesi gereğince, daha uygun olacağı iddiasına da Divan katılmıştır. Bu konuda Divan, Sözleşmenin 10. maddesinin âkid devletleri bir tür ön sansür ihdas etmeye zorlamadığını; özellikle gençlere hitap eden bir kitabın satışını yetişkinlere inhisar ettirmenin ise anlamsız ve amaca uygun düşen bir tedbir olmadığını belirtmekle yetinmiştir.

50. — Yukarıdaki gerekçelerle Divan yayımcının cezalandırılması ve kitapların müsaadesi müeyyidelerinin 10. maddeyi ihlâl etmediği sonucuna varmıştır.

51. — **Handyside** davasında matris ve kitapların önce zaptı, sonra müsaderesi ve tahribi tedbirlerinin 1 numaralı Protokolün 1. maddesini ihlâl ettiği de ileri sürülmüştür. Bu maddeye göre :

''Her hakikî ve hükmü şahıs mallarının masuniyetine riayet edilmesi hakkına maliktir. Her hangi bir kimse ancak âmme menfaati icabı olarak ve kanunun derpiş eylediği şartlar ve devletler hukukunun umumi prensipleri dahilinde mülkünden mahrum edilebilir.

"Yukardaki hükümler, devletlerin, emvalin umumî menfaate uygun olarak istimalini tanzim veya vergilerin veyahut sair mükellefiyetlerin veyahut da para cezalarının tahsili için zaruri gördükleri kanunları yürürlüğe koymak hususunda malik bulundukları hukuka halel getirmez."

52. — Kitapların yargılamadan önce ve yargılama sırasında zaptını geçici bir tedbir olarak mütalâa eden Divan, 1. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesi hükmünün bu duruma uygulanamayacağını belirtmiştir. **Bu** halde **Handyside** mülkiyet hakkından mahrum edilmiş değildir; beraat halinde kitapları kendisine geri verilecektir.

53. — Buna karşılık Divana göre, zapt işlemi, aynı zamanda, "malların kullanımı" hususuyla ilgili bulunduğundan, meseleye 2. fıkra açısından bakmak gerekir. Divan bu konuda, ilk olarak, Sözleşmenin, 10. maddenin 2. bendi hükmünden

farklı olarak, âkid devletleri bir müdahelenin "zorunluluğunu" takdirde tamamen serbest bıraktığını belirtiyor. Diğer bir deyimle Divan, âkid devletlerin bu alandaki değerlendirmelerini (yani takdirlerini) denetlemek yetkisine sahip değildir. Bu duruma göre Divan, sadece, dava konusu kısıtlamanın kanuna uygunluğunu ve maddede belirtilen amaca yönelik olup olmadığını denetlemekle yetinecektir. Zapt tedbiri 1959/ 1964 kanununun 3. maddesi uyarınca alındığına göre, tedbirin kanuniliği şartı mevcuttur.

Keza yetkili İngiliz makamları, kendi anlayışları çerçevesinde ve sahip bulundukları takdir hakkını kullanarak "ahlâkın korunması" amacıyla zapt tedbirini almışlardır. Gerçekten Divana göre Sözleşmenin 10. maddesinin 2. bendindeki "ahlâkın korunması kavramı, 1 numaralı Protokolun 1. maddesinin 2. fıkrasında yer alan ve çok daha geniş kapsamlı "kamu yararı" kavramına dahil bulunmaktır. Böylece tedbirin amacına ilişkin şart da Protokol hükmüne uygun bulunduğundan kitapların (geçici tedbir olarak) zaptı, bu maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesiyle konan ilkeye gene bu madde ile getirilen meşrû istisnalardandır.

54.— **Schoolbook**'un yargılama sonucu miisaaderesi ve tahribi ise (matrislerle birlikte) Divanca maddenin 2. fıkrasına uygun, yani meşrû görülmüştür. Zira, Divana göre, bu fıkra hükmünü, âkid devletlerce benimsenen ve kullanımı kanuna aykırı ve genel yarar bakımından tehlikeli bulunan eşyanın tahrip amacıyla müsaderesine izin veren hukuk kuralı ışığında yorumlamak gerekir. Böyle yorumlandığı takdirde sözkonusu 2. fıkra hükmü anılan işlemlere müsaade eder niteliktedir.[38]

D) "Sunday Times" Davası

55.— Hatırlanacağı gibi **Sunday Times,** davasında önce **Divisional Court** yayım yasağı kararı vermiş; bu kararı **Court of Appcal** kaldırmış; sonra da **Attoney - General**'in başvurusu üzerine Lordlar Kamarası yeniden yayım yasağı konmasını emretmişti. Her üç merciin kararına dayanak teşkil eden gerekçeler de farklıydı.

Gerçekten **Divisional Court'**a göre yayımı yasaklanan yazı, «belli bir davada, adlî görevin yerine getirilmesine bir müdahele niteliği kazanabilecek" davranışlardandır; söz konusu makale görülmekte olan bir davada adlî görevin gerektiği gibi, her türlü etkiden uzak şekilde görülmesine zarar verebilecek cinstendir. Zira bu yazıyla davanın taraflarından biri (Distillers) baskı altında tutularak kendisinin hareket serbestisi kısıtlanmakta; bu suretle davayı etkilemektedir.

Court of Appeal ise kararında, **Thalidomide** olayı ile ilgili davaların "uyur" halde olduğu; aktif safhada olmayan davalarda adlî görevi etkilemenin mümkün bulunmadığı; yayımı yasaklanan makale içeriğinin kamuoyunu ilgilendiren bir meseleyi iyi niyetle tartışmaktan ibaret olduğu; sorun daha önce gerek basında, gerekse parlâmentoda tartışıldığından, **The Sunday Times** makalesinin yayımını yasaklamanın kötü bir diskriminasyon teşkil edeceği gerekçesine dayanmıştı.

38 Bk. **Arrêt,** § 63.— Hâkim Zekia, Karara yazdığı "ayrı düşünce" şehrinde Divanın vardığı sonuca katılmakla beraber, hükmün, 2. fıkra yerine 1. fıkraya dayandırılmasının daha doğru olduğu kanaatini belirtmiştir.

Lordlar Kamarası hâkimlerine göre: söz konusu makale ihmâlden doğan sorumluluk meselesine ayrıntılı cevaplar getirmektedir ve bu nedenle, makalenin yayınlanması halinde hem basın tarafından ve vakitsiz yargılama **(jugements publics prématurés** ve **procédans la presse / public prejudgments** ve **trilal by newspaper)** durumu ortaya çıkacak, hem de makale mahkemeyi etkileyecektir. Bu ise yargı mercilerinin itibarını zedeler. Davalar "uyur" halde değildir; uzlaşma müzakereleri taraflar arasında devam ettiğinden taraflardan biri üzerindeki yersiz baskı **contempt** suçunu oluşturur. Söz ve ifade özgürlüğünün korunmasına ilişkin kamu yararı ile yargı görevinin otoritesini korumaya ilişkin kamu yararı arasında, özel durumlara göre bir tercihte bulunmak hatalıdır; çünkü bir davanın kamu nazarındaki önemi ne olursa olsun yargı mercilerinin otoritesini her zaman korumak gerekir, yani hukuka uygun **contempt** hali diye bir kavram yoktur. Bir dava konusunda mahkemeden önce, basın yoluyla sonuçlara varmak (basında yargılama) çok sakıncalıdır ve **contempt** teşkil eder.[39]

56.— Sözleşmenin 10. maddesinin, alınan herhangi bir tedbirle ihlâl olunup olunmadığı hususunu araştırma yolunda Divanın önce söz konusu tedbiri maddenin 1. bendi açısından ele aldığını;[40] olumlu cevap halinde de 2. bendin bu tedbiri meşrû kılıp kılmadığını incelemeye geçtiğini daha önce belirtmiştik. Divan, "müdaheleyi" 2. bent açısından incelerken : a) bunun kanun tarafından öngörülüp görülmediği; b) bentte belirtilen meşrû amaçlara yönelik olup olmadığı; ve nihayet c) bu amaç yahut amaçlara ulaşmak için "demokratik bir toplumda zorunlu" bulunup bulunmadığını araştırıyordu.

57.— "Kanunilik" şartı: **Sunday Times**, davasında, davacılar bir **common law** müesesesi olan **contempt of court'**a ilişkin hukuk kurallarının açıklıktan ve kesinlikten uzak bulunduklarını, bu nedenle kanun teminatının tehlikeye düştüğünü; binnetice **contempt** müessesesi konusunda **"kanunilik"** şartının mevcut bulunmadığını ileri sürmüştür.[41]

İddia Divan tarafından kabul olunmamıştır. Divana göre: 2. bentteki "kanunun öngördüğü" **("prévue par la loi" / prescribed by law")** deyimindeki "kanun" tabiri yazılı hukuk yanında yazılı olmayan örf ve adet hukukunu da **(common law)** içerir. Kanunilik şartının ilk gereği kanunun yeter ölçüde ulaşılabilir yani kolay bulunabilir **(accessibilité / accessibility)** olmasıdır: Vatandaş, belli bir duruma uygulanacak hukuk normları konusunda yeter bilgiye kolayca sahip olabilmeli, bu normu kolayca anlıyabilmelidir. İkinci olarak da ancak vatandaşın, davranışını ona göre ayarlayabilmesine imkân verecek ölçüde açıklık ve kesinlikle ifade edilmiş olan bir norm "kanun" sayılabilir. Buradaki açıklık ve kesinliğin yani belirliliğin anlamı, belli durumlarda bir hukuk normundan çıkabilecek sonuçların önceden tahmin edilebilir, öngörülebilir **(prévisibilité / foreseeability)** olmasıdır. Ancak kişi bu takdirde davranışını hukuka uydurabilecektir. Fakat Divan sözkonusu açıklığın

39 Ayrıntılar için Bk. **Arrêt**, § 21 ve son.
40 Tedbirin söz ve ifade özgürlüğüne bir müdahele teşkil edip etmediği.
41 Bu kanaata Komisyonun bazı üyeleri ile Divan Hâkimi Zakia, Evrigenis ve O'Donoghue da katılmışlardır, Bk. **Arrêt,** § 46 ve s. 58 ve son.

mutlak bir kesinlikle öngörme olmadığına da işaret ediyor: "Zira tecrübeler, kanun metinlerinde kesinliğe ulaşmanın imkânsızlığını göstermiştir. Öte yandan her zaman temenni edilir olmakla beraber, kanun metinlerindeki kesinlik çoğu vakit aşırı bir katılığı beraberinde getirmektedir. Halbuki hukukun değişen durumlara uyabilmesi gerekir. Çoğu kanun, zarureten, elâstikî ve müphem ifadeler kullanmakta, bunların yorum ve uygulamasını da uygulamaya bırakmaktadır.[42]

58. — Anlaşılabilirlik ve öngörülebilirlik şartlarının dava konusu olayda var olup olmadığını araştıran Divan, gerek **Divisional Court** tarafından kullanılan "taraflardan birine baskı yapan yayın" kritesinin **("principe des pressions" / "pressıure prinsiple"),** gerekse Londlar Kamarası hâkimlerinin başvurduğu "vakitsiz yargılama" **("principe du jugement prématuré" / "prejudgement principle")** kriterinin doktrinde ve mahkeme içtihatlarında yer aldığını; davacıların bunu bilebilecek durumda olduklarını, hatta bildiklerini, sonuç olarak davranışlarını uydurabilecekleri anlamı açık hukuk kurallarının dava konusu olayda mevcut olduğunu saptayarak kanunilik şartının yerine getirildiğini belirtmiştir.[43]

59. — **"Amaç"** şartı: Divan, yayım yasağı kararma gerekçe teşkil eden ve yukarıda özetlemiş bulunduğumuz mülâhazalardan hareketle, söz konusu yasak kararının "yargı gücünün otoritesini ve tarafsızlığını "sağlamak amacına yönelik olduğu sonucuna varmıştır. Zaten bu amaç, **contempt of court** müessesesinin asıl amaçlarından biridir. Böylece, davacıların söz ve ifade özgürlüklerine müdahele teşkil eden yayım yasağı kararı 10. maddenin 2. bendindeki meşrû amaç şartına da uygundur.[44]

60. — **"Demokratik bir toplumda tedbirin zorunluluğu"** şartı: "Zorunluluk" şartının araştırılmasında Divanın başvurduğu kriterler : ihtilâf konusu müdahelenin "acil ve önemli bir toplumsal ihtiyaca" cevap teşkil edip etmediği; müdahale niteliğindeki tedbirin güdülen "meşrû amaçla orantılı" olup olmadığı; söz konusu tedbirin meşrûluğu konusunda ulusal makamlarca ileri sürülen gerekçelerin 10. maddenin 2. bendi önünde geçerli ve yeterli bulunup bulunmadığı"dır.[45] Divan, bu sorulara cevap verirken önce yasak emrinin konusunu ve **Thlaidomide** davasının o sıralarda hangi durumda bulunduğunu; sonra da dava ve yasak emrinin içinde yer aldığı şartları incelemiştir.

61. — Lordlar Kamarası tarafından verilen yasak emri, ifadesi itibariyle genel ve oldukça geniş kapsamlıdır; yalnız dava konusu makaleyi değil, benzeri tüm yayımları içerir niteliktedir.[46] Bununla beraber, Divana göre, "yasak emrinin asıl hedefi **Sunday Times**'in hazırladığı makaledir. Bu nedenle, önce, yasak kararının muhtemel sonuçları hakkında İngiliz mahkemelerince ileri sürülmüş olan mülâhazaların, "yargı gücünün otoritesini" teminat altına alma bakımından geçerli ve yerinde olup olmadığını araştırmak lâzımdır".[46]

42 Bk. **Arrêt**, § 49.
43 Bk. **Arrêt**, § 50 ve son.
44 Ayrıntılı gerekçe için Bk. **Arret, §** 54 ve son.
45 Keza Bk. **Arrêt** (Handyside), s. 22-24, § 48-50.
46 **Arrêt,** (Sunday Times), § 63: Thalidomide olayına ilişkin hemen hemen her türlü yayım yahut faaliyet.

"Taraflardan biri (Distillers) üzerinde baskıyı önleme gerekçesi Divanca yerinde görülmemiştir. Zira bu başkı yasak kararından önce de, sonra da mevcut olmuştur. Konunun Parlâmentoda tartışılması ulus çapında bir kampanyayı tahrik etmiştir.

Lordlar Kamarası hâkimlerince ileri sürülen "basın yoluyla muhakeme" olayının yargı gücüne duyulan güveni sarsacağı tehlikesi, soyut olarak geçerli bir gerekçedir. Fakat bunun şartı, konunun basında açık açık, halkın kendiliğinden bir sonuca varacak şekilde tartışılmasıdır. Halbuki **Sunday Times'in** makalesi bu nitelikte değildir: Ilımlıdır, tek yönlü olmayan lehde ve aleyhdeki delilleri özetlemektedir; kesin ve belirgin bir cevap ortaya koymamaktadır. Divana göre eğer makale yayımlanmış olsaydı okuyucudan okuyucuya değişebilen etkiler doğuracaktı. Söz konusu makalenin, yayımlanması halinde muhtemel cevapları tahrik edeceği, tartışmayı genişleteceği iddiası doğru ise de, bir davaya ilişkin her türlü yayın konusunda durum aşağı yukarı aynıdır. Bu tür yazılar muhakkak yargı gücünün otoritesine zarar vermeyeceklerinden Sözleşmenin tüm olarak bu tür yazıları yasaklamayı kasdetmiş olması düşünülemez.

Yasak kararı sırasında davanın durumuna gelince, taraflar arasındaki uzlaşma safhası da mahkeme önündeki safha gibidir ve 2. bent her ikisini de yasaklar niteliktedir. Bununla beraber yayım yasağı kararı verildiği zaman taraflar arasındaki müzakereler uzun süreden beri devam etmekteydi; ve ayni durumun mevcudiyetine rağmen yasak kararı 1976 yılında kaldırılabilmiştir. Divanın bu durumdan çıkardığı sonuç, yasak kararının, başlangıçtan beri, zorunlu olduğu hususunda tereddüdler doğurduğudur.

62.— Bu konuda Hükümete göre, karşı karşıya bulunan iki kamu yararını ifade özgürlüğü ve yargı görevinin gerektiği gibi yerine getirilmesi— tartmak, ağır basanı tercih etmek gerekir. 1976 dan önce ikinci, sonra ise birinci "yarar" ağır basmıştır. Bu iddia Divanı, son nokta olan "dava ve yasak emrinin içinde yer aldığı şartları" incelemeye sevketmiştir.[47]

Divan, söz ve ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun temel taşlarından biri olduğuna; bu özgürlüğün devlete ve toplumun bir bölümüne karşı çıkan fikir ve haberler konusunda da geçerli bulunduğuna ilişkin **Handyside** davasındaki beyanını burada da tekrarlamıştır:[48] Divana göre "bu prensibler basın konusunda özel bir önem kazanırlar ve aynı zamanda yargı görevinin gerektiği gibi yerine getirilmesi alanında da uygulanırlar. Söz konusu görev tüm topluluk yararınadır ve aydınlanmış bir kamunun işbirliğini ister. Mahkemelerin boşlukta faaliyet gösteremeyecekleri hususunda genellikle fikir birliği mevcuttur. Mahkemeler ihtilâfları çözümlemekle yetkilidirler; fakat bundan, bu ihtilâfların daha önce başka çevrelerde ezcümle uzman dergilerde, gazetelerde yahut halk arasında tartışılamayacağı sonucu çıkmaz. Öte yandan, media'ların yargı görevinin gerektiği gibi görülmesi amacıyla konulmuş sınırları aşmaması gerekmekte ise de; kitle haberleşme araçlarının, genel yarara ilişkin diğer alanlarda olduğu gibi mahkemelere intikâl

47 Bk. Yukarda 60. paragraf.
48 Bk. Yukarıda 28. paragraf.

etmiş meseleler konusundaki haberleri ve düşünceleri de iletmek görevi vardır. Bunların haber verme görevine kamu yönünden de haber alma hakkı eklenir.[49]

"Şikayet konusu müdahelenin, onu "demokratik bir toplumda zorunlu kılan" "yeterli" gerekçelere dayanıp dayanmadığını saptamak için, şu halde, davanın genel yarara ilişkin tüm yönlerini hesaba katmak gerekir. Divan bu konuda bazı **Law Lord'l**arın, karşıt durumdaki menfaatleri tarttıktan sonra, yargı mercilerine intikâl etmiş meseleler hakkında önceden hüküm vermenin meşru olmadığı gibi mutlak bir kural koyduklarını tesbit etmiştir: her olayda yeniden tartıya başvurulduğu takdirde hukuk aşırı derecede belirsizlikten zarar görecektir. Divan, Lordlar Kamarasınca İngiliz hukukunun bir yorumu konusunda hüküm vermekle görevli bulunmadığını işaretle bu konuda farklı bir yol izlemek gerektiği kanaatındadır. **(of. mutatis mutandis,** 16 Temmuz 1971 **Ringeisen** kararı, série A no 13, s. 40, § 97). Divan biribirine zıt iki ilke arasında bir tercih yapmak durumunda olmayıp, dar yoruma tâbi tutulacak istisnalarla donatılmış bir prensip (söz ve ifade özgürlüğü) karşısındadır. Saniyen, 10. madde alanında yaptığı denetim hem uygulanan kanunu, hem de bu kanunu uygulayan kararı kapsamaktadır. (Arrêt Handyside, s. 23, 49). Söz konusu müdahelenin, 10. maddenin 2. bendinde sayılan istisnalardan birine dahil bulunması yetmemektedir; keza bu müdahelenin amacı, istisnalara ilişkin şu veya bu kategori içinde yer aldığı yahut genel veya mutlak surette ifade edilmiş bir hukuk kuralı kapsamına girdiği için bu müdaheleye başvurulmuş olması da yetersizdir : Divan, önüne getirilmiş davaya ilişkin fiiller ve şartlar müvacehesinde bu müdaheleye başvurmanın gerçekten zorunlu olduğunu saptayacaktır".[50]

63. — Divana göre **Thalidomide** felâketi şüphesiz halkı ilgilendirmekteydi. Bu olayda, sözkonusu ilâcı dağıtan güçlü şirketin hukuken ve ahlaken sorumlu olup olmadığı yahut olay kurbanlarının sadece topluluktan mı tazminat talebinde bulunacakları meselesi ortaya çıkmıştı. Keza gene bu olay vesilesiyle, bilimsel buluşlardan doğan zararların önlenmesi ve tazmin edilmesi gibi sorunlar ve bu konulara ilişkin yürürlükteki kanunların yeniden gözden geçirilmesi zorunluğu da kendini hissettirmiştir. "Divan tarafından daha önce belirtildiği gibi, 10. madde yalnızca basının halka haber verme özgürlüğünü değil, fakat aynı zamanda halkın gerekli haberleri alma hakkını da teminat altına almaktadır".

"Söz konusu olayda, felâket kurbanlarından pek çoğunun ailesi ortadaki hukukî güçlüklerden habersiz bulunmaktaydılar ve bunların olaya ilişkin fiillerden herbirini ve muhtemel çeşitli çözüm şekillerini öğrenmekte büyük yararları vardı. Kendileri için çök önemli olan bu bilgilerden, ancak bunların açıklanmasının ciddî ve kesin surette "yargı organının otoritesini" tehdit ettiğinin anlaşılması halinde mahrum kılınabilirlerdi.

"Mevcut iki menfaat arasında denge kurmak ve herbirinin ağırlığını saptamakla görevli Dîvan, aşağıdaki sonuçlara varmıştır :

---

49 Krş. **Mutadis mutandis,** arrêt Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen, 7 décembre 1976, série A no. 23, s. 26, § 52.

50 Bk. arrêt § 65.

"1972 Eylülünde dava, başvurucuların ifadesiyle, yıllardan beri bir "hukuk kazası" **(cocon juridique" / "legal cocoon")** içindeydi ve hiç olmazsa aileler tarafından açılmış bulunan davaların mahkeme önünde savunma safhasına ulaşacakları çok şüpheliydi. Keza resmî makamlar tarafından açılmış bir genel soruşturma da yoktu.

"Hükümet ve Komisyon azınlığı, meselâ İngiliz hukukunun ihmâle ilişkin kuralları gibi "daha şumûllü meselelerin" tartışılmasında hiçbir yasakla karşılaşılmadığını belirtmektedirler. **Divisional Court**'un ilk kararından önce ve özellikle bu karardan sonra çeşitli çevrelerde geniş görüş teatisinde de bulunulmuştur. Bununla beraber Divan, bu "daha şümûllü" meselerle ihmâl meselesini biribirinden ayırma teşebbüsünün sun'î olduğu kanaatındadır. Bu facianın gerçek sorumluluğunun nerede yer aldığının bilinmesi de keza kamu yararındandır.

"Gerçekte, eğer **Sunday Times'**in makalesi o zaman yayımlanmış olsaydı, **Distillers,** olaya ilişkin fiiller konusundaki delillerini, her türlü yargılamadan önce, ortaya serip izah etmek mecburiyetini duyacaktı ama, 'bu fiillerin görülmekte olan bir dava içeriğini teşkil etmiş olmaları, bunların kamu yararına ilişkin bulunmaları vakıasına son vermeyecekti. Makale bu fiillerden bazılarına ışık tutmak suretiyle, yanlış bilgi sahipleri arasındaki spekülatif tartışmaları da frenleyebilirdi.

"Davaya ilişkin tüm şartlar muvacehesinde, ... Divan, şikâyet konusu müdahalenin, Sözleşmedeki anlamıyla söz ve ifade özgürlüğüne ilişkin kamu yararından daha üstün tutulabilmesi için yeter ölçüde önemli ve acil bir toplumsal ihtiyaca cevap teşkil etmediği sonucuna varmaktadır. Binnetice Divan davacıların maruz kaldığı sınırlama sebeplerinin 10. maddenin 2. bendi açısından yeterli olmadığı kanaatındadır. Bu sınırlama güdülen meşrû amaçla orantılı bulunmamaktadır; demokratik bir toplumda yargı gücünün otoritesini teminat altına almak için zorunlu değildir.

"Sonuç olarak 10. madde ihlâl edilmiştir".[51]

64. — Eklemek isteriz ki Divan, "Sözleşmenin ihlâli" sonucuna, iki oy çoğunluğuyla varmıştır. Divanın dokuz üyesi (onbir oya karşı), İngiliz hukuku uyarınca alınan "yasak" kararının, özellikle ulusal makamların takdir marjı içinde kaldığı gerekçesiyle, zorunluk sınırlarını aşmadığını; binnetice 10. maddenin ihlâl edilmemiş olduğunu, karşı oy gerekçelerinde, belirtmişlerdir.[52] Bu durumdan çıkarmak istediğimiz sonuç, kişi hak ve özgürlükleri konusunun ne denli bir hassas denge halinde bulunduğu; hak ve özgürlüklerin korunmasında uluslararası denetimin ne denli bir öneme sahip olduğudur. Divan kararları, her ne kadar, dava konusu olaya münhasır, yani bu kararların etkisi dava konusu somut olayla sınırlı ise de; bunların ulusal mevzuat ve pratiğin oluşmasında Avrupa Konseyi üyesi devletlere rehberlik edeceği muhakkaktır.

51 Bk. arrêt, § 66 ve son.
52 Bk. **arrêt,** (série A, vol, 30), s. 47 ve son.

65. — **Sunday Times** davasında şikâyet konusu olan son bir noktada, adı geçen gazete için verilen "yayım yasağı" kararının, sözleşmenin 14. maddesini de ihlâl ettiği; yayım organları arasında, hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından, ayırım gözetildiğidir.

"Divanın yerleşmiş içtihadına göre 14. madde benzer durumda bulunan kişileri yahut toplulukları, Sözleşmenin diğer hükümlerince tanınan hak ve özgünlerin kullanılmasında ayırıma karşı korumaktadır". Başka gazeteler konusunda bir tedbir alınmamış olması, tek başına, **Times Newspapers Ltd**.'e karşı 14. maddeye aykırı bir ayırım yapıldığını ispata yetmemektedir.

Bu konuda parlementonun durumuna gelince, Divan, yargı mercileri önündeki bir meselenin tartışılması konusunda, müzakereleri yayımlanan parlamento uygulaması ile mahkemelerin uygulaması arasında hissedilir bir fark yaratılmasının yersiz ve hatta tehlikeli olacağını **Court of Appeal** hâkimlerinin belirttiğine işaret etmektedir. Bununla beraber, Divana göre, basın ve parlamento üyeleri "benzer durumda" bulunmamaktadırlar; her ikisine düşen "ödevler" ve "sorumluluklar" temelde biribirinden farklıdır. Üstelik parlamento müzakereleri ve **Sunday Times'**in makalesi tamamen aynı meselelere ilişkin de değildir. Sonuç olarak 14. madde ihlâl edilmemiştir.

(20. Makale - 1981)

Bakır ÇAĞLAR

"Anayasal Yargı" Yerlerinin Kamu Hukukuna Katkısı. Bir Örnek-Olay Araştırması: Fransız Anayasa Konseyi *

---

* Bakır Çağlar, "Anayasal Yargı" Yerlerinin Kamu Hukukuna Katkısı. Bir Örnek-Olay Araştırması: Fransız Anayasa Konseyi", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Yıl 1981, Cilt 2, Sayı 2, 45 – 61.

"ANAYASAL YARGI" YERLERİNİN KAMU HUKUKUNA KATKISI. BİR ÖRNEK-OLAY ARAŞTIRMASI : FRANSIZ ANAYASA KONSEYİ[1]

Bakır ÇAĞLAR (*)

BAŞLARKEN

"Conslitutional Law... is an applied politics, using the word in it s noble sense".

Justice Frankfurter

Sorunları ve araştırma yönlerini belirleyici —programatik nitelikteki— bu çalışmanın gündemindeki konu, "Anayasal yargı'' yerleri'nin kamu hukukuna katkısıdır. Çalışmada bu konu bir "uç - *örnek"* (bordline)[2] kullanılarak incelenmiştir : *Fransız Anayasa Konseyi* (CC) (Conseil Constitutionnel) ve *yargı pratiği.*

Walter F. Murphy ve *Joseph Tanenhaus'un* "Karşılaştırmalı anayasa hukuku" başlıklı kitablarında[3] belirttikleri gibi, Anayasa yargısı klasik teorisinde *"Judge - made Constitutional Law"* (Yargıç yapısı anayasa hukuku), ABD. örneği[4] ile sınırlı bir gerçek sayılmıştır.

Klasik teorinin bu etnosantrik yaklaşımının yeniden düşünülmesi gerektiğini gösteren tipik bir örnek, farklı bir anayasal yapı ve kültürde yer alan CC pratiğidir[5].

Paul Valéry, "Mitosları yok eden, biraz daha fazla açıklık, biraz daha çok sorudur" diyor. Benim de yapmak istediğim, soruna biraz daha açıklık getirerek, biraz daha çok soru sorarak, bu konuda Anayasa mitolojisi ve anayasa gerçekleri arasındaki mesafeyi görülebilir duruma getirmektir.

---

1) Bu çalışma, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsünün, 1980-81 Konferanslar dizisi, 'Yabancı hukuk düzenlerindeki yeni gelişmeler ve güncel hukuk sorunları', çerçevesi içinde konferans metni olarak hazırlanmıştır.

Metin baskıya hazırlanırken, ilk şekli ve konuşma dili saklı tutulmuş, ancak çalışmanın hazırlanmasında kullanılan malzeme, dipnotlarında verilmiştir.

(*) Doç. Dr. Bakır Çağlar, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesidir.

2) Fransız anayasal sisteminde, 1958 anayasası'nın yeni normatif sistemine rağmen, "yasa üstünlüğü tezi" nin ve Rousıseau'cu mirasın, özellikle de 16-24 Ağustos 1790 tarihli yasa'nın, bugün de yürürlükte olduğu düşünülürse... Cf. **M.-H. Fabre**, "la loi expression de la souverainete", in RDP., 1979, s. 341 vd.

3) **Walter F. Murphy, Joseph Tanenhaus,** Comparative Constitutional law, Cases and Commentaries, Macmillan, London, 1977, s. IX.

4) ABD. örneği için Cf. **Monaghan,** "The Supreme Court, 1974 Term - Foreword. Constitutional Common Law", Harv. L. Rev. 1975, I; **Schrock, Welsh,** "Reconsidering The Constitutional Common Law, Harv. L. Rev., 1978, s. 1117 vd.

5) Bugün için denilebilir ki, **Recueil LEBON"** un, idare hukuku '**traite''** si için sağladığı yaygın malzemeyi "**CC, Recueil des decisions ''** bir anayasa hukuku ''**traité''** si için sağlar duruma gelmiştir.

Bu tebliğde önce, çalışmanın yönlendirici sorunları, çalışma alan ve maketini, daha sonra da CC. pratiğini ve kamu hukukuna katkısını, ilki hazırlayıcı, üç başlık altında vermek istiyorum.

Hazırlayıcı Bölüm

ÇALIŞMANIN YÖNLENDİRİCİ SORUNLARI, ÇALIŞMA ALAN VE MAKETİ

Yapılması gereken ilk tesbit, CC. in Fransız Anayasal sistemi içindeki rolünde görülen değişmedir. Anayasa konseyi'nin ilk kuruluş misyonu ile pratiği arasında —özellikle 1971 den sonra— geniş bir mesafe görülmektedir.

J. Rivero'nun deyişi ile kurumlar '"uydulardan farklı olarak, kurucularının onları yerleştirmeyi tasarladığı yörüngede çok seyrek kalırlar''. Bu anlamda, kurumların alfa'sı bilinse de, *omegası* önceden kesinlikle bilinemez. Daha teknik bir dille, *"anayasal jenotip"* ile *"anayasa pratikleri* arasında her zaman dar ya da geniş bir mesafe vardır.

KONSEY'in de anayasal sistem içinde bir yörünge değişikliği olmuştur. CC, anayasanın getirdiği kurumsal dengenin ve normatif sistemin koruyucusu olma ilk misyonundan[6] uzaklaşmıştır.

Ancak kurumların fonksiyonel değişmelerinin görülebilmesi gerçekleşmelerinden çok daha yavaş olmaktadır[7].

Yapılması gereken bu yörünge değişikliğini çizmek, nedenini açıklamaya çalışmak ve sonuçlarını —kamu hukukuna etkileri açısından— incelemektir.

Tebliğin ilk bölümünde CC. in siyasal - anayasal sistem içinde değişen fonksiyonunu ve bu değişmenin açıklanmasında kullanılabilir bir çalışma hipotezini vermek istiyorum: Bugün Konsey, siyasal iktidar karşısında —kurumsal ve siyasal plüralizm unsuru olarak— bir fren ve karşı ağırlık fonksiyonu görmektedir. Konsey'in bu fonksiyonu yerine getirmesinde, 16 Temmuz 1971 t. kararı ile başlattığı *"Hukuk Devrimi"* nin yanında 29 Ekim 1974 tarihli Anayasa değişikliğinin de kritik bir önemi vardır[8].

Bu fonksiyon değişikliğinin görülmesinin teorik ve pratik önemi vardır. Sorunun;

---

6) Cf. **M.-L. Favoreu,** "Le Conseil Constitutionnel, régulateur del'activité normative des pouvoirs publics", RDP, 1967, s. 24 vd.

7) Bu konuda bk. **Ch.-L. Vier,** "Le contrôle du Conseil Constitutionnel sur les réglements des assemblées", RDP, 1972, s. 166 vd.

8) Bk. P. **Julliard**, "L'aménagement de l'article 61 de la Constitu- tion" in, RDP, 1974, s. 1703 vd.; **B. Nicholas**. "Fundamental right and judicial review in France", in Public Law, 1978, s. 82 vd.; **T. Renoux,** "Bilan d'une réforme, à propos de l'élargissement de la saisine du Conseil Constitutionnel'', in Revue de droit pros- pectif, 1978, s. 53 vd.; **L Philip,** "L'élargissement de la saisine du CC", AJDA, 1975, I., s. 15 vd.

— *Pratik önemi:* Konsey'in bir model, ya da tip - kurum sayılarak yeni anayasa düzenlemelerinde kullanılabilir bir malzeme olarak görülmesinde[9],

— *Teorik önemi* ise, Konsey pratiğinin anayasal yargı teorisine, daha geniş bir çerçeve içinde de kamu hukukuna katkısının değerlendirilebilmesindedir.

Tebliğin ikinci bölümünde, bugün yeniden değerlendirilmesi gereken Konsey pratiğinin, kamu hukukuna katkısı üzerinde kısaca durmak istiyorum. Tebliğin konusunu, Konsey görevleri arasında yer alan, ancak farklı bir mantık ve normatif referanslara bağlı "seçim yargısı''nı çalışma alanı dışında bırakarak *"Anayasallık"* denetimi ile sınırladım.

Birinci Bölüm

BİRİNCİ PROBLEM — CC. İN ANAYASAL SİSTEM İÇİNDE DEĞİŞEN FONKSİYONU VE BU DEĞİŞMENİN AÇIKLANMASINDA KULLANILABİLİR BİR HİPOTEZ

I. ANAYASA KONSEYİ'NİN ANAYASAL SİSTEM İÇİNDE DEĞİŞEN FONKSİYONU

Konsey'in değişme grafiğinin çizilebilmesi için, Konsey'in anayasa ile programlanan fonksiyonlarını kısaca belirlemek ve bir ilk değerlendirme yapmak gerekecektir.

Konsey'in anayasa ile programlanan görev ve yetkileri üç büyük fonksiyon etrafında toplanabilir :

1 — Kamu iktidarlarının kuruluşu (seçim yargısı) ve Referandum uygulamalarının denetlenmesi[10].

2 — Organik yasa[11] meclis içtüzükleri[12] yasa ve milletlerarası andlaşmaların[13] anayasaya uygunluk ön - denetimi Organik yasa ve içtüzükler zorunlu, yasalar başvuru üzerine isdarlarından önce, Konsey denetimine tabidirler.

---

9) Tipik bir örnek için bk. 1978 t. İspanyol Anayasası in Pouvoirs n. 8, s. 104 vd.

10) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. **R. Lindon**, "La déplorable organisation du contrôle de la loyauté des éléctions", in JCP 1978, 2906; **L. Philip**, ''Le Conseil Constitutionnel, juge éléctoral" in Pouvoirs, 13, 1980, s. 61 vd.

11) "**Organik yasa**" (loi organique) kavramı için bk. **J. Morange**, "La hiérarehie des textes dans la Constitution du 4 Octobre 1958" D. 1959, Chron., s. 21; **Ch. Sırat**, "La loi organique et la Constitution de 1958", D. 1960, Chron., s. 153 vd.

12) Meclis içtüzüklerinin denetiminde görülen gelişmeler, CC in "**normateur** ' bir rol oynaması biçiminde değerlendirilmiş, bu anlamda CC in 61 m. ile tanımlanan yetki sınırları içinde kalıp kalmadığı sorusu da sorulmuştur. Bk. **Ch. L Vier**, op. cit., s. 203. not 135.

13) Bu konuda bk. **L. Saidj**, Le parlement et les traités. La loi relative a la ratification ou à lapprobation des engagements internatio- naux, L.G.D.J., Paris 1979 ve özellikle, **F. Luchaire**, "Le contrôle de constitutionnalitè des engagements internationaux et ses consèquences relatives à la communautè europèenne", in Rev. Europ. 1979, s. 427 vd.

3 — Yasama iktidarı ve düzenleme iktidarı arasında yetki dağılımının denetlenmesi, kısaca, 37. maddenin yürütmeye tanıdığı "autonome düzenleme alanı" nın 37. ve 41. maddeler aracılığı ile koruması[14].

Bu üç ana fonksiyon dışında 16. maddenin yürürlüğe konması ve uygulanmasında da konseye, sınırlı da olsa, bir rol tanınmıştır[15]

Bu fonksiyonlar bütününün bir değerlendirilmesi nasıl yapılabilir? Bu sorunun ilk cevabı CC. in içinde yer aldığı Anayasal sistemin mantığına, siyasal ve kurumsal yapıya bağlıdır[16]

1958 Anayasasının siyasal projesi, disiplinsiz çok partili bir siyasal yapının sistem üzerindeki bozucu etkilerini anayasal düzenlemelerle gidermektir. KONSEY DENETİMİ ile Anayasanın kurduğu kurumsal dengenin ve normatif sistemin hukuki yaptırımı getirilmek istenmiştir.

1958 Anayasasında Konsey denetimi, Parlemento karşısında yürütmenin üstünlüğünü koruyacak bir teknik olarak düzenlenmiştir. CC. in ilk kuruluş misyonu. Organik yasa ve Meclis İçtüzüklerinin, Parlemento yetkilerinin genişletilmesi amacı ile kullanılmasını engellemek ve yasama yetkisine getirilen sınırları korumaktır. Kısaca, rasyonelleştirilmiş parlementer rejim mekanizmalarında ve ikili normatif sistemde bozulmaları engellemektir.

DEĞİŞEN NEDİR?

Anayasa Konseyi, Anayasa m. 61/2 ye göre yasaların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemektedir. *Kritik sorun, "Anayasa'dan* ne anlaşılması gerektiği sorunudur. Daha açık olarak, *"Anayasa Başlangıcı'nm* hukuki değeri sorunudur[17].

Konsey "Başlangıç''a anayasal değer tanımıştır. *"Değişme"* yi başlatan da Konsey'in bu geniş yorumudur.

1958 Anayasası iki metne referans yapmaktadır :

1789 Bildirisi ve *1946 Anayasa Başlangıcı*

Konsey'in *anayasa yorumu* ile, 1946 Anayasa Başlangıcında yer alan *"Cumhuriyet Yasalarınca tanınan temel ilkeler"* ve *"Çağımız için gerekli siyasal, ekonomik ve sosyal ilkeler* ''de Anayasal değer kazanmıştır[18].

---

14) Cf. **L Huillier**, "La délimitation des domaines de la loi et du règlement dans la Constitution du 4 oct. 1958', D. 1959, Chron., s. 173 vd.

15) Cf. **M. Voisset**, "Une formule originale des pouvoirs de 'crise : l'article 16", in Pouvoirs, 10, 1979, s. 105 vd.

16) Bu konuda biblio. için bk. **M.-Ch**. **Bergères, D. Linotte**, "La doctrine française et les institutions de la V. République", in JÖR, 1975, s. 309 vd. Ve özellikle, **J. Cadart**, institutions politiques et Droit Constitutionnel, LGDJ, Paris, 1975-1976, s. 976 vd.; G. **Bacot**, "Du bipartisme dans la constitution de la V. République", in RPD, 1978, s. 22 vd.

17) Bu konuda bk. **J. Georgel**, "Aspects du Préambule de la Constitution du 4 Octobre 1958", in RDP, 1960, s. 85 vd.

18) Cf. **M. Voisset**, "La reconnaissance de l'existence des principes générauxdu droit par le Conseil

Bu çok genel, bazen de uzlaşmaz ilkelerin *"Anayasallık bloku"*[19] ya da Konsey'in referans değerleri arasına sokulması Anayasaya uygunluk kavramına çok geniş bir anlam vermektedir.

KONSEY, özellikle 1971 yılından başlayarak ve 1974 anayasa değişikliğinden sonra daha geniş bir ölçüde, bu ilkeleri kullanarak, bir *"Anayasallaştırılmış temel hak ve özgürlükler şartı"* kurmaya başlamıştır[20].

Konsey'in bu *"hukuk devrimi"*ni başlatan *16 Temmuz 1971 t. kararı* üzerinde, tipik bir örnek olarak, kısaca durmak istiyorum.

Konsey bu kararında, derneklerin kuruluşu bildirme esaslarında yeni bir düzenleme yapan, idare ve yargı yerlerince uygulanacak bir Anayasa ve yasalara uygunluk *ön - denetim sistemi* getiren yasayı Anayasaya aykırı bulmuştur.

Konsey bu kararında, dernek —ve siyasal partilerin— serbestçe kurulmasını öngören 1 Temmuz 1901 t. yasa ilkesine, *"Cumhuriyet yaslarınca tanınan temel ilke"* sayarak, anayasal değer tanımıştır[21].

Konsey'in bu kararının Anayasa'ya uygunluk denetimine teorik planda sağladığı etkinliği, *29 Ekim 1974 t. Anayasa değişikliği pratiğe geçirmiştir*[22].

Anayasa değişikliği ile, yasaları isdarlarından önce Konseye götürme yetkisi, Cbşk., Başbakan, MM. ve Senato Başkanları dışında, 60 senatör (yaklaşık olarak senatörlerin beşte biri) ve 60 milletvekiline (1/8) de tanınmıştır.

Bu anayasa değişikliği siyasal muhalefete ve baskı gruplarına da geniş bir imkân tanımaktadır[23].

İstem konusu ve gerekçeleri ile bağlı olmayan Konsey'in kesin kararları ve —*gerekçeleri*— kamu iktidarlarını, idareyi ve yargı yerlerini bağlayıcı ve yönlendirici bir çerçeve getirmektedir[24].

Constitutionnel ', JCP, 1969. I. 2290; **J. Rivero**, "Les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : une nouvelle catégorie constitutionnelle?''
D. 1972. Chron., 265; **M. Debone**, "Le CC. et les principes parti- culièrement necessaire â notre temps", AJDA, 1978, I., s. 531 vd.

19) Bu konuda, **Karlsruhe Mahkemesi** ile bir karşılaştırma için bk. **A. Grosser,** "Cours Constitutionnelles et valeurs de reference, A propos de dècisions sur l'avortement", in Pouvoirs, 13, 1980, s. 117 vd.

20) Cf. **J. Mourgeon**. **J.-P Théron**, Les Libertes publiques, PUF Paris, 1979, s. 72 vd.

21) Bu karar için bk. AJ, 1971, 537, note **J. Rivıero; Favoreu, Philip,** Les grandes Décisions du Conseil Constitutionnel, 1979, s. 234 vd.; **J. Rivero**, "Fin d'un absolutisme", in Pouvoirs, 13, 1980, s. 12 vd.

22) Bk. **F. Luchaire,** "Le Conseil Constitutionnel et la protection des droits et libertés du citoyen'', in Mélanges Waline, LGDJ, Paris 1974, t. 11, s. 563 vd.; **L. Favoreu**, "1977, Année charnière : Le développement de la saisine parlementaire et de la jurisprudence relative aux libertés et droits fondamentaux", in RDP, 1978, s. 801.

23) Bu etkinliği ölçebilmek için ufak bir parantez açarak Fransız parti sisteminin yapı özelliğini de belirtmek gerekecektir. Fransız parti sistemi, siyasal alanın 9/10 unu dolduran —ve oy oranları arasında mesafenin çok daraldığı— dört eksenli iki bloklu bir parti sistemidir : **Çoğunluk** (UDR (RPR + UDF) ve **muhalefet** (PS + PC).

24) Fransız Anayasa Konseyi'nin "siyasal organ" sayılması, bu anlamda da güvenilir bir denetleme" yeri olarak görülmemesi, üzerinde yeniden düşünülmesi gereken bir değerlendirmedir. Bu değerlendirme için bk. **M. Kapani,** Kamu Hürriyetleri, Ankara 1981 (6. bası), s. 293. Bu tip değerlendirmelerin tutarlı bir eleştirisi için bk. **F. Luchaire,** "Le Conseil Constitutionnel est-il une juridicti-

II. DEĞİŞMENİN AÇIKLANMASINDA KULLANILABİLİR BİR HİPOTEZ

Şimdi yapılması gereken, bu değişmenin açıklanmasında kullanılabilir bir *çalışma hipotezi* kurmaktır;

Konsey, Fransız anayasal sistemi içinde bir kurumsal plüralizm unsuru olmanın ötesinde, bir *siyasal ve ideolojik* plüralizm unsurudur.

Önce bu hipotezin kurulmasında kullandığım malzemeyi vermek, daha sonra da bir genel tesbit yapmak istiyorum.

— *Malzeme - bir :*

Fransız siyasal sisteminde, farklı bir toplum kesiti temsilcilerinden kurulan ve bu nedenle de *Vedel'in* "les élus du Seigle et de la Chataigne" adını verdiği Senato, özellikle 1962 yılından başlayarak sürekli bir *muhalefet unsuru* olmuştur[25]. Bu nedenle de 27 Nisan 1969 t. referandum ile devre dışı bırakılmak istenmiştir.

Bir *Marbury v. Madison* benzeri karar sayılan 16 Temmuz 1971 t. karar, Senato Bşk. Başvurusu üzerine alınmıştır. Bu özellik, Konsey'in temel hak ve özgürüklerle ilgili başka kararlarında da görülmektedir.

— *Malzeme - iki:*

1974 tarihli anayasa değişikliğinde U.D.R. in, değişebilir bir siyasal çoğunluk karşısında, anayasa anlayışını ya da ideolojisini yargı yeri aracılığı ile koruma projesinin önemli bir yeri olmuştur.

Kısaca, 1974 reformunun bir *politik tercih* olma özelliği çok açıktır[26].

— *Malzeme - üç :*

Konsey kararlarından kalkarak, Konsey'in anayasaya aykırı bulma ihtimalinin yüksek olduğu "yasa" nın, bir *"robot – portresi"* çizilmiştir[27].

Bu *"robot – portre"*de iki belirgin çizgi görülmektedir :

1 — Yasaya *senato'da* muhalefet,

2 — Konseye başvurunun *çoğunluk partileri dışında bir parti,* özellikle de sosyalist parti tarafından yapılması.

---

on?" in, RDP 1979, s. 27 vd.; **Favoreu, Philip,** Le Conseil Constitutionnel, PUF, Paris 1978, s. 77 vd.

25) Bir **"muhalefet meclisi" olarak Senato** için bk, **P. Avril**, Le ré- gime politique de la V. République, LGDJ, Paris 1975 (3. éd), s. 420 vd.; **B Chantebout**, Droit constitutionnel et Science pol tique, Economica, Paris 1979, (2. éd.), s. 559 vd., 1968; **J.P. Marichy**, La deuxième chambre dans la vie politique française depuis 1875, LGDJ, Paris 1969; **J-P. Timbal,** "Le Sénat durant le septennat du Président Pompidou", in Annales de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Toulouse, 1977, s. 411 vd.

26) Cf. **J. Charlot**, "Dislocation de l'Etat - U.D.R, et nouvelle majorité : une radiographie des deux scrutins", in RPP, 1974, 850.

27) Bu konuda bk. **G. Carcassonne,** "Une vois sans issue? La recherche de variables politiques objectives", in Pouvoirs, 13, 1980, p. 100; **M. Charasse,** "Saisir le Conseil Constitutionnel. La pratique du groupe socialiste de l'Assemblée nationale (1974-1979)", in Pouvoir, 13, 1980, s. 81 vd.

Tebliğin bu birinci bölümünün sonunda bir genel tesbit yapılabilir : Konsey, Fransız Anayasal sistemi içinde bugün, ilk kuruluş misyonundan farklı biçimde, bir *siyasal* ve *ideolojik plüralizm unsuru* olarak, siyasal iktidar karşısında fren ve karşı ağırlık fonksiyonu görmektedir.

İkinci Bölüm

İKİNCİ PROBLEM — ''HUKUK'' LA ''SİYASAL'' ARASINDA KURULMASI GEREKEN YENİ İLİŞKİLER : DEĞİŞMENİN KAMU HUKUKU AÇISINDAN SONUÇLARI

ilk bölümde, Anayasa Konseyi'nin siyasal - anayasal sistem içinde değişen rolü ve bu değişmenin açıklanmasında kullanılabilir bir çalışma hipotezi üzerinde durdum. Tebliğin ikinci bölümünde ise, bu tesbitin kamu hukuku açısından sonuçları üzerinde kısaca durmak istiyorum.

Bu sonuçlar iki başlık altında toplanabilir :

— "Siyasal''ın *"hukukileşmesi"* sorunu ve,

— "Hukuk"un *"siyasallaşması"*, ya da "hukukileşme"nin sınırları sorunu.

Kısaca, Hukukla siyasal arasında kurulması gereken yeni ilişkiler sorunu.

I. "SİYASAL" IN HUKUKÎLEŞMESİ SORUNU

Bu başlık altında, siyasal *"oyun kuralları'* nın anayasallaştırılması, siyasal muhalefetin anayasal statüsünün, daha geniş anlamda da *''Kamu Özgürlükleri Hukuku"* nun, anayasallaştırılması sorunları üzerinde durulabilir.

— Siyasal "oyun kuralları''nın "anayasallaştırılması" : Tipik bir örnek - Meclis içtüzüklerinin denetlenmesi[28]*;*

> İçtüzüklerin siyasal "oyun kuralları" olarak önemi nedir? *Euqène Pierre'in* ünlü deyişi ile, "İçtüzükler, görünürde, meclislerin iç yasasıdır... Gerçekte ise, siyasal partilerin elinde güçlü bir araçtır ve çok defa da anayasadan daha etkilidir". Konsey denetimi bu kuralları anayasallaştırmıştır. İçtüzüklerde de, Konsey'in bağlayıcı gerekçelerine ve şarta bağlı uygunluk tesbitlerine yer verilmeye başlanılmıştır.

Bu genel açıklama çerçevesi içinde, rejimin mantığı ile bağlantılı kritik bir *örnek - olay* Konsey'in 15 Ocak 1960 t. kararıdır.

1958 Anayasası'nın siyasal krizleri çözme formülü —çok şematik olarak— çok partili sistemin bozucu etkilerini anayasal düzenlemelerle gidermektir[29].

---

28) Cf. **L. Hamon**, "Ouand les Assemblées parlementaires ont des juges", D. 1959, Chron., s. 253 vd.; **Ch. L. Vier,** op. cit., s. 166 vd.

29) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. **G. Vedel**, Intrcduction aux études politiques. Evolution récente des régimes politiques contemporains. Les Cours de droit, Paris 1976-1977 (fascicule I-II).

Bu formül çerçevesinde şöyle bir denklem de kurulabilir. *(Kriz çözücü mekanizmaların korunması — rasyonelleştirilmiş parlemanter rejim mekanizmalarının korunması — Yürütmenin istikrar ve etkinliginin korunması).*

Bu rasyoneileştirilmiş parlemanter rejim mekanizmasının en anlamlı tekniklerinden biri de *"Bloke oy"* (Vote bloqué) sistemidir (AY, m. 44). Bu teknik, yürütmenin Parlemento'da disiplinli bir çoğunluğa sahip olmadığı durumlarda kritik bir önem kazanmaktadır[30].

44. madde mekanizmasının kullanılmasına, içtüzük değişikliği ile sınırlama getirilmek istenmiştir. Konsey, 15 Ocak 1960 tarihli kararında[31], 44. madde mekanizmasını, "1946 Anayasası rejiminde Hükümete, parlemento geleneği uyarınca ancak güvenoyu ile sağlanan sonuca, siyasal sorumluluğunu gündeme getirmeden ulaşma imkânı veren bir yetki" biçiminde yorumlayarak korumuştur.

Konsey'in bu kararı ile İçtüzüklerin siyasal partilerin elinde "güçlü bir araç" olması engellenirken, "Anayasadan daha da etkili" olamayacakları belirlenmiştir.

— Konsey'in kriz çözücü mekanizmaların korunması yanında daha genel planda, bir anayasal patoloji unsuru —kriz çözücü unsur— olma özelliği de vardır; Konsey'e başvuru —özellikle anayasa değişikliğinden sonra— Hükümet ve Çoğunluk arasında, Çoğunluk ve Muhalefet arasında uzlaşmazlıkları çözme, siyasal krizleri hukukî uzlaşmaklıklara dönüştürerek hukuk planında giderme gibi bir fonksiyonu da gerçekleştirmektedir.

Kısaca, *Tocqueville*'in, ABD. Federal Yüksek Mahkemesi için yaptığı değerlendirme, Fransız Anayasa Konseyi için de geçerlidir.

SİYASAL MUHALEFETİN HUKUKİ STATÜSÜ VE DAHA GENİŞ ANLAMDA, KAMU ÖZGÜRLÜKLERİ HUKUKU'NUN "ANANAYASALLAŞTIRILMASI" SÜRECİ

Bu süreç önce tipik örneklerle belirlenebilir, daha sonra da sonuçları üzerinde durulabilir;

Tipik örnekler

Meclis içtüzük projesi ile, Meclis Başkanlık Divanı'na ve Meclise, Anayasa madde 4'e aykırı parti grubu kurulmasını engelleme yetkisi tanınmak istenmiştir. Bu düzenleme 4. maddenin bir yaptırımı olarak düşünülmüştür.

Konsey, bu proje düzenlemesini Anayasaya aykırı bulmuştur[32]. Konsey'in bu kararı, yukarda sözü edilen *16 Temmuz 1971 tarihli karar* ile bağlantılı olarak da değerlendirilebilir[33] .

30) Cf. **J. Gicquel**, Essai sur la pratique de la V. République, LGDJ, Paris 1968, s. 218 vd.; **P. Avril**, "Le Vote bloqué in RDP, 1965, s. 399 vd.

31) Bk. D. 1960, J. 351, note **Hamon; C. Franck,** Droit Constitution- nel, les grandes decisions de la Jurisprudence, PUF, Paris, 1978, s. 198 vd.

32) Cf. CC. 17, 18 ve 24 Haziran 1959 t. karar. Bk. **D. Ruzié**, "Le nouveau règlement de l'Assemblée Nationale", RDP, 1959, s. 863

33) Cf. **C. Franck**, op. cit., s. 307-308.

Daha geniş bir planda, Konsey Kararları ile "anayasallaştırılmış" bir "Kamu özgürlükleri şartı" kurulmaktadır [34].

Bunun yanı sıra Konsey, milletlerarası hukukun kamu özgürlüklerine sağladığı güvencelere, m. 55 yorumu ile iç hukuk da işlerlik sağlamıştır[35].

Bu malzemelerden de yararlanılarak genel bir tespit yapılabilir ve denilebilir ki; Konsey kararları ile, Parlemento Hukukunun yanında, Kamu özgürlükleri Hukuku da anayasallaştırılmaktadır[36].

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Anayasa Konseyi, "olumsuz denetim" - aykırılıkları giderici denetimden, "olumlu denetim" tekniklerine geçme eğilimi de göstermekte, böylece de, kamu iktidarlarının uymak zorunda kalacakları bir ön - çerçeve çizilmektedir. Bu ise Konsey'in, yönlendirme ve kural koyma iktidarına da katıldığını gösterir.

J. Larché, Konsey pratiği ile Türk Anayasa Mahkemesi arasında paralellik kurarken şu soruyu sormaktadır : "Pour devenir grand seigneur, M. Jourdain ne devait-il pas recevoir le Grand Turc?'' Sorudaki ' *incelik"* bir yana bırakılacak olursa, tesbit ilgi çekicidir [37].

> *Bir örnek :* Avrupa parlementosu'nun genel oyla seçimini düzenleyen iki topluluk işleminin Anayasaya uygunluğunu denetlediği, 30 Aralık 1976 tarihli kararında Konsey, ekonomik - siyasal bütünleşmenin sınırları da çizmiş, egemenlik sınırlandırmalarını egemenlik devrinden ayırarak bu sonuncuyu anayasaya aykırı bulmuştur. Konsey'in getirdiği bu çerçeve, Parlemento'nun "onay yasası''nda da tekrarlanmıştır [38].

Ana çizgileri ile belirlemeye çalıştığım bu sürecin sonuçları konusunda ne söylenebilir?

Sürecin, anayasa teorisi açısından iki önemli sonucu; Anayasa hukuku *kaynaklar* problematiğinde, "Yargıç yapısı anayasa hukuku" na tanınması gereken yerde"[39]

---

34) Bu "Şart" ın kurulması ile ilgili kararlar için bk. **L. Hamon**, "Contrôle de Constitutionnalité et protection des droits individuels. A propos de trois décisions récentes du CC", D., 1974, Chon., s. 83 vd.; **L. Favoreu,** "1977, Année Charnière...", op. cit., s. 308 vd. _ID, "L'apport du CC au droit public', in Pouvoirs, 13, 1980, s. 19 vd.; **F. Luchaire,** "Le Conseil Constitutionnel...'', op. cit., s. 563 vd.

35) Fransız Anayasa hukuku doktrininde Konsey'in 15 Ocak 1975 t. kararı ile ilgili değerlendirmeler için bk. Les Grandes décisions op. cit., s. 357 vd.; AJDA, 1975, s. 134, note **J. Rivero**; D. 1975, s, 529, note **L. Hamon**; **Philip, Favoreu**. "Jurisprudence du CC", in RDP, 1975, s. 1335 vd.
Ayrıca Cf. **Y. Madiot**, "Du CC. à la Convention Eurpéenne : Vers un renfoncement des libertés publiques?*, D., 1975, Chron., s. 1 vd.

36) Bu konuda bk. **L. Favoreu**, "L'apport du Conseil...'', op. cit., s. 17; **Favoreu, Philip**, Le Conseil Constitutionnel, op. cit., s. 120; **Prélot, Boulouis,** Institutions politiques et droit constitutionnel, Dalloz, 6. ed., s. 32 vd.

37) **J. Larche**, "Le Conseil Constitutionnel organe du pouvoir d'Etat", AJDA, 1972, I., s. 132 vd.

38) Bu konuda bk. **B. Çağlar**, "Anayasa ve Topluluk Hukuku", İ.Ü. Hukuk Fakültesi - Avrupa Hukuku Araştırma ve Eğitim Merkezi, İkinci Avrupa Hukuku Haftası, İst. l980, s. 28 vd.; **F. Luchaire**, "Le contrôle de Constitutionnalité des engagements internationaux...", op. cit., s. 391 vd.

39) Cf**. R. Chiroux**, "Le spectre du gouvernement des juges?", in RDP, 868, s. 15 vd.

ve, *kurallar hiyerarşisinde* —kademelendirmenin yeniden yapılmasındaki zorunluluk da— görülebilir[40].

Anayasa hukuku bir *"içtihat hukuku"* olurken, *" hukukileşmekte'* dir. Anayasa Hukuku, hukukdan çok siyasal bilimin önem kazanmaya başladığı bir "siyasal reçeteler kataloğu" olmaktan da uzaklaşmaktadır. "Siyasal partiler hukuku", "kamu özgürlükleri hukuku", "Parlemento hukuku" yargı kararları ile "hukukileşirken", pozitif hukuku bilmek, anayasa hukukunu, bu kararları da kullanarak incelemeyi gerektirmektedir[41].

Bu son tesbitin anayasa hukuku eğitimi açısından pratik bir sonucu, Kara Avrupası geleneğinden uzaklaşılarak, anglo - sakson modeli *"case - book"* lara yöneliştir[42].

II. HUKUK'UN "SİYASALLAŞMASI" SORUNU

Hukuk'un ''siyasallaşması" başlığı altında iki sorun kategorisi üzerinde durmak gerekecektir :

— Kurumun yapısından doğan sorunlar ve,

— Kurumun referans değerlerinden doğan sorunlar.

Konsey yapı özelliği nedeni ile bir *"siyasal kurum"* sayılmıştır[43]. Doğal üyelerin dışında, atama yolu ile gelen dokuz üye eşit biçimde, Cumhurbaşkanı, Senato ve Millet Meclisi Başkanları tarafından seçilmektedir.

Bu yapının Konsey'in yargı pratiği üzerindeki etkisi nedir? Bu soruyu —uzun geliştirmeleri gerektirecek— doğrudan cevaplama yerine iki karşılaştırma unsuru vermek daha sonra da, Konsey üyelerinin formasyonları ile ilgili bir döküm üzerinde durmak istiyorum.

— Yüksek Mahkeme üyelerinin politizasyonu konusunda iki karşılaştırma unsuru :

ABD. de, 1789 dan 1962 ye kadar Federal Yüksek Mahkemeye seçilen 94 üyenin % 90'ı Devlet Başkanı ile aynı partidendir.

Bugün, Federal Alman Anayasa Mahkemesinde görevli 16 yargıçtan 12 sinin cebinde parti üye kartları vardır.

---

40) Bk. **Favoreu**, 'l'Apport...", op. cit., s. 18 vd.; İD, in RDP, 1978, s. 1391 vd.; **L. Philip**, "Les décisions relatives au vote de la loi de Finances pour 1980", RDP, 1980, s. 1391 vd.

41) Bu konuda bk. **Favoreu, Philip**, Le Conseil Constitutionnel, op. cit., s. 120; **Favoreu**, "La jurisprudence relative au domaine de la loi et du réglement. Le contrôle des lois organiques et des règlements d'assemblée. Les saisines parlementaires de l'année 1978-1979", in RDP, 1979, s. 1660 vd.

42) Tipik bir örnek için cf. **C. Franck**, Le droit constitutionnel, op. cit.

43) Cf. Bu konuda tez ve karşı - tezler için bk. **F. Luchaire**, "Le Conseil Constitutionnel est-il une juridiction? ,op. cit., s. 29 vd.; İD, Le Conseil Constitutionnel, Université de Paris I, Panthéon - Sorbonne, (1978-79) (polycopie), s. 49 vd.; **P. Juillard,** "L'article 61 da la Constitution...", op. cit., s. 1709 s.

— *Üyelerin* formasyonu sorununa gelince;

Toplam olarak 813 kararın verildiği 1959-1980 yılları arasında CC üyeliği verilenlerin yüksek eğitim kategorilerine gere dökümü yapılacak olursa; 33 üye içinde, aralarında *M. Waline, F. Goquel, G. Vedel, R. Cassin, F. Luchaire'in* de bulunduğu 22 hukukçu, 5 siyasal bilimci, diğer yüksek eğitim kurulularından gelen 6 üyenin varlığı görülür. Kısaca Konsey, hukukçu ağırlıklıdır.

SONUÇ YERİNE

Daha geniş bir çalışmanın bir çeşit yan - ürünü olan bu tebliğin sonunda, sonuç yerine de geçebilecek son bir problem üzerinde durmak istiyorum. Bu problem Anayasal yargı yerlerinin referans değerlerinden, ya da normlarından doğmaktadır.

Anayasa yargısında, referans modelleri açısından ikili bir ayrım yapılabilir :

Birinci tipde, referans modeli anayasada açıkça düzenlenmektedir. Bonn Temel Yasası, 1961 Anayasası... örneklerinde görüldüğü gibi.

Bu örneklerde, *Laferrière'in "Anayasa - felsefe"* ya da *"ideoloji"* dediği "yapı", anayasalarda düzenleme konusu olmaktadır[44].

İkinci tipde ise referans modeli Yargı yerlerince kurulmaktadır. CC pratiğinde görüldüğü gibi...

Bu tesbitler çerçevesinde "politikleşme"nin sadece ikinci tipte gerçekleşebileceği, ya da bu tipin politikleşmeye daha açık olduğu düşünülebilir. Ancak bu düşünce gerçekleri yansıtmaz. Tipik bir örnek Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin 25 Ocak 1975 tarihli kararıdır[45].

Karlsruhe Mahkemesine göre :

> "Temel yasa, ancak tarihi deneyler ve nasyonal —sosyalist sisteme karşı— çıkıştan kalkarak açıklanabilecek ilkeler üzerine kuruludur. Temel yasa bir değerler hiyerarşisi kurmuştur. Bu değerler bütünü, bütün hukuk yapısını biçimlendirir. Bu değerler karşısında yasa koyucu serbest olmadığı gibi, halkın değer yargılarında bir değişikliğin meydana gelmesi de sistemi etkilemez."

Bu değerlerin yorumunu ise Anayasa Mahkemesi yapmaktadır[46].

Bu bilançonun sonunda, her genelleme gibi fazla şematik de kalsa, bir tesbit yapılarak şu söylenebilir : Anayasal yargı yerleri anayasal sistem içinde, bir siyasal

---

44) Cf. **D. Soulas de Russel,** "Aspects doğmatiques et critiques des droits fondamentaux dans la Constitution de la RFA", in RDP, 1979, s. 754 vd.

45) Bk. **A. Grosser**, "Cours Constitutionnelles…'' op. cit., s. 117 vd.

46) Hukukî metodun siyasal fonksiyonu konusunda ilgi çekici bir çalışma için bk. **E.C. Alevizakis - Antoniou**, "A Propos de la fonction politiques de la methode juridique '', in APD, 1979, s. 423 vd.

- ideolojik plüralizm unsuru olarak siyasal iktidar karşısında fren ve karşı ağırlık görevi görmektedir[47].

Bu misyonu yüklenen Anayasa Konseyi yargı pratiği, fransız kamu hukukunda köklü bir değişimin de itici gücü olmaktadır. *Favoreu'nün* deyişiyle, Hukuk disiplinleri tedrici olarak "anayasal"la ''renklenirken", kamu hukukunun temel verilerinde de değişmeler olmaktadır. Bu değişme süreci, 1970 öncesi kamu hukukunu "eski" kamu hukuku durumuna sokmuştur[48].

47) Cf. **W. Zakrzewski**, "De l'interprétation de la Constitution", in JÖR, 26, s. 427 vd.
48) **Ravoreu**, "L'apport..op. cit.

(21. Makale - 1982)

Rona SEROZAN

*Mülkiyet Hakkının Özü, İşlevi ve Sınırları**

* Rona Serozan, "Mülkiyet Hakkının Özü, İşlevi ve Sınırları", Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan: Hukuk, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982, 16 syf.

MÜLKİYET HAKKININ ÖZÜ, İŞLEVİ VE SINIRLARI

Rona SEROZAN
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Kişiye "bu benimdir, salt bana aittir" dedirten "mülkiyet", tüm insanlık tarihine damgasını vurmuş bir olgudur. Gerçekten de mülkiyet, tarih boyunca, toplumları ve devletleri biçimlendirmiş, barıştan savaşa, devrimden karşı-devrime, işsizlikten mülksüzlüğe varıncaya dek, tüm ekonomik, sosyal ve politik oluşum ve gelişimleri belirlemiştir.

> Ülkemizde son yüzyılın en önemli tarihsel dönemeçlerinden birinin, 1950'nin köşe başında da, büyük toprak sahiplerinin mülkünü topraksız köylüye dağıtmayı öngören "Çiftçiyi Topraklandırma Kanunu" yatar. Bu yasayı hazırlayanlar ünlü "Dörtlü Takrir" ile açılan sürecin sonunda devrilmiş, yerine, Türk siyasal ve sivil yaşamına yıllar boyu damgasını vurmuş olan yeni bir siyasal parti geçmiştir.

Genellikle, hukukçu, mülkiyeti statik ve soyut bir "insan-eşya ilişkisi" olarak ele alır; "kişinin eşya üzerindeki kesin ve mutlak egemenliği" olarak tanımladığı mülkiyetin oluşmasındaki somut tarihsel ve sosyal dinamikleri gözardına iter; bu ilişkinin toplumsal emek ve üretim yaşamıyla bağlantısını örtbas eder. Aslında üretici emeğe ve bu emeğin ürünlerine sahip çıkma anlamına gelen mülkiyeti yalın bir "eşyaya egemenlik" kavramına indirger.

Oysa insanlığın uğruna savaştığı, kan ve gözyaşı döktüğü bu tarihsel ve toplumsal olgunun irdelenip değerlendirilmesinde, kimin ya da kimlerin neyin ya da nelerin üzerinde nasıl ve niçin mülk edindiği sorusu hukukçu tarafından yanıtsız bırakılamaz, bırakılmamalıdır. Acaba birey midir, toplum mudur, çalıştıran mıdır, çalışan mıdır malik olan? Acaba üretim aracında mı, üretilen üründe mi,tüketim maddesinde mi, yoksa insan üzerinde mi söz konusu olmaktadır mülkiyet denen egemenlik? Acaba kullanıp yararlanmak amacıyla mı (ihtiyaç için mi) yoksa pazarda değiştirmek (mübadele edip kâr etmek) amacıyla mı mülk edinilmektedir? İşte bu sorular hukukçuyu ister istemez mülkiyetin toplumsal emek ve üretim süreciyle bağlantısına götürür.

Mülkiyetin bütün bu soruların yanıtlarında somutlaşan kökenine inilmedikçe, mülkiyet hakkının hukuk düzeyinde düzenlenmesine, korunmasına ve sınırlanmasına ilişkin kurallar ve kuramlar da bilimsel bir temele oturtulamaz. Sözgelişi, ne hiç istisnasız "herkesi" mülkiyet hakkına sahip kılan 1961 Anayasasınm mad. 36 kuralı, ne eşya üzerinde kişiye gönlünce "serbest tasarruf" yetkisi yeren MK mad. 618 kuralı, ne eşyayı "tagyir" edeni değil de onu çalıştıranı malik kılan MK mad. 699 kuralı gereği gibi, kavranabilir, ne Anayasa Mahkemesi'nin toprak ve ev

sahibinin mülkünden sağladığı iradı sınırlayan yasaları mülkiyet hakkının özüne aykırı bulan içtihatları boşlukta sallandığı yerden indirilip yerli yerine oturtulabilir, ne de on sekizinci yüzyılın "tabii hukuk öğretisi"nin ve bugün bile pozitivist hukuk anlayışının mülkiyeti doğal bir hak olarak sunmasının nedeni anlaşılabilir.

Hatta başta iş (hizmet) sözleşmesi ile ürün (hasılat) kirası sözleşmesi olmak üzere, borçlar hukuku sözleşmeleri de üretim ve mülk edinme sürecinin dışında somut bir anlam ve içeriğe kavuşmuş sayılamaz. Ne acıdır ki mülkiyet ilişkilerinin bütünleyici parçasını oluşturan sözleşme ilişkileri de hukuk öğretisinde üretim ve mülk edinme sürecinden büsbütün soyutlanıp ikinci derecede önem taşıyan dolaşım (sirkülasyon, tedavül) süresinde, "veriyorum veresin diye" (do ut des) mantığı içinde ele alınır. Bu yüzden de bir türlü yerli yerine oturtulamaz, somut özüyle kavranamaz.

❖

Mülkiyet hakkıyla ilgili olarak en başta bilinmesi gerekli gerçek şudur: Mülkiyet doğuştan, insan doğasından gelme bir hak değildir. Üretim yaşamının, toplumsal işbölümünün, sosyal sınıflar arası savaşımın tarihsel bir ürünüdür. "İnsanın ikinci doğası" diye sunulan "başkasının işgücü ve bu işgücünün ürünü üstündeki özel mülkiyet" ise büsbütün kural dışıdır; toplum bilimsel araştırmaların apaçık kanıtladığı gibi gelip geçicidir.

Tarih boyunca insanlar nasıl üretmişlerse öyle mülk edinmişlerdir. Tüm tarih, maddi üretim yaşamına bağlı olarak, ilkel komünal ortak mülkiyet, antik kavim ve Cermen mülkiyeti (yani yarı özel, yarı komünal mülkiyet), köleler üzerindeki köleci mülkiyet, toprak üzerindeki feodal soyluluk mülkiyeti, üretim araçları üzerindeki kapitalist özel mülkiyet ve aynı araçlar üzerindeki sosyalist toplum mülkiyeti aşamalarından geçmiştir. Köleci üretim sürecinde köleye malik olan "patron", köleyle birlikte o kölenin emeğinin tüm ürünlerine sahip çıkmışsa, feodal üretim sürecinde de toprağa malik olan "senyör", kendisine ve toprağa bağlı ve bağımlı "serfin" emek ürününün belirli bir oranına (artı ürüne) sahip çıkabilmiştir. Bugün de üretimle mülk edinme (mülkiyet) arasındaki bu bağı gözlemek olanaklıdır. Şöyle ki zanaatçının küçük, basit mal üretiminde, büyük topraklardaki feodal yarıcılık üretiminde ve fabrikalardaki kapitalist sanayi üretiminde hep değişik mülk edinme biçimlerine, eşdeyişle "mülkiyet ilişkilerine" rastlanmaktadır. Zanatçı, piyasada satmak (mübadele etmek) amacıyla da olsa kendi öz emeği ile salt kendisi için mal üretmekte, üretici emeğine ve emek ürünlerine kendisi sahip çıkmakta, yarıcılık usulüyle çalışan köylü, emeğinin bir bölümüyle (yarısıyla) ürettiklerini (artı ürünü) karşılığını almaksızın toprağın sahibine kazandırmakta, sanayi işçisi de ürettiği malın içerdiği ve kendi işgücünün kullanma değeri ile değiştirme değeri arasındaki farktan oluşan "artı değeri" işverenine karşılıksız terketmek zorunda bırakılmaktadır.

Bütün bu üretim ve mülkiyet ilişkileri, insanların tüm yaşamını, tüm toplumsal ilişkilerini de belirlemiştir. Öyle ki feodal üretim ve mülkiyet düzeninde, köleci üretim ve mülkiyet düzeninde geçerli düşünce ve duygu aleminden ayrımlı bir dü-

şünce ve duygu alemi oluşturulmuş, bunun gibi, kapitalist üretim ve özel mülkiyet düzeninde de feodal üretim ve mülkiyet düzeninden ayrımlı bir manevi yaşam yaşanmıştır. Demek ki insanlar nasıl üretmişlerse öyle mülk edinmişler, ulusal geliri öyle bölüşmüşler, öyle tüketmişler ve öyle de "yaşamışlardır".

Ne var ki insanlık tarihi boyunca tüm toplumsal ilişkileri, tüm siyasal ve kültürel kurumları renklendirmiş olan mülkiyete ilişkin bütün bu gerçekler, tıpkı alevi yaşatan oksijen gibi, gözle görülmemiş, algılanmamıştır bir türlü. O kadar ki sözgelişi (otomobil veya kitap gibi) maddi veya manevi kişisel bir gereksinimi karşılamaya özgü tüketim maddeleri mülkiyeti ile başkasına ait işgücünün sömürülmesine dayanan üretim araçları mülkiyeti arasındaki belirleyici, köklü, yaşamsal ayrım bile gözden kaçırılmış, emek ürünü olup kişisel bir maddi gereksinimi karşılamaya özgülenmiş bir hırka üzerindeki kişisel mülkiyetle milyonluk bir dokuma tezgâhı üzerindeki kapitalist mülkiyet aynı hukuki potada toplanmıştır. Bu konuda çok çarpıcı bir örnek de MK. mad. 618 kuralındaki mülkiyet tanımıdır. Bir "şeye" (ister bir bidon gaz, ister dev bir petrol rafinerisi) malik olan kimse, o şeyde dilediği gibi tasarruf etmek hakkını haizdir bu kurala göre...

❖

Hukukçunun genellikle gözardına ittiği tarih ve toplum biliminin verilerine göre, mülkiyet, emek ve üretim sürecinde, üretimin koşullarıyla, üretimin araçlarıyla, gereçleriyle, toprakla, hammaddeyle, ortakla, sabanla, örsle, çekiçle ve öz emekle kurulan ilişkiyi yansıtır. Ama mülkiyet, aynı zamanda, bu emek ve üretim sürecinde, üretilen ürünleri ele geçirme, onlara sahip çıkma, onlara el koyma yetkisini de vurgular. Kişiye hem üretim araçları ve bu arada üretici öz emek hem de üretilen emek ürünü üzerinde "bu salt benimdir, salt bana aittir" dedirten niteliği ile dolaysız ve dolaylı üreticiler, yani "insanlar" arasındaki "sosyal bir ilişkiyi" dile getirir.

Üretim araçları mülkiyetine bağımlı olan tüketim maddeleri mülkiyeti, bu bağlam içinde ancak ikincil bir önem taşır. Tüketim maddelerinin dolaşım (sirkülasyon) sürecinde mülk edinilmesi, üretim düzeyindeki mülkiyet ilişkileriyle yakından bağlantılı ve bu ilişkilere bağımlı da olsa, toplumdaki maddi ve manevi yaşamı, özel olarak hukuki yapıyı belirlemede ikincil rol oynar. Hırkanın giyilmesi değil, üretilmesidir önemli olan. Hırkayı kimlerin giyeceğini o hırkanm üretiminin özel biçimi belirler.

Mülkiyet, bu kavramı emek ve üretim sürecinden soyutlayan ve üretim araçları mülkiyeti ile tüketim maddeleri mülkiyeti arasında hiçbir ayrım gözetmeyen metafizik, idealist hukuk ideolojisinin telkin etmeye çalıştığı gibi, doğuştan gelme, doğal, kutsal, ezeli ve ebedi bir hak değildir. Mülkiyet, toplumsal gelişmenin belirli ve geçici bir aşamasında ortaya çıkmış ve tarihsel gelişim sürecinde de üretimin koşullarında ve üretici güçlerde gözlenebilen değişime bağlı olarak sürekli biçim değiştirmiştir. Başlangıçta, dolaysız üreticinin kendi öz emeğine dayanan "emek ürününü mülk edinme yetkisi" sonradan öz emekten büsbütün kopmuş, başkası-

nın emek ürünlerine sahip çıkma yetkisine dönüşmüştür. Öyle ki kendi emeğine ve kendi emeğinin ürününe sahipken, sonradan bu mülkiyetten yoksun kılınan üretici insan, bu mülksüzleştirme sürecinin son aşamasında, bir mala indirgenen işgücünün üretim araçlarına sahip çıkan sermayeciye satmak zorunda kalmıştır. Özetle, anamalcılıkta öz emek ile özel mülkiyet arasındaki bağlantı tümüyle kopmuş, yabancı emeğe ve onun ürününe emek harcamaksızın sahip çıkma ayrıcalığı en sivri ve çarpıcı görünümüne bürünmüştür. Bu arada üretilen ürünlerin "değiştirme (mübadele) değeri" ile emekçinin işgücünün "kullanım değeri" arasındaki farktan oluşan "artı değer" de işgücünü satın alan üretim araçları sahibi sermayeciye bırakılmıştır.

Sonuç olarak, emek ve üretim süreci içinde, köleci toplumda üretici insana ve yarattığı ürüne, feodal toplumda ise emeğin zaman içinde belirli bir bölümüne ve dolayısıyla "artı ürüne" sahip çıkma olanağı yaratan "mülkiyet", kapitalist düzende de işgücüne sahip çıkma ayrıcalığına ve buna bağlı olarak da "artı değere" el koyma yetkisiyle donanmıştır.

> Yanlış anlamaları baştan önlemek için şu noktayı bir kez daha vurgulamakta yarar vardır: Gerek küçük, basit mal üretimi, gerek tüketim maddeleri mülkiyeti, emek ve üretim sürecindeki bu asal mülk edinme biçimleri karşısında ikincil önem taşırlar; ,bu arada hukuki yapıyı belirleyici bir ağırlık da taşımazlar.

Hukuki yapıda MK. mad. 699 kuralı, mülkiyet ilişkilerinin üretim ve emek sürecine bağımlılığını, tarihsel ve sosyal karakterini çok açık bir biçimde kanıtlar. Öz emeği ile bir malı işleyip ona bir değer katan kişinin bu malı mülk edinmesini ancak işgücünü işverene satmadığı olasılığa özgü kılan bu kuraldaki "iyi niyet koşulu" gerçekten de kapitalist mülkiyet (mülk edinme yetkisi) ile kapitalist emek ve üretim süreci arasındaki bağı çok çarpıcı bir biçimde açığa çıkarır. Bir an için MK. mad. 699 kuralının ücretli işçi yararına uygulanmasına kalkışılsa, toplumda geçerli mülkiyet düzeninin de bir anda değişebileceği anımsanacak olursa, bu gerçek daha iyi anlaşılır (Ayrıca krş. özellikle BK mad. 336 ile Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu mad. 8 II). Tıpkı bunun gibi, Anayasa Mahkemesinin toprak sahibi ile ev sahibinin mülkten sağladıkları rantı sınırlayan yasal düzenlemeleri "mülkiyetin özüne" aykırı bulan içtihatları da mülkiyet hakkıyla toplumda geçerli emek ve üretim yaşamı arasındaki ayrı düşünülemez ilişkiyi aynı çarpıcılıkta yansıtır. (Bk. Serozan, Anayasa Mahkemesi Toprak Rantını Koruyor, İstanbul Barosu Dergisi Cilt 51, Sayı 4-6, s. 31 i.s.).

Mülkiyetle ilgili bir başka gerçek de şudur: Hukukçunun genellikle "eşya üzerindeki egemenlik" diye sunduğu mülkiyet, son değerlendirmede, "insan üzerinde" bir egemenliği de içerir. Malikin insan üzerindeki sosyal egemenliği sadece köleci toplumda söz konusu olmamış, feodal toplumda da "senyör" kendisine bağımlı kişiler üzerinde düpedüz bir "imperium" kurmuştur. Bu bakımdan, "dominus" (efendi), "dominium" (mülkiyet) ve "imperium" (egemenlik) sözcükleri arasındaki karşılıklı çağrışım özel bir anlam taşır. Günümüzde de özellikle işgücünü satın alan işverenin patronluğu, düpedüz, emekçinin soluk alması dahil, uyku sa-

atleri dışındaki tüm yaşamı üzerindeki mutlak iktidarı görünümüne bürünmüştür. İşverene satılan zamanın tümü işverene ait olmakta, emek sürecinde neyin nerede nasıl üretileceği işverence saptanıp buyurulmaktadır. Böylece kapitalist üretim araçları mülkiyeti, insana tahakkümün de anahtarı oluvermiştir. Hatta günümüzde üretim araçları mülkiyetinin salt işyerinde değil, ama bunun ötesinde, sosyal ve politik yaşamın tüm kilit noktalarında, tüm denetim ve komut merkezlerinde özel ve ayrıcalıklı bir "nüfuz ve iktidar" sağladığı gözlenmektedir.

Bütün bu gerçekler karşısında, mülk sahibi sınıfların çalışan kitlelere sergilediği "kapitalist mülkiyetin meşruluk vitrininde" mülkiyetin her zaman bir emek ürünü olduğu, kişileri çalışmaya ve kazanmaya ittiği, insan doğasına ve insan aklına uyduğu, topluma yarar sağladığı ve özgürlüklerin güvencesini oluşturduğu yolundaki bilim dışı "ideolojik göz boyamacalar" her geçen gün, hele yattığı yerde temettü kuponu kesen sermayeci çağında inandırıcılığını biraz daha yitirmektedir.

Bunun gibi, anonim şirketlerde, büyük hisse sahiplerinin (finans oligarşisinin) hissedarlar ve yöneticiler üzerindeki mutlak hegemonyası, "halk kapitalizmi" ve "menacerler, teknokratlar egemenliği" soyundan ideolojik sloganlarla da kamufle edilemeyecek boyutlara ulaşmıştır.

Kitleler bilimsel gerçekleri bilincin imbiğinde damıttıkça, mül¬kiyetin tarihselliğini ve toplumsallığını daha iyi algılamakta, mülki¬yetin emek ve üretim sürecinin sürekli olarak değişen bir biçimi ol¬duğunu daha iyi kavramakta ve kapitalist üretim araçları mülkiye¬tinin kişi özgürlüğünü ve kişi mutluluğunu geliştirmek şöyle dursun, tersine, beraberinde, özgürlükten yoksunluğu ve yabancılaşmayı, ev¬rensel boyutlarda kan ve gözyaşını getirdiğini daha bir açık seçik görmektedirler.

Medeni hukuk Öğretisinde "eşya üzerindeki dolaysız, tekelci, mutlak egemenlik hakkı" olarak tanımlanır mülkiyet. Dolaysızdır, çünkü eşyayla ilgili nisbi alacak hakkındaki gibi herhangi bir borç¬lunun aracılığını gerektirmez. Tekelcidir, çünkü feodalitede veya miri arazi rejiminde ya da bugün bile sınırlı ayni haklarda oldu¬ğu gibi bir üstün hak sahibine bağımlı olunmaksızın "salt benim¬dir, salt bana aittir" deme yetkisi sağlar. Mutlaktır, çünkü herkese karşı ileri sürülebilir.

Aslında tüm ayni haklar, eşya üzerinde dolaysız ve mutlak ni¬telikte bir egemenlik sağlarlar. Ama mülkiyet eşya üzerinde bu tür¬den egemenlik sağlayan ayni hakların en genişidir. İrtifak gibi salt kullanım ve yararlanım yetkisi ya da rehin hakkı gibi salt paraya çe¬virip değerlendirme yetkisi sağlamakla kalmaz; eşyayı elde bulundur¬ma, serbestçe kullanma, onun ürünlerinden serbestçe yararlanma, eş¬yayı serbestçe tüketme, hatta onu yoketme ve eşya üzerinde ser¬bestçe tasarruf etme (yani eşyayı sınırlı ayni haklarla veya nisbi ala¬cak haklarıyla yükleme ve onu elden çıkarma) yetkilerinin tümünü (ius possidendi, utendi, fructuendi, abutendi, disponendi) içerir.

İrtifak ve rehin gibi sınırlı ayni hakların sağladığı bağımlı, tü¬rev, amaçla sınırlı ve süreli yetkiler, öngörülmüş sürenin sonunda tükendiklerinde mülkiyet hakkı da (tıpkı sıkıştırılan bir lastik oyun¬cak gibi) kendiliğinden eski boyutlarına kavuşur. (Mülkiyetin elasti¬kiyeti, esnekliği denir buna!) Mülkiyetin içeriğinde yer alan bu içe dönük, olumlu yetkilerin yanısıra, mülkiyet, başkalarının mülkiyet konusu eşyaya el atmasını önleme yolunda dışa dönük, olumsuz bir yetkiyi de içerir (Ius prohibendi)

> Mülkiyete ilişkin klasik görüş, mülkiyetin olumlu yanına ağırlık verirken, Kant'tan esinlenen daha gerçekçi (ama yine de metafizik ve idealist) "şahıscı" (personaliste) görüş (Planiol) onun işte bu olumsuz yanını vurgulayıp ön plana çıkarır.
>
> Taşınır eşyada birbiriyle kolayca uyuşup bağdaşan bu olumlu ve olumsuz yetkiler, taşınmaz eşyada çok duyarlı bir dengenin kurulmasını kaçınılmaz hale getirir. Olumlu boyuta ağırlık verildiğinde ortaklık bir savaş alanına dönüşürken, olumsuz boyuta öncelik tanındığında ortaklık bir mezarlık dinginliğine bürünür.

İşte, MK mad. 618 kuralı, geniş anlaşılması gerekli "tasarruf" sözcüğü ile, mülkiyetin içeriğindeki olumlu, içe dönük yetkileri, buna karşılık, istihkak ve müdahalenin meni davalarıyla da mülkiyetin dışa dönük, olumsuz nitelikteki "yabancı müdahaleleri yasaklama" yetkisini vurgulamaktadır.

❖

Mülkiyet hakkının konusu, Türk, İsviçre ve Alman medeni hukuk öğretisine göre, salt sınırlandırılmış maddi cisimdir. (Res corporales) Yer kaplayan, gözle görülen, elle tutulan cisimdir burada sözü edilen.

Kapitalizmin ilk gelişme evrelerine, aşamalarına denk düşer bu dar mülkiyet anlayışı. Mülkiyetin ancak bireysel kol emeğinin ürününde söz konusu olabileceği düşüncesine dayanır. Piyasada değiştirmek (mübadele etmek) için mal (meta) üretimi yangınlaştıkça aşılmıştır bu dar perspektif. Öyle ki kitabın cildi ve sayfaları gibi, kitabın içerdiği fikir, makinenin kendisi gibi, bu makinenin markası ve patenti de "sınai, fikri mülkiyet" olarak metalaşmıştır.

Ama bugün bile fikir ve sanat eserleri ile icatlar ve markalar üzerindeki mülkiyet benzeri mutlak hak klasik medeni hukuk öğretisinde mülkiyet sayılmaz. Bunlar üzerinde mülkiyetten ayrımlı nitelikte tekelci yararlanma ve tasarruf yetkilerinin varlığı kabul edilir.

Hukukçu, işverene satılan işgücü üzerinde de işverenin mülkiyet hakkını kabule yanaşmaz. Böylece pratikte işverene eşya üzerindeki mülkiyetten de ileri giden ayrıcalıklar sağlayan "işgücü mülkiyeti gerçeği" gözlerden kaçırılmış olur.

Bunun gibi, doğal güçler (enerji) de mülkiyetin konusundan sayılmaz. Şu var ki işgücünden ayrımlı olarak, "kaba sığdıkça" (zaptu rapt altına alındıkça) mülkiyete

ilişkin hükümlerin hiç değilse örnek- seme (kıyas) yoluyla uygulanmasına elverişli sayılır. (MK. mad. 686).

Fransız ve Avusturya medeni hukuk öğretisinde ise durum değişiktir. Orada gayri maddi mallar üzerinde de mülkiyetin varlığı kabul edilir.

Türk, İsviçre hukukunda kural dışı yoldan, tapu siciline bağımsız ve sürekli olarak tescil edilmiş el değiştirmeye elverişli yapı hakkıyla kaynak hakkı da mülkiyet hakkının konusu haline getirilmiştir. (MK. mad. 632 b. 2, 751/752) Bu kurallarda feodal alt mülkiyet (yaradanım mülkiyeti) kavramının silik izleri seçilebilir.

Bunun gibi, "müşterek mülkiyet payı" da hukukumuzda pekala mülkiyet konusu olabilmektedir. (MK mad. 623).

Türk, İsviçre ve Alman hukuk öğretisinin bu oldukça dar eşya kavramının temelinde tarihsel nedenlerin ve ideolojik kaygıların yanısıra, eşya hukukuna egemen "özellik ilkesi" de yatar. Bu ilke, herkese karşı ileri sürülebilen mülkiyet hakkının kamuya açıklığını sağlamak üzere, bu hakkın konusunu gözle görülür, elle tutulur, somut, bireysel, maddi cisimle sınırlar. Öyle ki kütüphane gibi "eşya tümlükleri" üzerinde bile mülkiyet söz konusu olmaz da ancak tek tek kitaplar üzerinde ayrı ayrı mülkiyet hakları varsayılır.

Gelecekte, sosyo-ekonomik yapıdaki değişim sürecine ve metalaşmanın giderek yaygınlaşmasına koşut olarak, mülkiyet hakkına özgü hukuki korumanın maddi olmayan mallardan (fikri ve sınai mülkiyet konularından) temettü alacağı, tahvil alacağı benzeri nisbi alacak haklarına yaydırılması beklenebilir.

Mülkiyet hakkının nesnesi (objesi) ile ilgili kural dışı olasılıklar kendisini mülkiyet hakkının öznesi (süjesi) söz konusu olduğunda da gösterir.

Şöyle ki hukukumuzda belirli bir taşınmaza ilişkin mülkiyet şahsan belirli bir kişiye bağlanacak yerde başka bir taşınmazın herhangi bir malikine bağlanmış olabilir. Eğer mülkiyet böylelikle başka bir taşınmazın malikine tanınmışsa, bu hakkın bağlandığı özne- taşınmazın tapu sicili numarası hak konusunu oluşturan nesne- taşınmazın (müştemilatın!) mülkiyet sütununda mal sahibi yerine yazılır. Özne-taşınmazın sayfasında da beyanlar hanesine bu özel durum işlenir. (Tapu Sicili Nizamnamesi mad. 33/90).

Böyle bir olasılıkta hukuk öğretisinde "eşyaya bağlı mülkiyet" ten söz edilir.

❖

Özel mülkiyet hakkının tarihsel serüveni, aynı zamanda, üretim sürecine koşut olarak, özel mülkiyetin konusunu oluşturan eşyanın sayısının giderek azalmasının ve bu hakkın sağladığı yetkilerin giderek değişip daralmasının da serüvenini oluşturur. Özellikle "sosyal devlet" ve "sosyal mülkiyet" anlayışı, neyin üzerinde nasıl ve ne ölçüde tasarruf edilebileceğini saptama konusunda köklü daraltımlar getirmiştir.

Gerçekten de giderek gelişen "kamu malları" çevresi, özel mülkiyetin konusunu oldukça daraltmış bulunmaktadır. Şöyle ki kamunun yararlanmasına özgülenmiş deniz, göl, akarsu, önemli doğal kaynaklar, (önemsiz kuyu suları ve kaynaklar hariç) tüm yeraltı ve yerüstü suları, mera, kıyı gibi "orta malları" ile hastane, Üniversite gibi kamu hizmetine özgülenmiş "hizmet malları" özel mülkiyetin konusu olmaktan çıkarılmıştır.

Bu arada, yurdun "tabii servetleri ve kaynakları ile ormanlar" da Devletin hüküm ve tasarrufu altına alınmıştır. (1961 Anayasası mad. 130/31). Bu durum karşısında, ormanların, madenlerin, taşocaklarının, tuzocaklarının, maden sularının hep kamu malı olduğu konusunda hiç mi hiç duraksanamaz.

Şu da var ki devlet bu mallardan yararlanma yetkisini geçici bir süre için özel kişilere verebilir. Madenlerin aranması ve işletilmesi yetkisinin devri buna tipik örnek oluştirir. Ama bu, söz konusu malların özel mülkiyet konusu olamayacakları gerçeğini değiştirmez.

Öte yandan, mülkiyetin sağladığı yetkiler bakımından zaman içinde gözlenen değişimler ve daraltmalar da ilginçtir.

Bir kere şu olgu dikkat çekicidir : Bir malın kullanım değerinin asal önem taşıdığı feodal toplumda mülkiyetin yararlanma yetkisi sağlayıcı yönü (yararlanım mülkiyeti ya da alt-mülkiyet) ön planda yer alırken bir malın değiştirme (mübadele) değerinin asal önem kazandığı kapitalist toplumda mülkiyetin tasarruf yetkisi sağlayıcı yönü ön plana geçmiş bulunmaktadır.

Gerek mülkiyet hakkının konusunda gerek mülkiyet hakkının sağladığı yetkilerde görülen belli başlı daraltımların temelinde şu olgular yatar:

1) Tabanda, mülksüzleştirilmiş emekçi sınıfların mücadelesi,

2) tavanda sermaye sınıfının kaçınılmaz ödüncü ve uzlaşması politikası ile

3) yine tavanda sermayenin ekonomik yasalarının (özel olarak azalan kâr yasasının) zorunlu kıldığı devlet müdahaleciliği.

Gerçekten de mülkiyete sosyal bir ipoteğin yüklenmesi, üretimin toplumsal karakteriyle üretim araçları mülkiyetinin özel, bireysel karakteri arasında gitgide keskinleşen çelişkinin törpülenmesi ve kapitalist düzenin sürdürülmesi açısından zorunlu hale gelmiş sayılabilir. Anamacılığın iç dinamikleriyle kendiliğinden büyük toplumsal uyumu sağlayacağı yolundaki ham hayal çökünce ve sermaye iç mantığı ve de özel olarak organik bileşimindeki değişimin gereği yoğunlaşıp merkezileşince (tekelleşince), bu gelişmenin beraberinde getirdiği bunalımlara karşı devletin sosyal müdahaleleri de giderek artacaktı hiç kuşkusuz. Tavandan gelme gereksinimle tabandan gelme baskısının, direnişin çakışma noktasında billurlaşmaktadır şu halde tüm mülkiyet daraltmaları. Hukukun toplumsal sınıflar arasındaki geçici güç dengelerini ve uzlaşmaları yansıttığı gerçeğinin doğal bir belirtisidir bu.

Mülkiyet daraltımlarının başında, 1961 Anayasasının mad. 2 kuralında dile getirilmiş olan sosyal devlet ilkesi ve bu ilkeyi somutlaştıran aynı Anayasanın mad. 36 kuralının "mülkiyet hakkını toplum yararına aykırı kullanma yasağı" gelir. Bu yasak MK mad.

618 kuralının geleneksel mülkiyet tablosuna oldukça dar bir çerçeve geçirmiş sayılabilir.

Bu yasağın yanısıra, özel mülkün kamu yararına kamulaştırılmasını ve devletleştirilmesini öngören 1961 Anayasası mad. 38/39 kuralları ile bu kurallar doğrultusunda çıkarılan İstimlak yasası ile çeşitli özel yasalar ve yasa gücünde kararnameler de mülkiyetin çok önemli bir sosyal ipoteğini oluşturur.

> Eğer mülkiyet sınırlaması kamulaştırmada ve devletleştirmede söz konusu olduğu gibi özel bir fedakarlık görünümü taşıyorsa, ancak "tazminat", daha doğrusu bir "fedakarlık bedeli" karşılığında gerçekleştirilebilir. Buna karşılık belirli yükseklikten fazla inşaat yapma yasağında olduğu gibi, 1961 Anayasası mad. 36 II kuralı çerçevesinde gerçekleştirilen eşitlik ilkesine uygun mülkiyet daraltımlarında, malik için herhangi bir bedel istemine yer vermeyen bir kamu hukuku daraltımından söz edilir. Şu da var ki bedelli kamulaştırma ile bedelsiz kamu hukuku daraltımı arasındaki sınır oldukça silik kalmakta ve uygulamada da zaman zaman tereddütlere yol açmaktadır.

Mülkiyeti 1961 Anayasası mad. 36 II kuralı doğrultusunda kamu yararına sınırlayan yasaların ve yasa gücünde kararnamelerin listesi uzundur. Bu listede özellikle vergi yasaları, fiyat denetimine ilişkin kurallar, eski eserlerin, doğal çevrenin, kentlerde yerleşme düzeninin ve hayvanların korunmasına ilişkin kurallar, çeşitli yapı ve bayındırlık yasaları, kira yasası, işyerinde işçiyi koruyucu hükümler ve sözleşme serbestliğini kaldıran düzenlemeler önem taşırlar. Bu sınırlamalardan kimileri malike mülkiyetin sağladığı yetkilerden fedakarlıkta bulunmaya katılanma yükümü yüklerken (inşaat mevzuatı!) kimileri de malike düpedüz edim ve davranış yükümleri yükler. (Vergi borcu gibi)

> Sözleşme serbestliğini sınırlayan tüm hukuk kurallarının aynı zamanda mülkiyet hakkını da sınırlamış olacağı aslında kendiliğinden anlaşılabilir bir olgudur. Çünkü bireysel sözleşme, özel mülkiyetin kolunu kanadını oluşturur. Mülkiyetin en önemli yetkisi sayılan tasarruf yetkisini güncel, somut hale getirir. Gerçekten de sözleşmeyle başkalarınna devredilemeyen, kiraya verilemiyen mal üzerindeki hak özel mülkiyet sayılamaz; olsa olsa yararlanma hakkı niteliği taşır.
>
> Bu gerçekler ışığında, işverenlerin sözleşme serbestliğini sınırlayan fiyat denetimleri karşısında hep kutsal mülkiyet haklarına dayanmalarının nedeni daha da iyi anlaşılır.
>
> Öte yandan, aynı işverenlerin işçi ücretleri konusundaki serbest pazarlık ve toplu sözleşme düzenine karşı çıkıp sözleşme serbestliğinin sı-

nırlanmasını ve böylece işgücünün bedelinin dondurulmasını istemeleri de doğrudan doğruya onların karşılığını ödemeksizin mülk edindikleri artı değerin oranını artırma (mülklerini büyütme) çıkarlarının bir yansısı olarak değerlendirilmelidir.

Mülkiyete yönelik kamusal daraltanların 1961 Anayasası uyarınca aşılamaz sınırı, mülkiyetin özüdür. (Anayasa mad. 11 II). Gelgeldim, mülkiyetin özünden ne anlaşılacağı tartışmalı bir konudur. Bir görüşe göre, amaca uygun, kamu yararıyla haklı kılınmış, akılcı, ölçüsü, dengeli her sınırlama öze saygılı bir sınırlama sayılmalıdır. Daha ileri giden bir görüşe göre, mülkiyetin dokunulmaz özü, kişinin insanca yaşamaya yetecek asgari ücret tutarındaki mülkünden oluşur. Anayasa Mahkemesi ise mülkün gelirinden yararlanma yetkisini sınırlayan Kira ve Kamulaştırma yasalarını bile mülkiyetin özünü zedeleyici bulmaktadır.

Mülkiyet yalnız kamu yararına değil, bireysel çıkarlar uğruna da sınırlanır. Bu tür sınırlamalarla daha çok komşuluk ilişkilerinde karşılaşılır. Böylesine sınırlamalara katlanan malik, kural olarak, tıpkı kamulaştırmaya katlanan malik gibi, sınırlamadan yarar sağlayan bireyden uygun bir "özveri bedeli" isteyebilir. (MK. 651 II, 668, 671, 683, 756 II, 807 = Zorunluluk hakları; MK. 677 = Iztırar hali, MK 661 (boşluk) = Yerel göreneklere uygun çevre etkileri).

Genellikle taşınmaz eşyada rastlanan bu yasal sınırlamaların kimi kendiliğinden, tescilsiz geçerli "dolaysız" sınırlamalardır. (MK 661/677 gibi) Kimi de ancak sınırlama lehdarının "bedelli istemi" üzerine gerçekleştirilen tescille geçerli "dolaylı" sınırlamalardır (MK 651 II). Bireysel çıkar uğruna varlığı kabul edilen sınırlamalardan bir bölüğü maliki salt edilgen bir katlanmaya zorlarken, bir bölüğü de malike düpedüz yükümler yüklemektedir. Tehlikeli eşya malikinin başkalarının zarar görmesini önlemek üzere gerekli güvenlik önlemlerini alma yükümü böyle bir sınırlamaya örnek gösterilebilir. (Ayrıca bk. MK 656/661) Aradaki ayrım kendisini özellikle şu noktada gösterir: Daraltıma katlanan malik genellikle bir özveri bedeli sağlarken (MK. 677), yüklendiği yüküme aykırılık eden malik genellikle bir tazminat öder. (MK 656).

Mülkiyetin bireysel çıkar uğruna daraltmamda rastlanabilecek boşlukları doldurabilecek tamamlayıcı ve düzeltici son kural MK mad. 2 II kuralıdır. Amaca aykırı yararsız hak kullanımını ya da başkasının çıkarını ölçüsüz ve gereksiz yere ayaklar altına alan hak kullanımını "suiistimal" sayıp yasakladığı kabul edilen bu kural çerçevesinde, mezar ziyaretini önleyen, "haset duvarı" ören ve uçakların uçuşunu engelleyen malik bu anlamda hakkını kötüye kullanmış olur. O, bunun sonuçlarına (yani taşkınlığının giderilmesine ve tazminata) katlanmak zorunda kalır. Böylece, MK mad. 2 II kuralı, son değerlendirmede, MK mad. 618 kuraluna somut olaya özgü istisnai bir hüküm eklemiş, eşdeyişle yasadaki örtülü boşluğu doldurmuş olur.

> Şunu da eklemek gerekir ki MK mad. 644'ün mülkiyetin dikey çevresine ilişkin kuralı, MK 651'in taşkın yapıya ilişkin düzenlemesi ve MK 677'nin ıztırar haline ilişkin hükmü de hep hakkın kötüye kullanılması yasağının birer özel uzantısı olarak değerlendirilebilirler.
>
> Burada üzerinde durmaya değer görmediğim hukuki işlemden kaynaklanan mülkiyet daraltmalarında (intifa ve kira gibi kullanım daraltmalarında) sınırlı hak sahibine tanınan geçici, süreli bağımlı-türev yetkiler mülkiyetten kopup ayrılmış sayılmaz. Öyle ki öngörülmüş yetki süresinin bitiminde sınırlama kalkınca, mülkiyet de kendiliğinden eski boyutlarına ulaşmış olur. (Mülkiyetin bu özelliğine onun esnekliği denir.)

Mülkiyetin içeriğinde yer aldığı öne sürülen fikri ve sınai haklara özgü "yararlanma patenti" (tekeli) anlayışının ve ek kâr devşirme çıkarının giderek mülkiyetin yetkiler demetinden çıkarılması, anayasal değer yargılarının ışığında gerçekleşen ilginç bir gelişme sayılabilir.

Şatonun fotoğrafını çekip çoğaltarak bundan kazanç sağlayan kişiye karşı şato maliki tarafından, açılan kazancın devredilmesi davasının ve toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde yüksek ücret koparan işçi sendikasına karşı açılan kâr yoksunluğunun tazmini davasının reddi bu alanda rastlanan ilginç örnekleri oluşturur. (Bk. Grüning, Die Eigentumsfreiheitsklage gegen Fotoğrafieren und die gewerbliche Verwertung dieses Fotografien, Frankfurt, 1980; BGH Neue Juristische Wochenschrift 1981, 2402; ayrıca krş. Juristenzeitung 1975, 491 i.s.; Pfister, Juristenzeitung 1976, 156 i.s.).

Gelgeldim Anayasa Mahkemesi, mülkiyetten ek kâr devşirme çıkarını sınırlayıcı yasaları mülkiyetin özüne aykırı bulurken sözü geçen anayasal değer yargılarına açıkça ters düşmüştür.

> Bu arada mülkiyeti öznel hak dışında, ayrıca tıpkı "tekeşli aile" ya da "özerk Üniversite" gibi nesnel bir "kurumsal güvence" olarak karşılayan görüşe de parmak basmak gerekir. Bu "ideolojik çarpıtma" toplumda günümüzde geçerli nesnel mülkiyet düzenini anayasal bir düzen olarak hukuken kalıplaştırıp çimentolaştırma ereği izler. Oysa Anayasanın belirli bir ekonomik düzenden yana kesin bir tercihinin söz konusu olmadığı bilimsel bir olgudur. (Bk. örneğin Kremendahl/Meyer, Sozialismus und Grundgesetz, 1974) "Anayasa, ekonomi politikası açısından tarafsızdır, renksizdir. Gerçi belirli bir günde yerleşik ekonomik ve sosyal düzen (eşdeyişle mülkiyet düzeni) Anayasaca olanaklı görülmüş bir düzendir ama olanaklı görülmüş biricik düzen de değildir. Yasa koyucusunun iradesiyle belirlenmiş bir ekonomik ve sosyal politika tercihine yaslanan bu düzen, yarın öbürgün pekala bir başka kararla, bir başka seçimle, değişik bir sosyo-ekonomik düzene (eşdeyişle, mülkiyet düzenine) yer verebilir." (Alman Federal Anayasa Mahkemesi, BVerfGE *4, 17* i.s.; ayrıca bk. Serozan, İstanbul Barosu Dergisi Cilt 50, Sayı 1-4, s. 1112 i.s.)

Bütün bu mülkiyet daraltımlarının doğrudan doğruya mülkiyet hakkının içeriğinden mi çıktığı yoksa mülkiyet hakkına dıştan yüklenmiş, mülkiyetin özüne yabancı sınırlamalar mı oluşturduğu öğretide ve uygulamada tartışmalıdır. Fikrimce, "hakkın iç sınırları öğretisi" günün sosyal gerçekliğine daha uygun düşmektedir. Böylece yargıcın mülkiyet hakkının olasılı sınırının varlığı ileri sürülmese bile böyle bir sınırı görevinden ötürü, kendiliğinden göz önünde tutması yetkisi varsayılabileceği gibi, sınırın yokluğunu ispat yükü de doğrudan doğruya malike yüklenebilecektir.

(22. Makale - 1983)

Erdoğan TEZİÇ

*1982 Anayasasına Göre Anayasa Uygunluğun Denetimi**

---

* Erdoğan Teziç, "1982 Anayasasına Göre Anayasaya Uygunluğun Denetimi", Sarıca'ya Armağan: İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1983, 10 syf.

1982 ANAYASASINA GÖRE ANAYASAYA UYGUNLUĞUN DENETİMİ

Erdoğan TEZİÇ (*)

Yasaların Anayasaya uygunluğunun denetimi, hukuk devleti ve Anayasanın üstünlüğü ilkesinin bir yaptırımı olarak, Türkiye'de ilk kez 1961 Anayasası ile öngörülmüştü. Gerçi 1924 Teşkilât-ı Esasiye Kanunu da katı bir anayasaydı ve 103. maddesi, hiç bir yasanın anayasaya aykırı olamayacağını belirtiyordu ama, bunun bir yaptırımı öngörülmemişti. 1924 -1960 yıllarında, yasama organının iradesi en üstün güç durumundaydı ve I. Cumhuriyet dönemi bir hukuk devleti değil, fakat bir kanun devleti olmuştu.

1961 Anayasasının, hukuk düzeninde Anayasayı korumakla görevli kıldığı Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasasında da yer alıyor. Ancak gerek kuruluş, gerekse görev ve yetkileri farklı düzenlenmiştir.

Bu makalede, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri ile, iptal davası ve Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi üzerinde durulacaktır.

I. ANAYASA MAHKEMESİNİN GÖREV VE YETKİLERİ

Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri, Anayasanın 148. maddesinde belirtilmekle beraber, aynı maddenin son fıkrası ayrıca, başka maddelere de yollama yapmaktadır; görev ve yetkileri, 1982 Anayasasında sınırlı sayıda (numerus clausus) olduğundan, yasalarla yenileri tanınamaz.

1982 Anayasası uyarınca, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri şunlardır :

1. Kanun, kanun hükmünde kararname ve TBMM içtüzüğü hakkında, şekil ve esas bakımlarından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, yetkililer tarafından açılacak iptal davalarına bakmak (m. 148);

2. Anayasa değişikliklerini yalnızca şekil bakımından inceleyip denetlemek (m. 148);

3. Görülmekte olan bir davada, uygulanacak kanun ve kanun hükmünde kararnamenin Anayasaya aykırılığı mahkemeler ya da taraflarca ileri sürüldüğünde, bu konudaki itirazları karara bağlamak (m. 152);

---

* Prof. Dr. Erdoğan Teziç, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku öğretim üyesidir

4. TBMM, üyelerinin dokunulmazlıklarının kaldırılması ve üyeliklerinin düşmesi hakkındaki kararların iptali ile ilgili başvuruları karara bağlamak (m. 85);

5. Siyasî partilerin malî denetimlerini yapmak (m. 69.4);

6. Siyasî partilerin kapatılması hakkındaki davaları karara bağlamak (m. 69.6);

7. Yüce Divan sıfatıyla Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu üyelerini, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkanı ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcıvekilini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı yargılamak (m. 148.3);

8. Nihayet, idarî bir görev olarak, Uyuşmazlık Mahkemesine kendi üyeleri arasından bir Başkan görevlendirmek (m. 158);

Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin yanı sıra, 1982 Anayasası uyarınca *denetimi dışında bırakılan işlemler* şunlardır :

1. Milletlerarası andlaşmalar (m. 90.5);

2. Olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler (m. 148);

3. İnkılâp Kanunları (m. 174);

4. 12 Eylül 1980 ile, ilk genel seçimler sonucu toplanacak TBMM. Başkanlık Divanını oluşturuncaya değin geçecek süre içinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca, alınan karar ve tasarruflar (Geçici m. 15);

5. Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler (m. 150.2);

6. Nihayet, süre ile kayıtlı olarak, Anayasa Mahkemesinin, işin esasına girerek verdiği red kararının, Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra, on yıl geçmedikçe, aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla başvuruda bulunulamaz (m. 152.4).

II. İPTAL DAVASI

1982 Anayasasına göre kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin, TBMM, içtüzüğünün belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımlarından Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal davası açılmasında konu, dava açma hakkı ve süre yönlerinden bir ayrım yapmak gerekiyor.

a) Bir kere *yalnız şekil açısından* iptal davasının konusu, *kanun* ve *Anayasa değişiklikleri* ile sınırlı tutulmakta ve iptal davası açabilecek olanlar: Cumhurbaşkanı ile TBMM. üyelerinin beşte biridir (seksen milletvekili). Öte yandan, kanunun Resmî Gazete'de yayımlanmasından itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açıklamayacağı gibi, def'î yoluyla da ileri sürülemez (m. 148.2).

b) Buna karşılık, iptal davasını düzenleyen 150. madde, kanun - kanun hükmünde kararname ve TBMM, içtüzüğünün belirli madde ve hükümlerinin *şekil ve esas* bakımlarından (ya da esas bakımından) Anayasaya aykırılığı iddiasıyla doğrudan, doğruya iptal davası açabilecek olanların sayısını biraz daha arttırmakta; süre de Resmî Gazete'de yayımlanmadan başlayarak altmış gündür. İptal davasını Cumhurbaşkanı, iktidar ve ana muhalefet partisi Meclis grupları ile TBMM, üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyeler açabiliyorlar.

Anayasaya göre, Cumhurbaşkanı tek başına[1] iptal davası açabilecek (m.104). 1982 Anayasası, siyasî parti gruplarının en az yirmi üyeden oluşabileceğini öngörüyor (m. 95.2). İktidarda birden çok siyasî partinin bulunması (koalisyon) durumunda, en çok üyeye sahip olan parti grubu iptal davası açabilecek (m. 150). Koalisyonda eşit üyeli parti gruplarının bulunması halinde, hangisinin dava hakkı olacağı ayrı bir sorun olabilir. Bu durumda, en fazla eşit üyeye sahip grupların herbirinin dava haklan olduğunu kabul etmek gerekir. Buna karşılık, muhalefet parti gruplarının eşit üyelere sahip olmaları durumunda, bunlar arasında, genel seçimlerde en çok oy almış parti, anamuhalefet partisi sayılmalıdır.

Anayasanın 150. maddesi uyarınca, "şekil ve esas bakımından" (Anayasada bakımlarından olmalıydı; m. 150) açılacak iptal davalarının şekil yönünün denetimi, bazı sorunlar doğurabilir. Şöyle ki, kanunlar için yalnızca şekil bozukluğuna dayalı iptal davaları, on günlük hak düşürücü süreye bağlı olduğu gibi (m. 148.2), bunlar Anayasa Mahkemesince öncelikle incelenip karara bağlanırlar (m. 149.2).

Bir kanunun şekil ve esas bakımlarından Anayasaya aykırılığı ileri sürüldüğünde, Anayasa Mahkemesi, davanın şekil yönünü, yukarıda anılan madde fıkralarına göre mi değerlendirecektir? Öte yandan, kanunun şekil yönünden denetimindeki ölçü, Anayasanın 148. maddesinin 2. fıkrasındaki, "son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı" ilkesiyle mi sınırlıdır?

Anayasanın 150. maddesi karşısında, bu sorulara olumlu cevap vermek mümkün değildir. Çünkü 148 ve 149. maddelerin 2. fıkralarındaki hükümler, denetlemenin yalnızca şekil unsuru ile sınırlı olduğu gibi, kanun türündeki işleme özgüdür. Ayrıca, dava hakkı olanlar da Cumhurbaşkanı ve TBMM, üye tamsayısının beşte biridir.

---

1) II. Cumhuriyet döneminde, Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanının tek başına iptal davası açabileceğini şu gerekçelere dayandırmıştı : "...Anayasa Cumhurbaşkanına yürütme organının başı olması yönünden değil, Devletin ve milletin bölünmez bütünlüğünü temsil eden, insan haklarına dayalı demokratik hukuk devleti ilkelerini korumak ve lâik! Türkiye Cumhuriyetini yüceltmek ve kollamak görevlerini üstlenen tarafsız bir baş olması yönünden de kimi görevler vermiştir. Bunlardan birisi de Anayasa'nın 149. maddesinde belirtilen iptal davası açma yetkisidir. Bu yetkinin kullanılmasını 98. madde çerçevesi içinde görmek olanaksızdır- Çünkü böyle bir durumda, bu yetki ancak Başbakan ve ilgili Bakanca uygun görülmesi halinde kullanılabilecektir. Başka bir deyimle, siyasal iktidarca yasalaştırılan bir metin hakkında Cumhurbaşkanının iptal davası açma yetkisini, Başbakana veya ilgili Bakana devreden veya onları bu yetkiye ortak eden ters bir sonuç ortaya çıkar ki, Anayasa'nın böyle bir sonucu kabul ettiği düşünülemez. Hemen eklemek gerekir ki, Anayasa'nın 149. maddesi iptal davası açacakları göstermiş ve bunlar arasında yürütme organına yer vermemiştir." E. 1975/ 183, K. 1976/15, k.t. 16.3.1976, AMKD. 14, s. 68.

Buna karşılık, Anayasanın 150. maddesinin denetleme unsurları şekil ve esas (ya da sadece esas) bakımlarından/bakımından olduğu gibi denetlenen işlemler de kanun, kanun hükmünde kararname ve TBMM, içtüzüğüdür; dava hakkı olanlar da daha geniştir: Cumhurbaşkanı, iktidar ve anamuhalefet partisi Meclis grupları ile TBMM, üye tam sayısının beşte biri. Bir kere, bu üç kategori işlem türünden kanun hakkında şekil ve esas bakımlarından açılacak iptal davasında, Anayasa Mahkemesi, şekil unsurunu ayırıp, bunu 148. maddenin 2. fıkrasına göre on günlük hak düşürücü süreye bağlayamayacağı gibi, 149. maddenin 2. fıkrası uyarınca da öncelikle incelemesi düşünülemez. Zira davanın bir bütün olarak (şekil ve esas bakımlarından) incelenmesi gerekir.

Bu açıklamalardan sonra, 150. maddenin düzenlemesinden şu sonuçlar çıkarılabilir:

1 — Anayasa Mahkemesi, bir kanun hakkında, şekil ve esas bakımlarından açılacak iptal davasında, şekil yönünden denetimi yaparak, aykırılığı saptadığında, ayrıca esasa ilişkin incelemeyi de yaparak, davayı bir bütün olarak sonuçlandırmakla görevlidir. II. Cumhuriyet döneminde, Anayasa Mahkemesi, şekil yönünden Anayasaya aykırılığı saptadığı takdirde genel olarak işin esasına girmemekteydi[2]. Anayasa koyucunun, böylece geçmiş uygulamaya son vermek istediği söylenebilir.

2 — 150. maddedeki *şekil yönünden denetimin ölçüsü,* 148. maddenin 2. fıkrasındaki, "Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı" ilkesi ile bağlı değildir. Çünkü şekil aykırılığını esasla birlikte denetleyen Anayasa Mahkemesi, esasa etkili olabilecek başkaca şekil aksaklıklarını da dikkate almak zorundadır. 150. madde bu konuda bir kayıtlama getirmemektedir. Örneğin, TBMM. Başkanlık Divanı, Meclisteki parti gruplarını üye sayısı oranında divana katılmalarını sağlayacak şekilde kurulur (m. 94.2). Öte yandan, içtüzük hükümleri, siyasî parti gruplarının, Meclisin bütün faaliyetlerine üye sayısı oranında katılmalarını sağlayacak yolda düzenlenir (m. 95.2).

Anayasadaki şekle ilişkin bu ilkelere uyulmadan toplanmış bir Meclisin kabul edeceği kanunların, şekil unsuru bakımından sakatlığının ileri sürülememesi, Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü (m. 11) ile bağdaşmaz. Kaldı ki, Anayasada

---

2) Anayasa Mahkemesinin "oturmuş yöntemi" şekil yönünden iptal kararı verince esasa girmemesiydi ve bunu şu gerekçe ile açıklıyordu, "...biçim yönünden iptal edilen yasa kuralının, esas yönünden de incelenip karara bağlanması gereğinin kimi yetkili kuruluşları uyarma olanağının sağlanması düşüncesine dayandırılması da, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetki alanı ile bağdaştırılmaz" (E. 1976/50, K. 1977/13, k.t. 15.2.1977, AMKD., 15, s. 165). İstisnaî olarak, Anayasa Mahkemesi, şekil yönünden iptal kararı verdikten sonra, esasa ait incelemeyi de sürdürmüştür (Bkz. E. 1977/6, K. 1977/14, k.t. 22.2.1977, AMKD., 15. s. 195).
Öte yandan, şekle ilişkin bir iptal istemi ileri sürülmese bile, Anayasa Mahkemesi, 44 sayılı kanunun 28. ve 33. maddelerine dayanarak, ilgililerin iptal gerekçesine dayanmak zorunda bulunmadığını, başka gerekçe ile de iptale gidilebilir diyerek, biçim açısından denetimi kendiliğinden dikkate almıştır (Bkz. E. 1967/41, K.1969/57, k.t. 25.10.1969, AMKD., 8, s. 33; E. 1973/46, K. 1974/21, k.t. 21.5.1974, AMKD., 12, s. 213; E. 1976/27, K. 1976/51, k.t. 22.11.1976, AMKD., 14, s. 350; E. 1977/4, K. 1977/ 74, k.t. 12.5.1977, AMKD., 15, s. 339).

yer alan şekle ilişkin ilkelerin dikate alınmaması, yasama işlemlerinin esasına etkili olabilecek bir sakatlık doğurur. Kanunun Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak, on gün gibi çok kısa süre içinde ortaya konamayacak bu şekil (m. 94.2 ve 95.2) aksaklıklarının, sonradan esasla birlikte ileri sürülmesine engel yoktur. Aksi halde 150. maddedeki "şekil" sözcüğünün de bir anlamı kalmaz. Yasa koyucu gibi Anayasa koyucusu da, "abesle iştigal etmeyeceğine" göre, 150. maddedeki şekil bakımından denetimin ölçüsü, 148. maddenin 2. fıkrası ile sınırlı tutulamaz. Ayrıca, kanun hükmündeki kararnamelerin şekil yönünden denetiminde, 148. maddenin 2. fıkrasındaki ilkenin kullanılması hukuken mümkün değildir. Zira söz konusu işlem organik açıdan idarî düzenleyici işlemdir.

Özetlemek gerekirse, 148. maddenin 2. fıkrasında öngörülen kayıtlamaları kanunların yalnızca şekil yönünden denetlendiği durumlara özgü olarak kabul etmek gerekir. Kaldı ki, bir kanunun yayımlanmasından başlayarak on gün içinde, dava mahkemesinde şekil yönünden Anayasaya aykırılığının def'î yoluyla ileri sürülmesi uygulamada pek ender rastlanabilecek bir husustur. Bu durum, olsa olsa, uygulanmakla tükenen (ya da hükmünü icra eden) kanunlar içindir. Örneğin, mahkemelerce kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesi, TBMM'nin çıkaracağı af kanunları gibi.

III. ANAYASAYA AYKIRILIĞIN DİĞER MAHKEMELERDE İLERİ SÜRÜLMESİ (AYKIRILIK İTİRAZI)

Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun ya da kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse, ya da taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır (m. 152).

Anayasanın 152. maddesinin 1. fıkrasından da anlaşılacağı gibi, dolayısı ile iptal davası iki biçimde açılabiliyor : Bir yargılamada *taraflardan biri* ya da *mahkemece.* Tarafların bir aykırılık itirazı olmasa bile, mahkeme, uyuşmazlığı çözmek için davada uygulayacağı kanun ya da kanun hükmünde kararnamenin Anayasaya aykırılığını ileri sürebilir. Her iki durumda da, yargılamanın durdurularak dosyanın Anayasa Mahkemesine havalesi, dava mahkemesi açısından bir *geciktirici sorundur* (mesele-i müstehire, question préjudicielle). Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve sonucu ilgili mahkemeye bildirmekle görevlidir (m. 152.3).

Anayasa Mahkemesinin, geciktirici sorunu belli bir süre içinde karara bağlamamasını, 1961 Anayasası, ayrıca dava mahkemelerinin bunu bir *ön- sorun* (mütekaddim mesele, question préalable) olarak çözme yetkisi tanımaktaydı (1961 Ay. m. 151.4). Bu durumda "nisbı muhakeme" söz konusu olmaktaydı ve dava mahkemesi Anayasaya aykırılık konusunda kesin bir hüküm vermemekte, yalnızca belli bir davada kanun hükmünü yok sayma yetkisine sahipti. Dava mahkemesi, Anayasa Mahkemesi yerine geçerek bir karar verme yetkilerine sahip olmadığı için de bu konuda vereceği karar herkes için (erga omnes) değil, fakat yalnızca taraflar

arasında (inter partes) sonuç doğurabilirdi. Nitekim, 1961 Anayasasının değişik 151. maddesi uyarınca, Anayasa Mahkemesi altı ay içinde kararını vermediği takdirde, dava mahkemesi, Anayasaya aykırılık iddiasını kendi kanısına göre çözerek davayı yürütebilirdi. Fakat, Anayasa Mahkemesi kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye değin gelirse, dava mahkemesi buna uymak zorundaydı.

1961 Anayasasının dava mahkemelerine tanıdığı bu ön - sorunu çözme yetkisi, uygulamada hiç kullanılmadı. Çünkü Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki 44 sayılı kanunun 27. maddesinin 3. fıkrası "Mahkeme, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara resmen ıttıla kesbedinceye kadar davayı geri bırakır" hükmünü içeriyordu. Anayasanın dava mahkemelerine tanıdığı yetkiyi ortadan kaldıran ve Anayasaya aykırı olmasına rağmen, yürürlükte kalabilen 44 sayılı kanundaki anılan kural, dava mahkemelerinin Anayasaya aykırılık denetimi yapabilmelerini engellemekteydi.

1982 Anayasası, dava mahkemelerinin ön - sorun yolu ile Anayasaya aykırılığı çözebilmelerini ortadan kaldırmış bulunmaktadır. Bunun başlıca nedeni, II. Cumhuriyet döneminde bu denetim yolunun işlememiş olması ile açıklanabilir. Yeni düzenlemeye göre, "Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır" (m.152.3). Bu düzenleme ile, dava mahkemelerinin, beş ay sonunda, önlerindeki uyuşmazlığı, Anayasaya aykırılık sorununu yok sayarak, yürürlükteki yasalara göre çözmekle görevli oldukları kabul edilmektedir. Fakat, uygulamada, dava mahkemelerinin, önlerindeki uyuşmazlıkları, Anayasa Mahkemesinin kararı gelmeden sonuçlandırabilecekleri hayli kuşkuludur. Zira, dava mahkemeleri, Anayasaya aykırılık sorunu askıda kaldığı sürece, ister istemez davayı sonuçlandırmaktan kaçınarak, Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararını beklemeyi yeğleyeceklerdir. Çünkü, dava mahkemesinin, esas hakkındaki kararının kesinleşebilmesinde kanun yolları dikkate alındığında, Anayasa Mahkemesi kararının bu aşamalardan birinde gelmesi, buna uyulmasını zorunlu kılacaktır.

IV. ANAYASA MAHKEMESİNİN KARARLARI

Anayasa Mahkemesi kararlan bundan böyle, yalnızca herkese karşı etkili olacak (erga omnes) niteliktedir. 1961 Anayasasının öngördüğü, Anayasa Mahkemesine, diğer mahkemelerden gelen Anayasaya aykırılık iddiaları üzerine verdiği hükümlerin olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı olacağına da karar verebilme yetkisi (1961 Ay. m. 152.4), yani "inter partes" karar türü[3], 1982 Anayasasında kabul edilmemiştir.

Kararlar açısından, 1961 Anayasasından farklı olarak, Anayasa Mahkemesinin bir kanun ya da kanun hükmünde kararnamenin tamamını ya da bir hükmünü

3) Bkz. E. 1972/26, K. 1972/38, k.t. 27.6.1972, AMKD., 10, s. 515.

iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemeyeceği öngörülüyor (m.153.2).

Anayasa Mahkemesinin işlevi, denetleme kapsamına giren işlemlerdeki Anayasaya aykırı hükümleri ayıklamaktır. Bu bakımdan, her aykırı hükmün iptali, yasa koyucunun iradesini ister istemez başkalaştırma sonucunu doğurur. Anayasanın bu düzenleme biçiminin, Anayasa Mahkemesini, bir kanunun Anayasaya aykırı hükümlerini iptal etmekten, ya da ayıklamaktan alıkoyacağı, daha doğrusu kısmî iptal kararları vermesini önleyeceği, yalnızca yasanın bütününü iptal etmek zorunda bırakacağı ileri sürülebilir. Fakat 153. maddenin 2. fıkrası, "tamamının" iptal edilmesi durumunda, bunun yasa koyucu gibi hareketle yeni bir uygulamaya yol açabileceği ihtimalini de öngörmektedir. Bu takdirde, kanunun bütününü kapsayan iptal kararlarının da önlendiği ileri sürülebilecektir. Çünkü her kanunun tamamının iptali yasa koyucunun iradesini ortadan kaldırma sonucunu doğuracağına göre, bu da yasama organının yetkilerinden biri olan kanunu yürürlükten "kaldırmak" (m.87) biçiminde ortaya çıkacaktır.

Öte yandan, hukuk tekniği açısından yorumu güçleştiren nokta, bir kanun hükmünde kararnamenin tamamının ya da bir hükmünün iptal edilmesinin, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesisine nasıl yol açacağıdır? Çünkü kanun hükmünde kararname bir yasama işlemi olmayıp, organik açıdan idari düzenleyici işlemdir.

Bu konuda tartışmalara yol açabilecek temel sorun, Anayasa Mahkemesinin "yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis" edip etmesine kimin karar verebileceğidir.

İptal edilen işlemin niteliğine göre, yasama ve yürütme organlarının bu durumu saptayabilecekleri düşünülebilir. Kanun söz konusu olduğunda, yasama organının bu durumu nasıl bir işlemle saptayabileceği sorulabilir. İptal edilen kanun hükmünde kararname ise, bu saptamayı yürütme organı nasıl bir işlemle yapacaktır?

Anayasa Mahkemesi kararları "kesin" olduğuna, "yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri" bağladığına göre (m. 153.1 ve 2.f.), olsa olsa yasama organı, yeni bir yasa ile ve yürütme organı da, yeniden düzenleyeceği bir kanun hükmünde kararname ile, Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarını etkisiz kılabilecek ve kendi iradelerini tekrar geçerli duruma getirebileceklerdir!

Anayasadaki düzenlemenin, yasama ve yürütme organlarına böyle bir takdir yetkisini tanıdığı kabul edilecek olursa, bunun kaçılmaz sonucu, Anayasa Mahkemesi ile yasama, yürütme organları arasında sürtüşmelerin ortaya çıkmasıdır. Bunun doğurabileceği sonuçlar, hiç kuşkusuz ayrı bir tartışma konusu olacaktır. Ancak asıl önemlisi, Anayasa Mahkemesi kararlarından ve giderek denetiminden sıyrılmaya yol açabilecek tutumların, Anayasanın öngördüğü "Hukuk Devleti" (m. 2) ilkesini zamanla kanun devletine dönüştürebilme ihtimalidir.

(23. Makale - 1984)

Prof. Dr. Ülkü AZRAK

*Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği**

* Ülkü Azrak, "Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği", Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl 1984, Sayı 1, 151-168.

ANAYASA MAHKEMESİ İPTAL KARARLARININ GERİYE YÜRÜMEZLİĞİ

Prof. Dr. Ülkü AZRAK*

GİRİŞ

Anayasa Mahkemesinin, bir kanunu Anayasaya aykırı görerek iptal etmesine ilişkin kararının geriye yürüyüp yürümeyeceği ve geriye yürümemesi konusunda pozitif hukuktan kaynaklanan bir engel varsa, bunun etki ve kapsamının ne olacağı konusu, sadece bizim hukuk sistemimiz bakımından değil, fakat Anayasa Yargısını kabul etmiş bütün hukuk sistemleri bakımından, bugüne kadar tam anlamıyla tatmin edici bir biçimde çözümlenebildiği söylenemeyecek birçok problemler ortaya çıkarmıştır. Biz burada bu problemleri, tüketici olma iddiasından uzak kalmak kaydıyla, ortaya koymaya, bizde ve diğer ülkelerde bu problemler için teorik ve pratik planda önerilen çözümleri ve bu konudaki görüşlerimizi açıklamaya çalışacağız.

Hemen şunu işaretlemek isteriz ki, Anayasa Mahkemesinin, verdiği iptal kararının yaratacağı etki ile ilgilenmeyeceği söylenebilirse de, uygulamada Anayasa Mahkemesi yargıçlarının bu konuda bazı kaygılar taşıdıklarına ve iptal kararının geriye yürüyerek, geçmişte tamamlanmış olaylar bakımından hukuk alanında karışıklık yaratmasının kaçınılmazlığı yüzünden iptal davasının reddedilmesinin gerektiğini ileri sürecek kadar ileri gittiklerine tanık olunmuştur.(1) Batı ülkelerinin Anayasa hukuku literatüründe de buna benzer kaygıların dile getirildiğine rastlanmaktadır. Herşeyden önce Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının geriye yürüyeceğinin uygulamada ve doktrinde kabul edildiği hallerde, Mahkemenin bu geriye yürüme olgusunun yaratması muhtemel olumsuz hukuki sonuçlardan kaçınabilmek için, iptal kararı verilmesi gerekmesine rağmen aksine karar vermesi tehlikesi bulunduğuna işaret edilmiştir.(2) Bu tür kaygıları her ne kadar anlayışla

---

* İ.Ü.S.B.F. Öğretim Üyesi.

(1) Gerçekten «C.H P.'nin haksız iktisaplarının iadesi hakkındaki 6195 sayılı kanun» un iptali istemiyle açılan ve iptal kararı ile sonuçlanan davada Anayasa Mahkemesi üyelerinden biri iptali istenen hüküm hakkında iptal kararı verilmesi, o tarihte neticelenmiş bu muameleye ait bir hüküm. bugünkü Anayasa bakımından yargılanması ve bin netice geriye nitelikte bir karar verilmesi sonucunu doğurur. Bu kararın; geriye yürümesi bahis konusu olamayacağına ... göre mahkememiz Anayasaya aykırılık bakımından netice göstermeyecek bir işle meşgul olmuş duruma düşen yolunda bir görüş ileri sürerek istem hakkında bir karar verilmesi gerekmeyeceğini iddia etmiş, mahkeme ise hükmünün hasıl edeceği sonuçların tayininin uygulamayla ilgili bir işlem olduğunu ve mahkemeyi ilgilendirmediğini kabul ederek iptal kararı vermişti. Bkz. AYMKD., sayı 1 (1971 basısı) , sh. 426, 427, 437.

(2) Alman Federal Anayasa Mahkemesi yargıçlarından **Karl HECK**, Anayasa Yargısı hakkında düzenlenmiş olan uluslararası Kollokiyumda, Alman Federal Anayasa Mahkemesinin, bir çok hallerde bir kanunu hükümsüz saymaktansa, Anayasaya uygun yorum yolunu seçtiğini, bunun nedeninin ise, Mahkemenin, hükümsüz sayma kararının geriye yürümesinden yargılanması olduğunu ifade etmiştir; bkz. Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, Köln-Berlin, 1962, sh. 873.

karşılamak mümkünse de, böyle bir yaklaşımın tehlikelerini de gözden kaçırmamak gerekir. Gerçekten, bir kanun, sırf bu yüzden Anayasaya uygun sayılacaksa, bunun klasik Anayasa ve kanun yorumu metodlarıyla bir ilgisi yoktur; böyle bir yaklaşımla verilen bir Anayasaya Uygunluk kararı, olsa olsa bir siyasal yerindelik (opportunité politique) kararıdır. Bu sözlerimiz, Anayasa yargısına öteden beri karşı olan çevrelerin görüşlerine yeni bir gerekçe olarak kullanılabilecek bir biçimde yorumlanmamalıdır. Bu noktaya işaret etmemizin amacı, Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının sonuçları ve özellikle geriye yürümezlik kuralı üzerinde, bugüne kadar yazılmış, söylenmiş şeyleri de göz önünde tutarak, yeniden düşünmenin gerektiğini vurgulamaktı. Burada sunulan bu bildiride yapılmak istenen de esasen budur.

I . ANAYASA MAHKEMESİNİN, ANAYASANIN KORUYUCUSU OLARAK ROLÜ :

1. Bir hukuk düzeni, hukuk normlarının oluşturduğu bir hiyerarşik yapıya sahipse ve kanunlar, bu hiyerarşik yapıda en üst basamağı oluşturan Anayasanın koruyucusu rolünü üstlenmiş olan Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmemek gibi bir olumsuz koşula bağlı olarak geçerliliğe ve bağlayıcılığa sahip olabiliyorsa, o. merci niteliği taşıyor demektir.

Anayasa Yargısına sahip olan hukuk sistemlerinde Anayasa Mahkemesi, genellikle ikinci bir kanun koyucu gibi görülmektedir.(3) Bunda Anayasa Mahkemesi'nin (AYM.) iptal kararlarının *inter omnes* (erga omnes) , yani tüm Devlet organları, makamları ve kişiler için geçerli ve bağlayıcı olmasının da rolü vardır.

AYM., yukarıda gösterildiği gibi, kural olarak negatif anlamda (yani bir kanunun iptal edilerek yürürlükten kaldırılması anlamında) kanun koyucu rolünü oynamakla birlikte, pozitif anlamda kanun koyucu gibi de hareket edebilmektedir.(4) Gerçekten, AYM. bir kanunu Anayasa (AY.) aykırı bularak iptal ettiği zaman, bu kanun, iptal kararının usulünce yayınlandığı tarihten itibaren yürürlükten kalkmış olur. Yani iptal hükmü geriye yürümez (AY. m. 153/5). İptal edilen kanun, böylelikle, ilan edildiği tarihten, AYM. tarafından iptal edildiği tarihe kadar AY.'ya uygun bir kanun sayılmaktadır. Başka bir söyleyişle, Y.ya aykırı kanun a *posteriori* (sonraki) bir kararla bu süre için sağlığa kavuşturulmaktadır. Dahası, AYM. iptal hükmünün yürürlüğe girmesini, bir yıla kadar erteleyebilir (AY., m. 153/3). Bütün bunlar, bir bakıma, kanun koyucunun yapabileceğinden de fazlasını

(3) Kimilerince ileri sürüldüğü üzere, Anayasa Yargısının bulunduğu bir Devlette Yasama gücü, Yasama Meclisi (ya da Meclisleri) ve Anayasa Mahkemesi olarak iki kısımdan oluşur; Meşruti Monarşi için tipik olan yasama düalizmi, demokratik-cumhuriyet rejiminde biçim değiştirerek geri gelmiştir: bu kez çoğunluk egemenliği ile azınlığın hak ve yetkilerinin dengede tutulması işlevi söz konusudur. Bu hususta bkz. **Rene MARCIC,** Verfassung u. Verfassungsgericht, Wien, 1963, sh. 205.

(4) Hatta AYM., AY. değişikliklerinin (bizim sistemimizde sadece şekil bakımından da olsa) Ay.ya uygunluğunu da denetleyebildiğine göre, alelade kanun koyucunun üstüne de çıkabilmekte ve AY. koyucu gücü de denetleyebilmektedir. Bu husus, özellikle bazı AY. maddelerinin bizzat AY. metninde yasaklanmış olduğu hallerde (AY. m. 4) daha da büyük bir önem kazanmaktadır. Bu yasağın ihlali halinde AYM.nin denetim yetkisinin var olup olmadığı tartışılabilir. Bu konuda ayrıca bkz. **Yıldızhan Yayla:** Anayasa Mahkemesine göre Cumhuriyetin özü, Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, 1979, sh. 973 ve devamı.

yapabilmeyi ifade eder. Çünkü, aslında AY.ya aykırılığı hüküm altına alınmış bir kanunun, belli bir zamana kadar AY.ya uygunmuş gibi sayılarak. bağlayıcılık niteliğinin sürdürülmesini kararlaştırmak, aslında kanun koyucunun yapabileceği bir şey değildir.(5) Buraya kadar söylediklerimizden çıkan sonuç, AYM.'nin (özellikle bağımsız bir iptal dâvası sonunda verdiği) iptal kararının, iptal davası genel teorisinin kabul ettiğinin aksine, *declaratif (bildirici)* değil, c*onstitutif (kurucu, yaratıcı)* nitelikte sayıldığıdır. AYM.'nin diğer mahkemelerden itiraz yoluyla gelen işler hakkında iptal değil de, sadece olayla sınırlı ve tarafları bağlayıcı (inter partes) nitelikte bir «A*Y.ya aykırılığı saptama ve bildirme*» kararı vermesi olanağının, 1982, Anayasası'nın 153. maddesinden MGK. Anayasa Komisyonu'nca çıkarılmış olmasının teorik planda yarattığı güçlüğe aşağıda değinileceği için, şimdilik sadece işaret etmekle yetiniyoruz.

2. AYM.'nin soyut ve somut norm kontrolu yoluyla(6) yerine getirdiği görevleri, onun «Anayasanın Koruyuculuğu»(7) rolünü oluşturan görevlerdir. Bugüne kadar AYM.'nin çalışmalarının ağırlık merkezini bu alandaki kararları oluşturmuştur ve doğal olarak da bu kararların içeriği, özellikle temel hak ve özgürlüklere yaklaşımı açısından, bilimsel araştırmaların ve bazan da eleştirilerin konusunu teşkil etmiştir. Buna karşılık, AYM.'nin kararlarının etkilerinin, doktrinde yeterince tartışıldığına ve hele bu konuda teorik çözümlemeler yapıldığına pek tanık olunamaz. Örneğin AYM.'nin iptal kararının geriye yürümezliğinin hemen hemen bir dogma olarak ele alındığını ve bunun teorik olarak açıklanmaya ya da eleştirilmeğe çalışılmadığını görmekteyiz. Bu davranışın hangi nedenden kaynaklandığı merak edilecek bir husustur. Başka bir söyleyişle, acaba «*AYM.'nin iptal kararının geriye yürümezliği kuralı*» nın gerçekten pratik nedenlerden kaynaklanan bir dogmaya mı, yoksa teorik olarak ispatlanabilecek bir bilimsel zorunluğa mı dayandığını araştırmak, bu konuda bazı ilginç saptamalar yapmamıza olanak sağlayabilir.

   Bir kanunun Anayasaya aykırılığı halinde AYM.'nin vereceği kararın zaman içersinde etkisinin ne olacağını teorik planda tartışabilmek için, herşeyden önce Anayasaya aykırılığın yaptırımının niteliği üzerinde düşünmek gerekir.

II. ANAYASAYA AYKIRILIĞIN YAPTIRIMI

1. Anayasa Yargısı üzerine çok yanlı ve derine inen araştırmalar yapmış olan Alman doktrininde, Anayasaya aykırı bir kanunun, AY.'nın en üst norm olması nedeniyle yok (nichtig) sayılacağı ileri sürülmüştür. Buna göre hukuk düzeni,

(5) Bazı hukuk sistemlerinde AYM.nin yetkileri, kanun koyucunun yetkilerine pek belirgin bir biçimde yaklaşmaktadır. Örneğin Avusturya Anayasası'nın 140. maddesine göre AYM., aksini kararlaştırmamışsa, iptal edilen kanunun yürürlükten kaldırdığı kanun, iptal kararının yürürlüğe girdiği tarihte, tekrar yürürlüğe girer. Bu hüküm aslında AYM.nin bazı hallerde kanun koyucunun yerine geçebileceğini göstermesi bakımından çok ilginçtir.

(6) Her ne kadar bu iki denetim arasında AYM.nin inceleme biçimi ve verdiği kararın kapsamı bakımından bir fark yoksa da bu ayırım muhafaza edilmektedir.

(7) « Anayasanın Koruyuculuğu » deyimini ilk kez kullanan, ünlü Alman Anayasa bilgini Carl SCHMITT olmuştur; bkz. yazarın Hüter der Ver fassung (1931) adlı eseri.

en üst basamağında Anayasanın bulunduğu bir *bütün (entite)* oluşturur ve bu bütün kendi içinde bir çelişkiye, bir aykırılığa izin vermez. Bu bütünün en üst basamağındaki Anayasanın da herhangi bir engel söz konusu olmadan; tam bir geçerliğe sahip olması gerekir. Bu, hukuk düzeninde Anayasaya aykırı hiç bir normun varlığına izin verilmemesi demektir. «*Lex superior derogat legi inferiori*» yani «üst basamaktaki norm alt basamaktakini değiştirir». Bu nedenledir ki Anayasaya aykırı bir kanun, hiç bir zaman geçerlik kazanamaz ve yapıldığı andan itibaren yok sayılır. Alman doktrininde günümüzde de rastlanan bu görüş, eski ve klasikleşmiş bir görüştür. Gerçekten, ABD Yüksek Mahkemesinin 1803 tarihli ünlü «*Marbury v. Madison*» kararında da Mahkeme Başkanı *Marshall,* «Yazılı Anayasayı yaratanların, onu ulusun temel ve en yüce hukuku olarak gördüklerinde kuşku bulunmadığına göre, Anayasaya aykırı olan yasama işlemlerinin kendiliğinden hükümsüz, geçersiz olduğu gerçeğini tüm hükümetlerin benimsemesi gerekir » yolunda bir beyanda bulunmuştur.(8)

Öte yandan normlar arasında hiyerarşik bir bağ bulunduğunu ileri süren normatüvist teoriye göre, bir hukuk düzeninde hukuk kuralı koyan birden fazla organ ve bunun sonucunda da birbirinden farklı hukuk kaynaklan söz konusuysa, bunlar arasında bir çatışma, bir aykırılık ortaya çıkması halinde, otomatik olarak üst basamaktaki norm geçerlidir. Şu halde bir kanun, Anayasaya aykırıysa, Anayasa üst norm olduğu için, bu kanun ipso jure hükümsüzdür, yoktur.(9) Örneğin Anayasa ile konmuş olan «*genel müsadere yasağı*» nın, bir bireyler topluluğunun mallarının müsaderesini öngören bir kanun ile ihlal edilmesi halinde, bu kanunun Anayasaya aykırılığı o kadar açıktır ki, onun *ipso jure yok sayılması* pek mantıklı görünmektedir. Hatta müsaderenin ancak, belli somut olaylar için yargı kararıyla uygulanabileceği yolundaki Anayasa hükmü de böyle bir kanunla zedelenmiş sayılabileceğinden, ortada açık bir «*fonksiyon gasbı*» nın var olduğu ileri sürülerek kanunun «*yok*» (keenlemyekûn) sayılması gerektiği, ve bu nedenle hiç bir hukuki sonuç ve etki yaratamayacağı, bu kanun aleyhine süresiz olarak AYM.'ne başvurulabileceği ve AYM.'nin de sadece kanunun «*yok*» luğunu saptamakla yetineceği söylenebilir.

Fakat şu da itiraf edilmelidir ki bu tarzdaki iddialar, yukarıda görüldüğü gibi gerçek yaşamda ortaya çıkması pek düşünülemeyecek aşırı örnekleri ileri sürmek suretiyle, kendi biçimsel mantığı içerisinde, asıl problemi arka plana itmektedir. İpso jure yokluk teorisi yanlılarından bazıları, daha ziyade İdare Hukukunun ilke ve esaslarından yararlanarak, Anayasaya aykırılığın çok açık ve ağır olması halinde «*yokluk*» yaptırımının uygulanması gerektiği görüşünü benimsemekle beraber, «*açık ve ağır Anayasaya aykırılığın*» ölçütünün belirlenmesindeki güçlüğü de gözden kaçırmış görünmektedirler. Teorik olarak bu gibi hallerin ortaya çıkabileceği düşünülebilir. Örneğin, bir kanunun Cumhurbaşkanı tarafından imzalanmadan Resmî Gazete'de yayınlanması suretiyle ortaya çıkabilecek ağır biçim sakatlığının kanunun yok sayılmasına neden olacağı düşünülebilir. Fakat uygulamada böylesine açık bir noksanlığın ortaya çıkabileceğine inanmak güçtür. Bir Yasama Meclisinin

(8) Karş. **William CRANCH**, Reports of cases argued and adjudged in the Supreme Court of the United States, C. I, sh. 177.

(9) Bu görüş için bkz. **Hans J. WOLFF**, Verwaltungsrecht, C. I. 1965, sh. 114 115.

yasama süreci içerisinde uyacağı usuller ve Cumhurbaşkanının yasayı inceleme ve yayımlama yetki ve usulü gözönünde tutulursa, bu konuda İdare Hukuku ile paraleller kurarak oradaki yaptırımları Anayasa Yargısına aktarmaya kalkışmanın, teorik ve pratik olarak pek isabetli olmayacağı anlaşılır. Bir idare ajanının yapacağı idari işlemle, parlamentonun yapacağı bir yasama işlemini aynı güçte ve düzeyde telakki etmek doğru olmaz. Hele, yukarıda değinilen, tümüyle ayrık ve olağandışı Anayasaya aykırılık hallerini, yokluk yaptırımının genel ve yaygın bir biçimde uygulanması için bir çıkış noktası olarak almak, hiç kabul edilebilecek bir şey değildir. Esasen Anayasaya aykırılığın, kanunun baştan beri ipso jure yok sayılmasına yol açacağı kabul edilirse, o takdirde Anayasaya uygunluk denetimi yapacak ve üstelik bu hususta karar verme tekeline sahip kılınmış olan bir Anayasa Mahkemesine de ihtiyaç kalmayacaktır. Çünkü yokluk, bütün mahkemelerin bir kararla saptayabileceği bir hükümsüzlük halidir.

Yukarda gösterilen nedenlerle kanunların Anayasaya aykrrılığının yokluk yaptırımını davet edeceği ve kanunun baştan itibaren ipso jure geçersiz sayılacağı, yani kendiliğinden, hiç bir hukuki hüküm ve tesir yaratmamış sayılacağı görüşüne katılmak mümkün görünmemektedir.(10)

2. Anayasaya aykırı kanunların yokluk yaptırımına tabi tutulması görüşünü benimsemeyenlerden bazıları, bunların Anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmesi halinde, iptal hükmünün iptal davası genel teorisine uygun olarak geriye yürümesi ve iptal edilen kanunun yapıldığı andan itibaren ortadan kalkmış sayılması gerektiği görüşünü ileri sürmektedirler. Buna göre iptal kararının niteliği, normdaki sakatlığın saptanması ve bildirilmesinden ibarettir ve bu nedenle, iptale karar verilmesiyle hukuk aleminde yeni bir şey yaratılmış olmamaktadır.(11) Başka bir söyleyişle, dava konusu normun, Anayasaya aykırılığı ileri sürülmekle, o normun hukukilik niteliği reddedilir ve verilecek iptal kararıyla, kanunun daha meydana getirildiği anda Anayasaya aykırılık taşıdığı bildirilmiş olur. Yani kanun veya kanun kuvvetindeki işlem, ya baştan itibaren Anayasaya aykırıdır yahut hep Anayasaya uygun kalmıştır.(12)

Buraya kadar özetlenmeğe çalışılan, Anayasa Mahkemesinin iptal kararının geriye yürümesi gerektiği yolundaki görüşler, teorik ve daha ziyade pratik nedenlerle itiraza uğramıştır.

3. a) Gerçekten, kanunun iptali kararının geriye yürümesine teorik nedenlerle karşı çıkanlar şu görüşleri ileri sürmektedirler :

aa) Kanun, meydana getirilmekle *hukukilik görünümü (Rechtsschein)* kazanır. Hukukilik görünümü, bir hukuk normunun, geçerliğe sahip olmasa dahi, uygulanması gerekli bir hukuk normu olarak görünmesidir. Bu görünümün

(10) Nitekim, bildiğimiz kadarıyla, Türk Anayasa Mahkemesi de yokluk yaptırımına iltifat etmiş ve onu bugüne kadar uygulamış değildir.

(11) Bkz. **WALTER**, Können Verordnungen Gesetzen derogieren? ÖJZ., 1961, sh. 3 vd.; Yıldırım ULER, İdari Yargıda İptal Kararlarının sonuçları, Ankara, 1970, sh. 22.

(12) Bkz. **Paolo ROSSİ**, Ceza Kanunlarının Anayasaya Aykırılığının Kontrolü, IHFM. C. XXIX, S. 1 2, sh. 238.

en önemli sonucu, söz konusu normun hukuken bağlayıcı olmasıdır. Fakat bu bağlayıcılık geçicidir; yani hukuki görünümün onu koşullandıran hukuk normuyla, bağlayıcılığın da geçerlikle uyuşmadığı, yargı kararıyla saptanıncaya kadar sürer. Hukuk düzeni, sınıra uymayla sınırı aşma arasında bir kutuplaşma ve gerginliğe izin veriyorsa, bu onun, hukuk kuralı koyma yetkisine sahip hukuk süjelerinin işlemlerinin, geçerli olmasa da, geçersizlikleri saptanıncaya kadar bağlayıcı olmalarını gerektiren bir varolanlar düzeni olmasının sonucudur.(13)

Hukuki görünüm teorisi, böylece Anayasaya aykırı bir kanunun hukuken geçerli olmayacağını kabul etmekle birlikte, onun yayınlanmak suretiyle bir hukuki görünüm kazandığını ve doğurduğu hukuki sonuçların, kanun sonradan iptal edilse bile, geçerli sayılarak muhafaza edilmesi zorunluğunun bu hukuki görünümden kaynaklandığını kabul etmektedir.

Daha ziyade felsefi bir dünya görüşünü yansıtan bu teorinin, Anayasaya aykırı kanunların iptaline ilişkin kararların etkilerinin sınırını saptamaya yarayacak bir hukuki ölçütü ortaya koyabilmek bakımından yeterli olduğunu zannetmiyoruz.

bb) İptal kararının geriye yürümemesi gerektiğini savunan bir başka teori, Anayasaya uygunluk karinesine dayanmaktadır. Buna göre kanunların yarattığı etkiler, aslında kişilerin ve Devlet makamlarının bu kanunlara kendi serbest iradeleriyle uymaları olgusundan kaynaklanır. Şu halde kanunlara gösterilen bu güvenden ve itaatten kaynaklanan bu etkilerin ve sonuçların korunması gerekir, çünkü sadece zorlayıcı bir düzen olarak kalmak istemeyen her hukuk düzeni, kanunlara serbestçe uyulması alışkanlığının varlığına muhtaçtır. İşte kanunların etki yaratma gücünün ve onlara muntazaman uyulmasının gerçek nedeni, her kanunun parlamento çoğunluğunun kararı olarak bir «*Anayasaya uygunluk karinesi*» ni içermesidir.(14) Bu teori de bazı bakımlardan eleştirilmiştir. Anayasaya uygunluk karinesini «*Siyasal Spekülasyon*»(15) veya «*emir ve talimat ideolojisi*»(16) gibi polemik yanı ağır basan nitelendirmelerle reddeden görüşler bir yana bırakılırsa, tek ciddi eleştiri, gerçekte bir Yargılama Hukuku kavramı olan «*karine*» kavramının, maddi hukukta, olduğu gibi (kayıtsız şartsız) kullanılabileceğini kuşkuyla karşılayan hukukçulardan gelmiştir.(17)

Fakat şunu da unutmamalıdır ki, Anayasaya uygunluk sorunu, «*aksi ispatlanabilen bir karine*» (prêsomption simple) olarak son çözümlemede gene AYM. önünde tartışılacağına göre, yargılama hukuku kavramı olma niteliğini kaybetmemektedir. Bu suretle AYM.'nin Anayasaya uygunluk denetimi tekelinin

(13) Bkz. **R. MARCIC**, a.g.e., sh. 29.

(14) Bkz. **E. MAISCH,** Nochmals: Zur Frage der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts, NJW. 1959, sh. 1476.
Bu teori Amerikan literatüründe de egemendir: Örneğin JACKSON, Anayasaya uygunluk karinesine eserinde yer vermiştir (« presumptiorı of validity which attaches in general to legislative acts»): Bkz. **R.H. JACKSON**, The Struggle for Judicial Supremacy, N.Y., 1941, sh. 285.

(15) **G. HOFFMANN**, Die Verwaltung und das Verfassungswidrige Gesetz, İZ, 1961, sh. 201.

(16) **A. ARNDT**, Nochmals: Welche Folgen hat die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ... , NJW, 1959, sh. 2147.

(17) **H.J. WOLFF**, a.g.e., sh. 288.

bulunduğu sistemlerde, Anayasaya uygunluk sorunu, AYM.'nin önüne geldiği zaman, bu konuda diğer makamlar önünde" geçerli olan «*kaatı karine*» yani «*aksi ispatlanamaz karine*» (presomption absolue), «*aksi ispatlanabilir karine* » ye dönüşür. Lakin bu dönüşüm olayı, AYM. önünde artık kanunun Anayasaya uygunluğu karinesinin yarattığı güvenin korunması sonucunu da yaratamaz. Başka bir söyleyişle, bir kanunun Anayasaya aykırılık nedeniyle iptal edilmesinden, bu kanuna, Anayasaya uygunluk karinesine güvenerek, serbest iradeleriyle uymuş olanların zarar görmesi kabul edilemez.

b) Teorinin ulaştığı bu sonuç, gerçekte hukuk pratiğinin önemli bir zorunluğuna bağlanmaktadır ki, o da hukuk güvenliğinin korunmasıdır. Bununla beraber, «*adalet ilkesi*» bazan Anayasaya aykırı bir kanunun iptali kararının geriye yürümesini gerektirir. Hangi hallerde «*hukuk güvenliği ilkesi*» ne, hangi hallerde de «*adalet ilkesi*» ne öncelik verilmesi gerekeceği sorunu, ancak tekil olaylarda söz konusu olan çıkarların tartılmasıyla çözümlenebilir. Bu nedenle « hukuk güvenliği » ile « adalet » in karşı karşıya konması suretiyle sorun basitleştirilmiş olmamaktadır. Esasen bu ilkeler, sorunun çözümü için somut ölçütler üretilmesine olanak vermeyecek kadar geniş ve genellik taşıyan soyut ilkelerdir. Şu da var ki, hukuk güvenliği ile adalet ilkelerini birbirinin tam karşıtı gibi görmekte doğru olmaz. Hatta denebilir ki, hukuk güvenliği, ilgililerin kazanılmış hukuki durumlarının korunması anlamını taşıdığı için, adalet ilkesinin özel bir halidir.

Fakat bazan da kesinleşmiş bir hukuki durumun, tekrar ele alınarak tartışma konusu yapılmamasının ilgililer bakımından hukuk güvenliğinin korunması ile hiç bir ilgisi olmayabilir. Örneğin, Anayasaya aykırı bir kanuna dayanılarak verilen emekIilik maaşının bağlanması isteminin reddine ilişkin bir idari karar, ya da Anayasaya aykırı bir kanuna göre tarhedilen bir vergi söz konusuysa, bu hususlara ilişkin kanun hükümlerinin iptali yolundaki A YM. kararının geriye yürümemesi, ilgililerin hukuk güvenliğinin korunmasına hangi bakımdan katkıda bulunabilecektir? Aksine bu gibi hallerde iptal kararının geriye yürümesi, adaletin sağlanması bakımından gerekli görülebilir.

Öte yandan, bazı yasaklar koyan kanunlar, ilgililer hakkında, araya İdarenin bir uygulama işleminin girmesine gerek kalmadan hukuki sonuçlar yaratabileceğine göre, bu gibi hallerde ilgililer bakımından somutlaşmış ve kesinlik kazanmış bir hukuki durum söz konusu olmayacaktır. Örneğin, ilgililerin belli bir konudaki idari kararlara karşı yargı yoluna başvurmalarını yasaklayan bir kanun hükmünün, sonradan AYM Tarafından iptal edilmesi halinde, ilgililerin yargı yoluna başvurma hakkının doğduğunun kabulü, doğru bir çözüm olarak görülebilir. Bu takdirde dava süresinin, idari kararın ilgiliye bildirildiği andan değil, AYM.'nin iptal kararının yürürlüğe girdiği andan itibaren hesaplanması gerekecektir. Fakat durum böyle olmayıp ta, ilgili, yargı yolunu kapatan kanun hükmüne rağmen, yargı merciine başvurmuş ve yargı mercii de ilgilinin davasını, esasa girmeden, davanın açılması koşullarından birinin bulunmadığı gerekçesiyle baştan (iptidaen) reddetmiş olsa, gene ortada kesinlik kazanmış bir hukuki durumun bulunmadığı

ileri sürülerek, yukarıdaki çözüm şekli kabul edilebilecek midir? Bu sorunun çözümünün sanıldığı kadar kolay olmadığı kanısındayız.

Bazan iptal kararının geriye yürütülmesi de adaletin gerçekleşmesine yetmeyebilir. Örneğin orta öğrenime, ya da yüksek öğrenime paralılık esası getiren bir kanun, yürürlüğe girdikten iki yıl sonra Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş olsa, iptal kararının geriye yürümesi, hukuk güvenliğini sarsmaz, ama adaletin tam anlamıyla yerine getirilmesine de yardım edemez. Çünkü, iptal kararının geriye yürümesiyle, olsa olsa öğrenim yapabilmek için para ödemiş olanların paraları geri verilecektir, ama o parayı ödeme gücünden yoksun oldukları için öğrenim yapma olanağına kavuşamamış olanların sorunu da böylelikle çözümlenmiş olmayacaktır ki, asıl adaletsizlik bu noktada ortaya çıkmaktadır. Bunun çaresi, Anayasaya aykırı böyle bir kanunun uygulanmasını durdurmak suretiyle ilerde giderilmesi olanaksız olabilecek zararları önlemektir. Alman Federal Anayasa Mahkemesinin kuruluş ve yargılama usulünü düzenleyen 12.3.1951 tarihli kanunun 32. maddesinde «*geçici tedbir*» (einstweilige Anordnung) adı altında bir çeşit «*yürütmenin durdurulması*» yetkisi öngörülmüştür. Bu bizde de kabul edilse çok iyi olurdu.

Buraya kadar yaptığımız açıklamalarla AYM.'nin iptal kararlarının geriye yürümemesi kuralının ortaya çıkardığı problemlerin teorik planda kesin çözümlere bağlanmasının olanaksızlığını göstermeye çalıştık. Şimdi bu konuda ortaya çıkan problemlerin en tipik olanlarını ele alarak bunların çözümü için bazı pratik önerilerde bulunmak istiyoruz.

III. BAŞKA MAHKEMELERDEN İTİRAZ YOLUYLA GELEN İŞLERDE VERİLEN İPTAL KARARLARININ ETKİSİ

1. AY.'nın 153. maddesindeki geriye yürüme yasağı, katı bir biçimde uygulandığı takdirde, sadece adaletsizlik değil, aynı zamanda mantığa uygun düşmeyecek sonuçlar da yaratabilir. Bunun en tipik örneği, başka mahkemelerden itiraz yoluyla gelen AY.ya aykırılık iddialarının iptal kararıyla sonuçlanması halinde, bu kararın etkisinin geriye yürümemesi sonucunda, esas uyuşmazlığı çözecek mahkemedeki dâvanın taraflarının, elde etmek istedikleri iptal kararını elde etmiş olmalarına rağmen, bundan yararlanamayacak olmalarıdır; ki bu takdirde hem davanın tarafları, hem AY.ya aykırılık sorununu AYM.'nin önüne getirmiş olan olay mahkemesi, hem de AY.ya aykırılık itirazı yolunu kabul edip düzenlemiş olan AY. koyucu, eski deyimiyle «*abesle iştigal etmiş*», yani sonuç vermeyecek, boş bir işle uğraşmış olacaktır. 1961 AY.'nın 152. maddesinde bu konuda karşılaşılacak kuramsal engelin aşılmasına yardımcı olabilecek bir çözüm öngörülmüştü. Gerçekten, sözü edilen madde, itiraz yoluyla gelen işlerde AYM.'nin iptal değil, sadece tarafları bağlamak üzere AY.ya aykırılığın saptanması yolunda karar verebileceğini kabul etmişti. Böylece iptal niteliğini taşımayan bu karar, geriye yürüme yasağının kapsamı dışında kalacağından geçmişe etkili olabilecekti. 1982 AY.nın 153. maddesi ise artık sadece davanın taraflarına etkili olacak (inter partes) surette AY.ya aykırılık kararı vermesini de ön görmediğine göre, 1961 AY.nın 152. maddesindeki gibi «*geriye yürüme*

yasağının kapsamı dışında kalabilecek surette AY.ya aykırılığın saptanması ve bildirilmesi» biçiminde «*dêclaratif*» bir karar verilmesi söz konusu olmayacaktır. Böylece 1982 AY.'nın kabul ettiği hal tarzı, teorik plandaki sakınca ve tartışmaları arttırmış olmaktadır.

Bununla beraber gözden kaçırılmamalıdır ki, 1961 AY.'nın yürürlükte olduğu dönemde de AYM., itiraz yoluyla gelen işlerde, sahip 'olduğu « yalnız olayla sınırlı ve tarafları bağlayıcı karar verme yetkisi » ni kullanmaktan kaçınarak, herkesi bağlayıcı (erga omnes) nitelikte karar vermeyi yeğlemişti. Buna rağmen AYM.'nin bu gibi hallerde verdiği iptal kararları, AY.ya aykırılık itirazını ön mesele (meselei müstehire) , bekletici sorun yapan dâva mahkemelerince uyuşmazlık konusu olayda doğrudan doğruya uygulanmıştır. Bu konuda Danıştay'ın yerleşik içtihadına yollama yapmakla yetiniyoruz.(18)

2. Bu konuda bir başka sorun da belirmektedir: Bir kanun hükmünün AYM. tarafından iptal edilmiş olması, bu karardan önce, iptal olunan hüküm gereği yapılmış olan, bir idari iptal dâvası konusu idari işlemin de idari yargı merciince iptalini gerektirecek midir? Burada iki olasılık söz konusu olabilir:

a-Bir idari dava görülmekteyken, o davada uygulanması gereken bir kanun hükmü, başka bir vesileyle (itiraz ya da iptal dâvası yoluyla) AYM .. tarafından iptal edilmiş olabilir. Bu takdirde dâvayı görmekte olan idari yargı merciinin iptal edilmiş olan kanun hükmünü uygulamaması gerektiği savunulabilir. Nitekim Danıştay'ın yerleşik içtihadı da bu yoldadır.(19)

b-Diğer bir olasılık da şudur: AYM.'nce iptal edilen bir kanuna dayanılarak, iptal kararından önce yapılmış (ve tamamlanmış) bir idari işleme karşı iptal kararının kesinleşmesinden sonra bir idari iptal davası açılmış olabilir. Danıştay, 17.9.1968 tarihli bir kararında, böyle bir olasılık karşısında dayanağı bulunan kanun hükmü AYM. tarafından iptal edildiğine göre, iptal kararından önceki dönemlerle ilgili olsa da, dava konusu idari kararın iptal edilmesi gerektiği kanısına varmıştır.(20) Danıştay, böylelikle, AYM.'nin iptal kararının, karardan sonra idari yargı merciinde açılan (ve AY.ya aykırılık itirazını da içermeyen) davaları da kendiliğinden etkileyeceğini kabul etmiş olmaktadır ki, bu çözüm tarzının doğruluğu konusunda ciddi kuşkularımız vardır. Kanımızca, mevzuatta açık bir hüküm yokken AYM.'nin iptal kararının geriye doğru bu kadar geniş kapsamlı etki yapmasının kabul edilmesi, ister istemez belli bir zorlamayı içermektedir. Oysa bu gibi hallerde şöyle bir yol izlense, daha sağlıklı bir sonuca varılabilir : dâva mahkemesi, AYM. tarafından iptal edilmiş olan bir kanunu olayda uygulamak durumundaysa,

(18) D.5. 27.12.1963 E. 62/2199; K. 63'ü 4567, DKD. 91-92, sh. 110 ve diğerleri.

(19) D.D.K. E. 1961/59; K. 1967/1095, D.K.D. Sayı: 119-122, sh. 106 vd.: « Her ne kadar Anayasanın 152. maddesinin 3. fıkrasında ... Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının geriye yürümeyeceği belirtilmiş ise de, bu hükmün iptal kararlarının ihtilâf haline getirilmemiş muamelelere tesir etmeyeceği manasında anlaşılması gerekir.

(20) 8. D. E. 967/153; K. 1968/2783 : **Dinçer Çırakman Neciboğlu**, Danıştay Kararları (1967 1969), Ank. 1969, sh. 53 vd. (No. 107). Yüksek Mahkeme, bu kararını, Anayasanın hükümlerinin bütün Devlet organlarını bağlayacağına ilişkin Anayasa hükmüne dayandırmıştır.

bu kanun aleyhine itiraz yoluyla AYM.'ne başvurmalıdır. AYM. bu takdirde, ortada iptale ilişkin bir kesin hüküm bulunduğu gerekçesiyle, dava mahkemesini. itirazını reddedecektir. AYM.'nin, söz konusu kanunun Anayasaya aykırılığı dolayısıyla iptal edilmiş olduğu tespitini içeren bu kararı, bildirici, (dêclaratif) bir karar olarak, olay mahkemesini bağlayacaktır. Başka bir söyleyişle, itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurmuş olan dava mahkemesi, görmekte olduğu dava ile Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararı arasında bu suretle kurulmuş olan ilgi dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin, aleyhine başvurulmuş olan kanunun Anayasaya aykırılığını daha önceki bir kararına yollamada bulunarak beyan eden bu son kararını uygulamak suretiyle, Anayasaya aykırılığı hüküm altına alınmış olan kanunu dâvada nazara almayacaktır.

3. Bir başka önemli sorun da, AYM.'nin başka bir mahkemeden itiraz yoluyla gelen Anayasaya aykırılık iddiasını iptal kararına bağlamakla beraber, kararın yürürlüğe girmesini AY. nın 153. maddesine göre 1 yıl ertelediği takdirde, dava mahkemesinin nasıl hareket etmesi gerektiği sorunudur. Bilindiği gibi, bir kanunun iptali, bizim hukuk sistemimizde, onun ortadan kaldırdığı ya da değiştirdiği kanunun ya da bir hükmünün tekrar kendiliğinden yürürlüğe girmesi sonucunu yaratmaz.(21) Bunun nedeni de, iptal hükmünün geriye yürüyerek iptal edilen kanunu .baştan itibaren hükümsüz kılmasının bizim hukuk sistemimizde kabul edilmemiş olmasıdır. Bu durum, Anayasa Mahkemesinin iptal kararının yürürlüğe girmesini erteleme yetkisine sahip kılınmasının gerekçesini oluşturmaktadır. Gerçekten AYM., bazı hallerde, bir kanunu iptal etmekle beraber, o kanunun düzenlediği konunun taşıdığı önem dolayısıyla, kanunun iptal kararıyla birlikte ortadan kalkmasının yaratacağı yasama boşluğunun (vacatio legis) sakıncalarını önlemek için iptal kararının yürürlüğe girmesini erteleyebilir ve bu suretle kanun koyucuya o konuda yeni bir düzenleme yapabilmek için yeterli bir zaman bırakmış olur. Bu takdirde dava mahkemesi, erteleme kararına itibar etmeyerek davayı kanunun iptal edilmiş olmasına göre mi karara bağlayacaktır. yoksa AYM.'nin iptal hükmünü nazara almayarak, davada iptal edilmiş olan kanun hükmünü mü uygulayacaktır? Denebilir ki dava mahkemesi, bu takdirde AYM.'nin iptal kararını nazarı itibare almaz ve davayı sanki böyle bir karar yokmuşçasına çözümler; çünkü AYM., iptalin hükmünün ertelenmesiyle, bunun erteleme süresi içerisinde uygulanmamasını, kanun koyucunun bu süre içerisinde o alanı yeni bir kanunla düzenlemesini amaçlamıştır. Eğer iptal kararı başka mahkemelerce hemen uygulanacak olursa, AYM'nin amaçladığı husus gerçekleşmeyecektir ki, bu, Anayasanın ilgili hükmüne aykırı bir davranış olur.

Fakat bu görüşü ileri sürenler şu hususu unutmuş görünmektedirler: Eğer dâva mahkemesi AYM.'nin erteleme kararı nedeniyle, davada Anayasaya aykırılığı hüküm altına alınmış olan kanunu uygulamaya mecbur addedilirse, bu, iptal

(21) Daha önce de değinilmiş olduğu gibi (bkz. dipnotu 5), Avusturya Anayasası'nın 140. maddesine göre AYM., aksini kararlaştırmamışsa, iptal edilen kanunun yürürlükten kaldırdığı kanun, iptal kararının yürürlük tarihinde, tekrar yürürlüğe girer.

hükmünün geriye yürümesi yerine erteleme kararının geriye yürümesi anlamına gelecektir. Oysa bu gibi hallerde iptal asıl, erteleme ise, kararın ikinci derecede bir parçasıdır. Eğer ertelemenin geriye yürümesi kabul edilirse, bu ilişki tersine dönmüş ve iptal edilen kanun da dâva mahkemesince uygulanacağı için, temelden sağlığa kavuşturulmuş olacaktır. Bu sonuç haksız olduğu kadar, ertelemenin bir bakımdan amacına aykırı ve çelişkilidir de. Aslında Anayasa Mahkemesinin iptal kararının yürürlüğe girmesini ertelemesinin amacı, genel kapsamlı bir iptal sonucunun yaratılmasının ve o alanda kanun boşluğu doğmasının önlenmesidir, yoksa somut bir olayda iptalin göz önüne alınmaması, dolayısıyla haksız sonuçlar yaratılması değildir. Çünkü o konuda dava açmamış, Anayasaya aykırılık itirazı ileri sürmemiş olan diğer ilgililerin ilerde, yeni düzenleme yapılması sonucunda çıkarlarını korumaları şansı vardır, fakat dava açmış olup da Anayasaya aykırılık itirazı kabul edilmiş olan ilgilinin davasında iptal kararı gözönüne alınmazsa onun bakımından sorun aleyhte sonuca bağlanmış olur ve dâva mahkemesi bir kez bu konuda karar verdi mi, ilerde bu davacı bakımından sorunu tekrar ele alması olanağı da yoktur. Onun için bu durumda yapılacak şey, dava mahkemesinin de kendi vereceği kararı, Anayasa Mahkemesinin iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihe kadar geciktirmesi, bekletmesidir. Bununla beraber, iki taraflı davalarda taraflardan birinin çıkarı bu sorunun hemen çözümlenmesini gerektiriyorsa, ki bu çoğunlukla böyledir, mahkemenin bu yola başvurması da olanaksızdır.

4. Burada şu soruna da değinilmesi gerekir: Dava mahkemesinden bir bekletici sorun olarak AYM.'ne havale edilen, bir kanunun Anayasaya aykırılığı iddiası, AYM. tarafından incelenmekteyken, kanun koyucu söz konusu kanunu kaldırdığı, ya da aleyhine AYM.'ne başvurulmuş olan hükmü değiştirdiği takdirde, AYM. «konusu kalmamıştır» diyerek Anayasaya aykırılık itirazını reddedebilecek midir? Bizce, bu durumda AYM.'nin işin esasını inceleyerek Anayasaya aykırılık sorunun karara bağlaması gerekir. Esasen Danışma Meclisi Anayasa Komisyonunun 153. maddeye koyduğu « yürürlükten kaldırılan hükümler'in iptaline karar verilemez» biçimindeki ibare, MGK. Anayasa Komisyonu tarafından maddeden çıkarıldığına göre, AYM.'nin söylediğimiz şekilde hareket etmesi gerektiği kendiliğinden anlaşılır. Bu sorun şu açıdan önem taşımaktadır: kanun koyucu bir kanunu yürürlükten kaldırdığı zaman, bu kaldırmanın hükmü geriye yürümez ve kanunun, yürürlükten kaldırıldığı ana kadar doğurduğu bütün sonuçlar hukuken geçerli olur. Oysa Anayasa Mahkemesi, kaldırılan kanunun Anayasaya aykırılığına karar verdiği takdirde, itiraz yoluyla AYM.'ne başvurmuş olan dava mahkemesi önündeki davada artık bu kanunu uygulamayacaktır. Aksi halde uygulaması gerekir. Gerçekten, özellikle idari davalarda, idari işlemler, konusunu oluşturdukları davaların hükme bağlandıkları tarihteki koşullara ve mevzuata göre değil, yapıldıkları tarihteki koşullara ve mevzuata göre değerlendirilir. Bundan kaçınmak için söylediğimiz şekilde hareket edilmesi zorunludur.

5. 1982 Anayasası'nın 148. maddesinin 2. fıkrasında, bir kanunun şekil bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasının dava mahkemesi önünde ileri sürülemeyeceği

yolunda bir hüküm yer almaktadır. Bu düzenlemenin sakıncaları üzerinde ne kadar durulsa azdır. Bir kere, kanunların şekil bakımından denetlenmesi son oylamanın çoğunlukla yapılmış olup olmadığı hususu ile sınırlandırılmıştır. Şekil sakatlığını bu denli daraltmanın iptal davası bakımından yaratacağı zararlı sonuçlar bir yana, şekil sakatlığına dayalı Anayasaya aykırılık itirazının kabul edilmemesi nedeniyle büyük adaletsizliklerin doğması önlenemez. Gerçekten, bir kanunun kabulünde, son oylamada çoğunluk olmamışsa, bu kanun aslında parlamenter usullere göre kabul edilmiş bir kanun sayılamaz. Böyle bir kanunu bir ceza davasında uygulamak durumunda olan bir mahkeme, şekil noktasından Anayasaya aykırılık itirazı yoluna başvuramayacağı için, sanığa kanunun öngördüğü yaptırımı uygulamak zorunda kalacaktır. Bu suretle verilecek bir mahkumiyet karan, aslında parlamenter sistemin özünü zedelemekle kalmaz, aynı zamanda hukuk güvenliğini de temelinden sarsar. Bu nedenle 1982 Anayasası'nın bu düzenlemesi, çok isabetsiz olmuştur.

6. Anayasanın 152. maddesinin 3. fıkrasına göre, AYM. kendisine dava mahkemesince havale edilen Anayasaya aykırılık itirazı hakkında 5 ay içinde karar vermediği takdirde, dava mahkemesi davayı yürürlükteki kanuna göre karara bağlamak zorundadır. AYM.'nin Anayasaya uygunluk denetimi konusundaki tekelini esaslı surette zayıflatan ve hiç bir ülkenin Anayasa Yargısı Sisteminde bir benzerine rastlanamayacak olan bu çözüm tarzı, çok önemli bir sorunu ortaya çıkarmaktadır: bir ceza mahkemesi AYM.'nin 5 ay içinde Anayasaya aykırılık itirazını karara bağlamaması karşısında, kanunu uygulayıp mahkumiyet kararı verse, bu karar Yargıtaydan geçerek kesinleştikten sonra da AYM. kanunu iptal etse durum ne olacaktır? Bazılarınca, bu takdirde, CMUK.'nun 327. maddesindeki « yeni delil ve vâkıalar' çıkması halinde muhakemenin yenilenmesi » olanağından burada da yararlanmak gerekir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararının yeni delil ya da vâkıa kavramı içerisine sokulabileceği çok kuşkuludur. Böyle bir sonuca varabilmek için sözü geçen kavramların zorlanarak genişletilmesi gerekir. Görüldüğü gibi Anayasanın 152. maddesinin bu düzenlemesi, bazı hallerde adaletsiz sonuçlara götürebilecektir. Anayasadaki bu düzenlemenin istikrarı sağlamaya yönelik olduğu yolunda ileri sürülmüş olan sav da bizce doğru değildir.(22) Çünkü yukarıda verdiğimiz örnekte de görüldüğü gibi, AYM.'nin itirazı 5 ay içinde karara bağlayamaması nedeniyle dava mahkemesinde Anayasaya aykırı kanunun uygulanmasıyla cezaya mahkum edilen bir kişi ile, AYM.'nin 5 ay geçtikten sonra kanunu iptal etmesi sonucunda, aynı suçtan yargılanmaktayken beraat eden bir kişinin tabi tutuldukları işlemler arasındaki farklılık, istikrarsızlığın tipik bir örneğini oluşturmaktadır.

III. İPTAL HÜKMÜNÜN İDARİ İŞLEMLERE ETKİSİ :

1. Bilindiği gibi tamamlanarak kesinlik kazanmış idari işlemler Anayasa Mahkemesinin daha sonra bir iptal kararından etkilenmez. Kuşkusuz ki, bu

(22) Söz konusu sav, Anayasa Mahkemesi'ndeki bu sempozyumda sayın Ergun ÖZBUDUN tarafından ileri sürülmüştür .

kural, dâva konusu edilmemiş birel idari işlemler için geçerlidir. Aleyhine idari dava açılmış olan birel işlemlerin dayandığı kanun hükümlerinin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesinden nasıl ve hangi koşullar altında etkileneceğini daha önce söz konusu etmiş bulunuyoruz.

İdarenin genel düzenleyici işlemlerine gelince; bunlarda durum değişiktir. Şöyle ki, bir düzenleyici işlemin dayandığı kanun hükmü Anayasa Mahkemesince iptal edilmişse, bu düzenleyici işlem bir idari dava konusu yapılmamış olsa bile, iptal kararından etkilenir. Kanımızca, düzenleyici işlemlerin dayandığı kanunların yasama organı tarafından tümüyle kaldırılması halinde uygulanan « hükümsüz kalma kuralı » nın (caducite) burada da uygulanması mümkündür. Böylece, Anayasa Mahkemesi bir kanunu iptal ettiği takdirde, bu kanuna dayanılarak yapılmış olan bir genel düzenleyici idari işlem de (örneğin tüzük, yönetmelik, kararname) hükümsüz (caduc) hale gelir, kendiliğinden yürürlükten kalkar. Kanun hükmünde kararnamelerin de bu yoldan hükümsüz sayılıp sayılamayacağı, yani yetki kanunu Anayasa Mahkemesince iptal edildiği takdirde, bu kanunun verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılmış olan kanun hükmünde kararnamenin de kadük hale gelip gelmeyeceği sorusuna olumlu cevap vermek pek kolay değildir. Danıştay'ın kanun hükmünde kararnameyi idari işlem saymayan ve bu yüzden ciddi bir biçimde eleştirilen görüşü değişse bile, 1982 Anayasası'nın bakış açısı ve düzenlemeleri bakımından, bugün kanun hükmünde kararnamelerin genel düzenleyici işlemler kategorisine sokulmasının artık pek kolay olmayacağı söylenebilir.

KISALTMALAR

AY. : Anayasa

AYM : Anayasa Mahkemesi

AYMKD : Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi

D. : Danıştay Dairesi

DKD. : Danıştay Kararlar Dergisi

(24. Makale - 1985)

M. Yavuz SABUNCU

*Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine**

* Yavuz Sabuncu, "Temel Hakların Anayasal Konumu Üzerine", İnsan Hakları Yıllığı, Yıl 1985-86, Cilt 7, Sayı 1, 15-26.

M. Yavuz SABUNCU*

TEMEL HAKLARIN ANAYASAL KONUMU ÜZERİNE

Anayasaların genel olarak toplumsal - siyasal yaşamın hukuki çerçevesini çizdiği söylenir. Bu, toplumsal ve siyasal yaşamın anayasa tarafından belirlendiği anlamına kuşkusuz gelmez. Anayasa kurallarının bir ülkedeki somut gerçeklikten kopuk bir varlıkları yoktur. Ama belirleyici olmasa bile, anayasanın (anayasa hukukunun) varolan toplumsal - siyasal ilişkileri etkileyici bir gücü de vardır. «Anayasanın normatif gücü» diyebileceğimiz ve bir ölçüde «devlet yaşamının hukuk tarafından şekillendirildiği» fiksiyonuna dayanan bu güç[1] «emredici hukuk kaideleri toplamı»[2] olarak anlaşılması gereken «anayasa» kavramında içerilmiştir. Çünkü anayasa tarafından oluşturulan «hukuki» yapı, mevcut toplumsal/hukuki ilişkileri aşan bir «meşru» düzeni de ifade eder. Dolayısıyla anayasalar varolan ilişkilerin bir aynası olmaktan öteye, aynı zamanda «olması gereken»i de belirten ve devlet gerçekliğinin oluştuğu güçler alanını etkileme savını içeren metinlerdir. Bu nedenle anayasa kurallarının özü, somut gerçeklikte etkili olmaya, anayasanın «normativite»sinin «kural» haline gelmesine dayanır.[3]

Bu husus temel haklara ilişkin normlar açısından ayrı bir önem de kazanır. Çünkü insan haklarına ilişkin kuralların anayasalarda yer almasıyla birlikte, bunlar yalnızca kişilere «hak» sağlayan kurallar olmayı aşıp, aynı zamanda hukuk düzeninin objektif üstün kuralları niteliği de kazanırlar ve norm ile gerçeklik arasındaki gerilimin çok güçlü olduğu bir alanı oluştururlar. Bu nedenledir ki, gerçekliği olabildiğince etkileyebilmek amacıyla, özellikle insan haklarının «kural» haline gelemediği ülkelerde, anayasalarda hak ve özgürlükler çok kez ayrıntılı hükümlere bağlanmıştır.

Temel haklarla ilgili tüm değerlendirmelerde, bu hükümlerin ikili karakterini göz önünde tutmak gereklidir. Gerçekten de, temel haklar bir yandan bireysel yaşamı - tarih içinde **özellikle** tehdit altında olduğu görülen alanlarda- güvence altına alan «statü hakları» niteliğinde görülürler, öte yandan böylece güvence altına alınan yalnızca bireyin hakları değil, aynı zamanda toplumsal açıdan önem atfedilen bazı alanlardır da. Bunun tipik bir örneğini seçme ve seçilme haklarında

* **Doç. Dr., A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi.**

1 Konrad Hesse. **Die normative Kraft der Verfassung, J.B.** Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1959, s. 6.

2 Orhan Aldıkaçtı, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası,** İÜHF Yayını, 4. Bası, İstanbul, 1982, s. 5.

3 **Bkz.** Peter Haberle, **Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz,** Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1972, s. 44.

görürüz. Bu hakların çağdaş ilkeler çerçevesinde garanti edilmesi, aynı zamanda belli bir iktidar oluşumu modelinin güvence altına alınması demektir.[4] Aynı şekilde basın özgürlüğü, mülkiyet ve miras hakkı, bilim özgürlüğü ya da sözleşme özgürlüğü gibi hak ve özgürlükler de kurumsal yönü özellikle öne çıkan ve birey-devlet ilişkisine indirgenemeyecek hak alanlarını güvence altına alırlar.[5] Başka bir deyişle, aslında tüm temel haklar, kişiler açısından bakılınca «hak», toplumsal ilişkiler açısından bakılınca ise - şu ya da bu ölçüde - «kurum güvencesi» niteliği gösterir ve anayasa düzeninin kurucu unsurlarını oluştururlar.[6]

Öte yandan gerek 1961 gerekse 1982 Anayasalarında yer alan ve anayasa hükümlerinin «yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını (ve diğer kuruluş) ve kişileri» bağlayan temel hukuk kuralları olduğunu belirten hüküm, temel hakların da hukuk düzeninin objektif üstün kuralları olarak ele alınmasını açıkça zorunlu kılıyor. Bu kural, anayasada yer alan diğer normlar gibi, temel haklara ilişkin kuralların da tüm hukuk düzenini etkileyeceğini ve yalnızca kural koyucu organlar açısından değil, hukuk normlarını uygulayanlar, yorumlayanlar ve kişiler açısından da bağlayıcılığın pozitif temelini oluşturmaktadır. Bu hükümden kaynaklanan ve «yatay etki» denilen «temel hakların üçüncü kişilere karşı korunması, yukarda değindiğimiz, temel hakların «objektif hukuk kuralı» olma özelliğinin doğal bir yansımasıdır. Temel haklar yalnızca «devlete yönelik» olarak anlaşıldıkları sürece - devletin bu alanda «pozitif» yükümlülükleri olduğu kabul edilse bile - kamu hukukunun dışında etkili olamazlar ve «yatay etki »den sözedilmesine olanak kalmaz.[7]

Temel hakların değindiğimiz bu iki yönü birbirinden ayrılabilen nitelikler değildir ve birlikte temel hakkı oluşturur. Temel hak normlarının koruduğu hem kişilerin hakları, hem de güvence altına alınan toplumsal alanlardır. Dolayısıyla temel

---

4 Gerçekten de «seçme ve seçilme hakkı bireysel özgürlüğün bir ifade biçim olarak görülemez. Tek tek kişiler açısından bakılınca, seçimlere katılma sonuçsuz kalacak bir harekettir. Üstelik özgürlüğün 'aleniyet' gerektirmesine karşın, gizli gerçekleştirilen bir davranıştır.» Bkz. Niklas Luhmann, **Grundrechte als Institution,** Duncker und Humblot, Berlin, 1965, s. 148.

5 1961 ve 1982 Anayasalarının Temel Haklar bölümünde yer alan basın araçlarının korunmasıyla ilgili madde ile «siyasi partiler demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır» diyen hüküm ve «Ailenin Korunması» maddesinde yer alan «Aile Türk toplumlunun temelidir» ifadesi temel hakların bu yönünü açıkça vurgulayan hükümlerdendir.

6 Gerek 1961, gerekse 1982 Anayasalarında hukuk devletinin bazı ilkeleri birer «hak» şeklinde düzenlenmiştir. Federal Almanya Anayasasında ise temel haklar bölümünde yer almayan bazı hukuk kuralları (örneğin olağanüstü mahkeme yasağı) «temel hak benzeri» kabul edilir ve temel haklarla aynı etkiye sahiptir. Bkz. Theodor Maunz, **Deutsches Staatsrecht,** Verlag C.H. Beck, München 1973 (19. Auflage), s. 281-283. Anayasa Mahkememiz de «cezaların kanuniliği ve şahsiliği temel ilkeleri Anayasanın 33. maddesinde gerek kişi ve gerekse toplum yönünden birer güvence olarak yer almıştır» diyerek temel hakların «kurumsal» yönüne işaret etmektedir. Bkz. **AMKD** C. 9, s. 409.

7 Bkz. Konrad Hesse, **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland,** Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1973 (6. **erg.** Auflage), **s.** 115- 119 ve s. 145-149; Konrad Hesse, «Grundrechte: Bestand und Bedeutung», in: **Handbuch des Verfassungsrechts,** Hrsg. von Ernst Benda/ Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel, Walter de Gruyter, Berlin, 1983, s. 95 ve s. 102. Bu alandaki çok ayrıntılı bir çalışma için bkz. Walter Leisner, **Grundrechte und Privatreçht,** Verlag C.H. Beck, München, 1960. Leisner «yatay etki»nin fikri hazırlıklarını «Weimar» döneminin temel hak teorilerinde (Kelsen, Schmitt, Smend) saptıyor. Bkz., a.g.e., s. 59-73. Türk hukukunda yatay etki için bkz, Bülent Tanör, **Anayasa. Hukukunda Sosyal Haklar,** May Yayınlan, İstanbul, 1978, s. 258-282.

hakların kurumsal yönüne işaret ederken, bunların «sübjektif» hak yönünü ihmal etmek mümkün değildir.[8] Bizim yapmak istediğimiz, temel hakların ikili karakterini vurgulamaktır. Böylece temel hakların toplumsal işlevini ve devlet - birey ilişkisini aşan yönlerini anlamak kolaylaşacaktır. Çünkü sorunu yalnızca bireysel düzeyde ele almak, temel hakları «talep hakkı» kavramı çerçevesinde değerlendirme sonucunu doğurmaktadır. Böyle olunca da, bu kavram çerçevesine girmeleri normatif yapıları nedeniyle pek mümkün görülmeyen temel hakların etkisi sorunu - ki bunlar genellikle sosyal haklardır - çözülmesi zor bir niteliğe bürünmektedir. Çözümün genellikle - «realist» bir yaklaşımla- bu tür düzenlemelerin fazla ciddiye alınmaması biçiminde ortaya çıktığını söylemek de pek yanlış sayılmaz.

Böyle bir çözümün «anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı» temel ilkesiyle bağdaşmayacağı açıktır. Anayasada yer alan normların tümünü hukuk düzeninin objektif üstün kuralları olarak ciddiye almak ve -kişilere talep hakkı sağlasın ya da sağlamasın - etkilerinin optimal düzeyde gerçekleştirilmesine çalışmak, öncelikle yasama organı olmak üzere, yargı ve yürütme organına da düşen anayasal bir sorumluluk olarak görülmelidir. Başka bir deyişle, tüm temel hak kurallarının normatif gücü -farklı normatif yapıları nedeniyle etki biçimleri farklı olsa dahi- öz olarak aynı kabul edilmelidir. Aksi bir anlayış, anayasayı bir «yasa» değil, fakat bir «program» olarak ele almak anlamına gelir ki, anayasanın üstünlüğüne ters düşecek böyle bir yaklaşımın, devletin temel kuruluşuna ilişkin hükümler dahil, anayasanın tümüne sirayet etmesi bir bakıma kaçınılmaz olur.

Temel hakların anayasa kuralı olması, tıpkı diğer anayasa kuralları gibi, bunların hükme bağladığı durumların da somut gerçeklikte oluşmasının istenmesi demektir. Anayasa temel hakları tanıdığı ölçüde, bu hükümlerin «kural» olması amaçlanmış olmakta ve «optimal etkilerinin sağlanması» anayasal bir zorunluk olarak belirmektedir. Bu açıdan devlete ikili bir görev düşmektedir. Devlet bir yandan temel hakları ihlal etmekten kaçınacak, öte yandan düzenleme yoluyla bunları somutlaştıracaktır. Doğaldır ki, devletin konumu her temel hakkın niteliğine göre farklı olacak, klasik haklar alanında **daha çok** «hak ve özgürlükleri zedelememe» ile yükümlü olan devlet, sosyal haklar alanında «somutlaştırma» işlevini yüklenecektir.

Günümüzde haklar ve özgürlükler kataloğunun genişlemesi, temel hak normları ile bu hakların gerçekleştirilmesi sorununun çerçevesini bir hayli genişletmiştir. Ancak bu genişleme yalnızca sosyal haklar ve benzerlerinin ortaya çıkmasının bir sonucu değildir.[9] Klasik hak ve özgürlükler, alanında da, bireyin konumunun

8 Temel hakların objektif yönünü vurgulayan görüşlere «Weimar» döneminin - temel hak normlarının «hak» yönünü arka plana atan (Schmitt) - anlayışını çağrıştırması nedeniyle yöneltilen, liberal eleştiriler ve geniş (bir yatay etki anlayışına karşı çıkanlar) için bkz. Konrad Löw, **Die Grundrechte,** Verlag Dokumentation, München, 1977, s. 20-22; Ekkehart Stein, **Staatsrecht,** J.C. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976, s. 249-252; G. Leibholz/HJ. Rinck, **Grundgesetz** (Kommentar), Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 1975, Vorbem. zu Art. 1

9 Belirtmek istediğimiz bir nokta da, sosyal hakların -hangi etken ve saiklerle olursa olsun - anayasaya girişleriyle birlikte «anayasal örgütlenmenin tanımı hakkında bir gösterge» oluşturduklarının unutulmaması gereğidir. Bu olgu -yine Favoreau'nun sözleriyle- «belirli bir seçimin yapıldığını,

yalnızca «müdahaleden uzak kalabilme» sorunu olmayı aştığı görülmüş, kişinin «özgür ve özerk» olarak yaşamını gerçekleştirmesinin, bireyin yalnızca bir bölümüne egemen olabildiği pek çok koşula bağlı olduğu gerçeği kabul edilmiştir. Bu nedenle klasik haklar alanında da devlet, bireyin kendi koşullarına egemen olmasına yönelik «birşeyler yapma» sorumluluğunu üstlenmektedir. Böylece temel haklar alanında «pozitif» bir işlev de yüklenen devlet, haklar ve özgürlüklerin potansiyel bir karşıtı olmanın yanı sıra, onların koruyucusu ve destekleyicisi bir konuma yerleştirilebiliyor. 1961 Anayasasının 10. maddesinde, 1982 Anayasasının ise «Devletin Temel Amaç ve Görevleri» başlığını taşıyan 5. maddesinde yer alan ve devlete «kişinin temel hak ve hürriyetlerini... sınırlayan engelleri kaldırma» ve «insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları» hazırlama görevi yükleyen hüküm bu hususu açıkça ifade ediyor.

Bu hüküm temel hak ve özgürlükleri bir bütün olarak gören içeriği «Sosyal ve Ekonomik Hak ve Ödevler» bölümünde getirilen düzenlemelerin değerlendirilmesine de ışık tutmaktadır. Ancak bu başlık altında toplanan hükümler bir homojenlik göstermiyorlar. Bu bölümde yer alan kuralların bazılarının hukuki etkisi (doğrudan uygulanabilirlik) klasik haklara benziyor. Bir kısım sosyal hakların (çalışma hakkı, sağlık hakkı, çevre ve konut hakkı gibi) içerdikleri norm programlarının gerçekleşmesi ise ancak devletin bu alanlarda yasal sorumluluk üstlenmesi ile mümkün olabilir. Bir de program kurallar denen hükümlerle, devlete görev yükleyen düzenlemeler var.[10] Doğrudan uygulanması söz konusu olmayan bu hükümler, özellikle sosyal devlet ilkesiyle birlikte düşünülürse, devletin «faal» olmasını gerektiriyorlar ama, bu faaliyetin somut biçimi esas olarak siyasal sürecin işleyişine bırakılmıştır. Devleti -yasa koyucuyu - bu alanlarda sorumluluk üstlenmeye **hukuken** zorlamak ise pek mümkün görülmüyor.[11] Ancak bu tür düzenlemelerin kişilere doğrudan «talep hakkı» sağlamamaları, bunların üstün hukuk kuralları olmaları gerçeğini de ortadan kaldırmamaktadır. Başka bir deyişle, özellikle anayasa yargısının kabul edildiği bir ülkede,[12] bunların hukuki bağlayıcılığı olmayan ve yalnızca «siyasi bağlayıcılık» ifade eden hükümler olduğunu ileri sürmek doğru olmaz.[13]

---

klasik anlamda liberal toplumun reddedilip, sosyal bir toplum ya da devletin yeğlenmiş olduğunu» gösterir. Bkz. «Seminer'in Genel Değerlendirmesi», **Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Haklar ve Ödevler,** Uluslararası seminer, İ.İ.T.İ.A. Yayını, İstanbul, 1982, s. 532- 533. Bu nedenle sosyal kuralları «kişi özgürlüğünün «sosyalde tamamlanması olarak görmek doğru olabilir, ama yetersizdir. Kaldı ki, bu kuralların «kişi özgürlüğü kavramının klasikleşmiş «otorite-serbestî» karşıtlığı çerçevesinde ele alınamayacak yönleri ağır basmaktadır.

10 Bu ayrım için bkz.- Bülent Tanör, **a.g.e.,** s. 189-195; ayrıca bkz. Jean Rivero, «Çağdaş Anayasalarda Ekonomik ve Sosyal Temel Haklar ve Görevler», y.a.g.e., s. 33-48.

11 Erdoğan Teziç, «Prof. Favoreau'nun 'Ekonomik ve Sosyal Hakların Anayasalarda Korunması' ile İlgili Tebliği Hakkında Yorum», **y.a.g.e., s. 499;** aynı yönde Bakır Çağlar, «Luis Favoreau'nun Raporunu Okurken. Dört Problemi Yeniden Düşünmek», (Yorum), **a.g.e.,** s. 508

12 Toplumsal - siyasal gerçekliğin anayasaya uygun hale getirilmesinin başlıca hukuki aracı olan anayasa yargısı anayasa hükümlerinin -şu ya da bu ölçüde- müeyyideye bağlanması sonucunu veriyor. Bkz. Walter Leisner, **Vonder Verfassıngsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzsnäßigkeit der Verfassung,** J.C. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1964, s. 1-3. Bu olgu anayasanın toplum yaşamındaki önemini de doğal olarak arttırmaktadır.

13 Bkz. «Seminer'in Genel Değerlendirmesi», (Turan Güneş'in açıklamaları), y.a.g.e., s. 537.

Yinelemek pahasına da olsa, anayasa kurallarının «etki ve değer bakımından hep aynı nitelikte», yani «üstün, bağlayıcı hukuk kuralları»[14] olduğunu bir kez daha belirtmek istiyoruz. Anayasanın temel haklara ilişkin **tüm** kurallarının hukuki etkisi bu olgu gözönünde tutularak ele alınmalı ve «anayasanın bütünlüğü» çerçevesinde araştırılmalıdır.[15]

«Anayasanın bütünlüğü» ilkesi bu hükümlerin herşeyden evvel anayasanın diğer kurallarının yorumlanmasında etkili olmasını zorunlu kılar. Çünkü bu ilke «anayasa normlarının birbirlerine ters düşmeyecek biçimde» anlaşılmasını, başka bir deyişle «bir maddenin anlamının tesbit ve yorumlanmasında bütün anayasayı dikkate almayı» gerektiriyor.[16] öte yandan «anayasanın bağlayıcılığı» ilkesi bu kuralların yasamanın 'takdir yetkisinin denetiminde önemli bir işlev görmelerine de imkan veriyor. Yasamanın yaptığı düzenlemelerin anayasanın - bu kurallarla - belirlediği yönden sapması durumlarında «anayasaya aykırılığın» ortaya çıkacağına kuşku yok. Temel hakları etkileyen düzenlemelerin anayasaya uygun sayılmalarında da bu hükümlerin ihmal edilemeyecek düzeyde etkisi görülebiliyor.[17] Öte yandan bu kurallar «eşitlik» ilkesinin desteğiyle devletten «birşeyler isteme» imkanını da sağlayabilirler. Örneğin kurulu sosyal güvenlik sisteminin ya da mevcut iş yasasının düzenlemesi dışında bırakılan kişilerin bu alanda devletin «eşitlik» gereğince davranmasını talep etmesi[18] ve mevcut yasal düzenlemenin iptalini sağlayarak, yasakoyucuyu bu yönde bir işlemde bulunmaya zorlaması söz konusu olabilir.[19]

---

14 Bkz. **AMKD** Ç. l, s.471.

15 Bu alanda yapılan ayrıntılı bir çalışma için bkz. Bülent Tanör, **a.g.e.,** s. 227- 381. Bu konuda yapacağımız açıklamaların bu çalışmanın ötesine geçebilecek önemli bir yenilik getirmediğini belirtmek isteriz.

16 Konrad Hesse, **Grundzüge,** s. 28; Orhan Aldıkaçtı, **a.g-e.,** s. 5. Anayasa Mahkememizin «Anayasanın bütünlüğü»nü vurgulayan bazı kararları için bkz. **AMKD** C. 5, s. 16; **AMKD** C. 9, s. 142; **AMKD** C. 13, s. 151.

17 Tanör bu kuralların «yasamanın anayasaya uygun düzenlemede bulunma ödevi»nin denetimi bakımından işlevlerini «ölçü-norm» ve «destek - norm» değerine sahip olmaları biçiminde özetliyor. Bkz. Bülent Tanör, a.g.e., s. 339-340.

18 Bu bir bakıma «eşitsiz davranmadan korunma» talebi olarak da görülebilir. Bu nedenle de Anayasanın «Sosyal ve Ekonomik Hakların Sınırı» başlıklı 65. maddesinin (1961 M. 53) kapsamında ele alınmaya uygun değildir. Bu durumda bir «eksik düzenleme» değil, «anayasaya aykırı düzenleme» söz konusu olacaktır. Dolayısıyla Anayasa Mahkememizin «Yardımsevenler Derneği atelyelerinde» çalışanları, işçi olmalarına karşın, İş Yasasının kapsamı dışında tutan hükmü «eksik düzenleme» kavramı çerçevesinde ele alıp, iptal talebini «bir kuralın uygulama alanının genişletilmesi amacıyla değiştirilmesini sağlamak için iptali istenemez» gerekçesiyle reddetmesi yerinde sayılamaz. Bkz. **AMKD** C.20, s. 55-56. Aynı gerekçe için bkz. **AMKD** C. 1, s. 449.

19 Anayasa Mahkemelerinin «eksik» düzenleme gerekçesiyle bir yasa hakkında iptal kararı vermekten kaçınabileceği, çünkü böyle bir durumda -doğrudan uygulanmanın söz konusu olmadığı hallerde- yasayla düzenlenmiş haktan yararlananların, o haktan mahrum olmaları sonucunun ortaya çıkacağı söylenebilir. Bkz. Erdoğan Teziç, a.g.e., s. 498. Belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkememizin sahip olduğu «iptal kararının yürürlüğünü bir yıla kadar erteleme» imkanı -1982 Anayasası yasama sürecini de basitleştirdiğine göre- bu konuda «isteksiz» davranmanın gerekçesini ortadan kaldırmaktadır. Anayasa Mahkememizin bu hükümler açısından yasamanın takdir hakkını sınırsız gibi görmesi (bkz. Bülent Tanör, a.g.e., s. 378-381) anlaşılabilir nedenlere dayansa bile, «o halde bu düzenlemelerin Anayasada yer almasının sebebi nedir?» sorusunu kaçınılmaz olarak akla getiriyor.

Bu noktada değinilmesi gereken bir husus da «anayasaya uygun yorum» ilkesidir. Özellikle Federal Almanya'da uygulama alanı bulan bu ilke, anayasaya aykırılığı «apaçık» olmayan bir yasanın anayasaya uygun olarak yorumlanıp, yorumlanamayacağının araştırılması anlamına geliyor. Bu araştırmanın vermesi beklenen sonuç «birden çok anlama gelen» ya da «belirsiz» olan yasa hükümlerinin «anayasanın içeriği» ile belirlenmesidir. Böylece anayasa hükümleri «denetim ölçütü» olmanın yanı sıra «yasaların içeriklerini belirleyen» bir nitelik de edinmiş oluyorlar.[20] O halde temel haklara ilişkin tüm kuralların bu biçimde yasaları doğrudan etkilemeleri de söz konusu olabilecektir.

Hak ve özgürlüklerin pozitif anayasa kuralları halinde düzenlenmesi, yasa koyucunun bu alandaki faaliyetleriyle -basit yasalarla- temel hakların «temel kural» olma özelliğini etkileyememesi, onları istisna haline getirememesi anlamına da gelir. Temel hakların - anayasadan kaynaklanan - «normatif gücü», onların sayısız hak sahibi tarafından somut bir biçimde gerçekleştirilmelerini gerektirir, çünkü tüm hukuk kuralları gibi, temel haklar da kullanılabilme ile yaşama kavuşurlar. O halde temel haklar, yasakoyucunun faaliyeti ile toplum ve birey açısından «pratik» değerini kaybetmemeli, etkisiz kalmamalıdır.

Bu noktadan hareketle, bir temel hakkın anayasa güvencesine bağlanmasının, o hakkın kullanılmasından beklenen toplumsal işlevi yerine getiremeyecek ölçüde sınırlanmasına - başlıbaşına - engel olacağını söyleyebiliriz, öte yandan, temel hakların anayasada yer alması kişiye doğrudan ya da dolaylı biçimde bir «hak» sağlamaya yönelik olduğuna ve «anayasa bir hak ve hürriyete kişinin sahip olduğunu belirttikten sonra... bu hak ve hürriyeti ortadan kaldıracak sonuçlarsa cevaz veremeyeceğine göre,[22] anayasal tanıma toplum ve birey açısından «temel hak normunun varlık nedeni olan vazgeçilmez bir çekirdeği»[23] de garanti ediyor demektir.

Bu, kuşkusuz, temel hakların «asla sınırlanmaması gerektiği» anlamına gelmez, ama sınırlanabilir olmaları da, temel kurallar olarak güvence altına alınmış oldukları gerçeğini unutturmamalıdır. Bu nedenle anayasanın temel hakların sınırlanmasına yetki vermesi, temel hakların gerçekleştirilmesi amacıyla birlikte ele alınmalı ve bir alandaki sınırlama hep o temel hakkın koruduğu alanın bireysel ve toplumsal yaşam açısından taşıdığı önem çerçevesinde düşünülmelidir.[24] Başka bir deyişle, devlete verilen sınırlama **yetkisi**, devlete yine anayasa ile yüklenen «temel hakları sınırlayan engelleri kaldırma» **görevi** ile birlikte ele alınmalı, temel haklar

20 Bu ilke Federal Anayasa Mahkemesine göre, yasanın «lafzına ve anlamına» ve «yasa koyucunun hedefine» ters düşecek yorumlara imkan vermemektedir. Bkz. Konrad Hesse, **Grundzüge,** s. 31-34. Bu nedenle, bu ilkeyi siyasal organların iradesine olabildiğince saygı göstermek amacıyla mahkemenin «kendi kendini sınırlaması» (self-restraint) olarak görmek doğru olur. Bkz. Wolf-Dieter Eckardt, **Die verfassungskonforme Gesetzes-auslegung**, Duncker und

22 Orhan Aldıkaçtı, a.g.e., s. 170. Aldıkaçtı bu görüşten hareketle 1961 Anayasasında yer alan «öz güvencesi»ni gereksiz bir tekrar saymaktadır.

23 Fazıl Sağlam, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, AÜSBF** Yayım, Ankara, 1982, s. 156. Ayrıca bkz., a.g.e., s. 146-155.

24 Bkz. **BVerfGE** 17, s. 108.

devlet tarafından «sınırlanması gereken» değil, fakat «gerçekleştirilmesi gereken» üstün hukuk kuralları olarak görülmelidir. Kaldı ki, sınırlama sorunu yalnızca devlet-temel haklar karşıtlığı çerçevesinde düşünülmesi gereken bir mesele de değildir. Devletin çatışan temel hak alanlarında teknik anlamda sınırlama yetkisini kullanması, aslında temel hakların etkilerini arttırıcı sonuçlara da yönelik olabilir. Bunun düşünülebilecek tipik örnekleri olarak Çalışma ve Sözleşme Özgürlüğü ile Sendika, Grev ve Toplu Sözleşme Hakkı veya Basın Özgürlüğü ile Düzeltme ve Cevap Hakkı akla gelebilir. Basın Özgürlüğünün ya da Sözleşme Özgürlüğünün korunabilmesi için Mülkiyet Hakkını sınırlayan anti-tekelci düzenlemeler yapılması ise sık görülen durumlardandır.[25] Anayasanın temel hak alanları arasındaki ilişkileri **bütünüyle** düzenleyemeyeceği düşünülürse, yasakoyucunun bunun gibi pek çok alanda teknik anlamda bir sınırlama olarak görülebilecek düzenlemeleri, temel hak normlarının içeriklerini belirleyici bir nitelik taşıyabilecektir. Doğaldır ki, yasakoyucu hakların içeriğini belirleyici bu tür düzenlemelerinde tamamen serbest değildir. Bulunan çözümün her temel hak normuna «optimal etki»yi sağlayacak biçimde gerçekleşmesi gerekecektir.[26]

Yazımızın başından beri vurgulamaya çalıştığımız, hak ve özgürlüklere ilişkin kuralların hukuk düzeninin objektif üstün kuralları olarak algılanması gereği, aslında insan hakları geleneğinin başından beri önemli bir yönünü oluşturmuştur. Bu hususun arka plana düşmesi ve «sübjektif» talep hakkı kavramının öne çıkması, temel hakları devlet-kişi ikilemi içinde alan doğal hukukçu-bireyci teorinin bir ürünüdür. Bu ise siyasal gücün bölünmüşlüğüne ve hakların ve sorumlulukların geleneksel kurallar ya da sözleşmelerle belirlenmişliğine dayanan feodal rejimlerin yerlerini «mutlak» yönetimlere bırakmasına bir tepkiyle yakından ilişkilidir.[27] «İnsanın insan olarak doğuştan bazı hak ve özgürlüklere sahip olduğu» savından hareket eden bu anlayış, temel haklar sorununu kaçınılmaz olarak devlet-özgürlükler karşıtlığı içinde ele almak durumundadır.[28] Böylece adeta «sabit güç toplamı» varsayımı çerçevesinde ele alman devlet-temel haklar karşıtlığı, bir tarafın «kazandığı» ölçüde, öteki tarafın o ölçüde «kaybettiği» varsayımına oturtuluyor.[29]

25 1982 Anayasası «piyasalarda -fiili ve anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme» ödevini devlete açıkça yüklemektedir.

26 Bkz. Konrad Hesse, **Grundzüge,** s. 133.

27 Bu konuda bkz. Walter Leisner, **Grundrechte,** s. 3-29 ve s. 38-51.

28 Bu yaklaşım liberal geleneğin olmadığı ülkelere geniş bir temel hak anlayışının devletin «aşırı» zayıflatılması sonucunu vereceği biçiminde yansıyor. Bunun nedeni «devlet gücü» kavramının adeta «fiziki zor» anlamında algılanmasıdır. Liberal anlayış, modern toplumlarda geçmişte devlet - dışı olan alanlarda da devletin planlayıcı, yönlendirici ve hizmet verici bir işlev edinmesinin ve böylece bireyin devlet faaliyetlerine bağımlılığının artmasını kişi özgürlüğünün tehlikeye düşmesi olarak değerlendiriyor. Varsayılan «sosyal devlet» ile «hukuk devleti» antinomisi bu düşünceden kaynaklanıyor. Liberal geleneğin eksik olduğu Türkiye gibi ülkelerde ise «güçlü devlet» kavramının sosyoekonomik görevler yüklenmiş, «genişlemiş» bir devleti değil, fakat bireyler üzerinde «dilediğince»tasarrufta bulunabilen bir devlet anlayışının ifadesi olduğu görülüyor. Çatıştığı varsayılandeğerler ise «hukuk devleti» ile «devlet otoritesi» olarak beliriyor.

29 Luhmann doğal hukukçu - bireyci teorinin bu «tek yanlılığını eleştirirken «sabit güç toplamı» anlayışının «potansiyel karşıtların her ikisinin de gücünü aynı anda arttırabilen, yani karşılıklı etkileşimi güçlendiren kurumların varlığı halinde» yanlış sonuçlar vereceğini belirterek, temel hakların «hem devlet, hem de vatandaş açısından ortak kazanım» olabileceğini vurguluyor. Bkz. Niklas

Halbuki temel haklar ve devlet her alanda birbirini sınırlayan değerler olarak ortaya çıkmayabilir. Aksine temel hakların gerçekleştirilmesi ve korunması «işlevsel» olma anlamında güçlü bir devleti de gerektirir. Ancak bu «güç» olabildiğince yaygın ve otoriter bir devlet aygıtının varlığına değil, «vatandaşlarının olabildiğince büyük bir bölümünün - sürekli olarak yeniden sağlanması gereken - özgür bir onayına» bağlı olarak düşünülmeli ve toplumsal düzeyde «bütünleşme»yi sağlama ve bunun maddi temelini kurabilme ile ölçülmelidir.[30] Öte yandan, temel hakların, anayasa düzeninin kurucu unsurları olarak devlete «meşruiyet» kazandıracakları ve bu nedenle de temel hakların güçlendirilmesinin sonuç olarak devletin yararına olacağı söylenebilir.[31]

* * *

Bu çalışmanın çerçevesi içinde temel hakların toplumsal sistem açısından işlevlerinin boyutlarını tartışmak kuşkusuz mümkün değil. Burada amacımız, temel hakların «çok yönlü işlevselliğine işaret etmek, yani bu işlevin «devlet-birey» çatışmasında kişinin korunmasından (devletin sınırlanmasından) ibaret olmadığını belirtmektir.[32] Bu kavram, temel hakların toplumsal sistemin her düzeyinde farklı işlevler yerine getirdiğini ve özgürlükçü-demokratik bir sistemi güvence altına almak isteyen bir yaklaşımın temel hakların bu farklı işlevlerini kapsayan bir değerlendirmeyi yapmak durumunda olduğunu ifade ediyor.[33] Hukuk dogmatiği ile sosyolojik analiz arasında böyle bir bağlantının kurulabilmesinin yolu ise temel hakları «kurum» olarak değerlendirmeden geçmektedir. Bu bağlantı temel haklar dogmatiğine «koruma-sınırlama ikileminden kurtulma, temel haklar sorununun karmaşıklığını ve özgürlüğünü kavrama» olanağını sağlayabilecektir.[34] Temel hakların toplumsal işlevinin - objektif hukuk kuralı olarak tüm toplumsal düzeylerde ifade ettiği değerin açıklığa kavuşturulamaması halinde ise, yalnızca «insanın yaradılışı itibariyle irade sahibi, hür ve sorumlu tek gerçek varlık» olduğu varsayımına dayalı bir anlayışla «insan haklarına saygı»yı gerçekleştirmek daha zor olabilecektir.

Luhmann, **a.g.e.,** s. 43.

30 Weimar (ve Bonn) dönemi anayasa hukukçularından Rudolf Smend'in «bütünleşme kuramı» için bkz. Niklas Luhmann, **a.g.e., s. 43-52;** Walter Leisner, **Grundrechte,** s. 66-73; Helmuth Willke, **Stand und Kritik der neucren Grundrechtstheorie,** Duncker und Humblot, Berlin, 1975, s. 115-118 ve s. 163-165.

31 Konrad Hesse, «Grundrechte», a.g.e**,,** s. 105.

32 Doğal hukukçu - bireyci temel haklar teorisi devletin, kişilerin haklarının desteklenmesi ve çıkarlarının korunması açısından önemini tamamen gözardı etmiş değildir. Ancak bu yaklaşım «çatışma durumumu ön plana çıkardığı için, bakış açısı doğal olarak temel hakların «koruyucu işlevi»nde odaklanmaktadır.

33 Bkz. Helmuth Willke, a.g.e., s. 204.

34 Bkz. Niklas Luhmann, a.g.e., s-201-216; Helmuth Willke, a.g.e., s. 229-243.

(25. Makale - 1986)

Yılmaz ALİEFENDİOĞLU

*Anayasa Mahkemesinin İşlevsel Yönü**

---

* Yılmaz Aliefendioğlu, "Anayasa Mahkemesinin İşlevsel Yönü", Amme İdaresi Dergisi, Yıl 1986, Cilt 19, Sayı 1, 23-54.

ANAYASA MAHKEMESİNİN İŞLEVSEL YÖNÜ

Yılmaz ALİEFENDİOĞLU*

GİRİŞ

Anayasa Mahkemesinin 22.4.1962 günlü, 44 sayılı kuruluş yasasının Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girdiği 25.4.1962 gününden itibaren 24 yıl geçmiştir. Bu süre, normal bir kuruluşun yaşamında pek uzun sayılmasa bile, Anayasa Mahkemesi gibi, devlet yaşamının tarihsel sürecinde çok önemli bir yer almış, anayasal düzenin kollanması ve korunması, Anayasanın üstünlüğü ilkesine işlerlik kazandırılması görev ve yetkileriyle donatılmış bir Mahkemenin kendisini kamu oyuna kabul ettirebilmesi açısından önemli bir zaman bölümüdür. Anayasa Mahkemesinin, Cumhuriyetin niteliklerini oluşturan lâik, demokratik, sosyal hukuk devleti kavramlarının, Atatürk milliyetçiliğine bağlılığın ve insan haklarına saygının uygulamada benimsenmesi ve yaşama mal edilmesi yönündeki çabalarında ulaşacağı başarı, görevini onurla yerine getirdiğinin kanıtı olacaktır.

Bu incelememizde Anayasa Mahkemesinin, kuruluşundan bugüne değin verdiği kararlarla ortaya koyduğu işlevsel yönünü ele almayı ve değerlendirmeye olanak sağlamayı amaçladık. Ancak, Anayasa Mahkemesini işlevsel yönüyle incelemeye geçmeden önce Türk Anayasalarından ve Anayasal nitelikteki belgelerden, kısaca söz etmek isterim.

Osmanlı Padişahlarının mutlak otoritesini hukuksal yönden sınırlamaya yönelik ilk belge Sened-i İttifak'dır. Alemdar Mustafa Paşanın başkanlığındaki Rumeli ve Anadolu âyanı, merkezî yönetimin keyfiliğini bir ölçüde sınırlamayı amaçlayan 7 maddelik bir temel ilkeler demetini milâdi 1808'de Padişah II. Mahmut'a imzalattılar. Bu belgeye göre âyan Padişaha «sadakat», Padişah da âyana «güven» sözünü veriyordu. Kısaca Padişah âyanın elindeki büyük toprakları keyfi bir biçimde almayacak, kendilerini bir anlamda halk temsilcisi gibi gören âyan da Padişaha sadık kalacaktı.

Padişahın mutlak otoritesini sınırlamaya yönelik ikinci belge Tanzimat Fermanı'dır. Mustafa Reşit Paşa'nın 1839'da Sultan Abdülmecit adına okuduğu Gülhane Hati Hümayunu daha çok keyfiliğe son vermeyi ve şeriat yasalarına daha bağlı bir devlet yönetimi getirmeyi amaçlayan bir Padişah sözü biçimindeydi. Padişah bu Ferman'la tebaası için ilk kez can, mal, yasa önünde eşitlik, ırz ve konut dokunulmazlığı ilkelerini benimsiyordu.[1] Padişahın 1848 tarihli Hattı Hümayunu da, benzer nitelikte ve daha çok hıristiyan tebaasının korunmasına ilişkindi.

---

* Doç. Dr. Anayasa Mahkemesi Üyesi

1 Artun, Ünsal, **Siyaset ve Anayasa Mahkemesi**, SBF. Yayını, Ankara, 1980; Tarık Zafer, Tunaya, **Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku**, *1975,* s. 324.

1856 tarihli Islahat Fermanı da aynı biçimde daha çok «gayri müslim» Osmanlıların haklarını güvenceye almayı amaçlıyordu.

Bu belgelerin ortak özelliği bir halk hareketinden çok toplumun ileri gelen kesiminin ya da batı ülkelerinin baskısı sonucunda hazırlanmış olmalarıydı.

Türkiye'de ilk Anayasa 1876 tarihlidir (1876 Kanun-u Esasisi). Osmanlı İmparatorluğunda ilk kez, Padişah II. Abdülhamit, iktidarını yazılı bir Anayasaya göre sürdürmeyi kabul ediyordu. Bu Anayasayı, 1908 tarihli II. Meşrutiyet; 1921 ve 1924 tarihli Anayasalar izlemiştir. Bu Anayasaların hiç birinde anayasa yargısına yer verilmemişti. Sadece 1876 Anayasasında ikinci meclis durumunda bulunan Heyeti Ayan'a, Heyeti Mebusandan verilen yasa taslaklarını Anayasaya uygunluk yönünden incelemek yetkisi verilmişti. Böylece 1876 Anayasası, Anayasaya uygunluğun sağlanması açısından, siyasal denetime yer vermekte iken, 1921 ve 1924 Anayasalarında anayasaya yargısı ve siyasal denetimle ilgili bir kural bulunmamaktaydı.

1961 Anayasası, Anayasa Mahkemesinin kuruluşunu öngörmüş, Anayasaya aykırılık savlarının iptal davası ya da itiraz yoluyla bu Mahkeme önüne getirilmesine olanak sağlamıştır. Daha sonra 22.4.1962 günlü ve 44 sayılı Yasayla Anayasa Mahkemesinin kuruluşu gerçekleşmiştir.

1982 Anayasası, 1961 Anayasasına oranla bazı sınırlamalar getirmekle beraber Anayasa Yargısını esasta aynen kabul etmiş ve bu yargının Anayasa Mahkemesi'nce yürütülmesi kuralını korumuştur. 44 sayılı ilk kuruluş yasasını yürürlükten kaldıran 10.11.1983 günlü ve 2949 sayılı Yasa, Mahkemenin kuruluşunu ve yargılama usullerini yeni Anayasaya göre düzenlemiştir.

ANAYASA MAHKEMESİ

Konumu ve Kuruluşu

Anayasa Mahkemesi, Anayasanın, Cumhuriyetin temel organları kısmının yargı ile ilgili bölümünde, yüksek mahkemeler arasında ilk sırada yer almıştır[2]. Öteki yüksek mahkemeler sırasıyla Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesinden ibarettir.

Anayasa Mahkemesi, Anayasaya ve 2949 sayılı kuruluş yasasına göre onbir asıl ve dört yedek üyeden kurulur (mad. 146)[3]. Anayasa Mahkemesi üyeleri, Cumhurbaşkanı tarafından; Anayasada belirtilen kuruluşlarca her boş yer için gösterilen üç aday arasından ve üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından seçilirler.

---

2 Anayasa Mahkemeleri, başka bazı anayasalarda yargı bölümü dışında yer almıştır, Örneğin, İtalya Anayasasında «Anayasanın Güvencesi (garantisi)» başlıklı bölümde (mad. 134- 137); Avusturya Anayasasında «Anayasal ve Yönetsel Garantiler» başlıklı kısmında (mad. 137-148); Fransa'da benzer işler yapan Anayasa konseyi Anayasada ayrı bir başlıkla yer almıştır (mad. 56-63). Öte yandan Federal Alman Anayasa Mahkemesi (mad. 93, 94,180) ile Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi (mad. 144 -150) Anayasalarında yargı ile ilgili kısımda yer almışlardır. Japonya'da Yüksek Mahkeme, aynı zamanda Anayasa Mahkemesi olarak görev yapmaktadır (mad. 81). İsviçre Federal Mahkemesi, vatandaşların anayasal haklarının ihlâline ilişkin davalarına da bakmaktadır (mad. 113).

3 Ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz Aliefendioğlu, «Anayasa Mahkemesi üyeliği», **Amme idare Dergisi,** Cilt 18, Sayı: 3, 1985.

Seçimin yapılma şekli şöyle olur: Yargıtay iki asıl ve iki yedek üyelik için; Danıştay iki asıl, bir yedek üyelik için; As. Yargıtay, As. Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay birer asıl üyelik için genel kurallarınca kendi başkan ve üyeleri arasından üye tamsayısının salt çoğunluğu ile her boş yer için üç aday; Yüksek Öğretim Kurumu (YÖK) kendi üyesi olmıyan öğretim üyeleri arasından üç aday gösterirler. Cumhurbaşkanı her boş yer için gösterilen üç adaydan birini Anayasa Mahkemesi Üyesi olarak seçer. Ayrıca Cumhurbaşkanı, üç asıl bir yedek üyeyi üst kademe yöneticileri ve avukatlar arasından seçer.

Anayasa Mahkemesi, asıl üyeler arasında gizli oyla ve üye tamsayısının salt çoğunluğu ile dört yıl için bir başkan ve bir başkanvekili seçer. Anayasa Mahkemesi üyeleri, asıl görevleri dışında resmî veya özel hiçbir görev alamazlar.

Görev ve Yetkileri

Anayasa Mahkemesi;

Kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM İçtüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetler, Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler;

Siyasi partilerin malî denetimini yapar;

Siyasî partilerin kapatılması davalarına bakar, siyasî partiler için istenen ihtar istemlerini karara bağlar;

TBMM'nin, yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya üyeliğin düşmesine ilişkin kararların iptali istemiyle açılan davalara bakar (m. 85);

Cumhurbaşkanını, Bakanlar Kurulu üyelerini, Yüksek Mahkemelerin başkan ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcıvekilini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay Başkan ve Üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı yine Yüce Divan sıfatıyla yargılar;

Uyuşmazlık Mahkemesinin Başkanını ve Başkanvekilini kendi üyeleri arasından görevlendirir.

Anayasa Mahkemesi, Anayasaya uygunluk denetimini iki yolla yapar: İptal Davası ve İtiraz Yolu.

İptal davasında amaç, Anayasaya aykırı yasa ya da yasa hükümlerini iptal ederek aykırılığı gidermek olduğu halde, itiraz yoluyla yapılan başvurularda amaç, Anayasaya aykırı hükümlerin uygulanmamasıdır. Anayasa Mahkemesi'nin, 1971 yılında verdiği bir kararda; «Anayasa, Anayasaya aykırı hükümlerin yürürlükten kaldırılması, başka bir deyişle ayıklanması için «iptal davası» müessesesini kurmuştur»[4] denilmek suretiyle bu husus belirtilmiştir.

4 AMK. 11.2.1971 gün E. 1971/3, K. 1971/17 Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi (AMKD), Sayı: 9, s. 305-306.

Kanunların kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM içtüzüğünün şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan iptal davası açılabilir.

İtiraz yolu ise, bir mahkemede görülmekte olan bir dava sırasında, taraflardan birinin kendisine uygulanacak hükmün, Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmesi suretiyle yapılan denetimdir.[5]

Kararları

Anayasa Mahkemesi kararları kesindir. Resmî Gazetede yayımlanır. Yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar (m. 153).

Kanun, kanun hükmünde kararname veya TBMM içtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihle yürürlükten kalkar. Anayasa Mahkemesi, gereken hallerde, iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu süre bir yılı geçemez.

iptal kararları geriye yürümez.

Anayasa Mahkemesi, bir kuralı Anayasaya aykırı bulursa iptal eder. Ancak bazı durumlarda Anayasadaki başka bir kural (1961 Anayasasında geçici 4. madde gibi) nedeniyle o hükmü iptal edemiyor ise Anayasaya aykırı gördüğü bu kuralın mahkemelerce ihmal edilmesi, Anayasa kuralının doğrudan uygulanması gerektiğine karar vermektedir.[6] (yorumlu ret kararı)

Anayasa Mahkemesi, bazı durumlarda, Anayasaya uygun yorum tekniği kullanarak, Anayasaya aykırılığı ileri sürülen kuralın, anlamını belirlemekte ve bu anlama göre Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varmaktadır.[7] (yorumlu ret karan).

ANAYASA MAHKEMESİNİN 1961 ANAYASASI DÖNEMİNDEKİ İŞ DURUMU VE KARARLARI

İş Durumu

Bu dönemde Anayasa Mahkemesine yapılan başvuruların ne yolda karara bağlandığı Çizelge 1'de gösterilmiştir.

Bu Çizelgede görüldüğü üzere 1962-1982 yılları arasında Anayasa Mahkemesine yapılan 1753 başvurunun 1746 sı karara bağlanmış, yedisi 1983 yılına devredilmiştir. Bu dönemde siyasî partiler tarafından açılan davaların 95 adedi (% 35.4) iptalle; 106 adedi (% 39.4) ret ile sonuçlanmış; 66 + 2 = 68 adedi (% 25.2) hakkında, yeniden karar vermeye yer olmadığına veya noksanlıkları nedeniyle geri gönderilmelerine karar verilmiştir. Mahkemelerden itiraz yoluyla yapılan başvuruların toplamı

5 Daha fazla bilgi için bkz: Yılmaz Aliefendioğlu, «Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu», **Anayasa Yargısı,** Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1984, s. 99-137.

6 AYM'nin 6.5.1982 günlü, E. 1981/8, K. 1982/3 günlü kararı, **Resmi Gazete,** 30.11.1983, Sayı: **18237.**

7 AYM'nin 20.9.1984 günlü, E. 1984/8 K. 1984/10 sayılı kararı, **Resmi Gazete,** 28.12.1984, Sayı: 18619.

895 dir. İtiraz yoluyla gelenlerin 86 adedi (%9.6) iptalle; 368 adedi Ret ile (% 41.1) sonuçlanmış; 227 adedi (% 25.3) nin noksanlığı sebeyile geri gönderilmesine karar verilmiş; 214 adedi (% 24) hakkında ise karar verilmesine yer bulunmamıştır. Cumhurbaşkanı, kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren konularda Yüksek Hâkimler kurulu, Yüksek Mahkemeler ve Üniversiteler tarafından açılan davaların toplamı 132 dir. Bunlardan 68 adedi (% 51.9) iptalle; 42 adedi (% 31.6) ret ile sonçlanmış; 6 + 16 = 22 adedi (% 16,5) noksanlığı sebebiyle iade edilmiş ya da haklarında karar verilmesine yer görülmemiştir.

Aynı Çizelgede, Mahkemenin kuruluş yıllarında yetkisiz kişilerce yapılan başvuruların en yüksek düzeyde olduğu, ancak bu sayının giderek düştüğü, 1981 de sıfıra ulaştığı; mahkemelerden itiraz yoluyla gelen başvuruların, iptal davalarına oranla, daha fazla sayıda, noksanlıkları nedeniyle mahalline gönderildikleri gözlenmektedir.

Çizelge — 2
İptal veya Ret Biçiminde Sonuçlanan Kararlar: 1962 —1982

	İptal (Şekil+Esas)		Ret (Esas)		
Başvuru	Sayı	%	Sayı	%	Toplam
İptal Davası (Siyasi Parti + Sair Yetkili Merci)	159	52	147	48	306
İtiraz Yolu	86	19	367	81	453
Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması	4	80	1	20	5
TBMM Üyeliğinin Düşmesi	—	—	1	—	1
GENEL TOPLAM	249		516		765

Çizelge — 1
1962 — 1983 İş Durumu

SENELER	AÇILAN DOSYA						KARARA BAĞLANAN																	
							SİYASİ PARTİ					MAHKEME					SAİR YETKİLİ MERCİ							
	Devir	Siyasi Parti	Mahkeme	Başka Yetkili Mak.	Kişiler	TOPLAM	İptal	Red	İade	Karara yer yok	TOPLAM	İptal	Red	İade	Karara yer yok	TOPLAM	İptal	Red	İade		TOPLAM	Kişiler	GENEL TOPLAM	DEVİR
1962	—	—	29	3	109	141	—	—	—	—	—	—	10	7	—	17	1	—	1	—	2	105	124	17
1963	17	145	43	4	168	377	24	27	—	24	75	6	42	3	2	53	1	2	—	2	5	168	301	76
1964	76	6	27	2	16	127	9	16	—	11	36	1	11	6	1	19	—	1	1	—	2	20	77	50
1965	50	7	28	2	9	96	6	18	—	10	34	2	16	1	3	22	1	1	—	—	2	9	67	29
1966	29	9	5	10	10	63	7	5	—	2	14	3	10	3	—	16	3	1	1	3	8	9	47	16
1967	16	6	24	12	15	73	2	4	—	—	6	1	17	4	—	22	3	1	—	2	6	15	49	24
1968	24	17	48	2	12	103	3	6	—	—	9	—	20	14	—	38	1	4	1	—	6	13	66	37
1969	37	8	31	10	22	108	4	4	1	10	19	5	20	8	5	38	5	2	—	—	7	21	85	28
1970	23	22	33	1	7	86	4	3	—	1	8	2	20	8	1	31	2	1	—	—	3	8	50	36
1971	36	11	30	7	11	95	9	8	1	5	23	3	23	8	6	40	5	2	—	1	8	11	82	13
1972	13	3	41	8	6	71	7	1	—	1	9	1	20	14	1	36	8	1	1	1	11	6	62	9
1973	9	9	23	6	9	56	2	1	—	1	4	2	12	9	2	25	1	1	—	—	2	9	40	16
1974	16	4	43	2	10	75	6	—	—	—	6	6	14	11	3	34	3	—	—	—	3	10	53	22
1975	22	2	189	1	12	226	2	2	—	—	4	36	23	45	92	196	2	—	—	2	4	12	216	10
1976	10	5	35	12	8	70	6	—	—	—	6	5	13	17	4	39	3	—	—	1	4	8	57	13
1977	13	5	113	12	11	154	1	4	—	—	5	5	20	17	70	112	13	4	—	3	20	11	148	8
1978	6	5	47	17	7	82	1	3	—	1	5	—	15	7	18	40	8	7	—	1	16	5	66	16
1979	16	4	25	10	3	58	1	3	—	—	4	5	14	7	4	30	5	4	1	—	10	5	49	9
1980	9	1	63	12	1	86	1	1	—	—	2	2	23	29	—	54	2	10	—	—	12	1	69	17
1981	17	—	16	—	—	33	—	—	—	—	—	1	20	6	1	28	1	—	—	—	1	—	29	4
1982	4	—	7	—	5	16	—	—	—	—	—	—	1	3	1	5	—	—	—	—	—	4	9	7
		269	900	133	451	1753	95	106	2	66	269	86	368	227	214	895	68	42	6	16	132	450	1746	7

Çizelge 2'de görüldüğü üzere, bu dönemde, iptal davası yoluyla yapılan başvuruların %52'si iptal ile, %48'i ret ile sonuçlanmasına karşın; itiraz yoluyla yapılan başvuruların ancak % 19'u iptal, % 81'i ret biçiminde karara bağlanmıştır. Yine bu dönemde iptal davası yoluyla yapılan başvuruların, mahkemelerden itiraz yoluyla gelenlerden sayısal açıdan fazla olduğu gözlenmektedir. Bunun başta gelen nedeni, 1961 Anayasasında, iptal davası açmaya yetkili makam, siyasi parti ve gruplarının 1982 Anayasasına, göre bir hayli fazla olmasındadır.

Çizelge — 3

1961 Anayasasına Göre İşin Esasına Girerek Verilen Kararların Konular Yönünden Dağılımı (Dava+İtiraz); 1962 —1982

Konul a r	Ret		İptal		Toplam (Sayı)
	Sayı	%	Sayı	%	
Cumhuriyetin nitelikleri ile ilgili kararlar (m. 2)	6	40	9	60	15
Temel hak ve özgürlüklerle ilgili kararlar (m. 10-34)	102	69.9	44	30.1	146
Sosyal ve İktisadi haklarla ilgili kararlar (m. 35-53)	59	75.8	19	24.2	78
Siyasi haklar ve ödevlerle ilgili Kararlar (m. 54-62)	19	47.5	21	52.5	40
TBMM ile ilgili kararlar (m. 63-94)	12	40	18	60	30
Yürütme ile ilgili kararlar (m. 95-131)	19	25.6	55	74.4	74
Yargı ile ilgili kararlar (m. 132-152)	27	52	25	48	52
Öteki konularla ilgili kararlar	11	63.1	7	36.9	18
TOPLAM	255		196		453

NOT: 1. Çizelge AMKD.sine göre düzenlenmiştir.
2. 35 Başvuru ilişkisi nedeniyle iki konuda gösterilmiştir.

Çizelge 3 incelendiğinde, 1961 Anayasası dönemi içerisinde dava ve itiraz yoluyla yapılan başvurular sonucunda verilen kararların en fazla, temel hak özgürlüklerle ilgili konularda olduğu, bunların %69.9'u reddedilirken, % 30.1'nin iptal edildiği gözlenmektedir.

Sosyal ve iktisadi haklarla ilgili başvurular ikinci sırada yer almakta ve bu konudaki başvuruların % 75.8'i reddedilirken, % 24.2'lik kısmı iptal edilmiş bulunmaktadır. En yüksek iptal oranının % 74.4 ile, yürütme konusuna ilişkin olduğu gözlenmektedir. En düşük iptal oranı ise, % 24.2 ile sosyal ve iktisadi haklarla ilgili konuda olmuştur.

Anayasa Mahkemesinin, 1961 Anayasası döneminde verdiği iptal kararlarının dayandıkları maddeler aşağıdaki Çizelgede gösterilmiştir:

Çizelge — 4
İptal Kararlarının Dayandığı Kurallar: 1962—1982

Dayanılan Anayasa Maddeleri	İptal Kararlan		
	Esas	Şekil	Toplam
Deylet şeklinin değişmezliği ve Cumhuriyetin nitelikleri	—	2	2
Hukuk devleti (m. 2)	9	—	9
Eşitlik (m. 12)	30	—	30
Kişi dokunulmazlığı (m. 14); Konut dokunulmazlığı (m. 16); Kişi güvenliği (m. 30); Temel hak ve özgürlüklerin özü (m. 11)	10	,,,,	10
Özel hayatın gizliliği (m. 15); Haberleşme özgürlüğü (m. 17); Seyahat ve yerleşme özgürlüğü (m. 18); Temel hak ve özgürlüklerin özü ve sınırı (m. 11)	2	—	2
Vicdan ve din özgürlüğü (m. 19); Düşünce özgürlüğü (m. 20); Bilim ve sanat özgürlüğü (m. 21)	4	...	4
Toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı (m. 28); Temel hak ve özgürlüklerin özü ve sınırı (m. 11)	2	—	2
Dernek kurma hakkı (m. 29)	1	—	1
Hak arama özgürlüğü (m. 31); Yasal yargı yolu (m.32); Cezaların yasal ve şahsi olması; zorlama yasağı (m. 33); İspat hakkı (m. 34); Ailenin korunması (m. 35)	14	—	14

Çizelge — 4 (Devam)

Dayanılan Anayasa Maddeleri	Esas İptal Kararları	Şekil İptal Kararları	Toplam
Mülkiyet hakkı (m. 36); Toprak mülkiyeti (m. 37); Kamulaştırma (m. 38); Devletleştirme (m. 39)	15	—	15
Sendika kurma hakkı (m. 46); Toplu sözleşme ve grev hakkı (m. 47); Sosyal güvenlik (m. 48)	4	—	4
Öğrenimin, sağlanması (m. 50); Üniversiteler (m. 120)	10	—	10
Seçme ve seçilme hakkı (m. 55); Siyasi partilerle ilgili hükümler (m. 56) Partilerin uyacakları esasları (m. 57)	4	—	4
Vergi ödevi (m. 61)	11	—	11
Yasama dokunulmazlığı (m. 79); Üyeliğin düşmesi (m. 80); İptal istemi (m. 81)	4	—	4
Başkanlık Divanı (m. 84); İçtüzük siyasi parti grupları ve kolluk işleri (m. 85); Toplantı ve karar yeter sayısı (m. 86); Kanunların görüşülmesi ve kabulü (m. 92)	2	26	28
TBMM'nin görev ve yetkileri [genel] (m. 64); Kanunların görüşülmesi ve kabulü (m. 92); Bütçenin görüşülmesi ve kabulu (m. 94); Kanunların Cumhurbaşkanmca yayınlanması (m. 93); Bütçe (m. 126)	23	—	23
Yargı yolu (m. 114); Memur teminatı (m. 118); Kanunsuz emir (m. 125); Danıştay (m. 140)	17	—	17
Mahkemeleri bağımsızlığı (m. 132); Hâkimlik teminatı (m. 133)	3	—	3
Öteki maddeler	40	2	42
İlke bakımından Anayasaya aykırılık (Kararda Anayasanın bir çok maddelerinde söz edilerek	2	—	2
GENEL TOPLAM	207	30	237

Çizelge 4 incelendiğinde, Anayasa Mahkemesinin, 1961 Anayasası dönemindeki toplam 237 iptal kararlarının otuzunda (% 12.5'inde) ya yalnız başına, ya hukuk devleti ilkesi ile birlikte, ya da başka maddelerle beraber eşitlik ilkesine dayandığı gözlenmektedir. Sadece işin esasına girilerek verilen 207 karar esas alınırsa bu oran % 14.5'e yükselmektedir. Bu dönemde Anayasa Mahkemesi iptal kararlarında çoğunlukla eşitlik ilkesi yanında Anayasanın başka maddelerine de dayanmıştır. Anayasa Mahkemesinin (AYM' nin) yalnız eşitlik ilkesine dayandığı karar sayısı 13'dür; 11 kararında eşitlik ilkesiyle birlikte hukuk devleti ilkesine de dayanmış, 6 kararında ise eşitlik ilkesi yanında Anayasanın başka maddeleri nedeniyle de iptal kararı vermiştir. Anayasa Mahkemesinin yalnız hukuk devletine aykırılık ya da hukuk devleti ilkesiyle birlikte, eşitlik dışında, Anayasanın başka maddesine dayanarak verdiği iptal kararı sayısı dokuzdur.

Bu dönemdeki iptal kararlarının başka bir büyük grubu, Türkiye Büyük Millet Meclisinin (TBMM'nin) görev ve yetkilerine ve özellikle bütçe yasalarına ilişkin konularda olmuştur. Bunun bir nedeni iptal edilen bir bütçe yasasında Anayasaya aykırı görülen bir uygulamanın, gelecek yıl bütçesine, bütçe yasalarının yıllık olmasından yararlanılarak idari gerekçelerle ve işin kolayına kaçılarak yeniden konulmasıdır. Böylece, bütçe yasalarıyla ilgili olarak sık sık Anayasaya aykırı uygulamalar yapıldığı ve bu nedenle bu konuda çok sayıda iptal kararı verildiği gözlenmektedir.

Kişi, konut dokunulmazlığı, kişi güvenliği gibi, nedenlerle verilen iptal kararı sayısı ondur.

Yargı ve memur teminatına ilişkin iptal kararlan da önemli bir grubu oluşturmaktadır.

Öğrenimin sağlanması ve üniversitelerle ilgili iptal kararı sayısı da bir hayli yüksekdir (on adet).

Mülkiyet hakkı, toprak mülkiyeti, kamulaştırma ve devletleştirmeye ilişkin konulardaki iptal kararlarının sayısının da göreli olarak yüksek olduğu gözlenmektedir.

Vergi ödeviyle ilgili iptal kararları da oldukça yüksektir.

Hak arama özgürlüğü, yasal yargı yolu, cezaların kişiselliği, ispat hakkı ve ailenin korunmasıyla ilgili grupta, iptal sayısı yüksek gözükmektedir.

Öteyandan, vicdan ve din özgürlüğü, düşünce özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü alanındaki iptal sayısı sadece 4'dür.

Sendika kurma, toplu sözleşme ve grev hakkı, sosyal güvenlik ile ilgili iptal sayısı da 4'dür.

Seçme ve seçilme hakkı verilen siyasi partilerle ilgili olarak verilen iptal karan da 4 adettir.

Anayasa değişikliklerine ilişkin iptal kararlarının ikisinde «Devlet şeklinin değişmezliği» ilkesine dayanılmıştır.

Şekil yönünden iptal edilen yasaların çok büyük kesimi TBMM, Millet Meclisi ve Senato Başkanlık Divanları, içtüzükleri, toplantı ve yeter sayısı ile Yasaların görüşülmesi ve kabulüyle ilgili kurallara aykırılık nedenlerine dayanmaktadır.

Kararları

Hukuk Devletiyle İlgili Kararları

Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde verdiği hukuk devletiyle ilgili kararlarında,

Demokratik hukuk devleti düzenini;

«...İnsan hak ve hürriyetlerini, millî dayanışmayı, sosyal adaleti, ferdin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmek ve teminat altına almak...»[8] biçimindeki nitelikleriyle belirlemiş;

Başka bir kararında, hukuk devletini «...insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyan, âdil bir hukuk düzenini kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde hukuka ve Anayasa'ya uygun bir devlet...[9] olarak tanımlamış; Hukuk devletinde, devletin bütün iş ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olması gerektiği görüşünü benimsemiştir.[10]

AYM, Devletçe işletilecek madenler hakkındaki yasada, «idari yargı yerlerince yürütmenin durdurulmasına karar verilmesini engelliyen kuralı, hukuk devleti ilkesine aykırı görmemiştir.[11]

AYM, Yüksek Hâkimler Kurulu kararlarına karşı yargı yolunu kapayan yasa hükmünü, «insan haklarını ve ana hürriyetlerini koruma sözleşmesine (m. 6) ve hukuk devleti ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir.[12]

Anayasa Mahkemesi, sosyal hukuk devletini;

«...güçsüzleri, güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve böylece toplumsal dengeyi sağlamakla görevli devlet...» olarak tanımlanmış,[13] sosyal devlet kavramını, «devletin insanın maddi, manevi varlığının gelişmesi için gerekli koşulları hazırlama, çalışmaları koruma, sosyal sigortalar ve sosyal yardım teşkilatı kurmak ve kurdurmak, herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesi ve tıbbi bakım görevini sağlamak yükümleri...»[14] biçiminde sosyal adalet ve sosyal güvenliği içerir niteliğiyle benimsemiştir.

---

8 AYM'nin 5.3.1965 günlü, E. 63/171, K. 65/13 sayılı kararı, **AMKD,** Sayı 3, s. 89, Ayrıca E. 65/12, K. 65/34.

9 AYM'nin 11.10.1963 günlü, E. 1963/124, K. 1963/243 sayılı kararı, **AMKD,** Sayı 1, s. 429.

10 AYM'nin 29.11.1966 günlü, E. 1966/11, K. 1966/44, sayılı kararı, **AMKD**, Sayı 5, s. 3-25.

11 AYM'nin 21.6.1979, E. 1979/1, K. 1979/30 sayılı kararı, **AMKD,** Sayı: 17, s. 216; **R.G.,** 14.1.1980; Çiftçiyi Topraklandırma K.da aynı durum E. 1963/162, K. 1964/19, **AMKD,** Sayı: 2, s. 88-95.

12 AYM, 27.1.1977 günlü, E. 1976/43, K. 1977/4 sayılı kararı, **AMKD,** Sayı: 15, s. 106-131; **R.G.,** 21.4.1977, Sayı: 15916.

13 AYM'nin 25.2.1975 günlü, E. 1973/38, K. 1975/23 sayılı kararı, **AMKD,** Savı: 3, s. 214-294.

14 AYM'nin 8.5.1973 günlü, E. 1972/24, K. 1973/21 sayılı kararı, **AMKD,** Sayı: 11, s. 244; **R.G.,** 31.12.1973, Sayı: 14759.

Düşünce Özgürlüğüyle ilgili Kararları

AYM, düşünce özgürlüğünün, her türlü sorumsuz davranışa cevap veren mutlak ve sınırsız bir anlamda olduğunu .kabul etmeyerek, toplumsal yaşayışla dengeli olması gerektiği görüşünü benimsemiştir.[15]

Sınıf tahakkümünü esas alması nedeniyle komünizm propagandası yapılmasını cezalandıran yasa hükmünü Anayasaya aykırı bulmamış, komünizm propagandasının yapılmasını düşünce özgürlüğünün kötüye kullanılması saymıştır.[16]

Eşitlik ve Ailenin Korunması ilkeleriyle ilgili Kararları

AYM, eşitlik ilkesini, herkesin aynı hakka sahip olacağı yolunda doğal eşitlikten çok, yasa önünde eşitlik anlamında almıştır.[17] Bir kararında, eşitlik ilkesini, «... herkesin her yönden aynı yasa hükümlerine bağlı olacağı anlamında ele alınamaz. Bu ilke ile güdülen amaç aynı koşullar içinde bulunan özdeş nitelikteki durumların yasalarca aynı işleme bağlı tutulmasını sağlamaktır.»[18] biçiminde tanımlamıştır.

Anayasa Mahkemesi, üniversite öğretiminin paralı olmasını, mali durumları farklı öğrenciler arasında eşitsizlik yarattığı gerekçesiyle anayasaya aykırı bulmuştur.[19]

AYM, üniversite öğreniminin paralı olmasını eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur.[20]

AYM, bir kararında, yabancı ile evli olmanın hakim adaylığı görevinin gerektirdiği niteliklere aykırı düşmeyeceğini hükme bağlamış;[21] başka bir kararında ise «temditli eratın izin almadıkça evlenemiyeceklerine» ilişkin yasa hükmünü, «... kamu hizmetlerinin gereği gibi yerine getirilmesi için kayıtlayıcı hükümler koymak hukuk kurallarına uygundur...»[22] gerekçesiyle anayasanın ailenin korunmasıyla ilgili hükmüne ve eşitlik ilkesine aykırı görmemiştir.

AYM. cinsi ilişki sırasında erkeğin evli olması durumunda babalığa hükmedilemiyeceğine ilişkin medeni kanunun ilgili hükmünü (m. 310/2) eşitlik ilkesine ve «devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerinin sınırlayan engelleri kaldırır» kuralına aykırı bularak iptal etmiştir.[23] Anayasa Mahkemesi bu kararında evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun durumunu incelerken, konuya İnsan hakları yönünden de bakarak, 10.12.1948 günlü «insan Haklan Evrensel Bildirgesi» nin 25. maddesiyle) 18.10.1961 günlü «Avrupa Sosyal Haklar Temel Yasası» nın I. bölüm 17. maddesine ve Birleşmiş Milletler Örgütü Ekonomik ve Sosyal Kurulu'nun 8.5.1973 tarihli kararına gönderme yapmıştır.

---

15 AYM'nin 8.4.1963 günlü, E. 63/16, K, 63/83 sayılı kararı, **AMKD,** Sayı: 1, s. 199.
16 27.11.1980, E. 1979/31, K. 1980/59, **R.G.,** 8.1.1981, Sayı: 17214; 29.9.1965, E. 1963/173, K. 1965/40, **AMKD,** Sayı: 4, s. 290-368.
17 AYM'nin 21.6.1963, E. 1963/192, K**.** 1963/161 sayılı kararı, **AMKD,** Sayı: 1, s. 318-320 Say. **K.**
18 AYM'nin 11.12.1980 günlü, E. 1980/63, K. 1980/68 sayılı Kararı, AMKD, Sayı: 18, s. 388-396; **R.G.,** 20.2.1981, Sayı: 17257.
19 AYM'nin 25.2.1975 günlü, E. 1973/38, K. 1975/25 sayılı kararı, **AMKD,** Sayı: 13, s. 214-294.
20 AYM'nin 11-25.2.1975 günlü, E. 1973/38, K. 1975/23 sayılı kararı, **AMKD,** Sayı: 13, s. 261.
21 AYM'nin 9.10.1979 günlü E. 1979/19, K. 1979/39 sayılı karan, **AMKD,** Sayı: 17, s. 294-301.
22 AYM'nin 5.4.1965 günlü, E. 1965/2, K. 1965/24 sayılı kararı, **AMKD,** Sayı: 3, 133-138.
23 AYM, 21.5.1981, E. 1980/29, K. 1981/22, **R.G**. 18.8.1981.

Kişi Dokunulmazlığıyla İlgili Kararları

AYM., Tutukluların demire vurulabilmesine izin veren hükmü Anayasaya aykırı bularak iptal etmiş,[24] öteyandan mahkemelerce verilerek kesinleşen ölüm cezasını Anayasaya aykırı bulmamıştır.[25] Anayasa Mahkemesi, ölüm cezasının Anayasaya aykırı olmadığına ilişkin bu kararında; 4 Kasım 1950 tarihli insan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme'nin (Avrupa İnsan Haklan Sözleşmesi'nin) 2. maddesindeki «Kanunun ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infazı dışında, hiç kimse kasten öldürülemez.» hükmünü referans norm olarak kullanmıştır.

Anayasa Mahkemesi;

Ceza Sorumluluğunun kişiselliği ilkesini, «cezaların yalnız suç işliyenlerle ortakları hakkında uygulanması, başka bir deyişle, herkesin ancak kendi işleminden sorumlu tutulması ve suç işlemedikçe veya işlenmesine kalkışmadıkça kimseye ceza sorumu yükletilemiyeceği...»[26] biçiminde tanımlanmış;

Aynı kararda, hâkimin vicdani kanaatiyle ilgili olarak da, «Hâkim, hangi suça hangi cezanın verileceğini saptarken vicdanı kanaatinden önce Anayasa, yasa ve hukuk kurallarıyla bağlıdır. Hâkimin vicdanı kanaati ancak delillerin takdirinde ve nesnel kuralların yorumunda ve bunların öznel durumlara uygulanmasında rol oynar.» demek suretiyle hâkimin vicdani kanısına bırakılan alanı belirlemiştir.

Askeri Ceza Yasasının katıksız hapse ilişkin kurallarını «... katıksız hapis askerliğe özgü bir cezadır. Askerlik hizmetinin ve asker topluluğunun bünyesindeki özelliklerin doğurduğu bir ihtiyacı karşılar...»[27] gerekçesiyle Anayasaya aykırı bulmamıştır.

Sanığın salıverildiği takdirde yeniden suç işleyeceğini gösterir nedenlerin bulunması halinde tutuklanabilmesine ilişkin 1631 sayılı Askerî Muhakeme Usulü Kanunu'nun ilgili kuralını, Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.[28]

İnsan haysiyeti kavramını, «insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değerin tanınmasını ve sayılmasını anlatır...»[29] biçimiyle belirlemiştir.

Anayasa Mahkemesi, «masumluk» karinesinin tanımında, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine gönderme yapmıştır. Anayasa Mahkemesi «İnsanın, içinde yaşadığı ulusun bireyi olması kadar aynı zamanda insanlığın da üyesi bulunması, çağımızda, insan hak ve özgürlüklerini yalnızca ulusal bir hukuk sorunu olmaktan çıkarmış ve ona evrensel bir anlam ve

24 AYM'nin 15.6.1967 günlü, E. 1966/34, K. 1967/18, **AMKD,** Sayı: 5/129-133.
25 AYM'nin 7.11.1963, E. E3/207, T. 63/175, **AMKD,** Sayı: 1, s. 363.
26 AYM'nin 11.12.1980 günlü, E. 1980/63, K. 1980/68 sayılı kararı, **AMKD**, Sayı: 18, s. 388; **R.G.** 20.2.1981, Sayı: 17257.
27 AYM'nin 27.12.1965 günlü, E. 1963/57, K. 1965/65 sayılı kararı, AMKD, Sayı: 4, s. 3.
28 AYM'nin 26.6.1963 günlü E. 1963/197, K. 1963/166, **AMKD,** Sayı: 1, s. 323-343.
29 AYM'nin 27.12.1965 günlü, E. 1963/57, K. 1965/65 sayılı kararı, **AMKD,** Sayı: 4, s. 3.

içerik kazandırmıştır. Bu bakımdan Anayasa'nın Başlangıcı ve 2. maddesi hükümleri gereği olarak «İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi» ile «İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi» ni de itiraz konusu kuralın değerlendirilmesinde gözden uzak tutmaya olanak yoktur.»[30] demek suretiyle Anayasaya uygunluk denetiminde uluslararası sözleşmelerin referans norm olarak kullanılması gerektiğini belirtmiştir.

Aynı kararda, «Masumluk karinesi, sanığın hükümlülük kararı verilinceye kadar suçsuz sayılmasını gerektirmektedir.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca 1945 yılında kabul edilen «İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi»nin 11. maddesinin 1. bendinde «Masumluk karinesi» şöyle açıklanmaktadır.

«Bir suç işlemekten sanık herkes, savunması için kendine gerekli bütün tertibatın sağlanmış bulunduğu, açık bir yargılama ile kanunen suçlu olduğu tesbit edilmedikçe masum sayılır.» (3. tertip Düstur, Cilt 30, Sayfa 1019).

Avrupa Konseyinin 1950 yılında kabul ettiği, ülkemizde 6366 sayılı yasa ile yürürlüğe konan kısa adı «İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi» olan «İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini korumaya ait sözleşme»nin 66. maddesinin 2. bendinde, aynı ilke; «Bir suç ile itham edilen her şahıs suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar masum sayılır.» tümcesiyle yinelenmiş bulunmaktadır (3. tertip Düstur, Cilt 35, Sayfa 1567)» denilerek İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde yapılan tanımları benimsediğini ve bu tanımlara uyulması gerektiğini söylemektedir.

Sosyal ve Ekonomik Haklarla İlgili Kararlar

AYM, ihtira hakkının, mülkiyet hakkı olarak kabul edilemiyeceğini, mülkiyet hakkına tanınmış Anayasa güvencesinden yararlandınlamıyacağını[31] belirlemiş;

Öteyandan mülkiyet hakkına kamu yararının gerekli ve zorunlu kıldığı durumlarda yasayla sınırlama konulabileceğini, hükme bağlamıştır.[32]

Anayasa Mahkemesine göre Angarya, bir kimsenin hiçbir karşılık almaksızın zorla başkasının işini görmesidir.[33]

Siyasi Haklar ve Ödevlerle İlgili Kararları

Anayasa Mahkemesi, mali ve ekonomik haklarla ilgili olarak,

«... vergiden indirim yapma ya da bağışık tutma işi, en az, vergi koyma işi ölçüsünde büyük bir önem taşımaktadır. Anayasanın eşit önemde bulunan iki konudan birisi için yasa hükmünü zorunlu sayarken ötekisi için zorunlu saymamış olması düşünülemez»[34] demekte;

30 AYM., 29.1.1980, E. 1979/38, K. 1980/11, **R.G.**, 15.5.1980, Sayı: 16989.
31 AYM'nin 28.12.1967 günlü, E. 1967/10, K. 1967/49 sayılı karan, **AMKD,** Sayı: 6, s. 77-92.
32 AYM'nin. 12.10.1976 günlü, E. 1976/38, K. 1976/46 sayılı karan, **AMKD,** Sayı 14, s. 252-286.
33 AYM'nin 13.7.1971 günlü, E. 1971/32, K. 1971/65 sayılı Kararı, **AMKD,** Sayı: 9, s. 576.
34 AYM'nin 23-25.10.1969 günlü, E. 1967/41, K. 1969/57 sayılı kararı, **AMKD,** Sayı: 8, s. 49.

Bir başka kararında: «...Kanun koyucunun, yalnızca konusunu belli ederek bir akçalı yükümün ilgililere vükletilmesine izin vermesi bunun kanunla konulmuş sayılabilmesi için yeterli değildir. Yükümler ancak yasal düzenlemelerde belli başlı öğeleri açıklanmış ve çerçeveleri kesin çizgilerle belirlenmişse, Anayasanın değişik 61. maddesine uygun bir nitelik...» kazanılacağını belirtmekte;[35]

Ayrı bir kararında, «...kamu işlerinin gerektirdiği giderlerin Devletin genel gelirleriyle karşılanması gereklidir»[36] ilkesini vurgulamaktadır.

Anayasa Mahkemesi, siyasi partilere Hazinece para yardımı yapılması konusunda iki ayrı karar vermiştir. İlk kararında siyasi partilere Hazinece para ödenmesini ilke olarak Anayasaya aykırı bulmamışken[37] daha sonraki kararında siyasi patrilere Devletçe yardım edilmesi ilke olarak Anayasaya aykırı görmüştür.[38]

Ekonomik ve Mali Kurallarla İlgili Kararları

AYM, Anayasanın doğal servetler ve kaynaklarla ilgili 130. maddesindeki «... Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır.» deyiminden servetler ve kaynakların mülkiyet konusu olamıyacağı, sonucuna varmıştır.[39]

AYM, Yasa koymak, değiştirmek ve kaldırmak işi ile bütçe ve kesinhesap yasa tasarılarını görüşüp kabul etmek işinin ayrı nitelikte yetki alanına girdiğini belirterek, «Yasa ile düzenlenmesi gereken kanunun, bütçe yasası ile düzenlenmesini veya bir yasada yer alan bir kuralın bütçe yasası ile değiştirilmesini veya kaldırılmasını Anayasaya aykırı bulmuştur.[40]

«Kamu Yararı»yle İlgili Kararları

AYM, köyün, su tesislerini gözleme ve koruma görevini yerine getirmemesi durumunda doğacak zarardan sorumlu tutulmasının kamu yararının gereği olduğunu hükme bağlamıştır.[41]

AYM, başka bir kararında da, halkın siyasi eğilimleri nedeniyle ve karşı partiye oyveren çoğunluğu cezalandırmak amacıyle ilçe merkezinin değiştirilmesini Anayasaya aykırı bulmuştur.[42] Anayasa Mahkemesi bu kararında, yasanın yapılışındaki «amaca» bakarak, konuluşunda kamu yararından başka düşüncelere dayanılmasını eleştirmiştir.

---

35 AYM'nin 26.2.1972 günlü E. 1972/40, K. 1972/61 sayılı kararı, **AMKD,** Sayı: 10, s. 589.
36 AYM'nin 29.6.1971 günlü, E. 1971/19, K. 1971/61 sayılı karan, **AMKD,** Sayı: 9, s. 565.
37 AYM'nin 18-19.2.1969 günlü, E. 1968/26, K. 1969/14 sayılı kararı, **AMKD,** Sayı: 7, s. 243.
38 AYM'nin 2.2.1971 günlü, E. 1970/12, K. 1971/13 sayılı kararı, **AMKD,** Sayı: 9, s. 281.
39 AYM'nin 16.2.1965 günlü E.1963/126, K. 1965/7 sayılı kararı, **AMKD,** Sayı: 3, s. 29-30.
40 AYM'nin 9.12.1976 günlü E. 1976/34, K. 1976/52 sayılı kararı, **AMKD,** Sayı: 14,s. 414, **R.G.,** 15.3.1977, Sayı: 15879.-AYM'nin 26.1.1984 Günlü E.1983/9, K. 1984/11 Sayılı Kararı, AMKD sayı:20, s. 152
41 AYM'nin 7.10.1969 günlü, E. 1969/15, K. 1969/53 sayılı karan, **AMKD,** Sayı: 7, s. 411-415.
42 AYM'nin 27.6.1967 günlü, E. 1963/145, K. 1967/20 sayılı kararı, **AMKD,** Sayı: 5, s. 139-151.

AYM, kamu yararı ile üreticinin yararının çatıştığı haşhaş ekimiyle ilgili davada, kamu yararının üstünlüğünü benimseyerek, sınırlamayı Anayasaya uygun bulmuştur.[43]

İspat Hakkıyla İlgili Kararları

Anayasa Mahkemesi, TCK'nun İspat hakkıyla ilgili olarak, Anayasa, «Türk Ceza Kanununun ... sözü edilen ispat hakkıyla ilgili hükümlerini bir yana bırakarak, 34. madde ile ispat hakkını ayrıntılı bir şekilde düzenlemiş ve bu konuda öteki yasaların değil, Anayasa'nın bu hükmüne göre hareket edilmesini istemiştir.»[44] demek suretiyle Anayasanın ayrıntılı düzenlediği konularda Anayasanın doğrudan uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır. Ayrıca bu kararda, sonradan yürürlüğe giren Anayasa hükmünün, kendinden önce ve kendisine ters düşen yasa hükmünü yürürlükten kaldıracağı belirtilmektedir.

AYM., ispat hakkıyla ilgili olarak daha sonraki bir kararında, konuyu benzer şekilde ele alarak «... Mahkemelerce Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcı niteliğini açıklayan 8 inci maddenin ikinci fıkrasına dayanılarak -TCK'nun- 481. maddesinin birinci fıkrasındaki ispat hakkını sınırlayıcı hükümlerin bir yana bırakılması ve kurallar kademesinde en üst düzeyde bulunan Anayasanın 34. maddesindeki hükmün doğrudan uygulanması gerekmektedir.»[45] denilmektedir.

Anayasa Uygunluk Denetiminin Kapsamıyla İlgili Kararları

Anayasa Mahkemesi, Anayasaca denetime tabi tutulan işlemlerle eşdeğerde ve etkide olan yasama işlemlerinin, adları «yasa» olmasa ya da oluşturulmalarında yasalar için Anayasada öngörülen yönteme uyulmasa dahi, içeriklerinde yasa hükmü değer ve etkisinde kurallar var ise, bunları yasa niteliğinde sayarak, Anayasaya uygunluk denetimine tabi tutmaktadır.[46]

AYM., bu görüşle, Soruşturma Hazırlık Komisyonu çalışmalarının durdurulmasına dair önergenin TBMM birleşik toplantısında kabul edilmesine ilişkin kararın, İçtüzük düzenlemesi niteliğinde bulunduğuna ve Anayasaya uygunluk denetimine tabi olması gerektiğine karar vermiştir.[47]

AYM., aynı şekilde, Millet Meclisinin; siyasi parti gruplarının Başkanlık Divanına kuvvetleri ölçüsünde katılmalarını engelliyen kararını, içtüzük hükmü niteliğinde görerek incelemiş ve Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.[48]

AYM., Cumhuriyet Senatosu Genel Kurulunun Sayıştay Başkanının seçimine ilişkin kararını içtüzük niteliğinde kabul etmeyerek görevi dışında görmüş;[49]

43 AYM'nin 5.4. 1977 günlü, E.1977/1, K.1977/20 sayılı karan,**AMKD,** Sayı: 15, s. 253-264.
44 AYM'nin 3.6.1976 günlü, E. 1976/13,K. 1976/31 sayılı kararı, **AMKD,** Sayı 14 s. 217.
45 AYM'nin 30.11.1983, E. 1981/8, K. 1982/3 sayılı kararı**, R.G.**, 30.11.1983, Sayı: 18237.
46 AYM'nin 222.1977 günlü, E. 1977/6, K. 1977/14 sayılı kararı, **AMKD,** Sayı 15, s. 87.
47 AYM'nin 18.6.1970 günlü,E. 1970/25-26, K. 1970/32 sayılı kararı, **AMKD,** Sayı: 8, s. 340.
48 AYM'nin 27.2.1968 günlü, E. 1967/6, K. 1968/9 sayılı kararı **AMKD,** Sayı: 6, s.108-116.
49 AYM'nin 22.6.1978 günlü, E. 1978/50, K. 1978/43 sayılı kararı, **AMKD,** Sayı: 16, s. 189-196.

Öteyandan, Cumhuriyet Senatosu'nun Başkanlık Divanının yenilenmesine ilişkin kararını, içtüzük niteliğinde görerek, Anayasaya uygunluk denetimine tabi tutmuştur.[50]

AYM., Dördüncü Beş yıllık (1979-1983) kalkınma plânının onaylanmasına ilişkin, Millet Meclisi Genel Kurulunun plân kararını, Kanun ve İçtüzük niteliğinde bir yasama belgesi olarak kâbul etmediğinden görev alanı dışında görmüş;[51] aynı şekilde, TBMM birleşik toplantısında alınan, Bakanlar Kurulunun sıkıyönetim ilanı hakkındaki kararının onanmasına ilişkin karar ile sıkıyönetim süresinin iki ay daha uzatılması ilişkin kararın, içtüzük niteliğinde bulunmadığına ve Anayasaya uygunluk denetiminin kapsamı dışında kaldığına karar vermiştir.[52]

AYM., başka bir kararında; Millet Meclisinin, süre dolmadan seçimin yenilenmesine ilişkin kararının; şekli veya maddi bakımdan yasa ya da bu nitelikte bir yasama tasarrufu saymaya yahut bir içtüzük olarak görmeye olanak bulunmadığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesinin denetim görevi dışında kaldığını belirlemiştir.[53]

Anayasa Mahkemesi, «Anayasa değişikliğinin biçim bakımından iptal edilmesi ile değişiklikten önceki Anayasa hükmünün, ortaya boşluk sorunu çıkmaması için, kendiliğinden yürürlüğe girmesini zorunlu kılar.» biçiminde karar vermiştir.[54]

Anayasa Mahkemesi, yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya TBMM üyeliğinin düştüğüne ilişkin kararların denetlenmesi görevini yaparken, Anayasanın 151. maddesinde sözü geçen mahkeme durumunda bulunmadığı için, bir hükmün Anayasaya aykırılığı konusunda ortaya bekletici sorun koyması düşünülemez. Bu görevlerin yerine getirilmesi sırasında uygulanacak bir yasa veya yasama meclisi içtüzüğü hükmünü Anayasaya aykırı görürse. Anayasa Mahkemesinin başvurabileceği tek yol o hükmü ihmal etmek ve konuya ilişkin Anayasa kuralını uygulamaktır.[55]

AYM., şekil yönünden Anayasaya aykırı görerek iptal ettiği bir konuda, esas hakkında incelemenin sürdürülmesine yer olmadığı görüşündedir.[56]

AYM., bir kararında da KHK'lerin Anayasaya uygunluk denetimi yapılırken «... Anayasanın 64. maddesinin ikinci fıkrasında gösterilen öğeler yanında aynı maddenin son fıkrasında yer alan yasaklayıcı hüküm yönünden de inceleme yapılmasına gerek bulunmadığına...»[57] biçiminde karar vermiştir.

---

50 AYM'nin 4.10.1977 günlü,E. 1977/88, K. 1977/120 sayılı karan, **AMKD,** Sayı: 15, s. 465-491.
51 AYM'nin 12.4.1979 günlü, E. 1979/7, K. 1979/18 sayılı kararı, **AMKD,** Sayı: 17, s. 134.
52 AYM'nin 17.11.1970 günlü, E. 1970/44, K. 1970/42 sayılı karan, **AMKD,** Sayı: 8, 443-450.
53 AYM'nin 21.4.1977 günlü, E. 1977/61, K. 1977/47 sayılı karan, **AMKD,** Sayı: 15, s. 311.
54 AYM'nin 19.10.1971g ünlü E. 1970/40, K. 1971/73 sayılı karan, **AMKD,** Sayı: 10, s. 48.
55 AYM'nin 17-19.8.1971 günlü, E. 1971/41, K. 1971/67 sayılı karan, **AMKD,** Sayı: 11, s. 67.
56 AYM'nin 12.6.1980 günlü, E. 1980/9, K. 1980/40 sayılı karan, **AMKD,** Sayı: 18, s. 215, **R.G.,** 3.11.1980, 17149.
57 AYM'nin 12.6.1979 günlü, E. 1978/65, K. 1979/27 sayılı karan, **AMKD,** Sayı: 16, s. **161-192.**

ANAYASA MAHKEMESİNİN 1982 ANAYASASI DÖNEMİNDE VERDİĞİ KARARLAR

İş Durumu

1982 Anayasası döneminde, Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen işler, daha çok ekonomik niteliği ağır basan yasaların Anayasaya aykırılığı nedeniyle açılan davalar ile siyasî parti kapatma davaları ve siyasî partilere ihtar verilmesi istemlerinden ibaret olmuştur (Bkz. Çizelge 5).

Çizelge — 5

Açılan Davalar, Yapılan Başvurular ve Sonuçları:

(Kasım 1982 — 31.12.1985)

DOSYA			YILLAR 1983	1984	1985
AÇILAN+DEVİR		Devir	7	2	7
		İptal davası	—	6	12
		Mahkemeler	11	8	19
		Cum. Başsavcılığı	6	4	2
		Şahıs	1	3	2
		Toplam	25	23	42
KARARA BAĞLANAN	İPTAL DAVASI	İptal	—	—	3
		Ret	—	2	5
		İade	—	—	—
		Karara yer yok	—	—	—
		Toplam		2	8
	MAHKEMELER	İptal	—	2	.—
		Ret	12	5	4
		İade	3	1	8
		Karara yer yok	—	—	—
		Toplam	15	8	12
	CUMHURİYET BAŞSAVCILIĞI	Kapatma	1	—	—
		Ret	5	2	2
		İhtar	—	—	—
		Karara yer yok	—	1	—
		Toplam	6	3	2
	Şahıslar		2	3	2
	Genel Toplam		23	16	24

Çizelge — 6
İşin Esasına Girerek Verilen Kararlar (Kasım 1982 — 31.12.1985)

	Ret	İptal	Toplam
İtiraz Yolu	12 %83.8	2 % 14.2	14
Dava Yolu (*)	9 % 75	3 %25	12
TOPLAM	21	5	26

1982 Anayasasının ilk üç yıllık uygulamasında, Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla yapılan başvuruların iptal davalarından fazla olduğu; itiraz yoluyla yapılan başvuruların, %83,8'zinin, ret %14,2'sinin iptaller, iptal davalarının ise %75'inin ret, % 25'inin iptalle sonuçlandığı gözlenmektedir.

Anayasa Mahkemesinin Esas Yönünden Verdiği Kararların Konularına Göre Dağılımı (dava-itiraz) (Kasım 1982-31 Aralık 1985)

Çizelge — 7
Esas Yönünden Verilen Kararların Konulara Göre Dağılımı
(Dava+İtiraz) (Kasım 1982 — 31 Aralık 1985)

Konular 'Bölümler	Ret	İptal	Toplam
Başlangıç, Genel Esaslar (m. 1-11)	10	1	11
Temel Hak ve özgürlükler (m. 12-40)	8	1	9
Sosyal ve ekonomik haklar (m. 41-65)	4	—	4
Siyasi Haklar ve ödevler (m. 66-74)	3	—	3
Yasama (m. 75-100)	2	1	3
Yürütme (m. 101-137)	4	1	5
Yargı (m. 138-160)	1	—	1
Mali Hükümler	1	2	3
Ekonomik hükümler	1	—	1
Çeşitli ve son hükümler	—	—	—
Öteki konular	—	—	—
GENEL TOPLAM	34 % 85	6 % 15	40

NOT: Bazı kararlar birden fazla konuyla ilgilidir ve o şekilde gösterilmişlerdir.

(*) İki davada bazı maddeler yönünden iptal, bazı maddeler yönünden ise ret kararı verilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin, 1982 Anayasası döneminde 1986 yılına kadar verdiği kararların sayısal tutarının bir yargıya ulaşmak için yeterli olduğu söylenemezse de, bu dönemde verilen kararların % 85'inin ret, ancak % 15'inin iptalle sonuçlandığı gözlenmektedir. Temel hak ve özgürlüklerle ilgili 9 başvurunun 8'i ret, biri iptal şeklinde karara bağlanmıştır. İptal kararları, sayısal açıdan, malî hükümler konusunda en yüksek olmuştur.

Çizelge — 8
İptal Kararlarının Dayandığı Kurallar (Kasım 1982 - 31.12.1985)

Dayanılan Anayasa Maddeleri	Sayı
Bütçenin hazırlanması ve uygulanması (m. 161)	1
Kanunların teklif edilmesi ve görüşülmesi (m. 88); Kanunların Cumhurbaşkanınca yayımlanması (m. 89); Bütçenin hazırlanması ve uygulanması (m. 161); Bütçenin görüşülmesi (m. 162)	1
Suç ve cezalara ilişkin esaslar (m. 38); Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları (m. 135) Başlangıç; Yasama Yetkisinin Devredilmememesi (m. 128)	1
Kamu hizmeti görevlileriyle ilgili genel ilkeler (m. 128)	1
GENEL TOPLAM	5

1982 Anayasası döneminde, 1985 yılı sonuna kadar verilen iptal kararlarında Anayasanın değişik maddelerine dayanılmıştır. Anayasa Mahkemesi 1979 Yılı Bütçe Yasasının 30. maddesinin birinci fıkrasını iptal ederken, bütçe yasaları ile öteki yasalar arasındaki farklılıkları belirliyen Anayasanın 88., 89. ve 162. maddelerinden söz ederek, Anayasanın 161. maddesindeki aykırılığa dayanmışsa da; Vakıflar Genel Müdürlüğüne ait 1980 yılı Bütçe Yasasının 6. maddesini, Anayasanın 87., 88., 89., 161 ve 162. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptal etmiştir.

Kararları

Genel Sorunlar

Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasasının uygulamasına geçildiğinde bazı konuları «önsorun» olarak incelemek ve karara bağlamak durumunda kalmıştır;

İlk sorun, eski Anayasa zamanında meydana gelen olaylara uygulanacak yasanın Anayasaya uygunluk denetinin hangi Anayasaya göre yapılacağı konusu idi.

Konu, özellikle, ilk Anayasaya aykırı yasanın daha sonra yürürlüğe giren Anayasaya uygun düşmesi durumunda önem arz ediyordu. Anayasa Mahkemesi bu konuda, Anayasaya uygunluk denetiminin işin ele alındığı tarihteki Anayasaya göre yapılması gerektiğini karara bağlamıştır.[58]

İkinci sorun, 1982 Anayasasındaki, Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazete de yayımlanmasından itibaren on yıl geçmedikçe aynı yasa hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz, (m. 152) hükmünden kaynaklanıyordu.

Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasasına göre işin esasına girerek verdiği «ret» kararından sonra, aynı konunun 1982 Anayasasına göre tekrar Anayasa Mahkemesine getirilebilmesi için on sene beklemeye gerek olup olmadığı konusunu tartışmış, on senelik sınırlayıcı sürenin sadece 1982 Anayasaya göre, işin esasına göre verilen ret kararları için geçerli olduğu sonucuna varmıştır.[59]

Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasası döneminde verdiği önemli kararlardan bazılan şunlardır:

Anayasa Mahkemesi;

Seçme ve seçilme hakkıyla ilgili kararında

Mahalli idareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri seçimi Hakkındaki Yasayla getirilen 'onda birlik baraj uygulamalı nispî temsil sistemini' Anayasaya uygun bulmuştur.[60] Aynı kararda, mahalli idareler ile mahalle muhtarlıkları ve ihtiyar heyetleri seçimlerine katılan siyasi partilere «radyo ve televizyon yolu ile propaganda yasağı getirilmesini»; Büyük şehir yönetiminin hukuksal statüsünün kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenmesini ve başka bir KHK. için çıkarılmış yetki yasasına gönderme yapılmasını Anayasaya aykırı bulmamıştır.

Malî ve ekonomik kurallarla ilgili kararlarında

Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Yasasına karşı açılan davayı, her tür altyapı tesisi ile kamu iktisadi kuruluşları ve iktisadi devlet teşekküllerine ait tesisler için «gelir ortaklığı senedi» ile kamu iktisadi kuruluşları ve iktisadi devlet teşekkülleri için «hisse senedi» çıkarılması ve işletme hakkı verilmesine ilişkin hüküm ile gelir ortaklığı senetleri, hisse senetleri ve işletme hakları ile altyapı tesislerinin işletilmesinden sağlanacak gelirlerin T.C. Merkez Bankasında kurulacak Kamu Ortaklığı Fonunda toplanmasını Anayasaya aykırı görmiyerek reddetmiştir;[61]

Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkındaki Yasaya karşı açılan davayı reddetmiştir.[62] Anayasa Mahkemesi bu kararında Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkındaki yasayla,

58 AYM'nin 7.6.1983 günlü, E. 1982/1, K. 1983/10 sayılı karan, **R.G**., 15.4.1984, Sayı: 18373.
59 AYM'nin 26.4.1984 günlü, E. 1983/1, K. 1983/5 sayılı karan, **R.G**., 15.4.1984, Sayı: 18373.
60 AYM'nin 1.3.1984 günlü, E. 1984/1, K. 1984/2 sayılı kararı, **R.G**., 1.5.1984, Sayı: 18388.
61 AYM'nin 18.2.1985 günlü, E. 1984/9, K. 1985/4 sayılı kararı, **R.G**., 26.6.1985, Sayı: 18793.
62 AYM'nin 11.1.1985 günlü, E. 1984/6, K. 1985/1 sayılı kararı, **R.G**., 17.6.1985, Sayı: 18787.

ithalat, ihracat veya dışticaret işlemleri üzerine konulan ek mali yükümlülüklerin, nevi, miktarı, tahsili, takibi, iadesi, gerektiğinde bütçeye irat kaydedilmesi, bir fonda toplanması ve fonun kullanılması esaslarının Bakanlar Kurulu kararında gösterileceğine ilişkin düzenleme ile ek mali yükümlülüklerin tahsilinde 6183 sayılı Amme Alacakları Yasasının uygulanmasını Anayasaya aykırı görmemiştir;

Basında gayrimenkullerin yabancılara satışına yetki veren yasa olarak anılan, Tapu ve Köy Kanunlarına Birer Fıkra Eklenmesine İlişkin 21.6.1984 günlü, 3029 sayılı Yasayı, «...ülkede yabancının arazi ve emlâk edinmesi salt bir mülkiyet sorunu gibi değerlendirilemez. Toprak, devletin vazgeçilmesi olanaksız temel unsuru, egemenlik ve bağımsızlığın simgesidir;

Karşılıklı muamele (mütekabiliyet) esası uluslararası ilişkilerde eşitliği sağlıyan bir denge aracıdır...» gerekçesiyle Anayasa aykırı bularak iptal etmiştir;[63]

Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde Kamu Hizmeti Niteliğini Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilmesi Usul ve Esasları Hakkındaki Yasaya karşı açılan davayı da, devletleştirme ile ilgili olarak Anayasanın 47. maddesiyle yasaya bıraktığı düzenleme alanının «gerçek karşılığın hesaplanma tarzı ve usulleri» ile sınırlı bulunmadığı görüşüyle Anayasaya aykırı bulmayarak reddetmiştir.[64] Kişi özgürlüğü ve güvenliği ve çalışma haklarıyla ilgili kararında,

Avukatlık yasasında, Avukatların haklarında Kamu davası açılmasıyla işten yasaklanmaların ilişkin değişikliği, Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.[65]

Anayasanın «kanunla düzenlenir» dediği konunun yönetmelikle ya da bazı yönetsel makamlarca düzenlenmesiyle ilgili kararında,

«AYM, Üst Kademe Yöneticilerinin Yetiştirilmesi Hakkındaki Yasanın bazı maddelerini, üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esaslarının Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği ile TBMM Başkanlık Divanı tarafından belirlenmesini ve eğitimle ilgili konuların Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsünün görüşü alınarak Başbakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlemesini, Anayasanın, «üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir.» biçimindeki 128. maddesine ve yasama yetkisinin devredilemiyeceğine ilişkin 7. maddesine aykırı görerek iptal etmiştir.[66] Böylece AYM, Anayasanın yasaya bıraktığı konuların bir makamca ya da yönetmelikle düzenlenmesini «yasama yetkisinin devri» niteliğinde görmüştür.

Anayasa Mahkemesi, bu kararında, eski kararlarına da gönderme yaparak Anayasanın 8. maddesindeki «yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.» biçimindeki kuralın; «yasa koyucu belli konularda gerekli kurallar koyacak, çerçeveyi çizecek, eğer uygun veya zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda

63 AYM'nin 13.6.1985 günlü, E. 1984/4, K. 1985/7 sayılı karan, **R.G.**, 21.2.1985, Sayı: 18673.
64 AYM'nin 27.9.1985 günlü, E. 1985/2, K. 1985/16 sayılı kararı. 5.12.1985, Sayı: 18949.
65 AYM'nin 1.3.1985 günlü. 1984/12, 1985/6 sayılı kararı, **R.G.**, 17.5.1985, Sayı:
66 AYM'nin 18.6.1985 günlü E. 1985/3, K. 1985/8 sayılı kararı, **R.G.**, 18.11.1985, Sayı: 18902.

sınırları belirlenmiş alanlar bırakacak, idare, ancak o alanlar içinde takdir yetkisine dayanmak suretiyle yasalara aykırı olmamak üzere bir takım kurallar koyarak yasanın uygulanmasını sağlıyacaktır.» anlamına geleceğini belirlemiştir.[67]

Anayasaya uygunluk denetimiyle ilgili kararları

AYM, bu dönemde de, «yerel mahkemede davacının davasından feragat etmesi, başlamış olan Anayasaya uygunluk denetiminin sonuçlandırılması engellemiyeceği...» yolunda karar vermiş;[68]

Bir başka kararında ise, «Herhangi bir hukuk kuralının tek başına değil, içinde bulunduğu metnin tümü gözönünde bulundurularak yorumlanması» gerektiğini belirtmiştir.[69]

Çizelge 13 de görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesinin kuruluşundan 1985 yılı sonuna kadar Anayasa Mahkemesinde, Cumhurbaşkanlarınca altısı Korutürk, biri Evren tarafından olmak üzere yedi dava açılmıştır. Bu davalardan biri kısmen iptal, kısmen ret, ötekiler iptal ile sonuçlanmıştır.

YÜCE DİVAN KARARLARI

Bilindiği gibi, Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanını, Bakanlar Kurulu üyelerini, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek idare Mahkemesi Başkan ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcıvekilini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılar. Yüce Divan kararları kesindir (Anayasa M. 148).

Anayasa Mahkemesinin 1962-1986 yılları arasında Yüce Divan olarak verdiği kararlar Çizelge 9 da gösterilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 1962 yılından 28.2.1986 yılına kadar Yüce Divan olarak altı bakanı yargılamış, bunlardan ikisinin aklanmasına, dördünün mahkûmiyetine karar vermiştir.[70]

SİYASİ PARTİLERİN KAPATILMASI DAVALARI VE İHTAR İSTEMLERİ

Siyasi partilerin kapatılması istemleri Cumhuriyet Başsavcısı ve Cumhuriyet Başsavcı vekilinin açacağı dava üzerine, Anayasa Mahkemesince dosya üzerinden inceleme yapılarak karara bağlanır. Siyasi partilerin kapatılması davalarında, Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası hükümleri uygulanır. Anayasa Mahkemesi gerekli gördüğü hallerde sözlü açıklamalarını dinlemek üzere ilgilileri ve konu hakkında bilgisi olanlar çağırır (SPK. Mad. 98).

---

67 Anayasa Mahkemesinin bu konudaki eski kararları : E. 1967/41, K. 1969/57, **AMKD,** Sayı: 8, s. 18; **R.G**., 12.3.1971, Sayı: 13776. E. 1969/28, K. 1970/33, **8MKD**, Sayı: 8, s. 363; **R.G**., 9.4.1971, Sayı: 13804.

68 AYM'nin 8.13.1983 günlü, E. 1981/10, K. 1983/16 sayılı kararı**, R.G**., 7.8.1984, Sayı: 18482.

69 AMY'nin 20.9.1984 günlü, E. 1984/8, K. 1984/10 sayılı kararı**, R.G**., 28.18.1984, Sayı: 18619.

70 Aklanan Bakanlar : Mehmet Baydur, Selâhittin Kılıç.
Mahkûm olanlar: Hilmi İşgüzar. Tuncay Mataracı, Şerafettin Elçi, ve İsmail özdaglar.

Çizelge — 9

Yiice Divan Davaları (1962 - Mart 1986)

Yıl	Dosya				Karar			
	Devir	Açılan	Karar	Sanık Sayısı	Mahkumiyet	Aklanma	Af-Ölüm Zamanaşımı	Görevsizlik
1962	—	143	4	8	—	—	2	6
1963	139	2	125	289	—	—	286	3
1964	16	1	12	18	—	6	9	3
1965	5	—	3	3	—	3	—	—
1966	2	—	2	20		2	16	2
1981	—	2	—	—	—	—	—	—
1982	2	2	2	76	40	36	—	—
1983	2	—	2	18	8	10	—	—
1985	—	1	—	—	—	—	—	—
1986/Mart	1	—	1	3	1	2	—	—
TOPLAM	166	151	151	435	49	59	313	14

NOT: 1962 ve 1963 yıllarında açıldığı gösterilen toplam 145 dava Yüksek Adalet Divanı'ndan intikal etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin verdiği kararlar kesindir.

Siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin isteklerin, Cumhuriyet Başsavcılığınca reddi halinde, yapılan itirazları incelemek üzere Siyasi Partilerle ilgili Yasaklan İnceleme Kurulu kurulmuştur. Bu kurul, Yargıtay ceza daireleri başkanlanndan kurulur, kurul üye tamsayısı ile toplanır, karar yeter sayısı, üye tamsayısının salt çoğunluğudur (SPK. Mad. 99).

Bir siyasî partinin, Siyasî Partiler Yasasının, siyasî partilerle ilgili yasaklar (dördüncü kısım) kısmında yer alan hükümleri ihlâl etmesi durumunda, siyasî partinin kapatılması davası Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından:

1. Resen,
2. Bakanlar Kurulu kararı üzerine Adalet Bakanının istemiyle,
3. Bir siyasî partinin istemi üzerine

açılır.

Ancak, .bir siyasi partinin Cumhuriyet Başsavcılığından dava açılmasını isteyebilmesi için, bu partinin son milletvekili genel seçimlerine katılmış olması, TBMM'nde grubu bulunması ilk büyük kongresini yapmış olması, partinin merkez karar ve yönetim kurulunun üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyu ile dava açılmasının istenmesi yolunda karar alınmış bulunması ve istemin parti adına parti genel başkanı tarafından Cumhuriyet Başsavcılığına yazılı olarak yapılmış olması gerekir.

Cumhuriyet Başsavcılığı, Adalet Bakanının veya partinin yazılı isteminde yeterli delil bulunduğu kanısına varırsa davayı açar; yeterli delil bulunmadığı kanısına varırsa dava açmıyacağını, istemde bulunan Adalet Bakanına veya siyasî parti genel başkanlığına yazı ile bildirir.

Bu bildirim üzerine, Adalet Bakanının veya siyasi partinin, bildirimin tebliği tarihinden itibaren otuz gün içinde, siyasi partilerle ilgili yasaklan inceleme kuruluna yazı ile itirazda bulunmaya hakkı vardır. Kurul, itirazı ivedilikle en geç otuz gün içinde inceler, itirazı haklı görmezse dava açılmaz; haklı görürse Cumhuriyet Başsavcılığı Anayasa Mahkemesine dava açmakla yükümlüdür (SPK. Mad. 100).

Ayrıca, Cumhuriyet Başsavcılığınca, bir siyasî partinin siyasî partiler yasasının dördüncü kısmının dışında kalan emredici hükümleriyle, diğer yasaların siyasî partilerle ilgili emredici hükümlerine aykırılık bulunması sebebiyle o parti aleyhine Anayasa Mahkemesine resen yazı ile başvurulur (SPK. Md. 104).

Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükümlere aykırılık görürse bu aykırılığın giderilmesi için ilgili siyasî parti hakkında ihtar kararı verir. Siyasî parti, tebliğ tarihinden itibaren altı ay içinde aykırılığı gidermediği takdirde, Cumhuriyet Başsavcısı Anayasa Mahkemesine siyasî partinin kapatılması için resen dava açar.

1961 Anayasası döneminde Cumhuriyet Başsavcısı tarafından yedi siyasi parti hakkında kapatılma davası açılmış ve bu partilerin kapatılmasına karar verilmiştir (Bkz. Çizelge — 10).

1961 Anayasası döneminde parti kapatma davalarının büyük bir kesiminin 12 Mart'ı izleyen aylarda ve yılda, karara bağlandığı gözlenmektedir.

Çizelge — 10

Siyasi Partilerle İlgili Kapatma Davaları (1962 —1982)

Siyasi Parti	Kapatma Tarihi	Karar No.	Ret	Karar Kapatma	Sebep
İşçi - Çiftçi Partisi	15.10.1968	E.63/31 K.68/44	—	X	Aykırılığın verilen sürede giderilmemesi (SPK. m. 113)
Millî Nizam Partisi	20.5.1971	E.71/1 K.71/1	—	X	Parti amaç ve faaliyetlerin Anayasaya ve SPK'na aykırı düşmesi.
İleri Ülke Partisi	29.6.1971	E.71/2 K.71/2	—	X	Aykırılığın verilen sürede giderilmemesi (SPK. m. 113)
Türkiye İşçi Partisi	20.7.1971	E.71/3 K.71/3	–	X	Faaliyetlerin Anayasaya aykırı olması (SPK. m. 89,111)
Büyük Anadolu Partisi	19.12.1972	E.72/1 K.72/1	—	X	Aykırılığın verilen sürede giderilmemesi (SPK. m. 113)
Türkiye Emekçi Partisi	8.5.1980	E.79/1 K.80/1	—	X	Programıyla Anayasaya ve SPK'na aykırılık (SPK. m. 87,111)

SPK: Siyasi Partiler Kanunu (13.7.1965 günlü, 648 sayılı)

1982 Anayasası Döneminde, Anayasa Mahkemesine Cumhuriyet Başsavcılığınca 6 siyasî partinin kapatılması için dava açılmış, bunlardan sadece birinin (tüzüğünde yapılan değişiklik ve programındaki bazı kısımlar siyasî partiler yasasına aykırı görülerek) kapatılmasına; diğerleri hakkında kapatma istemlerinin reddine karar verilmiştir (Çizelge — 11).

Çizelge — 11

Siyasi Partilerle İlgili Kapatma Davaları (1983 —1985)

Siyasi Parti	Karar Tarihi	Karar No.	Karar	
			Ret	Kapatma
Yüce Görev Partisi	25.8.1983	E.83/1, K.83/1	X	X
Türkiye Huzur Partisi	25.10.1983	E.83/2, K.83/2	X	
Bizim Parti	1.11.1983	E.83/3, K.83/3	**X**	
Muhafazakar Parti	3.11.1983	E.83/4, K.83/4	X	
Yeni Düzen Partisi	28.9.1983	E.83/5, K.83/5	X	
Doğru Yol Partisi	9.11.1984	E.84/1, K.84/1	X	

SPK : Siyasi Partiler Kanunu (22.4.1983 günlü, 2820 sayılı)

Cumhuriyet Başsavcısı, 1982 Anayasası döneminde, siyasi partilere ihtar verilmesi için beş kez istemde bulunmuş, bunlardan dördü reddedilmiş, birinde parti tüzüğünde gerekli değişikliğin yapıldığı, ve Anayasaya aykırılığın giderildiği anlaşıldığından «karar verilmesine yer olmadığı» sonucuna ulaşılmıştır (Çizelge 12).

Çizelge — 12

Siyasi Partilerle İlgili İhtar İstemleri (1983 —1985)

Parti Adı	Karar Tarihi	Karar No.	Karar
Anavatan Partisi	10.10.1983	E.1983/1 K.1983/1	Ret
Anavatan Paıtisi	11.10.1984	E.1984/1 K.1984/1	Karara yer yok
Anavatan Partisi	12.10.1984	E.1984/2 K.1984/2	Ret
Doğru Yol Partisi	21.3.1985	E.1984/3 K.1985/1	Ret
Doğru Yol Partisi	21.3.1985	E.1985/1 K.1985/1	Ret

CUMHURBAŞKANINCA AÇILAN DAVALAR VE SONUÇLARI

Anayasa Mahkemesinin kuruluşundan bugüne değin Cumhurbaşkanınca açılan davalar ve sonuçları Çizelge 13 de gösterilmiştir:

Çizelge — 13

Cumhurbaşkanlarınca Açılan İptal Davaları (1962 —1985)

Davacı	Konu	No.	Açılış ve Karar Tarihi	Sonuç
Fahri Korutürk	TSK Personel Yasasının 137/C bendi	E.1975/183 K.1976/15	A.30.9.1975 K.13.6.1976	İptal
Fahri Korutürk	SSY'nı değiştiren 11.5. 1976 günlü, 1992 sayılı yasanın 3. maddesiyle getirilen ek madde hükmü	E.1976/36 K.1977/2	A.31.5.1976 K25.1.1977	İptal
Fahri Korutürk	2144 sayılı yasanın 111/3. bendinin A Fıkrası	E.1978/28 K.1978/36	A.24.3.1978 K.23.5.1978	Kısmen iptal, kısmen ret
Fahri Korutürk	Bazı Orman Suçlarının Affına Dair 1779 sayılı Yasa	E.1979/22 K.1979/45	A.21.5.1979 K.18.12.979	İptal
Fahri Korutürk	633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Yasayı değişlı yasa	E.1979/25 K.1979/46	A.25.5.1979 K.18.12.979	İptal
Fahri Korutürk	TBMM eski üyeleri hakkındaki 2254 sayılı yasanın iptali	E.1980/28 K.1980/45	A.l.4.1980 K.l.7.1980	İptal
Kenan Evren	10.1.1985 günlü, 3149 sayılı Üst Kademe Yöneticilerinin Yetiştirilmesi Hakkındaki Yasa	E.1985/3 K.1985/8	A.31.1.1985 K.18.6.1985	İptal

TSK : Türk Silahlı Kuvvetleri
SSY : Sosyal Sigortalar Yasası

A: Açılış
K: Kapanış

GENELDE MAHKEMELER, ÖZELDE ANAYASA MAHKMESİ

«Mahkemeler kararlarıyla konuşurlar.[71] Sözü mahkemelerin kararlarıyla değerlendirildikleri anlamında kullanılmaktadır.

Mahkemelerin saygınlıkları, Anayasa ve yasalara göre karar verirken, hakkaniyet, eşitlik, kazanılmış hakların korunması gibi hukukun genel ilkeleri yanında, ülke yararını ve insan haklarına saygıyı sürekli gözönünde bulundurmalarına bağlıdır. Cumhurbaşkanı Evren'in, Anayasa Mahkemesi'nin 20. yılını kutlama töreninde belirttikleri gibi «...bir mahkeme yüceliğini adından değil, aldığı kararların adilliğinden ve ülkeye sağladığı yararlardan alır.[72] Ancak Mahkeme karan, hâkimler yoluyla oluşur. Hâkimlerin seçilmelerinde ve niteliklerindeki yerindelik, içinde bulundukları hukuksal durum, verecekleri kararları etkiliyecektir. Hâkim, genelde yargılarken her yönüyle bağımsız, Anayasa, yasa ve vicdanî kanısı dışında her türlü etkiden uzak olmalı, kararından dolayı ileride siyasal ya da yönetsel bir değerlendirilmeyle kusurlandıracağı ya da cezalandınlacağı kaygısını duymamalı, hiç kimseye yaranma gayreti ya da bir çıkar sağlama hesbı içinde olmamalıdır. Mahkeme kararları, bir art niyet içermiyen bilimsel tartışmalar, kamu oyunun etkisi, ülke yararı ve değer yargılarındaki değişmelerle gelişmelidir.

Kendisini de yargılayabilen ve görevinin öneminin bilincinde olan bir hâkim için en iyi denetçi vicdandır.

Anayasa yargısı hâkimi, öncelikle, Anayasa metinleriyle bağlı olmasına karşın, sorunları, çok halde, kendi hukuk bilgisi, deneyimleri ve görüşleriyle çözümlemek durumundadır. Anayasa yargısı hâkimi, yorumlarında, Anayasanın özüne ve sözüne bağlı kalırken, ülke gerçeklerini, sosyal ve ekonomik yapıyı da gözönünde tutmalı, kararlarında, ülkenin geri kalmışlıktan kurtulma özlemleri ve insan hak ve özgürlüklerine saygı yansımalıdır.

Anayasa Mahkemesinin temel işlevi ve varoluş nedeni Anayasaya uygunluğu sağlamaktır. Anayasa Mahkemesi, bu açıdan nesnel ölçütler kullanarak yasaların Anayasaya uygunluğunu yargı yoluyla sağlarken, yasamayı Anayasal sınırlar içinde tutar; Anayasanın öngördüğü temel hak ve özgürlükleri kollarken, çoğunluğun azınlığa tahakkum etmesini önler; böylece Cumhuriyetin demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti olma niteliklerinin koruyucusu ve güvencesi olur; Anayasal düzenin devamını sağlar.

Anayasa Mahkemesi, Anayasayla kendisine verilen görevi yerine getirirken sadece alt kuralın üst kurala biçimsel yönünden uygun olmasını değil; bununla birlikte ve daha önemlisi adalet, yasa önünde eşitlik ve insana, salt insan olması nedeniyle saygı gibi temel anayasal ilkeleri gerçekleştirme amacını güden hukuk devleti kavramını sürekli gözönünde tutar.

---

71 Yekta Güngör Özden'in «Hâkimler kararlarıyla konuşurlar» biçimindeki sık sık kullandığı deyişi, toplu hakimli mahkemelerde hâkimin «oyu»dan, mahkemenin «karar»ından söz edilebilmesi nedeniyle değişiklikle alınmıştır.

72 **Milliyet** ve **Güneş** ,26.4.1982

Bir Anayasa Mahkemesinin, Anayasaya uygunluğu sağlama yolundaki işlevinde düşünülebilecek en kötü durum, Anayasaya aykırı yasalara zahiren Anayasaya uygunluk görüntüsü kazandıran bir kuruluş haline dönüşmesidir. Böyle bir durumdaki Anayasa Mahkemesi, kendi kuruluş nedenine karşı çıkıyor ve kendisine bağlanan umutları yok ediyor demektir.

Anayasa Mahkemelerinin işlevsel yönünü kendi Mahkememiz yönünden ele alırsak:

Anayasa Mahkemesinin, 1961 Anayasası döneminde, bazı konularda, kısa sayılacak zaman farklarıyla değişik kararlar verdiği, Anayasanın 9. maddesindeki «Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez.» kuralından hareketle Anayasanın 2. maddesindeki Cumhuriyetin özelliklerinden de söz ederek ve Anayasanın üstün hukuk kuralları ilkesine dayanarak Anayasa değişikliklerinin bir anlamda esastan incelenmesi yolunu açması nedeniyle eleştirilebileceği ileri sürülebilse bile; bir çok hukuksal kavrama Anayasa doğrultusunda tanımlar getirdiği, temel hak ve özgürlükler konusunda uluslararası sözleşmelere de dayanarak belirli bir standardı korumaya çalıştığı, siyasal hak ve ödevlerle, yürütmeyle ilgili konularda verdiği iptal kararlarının ret kararlarından fazla olduğu yadsınamaz. Anayasa Mahkemesinin, bu dönemde, kararlarında kullandığı dil ve yazım yöntemiyle, mahkemeleri ve kamu kuruluşlarını etkilediği, hukuk dilinin Osmanlıca ve yabancı sözcük ve deyimlerden arındırılmasına öncülük yaptığı kabul edilmelidir.

Anayasa Mahkemesinin, düşünce özgürlüğünü bazı sınırlarla ve kimi yasaklamaları Anayasaya uygun bularak benimsediği söylenebilirse de; kararlarında, sosyal yapıyı ve ülkenin içinde bulunduğu koşulları gözönünde bulundurarak toplumsal yaşamla denge kurmaya çalıştığı gözlenmektedir. Anayasa Mahkemesi, uluslararası sözleşmelere gönderme yaparak, insan hak ve özgürlüklerini yalnızca ulusal bir hukuk sorunu olmaktan öte, uluslarası bir anlam ve içerikle ele almaya çalışmış ve Anayasaya uygunluk denetimi yaparken bir çok başvuruda, eşitlik, demokratik devlet ve sosyal hukuk devleti gibi temel kavramları ölçü norm olarak kullanmıştır.

Anayasa Mahkemesinin, 1982 Anayasası döneminde, kararlarındaki ret oranının, 1961 Anayasası dönemine göre yüksek olduğu; Başlangıç, genel esaslar ve temel hak ve özgürlüklerle ilgili olarak yapılan 20 incelemenin sadece ikisinin iptalle sonuçlandığı gözlenmektedir. İptal kararlarına göre ret kararlarının bir hayli yüksek olmasının; 1982 Anayasasının, 1961 Anayasasına oranla temel hak ve özgürlüklere daha fazla sınırlar getirmesi özelliğinden ve Anayasada gözlenen «güçlü yürütme» özlemi yanında Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçiminin 1961 Anayasasına göre ayrı biçimde düzenlenmesinden ve kimi kuruluşlarca emekliliklerine kısa süre kalan kişilerin aday gösterilmelerinden kaynaklandığı ileri sürülebilir. Ayrıca, ülkenin demokratik toplum düzenine geçiş aşamasında bulunduğu yönündeki inancın mahkeme üyelerini de doğal olarak etkileyeceği gözden uzak tutulamaz.

Öte yandan, 1982 Anayasası, temel hak ve özgürlüklerle ilgili sınırlamaların, «demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı» olamıyacağı (mad. 13) kuralını öngörmekle, Anayasa Mahkemesine de, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun yorum getirmesi görevini yüklemekte olduğu kuşkusuzdur.

Siyasî partilerle ilgili parti kapatma davaları yönünden 1983 ve 1984 yılları, en yoğun dava açılan yıllar olmuştur. Anayasa Mahkemesi açılan altı kapatma davasından beşini reddederek siyasal yaşamın demokratikleştirilmesi yönündeki gayretlere katkıda bulunmuştur.

SONUÇ

1961 Anayasası, Anayasa Mahkemesinin kurulmasını öngörmüş, iptal davası ve itiraz yoluna yer vermek suretiyle anayasal yargı denetimini kabul etmiştir. 1982 Anayasası da, anayasal yargının benzer biçimde devamını benimsemiştir.

1982 Anayasası, iptal davası açmaya yetkililer ve biçime (şekle) bağlı denetim yönünden, 1961 Anayasasına göre, göreli olarak sınırlama getirmişse de, Anayasa Mahkemesinin her iki Anayasada belirlenen işlevsel yönünün, hukuksal ve yetkisel açıdan fazla değişiklik göstermediği açıktır. Önemli olan, Anayasa Mahkemesinin Anayasaya uygunluğun sağlanmasında kararlarıyla izlediği ve izleyeceği yöndür.

Anayasa Mahkemesinin, Anayasaya uygunluğu sağlamak biçimindeki işlevini yürütürken Cumhuriyetin demokratik, lâik ve sosyal hukuk devleti niteliklerinin koruyucusu ve güvencesi olacağından; yorumlarında insan hak ve özgürlüklerini korumak ve Türk toplumunu çağdaş uygarlık düzeyine yüceltmek amacını güdeceğinden kuşku duyulmamalıdır. Anayasa Mahkemesinden beklenen de, umut edilen de budur.

(26. Makale - 1987)

Tekin AKILLIOĞLU

Anayasaya Uygunluk Denetiminde Yönetim Hukuku Ölçüleri *

* Tekin Akıllıoğlu, "Anayasaya Uygunluk Denetiminde Yönetim Hukuku Ölçüleri", Yıl 1987, Cilt 20, Sayı 3, 19-28.

ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİNDE YÖNETİM HUKUKU ÖLÇÜLERİ

Tekin AKILLIOĞLU*

SUNUŞ

1983 sonrası mevzuatımızda daha önce görülmeyen anlayış ve uygulamalar ortaya çıktı. Bu yenilikler veya değişimler, yönetim hukuku anlayışını etkilemiş bulunuyor. Ne var ki bu etkilerin eleştirilmesi, özellikle anayasaya uygunluk denetimi güçlükler taşıyor. Anayasa yargısına başvurma yetkisi olan organ ve özneler, söz konusu mevzuatı Anayasa Mahkemesi önüne götürmekte duraksama göstermiyorlar. Bu başvuruların bir çeşit «anayasaya aykırılık sezgisi» ile yapıldığı söylenebilir. Başka deyişle, dayanılan anayasa kuralları ile aykırılık savları arasında açık, nesnel bağların kurulabilmesi kolay değil. Örneğin, yabancılara mülk satışı kanununun anayasaya aykırılığı öne sürülürken dayanılan kurallar arasında İstiklâl Marşımızdan dizeler de alınmış... Sonuçta ortaya çıkan kararların da sorunları çözdüğü söylenemez. Ancak, bilinen kavram ve anlayışların yeniden inşa edilmeleri gereği ortaya çıkıyor.

Kısaca belirtmek gerekirse, 1983 sonrası mevzuat önemli yönetim hukuku sorunları getirmiş bulunuyor. Bu sorunların büyük bir kesimi yönetim-ekonomi ilişkilerinden kaynaklanıyor. Anayasada bu konuda yanıt aranırken başvurulan yönetim hukuku yorumu bildirimizin konusunu oluşturuyor.

01. Genelleme tehlikeleri göze alınırsa, 83'ten bu yana mevzuatımızın iki büyük eğilim içinde olduğu söylenebilir. Birinci eğilim «merkezileşme»dir. Bilindiği gibi «merkezden yönetim» ve «merkezi yönetim» veya «genel yönetim», kavramları yönetim hukukunun temel kavramlarıdır. Başka bir anlatımla yönetim hukukunu merkezileşme olgusu ortaya çıkarmıştır. Yasaların, merkezde toplanan genel örgüt tarafından alınan ve ona bağlı personel, para ve araçlarla ülkenin her yanında etkili biçimde uygulanması fikri Tanzimattan bu yana girişilen reformların temel amacını oluşturmaktadır. Dolayısıyla aslında merkezileşmiş bir yapıya sahip bulunan kamu yönetimimizin ayrıca «merkezileşme» eğilimi içinde bulunduğunu söylemek fazla veya, anlamsız görünebilir. Ancak bu defa ortaya çıkan eğilim klasik anlayıştan oldukça farklıdır. 1980 sonrasından itibaren başladığı kabul edilmek gereken bu eğilim, yargı denetiminin azalması, kalkması veya en alt düzeyde tutulması anlayışı ile birlikte seyretmektedir. Başka bir anlatımla, bir güç birikimi demek olan merkezileşme, karşı dengesi olarak çeşitli denetim yollarını da birlikte getirmiştir.

* Doç. Dr. AÜSBF Öğretim üyesi.

** 13-14 Haziran 1987 tarihinde İstanbul'da yapılan Anayasa sempozyumuna sunulan bildiri metnidir.

Yönetsel yargı bunların en önemlisini oluşturmaktadır. Bunun yanında, bireysel ve toplu özgürlükler, düşünce ve örgütlenme hakları, kısaca demokratik bir işleyiş de merkezileşme ile birlikte düşünülmüştür.

Yeni merkezileştirme eğilimi, Anayasadaki ifadesi ile, Cumhurbaşkanı ve Başbakanın yetkilerinin artırılması, 61 Anayasasının göreli özel olarak düzenlediği kuramların merkezi idare denetimi altına alınması, üniversitelerin genel yönetim dışında tutulmakla birlikte, yeni örgütlenmede «yetki yoğunlaşması»na göre örgütlenmeleri, «Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu» adı altında bir «resmi devlet ideolojisi tekeli» kurulması gibi örnekler, yönetim hukuku inceleme alanına giren yetkilerin «yoğunlaşmasına» ilişkin örnekler sayılabilir. Bu gelişmenin günümüzde hâlâ «güçlü yürütme» formülü tartışması için ele alındığı fakat inandırıcı veya doyurucu bir modelle açıklanamadığı söylenebilir.

Bir bakıma merkezileşme eğiliminin, yönetim hukukunun önemini artırdığı, uygulama alanının genişlemesine yol açtığı için olumlu yanları olduğu söylenebilir. Denetim ve denge öğeleri dışlanarak gerçekleştirilen bu gelişmenin, aksine, yönetim hukukunu zayıflattığı, önemini yitmesine yol açtığı da söylenebilir.

Kuşkusuz uygulamada durum bu kadar basit değildir, idari vesayetin anayasalaşması ve öneminin artmasına karşın, yeni bir yerel yönetim özerkliği anlayışının mevzuatta biçimlendiği de gözden uzak tutulmamalıdır. Bununla birlikte, kimi gelişmeleri açıklamak hemen hemen mümkün değildir.

Aksi yönde iki gelişme olarak 1983 tarihli «Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu» (Kanun no 2828) ile 1986 tarihli «Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu» (Kanun no 3294) örnek gösterilebilir. İlk kanun ile sosyal devlet ilkesi uygulaması olarak, sosyal hizmetler, kamu hizmeti olarak tanımlanmakta ve örgütlenmektedir. Bu bağlamda, daha önce bir özel hukuk kuruluşu olan Çocuk Esirgeme Kurumu kamu kurumuna dönüştürülmektedir. Başka deyimle yönetimin yeni bir hizmet üstlenmesine ilişkin doğal bir gelişme söz konusudur. İkinci kanun ile de benzer bir konu düzenlenmektedir. Yoksul, yardıma gereksinmesi olanlara sosyal adalet ilkesi gereği yapılacak yardımlara ve alınacak önlemlere ilişkin bir yasa söz konusudur. Uygulama için, kamu oyunda «FAK-FUK fon» diye tanınan bir fon kurulmuştur. Fonların, genel örgütlenme ilke ve kurallarımız bakımından ne oldukları tartışması bir yana, bu fon Merkez Bankası nezdinde açılan bir hesaptan ibarettir. Başka deyişle, yasanın gerçekleştirilmesi için belli bir kamu parası tahsis edilmiştir. Bu usulden çok paranın harcanış biçimi ilgi çekmektedir. Bu amaca ayrılan paralar, her il ve ilçede kurulan vakıflar tarafından yapılır. Başka deyişle mahallin en büyük mülki idare amiri tarafından Medeni Kanun hükümlerine göre tescil ettirilen», «mütevelli heyetini» kamu yöneticilerinin oluşturduğu özel hukuk kuruluşları tarafından... Ayrıca her faaliyet dönemi için valinin o yerde bulunan «hayırsever» vatandaşlardan seçeceği üç kişi de heyette yer alır. Böylece, yönetim hukuku yetkileri kullananlar, bu yetkilerinden bu bağlamda soyunarak, özel hukuk işi yapacaklardır. İkinci bir nokta da «kamu yararı»ndan, «hayra» geçiştir. Batıda «bien commun» (kamunun iyiliği) kavramından, «intéret

public» (kamu yararı) kavramına geçiş, başka deyişle tinselden nesnele, ilahi açıklamalardan ussala dönüş uzun yıllar aldığına göre, bizde de daha çok zaman geçeceğe benzemektedir.[1]

02. Yukarıda kaba çizgilerle değinilen «merkezileşme, yoğunlaşma» formülünün her zaman doğrulanmadığına bir başka bir örnek de 82 Anayasasının «memur ve kamu görevlileri» anlayışıdır. Başka bir deyişle, merkezileşme, yönetimin ve yönetim hukukunun gelişmesi ve güçlenmesi demek ise, doğal olarak yönetim hukukuna bağlı personelin tipik örneği olan «memur»un da hukuksal konumunun netleşmesi, pekiştirilmesi, güçlendirilmesi beklenir. Oysa durum buna uymamaktadır. Aksine, 82 Anayasası, yönetim hukukuna bağlı (genel idare esasları deyimini böyle anlıyorum) personeli üç kesime ayırmış görünmektedir. Gerçekten Anayasanın 128 nci maddesine göre, personel Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve öteki kamu tüzel kişilerinin olmak üzere üç kesime ayrılabilir. Yine aynı maddeye göre iki tür personel söz konusudur. Memurlar ve öteki kamu görevlileri... 61 Anayasasına göre (m. 117) iki önemli fark söz konusudur. 117. madde Devletin ve öteki kamu tüzel kişilerinin personelinden söz ediyordu. Bu defa bir üçüncü kesim, KİT'ler eklendi. Öte yandan 117. madde yönetim hukukuna bağlı tek personel türü memurları öngörmekteydi. Bu defa «öteki kamu görevlileri» de eklendi. Ancak ortaya, önceki tartışmalarda da sonuca bağlanmamış olanların yanı sıra yeni sorunlar çıktı. «Öteki kamu görevlileri» nedir? Nasıl bir rejimdir? Bu sorulara yanıt aranırken, gerçek yanıt ve çözüm yeni mevzuat eliyle geldi. Öteki kamu görevlilerinin ne olduğuna tipik örneğin, «sözleşmeli personel» olduğu anlaşıldı. Gerçekten 233 s. KHK'ye göre (m. 43) «Teşebbüslerde memurlar (kadrolu personel), sözleşmeli personel ve işçiler istihdam edilebilir... Sözleşmeli personel, belirli bir sözleşme ile teşebbüste çalışan; işçi ve memur statüsünde olmayan personeldir». Böylece memura göre, belki mali olanakları fazla, güvence olarak pek zayıf bir kesimin varlığı hukukileştirilmiş olmaktadır[2]. Devlette ve öteki kamu tüzel kişilerinde de, KİT'lerde olduğu gibi bu uygulama yaygınlaşır ise, bunun yönetim hukuku ve onun sağladığı güvencelerin zayıflaması, bir bakıma kamu hukukunun gerilemesi olarak nitelendirilmesi mümkündür. Gerçekten, klasik kamu hukuku yaklaşımı, kendisini ömür boyu mesleğe adamış, iyi eğitim görmüş, devlete hizmet amacından başka bir şey düşünmeyen tek personel türü olan memuru örnek almaktadır. Oysa uygulama çeşitli nedenlerle bu modelden sapmak zorunda kalmıştır. Örneğin pratik ve sosyal nedenlerle, memur kadar iyi yetişmemiş ve onun kadar sorumluluk üstlenemeyecek durumda olanlar için ayrı bir statü neden olmasın? Hizmetli veya müstahdemler bu düşünceye dayanıyordu. Öte yandan geçici işlerin sözleşmeli personelle görülmesi de ussal bir düşünceydi. Bu ayrımlar giderek yaygınlaştı ve günümüzde kariyer, güvence, süreklilik gibi kavramları dışlayan sözleşmeli personelin sürekliliğine dönüştü.

1 L'éthique bourgeoise ne dérîve pas de ia Providence: ses reglements universels et abstraits sont inserits dans les choses SARTRE, Petit Robert, p. 632... (Bujuva ahlâkı Tanrıdan kaynaklanmaz; (aksine) evrensel ve soyut kanunları nesnelerde yazılı bulunmaktadır).

2 Bu konuda haklı eleştiriler için bkz. Musa Özdemir, Sözleşmeli Personel, Ankara Tabip Odası Yayınları, No: 12, tarihsiz.

Bir bakıma 82 Anayasasının 128. maddesi getirdiği ayrımlar ve kavramlarla, 70'li yıllardan bu yana hukuka aykırı biçimde gelişen uygulamaları tanımış oldu. Günümüzde memur statüsünün çeşitli yönlerden zayıflaması, işçi statüsüne getirilen ağır kısıtlamalar nedeniyle sözleşmeli personel kavramının belli ve çağdaş bir ussallığa, kişisel yeteneklerin gelişmesi fikrine, dinamik ve çağdaş yönetim anlayışına dayandığı öne sürülerek savunması da yapılabilecektir. Nitekim, devlet personel rejiminin yeni bir ekonomik ussallık ve verimlilik anlayışına göre yeniden düzenlenmekte olduğu da söylenmektedir.

Bu gelişmeler, personel hukuku alanını güvenceler ve hukuki rejim farklılıkları ile böldüğü, kanunla düzenleme koşulunu biçimsel bir koşul haline getirip aslında her duruma farklı uygulama içine girileceği (özellikle sözleşmeli işlerde) nedeniyle eleştirilebilir. Ne varki bu eleştirileri anayasal ölçülere bağlamak güç görünmektedir.

Kamu işlerinin görülmesinin memura özgülenmesi, yönetim hukuku uygulamasını tek tip personelle yapmak gibi bir nedene dayanmaktadır. Bu anlayış, memuru kamu hizmetinin gereklerine göre donatmak ve gerek personele gerekse hizmetten yararlananlara bu yolla optimum fayda sağlamak amacına yöneliktir. Ne var ki kamu yönetimin Örgütlenmesi tek tip olmadığı gibi, tek bir düşünce etrafında da kurulmuş bir yapı ve kurallar bütünü de değildir. İşlevlerin karmaşık niteliği, hukuksal farklılıklara giderek daha fazla yol açmaktadır. Anayasal kurallarımız her ne kadar basit ve sade bir yapı yansıtmakta ise de uygulama o ölçüde basitlik ve sadelik içinde değildir. Bu durumda, iki seçenek görünmektedir. Ya uygulama modellerin gösterdiği yönde gelişmek için kendisini uyarlamak zorunda kalacaktır. Ya da uygulamadan gelen zorlamalarla, anayasal modeller değişmek zorunda kalacaktır. 1961'den 1982'ye olan gelişmeler ikinci seçeneğin gerçekleştiğini gösteriyor. Ancak bu defa anayasadaki yönetim hukuku anlayışında, ölçülerinde ne gibi değişiklikler meydana geldiğini saptamak gerekecektir. Ancak bu noktaya geçmeden önce, «öteki kamu görevlileri» kavramı içine girmeyen, ancak nitelikleri duraksama yaratan iki «görevli tipi»ne ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarına kısaca değinmek yararlıdır.

Anayasa Mahkemesi, yeni ve kolayca açıklanamayacak «yeminli büro» işinde, bu konuda yetkili kılınanların «öteki kamu görevlileri» kapsamına girmediklerini saptamış bulunuyor. Yüksek Mahkemeye göre, kendilerine kamu görev ve yetkileri verilmiş olması, ilgilileri salt bu nedenle «öteki kamu görevlileri» kapsamına almış olmaz. Ayrıca yasa ile belirlenen belli statü koşulları ve güvenceleri de tanınmış olması gerekir. Kaldı ki, yeminli bürolara «izin» verme yetkisi tanınmış olması kolluk görevi verilmiş olması anlamına gelir. Bu anayasal yönetim hukuku anlayışına aykırıdır. Böylece bir yönetim hukuku ölçüsünün yavaş yavaş belirlendiği, ana çizgileriyle ortaya çıktığı söylenebilir. Öteki kamu görevlileri, belki memur statüsü ile farklılıklar gösterebilecektir, ama, bir «minimum»a, yasayla belirlenmiş güvencelere gereksinme vardır. Bu gerekçenin «sözleşmeli personel» bakımından da uygulandığı takdirde, bir yönetim hukuku ölçüsü olduğundan kuşku duyulamaz. Anayasa Mahkemesi yeminli büro işlerini bir bakıma klasik

anlayışa uygun biçimde çözdüyse de, «gönüllü köy kurucuları» işinde kanımızca farklı bir yaklaşım kullandı. Başka bir anlatımla, kendilerine kolluk görevi verildiği halde, görevin geçici nitelikte olması, özellikle «genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken sürekli görev» niteliğinde olmaması, hemen hemen hiç bir güvence tanınmamış olan bu görevlilerin «öteki kamu görevlileri» kapsamında görülmesine, yol açtı. Oysa, az önce sözü edilen yeminli büro işinde kolluk görevi, genel idare esasları ve güvenceler konusunda doğru ve yakın ilişki kurulmuştur. Burada farklı olan korucuların asıl koruculara ek olarak ve geçici nitelikte görevlendirilmeleri ve salt uygulama (icra) işi yapmalarıdır. Buna karşılık kararda kanımızca ihmal edilen önemli yan, bu salt icra işinin, silah kullanma gibi önemli sonuçlara varan bir nitelik taşıması, buna karşılık (gerekli eğitimi olmayan kişilerin (düzenli kolluk güçleri ile karşılaştırılırsa) istihdamının temel haklar bakımından yaratacağı tehlikelere, ayrıca kendilerinin maruz kaldıkları tehlikelere karşılık sahip oldukları güvencelerin yetersizliğidir. Ayrıca, «kolluk görevi yapmanın geçici de olsa genel idare esasları ile yürütülmesi gerekmediği» gibi bir sonucu da anlamak mümkün değildir. Zira bu kabul edildiği takdirde, uygulama işinin özel hukuk sözleşmesi ile yapılabileceğinin kabulü gerekir. Buna benzeyen bir başka durum da kamu ve özel hukuk kurum ve kuruluşlarında özel güvenlik güçlerinin istihdamı işidir. Geçici koruculardaki yaklaşıma göre bu işin de anayasaya aykırı yanı olmadığı söylenebilecektir. Oysa bu «ölçü» az önce sözü edilen yeminli büro işindeki ölçü ile bağdaşmamaktadır. Yapılan işin karar alma yada karar almanın hazırlanması işi değil de, alınan kararların uygulanması niteliğinde olması onun yönetim hukuku dışına aktarılması veya genelde kamu görevlileri rejiminden daha az güvenceli bir rejime bağlanması için geçerli bir neden sayılmamalıdır. Zira kolluk işleri gerek tasavvur, gerek karar, gerek uygulama yönünden titizlikle kamu hukuku sayılagelmiştir.

Merkezileşme açısından baktığımız bu durum, yönetim - ekonomi ilişkileri açısından bakıldığında, yönetim hukuku alanının daralması, özel hukuk uygulamalarının genişlemesi bakımından daha belirgin olmaktadır.

03. 83 sonrası mevzuatın en belirgin özelliği özel hukuk uygulama alanının genişlemesi, bunun karşılığında yönetim hukuku alanının daralmasıdır. Başka bir anlatımla, kamusal işler alanında özel hukuk uygulamaları veya özel hukuka benzer uygulamalar arttığı gibi 28 Mayıs 1986 tarihli 3291 sayılı, adına KİT'lerin özelleştirilmesine ilişkin yasa diyebileceğimiz (birden çok konuda ilgili kanun hükümlerini değiştirdiği için «çok yasalı») bir yasa ile de Yürütmenin gerekli gördüğü hallerde iktisadi kamu hizmetlerini özelleştirme yetkisi tanınmıştır. Böylece, iktisadi kamu hizmetleri alanında gelir ortaklığı senedi çıkarılması gibi özel hukuk teknikleri yolu ile, çay ve tütün tekellerinin kaldırılmasında olduğu gibi, bazı alanların özel hukuk kuruluşlarının yarışmasına açılması yolu ile, ya da özelleştirmede olduğu gibi hizmet alanından Devletin tümüyle çekilmesi biçiminde özel hukuk uygulamaları ortaya çıkmaktadır.

Bu gelişmeleri, başlangıcında teşhis ederek uyarılarda bulunan DURAN, «özelleştirme» deyimini geniş kapsamlı olarak özel hukukun genişlemesi

anlamında kullandığı «Devlet İhalesi...» başlıklı yazısında, özel güvenlik gücü istihdamı, yeminli büro gibi örnekleri sıralayarak kamusal alanlarda özel hukuk uygulamasının sınırları çizilemediği takdirde bu, «devlet'in yok olmasını ya da içi boşaltılarak gereksiz hale gelmesini kabullenmek olur» sözleriyle haklı endişelerini belirtiyor.[3]

Gerçekten, Anayasada açık kurala bağlanmış olmayan özel hukuk yönetim hukuku alanlarının karşılıklı olarak daralıp genişlemesi, kolayca bir ölçüte bağlanır bir olgu değildir. Devletin bütün yetkilerinden vazgeçmesi gibi «trajik» bir durumun gerçekleşmesi düşünülemeyeceğine göre, bazı görevlerden vazgeçilmesi, bunların özel hukuk bağlamında daha iyi görüleceği yolundaki politik tercihin ciddi nedenlere bağlanmadıkça anayasaya aykırı bulunması güç görünmektedir.

Nitekim benzer gelişmelerin yaşandığı Fransa'da Anayasa Konseyi hükümetin özelleştirme tasarısını anayasaya aykırı bulmayarak onaylamış, fakat bazı önlemlerin alınmasına dikkat çekmiştir. Buna göre birinci nokta satış fiyatının tesbitine ilişkindir. Konsey bu fiyatın alıcı etkisinin bulunmadığı bir uzmanlar kurulu tarafından belirlenmesini istemektedir. Alıcı tarafından önerilen fiyatın gerçek fiyatın altına inmesi halinde satışın yasaklanması da bu yönde alınacak bir önlem olarak öneriliyor. Konsey bu yolla Hükümetin danışıklı iş yapma gölgesinden sıyrılmasını istemektedir. Öte yandan Hükümetin satış kararnamesini, Cumhurbaşkanı, devletin mali menfaatlerine uygun bulmama gerekçesiyle imzalamayabilecektir. Bir başka nokta da yabancı sermaye katılımının sınırlanmasına ilişkindir. Yabancı sermaye payı sınırlı tutulacaktır. Nihayet, özelleştirmenin kamu ekonomik sektöründeki güçlüklerin aşılması, daha iyi hizmet amacına yönelik olması, özel sektörün «soluklandırılması» amacına yönelik olması aranacaktır.[4]

Bu koşullar göz önüne alındığı takdirde bizim 3291 sayılı kanunun Fransız Anayasa Konseyine sunulsaydı «geçemeyeceği» açıktır.

04. Özelleştirme ya da özel hukuk alanının genişlemesini KİT satışı örneğine indirgememekte yarar vardır. Gerçekten birbirine benzer - benzemez pek çok özellik taşıyan özel hukuk genişlemesi olgularının ortak birinci noktası «**devletin yargılama alanından çekilmesi**» dir. Devlet, kimliğinden sıyrılarak özel hukuk kimliğine girmiş sayılmaktadır. Bir bakıma yargılama alanından çekilmiş olmamakta, sadece kimlik değiştirmektedir. Ancak yargılama ilişkileri devlet kimliği ile değil fakat özel hukuk öznesi kimliği ile kurulmaktadır. Buysa devletin kamu hukuku yetkilerinden vazgeçmesi yanı sıra, kamu hukukunun devlete yüklediği yükümlerden de kurtulması anlamına gelir. Bu yükümlerin çokluk temel hakların karşı ağırlığı ya da güvencesi sayılabilecek türden oldukları gözden uzak tutulmamalıdır. Ancak üstlendiği kamu hizmetinden tümüyle vazgeçtiği takdirde devletin özel hukuk öznesi kimliği ile bile yargılama önüne çıkmamış olacağı ayrı bir noktadır. Başka bir anlatımla vaktiyle devlete özgü sayılan faaliyetlerin, özel hukukun «biçimsel» eşitler

3 L. DURAN, «Devlet İhalesi» Cumhuriyet, 13 Mart 1986.
4 Le Monde, 28 Haziran 1986.

arası ilişkiler alanına aktarılmış olması hukuka uygunluk denetimi bakımından önceki ile aynı sayılabilir mi? Anayasa Mahkemesi ODTÜ kararında kullandığı ölçüler bakımından bu soruya olumsuz yanıt verecektir.

Özel hukuk alanının genişlemesi sadece yargı denetiminin sağlıklı biçimde yapılmasını önlemiş olmakla kalmayacak, hemen her şeyi devlet öncülüğüne bırakan 1960 sonrası anayasa ve kamu hizmeti anlayışımıza da aykırı sayılabilecektir. Ancak bu noktada önemli duraksamalar vardır.

Acaba anayasa toplumsal gelişmede devlet öncülüğünü salt anlamda mı buyurmaktadır? Başka deyişle herşey devlet eliyle yapılsın, kamu hukuku ölçüleri gelişmenin ideal ölçüleridir mi demektedir? Yoksa bu ölçülerin saptanması toplumsal akışın belirlenmesine, gereksinimlerine mi bırakılmıştır?

YAYLA, tasarrufların teşviki ve kamu yatırımlarının hızlandırılması işine yazdığı notta, bir Anayasa Mahkemesi üyesinin «Devletçiliğin en az düzeye indirilmesi, özel girişimlerin büyük tekellere dönüştürülerek ayrıcalıklarla gücünün artırılması»nın Anayasaya uygun olmadığı yolundaki düşüncesine dikkat çekerek, «Anayasanın sistemine açıkça aykırı olmadıkça ve Başlangıçtaki soyut ilkelerden çok içeriği oluşturan hükümlerle (söz gelimi, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevlerle) çelişmedikçe, yargının bu tür bir siyasi tercih denetimi yapması mümkün değildir» demektedir.[5]

Buna karşılık VEDEL ile RIVERO'nun ortaklaşa yazılarındaki şu değerlendirmede de gerçek payı vardır. 1789 özgürlük anlayışı ile 1946'nın Başlangıç'ındaki sosyal devlet anlayışının görünürde çok farklı olmasına karşın bağdaştırılması zorunluluğuna değinen yazarlar, sonuçta «1789'un bireysel özgürlüğü esas aldığını ve ilke olarak devletin çekinmesinin (I'abstention de L'Etat) benimsendiğini, buna karşılık 1946'nın toplumsalın bireyselden önce gelmesi gibi bir tez kabul etmediğini, fakat Devletin çekinmesinin insanların mutluluğunu sağlamadığının anlaşıldığını, dolayısıyla sanayi devriminden çıkan bir toplumda devlet hizmetlerinin artmasının, başka bir deyişle devlet ödevlerinin, karşılığında bireylerin alacak haklarının artmasının doğal olduğunu vurgulamaktadırlar. Yazarlara göre devletin çekinmesi bireye özgürlük sağlar, karışması ise güven sağlar. Özgürlük, bireyin kendiliğinden gelişme olanaklarının kıtlığı ile, güvenlik ise devlet eliyle sağlandığı için özgür davranışların azalması ile sınırlanmaktadır.[6]

Bütün bu düşünceler bir anayasal «ekonomik kamu düzeni» ölçüsünü, arayışını gündeme getirmektedir. Bir bakıma 82 Anayasasının 167. maddesinde öngörülen «tekelleşme ve kartelleşme yasağı»nın bu ekonomik kamu düzeninin hareket noktası olduğu düşünülebilir.[7]

---

5 Y. YAYLA, «Sosyal Devletten İktisadi Devlete veya Kamu Hizmetinin Sonu», Hukuk Araştırmaları, 1986, s. 37.

6 J. RIVERO et G. VEDEL, «Princîpes économiqes et sociaux de la Constitution», Droit Socaial, 1974, vol. 31, p. 13-35.

7 EREM, 1975'de böyle bir düşünceyi savunuyordu. Bkz. F. EREM, «Ekonomik Düşünce Özgürlüğü», Ekonomi - Hukuk Kongresine Sunulan Tebliğler, 1975.

Gerçekten 82 Anayasasının 167. maddesi ele aldığı için kamu hukukumuz ilk defa «tekelleşme ve kartelleşme» kavramı ile tanıştı. Bu kavramlar anayasada yer aldığı için hukuksal nitelikleri belirlenmiş, gerçekten «normatif» etki yapabilecek düzeyde net ve belirli kavramlar değildir.

Tekelleşme kabaca, piyasada fiyat belirleme üstünlüğü, kartelleşme ise birlikte davranış ile sağlanan böyle bir üstünlük olarak tanımlanabilirse de, bunun hukuksal sonuçlarının çok farklı olabileceğini gözden uzak tutmamak gerekir. J. CHEVALLIER, 1974 tarihli bir incelemesinde Fransa'da özel kesimle kamu kesimi arasında bir yarışmanın söz konusu olduğunu belirterek, çeşitli nedenlerle, özellikle siyasi kararları etkiler boyutlara ulaştığında devletin özel tekellere karşı önlemler aldığını (son tahlilde devletleştirme gibi), buna karşılık özel kesimdeki etkinliklerin zayıflaması karşısında devletin özel kesim tekellerini teşvik yönünde önlemler aldığını vurgulamaktadır.

Yazara göre kendisi de siyasal - ideolojik - mali vb tekellerden oluşan devlet ve kamu örgütleri bakımından tekel kavramının içerdiği sorunlar salt ekonomik - mali nitelikte değil fakat öncelikle siyasal niteliktedir. Devletin bu konudaki davranışları, ekonomiye müdahale ve genelde yönetim hukuku alanındaki sorunların açıklanmasında göz önünde tutulmalıdır. Örneğin, tekelleşmenin kendiliğinden «hukuka aykırı veya uygun» olduğu sonucuna varmak mümkün değildir. Çeşitli bağlamların (conjoncure'lerin) uygunluk veya aykırılık yönünde karara varılmasında etkili olduğunu belirtmektedir. Fransa'nın Ortak Pazara girişinden sonra devletin özel kesimde tekelleşmeyi teşvik edici önlemler aldığını belirten yazar, bir başka bağlamda önlemeye çalışılan bu tekellerin bu defa, teşvik edildiğini örnek vermektedir.[8]

Bizde tekel biçiminde devlete özgü yürütülmesi gereken hizmetler fikri oldukça eskidir. Ancak hizmetlerin paylaşılmasındaki çekişme devlet ile özel sektör arasında değil fakat devlet ile yerel yönetimler arasında başlamıştır. «Tefrik-i vezaif» adı altında bilinen ilkeye göre 1876 Anayasası (m. 110) yol ve köprü yapımı, kredi sandıkları teşkili, sanayi, ticaret ve tarımın kolaylaştırılmasına ilişkin görev ve önlemlerin «Vilayet meclisi umumilerince» kararlaştırılabileceğini kabul etmekteydi. Başka bir anlatımla, ayrımda kabul edilen ölçüt siyasal nitelikli ve egemenliğe ilişkin yetkilerin yerel yönetimlere devrinin bütünlüğe aykırı olacağı düşüncesinden hareketle belirleniyordu. Bu defa benzer tartışma KİT'lerin özelleştirilmesi nedeniyle açılmış bulunmaktadır. Ancak yerel yönetimlere güven sorunu aşılmış, özel kesimin işlevi ve kamu hukuku karşısındaki değerlendirmesi söz konusudur.

SONUÇ YERİNE BAZI GÖZLEMLER

04. Anayasa Mahkememiz 83 sonrası kararlarında ekonomi - yönetim ilişkilerinin anayasal boyutlarını belirleme görevi ile yoğun biçimde karşılaşmış

8 J.-J. CHEVALLIER, «Le pouvair du manopole en droit administratif» RDP, 1974.

bulunuyor. SOYSAL'ın «Anayasada açıklık» kavramından esinlenerek, denebilir ki, «sosyal devlet» ilkesine ilk aşamada katı ve belli bir anlam vererek «iptal» yoluna gitmemesi beklenen ve olumlu bir davranıştır. Zira Anayasanın pek çok kuralı «anayasa gerçeği»ne bakılarak, başka deyişle günümüz dengelerinin göz önünde tutularak yorum yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Bu bakımdan son kararlarında, özellikle uzun bir genel giriş bölümü içinde ele alınan kuralların toplumsal ve ekonomik analizlerine yer verilmiş olması dikkat çekmektedir.

Yüksek Mahkemenin ilkelerden hareketle değil fakat belli ve açık yönetim hukuku kavram ve kurallarından hareketle, bunlara aykırı hükümleri iptal etme yöntemi ihtiyatlı bir yöntemdir.

Yüksek Mahkemenin kimi kararlarında bazı terimleri değişik anlamda kullandığı görülmektedir. Örneğin, ücret kavramını açıklarken başvurduğu «zoralım» teriminin isabetli olduğunu söylemek güçtür. Yüksek Mahkemeye göre «ücreti» belirleyen nitelik onun «zoralıma» başvuran bir nitelik taşımamasıdır. Zoralım, müsadere karşılığında düşünülürse, doğru terimin «zorla yürütme» olduğu söylenebilir.

Daha önemli bir kavram ise «referans - norm»dur. Yüksek Mahkeme son kararlarından birinde davacının dayandığı anayasa kurallarını kasdederek «referans-norm» terimini kullanmaktadır.

Referans - norm, planın hukuki niteliği sorununda, yüksek mahkemelerin, bir hukuk normu olmadığı halde plana dayanarak gerekçe kurmalarını ifade etmek için kullanılmıştır.[9] Bu bağlamda belli bir özel anlamı içerdiği için kullanılabilir. Yüksek Mahkemenin «anayasal dayanaklar» sözü dururken bu terimi kullanması uygun görünmemektedir.

Öze ilişkin olarak, bir öneri düşünülebilir. Yüksek Mahkeme özellikle ekonomik konuları içeren yasaların otomatik olarak önüne getirilmesi olgusu ile karşı karşıyadır. Oysa, bu konulardaki anayasaya uygunluk ölçülerinin belirlenmesi uzun bir deneyime bağlıdır. Yüksek Mahkemenin önceden denetim fonksiyonu olmadığı için, iptal kararı verdiği takdirde yasamanın bir daha uzunca bir süre aynı konu üzerine dönmeyerek, belirsizlikten doğan sıkıntıların sorumlusu olarak yasamanın değil fakat Yüksek Mahkemenin sorumlu tutulması mümkündür. Öte yandan yasamanın tekrar aynı konu üzerine dönerek ikinci kez iptal istemi ile karşılaşmanın da sakıncaları ortadadır. Anayasanın 155. maddesi bu konuda bir çözüm yolu olarak düşünülebilir. Gerçekten Danıştay'ın görevlerini düzenleyen bu maddede kanun tasarılarının «Başbakan ve Bakanlar Kurulunca» düşüncesini almak üzere Danıştay'a gönderilebilmesine olanak tanımaktadır. Danıştay'ımızın bir çeşit ön denetim işlevini başarı ile yerine getirebileceğinden kuşku duyulmamalıdır.

9 Bkz. T. TAN, Planlamanın Hukuki Düzeni, 1976, s. 254 vd.

Konuyu özetlemek gerekirse;

1983 sonrası mevzuatın yönetimin yetkilerini artırma ve yoğunlaştırma içinde olduğu **(merkezileşme ve yetki yoğunlaşması);** ayrıca yönetim hukuku alanının daraltılmış olduğu **(özel hukuk alanının genişlemesi)** öne sürülebilir.

Merkezileşme, anayasal denge unsurları ihmal edildiği ölçüde, eleştirilebilir, bu nedenle sınırlanabilir. Ancak aynı şeyi özel hukuk alanının genişlemesi bakımından söylemek güçtür. Sosyal Devlet ilkesine dayanılması mümkün ise de, bunun ele alınan her sorunda işlevsel ölçülerini saptayabilmek daha uzun zaman alacaktır.

(27. Makale - 1988)

Prof Dr. Bülent DAVER

*Seçim Sistemi ve Anayasa Yargısı**

* Bülent Daver, "Seçim Sistemi ve Anayasa Yargısı", Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl 1988, Cilt 5, 131-147.

SEÇİM SİSTEMİ VE ANAYASA YARGISI

Prof. Dr. Bülent DAVER

Oturum Başkanı :

A. Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Siyaset ve Sosyal Bilimler Ana Bilim Dalı Başkanı Sayın Prof. Dr. Bülent Daver'in hepimizin bildiği gibi «Türkiye Cumhuriyetinde Laiklik», «Fevkalade Hal Rejimleri», «Siyaset Bilimine Giriş», «Çağdaş Siyasal Doktrinler» gibi kitaplarının yanısıra yerli ve yabancı dilde bir çok bilimsel yayınları bulunmaktadır.

Birinci oturum iki bölümden oluşacaktır. Birinci bölümde Sayın Prof. Dr. Bülent Daver'i dinleyeceğiz. Verilecek aradan sonra, tartışma kısmı başlayacaktır. Orada sürdüreceğimiz yöntemi ayrıca açıklayacağım.

Buyrunuz Sayın Daver; söz sizindir!

Prof. Dr. Bülent Daver :

Sayın Başkan teşekkür ederim.

TBMM'nin sayın başkanı; Anayasa Mahkemesi'nin sayın Başkanı; Türk Adalet ve Hukuk kurumlarının mümtaz temsilcileri, üyeleri; değerli konuklar, sevgili öğrenciler;

Böylesine önemli bir günde, Anayasa Mahkememizin kuruluş yıldönümünde bana bir konuşma fırsatı verdikleri için Anayasa Mahkemesi'nin sayın başkanına ve değerli üyelerine teşekkürü borç bilirim.

I. GİRİŞ

Anayasa Mahkememiz, Tanzimattan bu yana Türkiye'nin çağdaş hukuk devleti ve insan haklarına dayalı devlet ülküsüne yaklaşmada çok önemli bir kilometre taşı olmuştur. Anayasa Mahkemesi zamanla siyasi ve hukuki gelişme sürecimiz içinde demokrasimizin temel kurumlarından biri olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kurum, zamanla, Türkiye'nin siyasal, kültürel, sosyal gelişme sürecine paralel olarak daha da gelişecek, kararları zenginleşecek ve içtihatları ile hukuki hayatımıza ışık tutacak ve yön verecektir. Bu ümidimi ve inancımı böylece ifade ettikten sonra, şimdi konuma geçmek istiyorum. Benim konum «Seçim Sistemleri ve Anayasa Yargısı» dır.

Burada her şeyden önce size, bu konuşmamda üzerinde duracağım başlıca noktaları ana hatlarıyla belirtmek isterim. Önce seçim nedir? Seçim sistemi nedir? Kaç türlü seçim sistemi vardır? Seçim kurumunun dayandığı temel ilkeler nelerdir? Türkiye'de seçimlerin ve seçim hukukunun tarihi aşamaları hangileridir? Seçim sistemiyle ilgili olarak Türk Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlar hangileridir?

Bunların üzerinde duracağım. Bu arada, bazı yabancı ülkelerde bu konuyla ilgili, seçim mevzuatına, seçim uygulamalarına ve jurispuridance (mahkeme içtihatlarına da kısaca değineceğim.

Seçim Kavramı :

İşe her şeyden önce seçim kavramıyla başlayalım. Seçim bilindiği gibi demokrasinin temelidir, onsuz olmaz şartıdır. Yumurtasız omlet olmayacağı gibi, seçimsiz demokrasi de olmaz. Ama seçim sadece demokrasilerde değil, diktatörlüklerde, otoriter ve totaliter rejimlerde de yapılabilir. Bu gibi ülkelerdeki seçimi demokratik seçimlerden ayıran en önemli özellik, demokrasilerdeki seçimlerin halkın, ulusun hür iradesine dayanması, onu yansıtması ve ulus iradesine mutlaka uyulmasıdır. Çoğulcu demokrasilerde seçimlere çok partiyle girilir, siyasi iktidar dürüst seçimler sonucunda ortaya çıkar ve iktidardan yine seçim yoluyla ayrılınır.

Teknik anlamda seçim (election), bir kişinin, bir heyetin, bir kurulun, bir toplumun kendisine sunulan çeşitli alternatifler, şıklar arasından hür iradesiyle bir tercih yapmasıdır. «Seçme» ye, yani Batılıların «selection» dedikleri, bizde de eskiden, «istifa» denilen kavrama gelince, seçme seçimden biraz farklıdır. Seçmede ortada bulunan nesneler, şeyler, objeler arasında bir kişi bu şeylerin en iyisini ayırmaya çalışır. Örneğin, müşterinin manavda en iyi meyveleri seçmesi, bir kişinin terzide dilediği, beğendiği kumaşı seçmesi gibi... Görülüyorki seçme işinde daha çok «elitist» bir karakter, seçilecek şeyde üstün nitelik arama gibi faktörler rol oynamaktadır. Oysa seçimde, seçmenin siyasi görüşüne, hayat felsefesine, sosyal statüsüne, mensup olduğu sosyal sınıfın isterlerine ve kişisel ekonomik çıkarlarına göre bir tercih yapması sözkonusudur.

Referandum ve Plebisit :

Seçim ve seçme kavramlarını bu şekilde ayırt ettikten sonra, mü- sadenlzle şimdi de seçimin referandumdan ve plebisitten farkını kısaca belirteyim. Çünkü bu konuşmamda bu kavramlara da yer yer değineceğim.

Gerek referandum gerek plebisit seçime benzer. Benzeyen yön- bunlarda da bir oy verme, irade belli etme, tercih yapma ameliyesinin bulunmasıdır. Ama referandum özü itibariyle seçimden farklıdır. Referandumda halk, seçmen heyeti kendisine sunulan bir Anayasa ya da kanun yahut bunların değişiklikleri veya belirli önemli bir sorun hakkında, Örneğin Ortak Pazar'a girme, NATO'ya üye olma gibi önemli konularda nihai, kesin kararı verir. Konu oylanır, oylamada katmanların yarısından» bir fazla olumlu oy çıktığı takdirde o Anayasa yahut kanun yahut değişiklikleri veya siyasi karar kabul edilmiş sayılır. Çeşitli ülkelerde, ve nihayet 1961'den itibaren bizim ülkemizde de bazı referandumlar yapılmıştır.

Plebisit'e gelince, plebisit çok defa referandum kavramıyla karışmakta ve ona benzemekle beraber, aslında referandumdan ayrılan, kendine özgü bir kurumdur. Latince «Plebiscitum» (halkın kararı) sözünden batı dillerine geçen «plebisit» terimi daha çok 20. asrın başlarında, özellikle Fransa ve Almanya gibi ülkelerde sık sık

başvurulan bir yol olmuştur. 1. Dünya Savaşı'ndan sonra imzalanan barış antlaşmalarında üzerinde anlaşmazlığın olduğu bazı toprakların kaderi konusunda tartışmalı bölgedeki ahalinin, halkın oyuna başvurulması öngörülmüştü. Örneğin Fransa ile Almanya arasındaki tartışmalı bölge Sarre halkına, Almanya'yı mı yoksa Fransa'yı mı tercih ettikleri sorulmuştur. Halk oyunu büyük çoğunlukla Almanya'ya katılma yolunda kullanmıştır. Görülüyorki plebisit esas olarak toprak terk veya ilhakında halkın oyuna başvurulmasıdır. Fakat diktatörler, örneğin I. ve III. Napolean, eski Roma tarihindeki Sezarlara özenerek kendilerini bir darbe ile iktidara getirdikten sonra, durumlarını meşrulaştırmak için, halkın oyuna, plebisite başvurmuşlardır. Hatta adı referandum olan bazı halk oylamaları bile özü İtibariyle bir plebisit havasına büründürülmüş ve çok dikkate değer ki bu oylamaların sonunda halk çok defa büyük çoğunlukla bu durumu onaylamıştır.

Seçim Tipolojisi :

Seçimin tipolojisine, yani türlerine gelince, seçimin çeşitli türleri vardır. Müsadenizle kısaca bunları sıralayayım. Seçim denilince, genel seçimler, ara seçimler, yerel seçimler v.s. sözkonusu olabilir. İki meclisli bazı ülkelerde temsilciler (milletvekilleri) ve senato üyeleri (senatörler) halk tarafından genel seçimle seçilmektedir. Örneğin ABD'de olduğu gibi...

Türkiye'de ve bazı ülkelerde genel seçimlerin yanısıra, yerel seçimlerin de demokrasideki yeri ve önemi gitgide daha çok kavranmaya başlanmıştır. Yerel seçimler denildiği zaman, bilindiği gibi belediye başkanlarının, belediye meclis üyelerinin, il genel meclis üyelerinin ve muhtarların seçilmeleri akla gelmektedir. Yerel seçim ve yerel yönetim kavramı daha çok bölgesel, teknik hizmetler, ihtiyaçlar ve sorunları ilgili bulunmaktadır. Bununla beraber, sağlam bir demokrasinin temellerinin atılmasında, yöneticilerin çevreden, tabandan başlayarak merkeze doğru gelmesi tercih edilecek bir husustur. Bunda da, yerel seçimlerin büyük bir rolü bulunmaktadır.

Seçim tipolojisiyle ilgili olarak bir de Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi üzerinde kısaca duralım. Örneğin ABD'de ve Fransa'da Cumhurbaşkanı halk tarafından seçilmektedir. Türkiye'de de bir defaya mahsus olmak üzere 1982 Anayasa referandumu ile birlikte, aynı anda Cumhurbaşkanı için de oy verilmiştir. Fakat 1982 Anayasa'sının sistemi, bu tek istisna dışında, Cumhurbaşkanlarının Meclis tarafından seçilmesini öngörmektedir.

Seçim tipolojisine kısaca değindikten sonra, şimdi seçimin hukuki ve siyasi boyutları üzerinde duralım. Seçimlerin esas itibariyle bir hukuki bir de siyasi yönü vardır. Seçimin hukuki yönü, seçimlerin temsili demokrasiye ve ulusal egemenlik kuramına dayandırılmış bulunmasıdır. Seçimlerin demokratik hukuk devleti isterlerine uygun olması için bir takım temel şartlar lazımdır. Bu temel şartları Anayasalar ve bu arada bizim Anayasa'mız da belirtmiş bulunmaktadır. 1982 Anayasa'sının 67. maddesinde belirtilen bu temel ilkeler şunlardır :

II. DEMOKRATİK SEÇİMİN GENEL İLKELERİ

1. Seçimlerin serbest olması ilkesi: Seçimler serbest, yani hür olmalıdır. Seçimlerde açık ya da dolaylı üstü kapalı biçimde tehdit, baskı, sindirme veya hile olmamalı, ulusun iradesi özgür ve tam olarak belirmelidir.

2. Seçimlerin doğrudan olma ilkesi: Seçimler doğrudan olmalı, bir başka deyişle tek dereceli olmalıdır.

3. Seçimlerin eşitliği ilkesi: Seçimde eşitlik demek, herkesin bir oyunun bulunması ve bu oyların eş değerde olmasıdır.

4. Genel oy ilkesi: Seçme ve seçilme yeterliliğine sahip bütün vatandaşlara seçimlerde oy kullanmak, seçmek ve seçilmek hakları yasalarda belirtilen şartlarla eşit olarak verilmelidir. Yasal şartlar denilince akla gelen seçme yeterliliği ve oy kullanma yeterliliğidir. Yasalarımız seçmen olmayla oy verme şartları arasında haklı olarak bir ayrım yapmışlardır. Burada vurgulanacak nokta, bu ayrımın demokratik ülkelerdeki standartlara, ölçülere uygun olması gerektiğidir. Gözönünde bulundurulması gereken bir başka nokta da, gerek seçmenlikte gerek oy vermede kadın - erkek, renk, ırk, dil, din, mezhep, sosyal statü vs. ayrımı yapılmamasıdır.

Burada özellikle kadınlara oy hakkının tanınması konusundaki dünyadaki son gelişmeler üzerinde durmak isterim. Çok yakın zamanlara kadar birçok ülkede, hatta ileri bazı Avrupa ülkelerinde, örneğin İsviçre'de kadınlara seçme ve seçilme haklan tanınmıyordu. Türkiye, bu bakımdan şanslı bir ülkedir denilebilir. Türkiye'de ilk defa 1930 yılında kadınlara belediye seçimlerinde oy hakkı tanındı ve 1934 yılında Anayasada yapılan bir değişiklikle Türk kadınlarına seçme ve seçilme hakları verildi. 1935 seçimlerine ilk defa kadınlar da katıldılar ve bazı kadınlar milletvekili seçildiler.

Kadınlardan sonra birde azınlıkların oy hakkı üzerinde durmak isterim. Bazı ülkelerde azınlıkların oy hakları kısıtlıdır. Türkiyede ise bu konuda yasalara göre bir ayırım yapılmamaktadır. Hatırlanacağı üzere, geçmişte Millet Meclisine seçilenler arasında azınlık gruplarına (Rum, Ermeni, Musevi) mensup milletvekilleri de vardı.

Burada son olarak, yabancılara da oy hakkı tanınması meselesi üzerinde de durmak istiyorum. Yakın zamanlarda, özellikle İskandinav ülkelerinde ve F. Almanya'da beliren bir eğilim, yabancılara yerel seçimlerde kademeli olarak seçme ve seçilme haklarının tanınmasıdır. Bu şimdiden uygulanmaya başlanmıştır. (Avrupa Parlamentosu da 14 Şubat 1989 Strasburgda yaptığı toplantıda Topluluk üyesi devletlerde yaşayan ve çalışan bütün yabancılara yerel seçimlerde oy hakkı tanımıştır.)

5. Seçimlerin denetimi ilkesi: Seçimlerin demokratik olmasının temel şartlarından birisi de, gerek seçimler yapılırken gerekse seçim sonucunda oylar sayılırken bir denetimin olmasıdır. Bu denetim iki türlü olabilir: Siyasal denetim, yani yasama meclisinin, parlamentoların bu işleri yapması veya yargı denetimi, yani yargıçların seçimleri kontrolü. Türkiyede 1950 yılına gelinceye kadar seçimlerde yargı denetimi yoktu. Seçimlerin yargıç denetiminde yapılması ilkesi bu tarihten

İtibaren uygulanmaya başlanmıştır. 1961 ve 1982 Anayasa'ları ile de, seçimlerde yargı yönetim ve denetimi Anayasa'ya ayrı bir hüküm halinde girmiştir. Seçimde yargı denetimi denilince bu da 3 türlü anlaşılabilir: Seçimlerin dürüst ve düzenli bir şekilde cereyan etmesini sağlamak ve işlenebilecek seçim suçlarına karşı cezai müeyyideler koyarak, bu işin yargı yoluyla kontrolüdür. Yargı yoluyla kontrolde de Türkiye'de, Normal Mahkemeler ve son aşamada Yargıtay yetkili olduğu gibi, bazı hallerde Danıştay'ın da seçimlerle ilgili bazı yetkileri bulunmaktadır. Yargıçlardan kurulu YSK'nun yetkilerine gelince, yukarıda da söylediğimiz gibi, ilk defa 1950 yılında kurulan ve 15 Mayıs 1950 seçimlerine nezaret eden YSK vaktiyle tek partili Cumhuriyet döneminde parlamentoya ait olan seçimleri yönetme ve denetleme yetkisini üzerine almış ve özellikle seçim tutanakları ve seçim tutanaklarıyla ilgili olarak yapılan itirazları karara bağlamıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin denetimi: İlk defa, 1961 Anayasa'sı seçimlerle ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'ne de görev vermiş bulunmaktaydı. Bu görev 147. maddede şu şekilde ortaya çıkmıştır: Anayasa Mahkemesi diğer işleri arasında **kanunların** Anayasa'ya uygunluğunu da denetlemektedir. Bu denetim hem biçim hem de öz bakımından olmaktadır. Kuşkusuz bu kanunlar arasında seçim kanunları da bulunmaktadır. 1982 Anayasa'sı da 1961 Anayasa'sının bu ilkesini muhafaza etmiş bulunmaktadır; 148. maddede kanunların biçim ve öz bakımından Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesini Anayasa Mahkemesine görev olarak vermiştir. Nitekim Anayasa Mahkememiz, 1961'den bu yana seçim kanunlarıyla ilgili olarak yapılan bazı başvurulan incelemiş ve bunları karara bağlamıştır.

III. SEÇİM SİSTEMİ VE ANAYASA YARGISI

Seçim, seçme, seçme hakkı, demokratik seçimin genel ilkeleri, seçimlerin denetimi kavramları üzerinde kısaca durduktan sonra, şimdi de seçim sistemi kavramını irdeleyelim.

Burada herşeyden önce dar anlamıyla seçim sistemi kavramıyla geniş anlamda seçim sistemi kavramını birbirinden ayırt etmek gerekmektedir;

a. Dar anlamında seçim sistemi. Bu da 3 şekilde olabilir:

aa. Çoğunluk sistemi,

bb. Nisbi temsil sistemi,

cc. Karma sistem.

Şüphesiz seçim sistemi tipolojisinin bu 3 ana tipleri içinde çeşitli alttipler, Varyasyonlar bulunabilir.

b. Geniş anlamda seçim sistemi: Seçim sistemlerini sadece dar anlamında ve hukuki boyutlarıyla ele almak yeterli değildir; birde siyasal bağlamı içerisinde ele almak gerekir. Yani, seçim ünlü siyasal bilimci David Easton'un dediği gibi genel siyasal sistemin alt sistemlerinden biri olarak ele alınmalıdır. Seçimin bir alt sistem olarak düşünülmesi, demokratik seçim şartları ve özgürlükler rejimi gibi önce hukuki boyutları akla getirmektedir. Başta basın özgürlüğü olmak üzere, dernek

kurma özgürlüğü, siyasi partilerin teşkilatlanma ve faaliyet özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlükler burada karşımıza çıkmaktadır. Geniş anlamda bu temel özgürlükler üzerine oturmayan seçim sürecinin demokratik olduğu söylenemez. Geniş anlamda seçim sistemi denilince bu şartların yanıbaşında, seçim zamanının tesbitinde partilere hazırlıklarını yapabilecekleri makul bir zaman süresinin tanınması; kamusal kitle iletişim araçlarında, örneğin TV'de partilere özellikle güçlerine göre eşit haklar tanınması; siyasi partilere hâzineden para yardımı yapılmasında makul ve adaletli ölçüler kullanılması; seçim dönemlerinin ve propaganda sürelerinin bütün partilere çalışma fırsatı verecek uygun ve yeterli ölçülerde olması gibi konular akla gelmektedir.

Çoğunluk Sistemi :

Ben burada seçim sistemleri üzerinde uzun boylu durmayacağım; yalnız, şu kadarını söylemek isterim ki, seçim sistemlerinden çoğunluk sistemi daha çok **istikrar** ilkesine dayanmaktadır. Bir başka deyişle, seçimlerde çoğunluk sistemini uygulayan ülkeler, seçimler sonucunda koalisyonlar olmaması ve tek bir partinin uzunca bir süre ülkeyi yönetmesini amaçlamaktadırlar. Bilindiği gibi, ABD'de ve İngiltere'de bu seçim sistemi uygulanmaktadır. Çoğunluk sisteminin uygulandığı ülkelerde genellikle iki büyük partinin yarıştığı iki partili sistem geçerli olmaktadır. Türkiye'de de 1961 yılına gelinceye kadar adi, basit çoğunluk sistemi uygulanmıştır. Fransa'da, halâ mutlak çoğunlukla basit (adi) çoğunluğun karması bir sistem uygulanmaktadır. (Bu sistem iki türlü bir sistemdir. Birinci turda mutlak çoğunluğu, yani % 50'yi bulan adaylar seçilmektedir. Birinci turda mutlak çoğunluğu sağlamayan adaylar ikinci tura girmektedirler. Ayrıca ilave edelim ki Fransa, seçilmiş olmak ve partilerin parlamentoya girebilmesi için belirli seçim barajı koyan ülkelerden biridir. Bu baraj şimdi % 10'dur.

Çoğunluk sisteminin de çeşitli tipleri vardır. İngiltere'de tek isimli, dar bölge seçim sistemi uygulanmaktadır. (Bu sistemi bir düşünürümüz gladyatör dövüşüne benzetmiştir.)

Yukarıda da söylediğimiz gibi, Osmanlı İmparatorluğu dönemi dahil (I. ve II. Meşrutiyet) Türkiye'de seçimler 1961 yılına gelinceye kadar çoğunluk sistemiyle yapılmıştı. Fakat işaret edelim ki, 1920'de Ankara'da olağanüstü yetkilere sahip bir Millet Meclisinin toplanmasını isteyen M. Kemal Paşa, seçimlerin nasıl yapılması gerektiği hakkında valilere ve kumandanlara gönderdiği genelgede, Türkiye'de eskiden beri kullanılan adi çoğunluk sisteminin bu seçimde bırakılarak, seçimin mutlak çoğunluk sistemine göre yapılmasını istiyordu. Seçimde her livadan (İl) beşer kişi seçilecektir. Ayrıca seçimler serbest olacaktır. Bütün siyasal partiler, bütün bağımsız adaylar seçime girebilecektir.

Kuşkusuz, o devrin olağanüstü koşulları, düşman işgalindeki bölgelerde seçimlerin yapılamaması, savaş hali ve yer yer ortaya çıkan isyanlar nedeniyle, bu ilk seçimler normal şartlar altında yapılamadı. Ama, bu durum, o şartlarda bile Atatürk'ün seçim kavramına ve millet iradesinin tam olarak, serbestçe oluşması kavramına ne kadar önem verdiğini gayet iyi göstermektedir.

Nisbi Sistem: Nisbi sistemde temel ölçü **adalet** ilkesidir. Nisbi sistemin de çeşitli varyasyonları, tipleri vardır. Bunlardan en önemlilerinden birisi de bilindiği gibi D'Hondt sistemidir. Bu seçim sistemi genellikle daha **adil** olmakla birlikte, uygulandığı ülkelerde çok defa koalisyonlara ve dolayısıyla hükümet bunalımlarına yol açmaktadır. Öte yandan nisbi seçim sisteminde hele bunun bazı türlerinde sonuçları saptamak çok karışık, çapraşık hesap işlemlerini gerektirmektedir, [Nisbi sistem usulü İtalya'da, Belçika'da, Hollanda'da, Danimarka'da ve 1961'den bu yana değişik biçimlerde Türkiye'de uygulanmaktadır.]

Seçim Sistemlerinin Değerlendirilmesi :

Seçim sistemleri değerlendirilirken 3 konu fikrimce çok defa birbirine karıştırılmaktadır. Bu konulardan birisi iyi seçim sistemi kötü seçim sistemi tartışmasıdır. İkincisi çağdaş demokrasi ve çağdaş hukuk devleti ilkelerine, çoğulcu demokrasi ölçülerine uyan veya uymayan seçim sistemi sorunudur. Üçüncüsü, Anayasa Mahkemesi bulunan ve Anayasa yargısını seçim kanunlarında da geçerli sayan ülkelerde, örneğin, F. Almanya'da ve Türkiye'de seçim kanunlarının ve seçim sisteminin Anayasa'ya uygunluğu sorunudur.

Birinci konuda, şunu söyleyebilirim: İyi seçim sistemi - kötü seçim sistemi yoktur. Her sistemin iyi veya kötü tarafları bulunabilir, önemli olan, çağdaş hukuk prensiplerini ve o ülkenin temel şartlarını bağdaştıran bir sistemi bulmak ve uygulamaktır. Fransa, İçin iyi olan bir seçim sistemi bir başka ülke için iyi olmayabilir. ABD için iyi olan bir seçim sistemi, bağımsızlığına yeni kavuşmuş bir ülkede, örneğin Hindistan'da iyi sonuçlar vermeyebilir. Bunda her ülkenin sosyal ve kültürel oluşumu, tarihi gelişimi rol oynamaktadır.

Bildiğimiz gibi eski Başbakanlarımızdan Sayın Ferit Melen geçenlerde gazetelerden okuduğumuza göre, şimdiki Türk siyasal hayatının daha ziyade İki büyük parti etrafında kutuplaşma eğilimi gösterdiğini ve bunun siyasi hayatımız için giderek büyük bir tehlike oluşturduğunu ifade etmiştir. Bazı görüşlere göre de 1960 Askeri Müdahalesi'nin nedenleri arasında seçim sisteminin çoğunluk sistemi olması da yer almaktadır. Bu fikrin taraftarlarına göre, elde ettiği göreli adi bir çoğunlukla bir siyasi parti meclisteki sandalyaların ezici çoğunluğunu ele geçirebilmektedir. Bu durumda, o partinin ülke düzeyindeki genel oy sayısı ve oranı ile meclisteki temsil sayısı ve oranı arasında büyük bir karşıtlık, zıtlık ortaya çıkmaktadır. Bir başka deyişle siyasi gerçekle tabandaki sosyolojik gerçekle yüzeydeki hukuki gerçek (Temsil) arasında bir terslik, çelişki bulunmaktadır. Meclisteki muhalefete bu sistemde hükmedebilen bir siyasi iktidar çok defa muhalefeti bir kenara iterek, temel önemli, hayati meselelerde bile bir diyalog, uzlaşma ortamı aramadan tek başına istediği yasaları bazen temel hukuk prensiplerini ve ölçülerini de zorlayarak «çoğunluk ilkesi adına» parlamentodan geçirebilmektedir. Bu da, giderek iktidar - muhalefet kavgasını, sürtüşmesini sertleştirmekte, rejim bunalrma düşmekte, azgelişmiş ülkelerde ve Türkiye gibi ülkelerde de örneklerini gördüğümüz üzere sonunda askeri müdahalelere yol açabilmektedir.

Gerçekten, 1950 - 1960 arasındaki dönemde uygulanan seçim sistemi ve bunun parlamentoya yansıyan sonuçlarını göz önünde tutan araştırmacılar, 1960 Müdahalesinin nedenleri arasında bu faktörü de göz ardı edememektedirler.

Bilindiği üzere, Türkiye'de 1946 yılına gelinceye kadar tek parti dönemi egemendi. Seçimler, öteden beri alışıldığı üzere, adi çoğunluk sistemiyle yapılmıyordu. Tek partinin adayları dışında diğer adayların bu seçimlerde kazanması fiilen olanaksız gibiydi. Seçimler **iki dereceliydi.** Uygulamada, parti liderinin, şefin ve parti yönetiminin gösterdiği adaylar seçiliyordu. **Tek parti sistemi, şeflik kurumu (ebedi şef, milli şef), resmi, tek ideoloji (Kemalist ideoloji)** siyasal yaşama egemendi. Bir savaş ve ihtilâl sonucu Saltanatı yıkmış, Hilafeti kaldırmış ve batı uygarlığı yolunda devrimci atılımlar yapmış ve bu arada iç isyanlarla boğuşmuş bir ülkede tek partili otoriter sistem, kurucularınca, ideal, kalıcı bir sistem olarak değil, çağdaş demokrasiye geçiş yolunda bir ara dönemi olarak görülmüştü. **Devrimcî atılımların ana amacı da, demokrasinin altyapısını oluşturmaktı.** İşte bu koşullar altında, seçimler, çoğulcu batı demokrasisîndekiler gibi yapılamamıştı.

Fakat, 1945 yılında, otoriter ve totoliter rejimlerin savaş'ta yenilmesi, Nazi Almanya'sı ile Faşist Italyan sistemlerinin çökmesi üzerine demokrasi, düşünce özgürlüğü, çok partili rejim, serbest, tür ve genel seçimler kavramı Türkiye'de de ortaya çıktı ve giderek güç kazandı. 1946 seçimlerinde, ilk defa olarak birden ziyade partinin seçime girdiğini, kısıtlı da olsa değişik siyasi fikirlerin bu dönemde ortaya atıldığını görüyoruz. Yine seçim tarihimizde, ilk defa, **1946 seçimleri tek dereceli olarak** yapılmıştır. **Azınlık adayları da bu seçimde, değişik partilerden aday gösterilebilmişlerdir. 1946 Seçimlerinde, geleneğe uygun olarak adi çoğunluk sistemiyle uygulanmıştı.** (İlk çoğulcu ve tek dereceli genel seçim olmasına karşın, 1946 seçimlerinin tamamen serbest ve hür olarak cereyan etmediği, birçok yerde adaylara ve halka baskı yapıldığı ve hatta seçim sandığından çıkan sonuçlarının değiştirildiği muhalefet tarafından ileri sürülmüş ve bu tür iddialar 1950 yılına kadar sürdürülmüştü.)

1950 yılında yapılan genel seçimler ise, halk iradesinin tamamen serbest, hür ve demokratik koşullar altında belirdiği pürüzsüz bir seçim olmuştu. Yine adi çoğunluk sistemiyle yapılan bu seçimler sonucunda **siyasi iktidar demokratik bir biçimde el değiştirmiş** ve Cumhuriyetin kuruluşundan bu yana. (Çok kısa süren 1924-25 Terakkiperver Fırka ve 1930 Serbest Cumhuriyet Fırkası deneyleri hariç) Parti monopolünü elinde tutan CHP, muhalefete geçmiş; buna karşın, yine Atatürk dönemi başbakanlarından Celal Bayar'ın liderliğindeki DP İktidara gelmiştir. CHP ülke genelinde verilen oyların aşağı yukarı % 40'ını DP % 60'ını aldığı halde, adi çoğunluk sisteminin sonucu olarak DP meclisteki sandalya sayısının çok büyük bir bölümünü kazanmıştı. Aslında, tabandaki gerçek oy oranı ve oy sayısı, sosyolojik açıdan bakıldığında, DP'nin parlamentoya bu kadar sayıda, adeta ezici biçimde milletvekili sokmasını pek haklı ve âdil göstermiyordu.

Öte yandan, işaret edelim ki, milli egemenlik kuramının 18. asırda olduğu gibi katı bir şekilde yorumlanışı; çoğunluk kavramına verilen mekanik anlam ve adetâ

biçimsel bir demokrasi anlayışı; temel siyasal sorunlarda diyaloga ve uzlaşmaya gitmek istemeyiş; otoriter pederşahi liderlik ve yönetim anlayışı; toplumsal yapıda demokratik kurumlaşmanın çok zayıf olması; Orta Asya'dan ve İslâmi devlet telâkkilerinden gelen merkeziyetçi hiyerarşik siyasal ve toplumsal yapı gibi faktörler, uygulanan seçim sisteminin de etkisiyle, az zamanda iktidarın muhalefet üzerine gitgide artan bir baskı yapmasını; muhalefetin de II. Meşrutiyet'teki parti kavgası geleneğine uyarak bir an önce iktidara gelmek için demokrasi dışı yol ve yöntemlere koymak istemesi, demokrasi oyununun, az zamanda çığırından çıkarak, 1960 yılında, ordu müdahaelsi ile noktalanmasına yol açmıştır.

1960 askeri müdahalesinden sonra, Kurucu Meclis'e hazırlatılan ve 1961 yılında halkoyuna sunup % 60'dan biraz fazla evet oyu alan 1961 Anayasası, demokratik seçimin temel ilkelerini bütün unsurlarıyla beraber Anayasa'ya koymuş; bir çok yeni kurum gibi Anayasa Mahkemesi'ni de devletin temel organları arasında göstermişti. Hemen işaret edelim ki, 1961 Anayasası 1924 Anayasasından farklı olarak egemenliğin kullanılmasını tek başına TBMM'ye değil, Anayasanın koyduğu esaslara göre, **yetkili organlara** vermiştir. Bu organlardan birisi de Anayasa Mahkemesi idi. Öte yandan, 1961 Anayasasında seçim sistemi ile ilgili herhangi bir Hüküm yoktu. 1924 Anayasasında da böyle bir hüküm mevcut değildi. 1961 Anayasası, seçim sisteminin ve seçim tarihinin saptanmasını yasama organına bırakmıştı. Bunun üzerine 1961 yılında hazırlanan seçim kanunu ile seçim sistemi Millet Meclisi için nisbi sisteme dönüştürülmüştü. Ancak Millet Meclisi seçiminin nisbi sistemle yapılmasına karşın, ikinci meclis olan Senato'da seçimler çoğunluk esasına göre yapılıyordu.

1965 Milletvekilleri seçimleri, seçim kanunu daha önce, koalisyonlar döneminde değiştirildiği için, milli bakiyeli, barajlı D'Hondt sistemiyle yapıldı. Buna rağmen, Adalet Partisi'nin Mecliste büyük çoğunluğu alması ve tek başına iktidar olmasıyla sonuçlandı. Bu seçimin diğer bir özelliği milli bakiye usulüyle Türkiye İşçi Partisi'nin de Millet Meclisi'ne 15 kadar milletvekili sokmasıydı. Bunun üzerine iktidarda bulunan AP, 1969 seçimleri yaklaşırken (1968 yılında) seçim sistemini değiştirmiş ve **barajlı D'Hondt sistemini getiren** yeni **bir** kanun hazırlamıştı. Bu kanun teklifi, yapılan itirazlara rağmen, Mecliste kanunlaşmış ve CHP'nin başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi 1968 yılında verdiği bir kararla yeni seçim kanununu Anayasa'ya Anayasa'daki eşitlik ilkesine, demokratik hukuk devletine, partilerin serbestçe çalışması ilkesine aykırı bularak iptal etmişti. Bu karar o zaman büyük tartışmalara yol açmış Özellikle iktidar partisi mensupları Anayasa Mahkemesi'ni şiddetle eleştirmişler ve Anayasa Mahkemesi'nin Meclis iradesi üstünde sanki süper bir organmış gibi karar verdiğini öne sürmüşlerdi.

Sonuç itibariyle, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı üzerine **1969 seçimleri barajsız D'Hondt sistemine göre yapılmış** ve AP buna rağmen parlamentoda gerekli çoğunluğu yine sağlayabilmişti. 12 Mart 1971 askeri müdahalesinden sonra gidilen 1973 genel seçimlerinde ve daha sonra 1977 Milletvekili seçimlerinde de hep nisbi seçim sistemi uygulanmıştı. **Fakat bu dönemde, yani 1973-1980 yılları arasında, Nisbi seçim sistemi koalisyon hükümetlerine vücut vermiş ve bu** arada ülkede

istikrar ve güven'de giderek bozulmuştur. Anarşi ve terör de hızla tırmanmaya başlamıştı. Bu duruma bakanlar, ülkedeki kargaşanın ve kaosun yegane nedeninin nisbi seçim sistemi olduğunu sanmışlar ve bu görüşü savunanlar, ülkedeki huzursuzluğu önlemek için, çoğunluk sisteminin uygulanmasının şart olduğunu ileri sürmüşlerdir. Kanımca, seçim sistemi Türkyie'deki istikrarsızlığın, ve kargaşanın asıl nedeni değil, yan sebeplerinden biridir. Asıl sebep, ne kanunlarda ne de sistemdedir. **Fikrince asıl sebebi kanunu yapanların ve uygulayanların zihniyetlerinde, davranışlarında ve siyasal kültür ortamındadır.**

1980 askeri müdahalesin'den sonra 1982 yılında oluşturulan Kurucu Meclisce kabul edilen yeni Anayasa, bilindiği üzere, halk oyuna sunulmuş ve bu Anayasa halkın büyük çoğunluğu tarafından onaylanmıştı. Yeni Anayasa da, 1961 Anayasası gibi, egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğunu, ama milletin egemenliğinin, Anayasa'nın koyduğu esaslara göre, **yetkili organlar eliyle** kullanılacağı 6. maddede öngörülmüştü. Bu organlardan biri de kuruluşu ve yetkileri **Anayasa'nın Yüksek Mahkemeler bölümünde** gösterilen ve görev ve yetkileri 148. maddede belirlenen Anayasa Mahkemesidir. Bu maddeye göre Anayasa Mahkemesinin görevleri arasında, kanunların (bu arada doğal olarak seçim kanunlarının) Anayasaya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetleme görevi yeralmış bulunmaktadır.

1984'ten bu yana Seçim Sistemi ve Anayasa Yasası

1982 Anayasa'sı 1961 Anayasa'sı gibi, Anayasa'da seçim sistemi ile ilgili herhangi bir hüküm getirmemiş, seçim sisteminin belirlenmesini yasama organının çıkaracağı kanunlara bırakmıştı. Bunun üzerine TBMM çıkardığı yeni bir kanunla milletvekili seçimlerinde seçim sistemini yine nisbi sistem olarak benimsemişti. Aslında konuşmamızın başlarında da belirttiğimiz gibi, seçim sisteminin belirlenmesinde o ülkenin şartları, tarihi gelişimi gibi temel unsurlar gözönünde bulundurulmalı ve istikrar ilkesiyle adalet ilkesini bağdaştıran bir seçim sistemi kabul edilmelidir. Fikrimce doğrusu budur.

Anayasa Mahkemesi, seçim kanunlarıyla ve bu kanunlarda yeralan seçim sistemi, baraj usulü, kontenjan adaylığı seçim zamanının saptanması, seçim takviminin düzenlenmesi, seçim propogandası gibi konularda, bu konular dava olarak önüne getirildiği takdirde nasıl bir tutum takınmış ve hangi kararları vermiştir? 1968 yılında seçimde baraj usulünü Anayasa'ya uygun görmeyen Anayasa Mahkemesi, 1984 yılında verdiği bir kararla, yerel seçimlerde konan barajı Anayasaya aykırı bulmuş ve konulan baraj hükmünü iptal etmiştir.

Öte yandan, Kurucu Meclisin çıkardığı seçim kanunu milletvekili **seçimleri için barajı % 10 olarak saptamıştır.** % 10'luk baraj, hem yurt genelinde partilerin Meclise girebilmeleri için gerekli olan ve ayni zamanda her seçim çevresinde milletvekili çıkarabilmek için zorunlu asgari orandı. Küçük partilerin, özellikle radikal partilerin Meclise girmeleri, bu çift barajla önlenmiş oluyordu. Bu suretle, 1982 **Anayasa'sı ve onun tamamlayıcı parçaları olan temel kanunları, bu arada seçim kanunu yapan güç, istikrar prensibi adına, küçük partilerin parlamentoya girmelerine engel olmuştu.**

Şimdi Türk siyasi hayatı bakımından burada sorulması gereken temel soru fikrimce şudur: Bu % 10'luk baraj, Türkiye gibi gelişen, yeni ve değişik fikirler üretmek zorunda olan bir ülke için çok yüksek ve adaletsiz değil midir? Bu uygulama sonucunda 1987 genel seçimlerinde kullanılan oyların aşağı yukarı yüzde 20'si boşa gitmiş ve milyonlarca geçerli oy bir tek milletvekilini bile Meclise sokamamıştır. Hemen söyleyelim ki % 10'luk baraj, Avrupa'daki demokratik ülkelerin bir çoğunda yoktur. F. Almanya'da baraj oranı bilindiği üzere, genelde % 5'tir; İskandinav ülkelerinde bu baraj % 3 veya daha aşağılardadır.

Öte yandan üzerinde durulması gereken bir başka nokta da şudur: Halen uygulanmakta olan seçim sistemi nisbi temsil olmakla beraber, bu çift baraj ve kontenjan usulü sayesinde, nisbi sistemle dahi ve son seçimlerde görüldüğü üzere % 36 gibi bir oranla bile meclisteki sandalyelerin çok büyük bir bölümünü tek bir parti kazanabilmiştir. Bundan da çıkan sonuç şudur: **Sadece seçim sisteminin çoğunluk veya nisbi sistem olması değil, bu sistemle getirilen ek düzenlemeler yani baraj kontenjanlar, seçim çevresi değişikliği vs. gözönünde tutulmalıdır.** Uygulamada bilindiği üzere 1965'de ve 1969'da AP kendisi için elverişsiz gözüken nisbi sistemle bile tek başına seçimleri kazanabilmiş ve Mecliste gerekli çoğunluğu sağlamıştı. Şimdiki iktidar da, istikrar gerekçesiyle sıksık seçim kanunlarına el atarak tek başına iktidar olmak yolunu sürekli olarak sağlamak istemektedir. Eskiden seçim devrelerinin iller oluşuna karşın, yeni sistemin **altından ziyade milletvekili çıkaracak illerde, seçim çevrelerini çoğaltması** ve Ankara, İstanbul, İzmir gibi büyük ve kalabalık illerde seçim çevrelerinin bu şekilde çok artırılması dikkatimizi çeken bir husustur. Altı milletvekili çıkaracak çevrelerde kazanılacak milletvekili sayısının hesaplanmasında bölme işleminin bir eksik sayıyla yapılması usulü kuşkusuz önde giden partiyi çok avantajlı kılan usûllerdir. Bir kere işaret edelim ki, **çağdaş batılı demokratik ülkelerde seçim kanunlarıyla bu kadar sık bir şekilde oynanmamaktadır.** Örneğin, F. Almanya'da başta da söylediğimiz gibi, seçim barajı vardır ve baraj ülke genelinde % 5'tir. Bu barajın en fazla % 10'a kadar çıkabilmesi ancak **istisnai durumlarda ve objektif koşullarda olabilmektedir.** Gerek Federal Yüksek Anayasa Mahkemesi gerekse Bavyera Anayasa Mahkemesi kanun koyucunun seçim kanununu düzenlemede tamamen serbest olmadığını, keyfi hareket edemeyeceğini kararlarıyla belirtmişlerdir. Bu objektif sebepler, Anayasa Mahkemesine göre devletin varlığını tehdit eden faaliyetlerde bulunan radikal partilerin veya seçim ameliyesini, seçim sürecini lüzumsuz yere işgal edecek çok küçük partilerin devreden çıkarılması amacına yönelmelidir. Federal Yüksek Mahkeme, bu açıdan hareketle Danimarka asıllı göçmenlerin egemen bulunduğu Schlesvvig Holstein Partisi'nin çok küçük bir parti olmadığını, çünkü seçimlerde doğrudan doğruya bir kaç milletvekili çıkardığı gibi bazı seçim çevrelerinde de yüzde 20 oranında oy elde ettiğini belirtmiştir. Öte yandan Bavyera Anayasa Mahkemesi de Bavyera Komünist Partisi dolayısıyla verdiği kararda, **seçim barajını yükseltmede objektif şartların bulunması gerektiğini vurgulamıştır.** F. Almanya'da seçim çevrelerinin sınırlarında kanunla değişiklik yapma sorununa gelince, bu ülkede bu konuda şöyle ilginç bir uygulama yapılmaktadır. Özellikle Doğu Almanya'dan ge-

len göçmenler sebebiyle veya başka nedenlerle bir Länder'de (eyalet) ve ilgili seçim çevrelerinde % 33 veya daha fazla nüfus artışı veya nüfus eksilmesi varsa, seçim çevreleri oylamada nüfus dengesini sağlayacak biçimde yeniden düzenlemektedir.

Öte yandan yeni il ve ilçeler kurulması gibi usullerle de seçim sonuçlarını değiştirebilme olanağını dolaylı olarak iktidarlar ellerinde tutabilmektedirler. ABD'de bir zamanlar sık sık uygulanan ve sonuçta 1964 yılında Federal Yüksek Mahkeme'nin iptal kararıyla bozulan Gerrymandering sistemine benzer yöntemlere gidilmesi hukuk devleti ve genel eşitlik İlkesi bakımından doğru değildir.

Yerel Seçimler ve Anayasa Mahkemesi

Bilindiği üzere, bu yakınlarda çıkarılan bir kanunla, Anayasamıza göre 5 yılda bir yapılması gereken yerel seçimlerin zamanını tespit, kanun yapıcının (dolayısıyla meclisteki çoğunluğun) iradesine bırakılmıştır. Bu kanunun getirilmesini savunanlar tıpkı Anayasa'nın 77. maddesinde olduğu gibi Millet Meclisi'nin seçimlerinin 5 yılda bir yapılacağı hükmünü, Meclisin bu süre dolmadan yenilenebileceğine izin veren fıkrası dolayısıyla, seçimlerin yenilenebileceğini, yani süre dolmadan seçimin öne alınabileceğini veya daha sonraya bırakılabileceğini öne sürmektedirler.

Genel seçimler için Anayasamız böyle bir imkân tanımış olmakla beraber, kanımızca yerel seçimlerin tarihi konusunda, **Anayasa'nın 127. maddesine göre, böyle bir imkân mevcut değildir.** Gerçekten Anayasa' mızın 127. maddesinin 3. fıkrası şöyle demektedir: «Mahalli idarelerin seçimleri, Anayasanın 67. maddesindeki esaslara göre 5 yılda bir yapılır.- Bu hüküm kesin ve açıktır. Anayasanın 77. maddesinde de olduğu gibi bu süre dolmadan seçimlerin yapılması, öne alınması veya 78. madde de olduğu gibi ertelenmesi mümkün değildir. **Bundaki amaç, demokratik sistemin alt taşını oluşturan ve daha çok teknik, idari, yerel hizmetler veren yerel yönetimde istikrarı ve devamlılığı sağlamaktır.** Bu itibarla çıkarılan yeni kanunda, Millet Meclisi'ne bir kararla seçim tarihini istediği gibi saptayabilmesi öne alması ya da daha sonraki bir tarihe bırakması, fikrimce mümkün değildir.([1]) Doğru da değildir.

Hernekadar bir çok ülkede, bu arada İngiltere'de, seçim tarihinin saptanması hususunda parlamento çoğunlukları karar verme durumunda olmakla birlikte bu sorun her ülkenin Anayasa'sına veya yazılı Anayasa'sı olmayan ülkelerde geleneklere ve teamüllere göre çözülmektedir. Bizim Anayasa'mızda yerel seçimlerin 5 yılda bir yapılacağı kesin hükmü karşısında seçim tarihini öne almak veya bu dönemi uzatmak caiz değildir.

IV. GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Çok dikkate değer bir gözlemdir ki, bizde iktidar ve muhalefet yer değiştirince, takındıkları roller de değişmektedir; yani, iktidara gelenler çok defa muhalefette iken söylediklerini unutmakta; hatta onun tam tersi işler yapabilmektedirler. Biz

(1) Nitekim Anayasa Mahkemesi bu tebliğin sunulmasından bir ay sonra verdiği kararla sözü geçen kanunun bu hükmünü iptal etmiştir. Bu durumda yerel seçimler 1989 yılının Mart ayında yapılacaktır. Yeni seçim takvimi de buna göre düzenlenmiştir. Ve çalışmalar yürümektedir.

bunu, iktidarların ve muhalefetlerin seçim kanunu ve seçim düzenleri hakkında sık sık fikir değiştirmelerinde açık olarak görüyoruz. Niçin? Çünkü, iktidarlar seçim kanunlarını daima kendilerine yarar sağlayacak şekilde değiştirmek istemektedirler. Oysa, Federal Almanya'da 1952-1968 yılları arasında geçen 16 yılda seçim kanununa, sadece bir defa dokunulmuştur. Bizde ise, yalnız 1987-88 yılları arasında, - yakında gerçekleşecek değişiklik hariç- seçim kanunları yedi defa değiştirilmiştir. Bu durum, bir kısmı Anayasa Mahkemesince geri çevrilen ve iptal edilen kanunlarının yerine yenilerini yapmak zorunluluğundan doğsa bile, önemli bîr kısmı da nisbeten az bir oranla, örneğin % 36 oyla meclis sandalyalarının nasıl üçte ikisinin kazanılıp iktidar olunacağının hesabından doğmaktadır ([2]). Türkiye, gelişmiş tamamen kalkınmış bir ülke olsa, böyle bir anlayış belki bu kadar itiraz ve tepkiler çekmeyebilirdi. Ancak, milli geliri düşük, milli gelir dağılımı gayri adil, vergi sistemi yeterli olmayan, iç ve dış borçları çok süratle artan bir toplumda, seçîmkanunlarıyla devamlı oynamak süratiyle iktidarda kalmaya çalışmak, sonuçta toplumun istenmeyen noktalara gelmesine neden olabilir, iktidararın bunu iyi bilmeleri ve tutumlarını buna göre ayarlamaları gerekir.

iktidar için söylediklerimizi muhalefet için de söyleyebiliriz. Evvelce iktidarda İken muhalefet durumuna düşen partiler ve liderler gariptir, iktidarda iken söylediklerini birden unutarak, yepyeni rollere bürünmekte ve değişik ağızlar kullanmaktadırlar. Bu da, muhalefetin samimiyeti ve ciddiyeti konusunda toplumsal vicdanda bazı soru işaretleri doğurmaktadır. Buna ait sayısız örnekleri Türk siyasal yaşamından vermek mümkündür.

Türk siyasal hayatına böylece kritik ve objektif bir açıdan yaklaşıldıktan ve onun küçük bir anatomisi (teşrihi) yapıldıktan sonra, şimdi gerek seçim düzenleriyle ilgili olarak gerekse Türk siyasal rejimiyle ilgili olarak neler yapılması gerektiği sorusuna cevap vermeye çalışalım.

Anayasa ve kanun değişikikleri bu arada seçim düzenleri konularında bir yandan ileriye yönelik; çağdaş, demokratik hukuk devleti yönünde olumlu ve somut adımlar atılır ve Türk siyasal yaşamı önündeki kısıtlayıcı, engelleyişi Anayasal ve yasal hükümler kaldırılırken somut siyasal kurumlaşmayı ve sağlıklı siyasal yapılaşmayı gerçekleştirecek siyasal kültür ortamını zengin unsurlarla besleyecek köklü adımlar atılması gerekir. Bilinçli bir kamuoyunun, ancak gelişmiş bir siyasal kültür ortamında ve kitlelere yaygın bir siyasal eğitim kanalıyla gerçekleşebileceğini hiç unutmayalım. Bu kurumlaşmanın ve yeniden yapılaşmanın yaratılmasında başta televizyon olmak üzere kitle haberleşme araçlarının ve tüm eğitim kurumlarının (üniversite dahil) yaygın ve etkin biçimde kullanılması üzerinde önemle durulacak bir konudur.

Son söz olarak, demokrasiyi sağlıklı işler bir hale getirecek olan asıl unsurun sık sık kanun ve sistem değişikliklerinden çok, yukarıda işaret ettiğim siyasal

(2) Bilindiği üzere iktidar partisi Anayasa Mahkemesinin iptal kararı üzerine yarel seçimlerin tarihi ile ilgili Anayasa maddesini değiştirmiş fakat 1988 Eylül ayında yapılan referandumda bu anayasa değişikliği halk tarafından reddedilmiştir.

kültür ortamı ve siyasal eğitimle ilgili kurumlaşma sağlıklı yapılaşma ve insan sorunu olduğunu kabul etmenin ve bundan böyle dikkatleri bu yönde yoğunlaştırmanın Türk demokrasisine daha yararlı olacağını belirtelim.

(28. Makale - 1989)

Erol ALPAR

*Olağanüstü Haller**

*Erol Alpar, "Olağanüstü Haller", Amme İdaresi Dergisi, Yıl 1989, Cilt 22, Sayı 4, 47-67.

OLAĞANÜSTÜ HALLER

Erol ALPAR*

GENEL OLARAK

Savaş, savaş tehlikesi, isyan, toplumun yaşamını etkileyen doğal afetler, ekonomik bunalım gibi olağanüstü durumlarda yönetimin hukukun dışına çıkması ve hukuka aykırı düzenlemeler yapması, başka bir deyişle yönetime olağanüstü yetkiler tanınması olağan sayılır. Olağanüstü haller, tüm yönetsel faaliyetlerde, yönetimin görevlerini zorlaştırırsa da en fazla kamu düzenin sağlanması ve korunması bakımından ayrık ve üstün yetkilerle donatılmasını gerekli kılar.[1] Bu dönemde örneğin, bireylerin özgürlükleri kısıtlanır, olağanüstü yükümlülükler konur ve gerekli önlemler alınır.

Anayasalar, savaş, ayaklanma, ihtilâl gibi toplumun bunalım geçirdiği olağanüstü halleri öngörüp yönetime olağanüstü yetki tanıyan, ya da yasa ile tanınmasını gerekli gören hükümlere yer vererek, ayrı bir rejime bağlanmasını sağlar.[2] Ancak, yürütme ve yönetimin karşılaşabileceği olağanüstü haller, anayasa ve yasalarla düzenlenmiş bulunan olağanüstü dönemlerle sınırlı olmayıp, toplum yaşamının akışı sırasında ortaya çıkabilecek olağanüstü durumlar da vardır. Bu olağanüstü durumlar, yasalarla öngörülmemiş olması halinde dahi, yürütme ve yönetime değişik yetkiler kullanabilme olanağını vermektedir. Durumun niteliğinden çıkan bu yetkiler, yargı içtihatları ile tanınmış bulunmaktadır.[3]

Olağanüstü dönemlerde, yönetime tanınan yetkiler anayasal ve yasal bir düzenlemenin sonucu olduğundan, olağanüstü haller hukuk düzeninin bir parçasıdır.[4]

OLAĞANÜSTÜ HAL TEORİLERİ

Olağanüstü hallerde, yönetimin, hukuk kurallarının dışına çıkması, hukuk kurallarına uymayan işlemler yapması söz konusu olur. Yönetime bu tür bir yetkinin tanınması gerekli midir, değil midir, gerekli ise yönetime anılan yetki tanınmış mıdır, sorusuna cevap aramak için, ortaya birtakım teoriler atılmıştır. Bunları sırayla incelemekte yarar vardır.

Auto - limitation Teorisi[4a]

MAHİYETİ

Auto - limitation teorisi, hukuki düzenlemelere gitmek suretiyle, kendini sınırlayan devletin, zaruret hallerinde koyduğu kaideler dışına çıkabileceğini kabul

---

* Dr. (Jur) As. Yük. İd. Mah. Savcısı

1 Duran, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s.296; Gözübüyük, A. Şeref, Yönetim Hukuku, Ankara, 1983, s.184 (Yönetim); Onar, S. Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1966, C.I, s.436; Gölcüklü, Feyyaz, "İdari Ceza Hukuku ve Anlam", Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi 1963 C. XVIII, S. 2, s.115;

2 Balta, Bekir, İdare Hukukuna Giriş (giriş) Ankara, 1968-1970, s. 83.

3 Duran, Lütfi, age, s. 297.

4 Gözübüyük, Yönetim, s. 184.

4a Onar, S. Sami, age, s.436-437.

eder. Bu teorinin temsilcisi sayılan Jhering'e göre, devlet kendi yasalarına uymakta bir yarar gördüğü içindir ki uyar. Devlet fertlerin haklarına saygı göstermediği sürece, yönetilenler de, hak yerine isyan fikri gelişir. Devlet haklara saygılı olduğu sürece, yönetilenlerde yasalara karşı güven hissi doğar. Ancak, devletin koyduğu hukuk kurallarına uygun hareket etmesinin bir sınırı vardır. Devletin gücünü, sadece fenalık ve kötülük yapabileceği ihtimaline binaen yasalarla sınırlamak, onun sürekliliği imajını inkâr etmek olur. Kötüniyetli davranışları zincirle bağlamak gerekmez, sorumluluk esasının kabul edilmesi de yeteriidir. Sözgelimi, ne kadar ihtimal hesapları yapılırsa yapılsın, öyle olaylar ortaya çıkar ki, Devlet ya yasanın takibini veya toplum hayatını feda etmek zorunda kalır. Her ne kadar herşeyin üstünde adalet yer almaktadır denilir ise de, insanlık, adalet için ortaya çıkarılmamış, belki de adalet insanlık için ortaya atılmıştır.

Bu durumda devlet, yasalarına her zaman saygılı olmak zorunda değildir. Örneğin, savaş halinde cemiyetin yaşamını temin için hukuk kurallarının dışına taşılabilir. Şu halde vasıtayı kurtarmak için amacı değil, amaç için vasıtayı terketmek gereklidir. Başka bir deyişle, devletin varlığını tehlikeye koyan bu olağanüstü durumda devlet kat'i olarak yasayı feda eder.

Jhering, bu durumları, ceza ile medeni hukukda yer alan meşru müdafaa haline benzetmektedir. Şöyle ki; ferdin canını korumak amacıyla yasaya uymayan müdafaa fiilleri, meşru sayıldığı gibi, devletin de cemiyeti korumak amacıyla yapacağı yasaya uygun olmayan fiilleri meşru sayılmalıdır.

TENKİDİ

Jhering'in görüşü, Alman teorilerinin yasayı, Devletin iradesinin ürünü s.v. ve Devletin hukuka bağlılığını seçimlik sayan teorilerle ilgilidir. Bu görüş, hukuku Devletten önce, Devletin üstünde ve Devleti zorunlu olarak hukuka bağlı kabul eden esaslarla bağdaştırılamaz. Ayrıca, Devletin ne zaman hukuka bağlı kalacağını saptayan, bir ölçü de yoktur. Böylece, Devletin hukuka bağlılığını, seçimine bırakmak ve zorunlu gördüğü hallerde, yasaya aykırı hareket edebileceğini kabul etmek, hukuk kurallarıyla, fertlere verilmek istenilen teminatla, emniyet ve istikrar ilkeleriyle bağdaşmaz. Anılan Alman teorisi, son defa nazi rejiminde yeniden ortaya çıkmış, böylece, hukuk sistemine son verilmesi, felâketle sonuçlanmıştır. Kuvvet ve tahakküme dayanan ve polis-devlet sistemine kolaylıkla kayabilen bu teori, bir hukuk Devletine hiçbir şekilde sağlam bir güvence sağlayamaz.

Bu durumda, olağanüstü hallerde, hukukun dayanacağı esasları başka teorilerde ve prensiplerde aramak gerekmektedir.

Fransa'da Olağanüstü Hal[5]

MAHİYETİ

Fransa'da gerek 1914 birinci dünya savaşında ve gerekse ikinci dünya savaşında, olağanüstü hallerde hükümetin yetkilerinin genişleyeceğinin kabul edil-

5 Giritli, İsmet - Bilgen, Pertev, İdare Hukuku Dersleri, İstanbul 1979 s. 40; Onar, age, s. 438.

mesi yanında, bunun daha başka biçimde açıklanmasının yapılmasına ve sınırlarının belirlenmesine çalışıldığı görülmektedir. Gerçekten olağanüstü hallerde gerek Cumhurbaşkanına ve gerekse Hükümete fevkalade tedbirler alma yetkisi, yasalarla verilmiştir. Bu yetkiye dayanarak, 1914 ve 1939 yıllarında yönetim tarafından gerek ferdi özgürlükler ve gerekse ticaret yapma özgürlüğünü sınırlandıran kararlara karşı açılan davalar reddedilmiştir. Ancak, Fransız Danıştayı, Hükümete verilen bu yetkiyi fevkalade halin devam ettiği sürece ve parlâmentonun göreve başlaması koşullarıyla sınırlandırmıştır. Buna karşılık, Fransa'da yasa koyucunun, olağanüstü hallerde hükümetin yetkilerinin genişlemesini sağlar nitelikte yasal düzenlemelere gittiği de görülmektedir.[6]

İlk kez birinci cihan savaşında, savaş halinin olağanüstü hal olarak kabul edildiği Fransız Danıştayınca verilen, 1918 tarihli «Heyries» kararında, Milli Savunmanın, gerektirdiği süratle disiplin cezası verebilmek konusunda, yasayla memurlar için garanti teşkil etmek üzere konulmuş bulunan bazı hükümlere yönetim tarafından uyulmamasını savaş olağanüstü hali ile haklı bulmuş, böylece kararı iptal istemini reddetme doğrultusunda hüküm vermiştir. 1914-1918 savaşı sırasında ortaya çıkan bu içtihat daha sonra ikinci dünya savaşı sırasında da devam etmiştir.

Vedel, olağanüstü hallerin karakterlerini üç noktada toplamıştır. 1. Anormal ve olağanüstü halin varlığı, 2. Yönetimin yasal yollardan hareket etme olanağının bulunmaması, 3. Bu hallerin ancak yönetimi, kamu yararının gerektirdiği oranda yasaya uyma zorunluluğundan kurtarması.

Fransız öğreti ve yargı içtihatları olağanüstü hallerde, yönetimin özgürlükleri sınırlandırma ve bazı yasaların uygulanmasını askıya alabilmesini kabul etmekle birlikte, bu hallerin varlığı halinde dahi, hukuki bir rejimin var olduğunun, işlem ve eylemlerin yargısal denetime tâbi bulunduğunu da kabul etmektedirler. Danıştayın son içtihatlarına göre, olağanüstü hallerin varlığı, yasaya aykırı İşlem ve eylemlerin sakatlığını tamamen ortadan kaldırmaz, fakat hafifletir. Örneğin, yasaya uymayan eylem ve işlemler haksız fiil olarak değil, sakat bir yönetsel eylem veya işlem olarak nitelendirilir. Böylece, yönetim ile yönetilen arasında çıkan uyuşmazlık, yönetsel uyuşmazlık kabul edilerek, yönetsel yargı yerinde, yargısal denetime tâbi tutulur.

TENKİDİ

Fevkalade hallerin, hukuk düzeni içerisinde etkili olacağını kabul kaçınılmazdır. Örneğin bu gibi hallerde, hükümet savunmanın gerektirdiği, birtakım girişimlerde bulunmak, gene ayrıca bu dönemin gereği olan yükümlülükler yüklemek zorunda kalır. Bu itibarla olağanüstü hallerde hükümetin yetkilerinin genişlemesine ihtiyaç duyulur.

Ancak tüm zorunluluklar, Devletin hukuk dışına çıkmasını, sırf takdir yetkisine dayanarak hareket etmesini, başka bir deyişle hukuk Devletinden, Polis Devletine

6 Jean de Soto, Revue Sommaire de Jurisprudence, Revue du Droit Public et de la Science politigue, 1950, s. 444, 445.

geçmesini gerektirmez. Olağanüstü halin varlığını ileri sürerek, yönetimin alacağı önlemlerin ihtiyaca ve hakkaniyete uygunluğunu kim temin edecektir.

Gerek toplum ve gerekse fertler üzerinde daha uygun ve ağır işlem ve eylemlere gerek duyulan hallerde yönetimin kendisini hukukun dışında görmesi çok tehlikeli sonuçlar doğurabilir.

ONAR'IN GÖRÜŞÜ

Fevkalade hallerin ve buhranlı zamanların kendine özgü, olağanüstü rejimi olduğunu kabul etmekle birlikte, bu rejimin gene bir hukuk rejimi olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Bir defa hukuk düzeni içerisinde, Devletin mevzuatı arasında, fevkalade haller için konulmuş, normal zamanlarda uygulanmayan birtakım olağanüstü tedbirleri içeren yasalar bulunmaktadır. Örneğin yasama organı sıkıyönetim yasaları ile yönetimin yetkilerini genişletir. Gene Türk Parasının Kıymetini Koruma Yasası ile, Milli Korunma Yasası, fevkalade hallerde olmak üzere belirli alanlarda hükümetin kararnameler ile yönetsel düzenlemelere gitmesini kabul etmektedir.

OLAĞANÜSTÜ HALİN TANIMI[7]

Olağanüstü dönemlerde gerek savaş ve gerekse barış zamanında söz konusu olabilir. Fakat herhalde yürütme ve yasama organlarının kararları ile yürürlüğe girebilir. Zira bu dönemlerde, bireylerin ve toplulukların anayasal hak ve özgürlükleri büyük ölçüde sınırlama ve kısıtlamalara uğrar ve askıya da alınabilir.

Bazı olağanüstü hallerde, yönetimin gene hukuka bağlı olması, ya gereken tedbirlerin hiç alınmaması veya gereken zamanda alınmaması düşüncesini de akla getirebilir. Bu gibi kriz durumlarında alınması gereken tedbirlerin etkinliği ile hukuka saygı ilkesinden birinin seçilmesi gerekir. Yönetsel yargı organları bu iki düşünceyi bağdaştırmaya çalışmışlardır. Uygulamaya göre, olağanüstü ve buhranlı zamanlar, normal zamanlarda yönetimin uyması gereken hukuk kurallarından bazılarını ihmal etmesi sonucunu doğurabilir. Bununla beraber, olağanüstü hallerde yönetimce yapılan işlemler, her ne kadar normal zamanların hukuka uygunluk kuralına tabi değil iseler de, gene de hukuk düzenine uygun olmalıdırlar.

Bu durumlarda, yönetimin olağan haller için düşünülmüş ve verilmiş olan yetkileri, zorunluluk ölçüsünde genişler ve serbestleşir. Başka bir ifadeyle olağanüstü durumlarda yönetsel takdir yetkisi, daha yaygın ve etkin olur. Ancak, gerçekte, bu genişleme ve güçlenme, yönetimin işlem ve eylemlerini denetleyen yargı mercilerinin olağanüstü durumları değişik bir yöntemle ele alması ve değerlendirmesi sayesinde oluşmaktadır.

Bu durumda, olağanüstü haller, normal zamanların hukuk rejimini askıya alan ve bu halin gereklerini gözönünde tutan bir hukuk rejiminin uygulandığı zamanlar biçiminde tanımlanabilir.

7 Lûtfi Duran, a.g.e., s. 297-298; Giritli-Bilgen a.g.e., s.39-40.

OLAĞANÜSTÜ HALİN YASAL DÜZENLEMELERDE YER ALIŞ BİÇİMİ

Anayasalarda yer alış biçimi[8]

1961 Anayasası ile, olağanüstü dönemlerde yönetime iki tür yetki tanınmıştı, bunlardan biri «Sıkıyönetim» diğeri «Olağanüstü hal ve çalışma yükümleri»dir. 1982 Anayasası, bu alanda yeni bir düzenlemeye giderek hükümete «Sıkıyönetimin» yanında bir de «Olağanüstü hal» ilân etme yetkisi tanımıştır. Her iki Anayasa, olağanüstü dönemlerde yönetime tanınan yetkilerin, yasalarla düzenlenmesi ilkesini benimsemiştir.

Gerçekten 1961 Anayasasında, öngörülen olağanüstü dönem rejimleri sadece savunmaya ilişkin olmayıp, iktisadi, sosyal ve hatta kültürel konular ile ilgili bulunmakta idi. Şöyle ki, «Olağanüstü hallerde yönetilenler için konulabilecek para, mal ve çalışma yükümleriyle, bu hallerin ilânı, yürütülmesi ve kaldırılması ile ilgili usuller kanunla düzenlenir» (m. 123) denilmişti, ancak, 1961 Anayasasının 42 nci maddesinde olağan ve genel vatandaşlık ödevi biçiminde öngörülen beden veya fikir çalışmaları, olağanüstü dönemlerde konulan «çalışma yükümü» ile karıştırılmamalıdır.

Anayasanın 123 ncü maddesi, olağanüstü hallerde, temel haklara ilişkin Anayasa ölçüleriyle bağlı olmaksızın, mal ve çalışma yükümleri koyma yetkisinin yasayla yönetime tanınmasına cevaz veriyor. 1961 Anayasası gerçi, bu gibi yükümlerin vatandaşlara ilişkin olacağından bahsediyorsa da, bu yükümlerin yabancılara uygulanamayacağı anlamına gelmez. Zira 1961 Anayasasının (m. 13) temel ak ve özgürlüklerin «Yabancılar için, Milletlerarası hukuka uygun olarak yasayla» sınırlanabileceğini genel olarak belirtiyor. Bu genel kural, yönetime tanınacak olağanüstü mal ve çalışma yükümleri koyma yetkisinin yabancıları da kapsamasına esasen cevaz veriyordu.

Gene 1982 Anayasasının benimsediği sisteme göre, olağanüstü durumlarda bile para, mal ve çalışma yükümlülükleri getirilmesi, temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması veya durdurulması ancak yasa ile olabilmektedir. Buna karşılık Fransa'da olağanüstü durumlar için yönetimin, yasal bir dayanağı olmasa bile, kendiliğinden bazı önlemleri almaya yetkili olduğu kabul edilmektedir. Hukukumuzdaki bu boşluk, olağanüstü dönemlerde, yetki yasasına gerek duyulmadan yasa hükmünde kararname çıkarma yetkisinin Cumhurbaşkanlığı'nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna tanınması ile doldurulmuştur (m. 91).

1982 Anayasasının düzenleme biçimine göre, sıkıyönetimi gerektirmeyen olağanüstü hallerde, Hükümete «Olağanüstü Hal» ilân etme yetkisi tanınmıştır. Olağanüstü hal ilân edilmesi iki durumda söz konusu olabilmektedir.

a. Tabii afet, tehlikesi salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım hali (m. 119)

b. Şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması hali (m. 120)

8 Gözübüyük, A.Şeref, Yönetim, s. 185; Balta, giriş, s.83;Duran, age, s.297.

Yukarıda belirtilen iki durumda da, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, yurdun bir veya birden çok bölgesinde veya bütününde süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilân edebilir. Bu karar Resmî Gazetede yayınlanır ve Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur. Meclis, olağanüstü hal süresini değiştirebilir, her defasında dört ayı geçmemek üzere uzatabilir veya olağanüstü hali kaldırabilir (m. 121/1).

Yasalarda Yer Alış Biçimi

Anayasanın olağanüstü hallerle ilgili düzenleme başlığını taşıyan 121 nci maddesi, 2 fıkrasında «119 ncu madde uyarınca ilân edilen olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal, çalışma yükümlülüklerini ile olağanüstü hallerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere, Anayasanın 15. maddesindeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağı veya nasıl durdurulacağı, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağı, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceği, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağı ve olağanüstü yönetim usulleri, olağanüstü hal kanununda düzenlenir» hükmü yer almıştır.

Bu hükümle, olağanüstü yönetime tanınan yetkiler ve olağanüstü yönetim usullerinin «Olağanüstü Hal Yasası» ile düzenleneceği öngörülmüştür. Bu yetkiler arasında, kişiler için getirilecek, para, mal ve çalışma yükümleri, temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması veya durdurulması gibi yetkiler yer almaktadır. Anayasanın öngördüğü kuralları düzenlemek üzere 25.10.1983 tarih ve 2935 sayılı olağanüstü hal yasası çıkarılmıştır. Bu yasa ile tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım hallerinde ilân edilen olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile olağanüstü hallerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlanacağı veya nasıl durdurulacağı, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağı, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceği, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağı ve olağanüstü yönetim usullerine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Olağanüstü hal yasası hükümleri makalenin sonunda ayrıca inceleme konusu yapılacaktır.

Olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda yetki yasasına gerek kalmadan yasa hükmünde kararnameler çıkarabilir (m. 121/2).

Olağanüstü durumlar için yönetim birtakım yetkilerle donatılmıştır. Örneğin. 1939 yılında çıkarılan Milli Müdafaa Mükellefiyeti Yasası, 1940 yılında çıkarılan Milli Korunma Yasası, 1959 yılında çıkarılan Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Yasa[9] gibi yasalarla yönetime olağanüstü durumlar için bazı yetkiler tanınmıştır.

9 Anılan Yasaların Anayasaya uygunluklarının dayanağı Anayasanın 119-121. Md. leridir. (Any. Mah. AMKD. S.2, s. 132 vd; 155 vd. 397 vd. S.2, s.151 vd)

Olağanüstü yetkileri düzenleyen yasalardan, doğal afetlere ilişkin olana göre, afet evresinde vali ve kaymakamlara olağanüstü yetkiler verildiği, kamu görevlilerine ve özel kişilere yükümlülükler getirildiği görülmüştür. Olağanüstü yetki ve yükümlülüklerden bazıları şunlardır: Vali ve Kaymakamlar, 18 - 65 yaşları arasındaki tüm erkeklere görev verebilirler, bedeli, ücreti, ya da kirası sonradan ödenmek üzere, kamusal ya da özel canlı, cansız tüm taşıt araçlarına el koyabilirler; gerekli durumlarda, kamu ya da özel kişilerin elindeki taşınmaz malları geçici olarak işgal edebilirler; yalnız ekmek ve katık vererek kişileri parasız olarak üç güne kadar kurtarma işlerinde çalıştırabilirler.

OLAĞANÜSTÜ HALİN HUKUK DÜZENİ ÜZERİNDEKİ ETKİLERİ[10]

Olağanüstü hallerin, hukuk düzeni üzerinde birtakım etkileri olduğu kabul edilmektedir. Bu etkiler şunlardır :

1 — Hukuk düzeninde mevcut olup da, normal zamanlarda uygulanmayan bazı yasalar ile yasa hükümlerinin uygulanması olanağı ortaya çıkar. Örneğin, Sıkıyönetim Yasası, Fevkalade Askeri Mükellefiyetler gibi.

2 — Hükümetin düzenleme alanı genişletilebilir. Normal zamanlarda kullanılmayan, Türk Parasının Kıymetini Koruma Yasası, Milli Korunma Yasası gibi, olağanüstü hallere mahsus yasalarla tanınan kararname yayınlayabilme yetkisi gibi. Bu kararnameler tüzük ve yönetmeliklerden farklı niteliklere sahiptirler.

3 — Yönetimle, yönetilenler arasında yapılmış olan sözleşmelerin yeniden gözden geçirilmesi ve yeni koşullara uydurulması olanağı ortaya çıkar. Başka bir deyişle improvîsion teorisi geniş bir tatbik alanı bulur. İkinci Dünya Harbinden sonra, bu harbin piyasa koşullarında meydana getirdiği olağanüstü ve beklenmeyen değişiklikler nedeniyle yönetimle, birtakım müteahhitler arasında yapılmış olan sözleşmelerin yeni koşullara uydurulması gerektiğine ilişkin Danıştayın bazı önemli ve danışma niteliğindeki kararlarına rastlanılmaktadır. Danıştayın bu kararlarına yönetim tarafından uyulmuştur.

4 — Olağanüstü hallerde, kişisel ve özellikle kişiler arasındaki borç ilişkilerine tesir edecek ve ödemeleri ileriye yönelik erteleyecek yasalar da çıkarılabilir. Örneğin moratoryum yasalarında olduğu gibi.

Görüldüğü üzere, olağanüstü hal hukuk dışı veya hukuk üstü bir rejim değildir. Hükümete tanınan bu yetkiler, onun hukuk dışına çıkarak bir diktatör niteliğini kazanmasına neden olamaz. Anılan olağanüstü halde, yönetim daha fazla yetkiye sahip olmak veya daha disiplinli bir rejim uygulamakla birlikte bu rejim gene de hukuk ve yasa rejimidir. Başka bir anlatımla, bu rejimin uygulanması sırasında yönetimin gene hukuka uygun hareket etmesi gerekmektedir. Nitekim, sıkıyönetim yasalarına rekizisyon uygulama ve kararlarına ve kararnamelere, özetle, anılan olağanüstü halin uygulanması sırasında yapılan yönetsel eylem ve işlemlere karşı, yargı yolu açık tutulmaktadır.

10 Balta, Bekir; Giriş, s.83; Gözübüyük, Yön. Huk. S. 185-186; Giritli; - Bilgen, age, s.40-41; Onar, S.Sami, age, s.440-441.

Ancak yönetsel eylem ve işlemlerde, yönetimin taktir yetkisi alanı, genişlediği gibi, bazı yönetsel eylem ve işlemlerde yönetimin takdir yetkisi alanı içerisinde değerlendirilebilirler. Ancak hiç bir zaman yönetimin hukuka bağlılığına istisna teşkil edecek ve yönetimi hukuk kaidelerinin dışına veya üstüne çıkartacak bir rejim söz konusu değildir. Bu durumda fevkalade hallere mahsus rejim, yönetimin hukuka bağlılığının bir istisnası değil, takdir yetkisi gibi hukuk kaideleri içinde kalınmak suretiyle, bir hareket serbestisinden başka birşey değildir.

Olağanüstü hallerde de yönetimce tesis olunan tüm eylem ve işlemler yargı denetimine tabidir (Any. m. 125/1). Ancak olağanüstü hallerde Valilerin Olağanüstü Hal Kanunun verdiği yetkileri kullanarak yapacakları yönetsel işlemlere karşı açılacak davalarda yargı yerlerince yürütmenin durdurulmasına karar verilemez (Any. m. 125/6, 2935 sayılı K. m. 33).

OLAĞANÜSTÜ HAL YASASI

Genel Olarak

Olağanüstü halin, Anayasanın olağanüstü haller başlığını taşıyan 119 ve 121. maddeleri arasında yer almış olduğunu görmüştük.[11] Anayasanın anılan maddelerine uygun olarak çıkarılan, 2935 sayılı Yasada olağanüstü hal ayrıntılı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Olağanüstü hal yasasının 1. maddesinde yasanın amacı, 2. maddesinde kapsamı, 3. maddesinde olağanüstü halin ilânı, ve 4. maddesinde de kanun hükmünde kararnameye yer verilmiştir.

Olağanüstü hal ilânına neden olan haller Anayasanın 119 ve 121 nci maddelerine benzer biçimde «Tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım, Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet olayları nedeniyle kamu düzeninin bozulması» (m. 1), olarak gösterilmiştir.

Yasada olağanüstü hal ilânına neden olan tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım hallerinde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile olağanüstü hallerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere, temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağı veya nasıl durdurulacağına, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağına, kamu hizmeti görenlere ne gibi yetkiler verileceğine, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağına ve olağanüstü yönetim usullerine ilişkin hükümler yer almaktadır. (m.2)

Olağanüstü halin ilânı 3. maddede de düzenlenmiştir. Buna göre; Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu; (a) Tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım hallerinin birinin veya birden fazlasının görülmesi durumunda, (b) 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 nedeniyle kamu dü-

11 Bkz. s. 7.

zeninin ciddi biçimde bozulması hallerinde, Milli Güvenlik Kurulunun görüşü de alındıktan sonra, yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya tümünde altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilân edebilir. Olağanüstü hal kararı Resmî Gazetede yayınlanır ve hemen Türkiye Büyük Millet Meclisinin (TBMM) onayına sunulur. TBMM, tatilde ise, derhal toplantıya çağırılır. Meclis, olağanüstü hal süresini değiştirebilir. Bakanlar Kurulunun istemi üzerine, her defasında dört haftayı geçmemek üzere, süreyi uzatabilir veya olağanüstü hali kaldırabilir. Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin ilânından sonra da; süreyi uzatmaya, kapsamını değiştirmeye veya olağanüstü hali kaldırmaya ilişkin hususlarda da karar almadan önce Milli Güvenlik Kurulunun görüşünü alır.

Olağanüstü hal kararının hangi nedenlerle alındığı, bölgesi ve süresi, Türkiye Radyo ve Televizyonu ile ve Bakanlar Kurulunun uygun gördüğü hallerde de diğer araçlarla ilân olunur.

Olağanüstü hallerde kanun gücünde kararname çıkarma yetkisi tanıyan 4. maddeye göre de; olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, TBMM nin yetki vermesine gerek duyulmaksızın ve usul kararlarına bağlı olunmaksızın (Any. m. 91/1) kanun hükmünde kararname çıkarabilir. Bu kararnamelerde Resmî Gazetede yayınlanır ve aynı gün TBMM. nin onayına sunulur.

Bu konu, organlar, yükümlülükler ve alınacak tedbirler, olağanüstü halin uygulanması, yardımı istemi, yargı görevi usul ve ceza hükümleri başlıkları altında incelenecektir.

Olağanüstü Hal Organları

Olağanüstü hal ilânında koordinasyon Başbakanlıkça sağlanır. Başbakanlıkta bunun için olağanüstü hal ilânına sebep olan konu ile ilgili bakanlıklar temsilcilerinden oluşan Başbakanlık Olağanüstü Hal Koordinasyon Kurulu kurulur. Bundan ayrı olarak kurula katılan bakanlıklarda da merkez kuruluş içinde, bir ünite görevlendirilebileceği gibi, özel bir ünite de kurulabilir. Başbakanlık Olağanüstü Hal Koordinasyonu Kurulunun, kuruluş ve çalışma esasları bu konuya ilişkin çıkarılan yönetmelikte gösterilir (m. 12)

Bölge valiliği teşkilât ve birimlerinin görevleri saklı kalmak üzere, olağanüstü hal ilân edilen bölgelerde, olağanüstü hal ilânını gerektiren olayları ve tedbirlerin uygulanmasını izlemek ve değerlendirmek, bunlarla ilgili önerilerde bulunmak üzere bölge valisinin başkanlığında görevlendireceği il valisi ile diğer kamu kuruluşları yöneticilerinin, garnizon komutanı veya görevlendireceği bir temsilcinin üye olarak katılacağı bölge olağanüstü hal kurulu kurulur.

Bölge valisinin gerek görmesi veya olağanüstü halin bir ilde ilânı halinde, il merkezlerinde ve ilçelerde birer olağanüstü hal bürosu oluşturulur, il bürolarına il valisi veya görevlendireceği vali muavini, ilçe bürolarına kaymakamlar başkanlık eder.

Adli ve idari yargı ile askeri teşkilatta çalışan personel hariç olmak üzere, başkanlarının uygun göreceği kamu görevlileri, olağanüstü hal süresince, bu kurul ve bürolarda kendi kadroları ile çalıştırılabilirler.

Olağanüstü hal kurulu bürolarının kuruluş, toplanma, karar alma, çalışma usul ve esasları ilgili yönetmelikle belirlenmiştir. (m. 13).

Yükümlülükler ve Alınacak Tedbirler

TABİİ AFET ve TEHLİKELİ SALGIN HASTALIKLARDA YÜKÜMLÜLÜKLER ve ALINACAK TEDBİRLER

Tabii afet ve tehlikeli salgın hastalıklar sebepleriyle olağanüstü hal ilân edilmesi durumunda; felâkete uğrayanların kurtarılması, meydana gelen hasar ve zararın telâfisi İçin ihtiyaç duyulan ve hemen sağlanamayan para ve her türlü taşınır ve taşınmaz mallar ve yapılması gereken işler; para, mal ve çalışma yükümlülüğü yoluyla sağlanır. (m. 5)

Tabii afet ve tehlikeli salgın hastalıklar sebebiyle olağanüstü hal ilan edilmesi durumunda gerekli harcamalar öncelikle kamu kaynakları ile yardımlardan sağlanır.

Acil ve hayati ihtiyaç maddeleri için harcamaya yeterli para kamu kaynaklarından zamanında sağlanamadığı takdirde, bölgedeki kredi kuruluşlarının olanaklarından yararlanılır.

Para yükümlülüğünün uygulanmasında, kuruluşların hizmet ve faaliyetlerinin aksatılmaması gözönünde tutulur (m, 6).

Tabii afet ve tehlikeli salgın hastalıklar sebebiyle olağanüstü hal ilân edilen bölge içindeki kamu kurum ve kuruluşlarıyla tüzel ve gerçek kişiler kendilerinden istenecek veya yükümlülük konulacak arazi, arsa, bina, tesis araç, gereç, yiyecek, ilân ve tıbbi malzeme ile giyecek ve diğer maddeleri vermek zorundadırlar.

Bu amaçla; öncelikle o bölgedeki genel ve katma bütçeli dairelere, kamu iktisadi devlet teşekkülleri ve kuruluşları ile bunlara bağlı müesseselere ve mahalli idarelere başvurulur. İhtiyaçların bu kaynaklardan zamanında ve yeterince karşılanmaması halinde, imkân ve kaynakları da dikkate alarak, bölgedeki özel kuruluşlara ve gerçek kişilere ait olanlara yükümlülük konulur.

Yiyecek, giyecek, araç, gereç, ilaç ve tıbbi malzemeler gibi zaruri maddeler bölge sınırları içinde sağlanmadığı takdirde, bu kanun hükümleri uygulanmak suretiyle yakın bölgelerden yükümlülük yolu ile sağlanır (m. 7).

Tabii afet ve tehlikeli salgın hastalıklar sebebiyle olağanüstü hal ilân edilen bölgelerde bulunan 18-65 yaşları arasındaki bütün vatandaşlar, olağanüstü hal sebebiyle kendilerine verilecek işleri yapmakla yükümlüdürler.

Görevlendirmelerde, iş mevzuatının çalıştırma yasağı ile ilgili hükümleri, çalıştırılacak kişilerin yaş, cinsiyet, sağlık, meslekleri, meşguliyetleri ve sosyal durumları ile aile ve bakıma muhtaç yakınları gözönünde bulundurulur.

İşçi ihtiyaçlarının karşılanmasında ve kuruluşlar arasındaki işçi naklinde, iş ve İşçi Bulma Kurumu teşkilatından yararlanılır.

Gerekli görülen hallerde çalışan işyerlerinde gündüz ve gece çalışmalarında günlük iş saatleri, işlerin niteliğine ve ihtiyaç derecesine göre artırılabilir. Hafta Tatili Kanunu, Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun, öğle Dinlenmesi Kanunu, hükümleri kısmen veya tamamen uygulanmayabilir.

Çalışma yükümlülüğünün uygulanmasında kuruluşların görev ve hizmetlerinin aksatılmaması ve yükümlülerin mesleki faaliyetleri gözönünde bulundurulur (m. 8).

ALINACAK TEDBİRLER

Tabii afet ve tehlikeli salgın hastalıklar sebebiyle olağanüstü hal ilânında. olağanüstü hal ilânını gerektiren hususlar gözönünde bulundurularak aşağıda yazılı tedbirler alınabilir:

1 — Bölgenin belirli yerlerinde yerleşimi yasaklamak, belirli yerleşim yerlerine giriş ve buralardan çıkışı sınırlamak, belli yerleşim yerlerini boşaltmak veya başka yerlere nakletmek,

2 — Resmi ve özel her derecedeki öğretim ve eğitim kuramlarında öğrenime ara vermek ve öğrenci yurtlarını süreli veya süresiz olarak kapatmak,

3 — Gazino, lokanta, birahane, meyhane, lokal, taverna, diskotek, bar, dansing, sinema, tiyatro ve benzeri eğlence yerleri ile kulüp vesair oyun salonlarını, otel, motel, kamping, tatil köyü ve benzeri konaklama tesislerini denetlemek ve bunların açılma ve kapanma zamanını tayin etmek, sınırlamak, gerektiğinde kapatmak ve bu yerleri olağanüstü halin icaplarına göre kullanmak,

4 — Bölgede olağanüstü hal hizmetlerinin yürütülmesi ile görevli personelin yıllık izinlerini sınırlamak veya kaldırmak.

5 — Bölge sınırları içerisindeki tüm haberleşme araç ve gereçlerinden yararlanmak ve gerektiğinde bu amaçla geçici olarak bunlara el koymak,

6— Tehlike arz eden binaları yıkmak; sağlığı tehdit ettiği tespit olunan taşınır ve taşınmaz mallar ile sağlığa zararlı gıda maddelerim ve mahsullerini imha etmek,

7— Belli gıda maddeleri ile hayvan ve hayvan yemi ve hayvan ürünlerinin bölge dışına çıkarılmasını veya bölgeye sokulmalarını kontrol etmek, sınırlamak veya gerektiğinde yasaklamak,

8 — Gerekli görülen zaruri ihtiyaç maddelerinin dağıtımını düzenlemek,

9 — Halkın beslenmesi, ısınması, temizliği ve aydınlanması için gerekli gıda madde ve eşyalarla her türlü yakıtın, sağlığın korunmasında, tedavide ve tıpta kullanılan ilaç, kimyevi madde, alet ve diğer şeylerin, inşaat, sanayi ulaşım ve tarımda kullanılan eşya ve maddelerin, kamu için gerekli diğer mal, eşya, araç, gereç ve her türlü maddelerin imali, satımı, dağıtımı, depolanması ve ticareti konularında

gerekli tedbirleri almak, bu yerlere gerektiğinde elkoymak, kontrol etmek ve bu malları satıştan kaçınan, saklayan, kaçıran, fazla fiyatla satan, imalatını durduran veya yavaşlatanlar hakkında fiilen işleniş şekli veya niteliği de nazara alınarak işyeri bulunduğu mahal için hayati önem taşımadığı takdirde işyerini kaaptmak.

10 — Kara, deniz ve hava trafik düzenine ilişkin tedbirleri almak, ulaştırma araçlarının bölgeye giriş ve çıkışlarını kayıtlamak veya yasaklamak (m. 9).

AĞIR EKONOMİK BUNALIM HALLERİNDE YÜKÜMLÜLÜKLER ve ALINACAK TEDBİRLER

Ağır ekonomik bunalım sebebiyle olağanüstü hal ilânı durumunda, ekonominin düzenlenmesi ve iyileştirilmesi amacı ile mal, sermaye ve hizmet piyasalarını yönlendirici; vergi, para, kredi, kira, ücret ve fiyat politikalarını belirleyici ve çalışmaya ilişkin her türlü tedbir ve yükümlülüklerin tespiti, tanzimi ve takibi konularında Bakanlar Kurulunca kanun hükmünde kararname çıkarılabilir.

Bakanlar Kurulu, kanun hükmünde kararnamelerle kendisine verilen yetkiler doğrultusunda alınacak kararların yürütülmesini aşağıdaki fıkra uyarınca oluşturulacak Ekonomik İşler Olağanüstü Hal Koordinasyon Kuruluna veya ilgili bakanlıklara bırakabilir.

Ekonomik İşler Olağanüstü Hal Koordinasyon Kurulu, Başbakanın başkanlığında, ekonomik işlerden sorumlu Devlet Bakanı ile Maliye, Ticaret, Tarım ve Orman, Sanayi ve Teknoloji, Enerji ve Tabii Kaynaklar, Gümrük ve Tekel ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlarından oluşur.

Kurul, belirli kararların yerine getirilmesi için bölge il valilerini görevlendirebileceği gibi, gerektiğinde diğer kamu kurum ve kuruluşlarına da görev verebilir.

Bakanlar Kurulunun aldığı kararlar ile Ekonomik işler Olağanüstü Hal Koordinasyon Kurulunun kararlarının uygulanmasına ilişkin belirlemeleri Resmî Gazete ile ilân edilir ve ilgililere tebliğ olunur (m. 10)

ŞİDDET HAREKETLERİNDE ALINACAK ÖNLEMLER

Bu kanunun 3 ncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince olağanüstü hal ilânında; genel güvenlik, asayiş ve kamu düzenini korumak, şiddet olaylarının yaygınlaşmasını önlemek amacıyla 9 ncu maddede öngörülen tedbirlere ek olarak aşağıdaki önlemler de alınabilir :

1 — Sokağa çıkmayı sınırlamak veya yasaklamak,

2 — Belli yerlerde veya belli saatlerde kişilerin dolaşmalarını ve toplanmalarını, araçların seyirlerini yasaklamak,

3 — Kişilerin; üstünü araçlarını, eşyalarını aratmak ve bulunacak suç eşyası ve delil niteliğinde olanlarına el koymak,

4 — Olağanüstü hal ilân edilen bölge sakinleri ile bölgeye hariçten girecek kişiler için kimlik belirleyici belge taşıma mecburiyeti koymak,

5 — Gazete, dergi, broşür, kitap el ve duvar ilânı ve benzerlerinin basılmasını, çoğaltılmasını, yayınlanmasını ve dağıtılmasını, bunlardan olağanüstü hal bölgesi dışında basılmış veya çoğaltılmış olanların bölgeye sokulması ve dağıtılmasını yasaklamak veya izne bağlamak; basılması ve neşri yasaklanan kitap, dergi, gazete, broşür, afiş ve benzeri matbuayı toplatmak,

6 — Söz, yazı, resim, film, plak, ses ve görüntü bantlarını ve sesle yapılan her türlü yayını denetlemek, gerektiğinde kayıtlamak veya yasaklamak,

7 — Hassasiyet taşıyan kamuya veya kişilere ait kuruluşlara ve bankalara, kendi iç güvenliklerini sağlamak için özel koruma tedbirleri aldırmak veya bunların artırılmasını istemek,

8 — Her nevi sahne oyunlarını ve gösterilen filmleri denetlemek, gerektiğinde durdurmak veya yasaklamak,

9 —Ruhsatlı da olsa her nevi silah ve mermilerin taşınmasını veya naklini yasaklamak,

10 — Her türlü cephaneler, bombalar, tahrip maddeleri, patlayıcı maddeler, radyoaktif maddeler veya yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı eczalar veya diğer her türlü zehirler ve boğucu gazlar veya benzeri maddelerin bulundurulmasını, hazırlanmasını, yapılmasını veya naklini izne bağlamak veya yasaklamak ve bunlar ile bunların hazırlanmasına veya yapılmasına yarayan eşya, alet veya araçların teslimini istemek veya toplatmak,

11 — Kamu düzeni veya kamu görevini bozabileceği kanısını uyandıran kişi ve toplulukların bölgeye girişini yasaklamak, bölge dışına çıkarmak veya bölge içerisinde belirli yerlere girmesini veya yerleşmesini yasaklamak,

12 — Bölge dahilinde güvenliklerin sağlanması gerekli görülen tesis veya teşekküllerin bulunduğu alanlara giriş ve çıkışı düzenlemek, kayıtlamak veya yasaklamak,

13 — Kapalı ve açık yerlerde yapılacak toplantı ve gösteri yürüyüşlerini yasaklamak, ertelemek, izne bağlamak veya toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapılacağı yer ve zamanı tayin, tespit ve tahsis etmek, izne bağladığı her türlü toplantıyı izlemek, gözetim altında tutmak veya gerekiyorsa dağıtmak.

Olağanüstü Halin Uygulanması

Olağanüstü hal bir ili kaplıyorsa il valisine, bir bölge valiliğine bağlı birden çok ilde ilân edilmesi halinde bölge valisine, birden fazla bölge valisinin görev alanına giren illerde veya bütün yurtta ilân edilmesi halinde, koordine ve işbirliği Başbakanlıkça sağlanmak suretiyle bölge valilerine aittir. Gerekli işlemler bunlar tarafından yürütülür.

Bölge valileri, kendilerine ait görev ve yetkilerin bir kısmını veya tamamını, illerinde olağanüstü hal ilân edilen il valilerine devredebilirler (m. 14).

Genel kapsamlı yükümlülükler için her çeşit yayın araçlarıyla ilânen gerektiğinde belirli yükümlülükler için ilgililere yazılı olarak ve acil hallerde daha sonra yazı ile teyid edilmek üzere sözlü olarak duyuru yapılır.

Bu duyuru üzerine yükümlüler, yükümlülük konusu para, taşınır ve taşınmaz mallarını verilen süre içinde ve istenilen şekilde görevlilere teslim etmek, çalışma yükümlülüğüne tabi tutulmuşlarsa belirtilen gün ve saatte işbaşında hazır bulunmak zorundadırlar (m. 15).

Teslim alınan veya kullanılan mallarla yaptırılan çalışmalara karşılık ilgililere birer belge verilir.

Mal ve çalışma yükümlülüklerinin bu belgelerle ilgili makamlara başvurmaları üzerine alınan malların veya yaptırılan çalışmaların bedeli, kirası, ücreti veya tazminatı mahalli rayice veya satış fiyatına göre olağanüstü hal kurulu veya bürolarınca tespit ve takdir olunarak, usulü dairesinde ödenir.

Ödemelerin gecikme ile yapılması veya takside bağlanması hallerinde, bu alacaklar, kanuni faizleri ile birlikte ödenir.

Takdir olunacak bedel, kira, ücret veya tazminata karşı ilgililer, genel hükümlere göre adli yargıya başvurabilirler (m. 16).

Geçici süre için alman taşıt araçları ve diğer mallar, yükümlülük sona erdiğinde ilgililere geri verilir.

16 ncı madde ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin hususlar yönetmelikte gösterilmiştir (m. 17)

Genel ve katma bütçeli dairelerle kamu iktisadi devlet teşekkülleri ve kuruluşları ile bunlara bağlı müesseselere ve mahalli idarelere ait kuruluşların geçici olarak kullanılan taşınır ve taşınmaz malları ile tüketilmeyen maddeleri geri verilir. Bunlar için herhangi bir bedel, ücret, kira veya tazminat ödenmez (m. 18).

Bu Kanunun 9 ncu maddesinin 2, 4 ve 5 bentleri ile 11 nci maddesinin 7. bendi adli ve askeri kurumlar ile hakim, savcı ve askeri personel hakkında uygulanmaz.

Yükümlülüklerin konulmasında ve tedbirlerin alınmasında milletlerarası hukukun diplomatik temsilcilere ve mensuplarına tanıdığı ayrıcalıklar ile yasama dokunulmazlığına ilişkin hükümler saklıdır (m. 19).

Tabii Afet ve Salgın Hastalıklarda Yardım İstemi

Bölgelerinde bu kanunun 3 ncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi gereğince olağanüstü hal ilân edilen bölge valileri, kendi mülki idari bölümlerindeki «Acil Kurtarma ve Yardım Örgütlerinin» ihtiyacı karşılayamayacağının anlaşılması üzerine, çevredeki bölge valilerine başvururlar.

Bölge valileri, ani ve olağanüstü olaylarla karşılaşmaları veya yakın bölge valilerinin göndereceği yardım gelinceye kadar, bölgedeki en büyük askeri komutanlıktan yardım isteyebilir.

Bölge valisinin yukarıda açıklanan istekleri, ilgililerce derhal yerine getirilir (m. 20)

Bölgelerinde bu kanunun 3 ncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince olağanüstü hal ilân edilen bölge valileri; bölgelerinde çıkabilecek toplumsal olaylarla meydana gelen olayları, emirindeki kuvvetler ve bu iş için tahsis edilen kolluk kuvvetleriyle önlemeye ve bastırmaya çalışırlar.

Ancak, olayları bu şekilde önleyemedikleri veya önlenmesini mümkün görmedikleri veya aldıkları tedbirleri bu kuvvetlerle uygulayamadıkları veya uygulanmasını mümkün görmedikleri takdirde, çevredeki bölge valiliklerine müracaatla, o bölgenin kolluk kuvvetleri ve bu iş için tahsis edilen kuvvetlerden yararlanmak için yardım isterler. Bu halde durum; ayrıca İçişleri Bakanlığına bildirilir.

Bütün bu önlemlerin de yeterli görülmemesi veya ani ve olağanüstü olaylarla karşılaşılması halinde bölge valisi, bölgedeki en büyük askeri komutanlıktan yardım isteyebilir.

Bölge valisinin yukarıda açıklanan istekleri; ilgililerce geciktirilmeksizin yerine getirilir.

Bölge valisinin askeri birliklerden yardım istemesi halinde, aşağıdaki hükümlere göre hareket edilir.

a) Acil durumlarda bu istek, sonradan yazılı şekle dönüştürülmek kaydıyla sözlü olarak yapılabilir.

b) Çapı askeri komutanlık tarafından tayin edilen ve muhtemel olaylar için istenen askerî kuvvet, ilgili il valisinin de görüşleri alınarak, olaylara hızla el koymaya uygun yerde hazır bulundurulur.

Ani ve olağanüstü olaylar için istenen askeri kuvvet ise, derhal bölge valisi tarafından verilen görevleri kendi komutanının sorumluluğu altında ve onun emir ve talimatına göre, Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununda belirtilen yetkiler ile kolluk kuvvetlerinin genel güvenliği sağlamada sahip olduğu yetkileri kullanarak yerine getirir.

c) Güvenlik kuvvetleri ile yardıma gelen askeri kuvvet arasındaki işbirliği ve koordinasyon, emir ve komutaya 'ilişkin esaslar, bölge valisi ile bölgedeki en üst askerî komutan tarafından tespit edilir. Ancak, güvenlik kuvvetleri ile yardıma gelen askeri birliğin belirli görevleri beraber yapmaları halinde komuta, sevk ve idare, görev verilen askeri birliğin komutanı veya askeri birliklerin en kıdemli komutanı tarafından üstlenilir.

d) Askeri kuvvet kullanılan durumların gerektirdiği harcamalar İçişleri Bakanlığı bütçesine konulan ödenekten, ödeme emri beklenmeksizin yapılır (m. 21).

1. İllerinde bu kanunun 3 ncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi gereğince olağanüstü hal ilân edilen il valileri, bu konularda mevcut kanunların kendilerine verdiği yetkileri kullanarak yardım isteminde bulunurlar.

2. İllerinde bu kanun 3 ncü maddesinin (b) bendi gereğince olağanüstü hal ilân edilen il valileri çıkabilecek toplumsal olaylarla meydana gelen olayları, emrindeki kolluk kuvvetleri ile önlemeye ve bastırmaya çalışırlar. Olayları önleyemedikleri veya önlenmesini mümkün görmedikleri veya aldıkları tedbirleri bu kuvvetlerle uygulayamadıkları veya uygulanmasını mümkün görmedikleri takdirde bağlı oldukları bölge valisine başvururlar. Yardım üzerine gönderilen kolluk kuvvetleri il valisinin emrine girer.

İl valisi, ani ve olağanüstü olaylarla karşılaşması halinde veya bölge valisinin göndereceği güçler gelinceye kadar görev yapmak üzere en yakın askeri komutanlıktan yardım gönderilmesini isteyebilir. İl valisi ayrıca bu durumu bölge valisi ve İçişleri Bakanlığına bildirir.

İl valisinin askeri birliklerden yardım istemesi halinde 21 nci madde hükümleri uygulanır. Bu halde, bölge valisine ait görev ve yetkiler il valilerince yerine getirilir (m. 22)

Silah Kullanma Yetkisi

Olağanüstü hal ilânından sonra kolluk kuvvetleri ile kendilerine görev verilen özel kolluk kuvvetleri ve silahlı kuvvetler mensupları, görevlerini yerine getirirken kanunlarda silah kullanmayı icap ettiren hal ve şartlardan herhangi birinin tahakkuku halinde, silah kullanma yetkisini haizdirler.

Olağanüstü halin, bu kanunun 3 ncü maddesinin (b) bendi gereğince ilân edilmesi halinde, silâh kullanma yetkisini sahip bulunan güvenlik kuvvetlerinin teslim ol emrine itaat edilmemesi veya silâhla mukabeleye yeltenilmesi veya güvenlik kuvvetlerinin meşru müdafaa durumuna düşmeleri halinde görevli güvenlik kuvvetlerini mensupları doğruca ve duraksamadan hedefe ateş edebilirler.

Silâh kullanan bütün personel hakkında 211 Sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri iç Hizmet Kanununun 87 nci maddesinin V ve VI ncı fıkraları hükümleri ile 1481 sayılı Asayişe Müessir Bazı Fiillerin önlenmesi Hakkındaki Kanunun 3 ncü maddesi hükümleri uygulanır. Ayrıca haklarındaki soruşturma işlemi tutuksuz yapılır.

Yukarıda belirtilen görevlilerin Devlet otoritesini, can ve mal güvenliğini korumak için silâh kullanmalarına ilişkin olarak bölge valisi ve il valisinin bu maddeye göre verdiği emirler, uygun araçlarla ilân edilir (m. 23).

Yargı Görevi, Usul ve Ceza Hükümleri

Olağanüstü hal ilân edilen yerlerde, Devlet güvenlik mahkemeleri ile askeri mahkemelerin görevlerine giren suçlar dışındaki davalara adli yargıda bakılır.

Bu kanunda belirtilen suçları işleyenler hakkında yapılacak soruşturma ve kovuşturma, yer ve zaman kaybına bakılmaksızın, 3005 sayılı Meşhut Suçların Muhakeme Usulü Kanununa göre yapılır (m. 24).

a) Tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım sebebiyle olağanüstü hal ilân edilen yerlerde;

1 — Bölge valisi veya il valisi tarafından, bu kanun veya diğer kanunlarla verilen yetkilere dayanılarak alınan tedbirlere aykırı hareket edenler, emirleri, dinlemeyenler veya istekleri yerine getirmeyenler veya kimliklerine dair kasten gerçeğe aykırı bilgi verenler veya bilgi vermekten çekinenler, fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca üç aya kadar hapis cezasıyla cezalandırılırlar.

2 — Özel maksatla kamunun telaş ve heyecanını doğuracak şekilde asılsız mübalağalı havadis ve haber yayan veya nakledenler, fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca üç aydan bir yıla kadar hapis ve beşbin liradan az olmamak üzere ağır para cezasıyla cezalandırılırlar. Eğer fiil, fail tarafından bir yabancı ile anlaşma sonucu işlenmiş ise hapis cezası bir yıldan ve ağır para cezası otuz bin liradan aşağı olamaz. Bu suçlar basın ve yayın organları vasıtasıyla işlenirse fail ve mesulleri hakkında verilecek cezalar bir misli artırılarak hükmolunur.

b) Olağanüstü hal bu kanunun 3 ncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince ilân edilmesi hallerinde bu yerlerde;

1 — Bölge valisi veya il valisi tarafından, bu kanun veya diğer kanunlarla verilen yetkilere dayanılarak alınan tedbirlere aykırı hareket edenler, emirleri dinlemeyenler veya istekleri yerine getirmeyenler veya kimliklerine dair kasten veya gerçeğe aykırı bilgi verenler veya bilgi vermekten çekinenler, fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca bir aydan altı aya kadar hapis cezasıyla cezalandırılırlar,

2 — Bu maddenin (a) fıkrasının (2) nci bendine aykırı hareket edenler hakkında verilecek cezalar bir misli artırılarak hükmolunur (m. 25).

Bu kanunun 3 ncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince olağanüstü hal ilânında; Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 128 inci maddesinde açıklanan gözaltında bulundurma süreleri, Cumhuriyet Savcısının veya tehirinde zarar umulan hallerde sulh veya sorgu hakiminin yazılı emriyle bir misline kadar uzatılabilir (m. 26):

Diğer Konular

Bölge valisi, olağanüstü halin gerektirdiği durumlarda mahalli idarenin organlarınca alınacak kararlar ile tesis edilecek tasarrufların tamamının veya belli konulara ilişkin olanlarının; il merkezinde kendisinin, görevlendirilmesi halinde il valisinin ve ilçelerde kaymakamların onayı ile yürürlük kazanmasını kararlaştırabilir.

Olağanüstü halin bir ilde ilânı halinde, bu yolda karar alma yetkisi il valisine aittir (m. 27).

Bu kanun gereğince görevlendirilenler ile çalışma yükümlülüğüne tabi tutulanlar bu görevlerinden dolayı veya görevleri sona ermiş olsa bile yaptıkları hizmet nedeniyle veya bu yüzden maruz kaldıkları yaralanma veya sakatlık sonucu ölmeleri veya sakat kalmaları halinde ödenecek nakdi tazminat ve birlikte bağlanacak aylığın ve bu yüzden yaralanmaları halinde ödenecek nakdi tazminatın esas ve yöntemleri, 3.11.1980 tarih ve 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun hükümlerine göre hesaplanır ve ödenir (m. 28)

Olağanüstü hal ilânından sonra, bu işlerde görevlendirilen kamu hizmetlilerine, görev alanların kadro derecelerine bakılmaksızın ve saat tahdidi gözetilmeden, olayın özelliği ile görevin mahiyeti nazara alınarak, normal çalışma saatini geçen her saat için, Bakanlar Kurulunca belirlenecek esas ve miktarda fazla çalışma ücreti Bakanlar Kurulu kararı ile ödenebilir. Bu ödemeler, damga vergisi hariç, herhangi bir vergiye tabi değildir.

6245 sayılı Harcırah Kanunu hükümleri saklıdır (m. 29)

İlân edilen olağanüstü halin gerektirdiği harcamaları karşılamak üzere genel bütçe ödeneklerini % 5'e kadar artırmaya Bakanlar Kurulu, bu ödenekleri ilgili genel bütçeye dahil dairelerle, katma bütçeli idareler bütçelerinin mevcut veya yeniden açılacak tertiplerine kaydetmeye ve ödeneklerin ivedi olarak kullanımını sağlayacak önlemleri almaya, Maliye ve Gümrük Bakanı yetkilidir (m. 30)

Bu kanuna göre alınan kararlardan yayınlanması zorunlu olanların veya yetkili mercilerce yayınlanması istenilenlerin, Türkiye radyo ve televizyonu ile Resmî Gazete ve mahalli idarelere ait basın ve yayın araçlarıyla ilânı ve halka duyurulması ücretsiz olarak yapılır. Yetkili mercilerin yayın istlekleri öncelikle ve geciktirilmeden yerine getirilir. (m. 31).

Bölge valisi ve görevlendirilmeleri veya görevli olmaları halinde il valisi, adli ve askeri personel hariç olmak üzere bölgelerinde çalışan ve Devlet Memurları Kanunu kapsamına giren bütün personele bu Kanun uyarınca verilen görevleri yapmamaları ve savsaklamaları veya alınan tedbirlere uymamaları halinde, tabi oldukları disiplin mevzuatında bu fiillerin disiplin cezasını gerektirip gerektirmediğine bakılmaksızın, durumun ağırlığını dikkate alarak uyarma, kınama ve aylıktan kesme disiplin cezalarını doğrudan doğruya vermeye ve uygulamaya yetkilidirler.

Bölge ve il valisi, adli ve askeri personel hariç olmak üzere birinci fıkra kapsamı dışında kalan kamu görevlileri ile diğer görevliler hakkında da, yukarıda belirtilen eylemlerinden dolayı brüt aylık ücretlerinin 1/30-1/8 arasında belirleyeceği miktarda ücret kesme cezası uygulayabilirler (m. 32).

Valilerin bu kanunun verdiği yetkileri kullanarak yapacakları idari işlemlere karşı açılacak davalarda yürütmenin durdurulmasına karar verilemez (m. 33).

SONUÇ

Savaş, savaş tehlikesi, isyan, toplumun yaşamını etkileyen doğal afetler, ekonomik bunalım gibi olağanüstü durumlarda yönetimin hukukun dışına çıkması

ve hukuka aykırı düzenlemeler yapması, başka bir deyişle yönetime olağanüstü yetkiler tanınması olağan sayılır. Olağanüstü haller, tüm yönetsel faaliyetlerde, yönetimin görevlerini zorlaştırırsa da en fazla kamu düzeninin sağlanması ve korunması bakımından ayrık ve üstün yetkilerle donatılmasını gerekli kılar. Bu dönemde örneğin, bireylerin özgürlükleri kısıtlanır, olağanüstü yükümlülükler konur ve gerekli önlemler alınır.

Olağanüstü dönemlerde, yönetime tanınan yetkiler anayasal ve yasal bir düzenlemenin sonucu olduğundan, olağanüstü haller hukuk düzeninin bir parçasıdır.

Fevkalede hallerin ve buhranlı zamanların kendine özgü, olağanüstü rejimi olduğunu kabul etmekle birlikte, bu rejimin gene bir hukuk rejimi olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Bir defa hukuk düzeni içerisinde, Devletin mevzuatı arasında, fevkalade haller için konulmuş, normal zamanlarda uygulanmayan birtakım olağanüstü tedbirleri içeren yasalar bulunmaktadır. Örneğin, yasama organı sıkıyönetim yasaları ile yönetimin yetkilerini genişletir. Gene Türk Parasının Kıymetini Koruma Yasası ile Milli Korunma Yasası, fevkalade hallerde olmak üzere belirli alanlarda hükümetin kararnameler ile yönetsel düzenlemelere gitmesini kabul etmektedir.

Olağanüstü dönemler gerek savaş ve gerekse barış zamanında söz konusu olabilir. Fakat herhalde yürütme ve yasama organlarının kararları ile yürürlüğe girebilir. Zira, bu dönemlerde, bireylerin ve toplulukların anayasal hak ve özgürlükleri büyük ölçüde sınırlama ve kısıtlamalara uğrar ve askıya da alınabilir.

Bazı olağanüstü hallerde, yönetimin gene hukuka bağlı olması, ya gereken tedbîrlerin hiç alınmaması veya gereken zamanda alınmaması düşüncesini de akla getirebilir. Bu gibi kriz durumlarında alınması gereken tedbirlerin etkinliği ile hukuka saygı ilkesinden birinin seçilmesi gerekir. Yönetsel yargı organları bu iki düşünceyi bağdaştırmaya çalışmışlardır. Uygulamaya göre, olağanüstü ve buhranlı zamanlar, normal zamanlarda yönetimin uyması gereken hukuk kurallarından bazılarını ihmal etmesi sonucunu doğurabilir. Bununla beraber, olağanüstü hallerde yönetimce yapılan işlemler, her ne kadar normal zamanların hukuka uygunluk kuralına tabi değil iseler de, gene de hukuk düzenine uygun olmalıdırlar.

Bu durumlarda, yönetimin olağan haller için düşünülmüş ve verilmiş olan yetkileri, zorunluluk ölçüsünde genişler ve serbestleşir. Başka bir ifadeyle olağanüstü durumlarda yönetsel takdir yetkisi, daha yaygın ve etkin olur. Ancak, gerçekte, bu genişleme ve güçlenme, yönetimin işlem ve eylemlerini denetleyen yargı mercilerinin olağanüstü durumları değişik bir yöntemle ele alması ve değerlendirmesi sayesinde oluşmaktadır.

Bu durumda, olağanüstü haller, normal zamanların hukuk rejimini askıya alan ve bu halin gereklerini gözönünde tutan bir hukuk rejiminin uygulandığı zamanlar biçiminde tanımlanabilir.

Gene 1982 Anayasasının benimsediği sisteme göre, olağanüstü durumlarda bile para, mal ve çalışma yükümlülükleri getirilmesi, temel hak ve özgürlüklerin kısıt-

lanması veya durdurulması ancak yasa ile olabilmektedir. Buna karşılık Fransa'da olağanüstü durumlar için yönetimin, yasal bir dayanağı olmasa bile kendiliğinden bazı önlemleri almaya yetkili olduğu kabul edilmektedir. Hukukumuzdaki bu boşluk, olağanüstü dönemlerde, yetki yasasına gerek duyulmadan yasa hükmünde kararname çıkarma yetkisinin Cumhurbaşkanlığının başkanlığında toplanan Bakanlar Kuruluna tanınması ile doldurulmuştur.

1982 Anayasasının düzenleme biçimine göre, sıkıyönetimi gerektirmeyen olağanüstü hallerde, Hükümete «Olağanüstü Hal» ilân etme yetkisi tanınmıştır. Olağanüstü hal ilân edilmesi iki durumda söz konusu olabilmektedir.

a. Tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım hali,

b. Şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması hali.

Yukarıda belirtilen iki durumda da, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, yurdun bir veya birden çok bölgesinde veya bütününde süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilân edebilir. Bu karar Resmî Gazetede yayınlanır ve Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur. Meclis, olağanüstü hal süresini değiştirebilir, her defasında dört ayı geçmemek üzere uzatabilir veya olağanüstü hali kaldırabilir.

Anayasanın olağanüstü hallerle ilgili düzenleme başlığını taşıyan 121 nci maddesi, 2. fıkrasında «119 ncu madde uyarınca ilân edilen olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal, çalışma yükümlülükleri ile olağanüstü hallerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere, Anayasanın 15. maddesindeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağı veya nasıl durdurulacağı, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağı, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceği, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağı ve olağanüstü yönetim usulleri, olağanüstü hal kanununda düzenlenir» hükmü yer almıştır.

Bu hükümle, olağanüstü yönetime tanınan yetkiler ve olağanüstü yönetim usullerinin «Olağanüstü Hal Yasası» ile düzenleneceği öngörülmüştür. Bu yetkiler arasında, kişiler için getirilecek, para, mal ve çalışma yükümleri, temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması veya durdurulması gibi yetkiler yer almaktadır. Anayasanın öngördüğü kuralları düzenlemek üzere 25.10.1983 tarih ve 2935 sayılı olağanüstü hal yasası çıkarılmıştır. Bu yasa ile tabii afet, tehlikeli salgın hastalıklar veya ağır ekonomik bunalım hallerinde ilân edilen olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile olağanüstü hallerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlanacağı veya nasıl durdurulacağı, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağı, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceği, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağı ve olağanüstü yönetim usullerine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Olağanüstü hal yasası hükümleri makalenin sonunda ayrıca inceleme konusu yapılmıştır.

Olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda yetki yasasına gerek kalmadan yasa hükmünde kararnameler çıkarabilir.

Görüldüğü üzere, olağanüstü hal hukuk dışı veya hukuk üstü bir rejim değildir. Hükümete tanınan bu yetkiler, onun hukuk dışına çıkarak bir diktatör niteliği kazanmasına neden olamaz. Anılan olağanüstü halde, yönetim daha fazla yetkiye sahip olmak veya daha disiplinli bir rejim uygulamakla birlikte bu rejim gene de hukuk ve yasa rejimidir. Başka bir anlatımlar bu rejimin uygulanması sırasında yönetimin gene hukuka uygun hareket etmesi gerekmektedir. Nitekim, sıkıyönetim yasalarına rekizisyon uygulama ve kararlarına ve kararnamelere, özetle, anılan olağanüstü halin uygulanması sırasında yapılan yönetsel eylem ve işlemlere karşı yargı yolu açık tutulmaktadır.

(29. Makale - 1990)

Prof. Dr. Turgut TAN

*Anayasal Ekonomik Düzen**

*Turgut Tan, "Anayasal Ekonomik Düzen", Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl 1990, Cilt 7, 159-178.

ANAYASAL EKONOMİK DÜZEN

Prof. Dr. Turgut TAN*

Günümüzde serbest piyasa ekonomisi uygulamasının yaygınlaştığından söz edilirken, ekonomik alana ilişkin hukuksal düzenlemelerin çokluğu ve çeşitliliği de dikkat çekiyor. Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nde dava konusu yapılan yasal düzenlemeler içinde ekonomik alana ilişkin olanların önemli bir yer tuttuğunu görüyoruz. Özellikle son beş yıl içinde verdiği kararlarla Yüksek Mahkememiz, 1982 Anayasası'nın ekonomik düzene ilişkin kurallarına sistematik bir yorum getirme olanağı bulmuştur.

Ekonomik alanın örgütlenişi ve işleyişinin hukuk kurallarına bağlanması zorunluğu, anayasaların hukuk sisteminin temeli olarak ekonomik sistemin de temelini oluşturması sonucunu yaratmış ([1]) ve «Devletin Ekonomik Anayasası'ndan söz edilmeye başlanmıştır ([2]). Nitekim, II. Dünya Savaşı sonrası yapılan anayasalarda ekonomik alana ilişkin kuralların çeşitliliği dikkat çekmektedir. 1961 Anayasası'nın «bir ekonomik düzen öngörmesi»nin dönemin en önemli özelliği olduğunu vurgulayanlar ([3]) vardır.

I. 1982 ANAYASASI VE EKONOMİK DÜZEN

A. 1982 ANAYASASI'NIN EKONOMİK HÜKÜMLERİ

1982 Anayasası «Ekonomik ve mali hükümleri ayrı bir kısım olarak düzenlemiştir. Ancak, Anayasa'nın öngördüğü ekonomik düzenin belirlenebilmesi için yalnız bu kısımdaki hükümlerin incelenmesi yeterli olmayıp, diğer kısımlardaki ilgili hükümlerin de birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

Anayasa Cumhuriyetin nitelikleri arasında Türkiye Cumhuriyeti'nin «sosyal bir hukuk devleti» (m. 2) olduğunu belirttikten sonra, ayrıca «kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya» çalışmanın devletin temel amaç ve görevlerinden olduğunu da (m. 5) vurgulamaktadır.

Anayasa sosyal devlet ilkesine paralel olarak geniş bir «sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler» demeti (m. 41-65) öngörmektedir. Mülkiyet hakkı [m. 35] temel haklar arasında yer almakta, ancak «kamu yararı» amacıyla kanunla sınırlanabileceği, ayrıca «toplum yararına aykırı» kullanılamayacağı öngörülmektedir. Öte

---

* H.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi öğretim Üyesi.

(1) A.de Laubadöre et P. Dölvolvö, Droit public économique, Dalloz, 5. bası, Paris 1986, s. 96; T.Z. Tunaya, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, 4. bası, İst. 1980, s. 102.

(2) B. Chönot, Organisation Economique, de l'Etat, Dalloz, 1965, s. 93.

(3) Ü. Tekinalp, Cumhuriyet döneminin ekonomi hukuku açısından değerlendirilmesi, in 50. YIL ARMAĞANI, CUMHURİYET DÖNEMİNDE HUKUK, İstanbul 1973, s. 662.

yandan, herkesin dilediği alanda «çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu ve özel teşebbüsler kurmanın serbest olduğu belirtildikten sonra, devletin «özel teşebbüslerin millî iktisadın gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri» alacağı da öngörülmektedir (m. 48). Anayasa, «kamulaştırma» (m. 46) ve «devletleştirme» (m. 47)'yi de ayrıca düzenlemektedir.

1982 Anayasası «mali ve ekonomik hükümler»i ayrı bir kısımda toplayarak, ekonomik hükümler arasında planlı kalkınma İlkesini benimseyerek «planlama»-ya (m. 166) yer verdiği gibi, Devletin para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli islemelerini sağlayıcı tedbirlerle, piyasalarda tekelleşme ve kartelleşmeyi önleyecek tedbirleri alacağını öngörmekte, dış ticaretin ülke ekonomisi yararına düzenlenmesi amacıyla dış ticaret işlemleri üzerine ek mali yükümlülükler koyma konusunda Bakanlar Kurulunu kanunla yetkilendirme imkânı tanımaktadır (m. 167).

Öte yandan, «Tabiî servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi» (m. 168), «Ormanlar ve orman köylüsü» (m. 169-170), «Kooperatifçiliğin geliştirilmesi» (m. 171), «Tüketicilerin korunması» (m. 172) ile «Esnaf ve sanatkârların korunması» (m. 172)na ilişkin kurallar da ekonomik hükümler arasında yer almaktadır.

Hemen belirtelim ki, anayasal düzenlemelerden beklentiler de bu alandaki anayasal kuralların çeşitlenmesine yolaçmaktadır. Nitekim, enflasyonist uygulamaları sınırlandırma endişeleri para arzı ve borçlanma konusunda bazı kuralların Anayasaya konulması önerilerinin temelinde yatmaktadır ([4]). Bu cümleden olarak özerk kurum olarak «Millî Merkez Bankası» ile ilgili hükme 1961 Anayasası'nda yer verilmesi girişimi başarılı olamamış ([5]), 1982 Anayasası hazırlanırken de Danışma Meclisi Tasarısı'nda (m. 141) «Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası» ile ilgili düzenleme yapılmışsa da ([6]) Millî Güvenlik Konseyi tarafından kabul edilen metinde yer verilmemiştir. Aynı şekilde «Borçlanma» ile ilgili olarak Danışma Meclisi Anayasa Tasarısında yeralan hüküm (m. 140) de nihai metinde bulunmamaktadır.

B. ANAYASADA EKONOMİK SİSTEM TERCİHİ VAR MI?

Tartışılan sorunlardan biri de Anayasanın ekonomik alana ilişkin hükümlerinden belirli bir iktisadi politika veya sistem tercihinin çıkarılıp çıkarılamayacağıdır.

Anayasa Mahkememiz değişik kararlarında bu konuya değinerek, «...çok partili demokratik rejimi benimseyen Anayasamızda, Anayasa ilkelerine ters düşmemek koşuluyla iktidarların ekonomi alanında **«müdahaleci veya liberal** bir politika izlemelerine bir engel» bulunmadığını ([7]), Anayasanın «liberal bir iktisadi politika takibine elverişli olduğu kadar karma bir iktisadi politika takibine de müsait»

(4) V. Savaş, İktisat Politikası Anayasası, Anayasa Yargısı Sempozyumu, Ankara 1988.
(5) K. Öztürk, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, 1966, C. I, s. 488.
(6) Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyon Raporu (1/463), D.M.S. Sayısı : 166'ya 1. Ek.
(7) 18.2.1985 tarih ve E. 984/9 K. 985/4 sayılı karar. s. 23. RG., 26.6.1985, sayı: 18793.

olduğunu ([8]), nitekim, Anayasa'nın 5., 35., 48. ve 167. maddeleri ile **«karma bir ekonomik sistemin»de benimsenebileceğini ortaya** koyduğunu belirtmektedir ([9]).

Yüksek Mahkeme 1961 Anayasası döneminde verdiği kararlarında da Anayasanın mülkiyet hakkını düzenleyen 36. maddesi ile çalışma ve sözleşme hakkı ile devletin özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alacağını öngören 40. maddesini «karma ekonomi düzeni»nin benimsendiğinin göstergesi olarak kabul etmiştir ([10]).

Aslında, Yüksek Mahkeme'nin yukarıda değindiğimiz kararlarından, karma ekonomik sistemin müdahalecilikle eş anlamlı olduğu ve liberal iktisat politikasının karşıtı gibi bir anlam çıkarılabilmektedir ([11]). Oysa, liberal iktisat politikası kamunun ekonomiye müdahalesini tümüyle dışlamadığı gibi, kamuya müdahale olanağını da içerecek biçimde düzenlenmiş olan mülkiyet hakkı ile çalışma ve sözleşme özgürlüğüne ilişkin kurallar iktisadi liberalizmin de kurumsal alt yapısını oluşturmaktadır.

Gerçekte Devletin ekonomik yaşama hiç müdahale etmediği bir ekonomik düzen gösterilemiyeceği ([12]) gibi A.B.D.'nde bile Devletin geniş yetkilerle ekonomik hayatın içinde bulunduğu olgusuna dikkat çekilmektedir ([13]). Bir başka deyimle, piyasa ekonomisi ile karma ekonomi arasında bir bağdaşmazlık da görülmemektedir.

İleride ayrıntılı olarak değineceğimiz gibi, Devletin ekonomiye müdahale yollarını öngören 1982 Anayasası'nın pazar ekonomisi veya serbest piyasa ekonomisinin hukuki alt yapısını düzenlediğini de görüyoruz. Zira, piyasa ekonomisi için gerekli olan hukuka aykırı rekabet sınırlamalarına karşı önlemler alınarak pazarın sağlıklı ve düzenli biçimde işlemesinin sağlanması anayasal bir ödev olduğu gibi (m. 167), aynı ödev tüketicilerin korunması açısından da yinelenmektedir (m. 172) ([14]).

Ancak, hemen belirtelim ki, piyasa ekonomisinin gerektirdiği rekabet koşullarını sağlayacak yukarıda değindiğimiz düzenlemeler yapılmadığı gibi, bugün Devletin ekonomiye müdahale biçimlerinin piyasa ekonomisi gerekleriyle ne ölçüde

(8) 27.9.1985 tarih ve E. 985/2 - K. 985/16 sayılı karar. s. 32. RG., 5.12.1985, sayı: 18949, s. 32.

(9) 5.5.1987 tarih ve E. 986/1 - K. 987/10 sayılı karar. RG., 21.11.1987, sayı:19641 s. 66-67.

(10) 23-25.10.1969 tarih ve E. 967/41 - K. 969/57 sayılı karar. AMKD., sayı: 8, s. 30 vd.

(11) L Duran, Anayasa Mahkemesine göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni II, AİD., C. 19, sayı 2, 1986, s. 4.

(12) Nitekim, 1983 yılında kurulmuş olan I. T. Üzal Hükümetinin programında, «Ekonominin tabiî kanunları içinde gelişmesini sağlamak üzere, ülke menfaatleri doğrultusunda müdahale ve tahditlerin asgariye indirilerek, rekabet şartlarının hakim kılındığı **serbest pazar ekonomisinin** uygulanması ekonomik sistem tercihimizdir» denildikten sonra, «Devletin tanzim edici ve yönlendirici fonksiyonu» genel seviyede de olsa kabul edilmektedir. 19.12.1983 tarihinde TBMM'nde okunan Hükümet Programı, s. 12.
Gene 1983 yılında Fransa'da yapılan bir ankette Devletin ekonomik hayata çok müdahale ettiğini söyleyenlerin % 34 olmasına karşın yeterince müdahale etmiyor diyenler % 37'dir. GALLUP ARAŞTIRMASI, L'Express, 7-13 octobre 1983.

(13) S. Güran, A.B.D.'nde Ekonomik Hayatın Düzenlenmesi, İdare Hukuku ve ilimleri Dergisi, Vakur Versan'a Armağan, Aralık 1985, s. 129.

(14) E. Özsunay, Kartel Hukuku, İstanbul, 1985, s. 215.

bağdaştığı da tartışılmaktadır. Nitekim, Devlet müdahalelerindeki değişkenlik ve şok kararların belirsiz bir ortam yaratması yanında «piyasa» ekonomisini «yasa» ekonomisine dönüştürdüğü, öte yandan da şirket kurtarma adı verilen uygulamalarla piyasa ekonomisinin bir koşulu olan özel girişimin faaliyetinden sorumlu olması ilkesine uyulmadığı ileri sürülmektedir.

Yukarıda değindiğimiz Anayasa Mahkemesi kararlarında da isabetle belirtildiği gibi, Anayasa belirli bir ekonomik politika tercihini empoze etmemekle beraber, ekonomik politikayı koşullandıran bazı esaslar getirdiği de bir gerçektir. Dolayısıyle, son yıllarda uygulanan piyasa ekonomisinin işlerliği de bu esaslardan hiç kuşkusuz etkilenecektir. Bunların başında sosyal devlet ilkesi gelmektedir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre «Sosyal hukuk devleti, insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve teminat altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadi ve mali tedbirler alarak çalışanları koruyan, işsizliği önleyici ve millî gelirin adalete uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı tedbirler alan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini yükümlü sayan, hukuka bağlı, kararlılık içinde ve gerçekçi bir özgürlük rejimini uygulayan devlettir»([15]).

Öte yandan, Yüksek Mahkeme Tarım Satış Kooperatifleri üzerindeki denetim yetkisinin Anayasa'nın özellikle 40., 166. ve 171. maddelerinden kaynaklandığını belirttikten sonra, «amacın, devletin ekonomik politikasının güven ve kararlılık içinde yürütülmesi olduğu söz götürmez. Aynı amaca yönelik faaliyetlerin benzer statüler içerisinde gerçekleştirilmesinden daha doğal bir şey düşünülemez.

«Kamu yararı olan hallerde, millî ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlarla, özgürlüklere kimi sınırlamalar getirilebilir. Devletin, teşebbüslerin güven ve kararlılık içinde çalışması için gerekli gördüğü tedbirleri almasında, hem teşebbüs sahiplerinin hem de bu teşebbüsler aracılığıyla toplum yararı söz konusudur» demektedir ([16]).

Dolayısiyle, sosyal devlet ekonomik açıdan müdahaleci bir devlettir ([17]). Ancak, bu müdahaleciliği pazar ekonomisi yerine bütün kararların merkeziyetçi bir mekanizma ile alındığı, rekabetin kalktığı bir ekonomik düzen olarak anlamak da mümkün değildir. Anayasa, mülkiyet hakkını, özel girişim özgürlüğünü kabul ettiği gibi, bütün çağdaş anayasaların da benimsediği kamu yararı amacıyla sınırlamayı, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini sağlayacak tedbirlerin alınabileceğini de kabul eder.

Bu nedenlerle piyasa ekonomisi ile sosyal devlet gereklerini bağdaştıran pragmatik bir yaklaşımı yansıtan «sosyal piyasa ekonomisi» kavramı kullanılmaya baş-

(15) 18.2.1985 tarih ve E. 984/9 - K. 985/4 sayılı karar, RG,, 26.6.1985, sayı : 18793, s. 23.
(16) 26.6.1986 tarih ve E. 985/9 - K. 986/14 sayılı karar. RG., 17.5.1987, sayı: 19463, s. 20.
(17) A. Göze, Sosyal Devlet Sistemi, İstanbul, 1976, s. 63.

lanmıştır. Bu yaklaşımda piyasa ekonomisi sisteminin liberal veya kapitalist ekonomi düzeni içinde ortaya çıkabilecek aksaklıklarını gidermek ve amacına uygun işleyişini sağlamak üzere devletçe bazı tedbirlerin alınması ve düzenlemeler yapılması zorunluğuna işaret edilerek sosyal piyasa ekonomisi bunu sağlayacak model olarak kabul edilmektedir ([18]). Bir başka deyimle, serbest rekabet ilkesine işlerlik kazandırmak, piyasada egemen gücün kötüye kullanılmasını önlemek, tüketiciyi korumak için gerekli politikaları izleyip düzenlemeler yapmanın «sosyal piyasa ekonomisi kadar sosyal devlet anlayışının da bir gereği olduğu vurgulanmaktadır([19]).

II. DEVLETİN EKONOMİYİ DÜZENLEME GÖREVİ VE DÜZENLEMENİN KAPSAMI (EKONOMİK KOLLUK)

Devletin ekonomik alandaki düzenleyici işlevi özel bir kolluk türü olarak «ekonomik kolluk» kavramını ortaya çıkarmıştır. Bu kolluk türü zaman zaman ekonomik alana yansımaları da olabilen genel idari kollukdan izlediği amaç bakımından ayrılabilen özel bir kolluk türüdür ([20]). Ekonomik kolluğun amacını «ekonomik kamu düzeni» oluşturmaktadır ([21]).

Dolayısıyla, özel teşebbüslerin millî iktisadın gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini sağlayacak tedbirler de ekonomik kolluk yetkilerinin kullanılması suretiyle gerçekleştirilecektir ([22]). Hiç kuşkusuz, ekonomik kamu düzeninin gerçekleşmesi yalnızca kamu hukuku aracılığıyla da olmamaktadır. Nitekim, «ekonomik hukuk düzeninin büyük kısmı(nın) Borçlar Kanunu aracılığıyla gerçekleştirilmekte olduğunu belirten ([23]) Prof. TANDOĞAN'a göre Anayasa'nın özel girişim özgürlüğüne ilişkin kurah (m. 40/3) da getirdiği sınırlama açısından Borçlar Kanunu'ndaki sözleşme özgürlüğü ilkesi ile çelişmemektedir ([24]).

A. DEVLETİN EKONOMİYE MÜDAHALE GÖREVİ

Anayasa Mahkememizin özellikle 1980 sonrası verdiği kararlarından Anayasa'nın devlete ekonomik alanda geniş müdahale olanağı, hatta görevi verdiğini kabul ettiğini görüyoruz. Zira, Yüksek Mahkemeye göre, Anayasa'nın «kişilerin ve

(18) H. S. Türk, Sosyal piyasa ekonomisinde rekabetin düzenlenmesi, insan-İşlet- me-Toplum ve Sosyal Piyasa Ekonomisi, BIAR-Konrad Adenauer Stiftung, Ankara, 1987, s. 73.

(19) lbid., s. 78.

(20) J.P. Nögrin, l'interventlon de s personnes moral es de droit privö dans I'action ad- mlnlstrative, LGDJ., 1971. s. 98; J.-M. Ralnaud, i'incldence du drolt comnrıu- nautaire sur le drolt public français, in La France et les Communautös, LGDJ., 1975, s. 850.

(21) CH. Debbasch, Institutıöns adminlstrab'ves, LGDJ., 1966, s. 97; F. Batailler, Les beatlpossedentes du droit adminlstratlf, RDP, 1965, s. 1051, J. Castagne, le control juridictionnel de la lögalite des actes de poliçe admtnlstratlve, LGDJ., Paris, 1964, s. 36.

(22) T.B. Balta, İdare Hukukuna Giriş, TODAİE, Ankara, 1968/1970, s. 72; T. Akıllı- oğlu. Belediyeler ve Özel Girişim özgürlüğü, Yerel Yönetimler Dergisi, sayı : 1, Mayıs 1979, s. 25.

(23) H. Tandoğan, Yürürlüğe girişinin ellinci yılında Türk Borçlar Kanunu hakkında genel bir değerlendirme, BATİDER, C. VIII, sayı : 4, Aralık 1976, s. 1 ve 20.

(24) Tandoğan a göre «Anayasa ve KİT mevzuatı ve kalkınma planları ile belirlenen ekonomik düzenin BK'nun sözleşme özgürlüğüne ilişkin kurallarının değerlendirilmesinde hesaba katılması gerektiğini vurgulamaktadır. İbid., s. 5.

toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak» amaç ve görevini Devlete veren (m. 5) «özel teşebbüslerin millî ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri» almakla Devleti görevlendiren (m. 48), «Ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, özellikle sanayiin ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızla gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirmesini yaparak verimli şekilde kullanılmasını planlamak» (m. 166) ve nihayet Devletin «para, kredi, sermaye mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı tedbirleri» alacağını (m. 167) öngören hükümleri «Devletin ekonomik hayatın işleyişini düzenlemek, gerektiğinde bu alana müdahale konusunda görevli kılındığını ortaya koymaktadır» ([25]).

Yüksek Mahkeme, para ikrazı işleriyle meşgul olan, mevduat kabul eden, sermaye teşekkülüne hizmet eden bankaların «ülke ekonomisinin en hassas kesimi olan kredi piyasasında «faaliyet gösteren mali kuruluşlar olduklarını, dolaytsiyle «bunların devletçe yakından izlenmesi ve denetlenmesi» gerektiğini belirttikten sonra, Devletin 3182 sayılı Bankalar Kanunu ile «bir yandan tasarrufları korumak diğer yandan bankalarda biriken tasarrufların millî ekonominin gereklerine göre kullanılmalarım sağlamak üzere düzenleme ihtiyacını duymuştur. Bu çerçevede, alınan önlemlere rağmen mali yapısının güçlendirilmesine imkân görülmeyen bankaların mevcut veya kurulacak bir bankaya devredilmesi veya birkaç banka ile birleştirilmesi yollarından birinin seçilmesi, «Anayasa'nın 2. maddesindeki sosyal devlet ilkesinin olduğu kadar, Anayasa'mn 48. ve 167. maddeleriyle devlete verilen görevlerin de gereğidir ([26]).

Anayasa Mahkemesi 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanunu ile ilgili kararında da Devletin ekonomik hayata ilişkin düzenleme yetkisine ilişkin olarak özellikle Anayasa'nın 167. maddesinde devlete verilen görevin kapsamım geniş bir biçimde yorumlamaktadır. Yüksek Mahkemeye göre : «Gerçekten de bu maddenin birinci fıkrası Devleti '...para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri' almak ve 'piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi...' önlemek görevleriyle görevlendirmiştir. Buna göre Devlet, bir taraftan para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli İşlemlerini sağlamak öte yandan da bu piyasaların gelişmesini sağlayıcı tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu amaçlarla alınacak tedbirler ve yapılacak düzenlemeler, Anayasamızın Devlete verdiği bu görevin bir gereğidir» ([27]).

Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın planlamaya ilişkin kuralını (m. 166) da Devlete ekonomik alanda düzenleme ve müdahale olanağı veren hüküm olarak yorumlayıp uygulamaktadır. Nitekim, Yüksek Mahkeme'nin tarım satış kooperatifleri ve birliklerine ilişkin 3186 sayılı Yasa ile ilgili kararı bunun açık örneğini oluşturmaktadır.

---

(25) 4.3.1986 tarih ve E. 985/16 - K. 986/5 sayılı karar. RG., 9.5.1986, sayı : 19102, s. 14.
(26) Aynı karar, RG. 9.5.1986, sayı : 19102, s. 14-15.
(27) 6.10.1986 tarih ve E. 985/21 - K. 986/23 sayılı karar, RG., 14.3.1987, sayı ; 19400, s. 38.

Yüksek Mahkemeye göre, «Anayasa'nın 166. maddesinde ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmanın bir plan çerçevesinde gerçekleştirilmesi ilkesi kabul edilmiş, planlama devlete bir görev olarak verilmiş ve planlamanın ülke kaynaklarının değerlendirilip verimli kalkınmasını sağlayarak ekonominin tüm sektörleriyle ülke bütününde dengeli ve uyumlu bir gelişmeyi temine yönelik biçimde yapılacağı, ayrıca planlarda millî tasarrufu arttırıcı, yatırımı, istihdamı geliştirici ve yatırımları toplum yararına yöneltici tedbirlere öncelik verildiği açıklıkla belirtilmiştir. Bu durumda kooperatif ve birliklerin Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nca verilecek talimatlar uyarınca hareket etmeleri anayasal bir zorunluk olmaktadır» ([28]).

B. EKONOMİYE MÜDAHALENİN SINIRI AÇISINDAN DEVLETLEŞTİRME - ÖZELLEŞTİRME VE ŞİRKET KURTARMA

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda değindiğimiz kararlarında ekonomiye müdahale açısından geniş yetkiler tanındığını gördük. Ancak, bu müdahalenin gene Anayasamızda yeralan mülkiyet hakkı ve özel girişim özgürlüğünün sınırlanması açısından bazı kayıtlara bağlı tutulduğu da bir gerçektir. Müdahalenin bu sınırlamalar içinde kalıp kalmadığı konusunda yasal düzenleme sözkonusu olduğunda Anayasa Mahkemesi, idari işlemler sözkonusu olduğunda da idari yargı yerlerince araştırılmaktadır. Bu konudaki kararların incelenmesine girmeden yalnızca 20.11.1984 tarih ve 3082 sayılı Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilebilmesi Usul ve Esasları Hakkında Kanun ve 23.5.1987 tarih ve 3332 sayılı kısaca şirket kurtarma yasası olarak bilinen yasayla ilgili Anayasa Mahkemesi kararlarına bazı yönleri ile değinmekle yetineceğiz.

Devletleştirme yasası ile ilgili kararında Anayasa Mahkemesi, 3082 sayılı Yasanın devletleştirme için ayrıntılı koşullar öngörmek suretiyle Anayasa'nın devletleştirme ile ilgili kuralını (m. 47) işlemez hale getirdiği savını,

«Kişilerin Anayasa'nın teminatı altında olan mülkiyet hakkını, çalışma ve özel teşebbüsler kurma hürriyetini sınırlayan devletleştirme müessesesî, Anayasa'nın 47. maddesiyle Devlet için başvurulması zorunlu bir yol olarak öngörülmemiş, yasama organının takdirine bırakılmıştır ve aynı zamanda müessesenin istisnai niteliğine uygun kimi şartlara tabi tutulmuştur.

«3082 sayılı Kanunun 2. maddesi hükmü Anayasa'nın 47. maddesinin birinci fıkrasının devletleştirme için gerçekleşmesini öngördüğü şartlara vuzuh getirmek, onları açıklığa kavuşturmak amacına yönelik bulunmaktadır» gerekçesi île reddetmiştir ([29]).

(28) 26.6.1986 tarih vs E. 985/9 - K. 986/14 sayılı kararı, RG., 17.5.1987, sayı : 19463, s. 25.
«Kooperatiflerin kuruluşu Sanayi ve Ticaret Bakanlığının iznine bağlı kılınmıştır. Bunun anlamı daha kuruluş aşamasında kooperatifleri denetim altında tutmaktır. Bakanlık kurulacak kooperatifleri denetim altında tuttuğu takdirde bunların plan ve kalkınma programlarına uygun yönde gelişmelerini ve memlekette gerçekleşmesi beklenen ekonomik düzenin yaygınlaşıp benimsenmesini sağlayabileceği gibi, kooperatifin *iç ve* dış ilişkilerinde görülebilecek sapmaları da daha başlangıçta önleyebilecektir (s. 19).

(29) 27.9.1985 tarih ve E. 985/2 - K. 985/16 sayılı kararı. RG., 5.12.1985, sayı : 18949, s. 31.

Ancak, karara karşıoy yazan üyelere göre, «kanunun ikinci maddesi devletleştirmeyi imkânsız hale getirmektedir. İkinci maddedeki şartları ve esasları arayan ve bunlara riayet eden idare, hükümet ve yasama organı hiç bir zaman devletleştirme yapamıyacaktır». Devletleştirme için Anayasa'da açıkça belirtilen «şartların üstünde, ek ve yeni şart ve esaslar koymakla Anayasaya rağmen kamu hizmetlerinin gereklerine ve kamunun yararlarına aykırı bir şekilde özel teşebbüse imkân, imtiyaz, garanti ve güvenlik tanınmaktadır» ([30]).

Öğretide de 3082 sayılı Yasanın devletleştirme için getirdiği koşullarla Anayasa kuralını işlemez hale getirdiği ileri sürülmüş ([31]), yasama organının hangi teşebbüs ve faaliyetin kamu hizmeti niteliği taşıdığını takdir yetkisine sahip olduğu ve bunun yargı yoluyla denetlenemiyeceği belirtilmiştir ([32]).

Aslında, Anayasa Mahkememiz de devletleştirilecek özel teşebbüsü yasanın göstereceğini, özel teşebbüslerin devletleştirilmesi için çıkarılacak yasalarda yasama organının «devletleştirme şartlarında değişiklik yapma yetkisine sahip» olduğunu kabul ettiğine göre, 3082 sayılı Yasa ile getirilen düzenlemenin gereğini açıklamak zordur.

Türkiye'de son yıllarda en çok tartışılan konulardan biri olan özelleştirme ise bu konuda temel düzenleme niteliğinde olan 3291 sayılı Yasa Anayasa Mahkemesi'ne götürülmediği için Yüksek Mahkemece her yönüyle incelenme olanağı bulamamış ancak bazı yönleriyle 2983 sayılı Yasa dolayısiyle tartışılabilmiştir. Aslında Fransız Anayasa Konseyi'nin Fransa'da özelleştirmeyi düzenleyen Yasa konusunda verdiği kararında ortaya koyduğu ilkeler açısından değerlendirildiğinde 3291 sayılı Yasa ciddi eksikler taşımaktadır ([33]).

Bunlardan önemli gördüğümüz iki tanesi, devletleştirme karşıtı işlem olmasına karşın özelleştirme konusunda yetkinin yasama organına tanınmaması ve özel mülkiyet için sağlanan güvencenin kamu mülkiyetinde aranmaması, gerçek karşılığın tesbiti konusunun açıkta bırakılmasıdır.

Anayasa özelleştirme konusunu düzenlemediği, hatta bir görüşe göre, sosyal devlette kamu hizmetlerinin tür ve çeşitlerinin azalması yerine çoğalması eğilimi ağır bastığı için Anayasa'da Özelleştirmeye yer verilmesi düşünülemiyeceği için, bu konuda çözüm büyük ölçüde devletleştirmeye ilişkin esaslardan esinlenerek bulunmaya çalışılacaktır.

Anayasa Mahkemesi bir tür özelleştirme yasası olarak da nitelenen 2983 sayılı Yasa konusunda verdiği kararında özelleştirmenin sınırlı bazı yönlerine değinmek fırsatını bulmuştur.

---

(30) Ibid., s. 35.
(31) Ü. Azrak, Devletleştirme, Anayasa ve 3082 sayılı Kanun, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, sayı: 1-3, 1983, s. 16-17.
(32) L. Duran, Anayasa Mahkemesine göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni, AİD., C. 19, sayı: 2, s. 8.
(33) Prof. Akıllıoğlu 3291 sayılı Yasa Fransız Anayasa Konseyine sunulsaydı «geçemiyeceği açıktır» demektedir. Bkz., Yönetim Hukuku Ölçütleri, AİD., C. 20, sayı : 3, s. 24.

Nitekim 2983 sayılı Yasaya karşı Anayasa Mahkemesi'nde açılan davada Yasanın «nama muharrer» olmayan hisse senetlerinin çıkarılmasına İmkân tanıyarak bunların Devletin haberi olmadan yabancıların eline geçmesine imkân verdiği, bu nedenle Türk millî menfaatlerine ve Türk Milletinin bağımsızlığına ters düştüğü ileri sürülmüştür.

Ancak Anayasa Mahkemesi'ne göre : «Anayasa'nın 5. maddesinde yeralan Türk Milletinin bağımsızlığı ilkesinin siyasi ve ekonomik bağımsızlığı içerdiği kuşkusuzdur, siyasi ve ekonomik bağımsızlık kavramlarının yalnız başlarına bir anlam ifade etmedikleri, birbirlerini tamamlayan kavramlar oldukları görüşü de doğrudur. Ancak, maliklerine aynî hak sağlamayan, konusu oldukları altyapı tesislerinin yönetiminde temsil hakkı vermeyen ve bir borç senedi niteliğinde olan (gelir ortaklığı senedinin yerli veya yabancı kişiler elinde olmasının Türk Milletinin bağımsızlığını zedeleyeceğini kabul etmek mümkün değildir. Öte yandan bu yolla kalkınma hedeflerine ulaşmak için ek finansman kaynakları bulma çabasının dışa bağımlılığı azaltmak yönünde sonuç doğuracağı da gözden uzak tutulmamalıdır. Burada yeri gelmişken bu kanunla kamu iktisadi kuruluşları ve iktisadi devlet teşekkülleri için hisse senedi çıkarılması ve işletme hakkı yetkisinin tanınmadığının bir kez daha belirtilmesinde yarar vardır» (s. 23) deniliyor ([34]).

Kararın bir başka yerinde ise «söz konusu madde... Kamu iktisadi kuruluşlarının ve İktisadi devlet teşekküllerinin satışını, bunlar için hisse senedi çıkarılmasını ve işletme hakkı verilmesini öngörmediğine göre Anayasa'nın 168. maddesine de aykırılık söz konusu değildir» (s. 24) denilmektedir ([35]).

Dolayısiyle, Yüksek Mahkeme'nin kararının bütünüyle([36]) değerlendirilmesinden anlaşıldığı gibi, kararda «hisse senedi çıkarılması ve işletme hakkı verilmesi yetkisinin tanınmadığı» yargısı Prof. DURAN'ın haklı olarak belirttiği gibi «bir ifade zaafından» doğmamaktadır ([37]).

Anayasa Mahkemesi'nin 2983 ve 3082 sayılı Yasaların Anayasa'ya ve Kamu Hukukunun genel ilkelerine uygunluğunu isabetle irdeleyip değerlendirdiğini savunmak mümkün değildir. «Gerçekten, 2983 sayılı Özelleştirme Kanunu'na birçok noktadan Anayasa'ya aykırılık iddiaları yöneltilmiş ve fakat bunlar açık-seçik ortaya konmadan, karmaşık ve çelişkili gerekçelerle reddedilmiştir» diyerek eleştiren ([38]) Prof. DURAN'a göre «Anayasa Mahkemesi, aktarılan gerekçesinde, siyasi ve iktisadi bağımsızlıkların bir bütün oluşturduğunu kabul ettiği halde, kamusal

(34) 18.2.1985 tarih ve E. 984/9 - K. 985/4, RG., 26 Haziran 1985, sayı : 18793.
(35) Bkz, özellikle Y. Güngör Özden (s. 29), M. Turan (s. 33) ve S. Metln'in (s, 38) karşıoy yazıları.
(36) (36) «Kararın bundan önceki bölümlerinde de belirtildiği gibi, Kamu iktisadi Kuruluşları ve İktisadi Devlet Teşekkülleri için hisse senedi çıkarılması ve işletme hakkı verilmesi hususlarında Başbakanlık Teşkilâtı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 30. maddesine göre oluşturulan Ekonomik İşler Yüksek Koordinasyon Kurulu yetkilidir. Toplu Konut Kamu Ortaklığı Kurulu'nun görevi, bu konularda alınacak kararları yerine getirmek üzere gerekli işlemleri yapmaktan ibarettir» denilmektedir (s. 24).
(37) Duran, loc. cit., AİD., C. 19, sayı: 2, s. 5, dipnot 3.
(38) Duran, loc. cilt., AİD., C. 19, sayı : 2, s, 5.

mal niteliğinde olan tüm altyapı tesisleri ve (KİK)'lerin karşılık gösterildiği 'Gelir ortaklığı senetieri'nin ve işletme haklarının yabancı kişiler eline geçmesinin 'bağımsızlığı zedeleyeceği' görüşünü reddetmektedir. Buna neden olarak, söz konusu belgenin, ayni hak sağlamayan, temsil yetkisi vermeyen bir borç senedinden ibaret olduğunu ileri sürmektedir. İşletme hakkı tanınması konusunda ise, hiçbir neden göstermemektedir. Bu demektir ki, bağımsızlığın zedelenmesi için, altyapı tesislerinin ve (KİK).lerin mülkiyet ve yönetimlerinin tümü ile yabancıların eline geçmesi gerekir. Bu sonuca varıldığında ise iş işten geçmiş olur» ([39]).

Anayasa Mahkememiz 3332 sayılı şirket kurtarma yasası olarak bilinen yasayla ilgili kararında, yasanın özellikle mülkiyet hakkı ile çalışma ve sözleşme özgürlüğü konusunda getirdiği sınırlamaları Anayasa'ya aykırı bulmamıştır.

Yasanın finansman güçlüğü içindeki anonim şirketlerden alacaklı olan banka veya bankaların bu alacaklarının tamamının veya bir kısmının borçlu şirketin sermyesine dönüştürülmesi yolundaki teklifine katılmayan banka ve diğer kişilerin alacaklarının faizsiz ertelenmesi, erteleme süresinin beş yılı geçmesi halinde de erteleme yılını takib eden beşinci yılın sonundan başlamak üzere kısa vadeli kredilerde uygulanan genel reeskont oranının dörtte biri kadar faiz uygulanmasına ilişkin kuralının mülkiyet hakkını ihlâl ettiği ileri sürülmüştür.

Yüksek Mahkemeye göre ise, «yasanın temel amacı finansman güçlüğü içinde acze düşmüş anonim şirketlerin desteklenerek faaliyetlerine devamını sağlamaktır. Böyle bir yardım, sadece şirkete faaliyetine devam imkânı vermekle kalmayarak, faaliyetin devamı ile şirket borçlarının ödenmesi de mümkün olacaktır. Daha açık bir deyişle, herhangi bir alacaklı bankanın borçlu şirkete sağlayacağı finansman desteği sayesinde, diğer alacaklı kişi ve kurumların da böyle bir destek olmasıydı, geri alınması mümkün olmayan alacaklarının geri alınmasını sağlayacaktır. Söz konusu finansman desteği uzun dönemde bütün alacaklıların lehine sonuçlar doğuracaktır. Ticari hayatı düzenleyen çeşitli yasalarda bütün alacaklıların çıkarını koruyan bu tür düzenlemelere çokça rastlanmaktadır. Meselâ İcra ve İflas Kanunu'nda (kaydedilmiş olan alacakların üçte ikisine malik ve alacakların üçte ikisine baliğ olan ekseriyet) tarafından imza edilmiş bir konkordatonun kabul edilmiş sayılacağı (madde 297) öngörülmüştür. Bu tür düzenlemelerin temel amacı, bütün alacaklıların uzun dönemde çıkarlarının korunmasıdır. Böyle bir düzenleme olmadığı takdirde alacağının tümünü kaybetme riski ile karşı karşıya bulunan alacaklıların alacaklarının bir süre faizsiz, bir süre de düşük oranlı da olsa faiz karşılığı ertelemek fakat mutlak bir güvence altına almak, kişilerin mülkiyet hakkının korunması olarak değerlendirilmelidir» ([40]).

3332 sayılı Yasa ile getirilen bu düzenleme kişileri kendileri için yararlı görmedikleri bir ilişkiye katlanmaya zorladığı gibi sözleşmeden doğan haklarının çiğnenmesine de yolaçmaktadır. Ayrıca teklifte bulunanlarla katılmayanlar arasındaki farklılık Anayasa'daki eşitlik ilkesi (m. 10) ile de güç bağdaşır niteliktedir. Bu

(39) Ibld., s. 7.
(40) 21.1.1988 tarih ve E. 987/11 - *K. 988/2* sayılı karar, RG,, 29.3.1988, sayı; 19769, s. 42.

nedenlerle karara karşı oy yazan bazı üyelerin de isabetle belirttiği ([41]), gibi Anayasa'nın mülkiyet hakkı (m. 35) ile çalışma ve sözleşme özgürlüğü (m. 48) ile ilgili kurallarına uygun görünmemektedir.

III. EKONOMİK ALAN VE YÜRÜTMENİN GENİŞLEYEN DÜZENLEME YETKİSİ

Anayasa Mahkememiz değişik kararlarında ekonomik alanın özellikleri gereği yürütmeye geniş ve esnek düzenleme yetkisi tanınması zorunluluğunu da vurgulamaktadır. Bu konuda Yüksek Mahkeme'nin 1980 öncesi verdiği kararlarla son beş yılda verdiği kararların karşılaştırılması farklı bir yaklaşımı yansıtmaktadır.

A. HÜKÜMETLERE ESNEK VE GENİŞ YETKİ TANIMA GEREĞİ

Anayasa Mahkemesi bir yandan »çağımızda Devlet, ekonomik alana günden güne artan ölçülerde müdahale zorunluğunda kalmaktadır. Kimi devlet görevlerinin yürütülmesinde özellikle ekonomik nitelik taşıyan işlerde esnek düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır» derken ([42]) öte yandan Bakanlar Kuruluna dış ticaretin düzenlenmesi ile ilgili olarak tanınan yetkiler konusunda da, «Gerçekten her ülkede, önceden, gelecekteki gelişmeleri anlayıp buna göre bir takım çerçeveler çizmenin mümkün olamaması, ithalat ve ihracatın her an değişebilen şartlara tabi bulunması, hükümetlere bir takım geniş ve esnekliği olan yetkiler verilmesini zorunlu kılmıştır.

«İthalat ve ihracatla, diğer ülkelerin, Türkiye için koyduğu tahditlere karşı, Hükümetin derhal mukabil tedbirleri alması veya Türkiye'ye çok ucuza gelen ya da çok yüksek fiyatla alınan malın fiyatının ayarlanması gerekecektir.

«O halde, ülkemizde üretilen malların piyasa fiyatının teşekkülünde, ithali ve ihracı yapılan malların fiyat ve miktarının ayarlanmasında, ihraç veya ithal edilen malın satıldığı ya da alındığı ülkenin öngördüğü tedbirlerin bertaraf edilmesinde, ihracaatta tıkanıklığın meydana gelmesinin önlenmesinde Hükümet insiyatifi elinde tutmalıdır» ([43]) demektedir.

Yüksek Mahkeme'nin önceki bazı kararlarında yukarıda değindiğimiz kararlarındakinden farklı yorum getirdiğini görüyoruz. Nitekim, 933 sayılı Yasa konusunda verdiği kararda Yüksek Mahkemeye göre,

«İktisadi tedbirlerin yasa kuralları ile karşılanamayacağı, bu tedbirlerin süratle alınması gerektiği düşüncesine dayandırılması dahi bugünkü iktisadi gerçeklerle, Yasama meclislerinin çalışma durumuna uygun düşmemektedir. Bir kez, her konuda alınacak iktisadi tedbirler genellikle bellidir. İktisada ilişkin yazılarda ve uzman raporlarında gösterilmiş bulunmaktadır, yoksa bunlar yeniden aranılacak, bulunacak değildir. Yapılacak iş, bilinen ve salık verilmiş olan tedbirlerden hangisinin belli durumda seçileceğidir ki, bu tedbirler yasada sayıldıktan sonra

(41) Bkz. M. Turan'ın karşıoy yazısı, s. 61 vd.
(42) 18.2.1985 tarih ve E. 984/9 - K. 985/4 sayılı karar, RG., 26.6.1985, sayı: 18793, s. 26.
(43) 11.1.1985 tarih ve E, 984/6 - K. 985/1 sayılı kararı. RG., 17.6.1985, sayı: 18787, s. 7.

bunlardan bir veya birkaçının seçimi konusunda yürütmeye yasada belirlenecek sınırlar içinde yetki tanınabilir.

«Yasada öngörülmeyen çok önemli bir durumla karşılaşılır ya da gösterilmeyen bir tedbir zorunlu görülürse, ki bu seyrek gerçekleşecek bir olaydır, o zaman ivedilikle yasanın değiştirilmesi veya ek bir yasa çıkarılması yoluna gidilebilir. Unutulmamalıdır ki, Meclisler çoğunluğunun kamu yararı gördüğü konularda yasa değişiklikleri kısa zamanda, yasama meclislerinde yapılabilmektedir» ([44]).

Nitekim Anayasa Mahkemesi, özellikle ekonomik alana ilişkin olarak «işlerin katı mevzuat kurallarına uyularak yürütülmesinin güçlüğü»nü, ayrıca «bütün devlet hizmetlerinde Devlet İhale Kanunu ve Muhasebei Umumiye Kanunu'nun uygulanmasını zorunlu kılan bir anayasal kural»ın da mevcut olmadığını belirterek ([45]) fonları ekonomiye esnek müdahale aracı olarak görmektedir.

Yüksek Mahkemeye göre fonlar «siyasal iktidarın ekonomiye esnek müdahale araçları olarak gelişmiştir. Fon kurulurken önde gelen amaç mali mevzuatı ve bütçe sürecini bertaraf ederek uygulamaya esneklik ve çabukluk kazandırmaktır. Fonlar, Devlete kamu harcaması yapma olanağını da verdiğinden kısa vadeli maliye politikası tedbirleri fonlar aracılığı ile uygulanabilmektedir» ([46]).

Anayasa Mahkememizin fon uygulamalarını Anayasa'ya uygun bulurken Anayasa'nın «Kanun, kalkınma planları ile ilgili yatırımlar veya bir yıldan fazla sürecek iş ve hizmetler için özel süre ve usuller koyabilir» hükmünü (m. 161/3) zorlayıcı biçimde geniş yorumladığını görüyoruz.

Nitekim, Yüksek Mahkemeye göre, «Çağımızda önemli bîr kamu hizmeti niteliği kazanan 'Dış Ticaretin Düzenlenmesi' kalkınma planlarında geniş ölçüde yer alan madde politikasının takibini, fiyat istikrarının sağlanmasını, ihracat darboğazının aşılmasını, dış ticaret açığının kapatılmasını amaçlamaktadır. Bu bakımdan 'Dış Ticaretin Düzenlenmesinin kalkınma plan ve programları çerçevesinde 'bir yıldan fazla sürecek iş ve hizmetler'den olduğu, 2976 sayılı Kanunun verdiği yetki ile oluşturulacak 'fon'un ise, 'kanunla konulmuş özel usul' niteliği taşıdığı kabul edilmelidir» ([47]).

Yüksek Mahkeme'nin bir başka kararına göre de, «Serbest bölgelerin kurulması Beşinci Beş Yıllık Kalkınma Planında ve İcra Programında öngörülmüş bulunmaktadır. Yatırımların gelecek yıllara sırayeti söz konusudur.

«Bu yerlerin kurulması.... yapılması dış ticaretin düzenlenmesine yardımcı olacak herhangi bir faaliyetin derhal yapılması gibi zorunlu hallerde ödemelerin mali mevzuat ve bütçe prosedürü içerisinde yürütülmesinin yaratacağı sakıncalar dikkate alındığında bir özel usul olarak fon kurulması» Anayasa'ya aykırı değil ([48]).

(44) 18.2.1985 tarih ve E. 984/9 - K. 985/4 sayılı karar. RG., 26.6.1985, sayı : 18793, s. 26.
(45) 18.2.1985 tarih ve E. 984/9 - K. 985/4 sayılı karar. RG., 26.6.1985, sayı: 18793, s. 26.
(46) 20.1.1988 tarih ve E. 987/12 - K. 988/3 sayılı karar, RG., 7.10.1988, sayı: 19952, s. 15.
(47) 11.1.1985 tarih ve E. 984/6 - K. 985/1 sayılı karar. RG., 17.6.1985, sayı : 18787, s. 9.
(48) 6.10.1986 tarih ve E. 985/21 - K. 986/23 sayılı karar. RG., 14.3.1987, sayı : 19400, s. 46.

Ekonomik alana ilişkin düzenlemelerde yalnızca yürütmeye geniş yetkiler tanınmakla kalmamakta yürütmenin yaptığı düzenlemelerle de mevcut veya yeni oluşturulan organlara yetki devrinde bulunularak anayasal yetki düzenine ters düşen uygulamalara yol açılmaktadır. Nitekim, idari işlemlerle oluşturulan bazı bakanlıklararası kurullara icrai karar alma yetkilerinin tanındığı dikkat çekmektedir.

Öte yandan yasanın açıkça Bakanlar Kuruluna yetki verdiği, özellikle kişilere mali yükümlülük getiren konularda Bakanlar Kurulu'nun bu yetkisini başka idari makamlara devir yoluna gittiği sık sık görülmektedir. Örneğin Türk Parası Kıymetinin Korunması Hakkında 30 sayılı Karar (m. 24) Kararın uygulanmasını sağlayacak tedbirleri alma yetkisini verdiği gibi, Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonu'na prim tahsil ederek istisnai bedelsiz ithal izni verme yetkisini de tanımaktadır

Nitekim Danıştay bu konuda verdiği kararında ([49]) Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcılığı 30 sayılı Kararla yetkili kılınmış olsa bile, istisnai bedelsiz ithalatta Destekleme ve Fiyat İstikrar Fonuna intikal ettirilecek primin, vergi ve benzerî mali yüküm dışında ek mali yüküm olması nedeniyle Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcılığınca belirlenemiyeceğini söylemektedir.

Zira, Danıştay'a göre, 15.2.1984 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında 2976 sayılı Yasaya göre dış ticaret işlemleri üzerine ek mali yükümlülük koyma yetkisi Bakanlar Kuruluna tanındığına göre, artık Bakanlar Kurulu dışında bir idari merciin 1567 sayılı Yasa veya bu Yasaya göre çıkarılan kararlara dayanarak ek mali yükümlülük koyması mümkün değildir. Dolayısıyle Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcılığının tebliğle prim tesbiti hukuka aykırıdır.

Danıştay benzer tutumunu devam ettirerek, Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığının tebliğ çıkararak ithal malı üzerinden fon alması da hukuka aykırı bulunmuş, Müsteşarlık tebliği yetkisiz bir idarece düzenlenen işlem olarak nitelenmiştir. Ayrıca, Danıştay Bakanlar Kurulunun fon oluşturma yetkisini Başbakanlık HDTM'na devretmesinin de, mevzuatın devre izin vermemesi karşısında mümkün olmadığını kabul etmektedir ([50]).

SONUÇ

Başlıcalarına değindiğimiz Anayasa Mahkemesi kararlarından da görüldüğü gibi, Yüksek Mahkeme devlete ekonomik alanda geniş bir müdahale olanağı tanımakta, özellikle yürütmenin ekonomik alanı düzenlemede esnek ve etkili araçlardan yararlanması gereğini kabul etmektedir. Piyasa ekonomisinin benimsenmiş olmsı kamunun ekonomik alandaki müdahalelerini ve düzenleyici işlevini reddetme sonucu yaratmaz, önemli olan kamunun ekonomik alana müdahalesinin kişilerin hak ve özgürlükleri karşısındaki sınırının iyi belirlenmesidir. Uygulama yürütmenin yalnız ekonomik alanda değil tüm alanlarda yoğun bir düzenleme içinde olduğunu göstermektedir. Yürütmenin düzenleme yetkisinin yasama yetkisi aleyhine genişlediği de bir gerçektir.

(49) 10. D., E. 985/1048 - K. 987/1860, Danıştay Dergisi, sayı : 70-71, s. 537 vd.
(50) 10. D., E. 985/1362 - K. 987/534, Danıştay Dergisi, sayı: 70-71, s. 647 vd.

(30. Makale - 1991)

Prof. Dr. İl Han ÖZAY

*Yargı Güvencesi-Bağımsızlığı ve Anayasa Mahkemesi**

* İl Han Özay, "Yargı Güvencesi-Bağımsızlığı ve Anayasa Mahkemesi", Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl 1991, Cilt 8, 103-116.

YARGI GÜVENCESİ-BAĞIMSIZLIĞI ve ANAYASA MAHKEMESİ

Prof. Dr. İl Han ÖZAY*

Bu başlık altında söylenebilecekler o kadar çok ki, konuyu sadece temel kavramlara indirgeyerek açıklamaya çalışmaktan başka çare yok. Dolayısıyle Yargı "güvencesi"ni "tabii hakim" ve "yargısal denetim bağışıklığı", daha doğrusu denetim dışı yasal ve idari işlem ve etkinlikler; "bağımsızlığı"nı yargı organı ve mensuplarının Yasama, Yürütme ve Cumhurbaşkanı karşısındaki konum ve durumları ile Yargının kendi kendini yönetmesi, tüm bu bağlamda Anayasa Mahkemesini de bir yandan Adlî-ldarî yargılama yöntemleri öte yandan da bağımsızlığın gözetici ve koruyucusu işlevi yönünden ele almak kanımca tek çözüm.

TABİİ HAKİM-KANUNİ HAKİM

"Kanun Devleti" ile "Hukuk Devleti" kavramları arasındaki korrelasyon ve farklılık kanımca "Tabii Hakim" ile "Kanunî Hakim" arasında da var. Nasılki "Hukuk Devleti" "Kanun Devleti"ne oranla hem daha geniş hem de daha çağdaş ise 1961 Anayasasının orijinal metnindeki "Tabii yargı yolu" kenarbaşlıklı 32. maddesi de (1) yürürlükteki "Kanunî hakim güvencesi" kenarbaşlıklı 37. maddeye göre çoğulcu demokratik ve uygar toplum düzenine daha uygun. (1)

Bu konu ve değindiğim nokta etrafındaki tartışmalar hep Ceza Hukuku açısından yapılmış ve burada herkesin çok iyi bildiği görüşler ileri sürülmüştür. Nevarki, benim bir İdare Hukukçusu olarak daha farklı bîrşey söylemem gerekirse, özellikle her iki Anayasada Danıştaya ilişkin maddede de değişik ifadeler kullanılmış olmasından yola çıkarak öncelikle bazı "idari" dava ve uyuşmazlıkları onların doğal yargısından başka bir merci önüne getirebilmenin

---

* Î,Ü, Hukuk Fakültesi Öğretim üyesi

(1) 1961 Anayasası 32* maddesinde *'(h) iç kimse(nin), tabii hakiminden başka bir merci önüne çjkardam(ıyacağı) (ve) "(b)ir kimseyi tabii hakiminden başka bir merci ününe çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulam(ıyacağı)nı öngörmekteydi, 1971 de hem maddenin başlığı, hem de içeriği değiştirilerek 1982 Anayasasın nida aynen benimsediği formüle dönüştürülmüştür: "Hiç kimse, kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz» Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz?'

sadece yasa koyucunun takdirine bırakılmış (2) olduğu düşünülebilir. (3). Yargıya İlişkin temel ilkelerin anayasalarda yer almasının gerekçesi bireyler ve toplulukları için vazgeçilmesi olası bulunmayan bir ihtiyaç sayılmasındandır. Bizde ise, tarihsel süreç bunun sadece ilke düzeyinde değil neredeyse ayrıntıya varan bir biçimde anayasal güvenceye kavuşturulmasının bîr zorunluluk olduğunu kanıtlayan örneklerle doludur. Bu nedenle yürürlükteki Anayasada "tabii hakim" değil de "kanunî hakim güvencesi"nden sözedilmesi kanımca bu konuda, sadece Ceza Hukuku ve yargılamasını değil İdarî Yargıyı da çok olumsuz yönde etkileyebilecek uygulamaların, hem de yasal çerçeve görüntüsü içinde gerçekleştirilebilmesi olasılık ve tehlikesini beraberinde taşımaktadır. (4)

"Yargı Güvencesi"nin ikinci boyutu denetimin kapsam ve etkisidir. Başka bir deyişle "yargısal denetim bağışıklığı" alanı "güvence" kavramı ile doğrudan bir etkileşim içindedir. Bu ilişki ve olumsuz yönde etkileşim biri "Yasama" öteki de "Yürütme" ve İdareye bağlı olarak iki yönden incelenebilir.

---

(2) 1961 Anayasası 140. maddesinde Danıştayın "İdarî uyuşmazlıklar ve davaları" görmesi ve çözümlemesinden ve "kanunların başka İdarî yargı mercilerine bırakmadığı konular "dan sözediyordu. 1982 Anayasasının ise 155 inci maddesinde, biraz da garip bîr ifade İle sadece "davaları görmek" demesi bu kuşku ve tartışmaların kaynağım oluşmaktadır. Öte yandan anılan maddenin birinci fıkrasında "idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir İdari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümler" ile, yine" (k)anunla gösterilen belli davalar" formülü bu konuda da hep yasa koyucunun üstün İradesi ve sınırsız takdir yetkisinin tek ölçüt olarak kabul edildiği izlenimini vermektedir.

(3) Nitekim 1971 değişikliklerinde 140. maddenin baş tarafına pek dokunulmamışsa da sonuna Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ile ilgili hüküm eklenmiş ve bu da birçok tartışmaya neden olmuştur. Burada Askerî Yüksek İdare Mahkemesine ilişkin bir tartışmayı yeniden başlatmak amacım yoktur. Ancak olağan "İdarî Rejim" içinde bu konunun hem sadece bize özgü hem de oldukça yadırganan bir çözüm olduğuna işaret etmeden de geçemiyeeğim. Öte yandan Yasama işlemleri ile belli bir konuyu hem "doğal yargıç"ından kaçırmak, hem de o noktada adeta "yargısal denetim bağışıklığı" benzeri durum yaratmanın, kanunca en çarpıcı örneklerinden biri "Türkiye Futbol Federasyonunun Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun" ile yapılandır. Çünkü yasa sözkonusu Kuruluşu "özel hukuk hükümlerine tabi tüzelkişi" olarak nitelemekle kalmamış 13. maddesiyle oluşturduğu "Tahkim Kundu'na 14. madde ile Federasyon, klüpler ve oyuncularla çıkacak tüm uyuşmazlıklarla ceza kurulu kararlarını ilgililerin itirazı üzerine inceleme ve kesin karara bağlama yetkisi de vermiştir. Böylece konuyu "tabii yargıç" olması gereken İdare Mahkemelerinin görev alanından kaçırdığı gibi "Tahkim Kurulu"nu Adlî Yargı içinde ilk derece olarak düşünüp, kararlarının Yargıtay önünde ancak "biçim" yönünden incelenebileceği görüşünü de savunarak, gerçekte, bu çok önemli "İdarî işlem"lerin "esas" bakımın- dan irdelenememesi gibi bir sonuç öngörmüştür. Bunun anlamı da sözkonusu işlem ve kararların tam bîr "yargısal denelim bağışıklığı"na kavuşturulmuş olmasından başka birşey değildir. Konuyu Uyuşmazlık Mahkemesinin ilgili kararlarının eleştirisi olarak ele alan Futbolda "Özelleştirme" başlıklı bir yazım İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (iHtD) 1990 sayı 1-3 te yayınlanacaktır.

(4) Bu konuda İtalyan Cumhuriyet Anayasasına bakacak olursak, 25. maddesinde benimsediği formülün "hiçkimse yasayla daha önceden belirlenmiş tabii hakimden yoksun bırakılamaz'' şeklinde olduğunu görürüz. Bu ifade bir yandan **önceden belirlenmiş yargıç** kavramını vurgulamakta öte yandan da, bunun ancak normlar düzeni içinde kanunlar ve hatta Anayasanın da üstünde sayılan **hukukun genel ilkeleri uyarınca "tabii hakim ' olabileceği** konusunda yasa koyucu için gözetilmesi zorunlu bir ölçüt bulunduğunu göstermektedir. Bu bakımdan da da îtalyada ayrı bir Uyuşmazlık Mahkemesi olmamasına karşın Adlı ve İdarî yargı arasındaki görev dağılımını da salt yasa koyucunun sınırsız takdir yetkisine bırakan türde bir düzenin varlığı sözkonusu değildir

Konuyu "Yasama" alanına ilişkin olarak ele alırsak, geçen aylarda basına da yansıyan ve köşe yazılarına bile konu olan bazı eleştirileri de hatırlarız. Ancak, bunları bir tarafa bırakıp, sorunu kuramsal açıdan inceleyecek olursak 1961 Anayasasının hazırlık aşamalarında, özellikle İstanbul Bilim Komisyonunda, Anayasa Mahkemesinin denetim alanı içine "Yasama"nın "kanun gücünde olan ve etkisinde sayılan tüm tasarrufları"nın sokulmak istendiğini görürüz. Buna karşılık 1961 Kurucu Meclisi bu kapsamı daraltarak sadece "kanunlar ve içtüzükler"in Anayasa Mahkemesi önünde iptal davası veya def'i yoluyla incelenebilmesini kabul etmişti.

1961 Anayasasının bu hükmünün sakıncaları görüldüğü, tartışıldığı ve yazıldığı halde 1982 Anayasası da aynı formülü benimsemek suretiyle Meclisin bazı "karar"larının Anayasa Mahkemesi denetimi dışında kalmasını özel olarak istemiştir. Bu durumda Anayasa Mahkemesinin "içtihat" yolu ile adı "karar" olan fakat "kanun gücü ve etkisinde" sayılması gereken bazı yasama işlemlerini kendi denetim alanı içinde görmesi mümkün ise de, bu Yüce Yargı yerinin, zaten yararsız bir takım suçlamalarla kısır tartışmaların içine çekilmek istendiği bazı ortamlarda etkili hukuk denetimi ve düzeninden yana olmayanlara belli bir koz verilmiş bulunmaktadır ki, bunun da gerekçesini anlamak zordur; ama belki de çok kolaydır.

Diğer çoğulcu demokratik hukuk toplumları ve düzenlerinde görülen örnekleri tekrarlamak (5) pek hoş olmasa bile 1961 Anayasasının hazırlığı, kendisi ve ondan sonra ortaya atılan görüşlerle tartışmaları hatırlamak bile yürürlükteki hüküm ve buna ilişkin polemiğin anlamsızlığını kavramaya yeter sanırım.

Konuyu "Yürütme" ve idarenin işlemleri açısından ele aldığımızda ise durum çok daha olumsuzdur. Zira bir yandan "anayasal yargı bağışıklığına sahip işlemler varolduğu gibi yasa koyucunun bunlara yenilerini ekleme olanağı da bulunmaktadır. Ayrıca Anayasanın kendisinin kabul ettiği yargı güvencesini bazı seçilmiş görevliler için "bağışık tutan kanun hükümleri de yürürlüklerini, Yüce Mahkemenin kararı sayesinde de sürdürmektedir.

Bunların birincisinden başlayacak olursak 1982 Anayasası "Yargı yolu" kenarbaşlığını taşıyan 128. maddesinin ikinci fıkrasıyla "Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askerî Şura Kararları"nı, kamu hizmeti görevlileri ile ilgili 129. maddesinin 3 üncü fıkrasıyla "uyarma ve kınama cezaları"nı hep yargı denetimi bağışıklığına sahip salt "idarî işlem"ler olarak öngörmüştür. (6).

---

(5) Italyada "Anayasal Güvenceler" başlığı altında yer alan "Mahkemenin" "kanunlar gerek merkezden yönetim gerekse bölge idarelerinin yasa gücü vc etkisinde" olan tüm "işlemler"inin "mcşruiyet"ine ilişkin uyuşmazlıkları çözümlemekle yetkili olduğu 134. maddede açıkça hükme bağlanmıştır. "Meşruiyet" teriminin yasallık ve hukuksallıktan çok daha geniş, çoğu zaman "yerindelik" kavramını bile İçeren bîr portesi olduğu düşünülürse, bunun bir de "Yasama"nın tüm işlem ve kararlan daha doğrusu eski ve çok yerinde bir ifadeyle "tasarruf"lannı kapsadığı da gözönünde tutulursa, bizdekî "yargı kıstnlısı"nın "vahamet'i bir kere daha ortaya çıkar.

(6) Herhangi bir yeni yasal düzenleme herhangibir "İdarî işi em" in tek başına Cumhurbaşkanı ta-

Yürütme-îdare alanındaki etkinlikler bakımından değinilmesi gerekli, hatta bence zorunlu bir nokta da Anayasanın 127 nci maddesi ile güvence altına alınmış bulunan mahallî idarelerin seçilmiş organlarının bu sıfatlarını kaybetmeleri konusundaki denetimin yargı yolu ile olacağına ilişkin ilkedir. Anayasa Mahkemesi, Danıştay Sekizinci Dairesi ile Ankara ve Bursa İdare Mahkemeleri tarafından önüne getirilmiş bulunan uyuşmazlıklarda il—ilçe idare kurullarının köylere ilişkin yetkisini anılan hükme aykırı bulmayarak iptal istemini reddetmiştir. (7) Biraz önce "Anayasa Mahkemesi sayesinde de" demekten muradım zaten bu idi. Çünkü böylece ilk derece ve Bölge idare Mahkemeleri kurulup il—ilçe idare kurullarının yargısal işlev ve görevleri son bulduktan sonra da köy kanununun sözkonusu hükümleri yürürlüklerini sürdürmekte yargısal denetim bağışıklığı, Anayasanın özel olarak koruma altına aldığı bir alanda bile geçerliliğini yitirmeden yaşayabilmektedir.

Yargı güvencesinin ayrılmaz parçası "yöntem"e ilişkin sorunlardır. Dolayısıyle, "yargılama yöntemleri" "güvence"nin etkililiğini gerçekleştirebilmenin en önemli aracıdır. (8)

Yargılama yöntemlerini güvencenin gerçekleşme aracı olarak ele alırsak görürüz ki bunun etkisini gösterebilmesi için herşeyden önce "iki dereceli" bir sisteme gerek vardır. İki dereceli sistemde **"istinai** önceden belli ve yargılama usulüne ilişkin yasal düzenlemelerde adlı adınca gösterilmiş şartlara bağlı olmadığından **ikinci bir yargıcın, birincisinin yerine geçerek, aynı davayı bütün boyutlarıyla yeniden incelemesi ve kararı "teyid" ya da "reforme" etmesi yani değiştirmesi** anlamını taşır.(9) Buna karşılık, bilindiği gibi "temyiz"in hem belli yasal şartları vardır, hem de o aşamadaki inceleme uyuşmazlığın sadece "hukuksal" boyutuna ilişkin olabilir.

Ülkemizde ve şimdi, sadece İdarî Yargının "sivil" alanında iki dereceliye benzer bir sistem uygulanmaktadır denebilir. (10) Buna karşılık adlî Yargı, ve Askerî

---

rafından yapılacağını öngörebilir- Bu durumda Anayasanın hükmü genel olduğu için o İşlemler de denetim bağışıklığına kavuşurlar. Öte yandan Danıştay üniversite öğretim üyeleri için verilen uyarma ve kınama cezalarını **Yükseköğretim Kanunu öngörmediği ve sadece yönetmelikte yer aldığı İçin** denetleyebilmişim Demekki bu bağışıklık üniversitelerle ilgili herhangi bir yasal düzenlemeye dahil edilse geçerlilik kazanabilecektir. Askeri düzende ise ilgilinin rütbesi çok küçük de olsa disiplin nedeniyle ordudan ihraç muamelelerinin, hatta toplantı zamanı olmasa bile Yüksek Askerî Şura Kararı alarak yapılması nedeniyle yine salt "İdarî nitelikli birçok işlemin yargı denetimi bağışıklığından yararlandığı da bilinmektedir

(7) Anayasa Mahkemesinin Köy Kanununun 33/Avc 41. maddelerine ilişkin kararları 23.12.1987 tarih ve 19673 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

(8) Nitekim Amerikan Anayasasında "Yargı"ya ilişkin pek az hüküm olup "hukuk Devleti"nden hiç söz edilmediği halde kısaca "Dueprocess" olarak anılan ve "usul"e ilişkin ünlü *5.* (değişiklik) ekini "Supremc Court/ Federal Yüksek Mahkeme" sadece ceza yargılaması değil tüm İdarî kararların alınmasında da geçerli bir "yöntem" şeklinde kabul edip uygulamakla çok ileri düzeyde bir **"güvenceler sistemi** yaratabilmiştir.

(9) İtalyan Anayasasının 111 inci maddesine göre yargıcın tüm kararlarının gerekçeli olması zorunluluğunun mantıksal temeli de "istinaf" aşamasında yapılacak İnceleme ve varılacak sonucun daha "sağlıklı" olabilmesine ulaşma çabasında yatmaktadır.

(10) Gerçekte ilk derece artı temyiz gibi görünmekteyse tle Danıştayın İdare ve Vergi mahkemeleri-

Yüksek İdare Mahkemesi ile Askerî (Ceza) Yargı(sı) düzenleri hep tek derecelidir (11) ve başlarında bulunan Yüksek Mahkemelerin de gerçek "temyiz mercii" işlevini yerine getirebilip getiremedikleri tartışmalıdır. (12)

Yargı güvencesine ilişkin konulara son vermeden önce vurgulamak istediğim ve "gizli bağışıklık" olarak adlandırılabilecek bir nokta da İdarî Yargıda denetim kapsamını sınırlayan "itiraz" usulünde görülmektedir. Nitekim tıpkı "Umuru Belediyeye Müteallik Ahkâmı Cezaiye Hakkında Kanun"da olduğu gibi "Çevre" ve "Kıyı" Kanunlarında da öngörülmüş bulunan ve İdarî Yargılama Usulü Kanununa 3622 sayılı yasa ile eklenen 3. maddede düzenlenen durumlarda çok kısa süreler öngörüldüğü gibi Mahkemenin evrak üzerinden inceleme yaparak en geç bir ay içinde kesin, yani temyizi mümkün olmayan karar vermesi istenmektedir. Bu konunun Anayasada yer alan hangi ilke ve kurallarla çeliştiği, gerekçesinde ayrıntılı bir biçimde açıklanarak İstanbul İkinci İdare Mahkemesi tarafından verilen bir kararla Yüce Mahkemeye intikal ettirilmiştir. Konu halen inceleme aşamasında olduğundan bu hususta herhangi bir değerlendirme yapmadan sadece değinmekle yetiniyorum.

Özellikle bu çerçevede bir taraftan yargısal denetim bağışıklığına sahip "alanlar" ve gerek Yasama gerekse Yürütme işlem ve kararlarının varlığı, öte yandan tek dereceli yargı ile işgücü altında boğulmuş bir temyiz kurumunun bulunması, **ülkemizde yargı güvencesini eksilten ya da etkisizleştiren bir ortam** yaratmaktadır. Bu yönüyle Türkiye'nin çağdaş, çoğulcu demokratik düzene sahip ve Anayasanın 2. maddesinde sayılan nitelikte yani bir "Hukuk Devleti" olduğu söylenemez. Eğer bu yargı çok zalim ise, biraz yumuşatarak, Birinci Ulusal İdare Hukuku Kongresinde sunmuş bulunduğum bildirinin başlığındaki gibi "Kendine Özgü (bir) Hukuk Devleti" de denebilir. Ama düzenimizin işlevsel yönden bu niteliğe evrensel boyutta sahip bulunduğunu iddia edebilmek için gerekli araçlarla donatılmış olduğunu söylemek kanımca mümkün değildir.

---

nin kararlarını inceleme yetkisinin kapsamı ve hele İdarî Yargılama Usulü Kanunundaki "Kararın bozulması" kenarbaşlıklı 49. maddenin ilk şekli Yüksek Mahkemenin, Yargılayın aksine, aynı zamanda bir "istinaf mercii" konumunda olduğunu söylemeyi haklı kılmaktadır. Nitekim İtalyada da, Devlet Şurasının ilk derece mahkemesi olarak hiçbir görevi bulunmadığı halde oraya yapı- lan yargısal başvurular "applcllo" yani "istinaf" şeklinde değerlendirilmekledir. **(Virga,** La Tu tel a Giurisdizionale nol confrontİ del la Pubblica Amminisrazione, Milano-Giuffre, 1982, p. 383.)

(11) -İtalyan Anayasa Mahkemesi "iki dereceli sistem"in ancak "istinaf" aşaması ile mümkün olabileceğine hükmetmiştir. Buna ilişkin kararların arlık yerleşik bir "içtihat" haline gelmiş bulunduğu söylenebilir. Öte yandan iki dereceli yargının, italyada anayasal bîr güvenceye bağlanmamış bulunduğu iddia edildiği gibi, Anayasanın 24. maddesindeki "(s)avunma hakkı davanın her aşama ve derecesinde kutsaldır" hükmünü içeren 2 nci fıkrayı yorumlayan **Pizzorusso** ve **Liebmnn** gibi bazı yazarlar, öğretide bunun aksini de ileri sürmüşlerdir. **(Virga,** a.g.e.. s. 383) Ancak genelde ilk derece, istinaf ve temyiz gibi üç "aşama"yı da, teknik bakımdan yanlış ama sıkça kullanılan bir şekilde "derece" olarak düşünürsek, o za man İtalyan Anayasasının yukarda anılan hükmünden yola çıkarak **Virga'dan** ayrılmamız gerekecektir

(12) Burada sorunun benîm tarafımdan değil özellikle Yargı tayca çok önemsenen ve vurgulanan bir husus olduğuna dikkat çekmek isterim. Danıştayın ise, İdarî Yargının özelliği nedeniyle değil de ilk derece görevleri yüzünden hiçbir zaman gerçek bir "temyiz mercii " işlevini layıkıyle yerine getirebilecek konum vc donanıma sahip kılınmamış bulunduğunu düşünüyorum. Bu nokta da Anayasa Mahkemesi önünde görüşülmekte bulunan bir davaya ilişkin olduğundan konunun tartışmasına girmek istemiyorum

"Yargı, başka hiçbir organa bağımlı olmadan kendi kendini yönetebilmelidir, çünkü görevi yasaların Devletin diğer güçlerine de uygulanabilmesini sağlamaktır. Yürütme gücünden bağımsız olmayan Yargı ise aslında kurgu'dan başka birşey değildir." (ZANARDELLÎ Giuseppe, 1826-1903) (13)

Yargı güvencesinin "olmazsa olmaz" koşulu sayılması, öğreti ve içtihatlarda genel kabul görmüş bulunan "bağımsızlık" ülkemiz bakımından ayrı bir önem taşımaktadır. Zira, işlevsel yönden pek fazla "güvenceli olmayan bir Yargı" düzeninin hiç olmazsa organik açıdan bağımsız olup olmadığı, yine 1982 Anayasası ile kurulmuş sistemde en çok tartışılan konulardan biridir.

"Bağımsızlık", Yargı organı ve mensuplarının "Yasama", "Yürütme" ile ülkemiz bakımından bir özellik taşıyan "Cumhurbaşkanı" karşısındaki durumları ve "kendi kendini yön etme" (14) sorunlarını içeren bir bütündür. Dolayısıyle "bağımsızlık" sorununu, sadece "sivil" Adlî ve Îdarî yargıya ilişkin olarak ele aldığımızda (15) karşımıza hemen "Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu" çıkar. Buna bağlı olarak da, Kurulun oluşumu ve Adalet Bakanlığı ile ilişkileri, yetkileri, tek tek yargıçlar sözkonusu olduğunda da bunların gerek Kurul aracılığıyla, gerekse doğrudan doğruya Bakanlık karşısındaki durumlarını ele almak gerekir.

"Bağımsızlık" konusunda ve özellikle Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna ilişkin olarak, **Adalet Bakanlığı ağırlıklı bir düzende** ayrı bir "sekreterya"sı bile bulunmayan ve aslında Yargıtay- Danıştay gibi ağır yük altındaki Yüksek Mahkemelerde aslî görevleri devam eden kimselerden oluşan ve bir "yargılama kuruluşu" sayılamamasına rağmen kararlarına karşı hiçbir yargısal başvuru yolu öngörülmemiş, daha doğrusu Anayasaya göre engellenmiş bir "kendi kendini yönetim"in bunu ne denli sağlayabileceği soru ve sorunları akla hemen gelenler arasındadır. Bu noktada, pek doğaldır ki, yine hemen 1961 Anayasası ve diğer ülkelerle karşılaştırmalar da yapılmaktadır. (16)

---

(13) İtalyan Devlel adamının bu sözleri kendisi Yüksek Hakimler Kurulunun Başkanı iken 25 Mart 1903 te yaptığı bir konuşmadan alınmıştır. Zanardelli'nin ülkemiz bakımından ilginç bir yanı onun Adalet Bakanı iken yapmış bulunduğu ve kendi adıyla anılan İtalyan Ceza Kanununun Türkçeye çevrilerek iktibas edilen ve halen yürürlükteki yasamız olmasıdır. İşin daha da ilginç yanı, Italyada Faşist yönetimin bunu değiştirerek **Rocco** (Alfredc, 1875-1935) isimli bir Devlet adamının 1925-1932 yılları arasında Adalet Bakanı iken yapmış olduğu ve yine kendi adıyla anılan ve halen o ülkede yürürlükte olan Ceza Yasasını kabul etmiş bulunmasıdır. Dolayısıyle Türk Geza Kanunu için "Faşist İtalyadan alınma" demek sembolik olarak doğru olsa bile siyaset bilimi açısından kronolojik tarihsel gerçeklere uygun değildir. Zira Zanardclli Faşizmden en az yirmi yıl önce ölmüştür

(14) ''Kendi kendini yönetme" "özerklik" ten farklı olarak İngilizce "self goverlınıcılt" teriminin. Italyada Yargı orağanı için benimsenen şeklidir

(15) Yargı bağımsızlığı denilince, ülkemiz bakımından her derece ve konumdaki, yüksek dahil, "sivil" mahkemeler olduğu gibi Anayasa Mahkemesi de akla gelmektedir. Ancak, ben, **Anayasa Mahkemesini** Italyada olduğu gibi **tüm bir sistemin güvencesi olarak düşündüğümden,** bu bildirinin başlığında da onu ayırıp sadece Adlî ve İdarî Yargı düzenleri ve özellikle ilk derece mahkemeleri açısından konuya değinmek istedim. Öte yandan "Askeri (Ceza) Yargı"sı tamamen kendine özgü bir düzen olduğundan, Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin varlığı da, oldum olası, İdare Hukukçularınca en azından yadırgandığı için onları bu incelemenin dışında tutmayı yeğledim

(16) 1948 tarihli İtalyan Cumhuriyet Anayasası, Yargının etkili bir "dış" ve "iç" bağımsızlığının ancak "tamamen kendi kendini yönetim organı"yla yani biraz önce anılan "self government" ile mümkün

Bilindiği üzere 1961 Anayasası, "Yüksek Hakimler Kurulu" kenarbaşlıklı 143. maddesiyle Adalet Bakanını, oy hakkına sahip olmayan "gönüllü iştirakçi" gibi kabul edip yüksek yargıçlardan oluşan tüm üyelerin de orada bulundukları sürece başka hiçbir işle uğraşamayacaklannı öngörmekle bu sorunlardan pekçoğunu bertaraf etmekteydi.

1982 Anayasasıyla getirilen düzene İlişkin eleştirilerden bir kısmı da teftiş işlerinin Adalet Bakanlığının yönetim ve gözetimi altında olmasıdır. Nitekim, Anayasanın "Hakimlerin denetimi" kenarbaşlığını taşıyan 144. maddesi hem bu konuyu düzenlemekte, hem de yapılan karşılaştırma ve bu husustaki eleştirileri haklı kılmaktadır, öte yandan gerek bağımsızlık ile doğrudan ilişkili gerekse özlük işleri ve "denetim"in esaslı unsurlarından biri olan "coğrafî güvence" yokluğu Türkiye deki düzenin hiç de iç açıcı olmadığının en belirgin kanıtıdır. (17)

Özetle vurgulamak gerekirse, **öğretinin büyük bir bölümü, barolar ve Birlik gibi meslek kuruluşları ile Yargının kendisi ve özellikle Yüksek Mahkemelerin**

---

olabileceği düşüncesinden hareketle, daha sonra bizim 1961 Anayasası için de büyük ölçüde esin kaynağı olan "Consiglie Superiore della Magistratura/Yüksek Hakimler Kurulu"nu öngörmüştür. (Onursal) Başkanı Cumhurbaşkanı olan bu Kurulun iki doğal üyesi bulunmaktadır. Bunlar Yüksek Temyiz Mahkemesinin Birinci Başkanı ile yine aynı kuruluşun Başsavcısıdır. Diğer üyelerin üçte biri Senato ve Milletvekilleri Meclisi tarafından müşterek olurumda, gizli oyla üniversitelerin hukuk bilimi kürsülerinin başkanı profesörlerle en az oıbeş yıl fiilen çalışmış avukatlar arasından seçilmektedir. Seçilmiş bu üyelerin dört yıl süre İle görevde kalmaları ve bu zaman zarfında meslekî faaliyet t e bulu Ramamaları esastır. Bu hususa o kadar önem verilmiştir ki, Kurula seçildikleri anda milletvekili ya da senatör veya özerk Bölge idarelerinin yasama meclislerinde görevli iseler dört yıl süre ile bu statülerinden de ayrılmaları zorunluluğu vardır. Bununla beraber tıpkı **Yasama meclislerinin üyeleri gibi görevlerine ilişkin konularda dokunulmazlığa** sahip bulunmakta, ödenek ve tazminat gibi yasanın öngördüğü haklardan yararlanmaktadırlar. Ayrıca bunlar arasında üstün yetenek ve liyakatları nedeniyle yargıç olarak da atanabilecekler bulunsa bile, Kurul üyesi olmaları nedeniyle bu mümkün değildir. Öte yandan dört yıllık süre sonunda, aradan bîr seçim dönemi geçmeden de görevlerinin uzatılabilmesi sözkonusu değildir. Kurul 21 seçilmiş üye den oluştuğu için , geri kalan 14 üye de 6 sı Yüksek Temyiz Mahkemesi, 4'ü istinaf mahkemeleri, 4'ü de bidayet mahkemelerinden olmak üzere her kategori yargıcın kendisi tarafından genel ve gizli oyla seçilmektedir. Bakanlıkta İdari görevi bulunan yargıçlar aday olmadıkları gibi, seçilmişler de hiçbir zaman Yargı organı içinde İdarî görevlere getirilememektedir. Buna karşılık yargıçlık statüleri sürmekte, işbölümüne göre sürekliliği gerektiren konularla yükümlü üyeler "detaebe" olmakta yani Kurul karan ile "görevlerinden geçici olarak ayrılmış" sayılmaktadırlar.
İtalyan Anayasası "Yüksek Hakimler Kurulu"nun kendi özyönetimi bakımından tamamen bağımsız olmasını öngörmüştür. Bu bakımdan, değil "sekreterya" Kurumlun tek fasılhk bir "Katma bütçe"ye sahip olması ve bunun idaresini yine kendisinin yapacağı bir yönetmeliğe göre yürütmesi esastır. Kurul boylere, sanki bir tüzelkişilik İmışçesine, "mali özerklik"ten de yararlanmaktadır. Bütçesine göre yaptığı ödemeler sadece "Divanı Muhasebaı"m denetimine tabidir. Kurul, Yasama organı tarafından belirlenmiş olanlar arasından bir Başkanvekili seçmekte, bu kişi de Yüksek Temyiz Mahkemesi Başkanı ve Başsavcısı, yani yasal İki üyeyle birlikte "Başkanlık Komitesi"ni oluşturmaktadır. Çünkü Cumhurbaşkanı sadece onursal sıfatla Kurulu temsil çimekte, olağan idare ise bu "Başkanlık Komitesi" tarafından yürütülmektedir

(17) Bağımsızlığın olmazsa olmaz koşullarından biri de ''coğrafi güvence"dir. Bu konuda 1961 Anayasası da açık bir hüküm içermiyordu. Buna karşılık İtalyan Anayasası Yargının örgütlenmesi konusunu bütünüyle "Yüksek Hakimler Kurulu"na bıraktığı gibi 107. maddesinin başında yargıçların yerlerinin değiştirilemiyeceğini öngörmektedir. Aynı madde kendi istekleri dışında, disiplin nedeniyle, yasal sebeplere dayalı ve usuller izlenerek yapılacak değişikliklerde ise yetkinin yine tamamen Kurula ait olduğunu vurgulamaktadır

mensupları, ülkemizde göstermelikten öte bir "bağımsızlık"tan sözetmenin mümkün olmadığı görüşünde birleşmektedirler. (18).

Burada vardığım ya da genel olarak görüş birliği sağlayan "yargı" nın sağlığına ilişkin bir başka argüman da 1961 ve 1982 Anayasalarının Kurul konusundaki düzenlemelerinin bir başka yönündeki farklılıktır. Bilindiği üzere 1961 Anayasası "İptal davası" kenarbaşlığını taşıyan 149. maddesinde **Yüksek Hakimler Kurulunun kendi varlık ve görevini ilgilendiren konularda Anayasa Mahkemesine başvurabileceğini öngörmekteydi.** (19) Buna karşılık 1982 Anayasası bu hükmü kaldırmıştır.

Konuyu yine İtalya ile bir karşılaştırma yaparak bitirecek olursak Kurulun bizde 1961 Anayasasında bile bulunmayan başka bîr yetkiyle daha donatılmış olduğunu görürüz. Kurul adalet hizmetlerinin örgütlenme ve işleyişi ile ilgili tekliflerde bulunabileceği gibi yargı düzeni ve idaresi konularındaki kanun tasarı ve teklifleri hakkında görüş açıklayabilmekte, ayrıca Parlamentoya yargı ve adalet hizmetlerinin durumuna ilişkin raporlar da sunabilmektedir. (20)

Kurul kararlarının yürütülebilir nitelikte işlemlere dönüştürülmesi gerektiğinde de, bunlar, konularına göre, Cumhurbaşkanlığı veya Adalet Bakanlığı kararnamesi olarak yayınlanmaktadır. (21)

Şimdiye kadar açıklamaya çalıştığım çerçevede **"Anayasa Mahkemesi"nin yeri** neresidir diye sorulacak bir soruya verilecek en doğru cevap **"Yargı Bağımsızlığı ve Güvencesi"nin "güvencesi"** olabilir. Nitekim, daha önce de vurguladığım gibi, kanımca İtalyan Anayasasında çizilen model bu gerçeği çok güzel yansıtmaktadır. O Anayasada bütün hak ve özgürlüklerle Devletin ana yapısı belirlendikten ve "Yargı'ya ilişkin tüm düzenlemelerin ilkeleri konulduktan sonra, "Mahkeme" "Anayasal Güvenceler" bölüm ve bağlığı altında yer almaktadır. Zaten, sırf bu nedenledir ki, Anayasa Mahkemesinin sadece "Yasama"-"Yürütme" ve "Yargı'dan bağımsız olması değil, bu kuruluşun oluşumuna adı geçen her üç organın da eşit oranda katkıda bulunması istenmiş ve öngörülmüştür. Böylece 15 üyeli

(18) 1982 Anayasasına göre Kurul üyelerinin tümünün, bazı kuruluşlar tarafından üçer aday gösterilmesi gibi şekli bir usûl bulunsa da, Yürütmenin en üst kademesinde bulunan Cumhurbaşkanı tarafından atanıyor olması eleştirilerin dayanaksız sayılamıyacağının en güçlü kanıtlarından biridir Dolayısıyla **Kurulun** en azından **Yürütme karşısında gerekli ölçüde bağımsızlıkla donatılmamış bulunduğu** kuşkusuzdur. Hele Cumhurbaşkanının 1982 Anayasasına göre "parlamenter rejimi aşan" bazı yetkilere sahip kılındığı bir düzende bu noktanın çok önemsenmesi gerekir

(19) Hatırlanacağı üzere, Anayasa Mahkemesi de sunduğum bir bildiride (Geçmişi ve Geleceği ile İtalyan Anayasa Mahkemesi, Ankara , Nisan 1989) ünlü "Milano Grubu"nun 1961 Anayasamızdaki bu hükmün İtalyan Anayasasında yapılacak bir değişiklikte örnek alınması gerektiği görüşünde olduğuna işaret etmiştim

(20) Senatonun 29 Ocak 1969 tarihinde almış bulunduğu bir "temenni" kararıyla bu raporların yıllık olması arzu edilmiştir. Ancak Kurul 1985 e kadar 1970, 1971, 1976 ve 1980 de olmak üzere sadece dört kere sözkonusu raporu sunmuştur

(21) Bunlann salt "İdarî" karar ve işlemler oldukları bu nedenle de yargısal denetime tabi bulundukları ilgili yasada öngörüldüğü gibi, İtalyan Anayasa Mahkemesinin 1960 yılında verdiği 44 sayılı kararda da vurgulanmıştır. Kurulun Disiplin işlerine ilişkin Dairesinin verdiği kararlara karşı da Yüksek Temyiz Mahkemesi Daireler Kurulu önünde itiraz mümkündür

Anayasa Mahkemesinin üçte biri Parlamento, üçte biri "Yürütme"yi temsilen Cumhurbaşkanı ve üçte biri de "Yargı" organı tarafından seçilmektedir. (22)

İki Anayasamız arasındaki diğer temel fark 1961 e göre Yargıtay, Danıştay ve Sayıştay gibi "Yargı" kuruluşları ile "Yasama"nın kendi kontenjanlarına ayrılan üyeliklere doğrudan seçim yapabilmeleri, Cumhurbaşkanının da biri Askerî Yargıtaydan gösterilen aday olmak üzere iki kişiyi seçmesi, 1982 ye göre ise yukarıda anılan tüm kamusal kuruluşların ancak aday gösterebilme olanağına sahip bulunmasıdır. (23) **Bu adaylar arasından yapılan bütün "seçim-atama''lar konusunda yetki Cumhurbaşkanındadır.** (24)

Kuramsal olarak "Yüce Divan" sıfatıyla kendisini de yargılayabilecek **Anayasa Mahkemesinin tüm üyelerinin Cumhurbaşkanı tarafından atanması,** hele 1982 düzenine göre donatılmış bulunduğu yetkilerle adeta başlıbaşına bir "erk" haline getirilmiş olduğu da gözönünde bulundurulursa, **hiç de demokratik değildir.** (25)

Bu düzenleme karşısında rahatlıkla söylenebilecek olan, Anayasa Mahkemesinin, "Yasama" karşısında göreceli bir "bağımsızlık"tan yararlandığı Cumhurbaşkanı ile karşılıklı ilişkiler bakımından ise, "bağımlı" denilmese bile hiç de "rahat" bir konumda olmadığıdır (26). Özetleyecek olursak bizde **Anayasa Mahkemesi, organik bakımdan ve kuramsal oluşumu ile "yargı güvencesinin güvencesi" olarak düşünülmemiştir.**

---

(22) 1961 Anayasası "Mahkeme"yi sona koymakla biraz bu modelden esinlenmiş İzlenimi uyandırmaktaydı. 1982 Anayasası ise kuruluşu hem konum olarak "Yargı" nın ortasına almış, lıem de "Yüksek Mahkemeler" kenarbaşlığı altına yerleştirmekle, teknik bakımdan doğru olmayan bir terim karışıklığı yaratmıştır. Çünkü bir yargı yerine sıfat olarak "Yüksek" diyebilmek için onun altında ilk derece mahkemelerinin bulunması gerekir. Anayasa Mahkemesi ise "idea" olarak zaten "yüksek''tir ve bunun ayrıca belirtilmesine gerek yoktur. Öte yandan Yargıtay ya da Danıştay gibi ilk derece mahkemelerinin başında olmadığı için de teknik anlamı ile bir temyiz mercii yani yüksek" Mahkeme değildir

(23) Görüldüğü gibi 1982 Anayasası gerek "Yargı" gerekse "Yasama"yı Cumhurbaşkanınıı "vesayet"! altında kabul etmekledir. Bunun gibi Yükseköğretim Kurulunu da yine sadece aday gösterebilmek bakımından yetkili kabul etmiştir

(24) Bu konudaki eleştirilere cevap olarak Amerikada Federal Yüksek Mahkeme yargıç- larını atama yetkisinin Başkanda olduğu ileri sürülmektedir. Halbuki durum tamamen tersidir. Orada Başkan aday gösterebilmekle atama Senato Adalet Komisyonunun onayı ile olmaktadır. Yani bir "vesayet" söz konusu ise bu Seneto lehine ve Başkana karşı bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır. Senatonun da her federe Devletin eşit sayıdaki temsilcisinden oluştuğu düşünülürse konunun ne kadar nesnel bîr çözüme bağlanmış olduğu görülür. Ayrıca Yüksek Mahkemeye son yapılan atamada Başkan tarafından gösterilen ilk üç adayın reddedilip ancak dördüncüsünün kabul gördüğü de unutulmamalıdır

(25) Bu Çözüm mazur görülemezse de anlaşılabilmektedîr. Çünkü 1982 Anayasasının buradan "ebediyete kadar" öngördüğü Cumhurbaşkanının hangi kökenden geleceğinin umut edildiği herkes tarafından bilinmekledir. Dolayısıyle "Yürütme."nin de doğal başı olan Cumhurbaşkanı karşısında "Yasama " ve "Yargı"nın "vesayet" altında bulunmasından daha tutarlı bir çözüm o "sistem" ve düzen için düşünülmezdi.

(26) Amerika Birleşik Devletlerinde Yüksek Mahkeme yargıçlarının ömür boyu görevde kalabildikleri de unutulmamalıdır. Bizde zaten ancak belli bir yaşta bu onura erişen bir kimsenin kısa süre sonra, hiç de "müreffeh" olmayan koşullarla emekliye ayrıldığı düşünülürse "rahat" ya da "rahatsız" konum gibi değerlendirmeler mazur görülebilir

Mahkemenin işleyişi yönünden ise, bir kısmı Anayasa Yargısının doğası gereği, bir kısmı da ülkemizin özel şartları nedeniyle karşılaştığı güçlükler de vardır. İptal kararlarının geriye yürür etki yapamamaları, buna karşılık Mahkemenin yürütmenin durdurulması kararı da verememesi işleyişi gerçekten de olumsuz yönde etkileyen faktörlerdir.(27)

Anayasanın "Meclîs kararları" konusunu da yargısal denetim dışında tutmaya büyük bir özen" gösterdiği bilinmektedir. Hal böy1e olunca, istenen "nakıs" bir denetim yetkisidir. İtiraz yoluyla Mahkeme önüne getirilebilecek konulardaki "içtihat"ı da on yıl süre ile donduran bir sistemde Anayasa Koyucunun gerçek iradesinin bu yönde olmadığını ileri sürebilmek için de geçerli hiçbir kanıt bulunamaz. (28) Öyle anlaşılıyorki, dinsel alanda görülen "içtihadın dondurulması" ya da "durdurulması" bizim Anayasa koyucularımıza da esin kaynağı olmuştur.

Yargı güvencesi, bağımsızlığı ve Anayasa Mahkemesi eğer "Hukuk Devleti"nin temel unsurları ise ülkemizde acaba nasıl bir düzen vardır? Bunun cevabı, kanımca,

---

(27) Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının "geriye yürür" etki yapamaması, denetim konusu "işlem"in maddî niteliğine doğrudan doğruya bağlıdır. Zira İdarî Yargıda da, Mahkemelerin genel düzenleyici "kural işlem" ler hakkında verdikleri iptal kararlarının "geriye yürür biçimde" uygulanabilmeleri sözkonusu değildir, İptal edilinceye kadar geçen sürede o düzenlemeye dayanarak yapılmış bulunan bütün "birel-koşul" ya da "durum" ve "öznel" işlemler yasal olduklarından Mahkeme kararının etkisi ancak ondan sonra bu "KııraF'lara dayalı herhangibir uygulama yapılamaması olarak görülür. Anayasa Mahkemesi önünde iptal davasına konu yapılabilecek "Yasama işlemleri" de genel olarak "kanun" ve "içtüzük" gibi doğası gereği genel düzenleyici nitelik taşıdıklarından bunlara ilişkin kararların geriye yürütülebilmesi mümkün değildir. Çoğunlukla örnek olarak verilen, idam cezalarının Meclis tarafından onanması ya da bir siyasal partinin mallarının "müsadere" edilmesi gibi olaylarda ise "Yasama", kanun adı altında gerçek niteliği "birel-koşul" ya da "durum işlem" olan kararlar almaktadır. Dolayısıyle bunlar hakkında verilmiş bulunan iptal kararlarının etkilerinin geriye yürümesinden daha doğal birşey olamaz

Mahkemenin Yürütmenin durdurulması kararı verememesine gelince Anayasamız bunu sadece Îdarî Yargı için öngörmüş ve düzenlemiştir. Paralel düzenleme de İdarî Yargılama Usulü Kanununda yeralmakladır. Buna karşılık ne Anayasa ne de Mahkemenin kuruluş ve yargılama usullerini düzenleyen kanun yürütmenin durdurulmasını öngörmemektedirler, İtalyada da durum aynıdır. öte yandan iptal kararlarının gerekçeli olarak Resmi Gazetede yayınlandıktan sonra yürürlüğe gireceğine ilişkin hükümlerle bazılarının yürürlüğe girişinin bile ertelenebilmesi hep bu konuda Anayasa koyucu ve "Yasama"nın açık iradesinin **yürütmenin durdurulmaması** yönünde olduğunu kanıtlamaktadır. Bu kurumun Mahkeme tarafından "içtihat" yoluyla yaratılabileceği tezinin en zayıf noktası ise Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi örneğidir. Zira, bazılarınca esprili bir ifadeyle "Judgc made" yani "yargıç usulü" hukuk olarak nitelenen o düzenin özelliği, birçok konuda yasal düzenlemelerin bulunmaması ve çözümlerin mahkemelerce verilen yerleşik kararlar, başka bir deyişle "içtihat"lara göre yapılmasıdır. "Suppreme Court"un hem Anayasa Mahkemesi, hem Adli Yargının Yüksek Temyiz Mahkemesi, hem de İdarî Yargı başındaki Fransız Conseil d'F. tat'sı konumunda olduğu bir düzende, hele yargılama usulü ve araçlarını belirlemede sınırsız bir takdir yetkisinin de bulunduğu güzönünde tutulursa, adlî ve İdarî Yargı içindeki ilk derece mahkemelerinin yararlandıkları "injunetion" yani "yargısal buyruk" olanağından kendisini mahrum etmesi düşünülemez, özetle Mahkememizin böyle bir olanaktan yararlalanabilmesi için Anayasa ve yargılama usulü kanununun buna göre değiştirilmesi zorunludur. Aksi ise Türkçeye "nasıl olması gerekiyorsa öyle düşünmek" şeklinde çevrilebilecek bir "vrishl'ul thinking"den başka birşey değildir

(28) Türk hukuk düzeninin "içtihatların birleştirilmesi'' gibi "değiştirilmesi''ni de öngörmüş bulunması, üstelik Amerikadan esinlenerek ''ayrışık oy" müessesesini de kabul etmesi karşısında bu tür "engcl"krin mantığını anlayabilmek zordur

geçen yıl Birinci Ulusal İdare Hukuku Kongresine sunmuş bulunduğum bildirinin başlığı ile özetlenebilir: "Kendine Özgü (bir) Hukuk Devleti". Demokrasi, lâiklik ve Devletin "sosyal" niteliklerindeki "kendine özgü"lükte olduğu gibi.

(31. Makale - 1992)

Naz ÇAVUŞOĞLU

*İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni "Yaşayan Belge" Yapan Yorum Teknikleri**

---

* Naz Çavuşoğlu, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesini "Yaşayan Belge" Yapan Yorum Teknikleri", İnsan Hakları Yıllığı, Yıl 1992, Cilt 14, Sayı 1, 131-146.

Naz ÇAVUŞOĞLU*

İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ'Nİ "YAŞAYAN BELGE" YAPAN YORUM TEKNİKLERİ

*"...the jıdge-made change in Convention law has not "come out of a blue sky"***

"MİLLİÜSTÜ HUKUKA BAĞLILIK PRENSİBİ"

Yeni anayasacılığın gelişmesine yol açan önemli etkenlerden biri, yirminci yüzyılın son çeyreğinde şekillenmekte olan Avrupa ortak hukuk alanının milliüstü hukuka bağlılık prensibini "supranatioual rule of law" ortaya çıkarmasıdır. [1] Avrupa ortak hukuk alanını kuran İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Hukuku ile Avrupa Topluluk Hukuku'nu klasik milletlerarası hukukdan ayıran ve milliüstü hukuk kavramının gelişmesine neden olan unsur, öncelikle, her iki hukuk düzeninin etkili yargısal denetim mekanizması kurması ve kişileri kendi hukuk düzenlerinin özneleri olarak kabul etmesidir.

Ancak Avrupa ortak hukuk alanını şekillendiren ya da kuran, Sözleşme ile Topluluk Hukuku'nun yazılı kurallarından çok, bu kuralları yorumlayan ve uygulayan Avrupa Mahkemeleri içtihadıdır. "Milletlerarası Anayasa Hukuku"nun kurucuları da Avrupa Mahkemeleri içtihadını izleyen milli yargı yerleri olmakta, önce "Milletlerarası İçtihadi Anayasa Hukuku" yazılmaktadır.[2]

Bu yazıda, sözüedilen gelişmenin hazırlayıcılarından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yorum teknikleri üzerinde durulmuştur.

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ'NİN AMAÇSAL-GELİŞMECİ YORUM YÖNTEMİ

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) ayırd edici özelliklerinden biri de, başlangıçtan bugüne, Sözleşme'nin güvence altına aldığı hak ve hürriyetlerin içeriğinin İnsan Hakları Avrupa Komisyonu (İHAK) ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) kararlarında belirlenerek geliştirilmesidir.[3] Sürmekte olan ve Sözleşme'yi "yaşayan bir belge" haline getiren bu dinamizm Sözleşme hak ve hürriyetler

---

* Yrd. Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Görevlisi.

** Paul Mahoney, "Judicial Activism and Judicial Self Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin", 11 HRLJ (1990), s. 76.

1 Bkz: Mauro Cappelletti, "General Report" in L. Favoreu, J. A., Jolovvicz (ed.), Contrôle juridictionnel des lois, Ecönomica, 1986, s. 304.

2 Bakır Çağlar, "Milletlerarası İçtihadi Anayasa Hukuku Üzerine Notlar ya da Hürriyetler Mekanı'nın Yargıçları", İnsan Hakları Merkezi Dergisi, 1991, Cilt I, Sayı 2-3, s.7 vd.

3 Bkz: A. Z. Drzemczevvski, European Human Rights Convention in DomesticLaw: A Comparative Study, Clarendon Press, Oxford, 1983, s. 26.

rejimini içtihadla birlikte okumayı gerektirdiğinden, kullanılan yorum teknikleri önem kazanır.

İHAS'ni Avrupa insan hakları hukukunun anayasası yapan da, Komisyon ve Mahkeme'nin ağırlıklı olarak kullandığı amaçsal-gelişmeci (teleological-evolutive) yorum yöntemidir.

Amaçsal-gelişmeci yorumun kullanılmasının nedeni ve sonucu ya da anlamı, öncelikle, Sözleşme düzenlemelerine etkili sonuç sağlama arayışıdır. Komisyon ve Mahkeme'nin üye devlet hukuklarının ortak özelliklerini göz önünde tutmakla birlikte Sözleşme kavramlarına "özerk" anlam yüklemeleri, Sözleşme hukukunun iç hukuklardan bağımsız hak ve hürriyetler anlayışı kurmasına imkân sağlayacaktır.[4] Bir bütün olarak bu hak ve hürriyetler anlayışının içeriği; bir yandan Sözleşme ile güvence altına alınan hak ve hürriyetlerin koruma alanının (norm alanı) genişletilmesi, diğer yandan da Sözleşme ile getirilen sınırlamaların dar yorumlanarak, sınırlamanın demokratik toplumda zorunlu ve meşru amaçla oranlı olması şartı ile hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında devletlerin takdir yetkisinin Sözleşme hukukunun denetimi altına alınmasıdır. Sözleşme'nin değişen sosyal şartlara göre yorumlanması, hakların etkili korunması amacını gerçekleştirmeye yöneliktir.

Golder Kararı ve Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi

İHAS'ın nasıl yorumlanacağı hususunda en sistematik yaklaşım **Golder Olayı**'nda[5] Komisyon tarafından ortaya konmuş ve Mahkeme'nin aynı olaya ilişkin kararında benimsenmiştir.[6] Buna göre, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin[7] "Antlaşmaların Yorumu" ile ilgili 31, 32 ve 33. maddeleri Sözleşme yorumunda yol gösterici kurallar olarak kabul edilmekte; Sözleşme hükümlerinin Sözleşme'nin bütünü içinde konu ve amaca uygun yorumu yerleşiklik kazanmaktadır.

Viyana Sözleşmesinin 31/1. maddesi; "bir antlaşma, hükümlerine antlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek olağan ("ordinary") anlama uygun şekilde iyi niyetle ("in good faith") yorumlanır" genel yorum kuralını getirir. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre "antlaşmanın bütünü", başlangıç ve eklerle, antlaşmaya bağlantılı olarak taraflar arasında kabul edilen belgeleri de kapsar. Fıkra 3 ise, antlaşmanın yorumuna ilişkin taraflar arasında yapılan sonraki anlaşmalar, ortak kabul görmüş uygulamalar ve taraflar arasındaki ilişkilerde uygulanabilecek ilgili milletlerarası hukuk kurallarının antlaşmanın bütünü ile birlikte dikkate alınacağını düzenlemektedir.

Antlaşma terimlerine "özel anlam" verilebileceği de maddenin 4. fıkrası ile kabul edilmiştir.

---

4 Karş: J.G. Merrills, The Development of International Law by the European Court of Human Rights, Manchester University Press, 1988, s. 66.

5 Golder v. United Kingdom (4451/70, 1 Haziran 1973).

6 Golder v. United Kingdom (21 Şubat 1975), No. 18, par. 29.

7 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (1969) metni için bkz: Aslan Gündüz, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlar ile İlgili Temel Metinler, Beta, İstanbul, 1987, s. 115-144.

Viyana Sözleşmesi'nin 32. maddesi, "tamamlayıcı yorum araçları" arasında antlaşma hazırlık çalışmaları ve yapılma şartlarını öne çıkartmakta; 33. maddede, iki veya daha fazla dilde düzenlenen antlaşmaların yorumunda, eğer metinler aynı derecede geçerli ise anlam farklılıklarının ortaya çıkması halinde, antlaşmanın konu ve amacını en iyi ifade eden anlamın benimseneceği hükme bağlanmaktadır.

Mahkeme **Golder Kararı**'nda yollama yaptığı Viyana Sözleşmesi kurallarını, önceki kararlarında belirlediği ve sürmekte olan içtihadı ile geliştirdiği İHAS hukukunun özel nitelikleri ile uyumlandırarak kullanacaktır.[8]

Strasbourg organlarına göre; ÎHAS, klasik milletlerarası antlaşmalardan farklı olarak, bağıtlı devletler arasında karşılıklılık prensibine dayanan ve kişilerin temel haklarını bağıtlı devletlerden herhangi birinin ihlal etmesine karşı korumak için düzenlenen objektif yükümlülükler yaratmaktadır.[9] Bu çerçevede Sözleşme'nin amacı, kişi haklarının korunması için bağımsız bir hukuk düzeni kurulmasıdır.[10]

Mahkeme **Wemhoff Kararı**'nda da, Sözleşme'nin amacını gerçekleştirecek en uygun yorumun kullanılması gerektiğini belirlerken, bunun anlamının taraf devletlerin Sözleşme'den doğan yükümlülüklerinin mümkün olduğunca sınırlandırılması olmadığını ifade etmiştir.[11]

Sözsel Yorum-Özerk Yorum

İHAM, terimlerin olağan anlamlarına dayandığı sayılı kararlarında, düzenlemenin anlamını belirlemek için yeterli ise sözsel (lafzi) yorumu benimsemiştir.

Johnston Kararı'nda[12] Sözleşme'nin 12. maddesinde yer alan "evlenme hakkı"nın evlilik ilişkisinin oluşması anlamına geldiği, boşanma hakkını kapsamadığı belirtilmektedir.[12] Mahkeme Sözleşme'nin günün şartları ışığında yorumlanması gerektiğini söylemekle birlikte, açıkça Sözleşme dışında bırakılan bir hakkı yorum yoluyla tanıyamayacağını kararlaştırır.[13] **Lithgow[14] ve Luedicke[15]** Kararlarında da olağan anlamlar ya da sözsel yorum kullanılmıştır.

Sözleşme'ye ek 1. Protokol'un 2. maddesinin[16] yorumlandığı "**Belçika Dil Davası**"nda ise, ilgili maddenin devlete belli bir dilde eğitim yapılmasını sağlama

8 Francis G. Jacobs, The European Convention on Human Rights, Clarendon Press, Oxford, 1975, s. 16; Merrils, a.g.e., s. 63.

9 Bkz: Austria v. Italy (788/60, 11 Ocak 1961), 4 Yearbook 1961, s. 136 vd.; ire land v. United Kingdom (18 Ocak 1978), No. 25, par. 239; Soering v. United King- dom (7 Temmuz 1989). No. 161, par. 87.

10 Francis G. Jacobs, a.g.e., s. 13.

11 Wemhoff v. Germany (27 Haziran 1968), No. 7, par. 8.

12 Johnston and Others v. Ireland (18 Aralık 1986), No. 112, par. 51.

13 Ancak belirtmek gerekir ki, 9 Ekim 1979 tarihli Airey v. Ireland Kararı'nda (No. 32) İrlanda hukuk düzeni uyarınca "ayrı yaşamaya yargı kararı" için kişinin Yüksek Mahkeme'ye başvurabilmesi Sözleşme 6. maddenin koruması altına alınmıştır.

14 Lithgow v. United Kingdom (8 Temmuz 1986), No. 102, par. 114.

15 Luedicke, Belkacem and Koç v. Germany (28 Kasım 1978), No. 29, par. 40.

16 Protokol 1, madde 2: "Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama hakkına saygı gösterir."
Türkiye 6366 sayılı yasa ile Sözleşme'yi onaylarken; "Ek Protokol'un ikinci maddesi 3 Mart 1924 tarih ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanununun hükümlerini ihlal etmez" çekincesini koymuştur.

yükümlülüğü getirmediği sonucuna varılır.[17] Karara göre; devletin ana ve babanın eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefî inançlarına göre yapılmasını sağlama hakkına saygı gösterme yükümlülüğü, ana ve babanın "dil tercihinin" dini ve felsefi inançlar içinde değerlendirilmesine imkân vermez. Mahkeme bu terimlerin dil tercihlerini kapsayacak şekilde yorumlanmasının olağan anlamları bozacağını söylemektedir.

Bununla birlikte, Strasbourg organları Sözleşme ve ek Protokolları bir bütün olarak okumaktadır. Bu nedenle, Belçika'da farklı dillerde eğitim yapılmasına rağmen ailelerin oturdukları yer nedeniyle bazı çocukların ana dilleri ile öğrenim yapan okullara "ulaşamaması" ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddeye ilgili Protokol maddesinin birinci cümlesine bağlantılı olarak aykırı bulunmuştur.[18]

İHAS'nin bütün olarak okunması ya da yorumlanması, özellikle ek Protokolların devletlerce onaylanmadığı durumlarda önem kazanmaktadır. Mahkeme'ye göre, Sözleşme veya ek Protokol maddelerinin herhangi biriyle düzenlenen bir konu diğer maddelerle de ilişkilendirilebilir. Bu çerçevede, ihlal edildiği öne sürülen bir maddenin, konunun onaylanmamış Protokol ile özel olarak düzenlendiği ileri sürülerek uygulanamayacağına ilişkin devlet itirazları kabul edilmemiştir.[19]

Sözleşme'nin yorumunda ağırlıklı olarak kullanılan "özerk yorum" tekniği ise konu ve amaca bağlı yorum kuralının gerekliliklerindendir. Mahkeme Sözleşme'de yer alan bir dizi terime "özerk anlam" verme zorunluluğunu duymuş; Sözleşme hukukunu iç hukuklardan bağımsızlaştıran özerk yorum tekniği ile tanınan hakların koruma alanını kendi geliştirdiği ölçütlerle belirlemiştir.[20]

İHAS'nin 6. maddesinde yer alan medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklar ve ceza hukuku alanında kişiye yöneltilen suçlamalar kavramları Sözleşme amacı ile bağlı özerk kavramlar olarak yorumlanmaktadır. **Benthem Kararı**'nda[21]; 6. maddenin sadece geleneksel anlamda özel hukuk uyuşmazlıklarını kapsamadığı, iç hukukta ilgili yasanın ve yetkili yargı yerinin niteliğinden öte hakkın niteliğinin önemli olduğu vurgulanmıştır. Mahkeme içtihadına göre, uyuşmazlığın taraflarının mutlaka özel kişiler olması gerekmez. Devletin kişi karşısında taraf olduğu uyuşmazlığın konusu, kişiler arası ilişkilerde özel hukukun konusunu oluşturan medeni nitelikte bir hak ise kişi adil yargılanma hakkı güvencesinden yararlanacaktır ve hakkın niteliği iç hukuklardan bağımsız olarak Komisyon ve Mahkeme'ce belirlenir.[22] Ceza hukuku alanı kavramı ise disiplin suçları açısından önem kazanır. Mahkeme disiplin suçları ile ceza hukuku alanına giren suçlar arasındaki ayrımı belirlerken, suçun niteliğinin ve bu suç için öngörülen yaptırımın

17 Belgian Linguistic Case (23 Temmuz 1968), No. 6.

18 Bkz: Vincent Berger, Case Law of the European Court of Humarı Rıghts, The Round Hail Press, Dublin, 1989, s. 19.

19 Rasmussen v. Denmark (28 Kasım 1984), No. 87; Abdulaziz, Cabales and Bal- kandali v. United Kingdom (25 Mayıs 1985), No. 94. Ayrıca bkz: J.G. Merrills, a.g.e., s. 67-68.

20 J.G. Merills, a.g.e., s. 65-66; Clovis C. Morrisson, JR, The Developing European Law ofHuman Rights, Sijthoff-Leyden, 1967, s. 106.

21 Benthem v. Netherlands (23 Ekim 1985), No. 97. Ayrıca bkz: Berger, a.g.e., s. 300-302.

22 Konig v. Germany (28 Haziran 1978), No. 27; Baraona v. Portugal (8 Temmuz 1987), No. 122.

ağırlık derecesinin incelenmesi gerektiği sonucuna varmıştır.[23] Bu konuda üye devlet hukuklarından bağımsız geliştirilen özerk yorum, devletin disiplin suçları sınıflandırmasıyla kişiye adil yargılanma hakkını tanıma yükümlülüğünden kaçınmasını önleme amacını taşır.

Mahkeme'nin 5. ve 6. maddelerde düzenlenen "süre"leri (hemen, en kısa sürede, makul süre içinde) her somut olayın şartlarını inceleyerek değerlendirmesi de özerk yorum tekniğinin bir diğer yansımasıdır.[24]

Sözleşme terimlerinin iç hukuklardan bağımsız özerk yorumu, hak ve hürriyetleri sınırlama şartları açısından ayrı bir önem kazanmakta; sınırlamanın yasa ile öngörülmüş olması ile demokratik toplumda zorunlu ve meşru amaçla oranlı olmasından ne anlaşılması gerektiği Sözleşme içtihadi hukuku ile yazılmaktadır. İHAM'nin Sözleşme amacını kişi haklarının etkili korunması olarak görmesi, hak ve hürriyet sınırlamalarının dar yorumlanması sonucunu doğurmuştur.[25]

Sınırlama ölçütlerinden "yasa"nın tanımını yapan Mahkeme, hak ve hürriyetlere müdahalenin iç hukukta yasal dayanaklı olmasını her zaman Sözleşme'ye uygunluk nedeni olarak kabul etmemektedir. Komisyon ve Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, sınırlamanın kaynağı hukuk kuralının ulaşılabilir ve açık anlamlı olması ve yürütmenin keyfî uygulamalarına karşı kişiler için gerekli güvenceleri getirmesi gerekir[26]

Sözleşme hukuku içinde "yasa"nın tanımlanması gibi, demokratik toplumda zorunluluk, meşru amaçla orantılık da somutlaştırılmaya çalışılmış[27], hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında devletlerin "takdir yetkisi" bu ölçütlerle kayıtlanarak[28], 19. madde ile kurulan denetim mekanizmaları Sözleşme hak ve hürriyetler rejiminin gerçek ve kullanılabilir olmasına imkan sağlamıştır. Strasbourg organlarının denetimi, devletlerin olağanüstü şartlarda Sözleşme'ye aykırı tedbirler alabilme hakkının 15. maddeye uygunluğu açısından da geçerlidir. İHAM'ne göre; olağanüstü halin varlığına karar verilmesi ve bu şartlar altında alınacak tedbirler öncelikle devletin sorumluluk alanına girmekle birlikte, devlete tanınan takdir yetkisi "Avrupa denetimi" ile sınırlanmıştır[29]

Hak ve Hürriyetlerin "Etkili" Korunması

Strasbourg organları Sözleşme'nin amacını, özellikle İHAS Başlangıcı ve Avrupa Konseyi Statüsü'nde yer alan prensiplerden kalkarak okumakta, hukukun üstünlüğü ve hak ve hürriyetlerin etkili korunmasını sağlama arayışı içtihadın ortak çizgisini oluşturmaktadır.

23 Engel and Others v. Netherlands (8 Haziran 1976), No. 22.
24 Bkz: Naz Çavuşoğlu, İnsan Haklan Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Huku- ku'nda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1991, s. 41-50.
25 Sınırlayıcı düzenlemeler Sözleşme'nin güvence altına aldığı bir hakka istisna getirdikleri için dar yorumlanacaklardır: Klass and Others v. Germany (6 Eylül 1978), No. 28; Silver and Others v. United Kingdom (25 Mart 1983), No. 61.
26 Malone v. United Kingdom (2 Ağustos 1984), No. 82, par. 67-69.
27 Bkz: Naz Çavuşoğlu, a.g.e., s. 61-72.
28 Karş: Paul Mahoney, a.g.e., s. 83 vd.
29 Ireland v. United Kingdom '(18 Ocak 1978), No. 25, par. 207. Ayrıca bkz: J.G. Merrills, a.g.e., s. 139

İHAM, Sözleşme'de açıkça ifade edilmediği halde, **Golder Kararı'n-** da "mahkemeye ulaşma hakkını" 6. maddenin adil yargılanma hakkına bitişik bir hak olarak tanırken, Başlangıç'da ve Avrupa Konseyi Statüsü'nde belirtilen "hukukun üstünlüğü" prensibine dayanmıştır.[30] **Malone Kararı**'nda ise, hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında yasallık şartı Sözleşme Başlangıcı'nda ifade edilen "hukukun üstünlüğü" prensibinin gereklerine uygun yorumlanmakta; yasanın idarenin takdir yetki alanını açıkça belirleyerek kişinin asgari hukuki korunmasını sağlaması gerektiği hükme bağlanmaktadır.[31]

Devletin "Olumlu Edimler"i

İHAM'e göre hakların etkili korunması, bu hakların somut ve kullanılabilir haklar olmasına bağlıdır. Devletin olumlu edimde bulunma yükümlülüğü de bu çerçevede vurgulanmıştır.

Airey Kararı'nda[32], Sözleşme'nin esas olarak tanıdığı klasik ve siyasi hakların çoğunun ekonomik ve sosyal uzantılarının altı çizilirken, Sözleşme'nin koruma alanına giren haklarla ekonomik ve sosyal haklar arasında sugeçirmez ("water-tight") bir ayrımın olmadığı ileri sürülür.[33] Sözleşme'nin amacı teorik hakların değil, somut ve kullanılabilir hakların koruma altına alınmasıdır. Karara göre; kişinin mahkemeye ulaşma hakkını kullanabilmesi bir avukatın hukuki yardımına gerek gösteriyorsa, medeni hukuk davalarında da adli yardımın sağlanması devletin olumlu yükümlülüğüdür ("positive obligation").[34]

Mahkeme **Artico Kararı**'nda[35] da yine adli yardımla ilgili olarak; devletin Sözleşme ile tanınan bir hakkın gerçek kullanımını sağlayacak olumlu edimde bulunma borcunu ortaya koymuştur. Artico'ya adli yardım yoluyla tayin edilen avukatın mazereti nedeniyle görevini yerine getirmemesi sonucunda Artico yeni bir avukat için başvuruda bulunmuş, ancak mahkeme bu talebi cevaplamamış, önceden tayin edilen avukatın görevini yerine getirmesi için de herhangi bir girişimde bulunmamıştır. İHAM'ne göre ilgili maddenin (m. 6/3 [c]) amacı adli yardımın etkili korunmasını sağlamaktır ve sadece bir avukatın tayini bu amacı karşılamaz. Sözleşme, dava konusu olayda, yetkili devlet otoritelerinin sanığın bir avukatın ücretsiz yardımından yararlanması için olumlu eylemde bulunmasını gerekli kılmaktadır. Bu nedenle Mahkeme, yeni bir avukatın tayin edilmesi ya da eskisinin görevini yerine getirmesinin sağlanması zorunluluğunu kararlaştırmıştır.

---

30 Golder v. United Kingdom (21 Şubat 1975), No. 18, par. 34.
31 Malone v. United Kingdom (2 Ağustos 1984), No.82. par. 67-69.
32 Airey v. Ireland (9 Ekim 1979), No. 32.
33 a.k., par. 26. Ayrıca bkz: J.G. Merrills, a.g.e., s. 92-94.
34 İHAS'nin 6. maddesi medeni hukuk davaları için adli yardım ile ilgili bir düzenleme getirmemektedir. Buna rağmen İHAM; davanın özellikleri kişinin bir avukatın hukuki yardımından yararlanmasını kaçınılmaz kılıyorsa, mahkemeye ulaşma hakkının etkili kullanılabilmesi devletin bu imkânı sağlama yükümlülüğünü gerektirir sonucuna varmıştır.
35 Artico v. Italy (13 Mayıs 1980), No. 37.

Tanınan hak ve hürriyetlerin devletin müdahalesine karşı korunması IHAS'nin ana eksenini oluşturmakla birlikte, sözüedilen kararlarda olduğu gibi, 8. madde açısından da Mahkeme, hakkın etkili korunmasını devletin olumlu yükümlülükleriyle bağlı inceleyecektir.

Marckx Kararı'nda[36] gayrimeşru çocuklara ilişkin Belçika iç hukuk düzenlemesi 8. maddeye aykırı bulunurken; bu madde çerçevesinde "aile yaşamına saygı"nın, bekar anne ile çocuğu arasındaki aile bağlarına uygulanacak hukuki rejimin düzenlenmesinde devlete bu tür kişilerin "normal" bir aile yaşamı sürmesini sağlayacak şekilde davranma yükümlülüğü getirdiği sonucuna varılmıştır. İHAM'ne göre, 8. maddede düzenlendiği şekliyle aile yaşamına saygı çocuğun doğduğu andan itibaren ailesiyle bütünleşmesini ("integration") mümkün kılacak yasal güvencelerin varlığını gerektirir ve bu şartı yerine getirmeyen bir yasa 8/1. maddenin ihlaline yol açar.[37]

İHAM aynı yaklaşımı **Airey Kararı**'nda da sürdürecektir. Kararda; İrlanda hukuk düzeni içinde "ayrı yaşamaya yargı kararı" düzenlemesinin, özel ve aile yaşamına saygının korunması için bazı şartlarda evlilik birliğinin bozulmasının gerekli görüldüğü anlamını taşıdığı belirlenmiştir. Bu çerçevede 8. maddenin etkili korunması devleti adli korumayı etkili ve ulaşılabilir kılma yükümlülüğü altına sokar.[38]

Hak ve Hürriyetlerin "Yatay İlişkilerde" Korunması

İHAS ile tanınan hak ve hürriyetlerin kişiler arası ilişkilerde (yatay ilişkiler) korunmasının devletin olumlu edimleriyle ilişkilendirilmesi, Mahkeme kararlarıyla yazılan Sözleşme hukuku açısından ayrı bir öneme sahiptir.

Mahkeme **Marckx Kararı**'nda; özel ve aile yaşamına saygı gösterilmesi hakkının devletin olumlu edimlerine gerek gösterebileceğini belirlerken, gayrimeşru çocukların miras hakkının sınırlandırılmasını 8. maddeyle ilişkili olarak ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddeye de aykırı bulmuştur. Mahkeme'ye göre, 8. madde miras hakkına ilişkin bir hüküm getirmemekle birlikte, bu konuda meşru ve gayrimeşru çocuklar arasında yapılan ayrım objektif ve makul nedenlere dayanmamaktadır.[39] Gayrimeşru çocukların "aile" kapsamı içinde görülmesi ve "aile yaşamına saygı"nın bekar anne ile çocuğu arasındaki hukuki ilişkinin "normal" aile hukukundan farklı bir düzenlemeye tabi tutulmaması yönünde devletin olumlu edimde bulunmasını gerektirmesi, kararın bütünü göz önünde tutulduğunda, kişiler arasındaki ilişkilerde de sonuç doğuracak; 8. madde gayrimeşru çocuğun haklarının meşru çocuklar karşısında korunmasına imkan sağlayacaktır.[40]

36 Marckx v. Belgium (13 Haziran 1979), No. 31.
37 a.y., par. 31.
38 Airey v. Ireland (9 Ekim 1979), No. 32. par. 33.
39 Vincent Berger, a.g.e., s. 117.
40 Karar, bir anlamıyla da, gayrimeşru çocuğu anne ile ilişkisinde korumaktadır. Çocukla bekar anne arasındaki analık ilişkisinin doğumla kurulmadığı ve annenin çocuğu tanıması veya evlat edinmesine bağlı olduğu hükmünü getiren yasanın Sözleşme 8. maddeye aykırı bulunması, bekar anne-çocuk ilişkisini etkiler.

İHAM X ve Y Hollanda'ya Karşı Kararı'nda[41]; 8. maddenin asıl olarak kişileri kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerine karşı koruduğunu ifade etmekle birlikte, devlete kişilerin kendi aralarındaki ilişkilerde özel ve aile yaşamına saygı gösterilmesini sağlayacak olumlu edimde bulunma yükümlülüğü de getirdiğini açıkça hükme bağlamıştır.[42] Mahkeme'ye göre, Hollanda Ceza Yasası'nın sadece kendine cinsel saldırıda bulunulan kişiye dava açma hakkı tanıyan ilgili maddesi, cinsel saldırıya uğrayan zihin özürlü kişileri bu hakkı kullanamamaları nedeniyle koruma alanı dışında bırakmakta; olayda Y gerçek ve etkili koruyucu bir hükümden yararlanamadığı için 8. maddeye aykırılığın mağduru durumuna düşmektedir. özel yaşamın korunması, devletin üçüncü kişilerin müdahalelerini önleyici ve yaptırıma bağlayıcı yasal düzenlemeleri gerçekleştirmesini gerekli kılar. Devlet bu yükümlülüğünü yerine getirmediği için Y'ye tazminat ödeyecektir.[43]

Young, James ve Webster Kararı[44] ise örgütlenme hürriyetini düzenleyen 11. madde ile ilgilidir. İngiliz Demiryolları'nın "kapalı işyeri sözleşmesi" ("closed-shop argement") uygulaması nedeniyle belirlenen sendikalara üye olmayı red eden Young, James ve Webster'ın işten çıkarılmaları İHAM'ce Sözleşme'ye aykırı bulunmuştur. Mahkeme'ye göre; başvuru konusu olay İngiliz Demiryolları ile demiryolu sendikaları arasındaki anlaşma'dan (agreement) kaynaklanmasına rağmen, sözkonusu işçilerin işten çıkarılmalarını yürürlükteki iç hukuk kuralları hukuka uygun kılmaktadır. Bu nedenle de, Sözleşme'nin 1. maddesi uyarınca kendi yargı yetkisi içindeki herkese Sözleşme'de düzenlenen hak ve hürriyetleri tanıma yükümlülüğü altında olan devletin sorumluluğu doğar.[45]

Kararda 11. madde, Sözleşme'nin 9 ve 10. maddeleriyle birlikte okunmuştur. Madde 11 ile güvence altına alınan örgütlenme hürriyeti amaçları arasında düşünce, inanç, din hürriyeti (m. 9) ile düşünceleri açıklama hürriyetinin (m. 10) korunması da yer alır. Mahkeme 11. maddenin esas olarak "pozitif' sendika kurma ve üye olma hakkını güvenceye aldığını belirlerken, olayı, bir sendikaya katılmaya zorlanmama hakkı çerçevesinde maddenin "negatif' anlamıyla da tartışmıştır. Kişinin dilediği bir sendikaya üye olması, belirlenen sendikalara katılmadığı için işten çıkarılmasını önlemediğinden, karşılaştığı zorlayıcı tehdit 11. maddenin özellikle özüne ("very substance") dokunmaktadır.

İHAM "kapalı işyeri sözleşmesi"nin Sözleşme'ye uygunluğu incelemesini bu sistemin başvuru sahiplerine etkisi ile sınırlandırırken; uygulamanın 11. maddeye aykırılığını "çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik" ile tanımlanan demokratik toplum açısından da değerlendirmiş, kararını bir yönüyle de azınlığın çoğunluk karşısında korunması gerekliliği üzerine kurmuştur. Bu boyutuyla karar, demokrasinin,

41 X and Y v. Netherlands (26 Mart 1985), No. 91.
42 a.k., par. 23.
43 Belirtmek gerekir ki, Sözleşme hukuku uyarınca küçükler ve zihin özürlü kişiler de doğrudan kişisel başvuru hakkını kullanabilirler. Bkz: J. E. S. Favvcett, The Application of the European Convention on Humarı Rights, Second Edition, Cla- rendon Press, Oxford, 1987, s. 350.
44 Young, James and Webster v. United Kingdom (13 Ağustos 1981), No. 44.
45 a.k., par. 49. Ayrıca bkz: Vincent Berger, a.g.e., s. 157.

çoğunluk görüşünün her zaman üstün olması anlamına gelmediğini, çoğunlukta olanların bu durumu kötüye kullanmasını önleyecek bir dengenin sağlanması gerektiğini ifade etmekte; uygulanan sistemin çalışanların büyük çoğunluğunca benimsenmesinin belirleyici olmadığını ileri sürmektedir.[46]

Plattform Kararı'nda[47] da, Sözleşme'nin 11. maddesi ile ilgili olarak, silahsız ve saldırısız toplantı hürriyetinin devletin müdahale yasağını gerektirmenin yanısıra 11. madde amacının 8. maddede de olduğu gibi kişiler arasında ilişkilerde dahi devletin olumlu edimde bulunma yükümlülüğünü öngördüğü belirtilir. Bu anlamda, bu toplantılara üçüncü kişilerin müdahalesini engelleme yükümlülüğü devlete aittir.

Yatay ilişkilerde hak ve hürriyetlerin korunmasında devletin sorumluluğuna ilişkin bir diğer karar İHAK tarafından verilmiştir. Komisyon İngiltere'de bir özel okulda dayak cezası (corporal punishment) ile cezalandırılan öğrencinin İHAS'nin 3. maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle yaptığı başvuruyu kabul ederken, Sözleşme 1. madde uyarınca devletin kendi yetki alanı içindeki çocukların işkence, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı ceza veya muameleye tabi tutulamayacağını güvence altına alma yükümlülüğünün altını çizmiştir. Sözkonusu okulun özel okul olması devletin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.[48] Bu yaklaşımın öngörülebilir sonucu; 3. madde yasağının resmi uygulamalarla sınırlı kalamayacağı, Sözleşme'nin 1. maddesi uyarınca devletin yaşamın her alanında "şiddet"i önleme yükümlülüğüdür.

Dinamik Yorum

İHAM, devlete ve devlet aracılığıyla üçüncü kişilere İHAS ile tanınan hakların etkili korunmasını sağlama yükümlülüğü getirirken, kişi hak ve hürriyetlerini ekonomik ve sosyal boyutuyla değerlendirme ve Sözleşme'de yer alan hak ve hürriyetleri teorik haklar olmanın ötesine taşıyarak gerçek ve kullanılabilir haklar haline getirme arayışı içinde hareket etmektedir.

Bu kurucu içtihad, doğaldır ki İHAS'nin "yaşayan bir belge" ("living instrument") olarak yorumlanmasını gerektirecektir.

Sözleşme'nin demokratik toplumların değişen sosyal ve hukuki şartları karşısında etkisini koruyabilmesi gelişmeci yorumu gerekli kılmakta; Mahkeme, "yaşayan bir belge" olarak Sözleşme'yi "bugünün şartlarına" uygun yorumlarken bağıtlı devletler ortak hukuk prensiplerinden de etkilenmektedir.[49] İç hukuklarla Sözleşme hukuku arasında karşılıklı bir etkileşim vardır.[50] İHAM Sözleşme'yi yorumlarken milletlerarası hukuk belgelerine de yollama yapar.[51]

---

46 No. 44, par. 63. Ayrıca bkz: J.G. Merrills, a.g.e.,s. 128-129.

47 Plattform "Ärzte für das Leben" v. Austria (21 Haziran 1988), No. 139.

48 X and Y v. United Kingdom (13 Aralık 1990; 14229/88) in 12 HRLJ (1991), s.61-63.

49 Bkz: Speech by Rolv Ryssdal in 7th International Colloquy on the European Con- vention on Human Rights, Kobenhavn-Oslo-Lund (30 Mayıs - 2 Haziran 1990), Council of Europe, Cour (90) 152, s. 4.

50 Marc-Andrê Eissen, "Bildiriler ve Konuşmalar" in 8. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı (Ankara, 7-10 Mayıs 1990), Cilt 5, Türk Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 20, s. 79-82.

51 Soering v. United Kingdom (7 Temmuz 1989), No. 161. Ayrıca bkz: J.G. Merrilis, a.g.e., s. 198-204.

Tyrer Kararı'nda[52] Mahkeme, bedeni cezayı ("corporal punishment") insan onurunun ve fiziki bütünlüğünün korunmasına aykırı, zihinsel acıya neden olan aşağılayıcı ceza olarak nitelendirirken, Sözleşme'nin yaşayan bir belge olduğunun altını çizmiştir. Sözleşme, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin ortak hukuk standartları ve gelişmeleri doğrultusunda günün şartları ışığında yorumlanacaktır[53] ve 3. maddeye aykırı bir ceza yerel destek ya da gereklilikler nedeniyle hukuk düzeninin korunması için uygulanamaz. Mahkeme Sözleşme'yi yorumlarken kendini Sözleşme'nin yazıldığı 1950 yılının değerleri ile bağlamamaktadır.

Bu konuda verilebilecek tipik örnek olan **Marckx Kararı**'nda, "geleneksel aile" kavramındaki değişim izlenmekte; gayrimeşru çocuklarla bekar annelerin hukuki statüsü günün şartlarına, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin büyük çoğunluğunun yasal gelişmelerine ve ilgili milletlerarası hukuk belgelerine[54] uygun yorumlanmaktadır.[55]

Evlilik dışı çocukların aileleri ile "bütünleştirilmesi"ne ilişkin iç hukuk gelişmelerine **Johnston Kararı**'nda da yollama yapılmıştır.[56]

İHAM sosyal ve hukuki değişmeyi eşcinsellerin statüsü açısından da izleyecek, aykırı uygulamaları Sözleşme'nin ihlali olarak değerlendirecektir.

Dudgeon Kararı'nda[57] 21 yaş üzerindeki erkekler arasında rızaya dayalı eşcinsel ilişkilerin yasaklanmış ve cezai yaptırıma bağlanmış olması Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı bulunmuştur. Mahkeme'ye göre, getirilen yasaklama "özel yaşamın en gizli yönüne" ("a most intimate aspect of private life")[58] ilişkindir ve bu nedenle, sınırlamanın Sözleşme'ye uygunluğu özellikle ciddi nedenlerin varlığına bağlıdır.

İHAM, İngiltere hükümetinin, Kuzey İrlanda halkının ahlaki değer yargıları ile sözkonusu yasada değişiklik öneren hükümet tasarrufunun kamuoyunun muhalefetiyle karşılandığı yönünde ileri sürdüğü görüşleri; yasanın yürürlükte kalmasını gerektiren "zorlayıcı sosyal ihtiyaç"ın varlığının belirlenmesinde göz önünde tutulması gereken geçerli nedenler olarak görmüş ancak bu nedenlerin yeterli olmadığını kabul etmiştir. Karara göre; ilgili 1861 ve 1885 tarihli yasaların konduğu dönemle karşılaştırıldığında, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin büyük çoğunluğunda eşcinsel ilişkiler daha anlayışla karşılanmakta ve artık cezai yaptırımlara konu olmamaktadır.[59]

---

52 Tyrer v. United Kingdom (25 Nisan 1978), No. 26.

53 a.k., par. 31.

54 İHAM yollama yaptığı sözleşmelerin Avrupa Konseyi üyesi devletlerin yarısından azınca imzalandığını ve sadece dört üye tarafından onaylandığını belirtmekle birlikte, bu sözleşmelerin varlığını modern toplumlarda meşru ve gayrimeşru çocuklar arasında eşitliğin kabulüne ilişkin ortak anlayışın açık bir düzenlemesi olarak değerlendirmiştir.

55 No. 31, par. 44.

56 Johnston and Others v. Ireland (18 Aralık 1986), No. 112. İHAS'nin yaşayan bir belge olduğunu vurgulayan benzer bir karar için bkz:Inze v. Austria (28 Ekim 1987), No. 126.

57 Dudgeon v. United Kingdom (22 Ekim 1981), No. 45.

58 a.k., par. 52.

59 a.k., par. 60. Ayrıca bkz: Paul Mahoney, a.g.e., s. 61 -62. Eşcinseller ile ilgili bir diğer karar için bkz: Norris v. Ireland (26 Ekim 1988), No. 142.

İHAS'nin yaşama ve düşünme biçimlerinin değişmesine uyumlu yorumu iç hukuklardan etkilenmekle birlikte, Rees Kararı'nda[60] hukukun değişme ihtiyacını öngören İHAM olmuştur. Kararda, bir operasyonla cinsiyetini değiştiren transsexual'in yeni cinsiyetini gösterir nüfus kâğıdı isteminin reddi Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı bulunmayacak[61] ama Mahkeme bu kişilerin çektikleri acıların ve karşılaştıkları zorlukların ciddiyetinin farkında olduğunu belirtecektir. Sözleşme'nin günün şartları ışığında yorumlanması ve uygulanması gerektiğini yineleyen İHAM, bilimsel ve sosyal gelişmeleri göz önünde tutan yasal düzenlemelere ihtiyacın altını çizmiştir.[62]

YARGIÇ YAPISI HUKUK VE DEMOKRASİ

İHAS hukukunu şekillendiren, konmuş kurallardan çok yargıçların koymakta olduğu kurallardır. Bu, Sözleşme'yi "yaşayan belge" haline sokar.

Ancak burada gündeme gelen en önemli sorun, eski bir sorun olmakla beraber, yargıçların kural koyucu iktidar kullanması ile klasik demokrasi anlayışının ne ölçüde bağdaştığıdır. İHAM kararlarının iç hukuklarda değiştirici etkisi[63] göz önünde tutulduğunda, gerilim, ilk bakışta, milli hukuk ile Sözleşme hukuku arasında; ama gerçekte, demokratik temsile dayalı milli otoritelerin yetki alanı ile Strasbourg organlarının yorum- yetki alanı arasındadır.

Bu sorunu çözmek için verilebilecek cevaplardan belki de ilki, bugün yaygın olarak kullanılmaya başlayan yeni bir tanım; demokrasiyi hukukla tanımlamaktır.

Hak ve hürriyetlerin etkili korunması, demokrasilerin tanımında belirleyici bir unsur olmuştur. İHAS çerçevesinde Komisyon ve Mahkeme'nin kullandığı yorum teknikleri hak ve hürriyetlerin korunmasının etkinliğini sağlayacak yorum teknikleridir. Bu anlamda Strasburg organları demokrasiyi Sözleşme hukuku yoluyla tanımlarken klasik anayasa anlayışını da değiştirmekte, İHAS insan hakları alanında Avrupa kamu düzeninin anayasal belgesi haline getirilmektedir.[64]

Yorum teknikleri bu açıdan değerlendirildiğinde, teknik olmanın ötesinde anayasa anlayışında yenilenmenin kurucu unsurlarıdır.

Bu arada belirtmek gerekir ki, Rasmussen (v. Denmark [28 Kasım 1984], No. 87) Kararı'nda açıklandığı gibi, hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında devletin takdir yetki alanı şartlara, konuya ve konunun background'na göre değişir. Üye devletler arasında ortak hukuk düşüncesinin şekillenmediği alanlarda, devletin takdir yetki alanı genişleyecektir.

60 Rees v. United Kingdom (17 Ekim 1986), No. 106.

61 İHAK 12 Aralık 1984 tarihli kararında, 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. İHAM ise bağıtlı devlet hukuklarında konuya ilişkin ortak bir anlayışın olmadığından hareketle, devletin takdir yetki alanının genişliğine işaret eder.

62 No. 106, par. 47. Ayrıca bkz: Paul Mahoney, a.g.e., s. 84-85.

63 İHAM kararlarının iç hukuklarda değiştirici etkisini gösterir tüketici bir sıralama için bkz: European Courtof Human Rights Survey of Activities 1959-1990, Regis- try of the Court Council of Europe, Cari Heymanns Verlag, 1991, s. 43-50.

64 Chrysostomos, Papachrysostomou, Loizidou v. Turkey (15299/89, 15300/89, 15318/89) olayında İHAK'nun 4 Mart 1991 tarihli başvuru kabul kararı, in 12 HRLJ (1991), s. 121, par. 22.

Milliüstü hukuka bağlılık prensibini doğuran bu yenilenme, İHAS hukuku açısından, demokratik temsile dayalı kurumlar karşısında meşruiyetini Sözleşme ile düzenlenen ve hak ve hürriyetlerin korunmasında etkili başvuru yolları arasına giren kişisel başvuru hakkı yoluyla da kazanmaktadır. Sözleşme'nin 25. maddesi uyarınca 1975 yılında Komisyon'a 1926 kişisel başvuru yapılırken, bu sayı 1992'de 5875'e yükselmiştir.[65] Artışın bir anlamı kişisel başvuru hakkının artık bir temel olarak görülmeye başlanması ile ilgili olabileceği gibi, bir diğer anlamı da Sözleşme denetim mekanizmaları işlerliğinin göstergesi olarak düşünülebilir.

Komisyon ve Mahkeme kararları ile yeniden yorumlanarak "yaşayan belge" haline getirilen Sözleşme hukuku, yazılı listenin koruma alanını genişlettiği ölçüde yeni başvruların yapılma olasılığını da artıracaktır.

65 European Commission of Human Rights, Survey of Activities and Statistics, Coun- cil of Europe, Strasbourg, 1992, s. 18.

(32. Makale - 1991)

Turan YILDIRIM

*Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı**

* Turan Yıldırım, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı", Amme İdaresi Dergisi, Yıl 1993, Cilt 26, Sayı 4, 69-80.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARININ BAĞLAYICILIĞI

Turan YILDIRIM*

1982 Anayasası'nın 153. maddesinde Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı hükmü yer almaktadır. Anayasa'daki yazılışı oldukça yalın olan bu ilke, uygulamada bir çok sorun içermektedir. Bu inceleme ortaya çıkan ya da çıkabilecek tüm problemleri kapsayabilecek nitelikte olmayacak, önemli görülen bazı hususlara değinilmekle yetinilecektir. Bu hususlar: Kararların ne zaman bağlayıcı olacağı; Anayasa Mahkemesi kararlarının geçmişe yürürlüğü; karar gerekçelerinin bağlayıcılığı ve Anayasaya uygun yorum sorunu; Anayasa Mahkemesi'nin kararları karşısındaki tutumu; iptal edilen hükmün yeniden yasalaştırılmasıdır.

Kararların Yürürlük Tarihi

Anayasa'nın 153. maddesi, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının Resmi Gazete'de yayınlandığı tarihten itibaren sonuç doğuracağını hükme bağlamıştır. Madde, Anayasa Mahkemesi'ne iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi -Bir yılı geçmemek kaydıyla-ayrıca kararlaştırmak yetkisini de vermiştir.[1]

Uygulamada ortaya çıkan temel sorun, iptal kararının verildiği tarih ile Resmi Gazete'de yayınlandığı tarih arasındaki sürede Anayasa'ya aykırılığı tespit edilmiş olan yasanın (ya da yasa hükmünün) uygulanıp uygulanmayacağıdır. Bu sorun Anayasa'daki "iptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz" ifadesine rağmen basın ve yayın organları aracılığıyla duyurulmasıyla daha da önemli boyuta ulaşmıştır. Kararın duyurulmasıyla gerekçenin yazılması ve Resmi Gazete'de yayınlanması arasında çok uzun süre geçebilmektedir.[2]

Anayasa Mahkemesi kararlarının duyurulmasının sonuçları ne olacaktır? Anayasa'nın 153/3. maddesi bu soruya şu cevabı vermeyi gerektirmektedir: İptal edilen yasa (ya da hükmü), iptal kararı Resmi Gazete'de yayınlanana kadar yürürlüktedir. Anayasa'nın yürürlükte olduğunu belirttiği yasa, uygulanmaya devam edilecektir.

Benzer bir diğer sorun ise iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihin ayrıca saptanması halinde ortaya çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi, iptal edilen metnin

---

* Yrd. Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi idare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1 Anayasa Mahkemesi'nin parti kapatma, yasama dokunulmazlığının kaldırılması, Meclis üyeliğinin düşmesine ilişkin istemlerde verdiği kararların yürürlük tarihi Anayasa'da düzenlenmiş değildir, ilgili mevzuatta da açık hükümler yoktur. Bu sebeple söz konusu işlere dair kararların tebliğ tarihinden itibaren etkili olması gerekir. Anayasa'nın 84. maddesi, kapatılan siyasal partilere mensup milletvekillerinin üyeliklerinin kapatma kararının TBMM Başkanlığı'na tebliğ edildiği tarihte sona ereceğini hükme bağlamıştır.

2 Y.Aliefendioğlu, "Türk Anayasa Mahkemesi' nin iç İşleyişi ve Karar Alma Süreci', Bahri Savcı'ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yay., Ankara, 1988. s. 180 vd.

ortaya çıkaracağı boşluğun kamu düzeni ve kamu yararı bakımından sakıncalı olacağı kanaatine varırsa, iptal kararının yürürlüğe girmesini Resmi Gazete'de yayınlanmasından itibaren bir yıla kadar erteleyebilmektedir. 153/3. maddeye bakıldığında; iptal kararının yürürlüğünün ertelenmesi halinde iptal edilen hüküm uygulanacak mıdır? sorusu da olumlu cevaplanacaktır.

Önüne gelen uyuşmazlıkta, uygulanacak kuralın Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş olduğunu bilen yargıç nasıl davranacaktır? Anayasa'nın 153. maddesine göre iptal edilen hüküm yürürlüktedir ve uygulanmalıdır.

Böyle bir durumda yargıç iki seçenekten birini tercih edecektir. Birincisi: İptal edildiği duyulmuş olan yasanın Anayasa'ya aykırılığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmak ve başvurunun neticesini beklemek, bu bekleyiş süresinde daha önceden verilmiş iptal kararının yürürlüğe girmesini ümit etmektir. Çünkü bilindiği gibi, başvurunun Anayasa Mahkemesi'ne gelişinden itibaren beş ay içinde Anayasa Mahkemesi karar vermezse yürürlükteki yasa hükümleri uygulanacaktır.

İptal isteminin itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne ulaştırıldığı hadiselerde, iptal kararının bilindiği halde yürürlüğe girmemiş olması daha da vahim sonuçlar doğuracaktır. Örneklemek gerekirse: Bir yargı mercii, önüne gelen davada uygulanacak yasa hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvuracak; Anayasa Mahkemesi işin kendisine gelişinden itibaren dördüncü ayda iptal kararını duyuracak; ama karar yayınlanmadığı için yürürlüğe giremeyecek. Ya da karar yayınlanmakla beraber yürürlüğü ertelenmiş olacak. Bu olayda yargıç, Anayasa'ya aykırı olduğu düşüncesiyle iptal ettirdiği yasa hükmünü uygulayacak mıdır?[3]

Yargı merciinin başvurabileceği ikinci yol ise iptal edildiği duyurulmuş olan yasayı (ya da hükmünü) uygulamamaktır. Anayasanın üstünlüğü ilkesi (AY. ll), Anayasa'ya aykırılığı saptanmış olan bir yasanın uygulanmasına engel teşkil etmektedir.

Anayasa'nın 138. maddesi, hakimlere herşeyden önce Anayasa'ya uygun olarak hüküm verme yetkisi tanımıştır. Önüne gelen yasa hükmünün Anayasa'ya aykırılık sebebiyle iptal edilmiş olduğunu bilen yargıç, Anayasa'ya, hukuka ve vicdani kanaatine göre hüküm ararken Anayasa'ya aykırı kanunu herhalde uygulamayabilecektir. Bu durumda ya mümkünse Anayasa'nın doğrudan uygulanması yoluna gidilecek ya da ortaya çıkan boşluk içtihatla doldurulacaktır. Anayasa'nın 11. ve 138. maddeleri, yargıca Anayasa'ya aykırılığı saptanmış yasa hükmünü iptal kararı yürürlüğe girmemiş olsa bile uygulamama yetkisini hatta yükümlülüğünü vermektedir. İptal edilen hükmün uygulanması, hak arama hürriyetinin içini boşaltmak anlamına gelecek, hukuk devleti ilkesi ihlal edilmiş olacaktır.

3 Anayasa, görülmekte olan davalarda, esas haklındaki karar kesinleşmezden evvel, iptal kararı gelirse buna uyulması gerektiğini hükme bağlamıştır. Ancak bu durum, davaların uzaması, yargılama sürecinin iyi işlememesi ihtimaline bağlıdır. Hak arama hürriyetinin yetersiz korunmasına hukuki sonuç sağlamak anlamsızdır.

Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi ve Danıştay'ın iptal kararının yürürlüğe girmemiş olması halinde dahi Anayasa'ya aykırılığı saptanmış yasa hükümlerinin uygulanamayacağına işaret eden kararları vardır.

Uyuşmazlık Mahkemesi, Kamu İktisadi Teşebbüslerinde sözleşmeli olarak çalışan personelin sözleşmelerinin uygulanmasından doğacak uyuşmazlıkların adli yargı mercilerinde çözümlenmesini öngören Kanun Hükmünde Kararname hükmünü iptal eden Anayasa Mahkemesi kararının yürürlüğe girmesini beklememiş, önüne gelen uyuşmazlıklarda iptal edilen hükmü uygulamamıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi'nin "... Henüz hukuki sonuçları tamamlanmamış ve hukuki sonuçlar doğurmaya devam eden bir kural tasarrufa; iptal kararından sonra geçerlik tanımak mümkün değildir. Anayasanın bağlayıcılığı, Anayasa Mahkemesi kararlarına tüm devlet organlarının uyma zorunluluğu ve Anayasa'nın üstünlüğü Anayasa'ya aykırı bir kuralın aykırılığın saptanmasından sonra uygulama anlamı bulmasını kesinlikle önleye(cektir)..."[4] yolundaki görüşüne dayanarak, iptal edilen Kanun Hükmünde Kararnamenin konu ile ilgili hükümlerinin "geçiş süresinde de uygulanma olanağının kalmadığını" belirtmiştir.[5]

Sözleşmeli personelle ilgili uyaşmazlıklarda adli yargıyı görevli kılan KHK hükmü, Danıştay 5. Dairesi'nce de iptal kararı yürürlüğe girmemiş olmasına rağmen, uygulanmamıştır.

5. Dairenin gerekçesi şu şekildedir: "... Anayasa Mahkemesince bir kanunun veya K.H.K.'nin tümünün ya da bunların belirli hükümlerinin Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiş olduğu bilindiği halde eldeki davaların Anayasaya aykırılığı saptanmış olan kurallara göre görüşülüp çözümlenmesi anayasanın üstünlüğü prensibine ve hukuk devleti ilkesine aykırı düşeceği için uygun görülemez. Bir başka anlatımla, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi ileriye dönük olarak ertelemiş bulunması öncelikle yasama organına aynı konuda, iptal kararının gerekçesine uygun olarak, yeni bir düzenleme için olanak tanımak ve ortada hukuki bir boşluk bırakmamak amacına yönelik olup yargı mercilerinin bakmakta oldukları uyuşmazlıklarda hukuka ve Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiş kuralları uygulaması ve uyuşmazlıkları bu kurallara göre çözümlemesi sonucunu doğurmaz..."[6]

Danıştay 6. Dairesi, Anayasa Mahkemesi iptal kararının duyurulmasından itibaren, iptal edilen hükmün uygulanamayacağına karar vermiştir. 6. Daire, kararını hukuk devleti ve kamu yararına uygun davranma ilkeleriyle gerekçelendirmektedir.[7] Karara göre: "... Yasa maddesinin Anayasa aykırı bulunarak iptal edildiği hususu, tüm kamuoyunun özellikle konu ile ilgili bulunan idareler ve şahısların bilgisi dahiline girmiştir.

4 E. 1989/48, RG:22.1.1990, 20410.
5 E 1992/9, RG: 17.5.1992,21231. Ayrıca Bkz. UYM E 1989/28, RG: 24.12.1989.
6 5. D. E. 1989/779, »Danıştay Dergisi, Sayı: 78-79, s.262
7 6. D. E. 1991/2202, K. 1991/2290,6.11.1991 (Karar yayınlanmamıştır).

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı verdiği tarihten itibaren idarelerin, Anayasaya aykırı bulunarak iptal edildiği bilinen bir yasa hükmüne dayanarak işlem tesis etmeye devam etmeleri hukuk devleti ilkesine ters düştüğü gibi, kamu yararına davranmak zorunda bulundukları kuralına da aykırı olacaktır. Bir başka deyişle yukarıda belirtildiği şekilde kamuya duyurulan Anayasa Mahkemesi kararının verildiği 11.12. 1986 tarihinden sonra idarenin iptal edilen yasa hükmüne dayanarak işlem tesis etmesi mümkün değildir..."

6. Daire kararı, bir diğer önemli noktayı daha hatırlatmaktadır: İptal kararının duyurulması ya da yürürlüğünün ertelenmesi hallerinde, yürütme ve idare de hukuk devleti ilkesinin gereği olarak, iptal edilen hükmü uygulamamak yükümlülüğü altındadırlar.

Böylelikle, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarını duyurması, iptal edilen yasanın uygulanmasını durdurucu bir tedbir niteliğine bürünmektedir. Karar gerekçelerinin yazımı ve yayınlanmasının uzun süre alması karşısında hiç olmazsa iptal kararının duyurulması, Anayasaya aykırı yasa hükmünün uygulanmasını engelleyecektir.

Ancak şu hususun da belirtilmesi faydalıdır: İptal kararının açıklanması her ne kadar geçici tedbir niteliği taşımaktaysa da Anayasa'ya aykırıdır. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi, iptal kararı ile yayınlanma süresini asgariye indirmelidir. Ayrıca iptal kararının yürürlüğü ertelenirken daha titiz davranılmalıdır. İptal edilen hükmün ortaya çıkaracağı boşluğun endişesini biraz da Yasama Organına bırakmak gerekmektedir.[8]

Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geçmişe Yürürlüğü Sorunu

Anayasa'nın 153. maddesinde, iptal kararlarının geriye yürümeyeceği hükmü bulunmaktadır. Bu hüküm doktrinde ve uygulamada bir çok kereler ele alınmıştır.[9] Geçmişe yürürlük sorununun çözümünde hukuk güvenliği, istikrar, adalet, hakkaniyet, kazanılmış hak, kamu düzeni, kamu yararı kavramlarının anahtar olarak kullanıldığını görmekteyiz. Doktrin ve yargı kararlarının ortaya çıkardığı bir diğer sonuç ise geçmişe yürürlük probleminin tüketici bir şekilde halledilemeyeceğidir. Nitekim konuyu inceleyen çalışmalarda, her bir çözüm tarzının sakıncaları ortaya konmaktadır. Bu yazıda, daha önce söylenenleri tekrarlamaksızın, somut olay gerektirdiğinde Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürüyebileceğini belirtmekle yetinilecektir. Yukarıda sözü edilen anahtar

8 Yasama Organının böyle bir endişesi de pek yok gibi görünmektedir. Örneğin, Belediye Kanununun, belediye başkanını başkanlık sıfatının kaybını düzenleyen 91., 92. maddeleri, iptal hükmünün üzerinden üç sene geçmiş olmasına rağmen hala ele alınmamıştır.

9 Ü. Azrak, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geriye Yürümezliği' Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara, 1984; N: Bilge, "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu", Ankara Barosu Dergisi, 1990/3; Y. Aliefendioğlu-E.Özbudun, "7, Avrupa Anayasa Mahkemeleri Sempozyumu Türkiye Raporu", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara, 1988, s.195. vd.; Y.Uler, "Anayasa Mahkemesi İptal Kararı Geriye Yürür", Bahri Savcı'ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yay., Ankara, 1988; E. Cansel, "Anayasa Mahkemesi'nin Verdiği İptal Kararından Doğan Kimi Sorunlar" Anayasa Mahkemesi'nin 30. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyuma sunulan tebliğ, Ankara, 1992; B. Kuzu, "Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu", İÜHFM, Cilt I. II, Sayı: 1-4.

kavramların birbiriyle çelişmediği somut olaylarda Anayasa Mahkemesi kararları geçmişe etkili olabilmelidir.

Örneklemek gerekirse: Süper emekliler olarak adlandırılan SSK emeklisi yurttaşların aylıklarını Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına dayanarak dondurmak, iptal kararının geçmişe yürütülmesidir ve kazanılmış hak, adalet, hakkaniyet, hukuk güvenliği, istikrar ilkelerinin ciddi şekilde ihlalidir. Buna karşın, "kıyak emeklilik" denilen, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına rağmen yeniden yasalaştırılan, (Parlamento üyelerine emeklilik hakkı tanıyan) Yasanın tekrar iptalinden sonra, kararın geriye yürümeyeceğinden söz ederek -diğer emeklilerle kıyaslanmayacak koşullarda verilen- emekli aylığının ödenmesine devam edilmesi ise, adalet, hakkaniyet, eşitlik, kamu yararı ve kamu düzeni ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. İptal kararı, bu olayda geriye yürütülmeliydi.

Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı - Anayasaya Uygun Yorum

Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı bağlamında ele alınması gereken bir diğer önemli bahis, karar gerekçelerinin bağlayıcılığıdır. Bilindiği üzere Anayasa Mahkemesi kararları, netice olarak iptal ya da istemin reddi olarak somutlaşmaktadır. Kararları iptal ve red klişeleriyle değerlendirmek, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığından söz etmekte yeterli olabilecek midir?[10]

Bu soruyu yanıtlarken karar gerekçesi nedir sorusunu da sormak gerekmektedir. En basit anlatımıyla karar gerekçesi, hüküm kısmının üzerine oturtulduğu sütunlardır. Red ya da iptal şeklinde sonuçlandırılan kararın zemininde hukuki tartışmalar yer almaktadır. Malzemesi hukuk olan bu sütunları, sonuç kısmından ayrı düşünmek mümkün değildir. Anayasa yargısını ve yargıcını Anayasa Hukukunun temel öğesi kılan; yargıç yapısı anayasa gerçeğini meydana getiren etken, karar gerekçeleridir. Anayasa yargıcı, Anayasanın ne olduğunu gerekçede söyler.

Karar gerekçelerinin anlamı ve önemi açıkça ortada olduğuna göre, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığından söz ederken, gerekçelerin bağlayıcılığını da kabul etmek gerekmektedir. Anayasa'nın 153. maddesinde yer alan kararların gerekçesi yazılmadan açıklanamayacağı hükmü, kararların sonuç ve gerekçelerinin birbirinden ayrı düşünülemeyeceğine dolayısıyla bağlayıcılığına işaret eden pozitif temeli oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, 1991/50 sayılı kararında karar gerekçelerinin bağlayıcılığını Mahkemenin yerleşik görüşü olarak belirtmiştir. Yüksek Mahkeme'nin bu konudaki düşüncesi şöyledir: "... Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik kararlarında da belirtildiği gibi bağlayıcılık kararlarının sonucu kadar gerekçeleri yönünden de geçerlidir. Bu nedenle yasakoyucunun aynı konuda çıkaracağı yeni yasada Anayasa Mahkemesi kararının sonucu ile birlikte gerekçesini de gözönünde bulundurması gerekmektedir.[11]

10 Siyasi parti kapatma davasında ise karar, red ya da kapatma olacaktır.
11 E.1991/27, RG: 29.1.1992, 21126.

Anayasa Mahkemesi karar gerekçelerinin bağlayıcılığı, anayasaya uygun yorum tekniğinin kullanılması durumunda daha da önem kazanmakta, hatta zorunlu hale gelmektedir.[12] "Bir yasa anayasaya uygun olarak yorumlanabildiği ve yorum seçildiğinde yasa hâlâ anlamını koruyabildiği taktirde, anayasaya aykırı değildir" şeklinde tanımlanan uygun yorum tekniği[13] Anayasa Mahkemesi'nin bir çok kararında kullanılmıştır.

Örneğin bir kararda, "bakanlıkça çıkarılacak tüzük" ifadesi, tüzüğün hazırlık çalışmalarının bakanlıkça yapılacağı şeklinde yorumlanmış ve iptal edilmemiştir.[14] Bir başka kararda Anayasaya uygun yorum tekniği şu şekilde kullanılmıştır: "... İnceleme konusu kuralda, çıkarılacak yönetmelikte, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Fonu'nun çalışma usul ve esasları ile diğer hususların gösterileceği belirtilmektedir. Çalışma usul ve esasları ibaresini, Anayasa'ya uygun bir yorumla, dava konusu Yasa'nın uygulanmasını sağlamak amacıyla, bu Yasa'da belirtilen esaslara uygun olarak yürürlüğe konacak kurallar biçiminde anlamak gerekir. Diğer hususlara ibaresi ise, yine bu yasaya aykırı olmamak kaydıyla Sayıştay denetimi gibi hususları kapsamaktadır..."[15]

Anayasaya uygun yorum tekniği, yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafeti düzenleyen yasa hükmünün iptali istemi incelenirken de kullanılmıştır. 25.10.1990 günlü 3670 sayılı Yasanın 12. maddesiyle, 2547 sayılı Yükseköğretim Yasasına Ek 17. madde olarak, "Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydıyla, yüksek öğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir" hükmü eklenmiştir. Söz konusu yasa maddesinin, Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiş olan, "Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların türbanla kapatılması serbesttir." şeklindeki kanun hükmünün tekrar yasalaştırılması anlamına geldiği gerekçesiyle iptali istenmiştir.

Anayasa Mahkemesi, bu davada "yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak" ifadesini Anayasa'ya ve Anayasa Mahkemesi kararlarına uygun olarak yorumlamış, anlamını belirlemiş ve iptal istemini reddetmiştir. Kullanılan yorum tekniğini, kararın ilgili bölümlerini izleyerek saptamak mümkündür:[16]

"... 'Yürürlükteki kanun' deyişinden sadece yasalarla getirilen bir düzenleme mi yoksa başta Anayasa olmak üzere yürürlükteki hukuk düzenine uygunluk mu anlaşılmalıdır konusu üzerinde önemle durulmalıdır. Anayasa'nın da bir yasa olması ve kurallar sıralamasında en üstte yer alması nedeniyle, 'yürürlükteki kanun' deyişinin Anayasa'yı öncelikle kapsadığından kuşku bulunmamaktadır... Böyle bir yorum, kuşkusuz kurallar sıralamasında en üstte yer alan Anayasa kurallarının ışığında, Anayasa'ya uygun olarak ve Anayasa Mahkemesi kararlarından yararlanılarak yapılmalıdır...

... Bu durumda dava konusu kuralda öngörülen yükseköğretim kurumlarındaki kılık kıyafet serbestisi dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla

12 Uler, yorumlu kararların bağlayıcı olduğunu yazmaktadır. Bkz. Y.Uler, a.g.e., s.525.
13 B. Çağlar, "Anayasa Yargısında Yorum", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yay,, Ankara, 1986, s.191 vd.
14 E. 1984/9, RG: 26.6.1985.
15 E. 1988/37, RG: 18.1.1990,20406.
16 E.1990/36, RG:31.7.1991,20946

kapatılması ve dinsel nitelikli giysileri kapsamaz... Ek madde 17'ye verilen bu anlam, geçici madde 1 ile birlikte değerlendirildiğinde Yasakoyucunun iradesine de uygun düşmektedir..."

Yukarıdaki karar açıkça göstermektedir ki Anayasa Mahkemesi karar gerekçesi bağlayıcı olmadığı takdirde, Anayasaya uygun yorum tekniği boşlukta kalmakta, anlamsızlaşmaktadır. Söz konusu kararın hukuk aleminde etkili olabilmesi, gerekçesinin bağlayıcı olmasını gerektirmektedir.

Ama şu da bir gerçektir: Karar gerekçelerinin bağlayıcılığı sorunu kolayca çözümlenebilir olmaktan uzaktır. Örneğin yukarıda bahsedilen karara karşıoy yazan Yargıç Mustafa Şahin'in görüşü dikkate değerdir. Yargıç M. Şahin'e göre: "Yorumlu red kararları, kuramsal ve kriterin ürünüdür. Henüz hukuk devleti olmayı bütün kurum ve kuralları ile gerçekleştirememiş, hukuka saygıyı ve uygar düşünceyi yerleştirememiş ülkemizde, yorumlu red kararlarının bağlayıcılığı tartışmalı olduğu gibi, çoğu kez de uygulanmamaktadır."

Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki kararlarından birinde aynen şöyle denilmektedir:"... Anayasa Mahkemesi, gerek iptal davası gerekse itiraz yoluyla açılan davalarda bir yasa hükmünün anlamını kendi hukuki görüş ve anlayışına göre yorumlayarak bir sonuca varmaktadır ve bu sonuç bilindiği üzere Anayasa'nın 153. maddesi gereğince yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlamaktadır. Ancak az da olsa kimi yargı yerleri bu yorumla kendilerini bağlı saymamakta ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırı yorumların sürüp gitmesine ve değişik uygulamalara neden olmaktadır.[17]

Ayrıca Anayasa Mahkemesi, süper emeklilerin maaşlarının dondurulmasıyla ilgili davada, yasakoyucuya yol göstererek kişilerin mağdur olmalarının önlenmesini istemiştir; ama neticede yasakoyucunun takdir yetkisi olduğuna ve karar gerekçesinin bağlayıcı olmadığına işaret eden ifadelere de yer vermiştir.[18] Bir diğer kararda ise Yüksek Mahkeme, Yasama ve Yürütmeye öneride bulunmaktan kaçındığını söylemektedir.[19] Öyle görünüyor ki karar gerekçelerinin bağlayıcılığı konusunda Anayasa Mahkemesi, henüz net bir tavır sergileyememektedir.

Uygulamada, Anayasa Mahkemesi karar gerekçelerinin bağlayıcı olmadığına ilişkin görüşlere rastlanmaktadır. Örneğin, Danıştay 8. Dairesinin 1988/192 sayılı kararında gerekçeyle bağlı olmadıkları belirtilmiştir. 8. Daire'ye göre:"... Anayasanın 153. maddesinin son fıkrası uyarınca Anayasa Mahkemesi kararlarının tüm yasama, yürütme ve yargı yerlerini bağlayacağı kuşkusuzdur. Aynı maddenin ikinci fıkrasında Anayasa Mahkemesi'nin yasakoyucu gibi hareket ederek yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde karar veremeyeceği belirtilmiştir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmeyip yürürlükte bırakılan bir yasa kuralının görülmekte olan bir davada uygulayan yargı yerlerinin bu yasa kuralının yorumunda Anayasa Mahkemesi'nin yorumuyla bağlı olmadığı, başka bir

17 E. 1985/22. AMKD Sayı: 23, s 46.
18 E. 1989/11, RG: 22.1.1990
19 E. 1989/14, RG: 2.3.1990,20449

anlatımla yürürlükteki bir yasanın yorumunun ancak o yasayı uygulayan yargı yerlerinin yetkisinde bulunduğu ve birbirinden ayrı yargı yerlerinin aynı yasayı birbirinden ayrı yorumlayabileceği duraksamaya yer vermeyecek ölçüde açıktır.

Bu nedenle ... Bu maddedeki kuralların Anayasa Mahkemesi kararında yer alan gerekçelerle bağlı olmaksızın Dairemizce yorumlanması gerekmektedir..."[20]

Benzer bir tartışma, Yargıtay Başkanı tarafından adli yıl açılış töreninde ortaya konmuştur. Yargıtay Başkanı'na göre: "Bir yasa, Anayasa'ya hepsi de uygun olmak kaydıyla, birden fazla şekilde yorumlanabiliyorsa, bunlardan hangisinin daha isabetli olacağını tayin yetkisi Anayasa Mahkemesi'ne değil yerel mahkemelere ve nihai safhada diğer yüksek mahkemelere aittir. Anayasa ve yasalar maddi olayları inceleyip değerlendirecek olan dava mahkemelerinin yorumlarıyla memleket ihtiyaçlarına uygun anlam kazanacaklardır."[21]

Karar gerekçelerinin bağlayıcılığı sorununu çözümlemeye çalışırken ortaya konması gereken bir kaç nokta daha bulunmaktadır:

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya uygunluk denetimi yaparken, Anayasayı yorumlamakta, Anayasa'nın ne olduğunu söylemektedir.[22] Hukukta istikrar ilkesi, hukuk kurallarının yargı yerlerince serbest yorumunu sınırlamaktadır. Temyiz incelemesi, içtihatların birleştirilmesi, hukuk kurallarının birden fazla okunuşunu önleyen cihazlardır. Aynı düşünüş, Anayasa hükümlerinin yorumlanmasında da mümkündür. Anayasa kurallarının yorumunda Anayasa Mahkemesi'nin önceliği, üstünlüğü vardır ve diğer yargı yerleri bu yorumla bağlı olmalıdır.[23]

Anayasa Mahkemesi karar gerekçelerinin bağlayıcılığı, bazı sakıncalar da içermektedir. İstikrar ilkesinin taşıdığı durağanlık, hukukun dar kalıplarda sıkışması tehlikesi söz konusudur. Değişik yorumların açtığı ufuklar, hukukun gelişmesini sağlayabilecektir. Halbuki Anayasa Mahkemesi'nin karar gerekçelerinin bağlayıcılığı kabul edildiğinde bir bakış açısıyla yetinmek durumunda kalınacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemeyeceğini söyleyen 153/2. madde, karar gerekçelerinin bağlayıcılığına engel teşkil edebilir mi? Sorusu da akla gelmektedir.[24] Özellikle Anayasaya uygun yorum tekniği kullanıldığında Anayasa Mahkemesi önüne gelen yasaya yeni bir anlam verebilmektedir. Yasaya yeni bir anlam vermek, kanunkoyucu gibi hareket etme sayılabilecek midir? Ayrıca doktrinde

20 8.D. E. 1986/402, Danıştay Dergisi, Sayı: 72-73, s.516

21 Milliyet, 7.9.1991.

22 Jürisprüdansiyel Anayasa Hukuku hakkında Bkz. B. Çağlar, Anayasa Bilimi, İstanbul, 1989; B. Çağlar, 'Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi", Anayasa Yargısı 7, Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara 1990, s.57 vd.

23 L.Duran, "Anayasa Mahkemesi'nin öteki yüksek mahkemelerin üstünde olduğu görünümü ve anayasa yargısı ve özellikle itiraz yolu ile tüm mahkemeleri denetlemek, uygulama ve içtihatlarını yönlendirmek olanağına sahip bulunduğu izleniminden söz etmektedir. Bkz. L Duran, "Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yay., Ankara, 1984, s.82.

24 Y. Aliefendioğlu-E. Özbudun, "7. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Sempozyumu Türkiye Raporu", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yay., 1988, s.189.

Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarını oluştururken 'yargıçlar hükümetine zemin oluşturabilmesi ihtimaline de dikkat çekilmiştir.[25] Yüksek Mahkemenin kararlarının gücünü belirlerken kuvvetler dengesi gözardı edilmemelidir.[26]

Ancak, belirtmek gerekir ki, Türk Anayasa Mahkemesi, 'yargıçlar hükümeti' nitelemesini gerektirecek bir tutum sergilememektedir. Aksine hukuk devletinin temel taşlarından biri olarak hukuk sistemimizde saygın bir konumdadır.[27]

153. maddede yer alan kanun koyucu gibi hareket etme yasağı ise iptal kararlarına getirilen bir sınırlamadır. 1961 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde, seçim sistemindeki baraj hükmünün iptal edilerek barajsız D'hont sisteminin uygulanmasına yol açılması; af kanununda bazı suçların kapsam dışında tutulmasını öngören hükmün iptal edilerek af kanunun kapsamının genişletilmesi gibi uç örnekler gözönünde tutularak, sözkonusu sınırlama getirilmiştir. Dolayısıyla kanunkoyucu gibi hareket yasağı, gerekçelerin bağlayıcılığı boyutunda düşünülmemelidir. En azından Anayasa Mahkemesi'nin kararları günümüzde böyle bir izlenim uyandırmamaktadır.

Görülen odur ki, Yüksek Mahkeme, yetkilerini kullanırken ihtiyatlı davranmaktadır. Örneğin, Anayasa değişikliklerini denetleme içtihadını sürdürmemiştir; önüne gelen yürütmeyi durdurma istemini reddetmiştir. Şu hususu da belirtmek gerekiyor: Günümüzde af kanunundaki duruma benzeyen iptal kararları, Şartlı Salıvermeye ilişkin kanunun bazı hükümlerinin iptali istemi neticesinde de verilmiştir. Ama Anayasa Mahkemesi kanunkoyucu gibi hareket ettiği için eleştirilmemiştir. Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası döneminde gösterdiği performansla yargıçlar hükümeti ve kanunkoyucu gibi hareket etme eleştirilerinden uzak kalabilmiştir.

Anayasa Mahkemesi karar gerekçelerinin bağlayıcılığı konusunda bir diğer etken ise kararlarda maddi ve hukuki hataların bulunmamasıdır. Ortalama bir hukukçunun bilmesi lazım gelen bilgilerin eksikliği, hukuki yorum ve mantık kurallarının dışına çıkılması, karar gerekçesinin değerini negatif etkileyecektir. Yargı mercileri, Anayasa Mahkemesi kararlarında böylesi hatalara rastladıkları zaman, gerekçesini belirterek, karar gerekçesiyle kendilerini bağlı saymayabilirler. Nitekim, yukarıda sözü edilen Danıştay 8. daire kararında, Anayasa Mahkemesi, kabul edilemeyecek bir gerekçe kullandığı için, 8. daire kendini Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesiyle bağlı saymamıştır.[28]

---

25 E. Teziç, Anayasa Hukuku,'İstanbul, 1986, s.196.

26 "Bu durumda, 'all the law is judge made law' teorisi, sadece mahkemelerin yorumlama iktidarını dikkate aldığı, diğer organları hesaba katmadığı ölçüde gerçeklerden uzaktır." B. Çağlar, Anayasa Bilimi s.25.

27 Anayasa Mahkemesi'nin "İkame hukuk muhalefeti" olma misyonu hakkında Bkz. B. Çağlar, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında" ... a.g.e., s.107; Anayasa Mahkemesi ve Anayasa Yargısı hakkında genel bir değerlendirme için bkz. Y. Yayla, "İktidar ve Yargı veya Anayasa Yargısı ve Hukuk Devleti" Kamu Hukuku Bülteni, Sayı 3, Mart 1990.

28 Anayasa Mahkemesi, il-ilçe yönetim kurullarının idari yargı mercii olma niteliklerinin devam ettiğini söylemiş, Danıştay 8. Dairesi, haklı olarak, bu görüşle kendini bağlı saymamıştır Bkz. Danıştay S. D.E 1986/402, Danıştay Dergisi, Sayı 72-73, s. 514

Son olarak, karar gerekçelerinin bağlayıcılığından söz edebilmek için, kararlarda belli bir çizginin varlığı da gerekmektedir. Bir kararda beyaz olarak nitelenen bir olgu diğer kararda siyah diye niteleniyorsa, karar gerekçelerinin bağlayıcılığından bahsetmek mümkün olamaz. Bu konu aşağıda ele alınacaktır.

Anayasa Mahkemesi Kararlarının Anayasa Mahkemesi Açısından Bağlayıcılığı

Yukarıda da belirtildiği gibi, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı, kararlarda istikrar öğesine de yer verilmesini zorunlu kılmaktadır. Karar gerekçelerinin bağlayıcılığını gerektiren istikrar ilkesi, hukukta uygulama birliği, bu ilkelere Yüksek Mahkemenin de dikkat etmesini icab ettirir.[29]

Değişen koşullar, gelişmeler, hiç kuşkusuz yargı kararlarını etkilemektedir. Ektilemelidir de. Fakat hiçbir değişiklik gerekçesi ortaya koymaksızın birbiriyle çelişen kararlar verilmesi, Anayasa Mahkemesi kararlarının saygınlığını azaltacaktır.[30]

Anayasa Mahkemesi üyeleri, siyasi bir kurulun üyeleri gibi oy kullanamazlar. Anayasa Mahkemesi yargı merciidir, Yüksek Mahkeme'dir. Anayasa Mahkemesi üyelerinin, Anayasa Hukukunun temel unsuru olan Anayasa Mahkemesi içtihatlarını yarattıklarının bilincinde olarak görev yapmaları gerekmektedir. Sadece üyelerin kişisel görüşleriyle izah edilebilecek karar zikzakları mahkeme kararlarının değerini ve kurumu zedeleyecektir. Unutulmamalıdır ki Anayasa Mahkemesi, siyasalı hukukileştiren bir kurumdur, hukuku siyasallaştıran değil.[31]

Anayasa Mahkemesi Kararlan ve Yasama Organı

Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı hüküm altına alınırken, ilk sıra yasama organına verilmiştir. Yasama organı, Anayasa'nın emrine göre, Anayasa Mahkemesi'nin iptal ettiği bir metni, tekrar yasalaştıramayacaktır.

"Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile yönetim makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı belirtilmiştir.

Yasakoyucu, yasa düzenlemelerinde hukuk ve Anayasa'nın üstün kurallarına bağlıdır. Buna göre Anayasa'ya aykırı bulunan kuralların yeniden yasalaştırılmaması gerekir. Anayasa'ya aykırılığı Anayasa Mahkemesi'nce saptanmış kuralların aynı amaç doğrultusunda yeniden yasalaştırılması, kararı etkisiz duruma düşürmek anlamına gelir...

---

29 Anayasa Mahkemesi'nin kendi yorumuyla bağlı olmadığı görüşü için bkz. E. Özbudun-Y.Aliefendioğlu, a.g.e., s. 192

30 Yüksek Mahkeme içtihatlarının oluşturulması konusunda uygulamacıların başvurması gereken bir eser olarak Bkz R.Latournerie, Conseil D'etatanın Yargılama Yöntemleri Üzerine Bir Deneme, (Çev. Y.Yayla), İ.Û. SBF Yay., İstanbul, 1982

31 Örnekler için Bkz. E. 1988/1, RG: 26.11.1988-E. 1989/17, RG: 15.6.1991 (Askeri yargı); E. 1988/64, RG: 21.4.1990/E 1990/1, RG: 16.7.1991 (KHK'lerin ivedi hallerde çıkarılabilmesi); E. 1990/1, RG: 16.7.1991, 1990/38, RG: 28.11.1991 (Mahalli idarelerin görev ve yetkileri); Anayasa Mahkemesi'nin fonların denetimi konusunda verdiği kararlar için Bkz. T. Yıldırım, Türk İhracat Rejimi, İstanbul, 1991, s.95 vd.

... Bir yasa kuralının Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasına aykırılığından söz edilebilmesi için, iptal edilen önceki kuralla içeriği yönünden 'aynı' ya da 'benzeri' olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Burada iki kuralın özdeş olması yetmeyecek, kurallar arasında 'teknik içerik ve kapsam' bakımından da benzerlik aranacaktır.

Teknik içerik ve kapsam bakımından benzerlik, iptal edilen yasa ile yeniden çıkarılan yasanın sözcüğü sözcüğüne aynı olması anlamına gelmez. Çünkü böyle bir anlayış 153. maddenin son fıkrasındaki kuralı anlamsız ve uygulanmaz kılar. Konu ve kapsam bakımından sözcüklerde farklılıklar olsa bile ikinci yasanın aynı amaç doğrultusunda Anayasa Mahkemesi kararına karşın onu etkisiz kılmak amacıyla çıkarıldığının saptanması aranan koşulun gerçekleşmiş sayılması için yeterlidir..."[32]

Geniş kapsamlı Anayasa değişikliklerinin gündemde olduğu şu sıralarda, Anayasa'yı ihlal eyleminin müeyyidesi de düşünülmelidir. Anayasa'ya aykırılığı saptanmış kuralların yeniden yasalaştırılmasını önleyecek düzenleme getirilmesi, gereklidir.

Anayasa Mahkemesi, önüne gelen bu tür istemlerde, iptal yerine yokluğu tespit etmek yolunu seçerse, hiç olmazsa Anayasa'ya aykırılığı sürdürerek bir takım hukuk dışı kazanımların önüne geçilmiş olunacaktır. Çünkü böyle bir durumda Anayasa Mahkemesi'nin kararının geriye yürümeyeceği gerekçesi anlamsız kalacaktır. Çünkü hukuk aleminde sonuç doğurmayan bir metne dayanılarak hak kazanmak mümkün olamayacak ve doğmamış bir hakkın hukuk önünde savunulması söz konusu edilemeyecektir.[33]

32 A.Y. M. E. 1991/27, RG: 29.1.1992,21126.

33 Yargıç M. Turan, 1988/11 Esas sayılı karara yazdığı karşıoyda, Anayasaya aykırılığı saptanmış bir metnin yeniden yasalaştırılması halinde ikinci yasanın mutlak butlanla batıl sayılması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. RG: 28.7.1988.

(33. Makale - 1994)

Prof. Dr. Selim KANETİ

*Anayasa Mahkemesi Kararları'na Göre Yasama Yetkisi İle Yürütmenin Düzenleme Yetkisinin Sınırları**

---

* Selim Kaneti, "Anayasa Mahkemesi Kararları'na Göre Yasama Yetkisi İle Yürütmenin Düzenleme Yetkisinin Sınırları", İÜHF Mecmuası, Yıl 1994, Cilt 54, Sayı 1-4, 33 – 44.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI'NA GÖRE YASAMA YETKİSİ İLE YÜRÜTMENİN DÜZENLEME YETKİSİNİN SINIRLARI

Prof. Dr. Selim KANETİ(*)

I. Giriş

1961 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 5. maddesine göre: *"Yasama yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi'nindir. Bu yetki, devredilemez."*

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 7. maddesi, *"Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'nindir. Bu yetki devredilemez."* şeklindeki anlatımla aynı hükme yer vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, bu hükmü şu yolda anlamlandırmıştır: Yasama yetkisi ilkel bir yetki olup, yasama organı olan Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne verilmiştir. Yasakoyucu Türkiye Büyük Millet Meclisi belli konularda gerekli kuralları koyacak, çerçeveyi çizecek, eğer uygun ve zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda, sınırları belirlenmiş, iyice gösterilmiş, alanlar bırakacak, idare, ancak o alanlar içinde takdir yetkisine dayanmak sureliyle, yasalara aykırı olmamak üzere, birtakım kurallar koyarak, yasanın uygulanmasını sağlayacaktır. Esasen, Anayasanın Yürütme yetkisi ve görevini, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak uygulanacağı ve yerine getirileceği hakkındaki hükmünün anlamı da budur[(1)]

Bu incelememizde üzerinde duracağımız sorun şudur: Yasanın düzenlenmesini idareye bırakabileceği alanların sınırları, ne şekilde çizilmelidir ki, bu yön Yasama yetkisinin devri olarak yorumlanmasın? Bu sorunun Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının ışığında aydınlatılmasını amaçlamaktayız.

II. AYRIK TUTULMASI GEREKEN ÖZEL DURUMLAR

Ele aldığımız sorunu çözüme bağlamadan önce, Anayasa'nın değişik maddelerindeki özel kuralları ayrık tutmak gerekmektedir. Gerçekten Anayasa'nın 7. maddesindeki Yasama yetkisinin devredilemiyeceği biçimindeki hüküm, genel nitelikte bir kuraldır. Bu kural Anayasa'nın değişik maddelerindeki özel kurallar göz önünde tutularak değerlendirilmelidir.

1. Vergi Ödevi Konusunda Bakanlar Kuruluna Verilebilecek Düzenleme Yetkisi

Anayasa 73, IV uyarınca vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde, kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içerisinde değişiklik yapmak yetkisi, Bakanlar

---

(*) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Merhum Öğretim Üyesi.

(1) Anayasa Mahkemesi, 25.10.1969, 41/57; (R.G. 12.3.1971); 19.4.1988. 16/8: (R.G. 23.8.1988)

Kurulu'na verilebilir. Anayasa Mahkemesi yasa ile Bakanlar Kurulu'na hükümde öngörülen yetkinin verilebilmesinin amacını şu şekilde saptamıştır: *"Çağdaş devletlerin; sermaye birikiminin teşviki, kalkınma hızının artırılması, enflasyonun durdurulması, işsizliğin önlenmesi, ödemeler dengesi açığının giderilmesi ve tüketim yapısının ıslahı gibi temel sosyo-ekonomik amaçlara ulaşmak için, kullandığı etken araçlardan biri çeşitli gelirlere uygulanan vergi oranlarının indirilip yükseltilmesidir. Anayasa'nın 73. maddesinin son fıkrasında "vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırları içinde değişiklik yapmak yetkisi, Bakanlar Kurulu'na verilebilir" hükmüne yer vermesi bu nedenledir."*[(2)]

2. Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi

Anayasa 91 uyarınca, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kurulu'na, bu hüküm çerçevesinde Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisi verebilir. Yetki kanunu çıkarılacak Kanun Hükmünde Kararname'nin amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılamayacağını gösterir. Anayasa, 148 uyarınca, Anayasa Mahkemesi, Kanun Hükmünde Kararname'lerin de Anayasaya şekil ve esas bakımlardan uygunluğunu denetler.

3. Olağanüstü Haller ve Sıkıyönetim Süresince Çıkarılacak Kanun Hükmünde Kararnameler

Anayasa 121,III uyarınca, olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda Kanun Hükmünde Kararname'ler çıkarabilir. Yine Anayasa 122,II uyarınca Sıkıyönetim süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu sıkıyönetim halinin gerekli kıldığı konularda, Kanun Hükmünde Kararname çıkarabilir. Anayasa 148,I uyarınca, olağanüstü hallarde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnamelerin şekil ve esas bakımdan Anayasaya aykırılığı iddiası ile, Anayasa Mahkemesi'nde dava açılamaz.

4. Dış Ticaretin Düzenlenmesi

Anayasa 167,II uyarınca dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla, ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri mali yükümlülükler dışında, ek mali yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Bakanlar Kurulu'na yetki verilebilir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa 167,II'yi geniş bir biçimde yorumlamıştır.

Anayasa Mahkemesi'ne göre:

"Anayasa'nın 73. maddesi uyarınca, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler ancak kanımla konulur, değiştirilir veya kaldırılır. Bunlardan muaflık, istisnalar ve indirimler ile oranlarına ilişkin hükümlerde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik

(2) Anayasa Mahkemesi. 19.3.1987, 5/7; (R.G. 12.11.1987; ayrıca bkz. KANETİ, Vergi Hukuku 2. Bası İstanbul, 1989, s. 38. 39.

yapmak yetkisi Bakanlar Kurulu'na verilebilir. Oysa Anayasa'nın 167. maddesinin ikinci fıkrası ile sözü edilen "ek mali yükümlülüklerin" konulması ve kaldırılmasında Bakanlar Kurulu'na kanunla yetki verilmesi söz konusudur. Bu "ek mali yükümlülüklerin" konulması ve kaldırılmasında Bakanlar Kurulu'na kanunla yetki verilmesi söz konusudur. Bu "ek mali yükümlülüğün konulması", onun nevinin ve miktarının saptanması demektir. Türü ve miktarı belli olmayan bu yükümlülük konulamaz. Şu halde, dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına düzenlenmesi amacıyla ek mali yükümlülükler koymaya yetkili Bakanlar Kurulu, ülke ekonomisi ne gibi ek mali yükümlülükler konulmasını gerektiriyorsa, bunun nevini ve miktarını saptamada serbest olacaktır. Esasen, önceden nelerden ibaret olacağını saymaya ve miktarını saptamaya olanak da yoktur. Başka ülkelerin alacağı önlemlere veya onların ekonomisinin gidişine ya da memleketimizdeki olaylara bakılarak günü gününe alınacak tedbirlerle dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına düzenlenmesini sağlayacaktır"[(3)]

5. Yürütmenin Tüzük ve Yönetmelik Çıkarma Yetkisi

Anayasa, 115 uyarınca, Bakanlar Kurulu, kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere, kanunlara aykırı olmamak ve Danıştay'ın incelemesinden geçebilmek şartıyla, tüzükler çıkarabilir. Anayasa Mahkemesi'ne göre:" *Yürütmenin tüzük ve yönetmelik çıkarmak gibi klasik düzenleme yetkisi, yönetimin yasallığı ilkesi çerçevesinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki durumundadır. Bu bakımdan Anayasada öngörülen ayrık durumlar dışında yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yasa ile yetkili kılınmış olsa da yürütmenin sübjektif hakları etkiliyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Öğretideki görüşler de bu doğrultudadır. Hakkında yasa bulunmayan konularda tüzük ve yönetmelik çıkarılamıyacağına göre, doğrudan Anayasa'ya dayanan böyle bir düzenlemenin de yapılmaması gerekir. Yetkili organ ve makamlar, düzenleyici işlemler için anayasada dayanak aramak zorundadırlar. Serbestçe ve diledikleri gibi, özerk düzenleme yetkisi değil, ancak türevsel ve bağımlı, daha açık bir anlatımla yalnız yasaya dayanan düzenleme yetkisi tanınmıştır."*[(4)]

III. AYRIK HALLER DIŞINDA YASANIN YÜRÜTME ORGANINA DÜZENLEME YETKİSİ VERMESİNİN SINIRLARI ve ÖLÇÜTLERİ

Ayrık haller dışında, yasama yetkisinin yürütme organına devredilmiş sayılmaksızın, yasa ile yürütme organına verilebilecek düzenleme yetkisinin sınırlarını belirlemede uygulanacak ölçütleri Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında dile getirmiş bulunmaktadır.

1. Yasakoyucunun Temel Kuralları Saptadıktan Sonra Uzmanlık ve İdare Tekniğine İlişkin Hususların Düzenlenmesi İçin Hükümete Yetki Verebilmesi Ölçütü

Anayasa Mahkemesi 10.12.1962 tarihli ve 198/111 sayılı kararında[(5)] bu ölçüte yer vermiş bulunmaktadır. Bu karara göre:

(3) Anayasa Mahkemesi, 11.1.1985, 6/1; (R.G. 17.6.1985)
(4) Anayasa Mahkemesi, 19.4.1988, 16/8; (R.G. 23.8.1988)
(5) R.G. 24.1.1963

"Anayasa'mız, yasaya yetkisini, yürütme görevini ayrı ayrı organlara vermekle yumuşak kuvvetler ayrılığı ilkesini benimsemiştir. Buna göre yasama organı yasa yapma yetkisini başka organlara devredemez. Bu ilke, Anayasa'nın 5. maddesinde açıklanmıştır.

Yasama organı bir yasa yaparken bütün olasılıkları gözönünde bulundurarak ayrıntılara ait kuralları da saptamaya yetkilidir. Ancak yasama organının yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında gerekli önlemleri almasının güçlüğü karşısında, ***yasakoyucunun temel kuralları saptadıktan sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususların düzenlenmesi için Hükümete yetki vermesi, yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey değildir. Bu koşullar altında yürütme organının görevlendirilmesi yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemez****".*

Bu gerekçe ile Anayasa Mahkemesi 7.1.1932 günlü ve 1918 sayılı Kaçakçılığı Men ve Takibi Hakkında Kanununa 6829 sayılı yasa ile eklenen ek 1 maddenin 1. fıkrasındaki *"Kaçakçılığın men ve takibi için lüzum görülen yerlerde icra Vekilleri Heyeti karan ile emniyet bölgeleri ihdas olunur".* Anayasaya aykırı olduğu savını reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre:

"itiraz konusu fıkra ile yasa koyucu, emniyet bölgeleri ihdası konusunda Hükümet'e yetki verirken bunun ancak kaçakçılığı men ve takip maksadıyla gerekli görülen yerlerde uygulanacağını ve bu bölgeye girecek bir kısım madde ve eşyanın kaçakçılığı önlemek için, kontrola bağlı tutulacağını ve bu kontrolün idari makamlarca yapılacağını kabul etmekle ***maksat ve hedefini açıklamış ve esas kuralları belirtmiş*** *ve emniyet bölgeleri, bunların yer ve sınırları ve bu bölgeye girecek izne bağlı malların cinsini belirleme sorunu* ***zamana, teknik ve ekonomik gereklere*** *göre olacağından bu yönlerin belirtilmesini de Hükümet 'e bırakmıştır. O kadar ki bir bakımdan yasakoyucunun bunları önceden saptaması bazı sakıncalar doğurabilir. Nitekim, kaçakçılık yapılan bölgeler zamana ve günün ekonomik gereklerine göre sık sık değişebilir. Yine madde ve eşyanın türleri de aynı nedenle sık sık değişebilir veya önemsiz derecede azalabilir. Bu taktirde kamu yararı adına alınmış olan bu önlemlerin hemen değiştirilmesi veya kaldırılması gerektiğinde yasanın değiştirilmesi veya yürürlükten kaldırılması gerektiğinde yasanın değiştirilmesi veya yürürlükten kaldırılması zorunluluğu doğar. Yasama faaliyetinin ağır işlemesi nedeniyle bunun zamanında sağlanması olanaksızdır".*

Aynı ölçütün Anayasa Mahkemesi'nin 16.1.1963 tarihli ve 232/9 sayılı kararında aşağıdaki şekilde dile getirildiğini görmekteyiz[(6)]

"Yasama organı, yasa yaparken bütün olasılıkları gözönünde bulundurup ayrıntılara ilişkin kuralları da belli etmek yetkisine sahip olmakla beraber, ***zamanın gereklerine göre, sık sık değişik önlemler almasına, alınan önlemlerin kaldırılmasına veya tekrar konulmasına gerek görülen hallerde yapısı bakımından, ağır işlediğinden ve günlük olayları izleyerek zamanında alınması güç bulunduğundan esaslı kuralları belirttikten sonra uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin hususların düzenlenmesi işi ile yürütme organını görevlendirmesi de yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey değildir".***

(6) R.G. 11.5.1963.

Bu kararın en ilginç yönlerinden biri de yürütme organının düzenleyici hukuki tasarruflarda bulunabilmesinin tüzükler ve yönetmeliklerle sınırlı olmadığını vurgulamasıdır. Kararda bu yön aşağıdaki şekilde açıklanmıştır:

"Anayasa'mız, 107. ve 113. maddelerinde, yürütme organının gösterilen esaslara uygun olmak koşuluyla, tüzükler ve yönetmelikler çıkararak düzenleyici hukuki tasarruflarda bulunabileceğini kabul etmiştir. ***Ancak yürütme organının bunun dışında, yasanın buyruğuna uyarak genel nitelikte hukuki tasarruflarda*** *bulunması da idare hukuku esaslarına uygundur. Bunun aksini kabul etmek; yürütme faaliyetini çok dar ve işlemesi güç bir çerçeve içerisine sokmak gibi bir sonuç doğurur ki, bunun da Anayasa'nın maksat ve ruhuna uygun düşmeyeceği ve idare fonksiyonunun isterleriyle bağdaşamıyacağı meydandadır".*

Anayasa Mahkemesi 28.3.1963 tarihli ve 4/71 sayılı kararında(7). 20.2.1930 tarihli ve 1567 sayılı Türk Parasını Kıymetini Koruma Hakkındaki Kanunun 6285 sayılı yasa ile değişik 1. maddesinin Anayasaya aykırı olup olmadığını ele almıştır. Sözü geçen madde aynen şöyledir:

"Kambiyo, nükut, esham ve tahvilat alım ve satımının ve bunlarla kıymetli madenler ve kıymetli taşlarla bunlardan mamul ve bunları muhtevi her nevi eşya ve kıymetlerin ve ticari senetlerle tediyeyi temine yarayan her türlü vasıta ve vesikaların memleketten ihracı veya memlekete ithalinin tanzim ve tahdidine ve Türk parasının kıymetinin korunması zımnında kararlar ittihaza İcra Vekilleri Heyeti selahiyetlidir".

Anayasa Mahkemesi bu hükmün Anayasaya aykırı olup olmadığını saptarken, önceki kararlarındaki ölçütü şöylece tekrar etmektedir:

"Anayasa'mız yasama yetkisini, yürütme görevini, yargı yetkisini ayrı ayrı organlara vermekle Anayasa Komisyonu raporundaki tabirle yumuşak kuvvetler ayrılığı esasını kabul etmiştir. Buna göre şüphesiz yasama organı kanun yapma yetkisini başka ellere bırakamaz. Bu prensip Anayasa'nın 5. maddesinde açıklanmıştır. Yasama organı, herhangi bir sahayı Anayasa 'ya uygun olması şartı ile düzenleyebilir. ***Bu düzenlemede bütün ihtimalleri göz önünde bulundurarak teferruata ait hükümleri de tespit etmek yetkisini haiz ise de; zamanın gereklerine göre sık sık tedbirler alınmasına veya alınan tedbirlerin kaldırılmasına ve yerine göre tekrar konulmasına lüzum görülen hallerde, yasama organının, yapısı bakımından, ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında tedbirler almasının güçlülüğü karşısında esaslı hükümleri tespit ettikten sonra ihtisasa ve idare tekniğine taalluk eden hususların düzenlenmesi için Hükümeti görevlendirmesi de yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey değildir.*** *Şu hale göre; bu durumu yasama yetkisinin yürütme organına bırakıldığı anlamına almak doğru olmaz".*

Anayasa Mahkemesi aşağıdaki gerekçe ile ve oy çokluğuyla 1567 sayılı kanunun 6285 sayılı kanunla değiştirilmiş, 1. maddesinin, anılan ölçüte dayanarak, Anayasaya aykrı olmadığına karar vermiştir:

(7) R.G. 18.10.1963.

"İtiraz konusu 1567 sayılı kanunun 1. maddesiyle kanunkoyucu Hükümetin hangi sahayı düzenleyeceğini tespit etmiştir. Bunlar da; "Kambiyo, nükut, esham ve tahvilat alım ve satımının ve bunlarla kıymetli madenler ve kıymetli taşlarla bunlardan mamul ve bunları muhtevi her nevi eşya ve kıymetlerin ve ticari senetlerle tediyeyi sağlayan her türlü vasıta ve vesikaların memleketten ihracını veya memlekete ithalini tanzim ve tahdit etmek ve Türk parasının kıymetinin korunması zımnında kararlar almaktır. Bu hükümlerle düzenlemenin yönü tayin ve esası tespit olunmuştur.

İktisad kanunlarının kabul ettiği esaslara göre yürütülecek olan ve bunun dışına çıkıldığı taktirde memleketi büyük mali zararlara uğratacağı şüphesiz bulunan ve teknik konuları kapsayan ve geciktirmeden zamanında tedbirler alınması ve icabında derhal kaldırılması ve değiştirilmesi gerek bu alanın, kanunkoyucu tarafından doğrudan doğruya düzenlenmesi bazı sakıncalar doğurabilir. Çünkü, yukarıda da söylendiği gibi yasama organının yapısı itibariyle günlük olayları izleyememesi ve ağır işlemesi yüzünden bunun zamanında sağlanması mümkün olamaz. ***Bu sebepledir ki, kanunkoyucu düzenleme alanının esaslarını tespit ve amacı tayin ettikten sonra alınacak tedbirlerin ihtiyaca uygunluğunu sağlamak üzere yürütme organını görevlendirmiş ve bu görevin gerektirdiği tasarruflarda bulunmak yetkisini vermek suretiyle yasama yetkisini bu yolda kullanmayı uygun bulmuştur".***

Ancak Anayasa Mahkemesinin oy çokluğu ile verdiği kararda kendi koyduğu ölçütü isabetli bir biçimde uyguladığını söylemek mümkün görülmemektedir. Çünkü yasada konulmuş bir sınır ya da esas mevcut değildir. 1567 sayılı kanunun değişik 1. maddesi ile Bakanlar Kuruluna müphem ve sınırsız geniş bir yetki verildiği açıktır. Dolayısı ile Anayasa Mahkemesi'nin kararda vurguladığı ölçütü uygulayarak, 1567 sayılı kanunun değişik 1. maddesini iptal etmesi gerekirdi. Nitekim bu yön kararın karşıoy yazılarında tam bir açıklıkla aşağıdaki şekilde ortaya konulmuştur:

"Kanunkoyucu ele aldığı bir konuyu en ince teferruatına kadar bizzat düzenliyeceği gibi zamanımızda idare tekniğinin ve iktisadi mevzuların iktisap ettiği önemle mütenasip ve ihtisasa taalluk eden ve teferruat sayılabilecek olan hususların düzenlenmesini yürütme organına da bırakabilir. Ancak bu taktirde konunun niteliğine göre takip edilecek siyasetin genel esaslarını tayin ve yürütme organının tanzimi tasarruflarda bulunabileceği alanın sınırlarını tereddüt ve iştibaha yer bırakmıyacak şekilde tespit etmesi gerekir. Şuraya da işaret etmek lazımdır ki yürütme organına verilecek teferruatı düzenleme yetkisinin Anayasa ile mutlak surette bir kanun konusu sayılmış olan hususlara taalluk etmesi de şarttır. Aksi halde yasama yetkisi yürütme organına devredilmiş ve temel hak ve hürriyetlerin idari emir ve kararlar ile sınırlandırılmasına yol açmış olur.

1567 sayılı kanunun değişik birinci maddesi ile Bakanlar Kurulu'na yetki verilmesinde bu ana esas ve prensiplere riayet edilmemiş. Bakanlar Kurulu'na müphem ve sınırsız genel bir yetki verilmiş olduğu açıktır. Düzenlenmesi gereken mevzuu ne kadar geniş ve seyyal olursa olsun takip edilecek siyasetin genel esasları tayin ve yürütme organına düzenleme yetkisinin sınırları tespit edilmeden sadece düzenlenecek konunun zikredilmesi suretiyle yürütme organına genel ve objektif hukuk kuralları koymak yetkisi verilmesini, çoğunluk kararında ifade edildiği gibi

yasama yetkisinin kullanılması ve yürütme organına teknik ve ihtisasa taalluk eden teferruat hükümlerinin tespiti yetkisinin bırakılması mahiyetinde telakki ve kabul etmek mümkün değildir[8].

1567 sayılı kanunun değişik 1. maddesinin olağanüstü bir durumun ortaya koyduğu bir ihtiyacı karşılamak için konulmuş olması, onu anayasaya uygun duruma getirmez. Bu yön de karardaki karşıoy yazılarında tam bir açıklıkla ve aşağıdaki şekilde dile getirilmiştir:

"Yürütme organının, duruma göre süratle işe müdahale ederek kararlar alması zorunluluğun, kendisine peşinen geniş ve hudutsuz yetkiler verilmesini gerekli kıldığı yolunda bir mülahaza da bahis konusu 1 inci maddenin Anayasa 'ya uygunluğunu ispat edemez. Verilen yetkinin sınırlarını açıkça çizmekle, yürütme organının bu çerçeve içinde süratle müdahalesini önlenmiş olmazdı.

1567 sayılı kanunun, fevkalade halin ortaya koyduğu bir ihtiyacı karşılamak için kabul edildiği gerekçeden anlaşılmaktadır. Fakat kanunun kabulünü gerektiren sebep ve şartlar üzerinde durmaya mahal yoktur. ***Çünkü bu sebep ve şartlar ne olursa olsun Anayasaya aykırı olan bir kanunun hukuk düzeninde yer alması tecviz edilemez****. Kaldı ki Anayasa'nın 123. üncü maddesinde olağanüstü hallerde dahi vatandaşlar için konulabilecek yükümlerin kanunla düzenleneceği açıklanmıştır.*

Bakanlar Kurulu kararlarının kazai mürakabeye tabi olması da, kanunun Anayasa 'ya uygunluğunu tayin için ölçü olamaz. Çünkü yürütme organı kanunun çizdiği sınır içinde kalabilir. Fakat bu hudut yetersiz veya Anayasa'ya aykırı olabilir"[9].

2. Yürütmeye Verilecek Düzenleme Yetkisinin Sınırlı, Açık ve Belirgin Olması Ölçütü

Yasa ile yürütmeye tanınabilecek düzenleme yetkisini birincisine oranla daha **dar bir kalıp içine** alan bu ikinci ölçütün ilk belirtisi Anayasa Mahkemesi'nin 23-25.10.1969 tarihli ve 41/57 sayılı kararında yer almaktadır[10]. Bu karara göre:

"Anayasa'nın 107. maddesi uyarınca tüzükler, ya yasaların uygulanması ereği ile ya da yasaların göstereceği yönleri düzenlemek üzere konulabilir; 113. maddesi uyarınca da yönetmelikler yalnızca yasaların veya tüzüklerin nasıl uygulanacağını belirlemek için yapılabilir. Demek ki Anayasa'nın 5. ve 64. maddelerine göre ilkel bir yetki olan yasama yetkisine sahip yasakoyucu, belli konuda gerekli kuralları eksiksiz olarak koyacak, ***eğer uygun veya zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları iyice gösterilmiş alanlar bırakacak, idare ancak o alanlar içindeki taktir yetkisine dayanarak, yasalara aykırı olmamak üzere bir takım kurallar koyup yasanın uygulanmasını sağlayacaktır.*** *Anayasa'nın 6. maddesindeki yürütmenin yasalar çerçevesinde görevini yetine getireceği kuralının anlamı budur."*

(8) Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 28.3.1963 tarihli ve 4/71 sayılı kararında, üye Rıfat GÖKSU ve üye İ. Hakkı ÜLKMEN'in karşıoy yazıları ile, karardaki diğer karşıoy yazılan.

(9) Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 28.3.1963 tarihli ve 4/71 sayılı kararında, üye Şemsettin AKÇAOĞLU, üye İbrahim SENİL ve üye Celalettin KURALMEN'in karşıoy yazıları ile, karardaki diğer karşıoy yazıları.

(10) R.G. 12.3.1971.

Anayasa Mahkemesi Tapu Kanununu 35. maddesine işlerlik kazandırılması ve Toplu Konut Fonuna kaynak sağlanması gerekçesi ile çıkarılmış bulunan 3029 sayılı kanunun 1. ve 2. maddesini Anayasa 'ya uygun olup olmadığını ele aldığı 13.6.1985 tarihli ve 14/7 sayılı kararında[11] *bu ölçüte daha da açıklık kazandırmıştır. Bu kararda aşağıdaki ibareler yer almaktadır:*

*"**Gerçekten, 3029 sayılı Yasa ile Bakanlar Kurulu'na tanınan yetki son derece sınırsızdır ve açık değildir.** Yasada sadece Toplu Konut Fonu'na alınacak miktar belirlenmiş, diğer hususların tespiti yürütme organına bırakılmıştır. Bunlar arasında kanunla düzenlenmesi gereken yönler vardır. Uygulamanın yaygınlaştırılması durumunda yasama organınca düzenlenmesi gereken esasların neler olabileceği daha da belirgin hale gelmektedir. Yabancıların alacağı arazinin azami miktarı, emlakin adeti, alınma amaçları, Bakanlar Kurulu'na verilen yetkinin devamı süresi, satın alınacak arazi ya da emlakin yeri, satın almanın koşulları devir ve ferağda uygulanacak ilkeler hep yasa ile düzenlenmesi gereken hususlardandır. Bütün bu yönlerin yasama organınca objektif bir biçimde değerlendirilmesi gerekir...*

3029 sayılı yasa ile uygulamaya ilişkin esasların tespiti yönünden ***yürütmeye verilen yetkinin genişliği ve belirsizliği apaçık ortadadır.*** *Yasada esasla alakalı birçok yönler düzenlenmemiştir. Bu durum, açıkça bir yetki devridir. Ve Anayasa'nın "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'n indir. Bu yetki devredilemez" biçimindeki 7. maddesine ve ayrıca Başlangıç kısmına aykırıdır."*

Anayasa Mahkemesi, 22.4.1986 tarihli ve 3278 sayılı yasa ile, yabancı gerçek ve tüzel kişilerin Türkiye'de gayrimenkul iktisap etmelerini köylerde yasaklayan ve diğer yerlerde mütekabiliyet şartını bağlıyan kanun hükümlerinin hangi ülkeler veya hangi ülkeler uyruğundaki gerçek kişiler hakkında uygulanmıyacağı yetkisinin Bakanlar Kuruluna tanınmasının Anayasaya uygun olup olmadığını 9.10.1986 tarihli ve 18/24 sayılı kararında[12], ele almıştır. Bu kararda, incelediğimiz bu ölçüte daha da açıklık getirmiştir. Bu karara göre:

"3278 sayılı kanunla yapılan düzenleme ile, Türkiye'de taşınmaz mal edinme konusunda: "milli menfaatlere ve/veya milli ekonomiye faydalı görüldüğü hallerde "karşılıklı muamele esasının hangi ülkeler "ve/veya" hangi ülkeler uyruğundaki gerçek kişiler bakımından uygulanamıyacağını, yine "milli menfaatlere ve/veya milli ekonomiye faydalı görüldüğü hallerde "Köy kanunu'nun 87. maddesindeki yasak hükmüne memleketimizin hangi bölge ve illerindeki köyler yönünden ve hangi ülkeler "ve/veya" hangi ülkeler uyruğundaki gerçek kişiler bakımından istisna tanınacağını tespite Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır...

Oysa bu kavramlara yer verilmiş olması 3278 sayılı kanunun Anayasa'nın 7. maddesine aykırılığı ortadan kaldırmaktadır. Her şeyden önce, yabancılara karşıtlık aranmaksızın Türkiye'de taşınmaz mal edinme imkanının verilmesinin milli menfaatlere "ve/veya" milli ekonomiye faydalı olup olmadığını saptayacak ve bunun üzerine yabancıya gerekli izni verecek olan aynı merciidir; yani Bakanlar Kuruludur. ***Başka bir anlatımla, söz konusu***

(11) R.G. 24.8.1985.
(12) R.G. 31.1.1987.

kavramlara yasada yer vermekle yasakoyucu yürütme organına, tanınan yetkileri kullanmasına da, bir sınır çizmiş olmamakta, aksine bu kanunla verilen yetkilerin kullanımı büsbütün sübjektif nitelik taşıyan kıstaslara bağlanmış olmaktadır.

Öte yandan bu kavramların yasada yer almasının ya da almamasının anayasal açıdan büyük bir önem taşıdığı da savunulamaz, çünkü hükümetler tüm karar ve işlemlerinde ulusal çıkarları gözetmek ve korumak, ulusal birliği, ulusal güvenliği ve ulusal ekonomiyi güçlendirmek yönünde çaba göstermek zorundadırlar. Özellikle dış ilişkilerde ve bu arada yabancılar hukuku alanında tesis edilen işlemlerde en geniş anlamda ulusal çıkarların göz önünde tutulması işin doğası gereğidir. Binaenaleyh 3278 sayılı yasanın 1. ve 2. maddelerinde yer alan "milli menfaatlere ve/veya milli ekonomiye faydalı" görülme şeklindeki ifadelerin, bu yasayla tanınan yetkilerin kullanılmasında Bakanlar Kurulu'nu sınırlayıcı ve onun yetki alanın düzenleyici birer esas olarak nitelendirilmesine olanak bulunmamaktadır. Kaldı ki, yasada yer alan bu kavramların somut, objektif, herkesçe üzerinde anlaşılabilir bir yönü de yoktur. Aksine bu kavramlar, her yana çekilebilen, soyut ve sınırları belli olmayan zamana ve kişiye, siyasal iktidarlaragöre değişebilen, dolayısıyla değişik siyasal iktidarlar elinde çok değişik amaçlarla kullanılma olanağı bulunan kavramlardır. ***3278 sayılı yasada yer alan bu kavramlar bu yasa ile Bakanlar Kurulu'na verilen yetkinin amacını ve kapsamını ve sınırlarını belirlemekten uzaktır.***

3278 sayılı yasa ile Bakanlar Kurulu'na tanınan yetki sınırları net ve açık değildir*. Yasada sadece Toplu Konut Fonu'na alınacak azami miktar belirlenmiş, diğer hususların tespiti yürütme organına bırakılmıştır. Bunlar arasında kanunla düzenlenmesi gereken yönler vardır. Uygulamanın yaygınlaştırılması durumunda yasama organınca düzenlenmesi gereken esasların neler olabileceği daha da belirgin hale gelmektedir. Yabancının alacağı arazinin azami miktarı, emlakin adedi, alınma amaçları satın alınacak emlakin yeri, satın almanın koşulları, devir ve ferağda gözetilecek ilkeler hep yasa ile düzenlenmesi gerek hususlardır. Bütün bu yönlerde yasama organının serinkanlı ve objektif değerlendirilmesine gereksinim vardır.*

Bakanlar Kuruluna yürürlüğe konulan uygulama esaslarında da, bu kanuna göre edinilmiş olan gayrimenkullerin yalnız Türk vatandaşlariyle bu kanuna göre gayrimenkul edinme hakkına sahip olan yabancılara satılabileceğine dair 3. ve satışın dövizle yapılacağına ilişkin 4. maddesindeki esasları yürütmede düzenlenebilecek uygulama esaslarından saymak mümkün değildir".

Anayasa Mahkemesi 38.1.1988 tarihli ve 11/2 sayılı kararında[13] *ölçütü bu kez şu şekilde ortaya koymuştur:*

"... T.B.M.M. nin yasama yetkisini kullanarak bir kanun çıkardığı ve bu kanunla, yürütme yetki ve görevini kullanan Bakanlar Kurulu na sınırları belli bir alan içinde taktir yetkisine dayanarak Anayasa ve yasalara aykırı olmayan bir düzenleme görevi verdiği açıkça ortadadır..."

(13) R.G. 29.3.1988.

Anayasa Mahkemesi 19.4.1988 tarihli ve 16/8 sayılı kararında[14] bu konudaki kendi içtihadını aşağıdaki şekilde özetlemiştir:

"... Bu konudaki yasa ile yetki almak yeterli olmayıp, yetki veren yasanın yönetimin yapacağı düzenlemelerin ölçüsünü vermesi, sınırını çizmesi de gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararlarında, Yasakoyucunun genel kuralları koyup yönetime düzenliyeceği alanı bırakırken, Anayasa'nın öngördüğü, "yönetimin yargısal denetiminin etkinliğini engellemiyecek nesnel kurallara bağlanması "yani ***temel esasların ve temel kuralların yetki veren yasada yer alması gerektiği belirtilmiştir...".***

3. Anayasa Uyarınca Yasayla Düzenlenmesi Zorunlu Olan Konularda Yürütmeye Düzenleme Yetkisinin Tanınamaması Ölçütü

Anayasa Mahkemesi 4.2.1969 tarihli ve 32/3 sayılı kararında[15]. Anayasanın yasa ile düzenlenmesi zorunlu kıldığı konularda yürütmeye düzenleme yetkisinin verilmeyeceğini aşağıdaki şekilde vurgulamıştır.

"Yasama organının sınırları belli edilen konularda yürütme organına düzenleme görevi verilebilmesi hususunun öğretide kabul edildiği bilinmekle beraber bunun, yasakoyucuya belli konuların bir yasa ile düzenlenmesi görevinin Anayasa ile özel olarak verilmiş olması hallerine kadar uzatılmasına olanak bulunmamaktadır. ***Zira bu hallerde yasakoyucunun, Anayasa ile kendisine verilmiş olan düzenleme görevini idareye devretmesi, hem görevi veren Anayasa kuralına, hem de Anayasa nın 5. maddesindeki yasama yetkisinin devrolunamıyacağına ilişkin kuralına aykırı olur..."***

4. Sübjektif Hakların Düzenlenmesinin Yürütmeye Bırakılamıyacağı Ölçütü

Anayasa Mahkemesi 9.10.1986 tarihli ve 18/24 sayılı kararında[16] yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yürütmenin sübjektif hakları etkileyen bir konuda düzenleme yetkisi bulunmadığını aşağıdaki şekilde dile getirmiştir.

"... Yürütmenin, tüzük ve yönetmelik çıkartmak gibi klasik düzenleme yetkisi, idarenin kanuniliği ilkesi içerisinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki durumundadır. Bu bakımdan Anayasa 'da ifadesini bulan yukarıdaki ayrık haller dışında, ***yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yürütmenin sübjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamakladır.*** *Yasa ile yetkili kılınmış olması da bu sonuca etkili değildir...".*

Bu görüş Anayasa Mahkemesinin 19.4.1988 tarihli ve 16/8 sayılı[17] kararda aşağıdaki şekilde bir kez daha ortaya konulmuştur.

"... Yürütmenin tüzük ve yönetmelik çıkarmak gibi klasik düzenleme yetkisi yönetimin ya sal lığı ilkesi çerçevesinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki durumundadır. ***Bu bakımdan Anayasa da öngörülen ayrık durumlar dışında yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yasa ile yetkili kılınmış olsa da yürütmenin sübjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamakladır.*** *Öğretideki görüşler de bu doğrultudadır.*

(14) R.G. 23.8.1988.
(15) R.G. 8.6.1966.
(16) R.G. 31.1.1987.
(17) R.G. 23.8.1988.

Hakkında yasa bulunmayan konularda tüzük ve yönetmelik çıkarılamayacağına göre, doğrudan Anayasa'ya dayanan böyle bir düzenlemenin de yapılamaması gerekir. Yetkili organ ve makamlar, düzenleyici işlemler için Anayasada dayanak aramak zorundadırlar. Serbestçe ve diledikleri gibi, özerk düzenleme yetkisi değil, ancak türevsel ve bağımlı, daha açık bir anlatımla yalnız yasaya dayanan düzenleme yetkisi tanınmıştır...".

IV. SONUÇ

Yasa ile yürütmeye düzenleme yetkisi verilebilmesi konusundaki Anayasa Mahkemesi kararlarından çıkan ilkeleri şu şekilde özetleyebiliriz:

1. Yürütmeye verilecek düzenleme yetkisinin sınırlı, açık ve belirgin olması gerekir. Yasama organının yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında gerekli önlemleri almasının güçlüğü karşısında, yasakoyucunun temel kuralları saptadıktan sonra uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususların düzenlenmesi için Hükümete yetki vermesi, yasama yetkisini kullanmaktan başka bir şey değildir. Bu koşullar altında yürütme organının görevlendirilmesi yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemez.

2. Anayasa'nın yasa ile düzenlenmesini buyurduğu konularda ve sübjektif hakları etkileyen hususlarda yürütmeye düzenleme yetkisi verilemez.

(34. Makale - 1995)

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

*Sanık Haklarının Anayasa Mahkemesi Tarafından Korunması**

* Feridun Yenisey, "Sanık Haklarının Anayasa Mahkemesi Tarafından Korunması", Anayasa Yargısı Dergisi, Yıl 1995, Cilt 12, 121-135.

SANIK HAKLARININ
ANAYASA MAHKEMESİ TARAFINDAN KORUNMASI

Prof. Dr. Feridun YENİSEY (*)

1. İnsan Haklarının Ceza Muhakemesi Açısından Önemi: Devletin egemenliğinden kaynaklanan bir cezalandırma yetkisi vardır. Devletin ceza hukuku alanında tasarruflarda bulunması, kamu hukuku normları ile düzenlenmiştir. Ceza hukuku ferdin menfaatleri ile Devletin menfaatleri arasında bir dengenin kurulmasını gerektirir. Bu dengenin sağlanması, ceza hukuku ile ceza muhakemesi hukukunun temel görevini teşkil eder.

Adalet hizmetlerinin görülmesi devletin temel vazifeleri arasındadır. Adlî mercileri teşkilâtlandırmak, işlemeğe hazır tutmak ve somut bir olay meydana geldiğinde onu koğuşturmak, bu görev çerçevesindedir. Ferdin de, bu görevin yerine getirilmesi sırasında yapılan işlemleri boyun eğme ve bazen de katkıda bulunma görevi vardır.

Demokratik bir devlette, devletin adaleti dağıtma görevi halktan kaynaklanır. Devlet, adaleti, halkın verdiği niyabet ile ve halka karşı mes'ul olarak yerine getirir. ([1]) Mahkemenin hükmü, "millet adına" verilir. "Halktan hâkimlerin" yargılamaya katılmaları bu açıdan, demokrasi yolunda önemli bir yer işgâl eder. Ancak, "halk"ın yargılamaya katılması, mahkemelerin bağımsızlığını tehlikeye düşürecek şekilde anlaşılmamalıdır. ,

2. Sosyal Devlet : Türkiye Cumhuriyeti bir sosyal hukuk devletidir. "Sosyal" sözcüğü, devletin faaliyet alanı içindeki bir görevi içerir. Yani, "sosyal bir ceza adaleti" gerçekleştirilmelidir.

Sosyal devlette farklı durumdaki sosyal gruplara eşit hukuki korunma sağlanmalıdır: Buradaki problem, sosyal bakımdan zayıf durumda olanın veya sosyal gelişmeye ayak uyduramamış olanın korunmasıdır. Ayak uyduramamanın sebebi, ifade kabiliyetindeki eksiklik, zihinsel özür, uyumsuzluk, eğitim noksanı veya iktisadi güçlük nedeni ile kendisini uygun bir şekilde müdafaa ettirememe gibi nedenlere dayanabilir. Muhakeme yapılırken eşitlik ilkesi zedelenmemelidir. Burada söz konusu olan, sadece hukuk (Anayasa veya Ceza muhakemesi hukuku) açısından bir düzenleme değildir. Ayrıca hâkim, savcı, müdafi ve diğer süjelerin yerine getirmeleri gereken insani görevler de, sanığın kaderi, muhakemeyi yürüten şahsın kişilik yapısına ve muhakemeyi yürütme biçimine göre çizilmiş

(*) Marmara Üniversitesi Ceza Hukuku ve Araştırma Merkezi Müdürü.

(1) Temel Haklar ve Ödevler İle İlgili uluslararası hukukta geçerli olan belgelerin metinleri İçin bakınız: Semih Gemalmaz, Temel Belgelerde İnsan Hakları, İHD yayını, Ankara 1994.

olur. Muhakemenin sistem olarak belli bir ideoloji çerçevesinde şekillenmiş bulunmasının bunda bir rolü yoktur.

Diğer yandan sanığın sosyal durumununda göz önünde tutulması gerekir. Bu ilke sanığın iktisadi bakımından içinde bulunduğu zorlukları göz önünde tutmayı ifade eder. Ayrıca, sanığın içinde bulunduğu ruh hali göz önüne alınmalıdır. Bu konu, özellikle hüküm verilirken, cezanın tayini veya tecili, eğitim tedbirlerine hükmedilmesi ve de çocukların muhakemesindeki tedbirlerin belirlenmesi sırasında ortaya çıkar. Bu şekilde anlaşılan "sosyal adlî teşkilât, failin toplum yaşantısına yeniden ayak uydurabilmesine çalışan bir sistem olmalıdır.

Sosyal Devlette mağdurun korunması da önemlidir. İktisadi veya toplumsal imkânları kendilerini korumaya veya yeterince korumaya yetmeyenleri, emniyet altına almak ve yaşam şartlarını geliştirme imkânı sağlamak gerekir. Burada söz konusu olan, hem maddi imkânı az olanlar (fakirler), hem de biyolojik açıdan zayıf olanlardır, (ihtiyarla, gençler, çocuklar doğacak çocuklar).

Sosyal Devlet, kudretlerini kötüye kullananlara karşı mücadele eder. (Beyaz Yaka Suçluluğu) Sosyal kudretlerini kötüye kullananlara karşı mücadele çok güç olmakla birlikte, iktidasi suçlulukla mücadelede önemli yeri vardır. Sanık durumundakinin sahip bulunduğu maddî imkân, çoğunlukla delilleri karartmaya elverir niteliktedir. Ancak, ceza adaletini sağlamak için mevcut Devlet teşkilâtları bu tür suçlulukla mücadelede yetersiz kalmaktadır. Bunun sebebi olayların aydınlatılmasının güç olması ve aydınlatmak için gerekli zamanın ve imkânların sınırlı olmasıdır. Hukukçular bu açıdan da eğitilmeli, adli teşkilât teknik bilgiler açısından güçlendirilmelidir. Resmî makamlar günlük olayların etkisi altında kalmadan, beyaz yaka suçluluğunu aydınlatabilir hale getirmelidir. Adalet hizmetlerinde masraftan tasarruftan tasarrufa yönelmek, sosyal amaçlara hizmet edemiyen bir adalet dağıtımı doğmasına yol açar.

3. Kişilik Haklarının Korunması: Ceza Muhakemesi Hukuku'ndaki şahsiyet haklarının önemi, Anayasa hukukundakinden az değildir. Hakların temeli Anayasadadır, etkileri ve uygulanmaları ise, ceza muhakemesi hukuku ile düzenlemiştir. Bu noktada iki hukuk dalının birleştiği görülür.

İnsanın insan olmasından kaynaklanan haysiyeti vardır. Devletin güçleri insan haysiyetini korumak ve ona saygı göstermek mükellefiyetindedirler. İnsanın onur ve haysiyeti, böylece, bir ceza muhakemesi kavramı olarak karşımıza çıkar. İnsanı insan yapan ve yaşayan ve yaşamayan yaratıklardan onu ayırdeden, haysiyetidir. İnsanın bir kişiliği vardır. Bu kişilik ona düşünme, hissetme, araştırma ve değerlendirme ve nihayet hüküm verme yeteneklerini verir. Suçlu olan insanın da haysiyetinin bulunduğu unutulmamalıdır.

İnsan haysiyeti, insanın sorumluluğunun kaynağıdır. İnsan yaptığı hatalı hareketlerin bedelini öder ve sosyal barış kurulur. Toplumdaki düzeni sağlamaya yönelik bir hukuk dalı olan ceza hukukunun temelinde, insan haysiyetine saygı, özgürlük ve mesuliyet yatar. İnsan bir obje olarak kabul edilemez. İnsan haysiyeti ile

bağdaşmayan müeyyide ve tedbirler hukuka aykırı olup, kabul edilemezler. Ceza muhakemesi hukuku işlemleri ve özellikle kolluk tarafından yapılan işlemlerdeki sınır, insan haysiyetidir. Olayın aydınlatılması bakımından tıbbî, kimyasal veya psişik vasıtalar kullanılarak, failin kişiliğinin çiğnenmesi de kabul edilemez.

İnsan haklarına saygının pratik hayatta uygulanması çok önemlidir. Bu hükmün ihlâl edilmesi halinde, muhakeme hukukunda delillerin değerlendirilmesi yasağı, maddi ceza hukukunda ise, ceza tehdidi öngörülmüştür: hürriyeti tahdit, hakaret vs. suçları meydana gelebilir.

Özel hayatın gizliliği korunmalıdır. Anayasa fertlere kişiliğin geliştirilmesi hakkını tanımıştır. Bundan çıkan sonuç şudur ki, yapılan ceza muhakemesi, kişiliğin körleştirilmesi neticesini doğuramaz. Aksine, muhakemede sanığın şahsiyeti, özü itibariyle korunmalıdır. Bu ilke, muhakemenin ve infazın insana yakışır bir biçimde yapılmasını gerektirir. Anayasa ferdin hayat hakkı, vücut dokunulmazlığı ve özgürlüğünü düzenlemiştir. Bu hakların sınırlandırılması için, kanunlarda açıklık bulunması gerekir.

Eşitlik ilkesi; cinsiyet, ırk, din vs. dolayısı ile ferdin kötü muameleye tâbi tutulmamasını gerektirir. Eşitlik, eşit olanlara aynı işlemin yapılmasını gerektirir; yoksa eşit olmayanları eşit yapmak anlamına gelmez; meselâ, biyolojik farklılıklar göz önünde tutulur. Kadınlar hakkında farklı hükümlerin uygulanması bundandır.

4. İnsan Haklarının Korunması Sorunu : İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile Ek Protokolleri Avrupa Konseyi'nin organları tarafından hazırlanmış ve Türkiye tarafından da imzalanmış ve onaylanarak yürürlüğe konmuştur. İHAS hazırlanırken, Birleşmiş Milletler'in 10.12.1948 tarihli İnsan Haklan Evrensel Bildirisi (İHEB) önemli etkiler yapmıştır.

İHAS'ın iki bakımdan etkisi vardır: İlk olarak, devletler hukuku alanında bir andlaşma niteliği taşıdığı için, Avrupa Konseyi'ne üye olan devletler arasında bir takım mükellefiyetler doğurmaktadır.

İkinci etki ise, iç hukukta kendisini gösterir. Sözleşme bir Onay Kanunu ile kabul edildiği için kanun hükmündedir. Anayasanın 89. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, sözleşme iç hukukta bir "kanun" olarak doğrudan doğruya "uygulanma kabiliyeti kazanmıştır". Bu bağlayıcılık hem icra organı bakımından, hem de yargılama organı bakımındandır. Bu nedenle, Ceza Kanunu veya Ceza Muhakemesi Kanunu uygulanır veya yorumlanırken, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi daima re'sen göz önünde tutulması gereken bir "kanun" dur. Bu bağlayıcılık hem devlet organları bakımından, hem de devletin hâkimiyet kudreti altında bulunan kişiler bakımından geçerlidir. Bu bağlayıcılık İHAS m.2-14'de sayılan haklar bakımından ve 1. Ek protokol (20.3.1952) ve 4. Ek protokol (16.9.1963) ile genişletilmiş bulunan haklar açısından, bir bütün olarak kabul edilmelidir.

Sözleşmede yer alan hakların bir çoğu Anayasa'da düzenlenmiştir. Bir hakkın aynı zamanda Anayasada yer alması, Sözleşmeden kaynaklanan bir hak olmasının önemini azaltmaz. Zira sözleşmeye aykırı olarak bu hakkın ihlâl edilmesi,

komisyona başvurma yolunu açar. Anayasadan doğan hak ile sözleşmeden doğan hakkın aynı korumayı sağlamaması mümkündür. Anayasa hükümlerinin yorumu ile sözleşme hükümlerinin yorumunda farklı netice verebilir. Ancak, yürütme ve yargılama organı, hem Anayasa hükümlerinden, hem de sözleşmeden doğan haklara riayet etmek mecburiyetindedir. Sözleşmeden doğan hakların uygulanmasında, vatandaş ve yerli ayrımı yapılamaz.

5. İnsan Hakları Avrupa Komisyonuna Kişisel Başvuru : Sözleşmenin 25. maddesine göre, sözleşme ile garanti altına alınmış bulunan hakların devlet mercileri veya mahkemeleri tarafından ihlâl edilmiş bulunduğu görüşünde olan gerçek kişiler ve kişi toplulukları İHAS'da öngörülmüş bulunan Avrupa Organları'na başvurabilirler.

Türkiye 1987 yılında Kişisel Başvuru Hakkını kabul etmiştir. Ancak, Avrupa Parlamentosu 18 Ocak 1989 tarihli kararında 1987/88 yıllarında dünyadaki insan haklarını değerlendirirken, Türkiye ile ilgili olarak; kişisel başvuruyu tanırken koyduğu 29 Ocak 1987 tarihli çekince ile işlemez hale getirmesi endişesi ile karşıladığını açıklamaktadır ([2]) Kişisel başvuru hakkının sınırsız olması gerektiği savunulmaktadır.

Ancak, bu yola gidebilmek için, iç hukukun tanımış bulunduğu kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır. ([3]) Anayasa Mahkemesi'nde "Anayasaya aykırılık dâvası" açılması da, geniş anlamda kanunyolu kapsamı içindedir. Birey insan hakları ihlali ile ilgili olarak aldığı en son karardan itibaren altı ay içinde komisyona bir dilekçeyle başvuracaktır. Kişisel başvurular, herhangi bir resmi makamın aracılığına gerek bulunmaksızın doğrudan doğruya Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na yapılır. Başvuru dilekçesinin doğrudan Avrupa Konseyi'ne gönderilmesi gerekmektedir. ([4])

Sözleşmenin 19 uncu maddesine göre, Divan uluslararası bir yargı organı niteliğindedir. Avrupa Konseyi'ne üye Devletlerin sayısı kadar yargıçtan oluşan Divan'a başvuru yetkisine kimlerin sahip bulundukları 48 inci maddede gösterilmiştir. Bu maddeye göre komisyon, mağdur kendi uyruğundan olan yüksek akit taraf komisyona başvuran akit taraf ve kendisinden şikâyet edilen akit taraf başvuru hakkına sahiptirler. Divanın yargılama usulü sözleşmede belirtilmiştir. Gelen dava 7 kişilik dairelerde incelenir. Bu incelemeler neticesinde dava kabul veya ret olunur. Divanın hükmü kesindir. Bireyler ancak "Savcılık görevi yapmış olan" komisyonun veya sorunu benimsemiş olan bir Devletin aracılığı ile Divan'a sorunlarını getirebilirler. Görüldüğü gibi bireylerin talepleri Divan'a ancak dolaylı bir yoldan ulaşabilir. Divan ilgili olayda bireyi dinleyebilir. Divandaki yargılama yazılı ve sözlü olmak üzere iki safhada yapılmaktadır. Sözlü yargılamalar ilke olarak herkese açıktır. Ancak Divan gerekli gördüğü takdirde gizlilik kararı verebilir.

(2) EUGRZ 1989, 51
(3) İHAS m. 26.
(4) RG. 21.4.1987.

6. İnsan Haklarının İhlalinden Doğan Hukuki Neticeler : Devletin İHAS'dan kaynaklanan bir hakkı ihlâl ettiği tesbit edilirse, bu ihlâl hakkında bir müeyyide uygulanması söz konusu değildir. Bu gibi hallerde, usulüne uygun olarak açılmış bir "ferdi başvuru dâvası", dâvalı devletin "o hakkı ihlâl ettiğinin tesbiti" ile sona erer. Ancak belli hallerde ve bazı şartların gerçekleşmesi ile, "hakkaniyete uygun bir tazminat" ödenmesine karar verilebilir, (m. 50) Devletin "ferdi başvuru dâvasında" Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından mahkum edilmesi, sadece o devlet bakımından hukukî sonuçlar doğurur.

Yani sözleşmeye aykırı olarak verilmiş olan mahkeme veya idare kararının hukukî varlığı zedelenmez, başvuran lehine bu açıdan bir sonuç doğması söz konusu değildir. Ancak dolaylı olarak bir sonuç doğabilir. Devlet bu mahkûmiyet kararı üzerine kanunî düzenlemeyi değiştirirse, lehe kanunun geriye etkisi söz konusu olacaktır.

İHAS'ın kabul ettiği sistemde, ferdin başvuru yolu ikincil bir yol olduğundan, iç hukukta yargılama yapan organlar sözleşmeden doğan, hakların bilfiil gerçekleşmesi için, çaba sarfetmek mecburiyetindedirler. Bu mükellefiyet, ceza muhakemesinin safha ve devresi ne olursa olsun, işe bakmakta olan devlet memuru veya hâkim için bağlayıcıdır. Bu görev Yargıtay bakımından da söz konusudur: Ceza muhakemesi sırasında İHAS'dan kaynaklanan İnsan Haklarından birinin ihlâl edildiğini tesbit eden mahkeme veya savcılık, bu ihlâlin ortadan kaldırılması için gayret göstermelidir. Bu şekilde, aykırılık hüküm verilmezden önce ortadan kaldırılabilirse, Türkiye'nin "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi" önünde mahkûm olması engellenebilir. Sözleşmeye aykırılık bir temyiz sebebidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Verdiği Kararlardan Bazı Örnekler: Adil Yargılanma Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 17.1.1970 tarihli kararına göre, "adalete uygun hareket etmek yetmez, bunu herkese göstermek de gerekir".

Davaların Uzaması: Kişinin uzun süre suç isnadı altında kalması, demokratik toplumların gereklerine uygun değildir.

Sanık Statüsünün Başlaması: Sanıklık statüsü, İHAS m. 6'daki isnadın yetkili makam tarafından yapıldığı anda değil, sanık tarafından resmen öğrenildiği anda başlar.

Hazırlık soruşturmasında, iddianameden önce yapılan isnatla sanıklık başlar.

Mebcurî Müdafiin Tâyini: Avrupa İnsan Haklan Mahkemesi, 23.3.1983 tarihinde Pakelli Davası' nda verilen kararda, "sanık" hazır bulunsa dahi, şartları varsa müdafi tâyin edilmelidir diyerek, müdafi tâyin etmeyen Alman Yargıtayı'nın tutumunu Sözleşme'ye aykırı bulmuştur.

Müdafiin Tutuklu Sanık ile Görüşmesi: İHAS "sanığın müdafii ile serbestçe temas edebilmesini" açıkça bir hak olarak göstermemiştir. Bu konuda sanığa tanınan hak, "müdafaasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklardan" ve seçtiği "müdafiden yararlanmak" hakkıdır (İHAS 6/3 b ve c). Elvan CAN adlı bir Türk'ün

Avusturya aleyhine açtığı dava, Avusturya'nın Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 43. maddesinin 3. fıkrasını değiştirmesine yol açmıştır. "Delillerin karartılması" tehlikesi varsa, sanık ile müdafiin yalnız görüşmelerini "yasaklayan bu hükmün değiştirileceğinin" açıklanması üzerine, Avrupa İnsan Haklan Mahkemesi 30.9.1985 tarihli karan ile CAN Davası'nda düşmeye karar vermiştir.

Tercüman: sanığın tercümanına ve mali durumu elverişsiz olan sanığa tayin edilen müdafie ödenen ücret, mahkum olan sanığa muhakeme masrafları arasında yüklenemez. Sanığın bunlardan ücretsiz faydalanma hakkı vardır.

Askeri Mahkemelerin Bağımsızlığı: AİHFM, Hollanda askeri mahkemelerindeki, hakim teminatından yararlanmayan asker üyelerin varlığına rağmen, bu üyelerin "yemin ile göreve başlamaları ve kurul halinde görev yapmaları gerekçesi ile", askeri mahkemeleri "bağımsız mahkeme" olarak kabul etmiştir.

Başsavcının Statüsü: Yargıtay Başsavcısı taraf değildir. Sanığın aleyhine noktalar ileri sürerse, sanığa cevap imkânı tanınmaması, eşitliğe ve hakkaniyete aykırıdır.

Hükmün Aleniyeti: AY 141/1 ve İHEB 105 aleniyeti duruşma açısından şart koşarlarken, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi "aleniyeti" hüküm bakımından da aramıştır. Ancak aleni duruşma sonunda verilen hükmün bazı hallerde tefhim edilmeyerek yazılı tebligat ile yetinilmesi 8.12.1983 tarihli Pretto Dâvası'nda İtalya açısından, 8.12.1983 tarihli Axen Dâvası'nda Almanya açısından ve 22.1.1984 tarihli Sutter Dâvası'nda İsviçre açısından sözleşmeye aykırı bulunmamıştır.

7. Anayasaya Aykırılık İddiası: Anayasa ile, ceza muhakemesi hukuku arasında, sıkı bir ilişki vardır. Ceza, muhakemesi toplumun ve siyasi iktidarın insan haklarına saygısının göstergesidir. Türk Anayasalarında da ceza hukukuna ilişkin çok ayrıntılı düzenlemeler yer almıştır. ([5])

1982 tarihli Anayasamızda yer alan düzenlemeler içinden, burada önce ele almak istediğimiz konu, "ceza normunun" Anayasaya aykırılığı iddiasıdır.

Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi lçtüzüğü'nün Anayasa'ya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetleyen bir mahkemedir. ([6]) Anayasa Mahkemesi kendisine verilen bu görevi iki şekilde yerine getirir.

a) Doğrudan doğruya açılabilen bir iptal dâvasıyla Anayasa'nın 150. maddesinde sınırlı olarak sayılmış bulunan süjeler kanunun yayımlanmasından başlayarak 60 gün içinde iptal dâvası açabilirler, b) Anayasaya aykırılığın ileri sürülmesinin ikinci yolu olan 'dolayısıyla iptal dâvası' denilen ve görülmekte olan bir dâva sırasında, dâvaya bakmakta olan mahkemenin uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görmesi veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varması ve bu konuda dolayısıyla iptâl dâvası açması halinde ([7]) (AY/152) denetleme yapılabilir.

---

(5) Burhan KUZU, 1876 Kanunî Esasiden Suç Muhakemesine İlişkin Hükümlerin Sonraki Anayasalarımızla Karşılaştırmalı Olarak Açıklanması, İstanbul 1988.

(6) AY 148/1.

(7) KUNTER, 1989 no. 914.

Mahkeme ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddî görmezse bu konuda Yargıtay yetki kazanır. ([8]) Aykırılık varsa, norm Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebilir. Bu şekilde, anayasaya aykırılık iddiası geniş anlamda bir kanunyolu, görevi yapar.

Her ne kadar, Anayasamızda, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararlarının geriye yürümeyeceğinden bahsediliyorsa da, eğer iptal edilen norm bir ceza hukuku normu olup, fiili suç olmaktan çıkartıyorsa, Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesi gereğince lehe kanun uygulanacaktır.

Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde karar vermek mecburiyetindedir. Bu süre içinde karar verilmediği takdirde, esas mahkemesi dâvayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırmak mecburiyetindedir. 1961 Anayasasına göre esas mahkemesi nisbi muhakeme yaparak Anayasa'ya aykırılık olup olmadığı konusunda bir denetleme yapabiliyordu. 1982 Anayasası bu yetkiye son vermiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin kararı esas hakkında karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır.

Anayasaya uygunluk denetiminin şekilleri iki türlüdür: Soyut norm denetimi (iptal davası) ve somut norm denetimi olmak üzere. Soyut norm denetiminde gerek 1961 Anayasası'nın 149, gerekse 1982 Anayasası'nın 150. maddelerinde Anayasa Mahkemesinde iptal davası olarak nitelendirilmiştir.

İptal davası açmak 1982 Anayasası'nda sınırlandırılmış vaziyettedir. Somut norm denetiminde mahkemede görülmekte olan bir davanın karara bağlanmasının o davada kullanılacak hukuk normunun Anayasaya uygun olup olmadığının incelenmesine bağlı ise, buna 'itiraz' veya 'defi' yolu ile denetim adı verilmektedir.

Kanunların Anayasaya uygunluğunun defi yolu ile murakabesi mümkündür. Defi yolu ile kazai murakabede doğrudan doğruya bir kanuna karşı hücuma geçilmesi bahis mevzuu değildir. Bunun daha ziyade tedafii bir durum vardır. Şöyle ki, cereyan etmekte olan bir ceza hukuku veya idare davasında taraflardan biri mahkemece kendisine tatbik edilmek istenen veya tatbiki icabeden kanunun Anayasaya aykırı olduğunu defi yolu ile dermeyan eder. ([9])

Anayasaya uygunluk denetiminin tarzları gösterilmiştir. Burada apriori ve aposteriori denetim ayrımı yapıldığı görülmektedir. Yapılan değerlendirmelerden bir tanesi de somut denetim olarak nitelendirilmiştir. Somut norm denetimi Anayasa'nın tikel bir duruma uygulanması anında Anayasaya uygunluğunun incelenmesidir. ([10])

Şu halde bir yasanın temel yasaya uygunluğu sorununu bir dava sırasında yargıcın uygulamak durumunda olduğu çekişmeli yasa ortaya çıkartır.

---

(8) AY 152/2.
(9) Selçuk ÖZÇELİK, Anayasa Hukuku, 1. Cilt Umumi Esaslar, Mimoza Kitabevi, Konya 1994. s. 151.
(10) İbrahim Ö. KABOĞLU, Anayasa Yargısı, İmge Kitabevi İstanbul 1994, s. 41.

Avusturya'da Yüksek İdare Mahkemesi, Yüksek Adalet Divanı veya bir İstinaf Mahkemesi uygulamak zorunda oldukları yasalardan kaynaklanan anayasallık sorununu Anayasa Mahkemesi'ne gönderirler.

1982 Anayasası'nın kabul ettiği bir diğer yenilik de, Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazete'de yayınlanmasından sonra, 10 yıl geçmedikçe, aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamamasıdır. ([11])

Anayasanın bu kuralından anlaşıldığı gibi Türk hukukunda sadece 'norm kontrolü' vardır. ([12]) Kanaatimizce, fiili ve fikri işlemlerin de Anayasa Mahkemesi'nce denetlenebilmesi gerekir. Aşağıda bir örnek olarak Alman hukukunda düzenleme açıklanacaktır.

8. Fiili veya Fikri İşlemlerde Anayasaya Aykırılıkta Ferdi Başvuru Sorunu: Ferdin temel haklarından biri olan "Dürüst Yargılanma Hakkı "nın iki yönü vardır. Substantial Due Process. Bu müessese ferdin doğrudan doğruya bir Anayasaya aykırılık konusunda Yüksek Mahkemeye başvurmasını düzenlemektedir. ([13]) Meselâ Devlet bütün fertlerin belli bir eşyayı satın almasını yasaklarsa, bu takdirde bu kanunun dürüst yargılanma hakkına aykırı olduğu konusunda herkes bir iddia ileri sürebilir. Hükümetin koyduğu bu yasağın ferdin dürüst yargılanma hakkına aykırı olduğu ileriye sürülebilir. Bu şekilde de özgürlüğün kısıtlandığı ve ferdin Anayasadan beklediği Devletin kendisine dürüst davranması' garantisinin ortadan kalktığını ileriye sürebilir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde kanunda getirilen düzenleme ferdin anayasal haklarından bir tanesinin kullanılmasını düzenlemekte ise, bu takdirde Anayasa Mahkemesine bu kanunun uygulanmasından doğan hukuki durumlar için ferdi başvuruda bulunma hakkı da vardır (s. 351). Yüksek Mahkeme 1934 yılında verdiği bir kararda ([14]) ilk defa ekonomik boyutları da göz önüne serdi ve burada; mahkeme devlet ekonomi programını tayin ederken halkın esenliğini de göz önünde tutar, ölçütünü koydu. Yüksek Mahkeme 1937 yılından bu yana verdiği kararlarda, bireyin sahip bulunduğu temel hakların korunması amacı ile harekete geçmiştir. ([15])

Alman Federal Anayasa Mahkemesi Anayasaya aykırılık iddiaları üzerine Anayasanın 93 üncü maddesi uyarıca kişinin Anayasa garantisi altına alınmış

(11) AY 152/4.

(12) Temyiz yargılamasında Anayasadaki kurallar doğrudan doğruya uygulanır. CGK 28.3.1988; YKD 1988, 840.

(13) Constltional Law, Third Edition John E. Novak, Ronald E. Rotunda J. Nelson Young, Horburg Series, West Publician Company, St Paul, Minn., 1986. s. 350.

(14) Nebbia V. Newyork. ilk defa ekonomik boyutlan da göz önüne serdi ve burada mahkeme devlet ekonomi politikasını tayin ederken halkın esenliğini de göz önünde tutması ölçütünü koydu

(15) The rtghts the court has recognızed as fundemental and deservıng of sıgnificants judicial proteetlon are most of the ... pıeee of the fiel of rıghts, the rtghts to fehrness in the ertminal process the rtght the prtvacy (ıncludırıg some freedom of ehoiee of ınmaters of martage sexuall letlons and ehild varing). the rtght to travel, the rıght to wote, the freedom of assoe1atlon and some espeet of fahrness in the ad judicatlon of induvidial crımes agaıns the governement. (Procedural due process rtghts).

bulunan bir hakkının kamu gücü tarafından ihlal edilmiş olup olmadığı konusunda karar vermek yetkisine sahiptir. ([16]) Bu yetki, fertlerin dışında cemaat ve belediyelere (Gemeinde) ve bunların oluşturdukları topluluklara (Gemeindeverbânde'lere) verilmiştir. Bu tür belediyeler, kendilerine tanınmış olan kendi kendini yönetme hakkının Federal Devlet tarafından ihlal edilmiş olup olmadığı konusunda da dava ileriye sürebilirler. ([17])

Almanya'da herhangi bir mahkeme önünde öne sürülen bir yasanın Anayasa'ya aykırılığı sorunu, Anayasa Mahkemesi'ne gönderme konusunda karar verme yetkisi, tarafların değerlendirmesinden bağımsız olarak mahkemeye ait bulunmaktadır. (Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanun, m. 80/3) Almanya'da şu halde yargıcın bakmakta olduğu davaya ilişkin kararı ertelemesi için sadece bir kuşku yeterli olmayıp konuyu Anayasa Mahkemesi'ne intikal ettirmek zorundadır. (Anayasa Mahkemesi Hakkında Kanun, m. 100) Genel olarak Almanya'da somut norm denetimi uygulaması pek yaygın değildir.

Federal Almanya'da mahkemeler önlerine gelen bir dava dolayısıyla geçerli olup olmaması hükme tesir edecek bir kanunu Anayasa'ya aykırı bulursa duruşmayı tatil eder ve sorunun çözümünü Eyalet Anayasası'na aykırılık sözkonusu ise Eyalet Anayasa Mahkemesi kararına, Federal Anayasa'ya aykırılık mevcut ise, Federal Anayasa Mahkemesi kararını bırakır. ([18])

Bunun yanısıra bir de Federal Almanya'da Anayasa şikayeti vardır. Alman Hukuku'nda Anayasa şikayeti dendiği zaman kamu gücünün (kamu otoritelerinin) bir temel hakkı ya da temel hak benzeri bir hakkı ihlal ettiği iddiası ile Anayasa Mahkemesine yapılan başvuru anlaşılır. ([19])

Anayasa Mahkemesi'ne anılan başvurunun yapılabilmesi için temel bir hakkın ihlal edilmiş olması değil, böyle bir iddianın varlığı yeterli olmaktadır. Yalnız bu yola başvurulabilmesi için, diğer tüm yargı yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir.

Başvurma Hakkı Federal Almanya Anayasası'nın 93 üncü maddesinin 4a bendinde düzenlemiş bulunan "anayasa şikayeti" hakkı, temel haklar ile temel hak benzeri hakları, kamu gücünün her türlü işlemine karşı korumaktadır. Federal Alman Hukuku'na göre, şahıs sayılabilen herkes, vatansızlar ve yabancılar dahil, "anayasa şikayeti" hakkına sahiptir. Fakat Federal Alman Anayasa Mahkemesi içtihattan uyarınca, şahsın kamusal işlemden bizzat etkilenmiş olması ve etkilerin halen devam ediyor olması gerekmektedir. İstikbalde doğabilecek sakıncalar açısından ferdin böyle bir hakkı yoktur. ([20])

---

(16) Sehmidt-Bleibtrue/Klein. Kommentar zum Grundgesetz 6. Auflage Luehterhand 6. Aulafe Darmstadt 1983. s. 1008

(17) Ergun ÖZBUDUN. Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş ikinci Baskı. Yetkin Yayınları, Ankara 1992. s. 382.

(18) Hasan TUNÇ, Türk Anayasa Yargısında İtiraz Yolu, Erzincan 1992. s. 83

(19) Y. SABUNCU, Anayasa Şikayeti s. 141. M. KIRATLI,Federal Almanya Anayasa Mahkemesi s. 28.

(20) Y. SABUNCU, Anayasa Şikayeti s. 142.

Dava Açmanın Sonuçları: Yine Federal Alman Hukuku'na göre, "anayasa şikayetine" başvurulması, kamusal işlemi kendiliğinden durdurmaz. Fakat işlemin uygulanması halinde veya kanunun yürürlüğe girmesi durumunda sonradan telafisi imkansız zararlar doğurabilecekse veya kamu yararı gerekli kılıyorsa Anayasa Mahkemesi geçici tedbir olarak uygulamayı veya yürürlüğe girmeyi erteleyebilmektedir. Bu şekliyle Anayasa Mahkemesi yolu hem kişisel hakları, hem de kamu düzeninin koruyucu bir önlemi olmaktadır. Kamu gücü kavramı yasama, yürütme yargının tüm organlarını kamu tüzel kişilerini ve bunlar adına hareket eden tüm gerçek ve tüzel kişileri kapsamaktadır.

Anayasa şikayeti neticesi başvurunun haklı bulunması durumunda ilgili kamusal tasarruf iptal edilir. Ancak iptal kararı öncesi yapılmış ve tamamlanmış işlemler geçerliliklerini korurlar. ([21])

Avusturya da 1975 yılında Alman modeline uygun bir bireysel başvuru hakkı kabul etmiştir. ([22]) İspanya'da 1980'de oluşturulan 'amparo' başvuru olanağı bireye, halkın avukatına ve savcıya tanınmıştır. Amparo sisteminin Anayasa Mahkemesi'nin iş yükünü artırdığı belirtilmektedir. ([23])

Portekiz, Polonya, Macaristan ve Belçika kişisel başvuruyu kabul etmişlerdir. İsviçre ise, bu hakkı evvelden beri benimsemiştir.

28-29 Nisan 1994'de yapılan Anayasa Yargısı Sempozyumu'na sunulan Z. GÖREN "Anayasa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru, (Anayasa Şikayeti)' konulu tebliğde de, bu hakkın bizde de kabul edilmesi önerilmektedir. ([24])

1787 tarihli ABD Anayasası, mahkemelerin kanunların Anayasaya uygunluğunu denetleyebileceği konusunda bir hüküm içermez. ([25]) 1803 tarihli Marbury v. Madison davasında yargıç J. Marshall'ın başkanlığından Supreme Court'un verdiği karar, mahkemeye Anayasaya aykırı kanunu uygulamama yetkisi vermiştir.

Amerika'da Anayasa Mahkemesi yoktur. Ama esas mahkemesi aykırı görerek uygulanmadığı kanun üzerine temyiz yolu ile iş Yüksek Mahkeme'ye gelir. ([26])

9. Anayasal Hakların Anayasa Mahkemesi Tarafından Doğrudan Doğruya Kullanılmasının Önemi: Ceza Muhakemesi Usulü Kanunumuzda 1992 yılında 3842 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile 135a madde ve 254/2 inci fıkra eklenmiştir. Kanunun 135a maddesine göre ifade verenin veya sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır, özgür iradeyi sakatlayıcı nitelikte olan yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler, rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez.

---

(21) D.Scheffolt, M.KIRATLI.Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Başkanı Y.SABUNCU, Federal Almanya'da Anayasa Şikayeti, SDFD C.37, sayı 3-4 Eylül-Aralık 1982 ayrı bası, S.139, Servet ARMAGAN,Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kararları MHAD Yıl, Sayfa 10,1973,S.121

(22) KABOGLU, 1994.62.

(23) KABOGLU, 1994,63.

(24) KABOGLU, 1994,65.

(25) Hasan TUNÇ. "Türk Anayasa Yargısında İtiraz Yolu", Erzincan 1992, 79.

(26) TUNÇ, 1992. 80. Almanya için bk. sh. 83.

Yasanın 254. maddesine eklenen ikinci fıkraya göre ise, soruşturma ve koğuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz.

Görüldüğü gibi yapılan değişiklikler neticesinde hukukumuza iki kavram girmiş bulunmaktadır. Bunların birincisi 135a maddede düzenlenmiş olan "yasak yöntemlerle elde edilen ifade", ikincisi ise "hukuka aykırı şekilde elde edilen delil" kavramlarıdır. Bu kavramların içeriğini belirlemede bazı zorluklar vardır. 135a maddede düzenlenen yasak yöntemle elde etme nispeten daha kolay halledilebilirken 254/2 de yer alan "hukuka aykırı şekilde elde etme" kavramı doktrin ve içtihatla açıklanmaya muhtaçtır. 254. maddenin 2. fıkrasındaki hukuka aykırılık, temel insan haklarının ihlali şeklinde anlaşılmalıdır. Bu nedenle Anayasamızda da yer alması gereken temel sanık haklarının ihlali halinde öncelikle Anayasa Mahkemesi tarafından böyle bir hak ihlalinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin denetlenmesi gerekir.

Halen yürürlükte olan kanunlarımıza göre ceza muhakemesi sırasında uygulanan arama, elkoyma gibi koruma tedbirlerine muhatap olan bir vatandaşın, bu işlem ile temel haklarının zedelendiği görüşü ile başvurabileceği kanunyolu çok sınırlıdır. Arama, el koyma gibi işlemler hazırlık soruşturmasında zabıta tarafından uygulanırlar. Zabıtanın uyguladığı arama işlemine karşı idari dava açılamaz. Çünkü bu bir adli işlemdir. Arama işlemine karşı itiraz yoluna da başvurulamaz. Çünkü itiraz bir kanun yolu olup, hakimlik makamı kararlarına karşı kabul edilmiştir. (CMUK 297) Arama işlemine karşı temyiz yoluna da başvurulamaz. Çünkü bu işlem, mahkeme tarafından verilmiş bir hüküm değildir. Temyiz mahkemelerinin verdikleri hüküm niteliğindeki kararlara karşı kabul edilmiştir. (CMUK 253)

Kanaatimizce hazırlık soruşturması aşamasında zabıta tarafından uygulanan koruma tedbirleri ile temel haklarından birinin zedelendiği inancında olan kişilerin bu işleme karşı doğrudan doğruya başvurabilecekleri bir yasal denetim yolu yaratılmalıdır. Bu denetim ilk aşamada sulh hakimine başvurma şeklinde düzenlenebilir. Bunun arkasından elde edilen delilin "hukuka aykırı" şekilde toplandığı iddiasının ileri sürülebileceği bir aşama kabul edilmelidir. Ve nihayet anayasada gerekli değişiklikler yapılarak ferdin anayasada yer alan temel haklarının kavuşturma makamları tarafından ihlal edildiğini düşündüğü hallerde doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesi'ne işlemin kontrol edilmesi amacıyla başvurabilmelerine olanak sağlanmalıdır.

Önerdiğimiz bu değişiklik gerçekleşirse, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvurmadan önce iç hukukta tüketilmesi gereken bir başvuru imkanı yaratılmış olacaktır. Bu başvuru imkanının sağlayacağı yarar, ülkemizde gerçekleştiği iddia edilen insan hakkı ihlallerinin önce bizim tarafımızdan, Anayasa Mahkemesi eli ile incelenmesidir. Böylece gerçekten önem taşıyan haller Avrupa İnsan Haklan Mahkemesi önüne kadar gidebilecektir.

Önerdiğimiz sistemin doğuracağı sakınca ise, Anayasa Mahkemesi'nin iş yükünün artmasıdır. Buna paralel olarak Avrupa İnsan Hakları Komisyonu

ve Mahkemesinin çalışma düzenine benzer bir şekilde iddia ile sınırlı bir olay incelemesi yapmak gerekecektir. Bu incelemenin yapılabilmesi için- yasa ile ayrı bir prosedürün ön görülmesi söz konusudur.

10. Sonuç: Ülkemizde yeni yeni tanınmaya başlanan bir kavram olan hukuka aykırı deliller ve bu delillerin hüküm verirken kullanılmaması sorununda önemli bir ilerleme sağlayacak olan ve buna ilaveten Türkiye'nin maruz kaldığı insan hakkı ihlali iddialarında bir süzgeç görevi üstlenebilecek olan "Anayasa Mahkemesine Kişisel Başvuru" müessesesinin kabul edilmesi ve yasalarla düzenlenmesi yerinde olacaktır.

(35. Makale - 1996)

Doç. Dr. Yavuz ATAR

Türk Anayasa Yargısında Anayasaya Uygunluk Denetiminin Konusu *

---

* Yavuz Atar, "Türk Anayasa Yargısında Anayasaya Uygunluk Denetiminin Konusu", Prof. Dr. Şakir Berki'ye armağan (Selçuk Üniversitesi hukuk fakültesi dergisi cilt: 5 Sayı: 1,2), Konya: Günay Ofset Matbaacılak Şti., 1996.

TÜRK ANAYASA YARGISINDA ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİNİN KONUSU

Doç. Dr. Yavuz ATAR (*)

I. GENEL OLARAK

Anayasaya göre (m. 148/1), "Anayasa Mahkemesi kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi içtüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak olağanüstü hallerde sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılamaz".

Ayrıca milletvekillerinin yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasına veya üyeliklerinin düştüğüne dair Türkiye Büyük Millet meclisi kararları da Anayasaya uygunluk denetiminin konusuna dahildir (m. 85).

Anayasa uygunluk denetiminin konusu bir kanun, kanun hükmünde kararname ya da içtüzüğün tamamı olabileceği gibi, bu metinlerin belirli madde ve hükümleri de olabilir (m. 150).

Anayasa, anayasa yargısı denetimi dışında tuttuğu normları ise, olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri (m. 148/1), milletlerarası andlaşmalar (m. 90/son), inkılâp kanunları (m. 174) ve Millî Güvenlik Konseyi döneminde çıkarılan kanunlar (Geçici m. 15) olarak belirtmiştir.

Anayasaya uygunluk denetiminin kapsamında bulunan düzenleme türleri ayrı ayrı incelenirken yeri geldikçe denetim dışında tutulan normlarla ilgili açıklamalar da yapılacaktır.

II. ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ

Anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunun denetimi teorik olarak, kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminde olduğu gibi şekil ve esas bakımından düşünülebilir. Şekil bakımından denetim genellikle kabul edilmekle beraber (1), esas bakımından denetim bir takım sorunlar doğurmaktadır. Anayasa değişikliklerinin esas bakımından anayasaya uygunluğunun denetlenebilmesi, anayasaya aykırı anayasa normlarının olabileceğinin kabulü halinde söz konusu olabilir. Anayasaya aykırı anayasa normları sorunu, anayasa değişiklikleriyle

---

(*) S.Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(1) Bu konuda bkz. Onar, Erdal, 1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu, Ankara 1993, s. 131-132 ve dipnot 3; Özbudun, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1993, s. 132-133.

bağlantılı olarak doktrin ve mahkeme içtihatlarının tartışmalı konusu olmuştur (2). Doktrinde bazı yazarlar (3) anayasa kuralları arasında bir derece farkı, yani altlık-üstlük ilişki bulunamayacağını savunmaktadırlar. Bu düşünceye göre, Anayasada öngörülen usul ve şekil kurallarına göre kabul edilmiş bir anayasa kuralı, anayasanın diğer normlarıyla aynı değerdedir ve bunun iğer anayasa normlarına uygun olup olmayacağı konusunda geçerli bir kriter bulmak son derece zordur. Hukuk düzeninde bir norm, ancak kendisinden üstün bir hukuk kuralına aykırı olduğunda geçersiz kabul edilebilir. Eşit değerdeki normlar arasında bir hiyerarşi değil, bir öncelik-sonralık ve genellik-özellik ilişkisi bulunabilir. O halde eşit değerdeki normlardan birinin diğerine uygunluğunu denetlemek mantıklı değildir.

Buna karşılık Anayasaya aykırı anayasa normları olabileceği, yani anayasanın kuralları arasında da bir derecelenme olduğu ve Anayasa üstü bir takım ilkelerin bulunduğunu ileri süren görüşler de vardır (4).

Anayasaya aykırı anayasa normları düşüncesini savunan bazı yazarlar bunların ortaya çıkabileceği halleri; meşru olmayan anayasa normları, anayasa değişikliklerinin anayasaya aykırılığı, hiyerarşik açıdan üstün anayasa normları ile çelişen anayasa normları ve üstün hukuk kurallarını ihlal eden anayasa normlarının anayasaya aykırılığı olarak saymaktadır (5).

Yeni bir anayasanın meşruluk temelinden yoksun olması durumu, yeni anayasanın halkoyuna sunulacağı anayasada açıkça belirtilmiş fakat bu gerek yerine getirilmemişse (6) veya halkoyuna sunulan anayasa metni ile sonradan yayımlanan metin arasında bazı farkların bulunması (7) hallerinde ortaya çıkabilir.

Ancak görüşlerin kabulü halinde dahi bu durumlarda, yeni anayasanın yürürlüğe girmesi anına kadar geçerliliğini koruyan önceki bir anayasanın varlığı zorunludur. Aksi takdirde anayasaya uygunluk denetiminin neye dayanılarak yapılacağı sorunu karşımıza çıkacaktır. Örneğin, bir halk ihtilali ya da askeri

---

(2) (2) Onar, s, 131-164; Özbudun, Anayasa, s. 132-140; Kıratlı, Metin, Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi, Ankara 1966, s. 101-103; Kıratlı, Metin Federal Alman Anayasa Mahkemesi Ankara 1963, s. 54-56; San, Coşkun, Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri, Ankara 1974, s. 130- 134; Armağan, Servet, Anayasa Mahkememizde Kazai Mukarabe Sistemi, İstanbul 1967, s. 122-124; Eroğul, Cem, Anayasayı Değiştirme Sorunu, Ankara 1974, s. 161-168; Hocaoğlu, A. Şeref - İsmet Ocakçıoğlu, Anayasa ve Anayasa Mahkemesi, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi, Ankara 1971, s. 157-169; Turhan, Mehmet, "Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri", AÜHFD., Cilt XXXIII, 1976, Sayı 1-4, s. 63-101; Feyzioğlu Turhan, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi, Ankara 1951, s. 231; Erem, Faruk, Ön Mesele Olarak Anayasaya Aykırılık İddiası, Ankara 1962, s.19.

(3) Özbudun, Anayasa, s. 133; Aynı yönde bazı görüşler için bkz. Turhan, s. 99; Gözler, Kemal, Kurucu İktidar, Ankara 1991, s. 142-144.

(4) Bu görüşlerle ilgili olarak bkz. Onar, s. 133 dipnot 4; Esen, B, Nuri, Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanışı, Ankara 1972, s. 58-60; San, s. 133-134.

(5) Bachof, Otto, Verfassungswidrige Verfassungsnormen?, Tübingen 1951, s. 7 (Nakleden: San, s. 134); Ayrıca bkz, Turhan, s. 68-69.

(6) Armağan, s. 123; San, s. 132.

(7) San, s. 132.

darbe sonrasında mevcut anayasa tamamen yürürlükten kaldırılmış ve daha sonra yapılan bir anayasa ile ilgili olarak bu tür sorunlar ortaya çıkmışsa, artık bunların çözümü anayasa yargısı sürecinde değil, siyasî denetim ya da kamuoyu denetimi gibi yöntemlerde aranmalıdır.

Anayasaya aykırı anayasa normlarının, anayasa değişiklikleri yoluyla ortaya çıkması ise şeklî ve maddî açıdan söz konusu olabilir. Değişiklik için öngörülen usullere uyulmaması şeklî aykırılığı, anayasanın temel ilkelerine ters düşen veya bu ilkeleri ortadan kaldıran değişiklikler ise maddî aykırılığı oluşturur (8).

Doktrinde ortaya çıkan bu iki farklı görüşten anayasaya aykırı anayasa normları bulunabilecğini ileri sürenler bu aykırılığın nasıl giderileceği hususunda ise farklı çözümleri savunmaktadırlar. Bir kısım yazarlar (9) anayasa değişikliklerinin mutlaka hem şekil hem de esas bakımından Anayasa Mahkemesince denetlenmesini; bazıları (10), iki zıt anayasa hükmünden sadece birisinin dikkate alınıp, diğerinin Anayasa iradesinin dışında sayılarak uygulanmaması gerektiğini; nihayet bir başka yazar (11) ise, böyle bir ihtimalin gerçekleşmesi halinde, bunun, iki normun birbiri ile bağdaşır şekilde yorumlanarak giderilmesini önermektedirler.

Buraya kadar değinilen görüşlerden de anlaşılacağı gibi anayasa normlarının anayasaya aykırılığı ve bunların denetlenmesi sorunu kolayca halledilmesi mümkün olmayan bir konudur. Bununla beraber yukarıda değindiğimiz "Anayasanın bazı normlarının, hiyerarşik bakımdan diğerlerine göre daha üst düzeyde yer alamayacağı", görüşü bize de daha doğru gözükmektedir. Kaldı ki, Onar'ın (12) da isabetli olarak belirttiği gibi, "bu tür üstün ilkelerin veya normların bulunup bulunmadıkları bir yana; bulundukları kabul edilse bile, o zaman da hangi ilkelerin veya normların üstün konumda görülüp, denetimde ölçüt olarak alınacakları hususunun bir takım tartışmalara yol" açması kaçınılmazdır.

1982 Anayasasının Anayasa değişikliklerinin yargısal denetimine ilişkin düzenlemesinin incelenmesine geçmeden önce, kısaca 1961 Anayasası dönemindeki uygulamaya göz atmakta yarar görüyoruz.

1961 Anayasası, Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetler" (m. 147/1), demek suretiyle Anayasa değişikliklerinin denetiminden söz etmemiştir. Aynı şekilde 44

(8) San, s. 133; Ayrıca bir yazar, Anayasa değişikliklerini değişik ihtimallere göre şöylece sıralıyor "... Birinci ihtimal, anayasa değişikliğinin Meclis tarafından usulüne göre yapılması ve değişikliğin yürürlükteki anayasanın ruhuna aykırı olmamasıdır..., İkinci ihtimal, anayasa değişikliğinin Meclis tarafından yine usulüne göre yapılması, ama bu değişikliğin anayasanın ruhuna aykırı olmasıdır..., Üçüncü İhtimal, anayasa değişikliğinin yine usulüne göre yapılmakla beraber, yürürlükte bulunan bir anayasa kuralıyla, dolaylı olarak çelişmesidir..., Dördüncü İhtimal, anayasa değişikliğinin ine usulüne göre yapılmakla beraber, yürürlükte kalan bir anayasa kuralıyla doğrudan doğruya çatışmasıdır" (Bkz. Eroğul, s. 166-167).

(9) Arık, K. Fikret, "Yeni Anayasa Mahkememiz Hakkında Mukayeseli Bir İnceleme, Adalet Dergisi, 1961, s. 846; San, s. 133.

(10) Armağan, s. 124; Erem, S. 19.

(11) Kıratlı, s. 103.

(12) Onar, s. 135-135.

sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun da bu konuda herhangi bir hüküm getirmemiştir. Buna karşılık Anayasa Mahkemesinin bu dönemde Anayasa değişikliklerini şekil ve esas bakımından denetlemeye tabi tuttuğu görülmektedir (13).

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu bir kararında önüne gelen bir Anayasa değişikliğini, "1961 Anayasasında yapılacak değişikliklerin, Anayasanın 155. maddesinde yer alan usul ve şartlara uyulmak suretiyle çıkarılacak kanunlarla mümkün olabileceği ortadadır.. Bu ilkelere uygun olmayarak yürürlüğe konulan bir metnin, Anayasanın mevcut hükümleri üzerinde herhangi bir etki yapması söz konusu olamayacağı gibi yeni konulan bir hüküm de Anayasa kuralı niteliğinde ve gücünde sayılamaz... Şu halde Anayasa değişikliği öngören kanunların da... Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi tutulmaları zorunludur"(14), demek suretiyle Anayasaya uygunluğunu şekil bakımından denetlemiş ve iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi aynı kararında şu görüşlere yer vererek Anayasa değişikliklerini esas bakımından denetlemeye de yetkili olduğunu ifade etmiştir; "1961 Anayasası, 9. maddesiyle bir değişmezlik ilkesi koymuştur. Bu maddeye göre (Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez).

Buradaki değişmezlik ilkesinin sadece (Cumhuriyet) sözcüğünü hedef almadığını söylemek bile fazladır. Yani Anayasada sadece (Cumhuriyet) sözcüğünün değişmezliğini kabul ederek onun dışındaki bütün ilke ve kuralların değişebileceğini düşünmenin Anayasanın bu ilkesi ile bağdaştırılması mümkün değildir. Zira 9. maddedeki değişmezlik ilkesinin amacı, Anayasanın 1., 2. maddelerinde ve 2. maddenin gönderme yaptığı başlangıç bölümünde yer alan temel ilkelerle niteliği belirtilmiş Cumhuriyet sözcüğü ile ifade edilen Devlet sistemidir. Bir başka deyimle, 9. madde ile değişmezlik ilkesine bağlanan Cumhuriyet sözcüğü değil, yukarıda gösterilen Anayasa maddelerinde nitelikleri belirtilmiş olan Cumhuriyet rejimidir. Şu halde, sadece Cumhuriyet sözcüğünü saklı tutup, bütün bu nitelikleri, hangi istikamette olursa olsun, tamamen veya kısmen değiştirmek veya kaldırmak suretiyle 1961 Anayasasının ilkeleriyle bağdaşması mümkün olmayan bir başka rejimi meydana getirecek bir Anayasa değişikliğinin teklif ve kabul edilmesinin Anayasaya aykırı düşeceğinin, tartışmayı gerektirmeyecek derecede açık olduğu ortadadır.

Bu bakımdan bu ilkelerde değişmeyi öngören veya Anayasanın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bu ilkeleri değiştirme amacı güden herhangi bir kanun teklif ve kabul olunamaz. Bu esaslara aykırı olarak çıkarılmış bulunan bir kanunun Anayasanın mevcut hükümlerinde en

(13) Bu dönemde Anayasa Mahkemesinin tutumu ve çeşitli kararlarının değerlendirmesi için bkz. Onar, s. 136-142.

(14) E. 1970/1, K. 1970/31, K.T. 16.6.1970, AMKD., Sayı 8, s. 322-323.

küçük bir etki ve değişme yapması veya yeni bir Anayasa kuralı koyması mümkün değildir" (15).

Anayasa Mahkemesinin bu kararında, "Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez" (1961 AY. m. 9) hükmünün Cumhuriyet rejimini koruduğu düşüncesinden hareket ettiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi bununla da kalmayarak daha sonra verdiği bir kararda da (16), Anayasanın bütünlüğüne ve "çağdaş uygarlığın gerekleri"ne uymayan bütün Anayasa değişikliklerini esastan denetlemeye kendini yetkili görmüştür.

Anayasanın açıkça tanımadığı bir yetkiyi kullanarak Anayasa değişikliklerini hem de çok geniş ölçüde esastan denetleyen bu kararlarından dolayı haklı olarak eleştirilen (17) Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasasının konuya ilişkin 147 nci maddesinin 1971 yılında, "Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya, Anayasa değişikliklerinin de Anayasa da gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler" (18), şeklinde değiştirilmesinden sonra bile Anayasa değişikliklerinin esas bakımından anayasaya uygunluğunu denetlemeye devam etmiştir. Anayasa Mahkemesi esastan denetlemeyi bu defa da, daha önce esas denetimi olarak kabul ettiği faaliyetini şimdi şekil denetimi olarak adlandırmak suretiyle gerçekleştirmiştir (19).

Anayasa Mahkemesi bir kararında Anayasanın Cumhuriyetin değişmezliğini düzenleyen 9 uncu maddesinin "değişmezlik kuralı ve teklif yasağı" olmak üzere "içeriği bakımından biçime ilişkin iki yönlü bir kural", "bir şekil şartı" olduğunu belirterek Cumhuriyet rejimini koruma iddiasıyla önüne gelen bir Anayasa değişikliğini "diğer şekil şartları arasında bu yasak açısından da" gerçekte esas bakımından Anayasaya uygunluk denetimine tabi tutmuştur. Bu karara göre, "...Cumhuriyet rejimini Anayasamızda niteliğini belirleyen ilke ve kurallarında değişmeyi öngören veya Anayasanın öteki maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı yollardan bu ilkeleri değiştirmeyi amaç güden herhangi bir kanun teklif ve kabul edilemez...

Kanun ve o nitelikte bulunan Anayasa değişikliklerini teklif etmeyi düzenleyen Anayasa hükümleri birer biçim kuralı olduklarına göre, bunu yasaklayan bir kuralın

(15) E. 1970/1, K. 1970/31, K.T. 16.6.1970, AMKD,, Sayı 8, s. 323.

(16) E. 1970/41, K. 1971/37, K.T. 13.4.1971, AMKD., Sayı 9, s. 428-429.

(17) Bu konuda bkz. Özbudun, Anayasa, s. 134-135; Onar, s. 142.

(18) Maddenin değişiklik gerekçesinde şöyle denilmektedir: "Anayasanın sadece kanunlara ve İçtüzüklere hasrettiği bu denetleme yetkisinin, Anayasa Mahkemesince, Anayasa değişikliklerine teşmil edilemiyeceği tabiidir... Bu denetim yetkisinin, Anayasa değişikliğinin, sadece teklif, müzakere ve kabul edilmesine ait Anayasa hükümlerine uygun olarak yapılmış bulunup bulunmadığı noktasına münhasır olduğu, esasa teşmil edilemiyeceği... tespit olunmuştur." Bu değişikliğin, gerekçeden de anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesinin, Anayasa değişikliklerini esastan denetlemesini önlemeye yönelik olduğu açıktır (Bkz. Onar, s. 143; Özbudun, Anayasa, s. 135).

(19) Onar, s. 144; Özbudun, Anayasa, s. 135; Yayla, Yıldızhan, "Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin özü", Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979, s. 989; Ünsal, Artun, Siyaset ve Anayasa Mahkemesi, Ankara 1980, s. 272.

dahi bir biçim kuralı olduğunda hiç kuşku yoktur. Çünkü bu yasak belli sayıdaki Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin esasında kendileri için bir hak teşkil eden ve niteliği bakımından da bir yasama işlemi olan Anayasa değişikliği teklif etmelerini önlemektedir. Başka bir deyimle, değişiklik teklifi, değişmezlik ilkesiyle çatışmıyorsa, Anayasada gösterilen şekil kurallarına uygun olarak yöntemi içinde yürüyecek ve şayet çatışıyorsa, hiç yapılamayacak, yapılmış ise yöntemi içinde yürütülemeyecek, yürütülmüş ise kabul edilip kanunlaşamayacaktır..." (20).

Anayasa Mahkemesinin, değiştirilmesi yasaklanan Cumhuriyet ilkesini ihlal ettikleri gerekçesiyle şekil bakımından Anayasaya aykırı bularak iptal ettiği Anayasa değişikliklerine ilişkin olarak verdiği bu kararları, doktrinde bazı yazarlarca tasvip edilmekle beraber, diğer bir grup yazar tarafından da kanaatimizce haklı olarak; Mahkemenin, Anayasanın Cumhuriyet ilkesine ilişkin değiştirme yasağının kapsamının yorum yoluyla genişletildiği; şekil görüntüsü altında, esas bakımından denetim yapıldığı; Anayasada Cumhuriyetin nitelikleri olarak sayılan millilik, demokratiklik, laiklik, sosyallik, insan haklarına dayanma ve hukuk devleti kavramlarının hiçbir anayasa değişikliğini dışarda bırakmayacak ölçüde geniş olmaları sebebiyle Mahkemeye sübjektif kararlar verme imkanını kazandırarak hukukilik denetimini, yerindelik denetimine dönüştürebileceği; ve nihayet böyle bir tutumun "toplumun çoğunluğunu temsil eden siyasal güçler" ile Anayasa Mahkemesinin bir çatışmaya girmesine yol açarak Anayasa yargısı aleyine sonuçlar doğurabileceği şeklinde son derece önemli noktalardan eleştirilmiştir (21).

1982 Anayasasının, Anayasa değişikliklerinin denetimi konusundaki yaklaşımı ise, Anayasa Mahkemesinin yukarıda açıklanan tutumuna bir tepki olarak(22), sınırlayıcı yönde olmuştur. Anayasanın 148 inci maddesine göre, "Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler... (f.1). Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır... (f.2)". Görüldüğü gibi 1982 Anayasası, Anayasa değişikliklerinde yapılacak denetimin şekil yönünden olacağını belirtmekle kalmamış, ayrıca şekil denetiminin sınırlarını açıkça hükme bağlamıştır. Buna göre Anayasa Mahkemesinin bunda böyle bir Anayasa değişikliğini Cumhuriyetin özüne uygunluk bakımından denetlemeye tabi tutması mümkün değildir (23). Anayasa ayrıca, Anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetiminde Mah-

(20) E. 1973/19, K. 1975/87, K.T. 15.4.1975, AMKD., Sayı 13, s. 430-431 (Bu kararın bir değerlendirmesi İçin bkz. Onar, s. 144-148); Anayasa Mahkemesinin benzer gerekçelerle önüne gelen başka birtakım Anayasa değişikliklerini iptal ettiği bazı kararları için bkz. E. 1976/38, K. 1976/46, K.T. 12.10.1977, AMKD., Sayı 14, s. 252 vd.; E. 1976/43, K. 1977/4, K.T. 27.1.1977, AMKD., Sayı 15, s. 106 vd.; E. 1977/82, K. 1977/117, K.T. 27.9.1977, AMKD., Sayı 15, s. 444 vd.

(21) Bu konuda bkz. Özbudun, Anayasa, s. 136-137.

(22) Özbudun, Anayasa, s. 137.

(23) Özbudun, Anayasa, s. 138.

kemenin iptal kararı verebilmesi için, kanunların denetiminden farklı olarak, üçte iki oy çoğunluğu aramaktadır (m. 149/1).

Anayasanın, Anayasa değişikliklerinin denetiminde koyduğu sınırlardan "teklif çoğunluğu", değişiklik teklifinin Türkiye Büyük Millet meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yapılmasını (AY. m. 175/1); "oylama çoğunluğu", Anayasa değişikliğinin Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az beşte üç (Cumhurbaşkanı tarafından Meclise iade edilen bir Anayasa değişikliğinin aynen kabulünde ise üçte iki) çoğunluğuyla kabul edilmiş olmasını (m. 175/1,3) (24); "ivedilikle görüşülememe" ise Anayasanın değişik 175 inci maddesiyle getirilen "Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurul'da iki defa görüşülür" hükmündeki iki defa görüşülme zorunluluğunu ifade etmektedir (25).

Anayasa Mahkemesinin de 1987 yılında önüne gelen bir Anayasa değişikliği hakkındaki iptal talebini (26), aykırılık sebebi olarak ileri sürülen hususun Anayasanın, yukarıda açıklanan, 148 inci maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen "teklif ve oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülememe" gibi noktalara ilişkin olmadığı gerekçesiyle reddettiğini görüyoruz. Mahkemenin bu kararına konu olan Anayasa değişikliğine ilişkin 17.5.1987 tarih ve 3361 sayılı Kanun (m.4), 1982 Anayasasının siyasi yasakları düzenleyen geçici 4 üncü maddesini yürürlükten kaldırmış ve fakat bu hükmün yürürlüğe girebilmesini, Anayasanın o andaki düzenlemesinde yer almayan zorunlu bir halkoylamasına sunulma ve o halk oylamasında kabul edilme şartına bağlamıştı. Anayasa Mahkemesinin, söz konusu iptal talebini "ilk inceleme" safhasında reddettiği bu kararına göre, "Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini belirleyen Anayasanın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların esas yönünden denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetimleri de; teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmuştur. İptal istemi bu sınırlı sebeplerden herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenmesi olanağı yoktur. Dava dilekçesinde ileri sürülen hususlar Anayasanın 148. ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 21. maddelerinde sayılı ve sınırlı olarak belirlenen şekil bozukluklarından değildir. Bu itibarla işin esasına girilmeden yetkisizlik nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekir" (27).

---

(24) Anayasa, şekil bakımından denetimde kanunlar için sadece 'son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı"na bakılacağını ararken, Anayasa değişikliklerinde "son oylama' yerine, "oylama çoğunluğundan söz ettiğinden, Anayasa değişikliğine ilişkin kanunun maddelerine geçilmesi ve maddelerin kabulü aşamalarında da oylama çoğunluğunun sağlanması gerekir (Bkz. Onar, s. 71,152).

(25) Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Onar, s. 151-153.

(26) Anayasa Mahkemesinde açılan bu İptal davasının gerekçesinde, 3361 sayılı Kanunun siyasi yasakları kaldıran 4 üncü maddesinin, Anayasanın değiştirilmesine ilişkin maddede (AY. m. 175) değişiklik yapan 3361 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce, o anda yürürlükte bulunan Anayasanın değiştirilmesi kurallarıyla öngörülen teklif ve oylama çoğunluklarına uyularak kabul edilmiş bulunduğu ve bu sebeple kesinleşmiş sayılması gerektiği ve artık bunun halkoyuna sunulmasının şekil yönünden Anayasaya aykırı olacağı iddia edilmiştir (Bkz. AMKD., Sayı 23, s. 282-283)

(27) E. 1987/9, K. 1987/15, K.T. 18.6.1987, AMKD., Sayı 23, s. 285-286 (Bu kararın değerlendirmesi için ayrıca bkz. Onar, s. 153-155 ve dipnot 43, 44; Özbudun, Anayasa, s. 139-140).

1982 Anayasasının, Anayasa değişikliklerine ilişkin olarak yapılacak yargısal denetimi yukarıda açıklandığı şekilde sınırlamış, buna karşılık değiştirilmesi yasaklanan maddelerin sayısını ise artırmış olması doktrinde haklı olarak çelişkili bulunmakta ve eleştirilmektedir. Doktrinde yazarların büyük çoğunluğu, Anayasanın bu düzenlemesi karşısında, Anayasa Mahkemesinin bu maddelere ilişkin olarak yapılacak bir Anayasa değişikliğini denetlemeyeceğine ve değiştirme yasağının yasama organına hitap eden bir hüküm olduğuna işaret etmektedirler (28).

Cumhurbaşkanı tarafından halkoyuna sunularak kabul edilen bir Anayasa değişikliğinin Türkiye Büyük Millet Meclisindeki işlemlerinde şekil bakımından bir aykırılık olması halinde, Özbudun'a göre, artık "kurucu iktidarın aslî sahibi olan halk iradesinin onayı" ile bu sakatlıkların ortadan kalktığının kabulü gerekir (29). Halkoylamasının usulüne uygunluğu hakkındaki denetim yetkisi ise Yüksek Seçim Kuruluna aittir (30).

III. KANUNLAR

A- Genel Olarak Kanunlar

Anayasa Mahkemesinin en önemli görevi kanunların Anayasaya uygunluğunu denetlemektir. Kanun, "şeklî ve organik anlamda kanun" ve "maddî anlamda kanun" olmak üzere iki anlamda kullanılır. Şekli anlamda kanun, Anayasanın öngördüğü yetkili organ tarafından belirtilen usul ve biçimde kabul edilerek yürürlüğe konulan (AY. m. 88-89) yazılı hukuk kurallarıdır (31). Şekli anlamda kanunda, kanunun muhtevası ve kapsamı önemli değildir. Kanun onu yapan organa göre nitelendirilir. Bu anlamda belli bir kişiye maaş bağlanmasına ilişkin kanun, bireyleri belli bir duruma sokan vatandaşlık ve kadro kanunları, Maliye Bakanlığının vergi toplama ve harcama yapmasına izin ve yetki veren bütçe kanunu ve kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesi hakkındaki kanunlar gibi

(28) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Onar, s. 156-164 ve oradaki dipnotlar Ayrıca bkz. Özbudun, Anayasa, s. 138; Kuzu, Burhan, 1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler, İstanbul 1990, s. 184; Prof. Dr. Bakır Çağlar ise, Anayasanın değiştirilmesi yasaklanan maddeleriyle çatışan diğer düzenlemeleri arasındaki bu İhtilafın giderilmesi İçin "Anayasanın diğer kuralları yorumlanırken" Anayasanın "temel değerleri(ne) uygun olarak" yorum yapılmasını önermektedir (Bkz. Çağlar, Bakır, "7-10 Mayıs 1990 tarihinde Ankara'daki VIII. Anayasa Mahkemeleri Konferansında Selim Kaneti'nin konuşmasına karşı sorulan bir soruya verdiği cevap", Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi, Cilt 5, Türk Anayasa Mahkemesi Yayınları, No 20, s. 41-42).

(29) Bkz. Özbudun, Anayasa, s. 138-139; Aksi görüş için bkz. Aliefendioğlu, Yılmaz, "Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara 1984, S. 111-112.

(30) Aliefendioğlu, s. 111-112.

(31) TezİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul 1991, s. 10; Şekli anlamda kanun kavramı İçin ayrıca bkz. Teziç, Erdoğan, Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İstanbul 1978; Kıratlı, s. 93-94; Armağan, s. 55; Hocaoğlu-Ocakçıoğlu, s. 124-125; Balta, T. Bekir, Kısa İdare Hukuku, Ankara 1962, s. 66; Azrak, Ülkü, "Türk Anayasa Mahkemesi", IÜHFM., Cilt XXVIII, 1962, Sayı 3-4, s. 675-676; Aliefendioğlu, s. 106.

hukuk normu koymayan (32) kanunlar da, yasama organınca yapıldıkları için şeklî anlamda kanun sayılırlar (33).

Maddi anlamda kanun ise, geniş ve dar olmak üzere iki açıdan ele alınabilir. Geniş anlamda maddî kanun, kaynağı ne olursa olsun bütün hukuk kurallarına denir (34). Dar anlamda maddî kanunun Türk Hukuk Lügatındaki tanımı ise şöyledir: "Yasama uzvu tarafından, muayyen şekilleri uyularak tanzim edilen ve yürürlüğe girmesinden itibaren cemiyet için riâyeti mecburî olan umumî, mücerret ve daimî kaideleri ihtiva eden bir tasarruftur" (35). Maddi anlamda kanun, kanunun muhtevası ile ilgili bir anlam taşır. İşlemin kaynağı, yani yapan organ dikkate alınmaz. Bir metnin genel, soyut, kişisel olmayan kurallar içermesi durumunda, ortada maddî anlamda bir kanun vardır. Maddi kanun bu bakımdan, tüzük ve yönetmelik gibi organik açıdan idari düzenleyici işlemleri de kapsar (36).

Anayasa Mahkemesinin kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemesinde esas alınan kanun kavramı, şeklî anlamda kanundur. Şekli kanunla yapılan her işlem yasama işlemidir. Anayasa 7 nci maddesinde, "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez", kuralını bir ayrım yapmadan kanunun şeklî ve maddî anlamlarını kapsamak üzere koymuştur. Bunun anlamı şudur; yasama organı tarafından anayasa ile öngörülen usul ve şekilde çıkarılan her metin iptal davasına konu olabilir. Yani kural olarak her kanun Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir. Doktrinde anayasaya uygunluk denetiminin konusunun şeklî anlamda kanun olduğu ittifakla kabul edilmektedir (37).

Anayasanın 87 nci maddesi, Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkilerini düzenlerken, "kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak" şeklindeki hükmüyle, Türkiye Büyük Millet Meclisinin asıl görevini belirlemiş, bunun yanında bazı işlemleri için "karar vermek" deyimini kullanmıştır. Bu maddeye göre Tükiye Büyük Millet Meclisi para basılmasına ve savaş ilanına, genel ve özel af ilanına, mahkemelerce verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar verir. Yine Anayasa çeşitli maddelerinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin savaş hali ilanına, Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına izin vermeye karar vereceğinden söz etmektedir. Anayasanın "karar vermek" deyimini kullanmasına rağmen, bunlardan bazıları kanun, bazıları ise karar şeklinde çıkmaktadır.

(32) Özbudun, Anayasa, s. 350.
(33) Teziç, Anayasa, s. 10.
(34) Balta, s. 66; Kıratlı, s. 93.
(35) Sıddık Sami Onar, maddî anlamda kanunu, 'daimî, mücerret, ifa ve riayeti mecburi bir kaideyi ihtiva eden objektif bir hukukî tasarruf" olarak tanımlamaktadır (Bkz. Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumî Esasları, İstanbul 1966, Cilt 1, s. 358).
(36) Teziç, Anayasa, s. 10.
(37) Özbudun, Anayasa, s, 350; Hocaoğlu-Ocakçıoğlu, s. 125; Aliefendioğlu, s. 106; Kıratlı, s. 93-94; Armağan, s. 55-56, 58; Azrak, s. 675; Güneş, Turan, "CHP'nin Haksız İktisaplarının ladesi Hakkında 6195 Sayılı Kanunu İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine", AÜSBFD., Cilt XVI, Sayı 3-4, s. 356; Balta, Kısa İdare Hukuku, s. 73.

Bu durumda Türkiye Büyük Millet Meclisinin "kanun" adını taşıyan bütün işlemleri kabul edilen bazı istisnalarla, Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilecek, fakat "karar" adını taşıyan işlemleri dokunulmazlığın kaldırılmasına veya üyeliğin düşmesine ait kararlar hariç olmak üzere anayasa yargısı denetimi dışında kalacaktır (38). Bununla beraber, aşağıda "Parlamento Kararları"nın denetimi bahsinde ayrıntılı olarak inceleneceği gibi, adı "karar" olsa bile eğer bu parlamentonun bu işlemi muhtevasında kişiler bakımından uyulması zorunlu, yükümlülük doğurucu, genel ve objektif nitelikte hükümler bulunuyorsa Anayasa Mahkemesi bunları "kanun" olarak nitelendirip denetleme kapsamına alacaktır.

B- Kanuna Eşit Metinler

Türk Pozitif Hukukunda, bir takım özellikleri bakımından birbirinden farklı olmakla beraber genellikle önceki dönemlerden günümüze kadar uygulanagelen ve hala yürürlükte bulunan kanuna eşit nitelikte bazı metinler de yer almaktadır. Bu metinler şunlardır:

Padişahlık devri metinleri: Osmanlı Devleti döneminde padişahın iradesi ile çıkan her metin, adı ne olursa olsun, kanun niteliğinde ve kuvvetinde sayılır (39).

Kanun-u Muvakkat: Meşrutiyet Devrinde Kanun-i Esasının 36 ncı maddesi, Meclis-i Umumi toplantı halinde olmadığı zamanlarda belirli şartlarda ve belirli amaçlarla Heyet-i Vükelaya padişah iradesiyle kanun niteliğinde geçici kararnameler çıkarmak yetkisini tanıyor ve bu kararların, Meclis toplanıp karar verinceye kadar, "muvakkaten kanun hüküm ve kuvvetinde" olduğu belirtiliyordu. Bu hükme dayanarak hükümetçe birçok kararnaler çıkarılmış, bazıları "kararname", bazıları "nizamname" bazıları da "kanun-u muvakkat" olarak adlandırılmıştır. Bunların bir kısmı hâlâ yürürlüktedir.

Söz konusu padişahlık devri metinleri ve kanun-u muvakkatlar da Anayasa Mahkemesinin denetimine tabidir (40). Bu metinler bugün anayasa yargısının denetimi kapsamında bulunmaktadır. Ancak bunların süre sebebiyle iptal davasına konu olmaları mümkün değildir. Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasası ile kurulmasından sonra, o dönemde, bu metinlerin de altı aylık bir süre içinde Anayasa Mahkemesine iptal davası yoluyla götürülmesi imkanı vardı (44 sayılı Kanun, geçici 5 inci madde). Şimdi ise, bu kanuna eşit metinler ancak itiraz yoluyla (somut norm denetimi) anayasa yargısının konusu olabilir.

Bu durum, 1924 Anayasası (m. 26) ile yasama organına tanınmış olan kanunları yorumlama yetkisinin bir sonucu olarak ortaya çıkan ve bugün hâlâ yürürlükte bulunan Meclis Yorumları için de geçerlidir (41). Ancak Meclisin yorum yapma yetkisi 1961 Anayasası ile kaldırılmış, 1982 Anayasası da 1961 Anayasası

(38) Kıratlı, s. 95.
(39) Balta, T. Bekir, İdare Hukuku I, Genel Konular, Ankara 1970/1972, s. 167-168,
(40) Balta, İdare Hukuku, s. 168; Kıratlı, s. 95-96; Bu konuda bazı Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. E. 1965-/16, K. 1965/41, K.T. 6.7.9165, AMKD., Sayı 3, s. 173-174; E. 1964/4, K. 1966/25, K.T. 3.5.1966, AMKD., Sayı 4, s. 168-172; E. 1963/28, K. 1963/66, K.T. 25.3.1963, AMKD., Sayı 1, s. 120.
(41) Özbudun, Anayasa, s. 351.

gibi buna yer vermemiştir. Buna göre 1924 Anayasası döneminde çıkmış bulunan meclis yorumları, bir kanunla kaldırılmadıkça, yürürlükte kalacak ve itiraz yoluyla anayasa yargısı denetimine tabi olacaktır (42).

C- Milletlerarası Andlaşmalar

Anayasa yargısının konusu incelenirken değinilmesi gereken bir husus da, Türkiye Büyük Millet Meclisinin bir kanunla uygun bularak (AY. m.90/1) iç hukuka dahil ettiği ve böylece kanun haline gelen (AY. m.90/son) milletlerarası andlaşmalardır.

Andlaşma; milletlerarası hukukun bu alanda yetki verdiği kişiler arasında yapılan ve milletlerarası hukuka uygun bir şekilde hak ve yükümlülükler doğurmak, daha önce kurulmuş bir hukuk ilişkisini değiştirmek ya da ortadan kaldırmak amacına yönelik hukukî işlem olarak tanımlanmaktadır (43). Milletlerarası andlaşmalar genellikle iki-taraflı ve çok-taraflı olmak üzere ikili bir ayrımla ele alınmaktadır. Ancak bir andlaşma, milletlerarası ya da milletler-üstü bir örgüt ya da kuruluş ile üçüncü bir devlet arasında yapılmış ise bunların iki- taraflı olduğu kabul edilmektedir. Çünkü her ne kadar bir tarafta birden fazla devlet bulunmaktaysa da bunlar bir örgüt içinde birleşmiş ve andlaşma bakımından tek bir taraf durumuna gelmişlerdir (44).

1982 Anayasasına göre andlaşmalar Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmak suretiyle bağlayıcılık kazanır (m.104). Yine Anayasaya göre, "Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletler ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır" (m.90/1). Anayasanın bu düzenlemesi ile "onaylama" safhası ile "onaylamayı uygun bulma" safhası birbirinden ayrılmıştır. Buna göre bir andlaşma kural olarak ancak bir uygun bulma kanunu ile kabul edildikten sonra Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmak suretiyle geçerli olabilmektedir. Ancak andlaşmaların uygun bulunması şartı için bir takım istisnalar getirilmiştir. Bu istisnai hükümlere göre bazı şartları taşıyan andlaşmalann Bakanlar Kurulu tarafından kabul edildikten sonra sadece Cumhurbaşkanı tarafında onaylanmak suretiyle geçerlilik kazanması mümkündür (AY.m.90/2-4; 244 sayılı kanun, m.2/2-4). Bu andlaşmalar da iki kategoriden oluşmaktadır: i) Ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, Devlet mâliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve TürkIerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak Türk kanunlarında değişiklik yapmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur. (AY.m.90/2). Daha önce yapılmış Milletlerarası andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunların önceden verdiği

(42) Balta, İdare Hukuku, s. 168-169.
(43) Pazarcı, Hüseyin Uluslararası Hukuk Dersleri, I. Kitap, Ankara 1985, s. 93-94; Çelik, Edip F., Milletlerarası Hukuk, Birinci Kitap, İstanbul 1984, s. 57.
(44) Pazarcı, s. 98-99.

yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik veya idari andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluluğu yoktur. Ancak ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalann yürürlüğe girebilmesi için yayımlanması zorunludur. Bunlar yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz (AY.m.90/3).

Andlaşmanın niteliği ne olursa olsun, yani yukarıdaki iki istisnai gruba girse dahi, Türk kanunlarında değişiklik yapması halinde bunların Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmadan önce, Meclis tarafından bunlar hakkında onaylamanın uygun bulunmasına ilişkin bir kanunun çıkarılması zorunludur (AY.m.90/4). Anayasanın bu hükmü ile Meclisin bilgisi ve yetkisi dışında bir andlaşma ile kanunlarda değişiklik yapılmasına izin verilmemiştir.

Bir andlaşmanın iç hukuk bakımından yürürlüğe girebilmesi için Cumhurbaşkanı tarafından onaylanması yeterli olmayıp, bunların Bakanlar Kurulu kararnamesi ile Resmi Gazetede yayımlanması gerekmektedir (244 sayılı kanun, m. 3/2). Ancak yayımlanmasına gerek olmayan andlaşmalar bakımından bu şart aranmaz. Bunlar ise sadece özel kişilerin haklarını ilgilendirmeyen teknik ve idari andlaşmalardan ibarettir (AY.m.90/3).

Anayasaya göre (m.90/5), "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz". Anayasanın bu hükmünden açıkça anlaşılmaktadır ki, andlaşmalar Türk hukuk düzeninde kanun niteliğindedir ve kanunlar gibi uygulanacaktır. Andlaşmaların Anayasaya uygunluğu konusunda gerek soyut norm denetimi (iptal davası), gerekse somut norm denetimi (itiraz) yoluyla bir yargısal denetimin yapılması mümkün değildir. Bu yasaklayıcı düzenlemenin amacı, esas itibariyle devletin yükümlülük altına girdiği bir konuda milletlerarası sorumluluğuna yol açmamak ve Türkiye'nin devletler-üstü niteliğe sahip kuruluşlara Anayasaya aykırılık sorunlarıyla karşılaşmadan girebilmesini sağlamaktır (45). Anayasanın bu düzenlemesi karşısında doktrinde andlaşmaların iç hukuk bakımından değeri konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Bu konudaki yargı kararları ise çelişkilidir (46). Bazı yazarlar (47) Anayasanın, andlaşmaları kanunların üstüne çıkardığını ileri sürerken, diğer bazı yazarlar (48), Anayasa hükmünün açık olmadığı ve çeşitli yorumlara yol açabileceği görüşündedirler. Bu konudaki son görüşe göre ise (49), andlaşmalar ile kanunlar eşit değerde olup, biri diğerinden üstün değildir. atta bir yazara (50) göre, andlaşmalarla kanunların çatışması halinde ikisini bağdaştıracak bir yorumun yapılması imkanı yoksa, bu durumda iç hukuktaki iki

(45) Özbudun, Anayasa, s. 185,
(46) Bu konuda bkz. Pazarcı, s. 30-31.
(47) Akipek, Ilhan, Devletler Hukuku, Kitap l, Ankara 1970, s. 28-29; Şeref Gözübüyük, A. Şeref, Anayasa Hukuku, Ankara 1986, s. 201.
(48) Çelik, s. 209-210; Meray, Seha L., Devletler Hukukuna Giriş, Cilt I, Ankara 1968, s. 131.
(49) Özbudun, s. 186; Pazarcı, s. 30-32; Meray, s. 132.
(50) Balta, Tahsin B., "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye", Türkiye'de İnsan Hakları, Ankara 1970, s. 278.

kanun arasındaki çatışmanın çözümünde uygulanan kuralların uygulanması gerekir. Kanaatimizce de doğru olan bu görüşe göre, Anayasada andlaşmaların Anayasaya aykırılığının iddia olunamamasının öngörülmesi, andlaşmaların kanunlardan üstün tutulduğu şeklinde yorumlanamaz. Andlaşmaların Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülememekle birlikte, yasama organı tarafından andlaşmalara aykırı kanuni düzenlemelerin yapılması ya da bunların iç hukuktaki etkilerinin değiştirimesi ve kaldırılması her zaman mümkündür. Böyle bir davranış, Devletin andlaşmayla üstlendiği milletlerarası yükümlülüklerine uymaması anlamına gelir ve onun milletlerarası sorumluluğuna yol açar (51). Fakat Anayasada öngörülen bazı istisnalar (AY.m.15,16,42,92) dışında, iç hukuk bakımından bunu engelleyen bir düzenleme bulunmaktadır (52).

Anayasanın milletlerarası andlaşmaları anayasa yargısı denetimi dışında tutması, andlaşmaların da kanun değerinde bir hukuk kaynağı olması nedeniyle, bunların Anayasaya aykırı olabilmesi ihtimalini ortaya çıkarmaktadır. Andlaşmaların yargı denetimi dışında tutuluş olmasının gerekçeleri denetim dışı tutulmanın sakıncalarını belli ölçüde makul göstermekle beraber bu yolla, yasama ve yürütme organının Anayasa ile sahip kılınmadığı bir yetkiyi andlaşmalarla elde etmesi ve kullanması tehlikesi söz konusu olabilecektir (53).

Burada üzerinde durulması gereken bir mesele de andlaşmaların uygun bulunmasına ilişkin kanunların denetime tabi olup olmadığıdır. Anayasanın 90 ıncı maddesi andlaşmaların anayasaya aykırılığının iddia edilemeyeceğini hüküm altına almasına karşılık, andlaşmaları uygun bulmakanunları hakkında anayasa yargısı denetimi bakımından bir düzenleme yapmamıştır. Denetleme dışı tutma istisna, denetleme ise kuraldır. Bu ilkeden hareketle, uygun bulma kanunlarının andlaşmaların denetlenememesinden doğabilecek sakıncaları ortadan kaldırmak amacıyla denetlenmesi gereği ileri sürülmektedir (54). Buna karşılık aksi görüş (55), uygun bula kanunlarının denetlenmesinin kabul edilmesi halinde, Anayasanın ortadan kaldırmak istediği sonuca dolaylı olarak ulaşmak imkanını doğurduğu için, onaylamanın uygun bulunması kanunu hakkında da Anayasa Mahkemesine gidilemiyeceğini savunmaktadır. Bazı yazarlara (56) göre de, "ayrılabilir işlem" kavramından hareketle denilebilir ki, uygun bulma kanunu, andlaşmanın kendisinden ayrılabiliyor, kendi başına hüküm ifade edebiliyor ve iç hukuk düzeninde etki doğurabiliyorsa bu kanunun Anayasa aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulabilir; aksine bu kanun ancak andlaşma ile birlikte bir anlaş taşıyor ve etki doğuruyorsa bu durumda bunun anayasa yargısına konu olması mümkün değildir. Özbudun'a göre, uygun bulma kanunları genellikle andlaşmaların uygun bulunduğunu gösteren basit bir hükümden ibaret olup, bağımsız olarak kendi başlarına hukuk düzeninde etkili olamayacaklarından,

(51) Özbudun, Anayasa, s. 186; Pazarcı, s. 31.
(52) Pazarcı, s. 31-32.
(53) Kıratlı, s. 11; Armağan, s. 65.
(54) Kıratlı, s. 112.
(55) Armağan, s. 63-64.
(56) Özbudun, Anayasa, s. 186-187; Çelik, Edip F., Milletlerarası Hukuk, Cilt 1, İstanbul 1975, s. 212.

bunlar için Anayasa Mahkemesine başvurulması ihtimali çok zayıftır. Ancak, Anayasanın şekil bakımından denetlemeyi Anayasa değişiklikleri açısından bile kabul etmiş olması karşısında, uygun bulma kanunlarının da şekil bakımından denetlenmesi mümkün olabilmelidir. Eğer bir kanun şekil yönünden Anayasaya aykırı ise, yasama organının geçerli biçimde ortaya çıkmış bir iradesi bulunmayıp, bir "yolsuz onay" söz konusu olmaktadır (57).

D- İnkılap Kanunları

Anayasanın İnkılap kanunlarının korunması başlığını taşıyan 174 üncü maddesine göre, "Anayasanın hiçbir hükmü, Türk toplumunu çağdaş uygarlık düzeyinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyeti'nin laiklik niteliğini koruma amacı güden, aşağıda gösterilen inkılap kanunlarının, Anayasanın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin, Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamaz ve yorumlanamaz" (58).

Anayasada, Anayasa Mahkemesinin denetimi dışında tutulan söz konusu bu kanunlar hakkında değiştirme veya kaldırma konusunda bir yasak öngörülmemiştir. Dolayısıyle bu kanunlar yasama organınca kadırılabilir ya da değiştirilebilir (59).

E- Millî Güvenlik Konseyi Dönemi Kanunları

Anayasanın geçici 15 inci maddesine göre (f.1-2), "12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar geçecek süre içinde (7.12.1983 tarihine kadar) yasama ve yürütme yetkilerini Türk Milleti adına kullanan, 2356 sayılı Kanunla kurulu Millî-Güvenlik Konseyi" dönemi içinde "çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı iddia edilemez".

---

(57) Özbudun, Anayasa, s. 187.

(58) Anayasanın 174 üncü maddesinde sayılan kanunlar şunlardır

1. 3 Mart 1340 tarihli ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu;
2. 25 Teşrinisani 1341 tarihli ve 671 sayılı Şapka İktisâsı Hakkında Kanunu;
3. 30 Teşrinisani 1341 tarihli ve 677 sayılı Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar İle Bir Takım Ünvanların Men ve İlgasına Dair Kanun;
4. 17 Şubat 1926 Tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisiyle kabul edilen, evlenme akdinin evlendirme memuru önünde yapılacağına dair medenî nikâh esası ile aynı Kanunun 110 uncu maddesi hükmü;
5. 20 Mayıs 1928 tarihli ve 1288 sayılı Beynelmilel Erkamın Kabulü Hakkında Kanun;
6. 1 Teşrinisani 1928 tarihli ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun;
7. 26 Teşrinisani 1934 tarihli ve 2590 sayılı Efendi, Bey, Paşa gibi lâkap ve ünvanların kaldırıldığına dair Kanun;
8. 3 Kanunuevvel 1934 tarihli ve 2596 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair kanun.

Anayasa Mahkemesinde bu kanunlar hakkında dava açılmamış olmakla beraber Mahkeme şu kararlarında bu kanunları düzenleyen 1961 Anayasasının 153 üncü maddesine (1982 AY.m.174) atıfta bulunmuştur E. 1970/53, K. 1971/79, K.T. 31.10.1971, AMKD., Sayı 10, s. 52-79; E. 1966/19, K. 1968/25, K.T. 18/19.6.1968, AMKD., Sayı 7, s. 18-48.

(59) Armağan, s. 60.

1982 Anayasası bu hükmüyle 1961 Anayasasında olduğu gibi (geçici m.4) olağanüstü ara dönemlerde çıkarılan kanunların olağan döneme geçildikten sonra da denetlemeye tabi olmadan yürürlükte kalmasını amaçlamaktadır. Anayasanın bu düzenlemesi, Anayasaya aykırı olabilecek bir takım kanunların yürürlükte kalmasına imkan vererek Anayasa düzeni içinde çelişkiler yaratabileceği (60) ve insan hak ve hürriyetlerini zedeleyici nitelikte olmasının mümkün ve muhtemel olabilmesi (61) sebebiyle haklı olarak eleştirilmekte ve denetleme dışı bırakılacak bu devreye ait kanunlar için, hiç olmazsa belli bir kıstas konulması önerilmektedir (62). Anayasanın bu tür bir koruyucu hüküm koymak suretiyle Anayasa yargısı denetimi dışında tuttuğu Milli Güvenlik Konseyi dönemi kanunları bir yazar (63) tarafından "ikinci anayasa" olarak nitelendirilirken, bir diğer yazar (64) da bunları "İkinci İnkılap Kanunları" olarak adlandırmaktadır. Sözü edilen dönemde çıkarılan kanunların genellikle temel öneme sahip seçim, siyasî partiler, bazı temel hak ve hürriyetler gibi konulara ilişkin olması, bunların Anayasa yargısı denetimi dışında tutulmalarından doğan sakıncayı daha da artırmaktadır.

1961 Anayasası (geçici m.4) ile konulmuş olan Milli Birlik Komitesi dönemi kanunları hakkındaki denetleme yasağı, 1961 Anayasasının yürürlükten kalkmış olması ve 1982 Anayasasının da bu dönem kanunlarını denetim dışı bırakan özel bir hüküm getirmemiş olması karşısında, artık geçerliliğini yitirmiştir. Buna göre Milli Birlik Komitesi döneminde çıkarılan kanunların Anayasa Mahkemesince denetlenmesi mümkündür (65). Doğaldır ki, söz konusu bu kanunlar iptal davası yoluyla değil de, ancak itiraz yoluyla anayasa yargısı denetiminin konusu olabilirler.

1982 Anayasasının geçici 15 inci maddesi, adından çıkarılacak basit sonuçla gerçekten geçici olması gerekirken, bu hükmün lafzı ve tarihî yorumu bunun kalıcı olduğunu göstermektedir. Anayasa Mahkemesi (66) ve genel olarak

(60) Özbudun, Anayasa, s. 351-352.

(61) Kıratlı, s. 114; Özçelik, Selçuk, "1961 Anayasasına Göre Anayasa Mahkemesi", İÜHFM., Cilt XXVIII, s. 610 vd.

(62) Kıratlı, s. 114.

(63) Tanör, Bülent, İki Anayasa, 2. Baskı, İstanbul 1991, s. 113.

(64) Hatemi, Hüseyin, "Anayasaya Aykırı Olmayan Kanunlar", Yeni Gündem, Sayı 37, 27.12.1985, s. 12.

(65) Özbudun, Anayasa, s. 351; 1961 Anayasası döneminde 27 Mayıs 1960 - 6 Ocak 1961 arasında çıkarılan bazı kanunlar hakkında iptal talebinde bulunulmuş ve Anayasa Mahkemesi de bu talepleri 1961 Anayasasının geçici 4 üncü maddesine İstinaden reddetmiştir. Bu nitelikte bazı kararlar için bkz. (E. 1962/37, M. 1962/35, K.T. 11.9.1962, AMKD., Sayı 1, s. 17; E. 1965/1, K. 1965/5, K.T. 14.1.1965, AMKD., Sayı 3, S. 21-22; E. 1970/24, K. 197024, K.T. 14.5.1970, AMKD., Sayı 8, s. 257; E. 1963/69, K. 1966/8, K.T. 15.2.1965, AMKD., Sayı 4, s. 72-74).

(66) Anayasa Mahkemesi bir siyasî partinin kapatılmasına İlişkin olarak açılan davayı incelerken, söz konusu partinin kendisine uygulanacak olan Siyasi Partiler Kanununun 96 ve 97 nci maddelerinin Anayasaya aykırı olduğunu iddia etmesi üzerine, Siyasi Partiler Kanununun Milli Güvenlik Konseyi Döneminde çıkmış bulunduğundan bahisle, bu Kanun hükümlerinin Anayasaya aykırılıklarının Mahkemece denetlenemeyeceğini belirtmiş ve kararında geçici 15 inci maddeyle ilgili olarak şu görüşlere yer vermiştir: "...geçici 15.m. ile Anayasaya giren bu yasakla güdülen amacın, Milli Güvenlik Konseyi'nin yasama yetkisini elinde tuttuğu dönemlerde kabul edilerek yürürlüğe konulan kanunların değiştirilmelerinin mümkün olmadığı ve bunların temelli olarak Anayasa Mahkemesinin denetimi dışında tutulmasının İstendiği biçiminde anlaşılmasına olanak yoktur. Tam tersine Geçici 15. maddenin tümü dikkate alınarak incelendiği takdirde yapılan düzenleme ile bu

doktrin (67) de bu maddenin geçici olmadığı kanaatindedir. Bir yazarın (68) vurguladığı gibi, geçici maddeler belli engelleri aşmak ve kısa vadeli sorunları çözmek amacıyla konulur. Bunlar ortadan kalkınca geçici maddelerin görevi de sona erer, yani "mani zail olunca memnu avdet eder". Oysa geçici 15 inci maddenin koyucuları bu yorumun yapılmasını istememiş, geçici 15 inci maddeyi 174 üncü madde gibi düzenlemişlerdir.

Kuşkusuz Anayasanın bu düzenlemesi, yasama organının geçici 15 inci maddeyi kaldırmasını ya da değiştirmesini hiç bir şekilde engellememektedir. Türkiye Büyük Millet Meclisi her zaman bu hükmü ilga edebilecektir.

F. Kanunlara İlişkin Bazı Sorunlar

Kanun kavramına giren düzenleme ve tasarrufları bu şekilde inceledikten sonra, son olarak kanunlara ilişkin bazı sorunlar üzerinde duracağız.

1) Yürürlükte bulunma durumu: Bir kanunun Anayasaya uygunluk denetimine konu olabilmesi için, o kanunun yürürlükte olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Eğer kanun yürürlükten kalkmış ise onun düzenlediği konu da ortadan kalkmış olacağından, artık onun denetlenmesi de gereksiz hale gelir (69). Anayasa Mahkemesi bir kararında "kanunun yürürlükte olması" kaydına açıkça değinerek "davanın dava gününde yürürlükte bulunan hüküm hakkında değil, ...sayılı Kanunla değiştirilerek yürürlükten kaldırılmış hüküm için açıldığı... anlaşılmaktadır. Şu hale göre davanın açıldığı günde yürürlükte olmayan hüküm hakkında olması nedeniyle reddi gerekir" (70).

---

dönemde çıkarılan yasalar için mutlak bîr dokunulmazlığın tesisi ve böylece Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesinin ihlali değil, bu madde kapsamındaki kanunların değiştirilmelerine veya yürürlükten kaldırılmalarına değin Anayasaya uygunluk denetimi yoluyla bu hükümlerin tartışma konusu yapılmalarını ve bu yoldan yararlanılarak 12 Eylül Harekatını zedelemeye yönelik girişimlere fırsat verilmeyip, onları önleme ereğinin.güdüldüğünden kuşku duyulmamalıdır. Bahis konusu geçici 15. maddenin kapsamında olan ve böylece anayasal korunma altında bulunan yasa hükümlerinin sırf bu nedenle Anayasaya aykırı oldukları ileri sürülemeyeceği gibi bunların Anayasa Mahkemesince ihmal edilebilmesinden de söz edilemez. Bu durumdaki hükümlerin ancak, Anayasanın temel ilkelerine ve bu ilkelere egemen olan hukukun ana kurallarına olabildiğince uygun düşecek biçimde yorumlanmaları düşünülebilir" (E. 1984/1, K. 1984/1, K.T. 28.9.1984, AMKD., Sayı 20, s. 450-455; Aynı nitelikte bazı kararlar için bkz. E. 1985/19, K. 1985/21, K.T. 28.11.1985, R.G. 22.12.1985, Sayı 18966; E. 1983/4, K. 1983/4, K.T. 3.11.1983, AMKD., Sayı 20, s. 398-430).

(67) Tanör, s. 113; Özbudun, s. 351-352; Sosyal, Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 7. Baskı, İstanbul 1987, s. 396; Hatemi, s. 12; Buna karşılık 1982 Anayasanın yapımında Anayasa Komisyonu Başkanı olarak görev yapan Prof. Dr. Orhan Aldıkaçtı, doktrindeki bu genel kanaatin aksine, geçici 15 inci maddenin artık yürürlükte olmadığını, maddede belirtilen "bu dönem" ibaresinin bu hükmün geçerli olacağı dönemi gösterdiğini belirtmektedir. Aldıkaçtı, bir dava dolayısıyle bir mahkemeye verilen bilirkişi raporunda bu anayasa hükmünün sadece intikal safhasında geçerli olduğunu ve TBMM Başkanlık Divanının oluşması ile (7.12.1983) yürürlükten kalktığını İleri sürmektedir (Bu Rapor için bkz. Yeni Gündem, Sayı 30, 16.9.1985, Ek 9).

(68) Hatemi, s. 12.

(69) Kıratlı, s. 137.

(70) E. 1963/144, K. 1967/6, K.T. 14.2.1967, AMKD., Sayı 5, s. 47; Anayasa Mahkemesinin benzer kararları için bkz. E. 1963/145, K. 1967/20, K.T. 27.6.1967, AMKD., Sayı 5, s. 118; E. 1963/124, K. 1963/243, K.T. 11.10.1963, AMKD., Sayı 1, s. 346; E. 1969/1, K. 1969/7, K.T. 30.1.1069, AMKD., Sayı 7, s. 227 vd.

2) Anayasa değişikliklerinin mevcut kanunların yürürlüğüne etkisi: Bu konu Anayasa vasıtasıyla zımnî ilga müessesesi ile ilgili olduğundan, zımnî ilga kavramım incelemek gerekmektedir.

Doktrinde Anayasa vasıtasıyla zımnî ilga konusu tartışmalıdır. Bazı yazarlar (71) ve Anayasa Mahkemesi Anayasa ile kanun hükümlerinin zımnen ilga edilmiş sayılmasını anayasaya aykırılıkla aynı nitelikte kabul ederek, böyle bir aykırılığın ancak usulüne uygun olarak yetkili merci, yani Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edilmesi görüşünü savunmaktadırlar.

Anayasa vasıtasıyla zımnî ilgayı bazı şartlarla kabul eden görüş ise şu gerekçelere dayanmaktadır: Anayasanın belirli bir konuyu bütün ayrıntılarıyla doğrudan doğruya düzenleyen hükümleri, daha önceki kanunların aynı konuyu farklı olarak düzenleyen hükümlerini kendiliğinden ortadan kaldırır. Alelâde kanunlar için kabul edilen bu esasın anayasa için tanınmamasını haklı gösterecek hukukî bir sebep mevcut değildir (72). Ayrıca Yargıtay da bir Hukuk Genel Kurulu kararında Anayasa vasıtasıyla zımnî ilgayı kabul edici nitelikte birtakım görüşlere yer vermiştir (73).

Anayasa Mahkemesinin bu konudaki temel görüşü şu kararında açıkça ortaya konmuştur:

"Eğer Anayasanın, yürürlüğe girdiği tarihte var olan kanunlardaki aykırı hükümleri kendiliğinden kaldıracağım düşünmek mümkün ve caiz bulunsaydı bu çeşit hükümlerin ayrıca iptali için bu yolun öngörülmesi hiç de gerekmezdi. Oysa Anayasanın geçici 9. maddesine (1961), Anayasa Mahkemesinin görevine başladığı günde yürürlükte olan kanunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla iptal davası açılabilmesini sağlayacak özel bir hüküm konulmuş, bu da Anayasadaki temel hukuk kurallarının, aykırı hükümleri kendiliğinden ortadan kaldıramıyacağını göstermekte bulunmuştur" (74).

Daha sonraki bir kararında ise Anayasa Mahkemesinin zımnî ilgayı kabul ettiği görülmektedir. Bu karara göre, "Anayasa koyucu TCK'nun... ispat hakkı ile ilgili hükümlerini bir yana bırakarak, 34. madde ile ispat hakkım ayrıntılı bir surette bizzat düzenlemiş ve artık bu konuda öteki yasaların değil, Anayasanın bu hükmüne göre hareket edilmesini istemiştir. Bilindiği gibi, Anayasada sadece özü belirlenmiş temel hukuk kurallarına değil, kimi konulan ayrıntıları ile doğrudan

(71) Temelde aynı olan bu görüşler için bkz. Duran, Lütfi, "İdarenin Mali Külfet Yüklenmesi", IÛHFM., Cilt XXX, s. 992; Güran, Sait, "Uyuşmazlık Mahkemesinde Başkan Vekilliği Meselesi", İÜHFM., Cilt XXX, s. 1004,1024; Hocaoğlu-Ocakçıoğlu, s. 144; Özbudun, Anayasa, s. 387-388.

(72) Bkz. Kıratlı, s. 141-142; Kunter, Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1986, s. 400 dipnot 62.

(73) Bu kararında Yargıtay hiç tereddütsüz, 1982 Anayasasının yeni yürürlüğe girdiği ve hukuk sisteminde birtakım karışıklık ve boşlukların ortaya çıktığı bir ara rejim döneminde, muhtemelen bu sorunların çözümüne katkıda bulunmak amacıyla, 1982 Anayasasının (m.177), "kanunların Anayasaya uygunluğu sağlanıncaya ya da yeni kanunlar çıkarılıncaya kadar mevcut kanunların Anayasaya ay kın olmayan hükümlerinin veya doğrudan Anayasa hükümlerinin uygulanacağı (m)..." öngördüğü kanaatini İzhar etmiştir.

(74) E. 1963/106, K. 1963/270, K.T. 11.11.1963, AMKD., Sayı 1, s. 468.

doğruya düzenleyen hükümlere de yer verilmiştir. İspat hakkına ilişkin 34. madde bu ikinci tür hükümlerdendir... Geçici 9. madde, Anayasanın belirli konuları ayrıntıları ile ele alıp düzenleyen hükümleri kendiliğinden yürürlükten kaldırdığı hususundaki görüşün aksini kanıtlamaz... Bir yasanın tümünün ya da yalnız bir hükmünün sonradan yürürlüğe konan bir yasa ile açıkça kaldırılabileceği veya değiştirilebileceği gibi, sonradan çıkan yasanın, önceki bir yasaya aykırı kurallar koymak suretiyle kanunun o hükümlerini zımnî başka bir deyişle dolaylı olarak kaldıracağı veya değiştireceği yukarıda açıklanmıştı. İşte Anayaanın 34. maddesindeki ispat hakkı ile ilgili ayrıntılı özel hüküm de, bu niteliktedir" (75).

Bununla beraber Anayasa mahkemesi daha sonraki bazı kararlarında yeniden eski görüşüne dönerek Anayasa ile zımnî ilganın mümkün olamayacağı kanaatine varmıştır. Anayasa Mahkemesinin bu çelişkili kararlarına rağmen genel olarak zımnî ilgadan yana olmadığı sonucunu çıkarmak mümkündür.

Kanaatimizce, Anayasa Mahkemesi ve Anayasa vasıtasıyla zımnî ilgayı kabul etmeyen görüşlerin gözardı ettiği husus anayasaya aykırılık ile anayasa vasıtasıyla zımnî ilga kavramlarının aynı anlama gelmediğidir. Bu iki kavramı birbirinden ayırmak gerekir: Anayasaya aykırılık söz konusu ise bu aykırılık iptal davası ya da itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine götürülür ve bu durumda kanun hükmü, Anayasa Mahkemesi aykırılığa kanaat getirip iptal kararı verinceye kadar yürürlükte kalır. Zımnî ilgayı gerektiren bir durumda ise, konunun Anayasa Mahkemesine götürülmesine gerek yoktur. Yeni hüküm (anayasa hükmü) ile önceki hüküm (kanun hükmü) zımnen ortadan kalkmış olur. Anayasaya aykırılık konusunda karar verecek merci Anayasa Mahkemesi iken, zımnî ilgada ilganın tespiti hükmü uygulayacak olan mahkemeye (merciye) aittir. Ancak Anayasa vasıtasıyla zımnî ilganın kabul edilebilmesi için mutlaka iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bunlardan birincisi, anayasa hükmünün yeni olması; ikincisi ise, anayasanın herhangi bir hususta genel bir ilke ya da kural koymakla yetinmeyip, âdeta bir kanun hükmü gibi o meseleyi teferruatı ile düzenlemiş olmasıdır.

3) Anayasal bir halkın kullanılmasını sürekli veya geçici olarak engelleyen kanun hükümleri de anayasaya aykırılık taşıyabileceğinden anayasa yargısı denetimine konu olabilmelidir (76).

4) Yasama organının sükutu: Yasama organının sükutu veya ihmali (olumsuz tutumu) anayasa yargısı denetimine tabi tutulabilir mi? Anayasanın, Anayasa Mahkemesini kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi ile görevlendiren hükmü (148/1) sadece mevcut kanun hükümlerinin denetleneceğinden söz etmektedir. Başka bir ifadeyle Anayasa, yasama organının, Anayasanın bazı hükümleriyle öngördüğü halde harhangi bir kanuni düzenleme yapmamış olmasını denetleme kapsamına sokmamıştır. Kanaatimizce, bu durumda

(75) E. 1976/13, K. 1976/31, K.T. 3.6.1976, AMKD., Sayı 14, s. 217-218.
(76) Bu konuda Anayasa Mahkemesinin bir kararı için bkz. E. 1962/280, K. 1963/51, K.T. 6.3.1963, AMKD., Sayı 1, s. 115-121.

Türk Anayasa Yargısı bakımından Anayasa Mahkemesinin böyle bir yetkiye sahip olduğunu ileri sürmek pozitif olarak mümkün gözükmemektedir. Ayrıca Anayasanın, Anayasa yargısının mahiyeti bunu gerektirdiği için, hiç gereği yokken, "Anayasa Mahkemesi bir kanun ya da kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez" (m. 153/2) hükmünü koymuş olması, Anayasa yapıcıların bu konudaki hassasiyetini ortaya koymaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, "Anayasa Mahkemesi'nin iptal yetkisi ancak var olan bir hüküm dolayısıyle işleyebilir. Hüküm yokluğunun iptal konusu olması düşünülemez", gerekçesiyle bunu kabul etmemektedir (77).

5) Hükmünü icra etmiş kanunlar: Bu tür kanunlar acaba Anayasa yargısı denetimine tabi tutulabilir mi? Bir kanunun yürürlüğe girme anında veya dava süresi geçmeden sonuçlarını doğurması, başka bir deyişle, bir daha uygulanma imkanının olmaması halinde böyle bir kanunun iptal davasına konu olmaması gerekir. Çünkü kanun sonucunu artık doğurmuştur ve iptal kararı da geri yürüyemeyeceğine göre (AY. m. 153/5) bunun pratik bir faydası da olmayacaktır.

Bununla beraber, adlî ve idarî yargıdaki "kanun yararına bozma" (HUMK. m.427/6,7; İYUK. m.51) müessesesinin burada da uygulanması düşünülebilir. Böylece anayasaya aykırı olmasına rağmen hükmünü icra eden kanun hükümlerinin (uygulamanın sonuçlarım etkilemeden) anayasaya aykırılıkları tespit edilmiş ve ayrıca yasama organına da sonraki benzer faaliyetleri konusunda Anayasaya uygunluğu sağlayıcı bir yön gösterilmiş olur. Anayasa yargısında "kanun yararına bozma" müessesesinin uygulanabilmesi için Anayasa Mahkemesinin bu konuda içtihat geliştirebileceği savunulabilir, ancak buna pozitif olarak izin veren bir Anayasal düzenlemenin yapılması daha yerinde olur.

6) Geçici Kanunlar: Geçici kanunların da Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olacağı şüphesizdir. Zira bunlar, uygulanma ve sonuçları bakımından normal kanunlara nazaran geçici olmaları, yani ancak öngörülen müddet içinde uygulanmaları dışında bir farklılık arzetmezler.

7) Yürürlüğü yayımdan sonraya bırakılan kanunlar: Kanunların yürürlüğe girmeleri yayımlarından sonraki bir tarihe bırakıldığı takdirde, acaba yürürlük için tespit olunan tarih ile yayım arasındaki sürede iptal davası açılabilir mi? Bu durumda iptal davasının açılabilmesi gerekir. Çünkü Anayasanın öngördüğü kanunlaşma prosedürünün tamamlanarak Resmi Gazetede yayımlanma ile yasama organının hukukî tasarrufu "kanun" niteliğini kazandığı gibi, Anayasa'nın ilgili hükmü de (m. 151) iptal davası açma süresinin, kanunun Resmi Gazetede yayımlanmasından itibaren başlayacağını belirtmektedir (78).

8) Uygulaması durdurulan kanunlar: Bir kanunun uygulanmasının durdurulması yetkisi yasama organınca Bakanlar kuruluna verilebilmektedir. Nitekim

(77) E. 1963/172, K. 1963/244, K.T. 21.10.1963, AMKD., Sayı 1, s. 439-457.
(78) Hocaoğlu-Ocakçıoğlu, s. 149; Armağan, s. 70; Azrak, s. 681.

Milli Korunma Kanunu ile bunun bir örneği görülmüştür. Bakanlar Kurulu bu yetkisini kullanarak kanunun uygulanmasının durdurulmasına karar verirse bu durumda, söz konusu kanun yürürlükte kalmaya devam eder. Çünkü bu kanunu yürürlükten kaldırma yetkisi sadece yasama organına aittir. O halde Bakanlar Kurulunca uygulanması durdurulan bir kanun yürürlükte olduğundan Anayasa Mahkemesince denetlenebilecektir. Anayasa Mahkemesi de bir kararında aynı gerekçelerle, Bakanlar kurulu tarafından uygulanması durdurulan Milli Korunma Kanununun yürürlükte olduğunu ve Anayasa Mahkemesince denetlenebileceğine karar vermiştir (79).

IV. KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER

Kanun hükmünde kararname (KHK), yasama organının amaç, kapsam, ilke ve süresini belirleyen bir yetki kanunu ile verdiği yetkiye veya doğrudan doğruya Anayasadan aldığı yetkiye dayanarak, Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan, maddî anlamda kanun gücüne sahip, parlamentonun tasdiki ile şeklî ve organik anlamda kanun gücünü kazanacak olan işlemlerdir (80).

Türk Hukukunda kanun hükmünde kararnameler 1982 Anayasasındaki düzenleme biçimi ile olağan (m.91) ve olağanüstü (m.121, 122) dönemlere özgü olmak üzere iki kategoriye ayrılmaktadır.

Kanun hükmünde kararnamenin yürütmenin diğer düzenleyici işlemlerinden farkı, kanuna eşit hukukî güçte olmasıdır. Tüzük ve yönetmelik gibi diğer düzenleyici işlemlerin, yürürlükteki kanun hükümlerini değiştirmeleri veya kaldırmaları mümkün olmadığı halde kanun hükmünde kararname ile yürürlükteki kanun hükümleri değiştirebilir veya kaldırılabilir.

1961 Anayasasında öngörüldüğü biçimi ile kanun hükmünde kararnamenin hukukî niteliği organik bakımdan idarî, fonksiyonel ve maddî bakımdan ise düzenleyici işlemdir. Çünkü Bakanlar Kurulu, kanun hükmünde kararname ile yürürlükteki kanun hükümlerinden yetki kanununda belirtilenleri değiştirebileceğinden yasama değil, düzenleme yetkisi kullanmaktaydı (81).

1982 Anayasasına göre ise (m.91/2), Bakanlar Kurulu, yetki kanununa dayanarak yürürlükteki kanun hükümlerini bir sınırlama olmadan değiştirme ve kaldırma yetkisine sahip olduğu gibi, bir kanun gibi yeni konuları da düzenleyebilir. Bu nedenle Bakanlar Kurulu, kanun hükmünde kararnamelerle artık yürütmenin sahip olduğu olağan düzenleme yetkisini değil, yasama yetkisi kullanmaktadır. Başka bir ifadeyle, 1982 Anayasasında kanun hükmünde kararnameler fonksiyonel açıdan yasama işlemi niteliğinde ve kanunlara eşit değerdedir (82). Çünkü

(79) E. 1963/136, K. 1963/285, K.T. 2.12.1963, AMKD., Sayı 1, s. 436.
(80) Kuzu, Burhan, Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler, İstanbul 1985, s. 132; TezİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul 1991, s. 27.
(81) Teziç, Anayasa, s. 27.
(82) Teziç, s. 28; Sağlam, Fazıl, 'Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırlan, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar", Anayasa Yargısı 1, Ankara 1984, s. 265-266.

yasama organı yetki kanununda, Bakanlar Kurulunun çıkaracağı kanun hükünde kararnamenin amacını, kapsamını, ilkelerini, kullanma süresini ve bu süre içinde birden çok kararname çıkarılıp çıkarılamayacağını göstermekle yetinir (m.91/2). 1982 Anayasası, Bakanlar kuruluna yetki verilirken hangi kanunların hangi hükümlerinin yürürlükten kaldırılacağının açıkça gösterilmesi şartını aramadığı gibi, belli bir konu ile de yetki kanununda sınırlama getirilmesini öngörmüyor.

1982 Anayasası temel haklar ve ödevlerle (m.12-40) siyasî haklar (m.66- 74) ve bütçede değişiklik yapma (m. 163) konularının kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemiyeceğini belirtmiştir (83).

1982 Anayasasına göre Anayasa Mahkemesi kanun hükmünde kararnamelerin Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler (m.148, 150, 151, 152; 1961 AY. m.64/son). Doktrinde kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa Mahkemesi yanında Danıştay tarafından da denetlenip denetlenemiyeceği, denetlenebilirse Anayasa Mahkemesi ile Danıştay'ın denetim yetkilerinin sınırının nasıl belirleneceği tartışma konusu olmuştur. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre (84), kanun hükmünde kararnameler yasama organınca kanunlaştırılmalarından sonra sadece Anayasa Mahkemesi tarafından, kanunlaştırılmalarından önce ise, Anayasaya ve hukukun genel ilkelerine uygunlukları bakımından Anayasa Mahkemesi, yetki kanununa uygunlukları bakımından da Danıştay tarafından denetlenebilirler.

Danıştay bir kanun hükmünde kararnamenin muayyen bir hükmünün iptali için açılan davayı "davanın inceleme kabiliyeti bulunmadığı" gerekçesiyle reddetmiştir (85). Danıştay'a göre, kanun hükmünde kararnameler için, bunlara dayanılarak yapılan işlemler söz konusu olduğunda ilgililer tarafından dava açılabilir. Danıştay'ın bu kararı, Danıştay'ın kanun hükmünde kararnameyi bir hükümet tasarrufu olarak gördüğü şeklinde yorumlanmıştır. Zira Danıştay kanun hükmünde kararnameyi bir yasama işlemi olarak kabul etseydi görevsizlik kararı vermesi gerekirdi, denilmektedir (86).

---

(83) Kanun hükmünde kararname hakkında geniş bilgi için bkz. Kuzu, Burhan, Türk Anayasa Hukukunda Kanun Hükmünde Kararnameler, İstanbul 1985; Duran, Lütfi, 'Kanun Hükmünde Kararname', Amme İdaresi Dergisi, Cilt 8, Sayı 2, 1975, s. 3-19; Gözübüyük, Şeref-Cahit Tutum, "Yasa Gücünde Kararnameler", Amme İdaresi Dergisi, Cilt 8, Sayı 1,1975, s. 3-7; Güneş, Turan, Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara 1965; Tan, Turgut, "KAnun Hükmünde Kararname Uygulaması", Amme İdaresi Dergisi, Cilt 17 Sayı 4,1984, s. 33- 47; Yılmaz, Misket, "Türk Hukukunda.Kanun Hükmünde Kararname', B.N. Esen Armağanı, Ankara 1977, s. 505-561; Teziç, Erdoğan, 'Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler", Amme İdaresi Dergisi, Cilt 5, Sayı 1,1972, s. 3-14; Teziç, Erdoğan, Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları, İstanbul 1980, s. 107-114.

(84) Duran, LütfİI, "Kanun Hükmünde Kararname", Amme İdaresi Dergisi, Cilt 8, Sayı 2, s. 4-6; Kuzu, s, 426.

(85) DDK., E, 1973/110, K. 1974/482, K.T. 26.4.1974; Bu konuda başka birtakım kararlar İçin bkz. DDK., E. 1973/201, K. 1974/525, K.T. 31.5.1975; DDK., E. 1974/655, K. 1974/798, K.T. 20.12.1974 (Zikreden: N. Kibar, "Türk Hukukunda Kararname[1], İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler 3, Danıştay Tasnif ve Yayın bürosu Yayınları, Ankara 1980, s. 302-303).

(86) Duran, s. 7-14.

Bu konuda, bizim de katıldığımız, bir başka görüşe göre (87) yasama organının onayı ile kanun hükmünde kararname kanun niteliğini aldığından bu safhada KHK'nin Anayasa Mahkemesi tarafından denetleneceğinde tereddüt yoktur. Onaydan önceki safhaya gelince; kabul hükmünde kararnameyi maddî bakımdan bir yasama işlemi olarak kabul etmek özellikle 1982 Anayasasının KHK'ler hakkındaki düzenlemesinden sonra zorunludur. Bu nedenle de KHK'nin denetiminin Danıştay'ın görev alanı dışında kalması doğaldır (88).

Teziç (89) 1982 Anayasasına göre kanun hükmünde kararnamelerin fonksiyonel açıdan yasama işlemi olduğu, bu nedenle de KHK'ler bakımından öteki kanunlara aykırılığın söz konusu olamıyacağı kanaatindedir. Özbudun ve Sağlam ise, yetki kanuna uygunluğun 1982 Anayasası döneminde de söz konusu olduğunu, aksi halde Anayasanın öngörmediği şekilde bir yetki devrine imkan verilmiş olacağını belirtmektedirler (90). Gerçekten de 1982 Anayasası KHK'Ierin yetki kanununa uygunluğunu aramaktadır (m.91). Bu durumda KHK'Ierin yetki kanununa uygunluğu bir anayasa sorunu olarak değerlendirilecek ve bunun denetimi de Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacaktır (91).

Bazı yazarlar (92) yayınlanır yayınlanmaz yürürlüğe giren ve dolayısıyle sosyal hayatta önemli değişiklikler yapabilecek olan olağan KHK'ler için Anayasa Mahkemesince yapılan denetim bakımından daha seri bir yargılama usulünün kabul edilmesi ve bu konuda gerekli değişikliklerin yapılmasını önermektedirler.

Olağanüstü dönemlere özgü kanun hükmünde kararnamelere gelince, 1982 Anayasasına göre bunlar ancak, olağanüstü haller (m.121) ile sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde (m. 122) çıkarılabilir. Bu KHK'ler ancak "halin gerekli kıldığı konularla" ilgili olabilir (93).

Anayasanın 15 inci maddesine göre; "...sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir (f.l)." Ancak bu durumlarda dahi "...kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz (1.2)."

---

(87) Özbudun, Anayasa, s. 211; Teziç, Anayasa, s. 30-31; Sağlam, s. 265-266, 267.
(88) Özbudun, Anayasa, s. 211; Sağlam, s, 267.
(89) Bkz. Teziç, Anayasa, s. 31.
(90) Özbudun, Anayasa, s. 211; Sağlam, s. 267.
(91) Bu konuda bir Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. E, 1988/62, K. 1990/3, K.T. 6.2.1990, AMKD., Sayı 26, s. 104-105.
(92) Teziç, Erdoğan, "Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler", Amme İdaresi Dergisi, Cilt 5,1972, Sayı 1,13-14; Kuzu, 426.
(93) Teziç, Anayasa, s. 31.

Olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK'Ieri dayanağını doğrudan Anayasada bulmaktadır. Bu KHK'ler yürütmeyi bir bakıma "kurucu iktidar" düzeyine çıkarmaktadır. Zira kurucu iktidarın özelliği daha önceki bir takım kurallarla bağlı olmamasıdır (94).

Anayasaya göre (m.148/1), olağanüstü hal ve sıkıyönetimde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımlarından anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılamaz. Kişi hak ve hürriyetlerinin en çok korunmaya muhtaç olduğu olağanüstü hal ve sıkıyönetimde, söz konusu bu hak ve hürriyetleri aşırı derecede sınırlandırılabilecek, hatta kullanılmasını durdurabilecek şekilde KHK çıkarılabilmesi ve bunların da Anayasa Mahkemesinin denetimi dışında tutulması haklı olarak eleştirilmektedir (95).

Anayasa Mahkemesi ise 1991 yılında vermiş olduğu bir kararında (96), olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesinin, gerçekten olağanüstü halin gerekli kıldığı konulara ilişkin olup olmadığını incelemiş ve bu nitelikte görmediği bir takım kanun hükmünde kararnameleri olağan KHK sayarak iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesine göre, Mahkeme, yasama ya da yürütme organının belli bir düzenleme bakımından yaptığı niteleme ile bağlı olmayıp, kendisi bunu araştıracaktır. Bu görüşten hareketle Mahkeme bir düzenleyici işlemin Anayasanın öngördüğü anlamda bir olağanüstü hal KHK'si olarak nitelendirilebilmesi için; bu KHK'nin olağanüstü hal ilan edilen bölge ile sınırlı olması, olağanüstü halin ve sıkıyönetimin uygulandığı zaman diliminde uygulanması ve son olarak kanunlarda değişiklik yapmaması şartlarını aramaktadır. Anayasa Mahkemesine göre bu şartlara uygun olmayan olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri, adı olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK'si olsa bile, olağan KHK addolunur ve Anayasaya uygunlukları denetlenir. Ayrıca bunlar, bir yetki kanununa dayanmak zorunda olduğundan, bu eksiklik de başlıca bir iptal sebebidir.

Özbudun'a göre Anayasa Mahkemesinin bu kararları olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK'lerinin yargı denetimi dışında tutulmalarından doğan sakıncaları bir ölçüde giderici niteliktedir (97).

Olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri Resmi Gazetede yayınlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur, bunların Meclis tarafından onaylanmasına ilişkin süre ve usul içtüzükle belirlenir (AY. m. 121,122). Anayasanın bu hükmünün amacı, olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK'lerinin sadece Meclis tarafından denetlenebilmesi sebebiyle, bunların olağan KHK'lerden daha süratli bir usulle görüşülüp karara bağlanmasını sağlamaktır(98). Olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK'leri Meclisin onayından sonra kanuna

(94) Teziç, Anayasa, s. 32.

(95) Özbudun, Anayasa, s. 213-214, 352; Kili, Suna, "Temel Hak ve özgürlükler Yönünde 1961 ve 1982 Anayasaları", Anayasa Yargısı 1, Ankara 1984, s. 27; Günday Metin, Sağlam'ın "Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırlan, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar" adlı bildirisinin yorumu, Anayasa Yargısı 1, Ankara 1984, s. 275-276.

(96) E. 1990/25, K. 1991/1, K.T. 10.1.1991, AMKD., Sayı 27, Cilt 1, s. 100-102, 105-108; Anayasa Mahkemesinin bu kararının daha geniş bir değerlendirmesi için bkz. Özbudun, Anayasa, s. 214-216.

(97) Özbudun, Anayasa, s. 214.

(98) Özbudun, s. 216.

dönüşeceğinden, bu safhada birer kanun olarak Anayasa Mahkemesinin yargısal denetimine tabi olacakları şüphesizdir. Çünkü yargısal denetim yasağı Meclis onayından Önceki safha için geçerlidir (99). Yargısal denetim yasağının doğurduğu tehlikeyi azaltmak için bu KHK'lerin en seri bir şekilde Meclisçe görüşülmesini sağlayacak bir içtüzük düzenlemesinin yapılması zorunludur. Böylece TBMM bunları siyasî açıdan kısa bir sürede denetlenmiş olacak ve onaylandığında kanuna dönüşünce de Anayasa Mahkemesinin yargısal denetimi mümkün olacaktır.

V. PARLAMENTO KARARLARI

A- Genel Olarak

Parlamento kararları, Türkiye Büyük Millet Meclisinin kanun dışındaki bütün işlemleridir (100). Parlamento kararlarının konu ve nitelik bakımından çeşitliliği, yukarıda verilen şeklî tanımı dışında, maddî yönden tanımlanmasına imkan vermemektedir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin iç örgütlenmesine ve çalışmalarına ilişkin kararları parlamento kararlarının önemli bir bölümünü oluşturmaktadır. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin kendi içtüzüğünü yapması ve değiştirmesi (AY. m.95), kendi başkanını ve Başkanlık Divanını seçmesi (m.94), komisyonların seçimi, meclisin tatile girmesi (m.93/2), Meclisin, seçimlerin yenilenmesine kararvermesi (m.77/2), kapalı oturum yapılmasına ve bu oturumlardaki görüşmelerin yayımlanmasına ilişkin kararlar (m.97/2), açık oylama ve gizli oylama kararı, yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ve yasama meclisi üyeliğinin düşmesine ilişkin kararlar (m.83,84), bir üyenin altı ayı geçmemek üzere Bakanlar Kurulu'nca verilecek geçici bir görevi kabul etmesine ilişkin karar (m.82/2) gibi kararlar, parlamentonun çoğu konu ve nitelik bakımından farklı kararlarına örnektir (101). Söz konusu bu kararlar nitelik bakımından içtüzük kabul edildiği takdirde anayasa yargısı denetimine tabi tutulabilecektir.

Parlamento kararlarının ikinci bir bölümü de yasama meclisinin yürütme organı ile olan ilişkilerinden doğmaktadır. Örneğin, Türkiye Büyük Millet meclisince Başbakan veya bakanlar hakkında meclis soruşturması açılması ve Yüce Divan'a sevk kararı (m. 100), Cumhurbaşkanı'nın vatan hainliğinden dolayı Meclis tarafından suçlandırılması kararı (m. 105), gensorunun gündeme alınıp alınmamasına karar verilmesi (m.99), gensoru veya güven istemi sonucunda Bakanlar Kurulu veya bir bakan hakkında güven veya güvensizlik belirtilmesi (m.99, 111), Bakanlar Kurulu'nun göreve başlaması sırasındaki güvenoyu (m. 110), Cumhurbaşkanı'nın seçimi (m. 102), genel görüşme veya meclis araştırması açılmasına karar verilmesi bu türden parlamento kararlarıdır (102).

---

(99) Özbudun, s. 216; Ayrıca bkz. Günday, s. 276; Kuzu, s. 421.
(100) Teziç, Erdoğan, Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İstanbul 1972, s. 11; Öz- budun, Anayasa, s. 188.
(101) Özbudun, s. 189.
(102) Özbudun, s. 189.

1982 Anayasası bazı istisnalar dışında, 1961 Anayasası gibi parlamento kararlarını kural olarak yargı denetiminin kapsamına almamıştır. Parlamento kararlarının istisnalar dışında yargı denetimine tabi tutulmaması, bazı hukukçular tarafından çok sakıncalı ve hukuk devleti ilkesine aykırı görülmektedir (103).

Bu durumun hukuk devleti açısından önemli bir sakınca oluşturmadığını savunan bizim de katıldığımız görüşe (104) göre ise, parlamento kararları, vatandaşlar için uyulması zorunlu genel hukuk kuralları koymadıklarından, yasama meclisi, bu nitelikteki bir işlemi yargı denetiminden kaçırmak amacıyla kanun yerine karar adıyla yapsa dahi amaçlarına ulaşmaları mümkün olmayacaktır. Zira, Anayasa Mahkemesi bir metnin, yasama meclisi tarafından belirlenen niteliğiyle kendini bağlı görmeyip, böyle bir işlemi kanun niteliğinde sayarak denetleyebilecektir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında bu yola başvurarak meclis kararı adı altında çıkarılan yasama organının işlemini "kanun" niteliğinde görmüş ve şu gerekçelerle denetime tabi tutmuştur: "Yasama meclislerinde, Anayasada öngörülenler dışındaki adlar altında ve başka yöntemler kullanmak suretiyle oluşturulan" işlemlerin "Anayasa Mahkemesi"nin görev alanına girip girmediğinin tayininde, meydana getirilen metin veya belgenin oluşturulmasında uygulanan yöntemin ve içeriğinin niteliği üzerinde durulması, değer ve etkisinin belirlenmesi ve bu açıdan Anayasa denetime tabi tutulan işlemlerle eşdeğerde ve etkide ise denetime bağlı olacağının kabulü zorunludur... Yasama meclislerince kabul edilen bu metnin adı (Kanun) olmasa ve bu metnin oluşturulmasında uygulanan yöntem, kanunlar için Anayasada öngörülmüş bulunan yönteme uymasa bile, eğer içerisinde kanun hükmü değer ve etkisinde kimi kurallar konulmakta ise bu metnin, adı (Kanun) olmamasına rağmen kanun niteliğinde düzenleme sayılarak Anayasa Mahkemesi'nin denetimine bağlı tutulması zorunludur" (105).

Anayasa Mahkemesi, Meclisin kendi iç örgütlenişi ve iç çalışmaları ile ilgili kararlarını da "içtüzük düzenlemesi" niteliğinde gördüğü takdirde denetim yetkisinin kapsamına almaktadır (106).

Meclisin yürütme organı ile ilişkilerine dair kararları ile savaş ilanı ve silahlı kuvvet kullanılmasına izin verilmesi kararları ise nitelikleri gereği siyasî tercih ve takdirlere dayandığından yargı sistemine tabi olmamaları gerekir (107).

Anayasa Mahkemesi, bir işlemin kendisinin yargı denetimine tabi olmaması halinde, bu işlemin oluşturulmasındaki usul hatalarının da denetlenemiyeceğini aşağıdaki kararında hükme bağlamıştır: "Bu kararın oluşturulmasındaki, Anayasa ya da içtüzüğe ters düştüğü öne sürülen davranışların Anayasaya uygunluk

(103) Onar, Sıddık, S., İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt 1, İstanbul 1966, s. 229; Teziç, Kanun Kavramı, s. 14-15.
(104) Özbudun, Anayasa, s. 190 vd.
(105) E. 1977/6, K. 1977/14, K.T. 22.2.1977, AMKD., Sayı 15, s. 186-187, 196-197.
(106) Bkz. Aşağıda "İçtüzükler" bölümü.
(107) Özbudun, Anayasa, s. 191.

denetiminden geçirilebilmesi, ancak bu kararın denetimin Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkisi olması koşulu ile gerçekleştirilebilir. Eğer Anayasa bu kararı anayasaya uygunluk denetimine tabi tutmamışsa, oluşması sırasında da Anayasa ve içtüzük kurallarına uyulup uyulmadığının da denetlenmesine olanak yoktur... İçtüzük kurallarının Anayasa Mahkemesi'nin denetimine bağlı olması da, Anayasa Mahkemesine, denetimi dışında tutulan bir yasama tasarrufuna karşı açılan davada, içtüzük hükümlerinin uygulanma biçimlerini inceleme yetkisi vermez" (108). Ancak, uygulama içtüzükleri değiştirecek nitelikte ise bu takdirde denetlenebilecektir.

Olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilanı ya da bunların onanması işlemleri, doğrudan doğruya vatandaşlar için uyulması zorunlu hukuk kuralları yaratmamaktadır. Bu işlemlerle, Anayasada öngörülen durumlarda hürriyetlerin nasıl kayıtlanacağını veya durdurulacağım, ya da vatandaşlara ne gibi yükümlülükler yüklenebileceğini gösteren kanunlar, ülkenin tümü veya bir bölümü için belli bir süreyle uygulamaya konur. O halde bu işlemler, maddî bakımdan birer şart işlemdir (109). Hürriyetleri sınırlayan, olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilanı yahut bunların onanması konusundaki işlemler değil, olağanüstü hal veya sıkıyönetimi düzenleyen kanunlardır (110). Bu kanunlar ise birer kanun olmaları nedeniyle doğal olarak şekil ve esas bakımından Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabidir. Dolayısiyle kanun niteliğinde bir işlemin karar yoluyla yapılarak kişi hak ve hürriyetlerinin sınırlanması söz konusu edilemez (111). Anayasa Mahkemesi de bir kararında zikredilen gerekçelerle aynı sonuca varmıştır: "...sıkıyönetim kararını, Anayasal hak ve özgürlükleri kendiliğinden kısıtlayan ve onları belli bir süre askıya alan bir işlem olarak değil de, Anayasanın 124. maddesinin son fıkrasında açıklanan... kanunun ülkenin bir bölgesinde veya tümünde uygulama alanına konulması tasarrufu olarak nitelendirmek daha yerinde olur" (112).

Bütün bu açıklamalar sonucunda denilebilir ki, Türk Anayasa Yargısı sisteminde, parlamento kararlarının Anayasa Mahkemesi'nin denetimi dışında tutulmuş olmasını, hukuk devleti açısından fazlaca sakıncalı görmemek gerekir (113).

B- Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılmasına ve Üyeliğin Düşmesine İlişkin Kararlar

Kural olarak parlamento kararlarını Anayasa Mahkemesi'nin denetimi dışında tutan Anayasa, istisnaen, niteliği itibariyle birer parlamento kararı olan Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzükleri (114) ile milletvekillerini keyfi ve asılsız ceza

(108) E. 1977/61, K. 1977/47, K.T. 21.4.1977, AMKD., Sayı 15, s. 311-312; Aynı nitelikte, E. 1978/50, K. 1978/43, K.T. 22.6.1978, AMKD., Sayı 16, s. 189-196.
(109) Özbudun, Anayasa, s. 192-193; Bilgen, Pertev, 1961 Anayasasına Göre Sıkıyönetim, İstanbul 1976, s. 88-91.
(110) Özbudun, s. 192-193.
(111) Özbudun, s. 193; Bilgen, s. 99-104; Teziç ise aksi görüştedir (Bkz. Teziç, Kanun Kavramı, s. 18-19).
(112) E. 1977/44, K. 1970/42, K.T. 17.11.1970, AMKD., Sayı 8, s. 443-451.
(113) Özbudun, Ergun, "Parlamento Kararları ve Yasama Meclislerinin İçtüzükleri", AÜHFD., Cilt XXXVI, 1979, Sayı 1, s. 16.
(114) İçtüzüklerin denetimi, aşağıda ayrıca ele alınacaktır.

kovuşturmalarından ve tutuklamalardan koruyan yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinin düşmesine dair kararları Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi tutmuştur.

Anayasa (m.83/2, cümle 1) milletvekillerinin sahip olduğu yasama dokunulmazlığının ancak Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kaldırılabileceğini, "Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz", demek suretiyle hükme bağlamıştır. Anayasa hangi hallerde milletvekilliğinin düşmesine karar verileceğini de şöyle düzenlemiştir (m.84/1): "İstifa eden, Türkiye Büyük Millet Meclisine seçilmeye engel bir suçtan dolayı hüküm giyen, kısıtlanan, partisinden istifade ederek, başka bir partiye giren veya seçim hükümetleri hariç Bakanlar Kurulunda görev alan, üyelikle bağdaşmayan bir hizmet kabul eden, Meclis çalışmalarına özürsüz olarak bir ay içinde toplam beş birleşim günü katılmayanların üyeliğinin düşmesine, üye tamsayısının salt çoğunluğu ile karar verilir".

Anayasanın 85. maddesine göre, "yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya üyeliğin düştüğüne Meclisçe karar verilmesi hallerinde, karar tarihinden başlayarak bir hafta içinde, ilgili üye veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinden herhangi biri, bu kararın Anayasa veya içtüzük hükümlerine aykırılığı iddiasıyla iptali için Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Anayasa Mahkemesi, iptal istemini onbeş gün içinde karara bağlar". Anayasada öngörülen sebeplerin ortaya çıkmasına rağmen Meclisçe dokunulmazlığın kaldırılmasına ya da üyeliğin düşmesine karar verilmediği takdirde, bu karara karşı Anayasa Mahkemesine gidilmesi mümkün değildir. Örneğin, bir milletvekilinin, milletvekilliği ile bağdaşmayan bir görev kabul etmesinden sonra, Meclis üyeliğin düşmesine karar verebilir. Bu karara karşı iptal davası açmak mümkün iken, Meclis üyeliğin düşmesine karar vermezse, artık bunun dava konusu yapılması söz konusu olamaz. Çünkü Anayasa, sadece "üyeliğin düşmesine" dair kararların iptal davasına konu olacağından söz etmektedir. Parlamento kararları, yukarıda da açıklandığı üzere, kural olarak Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olmayıp, sadece Anayasada açıkça belirtilen Meclis kararları denetlenebilir.

Yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ve üyeliğin düşmesine ilişkin Türkiye Büyük Millet Meclisi kararları hakkında bugüne kadar birçok iptal davası açılmış ve Anayasa Mahkemesi bu davaları inceleyerek, bu kararların denetlenmesi bakımından birtakım esaslar ortaya koymuştur (115). Örneğin, "Mahkumiyet ilanının kesinleştiğine dair olan Başkanlık tezkeresinin, Millet Meclisinin bilgisine sunulmuş olması, üyeliğin düşmesi kararı sayılamıyacağından sırf bu işlemin iptali istemi Anayasa Mahkemesinin görevi dışındadır" (116). "Dokunulmazlığın kaldırılması kararının iptali için açılan davada davacının sözlü açıklama isteminde

(115) Bu konuda bazı kararlar İçin bkz. E. 1962/204, K. 1962/59, K.T. 5.10.1962, AMKD., Sayı 1, S. 19-20; E. 1967/25, K. 1967/25, K.T. 3.8.1967, AMKD., Sayı 5, s. 176-178; E. 1968/58, K. 1968/53, K.T. 14.11.1968, AMKD., Sayı 6, s. 321.

(116) E. 1962/204, K. 1962/59, K.T. 5.10.1962, AMKD., Sayı 1, s. 19-20.

bulunmasının" mümkün olması (117). Biçime ilişkin bazı itirazların önce incelenmesi ve biçime ilişkin bazı yönlerden anayasaya aykırılığın saptanması halinde biçime ilişkin öteki yönlerin incelenmesine yer olmaması (118). Yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararının iptali için açılan davanın incelenmesi esnasında, Anayasa Mahkemesi'nin uygulayacağı kanun hükümlerini Anayasaya aykırı görmesi halinde, bunu bekletici sorun yapamaması ve Anayasaya aykırı hükümleri ihmal edebilmesi (119). Üyeliğin düşmesi kararının iptali için avukat tarafından açılan davada özel vekaletnamenin gerekli olması (120), gibi esaslar zikredilen kararlarda belirlenmiştir.

C- Türkiye Büyük Millet Melisi İçtüzükleri

Yasama meclislerinin kendi iç çalışmalarını düzenlemek amacıyla koydukları kurallara içtüzük adı verilmektedir (121). İçtüzükler, parlamentonun çalışabilmesi ve iktidar-muhalefet ilişkilerinin dengesini sağlayan bir siyasî öneme sahiptirler. Parlamentonun kendi çalışmalarını içtüzükle düzenleme yetkisi Anayasaya dayanmaktadır. Anayasanın 95 inci maddesine göre, "Türkiye Büyük Millet Meclisi, çalışmalarını kendi yaptığı içtüzük hükümlerine göre yürütür".

1982 Anayasasının geçici 6 ncı maddesine göre, "Anayasaya göre kurulan Türkiye Büyük Millet Meclisinin toplantı ve çalışmaları için kendi içtüzükleri yapılıncaya kadar, Millet Meclisinin 12 Eylül 1980 tarihinden önce yürürlükte olan içtüzüğünün Anayasaya aykırı olmayan hükümleri uygulanır" (122).

İçtüzükler ile kanunlar arasındaki en önemli fark konu bakımındandır. Şöyle ki, kanunlar vatandaşlar için haklar ve yükümlülükler koymakta, içtüzükler ise, kural olarak sadece parlamento üyelerini bağlayarak parlamento dışında bir uygulama alanına sahip olamamaktadır (123).

Şekli kritere göre, içtüzükler parlamento kararı olduklarından Cumhurbaşkanı'nın yayımına bağlı olmadan, Meclis tarafından 'karar' adı altında Resmi Gazete'de yayımlanırlar (124). Yürürlükte olan Millet Meclisi İçtüzüğüne göre (m.l57/son), "İçtüzük değişiklikleri Millet Meclisi kararı olarak Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girerler". Maddi açıdan içtüzük hükümleri sadece

(117) E. 1967/22, K. 1967/22, K.T. 2.8.1967, AMKD., Sayı 5, s. 159-164.
(118) E. 1971/37, K. 1971/66, K.T. 15.7.1971, AMKD., Sayı 11, s. 3-52; E. 1067/22, K. 1967/22, K.T. 2.8.1967, AMKD., Sayı 5, s. 159-164.
(119) E. 1971/41, K. 1971/67, K.T. 17/19.8.1971, AMKD., Sayı 11, s. 66-67.
(120) E. 1974/29, K. 1974/33, K.T. 25.7.1974, AMKD., Sayı 12, s. 332-340.
(121) Özbudun, Anayasa, s. 193; İçtüzükler konusunda ayrıca bkz. Armağan, Servet, Memleketimizde İçtüzükler, İstanbul 1972; Aybay, Rona, "Yasama Meclislerinin İçtüzükleri*, Türk Parlamentoculuğunun İlk Yüzyılı, 1876-1976, Ankara 1978 s. 283-314; Ozbudun, Ergun, "Parlamento Kararlan ve Yasama Meclislerinin İçtüzükleri", AÜHFD., Cilt XXXVI, Sayı 1-4,1979, s. 3-26; Teziç, Erdoğan, Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları, İstanbul 1980, s. 18-25.
(122) Buna göre 5 Mart 1973 tarihli (R.G. 13.4.1973, Sayı 14506) Millet Meclisi İçtüzüğü uygulanacaktır.
(123) Özbudun, Anayasa, s. 194.
(124) Tezîç, Anayasa, s. 54.

Meclis çalışmalarında uygulanacaklarından, karar adı altında yapılan işlemlerin de parlamentonun iç hukukuna ilişkin olması gerekir (125).

Anayasa (m. 148/1), TBMM içtüzüklerini de Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi tutmaktadır. Parlamentoların usulî bağımsızlığı ilkesi, içtüzüklerin ve içtüzük uygulamalarının herhangi bir yargı denetimine tabi olmamalarını gerektirmekle beraber, Anayasa, içtüzüklerin siyasal öneminden dolayı (126), onları anayasaya uygunluk denetiminin kapsamına almıştır. İçtüzükler sadece iptal davasının konusu olabilirler. İtiraz yoluyla denetlenmeleri mümkün değildir (127). Zira yasama meclisleri dışındaki kişiler için uyulması zorunlu kurallar koyamayan içtüzüklerden, genel mahkemelerin görev alanına girecek bir uyuşmazlık çıkması mümkün değildir (128).

Anayasa Mahkemesi içtüzüklerin denetimi konusunda vermiş olduğu kararlarıyla yerleşmiş bir içtihat oluşturmuştur. İçtüzüklerin denetimi konusunda 1961 Anayasasına nazaran farklı bir düzenleme getirmeyen 1982 Anayasası dönemi, başka bir deyişle mevcut sistem için de, bu içtihatların geçerli olması gerekir. Anayasa Mahkemesinin, bir Meclis kararının içtüzük niteliğinde olup olmadığını belirleyen içtihadındaki temel kıstas, Meclis kararının çözdüğü konu, kararın alınmasındaki amaç ve gördüğü işin niteliğidir (129). Buna göre bir içtüzüğün konusu Meclisin iç hukukuna ilişkin olmalı, Meclis çalışmalarının yürütülmesini amaçlayarak bunun dışında bir fonksiyon görmemelidir.

Adı içtüzük olmasa bile söz konusu özelliklere sahip bir Meclis kararı içtüzük hükmündedir ve Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabidir. Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisi sadece içtüzük veya içtüzük değişikliği adını taşıyan işlemleri değil, Mahkemenin içtüzük düzenlemesi niteliğinde gördüğü diğer Meclis kararlarını da kapsamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin bir kararına göre, "Başkanlık Divanı'nın kuruluşu ve işleyişi, Divanın Meclisin çalışmalarını yönetmesi dolayısiyle Meclis faaliyetlerinin en başında gelir. Böyle olduğu için de Başkanlık Divanına ilişkin sorunların çözümlenme yeri içtüzük ve Divanın bağlı olacağı düzenin tespiti bir içtüzük konusudur" (130).

Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında, Meclisin "karar" adı altındaki işlemlerinden, içtüzük hükmü niteliğinde olanlarını denetleme kapsamına almıştır (131).

---

(125) Teziç, s. 54; Anayasa Mahkemesi kararlarına göre, "...bir konunun içtüzükle düzenlenebilmesi için, onun, Meclisin çalışma alanı içinde olması gereklidir. Meclislerin Anayasa gereği olarak görev ve yetkileri içinde olmayan konulara ilişkin çalışmaların içtüzük hükümleriyle düzenlenmesi ve bu yoldan Meclislein görev alanı içine sokulması olanaksızdır" (E. 1964/19, K. 1965/11, K.T. 2.3.1965, AMKD., Sayı 3, s. 49; E. 1977/6, K. 1977/14, K.T. 22.2.1977, AMKD., Sayı 15, s. 194).

(126) Özbudun, Anayasa (1986), s. 196; Armağan, s. 68.

(127) Anayasanın itiraz yolunu düzenleyen hükmü (m.152) içtüzüklere değinmemiştir.

(128) Özbudun, s. 196-197.

(129) Özbudun, s. 197.

(130) E. 1967/6, K. 1968/9, K.T. 27.2.1968, AMKD., Sayı 6, s. 123-138.

(131) Bkz. E. 1967/6, K. 1968/9, K.T. 27.2.1968, AMKD., Sayı 6, s. 126; E. 1970/26, K. 1970/32, K.T. 18.6.1970, AMKD., Sayı 8, s. 356; E. 1970/57, K. 1971/33, K.T. 23.3.1977, AMKD., Sayı 9, s. 396-397;

Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki en belirgin ve formüle edilmiş bir kararında ise "Anayasa Mahkemesi, bir metnin Anayasaya uygunluğunu denetlerken, o metnin meclislerce şu veya bu nitelikte sayılmış olmasıyla bağlı tutulamaz, Anayasa denetiminin amacı ancak Anayasa Mahkemesi'nin incelenmesi için önüne getirilen metni kendi hukuk anlayışına göre nitelendirilmesini zorunlu kılar", denilmektedir (132).

Anayasaya göre kanunla düzenlenmesi gereken bir konunun içtüzükle düzenlenmesi ise, bir usul saptırması olarak nitelendirilip, anayasaya uygunluk denetimine konu edilebilir (133). Anayasa Mahkemesi'nin bir kararına göre "...bir konunun içtüzükle düzenlenebilmesi için, onun, Meclisin çalışma alanı içinde olması gereklidir. Meclislerin Anayasa gereği olarak görev ve yetkileri içinde olmayan konulara ilişkin çalışmaların içtüzük hükümleriyle düzenlenmesi ve o yoldan Meclislerin görev alanı içine sokulması olanaksızdır" (134).

SONUÇ

1982 Anayasası, anayasaya uygunluk denetiminin kapsamında bulunan normları kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ve Türkiye Büyük Millet Meclisi içtüzükleri olarak düzenlemiştir. Parlamento kararları kural olarak denetim dışı olup, bunlardan sadece Meclis üyeliğinin düşmesine ve yasama dokunulmazlığına kaldırılmasına ilişkin kararlar iptal davasına konu yapılabilir. Anayasa değişikliklerine gelince, 1982 Anayasasının bu konudaki açık düzenlemesi karşısında, bunların esas bakımından denetlenmesi mümkün olmayıp, sadece öngörülen şekil noksanlıkları bakımından denetime tabi tutulabilirler. Anayasa'nın, norm denetiminin konusunu belirlerken genel olarak makul sayılabilecek bir düzenleme yapmasına karşılık, olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri ile Milli Güvenlik Konseyi dönemi kanun ve KHK'lerini denetim kapsamının dışında tutmuş olması, Anayasanın üstünlüğü ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Çünkü kişi hak ve hürriyetleri en çok bu dönemlerde ihlal edilmektedir. Bu çerçevede, 1982 Anayasasının, Milli Güvenlik Konseyi dönemi kanunlarını demokratik düzene geçildikten sonra da korumayı amaçlayan geçici 15 inci maddesi yürürlükten kaldırılmalı ve olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK'leri de anayasa yargısı denetiminin kapsamına dahil edilmelidir.

E. 1973/43, K. 1973/39, K.T. 35.12.1973, AMKD., Sayı 11, s. 380-381.

(132) E. 1966/7, K. 1966/46, K.T. 19.12.1966, AMKD., Sayı 5, s. 40-41; E. 1977/6, K. 1977/14,- K.T. 22.2.1977, AMKD., Sayı 15, s. 186-187.

(133) Özbudun, Anayasa, s. 196.

(134) E. 1977/6, K. 1977/14, 22.2.1977, AMKD., Sayı 15, s. 194.

(36. Makale - 1997)

Zeki HAFIZOĞULLARI

*İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması**

---

* Zeki Hafızoğulları, "İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması", AÜHF Dergisi, Yıl 1997, Cilt 46, Sayı 1, 1 – 40.

TRT Kurumunda, 9 Mart, 8 Mayıs Tarihleri Arasında Düzenlenen Meslekiçi Eğitim Toplantılarında Yapılan Konuşma

İNSAN HAKKI OLARAK KİŞİLİK HAKLARI VE KİŞİLİK HAKLARININ KONUNMASI*

*Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLAR***

Efendim, böyle güzide bir topluluğa hitap edeceğim için gerçekten seviniyorum. Programımızı bir ders olarak düşünmeyiniz, bir söyleşi, bir düşünce paylaşımı olarak düşününüz. O zaman sanıyorum ki karşılıklı diyalog kurmak çok daha mümkün olacak dolayısıyla inceleyeceğimiz konuları birlikte tartışma imkanını bulacağız. Tabii, böyle bir topluluk önünde güzide bir topluluk önünde konuşmak da biraz zorca bir şey. Gerçekten heyecanlandım. Ben 33 senedir kürsüye çıktığım halde ki, öğrencilere ders vermeye alışkınım, sizin karşınıza çıkınca gerçekten de heyecanlandım. Bu da yapacağım işin bir ders olmadığını, bunun dışında başka bir şey olduğunu gösteriyor. Saat 14:00 ile 17:00 arasında bir çalışma yapacağız, dolayısıyla sizden gelen talepleri değerlendirebiliriz, istediğimiz zaman ara verebiliriz. Gene bir ders olmadığı, bir konferans olduğu için, isteyen arkadaşlar pek tabii çıkıp girebilirler, onu da başında hatırlatayım. Dilerim iyi vakit geçiririz. Katkılarınızı da bekliyorum.

Ben konuma başlıyorum.

Şimdi, benim konum kişilik haklarının korunması efendim. Kişilik hakları bugün yapı değiştirdi. Bugün kişilik haklarıyla insan haklarını birbirinden ayırmak mümkün değil. Öyleyse ilk önce insan haklarını görmek gerekir ki, insan haklarının yerini hukukta saptamak gerekir ki, ondan sonra kişilik hakları nedir, nasıl korunmaktadır, bunun cevaplarını verelim ve TRT olarak bizim kişilik haklarıyla ilişkilerimiz nedir, onu belirleyelim. Böyle olunca konumuzun başlangıç noktası, insan hakları olacaktır.

18'nci yüzyıldan önce olmuş olsaydı, Roma Hukuku döneminde olmuş olsaydı, bizim insan haklarına kişilik haklarıyla başlamamıza gerek yoktu. Çünkü kişilik hakları vardı, kişilik hakları söz konusuydu ancak, kişilik hakları bir insan hakkı olarak nitelendirilmiyordu. İnsan hakkı, insan hakları kavramı, akıl çağıyla, 18'nci yüzyılla birlikte ortaya çıkmıştır. Kişilik hakları bu çağla birlikte biçim değiştirmiş ve "kişinin korunması", bir insan hakkı olmuştur. 18'nci yüzyıl, Fransa Devrimi ile noktalanan yüzyıl, insanlığın bir dönüm noktasıdır. Bu noktaya gelme kendiliğinden olmamış, bilimdeki bir ilerleme, bir değişiklikle olmuştur. Gerçekten 18'nci yüzyıla kadar bilimin bir algılanma biçimi vardı ki, biz buna bilimin "naklî algalanması" biçimi diyorduk. Kopernik'in ortaya çıkması, güneş sisteminin bulunması, Newton'un mekanikte sağlamış olduğu ilerleme, dolayısıyla yepyeni

---

* TRT Kurumu Genel Müdürlüğü Eğitim Dairesince kitapçık halinde 1999 yılında yayımlanmıştır.

** Prof. Dr. Zekî Hafızoğulları, A.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi TRT Yönetim Kurulu Üyesi.

bir metodolojiyle ortaya çıkılmış olması, bilimin algılanması biçimini değiştirmiş, bilim bir "naklî veri" olmaktan çıkmış, artık bir "aklî veri" olarak algılanmaya başlanmıştır. Böylece "skolastik düşünce tarzı" yıkılmış, yerini çekirdeğini "beşeri aklın" oluşturduğu yeni bir düşünce tarzına bırakmıştır.

Tabii, bilimin aklî algılanması biçimi, toplumların düzeni üzerine de etki etmiş, gerçekten toplum nasıl olmuştur, toplum nedir? sorusu sorulmuş, dolayısıyla toplumun "aktî" bir veri olduğu iddia edilmeye başlanmıştır. Gerçekten, birçokları yanında, hepinizin bildiği, Jan Jack Russo'nun temel eseri "Toplumsal Sözleşme", dediğimiz durumu tartışmaya başlamış, yani toplum bir sözleşmenin ürünü müdür, değil midir ve daha açık bir ifadeyle toplum yaratılmış mıdır, yapılmış mıdır, sorusuna cevap aramıştır. Tartışma, o çağın büyükleri Lok, Hops, Jan Jack Russo ve başkalarının düşüncesinde toplum aktî bir veri sayılarak noktalanmıştır.

Toplum insan aklının ürünüdür. Onun için toplum bir sözleşmedir.

Bu varsayımın ortaya çıkması bir tercih değildir, siyasi veya ideolojide bir tercih değildir, tersine, yukarıda belirttiğimiz gibi, tamamen bilimsel teknik bir zorunluluktur.

Söz konusu bu düşüncelerin yaygınlaşmasıyla birlikte, toplum, modelleri de değişmeye başlamış, toplumların siyasi bir tezahürü olan yeni devlet biçimleri veya devletin yeni biçimleri ortaya çıkmış, dolayısıyla feodal- teokratik toplum/hukuk/devlet düzenleri devrini doldurmuş, bunların yerini giderek laik (veya sekuler) toplum/hukuk/devlet düzenleri almıştır. Amerikan Devrimi'nin, Fransız Devrimi'nin getirdiği temel değer "laiklik" olmuştur. İngiltere'de bu değer "sekularizm" olarak tezahür etmiştir.

Gerçekten, bu yeni çağda, hukukun kaynağının ilahî irade olduğu hukuk/devlet/toplum düzenlerinden, hukukun kaynağının beşerî irade olduğu hukuk/devlet/toplum düzenlerine geçilmiş, böylece laik toplum/hukuk/devlet düzeni dediğimiz devlet düzenleri, yeni bir çağın kapısı olarak, yeni bir çağın başlangıcı olarak ortaya çıkmıştır. Burada şunu vurgulamak istiyorum; laik toplum/hukuk/ devlet düzeni dediğimiz bu yeni toplumsal düzenler, bir tercih değildir, bir zorunluluktur.

Laiklik, Amerikan Devrimi, Fransız Devrimi ile ortaya çıkan yeni çağın bize getirdiği en büyük bir değişikliktir, farklılıktır, yeni bir yaşama biçimidir. Bu yeni yaşama biçimi bir tarzı da ortaya çıkardı. O tarz da şudur; madem toplum yapılmıştır, toplumu kuran irade insanın aklıdır, beşeri iradedir, öyleyse insan, toplumu niçin yapmıştır?

Buradan önemli bir tartışma ortaya çıktı.

Gerçekten toplum kimin içindir, insan için midir, yoksa insan toplum için midir. Toplumun siyasi bir biçimi olan devlet, kişi için midir, kişi devlet için midir? Madem insanlar iradelerini birleştirmek suretiyle kendilerini daha çok güvenceye almak için toplumu, devlet dediğimiz siyasi yapıyı kurmuşlardır, bir kısım haklarını devretmişler bir kısım haklarını da kendilerinde alıkoymuşlardır,

öyleyse kendilerinde alıkoydukları bu haklar, devletin dokunamayacağı, müdahale edemeyeceği, üstelik kişinin de vazgeçemeyeceği haklardır.

Bu haklara, o gün, "temel haklar", "tabii haklar" denmiştir. Bu haklara, daha sonraki gelişmelerle birlikte, özellikle 1945'ten sonra, "insan hakları" denmiştir. İnsan denen varlık, kendi içinde yaşadığı toplumu meydana getirirken, diğer bir insanla eşit şartlarda hareket etmektedir. Bu bizim Anayasaya kanun önünde eşitlik ilkesi olarak intikal etmiştir. İnsanlar, içinde yaşadıkları toplumu kurarken, eşit şartlarda, yani dil, din, renk, cinsiyet vb. ayırımı yapmaksızın karşılıklı masaya oturuyorlar, herkes iradesini serbestçe ortaya koyuyor, bu irade devleti, yani egemen silahlı bir örgütü meydana getiriyor. Bu örgütün amacı, insan/kişi dediğimiz varlığı korumak, onun değerlerini korumak, yani serbest iradesiyle devleti kurarken, yedinde tuttuğu salt şahsına bağlı, tabiî devredilmez, vazgeçilmez niteliklerini korumaktır. Böylece, tabiî haklar, insan hakları kavramı ortaya çıkmış, "insan" hukuk düzeninin, dolayısıyla hukukî himayenin merkezini oluşturmuştur.

Buradan şu sonuç ortaya çıkıyor; kişilik hakları ile insan hakları arasında bir bağıntı varsa, eğer insan hakları ile "laik devlet düzenleri" arasında bir bağlantı varsa, eğer bu doğruysa, kişilik haklarının en iyi korunduğu devlet düzenleri, laik devlet düzenleridir. Ancak laik devlet düzenleri arasında da bir ayrım yapmak gerekmektedir. Her laik devlet düzeninde kişilik hakları iyi korunmuyor. Kişilik haklarının, sadece temelindeki harcı zorunlu olarak laiklik düşüncesinin oluşturduğu liberal-demokratik devlet düzenlerinde en iyi biçimde korunduğunu görüyoruz. Çünkü kişilik hakları bu düzenlerde doğumla birlikte kendiliğinden kazanılan ve hiçbir zaman vazgeçilemeyen "tabii haklar" olarak algılanmaktadır.

Öyleyse nedir bu hakların özelliği?

Bir kere bunlar doğumla birlikte kendiliğinden kazanılan, doğrudan doğruya kişinin şahsına, kendisine bağlı haklardır. İkincisi, bunlar tasarruf dışıdır, bunların devri mümkün değildir. Bunlardan hiçbir şartta feragat edilemez. Üçüncüsü, bunlar herkese karşı, tabii aynı zamanda, egemen veya değil her çeşit iktidara karşı ileri sürülen haklardır. Kısacası, bunlar "kişinin" bir tür tezahür biçimidir, ortaya çıkış biçimidir. Bu hakların bir kataloğu var mıdır tartışması yapılmıştır. Gerçekten, Anayasa Mahkememiz, bundan birkaç yıl önce bu tartışmaya başlattı. İnsan haklarının bir kataloğu var mı, bir sayısı var mı bunlar belli mi? Tartışma esasen "tabi hukuk düşüncesi" denen bu düşünceden kaynaklanmaktadır.

Ortaya şu çıktı.

İnsan hakları kavramı, "beşeri bir dinamizmi" ifade etmektedir, statik bir durum değildir. Ancak insan haklarının bir dinamizmi ifade etmesi, hukukun ötesinde veya hukukun dışında bir insan hakkı olduğu anlamını taşımaz. İnsan hakkı, hukukla sınırlıdır ama, her zaman bir dinamizmi ifade eder. Onun içindir ki, 18'nci yüzyılın teorisyenlerinin koymuş olduğu insan hakları yanında, bugün yeni insan hakları ortaya çıkmıştır. Bunlardan bir tanesi de, sizlerin uğraşmış olduğu konudur. '"Anten hakkı". Dün tasavvur bile edilemeyen anten hakkı, bugün bir

insan hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır, çünkü ben vatandaş olarak, ilerde de değineceğim, antenden yararlanmak hakkına sahibim.

Böylece, kısaca da olsa, insan haklarının ve buna bağlı olarak "kişilik değerlerinin" veya "kişilik hakkının" ne olduğunu tarihî gelişimi içerisinde ortaya koymuş ve niteliklerini belirtmiş olduk.

Buradan Anayasamıza geçelim.

Anayasamıza baktığımız zaman, Anayasamızın kişilik değerlerine önem vermiş olduğunu görüyoruz. Bir kere kişiyi "dokunulmaz" bir varlık olarak kabul etmiştir. Onun maddi ve manevi varlığı her değerin üstünde bir değerdir. Kişinin maddî ve manevî varlığına dokunulamaz. Maddî ve manevî varlığının sağlanmasında devlet, devlet dışındaki tüm örgütler kişiye yardımcı olmak zorundadır. Kişinin "hür olmaya", "korkusuz yaşamaya", "güvenli yaşamaya" hakkı vardır. Bunlar Anayasanın 19'uncu maddesinde ifadesini bulmuştur. Kişinin "kamusal hayatı", yani toplum içindeki hayatı yanında "özel hayatı" vardır, "gizli hayatı" vardır.

Kişinin özel hayatı, gizli hayatı korunmalıdır. Kişinin özel hayatına girilemez. Bu Anayasanın 20'nci maddesinde düzenlenmiştir. Kişinin özgürlüğünün cereyan ettiği yer, tabiri caizse tam anlamıyla "hükümdar" olduğu yer, meskenidir, evidir. Kişinin meskeninde korunması gerekiyor, evinde, herkese karşı korunması gerekiyor. Öncelikle devlete karşı korunması gerekiyor. Usulüne uygun olmadıkça kişinin evine hiç kimse giremez, oradan bilgi toplayamaz, orada araştırma yapamaz, herhangi bir maksatla orada bulunamaz. Biz buna "mesken masuniyeti" veya "mesken dokunulmazlığı" diyoruz. Bu da Anayasanın 21'nci maddesinde düzenlenmiştir. Kişinin haberleşme hürriyeti var. Haberleşme hürriyeti aynı zamanda kişinin sır hürriyetini de birlikte getirmektedir. Haberleşme hürriyetini sağlayacaksınız ama, kişinin sır hürriyetine dokunmayacaksınız. Haberleşme hürriyeti bir yanıyla da "basın hürriyeti" ile ilgilidir. Haberleşme hürriyeti dar anlamda kişinin mektuplarının, kağıtlarının açılamaması, onlara el konulamaması, konuşmalarının dinlenememesidir. Kişinin, kişi hakkı olarak seyahat özgürlüğü vardır. Anayasamız ile kişinin din ve vicdan hürriyeti düzenlenmiştir. Kişi, istediği şekilde inanmak, istediği şekilde ibadet etmek hakkına sahip bulunmaktadır, bu Anayasamızın 24'ncü maddesinde düzenlenmiştir. Herkes düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Anayasanın 25'nci maddesinde ifadesini bulan bu hak mutlaktır, kayıtlanamaz. Kişinin düşüncesini açıklama ve yayma hakkı bulunmaktadır. Anayasanın 26'nci maddesi bu hususu düzenlemiştir. Kişinin bilim, sanat öğrenme, öğretme hakkı bulunmaktadır. Tüm bu haklara baktığımızda, bunların, "basın hürriyeti" dediğimiz bir alanı ortaya çıkardığını görmekteyiz. Kuşkusuz öğrenme, öğretme hakkı bir yönüyle basın hürriyetiyle ilişkili bulunmaktadır. Ancak, basın hürriyeti, kişinin "doğru haber alma hakkı" dediğimiz temel bir hakkından kaynaklanmaktadır.

Gerçekten, liberal-demokratik devlet düzenlerinde, kişinin devlet idaresini eleştirme, devlet idaresi konusunda kanaat oluşturma hakkı bulunmaktadır. Devlet idaresini eylemlerinden ve işlemlerinden dolayı eleştirmek kişinin hakkıdır.

Şimdi, kişinin bu temel haklarını üst üste koyduğumuzda, bir yandan o günün teknolojisiyle bağıntılı olarak halen bugün de geçerli bir "basın hürriyeti kavramı" karşımıza çıkarken, öte yandan bugünün teknolojisiyle bağıntılı olarak "radyo-televizyon yayını hakkı" yani "anten hakkı" kavramı, açıkçası basın hürriyetini de içine alan "iletişim hürriyeti" veya "iletişim hakkı" kavramları ortaya çıkmaktadır. Öyleyse, liberal- demokratik bir ülkede, radyo-televizyon yayıncılığının amacı, basın hürriyetinin amacı, hedefi, doğrudan doğruya kişinin kendisidir. Kişinin, öğrenme, öğretme, bilgi edinme hakkının, doğru haber alma hakkının, dolayısıyla kendini yetiştirmesinin ve kamuoyu denen değeri oluşturmasının mekanizması, karşımıza basın hürriyeti ve öte yandan "anten hürriyeti" veya "anten hakkı" olarak çıkmaktadır. Basın hürriyeti, Anayasanın 28'nci maddesinde anten hakkı, 26'nci maddesindeki kayıtla 133'ncü maddesinde düzenlenmiştir. Diğer bazı uluslar, basın hürriyeti ile radyo-televizyon yayıncılığını birlikte, aynı kalıp içerisinde, yani aynı özgürlük kalıbı içerisinde düzenlemişlerdir. Bizdeki düzenleme farklı olmuştur. Türkiye Radyo Televizyon Kurumunu değerlendirdiğimde kısaca bu konuya da değineceğim.

Şimdi özetlersek, ortaya şu çıktı:

1- Kişinin kendi iradesi ile kurduğu devletin işleyişinden, eylemlerinden ve işlemlerinden bilgi alma hakkı var. Kendi iradesi ile kurduğu devletin işlemlerini denetleme, kendi iradesi ile kurduğu devletin işleyişine katkıda bulunma hakkı var. Biz buna kamuoyu diyoruz. Kişinin, kendi temsilcilerini etkileyerek kendi yaşama kuralı olan kanunları ortaya çıkarmak, parlamento önüne götürmek, orada biçimlendirerek, kural haline gelmesini sağlamak şeklinde hakları bulunmaktadır. Tüm bu haklara işlerlik kazandıran, bunları kullanılabilir kılan mekanizma, "basın" olarak, "radyo-televizyon yayıncılığı" olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla, bu açıdan baktığımızda, basın hürriyeti, radyo-televizyon yayıncılığı, yani anten hakkı geniş anlamda bir kişi hakkı olmaktadır. Onun içindir ki, nerede basında "tekel" varsa, orada kişi haklarında bir eksiklik vardır. Nerede radyo-televizyon yayıncılığında tekelcilik varsa, orada kişi haklarında bir eksiklik bulunmaktadır. Zaten radyo- televizyon yayıncılığının, basının tekel olduğu bir yerde, tam, kâmil anlamıyla liberal-demokratik devlet düzenlerinden söz etmek pek mümkün olmamaktadır. Öyleyse sizin yapmış olduğunuz hizmet, daha doğrusu bizim TRT'nin yapmış olduğu hizmet, en önemli bir kişilik hakkı, dolayısıyla en önemli bir insan hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anayasada düzenleme bulan bu kişilik haklarının yansıdığı yer en başta medeni hukuktur. Medeni hukukta, kişilik hakları MK'nin 24'ncü maddesinde korunmuştur. MK'un 24'ncü ve devamındaki maddelerinde kişilerin "isim haklarından", kişinin "resim hakkından" söz edilmektedir. Basın-yayın kuruluşları kişinin ismini istediği gibi kullanamaz. Kişinin ismi üzerinde hakkı vardır. Bunun hukukî sonuçları bulunmaktadır. Siz kameraman olarak, basın- yayıncı olarak plajdaki bir hanımefendinin kalabalık içerisinde olsa bile, fotoğrafını çekip, televizyonda veremezsiniz. Hukuki bir talepte bulunduğu zaman sıkıntıya girersiniz. Anonimleşmedikçe, yani bir çevre tarafından algılanır olduğu sürece,

siz bir kimsenin resim hakkına saygı göstermek zorundasınız. Bir hanımefendi yahut bir beyefendi mayoyla televizyonda görünmek istemiyorsa, onu siz haber olarak veya başka bir görüntü olarak televizyonda veremezsiniz. Ayrıntılarına ilerde değineceğiz.

2- Kişinin iyi bir çevrede, kirlenmemiş bir çevrede yaşama hakkı vardır. Radyo-televizyon yayıncılığı kişi bakımından siyasi, etik, estetik bir "çevre" yaratmaktadır. Kişinin iyi bir çevrede, kirlenmemiş bir çevrede yaşama hakkı, en başta şiddetle, müstehcenlikle ilgili bir konudur. Müstehcenliğin bizi ilgilendiren çehresi, bunun bir basın-yayın faaliyeti olarak karşımıza çıkmış olmasıdır. Kişi kirlenmiş bir ortamda yaşamak istemiyor dedim. Şiddet, kişinin hiç istemediği bir şeydir. Kişinin şiddetten korunması gerekmektedir. Bu çerçevede, basın-yayın hayatı, hayatı etkilemektedir. Öte yandan kişinin özel hayatı vardır. Kişinin özel hayatına saygı göstermek gereği Medeni Kanunun emri olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak özel hayat söz konusu olduğunda karşımıza bir problem çıkıyor. Kişilerin bir yandan "özel hayatları" var, öte yandan da kişilerin "kamusal hayatları" var. Kişilerin kamusal hayatları örneğin, ses sanatçılığından devlet memurluğuna, milletvekilliğine kadar uzanan bir çizgidir. Burada ne olacaktır, bu alana müdahale edilebilecek midir, yani bu alan basının, radyo-televizyon yayıncılığının konusu olabilecek midir sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu soru, kişinin hayatının sektörlere ayrılmasını, yani kişinin hayatının "kişinin gizli hayatı", "kişinin mahrem hayatı", "kişinin kamuya açık hayatı" biçiminde bir ayırıma tabi tutulmasını zorunlu kılmıştır. Genelde, kişilerin kamuya açık hayatı, bizim konumuzu oluşturmaktadır. Ancak, kamu görevi yapan kişilerin kamuya açık hayatları yanında özel hayatları da, her zaman basın organlarının ilgisini çeken bir konu olmuştur. O konu üzerinde de sorumluluğu açıkladığım zaman duracağız.

Bu geniş yelpaze içerisinde gördüğünüz kişi, bizim sokakta gördüğümüz Ahmet, ya da Hüseyin, vs. şu gördüğümüz tüm değerleri nefsinde taşıyan, üstün bir "hukuki değer" olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu bu varlığın örgün bir biçimde ortaya çıkan tezahürü, konumuz bağlamında, haber alma hakkı, basın hürriyeti, radyo-televizyon yayını hakkı, anten hürriyeti vb. olmaktadır.

Görüyorsunuz ki bunların hepsi içiçe. Şimdi bu ortaya şunu çıkarmıştır. Gerçekten, hukukî değerler hiyerarşisinde ferdi-kamusal bir hak olarak basın hürriyeti mi üstündür, yoksa kişilik hakkı mı üstündür? Bu ikisi çatıştığı zaman ne yapacağız? Örneğin, gazeteci arkadaş, bir kimse hakkında bir yazı yazacak, televizyoncu arkadaş ekrana bir görüntü getirecek. Şimdi, ekrana görüntü getirilirken bir haber verilirken, yani hizmet görülürken, kişilik hakkıyla gene kişilik hakkının bir tezahürü olan basın hürriyeti arasında bir çatışma olursa acaba üstünlük kimde olacaktır sorusu ortaya çıkmaktadır. Daha önceki düşüncelerde genelde şu deniyordu; basın hürriyeti bir kamu hakkıdır, kamu hakkının üstünlüğü vardır.

Elbette doğrudur. Kişinin, kamunun, doğru bilgiyi alma hakkı bulunmaktadır. Ancak, daha sonra görüldü ki, kamunun yanında öncelikle kişinin doğru bilgiyi

alma hakkı bulunmaktadır. Şimdi, siz kişinin doğru bilgiyi alma hakkını yerine getirirken, acaba kişiyi tahrip edebilir misiniz sorusu ortaya çıktı. Örneğin, yapmış olduğunuz özel bir çalışmayla, kurmuş olduğunuz bir düzenle, haber verme hakkını kullanma adı altında, bir milletvekilinin, bir üniversite profesörünün, bir bakkalın veya sade bir vatandaşın vs. çıplak olarak fotoğrafını çekip, fotoğrafı yayınlayabilir misiniz? Yahut doğru olmayan bir haberi bir kamu görevlisi hakkında verebilir misiniz? Yahut da bir üniversite profesörünü, bir hanımefendiyi plajdayken görüntüleyip, bir afiş yaparak, kamuya açık veya kapalı bir mahalde onu kamunun bilgisine sunabilir misiniz soruları karşımıza çıkıyor. Görüyorsunuz ki, burada, eskiden söylendiği gibi, biri ötekine tercih edilecek iki değer yoktur, iki temel hak yoktur. Tabii, kişilik değerlerinin korunmasının basın hürriyetinin de önünde olduğu düşünülebilir. Ancak, salt bu bağlamda algılandığında, kişilik haklarını korumak adı altında, kamusal hak olma niteliği yanında ayrıca, bir kişi hakkı olan basın hürriyetine kayıtlar getirmeye kalkışma eğilimlerinden korkulabilir. Bundan ötürüdür ki, günümüz düşüncesinde, söz konusu bu iki değer arasında bir derece farkı görülmemektedir. Bugün, basın hürriyetini kullanan kişiler, kişilik haklarına mutlaka saygılı olmak zorundadır, kimsenin bu iki eşit değerden birini ötekine tercihe hakkı yoktur, denmektedir.

Gerçekten, bu iki değerden birini ötekine tercihe kalkarsak, ya çok üstün değer olan kişilik haklarını tahrip ederiz, ya da basın hürriyetinin özünü oluşturan kişinin haber alma, bilgi edinme temel hakkını tahrip ederiz. Bilgi edinme, haber alma temel hakkının tahrip olması demek, insanın insan olarak sahip olduğu en önemli niteliğinden birini, vatandaş olma niteliğini kaybetmesi demektir. Böyle olunca, basın hürriyetini kullanan kişiler, gerek etik bakımından gerekse hukuk bakımından, bu iki eş değeri çatıştırmama becerisini göstermek zorundadırlar. Esasen, işin böylesine ince, böylesine zor olmasından ötürü, kişilik haklarının ihlalleri liberal demokratik hukuk düzenlerinde titizlikle önlenmeye çalışılmıştır. Bugün, liberal-demokratik hukuk düzenleri, bir anlamda basın hürriyetine de beşiklik eden kişilik haklarının korunması zımnında, "basın hürriyetine evet ama kişilik haklarını tahribine hayır" demek noktasına gelmiştir.

Bir kere Anayasamız esas olmak üzere, Medeni Kanun, 24'ncü maddesinde kişilik haklarını korumuştur. Bu bağlamda olmak üzere Borçlar Kanunu, 49'ncu maddesinde, kişilere, kişilik haklarını koruma zımnında "tazminat davası" açma hakkı tanımıştır. Ancak Borçlar Kanununun 49'ncu maddesi manevi tazminat imkanlarını genişletmiş olmak yanında, önemli bir esas da açıklık getirmiştir. Bu, kişilik haklarının yalan haberle de, doğru olmadan bir haberle de tahrip edilebileceği hususudur. Basın, "doğru haberi" vermekle yükümlüdür. Haber, doğru olmak yanında "güncel" olmalıdır ve haberin verilmesinde kamu yararı bulunmalıdır. Konusu ne olursa olsun, kiminle ilgili bulunursa bulunsun, basının, "yalan haber" vermek şeklinde bir hakkı yoktur. Tabii, doğru haber verilmesi halinde, kişilik haklarının ihlalinden söz edilemez. Bu demektir ki, "doğru haber" kavramıyla kişilik hakları arasında bir bağıntı bulunmaktadır. Doğru haber, ne tazminat doğurur, ne de Ceza Kanununun suç saydığı bir fiili sonuçlar.

Bu durum, haber nedir, doğru haber nedir, doğru olmayan bir şeyin kamuya duyurulması haber midir, sorularını akla getirmektedir. Doğru haber konusunda iki düşünce var. Bunlardan biri, haberin konusunun maddi anlamda gerçek olması; ikincisi haberin edinilme yolunun hukuka uygun olması. Bu ikinci halde haber maddi anlamda gerçek olmasa bile, elde ediliş biçimi itibariyle hukuka uygunsa, haber doğru haber sayılmaktadır. Şimdi, basın faaliyetine baktığımızda görüyoruz ki, basın faaliyeti hızlı, çok hızlı işleyen, zamanla yarışan bir faaliyet. Öyle ki, basın görevlisinin, bir haberi aldıktan sonra, o haberin gerçekten doğru/gerçek olup olmadığını denetlemesi, işin mahiyeti icabı her zaman mümkün değildir. Eğer her zaman, haberin mutlaka maddi gerçekliği aranacak olursa, o zaman basın hürriyetinin gerektiği biçimde gerçekleşmesi mümkün değildir. Çünkü haber güncel bir şeydir, yani her an eskiyen, yeniden üretilmesi mümkün olmayan bir şeydir. Siz bir bilgiyi, bir şeyin bilgisini en kısa zamanda, eskimeden kamuya ulaştıracaksınız. İşte, bu zorunlu durum ikinci düşünceyi ortaya çıkarmıştır. Gerçekten denmiştir ki, mutlaka haberin mutlak gerçekliğine değil, haberin elde edilme biçimine bakalım; eğer haberin biçimi hukuka uygunsa, yani haber elde edilişi biçimi itibariyle "doğru" kabul edilebilir nitelikteyse, biz buna, gerçekte yalan da olsa, gerçek haber diyoruz ve bu haberi veren kişiyi koruyoruz. İşte buna, haberin şekli gerçekliği diyoruz. Bugün Yargıtayın kabul ettiği ilkede budur. Gerçekten gazeteci, mesleğinin kurallarına uyarak haberi toplarken, haberin gerçek olup olmadığını içinde bulunduğu şartlar içerisinde araştırmış, oluşa uygun olarak o şartlar içerisinde doğru olduğuna kanaat getirmiş ve haberini vermişse, artık biz onun mutlaka gerçekte öyle olup olmadığını aramıyoruz, haberin gerçek olduğunu kabul ediyoruz, dolayısıyla fiili suç saymıyoruz. Örneğin, bir yayın kuruluşu ciddi başka bir yayın kuruluşundan bir haberi alıp vermişse, bu yayın kuruluşu bir karineden hareket etmektedir, Söz konusu karine, yayın kuruluşunun kaynak gösterdiği kuruluşun, haberi doğru kaynaktan almış olduğu varsayımıdır. Gerçekten, siz bir haberi muteber bir ajanstan almışsanız, ajansın vermiş olduğu haberin, şeklen gerçek olduğu kabul edilir, dolayısıyla hakkınızda bir sorumluluk doğmaz. Sorumlu kaynak, her halde ilk kaynaktır.

Özetlersek, doğru haberin ölçütü, haberin şeklen gerçek gözükmesidir. Ancak, haberin şekli gerçekliği ile "sövmenin haberini" birbirine karıştırmamak gerekir. Siz, bir haberi verdiğinizde, bir kimse hakkında bir fiil isnadında bulunuyorsunuz. Bir kimse hakkında bir fiil isnadında bulunmak, isnat altında kalan insan bakımından, daima bir başka hakkı da ortaya çıkarmaktadır. Buna ispat hakkı diyoruz. Demek ki, basının haber verme hakkı yanında, kişinin, hakkındaki haberin doğruluğunun ispat edilmesini isteme hakkı bulunmaktadır (Any. m. 39, TCK. m. 481).

İspat hakkı, sadece bir kimseye suç olan bir fiilin isnadında, yani bir kimseye "hakeret ' teşkil eden bir fiilin isnadı halinde söz konusu olmaktadır. Bir kimseye kişiyi aşağılayan bir "sıfatın" isnadı, genelde hakaret değil sövmedir. Hukuk düzenimizde "sövme" ispat hakkının konusunu oluşturmamaktadır. Affedersiniz, Ceza Hukuku terimi ile konuşacağım, biraz da kaba olacak. Bir insana "eşek"

dediğiniz zaman o insanın eşek olup olmadığını ispatlayamazsınız. İşin icabından gelen imkansızlık bir yana, hukuk düzenimizde böyle bir ispat hakkı yoktur. Bir kimseye "hırsız" dediğiniz zaman, Ahmet "hırsızdır" diye yayın yaptığınız zaman, o kimsenin hırsızlığını ispat etmek şeklinde bir hakkınız bulunmamaktadır. Ceza Hukuku kimseye böyle bir imkan tanımıyor. Öyleyse, sövme suçunda ispat hakkı yoktur, ispat hakkı sadece hakaret suçlarında vardır, dikkat ediniz. Kanunu doğru anlayınız. TCK'de hakaret suçları 480'nci maddede düzenlenmiştir. İspat hakkına hemen sonra 481'nci maddede yer verilmiştir. Sövme suçu 482'nci maddede düzenlenmiştir.

Şimdi, biz bir öz eleştiri yaptığımızda şunu görüyoruz. Basının sık sık sövme suçunu işlediğini, kişilere sövdüğünü görüyoruz. Ve dolayısıyla, yargı önüne gittiklerinde bu insanlar diyor ki "ben haber verdim", "haber verme hakkını" kullandım. Oysa, bu kimse, "haber" vermedi, birisine onu aşağılayan bir "sıfat" izafe etti. Bir kimse hakkında bir haber vermekle bir kimseye bir sıfat izafe etmek birbirinden farklıdır. Haber vermek, bir kimsenin bir fiilini kamuya duyurmaktır. Siz bir kimsenin belli bir fiilini kamuya duyurmuyorsunuz, bir kimseye izafe ettiğiniz tahkiri muhtevi bir sıfatı duyuruyorsunuz. Bir kimseye izafe edilen tahkiri muhtevi bir sıfat haber değildir. Böyle olunca, kişi hakkını kötüye kullanmış olacak ve fiilinden sorumlu olacaktır.

Örnekleri çoğaltabiliriz. Özellikle şu son zamanlarda ortaya çıkan bir hususa değinmek istiyorum. Siyasi çekişmelerin tamamen dışında kalarak son zamanlardaki "Meclis Araştırmalarını" ele alalım. Düşününüz, Anayasanın 98'nci maddesine göre bir Meclis Araştırma Komisyonu kuruldu. Anayasamızda, Meclis Araştırma Komisyonu'nun niteliği bellidir, ne olduğu bellidir. Anayasamızda iki müessese var. Biri Meclis Araştırması Komisyonu, öteki Meclis Soruşturma Komisyonu. Meclis Soruşturma Komisyonu'nun niteliği, Meclisin bir tür "yargılama işlevine" sahip bir organı olmasıdır. Adli faaliyet yapan bir organ ile Meclis Soruşturma Komisyonu'nun hiçbir farkı yoktur. Meclis Soruşturma Komisyonu Anayasasının 100'nci maddesine göre kurulur.

Meclis Araştırma Komisyonu var. Meclis Araştırma Komisyonları, ülkedeki bazı olayların incelenmesi için kurulurlar. Görevleri Anayasanın 98'nci maddesinde gösterilmiştir. Son zamanlarda kurulan Meclis Araştırma Komisyonlarının faaliyetlerini izledinizse, Komisyona çağrılan kimselerin, üçüncü kişilere hakaret ettiklerini, sövdüklerini izlemişsinizdir. Birisi bir başkası hakkında "efendim o hırsızdır" dedi. Bu kimse "tanık" değil. Şimdi, acaba, bu beyan haber olarak nitelendirilebilir mi? Basın, gazeteci sövmenin haberini vermekten ötürü sorumlu olacak mıdır, yoksa bir hakkını mı kullanmıştır? Gerçekten bir kimse, Meclis Araştırma Komisyonu huzuruna geldi, beyanda bulundu. Bu beyana "ifade" demek mümkün değil, çünkü ifadenin ne olduğu hukukta bellidir. Hakim önünde yahut da adlî merciler önünde yapılan beyana biz ifade diyoruz. Poliste verilen beyana ifade diyoruz. Cumhuriyet Savcısının önünde yapılan beyana ifade diyoruz. Şimdi, Araştırma Komisyonu, örneğin beni çağırdı. Ben, huzurda dedim ki, bu Ahmet var ya biliyorum, hırsız, devleti soyup götürdü, dedim. Araştırma

Komisyonu'ndu tutanaklara geçen bu sözleri basın alsa, kamuya duyursa, acaba bu bir "haber" sayılacak mıdır? Benim düşünceme göre, şekli gerçeklik ölçütü açısından bakıldığında bile basın, Meclis Araştırma Komisyonunda cereyan eden bir faaliyeti kamuya duyururken, kişilik haklarına saygılı olmak zorundadır. Bizce, söz konusu bu faaliyet yapılırken "suç" işlenmiştir. Gerçekten, oraya çağırılan insanlar birbirlerine sövdüler, hiç kimse de kalkıp bunlara demedi ki, kardeşim, sen "taraf' değilsin, "tanık" değilsin, "bilirkişi" hiç değilsin, yargısal hiçbir sıfatın yok, o halde başkaları hakkında niçin isnatlarda bulunuyorsun, başkalarına niçin sövüyorsun? Bir şahit yalan söylerse bu, Ceza Kanununda "yalan yere tanıklık suçu" sayılmıştır. Tarafsan, Ceza Kanunu taraflara "adlî muafiyet" sağlamış, bunların bir çözümü var. Meclis Araştırma komisyonunda kimse ne taraftır, ne tanıktır, ne de bilirkişidir. Şimdi, Meclis Araştırma Komisyonu'nda, herkesin herkes hakkında söylediği tahkiri muhtevi sözleri nasıl temizleyeceksiniz? Burada, benim düşünceme göre basın, Araştırma Komisyonunun tutanaklarını yayınlamakla haber verme hakkını kullanmış olmaz, bu hakkı kötüye kullanmış olur, kişilik hakları zedelenmiş olur. Kişiler dava açmış olsalardı, bence davayı kazanırlardı.

Gene, örnekleri çoğaltabiliriz. Diyelim ki, bir kimse hakkında özel yöntemler kullanarak bilgi topladınız ve açıklamalar yaptınız, daha sonrada bu kişi gitti intihar etti. Bir doktor hakkında bir haber yaptınız, haber üzerine doktor yargılandı, acı çekti, ama sonunda aklandı. Şimdi, bunlara baktığımız zaman, acaba basının haber verme hakkını kullandığını söyleyebilir miyiz? Yapılan bu faaliyet gerçekten bir haber verme faaliyeti mi? Bu sorulara olumlu cevap vermek bence çok zor. Burada basının, hakkını kötüye kullandığı kanaatindeyim.

Birde şu var. Basın öyle bir kuruluştur ki, örneğin TRT'nin ekranlarından bir görüntüyü siz Türkiye'ye ulaştırdığınız zaman, o görüntünün yalanlanması yayınını Türkiye'ye ulaştırmak her zaman kolay olmadığı gibi, ulaştırdığınız zamanda, TRT'nin kişi üzerinde yapmış olduğu tahribatı önlemeniz mümkün değildir. Görüyorsunuz ki, bugün, basın-yayın mensuplarının görevleri çok büyük bir önem kazanmış bulunmaktadır. Eğer söz konusu bu görevler gereğince yerine getirilmezse, kişi haklarını tahribin de ötesinde, bizzat demokratik devlet düzeni tahrip edilmiş olur. Basın hürriyeti, bir tek kayıtla, yani doğru haber vermek kaydıyla mutlaktır. Doğru haber verildiğinde kişi hakları ihlal edilmiş olmaz. Evet, basın hürriyeti bir kayıtla, kişilik haklarını korumak kaydıyla mutlaktır. Bu nitelikleri koruyamayan bir basın hürriyeti, sadece kendi varlığı bakımından değil, aynı zamanda o ülkedeki toplumsal demokratik yaşam tarzı bakımından da sıkıntılar yaratır. Ancak, sorunun çözümü, basın hürriyetini kısıtlamak değildir. Basın hürriyetini ne kadar kısıtlarsak, o kadar çok zarar görürüz. Bunun örnekleri tarihte görülmüştür. Burada yapılacak olan, basın hürriyetini düzenlemektir. Basın mensuplarının kişilik haklarına saygılı olmalarını sağlayabilmek için basın hürriyetini en son noktasına getirmek, ama hakkı "kısıtlayarak" değil, tersine "düzenleyerek" getirmek amaç olmalıdır. Zaten, basın hürriyeti kısıtlandığında, çoğu kez kişi haklarının korunması da mümkün olmuyor. Basın hürriyeti "teminatını" da kendi içinde taşır, Basın hürriyetinin kullanımı kişiye bir

zarar verdiğinde, çarenin gene basın hürriyeti içerisinde olduğu görülmektedir. Basın Kanununa baktığımızda, Kanunun, 19'nci maddesinde, kişilere "cevap ve düzeltme hakkı" tanıdığını görüyoruz. Cevap ve düzeltme hakkının amacı şudur; bir şey tazminatın konusu, ceza hukukunun konusu olmayabilir. Ancak, o şeyin düzeltilmeye ihtiyacı vardır. Düzeltme ve cevap hakkı bunun içindir. Bazen, kişi, kendi özel nedenlerinden ötürü yargı önüne gitmek istemeyebilir, yargıda uğraşmak istemeyebilir. Bu halde de; haberin düzeltilmesi istenebilir, işte, bunun için cevap ve düzeltme hakkı tanınmıştır. Gene kişi, hem yargı önüne gitmek isteyebilir, hem de cevap ve düzeltme hakkından yararlanmak isteyebilir. Tabii, cevap ve düzeltme hakkı, bu haller için de tanınmış bulunmaktadır.

Ancak, biz, Kanunun 19'nci maddesine baktığımızda, bunun mutlaka gözden geçirilmesi gerektiğini görüyoruz. Çünkü düzeltme hakkının kullanımı öylesine zorlaştırılmıştır ki bunun sıradan bir vatandaş tarafından kullanılması mümkün değildir. Bu hakkın kullanılması için bir avukata gideceksiniz. İş o kadar zora sokulmuştur ki, bu alanda uzman olmayan bir avukatın, işi düzgün yapabilmesi mümkün değildir. Siz, kişiyi teminat altına almak için, Basın Kanununun 19'ncu maddesinde düzeltme hakkı tanıyorsunuz. Kişi, bu düzeltme hakkından yararlanamıyor. Bu bir çelişkidir. Sanıyorum ki, en kısa zamanda, 19'ncu maddeyi daha işler hale getirmek gerekmektedir. Burada korkulan şey şudur; eğer düzeltme hakkı kolay hale gelirse her vatandaş düzeltme hakkına başvurur, bu da gazetelerin itibarını zedeler düşüncesidir. Aslında diğer ülkelerde de benzer düşünceler olmuş, ancak daha sonra görülmüş ki, düzeltme hakkının kişi lehine değiştirilmesi basını engellememiş, tersine basının daha iyi çalışmasına, hatta gazetelerin daha çok satmasına neden olmuştur. Bizim kanunun 19'ncu maddesi kişiyi koruyamamaktadır ve yanlıştır. Basın, eğer daha etkili olmak istiyorsa, düzeltme hakkının kullanımını kolaylaştırmak zorundadır. Bu sağlandığı zaman, başlangıçta belki sorunlar çıkar ama 3-5 yıl içerisinde bundan basın, dolayısıyla kamu kârlı çıkar. Çünkü düzeltme hakkını kullandığında sonuç alan vatandaş, basına daha çok güvenir. Bugün, baktığımızda, vatandaşın basına pek fazla güveni olduğunu söylemek imkanına sahip değiliz. En azından böyle bir duygumuz var. Belki bu bilimsel değil, ama eleştirilse de, böyle bir duygumuz var. Öyleyse basın gibi kişilik haklarının teminatı olan bir kuruluşun, yani kişilik haklarını ihlal eden değil, tersine korumakla yükümlü bulunan bir kuruluşun güvenilir olmaz konumuna düşürülmesi bağışlanmaz bir haksızlıktır. O nedenle, bizzat yazılı, sözlü ve görsel basının katkısıyla, Basın Kanununun 19'ncu maddesi ve diğer ilgili mevzuat değiştirilmelidir.

Efendim, böylece, TRT'ye gelmiş bulunuyoruz.

Daha az sıkıcı bir yere geldik. Şimdi bizimle ilgili bir konuyu tartışacağız; radyo televizyon yayıncılığı. Sonuçlarını tartışacağız. Daha sonra karşılıklı bir tartışma yapalım. Siz sorularınızı sorunuz, o sorular üzerinde tartışmalar yapalım. Böylece, hem programımızı bitirmiş oluruz, hem de iki önemli şey yapmış oluruz; bir kere, sizin kafanızdaki sorular cevaplandırılmış olur. Burada, bir çözüme ulaşmasak bile, en azından, bir tartışmayı başlatmış oluruz. Sonra, sizlerin katkısıyla, ben kendimi

test etmiş olurum. Gerçekten, söylediğim şeyler yerini bulmuş mu, bulmamış mı, onu değerlendirmiş olurum.

Kuşkusuz, radyo-televizyon yayıncılığıyla, kişilik hakları ilgili bulunmaktadır. Bugüne kadar bizim tanıdığımız hürriyet türü "basın hürriyeti" olmuştur. 18'nci yüzyılda, basın hürriyeti, çok temel bir problem olarak ortaya çıkmış, büyük kavgalar verilmiş, basının değeri anlaşılmıştır. Tabii zamanla, tekten çoğa, tekelcilikten çoğulculuğa gidilmiştir.

Her basın faaliyeti, düşüncenin bir çeşit kurumlaşması, örgünleşmesidir. Liberal-demokratik devlet düzenlerinde, basın hürriyeti, "sansür kavramı" ile birlikte gelmiştir. Gerçekten, devlet bir haber daha ortaya çıkmadan önce, yani yayınlanmadan önce, haberi zararlı veya tehlikeli sayarak, onun ortaya çıkmasını engelleyebilir mi, basın araçlarına, matbaaya vb. el koyabilir mi tartışması, uzun yıllar sürmüştür. Sonunda şu ortaya çıkmıştır. Devlet, basına sansür koyamaz, basına sansür konulamaz. 18'nci yüzyılın, yani aydınlanma döneminin getirmiş olduğu temel ilke budur. Gerçekten, bu ilkenin ortaya çıkması, bir devrim olmuştur. Bir haber yazısı, bir eleştiri yazısı, bir fıkra vb. bir suçu içeriyorsa, bu ancak yayınlandıktan sonra yargıda tartışılacak bir konudur. Yayından kim zarar görmüşse, elbette ki, o kimse, unutmayalım devlet de bir kimsedir, yargı önüne gidip, haklarını almak imkânına sahip olmalıdır. Bu mekanizmalar kurulmalıdır, hem de tam, eksiksiz kurulmalıdır. Ama, haber daha kaynağındayken, devlet tarafından, idari yollarla ne denetlenebilmelidir, ne de engellenebilmelidir. Bu, niçin kondu? Bu, en başta şunun için kondu. Eğer devlet fert için ise, eğer devlet benim iradem sonucu ortaya çıkmış bir siyasi teşekkül ise, ben, devletin organlarını, eylemlerinden ve işlemlerinden ötürü denetleyebilmeliyim. Bundan dolayıdır ki, demokratik bir devlet, organlarının işlemlerinden ötürü kendisinin denetlenmesi imkanlarını, idari yollarla önceden ortadan kaldıramaz. Tersine, devlet, benim kendisini, daha doğrusu devlet idaresini işlem ve eylemlerinden dolayı eleştirmek hakkımı sağlamak zorundadır. Bu da ancak sansürsüz bir basınla olabilir. Böylece, "basın hürriyeti" dediğimiz temel hürriyet, "basın hürriyetinden yararlanma hakkı" dediğimiz temel hak, radyo-televizyon yayıncılığına kadar geldi, standatları da oluştu, dolayısıyla demokrasilerde "dördüncü bir kuvvetten" söz edilmeye başlandı. Yasama, yürütme ve yargı erki var. Liberal-demokratik ülkelerde, bunların yanında, bir de "hür basın" var. Hür basın yani tekelsiz çoğalan basın, söz konusu bu düzenlerde, "dördüncü kuvvetlerde" olarak nitelendirilmektedir, radyo yayıncılığı, 1900'lerden sonra başlamıştır. Bu yıllarda, ilk kez, kitle iletişim aracı olarak, "sinema" ortaya çıkmıştır. Biz, İzmir İktisat Kongresinde, Çiftçi Grubunun İktisadi Esaslarında (m.9), sinema filimlerinin değerini ortaya koymuşuz. Ancak başarılı bir uygulama yapılamamış. İtalyanlar, kısa zamanda bu aracın değerini anlamış, dolayisıyla sinemadan bir "kitle propaganda vasıtaları'' olarak yararlanmaya başlamıştır. Cinecitta bu amaçla doğmuştur. Gerçekten, o günün rejimleri, nazizm, faşizm, komünizm, vb. ideolojilerinin yayılmasında ve tutmasında, kitle iletişim araçlarını, tabii sinema, radyo da dahil, başarıyla kullanmışlardır.

1945'lerden sonra, yavaş yavaş, radyo-televizyon yayıncılığının başlamakta olduğunu görüyoruz.

İkinci Dünya Savaşından önce, totaliter devlet düşüncesi, basını, sinemayı, radyo yayıncılığını etkilemiştir. Basın, radyo yayıncılığı tekelleştirilmiştir. Totaliter devletler, basını, radyo yayıncılığını tekelleştirmekle birlikte, hakimiyetlerini artırmayı başarmışlar ve giderek her şeye hakim olmuşlardır. Basını tekelleştirmek, basını, radyoyu elde etmek, birçok şeyi elde etmekti. Böylece, propaganda dediğimiz olay ortaya çıktı, siyasi iktidarın istediği haberi istediği şekilde verdirip, kamuoyunu istediği şekilde biçimlendirmesi meselesi ortaya çıktı. Sovyet Sosyalist Cumhuriyetleri Birliğinde, bu mekanizmalar, daha da şiddetli bir biçimde kullanılmaya başlandı. Öyle ki, basın, sinema, radyo yayıncılığı ve rejim arasında organik bağıntılar kuruldu.

Televizyon yayıncılığının ortaya çıkmasıyla birlikte, işler daha da karmaşıklaştı. Radyodaki o tekdüzelilik ortadan kalktı. İnsanlar bizzat ses ve görüntüyle karşı karşıya gelmeye başladılar. Estetik değerler ortaya çıktı. Etik, toplumsal-siyasi yeni kaygılar ortaya çıktı. Ayrıca, "reklam" dediğimiz çok önemli bir faaliyet alanı ortaya çıktı. "Reklam pazarı" dediğimiz pazar olayı ortaya çıktı. Öte yandan, bu cihazın, bir kültür aracı olarak, bir eğlence aracı olarak, siyasi tansiyonları kontrol etme aracı olarak çok önemli işlevlerinin olduğu görüldü. Ayrıca, yayınla insanın içinde yaşadığı yeni bir "kültür ortamı" meydana geldiğinden, kişinin, kişiliğinin oluşmasıyla radyo-televizyon yayıncılığı arasında bağıntılar kuruldu. Böylece, radyo-televizyon yayıncılığı, toplumların çok önemli bir sorunu haline geldi. Gerçekten, çağımızda, doğa nasıl kirletiliyorsa, doğanın kirletilmesi insanın sağlığına nasıl zarar veriyorsa, aynı şekilde, radyo-televizyon yayıncılığı da kirletmeye, dolayısıyla "çarpık kişilikte" insanlar yaratmaya başladı. Radyo-televizyon yayınlarından beklenen, kişinin, kişilik değerlerini geliştirmek, estetik değerlerini, insanî değerlerini artırmak, ona barışçıl duygular vermekken, bir baktık ki, radyo-televizyon yayıncılığı, iki şeye hizmet etmektedir; bir kere, radyo-televizyon yayıncılığı, "devletin isteklerine" hizmet etmeye başlamıştır. Özellikle, totaliter devletlerde, devlete hizmet, radyo-televizyon yayıncılığının amacı olmuştur. Öte yandan, radyo-televizyon yayıncılığı, eğitmek, etik, estetik değerler kazandırmak, "kişiyi değerli kılmak" yerine kişiye zarar vermeye, dolayısıyla "çarpık kişilikler yaratmaya başlamıştır.

İşte, bu durum, radyo-televizyon yayıncılığının denetimi sorununu ortaya koymuş, dolayısıyla radyo televizyon yayıncılığı, ulusal ve uluslararası düzenlemelerin konusu olmuştur. Radyo televizyon yayıncılığı düzenlenirken, çeşitli modeller seçilmiştir. Ahmet Tarakçıoğlu Beyefendi, bunlardan bir tanesini araştırdı, getirdi. Bu, BBC modelidir. BBC, "anonim şirket" modelinde kurulmuş, özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulmuş ve daha sonra, bu özel hukuk tüzel kişisi, kral ile bir imtiyaz sözleşmesi yapmıştır. Ben, İtalyan televizyonuna, RAI'a baktım. RAI in kuruluşuna baktığınız zaman, onun da, özel hukuk hükümlerine tabi bir anonim şirket şeklinde kurulduğunu, ancak Hükümetle, Ulaştırma Bakanlığı'yla bir imtiyaz sözleşmesi yaptığını görürüz. Daha başka oluşumlara baktığımızda,

kısmen liberal-demokratik bazı devletlerde, ama özellikle totaliter devletlerde, radyo-televizyon yayıncılığının, doğrudan doğruya devletin yayın organı olarak, hükümetin emrinde, "tamamen hiyerarşik bir yapıda" örgünleştirildiğini görürüz.

Bize gelince, radyo-televizyon yayıncılığına başladığımızda iyi bir noktayı tutmuşuz, ancak o günün şartlarının zorlamasının sonucu olarak, radyo yayıncılığını, basın hürriyetinin bir parçası olarak düşünmemişiz. Bir başka yerde, "devletin idari yapısı" içinde, yani ' idarenin" içinde düşünmüşüz. "Tekel" olarak düşünmüşüz. Anayasaya baktığınızda, radyo-televizyon yayıncılığının, "yürütme erki" içerisinde düzenlenmiş olduğunu görüyoruz. Gerçekten, radyo-televizyon yayıncılığı başlangıçta, yürütme erki içerisinde "tekel" olarak oluşturulmuştur. Bununla birlikte, radyo-televizyon yayıncılığı, idareden "özerk" ve "yayınlarında tarafsız" kılınmıştır. Öte yandan, radyo-televizyon yayıncılığı, devletin yürütme erki içerisinde, bir "kamu tüzel kişisi", "iktisadi bir kamu tüzel kişisi" olarak örgünleştirilmiştir.

Ancak, daha sonra Anayasanın 133'ncü maddesinde yapılan bir değişiklikle, radyo-televizyon yayıncılığında tekele son verilmiş, böylece devletin resmî radyo-televizyon kuruluş "TRT" yanında, devletin özel radyo-televizyon kuruluşları ortaya çıkmıştır.

TRT, Anayasaya göre, özerk, yayınlarında tarafsız, iktisadi bir kamu tüzel kişisidir.

Gerçekten, Anayasa, radyo-televizyon yayıncılığını değişik 133'ncü maddesinde düzenlemiştir. Anayasanın 133'ncü maddesinin, Anayasanın sistemi içerisinde aldığı yer, yürütmedir. Öyleyse, özel televizyonlar da yürütme erki içerisinde yer almış bulunmaktadır. Bu demektir ki, yürütme erkinin dışında, bir radyo televizyon yayıncılığı Türkiye'de mümkün değildir.

Bu yeniden yapılanma, bir kanunla, türkiye radyo-televizyon yayıncılığını güden ilke ve esasların yeniden belirlenmesini, idari bir düzenin ve bu düzeni sağlayacak idari bir kuruluşun oluşturulmasını zorunlu kılmıştır. Bu kanuna baktığınız zaman, siz, burada yayın ilke ve esaslarını göreceksiniz. Türkiye'de tüm radyo televizyon yayınları, gerek yayınlarında, gerekse "idari teşkilâtlanmalarında" bu kanunda gösterilen ilkelere ve esaslara uygun davranmak zorundadırlar. Buradan birçokları yanında iki temel mesele ortaya çıkmaktadır. Bir kere, tüm radyo-televizyon kuruluşları, kanunun emrettiği biçimde, "Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun" idarî denetimi altında yayın yapmak zorundadırlar. Öte yandan, radyo-televizyon yayınında çoğulculuk, frekans tahsisi dediğimiz karmaşık bir meseleyi ortaya çıkarmıştır. Kanun, belli bir sürede, frekans tahsisinin yapılmasını emretmektedir. Ancak, mesele halâ yönetimleri ve kamuoyunu meşgul etmektedir.

TRT'yi düzenleyen Anayasanın 133'ncü maddesinin 2'nci fıkrasına baktığınız zaman, çok ilginç sonuçlara ulaşıyoruz. Gerçekten Anayasa, TRT'yi devletin özel televizyonları arasında saymamış, ona özel bir yer vermiş, böylece devletin, bir kanunla, "resmî bir radyo-televizyon kuruluşunun", yani bir "kamu televizyon

kuruluşunun" oluşturulmasını emretmiştir. Bakınız, göreceksiniz, devletçe, bir kanunla, kamu tüzel kişisi olarak kurulan Türkiye Radyo- Televizyon Kurumunun, Anayasanın emri gereği olarak "özerkliği" ve "yayınlarının tarafsızlığı" esastır.

Gerçekten Anayasa, 133'ncü maddesinde (f.l), "radyo ve televizyon istasyonları kurmak ve işletmek kanunla düzenlenecek şartlar çevresinde serbesttir" demiş, ancak, bu kurumların kamu tüzel kişiliğinden, özerkliğinden, yayınlarda tarafsızlıklarından söz etmemiştir. Bundan şu sonuç ortaya çıkmaktadır:

Bir kere, bu hükmün doğurduğu kurum en başta RTÜK tür. Anayasa RTÜK'e özerklik, yayın faaliyeti yapan bir kuruluş olmadığından yayınlarında tarafsızlık niteliklerini izafe etmiş değildir. Bu demektir ki, RTÜK'ün özerkliği ve tarafsızlığı Anayasadan değil, kendi kuruluş kanunundan gelmektedir.

Öte yandan, Anayasa, bu hükmünde, ayrıca radyo-televizyon özel yayıncılığını düzenlemiş, ancak bu tür radyo-televizyon yayıncılığının "özerk" ve "yayınlarında tarafsız olmalarını" emretmemiştir. Özel televizyonların "tarafsız yayın yapmaları ilkesi" 3984 sayılı Kanundan doğmaktadır.

Oysa Anayasa, TRT'nin "özerk ve yayınlarında tarafsız olmasını" emretmiştir. Bu niteliklerden ötürüdür ki, TRT, hem idari teşkilâtlanması, hem de kendine özgü faaliyeti itibariyle ayrıcalıklı anayasal bir yayın kuruluşudur. Anayasa, TRT "kamu tüzel kişisi" olacak diyor, "özerk" olacak diyor, "yayınlarında tarafsız" olacak diyor. O halde, söz konusu bu nitelikler, TRT Kurumunun vazgeçilmez, temel nitelikleridir. Buradan, hukuk düzenimizde, çoğulcu karakterdeki radyo-televizyon yayıncılığında yeni bir kavram ortaya çıkmıştır. Bu, ''Kamu Radyo-Televizyon Yayıncılığı" kavramıdır.

Gerçekten, Anayasanın koyduğu bu düzen karşısında, TRT, hem genel kanun niteliğinde olan 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun hükümlerine, hem de kendi kanunu olan 2954 sayılı Türkiye Radyo-Televizyon Kanunun hükümlerine tabi olacaktır. Şimdi siz, TRT olarak hem 3984 sayılı Kanuna tabi olacaksınız, hem de onun yanında özerk olacaksınız, tarafsız olacaksınız, kamu tüzel kişisi kalıbında kurumlaşacaksınız. Kamu tüzel kişisi dediğiniz zaman, ortaya bir sorun çıkıyor. Hangi "tip" kamu tüzel kişisi... Gerçekten, kamil anlamında "hak ve fiil ehliyetine" sahip olacaksınız ama, üniversiteler gibi mi biçimleneceksiniz, belediyeler gibi mi biçimleneceksiniz? il özel İdareleri vb. gibi mi biçimleneceksiniz? Yoksa Türkiye Emlak Kredi Bankası gibi mi biçimleneceksiniz, Vakıflar Bankası, Ziraat Bankası vb. gibi mi biçimleneceksiniz? Bu soruyu 2954 sayılı Kanun yanıtlıyor. Kanun, TRT'nin bir "iktisadi devlet kuruluşu' olarak biçimlenmesini emrediyor, öyle biçimleneceksin diyor.

O zaman ortaya şu çıkıyor. Biz bir radyo - televizyon kuruluşuyuz. Bu kuruluş kaynağını Anayasanın 133 ncü maddesinden alıyor. Bizim özelliğimiz, "kamu yayıncılığı yapan" bir radyo televizyon kuruluşu olmamız, çünkü biz, özerkiz, tarafsızız ve biz bir kamu tüzel kişiyiz. Biz, bir "iktisadi kamu kuruluşu" niteliğinde de olsak, özerk ve yayınlarında tarafsız bir kamu tüzel kişisiyiz. Öyleyse, bizim

yaptığımız yayın, genel yayın politikasının içerisinde, ayrıcalıklı bir özellik, öteki yayın kuruluşlarının yayınlarından başka bir özellik taşımak zorundadır. Nedir taşıyacağı bu özellik? Tekrar ediyorum, bu özellik, "Kamu Yayıncılığı" özelliğidir.

Ancak, kanunumuza, yani 2954 sayılı Kanuna baktığımızda, bu kanunda yer alan "esas ve ilkeler" ile 3984 sayılı Kanunda yer alan esas ve ilkelerin hemen hemen birbirinin aynı olduğunu görüyoruz. Şimdi, ben, hem 3984 sayılı Kanunda yer alan hükümlere tabi olacağım, bunlara diğer radyo-televizyon kuruluşları da tabiler, hem de 2954 sayılı Kanuna göre "kamu yayıncılığı" yapacağım, Kanun bazında yapılmış olan bu biribirinin eşiti düzenleme karşısında, TRT'nin kamu yayıncılığını nasıl ve ne şekilde yapacağını ve başaracağını anlamaya imkân bulunmamaktadır. Çünkü bu çarpık durum karşısında, kendi kanunu yanında ayrıca 3984 sayılı Kanunun esas ve ilkelerine tabi olmak demek, kamu yayıncılığı yapmak demek değildir. Bu durumda, madem TRT kamu yayıncılığı yapacaktır, o halde bunun esas ve ilkelerinin, 3984 sayılı Kanunda gösterilenden farklı olarak 2954 sayılı Kanunda gösterilmiş olması gerekmektedir. Oysa, 2954 sayılı Kanunda, kamu yayıncılığının esas ve ilkeleri nedir sorusu sorulduğunda, maalesef, soruya düzgün, anlaşılır bir cevap alma olanağı bulunmamaktadır. Bunun nedeni, öyle sanıyorum ki, yayın tekelinin bulunduğu dönemde yapılmış olan 2954 sayılı Kanunun, değiştirildiği dönemde bile Anayasanın 133'ncü maddesini sağlamaması ve her nedense eski tekelci karakterini inatla korumuş olmasıdır. O halde, 2954 sayılı Kanun, yayın esas ve ilkelerinde, 3984 sayılı Kanundan tamamen farklılaşarak, kaynağını Anayasanın emri olan özerklik, yayınlarında tarafsızlık ve kamu tüzel kişisi olma değerlerinden alan "kamu yayıncılığı" kavramına uygun olarak, tabiî birikimlerini de göz önüne alarak, kendi öz yayın esas ve ilkelerini yeniden oluşturmak zorundadır.

Söz arasında belirtelim. Kanunumuzun, başka bir eksiği daha var. Kısaca ona değinelim, sonra tekrar konumuza geçelim:

3984 sayılı Kanun, getirmiş beni, Radyo Televizyon Üst Kuru lu'nun, özerkliğimi giderir bir biçimde, idari vesayeti altına koymuş. Benim, hükümetle aramda bir vesayet ilişkisi var, onu Anayasa koymuş. Biz ona, "idari vesayet" ilişkisi diyoruz. Onun için Anayasa bana özerksin diyor. Evet, ben özerkim, kimden özerkim? "İdare"den özerkim. İdarenin içerisindeyim ama "genel idarenin" dışındayım. Özerklik bunun için konulmuş hukukî bir cihaz... Durum böyleyken, şimdi 3984 sayılı Kanun, getirmiş beni RTÜK'ün mutlak idari vesayeti altına koymuş.. Oysa, 2954 sayılı Kanun, 8, 57, 66'ncı maddelerinde, TRT'nin İdare / hükümet ile ilişkilerini düzenlemiştir. Gerçekten, devletin anayasal yapısı içerisinde, benim ancak hükümetle ilişkilendirilmem söz konusu olabilir, Tabii, RTÜK ile değil. Her radyo-televizyon kuruluşunun RTÜK karşısında durumu ne ise TRT'nin de RTÜK karşısındaki durumu odur, açıkçası böyle olması gerekmektedir. Burada, aksini düşünmek, RTÜK'ü TRT karşısında tabiri caizse "ağabey" konumuna getirir. Bu, 3984 sayılı Kanunun da temel ilkesi olan radyo televizyon kuruluşlarının "kanun önünde eşitlik" ilkesine aykırılık olur. Gerçekten, bir radyo-televizyon yayın kuruluşu "anonim şirket" şeklinde teşekkül edecek, bu "özel hukuk tüzel kişisi" olmak demektir. Ben de "kamu hukuku tüzel kişisi" oluyorum. İkimiz,

RTÜK'ün karşısına gideceğiz. RTÜK, ona farklı bana farklı muamele yapacak. Bu, bağışlanmaz bir çelişkidir. Çünkü Anayasanın 133'ncü maddesi karşısında, RTÜK TRT'nin ne "idari vasisi", ne de "hiyerarşik" üstüdür. Böyle olunca, özerkliğine aykırı olarak esasen yanlış bir düzenlemeden kaynaklanan, TRT'nin RTÜK ile olan idari hiyerarşik bağlantılarının tümünün ortadan kaldırılması gerekmektedir.

Elbette TRT, belirtilen bu esaslar içerisinde kalarak kamu radyo-televizyon yayıncılığı yapacaktır. Bu bağlamda olmak üzere TRT, en başta, diğer radyo-televizyon yayın kuruluşlarından farklı olarak "kişi haklarına" saygıda, kişinin gelişmesini önleyen yayınlardan kaçınmada çok daha dikkatli olmak, hatta bu konuda diğer yayın kuruluşlarına örnek oluşturmak zorundadır. O anlamda ki;

1- Siz, TRT olarak, uygun saatlerde veya şifreli bile olsa, "müstehcen yayın", "erotik yayın" yapamazsınız, Ceza Kanunu, müstehcen yayıncılığını yasaklamıştır, müstehceni yasaklamıştır. Ancak, müstehcenin tanımında zorluklar bulunmaktadır. Özellikle müstehcen ile erotizmi birbirinden ayırmak zorundasınız. Erotizm ve pornografi iki farklı kavram. Pornografi evrensel olarak suç sayılmaktadır. Bu konuda bizim de taraf olduğumuz uluslararası anlaşmalar bulunmaktadır. Ancak siz sanatçılar, bir ara kurum getirdiniz. Kalktınız dediniz ki, tamam, pornografi suçtur, ama erotizm suç değildir. Erotizm sanattır dediniz. Şimdi bu çizgiye dikkat etmek zorundasınız. Yayın faaliyetinizde erotizm çizgisini müstehcenliğe götürürseniz toplumu tahrip edersiniz, kirletirsiniz, Bu kişilik haklarına karşı yapılmış en büyük tahribattır. Kişinin uygun bir çevrede düzgün bir kişilik elde etmeye hakkı vardır. Kamu yayıncılığı yapan bir televizyon öncelikle kişilerin cinselliğine, daha genel olarak beşeri cinselliğe saygılı olmak zorundadır. Beşeri cinsellik, hukuki bir değer olmak yanında öncelikle etik bir değerdir. Bu etik değeri yüceltmek, geliştirmek, kişinin kişiliğinin gelişimine katkıdır. Bu yasal iş, kamu radyo televizyon yayıncılığı yapan bir kurumun başta gelen görevidir.

2- Bugün diğer bir problemimiz şiddettir. Radyo-televizyon kuruluşları, öncelikle kamu yayıncılığı yapan kuruluşlar, konusu salt şiddet olan, abartılı bir biçimde şiddeti içeren, canavarca hisleri tahrik eden yayıncılık yapamazlar. Bu husus özellikle çocukların yetişmesi bakımından çok büyük önem taşımaktadır. Anayasamızın 2'nci maddesinin gerçekleştirilmesini emrettiği demokratik toplum, olabildiğince çok şiddetten arındırılmış toplumdur. Çok eleştirilmekle birlikte, ülkemizde, 1928 tarihinden bu yana, çocukları zararlı yayınlardan korumayı amaçlayan bir mevzuat da oluşturulmuş bulunmaktadır.

Bugün, çevre kirliliğine nasıl tepki gösteriyorsak, daha çoğunu müstehcene ve şiddete karşı da göstermek zorundayız. Müstehcen ve şiddet, psikanalistlerin dediği doğruysa, çocuk ve genç kişileri tahrip etmektedir. Doğan her çocuk kendisini radyo, televizyon karşısında buluyor. Bu nedenle, bu tür bir kirlenme, yani pornografi ve şiddetle kirlenme, maddi çevrenin kirlenmesinden çok daha önemlidir. Böyle olunca, öncelikle kamu yayıncılığının başta gelen görevi, kamunun ihtiyacı olan yayıncılık, doğru yayıncılık yapmaktır, yani müstehcenden ve şiddetten arındırılmış yayıncılık yapmaktır.

3- Bizim, TRT olarak, diğer bir temel görevimiz, kamuyu tarafsız aydınlatmak, dolayısıyla "kamuoyunu" yansız oluşturmaktır. Zaten bu, Anayasanın temel direktifidir. Anayasa öteki radyo- televizyon kuruluşlarından böyle bir şeyi istememiştir. Bunu bizden istiyor diyor ki; TRT, yayınlarında tarafsız olacaksın, yayınlarını tarafsız, yansız yapacaksın. Bu demektir ki, TRT yayınlarının, hiçbir kişi, kurum, kuruluş, siyasi örgüt, inanç örgütlenmesi, vb. ile herhangi bir ilgisi ve ilişkisi bulunamaz. TRT "yayın faaliyetini" yaparken kimseden emir almaz. Milli güvenlik konusu hariç (Any. m. 1, 2, 3), hükümet, yayınlarımızda bize emir verecek bir makam değildir. Ancak şu var, biz Anayasaya göre, hükümetin dışında bir kuruluş değiliz. Türkiye Cumhuriyeti Hükümetinin millî güvenliğe ilişkin "genel politikaları" TRT'yi de ilgilendirmektedir. Hükümet sadece bu konuda TRT'ye emir verebilir. Devletin, hükümetin millî güvenliğe ilişkin genel politikası, ifadesini Anayasanın 1, 2 ve 3'ncü maddelerinde bulunmaktadır. Anayasanın 1,2, 3'ncü maddelerine aykırı bir yayını hiçbir yayın kuruluşu, öncelikle bir kamu yayın kuruluşu olarak TRT yapamaz.

Gerçekten hiç bir kamusal / toplumsal faaliyet, Anayasanın 1, 2. ve 3'ncü maddelerine aykırı olamaz. Bilimsel, sanatsal, ticari, sınai, sportif, vb. hiç bir beşeri faaliyet, Anayasanın 1, 2 ve 3'ncü maddelerine aykırı olarak yapılamaz.

Nedir Anayasanın 1,2. ve 3'ncü maddeleri? Çok basit. Bunlar, "Cumhuriyetçilik", "Demokratiklik", "Millilik" ilkeleridir.

Türkiye Devleti bir cumhuriyettir,

Türkiye Cumhuriyeti demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti ülkesiyle ve milletiyle bölünmez bir bütündür.

Hiç kimse, hiç bir kuruluş, ne adla olursa olsun, bu üç temel ikleye aykırı basın-yayın, haberleşme faaliyeti yapamaz. Öyleyse, Anayasanın 1, 2 ve 3'ncü maddeleri karşısında, kamu yayıncılığı yapmaya zorunlu kılınmış olan TRT, yayınlarında tarafsız değil taraftır, taraf olmaya zorunludur. TRT yayınlarında Anayasanın 1, 2 ve 3'ncü maddelerine taraf değilse, en başta, asli görevi olan kamu radyo-televizyon yayıncılığı hizmetini yerine getirmemiş olur. Bu demektir ki, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin varlığı şartlarından olan, değiştirilmesinin teklifi bile yasaklanmış bulunan ve bir kurucu iktidar tasarrufu olarak ortaya çıkmış olan temel konusu olduğunda, TRT taraftır.

Yayınımızın çizgisi bu, tarafsızlığın sınırı bu... Bu çizgi doğrultusunda, bu sınır içerisinde kalarak, kimseden emir almadan, yayınlarınızı yapacaksınız. Tabii, yayınlarınızda hiç kimsenin yanında olmayacaksınız, doğrudan veya dolaylı kimseye omuz çıkmayacaksınız, kimsenin çıkarına hizmet eden yayın yapmayacaksınız. yayınlarınızda hedef kitle, tüm renk ve zenginlikleriyle Türk ulusu, Türk halkıdır.

Öte yandan, TRT'nin açıklanan biçimde yayınlarında tarafsız kalması, kişilik haklarına da saygının bir gereğidir. Kamu yayın kuruluşu olarak TRT; yayınlarında

gerek özel hukukta, gerekse kamu hukukunda kişinin niteliği olarak gösterilen değerlere mutlak saygılı olmak zorundadır. Mesela, kişinin resim hakkına saygılı olacaksınız. Kişinin sır hakkına saygılı olacaksınız. Ama görüyorsunuz yayın organlarını. Polis bültenlerinden, karakollardan, cumhuriyet savcılıklarından bir suçun bilgisini almaya, bu bilgiyi kamuoyuna ulaştırmaya elbette hakkı vardır. Ancak, acaba bu hak, sanığın elleri kelepçeli resminin kamuoyuna gösterilmesine cevap vermekte midir? Anayasanın temel ilkesi, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz. Şimdi, özellikle alıyorsunuz suratını, ellerinde kelepçe. Bir de bir yorum katıyorsunuz... siz bu kişiyi böyle vermekle gerçekten "haber"mi verdiniz, basın olarak haber alma hakkınızı mı kullandınız? Bence hayır. Şunu düşünelim, bu haberi vermek için, yani bir "suçun haberini'* vermek için, mutlaka kişiyi böyle elleri kelepçeli, aşağılanmış bir biçimde görüntülemek mi gerekli? Soru bu. Eğer, biz bu haberi, kamuoyuna bu kalıp içinde değil de, başka bir kalıp içerisinde, çok daha iyi olarak verebiliriz diyebiliyorsak, bu halde, böyle davranmadığımız için, kuşkusuz hakkımızı kötüye kullanmış oluruz. Böyle olunca, sanık kişi, halka haksız yere teşhir edildiği, dolayısıyla kişilik haklarının zedelendiği gerekçesiyle yargıya başvurduğunda, büyük bir olasılıkla davayı kazanır.

İdarenin işlemlerini ve eylemlerini öğrenmek, değerlendirmek, eleştirmek elbette yurttaşların temel hakkıdır. Basın bu hakkı kullanmaktadır. Ülkemizde basın tarafından ve herkesçe edinilemeyen, ulaşılamayan, dolayısıyla içleştirilemeyen bir tek değer vardır. O da, devlet sırrıdır. Devlet sırrı, Türk Ceza Kanununun 132. vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Devlet sırrının haberini yapmak suçtur. Devletin sırları dışında, kanunla özel konulmuş olmadıkça, idarenin yurttaştan, dolayısıyla basından gizleyebileceği hiçbir sırrı yoktur. Ben, TRT Yönetim Kurulu'na atandım, görevim nedir okuyayım dedim, Sayın hukuk Müşavirimiz de beni doğrulayacak mı bilmiyorum, TRT Kanunu "Yönetim Kurulunun toplantıları, kararları gizlidir" diyor. Ne yapıyoruz biz orada, ne iş yapıyoruz da gizli olsun. Açık olsa ne olur, açık olsun, gelsin başkaları da görsün, TRT mensubu da görsün yapılan işi... İdarenin gizli hiçbir faaliyeti olamaz. İdarenin her faaliyeti açıktır. Ceza Kanununun 228'nci maddesi, idarenin işlemleri hakkında herkes için değil, sadece memur kişi bakımından bir gizlilik getirmiştir. Memur, görevi dolayısıyla öğrendiği bir şeyi açıklayamaz. Eğer memur görevi dolayısıyla öğrendiklerini açıklarsa o zaman devlet idaresinde kargaşa olur. Sadece bir karmaşayı önlemek için memura öğrendiklerini açıklamak yasaklanmıştır. Buradan şu sonuç çıkmaktadır. Basın, devlet sırrı olmamak veya bir kanunla yasaklanmış bulunmamak kaydıyla, idarenin her çeşit bilgi ve belgesini edinmek, kamuya açıklamak, değerlendirmek ve eleştirmek hakkına sahiptir. Unutmayalım, basın benim için iş görüyor. Basın bu bilgileri alıp, değerlendirip bana sunacak ki bende bir fikir, bir kanaat oluşsun. Açıkçası, devlet idaresi hakkında bir kanaat oluşsun. O nedenle gazeteci olarak dikkat edeceksiniz. Bilgilerinizi, devletten aldığınız bilgileri, bizzat yetkili kişilerden alacaksınız, yetkili organlarından alacaksınız. Gazeteci, memura bir yarar sağlayarak veya onu hataya düşürerek, ondan devlet idaresinin bilgi ve

belgelerini almak hakkına sahip değildir. Bu davranış, en azından hakkın kötüye kullanılmasıdır. TRT kamu yayın kuruluşudur, bilgilerini ve belgelerini muteber kaynaklardan, muteber usüllerle elde etmek zorundadır. Devlet idaresinden bilgi ve belge alacaksanız, bunu devletin bilgi ve belge vermeye yetkili memurundan alacaksınız. Memurdan "dedi-kodu", "söylenti" vb. alamazsınız. Dedi kodu, söylenti, haber değildir, kamuyu ilgilendiren muteber bir bilgi değildir. Kaynağı sakat olan bir şey, bilgi olmaz. Gazeteci, muteber kaynağa itibar etmek zorundadır.

Sizin diğer bir sınırınız, verdiğiniz haberin, toplumda heyecan, düşmanlık yaratmaması, insanlar arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep vb. ayırımı yapmaması, insanın insan olarak sahip olduğu onuru zedelenmemesidir. Haberin sınırı bu. İnsanının onuru… başı kesilmiş, bir tarafa gitmiş kanlar içinde insanlar, vahşet tabloları, eğer savaşı, terörizmi kınamıyorsa, haber değerinden yoksundur. Bunların yayınlanması, tek kelimeyle gazetecinin hakkını kötüye kullanmasıdır. Gerçekten, bazı televizyon kanallarını görüyoruz. Adliyelerde kavga olmuş, onu veriyor… Çığırtkan insanlar, küfredenler, kabadayılar, bağıranlar, insan onurunu zedeleyen birçok unsur ekrana getiriliyor. Niçin getiriliyor, amaç ne bilmek mümkün değil. Bunun neresi haber? Burada bir tek haber var. O da, adliyelerde davaları görülmekte olan bazı vatandaşların kavga etmiş olmalarıdır. Haberi temsil eden kısa bir görüntü verir, geçirirsiniz. Hepsi bu kadar… Adliyelerde yaşanan olumsuzlukları haber olarak kamuya ulaştırmak için ille de "insandaki canavarlığı" ekrana taşımağa gerek yoktur.

Son olarak haberin sınırı "haberin gerçekliği" olmaktadır. "Yalanın" haberi olmaz. "Yalan" haber değildir. Yargıtay kararları karşısında, haberin gerçekliğini belirlemede ölçü, "haberin şekli gerçekliği" olmaktadır. Yargıtay "haberin maddi gerçekliğini" aramıyor, sadece haberin şekli gerçekliğiyle yetiniyor. Bu doğrudur, çünkü haber vermek, çok hızlı cereyan eden bir faaliyettir. O nedenledir ki, şekli gerçekliğe uyacaksınız. Haberin şekli gerçekliğinde en başında gelen kayıt, "kaynaktaki gerçekliktir", yani haberin kaynağının düzgün, muteber olmasıdır. Örneğin, bir haberi BBC'den veya Anadolu Ajansından aktardığımızda bu haber gerçektir, doğrudur. Örnek olarak diyelim ki, parlamentodan canlı yayın yapılıyor, milletvekilleri birbirine sövüyorlar. Sövmeyi haber olarak yayına verdiğimiz zaman, bu bir paket yayın olmadığı için, yayını yapan kişi yayından sorumlu değildir, çünkü kaynak muteberdir ve denetleme imkanı yoktur. Denetleme imkanının olmadığı yerde, yayını yapan sorumlu olmaz. Sorumluluk milletvekillerinindir. Ancak, canlı yayın değil de, parlamento'dan bir haber veriyorsanız, "sövme" oluşturan hiçbir beyanı veremezsiniz, çünkü "sövmenin" haberi olmaz, yani "sövme" sövme olarak haberin konusu değildir. Tabii, "hakaret" oluşturan bir beyan kural olarak haberin konusu olabilir, çünkü hakarette "ispat hakkı" tanınmıştır.

Bizim mevzuatımız, bizim kanunumuz, yani *2954* sayılı Kanun ne yapmış? İki müessese getirmiş. Düzeltme hakkına yer vermiş. 27'nci maddede düzeltme hakkını düzenliyor. Düzeltme hakkının şartlarını okuyamayacağım, çünkü siz, inanıyorum ki, buradan çıktıktan sonra, bu düzeltme hakkı nedir diye, o maddeyi okuyacaksınız. Benim ilkem, bir şeyi ezberletmek değil, tersine balık tutup size

getirmek yerine, balık tutmayı öğretmeyi tercih ederim. 2954 sayılı Kanunun 28'nci maddesinde hukuki ve cezai sorumluluğa yer vermiştir. Elbette, siz, Borçlar Kanununa tabisiniz, Ceza Kanuna tabisiniz. Ayrıca , siz, başka bir kanuna, kendi kanunuza tabisiniz. Sizin sorumluluğunuzu, 28'nci maddede düzenlemiştir. Tabiî, buradan çıktıktan sonra bu maddeyi de okuyacaksınız.

Benim konuşmam bu kadar.

Teşekkür ederim.

Şimdi, sorularınızı bekliyorum.

Her şeyi rahatça tartışabiliriz...

Siz buyurunuz efendim...

Soru.....

……

Efendim, hakaretle sövme arasındaki fark çok kaba olarak şudur, Hakaret, bir kimseye yer, zaman, şahıs göstererek cereyan etmiş olan, ya da cereyan ettiği iddia edilen bir olgunun, bir fiilin, bir vakanın isnat edilmesidir. Kişiye diyorsunuz ki, şu yerde, şu zamanlarda, şu şahıslarla sen şu fiili yaptın. Bu halde ne ile karşı karşıyayız. Hakaretle karşı karşıyayız. Hakarette ispat hakkı tanınmıştır. TCK'nin 481'nci maddesi ispat hakkı tanınmıştır. İsnat edilen vakayı ispat edince, gazeteci isnat ettiği vakayı ispat ettiği takdirde fiili suç olmaz. Anayasada bu düzenlenmiştir. Gazeteci, ben bunu ispat edeceğim dediği zaman, orada şartları vardır, ispat ederse, fiili suç olmaz.

Sövmeye gelince, sövmede, bir kimseye böyle yer zaman, şahıs, vb. gösterilerek, bir fiil isnat etmek söz konusu değildir. Kişiye onurunu kırıcı bir "sıfat" yakıştırmak söz konusudur. Hakaret, haber olarak verilebilir, çünkü ispat hakkı tanınmıştır, ama sövme hiçbir zaman haber olamaz. Onun için, hiç kimseye, bu adam hırsız diyemezsiniz. Yahut, bizim komşu dedi ki, Fatma hırsızdır diyemezsiniz. Evet....

…….....Hocam, yanılmıyorsam Radyo Televizyon Üst kurulu'nun diğer özel televizyonlara gösterdiği muameleyi TRT'ye de göstermesi gerektiğini söylediniz, biraz önce. Eşit olmamız lazım, biz de tüzel kişiyiz, o da tüzel kişi... Anayasada diyor ki kişiler kanun önünde eşittir. İdarenin işlerinde kişiler kanun önünde eşittir. Peki, Radyo Televizyon Üst Kurulu üyeleri seçilirken TRT üyeleri de sanıyorum bu kurulda görev alıyorlar.

Hayır. Biz de öyle bir görev yok. Biz seçmiyoruz, parlamento seçiyor bunları. Bizimle hiçbir ilgisi yok. Parlamentoda siyasi partiler aday gösteriyorlar, her siyasi partinin meclisteki ağırlığına göre, oy ağırlığına göre temsilci gösteriyor, o temsilciler seçilip geliyorlar.

Ya da zaman içinde TRT üyelerinden görev almak isteyen kişilerin olduğunu duyduğum için böyle birşey söyledim. Böyle bir şey söz konusu olamaz. TRT'te

görevli bir kimse de parlamento tarafından, Radyo Televizyon Üst Kuruluna seçilebilir. Herkesin nasıl Radyo Televizyon Üst Kuruluna seçilmeye hakkı varsa, TRT'deki görevli kimselerin de bu kurula seçilmeye hakkı var. Ama hangi kanaldan parlamento kanalından.

Bunun eksileri var mıdır peki. Hayır, neden eksisi olsun ki. Her vatandaşın istifade ettiği bir haktan, yahut da bir kamu görevinden TRT mensubu neden istifade etmeyecek. O da istifade edecek. Ancak kuralı ne, kim tarafından seçilmek. Parlamentoda adayları partiler gösteriyor, kendi ağırlıklarına göre, ona göre bir seçim oluyor.

Orada şu tartışılabilir. Acaba yapılan bu faaliyet, siyasi bir faaliyet midir, teknik bir faaliyet midir? Yani Radyo Televizyon Üst kurulu, böyle seçilirse bu kurul siyasi bir organ mı olur, teknik bir organ mı olur? O ayrı bir tartışma konusu.

…..Sayın hocam, şimdi iki sorum olacak. Bir, sövmenin haberi olmaz dedik. Bir uç örnek vermek gerekirse diyelim bir devlet başkanı diğerine sövüyor.

Devlet başkanı sövmez.

…...Örnek vermek için söyledim.

Olmaz öyle şey. Şimdi bakın size bir anımı anlatayım. Ben Roma Üniversitesinde öğrenciyken bizim bir hocamız vardı, Leone. Bu, usul hukukunda çok önemli bir adam, daha sonra parlamenter oldu, daha sonra cumhurbaşkanı oldu. Hayat boyu senatördü. Ben İtalya'da bulunduğum bir sırada veya daha sonra, hatırlamıyorum, cumhurbaşkanlığına geldi, onunla ders yapıyorduk. Afrikalı bir öğrenci vardı. Anayasa hukukunda, ceza hukukunda bir ilkemiz vardır. Devlet başkanı suç işlemez ilkesi. Devlet başkanı sadece vatana ihanetten sorumludur, onun dışında bir sorumluluğu yoktur. O zamanlar Afrika'da garip bir devlet başkanı vardı. Bu Afrikalı öğrenci kalktı dedi ki, efendim tamam, devlet başkanı suç işlemez ama, bizim devlet başkanına Amerika'nın Dışişleri Bakanı geldi. Bizim devlet başkanı da kızdı, onu dövdü dedi. Nasıl olacak şimdi? Bu soru üzerine, hoca sınıfı terketti, bir ay derse gelmedi. Gittik rica ettik getirdik. Uygar bir toplumda devlet başkanı zaten sizin dediğinizi yapmaz. Bir toplum böyle bir adamı devlet başkanı yapıyorsa, o zaman tartışılacak konu başka şeydir. O nedenle, kusura bakmayınız bu soru olmadı.

..... .Peki sormamış olayım o zaman. İkinci sorum, şimdi devlet sırrı hükümet sırrı ayrımından söz ettik. Devlet sırrının tanımı nedir? Devlet sırrı nerede bitiyor, hükümet sırrı nerede başlıyor?

Devlet sırrı Ceza Kanununda tanımlanmış. 132'nci maddede, devletin sır olan belgeleri ve bilgileri belirtilmiş. 137'nci maddeye kadar. 137'nci madde idarenin sır saydığı halleri düzenlemiş. Dolayısıyla tanımı orada var. Lütfen oraya bakınız. Siz o sırları, o belge ve bilgileri alamazsınız. Onun dışında, özel bir yasak bulunmadıkça, herkes, idarenin bilgilerine ve belgelerine ulaşabilir, bunları elde edebilir. Bakın "idare" diyorum, farklı bir kavram, hükümet demiyorum, devlet de demiyorum.

İdarenin bilgi ve belgelerini her vatandaşın almak hakkı vardır, çünkü vatandaşın idareleri usulüne uygun olarak denetlemek görevi vardır. Bu Anayasanın emridir. Tabiri caizse, ben "saksı" değilim, ben büyük adamım, ben vatandaşım... Türkiye Cumhuriyeti'nde yapılan her faaliyet, benim için yapılır. Ben sıradan adam değilim, ben büyük adamım... Söz gelimi, vali, kaymakam, kim oluyor, parlamenter kim oluyor? Türkiye Cumhuriyetinde yapılan her faaliyet, benim mutluluğum, yarınım, güvenliğim ve güvencem içindir. Dolayısıyla, vatandaş ben, idarenin her çeşit belge ve bilgisini alırım, değerlendiririm, hesap sorarım. Kimin vasıtasıyla hesap sorarım. Sizin vasıtanızla, basın vasıtasıyla hesap sorarım. Dilekçe yazarım. Dilekçe hakkı var Anayasada.

.....Hocam, benim 3 sorum olacak. Birincisi, devlet sırrı dedik. Peki şu anda gündemimizle ilişkilendiriyorum bunu. "Derin devlet" sırrı hakkında neler düşünüyorsunuz. İkincisi, gizli kamerayı nereye kadar kullanabiliriz. Üçüncüsü de özel hayatın dokunulmazlığı hakkında neler düşünüyorsunuz.

Derin devlet, yeni ortaya atılan bir kavram. Demokrasimizde sıkıntı olduğu için her zaman bu tür şeylerin de çıkması mümkün. Bu tür tartışmaların ortadan kaldırılmasının tek yolu, Anayasa'nın 2'ncı maddesinde nitelikleri belirtilen "demokratik, laik ve sosyal hukuk devleti", şartlarını sağlamak. Biz demokrasiyi bulduk. Bir benzetme yaparsak, suyu bulduk. Türkiye'de demokrasi var. Şimdi, basın mensupları olarak kalkıp diyorsunuz ki, Türkiye'de demokrasi yok. Türkiye'de demokrasi var, ne münasebet. Anayasa'da yazıyor demokrasinin olduğu. Bir ülkede demokrasinin olması başka şey, demokrasinin neresinde olduğumuz başka şey. Açıkçası, bir benzetme yaparsak, suyun olması başka şey, içilecek suyun olması başka şey. Biz suyu bulduk. Su var. Ama, belki onu henüz içilecek hale getiremedik. Demokrasi bir yaşama tarzı, bir statizm" değil, bir dinamizm. Biz demokrasiyi bulduk. Demokrasi bizde var ama, şu soru sorulabilir. Biz demokrasinin neresindeyiz? İşte burada sıkıntımız var. Demokrasinin neresinde olduğumuz sorusu, bizim tartışma imkanlarımızı kısıtlamakta, devletin devlet sırrı kavramı dışındaki şeffaflığını ortadan kaldırmakta, o zaman da ortaya "derin devlet" kavramını çıkarmakta. Öyleyse, bu tür tartışmalardan çıkmanın yolu, elde etmiş olduğumuz demokrasiyi daha ileri safhalara getirmek, daha yaşanır hale getirmek, daha çok hayata geçirmektir. Türkiye'de derin devlete gelince, Türkiye'de derin devlet filan yoktur. Türkiye'de suç işleyen kamu görevlisi veya kamu görevlileri var. Türkiye'de, hiç kimsenin, suç işlemek şeklinde bir hakkı yoktur. Bu, Anayasada açıkça yazılmıştır. Türkiye'de Devletin suç işlemek hakkı yoktur ki, devletin memurunun veya devletin vatandaşının suç işlemek hakkı olsun. Türkiye Cumhuriyetinde, hiç kimse, sıfatı ve unvanı ne olursa olsun, hangi saikle olursa olsun, kanunun suç saydığı bir fiilin işlenmesi emrini veremez. Böyle bir emri veren de; emri yerine getiren de sorumluluktan kurtulamaz. Onun içindir ki, Türkiye'de derin devlet yoktur. Bu bir uydurmadır. Olan şudur. Devletin memuru olan bazı kimseler, tek veya örgütlü olarak suç işlemişlerdir. Kuşkusuz, suçların takip edilememesi veya edilmemesi bağışlanmaz bir özrüdür. Bu tür özürlerimizi giderdiğimiz zaman, Türkiye'de kimse derin devletten de söz edemeyecek. Ger-

çekten, bugün, aydınlatılması gereken birçok olay var. Türkiye yıllardan beri rahatsızlık içerisinde, sokak rahatsız. Sokağın rahatsız olması, sıkıntılar meydana getirmiştir. Suçları takipte de sıkıntılar meydana getirmiştir. Bunun devlet sırrıyla bir ilgisi bulunmamaktadır. Devlet sırrı, demokratik ülkelerin tümünde vardır. Hatta, bu ülkelerde de bizde olduğu biçimdedir. Kaldı ki, devlet sırrı olmayan demokratik bir ülkeye de rastlanmış değildir. Vatandaş her çeşit bilgiyi alır, ama devlet sırrı dediğimiz bilgiye gelince, bütün demokratik devletlerde bu muhafaza edilir.

Bizde devlet sırrının kapsamı ve sınırı demokratik bir devlet düzeniyle bağdaşır nitelikte midir değil midir sorusunu sorduğunuz zaman, bugünkü yapımız itibariyle, aşağı yukarı demokratik diğer devletlerdeki düzenlemeyle benzerlik gösterdiği söylenebilir. Elbette, bu konuda bazı problemlerimiz var, ama öyle büyük bir problemimizin olduğu kanaatinde değilim.

.....Hocam, ayrıca şu soruyu yöneltmek istiyorum. "Susurluk Komisyonunda", devlet sırrı diye insanlar konuşmuyorlar, yani bunu basın mensupları zorlamasaydı şimdiye kadar da birçok şeyi öğrenmemiş olacaktık. Bu konuda ben, derin devlet düşüncesinin yerinde olduğunu sanıyorum.

Devlet sırrının mutlak gizliliği yoktur. Devlet sırrının, nasıl, ne zaman ve kim tarafından açıklanacağını kanun göstermiştir. Onu arz etmeye çalıştım. Susurluk Komisyonu, bir "Soruşturma Komisyonu" değildir, bir "Araştırma Komisyonu"dur. Devletin sırlarını alma konusunda bir yetkisinin bulunmadığını sanıyorum. Ben ne diye gidip de orada sır açıklayacakmışım. Devlet sırrı yargı önünde, yargıya intikal ettiğinde açıklanabilir. Bunun nasıl olacağı gösterilmiştir. O kurallara uyularak devlet sırrı açıklanır. Devlet sırrının ayrıca parlamentoda nasıl açıklanacağı kanunlarda gösterilmiştir. Bu açıklığa rağmen, eski tabirle "kıymeti harbiyesi olmayan", yani yargı organı olmayan bir yapı önünde, geleceksiniz devlet sırrını açıklayacaksınız, ona buna hakaret edeceksiniz, olur mu böyle şey? Oradaki yanlışlık bu.

Araştırma Komisyonunun sadece devlet sırrını değil, hiçbir sırrı öğrenme hakkı ve yetkisi yok. Anayasada yetkileri gösterilmiş. Ama yargı söz konusu olduğu zaman, devlet sırrının nasıl açıklanacağını kanun göstermiştir. Devlet sırrı söz konusu olduğu zaman, parlamentoda nasıl açıklanacağı ve görüşüleceği gösterilmiştir. Dolayısıyla ülkemiz bakımından ortada herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Bizim sorunumuz bu değil, bugün tartışılan sorun şu: Devletin memurunun suç işlediği iddia ediliyor. Memur suç işlemiş ama, bu işlenen suç takip edilmemiş. İddia bu. Bu iddia yargının önüne gider, yargı gerekeni yapar, o kadar, büyütülecek bir olay olduğunu sanmıyorum. Bazı kimseler, gerçekten "kamu görevlisi" olma niteliklerine sığınarak suç işlemişlerse, cezasını görürler. Çünkü Türkiye Cumhuriyeti Devletinde hiç kimsenin "suç işlemek" şeklinde bir hakkı, bir yetkisi yoktur.

Gelelim ikinci soruya, gizli kamera meselesine. Haber değerinde olan her şeyi, açık kamera ile de alırsınız, gizli kamera ile de alırsınız. Haber değerinde

olmayan bir şeyi, ne açık kamera ile alabilirsiniz, ne de gizli kamera ile alabilirsiniz, Demek ki, belirleyen nokta, görüntülenen olgunun bir haber değerinin olmasıdır. Bu konuda diğer bir husus haberin sınırıdır. Gerçekten haber verirken kişinin hayatında nereye kadar girebilirsiniz.

Kişinin hayatında üç çerçeve çiziyoruz. "Gizli hayat" diyoruz, "özel hayat" diyoruz, "kamusal hayat" diyoruz. Bizim gerçekten, üç maskemiz, üç hayatımız var. Sokağa çıktığımız zaman biz ne ile karşı karşıyayız, kamusal hayatımızla karşı karşıyayız, Evimize gittiğimiz zaman veya dost çevresi ile bir lokantaya gittiğimizde, özel hayatımızla karşı karşıyayız. Yatak odamıza gittiğimiz zaman, gizli hayatımızla karşı karşıyayız. Buradan, kişilerin yapmış olduğu toplumsal işlevlere göre, hayatlarına girilebilip, girilemeyeceği meselesi ortaya çıkıyor.

Genelde sanatçıların, artistlerin gizli hayatı yoktur deniyor. Daha çok bunlar, bakıyorsunuz, yatak odasını açıyor, sevgilisi ile fotoğraf çektiriyor, kıyamet kopuyor, şamata çıkıyor, o onun reklamı oluyor. Böyle olunca, bu kişilerin gizli hayatı "haberin" konusu olabiliyor.

Kamu görevi yapanlara, örneğin milletvekillerine gelince, milletvekillerinin gizli hayatı vardır. Ancak milletvekilinin özel hayatı, gizli hayatı bir hukuk kurulanını ihlali niteliğinde ise, onu açık kamera ile de çekersiniz, gizli kamera ile de çekersiniz. Milletvekilinin sevgilisi var, çekersin, çünkü Türk hukuk düzeninde evli bir erkeğin başka bir kadınla yaşaması gayrimeşru bir davranıştır. Milletvekilinin gayrimeşru bir davranışta bulunmak şeklinde bir lüksü yoktur. Türkiye Cumhuriyeti Devletinde milletvekili olacaksan, düzgün davranmaya mecbursun. Metres tutuyorsan, basın da gelir çeker, kimse basını kınayamaz. Sonuçlarına katlanacaksın. Türkiye Cumhuriyetinde, kanun, torpil yapmak, yani tavassutta bulunmak fiilini yasaklamıştır. Böyle olunca, doğru haber olmak ve hukuka uygun yollardan elde edilmiş olmak kaydıyla, bir kamu görevlisinin torpil yaptığı haberi, her şekilde verilebilir.

Gene, bir memurun rüşvet aldığı, bir haberin konusu olabilir, çünkü rüşvet almak suçtur. Bu konuda kuşku yoktur. Burada problem şudur; Biz memur söz konusu olduğunda "tahrikçi ajan" diyoruz. Siz, buna benzer bir şeye "konu mankeni" diyorsunuz. Kişinin kafasında bir suç işleme fikri yokken, gidip de kişinin kafasına suç işleme fikrini sokar da, ondan sonra fotoğrafını çekerseniz, acaba bu mümkün müdür? Bu mümkün değildir, efendim. Ne olacak, siz bir doktor buldunuz, biraz da hovarda, ondan sonra bir hasta buldunuz, çapkın bir hasta, gönderdiniz. Aman şu doktoru dene bakalım, mesleğinin kuralını iyi biliyor mu bilmiyor mu dediniz. Siz burada tahrikçi ajansınız. Siz gittiniz, tahrik ettiğiniz adamı, yoldan çıkardınız. Ondan sonra, yoldan çıkardığınız bu adamı, doktordur, kamu görevi yapıyor diye kamuya teşhir ettiniz. Sizin yaptığınız gazetecilik, habercilik olmadı ki! Öyleyse, gizli kamera kullanamazsınız. Demek ki nerede haber varsa, yani gazetecilik mesleğinin haber dediği, hukuk düzenimizin haber dediği şey varsa, o şey, gizli kamera ile de çekilir, açık kamera ile de çekilir.

Özel kişilere gelince, örneğin mahallemizin bakkalı, bu kimsenin gizli hayatına da, özel hayatına da, toplum hayatına da giremezsin. Bu kimse hakkında, ancak polis kayıtlarına, adli kayıtlara, vb. intikal etmiş olan bilgileri haber olarak verebilirsiniz. Bu çerçevenin dışına çıktığınız zaman hukuku ihlal etmiş olursunuz.

.....Hocam anlatım yönteminizden yola çıkarak ben, hoşuma gittiği için yerinde olacağını da düşünerek bir soru soracağım. Özellikle bazı kanallarda, çoğu zaman da kullanılan "ilgililerden aldığımız habere göre", "yetkililerden aldığımız habere göre" denerek haber verilmektedir. Bu anlamda bir şey soracağım, sizin az önce söylediğiniz bu "şekli gerçeklik", yargı anlamında aranan özelliklerden biri, "habere ulaşma biçiminin hukuki olması", burada bu referans göstermeden bu tür verilen haberler doğru haber olarak yargısal anlamda bir müeyyideye tabi mi, değil mi. Yoksa, gazeteci, referans göstermek zorunda mıdır?

Elbette, gazeteci, muteber kaynak göstermek zorundadır. Haberin kaynağını açıklamak zorunda olmamak başka şey... Gazeteci haberin kaynağını açıklamaz. Ancak, kaynağın doğru / muteber olması, kaynağın hukukun kabul ettiği bir kaynak olması gerekir. Bir "rivayetin" haberi, bir "söylentinin" haberi, bir "dedi-kodunun" haberi, haber olmaz, Haber, belli bir kaynaktan ortaya çıkan bir bilgidir. Rivayet, söylenti, dedi-kodu, haber olmaz, çünkü bunlar "muteber kaynak" değildirler. Onun içindir ki, inanılır bir kaynağa göre, yüksek yetkili bir memur dedi ki, "yarın ihtilal olacak". Bu beyan haber değildir. Ancak, kaynağını gösteriyorsunuz, örneğin Anadolu Ajansı, BBC, vb., bir bilgiyi kamuya sunuyorsunuz. İşte, bu haberdir. Mutlaka kaynak göstereceksiniz.

Öte yandan bir kimseyi canlı yayına çıkardınız. Diyelim ki, bu kimse, bir kimse hakkında isnatlarda bulundu. İsnatlardan isnatta bulunan kişi kadar onu ekrana taşıyan siz de sorumlusunuz. Kimsenin, ekranı kullanarak, başka bir kimseye, herhangi bir isnatta bulunmaya hakkı yoktur.

... Unutmayınız, Anayasanın 2'nci maddesine aykırı yayın yapılamaz, dediniz, konuşmanız sırasında dediniz ki idarenin vatandaştan gizleyeceği hiçbir sır yoktur ve idarenin elindeki bilgi ve belgeler basına açıktır. Yine devletin vatandaşa hizmet etmek ve onu mutlu etmek için varolduğu sözünüze atıfta bulunarak bir soru sormak istiyorum. Devlet memurlarının basına demeç vermeleri, açıklama yapmaları yasak, sizce bu basın özgürlüğünün önündeki bir engel değil midir?

Basın özgürlüğünün önünde bir engel değildir, tersine basın özgürlüğünün teminatıdır. Neden? Devlet memuru her kişiye basın açıklaması izni verdiğiniz zaman, her kafadan bir ses çıkar. Bundan dolayıdır ki, her önüne gelen basın açıklaması yapamaz. Ancak, şu var, devlet basın örgütlerine doğru, anlaşılır bilgiyi vermek zorundadır. Ama böyle yapmayıp, her devlet memuru basına bilgi vermeye kalkarsa, bu kaos olur ve işin sonu gelmez. Şimdi, bizim TRT memurlarına bilgi açıklama hakkı verin, bakın neler söylenir, seyredin. O zaman, her memur, bir diğerinin "kurdu" olur. İdare demek hiyerarşi demektir. Hiyerarşi demek, insanların belli kurallara göre yükselmesi, belli kurallara göre konuşmasıdır. Siz bir hiyerarşik yapıda herkesi en tepeye getiremediğinize göre, herkese ida-

renin bilgi ve belgelerini açıklama yetkisi de veremezsiniz. İnsanlar yarışacaktır, yarışın da kuralları konulmuştur. Ancak, bu kurallara rağmen, yarış içerisinde olan insanlar her zaman yarış kurallarını bozabilmektedirler. Yarışı kaldırmanız mümkün mü? Herkesi genel müdür yapamıyorsunuz, değil mi? Bazı adamlar aşağıda kalacak, bazı adamlar yukarı çıkacak. Şimdi bu mekanizma içerisinde, bu yapı içerisinde, her memur kişiye idarenin eylemlerini ve işlemlerini açıklama imkanını verirseniz ne olur, ne tahmin edersiniz? Tabii, büyük ihtimalle, herkes herkes hakkında yalan söyler, herkes herkesi ihbar eder. İnsanlar, idareden bilgi vermek görüntüsü altında particilik yaparlar. Ben, bir tarihte Adana sıkıyönetim bölgesinde görevliydim. Orada adli müşavirlikte görev yapıyordum. Sıkı yönetim var, rutin işleri yapıyoruz. Güneydoğu, Malatya filan bize bağlı, oranın bir nüfusuna baktık, bir de bize gelen ihbar dilekçelerine baktık, bize 800 bin tane ihbar dilekçesi geldi. Hemen herkes herkesi ihbar etmişti. Daha sonra bir kanun çıktı. Dediler ki, kim kimi ihbar ediyorsa, dilekçesinin altına ismini doğru yazacak. Olay budur. O nedenledir ki, memura yaptığı işi açıklama hakkı vermek, basınla memuru karşı karşıya getirmek olur. Bu memura bir şey kazandırmadığı gibi, basın hürriyetini de tahrip eder. Ancak, şu var; idare basına, doğru, kolay, anlaşılır, hızlı ve ucuz bilgi alma imkanını kurumsal olarak sağlamalıdır. Çok eksikler olmakla birlikte, bugün, mevcut düzenlemenin, yani her memur kişinin açıklama yapamaması ilkesinin doğru olduğu kanaatindeyim, basın haber alacak diye, devletin memurunu, "ispiyoncu" yapamazsınız. O zaman idareyi, memuru tahrip edersiniz, basını da tahrip edersiniz.

.....Az önce habercinin vazifesinin haberi izleyip tarafsız bir gözle aktarmak olduğunu ilettiniz. Bunun yanı sıra habercinin kendi bir olay yaratıp da bunu kamuoyuna iletir veya sunarsa bunun kışkırtıcı ajan olduğunu söylediniz. Son zamanlarda, özellikle özel televizyon kanallarında yaygın bir uygulama var, bir kavram var ve genellikle tanımı oldukça geniş bir alan gördüğüm kadarıyla. Özel haberde benim dikkatimi çeken, genellikle haberlerin çoğunun muhabir tarafından kurgusal bir şekilde yapıldığı ve aktarıldığı. Bu konuda birçok örnek var. Son derece masum bir örnek anlatıyım. Oldukça hormoal dengesizliği ve kiloları olan bir çocuk var, bir köyde yaşıyor, bu bir haber. Ne derece haber değeri olduğu tartışılır belki. Muhabir yanına gidiyor, konuşuyor, haberini yapıyor. Daha sonra çocukla doktor bir araya getiriliyor ve çocuğun zayıflama aşamaları aylarca dans eden kilolu çocuk görüntüsü eşliğinde bizim hafızamızda silinmiyor. Bu basit bir örnek olabilir. Bu özel bir haber mi? Bu özel haber ise kurgusal bir anlatımı var mı ve basit bazı masumane örneklerde olmayabilir zaman zaman. Sizce bu doğru mu yanlış mı, cezaî müeyyidesi var mı?

Şimdi, "haberin kuruluğu" meselesiyle karşı karşıyayız. Haber, aslında kuru bir beyandır, kuru bir görüntüdür, değil mı? Haberi renklendirmek, yani haberi çekici, lezzetli kılmak dediğimiz bir olay var. Habere çekicilik, lezzet vermek, gazetecilik mesleği sınırları içerisinde. Biz kamu televizyonculuğu yapıyoruz. Bizim sorunumuz, "protokol haberciliği" yapmak olayıdır. Gerçekten, bizim haberciliğimize bakarsanız, haberciliğimizin niteliği yüksektir, ancak çekiciliği, lezzeti azdır.

Şimdi, gerçekten habercilik bu mudur, yoksa gazetecilik kuralları içerisinde habere çekicilik, lezzet mi katmaktır.

Habere lezzet katmak ne demektir? Sözle görüntü arasında uyum sağlamak demektir. Sözle görüntü arasında bağıntı ne olacak, ne kadar söz ne kadar resim kullanılacak, hangi çeşit resim kullanılacak sorularını çağrıştırmaktadır. Elbette, haber dediğiniz zaman, sadece dar anlamda siyasi haberleri anlamamalıyız. Siyasî haber, haberde sadece bir sektördür, bir bölümdür, insan hayatının bir yönüdür, tümü değildir. Sağlık haber değil mi? Sağlık haber olamaz mı, tarım, vb. haber olamaz mı? Beşeri faaliyet nerede varsa, beşeri faaliyetinin olduğu yerde haber vardır. İnsanın tüm tezahürleri haberin konusudur. Dolayısıyla, dar anlamda siyasi haber dışında böyle bir haberi de verebilirsiniz. Kuşkusuz, verdiğiniz zaman, lezzet de katabilirsiniz. Bunu yaparken hukuk pek fazla karışmıyor. Kişilik hakları zedelenmemişse, haberin konusu olan kişinin, kişilik hakları zedelenmemişse, hukukla ilgili bir durum yoktur. Kişilik hakları zedelenmişse, zaten kişiye hak tanınmıştır. Kişi hakkını kullanmayınca, demek ki, o kişinin kişilk hakkı zedelenmemiş. O zaman ne ortaya çıkıyor? Siz sadece hukuk kuralları ile bağlı bir meslek mensubu değilsiniz, siz aynı zamanda kendi ettiğinizle, kendi etik kurallarınızla bağlısınız. Bunun sonucu değerlerini incitmemek durumundasınız, burada, bir çelişki ortaya çıkıyor. Toplumun değerlerini incitmeyeceğim diye acaba ben haberi vermeyecek miyim? İşte, o da gazetecinin bileceği iş. Ama, eğer gazeteciler hep toplumun değerlerine saygılı olmuş olsaydı, herhalde bugünkü ilerlemeye de gelmemiş olurduk. İşin gerçek tarafı şu. Sizler bizlerden biraz farklısınız. Sanatçılar bizlerden biraz farklı kişiler. Tabirimi mazur görün. Ben eni boyu belli bir adamım, sanatçının eni boyu belli değil. Sanatçı, biraz uçuk bir kişi. Hayal ediyor adam ve bir gün o hayali gerçekleşiyor. Sanatçı bir hayalin peşinde koşan adam. Lafontaine'ı çok severdim, bizim Orhan Veli de çevirmiş. Daha sonra ben Lafontaine'e kızmaya başladım. Onun bir karıncası, bir de ağustos böceklerine ihtiyacımız var. Karınca benim diyor, çizgileri bellidir, küp şeklinde ol dersen küptür, kare şeklinde ol dersen karedir, o kadar. Ağustos böceğinin biçilmiş şekli yoktur. Oynaktır, uçuktur. Toplumun ağustos böceklerine de ihtiyacı vardır. Toplumun uçuklara ihtiyacı vardır. Uçuklar olmazsa, moda olur mu? Bana şimdi deseler ki, hangi punkçular var, saçını öyle yap gez deseler, ben yapamam, ben gezemem. Ama adam çıkıp geziyor. Hatırlıyorum, çuval elbise, modası çıkmıştı, hanımların çuval elbisesi vardı. O zamanlar Ankara'da çuval elbiseyi kimse giyemezdi, çünkü giyeni kovalarlardı. Uçuklar olmasaydı çuval elbise Ankara'ya girer miydi? Moda olur muydu? Hanımların kot giymesi, çok büyük bir mesele olmuştur, kıyamet kopmuştur. Uçuk hanımlar olmasaydı kotu gündemimize sokabilir miydiniz, bugün kotun bir problemi var mı? Öyleyse, çekici, lezzetli haber, gazetecinin sanatçı kişiliğiyle, yaratıcı kişiliğiyle ilgilidir. Haberi verdiği zaman ona lezzet katması, gazetecinin sağ duyusudur, sanatçı kişiliğidir. Haberi öyle verecek ki, haber, özü ve verilişi itibariyle kişiyi küçültmeyecek, kişiyi yüceltecek. Kişi özürlü olabilir. Elbette, deliyi de verebilirsiniz, bir akıl hastasını da. Ancak, kişi olarak onu haberinizle küçültemezsinız, onurunu zedeleyemezsiniz, sakatlığı

acınır, ayıplanır bir özür olarak gösteremezsiniz. Kısacası; insan haysiyetine saygılı olmak zorundasınız. Hiç kimse, hiç bir adla, bir başkasının alay konusu değildir, bizde olan yanlışlık budur.

Soru.....

Efendim , söyleyeyim, insan bünyesinin bir niteliği var, maalesef insan ölümlü. Toplumlar hastalanıyorlar, özürsüz toplum henüz icat edilmiş değildir, Türkiye'yi ele alırsanız, Türkiye'de bizim sorunlarımız var, toplumu büyük ölçüde rahatsız eden sorunlarımız var, sokak rahat değil. Örneğin, en basitinden, dün sokakta iki "adam" karşı karşıya geldi. Hiç karşı karşıya gelmemesi gelen iki adam memur ve polis. Memur ve polis nasıl karşı karşıya gelir? Anlamak kolay değil. Ama biz, o beceriyi gösterdik. Memurla, memur polisi karşı karşıya getirmek becerisini gösterdik. Memur ne yapıyor, kardeşim ben yürüyeceğim, ben sendika istiyorum diyor. Bu hükümet bana sendika kurma hakkı vermedi, ben yürüyeceğim diyor. Polisin görevi ne, bunun düzgün, anlaşılır, kimseye çatmadan, vurmadan, kırmadan birisinin gelip dövmesine meydan vermeden düzgün bir yerde yürütmek ne mümkün. Birbiri ile hiç ilişkisi olmayan, çatışması söz konusu olmayan iki unsur birbirini dövdü. Hadi çıkın işin içinden, biz hastayız, hasta durumumuza bakarak yargılama yaparsak yanlış yaparız. Bir topluma baktığınız zaman, toplumda belli oranda suç işlendiğini görürüz. Bazı yazarlar, belli bir oranda suç işlenmesini toplumun diriliği sayıyor. Size bir örnek vermek isterim. Benim memleketimden bir arkadaş, doktor, bana dedi ki sen hukukçusun, bir yazı yaz, dergi çıkarıyoruz. Hapishaneyi yaz, hapishanede hiç kimse yok. Gerçekten, bizim memlekette hapishane bomboş. Suç işlenmiyor ki. Oraya çok çok uygar diyorlar. O kadar uygar ki, suç işlenmiyor. Okul açmışsın, cezaevi kapanmış. Ne güzel laf. Bir inceledim, neyi gördüm biliyormusunuz? bizim memleket meğer ölmüş de haberimiz yokmuş, yaş ortalamısının 60 olduğu, ticaretin, sanayinin, zanaatın olmadığı, hiçbir şeyin olmadığı bir yerde zaten suç işlenmez. Benim memleketim meğer uygar değilmiş, ölmüş. Keşke hapishanesinde bir iki adam olsaydı, hiç olmazsa yaşadığımızı anlardık. Git kardeşim dedim, ben sana yazı mazı yazamam. Beşeri özü gidermek, çoğu kez mümkün değildir. Toplum da beşeri bir kuruluştur, beşeri iradeyle kurulan bir kuruluştur. Dolayısıyla beşeri özrü nasıl gideremiyorsak, toplumdaki özrü de gideremiyoruz. Önemli olan ne, bu özrün düzenden düzensizliğe, yani "kaosa" gitmemesidir. Toplum neyin karşıtıdır, kaosun karşıtıdır. Düzeni bozan düzensizlik bir düzen haline gelirse toplum biter. Amerika'da böyle bir durumun olduğunu hiç sanmıyorum, çünkü öyle bir şey olsa bu adamlar dünyaya hükmedemezler. Hala bunlara bağırmaktan, "defol Amerikalı" demekten kendimizi kurtaramadık. Amerika'da her şey batmış da biz neden buradan bağırıyoruz, defol Amerika diyoruz, bak adam bize para da vermedi, git işini düzgün yap gel, ben sana IMF'den para vereyim, yoksa hadi güle gele dedi. Hani bu tükenen Amerika nerede? Yanlıştan kaçınmalıyız.

…..

Soru..... .....

……

Hanımefendi, bugün üretilen bilgilerin yüzde 90'nının Amerika'da üretildiği iddia ediliyor. Amerika'da kaç üniversite var biliyor musunuz? Üç bin üniversitenin olduğu söyleniyor. Bir bilim pazarı kurulmuş, insanlar canavar gibi yarışıyor. Amerika'nın problemi şu. Bozulma değil. Bu bilgisayar denen aleti kim icat ettiyse dünyaya en büyük kötülüğü yaptı. Kılık kıyafetimizi bile değiştirdi. Bilgisayar uzaya sizi götürdü. Bilgisayar olmasaydı siz uzay hesaplarını yapamıyordunuz. Bilgisayar aynı zamanda çok gelişmiş bir hesap makinesi. Bilgisayar hesabını yapıyor, buradan ay'a adam gönderiyor. Bilgisayar insanların elbisesini de değiştirdi, garip garip elbiseler çıktı ortaya, garip yaşantılar çıktı. Bugün başka bir şey daha çıktı, canlı kopyalamak. Artık, canlı kopyalanabiliyor. Yani, 21'nci Yüzyılın insanı bir farklı olacak. Ne olacak, ben de bilmiyorum, siz yaşayacaksınız, göreceksiniz, ama bugünden hazırlanmak lazım. Amerika'nın bozulmuşluğu nerede, Irak bir hava attı. Amerika gerekeni yaptı. Biz geçmişte Irak'a özeniyorduk. Arap sosyalizmi diye, hatta bizim fakülteye Kaddafi'nin bir iki adamı geldi. Hayranlıkla bakmıştık. Kaddafi kim ki sosyalizmi ne olsun, sosyalizmi keşke bilse, Marks'tan acaba ne okumuş? Bize nutuk çektirdiler. O zaman petrole çok ihtiyacımız vardı. Saddam hava atıyor. Avrupa'dan iki tane adam getirmiş, petrol parasını vermiş, iki cihaz kurdurmuş. Amerikalı kaç gün içerisinde binlerce adamı yığdı, düşünebiliyor musunuz? Uçakları, gemileri getirdi. Söyler misiniz neresi bozukmuş bu Amerikanın?

Bugün dünyadaki problem şudur; gerçekten dünya bir düalizm midir, yoksa bir monizme mi gidiyor? Yakın zamana kadar bir Amerika, bir Rusya vardı. Biz de iki kampa ayrılmıştık. Bütün dünya böyleydi. Bir yarımız Amerika'dan oluyorduk, öteki yarımız öteki taraftan oluyorduk. Zaten işimiz birbirimizle kavga etmekti, işi yürütüp gidiyorduk.

Bir gün beklemezken, Rusya yıkıldı. Kırgızlara sordum neden yıkıldınız, derdiniz neydi, bizi rahatsız ettiniz, bizim düzenimiz iyiydi, siz yıkıldınız arada kaldık biz. Şimdi, dünya kaldı tek başına, ne olacak? Amerikalı bir oyuncak buldu, Saddam'ı buldu, ikide bir Saddam'la oynuyor. Biz ne olacağız bir düşünün bakalım.

Kırgızlara sordum, Kırgızların ödü patlıyor Çin'den. Bir de biz yönetim mucizesinden bahsediyoruz. Altmış milyonluk ülkeyi yönetemiyoruz. Bizde yedi iklim var. Ben Bayramda Muğla'ya gitmiştim. Muğla'dan buraya gelinceye kadar çok iklim gördüm, kar yağdı, yağmur yağdı, soğuk, sıcak oldu. Bura cennetmiş dedim. Biz 60 milyonluk ülkeyi yönetemiyoruz, Çinli bir milyarlık ülkeyi yönetiyor. Öyle kolay değil o iş. Bırakalım öyle hava atmayı da oturup ne yapacağımızı düşünelim, düzgün düşünelim. Dünyada bu işleri bilen sadece biz değiliz, başkaları da biliyor. Bir milyar insanı düzene koyacaksınız. Biz burada "iki şak şukla" işi idare edip götürüyoruz. Bunun yanında bazı ülkeler var, onlar daha düzgün yaşıyor. demokrasi standartlarını getirdiler. Ben İtalyan RAİ televizyonunu seyrediyorum. Adamlar "hürriyet meselesini" tartışmıyor, halletmiş.

Ekonomiyi tartışıyorlar. Avrupa para birliği olacak, ne olacak... Okul birliği olacak ne olacak, onu tartışıyorlar. Liretin değerini, enflasyonu tartışıyorlar. Biz, şükür, enflasyondan vazgeçtik, yüzdeyüzünüzerinde seyreden enflasyonla yaşamaya alıştık, memnunuz, idare edip gidiyoruz.

Burada şunu söylemeliyim, bugün gerçekten kamuoyu ile demokrasi arasında bir bağıntı varsa, kamu oyunun yanıltılması dediğimiz olay radyo-televizyon yayıncılığı ile ilgili bir olay ise, Türk demokrasisinin bugünden daha ileriye gitmesi, daha mutlu yaşamamız, insanlarımızı daha düzgün yaşatmanın tek yolu, demokrasiyi özümsemiş basın-yayın kuruluşlarının çokluğu ve çeşitliliğidir. Basın-yayın sizlersiniz. Sizler ne kadar hazırlıklı, ne kadar ileri düzeyde olursanız, bu topluma o kadar çok katkı götürürsünüz. Türk demokrasisinin anahtarı, siyasilerin değil, sizlerin elinde. O nedenle hepinize teşekkür ederim. Dilerim, bu anahtarı hepimizin daha mutlu yaşaması için kullanırsınız. Böyle olursa, gerçekten biz karıncalar, siz ağustos böceklerine minnettar kalırız.

(37. Makale - 1998)

Yrd. Doç. Dr. Kemal GÖZLER

*Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı**

*Kemal Gözler, "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", Anayasa Yargı-sı, 1998, Cilt 15, s.207-243 (Anayasa Mahkemesinin 36'ncı Kuruluş Yıldönümü Dolayısıyla 27-28 Nisan 1998 Tarihinde Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiri).

REALİST YORUM TEORİSİ VE MEKANİST ANAYASA ANLAYIŞI

*Yard. Doç. Dr. Kemal GÖZLER**

Burada ilk önce realist yorum teorisini, sonra da bu teorinin doğal dengeleyicisi olarak mekanist anayasa anlayışını incelemeye çalışacağız.

I. REALİST YORUM TEORİSİ

Günümüzde Anglosakson hukuk teorisi yorum sorunuyla çok yakından ilgilenmektedir. Hatta Bernard S. Jackson bu konuda bir *"obsession"*dan bahsetmektedir[1]. Aynı şeyi Kıta Avrupası için söylemek güçtür. Özellikle Fransız[2] ve Türk hukuk literatürlerinde yorum, çok az ilgi görmüş konulardan biridir. Yorum konusunda, genellikle, yasama yorumu, yargı yorumu ve bilimsel yorum olmak üzere "yorum çeşitleri"nden veya lafzi yorum, gai yorum, tarihsel yorum, kavramcı yorum, sistematik yorum, menfaatler içtihadı gibi "yorum metotları"ndan ya da *analogia, argumentum a fortiori, argumentum a contrario* gibi "yorumda kullanılan mantık kuralları"ndan bahsedilir[3].

---

* Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Öğretim Üyesi (Bursa).

1. Bernard S. Jakson, "Semiotics and Problem of Interpretation", *in* Patrick Nerhot (ed.), *Law, Interpretation and Reality*, Dordrecht, Kluwer Academic Publisher, 1990, s.86.

2. Fransa'da bu konuya ilgi göstermiş bir kaç yazarın da başka ülke kökenli olması ilginçtir. Örneğin yorum ve hukuk mantığı üzerine çalışmış Fransız yazar Georges Kalinowski Polonya kökenlidir ve bu ülkede yetişmiştir (Georges Kalinowski, "Philosophie et logique de l'interprétation en droit: remarques sur l'interprétation juridique, ses buts et ses moyens", *Archives de la philosophie du droit,* t.XVII, 1972, s.39-50; Georges Kalinowski, *Introduction ą la logique juridique: éléments de sémiotique juridique, logique des normes et logique juridique,* Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965,

3. Örneğin bkz. Jean-Pierre Gridel, *Notions fondamentales de droit et droit français*, Paris, Dalloz, 1992, s.554-563; Claude du Pasquier, *Introduction ą la théorie générale et ą la philosophie du droit,* Neuchatel ve Paris, Delauchaux & Niestlé S.A. 3. Bası, 1948, s.181-204; Hermann Bekaert, *Introduction ą l'étude du droit,* Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1963, s.217-223.

Türkiye için örneğin bkz. Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı,* Ankara, Siyasal Kitabevi, 6. Baskı, 1997, s.58-63, 76-83; A, Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları,* Ankara, Turhan Kitabevi, 10. Baskı, 1996, s.70-72; Yavuz Atar *et alii*, *Hukuk Bilimine Giriş,* Konya, Mimoza, 1997, s.56-70; Hasan Tahsin Fendoğlu, *Hukuk Bilimine Giriş,* İstanbul, Filiz Kitabevi, 2. Baskı, 1997, s.24-30.

Genel olarak yorum konusunda bkz.: "L'interprétation en droit", *Archives de la philosophie du droit,* t.XVII, 1972, s3-185; Travaux de l'Association Henri Capitant, *l'interprétation par le juge des règles écrites* (*Journées louisianaises),* Paris, Economica, 1980; l'interprétation *en droit,* Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978; Henri Batiffol, "Questions de l'interprétation juridique", *Archives de la philosophie du droit,* t.XVII, 1972, s.9-29; Chaḷm Perelman, "L'interprétation juridique", *Archives de la philosophie du droit,* t.XVII, 1972, s.29-38; Jerzy Wroblewski, "L'interprétation en droit: théorie et idéologie", *Archives de la philosophie du droit,* t.XVII, 1972, s.51-70; Michel Villey, "Modes classiques d'interprétation du droit", *Archives de la philosophie du droit,* t.XVII, 1972, s.71-88; I. Adré-Vircent, "L'abstrait et le concret dans l'interprétation", *Archives de la philosophie du droit,* t.XVII, 1972, s.135-148; André-Jean Arnaud, "Le médium et le savant: signification politique de l'interprétation juridique", *Archives de la philosophie du droit,* t.XVII, 1972, s.165-181; Enrico Paresce, "Interpretazione: Filosofia del diritto e teoria generale", *Enciclopedia del diritto,* Giuffrè editore, Varese, Vol.XXII, s.152-238;

Yorum konusunu bu şekilde işleyen yazarlar, her nedense, yorumun *kendisi* üzerinde, yorumun *niteliği* üzerinde pek durmamışlardır. Bu tavır oldukça eski ve yerleşiktir. Bu tavra "klasik yorum teorisi (*théorie classique de l'interprétation*)"[4] ismini verelim ve ilk önce bu teoriyi kısaca görelim.

*Klasik yorum teorisi*ne göre, hakimin yaptığı yorum yeni bir şey ortaya koymaz. Zira bu teoriye göre, gizli de olsa, karanlıkta kalmış da olsa, her hukuki durum için, her hukuki sorun için uyguyanabilecek bir hukuk kuralı ortada zaten vardır. Eğer hukuk kuralı böyle karanlıkta ise, hakim yorum yaparak bu kuralı gün ışığına çıkarmalıdır[5]. Bu teoriye göre, hakimin görevi, apaçık ortada bulunan veya yorum ile gün ışığına çıkarılan hukuk kuralını uygulamaktan ibarettir. Hukuk kuralının uygulanmasında hakim yaratıcı değildir[6]. Zira, hakimin kararı şu tip bir akıl yürütmenin ürünüdür:

> Karı kocadan biri evlenme merasimin icrası zamanında evli ise evlenme batıldır (Medeni Kanun, m.112/2, Büyük önerme).
>
> A, C ile evlenme merasimi yapıldığı sırada B ile evli bulunuyordu (Küçük önerme, somut olay).
>
> O halde A'nın B ile yaptığı evlenme batıldır (Sonuç)[7].

Burada büyük önerme, uygulanacak olan hukuk kuralıdır (Medeni Kanun, m.112/2). Küçük önerme ise somut olaydır. Sonuç ise hakimin vereceği hükümdür. Burada hakimin hükmü yeni bir şey ortaya koymaz. Zira, büyük önerme kanunda

---

Pasquale Voci, "Interpretazione: Diritto del romano", *Enciclopedia del diritto,* Giuffrè editore, Varese, Vol. XXII, s.239-227; Antonio Nasi, "Interpretazione della sentenza", *Enciclopedia del diritto,* Giuffrè editore, Varese, Vol.XXII, s.293-309; Ludovico Matteo Bentivoglio, "Interpretazione delle norme internazionali", *Enciclopedia del diritto,* Giuffrè editore, Varese, Vol.XXII, s.310-325.

Anayasa hukukunda yorum sorunu pek az işlenmiş bir konudur. Michel Troper'in aşağıda kendilerine atıf yapılan çalışmaları dışında bkz. A. Mast, "Interprétation de la Constitution", *Rapports belges au VIIIe Congrès international de droit comparé,* Bruxelles, 1970, s.170 vd.; Francis Delpérée, "La Constitution et son interprétation" in l'interprétation *en droit,* Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, s.187 vd.; Ricardo Guastini, "Réflexions sur les garanties des droits constitutionnels et la théorie de l'interprétation", *Revue du droit public,* 1991, s.1079-1087; Yann Aguila, "Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle", *Revue française de droit constitutionnel*, no.21, 1995, s.7-46; Öner Eyrenci, "Anayasanın Yorumlanması Yöntemlerine Genel Bir Bakış", *Amme İdaresi Dergisi,* Cilt 14, Sayı 1, Mart 1981, s.45-57; Bakır Çağlar, "Anayasa Yargısında Yorum Problemi: Karşılaştırmalı Analizin Katkıları", *Anayasa Yargısı (II): Anayasa Mahkemesinin 23. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler,* Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1986, s.163-195. Yukarıdaki çalışmalar her ne kadar, anayasanın yorumu üzerine ise de, doğrudan doğruya yorumun niteliği üzerine değildirler. Yorumun niteliği sorununa bazıları değinse de, bu değinme bir kaç sayfayı geçmez. Örneğin bkz. Aguila, *op. cit.,* s.40-43; Çağlar, *op. cit.,* s.182-183).

4. H.L.A. Hart bu teoriyi "biçimcilik" (*formalism*) olarak isimlendirmektedir. Bkz. H. L. A. Hart, *Le concept de droit,* trad. par Michel van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, s.155.

5. Michel Troper, "Le positivisme comme théorie du droit", *in* Christophe Grzegorczyk, Françoise Michaut ve Michel Troper (sous la direction de-) *Le positivisme juridique*, Bruxelles ve Paris, E. Story-Scientia ve L.G.D.J., 1992, s.280.

6. *Ibid.,* s.279.

7. Örnek, Güriz, *op. cit.,* s.79'dan alınmıştır.

zaten vardır. Büyük önermeyi hakim mevcut halde bulur. Yargı faaliyeti, büyük önermede ifade edilen hukuk kuralının somut olaya uygulanmasından ibarettir. Dolayısıyla yargı faaliyeti, yeni bir şey ortaya koymaz. İşte bu nedenledir ki, Montesquieu'nün formülüne göre, yargı kuvveti gerçek bir kuvvet değildir, adeta "yok hükmünde"dir[8].

Buna karşın "realist yorum teorisi (*théorie réaliste de l'interprétation*)"[9]ne göre ise, büyük önerme, yani uygulanacak olan hukuk kuralı, hakime önceden verilmiş değildir. Hakim, kanun metnini yorumlamalı, onun anlamını belirlemelidir. Dolayısıyla hakim, büyük önermenin gerçek yaratıcısı, yani gerçek kanun koyucu haline gelir. İşte realist yorum teorisinin özü buradadır: *Gerçek kanun koyucu, metnin yazarı değil, yorumcusudur*[10].

Realist yorum teorisini daha yakından görmeden önce, şunu belirtmek gerekir: Bu teoride yorum, "hermenötik (*herméneutique, hermeneutics*)" bir süreç olarak ele alınır[11]. Bu anlamda, bazen "hukuk hermenötiği (*legal hermeneutics*)"nden de bahsedilebilir[12]. Hukuk hermenötiği, hermenötiğin genel teorisinin hukuki metinlerin yorumlanmasına uygulanmasından ibarettir[13].

Şimdi realist yorum teorisini daha yakından görelim. Bu teoriyi, kanımca, şu on önermeyle özetleyebiliriz:

---

8. Michel Troper, "Justice constitutionnelle et démocratie", *Revue française de droit constitutionnel*, n°1, 1990, s.36 ; Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, P.U.F., Coll. "Léviathan", 1994, s.334.

9. Hart bu teoriye "kural şüpheciliği (*rule-scepticism*)" ismini veriyor (Hart, *op. cit.*, s.169-174).

10. Troper, "Justice constitutionnelle et démocratie", *op. cit.*, s.36. Keza bkz. Michel Troper, "Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique", *Revue internationale de philosophie*, 1981, s.525 ; Michel Troper, "Un système pur du droit : le positivisme de Kelsen", *in* Pierre Bouretz (sous la direction de-), *La force du droit : panorama des débats contemporains*, Paris, Editions Esprit, 1991, s.133.

11. Aulis Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable : la justification en droit*, Trad. par Geneviève Warland, Bruxelles ve Paris, E. Story-Scientia, L.G.D.J., 1992, s.85.

12. Gregory Leyh (ed.), *Legal Hermeneutics: History, Theory and Practice*, Berkeley, University of California Press, 1992 (*http://www.unt.edu /lpr/subpages/reviews/leyh.htm)*; John Warwick Montgomory, "Legal Hermenuetics and the Interpretation of Scripture", *Premise*, Volume II, Number 9, October 19, 1995, s.11 (*http://capo.org /premise/ 95/oct/p950910.html)*. Aulis Aarnio (*op. cit.*, s.85), hukuk hermenötiği konusunda bizim göremediğimiz şu çalışmaları zikretmektedir: Christiane ve Ota Weinberger, *Logik, Semantik und Hermeneutik,* 1979; Aulis Aarnio, "outline of a Hermeneutic Approach in Legal Theory", *Philosophical Perspectives in Jurisprudence,* 1985, s. 47 vd.; Vittoria Villa, "Legal Science and Hermeneutic Point of View", *in* A. Peczenick *et al.* (ed.), *Theory of Legal Science*, Dordrecht, 1984, s.509 vd.; Inge Jonsson, "Rikningar inom 1800-tayets hermeneutik", *in Symposiium Proceedings "Tolkning och tolkningstheorier"*, Stockholm, 1982, s.65 vd.

13. Stig Strölholm genel metinlerin yorumlanması ile hukuki metinlerin yorumlanması arasında dört temel fark olduğuna işaret etmektedir: (1) Hukuki metinlerin yorumu sosyal kontekst ile daha yakından ilişkilidir. (2) Hukuki metinlerin yorumcularının rolleri arasında bir hiyerarşik iş bölümü vardır. (3) Hukuki metinlerin yorumu, adalet gibi bazı aksiyolojik amaçları gerçekleştirmelidir. (4) Hukuki yorumun konusu olan metinler, tek başlarına değildir, bir sistem oluştururlar. Stig Strölholm, "Juridisk tolkningsmetodik före 1800-tamets 'moderna genombrott'" *in Symposiium Proceedings "Tolkning och tolkningstheorie"*, Stockholm, 1982, s.47 vd.'dan aktaran Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable, op. cit.*, s.85.

1. Norm, kanunun metni değil, bu metnin anlamıdır.– Realist yorum teorisi ilk önce, hukukun genel teorisi açısından normun ne olduğunu hatırlatır. Hukukun genel teorisi açısından norm, beşeri irade işleminin ürünüdür[14]. Bununla birlikte, bu beşeri irade işleminin *kendisi* değil, onun *anlamı* normdur. Öyleyse, norm ile bu irade işleminin maddi varlığını birbirinden ayırmak gerekir. Norm "olması gereken (*Sollen*)", irade işlemi ise "olan (*Sein*)"dır[15]. Bundan yola çıkan realist yorum teorisi de normun içinde yer aldığı *metin* ile *norm* arasında bir ayrım yapar. Kısacası, bu teoriye göre norm, bizatihi kanunun *metni* değil, onun *anlamı*dır.

2. Yorumun konusu norm değil, metindir.– Norm ile metin birbirinden farklı şeyler olduğuna göre, ikinci olarak, normun mu yoksa metnin mi yoruma konu teşkil ettiğini tespit etmek gerekir. Realist yorum teorisine göre, yorumlanan şey, norm değil, metindir[16]. O halde, *hukuk normlarının* yorumlanmasından değil, *hukuki metinlerin* yorumlanmasından bahsetmek daha uygun olur[17]. Açıkçası, hukukta yorum sorunu, *normun* değil, *metnin* yorumu sorunudur. Zira, yukarıda da belirtildiği gibi norm, metnin kendisi değil, anlamıdır. Bu anlam ise, metnin yorumlanması ile ortaya çıkacaktır. O halde hukukta yorumun konusu, hukuk normları değil; ama hukuki metinlerdir.

3. Yorum kaçınılmazdır.– Realist yorum teorisi, üçüncü olarak, hukuk uygulamasında yorumun kaçınılmazlığını vurgular. Bu teoriye göre, hukuk kuralının uygulanmasından önce mutlaka bir yorum yapılır[18]. Zira hukuk kuralı, anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik, sözleşme gibi bir hukuki metnin içinde bulunur. Bu hukuki metnin bizatihi maddi varlığı itibarıyla uygulanması mümkün değildir. Zira, yukarıda belirtildiği gibi, hukuk normu, bu metin değil, onun anlamıdır. Bu anlam ise doğrudan doğruya algılanabilir, bilinebilir bir şey değildir; o ancak yorum ile tespit edilebilir. O halde uygulanacak olan normun belirlenmesi için, kaçınılmaz olarak, bu normun içinde yer aldığı metnin yorumlanması gerekmektedir[19].

---

14. Bkz. Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordreiht, Reidel, 1973, s.216-227'den alıntılanan parça *in* Christophe Grzegorczyk, Françoise Michaut ve Michel Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, s.295.

15. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Traduction française de la 2e édition de la "Reine Rechtslehre" par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, s.7.

16. Hermenötik açısından, yorumun konusunun metinler olduğu apaçıktır. Bilindiği gibi, hermenötiğin ilk konusu dini metinlerin yorumlanmasıdır. Onsekizinci yüzyıldan itibaren hermenötik, felesefi, edebi ve bilimsel metinlerin yorumlanmasında da kullanılmıştır. Bazı yazarlar hermenötiği radyo, televizyon gibi iletişim araçlarına uygulamaya kalkmışlarsa da, hermenötiğin asıl konusu metinlerdir (Nick Szabo, "Commentaires on Hermeunetics", *http.//www.best.com/~szabo/hermeneutics.html. © 1996, p.1 of 5).*

17. Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable, op. cit.,* s.85.

18. Troper, "Justice constitutionnelle et démocratie", *op. cit.,* s.34. Bkz. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.,* s.453: "Diğer bir ifadeyle bir yargı organı, hukuku uygulayacak ise, kaçınılmaz olarak, uygulayacağı normların anlamını belirlemesi, onları yorumlaması gerekir".

19. Troper, "Justice constitutionnelle et démocratie", *op. cit.,* s.34. Keza bkz. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.,* s.453; Troper, "Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique", *op. cit.,* s.520-521; Aulis Aarnio da aynı gözlemde bulunmaktadır: Aulis Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable : la justification en droit*, Trad. par Geneviève Warland, Bruxelles ve Paris, E. Story-Scientia, L.G.D.J., 1992, s.77.

4. Bir hukuki metin birden fazla norm içerebilir.– Realist yorum teorisi, dördüncü olarak, bir hukuki metnin anlam bakımından devamlı olarak belirsiz olduğuna işaret eder. Bu belirsizlik Kelsen'in gösterdiği gibi, iradi veya gayri iradi olabilir[20]. Diğer bir ifadeyle, bir hukuki metin birden fazla anlam taşıyabilir[21]. Açıkçası, Aulis Aarnio'nun belirttiği gibi, kanunun bir metni vardır, ama bu metin birden fazla alternatif normlar ifade eder. Düzenleyici bir metin, aralarında seçim yapılması gereken birden çok norm içerir[22].

5. Yorum, metnin içerdiği alternatif normlar arasında yapılan bir seçimdir.– Eğer bir metin birden fazla norm içerebiliyorsa, somut olaya bu normların hepsi uygulanamayacağından bu alternatif normlardan birisi seçilmek zorundadır. Öyleyse, yorum bir tercih yapılmasını gerektiren bir karardır[23]. Diğer bir anlatımla, bir kanun metnini uygulamak ile görevli organ, her şeyden önce, bu metnin anlamını, yani bu metnin içerdiği normu belirlemelidir. Tüm metinler de değişik anlamlar içerebileceği için uygulama organı, uygulayacağı normu seçmek zorunda kalır. İşte yorum bu seçimden ibarettir[24].

6. Metinler kendi kendilerini yorumlayamazlar.– Bilindiği gibi, dini hermenötiğin temel ilkesine göre, "Kitab-ı Mukaddes kendi kendini yorumlamalıdır" (*Scripture must interpret itself)*[25]. Modern hermenötik ise "metinler kendi kendilerini yorumlayabilir mi" sorusuna olumsuz yanıt verir[26]. Dini hermenötiğin klasik ilkesine benzer fikirler hukukta da zaman zaman ileri sürülmüştür. Montesquieu'ye göre, "hakimler kanunun sözlerini telaffuz eden bir ağızdan başka bir şey değildir"[27]. Keza Fransız ihtilalinin ilk dönemlerinde yaygın olan bir anlayışa göre, yargı kuvveti yorum yapmamalı, kanun metnini doğru bir tümdengelim yoluyla somut olaylara uygulamakla yetinmelidir[28]. Bu doğrultuda Fransa'da 16-24 Ağustos 1790 tarihli kanun, hakimlere kanunları yorumlamayı açıkça yasaklıyordu. Bu Kanunun 12'inci maddesine göre, "mahkemeler kanunların yorumlanmasına ihtiyaç duydukları zaman, hüküm vermeyecekler, ama yasama

20. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.454-456.

21. Michel Troper, "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité", *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Editions Cujas, 1975, s.142. Keza Aarnio'ya göre de "kanunun tek metni birden fazla alternatif normlar ifade eder" Aulis Aarnio, "On the Validity, Efficacy and Acceptability of Legal Norms", *in* W. Krawietz, Th. Mayer-Mly ve O. Weinberger (ed.), *Objectivierung des Rehtsdenkens: Dedächtnisschrift fur Ilmar Tammelo*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984, s.427-437, *in* Christophe Grzegorczyk, Françoise Michaut ve Michel Troper (sous la direction de-) *Le positivisme juridique*, Bruxelles ve Paris, E. Story-Scientia ve L.G.D.J., 1992, s.329-330.

22. Aarnio, "On the Validity, Efficacy and Acceptability of Legal Norms" *in* Grzegorczyk, Michaut ve Troper, *op. cit.*, s.329-330.

23. Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable*, *op. cit.*, s..62. Ve eğer, bir kanun metninin birden fazla norm ifade edebileceği kabul edilirse, normun geçerliliği kaçınılmaz olarak metnin yorumuna bağlıdır.

24. *Ibid.*, s.143.

25. Montgomory, *op. cit.*, s.15. Bu açıdan Kur'an'ın tefsirini incelemek ilginç olacaktır.

26. Montgomory, *op. cit.*, s.11.

27. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, (1re partie), Livre I, Chapitre II, 6.

28. Chaḷm Perelman, *Logique juridique: nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976, s.16.

organına başvuracaklardır"[29]. Aslında yorum türlerinden biri olan, "yasama yorumu"nun altında yatan ana fikir, hakimlerin yorum yapmaya yetkileri olmadığı düşüncesidir. Keza, metnin anlamının açık olduğunda yorum yapılamayacağı (*interpretatio cessat in claris)*[30] ilkesinin temelinde hep dini hermenötiğin klasik ilkesine (dini metinlerin kendi kendilerini yorumladıkları) benzer bir inanış yatar.

Modern hermenötik, metinlerin kendi kendilerini yorumlayabilecekleri tezini reddeder. Realist yorum teorisi de hukuki metinlerin kendi kendilerini yorumlayamacaklarını, yorumun mutlaka bir yorumcu tarafından yapılabileceğini belirtir.

7. Yorum, yorumcuya bağlıdır.– Eğer bir metin kendi kendini yorumlayamaz ise, yorum kaçınılmaz olarak yorumcu tarafından yapılır. Eğer hukukta yorum, bir metnin içerdiği alternatif normlar arasında yapılan bir seçimden ibaret ise ve metinler de kendi kendilerini yorumlayamıyorsa, yorum bu seçimi yapana, yani yorumcuya bağlıdır[31]. Diğer bir ifadeyle yorum, yorumcunun iradesinin ürünüdür.

8. Yorum, yorumcunun serbest iradesinin ununudur.– Eğer bir kanun metninde, yargı organının uygulamak için seçebileceği birden fazla norm mevcutsa ve eğer yorum, metnin içerdiği alternatif normlar arasında yapılan bir seçimse ve eğer bu seçimi de yorumcu yapıyorsa, yorumcu bu seçimi serbestçe yapar. Diğer bir ifadeyle, yorum, yorumcunun serbest iradesinin ürünüdür[32]. Yorumcu, metnin anlamını tespit ederken geniş bir özgürlükten yararlanır. Hiçbir kurala tâbi değildir[33]. "Yorum metotları" olarak sunulan ilkeler, hukuk kuralı değildir. Hakim karşısında hiçbir bağlayıcılıkları yoktur. Doktrinde geliştirilen, lafzi yorum, gai yorum, tarihsel yorum, kavramcı yorum, sistematik yorum ve menfaatler içtihadı gibi "yorum metotları"nın ya da *analogia, argumentum a fortiori, argumentum a contrario* gibi "yorumda kullanılan mantık kuralları"nın hiçbir pozitif hukuki değeri yoktur. Kelsen'in gösterdiği gibi, bunlar "sözde" metodlar ve ilkelerdir[34]. Bunlar doktrinin ürettiği yapılardır. Hukuk kuralı değildirler[35]. Hukuki geçerlilikten yoksundurlar. Yargıç karşısında hiçbir hukuki bağlayıcılıkları yoktur[36].

---

29. *Ibid.*

30. Gridel, *op. cit.,* s.556.

31.Genel hermenötik de yorumun yorumcuya bağlı olduğunu söyler. Yorumda, yorumcunun ön kabulleri ve nihayet niyeti çok önemlidir. Bu bakımdan yorum bir dönüşümdür ve yorumcu bu dönüşümün yönünden sorumludur.

Yorumcunun sorumluluğu konusunda Lord Bacon'ın şu tespiti kayda değerdir: *"Non est interpretatio, sed divinatio, quae recedit a litera. Cum recidicur a litera, judex transit in legislatorum"* (Metnin harfinden uzaklaşan yorum, yorum değil, kehanettir. Yargıç harften uzaklaşırsa, kanun koyucu haline gelir). (Francis Bacon, *The Advancement of Learning*, II. 20. viii'den alıntılayan Montgomery, *op. cit.,* s.12).

32. Troper, "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité", *op. cit.,* s.143.

33. Aguila, *op. cit.,* s.42.

34. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.,* s.458-459.

35. Aguila, *op. cit.,* s.42.

36. İstisnaen bazı yorum metotları ve bazı yorum ilkeleri pozitif değere sahip olabilir. Örneğin ceza kanunlarında yer alan kanunilik ilkesi dolayısıyla *analogia* yasağı gibi. Bu durumda, bu yorum ilkesi hakimi bağlar. Bazen de özel hukuk alanında tarafların yapacağı sözleşme metinlerinin yorumuna ilişkin

9. Gerçek kanun koyucu, kanunun yazarı değil, yorumcusudur.– Yorumdan önce sadece metin varsa, metin de birden fazla norm içerebiliyorsa, bu normlardan uygulanacak olan norm, yorumcunun serbest iradesiyle seçiliyorsa, gerçek kanun koyucu, kanun metnini yazan veya kabul eden değil, onu yorumlayandır. Diğer bir ifadeyle, hukuk normu, bizzat normu uygulayacak organ tarafından konulmaktadır[37].

Aslında realist yorum teorisinin vardığı bu sonuç yeni değildir. Piskopos Hoadly'ye kadar eskiye giden bir doktrindir. Piskopos Hoadly, XVI'ncı yüzyılda şöyle diyordu:

> "Gerçek kanun koyucu, yazılı veya sözlü bir kanunu, yazan veya söyleyen değil, bu kanunu mutlak yorumlama yetkisine sahip olan kişidir"[38].

Diğer yandan bu şüpheci doktrin, özellikle Amerikan realistleri tarafından geliştirilmiştir. Örneğin John Chipman Gray'a göre, tüm hukuk yargısal olarak oluşmuştur. Bir topluma belirli bir davranış biçimini empoze eden kural, mahkemeler tarafından yorumlanan kuraldır. Mahkemeler kanunların kelimelerine hayat verirler. Kanun koyucu, sadece kelimeleri telaffuz eder; mahkemeler bu kelimelerin ne anlama geldiğini söylerler[39].

10. Yorum, tanıma işlemi değil, irade işlemidir.– Klasik yorum teorisine göre yorum, bir "tanıma (bilme) işlemi (*acte de connaissance*)"dir. Yani yorumcunun faaliyeti, bilimsel nitelikte, tamamıyla tasviri bir faaliyettir. Yorum, bir takım "metodlar"ın uygulanarak, metnin anlamının bulunmasından ibarettir. Hukuki önermenin anlamı, yoruma tekaddüm eder. O metinde "objektif" olarak mevcuttur ve okuyucunun dışındadır. Okuyucu onu "müşahede etmek" ile yetinir[40].

Oysa realist yorum teorisine göre, yorum tanıma işlemi, bir bilme işlemi değil, bir "irade işlemi (*acte de volonté*)"dir[41]. Bu ise iki nedenden dolayıdır:

a) *Normun tanınabilecek objektif bir anlamı yoktur*.– Bir kere, hukuk normunun bilinmeye (tanınmaya) (*connaissance*) elverişli objektif bir anlamı yoktur. Zira metni yapanların her birinin bu metni kabul ederken içinde bulundukları ruhi durumu

---

kurallara rastlanır. Örneğin Borçlar Kanununun 75'inci maddesi, sözleşmede geçebilecek olan "ayın başı, ortası ve sonu" gibi ifadelerden ne anlaşılması gerektiğini bildirmiştir. Anayasalarda genellikle yorum metotları ve ilkeleri konusunda hüküm bulunmaz. 1982 Anayasamızın 153'üncü maddesinin 2'inci fıkrasında yer alan "Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez" kuralı bu açıdan ilginçtir.

37. Troper, "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité", *op. cit.*, s.142-143.

38. Aktaran: Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Translated by Anders Wedberg, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1946, s.153.

39. John Chipman Gray, *The Nature and the Sources of the Law*, New York, Columbia Uniersity Press, 1916, s.118-120, *in* Grzegorczyk, Michaut ve Troper, *op. cit.*, s.356.

40. Yann Aguila, "Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle", *Revue française de droit constitutionnel*, no.21, 1995, s.40.

41. Troper, "Justice constitutionnelle et démocratie", *op. cit.*, s.35. Bu konuda genel olarak bkz. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.459-462.

bilmek imkansızdır[42]. Bunu bilmek mümkün olsaydı bile, bir anlam değil; bir ruhi, bir psişik durum, bir olgu tanınabilecekti. Bu, bir grup adamın belirli bir dönemde bir metni anlayış şekli değil, ama yürürlükte olan hukuka göre, bir metnin uygulanması anında, bu metnin nasıl anlaşılması *gerektiği* şekliyle ilgilidir. Anlamın belirlenmesi bir emri ifade eder. Görüldüğü gibi bu bir irade fonksiyonudur[43].

b) *Otantik Yorum.*– İkinci olarak, hukuk düzeninin bazı organları tarafından yapılan yorum, *otantik* (*authentique*) niteliğe sahiptir. Otantik yorum, hukuken kendisine itiraz edilemeyen ve kendisine pozitif hukukun hukuki sonuçlar bağladığı yorumdur[44]. Örneğin, bir yüksek mahkeme veya bir anayasa mahkemesi tarafından yapılan yorum otantiktir. Keza devlet başkanının yorumu da, eğer işlemlerine karşı başvuru yolu yoksa otantiktir. Bu yorum doğru veya yanlış olmaya elverişli değildir. Kimse bu yoruma karşı çıkamaz. Zira bir yandan bu yorumun karşılaştırılacağı standart bir yorum yoktur; diğer yandan ise, bu yorum iptal edilemez ve içeriği ne olursa olsun sonuçlarını doğurur. O halde onun sadece geçerli olduğu söylenebilir[45].

Bundan şu sonuç çıkmaktadır: Hukuku uygulayan organ, otantik yorumu aracılığıyla hukuk yaratır. Bu açıdan Kelsen'in belirttiği gibi, otantik yorum yolu, sadece uygulanacak normun çeşitli yorum imkanlarından birinin gerçekleştirilmesine, aynı zamanda uygulanacak normun oluşturduğu çerçevenin tamamen dışında kalan yeni bir normun ortaya konulmasına da yol açabilir[46].

Diğer bir ifadeyle, Michel Troper'in gözlemlediği gibi, eğer hukuk kuralı, kanun koyucunun kabul ettiği ve resmi gazetede yayınlanan metin değil, ama bu metnin içerdiği norm ise, bu normun ne olduğunu söyleyen kanun koyucu değil, hakimdir[47]. Sonuç olarak *"artık ne hakim kanuna, ne de kamu makamları anayasaya tâbidir. O halde hukuk normları hiyerarşisini yeniden değerlendirmek gerekmektedir"*[48].

***

Dahası, realist yorum teorisi ışığında hukuk normlarının geçerliliği teorisini yeniden değerlendirmek gerekir. Zira, kanun koyucunun işleminin anlamı, yani norm, uygulama organı tarafından belirleniyorsa, bir kanunun hukuki geçerliliği anayasaya uygun olmasından değil, hakimin yorumundan kaynaklanır. *Geçerlilik, üst normdan gelmez, tersine alt normların üretilmesi sürecinden kaynaklanır*[49]. Yani eğer

42. Michel Troper, "Le droit, la raison et la politique", *Le Débat*, n°64, 1991, s.191.

43. Troper, "Justice constitutionnelle et démocratie", *op. cit.*, s.35-36.

44.. *Ibid.*, s.36; Keza bkz. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.461; Troper, "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité", *op. cit.*, s.142.

45.. Troper, "Justice constitutionnelle et démocratie", *op. cit.*, s.36. Diğer bir ifadeyle bu otantik yorumlar, yasal metinlerin "resmi" anlamını belirlerler. Bkz. Troper, "Le droit, la raison et la politique", *op. cit.*, s.191.

46. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.451.

47. Troper, "Un système pur du droit: le positivisme de Kelsen", *op. cit.*, s.133.

48. Troper, "Justice constitutionnelle et démocratie", *op. cit.*, s.36-37.

49. Michel Troper, "Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique", *Revue internationale de philosophie*, 1981, s.526.

"geçerli norm" ifadesi, bir normun objektif anlamını ifade ediyorsa, bu normun geçerliliği, onun bir üst norma uygun olmasından değil, sadece bu normun yetkili makam tarafından öyle yorumlanmasından kaynaklanır[50]. Açıkçası, geçerlilik süreci Kelsen'in belirttiği gibi yukarıdan aşağıya olan bir süreç değil, tersine aşağıdan yukarıya doğru işleyen bir süreçtir[51].

En azından, bir normun geçerliliği onun yorumlanmasına bağlıdır. Bir norm, bir üst norma uygun ise geçerlidir. Norm bir metnin kendisi değil onun anlamıdır. Ve bir metnin anlamı, bu metni uygulayan organ tarafından serbestçe belirlenmektedir. Eğer bir metin, aralarında seçim yapılacak birden fazla alternatif normlar ifade ediyorsa, normun geçerliliği, metnin yorumuna bağlıdır, zira bu yorum ile o norm seçilmiştir.

Aulis Aarnio da geçerlilik sorununun bir yorum sorunu olarak ortaya çıktığına işaret etmektedir[52]. Aarnio bunu Finlandiya miras hukukundan aldığı bir örnek ile örneklendirmektedir. Murisin Mameliki Hakkındaki Finlandiya Kanununun 17'inci başlığının 3'üncü bölümü mamelikin bir kısmının devredilebileceğini hükme bağlamakta, ama bu devrin "yazılı" olması gerektiğini belirtmektedir. "Yazılı" ifadesi, imzasız bir belgeden, usulüne uygun olarak onaylanmış bir belgeye kadar bir çok alternatife izin verir. Hangi koşullarda bu alternatiflerden birinin, örneğin $N_{(1)}$ alternatifinin biçimsel olarak geçerli olduğunu söyleyebiliriz? Biçimsel geçerlilik teorisinden hareket ederek, "üst norma uygun olan alternatif" cevabını vermek hiçbir sorunu çözmez. Zira Murisin Mameliki Hakkındaki Finlandiya Kanunun 17'inci başlığının 3'üncü bölümünün gerekli olan tüm kurallara uygun olarak kabul edildiği açıktır. O halde o geçerlidir[53]. Görüldüğü gibi, biçimsel geçerlilik, yani bir normun yetkili bir organ tarafından ve üst normlara uygun olarak konulması, bir metnin içerdiği alternatif normlar arasında bir başka normun değil de, neden bu normun seçildiği sorusuna tatmin edici bir cevap oluşturmaz. İşte bu nedenle, bir normun geçerliliği sorunu, bu normun içerisinde yer alan metnin yorumu sorununa bağlıdır. Diğer yandan ise, bir normun geçerli olup olmadığını belirlemek için, yani bir üst norma uygun olarak konulup konulmadığını, dolayısıyla hukuk düzenine ait olup olmadığını belirlemek için dahi, öncelikle bu normun içeriğini belirlemek gerekir. Oysa bu sadece yorum ile yapılabilir[54].

Marc Vanquickenborne da bir normun geçerliliğinin onun yorumuna bağlı olduğunu belirtmektedir. Ona göre, bir *normun yorumu ile geçerliliği arasında bir ilişki* vardır. Realist yorum teorisi dikkate alınmaksızın her normun geçerliliğinin tespit edilebileceğini iddia edilebilir. Bu iddia, tamamen mekanize ve hukukun

50. *Ibid.*

51. Troper, "Un système pur du droit: le positivisme de Kelsen", *op. cit.*, s.133.

52. Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable*, *op. cit.*, s.77.

53. Aarnio, "On the Validity, Efficacy and Acceptability of Legal Norms", in Grzegorczyk, Michaut ve Troper, *op. cit.*, s.330.

54. Troper, "Le positivisme comme théorie du droit", *op. cit.*, s.281. Keza bkz. Aulis Aarnio, "Linguistic Philosophy and Legal Theory", *Rechtstheorie*, Beiheft 1, 1979, s.19-20 , in Grzegorczyk, Michaut ve Troper, *op. cit.*, s.368.

uygulamasının tüm "yaratıcılığı" dışlayan saf bir uygulamadan ibaret olduğu yönünde zımni bir varsayıma dayanır[55]. Zira üst norm, alt norm yapıcısının aralarında seçim yapabileceği geniş bir imkan sahasını belirler. Diğer bir ifadeyle alt norm koyucusu, mümkün olan çözümlerden bir tanesini *seçer.* Dolayısıyla alt norm koyucusunun kararı, basit bir *uygulama* değil; bir *yaratma*dır. Bu nedenle şunu iyi anlamak gerekir ki, alt norm koyucusunun tercihi, üst norm açısından devamlı keyfi olacaktır[56]. Dolayısıyla bütün normlar, normun koyucusunun tercihine göre, potonsiyel olarak geçerli olabilirler, zira bu tercihin geçersizliğini ispat etmek mümkün değildir[57]. Hatta bu tercihin doğruluğunun sınanması yetkisi bir yüksek mahkemeye veya bir anayasa mahkemesine verilse bile durum değişmez. Zira, bu takdirde, yüksek mahkeme yahut anayasa mahkemesi bu tercihi doğru bulursa onu geçerli kılar; yanlış bulursa iptal eder. Ama bu, yüksek mahkeme veya anayasa mahkemesi kararının geçerli olduğu varsayımına dayanır. Bu varsayımın da ispat edilmesi ilk varsayımınki kadar güçtür. Dolayısıyla bir normun geçerli olup olmadığını belirlemek imkansızdır[58].

REALİST YORUM TEORİSİ IŞIĞINDA ANAYASANIN YORUMLANMASI

Anayasaya realist yorum teorisi açısından bakarsak şunları söyleyebiliriz. Anayasanın içeriği, anayasayı uygulama organlarının yorumlarıyla koyulan normlardan oluşur. Ve anayasayı uygulama organları sadece ve sadece kendi iradelerine bağlıdırlar. Dahası bu organlar kendi yetkilerini belirleyen hükümleri de yorumlamaktadırlar. Dolayısıyla kendi kendilerinin yetkilerini belirlemektedirler[59]. Diğer bir ifadeyle norm, anayasa metninin anlamıdır. Bu anlam ise yorumcunun, yani anayasa hakiminin serbest iradesi ile belirlenir. O halde, anayasa normu, anayasa hakimi için önceden mevcut olan bir veri değildir; zira, *yorumdan önce norm yoktur"*[60].

Michel Troper, anayasa normlarını bizzat anayasayı uygulayan organların koyduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte, bu organlar da anayasa tarafından kurulmuş ve teşkilatlandırılmıştır. Diğer yandan, anayasa koyucunun irade işlemi, bir normun subjektif anlamına sahiptir. Ama, ancak hukuk düzeni bu irade işleminin ihlaline bir takım hukuki sonuçlar bağlarsa bir normun objektif anlamına sahip olabilir. Oysa anayasa koyucununu iradesinin ihlal edilip edilmediğini ve ihlal edilmişse öngörülen müeyyidelerin uygulanıp uygulanmayacağını belirleyecek olan şey, yine bizzat anayasayı uygulama organlarının yapacakları yorumdur. O halde, anayasal düzenlemelere normların objektif anlamını kazandıran şey, yorumdur, yani anayasanın uygulanmasıdır. O halde anayasa,

55. Marc Vanquickenborne, "Quelques réflexions sur la notion de validité", *Archives de philosophie du droit,* 1968, s.193.

56. *Ibid.,* s.192.

57.. *Ibid.*

58.. *Ibid.,* s.192-193.

59.. Troper, "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité", *op. cit.,* s.143.

60.. Troper, "Le droit, la raison, la politique", *op. cit.,* s.191.

bir hukuk normları bütünü olarak değil, normların subjektif anlamlarına sahip düzenlemeler bütünü olarak görünmektedir. *Anayasa koyucu gerçek anlamda normlar koymaz*[61]. O sadece belirli kişilerin, belirli makamların, belirli kurulların belirli bir şekilde örgütlenmelerini, belirli tip işlemler yapabilmelerini, belirli tarzda karşılıklı ilişkilere sahip olmalarını düzenler. O halde "anayasa" (*constitution = esas teşkilat*) terimi, ilk anlamıyla ele alınmalıdır: Bu bir kurallar bütünü değil, bir "teşkilat", bir örgütler sistemidir[62].

Michel Troper, Fransız pozitif hukuku çerçevesinde realist yorum teorisini kanunların anayasaya uygunluk denetimi sorununa uygular. Yazar ilk önce Anayasa ile Fransız Anayasa Konseyi kararları arasında hiçbir hiyerarşinin var olmadığını gözlemler. Anayasa Konseyinin kararı, gerçekte bir norm üzerine kuruludur, ama bu norm bizatihi Anayasanın metni değil, Anayasa Konseyinin bu metne atfettiği anlamdır. Diğer bir ifadeyle, Konsey, kurucu iktidardan çıkan bir norma tâbi değildir[63].

Klasik teoride, anayasanın bağlayıcılığı açısından, kanunların anayasaya uygunluğu denetiminin olduğu sistemler ile böyle bir denetimin olmadığı sistemler arasında bir ayrım yapılmaktadır. Bu ayrıma göre, anayasallık denetiminin olduğu sistemlerde anayasa bağlayıcıdır, anayasa ile kanunlar arasında bir hiyerarşi vardır. Anayasallık denetiminin olmadığı sistemlerde ise, anayasanın bağlayıcılığı ve anayasa ile kanunlar arasındaki hiyerarşi sözde kalır. Zira, anayasa aykırı bir kanun çıkarılırsa bu kanunun geçersiz hale getirilebilmesi mümkün değildir.

Realist yorum teorisi, anayasaya uygunluk denetiminin bulunduğu sistemler ile böyle bir denetimin bulunmadığı sistemler arasında yapılan bu tür ayrımı kabul etmez. Bu teoriye göre, anayasaya uygunluk denetiminin bulunmadığı sistemlerde kanun ile anayasa arasında bir hiyerarşi yoktur. Zira, kanun koyucu serbestçe anayasayı yorumlar. Dolayısıyla, kanun koyucu anayasaya tâbi değildir[64]. Ne var ki realist yorum teorisine göre, anayasaya uygunluk denetiminin bulunduğu sistemlerde de değişen bir şey yoktur. Anayasa ile kanun arasında yine hiyerarşi yoktur. Zira, böyle bir sistemde, kanun koyucu, anayasanın metnine değil, anayasa yargıcı tarafından yaratılan norma tâbidir[65]. Diğer bir ifadeyle kanun koyucunun tâbi olduğu anayasa, kurucu iktidarın yaptığı metin değil, anayasanın otantik yorumcusunun, yani anayasa yargıcının bu metne atfettiği anlamdır[66].

61.. Bu anlamda keza bkz. Troper, "Un système pur du droit: le positivisme de Kelsen", *op. cit.*, s.134: "Anayasanın anlamını yorumcu belirler. *O halde anayasa normu, objektif ve dokunulmaz bir şekilde kurucu iktidar tarafından konulmamıştır.* Anayasa normu, otantik yorumcu tarafından, yani anayasa yargısı tarafından sürekli olarak tekrar ve tekrar yaratılır".

62.. Troper, "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité", *op. cit.*, s.143.

63.. Troper, "Justice constitutionnelle et démocratie", *op. cit.*, s.37. Michel Troper'e göre, kanunların anayasaya uygunluk denetimi ile görevli organ, aslında bir "kurucu organ"dır (Troper, "Un système pur du droit: le positivisme de Kelsen", *in* Bouretz (ed.), *op. cit.*, s.134).

64.. Troper, "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité", *op. cit.*, s.136; *Id.*, "Justice constitutionnelle et démocratie", *op. cit.*, s.39.

65.. Troper, "Justice constitutionnelle et démocratie", *op. cit.*, s.39.

66. Troper, "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité", *op. cit.*, s.145.

Bu gözlemlerden yola çıkarak, 1975'te Michel Troper şu sonuca ulaşmıştır:

> "Anayasallık denetimiyle görevli bir organ olsun ya da olmasın, anayasa, kanunlara ve kamu otoritelerinin diğer işlemlerine üstün değildir. Bunlar –adli veya adli olmayan otoriteler– anayasayı uygulamak için onu yorumlamak, yani yeniden yaratmak zorundadırlar. Bu faaliyetin icrasında ise, hiçbir hukuk normuna tâbi değildirler. Sadece, kendi içinde bulundukları karşılıklı ilişkiler sistemi ile bağlıdırlar"[67].

1990'da Michel Troper bu tezi üzerine tekrar dönmüştür. Ona göre, anayasaya uygunluk denetiminin bulunduğu sistemler ile bulunmadığı sistemler arasındaki böyle bir ayrım, aslında "kanun koyucu" olarak isimlendirilen şeyin sadece "parlâmento" olduğu varsayımını gerektirir[68]. Ona göre, "gerçek kanun koyucu, kanunun yaratıcısı, parlâmento değildir. Bu, anayasa yargıcı dahil olmak üzere, kanunun yapılmasına katılanların bütünüdür"[69]. Örneğin, Michel Troper'e göre. Fransız anayasal sisteminde, Anayasa Konseyi, "eş-yasakoyucu (*co-législateur*)" veya "kanunun eş-yapıcısı (*co-auteur de la loi*)"dır. Bu nitelik, Charles Eisenmann tarafından ifade edilen basit bir formül yardımıyla belirlenebilir:

> "Bir işlemin yapılması sürecine kesin (*décisionnelle*) bir şekilde katılan her otorite, diğer bir ifadeyle, işlemin oluşumu için rızası kaçınılmaz olan her otorite, o işlemin 'yapıcısı veya eş- yapıcısı (*auteur ou co-auteur)'*dır"[70].

Bu kritere göre, bir işlemin yapılmasına karar verme yetkisiyle (*décisionnelle*) katılmayan kimseler, örneğin, bu sürece fikri olarak katılan uzmanlar veya işlemin kaleme alınmasına katılan sekreterler, işlemin "eş-yapıcı (*co-auteur*)"sı değildirler. Buna karşın bir işlemin ısdarına karşı çıkabilecek ve keza yürürlüğe girmiş bir işlemi iptal edebilecek her makam bu işlemin "eş-yapıcı (*co-auteur*)"sıdır.

Bu bakımdan, anayasaya uygunluk denetimi yapmakla görevli organ da anayasa metninde geçen kelimelere şu ya da bu anlamı vererek bir kanunun geçerliliğini ortadan kaldırabilmektedir. Öyleyse, anayasaya uygunluk denetimi yapan organ, kanunların "eş-yasakoyucu (*co-législateur*)" olarak kabul edilmelidir[71].

Sonuç olarak Michel Troper'e göre, Fransız V'inci Cumhuriyetinde, yasama fonksiyonu karma bir organ tarafından kullanılmaktadır. Bu karma organın bir tarafını, hükümet ve parlâmento, diğer tarafını ise Anayasa Konseyi ve Anayasa Konseyine başvurma yetkisine sahip makamlar oluşturmaktadır. Bütünüyle dikkate alınan bu kanun koyucu, III'üncü Cumhuriyette parlâmentonun anayasaya tâbi olduğundan daha fazla anayasaya tâbi değildir[72].

---

67. *Ibid.*, s.150.

68. Troper, "Justice constitutionnelle et démocratie", *op. cit*., s.39.

69. *Ibid.*

70. *Ibid.*

71. *Ibid.*, s.37-38.

72. *Ibid.*, s.40.

Diğer yandan, anayasaya uygunluk denetimi ile görevli organın yorumundan önce norm yoksa, ve bu organ da serbestçe yorumlar yapabiliyorsa ve yaptığı yorum ne olursa olsun geçerli ise, anayasa yargısının meşruluğu sorunu kaçınılmaz olarak ortaya çıkmaktadır. Zira anayasa yargısının meşruluğu, nomlar hiyerarşisi varsayımına, kısacası, anayasaya aykırı bir kanunun geçerli olamayacağı tezine dayanmaktadır. Oysa realist yorum teorisinin gösterdiği gibi, anayasa normunun gerçek koyucusu, onu yorumlayan anayasa yargısı organı ise, ve bu organ da halk tarafından seçilmeyen, ama atanan yargıçlardan oluşuyorsa, bu organın faaliyeti meşru değildir.

***

Sonuç olarak, bir kanun maddesinin veya anayasa maddesinin içerdiği şey, *norm* değil, *metin*dir. Diğer bir ifadeyle, bir maddenin metninde norm değil, kelimeler vardır. Norm ise kelimelerin kendileri değil, anlamlarıdır. Şüphesiz bu kelimelerden herkes başka bir şey anlayabilir. Bu değişik anlamlardan sadece bir tanesi hukuken geçerlidir; diğerleri sadece kişisel görüş niteliğindedir. Geçerli olan anlam ise, otantik anlamdır. Yani yetkili organın yaptığı yorumdan çıkan anlamdır. Bu anlamın içeriği ne olursa olsun, yetkili organın belirlediği anlama hukuken itiraz edilemez ve pozitif hukuk sadece bu anlama hukuki sonuçlar tanır.

Ne var ki, yetkili organın maddenin metnine verdiği anlam, her zaman genel kabul görmüş bir anlam olmayabilir. Hatta kanun koyucunun kesinlikle arzulamadığı bir anlam dahi olabilir. Yetkili organın otantik yorumu sonucu oluşan anlamın içeriği ne olursa olsun, norm bu anlamdır. Her halukarda geçerlidir. Dolayısıyla realist yorum teorisi, otantik yorumcunun her yorumuna meşruluk kazandırmaktadır. Bu teorinin gözünde, otantik yorumcunun yetkisi sınırsızdır. Bu yorumcunun yaptığı yorumlar, doktrin tarafından yanlış bulunabilir. Keza bu otantik yorumlar, bir çoklarına göre kanunun bizzat sözüne bile aykırı olabilir. Ancak tüm bunlar yorumun geçerliliğini etkilemez. Otantik yorumun geçerliliği etkilenmese de, otantik yorum yetkisinin ortaya çıkaracağı sonuçlar anayasal sistemde dengelenmelidir. Bu dengelenme, anayasal sistemin diğer organlarının göstereceği tepkiler ile olur. Bu tepkiler de aslında bu organların kendilerine verilen yetkileri kullanmalarından ve kendi alanlarında yaptıkları otantik yorumlardan ibarettir. İşte realist yorum teorisinin dengeleyicisi olarak şimdi *mekanist anayasa anlayışını* göreceğiz.

II. MEKANİST ANAYASA ANLAYIŞI

İlk önce mekanist anayasa anlayışının karşıtı olan hukuki anayasa anlayışını görelim.

"Hukuki anayasa anlayışı (*conception juridique de la constitution*)"[73]nda, anayasa

73. Hukuki anayasa anlayışını ifade etmek için bazen "norm olarak anayasa" (*constitution comme norm),* "hukuki kurallar bütünü olarak anayasa" (*constitution comme ensemble des règles juridiques*) de denmektedir. Aynı anlamda bazı yazarlar da, "normatif anayasa" (*constitution normative)*, "anayasanın normatif içeriği" (*contenu normatif de la constitution*) veya "anayasanın hukuki okunuşu" (*lecture juridique de la constitution*) ndan bahsetmektedirler.

kamu iktidarları için bağlayıcı hukuk normları bütünü olarak kabul edilir[74]. Diğer bir ifadeyle, bu anlayışta anayasa, bağlayıcı hukuki bir metin olarak algılanır.

Buna karşılık, "mekanist anayasa anlayışı (*conception mécaniste de la constitution*)"[75]nda, anayasa, devlet içinde siyasi iktidarın organizasyonu olarak algılanır. Bu organizasyon içinde, anayasal organlar, öylesine dengeli ve karşılıklı yetkilere ve eylem araçlarına sahiptirler ki, isteseler de iktidarlarını aşamazlar. Onlar gerçek anlamda "yükümlülüklere (*obligations*)" değil, karışık bir sistem içinde bulunmalarından kaynaklanan "güçlüklere (*contraintes*)" tâbidirler[76]. Michel Troper'in belirttiği gibi, kamu iktidarlarının davranışları, *bağlayıcı hukuk normlarının uygulanması* veya ihlali olarak değil, ama içinde anayasal düzenlemelerin ve onların karşılıklı ilişkilerinin bulunduğu karışık nedenler bütününün ürünü olarak algılanır. Mesele bir kamu makamının ne yapması *gerektiği* veya neyi yapmasına *izin* verildiği değil, ama neyi yapmasının *mümkün* olduğudur[77]. Diğer bir ifadeyle, anayasa hükümleri tek başlarına değil, ama karşılıklı ilişkileri içinde değerlendirilirse, onların bir şeyi emretmediği veya bir şeye yetki vermediği, ama çeşitli stratejilere olanak verdikleri gözlemlenebilir. Eğer anayasa, kurallar bütünü ise, bu kurallar hukuk kuralları değil, "oyun" kurallarıdır: Her oyuncu, kuralların dilbilgisel ifadeleri nedeniyle değil, ama kendi davranışının öbür oyunculardaki yol açacağı tepkileri düşünerek mümkün olan değişik davranışlar arasında bir seçim yapar[78].

Michel Troper şu sonuca varmaktadır: Anayasa bağlayıcı değildir, ama bütün kamu iktidarlarını karşılıklı ve karmaşık ilişkiler yumağına soktuğu ölçüde, her birinin kendi yetkilerini tek başına belirleme yetkisini sınırlamaktadır. Bu sınırlama hukuki nitelikte değildir. Bir yükümlülük değil, bir zorlama söz konusudur[79].

Mekanist anayasa anlayışının ışığında, otantik yorum yetkisine sahip organın yorumlarının, bu organın partneri durumundaki diğer organların tepkisi ile dengeleneceği söylenebilir. Otantik yorum yapan yetkili organ yapacağı yorumun her halukarda geçerli olduğunu varsayarak tamamen keyfine göre yorum yapmayacaktır. Bu yorumu yaparken, bu yorumun diğer anayasal organlarda yol açacağı tepkileri de hesaba katacaktır. Tartışmalı yorumlar yaparsa diğer organların tepkisini çeker. Bunun sonucunda, zamanla, mevcut yetkilerinde bir kısılma ortaya çıkabilir.

---

74. Michel Troper, "La Constitution et ses représentations sous la Ve République", *Pouvoirs*, n°4, 1978, s.62.

75. Mekanist anayasa anlayışını ifade etmek için bazen "kurumsal anayasa" (*constitution institutionnelle*) veya "fikir olarak anayasa" (*constitution comme idée*) ifadeleri de kullanılmaktadır. Aynı anlamda bazı yazarlar da, "anayasanın siyasi içeriği" (*contenu politique de la constitution*) veya "anayasanın siyasi okunuşu" (*lecture politique de la constitution*) ndan bahsetmektedirler.

76. Troper, "La Constitution et ses représentations sous la Ve République", *op. cit.*, s.62.

77. *Ibid.*, s.68.

78. *Ibid.*, s.70.

79. Troper, "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité", *op. cit.* s.150.

Şimdi Türk Anayasa Mahkemesi kararlarından bazılarının nasıl realist yorum teorisini ve bu kararlara gösterilen tepkilerin de nasıl mekanist anayasa anlayışını teyit ettiklerini göreceğiz.

III. REALİST YORUM TEORİSİ VE MEKANİST ANAYASA ANLAYIŞININ TÜRK ANAYASAL PRATİĞİ TARAFINDAN TEYİDİ

Şimdi realist yorum teorisini ve mekanist anayasa anlayışını Türk anayasa hukukuna uygulamaya çalışacağız. Bu teori ışığında Türk Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasası döneminde anayasa değişiklikleri üzerine verdiği ve hayli tartışmalara yol açmış kararlarını tekrar değerlendirmeye çalışacağız.

A. 1971 ÖNCESİ

Önce Anayasa Mahkemesinin içtihadını, sonra bu içtihada tali kurucu iktidarın gösterdiği tepkiyi göreceğiz.

1. Anayasa Mahkemesinin Anayasa Değişiklikleri Üzerine İçtihadı: Realist Yorum Teorisinin Teyidi

Bilindiği gibi, 1961 Anayasasının 68'inci maddesi 6.11.1969 tarih ve 1188 sayılı kanun ile değiştirilmiş, bu anayasa değişikliğinin iptali istemi ile Türkiye İşçi Partisi tarafından Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmıştır.

Anayasa Mahkemesinin bu davada cevaplamak zorunda olduğu ilk soru, anayasa değişikliklerinin anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisine sahip olup olmadığı sorusu idi. Bu soruya ise değişik cevaplar verilebilirdi. Zira, bu konuda Anayasa Mahkemesinin yetkisini düzenleyen Anayasanın 147'nci maddesinin metni değişik şekillerde yorumlanabilirdi. 147'nci madde şöyle diyordu:

> "Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetler".

Görüldüğü gibi, 147'nci madde "kanunlar"ın Anayasaya uygunluğunu denetlemek konusunda Anayasa Mahkemesine yetki veriyor, ancak "anayasa değişiklikleri"nden veya "anayasal kanunlardan" hiçbir şekilde bahsetmiyordu. O halde Anayasa Mahkemesinin cevaplamak zorunda olduğu ilk soru, 147'nci maddenin metninde geçen "kanunlar" kelimesinin "anayasa değişiklikleri"ni de kapsayıp kapsamadığı sorusuydu.

Bu soruya değişik cevaplar verilebilirdi. Bir kere denilebilirdi ki, bu madde metninde açıkça "anayasa değişiklikleri" denmediğine göre, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini denetlemeye yetkisi yoktu. İkinci olarak Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini denetleme yetkisinin olduğu da düşünülebilirdi. Zira, anayasa değişiklikleri de biçimsel bakımından birer "kanun"dur. 147'nci madde ise "kanunlar"ın anayasaya uygunluğu denetimini Anayasa Mahkemesine vermektedir.

Görüldüğü gibi, ortada Anayasa Mahkemesinin yetkisini düzenleyen bir anayasa maddesi *metni* olmasına rağmen, uygulanacak olan anayasa *normu* yoktur.

Söz konusu norm, Anayasanın 147'nci maddesinin metninde geçen "kanunlar" kelimesinin ne anlama geldiğinin tespit edilmesinden, yani yorumlanmasından sonra ortaya çıkmaktadır. 147'nci maddedeki "kanun" kelimesi de, yukarıda belirtildiği gibi, değişik şekillerde yorumlanabilir. Birinci yoruma göre, "kanun" kelimesi "anayasa değişiklikleri"ni, "anayasal kanunları" kapsamaz. İkinci bir yoruma göre ise, "kanun" kelimesi "anayasal kanunları" da içerir.

Anayasa Mahkemesi bu muhtemel yorum tarzlarından ikincisini benimsemiştir:

> "1961 Anayasasında yapılacak değişikliklerin, Anayasanın 155. maddesinde yer alan usul ve şartlara uyulmak suretiyle çıkarılacak kanunlarla mümkün olabileceği ortadadır. Nitekim söz konusu 1188 sayılı metnin adı da, başlığında açıkça görüleceği üzere 'kanun'dur. Esasen 155. maddede Anayasa değişiklerinin bazı kayıt ve şartlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere uyulmak suretiyle Meclislerden geçirileceği ilkesi konulmak suretiyle bunların 'kanun' nitelikleri de ayrıca belirtilmiş bulunmaktadır"[80].

Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesinin yorumuna göre, anayasa değişiklikleri de 147'nci madde anlamında bir 'kanun'durlar. Dolayısıyla, özel yetki ile yetkilendirilmesine gerek olmaksızın, 147'nci madde kapsamında anayasa değişikliklerini de denetleyebilir.

Anayasa Mahkemesinin bu cevabı şüphesiz eleştirilebilir. Anayasa Mahkemesinin kararını destekleyenler olduğu gibi[81], bu karara karşı çıkanlar da olmuştur. İlk eleştiri muhalif üye Fazıl Uluocak'ın yazdığı muhalefet şerhinde yer almıştır:

> "Anayasa Mahkemesinin görevi kanunların ve yasama meclislerinin içtüzüklerinin Anayasa'ya uygunluğunu denetlemektir. Anayasa'nın değiştirilmesi teklifi ve bu teklifin meclislerce kabulü Anayasa'da gösterilen usul ve şartlara tâbidir. Buna göre, yapılıp anayasa metnine giren bir hüküm iptali hakkındaki davaların görüşülmesi Anayasa Mahkemesinin görevi dışında olduğu kanısındayım"[82].

Böylece Fazıl Uluocak, "kanunlar" ile "anayasa değişiklikleri" arasında bir nitelik farkı görmekte, bu nedenle de 147'nci maddede geçen kanun teriminin "anayasa değişiklikleri"ni kapsamadığını düşünmektedir. Bu arada şunu da belirtelim ki, kurul halinde verilen mahkeme kararlarında bulunan karşı oy yazıları, bir metnin nasıl değişik şekillerde yorumlanabileceğini açıkçası, bir metnin nasıl birden fazla norm içermeye elverişli olduğunun en mükemmel kanıtıdırlar. Ancak yine de otantik yorum, muhalif üyelerin yorumu değil, çoğunluğun yorumudur.

---

80. Anayasa Mahkemesinin 16.6.1970 Tarih ve E.1970/1 ve K.1970/31 Sayılı Kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi,* Sayı, 1971, s.322.

81. Örneğin bkz. Rona Serozan, "Anayasayı Değiştirme Yetkisinin Sınırları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt XXXVII, no.1-4, 1972, s.140.

82. Fazıl Uluocak'ın Muhalefet Şerhi, *in* Anayasa Mahkemesinin 16.6.1970 Tarih ve E.1970/1 ve K.1970/31 Sayılı Kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi,* Sayı, 1971, s.334.

Soruna realist yorum teorisi açısından bakılırsa şunlar söylenebilir: Olayda Anayasa Mahkemesine önceden verilmiş bir norm yoktur. Yüksek Mahkemeye verilmiş olan şey *norm* değil, Anayasanın 147'nci maddesinin *metni*dir. Sorunun çözümü 1961 Anayasasının 147'nci maddesinde geçen "kanun" kelimesinin yorumuna bağlıdır. Eğer "anayasa değişiklikleri" de 147'nci madde anlamında bir "kanun" olarak kabul edilirlerse, Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi tutulabilirler. O halde 147'nci maddede geçen "kanun" kelimesini *yorumlamak* gerekir. Şüphesiz herkes bu kelimeyi istediği gibi yorumlayabilir. Hukukta bu yorumlardan sadece bir tanesi geçerlidir. Diğerleri kişisel görüş niteliğindedir. O halde otantik yorumu, yani hukuken itiraz edilemeyen ve pozitif hukukun sadece kendisine hukuki sonuçlar bağladığı yorumu tespit etmek gerekir.

1961 Anayasası sisteminde Anayasa metninin Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan yorumu otantiktir. Zira, 1961 Anayasasının 152'inci maddesine göre, "Anayasa Mahkemesi kararları kesindir... ve devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar". Diğer bir ifadeyle, kimse Anayasa Mahkemesi kararlarının geçerliliğine hukuken karşı çıkamaz. Zira, bu kararların iptal edilebilmesi imkansızdır. İçerikleri ne olursa olsun hukuki sonuçlarını doğururlar. Kaldı ki, bu yorumun kendisiyle karşılaştırılıp Anayasa Mahkemesinin yorumunun yanlış olduğunun söyleneceği bir standart yorum da yoktur.

Anayasa Mahkemesi de 147'nci madde de geçen "kanun" kelimesini yorumlamış, bu kelimenin sadece adi kanunları değil, "anayasayı değiştiren kanunları" da kapsadığını söylemiştir. O halde, realist yorum teorisi açısından 1961 anayasasının ilk şeklinde anayasa değişiklerinin de Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebileceğini söylemekten başka bir şey kalmıyor.

Anayasa Mahkemesi 16 Haziran 1970 gün ve E.1970/1, K.1970/31 sayılı kararında anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından değil, esas bakımından da denetlemeye yetkili olduğuna karar vermiştir. Zira Mahkemeye göre, "devlet şeklinin cumhuriyet olduğu yolundaki hükmün değiştirilemez" olduğu hükmünü getiren 1961 Anayasasının 9'uncu maddesi anayasa değişikliklerini öz bakımından da sınırlandırmaktadır.

Anayasa'nın 9'uncu maddesinin metninde "devlet şeklinin cumhuriyet olduğu yolundaki hükmün" değiştirilemeyeceği ve 1'inci maddesinin metninde de "Türkiye Devletinin bir Cumhuriyet olduğu" yazılı idi. Ama bu "cumhuriyet"in bir tanımı Anayasada yapılmamıştı. Dolayısıyla "cumhuriyet" anayasa metninde geçen bir kelimeden başka bir şey değildi. 9'uncu maddeden bir norm çıkarabilmek için bu maddenin metninde geçen "cumhuriyet" kelimesinin yorumlanması gerekiyordu.

"Cumhuriyet" kelimesi ise, değişik şekillerde yorumlanabilirdi. Bilindiği gibi, sadece Türkiye'de değil, başka ülkelerde de "cumhuriyet" kelimesinden farklı farklı şeyler anlaşılmıştır. Mesela, benzer bir anayasayı değiştirme yasağının bulunduğu Fransa'da da bu konu tartışılmış, "cumhuriyet"ten değişik şeyler

anlaşılmış ve bu değiştirme yasağının kapsamı da değişik şekilde algılanmıştır. Örneğin Jean-Marie Pontier, "cumhuriyet" kelimesinin, hukuki, siyasi, tarihi, felsefi anlamının bulunduğu gibi, hatta duygusal bir anlamının dahi bulunduğunu yazar[83]. Diğer anlamları bir yana bırakılsa bile, Fransız yazarlar hükümet şekli olarak dahi "cumhuriyet"in tanımında uzlaşmış değillerdir. Bir grup yazara göre, bu "cumhuriyet" kavramı *dar yorum*lanmalıdır. Onlara göre cumhuriyet, devlet başkanlığının veraset yoluyla intikal etmediği bir hükümet şeklidir[84]. Görüldüğü gibi bu tanımda, "cumhuriyet", monarşinin karşıtı olarak tanımlanmıştır. Özetle Georges Vedel'in belirttiği gibi, bu anlayışta,

> "ırsi olarak intikal eden bir devlet başkanlığı ihdas edilmedikçe, cumhuriyet vardır. Politik olarak ve duygusal olarak, cumhuriyet kelimesi bu negatif tanımdan başka bir şeyi ifade edebilir. Ama hukuken cumhuriyet şeklini değiştirme yasağı bir monarşinin veya veraset yoluyla intikal eden bir imparatorluğun ihdasını engeller"[85].

Buna karşılık, *geniş yorum* taraftarlarına göre, "cumhuriyet" kavramı, demokratik düzenin temel prensiplerini de içerir[86]. Bu yoruma göre, cumhuriyet şekli, genel oy, temsili rejim, kuvvetler ayrılığı gibi ilkeleri de içerir[87]. Özetle geniş anlamda cumhuriyet, sadece monarşinin karşıtı değil, aynı zamanda demokrasinin eş anlamlısıdır.

Türk Anayasa Mahkemesi de 16 Haziran 1970 tarihli kararında "cumhuriyet" kelimesini *geniş anlamda* yorumlamıştır. Yüksek Mahkemeye göre:

> "Buradaki değişmezlik ilkesinin sadece 'cumhuriyet' sözcüğünü hedef almadığını söylemek bile fazladır. Yani, Anayasada sadece 'cumhuriyet' sözcüğünün değişmezliğini kabul ederek, onun dışındaki bütün ilke ve kuralların değişebileceğini düşünmenin Anayasanın bu ilkesi ile bağdaştırılması mümkün değildir. Zira, 9. maddedeki değişmezlik ilkesinin

83. Jean-Marie Pontier, "La république", *Recueil Dalloz Sirey,* 1992, 31e Cahier, Chronique, XLVII, s.239-246. Bu konuda keza bkz. Jean-Louis Quermonne, "République", *in* Olivier Duhamel ve Yves Meny (sous la direction de-), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, P.U.F., 1992, s.921; Michel Henry Fabre, *Principes républicains de droit constitutionnel*, 4e édition, Paris, L.G.D.J., 1984, s.3.

84. Dar yorum taraftarları için bkz: Julien Laferrière, *Le nouveau gouvernement de la France: les actes constitutionnels de 1940-1942*, Paris, Sirey, 1942, s.40; Georges Vedel, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, (réimpression, 1989), s.278, 318; Daniel Gaxie, "Article 89", *in* François Luchaire ve Gérard Conac (sous la direction de-), *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 2e édition, 1987, s.1329; Bernard Branchet, *La révision de la Constitution sous la Ve République*, Paris, L.G.D.J., 1994, s.64.

85. Georges Vedel, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949 (réimpression, 1989), s.278.

86. Didier Maus, "Sur 'la forme républicaine du gouvernement'", Commentaire sous C.C., n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, (Maastricht II), *Revue française de droit constitutionnel,* n°11, 1992, s.412. Maurice Agulhon cumhuriyeti, "ne kralı, ne diktatörü olan bir rejim, bir hukuk devleti, bir liberal demokrasi" olarak tanımlamaktadır (Maurice Agulhon, *La République: 1880 ą nos jours*, Paris, Hachette 1990'den nakleden Quermonne, op. cit., s.923. Keza Maurice Hauriou da cumhuriyetten "tamamen seçime dayalı bir hükümek şekli" anlıyordu (Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2e édition, 1929, (reprint par C.N.R.S., Paris, 19659, s.343).

87. Maus, *op. cit.*, s.412. Keza bkz. Louis Favoreu, Commentaire sous C.C., n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, (Maastricht II), *Revue française de droit constitutionnel*, 1992, s.738.

amacının, Anayasanın 1., 2., maddelerinde ve 2. maddenin gönderme yaptığı başlangıç bölümünde yer alan temel ilkelerle niteliği belirtilmiş, 'cumhuriyet' sözcüğü ile ifade edilen devlet sistemidir"[88].

Özetle bu kararda Anayasa Mahkemesi "cumhuriyet" kelimesini geniş anlamda yorumlamış, bu yoruma göre de değişmezlik yasağı sadece 1'inci maddeyi değil, 2'nci maddede ifade edilen ilkeleri de içermektedir.

Bilindiği üzere, Anayasa Mahkemesinin cumhuriyet kelimesini geniş anlamda yorumlaması Türk anayasa hukuku doktrininde derin tartışmalara yol açmıştır. Örneğin Rona Serozan, Muammer Aksoy ve Yıldızhan Yayla gibi yazarlar Anayasa Mahkemesinin yorumunu doğru bulurken[89], bir çok yazar da Anayasa Mahkemesi bu yorumunu şiddetle eleştirmişlerdir. Onlara göre, cumhuriyetin değiştirilemezliği ilkesi, sadece iktidarın ırsi intikalini yasaklıyordu. Keza, 9'uncu madde belirtilen yasak, değiştirilebilirlilik kuralının istisnası niteliğindeydi ve hukukun bir genel ilkesi gereğince istisnai hükümler genişletici yoruma tâbi tutulamazlardı[90]. Dahası, bu yorum Anayasa Mahkemesine sınırsız bir yetki tanımaktaydı. Zira Anayasanın 2'nci maddesini ilgilendirmeyen anayasa değişikliği düşünmek mümkün değildi. Nihayet böyle bir yorum, hukukilik denetimi değil, yerindelik denetimine yol açıyordu[91].

Her ne kadar Anayasa Mahkemesinin cumhuriyet kelimesine verdiği geniş anlam eleştirilebilirse de, realist yorum teorisi ışığında söylenebilecek tek şey bu eleştirilerin sadece kişisel görüş olduklarıdır. Pozitif hukuk açısından, 9'uncu maddede öngörülen cumhuriyeti değiştirme yasağının kapsamının ne olduğu sorusuna verilebilecek muhtemel cevaplar bizi ilgilendirmez. Bizi ilgilendiren sadece bu cevaplardan otantik olandır; yani hukuken itiraz edilemeyen ve pozitif hukukun kendisine hukuki sonuçlar tanıdığı cevaptır. Otantik cevap ise,

---

88. Anayasa Mahkemesinin 16.6.1970 Tarih ve E.1970/1 ve K.1970/31 Sayılı Kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı, 1971, s.323.

89. Rona Serozan, "Anayasayı Değiştirme Yetkisinin Sınırları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt XXXVII, n°1-4, 1972, s.134; Muuammer Aksoy, *Devrimci Öğretmenin Kıyımı ve Mücadelesi* (sic!), Ankara, Orsel Matbaası, 1975, Cilt II, s.1262; Yıldızhan Yayla, "Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü", *Hıfzı Timur'un Anısına Armağan*, İstanbul, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü Yayını, 1979, s.1012-1013.

90. Yukarıda da not ettiğimiz gibi yorum metotları ve kuralları "sözde" ilkelerdir. Hiçbir pozitif hukuki değere sahip değildirler. İstisnai hükümlerin dar yorumlanacağı yolundaki kuralda doktrinin ürünüdür. Hiçbir şekilde bir hukuk kuralı değildir. Hakimleri bağlamaz. Bunu en güzel örneği Anayasa Mahkemesinin yukarıda incelenen kararıdır.

91. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, 1993, s.134-137; Cem Eroğul, *Anayasayı Değiştirme Sorunu : Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1974, s.168; Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, İstanbul, Gerçek Yayınevi, 4. Baskı, 1977, s.219; Mehmet Turhan, "Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XXXIII, 1976, n°1-4, s.98; Erdal Onar, *1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Ankara, 1993, s.9-10; Tahsin Türkçapar, "Anayasa Mahkemesinin Anayasada Yapılan Değişiklikleri Denetleme Yetkisi", *Yargıtay Dergisi*, Cilt IV, 1978 (Ocak-Nisan), n°1-2, s.28-29; Orhan Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982, s.362; Burhan Kuzu, *1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990, s.182-183.

1961 Anayasası sisteminde Anayasa Mahkemesinin verdiği cevaptır. Zira, bu Anayasanın 152'inci maddesine göre. "Anayasa Mahkemesi kararları kesindir... ve devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel tişileri bağlar". Diğer bir ifadeyle, kimse Anayasa Mahkemesinin yaptığı yoruma hukuken karşı çıkamaz ve bu yorum içeriği ne olursa olsun sonucunu doğurur; bu yorumun iptal edilebilmesi söz konusu değildir. Ayrıca, bu mantıken de tutarlı bir sonuçtur; zira, Anayasa Mahkemesinin yorumunun yanlış olduğunu söyleyebilmek için bu yorumun standart bir yorumla karşılaştırılması gerekir. Oysa elde böyle bir standart yorum yoktur.

Eğer bu böyleyse, yani Anayasa Mahkemesinin yorumundan önce norm yok ise ve Anayasa Mahkemesi de serbestçe yorumlar yapabiliyorsa ve yaptığı yorum da ne olursa olsun geçerli ise, Anayasa Mahkemesinin meşruluğu sorunu kaçınılmaz olarak ortaya çıkmaktadır. Zira anayasa yargısının meşruluğu, normlar hiyerarşisi varsayımına, kısacası, anayasaya aykırı bir kanunun geçerli olamayacağı tezine dayanmaktadır. Oysa realist yorum teorisinin gösterdiği gibi, anayasa normunun gerçek koyucusu, onu yorumlayan Anayasa Mahkemesi ise, bu organının faaliyeti meşru değildir. Dahası bu organ kurucu iktidarın iradesi ile bağlı değildir. Hatta Michel Troper'den esinlenerek, Anayasa Mahkemesinin "eş-kurucu iktidar (*co-pouvoir constituant*)" olduğunu dahi söyleyebiliriz.

2. Kurucu İktidarın Tepkisi: Mekanist Anayasa Anlayışının Teyidi

Anayasa Mahkemesinin yukarıda incelenen 16 Haziran 1970 tarihli kararıyla yaptığı otantik yorum anayasal sistemin diğer organlarında tepki yaratmıştır. 20 Eylül 1971 tarihinde yapılan Anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesinin yetkilerini düzenleyen 1961 Anayasasının 147'nci maddesi şu şekilde değiştirilmiştir:

> "Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya, Anayasa değişikliklerinin de Anayasa'da gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler".

Bu hükümle artık Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerinin denetlenmesi konusunda yetkili olup olmadığı sorunu açıkça çözümlenmiş oluyordu. Tali kurucu iktidarın arzusu, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişiklikleri üzerindeki denetimi *şekil* ile sınırlandırmaktı. Diğer bir ifadeyle tali kurucu iktidar, Anayasa Mahkemesine anayasa değişiklikleri konusunda esas denetimi yapmasını açıkça yasaklıyordu.

Özetle Anayasa Mahkemesi, 1970 yılında, kendisini esas denetimi yapmaya yetkili görmüş özellikle de "cumhuriyet" kelimesini geniş anlamda yorumlamıştır. Anayasa Mahkemesinin bu yorumu her ne kadar eleştirilse de geçerli olmuştur. Böylece realist yorum teorisi teyit edilmiştir. Diğer yandan, aşırı gittiği düşünülen bu otantik yoruma 1971 değişikliği ile tali kurucu iktidar tepki göstermiş, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişiklikleri konusundaki yetkisini kısmıştır. Gösterilen tepki de mekanist anayasa anlayışını teyit etmektedir.

B. 1971 SONRASI

Ne var ki Anayasa Mahkemesi, mekanist anayasa anlayışını sezmemiş, 1971 Anayasa değişikliğinden sonraki dönemde de anayasal partnerlerinin tepkisini çekebilecek yorumlar yapmaktan kaçınmamıştır.

1. Anayasa Mahkemesi Kararları: Realist Yorum Teorisinin Teyidi

Yukarıda açıklandığı gibi, artık 1961 Anayasası, anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlenmesine imkan vermiyordu. Denetleme sadece şekil bakımından mümkün idi. Ancak bu dönemde de şekil denetiminin kapsamının tespitinde mesele çıktı.

Zira 1961 Anayasasının 147'nci maddesi "Anayasada belirtilen şekil şartlarına uygunluğunu" denetleme görevini Anayasa Mahkemesine veriyordu. Maddenin metninde geçen "şekil şartları" ifadesinden ne anlaşılması gerekiyordu. Ortada sadece bir metin vardı. Bunun anlamının "yorum" ile tespit edilmesi gerekiyordu. Anayasa Mahkemesi bu ifadeyi öyle yorumladı ki, Anayasanın 9'uncu maddesinde öngörülen cumhuriyetin değişmezliği kuralı da bu yoruma göre bir şekil şartı haline geldi. Yüksek Mahkemeye göre,

> "kanun ve o nitelikte bulunan anayasa değişikliklerini teklif etmeyi düzenleyen Anayasa hükümleri birer biçim kuralı olduklarına göre, bunu yasaklayan bir kuralın dahi bir biçim kuralı olduğunudan hiç kuşku yoktur. Çünkü bu yasak, belli sayıdaki Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin esasında kendileri için hak teşkil eden ve niteliği bakımından da bir yasama işlemi olan Anayasa değişikliği teklif etmelerini önlemektedir. Başka bir deyimle, değişiklik teklifi değişmezlik ilkesiyle çatışmıyorsa, Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygun olarak yöntemi içinde yürüyecek ve şayet çatışıyorsa, hiç yapılamayacak, yapılmış ise, yöntemi içinde yürütülemeyecek, yürütülmüş ise kabul edilip kanunlaşamayacaktır"[92].

Anayasa Mahkemesinin bu kararı Türk anayasa hukuku doktrininde şiddetle eleştirilmiştir. Bu doktrinin ezici çoğunluğuna göre, Anayasa Mahkemesi bu kararında,

> "şekil görüntüsü altında, esas denetimi yapmıştır. Bir anayasa değişikliğininin Cumhuriyetin temel niteliklerine aykırı olup olmadığının saptanması, ancak konunun esasına girmekle mümkündür. Oysa, Anayasanın 1488 sayılı Kanunla değiştirilmiş 147'nci maddesi, Anayasa Mahkemesine esas yönünden bir denetleme yapma yetkisi vermemiştir"[93].

Yazarlar ilk önce 147'nci maddenin 1971 değişikliği gerekçesini hatırlatırlar. Bu gerekçede açıkça, Anayasa Mahkemesine tanınan denetim yetkisi, "Anayasa

92. Anayasa Mahkemesinin 15 Nisan 1975 gün ve E.1973/19 ve K.1975/87 Sayılı Kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı 13, 1976, s.430-431.

93. Özbudun, *op. cit.*, s.137. Aynı yönde bkz: Onar, *op. cit.*, s.142-144; Soysal, *op. cit.*, s.220-221; Türkrçapar, *op. cit.*, s.35; Yayla, *op. cit.*, s.980; Mehmet Akad, "Anayasa Yargısı Üzerine Gözlemler", *Yargı*, n°37, Mayıs 1979, s.39-43.

değişikliğinin sadece teklif, müzakere ve kabul edilmesine ait Anayasa hükümlerine uygun olarak yapılmış bulunup bulunmadığı noktasına münhasır olduğu" belirtilmiştir[94]. Dolayısıyla, şekil denetiminin kapsamı anayasa koyucunun hazırlık çalışması ile belirtilmiştir. Ne var ki Anayasa Mahkemesi hazırlık çalışmalarına itibar etmemiştir. Kanımızca etmediğinden dolayı da eleştirilemez. Zira, yukarıda da belirtildiği gibi "yorum metotları"nın, keza "tarihi yorum metodu"nun, hiçbir pozitif hukuki değeri yoktur. Öbür yorum metotları gibi, tarihi yorum metodu da, bir hukuk kuralı değildir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesini bağlamaz. Yüksek Mahkemenin bu kararı da, tarihi yorum metodunun bağlayıcı bir değerinin olmadığını güzel bir şekilde göstermektedir.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesinin şekil denetimin kapsamını esas denetimini içerecek şekilde geniş tanımlaması eleştirilebilse de, realist yorum teorisi ışığında söylenebilecek tek şey bu eleştirilerin sadece kişisel görüş niteliğinde olduklarıdır. 20 Eylül 1971 değişikliğinden sonra 147'nci maddenin metninde geçen "şekil denetimi" ibaresinin ne anlama geldiği sorusuna verilebilecek muhtemel cevaplar bizi ilgilendirmez. Bizi ilgilendiren sadece bu cevaplardan otantik olandır, yani hukuken itiraz edilemeyen ve pozitif hukukun kendisine hukuki sonuçlar tanıdığı cevaptır. Otantik cevapsa, 1961 Anayasasının 152'inci maddesine göre ise, Anayasa Mahkemesinin verdiği cevaptır. Anayasa Mahkemesinin otantik yorumuna göre ise, şekil denetimi cumhuriyetin değişmezliği ilkesini de içerir.

Özetle, 20 Eylül 1971 değişikliği ile 1961 Anayasasının 147'nci maddesi değiştirilmiştir. Ama değiştirilen şey *norm* değil, bu maddenin *metni*dir. Zira realist yorum teorisine göre, bir maddenin metninde norm değil, kelimeler vardır. Bu kelimelerin kendisi değil, anlamları normdur. Bu anlam ise ancak yetkili organ tarafından tespit edilebilir. Bu anlam ise 147'nci madde bağlamında yukarıda belirtildiği gibi tespit edilmiştir.

Şunu da belirtelim ki, bu denetimin şekil görüntüsü altında esas denetimi olup olmaması veya açıkça esas denetimi olması Anayasa Mahkemesinin yaptığı yorumun geçerliliğini etkilemez. Kaldı ki, yüksek Mahkeme, ilk kararında her ne kadar şekil denetimi yaptığını iddia etmişse de, daha sonraki kararlarında, bu incelemeyi yaptığı bölümlere, açıkça esas denetimi yaptığı yolunda başlıklar atmıştır. İlk önce, 23 Mart 1976 gün ve E.1975/167 ve K.1976/19 sayılı kararında cumhuriyetin değişmezliği ilkesi açısından inceleme yaptığı bölüme, *"Anayasanın 9. maddesindeki biçim koşuluna aykırılık sorunu"*[95] başlığı altında; 12 Ekim 1976 ve 27 Ocak 1977 tarihli kararında ise, *"esasın biçim yönünden incelenmesi"*[96]; ve nihayet 27 Eylül 1977 tarih ve E.1977/82 ve K.1977/117 sayılı kararında açıkça *"esasın incelenmesi"*[97] başlığını verebilmiştir. Açıkça görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi, bu yaptığı şeyin baştan bir şekil denetimi olduğunu düşünürken, daha sonra buna

94. Millet Meclisinin 27.8.1971 s.li 156. Birleşim tutanağı sonuna ekli, Tarih Sayısı 419, s.16-17, *Millet Meclisi Tutanak Dergisi*, Dönem 3, Cilt 17 (Aktaran: Onar, *op. cit.*, s.144).

95. *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı 14, 1977, s.134.

96. *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı 14, 1977, s.265, 294.

97. *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı 15, 1978, s.456.

hiç gerek duymamış, ilk önce, *"esasın biçim yönünden incelenmesi"*[98] gibi anlaşılması güç bir ifadeye başvurmuş, daha sonra ise yaptığı işe açıkça *"esasın incelenmesi"* demekte hiçbir sakınca görmemiştir.

Oysa, tali kurucu iktidarın hazırlık çalışmalarından çıkan anlama ve doktrinin ezici çoğunluğunun bu madde hakkında yaptığı yorumdan çıkan anlama göre, 20 Eylül 1971 değişikliğinden itibaren 1961 Anayasasının 147'nci maddesi esas denetimini dışlıyordu. Burada Türk Anayasa Mahkemesinin kendisini Anayasanın açık hükümleri ile pek bağlı hissetmediği gözlemlenebilir. Bu nedenle bu dönemde Türk Anayasa Mahkemesi hakimlerinin anayasa koyucuya itaat duygularının varlığından şüphelenebilir. Diğer bir ifadeyle Türk anayasa yargıçlarının bir "normatif ideoloji"ye sahip olup olmadıkları, yani "kendilerini kurallarla bağlı görüp görmedikleri" sorusu kaçınılmaz olarak ortaya çıkmaktadır.

Alf Ross hukukun geçerliliğinin gerçekte "yargıçların manevi hayatıyla ilgili varsayımlar" üzerine kurulu olduğunu yazar. Ross, "yargıçların kanun koyucuya itaat"inden veya "yargıçların kurallar ile bağlı olma duygusu"ndan bahseder[99]. Aynı anlamda Aulis Aarnio da "yargıçların normatif ideolojisi"nden söz eder[100]. Alf Roos'a göre hukuk, yargıcın düzenli bir davranışının olacağını ve "kurallar ile bağlı olma duygusuna" sahip olduğunu varsayar. Yani yargıç kanun koyucuya itaat etmelidir. Bu böyle olmazsa, kanun koyucu tarafından konulan normlar geçerli olamaz. Örneğin varsayalım ki yargıç, çocuk düşürme halinde ceza vermektedir. Eğer bir gün kanun koyucu çocuk düşürmeyi suç olmaktan çıkarırsa, yargıcın davranışı birdenbire değişir; artık çocuk düşürenleri cezaya çarptırmaz. Yeni kanun geçerlidir, zira yargıç davranışını değiştirmiştir. Eğer yeni kanuna rağmen yargıç, hala çocuk düşürme halinde müeyyide uygulamaya devam ederse, yeni kanunun geçerli olmadığına hükmetmek gerekir, zira bu kanun etkililikten mahrumdur. O halde yeni bir kanunun geçerliliği, yargıçların normatif ideolojisi üzerine de kuruludur. Bu ideoloji, yargıçların kanun koyucuya itaatinden, diğer bir deyişle, kendilerini kurallarla bağlı hissetmelerinden ibarettir[101].

Kanımızca aynı şey anayasa değişiklikleri alanında da söylenebilir; ve denilebilir ki, bir anayasa değişikliği eğer anayasa yargıçları kendilerini bu anayasa değişikliği ile bağlı görürlerse geçerli olabilir. Alf Ross'un açıklamalarını kendi alanımıza uyarlayarak, biz de "anayasa yargıçlarının kurucu iktidara itaati"nden

98. *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi,* Sayı 14, 1977, s.265; 294.

99. Alf Ross, *On Law and Justice,* London, Steven & Sons, 1958, s.36-38 *in* Christophe Grzegorczyk, Françoise Michaut ve Michel Troper (sous la direction de-) *Le positivisme juridique*, Bruxelles ve Paris, E. Story-Scientia ve L.G.D.J., 1992, s.325.

100. Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable..., op. cit.,* s.53. Keza bkz. Aulis Aarnio, "On the Validity, Efficacy and Acceptability of Legal Norms", *in* Grzegorczyk, Michaut ve Troper, *op. cit.,* s.328: "Eğer ve sadece eğer bir norm, bir makamı zorlayan bir *normatif ideolojiye* ait ise yürürlüktedir. Daha basit bir ifadeyle, bir makamın kendini bir hukuk normu ile bağlı hissedeceği varsayılabiliyorsa, bundan dolayı, bu hukuk normu yürürlüktedir".

101. Ross, *On Law and Justice, op. cit.,* s.36-38 *in* Grzegorczyk, Michaut ve Troper, *op. cit.,* s.325. Keza bkz. Aarnio, "On the Validity, Efficacy and Acceptability of Legal Norms", *op. cit.,* s.427-437 *in* Grzegorczyk, Michaut ve Troper, *op. cit.,* s.328.

veya "anayasa yargıçlarının anayasa değişiklikleri ile bağlı olma duygusu"ndan bahsedebiliriz. Keza, Aulis Aarnio'dan esinlenerek "anayasa yargıçlarının normatif ideolojisi"nden söz edebiliriz. Böyle bir bağlılık duygusunun yahut ideolojinin mevcut olmaması halinde anayasa değişikliklerinin geçerli olamayacağını iddia edebiliriz. Bu açıklamalar ışığında, Türk Anayasa Mahkemesinin 1971 sonrası içtihadına bakarsak, Türk anayasa yargıçlarının "normatif ideoloji"ye sahip olup olmadıklarından kuşku duyulabileceği ve "kurucu iktidara itaat etme duyguları"nın zayıf olduğu düşünülebilir. Zira verdikleri kararlar, anayasal organlar ve anayasa hukuku doktrini tarafından, Anayasa Mahkemesi üyelerinin kendilerini anayasa değişiklikleri ile pek de bağlı hissetmedikleri yolunda algılanmıştır. 20 Eylül 1971 tarihli anayasa değişikliğinden sonra da Anayasa Mahkemesi bu değişiklikten önceki içtihadını devam ettirmiştir. Oysa yukarıda da belirtildiği gibi, kurucu iktidar onlara 20 Eylül 1971 tarihli anayasa değişikliği ile anayasa değişikliklerinin esas bakımından denetlenmesini açıkça yasaklamıştı. Eğer, Türk anayasa yargıçlarında, "anayasa değişiklikleri ile bağlı olma hissi" mevcut olsa idi, davranışlarını değiştirip, anayasa değişikliklerinin esas denetimi konusunda yetkisiz olduklarına karar vermeleri gerektiği düşünülebilir. Türk anayasa yargıçlarının tali kurucu iktidara itaat duygularının zayıflığından 20 Eylül 1971 tarihli anayasa değişikliği etkililiğini ve dolayısıyla geçerliliğini kaybetmişti. Böylece Türk Anayasa Mahkemesinin, ülkede gerçek tali kurucu iktidar haline geldiği düşünülebilir.

2. Asli Kurucu İktidarı Tepkisi: Mekanist Anayasa Anlayışının Teyidi

Anayasa Mahkemesi 1971 sonrası dönemde de anayasal partnerlerinin tepkisini çekebilecek yorumlar yapmaktan kaçınmamıştır. Diğer anayasal organların ve doktrinin, 1971 tali kurucu iktidarının açıkça Anayasa Mahkemesine esas denetimi yapma yetkisini vermediğini kabul etmelerine rağmen, Yüksek Mahkeme tartışma yaratan yorumuyla esas denetimini yapmaya devam etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu dönemde de mekanist anayasa anlayışını sezemediğini gözlemleyebiliriz. Kendisinin de bir siyasal sistemde çalıştığını, bu sistemin diğer kurumlarının tepkilerini devamlı olarak almaktan kaçınması gerektiğini anlayamamıştır. Üstelik bu konuda Anayasa Mahkemesinin dikkati bir çok anayasa hukukçusu tarafından çekilmeye çalışılmıştır. Örneğin Mümtaz Soysal şunları yazmıştır:

> "Bu aslında çok tehlikeli bir gerekçe. Sonunda, toplumu 'yargıçlar devleti' denen bir anlayışa götürmesi, halkın oylarıyla kurulmuş bir parlâmentonun elindeki değiştirme yetkisini hiçe indirgemesi mümkün. Anayasa Mahkemesindeki yargıçlar, Cumhuriyetin temel niteliklerini belirli bir yönde yorumluyorlar diye, o tutuma aykırı düşen bütün anayasa değişiklikleri iptal edilecek ve dolayısıyla ulus bu alandaki yetkisini, kendi temsilcileri aracılığıyla da olsa, kullanamaz duruma mı gelecektir"[102]?

102. Mümtaz Soysal, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, İstanbul, Gerçek Kitabevi, 4. Baskı, 1977, s.218-219.

Keza yazara göre, Anayasa Mahkemesinin bu tutumu

> "sonucunun nerelere kadar varabileceği pek kolay kestirilemeyen yeni bir çığır içine girmek ve Anayasa Mahkemesinin kendi durumunu tehlikeye sokmak demektir"[103].

Orhan Aldıkaçtı da Anayasa Mahkemesinin bu tavrını eleştirmektedir:

> "Anayasa Mahkemesi, anlaşıldığına göre, kendini anayasanın da üstünde bir organ olarak görmekte, dolayısı ile anayasal iradeye de egemen olabileceğini düşünmektedir"[104].

Erdoğan Teziç de benzer endişeleri dile getirmiştir[105].

Keza aynı yazarlar, bu yorum tarzının bizzat Yüksek Mahkemenin kendi varlığına da zarar verebileceğini belirtmişlerdir. Tahsin Türkçapar, bu yorumunun "Anayasa Mahkemesinin saygınlığını ve yüceliğini tartışma konusu yapmaya neden olacağından" endişe duymuştur[106]. Cem Eroğul da Anayasa Mahkemesinin bu tutumunun yüksek Mahkemenin "vazgeçilmezliğinin tartışılmasına kapıları aralamakta" olduğunu belirtmiştir[107]. Keza Ergun Özbudun da benzer endişeleri haklı olarak dile getirmiştir:

> "Anayasa Mahkemesinin, anayasa değişikliklerinin denetimi konusunda benimsediği tutum, uzun vadede bizzat yüce Mahkemenin kurumsal menfaatlerine zarar verebilecek niteliktedir. Tecrübeler, anayasa yargısı ile toplumun çoğunluğunu temsil eden siyasal güçler arasında derin ve sürekli görüş ayrılıklarının belirmesi halinde, sonuçta anayasa yargısının yetkilerinin kısılması tehlikesinin söz konusu olabileceğini göstermektedir"[108].

Ne var ki Anayasa Mahkemesinin bu uyarıları pek dikkate aldığını söylemek oldukça güçtür. Nihayet, pek gecikmeden, mekanist anayasa anlayışını doğrular nitelikte, 1982 kurucu iktidarı, Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasası döneminde anayasa değişikliklerinin denetlenmesi konusunda yaptığı yorumlara tepki göstermiş Anayasa Mahkemesinin yetkilerini düzenlerken, bu Mahkemenin anayasa değişikliklerinin denetlenmesine ilişkin olan yetkilerini daha da kısıtlamıştır.

148'inci maddeye göre, Anayasa Mahkemesi, *"anayasa değişikliklerini sadece*

---

103. Mümtaz Soysal, "Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu", in *Anayasa Yargısı (I)*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1984, s.92.

104. Orhan Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İstanbul, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978, s.362.

105. Erdoğan Teziç, *Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı*, İstanbul, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972, s.134.

106. Tahsin Türkçapar, "Anayasa Mahkemesinin Anayasada Yapılan Değişiklikleri Denetleme Yetkisi", *Yargıtay Dergisi*, Cilt IV, 1978 (Ocak-Nisan), n°1-2, s.39.

107. Cem Eroğul, "Anayasa Mahkemesinin Yirminci Yıldönümü ve Birkaç Öneri", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt XXXVII, 1982, n°3-4, s.134.

108. Özbudun, *op. cit.*, s.137.

şekil bakımından inceler ve denetler". 1982 Anayasası ayrıca şekil denetiminin neden ibaret olduğunu da açıkça belirtmiştir. Yine aynı maddenin 2'nci fıkrasına göre, anayasa değişikliklerinde şekil denetimi, "teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır". Böylece anayasa koyucu, 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesinin şekil denetiminin anlamı konusunda yaptığı yorumu reddetmiş, şekil denetiminin nelerden oluştuğunu daraltıcı bir şekilde belirtmiştir. Artık bu düzenleme karşısında cumhuriyetin değişmezliği ilkesinin de bir şekil kuralı olduğunu savunmak mümkün değildir. Dolayısıyla, anayasa koyucunun bu düzenlemesi, bir tepki olarak, mekanist anayasa anlayışı doğrulamaktadır.

Dahası, 1982 Anayasası şekil denetiminin kapsamını hayli daraltıcı bir şekilde tanımlamıştır. Şekil denetimi artık teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususlarını incelemek ile sınırlıdır. Oysa anayasa değişikliği usulünün düzenlendiği 175'inci maddede daha bir çok şekil kuralı öngörülmüştür. Örneğin gizli oylama ilkesi vardır. Bu da bir şekil kuralıdır. Ancak bunun denetlenmesi artık mümkün değildir. Oysa, 1961 anayasasına göre bunu denetlemek, Anayasa Mahkemesinin aşırı yorumlarına gerek olmaksızın dahi, her zaman mümkün idi. Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde mevcut olan bir yetkisini yaptığı otantik yorumlar ile aşırı şekilde genişletmiş, bunu karşılığı olarak ise, 1982 Anayasası döneminde mevcut olan normal şekil denetimi yetkisinden dahi kayıplar vermiştir. Mekanist anayasa anlayışı açısından şunu söyleyebiliriz ki, başka organların tepkisini düşünmeksizin, kendi yetkilerini aşırı genişleten organların aşırı olarak genişletilen yetkileri zamanla ellerinden alındığı gibi, normal yetkileri dahi kısıtlanmaktadır. O halde bir anayasal organın, bizzat kendi yorumlarıyla, mevcut yetkisinin sınırlarını genişletmesi, aslında, uzun vadede, kendi yetkisinin normal sınırının altına inilmesi sonucunu dahi doğurabilir.

Bunların dışında 1982 Anayasa koyucusu, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini sınırlandırmak bakımından 149'uncu maddenin 1'inci fıkrasında hayli ilginç bir kural daha koymuştur: *"Anayasa değişikliklerinde iptale karar verilebilmesi için üçte iki oy çokluğu şarttır"*.

Anayasanın bu kuralı doktrinde eleştirilmiştir[109]. Her ne kadar, mahkeme kararları için nitelikli çoğunluk aranması oldukça alışılmadık bir durum ise de, biz bu düzenlemenin yerinde olduğunu düşünüyoruz.

İlk önce 1961 Anayasası döneminde, halkın oyları ile şeçilen parlâmentonun üçte iki çoğunluğu ile kabul ettiği bir çok anayasa değişikliğinin Anayasa Mahkemesinde 7'ye karşı 8 oy ile iptal edildiğinin altını çizelim. Ayrıca hatırlatalım ki, bu dönemde aynı anayasa değişikliği üzerine Anayasa Mahkemesi 6 ay içinde birbiriyle tamamen ters iki karar almıştır. Anayasa Mahkemesi, 10 Eylül 1971 tarih ve 1488 sayılı anayasa değişikliği ile anayasanın değiştirilen 38'inci maddesindeki kamulaştırmada vergi değerinin esas alınacağına ilişkin hükmü, ilk

109. Onar, *op. cit.*, s.179-180. Bu konuda bkz. Özbudun, *op. cit.*, s.392.

önce cumhuriyetin değişmezliği ilkesine uygun bulmuş ve başvuruyu 7'ye karşı 8 oy ile reddetmiştir[110]. Bundan 6 ay geçtikten sonra yine aynı düzenleme önüne gelmiş, bu seferse, bu hükmü cumhuriyetin değişmezliği ilkesine aykırı bularak 7'ye karşı 8 oy ile iptal etmiştir[111]. Anayasa Mahkemesinin böylesine önemli bir konuda 6 ay zarfında birbiryle çelişen iki karar vermisi, ilk karara katılan iki üyenin (İhsan Ecemiş ve Mehmet Akar) ikinci kararda başka iki üye (Fahrettin Uluç ve Adil Esmer) ile değiştirilmiş olması ile açıklanabilir[112]. Bu nedenle 1982 Anayasa koyucusunun Anayasa Mahkemesinin içtihadına belirli bir istikrar kazandırmak istediği düşünülebilir.

Aslında anayasa koyucunun iptal kararları için nitelikli çoğunluk aramasının altında, 148'inci maddenin 1'nci fıkrasında (esas denetimi yasağı) ve 2'nci fıkrasında (şekil denetiminin teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları) konulan sınırlamaların, 1961 Anayasası döneminde olduğu gibi, 1982 Anayasası döneminde de, Anayasa Mahkemesinin yapacağı otantik yorumlar ile ortadan kaldırılabileceği, etkisiz kılınabileceği korkusu yatmaktadır. 1982 asli kurucu iktidarı bu korkusunda haksız da değildir. Zira, yukarıda görüldüğü gibi, benzer yasaklar 1971 tali kurucu iktidarı tarafından da konulmuş; ama yasaklar Anayasa Mahkemesinin yorumlarıyla bertaraf edilmiştir. Pek muhtemelen, 1982 kurucu iktidarı, 1971 deneyiminden ders alarak, Anayasa Mahkemesinin aşırı yorumlarıyla, sadece onun denetim kapsamını sınırlandırıcı kurallar koyarak baş edemeyeceğini, daha etkili teknikler bulmasının gerektiğinin farkına varmıştır.

Mekanist anayasa anlayışının sunduğu çerçeve açısından kurucu iktidarın getirdiği bu sınırlama anlaşılırdır. Bu Anayasa Mahkemesinin yaptığı yorumda çok ileri gitmesine gösterilen bir tepkiden ibarettir. Bu tepkiye bizatihi Anayasa Mahkemesinin aşırı tavrı yol açmıştır.

Diğer yandan, kanımızca, anayasa değişikliklerinin iptali için Anayasa Mahkemesinde üçte iki oy çokluğu kuralının anayasa değişikliklerinin denetimi konusundaki mantıki olduğu da düşünülebilir. Zira, Anayasa, adi kanunların değiştirilmesi için basit bir çoğunluk ile yetinirken, Anayasanın Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından değiştirebilmesi için üçte iki çoğunluk aramaktadır. Parlâmentoda nitelikli bir çoğunluk ile kabul edilen bir anayasa değişikliği kanununun aynı nitelikli çoğunluk ile iptal edilebilmesi son derece normaldir.

Yukarıda Anayasa Mahkemesinin içtihadının realist yorum teorisini teyit ettiğini belirttik. Ve bu teoriye göre, kanun koyucunun sadece metni kabul eden değil, bu

110. Anayasa Mahkemesinin 23 Mart 1976 Tarih ve E.1975/167 ve K.1976/19 Sayılı Kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı 14, 1977, s118-160.

111. Anayasa Mahkemesinin 12 Ekim 1976 Tarih ve E.1976/38 ve K.1976/46 Sayılı Kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı 14, 1977, s.252-285.

112. Burada şunu da not edelim ki, yukarıda zikredilen birbiriyle çelişen ve 7 ye karşı 8 oy ile alınan kararlar, realist yorum teorisinin bir metin birden fazla alternatif normlar içerebileceği ve yorumun yorumcuların serbest iradesinin ürününü olduğu yolundaki önermelerin ne kadar doğru olduğunu göstermektedir.

kanunu denetleme organı da dahil olmak üzere, onun yapımına katılanların bütünü olduğunu daha önce belirtmiştik. Anayasa Mahkemesi, burada anayasa değiştirme iktidarına ortaktır. Zira bu anayasa değişikliklerini iptal ederek anayasal normların ihdası sürecine katılmıştır.

O halde, madem ki, anayasa değişikliklerinin ortak yapıcılarından bir tanesi, yani Türkiye Büyük Millet Meclisi anayasa değişikliklerinin kabulü için üçte ikilik çoğunluk kuralına tâbidir, anayasa değişikliklerinin diğer ortak yapıcısının da, yani Anayasa Mahkemesinin de aynı çoğunluk şartına tâbi olması son derece normaldir. Eğer bu koşullar arasında eşitlik yok ise, anayasal dengeler yıkılabilir. Zira, anayasal organlardan biri üyelerinin salt çoğunluğu ile tutumunu belirleyebilmekte, buna karşın onun partneri olan diğer anayasal organ bu tutuma karşı olan tepkisini ancak üyelerinin üçte iki çoğunluğu ile gösterebilmektedir. Oysa yukarıda görüldüğü gibi, mekanist anayasa anlayışına göre, anayasal organlar hukuki *yükümlülüklere* değil, karışık bir sistem içinde bulunmalarından kaynaklanan *zorluklara* tâbidirler. Diğer bir ifadeyle, anayasa devlet içinde siyasi iktidarın organizasyonu olarak algılanır. Bu organizasyon içinde, anayasal organlar öylesine dengeli ve karşılıklı yetkilere ve eylem araçlarına sahiptirler ki, isteseler de iktidarlarını aşamazlar. Öyleyse, Türkiye Büyük Millet Meclisinin anayasa değişikliklerinin kabulü için nitelikli bir çoğunluğa tâbi olduğu halde, Anayasa Mahkemesinin bu değişiklikleri salt çoğunluğu ile iptal edebilmesi anayasal sistemin organlarının karşılıklı eylem araçları arasında bir dengesizliğe yol açar. Oysa, 1982 Anayasasında olduğu gibi, anayasa değişikliklerinin iptali için Anayasa Mahkemesinin, Türkiye Büyük Millet Meclisinin bu değişiklikleri kabulü için tâbi olduğu aynı koşula tâbi olması, anayasal organların, isteseler de iktidarlarını aşamayacakları, öylesine dengeli ve karşılıklı yetkilere ve eylem araçlarına sahip oldukları bir sisteme vucut verir. Bu nedenle kanımızca, 1982 Anayasasının 147'nci maddesinin 1'inci fıkrasında öngörülen anayasa değişikliklerinin iptali için üçte iki oy çoğunluğu kuralı yerindedir.

* * *

Son olarak, 1982 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesinin anayasa değişiklikleri üzerine karar verme imkanını bulduğu 18 Haziran 1987 tarihli kararına değinelim.

17 Mayıs 1987 tarih ve 3361 sayılı anayasa değişikliği kanununun 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrası 1982 Anayasasının eski siyasilere bir takım yasaklar getiren geçici 4'üncü maddesini ilga ediyordu. Söz konusu anayasa değişikliği 175'inci maddenin ilk şekline göre yapılmıştı. Ve bu şekle göre ise, bu değişiklik Cumhurbaşkanı tarafından geri gönderilmediğine göre, Resmi Gazetede yayımlandığı gün yürürlüğe girmesi gerekiyordu. Oysa söz konusu anayasa değişikliği, kendi yürürlüğe girmesini "halkoylaması" ile kabul edilmesi şartına bağlıyordu. Yukarıda da belirtildiği gibi, 175'inci maddenin ilk şeklinde anayasa değişikliklerini halkoyuna sunma imkanı yoktu.

Bu anayasa değişikliği hakkında Anayasa Mahkemesinde iptal davası açılmıştır. İptal davasının açan 90 milletvekili de bu anayasa değişikliğinin biçim bakımından yukarıdaki gerekçe ile Anayasaya aykırı olduğunu iddia ediyorlardı.

Anayasa Mahkemesi bu davayı yetki yönünden reddetmiştir. Mahkemeye göre,

> "Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini belirleyen Anayasanın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların esas bakımından denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetimleri de; teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmuştur. İptal istemi bu sınırlı sebeplerin herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenmesi olanağı yoktur. Dava dilekçesinde ileri sürülen hususlar Anayasanın 148. ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 21. maddelerinde sayılı ve sınırlı olarak belirlenen şekil bozukluklarından değildir. Bu itibarla işin esasına girilmeden yetkisizlik nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekir"[113].

Kanımızca, ortada şekil bakımından anayasaya aykırılık vardı. Ne var ki, Anayasa Mahkemesinin çözmesi gereken ilk sorun, böyle bir sakatlığın olup olmadığı sorunu değil, kendisinin bu sakatlığı inceleme yetkisinin bulunup bulunmadığı sorunu idi. Anayasa Mahkemesi de bu soruyu sormuş, iddia edilen sakatlığın 148'inci maddede belirtilen sınırlı sayıdaki sakatlıklardan (teklif ve oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülememe kuralı) birine girmediği dolayısıyla yetkisiz olduğuna karar vermiştir.

Oysa ortada gerçekten de bir şekil sorunu vardı ve eğer 1982 Anayasasında şekil denetiminin kapsamı sınırlanmasıydı bunu Anayasa Mahkemesi doğal olarak denetleyebilirdi. Yine burada görülmektedir ki, eğer 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi şekil denetimin kapsamını tartışma götürür yorumlarıyla genişletmesiydi, yani şekil denetimi adı altında esas denetimi yapmasaydı, 1982 Anayasa koyucusu muhtemelen şekil denetiminin kapsamını bu derece sınırlandırmayacak ve yukarıda zikredilen 1987'deki Anayasa değişikliğindeki şekil sakatlığını muhtemelen inceleyip iptal edebilecekti. Dolayısıyla 1961 Anayasası döneminde, Anayasa Mahkemesinin şekil denetimi yorumunda aşırıya gitmesi, 1982 Anayasası döneminde normal şekil denetiminin dahi aşırı ölçüde sınırlanmasına yol açmıştır. Bu da mekanist anayasa anlayışını doğrulamaktadır.

Yukarıdaki karar 1'e karşı 10 oy ile verilmiştir. Artık, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişiklikleri alanında 1961 Anayasası dönemindeki aşırı yorumlarından ders çıkardığı ve mekanist anayasa anlayışı çerçevesinde davrandığı söylenebilir.

Ne var ki Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası döneminde de, zaman zaman toplumda derin tartışmalar yaratan kararlar vermiyor değil. Hatta Anayasa Mahkemesinin hala otantik yorum yetkisine güvenerek çok aşırı yorumlar yaptığı da zaman zaman gözlemlenmektedir. Örneğin, Anayasada kendisine bu konuda bir yetki verilmediği halde, 21 Ekim 1993 tarihli kararıyla Anayasa Mahkemesinin kendisine tanıdığı yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisi, Türk kamuoyunda

113. Anayasa Mahkemesinin 16 Haziran 1987 Tarih ve E.1987/9 ve K.1987/15 Sayılı Kararı, *Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi*, Sayı 23, 1989, s.285-287.

ve Türk anayasa hukuku doktrininde derin tartışmalara yol açmıştır. Bu sorunun içeriğine ilişkin tartışmalara hiçbir şekilde değinmeden şunu belirtelim ki, Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararı, realist yorum teorisi açısından geçerlidir. Ortada Anayasa Mahkemesinin otantik bir yorumu vardır. Ne var ki, Anayasa Mahkemesinin bu yorumu yaparken anayasal partnerlerinden alabileceği tepkiyi çok iyi hesapladığı söylenemez. Gelecekte, mekanist anayasa anlayışı şeması içinde, Anayasa Mahkemesinin yeni bir tepki alarak bir takım yetkilerinin kısılabileceğinden endişe duyulabilir.

* * *

Sonuç olarak şunları şöyleyebiliriz: Anayasa Mahkemesi otantik yorum yetkisine sahiptir. İçerikleri ne olursa olsun kararları geçerlidir. Türk Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasası döneminde, anayasa değişikliklerinin denetlenebiliceği konusundaki içtihadı realist yorum teorisini doğrulamaktadır. Ne var ki Anayasa Mahkemesi yaptığı otantik yorumlarda, bu yorumların yol açabileceği tepkileri göz önünde bulundurmalıdır. Aksi takdirde kendi yetkileri zamanla kısıtlanabilir. 1971 anayasa değişikliği ve 1982 Anayasası ile de Anayasa Mahkemesinin anayasa değişiklikleri konusundaki yetkilerinin kısıtlanması buna örnektir. 1971 tali kurucu iktidarının ve 1982 asli kurucu iktidarın tepkisi ise mekanist anayasa anlayışını doğrulamaktadır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin otantik yorum yapma yetkisi, diğer anayasal organların gösterecekleri tepkilerle dengelenmiştir. Diğer bir ifadeyle realist yorum teorisi ile mekanist anayasa anlayışı birbirinin dengeleyicisidirler.

BİBLİYOGRAFYA

AARNİO (Aulis), "Linguistic Philosophy and Legal Theory", *Rechtstheorie,* Beiheft 1, 1979, s.19-20 , *in* Christophe Grzegorczyk, Françoise Michaut ve Michel Troper (sous la direction de-) *Le positivisme juridique*, Bruxelles ve Paris, E.Story-Scientia ve L.G.D.J., 1992, s.368-69

AARNIO (Aulis), *Le rationnel comme raisonnable: la justification en droit,* Trad. par Geneviève Warland, Bruxelles ve Paris, E. Story-Scientia, L.G.D.J., 1992.

ADRE VINCENT (I.), "L'abstrait et le concret dans l'interprétation", *Archives de la philosophie du droit,* t.XVII, 1972, s.135-148.

AGUILA (Yann), "Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle", *Revue française de droit constitutionnel*, no.21, 1995, s.5-46.

AKAD (Mehmet), "Anayasa Yargısı Üzerine Gözlemler", *Yargı*, n°37, Mayıs 1979, s.39-43.

ALDIKAÇTI (Orhan), *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İstanbul, Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978, 1982.

ARNAUD (André-Jean), "Le médium et le savant: signification politique de l'interprétation juridique", *Archives de la philosophie du droit,* t.XVII, 1972, s.165-181.

ATAR (Yavuz) *et alii*, *Hukuk Bilimine Giriş*, Konya, Mimoza, 1997.

BACON (Francis), *The Advancement of Learning.*

BATIFFOL (Henri), "Questions de l'interprétation juridique", *Archives de la philosophie du droit,* t.XVII, 1972, s.9-29.

BEKAERT (Hermann), *Introduction ą l'étude du droit,* Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1963.

BRANCHET (Bernard), *La révision de la Constitution sous la Ve République*, Paris, L.G.D.J., 1994.

ÇAĞLAR (Bakır), "Anayasa Yargısında Yorum Problemi: Karşılaştırmalı Analizin Katkıları", *Anayasa Yargısı (II): Anayasa Mahkemesinin 23. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler,* Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1986, s.163-195.

DELPÉRÉE (Francis), "La Constitution et son interprétetion" in *L'interprétation en droit,* Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, s.187 vd..

DU PASQUIER (Claude), *Introduction ą la théorie générale et ą la philosophie du droit,* Neuchatel ve Paris, Delauchaux & Niestlé S.A. 3. Bası, 1948.

DUHAMEL (Olivier) ve MENY (Yves)(sous la direction de-), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, s.U.F., 1992.

ENRICO (Paresce), "Interpretazione: Filosofia del diritto e teoria generale", *Enciclopedia del diritto,* Giuffrè editore, Varese, Vol.XXII, s.152-238.

EROĞUL (Cem), *Anayasayı Değiştirme Sorunu : Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1974, s.168;

EROĞUL (Cem), "Anayasa Mahkemesinin Yirminci Yıldönümü ve Birkaç Öneri", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi,* Cilt XXXVII, 1982, n°3-4, s.131-137.

EYRENCİ (Öner), "Anayasanın Yorumlanması Yöntemlerine Genel Bir Bakış", *Amme İdaresi Dergisi,* Cilt 14, Sayı 1, Mart 1981, s.45-57.

FABRE (Michel Henry), *Principes républicains de droit constitutionnel*, 4e édition, Paris, L.G.D.J., 1984.

FAVOREU (Louis), Commentaire sous C.C., n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, (Maastricht II), *Revue française de droit constitutionnel*, 1992, s.738.

FENDOĞLU (Hasan Tahsin), *Hukuk Bilimine Giriş,* İstanbul, Filiz Kitabevi, 2. Baskı, 1997.

GAXIE (Daniel), "Article 89", *in* François Luchaire ve Gérard Conac (sous la direction de-), *La Constitution de la République française*, Paris, Economica, 2e édition, 1987, s.1325-1357.

GÖZÜBÜYÜK (Şeref), *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları,* Ankara, Turhan Kitabevi, 10. Baskı, 1996.

GRAY (John Chipman), *The Nature and the Sources of the Law*, New York, Columbia University Press, 1916, s.118-120, *in* Christophe Grzegorczyk, Françoise Michaut ve Michel Troper (sous la direction de-) *Le positivisme juridique*, Bruxelles ve Paris, E. Story-Scientia ve L.G.D.J., 1992, s.356.

GRIDEL (Jean-Pierre), *Notions fondamentales de droit et droit français*, Paris, Dalloz, 1992.

GRZEGORCZYK (Christophe), MICHAUT (Françoise) ve TROPER (Michel) (sous la direction de-) *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992.

GUASTINI (Ricardo), "Réflexions sur les garanties des droits constitutionnels et le théorie de l'interprétation", *Revue du droit public,* 1991, s.1079 vd.

GÜRİZ (Adnan), *Hukuk Başlangıcı,* Ankara, Siyasal Kitabevi, 6. Baskı, 1997.

HART (H.L.A.) *Le concept de droit*, trad. par Michel van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976.

HAURIOU (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2e édition, 1929, (reprint par C.N.R.S., Paris, 1969).

INTERPRETATION *L'interprétation en droit,* Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978.

INTERPRETATION "L'interprétation dans le droit", *Archives de la philosophie du droit,* t.XVII, 1972, s.3-184.

KALINOWSKI (Georges), "Philosophie et logique de l'interprétation en droit: remarques sur l'interprétation juridique, ses buts et ses moyens", *Archives de la philosophie du droit,* t.XVII, 1972, s.39-50.

KELSEN (Hans), *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordreiht, Reidel, 1973, s.216-227'den alıntılanan parça *in* Christophe Grzegorczyk, Françoise Michaut ve Michel Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, s.295.

KELSEN (Hans), *General Theory of Law and State*, Translated by par Anders Wedberg, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1946.

KELSEN (Hans), *Théorie pure du droit*, Traduction française de la 2e édition de la "Reine Rechtslehre" par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962.

KUZU (Burhan), *1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdigi Yenilikler*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990.

LAFERRIÈRE (Julien), *Le nouveau gouvernement de la France: les actes constitutionnels de 1940-1942*, Paris, Sirey, 1942.

LEYH (Gregory) (ed.), *Legal Hermeneutics: History, Theory and Practice*, Berkeley, University of California Press, 1992 (*http://www.unt.edu /lpr/subpages/reviews/ leyh.htm*)

MAST (A.), "Interprétation de la Costitution", *Rapports belges au VIIIe Congrès international de droit comparé*, Bruxelles, 1970, s.170 vd.

MATTEO (Ludovico Bentivoglio), "Interpretazione delle norme internazionali", *Enciclopedia del diritto,* Giuffrè editore, Varese, Vol.XXII, s.310-325.

MAUS (Didier), "Sur 'la forme républicaine du gouvernement'", Commentaire sous C.C., n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, « Maastricht II », *Revue française de droit constitutionnel*, n°11, 1992, s.412.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*.

MONTGOMORY (John Warwick), "Legal Hermeneutics and the Interpretation of Scripture", *Premise*, Volume II, Number 9, October 19, 1995, s.11 (*http://capo.org/ premise/95/oct/ p950910.html)*.

NASI (Antonio), "Interpretazione della sentenza", *Enciclopedia del diritto,* Giuffrè editore, Varese, Vol.XXII, s.293-309.

ONAR (Erdal), *1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Ankara, 1993.

ÖZBUDUN (Ergun), *Türk Anayasa Hukuku,* Ankara, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, 1993.

PERELMAN (Chaḷm), "L'interprétation juridique", *Archives de la philosophie du droit,* t.XVII, 1972, s.29-38.

PERELMAN (Chaḷm), *Logique juridique: nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 1976,

PONTIER (Jean-Marie), "La république", *Recueil Dalloz Sirey*, 1992, 31e Cahier, Chronique, XLVII, s.239-246.

QUERMONNE (Jean-Louis), "République", *in* Olivier Duhamel ve Yves Meny (sous la direction de-), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, s.U.F., 1992, s.921.

ROSS (Alf), *On Law and Justice,* London, Steven & Sons, 1958, s.36-38 *in* Christophe Grzegorczyk, Françoise Michaut ve Michel Troper (sous la direction de-) *Le positivisme juridique*, Bruxelles ve Paris, E.Story-Scientia ve L.G.D.J., 1992, s.325.

SEROZAN (Rona), "Anayasayı Değiştirme Yetkisinin Sınırları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt XXXVII, no.1-4, 1972.

SOYSAL (Mümtaz), "Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu", in *Anayasa Yargısı* (*I)*, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1984, s.92.

SOYSAL (Mümtaz), *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, İstanbul, Gerçek Kitabevi, 4. Baskı, 1977.

SZABO (Nick), "Commentaires on Hermeunetics", *http.//www.best.com/ ~szabo/ hermeneutics. html.* © 1996.

TEZİÇ (Erdogan), *Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı,* İstanbul, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972.

TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *L'interprétation par le juge des règles écrites* (*Journées louisianaises),* Paris, Economica, 1980.

TROPER (Michel), "Justice constitutionnelle et démocratie", *Revue française de droit constitutionnel*, n°1, 1990, s.31-48.

TROPER (Michel), "Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique", *Revue internationale de philosophie*, 1981, s.518-529.

TROPER (Michel), "La Constitution et ses représentations sous la Ve République", *Pouvoirs*, n°4, 1978, s.61-72.

TROPER (Michel), "Le droit, la raison et la politique", *Le Débat*, n°64, 1991, s.186-192.

TROPER (Michel), "Le positivisme comme théorie du droit", *in* Christophe Grzegorczyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-) *Le positivisme juridique*, Bruxelles et Paris, E.Story-Scientia et L.G.D.J., 1992, s.273-286.

TROPER (Michel), "Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité", *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Editions Cujas, 1975, s.133-151.

TROPER (Michel), "Un système pur du droit : le positivisme de Kelsen", *in* Pierre Bouretz (sous la direction de-), *La force du droit : panorama des débats contemporains*, Paris, Editions Esprit, 1991, s.117-137.

TROPER (Michel), *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, s.U.F., Coll. "Léviathan", 1994.

TURHAN (Mehmet), "Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XXXIII, 1976, n°1-4, s.63-104.

TÜRKÇAPAR (Tahsin), "Anayasa Mahkemesinin Anayasada Yapılan Değişiklikleri Denetleme Yetkisi", *Yargıtay Dergisi*, Cilt IV, 1978 (Ocak-Nisan), n°1-2, s.28-29.

VANQUICKENBORNE (Marc), "Quelques réflexions sur la notion de validité", *Archives de philosophie du droit,* 1968, s. 185-194.

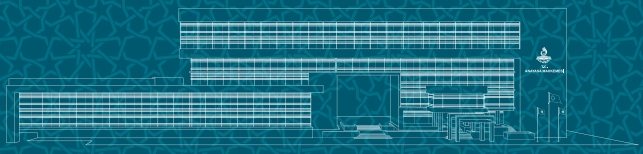
VEDEL (Georges), *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, (réimpression, 1989).

VILLEY (Michel), "Modes classiques d'interprétation du droit", *Archives de la philosophie du droit,* t.XVII, 1972, s.71-88.

VOCI (Pasquale), "Interpretazione: Diritto del romano", *Enciclopedia del diritto,* Giuffrè editore, Varese, Vol.XXII, s.239-227.

WROBLEWSKI (Jerzy), "L'interprétation en droit: théorie et idéologie", *Archives de la philosophie du droit,* t.XVII, 1972, s.51-70.

YAYLA (Yıldızhan), "Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü", *Hıfzı Timur'un Anısına Armağan*, İstanbul, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Milletlerarasi Münasebetler Enstitüsü Yayını, 1979, s.1012-1013.



İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı No: 4 06805 Çankaya / Ankara
Telefon: +90 312 463 73 00 • Faks: +90 312 463 74 00
E-posta: bilgi@anayasa.gov.tr
twitter.com: @AYMBASKANLIGI

www.anayasa.gov.tr