

ANAYASA MAHKEMESİ YAYINLARI NO: 5

ANAYASA YARGISI

Anayasa Mahkemesi'nin 23. Kuruluş Yıldönümü
Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler

Ankara — 1986

25 - 27 Nisan 1985 Hacettepe Üniversitesi Rektörlük Binası M - R Salonları

SEMPOZYUMU DÜZENLEME KURULU

Anayasa Mahkemesi Üyeleri

Orhan ONAR

Doç. Dr. Yılmaz ALİFENDİOĞLU

Yekta Güngör ÖZDEN

Kitabı Yayına Hazırlayanlar :

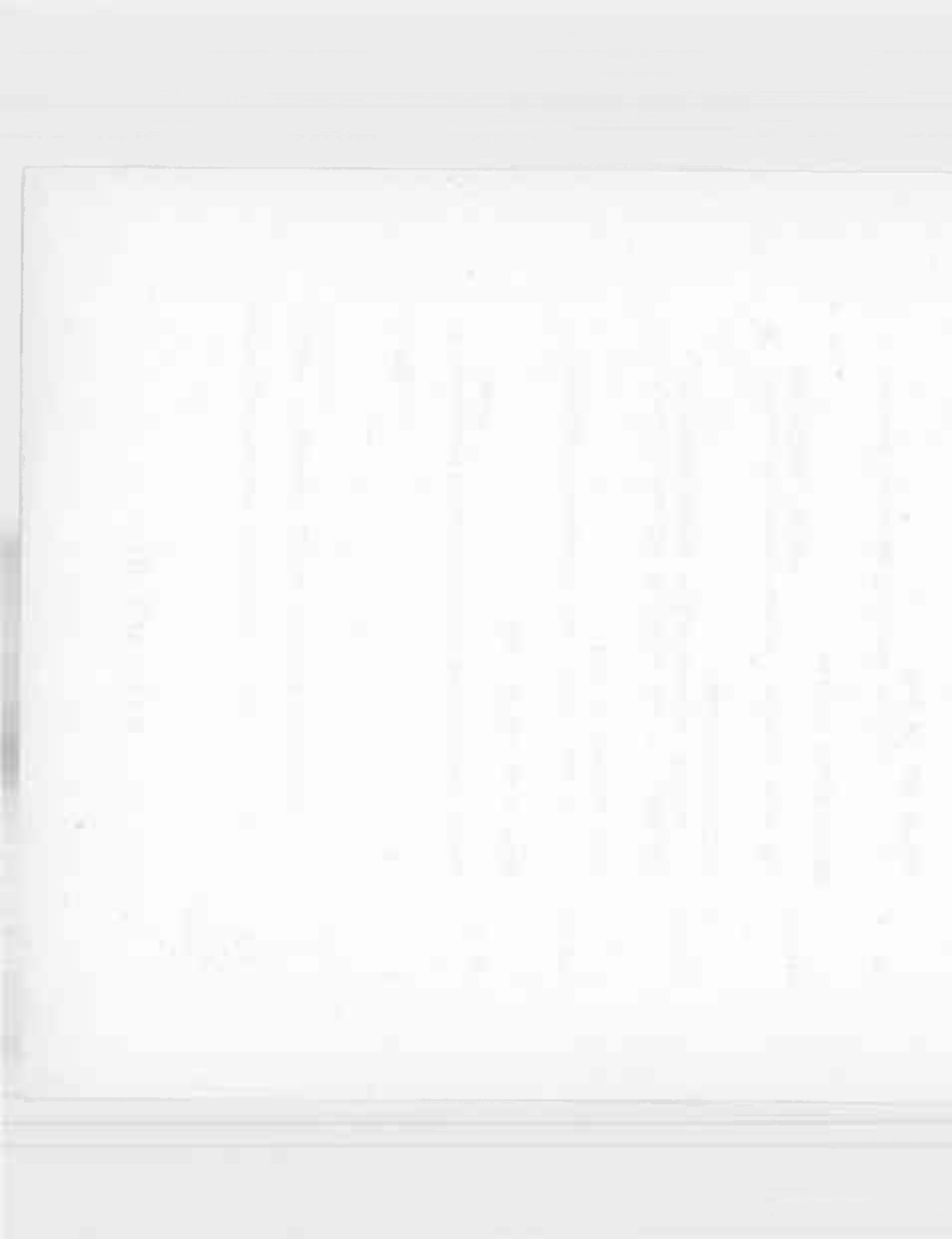
Doç. Dr. Yılmaz ALİFENDİOĞLU

Yekta Güngör ÖZDEN

İsmet YAĞCI

İÇİNDEKİLER

	<u>Sayfa</u>
Sempozyum Programı	V
Anayasa Mahkemesi Başkanı H. Semih ÖZMERT'in konuşması	1 - 4
BİLDİRİLER :	
I. Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleş- meler	5 - 18
Prof. Dr. Mümtaz SOYSAL	
II. Anayasa Mahkemesi'nin Esasa İlişkin Denetimi . . .	19 - 38
Prof. Dr. Erdoğan TEZİÇ	
III. «Kanun Koyucu Gibi Hareketle, Yeni Bir Uygulamaya Yol Açacak Biçimde Hüküm Tesisi'nin Anlamı» . . .	39 - 90
Yekta Güngör ÖZDEN	
IV. Anayasa Mahkemesi Kararları Açısından Siyasî Par- tiler (Örnek Olaylar)	91 - 140
Prof. Dr. Bülent DAVER	
V. Anayasa Yargısında Yürütmeyi Durdurma	141 - 159
Prof. Dr. Sait GÜRAN	
VI. Anayasa Yargısında Yorum	161 - 195
Doç. Dr. Bakır ÇAĞLAR	
VII. Anayasa Çevresinde Kamu Maliyesinin Parlamenter Kontrolü	197 - 224
Doç. Dr. Namî ÇAĞAN	
VIII. Anayasal Açıdan Kanun Hükümünde Kararname . . .	225 - 238
Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN	



SEMPOZYUM PROGRAMI

1. Gün

AÇILIŞ TÖRENİ

25 Nisan 1985 Perşembe

- Yer** • Hacettepe Üniversitesi Rektörlük Binası (M) Salonu
- Saat 10.00** • Törenin Başlaması
- İstiklâl Marşı
- Anayasa Mahkemesi Başkanı'nın Açış Konuşması
- Onur Belgelerinin verilmesi
- ARA** : (10 dakika)

BİRİNCİ OTURUM

Ba ş k a n

Ahmet H. BOYACIOĞLU

Anayasa Mahkemesi Emekli Başkanı

Konuşmacı •• Prof. Dr. Mümtaz SOYSAL
A.Ü.S.B.F. Öğretim Üyesi

Saat 11.00 - 11.45 «Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler»

Saat 11.45 - 12.15 • Tartışma

İKİNCİ OTURUM

B a ş k a n

Nihat RENDA

Yargıtay Başkanı

Öğleden Sonra

- Yer • Hacettepe Üniversitesi Rektörlük Binası (R) Salonu
- Konuşmacı •• Prof. Dr. Erdoğan TEZİÇ
İ.Ü.H.F. Öğretim Üyesi
- Saat 14.00 - 14.45 «Anayasa Mahkemesi'nin Esasa İlişkin Denetimi»
- Saat 14.45 - 15.15 • Tartışma
- ARA : (15 dakika)
- Konuşmacı •• Yekta Güngör ÖZDEN
Anayasa Mahkemesi Üyesi
- Saat 15.30 - 16.15 «Kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesisi'nin anlamı»
- Saat 16.15 - 16.45 • Tartışma

2. Gün

ÜÇÜNCÜ OTURUM

B a ş k a n

Prof. Dr. Turgut AKINTÜRK

A.Ü. Hukuk Fakültesi Dekanı

26 Nisan 1985 Cuma

- Yer • Hacettepe Üniversitesi Rektörlük Binası (R) Salonu

Konuşmacı	** Prof. Dr. Bülent DAVER A.Ü.S.B.F. Öğretim Üyesi
Saat 10.00 - 10.45	«Anayasa Mahkemesi Kararları Açısından Siyasal Partiler (Örnek Olaylar)»
Saat 10.45 - 11.15	* Tartışma
ARA	: (15 dakika)
Konuşmacı	** Prof. Dr. Sait GÜRAN İ.Ü.H.F. Öğretim Üyesi
Saat 11.30 - 12.15	«Anayasa Yargısında Yürütmeyi Durdurma»
Saat 12.15 - 12.45	* Tartışma

DÖRDÜNCÜ OTURUM

B a ř k a n

Servet şAMLIOĞLU

Sayıştay Başkanı

Öğleden Sonra

Yer	* (R) Salonu
Konuşmacı	** Prof. Dr. Orhan ALDIKAÇTI İ.Ü.H.F. Dekanı
Saat 14.30 - 15.15	«Anayasanın Üstünlüğü»
Saat 15.15 - 15.45	* Tartışma
ARA	: (15 dakika)
Konuşmacı	** Doç. Dr. Bakır ÇAĞLAR İ.Ü.S.B.F. Öğretim Üyesi
Saat 16.00 - 16.45	«Anayasa Yargısında Yorum»
Saat 16.45 - 17.15	* Tartışma

BEŞİNCİ OTURUM

Prof. Dr. Necdet SERİN

A.Ü.S.B.F. Dekanı

27 Nisan 1985 Cumartesi

Yer * (R) Salonu

Konuşmacı ** **Doç. Dr. Nami ÇAĞAN**
A.Ü.S.B.F. Öğretim Üyesi

Saat 10.00 - 10.45 «Anayasa Çerçevesinde Kamu Maliyesinin Parlamenter Kontrolü»

Saat 10.45 - 11.15 * Tartışma

ARA : (15 dakika)

Konuşmacı ** **Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN**
A.Ü.H.F. Öğretim Üyesi

Saat 11.30 - 12.15 «Anayasal Açıdan Kanun Hükmünde Kararname»

Saat 12.15 - 12.45 * Tartışma

ANAYASA MAHKEMESİ BAŞKANI
H. SEMİH ÖZMERT'İN AÇIŞ KONUŞMASI

Sayın Cumhurbaşkanım,

Anayasa Mahkemesi'nin 23. Kuruluş Günü'nü ve «ANAYASA YARGISI» konulu bilimsel toplantıyı huzurlarınızla açmakla mutluyum; Bizlere onur verdiniz.

Anayasamızın metnine dahil olan ve Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri içeren Başlangıç kısmında; Millî iradenin mutlak üstünlüğünü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğunu ve bunu millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağını; kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir iş bölümü ve iş birliği olduğunu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğunu açıkça belirtmiştir.

Anayasamız, Anayasa Mahkemesini, niteliklerini belirttiği Cumhuriyeti hukuk yoluyla korumakla yetkili ve görevli kılarak, O'na, Türk Milleti adına egemenliği kullanan Yüce Kuruluşlar arasında müstesna bir yer vermiştir.

Cumhuriyetimizin ve demokratik parlamenter rejimimizin temel kuruluşlarından biri durumuna gelerek saygın ve onurlu yerini alan Anayasa Mahkemesi yüklendiği sorumluluğun bilincindedir.

Ulusça 12 Eylül 1980 tarihinden önce geçirdiğimiz acı ve ızdıraplı günler ve bunlardan elde ettiğimiz tecrübeler Ülkemizi ve Cumhuriyetimizi her türlü tehlikeden ve saldırıdan korumanın zorunlu olduğunu ortaya koymuştur. Anayasamızın öngördüğü demokratik parlamenter rejimin sağlam ve sarsıntısız olarak işlevini sürdürmesinde Anayasa Mahkemesi'ne düşen görevin önemini bilmekteyiz.

Anayasa Mahkemesi görevini bağımsız ve yansız biçimde yerine getirirken Atatürk ilke ve devrimlerini, demokratik düzeni ve hukukun üstünlüğünü korumada ödünsüz çabalarını sürdürmektedir. Yurt-

taşlarımıza toplumsal huzur ve adaletin güven veren erdemini sağlamak için çağdaş hukuk anlayışına ve bilimsel görüşlere değer vermektedir.

Tüm işlem ve eylemleriyle hukuka bağlılıktan ayrılmayan bir idare anlayışı, ulusal dayanışmayı güçlendirecek ve devletimizi başarılı kılacaktır.

Görevi nedeniyle siyasi sorunlarla uğraşan Mahkememizin kararları, sonuçları itibarıyla siyasi yaşamı etkilemekte ise de Mahkememizin üyelerinin siyasetle hiçbir ilgi ve ilişkisi bulunmamaktadır. Kararlarımızın kaynağı siyaset ya da başka bir düşünce olmayıp Anayasanın ve hukukun gerekleridir.

Demokrasi; özgürlükçü, çoğulcu bir düzendir. Siyasi partiler bu düzenin kaynakları, vazgeçilmez unsurlarıdır. Siyasi partiler hakkında açılmış olan davaların hızla sonuçlandırılmasına büyük gayret sarfedilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, siyasi partilerin mali denetimlerini yapma görevini yerine getirme çabası içindedir. Mali denetimin etkili bir biçimde yapılması, Anayasa ve Siyasî Partiler Yasası gereğidir. Denetim işlevinde karşılaşılan güçlüklerin yasama organınca getirilecek yeni kurallarla giderileceğine inanmaktayız.

Anayasa Mahkemesi'nde açılmış olan davaların sonuçlandırılmasının geciktirildiğinin sanılması; Mahkememizin uymak zorunda olduğu usul hükümlerinden ve ayrıca her konunun yeni bir inceleme ve araştırmayı gerektirmesinden ileri gelmektedir. Unutmamak gerekir ki, Anayasa Mahkemesi'nin kararları kesindir; yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar. Ayrıca, bu kararların hiçbir şekilde temyizi ve düzeltilmesi de mümkün değildir.

Sayın Cumhurbaşkanımız,

İnsan hak ve hürriyetleri, Dünya milletler ailesinin ortak değerleridir. İnsanlığın, geçirdiği uzun ve ızdıraplı evrelerden sonra, bugün ulaştığı bu değerlerden vazgeçilemez. Bu nedenle Bulgaristan'daki Türklere karşı onların temel hak ve özgürlüklerinin baskı altında tutularak yürütülen uygulamadan derin üzüntü duyduğumuzu, burada, belirtmek isterim. İnsan haklarına yöneltilen ve insanın maddi ve manevi mutluluğunu ortadan kaldıran bu baskıya tüm insanlıkça karşı çıkılması uygar olmanın gereğidir.

Sayın Cumhurbaşkanımız,

Bu dönemde, Mahkememizin değerli Başkanı Sayın Ahmet Hamdi Boyacıoğlu ve değerli Üyeleri Sayın Nahit Saçlıoğlu, Hüseyin Karamüstantikoğlu yaş haddi nedeni ile; Sayın Mithat Özok da isteği ile emekliye ayrılmışlardır.

Anayasa Mahkemesi'ndeki hizmetlerinden dolayı «Onur Belgesi» verilecek olan Başkan ve Üyelerimizden :

Sayın Ahmet Boyacıoğlu, hâkimlik mesleğinin her kademesinde; adli ve idarî yargıda, Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanlığı'nda özellikle Anayasa Mahkemesi Üyeliği, Başkanvekilliği ve Başkanlığında fiilen 40 yıl; Sayın Nahit Saçlıoğlu, Askeri yargının çeşitli kademelerinde; bu arada Askeri Yargıtay Genel Sekreterliği, Yargıtay Üyeliği, 4. Daire Başkanvekilliği, 2. Daire Başkanlığı, Askeri Yargıtay İkinci Başkanlığı ve Başsavcılığında bulunup, emekliye ayrıldıktan sonra da Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilmiş ve böylece fiilen 42 yıl; Sayın Hüseyin Karamüstantikoğlu, hâkimlik ve savcılık, Adalet Müfettişliği, Yargıtay Üyeliği ile Yargıtay Genel Sekreterliğinde bulunmuş ve Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca da Anayasa Mahkemesi Üyeliğine seçilmiş ve fiilen 42 yıl; Sayın Mithat Özok da hâkimlik mesleğinin her derecesinde çalışmış ve Yargıtay Üyeliğine getirilmiş, Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca da Anayasa Mahkemesi Üyeliğine seçilip, fiilen 38 yıl hizmet etmişlerdir.

Her kamu görevlisi gibi hâkimlik mesleğine uzun yıllarını verdikten sonra, Anayasa ve yasa hükümleriyle belirlenen yaş sınırına ulaşan arkadaşlarımızın emekliye ayrılmaları doğaldır. Ancak, Başkanımız ve değerli Üyelerimizin ayrılmasından üzüntü duyduğumuzu da belirtmek isterim; çünkü, Mahkememiz bu muhterem hâkimlerin meslekî birikimlerinden ve gerçekten değerli yaşam tecrübelerinden yoksun kalacaktır. Bu vesile ile şu hususa da değinmekte yarar görüyorum : Hak ve adalet yolunda uğraş veren hâkimlerimizin verimli çalışmalarının devam ettiği bir yaşta emekliye ayrılmaları mesleğimiz bakımından büyük bir kayıp olarak kabul etmekteyiz. Bildiğim kadarıyla, gelişmiş batı ülkelerinde, yüksek mahkeme hâkimleri, kendileri istemedikçe 65 yaş gibi mesleki yaşamlarının en olgun çağında, emekliye ayrılmak zorunda bırakılmamakta; aksine, bize oranla yetişmiş daha çok hukukçuları bulunduğu halde, ülkeleri, onların bilgi ve tecrübelerinden olabildiğince yararlanmaktadır. Bu durum, oradaki hâkimlere tanınan bir ayrıcalık değil, adaletin en iyi biçimde yerine getirilmesinin gereği olarak kabul edilmektedir.

Emekliye ayrılan Sayın Başbakanımız ve Sayın Üyelerimiz, bütün meslekî yaşamları boyunca ve özellikle Anayasa Mahkemesi'nde bulundukları sürece, hukukun üstünlüğü ve hukuka bağlı devlet kavramının Ülkemizde kök salarak yerleşmesi için gerçekten büyük gayret göstermişlerdir.

İnanıyorum ki, engin bilgileri, sorumluluk duyguları ve sağlam karakterleriyle genç meslektaşlarımıza örnek olabilecek büyük hâkimlerimiz arasında yer alacaklardır.

Anayasa Mahkemesi, hizmetlerinden dolayı kendilerine teşekkürlerini ve takdirlerini sunuyor ve bundan sonraki yaşamlarında sağlıklı ve mutlu olmalarını diliyor.

Bu mutlu günde Anayasa Yargısının Türk Hukukuna girmesinde, bu yüce müessesenin kurularak devlet hayatımıza kazandırılmasında emekleri geçenleri; ayrıca, Anayasa Yargısının gelişmesinde unutulmaz ve çok değerli katkılarda bulunan bütün meslektaşlarımızı şükran duyguları ile anmaktayız.

Burada yaşamlarını yitiren Mahkememiz üyelerinin aziz anıları önünde eğiliyoruz.

Törenimizi ve bilimsel toplantımızı onurlandırdıkları için Sayın Cumhurbaşkanımıza engin saygılarımızı arzederiz.

İzinleriyle Sayın Konuklara ve meslektaşlarımıza teşekkürlerimizi sunarız.

**ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİ ve ULUSLARARASI
SÖZLEŞMELER**

BİRİNCİ OTURUM

OTURUM BAŞKANI : Ahmet H. BOYACIOĞLU

KONUŞMACI : Prof. Dr. Mümtaz SOYSAL

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY

1961

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY

ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİ VE ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER

Prof. Dr. Mümtaz SOYSAL*

Bu yılki sempozyumun başlangıç konusu, ilginç bir konu. «Anayasaya uygunluk denetimi» kavramı ile «uluslararası sözleşmeler» kavramını yanyana getirdiğimiz zaman, Anayasaya uygunluk denetimiyle sağlanmak istenen ana amacın, yani bireylerin temel hak ve özgürlüklerini çoğunluk iradesine karşı koruma amacının evrensel boyutları konusuna dokunmadan edemeyiz.

Bu ise, hak ve özgürlük kavramlarının felsefi temelleri üzerinde yeniden düşünmek demektir. Ama, toplumların kendi gelişme düzeylerinden kalkıp çağın evrensel gereklerinden geçerek yine toplumların kendi geleceklerine yönelik çok boyutlu bir düşünme.

Konuyu ardarda birtakım sorular sorarak ele almak en doğru yöntem olabilir.

1. Anayasaya uygunluk denetimi hangi düşünceden kaynaklanır?

Bir arada yaşayan insanların bu birlikte yaşayış için birtakım davranış kuralları geliştirmeleri ve bu gelişme sonucu «yasa» kavramının ortaya çıkışı hukuk tarihinde genellikle üzerinden çabuk geçtiğimiz, pek doğal saydığımız bir bahistir. Yasa kavramının neleri özümseyerek, neleri içererek oluştuğunu çoğu zaman gözden kaçırmız. Kuvvetin yanında adalet duygusunun ağırlığını, büyük imparatorluklardaki birleştirici düzenleme çabaları yanında komşuluk ve ticaret ilişkilerinin yasalar üzerindeki etkilerini, din inançlarıyla doğal hukuk anlayışı arasındaki yakınlığı yeterince hesaba katmayız. Zihnimiz daha çok belirli bir zamanda belirli bir ülkede egemen olan yasalarla ilgilidir.

(*) A.Ü.S.B.F. Öğretim Üyesi.

Ülkelerdeki gelişmeleri teker teker ele aldığımız zaman da, dikkatimiz bir tek ortak gidiş üzerinde toplanır. «Anayasacılık hareketi» diyebileceğimiz bu gidiş, toplumları yönetenlerin davranışlarını değerlendirmeye, sınırlamaya ve en sonunda bu davranışları toplumların kendi iradelerine bağlı tutmağa yönelik bir gidiştir. Temel olarak, iki olgudan kaynaklanır. Biri, Rönesans, Reformasyon, Aydınlanma dönemleri boyunca «ilâhî hukuk» temeline dayalı meşruluk anlayışının değişmesi ve, özellikle Onsekizinci Yüzyılın sonu ile Ondokuzuncu Yüzyılın başındaki sosyal gelişmeler sonucunda, halk yığınlarının kendi ağırlıklarını devlet yönetiminde gitgide daha çok hissettirmesidir. İkinci olgu, düşünce düzeyindedir : «Toplum sözleşmesi» kuramı, «anayasa» kavramının ortaya çıkışında belki başka düşüncelerden daha çok rol oynamıştır.

Sonuç, bütün insanlık bakımından son derece ilginç bir sonuç : Bugün, iki - üç istisna dışında (Birleşik Krallık, Yeni Zelanda ve İsrail), bütün devletlerin bir anayasası var. Tek metin biçiminde bir anayasa ortaya koymamış olmayanlarda da, nerdeyse anayasalar kadar ağırlık taşıyan, görünürdeki kolaylığa rağmen kolay kolay değiştirilemeyen birtakım temel yasaların varlığını unutmamak gerek. İngiltere'deki 1689 Haklar Yasası (bill of Rights) bunun en belirgin örneği.

Anayasa kavramının ortaya çıkışı, ister istemez, «kurallar hiyerarşisi» kavramıyla birlikte olmuştur : Genellikle, anayasaların bu hiyerarşide en yüksek yeri işgal ettiklerini, oradan başlayarak aşağıya doğru bir uygunluk hiyerarşisi oluşturması gerektiğini kabul ederiz. Anayasaya uygunluk denetimi, bu gerekliliğin başlangıç aşamasıdır.

Yalnız, bu çok basit gereklilik üzerinde düşünürken, genellikle, kendilerine uygunluk sağlamağa çalıştığımız temel hükümlerin kökenleri üzerinde pek az dururuz : Bunlar sadece kendi toplumumuzun, kendi siyasal gelişmelerimizin, mücadelelerimizin, tarihimizin mi ürünüdür, yoksa bu ürünlerin ortaya çıkışında bütün insanlıkla birlikte yaşamış bir macera mı söz konusudur? İşte, «uluslararası sözleşmeler» kavramı bu noktadan başlayarak düşüncelerin açıklığa kavuşmasında yardımcı olabilir.

2. Bir «uluslararası anayasacılık hareketi»nden sözedilebilir mi?

Bizim «devletler hukuku» ya da «devletler umumî hukuku» dediğimiz uluslararası hukuk dalının gelişmesi de en azından ulusal hukukunun gelişmesi kadar ilginç. Arada benzerlikler de var, önemli farklar da.

Benzerlik, en başta, bir arada yaşamının gereklerinden doğuyor. Devletler de, bireyler gibi, bir arada yaşamak, hem de kan dökmeksinin yaşamak istiyorlarsa, aralarında birtakım kurallar geliştirmek ve bunlara uymak zorunluluğunu duyarlar.

En temel başkalık da, herhalde, yaptırım zayıflığından kaynaklanıyor. Evet, uluslararası örgütlenme alanındaki gelişmelere, boykot, ambargo gibi ortak karar alma mekanizmalarına karşılık, yine de en son yaptırım olarak kuvvete başvurma kaçınılmaz olduğu bir uluslararası düzenden henüz tam anlamıyla uzaklaşmış değiliz.

Yalnız, uluslararası hukukun öyle bir dalı var ki, oradaki gelişme son derece ilginç ve anayasa hukuku bakımından da son derece önemli: «uluslararası insan hakları hukuku» diye adlandırabileceğimiz bir dal bu.

O alandaki gelişme, bireyin yavaş yavaş yalnız bir ulusal hukuk öznesi olmaktan çıkıp aynı zamanda uluslararası hukuk öznesi olmağa doğru yöneldiği bir gelişmedir. İki önceki kuşağın devletler hukuku ve anayasa hukuku bilginlerince adı çok iyi bilinen B. Mirkine - Guetzévitch, 1933'te yayınladığı bir kitabın adını «Uluslararası Anayasa Hukuku» koymuştu. O kitapta, köleliğin kaldırılması, işçi sömürsünün önlenmesi, kadın ticaretinin yasaklanması, azınlıkların korunması konularındaki uluslararası düzenlemelere bakarak insan haklarını devletlerarası güvencelere bağlamağa yönelik yeni bir uluslararası hukukun doğmakta olduğunu ileri sürmekte, hatta alışılmış anlamdaki devletlerarası hukukun da bundan yararlanacağını savunmaktaydı: İnsan hakları güvence altına alındıkça, devletler daha demokratikleşecek, devletler demokratikleştikçe, devletleri birbirine bağlayan uluslararası andlaşmalar, yalnız yöneticilerin değil, bütün halkların iradesini taşıyan andlaşmalar olacaktı. «Uluslararası andlaşmaların bağlayıcılığı aynı zamanda bir anayasa hukuku sorunudur ve çağdaş devletlerin hukuk yaşamındaki en büyük sorunlardan birini meydana getirir. Anayasal devletin bir uluslararası andlaşmaya bağlılığı mutlak yetçi bir devletinkinden daha çoktur.» (1).

Aslına bakılırsa, Mirkine - Guetzévitch'in o kitabı yazdığı sıralarda bireyin uluslararası hukuk öznesi olması henüz emekleme çağındaydı ve insanlık bugün eriştiği, ama yine de yetersiz olan durumun bile çok uzağındaydı.

(1) B. Mirkine - Guetzévitch, *Droit constitutionnel international*. Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1933, sf. 31.

Bir bakıma, bu çok uzun ve yavaş gelişmeyi egemen devletlerin yabancı uyruklulara sağladıkları güvencelerle başlatmak mümkün : «Her devlet, ulusal egemenliğinin bir parçası olarak, kendi uyruklarına yabancı ülkelerde saygı gösterilmesini istemek hakkına sahiptir, çünkü onlara kötü davranılması uyruğu oldukları devletin kişisel egemenliğini de çiğnemek anlamına gelirdi. Bunun gibi, devletler kendi topraklarını vatandaşları bakımından güvenilir yerler durumuna getirmemiş olsalar bile, çok eski zamandanberi, uluslararası hukuk açısından, aynı yerleri başka devletlerin vatandaşları için güvenilir tutmak zorundaydılar.» (2).

Başlangıçta ancak «dıştaki vatandaşlar»a kadar uzanan bu «dış ilgi», büyük emperyalist devletlerin Ondokuzuncu Yüzyıldaki yayılmacılıklarıyla birlikte, bağımsızlık hareketlerine ve azınlıkların korunmasına gösterilen yakınlıklar yoluyla dış politikanın da bir aracı olmaktadır. Bu yeni ilginin nekadarı yüce düşüncelerden ve insanlık duygularından kaynaklanmaktadır, nekadarının gerisinde devletlerin kendi çıkarları saklıdır? «Latin Amerika'daki İspanyol sömürgelerinin bağımsızlık kazanmalarını teşvik etmek için İngiltere'nin harcadığı çabalar, yalnız özyönetim ilkesini değil, İngiltere'nin ticarî ve siyasî çıkarlarını da korumaktaydı.» (3).

Hiç kuşkusuz, bu ikiyüzlü yaklaşımın en yoğun ilgi alanı Osmanlı Devleti oldu : Fransa, İngiltere ve Rusya'nın 1820'lerde «Yunan halkının hakları ve özgürlükleri için», Fransa'nın 1860'larda «Suriye ve Lübnan'daki Hristiyanların hakları ve özgürlükleri için», İngiltere'nin 1870'lerde «Bulgar ulusunun yaşama hakkını korumak için», 1880'lerden başlayarak, yine İngiltere, Fransa ve Rusya'nın «Ermenilerin hakları ve özgürlükleri için», kısacası bütün Hristiyanlık âleminin Osmanlı Devleti'ndeki Hristiyanlar için ortaya koydukları çabalar ve gösterdikleri yakınlıklar ne ölçüde zaten can çekişen bir imparatorluğu parçalayıp yeni dengeler oluşturmak amacını gütmektedir ve ne ölçüde insancıl düşüncelerden güç almaktadır? Gladstone, İngiltere'nin devleşen gücünü hak ve özgürlük uğruna kullanan bir liberal midir, yoksa liberalizmin kavramlarını İngiltere'nin gücüne güç katmak için kullanan bir politikacı mı?

Bu soruların yanıtı, büyük ölçüde, yine Ondokuzuncu Yüzyılın dünya tablosunda görünmektedir : Osmanlı Devleti'ndeki azınlıkların hak-

(2) Paul Sieghart, *The International Law Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1983, sf. 11 - 12.

(3) Evan Luard (edit.), *The International Protection of Human Rights*, London, Thames and Hudson, 1967, sf. 10.

ları, özgürlükleri ve bağımsızlıkları için «çarpınan» devletler aynı zamanda Afrika'nın batısından Asya'nın doğusuna, hatta Karaibler Denizi'ne kadar dünyanın çeşitli köşelerini sömürgeleştiren, halklarını sömüren ve eski bağımsızlıklar üzerinde yeni egemenlikler kuran devletlerdir.

Yine de, aynı dönem boyunca, insan hakları konusuna gerçekten insanca yaklaşımlar da eksik değildir. 1864 Cenevre Sözleşmesi, 1868 Petersburg Bildirgesi, 1899 ve 1907 Lahey Konferansları savaş hukukuna insancıl kurallar getirmek isteyen çabalardır. Köleliğin ve köle ticaretinin önlenmesine ilişkin uluslararası çabalar da o döneme rastlar.

Aynı süreç, Birinci Dünya Savaşı sonrasında da devam etmektedir. İnsan hakları konusundaki başlıca ve nerdeyse tek uluslararası kaygı, azınlıklarla ilgilidir. Bütün barış andlaşmaları, Sèvres, hattâ Lausanne da dahil, azınlıkların haklarını korumağa yönelik hükümlerle doludur. Bugünkü anlamda bir «uluslararası insan hakları hukuku»nun ortaya çıkması için İkinci Dünya Savaşı sonrasını beklemek gerekecek.

Niçin?

Çünkü, 60 milyon insanın ölümüyle ve birçok ülkenin yıkımıyla sonuçlanan büyük insanlık faciası Nazi Almanya'sının resmî felsefesini uygulamaya koymasıyla başlamış, insanın insan olarak değerini, eşitliğini reddeden bu felsefe «üstün ırk»ın öbür ırkları egemenlik altına almasına doğru yükselen bir helezon biçiminde emsalî görülmemiş bir kanlı boğuşmaya yolaçmıştı. Aynı durumların yeniden ortaya çıkması istenmiyorsa, insan haklarına saygıya dayanan bir dünya düzeni kurmak gerekiyordu. Birleşmiş Milletler biraz da bu düşünceden doğdu.

26 Haziran 1945 günü San Francisco'da imzalanan Birleşmiş Milletler Anasenedi'nin (Charter'in) 1. maddesi Örgüt'ün amaçları arasında üçüncü olarak şunu saymaktaydı : «insan haklarına ve herkes için temel özgürlüklere saygıyı sağlamak ve teşvik etmek bakımından uluslararası işbirliğini gerçekleştirmek.»

Arkasından, 10 Aralık 1948'de «İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi»nin kabulü, «Medenî ve Siyasal Haklar Uluslararası Anasözleşmesi»nin 1966'da kabul edilip 23 Mart 1976'da yürürlüğe girmesi, «Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Anasözleşmesi»nin 1966'da kabul edilip 3 Ocak 1976'da yürürlüğe girmesi geldi.

Bunlar Birleşmiş Milletler'in insan hakları konusunda çıkardığı belgeler bakımından bir anasenet, bir pakt, bir «misak» oluşturuyor.

Fakat Birleşmiş Milletler, bunların dışında da, insan haklarına ilişkin çeşitli belgeler kabul etmiştir. Başlıcaları şunlar :

1948'de kabul edilip 12 Ocak 1951'de yürürlüğe giren «Soykırımı Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına İlişkin Sözleşme»;

1965'te kabul edilip 4 Ocak 1969'da yürürlüğe giren «Her Çeşit Irk Ayrımcılığının Yokedilmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme»;

1951'de kabul edilip 22 Nisan 1954'te yürürlüğe giren «Mültecilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme»;

1979'da kabul edilip 3 Eylül 1981'de yürürlüğe giren «Kadınlara Karşı Her Çeşit Ayrımcılığın Yokedilmesine İlişkin Sözleşme».

Öte yandan, ekonomik ve sosyal gelişme düzeyleri, ideolojileri, kültürleri, gelenekleri birbirinden çok farklı ülkeler için ortak kurallar koymanın güçlüğü Birleşmiş Milletler'deki çalışmaların belirli bir yavaşlıkla ilerlemesine yolaçarken, aynı bakımlardan birbirlerine yakın ülkeler arasındaki bu çeşit çalışmaları da kolaylaştırmaktaydı. Nitekim, Avrupa Konseyi'nin üyeleri «İnsan Haklarına ve Temel Özgürlüklere İlişkin Avrupa Sözleşmesi»ni 1950'de imzaladılar ve bu sözleşme 3 Eylül 1953'te yürürlüğe girdi. Ayrıca, sonradan kabul edilen beş Protokol'da Sözleşme'deki hükümlere yenileri eklendi.

İlk bakışta, bütün bu gelişmeler iç hukuklardaki anayasa gelişmeleri ile belirli bir paralellik gösterebilir. Hakları ve özgürlükleri belirten metinler ortaya çıkmıştır. Bunlardan bazıları yaptırımsız ve mekanizmasız «bildirge»ler biçimindedir; bir kısmı da en azından bir rapor verme zorunluluğu getiren, bazan da denetim mekanizmaları ve çok zayıf da olsa yaptırım hükümleri içeren «sözleşme» biçimindedir. Demek ki, anayasacılık hareketinin başlangıcında görüldüğü gibi, haklarla özgürlükleri sıralamak ve bunlara saygı gösterilmesini sağlayacak yöntemler bulmak çabası vardır. Ancak, bu hareketin gerçek bir anayasacılığa dönüşmesi için, kabul edilen metinlerle çeşitli ülkelerde yaşayan insanlar arasında bir bağın kurulması, metinlerin varlığı ile hakların ve özgürlüklerin korunması arasında bir ilişkinin yaratılması gerekir.

Çoğu zaman, bu ilişkinin orta yerinde «egemen devlet» vardır. Öyle bir egemen devlet ki, hem uluslararası belgelerin hazırlanmasına katılmış ve onları kabul etmiştir, hem söz konusu hakları ve özgürlükleri çiğner, hem de metinlerin bu çiğneyişi durdurabilmesine karşı en önemli engeldir. Anayasa hukuku, iç hukukta buna benzer bir

durumun ortaya çıkmasını önlemenin çaresini en yukarı düzeyde bağımsız bir yargı organı yoluyla «Anayasaya uygunluk denetimi» sağlayarak bulduğu halde, uluslararası hukukta henüz aynı etkinlikte bir çare bulunabilmiş değildir. Gerçi, «Medenî ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Anasözleşme»nin «İnsan Hakları Komitesi» gibi, «Avrupa İnsan Hakları Komisyonu» ve «Avrupa İnsan Hakları Divanı» gibi devlet iradelerinden bağımsız organlar ve onların sahip olduğu birtakım yetkiler vardır ama, hem devletlerin çoğu bunları harekete geçirecek «kişisel başvuru hakkı»nı vatandaşları için kabul etmiş değildir, hem de «önce iç hukuktaki başvuru yollarının tüketilmiş olması» gibi koşullar bu organların sağlayabileceği korumanın etkisini büyük ölçüde azaltmakta ya da geciktirmektedir.

Bu bakımdan, uluslararası sözleşmelerin, daha doğru ve geniş bir deyimle insan haklarına ilişkin bütün «uluslararası belgeler»in iç hukuk üzerindeki etkileri konusu bütün önemini sürdürmektedir. Uluslararası sözleşmelerin Anayasaya uygunluk denetimi üzerindeki etkisi de bu konunun bir parçasıdır.

3. Uluslararası sözleşmelerin Anayasaya uygunluk denetimi üzerindeki etkisi ne olabilir?

İnsan haklarına ilişkin ve Türkiye'nin taraf olduğu başlıca uluslararası metinler (Bildirge, anasözleşme, sözleşme, protokol) şunlar :

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (1948);

İnsan Haklarının ve Ana Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (1950) ve bu Sözleşme'ye ek protokoller (Birinci Protokol, 1952; İkinci Protokol, 1963; Üçüncü Protokol, 1963; Beşinci Protokol, 1966);

Soykırımı Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme (1948);

Ücret Eşitliği Sözleşmesi (1951);

Mültecilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme (1951);

Kadınların Siyasal Haklarına İlişkin Sözleşme (1952);

Köleliğin, Köle Ticaretinin, Köleliğe Benzer Kurum ve Uygulamaların Kaldırılmasına İlişkin Tamamlayıcı Sözleşme (1956);

Cebri Çalıştırmanın Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme (1957);

İş ve Meslek Bakımından Ayrımcılığa İlişkin Sözleşme (1958);

Her Çeşit Irk Ayrımcılığının Yokedilmesine İlişkin Birleşmiş Milletler Bildirgesi (1963).

Görüldüğü gibi, bu bildirme ve sözleşmeler özde devletin kendi vatandaşlarını yararlandırmağa, onların hak ve özgürlüklerini güvence altına almağa yönelik oldukları hâlde, uluslararası nitelik taşımalarının gereği, devletin başka devletlere karşı üstlendiği yükümlülükleri ifade etmektedirler. Başka bir deyimle, devlet kendi vatandaşlarına karşı şu ya da bu biçimde davranacağına söz vermekte, fakat bu sözü kendi vatandaşlarına değil, başka devletlere vermektedir.

İşte, sorun, devletin bu dış yükümlülüğünü iç hukukta kendi vatandaşlarına karşı bir yükümlülüğe dönüştürmek sorunudur. Başka bir deyimle, konu, uluslararası hukuk ile ulusal hukuk arasındaki ilişki sorununa kaymış olmaktadır.

Bu konuda geçen yüzyılın sonlarındanberi sürüp giden tartışma bütün hukukçuların yakından tanıdığı iki kuramın, daha doğrusu iki düşünce okulunun çatışması biçiminde ortaya çıkar : İkilikçiler ve tekçiler, ya da daha yaygın adlarıyla «düalistler» ve «monistler» çatışması.

İkilikçiler, birbirinden ayrı ve farklı, başka başka kaynaklardan gelip başka başka alanları düzenleyen iki hukuk düzeni görürler : Ulusal hukuk ve uluslararası hukuk. Bu görüşe göre, özellikle yargı organlarının davranışları bakımından asıl olan ulusal hukuktur; uluslararası hukuk ulusal hukukun yanında zayıf ve bir alt kategori meydana getirir. Uluslararası hukukun iç hukukta uygulanabilir olması ancak ulusal hukukun uluslararası hukuku açıkça kendi bünyesine almış olmasına bağlıdır.

Kelsen'in pekiştirdiği tekçi kurama göre ise, «halkların hukuk bilincinden doğan» bir tek hukuk vardır ve ulusal hukukla uluslararası hukuk bu tek hukukun değişik görüntüleridir. Hukuk kuralları arasındaki hiyerarşi burada da kendini gösterir : Uluslararası hukuk ulusal hukuka göre üstün ve ondan daha güçlüdür. İç hukuk uluslararası hukukla çatışıyorsa, bu durum devleti uluslararası yükümlülüklerden kurtarmaz ve uluslararası kurallar iç hukuku bağlar.

Devletlerin uygulamaları bu iki okul arasında çeşitli değişiklikler gösterir.

Örneğin, İngiltere henüz ikilikçi okulun izleyici olmaktan vazgeçmemiştir. Devleti bağlayan uluslararası kuralların iç hukukta da uygulanacağına ilişkin ayrıca bir düzenleme yapılmamışsa, mahkemeler ulusal hukuku uygulamak zorundadırlar.

Buna karşılık, Amerikan Anayasasının VI. maddesinin 2. kesimi 1787 yılındanberi şu kuralı koyar : «Bu Anayasa ve onun gereğince Birleşik Devletler tarafından çıkarılacak bütün yasalar ile Birleşik Devletler'in yetkisi içinde yapılmış ve yapılacak bütün andlaşmalar ülkenin üstün hukuku sayılacaktır.» Aynı biçimde, 1949 tarihli Federal Alman Cumhuriyeti Anayasasının 25. maddesi de şöyle der : «Uluslararası kamu hukukunun genel kuralları federal hukukun ayrılmaz parçasını meydana getirir. Bunlar yasalardan üstündür ve federal topraklarda oturanlar için doğrudan doğruya hak ve ödevler yaratır.» Fransa'daki 1958 tarihli Beşinci Cumhuriyet Anayasası, karşılıklılık ilkesiyle sınırlandırılmış olmakla birlikte yine aynı esası getirmektedir : «Usulüne uygun olarak onaylanmış ya da kabul edilmiş olan andlaşma ve anlaşmalar, her andlaşma ya da andlaşma için karşı tarafca uygulanma koşuluyla, yasalardan üstün sayılırlar.»

Bu gibi durumlarda, mahkemelerin ve bu arada Federal Alman Cumhuriyeti'ndeki Federal Anayasa Mahkemesi ile Fransa'daki Anayasa Konseyi'nin takınabilecekleri tutumlar açıktır : Yasaların, Anayasayla birlikte, usulüne göre onaylanmış uluslararası andlaşmalara da uygun olması gerekecektir.

Ne var ki, devletlerin çoğundaki durumlar, ikilikçi ya da tekçi kuramlardan birini kesinlikle benimsemiş ülkelerdeki kadar açık değildir.

Örneğin, 1961 ve 1982 Türk Anayasalarının yarattıkları durum bu bakımdan hayli ilginç. 1961 Anayasasının 65. maddesiyle 1982 Anayasasının 90. maddesi şu kuralı getiriyor : «Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir.» Tekçi kuramı benimsemiş gözüken bu hüküm bu biçimiyle kalsaydı, belli bir konuda hangi kuralın uygulanacağını saptamak hayli kolaylaşmış olurdu : uluslararası andlaşmalar yasa hükmünde olunca, ulusal hukuktaki yasalarla andlaşmalar arasında karşılaştırma yapılacak, özel hükümlerin genel hükümlerden önce gelişi ya da aynı konudaki iki hüküm arasında son konmuş hükmün uygulanışı gibi kurallar rahatlıkla kullanılabilecekti.

Ancak, Anayasanın aynı fıkrasında yer alan bir başka hüküm tartışmaya yeni bir boyut daha getirmektedir. Bu hükme göre, usulüne göre yürürlüğe konulup yasa ağırlığı kazanmış olan uluslararası andlaşmalar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz.

İlk bakışta, bu hükmü devletin dış yükümlülüklerini ayakta tutmak ve dolayısıyla uluslararası güvenirliliğini sürdürmek endişesinin

bir sonucu saymakla yetinmek mümkündür. Gerçekten, Anayasaya aykırılıktan ötürü iptal edilmiş, yani herhangi bir yasanın uğrayabileceği akıbete uğramış bir uluslararası andlaşma, devleti dış ilişkilerinde güç durumda bırakabilir. Andlaşma iç hukukta Anayasaya aykırı bir durum yaratmışsa, bunu önlemenin yolu Anayasaya aykırılığı düzeltene ve Andlaşmanın etkilerini değiştiren yeni bir yasa çıkarmak olabilir.

Fakat bu, konunun ancak bir yönüdür. Eğer Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayışı, yalnız dış ilişkilerdeki güvenilirlik açısından değil de, kurallar hiyerarşisine getirebileceği değişiklik açısından alırsak ilginç birtakım sonuçlara varmamız da mümkündür. Uluslararası sözleşmeler konusunda Anayasaya uygunluk denetimi yolunun kapalı tutulması, özde, bu sözleşmelere yasalardan daha ayrıcalıklı, dolayısıyla daha üstün bir ağırlık kazandırmıyor mu? Tabii, Anayasadaki «kanun hükmündedir» sözü karşısında, bu soruya hemen olumlu bir yanıt vermek zordur. Anayasanın lâfzı esas alınır, sözleşme yalnızca bir yasa ağırlığı taşıyacak, bir yasa gibi, bir yasa kadar sonuçlar doğuracaktır.

Anck, unutmamak gerekir ki, devlet o sözleşmeyi bu durumu bile bile imzalamış, onaylamış ve yürürlüğe koymuştur. Çoğu zaman, kendi Anayasasıyla çatışır gördüğü hükümler için sözleşmeye çekince koymak ve iç hukukla dış yükümlülük arasındaki çelişkiyi görüp iç hukuktaki sonuçları bu yoldan önlemek onun elindedir. Nitekim, Türkiye, «İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi»ne ek Birinci Protokolü onaylarken, söz konusu Protokolün 2. maddesine çekince koymuş ve bunu Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce 10 Mart 1954'te kabul edilen 6366 sayılı yasanın 3. maddesine dayandırdığını belirtmişti. Sözleşme ve Protokol «tasdik» edilirken çıkarılan o yasanın 3. maddesi, Protokolün 2. maddesine rağmen 3 Mart 1924 tarihli ve 430 sayılı «Tevhid-i Tedrisat Kanunu»nun yürürlükte kalmasını sağlamaktaydı. Çekince konmasaydı, «Devlet, eğitim ve öğretim sahasında deruhte edeceği vazifelerin ifasında, ebeveynin bu eğitim ve öğretimi kendi dinî ve felsefî akidelerine göre tanzim etmek hakkına riayet edecektir» diyen Protokolün 2. maddesiyle Tevhid-i Tedrisat Kanunu arasındaki çelişki «varlığı taraflarca kabul edilen, dolayısıyla giderilmesi zorunlu olmayan bir çelişki» niteliği kazanmış olmayacaktı.

O halde, bir devlet uluslararası bir sözleşmeyi imzalayıp onaylayarak kendisi açısından da hüküm ifade eder duruma getirirken, koyduğu çekinceler dışında, sözleşme hükümlerinin iç hukuktaki etkile-

rini bilerek ve öngörerek bunu yapıyor demektir. Bu, uluslararası sözleşmelere yasalardan biraz farklı, Anayasaya yaklaşıcı, en azından Anayasaya yeni bir anlam ve yorum kazandırıcı bir ağırlık tanımak oluyor. Uluslararası sözleşme hükümlerinin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyeceğine göre, o hükümleri de Anayasayla birlikte düşünmek ve Anayasayı onlarla birlikte yorumlamak gerekecektir.

Bu nokta, haklara ve özgürlüklere ilişkin yasaların Anayasaya uygunluğu denetlenirken önem kazanıyor. Yasanın usulüne göre imzalanıp onaylanarak yürürlüğe konmuş uluslararası bir sözleşmeye göre hak ve özgürlükleri daha da sınırlayıcı oluşu, o sözleşmeyi Anayasasındaki hükümleri bilerek ve çekince koymadan kabul etmiş olan bir devlette büsbütün göze batmaktadır. Devlet, sözleşmeyi kabul ederken, Anayasasının o sözleşmeden daha sınırlayıcı olmadığını varsayarak, Anayasasını öyle yorumlayarak kabul etmiştir. Daha sınırlayıcı olan yasa, devletin bu iradesiyle, yani —andlaşmaların onaylanmasının uygun bulunuşuna ilişkin Anayasa hükümleri anımsanacak olursa— yasama ve yürütme organlarının ortak tercihlerinden oluşan iradeyle çatışıyor demektir. Anayasa Mahkemesi'nin Anayasaya uygunluk denetimi yaparken bu iki irade arasında bir tercihte bulunması ve sözleşmenin gerisindeki genişletici iradeyi yasanın gerisindeki sınırlayıcı iradeye üstün sayarak daha özgürlükçü bir Anayasa yorumu getirmesi hem uluslararası andlaşmalara özel bir yer tanıyan Anayasanın ruhuna uygun düşecek, hem de insan hakları konusundaki uluslararası gelişmelerin iç hukuka yansımaları çabuklaştırarak Anayasaya yeni bir dinamizm kazandıracaktır.

Bu yansıma elbette Anayasaların yapılışı sırasında bir ölçüde olmaktadır. Örneğin, 1982 Anayasasında «Kişi hürriyeti ve güvenliği» konusundaki 19. maddenin ikinci fıkrasındaki yakalanma ve tutuklanma koşulları nerdeyse kelimesi kelimesine, hattâ «vagabond» ya da «vagrant» karşılığında kullanılan «serseri» deyimine varıncaya kadar, «İnsan Haklarının ve Ana Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi»ndeki 5. maddenin koşullarını yansıtmaktadır. Ancak yeni Anayasa yapma fırsatı sık sık ortaya çıkmadığına, daha doğrusu bu fırsatın sık sık ortaya çıkması istenmediğine göre, uluslararası gelişmeleri bir ülkedeki Anayasa düzenine yansıtmamanın yolu Anayasa yorumlarını o ülkenin katıldığı uluslararası sözleşmeler yardımıyla yapmak olmaktadır.

Toplumun yaşamını çağdaş dünyayla uyumlu tutabilmenin yolu da budur. Anayasalar ekonomik, sosyal ve özellikle siyasi bakım-

lardan belirli bir gelişme düzeyinin ifadesi olabilirler. Anayasalarda aynı zamanda yaşanmış yakın geçmişin tepkileri de bolca bulunur. Ancak, Anayasaların yalnızca bu nitelikleriyle kalmaları onları geçmişe dönük, statik ve kısır belgeler durumuna sokar. Buna karşılık, anayasaları insan haklarına ilişkin uluslararası belgeler yoluyla evrensel gelişmelerle diyalog durumunda tutmak onlara belirli bir dinamizm kazandırabilir ve toplumdaki gidişin büyük insanlık macerasına ayak uydurmasını sağlar.

Belki, tepki nitelikleri çok fazla ağır basan ve bundan ötürü geriye dönüş gibi gözüken anayasalara yeni bir canlılık ve ileriye dönüklük kazandırmanın yolu da buradan geçmektedir. Uluslararası sözleşmeler, başkalarının bizi denetlemesine yolaçan belgeler olmaktan önce, bizim kendi kendimizi aşmamızı sağlayabilecek belgelerdir.

**ANAYASA MAHKEMESİ'NİN ESASA İLİŞKİN DENETİMİ
«KANUN KOYUCU GİBİ HAREKETLE YENİ BİR UYGULAMAYA
VOLAÇACAK BİÇİMDE HÜKÜM TESİSİ»NİN ANLAMI**

İKİNCİ OTURUM

OTURUM BAŞKANI : Nihat RENDA

KONUŞMACILAR : Prof. Dr. Erdoğan TEZİÇ

Yekta Güngör ÖZDEN

KANUNLARIN ANAYASAYA UYGUNLUĞUNUN «ESAS» AÇISINDAN DENETİMİ

Prof. Dr. Erdoğan TEZİÇ*

GİRİŞ

Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin, günümüz anayasacılık hareketlerinde yer alması, artık tepkilere yol açmayan bir konu olma özelliğini taşıyor. Oysa, XIX. yüzyılda, parlamento-nun çıkardığı kanunların yargısal denetimi, düşünülebilecek bir konu değildi. Kuşkusuz, anayasa yargılamasının giderek pek çok ülkede benimsenmesinin bir açıklaması olmalıdır.

Bunun başlıca nedenlerinden birinin federalizm olduğu belirtilir (1). Çünkü, anayasaya uygunluğun yargısal denetiminin, ilk kez federal yapılı ülkelerde ortaya çıkmış olması bir rastlantı değildir. Örneğin ABD, Avusturya ve daha sonra Almanya gibi. Ancak, federalizmin oynadığı rol ikinci plandadır. Şöyle ki, II. Dünya Savaşı sonrasında, insan haklarının korunması zorunluluğunun bilincine varılması, anayasa yargılamasını da gündeme getirecektir. Bu konuda acı deneyler yaşamış Almanya ve İtalya'nın, anayasalarında, temel hakların yasama organına karşı korunması ile ilgili olarak, ayrıca anayasa yargılamasına yer vermeleri oldukça anlamlıdır.

Bir başka etken, kanun kavramındaki değişimdir. XIX. yüzyıl geleneğinde, yasama organının işlemi olarak kanun, «ulusal iradenin açıklanmasıdır.» Fakat siyasi partilerin ortaya çıkışları ile, parlamenter sistemdeki gelişmeler sonucu, çoğunluğu elde eden parti aracılığı ile yasama/yürütme arasındaki nisbi kaynaşma sonucu kanun, bundan böyle hükümet iradesinin, dayanışma halindeki bir çoğunluk tarafından uygun bulunmasını ifade etmeğe başlayacaktır. Öte yandan, devletin giderek artan görevleri nedeni ile, kanunlar daha teknik ko-

(*) İ.Ö. Hukuk Fakültesi.

(1) CAPPELLETTI M., *Nécessité et Légitimité de la Justice Constitutionnelle* In *Revue Internationale de Droit Comparé*, No : 2, Avril, juin 1961, s. 647.

nuları içermeye başlayacaktır. Bu durum, parlamentonun etkili bir denetim yapabilmesini güçleştirecektir. Daha açık bir anlatımla, kanunun içeriğini, ancak o konunun teknisyenleri belirleyeceklerdir.

XIX. yüzyılın liberal anlayışına bağlı olan eski Kanun anlayışında, hürriyetlerin en büyük güvencesi, Yasama organınca düzenlenmeleri yani kanunla korunmaları idi. Yaşanılan deneylerden sonra, XX. yüzyılda, yeni bir döneme girilir ve artık, hürriyetlerin güvencesi, bu kez kanuna karşı da korunma olarak ortaya çıkar. Bu gelişme, yasama organının iradesini denetleyecek, onu anayasaya saygıya zorlayacak yüce bir makamın varlığının kabul edilmesine yol açacaktır. Böyle bir gelişme, aslında hukuk devletinin mantığına uygundur. Çünkü hukuk devletinde, normlar piramidinin en üstünde anayasa bulunur ve bütün öteki normlar geçerliliklerini bundan alırlar. Bugün artık, bu gelişme tamamlanmış olup, temel hakların, kanuna karşı, anayasa mahkemelerince korunması konusu, Batı'da, kamu hukukunun ayrılmaz bir parçasını oluşturduğunda bir kuşku kalmamıştır. Bunun son örneği, Batı'da, 1970 li yıllarda, diktatörlükten sıyrılmış olan Portekiz ve İspanya Anayasalarında görülmektedir.

Anayasa yargılamasının benimsenmesi, hukuk kaynakları açısından da önemli bir yeniliğe yol açmıştır. İçtihatların aslî bir kaynak olması, anayasa mahkemesi kararları ile gerçekleşecektir. Hukukî Pozitivizm, uzun yıllar, içtihatların kaynak olmasına karşı koymuştu. Çünkü buna göre, yargıç'ın kural koyması düşünülemezdi. Pozitivizme göre hukukun kaynakları ancak anayasalarda belirlenebilirdi. Anayasa, yargıca, hukuku yaratma yetkisi vermediği için, yargıç da hukuk kuralları yaratamazdı. Ancak, idare ve adliye yargıcı gibi, Anayasa yargıcı da, uygulamada hukuku yaratmaktadırlar. Kaldı ki, anayasa yargıcının hukuku yaratamayacağını ileri sürmek, böyle bir rolü olmayacağını söylemek, aşılması güç bir çelişkidir. Çünkü, anayasa yargılamasının amacı, anayasaya uygunluğu, anayasaya saygıyı gerçekleştirmenin bir güvencesi olunca, bunun kaçınılmaz sonucu içtihat'dır. Bu içtihat'da bağlayıcı olacağına göre, Anayasa yargılaması sonucu verilen karar da, ister istemez, içtihadî bir normatif alanın oluşmasını zorunlu kılar. Anayasa yargılamasının hukuku yaratma fonksiyonunu kabul etmemek, temelde anayasa yargılamasına karşı olmakla eş anlamlıdır.

Anayasa yargılamasını benimsemiş bütün ülkelere özgü olarak ortaya çıkan bir sorun, halkın temsilcilerinden oluşan parlamentonun üzerinde, belli sayıdaki yargıçlardan kurulu bir mahkemenin yaptığı denetimin demokratik olup olmadığıdır. Bu, cevaplandırılması hayli

nazik bir konudur. Çünkü bu sorun, demokrasinin ve anayasa yargılamasının geleceği bakımından bazı endişeler yaratabilir. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, her ikisinin bağdaştırılmasında bir güçlük yoktur. Aslında, anayasaya uygunluk denetimi, demokrasinin gelişmesinin bir aşamasıdır. Zira demokrasi, yalnızca iktidarın oyunun kurallarına göre el değiştirmesi ile ilgili olmayıp, iktidarın kullanılması ile de ilgilidir. Bu bakımdan, temel hakların gelişmesini sağlayan, güçlendiren her husus, demokrasinin de gelişimine uygundur. Zaten anayasa yargılaması, ilke olarak, demokratik teoriye ait olmaktan çok siyasal liberal teoriye aittir.

İnsan haklarına, ancak liberal demokratik bir yönetimde saygı duyulma imkânı vardır. Eklemek gerekir ki, demokrasinin yaşama şansı da insan haklarının etkili bir biçimde korunabileceği toplumlarda mevcut olabilir. Günümüzde demokrasi, yalnızca çoğunluk düşüncesine indirgenemez. Demokrasi aynı zamanda katılma, tolerans ve hürriyet demektir. Bu bakımdan bağımsız bir yargı organı, çoğunluğun kaprislerine ve hoşgöründen uzak tutumlarını frenlemede önemli rol oynayabilir.

Anayasa yargılamasının benimsenmesi ile, hukuksal teknik sorunlar da giderek artmaktadır. Çünkü, parlamentonun, bir anlamda siyasal tercihlerinin anayasaya uygunluğunun denetlenmesi; hukuksal ve siyasal sorunları birbirlerinden kesin çizgilerle ayırmayı hayli güçleştirmektedir.

Kanunların, esas, ya da içerik açısından denetimi sorununu, 1982 Anayasası uyarınca incelerken, «esas» ile ilgili denetimi, şekil denetiminden tamamen soyutlamak, ayırmak, Anayasadaki ve 10 Kasım 1983 tarihli 2949 sayılı kuruluş kanunundaki düzenlemeye rağmen pek kolay değildir. Onun için konuyu iki ana başlık altında ele almak gerekiyor: Esasa ilişkin şekil denetimi ve esasa ilişkin denetim unsurları.

I — 1982 ANAYASASINA GÖRE ESASA İLİŞKİN ŞEKİL DENETİMİ

Türkiye’de Kanunların Anayasa’ya uygunluğunun denetimini, Anayasa Mahkemesi’nin göreve başladığı 1962 yılından bu yana, yerleşik yönetimine göre iki açıdan incelenmekteydi. Şekil ve Esas. Ancak, 1982 Anayasası, şekil bakımından denetimi, yalnızca «son cıylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı» (m. 148) ölçütüne göre incelenebileceği kuralını getirmektedir. Şekil yönünden denetim ayrı-

ca, kanunun Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak on gün içinde yapılması gerekir (m. 148/2). Nihayet, şekil bozukluğuna dayalı iptal davaları, Anayasa Mahkemesi'nce öncelikle incelenip karara bağlanır (m. 149). Bu bakımdan, ilk bakışta, şekil denetimi sonucu, bir kanunun iptal edilebilme olasılığının hemen hemen kalmadığı, bu konuda bir sorunun olamayacağı söylenebilir.

Ancak, Anayasanın «iptal davası» kenar başlığını taşıyan kural (m. 150), «Kanunların, kanun hükmündeki kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından» (bakımlarından olmalıydı) Anayasaya aykırılığına ilişkin iptal davalarını düzenlerken, şekil denetimine de yer vermektedir. Anayasanın 150. maddesindeki bu kurala açıklık getirmeyi amaçlayan 2949 sayılı kuruluş kanunu (m. 22), Kanunların «sadece esas yönlerinden Anayasaya aykırılıkları iddiasıyla doğrudan doğruya iptal davası açma hakkından» sözediyor. Kuruluş Kanunundaki bu kural, Anayasanın 150. maddesini daralttığı gibi, ortaya çıkabilecek bazı sorunları da cevapsız bıraktığı söylenebilir. Bazı öyle şekil bozuklukları vardır ki, bunlar esasa etkili olacak niteliktedir. Bu nedenle de, içtüzük niteliğindeki kimi kurallara Anayasada yer verilmek sureti ile, yasama meclisinin iradesinin açıklanmasında, bunların ihmal edilmemesi istenmiştir. Örneğin, TBMM Başkanlık Divanının (m. 94/2), öte yandan içtüzük hükümlerinin siyasî parti gruplarının meclisin bütün faaliyetlerine üye sayılarının oranlarına göre katılmalarını sağlayacak yolda düzenlenmesi (m. 95/2), Bütçe tasarılarının görüşüleceği komisyonun kuruluşunda iktidar grubuna veya gruplarına en az yirmi beş üye verilmek şartı ile, siyasî parti gruplarının ve bağımsızların oranlarına göre temsilinin gözönünde tutulması (m. 162/2) gibi.

1982 Anayasasındaki, şekil ve usule ilişkin bu kurallara uyulmadan toplanmış bir meclisin kabul edeceği kanunların, şekil yönünden sakatlığının ileri sürülememesi, ya da denetlenememesi, Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü (m. 11) ilkesi ile bağdaşmaz. Kaldı ki, Anayasada yer alan (m. 94/2, 95/2, 162/2) şekil ve usul ile ilgili kuralların, kanun koyucu tarafından dikkate alınmaması, yasama işlemlerinin esasına etkili olacak bir sakatlık doğurur (2). Biraz önce de belirtildiği gibi, aslında içtüzükte yer alması gereken bu şekil ve usul kuralla-

(2) Anayasa Koyucu, şekil ve usulle ilgili Anayasa kurallarına verdiği önemi, ayrıca Anayasal rejimin geleceği ile ilgili olarak da değerlendirdiği içindir ki, geçici maddelerinde (m. 2, 9, 15), belli sürelerin bitimini, ya da başlangıcını, TBMM Başkanlık Divanının oluşturulmasına bağlamıştır.

rına, kurucu iktidar, Anayasa'da yer vererek, bunların ihmal edilmesini önlemek istemiştir.

Kanunların oluşmasında, yalnızca «öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığını» şekil denetiminde ölçüt olarak kabul etmek, parlamentadaki çoğunluğun her zaman «sürpriz kanunlar» çıkarmasına imkân tanımak olur. Oysa, liberal demokratik bir toplumda kanun, parlamentoda iktidar - muhalefet diyalogu ile aleniyeti sağlanan, giderek içeriği kamu oyuna yansiyarak buradan gelebilecek tepkilere, değer yargılarına göre oluşması gereken bir işlemdir. Eklemek gerekir ki, kanunun öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığını, şekil denetiminde mutlak bir ölçüt olarak kabul etmek, «siyasi kararlar sürecinde katılma ve uzlaşmaya yer verilmek istenmediği» biçiminde de yorumlanabilir (3).

Kanun koyucu gibi, Anayasa koyucu da abesle iştigal etmeyeceğine göre, Anayasanın 150. maddesini yorumlarken, Anayasa Mahkemesi'nin, bir kanun hakkında şekil (Any. 148/2 deki ölçütü dışında) ve esas bakımlarından açılacak iptal davalarında, şekil yönünden denetimi yaparak aykırılığı saptadığında, ayrıca esas ilişkin incelemeyi de sürdürerek, davayı bir bütün olarak sonuçlandırması gerektiği sonucuna varmak gerekir (4). II. Cumhuriyet döneminde, Anayasa Mahkemesi, şekil yönünden iptal kararı verince, ayrıca esasa ilişkin inceleme yapmamaktaydı. Çünkü Anayasa Mahkemesi'ne göre, böyle bir durumda, esasa ilişkin denetim «kimi kuruluşları uyarma olanağının sağlanması düşüncesine dayandırılması da, Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetki alanı ile bağdaştırılamaz»dı (5). Oysa Yüksek Mahkemenin aksi yönde bir uygulaması da vardır : Şekil yönünden iptal kararı verdikten sonra, ayrıca esasa ilişkin incelemeyi de bir bütün olarak sürdürmüştü (6). Anayasa Koyucunun, 1982 Anayasasındaki düzenleme (m. 150) ile, II. Cumhuriyet döneminde, Anayasa Mahkemesinin şekil yönünden aykırılığı saptayarak, bununla yetinmesi yönündeki uygulamaya son vermek istediği söylenebilir.

(3) Bkz. DURAN L., *Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu*, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları No : 4, Ankara 1984, s. 71.

(4) TEZİÇ, E., *1982 Anayasasına Göre Anayasaya Uygunluğun Denetimi*, İdare Hukuku ve İlimler Dergisi (Sarınca'ya Armağan), Yıl 3, Sayı 1 - 3, İstanbul 1982 s. 203.

(5) E. 1976/50, K. 1977/13, K.t. 15.2.1977, AMKD 15, s. 165.

(6) E. 1977/6, K. 1977/14, K.t. 22.2.1977, AMKD 15, s. 195.

II — ESASA İLİŞKİN DENETİM UNSURLARI

Esas yönünden denetim, kanunun içeriğinin Anayasaya uygun olup olmadığı ile ilgili olup, buna maddi açıdan denetim ya da «öz» açısından denetim de deniyor. Bu denetim, kanunun Anayasa karşısında hukuksal değerini ölçme anlamını taşır. Anayasa Mahkemesi, Anayasaya uygunluğu denetlerken, hukukilik denetimi yapmakla yetinip, Anayasanın sözünü söylemek gibi bir görevi vardır. Kanun koyucunun bir tür siyasal tercihini yansıtan Kanunun ülke koşullarına (7) uygun olup olmadığını ya da yerindeliliğini denetlememelidir.

Anayasa yargıcı, anayasaya uygunluk denetimi yaparken, kuşkusuz bunu hukuksal bir sorun olarak değerlendirir. Ancak, anayasanın yorumlanması, belli dönemlerin politik dalgalanmalarından soyutlanabilmesi kolay değildir. Çünkü anayasa yargılamasının bulunduğu her ülkede, verilen kararlar özü itibarıyla politik niteliktedir. Burada ki politik sözcüğü partizanlık anlamına değil, fakat denetlemeyi yapan kuruluşun bir tür siyaseti kararlaştırmasıdır. Bu da, anayasaya uygunluk denetimi yapan makamları, öteki mahkemelerden ayıran özelliğidir.

Kanunun anayasaya uygunluğunun denetlenmesi, aynı zamanda anayasanın da yorumlanması demektir. Bu yorumlama yapılırken, kanunun içeriğinin hangi yönlerden anayasaya aykırı olduğunun saptanması, çözülmesi gereken temel sorundur. Bu bakımdan ortaya başlıca iki sorun çıkmaktadır. Birincisi, Anayasa yargıcının elindeki ölçüler, ya da ölçü normlar nelerdir? İkincisi de Anayasaya aykırılığı saptamaya yarıyacak belli unsurların ortaya konup konamayacağıdır. Çünkü, biraz sonra da değinileceği gibi, kanunun geçerli bir işlem olabilmesi unsurlarının sıhhatine bağlıdır.

[7] Anayasa Mahkemesi, fiili durumun, «günün koşullarına uygun bir düzeye getirilmemiş bulunmasını Anayasaya aykırılık nedeni saymaya olanak yoktur» diyerek iptal sonucuna varmamaktadır. Bkz. E. 1980/2, K. 1980/57, K.t. 18.11.1980, AMKD 18, s. 329. Federal Almanya'da da Anayasa Mahkemesi «fiili durumlar» (situation des faits) gerekçesi ile, bir Kanunun aykırılığı sonucuna varmamakta, ancak, yakın bir gelecekte Anayasaya aykırı olabileceğini belirtmektedir. Başka anlatımla, «kanun henüz Anayasaya uygundur» fakat gelecekte Anayasaya aykırılığın giderilmesi için yasama organına gerekli düzenlemeyi yapabilmesi için bir tür direktif verebilmektedir. Bkz. SCHLAIC K., **Procédures et Techniques de Protection des Droits Fondamentaux**, in *Revue International de Droit Comparé* No : 2, Avril - Juin 1981, s. 374.

A — Anayasaya uygunluğun denetiminde ölçü norm

Anayasa yargıcı, bir aykırılık sorunu ile karşılaştığında, karara varabilmesi için üç aşamalı ya da üç evreli bir faaliyet yapar. Birincisi, cevaplayacağı anayasaya aykırılık sorununu açık seçik ortaya koymak; ikincisi ölçü olarak kullanacağı «referans normu» saptamak ve nihayet saptadığı referans normu çözeceği soruna uygulamaktır.

Birinci aşamada önemli bir sorun çıkmaz; ancak, Anayasa yargıcı, sorunu hukuksal terimlerle ifade etmek zorundadır. Çünkü, aykırılık iddiasında bulunanlar, çoğu kez sorunu doğru bir biçimde ortaya koyamayabilirler. Bu aşamada ayrıca, anayasa yargıcı, kendisine sunulan ve aykırılığı iddia edilen metni yorumlamak zorundadır. Çünkü, aykırılığı ileri sürülen metne verilen anlama göre, anayasaya uygun ya da aykırı sonuç ortaya çıkabilecektir. Üçüncü aşama da büyük bir yöntem güçlüğü yaratmaz. Bu tümünden gelim (talil = *déduction*), yani genelden özele varan bir düşünce yöntemi (syllogisme) ile halledilir. Asıl güçlük ikinci aşamadır.

Bu bir yöntem sorunu ortaya çıkarır. Çünkü, gerçekten de anayasa hukukundaki kaynaklar arasından bütün malzemeyi toplamak ve sonra da, metinlerdeki hukuk kuralını yeterli açıklıkla ortaya koymak gerekir. Bunun için de tüme varım (istikra = *induction*), yani özelden genele varan düşünce yöntemini kullanmak gerekir. Nihayet, bazen ölçü normu, metinlerin ötesinde de aramak gerekebilir. Bu üçüncü aşamadaki sorunu, «neye uygunluk ya da aykırılık» biçiminde de özetlemek mümkün.

1982 Anayasası uyarınca, Anayasa Mahkemesi, kanunların Anayasaya uygunluğunu denetlerken dayanacağı referans norm, gerek Anayasa (m. 148) gerekse 2949 sayılı Kuruluş Kanununa göre (m. 18), «Başlangıç Kısmı» dahil olmak üzere (Ay. m. 176), yalnızca «Anayasa maddelerinden ibaret» olduğu söylenebilir (8). Ancak, Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde, «Anayasaya» uygunluk denetimi yaparken, yalnızca Anayasa kuralları ile yetinmemiş, bunun yanı sıra, uluslararası metinlere ve hukukun genel ilkelerine de atıfta bulunarak bir karara varabilmişti. Belirtmek gerekir

(8) DURAN L., *a.g.m.*, s. 65.

ki, uluslararası metinlere atıfta bulunarak verdiği kararlarında (9), bunları başlı başına bir referans norm olarak değil, fakat dayandığı Anayasa kurallarını destekleyici, teyid edici olarak yararlanmıştı. Fakat Hukukun Genel İlkeleri söz konusu olduğunda durum farklıdır ve Yüksek Mahkeme aynen : «Kanunlarımızın, Anayasanın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensiplerine uygun olması şarttır» (10) diyordu. Böylece Hukukun Genel prensiplerinin Anayasadan önce, üstün bir referans norm özelliği taşıdıklarını içtihat yolu ile benimsemiş ve «Anayasa bloku»na ölçü norm olarak dahil etmiştir (11).

B — Kanunun esas bakımından Anayasaya aykırı olup olmadığı hangi unsurlara göre belirlenebilir?

Kanunların anayasaya uygunluğunun esas, ya içerik bakımından denetiminde, kamu hukukunda idari işlemlerin hukuka aykırılık nedenleri ile bir koşutluk kurulması düşünülebilir (12). Böylece, esas bakımından aykırılığı sebep, amaç ve konu unsurları dikkate alınarak, parlamentodaki çoğunluğun siyasal tercihlerinin anayasal sınırlarını belirlemede bazı kriterler saptamak mümkün olabilir. Ancak, yasama işlemlerinin siyasal niteliği, takdir yetkisinin geniş olması, bu konuda bazı güçlükleri de beraberinde getirebilir. Bunun açıklığa kavuşması Anayasa Mahkemesinin içtihatlarıyla sağlanacaktır. «Esasa» ilişkin denetimdeki unsurlar, kanunun sebep, amaç ve konu unsurlarıdır.

Sebep unsuru — Bir kanunun sebep unsuru, onun çıkarılmasında rol oynayan etkenler olup, genel olarak da kanun koyucunun takdirine bağlıdır. Ancak, Anayasada, istisnai olarak, kanun koyucunun

(9) E. 1963/143, K. 1963/167, K.t. 26.6.1963, AMKD 1, s. 283.

E. 1963/207, K. 1963/176, K.t. 1.7.1963, AMKD 1, s. 296 - 297.

E. 1963/124, K. 1963/243, K.t. 11.10.1963, AMKD 1, s. 349.

E. 1967/10, K. 1967/49, K.t. 28.12.1967, AMKD 6, s. 89.

E. 1967/43, K. 1977/4, K.t. 27.1.1977, AMKD 15, s. 117.

E. 1979/1, K. 1980/1, K.t. 8.5.1980, AMKD 18, s. 31.

E. 1979/38, K. 1980/11.

(10) 1963/166, K. 1964/76, K.t. 22.12.1964, AMKD 2, s. 237.

(11) Fransa'da Anayasa Konseyi, Anayasal değerlerde bir metinde yer almayan Hukuk Genel İlkelerinin yalnızca yasama değerinde olduklarını, zira kanun koyucunun bunları bir kanunla değiştirebileceğini kabul ediyor. Bkz. FAVOREU L. / PHILIP L., *Les Grands Décisions du Conseil Constitutionnel*, Sirey, Paris 1979, s. 223 ve devamı.

(12) Bu yönde Bkz. DURAN L., *Mevzuat Kroniği*, İÜHFİM, Cilt XXVIII, Sayı 2, (1962) s. 450.

«sebepe»le bağılı olarak çıkaracağı kanunlar, ya da alacağı kararlar (13) belirlenmiştir (m. 47, 78, 87). Örneğin, 1982 Anayasasına göre (m. 47) «devletleştirme»ye ilişkin bir kanun, yalnızca «özel teşebbüsün kamu hizmeti niteliği taşıması» sebebi ile olabilir. Başka bir sebeple özel teşebbüsler devletleştirilemezler. Devletleştirme, gene Anayasa uyarınca, «Kamu yararının zorunlu kıldığı durumlarda kanunla yapılabileceğine göre, bunun takdiri kuşkusuz yasama organına aittir. Öte yandan, ölüm cezalarının yerine getirilmesi ancak, «mahkemelerce verilip kesinleşen» (m. 87) bir karara bağılı olarak, yani bu sebebe dayanan bir kanunla yapılabilir. Başka bir sebeple, infaza ilişkin kanun çıkarılamaz. Nihayet, seçimlerin bir yıl ertelenmesi (m. 78), ancak «savaş sebebi» ile olabilir, başka bir sebeple yasa koyucu seçimleri bir yıl erteleyemez. Anayasa koyucunun öngördüğü sebeple Kanun Koyucunun bağılı olması, bu konularda bir düzenleme zorunluluğunu ifade etmez, bunlar birbirlerinden ayrı konulardır, ama Kanun Koyucu takdir yetkisini kullanırken, Anayasada öngörülen sebeple bağılıdır.

Amaç unsuru — Sebepe unsuru, önde gelen, (yani Kanuna takaddüm eden) bir unsur olmasına karşılık, amaç unsuru, kanunun nihaî bir sonucudur. Bütün kamusal işlemler gibi, Kanunun amacı da kamu yararını gerçekleştirmek olmalıdır. Kanunlar kişisel (14) ve siyasal amaçlarla konmamalıdır. Kanun koyucu, kamu yararını gerçekleştirmek için değişik yollardan birini, siyasal tercihlerine göre belirleyebilir, takdir yetkisi kanun koyucuya aittir. Ancak, kanun koyucu, kişisel, siyasal ya da saklı bir amaç güttüğü durumlarda, yani başka bir amaca ulaşmak için bir konuyu kanunla düzenlediği durumlarda, ortada teknik anlamda bir yetki saptırması (détournement du pouvoir) söz konusu olur. Kanun koyucunun saklı amacını ortaya çıkarmak her zaman kolay değildir. Ama, Anayasa Mahkemesi «iptali istenen hükümle açık veya kapalı bir amaç» güdülüp güdülmediğini araştırabilir.

(13) 1982 Anayasası da, «savaş sebebiyle» TBMM genel seçimlerinin yapılmasına imkân olmadığı takdirde bunun bir yıl ertelenebileceği kuralını koymuştur. 1961 Anayasası (m. 74), erteleme için açıkca «kanunla» yapılabileceğinden söz ediyor. Fakat, TBMM yurttaşlar için uyulması zorunlu işlemleri ancak kanun şeklinde yapabilir karar şeklinde yapamaz. Başka anlatımla bireyler için hak doğuran ya da yükümlülük getiren işlemler kanunla yapılabilir. Kararlar parlamentonun iç çalışmaları ve yasama-yürütme ilişkilerinde söz konusu olabilir. Bu bakımdan, 1982 Anayasasındaki (m. 78) ifadeye rağmen, seçimlerin ertelenmesi ancak kanunla olabilir.

(14) E. 1972/14, K. 1972/34, K.t. 22.6.1972, AMKD 10, s. 487.

ceğini belirtiyor (15). Nitekim, geçmiş yıllarda, Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun saklı (kapalı) amacını saptadığı durumlarda, ortada bir kamu yararı amacı olmadığı sonucuna vararak, bazı kanunları iptal edebilmişti (16). Kuşkusuz, kanun koyucu, kendi siyasal tercihinə göre, neyin kamuya yararlı olup olmadığını takdir etmekte serbesttir. Bu bakımdan kamu yararı, kanunun yöneldiği amacı saptamak açısından ağırlık kazanır. Anayasa Mahkemesi, denetimini yaparken kanunun kamuya yararlı olup olmadığını değil, fakat kanunun gerçekten kamu yararı amacı ile yapılıp yapılmadığını denetleyebilir. Çünkü Kanunun kamuya yararlı olup olmadığı bir siyasal tercih, ya da yukarıda da belirtildiği gibi, bir yerindelik (opportunité) sorunudur ve Anayasa Mahkemesinin denetimi dışındadır (17).

Kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminde amaç unsuru ve **yasamanın takdir yetkisinin değerlendirilmesi** kilit sorunlardan biridir. Çünkü bu noktada, anayasaya uygunluk denetimi yapan mahkemenin, siyasal hayata yön vermesine yol açabilecek kararları ile, bir tür «yargıçlar hükümetine» yol açma tehlikesi doğabilir. Ancak unutmamak gerekir ki, yasamanın takdirine bırakılmış konularda, kanun koyucu tamamen serbest olmayıp, «Anayasa Kuralları ile kamu yararı ve kamu düzeninin gereklerine bağlı kalmak zorundadır» (18). Fakat kamu yararı ile ilgili olarak, Anayasa Mahkemesi, bugüne değin verdiği kararlarında, bir tür denge arayışı içinde olmuştur. Özellikle temel haklar ve kamu yararı söz konusu olduğunda, Mahkeme, «yasayla temel hak ve özgürlükler kısıtlamasının topluma sağlayacağı yararın, kişiler için getireceği zarara göre ağır basması durumunda kamu yararının varlığı kabul edilmelidir» (19) diyor. Ancak, kanun koyucunun, temel haklarla ilgili olarak, kamu yararını takdir ederken, **sınırlamaların sınırı olan ölçütü dikkate almak zorundadır** (20). 1961

(15) E. 1978/31, K. 1978/50, K.t. 2.11.1978, AMKD 16, s. 268.

(16) E. 1963/124, K. 1963/243, K.t. 11.10.1963, AMKD 1, s. 349 - 351.
E. 1963/145, K. 1967/20, K.t. 27.6.1967, AMKD 5, s. 125.

(17) Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği gibi, «Bir kanun hükmünün yurt şartlarına uyarlığı veya uyarsızlığının saptanması ile Anayasaya uygunluk veya aykırılık durumunun belirlenmesinin, birbirleriyle ilgisi bulunmayan değişik sorunlar olduğunda kuşku yoktur.» E. 1977/123, K. 1978/16, K.t. 16.2.1978, AMKD 16, s. 60.

(18) E. 1980/1, K. 1980/25, K.t. 29.4.1980, AMKD 18, s. 162.

(19) E. 1978/54, K. 1979/9, K.t. 8.2.1979, AMKD 17, s. 62.

(20) E. 1979/37, K. 1980/26, K.t. 29.4.1980, AMKD 18, s. 174.

Anayasasına göre (m. 11/3) bu ölçüt «hürriyetlerin özüne dokunma» iken, 1982 Anayasasında «demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama»dır (m. 13/2).

1961 Anayasasında (m. 11/2) sınırlamaların sınırı olarak öngörülen «öze dokunmama» ölçütü, Anayasa Mahkemesince şöyle yorumlanmıştı : «...bir hak ve hürriyeti gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara tâbi tutulması halindedir ki o hak ve hürriyetin özüne dokunmuş olması söz konusu edilebilir» (21).

1982 Anayasasında, sınırlamaların sınırı ölçütü olarak «demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama» öngörülmüyor. Anayasanın Danışma Meclisi Komisyon Gerekçesinde, getirilen kıstasın «1961 Anayasasının kabul ettiği öze dokunmama kıstasından daha belirgin, uygulanması daha kolay olan bir kıstas» olduğu belirtiliyor. Ancak, komisyon sözcüsü, görüşmeler sırasında yaptığı açıklamalarda, sunulan kriterde de yoruma yer olduğunu hatırlatmaktaydı (22).

1982 Anayasasında öngörülen «demokratik toplum düzeninin gerekleri»nin, 1961 Anayasasındaki «öze dokunmama» ölçütüne oranla daha belirgin ve uygulanmasının daha kolay olduğunu, gerekçedeki ifadeye rağmen, söylemek pek kolay değil. Şöyle ki, bu ölçüte dayanarak, Anayasa Mahkemesi iki farklı tutum alarak, içtihatlarını oluşturabilir.

Birincisi, Anayasa Mahkemesi, «demokratik toplum gereklerinin» ne olduğunu saptayarak, kanun koyucunun siyasal tercihlerini buna göre değerlendirip bir sonuca varabilir. Ancak, böyle bir durumda, Anayasa Mahkemesinin «demokratik toplum» anlayışını ortaya koyması, beraberinde başkaca sorunlar ortaya çıkarabilir. Çünkü, demokratik toplum anlayışı, çok partili bir düzende, en azından mevcut siyasi partilerin sayısı oranında renklilik gösteren bir içeriktedir. Zaten çok partili bir siyasal hayatta, oyunun kurallarına bağlı olarak, iktidar yarışı da, her partinin kendi demokratik toplum anlayışının, bir ölçüde seçmen oyuna sunulmasıdır. Bu bakımdan, Anayasa Mahkemesinin ayrıca, kendi içtihadına göre, demokratik toplum anlayışının içeriğini belirlemesi, gelecekte «Yargıçlar Hükümeti»ne bir zemin hazırlayabilir. Çünkü, ortaya çıkabilecek böyle bir içtihat, çok daha serbest bir denetleme yapılmasına yol açabilir. Belirtmek gerekir ki,

(21) E. 1963/16, K. 1963/83, K.t. 8.4.1963, AMKD 1, s. 166.

(22) Bkz. Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, 130. Birleşim, 19 Ağustos 1982, s. 149.

Yüksek Mahkemenin, böyle bir içtihat oluşturmaları son derece tehlikeli de olabilir. Zira, çok partili bir siyasal hayatta bu yola gidildi mi, o zaman düzenin demokratik olup olmayacağı da tartışma götürür.

İkinci ihtimal, bunun tamamen tersi olabilir. Anayasa Mahkemesinin geçen yıl verdiği bir kararında (23) yaptığı gibi, demokratik toplum gereklerinin ne olduğunu açıklamaksızın, bunu bir «postulat» olarak kabul ederek, belli bir sonuca varmasıdır. 1984 Mahalli Seçimlerinde, bütün partilerin T.R.T.'den yararlanmalarını yasaklayan kuralı, eşitlik ilkesini zedelediği için, Anayasaya aykırı bulmamıştır. Bu ikinci tutumun kaçınılmaz sonucu, Anayasa Mahkemesinin «demokratik toplum düzeninin gereklerini» Anayasadaki yalnızca bazı ilkelerle sınırlı tutarak, (örneğin eşitlik gibi) belli bir sonuca varmasıdır ki, bu durumda da, Yüksek Mahkemenin denetim imkânı hayli sınırlı kalmasıdır. Oysa, eşitlik ilkesi, demokratik bir toplum için gerekli ama, yeterli bir ilke değildir.

Belirtmek gerekir ki, bu iki tutum da Anayasaya uygunluk denetiminde bir çözüm getirmekten hayli uzak kalacaktır. İlerde konusu unsuru dolayısı ile ayrıca değinileceği gibi, Anayasa Mahkemesi, uygar ülkelerce benimsenmiş olan hukukun genel ilkelerinin yanı sıra, zamanla, Anayasadan çıkarılabileceği temel ilkelere dayanarak, «demokratik toplum düzeni gereklerini» bu çerçevede değerlendirebilir. Çünkü demokratik bir toplum, bireyin amaç olarak ele alındığı, sosyal bir hukuk devleti olduğu (m. 2) ve devletin temel amaçlarından birinin, bireylerin «maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartların hazırlanması», bunun için de «siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırması olduğu (m. 5), her zaman gözönünde tutulması gerekir.» Demokratik toplum gerekleri «bu çerçevede değerlendirildiği ölçüdedir ki, kanun koyucunun takdir yetkisinin denetimi bir anlam kazanabilir.

Konu unsuru — Kanunun konusu, oluşturduğu hukuksal durum ve aynı zamanda içeriğini ifade eder. Kanun Koyucu **kaideten** (24) her konuyu anayasaya uygun olmak koşulu ile düzenleyebilir. Konu unsuru ile ilgili olarak başlıca üç sorun belirebilir.

[23] E. 1984/1, K. 1984/2, K.t. 1.3.1984, R.G. 1 Mayıs 1984 - 18388, s. 27.

[24] Bunun İstisnası, Anayasanın 107. maddesinde öngörülmüştür: Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenebilir. Bu konuda Kanunla düzenleme yapılamaz.

Birincisi, Anayasanın açıkca yasakladığı konularda, kanun koyucunun, buna aykırı bir düzenlemede bulunmasıdır. Örneğin, «Orman suçları için genel ve özel af çıkarılamaz» (m. 169/2), kuralına rağmen, kanun koyucunun aksine bir kanun çıkarması, konu unsuru açısından bir sakatlık doğurur (25).

İkincisi, Anayasada öngörülen bir konunun, kanun koyucu tarafından eksik düzenlenmesidir. Bu durumda, kanun bütünüyle Anayasaya uygun değil, fakat aykırıda değildir. Kanun koyucunun bir konuyu eksik düzenlemesini Anayasa Mahkemesi Anayasaya aykırılık saymamaktadır (26). Böyle bir durumda, Anayasadaki kuralın doğrudan uygulanıp uygulanamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. 1961 Anayasa düzeninde bu tartışılabilir olmasına karşılık, Anayasa Mahkemesi, Anayasanın bir konuyu ayrıntılı olarak düzenlediği durumlarda doğrudan uygulanabileceğini kabul ediyordu (27). 1982 Anayasa düzeninde, Anayasa kurallarının doğrudan uygulanabilirliğine ilişkin açık bir kural öngörülüyor (m. 177/e) (28).

Eksik düzenlemeye bağlı bir başka sorun, bir kuralın uygulama alanının genişletilmesi amacı ile değiştirilmesini sağlamak için iptalinin istenip istenemeyeceğidir. Anayasa Mahkemesine göre (29): «Bir yasanın Anayasaya aykırılığı savı, söz konusu yasanın metin olarak Anayasa ilkelerine aykırı bir kural koyması durumunda ileri sürülebilir. Anayasa Mahkemesinden ancak Anayasaya aykırı olan bir yasa kuralının uygulama alanının genişletilmesi amacıyla değiştirilmesini sağlamak için iptali istenemez. Çünkü böyle bir istemde söz ko-

(25) «Bir hükmün Anayasaya aykırı olduğu sonucuna varılabilmesi için, onun Anayasanın açıkca belirttiği bir hususun aksi istikametinde bir hükmü kapsaması gerekir» E. 1965/18, K. 1965/53, K.t. 11.10.1965, AMKD 3, s. 204.

(26) «Anayasa Mahkemesi'nin iptal yetkisi ancak var olan bir hüküm dolayısıyla işleyebilir. Hüküm yokluğunun iptal konusu olabilmesi düşünülemez» E. 1963/144, K. 1963/115, K.t. 20.5.1963, AMKD 2, s. 6; E. 1963/89, K. 1964/96, K.t. 5.5.1964, AMKD 2, s. 95.

(27) E. 1963/82, K. 1963/282, K.t. 4.12.1963, R.G. 10.3.1964 - 11652, E. 1976/13, K. 1976/31, K.t. 3.6.1976, AMKD 14, s. 217.

(28) Bu konuda ayrıca Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14.9.1983 tarih ve E. 1980/4-1714, K. 1983/803 sayılı kararında ayrıca, «kanunların Anayasaya uygunluğu sağlanıncaya ya da yeni Kanunlar çıkarılıncaya kadar mevcut kanunların Anayasaya aykırı olmayan hükümlerinin veya doğrudan Anayasa hükümlerinin uygulanacağı çok açık bir biçimde belirtilmiştir.» deniyor. Bkz. *Yargıtay Kararlar Dergisi*, Cilt 9, Sayı 11, Kasım 1983, s. 1589.

(29) Bkz. E. 1963/172, K. 1963/244, K.t. 21.10.1963, AMKD 1, s. 359; E. 1981/13, K. 1983/8, K.t. 28.4.1983, R.G. 9 Nisan 1984 - 18367, s. 16.

nusu kuralın iptali değil, daha kapsamlı olarak uygulanması amacı bulunmaktadır ki, istemin kendisini bile mevcut kuralda Anayasaya aykırılık değil, ancak bir eksiklik bulunduğunu anlatmış olur».

Üçüncüsü, kanun koyucunun düzenleyeceği konunun Anayasada öngörülmemiş olmasıdır. Bu durumda kanun koyucu tarafından düzenleme yapılırken hangi esaslara uyulacaktır? Bu sorunun ilk bakışta kanun koyucunun takdirine bırakılmış olduğu ve bir «Anayasa sorunu» oluşturmayacağı söylenebilir. Nitekim, Anayasa Mahkemesine göre de, bir kanun hükmünün Anayasaya aykırılığının söz konusu olabilmesi için, onun «Anayasa Meselesi teşkil etmesi» (30) gerekir. Başka anlatımla, bir konunun Anayasaya uygun olup olmadığının incelenebilmesi için o konunun anayasada düzenlenmiş olması gerekir.

Anayasa Mahkemesinin, «Anayasa meselesi» ile ilgili olarak ortaya koyduğu bu anlayış yerinde sayılamaz. Çünkü anayasalar genellikle soyut kurallar içerirler ve bütün konulara yer vermeleri her zaman mümkün değildir ve doğrusu buna da gerek de yoktur. Onun için, Anayasada öngörülmemiş, düzenlenmemiş konularda, kanun koyucunun mutlak bir takdir yetkisinin bulunduğunu ileri sürmek (31) yukarıda da değinildiği gibi, Devletin temel amaçlarından birinin bireylerin gelişmesini gerçekleştirecek «siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak» (m. 5) ilkesiyle bağdaşmaz.

Anayasa Mahkemesinin takdir yetkisi ile ilgili olarak geçen yıl «seçim sistemine» ilişkin verdiği kararında aynı anlayışı koruduğu dikkati çekiyor. Yüksek Mahkeme aynen «...Kanun Koyucunun takdirine bağlı bir konudaki tercihinin isabet derecesinin tartışılmasına yönelmiş bulunması itibariyle, Anayasaya uygunluk denetimi bakımından bir önem taşımadığı açıktır» (32) diyor. Kuşkusuz Kanun Koyucunun, belli bir konuda Anayasal kayıtlamalara bağlı tutulmaması, takdir yetkisinin bulunduğu bir karinedir. Ama, takdir yetkisi değerlendirilirken, böyle bir kriterden kaçınmak gerekir. Çünkü, bir Kanunun düzenlediği konu, takdir yetkisine bırakılmış olabilir ama, düzenlemenin amaç unsuru açısından denetimi, soruna daha farklı bir yaklaşım getirerek, kanun koyucunun gizli amacının belirlenmesi ile, değişik bir sonuca varılması mümkün olabilir.

[30] E. 1963/192, K. 1963/161, K.t. 21.6.1963, AMKD 1, s. 261; E. 1963/199, K. 1965/16, K.t. 16.3.1965, AMKD 3, s. 95.

[31] E. 1963/170, K. 1963/178, K.t. 5.7.1963, AMKD 1, s. 305.

[32] E. 1984/1, K. 1984/2, K.t. 1.3.1984, R.G. 1 Mayıs 1984 - 18388, s. 21.

Anayasa Mahkemesinin, ilke kararında da belirttiği gibi, «...herhangi bir hukuk kuralının tek başına değil, içinde bulunduğu metnin tümü gözönünde tutularak yorumlanmak hukuk biliminin benimsenmiş ilkelerdendir» (33). Bu bakımdan, Anayasa Mahkemesi, Anayasa-da öngörülmemiş bir konunun kanun koyucu tarafından düzenlemesi halinde, takdir yetkisinin denetiminde, «Anayasanın açık hükümlerinden önce, hukukun bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensipleri» (34) ve öte yandan da, içtihatlarla, Anayasadan çıkarılabileceği ilkelerle kayıtlı olacağını kabul etmek gerekir.

Nitekim, ABD'nde, Yüksek Mahkeme, kanunların Anayasaya uygunluğunu denetlerken, Federal Anayasanın XIV. Ek'indeki (1868 tarihli) Uygun hukukî usul (due Process of Law) koşuluna dayanarak, zamanla, içtihatlar yolu ile bazı teknik ölçütler oluşturabilmiştir (35): Birey haklarına getirilen kayıtlamaların, genel yararı sağlamak için gerekli olup olmadığıdır (rule of expediency). Bir başka ölçüt, bireylerin haklarına Kanunla yapılan müdahale ile, Kamuya sağlanan yararlar arasında hakkaniyete uygun ilişki bulunup bulunmadığıdır. (balance of convenience). Bunun gibi, birey haklarını sınırlayan kanunun ölçülü olması, yani amaçlanan kamu yararı ile, kullanılan araçlar arasında akla uygun (makul) bir ilişkinin bulunup bulunmadığıdır (rule of reasonableness). Nihayet, ceza yaptırımları öngören kanunların hangi eylemlere izin verdikleri, hangilerini yasakladıklarını yeterli bir açıklıkla belirtmeleridir (rule of certitude). Bu kavramlar, kanunların Anayasaya uygunluğunun denetiminde, yargıçların oluşturdukları ölçütlerdir. ABD'nde, kanunların Anayasaya uygunluğunu da denetleyen Federal Yüksek Mahkeme, yalnızca Anayasanın pozitif kurallarına değil, fakat bu kurallarını oldukça geniş bir biçimde yorumlanması ile ortaya koydukları ilkelere de uygunluğu denetleyebilmişlerdir. Gerçi, ortaya konan bu ölçütlerin, tam anlamı ile hukuksal olmadığı dikkati çekmektedir. Ancak, Kanunların anayasaya uygunluğu gibi, hukuksal ve siyasal sorunların birbirlerinden kolaylıkla soyutlanmadığı bir konuda, ABD yargıçlarının hukuk bilgilerinin ötesinde, ekonomi bilgilerini, yaşadıkları toplumla ilgili bilgilerini ve kısmen sezgilerini» de kullanmak zorunda olduklarına işaret edilmektedir (36).

(33) E. 1984/6, K. 1984/10, K.t. 20.9.1984, R.G. 28 Aralık 1984 - 18619, s. 92.

(34) E. 1963/166, K. 1964/76, K.t. 22.12.1964, AMKD 2, s. 237.

(35) LAFERRIERE J., *Manuel de Droit Constitutionnel*, 2^e Ed. Montchrestien, Paris 1947, s. 323 - 326; FEYZİOĞLU T., *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi*, SBF Yayını, Ankara 1951, s. 192 - 217.

(36) FEYZİOĞLU T., a.g.e., s. 216.

SONUÇ :

Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi ile bir değerlendirilmede şu dört özellik dikkati çekmektedir :

Birincisi, anayasa yargılaması ile, anayasa hukukunda başlamış olan kurumsal değişiklikte, bundan böyle geriye dönülemeyecek bir aşamaya gelinmiştir. Bu aşamada, önemli olan, süratli yol almak, ya da cesur atılımlar yapmak değil, fakat belli bir çizgide, yani birey haklarının korunmasında daha uzağa gidebilmektir (37). Bu nokta, anayasa yargılamasını benimsemiş başkaca ülkeler gibi, Türkiye içinde geçerlidir. Ancak, Anayasa Mahkemesinin, II. Cumhuriyet döneminde verdiği bazı kararlara karşı tepkiler, 1982 Anayasasında daha kısıtlı bir denetim mekanizmasının düzenlenmesine yol açmıştır. Bunlar içinde, konumuz açısından en anlamlı olanı, Anayasa Mahkemesinin, işin esasına girerek verdiği red kararlarından sonra, aynı Kanun hükmü için on yıl süre ile tekrar Anayasaya aykırılığı iddiası ile başvurunun yapılamamasıdır (38). Oysa, Anayasaya uygunluk denetimi yapan Mahkemelerin de, zaman içinde, koşulların değişmesi ile içtihatlarını değiştirmeleri, hukuku statik olmaktan çıkarabilmektedir. İchtihatlar, belli bir toplumda, belli bir dönemdeki hukuk anlayışını yansıtmaları bakımından önemli olup, yaşayan hukuku ortaya koyarlar. İchtihat değişikliklerinin belli bir süre ile kayıtlanmasını « içtihadî hukuk » kavramı ile bağdaştırmak hayli zordur. İchtihat değişikliğini, önceden saptanacak bir süre ile kayıtlamak yerine, olayların akışına, toplumsal koşullara bağlı olarak ortaya çıkmalarını ve giderek değişmelerini beklemek, hukuk mantığına daha uygundur. Aslında içtihadî hukukun oluşmasından da bu anlaşılır (39). İchtihatların değişmesini belli bir süre ile kayıtlamanın en büyük sakıncası, Anaya-

(37) RIVERO J., *Rapport de Synthèse, La Protection Des Droits Fondamentaux Par les Juridictions Constitutionnelles en Europe*, In *Revue Internationale de Droit Comparé*, No : 2, Avril, Juin 1982, s. 670.

(38) On yıllık süre, 1982 Anayasası hükümlerine göre verilmiş red kararları için bağlayıcı olup, 1961 Anayasası uyarınca verilmiş olanları kapsamamaktadır. Bkz. E. 1983/1, K. 1983/5, K.t. 26.4.1983, R.G. 15 Nisan 1984 - 18373, s. ...; E. 1982/4, K. 1983/17, K.t. 20.12.1983, R.G. 13 Aralık 1984 - 18604, s. 26.

(39) Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası dönemindeki bu konu ile ilgili görüşü uyarınca : « Bir dava veya itiraz redle sonuçlanırsa aynı konu gelecekte başka davaların ve itirazların incelenemeyeceği yolunda bir görüş kimi yasa kurallarına dokunulmazlık tanımak, bu kurallar üzerinde özellikle yargı yerlerinin yetkilerini kullanmalarını önlemek, hukukî görüşleri dondurup kalıplaştırmak olur. » Bkz. E. 1969/24, K. 1965/50, K.t. 30.9.1969, AMKD 7, s. 405.

sa Mahkemesini iptal kararı verme yönünde, böyle bir yasağa karşı, daha atak bir tutum olmağa teşvik edebilmesidir. Tabii böyle bir durumda, Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırarak (m. 153/3), yasama organına yeni bir düzenleme yapma imkânı tanıyarak bir çözüm oluşturabilir.

İkincisi, biraz çelişkili bir söyleyişle, Anayasa Yargılamasının, anayasa hukukunu giderek hukukileştirmesidir. Ancak bu hukukileşme, siyaset biliminin, devletlerin siyasal hayatını bütün açıklığı ile ortaya koymağa, açıklamağa başladığı bir döneme rastlamaktadır. II. Dünya Savaşı sonrası, anayasa hukuku, siyasal kurumları da kapsamına alarak siyasileşirken, öte yandan da, idare hukuku, medenî hukuk gibi, aynı zamanda içtihadî bir hukuk olmağa başlamıştır. Bu açıdan, anayasa hukuku gerçek bir hukuk olmaktadır (40). Yakın zamanlara değin, bu disiplinin, ötekiler gibi, yargılama makamları tarafından yaptırıma bağlanan hukuk olup olmadığı tartışmalı idi. Böyle bir oluşum karşısında, Fransız kamu hukukçularından profesör Rivero'nun belirttiği gibi, hukukçu olarak hoşnut olmamak mümkün değil, Ancak bunun ötesinde asıl sevindirici olan, birey haklarının güvenceye kavuşturulması ve çoğunluğun sınırlı yönetimi ile azınlığın korunmasının hukuksal güvenceye kavuşturulmasıdır.

Üçüncüsü, Anayasa yargılamasının, demokratik bir toplumda, siyasal katılmanın bir başka boyutu olması yani yargı yolu ile katılmayı ifade etmesidir. Aslında demokratikleşme sürecinde, anayasa yargılamasının bu işlevi öteki siyasal kurumlardan daha da önemlidir. Yasamaya ve bir ölçüde idareye karşı sorunları dile getirme güçlüğü içinde olanlar, bir uyumsuzluğun çıkmasından yararlanarak, itiraz yolu ile, anayasaya aykırılığı ileri sürmek sureti ile, sorunlarını çözmeye bir çıkış yolu bulma imkânına kavuşabilirler. Bu bir yandan bireylerin anayasal düzene sahip çıkmaları, giderek demokratik gelişmeyi gerçekleştirme açısından olduğu kadar, gerginlikleri azaltan bir yol olarak da değerlendirilmelidir. Çünkü, bireyler açısından, sorunları bağımsız bir yargılama organında dile getirerek, bunun vereceği kararları kabullenmek ile, siyasal makamların belli bir bağımlılık içinde verecekleri kararlara karşı tepkileri hayli farklı olacaktır.

Nihayet, kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminde, Anayasa Mahkemesinin, uzunca sayılacak süre sonunda karara varabilmesinin ortaya çıkarabileceği sakıncaları gidermek amacı ile, bir koruma önlemi olarak «kanunların yürürlüğünün durdurulmasının» dü-

(40) RIVERO J., *Rapport de Synthèse*, s. 671.

şünülüp düşünölemeyeceğidir. ABD'nde, bir Kanunun uygulanması ile ortaya çıkabilecek sakıncaları gidermek amacı ile alınan önlemler, içtihat yolu ile geliştirilmiştir. Bunların başında, bir anlamda kanunun yürürlüğünün durdurulması niteliğinde olan «injunction» (yargısal emir) gelmektedir. Buna göre bir kimse, kendisine uygulanması muhtemel olan ve uygulandığı takdirde de, sonradan giderilmesi imkânsız zararlar doğuracak bir kanun için, anayasaya aykırılığı iddiası ile mahkemeye başvurarak, bir «injunction» isteğinde bulunabilmektedir. Mahkeme bu isteği yerinde görürse, kanunu uygulamakta yükümlü memurlara, ya da makama, uygulanmaması gerektiğini bildirebiliyor (41). Federal Almanya'da da, Anayasa Mahkemesi, gerekli gördüğü durumlarda, yani sonradan giderilmesi olanaksız sonuçlar doğurabilecek bir kanunun yürürlüğe girmesini önleyebilmektedir (42). Türkiye'de de «uygulanmakla hükmünü icra eden», ya da «tükenen kanunlar» için (devletleştirme, kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesi gibi), yürürlüğün durdurulması önleminin alınması gerekebilir. Çünkü, bu tür kanunlar, açılacak iptal davası ile, sonradan iptal edilseler de, geri dönülmesi mümkün olmayacak sonuçlar doğururlar. Koruma önlemleri, yargılamanın niteliğinde esasen mevcut olmalıdır. Nitekim, koruma önlemleri, hukukun öteki dallarında da, farklı biçimlerde mevcut olup, yargılamanın özelliklerine göre başvuru zorunlu yollardır (ihtiyati tedbir, müsadere, tehiri icra gibi). Anayasa yargılamasında da, koruma önlemlerine başvurulması, incelenen konuya göre, zorunlu olabilir. Kaldı ki, görülmekte olan bir dava sırasında, itiraz yolu ile Anayasaya aykırılığın ileri sürülmesinde, davanın esasına bakılması, Anayasa Mahkemesinin kararına değin durdurulmakta, geri bırakılmaktadır (Ay. m. 152/1). Her ne kadar, Anayasa ve Kuruluş Kanununda, «yürürlüğün durdurulması» açıkça öngörülüyorsa da, yasaklanmamıştır da; böyle bir yolun içtihatlarla açılması, «sürpriz kanunlar» için, Kanun koyucuya karşı bir koruma oluşturması düşünülebilir.

(41) TUNC André-Suzanne, *Le Système Constitutionnel des Etats-Unis d'Amérique*, Montchrestien, Cilt II, Paris 1954, s. 304; FEYZİOĞLU T., a.g.e., s. 186.

(42) SCHLAICH K., a.g.m., s. 377.

**«ANAYASA MAHKEMESİ KANUN KOYUCU GİBİ HAREKETLE,
YENİ BİR UYGULAMAYA YOL AÇACAK BİÇİMDE HÜKÜM TESİS
EDEMEZ» KURALINA NASIL GELİNDİ? BU KURAL NEDİR,
NE DEĞİLDİR?**

**«ANAYASA MAHKEMESİ KANUN KOYUCU GİBİ HAREKETLE,
YENİ BİR UYGULAMAYA YOL AÇACAK BİÇİMDE HÜKÜM TESİS
EDEMEZ» KURALINA NASIL GELİNDİ? BU KURAL NEDİR,
NE DEĞİLDİR?**

Yekta Güngör ÖZDEN*

Gerçeği aramak, en kutsal çabadır. Bu yoldaki uğraş, kişiyi saygın, toplumu güçlü kılar. Aramakla bulmanın mutluluğu yalnız gerçok konusunda —gerçekten— eşdeğerdir. Anayasaya uygunluk denetimi, Anayasa yargısının başlıca işlevidir. Amacı, Anayasa'nın üstünlüğü, doyuruculuğu, etkinliği ve demokrasinin geçerliliğidir. Bunun için görüşler açıklamak, tartışmak, boşluk bırakmamak, uygulanabilirliği artırmak, değişikliklere uygun önerileri hazır bulundurmak, hiç değilse başarılı kuralları düşündürmek yararlıdır. Sakınca, suskunluktur. Aramayan - araştırmayan, daha iyiye yönelmeyen toplum giderek güçsüzleşir, geride kalır. Gereksinimleri karşılamakta yetersiz kalan düzenlemeler eskir, değerini yitirir. Anayasa'yı tartışmak, karşı çıkmak, yadsımak değildir. Eleştirmek, karalayıp kötülemek hiç değildir. Yanlışlıkları, eksiklikleri, gereksizleri saptamak, duraksamaları gidermek, gerekliyi edinmeyi, doğru uygulayıp başarmayı sağlar. İnsanlığın uygarlık koşusu barts. sağluluk, mutluluk içindir. Özgür, bağımsız yaşamak, insana yaraşır onurla yaşamaktır. Anayasalar bu temel koşulların, evrensel ilkelerin, ulusal güvence belgeleridir. Hukuk devletinin devlet olarak varlığı ve geçerliliği anayasasıyla, anayasasının değeri de öz, içerik, anlam ve yapı yönünden çağdaş niteliği ile kanıtlanır. Her alana yansıyan, tüm ilişkileri etkileyen bilim, teknik ve sanattaki gelişmeler anayasa düzenlemelerine ulaşmaktadır. Daha doyurucu, daha güçlü, daha iyi anayasa, kazanılınca değin, her ulusun her zaman gündeminde olur. Yapıcı değişiklik istekleri, ülke koşulları ölçüsünde, hattâ koşulları daha iyiye getirecek becerilerle değerlendirilir. Toplantılar, tartışmalar, yazılar, yaptılar anayasanın ulusal bilinç düzeyine gelmesine en yararlı kat-

(*) Anayasa Mahkemesi Üyesi.

kılarıdır. Gözardı edilemeyecek bir olgu da, düzenlenmesinden önemli olan uygulanması, yorumudur. Anayasalara etkinlik veren de budur. Anlayışta, yorumda birleşmek, uygulamanın verimli olmasını sağlar. Değişmesini istemek (değişmezliği istenmiyecek kural dışında) suç değildir. Zorla değiştirmeye kalkışmak suçtur. Değişinceye değin uygulamamak ya da istediği gibi anlayıp uygulamaya çalışmak aykırılık oluşturur, sakıncalıdır. Anayasa saygısı, anayasa düşüncesini benimsemekten, en güçlüsünü edinmeyi, koruyup savunmayı, uygulayıp sürekli üstün tutmayı, içtenlikli ve özenli olmayı kapsar. Bu yolda bir yurttaş olarak görev yapmanın kıvancıyla konuyu incelemeye geçiyorum.

ANAYASA MAHKEMESİ

1960 Devrimi'nin hukuksal damgası diyebileceğim 1961 Anayasası'nın ülkemize kazandırdığı, 1982 Anayasası'nın da, ülkesini, ulusunu, devletini değil kendini düşünen, hukuka saygısı olmayan değişik kesimlerdeki birçok kışkırtıcıya karşın beğenilir bir gerçekçilikle yerini koruduğu Anayasa Mahkemesi, dünyada, bu özgün adla ve özellikle yasaların anayasaya uygunluğunu denetleyen 8 mahkemeden biridir (*). Anayasalarında yasaların yargısal denetimini kabul eden devletlerin sayısı çok olmakla birlikte bunu siyasal denetim niteliğinde yapan, genel yargılama yanında ikinci görev olarak ve cendenetim biçiminde yapan değişik yapıda, değişik adlarda organlar vardır. Türkiye'mizde Anayasa Mahkemesi 1960 Devrimin nedeni ve 1950 - 1960 arası gözетilirse gerekçesidir, sonucudur. Anayasa'nın 146 - 153. maddelerinde belirtilen görev ve yetkileriyle, yasaların, yasa hükmünde kararnamelelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün biçim ve öz, Anayasa değişikliklerinin ise yalnızca biçim bakımından Anayasaya uygunluğunu inceler ve denetler (mad. 148/1). Yüce Divan sıfatıyla çalışması (mad. 148/3), siyasal partilerin kapatılması davalarına bakması (mad. 69/6), akçalı denetimlerini yapması (mad. 69/4), yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ve üyeliğın düşmesine ilişkin TBMM. kararlarının iptali istemini karara bağlaması (mad. 85) yan görevleridir. Öz görevi, «Anayasaya uygunluk denetimi»dir. Adında «Mahkeme» sözcüğü bulunmakla birlikte, genel anlamda bir mahkeme değildir. Siyasal içerikli işlevinin niteliği, sonuçları yö-

(*) Öbürleri; Federal Almanya, Avusturya, İtalya, Yugoslavya, İspanya, Portekiz, Kıbrıs, Tayland Anayasa Mahkemeleridir.

nünden, hukuksallığın tam ve yargısallığın ağır basması yönünden denetiminin yargısal olduğu benimsenmiştir. Yüksek Mahkeme olarak sayılması, özelliğini, görev ve yetkisinin niteliğini, yapısını, konumunu değiştiremez. Yasama organıyla eşdüzey, onunla eşdeğer, yargısal denetim yapan anayasal bir organdır. Negatif ve pozitif anlamda yasa koyucu gibi işlem yapsa da ikinci bir yasakoyucu sayılmaz. Kararları, Anayasa kurallarıyla eşdüzeydir. Yasaların iptali bunu gösterir.

Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı denetim «uygunluk denetimi» dir. Daha açık bir anlatımla «yasaların uygunluğunun denetimi» dir, yasaların «Anayasaya uygunluğunun denetimi» dir. Denetlenen yasa, kendisine uygunluğu gözetilip aranan, ölçü olarak alınan da Anayasa'dır. Uygunluktan amaç, tüm hukuk kurallarının Anayasa'ya, Anayasa'daki kurallara, temel kurallara aykırı olmamasıdır. Hem doğuşu - düzenlenmesi yönünden Anayasa'nın öngördüğü yöntemlere uygunluğu (biçimsel uygunluk), hem de Anayasa'nın içeriğine uygunluk (özde uygunluk - somut uygunluk) koşuldur. Bu çok önemli denetimin, yönetim - yürütme, hattâ yasama karşısında bağımsız bir yargı organınca yapılması düşüncesi yüzyıllar sonra benimsenebilmiştir. Nice güçlüklerden, nice evrelerden sonra gerçekleşme aşamasına gelebilmiştir. Denetim, siyasal konuda olmakla birlikte, siyasal bir organ yapmadığı için «siyasal denetim» değildir. Yargı organı yaptığı için «yargısal denetim» dir. Ancak, genel bir yargı organı tarafından yapılmadığı, genel bir yargılama işlemi olmadığından özel bir yargılama, «yasaların uygunluğunun denetimi» dir. Denetimin amacı, «yerindelik» denilen, denetime sunulan bir kuralın zamanında, yerinde, yararlı, olup olmadığının incelenmesi değil, «norm denetimi» denilen, anayasa kurallarına, üst kurala uygun olup olmadığının incelenmesidir. «Yerindelik» incelemesi, yasakoyucunun yetki - görevine, özgürsüne (takdirine) karışmak, ona ilişkin bir hakkı kullanmak olur. «Uygunluk» incelemesi ise, yasakoyucunun da bağlı bulunduğu üst kurallara Anayasa kurallarına aykırılık bulunup bulunmadığının saptanmasıyla, varsa, sonuçta aykırı olan yasa kuralının yürürlükten kaldırılmasıdır. «Aykırılık» hukuksal sorununun yargısal denetimle giderilmesi yargının bağımsız, özgür yapısı, yansız tutumu ve anayasal konumu nedeniyle en sağlıklı güvenceyi oluşturmaktadır. Yönetimin hukuka bağlılık ve saygısı, tüm işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğu ölçüsü yanında, hukukun başlıca güvence bilindiği devlet düzeni, «hukukun üstünlüğü» ilkesini benimsemiş, kimliğinde «hukuk devleti» yazılı olan devlettir. Temel haklar ve özgürlükler anayasal gü-

vencelerle tanınmış ve korunmuş, erkler ayırımı, yasal - yansız yönetim, yönetimin ve yasaların yargısal denetimi benimsenmiş, demokratik düzen her alanda, tüm gerekleriyle gerçekleşmişse «hukuk devleti» de gerçekleşmiş, kâğıttan yaşama geçmiş demektir. Anayasa Mahkemesi, günümüzde hukuk devletinin ve bağımsız yargının simgesi niteliğindedir. Rejimin gerçek koruyucusu, kollayıcısı Anayasa Mahkemesi'dir. Düzenin temel öğelerinden biridir. Yasaların uygunluğunu denetleyecek bir yüksek mahkeme 1922 lerde istenmiştir (1).

Anayasa Mahkemelerinin konumuna ilişkin görüşler değişik olmakla birlikte genelde yargılama niteliğinde işlevi de bulunduğu için karma görevli bir yargı organı sayılmaktadır. P. CALAMANDREI ve KELSEN'in, Anayasa Mahkemesi'ni «yasama üstü bir organ» gibi nitelendirmelerine koşut biçimde yine bir İtalyan hukukcusu olan G. AZZARITI «olağan yasama işlevi dışında kurucu yasama işleriyle devlet hiyerarşisinin hiçbir denetime bağlı olmayan, gerçek, tek egemen işlevini yapan organ» olarak değerlendirmiş, C. CERETI «yasama düzeyinde işlevi» bulunduğunu, P. BARILE «anayasal yön verme işlevini yüklediğini» JARGER, CAPPALLETI, PIERANDREI «geleneksel adli yargı - idari yargı ayırımına anayasa yargısının eklenerek, mahkemenin bunun organı olduğunu», SANDULLI ve REDENTI «yasama ve yargı erkleri dışında ve üstünde bulunduğunu» savunmuşlardır. BARIL de «Öbür anayasa organlarınca kurulmayan, onlarla eşdüzey, yalnız anayasanın öngördüğü yapısı olan ve hukuk düzeninin zorunlu bir ögesi bulunan kuruluş» olarak tanımlamıştır (2). Ulusal egemenlik ve ulusal istenç kavramlarını gereğiyle kavrayanlar, yasama organının yargılama işlevi bulunamayacağını bilirler, bağımsız mahkemeleri yadsıyamazlar, yarı yargısal bir işlev de olan uygunluk denetiminin yargı eliyle yapılmasına karşı çıkmazlar. Yürütme - yönetim organının değişik denetleme yöntemleriyle kolaylıkla sınırlanmasına karşın, yasama organının denetimini sağlayarak anayasal sınırlar dışına çıkmasını engelleyecek önlemlerin alınması yoğun çabaları gerektirmiştir. Değişik görünüm ve değişik kökenli engeller uzun zaman almıştır. Siyasal önlemlerin yetersiz ve sakıncalı bulunması, hukuksal - yargısal önlemlerde birleştiren XIX. yüzyılda A.B.D.'de yasaların yargı organlarınca denetlenmesinden sonra 2. Dünya Savaşı sonrasında Avrupa'da

(1) GÖKALP, Ziya; «Yüce Mahkeme», Küçük Mecmua, 18.12.1922 (Reşit ÜLKER, Anayasa Mahkemesi Kanunu Şerhi, İstanbul, 1962, s. 5-6.

(2) KIRATLI, Metin; Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu), Anayasa 1966, s. 41-42.

da bu yolda adımler atıldı. Çoğunluğu, yasama çoğunluğunu ulusal istençle eş tutup özdeşleştiren görüş, kişi hak ve özgürlüklerini çoğunluğa karşı güvenceye alma görüşünün gerisinde kaldı. Klâsik demokrasi, yasama organın özgür seçimlerle oluşmasıyla birlikte denetimini de öngören modern demokrasiye dönüşmeye başlamıştır. Anayasa Mahkemeleri bu gelişmenin kanıtlarıdır. Yasama organının egemenliği, yerini, gerçek ulusal egemenliğe bırakmaktadır. Azınlık, çoğunluğa karşı korunarak gerçek demokrasi kurulmaktadır. Mahkemenin yargısal işlevine, siyasal işlevin de katılması özelliğini oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesinin temel görevi «anayasa yargısı»dır. Kararlarının «yasa gücü»nde olmaktan ilerde, yasayı kaldırıcı etkinlikte olması, «anayasal güç» taşıdığını göstermektedir. Uygulamayı, yerine getirilmeyi sağlamak gücünün tanınması, yaptırım belirleme yetkisinin verilmesi ve bu çalışmamızda ancak birisini inceleyeceğimiz kısıtlama - yasaklamaların kaldırılmasıyla gerçek niteliğine kavuşacak, görevin daha doyurucu biçimde yapacaktır. Hukuktan uzak görüşler ve basit protokol değerlendirmeleriyle konuyu yozlaştırıp Anayasa Mahkemesi'ni yasama organının hiyerarşik üstü sanmak yanlışır. Anayasa Mahkemesi'nin böyle bir görüşü yoktur. Böyle bir kuruntuya neden olacak tutum ve davranışı da yoktur. Yasama organının ne üstünde, ne karşısındadır, ne de yanındadır. Kendi anayasal yerinde, görevinin başındadır. Bu söylenti ve yakıştırmalara burada değiniyorum ki, ilerde, kısıtlama ve yasaklamalarla 153/2. maddeye gelişin nedenleri daha iyi açıklanmış olsun. Mahkemenin bağımsızlığını kendisinin koruması yetmez. Ulusal egemenlik, ulusal istenç, erkler ayırımı ve uyumu, yargı bağımsızlığı, anayasanın üstünlüğü, demokratik düzen kavramlarını yeterince anlamış, içine sindirmiş, kişisel kaygılardan arınmış yönetim - yürütmenin sınırlarına bağlı yöneticilerin, yasama organı üyelerinin, devlete saygılı partilerin, bilinçli, korkusuz hukukçuların, hak ve özgürlüklerini yaşam nedeni ve onur koşulu bilen yurttaşların katkısı da zorunludur. Geniş kapsamlı bir yenileme, düzenleme (teknik yönlerden öze değin) Anayasa değişikliklerinin ilk sırasını almalıdır. Böylece «toplumsal bütünleşme»yi sağlamada (3) Anayasa daha başarılı olacaktır. Anayasal güvencenin etkinliği, yasamanın, yürütme ve yönetimin daha uygun çalışmasını, daha düzenli gidişini getirecektir.

(3) SAN, Coşkun; Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri, Ankara 1974, s. 131 ad.

ANAYASAL YARGI DENETİMİ

Anayasal güvencelerin, tümüyle Anayasa'nın geçerlik koşulu sayılan yargı denetimi, hak ve özgürlüklerin korunup güçlenmesini, ödünsüz yaşama geçmesini, Devletin daha iyi işlemesini, özetle, Anayasa'ya, hattâ Anayasa'nın, üstün hukuk kurallarına uygunluğunu arar ve amaçlar. Anayasaya aykırı anayasa normlarının denetlenmesindeki neden budur. Ülkemizde bu konuda 1971 değişiklikleriyle başlatılan, 1982 Anayasası'yla da benimsenin kısıtlama, denetimin etkinliğini azaltmaktadır. Anayasal ilkeleri korumak yetkisizlikle olmaz. Yalnızca çok iyi hazırlanmış olması Anayasa'nın etkinliği için yetmez. Uygunluk denetimi sonunda Anayasa Mahkemesi'nin katkılarıyla güçlenir. Bu katkı, daha çok «yorum»la olur. Denetimin sonucunda beliren görüş kimi yasaı yürürlükten kaldırırken kimi ölçüleri koyar ama yorumlar, Anayasanın nasıl anlaşılıp nasıl uygulanacağı konusunda, duraksamaları, çekinmeleri de gideren anayasal katkılardır. Yorumların ışığında, karanlık azalır ve kalkar. Anayasa Mahkemesi, «Anayasa koruyuculuğu» görevini yalnız soyut ve somut norm denetimi yapmakla değil, yorumlarıyla Anayasayı açarak yerine getirir. Bu yol, ayrıca aykırılığın tek yaptırımının iptal olmasını da önler ve Anayasanın içeriğini daha doyurucu kılar. Böylece Anayasa Mahkemesi Anayasa'daki hukuku güncelleştirecektir. Anayasal gelişmelerin, hukuka yansıyan öncülüğü de üstlenilmiş olacak, Mahkeme etkinliğini içerden artıracaktır. Uygunluk denetiminin sonuçları İPTAL, RED ve ikisi kapsamında YORUM olarak karşımıza çıkmaktadır. Mahkemenin anayasal yorumu, 1924 Anayasası'nın 26. maddesinden kaynaklanan «Teşrii tefsir (yasama yorumu)» in 1961 ve 1982 Anayasası'yla benimsenmeyerek uygunluk denetiminin getirilmesinin doğal sonucudur. Yasama anlayışının, yasama buyruğuna dönüşmesi önlenerek, bağımsız anlayış egemen kılınmıştır. Yargısal yorumla, yasama organının, geçmişi kapsayacak yorumlarla, yasaların anlamını değiştirme, amacını saptırma ve kazanılmış hakların çiğnenmesi olasılığını önlemiştir (4).

Yargı denetiminin ikili yararı tartışmasızdır. Denetim ürünü kararlarıyla, etkilendiği bilimi ve öbür yargı çalışmalarını etkilemektedir. Aykırılık ve uygunluk belirlemeleri, «karşıoy gerekçeleri»yle tümlenen kararlar demokrasinin gelişip güçlenmesini de sağlamak-

(4) AKSOY, Muammer; Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Seçimi Konusundaki Tartışma (Ve bunun ortaya çıkardığı kamu hukuku meseleleri) Ankara 1962, s. 21.

tadır. Politikanın, hukukun üstünlük ve öncülüğünde, çıkar dalaşlarına girmesi engellenecek, din, inanç, ölkü sömürüsüyle çelmelenen atılımlar, gerçekleşebilecektir. Mahkemenin, günün koşullarına değil, yarının gereklerine yönelik biçimde Anayasa uygulamalarına destek olması konumunun, ulusal istencin bir kurumu, ulusal egemenliğin yargı yetkisini kullanma hakkı bulunan bir bölümü ve demokratik yaşamın temel bir ögesi olmasının gereğidir. Anayasa Mahkemesi, uygunluk denetimiyle, kurucu güçle yasama organı, ulusun Anayasa'ya yansıyan istenci ile çoğunluğun yasaya yansıyan istenci arasındaki uyumsuzluğu, kurucu gücün istek ve amacı doğrultusunda çözer. Denetim, Anayasa'ya göre ve Anayasa uyarınca yapılır. Uygunluk denetimi yasamaya olur veren bir işlem değil, olura bağlı olmayan yasama işlemine yönelik aykırılık savının incelenmesi, sonucun Anayasa'ya göre ve herkesi (yasama, yürütme, yargı organlarını, yönetim katlarını gerçek ve tüzel kişileri) Anayasa uyarınca bağlayacak biçimde (mad. 153/son) belirlenmesidir. Böylesine yansız, bilinçli, üstün ve onurlu bir görevin yerine getirilmesinden gocunulmaz, güven duyulur. Yargı erkinin, anayasal düzeni sarsacağı, bozacağı, kötüye götüreceği kuşku ve suçlamalarına katılmak olanaksızdır. Hak ve özgürlüklerin, yargı erkinin saldırısı, sömürüsü ve kısıncı altında bulunduğunu sanmak bile us dışıdır. Koruyucunun, koruduğunu yakıp yıkmaması, yaralayıp yoketmesi düşünülemeyeceği gibi, bir yüksek yargı organının, Anayasa Mahkemesini bırakalım, bir yerel mahkemenin bile düzen için tehlike oluşturacağı varsayılmaz. Üstelik seçkin, özel yeri bulunan, düzeyi belli Anayasa Mahkemesi'nden asla beklenemez. Mahkemenin, denetim yoluyla öbür devlet organlarının üstüne çıkması da söz konusu edilemez. Yorumlama yetkisine, kural koyma, kurma ve uygulatma (yaptırım belirleme) yetkisi eklense bile yine yasama gücüne (yasamanın bilinen yetkileri karşısında) elatması olanaksızdır. Mahkemenin böyle bir girişimi, özeni, özlemi bulunmadığı gibi yasamanın düzenlediği yasalara, düzenliyeceği Anayasa'ya göre çalışma zorunluluğu, hukuksal gerçeği açıklar. Uygunluk denetimiyle, Anayasa Mahkemesi, yasamayı Anayasa doğrultusunda tutmakta, onu tamamlamaktadır. İkisinin de yapıları, işlevleri ayrı; doğuşları, kaynakları bir, amaçları ortaktır. Bir «kamu organı olan Anayasa Mahkemesi», hukuk, ceza, yönetim gibi öbür hukuk dalları dışında kalan, siyasal bir sorundan ya da olgudan çıkan anlaşmazlıklarla uğraşır (5). Siyasal bir konuyu inceleyip denetlemesi, karar konusunun siyasal ol-

(5) KARAMUSTAFAOĞLU, M. Tuncer; Anayasa Yargısının Önemli Sorunları, AÜHFD. 1966, Sayı 3-4, s. 91 vd.

masını, denetim işlerini salt siyasai kılmaz. Anayasa hukuku, siyasal hukukun kaynağı; siyasal hukuk, anayasal hukukunun bir başka adı da olsa, işlev hukuksal ve yargısal bir denetimdir. Siyasal konuları, dışlayan denetim asla yasama denetimi, uygunluk denetimi olmaz, sözde denetim ya da denetimsizlik olur. Sosyopolitik sonuçlar yönünden hukuksal ve siyasal sorunlar arasında varlığı savunulan iç gerginlik (siyasal çatışma), devingen siyasal alandaki etkin güçleri durağan hukukun denetlenmesinden kaynaklanmaktadır (6). Siyasal konunun incelenmesi, norm denetimini etkilemez. Etkileme, çekinmeyi, bu da yetersizliği ve yozlaşmayı getirir. İptalden kaçınmaya varacak çekinmeler Anayasa'nın geleceğini tehlikeye düşürür. Federal Alman Anayasa Mahkemesi, «Yokluk ya da geçerlik gibi ikili birimden kalkarak aykırılığın tek yaptırımını olarak öngörülen «iptal»i korumak bir hukuk düzeninin sürekliliği ve çok sayıda özel normun yenilenmesi ya da uygulanmasını gerektiren bir toplum ve devlet yapısı ile bağdaşmayan hukuk şebekesindeki kesiklikleri önlemek için, yeni bir içerik veren karar tipi, Anayasa'ya uygunluk yorumla kurumsal ve hukuksal bedeli daha düşük yaptırım tekniklerini» iptalden sakınma formülleri olarak geliştirmiştir (7). Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin yetkileri ve bu tutumu olumlu gelişmelere neden görülebilir ama bizim Anayasa Mahkememizin dar yetkileriyle birleşecek çekinme güçsüzlüğe düşürür. Denetim amacından uzaklaşmak, sınır aşmak, «uygunluk» yerine «yerindelik» incelenmesine kalkışmak, yerindelik incelemesini, uygunluk incelemesi adıyla gerçekleştirmek, denetimin kötüye kullanılması, görev ve yetkinin yapılmamasıdır. Öğretide, kuralların şöyle ya da böyle anlaşılması —uygulanması konusunda, Anayasa Mahkemesi'nin görüş belirtemeyeceği, bunun yetkisi içinde olmadığı, böyle davranmasının sonradan, doğrudan görüş bildirmek anlamına geldiğini ileri sürenlere de rastlanmaktadır (8).

ANAYASA MAHKEMESİNİN KARARLARI

Anayasa Mahkemesi, Anayasa Yargısı kurumudur. Anayasal organdır. Anayasa düzenini korumak amacını güttüğünden, uygunluk denetimi sonunda vereceği kararın etkisini gözetemez. Gözeteceği tek

(6) LEIBHOLZ'dan, KARAMUSTAFAOĞLU, M. Tuncer, a.g. inceleme, s. 94.

(7) ÇAĞLAR, Bakır; Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları 1984, s. 296.

(8) ARMAĞAN, Servet; Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi [Doktora Tezi], İstanbul 1967, s. 160.

yön, Anayasa'ya uygunluktur. Ölçütü de Anayasa ve üstün hukuk kurallarıdır. Yasa'nın, incelenen kural ya da kararın (dokunulmazlıkta olduğu gibi) aykırılığını saptarsa, sonuçlarını düşünerek iptal karar vermekten kaçınamaz. İncelediği her işlem - düzenleme, Mahkeme katında eşdeğerdir. Konuyu eşitlikle ele alır. 1961 Anayasası'nın 152/4. maddesi «Anayasa Mahkemesi, diğer mahkemelerden gelen Anayasaya aykırılık iddiaları üzerine verdiği hükümlerin olayla sınırlı ve yalnız taraftan bağlayıcı olacağına da karar verebilir» açıklığını taşı-maktaydı. 1982 Anayasası'nda böyle bir kural yer almamıştır. Ancak, 153. maddenin üçüncü fıkrasının ikinci tümcesi «Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir» dedikten sonra, üçüncü tümcesi «Bu tarih, kararın kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak bir yılı ge-çemez» sınırını getirmiştir. İptal durumunda doğacak boşluğun, ka-mu düzenini ve kamu yararını sarsıcı nitelikte, olumsuz yönde, etkile-mesi olasılığında bu yola gidilebilmektedir (2949 nolu yasa mad. 53/5). Böylece kararın kapsamı sınırlandırılarak ayrık durumlar, kazanılmış hak ilkesi gözetilmekte idi. Olayların özelliği, genel kuralı yalnız o olayda aykırı duruma düşürebilirse, ilgili davayla sınırlı olacak ka-rar, sakıncaları giderebilirdi. Bu kuralın kaldırılması Mahkemenin ça-lışmalarına güçlük getirecek, 153/2. maddeyi daha sık tartışma ko-nusu yapacaktır. Oysa Anayasa Mahkemesi, olayla ve yanlarla bağ-layıcı olmak sınırı için gözettiği nedenlerden başka hiçbir neden gö-zetemez ve yasalar arasında «Daha yararlı, daha önemli» gibi ayırım yapamaz. Kimi yasa için, sonuçlarının kapsamı, etkisi, ilgilileri, akça-lı tutarı, devlete neye mal olacağı, kişi ve kesimlere göre değişen «yurt gerçekleri», ölçü olarak alınamaz. Soyut, esnek, hukuksal olma-yan nedenler, ekonomik, toplumsal, siyasal öğeler denetlemeyle, yo-rumla bağdaşamaz. Kararları bu kişisel, siyasal ya da başka ölçüler-le değerlendirmek yanılığa götürür.

Anayasa Mahkemesi kararlarının niteliği açıktır: Yeni bir yasa-ma işlemini gerektirse de, kendisi eski ya da yeni bir yasama işle-mi değildir. Yasayı kaldıran, durduran bir karar da olsa yasa de ğil-dir. Yasama organının bir yasayı kaldırmasıyla aynı sonuçlar verse de (her iki organın kararı da Resmî Gazete'de yayımlanınca yürürlüğe gi-rer) aynı nitelikte değildir. Yasanın, belli kural ya da kuralların yürür-lükten kaldırılmasının birçok nedeni olabilmesine karşın, iptal ka-ra-rının tek nedeni «Anayasa'ya aykırılıktır. Bu, Mahkemenin başka ne-den üzerinde duramayacağını, aykırılığı incelerken hukuksal olanlar-dan başka görüşlere dayanamayacağını, onları gözetemeyeceğini, on-

lardan etkilenmiyeceğini gösterir. Yasama organının yürürlükten kaldırma işlemine eski dilde «ilga» denilir. Anayasa Mahkemesi'nin bu yoldaki kararına «iptal» denilmektedir. Bu kararlar kesindir, bağlayıcıdır, geriye yürümez (mad. 153). Anayasa Mahkemesi'ni bir hükmü iptal etmekten yasaklayan, alıkoyan bir kural bulunmadığı için açık yetki aramanın aşırı biçimcilik olup Mahkemenin kuruluş amacına aykırı düştüğü, ilke kararları veremediği, ilkeleri yorumlamadığı, «biraz çekingen» davrandığı öne sürülerek, uygunluk sorununun sonucu hiç çekinmeden belirtmesi önerisiyle birlikte iktidar partisinin eğiliminden etkilenme durumunda Anayasa koruyuculuğu görevini yapamayacağı görüşü açıklanmıştır (9, 9/a). Siyasal içerikli yasalara ilişkin sonuçların siyasal olması doğallığı, Mahkemenin siyasal işlerle yükümlü olduğu, siyasal uğraşlar içinde bulunduğu, siyasal kimlik taşıdığı anlamına gelemez. Olaylara özgü karar almak zorunluluğu, ilke kararlarını engellediği gibi ayrıntıda çok değişik yönleri bulunan olayların doğasına, yapısına da aykırı düşer. Ayrıca, önyargı kuşkusunu getirebilir. Kaldıki, temel konularda (insan hakları, özgürlükler, hukuk devleti, yargı bağımsızlığı, yargı güvencesi, lâiklik gibi) kararlarındaki denge, görüşlerindeki sağlamlık, beğeni toplamıştır. Prof. Dr. İlhan ARSEL, Anayasa Mahkemesi'nin kendisini saygıya değer durumu getirecek davranışlara yönelmesini bildiğini, bir yandan Batı'da aynı görevi yapan kuruluşların seçkin niteliklerine ve geleneklerine koşut yolu seçtiğini, öbür yandan da fikirleriyle ve görüşleriyle bu kuruluşlara rehberlik etmiş düşünürlerin önerileri gereğince «particiliğe karşı bağımsız, iktidara karşı bağımsız, çekicilik ve üne karşı bağımsız kalma» sağgörüleriyle davrandığını, basın, hukukçuların ve bilim adamlarının yolgöstericiliklerinden yararlanmayı bildiğini, kendini frenleme ussallığını gösterip yetkilerinin ne gibi sorunları kapsadığını, nerelere yayılabileceğini, sınırlarının neler olduğunu, oldukça uygun ölçülere dayanıp saptadığını, siyasal düşüncelere olabildiğince yer vermeyip önüne getirilen davaları «hukuksallık» yönünden ele aldığını, böylece saygı, güven, yetke kazandığını, Anayasa'nın getirdiği temel ve üstün bir kuruluş olarak, kuruluşundan bu yana çalışmalarıyla «ne yergiye muhatap, ne övgüye muhtaç» olmadığını gösterdiğini içtenlikle açıkladığını belirtmiştir (10). Bu olumlu kanılarına

(9) ARMAĞAN, Servet; adı geçen yapıt, s. 181.

(10) ARSEL, İlhan; Anayasa Mahkemesinin Bazı Eğilimleri Üzerine Görüşler ve Anayasa Mahkemesinin Kararlarından Özetler; Ankara 1970, s. 4 vd.

karşın, kendi yetkilerini genişletmek ya da geniş sınırlar içerisinde korumak yönünde ciddi denilebilecek bir çaba ve davranış göstermediğini, ancak Anayasa hükümlerinin soyut ve son derece genel nitelikte olduğundan gereksinim durumunda zaman zaman ve pek az böyle bir çaba gösterdiğini, Cumhuriyetin siyasal, sosyal ve ekonomik yaşamı bakımından yönverici, yükseltici, ileriye götürücü bir görevi bulunduğunu yeterince duymadığını, genelde çekingen ve ürkek davranıldığını, yasama organının istenciyle kendini bağlı saydığını, özgürlükleri korumak amacıyla yetki atılımlarına girmekten kaçındığı izlenimini uyandırdığını ileri sürmüş, «Türkiye'nin içinde bulunduğu koşullara göre değil, fakat içinde bulunması gereken koşullara göre Anayasa denetimi yapması gereğini» vurgulamıştır (11).

ANAYASA MAHKEMESİNE VE KARARLARINA YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER, SUÇLAMALAR :

Yetkiyi ya da gücü yitiriyormuş sanarak, yetki ve gücü paylaşmağa katlanamayanlar, hukuku, hukuk devletini, anayasayı, yargıyı, bağımsız yargıyı, yargı denetimini, ulusal egemenliği ve ulusal istenci yeterince kavrayamayanlar, siyasal yönleri konumuz dışında kalan 1960 Devrimi'ne karşı çıktıkları için onun getirdiği her şeye karşı çıkmayı da zorunlu sayanlar, bunu işbilenler, yanlış değerlendirip yanılgılar Anayasa Mahkemesi'nin varlığına karşı çıkmışlardır. Kurucu Meclis'in oluşması, Anayasa yapımı da konumuz dışındadır. Duygusalıktan kaynaklanan, bilgisizlik ürünü olan karşı çıkışlar kimi gün «Demokrasi, ulusal egemenlik» adına yapılabilmektedir. Bunların gerçekle ilgisi olmadığından üzerinde durulmayacak, çirkin sataşmaya, karalamaya değin giden bu sakıncalı tutumun ibret örnekleri belirtilecektir. Kimi yüksek yargı organı üyelerinden (üstelik bu göreve Anayasa Mahkemesi'nce seçilmiş) gelen dayanaksız, haksız, yıkıcı eleştiriler, hukuksal içerikten yoksun görüşler, öneriler demokrasi ve hukuk tarihimizde buruklukla anılacaktır. Genelde, kuruluştaki her Anayasa Mahkemesi yadırgınmıştır. Yargı denetiminden yana olanlarla yargı denetimine karşı çıkanların çatışan görüşleri Anayasa Mahkemeleri'nin yolunu açmıştır. Ulusu, temsilcilerinin işlemlerine karşı koruyup, ulusal istencin egemenliğini sağlamak, kişisel hak ve özgürlükleri yargı güvencesine bağlamak düşüncesi Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş nedenidir. Yasama organının üstüne çıkıp, dar anlamdaki ulusal

(11) ARSEL, İhan, a.g.y., s. 4 vd.

egemenliği zedeleyeceği görüşüyle, yasama yetkisini paylaşmamak tutkusu karşı çıkışların odağıdır. Genelde tüm Anayasa Mahkemelerinin yazgısında bu çizgiler vardır, az ya da çok. Hiçbir utku gibi hukukun utkusu da kolay olmamıştır, hattâ çok güç olmuştur. Değişik biçimde sürdürülen, bilimde savunucuları bulunan eleştiriler durmayacaktır, durmamalıdır da. Bunların yararı çoktur. Demokrasi suskunluk, durgunluk düzeni değildir. Çoğulcu düzende eleştirinin özel değeri, büyük bir yeri vardır. Kamuoyu, kamu organlarının tüm işlem ve eylemlerini gözetir, sesli ya da sessiz denetler. Kararlar nedeniyle tüm Anayasa Mahkemeleri eleştirilmiştir ve eleştirilmektedir. Bunların hepsine değinmek zaman ve yer alacaktır. Anayasa Mahkemesi'ne özelde yönelik eleştirilere şimdiki 153/2. maddeye neden olaylar, durumlar olarak değinmeden önce ilginç bulduğumuz bir görüşü aktarmak istiyoruz : «Yüksek Mahkemeleri eleştiri dışında tutmak bu organlara ne onur ne de gurur sağlar. Tersine, yargıçların yaşam ve kişiliklerini, mahkemelerin verdikleri kararları halkın sürekli gözetimine ve özgür eleştirilerine açık tutmakta fayda vardır. Gerçi bu eleştirilerin çoğu, bunların sahipleri kadar tatsız - tuzsuz, yavan şeylerdir. Ama her türlü eleştiri, hiç eleştiri olmamasından daha iyidir. Ancak partizanca duygulara kapılarak eleştirmek ve Anayasa yargıçlarını partizanlıkla suçlamak, hem bu güvence organının ve hem de anayasa üstünlüğü ilkesinin geleceğini tehlikeye düşürür» (12).

Eleştirilerin bilimsel dayanaklarının bulunması, duygusallıktan uzak yapılması eleştiri olması için zorunlu koşuldur. Yararlı olması da buna bağlıdır. Oysa, siyasal olaylar içinde kendinden söz ettirmek isteyenlerden, hukuka karşı çıkmakla ün yapacağını sananlara değin nice kimse, bilgisi olsun olmasın, bulunsun bulunmasın Anayasa'yı, Anayasa Mahkemesi eleştirmeyi bir hüner saymışlardır. Kaldırılmasına, yetkilerinin daraltılmasına yönelik bu çabaların yanında, hukuk yönünden yanlışlık ve boşluklarını gidermeyi amaçlayan eleştiriler de olmuştur. İşlevi bırakıp yapıyla uğraşmak anlam taşımaz. İşlev üzerinde durulmalı ki olumlu sonuç alınabilsin. Bu görüşe uygun bir eleştirinin ilgili bölümlerinden birkaç tümceyi örnek olarak aktarıyorum : «...iktidar partisi ve bazı aydınlarımız tarafından Anayasa Mahkemesi'nin «Parlamentodan da üstün» bir yer işgal ettiği, bu durumun «millî irade ve millî iradenin üstünlüğü» prensibi ile çatıştığını beyan etmektedirler. Anayasa Mahkemesi kabul edildikten sonra, onun Meclisten üstün olduğu, Parlamentonun kabul ettiği kararları da iptal ede-

(12) KARAMUSTAFAOĞLU, M. Tuncer; adı geçen inceleme, s. 93.

bileceği de kabul edilmiş olmaktadır. Bu hususta herhangi bir tenkidin veya itirazın, artık mesnedi olmamak icabeder.— Anayasa Mahkemesi, idare edenlerin, kanunlar yoluyla, ferdi hakları çiğnemesine ve Anayasaya aykırı tasarruflarda bulunmasına engel olmak için kurulmuştur.— Anayasa Mahkemesini kaldırmak, mutlaka siyasî iktidarın Anayasaya aykırı tasarruflarda bulunacağı ve ferdi hakları ihlâle başlayacağı anlamına gelemez. Anayasa Mahkemesi olmayan ülkelerde hukuk devletinin olmadığı söylenemez.— Anayasa Mahkemesi kalkınmakta olan memleketimizin hızını kesen kararlar almıştır»(12/a). Yazar, bununla birlikte, bilimsel eleştirinin yararları üzerinde durmuş, bunun dışındaki çabaların gereksizliğini belirtmeye çalışmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin yürütmeye engel saymak bir kuruntudur. Hukuka uygunluğu sağlamakla görevli bir mahkemenin, olağan yetki sınırları içindeki olağan iptal kararlarının başka amaca bağlanması gereksizdir. Hukuku engel görenlerin, hukukun gereklerini bağ sayacaklarından, bu gerekleri gösteren Anayasa Mahkemesi'ni engel saymaları yadırganamaz. Hukuka uymaya çağrılan, elbet hukuka açıkça çatmayıp hukukçuya çatacaktır. Hangi nedenle olursa olsun.

Anayasa Mahkemesi, yasama organının yetkisindeki genişlik ve serbestliğe dokunulmayacağını, özgörü (takdir) hakkına saygılı bulunduğunu birçok kararında belirtmiş, ancak özgörünün sınırsız olmadığını, Anayasa ile sınırlı olduğunu da unutulmayacak biçimde açıklamıştır. Mahkemenin bu anlayışına, salt siyasal konulardaki yansız - özgür tutumuna karşın, Anayasa'nın yasamayı denetleme yetki - görevini yüklemesi, alışılmış yargı sınırlarını aşan bir güçle donanılı olduğu izlenimi vermiş olacak ki, uygun bulmadıkları Anayasa kuralı yerine Anayasa Mahkemesi'ni eleştirmeyi yeğlemişlerdir. Almanya'da da «Üstün bir siyasal - yargısal mahkeme» olarak görülmüştür (13).

Anayasa yargısının özel işlevi gözetildiğinde, çalışmalarıyla yasama organının siyasal uğraşlarının ürünü olan yasaları denetliyerek, Anayasa dışındaki pozitif hukuk normlarının üstüne çıkarak siyasal alana da girebildiği saptanmaktadır (14). Bu durumda elbet eleştirilecektir. Eleştiri olunca, doğru - yanlış, iyi kötü, haklı - haksız, yerli - yersiz olabilecektir. Eleştirileri abartmadan değerlendirmek gerekir.

(12/a) ARMAĞAN, Servet; «Cumhuriyet Devrinde Anayasa Mahkemesinin Bazı Kararları», İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, 1973, s. 109-137.

(13) KIRATLI, Metin; adı geçen yapıt, s. 65.

(14) AZRAK, Ülkü; Türk Anayasa Mahkemesi, İÖHFM, Cilt XXVIII, 1962. Sayı 3-4, s. 652.

Demokrasilerde her konu, herşey konuşulacağından bunlar hoşgörüy-
le karşılanmalıdır. Demokratik kamuoyu, baskı gruplarının gücüyle
etkinliğini sürdürür. Kararlarını uygun karşılayanlar olabileceği gibi,
aykırı bulanlar da olacaktır. Yargının yazgısı budur. Bir yan sevinir,
bir yan üzülr. Karar bırakılır, karar veren eleştirilir. Yasaları denet-
lemekle yasamanın üstüne çıkılmaz. Siyasal konuları denetlediğin-
den karşıtı çoktur ama Anayasa Mahkemesi kimseye karşı değildir,
olamaz. Siyasal kökenli eleştirilerin zararı, kuruma, Anayasa'yadır.
Siyasal konuların denetiminde ister - istemez, zorunlulukla bu konuda
görüşler kararda yer alacaktır. Konu siyasal olsa, sonuç siyasal ola-
nı etkilerse de işler siyasal değildir, Anayasa Mahkemesi siyaset dı-
şındadır.

«Bir anlamda Anayasa'yı yeniden yapma yetkisi Anayasa Mah-
kemesi üyelerinindir» (15) ve «Anayasa hükmü, Anayasa Mahkemesi-
ne göre belli bir zamanda ne anlamda geliyorsa odur» (16) görüşleriyle
özetlenen üstün ve özel işlev kurumunun eleştirisiz kalması ola-
naksızdır. Hans KELSEN'in «Bir yasayı iptal etmek, genel bir norm
kurmaktır. Çünkü, bir yasanın iptali, onu yapmak niteliğinde aynı ka-
rakteri taşımaktadır. Bu, benzetilmesi uygunsa, negatif bir işlemle
yasa yapmaktır ki, yasama işlerinin bir evresidir. Bu durumda, yasa-
ları iptal etmek yetkisi olan bir mahkeme, sonuç yönünden, yasama
yetkisi olan bir organdır» (17) değerlendirmesindeki bilimsel, hukuk-
sal görüşlerin bilim dışı yorumlanmasından kaynaklanan soğukluk ve
uzaklık, Anayasa Mahkemeleri karşıtlarının dayanağıdır. Gerçekte,
Anayasa Mahkemesi bir hukuk kaynağı, bir ulusal - anayasal güvence,
bir yüksek mahkemeler üstü yargı organıdır. Ülkemizde Anayasa Mah-
kemesi'nin kuruluşu, kanımca, başlıbaşına büyük bir olay, Devlet ya-
şamında önemli bir gelişmedir. Yalnız hukuk tarihimiz için değil, de-
mokrasi tarihimiz için de bir dönüm noktasıdır. Anayasa Mahkeme-
si'nin birkaç kez büyük bunalım ve buhranı önlediği bir gerçektir
(18). Her kişi yanılabilir, her kuruluş yanlış yapabilir. Önemli olan,
özel amaçla, bilinçle «yanlıştan» kural yapmamaktır. Anayasa Mah-
kemesi'nin kararları beğenilmeyebilir. Şöyle ya da böyle olması iste-
nebilir. Aykırı, sakıncalı gelebilir. Hukuksal niteliği, yapısı, içeriği za-
yıf, düzeyi aşağı görülebilir. Bunlara karşın, siyasal ağırlığı olmadık-
ça, yasakoyucu yerine geçme amacı güdülmedikçe, Anayasa değişik-
liği eğilimi bulunmadıkça böyle gözetilip eleştirilemez, karşı çıkıla-
maz 1792 karar içinde 1934 yılı sonuna göre 5 - 6 tanesinin «gürültü»

(15) SOYSAL, Mümtaz; Dinamik Anayasa Anlayışı, Anayasa Dialektiği Üzerine
Bir Deneme, Ank. 1966, s. 99, ayrıca «Günah Kesici» Milliyet, 15.2.1977..

kopartmış olması da olumsuz düzenlemelere dayanak yapılamaz. Anayasal geleneğimiz durumuna gelen hukuk devletinin yüceliği yargı erkine saygıyla kutsallaşır.

HANGİ KARARLAR İÇİN NELER DENİLMİŞTİR?

Burada kimi kararlar nedeniyle sırf Anayasa Mahkemesi'ni kalamak için yapılan eleştirilere (19, 19/a, b, c, d, e, f), red kararları hakkında, süre, oy sayısı, inceleme yöntemi, anlayış ve değerlendirme biçimine yönelik olumlu ya da olumsuz görüşlere (20) değinecek değilim. 153/2. maddenin evrimi niteliğinde bir inceleme yaptığımdan, yalnızca, üzerinde çok tartışılan birkaç iptal kararını ele alacağım. Makaleler, seminerler, demeçler bir gerçeği ortaya koymuştur: Gerçek kusurlu ve suçlu bırakılmış, uygulanmayan Anayasa'nın değişikliği kampanyası, 1965 lerden başlayarak belli kişiler, belli kuruluşlar, belli organlarca, yeni bir Anayasa yapıncaya değin, öğütlenme görünümünde yürütülmüş olup özlemlerine uygun biçim alıncaya dek de sürdürülecektir.

Şimdi bahane yapılan konulara geçiyorum:

- (19) KABAKLI, Ahmet; «Ters düşmek», Tercüman 9.12.1980.
- (19/a) DÖNMEZER, Sulhi; «Tartışma konusu Anayasa», Hür Anadolu 6.6.1980, «İleri derecede hürriyetçi karakterdeki 1961 Anayasası'nın millî bütünlük ruhunu tahrir ettiğini...» ileri sürdüğü «Cumhuriyetimiz ve Millî Bütünlük Ruhu» başlıklı yazısı, İÜHF. Cilt L(1984, Sayı 1-4, s. 323, «Siyasal meclisler yanında, iktidarın kullanılmasına bir ölçüde iştirak eden özgür Anayasal kuruluşlar, özellikle, yargı mercileri görevlerini yerine getirirken mutlaka esas fonksiyonu içinde kalmalı...» dediği «Devletin Ülkesi Ve Millî İle Bütünlüğü ve Bölünmezliği İlkesi» başlıklı yazısı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin 50. Yıl Armağanı, İstanbul 1973, sayfa 2.
- (19/b) ALDIKAÇTI, Orhan; «142. Madde Hakkında Anayasa Mahkemesinin Son Kararı», Tercüman 14-15.2.1981.
- (19/c) ÖZYÖRÜK, Mukbil; «Anayasada Değişiklik Zarureti», Tercüman 26.4.1980 - «Yargıya Saygı», Tercüman 16.10.1980 - Geçmişte Anayasa Mahkememiz», Tercüman, 13.2. 1982.
- (19/d) ILICAK, Nazlı; «Nerde O Dernek Şakşakçıları», Tercüman - 26.12.1979 ve sonraları.
- (19/e) ERER, Tekin; «Anayasa Mahkemesi'nin Ters Kararı», Son Havadis - 8.12.1980.
- (19/f) GÜRKAN, Ahmet; «En Büyük Tasamız, Bugünkü Anayasamız», Son Havadis - 12.3.1981.
- (20) SUNAR, Kemal Sahir; Anayasa İle Anayasa Mahkemesi Üzerine Düşünceler ve Eleştiriler, İstanbul 1978, s. 135, 203, 265, 287.

I — Kamulaştırma konusunda;

1. Kamulaştırma karşılığının arazi vergisine matrah olan değerin dört katı ile sınırlanmasına ilişkin 4753 no.lu Çiftçiyi Topraklandırma Yasası'nın 21. maddesindeki kuralın iptali kararı (21),

2 — İmar Yasası'na göre şuyûlandırılan taşınmazların gerçek karşılığı verilmeksizin yüzde yirmibeş kadar noksanı ile sahiplerine dağıtılabilmesine ilişkin 6785 no.lu İmar Yasası'nın 42. maddesindeki kuralın iptali kararı (22),

3 — Kamulaştırma karşılığının vergi değerinin onbeş katını geçmeyeceğine ilişkin 6746 no.lu yasanın 6. maddesindeki kuralın iptali kararı (23),

4 — Devletleştirilen ormanların karşılığının arazi vergisine matrah olan değere göre ödenmesini öngören 4785 no.lu yasanın 3. maddesindeki kuralın biçim koşuluna aykırılık savıyla iptali kararı (24),

5 — 9.7.1961 günlü, 334 no.lu T.C. Anayasası'nın 20.9.1971 günlü, 1488 no.lu yasa ile değişik 38/2-3. maddesinin Anayasa'nın 9. maddesine aykırılığı nedeniyle iptali kararı (25).

Bu kararlarıyla AYM. nin, ancak mülkiyet ve özel girişim haklarının sınırlanması yönünden, Anayasa'nın 36. ve 46. maddeleriyle getirilmiş belirsiz bir kıstas olan «kamu yararı» kavramını ekonomik ve sosyal özgürlükler dışında kişi hakları ve özgürlükleri yönünden de büyük rahatlıkla» kullanmasının «yargıç devleti»ne götürebileceği endişesine neden olduğu, herşeyi topluma feda etmenin faşizme kadar

[21] 18.3.1963 günlü, E. 1963/10, K. 1963/51 sayılı, AKD. Sayı 1, Sayfa 142-144.

[22] 22.11.1963 günlü, E. 1963/85, K. 1963/278 sayılı AKD. Sayı 1, Sayfa 501-510.

[23] 31.3.1963 günlü, E. 1963/102, K. 1963/25 sayılı, AKD. Sayı 2, Sayfa 105-107.

[24] 23.6.1964 günlü, E. 1963/141, K. 1964/50 sayılı, AKD. Sayı 2, Sayfa 196-204.

[25] 12.10.1976 günlü, E. 1976/38, K. 1976/46 sayılı, AKD. Sayı 14, Sayfa 252-286.

Bu kararla, biçim denetimi yoluyla öz yönünden iptale gidilmiştir. Eleştiri konusu yapılan da budur. Oysa, önemli bir sorun Mahkemenin özenli, duyarlı davranışıyla, hukukta önemli bir aşama sayılan tutumuyla sorunu çözmüştür. Anayasa'nın 9. maddesindeki değişmezlik ilkesinin asıl amacının, tüm nitelik ve ilkeleriyle Cumhuriyet sözcülüğüyle adlandırılan devlet sistemi olduğu, güvence altına alınanın «Cumhuriyet» sözcüğü değil, «cumhuriyet rejimi» bulunduğu, cumhuriyet sözcüğü saklı tutularak, rejimin niteliklerini değiştirecek bir «teklif»in Anayasa'ya aykırı düşeceği görüşünden kalkılarak «Cumhuriyetin niteliklerinden bir bölümünü bozucu ve zedeleyici etki taşıyan, böylece 9. maddede yer alan teklif edilemezlik ve değiştirilemezlik ilkelerine aykırı» görüldüğü gerekçesiyle iptal kararı verilmiştir.

varmasına nasıl engel olunabileceğinin belli olmadığı, siyasal bir tercih olan «kamu yararı»nın ne olduğunun takdir yetkisinin yargıçlara bırakılmasıyla «yargıçlar devleti» tehlikesinin başlayacağına değinilmiştir (26). Yine kamulaştırmaya ilişkin kararları nedeniyle, Anayasa Mahkemesi'nin tam anlamıyla başarılı olduğunun söylenemeyeceği, olumsuz izlenime yol açan tutumlarının başında «kamulaştırmada gerçek karşılık» konusuyla ilgili kararlar dizisinin geldiği, Mahkemenin «gerçek karşılık» temini belli bir zamandaki piyasa değerine yani raiç bedele eşit sayarak mülkiyetin değerlendirilmesini kurulu düzenin piyasa mekanizmasına terkettiği ileri sürülmüştür (27). Anayasa'nın 38. maddesine aykırı bulurken, kamulaştırma ile vergilendirme arasında bağlantı kuran sistemi büsbütün çürütmekten kaçınacağı yerde doğrudan doğruya «raiç bedel» kıstasına sığırdığı, böylece, ileride yapılabilecek tutarlı sistem denemelerinin olanaklarını büyük ölçüde kaldırdığı belirtildikten (28) sonra ileriye dönük ve kendi dayanaklarını yığınlarda aramaya yönelmiş bir anayasa anlayışının kurulu düzeni donduracak yorumlardan kaçınması gerektiği, Anayasa Mahkemesi'nin sınıfsal etkilerden, önyargılardan ve değerlerden tam anlamıyla uzaklaşarak karar vermesi, kuruluşun «sosyal adalet ve mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olmasını önleme ilkesi»nin gerçek dayanaklarını yaratacak yapısal çözüm yollarını tıkayıp tıkamadığına göre değerlendirilmesi üzerinde durulmuştur (29). Mümtaz SOYSAL, Anayasa Mahkemesi'nin, anayasa değişikliklerinin Anayasa'ya uygunluğunu öz yönünden denetleme hakkını kendinde görerek biçim incelemesiyle cumhuriyetin temel ilkelerini yorumlayarak Anayasa'nın özüne, temel ilkelerine aykırı bulup iptal etmesinin «yargıçlar devletine gidiliyor mu, siyasal kadrolar büsbütün etkisiz bırakılmak isteniyor mu?», endişelerini yaygınlaştırdığını, Anayasa değişikliği ve yeni bir Anayasa getirilmesi kıpırdanmalarıyla beklentilerine biraz daha ağırlık eklediğini, başlangıçtaki «zikzaklı ve biraz tutuk tutum»dan sonraki bu kararlarıyla «sonucunun nerele-re kadar varabileceği pek kolay kestirilemeyen yeni bir çığır içine girmekle kendi durumunu tehlikeye soktuğunu» söylemiştir (30).

II — Seçim yöntemi konusunda : 1306 no.lu yasanın 1. maddesiyle 306 no.lu yasaya eklenen 32. maddenin dördüncü ve beşinci fık-

[26] SOYSAL, Mümtaz; a.g.y., s. 96.

[27] SOYSAL, Mümtaz; a.g.y., s. 101.

[28] SOYSAL, Mümtaz; a.g.y., s. 102.

[29] [29] SOYSAL, Mümtaz; a.g.y., s. 102.

[30] SOYSAL, Mümtaz; Anayasa Yargısı, AYM, yayını, s. 91 - 92.

ralarını, Anayasa'nın 55. maddesine öz yönünden aykırı bularak iptal eden karar, en çok tartışılan kararlarından (31). Küçük partilere temsil olanağını sağlayan «ulusal artık-kalıntı» (millî bakiye) sistemini kaldırıp «baraj sistemi»ni getiren değişikliğin iptalidir. Kararda kullanılan karşıoylar, Anayasa koyucusunun uygulanacak seçim sisteminin belirlenmesini Anayasa'nın 55. maddesinde gösterilen ilkelere ayrılmamak koşuluyla yasakoyucuya bıraktığı, çoğunluğun bu ilkedan ayrılarak 55. madde dışındaki ilkelerin de seçim yasasında gözetilmesi gerektiğini kabul ettiğı, oysa seçme hakkının yasakoyucu tarafından yansız ve objektif biçimde düzenlendiğı, Anayasa'nın 55/1. maddesinin yasakoyucuya verdiği özgörüye dayanan engelin seçme ve seçilme hakkına elatma (müdahale) olmayıp geçerli bir işlem bulunduğı gerekçelerine dayandırılmıştır.

1961 seçimleri sistemine dönüşü engelleyen iptal kararı, sonuçta, dolaylı da olsa «Barajlı D'Hondt Sistemi»ni getirmiştir. Kararın gerekçesi iyi incelendiğinde saptanacaktır ki «... Demokratik hukuk devleti ve seçim serbestliğı ilkelerine, seçme ve seçilme hakkına, Anayasa'daki çok partililik görüşüne» aykırı bulunmuştur. Bu kararla, Anayasa Mahkemesi'nin eski sisteme dönüşü değil, «Barajsız D'Hondt sistemi» diye yeni bir sistem getirdiğı ileri sürülmüştür. Bir yasama organı gibi yeni bir seçim sistemi getireceğine, ulusal kalıntı sistemine dönülmesini sağlamanın daha uygun olacağı belirtilmiştir. Görünüm, biçimsel bakımdan, yasakoyucu yerine geçme gibiyse de gerçekte böyle bir çaba, bu amaçla verilmiş bir karar yoktur. Sınır çizmek oldukça güçtür. Mahkemenin bu amaçla değil, hukuksal görüşü nedeniyle sonuca varması, duruma açıklık getirir. Dava konusu yasanın iptal edilmeyen kuralları yürürlüktedir, yasama organı da, karardan sonra istediğı sistemi kabul etmekte serbesttir. Elin-den alınan, ona bırakılmayan bir şey yoktur. Nitekim, genelde Anayasa Mahkemesi'ne karşı görülen bir yazar şunları söylemiştir :

«... Anayasa Mahkemesi, baraj usulünü, sadece bu baraj kaydını, Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Baraj kaydı, kanun metnin çıkarıldıktan sonra, geri kalan hükümler müstakillen yürüyebilme imkânı gösterdikleri ve Anayasaya aykırı olmadıkları için iptal edilmemişlerdir. Bu suretle, baraj kaydı kaldırılınca, bizatihi kanun, klâsik d'Hondt sistemini ifade eder olmuştur. Bu tahavvül, Anayasa Mahkemesinin iki sistem arasında bir tercih yaptığı ve yasama orga-

[31] 3, 4, 6 Mayıs 1968 günü, E. 1968/15, K. 1968/13 sayılı, AKD. 6, Sayfa 141-226, (Resmî Gazete 24.10.1968, 13035).

nının yetkisini kullandığı anlamına almak, Anayasa Mahkemesindeki iptal usûlünü, sayın hukuk danışmanlarının bilmemelerinden ileri gelmektedir. Anayasa Mahkemesi, bir kanun hükmünü iptal için, onun Anayasaya aykırı olup olmadığına bakar; aykırı ise iptal eder. Ancak bunu müteakiptir ki, Anayasaya aykırı olmayan fakat aykırı hükmün iptaliyle kendi yürürlükteki kabiliyetini kaybeden hükümler de iptal edilir; fakat bu hâl yoksa, yâni diğer hükümler müstakillen mer'î olabilecekse, bunların iptali söz konusu olamaz. Anayasaya aykırı olmayan ve yürürlük kabiliyeti gösteren hüküm, ne sebeple iptal edilecektir?» (32).

Anayasa Mahkemesi'nin kararı «ulusal kalıntı» sistemine dönüşü getirmemiştir. Bu nedenle eleştirilebileceği söylenmişse de kararın önemli olan yanının «toplum içindeki yeni güçlerin oluşmasını, örgütlenmesini ve kendileri için elverişli koşullar ortasında siyasal yarışmaya katılmasını 1961 Anayasasının gereklerinden biri saymış olması» gösterilmiştir (33). Böylece, oyların etkisiz kalmasının sırf yasama organının özgürsüne bırakılan nedenlerle ortaya konulmuş yapay engel sonucu olmadığı vurgulanmış, özgürünün sınırsızlığının savunulmayacağı doğrulanmıştır. Bir milletvekili çıkaracak kadar oy toplamamış siyasal partilerin Meclis'te temsilini önlemekle birlikte, bir milletvekili çıkaracak kadar oy kazanmış bir siyasal partiye de o çarenin tüm milletvekilliklerinin verilmesine yolaçan nitelikteki değişikliğin iptaliyle, engel ve baraj kalkmıştır.

Anayasa Mahkemesi, daha önceki iki kararda temel ilkeyi şöyle açıklamıştı «T.C. Anayasası vatandaşlara seçme ve seçilme hakkına kayıtsız ve şartsız olarak vermiş değildir. Tam tersine, bu hakkı ancak kanunda uygun bulunması hâlinde tanımıştır (mad. 55). Seçimlerin serbest, eşit gizli, tek dereceli ve genel oy ve açık sayım ve döküm esasları dışında kalan bütün şartları ve nitelikleri kanunkoyucunun takdirine bırakılmıştır (34, 35). Açıkça saptanacağı üzere, yasakoyucunun sınırlı özgürsüne bırakılan düzenleme işini Mahkemenin üzerine alması durumu yoktur. Yasakoyucuya bıraktığını söylerken görüşüyle tutumu da doğrulanmıştır. Bu karar için «Yasama yetkisini adeta bizzat kullanır davranışlarda bulunduğu» (36) savında bulunul-

(32) ÖZYÖRÜK, Mukbil; «Anayasa Mahkemesinin Son Kararı Üzerine», Cumhuriyet, 22.5. 1968.

(33) SOYSAL, Mümtaz; a.g.y., s. 94.

(34) 5.3.1965 günlü, E. 1963/171, K. 1965/13 sayılı, AKD. 3, sayfa 83-104.

(35) 13.1.1966 günlü, E. 1964/26, K. 1966/1 sayılı, AKD. 4, sayfa 19-39.

(36) ARSEL, İhan; a.g.y., s. 6.

muşsa da, «Mahkeme, sanıldığı gibi seçim sistemleri arasında bir tercih yapmamıştır. Kendi fonksiyonlarını aşarak yasama organının yetki alanına giren bir konuya elattığı ve böylece yetki gasbında bulunduğu kesinlikle söylenemez. Çünkü, Mahkeme, yasama organının takdirini büsbütün değiştirmiş veya onun yerine yeni bir kural ya da seçim sistemi koymuş değildir. Ortada iptal tekniği ile ilgili bir durum vardır. Doğan boşluğu doldurmak yasama organının elindedir, Mahkeme bunu engellemiş değildir» (37) görüşüyle savunanlar da olmuştur. Gerçekten Mahkeme, istese de yasama organını engelleyemez ya da çok güç engelleyebilir. Zamanın Başbakanı bu karar üzerine, «Kanun yapma yetkisi Meclis'te kalmalıdır» (39) demiştir. Meclis'te bir çabaya tanık olunmamış, bir yasama işlemine girililmemiştir. Hukusal eleştiri yerine, gereksiz yakınma ve suçlama yeğlenmiştir (40). Kararlarını eleştirmekle birlikte varlığını savunan çağdaş görüşe az rastlanmıştır (41).

Anayasa Mahkemesi'nin «hukuk dışı»na düşmesini önleyen, sağlıklı ölçütleri, onu «keyfilik»ten de alıkoyar :

- a — Anayasa kuralları,
- b — Bunların dayandığı hukukun genel ilkeleri,
- c — Anayasa'nın «Başlangıç»ı,
- d — Devrim yasaları,
- e — Devletler hukuku kuralları,
- f — Mahkemenin kendi kararları.

Uygunluk denetimini içine sindiremeyenlerin, hem özgürlükçü olduklarını söyleyip hem devlet baskısına (kişisel hak özgürlüklerin güvencesiz kalmasına) gidecek düzenlemelere önyak olanların, çelişkileri, iki yanlı aktarılan eleştirilerle kanıtlanmaktadır.

III — Siyasal Partilere Hazinece yardımda ayırıma ilişkin, 648 no. lu Siyasal Partiler Yasası'nın 22.2.1968 günü, 1017 no. lu yasayla değişik 74. maddesinin, Anayasa'nın 56. ve 61. maddelerine aykırı bu-

(37) KARAMUSTAFAOĞLU, M. Tuncer; a.g. İnceleme, s. 99-100.

(38) Adalet Gazetesi 9.5.1968.

(39) DEMİREL, Süleyman; Cumhuriyet 24.1.1976, 16.12.1976, Milliyet, 12.2.1978 ve 28.5.1977.

(40) BAYAR, Celal; Tercüman 22-24.8.1978.

(41) İNAN, Şefik; «Anayasa Mahkemesi Kararı», Milliyet, Haziran 1971.

lunarak oyçokluğuyla iptali (42) ile Siyasal Partiler Yasası'nın 74. maddesini partilere Hazine yardımı için yeniden düzenleyen 2.2.1970 günlü, 1219 no. lu yasanın bu kez ilke olarak Anayasa'nın 56. ve 61. maddelerine aykırı bulunarak oyçokluğuyla iptali kararı (43) demokratlaşmayanlarla Anayasa Mahkemesi'nin arasındaki soğukluğu artırmıştır.

IV — TBMM. üyelerinin ödenek ve yolluklarında, 657 no. lu yasanın, 31.7.1970 günlü, 1327 no. lu yasa ile değiştirilmesiyle yapılan artırma ve eklerin Anayasa'nın 82. maddesine aykırı bulunarak oyçokluğuyla iptaline ilişkin karar (44) birçok politikacıyla Anayasa Mahkemesi'nin arasının açılmasına yetmiştir.

Bu konuda benzer bir karar (45) da, Anayasa'nın 82/1. maddesindeki «aylık ve ödenek» deyimlerinden «ödenek» sözcüğünün, «yolluk» olarak anlamak gerektiğini belirten karardır. Böylece Anayasa'nın dışına taşarak oldukça geniş ve serbest bir yorum örneği vermekle eleştirilen Anayasa Mahkemesi (46) daha sonra TBMM. eski üyelerine ayrıcalıklar sağlayan 25.12.1979 günlü, 2254 no. lu yasaı iptal eden 1.7.1980 günlü, 6. 1980/28, K. 1980/45 sayılı kararı için övülerek kutlanmıştır (47).

Bir yaşam gerçeği, çok doğal bir durumdur ki, kişi, kendine karşı saydığı, kendini dışarda bırakan, sınırlayan oluşumlara düşmanlık ölçüsünde karşı çıkmaktan kendini alamıyor. Anayasa'yı istemeyenlerin, gidişlerine engel sayanların, onun kurduğu Anayasa Mahkemesi'ne katlanmaları çok zaman alacaktır.

V — Saldırı nedeni yapılan, Mahkemenin varlığını tehlikeye düşürecek ölçüde sömürülen bir karar da 15.5.1974 günlü, 1803 no. lu Cumhuriyetin 50 nci Yılı Nedeniyle Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun'un 5. maddesinin (A) bendinin biçim yönünden oyçokluğuyla iptale ilişkin olandır (48).

(42) 18 - 19.2.1969 günlü, E. 1968/26, K. 1969/14 sayılı, AKD. 7, sayfa 244 - 268.

(43) 2.2.1971 günlü, E. 1970/12, K. 1971/13 sayılı, AKD. 9, sayfa 281 - 303.

(44) 28.1.1971 günlü, E. 1970/49, K. 1971/11 sayılı, AKD. 9, sayfa 250 - 275.

(45) 12.7.1965 günlü, E. 1965/19, K. 1965/42 sayılı, AKD. 3, sayfa 175 - 200.

(46) ARSEL, İlhan; a.g.y., s. 5.

(47) VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet; «Üç Yüksek Mahkeme Kararı», Cumhuriyet 6.7.1980.

(48) 2.7.1974 günlü, E. 1974/19, K. 1974/31 sayılı, AKD. 12, sayfa 262 vd.

(Bu karara övgü, Nadir Nadi, «İptal Kararı Üzerine», Cumhuriyet 5.7.1974.)

Bu konudaki karşıoyların gerekçeleri özetle şöyledir :

1 — Anayasa'ya göre af yetkisi yasa niteliğinde değil karar niteliğinde bir işlemle kullanılır. Anayasa, yasama organının bu nitelikte bir işlemi anayasaya uygunluk denetimine bağlı kılmadığından bu davaya bakmak Anayasa Mahkemesi'nin görevi dışındadır. Af yetkisi ancak, karar biçiminde kullanılır. Denetimle, yasama organının özgörü yetkisine bırakılmış bir konu, Anayasa Mahkemesi'nin özgörüsüne bırakılmış olur. Mahkemenin kararları denetlemesi, yasama organının mutlak özgörüsüne bağlı bir yetkiye elatması sonucunu verir ki bunun da Anayasa'nın belirlediği görev ve yetki sınırlarıyla bağdaşması olanaksızdır. Mahkeme, denetim dışı kararı denetlemeye girişmekle Anayasa'nın değişik 147. maddesinin birinci fıkrasıyla belirlenmiş «uygunluk denetimi yetki alanı»nı aşmış ve böylece kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet Yetkisini kullanma durumuna gelmiştir. Bu davranış Anayasa'nın 4/son maddesindeki bağlayıcı temel kurallara uyuşmaz.

2 — İptal kararlarının boşluk yaratmaması, kamu düzeninde karışıklık ve duraksama doğurmaması için bunların yürürlüğe gireceği tarihin Anayasa Mahkemesi'nce belirlenmesi Anayasa'nın 152/2 ve 44 no. lu yasanın 5/3 - 4 maddelerince öngörülmüştür. İptal, yasama organının açıkça belli ettiği istencine aykırı düşen bir kapsam genişlemesine yol açtığından, biçim yönünden aykırı görülen yasama işlemi düzeltmesi olanağının yasama organına tanınması gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin TBMM'nin yetkisine elatıp yasama organının affa değer bulmadığı suç ve cezaların affını sağlamış olmak gibi bir görüşe neden olacağı muhakkaktır. Yasanın sistematiği yönünden öbür hükümlerinde yaratılabilecek eşitsizlik ve düzensizliğin giderilmesine olarak sağlamak amacı ile iptal kararının yürürlüğe gireceği günü saptamak ayrıca yararlı olacaktır. Bu gerekçeler yasa'nın 2/A ve 2/B bendlerinin biçim yönünden iptallerine ilişkin 28.11.1974 günlü kararlarda da yinelenmiştir (49, 49/a).

Görülmektedir ki, karşıoy gerekçelerinde hukuksallıktan asla uzaklaşmadan «yasama organının istencine elatma» durumu söz konusu olmuş, tartışılmıştır. Mahkeme bu uyarı ve önerilere karşın, bunları gözeterek, iptal kararı almakla hukukça uygun bulduğunu yapmıştır. Mahkemenin amacında başka neden yoktur. Yasanın biçim ya da öz yönünden aykırılık taşıması sonucu etkilememektedir. Aykırı-

(49) E. 1974/34, K. 1974/50 sayılı, AKD. 12, sayfa 419 - 454.

(49/a) E. 1974/39, K. 1974/51 sayılı, AKD. 12, sayfa 455 - 481.

lık saptanırsa, hangi nedenle olursa olsun, sonucu ne olursa olsun iptal kararı verilir. Koşulları varsa kararın yürürlüğe gireceği tarih ayrıca belli edilir. Karar gerekçesinden, mahkemenin boşluk, düzensizlik bulmadığı anlaşılmaktadır. Yasayı çıkaran organın aykırı davranışı gözardı edilip, sonuçta Mahkemeyi suçlamak haksızlıktır. Affedilenler arasında kimler bulunuyorsa, karardan yararlananlar içinde de bunlar ayırimsız olarak var. «Yalnız terör suçlularının yararlandığı, afın anarşiyi körüklediği» bir varsayım bile olamaz. Af yasasının zamanı, tekniği, içeriği, kamusal yarar, yasama organının bileceği iştir. Sık sık bu yola başvurulup vurulmadığı, bunun yerindeliği ya da yersizliği de ayrı konudur. Mahkemenin, önceki başkanlarından Muhittin TAYLAN, yazılarından birinde, af yasasında öze bile girilmediğini, haksız eleştiri ve dayanaksız görüşler gözetilirse «işlevsiz mahkeme» durumuyla karşılaşılacağını söylemiştir (50). Demeç ve yazıları da bu doğrultudadır (50/a, 50/b).

Anayasa Mahkemesi'nin, af yasasından yararlanmış olanların cezalarının Türk Ceza Yasası'nın 77. maddesi uyarınca birleştirilmesi, uygulanacak cezadan ayrıca 12 yıl indirilmesi (mad. 6/2) ile anılan maddede öngörülen düzeye ulaşmayan cezalardan ayrıca indirim yapılmasına (mad. 6/3) ilişkin kararları da vardır (51, 52).

1803 no.lu Af Yasası'nın 7/A maddesindeki «af yasasından yararlanarak yaşamboyu ağır hapis cezaları 24 yıl ağır hapse çevrilenlerin dışarda geçirecekleri 1/3 sürenin Af Yasası'yla çevrilen ceza üzerinden hesaplanacağını öngören kuralın» Anayasa'nın 12. maddesine aykırı bulunarak iptaline ilişkin karara (53) karşıoy kullanan altı üyeden birisi karşıoy gerekçesinde «Yeni bir af gibi iptal kararı alınmıştır. Yasama organının yerine geçilip karar verme, uygunluk denetimi yaparken yargı yönetimi karar gibi bir tutum içine girme görünümü verecek nitelikteki kararlardan özenle kaçınmak gerekir.» (54) demiştir. «Yasama erkinin yetki alanını da gözettiğini» belirten bu üyenin, kaçınılmasını istediği tutum, «görünüm»dür. Görünümden bile kaçınılması gereği üzerinde durulmuştur. Gerekçenin anlamı, görünüm aşamasının geçildiği savına elverişli değildir. Mahkeme, bu kanıda

(50) «Yargıya Saygı» Cumhuriyet 13.12.1980

(50/a) Hürriyet, 25.5.1975.

(50/b) «Anayasa Yargısının Sınırları» Cumhuriyet 16.2.1977.

(51) 24.6.1976 günlü, E. 1967/7, K. 1976/35 sayılı, AKD. 14, sayfa 240-244.

(52) 24.6.1976 günlü, E. 1976/12, K. 1976/38 sayılı, AKD. 14, sayfa 246-251.

(53) 13.3.1979 günlü, E. 1978/67, K. 1979/14 sayılı, AKD. 17, sayfa 100-124.

(54) ÖZDEN, Yekta Güngör; (Resmî Gazete 24.5.1979 - 16646, sayfa 43-44).

olmadığı için kararını vermiştir, verdiği kararı bu aşırılıkta bulmamıştır. Üyeler ve Mahkeme, yasama alanına elatılmamasında özenli ve duyarlıdır.

VI — Ölüm cezalarının yerine getirilmesine ilişkin 17.3.1972 günlü, 1576 no. lu yasa (55) yı, Anayasa'nın 147. maddesinde geçen bir yasa kabul ederek verdiği karar (56) nedeniyle de Anayasa Mahkemesi siyasal kesimlerce eleştirilmiştir. Karar gerekçesi en iyi yanıtıdır.

VII — Devlet Güvenlik Mahkemelerinin 20.6.1973 günlü 1773 no. lu yasasının biçim yönünden iptaline ilişkin karar (57) gerekçesinin açıklığıyla, 1699 no. lu yasa ile Anayasa'nın 136. maddesine eklenen Devlet Güvenlik Mahkemeleri kuruluşunu sağlayan kurallara yönelik davaların reddine ilişkin eleştiriler karşılanmıştır. Mahkemenin «dileklere» göre değil, «gereklere» göre karar vereceği herkesçe bilinmelidir.

Kamuoyunda uzun süre sözü edilen ve 1961 Anayasası'nda değişiklik yapılarak girilen düzenlemenin hukuksal yanından çok siyasal yanı üzerinde durulmuştur. Oysa bunun, Anayasa Mahkemesi'yle hiçbir ilgisi yoktur. Mahkemenin biçim yönüyle de olsa hukuka aykırılığı gidermesi, biçim - öz ayırımı gütmemesi, hukukta ödün vermesi görevini gereğiyle yaptığıının güvenliğini duyurmalıdır.

VIII — Önceki Anayasa'nın 68/son maddesindeki «Affa uğramış olsalar da milletvekili seçilemezler» hükmü, 6.11.1969 günlü, 1188 sayılı yasa ile değiştirilerek eski Demokrat Parti'li parlamenterlerin siyasal hakları geri verilmişti. Anayasa Mahkemesi'nin bu yasayı biçim yönünden iptal etmesi (58) eleştiri konusu oldu. Nedense, hukuksal yönden değil, siyasal yönden tartışma alanına sokulmak istenmiştir. 16 Nisan 1974 günlü, 1801 no.lu yasayla, siyasal bağış yinelemesi Mahkemenin kararı geçersiz kılınmıştır.

IX — Sıkıyönetimin sona ermesiyle, Sıkıyönetim Komutanlığı'na bağlı olarak kurulan Askeri Mahkemelerin ve bu mahkemelerdeki savcılarının görevlerinin sona ermeyeceğine ilişkin, 1402 no.lu Sıkıyönetim Yasası'nın 23. maddesindeki kuralı, oyçokluğuyla Anayasa'nın 32., 124. ve 138. maddesine aykırı bulup iptal edince (59) yine sataşmalar

(55) Deniz Gezmiş, Yusuf Aslan ve Hüseyin İnan hakkında.

(56) 6.4.1972 günlü, E. 1972/13, K. 1972/18 sayılı, AKD. 10, sayfa 273 - 284.

(57) 6.5.1975 günlü, E. 1974/35, K. 1975/126 sayılı, AKD. 13, sayfa 483 vd.

(58) 16.6.1970 günlü, E. 1970/1, K. 1970/31 sayılı, Resmi Gazete 7.6.1971 - 13858.

duyulmuştur. Sonra 15.3.1973 günlü, 1699 no.lu yasayla Anayasa'ya eklenen Geçici 21. Madde, ellerindeki davaları sonuçlandırıcaya değin anılan mahkemelerin görevlerini sürdürmelerine olanak tanımıştır.

Siyasal kökenli olduğu gözlenen eleştiriler giderek yoğunlaştırılmış, «yasa dışı kuruluşlara üye olunmaması suç sayılan durumlarda, kimi eylemleri işleyenlerin aksini ispat etmedikçe o kuruluşun üyesi sayılmalarına» ilişkin, Ceza Yargılama Yöntemi Yasası'na 5.3.1973 günlü, 1696 no.lu yasayla eklenen «Ek. 2. Madde»nin Anayasa'nın Başlangıcıyla, 2., 12. ve 31. maddesine aykırı bulunup iptal edilmesi de (60) söz konusu yapılmıştır. Oysa, hukuksal gerçek, temel ilkeler bellidir. Olumlu karşılanan nice karar da Mahkeme'yi haksız eleştiriden kurtaramamıştır.

Anayasa'da değişiklik istekleri baskı düzeyine gelince, kamuoyunu aydınlatma çabalarına da rastlanmıştır. Bu arada, Anayasa Mahkemesi'nin önceki üyelerinden Feyzullah USLU, sorumluluğu yöneticilerde, kimi partilerde bulmuş, «yıkıcı olayların sorumlusu vardır, fakat 1961 Anayasası asla!» demiştir (61). Anayasa değişikliğinin gereklerine nedenleri sürekli tartışılmıştır (61/a, b). Prof. Dr. Muammer AKSOY da, «Hükümet bunalımlarını önlemek için Cumhurbaşkanının yetkilerini artırmak amacıyla» değişiklik istemiştir (62).

Milliyet Gazetesi, üç açık oturum düzenliyerek soruna açıklık getirmeye çalışmıştır. 25.7.1971 günlü ilk düzenlemesinde «Anayasa'da Değişiklik» konusunda Prof. Dr. Vakur VERSAN, Prof. Dr. Ümit DOĞANAY ve Doç. Dr. Türker DERELİ; 24.12.1972 günlü ikinci düzenlemede de «Anayasa Değişikliği, Yargılama ve Temel Haklar» konusunda Prof. Dr. Sahir ERMAN, Prof. Dr. Vakur VERSAN ve Prof. Dr. Aydın AYBAY görüşlerini açıklamışlardır.

12 Eylül 1980 öncesinde Tercüman Gazetesi'nin düzenlediği seminerde ilginç, üzerinde günlerce konuşulacak, çok şeyler yazılabilecek görüşler ortaya atılmıştır. Konuşmacılardan Prof. Dr. Yaşar KARAYALÇIN'ın «Anayasa değişirse demokrasi elden gider endişesi ne kadar yresizse, Anayasayı değiştirmekle herşey düzelecek görüşüde

(59) 15-16.2.1972 günlü, E. 1971/31, K. 1972/5 sayılı, AKD. 10, sayfa 155-236.

(60) 29.1.1980 günlü, E. 1979/38, K. 1980/11, AKD. 18, sayfa 87-115.

(61) USLU, Feyzullah; «Anayasa Suçlu Değildir», Milliyet 2.7.1971.

(61/a) GİRİTLİ, İsmet; «Anayasa Neden Değişmeli», Milliyet - 11.5.1971.

(61/b) TAHTAKILIÇ, Ahmet; «Anayasa'ya Dokunmayalım», Akşam - 13-14.8.1971 ve Özel Baskı 1980.

(62) «Anayasa Değişikliği Gerekir», Cumhuriyet - 6.12.1974.

geçerli değildir» diyerek (63), kalkış noktasının yanlışlığını ortaya koymuştur. Seminerdeki görüşler yazılarda incelenerek karşı düşünceler de açıklanmıştır (64).

Milliyet Gazetesi'nin, «İktidar, Parlamento ve Yargı Gücü» konulu üçüncü açık oturumunda (65) İngiltere Lordlar Kamarası Üyesi (yargı yetkili kurulda görevli) Lord DIPLOCK, Prof. Dr. Vakur VERSAN ve Doç. Dr. Erdoğan TEZİÇ görüşlerini açıklamışlardır. Prof. VERSAN «Yargı organlarının yetkilerini, Parlamento gibi asıl kaynaktan ulustan aldıklarını», Lord DIPLOCK «İngiltere'de de parlamentonun çıkaracağı ve çıkaramıyacağı yasalar bulunduğunu, çok ters olanların karşısına doğrudan ulusun çıkacağını», Doç. TEZİÇ de «Anayasa'nın TBMM'ni tek yetkili organ olmaktan çıkardığını, özellikle yasaların Anayasaya uygunluğunu denetleyen Anayasa Mahkemesi'nin egemenliği kullanan yetkili organlardan biri bulunduğunu, Anayasa'nın üstünde, TBMM'nin değiştiremeyeceği Anayasa üstü normların oluşmasına yol açtığı yasaların bazen parlamentonun tercihiyle Anayasa Mahkemesi kararlarının birleşmesinden oluşabildiğini» söylemiştir.

Prof. Bülent Nuri ESEN'in Anayasa için özenli davranmaya çağırmasının (66) haklılığı doğrulanmış, birkaç yıl sonra da Prof. Dr. Hüseyin Nail KUBALI «Anayasa Mahkemesi'nin kontrolü yerine TBMM'ni kendi fiilinin hâkimi yapmakla Anayasa'nın dayandığı hürriyetçi ve sosyal adaletçi demokrasi, Atatürk ve 27 Mayıs devrimlerinin tehlikeye sokulacağını, böylece yargı yaptırımını yerine eylemli yaptırıma geçerlik kapısı açılacağını, yasama organlarının sınırsız yetkilerinin modası geçmiş millet egemenliği teorisine dayandığını» öne sürmüştür (66/a). Anayasa Mahkemesi'nin önceki üyelerinden Ahmet ERDOĞDU «Amacın, yargısal denetimi kısıtlamak olduğunu» söylerken (67), bir tanınmış hukukçu - yazar konuya yetkiyle eğilmiş (68), Prof. Dr. Necip BİLGE de, Anayasa Mahkemesi'nin kimi kararlarının eleştiri konusu olsa da, «hukuk devleti» ilkesinin tanınmasında önemli görevler yaptığını belirtmiştir (69). Sorunun Anayasa ve Anayasa Mahke-

(63) Tercüman - 25.4.1980.

(64) VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet; Cumhuriyet, 1.6.1980 - 8.6.1980 ve 22.6.1980.

(65) 20 Nisan 1980.

(66) «27 Mayıs Anayasası Oyuncak Değildir», Milliyet - 10.7.1968, «Anayasa'yı İyî Anlamak», Cumhuriyet - 17.8.1968.

(66/a) «Anayasa Değişikliği», Milliyet - 8.9.1972.

(67) «Suç Anayasa'da Değil», Cumhuriyet - 8.5.1980.

(68) ÖZTURANLI, M. İskender; «Düşmanca Tutum ve Anayasa», Cumhuriyet - 15.7.1980.

(69) «Hukuk Devleti ve Anayasaya Uygunluk», Milliyet - 4.2.1981.

mesi değil, anlayış, politika anlayışı olduğunun giderek açıklık kazanmasına (70) karşın olumsuz tutumda değişiklik görülmemiş, Danışma Meclisi'nde ağır eleştiriler sürdürülmüştür. Anayasa Mahkemesi'nin yeri, özelliği ve önemi, anayasa yargısının anlamı, uygunluk denetiminin değeri konularında yazılarımız içtenlikle ve gerçekçilikle yarara sunulmuştur (71). Şükrü Galip ERKER'in «Yargıyı Yargılamak» başlıklı yazısı (72) haksız ve dayanaksız eleştirilerin sakıncasına değinerek yargıya güven ve saygı duyulması gereğinde birleşmeye çağırmaktadır. Cumhuriyet Gazetesi 25 ve 28.4.1980 de, aralarında Enver Ziya KARAL ile Bahri SAVCI'nın bulunduğu bilim adamlarının olumlu görüşlerini yayımlamıştır. Necmettin ERBAKAN değişiklik istemlerine karşı çıkarken (Cumhuriyet - 25.4.1980), Adnan Başer KAFAOĞLU ile Prof. Dr. Aydın YALÇIN ortak değişiklik tasarılarını açıklamışlardır (Milliyet 15.5.1980).

DANIŞMA MECLİSİ'NDE ELEŞTİRİLER :

7. maddesinde «...Resmî Gazete'de yayımlandığında, 12 Eylül 1980'den itibaren yürürlüğe girer» açıklığı bulunan 27.10.1980 günlü 2324 no.lu «Anayasa Düzeni Hakkında Kanun»un verdiği yetkiyle Millî Güvenlik Konseyi tarafından yürürlüğe konulan 29.6.1981 günlü, 2485 no.lu Kurucu Meclis Hakkında Kanun'un (Resmî Gazete 30.6.1981 / 17386 Mükerrer) yüklediği yeni bir Anayasa hazırlama görevini başarmaya çalışan Danışma Meclisi'nde yadırganacak konuşmalar yapılmıştır.

(70) TOKER, Metin; «Türk Demokrasisinin Derdi Anayasa Değildir», Milliyet - 24.5.1981.

(71) ÖZDEN, Yekta Güngör; «Anayasa Tasarısı Üzerine», BARIŞ - 10 - 18.8.1982, «Hukuka Bağlılık Saygının Genelleşmesidir», Milliyet - 16.5.1981.

«Yargı Bağımlı Olamaz», Cumhuriyet - 24.5.1981.

«Adaletin Aydınlığı», Barış - 1.6.1981.

«Hukuk Güvencesi», Barış - 3.6.1981.

«Yargının Bağımsızlığı», Barış - 24 - 25.6.1981.

«Anayasa Saygısı», Cumhuriyet - 16.8.1982.

«Anayasa Tasarısını Eleştirmek», Barış - 11 - 14.9.1982.

«Demokrasiye Lâyet Olmak», Barış - 15.9.1982.

«Anayasa Mahkemesi», Milliyet - 3.8.1982.

«Güvencelerin Güvencesi Yargı Güvencesi», Milliyet - 22.9.1982.

«Anayasa Mahkemesinin 22. Yılı», Milliyet - 26.4.1984.

«Hukukumuzun Gündemi», Cumhuriyet - 26.4.1984.

«Anayasa Mahkemesi'nin Özelliği», Cumhuriyet - 20.8.1984.

(72) Barış, 10.9.1982.

Anayasa Komisyonu Başkanı «Anayasa Mahkemesi, Anayasaya uygunluğu denetlemekle yükümlüdür; görevi orayla sınırlıdır. - Fonksiyon itibarıyla, Anayasa Mahkemesi görevini yapamazsa, ANAYASA MAHKEMESİ OLMAZSA, kurduğumuz düzen içinde diğerleri de görev yapamazlar» dedikten (73) sonra «Belki psikolojik bakımdan Anayasa Mahkemesi'ne karşı olanlar var memleketimizde ve oldukça kuvvetli bir gruptur, bunu da biliyorum, belki onları psikolojik açıdan tatmin eder diye kabûl ediyoruz, ses çıkartmadan. Ama şimdi, yeniden aynı sorun üzerine geliniyor; onbir üyeyle toplanacak, sekiz üyeyle karar verilecek.. Yani mütemadiyen Anayasa Mahkemesi'nin Anayasaya aykırılık kararı almasını güçleştirecek formüller peşinde koşuyoruz. Eğer bunda biz samimi isek, Anayasa Mahkemesi'ni kaldırırız arkadaşlar, mesele değil; ama...» (74).

Devlet, Millî Güvenlik Konseyi ve Genelkurmay Başkanı sıfatlarıyla Orgeneral Kenan EVREN'in, Anayasa Mahkemesi'nin 20. Kuruluş Yıldönümü töreninde yaptığı konuşma (75) bile kimi Danışma Meclisi üyelerini hukuk çizgisine getirememiştir. Önergelerin Anayasa Mahkemesi'nin kaldırılmasını hedef tuttuğu, konuşmaların da «ilgaya yönelik» olduğu Anayasa Komisyonu adına açıklanmış (76), yüksek mahkeme üyeliklerinden (Üstelik Anayasa Mahkemesi'nce seçilenlerden) Danışma Meclisi üyeliğine geçenlerin kiminin suskunluğu, kiminin üyelik başını sürdürdüğü organa yaranma ya da yarar düşüncesiyle, düş kırıcı tutumu, sokaktaki adamdaki beklenmeyen konuşmalar, aşagılama çabaları, tutanaklarda birer ibret örneği kalacak gelecek kuşaklara (77). Burada, iki konuşmanın konumuzla ilgili bölümlerini olduğu gibi aktarmadan önce Anayasa Mahkemesi konusunda Kâzım ÖZTÜRK, Kamer GENÇ, İsa VARDAL, Şerafettin YARKIN, Özer GÜRBÜZ, Abbas GÖKÇE, M. Fevzi UYGUNER, Necdet GEBELOĞLU, Feridun S. GÜRAY adlı üyelerin tutanaklarda saptanan olumlu çabalarını belirtmek isterim. Hukuk adına umut verici bir görünümü unutamayız.

Danışma Meclisi'nin 10.8.1982 günlü, 124. Birleşim, 2. Oturumunda, üyelerden Mehmet PAMAK «Anayasa Mahkemesi ve Danıştay; birincisinin parlamento, ikincisinin yürütme üzerindeki tasarrufları kal-

(73) Danışma Meclisi, 10.9.1982, Birleşim 148, Oturum 3, Tutanak Dergisi s. 155, 167.

(74) Danışma Meclisi, 11.9.1982, Birleşim 149, Oturum 1, Tutanak Dergisi s. 209.

(75) 25.4.1982.

(76) Danışma Meclisi, 11.9.1982, Birleşim 149, Oturum 2, Tutanak Dergisi s. 743.

(77) Danışma Meclisi, 6.8.1982, Birleşim 122, Oturum 4, Tutanak Dergisi 157, 182 ve 11.9.1982, Birleşim 149, Oturum 2, s. 227.

dırılarak, sadece hukukiliğin tartışıldığı müesseseler olmalarının sağlanması yerinde olmuştur. Siyaset, politik görüş, şahsi ve müessesevi endişeler hukukla sınırlandırılmalıdır. Anayasa Mahkemesi'nin yeri korunmakla beraber, yargı alanının kesin sınırlanması, yasama yetkisine dolaylı yollarla müdahalesine imkân verilmemesi doğru olmuştur» (78). Aynı oturumda bir üye de «... Peki bu Anayasa değişikliğini, Anayasanın 147. maddesi bunu yasakladığı halde, sen kanunkoyucu yerine geçemezsin dediği halde, niçin Anayasa Mahkemesi iptal etmiştir? İşte Anayasa Mahkemesi, egemenliği ihlâl etmiştir, yerinde kullanmamıştır ve bizzat Anayasa Mahkemesi, Anayasayı ihlâl etmiştir. Şimdi aynı maksatla kurulan iki organdan Senatoyu kaldırıyoruz, Anayasa Mahkemesi'ni yerinde bırakıyoruz, hattâ onun Anayasayı ihlâl eden üyelerini Danışma Konseyine seçiyoruz. Bu, büyük bir çelişkinin ifadesidir» (79). Böyle değerlendirmeler ve yaklaşımlarla Anayasa Tasarısı hazırlanmıştır.

153/2. MADDENİN EVRİMİ

1961 Anayasası'nın 114. maddesi «yönetimin hiçbir eylem ve işleminin yargı denetimi dışında kalmayacağını» öngörmüştü. Hukuk devleti anlayışının bu çok önemli ilkesi, kimi uygulamalar için Danıştay'ın verdiği yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarının yarattığı tepki nedeniyle 20.9.1971 günlü, 1488 no.lu yasayla değiştirildi. Yönetimin-yürütmenin tüm kararları uygunmuş, yürütme, yasalara bağlı, hukuka saygılı imiş de, memurlar aykırılık içindeymiş gibi, Danıştay memurların dava açması için çağrı yapıyormuş gibi yargıya kısıtlama getirilmiş, yönetimin yasalara ve hukuka özen göstermesi için hiçbir girişimde bulunulmamıştır. 1961 Anayasası'nın 114. maddesi birinci ve ikinci fıkraları değişiklikten sonra : «İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır.

Yargı yetkisi, yürütme görevinin kararlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini sınırlayacak tarzda kullanılamaz. İdarî eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez» biçimini almıştır. Yasallık ilkesi gereği, yürütme de yargı da yetki sınırlarını aşmayacak, yargı, yürütmenin alanına elatmayacaktır. Ancak, yönetimin yasalar uygun çalışması yönetilenler için yeterli güvence oluşturamamaktadır. Bu nedenle yargı denetimi yolu açık tu-

(78) Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, s. 291.

(79) ERYILMAZ, Azmi; Tutanak Dergisi, s. 312.

tolmuştur. Başvuru, özellikle, yönetimin özgörü yetkisinin uygunlukla kullanılıp kullanılamama durumları için düşünülmüştür. Değişiklik, güçler ayrılığı ilkesinin Danıştay'ca çiğnendiği varsayılarak gerçekleştirilmiştir. Ancak, «Danıştay'ın önceden de yürütmenin yetki alanına el atmadığı, hukuksal niteliği gereği iptal kararının bir yönetsel işlemin kaldırılması sonucunu doğurduğu ve yönetimin iptal kararında belirtilen hususlara göre yeni bir işlem kurmak durumunda kaldığı, Danıştay'ın değişikliği benimsediği, var olan durumu doğrulayan yeni bir fıkranın özgörü yetkisinin yargısal denetimi yönünden bir sınırlamayı taşımadığı» görüşünde olanlar vardır (80). 1982 Anayasası'nın «yargı yolu» başlıklı 125. maddesi, ikinci fıkrasıyla, Cumhurbaşkanı'nın tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askerî Şura kararlarını yargı denetimi dışında tutmuş, dördüncü fıkraya, ayrıca, «yargı yetkisi, İdarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimiyle sınırlıdır» diye başlayan birinci tümceden sonra, ikinci tümce olarak önceki 114/2 maddeyi olduğu gibi almıştır.

TASLAK

Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu'nun hazırladığı S. Sayısı 166 ve (1.436) no.lu Anayasa taslağının 187. maddesinin altıncı fıkrası şöyle idi «Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez» (Tutanak Dergisi S. 46). Taslağın gerekçesinde yeterli - doyurucu bir açıklık olmadığı, ayrı kuralların iptalinin istenilmediği ilerde irdelenecektir. 187/Son fıkra Danışma Meclisi'nden çıkan tasarının 162/2. maddesi oldu. Fıkraların içerikleri hiç değişmedi. Danışma Meclisi'nde yukarıda belirtilen genel görüşmedekinden başka bu madde üzerinde konuşma olmadı, değişiklik önergesi de verilmedi (S. Sayısı 166'ya 4. ek). Madde 22.9.1982 de, 155 birleşim, 5. oturumda kabul edildi.

TASARI

Millî Güvenlik Konseyi, konuyu 153/2. madde olarak düzenledi. 153. maddenin gerekçesinde (S. Sayısı 450, Tutanak Dergisi S. 87 ve M.G.K. Anayasa Komisyonu'nun 17.10.1983 günlü raporu) fıkraya ilişkin hiçbir belirtme yoktur.

(80) BAYRAKTAR, Erman; «Takdir Yetkisi ve Yargı Yoluyla Denetimi», İdare Hukuku ve İdarî Yargı ile ilgili İncelemeler I, Danıştay Yayını, Ankara 1976, s. 292.

Böylece son biçimi verilip 24.9.1982 günlü, 2707 no.lu yasa uyarınca 7.11.1982 günü halkoyuna sunulup kabul edilen ve 9.11.1982 günlü, 17863 (mükerrer) Sayılı Resmî Gazete'de 7.11.1982 günlü, 2709 no.lu yasa olarak yayımlanan Anayasa'nın 153/2. maddesi şudur :

«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.»

YAPISI

İlk bakışta olağan görülen kuralın, Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerindeki kısıtlamalarla, bunların önceden değindiğimiz gerçekleştirme nedenleri gözetilince «yeni bir kısıtlama - sınırlama» amacıyla getirildiğinde duraksanamaz. Fıkra, maddenin birinci fıkrası olsa biçim yönünden daha uygun düşerdi. «İptal kararı» belirtmesi olduktan sonra, ayrıca «kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü» sözcükleri fazla olmuştur. Bunun, dokunulmazlığın kaldırılması ya da üyeliğin düşmesine ilişkin kararları dışarda tutmak için gösterildiği de ileri sürülemez. Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un (81) 53. maddesinin 6. fıkrası, Anayasa'nın bu kuralını olduğu gibi yinelemiştir.

Anayasa'nın 153/2. maddesi «...İptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle..» diyerek yasa koyucu yerine geçmek, onun yetkilerine elatmak gibi davranışlarda bulunulamayacağını, daha sonra «yeni bir uygulamamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez» diyerek yeni bir kural niteliğinde karar verilemeyeceğini öngörmektedir. Gerçekte bir eylem, iptal eylemi vardır, iptal etme işinin sonucu karardır. İkisi birbirine bağlı, biri, öbürünün tamamlayıcısıdır. «Hareketle» sözcüğünün sonundaki «ile» bağlacı birleştirilmişse de iki sözcük, virgülle birbirinden ayrılmıştır. İncelememiz, iki yan cümle, iki durum için yürütülecektir. Gerçekte, biri başlangıç, biri sonuç, ikisi bir «bütün» dür. Biri olmayınca öbürü olmaz. Yasa koyucu gibi davranılmazsa, kural konulmaz, kural konulursa yasa koyucu gibi davranılmış olunur.

(81) 10.11.1983 günlü, 2949 no. lu (Resmî Gazete 13.11.1983 - 18220)

A) «KANUN KOYUCU GİBİ HAREKET»

«Yasakoyucu gibi hareket», eleştiriler ve öneriler içinde değişik biçimde söylenmekte (adilandırılmakta) ise de, nitelemesi, tanımı hemen hemen ortaktır: «Yasa koyucu yerine geçmek —kendini yasama organı yerine koyma,— yasa yapmak gibi karar almak— yasama organının üstüne çıkmak». Eleştirinin çoğu denetimin işlevini, amacını, niteliğini yeterince kavramamaktan, demokrasinin ve hukukun yaşamadaki önemini benimsememekten, tüm yetkileri elden bırakmıyarak egemen olmak tutkusundan kaynaklanmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin, önce belirttiğimiz kararlarıyla», «yasa koyucu gibi davrandığını» söylemek güçtür. Öyle bulmak, öyle değerlendirmek, öyle varsaymak, birşey söylemek zorunluluğunu duyup öyle nitelemek başka, öyle olması başkadır. Hukuksal eleştirilerin karşı eleştirisi de hukuksaldır. Bunların bilimsel temele dayanması, duygusallık ve partizanlıktan arınmış olması konunun yararlı biçimde tartışılmasına kolaylık sağlamaktadır. Amacımız bunlarla yarışmak, bunları tümüyle geçersiz kılmak gibi boş bir çabaya kalkışmak değil, konuya ışık tutan yanlarını alarak katkıda bulunmaktır. Başlangıçta belirttiğimiz ve ülkemizde, örnek bir Anayasa'ya, bu Anayasa'nın getirdiği, egemenliğe az da olsa ortak kıldığı Anayasa Mahkemesi'ne katlanamamakla başlayıp büyütülen tepkiler dışında hukuk alanında önemli tepki olmamıştır. Olanlar, Mahkemeyi uyarıcı, yerini sağlamlaştırıcı, yapısını güçlendirici yöndedir, yararlıdır. Yansızlıkla, yergiye, övgüye de yer verilmiştir. Bunların yanısı da Mahkemenin kararları, dengeli tutumu, sağlıklı gidişidir. «1961 Anayasası'yla bütün umutların Anayasa Mahkemesi'nin hizaya getirme misyonuna yöneldiği» (82) unutulamaz. Anayasa Mahkemesi demokrasinin koşulu da değildir, süsü de. Ama onuru, gücü ve güvenesidir. Mahkemeler üzerinde kamunun gözlemi olur ama denetimi ve hele baskısı olamaz. Kamuoyu, Mahkemeyi etkilemiyememeli, onun kararlarına inanıp güvenerek ondan etkilenebilir. Bu durumlarıyla mahkemeler, hukukun öncüsüdürler. Kararlar düş kırıklığı yaratsa, tepki de uyandırsa varlığı savunulmalı, hangi kararı verse, yakınma ve tepki nedeni olmayacak düzeye getirilmelidir. Kararları «yanlış»ta olsa, «doğru» gibi yerine getirilmeli, eleştirilse de yıpratılmamalıdır. Yanlışlık giderilir, yıkıntı güç kaldırılır.

«Yasakoyucu gibi davranmakla» hükmü, kanımca, Anayasa'da bulunmaması gereken bir hükümdür. Bir Savcı'ya «sakın gereksiz yere

(82) TEZİÇ, Erdoğan; «Türkiye'de 1961 Anayasası'na Göre Kanun Kavramı», İstanbul, 1972.

soruşturma açma, gereksiz yere cezalandırma ya da aklama isteme!», bir Yargıca «Sakin gereksiz yere tutuklama, salıverme ya da önlem kararı, ceza ya da aklama verme!», bir Hekime «Ameliyat edeceğin hastayı öldürme, aşıladığını hasta etme, tek başıma kurul yerine geçip rapor düzenleme!», bir Kaymakama «Valilik yapmaya kalkışma!» demekle birdir. Değindiğimiz tepkiler dışında, bilemediğimiz, açıklanmayan bir gerekçesi yoksa başka hiçbir neden haklı gösteremez. Bu hükümde, «Yanlış karar verme, yöneticilik yapma, Belediye Meclisi ya da Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun görevlerini yapmaya kalkışma!» gibi bir güvensizlik, gereksiz bir anımsatma yok mudur? Bir fazlalık mıdır, varlığı ve yeri bakımından uygun mudur? düşünölmeye değer. Mahkeme böyle davranmaz, böyle karar vermez ki, bunların olabileceğini düşünmek, beklemek uygun olabilsin. Anayasa'nın 125. maddesine koşut olan bu kural, yeni bir uygulamaya yol açmak Mahkemenin görevi ya da emekli olmadığına göre, iptal kararı verilmesini engellemek düşünölmüş olamayacağından, açıkta, boşlukta durduğu, yineleme, gereksiz söz (haşiv) olduğu da söylenemeyeceğinden bir uyarı (bir sınır, bir kısıtlama amacı güdölse de) olduğunu kaböl zorunluluğı açıktır. İptal kararı, dava, inceleme - denetleme konusu kuralın ortadan kalkmasını gerektirmektedir. Böylece aykırılık giderilmekte, yürürlükteki durumun yerine, iptal edilen kuralın geçerli olmadığı yeni bir biçim doğmaktadır. Kararın doğal sonucu, kendiliğinden «yeni bir durum»dur. Ama asla «yeni bir kural» değildir, «uygun durum»dur. Bu yeni durum, Anayasa Mahkemesi'ni «yasakovucu» kılmaz. Mahkeme, kararına bağlanarak sıfat değıştirmemez, kazanamaz. 153/2. maddenin getirilmesini, Anayasa Mahkemesi'nin, esasına hiç katılmamakla birlikte çok yanlış yorumlanan seçim yasası kararına tepkiden olduğunun söylenebileceğı görüşünü çıklayan Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN, «Mahkemenin yasanın tümünü değil, yalnızca baraja ilişkin hükümlerini Anayasa'ya aykırı bulunduğunu, buna elbette yetkisi olduğunu, sonuçta yasama organının istencine uymayan bir seçim sistemi çıkmışsa bunu Mahkemenin kendisini yasama organı yerine koyuşu biçiminde yorumlanamayacağını» 25.4.1984 deki «Anayasa Yargısı» konulu sempozyumda söylemiştir (83).

Aynı toplantıda, Prof. Dr. Lütfi DURAN, 1961 Anayasası'nın, Mahkemelerden gelen itiraz davalarında «olayla sınırlı ve yalnız yanları bağlayıcı» hüküm verme yetkisini tanıyan 152/4. maddesinin 1982 Anayasası'na alınmadığını vurguladıktan sonra, «Yüksek Mahkeme

(83) Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayını (22. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Sempozyum), Ankara 1984, s. 145.

kararlarının kapsamını ve etkisini sınırlamaya yönelik yeni bir hüküm koyduğunu» belirterek 153/2. madde üzerindeki görüşlerini açıklamıştır (84). «Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu» konulu tebliğine «Anayasa Yargısı denetim yolu, hukuk devleti ilkesinin tümü ile gerçekleştirilmesini amaçlayan bir yaptırım oluşturur» diyerek başlayan konuşmacı, 153/2. maddenin, 1803 no.lu Af Yasası'yla ilgili iptal kararlarının uygulamadaki sonuçlarına karşı açıklanan etkililerden ve kaygılardan kaynaklanmış görüldüğünü söyledikten sonra «Ancak, söz konusu hüküm, bu tür sonuçların doğmasını önleyecek nitelikte olmadığı gibi; iptal kararına, içermediği ve taşıyamıyacağı bir güç yüklemektedir» demiştir. Anayasa Mahkemesi kararları, Anayasa'nın 153/1. maddesine göre kesindir. Bu belirtme, kararlara karşı «itiraz, düzeltme, yenileme» gibi bir yasa yolunun bulunmadığını gösterir. Hiç kimse, hiçbir makam, kararların yerine getirilmesini geciktiremez, bu kararları denetleyemez ve değiştiremez. Nitekim Anayasa'nın 153/Son maddesi, yayımlanınca «..yasama, yürütme yargı organlarıyla, yönetim makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağını» buyurmuştur. Bir kişinin, kurulun ya da organın, iptal kararını geçersiz sayıp, kuralları yürürlükte tutup uygulaması hukuk devletinde düşünülmesi olanaksız, us dışı bir davranış olur. Belki, aynı ya da çok benzeyen kuralları yeniden kabul edip yeni Yasa ya da Yasa Hükmünde Kararname yolu izlenebilir ki, bu da hukuk dışına çıkmanın başka bir türünü oluşturur. Olsa olsa, iptal edilen yasaya olanak verecek Anayasa değişiklikleri izlenebilir ki, bunun da örnekleri görülmüştür. Hukuk alanındaki aykırılıkları siyasal eylem ve düzenlemelerle örtmek geçici ve yanıltıcıdır. Daha az değişen ve daha çok dengeli olan hukuk, sık değişen ve tutarsız da olabilen günlük siyasal gidişin üstünde anlamını korur. Siyaset hukuku, engellenmiş ve yıpratmış olursa, ikisi de zarar görür ama sonuçta hukuk egemen olur. Bu nedenle, hukuku, olur olmaz her istemin aracı değil, baştacı yapmak gerekir.

Anayasa Mahkemesi, kendini yasakoyucu yerine koyup karar vermez. Aslolan, böyle karar vermiyeceğini, veremiyeceğini düşündürmektir. Böyle davranacağı varsayılırsa, bunun hukuksal alanda sonucu ancak Anayasa ve ona uygun kuruluş yasası değişiklikleriyle olur. Onlar da çekingenlik, duraksama, giderek iptal kararı vermeme gibi sonuçlar doğurur ki, gereksizdir. Mahkemeye güvenmek, inanmak zorundayız. Mahkeme de, hukuksal gücünü siyasal sonuçlara bırakmalıdır.

[84) A.g.y., s. 74.

Mahkemenin yasakoyucu gibi davrandığını yasal yönden saptama kolanağı bulunmadığı gibi, iptal kararı, yeni bir duruma yol açsa da yeni bir kural, yeni bir uygulama, yeni bir düzenleme değildir. Ya sama organı kararları ve yasalarla, Anayasa Mahkemesi kararları aynı değildir. İptal kararı, yasayı yürürlükten kaldırmakla ondan g     ve üstün görünürse de nitelikleri çok farklıdır. Biri yasama, öbürü yargısal işlemdir. Mahkeme kararlarının yaptırımı da yoktur. Mahkeme, bırakınız bir Sulh Yargıcının yetkilerini, bir Trafik Polisinin, bir Belediye Zabıta Memurunun yetkilerine bile sahip değildir. Hukuksal gerekleri bilmezlikten gelip duygusal, işlevsel tartışmalarla iki organı ve kararlarını kar ıla tırmamak gerekir.

Mahkeme, Anayasa'nın 153/3. maddesinin  ng rd ğ  «Gereken durumlarda, kararın y r rl ğ e göreceği tarihi, Resmî Gazete'de yayımlandığı günden ba lıyarak bir yılı geçmemek üzere belirlemek» yetkisini ve 2949 no. lu Kurulu  Yasası'nın 29/2. maddesinin öngördüğü «...belirli maddelerin iptali, birçok maddenin ya da metnin tamamının uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, durumu gerekçesinde belirtmek koşuluyla metnin öbür maddelerini ve tümünü iptal yetkisini» kullanarak boşluk, karışıklık yeni bir uygulama biçimi doğmasını önlemek duyarlığını gösterir. Bu duyarlığı, Anayasakoyucu yalnız Anayasa, Mahkemesi'nden istemekle kalmamış, 153/4. maddeyle yasama organından beklediğini de açıklamıştır. «İptal kararının y r rl ğ e g ri inin ertelendiği durumlarda, TBMM., iptal kararının ortaya çıktığı hukuki boşluğu dolduracak kanun tasarı veya teklifini öncelikle g r   p karara bağlar». Bu yükümlülük boşluk doğma durumuna bağlıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin kararı yeni bir durum getirir, «eskinin yokluğu»nu. Bu, yeni bir uygulama sayılabilir ama yasakoyucunun yerine geçip yeni bir karar vermek değildir. Düzenlemenin amacının sınırlama, kimi yasama işlemlerinin denetim dışı tutulması olabileceğini Prof. Dr. Lütfi DURAN da, «yargı bağışıklığı» çabasına bağlamış (85), bunun öbür sınırlamalarla doğrulandığını belirtmiştir.

Gerçekte, Anayasakoyucu, Anayasa Mahkemesi'nin yasakoyucuyu denetlemesini istediğine göre buna hiç kimsenin karşı çıkmaması gerekir, hiç değilse, hukuk alanında. Mahkemenin de, yetkilerini olumlu yönde genişletme ve etkinleştirme çabaları doğal karşılanabilir. Ama yasakoyucu yerine geçmek eğilimi, Anayasa'ya aykırı d  er. Bundan kaçınmak gereğini duyurmaktan ötede bu kuralın yararı ola-

(85) Anayasa Mahkemesi, a.g.y., s. 76.

çağını sanmıyorum. Mahkeme de, böyle düşündüğünü kararlarında göstermiştir.

«Anayasa Mahkemesi'nin iradesinin, kendisini yaratan anayasal iradenin hiyerarşi bakımından altında olduğunu, ancak anayasal iradenin koyduğu kurallara kanun koyan iradenin uyup uymadığını denetlemekle yükümlüğü bulunduğunu, Anayasa değişikliklerini yani anayasal iradeyi denetlemekte ısrar etmekle yetki aşması yapmış olduğunu, anayasal ilkelere yeni bir içerik verebileceğini, fakat ısrarından anlaşıldığına göre, kendini Anayasa'nın da üstünde bir organ olarak görmekte, dolayısıyla anayasal iradeye de egemen olabileceğini düşünmektedir» (86) görüşü de ileri sürülmüştür. Oysa ne eylemli olarak yasakoyucu yerine geçilebilir, ne de bunun hukuksal olanağı vardır. Zaten madde «...gibi hareketle» diyerek, bu anlama gelecek bir davranışı yasaklamaktadır. Yargı, yasama olmadığına göre, yargıya yargılığını anımsatmak yararsızdır. «Yerindelik» denetimi yapmamasını istemek, bu konuda uyarmak ta gereksizdir. Yapılan ve yapılacak olan, yalnızca, uygunluk denetimidir. Anayasa bunu öngörmüştür, bilim - öğreti bunu önermektedir. Mahkemenin uygulaması da böyledir.

«Anayasa Mahkemesi, 5 inci maddeye göre, yasama organı yerine geçemez, onun iradesi dışında kendisi hüküm koyamaz. Anayasa Mahkemesi, 18 Mayıs 1974 tarih ve 1803 sayılı kanunu şekil yönünden iptal ederken, TBMM'nin iradesinin dışında, âdeta yeni bir hüküm koyarak söz konusu olan Af Kanunu'nun şumûlünü genişletmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararı ile kendisine ait olmıyan bir yetkiyi kullanmıştır» (86/a) görüşü ile,

«1961 Anayasası, 1924 Anayasası'ndan farklı olarak yargı gücünü güçlendirmiş, uygulama Anayasanın bir temel hükmü olan hukuk devletini yargıç devletine dönüştürmüştür. Bunun tabii bir sonucu olarak da, millî egemenlik ilkesi geniş ölçüde zedelenmiştir» görüşü de anlayışları yansıtmayı yönüyle ilginç örnektir (86/b). Bunlara karşı, ulusal egemenliğin yalnızca yasama organına bırakılmadığını, yar-

(86) ALDIKAÇTI, Orhan; Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İstanbul 1978, s. 361 - 362.

(86/a) ÖZÇELİK, Selçuk; Anayasanın Yorumlanması Konusunda, İÖHFM., C. XLI, 1975, Sayı 3 - 4, s. 55 - 56.

(86/b) EROĞLU, Hamza; İdare Hukuku, 3. Basım, Ankara 1978, s. 48 - 50 ve Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, Cilt 1, Kasım 1984, Sayı 1, s. 155.

gı yetkisinin egemenliği zedelediği görüşleri de vardır (86/c) ve (86/d). Egemenlik ulusundur, TBMM. nin değildir, yasama organı egemenliği kullanan organlardan birisi, yasamaya yetkili olanıdır.

Yasa hükmündeki yasayı iptal etmek nasıl yürütmenin yerine geçmek sayılmıyorsa, dokunulmazlığı kaldırılması ya da üyeliğin düşmesi kararlarına itirazı karara bağlamak nasıl yaskoyucu yerine geçmek sayılmazsa, yasayı iptal kararı, Anayasa değişiklikleri için de olsa, yasakoyucu yerine geçme sayılmamalıdır. Anayasa, Anayasa değişikliklerine karşı, biçim yönünden iptal davası açılabilceğini öngörmekle bunu doğal karşılamıştır. Anlaşılan, iptal kararı vermek değil, kararı yasama organının amaçladığından başka, daha doğrusu amacına ters düşecek uygulama gerektirecek biçimde karar vermemektir. Yasak ya da sınırlama ya da kısıtlama sonuçla ilgilidir. Bunu, süre belirleme olanağı varken ayrıca bir bağ - koşul saymak, karar vermemeyi gerektirir. Bu da Anayasa'ya temelden aykırı olur.

B) «YENİ BİR UYGULAMAYA YOL AÇACAK BİÇİMDE HÜKÜM TESİS EDEMEME»,

Anayasa'nın 153/2. maddesinin 2. maddesinin son yan cümlesi «..yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez»in amacı ve anlamı nedir? Her karar yeni bir durum doğurur. Uygunluk denetiminin doğal sonucu olan bu olgu «bir yeni uygulamaya yol açma biçimi»midir? «Anayasa'nın iyi işleminde temel fonksiyonu olan Anayasa Mahkemesi'nin ilk fırsatta Anayasa Hukuku kurallarına dönerek görevini saygınlık içinde ancak bu şekilde yerine getirebilir» umudunu açıklayan bilim adamının görüşlerinin, Anayasa Komisyonu Başkanı olarak Danışma Meclisi'ne sunulan Anayasa Taslağı'na, 1961 Anayasası'nda olmayan ve şimdilik yararı bulunmadığı kanısını taşıdığımız bir kuralın konulmasında herhalde etkisi olmuştur. Danışma Meclisi gerekçesinde ki «Öyle halter vardır ki, bir hükmün iptali, uygulanması kanunen gerekmeyen bir başka hükmün uygulanmasını gerekli kılabilir. Örneğin: kanunla getirilen istisnalara ilişkin kanun hükümlerinin iptali, ana kuralın uygulanması sonucunu doğurabilir. Hal-

(86/c) ÖZDEN, Yekta Güngör; «Ulusal Egemenlik ve Yargı Yetkisi», Yasa - Hukuk Dergisi, Haziran 1984, Sayı 6, s. 796 - 800.

(86/d) FEYZİOĞLU, Turhan; «Türk Millî Kurtuluş Mücadelesinin ve Atatürkçülüğün Temel İlkelerinden Biri Olarak Millet Egemenliği», Türk Tarih Kurumu Konferansı, 19.4.1985.

buki kanunkoyucu böyle bir sonuç çıkmasını arzu etmediği için istisnayı kabul etmiş durumdadır. Bu istisna hükmünün iptali millî iradeye ters düşeceğinden, eşitlik ilkesi gibi temel ilkelere aykırı olmamak koşulu ile, hüküm verirken bu özelliklerin gözönünde bulundurulması zorunludur.» açıklığını kuralla doğrudan ilgili ve yeterli bulmak güçtür. Herşeyin «millî irade»ye bağlandığı, «millî irade»nin sınırsızlığı ve «millî irade»yi nerdeyse «öcü» gibi gösterme eğilimine katılmak olanaksızdır. Bu görüşe uyulursa, Anayasa'nın temel ilkelerine aykırı düşenleri dışında hiçbir ayırık kuralı iptal etmemek gerekir. İptalde, ayırık kural lehine bağışıklık, öbür kurallar aleyhine bir uyumsuzluk oluşturur. Ayırık kuralın iptali millî iradeye ters düşerse, ana kuralın iptali de ters düşer, hem daha çok. Bundaki tutarsızlık ve çelişki belirgindir. Ana kuralın yürürlüğe girmesi, ayırık kuralın yürürlüğündeki aykırılığın saptanmasıdır. Ana kuralın varlığı aykırılık oluşturmuyorsa, uygulanması da aykırılık oluşturmaz. Ana kural aykırı, ayırık kural uygun olursa, temelde aykırılık olur. Hukukça saptanan durum, temel kuralın egemenliğidir. Tersini düşünürsek, yürürlüğe giren her kural, dolaylı biçimde ulusal istencin ürünü sayılınca, iptaliyle ulusal istence ters düşülmüş olur. Oysa, Anayasa Mahkemesi yasakoyucuyu, anayasakoyucu istenciyle denetler, onun istencine uygunluğu arar, istenilen de anayasakoyucunun, anayasanın istencinin gerçekleşmesi, egemen olmasıdır. Kaldiki yasakoyucu, her zaman, ulusal istenci yansıtmaz. Ulusal istenci azlık oyu da oluşturur ama yasama organı çoğunluk oylarını yansıtır. Gerekli olan, yasama organının ulusal istenç doğrultusunda kural koymasındır. Bu gerek «Anayasa yargısı denetimi»yle sağlanır. Zorunlu olan, ödün verilmemesi gereken, ana kurala ayırık kuralı oluşturmamaktır. Böyle kurallar, Anayasa'ya aykırı biçimde yürürlüğe koymak, ulusal istence daha çok ters düşmek olur. Anayasa Mahkemesi de, bir anlamda ulusal istenci temsil ettiğine göre, Anayasa doğrultusundaki karar ağırlık kazanır. Bunu, «uyulması zorunluluğuyla» Anayasa da öngörmüştür. Gerekçenin hiçbir belirtmeye, tanıma girmeden yaptığı «temel ilkeler» ayırımı da yetersizdir. İptalle doğan yeniliğin, uygulanması kaçınılmazlığının sonucu olan gerçek, Anayasa Mahkemesi kararı neyi öngörmüşse onun yerine getirilmesi zorunluluğudur. Bu yeni bir uygulama biçimi görülse bile. Başka düşünce ve yorum, karar vermeme sakıncasını getirir. 153/2. maddenin varlığı, bir maddeden bir bölümden çok metnin tümünün iptalinde yeni bir uygulama zorunluluğunu ortaya çıkarabilir. Bundan sonrası, kararın gereği, artık yasama organının özgörsüne kalmıştır. Anayasa'nın 153/2. maddesinde, metnin tümünün iptali yetkisi de belirtildiğine göre, buna engel yoktur. Kimi kararlar,

bir ya da birkaç sözcüğün, bir yada birkaç tümceyi iptal etmiştir. 648 no. lu önceki Siyasal Partiler Yasası'nın 2144 no. lu yasa'da değişik 11. maddesinin 3. bendinin (A) fıkrasındaki kimi sözcüklerin iptali kararı örneklerden biridir (87). Yargısal denetim, yeni bir egemenlik kaynağı yaratmak olmayıp, yasamanın yetkilerini Anayasa gereği kullanıp kullanmadığını, sınırlarını aşıp aşmadığını belli etmektir. Son sözün yargıda olması, «yargı» olması gereğine bağlıdır. Kaygı, yargının iç düşmanıdır. Sonuçların olasılığı gözetilirse yargılama ve adalet olamaz. O zaman, kaygılarla verilen karar bir «yerindelik kararı» olur. Anayasal yargı yönetsel değil, denetleyici ve düzenleyicidir.

Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla doğan yeni durum, yasakoyucu yerine geçip yeni bir karar verme değildir. İptal edilen yasadaki gibi uygulamamak, hiçbir uygulama yapmamak olduğu gibi kimi yeni bir uygulama gibi de olabilir. İptal edilen hükümden geriye kalanı uygulamak kiminde yeni bir durum yaratmaz, iptal edilen aykırı ya da fazlalığı giderir; kiminde istenilenden değişiktir. Ama hukukça bu, «uygun» olduğuna göre, «uygulanması gereken», uygulanmasına itiraz edilmemesi beklenendir. Mahkemenin kararı elbet yeniidir. Karardır, elbet yürüyecektir. Nitekim 153/5. madde ancak «geriye yürüyemeyeceğini», böylece ileriye dönük olduğunu söylüyor. Bu ileri, 153/3 e göre bir yıla kadar uzayabilmektedir. Aykırılığın kalkması yeni bir durumdur. Bu doğaldır. Aykırı olanla, arındırılmış metin bir olamaz. Ama yeni bir uygulama sayılamaz. Böyle sayılırsa hiçbir iptal kararı alınamaz. Yasakoyucu bunu amaçlamış olamaz. Bunun amaçlanması Mahkemenin varlığıyla bağdaşamaz, görev ve yetkileriyle, hukuksallıkla uyuşamaz, hukuk devleti niteliğiyle çelişir. İptal kararı, ancak yasama organının gerekli düzenlemeyi yapmaması durumunun da, doğal nitelikte yeni uygulamaların nedeni olur, kendisi olamaz. Karar, yeni bir düzenleme, Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin yasama organı kararına değin koyduğu kural gibi, yeni bir kural da değildir.

Ne Anayasa Mahkemesi üyeleri kendilerinde saklı düşünce ve kanılarını kararlarında ölçü olarak kullanırlar ne de Anayasa Mahkemesi kendi görüşlerini yargı değeri olarak yasakoyucunun somut düşünceleri yerine koyar. İptal edilen kural öncekine, eskisine göre yenidir. Bunun bir bölümünü iptal etmek, kalan bölümü «eski» yapmaz. O yeni bir hüküm olarak ama denetlenmiş, uygun bir kural olarak yürür. Yürüyen karar değil, hükmün uygun olan bölümü, yasama ürünüdür. 153/2 ile getirilmek istenen sınır, sınırsız düşünülürse karar ve-

(87) 23.5.1978 günlü, E. 1978/28, K. 1978/36 sayılı, AKD. 16, sayfa 121 - 142.

rilemez. Sanıyorum ki, çok ayırık bir durum olabilecek, «yeni düzenleme yapılması, yeni karar verilmesi» anlamındadır.

Tüm yargı kararlarının yeni bir uygulamaya yolaçacağı, uygulamanın yanlış olduğu için bozulacağı, bozmanın yeni uygulamalara yol açacağı, açmamasının olanaksız bulunduğu, kanısını açıklayan Prof. Dr. Mümtaz SOYSAL, direnmenin gereksizliğine değinerek «Bizim hukuk mantığımızda, hukuk tarihimizde bundan daha çelişkili ve anlamsız bir hüküm yoktur» dedikten sonra, yolaçılan yeni uygulamanın yasama ya da yürütme organının istemediği bir uygulama olmasında, Anayasa'ya uygun olarak, sırasıyla, yasama organı ile yürütme organının yeni kurallar getirecekleri biçiminde yorum yapmıştır (88). Yargı organı, «Yeni bir uygulamaya yol açacak!» endişesiyle görevden kaçınıp karar vermeme durumuna giremez. SOYSAL, Anayasa Mahkemesi'nin «siyasî oluşumun, siyasî iradenin yansıması biçiminde olmayan, yargıdan da ötede, yargısal görev yapan bir siyasal organ niteliğindeki özelliğine karşın, Anayasa istencini yerine getiren organ olması bırakılıp yargı başlığı altında görülmekten ötede yargı organları arasında sıralanmaya konulmuş olmasını» da uygun bulmaktadır.

Doç. Dr. Yılmaz ALİFENDİOĞLU; 153/2. maddedeki sınırlamanın, Anayasa'nın 7. maddesindeki «yasama yetkisinin devredilemeyeceği»ni öngördüğü, alana girilmesinin önlenmek istemesine bağlamakta, ayırık kuralı iptalin yasakoyucu yerine geçmek sayılamayacağını, kural koymakla iptal etmek yetkilerinin birbirinin yerine geçmesinin söz konusu olamayacağını, her iptal kararının yeni bir uygulamaya yolaçacağını, yürürlükteki kurallara ya da iptale göre çıkarılacak yeni bir yasaya göre uygulama gerekeceğini savunmaktadır (89). Mahkemenin, yasakoyucu gibi «kural koyarak» yeni bir uygulamaya yolaçmasını önlemeye yönelik bulduğu sınırlamayı gerektirecek bir tutumu olmadığını da söylemiştir. Yasamayla yargının sınırını korumak çok önemlidir. Buna özen zorunludur. Gerçekten, kural koymakla, kural iptal etmek gibi temelde ayrı nitelikli, ayrı yetkili, ayrı kaynaklı iki işlevin yok yere birbiriyle karıştırılması, karşılaştırılması gereksiz olduğu gibi Mahkemenin «kural koymayacağını» bilmemek de kimseden beklenebilir. Böyle sınırlamalar, Mahkemenin özgürsü (takdiri)ne elatma, mahkemeyi mahkeme olmaktan çıkararak sıkıntıya düşürme, sıkıya sokma, sıkımadır. «Taktirsiz» mahkeme, «kararsızlıktır. Bu kuralı sınır

(88) Anayasa Yargısı, AYM. yayımı, s. 95-96.

(89) Anayasal Denetimin Kimi Sorunları, Yargıtay Dergisi, 1983/1-2, s. 64-67.

saymak, işlevi çatışır. Denetim amacı, denetimsizliğe dönüşür. Mahkeme, denetimiyle ulusal istence karşı kendi istencini değil, ulusal istencin en yüksek ve en güçlü anlatımı olan ana yasakoyucunun istencini çıkarmaktadır (90). Mahkemeler siyasal tercihlere karışamazlar. «Bir devlet organının yapmış olduğu işlemin gerçekten konuya yararlı olup olmadığını değil, yalnızca kamu yarar ya da başka bir amaçla mı yapıldığını araştırabilirler. Neyin kamu yararı olup olmadığı bir siyasi tercih meselesidir. Anayasa Mahkemesi, kendi tercihlerini, kamuoyunun, Parlamentonun ve Cumhurbaşkanının da dahil olduğu yürütmenin tercihleri yerine ikame etme yetkisine sahip değildir. Bu nedenle de «kamu yararı» Anayasa'ya uygunluk denetiminde bir kistas olamaz» (91). Mahkeme, konuyu kendi seçimiyle değil, Anayasa'nın özü, sözü, amacı, ereğiyle, yasanın öngördüğünü birlikte ele alır. Örneğin, «Gelir dağılımı çalışanların zararına bozulurken sürekli zam, TL'nin dış değerini düşürmek, yüksek faiz, enflasyonun hızını kesmenin yöntemi olamaz» görüşüyle «dışsatım - dışalım dengesi kurulacak biçimde önlemler almalı» gibi bir seçenek önermeyi, bir yol göstermeyi, bir uygulama türü belirlemeyi hiç düşünmez. Enflasyonu aşağı çekmenin yöntemi, yönetimin özgürsüne bağlıdır. «Vergi bağışıklığı, indirimi, tutumlu davranışlar ve artırımlar engeldir» diye-
mez.

Bu aşamada, kısıtlamanın amacı, yasa koyucunun istencinden büsbütün ayrı, ama tümüyle ters bir yeri kural ya da metin biçiminde bir kararın oluşmasını önlemektir. Mahkeme, kural koymaz. Sonuçta ki kararla, kural koymaya yetkili yasama organına, teklif ya da tasarı sunacaklara «kural koyulması gereği»ni duyurmuş olur. Kararın yürürlük tarihinin ayrıca belirlenmesi kuralı, böyle bir sınırlamayı gereksiz kılmakta, kaçınılmaz - doğal «sakınca»nın Mahkemeye saptanmasında süre verileceği açıklığıyla yararsız kalmaktadır. Anayasa Mahkemesiyle ilgili kuralların güçlük değil, kolaylık vermesi gerekir. Yürütmeyi tümüyle elinde bulunduran yönetimin daha çok güçlendirilmesi yargının zayıflatılmasıyla sağlanmamalıdır. Yargıdan yakınmanın yararı yoktur. Yargı, işlev - karar sırasıyla zaten yönetimin arkasındadır. Yaptırım ve uygulama gücü olan yönetim daha etkindir. Yönetimin hemen uygulanan işlemini, yargı aylar, yıllar sonra durdurup düzeltebilmekte, yanlışlığın zararlı sonuçlarını çoğu zaman bir bölümüyle gi-

(90) VEDEL, Georges; Manuel élémentaire de Droit Constitutionnel, Paris, 1949, s. 123 vd.

(91) GÜNEŞ, Turan; «Devlet Başkanı - Meclis Çatışması», AÜSBFD., Cilt XIX, Yıl 1964, Sayı 2, s. 185 - 186.

derebilmektedir. Yönetim hukuka saygılı, yasalara bağlı çalışır. «Ben yaptım oldu» demezse yargıya iş de düşmez, yargıdan yakınma da olmaz. Memurun yönetimden yakınmasına kulak tıkayıp, yönetimin yargıdan yakınmasını yargı aleyhine gidermeye kalkışmak, hukuka karşı çıkış olur. Yargıda bir - iki kötü durum olabilir ama «kötü örnek», «örnek» sayılamaz. Hukuk devletinde yönetimin hukuka saygısı önce gelir. Hukuk devleti olmazsa, hiçbir şey olmaz, devlet de değerini, gücünü yitirir. Yönetim, hukuktan uzaklaştıkça, yargının önemi ve değeri anlaşılmakta, artmaktadır. Yasamanın, yürütmenin yargının yetki alanları ayırır. Sınırlarını hukuk çizmiştir. Biri, öbürünün yetki ve görevini üstlenemez. Ulusal egemenlik, yasama ve yürütmenin yargıya karşı kalkını değil, hepsinin kaynağı, varlık nedenidir. Yargının yürütmeye güçlük çıkardığı ya da çıkaracağı düşünülmemelidir, yürütmenin kararlarına, özgörü yetkisini nasıl kullandığına bakmalıdır. «Hakimler Devletini - yönetimini - aristokrasisini» hiçbir yargı organı ve üyesi istememiş, düşünmemiş, özlememiştir. Abartılmış sözler, yanlış ve özel amaçlı yorumlar bu yanlış kanıyı vermiştir. Yargı, demokrasiye, hukuka, Anayasa'ya içtenlikle bağlıdır ve sorumluluğunun bilincindedir. Yasamanın yargıya saygısı, kendi saygınlığının koşuludur. Bunu yadsımak ancak tehlikeler getirir. Yasakoyucu, özgörü yetkisinin sınırına, denetim yönünden duyarlık ve incelik taşıyan özgörü yetkisine, özen gösterirse aykırılıklar ve çelişkiler azalır. Nasıl, yöntem dışında, «yasayı şöyle yapacaksın» diye uyarı gereksizse, Mahkemeye uyarı ve öneri de gereksizdir. «Yerindelik» incelemesi olasılığının önlemidir. Demokrasi, hukuk ve yargı kavramlarının toplumsal gelişmeyle ulaştığı anlayış düzeyinin ürünü olan, bu anlayışın sağladığı yargı denetimi, geriye dönülerek ya da yeniden sayılarak gerçekleştirilemez. Anayasa Mahkemesi'ne kuşkulu yaklaşım çok yanlıştır. Belli görevlerden seçilerek gelen üyelerin nitelikleri de gözletilirse sakınca ve engel yaratacakları, rejim için tehlike oluşturmaları düşünülmemelidir.

Anayasa Mahkemesi'nin, iptal üzerine ortada Anayasa'ya uygun kural kalmazsa, sosyal sarsıntıların önlenmesi gereğiyle kararının yürürlük tarihini belirleyerek Meclisi uyarmasının görevi, olduğu görüşü ileri sürülürken, yeni hükümlerin iptaliyle eski hükümlerin yürürlük kazanmasının yeniden ve Anayasa Mahkemesi'nce gerçekleştirilmesi anlamına gelmiyeceği, amacın ve ilkenin bir an önce uygunluğun sağlanması olduğu belirtilmiştir (92).

(92) SEÇKİN, Recai; «Anayasaya Aykırılık Kavramının Tanımlanması Yolunda Bir Deneme», Prof. Dr. Kemal Fikret Arık'a Armağan, AÜSBF. ve TDDAİE Ortak yayını, Ankara, 1973, s. 446.

Hukuk devletinin «hukukçular devleti» anlamına gelmediği bilincinde olanlar gerçek güvenceyi oluşturmaktadırlar. 1970 öncesinde başlatılan Anayasa değişikliği istemleri (93) hukuk alanına olağanüstü durumlarla yansımış, olumlu karşılanmıştır. Bilim çevrelerinde de, eleştirilen kararların başlıcası olarak saydıklarımızla Anayasa değişikliklerini öz yönünden inceleme yasağı getiren 1971 Anayasa değişikliğine karşın biçim yoluyla öz konusunu inceleme «bir çeşit yasama işlemi» olarak değerlendirilmiş, 625 no.lu Özel Öğretim Kurumları Yasası'nın kimi bölümlerinin iptaline ilişkin karar (94), «dolaylı yasama» olarak nitelenmiş, kamulaştırmaya ilişkin Anayasa'nın 38. maddesinin iptali kararıyla Anayaskoyucunun istencine ters düşüldüğü görüşü yandaş bulmuştur (95). Değinilen tutumlarıyla Anayasa Mahkemesi'nin kendisine tanınan yetkileri Anayasa'da çerçevesi çizilen demokratik, sosyal hukuk devleti düzenini zorlar biçimde kullanıp kullanmadığı tartışma konusu yapılsa bile kendisini kuran güçlerin bekçilik umutlarını boşa çıkarmadığı belirtilmiş, kişi hak ve özgürlükleri konusunda «olumsuz», ekonomik ve toplumsal hak özgürlükler konusunda «olumlu» denetim yaptığı, ulusal istencin kullanılmasının paylaşılması ve siyasal iktidarın frenlenmesi yönünden beklentileri karşıladığı kanısına varılmıştır (96). Biçim yoluyla öz denetimine, «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» diye karşı çıkılıyordu (97). Yargıç Tahsin TÜRKÇAPAR, Anayasa'nın 138/4. maddesindeki 1973 değişikliğini aykırı bulmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin denetim yöntemine katılamadığı görüşünü açıklamıştır (98). Yasama işlemlerinin iptali üzerine Mahkeme ile Yasama organı arasındaki sürtüşme, siyasal alana kaydırılmadıkça giderek hukuksal alanda anlayışa dönüşebilir. Artun ÜNSAL, Anayasa Mahkemesi'nin

(93) KAYALAR, Şeref; «Anayasa Mahkemesinin Anayasayı İptal Eden Kararı», Son Havadis - 24.6/1.7.1970.

PARLAR, Mustafa; «Siyasal Bunalımlar Karşısında Bazı Anayasal Kuruluşlarımızın Tutumları - Anayasa Mahkemesi», Son Havadis - 16.8.1976.

(94) 12.1.1971 günlü, E. 1969/31, K. 1971/3 sayılı, AKD. 9, sayfa 131-193.

(95) ÜNSAL, Artun; Siyaset ve Anayasa Mahkemesi, Ankara 1980, s. 272.

(96) ÜNSAL, Artun; a.g.y., sayfa 273 vd.

(97) TURHAN, Mehmet; «Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri», AÜHFD., Cilt XXXIII, 1976, Sayı 1-4, Sayfa 100.

(98) «Anayasa Mahkemesinin Anayasada Yapılan Değişiklikleri Denetleme Yetkisi» Yargıtay Dergisi 1975, Sayı 1-2, sayfa 33.

varlığını sistem için bir uyumsuzluk ögesi olmak bir yana, tersine sistemi koruyucu bir işlevi bulunduğu, anayasal düzenin bekçiliğini yaparak gerektiğinde siyasal iktidarın yetki sınırlarını belirlediğini, ancak bu oranda siyasal iktidarın temel yetkilerini tanıdığını ve onun meşruluğunu dolaylı biçimde pekiştirdiğini unutmamak gerektiğini, anayasal yargının her şeyden önce sistemin bütünlüğünü korumaya yönelik olduğunu, yargısal denetimin anayasalardaki ideallerin kitleler yararına somutlaştırılması yolundaki aktif çabalarıyla sistemdeki gerilimi azaltıcı bir tür emniyet sübabı görevini yerine getirdiğini, seçimlerde azınlık gruplarının çıkarlarını bir ölçüde koruyup hoşgörü gereğini yayarak, çoğunluk tarafından ezilmelerini hafifleterek otoritelere yönelik destek girdilerinin artmasını sağlayarak, ana siyasal sistemi güçlendireceğini, temele ilişkin görüşleri olarak, dayanaklarıyla birlikte sıralamıştır. Sonra, Yargının işlevinin, değişik isteklerden doğan anlaşmazlıklara çözüm getirerek, kaba güçten çok, geçerlik (meşruiyet) ögesinin aracılığıyla sistemdeki gerilimi hafifletmek olduğunu anımsatarak, «sosyal, ekonomik, siyasal, kültürel değişmelerin hızlandığı, partilerarası savaşın şiddetlendiği bir ortamda yüksek yargının hakemlik rolünün önem kazandığı»na dikkat çekmiştir (99). Cumhuriyetin ikinci Anayasası'nı yapanların bu kuruluşu güvenceler dizisinin kilit noktasına yerleştirmekle yasama organının ve içinde egemen olan çoğunluğun iktidarı etkili biçimde sınırlamak istedikleri bir gerçektir (100). İşte, sınırlamaya sınırlamayla tepki, yeni düzenlemelerin doğal niteliği durumuna gelmiştir. Oysa, «tepki» yerilirken, yeni bir «tepki» düzenleme nedeni olmamalıydı.

1789 Fransız Devrimi'nden sonra, Sièyes'in 1795 de önerdiği «Anayasa Jürisi»nin Napolyon'un oluruyla 1800 de «Koruyucu Senato» adıyla kurulması, yasaların anayasa uygunluğunun denetiminde siyasal ve temsili nitelikte bir organın gerçekleşmesinin ilk örneğini oluşturmuştu. Daha önce, eski Yunan ve Roma'da uygulandığı saptanan «Anayasaya uygunluk denetimi» (101) çağımızda en gelişmiş kuruluşlarını edinmiştir. Avrupa'da diktatörlüğe kapı açan, hukuku yalnızca yasalar sayan pozitivist hukuk anlayışındaki aşırılık, anayasa yargısına karşı çıkışın bir nedeni olarak görülmektedir. Yasama organını ulusun tek temsilcisi sayan Fransız Devrimi, onun üstünde hiçbir kurum kabûl etmiyor, yalnız yasal olanı geçerli sayıyordu. Oysa, yargı organı, erklerin ayrılığı gereği, yasamanın üstünde değil, yanında idi.

(99) ÜNSAL, Artun; a.g.y., s. 29 ve 121.

(100) KAPANI, Nünci; Kamu Hürriyetleri, 3. Baskı, Ankara 1970, s. 113.

(101) KIRATLI, Metin; Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi, s. 1.

Halk egemenliğini zedelediği için demokratik bulunmaması görüşüne karşın giderek gelişen hukuk anlayışı, uygunluk denetimine geçişi sağlamıştır. Egemenliği paylaşan bir kuruluş olarak ulusal yaşamda yer alan Mahkemeler, yurttaşların ve hukukçuların uyarılarından her zaman yararlanacaklardır. Nitekim, Prof. Dr. Mümtaz SOYSAL «Anayasa Mahkemesi'nin kararlarındaki tutarsızlıkların giderilmesi, yalnız üyelerinin Anayasa'daki diyalektiği seçmelerine değil, dışardan, hukukçu çevrelerin ve siyasal güçlerin yapacakları uyarıların ağırlık kazanmasına da bağlı» olduğunu belirtmiş, AYM'nin temel ilkelere dayanarak yapacağı denetimi, anayasa sisteminin işleyişi ve siyasal güçlerin oluşumu noktasında toplamak, öbür noktasında «hukukun temel ilkeleri» gibi pozitivizmden uzaklaştıran kıstaslardan kaçınması gereği üzerinde durmuş, 1961 Anayasası sisteminin en büyük yeniliğinin hiç şüphesiz Anayasa Mahkemesi ve yasaların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemek üzere kurulan yargısal mekanizma olduğunu» yinelemiştir (102).

Denetime katlanmak, siyasal olgunluk ve hukuksal düzey göstergesidir. Kısır düşünülürse, hukuk devletinin demokrasi için sınırlama olduğu görüşü de haksız karşılanamaz. Nitekim, Prof. Dr. Tahsin Bekir BALTA, «Görülüyor ki hukuk devleti anlayışı bir yandan demokrasi için sınırlayıcı bir nitelik taşıyor, öte yandan da tam ve sağlam olarak ancak demokratik bir rejimde gelişebiliyor. Şu halde bir ülkenin mütedil ve dengeli bir devlet düzenine sahip olabilmesi için demokratik rejimle hukuk anlayışının birlikte uygulanması gereklidir» (103) görüşüne, «Temel ilkeleri gözönünde bulundururken Mahkemenin bir hâkimler hükûmetinin çekici zeminine kaymaktan kaçınması temenniye şâyandır» (104) uyarısını da eklemiştir. Yargı organlarında bulunanların kendi güçlerini kat kat aşan ve objektif koşullara dayanan gidişler üzerindeki etkilerinin, «hakemlik» görevini iyi yapmaktan ve Anayasa'nın bu yöndeki açıklığını sağlamaktan öteye geçemeyeceğini bildiren Mümtaz SOYSAL «Anayasa Mahkemesi kendi başına denge hesaplarına girdi mi bunun kimin yanında bir denge olacağı kestirilemez» diyerek sakıncalı olasılıklara parmak basmıştır (105). Büyük tepkiyle karşılaşan, büyük sorunları bulunan, güçlük, yoksunluk ve yalnızlık içinde yaşam savaşı veren Anayasa Mahkemelerine baş-

(102) SOYSAL, Mümtaz; a.g.y., sayfa 64, 92, 106.

(103) İdare Hukuku I, Ankara 1970, sayfa 111.

(104) «Anayasa Yargısı», AÜHFD., Cilt XVIII, 1961, Sayı 1-4, sayfa 547-565.

(105) Dinamik Anayasa Anlayışı, 1969, s. 92.

langıçta yüklenecek kusur da yoktu. Yasama organı, egemenliği paylaşmak istemediği için karşı çıkıyordu. Bizdeki haksız eleştirilerin nice örneğinden birisini söylemek isterim : İktidarın Millî Savunma Bakanı, «Anayasa Mahkemesi'nin Bakanlıkla Genel Kurmayı ayırmakla hatâ ettiğinden, iki başlı yönetime neden olduğundan» yakınıyor. Oysa, davayı muhalefette iken kendisi partisi açmıştır.

Anayasayı hazırlayıp yürürlüğe koymak az iş değildir ama yalnızca bunu yapmak çok iş de değildir. Önemli olan onu soyut kalmaktan kurtaracak güvenceleri birliğinde getirmek, iyi niyetle uygulayıp ileri götürmektir. Onu tanımak, etkin kılmak, varlığından da önemlidir. Bu da yansız, bağımsız, güçlü yargı denetimiyle gerçekleştirilir. Eli - kolu bağlı denetimle gerçekleşemez. Yoksa «ismi var, cismi yok» duruma düşerek sözde ve kâğıt üstünde kalır. Demokrasinin en sağlıklı koruyucusu, güçlü, etkin yargıdır. Denetimle aklanan yönetim kararmaz. Denetim yetkisinin kaynağı da Anayasa'dır.

SONUÇ :

Anayasa'nın 152'3. maddesi ve bu nedenle değinilmesi gereken konular üzerinde yeterli bulmadığım sunuşlarımla ilgilileri düşünmeye çağırdım : Anayasa Mahkemesi yasama organı yerine geçmek eğiliminde midir, hukuksal görüşlerinin gereğini mi yerine getiriyor? Yani bir kural koyuyor mu? Siyasal alana kayıyor mu?

Açık yürekle konuşmak, içtenlikli olmak zorunludur, üstelik bilimsel nitelikli toplantıların temel koşuludur. Kimsenin gıcınmasının da gereği yoktur. Anayasa Mahkemesi'nin 1982 Anayasası'yla sınırlamalarla karşılaştığı bir gerçektir. Önümüze gelecek yasalardan olmadığı için söylemekle sakınca da yoktur. Yargı alanı, denetim alanı, oldukça daraltılmış, yetkileri kısıtlanmış, ağır sayılacak, yararsız koşullar getirilmiştir. Üye seçimi, Anayasa değişiklikleri denetiminin yalnız biçim yönünden yapılması ve iptalde zorunlu oyçokluğu, biçim yönünden dava süresi ve incelemenin belirli koşullarla sınırlandırılması, biçim yönünden siyasal partilerin bağımsız dava açamamaları, iktidar ve ana muhalefet partisi dışındaki siyasal partilere, belli kurumlara, yüksek mahkemelere ve Türkiye Barolar Birliği'ne kendi varlık ve görev alanlarını ilgilendiren konularda dava hakkı tanınmaması, öze girilerek reddedilen davanın on yıl geçmeden bir daha açılmaması gibi 153/2. madde de bir sınırdır. İtiraz davalarının beş aylık sürede sonuçlandırılması, iptal kararlarının gerekçeleri yazılmadan açık-

lanmaması, olağanüstü durumlarda, sıkıyönetim ve savaş durumlarında çıkarılan yasa hükmündeki kararnamelerin (yürütmenin durdurulması yetkisi söz konusu olmamasına karşın) biçim ve öz yönünden aykırılıklar savıyla dava konusu yapılamaması birer sınırlamadır. Yasaların, Anayasa'ya aykırı olamayacağı (Anayasa mad. 11/2) kuralına karşın kimi yasaların yargı denetimi dışında bırakılması da bir sınırdır. 153/2. maddenin evrimi, ilgili sorunlarla konular gözetilince, tepkiden kaynaklanan bir sınırlama amacı anlaşılır. Ama bir sınır ya da engel değildir.

153/2. madde, bir engel - sınır - kısıtlama, yeni bir bağ olarak öngörülmüşse de, uygulamada bu nitelikte, bu etkinlikte bulunmamış, iptal kararına engel görülmemiştir. Öbür sınırlar dava öncesi koşullar, Mahkemenin elinde olmayan sınırlamalardır. 153/2, Mahkemenin çalışmasında gözeteceği, kararı ve tutumuyla yaşam hakkı vereceği bir tür «önlem kuralı»dır, «ölü kural» denilemez. Varlığı, iptal kararı verilememesi koşuludur. Uygulanabilirliği yoktur, ancak somut yapısı, kurallaşma amacını anımsatmakta, anlamı bununla sınırlı kalmaktadır. Bir anayasal «uyarı»dır.

Anayasa Mahkemesi, fıkranın varlığına karşın görevini yapmak, kararını vermek, iptal gerektiğinde «kural koyma» durumuna düşmekteki özenini göstermek, gerekirse, süre vermek durumunu sürdürecektir. Anayasa'daki kuralı «yok» saymak, hukuk dışı değerlendirmek olanaksızdır. Mahkeme, kuralın getiriliş amacını gözetecek ama böyle bir kuralla eli - kolu bağlı, iptal kararı verilemez anlayışıyla davranmayacaktır. Gerekeni yapacaktır.

Bu konuda, yansız bir hukuk kuruluşu olan, savunma mesleğinin üst örgütü Türkiye Barolar Birliği'nin Başkanının görüşü de şöyledir : «İdarî yargının denetim alanını daraltmak, yargının, yürütme ve yasamanın yerine geçtiği iddialarını ileri sürmek, hukuk devleti ilkelerine aykırıdır. Anayasa Mahkemesi bir yasama tasarrufunu, İdarî Mahkemeler bir idarî tasarrufu iptal etmişlerse, yüce mahkemeler, yasama erkine de, yürütme erkine de müdahale etmişlerdir. Bunu, Hukuk Devletin ve yargı denetiminin doğal sonucu saymak gerekir. Aksi halde yargı kuruluşları karar vermek olanağını yitirmiş olurlar. Hukuka aykırılık arttıkça, yargının yasama ve yürütme erkinin yerine geçtiği iddiaları yoğunlaşmaktadır» (106). Yargı işlevinin önemini vurgulayan bu görüşler, sonucun sakınca olarak değerlendirilmemesini öner-

(106) EVREN, Teoman; «Hukuk Devleti Savaşçısı», Hukuk Devleti ve Velidedeoğlu, Türk Hukuk Kurumu, Çağdaş Yayınları, İst. 1985, s. 75.

mektedir. Elbet, görünüm «elatma» biçimindedir ama gerçek «denetim» doğal sonucu»dur, elatma anlamı verilmemelidir. Yargı denetimi, kendinden bekleneni yapacaktır.

Şimdi özetleyebiliriz :

1. Ulusal egemenlik ve ulusal istenç kavramlarını kendi siyasal ve özel amaçlarına uygun biçimde yorumlayarak, ulusun tüm yetkisinin yalnızca TBMM.'nde toplandığı savında bulunarak, kararları gerekçeleri ve hukuksal nitelikleri dışında değerlendirip eleştirerek Anayasa Mahkemesini Anayasa ve hukuk dışında göstermeye çalışanların uğraşları, iyi niyetlilerin (kendilerince) Anayasa'ya aykırılık endişelerinden kaynaklanan eleştirileriyle birleşince, düzenlemelerle «sapmaların (!)» giderilmesinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Mahkemenin usunun köşesinden bile geçmeyen «yasa koyucu yerine geçmek» ve «yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde karar vermek» tutumuna düşmemek için «iki yasak», «bir kural» yapıyla 1982 Anayasası'nda yer almıştır. Suçlamaların, haksız ve dayanaksız eleştirilerin nedeni olarak Seçim Yasası, Af Yasası, Kamulaştırma Yasası, Anayasa değişikliği yasalarıyla önce belirttiğimiz kimi yasalara ilişkin kararlar incelemelere açıktır. Tarihe emanet edilmiştir. Hiçbir etkiye kapılmadan, «hak» ve «uygunluk» tan başka hiçbir şey gözetmeden çalışmalarını sürdüren Anayasa Mahkemesi'nin, kararları, siyasal konuları işlese, sonuçlarıyla siyasal alanı etkilese de siyasetle hiç bir ilgisi ve ilişkisi yoktur (107). Yasa koyucu gibi davranmak ve yeni bir uygulamaya yol açacak nitelikte kural koymak tutumu asla söz konusu değildir. Anayasa'nın amacını gerçekleştirmekten, aykırılıkları önleyip uygunlukları sağlamaktan, böylece hukuk devletini yüce kılmaktan başka düşüncesi yoktur. Eleştirilen kararları, mahkeme siyasal görüşle, siyasal amaçla vermemiş, içtenlikli kanısı, inancı ve hukuksal görüşü böyle olduğu için vermiştir. İkisini birbirinden ayırmalıdır. Kuruluşun varlığı, yapısının güçlü oluşu ulusal bir gerekse, kişisel ya da başka tür nedenlerle güçsüz duruma düşürmekten, yıpratmaktan kaçınmalıdır. Mahkemenin, Anayasa ve üstün hukuk kurallarından başka ölçüsü yoktur. Siyasal görüşler, herkes için değişen «yurt gerçekleri» yargısal denetimin, uygunluk denetiminin ölçütü olamaz. Bunlar görecelidir, zamana, duruma ve kişilere göre değişen esnek, kaypak kavramlardır.

(107) Özmert, H. Semih; Anayasa Mahkemesinin 23. Kuruluş Günü'nü Açış Konuşması, 25.4.1985.

2. Anayasa'nın 153/2. maddesinin getirilmesinde siyasal, duygusal ve konuyu yeterince bilmemekten kaynaklanan nedenler bulunmaktaysa da fıkranın varlığı, Anayasa uygunluk denetimi için bir uyarı olmaktan ötede bir «engel» değildir. Belki, bir fren olarak yararı umulmuştur ama iptal kararını önleyen işlerliği yoktur. Yalnız hukuk tarihimizde değil, demokrasi tarihimizde de kurulması bir dönüm noktası olan Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya bağlılığı tutku durumuna getirdiğinden gerekli özeni göstermektedir. Avukatlık Yasası'nın 154. maddesinin iptaline ilişkin kararıyla da yasa koyucu yerine geçmemiş, iptal edilmeyen fıkralar yeni bir uygulamayı gerektirecek yapıda bulunmamış, yasanın kimi maddeleri de yasa koyucunun amacını sağlamaya yeterli görülmüştür (108). 153/2. madde Mahkemeyi daha çok özene çağırır. Bir anımsatma, bir uyarıdır. Bunun olmamasının daha uygun düşeceği görüşümü içtenlikle belirtiyorum.

3. Mahkemelerin tepkisi olmaz. Onlar, Anayasa'ya gerçekten bağlı ve gerçekten saygılıdır. Hiçbir şey yokmuş gibi çabalarını sessizce sürdürürler. Hukukun üstün kurallarına, demokrasiye, insan haklarına, ulusal egemenliğe, yargı bağımsızlık ve yansızlığına, denetimin etkinliğine özen gösterirler. Çalışmalarıyla yararlı olmaya, hukukun üstünlüğünü gerçekleştirmeye bakarlar. Bilirler ki, hukuk, her alanda egemen oldukça her türlü yakınma dınecek, her türlü kötülük ve aykırılık son bulacaktır. Kararlarıyla konuşurlar ve kararlarını savunmazlar. Sonucu, ulusal özgüdüye [vicdana], ulusal bilince, sağduyuya bırakırlar.

Yasaların durağanlığını hukukun devingenliğiyle azaltarak topluma öncülük eden Anayasa'yı ulusal yaşama katarken kuralları sınır ve engel olarak düşünmemek gerekir. Denetimin sonucu neyi gerektiriyorsa o yapılır. Anayasa'nın ilkesi, amacı ve buyruğu budur. Kendine güvenmeyen Anayasa Mahkemesi güvence olamaz. 153/2. madde, «önceden yasa koyucu gibi davranıldığı, yeni bir uygulamaya yolaçacak nitelikte karar verildiği» kabul edilerek, böyle sayılarak da getirilmiş sayılmaz. Getirilmesi böyle durumların geçtiğini göstermez. Böyle davranılmaması, böyle durumların olmaması için, kesinlikle önlemek için getirilmiş olabilir. İptal kararı vermeye engel değildir.

Burada şu hususu vurgulamakta sayısız yarar vardır : kaynakta ve doğası gereği Büyük Türk Ulusu'nun olan egemenliği, Ulus adına

(108) Anayasa Mahkemesi'nin 1.3.1985 günlü, Esas 1984/12, Karar 1985/6 sayılı kararı.

kendi görev alanlarında kullanmaya yetkili yasama, yürütme ve yargı organlarının birbirlerinin işlevlerine elatması ve birbirlerine güçlük çıkarması düşünülemez. Hukuk devletini her alanda gerçekleştirmek, hukuku üstün ve egemen kılmak çabasının öncüsü Anayasa Mahkemesi'dir. Yasaların Anayasa'ya aykırılıklarının yaptırımını oluşturan bu yüce organdan, gereksiz davranışlar, hukuku çiğneme belirtisi beklemek yanlıştır. Kararları, hukukun gereğidir.

Son olarak, Anayasa Mahkemesi üyelerinin konuşma ve demeçlerinin «görüş - oy bildirme» niteliğini taşıyıp taşımadığı üzerinde (bu toplantıyla sınırlı olarak) duracağım. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 36. maddesi «Mahkemeye gelmesi olası konularda sözlü ve yazılı görüş vermeyi» yasaklamıştır. 1982 Anayasası'nın yürürlükteki maddeleri Mahkememizin denetim yetkisi dışındadır. Bu konuda görüş vermenin sakıncası olmadığı gibi toplantı bilimseldir. Yargı işlevi ayrı, bilimsel görüş ayrıdır. Kaldıki, eleştirsem bile, bu maddeyi bir yasa için uygularken olduğu gibi almak, bağlı kalmak zorundayım. Yargı işlevinde bir ölçü olan bu maddeyi benim anlayışımın kararlar için ne olacağını açıklamak anlamında değil, Anayasanın bu maddesini nasıl anladığımı açıklamaktır. Anlayış ise zamanla değişebilir. Kaldı ki ben fıkranın evrimini eleştirdim. Değişik görüşleri yansıttım. Kuralın işlerlik, yeterlik durumlarını gözden geçirdim. Mahkeme çalışmalarında nasıl olacağını da kararlarla yansıyacağını söyleyerek bu konuda bugünden kesin bir görüş açıklamadım. Yürürlükteki Anayasa kuralına, katılmasam da, uymakla, onu uygulamakla yükümlüyüm. Aykırılığı belirtmek sakıncalı olamaz.

Teşekkür eder, saygılar sunarım.

KISALTMALAR

a.g.y.	: Adı geçen yapıt
AKD.	: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD.	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYM.	: Anayasa Mahkemesi
E.	: Esas
İÜHFD.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
TOADİE	: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü.

**ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI AÇISINDAN SİYASAL
PARTİLER (ÖRNEK OLAYLAR)
ANAYASA YARGISINDA YÜRÜTMİYİ DURDURMA**

ÜÇÜNCÜ OTURUM

OTURUM BAŞKANI : Prof. Dr. Turgut AKINTÜRK

KONUŞMACILAR : Prof. Dr. Bülent DAVER

Prof. Dr. Sait GÜRAN

THE NEW YORK PUBLIC LIBRARY
ASTOR LENOX TILDEN FOUNDATION
100 N. 5TH ST. NEW YORK, N. Y.

U. S. DEPT. OF COMMERCE

LIBRARY OF THE
BUREAU OF COMMERCE
WASHINGTON, D. C.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI AÇISINDAN SİYASAL PARTİLER : BİR KAÇ ÖRNEK OLAY

Prof. Dr. Bülent DÂVER
A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi

GİRİŞ :

SİYASAL SİSTEM, YARGI VE ANAYASAL YARGI KAVRAMLARI :

Tebliğimizin konusu **anayasal yargı ve siyasal partilerdir**. Tebliğimizin Giriş kısmında önce anayasal yargı ve siyasal sistem kavramları üzerinde durulacak, anayasal yargının dünyada ve Türkiye'de kuruluş nedenleri, anayasal yargının görevi, anayasal yargının gelişimi ele alınacaktır. Daha sonra birinci kesimde siyasal parti olgusu incelenecektir. Bu kesimde siyasal partilerin tanımı yapılacak ve çağdaş siyasal partilerin doğuş nedenleri, işlevleri ve gelişmesi kısaca ele alınacaktır. İkinci kesimde ise anayasal yargının siyasal partiler üzerindeki denetimi, 1961 ve 1982 Anayasaları döneminde, üç örnek olayla, belirtilmeye çalışılacaktır. Bu örnek olaylar, 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi tarafından «lâikliğe aykırılık nedeniyle» kapatılan **Millî Nizam Partisi** ile «bölücülük» gerekçesiyle kapatılan **Türkiye İşçi Partisidir**. 1982 Anayasası döneminde ise, «eski bir partinin devamı olduğu ve 12 Eylül Harekâtına karşı beyanlarda bulunduğu» gerekçesi ile Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından **Doğru Yol Partisi** aleyhine açılan davada Anayasa Mahkememizin verdiği karar incelenecektir. Bundan sonra Sonuç Bölümünde konunun genel bir değerlendirmesini yapacak ve bu konudaki kişisel görüşlerimizi belirteceğiz.

Bilindiği gibi çağdaş demokrasilerde kuvvetlerin ayrımı ilkesi temel ilke olarak kabul edilmiştir. Buna göre egemenliğin belirtilerinden olan yasama, yürütme ve yargı erkleri ayrı ayrı organlarda toplanmıştır. Kanun koyma yani yasama yetkisi parlamentodadır. Yürütme yetkisi ve görevi icra organı tarafından yerine getirilir. Yargı yetkisi ise bağımsız mahkemelerce kullanılmaktadır. Bizim burada üzerinde duracağımız nokta hukuk devletinde yargının bağımsızlığı ilkesi.

sidir. Normal olarak bütün ülkelerde yargı en küçük dereceli mahkemelerden başlayarak en yüksek mahkemede (Yargıtay'da) son bulmaktadır. Türk Anayasa sistemine göre de yargı erki, bağımsız mahkemelere ait olup mahkemeler kararlarını Türk milleti adına verirler.

Anayasal Yargı

Genel sistem bu olmakla beraber özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra yapılan bazı anayasalarda parlamentoların çıkardığı kanunların denetlenmesi için ayrı bir Anayasa Mahkemesi kurulması yoluna gidilmiştir. Buna Anayasa yargısı yolu denilmektedir. Anayasa yargısı Anayasaya uygunluğu sağlayan bir çeşit yargı faaliyetidir. Ayrı bir Anayasa Mahkemesi kurulmasıyla kanunların denetlenmesini öngören başlıca anayasalar 1947 İtalyan, 1949 Alman (Bonn), Avusturya ve İspanya Anayasalarıdır. Fransa'ya gelince, Fransa'da 5. Cumhuriyetle birlikte (1958) tam bir Anayasa Mahkemesi niteliğinde olmayan ve sınırlı biçimde çalışan bir Anayasa Konseyi kurulması yoluna gidilmiştir. Yeni kurulan devletlerde de ayrı bir Anayasa Mahkemesi kurmak eğilimi güçlenmiştir, diyebiliriz (1).

ABD'ne gelince, bilindiği üzere, dünyada yasama organının yaptığı kanunları denetleyen ilk ülke ABD olmuştur. Ancak bu ülkede anayasal yargı için ayrı bir Anayasa Mahkemesi kurulmamıştır. Bu görev Federal Yüksek Mahkeme (Supreme Court) tarafından yerine getirilmektedir.

Siyasal Sistem ve Yargı

Konuyu anayasa hukuku ve kamu hukuku prensipleri yanında bir da siyaset bilimi açısından incelemek isteyenlere göre bu konuda önce siyasal sistem ve yargının karşılıklı konumlarını gözönünde bulundurmak gerekir. David Easton'a göre siyasal sistemde yargı organları çeşitli konularda out-putlar (çıktılar) üreten yetki odakları arasında yer alırlar. Yine Easton'ın siyasal sistem analizine göre, merkezi siyasal otoritenin (parlamento ve hükümet) verdiği emredici, herkesi bağlayıcı kararlar gibi yargı da herkesi bağlayan kararlar verir. Yalnız yargı, uyuşmazlıkları çözmede keyfi ve indî takdire değil, yasalara, objektif kurallara, meşruiyet, hak ve adalet ölçülerine dayanan kararlar verir. Anayasal yargı organına gelince, bu organ, tüm toplum (millet) adına karar veren en önemli karar odaklarından biridir ve **siyasal bir alt - sis-**

(1) Bkz. Kıratlı, Metin, *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi*, A.Ü. S.B.F. 1966, Ank., s. 11 vd.

tem olarak incelenmesi gerekir. Yargı genelde bürokrasinin bir parçasıdır. Ve yargı, bu açıdan konuya yaklaşanlara göre, «özel bir bürokrasidir». Yüksek yargıya gelince, yüksek yargı yine bu bakışa göre, «ayrıcalıklı bir bürokrasidir» (2). Anayasa Mahkemesine gelince, Anayasa Mahkemesi ilk bakışta en üst düzeyde bir yargı organı durumunda gözükmekte ise de, yaptığı iş, yani fonksiyonları bakımından bu kuruluşun siyasal nitelikli karar veren kendisine özgü (sui generis) bir organ olduğunu öne sürenler vardır. Bu gibi düşününlere göre, yasama organının yaptığı kanunları gerektiğinde bozabilen (iptal eden) bir yüksek mahkemenin parlamentoyu denetleyen üst bir kuruluş olması gerekmektedir. Tebliğimizde ileride ayrıntılarına gireceğimiz nedenlerle şimdilik benim burada söylemek istediğim nokta bu görüşün temelde pek doğru olmadığıdır. (Nitekim 1982 Anayasası Başlangıç kısmında «kuvvetler ayrımının devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu belirtilmesine zorunluluk duyulmuştur».)

Özellikle ülkemizde, 1961 Anayasası'yla birlikte, 1950-1960 dönemine tepki olarak parlamentonun, siyasal iktidar ve idarenin koyduğu kuralların, yaptığı eylem ve işlemlerin çok sıkı bir yargı kontrolüne tabi tutulması zorunluluğu öngörülmüştür. Bu konuya ilerde ayrıntılı olarak değineceğiz. Şimdilik burada söyleyeceğimiz husus, hemen her ülkede Parlamento ve siyasal iktidar ile yüksek yargı, özellikle (anayasa yargısı) arasında bir sürtüşmenin, az çok bir çekişmenin olduğudur. Söz gelimi ABD'de Federal Yüksek Mahkeme ile Başkanın birbirlerine bazı dönemlerde oldukça ters düştükleri görülmüştür. Bu problem aslında halkın seçtikleri (Parlamento, Kongre, Meclis) ile atananlar —genel anlamda bürokrasi— arasında bir çekişmedir. Yargı, yani genellikle atamayla gelen yargıçlar, bir bakıma bürokrasinin elit bir parçasını teşkil etmekte ve bazı hallerde parlamento ya karşı direnmektedir. Genel anlamda bürokrasinin siyasal iktidara karşı en güçlü kalesi ise anayasal yargıdır diyebiliriz. (Türkiye'de 1961-1980 döneminde Danıştay'ın da siyasal iktidara karşı çıkan bürokrasinin önemli bir kesiti olduğunu burada hatırlatalım.)

(2) Bu konuda geniş ve ayrıntılı bilgi için özellikle şu esere bakılmalıdır; Ünsal, Artun, *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi (Siyasal Sistem Teorisi Açısından Türk Anayasa Mahkemesi)*, AÜSBF., 1980 Ankara.

BİRİNCİ KESİM : SİYASAL PARTİ OLGUSU

Yargı ve anayasal yargı kavramını bu şekilde kısaca özetledikten sonra biraz da siyasal parti olgusu üzerinde duralım. Bu kesimde siyasal parti kavramının tanımı, batıda siyasal partilerin doğuşu, Türkiye'de siyasal partilerin gelişmesi ve siyasal partilerle demokrasinin gelişmesi arasındaki ilişki gibi temel konular üzerinde kısaca duracağız.

Siyasal Partinin Tanımı

Siyasal parti nedir? (3) Siyasal partinin herkes tarafından kabul edilen bir tanımı henüz yapılamamıştır. Bu konuda en önemli tartışma noktası tek partinin de parti sayılıp sayılmayacağı hususudur. Siyasal partinin tanımında diğer bir güçlük örgüt ve yapı sorunundan doğmaktadır. Siyasal bilimcilere göre, siyasal bir gruplaşmanın parti olabilmesi için az çok sürekli ve istikrarlı bir örgüt olması ve oldukça homojen (türdeş) bir yapıya sahip bulunması gerekmektedir. Siyasal parti konusunda diğer bir tartışma noktası siyasal partilerin fonksiyonlarıyla (görevleriyle) ilgilidir. Siyasal partilerin asıl amacı kendi görüşlerini devlet yönetiminde uygulamaktır. Bir düşünür, siyasal partileri «kendi temsilcilerini devlet mekanizmasına yerleştirme amacını güden örgütler» olarak tanımlar. Kanımızca bu oldukça gerçekçi bir tanımdır (4). Siyasal parti tanımında gözönünde bulundurulması gereken bir nokta da halkın desteğidir. Halkın siyasal partiye olan desteği çoğulcu demokrasilerde yarışmacı seçimlerle ortaya çıkar. Bu sistemler birden fazla partinin seçimlere katıldığı ve halkın gerçekten özgür olarak oy kullandığı sistemlerdir. Halkın desteği bazı

(3) Bugün batı dillerinde kullanılan (Parti, Partei, Party) deyimini, bölüm, kısım, parça anlamına gelmektedir. Hizip veya klik sözcükleri ise daha çok pejoratif bir anlamda kullanılmakta olup ya bir parti içerisindeki birbirleriyle çekişen grupları ya da herhangi bir topluluktaki zümreleri, faksiyonları anlatmaktadır. Eski dilimizde parti kelimesi karşılığı olarak **fırka** terimi kullanılmaktaydı. (Fırka kelimesi fark kelimesiyle ilgili olup eski dilimizde daha çok din ve mezhepler konusundaki bölünmeleri, parçalanmaları anlatmak için kullanılmıştır. Tefrika sözcüğü de bu fırkalar arasındaki anlaşmazlık ve uyuşmazlıkların çok keskin, sert, hatta bazen kanlı şekilde ortaya çıktıklarını anlatmak için kullanılıyordu.) Özellikle bakınız, Dâver, Bülent, **Siyaset Bilimine Giriş**, Kalite Matbaası, 1976 Ankara, s. 232 vd.

(4) Bkz. Özbudun, Ergun, **Siyasal Partiler**, A.Ü.H.F.Y., 1977, Ankara, sh. 1-5 ve ayrıca **Batı Demokrasilerinde ve Türkiye'de Parti Disiplini**, A.Ü.H.F.Y., 1966 Ankara.

lkelerde plebisit ve referandum şeklinde tek adaylı, tek partili seçimlerle de ortaya çıkabilir. Ancak batılı demokrasilerde asıl olan çoğulcu bir sistemde halkın partilere karşı olan özgür yönelişi ve desteğidir. Bu temel noktaları böylece belirttikten sonra, şimdi siyasal partinin kısa bir tanımını yapmaya çalışalım. **Siyasal Parti**, programını, felsefesini, görüşlerini (doktrinini, ideolojisini) uygulamak için iktidara gelmeyi amaçlayan örgütlenmiş bir insan topluluğudur, diyebiliriz. Görülüyor ki bu tanımda üç unsur kendini belli etmektedir. Bunlar da a) iktidar amacı, b) program ve felsefe, c) rgtlenmiş bir insan topluluğudur. Partiler bu itibarla kendilerine benzeyen diğerkuruluşlardan, söz gelimi şirketlerden, kooperatiflerden ve alelade derneklerden vs. ayrılırlar. Aslında siyasal partiler bir çok ülkede bir çeşit dernek biçiminde gözükmektedirler. Bunlar genelde dernekler gibi muamele görmekte ve normal olarak dernekler kanununa tâbi olmaktadır. Ancak bazı ülkelerde özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra yapılan anayasalarda siyasal partilere Anayasal bir kurum olarak yer verilmiş ve ayrıca bir siyasal partiler kanunu çıkarılması öngörülmüştür. Almanya ve Türkiye gibi ülkeler buna en iyi iki örnek teşkil etmektedirler.

Siyasal Partilerin Görevi (5)

Siyasal partilerin başlıca görevleri şunlardır : Siyasal partiler halkın siyasal sisteme olan katkısını (siyasal katılmayı) sağlarlar. Seçimlerde büyük halk kitlelerini seferber ederek toplumsal onayın (Konsenssn) daha belirgin bir biçimde ortaya çıkmasını kolaylaştırırlar. Ayrıca siyasal partiler, **kamu oyunu aydınlatmak ve oluşturmak** suretiyle belli başlı yurt ve dünya sorunları hakkında geniş kitlelere bilgi ve mesaj verilmesini sağlamaktadırlar. Siyasal partiler böylece demokrasilerin çok önemli bir gereği olan **halkın siyasal terbiyesi** ve eğitimine önemli katkıda bulunurlar.

Siyasal partiler bakımından ideal fonksiyon bu olmakla beraber, siyasal partilerin bazen anayasa ve kanunlarda belirtilmiş olan fonksiyonları dışına taşarak, üyelerine bir menfaat dağıtma ve bölüştürme ortaklığı haline geldikleri de öne sürülmektedir. A.B.D.'nde belirli dönemlerde gözlenen «yağma ve ganimet sistemi» (Spoils System) buna iyi bir örnektir. Siyasal partileri ve siyasal rejimi genelde tehdit eden diğerk bir sorun da en demokratik ülkelerde bile siyasal parti-

(5) Dver, a.g.e., s. 229 vd.

lerde zamanla **oligarşik bir yönsemenin ortaya çıkması** ve meclislerdeki parti grupları kanalıyla bir meclis istibdadı ve siyasal parti tahakkümünün doğmasıdır. Bilindiği gibi, **R. Michels** ünlü eserinde bu noktayı özenle vurgulamıştır (6). Eğer siyasal sistem normal mekanizmalarla, olağan yollarla bu iki büyük ve tehlikeli sorunu belirli ölçüde çözmeye yetmiyorsa o takdirde siyasal partilerin uzlaşmaz tutumları, özellikle iktidar ve ana muhalefet partilerinin çekişmeleri, rejim kilitlenmesine ve giderek rejim bunalımına yol açmaktadır. Dünyada ve Türkiye’de bu olayın örneklerine geçmiste rastlanmıştır. Onun için Prof. Vedel haklı olarak, «Demokrasi siyasal partiler olmadan yaşayamaz, ancak siyasal partiler yüzünden ölabilir de.» demiştir.

Siyasal Partilerin Önemi

Schatschneider’e göre «Modern demokrasiyi siyasal partiler yaratmıştır. Modern demokrasiler siyasal partisiz düşünülemez.» Nasıl çok partili sistem modern demokrasinin ayrılmaz bir parçası ise tek partili sistemler de modern, otoriter, totaliter siyasal rejimlerin ayrırcı özelliğidir, diyebiliriz. Onun için çağımızda siyasal parti olgusunu göz ardı eden bir yaklaşım çağdaş devlet olgusunu (ister demokratik ister diktatoryal) tam anlamıyla açıklayamaz. Bir anayasayı sadece hukukî, normatif açıdan değil siyasal bilim açısından da kavramak isteyen bir bakış, siyasal parti olgusunun üzerinde önemle durmak zorundadır. Bilindiği üzere 18. asır sonlarında J.J. Rousseau milli egemenliğin en pürüzsüz ve saf şekilde gerçekleşeceğini ileri sürdüğü doğrudan demokrasilerde siyasal parti olgusuna yer vermemiş ve siyasal partileri milli egemenlik ilkesini (genel iradeyi, milli iradeyi) bozan unsurlar olarak görmüştü. Çağımızda Rousseau’cu bir yaklaşım artık geçerliğini geniş ölçüde kaybetmiştir. Bunun nedeni doğrudan demokrasinin uygulanması olanaklarının bugün çok sınırlı (ancak bazı federal devletlerin bünyelerinde belirli ölçüde) olması ile çağımızda devlet makinasının ve siyasal sistemin yapısını çok değiştirmiş ve çok karmaşık hale gelmiş olmasıdır. Süratle değişen ve acele karar alınmasını gerektiren önemli konularda yapısı icabı yavaş çalışan yasama organı yerine ondan aldığı yetkiye dayanarak (7) süratle ha-

(6) Michels, R., *Political Parties, A Sociological Study of the Oligarchical Tendencies of Modern Democracy*; (The Free Press, 1958, Glencoe, Illinois.); Duverger, M., *Les Partis Politiques*; Armand Colin, 1951, 1945.

(7) Bu hususta ayrıntılı bilgi için bakınız: Dâver, Bülent, *Fevkalade Hal Rejimleri*, Sevinç Mat., 1961, Ankara.

reket edebilen ve teknolojik gelişmelere derhal ayak uyduran bir yürütme ve idare mekanizmasının gereği günümüzde kabul edilmektedir. Siyasal Partilerin böyle hallerde önemlerinin daha çok artması gibi bir konuyla karşı karşıya bulunmaktayız. Onun için burada kabul edilecek görüş, siyasal partilerin varlığını ve gerekliliğini kabul etmekle birlikte, siyasal partilerle ilgili sorunların, sakıncaların giderilmesi yollarının yine demokratik mekanizma ve usullerle, çağdaş yöntemlerle aranıp bulunmasıdır. Bu konuda en önemli husus, kanımızca, kanunlardan çok halkın siyasal terbiyesi ve eğitim yoluyla siyasal partilerin normal işlemlerini ve siyasal rejimin böyle sağlıklı bir ortam içinde gelişmesini sağlamaktır. Unutmayalım ki, siyasal partiler bulundukları ülkenin, toplumun, siyasal, sosyal, ekonomik, kültürel şartlarının bir ürünüdür. Bu çevre ve ortamın iyileştirilmesi ve geliştirilmesi yolu da, fikrimizce, yeni yasalar yapmaktan çok, siyasal davranış konusunda genel bir eğitimin ve kitlelerin aydınlatılmasından ibarettir.

Batıda Siyasal Partilerin Tarihsel Gelişimi

Bir klik, fraksiyon, grup olarak siyasal partiler çok eski bir geçmişe dayanmaktadır. Bugünkü partilerin ilk örnekleri (prototipleri) fraksiyonlar ve kliklerdir. Eski Yunan'da, Roma ve Bizans'ta bu tür gruplaşmalara ait örnekler çoktur. Siyasal bilim açısından bugün bir hükümette bir partide hiziplerden (fraksiyonlardan, kliklerden) bahsedildiği zaman, birbirlerine karşı üstünlük sağlamak için çalışan, liderin, şefin gözüne girmek için uğraşan yöneticiler, bürokratlar, partililer akla gelmektedir.

Çağdaş, modern anlamda siyasal partilerin ilk defa İngiltere'de ortaya çıktığını söyleyebiliriz (8). Bununla beraber İngiltere'de 1832 yılında çıkarılan **Reform Kanunu**'na kadar siyasal partilere pek önem veren olmamıştır. 1789 Fransız ve 1776 Amerikan Devrimlerinde gizli veya açık, legal veya illegal çalışan klüb ve derneklerin, grupların önemli rolü olduğunu söyleyebiliriz. Amerikan siyasal partiler tarihinde Federalistlerin, Cumhuriyetçi ve Demokratların önemli bir yer tuttuğunu burada hatırlatalım. Diğer batılı demokratik ülkelerde, 19. asırdan itibaren, demokratikleşme süreci ile birlikte siyasal partilerin giderek kurulduğunu ve çoğaldığını görüyoruz. Siyasal partilerin ortaya çıkışı olayı, çağdaş siyasal kurum ve hareketlerin çoğu gibi,

(8) Alford, R., *Party and Society, The Anglo-American Democracies*, 1963, Chicago.

demokratik fikirlerin, başta basın olmak üzere, kitle haberleşme araçları yoluyla yayılmasına, kitle eğitime ve endüstriyel devrim olgusuna bağlanmaktadır.

Türkiye’de Siyasal Partilerin Gelişmesi

Mutlak teokratik bir devlet olan Osmanlı İmparatorluğu’nda 20. asır başlarına gelinceye kadar çağdaş anlamda bir parti olgusuna rastlanmamaktadır. Batılılaşma hareketleriyle birlikte özellikle Balkanlar’da bağımsızlık için çalışan gizli ihtilâlcı örgütler kurulmuşsa da, bunları bugünkü anlamda siyasal parti olarak kabul etmek mümkün değildir. (Etniki Eterya Cemiyeti gibi cemiyetler bu türlü gizli derneklere örnektir.) Türk ve müslüman ahalî arasında da mutlakîyet rejimine karşı savaşılan ve meşruti (Anayasalı) bir rejim için çalışan **Genç Osmanlılar** ya da **Jön Türkler** gibi adlarla adlandırılan ilerici gruplar da bugünkü anlamıyla bir parti sayılamazlar. 1876’da Kanun-u Esasî’nin ilanı ile meşruti, anayasal bir düzene geçilmişse de siyasal partiler bu dönemde legal (yasal) olarak ortaya çıkmamışlardır (9). II. Abdülhamit rejiminin son zamanlarında kurulmuş olan ve gizli olarak çalışan **İttihat ve Terakki Cemiyeti** ise, başlangıçta, parti (fırka) diye adlandırılmamıştır. Cemiyetin fırka haline dönüşmesi 1908’de Rumeli’de dağa çıkan genç subayların önderliğinde yapılan bir hareket sonucu ilan edilen **İkinci Meşrutîyet** döneminde olmuştur. II. Abdülhamit, 1877-1878 Türk - Rus Harbi’ni gerekçe göstererek uygulanmasını durdurduğu Kanun-u Esasî’yi yeniden uygulamaya koymuş ve bütün ülkede 23 Temmuz günü **Hürriyet** ilan edilmiştir. Hürriyet’in ilanı ile birlikte gizli olarak çalışan pek çok dernek yasal (legal) hale geldiği gibi, «cemiyet» (dernek) adıyla çalışan siyasal kuruluşlardan bazıları da başta **İttihat ve Terakki** olmak üzere «fırka» (parti) adını almışlardır. 1908 yılında başlayan çok partili siyasal yaşamın, başlangıçta, nisbeten demokratik ve özgür sayılabilecek bir ortam içerisinde gelişmesine karşılık az zaman sonra bu ortam giderek bozulmuş ve partiler arasında çekişme ve uyuşmazlık muhalif partilîlerin ve gazetecilerin öldürülmelerine kadar varmıştır. Halk arasında «Hürriyet’i getiren parti» olarak bilinen İttihat ve Terakki Partisi de 1913 yılında yapılan «**sopalı seçimler**»den sonra ülkede fiiliyatta adeta tek parti diktatoryası kurmuş ve muhaliflerini «haini vatan» olmakla suçlamıştır. Buna karşılık bas-

(9) Türkiye’de Siyasal Partilerin Gelişimi Hakkında bkz : Tunaya, Tarık Zafer, Türkiye’de Siyasal Partiler, 1859-1952, (Bu eserin gözden geçirilmiş yeni şekli 1985 yılında yayınlanmıştır.) Doğan Kardeş Yayın, 1952 İstanbul.

kı altında ezilen muhalif partiler de iktidar partisini gaddar, zalim ve baskıcı bir güç olarak nitelemişlerdir. [Bilindiği gibi Tevfik Fikret'in 95'e Doğru adlı ünlü şiirinde bu dönemin panoraması çizilmekte ve bu durum gayet etkili, canlı bir biçimde anlatılmaktadır.]

Bu arada unutmamak gerekir ki, Birinci Dünya Savaşı sonunda Osmanlı İmparatorluğu'nun yenilip İstanbul'un işgal edildiği (1920 - 1923) döneminde özellikle İstanbul'da yoğun bir siyasal parti faaliyeti gözlenmiştir. Ne var ki bu defa savaşın yenilgi ile bitmesinden ve **1915 Ermeni Göçürmesinden** sorumlu tutulan İttihat ve Terakki mensuplarının kovuşturmayla tabi tutulması ve mahkemelere celb edilmesi olayıyla karşılaşmıştır. Bu dönemde önde gelen gözde partiler Hürriyet ve İtilâf Partisi gibi partilerdir. Ve bütün ülkede daha çok liberal partiler revaçtadır. Bunda o zaman İstanbul'da gerçek egemen olan İngiliz İşgal Komutanlığının politikasının önemli bir rolü olduğunu söylemek mümkündür.

Tek Partili Hayat

Kurtuluş Savaşı esnasındaki duruma gelince, yurdu düşmanlardan kurtarmak ve bağımsız yeni bir devlet kurmak ülküsüyle Samsun'da karaya ayak basıp harekete geçen M. Kemal ATATÜRK, bu amacına ulaşmak için Kongreler (Erzurum ve Sivas) toplamış ve sonunda **Anadolu ve Rumeli Müdafaa-i Hukuk Cemiyetlerini** birleştirmiştir. 23 Nisan 1920'de Ankara'da törenle açılan Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde siyasal partiler yoktu. Meclisde sadece Mustafa Kemal Paşa etrafında toplanan ve O'nu tamamiyle destekleyen reformcu **Birinci Grup** ile bunların karşısında yer alan ve daha çok dinci, muhafazakâr görüşleri yansıtan **İkinci Grup** bulunmaktaydı. Yurt düşmandan kurtulunca M. Kemal ATATÜRK, 9 Eylül 1923'de programı **Dokuz Umde** (ilke) ile belirlenen **Cumhuriyet Halk Fırkası'nı** kurduğunu ilan etmiştir. Bu partinin taşra örgütü, esas kadroları itibarıyla, Rumeli ve Anadolu Müdafaa-i Hukuk Cemiyeti'ne dayanmıştır, denilebilir. Bir kısım eski İttihatçılar da yeni Partiye girmiş, ya da «sızmış» olmakla beraber, bunların etkinliklerinin çok fazla olduğu söylenemezdi. Atatürk o dönemde yaptığı konuşmalarda Partisinin reformcu, inkılâpçı niteliğini önemle vurgulamış ve partisinin hedeflerini açıklamıştır. Atatürk'e göre «bu memleketin canı geçmişte siyasi fırkalardan, (parti kavgalarından) pek çok yanmıştır. Ve yine O'na göre, memleketimizde Batı'da olduğu gibi önemli sosyal bir farklılaşma da (kapital ve emek ayrımı) olmamıştır. Bu itibarla bütün halkı temsil

edecek, tüccarın, işçinin, köylünün, memurun, sanayicinin, esnafın menfaatlerini bağdaştıracak ve gözetecek tek bir partinin (Cumhuriyet Halk Fırkasının) kurulması yeterliydi (10). **1924 yılında T.B.M.M.'nce kabul edilen yeni Anayasa'da siyasal partilerle ilgili herhangi bir hüküm bulunmuyordu.** Bu Anayasa, genel çizgileri itibariyle, Batılı - liberal bir anayasayı ve onun hürriyetler sistemini kabul etmiş görünüyordu. Partilerle ve derneklerle ilgili faaliyetler ve işlemler Osmanlı İmparatorluğu'ndan devralınan mevzuata göre yürütülüyordu. Bu arada belirtelim ki, daha sonra 1935 yılında çıkarılan Cemiyetler (Dernekler) Kanunu sadece derneklere (cemiyetlere) değil, siyasal partilere de uygulanmaktaydı.

Görülüyor ki, 1924 Anayasası'nın getirmiş olduğu siyasal ve hukuki sistemde çok partili hayata engel bir hüküm yoktu. Nitekim Atatürk'e ve O'nun politikasına karşı olanlar 1924 yılında **Terakkiperver Fırka'yı** yasal olarak kurabilmişlerdi. Bu fırka daha sonra **İzmir Suikastı** ve **Doğu olayı** üzerine **Takrir-i Sükun** Kanunu döneminde kapatılmış ve mensupları İstiklâl mahkemelerine verilmişlerdi. Çok partili hayata geçme arzusunu zaman zaman samimi olarak ifade eden Atatürk, 1930 yılında, ikinci defa olarak, çok partili siyasal hayat denemesine girişmiş ve yakın arkadaşı, eski Başbakanlardan **Ali Fethi Bey'e** (Okyar) **Serbest Cumhuriyet Fırkasını** kurdurmuştu. Daha çok sağcı - liberal görünümündeki bu parti özellikle Batı Anadolu'da büyük ilgi ve rağbet görmüştür. Fakat aynı yıl **Menemen'de Derviş Mehmet** olayının patlak vermesi üzerine, Ali Fethi Okyar, Parti'yi «kapattığını» ifade etmiştir. Bu şekilde çok partili hayat denemesi başarısızlıkla son bulmuş oluyordu.

1938 yılında Atatürk'ün ölümünden sonra Cumhurbaşkanı olan İsmet İnönü döneminde tek partili hayat, savaş yıllarında da devam etmiş ve bu dönemde (1938 - 1945) herhangi bir parti kurulamamıştır. Yalnız savaş yılları içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi içinde **Ali Râna Tarhan'ın başkanlığında bir Müstakil Grup** kurulduğuna burada işaret edilebilir. Şüphesiz «Şef'in» direktif, işaret ve izniyle kurulan Müstakil Grubun görevi, bir çeşit muhalif parti gibi, ya da bir iç denetleme organı gibi çalışarak Parti içinde kontrol ve deşarj mekanizması kurmakti diyebiliriz.

(10) Bkz. Dâver, Bülent, «Çağdaş Düşünce Işığında Atatürk», **Atatürk ve Sosyopolitik Sistem Görüşü**, Eczacıbaşı Kültür Yayını, İstanbul 1983, s. 262, 263.

Çok Partili Hayata Geçiş

İkinci Dünya Savaşı bitiminde ABD önderliğinde savaşı galip bitiren demokrasi cephesi devletleri 1945 yılında San Fransisco'da toplanmışlar ve milletlerarası hayatın yeni düzenini kuran temel ilkeleri kabul etmişlerdi. **Birleşmiş Milletler Teşkilatının kurulmasıyla birlikte** dünyada esen, barış, hürriyet ve demokrasi özlemlerine Türkiye'de resmen katılmış ve Cumhurbaşkanı İsmet İnönü çok partili demokratik siyasal hayata geçme kararını vermiştir. Bu tarihi kararda, kuşkusuz, ABD'nin bütün dünyada çok partili demokrasilerin kurulduğunu ve yayıldığını görme arzusu da önemli rol oynamıştır diyebiliriz. Bunun üzerine çok partili siyasal hayata geçmeden Cemiyetler Kanunu'nda gerekli değişiklikler yapılmış ve Türkiye'de çok partili siyasal hayat yeniden başlamıştır. 1945 sonlarında kurulan ilk muhalif parti eski bir sanayici olan **Nuri Demirağ'ın** kurduğu **Milli Kalkınma Partisi** olmuştur. Ciddi bir varlık gösteremeyeceği kısa zamanda anlaşılan ve basının istihzalarına konu olan bu partiden sonra **1946 yılının başlarında** Halk Partisi'nden **Dörtlü Takrir'i** vererek ayrılan ve başlarında eski başbakanlardan **Celal Bayar'ın** bulunduğu **dört milletvekili** (Koraltan, Menderes, Köprülü) **Demokrat Partiyi** kurmuşlardır. Yeni parti az zaman içinde büyük ilgi ve rağbet görmüş ve yurt düzeyinde süratle örgütlenmeye başlamıştır. Daha çok liberal - sağ görüşleri benimseyen bu parti, fazlaca örgütlenmeden 1946 genel seçimlerine girmiştir. Muhalefetçe ve bir kısım basınca şaibeli ve baskılı geçtiği öne sürülen ve çokca yakınılan bu seçimler sonucunda Demokrat Parti meclise azımsanmayacak bir grupla girmiş ve yurt düzeyinde çok etkin bir muhalefet yapmaya başlamıştır. Cumhuriyet Halk Parti yönetiminin baskıcı niteliğinden şikayet eden bu partinin bir kongresinde **Genel Husumet Andı** kabul edilmiş ve gerekirse «sine-i millet'e dönmek» kararı açıklanmıştır. Bunun üzerine bütün yurdu saran gergin hava, Cumhurbaşkanı İsmet İnönü'nün **12 Temmuz 1947'de ilan ettiği Beyanname** ile bir ölçüde yumuşamış ve siyasal parti ilişkileri normal bir görünüm kazanabilmiştir. DP'de buna karşılık iktidara geldiğinde «**devr-i sabık**» yaratmayacağını vadedmiştir.

1950 - 1960 Döneminde Siyasal Partiler

1950 yılında kabul edilen yeni bir seçim kanununa göre yapılan genel seçimlerde Demokrat Parti yurt düzeyinde büyük bir zafer kazanmış ve Meclisteki Milletvekillerinin büyük bir çoğunluğunu elde etmiştir. Elde edilen bu sonuçta uygulanan seçim sisteminin (mutlak

çoğunluk sistemi) büyük rolü olduğu kuşkusuzdur. Fakat kabul edil-
melidir ki, mutlak çoğunluk sistemi ülkenin ilerdeki demokratik siya-
sal gelişmesi açısından pek de yararlı olmamıştır. Şöyle ki, ülkedeki
gerçek siyasal güç dengesi ve oranıyla Meclisteki tablo (partilerin
milletvekili sayısı) çelişmiştir. Ancak doğrusunu söylemek gerekirse
bu durum DP'nin eseri olmayıp, seçimleri tek başına büyük bir ço-
ğunlukla kazanıp o zamanki ünlü deyimiyle «Meclis'e tulum halinde
girmek» isteyen ve ortamı da buna elverişli gören CHP teknisyen ve
teorisyenlerinin hatalı tahminlerinden doğmuştur. İşte 1960 yılına ka-
dar şiddetlenerek devam edecek olan iktidar ve muhalefet partileri
çekişmesinde ve siyasal hayatın kilitlenmesinde uygulanan seçim
sisteminin de önemli bir payı olmuştur diyebiliriz. Siyasal rollerin
(iktidar ve muhalefet konumlarının) 1946-50 dönemine göre değişti-
ği 1950-1960 dönemi, 27 Mayıs 1960'ta bir ordu müdahalesiyle nok-
talanmıştır.

Ordu adına yapılan bu müdahale sonunda önce bütün siyasal
partilerin faaliyetleri durdurulmuş ve daha sonra Demokrat Parti usu-
len mahkeme kararıyla kapatılmıştır. İktidarı ele alan ve bir kısım su-
baylardan oluşan **Milli Birlik Komitesi** bir **Kurucu Meclis** teşkil ede-
rek yeni anayasa çalışmalarını başlatmıştır.

1961 Anayasası Döneminde Siyasal Partiler (11)

1961 yılında kabul edilen ve halkoyuna sunulan Anayasa ile bir
çok konuda olduğu gibi, siyasal partiler konusunda da yeni bir düzen-
leme getirilmiştir. Ayrıca siyasal partilerle ilgili bir kanun 1965 yılın-
da çıkarılan (648 no.lu Siyasi Partiler Kanunu) kabul edilmiştir. Ay-
rıntılarını ileride ikinci kesimde inceleyeceğimiz bu yeni Anayasa dö-
neminde **sınırlı sol ve sınırlı sağ parti** ilkesi kabul edilmiştir. Ancak
bu sınırlamalardan soldan çok sağ etkilenmiştir demekle yanlış bir
yargıda bulunduğumuzu sanmıyoruz. Ayrıca özellikle Federal Alman
Bonn Anayasasından esinlenerek Türkiye'de ilk defa **Anayasa Mah-**
kemesi kurulmuş ve Mahkemenin çeşitli görevleri arasında en önem-
li bir tanesi de siyasal partilerin bu mahkeme tarafından denetlen-
mesi olmuştur.

1961 Anayasası da 1971'de yeni bir ordu müdahalesi sonucu (12
Mart Muhtırası dönemi) önemli değişikliklere uğramış (1971 ve 1973
değişiklikleri) ve siyasal partilerle ilgili yeni gelişmeler ve düzenle-

(11) Bilindiği üzere halk oyuna sunulan bu Anayasa, 1982 Anayasası'na göre, daha
az oranda destek sağlamıştır.

meler olmuştur. Bunlar da, **Milli Nizam Partisi**'nin «laikliğe aykırı olduğu gerekçesiyle» ve bunun arkasından **Türkiye İşçi Partisi**'nin «bölücülük gerekçesiyle» kapatılmasıdır.

1980 yılına kadar çok partili siyasal yaşamda yine siyasal partilerin çekişmeleri artarak devam etmiş ve Parlâmentonun çalışmaması, kanun çıkaramaması ve Cumhurbaşkanı'nı seçememesi gibi nedenler yanında, gün geçtikçe çok büyük boyutlara ulaşan ve bir türlü önlenemeyen anarşi ve terör olayları üzerine Silahlı Kuvvetler 12 Eylül 1980'de «sağlıklı bir demokratik rejimin kurulması, kısır siyasal çekişmelerin durdurulması ve terör olaylarının sona erdirilmesi için» müdahale etmek zorunluluğunu duymuştur. «Emir»le harekete geçen Silahlı Kuvvetler bünyesi içinde kurulan **Milli Güvenlik Konseyi Meclisleri kapatmış ve Siyasal Partileri feshetmiştir**. Bundan sonra Milli Güvenlik Konseyi tarafından seçilen üyelerden oluşan **Danışma Meclisi**'nin istişari nitelikte bir organ gibi çalıştığı bu geçici dönemde, **son ve kesin karar verme yetkisi Milli Güvenlik Konseyi'nde olmak üzere**, yeni hukuki düzenlemeler yapılmış, gerekli yeni kanunlar çıkarılmış ve nihayet yeni bir Anayasa kabul edilerek Türk Milletinin onayına sunulmuştur.

1982 Anayasası'nın anayasal yargıyı ve onun organı olan Anayasa Mahkemesinin yetkilerini, 1961 Anayasasına oranla, belirli ölçülerde kısıtlayı söylenebilir. (Bu durum önemli yüksek bir yargı organı olan Danıştay için de geçerlidir diyebiliriz. Yani 1982 Anayasasında Danıştay'ın da yetkileri ve görevleri 1961 Anayasası'na göre daha sınırlandırılmıştır.)

Siyasal partilere gelince, denilebilir ki, siyasal parti yelpazesi bakımından 1982 Anayasası da sınırlı sol ve sınırlı sağ partiler sistemini kabul etmiş ve radikal sol ve radikal sağ partileri dışlamıştır. Ancak 1961'den farklı olarak bu defa sınırlama sağ partilerden çok sol partiler üzerinde daha etkili olmuştur, demekle yanlış bir yargıda bulunduğumuzu sanmıyoruz.

İKİNCİ KESİM : SİYASAL PARTİLERİN DENETLENMESİ

Batıda Anayasal Yargı Denetimi

Tebliğimizin başında da söylediğimiz gibi, İkinci Dünya Savaşından sonra yapılan bazı Anayasalarda, örneğin 1947 İtalyan, 1949 Al-

man (Bonn) Anayasalarında ve Fransa'da Beşinci Cumhuriyet Anayasası olan 1958 Anayasasında (de Gaulle Anayasası) siyasal partilerle ilgili hükümler yer almış ve bu arada bazı ülkelerin Anayasalarında (örneğin Federal Almanya Anayasasında) siyasal partiler hakkında ayrıntılı bir kanun çıkarılması öngörülmüştür. Bu saydığımız ülkelerdeki anayasa koyucularının siyasal partiler konusunu bir anayasa kurumu haline getirmek istemeleri ve siyasal partileri denetleyecek ayrı bir organ (Anayasa Mahkemesi veya Anayasa Konseyi) kurmak istemeleri, özellikle Almanya ve İtalya'nın İkinci Dünya Savaşı öncesindeki siyasal rejimlerine bir tepki olarak ortaya çıkmıştır, diyebiliriz. Bu ülkeler, geçmişte yaşanan deneylerin ışığı altında, bir yandan siyasal partileri hükümetlerin keyfi tasarruflarına karşı korumak, fakat aynı zamanda siyasal partilerin demokratik sisteme, hukuk devletine ve hürriyetlere karşı girişimde bulunmalarını önlemek için Anayasal bir düzenlemeye girmişlerdir. Siyasal parti faaliyetlerinin ve partilerin mali kaynaklarının denetlenmesinin, esas görevi kanunların anayasaya uygunluğunu incelemek olan Anayasa Mahkemesine verilmesi, bu konunun çoğulcu demokratik bir siyasal sistemdeki hayati önemi nedeniyle, Çünkü çağımızda devletlerden bir anlamda «siyasal partiler devleti» olarak söz edilmektedir.

Türkiye'de Anayasal Yargı ve Siyasal Partiler

Türkiye'ye gelince, bilindiği gibi, 1924 Anayasasında ne siyasal partilerden ne de Meclisin çıkaracağı kanunları denetleyecek ayrı bir organdan söz edilmekteydi. Yalnız bu Anayasanın 103. maddesi «Anayasanın hiçbir maddesi hiçbir sebep ve bahane ile ihmal edilemez ve işlerlikten alıkonamaz. Hiçbir kanun Anayasaya aykırı olamaz» diyordu (12).

Siyasal partilere gelince, siyasal partilerin denetimi için 1924 Anayasası'nda hiçbir hüküm mevcut değildi. Daha önce de belirttiğimiz gibi 1924 ve 1930 yıllarında yapılan ve çok partili siyasal hayata geçmeyi amaçlayan iki denemede başarısızlıkla sonuçlanmış ve uygulamada Cumhuriyet Halk Partisi tek parti olarak varlığını sürdür-

[12] Yani o maddeye göre Meclisin Anayasa aykırı bir kanun yapmıyacağı farz olunuyordu. Buna rağmen 1924 Anayasası döneminde Anayasaya aykırı bazı kanunların çıkabilmiş olduğu da bir gerçektir. Bilindiği gibi 1960 yılında 27 Mayıs Harekâtından sonra kurulan özel bir Komisyona Anayasaya aykırı «Antidemokratik» kanunları saptamak görevi verilmişti. Komisyonun Anayasaya aykırı (anti-demokratik) olarak saptadığı kanunlardan bazıları daha sonra yürürlükten kaldırılmış veya değiştirilmişlerdi.

müştü. Bu durum 1945 yılına (II. Dünya Savaşı sonuna) kadar devam etmiştir. Bu dönemde siyasal partilerle ilgili faaliyetler ve işlemler, esas itibarıyla, Cemiyetler Kanununa tâbi olmuştu. Burada önemle belirtmek gerekir ki tek parti egemenliği Anayasadaki bazı temel prensiplerin, örneğin yasamanın üstünlüğü ilkesinin, uygulamada yeni şekillere dönüşmesine yol açmıştır. Cumhuriyet Halk Partisinin yönetimine hakim olan Genel Başkan, Vekil ve yardımcıları tek Parti Meclis Grubunda aldıkları kararları çok defa hiçbir muhalefetle karşılaşmadan Meclisten aynen geçirmişler ve istedikleri kanunu çıkarabilmişlerdi. Bu şekilde demokratik - liberal görünümlü 1924 Anayasasına rağmen, tek parti mekanizmasıyla, uygulamada yer yer otoriter çizgileri belirgin bir siyasal rejim kurulmuştu. Kısacası, o dönemde tek parti devlete egemen olmuştu. Bunun en açık örneği valilerin CHP'nin il başkanları yapılmaları olmuştur. Yani bu dönemde adeta devlet - parti kaynaşması, devlet - parti özdeşmesi olgusu ortaya çıkmıştır (13). Bu olayın nedenleri üzerinde biz burada konumuz bakımından uzun boylu durmaya gerek duymuyoruz. Yalnız, bu durumun Türkiye'yi çağdaş uygarlık düzeyine yükseltecek gerekli dönüşümleri «inkılâpların» yapılması için «zorunlu» görülmüş olduğunu burada belirtelim. Öte yandan uygulamada otoriter ve hatta bir bakıma, dıştan bakılınca «cumhuriyetçi diktatörlük» denebilecek bir siyasal rejimin izlerinin yer yer görülmesine rağmen rejimin yüksek yöneticileri (Şefler) sözlerinde, demeçlerinde ve yazılarında hiçbir zaman bir diktatörlüğü ya da tek parti egemenliğini savunmamışlardı. Aksine, Cumhuriyetin yöneticileri asıl amaçlarının Cumhuriyet rejimini, aşama aşama, şartlar olgunlaştıkça, tam bir demokrasi haline dönüştürmek olduğunu açıkça ifade etmişlerdir. Öte yandan, siyasal, kültürel, ekonomik ve sosyal şartlar yüzünden asırlarca geri kalmış aşırı merkezîyetçi geleneksel bir toplumda, böyle bir Anayasanın ile-ri Batı ülkeleri örnek alınarak hazırlanmış olsa bile, tam anlamıyla, tastamam uygulanmasını beklemek, kanımızca, biraz aşırı iyimserlik olacaktı.

1950 - 1960 Döneminde Siyasal Parti Kapatma Olayları

MİLLET PARTİSİ'NİN KAPATILMASI

Bu noktaları böyle belirttikten sonra şimdi de Anayasa Mahkemesinin bulunmadığı 1950 - 1960 döneminde siyasal partilerin dene-

(13) Unutmayalım ki, o dönemde milletvekilleri de 2 aşamalı (2 dereceli) seçimle seçilmekte idiler. Tek parti yönetimi milletvekili adaylarının saptanmasında ve seçilmelerinde egemendi.

timiiyle ilgili bir 6rnek olay 6zerinde duralım. Bu 6rnek olay **Millet Partisinin kapatılması** olayıdır. Millet Partisi bazı faaliyetleri ve D6rd6nc6 B6y6k Kongresinde aldığı kararlar y6z6nden Savcılığın istemi 6zerine **Ankara Sulh Ceza Mahkemesi** tarafından kapatılmıştır. Mahkeme, 26.1.1954 tarihinde verdiği kararın h6k6m fıkrasında bu konu ile ilgili olarak ř6yle diyordu :

«Siyasi bir cemiyet olan ve Cemiyetler Kanunu h6k6mlerine tabi bulunan Millet Partisinin mucip sebebli kararımızda tahlil ve izah olduğu şekilde, kurulmuş ve programının 7., 12. ve 13. maddelerinin taşıdığı manâ ve maksat y6n6nden din, mezhep ve tarikat esaslarına dayanan ve gayesini saklayan dernekler durumunda bulunduğu anlaşılmıştır.»

Prof. 6zkan Tikveş'in de pek haklı olarak s6ylediği gibi, bu kapatma kararının siyasi hayatımızda yarattığı tedirginlik b6y6k olmuştur (14). Gerçekten, bir siyasi partinin bir Sulh Mahkemesi kararıyla kapatılması 6zellikle siyasi demokratik hayat tecr6besi zengin olmayan 6lkeler bakımından 6ok sakıncalı olarak g6r6lmek lâzımdır.

Demokrat Partinin Kapatılması

27 Mayıs 1960 Harekâtıyla siyasi hayatın dışına atılmış bulunan Demokrat Partide bir mahkeme kararıyla kapatılmıştı. Bu partiye mensup bir vatandaş (Avukat Cemal 6zbey) (15) tarafından (Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesinde 20.6.1960 g6n6) a6ılan dava sonucu Demokrat Parti kapatılmış (16) ve b6t6n mal varlığı 6zerine ihtiyati tedbir konulmuştu. Mahkeme kararının h6k6m fıkrasında partinin feshediildiği belirtiliyor ve «Medeni Kanunun 71. maddesine aykırı hareketleri dolayısıyla şahsi menfaatlerinin haleldar olduğu sabit olan davacı 6yeye Bor6lar Kanununun 49. maddesi gereğince takdir olu-

(14) Tikveş, 6zkan, «Anayasa Mahkemesi'nin bazı yetkileri konusunda Alman Hukukuyla Mukayeseli bir İnceleme,» İ.6.H.F. Mecmuası, Sayı 1-4, 1973, s. 264 - vd.

(15) Ayrıntılı bilgi i6in bakınız; Cemal 6zbey, **Demokrat Partiyi Nasıl Kapattdım**, Ankara, 1961.

(16) 27 Mayıs Harekâtı sonucu iktidara el koyan **Milli Birlik Komitesi** 6ıkardığı 13 numaralı tebliğ ile yeni Anayasa ve Se6im Kanunları y6r6rl6đe girinceye kadar b6t6n siyasi partileri ve siyasi faaliyetleri esasen yasaklandığından D.P. i6in Milli Birlik Komitesi ayrıca bir karar almamıştı.

nan 1001 liranın ödenmesine; bu şekilde hükmolunan manevî tazminatın davalı partiden alınmasına karar verilmiştir» deniliyordu. Kararın gerekçesinde «bir dernek niteliğinde olan bu siyasi partinin, dini siyasete âlet ettiği, zümre tahakkümü kurduğu, esas gayesinden ayrıldığı»v.s. belirtilmişti.

ÜÇÜNCÜ KESİM : SİYASAL PARTİLERİN KAPATILMASINDA ANAYASA MAHKEMESİ KARARI ŞARTI ARANMASI

1961 - 1980 Dönemindeki Siyasal Partiler Rejimi ve Anayasa Mahkemesi

Biraz evvel belirttiğimiz 1950 - 60 döneminde geçirilen deneylerin, yani Millet Partisinin ve Demokrat Partinin Dernekler Kanununa tabi olarak alt derecede bir mahkeme kararıyla kapatılmasının siyasal sistemin ve yaşamın gelişmesi bakımından pek başarılı sonuçlar verdiğini söyleyemeyiz. Nitekim, 1961 Anayasasını yapanlar da bundan böyle Türkiye’de siyasal partilerin denetimi gibi çok önemli bir konunun normal mahkemeler kanalıyla değil, savaş sonrasında Almanya, İtalya ve Avusturya’da olduğu gibi ayrı bir Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmasının daha uygun olacağını düşünmüşlerdir. Ve bunun için de, 1949 Bonn (Federal Alman) Anayasasının 21. maddesi örnek alınarak Türkiye’de siyasal partileri denetleyecek ayrı bir Anayasa Mahkemesi kurulmuş ve siyasal partilerle ilgili olarak Anayasanın 56. ve 57. maddelerine özel hükümler konulmuştur (17). Ayrıca Anayasada çıkarılması öngörülen 648 sayılı **Siyasi Partiler Kanunu** da 1965 yılında kabul edilmiştir.

1961 Anayasası 57. maddesinde siyasal partilerin uyacakları esasları da şöyle gösteriyordu : «Siyasi Partiler Tüzükleri, programları ve faaliyetleri insan hak ve hürriyetlerine dayanan demokratik ve

[17] 1961 Anayasası’nın 56. maddesi şöyle demektedir : «Vatandaşlar siyasi parti kurma ve usulüne göre partilere girme ve çıkma hakkına sahiptir. Siyasi partiler önceden izin almadan kurulur ve serbestçe faaliyette bulunurlar. Siyasi partiler ister iktidarda ister muhalefette olsunlar demokratik siyasal hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır.» 2.7.1971 ve 2421 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle bu maddeye şu fıkra eklenmiştir; «Son milletvekili genel seçimlerde muteber oy sayısının en az % 5’ini alan veya bu seçimlerde Millet Meclisinde grup teşkil edecek sayıda milletvekilliği kazanmış bulunan siyasi partilere devletçe yapılacak yardım kanunla düzenlenir.» Böylece bu değişiklikle siyasi partilere hazineden devlet yardımı yapılması ilkesi getirilmiştir.

lâik cumhuriyet ilkelerine ve devletin ülkesi ve milleti ile bölünmezliği temel hükmüne uygun olmak zorundadır. Bunlara uymayan partiler temelli kapatılırlar.»

Partilerin iç çalışmaları, faaliyetleri, Anayasa Mahkemesine hangi hallerde ve ne surette hesap verecekleri ve bu mahkemece mal denetimlerinin nasıl yapılacağı demokrasi esaslarına uygun olarak kanunla düzenlenir (18).

Siyasi Partilerin kapatılması hakkındaki davalara Anayasa Mahkemesinde bakılır ve kapatma kararı ancak bu mahkemece verilir.»

1961 Anayasası, **Yargı** başlığını taşıyan **3. Bölümünde** Anayasa Mahkemesinden, Yüksek Mahkemeler ve Yüksek Hâkimler Kurulundan sonra ayrıca söz etmektedir (19). Anayasanın 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151 ve 152. maddelerinde Anayasa Mahkemesinin kuruluşu, üyelik, görev ve yetkileri, yargılama ve çalışma usulü v.s. düzenlenmektedir. Bu maddelerde siyasal partilerle ilgili doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır. Yalnızca 147. maddede, Anayasa Mahkemesinin görevleri sayılırken, Anayasa Mahkemesinin kendisine «**Anayasa ile verilen diğer görevleri**» de yerine getireceği belirtilmiştir. 148. madde de Anayasa Mahkemesinin yargılama ve çalışma usulünden söz edilirken, **Anayasa Mahkemesinin kuruluş ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiş** ve Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalar hariç, diğer işleri dosya üzerinde inceliyeceği, ancak gerekli gördüğü hallerde sözlü açıklamaları dinlemek üzere ilgilileri çağıracağı belirtilmiştir.

1961 - 1980 Döneminde Siyasal Parti Kapatma Nedenleri

1961 Anayasası sisteminde belli başlı parti kapatma nedenleri şunlardı :

1 — **Cumhuriyetin korunması yolundaki Anayasa ilkesine aykırı hareket** (m. 1). Anayasa gerekçesine göre «Cumhuriyet, Türk Devrinin bir ifadesidir.» Gerekçe şöyle demektir : «**Türkiye Cumhuriyeti her türlü saltanat, şahıs ve zümre hakimiyeti şekillerini reddeden demokratik bir devlettir.**»

(18) Bu fıkra 20.3.1973 tarihinde yayımlanan 1699 sayılı kanunla yapılan Anayasa değişikliği ile bu şekli almıştır. Aynı fıkra eskiden (1961) şu şekilde idi; «Siyasi partiler gelir kaynakları ve giderleri hakkında Anayasa Mahkemesine hesap verirler.»

(19) Bu durum 1982 Anayasası'ndan farklıdır, 1982 Anayasası Anayasa Mahkemesi'ni Yüksek Mahkemeler bölümünde göstermektedir.

2 — **Demokratik devlet ilkesinin korunması**: Anayasada yer alan demokratik devlet ilkesini Anayasa Mahkemesi bir kararında şöyle yorumlamıştır. «Doğrudan doğruya halk idaresinde halkı nasıl halkın çoğunluğu yönetmekte ise, temsili rejimlerde de yine halkın çoğunluğunu temsil edenlerin yönetimin başında bulunmaları gerekmektedir. Halkın azınlığını temsil eden bir topluluğun yönetimine demokratik idare vasfını vermek mümkün değildir (20). Görülüyor ki, **Anayasa Mahkememiz Anayasa'daki demokratik devlet ilkesini**, bu kararında, çoğunluğun yönetimi olarak anlamaktadır. Fikrimizce temel olarak Anayasa Mahkemesinin demokratik devlet tanımı doğru olmakla beraber, kuşkusuz demokrasi sadece çoğunluk yönetimi anlamına gelmez. Demokratik rejimin temel hak ve hürriyetlere ve azınlığın (muhalafetin) haklarına saygı gibi başka temel unsurları da vardır.

3 — **Milli egemenliğin korunması ilkesi**: 1961 Anayasası'ndaki «kayıtsız şartsız milli egemenlik» ilkesi ilk defa 1921 Anayasası'nda ifade edilmiş, daha sonra Cumhuriyet'in ikinci Anayasası olan 1924 Anayasası'nda da bu ilke tekrarlanmıştır. Milli egemenlik sorunu, egemenliğin ve onun belirtisi olan siyasal iktidarın kaynağının millet olduğunu kabul etmek demektir. Millet egemenliğine sahip olduğu halde, siyasal iktidarı kullananlar egemenliğe sahip değildirler.

4 — **Bağımsızlığın korunması ilkesi**: 1961 Anayasası'na göre, siyasal partilerin uymaları gereken ve uymamaları halinde kapatma nedeni teşkil eden anayasal ilkelerden biri de, Türk Devletinin bağımsızlığının korunması ilkesidir (m. 2). Yani siyasal partiler bağımsız Türk Devletini başka bir devletin güdümü, yönetimi altına sokacak faaliyet ve hareketlerde bulunamazlar, bu yolda ödünler veremezler.

5 — **Lâikliğe aykırı hareket etmeme ilkesi**: Anayasa'nın Cumhuriyetin diğer niteliklerini sayan ikinci maddesinde yer alan ölçülerden biri de, Cumhuriyetin lâik niteliğidir. Şu halde siyasal partiler devletin lâiklik niteliğini giderecek hareket ve faaliyetlerde bulunamazlar. Tüzükleri ve programları da bu esasa aykırı olamaz. Buna aykırı hareket eden partiler, Anayasa'nın 19. ve 57. maddeleri hükümlerine göre temelli kapatılırlar. Bu konu üzerinde ileride Milli Nizam Partisi'nin kapatılması dolayısıyla ayrıntılı olarak duracağız.

(20) 1965 Siyasal Partiler Rejimi hakkında Bkz., Abadan, Yavuz, «Türk Siyasi Partiler Kanunu», A.Ü. SBF Dergisi, 21.10.1966, s. 171, 218.

6 — Siyasal partilerin uyacakları anayasal ilkelerden biri de, Anayasanın 57. maddesinin ilk fıkrasında belirtilen ilkelerden biri olan «devletin ülkesi ve milletiyle bölünmezliği» temel hükmüne saygı göstermektir. Bu temel hükme uymayan partiler de, Anayasa Mahkemesi tarafından temelli olarak kapatılırlar. 1961 Anayasası sisteminde siyasal parti kapatma nedenleri fikrimizce sadece bunlardan ibaret olmayıp, bu ilkelere Anayasanın 2. maddesinde yer alan «sosyal hukuk devleti» ilkesini de eklemek gerekir. Ayrıca, egemenliğin kullanılmasının hiçbir surette belli bir kişiye zümreye veya sınıfa bırakılmayacağını öngören Anayasa'nın 4. maddesi bu esaslara aykırı hareket eden partiler için de kapatılma nedenidir. Yani böylece Anayasa diktaya yönelecek siyasal partileri, kişileri, zümreleri, veya sosyal bir sınıfı engellemektedir. Buna uymayacak siyasal partilerin Anayasa Mahkemesi'nce temelli kapatılacağı kuşkusuzdur.

Başka Parti Kapatma Nedenleri : Milli Güvenlik, Kamu Düzeni, Genel Ahlâk : Prof. Tikveş'e göre, 1961 Anayasası'nda parti kapatma nedenleri sadece bunlar olmayıp, başka nedenlerle de kapatma mümkündür. Bu nedenler, Tikveş'e göre, 1961 Anayasası'nın 29. maddesinde (21) belirtilen «**Milli güvenliğin, kamu düzeninin ve genel ahlâkın korunmasıdır**» (22) zira, 1961 Anayasası'nı yapanlar ve Siyasal Partiler Kanunu ile partilerin çalışma alanlarını düzenleyenler, partilerin birer dernek oldukları yolundaki **Alman Siyasal Partiler Kanunu'nun parti tanımından hareket etmişlerdi** (23).

[21] Anayasanın 29. maddesi 1961 yılındaki ilk şekliyle şöyleydi : Herkes önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak ancak kamu düzenini veya genel ahlâkı korumak için kanunla sınırlanabilir.» Bu madde 22.9.1971 tarihinde (12 Mart müdahalesinden sonra) yapılan Anayasa değişikliği ile şu şekli almıştır. «Herkes önceden izin almaksızın dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasında uygulanacak şekil ve usuller kanunda gösterilir. Kanun devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, milli güvenliğin, kamu düzeninin ve genel ahlâkın korunması maksadıyla sınır koyabilir. Hiç kimse bir derneğe üye olma veya dernekte üye kalmaya zorlanamaz. Dernekler Kanunun gösterdiği hallerde hâkim kararıyla kapatılabilir. Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, milli güvenliğin, kamu düzeninin ve genel ahlâkın korunması bakımından gecikmede sakınca bulunan hallerde de, hâkim kararına kadar kanunun açıkca yetkili kıldığı merciin emriyle faaliyetten alıkonabilir.»

[22] Tikveş, Özkan, a.g.m., s. 311.

[23] Tikveş, Özkan, a.g.m., s. 303 vd.

Federal Alman (Bonn) Anayasası'na Göre Parti Kapatma Nedenleri

Türk Anayasası'na hem genelde hem de siyasal partiler ve Anayasa yargısı konusunda geniş ölçüde modellik ve kaynaklık etmiş bulunan 1949 Bonn Federal Alman Anayasası'na göre (m. 21) şu partilerin Alman Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılacağı öngörülmüştür :

1. **Alman Federal Cumhuriyeti'nin varlığını tehlikeye sokan partiler.**
2. **Hürriyetçi, demokratik, temel düzeni yok etmeyi veya ihlâl etmeyi amaçlayan siyasal partiler.**

21. madde uyarınca Alman Anayasa Mahkemesi 1952 ve 1956 yıllarında iki siyasal partiyi kapatmıştır. Bunlardan biri 1952 yılında Nazi eğilimli Sosyalist Devlet Partisinin kapatılması; diğeri 1956 yılında Komünist eğilimli bir partinin kapatılmasıdır. Burada dikkat edilecek nokta, o tarihlerde Alman Siyasal Partiler Kanunu'nun daha henüz çıkarılmamış olmasıdır. Buna rağmen **Anayasa Mahkemesi doğrudan doğruya** Anayasadaki bu hükme dayanarak bu partileri kapatmıştır. (Alman Siyasal Partiler Kanunu 1967 yılında çıkarılmıştır.)

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin müstakar içtihatlarına göre, bir siyasal partinin kapatılma yoluyla siyasal hayatın dışına atılabilmesi : **bu partinin hür demokratik düzenin en yüksek prensiplerini reddettiği durumlarda düşünülebilir.** Siyasal parti yetkili organlarında hem böyle bir amaç saptanmalı hem de, bu amaca yönelik somut hazırlıklarda ve girişimlerde bulunulmalıdır. Yine Alman Federal Anayasa Mahkemesinin temel görüşüne göre, bir partinin kapatılabilmesinde gerekli olan Anayasa'ya aykırı amaçların; partinin programından, tüzüğünden, parti yetkili organ ve kademelerinin açıklamalarından, parti ideologlarının, teorisyenlerinin yazılarından, parti ileri gelenlerinin demeçlerinden, konuşmalarından, partide kullanılan eğitim ve propaganda araçlarından, partinin yayınladığı dergi ve gazetelerden anlaşılması ve ortaya çıkarılması gerekir (24). Böylece bir siyasal

(24) Alman Anayasa Mahkemesi yukarda sözü edilen Nazi eğilimli partinin kapatılmasında şöyle demiştir. «Siyasal Partiler, Anayasaya aykırılıklarına hükmedilmedikçe, siyasal iradenin oluşumuna serbestçe katılma fonksiyonlarını yerine getirirler. Siyasal partiler kendilerine tanınan hürriyetlerden kayıtsız şartsız yararlanırlar. Siyasal partilere sağlanan kanuni himaye partinin bütün örgütlerine de tanınır.»

partinin kapatılması gibi çok önemli bir konuda çok etraflı derine inen, somut delillere ve doğru bilgi ve bulgulara ihtiyaç vardır. Anayasa Mahkemesi bu bulgulara göre kararını verecektir.

1961 Anayasası'na ve bu Anayasa uyarınca 1965 yılında çıkarılan 648 sayılı Siyasal Partiler Kanununa göre başlıca parti kapatma nedenleri bunlardır. Fakat aynı zamanda bu Anayasanın 57. maddesi partilerin **sadece faaliyetlerinin değil, tüzüklerinin ve programlarının da «insan hak ve hürriyetlerine dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyet ilkelerine ve devletin ülkesi ve milletiyle bölünmezliği temel hükmüne uygun olmak»** zorunda olduklarını belirtmiştir. Yani program ve tüzükleri bu esaslara aykırı olan siyasal partiler de Anayasa Mahkemesi tarafından temelli olarak kapatılacaktır.

12 Mart Muhtarası Dönemi

12 Mart 1971 döneminde yapılan Anayasa değişikliği, dernek kurma hakkındaki 1961 Anayasası'ndaki hükmü (m. 29) değiştirmiştir. Yalnız Tikveş'in Alman Siyasi Partiler Kanunu'ndan ve Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararından esinlenerek öne sürdüğü gibi parti kapatma nedenlerini bu maddeye dayanarak çok genişletmek, örneğin bu maddedeki «kamu düzeni» kavramına dayanarak bir partinin kapatılmasına gitmek bazı hallerde tehlikeli ve sakıncalı olabilir. Çünkü kamu düzeni gibi kavramlar, aslında sınırları pek iyi belli olmayan, bulutlu, her anlama çekilebilecek ve geniş siyasal takdiri unsurları da içeren kavramlardır. Örneğin, kanuna aykırı olarak toplantısını belirli saat dışına taşıran veya yürüyüş kolunu belirli güzergâhtan geçirmeyerek, kanunu ihlal eden bir parti kuşkusuz kamu düzeninin ihlâl etmiş olmaktadır. Şimdi bu parti bu nedenlerle kapatılacak mıdır? Öte yandan kanımızca Türk Anayasa Koyucusu, yukarıda bahsettiğimiz 1950-60 dönemindeki siyasi partilerin, o zamanki hükümlere göre, bir siyasal dernek sayılıp normal mahkemelerce kapatılabilmelerini önlemek ve bu çok önemli konuyu Anayasa'ya ve Anayasa uyarınca bir Siyasal Partiler Kanunu'na göre düzenlemekle siyasal partileri alelade bir siyasal dernek hüviyetinden kurtarmak istemiştir. Tikveş'in görüşü kabul edilecek olursa, o zaman şöyle denecektir : Siyasal Partiler aslında bir dernektirler; siyasal bir dernektirler. Siyasal partilerin Anayasa ile düzenlenen ve kapatılmaları çok özel şartlara ve usullere bağlanan birer dernek oldukları görüşü belli ölçüde kabul edilebilir, ama sayın Tikveş'in bu konuda vardığı sonuca, yani 29. maddede derneklerin kapatılması nedenlerinin,

örneğin kamu düzenin parti tarafından ihlali nedeniyle dernek gibi kapatılması gerektiği yolundaki düşüncesine katılmıyoruz. Kanımızca kanun koyucu bu maddede siyasal partiler için değil, alelade dernekler için yeni kapatma nedenleri getirmek istemiştir. 12 Mart öncesi dernek faaliyetlerinin aldığı şekil üzerine bu yola gitmek zorunluluğunu duymuştur. Çünkü o dönemde, çeşitli adlarla çalışan ve bazıları «güzelleştirme derneği» gibi masum görüşler taşıyan 40.000'den ziyade dernek faaliyette bulunuyordu [25].

Anayasa'daki Lâiklik İlkesine Aykırı Hareket Nedeniyle Parti Kapatılması : Milli Nizam Partisi'nin Kapatılması Olayı

1961 Anayasası'ndaki lâiklik ilkesine dayanılarak bir partinin kapatılması olayı 20 Mayıs 1971 tarihinde Anayasa Mahkemesinin Milli Nizam Partisi'nin kapatılması hususundaki kararıyla ortaya çıkmıştır.

Cumhuriyet Başsavcısının bu dava ile ilgili iddianamesinde parti liderinin ve Genel İdare Kurulu üyelerinin lâiklik ilkesine aykırı beyanlarda bulundukları ve eylemler yaptıkları iddia olunmuştur. Anayasa Mahkemesi davaya dosya üzerinde bakmıştır. (Davanın duruşmalı olarak yapılmasını öngören Siyasi Partiler Kanunu'nun 108. maddesi, daha önce Anayasa Mahkemesince Anayasa'nın 148. maddesine aykırı görülerek iptal edilmişti [26].

Anayasa Mahkemesi, Başsavcının bu iddiasını esas itibarıyla yerinde bulmuş ve partiyi temelli kapatmıştır. Anayasa Mahkemesinin kapatma ile ilgili kararının hüküm fıkrasında «Milli Nizam Partisi'nin faaliyetlerinin Anayasa ve Siyasi Partiler Kanunu'nun hükümlerine aykırı düştüğü ve 648 sayılı Siyasi Partiler Kanunun 111. maddesinde belirtilen kapatma koşullarının gerçekleştiği ifade edilmiştir. Karar oybirliği ile alınmıştır. (İlginç olan nokta, bu parti hakkındaki kapatma davasının 8.4.1971 tarihinde, yani 12 Mart Muhtırasını izleyen olağanüstü dönemde açılmış olmasıdır. Mahkeme kararını 20.5.1971 tarihinde vermiştir.)

-
- [25] Yeni Siyasi Partiler Kanunu bu boşluğu görerek yeni düzenlemelerde genel ahlak v.s. kavramlarını da partilerin uyacakları esaslar arasında açıkça belirtmiştir.
- [26] Bilindiği üzere 1961 Anayasası'nın Anayasa Mahkemesinin Yargılama ve Çalışma Usulünü belirleyen 148. maddesi 12 Mart döneminde, (20.3.1973 tarihinde) yayınlanan 1699 sayılı Kanunla değiştirilmiş ve ikinci fıkra da şu şekli almıştır : «Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalar ile Siyasi Partilerin kapatılması hakkındaki davalar dışındaki işleri dosya üzerinde inceler, ancak gerekli gördüğü hallerde, sözlü açıklamalarını dinlemek üzere ilgilileri çağırır.»

1961 Anayasası'nda Lâiklik İlkesi (27)

Anayasa Mahkemesi, bu kararında (28) temel olarak Anayasanın din ve vicdan hürriyeti başlığını taşıyan 19. maddesinin son fıkrasına dayanmıştır. Bu fıkra, devletin laik niteliğini anlatmaktadır. 19. madde o zaman şu şekilde idi (29); «herkes vicdan ve dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.

Kamu düzenine veya genel ahlâka veya bu amaçlarla çıkarılan kanunlara aykırı olmayan ibadetler, dini ayin ve törenler serbesttir.

Kimse ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz. Kimse dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz.

Din eğitimi ve öğrenimi ancak kişilerin kendi isteğine ve küçüklerin de kanuni temsilcilerinin isteğine bağlıdır.

Kimse devletin sosyal, iktisadi, siyasi veya hukuki temel düzenini, kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi veya şahsi çıkar veya nüfuz sağlama amacıyla her ne surette olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz. Bu yasak dışına çıkan veya başkasını bu yolda kışkırtanlar kanuna göre cezalandırılır; dernekler, yetkili mahkemece ve **siyasi partiler Anayasa Mahkemesince temelli kapatılırlar.»**

648 Sayılı Siyasi Partiler Kanunu'na Göre Lâiklik İlkesi

Millî Nizam Partisi'nin kapatılması davasında 1961 Anayasası'nın 2., 19., 57. ve 148. maddeleri uyarınca kararını veren Anayasa Mahke-

[27] Laiklik ilkesi hakkında geniş ve ayrıntılı bilgi için bkz. Dâver, Bülent, **Türkiye Cumhuriyetinde Lâiklik**, A.Ü.S.B.F. Y., 1955, Ankara.

[28] Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı ve lâiklik ilkesinin yorumu hakkında bkz. Tikveş, Özkan, «Cumhuriyetimizin Elli Yıllık Döneminde Lâikliğe Aykırı Partilerin Kapatılması Sorunu», **İ.Ü.H.F.M.**, 1973, İstanbul, s. 280 vd.

[29] 19. maddenin konuyla ilgili son fıkrası 22.9.1971 tarihinde (12 Mart dönemi) yayımlanan 1488 sayılı Kanunla şu şekilde değişmiştir. «Kimse devletin sosyal, iktisadi, siyasi veya hukuki temel düzenini, kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi veya şahsi çıkar veya nüfuz sağlama amacıyla, her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez veya kötüye kullanamaz. Bu yasak dışına çıkan veya başkasını bu yolda kışkırtan (gerçek ve tüzel kişiler) hakkında **kanunun gösterdiği hükümler uygulanır ve siyasi partiler Anayasa Mahkemesince temelli kapatılır.»**

mesi, Anayasanın öngördüğü ve 1965 yılında çıkarılan 648 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 92. maddesine de atıfta bulunmuştur. Anayasanın 19. maddesine paralel olarak düzenlenen Siyasi Partiler Kanunu'nun 92. maddesine göre «**siyasi partiler Türkiye Cumhuriyeti'nin lâiklik niteliğini değiştiremezler.**»

Anayasa Komisyonu sözcüsü, lâiklik ilkesi görüşülürken «genel oyun kabul edildiği fakat okuyup yazma oranının düşük olduğu bir memlekette halkın bir an için gaflet göstermesinden yararlanılarak teokratik devletin amacına ulaşabileceğini» söylemişti (30).

1 — Siyasal Partiler Kanunu'na göre, herhangi bir parti Halifelik isteyemez ve Halifeliğin geri getirilmesi için çalışamaz (m. 93).

2 — 94. maddede **lâik devlet düzeninin korunması** zikredilmiştir. Lâik devlet düzeninden maksat, tekrasinin değil, milletin egemenliğinin kabul edilmesidir. (Siyasi Partiler Kanunu, 19. maddesinin son fıkrasındaki kapatma nedenlerini ve unsurlarını (sosyal, iktisadi, hukuki...) aynen tekrarlamış, ancak siyasi kelimesine yer vermemiştir. Kanımızca kanun koyucu bu üç unsurun özellikle sosyal teriminin siyasiyi de kapsadığını zımnen kabul etmiştir.)

3 — Siyasi Partiler Kanunu'nun 95. maddesine göre de, din, mezhep, tarikat esaslarına veya adlarına dayanan partiler kurulamaz.

4 — Siyasi Partiler Kanunu'nun 96. maddesine göre, siyasi partiler dini gösteri yapamazlar.

5 — Siyasi Partiler Atatürk Devrimlerinin korunması ile ilgili kanunlara aykırı hareket edemezler. Her ne kadar 19. maddede Devrim Kanunlarından bahsedilmişse de 153. maddede «Türkiye Cumhuriyeti'nin lâiklik niteliğini koruma amacını güden Devrim Kanunlarından söz edildiğine göre, bu devrim kanunlarının da 19. maddede yazılı «devletin sosyal, iktisadi, siyasi, hukuki temel düzenini» teşkil ettiği muhakkaktır. Bu itibarla Siyasi Partiler Kanunu'nun 97. madde-

(30) 1961 Anayasası devrimlerle ilgili kanunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla dava açılmıyacağını öngörmüştür. Bu Anayasanın 4. kısmı «Çeşitli Hükümler» başlığı altında «Devrim Kanunlarının korunmasından söz etmiştir. Anayasanın 153. maddesine göre «Bu anayasanın hiç bir hükmü Türk toplumunun çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi ve Türkiye Cumhuriyeti'nin lâiklik niteliğini koruma amacını güden ve Anayasa'da gösterilen Devrim Kanunlarının, bu Anayasa'nın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamaz ve yorumlanamaz.»

sinde Devrim Kanunlarından söz etmesi ve bunları lâiklik ilkesi ile ilgili görmesi yerindedir.

Anayasa Mahkemesi'nin Esas İtibariyle Bölücülük Nedeniyle Parti Kapatması

Anayasa Mahkemesi yine 12 Mart 1971 tarihinden sonra açılan bir davada Türkiye İşçi Partisi hakkında **esas itibariyle bölücülük nedeniyle dayanarak** Türkiye İşçi Partisi'nin kapatılmasına karar vermiştir. 20.7.1971; E. 1971/3 dosya sayılı ve Resmî Gazete'nin 6.11.1972 tarihli 14064 sayılı nüshasında yayınlanan karara göre olay şöyle olmuştur :

Cumhuriyet Başsavcısı, 1970 yılında yaptığı 4. Büyük Kongresi'nde Türkiye İşçi Partisi'nin aldığı kararların 6. bölümünde, Doğu sorunu bir azınlık sorunu haline soktuğunu ileri sürmüş ve böylece Anayasanın (31) üçüncü ve elliyedinci (32) maddelerinde öngörülen **«Türk Devletinin ülkesi ve ulusuyla bir bütün oluşturduğu yolundaki Anayasa Hükümlerinin»** ihlâl edildiğini söylemiştir. Başsavcı ayrıca 648 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun **«her türlü bölücü davranışları yasaklayan 87. ve 89. maddelere aykırı** davranıldığını belirtmiş, bu nedenle Anayasa'nın 57. ve Siyasi Partiler Kanunu'nun 87. ve 88. maddelerine ve ayrıca Siyasi Partiler Kanunu'nun 111/2. maddesine dayanarak partinin kapatılmasını istemiştir.

Anayasa Mahkemesi 12 Mart Muhtırasından hemen sonra açılan bu ikinci davada (birinci dava MNP ile ilgili olup, bu parti biraz evvel söylediğimiz gibi, lâiklik ilkesine aykırılık gerekçesiyle Anayasa Mahkemesince kapatılmıştı) Başsavcının istemi üzerine oybirliğiyle bu partinin, Anayasa ve Siyasi Partiler Kanunu'na aykırı olarak, bölücülük yaptığını ve Parti'nin **Türkiye ülkesi üzerinde kültür ve dil farklılıklarına dayanan azınlık bulunduğunu iddia etmekle** de Siyasi Partiler

(31) Devletin bütünlüğü, resmi dili ve başkentinden zahsedən Anayasanın 3. maddesi aynen şöyledir :

«Türkiye Devleti ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür. Resmi dil Türkçe'dir. Başkent Ankara'dır.»

(32) 57. maddeye ait Anayasa gerekçesinde şöyle denilmekteydi : «Devlet hayatında olağanüstü bir role sahip olan Siyasi Partilerin demokrasi düzenini ve Cumhuriyetin ilkelerini tahrîp edici bir kuvvet haline gelerek cemiyeti felâkete sürüklemesi karşısında Devletin seyirci kalamıyacağı aşîkârdır.»

Kanunu'nun 89. maddesini ihlal ettiğini karara bağlamıştır. Anayasa Mahkemesi MNP kararında olduğu gibi, bu davada da Siyasi Partiler Kanununun 111. maddesinin 2. fıkrasına dayanmıştır (33).

Anayasa Mahkemesi TİP'in 4. Büyük Kongresi'nde aldığı kararlardan 6. Bölümde yer alan «işçi sınıfının ve onun öncü örgütü partimizin öncülüğünde yürütülen sosyalist devrim mücadelesini tek bir devrimci dalga halinde bütünleştirmek için, Kürt ve Türk sosyalistlerinin parti içinde omuz omuza çalışmaları gerektiği» ibaresi üzerinde durmuştur. Anayasa Mahkemesi ayrıca TİP kongresinde alınan kararda «Partinin Kürt sorununa işçi sınıfının sosyalist devrim mücadelesinin gerekleri açısından baktığını kabul ve ilân eder» dendiğini hatırlatmıştır. Sonuç olarak parti bu nedenlerle temelli olarak kapatılmıştır.

Anayasa Mahkemesi bu kararını da, MNP'de olduğu gibi, 12 Mart dönemi içinde vermiştir. Ve böylece de 1961 Anayasası'nın radikal dinci sağ ve bölücülükle elele veren radikal solu dışladığını kabul etmiştir. Ancak birinci davada Anayasa Mahkemesi MNP'yi 19. maddede unsurları belirtilen lâiklik ilkesine aykırı hareket ve faaliyetler nedeniyle kapattığı halde TİP'i sosyalizm, marksizm ya da komünizm ilkelerine dayandığı ya da Anayasa'nın «egemenliğin kullanılması hiç bir suretle belli bir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz.» yolundaki 4. maddesinin 3. fıkrasına değil; devletin bütünlüğü ile ilgili 3. maddesine dayanarak kapatmıştır. Anayasa Mahkemesi, kanımızca, 1961 Anayasası'nın esas itibarıyla radikal solu ve sağı dışlayan fakat radikal dinci sağ daha çok sınırlayan siyasal fikir, düşünce ve siyasi parti örgütlenişi bakımından getirdiği sistem ve ölçülere uyarak doğru karar vermiştir diyebiliriz.

Ancak burada dikkatimizi çeken nokta şu olmuştur : Daha önce de siyasal partilerin Anayasa'ya ve Siyasi Partiler Kanununa rağmen bunlara aykırı hareketler olduğu konusunda çeşitli tarihlerde yakın-

(33) 648 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 111. maddesinin 2. fıkrası, «Parti Genel Kongresince veya merkez karar organı veya merkez yönetim organınca bu Kanunun 4. kısmında yer alan maddelere aykırı karar alınması... veya genelge ve bildiriler yayınlanması halinde partinin Anayasa Mahkemesince temelli kapatılacağını» öngörmektedir.

malar olmuş, basında yazılar çıkmış ve hatta bazı kanallardan resmi teşebbüslerde bulunulmuştur (34).

DÖRDÜNCÜ KESİM : 1982 ANAYASASI DÖNEMİ VE ANAYASA MAHKEMESİ

Türk siyasal hayatı 12 Eylül 1980'de yeni bir kesinti ile karşılaşmış ve demokrasiye, «daha sağlıklı bir demokratik rejimin kurulması amacıyla» bir süre ara verilmiştir.

12 Eylül 1980 - 1982 Dönemi

12 Eylül 1980 müdahalesiyle iktidarı ele alan Türk Silahlı Kuvvetleri, kendi bünyesi içinden çıkardığı Milli Güvenlik Konseyi yoluyla, kanunlar yapmış ve kararlar almıştır. Milli Güvenlik Konseyi'nin konumuzla ilgili kararı (7 numaralı bildiri) ile bütün siyasi partilerin tüm merkez, il, ilçe ve diğer teşkilâtları ile kadın ve gençlik kollarının temsilcilik, lokal ve diğer adlarla kurulan her türlü yardımcı kuruluş ve yan organlarının faaliyetleri yasaklanmıştır. Bu bildiri aslında siyasi partileri feshetmemiş, sadece siyasi partileri faaliyetlerini durdurmuş idi.

Milli Güvenlik Konseyi'nin 12 Eylül'den sonra **7 numaralı Bildirisi** ile faaliyetleri durdurulan siyasi partilerin mallarının idaresi, mal varlıklarına ilişkin menfaatlerinin korunması 27.10.1980 tarihinde çıkarılan Kanunda öngörülen kayyımlar tarafından sağlanmıştır. Kanun 4. maddesinde kayyımların görevlerini Sıkıyönetim Komutanının gözetim ve talimatı altında yerine getireceklerini belirtmiştir.

(34) Örneğin, 21.9.1964 tarihinde devrin Genelkurmay Başkanı Yasama Başkanlarına ve Başbakan'a birer mektup göndererek «parti kongrelerinde sarf edilen bazı sözlerin ilgililerle birlikte bir kere daha tezekkür buyurulmasını» istemiştir. Genel Kurmay Başkanından gelen bu uyarı üzerine Devlet Başkanı ve Siyasi Parti organlarının yetkili temsilcileriyle birlikte bir toplantı yapılmış ve Siyasi Partiler Kanununun bir an önce çıkarılmasının zorunlu olduğu kamuoyuna duyurulmuştur. Nitekim bir yıl sonra Anayasa'nın öngördüğü Siyasi Partiler Kanunu çıkarılmıştır. Kanunun Anayasa'nın kabulünden 4 yıl sonra çıkarılabilmiş olması, üzerinde düşünülecek bir olaydır ve bu konudaki siyasi partilerin uyuşmaz, katı tutumlarının bir işareti olsa gerektir. Unutmayalım ki, o dönemde hiçbir parti Meclis'te çoğunluğu elinde bulundurmamakta ve ülke, koalisyon hükümetleriyle yönetilmekte idi.

Bundan sonra Milli Güvenlik Konseyi 16.10.1981 tarihinde çıkardığı 2533 sayılı (35) «Siyasi Partilerin Feshine Dair Kanun'la» (m. 1) şu hükmü getirmiştir. «12 Eylül 1980 tarihinde kurulmuş olan ve faaliyetleri Milli Güvenlik Konseyi'nin 7 numaralı Bildirisi ile yasaklanmış bulunan bütün siyasi partiler, tüm merkez, il, ilçe ve diğer şube teşkilâtları, kadın ve gençlik kolları, temsilcilik, lokal ve diğer adlarla kurulan her türlü yardımcı kuruluş ve yan organları ile birlikte feshedilmişlerdir.» Kanun'un 2. maddesi, feshedilmiş bulunan siyasi partilerin ve her türlü yardımcı kuruluş ve yan organlarının (para dahil) taşınır taşınmaz bütün mallarının, Kanun yürürlüğe girdiği tarihte Hazine'ye geçeceğini öngörmüştür. Bu kanun 7. maddesinde, 13 Temmuz 1965 tarih ve 648 sayılı Siyasi Partiler Kanunu ile ek ve değişikliklerini de yürürlükten kaldırmıştır (36).

1982 Anayasasına Göre Siyasal Partiler Rejimi ve Anayasa Mahkemesi

12 Eylül harekâtıyla zikrettiğimiz karar ve kanunlarla siyasi faaliyetleri ve siyasi hayatları önce durdurulan, daha sonra sona erdirilen siyasi partiler rejimi 1982 yılında kabul edilen Anayasa'nın 68. ve 69. maddeleri ile yeniden düzenlenmiştir. Siyasal Partilerin 68. maddedeki yeni rejimi esas itibarıyla 1961 Anayasası'nın 57. maddesindeki düzenlemeye benzemekle beraber, eskisinden farklı olarak yeni Anayasa siyasi partilerin tüzük ve programlarının ve faaliyetlerinin «millet egemenliği» ilkesine aykırı olmayacağını belirtmiş, ayrıca eskisinden farklı olarak «sınıf veya zümre egemenliğini veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayan siyasi partilerin kurulamayacağını» belirtmiştir. Kanımızca, 82 Anayasası'ndaki bu yeni ilâve edilen fıkra kuşkusuz Anayasa Mahkemesi'nin görevini yapmasına daha büyük açıklık ve aydınlık getirmiştir. Böylece tebliğimizde daha önce değindiğimiz bir boşluğu Anayasa yapımcıları doldurmak istemişlerdir. Her ne kadar 1961 Anayasası 4. maddesinde egemenliğin kullanılmasının «hiç bir suretle belli bir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamayacağı»nı belirtmiş ise de, siyasi partiler deyimi o maddede yer almamıştır. Yani siyasi partilerin kapatılma nedenleri arasında sınıf veya zümre egemenliği veya her

(35) Bkz. Resmi Gazete, 16 Ekim 1981 - Sayı 17486, Mükerrer.

(36) Siyasi Partilerin Feshine Dair Kanun ile bu kanun gereğince Hazineye intikal eden malların tasfiyesine ilişkin Yönetmelik de 28.11.1981 tarihinde Resmi Gazete'nin 17528 sayılı nüshasında yayımlanmıştır.

hangi bir tür diktatörlüğün savunulmasının yerleştirilmesinin amaçlanması bu defa yeni Anayasa'nın 68. maddesi ile açıkca yasaklanmıştır. Anayasa böyle siyasal partiler kurulamayacağını kesin olarak belirtmiştir.

Bu maddenin gerekçesinde şöyle denilmektedir : «1961 Anayasası'nda anayasanın sağa ve sola ne oranda açık olduğu, ilk yıllardan beri tartışma konusu olmuştur. Bu nedenle bu gibi tartışmalara son vermek için, Türkiye'de bundan böyle sınıf ve zümre esasını, komünizmi, faşizmi, teokrasiyi veya her hangi bir diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi esas alan siyasi partilerin kurulamayacağı kabul edilmiştir.» Yeni Anayasa ayrıca siyasi partilerin teşkilatlanmalarına ve faaliyetlerine yeni kısıntılar ve sınırlamalar getirmiştir (37).

Yeni Anayasa'nın 69. maddesi siyasi partilerin uyacakları esasları şöyle belirtmiştir : «Siyasi partiler, tüzük ve programları dışında faaliyette bulunamazlar; Anayasa'nın 14. maddesindeki sınırlamalar dışına çıkamazlar; çıkanlar temelli kapatılır.» (38).

69. madde 1961 Anayasası'ndan farklı olarak şu yeni hükmü de getirmiştir : «Siyasi partiler, kendi siyasetlerini yürütmek ve güçlendirmek amacıyla dernekler, sendikalar, vakıflar, kooperatifler ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile siyasi ilişki ve işbirliği içinde bulunamazlar, bunlardan maddi yardım alamazlar.»

Siyasi partilerin parti için çalışmaları ve kararları demokrasi esaslarına aykırı olamaz.»

Siyasal partilerin mali denetimi Anayasa Mahkemesi'nce yapılır.

Cumhuriyet Başsavcılığı, kurulan partilerin tüzük ve programlarının ve kurucularının hukuki durumlarının Anayasa ve Kanun hüküm-

(37) Bu kısıntılar 68 maddenin son iki fıkrasında şu şekilde belirtilmiştir : «Siyasi Partiler yurt dışında teşkilatlanıp faaliyette bulunamaz, kadın kolu, gençlik kolu ve benzeri şekilde ayrıcalık yaratan yan kuruluşlar meydana getiremez, vakıf kuramazlar.

Hâkimler ve savcılar, yüksek yargı organları mensupları, yüksek öğretim kurumlarındaki öğretim elemanları, yüksek öğretim kurulu üyeleri, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile, yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri, öğrenciler ve Silahlı Kuvvetler mensupları siyasi partilere giremezler.»

(38) Yeni Anayasa'nın 14. maddesi temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması esasını getirmektedir. Esas itibarıyla İnsan Hakları Evrensel Demecinden ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden esinlenerek meydana getirilen bu maddedeki yasaklamalara biraz sonra değinilecektir.

lerine uygunluğunu, kuruluşların takiben ve öncelikle denetler ve faaliyetlerini de takip eder.

Siyasi partilerin kapatılması **Cumhuriyet Başsavcılığının açacağı dava** üzerine Anayasa Mahkemesi'nce karara bağlanır.

Temelli kapatılan siyasi partilerin kurucuları ile her kademedeki yöneticileri; yeni bir siyasi partinin kurucusu, yöneticisi ve denetçisi olmayacakları gibi, kapatılmış bir siyasi partinin mensuplarının üye çoğunluğunu teşkil edeceği yeni bir siyasi parti de kurulamaz.

Siyasi partiler, yabancı derneklerden, uluslararası kuruluşlardan, yabancı ülkelerdeki dernek ve gruplardan her hangi bir suretle aynı ve nakdî yardım alamazlar, bunlardan emir alamazlar ve bunların **Türkiye'nin bağımsızlığı ve ülke bütünlüğü aleyhindeki karar ve faaliyetlerine katılamazlar** (39). Bu fıkra hükümlerine aykırı hareket eden siyasi partiler de temelli kapatılır.

Siyasi partilerin kuruluş ve faaliyetleri, denetleme ve kapatılmaları yukarıdaki esaslar dairesinde kanunla düzenlenir. «Anayasanın öngördüğü kanun (**Siyasi Partiler Kanunu**) 22.4.1983 tarihinde 2820 numara ile kabul edilmiştir» (40).

1982 Anayasası'nın 69. maddesi, biraz evvel söylediğimiz gibi siyasal partilerin uymaları gereken esaslar arasında bu Anayasa'nın 14. maddesini de zikretmiştir. «**Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması**» ile ilgili olan 14. maddeye göre «Anayasa'da yer alan hak ve hürriyetlerden hiç biri devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak (41) veya dil, ırk, din ve mezhep ayrımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzeni kurmak amacıyla kullanılmazlar.

(39) Bu fıkra hükmü 1961 Anayasası'nda mevcut olmayıp, 1961-1980 döneminde bazı siyasi partilerin yabancı siyasal partilerle birlikte çalışmaları ve yurt dışında bazı mensupların giriştikleri eylem ve faaliyetler dolayısıyla bir tepki olarak yeni Anayasa'ya konulmuştur.

(40) Bkz. Resmi Gazete, 24 Nisan 1983, Sayı 18027.

(41) Bkz., Anayasa m. 6, fıkra 3 : «Egemenliğin kullanılması, hiç bir surette hiç bir kişiye zümreye veya sınıfa bırakılamaz.» Yine bkz. Anayasa m. 68, Fıkra 5 : «Sınıf veya zümre egemenliğini veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayan siyasi partiler kurulamaz.»

Bu yasaklara aykırı hareket eden veya başkalarını bu yolda teşvik veya tahrik edenler hakkında uygulanacak müeyyideler kanunla düzenlenir. Anayasanın hiç bir hükmü Anayasada yer alan hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkını verir şeklinde yorumlanamaz.

1983 Tarihli Siyasi Partiler Kanununa Göre Siyasi Partiler

Anayasanın öngördüğü Siyasi Partiler Kanunu, evvelce de söylediğimiz gibi, 22 Nisan 1983 tarihinde kabul edilmiş ve 24 Nisan 1983 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Siyasi Partiler Kanunu siyasi partileri **milli iradenin oluşmasını sağlayacak kuruluşlar** olarak (m. 3) göstermekte, ayrıca siyasi partileri demokratik siyasal hayatın vazgeçilmez unsurları olarak nitelemekte ve bunların Atatürk ilke inkılaplarına bağlı olarak çalışacaklarını; siyasal partilerin kuruluşlarının, organlarının seçimi, işleyişi, faaliyetleri ve kararlarının Anayasada nitelikleri belirtilen demokrasi esaslarına aykırı olamayacağını belirtmektedir (m. 4).

Siyasi Partiler Kanunu'na göre, Cumhuriyet Başsavcılığı partilerin kuruluşunu denetlemektedir. Kanunun 9. maddesine göre, Cumhuriyet Başsavcılığı kurulan partilerin tüzük ve programlarının ve kuruluşların hukuki durumlarının Anayasa ve kanun hükümlerine uygunluğunu ve belgelerinin tamam olup olmadığını, kuruluşlarını takiben, öncelikle ve ivedilikle inceler. Tesbit ettiği noksanlıkların giderilmesini ister. 30 gün içinde noksanlık giderilmediği veya istenen ek bilgi ve belgeler gönderilmediği takdirde, siyasal partilerin kapatılmasına dair hükümler uygulanır. 10. maddeye göre ise, Cumhuriyet Başsavcılığınca her siyasi parti için bir sicil dosyası tutulur ve sicile bir takım bilgilerle partilerin kapatılmaları veya kapanmaları ile ilgili bilgiler de işlenir. Maddeye göre bu siciller herkese açıktır.

Siyasi Partiler Kanunu, Anayasa Mahkemesi'nce yapılacak **mali denetimden** 74. maddesinde söz etmektedir. Buna göre partilerin genel başkanları karara bağlanarak birleştirilmiş bulunan kesin hesapları Anayasa Mahkemesine ve bilgi için Cumhuriyet Başsavcılığına Haziran ayı sonuna kadar vermek zorundadırlar. Anayasa Mahkemesi kesin hesaplara ait bilgilerin belgelendirilmesini 75. maddeye göre siyasi partilerden her zaman isteyebilir. Anayasa Mahkemesi denetimin evrak üzerinde yapar.

Konumuz bakımından asıl mesele Siyasi Partiler Kanunu'nun siyasi partilerle ilgili yasaklarıdır.

Siyasal Partilerin Amaç ve Faaliyetleri ile İlgili Yasaklar

Siyasi Partiler Kanunu bu yasakları şöyle göstermiştir :

1 — Demokratik devlet düzeninin korunması ile ilgili yasaklar (m. 78),

2 — Atatürk ilke ve inkılaplarının korunması (m. 84),

3 — Atatürk'e saygı ilkesi «Siyasi partiler Atatürk'ün şahsiyet ve faaliyetlerini veya hatırasını kötülemek veya küçük düşürmek amacını güdemez ve buna yol açabilecek davranış ve faaliyette bulunamazlar. Parti adlarıyla ambleminde Atatürk'ün adını kullanamazlar (m. 85).

4 — Siyasi Partiler Türkiye Cumhuriyetinin lâiklik niteliğinin değiştirilmesi ve Halifeliğin yeniden kurulması amacını güdemezler ve bu amaca yönelik faaliyette bulunamazlar (m. 86).

5 — Siyasi partiler dini ve dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemezler (42).

6 — Siyasi partiler dini tören ve ayin tertiplemezler veya parti sıfatıyla bu tören ve ayinlere katılamazlar. Siyasi partiler dini bayramları, ayinleri ve cenaze törenlerini parti gösterilerine ve propagandalarına vesile yapamazlar (m. 88).

7 — Yine Siyasal Partiler Kanunu'na göre, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın yerine ilişkin Anayasa'nın 136. maddesi hükmüne aykırı amaç güdemezler (m. 89).

8 — Siyasi partilerin tüzük, program ve faaliyetleri Anayasaya ve Kanun hükümlerine aykırı olamaz (m. 90).

9 — Siyasal Partiler kadın kolu, gençlik kolu ve benzeri şekilde ayrıcalık yaratan yan kuruluşlar meydana getiremezler, dernek ve vakıf kuramazlar (m. 91).

10 — Siyasi partilerin sendika, vakıf, kooperatif ve meslek kuruluşlarıyla siyasi ilişki kurmaları ve işbirliği yapmaları yasaktır (m. 92).

(42) Kanunun bu hükmü Anayasa'nın 24. maddesinin son fıkrasındaki hükme paralel olarak düzenlenmiştir.

11 — Siyasi parti içi çalışmaların demokratik esaslarına uygun olma zorunluluğu vardır (m. 93).

12 — Siyasi partilerde üniforma giyme ve güvenlik kuvvetlerinin görevlerini üstlenme yasağı vardır (m. 94).

13 — Anayasa Mahkemesinin siyasi partilerin denetimi ile ilgili bir örnek olay teşkil eden ve biraz sonra inceleyeceğimiz Doğru Yol Partisi'nin kapatılması istemiyle açtığı davada söz konusu edeceğimiz önemli ve tartışmalı bir konu da, temelli kapatılan siyasi parti mensuplarının durumlarıyla ilgili 95. maddedir. Bu maddeye göre, «Temelli kapatılan siyasi partilerin kapatılma tarihinde üyeliği devam eden kurucuların genel başkanı, merkez karar ve yönetim kurulu ile her kademedeki yönetim ve disiplin kurulu üyeleri ve TBMM siyasi parti grubu üyeleri, başka bir siyasi partinin kurucusu, yöneticisi ve denetçisi olamazlar. Bunlardan fiilleriyle siyasi partinin kapatılmasına neden olanlar on yıl süreyle başka bir siyasi partiye alınamazlar ve milletvekilliği için aday olamazlar

Kapatılmış bir siyasi parti mensuplarının üye çoğunluğunu teşkil edeceği yeni bir siyasi parti de kurulamaz (43).

14 — Siyasi Partiler Kanunu, siyasi partilerin feshine dair 2533 sayılı kanun gereğince kapatılmış bulunan siyasi partiler ile, bu tarihten önce ne sebeble olursa olsun kapatılmış siyasi partilerin isimleri, amblemleri, rümuşları, rozetleri ve benzeri işaretleri ile daha önce kurulmuş Türk devletlerine ait topluma mal olmuş bayrak, amblem ve flamaların siyasi partilerce kullanılamayacağını 96. maddede öngörmektedir. (fıkra 1).

Aynı maddeye göre, «kurulacak siyasi partiler, **kapatılan siyasi partilerin devamı olduklarını beyan edemezler ve böyle bir iddiada bulunamazlar**» (fıkra 2).

Yine 96. maddenin 3. fıkrasına göre, «komünist, anarşist, faşist, teokratik, nasyonal, sosyalist, din, dil, ırk, mezhep ve bölge adlarıyla veya aynı anlama gelen adlarla da siyasi partiler kurulamaz, veya parti adında bu kelimeler kullanılamaz».

15 — Siyasi partilerle ilgili diğer önemli bir yasak da, **12 Eylül 1980 Harekâtına karşı beyan ve tutum yasağıdır**. Kanunun 97. maddesine göre, «siyasi partiler Anayasanın başlangıç kısmında yazılı se-

(43) Bkz. Anayasa Geçici Madde 4.

beplerle Türk Silahlı Kuvvetlerinin **milletin çağrısıyla** gerçekleştirdiği 12 Eylül 1980 Harekâtına ve Milli Güvenlik Konseyi'nin karar ve icratına karşı herhangi bir tutum, beyan ve davranış içinde bulunmazlar».

Siyasi Parti Faaliyetlerinin Yeniden Başlaması

Siyasi Partiler Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra aynı gün **Milli Güvenlik Konseyi 24 Nisan 1983 tarih ve 76 numaralı Kararla (44) Siyasi Parti Faaliyetlerinde bulunmayı yasaklayan Milli Güvenlik Konseyi kararının yürürlükten kaldırıldığını belirtmiştir (m. 1).**

76 sayılı karar «Devletin korunması, milletin bölünmez bütünlüğünün devam ettirilmesi ve demokrasiye geçişin kesinleşmesi temel hedefine ulaşabilmek için» aşağıdaki yasakların devamını zorunlu görmüştür (45).

a — 2533 sayılı Kanunla feshedilmiş bulunan, siyasi partilerin eski mensuplarınca, partilerini veya şahıslarını savunma amaçlı da olsa, 12 Eylül 1980 öncesine benzer çekişme ve çatışmaların aralarında yeniden canlandırılmasına sebep olacak ve bunların dışındaki kişilerce böyle bir ortamın oluşmasını teşvik ve tahrik edecek yazılı veya sözlü beyanda bulunulması,

b — Yeni partilerin ve mensuplarının, gerek kuruluş gerekse ilk milletvekili genel seçimi sırasında, kamuoyuna tanıtılmaları için yapılacak çeşitli faaliyetlerde, feshedilmiş siyasi partilere ve mensuplarına ilişkin olarak suçlayıcı, methedici veya savunucu nitelikte yazılı veya sözlü beyanda bulunulması,

c — 12 Eylül 1980'den bu yana ve bundan sonra Milli Güvenlik Konseyi'nin karar, bildiri ve icraatıyla Cumhurbaşkanı'nın halkı aydınlatmak için yurt içindeki yaptıkları ve yapacakları gezilerdeki beyanlarının ve 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu çerçevesinde Sıkıyönetim Komutanlarının koydukları yasaklar ve aldıkları kararlar ve beyanlarının tartışma ve eleştirme konusu yapılması,

(44) Bkz. 24 Nisan 1983 tarih ve 18027 sayılı Resmî Gazete.

(45) Madde 2 ve 3.

d — **Anayasa'nın Geçici 4. maddesinin (a) bendi ile kendilerine** özel yasak getirilen kişilerce (46) Türkiye'nin geçmiş veya gelecek siyasi ve hukuki durumlarıyla ilgili olarak sözlü veya yazılı beyanda bulunulması yasaktır.

Bu karar ile konulan yasaklara uymayanlar hakkında, fiilleri başka bir suç oluştursa dahi, ayrıca 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 16. maddesi uyarınca yasal işlem yapılacaktır.

Milli Güvenlik Konseyi 7 Temmuz 1983'te yayınlanan 31 nolu bildirisiyle siyasal partiler hakkında alınan şu önemli kararı kamuoyuna duyurmuştur (47).

1 — 16 Mayıs 1983 tarihinden bu yana bir kısım siyasi partiler, kuruluşları kesinleşerek faaliyete başlamış bulunmaktadır.

2 — Bu partilerin ve mensuplarının kuruluş, gelişme ve ilk milletvekili genel seçimleri sırasında yapacakları tanıtma faaliyetlerinde uymak zorunda oldukları hususlar 76 sayılı Milli Güvenlik Konseyi kararıyla belirlenmiştir.

3 — Ancak, 298 sayılı **Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkındaki Kanun**'un seçim propagandasına ilişkin hükümleri karşısında siyasal partilerin gelişme safhasındaki tanıtma faaliyetleri üzerinde olabilecek tereddütlerin giderilmesi maksadıyla aşağıdaki açıklamanın yapılmasına karar verilmiştir.

(46) 1982 Anayasası'nın Geçici 4. maddesinin birinci paragrafı şöyledir : «16 Ekim 1981 tarih ve 2533 sayılı Kanun'la feshedilmiş bulunan siyasi partilerden; 11 Eylül 1980'den sonra gerek parti tüzel kişiliği, gerek bunların merkez yöneticilerinden veya Parlamento üyelerinden her hangi biri hakkında Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabı'nın Birinci Bab'ında yer alan Devletin Şahsiyetine Karşı İşlenmiş Cürümlerden her hangi biri ile ilgili olarak kamu davası açılmış olanlarla, 11 Eylül 1980 tarihinde iktidar partisi ve ana muhalefet partisi durumunda bulunan siyasi partilerin;

a - 1 Ocak 1980 ve daha sonraki tarihlerde; Genel Başkan, Genel Başkan Yardımcıları veya vekilleri, Genel Sekreterleri, bunların yardımcıları ve Merkez Yönetim Kurulu veya benzeri organların üyeleri; Anayasa'nın halkoylaması sonucu kabulü tarihinden başlayarak 10 yıl süre ile siyasi parti kuramazlar; Anayasa hükümlerine dayalı olarak kurulacak siyasi partilere üye olamazlar; bu partiler tarafından veya bağımsız olarak milletvekili genel ve ara seçimlerinde mahalli seçimlerde aday gösterilemezler ve aday olamazlar. Siyasi partilerle herhangi bir şekilde bağlantı kuramazlar ve siyasi partilerde fahri olarak bile herhangi bir görev alamazlar.

(47) Bkz. 7.7.1983 ve 18100 s. Resmî Gazete.

4 — Kuruluş müracaatını yapmış ve Milli Güvenlik Konseyi'nin incelemeleri sonunda yeterli sayıda kurucu üye ile kuruluşları kesinleşmiş siyasi partiler gelişme sağlamak maksadıyla yapacakları tanıtma faaliyetlerinde ve basın halkla ilişkilerinde 298 sayılı Kanun'da propaganda kapsamında açıklanan uygulamalarda bulunmamak 76 sayılı Milli Güvenlik Konseyi kararındaki kısıtlamalara uyma, diğer partileri ve mensuplarını küçük düşürücü unsurlar taşımamak ve kısır çekişmelere yol açmamak kaydıyla,

a — Programlarını, tüzüklerini ve bunlarla ilgili açıklamaları kapsayan kitap, mecmua veya broşür yayınlayabilirler,

b — Parti kurucuları ile çeşitli kademelerdeki parti yöneticilerini, özgeçmişleriyle tanıtan broşür yayınlayabilirler,

c — Kuruluş ve teşkilatlanma, üye kayıt durumları, diğer partilerle ilişkileri gibi faaliyetleri hakkında doğru bilgileri içeren bültenler çıkartabilirler.

d — İl, ilçe ve genel merkez binalarında parti üyeleri ile, program, tüzük ve siyasi faaliyetleri üzerinde verecekleri konferans ve yapacakları sohbet ve basın toplantılarında 298 sayılı Kanun ve 76 sayılı Milli Güvenlik Konseyi kararına karşı çıkamazlar.

e — Program ve tüzüklerini tanıtmak ve faaliyetlerini açıklamak maksadıyla basına ilân verebilirler.

f — İl ve ilçe teşkilatlarının kuruluşunda parti binalarının önünde Sıkıyönetim Komutanlığı'ndan izin almak kaydıyla açılış törenleri düzenleyebilirler.

g — Her türlü yazışmada ve tebrik kartlarında parti amblemini kullanabilirler.»

Milli Güvenlik Konseyi 6 Aralık 1983 tarihinde çıkardığı 2969 sayılı Kanunla da (48) «12 Eylül 1980 öncesi siyasi çekişme ve çatışma ortamına benzer bir durumun önlenmesi» konusunda bazı tedbirler almıştır. Bu kanunun 1. maddesinin (a) bendine göre «12 Eylül 1980 tarihinden sonra Kanun'la, Milli Güvenlik Konseyi veya Anayasa Mahkemesi kararıyla kapatılan siyasi partilerin mensuplarından; partilerini veya kendilerini savunma amacıyla da olsa 12 Eylül 1980 öncesin-

(48) Bkz. Resmî Gazete 6 Aralık 1983, Sayı: 18243 mükerrer.

deki siyasi çekişme ve çatışma ortamına benzer bir durumun yeniden doğmasına yol açacak sözlü veya yazılı beyanda bulunanlarla siyasi parti mensubu olmasalar bile böyle bir ortamın oluşmasını sözlü veya yazılı olarak teşvik veya tahrik edenler,

b — Kurulmuş veya kurulacak olan siyasi partilerin mensuplarından yukardaki bentte sözü edilen kapatılmış siyasi partilerin kapatılma tarihindeki merkez karar ve yönetim kurullarında bulunanları suçlayıcı, övücü veya savunucu nitelikte yazılı veya sözlü beyanda bulunanlar,

c — Milli Güvenlik Konseyi'nin Karar, Bildiri ve İcratıyla 12 Eylül 1980 tarihinden bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihe kadar geçen süre içerisinde Devlet Başkanı, Cumhurbaşkanı ve Milli Güvenlik Konseyi başkan ve üyelerinin beyanlarını sözlü veya yazılı olarak kötüleyici veya küçük düşürücü şekilde tartışma veya eleştirme konusu yapanlar (49).

Fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılırlar.

Bu suçların yayın vasıtaları ile işlenmesi halinde verilecek ceza bir misli artırılır.

Kanun'un 2. maddesi, bu Kanun'da yazılı suçların Sıkıyönetim ilân edilen yerlerde işlenmesi halinde bu davalara Sıkıyönetim Askeri Mahkemelerinde bakılacağını öngörmüş bulunmaktadır.

Doğru Yol Partisi'nin Kapatılması İstemiyle Açılan Dava

Cumhuriyet Başsavcılığı 1982 Anayasası döneminde kurulan partilerden Doğru Yol Partisi'nin «eski partilerin (A.P. ve Büyük Türkiye Partisi'nin) devamı olduğunu öne sürerek Anayasa ve Siyasi Partiler Kanunu gereğince temelli kapatılması istemiyle Anayasa Mahkemesi'nde dava açmıştır. Cumhuriyet Başsavcılığı bu isteminde ayrıca, Parti'nin Milli Güvenlik Konseyi'nin 99 sayılı Kararı'na karşı da tutum, beyan ve davranış içinde bulunduğunu öne sürmüştür (50). Başsavcı, yeni kurulmuş olan Doğru Yol Partisi'nin, kapatılmış bulunan

[49] (c) paragrafında sözü geçen «geçen süre içerisinde» deyiminin, «geçen süre içerisinde» şeklinde olması daha doğru olurdu. 2969 sayılı Kanun 2.4.1986 tarihinde kabul edilen 3271 nolu bu kanunla değiştirilmiş ve birinci maddenin (b) ve (d) bentleri kaldırılmıştır.

[50] 26.7.1983 tarih ve 99 sayılı Milli Güvenlik Konseyi Kararının konuyla ilgili bölümüne ileride değinilecektir.

Adalet Partisi ve Büyük Türkiye Partisi'nin devamı olduğunu beyan ve iddia etmekle Parti'nin 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 96/2.(51) ve 97. maddelerine (52) ters düştüğünü iddianamesinde belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesinde Başsavcı'nın Dava Açma Şartları

Siyasal partilerle ilgili Siyasi Partiler Kanunu'nun 4. kısmında yer alan hükümlerin siyasi partiler tarafından ihlâl edilmesi halinde Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Anayasa Mahkemesi'nde dava açılması; Kanun'un 100. maddesine göre üç şekilde olmaktadır : a) Re'sen Cumhuriyet Başsavcısı tarafından, b) Bakanlar Kurulu Kararı üzerine Adalet Bakanı'nın istemiyle, c) Bir siyasi partinin istemi üzerine olur. Ancak, bir siyasi partinin Başsavcılıktan dava açılmasını isteyebilmesi için, bu partinin son milletvekili genel seçimlerine katılmış olması; TBMM'de grubu bulunması; ilk büyük Kongresini yapmış olması, Parti'nin Merkez Karar ve Yönetim Kurulu'nun üye tam sayısının salt çoğunluğunun oyu ile dava açılmasının istenmesi yolunda karar alınmış bulunması ve istemin Parti adına Parti Genel Başkanınca Cumhuriyet Başsavcılığı'na yazılı olarak yapılması gerekir.

Cumhuriyet Başsavcılığı, Adalet Bakanı'nın veya Parti'nin yazılı isteminde yeterli delil bulunduğu kanısına varırsa davayı açar. Yeterli delil bulunmadığı kanısına varırsa dava açamayacağını istemde bulunan Adalet Bakanı'na veya Siyasi Parti Genel Başkanlığına yazı ile duyurur.

D.Y.P.'nin eski bir partinin devamı olduğu iddiası

Başsavcı İddianamesinde Parti Genel Başkanı'nın ve yetkililerinin çeşitli beyan ve demeçleri arasında eski partileri (AP, DP, Büyük

[51] Siyasi Partiler Kanunu'nun 96. maddesinin 2. fıkrası aynen şöyledir : «Kurulacak Siyasi Partiler, kapatılan siyasi partilerin devamı olduklarını beyan edemez ve böyle bir iddiada bulunamazlar.»

[52] Siyasi Partiler Kanunu'nun 97. maddesi şöyledir : «Siyasi partiler Anayasa'nın başlangıç kısmında yazılı sebeplerle Türk Silahlı Kuvvetlerinin milletin çağrısıyla gerçekleştirdiği 12 Eylül 1980 Harekâtına ve Milli Güvenlik Konseyi'nin karar ve icratına karşı bir tutum, beyan ve davranış içinde olamazlar.»

Türkiye Partisi) ima eden çeşitli sloganlar ve sözlere ait bazı örnekler vermiştir (53).

Başsavcı iddianamesinde, Doğru Yol Partisi Genel Başkanının konuşmalarından başka örneklerde vermektedir. Örneğin Parti Genel Başkanı Yıldırım Avcı'nın gezilerde söylediği «Biz bir fikrin mümessiliyiz, taşıdığımız meşale 1946 meşalesidir. Milletimiz bizi bilir ve tanır. Biz tepeden inme değil, tabandan çıkma bir partiyiz. Bu davaya inananlar gelin, kendi davanıza sahip çıkın. Doğru Yol Partisi Demokrat, Adaletçi ve büyük bir fikrin sahipliğini yapan partidir...» sözlerini İddianamesinde belirten Başsavcı, bu partinin yetkili-

(53) Buna ait bazı örnekler İddianamede şöyledir :

Güneş Gazetesinin 18.3.1984 tarihli nüshasının 7. sayfasında bir düğün vestilesiyle çekilmiş olan fotoğrafta «Celal Bayar, Süleyman Demirel, ondan da Yıldırım Avcı Bey'e intikal eden mühür üç nesli bağlıyordu» deniliyor ve böylece davalı parti tarafından yaratılmak istenen imajın basında etkili olduğu gözleniyordu. Yine Doğru Yol Partisi Genel Sekreteri Refik Sunol'a ait demecde «Doğru Yol Demokrattır, Adaletçidir, Büyük Türkiye'cidir» denilmesi ve slogan olarak kullanılması; Yıldırım Avcı'nın Tercüman Gazetesinde neşredilen «Bizi biliyorsunuz bizi tanıyorsunuz» demeci; davalı partinin bildiri niteliğini taşıyan ilanlarında «dün vardık, bugün de varız, yarın da olacağız.» denmesi, yine aynı ilanda kullanılan «Doğru Yol Partisi başarısı milletçe görülmüş, beğenilmiş kadroları temsil eder» cümlesi : Yıldırım Avcı'nın Tire'de bir propaganda konuşmasında halka sorduğu «Gülü solduracak mısınız? Baca-yı tüttürecek misiniz? Adresi biliyorsunuz?» demesi ve yine Yıldırım Avcı'nın miting için gittiği Isparta'da «Maziye bak, ne diyeceğimi anlarsın?» pankartı ile karşılaşması üzerine Avcı'nın «Şehre Demirel Bulvarı'yla giriyoruz, Antalya'ya Menderes Bulvarı'yla devam ederiz» şeklinde görüş ve düşüncelerini açıklaması ve yine Genel Başkan Avcı'nın Çal İlçesinde bir kapalı salon konuşmasında «Biz anamızın karnından, milletin bağrından ve atın böğründen çıkarak geldik.» sözlerini kullanması, Genel Başkan'ın propaganda gezilerinde kullandığı otobüse «Süvari» adını verip, «Süvari siyasi bir motif, amblem olmuştur, bir politikadır, felsefedir. Süvari'nin selâmı var size» şeklinde açıklaması, seçim gezisi sırasında uğranılan yerlerde karşılayıcıların bir kısmının kır ata binerek gösteri yapmaları; Isparta mitinginde «Selam Doğru Yol Partili Süvariler... Adaletçi Süvari, Isparta şahlanıyor» şeklinde sunuş yapılması, daha sonra İ. Sabri Çağlayangil'in «Mühür bizde demek, mühür kimdeyse Süleyman odur demektir. Süleyman'ın kim olduğunu siz Özal'dan daha iyi bilir-siniz.» demesi; Doğru Yol Partisi Elmadağ ilçesi başkanı Ahmet Yıldırım'ın (Yılmaz olacak) Gölbaşı Sinemasında yapılan bir toplantıda «Kapatılan Büyük Türkiye Partisi'nin devamı olan Doğru Yol Partisi'ni temsilen konuşuyorum» dedikten sonra, «1946'da başladık, 1960 da bitti, 1962 de başladık 1971 de bitti. Büyük Türkiye Partisi'yle Doğru Yol Partisi'nde yine başlıyoruz.» şeklinde açıklaması vs.

Bu hususta diğer örnekler için bkz. Resmî Gazete 14 Şubat 1985, Sayı : 18666, Anayasa Mahkemesi Kararı, E. 1984/1; K. 1984/1; Karar günü : 28.9.1984.

lerinin Siyasi Partiler Kanunu'nda yazılı (bkz. m. 96/2) «kapatılan siyasi partilerin, (Adalet Partisi'nin ve Büyük Türkiye Partisi'nin) devamı olduklarını» beyan ettiğini ve bu yolda iddialarda bulunduklarını, bu itibarla partinin katılması gerektiğini söylemiştir.

Kanun'un 96. maddesinin 2. fıkrasında yer alan bu hükmün işleyebilmesi ve partide kimlerin beyan ve iddialarının partiyi bağlayacağı konusuna gelince; Siyasi Partiler Kanunu'nun 101. maddesine göre bu konuda :

a) Parti tüzüğünün veya programının yahut Partinin faaliyetlerini düzenleyen ve partinin yetkili organları veya mercilerince yürürlüğe konulmuş olan diğer parti mevzuatının, bu Kanunun 4. Kısımında yer alan hükümlerine aykırı olması (54).

b) Parti Büyük Kongresi'nce, Merkez Karar ve Yönetim Kurulunca veya bu kurulun iki ayrı kurul olarak oluşturulduğu hallerde ilgili Kurul'ca veya TBMM Grup Yönetim veya Genel Kurullarınca bu Kanun'un 4. kısmında yer alan maddeler hükümlerine aykırı karar alınması veya genelge veya bildiriler yayınlanması veya karar alınmamış olsa bile bu kurullar tarafından aynı hükümlere aykırı faaliyet-

-
- (54) Siyasi Partiler Kanunu'nun 4. Kısmı siyasal partilerle ilgili yasaklara ayrılmış olup bu kısımdaki 78. maddede belirtilen demokratik devlet düzeninin korunmasıyla ilgili yasaklardan; 79. maddede yer alan bağımsızlığın korunması; 80. maddede yer alan devletin tekliği ilkesinin korunması; 81. maddedeki azınlık yaratılmasının önlenmesi; 82. maddedeki bölgacilik ve ırkcılık yasağı; 83. maddedeki eşitlik ilkesinin korunması; 84. maddedeki Atatürk ilke ve inkılaplarının korunması; 85. maddedeki Atatürk'e saygı; 86. maddedeki laiklik ilkesinin korunması ve Halifeliğin istenememesi; 87. maddedeki dinî ve dince kutsal sayılan şeyleri istismar yasağı; 88. maddedeki dinî gösteri yasağı; 89. maddedeki Diyanet İşleri Başkanlığı'nın yerinin korunması ile ilgili hüküm ile 90. maddeden başlayarak yer alan çeşitli yasaklar örneğin 91. maddedeki yan kuruluş yasağı; 92. maddedeki dernek, sendika, vakıf, kooperatif kuruluşlarıyla işbirliği yasağı; 93. maddedeki parti içi çalışmaların demokrasi esaslarına uygun olma zorunluluğu; 94. maddedeki üniforma giydirme ve güvenlik kuvvetlerinin görevlerini üstlenme yasağı ve konumuzla ilgili 95. maddedeki temelli kapatılan siyasi partiler mensuplarının durumu; 96. maddede belirtilen kullanılamayacak parti adları ve işaretleri; Konumuz bakımından asıl önemli olan fıkra 96. maddenin ikinci fıkrası olup, evvelce de söylediğimiz gibi bu fıkra aynen şöyle kaleme alınmıştır: «Kurulacak siyasi partiler, kapatılan siyasi partilerin devamı olduklarını beyan edemez ve böyle bir iddiada bulunamazlar». Ve 97. maddede yer alan «12 Eylül 1980 Harekâtına karşı, yani bu harekâta ve Milli Güvenlik Konseyi'nin karar ve icratına karşı siyasi partilerin her hangi bir tutum, beyan ve davranış içinde bulunamayacakları» hükmü yer almaktadır.

te bulunulması veya Parti Genel Başkanı veya Genel Başkan Yardımcısı veya Genel Sekreterinin sözü edilen bu maddeler hükümlerine aykırı olarak sözlü ya da yazılı beyanda bulunması,

c) Parti Merkez Karar ve Yönetim Kurulunca Yüksek Seçim Kuruluna partiyi temsilen konuşma yapacağı bildirilmiş olan kimsenin, Radyo veya Televizyonda yapacağı konuşmanın, bu Kanun'un 4. kısmında yer alan maddeler hükümlerine aykırı olması.

12 Eylül Harekatına Karşı Tutum ve Davranış İddiası

Yıldırım Avcı'nın Milli Güvenlik Konseyi'nin 26.7.1983 tarih ve 99 sayılı kararına (55) karşı beyanda bulunduğu da Başsavcı tarafından İddianamade ileri sürülmüştür. Başsavcı iddianamesinde, Yıldırım Avcı'nın 21.3.1984 günü çeşitli yerlerde yaptığı «demokrasi tarihinin beyaz sayfalarında iki seçim birer kara leke olarak kalacaktır. Bunlardan birisi 1946 seçimleri, ve bu iktidarı doğuran Seçim Kurulunun yarattığı 6 Kasım 1983 seçimleridir. Hata beşer icabıdır. Tashihî fayda verecektir. Bu hata Millet tarafından seçimlerde tashih edilecektir.» şeklinde konuşmasını Manisa Cumhuriyet alanında düzenlenen açık hava toplantısında da tekrarladığının saptanmış olduğunu Başsavcı ileri sürmekte ve böylece 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 97. maddesinin (12 Eylül 1980 Harekatına karşı beyan ve tutum yasağına karşı gelindiğini) de öne sürmektedir.

(55) 26.7.1983 tarihli 99 sayılı Milli Güvenlik Konseyi kararının konu ile ilgili bölümü şöyledir «... seçim döneminin başlangıç tarihi olan 24.8.1983 günü saat 17.00'ye kadar Milli Güvenlik Konseyi'nin incelemeleri sonucunda en az otuz kurucu üyesi uygun görülerek kuruluşları kesinleşmemiş bulunan siyasi partilerin, tüzel kişilikleri devam etmesine rağmen, ilk milletvekili genel seçimleri için aday tesbit edemeyeceklerine ve seçimlere katılamayacaklarına karar verilmiştir.»

Doğru Yol Partisi sürenin bitim günü olan 24.8.1983 günü 25 kurucu üyesinin onandığını belirterek Yüksek Seçim Kuruluna müracaat etmiş ve seçime katılacak siyasi partiler arasında ilan edilmesini istemiştir. Yüksek Seçim Kurulu bu istemi reddetmiş ve Doğru Yol Partisi seçimlere girememiştir. Parti, savunmasında, bu nedenle açılan ceza davasındaki savunmasında, Yıldırım Avcı'nın söylediği bu sözlerin 12 Eylül Harekatına karşı olmayıp kendisini seçime sokmayan Yüksek Seçim Kuruluna karşı olduğunu ileri sürmüştür. (Bu nedenle Yıldırım Avcı hakkında açılan şahsi dava muhatabının Milli Güvenlik Konseyi olmadığı gerekçesi ile beraatle sonuçlanmıştı.)

Anayasa Mahkemesinin Kararı

Anayasa Mahkemesi, Başsavcının bu iddialarını ve davalı partinin savunmasıyla ilgili cevapları aldıktan sonra konuyu etraflıca incelemiş ve 28.9.1984 gününde Doğru Yol Partisi'nin temelli kapatılması hususunda Başsavcı tarafından açılan davanın reddine oybirliğiyle karar vermiştir.

Yüksek Mahkeme kararının sonuç bölümünde şöyle demiştir :
«Doğru Yol Partisinin;

1 — Kapatılmış bulunan Adalet Partisi ile Büyük Türkiye Partisinin devamı olduğunu beyan etmek ve böyle bir iddiada bulunmak suretiyle 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 96. maddesinin 2. fıkrasına,

2 — Milli Güvenlik Konseyi'nin 26 Temmuz 1983 gün ve 99 sayılı kararına karşı tutum, beyan ve davranış içinde bulunmak suretiyle Siyasi Partiler Kanunu'nun 97. maddesine,

aykırı davrandığı 6/4/1984 günlü İddianamede ileri sürülerek, aynı kanunun 101/b bendi (56) göz önünde tutulmak suretiyle, adı geçen partinin temelli kapatılmasına karar verilmesi istenmiştir.

Evrak üzerinde yapılan inceleme sonunda gereği görüşülüp düşünüldü : 1 — Siyasi Partiler Kanunu'nun 101. maddesinin (b) bendinde sayılan Kurulların bu bentte yollama yapılan kimi maddeler hükümlerine aykırı kararlar aldıkları, bildiriler yayınladıkları veya karar almaksızın aynı hükümlere aykırı faaliyette bulundukları ve anılan bentte belirtilen kişilerin de yine sözü edilen hükümlere aykırı sözlü ve yazılı beyanda bulundukları **sübûta ermediğinden;**

2 — Siyasi Partiler Kanunu'nun 97. maddesine aykırı biçimde Milli Güvenlik Konseyi'nin 99 sayılı kararına karşı olduğu iddia edilen tutum, beyan ve davranışların adı geçen partinin genel seçimlere katılmak için yaptığı başvurular hakkında **Yüksek Seçim Kurulu'na verilen kararlar üzerinde bu Kurul'a yönelik bulunduğu anlaşıldığından;**

Doğru Yol Partisi'nin temelli kapatılması hakkında açılan davanın reddine oybirliğiyle karar verilmiştir.

(56) Siyasi Partiler Kanununun 101. maddesi Siyasal Partiler Kanununun 4. maddesindeki yasaklara aykırılık halinde partilerin kapatılmasını öngörmekte olup bu maddenin (b) bendi Tebliğimizde de daha önce belirttiğimiz gibi partiyi beyan ve ifadeleriyle bağlayacak (ilzam edecek) parti yetkili kuruluş, organ ve kişileri saymaktadır.

SONUÇ VE GENEL DEĞERLENDİRME

Anayasa Mahkemesi'nin Doğru Yol Partisi'nin kapatılması hakkında başsavcı tarafından açılan davanın reddine dair verdiği karar çözümlendiği takdirde burada iki temel dayanak gözükmektedir. 1 — Birinci dayanak, Yüksek Mahkemenin 96. maddenin 2. fıkrasına aykırı hareket eden yani kapatılan bir partinin devamı olduklarını beyan ve iddia eden kişilerin bu konuda sözlü ve yazılı beyanda bulunduklarının **sübûta ermemiş bulunduğunu**, 2 — Siyasi Partiler Kanunu'nun 97. maddesine aykırı tutum, beyan ve davranışın 12 Eylül'e ve onun icraatına karşı olmayıp Yüksek Seçim Kuruluna yönelik bulunduğunu kabul etmektedir.

Yüksek Mahkeme bu nedenlerle Doğru Yol Partisinin temelli kapatılması hakkında açılan davayı oybirliğiyle reddetmiştir.

Fikrimizce Yüksek Mahkemenin bu kararı, Türkiye'de demokrasinin gelişmesi ve çok partili siyasal hayatın sağlıklı evrimi yönünden uygun olarak mütalâa edilebilir. Ancak, Yüksek Mahkemenin sözlü ve yazılı beyanların sübuta ermediği ve yapılan beyan ve konuşmaların 12 Eylül Harekatına Millî Güvenlik Konseyi'nin icraatına karşı olmayıp Yüksek Seçim Kurulu'na yönelik bulunduğunu kabul etmesi, kanımızca, Yüksek Mahkemenin olağanüstü bir dönemin izlerini taşıyan ve bir ölçüde ihtilâl hukukuna dayandığı bazı çevrelerce öne sürülen Siyasi Partiler Kanunu'nun çok ayrıntılı (Kanun 124 maddedir) karmaşık ve katı denilebilecek hükümleri ile normal siyasal yaşamın icap ve gereklerini bağdaştırmaya çalışmış olmasından kaynaklanmaktadır. Bir başka deyişle, sorun olağanüstü bir dönemde çıkarılan kanunlarla normal bir dönemin gerekleri arasında uzlaştırma ve bağdaştırma yapmaya çalışan Anayasa Mahkemesinin güç durumundan ve konumundan ileri gelmektedir. Belirttiğimiz bu çok önemli noktanın yanıbaşında tartışmalı önemli bir soru da Anayasa Mahkemesinin ve verdiği kararların niteliğiyle ilgili bulunmaktadır. Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesinin yapısı itibarıyla tamamen hukuki bir organ ve verdiği kararları da bir Yüksek Mahkeme kararı olarak kabul eden görüşlerin karşısında bu mahkemenin siyasal sistemi derinden etkileyen ve çok defa siyasal içerikli kararlar veren kendine özgü (sui generis) bir organ olduğu yolunda görüş ileri sürenler de vardır (57).

(57) Bu hususta bkz. Özden, Yekta Güngör : «Hukukumuzun Gündemi», Cumhuriyet, 26.4.1985.

Sonuç olarak bu konuda diyebiliriz ki, Yüksek Mahkeme kanımızca Türk demokrasisinin geleceği bakımından verdiği kararda pozitif hukuk metinleri yanı başında kararın yarar ve zararını da düşünmüş ve «yarar» unsurunu kararının önemli bir parçası haline getirmiş bulunmaktadır.

Gelecekte Türk siyasal hayatının sık sık kesinti ve sarsıntılara uğramadan doğal bir yolda gelişmesi ve evrilmenebilmesi için Anayasa Mahkemesine büyük görevler düştüğü gibi; yasama meclislerimize ve yüksek siyasal yöneticilerine de önemli sorumluluklar düşmektedir. Yani yasama organımız gerçekten toplumun uzun süreli ihtiyaçlarını karşılayacak, esnek ve sık sık değişmesine gerek duyulmayacak kanunlar yapabildiği ve olağanüstü dönemlerde yasama işini yüklenen kuruluş ve organların bu temel noktayı mümkün olduğu ölçüde göz önünde tuttuğu oranda siyasal rejimimize, anayasa ve hukuk düzenimize ilişkin sorunların çözümü, eskisine nisbetle, belirli ölçüde kolaylaşacaktır diyebiliriz. Öte yandan devleti yönetenlerin, önemli siyasal kararları alanların geleceği iyi görmeleri (burada Batı'daki bir deyişi tekrarlayalım : «Hükümet etmek demek, ileriye görmektir») gerekmektedir. Bu noktalar kanun yapma tekniği ve pozitif hukuk bilgisinin yanı sıra hukuk sosyolojisi, hukuk felsefesi, siyaset felsefesi ve siyasal bilim (siyasal sistem, lider ve siyasal kültür) ortamıyla ilgili temel soruları akla getirmektedir.

Türk siyasal hayatında 20 yıl içinde meydana gelen üç müdahale ve ortaya çıkan kesinti durumu bize şu düşünceleri ilham etmektedir :

1 — Türk siyasal hayatında ve siyasal partiler konusunda meydana gelen aksaklıklar bu üç kesintide de Anayasa ve Siyasi Partiler Kanunu yapılarak ya da bu kanunlar değiştirilerek önlenmeye çalışılmış, fakat hiç birinde bu Anayasal ve yasal düzenlemelerden istenilen sonuç, yani siyasal partilerin Anayasa ve yasada belirtilen normlara uygun hareket etmeleri sağlanamamıştır. Bu temel ve kanımızca doğru bir gözlemdir. Şu halde problemin derinine inmek, Türk siyasal ve sosyal hayatındaki daha temelde saklı ana sebepleri ortaya çıkarmak gerekir. Kanımızca sadece Anayasal ve yasal düzenlemeler bakışıyla «derdi» çözmeye çalışmak yöntemi yeterli olmamakta ve aradan bir süre geçtikten sonra problemin belki de daha karışık ve karışmış olarak karşımıza çıktığı görülmektedir.

2 — Çünkü, örnek aldığımız ve özenmeye çalıştığımız Batılı demokratik hayat ve onun ayrılmaz bir parçasını teşkil eden çok partili sistem her şeyden evvel **gelişmiş bir siyasal kültür ortamıyla yakından ilgili bulunmaktadır.** Bu siyasal kültür ortamının özünü Batı'da özellikle insana değer veren akımlar ve fikir yenilenmesinin özünü oluşturan Rönesans hareketi ve hoşgörüyle asıl sayan Aydınlanma Felsefesi meydana getirmektedir. Türkiye ise Batı'daki bu temel oluşumların dışında kaldığı gibi, büyük Sanayi devrimini de yaşamamıştır. Batı'da 18. asrın sonlarında meydana gelen Sanayi Devriminin ser-pintileri ancak 150 sene sonra yurdumuza gelebilmiştir. Otoriter, merkezîyetçi, kapalı bir toplum içinde yaşamış olan Türk insanı her şeyin yukarıdan, tepeden, devletten gelmesini beklemiştir.

3 — Bir diğer neden de, genelde Türk aile ve eğitim yapısındaki merkezîyetçi, hiyerarşik yapıdır. Bunun yanında tartışma ve hoşgörü yerine tartışmasız ve çok defa irrasyonel tutum ve davranışların aile hayatından başlayarak genel hayata, siyasal eylem ve davranışlara ve siyasal parti faaliyetlerine kadar sızmış ve tesir etmiş olmalarındandır.

Gelecekte kanun koyucuların, yöneticilerin, siyasal düşünürlerin ve hukukcuların bu konuları daha ayrıntılı biçimde incelemeleri umulur ve haklı olarak beklenir.

BİBLİYOGRAFYA

- Arsel, İlhan, **Anayasa Mahkemesi'nin Bazı Eğilimleri Üzerine Görüşler ve Anayasa Mahkemesi Kararlarından Özetler**, Sevinç Matbaası, 1970, Ankara.
- Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayını, 1984, Ankara.
- Armağan (Kanun-u Esasi'nin 100. Yılı)**, A.Ü. SBF Yayını, 1978, Ankara.
- Daver, Bülent, **Fevkalâde Hal Rejimleri**, Sevinç Matbaası, 1961, Ankara.
- , **Türkiye Cumhuriyetinde Lâiklik**, A.Ü. S.B.F. Yayını, Ankara, 1955.
- , **Siyaset Bilimine Giriş**, Kalite Matbaası, 1976, Ankara.
- Erdem, Tarhan, **Anayasalar ve Seçim Kanunları (1876 - 1982)**, Milliyet Yayını, 1982, İstanbul.
- Feridun, Server, **Anayasalar ve Siyasal Belgeler**, Aydın Güler Kitabevi, 1962, İstanbul.
- Göze, Ayferi, **Siyasal Düşünce Tarihi**, İ.Ü. H.F. Yayını, Fakülteler Matbaası, 1982, İstanbul.
- Kıratlı, Metin, **Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi**, Sevinç Matbaası, 1966, Ankara.
- Özbey, Cemal, **Demokrat Parti'yi Nasıl Kapattırdım**, 1961, Ankara.
- Özbudun, Ergun, **Batı Demokrasilerinde ve Türkiye'de Parti Disiplini**, Başnur Matbaası, 1968, Ankara.
- , **Siyasal Partiler**, A.Ü. H.F. Yayını, II. Basım, Sevinç Matbaası, 1977, Ankara.
- Önbilgin, Gürbüz - Oytan, Muammer, **T.C. Anayasası'nın İlke ve Kuralları ile Anayasa Mahkemesi Kararları Dizini**, Doğan Basımevi, 1977, Ankara.
- Perinçek, Doğu, **Türkiye'de Siyasal Partilerin İç Düzeni ve Yasaklanması Rejimi**, Sevinç Matbaası, 1968, Ankara.
- , **Anayasa ve Partiler Rejimi**, Kaynak Yayını, 1985, İstanbul.

- Sarıbay, Ali Yaşar, **Türkiye’de Modernleşme Din ve Parti Politikası «MSP Örnek Olayı»**, Alan Yayıncılık, 1985, İstanbul.
- Sencer, Muzaffer, **Türkiye’de Siyasal Partilerin Sosyal Temelleri**, May Yayınları, 1974, İstanbul.
- Tikveş, Özkan, **Anayasa Mahkemesi’nin Bazı Yetkileri Konusunda Alman Hukukuyla Mukayeseli Bir İnceleme**, İ.Ü. H.F. Mecmuası, s. 1 - 4, 1973, İstanbul.
- , **Cumhuriyetimizin Elli Yıllık Döneminde Lâikliğe Aykırı Partilerin Kapatılması Sorunu**, İ.Ü. H.F. Mecmuası, s. 1 - 4, 1973, İstanbul.
- , **Teorik ve Pratik Anayasa Hukuku**, 9 Eylül Üniversitesi Yayını, 1982, İzmir.
- Ünsal, Artun, **Siyaset ve Anayasa Mahkemesi**, SBF Yayını, 1980, Ankara.

**ANAYASA YARGISINDA YÜRÜTMENİN
DURDURULMASI**



ANAYASA YARGISINDA YÜRÜTMENİN DURDURULMASI

Prof. Dr. Sait GÜRAN

Anayasa Mahkemesi tarafından geçen yıl düzenlenen Sempozyumda sunduğum bildiride, 1982 Anayasası'nın görüşmeye açılmasının Anayasa Mahkemesi'nce başlatılmasının, Türk Anayasa Hukuku ve Anayasal gelişme süreci açısından, isabetli ve son derece önemli bir adım olduğunu ifade etmiştim(1). Bu defaki bildiride de, söze başlarken, Anayasa Yargısı Sempozyumu'nun, hepimiz için, sadece mevcudun görüşüldüğü değil; bunun ötesinde, daha iyinin, daha gelişmişin, daha isabetlinin aranması tartışılması ortamını sağlayan mükemmel bir fırsat, uygun bir zaman ve zemin teşkil ettiğini vurgulamak istiyorum. Anayasa Mahkemesi'ne, zaten pek az işlenen Türk Anayasa Hukukuna gerçek bir katkı olan bu girişimi vasıtasıyla, bir süredir zihnimi kurcalayan, neden olmadığının cevabını bulamadığım bir konuyu işlemek ve tartışmak olanağını verdiği için teşekkürlerimi sunarım.

İKİ OLAY VE İKİ KARAR

Anayasa Yargısında yürütmenin durdurulmasına ilişkin açıklamalara giriş mahiyetinde olmak üzere, iki ülkeden, her noktasıyla çarpıcı iki olayı özetleyerek aktarıyorum...

4/5 Eylül 1972 gecesi, Münih'te, Filistinli gerillalar tarafından İsrail'li sporculara karşı, Olimpiyatların kapanması arefesinde, girişilen ve ölümlerle sonuçlanan saldırıdan sonra, İçişleri Bakanlığı, güvenlik önlemi olarak ve Almanya'nın iç güvenliğini tehlikeye soktukları gerekçesiyle, Filistinli Öğrenciler Birliği ile Filistinli İşçiler Birliği'nin Almanya'daki şubelerini yasaklıyor ve kapatıyor. Bu örgütler

(1) Sait GÜRAN, Anayasanın 128 ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri ve Bakanların Durumu; ANAYASA YARGISI, Sf. 194 (Ay. Mhk. Yayını, 1984).

gerçekten terörü tasvip ettikleri gibi, üyeleri de Almanya'da daha önce saldırı ve işgal eylemlerine katılmışlardı. Önlemlerin devamı olarak, güvenlik makamları, bazı Arapların «Almanya'daki ikâmetlerinin güvenlik bakımından tehlikeli olduğu» nedeniyle sınır dışı edilmelerine de karar veriyordu. Bunlardan ikisi, Filistinli Öğrenciler Birliği'nin yöneticileriydi ve biri, 1970'den beri bir Alman'la evli idi. Güvenlik yetkilileri, aldıkları kararların «özel kamu yararı icabı» derhal uygulanması cihetine gidince, bu kişiler, idare mahkemelerinde dâvalarını açarak yürütmenin durdurulmasını istiyorlarsa da, talepleri alt derece bölge idare mahkemeleri ile Bavyera Yüksek İdare Mahkemesi tarafından reddolunuyordu (2).

İlk raundları kaybeden iki Filistinli, bu defa, Anayasa şikâyeti yoluyla, konuyu **Federal Anayasa Mahkemesi**'ne götürüyorlar. Yüksek Mahkeme, alt mahkeme kararlarını bozuyor ve şöyle yazıyordu :

Alman sisteminde «Dâvanın yürütmeyi durdurması, kamu hukuku dâvasının temel prensibidir... İşte bu özel prosedürün amacı, yürütme erkinin tedbirlerine karşı etkin bir kazaî himaye sağlamak ve bunu gerçekleştirmektir. ...Anayasa garantisinin (idarî işlemlerin yargısal denetime tâbi tutulması) önemi, fert ile olan münasebetlerinde yürütme erkinin mutlak hâkimiyetini bertaraf etmesindedir. İşbu Anayasa garantisinin görevi, sadece, ferdin haklarına müdahale eden yürütme erki tasarruflarını tam bir surette kazaî bir denetime tabi tutmak değil, aynı zamanda bir hâkimiyet tedbirinin derhal icrası sonunda gerçekleşecek olan düzeltilmesi bir daha imkânsız durumları mümkün olduğu kadar önlemek ve bertaraf etmektir.» (3)

Yürütmenin durmasının **Anayasa Hukuku bakımından önemi** yukardaki «garantinin bu fonksiyonundan çıkmaktadır. ... (Yürütmenin durmaması halinde) İdare Mahkemesinden beklenen himaye, dâvanın zarurî olarak bir süre devam etmesi sebebiyle çok defa gerçekleşmiyecekti; zira idarî tasarrufun derhal icrası normal olarak **emri-vakiler** meydana getirecekti. İdari kazanın, idarî tasarrufların bağımsız mahkemelerce denetimini sağlamak tarzındaki amacı bu suretle **hayalî bir hal alacak** ve ilgili fert de netice olarak etkin bir hukukî himayeden mahrum kalacaktır. — Buna karşı, derhal icranın ancak kamu yararı veya ağır basan özel bir menfaat icabı caiz bulunması itibariyle ferdin buna katlanmak zorunda olduğu; idarî tasarrufun kesin

(2) Tahir ÇAĞA : Yürütmenin Durdurulmasına Dair; İDARE HUKUKU ALANINDA SORUMLULUK, Sf. 27-30 (Muk. Huk. Ens. İÖHF Yayını, 1980).

(3) Id. 32; Mahkemenin 19.6.1973 günlü kararı.

bir hüküm ile iptali halinde de esasen zararın giderileceği yolunda ileri sürülecek bir mülâhaza isabetli olarak kabul edilemez.» (4)

Federal Anayasa Mahkemesi'nin İdare'nin, uluslararası terörün Almanya'daki uygulayıcısı saydığı örgütün yöneticileri hakkında verdiği bu kararı okurken, unutmayalım ki, Alman sisteminde kaideten, yürütme, dâvanın açılmasıyla birlikte ayrıca bir karar gerekmeksizin kendiliğinden durmaktadır.

Yüksek Mahkeme, bu olayda «yürütme durmalıdır» derken, herkesin dikkatini şu noktaya çekiyordu: Sınır dışı etme işlemlerinin derhal uygulanmasına gerekçe olarak, güvenlik makamlarının Almanya'da bundan böyle terör eylemlerini önlemek istemelerinin gösterildiğini, gerçekten de toplumun terör eylemlerine karşı korunmasının fertlerin haklarına geniş ölçüde müdahaleye de cevaz verdiği kabul edilmekle beraber; derhal sınır dışı edilme, dâvacıları, haklarını gereği gibi savunma olanaklarından yoksun bırakacak, tanıklarla yüzleşmek, soru sormak, mahkemeye güven telkin etmek, tıp öğrenimlerini sürdürmek, evlilik birliğini korumak bakımından olumsuzluklar ortaya çıkacaktır. Bu durumda «Federal Anayasa Mahkemesi, Hukuk Devletin icaplarını yerine getirmenin, olayda, memleketin iç güvenliği ile ilgili olan idarî tasarrufların derhal icrasındaki kamu yararına nisbetle daha ağır bastığı sonucuna varmıştır.» (5)

İkinci olayın geçtiği ülke ABD'dir. Yıl 1952, genellikle güvensizliğin egemen olduğu bir dönem, Kore Savaşı üçüncü yılına giriyor ve ABD 128.000 kayıp vermiş, gerilim, acı zirvede, ateşkes görüşmeleri birinci yılını doldururken sonuç yok, savaşın biteceğine dair bir işaret de yok. Savaş iç ekonomiyi etkilemiş; artan enflasyon, dengesiz ve düzensiz ücret - fiat kontrolleri, işçi kesimi rahatsız, 1946'dan bu yana 1952 grevlerin en yüksek olduğu yıl; kömür, inşaat, petrol, haberleşme, deniz taşımacılığı alanlarında 3,5 milyon işçi iş bırakmış durumda, sebep Kore Savaşı'nın izlediği seyir. Diğer taraftan, Gordion düğümüne dönmüş haliyle dış politikada oluşan gerilimlerle rahatsızlıklar iç politikaya da karışmış; özellikle iç güvenlik ve bağlılık konularında tartışmalar görülmekte; Senatör Joseph Me Carthy, İdarenin, üniversitelerin, kitle iletişim kurumlarının Komünistlerle doldurulduğu suçlamalarında bulunuyor; soğuk savaşın anti - komünist havası güvenlik - bağlılık uygulamaları ile sürdürülüyor ve yüzlerce Cumhu-

(4) Id. 33.

(5) Id. 38.

riyet Partili konuşmacı, Demokratlara Ülkeyi komünist ajanlardan korumak konusunda güvenilemeyeceğini halkın önünde ifade ediyor (6).

Bu esnada, çelik sanayii de diken üstünde oturur durumda; beş ay önce uyuşmazlık çıkmış, sendika dört defa grev ilân etmiş ve ertelemiş, her an grev başlayabilir. Hükûmet, işverenle işçileri grevi önleyecek bir formülde uzlaştırmaya çalışıyor, görüşmeleri sürdürüyor. Ancak koşullar öylesine kritik ki, hangi çözüme varılırsa varılsın, ağır tehlikeler beklenmekte. Zira, greve gidilir ise, ülke ekonomisini ve askeri savunma programını tehlikeye düşürecek; anlaşma halindeyse, işçi ücretleri ve çelik fiyatlarındaki yükseliş, enflasyonist tazyikleri arttıracaktır (7).

Geçen ay (Mart 1952) hazırlanan bir uzlaşma paketini sendika kabul ederken, işverenler olumsuz karşıladılar; Hükûmet de ikiye bölündü. Son haftaya girerken, bu defa işverenler koşulları daha düşük olan bir öneri getirince, bunu da sendika reddetti; ertesi sabah çelik şirketleri sendikanın grev ihbarını aldılar (8).

Çelik sanayiindeki açmazlar öylesine ciddi boyuta ulaşmıştı ki, bir tarafta şirketler, Hükûmetin karşılaştığı ciddi duruma rağmen, üretim maliyetinden normal payından özveride bulunmayıp, kârdan daha büyük pay almakta ısrar ediyorlar; öte yanda, Kore Savaşı'nda ABD ordusunun tüm savaş tekniği, havada, karada, denizde, sanayi kuruluşlarının tam yol çalışmasına bağlı bulunuyordu. Kore'de Birleşmiş Milletler kuvvetleri cephe hattını, birliklerin canıyla değil, cephane gücüyle tutuyordu ve çelik üretimindeki herhangi bir kısıntı, savaşanların hayatını tehlikeye atacaktı. Kaldı ki, belli cephane türlerinde elde yeterince stok da bulunmuyordu. Çelikte on günlük üretim durmasının, uçak ve gemi yapım alanındaki yıkıcı etkilerinin dışında, Truman Hükûmeti, müttefiklerle ilişkilerin zedelenmesine, güvenin sarsılmasına, Kore Savaşında karşı tarafın harbi tırmandırmasına, yaymasına yol açacağı hesaplarını da yapıyordu (9).

Artık çıkmaz sokağın sonuna gelinmiştir; Başkan Truman, 8 Nisan 1952 günü, saat 22.30'da, çelik işletmelerine geçici olarak el koy-

[6] Alan WESTIN : THE ANATOMY OF A CONSTITUTIONAL LAW CASE (The Steel Seizure Decision), Sf. 1-3 (The Macmillan Co. 4. bası, 1961).

[7] Id. 3.

[8] Id. 3-4.

[9] Id. 11-13.

duğunu (seizure) ilân eder (Executive Order 10340); yasal dayanak, Anayasa ve yasalardaki Başkomutanlık ve Başkanlık yetkisidir (10).

Tam bir saat sonra, 23.30'da, iki çelik şirketinin avukatları, başkent Washington'daki ilk derece mahkemesi yargıcı Yargıç Walter Bastian'ın evine gelirler ve kendisine, yasalara aykırı olan bu işleme karşı sürekli injunction (kazaî emir) ile tamamlanacak **geçici durdurma emri** vermesini isteyen dilekçelerini sunarlar. Yargıç Bastian, kararını, Hükûmet yetkililerini de dinledikten sonra vereceğini bildirir ve ertesi sabah saat 11.30'a duruşma koyar. Diğer çelik şirketleri de, duruşma sabahı başvurularını yapar (11).

Çelik fabrikalarına el koyma kararının durdurulmasına ilişkin duruşmaya çıkan Yargıç Alexander Holtzoff tarafları dinledikten sonra 9 Nisan 1952 günü, dâvacıların geçici durdurma istemini reddeder. Bunun üzerine, 10 Nisan günü şirketler Hükûmetin hukuka ve Anayasaya aykırı işlemlerini önlemek amacıyla injunction (kazaî emir) için başvururlar. Yargıç Pine, 24-25 Nisan'a duruşma koyar ve 29 Nisan günü, Anayasanın Başkana el koyma yetkisini açık ve kapalı biçimde tanımadığı gerekçesiyle, injunction talebini kabul eder ve fabrikalar eski işleticilerine geri döner.

Bunun üzerine, aynı gün sendika, derhal uygulanacak grev kararı alır; Beyaz Saray da, bir üst mahkemeye giderek, Yargıç Pine'in kararının yürütmesinin **durdurulmasının** (saty) istenmesini uygun bulur.

30 Nisan sabahı idare avukatları, Yargıç Pine'in kendisinin durdurma kararı vermemekte ısrarı üzerine, aynı taleple üst mahkemeye başvururlar; öğleden sonra dokuz yargıçlı bir heyet duruşmaya çıkar; 1 Mayıs günü duruşma tamamlanır ve 2 Mayıs'ta, mahkeme, (5-4) çoğunlukla, ilk derece mahkemesinin kararının **durdurulmasına** ka-

(10) «Başkan Truman, el koyma işlemini, «Bu gece, ülkemiz ağır bir tehlikeyle yüz yüze bulunmaktadır. Bu gece yarısı, çelik sanayiinin kapanması ihtimali ile karşı karşıyayız. Bu olmamalıdır... Savunmamız için gereken çelik türleri stoğuna sahip değiliz. Şayet çelik üretimi durursa, Kore cephesindeki askerlerimize giden mermilerin ve bombaların yapımını durdurmak zorunda kalacağız. ...Atom enerjisi programını kısıp erteleyeceğiz. ...Hava kuvvetlerimiz için motor yapımını kısa bir süre sonra durdurmamız söz konusu olacak. -Başkan olarak bunların vuku bulmasını önleyecek her çareye başvuramazsam, sorumluluklarım sadık kalmış sayılmam. ...Bu nedenle, bu gece iki adım atıyorum. Birincisi, Ticaret Bakanına, çelik fabrikalarını devralmasını ve işlemlerini devam ettirmesini emrediyorum...» diye başlayan radyo konuşmasıyla duyuruyordu. (Id. 14)

(11) Id. 17-20.

rar verir. Aynı gün, son raund için ABD Yüksek Mahkemesine başvurulur ve Yargıç Pine'in kazaî emrinin temyizen incelenmesi istenir.

Yüksek Mahkeme, önce 3 Mayıs'ta, ilk derece mahkemesinin injunction'ına karşı, dâvayı çözümleyene kadar geçerli olacak bir **durdurma** kararı verir : 12 - 13 Mayıs günleri sözlü açıklamalar dinler; nihayet 2 Haziran 1952 tarihinde el koyma işlemini yaparken, Anayasadan ve yasalardan kaynaklanan bir yetkinin kullanıldığını gerekçeyle, alt mahkemenin Başkanı çelik işletmelerine el koymaktan yasaklıyan kararını onaylar (12).

2 Haziran günü, çelik fabrikaları özel şirketlere teslim edildi; sendika greve gitti ve tüm çelik üretimi durdu. Başkan'ın, Kongre'den el koyma yetkisi isteyen girişimleri sonuçsuz kaldı; 27 Haziran'da bir işletmede anlaşmaya varılır; 14 Temmuz'da Chrysler, 22 Temmuz'da Silâhlı Kuvvetlerin en büyük top mermisi fabrikası kapanır; 24 Temmuz 1952 günü Truman, iki aya yaklaşan çelik grevinin anlaşmayla bittiğini ve derhal işe dönülmesini bildirir (13).

YARGI DENETİMİNİN İŞLEVİ VE ARAÇLARI

Egemenliğin ve bundan kaynaklanan Devlet yetkilerinin hukuksal bir yetki olması ve hukukla sınırlı bulunması olgusu bir yanda; siyasal organlar olan Parlamento, Cumhurbaşkanı ve Hükûmet ile sonuncusunun organik uzantısı İdare Cihazı'nın Anayasa ile donatıldıkları yetkileri Hukuk'a aykırı biçim ve içerikte kullanabilmeleri olgusu öte yanda; tüm bu yetkilerin kişilerin hukukî durumundaki değişiklikleri «**tek yanlı**» işlemlerle gerçekleştirmesi ve sakat olsalar dahi kişileri etkileyen icraî nitelik taşımaları olgusu beri yanda ... bu organların elindeki üstün erkin —yasama, yürütme, idare— «kendileri dışındaki bağımsız, yansız, teknik» bir kuruluşa tanınan **mukabil yetkilerle dengelenmesi mekanizmasını** zorunlu kılar. Bu mekanizma yargı denetimidir. Şu anda, çağdaş toplumlarca benimsenip uygulanan demokratik Hukuk devleti modelinde yargı denetiminin işlevini gören bir başka mekanizma bulunmuş değildir. Ombudsman bile ne yargı denetiminin alternatifidir, ne de yargının Anayasal sistemdeki işlevini kısmen veya tamamen devralmıştır. Aksine, yargı denetiminin yanında, toplam «denetim ağı»nı pekiştiren, güçlendiren ayrı, yeni ve değişik bir unsur olmuştur.

(12) Id. 28 - 141.

(13) Id. 170 - 171.

O halde, yargı denetiminin işlevi, Anaaysal slstem içinde, Yasa-
ma, Yürütme ve İdare'nin üstün gücünü «Hukuk» ile sınırlamak, teca-
vüz ve taşımaları «caydırıcı etkinliği» ile önlemek veya iptal ederek
ortadan kaldırmaktır. Az önce sözünü ettiğimiz «Anayasal Denge» bu
suretle kurulabilecek, sürdürülebilecektir.

Diğer taraftan, yargı denetimi, Yasama, Yürütme ve İdare için de
bir güven kaynağıdır. Bağımsız mahkemelerce, gelişmiş yargısal
usuller izlenerek yapılmış adil, yansız, objektif ve inandırıcı bir yar-
gılama sonunda verilecek olumlu bir karar ile, denetlenen işlemler,
Hukuka uygunluklarının Yargı tarafından da doğrulanması şeklindeki
manevî bir onaylama ile güvenilirlik kazanacaktır. Aynı manevî etki,
iptale hükmedilmesi halinde de söz konusudur. Bu defa da, vatan-
daşların ve kamuoyunun nazarında, bu ülkede, bu Anayasal düzende,
bu Devlette, Hukuka aykırı işlemlerin, keyfî uygulamaların, yanlış bir
yönetimin yaşama şansının bulunmadığı inancı yaratılmış olacaktır.
Anayasal düzene, Devlete olan bu güven ve inanç duygusunun yara-
tılmasının bireyin ve toplumun hayatına ve kamu yönetimine getire-
ceği kazançlar, yaratılmamasının alıp götüreceklerinden çok fazladır.

Yargı denetimine çağdaş demokratik hukuk Devleti ilkesi üzeri-
ne kurulmuş Anayasal düzende verilen bu işlevin —ki önceki iki
olayda bunu en çarpıcı biçimde sergiledik— etkin surette yerine ge-
tirilebilmesi için, sağlanması gereken **araçların** neler olması gerekti-
ği, somut plânda en önemli sorun niteliğini taşır. Çünkü, yargı dene-
timinin, ancak işlevine, hedefine uygun araçlarla donatıldığı ölçüde
«kıymet-i harbiyesi» olabilir. Aksi halde, yargı denetimi, etkisiz, cılız,
yetersiz boş ya da yarı boş bir kalıptan öteye gidemez ki; işlevini ye-
rine getiremeyen böyle bir yargı denetiminin varlığı mı, yokluğu mu
yararlıdır diye düşünülebilir dahi. Zira, **caydırıcı ve bastırıcı yönlere**
etkinliğini hissettiremeyen, kanıtlayamayan yargı denetimi, son
tahlilde, âdil, güvenilir, hakkaniyete uygun, keyfilikten arınmış bir
Hukuk düzenini gerçekleştiremez. Gerçekleşenler ise, aslında ger-
çekleşmemesi gerekenler olur.

Binanaleyh, işlevini yukarda açıkladığımız yargı denetimini siste-
minin temel ögesi yapan Anayasalar, bu işlevin gereği yargısal de-
netim araçlarını da iki kere iki dört kesinliği ve şaşmazlığı ile kabul
etmek zorundadır. Araçlarda yapılacak her kısıntı, atılmayan her ileri
adım, verilecek her ödün, aslında, **yargı denetiminin özünde** kısıntı,
gerileme ve ödünü, **Anayasal dengede** bozulmayı getirecektir. Bu işe,

kamu yönetiminde keyfiliğe de varabilecek uygulamaları; bireylerde Anayasal düzene güvensizlikten, doğrudan veya dolaylı ihkak-ı hak düşüncelerine, girişimlerine kadar uzanabilecek sakıncaları; toplumda şikâyet ve sızlanmadan gerilim ve bunalımlara varan memnuniyetsizlikleri dâvet edecektir.

O halde, etkin yargı denetimini Anayasal sistemin temel ögesi yaptıktan sonra, yegâne çözüm, etkin bir denetim mekanizmasına imkân veren araçları da sağlamaktır.

Nitekim, idarî işlemlerin ve kanunlarla, kanun hükmünde karar-namelerin, içtüzüklerin ve hattâ Anayasa değişikliklerinin iptal dâvalarına konu olmasını ve tüm kamu tüzel kişilerinin Hukuka aykırı eylem ve işlemlerinden malî sorumluluğunu kabul eden;

Anayasa Mahkemesi'ne başvuruyu itiraz yoluna hasretmeyip, Anayasanın uygulanmasını gözetmek görevini yüklediği Cumhurbaşkanına, ana muhalefet partisine ve 80 milletvekiline dahi doğrudan dâva açma olanağı tanıyan;

1982 Anayasası, temel yaklaşımı ve ana fikri itibarıyla, Anayasal Dengeyi, etkin yargı denetimi aracını kullanarak kurmak formülünü benimsemiştir. Daha kısa ifadeyle, yargı denetimi, 1982'de de Anayasal Dengenin ve buna dayalı Anayasal sistemin temel ögesi yapılmıştır. Bu hareket noktası ile tutarlı olarak, 1982 Anayasası da, aynı prensibi benimseyen diğer Anayasalar gibi, etkin yargı denetimi mekanizmasını gerçekleştirecek araçları da öngörmek zorundadır.

Açıklamaların bu noktasında şu soruyu soralım : Nelerdir bu araçlar? İdarî yargıda ve Anayasa yargısında iptal dâvalarının kabul edilmesiyle ilk büyük adımın sağlam biçimde atıldığı kesin. Ancak bu, ilk adım olarak yeterli sayılabilir ve en az birincisi kadar önemli olan ikinci adımın atılmasıyla tamamlanabilir. Bu ise, «yürütmenin durdurulması» ve benzeri araçlardır.

YÜRÜTMENİN DURDURULMASI

Yargı denetiminin evrensel bazı dar boğazları bulunduğu, k endisine en büyük ayakbağının, gene kendisinin doğasından kaynaklanan problemler olduğu malûmdur. «Gecikmiş adalet, gerçekleşmemiş adalettir» sözü bu noktayı çok net biçimde ifade ederken; ABD Yüksek Mahkemesi Başkanı Başyargıç Burger «Süpermarket çağında, mahke-

meleri 1900'dan kalma çatlak fıçılı köşebaşı bakkalı metod ve gereçleri ile çalıştırmağa gayret ediyoruz» (14) eleştirisini yaparken, aynı problemi bir boyutuyla dile getiriyordu.

Birinci olayda kararından alıntılar verdiğimiz Federal Anayasa Mahkemesi, geç tecelli etmiş yargı denetiminin, idarî tasarrufun derhal icrasının normal olarak yaratacağı bir takım «emrivakileri» önlemeyeceğini, hatta teşvik edeceğini, böylece yargı denetiminin işlevinin gerçekleşmesinin hayalî bir hal alacağını (15) vurguluyordu.

İkinci olay da, kazaî emir ve durdurma araçlarıdır ki, Başkan'ın Anayasadan ve yasalardan kaynaklanmayan ve bir anlamda Kongre'nin yetkisini gasbetmek olan Ağır Hukuk aykırılığı ile sakat işlemi emrivakiler, düzeltilmesi imkânsıza yakın zararlar oluşmadan ve daha önemlisi, savaş da olsa, Başkan da olsa, ulusal güvenlik de olsa, kimsenin Anayasal sistemin dışına ve üstüne çıkamayacağını; aksi halde gereğinin süratle yapılacağını ve son sözün ve çarenin yeterli araçlarla donatılmış etkin yargı denetiminde bulunduğunu sergiliyordu.

1803 yılında Marbury v. Madison kararında Başyargıç Marshall'ın kaleminden Yüksek Mahkeme şu noktaya dikkatleri çekiyordu : «Temel hak ve özgürlüklerin özü, hukuksal bir aykırılığa karşı, hukuksal bir çareyi gerektirir. ABD Yönetimi, 'kişiler değil Hukuk tarafından yönetim' olduğuna göre, Anayasa, kişilerin haklarının ihlâlüne karşı koruyucu bir çare tanımış olmalıdır.» (16).

Yüksek Mahkeme, yürütmenin durdurulmasını işleyen önemli bir kararına (17) şu uyarıda bulunuyordu : «Hiç bir mahkeme, yürüyen zamanı durduramaz. Bir hukuksal uyumsuzluğu çevreleyen koşullar, yargı denetimi tamamlanana kadar düzeltilemez biçimde değişebilir. ...Fakat, bu sınırlar dahilinde kalınmak üzere, mahkemelerin, yargılamanın bitiminde hukuka aykırı bulunabilecek bir kararın derhal (premature) uygulanmasının dâvanın taraflarına veya kamuya vereceği onarılmaz zararları önlemeğe muktedir kılınmaları doğru ve isabetlidir.» Bu nedenledir ki, **yürütmenin durdurulması yetkisi**, her zaman için Amerikan mahkemelerinin **geleneksel araçlarından biri** olagelmış-

(14) Bakınız, Sait GÜRAN : BÖLGE İDARE MAHKEMELERİ VE DANIŞTAY ÜZERİNE YAPISAL BİR DENEME, Sf. 136 (İÜHF, Yayını, 1977).

(15) ÇAĞA : n. 2, 33.

(16) NOWAK - ROTUNDA - YOUNG : *infra.* n : 29, 4.

(17) Bernard SCHWARTZ : FRENCH ADMINISTRATIVE LAW AND COMMON-LAW WORLD, Sf. 198 (Oxford Univ. Press, 1954).

tir. (18) «İdarî merciler Hukuka aykırı işlemler tesis ettiklerinde bunlara karşı tanınan mahkemelere başvurma hakkı ve yapılacak yargı denetimi, **değersiz ve boş bir seremoniye** dönüşür; eğer mahkemece aykırılığı giderici karar verilene kadar, dâva öncesi durum onarılmaz surette değişikliğe uğrar ise,» (19).

Fransız İdare Hukukçularının da dile getirdiği gibi, «Yargı yolu idarî işlemin icrasını durdurmaz kuralı ile gerektiğinde Danıştayca yürütmenin durdurulmasına karar verilir kuralı, birlikte bir çift teşkil ederler; bunlar birbirlerinden ayrılmaz parçalardır.» (20); «yürütmenin yargı merciince durdurulabilmesi, birinci kuralın zararını giderici bir çare» (21) veya «birinci kuralın düzelticisidir.» (22).

Yürütmenin durdurulması önlemine bir diğer yüzünden bakınca, İdare'de ekonomi, rasyonellik, kararlılık bakımlarından üzerinde dikkatle durulması gereken yanlarının bulunduğu görülecektir. Nitekim R. Sarica'nın altını çizmesine yazdığı gibi yürütmenin durdurulmasında, istemde bulunan tarafın çıkarlarının yanında; kamu yararının kamu düzeninin, hatta Hukuk düzeninin de aynı zamanda korunmuş olduğu muhakkaktır. Gerçekten yürütmenin durdurulması kararıyla, İdare ilerde tazminata mahkûm olmaktan kurtulur ki, bu da Hazinesinin korunması demektir. Bunun gibi, «ilerde giderilmesi veya düzeltilmesi imkânsız veya zor karışık durumları önlemekle İdare hayatında intizam, istikrar ve ahengi de sağlamış olur. Böylece... bizzat İdare'nin menfaatleri de gözetilmiş demektir.» (23). Yürütmenin durdurulması, son tahlilde, bireyleri «kuvvetli ve korkunç silâhlara sahip bulunan İdareye karşı münferiden koruduğu kadar, İdarenin, yaratacağı emrivakilerle Hukuk düzeninin yara almasına sed çekmekle, tüm olarak toplumu da himaye eder.» (24).

Yargıç Frankfurter ve Hocamız Sarica ile birlikte yürütmenin durdurulması aracının, açık yasa hükmüyle öngörülme bile, doğrudan

(18) Ibid.

(19) Ibid.

(20) Bakınız, Orhan ÖZDEŞ : İdarî Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Niteliği: İDARE HUKUKU ALANINDA SORUMLULUK - Sf. 14 (V. Gleizal) (Muh. Huk. Enst. İÜHF Yayını, 1980).

(21) id. 15 (A. Laubadere).

(22) Ibid. (Auby - Drago).

(23) Ragıp SARICA : Tehiri İcra; DANIŞTAY KARARLARI VE YÜRÜTMENİN DURDURULMASI, Sf. 29-30 (T. Huk. Kur. Yayını, 1966).

(24) Id. 30.

doğruya Anayasadan kaynaklandığını ve yargısal denetim faaliyetinin özünde mündemiç geleneksel bir aleti olduğunu (25) yineledikten sonra; açıklamalarımızı bir noktaya değinerek tamamlayalım...

İdarenin yargısal denetimi yapılırken, elbetteki, ister istemez, İdare'nin varlığına da, alanına da, idare hayatının icaplarına da, kamu hizmetlerinin görülmesine de müdahaleler gerekecektir. Yargı kavramına vazgeçilmez surette bağlı olan bu müdahaleleri kabullenmek lâzımdır (26). Kaldı ki, yürütmenin durdurulması kararı, «onarılmaz zararların söz konusu olduğu ahvalde dahi, kesinlikle otomatikman verilir diye bir kural da yoktur. Bu konuda mahkemenin yargısal takdirî mevcuttur. Durdurmanın uygun - isabetli olup olmadığı, her dâvanın özel koşullarına bağlı bulunduğu için; onarılmaz zararlara ilâveten başkaca etmenlerin de varlığı ve dikkate alınması gerekir.» (27) Aynı ilkeyi, Sarıca'nın ilginç kelimeleriyle tekrarlırsak : Anayasanın 138. maddesinde, yargıçların, vicdanî kanaatleriyle hareket edecekleri kuralına rastlıyoruz. Vicdanî kanaat kavramı içinde, bir dâvanın çözümlenmesinde, bir hakkın gerçekleşmesinde yargıcın vicdanına göre ne gibi tedbirler almak lâzım ise hepsi dahildir.» (28).

(25) Scripps-Howard Radio Inc. v. FCC, 316 US 4 (1942); Ragıp SARICA : Konuşma; DANIŞTAY KARARLARI VE YÜRÜTMENİN DURDURULMASI - Sf. 6 T. Huk. Kur. Yayını, 1966); bakınız, Anayasa Mahkemesi'nin 13.3.1984 tarihli ve K : 19 sayılı kararında belirttiği aksi görüş için (AMKD Sayı : 2; Sf. 90, 91-92); karşılaştırınız 21.6.1979 günlü ve K : 30 sayılı kararında beliren olumsuz görüş ile (AMKD Sayı : 17; Sf. 239-240); Kanun koyucu, yürütmenin durdurulması hakkını tanıyıp tanımamakta tümünden serbest olmayıp, dâvacının «hakkını elde edebilmesi için yürütmenin durdurulması gereken durumlarda, kamu yararı açısından bir sakınca bulunmadıkça, yürütmeyi durdurma olanağını ortadan kaldırmak Anayasaya aykırı düşer.» (id. 239); Yargılama Usulleri kanunuyla düzenlenir hükmü «kanun koyucunun usule ilişkin konulara dilediği gibi tasarruf edebilir anlamına gelmez. Modern Usul Hukuku ilminde belirtildiği üzere, Usul hükümleri, hukukun genel kurallarını uygulama alanına koymanın mekanizmasıdır. ...Dolayısıyla, modern hukuk devletinde hakim, hak ve hukuku sağlamasına engel olacak usul hükmüne yer verilmediği gibi; aksine ona hukukî gerçeği saptayabilmesi için geniş imkânlar tanınması yoluna gidilmektedir.» ÖZDEŞ : n. 20, 16.

(26) SARICA : n. 25, 14.

(27) SCHWARTZ : n. 17, 199.

(28) SARICA : n. 25, 5.

Bu nedenle, yargı denetimi sırasında ve sonunda Yönetim'in karşılaşılabileceği yargısal müdahaleleri gerçekten kabullenmek lâzımdır. Çünkü, bu müdahaleler, geçtiğimiz sayfalarda belirttiğimiz Anayasal sistemin ve Anayasal dengenin gereğidir. 1982 Anayasası, tercihini bu yönde yapmıştır.

Kaldı ki bu müdahale —yani durdurma— Türk Ulusu adına Yargı erkini kullanmağa mezun kılınan yargıçlar tarafından gerçekleştirilecektir. Anayasaya göre, 30 yaşını doldurmuş ve ilkökul mezunu olabilen ve kamu yararına ilişkin kararlarının çoğunu politik değerlendirmelerle partici yönlendirmeler ve şartlanmaların etkisi altında veren ve sıkı parti disiplini altında çalışan milletvekillerine güveneceğiz; aralarından çıkan ve oylarıyla göreve başlayan teorik olarak aynı nitelikleri taşıyabilecek Başbakana, Hükûmete ve Bakanlara ve bunların atadığı valilere, genel müdürlere, yönetim kurullarına, müsteşarlara güveneceğiz; tüm bu kişilerin doğru, kamu yararına hizmet eden tarafsız kararlar verdiğine, takdir ve değerlendirmelerinde objektif, yansız, bilgili davrandıklarına inanacağız; fakat, yürütmenin durdurulmasına ve iptale hükmettiklerinde ve bu yolla Anayasal görevlerini yerine getirdiklerinde, yargıçların yorumlarını, değerlendirmelerini, yargılarını, ehliyetlerini, konuyu ve kamu yararını takdirdeki vukuf yeteneklerini şüpheyile, tereddütle karşılayan bir tavır içinde olacağız ve Yönetim'in gereklerini alıgilayamadıkları ve yersiz müdahalelerde bulundukları suçlamasını yapacağız.

Böyle bir varsayımı, herkesten önce Anayasa, Yargıya verdiği ve açıkladığımız Anayasal Denge olgusu ile (koyduğu bir kaç istisna dışında kural olarak ve kesinlikle reddettiği gibi; Yargıyı ve yargıcı, Anayasal sistemin güvenilir temel ögesi mevkiine getirmiştir. 1982 Anayasal sisteminde de son söz yargıcıdır.

KAZAI EMİR (INJUNCTION)

Kore Savaşı sırasında çelik fabrikalarına el koyma olayında gördüğümüz gibi, Hukuka aykırı işlemlere karşı, ABD'nde belli koşullar altında devreye giren önleyici, durdurucu, koruyucu bir araç da kazai emirdir.

Bildirinin ihtiyaç gösterdiği kadarıyla belirtelim ki, **injunction mahkemenin aykırılığı iddia olunan Yürütme - İdare işlemine (29) karşı çıkardığı bir emirdir.** Bu yargısal buyruk, kişilerin hak ve özgürlüklerinin, **maddi tazminatın yetersiz giderim şekli** teşkil edeceği onarılmaz zarardan korunması, böyle bir zararın önlenmesi amacıyla verilir. Haliyle burada, kazaî emre konu teşkil eden işlemin yetki dışı ve ya açıkça hukuka aykırı —örneğin Anayasaya aykırı— olması şarttır (30). Kazaî emir, konusuna göre, ilgili kamu makamlarına pozitif bir şey yapmasını yahut engellemeyi kaldırmasını veya hukuka aykırı durumu yaratmamasını, sürdürmemesini, yürürlüğünü durdurmasını buyurur. Kazaî emirde amaç, işin esası hakkında karar verilene kadar statükoyu korumaktır (31).

Mahkemenin kazaî emir istemini kabul etmesi için, bu fevkalâde çareye başvurmayı gerektirecek bir ölçüde ihlâlin ve dâvacının hakkının ancak bu suretle korunabileceği hususunun ortaya konması zorunludur. Bu koşulların olayda gerçekleşip gerçekleşmediği mahkemenin takdirine giren bir husus olmakla beraber; karar verirken, mahkeme, konuya sadece Hukuka uygunluk/aykırılık açısından yaklaşmayacak, ayrıca, takdirinde rol oynayacak diğer etmenleri de dikkate alarak «hakkaniyet, nasafet dengesi» içinde çözüme ulaşacaktır (32).

FRANSIZ SİSTEMİ VE GEÇİCİ TEDBİR KARARI

Doğrudan doğruya Anayasa Yargısına baktığımızda, durdurma konusunda, iki ülkede, birbirinden tümüyle farklı, fakat bizi ilgilendiren somut sonuçları itibarıyla aynı başlık altına konabilecek iki mekanizmaya rastlıyoruz.

Bilindiği gibi, Fransız Anayasasının benimsediği «**önleyici norm denetimi**» (33) yasaların yayınlanıp yürürlüğe sokulmadan önce Ana-

(29) Buna, istisnaî olarak ve ancak kişilerin Anayasal hak ve özgürlüklerinin onarılmaz ve derhal gerçekleşecek büyük bir kayıpla karşı karşıya geldiği ceza koşturması işlemleri de eklenmelidir. Örneğin, bir Federe Devlet yasası, Anayasanın açık yasak hükmünü kesin ve net biçimde ihlâl etmektedir; yahut kötü niyete, kişiyi rahatsız etmeğe dayalı veya benzeri bir olağan dışı bir uygulamaya ile Anayasal haklara onarılmaz zararlar verilmektedir. John NOWAK - Ronald ROTUNDA - Nelson YOUNG : CONSTITUTIONAL LAW, Sf. 50 (West Pub. Co., 2. bası, 1983).

(30) WESTIN : n. 6, 27.

(31) BLACK'S LAW DICTIONARY, Sf. 923 (West Pub. Co., 4. bası, 1951).

(32) WESTIN : n. 6, 41.

yasa Konseyi tarafından, Anayasaya uygunluk denetiminden geçirilmesini zorunlu kıldığı ve bu denetim yapılmadıkça yürürlüğünü engellediği, Anayasaya aykırılığı saptanan yasa veya yasa hükmüne uygulanma şansı vermediği için (34), işlediğimiz konu bakımından en etkili sistemdir. Konseye başvurunun yayımlanma ve yürürlüğe girmeyi askıya aldığı (35) da hatırlanırsa, müracaatle birlikte, inceleme sonuna kadar geçici durdurma olgusu otomatikman gerçekleşmektedir.

Alman Anayasa Yargısındaki «Geçici Tedbir Kararı (GTK)» (Einstweilige Anordnung), konumuz bakımından dikkatle incelenmesi gereken önemli bir araçtır.

Federal Anayasa Mahkemesi Yasası, GTK'nı, Mahkeme'nin önüne gelecek «tüm dâva türleri açısından anayasa yargısının ayrılmaz bir parçası saymıştır.» (36). Geçici koruma aracı işlevi gören; esas dâva karara bağlanana kadar ilgili yasanın yürürlüğünü durduran; dâva açılmadan önce yahut dâva sırasında, talep üzerine veya Mahkemece re'sen alınan (37) GTK ile, «bir uyuşmazlık sırasında, ağır sakıncaların doğmasını önlemek veya tehdit edici bir gücü engellemek için ya da başka bir önemli nedenle kamu yararı açısından âcilen zorunlu olması durumunda, (Federal Anayasa Mahkemesi)... bir durumu geçici olarak düzenleyebilir.» (38). Bu hükümdeki koşulların, önündeki dâvada ne ölçüde gerçekleştiğini araştırırken, Mahkeme, sakıncanın, toplumun veya bireyin katlanılabilecek belli bir fedakârlık düzeyini aşıp aşmadığını, toplumun genel çıkarlarını ve Anayasaya aykırılık konusunun olumlu/olumsuz sonuçlanması halinde ortaya çıkacak durumları tartıp dengeleyecektir (39). Öte yandan, asıl dâva, geçici korumayı gerektirmeyecek sürede karara bağlanabilecek ya da GTK ile amaçlanan koruma herhangi bir başka yolla sağlanabilecek ise, âcilen zorunlu olma koşulu gerçekleşmemiş sayılacaktır (40).

(33) Metin KIRATLI : ANAYASA YARGISINDA SOMUT NORM DENETİMİ, Sf. 21 (AÜSBF Yayını, 1966).

(34) Muammer OYTAN : Fransa'da Anayasa Konseyi'nin Kuruluşu, Görevleri ve İşleyişi Konusunda Bir İnceleme; Amme İdaresi Dergisi, Cilt : 17, Sayı : 3, Sf. 29-30.

(35) Id. 36.

(36) Yavuz SABUNCU : Alman Anayasa Yargısında «Geçici Tedbir Kararı», Amme İdaresi Dergisi, Cilt : 17; Sayı : 2; Sf. 77.

(37) Id. 84, 85, 78, 79.

(38) Id. 78.

(39) Id. 80.

(40) Id. 81.

GTK ile Mahkeme'nin yaptığı düzenlemede : nihai kararın öne alınması anlamına gelebilecek tedbirler alınmayacak; asıl davanın kapsamının ötesinde ve Mahkeme'nin «düzeltici» işlevini aşan geçici düzenlemeler yapılmayacak; Anayasanın bireyleri Devlete karşı koruyan hükümleri ile çatışma olmayacaktır (41). Ayrıca, Mahkeme «ölçülülük» ilkesini de gözönünde tutarak, GTK ile ulaşmak istediği amaçları aşan sonuçlar doğurabilecek düzenlemeler yapamayacaktır (42).

GTK'na itiraz yolu açık olduktan başka, kesin hüküm niteliğinde olmadığından, koşulların değişmesi halinde, Mahkeme'nin, kararını kaldırması yada değiştirmesi mümkündür (43).

DEĞERLENDİRME I

Buraya kadar yazdıklarımızdan, bu aşamadan çıkaracağımız sonuçlar şunlardır :

Birincisi, bildirinin başında aktardığımız iki olayın öğrettiği gibi, terör, içgüvenlik, yıpratıcı savaş, dış güvenlik, ekonomik bunalım bile, Hukukla Bağlı Devlet ilkesini benimsemiş ve yargı denetimini Anayasal Dengenin temel taşı yapmış ülkelerde, Yasamanın, Yürütme ve İdarenin işlemlerine karşı, özellikle Anayasaya aykırılık söz konusu olunca, temel hak ve özgürlükler gündeme gelince, yargı denetiminin sonunu beklemenin, yargısal denetimi boş bir seremoniye çevireceği durumlarda, Anayasal Dengeyi kuran ve koruyan bir araç olarak, Anayasayla çatışan yasanın uygulanmasını durduran, önleyen araçlar kabul edilmiş, bunları sür'atle devreye sokan mekanizmalar kurulmuştur.

İkincisi, 1961 ve 1982 Anayasaları, kurdukları Anayasal sistemdeki Anayasal Denge'de yargı denetimine ve özellikle Anayasa Yargısı'na verdikleri işlev ve bunun yerine getirilmesi için öngördükleri dâva ve itiraz mekanizmaları ile, **anafikir ve temel yaklaşım olarak**, kanunların Anayasaya aykırılığına ilişkin dâvalarda İdarî Yargı'dan bildiğimiz yürütmenin durdurulması aracının uygulanmasını tereddütlerle karşılayan veya reddeden değil, aksine olumlu bakan, benimseyen bir anlayışa ve sisteme sahiptir. Anayasa Yargısında yürütmenin durdurulması müessesesine yer verilmesinin, Anayasa ile bağdaşmayacak veya aykırı düşecek bir yanı yoktur.

(41) İd. 82.

(42) İbid.

(43) İd. 83.

İÇTİHAD ANAYASA HÜKÜMLERİ VE DEĞERLENDİRME II

İdarî işlemlerin yargısal denetiminde yürütmenin durdurulması konusunda paylaşmadığımız bir görüşü (44) benimseyen Anayasa Mahkemesi, kendi içtihadıyla tutarlı olarak, kanunların iptali dâvalarında da, böyle bir yetkinin Anayasada öngörülmediği ve yasaca verilmemiş bir yetkinin yorumla edinilemeyeceği gerekçesiyle yürütmenin durdurulması istemini reddetmiştir (45).

Anayasanın, anafikrinden ve temel yaklaşımından, lâfzına geçince, yürütmenin durdurulması hakkında az önceki olumlu yorumda zayıflama alâmetleri belirmektedir. Çünkü, on yıllık yeniden başvuru yasağı ile Anayasaya aykırılığı saptanan yasanın azamî bir yıl ertelenerek uygulanmasına izin verilmesi yetkisi, 1962 Anayasasının, kanunların iptali dâvalarında, yürütmenin durdurulması gibi bir aracı benimsemeğe pek elverişli olduğunu söylemeyi güçleştirmektedir. Bu iki hüküm, Anayasanın, Anayasa Yargısına ilişkin anafikri ve temel yaklaşımı ile çelişmekle ve daha sınırlı bir denetim modeli yaratmakla beraber, Anayasada bulunmakta ve denetim mekanizmasının işleyişine ağırlıklarını koymaktadır.

Diğer taraftan, yürütmenin durdurulmasını, metnine özel hüküm koyarak düzenleyen ve Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini kazuistik denebilecek biçimde belirleyen bu Anayasada, kanunların iptali dâvalarında yürütmenin durdurulması olanağının bulunduğunu, Yargı denetimi kavramının içeriğinden ve kapsamından yola çıkarak savunmak, bulunmadığını savunmağa oranla çok daha zordur.

Bu veriler karşısında, 1982 Anayasası, Anayasa yargısı alanında, kendi kategorisine giren Fransız, Alman ve ABD sistemleri arasında, Anayasaya aykırı yasanın uygulanma şansı bakımından, kendi temel yaklaşımı ile de bağdaşmayan «kısıtlanmış bir model»i getirmiş bulunmaktadır. Bu modele yürütmenin durdurulmasının monte edilmesi, örneklerini diğer ülkelerin mahkemelerinin kararlarından verdiğimiz

(44) Bakınız, 25 numaralı dipnotuna.

(45) Any. Mhk. 6.4.1972, K : 18 (AMKD Sayı : 10; Sf. 281-284) ... Bununla beraber, Mahkeme, işin özelliği dolayısıyla, dâvayı öne almak, gündeme ilişkin süreleri kısaltmak, kararın iptale ilişkin gerekçeli bölümün hemen yayınlanmasına zorunluluk duyarken (SABUNCU : n. 36, 85) bu tutumuyla, bir anlamda yürütmenin durdurulması gibi bir araca olan ihtiyacı ve yokluğunun sıkıntısını ifade etmiştir.

yorumlarla veya kanun koyucunun iradesiyle mümkün değildir. Bunun için, Anayasanın değiştirilmesi; gerekli metin düzeltmelerinin yapılması; tutarlı bir düzenleme için on yıllık yasak ve bir yıllık erteleme hükümlerinin kaldırılması gerekmektedir.

İnsanların ölüm cezasına çarptırılarak hayatına son verilmesi; şirketlerin iflâsına hükmedilmesi; siyasal seçimlerin yönetim, gözetim ve denetimi; kanunların iptali, Başbakanı, Bakanları görev suçlarından ve Cumhurbaşkanı'nı dahi vatana ihanet gibi ağır bir suçtan yargılama yetkileriyle donatılmış olan Yargı'nın; söz konusu yürütmenin durdurulması yetkisini de aynı görev ve sorumluluk anlayışı ile kullanacağını varsaymak doğaldır. Sonuç olarak, böylesine görevler ve sorumlulukların sahibi Anayasa Mahkemesi'nin yürütmenin durdurulması yetkisinin bulunmaması pek kabili izah değildir.

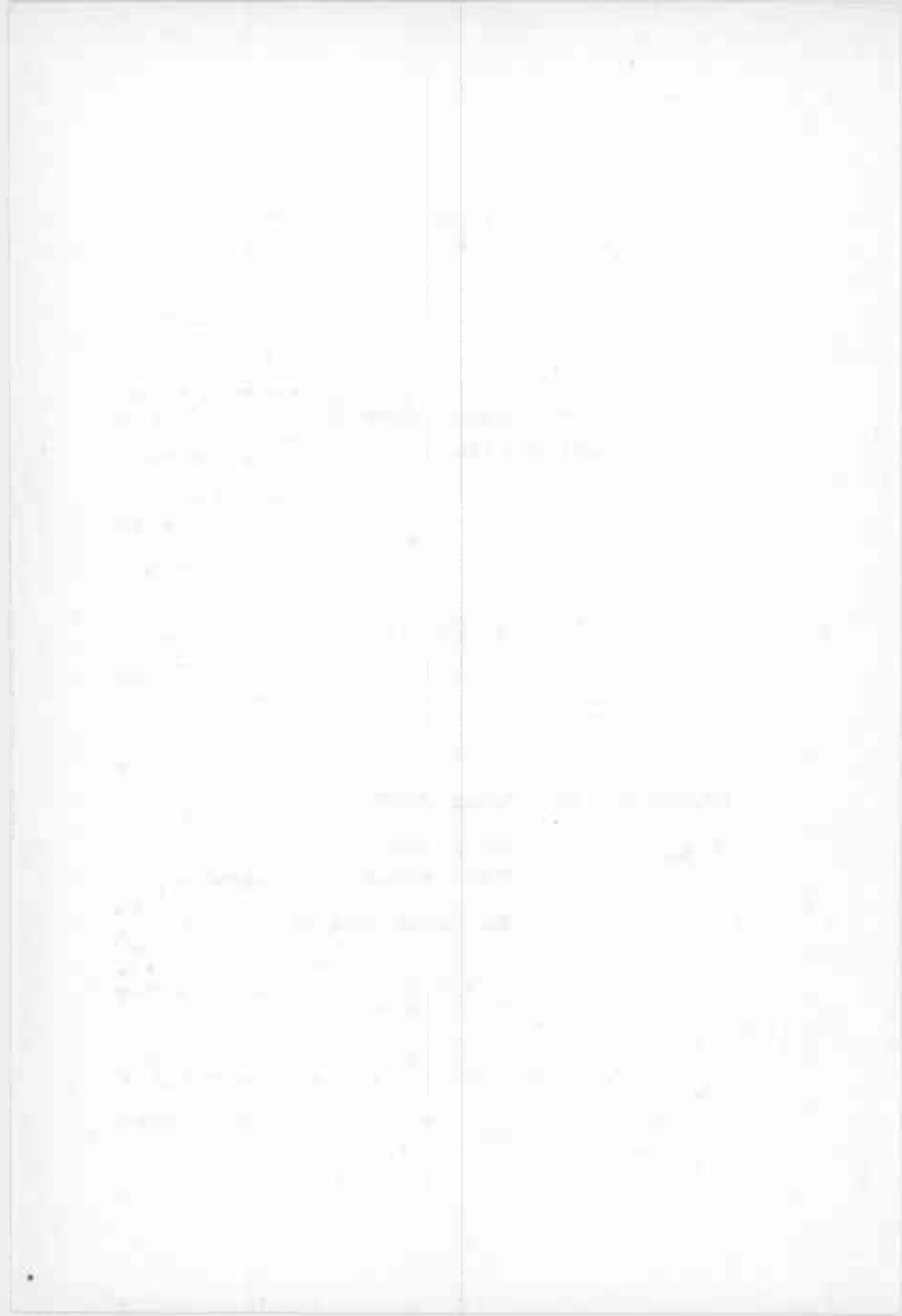
**ANAYASANIN ÜSTÜNLÜĞÜ
ANAYASA YARGISINDA YORUM**

DÖRDÜNCÜ OTURUM

OTURUM BAŞKANI : Servet ŞAMLIOĞLU

KONUŞMACILAR : Prof. Dr. Orhan ALDIKAÇTI
(Yayım için bildirisi sağlanamadı)

Doç. Dr. Bakır ÇAĞLAR



ANAYASA YARGISINDA YORUM PROBLEMİ KARŞILAŞTIRMALI ANALİZİN KATKILARI

Doç. Dr. Bakır ÇAĞLAR

«it is emphatically, the province and
duty of the judicial department to say
what the law is».

Justice Marshall

«marbury v. madison» (1803)
«comparison is the basis for any un-
derstanding»

Novalis

Jürisprüdansiyel anayasa hukuku ve yorum teorisi : ilk veriler

Anayasa hukukunda yorum problemi konusunda yapılan çalışmaları, hukukun genel teorisi ya da diğer hukuk disiplinlerine göre sınırlı kalmıştır (1).

Anayasa hukukçularının pozitif hukukun temellerini açıklamada kullandıkları, XVIII. yüzyıl kurucu meclislerinde tartışmalara konu olan egemenlik, temsil, kuvvetler ayrılığı gibi, siyaset felsefesinin büyük prensipleri hukuki yorum teorisine yabancıdır (2).

(1) Cf. C. Palazzoli, «L'Interprétation de la Constitution» in Etudes de droit contemporain, Travaux et recherches de l'Institut de Droit Comparé de Paris, 1970, s. 289 vd.; L. Patras L'interprétation en droit public interne, Athènes, 1962; Ö. Eyrenci, «Anayasanın yorumlanması yöntemlerine genel bir bakış», AİD, 1981, s. 45 vd.; M. Troper, «Le problème de l'interprétation et la théorie de la théorie de la supralégalité constitutionnelle», in Recueil d'études en hommage à Ch. Eisenmann, éds. Cujas, Paris 1977, s. 133 vd.

(2) «Anayasallık prensibi» (principe de constitutionnalité), «yasallık prensibi»nden (principe de légalité) farklı olarak gelişme imkanı bulamamıştır. Bk. L. Favoreu, «Le principe de constitutionnalité», in Hommages à Ch. Eisenmann, op. cit. s. 33 vd.

Bu prensibin gelişmesi, Muhakeme genel teorisi içinde, Anayasa Muhakemesi Hukukunun gelişmesine bağlıdır.

Oysa bugün, Anayasa yargısının yaygınlaşması ve jürisprüdansiyel anayasa hukukunun gelişmesi yorum teorisinin anayasa hukuku alanında da pratik bir önem kazanmasına sebep olmuştur (3).

Anayasa yargılamasının farklı hukuk sistemlerinden taşarak yaygınlaşması «Dünya çapında bir patlama» olarak nitelendirilirken, bir «**Milli - üstü**» (transnationale, sopranazionale) anayasa yargısı da Avrupa Hukuku ve İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu uygulamaları ile artan bir önem kazanmaktadır. **Mauro Cappelletti**'nin belirttiği gibi, uluslarüstü hukuk ve «**uluslarüstü hukuka bağlılık kuralı**» (Supranational Rule of Law ile yeni bir dönem başlamıştır (4).

Bu gelişmeler karşısında, **Michel Fromont**, büyük hukuk sistemlerinin klasik tasnifini tamamlamak için ikinci bir ayırım önermektedir.

Romano - germanik hukuklar ve anglo - sakson hukuklar tarihi tasnifi yanında bir ikincisi, **normlar hiyerarşisi** ölçü alınarak yapılabilir. Buna göre, bir yanda yasaların üst - norm olarak kaldığı Büyük - Britanya gibi sistemler (5), diğer yanda ise anayasanın üstün norm olduğu Birleşik Devletler, Almanya gibi sistemler vardır (6). Bu sonuncu sistemlerde «çok sayıda yasanın egemenliğine karşı, tek bir yasa

(3) Bu gelişmenin gündeme getirdiği önemli bir sorun anayasa yorumunun özelliği sorunudur. Bu konuda ileri sürülen tezler için özellikle bk. W. Zakrzewski, «De l'interprétation de la Constitution», in Jahrbuch des öffentlichen Rechts, 1977, s. 427 vd.; F. Luchaire, «Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux», RDC, 1981, s. 303 vd.; - İD.,

İsviçre Federal Mahkemesinin yorum metodları ile ilgili jürisprüdansı anayasal ve yasal normlara aynı biçimde uygulanmaktadır. Cf. J. Werner, Interprétation constitutionnelle, Georg, Genève, 1975, s. 180. Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararlarında da aynı eğilim görülür. Bu jürisprüdans ve anayasa yorumunun farklı kurallar gerektirdiğini düşünen yazarların bu jürisprüdansa getirdikleri eleştiri için bk. M. Fromont, A. Rieg, Introduction au droit allemand, éds. Cujas, Paris 1977, s. 210 vd.

(4) Cf. M. Cappelletti, W. Cohen, Comparative Constitutional Law. Cases and Materials, Bobs - Merrill, N.Y. 1979, s. 113. vd.

(5) Cf. G. Winterton, «The British Grundnorm: Parliamentary supremacy re-examined», Law Quarterly Review, 1976, s. 591 vd.

(6) Bu sistemler için jürisprüdansiyel anayasa hukuku, özellikle temel haklar alanında, ortak bir hukuk olma yolundadır.

Türk Anayasa Mahkemesi kararlarındaki «**Batı unsuru**»nun, «yorum yapılırken batı demokrasilerinde anlaşılan anlamdan ayrılınmamalıdır» (AYM 67/29 Karar sayılı karar) ifadesinin anlamı da budur.

metninin (Anayasanın) ve tek bir yargıcın (Anayasa yargıcının) üstünlüğü» getirilmiştir (7).

Anayasanın üstünlüğü anlayışına bağlı olarak bu üstün Anayasayı yorumlayan (8) anayasa yargıçlarının rolü, anayasa yargısının «BÜYÜK PROBLEMİ» olarak adlandırılan problemi ister istemez gündeme getirmiştir.

I. ANAYASA YARGISININ «BÜYÜK PROBLEMİ»

«Value - protecting approach» ve sınırları.

Anayasa yargısının «Büyük Problem»i (Problème formidable) kendi değer hiyerarşilerini, ya da yargıç Burger'in ifadesi ile «şahsi tercihlerini» (9) açık pozitif tanımlı olmayan «hürriyet», «eşitlik» (10),

- (7) M. Fromont, «Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne», in *Hommage à Ch. Eisenmann*, op. cit. s. 64.

Anayasa üstünlüğünün kabul edildiği sistemlerde adı yasaların mahkemelerce yorumu anayasa hukukundan etkilenmektedir.

Federal Alman Cumhuriyetinde Federal İdare Mahkemesi eski başkanı F. Werner, İdare hukuku için «somutlaşan anayasa hukuku» ifadesini kullanmıştır.

- (8) Denetim terimi iki kavramdan kuruludur: bir inceleme ve onu takip eden bir yaptırım. Anayasa yargısı (juridiction constitutionnelle) önce bir Devlet işleminin anayasaya uygunluğunun denetimidir. Aubert'in benzetmeli ifadesi ile, anayasa yargısı «bir eliyle anayasayı, diğeri ile yasayı tutar ve ikincisinin ilki-ne uygun olup olmadığını, söyler» J.F. Aubert, *Traité de Droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel - Paris, 1967, no. 429.

Yargıç bu sonuca ikili bir yorum aracılığı ile ulaşabilir: incelediği yasa ve uyguladığı anayasanın yorumları. Anayasa yargısı bir Devlet işleminin anlamını anayasaya göre belirlerken aynı zamanda iki normu uygulamakta ve somutlaştırmakta ve böylece «anayasa hukuku yaratmaktadır»

«Her hukuk uygulaması aynı zamanda hukuk yaratmadır» değerlendirmesinin ilk kaynakları için bk. T. Hobbes, *Le Léviathan* (1651), Paris 1971, s. 294; Hans Kelsen, *Théorie pure de droit* (1934), Paris 1962, s. 315; André es Auer, *La juridiction constitutionnelle en Suisse*, Helbing, Lichtenhahn, Bâle, 1983, s. 7 vd. Anayasa Mahkemesi kararlarında «karşı-oy» ya da «farklı-oy»lar (opinions dissidentes, dissentings) anayasanın metodu ve yorumu ile ilgili anayasa hukuku sorunlarında açık bir plüralizmin ifadesidir.

- (9) Bk. «Eisenstadt v. Baird», 405 US. 438, 472 (1972), (Burger C.J. Dissenting).
(10) «Eşitlik» kavramı ile ilgili olarak Leben'in önerdiği ayırım: yasa önünde eşitlik, yasa içinde eşitlik ve anglo-sakson «due process of law»ına yakın olan «adalet önünde eşitlik» için bk. Ch. Leben, «Le Conseil Constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi», RDP, 1982, s. 295 vd.

«fairness», ya da «Due process» (11) gibi nisbeten boş kalıplara koyan yargıcın rolü ve demokratik meşruluğu problemidir (12).

1. Bir örnek - olay : «Eşitlik prensibi» ve Anayasa Mahkemeleri.

Eşitlik prensibi, anayasa yargısında genişleyen bir uygulama alanı bulmaktadır.

İtalyan Anayasa Mahkemesi 1956'dan 1979'a 219 olayda yasaları anayasanın eşitlik prensibine aykırı bulmuştur. Bu kararların % 80'i 1968 den sonra verilmiş kararlardır (13).

Massimo Villone, bu alanda yasa koyucunun siyasi tercihleri ile Anayasa Mahkemesinin tercihleri arasında çok zor bir münasebet bulunduğunu belirttikten sonra Mahkemenin, parlamento çoğunluğunun siyasi tercihlerine hangi noktaya kadar karşı çıkabileceğini, hangi noktaya kadar karşı çıkması gerektiğini sormaktadır (14).

Avusturya Anayasa Mahkemesinin 1946 -1977 yılları arasında verdiği 113 iptal kararından 98'i eşitlik prensibini ihlal sebebi ile verilmiştir.

Benzer bir gelişme, son iktidar değişikliğinden sonra **Fransa'da Anayasa Konseyi** kararlarında görülmektedir (15).

(11) Tunc'un da belirttiği gibi, Yüksek Mahkeme «due process of law»a sadece prosedural bir anlam vermekten uzaklaşarak maddi bir anlam tanımıştır. Kaynağında «due process», Devlet iktidarlarının şekli bir sınırlaması iken (procedural limitation) bugün, genel ve soyut bir sınırlama (general limitation) haline gelmiştir. Cf. «Roe et al. v. Wade» 428 U.S. (1973).

(12) Anayasa yargısı ile korunan değerler, belli bir ölçüde, «yargıç - yapısı» (judge-made) değerler olarak görülmektedir. Cf. M. Cappelletti, «The Mighty problem of judicial review and the contribution of comparative analysis», South. California L. Rev., 1980, s. 409 vd., -İD, «Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle», in Favoreu, ed., Cours Constitutionnelles Européennes et droits fondamentaux», Actes du II. Colloque d'Aix-en-Provence, Economica, Paris 1982, s. 460 vd.

(13) Turin Üniversitesi siyaset felsefesi profesörü **Norberto Bobbio'nun** belirttiği gibi bir «kurumlar krizi»nin varlığı, İtalya'da üzerinde birleşilen sayılı konulardan biridir. 1968 yılı siyasal kurumlar krizinin başlangıç yılı olmuştur. Cf. N. Bobbio, «La crise permanente», in Pouvoirs, Italie, 18, 1981, s. 5 vd.

(14) Bk. M. Millone, in L. Favoreu, éd. Cours Constitutionnelles Européennes et droits Fondamentaux, op. cit, s. 384 vd.

(15) Cf. F. Miclo, «Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois «AJDA», 1982, s. 115 vd.

Yasaların anayasaya aykırılığı iddialarında eşitlik prensibinin ihlali gerekçesi bir çeşit «maymuncuk gerekçe» olma yolundadır (16).

Fransız Anayasa Konseyi'nin bu konuda verdiği kararların genel bir değerlendirmesini yapan F. Miclo sonucun, Konsey'in inkarına rağmen (17), kendi değerlendirmesini yasa koyucunun değerlendirmesine ikame etme eğiliminde olduğunu düşündürdüğünü söylemektedir (18).

Miclo'yu bu sonuca üç mülahaza götürmektedir : Anayasa Konseyine göre ayırıcı kuralın (règle discriminatoire) Anayasa uygunluğu için kanunun nihai amacı ile (finalité de la loi) telif edilemez olmaması gerekir. Bir kanunun nihai amacı, yasa koyucunun hedefi üzerinde bir yargıya varmadan nasıl değerlendirilebilir? Ayrıca, ayırıcı kuralın uygunluğu gerekçeleri arasında «kamu gereği» (necessité publique) yer almaktadır. Bu da Konseye geniş bir değerlendirme imkânı verir. Son olarak, Konsey, «açık hata» (erreur manifeste) durumunda yasa koyucunun değerlendirmesini reddetme yetkisini kendisine tanımaktadır (19).

Eklemek gerekir ki, anayasa yargısında, eşitlik prensibinin anlamı zaman içinde değişmektedir.

Amerikan Anayasasına XIV. «Ek»le getirilen, yasaların eşit koruma hükmünün anlamı «Plessy v. Ferguson» kararından (1896) «Brown v. Board of Education» kararına (1954) büyük ölçüde değişmiştir (20).

2. «Değer - koruyucu yaklaşım»ın sınırları problemi :

Anayasa normlarının yorumunda «değer» ya da «değerler sistemi»nin kullanılması, «Hukuk Devleti»nden (Etat de droit, Rechtsstaat)

(16) Bk. L. Philip, «Le développement du contrôle de constitutionnalité et l'accroissement des pouvoirs du juge constitutionnel», RDP, 1983, s. 401 vd.

(17) Fransız Anayasa Konseyi, 15 Ocak 1975 tarihli kararında, Anayasanın 61. maddesinin Konseye Parlamantonunkine benzer genel bir değerlendirme ve karar yetkisi tanımadığını, sadece önüne getirilen yasaların Anayasaya uygunluk denetimi yetkisi verdiğini açıklamıştır.

(18) Cf. Miclo, «Le principe d'égalité et la constitutionnalité des lois AJDA, 1982, s. 243.

(19) Bk. Konseyin 81 - 132 sayılı ve 16 Ocak 1982 tarihli kararı.

(20) Cf. «Plessy v. Ferguson» 163 U.S. 537 (1869); «Brown v. Board of Education» 347 U.S. 483 (1954). Bu jüripsprudans değişikliğinin siyasi anlamı konusunda bir çalışma hipotezi için bk. A. Auer, Les noirs, les écoles publiques et le système constitutionnel aux Etats - Unis. Herbert Lang, Berne. 1975, s. 187.

«Yargıçlar Devleti»ne - (Etat des juges, Richterstaat) geçiş olarak görülmüştür (21).

Jeon Rivero'nun belirttiği gibi, anayasa yargıcısı, anayasa hükümlerinin lafzı ile bağlı kaldığı takdirde denetimi etkisizleşmekte, bu kurallara «kurucu» bir yorumla işlerlik kazandırmak istediğinde ise «hükümet etme» suçlaması ile karşılaşmaktadır.

Yargı denetiminin meşru olarak nereye kadar gidebileceğini gösteren soyut bir sınır çizgisi var mıdır. Böyle bir deneme John H. Ely'nin kalkış noktası Federal Yüksek Mahkemenin 1973 tarihli «Roe v. Wade» kararında (22) bulunan bir dizi makalesinde yapılmıştır (23).

İkinci bir deneme Thomas Gray'in ikili ayırımıdır (24).

- (21) Bk. M. Fromont, «Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne», in Ch. Eisenmann, op. cit., s. 64.
Bu geçişte «Hukuk Devleti» kavramının bugün sadece şekli değil ama onun yanında maddi bir kavram olmasının da önemli bir rolü vardır. Anayasa yargıcısı hukuku bu maddi muhtevaya göre sistemleştirmektedir.
Bu konuda ayrıca bk. W. Leisner, «L'Etat de droit-une contradiction », in Eisenmann, op. cit., s. 65 vd.
- (22) «Roe. v. Wade», 428 U.S. 52 (1973) kararı gebeliğin iradi kesintiye uğratılması ile ilgilidir. Yargıç White bu karara eklediği «dissenting opinion»da Mahkemenin yeni bir anayasal hak yarattığını söyledikten sonra, «problemin çözümünün siyasi mekanizmaların yetkisinde olması gerektiği» görüşünü ileri sürmüştür.
Federal Alman Anayasa Mahkemesinin aynı konuda verdiği karara (25 Şubat 1975) muhalif kalan Rupp von Brünneck de yargıç White'in karşı-oyuna paralel bir görüş açıklamıştır: «sosyal alanının düzenlenmesinde Mahkemenin, yasama fonksiyonunu üstlenmemesi gerekir». Cf. A. Grosser, «Cours constitutionnelles et valeurs de référence À propos de décisions sur l'avortement», in Pouvoirs - 13, 1980, s. 117 vd.
- (23) Cf. J.H. Ely, «The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade», Yale L.J., 1973, s. 920; - İD, «Toward a Representation - Reinforcing mode of Judicial Review», MD. L. Rev., 1978, s. 451.
- (24) Gray, «saf-yorumcu» (purely Interpretive) ve «yorumcu - olmayan» (non-interpretive) yargı denetimi modellerini ayırmakta ve sonuncu modeli Anayasa koyucunun iradesinin açıklandığı anayasa dili ile bağlı kalmadan anayasa-üstü değerlere tanınan üstünlükte tanımlamaktadır. Gray meşru modelin «saf-yorumcu» model olduğu görüşündedir.
Cf. Thomas Gray, «Origins of the Unwritten Constitution», Stan L. Rev., 1978, 844 vd.
Anayasanın kurucuların iradesine göre yorumlanması gerektiğini savunan anlayış (New fundamentalism) için bk. R. Berger, Government by Judiciary, Cambridge, Mass., 1977, s. 167 vd.; G. Schram, «A Critique of Contemporary Constitutionalism», Comparative Politics, 1979, s. 483 vd.; R.C. Welsh. et al., «Reconsidering the Constitutional Common Law», Harvard L.R., 1978, s. 1117 vd.; H. Monagan, «The Supreme Court, 1974 Terin Foreword: Constitutional Common Law», Harvard L.R., 1975, s. 5 vd.

Ely, anayasa yargıcının rolünün «uygun usul» denetimi ile sınırlı olması gerektiğini ileri sürerken Gray, Anayasanın kurucuların iradesine göre yorumlanması gerektiği görüşündedir.

Bu tezler, anayasa yargısında, «value protecting approach» (değer - koruyucu yaklaşım)a getirilen eleştirilerin iki tipik örneğidir.

Anayasa yargısında, «değer - koruyucu yaklaşım» (value - protecting approach) yerine Ely, anayasa yargıcının rolünün «uygun usul» (procedural fairness) denetimi ile sınırlı olduğu bir yaklaşım önermektedir.

Ely anayasa yargısını, değerleri belirleyecek siyasal sürecin usule uygunluğunu denetleme fonksiyonu ile sınırlamakta (25), başka bir ifade ile «usul»le «maddi muhteva»yı ayırmaktadır (26).

Ely ve diğerlerinin «değer-koyucu yaklaşım»a getirdiği eleştiriler, bu yaklaşımın yargı denetiminin koruyacağı değerlerin nereden geldiğini açıklamadaki yetersizliği ve bu yaklaşımın meşruluğu problemin, bu değerleri ve onları «bulma» metodunun demokrasi ideali ile nasıl uzlaştırılacağı probleminin, çözümsüz kalmış olmasıdır.

Ancak, geçen yüzyıl başının pozitivizmi bir yana bırakılacak olursa, yasa koyucu, yargıcı «la bouche qui prononce la loi» rolü ile sınırlandıran hukuk kuralları yaratma monopolüne sahip olmamıştır.

Almanya'da **Jhering**, Fransa'da **Geny** ve daha sonra Avusturya'da **Kelsen**, **Hobbes**'un iki yüzyıl önce söylediği bu gerçeği yeniden keşfetmişlerdir : «yazılı olsun ya da olmasın her yasanın yoruma ihtiyacı vardır» (27).

(25) Bu konuda ayrıca bk. **Sandalow**, «Judicial Protection of Minorities», 75, Mich. L. Rev. 1162 (1977).

(26) Bu görüşün Kara Avrupası'nda tarihi kaynakları Fransa'da «Ancien Régime»de, Parlamentoların, i.e. Yüksek Mahkemelerin, yasaların yazısız «Temel Yasalar»a (Lois fondamentales) uygunluğunu denetleme yetkisini kendilerine tanıyarak reformist politikaları, ihtilal öncesi Fransasının feodal yapı değerleri ile engellemelerinde bulunabilir. Birleşik Devletlerde hakim olan «Checks and balances» versiyonundan çok farklı olan «Kuvvetler ayrılığı» fransız versiyonu da bu anlamda bir «yargıçlar hükümeti»ne (Gouvernement des juges) tepkidir.

Bk. **M. Cappelletti**, *Judicial Review in the Contemporary World*, Bobs - Merrill Co. N.Y. 1971, s. 33 vd.

Bu görüş bugün de yürürlükte olan 16-24 Ağustos 1790 tarihli yasada hukuki ifadesini bulmuştur : «Mahkemeler yasama iktidarının kullanılmasına doğrudan ya da dolaylı olarak katılamazlar» Cf. 1982 Anayasası m. 153/2.

(27) Cf. **T. Hobbes**, *Le Léviathan*, op. cit. s. 315.

II. REFERANS NÖRLARIN BELİRLENMESİ VE «ANAYASALLIK BLOKU»NUN TANIMINDA «POZİTİVİST» VE NATÜRALİST» ANLAYIŞ

1) Anayasa Mahkemelerinde pozitivist ve natüralist eğilimler.

Referans normlarının tanımlanmasında anlayışlar iki ana kategoride toplanabilir (28) : Yasaların uygunluğunun sadece anayasanın yazılı kurallarına göre değerlendirildiği **pozitivist** anlayışla, uygunluğun anayasa ve anayasanın ruhundan çıkartılan prensip ve yazılı olmayan kurallara göre değerlendirildiği ve bazı doğal hakların tanındığı **natüralist** anlayış.

Avusturya Anayasa Mahkemesinin pozitivist eğilimi (29) yanında, İsviçre Federal Mahkemesi, Federal Alman Anayasa Mahkemesi, Fransız Anayasa Konseyi, İtalyan Anayasa Mahkemesi pozitif hukukla çalışmakta ancak «genel prensipler»i de kullanmaktadır.

Avrupa Topluluk Mahkemesi «yazılı olmayan hukuk»la çalışırken (30), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de hukukun genel prensiplerini kullanmakta, Yargıç Fitzmaurice'in ifadesi ile hukuk yaratmaktadır.

Türk Anayasa Mahkemesi de genel prensipleri, uluslararası metinleri, İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonunu referans-norm olarak kullanmaktadır.

Pozitivist doktrin, sadece, Kelsen'in hukuk teorisinden etkilenen Avusturya Anayasa Mahkemesi uygulamalarında görölmektedir.

Avusturya Anayasa Mahkemesinin pozitivist eğilimi yorum metodlarının uygulanmasında da görölmekte, Anayasa koyucunun tarihi anlayışı ile kendini bağılı sayan Mahkeme, çoğu geçen yüzyılda konan temel hakları (31) sosyal değişmeye uygulama yetkisini kendisine tanımamaktadır.

(28) Cf. L. Favoreu, «Rapport général» in Favoreu, éd. Cours Constitutionnelles, op. cit., s. 45.

(29) Bk. Théo Öhlinger, «Objet et portée de la protection des droits fondamentaux. Cour Constitutionnelle Autrichienne», in Favoreu, éd., Cours Constitutionnelle Autrichienne», in Favoreu, éd., Cours Constitutionnelles, op. cit. s. 335 vd.

(30) Bk. B. Çağlar, «Anayasa ve Topluluk Hukuku», in İkinci Avrupa Hukuku Haftası, İ.Ü. Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1980, s. 1 vd.

(31) 1919-1920 lerde Federal Anayasa hazırlık çalışmalarında ideolojik sonuçları sebebi ile temel haklar partiler arasında en çok tartışılan problemler arasında yer almış, sonuçta «Federal Anayasal Yasa» (Bundesverfassungsgesetz, B-VG) nın 149. maddesi ile Monarşik Anayasanın 21 Aralık 1867 tarihli «Temel Haklar Şartı» Staats-Grundgesetz, St GG) ve hak ve hürriyetlerle ilgili 27 Ekim 1862 tarihli kanunlar yürürlükte bırakılmıştır.

2) Anayasa Mahkemelerinde anti-pozitivist eğilimler.

Natüralist anlayış, İsviçre Federal Mahkemesi yanında Fransız Anayasa Konseyi, Alman ve İtalyan Anayasa Mahkemelerinde ve Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesinde etkili olmuştur (32).

Avusturya Anayasa Mahkemesinin pozitif hukuka üstün temel haklar kavramını kabul etmeyen pozitivist hukuk anlayışına karşılık İsviçre Federal Mahkemesi, anayasal haklar olarak tanımak istediklerini büyük ölçüde kendisi tanımlamaktadır (33).

İfade hürriyeti gibi, anayasada yazılı olmayan anayasal bir hak, Federal Mahkeme tarafından «yazılı olmayan bir anayasal hak» olarak tanınmıştır.

Federal Mahkemeye göre, Anayasa da tüketici bir anayasal haklar kataloğu yoktur. Yargıç, anayasada izine rastlanmayan anayasal hakları «İsviçre Hukuk düzeninin ve demokrasinin vazgeçilmez unsurları» olarak tanıyabilir.

Bu durumda anayasal hakların doğrudan kaynağı jürisprüdans-tır (34).

Yargı yerleri, «Hukukun genel prensipleri»ni, «Anayasal değerde prensipleri», hak ve hürriyetleri, kurucu yorum teknikleri ile ex nihilo yaratmaktadır.

Fransız Anayasa Konseyi, Fransız Devlet Şurası'nın Yürütmeyi bağlayan «Hukukun genel prensipleri»ni keşfetmesi gibi, aynı kurucu yorum tekniği ile «Anayasal değerde prensipler» (principes a valeur constitutionnelle) (35) tanımaktadır (36).

(32) Cf. A. Grosser, «Cours constitutionnelles et valeurs de référence» op. cit., s. 117 vd.

(33) Bk. Theo Öhlinger, «Objet et portée de la protection des droits fondamentaux, Cours Constitutionnelle Autrichienne», op. cit., s. 335 vd.

(34) Federal Mahkemenin bu konudaki kararları için bk. A. Auer, La Jurisdiction constitutionnelle en suisse, op. cit., s. 161 vd.

(35) Bu formül için bk. Favoreu, Philip, Grandes décisions du Conseil Constitutionnel, Paris 1979, s. 426.

(36) Cf. D. Loschak, «Le Conseil Constitutionnel protecteur des libertés» in Pouvoirs, 13, 1980, s. 37 vd.; J. Rivero, «La fin d'un absolutisme», in Pouvoirs, 13, 1980, s. 14.

Fransız Devlet Şurası (Conseil d'Etat), 26 Haziran 1959 tarihli «Syndicat Général des Ingénieurs-Conseils» kararında (37) hukukun genel prensiplerinin yasa kuralının yokluğunda bile, düzenleyici otoriteyi bağladığını açıklamıştır.

«Les principes généraux du droit s'imposent à toute autorité réglementaire, même en l'absence de dispositions législatives» (38).

C.E., 21 maddenin bağlı kararnameleri gibi, 37. madde de düzenlenen özerk kararnameleri de yargı denetimine sokmaktadır.

Bu denetim, Conseil d'Etat'nın Kasım 1961 tarihli, «Fédération nationale des Syndicats de Police» kararı ile Hükümetin Anayasasının 38. maddesine göre çıkarttığı «Ordonnances» lara kadar genişletilmiştir.

Fransız Anayasa Konseyi de, 1789 Bildirisi, III. Cumhuriyet yasaları ve 1946 Anayasa Başlangıcından : «Çağımız için, özellikle gerekli siyasal, ekonomik ve sosyal ilkeler»den, pozitif hukuka aktardığı ilkelerle, güngeçtikçe uzayan bir «anayasallaştırılmış kamu özgürlükleri» listesi kurmaktadır (39).

Fransız Anayasa Konseyi kararlarında tabii hukukun bir ifadesi olan Haklar Deklarasyonu «anayasallık bloku»nun (le bloc de constitutionnalité) temel unsuru haline gelmektedir. Madde madde Haklar Deklarasyonu, pozitif hukuk olmaktadır (40) Favoreu'nun ifadesiyle bu-

(37) Bk. D. 1959, 541, note Lhullier; R.D.P., 1959, 1004, concl. Fournier; A.J., 1959, I, 153, chr. Combarrous, Galabert; C. Franck, Les grandes décisions de la jurisprudence. Droit Constitutionnel, 1978, s. 25 vd.

(38) Rec. 394.

(39) Cf. J. Rivero, «Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la république», D. 1972, s. 265 vd.; F. Luchaire, «Le conseil Constitutionnel et la protection des droits et libertés du citoyen», in Mélanges Waline, Paris 1974. C. II, s. 563 vd.; L. Favoreu, «La Jurisprudence du Conseil Constitutionnel en 1978-1979», RDP, 1979, s. 1661; - ID., «L'apport du conseil Constitutionnel au droit public, in Pouvoirs, 1980, s. 13, s. 23 vd.; B. Çağlar, Fransız Anayasa Konseyini Yeniden düşünmek, in Doğanay'ın Anısına Armağan, İstanbul 1982, s. 365 vd.

(40) L. Favoreu, «Le droit constitutionnel jurisprudentiel en 1981-1982», RDP, 1983; s. 359; - ID., «L'application directe et l'effet indirect des normes constitutionnelles», Rev. fr. Droit adm., 1984, s. 174 vd. - ID., «L'apport du Conseil Constitutionnel au droit public», op. cit., s. 1 vd.; L. Philip, «La valeur juridique de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 selon la jurisprudence du Conseil Constitutionnel», in Mélanges Kayser, Presses Universitaires d'Aix Marseille., 1979.

gün Fransız Anayasası 92 maddeli değil ama 109 maddeli bir anayasadır.

Fransız Anayasa Konseyi, Anayasa, 1946 Başlangıcı ve Haklar Deklerasyonundan çıkarttığı anayasal değerde prensip ya da kurallar arasında bir hiyerarşi kurmaya başlamış gözükmektedir (41). Ancak Konsey bu metinlerde öngörülen hürriyetlerin «mutlak ve genel olmadıkları»nı açıkça ifade etmiş, bu hürriyetlerin anayasal değerde «objektif»ler (objectifs de valeur constitutionnelle) ve anayasal değerde diğer hak ve özgürlüklerle uzlaştırılmaları zarureti üzerinde durmuştur.

Amerika Birleşik Devletleri Federal Yüksek Mahkemesi'nde Anayasa Eklerinde tanınan haklar «çevre»sinde yeni haklar tanımaktadır (42).

(41) Cf. **L. Favoreu**, «Les décisions du Conseil Constitutionnel dans l'affaire des nationalisations», RDP, 1982, s. 377.

B. Chantebout, Anayasa Başlangıçlarını ve «Cumhuriyet yasalarında tanınan temel ilkeleri» anayasa bloku içine sokmakla Konsey'in gerçek bir kurucu iktidar kullandığını belirtmektedir. Bk. **B. Chantebout**, *Droit Constitutionnel et Science politique, Economica*, Paris 1979 (2. éd), s. 591 vd.

(42) Yüksek Mahkemenin «Anayasal penumbras doktrini», **Griswold v. Connecticut** kararında (1) mahkemenin görüşünü açıklayan yargıç Douglas tarafından şu şekilde açıklanmaktadır :

«... Specific guarantees in the Bill of Rights have penumbras formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance. ... Various guarantees create zones of privacy. The right of association contained in the penumbra of the First Amendment is one... freedom of association (is) a peripheral First Amendment right ... In other words, the First Amendment has a penumbra where privacy is protected from government». «Griswold v. Connecticut» 381 U.S. 479, (1965).

Bu kararın karşı-oyları'nı yazan Yargıç Black ve Yargıç Stewart ise, «penumbras» teorisinin gerçek anlamının, Yüksek Mahkemenin Anayasayı değiştirme yetkisini kendisinde görmesi olduğunu açıklamıştır. Özellikle, Yargıç Black, Anayasayı yargı kararları ile toplumun değişen koşullarına uyarlama felsefesini suçlarken, bu yetkinin Anayasa koyucu dışında hiç bir organa tanınamayacağı görüşünü savunmuştur.

Yargıç Black, Mahkeme çoğunluğunun, yeni bir anayasal «siyasal teori» belirlemede anayasal yetkinin bulunmadığı tezini çok daha açık bir şekilde, «Harper v. Virginia State Board of Elections» kararında da tekrarlamıştır. 383 U.S. 663.

Bu konuda ayrıca bk. **F. Rigaux**, «Elaboration d'un 'right of privacy' par la jurisprudence américaine», RDC, 1980, s. 701 s.; **A.T. Mason**, «Eavesdropping on Justice», *Political Science Quarterly*, 1980, (2), s. 300 vd.; **Kauper**, «Penumbras, Peripheries, Emanations, Things Fundamental and Things Forgotten : The Griswold Case», *Mich. L. Rev.*, 1965, s. 235 vd.

Federal Alman Anayasa Mahkemesinin 15 Haziran 1985 tarihli, «Lüth» kararında geliştirdiği teoriye göre, temel haklar tek tek tanınan bir garantiler serisi olarak değil ama insan haysiyetinin korunması ve insanın serbestçe gelişmesini amaçlayan tutarlı ve eksiksiz bir değerler sistemi olarak yorumlanması gereken objektif bir hukuki düzen meydana getirir.

Temel hakların pozitivizmi reddeden (43) bu yorumunun teorik hazırlığına katkıda bulunan G. Düring'e göre Temel yasanın ikinci maddesinin birinci fıkrası pozitif hukukta, zorunlu olarak eksik kalan temel haklar kataloğunun sağladığı hukuki korumadaki boşlukları doldurur.

İtalyan Anayasal sisteminde temel hakların kaynakları konusunda iki yorumlayıcı akım görülmektedir.

Bu yorumlayıcı akımlardan ilki, pozitivizm postülatlarına uygun olarak temel hakları Anayasa ile açıkça öngörülen haklarla sınırlarken, ikinci akım, Anayasanın ikinci maddesinin Anayasanın öngörmediği durumları da anayasal yörengeye sokma gücüne sahip olduğunu savunmaktadır.

İtalyan Anayasa Mahkemesi yakın yıllarda geniş yorumu benimseyerek, İnsan Hakları Avrupa Deklerasyonunu da referans norm olarak kullanmış ve yeni haklar tanımıştır (44).

Türk Anayasa Mahkemesi de genel hukuk kurallarını ve milletlerarası hukuku anayasaya uygunluk denetiminde referans norm olarak kullanmaktadır. Bu anlamda Anayasa Mahkemesi, Anayasa Mahkemelerinin anti -pozitivist eğilimi içinde kalmaktadır.

(43) «Değer»e yapılan bu yollamanın temelindeki hukuk telsefesi için bk. J.C. Béguin, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, Economica, Paris 1982, s. 128.

(44) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk., G. Zagrebelsky, «Objet et portée de la protection des droits fondamentaux. Cour Constitutionnelle Italienne», in Favoreu, éd. *Cours Constitutionnelles* op. cit., s. 306 vd. İtalyan Anayasa Mahkemesi jürişpüdansında, anayasa değişikliği prosedürü ile dahi değiştirilemeyecek «maddi anayasa»nın temel prensiplerinin ihlali halinde, anayasal değerde kuralın da Anayasa Mahkemesinin denetimine sokulabileceğini gösteren belirtiler vardır. Cf. A. Pizzorusso, «Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux. Cour Constitutionnelle Italienne», in Favoreu, éd. *Cours Constitutionnelles*, op. cit., s. 175; P. Maroy, «Le contrôle de la constitutionnalité des lois en Italie», in *Annales de droit, Revue Trimestrielle de droit belge*, 1969, s. 313, vd.; V. Crisafulli, «Contrôle de la Constitutionnalité des lois en Italie», RDP, 1968, s. 132 vd.

Anayasa Mahkemesine göre «kanunların Anayasanın açık hükümlerinden önce, hukukun bilinen ve bütün uygar memleketlerce kabul edilen prensiplerine uygun olması gerekir» (45). «İptali istenen hükmün Anayasa ilkelerine ve bu ilkelerin dayandığı genel hukuk kurallarına uygun olup olmadığının araştırılması gerekir» (46).

3) Anayasa Mahkemesi jürisprüdansında süreklilik ve kesiklik tezleri.

1982 Anayasasında «pozitivist» tez tartışmasının ilk verileri.

1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden sonra anayasaya uygunluk denetimi ölçülerinde değişme olup olmayacağı sorusu sorulmuştur. Bu soruya getirilen cevapları Anayasa Mahkemesi jürisprüdansında süreklilik ve kesiklik tezleri olarak özetlemek mümkündür.

Anayasa yargıcı Aliefendioğlu, Anayasa Mahkemesinin Anayasaya uygunluk denetimi yaparken, «adalet, yasa önünde eşitlik, insan kişiliğine saygı.. gibi hukukun genel kurallarını öncelikle uygulayacağı» görüşündedir (47). Aliefendioğlu, 1982 Anayasasının 15. maddesi ile getirilen «milletlerarası hukuka açıklık prensibi» uyarınca bu hukuk kurallarını da anayasalık bloku içinde görmektedir.

Aliefendioğlu'nun getirdiği süreklilik tezi (48) karşısında Duran, «Anayasa ve Kuruluş Kanunu yalın ve kesin biçimde "anayasaya uygunluk" veya "anayasaya aykırılık"tan söz ettiğine göre referans normlar anayasa maddelerinden ibarettir» derken pozitivist görüşün açık ifadesini Anayasa Başlangıcı'nda bulmaktadır (49).

Ancak eklemek gerekir ki, gerek Duran'ın jürisprüdansta kesiklik tezini doğrulamak için anayasa ve Kuruluş Yasasında yaptığı ayıkla-

(45) Anayasa Mahkemesi, Milletlerarası Hukukun Kaynaklarını gösteren Milletlerarası Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesindeki «Medeni Milletlerce kabul edilen hukukun genel prensiplerini» ölçü-norm olarak kullanmaktadır.

Bk. Anayasa Mahkemesi 1964/76 Karar sayılı Karar.

(46) Anayasa Mahkemesi 1968/25 Karar sayılı Karar.

(47) Aliefendioğlu bu görüşünü açıklarken, Anayasa Mahkemesinin yasaların uygunluk denetiminde Anayasa ilkelerinin ve bu ilkelerin dayandığı genel hukuk kurallarının ölçü-norm olarak kullanılması gerektiğini açıklayan kararlarına referans yapmaktadır.

(48) Cf. Y. Aliefendioğlu, «Türk anayasa yargısında iptal davası ve itiraz yolu», in Anayasa Yargısı, Ankara 1984, s. 131 vd.

(49) Cf. L. Duran, «Türkiye'de Anayasa yargısının işlevi ve konumu», in Anayasa Yargısı, op. cit., s. 66 vd.

manın aşırı darlığı, gerekse Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden sonra verdiği kararlarda jürisprüdansda sürekliliği gösteren referansları, süreklilik tezinin kolayca bertaraf edilemeyeceğini göstermektedir.

Jürisprüdans da süreklilik ve kesiklik tezleri, «maddi anayasa»nın temel prensiplerine aykırı anayasal normların denetimi konusunda da geçerlidir.

Türk anayasal sisteminde anayasanın değiştirilemez «özü» konusundaki tartışmalar, Anayasa Mahkemesinin anayasaya aykırı anayasa değişikliklerini denetleyen kararları ile gündeme gelmiştir (50).

Anayasa Mahkemesi insan hak ve hürriyetlerine dayalı demokratik hukuk devletinde benimsenen üstün anayasal ilkelere (51) ve hukuk kurallarına aykırı anayasa değişikliklerini Anayasanın 9. maddesindeki «değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez» yasağına aykırı bularak iptal ederken, referans norm olarak Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonunu da kullanmıştır (52).

Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasası dönemindeki teklif ve kabul edilemez değişiklikleri şekil yönünden iptal eden içtihadı bugün de geçerli olabilir mi? Bu konuda ileri sürülen görüşleri de jürisprüdansta süreklilik ve kesiklik tezleri çerçevesinde tesbit etmek mümkündür (53).

Duran, 1982 Anayasasının 148. maddesinin şekil denetimine getirdiği sınırlarla «Anayasa Mahkemesinin 1970'lerde ortaya koyduğu üstün anayasal ilkelere ve hukuk kurallarına aykırı Anayasa değişikliklerinin iptalini içeren içtihat ve uygulamalarına son verildiği» görüşündedir.

[50] Bu konuda bk. Y. Yayla, «Anayasa Mahkemesine göre Cumhuriyetin özü», in Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul 1979; M. Turhan, «Anayasaya aykırı anayasa değişiklikleri», Ank. Üniv. Huk. Fak. Der. 1977, Sayı 1-4.

[51] Anayasa Mahkemesine göre Anayasa kuralları eşdeğerde olmakla birlikte Devletin temel kuruluşlarına ilişkin ilkelerin herhangi bir kuralın yorumunda öteki kurallara üstün değerde tutulması zorunlu ve doğaldır» (Anayasa Mahkemesi, 1973/11 Karar sayılı karar).

[52] Bk. Anayasa Mahkemesinin 1977/4; 1975/87; 1976/19; 1976/19; 1976/46 karar sayılı kararları.

[53] Bu konuda ileri sürülen iki farklı görüş için bk. L. Duran, «Türkiye'de anayasa yargısının işlevi ve konumu», op. cit. s. 61 vd.; Y. Yayla, «1982 Anayasasına göre devletin özü», İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (1985) (baskıda).

Yayla ise bu içtihadın sürekliliği açısından anayasal bir engel görmemektedir (54). Problem sadece referander yasaların anayasaya uygunluk denetiminde vardır (55).

4) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Avrupa Topluluk Mahkemesinde anti-pozitivist eğilimler.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (Divanı), 21 Şubat 1975 tarihli «Golder» kararında, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin «Başlangıç»-ında yer alan «Hukukun üstünlüğü» (Prééminence du droit, Rule of law) ilkesi ve «Hukukun genel prensipleri»ne dayanarak (56) «Adaletten yararlanma hakkı»nı (Access to Justice, Droit d'accès au tribunal) madde 6/1 de tanınan hakka bağlı bir unsur saymıştır (57).

Mahkeme bu değerlendirmenin, normatif bir Andlaşma olan konvansiyonun (27 Haziran 1968 tarihli Wemhoff kararı), taraf Devletlere yeni borçlar yükleyecek nitelikte geniş bir yorumu olmadığını açıkladıktan sonra, 6. maddenin «yararlanma hakkı»nın bir görünüşünü meydana getirdiği «Mahkeme hakkı»nı (Droit à un Tribunal) tanıdığı sonucuna varmıştır.

(54) Ayrıca eklemek gerekir ki 1982 Anayasası ile, Anayasa Mahkemesinin Cumhuriyetin özü içinde kabul ettiği ilkeler de değiştirilemez hükümler içine alınmıştır.

(55) Benzer bir problem Fransız Anayasa Konseyi önüne de gelmiştir. Cf. Fransız Anayasa Konseyinin 6 Kasım 1962 tarihli kararı, Réc. 27; D. 1963, note Hamon; C. Franck, Les grandes décisions de la jurisprudence, Droit Constitutionnel, PUF., Paris, 1978, s. 279 vd.

Konsey bu kararında «referander yasalar»ın, egemenliğin doğrudan ifadesi olmaları gerekçesi ile, anayasaya uygunluk denetiminde kendini yetkili görmemiştir.

(56) Lord Denning, İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonunun «genel ve geniş prensip deklarasyonları» ihtiva ettiği, bu beyanlarda ki belirsizliğin de büyük zorluklara götüreceği görüşündedir. Denning, What nex in the Law, Butterworths, London 1982, s. 280 vd.

(57) Hukukun genel prensiplerinin kullanıldığı bir başka karar için bk. 27 Ekim 1975 tarihli «Syndicat National de la Police Belge» kararı ve özellikle Yargıç G. Fitzmaurice'in ayrık-oyu (Série A. no. 19).

Mahkeme kararında, Sözleşme ile getirilen hak ve hürriyetlerin ayırım gözetmeksizin tanınması ile ilgili 14. maddeyi, hak ve hürriyetleri teminat altına alan çeşitli maddelerin tamamlayıcı parçası saymış, bu değerlendirmenin Sözleşmede yer alan bir hakkın «somut biçimde tanımlanmamış olması durumunda da» geçerli olduğunu açıklamıştır. Ayrıca bk. Mahkemenin, 13 Haziran 1979 tarihli Marckx olayı ve 25 Temmuz 1968 tarihli «Régime linguistique de l'enseignement en Belgique» olayı ile ilgili kararları (Série A. no. 6, s. 33 vd.).

Mahkeme, adaletten yararlanma hakkını, adil yargılanma (hakka-niyete uygun, dürüst yargılanma hakkı, fair trial, procès équitable) hakkı içinde mütalaa etmektedir.

Mahkemenin bu eğilimini eleştiren Yargıç Gerald Fitzmaurice, «ayrık - oy»larında, Avrupa Sözleşmesi dışında kalan andlaşma hukuku ile ilgili 1966 Viyana Konvansiyonu'nda getirilen yorum kuralları ve Milletlerarası hukukun kaynaklarını gösteren Milletlerarası Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesinde yer alan «medeni milletlerce kabul edilen hukukun genel prensipleri»nin, Sözleşmenin yorumunda kullanılamayacağını, Mahkemenin tarafların yerine geçerek boşlukları dolduramayacağını ileri sürmüştür.

Yargıç Fitzmaurice, iç ya da ulusal planda bile, yargıcın rolünün hukuk yaratmak (jus dare) değil, ama hukuk söylemek (jus dicere) olduğu görüşündedir.

Avrupa Toplulukları Mahkemesi de temel hakları topluluk hukukunun genel prensipleri olarak tanımlamakta, idare hukuku ve savunma hakları (due process) gibi, yargılama hukuku genel prensiplerine geniş bir yer vermektedir (58).

Mahkeme, bugün istikrar kazanan içtihadında bu tanımayı yaparken demokrasinin uygulandığı ve hukukun üstünlüğü prensibinin tanındığı üye devletler ortak anayasal geleneklerine ve bu devletlerin taraf olduğu insan haklarının korunması ile ilgili uluslararası andlaşmalara ve özellikle de İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonuna dayanmaktadır.

Bu konudaki jürisprüdans «Stauder olayı»nda verilen 12 Kasım 1969 tarihli kararla (59) başlamış, 14 Mayıs 1974 Nold ve 13 Aralık 1979 Hauer kararları bu jürisprüdansı destekleyip genişletmiştir (60).

(58) Cf. G. Cohen-Jonathan, «Les droits de l'homme dans les Communautés européennes», in Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, 1975, s. 399 vd.; G. Philip, «La Cour de Justice des Communautés européennes et la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire», in Annuaire français de droit international, 1975, s. 383 vd.; M. A. Dausès, «La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire», Revue Trimestrielle de Droit Européen, 1984, s. 401 vd.

(59) Aff. 29/69, Rec. 1969, s. 419.

(60) Cf. Aff. 4/73, Rec. 1974, s. 491; Aff. 44/79, Rec. 1979, s. 3727.

III. ANAYASALARIN YORUMUNDA «ULUSLARÜSTÜ HUKUKA BAĞLILIK KURALI» (SUPRANATIONAL RULE OF LAW) İNSAN HAKLARI AVRUPA KONVANSİYONU VE STRASBOURG ORGANLARI JÜRİSPRÜDANSI.

İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu bölgesel bir uluslararası hukuk işleminden çok oluşmakta olan bir Avrupa liberal anayasa hukuku «şartı» olarak nitelendirilmektedir (61).

Konvansiyon, anayasal sistemlerde, farklı formüllerle normatif ve jürisprüdanseyel resepsiyonlara konu olmuştur.

Bu farklılıklar basit bir ayırımla, Avusturya «iç-hukuk» formülü, İspanyol «uygun yorum» formülü ve Alman «ölçü-norm» formülü olarak tiplenebilir.

Bugün, 1982 Anayasası ve özellikle 13. madde hükmü ile Türk Anayasal sisteminde de Konvansiyonun yeri kritik bir problem olarak gündeme gelmiştir.

1. İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu ve Anayasa Mahkemeleri

Avusturya Anayasal sisteminde, İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu, federal anayasa hukuku düzeyinde, «self-executing» nitelikte iç hukuk normudur. Böylece bugün yürürlükte bulunan Monarşik Anayasanın haklar «şartı» ve tamamlayıcı kanunlarına bir haklar kataloğu eklenmiştir. Avusturya Anayasa Mahkemesi de yeni kararlarında Konvansiyona önemli bir yer ayırmıştır.

29 Aralık 1978 tarihli İspanyol Anayasasının 10. maddesi, 2 Nisan 1976 tarihli Portekiz Cumhuriyeti Anayasasının 16. maddesi paralelinde, Anayasanın tanıdığı temel hak ve hürriyetlerle ilgili normların İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve aynı konuda İspanya'nın onayladığı andlaşma ve uluslararası konvansiyonlara uygun yorumunu öngörmüştür (62).

İsviçre Federal Mahkemesi de Konvansiyonu Federal Anayasanın tanıdığı hakların yorumunda kullanmaktadır. Federal Mahkeme bir

(61) Cf. K. Vasak, La Convention Européenne des droits de l'homme, LGDJ., Paris 1964, s. 2 vd.

(62) Ayrıca Anayasada tanınan bazı temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesinde sözcüğü sözcüğüne Avrupa metinlerinden esinlenilmiştir. Bk. Anayasa m. 14, 15, 17, 24 ve 32. Cf. Miguel Herrero de Minon, «Les sources étrangères de la Constitution», in L'Espagne démocratique, Pouvoirs, 8, 1979, s. 101 vd.

federal anayasal hakkın anlamını belirlemek için Strasbourg organlarının pratiğini, bu kararları yorumlayan doktrini kullanmaktadır (63).

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, Bonn Temel Yasası'nın birinci maddesinin ikinci fıkrasına dayanarak temel hakların yorumunda İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonunu kullanmaktadır (64).

Avrupa Topluluk Mahkemesi de Strasbourg organlarının jürisprüdansından etkilenmektedir.

Topluluk Mahkemesi, «Internationale Handelsgesellschaft» kararı ile geliştirmeye başladığı «temel haklarda mündemiç sınırlar» (barrières immanentes des droits fondamentaux) teorisi ile «genel yarar», korunan hakkın «öz»ü garantisi ve müdahalenin orantınlılığı (65) kriterlerini, Strasbourg organları ve Alman jürisprüdansının etkisi altında getirmiştir.

Mahkeme 28 Ekim 1975 tarihli Rutili kararında, Konvansiyonun, teminat altına alınan haklara kamu düzeni ve güvenliği gerekçeleri ile getirilen sınırlamaların «demokratik bir toplum»da «zorunlu» olması prensibine de referans yapmıştır (66).

2. İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu, Strasbourg organları jürisprüdansı ve Türk Anayasa Mahkemesi.

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında «ölçü» ya da sınırlamanın sınırı konusunda kabul ettiği prensipler Avrupa İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonundan alınmıştır. Bu durumda Anayasa Mahkemesinin kendisini Strasbourg organlarının jürisprüdansı ile ne ölçüde bağlı sayacağı ve

(63) Federal Mahkeme kararları için bk. A. Auer, La Juridiction Constitutionnelle, op. cit., s. 167 vd.

(64) Cf. M. Fromont, A. Rieg, Introduction au droit allemand, op. cit. s. 183. Bazı yazarlar bu uygulamaya dayanarak Avrupa Konvansiyonunun anayasal değerinde olduğu görüşünü ileri sürmüşlerdir. Ancak bu görüş doktrinde genel kabul görmemiştir.

(65) Cf. 24 Ekim 1973 tarihli «Balkan» kararı, Aff. 5/73, Rec. 1973, s. 1091 vd.

(66) Cf. Aff. 36/75, Rec. 1975, s. 1219; Ayrıca bk. 5 Mart 1980 tarihli Pecastaing kararı, Aff. 98/79, Rec. 1980, s. 69.

özellikle de «demokratik toplum»un yorumu önemli bir problem olarak gözükmektedir (67).

1982 Anayasasının «Temel hak ve hürriyetlerin sınırlaması»nı düzenleyen 13. madde gerekçesinde, maddenin ikinci fıkrasında sınırlamanın sınırının öngörüldüğü belirtildikten sonra sınırlayıcı tedbirlerin «genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışı» ile uzlaşabilir olması ve sınırlamanın öngörülen meşru amacın zorunlu yahut gerekli kılındığından fazla olmaması gerektiği açıklanmış, «amaç ve sınırlama orantısının korunması» bir **anayasal prensip** sayılmıştır.

Gerekçe, getirilen kıstasın 1961 Anayasasının kabul ettiği «öze dokunmama» kıstasından daha belirgin, uygulanması daha kolay bir kıstas olduğunu ileri sürdükten sonra bu kıstasın uluslararası sözleşmelerde de kabul edildiğini belirtmiştir.

Başka bir ifade ile 1982 Anayasası, «**anayasal haklar**» kataloğu yanında «**anayasal prensipler**»de tanımaktadır. Bu prensiplerden biri de «**orantılılık prensibi**» (principe de la proportionnalité) dir. Bu anayasal prensipler anayasal hakların koruduğu çerçeveyi çizmektedir (68).

Kısaca 1982 Anayasası 13. maddesi ikili bir resepsiyon, normatif (Konvansiyon) ve jürisprüdansiyel (Strasbourg organları jürisprüdansı) resepsiyon ürünüdür.

Bu durumda Strasbourg Organları (Komisyon ve Mahkeme) jürisprüdansı, 1982 Anayasasının 13. madde ikinci fıkrasının yorumlanmasında kritik bir önem kazanmaktadır.

İnsan hakları Avrupa sözleşmesinin çeşitli maddeleri stereotipleştirilmiş bir formül aracılığı ile tanıdığı haklara getirilen sınırlama-

(67) «Demokratik toplum» anlayışında Avrupa standardı, Anayasa Mahkemesi jürisprüdansında bugüne kadar kabul görmüştür.

Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasa Başlangıç'ında da yer alan «çağdaş medeniyet» anlayışını iki prensibe dayandırmıştır: «İnsan hakları» prensibi, «demokratik toplum olma» prensibi.

Cf. B.N. Esen, Anayasanın Anayasa Mahkemesince yorumlanması, Ankara 1972. Anayasa Mahkemesi 274 sayılı Sendikalar Kanunu ile ilgili davada da anayasa kurallarını yorumlarken «... batı demokrasilerinde ne anlaşıyorsa öyle anlayarak yorumlamak gerekir» demektedir. Bk. Anayasa Mahkemesi, 1967/29 ve 1967/49 karar sayılı kararlar.

(68) Anayasal prensipler konusunda bk. A. Grisel, «Droit public non-écrit: 'droits constitutionnels, principes constitutionnels, règles générales', in Mélanges Max Imboden, Bâle, 1972, s. 139 vd.

ların **demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler** olması gerektiğini öngörmüştür. Sınırlayıcı tedbirlerin bu formüle uygunluğunu denetleyen Avrupa Mahkemesi, «Sözleşmenin tanıdığı bir hakka getirilen sınırlamanın güdülen meşru amaçla orantılı olması gerektiği» sonucuna varmıştır (69).

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi madde 10/2 anlamına «demokratik bir toplumda zorunlu» deyiminin nasıl yorumlanması gerektiğini de Handyside kararında açıklamıştır (1).

«Zorunlu» kavramı, Mahkemeye göre «zorlayıcı bir sosyal ihtiyaç»ın (besoin social impérieux) (pressing social need) varlığını gerektirir.

IV. YORUM TEORİSİ AÇISINDAN DENETİM ORGANININ YETKİLERİ. DÖRT ÇALIŞMA HİPOTEZİ.

Kamu iktidarlari denetime tabi oldukları ölçüde, anayasaya bağlıdır. Ancak Anayasa, denetim organının yorumladığı anayasadır.

Bu durumda sorulması gereken soru, denetim organının da anayasaya bağlı olup olmadığı sorusudur. Bu sorunun cevabı yargıç iktidarının niteliğinde aranmıştır (70).

[69] Cf. 7 Aralık 1976 tarihli Handyside kararı, Série A. no. 24; 26 Nisan 1979 tarihli Sunday Times kararı, Série A. no. 30 Ayrıca bk. 6 Eylül 1978 tarihli Klass ve diğerleri kararı, Série A. no. 28, s. 25 vd.

Ünlü İngiliz gazetesi Sunday Times'ın «Thalidomide» le ilgili yazılarına konan ve Lordlar Kamarası tarafından da onaylanan yayın yasağı konusunda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin 26 Nisan 1979 da verdiği karar, gazetenin başyazarı Harold Evans tarafından «Avrupa Mahkemesi yargıçlarının Runnymede çizgisinde olduğu» şeklinde değerlendirilmiştir. Bu anlamda, Runnymede çizgisi Avrupa liberal anayasa hukukunun ortak çizgisidir. Cf. P. Kinder, «Sur la liberté de la presse en Grande-Bretagne. De l'affaire «Sunday Times» à l'affaire «Harriet Harman» ou les tribulations du Contempt of Court», in RDP, 1983, s. 285 vd.; S. Bailey, «The Contempt of Court Act 1981», Modern Law Review, 1982, s. 301 vd.

[70] Cf. M. Troper, «Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle» in Ch. Eisenmann, op cit., s. 145.

1. Kısmi yasama organı, kurucu ve anayasal meşruluğu meydana getiren prensiplerin koruyucusu olarak Anayasa Mahkemeleri.

Doktrinde bu soruya getirilen cevaplardan ilki **Hans Kelsen**'indir; Anayasa yargıcı «kısmi yasama organıdır» (organe législatif partiel) (71).

İkinci bir görüş, yargıcın anayasayı yorumladığı ölçüde kurucu bir iktidar kullanmakta olduğu görüşüdür.

Charles Eisenmann'ın, «Anayasa yargısı ve Avusturya Yüksek Anayasa Mahkemesi» adlı doktora tezinde açıkladığı bu teze göre (72) yargıcı, «in abstracto» verdiği yorumlarda kurucudur.

Eisenmann, Heidelberg kollokyumunda «in abstracto» ve «in concreto» yorumlar ayırımından vazgeçmiştir: yargıcı yorumlarken yaratır (le juge en interprétant crée) (73).

Üçüncü tez anayasa mahkemelerinin kurduğu ölçü - normlar bloku ile yakından ilgilidir (74). Anayasa yargıcının anayasaları, anayasa - üstü değerleri de kullanarak yorumlaması ya da anayasa kuralları arasında bir hiyerarşi kurması bu tezde malzeme olarak kullanılmıştır (75). Anayasa yargıcı bu anlamda, anayasal meşruluğu meydana getiren prensiplerin de koruyucusudur.

2. Anayasanın ortak - yorumcusu olarak Anayasa Mahkemeleri.

Dördüncü bir hipotez de, denetim organının kamu iktidarlarının yetkilerini ortaklaşa belirledikleri kompleks bir sistem içinde yer almasından kalkarak kurulmuştur (76). Hiç bir sistemde, anayasallık denetimi organı anayasanın tek yorumlayıcısı değildir. Anayasaya getirdiği yorum diğer organların yorumunu da hesaba katmak zorundadır.

(71) Bk. H. Kelsen, «La garantie juridictionnelle de la Constitution», RDP 1928.

(72) Ch. Eisenmann, La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche, Paris 1928, s. 107 vd.

(73) Bk. Ch. Eisenmann, In Heidelberg Kollokyumu, Berlin 1962, s. 791.

(74) Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında, «Cumhuriyet'in özü», Fransız Anayasa Konseyi kararlarında «Cumhuriyetin temel prensipleri», Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararlarında «Anayasanın değerler sistemi»... gibi...

(75) Bu tezin Fransa da ilk örneklerinden biri için bk. M. Hauriou, Précis de droit constitutionnel, Sirey, Paris 1929, (2. éd.) s. 269 vd.

(76) Bk. M. Troper, «Le problème de l'interprétation...» op.cit.

Amerika Birleşik Devletleri'nde yargı denetimini kuran «Marbury v. Madison» olayı sonrasında Kongredeki anti-federalistlerin anayasayı farklı yorumlamaları, yargıçlara karşı «impeachment» prosedürünün kullanılmasına götürmüştür (77).

Ayrıca Başkan ya da Kongre'nin Yüksek Mahkemenin tavrını değiştirmek için, Mahkemenin karşı çıktığı bir yasaya anayasa değişikliği ile anayasal biçim verme, yeni yasalarla Mahkeme kararlarını etkisizleştirme yoluna gittikleri ya da Mahkemenin statüsünü değiştirme tehdidini kullandıkları da görülmüştür (78).

Türkiye örneğinde de, Anayasa Mahkemesi boş üyelik seçimlerinin engellenmesi, yeniden yasama, siyasi partilere hazine yardımı, kamulaştırma bedeli gibi... konularda Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı gerçekleştirilen anayasa değişiklikleri, Anayasa Mahkemesinin yetkilerini yeniden düzenleyen anayasa değişiklikleri görülmektedir (79).

Problem bu çerçevede içinde ele alındığında, yorum, kamu iktidarları arasında ilişkiler sisteminin ürünüdür (80).

Troper'e göre, «All the law is judge made law» teorisi, sadece mahkemelerin yorumlama iktidarını dikkate aldığı, diğer organları hesaba katmadığı ölçüde gerçeklerden uzaktır.

Jürisprüdansiyel anayasa hukukunun oluşması ve gelişmesi büyük ölçüde Anayasa mahkemelerine yapılan başvuruların anlam ve muhtevasına bağlıdır. Bu anlam ve muhteva da yasama politikasından etkilenir. Fransa bu konuda verilebilecek tipik bir örnektir.

(77) Bu konuda bk. H. Burton, «The cornerstone of constitutionnal law; the extraordinary case of Marbury v. Madison», American Bar Association Journal, oct. 1950, s. 805 vd.

(78) Cf. M. Mathiot, «Les offensives du Congrès des États-Unis contre la jurisprudence constitutionnelle de la Cour Suprême», in mélanges Waline, op. cit., s. 47 vd.; Henry J. Abraham, The Judicial Process, Oxford University Press, N.Y., 1980, (4. ed.) s. 333 vd.

(79) Bk. A. Ünsal, Siyaset ve Anayasa Mahkemesi, Ankara 1980, s. 280 vd.

(80) Soruna bu açıdan bakan yazarlar Anayasa yargısının ancak temel uzlaşmanın gerçekleştiği sistemlerde pratik bir değeri olabileceği görüşündedir.

Fransa da son iktidar değişikliğinden sonra 1789 Haklar Deklarasyonuna yapılan referanslar bir rastlantı sayılamaz ve metnin Conseil'in son jürisprüdansında kazandığı önemi de açıklar (81).

Bu anlamda Anayasa Mahkemelerine başvurma yetkisine sahip olanlar da Anayasa Mahkemeleri ile birlikte anayasanın ortak yorumcularıdır (82).

V. HUKUK KURALLARININ YORUMUNDA KULLANILAN TEKNİK USULLER.

1. Hukuk kuralları yorumunda «elektrik metod».

Bir hukuk normunu yorumlamak, anlamını belirlemektir. Bu çalışmanın kalkış noktasını meydana getiren yasadır. Bu durumda yasa koyucunun kullandığı kelimelere bağlı kalmak ve ilk önce cümle yapısı üzerine dayanan «gramatik yorum»a (83) (interprétation grammaticale, Grammatische Auslegung) başvurmak gerekir (84). Ancak gramatik yorum geçici ve ikinci derecede bir araçtır (85).

Gerçekten bu usulün bulunmasına yardım ettiği çözümün yasanın anlam ve amacı ile (le sens et le but, Sinn und Zweck) karşılaştırılması gerekir (86).

(81) Fransa da 1981 ilk baharından 1983 başlangıcına kadar 18 aylık süre içinde Conseil Constitutionnel'in verdiği 37 karardan 21'i muhalefetteki parlamenterlerin başvurusu üzerine verilmiştir. Bu durumda Conseil'in fonksiyonu, hak ve hürriyetler konusunda, muhalefetin anlayışı ile hükümet ve çoğunluğu tarafından savunulan anlayış arasında hakemlik etmektir. Cf. G. Knaub, «Le Conseil Constitutionnel et la régulation des rapports entre les organes de l'Etat», RDP, 1983, s. 1161.

(82) Bk. L. Favoreu, «Le droit constitutionnel jurisprudentiel...», op. cit., s. 399.

(83) Bu tekniğe «deyimse yorumlama» ya da «lafzi» (littérale) tefsir de denmektedir.

(84) Cf. Rromont, Rieg, Introduction droit allemand, op. cit., s. 215.

(85) Gramatik yorum, hukuki yorumun öncesinde yer alır ve hukuk normunun özelliklerini hesaba katmadığı için onun bir parçası da sayılmayabilir. Cf. J. Werner, L'interprétation constitutionnelle, op. cit., s. 143.

(86) İsviçre Federal Mahkemesine göre, normun açık anlamının gerçek anlamına uygunluğu konusunda ciddi sebepler tereddüt yaratıyorsa, açık anlamdan ayrılma anayasaya aykırı sayılamaz. Cf. ATF. 87 I 16; 90 I 214; 91 I 238; 95 I 326.

Bu karşılaştırma için birden çok metod ve kriter kullanılmaktadır. Ancak bu kriterler iki kategori içinde toplanabilir: Normun anlamını mantıki usullerle tesbit eden (constructif) (kurucu) prensip ve «teleolojik» prensip. İkinci bir ayırım da, yasa koyucunun iradesine başvuran sübjektif yorum metodları ve başvurmayan objektif yorum metodları arasında yapılmıştır (87).

Yorumcu önce, yasa koyucu tarafından izlenen amacı araştırabilir. Bu amacın araştırılmasında kanun koyucunun iradesini tesbit etmek için hazırlık malzemeleri de kullanılabilir (88).

Ancak doktrin, yasaların yorumunda parlamento hazırlık çalışmalarının kullanılabilirliği konusunda büyük bir ihtiyat kaydı ayırmaktadır (89).

Kanun koyucunun iradesini araştırma her zaman sonuca ulaşmaz. Bu durumda yargıç, «hukuk sistemi»nin tanım ve kavramları üzerine kurulu «bilimsel yorum»a (wissenschaftliche) başvurabilir.

Gerçekten, anlamının belirlenmesi gereken bir hüküm zorunluğu olarak bir «sistem» içinde yer alır ve bu hükmün önü ve arkası ile bağlantılarının kurulması gerçek boyutunu da ortaya çıkartır (90).

Bilimsel yorum'un, XIX. yüzyıl boyunca özellikle alman hukuk bilimini ve BGB yi etkisine alan «Begriffsjurisprudenz» (kavramların hukuk bilimi) teorisi ile yakın bağları vardır. Bu teorinin temeli düşün-

(87) Cf. Werner, op. cit., s. 146.

(88) Hazırlık malzemelerinin incelenmesi metoduna «tarihi yorumlama metodu», kanun koyucunun kanunu koyduğu muhtemel iradesinin araştırılmasına da sübjektif yorumlama metodu» denmektedir.

(89) Cf. H. Capitant, «L'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires», D. 1935, Chron. 77; L'interprétation dans le droit, Archives de philosophie du droit, t. 17, Sirey 1972. Bugün bu klasik doktrinal gerçek, büyük ölçüde değişen bir hukuki gerçeğe uygun mudur? Yoksa, yasaların hazırlanmasında yeni kurallar yorum açısından da yeni bir analiz mi gerektirmektedir? Bu konuda bk. M. Moudenc, «Les travaux préparatoires de la loi ou la remontée des enfers», D. 1975, Chron. 249.

(90) Anayasanın bütünlüğü ilkesinin şekli anlamı yanında maddi bir anlamı da vardır. Anayasanın bütünlüğü anlayışına bağlı bir diğer prensip de, özellikle Federal Alman Anayasa Mahkemesi ve İsviçre Federal Mahkemesi jürisprüdan-sında görülen «pratik uyum» prensibidir.

cesine göre her kavram, bir bütün ya da sistem içinde yer alan açık bir tanım (dogma) konusu olmalıdır (91).

Normun yazılış biçimine göre yorum (gramatik yorum) içinde yer aldığı bütüne göre yorum (sistematik yorum) hazırlık çalışmalarına göre yorum (tarihi yorum) ve amacına göre yorum (teleolojik yorum) biri diğerini reddetmek yerine, karşılıklı olarak birbirlerini tamamlayan metodlardır. Ancak eklemek gerekir ki, anayasalardaki «değerler» kataloğu ve hiyerarşisi de anayasanın yorumunda kullanılması gereken metodların belirlenmesinde etkili olur.

Türk Anayasa Mahkemesi, Alman Federal Anayasa Mahkemesi ve İsviçre Federal Mahkemesi (92) gibi, Grisel'in «eklektik metod» olarak adlandırdığı metod (93) uyarınca, a priori hiç bir yorum metodunu ihmal etmeden her müşahhas durumda hukuk normunun anlamını tesbite en elverişli olanını kullanmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi kararlarında, subjektif metod karşısında objektif metoda üstünlük tanıma eğilimi de görülebilir (94).

2. Teleolojik yorum ve teleolojik yorum ahlakı.

Bugün doktrinde hakim olan teknik (diğer yorum tekniklerini ihmal etmeden) kanunun amacından çıkartılan «teleolojik» (amaçsal

(91) Bu kapalı hukuk kavramları sistemi, radyonalizmi, Fransa'da Géný'nin çalışmaları ile tanınan «serbest hukuk ekolü»nün (école du droit libre) eleştirisine hedef olmuş, Serbest hukuk ekolünün «kadı adaleti sübjektifizmi»ne karşı Tübingen ekolü'nün «menfaatler jürisprüdansı» (Interessenjurisprudenz) ve yeni «değerler jürisprüdansı» (wertungsjurisprudenz) getirilmiştir.

(92) Cf. J. Werner, *Interprétation constitutionnelle*, op. cit., s. 182; Formont, Rieg, *Introduction au droit allemand*, op. cit., s. 217.

(93) A. Grisel, *Droit administratif Suisse*, Nauchâtel, 1970, s. 59 vd.

(94) Cf. B.N. Esen., *Anayasanın Anayasa Mahkemesince yorumlanması*, op. cit., s. 44 vd.

«Hukukta yapılacak yorumlarda söz'den çok öz'e önem verilmesi ve yorumda sözün özü belirtmeye yarayan bir araç olduğunun kesinlikle göz önünde tutularak yorumlanması... çağdaş hukuk biliminin benimsediği temel ilkelerdendir» (Anayasa Mahkemesi 1971/3 karar sayılı kararı)... «Anayasa Mahkemesi... bir kanun hükmünün anlamını kendi hukuk görüş ve anlayışı açısından inceler ve hükmün bu anlam içinde Anayasaya uygunluğunu denetler» (Anayasa Mahkemesinin 1969/65, 1971/3 Karar sayılı kararları).

ya da gai) tekniktir (95). Teleolojik prensip hukuk normunun belli bir değer ifade ettiğini varsayar. Bu değer normun varması gereken amaçtır (96).

Kara - Avrupası yorum metodu (European Way of interpretation) olarak da adlandırılan hukuk kurallarını ortamına ve amacına göre yorumlama metodu, «teleolojik - objektif» metod, İngiliz. «common law» sisteminin klasik - sınırlı yorum metodundan farklıdır.

- (95) Hukuk normu içinde yer aldığı «çevre'de meydana gelen değişmelere bağlı olarak yorumlanmaktadır. Anayasa Mahkemesi, «teleolojik-objektif-çağdaş» yorum anlayışının bir sonucu olarak görülebilecek 26.6.1968 tarihli kararında şöyle demektedir. «Durumların ve şartların değişmesi halinde sonucunda değişik olması gerekir. Böyle bir değişimin bulunmadığı ise, ancak inceleme sonucunda anlaşılabilir. Aksini düşünmek, bir kısım hükümleri imtiyazlı duruma getirmek, bu hükümler hakkında yargı mercilerinin yetkilerini kullanmalarını önlemek, hukuki görüşleri ebedileştirmek olur. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının böyle bir ereği bulunduğu düşüncesini destekleyecek doyurucu bir kanıtın ileri sürülmesi mümkün değildir.

1982 Anayasası 152. madde Denetleme meclisi anayasa komisyonu gerekçesinde «kanunların zamanla Anayasaya aykırı hale geldiği (de) düşünülebilir. Ancak bunun için 'makul' bir sürenin geçmesi gerekir» dendiikten sonra «red edilen bir davanın yeniden açılabilmesi için getirilen gerekli sürenin, hukukun ana ilkelerinden biri olan istikrar ilkesi» gerekçesine dayandığı açıklanmıştır. Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonunda ise «değişme» karşısında «istikrar» tercihi ağırlık kazanmış ve «makul» süre 10 yıla çıkartılmıştır.

Anayasa mahkemesine göre, «152/son fıkrada yer alan 10 yıllık yasaklayıcı hükmün itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı bulunmaması durumunda uygulama alanına girmesi tabiidir. Denetime engel olan durumları tesbit eden kararların başka mahkemelerce yapılan başvuruların incelenmesine engel olmayacağı açıktır.» [Anayasa Mahkemesi 1984/12 karar sayılı karar]. Anayasa Mahkemesine göre yasaklayıcı hüküm» Anayasa mahkemesini 1961 Anayasası döneminde işin esasına girerek vermiş olduğu red kararları ile bağlı tutmaktadır» [Anayasa Mahkemesi 1983/5 ve 1983/10 karar sayılı kararları].

- (96) Yüksek mahkemenin Amerikan Anayasasına getirdiği yorumda, kurucunun gerçek iradesinden bağımsız, teleolojik metod hakim olmuştur. Bu metoda verilecek en önemli örnek «Marbury v. Madison» (1803) kararıdır. Yüksek mahkeme Amerikan Anayasasının amacını anayasaların felsefesinde ve mantığında bulmaktadır. Cf. Frankfurt, «John Marshall and the Judicial Function». Harv. Law Rev. 1957 s. 217 vd.

Ancak eklemek gerekir ki, «Marbury v. Madison» davasında verilen kararın kaynakları arasında, Amerikan kolonilerine Blackstone, gibi yazarlar aracılığı ile aktarılan İngiliz «Common Law» tarihi; XVIII. yüzyıl «common Law» yargıçlarının iktidarla mücadelesi ve doğal hukuk düşüncesi de vardır. Cf. E. McWhinney, Constitution Making. Principles, Process, Frantice. University of Toronto Press, Toronto, 1981, s. 111 vd

Topluluk Hukuku'nu İngiliz pozitif hukukuna sokan, 1972 tarihli «European Communities Act» Andlaşmaların yorumlanmasında Topluluk Yargı Yeri'nin koyduğu prensiplerin benimsenmesi gerektiğini belirtmiştir.

«Court of Appeal» başkanı (Master of the Roll) Lord Denning «**Bulmer v. Bollinger**» (1974) olayında Topluluk Yargı Yerince kullanılan Kara -Avrupası yorum metodunun (European Way of interpretation) varlığını tanımış ve İngiliz yargılama yerlerinden bu metoda yönelmelerini istemiştir (97).

«Teleolojik - objektif - çağdaş» metod normun ifade ettiği değişmez değeri en iyi açıklayan anlamı belirlemek yerine politik olarak tercih edilen anlamı vermede kullanılırsa, her yeni yorumda norm yeni bir değer ifade eder. Bu çizgide teleolojik yorum yorum değil ama yeni normların yaratılmasıdır.

Yorumda bu kritik çizgiyi geçmemek için Mahkemelerin bir «teleolojik yorum ahlakı» geliştirdikleri görülmektedir (98).

[97] Ancak, «Court of Appeal»'in bu tutumunu, diğer yargı yerlerine de yayıp genellemek gerçekçi olmaz. Bu konuda özellikle bk. J.A. Griffith, *The Politics of the Judiciary*, Fontana, London, 1978. Sosyal değişimler karşısında «Common Law» yargıcının klasik tutumu için bk. J. Dutheil de la Rochère, «Le statut des minorités raciales en Grande-Bretagne», R.D.P., 1977, s. 789 vd.

«**Buchanan v. Babco**» kararında (1977) «Court of Appeal», Topluluk yargı-yerinin «teleolojik-objektif» yorum metoduna Topluluğun kurulmasında kilit bir fonksiyon tanımıştır. Ancak, Lordlar Kamarası, bu kararı bozarken, «Söze bağlı, teknik ve sınırlı» olmakla suçlanan geleneksel İngiliz yorum yönteminin savunusunu da üstlenmiştir. Lordlar çoğunluğu, «Court of Appeal»'in benimsediği yorum yöntemini, yargıçları parlamento çoğunluğundan farklı ideolojik tercihleri savunabilecek yasa koyucular durumuna sokma eğilimlerini taşımakla suçlamıştır.

Bak : J. Dutheil de la Rochère, A. Syngellaki. - «L'application du droit communautaire par les juridictions britanniques au cours de l'année 1977» Chron. Rev. de droit europ., 1978, s. 250 vd.

[98] Bu yorum ahlakının açık ifadelerinden biri Justice Holmes'in «**Loschner v. New York**», 198 U.S. 45, 76 «dissent» inde yer almaktadır. (The Constitution) «is made ofr people of fundmentally differing views, and the accidnt of our finding certain opinions natural and familiar or novel and even shocking ought not to conclude our judgment upon the question whether statutes embodying them conflict with the Constitution of the United States».

Federal Yüksek Mahkeme jürisprüdansında geliştirilen «political question doctrine» in özü bu teleolojik yorum ahlakındadır. Mahkeme yasa koyucunun takdir yetkisine müdahaleden kaçınmaktadır (99).

Anayasa Mahkemesinin «onda birlik baraj uygulamalı nisbi temsil sistemi-ni getiren 2972 sayılı «Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun»un kimi hükümlerinin Anayasaya aykırılığı iddiası ile açılan iptal davasında verdiği karar» judicial self-restraint» in en tipik örneklerinden biridir (100).

Anayasa Mahkemesine göre «Kanun koyucu ülkenin siyasi ve sosyal koşullarına, gerçeklerine ve yararlarına uygun göreceği bir seçim sistemini tayin etme hakkını haizdir. Kanun koyucunun takdirine bağlı bir konudaki tercihinin isabet derecesinin tartışılması... anayasaya uygunluk denetimi bakımından bir önem taşımaktadır... Daha çok teknik yönden yapılacağı kuşkusuz olan Anayasaya uygunluk denetiminde... yasa koyucunun siyasi tercihlerine müdahale edilmemelidir» (101).

Fransız Anayasa Konseyi de bir çok kararında, yasa koyucunun tercihlerine müdahale etme yetkisinin bulunmadığını açıkladıktan sonra anayasal normla yasal norm arasındaki uygunluk münasebetini geniş olarak değerlendirmiştir. Bu durumda çok kere Konsey «...Yasa koyucuya ait olduğu dikkate alınarak» (Considérant qu'il appartient au législat eu r de...) formülünü kullanmaktadır (102).

(99) Justice Black'in «ferguson v. Skrupa», 372 U.S. /26 da açıklandığı gibi; «We have returned to the original constitutional proposition that courts do not substitute their social and economic beliefs for the judgment of legislative bodies who are elected to pass laws».

(100) Cf. Anayasa Mahkemesinin 1968/13 karar sayılı kararı.

(101) Bk. Anayasa Mahkemesi 1984/2 Karar sayılı kararı.

Anayasa mahkemesinin bu tutumu «eşitlik ilkesi»nin ileri sürüldüğü çok sayıda davada verdiği kararlarda da görülebilir.

(102) Tipik karar örnekleri için bk., 141 DC, 133 DC, 146 DC, 152 DC.

3. Anayasaya uygun yorum ve gereklerin bağlayıcılığı problemi.

İsviçre Federal Mahkemesi, İtalyan (103), Avusturya (104), Almanya Anayasa Mahkemeleri (105), yeni kararlarında Fransız Anayasa Konseyi (106), «şarta bağlı anayasaya uygunluk» (déclaration de constitutionnalité sous réserve), «anayasaya uygun yorum» (interprétation conforme à la constitution, in harmony with the constitution, verfassungskonforme Auslegung) tekniğini kullanmaktadır.

Sistematik yorumun özel bir biçimi olan anayasaya uygun yorum prensibi, hukuk düzeninin birliği, anayasanın üstünlüğü ve kuralar hiyerarşisi anlayışının sonucudur.

Uygun yorum prensibinin normları muhafaza edici bir etkisi vardır. Ancak iptalle anayasaya uygun bulma arasında yer aldığı ölçüde anayasa yargıcının karar iktidarını —dolaylı olarak— genişletir.

Uygun yorum tekniği, Federal Alman Anayasa Mahkemesinin 7 Mayıs 1955 tarihli karar gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır :

«Bir yasa anayasaya uygun olarak yorumlanabildiği, ve bu yorum seçildiğinde yasa hala anlamını koruduğu takdirde, anayasaya aykırı değildir» (107).

Bu ilk kararla başlayarak, Mahkeme, uygun yorum tekniğinin temeli olarak, Anayasanın hakimiyeti altında, onun temel prensipleri ile şekillenen Devletin hukuk sisteminin bütünlüğünü görmüştür.

Bu anlamı ile uygun yorum, sistematik yorumun değişik bir biçimidir.

(103) İtalya'da Anayasaya uygun yorum ve yorumlu red kararları ile ilgili tartışmalar için bk. A. Pizzorusso, «Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux», In Favoreu, Cours Constitutionnelles, op. cit., s. 178 vd.

(104) Kelsen ve Merkl'in hukukun kademeli oluş teorisi, maddi planda, «normatif anayasa» tezlerini etkilemiştir. Bu tezlere göre, üst derece hukuk alt derece hukuk normlarının muhtevasını programlar. 1 Mayıs 1945 tarihli Avusturya Cumhuriyeti geçici Anayasa metninde bu teknik açıkça öngörülmüştür.

(105) Federal Alman Anayasa Mahkemesi, kısmen ya da tamamen iptal ettiği 160 kanuna karşı, yüze yakın olayda kanunların anayasaya uygun yorumuna gitmiştir.

(106) Fransız Devleti Şurası da Anayasaya uygun yorum tekniğini kullanmaktadır. Cf. Conseil d'Etat'nın, 7 Şubat 1947 tarihli Aillères, 17 Şubat 1950 tarihli dame lamotte kararları.

(107) Cf. J. - C. Béguin, Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne, op. cit., s. 184 vd.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, 30 Ekim 1963 tarihli kararında, Ceza Kanununun 129. paragrafını Anayasanın 29. maddesine göre yorumlayarak, siyasi partilerin bu paragrafta ki dernek kavramına girmedikleri ve siyasi partinin anayasaya aykırılığına karar verilinceye kadar parti sorumlu ve üyelerinin «parti imtiyazı»ndan (Parteienprivileg), bir çeşit «ceza dokunulmazlığı»ndan yararlanmaları gerektiğine karar vermiştir.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi 31 Temmuz 1973 tarihli kararında da, Federal Cumhuriyet ve Alman Demokratik Cumhuriyeti arasındaki münasebetlerin prensiplerini tanımlayan 21 Aralık 1972 tarihli andlaşmayı Anayasaya uygun yorumlamıştır.

İsviçre Federal Mahkemesi 1969 tarihli Jeckelmann kararı ile (1969) (109) Federal yasaların lafzı ve açık anlamı engel olmadığı takdirde Anayasaya uygun olarak yorumlanması gerektiğini hükme bağlamıştır.

Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, Kara Avrupası kamu hukukundaki «hükümet tasarrufları» teorisine yakın bir anlam taşıyan «siyasal sorun doktrini» (political question doctrine) (110) ile yetki alanını sınırlamıştır. Federal Alman Cumhuriyetinde ise, anayasaya uygunluk denetimi sınırsız olarak bu amaçla kurulan bir yargı yerine verilmiştir. Bu nedenle Karlsruhe Mahkemesi başkanı E. Benda'nın da belirttiği gibi siyasal sorunlar Amerikan teorisinin Alman sisteminde uygulanma alanı olmamıştır. Bu teori yerine Mahkeme, bir «judicial self-restraint» prensibi olarak anayasaya uygun yorum tekniğini kullanmıştır.

Anayasaya uygun yorum tekniğinin kullanılması karar gerekçelerinin bağlayıcılığı sorununu da gündeme getirmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi kuruluş yasası 31. paragrafına göre, normların uygunluk denetimi prosedüründe Mahkeme kararlarına tanınan kanun gücü, bu kararların taşıyıcı gerekçelerine de şamildir.

Anayasa Mahkemesi, 31 Temmuz 1973 tarihli kararında, karar gerekçelerinin her noktasının Andlaşmanın muhtevası ile doğrudan il-

[108] ATF 95. I. 330, 332.

[109] ATF 95 I. 330, 332.

[110] Amerikan siyasal sorun doktrini ve İsviçre Federal Mahkemesi jürisprüdasında hükümet tasarrufları yorumu arasındaki paralellik için bk. Mahkemenin 16 Şubat 1973 tarihli Les Pas S.A. kararı, in J. Werner, *Interprétation constitutionnelle*, op. cit., s. 183 vd.

gili olmasa bile, kararın üzerine kurulu olduğu gerekçelerin bir parçası olduğunu açıklamıştır.

Federal Alman Anayasa Mahkemesinin istikrar kazanan içtihadına göre, kararın temelindeki gerekçeler (ratio decidendi) anayasasının yorumu konusunda açıklamalar ihtiva ettikleri ölçüde bağlayıcı güce sahiptir.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi 10 Haziran 1975 tarihli kararında anayasaya uygun yorum kararının hukuki niteliğini açıklamıştır. İptal edilen bir normda olduğu gibi, Mahkemeler, Anayasaya uygun yorum kararı gerekçesinde normun anayasaya aykırı görülen yorumuna dayanarak karar veremezler.

Anayasa Mahkemesi kararlarında, «kanun hükmü... gerekçelerden çıkan anlam çerçevesinde (ya da karar gerekçesi ölçüsünde) anayasaya uygundur» formülünü kullanmaktadır.

Fransa'da ise gerekçeler, karar normunun zorunlu desteği oldukları ölçüde kararın bağlayıcılığı kuralından yararlanırlar (111). Bunun sonucu olarak yargıçlar, yasayı, Anayasa Konseyi yorumuna göre uygulamak zorundadırlar (112).

Türk Anayasa Mahkemesi de Anayasa uygunluk denetiminde «uygun yorum» tekniğini kullanmaktadır (113). Bu teknik özellikle, anayasaya uygunluk denetiminin kısıtlanması durumunda kritik bir önem kazanmaktadır.

[111] Cf. CC. 16 Ocak 1962, GD. no. 15; L. Favoreu, «Rapport général introductif» in Favoreu, Cours Constitutionnelles, op. cit., s. 47 vd. Fransa'da Cours de Cassation'un bu konudaki klasik jürisprüdansına göre (Bk. 15 Ocak 1945, 21 Mart 1950 tarihli kararlar) kararın kesin hüküm niteliği (autorité de chose jugée) kararın ozrunlu desteği olduğu ölçüde (soutien nécessaire du dispositif) gerekçeleri de içine alır.

[112] François Luchaire, Conseil d'état'ın farklı yorumuna rağmen, Conseil Constitutionnel'in kendi kararlarında tanıdığı yayılma alanının tartışma konusu yapılamayacağını, Anayasanın Conseil kararlarına tanıdığı kesin otoritenin bu otoritenin alanını belirleyen kararlara da şamil olduğunu ileri sürmektedir. Cf. F. Luchaire, Le Conseil Constitutionnel, Economica, Paris, 1980, s. 48 vd.

[113] Anayasa Mahkemesi 1984/10 karar sayılı kararında İcra İflas Kanununun madde 178/1 kuralı anlamını belirlemiş ve bu anlamı ile Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Bu durumda karar gerekçelerinin bağlayıcılığı problemine, Federal Alman Anayasa Mahkemesi ve Fransız Anayasa Konseyi uygulamaları paralelinde bir çözüm getirilebilir.

Anayasa Mahkemesine göre, «geçici 15. maddenin kapsamına giren ve böylece anayasal koruma altında bulunan yasa hükümlerinin Anayasa'ya 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.

Anayasa Mahkemesi uygun yorumdan anayasal prensiplere hukukun genel prensiplerine uygun yorumu anlamaktadır.

4. Anayasaya uygun yorumun sınırı ve Anayasa Kuralının doğrudan uygulanması problemi.

Anayasaya uygun yorumun mümkün olmaması durumunda yasa kuralının «ihmal» edilmesi, Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasa hukuku alanına girmiştir (114). Bu durumda Anayasa kurallarının doğrudan uygulanması sözkonusudur (115).

Parlamentonun hareketsizliği (inertie parlementaire) ve Anayasaya uygunluk denetiminin kısıtlanması sebebiyle anayasaya aykırılığı giderilemeyen bir yasa hükmünün ihmalî ve konuyu ayrıntılarıyla düzenleyen Anayasa hükmünün doğrudan uygulanması Anayasa Mahkemesinin benimsediği bir formüldür.

Anayasa Mahkemesinin 1982/3 karar sayılı kararına göre (116) «Anayasa'da özü belirtilmiş temel hukuk kuralları yanında belirli konuları ayrıntılarıyla düzenleyen hükümlerin de yer aldığını açıkladıktan sonra 34. maddedeki ispat hakkının ayrıntılarıyla ele alınıp düzenlenmiş konulardan biri olduğunu tesbit etmiştir.

Anayasa Mahkemesine göre, Yasa koyucunun geçici 7. maddedeki buyruğu yerine getirmemesi ve Türk Ceza Kanununun 481. maddesindeki Anayasaya aykırılığı giderecek yasayı çıkarmaması ve iptal

(114) Cf. Anayasa mahkemesinin 1971/67 ve 1982/3 sayılı kararları.

(115) Cf. 1982 Anayasasının, 11, 138 ve 177 e. maddeleri 11. madde gerekçelerine göre «yargı kuvveti, gerektiğinde, Anayasayı diğer kanunlar gibi uygulayabilir».

Anayasanın 152. maddesinde düzenlenen itiraz yolunda, Anayasa mahkemesinin öngörülen süre içinde karar vermemesi durumunda da, olay mahkemesi kanun hükmünün anayasaya uygun yorumunu yapma yetkisine sahip olduğu gibi, «Anayasa'yı da «yürürlükteki diğer kanunlar gibi» uygulayabilir.

(116) Bk. 30 Kasım 1983 tarih ve 18237 sayılı R.G.

ve itiraz yollarının da geçici 4. maddenin 3. fıkrasına göre tıkanmış olması karşısında kısıtlı kalan anayasal ispat hakkının bu içeriği ile uygulanmasının sürüp gitmesi artık düşünölemeyeceğinden mahkemelerce Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcı niteliğini açıklayan 8. maddenin ikinci fıkrasına dayanılarak, 481. maddenin birinci fıkrasındaki ispat hakkını sınırlayıcı hükümlerinin bir yana bırakılması ve kurallar kademeleşmesinde en üst düzeyde bulunan Anayasa'nın 34. maddesindeki hükmün doğrudan doğruya uygulanması gerekmektedir (117).

SONUÇ İÇİN NOT

Anayasa yargısında, durumların farklılığının ötesinde, ortak değişmezler ve çizgiler vardır. Bu yakınlıkların en fazla kurulabildiği alan da anayasa mahkemelerince kullanılan teknik ve metodlar alanıdır. Yorum metodları, referans normları ve muhtevalarının belirlenmesi, anayasa mahkemeleri arasında yer değiştirebilir metodlar olarak gözükmektedir, Anayasa yargısında karşılaştırmalı analizin teorik ve pratik önemi de buradadır.

[117] Karşı-oylarda da belirtildiği gibi, Anayasa Mahkemesi kararı, «Anayasanın 34. maddesini geçici 4. madde hükmüne tercih atme sonucunu» yaratmaktadır.

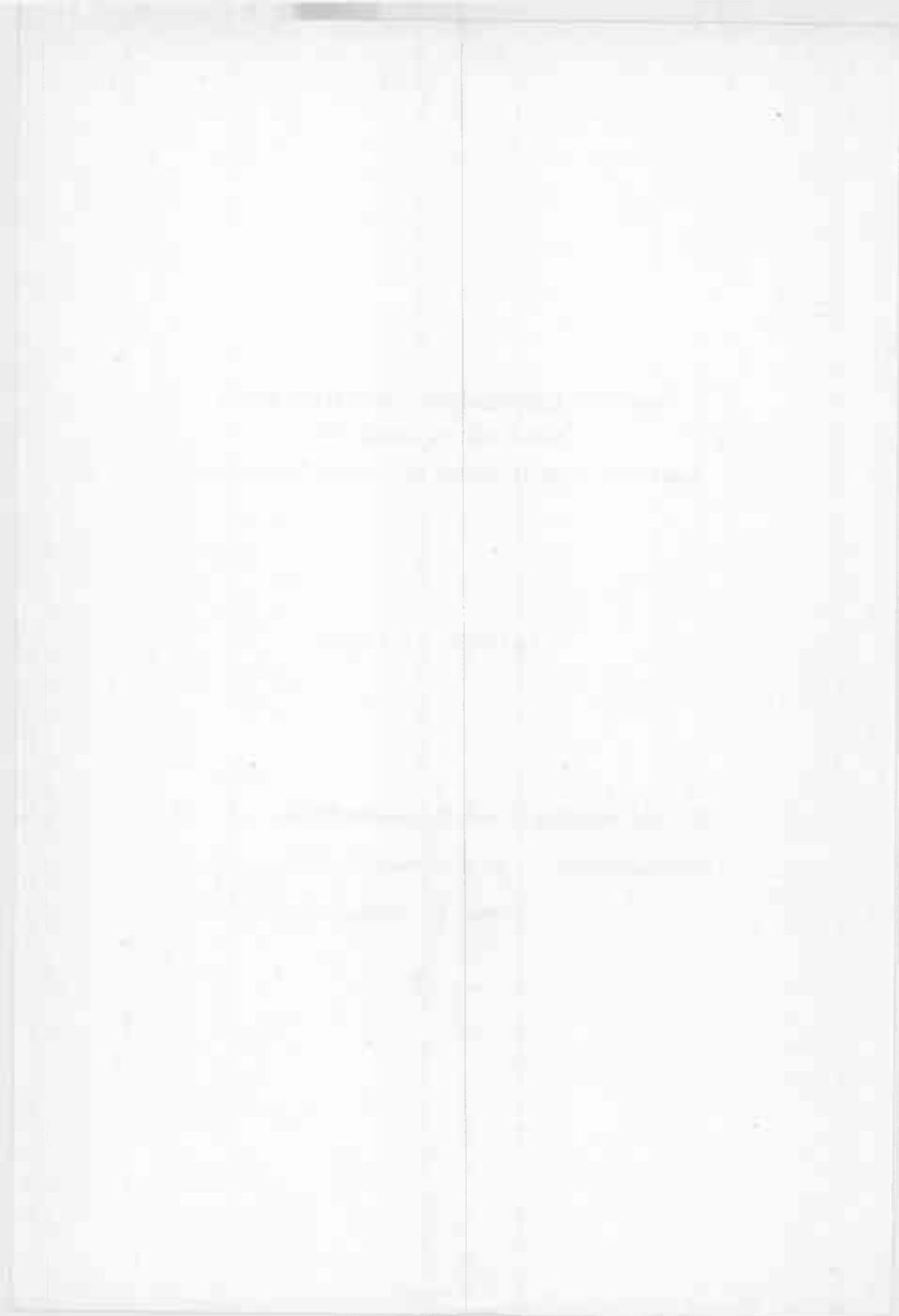
**ANAYASA ÇERÇEVESİNDE KAMU MALİYESİNİN
PARLAMENTER KONTROLÜ
ANAYASAL AÇIDAN KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME**

BEŞİNCİ OTURUM

OTURUM BAŞKANI : Prof. Dr. Necdet SERİN

KONUŞMACILAR : Doç. Dr. Nami ÇAĞAN

Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN



ANAYASA ÇERÇEVESİNDE KAMU MALİYESİNİN PARLAMENTER KONTROLÜ

Doç. Dr. Nami ÇAĞAN
A.Ü. S.B.F. Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Devletin kamu maliyesi ile ilgili yetkileri ulusal egemenliğin mali yönüne ilişkindir. Kamu harcamalarının yapılması, bu harcamaları karşılayacak gelirlerin sağlanması, normal gelirlerin harcamaları karşılayamaması halinde borçlanma yoluna başvurulması ve bu faaliyetlerin bütçe adı verilen yıllık bir belgede gösterilmesi mali egemenliğin kullanılması sonucunda gerçekleşir.

Parlamentolar, halkın kamu maliyesini kontrol etme gereksinimi sonucunda doğmuşlar ve ilk yetkilerini bu alanda kazanmışlardır. Önce vergilerin, daha sonra kamu harcamalarının halk temsilcilerinin oluşturduğu parlamentoların kontrolü altına alınması, parlamenter demokrasilerin doğmasına yol açmıştır. Tarihi köken olarak kamu maliyesinin kontrolü düşüncesi, demokratik olmayan yürütme organının vatandaşlara yüklediği vergileri ve kamu harcamalarını sınırlandırmak amacına dayanıyordu. Mutlak iktidarın mali yetkilerinin sınırlandırılması, demokratik rejim yönünde atılmış ilk adımdır. Parlamentoların vergiler konusunda yetkili olması, kamu hizmetlerini belirleyip kamu harcamalarına yetki vermesi ve mali uygulamaları denetlemesi genel siyasal kontrolün en önemli aracı olarak gelişmiştir.

Zaman içinde mutlak iktidarların tasfiye edilmesi ile birlikte yasa organları kamu maliyesi ile ilgili yetkilerini demokratik yoldan seçilmiş yürütme organları ile paylaşmaya başlamışlardır. Özellikle politika belirleme konusu büyük ölçüde yürütme organının inisiyatifi ne geçmiştir. Bu olgunun başlıca nedeni, devletin işlevlerindeki artışa paralel olarak kamu kesiminin ulusal ekonomi içindeki payının giderek büyümesi ve mali araçların devletin genel ekonomik ve sosyal amaçları doğrultusunda kullanılmaya başlamasıdır. Devlet, kamu ma-

liyesi araçlarını kullanarak ekonomideki makro dengeleri, gelir ve kaynak dağılımını amaçları yönünde etkileyebilmektedir. Öte yandan kamu maliyesinin parlamenter kontrolünü sağlamlaştırmak amacıyla geliştirilen geleneksel bütçe ilkelerine önemli istisnalar getirilmiştir.

Günümüzde parlamentoların kamu maliyesini kontrol yetkilerini ne ölçüde korudukları sorunu üzerinde durulmaktadır. «Kamu maliyesinin kontrolü», deyiimi genellikle Kara-Avrupasında kullanıldığı dar anlamı ile —yani, bütçe işlemlerinin ve hesaplarının belli ölçütlere göre denetlenmesi, teftiş edilmesi anlamında— değil, Anglo-Sakson ülkelerindeki geniş ve esnek anlamında kullanılmaktadır (1). Bu anlamda kamu maliyesinin kontrolü dar anlamın yanı sıra, mali araçların belirli politikalar doğrultusunda yönlendirilmesini, nitelik ve miktar olarak sınırlandırılmasını da ifade etmektedir. Yasama-yürütme ilişkilerinin kamu maliyesi ile ilgili bütün yönleri bu geniş kapsam içinde kontrol deyiimi ile bağlantılıdır. Kamu maliyesinin kontrolünde kamu maliyesine bakış açısı, kamu maliyesinin görevinin ne olması gerektiği konusundaki düşünce de önemlidir. Başka bir anlatımla, parlamenter kontrolün içeriği, benimsenen ekonomik politikadan etkilenmektedir. Keynes'çi ekonomi politikasında, kamu maliyesinin ekonominin yönetiminde olumlu bir işlevi vardır. Mali araçlar makro ekonomik politika amaçları ile kullanılmaktadır. Dolayısıyla kontrolün bu yönü önem kazanmaktadır. Friedman'cı (Arzçı, Monetarist) iktisatçıların benimsediği ekonomi politikasında ise, kamu kesimi faaliyetlerinin daraltılması amaçlandığından parlamenter kontrol, kamu harcamalarının ve vergilerin kapsamlarının, miktarlarının sınırlandırılmasında yoğunlaşacaktır.

Kamu maliyesinin parlamenter kontrolünün sınırları ve ölçüsü, ülkelerin anayasal düzenlerine göre önemli farklılıklar göstermektedir. Batı demokrasilerinin ilk anayasalarında olduğu gibi, çağdaş anayasalarda da devlet bütçesi ve vergilere ilişkin hükümlere ayrıntılı olarak yer verilmektedir. Kamu maliyesi alanında, yasama organının yürütme organı karşısında güçlü ya da güçsüz olması, demokratik rejimin niteliğini ve güçler dengesini önemli ölçüde etkilemektedir.

(1) Bkz : **Ulrich Scheuner**, Responsibility and Control in a Democratic Constitution, Law and State, Volume 11, Tübingen 1975, s. 55; **David Coombes**, The Power of the uPrse, The Role of the European Parliaments in Budgetary Decisions, George Allen-Unwin 1976, s. 15, 371; **Conference of European Speakers**, Parliament and the Control of Public Finance, Copenhagen 1984, s. 18, 19. Bildirinin hazırlanmasında bu kaynaklardan bakış açısı olarak geniş ölçüde yararlanılmıştır.

I. 1982 ANAYASASINA GÖRE KAMU MALİYESİNİN KONTROLÜ

1982 Anayasasının Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkilerini belirten 87 nci maddesinde diğer yetkilerin yanı sıra kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak; Bakanlar Kurulunu ve bakanları denetlemek; bütçe ve kesin hesap kanun tasarılarını görüşmek ve kabul etmek de belirtilmiştir. Bu üç temel yetki de kamu maliyesinin kontrolü bakımından önem taşımaktadır. 1982 Anayasasına göre kamu maliyesinin parlamenter kontrolü beş başlık altında incelenebilir :

1. Bütçe Süreci İçinde Kontrol

Bütçe kanunu, yasama organının kamu maliyesini kontrolde kullandığı temel araçtır. Anayasanın 162 nci maddesinin 1 nci fıkrası, bütçeyi hazırlama yetkisini Bakanlar Kuruluna vermiştir. Bu hükmü göre Bakanlar Kurulu, genel ve katma bütçe tasarıları ile millî bütçe tahminlerini gösteren raporu, mali yıl başından en az yetmişbeş gün önce, Türkiye Büyük Millet Meclisine sunar. Bu anayasa hükmü uyarınca bütçe ile ilgili yasama inisiyatifini sadece yürütme organına aittir. Parlamenter demokratik sistemde genel olarak politika belirleme yetkisinin yürütme organına bırakılması, anayasal düzenlemeyi haklı kılmaktadır. Çünkü hükümet, programını bütçe aracılığı ile uygular. Bakanlar Kurulu, bütçe hazırlıklarını genel ekonomik durumu değerlendirerek ve belirlediği politika ile uyumlu olarak gerçekleştirir. Bütçe hazırlığına kamu kesiminde görevli bürokratlar ve teknisyenler etkin biçimde katılırlar. Bütçe sürecinin başlangıç aşamasında yasama organı, yürütme organının kararları üzerinde doğrudan etkili değildir. Bütçenin yasama organı tarafından kontrolü, yürütme organının bütçe hazırlığına ve uygulamasına katılma ya da müdahale niteliği taşımaktadır. Anayasanın 87 nci maddesinde diğer kanunlar için «kanun koymak» deyiminin kullanılmasına karşılık bütçe kanunu için «görüşmek ve kabul etmek» deyimlerinin kullanılması, anayasa koyucunun, yürütme organının bütçe hazırlığına verdiği önemi ve ağırlığı ortaya koymaktadır. 1961 Anayasası'nda bütçenin görüşülüp onaylanması için Türkiye Büyük Millet Meclisine üç ay ayrılmıştı. 1982 Anayasası'nın bu süreyi ikibuçuk aya indirmesi, yürütme organına bütçe hazırlığı için daha çok zaman bırakması anlamına gelmektedir.

Bütçeyi hazırlama yetkisinin yürütme organına ait olmasına karşılık inceleme, değiştirme ve onaylama yetkisi yasama organındadır. Yasama organı bu yetkisini Bütçe Komisyonu çalışmaları ve Genel

Kurul toplantıları ile kullanır. Bütçe Komisyonunun bütçenin onaylanmasında önemli bir rolü vardır; bütçenin parlamenter kontrolünün büyük bir bölümü bu aşamada gerçekleşir. Yetmişbeş günlük sürenin ellibeş günü Komisyonunda, yirmi günü genel Kurulda geçer. Anayasanın 162 nci maddesinin 2 nci ve 3 üncü fıkralarına göre, «Bütçe tasarıları ve rapor, kırk üyeden kurulu Bütçe Komisyonunda incelenir. Bu komisyonun kuruluşunda, iktidar grubuna veya gruplarına en az yirmibeş üye verilmek şartı ile, siyasi parti gruplarının ve bağımsızların oranlarına göre temsili gözönünde tutulur. Bütçe Komisyonunun ellibeş gün içinde kabul edeceği metin, Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülür ve mali yıl başına kadar karara bağlanır». Görüldüğü gibi Anayasa, Bütçe Komisyonunun oluşumunu, bütçe tasarısının Komisyonunda ve Genel Kurulda görüşülme süresini diğer kanun tasarısı ve tekliflerinden daha önemli gördüğü için İktüzüğe bırakmadan kendi düzenlemiştir. Anayasanın, siyasi parti gruplarının ve bağımsızların, Bütçe Komisyonunda oranlarına göre temsilini benimsemiş olmasına rağmen, kırk üyeden yirmibeşini iktidar grup ya da gruplarına vermesi, hükümet programı niteliğinde olan bütçe tasarısının bütünlüğünün bozulmadan parlamentodan geçirilmesi amacına dayanmaktadır. Ancak Bütçe Komisyonunun oluşumundaki sakatlıklar ya da Anayasada öngörülen süre hükümlerine uyulmaması, bütçe kanununun Anayasa Mahkemesince iptali sonucunu doğurur mu? Anayasanın 148 inci maddesinin 2 nci fıkrası, kanunların Anayasaya uygunluğunun şekil bakımından denetlenmesini sadece son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapıp yapılmadığı yönünden olacağını hükme bağlamıştır. Buna göre, Bütçe Komisyonunun oluşumundaki sakatlıklar ya da süre hükümlerine aykırılık yargısal denetimde gözönüne alınmayacaktır (2). Bununla beraber, Anayasanın 148 inci maddesinin (f. 2), Türkiye Büyük Millet Meclisi İktüzüğü hükümlerine aykırılıkları iptal nedeni saymama amacı güttüğü, anayasal bütçe usulü ile ilgili aykırılıkların bu hükmün kapsamı dışında kaldığı düşünülebilir (3). Ancak Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde, bu Anayasada, 1982 Ana-

(2) **Prof. Dr. Lütfi Duran**, bu görüştedir. Bkz : Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi'nin 22. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiri ve Yorumlar, Ankara 1984, s. 64.

(3) Nitekim Sempozyumun ilk gününde **Prof. Dr. Erdoğan Teziç**, bu şekildeki aykırılıkların «esasa ilişkin şekil denetimi» yolu ile incelenmesini önermiştir. Bkz : s.

yasasının 148 inci maddesindeki (f. 2) sınırlama bulunmamasına rağmen, Anayasada öngörülen süre hükümlerine uyulmamasını iptal nedeni saymamıştır(4). Yüksek Mahkeme, kararının gerekçesinde sürelerin yaptırımlarının Anayasada gösterilmediğini, dolayısıyla uyarıcı nitelik taşıdıklarını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasası döneminde nasıl bir yorumu benimseyeceği merak konusudur.

Anayasa, Bütçe Komisyonuna bütçe tasarısının değiştirilebilmesi bakımından Türkiye Büyük Millet Meclisine oranla daha geniş yetkiler vermiştir. Anayasanın 162 nci maddesinin 5 inci fıkrası hükmüne göre, bütçe kanunu tasarısının Genel Kurulda görüşülmesi sırasında gider artırıcı ya da gelir azaltıcı önerilerde bulunulamamasına karşılık, Bütçe Komisyonunun anayasal yetkileri itibariyle bütçeye istediği biçimi verebilme olanağı vardır. Bu aşamada gerek kamu harcamaları, gerek kamu gelirleri artırılıp azaltılabilir. Öte yandan bütçe tasarısı, Komisyonunda teknik düzeye inilerek daha ayrıntılı kontrol edilebildiği halde, Genel Kurulda gerçekleştirilen kontrolde siyasal nitelik egemendir; hükûmetin genel politikası tartışılır ve eleştirilir. Komisyon çalışmalarının teknik niteliği dolayısıyla siyasal parti farklılıkları kendisini daha az hissettirir. Anayasanın geçici 6 ncı maddesi uyarınca bugün de yürürlükte bulunan eski Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 31 inci maddesine göre Komisyon toplantılarına Başbakan ya da bir bakan katılabilir. Başbakan ya da bakan gerekli görürse, kendi yerine, yüksek dereceli bir kamu görevlisine yazılı temsil yetkisi verebilir. Komisyon, düşüncelerini almak üzere uzman kişiler çağırma yetkisine sahiptir. Cari harcamalarla ilgili olarak Maliye ve Gümrük Bakanlığı teknisyenleri, yatırım harcamaları ile ilgili olarak da Devlet Planlama Teşkilatı uzmanları Bütçe Komisyonuna çağrılmaktadır. Bu kişiler, Komisyonunda yalnız kişisel görüşlerini açıklamak durumundadırlar.

Bütçe Komisyonunda kabul edilen metin, mali yıl başına kadar karara bağlanmak üzere Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kuruluna gelir. Anayasanın 162 nci maddesinin 4 üncü fıkrası, bütçe görüşmelerini ve milletvekillerinin bütçede değişiklik yapma olanaklarını sınırlandırıcı bir usulü hükme bağlamıştır: «Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Genel Kurulda, bakanlık ve daire bütçeleriyle katma bütçeler hakkındaki düşüncelerini, her bütçenin tümü üzerindeki görüşmeler sırasında açıklarlar; bölümler ve değişiklik önergeleri, üzerinde ayrıca görüşme yapılmaksızın okunur ve oya konur». Bu hü-

(4) Anys. Mahk. E. 1976/34, K. 1976/52, 9.12.1976 (AMKD, Sayı 14, s. 412).

küm, aynı maddenin 5 inci fıkrasında yer alan gider artırıcı ve gelir azaltıcı öneride bulunma yasağı ile birlikte gözönüne alındığında, muhalefet partileri milletvekillerinin bütçeyi politik istismar konusu yapmalarını önlemek ve bütçe dengesini korumak amaçlarına yönelmektedir. Dolayısıyla, Anayasanın 162 nci maddesinin 4 üncü ve 5 inci fıkraları çerçevesinde hükümet üzerindeki bir parlamenter kontrol-den değil, tersine hükümetin kamu maliyesi alanında parlamentoyu kontrol etmesinden söz edilebilir. Bununla beraber, bütçe görüşmeleri sırasında muhalefet partileri alternatif politikalarını ve eleştirilerini ortaya koymak fırsatını bulmaktadır.

Anayasanın 163 üncü maddesinde de «bütçelerde değişiklik yapabilme esasları» hükme bağlanmıştır. Bu hükümle bir yandan yürütme organının, öte yandan da parlamentonun bütçeye ilişkin bir kısım yetkileri sınırlandırılmıştır : «Genel ve katma bütçelerle verilen ödenek, harcanabilecek miktarın sınırını gösterir. Harcanabilecek miktar sınırının Bakanlar Kurulu kararıyla aşılabileceğine dair bütçelere hüküm konulamaz. Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname ile bütçede değişiklik yapmak yetkisi verilemez. Cari yıl bütçesindeki ödenek artışını öngören değişiklik tasarılarında ve cari ve ileriki yıl bütçelerine mali yük getirecek nitelikteki kanun tasarı ve tekliflerinde, belirtilen giderleri karşılayabilecek mali kaynak gösterilmesi zorunludur». Bu maddede yer alan sınırlamalar şekle değil, esasa ilişkin olduğundan anayasa yargısının denetimine tabi bulunmaktadır. Harcanabilecek ödenek miktarının Bakanlar Kurulu kararı ile aşılamayacağının belirtilmesi, parlamentonun bütçe üzerindeki yetkisini koruyucu niteliktedir. 1982 Anayasası'ndan önce mali mevzuatta (Muhasebe-i Umumiye Kanunu, m. 3, 50) bu yönde hükümler bulunmasına rağmen, bu hükümlere uyulmamış, bütçe kanunları Maliye Bakanlarına bütçede mevcut ödenekleri artırmak ya da yeni ödenek kalemleri açmak yetkisi verilmiştir. Dolayısıyla bütçe açıklarının boyutu önemli ölçüde büyümüştür. 1982 Anayasası'nın, Bakanlar Kuruluna böyle bir yetkinin verilemeyeceğini belirtmesi yerindedir. Bunun gibi, bütçe kanunları ile Maliye ve Gümrük Bakanlığına bütçede yer alan ödenekleri belli zaman aralıklarına göre ve belli oranlarda serbest bırakma yetkisi verilmesi (1985 yılı Bütçe Kanunu, m. 4) de, bütçe disipliniyi sağlamak ya da kısa vâdeli ekonomik istikrar politikası amaçlarına dayansa da parlamentonun izin verme iradesine sınırlama getirmektedir.

Anayasanın 163 üncü maddesinin kanun hükmünde kararname ile bütçe kanununda değişiklik yapmayı yasaklaması da bütçenin parla-

menter kontrolünü güçlendirici bir düzenlemedir. Buna karşılık, cari yıl bütçesindeki ödenek artışını öngören değişiklik tasarılarında ve cari ve gelecek yıl bütçelerine mali yük getirecek nitelikteki kanun tasarı ve tekliflerinde, belirtilen giderleri karşılayabilecek malî kaynak gösterme zorunluluğu, fiilen hükûmetten çok parlamentonun yetkisini sınırlandırmaktadır. Çünkü hükûmet bir yandan, gelecek yıllarla ilgili kanun tasarılarında ödenek ayırma olanağına sahiptir; öte yandan da cari yıl içindeki ödenek artışlarında tahmini aşan kamu geliri fazlasına (bütçe tasarruflarına) ya da bütçe kanunları ile kendisine verilen bütçe açığını artırma yetkisine (1985 yılı Bütçe Kanunu, m. 3) dayanabilecektir. Bu Anayasa hükmü dolayısıyla ortaya çıkabilecek diğer önemli bir sorun da, her kanun tasarı ve teklifinin az ya da çok bazı giderler gerektirmesi nedeniyle bu giderlerin kaynaklarının gösterilip gösterilmediğinin Anayasa Mahkemesince denetlenmesidir(5). Kaynak gösterme zorunluluğunun hangi özellikleri taşıyan kanunlarda aranacağını saptanması, çözümü son derece güç bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

1961 Anayasasında (m. 94) yer alan bütçe kanununa bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamayacağı kuralı, 1982 Anayasası'nda da vardır (m. 161, f. 4). Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde, bu hükmün amacını ve anlamını geliştirdiği ölçütlerle açıklığa kavuşturmuş ve birçok iptal kararı vermişti (6). Anayasa Mahkemesi, bu kararlarında bütçe ile ilgili hükümler deyimini geniş anlamda malî hükümler olarak yorumlamamış, bütçenin uygulanması ile ilgili, uygulamayı kolaylaştırıcı, maddî kanun konusu olabilecek yeni bir kuralı kapsamayan açıklayıcı hükümleri bütçe ile ilgili saymamıştı. Yüksek Mahkeme, bütçe kanununun diğer kanunlardan farklı özel bir sürece tabi olması nedeniyle maddî kanunlarda yapılması gereken değişiklikleri malî nitelikleri bulunsun da geçerli kabul etmemiştir. 1982 Anayasası döneminde de Anayasa Mahkemesi, bu hükme ve benzer gerekçelere dayanarak iptal kararları vermiştir (7). Yüksek Mahkemenin çok sayıda emsal kararına rağmen, bütçe ile ilgili olmayan hükümlerin neden bütçe kanunlarında yer almaya devam

(5) Bkz : Duran, a.g.m., s. 62.

(6) Örneğin, bkz : Anys. Mahk. E. 1974/26, K. 1974/48, 21.11.1974 (AMKD, Sayı 12, s. 385); E. 1976/34, K. 1976/52, 9.12.1976 (AMKD, Sayı 14, s. 416); E. 1976/53, K. 1977/15, 8.3.1977 (AMKD, Sayı 15, s. 214).

(7) Anys. Mahk. E. 1983/9, K. 1984/1, 26.1.1984 (Resmî Gazete 13.12.1984, Sayı : 18604); E. 1984/11, K. 1984/11, 15.11.1984 (Resmî Gazete 22.2.1985, Sayı : 18674).

ettiği sorusu akla gelmektedir. Bütçe kanununa bütçe ile ilgili olmayan hükümler genellikle yasama sürecinin ağır işlediği ortamda eklenir. Öte yandan, bütçe kanununun «ilgili olmayan» aykırı hükmü iptal edilinceye kadar da elde edilmek istenen pratik sonuçlar sağlanır (8). Mevcut kanunları malî açıdan uygulamak durumunda olan bütçe ile bu kanunların değiştirilmesi ortaya çelişik ve ters bir durum çıkarmaktadır.

Genel bir değerlendirme yapıldığında acaba parlamento, kendisine hükümet tarafından sunulan bütçeyi ne ölçüde değiştirebilmektedir? Başka bir deyişle, kaynak dağılımının belirlenmesinde parlamento müdahalesi hangi oranda gerçekleşmektedir? Anayasanın 162 nci maddesinin 4 üncü ve 5 inci fıkraları uyarınca milletvekilleri bütçe üzerinde değişiklik önergesi verebilirler; dolayısıyla bütçe üzerinde sadece biçimsel değil, gerçek ve maddi yetkileri vardır. Ancak bu yetki oylanan toplam bütçe rakamı ile sınırlıdır. Toplam miktarın bölünmesinde değişiklik yapılabilir. Parlamentonun Bütçe Komisyonu çalışmaları sırasında daha geniş yetkilere sahip olduğunu yukarıda belirtmiştik. Bununla beraber, gerek Bütçe Komisyonu aşamasında, gerek Genel Kurul aşamasında bütçe tasarısının bütünü, toplam rakamı göz önüne alındığında, gerçekleştirilen değişikliklerin çok önemli olmadığı gözlemlenebilir. Bunun çeşitli nedenleri üzerinde bildirinin ikinci bölümünde durulacaktır. Ancak hemen belirtilmesi gereken husus, bütçe görüşmelerinin öneminin bütçe tasarısında değişiklik yapılması ile sınırlı olmadığıdır. Parlamento üyeleri bütçe görüşmelerinde, hükümet tasarısı konusunda bilgi sağlarlar; eleştiriler yöneltirler. Bu görüşmeler ve tartışmalar kamuoyuna kitle iletişim araçları ile yansır.

Parlamento aşamasında bütçe süreci hükümet tasarısının aynen ya da değiştirilerek kabul edilmesiyle sona erer. Bütçe oylamasının olumlu sonuçlanması, hükümetin gerek kamu harcamalarının bütünü, gerek çeşitli hizmetlere dağılımı konusunda parlamentonun onayını alması anlamını taşır. Onaylanan bütçe, izin, yetki ve tahminleri içeren ve özel bir yasama sürecinden geçen biçimsel bir kanundur. Bütçenin kabulü yolu ile yasama organının, yürütme organını kontrol etmesi ilke olarak siyasal nitelik taşır; ancak, Bütçe Komisyonu çalışmaları bir ölçüde de olsa teknik özellikler gösterdiğinden bütçenin

(8) Dolayısıyla bu Sempozyumda Prof. Dr. Salt Güran'ın bildirisinde tartışılan yürütmeyi durdurma önerileri bu alanda açık bir haklılık kazanmaktadır. Bkz : s.

onaylanması, parlamentonun hükûmete duyduğu siyasal güvenin teknik bir güvenle tamamlanması olarak nitelendirilebilir.

Anayasanın 89 uncu maddesinde (f. 1, 2) Cumhurbaşkanının Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce kabul edilen kanunları onbeş gün içinde yayımlayacağı, yayımlanmasını uygun bulmadığı kanunları gerekçe göstererek bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne geri göndereceği, fakat bütçe kanunlarının bu hükme tabi olmadığı belirtilmiştir. Bütçe kanunu için getirilen istisnai düzenlemenin nedeni, bütçenin özel ve çabuklaştırılmış bir usule bağlanması ve mali yıl başına yetiştirilmesi gereğidir. Ancak acaba Cumhurbaşkanının kabul edilen kanunları onbeş gün içinde yayımlayacağına ilişkin kural, bütçe kanunu yönünden de hüküm ifade eder mi? Onbeş günlük süre, geri gönderip göndermeme kararı ile ilgili bir inceleme süresi olduğuna ve Cumhurbaşkanına bu yetki, bütçe kanunları için verilmediğine göre, bu süre bütçe kanunu yönünden söz konusu olmamak gerekir. Şimdiye kadarki uygulamada Cumhurbaşkanı kendisine gelen bütçe tasarısını derhal yayımladığı görülmüştür. Muhasebei Umumiye Kanununun 35 inci maddesinde de bir süre belirtilmeksizin bütçenin mali yılın başlamasından önce yayımlanacağı hükme bağlanmıştır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki oylama sonucunda bütçe tasarısının reddedilmesi olasılığı da vardır. Bütçenin reddi, parlamentonun hükûmet üzerindeki en güçlü fakat işlemesi olağanüstü koşullara bağlı bir silahtır; daha önce verilmiş olan güvenoyundan vazgeçildiği anlamını taşır. Bütçesi reddedilmiş olan hükûmet, politikasını ve programını uygulayamayacağından istifa etmek zorundadır. Bütçenin reddedilmesi ya da mali yıl başına yetiştirilememesi hallerinde devlet yaşamının aksamaması için geçici bütçe çıkarılır. Geçici bütçeye Cumhuriyet döneminde üç kez (1965, 1970, 1974 mali yıllarında) başvurulmuştur. Anayasada ve Muhasebei Umumiye Kanununda geçici bütçe ile ilgili hükümlere yer verilmemiştir. Bu durum, anayasa koyucunun ve kanun koyucunun unutkanlığından ya da ihmalinden çok, geçici bütçeyi temenni etmemeleri, böyle siyasal bir buhranı öngörmek bile istememeleri ile açıklanabilir. Ancak, yeni bütçe kabul edilinceye kadar geçici bütçenin çıkarılması kaçınılmazdır. Acaba geçici bütçenin bir yıldan kısa bir süre için çıkarılmış olması, Anayasanın bütçenin yıllık olmasını hükme bağlayan 161 inci maddesine ters düşer mi? 1974 yılında geçici bütçe olarak kabul edilen «1974 Mali Yılı Genel ve Katma Bütçeleri Kanunlaşınca» kadar Devlet Harcamalarının Yapılmasına ve Devlet Gelirlerinin Tarh Tahakkuk ve Tahsiline

Yetki Veren Kanun» üç aylık bir dönem için çıkarılmıştı. Bu kanunun, bütçenin yıllık olmasını öngören Anayasa hükmüne (1961 Ays. m. 126, f. 1; 1982 Ays. m. 161, f. 1) aykırılığı iddia edilmişti. Anayasa Mahkemesi, kararında geçici bütçenin Anayasada öngörülen bütçe sürecine uygunluğu koşulunu aramış fakat bir yıldan az süreli olmasını «devlet yaşantısının sürdürülmesinin zorunlu bir sonucu olarak» yıllık olma kuralına aykırı görmemiştir (9). Anayasanın, «devletin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişilerinin harcamaları, yıllık bütçelerle yapılır» hükmünün (m. 161, f. 1) amacından hareket edilerek de aynı sonuca varılabilir. Yıllık olma kuralı, yasama organının, yürütme organının mali uygulamalarını sürekli olarak kontrol altında bulundurabilmesi amacı ile kabul edilmiştir. Geçici bütçe, bu kontrolün olumsuz sonuçlanması ile ortaya çıkan boşluğun doldurulmasına hizmet etmektedir.

Anayasanın 161 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında, «Kanun, kalkınma planları ile ilgili yatırımlar veya bir yıldan fazla sürecek iş ve hizmetler için özel süre ve usuller koyabilir» hükmü yer almıştır. Bu hüküm, bütçe içinde süresi bir yılı aşan programlara yer verilebilmesi için kabul edilmiştir. Aynı hüküm 1961 Anayasasında da vardı. Maddenin gerekçesinde bütçenin, planlamanın gerektirdiği esnekliğe kavuşturulduğu belirtilmiştir. Bu Anayasa hükmüne dayanarak 527 sayılı Gelecek Yıllara Geçici Yüklenmelere Dair Kanun çıkarılmış ve idare, yatırım projeleri için gelecek yıllara geçici yüklenmelere yetkili kılınmıştır. Öte yandan, birden fazla yılı kapsayan harcamalara ilişkin kanunlar bütçenin «G» cetvelinde belirtilmektedir.

2. Bütçe Uygulamalarının Kontrolü

Parlamentonun bütçenin kontrolü ile ilgili faaliyetleri, bütçe tasarısının incelenmesi, değiştirilmesi ve oylanmasından ibaret değildir. Bütçe uygulamalarının da denetlenmesi gerekir. Bu anlamdaki denetim teknik bir faaliyeti gerektirmektedir. Parlamentonun örgütlenmesi bu kontrolü gerçekleştirmekten uzaktır. Bütçe Komisyonu bir dereceye kadar uzmanlaşmış ise de idarenin giderek artan teknik gücü karşısında, bu denetimi yapabilecek donanıma sahip değildir. Bu nedenle Anayasa, bütçe uygulamasının denetimini gerçekleştirecek uzman bir kuruluş olan Sayıştay'ı düzenlemiştir. Anayasanın «Cumhuriyetin Temel Organları» başlığını taşıyan üçüncü kısmının «Yargı»

(9) Anys. Mahk. E. 1974/9, K. 1974/22, 22.5.1974 (AMKD, Sayı : 12, s. 237-258).

ile ilgili üçüncü bölümünde yer alan 160 ıncı maddeye göre, «Sayıştay, genel ve katma bütçeli dairelerin bütün gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlemek ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak ve kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmakla görevlidir». Sayıştay'ın bu maddede belirtilen ve yargı görevine ilişkin olan «sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak» dışındaki görevleri, parlamento adına yaptığı idari denetim görevine ilişkindir. Anayasa, Sayıştay'ı bir yönü ile Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetim yapan bir kuruluş olarak, diğer yönüyle de hesap yargılaması ile görevli bir yargı organı statüsünde düzenleyerek, denetlemekle görevli olduğu yürütme organından bağımsızlığını güvence altına almıştır. Sayıştay'ın anayasal konumu, kendisine verilen görevleri yerine getirmesine elverişlidir. Sayıştay'ın idari denetim görevini yerine getirirken Türkiye Büyük Millet Meclisi adına hareket etmesi, onun parlamentonun bir bürosu ya da bölümü olduğu anlamını taşımamaktadır; işlemleri de yasama işlemi niteliğinde değildir. Sayıştay, yargı görevi yapmadığı ölçüde yasama organının yardımcı bir kuruluşu olarak hareket eder.

Sayıştay Kanununda da Parlamento - Sayıştay ilişkisini pekiştirici ve Sayıştay'dan Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne bilgi akımını sağlayan hükümlere yer verilmiştir. Sayıştay Birinci Başkanı ile daire başkanları ve üyelerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce seçilmeleri (S.K. m. 5, 6), Sayıştay'ın kendi bütçesi ile ilgili önerisinin Bakanlar Kurulunca incelenememesi ve değiştirilememesi (S.K. m. 89, f. 27) Sayıştay'ın parlamento ile ilişkisini sağlamlaştırmakta ve yürütme organından bağımsızlığını sağlamaktadır. Sayıştayla parlamento arasındaki bilgi iletişimi, bütçe uygulaması ile ilgili olarak verilen raporlarla gerçekleşir. Bu raporların özelliklerine göre belirsiz zamanlarda, üçer aylık dönemlerde ve hesap dönemi sonlarında verilmesi Sayıştay Kanununda hükme bağlanmıştır (m. 25/2, 28/IV, V, 87, 88). Sayıştay Kanunun 3162 sayılı kanunla değişik ek 1 inci maddesi (f. 2), Sayıştay raporlarının Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde genel görüşmeye konu olacağını belirtmiştir; böylece uygulamada ortaya çıkan duraksama da giderilmiştir. Sayıştay'ın teknik açıdan yaptığı denetim hukukilik denetimi niteliğindedir ve siyasal nitelik taşıyan parlamenter kontrole temel oluşturur. Kamu harcamalarının önceden belirlenen politika hedefleri doğrultusunda yapılıp yapılmadığının anlaşılması ve parlamento tarafından kontrol edilebilmesi için Sayıştay denetim sonuçlarının

Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne düzenli olarak aktarılması —bilgi akımının sağlanması— gerekir.

Sayıştay'ın bütçe uygulamasını denetlemesi, gelecek yıl bütçesinin hazırlanmasına ve görüşülmesine ışık tutabilir. Bununla beraber, Sayıştay'ın idari denetimi gerçekleştirirken hukukilik denetimi ile yetinmek zorunda kalması, kaynak kullanımının ekonomik etkinliğini denetleyememesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin siyasal denetiminin etkisini ve gücünü azaltmaktadır. Her ne kadar Muhasebei Umumiye Kanununun, 24 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik 22 nci maddesi Sayıştay'a etkinlik denetimi yapma olanağı veriyorsa da, bu tür denetim, Sayıştay'ın yeni bilgiler ve teknoloji ile donatılmasını ve yeni bir mali sorumluluk sistemi kurulmasını gerektirmektedir.

Kamu harcamalarının bütçe süresi içindeki parlamenter kontrolü uygulamadan sonra da devam eder. Parlamento, bütçe uygulamasının sonuçlarını denetlemediği takdirde, başlangıçta verdiği izin ve yetkinin anlamı kalmaz. Yasama organı gerçekleşmiş, kesinleşmiş bütçe rakamlarını ayrı bir kanun halinde kabul ederek uygulamanın, bütçenin onayı sırasında verdiği ön izne uygunluğunu ibra etmiş olur. Bu görevi yerine getirirken Sayıştay, parlamentoya yardımcı olur. Anayasanın «Kesinhesap» başlığını taşıyan 164 üncü maddesine göre, «Kesinhesap kanunu tasarıları, kanunda daha kısa bir süre kabul edilmemiş ise, ilgili oldukları mali yıl sonundan başlayarak, en geç yedi ay sonra, Bakanlar Kurulunca Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulur. Sayıştay, genel uygunluk bildirimini, ilişkin olduğu kesinhesap kanunu tasarısının verilmesinden başlayarak en geç yetmişbeş gün içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunar. Kesinhesap kanunu tasarısı, yeni yıl bütçe kanunu tasarısıyla birlikte Bütçe Komisyonu gündemine alınır. Bütçe Komisyonu, bütçe kanunu tasarısıyla kesin hesap kanunu tasarısını Genel Kurula birlikte sunar. Genel Kurul, kesinhesap kanunu tasarısını, yeni yıl bütçe kanunu tasarısıyla beraber görüşerek karara bağlar. Kesinhesap kanunu tasarısı ve genel uygunluk bildiriminin Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne verilmiş olması, ilgili yıla ait Sayıştay'ca sonuçlandırılmamış denetim ve hesap yargılamasını önlemez ve bunların yargılandığı anlamına gelmez». Bu hüküm uyarınca Bakanlar Kurulu, mali yıl sonundan başlayarak en geç yedi ay sonra kesinhesap kanun tasarılarını hazırlar; Sayıştay da tasarının kendisine gelmesini izleyen ikibuçuk ay içinde uygunluk bildirimini Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunar. Böylece, mali yılın sona ermesinden dokuzbuçuk ay sonra kesinhesap kanun tasarıları, parlamentoya

gelmiş olur ve yeni yıl bütçe tasarısına paralel bir usulle kanunlaşır. Anayasanın süre sınırlaması ile ilgili yukarıdaki hükmü, geçmiş dönemlerdeki on-onbeş yılı bulan savsaklamalara, ihmallere karşı bir tepki düzenlemesidir. Bu hükümle ayrıca, bir önceki yıl bütçe uygulama sonuçları ile izleyen yıl bütçe görüşmelerinin ilişkilendirilmesi de amaçlanmıştır. Ne var ki Anayasada yer alan kesin hesap tasarısı ile ilgili sürelere uyulmaması, aynı bütçe tasarısının kanunlaşmasında olduğu gibi, kesinhesap kanunlarının sakatlanması sonucunu doğurmamaktadır. Çünkü Anayasanın 148 inci maddesi uyarınca kanunların şekil bakımından denetlenmesi, sadece son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı ile sınırlı kalmaktadır. Süre sınırlarına uyulsa bile dar bir zaman dilimi içinde yapılacak denetimin ciddi olmasını beklemek son derece zordur. Bu durumda da kesinhesapların kanunlaşması, yerine getirilmesi gereken formaliteden öteye bir işleve sahip olamayacaktır. 1961 Anayasasında (m. 128), süre sınırlamaları bulunmasına rağmen, kesinhesap tasarılarının ne zaman kanunlaşacağını belirtmemesinden kaynaklanan denetim zayıflığı, bu kez de öngörülmüş olan sıkı süre sınırlaması nedeniyle ortaya çıkacaktır. Oysa kesinhesap kanun tasarıları üzerinde yapılması gereken kontrol, ilgili yılın bütçe hesap sonuçlarının denetlenmesi anlamını taşıdığı gibi ileriki yılların bütçe görüşmelerini de etkileyebilmelidir. Görüldüğü gibi, bütçe tekniğinin ve uygulamasının karmaşık niteliği, kuramsal temelini çok güçlü olmasına rağmen, bütçenin uygulamadan sonraki parlamenter kontrolünü çok zorlaştırmaktadır. Öte yandan Türk Parlamento Geleneğinde şimdiye kadar hiç rastlanmamakla beraber, ciddi bir incelemeye ve görüşmeye dayanmasa da kesinheberaber, ciddi bir incelemeye ve görüşmeye dayanmasa da kesinhesapların reddedilmesi olasılığı vardır. Bu durumda eğer kesinhesabı reddedilen hükümet görevde ise, sonradan gösterilen güvensizlik nedeniyle istifa etmek zorunda kalacak ve red gerekçesine göre diğer hukuki ve cezai yaptırımlar uygulanabilecektir. Kesinhesap tasarısının kabulü ise bütçe uygulamasının, parlamentonun verdiği ön izne uygunluğunun saptanıp hükümetin aklanması anlamına gelir. Ancak bu durum, Sayıştay'ın sürdürdüğü denetimleri ve yargılamaları etkilemez.

Kamu maliyesinin parlamenter kontrolünde aksayan bir yön de devlet mallarının denetimi açısından ortaya çıkmaktadır. Anayasanın 160 ıncı maddesi, sadece kamu gelir ve giderlerinin değil, devlet mallarının da Sayıştay tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisi adına de-

netlenmesini hükme bağlamaktadır. Muhasebei Umumiye Kanununun 105 inci maddesi, bakanların ayniyat kesinhesap cetveli hazırlamalarını ve bunun örneklerini Maliye Bakanlığı'na ve Sayıştay'a göndermelerini hükme bağlamakta ise de uygulamada bu hükmün gereği yerine getirilmemektedir.

3. Maddi Harcama ve Gelir Kanunları Aracılığı ile Kontrol

Kamu maliyesinin iki temel alanına —kamu harcamalarına ve kamu gelirlerine— ilişkin kontrol, bütçe süresince birleşmesine rağmen, kamu harcamaları ve kamu gelirleri ile ilgili maddi kanunlar kabul edilirken de parlamenter kontrol ayrı ayrı yapılabilmektedir.

Bütçe, kamu maliyesinin kontrolünde doğrudan bir araçtır; ancak tek araç değildir. Yürütme organının, kamu harcamalarını yaparken çok sayıda mali kanuna uyması zorunluluğu, bir kısım mali usullerin ayrıntılı kanuni düzenlemelere (Muhasebei Umumiye Kanunu, Devlet İhale Kanunu, Harcırah Kanunu, Devlet Memurları Kanunu vb.) dayanması da genel anlamda parlamenter kontrolü sağlamaktadır. Öte yandan, mali yıl içinde ek ödenek ve olağanüstü ödenek tasarı ve teklifleri dolayısıyla yasama organı, yürütme organının harcamalarını kontrolü altında tutmaktadır. Parlamento ayrıca, ana konusu mali olmamakla birlikte mali yönü ve etkisi bulunan çok sayıda kanunu anayasal yasama süreci içinde kabul etmektedir. Bu kanunlarla hangi hizmetlerin kamu hizmeti olacağı ve yürütme organının harcama yapma koşulları da belirlenmektedir. Kamu hizmetlerine ilişkin temel tercihler, bu kanunların kabulü ile yapılmaktadır. Her kabul edilen kanunun ya da bunların çok büyük bir bölümünün harcama etkisi olması, kontrol sorununun boyutlarının büyümesine yol açmaktadır.

Bütçenin önceden çıkarılan harcama ve gelir kanunlarına dayanması, maliye politikasının önemli ölçüde bu kanunlarla belirlenmesine neden olur. Maddi harcama kanunlarında parlamento, bütçe tasarisına oranla güçlü durumda görünmektedir. Gerçekten bu kanunlar hükümet tasarıları şeklinde hazırlanabileceği gibi, bütçeden farklı olarak parlamento üyelerinin kanun teklifleri şeklinde de hazırlanabilir. İki durumda da yürütme organının mali faaliyetlerinin kontrol altına alınması sonucu ortaya çıkmaktadır. Bununla beraber, parti disiplininin egemen olduğu demokratik sistemlerde hükümetin desteklemediği kanun tekliflerinin kabul edilmesi olanaksız değilse de son derece zordur.

Yasama süreci, sadece kanunların görüşülmesini ve parlamentodan geçirilmesini değil, kanun hazırlıklarını da içerdiğinden parlamentonun bu süreçteki etkisi giderek azalmaktadır. Hükümet, kanunlaşmasını istediği tasarıyı ilgili bakanlığa hazırlatır ve mali yönü olan tasarılar da Maliye Bakanlığı'nın da görüşünü alır. Bundan sonra tasarı, Bakanlar Kurulunca Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulur. Bütçe tasarısında olduğu gibi, parlamento üyelerinin kanun tasarılarında, komisyon aşamasında değişiklik yapma olanakları bulunmaktadır. Bütçe tasarısının görüşülmesi sırasında parlamenterlerin gelir azaltıcı, harcama artırıcı önerilerde bulunmaları yasağı, maddi harcama kanunları yönünden söz konusu değildir. Ancak daha önce de değinildiği gibi, «cari yıl bütçesindeki ödenek artışını öngören değişiklik tasarılarında ve cari ve ileriki yıl bütçelerine mali yük getirecek nitelikteki kanun tasarısı ve tekliflerinde, belirtilen giderleri karşılayabilecek mali kaynak gösterilmesi...» zorunluluğu (Ays. m. 163), özellikle parlamento üyeleri için çok ciddi bir engel oluşturmaktadır.

Görüldüğü gibi, harcama kanunları ile bütçe kanunu arasında çok yakın bir ilişki bulunmaktadır; bu kanunlar ancak bütçe kanunu içinde uygulanabilirler. Maddi bir kanunla belirlenen bir hizmete, bütçe ile ayrılan ödenek ölçüsünde harcama yapılabilir. Yürütme organı, kamu harcamaları alanındaki yetkisini bir yandan maddi kanunlarla, diğer yandan da bütçe kanunu ile çizilen çerçeve içinde kullanabilir.

Kamu gelirlerinin parlamenter kontrolü de benzer özellikler taşır. Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanun ile konulması, değiştirilmesi ve kaldırılması zorunluluğu (Ays. m. 73, f. 3), parlamenter kontrolün anayasal güvencesini oluşturmaktadır. Kanunilik ilkesinin istisnaları da yine Anayasada belli koşullara bağlanmıştır (m. 73, f. 4, m. 167, f. 2). Bu istisnaların ancak kanun ile kabul edilebileceği Anayasada öngörülmüştür. Dolayısıyla parlamento kamu gelirleri yönünden de maliye politikasının belirlenmesinde görev almaktadır. Yasama organı bu görevi yerine getirirken sosyal hukuk devleti ilkesi sınırları içinde davranmak (Ays. m. 2), mali güce göre vergilendirmeyi gerçekleştirmek (Ays. m. 73, f. 1) ve maliye politikasının sosyal amacı olan vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımını gözetmek (Ays. m. 73, f. 2) durumundadır (10). Ancak politika belirleme ko-

(10) Bkz : Nami Çağan, Türk Anayasası Açısından Vergileme Yetkisi, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesinin 22. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiri ve Yorumlar, Ankara 1984, s. 171-183.

nusu hükümetin görev alanına girdiği için kamu gelirleri ilke olarak hükümet tasarısı şeklinde parlamentoya gelmektedir. Vergi politikasının harcama politikası ile uyumlu olarak belirlenmesi zorunluluğu da bu konuda yürütme organının ön plana çıkmasını gerekli kılmaktadır.

Anayasanın 161 inci maddesinin 1 inci fıkrasında, «Devletin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişilerinin harcamaları yıllık bütçelerle yapılır» hükmü yer almıştır. Bu hüküm, Türk Mali Hukukuna ilişkin temel ilkeyi koyarken bütçenin kamu gelirlerine ilişkin yönünü ihmal etmiştir (11). Bütçede gelir rakamlarının yer alması, o mali yıl içindeki finansman kaynaklarının hükümet tarafından tahmin edilmesidir. Bu tahminlerin maddi anlamda kanun gücü ve bağlayıcılığı yoktur. Buna karşılık, vergi kanunlarının ilgili mali yılda uygulanabilmesi için bütçenin «C» cetvelinde yer alması zorunluluğu, kanunilik ilkesinin ve parlamenter kontrolün gücünü görünüşte de olsa artırmaktadır.

4. Kamu Borçlarının Kontrolü

Anayasada vergilerin kanuna dayanması zorunluluğu hükme bağlanmasına rağmen, kamu borçlarının kanuniliği ile ilgili bir hüküm yer almamaktadır. Ancak, halen bir kısım hükümleri yürürlükte bulunan 2996 sayılı Maliye Vekaleti Teşkilâtı ve Vazifeleri Hakkında Kanunun 33 üncü maddesi, kısa ya da uzun vadeli her çeşit devlet borçlanmasını özel bir kanun ya da bütçe kanunu ile izin verilmesi koşuluna bağlamıştır. Muhasebeî Umumiye Kanununun 30 uncu maddesi de, bütçe açığının nasıl kapatılacağına bütçede belirtilmesi zorunluluğunu öngörmüştür.

Kamu borçları bir yönüyle kamu geliri özelliği gösterirken, borçlanılan para vadesinde geri ödenirken de kamu harcaması özelliği taşımaktadır. Kamu gelirlerinin kamu harcamalarını karşılamakta yetersiz kalması (bütçe açığı) ve borçlanma politikasının, para politikasının bir unsuru olarak kullanılması, borçlanma yetkisinin önem kazanmasına neden olmuştur. Yürütme organı, sınırsız bir biçimde borçlanma yetkisine sahip kılındığı takdirde, yasama organının bütçeyi kontrol yetkisi yararsız bir duruma gelir; anlamını yitirir. Bununla bera-

(11) Bkz : Akif Erginay, Yeni Anayasamızın Mali Hükümleri, Prof. Dr. Fadıl H. Sur'un Anısına Armağan, AÜSBF Yayını, Ankara 1984, s. 63.

ber, diğer kamu maliyesi araçlarında olduğu gibi, borçlanma konusunda da inisiyatif, borç idaresi yetkisine sahip olan yürütme organındadır. Parlamento, ancak hükûmetin istemi üzerine borçlanmaya karar verir. Öte yandan bütçe kanunları ile öngörülen bütçe açığının bir katına kadar ek borçlanma yetkisi, yürütme organına verilmektedir (1985 Mali Yılı Bütçe Kanunu, m. 3). Ayrıca bütçe kanunlarında miktarı öngörülmemekle beraber, 1211 sayılı Merkez Bankası Kanunundaki sınır uyarınca —cari yıl bütçe ödeneklerinin % 15 ini geçmemek üzere— Hazinesin Merkez Bankasından kısa vadeli borçlanma yetkisi vardır. Hazine bu yetkisini belirlenen para politikası hedefleri doğrultusunda kullanır.

5. Geleneksel Siyasal Denetim Araçları ile Kontrol

Yasama organı, bütçe uygulamasını ve bütçe dışı kamu maliyesi uygulamalarını Sayıştay aracılığı olmaksızın, kendi geleneksel olağan denetim araçları ile kontrol edebilir. Anayasanın 98 inci maddesi (f. 1), bu araçları soru, Meclis araştırması, genel görüşme, gensoru ve Meclis soruşturması olarak düzenlemiştir. Bu yollarla yürütme organının kendisine tahsis edilen kaynakları nasıl kullandığını denetlemek amacının yanı sıra, kamuoyunu aydınlatmak amacı da güdülmektedir.

Anayasada öngörülen doğrudan siyasal denetim araçları günümüzde bilgiye dayanan dolaylı kontrol araçları ile tamamlanmaktadır. Öte yandan, parlamento - hükûmet ilişkisi, «işbirliği içinde kontrol» ve «birlikte hareket etme» yönünde gelişmektedir.

II. KAMU MALİYESİNİN PARLAMANTER KONTROLÜNÜ ENGELLEYEN NEDENLER

Parlamentoların kamu maliyesini bütçe aracılığı ile kontrol etmeleri uzun yıllar, parlamentoların hükûmetler üzerindeki üstünlüklerinin bir kanıtı olarak ileri sürülmüştür. Geleneksel anlayışa göre parlamentonun izni olmaksızın hükûmetin gelir toplayamaması ve harcama yapamaması, parlamentonun kamu maliyesi alanındaki mutlak gücünün bir göstergesidir. Parlamento mali konularda sınırsız bir egemenliğe sahiptir; hükûmet ise bütçeyi sadece uygulayabilir. Bu düşünceler günümüzde gerçeği tam olarak yansıtmamaktadır.

Türk Anayasa ve Bütçe Sisteminde, ilk bakışta, parlamentonun kamu maliyesi alanında hükûmeti geniş kontrol etme olanağına sahip

olduğu görülmektedir. Ancak Anayasa ile parlamentoya bütçe konusunda verilen geniş biçimsel yetkiler, parlamenter kontrolün ölçüsünü göstermemektedir. Günümüzde kamu maliyesinin parlamenter kontrolü düşüncesi, belli oranda önemini ve etkisini yitirmek eğilimindedir. Bu eğilimin bazı önemli nedenleri vardır. Bu nedenler birbirleriyle bağlantılı olmakla beraber dört başlık altında toplanabilir :

1. Parlamenterizmin Gelişmesi - Modern Devletin ve Kamu Maliyesinin İşlevlerindeki Değişmeler

Modern demokrasilerde devletin işlevlerinin, üstlendiği görevlerin artması yasama - yürütme ilişkilerini ve güçler dengesini etkilemiştir. Özellikle sosyal hukuk devleti ilkesinin benimsenmesi ile yürütme organının yetki alanı genişlemiş, hükümet üzerindeki parlamenter kontrol zayıflamıştır. Parlamentolar, hükümeti kontrol görevlerini ikinci plana alarak yasama görevlerine ağırlık vermişlerdir. Modern temsili demokrasilerde artık halk egemenliğini temsil eden yasama organı ile bunu temsil etmeyen yürütme organı arasında bir çatışma söz konusu değildir. Modern parlamenter demokrasi, parlamento çoğunluğu ile bu çoğunluğun desteklediği yürütme organı arasındaki işbirliğine, uyumlu davranmaya dayanmaktadır. Yürütme organı, yasama organına karşı siyasal bakımdan sorumludur; yasama organı da halka karşı sorumludur. Siyasal sorumluluğun yaptırımı ise görevden uzaklaştırılmalıdır. Bu sorumluluk zinciri içinde yürütme organı dolaylı da olsa halkı temsil etmektedir. Hükümet ile parlamento çoğunluğu arasındaki ilişki, parti disiplini güçlü olduğu ölçüde daha da rahat sağlanmaktadır. Bu olgu, parlamenter kontrolün etkisini azaltır. Bazen durum, hükümetin parlamento çoğunluğunu kontrol etmesine kadar varabilir. Kamu maliyesi ile ilgili siyasal kararlarda bu özellik daha belirgin olarak kendisini gösterebilir. Örneğin, hükümet bütçesini parlamentoya sunduğu zaman, kabul edileceğini bilir. Ancak bu durum bütçenin hiç değiştirilmeyeceği anlamına gelmez. Zamanımızda parlamento - hükümet çekişmesinden çok, iktidar - muhalefet ayrılığı ön plandadır. Dolayısıyla parlamenter kontrol daha çok parlamentodaki muhalefet açısından anlam taşımaktadır.

Devletin genişleyen işlevlerine ve kamu kesiminin büyümesine paralel olarak kamu maliyesi araçları da çok karmaşık şekillerde ele alınmaktadır. Kamu maliyesi ile ilgili olarak alınan siyasal kararlar hükümetin genel ekonomik politikası ile yakından ilişkilidir. Hükümet, program hedeflerine ulaşabilmek için çeşitli politika araçlarını uyumlu bir bütün oluşturacak şekilde kullanmak durumundadır. Kamu ma-

liyesi araçlarının makro ekonomik etki ve sonuçlarını yönetmek, takdir yetkisini zorunlu kılan idari bir işlevdir. Bu işlev, aynı zamanda belli bir zaman dilimi içinde süreklilik ve yerine göre esneklik gerektirdiğinden parlamenter kontrol ile bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla, hükûmetin bütçe aracılığı ile kontrolüne ilişkin geleneksel düşüncelerde temel bazı değişiklikler yapılması gerekmektedir. Politika belirleme konusunun hükûmete ait bir görev olması da, bir bakıma parlamentonun mali yetkilerinin çok anlam taşıması sonucunu doğurmaktadır.

Parlamentonun iç yapısı ve eğilimleri de kontrol işlevini yerine getirebilmesi yönünden elverişli değildir. Anayasal bütçe süreci içinde öngörülen kontrol, parlamentonun gerçekleştirebileceği bir kontrol değildir. Anayasal düzenlemenin temelinde vergi yükümlülerini yürütme organına karşı korumak ve kamu harcamalarını bütçe disiplini sağlamak amacıyla sınırlamak düşünceleri vardır. Bu görevler parlamentonun kamu maliyesi alanındaki geleneksel görevleridir. Bununla beraber parlamentonun gerçek davranışı, tersine kamu harcamalarını etkinliklerini ve ekonomik etkilerini araştırmaksızın artırmak yönündedir. Dolayısıyla, Anayasanın milletvekillerinin gider artırıcı ya da gelirleri azaltıcı önerilerde bulunamayacaklarına ilişkin hükmü (m. 162, f. 5) ile kamu harcamalarını artırıcı kanun tasarısı ve tekliflerinde mali kaynak gösterilmesi zorunluluğuna ilişkin hükmü (m. 163) bu bakımdan gerçekçi olarak nitelendirilebilir. Öte yandan, parlamentonun kamu harcamaları ile ilgili hükûmet tasarılarına alternatif maliye politikası önerileri geliştirmesi ve politika bütünüünün dengesini bozmadan bu önerileri kabul etmesi de son derece zordur. Parlamento üyeleri kamu harcamaları önerilerini getirirken ya da bütçe tasarısına, kanun tasarılarına değişiklik önerilerinde bulunurlarken genellikle baskı gruplarının etkisi altında kalırlar. Baskı grupları vergi kolaylıkları sağlamak amacıyla da parlamento üyeleri üzerinde faaliyetlerini yoğunlaştırırlar. Baskı grupları, temsilcilerini siyasal partilerden parlamentoya seçtirerek doğrudan yasama sürecine katılabilirler. Baskı gruplarının doğrudan ya da dolaylı etkileri, parlamentonun bağımsızlığını ve parlamenter kontrolün etkisini azaltır. Bununla beraber, baskı gruplarının faaliyetlerini hükûmet üzerinde yoğunlaştırmaları da olasıdır. Parlamentonun karar alma sürecinde çok etkili olamaması durumunda bu yola daha fazla başvurulabilir.

Vergilerin kanuniliği ilkesi, parlamentonun vergilendirme alanındaki yetkilerini uzun bir süre korunmasına neden olmuştur. Ancak

maliye politikasının çabuk ve esnek tedbirler gerektirmesi, vergilendirme alanında da yürütme organına yetki devrini gerekli kılmıştır; kanunilik ilkesi eski sertliği içinde geçerliliğini yitirmiştir. Parlamentolar vergilendirme yetkilerini ilk olarak gümrük vergileri ve dış ticaret üzerinden alınan vergilerde, daha sonra da dolaylı vergilerde önemli ölçüde yürütme organına devretmişlerdir. Bu gerçek, 1982 Anayasasının 167 nci maddesinin 2 nci fıkrasında ifadesini bulmuştur. Dış ticaret alanında Bakanlar Kurulu geniş, serbest ve sürekli bir vergilendirme yetkisine sahip kılınmıştır. Dış ticaret üzerinden alınanlar dışındaki vergilerde ise Bakanlar Kuruluna sınırlı, koşullu fakat sürekli vergilendirme yetkisi verilmesi Anayasa ile kabul edilmiştir (m. 73, f. 4). Bakanlar Kurulunun vergilendirme alanındaki yetkilerini kullanarak ya da kullandıktan sonra Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aldığı tedbirleri onaylatma hatta bu tedbirler hakkında bilgi verme zorunluluğu yoktur. Ayrıca yine kanun hükmünde kararname yetkisinden farklı olarak, Bakanlar Kurulunun kanunda dayanağını bulan yetkilerini kullanması, herhangi bir süre ile de sınırlanmamıştır. Son olarak Katma Değer Vergisi Kanununda (m. 9, 15) anayasal yetki devri koşulları zorlanarak verginin temel unsurları ile ilgili, Bakanlar Kuruluna bile verilebileceği tartışma götürebilecek yetkiler Maliye ve Gümrük Bakanlığı'na verilmiştir. Vergilerin kanuniliği ilkesinin istisnalarının genişletilmesi, kamu maliyesinin parlamenter kontrolünü zayıflatıcı bir etken olarak ortaya çıkmaktadır.

2. Konsolide Bütçe Dışı Kamu Gelirleri ve Kamu Harcamaları

Kamu kesiminin ve devlet faaliyetlerinin genişlemesi, diğer geleneksel bütçe ilkelerine getirilen istisnaların yarı sıra, bütçede birlik ilkesinin de devlet yönetiminde uygulanamaması sonucunu doğurmuştur. Mali araçları çeşitli makro ekonomik ve sosyal politika amaçları doğrultusunda esnek bir şekilde ele almak zorunluluğu, bazı kamu gelirlerinin ve kamu harcamalarının dar anlamda konsolide bütçeyi oluşturan genel ve katma bütçelerin dışına çıkarılmasını gerektirmiştir. Ancak bütçe dışı kamu gelirleri olarak nitelendirilen ekonomik, sosyal ve mesleki amaçlı parafiskal gelirlerin Anayasanın 73 üncü maddesine (f. 3) göre «benzeri mali yükümlülükler» kapsamı içinde kanunilik ilkesine tabi olmaları, yasama organının kontrol yetkisinin sürmesini sağlamaktadır.

Konsolide bütçe dışı kamu harcamaları açısından ise aynı yargıyı ileri sürmek kolay değildir. Kamu iktisadi teşebbüslerinin sermayeleri-

ni oluşturmak ya da zararlarını karşılamak amacıyla yapılan harcamalar, yerel idarelerin harcamaları ve özel kanunlarla ya da kanunların verdiği yetkiye dayanılarak kurulan fonlardan yapılan harcamalar konsolide bütçe harcamalarının tabi olduğu parlamanter kontrol rejiminin dışında kalmaktadır. Bu harcamalardan sadece bir bölümü Sayıştayca denetlenmektedir.

Anayasanın 161 inci maddesi bütçenin yıllık olması ilkesinin istisnası olarak kamu iktisadi teşebbüslerini belirtmektedir. Bunun nedeni söz konusu kuruluşların piyasa ekonomisi alanında, tüketicilerin ödedikleri fiyat ile finanse edilen özel mal ve hizmetler üretmeleri ve faaliyetlerinde ilke olarak özel hukuk rejimine tabi olmalarıdır. Ancak, kamu iktisadi teşebbüslerinin sermayelerinin oluşturulması ve zararları genel bütçeden iktisadi transfer yapılması sonucunu doğurduğundan parlamanter kontrolün sağlanması gereği ortaya çıkmaktadır. Kamu iktisadi teşebbüslerinin statüleri 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile düzenlenmiştir. Bu kuruluşların bütçesi niteliğinde olan yatırım ve finansman programları üzerinde Türkiye Büyük Millet Meclisi denetimi yoktur. Anayasanın 165 inci maddesi, sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıklarının Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce denetlenmesi esaslarının kanunla düzenleneceğini hükme bağlamıştır. Bu konuda 468 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun yürürlüktedir. Bu kanuna göre kamu iktisadi teşebbüslerinin hesapları üzerindeki parlamenter denetim, Başbakanlığa bağlı Yüksek Denetleme Kurulunun vereceği raporlar yolu ile gerçekleştirilir. Yüksek Denetleme Kurulu raporu, Türkiye Büyük Millet Meclisi Kamu İktisadi Teşebbüsleri Komisyonu tarafından incelenir. Komisyon raporuna parti grupları itiraz ederse Genel Kurulda genel görüşme açılarak teşebbüslerin yönetim kurulları ibra edilir. Kamu iktisadi teşebbüsleri üzerindeki parlamento denetimi etkili ve yeterli olmaktan uzaktır.

Yerel idarelerin bütçeleri konusunda yasama organı niteliğindeki meclisleri yetkilidir. Bu durum, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin kontrol yetkisi bulunmamasına rağmen, demokratik ilkelere ters düşmemektedir. Yerel idarelerin bütçeleri Anayasanın 161 inci maddesi (f. 1) uyarınca yıllık olarak hazırlanır ve merkezi idarenin onayına tabiidir. Yerel idarelerin hizmet alanları ve gelirleri kanunla belirlenir. Yerel idarelerin bütçe açıklarının genel bütçeden yapılan mali transferlerle karşılanması, parlamanter kontrolü gerekli kılmaktadır. Halen il özel

idareleri ve belediyeler üzerindeki Sayıştay denetimi, özel denetim kanunları çıkarılmadığı için Sayıştay Kanununun geçici 8 inci maddesi uyarınca, 2514 sayılı eski Divanı Muhasebat Kanununa göre yapılmakta ve bu idarelerin Sayıştay'dan geçen hesapları Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde görüşülmemektedir.

Konsolide bütçe dışı kamu harcamalarının önemli bir bölümü de fonlardan yapılmaktadır. Böylece kamu gelirlerinin bir kısmı bütçe dışında kurulan fonlara belli amaçlarla tahsis edilmiş olmaktadır. Bu harcamalarda, diğer bütçe ilkelerinin yanında, Anayasada hükme bağlanan kamu harcamalarının yıllık bütçelerle yapılacağı ilkesine (m. 161, f. 1) de uyulmamaktadır. Bir kısım fonlarda ise Sayıştay denetimi de kanunlarla önlenmiştir. 1982 Anayasasının Sayıştay'ı düzenleyen 160 inci maddesinin gerekçesinde fonların Sayıştay tarafından denetlenmesinden söz ediliyorsa da madde metninde buna ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi, önüne gelen davalarda fon kurulmasına ilişkin kanun hükümlerini Anayasanın kamu harcamalarının yıllık bütçelerle yapılacağı kuralına aykırılığı ve Sayıştay denetiminin bulunmadığı gerekçeleri ile iptal etmişti (12). 1982 Anayasası döneminde ise Yüksek Mahkeme, şimdiye kadar açılan iki davada iptal istemlerini reddetmiştir (13). Bu davalardan ilki 2976 sayılı Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunla kurulan dış ticaret fonu, ikincisi ise, 2983 sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanunla kurulan toplu konut ve kamu ortaklığı fonu ile ilgilidir. Anayasa Mahkemesi iptal istemlerini reddederken Anayasanın 161 inci maddesinde yer alan, «Kanun, kalkınma planları ile ilgili yatırımlar veya bir yıldan fazla sürecek iş ve hizmetler için özel süre ve usuller koyabilir» hükmüne ve mali denetim bakımından Sayıştay'ın tek yetkili organ olmadığı gerekçelerine dayanmıştır. 1982 Anayasasının konu ile ilgili hükümleri 1961 Anayasasından farklı olmadığı gibi fon uygulaması, 1961 Anayasasında bulunmayan «Genel ve katma bütçelerle verilen ödenek harcanabilecek miktarın sınırını gösterir. Harcanabilecek miktar sınırının Bakanlar Kurulu kararıyla aşılabileceğine dair bütçelere hüküm konulamaz» (1982 Any. m. 163) kuralına da dolaylı olarak aykırı düşmektedir. Fon uygulamalarının yaygınlaşması ile kamu harcamalarının nitelik ve

(12) Anys. Mahk. E. 1971/19, K. 1971/61, 29.6.1971 (AMKD, Sayı : 9, s. 560-567); E. 1967/41, K. 1969/57, 25.10.1969 (AMKD, Sayı : 8, s. 18-65).

(13) Anys. Mahk. E. 1984/6, 1985/1, 11.1.1985 (Resmî Gazete, 17.6.1985, Sayı : 18787, s. 3-16); E.1984/9, K. 1985/4, 18.2.1985 (Resmî Gazete, 26.6.1985, Sayı : 18793, s. 9-38).

miktar olarak sınırlarını belirlemek yetkisi yürütme organına geçmekte, bütçe dengesinin kurulması zorlaşmaktadır.

Konsolide bütçe dışı kamu harcamalarının toplam kamu harcamaları içindeki payı arttığı oranda parlamenter kontrol zayıflamakta ve kamu harcamalarının bütünü hakkında ekonomik çözümler yapılmaması güçleşmektedir.

3. Zorunlu Kamu Harcamaları

Kamu maliyesinin bütçe aracılığı ile parlamenter kontrolünün önemini azaltan bir neden de bütçe ödeneklerinin büyük bir bölümünün önceden kabul edilen kanunlara ya da süreklilik gösteren işler için daha önce yapılan taahhütlere dayanmasıdır. Kamu harcamalarının bir kısmının bu şekilde, amaçlarının, miktarlarının ve yıllara dağılımının bile önceden belirlenmesi söz konusu olmaktadır. Bu durumda hükümetin de bütçe ödeneklerinin saptanmasında yetkisi kalmamaktadır. Parlamenter kontrol açısından, maddi kanunların çıkarıldığı zaman yapılan Meclis görüşmeleri önem kazanmaktadır. Buna karşılık bazen maddi kanunlar çıkarılırken bunların harcama etkilerini ve sürelerini belirlemek kolay değildir. Gerçekten her zaman hangi kanunun ne miktarda harcama gerektireceği saptanamadığı gibi, bazı kanunlar da uzun yıllara taşan harcama gerektirebilmektedir. Her iki halde de sonuçta parlamentonun bütçe ödenekleri üzerindeki hareket yeteneği ve oynama serbestliği azalmaktadır. Parlamentonun bütçenin temel tercihlerinde ve bütünü üzerinde yetkisi bulunmamakta, sadece çok küçük bir bölümünde gerçek yetkisi kalmaktadır.

Bunun gibi, planlı kalkınma ilkesi, kamu kesimi yönünden bağlayıcı ve emredici olduğu ölçüde, planda yer alan harcama önermeleri bütçeye zorunlu olarak yansıtacağından parlamenter kontrol daha da zayıflayacaktır. Anayasanın 166 ncı maddesinde (f. 2), «Kalkınma girişimleri bir plana göre gerçekleştirilir» denilmekte, planın kamu kesimi yönünden bağlayıcı gücü ile ilgili bir ifadeye yer verilmemektedir. Ancak 1982 Anayasasının bu madde ile ilgili gerekçesinde planın kamu kesimi için emredici» olduğu belirtilmiştir. Türk Hukukunda planlama belgelerine kanun gücü verilmemiştir. 3067 sayılı Kalkınma Planının Yürürlüğe Konması ve Bütünlüğünün Korunması Hakkında Kanun uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde yapılan oylama, bir onaylama kararına ilişkindir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, Dördüncü Beş Yıllık Kalkınma Planının onaylanmasına ilişkin Millet Meclisi'nin 29 - 30.11.

1978 günlü kararının Anayasaya aykırılığı iddiasını, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onaylama kararını kanun ve bütçe kanunu niteliğinde görmediğinden reddetmiştir (14). Yıllık programlar da beş yıllık planın bir yıllık dilimine ilişkin, Bakanlar Kurulu kararı ile kesinleşen idari işlemlerdir. Acaba kanun gücünden yoksun olan planlama belgeleri ile bütçe kanunu zorunlu olarak yönlendirilebilir mi? Ya da değişik bir ifade ile bütçe kanunu ile planlama belgelerine ters düşen düzenlemeler getirilebilir mi? Anayasa Mahkemesi, 933 sayılı kanunun, «devletin hangi tür ortaklıklara katılacağına ilişkin yıllık programlarla belirleneceğine» ilişkin hükmünü iptal ederken yürütme organının yasama organını gerekli ödenekleri bütçeye koymak yükümü altına sokacağını, bu durumun yasama - yürütme ilişkilerine aykırı olacağını belirtmiştir (15). Yüksek Mahkemenin gerekçesi, hukuki düşünce olarak sağlam bir mantığa dayanmaktadır. Böylece planın kamu kesimi yönünden emredici niteliğinin hukuki bir kesinlik taşımadığı ortaya çıkmaktadır. Planlama belgelerinin emredici nitelik taşımasının önemli bir sakıncası da, bir iktidarın kendisinden sonraki iktidarlara bu belgelerle bağlamasının söz konusu olmasındandır.

Bütçe kanunu ile beş yıllık kalkınma planına ve yıllık programa ters düşen hükümler getirebileceği halde, planın hukuki çerçevesini oluşturan 91 ve 3067 sayılı kanunlara aykırı düzenlemeler, bu kanunların hükümlerini bir yıl için değiştiren hükümler getirilemez. Aksi halde bütçe kanununa bütçe ile ilgili olmayan hüküm konulmuş sayılır. Anayasa Mahkemesi, 1978 yılı bütçe kanunun, 91 sayılı Devlet Planlama Teşkilâtı Kurulması Hakkında Kanunun yıllık programların kabul süresini ilgili mali yıl bakımından değiştiren hükmünü yukarıdaki gerekçe ile iptal etmiştir (16). Uygulamada bütçe - plan uyumu, yatırım projelerinin bütçeye ödenek konulmasından önce Devlet Planlama Teşkilâtı'nın onayı alınarak sağlanmaktadır.

4. Siyasal Kararlarda Teknisyenlerin Artan Ağırlığı

Kamu maliyesinin parlamenter kontrolü, öncelikle mali tasarıların ve uygulamaların parlamento tarafından iyi anlaşılmasına ve değerlendirilmesine bağlıdır. J.K. Galbraith, ileri sürdüğü «teknosröktür» kuramında, büyük sanai işletmelerin yönetiminde olduğu gibi, devlet

(14) Anys. Mahk. E. 1979/7, K. 1979/18, 12.4.1979 (AMKD, Sayı : 18, s. 138).

(15) Bkz : Dipnot 12'de belirtilen ikinci Anayasa Mahkemesi Kararı.

(16) Anys. Mahk. E. 1978/40, K. 1978/66, 21.12.1978 (AMKD, Sayı : 16, s. 375-398).

yönetiminde de egemenliğin giderek teknostrüktür adını verdiği bir ekibin eline geçtiğini savunmaktadır (17). Teknostrüktür hukukçu, iktisatçı, yönetici, mühendis gibi değişik nitelikteki uzmanlardan oluşmaktadır. Galbraith'e göre siyasal kararlar ekip çalışmasının ürünü olarak ortaya çıkar. Parlamento ve hatta hükümet, özellikle maliye politikası ve bütçe konularında alınan kararların çok dışında kalmaktadır. Galbraith'in kuramı çok eleştirilere uğramakla birlikte, gerçek payı taşımaktadır. Yürütme organı içinde kamu maliyesi ile ilgili kararlar verimliliği ve rasyonelliği gözeten gelişmiş tekniklere dayalı olarak alındığı ölçüde, parlamentolar bu gelişmeye ayak uyduramamaktadır. Parlamentonun teknik alt yapısı, idarenin artan teknik gücü karşısında yetersiz kalmaktadır. Bu durum, parlamenter kontrolü zorlaştırır. Program bütçenin uygulandığı ülkelerde parlamentolar bu sorunla karşılaşmışlardır. Program bütçede ödenek önerileri, hizmetlerin fayda - maliyet analizi ile ortaya çıkan önceliklerine dayanır. Bütçe hazırlığını teknisyenler gerçekleştirirler; karmaşık mali mevzuatın bütçeye yansıtılması da bu kişilerin görevidir. Parlamento üyeleri, bütçe ödeneklerinin dayandığı analizleri ve varsayımları tartışacak teknik bilgiden, uzmanlıktan yoksundurlar.

Türkiye'de şeklen program bütçe sistemine geçilmekle beraber, bu sistemin uygulandığı söylenemez. Gelişmiş ülkelerde bile program bütçenin ya da benzeri gelişmiş yöntemlerin tam olarak uygulanmadığı görülmektedir. Henüz idare içindeki teknisyenlerin kararları siyasal kararı ortadan kaldıramamıştır. Özellikle faydaların ve maliyetlerin ölçülemediği durumlarda siyasal karar belirleyici olmaktadır. Kaldı ki teknisyenler sorunları çözmek yerine aydınlatıcıları, seçenekleri belirledikleri ölçüde parlamenter kontrole yardımcı da olabilirler. Bu amaçla parlamentoya bağlı bir meclis teknisyenleri grubu ile bilgi işlem merkezi oluşturulmalıdır. Aksi halde uzmanlık gerektiren konularda teknik bilgiler, parlamentoya, kontrol etmek durumunda bulunduğu idareden gelecektir.

SONUÇ

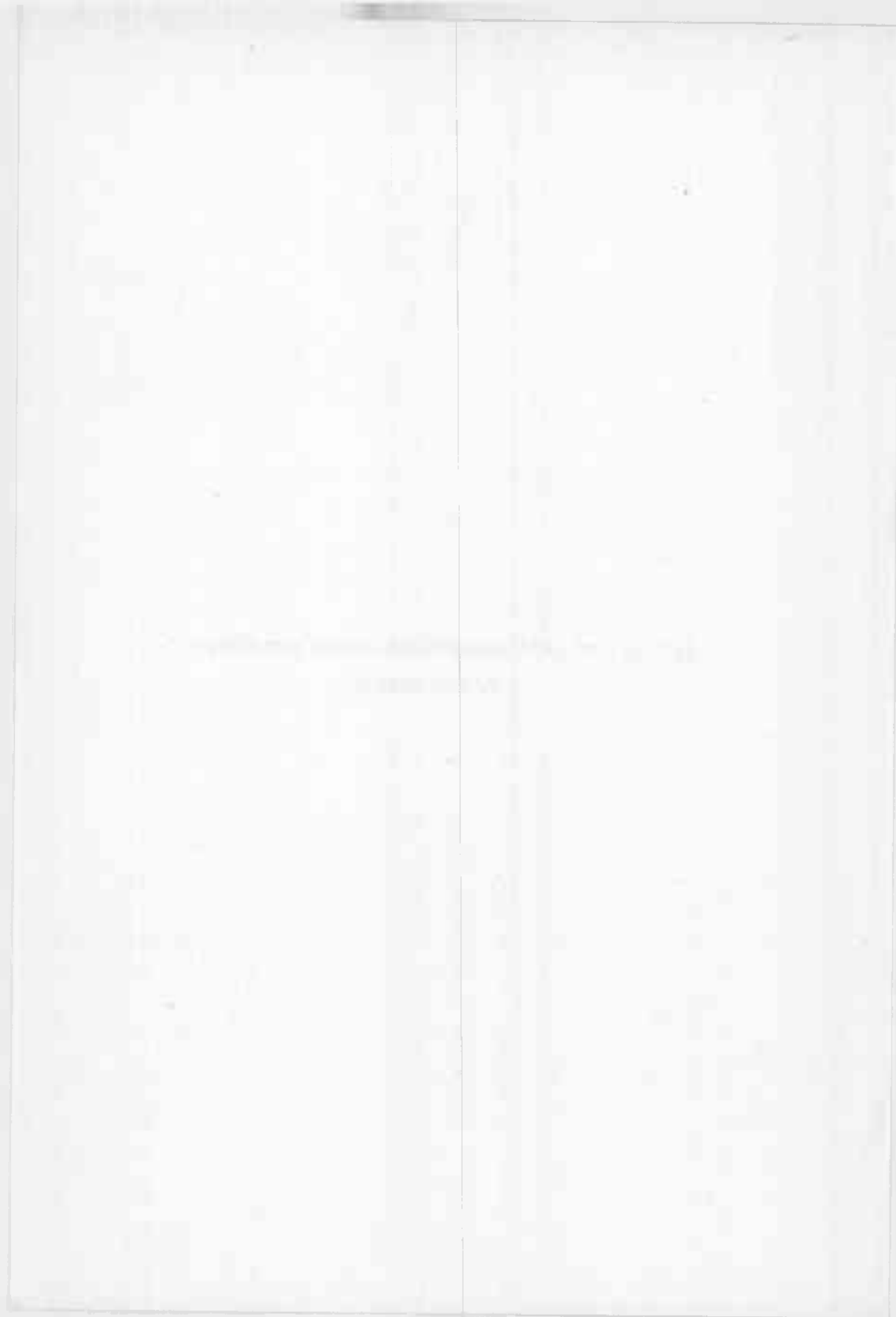
Parlamentoların ilk ortaya çıktıkları zamandan bu yana kamu maliyesi alanı, yasama ve yürütme organları arasında bir yetki çekişme-

(17) Bkz : John Kenneth Galbraith, The New Industrial State, Pelican Books, 1969, s. 80, 106, 118-120; Economics and the Public Purpose, Pelican Books 1975, s. 82-84, 98, 315-320.

sine neden olmaktadır. Bu çekişmede artık yürütme organının ağır bastığı gözlemlenmektedir. Parlamentonun gerek bütçe süreci içinde, gerek mali kanunların kabulü sırasında stratejik politika konularında etkili olamaması, onun hkmet kararlarının tescili ile görevli bir kurul gibi davrandığı iddialarının ileri sürülmesine yol açmaktadır. Anayasal bütçe süreci de yerine getirilmesi zorunlu, fakat anlamsız, boş bir merasim olarak nitelendirilmektedir. Bununla beraber, hkmetin kamu maliyesi ile ilgili kararlarda parlamentonun onayını ve desteğini alması, bu kararlara geçerlilik kazandırmaktadır; konu en azından bu yönü ile önem taşımaktadır. Bütçe sürecinin kontrol bakımından diğer zayıf bir yanı da kapsam olarak kamu maliyesinin bütününü kavrayamamasıdır. Yerel idareler, kamu iktisadi teşebbüsleri ve fonlar yönünden Sayıştay denetimi kabul edilmeli ya da Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne bağlı ayrı bir denetim mekanizması kurulmalıdır. Sayıştay'ın Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne yardımcı bir kurul olarak bir yandan kamu harcamalarının sadece bir kısmını denetleyebilmesi, diğer yandan da yalnız hukukilik denetimi yapabilmesi, —ekonomik etkinlik denetimi yapamaması— parlamanter kontrolü etkisini azaltmaktadır.

Kamu maliyesinin parlamanter kontrolü açısından önemli olan, yasama organının bütçeyi kanunla kabul etmesi değil, karar alma sürecine, kararların hazırlanması aşamasında yeterli bilgi ile donatılmış olarak katılmasıdır. Bu aşamada yasama - yürütme işbirliği gerçekleştiği takdirde, bütçenin kabulüne daha az zaman ayrılabilir; ayrıca parlamento, hkmet ile birlikte sorumluluğu da paylaşmış olur. Parlamanter rejimde yürütme organı, yasama organı ve halk arasındaki siyasal sorumluluk zinciri, kamu maliyesi ile ilgili uygulamaların ve denetimlerin aleniyet içinde yapılmasını gerektirir. Aleniyetin sağlanması kitle iletişim araçlarından geniş ölçüde yararlanılmalıdır.

**1961 ve 1982 ANAYASALARINDA KANUN HÜKMÜNDE
KARARNAMELER**



1961 ve 1982 ANAYASALARINDA KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER

Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN
A.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

I. Kavram ve Nitelik

1924 Anayasasında ve 1961 Anayasasının ilk şeklinde mevcut olmayan kanun hükmünde kararname (KHK), bu Anayasada 1971 yılında 1488 sayılı kanunla yapılan değişiklikler arasında hukukumıza girmiştir. KHK, daha farklı bir biçimde, 1876 Kanun-u Esasî'sinde de yer almıştı. Kanun-u Esasî'nin 36'ncı maddesine göre, Meclis-i Umumi toplanık olmadığı zamanlarda Devleti bir tehlikeden veya genel güvenliği bozulmadan korumak için bir zorunluluk belirlediği ve bu konuda çıkarılmasına lüzum görülecek kanunun görüşülmesi için Meclisin toplantıya çağırılmasına süre elverişli olmadığı takdirde, Kanun-u Esasî hükümlerine aykırı olmamak şartıyla, Bakanlar Kurulu Padişahın onayıyla, Heyet-i Mebusanın toplanıp vereceği karara kadar geçerli olmak üzere, kanun hüküm ve kuvvetinde kararnameler çıkarabilirdi.

KHK'nin yürütmenin diğer düzenleyici işlemlerinden farkı, kanuna eşit hukukî güçte oluşudur. Diğer bir deyimle, tüzük ve yönetmelik gibi diğer düzenleyici işlemlerin, yürürlükteki kanun hükümlerini değiştirmeleri veya kaldırmaları mümkün olmadığı halde, KHK ile yürürlükteki kanun hükümleri değiştirilebilir veya kaldırılabilir.

KHK'nin hukukî güç yönünden kanuna eşit niteliği, onun fonksiyonel bakımdan bir «yasama işlemi» sayılması gerekip gerekme tartışmasına yol açmıştır. Bu, salt teorik bir tartışma olmayıp, pratik açıdan da önem taşımaktadır; çünkü eğer KHK bir yasama işlemi olarak görülürse, onun yasama meclisinin onayından önce de idarenin denetimine tâbi olmaması gerekir. Kısacası, işlemin niteliğinin belirlenmesi, onun tâbi olduğu yargısal denetim rejiminin tayininden önemlidir.

name, Amh
«Yasama
5, sayı 1 (M.

230

rılmış bir KHK'nin de, kendisi içerik yönünden Anayasaya aykırı bir hüküm taşımasa bile, Anayasaya aykırı sayılması gerekir. Aksi halde, Anayasanın uygun gördüğü ölçünün ötesinde bir yetki devri gerçekleşmiş olur.

1982 Anayasası, KHK çıkarma «yetki»sini, değişik 1961 Anayasasından daha ayrıntılı şekilde düzenlemiş, 1961 Anayasasında öngörülmemiş bazı durumlara ait hükümler getirmiştir. Meselâ «Bakanlar Kurulunun istifası, düşürülmesi veya yasama döneminin bitmesi, belli süre için verilmiş olan yetkinin sona ermesine sebep olmaz» (m. 91/3). «Kanun hükmünde kararnamenin, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından süre bitiminden önce onaylanması sırasında, yetkinin son bulunduğu veya süre bitimine kadar devam ettiği de belirtilir» (m. 91/4).

III. Konu

KHK'nin «konu»su, genel çerçevesi itibarile, yetki kanununda belirlenir. Gerçi 1982 Anayasası, değişik 1961 Anayasasında yer alan «belli konularda» ibaresine yer vermemiştir ama, bundan yetki kanununun sınırları belli olmayan bir alanda Bakanlar Kuruluna KHK çıkarma yetkisi verebileceği sonucu çıkarılamaz. Yetki kanunu, KHK'nin amacını, kapsamını ve ilkelerini göstermek zorunda olduğuna göre yetki, somutlaştırılmış, belli bir alanda tanınmış olmaktadır. KHK'nin konusu, yetki kanununda belirlenmiş olan bu çerçevenin dışına çıkmaz. Ayrıca Anayasa, 1961 Anayasasının ilgili hükmüne paralel olarak, KHK ile düzenlenemeyecek bazı konuları da belirtmiştir. Bu hükme göre «sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez» (m. 91/1). Bu hüküm, hürriyetlerin kanunla sınırlanacağı yolundaki Anayasa ilkesini (m. 13) de teyid etmektedir.

Anayasa, KHK ile düzenlenemeyecek konular olarak, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevleri belirttiğine göre, ikinci kısmın üçüncü bölümünde yer alan «sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler»in, kural olarak, KHK ile düzenlenebilmesi gerekir. Ancak burada tartışma konusu olabilecek bir husus, üçüncü bölümde yer alan birçok haklar ve ödevler bakımından da kanunla sınırlanma veya kanunla düzenlenme şartının, ilgili maddelerde açıkça ifade edilmiş olmasıdır. Meselâ m. 42, 43, 44, 46,

47, 50, 51, 52, 53, 54, 61, 63. Bu durumda bazı yazarlara göre, bu konuların da KHK ile düzenlenememesi gerekir (4). Öte yandan, doğrudan doğruya veya dolaylı biçimde kişi hak ve hürriyetlerini ilgilendirmeyecek bir düzenleme düşünmek güçtür. Meselâ Prof. Duran, memur hukukuna ilişkin KHK'lerden söz ederken, bu hukukun özü ve kaynağı olan «kamu hizmetlerine girme hakkı»na ilişkin hükümlerin, KHK'nin düzenleme alanı dışında kalan «siyasî haklar ve ödevler» bölümünde yer aldığına haklı olarak işaret etmektedir (5). Bu konuda ilginç bir yorum getirmiş olan Doç. Dr. Fazıl Sağlam'a göre ise, «düzenleme, sınırlamadan daha geniş ve farklı bir kavramdır. Hakkı sınırlayıcı düzenlemeler olabileceği gibi, hakkı güçlendiren, onu daha etkili bir kullanıma kavuşturan, hattâ ona, önceden sahip olmadığı belli bir içerik kazandıran düzenlemeler de söz konusu olabilir.» Anayasanın temel hak ve ödevler kısmının 1., 2. ve 4. bölümlerinde yer alan temel hakların KHK ile düzenlenemeyeceğinin öngörülmüş olması, bunların çoğunlukla «olumsuz statü hakları» niteliğini taşımalarından ileri gelmektedir. «Olumsuz statü haklarında yapılacak bir düzenlemenin çoğu kez aynı zamanda hakları sınırlama sonucu vereceğinden endişe edildiği içindir ki, bu haklar, KHK'lerin düzenleme alanı dışında tutulmuşlardır.» Üçüncü bölümde yer alan sosyal ve ekonomik hak ve ödevlerin çoğu ise, devletin olumlu bir edimini gerektiren «olumlu statü hakları» niteliğini taşıdığından, bunların KHK ile düzenlenebilmesi normaldir. Ancak üçüncü bölümde, nitelik itibarıyla klâsik veya siyasî haklardan hiçbir farkı bulunmayan birtakım olumsuz statü hakları da yer almaktadır ki, Sağlam'a göre, yukarıda belirtilen nedenlerle bunların da KHK'ler ile düzenlenememesi gerekir (6).

Kanımızca konuya, sadece KHK'ler açısından değil, genel olarak idarenin düzenleme alanı açısından bakmak daha doğrudur; çünkü Anayasanın 13'üncü maddesinde yer alan «kanunla sınırlama» şartı, sadece KHK'leri değil, yürütme organının bütün düzenleyici işlemlerini ilgilendirir. Türk doktrinde hâkim olan kanıya göre, kanunla sınırlanma şartını, o alanda idarenin hiçbir düzenleyici işlem yapamayacağı şeklinde yorumlamaya imkân yoktur. «Münhasır kanun alanı» ancak yetkinin kendine özgü niteliğinden veya Anayasanın ilgili mad-

(4) Misket Yılmaz, «Türk Hukukunda Kanun Hükmünde Kararname», Prof. Dr. Bülent Nuri Esen Armağanı (Ankara, 1977 : A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayını), s. 527-28.

(5) Duran, a.g.e., s. 7.

(6) Sağlam, a.g.e., s. 268-69.

delerinin yazılış tarzından çıkarılabilir (7). Bu durumda, Anayasanın kanunla düzenleneceğini belirttiği alanlarda da, düzenleyici işlemlere ilişkin genel kurallara uyulması şartıyla, diğer düzenleyici işlemler gibi, KHK de çıkarılabileceği sonucuna varılabilir. Ancak temel hak ve hürriyetlerle, siyasî hak ve ödevlerin KHK ile düzenlenemeyeceği açık bir Anayasa hükmü olduğundan, bu alanlarda KHK çıkarılamaz.

KHK'lerin konusuna ilişkin olarak tartışılması gereken bir nokta da, 1982 Anayasasının 167'nci maddesinin ikinci fıkrasında değinilen işlemlerin hukukî niteliğidir. Bu fıkra göre, «dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek malî yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Bakanlar Kuruluna yetki verilebilir.» Sağlam, bu hükümle «adeta üçüncü bir tip KHK çıkarma olanağı sağlanmış» olduğuna dikkati çekmektedir (8). Gerçekten, anılan fıkra da değinilen Bakanlar Kurulu işleminin hukukî mahiyeti açık değildir. Ancak bu tür işlemler için kanunla Bakanlar Kuruluna yetki verilmesi, bunların birer KHK olabileceğini akla getirmektedir. Çünkü idarenin diğer düzenleyici işlemleri için, Bakanlar Kuruluna kanunla yetki verilmesine elbette ihtiyaç yoktur. Bu görüş kabul edildiği takdirde, Anayasanın 167'nci maddesinde değinilen Bakanlar Kurulu işlemlerinin de, aynen KHK'ler hakkındaki hükümlere tabi olması gerekir.

IV. Usûl ve Şekil

Usûl ve şekil unsuru bakımından KHK'ler, Bakanlar Kurulunun diğer kararnamelerinden farksızdır. Anayasa, Cumhurbaşkanının görevleri arasında «kararnameleri imzalamak»tan da söz ettiğine göre (m. 104), KHK'lerin de Cumhurbaşkanı tarafından imzalanması gerekir. Tüzüklerin Cumhurbaşkanı tarafından yayınlanacağına ilişkin hüküm (m. 115) de, bu görüşü doğrulamaktadır.

KHK'ler, Resmî Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girerler. Ancak, kararnamede yürürlük tarihi olarak daha sonraki bir tarih de gösterilebilir (m. 91/6). 1982 Anayasası, değişik 1961 Anayasası gibi, KHK'leri TBMM'nin denetimine tâbi tutmuştur. Anayasaya göre «kararnameler, Resmî Gazete'de yayımlandıkları gün Türkiye Büyük Mil-

(7) Turan Güneş, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri* (Ankara, 1965 : A.Ü.S.B.F. Yayını), s. 99 - 117.

(8) Sağlam, a.g.e., s. 262, n. 1.

let Meclisi'ne sunulur. Yetki kanunları ve bunlara dayanan kanun hük-
münde kararnameler, Türkiye Büyük Millet Meclisi komisyonları ve
Genel Kurulunda öncelik ve ivedilikle görüşülür» (m. 91/7, 8). Öncelik
ve ivedilik şartıyla, KHK'lerin gecikmeden çıkarılabilmesi ve çıkarıl-
dıktan sonra da mümkün olan süratle TBMM'nin kesin kararına bağ-
lanması sağlanmak istenmiştir. Ancak Anayasa, KHK'lerin TBMM'nde
görüşölüp karara bağlanması için belli bir süre tayin etmiş değildir.

Bakanlar Kurulunun birden fazla KHK çıkarıp TBMM'ne sunması
halinde, TBMM bunları hangi sıraya göre görüşecektir? Anayasa ve
İçtüzükte düzenlenmemiş olan bu konuda üç yöntem düşünülebilir :
TBMM'nin istediğinden başlaması, ilk tarihliden başlayarak sona doğ-
ru gitmesi, veya son tarihliden başlayarak başa doğru gitmesi (9). Uy-
gulamada, TBMM'nin istediğinden başladığı görölmektedir. Anayasa
Mahkemesi de, bunu Anayasaya aykırı görmemiştir. Mahkemeye gö-
re, «önemli olan, bu tür kararnamelerin, gündemdeki öteki kanun ta-
sarı ve tekliflerinden öncelik ve ivedilikle görüşölüp karara bağlan-
masıdır... Bu husus sağlandığına göre anayasa buyruğu yerine geti-
rilmiş olmaktadır. Aynı sırada bulunan kararnamelerden birinin öte-
kilerden daha önce görüşölmesi sorunu bundan sonra bir anayasa so-
runu olmaktan çıkmış ve yasama meclisleri komisyonlarının genel
görüşme usulleri içinde görüşölmesi gereken bir duruma dönüşmüş-
tür.» (10).

Bakanlar Kurulu, TBMM'ne sunmuş olduğu KHK'yi, meclisin ka-
rarından önce, yetki süresi içinde geri alabilir veya değiştirebilir mi?
1961 Anayasası döneminde de tartışma konusu olmuş bulunan (11)
bu soruya, 1982 Anayasasının getirmiş olduğu bir yeniliği de gözönün-
de tutmak suretiyle şu cevap verilebilir : 1982 Anayasasına göre yetki
kanununun, «süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarıla-
mayacağını» da göstermesi gerekmektedir. Eğer yetki kanunu, o ko-
nuda ancak bir tek KHK çıkarılabileceğini belirtmişse, aynı konunun
başka bir KHK ile yeniden düzenlenmesi, diğer bir deyimle çıkarılmış
olan KHK'nin değiştirilmesi mümkün değildir. Hattâ çıkarılmış KHK'
nin geri alınmasının da mümkün olmaması gerekir; çünkü geri alma

(9) Yılmaz, a.g.e., s. 537-38; Şeref Gözübüyük ve Cahit Tutum, «Yasa Gücünde
Kararnameler», *Amme İdaresi Dergisi*, c. 8, Sayı 1 (Mart 1975), s. 7.

(10) E. 1975/45, K. 1975/198, k.t. 14.10.1975, *AMKD*, Sayı 13, s. 565-67.

(11) Gözübüyük ve Tutum, a.g.e., s. 4-5; Yılmaz, a.g.e., s. 556; Duran, a.g.e., s. 16-
17.

işlemi, yeni bir KHK çıkarılmasını gerektirecektir. Buna karşılık yetki kanunu birden fazla KHK çıkarılmasına izin vermişse, Bakanlar Kurulunun daha önceki KHK'yi değiştirebilmesi veya geri alabilmesi gerekir. Çünkü kural olarak, bir işlemi yapmaya yetkili olan makam, onu değiştirmeye veya geri almaya da yetkilidir. Ancak şüphesiz, geri alma, bir KHK'yi geçmişe şâmil olarak, yani hiç yürürlüğe girmemişçesine ortadan kaldıramaz. KHK, geri alındığı tarihe kadar geçerliğini sürdürür. 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi de, Bakanlar Kurulunun bir KHK'yi değiştirme veya geri alma yetkisine sahip olduğunu kabul etmiştir (12).

Tartışılması gereken bir sorun da, TBMM'nin KHK'ler üzerindeki denetimi sırasında yapacağı işlemin hukukî niteliğidir. Anayasanın 91'inci maddesine göre, TBMM bir KHK'yi olduğu gibi kabul edebileceği gibi, onu değiştirmesi veya tûmden reddetmesi de mümkündür. TBMM, bu kabul, red veya değiştirme işlemlerini bir kanun biçiminde mi, yoksa bir karar biçiminde mi yapacaktır? Anayasadaki ifade, ilk bakışta bu işlemlerin bir karar olacağı izlenimini uyandırabilir. Gerçekten, 91'inci maddenin son fıkrası, «reddedilen kararnameler bu kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihte, yürürlükten kalkar» ifadesini taşımaktadır. Ancak burada Anayasanın sözünden kesin bir sonuç çıkarmaya imkân yoktur. «Karar» deyimi, teknik anlamda bir parlamento kararı şeklinde değil, genel anlamda işin sonuçlandırılması şeklinde de yorumlanabilir. Nitekim 87'nci madde, TBMM'nin yetkilerini sayarken, para basılmasına, genel ve özel af ilânına, mahkemelerce verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine «karar vermek»ten söz ettiği halde, bu işlemlerin hepsi, kanun biçiminde yapılmaktadır. 1961 Anayasası döneminde bu konu hakkında doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür (13). Genel kanı, TBMM işleminin bir kanun biçiminde ortaya çıkması gerektiği yolundadır. Anayasa Mahkemesi de, bir kararında aynen kabul durumuna değinmemekle beraber, TBMM'nin «red veya değiştirerek kabul biçiminde oluşturduğu metinlerin birer kanun olduğu... kuşkusuzdur» görüşüne varmıştır (14).

(12) E. 1974/18, K. 1974/42, k.t. 8.10.1974, **AMKD**, Sayı 12, s. 362-76, özellikle s. 368.

(13) Teziç, a.g.e., s. 10-11; Yılmaz, a.g.e., s. 540-41; Gözübüyük ve Tutum, a.g.e., s. 6-7; Duran, a.g.e., s. 6.

(14) Not 10'da değinilen Anayasa Mahkemesi kararı, s. 558.

TBMM'nin KHK üzerindeki işleminin bir kanun olacağı kabul edil-
diğine göre, bu kanunun KHK'den ayrı bir onay kanunu niteliği mi ta-
şıyacağı, yoksa KHK'yi kanun metni içinde bütünleştirerek KHK mad-
delerini kanun maddeleri haline mi dönüştüreceği tartışılabilir. Şüp-
hesiz, bu ihtimal, KHK'nin reddi için değil, sadece aynen veya de-
ğiştirilerek kabulü için söz konusudur. Teziç'e göre, ortada onay kanunu
ve KHK olmak üzere, iki ayrı işlem vardır. Onay kanunu, kararname
hükümlerini kanun haline getirmez. KHK'lerin Anayasa Mahkemesince
denetlenebileceğini belirten Anayasa hükmü de, bunu kanıtlar. KHK,
TBMM'nin onayıyla kanun haline gelseydi, bunun Anayasa Mahkeme-
sine denetlenebileceğinin Anayasada ayrıca tasrih edilmesi gerek-
mezdi. Değiştirilerek kabul durumunda ise, değiştirilen hükümlerin
onay kanununda yer alması zorunlu görünmektedir (15).

Kanımızca, TBMM bir KHK'yi ister aynen ister değiştirerek kabul
etsin, onay kanununun KHK'yi kanun haline dönüştürdüğünü kabul et-
mek gerekir (16). Aksi halde, aynı konunun iki ayrı tür işlemle düzen-
lenmesi gibi garip bir durum ortaya çıkar. Hele, bazı yazarlarımızca
savunulan KHK'lerin Danıştayca da denetlenebileceği görüşü kabul
edilirse, çelişki daha büyür. Çünkü bu takdirde, KHK Danıştayca de-
netlenebilecek, bir kanun niteliğinde olan onay işlemi ise ancak Ana-
yasa Mahkemesi'nde denetlenebilecektir. Bizce, KHK'lerin Anayasa-
ya uygunluğunun Anayasa Mahkemesi'nce denetleneceğine ilişkin
Anayasa hükmü, KHK'nin onaylanmasından önceki aşamayı düzenle-
mektedir. Böyle bir hüküm olmasaydı, onaya kadar organik bakımdan
idarî bir işlem olma niteliğini sürdüren KHK'nin Danıştayca denetle-
nebileceği düşünülebilirdi.

TBMM, KHK'nin reddine karar verirse, KHK bu kararın (daha doğ-
ru bir deyimle, redde ilişkin kanunun) Resmî Gazete'de yayınlandığı
tarihte yürürlükten kalkar. Değiştirilerek kabul edilen KHK'lerin de-
ğiştirilmiş hükümleri, bu değişikliklerin Resmî Gazete'de yayınlandığı
gün yürürlüğe girer (m. 91/son). Diğer bir deyimle, reddedilen veya
değiştirilen KHK, red veya değişikliği içeren kanunun yayınlandığı ta-
rihe kadar geçerliğini korur. Dolayısıyla, bu KHK hükümlerine daya-
nılarak yapılmış uygulama işlemleri ve kazanılmış haklar da, pek ta-
biî olarak, saklı kalır. Anayasanın bu çok açık hükmüne rağmen,
15.5.1975 tarihli ve 1896 sayılı Kanunun, 11 sayılı KHK'yi «bütün so-
nuçlarıyla birlikte red ve iptal» etmesi, Anayasaya kesinlikle aykırı-

[15] Teziç, a.g.e., s. 11.

[16] Aynı görüş, Sağlam, a.g.e., s. 266.

dır. Bu kanun, Anayasa Mahkemesi'nce şekil yönünden iptal edilmiştir (17). Ancak kanımızca kanun, şekil yönünden iptal edilmeseydi de, esas yönünden Anayasaya aykırı bulunacağında şüphe yoktu.

KHK'nin TBMM'nce reddi halinde, bu KHK ile kaldırılmış olan kanun hükümlerinin yeniden ve kendiliğinden uygulanabilir hale gelmeleri gerekir. Çünkü KHK ile kaldırılan kanun hükümleri, bir çeşit bozucu (infisahî) şarta bağlı olarak yürürlükten kaldırılmış veya Prof. Duran'ın deyişiyle uygulanabilirlikleri askıya alınmıştır (18). Meclisin reddi, yani bozucu şartın gerçekleşmesiyle, bu kanun hükümlerinin kendiliğinden yürürlüğe girmesi icap eder.

V. Denetim

1961 ve 1982 Anayasalarına göre Anayasa Mahkemesi, KHK'lerin Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler (1961 Anayasası, m. 64/son; 1982 Anayasası, m. 148, 150, 151, 152, 153). Burada tartışma konusu olabilecek bir sorun, KHK'lerin Anayasa Mahkemesi'nden başka Danıştayca da denetlenip denetlenemeyeceği ve denetlendiği takdirde Anayasa Mahkemesi ile Danıştay'ın denetim yetkilerini ayıran sınırın nasıl çizileceğidir. Teziç'e göre KHK'ler, yayınlanıp yürürlüğe girdikleri anda gerek Danıştayca, gerek Anayasa Mahkemesi'nce denetlenebilecektir. Yazar, Danıştay'ın denetim yetkisinin, KHK'nin TBMM'nce onaylanmasından sonra da devam edip etmediğini açıkça belirtmemiştir. Ancak kendisinin onay kanununu KHK'den ayrı bir işlem olarak görmesi, Danıştay'ın denetim yetkisinin onay kanunundan sonra da devam edeceği kanısında olduğu izlenimini uyandırmaktadır (19). Duran ise, KHK'lerin yasama meclisince kanunlaştırılmalarından sonra ancak Anayasa Mahkemesi'nce denetlenebileceklerini; kanunlaştırılmalarından (onaylanmalarından) önce ise, Anayasaya ve hukukun genel ilkelerine uygunluklarının Anayasa Mahkemesi, yetki kanununa ve kaldırılmaları yetki kanununda öngörülmemiş olan diğer kanunlara uygunluklarının da Danıştay tarafından denetlenebileceğini ileri sürmüştür (20). Buna karşılık Danıştay, 2 sayılı KHK'nin bir hükmünün iptali için açılan dâvayı, «dâvanın inceleme kabiliyeti bulunmadığı» gerekçesiyle reddetmiştir. Danıştay'ın sözü

(17) Not 10'da değinilen Anayasa Mahkemesi kararı, s. 535-620.

(18) Duran, a.g.e., s. 5.

(19) Teziç, a.g.e., s. 12.

(20) Duran, a.g.e., s. 7-14.

geçen kararına göre ancak, KHK'ye dayanılarak ilgililer hakkında yapılan uygulama işlemlerine karşı Danıştay'da dava açılabilir. Prof. Duran, bu kararı, Danıştay'ın KHK'yi bir «hükümet tasarrufu» olarak gördüğü tarzında yorumlamıştır. Çünkü Danıştay, KHK'yi bir yasama işlemi olarak kabul etseydi, görevsizlik kararı vermesi gerekirdi. «İnceleme kabiliyeti bulunmadığı» ibaresi, Danıştay'ın 1961'den önceki dönemde hükümet tasarrufları hakkında kullandığı formüldür.

Kanımızca, KHK'nin TBMM'nce onaylanmasından sonraki durumda bir tereddüt olmaması gerekir. Onayla, KHK'nin kanun niteliğini aldığını kabul ettiğimize göre, bu aşamadan sonra ancak Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya uygunluk denetimi söz konusu olabilir. Öte yandan, onaydan önceki safha için de Danıştay'ın denetim yetkisini kabul etmek bize güç görünmektedir. Eğer KHK, yukarıda açıklamaya çalıştığımız gibi, maddi bakımdan bir yasama işlemi ise, bunun denetiminin Danıştay'ın görev alanı dışında kalması tabiidir. Böyle bir yorumun, KHK'lerin yetki kanununa uygunluğunu denetimsiz kılacağı sanılmamalıdır. Çünkü Anayasa, Bakanlar Kuruluna ancak yetki kanunu çerçevesinde KHK çıkarma yetkisi vermiştir. Bu yetkinin dışına çıkılması, KHK'yi sakatlar ve onun Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilebilmesini mümkün kılar (21). Aynı sebeple Danıştay, KHK'ye dayanılarak yapılan uygulama işlemlerinin KHK'ye uygunluğunu inceleyebildiğine göre, böyle bir dava sırasında KHK'nin yetki kanununa aykırılığı iddiasıyla karşılaşır veya buna kendiliğinden kanaat getirirse, bunu da bir Anayasaya aykırılık sorunu olarak görmeli ve konuyu Anayasa Mahkemesi'ne intikal ettirmekte tereddüt göstermemelidir.

(21) Aynı görüş, Sağlam, a.g.e., s. 267. Oysa Prof. Duran'a göre, Anayasa, «Yüksek Mahkemeye böyle bir yetkinin tanınmasına ve onun tarafından kullanılmasına hiç de elverişli değildir. Tam tersine ... Anayasanın genel kuralları ve Türk kamu hukuku ilkeleri, Anayasa Mahkemesi'nin KHK'yi bu bakımdan denetlemesine kesinlikle engeldir» (a.g.e., s. 10).

