ANAYASA MAHKEMESİ YAYINLARI NO : 7

ANAYASA YARGISI

Anayasa Mahkemesi'nin 24. Kuruluş Yıldönümü
Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler

Ankara — 1987

25, 26 Nisan 1986 T.C. Ziraat Bankası Genel Müdürlüğü Ek Hizmet Binası

SEMPOZYUMU DÜZENLEME KURULU

Orhan ONAR*

Doç. Dr. Yılmaz ALİEFENDİOĞLU**

Dr. Mustafa GÖNÜL**

Kitabı Yayıma Hazırlayanlar :

Mehmet Arif MİRASOĞLU***

İsmet YAĞCI****

(*) Halen Anayasa Mahkemesi Başkanı
(**) Anayasa Mahkemesi Üyesi
(***) Anayasa Mahkemesi Raportörü
(****) Anayasa Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü

İÇİNDEKİLER

	Sayfa
Sempozyum Programı	VII - X
Anayasa Mahkemesi Başkanı H. Semih ÖZMERT'in Açış Konuşması	1 - 5
BİLDİRİ VE TARTIŞMALAR :	
I. Anayasa Mahkemesi Yargıcı (Üyesi)	7 - 27
Prof. Dr. Bülent DÂVER	
* Tartışma	28 - 36
II. İnsan hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği	37 - 49
Prof. Dr. Mümtaz SOYSAL	
* Tartışma	50 - 59
III. Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü, Yığınsal İletişim Araçları ve Anayasa Mahkemesi Kararları	61 - 72
Doç. Dr. Ersan İLAL	
* Tartışma	73 - 80
IV. Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi	81 - 94
Prof. Dr. Erdoğan TEZİÇ	
* Tartışma	95 - 105
V. Anayasa Yönünden Fonlar	107 - 124
Doç. Dr. Nami ÇAĞAN	
* Tartışma	125 - 133

Sayfa

VI. Parlamento ve Anayasa Mahkemesi, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu . . . 135 - 187

Doç. Dr. Bakır ÇAĞLAR

* Tartışma . . . . . 188 - 201

VII. Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yürütmenin Düzenleme Yetkisi . . . . . 203 - 216

Prof. Dr. Turgut TAN

* Tartışma . . . . . 217 - 226

Anayasa Mahkemesi Başkanı H. Semih ÖZMERT'in Kapanış Konuşması . . . . . 227 - 228

SEMPOZYUM PROGRAMI

1. Gün

AÇILIŞ TÖRENİ

25 Nisan 1986 Cuma

Yer	* T.C. Ziraat Bankası Genel Müdürlüğü Tandoğan ek hizmet binası, Ordu Pazarı yanında
Saat 10.00	* Törenin Başlaması
	* İstiklâl Marşı
	* Anayasa Mahkemesi Başkanı'nın Açış Konuşması
	* Onur Belgelerinin verilmesi
ARA	: (10 dakika)
Not	: Konukların, törenin başlamasından 10 dk. önce yerlerini almaları rica olunur.

BİRİNCİ OTURUM

Başkan

Ahmet H. BOYACIOĞLU

Anayasa Mahkemesi Emekli Başkanı

Konuşmacı	**	**Prof. Dr. Bülent DAVER** A.Ü.S.B.F. Öğretim Üyesi
Saat 11.00 - 11.45		«Anayasa Mahkemesi Yargıcı»
Saat 11.45 - 12.15	*	Tartışma

İKİNCİ OTURUM

Başkan

Prof. Dr. Cumhur FERMAN

İ.Ü.S.B.F. Dekanı

Öğleden sonra

Konuşmacı	**	**Prof. Dr. Mümtaz SOYSAL** A.Ü.S.B.F. Öğretim Üyesi
Saat 14.00 - 14.45		«İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği»
Saat 14.45 - 15.15	*	Tartışma
ARA	:	(15 dakika)
Konuşmacı	**	**Doç. Dr. Ersan İLAL** İ.Ü.S.B.F. Öğretim Üyesi
Saat 15.30 - 16.15		«Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü, Yığınsal İletişim Araçları ve Anayasa Mahkemesi Kararları»
Saat 16.15 - 16.45	*	Tartışma

ÜÇÜNCÜ OTURUM

Başkan

Ahmet ERDOĞDU

Anayasa Mahkemesi Emekli Üyesi

26 Nisan 1986 Cumartesi

Yer	*	T.C. Ziraat Bankası Genel Müdürlüğü Tandoğan ek hizmet binası, Ordu Pazarı yanında
Konuşmacı	**	**Prof. Dr. Erdoğan TEZİÇ** İ.Ü.H.F. Öğretim Üyesi
Saat 10.00 - 10.45		«Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi»
Saat 10.45 - 11.15	*	Tartışma
ARA		(15 dakika)
Konuşmacı	**	**Doç. Dr. Nami ÇAĞAN** A.Ü.S.B.F. Öğretim Üyesi
Saat 11.30 - 12.15		«Anayasa Yönünden Fonlar»
Saat 12.15 - 12.45	*	Tartışma

DÖRDÜNCÜ OTURUM

Başkan

Servet TÜZÜN

Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanı

Öğleden sonra

Konuşmacı	**	**Doç. Dr. Bakır ÇAĞLAR** İ.Ü.S.B.F. Öğretim Üyesi
Saat 14.30 - 15.15		«Parlamento ve Anayasa Mahkemesi, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu»
Saat 15.15 - 15.45	*	Tartışma
ARA	:	(15 dakika)
Konuşmacı	**	**Prof. Dr. Turgut TAN** H.Ü.İ.İ.B.F. Dekanı
Saat 16.00 - 16.45		«Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yürütmenin Düzenleme Yetkisi»
Saat 16.45 - 17.15	*	Tartışma

ANAYASA MAHKEMESİ BAŞKANI
H. SEMİH ÖZMERT'İN AÇIŞ KONUŞMASI

Sayın Cumhurbaşkanımız,

Anayasa Mahkemesi'nin 24. Kuruluş Günü'nü ve «Anayasa Yargısı» konulu bilimsel toplantıyı huzurlarınızla açmaktan onur duyuyorum. Şahsım ve Anayasa Mahkemesi mensupları adına saygılarımı arz ederim efendim.

İzninizle, Sayın Cumhurbaşkanlığı Konseyi üyelerimize, Başbakan Yardımcımıza, Ana Muhalefet Partisi Başkanına, Yüksek Mahkemeler Başkanlarımıza, Bakanlarımıza ve konuklarımıza bu törene katıldıkları için şükranlarımı sunarım.

Anayasanın koruduğu hak ve hürriyetlerin bir yargı denetiminin teminatı altına alınması için, yıllarca sarf edilen gayretler sonunda kurulan Anayasa Mahkemesi, demokratik parlamenter rejimimizin temel kuruluşlarından biridir. Kırk yılını dolduran çok partili demokratik parlamenter düzenimiz içinde mahkememizin 24 yıldan beri faaliyetini aralıksız sürdürmesi, bu müessesenin milletimize mal olduğunun açık bir kanıtı olarak kabul edilmelidir.

Memnuniyetle ifade edelim ki, mahkememiz Avrupanın kıdemli anayasa mahkemeleri arasında yer almış bulunmaktadır. Bu vesileyle Federal Almanya Anayasa Mahkemesi ile mahkememiz arasındaki ilişkilerden söz etmek isterim.

Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Başkan ve Üyelerinden kurulu bir heyet 1985 yılı Ağustos ayında ülkemize gelmiş ve başkanlığımdaki bir heyet de aynı yılın Kasım ayında iadei ziyarette bulunmuştur. Mahkememizle Avrupa anayasa mahkemeleri arasında başlayan bu yaklaşım, cumhuriyeti korumak için başvurulması zorunlu sayılan olağanüstü yol ve usullerden hızla sıyrılıp, anayasal hukuk düzeninin yeniden kurulmasının bir sonucu olarak kabul edilmelidir.

Anayasa Mahkemesi'nin ulusal yaşamımızda özel bir yeri vardır. Kurulduğu günden beri mahkememizin kararları gerek hukukçularımızın, gerek diğer aydınlarımız ve politikacılarımızın üzerinde en çok ka-

naat beyan ettikleri konuların başında gelmektedir. Hemen belirtelim ki, Anayasa Mahkemesini kabul etmiş diğer devletlerde de benzer bir duruma rastlanmaktadır. Bunun sbeplerinden biri, Anayasa Mahkemesi kararlarının ülkedeki bütün hukuk ve hatta siyasî hayata tesir etmesi, diğeri de, Anayasamızda yer alan kuralların soyut ve son derece genel mahiyette esasları ihtiva etmesi ve bunların çoğu kez içeriğinin tartışmalı kavramlara dayanmasıdır. Anayasamız kurallarına canlılık veren, onlara anlam kazandıran, mahkememizin yorum ve kararlarıdır. Yorumlamada ve uygulamada Anayasamızın metnine dahil olan başlangıç kısmındaki siyasî ve hukukî esaslar temel teşkil etmektedir. Özellikle millî iradenin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun gerekleriyle belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı, kuvvetler ayırımının devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliği olduğu, hiçbir düşünce ve değerlendirmenin Türk millî menfaatlerinin, Türk varlığının «Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği» esasının Atatürk milliyetçiliği ile ilke ve devrimleri ve medeniytçiliğinin karşısında koruma göremeyeceği ve laiklik ilkesinin gereği kutsal din duygularının devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılamayacağı, her Türk vatandaşının Anayasamızdaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanma hak ve yetkisine sahip olduğu hususları daima göz önünde tutulmalıdır.

Çünkü bu ilkeler Anayasanın getirdiği sistemin yönü ve ruhudur. İlave edelim ki, yukarıda sıraladığımız temel görüş ve ilkeler, Anayasada ayrıca tarif edilip gösterilmediğinden bunların değerlendirilmesinde Anayasa Mahkemesi büyük özen göstermektedir. Anayasa Mahkemesi rejimimizi korumak fonksiyonu yanında, temel hak ve hürriyetleri zedelemeden, toplumun yenilenme ve gelişme ihtiyaçlarını göz önünde tutan bir yorum düzeni içinde bir normun Anayasaya uygunluğu hakkında son sözü söylemekte ve böylece hukukun üstünlüğünü devlet idaresinde hakim ve amil kılmaktadır. Memleketimizin yetiştirdiği bir büyük hukukçunun belirttiği üzere, temel hak ve hürriyetlerle birlikte devletin korunması için anayasalar ve kanunların tesis ettiği aslî teminatın değeri elbet söz götürmez. Fakat bunlardan da önemli olanı, başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere bütün yargı organlarının fonksiyonlarını ifadaki başarılarıdır. Gerçek teminatın varlığı bu başarıya bağlıdır. Devletimizin bu organlarının başlıca gö-

revi, bir yandan devlet otoritesini saygıya layık güçte tutmak, öte yandan da kişi hak ve hürriyetlerinin bekçiliğini yapmaktır.

Sayın Cumhurbaşkanımız,

Kanunların Anayasaya uygunluğunun denetlenmesi, hukuk devleti açısından büyük önem taşır. Zira Anayasanın korunması, kişisel hak ve hürriyetlerin olduğu kadar, bütün hukuk düzeninin de korunması demektir. Mahkememiz bu görevini yerine getirirken sadece alt normun üst norma şeklen uygunluğuna dayanan şeklî bir hukuk devleti kavramına değil, aynı zamanda adalet, kanun karşısında eşitlik ve insan haysiyetine saygı gibi prensipleri gerçekleştirmeye çalışan maddî hukuk devleti kavramını da göz önünde tutmak zorundadır. Mahkememiz Anayasamız kadar, topluma ait olan ya da ona mal edilmesi gereken üstün hukukî değerlere de önem vermektedir.

Bir kararımızda bu esas «devletimiz Anayasanın 2. maddesinde ifade edildiği gibi, bir hukuk devletidir. Kanunlarımızın Anayasanın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensiplerine uygun olması şarttır» şeklinde belirtilmiştir. Bütün bu söylediklerimi özetlersem; mahkememiz demokratik yaşamımızda giderek vazgeçilmez bir yere sahip olmanın şuuru içinde, Atatürk ilke ve devrimlerini korumak, özgürlükçü demokratik düzenin aksamadan sürdürülmesini sağlamak ve ülkemizde hukukun üstünlüğü ilkesine hakim ve amil kılmak için çalışmaktadır.

Burada şu hususu da belirtmekte yarar görüyorum : Mahkememiz şimdiye kadar temel hak ve özgürlüklerin korunması hususuna büyük bir özen göstermiştir. Geçmişte bu konudaki kararlarını büyük ölçüde 1961 Anayasasının 11. maddesinde yer alan «Kanun, temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz» kuralına dayandırmıştır. 1982 Anayasasının 13. maddesinde ise, «Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz» kuralı öngörülmüştür. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunacak her türlü sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerivle bağdaşamayacağı düşünülürse, mahkememizin temel hak ve özgürlüklerin bekçiliği görevini dün olduğu gibi, bugün de sürdüreceği kuşkusuzdur.

Sayın Cumhurbaşkanımız,

İnsan hak ve hürriyetleri dünya milletler ailesinin ortak değerleridir. İnsanlığın geçirdiği uzun ve ıstıraplı evrelerden sonra bugün ulaştığı bu değerlerden vazgeçilemez. Böylece kişi hak ve hürriyetleri

yalnız ulusal bir konu olmaktan çıkmış, evrensel bir boyut ve değer kazanmıştır. Bu itibarla Bulgaristan'daki Türklere karşı, onların temel hak ve hürriyetlerine yöneltilen insanlık dışı baskı ve uygulamalardan duyduğumuz derin üzüntü ve endişeyi burada bir kere daha belirtmek isterim. Utanç verici bu davranışlara karşı tüm dünya uluslarınca karşı çıkılması, uygar olmanın ve uluslararası dayanışmanın gereğidir. Bu hususu geçen yılki konuşmamızda değindiğimiz gibi, ulusların uygarlık düzeyini gösteren başlıca ölçü olarak kabul etmekteyiz.

Sayın Cumhurbaşkanımız,

Bu dönemde mahkememizin değerli üyelerinden Sayın Osman Mikdat Kılıç yaş haddi nedeniyle emekliye ayrılmıştır. Anayasa Mahkemesindeki hizmetlerinden dolayı onur belgesi verilecek olan Sayın Kılıç, adlî yargıda hâkimlik ve savcılık mesleğinde çalıştıktan sonra Yargıtay üyeliğine seçilmiş, bu arada Yüksek Savcılar Kurulu üyeliğinde de bulunmuştur. Mart 1982'de Yargıtay Büyük Genel Kurulu'nca Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilen meslektaşımız, fiilen 43 yıl hizmet etmiş. Her kamu görevlisi gibi hâkimlik mesleğine uzun yıllarını verdikten sonra Anayasa ve yasa hükümleriyle belirlenen yaş sınırına ulaşan arkadaşlarımızın emekliye ayrılması doğaldır. Mahkememiz bu muhterem hâkimin birikimlerinden ve gerçekten değerli yaşam tecrübelerinden yoksun kaldığı için üzüntü duymaktadır. Bu vesileyle şu hususu vurgulamakta yarar görüyorum; kişi meslekî bilgilerini yazacağı kitaplar aracılığı ile meslektaşlarına ve kendisinden sonraki kuşaklara iletebilirse de, kişisel olan meslekî deneyimlerinden bu yolla yararlanma olanağı pek azdır. Bunlar ancak kişiye bağlı ve kendilerine özgüdür. Hâkimin meslekî yaşam tecrübeleri onun paha biçilmez hazinesidir. İşte bizler bu değerlerden vakitsiz yoksun kalıyoruz. Emekliye ayrılan sayın üyemiz bütün meslekî yaşamı boyunca ve özellikle Anayasa Mahkemesinde bulunduğu sürede hukukun üstünlüğü ve hukuka bağlı devlet kavramının ülkemizde kök salarak yerleşmesi için gerçekten büyük gayret göstermiştir. 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 duygularıyla anmaktayız.

Burada yaşamlarını yitiren mahkememiz üyelerinin aziz anıları önünde saygıyla eğiliyoruz.

Törenimizi ve bilimsel toplantımızı onurlandırdıkları için Sayın Cumhurbaşkanımıza engin saygılarımızı arz ediyoruz.

İzninizle Sayın Cumhurbaşkanımız, mahkememize bu güzel salonu tahsis eden Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası Genel Müdürü Sayın Kemal Akkaya'ya ve yardımlarını esirgemeyen Ziraat Bankası mensuplarına teşekkürlerimizi sunarız.

ANAYASA MAHKEMESİ YARGICI (ÜYESİ)

BİRİNCİ OTURUM

OTURUM BAŞKANI : **Ahmet H. BOYACIOĞLU**

KONUŞMACI : **Prof. Dr. Bülent DÂVER**

ANAYASA MAHKEMESİ YARGICI (ÜYESİ)

Prof. Dr. Bülent DÂVER*

I. GİRİŞ : YARGI, YARGIÇ VE ANAYASAL YARGI

Yargı

Yargı (kaza) kurumu, insanlık tarihiyle yaşıttır. İlk topluluklardan başlayarak çağdaş devlete gelinceye kadar toplumlarda bireyler, vatandaşlar arasında, ya da vatandaşla devlet arasında, çeşitli anlaşmazlıklar, sürtüşmeler, çatışmalar olmuştur. Çağımızda, bu çatışma ve anlaşmazlıklar uluslararası planda da ayrı bir yoğunluk ve önem kazanmıştır. İster bireyler arasında, isterse vatandaşlarla devlet, ya da devletler arasında olsun, beliren anlaşmazlıkların çözümünde belli başlı birkaç yol vardır. Bu yollardan birincisi, anlaşmazlıkta güçlü tarafın istediği çözümü karşısındaki zayıfa zorla kabul ettirmesidir. Bu pazu kuvvetine, fizik gücüne dayanan bir çözüm biçimidir. Aslında, böyle bir çözüm o anda kabul ettirilse bile, zayıf ilk fırsatta bu çözümü reddetmek ve hakkını aramak isteyecektir. Bu da yeni çatışmalara neden olacaktır.

Çatışmaların çözümünde ikinci yol, yine insanlıkla yaşıt olan siyasal çözüm biçimidir. Siyaset, Aristo'nun dediği gibi, insanlar arası uyuşmazlık ve çatışmaların çözümünde zor'u, çıplak kuvveti değil, diyalogu, tartışmayı, günümüz deyimiyle pazarlığı, en sonunda da uyuşmayı ve uzlaşmayı amaçlayan yüksek ve kapsamlı bir sanattır.

Ancak, siyasal çözüm her zaman Aristo'nun istediği ve Eflatun'un özlediği gibi, bilgelikle (sagesse) olmamaktadır. Politik çözümlerde hikmetten, bilgiden çok, zor'un, hilenin ve kandırmanın önemli yer tuttuğu bilinmektedir. Bu durumda anlaşmazlıklara getirilen siyasal çözümlerin kalıcılığı kuşkuludur. Ve nitekim insanlık tarihi buna ait sayısız örneklerle doludur.

(*) A.Ü.S.B.F. Öğretim Üyesi.

Hukuk ve Yargıç

Anlaşmazlıkların çözümünde üçüncü bir yol, **hukuk** yoludur. Hukuk yolu, bir anlaşmazlığın ne zora başvurarak ne de siyasal yöntemlerle çözülmesi değildir. Hukuk yolu, bir anlaşmazlığın, bir mahkeme ve bu mahkemede görev yapan bir hâkim (yargıç) tarafından çözülmesidir. Yargıç, anlaşmazlığı, hukuk normlarına göre çözer. Bunun için de, önünde Anayasadan başlayarak yasalara, tüzüklere, yönetmeliklere kadar, hiyerarşik bir düzen içinde inen pozitif hukuk kuralları vardır. Ayrıca, bu saydığımız normların uygulanmasında yargıç, sadece yazılı kuralları değil, yazılı olmayan örf ve âdetleri, geleneklere dayanan kuralları da göz önünde tutar. Yasaların uygulanmasında yargıç, belirli bir alan içerisinde temel objektif kriterlere göre yasaları yorumlayarak önüne getirilen meseleyi (davayı) çözmeye çalışır. İşte bu yol, en güvenilir, en sağlam bir uyuşmazlıkları çözme yoludur. Burada asıl olan genel, objektif kuralların ve bunlara ruh ve vücut veren büyük hukuk prensiplerinin egemenliğidir. Çeşitli anlaşmazlıklarda hukuk kurallarını uygulayan yargıç, ara bulucudan ve hakemden ayrı bir kişidir ve farklı özellikler taşır. Yargıç, yasayla görev ve yetki alanı belirlenen ve yasanın gösterdiği hallerde yargı alanına giren kişi ve şeyler üzerinde, tam ve zorunlu biçimde, yasadan gelen kesin yetkiye sahip bir devlet görevlisidir. Yaptığı iş, niteliği itibariyle, özel hukuk alanında olsun, kamusal hukuk alanında olsun belirli hukuk normlarını somut durumlara uygulamaktır. Yargıcın verdiği karar (hüküm) taraflar için uyulması zorunlu, bağlayıcı bir nitelik taşır. Ve gelişmiş devlet sistemlerinde yargı erki, diğer iki erkten tamamen ayrı, bağımsız bir nitelik taşır. Bütün bu niteliklerini saydığımız yargı görevi ve yargıç kavramı üzerinde büyük yazarlar, düşünürler, filozoflar uzun uzadıya durmuşlardır. Örneğin, Shakespeare ünlü **Beşinci Henry** adlı oyununda yargıçların yerinin çok yükseklerde, cennet gibi bir yerde, olması gerektiğini söylüyordu. Aristo ve Platon da yargıç ve yargı üzerinde durmuşlardır. Eflâtun, **İdeal Cumhuriyet**'inde (Politeia'da) yargıcın genç olmamasını istiyor, daha çok orta yaşlı olmasının iyi sonuçlar vereceğini öne sürüyordu. Aristo'ya gelince, O, yaşlı yargıçların iyi görev yapamayacaklarını; çünkü fiziki, bedeni yetenekler gibi, zihni yeteneklerin de zamanla yıpranacağını belirtiyordu. Şu halde bu iki düşünürün birleştikleri nokta, yargıçların ne çok genç ne de çok yaşlı olmaması gerektiğidir. Yargıçlarda aranan diğer çok önemli bir nitelik de, Edmund Burke'ün deyimiyle, yargıcın tarafsızlığı ve objektifliğidir. Burke, yargıcın uyuşmazlıklarda taraflara karşı soğuk bir tarafsızlıkla (cold neutrality) hareket etmesi gerektiğini vurgulamıştır.

. Eski hukukumuzda (Mecelle'de) bir yargıcın ne gibi niteliklere sahip olması gerektiği şu şekilde açıklanmıştır : «Yargıç fehim (anlayışlı), metin (sağlam), mekin (yerleşmiş, oturaklı, vekarlı), emin (güvenilir), hakim (bilge) ve müstakim (doğru) olmalıdır.» Bu güzel ve etraflı tanıma biz, çağımızdaki gelişmelere uygun olarak, bir de müstakil (bağımsız) sıfatını eklemek istiyoruz.

Biz bu konuşmamızda yargı ve yargıç üzerinde, yargıcın fonksiyonu ve nitelikleri hakkında daha fazla değiliz. Esasen asıl konumuz da bu değildir. Yalnız şu kadarını söyleyelim ki, yargıcın görevini yerine getirmesinde tutulacak yol ne olabilir? sorusuna Montesquieu şöyle cevap veriyordu : «Kanunlar yargıcın diliyle konuşur.» Yani yargıç kanundaki iradeyi uygulayan bir araçtır. Onun görevi kanunu tastamam uygulamaktır.

Bazı görüşlere göre ise, yargıç, statik kanun hükümlerini otomat bir makine gibi hareket ederek değil, zamanın şartlarına, gereklerine göre dinamik bir şekilde yorumlayarak en uygun çözüm yolunu bulmalıdır. Bu türlü düşünenler, lâfzî (biçimsel) yorum yerine yargıcın kanunların amaçsal (gaî) bir yoruma tabi tutarak, oldukça serbest şekilde yorumlamasını isterler. Kanımızca bu iki görüşün de haklı tarafları bulunmakla beraber, yargıcın görevini yerine getirmesinde asıl ağırlık noktası, kanun yapıcının iradesi ve ulaşmak istediği amaç olmalıdır. Yargıç bunu, hal ve şartlardan, tarafların durumlarından, kanunların dilinden, yasama meclisinde yapılan müzakerelerden, komisyon raporlarından, ilmî ve kazaî içtihatlardan yararlanarak yapacaktır.

Nitelik ve görevlerine kısaca değindiğimiz yargıçlar ve bunların görev yaptıkları mahkemeler bugün birçok ülkede, bir derece sınıflandırmasına tabi tutulmaktadır. Yani yargı fonksiyonunu yerine getirenler, bu açıdan, bakılınca iki derecede düşünülebilirler; ilk derece yargıçlar ve yüksek yargıçlar. Birçok ülkelerde, Yargıtay üyeleri ve —idari yargının bulunduğu Fransa ve Belçika gibi ülkelerde— Danıştay üyeleri yüksek yargıç olarak kabul edilmektedirler. Amerika'da Federal Yüksek Mahkeme'nin Yargıçları bunun için ayrı, özel bir terimle, adlandırılırlar. Bu terim «Justice» (yüksek yargıç) kavramıdır.

Bizim pozitif hukuk metinlerimiz, yani gerek 1961 Anayasası gerekse yeni 1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesi yargıcından, «Anayasa Mahkemesi Üyesi» olarak söz etmektedir. Bazı ülkelerin anayasalarında da (örneğin Avusturya ve İspanya Anayasalarında) Anayasa yargıcından üye diye bahsedilmektedir. Biz bu tebliğimizde, Anayasa Mahkemesi Yargıcı deyimiyle, Anayasa Mahkemesi Üyesi deyimini

eş anlamda kullanacağız. Çünkü, Anayasamız, Anayasa Mahkemesini Yüksek Mahkemeler arasında göstermektedir. Bu Yüksek Mahkemenin Üyelerine —bazı hallerde, köken itibariyle yargıçlık mesleğinden, hatta hukuk mesleğinden gelmeseler bile— nitelikleri ve statüleri itibariyle Hâkimler Kanununa sık sık yollama yapılan ve —gördükleri iş (fonksiyon) itibariyle —bir yargı görevini yerine getiren kişiler olmaları nedeniyle yüksek yargıç demekte sakınca olmadığını düşünüyoruz.

Siyasal Sistem ve Anayasal Yargı

Anayasa yargısı, yani işlevi esas itibariyle kanunların Anayasaya uygunluğunu denetlemek olan yargı türü, bize göre yargının bir parçasıdır. Kendine has özellikleri bulunan, fakat yine de, özü itibariyle, yüksek bir yargıdır. İster normal ilk derece yargısı olsun, ister yüksek bir yargı yeri, Anayasal yargı organı olsun, yeni bazı görüşlere göre, yargı siyasal sistem içinde yer alan, onun için de işlevini ve anlamını bulan bir «alt siyasal sistem»dir. Bu görüş, ünlü siyasal bilimci David Easton'ın görüşüdür. Siyasal sistem, devleti de kapsayan, ancak ondan daha geniş olarak, iktidar ve etkileşim süreçlerinin ve devlet kurumuyla birlikte, Anayasa dahil, pozitif hukuk normlarının içinde yer aldığı çok geniş bir alandır.

Böylece yargıyı ve Anayasal yargıyı bir «alt siyasal sistem» olarak inceleyenlerin yanı başında, Anayasal yargıyı, ayrıcalıklı özel bir bürokrasi olarak tanımlayanlar da vardır.

Biz burada Anayasal yargı hakkındaki bu yeni yaklaşım ve görüşleri sadece zikretmekle yetiniyoruz. Bizim burada üzerinde duracağımız asıl nokta, çeşitli ülkelerde Anayasal yargı kurulması yoluna neden gidildiğidir.

İkinci Dünya Savaşı sonrasına gelinceye kadar, Amerika Birleşik Devletleri hariç hiçbir ülke, kanunların Anayasaya uygunluğunun denetlenmesi bahis konusu değildi. Parlamento'lar bu sorunu kendi iç meseleleri telâkki ediyorlardı. ABD'de ise durum şöyleydi : Burada kanunların Anayasaya uygunluğu normal mahkemeler kanalıyla sağlanmaktadır. Mahkemeler, kendilerine gelen bir dava esnasında, bir kanunun Anayasaya aykırı olduğunun def'i yoluyla (exeptio) iddia edilmesi karşısında durumu inceliyor ve kanunun Anayasaya uygun olup olmadığına karar veriyorlardı. Bu konuda son söz ve karar ise Federal Yüksek Mahkemeye (Federal Supreme Court) ait bulunuyordu. Kısacası ABD'de kanunların Anayasaya uygunluğunun denetlenmesi, hukuk diliyle söylemek gerekirse, bir «somut norm denetimi»nden ibarettir. Yani Amerika Birleşik Devletleri'nde bu iş için ayrı bir Anayasa

Mahkemesi kurulmadığı gibi, soyut norm denetimi de yoktur. Federal Yüksek Mahkeme'ye bazı kişi ve kurumlar (örneğin Cumhurbaşkanı, Temsilciler Meclisi, Senato vs.) bazı kanunların Anayasaya aykırı olduğunu öne sürerek, kanunun iptali istemiyle, başvuramazlar. Oysa İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra bazı ülkelerde kurulmuş bulunan Anayasa Mahkemeleri hem somut norm denetimi, hem de soyut norm denetimi yapmaktadırlar. Başta da söylediğimiz gibi, somut ve soyut norm denetimini bir yargı işlevi (görevi) olarak kabul etmeyenler de vardır. Bu görüşler, daha sonra değineceğimiz üzere, Anayasa Mahkemesinin niteliği, hüviyeti, yapısıyla ilgili temel bakış açılarından doğmaktadır. Biz bu denetimi, yani somut ve soyut norm denetimini de, yargısal bir faaliyet olarak niteliyoruz. Yargı kavramını, sadece belirli meselelere, kişiler ya da kişilerle devlet arasındaki anlaşmazlıklara hasretmek, çağımızda yargının genişleyen ve büyüyen fonksiyonlarıyla pek uyuşmamaktadır. Kısacası, yargı alanı da çağımızda görev, fonksiyon ve kapsam olarak, genişlemiştir. Esasen bugün kullanılmakta olan Anayasal Yargı kavramı da bu fonksiyonun esas itibariyle bir çeşit yargı fonksiyonu olduğunu göstermektedir.

Başta da söylediğimiz gibi, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, İtalya, Batı Almanya, Avusturya ve İspanya gibi ülkelerde ayrı bir Anayasa Mahkemesi kurulması yoluna gidilmiştir. Dikkat edilirse bu ülkelerin, hemen hepsinin, insanlığı bir kasırga gibi sarmış bulunan ve İkinci Dünya Savaşı'nın bitimiyle çöken totaliter ve otoriter sistemlerin egemen olduğu Avrupa ülkeleri olmasıdır. Bu ülkelerin geçmişin derslerinden yararlanılarak ve hukuk devletinin bir gereği olarak, Anayasaya aykırı konunların çıkmasını önlemek amacıyla özel statü ve yetkilerle donatılmış bir Anayasa Mahkemesi kurulması yoluna gidilmiştir. Bu ülkeler dışında Anayasa Mahkemesi kurmuş olan bazı başka devletler de vardır. Avrupa'da yer alan ve sosyalist bir rejimle yönetilen Yugoslavya'da Anayasa Mahkemesi bulunduğu gibi, bazı Lâtin Amerika ülkelerinde, örneğin Uruguay'da, ayrı bir Anayasa Mahkemesi bulunmaktadır.

II. TÜRKİYE'DE ANAYASAL YARGI VE ANAYASA MAHKEMESİ

1924 Anayasası Döneminde Durum :

1960 yılına gelinceye kadar Türkiye'de ne bir Anayasa Mahkemesi vardı, ne de kanunların Anayasaya uygunluğunun somut norm de-

netimi yoluyla yapılması gibi bir usul bulunmaktaydı. Her ne kadar, Prof. Turhan Feyzioğlu kendi alanında yeni ve çok ciddi bir çalışma teşkil eden eserinde, (Kanunların Anayasaya Aykırılığının Kazaî Murakabesi, Ankara, 1953) açık, belirli bir Anayasa maddesi bulunmamakla, beraber, mahkemelerin kendilerine gelen bir dava dolayısıyla, tıpkı Amerika Birleşik Devletleri'nde olduğu gibi, somut norm denetimi yapmalarına Anayasal ve yasal bir engel bulunmadığını öne sürmüştü. Fakat uygulamada Türk mahkemeleri bu yola gitmemişlerdir. Çünkü, 1924 Anayasası'nın 103. maddesi «Hiçbir kanun Anayasaya aykırı olamaz.» hükmünü koymuşsa da bir kanunun Anayasaya aykırı olup olmadığının takdiri Meclis'e bırakılmıştı. Ve uygulamada 103. maddenin bu açık hükmüne rağmen Anayasaya aykırı «antidemokratik» bazı kanunlar Meclis'ten çıkabilmiştir. Bunları denetleyecek ayrı bir organ da mevcut bulunmadığından, bu durum hukuki ve siyasal yaşantımızda tepkilere ve tartışmalara yol açmıştır. 27 Mayıs 1960 müdahalesinden sonra Anayasaya aykırı (antidemokratik) kanunları ayıklamak için özel bir komisyon kurulmuş ve bu komisyon antidemokratik kanunların bir de listesini hazırlamıştı.

1961 Anayasası ve Anayasal Yargı

1961 Anayasası'nı hazırlayanlar, özellikle 1954 - 1960 yılları arasında büyük tek parti çoğunluğuna dayanan Meclis tahakkümünü önleme amacıyla ve çoğulcu bir demokratik devlet kurmak isteğiyle, milli egemenliği kullanacak organların sayısını artırdıkları gibi, bu amaçla iki yeni kurum da öngörmüşlerdi. Bunlar, İkinci Meclis (Senato) ve Anayasa Mahkemesiydi.

1961 Anayasası'nın yapımcılarına göre, Anayasa Mahkemesi yargı içinde yer alan fakat yüksek mahkemelerden ayrı, bunların dışında özel yetkilerle donatılan çok önemli bir kuruluştu. Bazı görüşlere göre, bu dönemde Anayasa Mahkemesi Parlamento'nun dışında, belki de üstünde üçüncü bir meclis gibi çalışacak ve en üst düzeyde nihaî kesin kararları verecek, sui generis (kendine özgü) bir organdı. Bu görüşün doğal sonucu Anayasa Mahkemesi'ne yargı özelliği yanında, belki de daha ağırlıklı olarak, siyasal bir organ niteliği atfedilmesiydi.

1971 ve 1973 Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Mahkemesi

12 Mart 1971'de meydana gelen müdahale sonucu, bilindiği gibi 1961 Anayasası'nda, 1971 ve 1973 yıllarında olmak üzere iki değişiklik yapılmış ve Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkileri yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenlenme daha ziyade Anayasa Mahkemesi'nin

yetkilerinin bir ölçüde kısılması şeklinde olmuştur diyebiliriz. Nitekim, yeni değişiklikte 147. maddeye şu hüküm konulmuştur : «Anayasa Mahkemesi, Anayasa değişikliklerinin Anayasa'da gösterilen şekil sartlarına uygunluğunu denetler.» Yani bununla anlatılmak istenen, Anayasa Mahkemesi'nin esasa ilişkin Anayasa değişikliklerini denetleyemeyeceği idi. Çünkü doktrinde Anayasa Mahkemesi'nin sadece şekle ait Anayasa değişikliklerini değil, öze ilişkin Anayasa değişikliklerini de denetleyebileceği yolunda bazı görüşler ileri sürülmüş ve Anayasa Mahkemesi de buna uyan kararlar vermiştir.

1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi

1982 Anayasası, 1961 Anayasa yapımcılarının o kadar bel bağladıkları ikinci meclisi (Senato'yu) kaldırdığı gibi, Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşunu ve yetkilerini yeniden düzenlemiş ve bu yetkileri daha belirli şekilde sınırlamıştır. Şöyle ki : Anayasa'da, Anayasa değişikliklerinin sadece şekil şartları bakımından denetlenebileceği hükmü teyit olunmuştur; bundaki amaç, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa değişikliklerini öz bakımından denetleyemeyeceğini bir kere daha kesin olarak belirlemekti. Şekil bakımından Anayasa değişikliği denetlemesinde iptale gidilebilmesi için 1982 Anayasası 2/3 oy çoğunluğunu aramıştır (1961 Anayasası'nda bu konuda, Anayasa Mahkemesi üyelerinin mutlak oy çoğunluğu yeterli idi). Öte yandan Anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetlenmesinde hangi noktalara bakılacağını, Yeni Anayasa 148. madde de birer birer saymıştır. Buna göre, teklif ve oylama çoğunluğundaki aksaklıklar ve konunun ivedilikle görüşülüp görüşülmediği hususları iptale gerekçe teşkil edebilir.

Kanunların Anayasaya uygunluğunun denetlenmesinde ise, Anayasa, eskisi gibi kanunların hem esas hem de şekil bakımından denetlenebileceğini kabul etmiştir. Ancak, esas bakımından incelemede «Anayasa Mahkemesi bir kanun ya da kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir bölümünü iptal ederken kanun koyucu gibi hareketle yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez» diyerek (bkz. M. 153/2), 1982 Anayasası, yepyeni bir hüküm getirmiştir. Özellikle 1974 yılında çıkarılan Af Kanunu'nun kapsamını genişleten Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına tepki olarak konan bu hüküm doktrinde değişik yorumlara tâbi tutulmuştur.

Kanunların şekil bakımından Anayasa uygunluğunun denetlenmesinde de 1982 Anayasası, 148. maddesinin 2. fıkrasında, bu konuda aranacak şeyin son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı hususundan ibaret bulunduğu hükmünü getirmiştir.

1982 Anayasası ayrıca, Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşunda (yapısında) da değişiklik meydana getirmiştir. Bir kere asıl üyelerin ve yedek üyelerin sayısı azaltılmıştır. 1961 Anayasası'na göre, Anayasa Mahkemesi üyeleri 15 asıl ve 5 yedek üyeden kurulduğu halde (bkz. M. 145), 1982 Anayasası'nda Anayasa Mahkemesi'nin 11 asıl, 4 yedek üyeden kurulacağı öngörülmüştür (bkz. M. 146).

Üye sayısındaki azalmanın yanıbaşında daha da önemli olan nokta Anayasa Mahkemesi üyeliğine ve yedek üyeliğine gelme usulünün 1982 Anayasası'nda yeni bir düzenlemeye tabi tutulmasıdır. 1961 Anayasası, Cumhurbaşkanı dahil, çeşitli organ ve kuruluşlara doğrudan üye seçme hakkını verdiği halde, yeni Anayasa üyelerin bu kuruluş ve kurumların göstereceği üçer aday arasından nihaî ve kesin olarak Cumhurbaşkanı tarafından seçilecekleri hükmünü getirmiştir (bkz. M. 146/2). Yani, 1982 Anayasasına göre, 11 asıl ve 4 yedek üyenin hepsi de nihaî olarak doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından seçilmektedir [Biz Anayasamızda yer alan «seçer» teriminin pek yerinde olmadığını sanıyoruz. Cumhurbaşkanının burada yaptığı iş, «seçim» değil, «seçme» (selection), daha doğrusu bir «atama» (nomination)dır.].

1982 Anayasası'nın 1961 Anayasası'ndan farklı olarak yaptığı bir diğer iş de Anayasa Mahkemesi'nin konumuna ilişkindir. 1982 Anayasası, öncekinden farklı olarak Anayasa Mahkemesi'ni Yüksek Mahkemeler başlığı altında düzenlemiş ve ilk sırayı Anayasa Mahkemesi'ne vermiştir.

Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Hukuki Durumu

Gerek 1961, gerek 1982 Anayasası, Anayasa Mahkememiz yargıçları hakkında «üye» deyimini kullanmaktadır. 1978 İspanya Anayasası (bkz. M. 159) da üye terimini kullandığı gibi, 1964 tarihli Avusturya Anayasası da (bkz. M. 147) üye terimini kullanmaktadır. Buna karşılık 1947 İtalya Anayasası, «yargıç» deyimini (bkz. M. 135) kullanmaktadır. 1949 tarihli Federal Almanya Anayasası'na (Temel Kanunu'na) göre Anayasa Mahkemesi'nde federal yargıçlar ve diğer üyeler vardır (bkz. M. 194/1).

1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesi üyeliğine gelmekte karma bir yol tutmuş bulunmaktadır. Bu Anayasaya göre, 11 asıl ve 4 yedek üye kaynak (köken) itibariyle yargıçlık mesleğinden (adlî ve idari yargıç) gelebilecekleri gibi, avukatlar ve yüksek bürokratlar ile general ve amirallerden ve belirli şartları taşıyan öğretim üyelerinden de oluşabilmektedir. İtalyan Anayasası, 15 kişinin de yargıç olmasını şart

koştuğu halde, Federal Alman Anayasası Mahkemenin federal yargıçlardan ve diğer üyelerden oluşacağını söylemektedir. 1978 İspanya Anayasası, 12 üyeden söz etmektedir (1982 Türk Anayasası ile İspanya Anayasası'nın esas itibariyle birbirine benzeyen yönleri daha fazladır. Özellikle 12 üyenin de Kral tarafından atanması hükmü ve Anayasa Mahkemesi üyeliğine aday gösteren organlar bakımından bu iki Anayasa arasında belirli bir benzerlik bulunmaktadır.).

Asıl Üye ve Yedek Üye Sorunu

Gerek 1961 Anayasası, gerek 1982 Anayasası asıl ve yedek üyelerden söz etmektedir. Aksi Anayasada belirtilmedikçe, yedek üyeler asıl üyelerin hak ve yetkilerine sahiptirler. Seçilme (atanma) usulleri aynı olduğu gibi bunlarda aranan nitelikler de aynıdır. Maaş bakımından da üyeler arasında bir ayrım bulunmamaktadır. Bununla beraber, uygulamada Anayasa Mahkemesi asıl üyesi ve yedek üyesi arasında bir ayrım yapılmaktadır. Bu ayrım da yedek üyelerin Anayasa Mahkemesi Başkan ve Başkan Vekilliğine seçilememeleridir (Yedek üyeler Uyuşmazlık Mahkemesi'nde Başkan olarak Anayasa Mahkemesi tarafından görevlendirilebilirler). Anayasa'nın ve ona uyarak Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri hakkındaki 1983 tarihli kanunun hükümleri uyarınca yedek üyeler Başkanlığa ve Başkan Vekilliğine getirilmemektedir. Bu husus literatürde yakınma konusu olmuş ve eleştirilmiştir. İlk bakışta böyle bir ayrım mantıksız ve haksız gözükse de ve gerçekten değerli bazı yedek üyelere Başkan ve Başkan Vekili olma imkânını kapatmış olsa da, Anayasa'da ve Kanun'da böyle bir ayrımın bilerek ve istenerek yapıldığını sanıyoruz. Çünkü, gerek Anayasa gerekse Kanun bazı hükümlerinde asıl üye ve bazı maddelerinde de üye deyimini kullanarak bu ikisi arasında bir fark bulunduğunu göstermektedir. Lâfzi yorumlarla bu durum değiştirilemeyeceğine göre, yedek üyelerin Başkan ya da Başkan Vekili olabilmeleri için, kanımızca, Anayasanın ve ona uyularak Kanun'un ilgili maddesinin değiştirilmesi gerekmektedir. Öte yandan bu konuda düşünülebilecek bir nokta da seçimde aday olan asıl üyeler varken bir yedek üyenin Başkan seçilmesinin uygun olup olmayacağı sorunudur.

Anayasa Mahkemesi Yargıcının Görevleri

Anayasa Mahkemesi Yargıcının (Üyesinin) görev ve yetkileri 1982 Anayasası'nın 148. maddesinde belirtilmiştir. Bu maddeye göre, «Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakım-

larından uygunluğunu denetler. Anayasa değişikliklerini ise evvelce belirttiğimiz gibi sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Yine aynı maddeye göre, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne dava açılamaz.»

Anayasa Mahkemesi bundan başka, Yüce Divan sıfatıyla da vazife görür. 148. maddenin 3. fıkrası şöyle demektedir : «Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanını, Bakanlar Kurulu Üyelerini, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkan ve Üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcısı Vekilini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay Başkan ve Üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılar.»

Yine aynı maddeye göre Anayasa Mahkemesi Anayasayla belirtilen diğer görevleri de yerine getirir. Bu görevler de şunlardır : 152. maddeye göre, «Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.»

Anayasa Mahkemesi'nin bir diğer görevi, siyasi partilerle ilgili olarak Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından açılan parti kapatma istemiyle ilgili davalardır. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 69. maddesine göre, partilerin mali denetimini de yapmaktadır. Bunun dışında milletvekillerinin yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasına veya üyeliğin düştüğüne veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi olmayan bakanların dokunulmazlığının kaldırılmasına TBMM'nce karar verilmesi hallerinde ilgililerin Anayasa veya İçtüzük hükümlerine aykırılık iddiasına dayanan iptal istemlerini de karara bağlamak, Anayasa Mahkemesi'nin görevleri arasındadır (bkz. M. 84, 85, ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, M. 18).

Anayasa Mahkemesi Yargıçlarının (Üyelerinin) Bağımsızlığı Sorunu

Anayasa Mahkemesi Yargıçları (üyeleri) iki katlı bir bağımsızlık ve güvence zırhı içindedirler. Bunlar da önce genel olarak yargıya ve yargıca görevlerini yerine getirmeleri sırasında sağlanan bağımsızlık ve güvenceler olup bunlar Anayasanın 138., 139. ve 140. maddelerinde belirtilmiştir. Şimdi bu hükümleri görelim : Anayasa m. 138 : «Hâ-

kimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler» demektedir. Aynı maddenin 2. fıkrası «Hiçbir organ, makam, merci veya kişinin yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceğini; genelge gönderemeyeceğini, tavsiye ve telkinde bulunamayacağını» öngörmektedir. Yine aynı maddenin 3. fıkrasında, «görülmekte olan bir dava hakkında yasama meclisinde yargı yetkisinin kullanılmasıyla ilgili soru sorulamayacağı, görüşme yapılamayacağı veya herhangi bir beyanda bulunulamayacağı» hükmü yer almaktadır. Maddenin son fıkrası ise «Yasama ve yürütme organlarıyla idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduklarını, bu organların ve idarenin mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceğini ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceğini» söylemektedir.

Anayasanın 139. maddesi ise, «Hâkimlerin ve savcıların azlolunamayacaklarını, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamayacaklarını» söylemekle çok temel bir güvence getirmiş olmaktadır ve yargıç bağımsızlığını sağlamakta büyük bir önem taşımaktadır.

Anayasanın 140. maddesinin 2. fıkrasında da «Hâkimlerin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifa edecekleri» belirtilmiştir. Kuşkusuz Anayasada hâkim bağımsızlığıyla ilgili bu hükümler Anayasa Mahkemesi yargıçlarına da uygulanmaktadır.

Yargıç (hâkim) bağımsızlığıyla ve güvencesiyle ilgili olan bu genel maddelerden başka Anayasamız, ayrı bir güvence olarak Anayasa Mahkemesi üyelerinin 65. yaşını doldurunca emekliye ayrılacaklarını öngörmektedir (M. 147). Yani bir Anayasa Mahkemesi Üyesi, normal olarak 65 yaşını doldurmadıkça ve kendisinin de bir isteği yoksa emekliye sevk edilemez. Yine aynı maddeye göre, Anayasa Mahkemesi üyeliğinin sona ermesi ancak, «bir üyenin hâkimlik mesleğinden çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı hüküm giymesi halinde kendiliğinden; görevini sağlık bakımından yerine getiremeyeceğinin kesin olarak anlaşılması halinde de Anayasa Mahkemesi üye tam sayısının salt çoğunluğunun kararıyla sona ereceği» şartına bağlamıştır. Bunun dışında Anayasanın 148. maddesi Anayasa Mahkemesi'nin Başkan ve üyelerinin görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Anayasa Mahkemesi tarafından Yüce Divan sıfatıyla yargılanacağını öngörmek suretiyle üyelerine yeni bir güvence ve görevlerinde bağımsız hareket etme imkânı sağlamıştır.

Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyelerinin şahsi suçlarında ise Yargıtay üyelerinin şahsi suçlarına ilişkin hükümler uygulanır (bkz. Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, M. 55).

Anayasa Mahkemesi Üyeleri açısından, Sıkıyönetim Kanununda sözü edilen izin mercii Anayasa Mahkemesi'dir. Anayasa Mahkemesi'nin, Sıkıyönetim Komutanlığınca koğuşturma yapılmasına izin vermemesi halinde o üye hakkında yapılacak işlemler İçtüzükte gösterilmektedir (bkz. Anayasa Mahkemesi Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, M. 55).

Bütün bu hükümler Anayasa Mahkemesi Yargıçlarının (Üyelerinin) görevlerini korkusuzca, çekinmeden ve tam bir bağımsızlık içinde yerine getirmeleri için konmuş bulunmaktadır. Ancak bütün bu yasal ve Anayasal güvenceler yeterli midir?

Yargıçların Bağımsızlığının Asıl Güvencesi

Kanımızca yargıçların ve bu arada Anayasa yargıçlarının görevlerinde bağımsız hareket etmelerini sağlayan ve onları güvencelere kavuşturan bu çağdaş Anayasal ve yasal hükümler, zorunlu olmakla beraber, yeterli değildir. Çünkü, çağımızda yargıçlara ve Anayasa Mahkemesi Yargıçlarına dolaylı ve dolaysız etki yollarının bulunduğu bir gerçektir. Çağımızda resmi makamlar ve kuruluşlar dışında yargıçların bağımsız hareket edip etmedikleri hususu tarihî, sosyal, psikolojik şartlarla ve bir siyasal rejimin istikrarlı olup olmamasıyla, kuvvetler ayrılığı ilkesinin gerçekten uygulanıp uygulanmamasıyla, kamu oyunun ve bu arada başta basın olmak üzere kitle iletişim araçlarının mahkemeleri etkilemeleriyle ve bir toplumdaki değer yargılarının ve egemen fikir akımlarının yargıçlar, bu arada Anayasa Mahkemesi Üyeleri, üzerindeki etkileri de göz önüne alınarak belirlenmelidir. Şimdi bunları kısaca görelim.

John Locke ve Montesquieu'nün hürriyetlerin güvencesi olmak üzere ileri sürdükleri kuvvetler ayrılığı ilkesi, bütün çağdaş demokratik ülkelerde kabul edilen temel bir ilkedir. Bu ilke, aynı zamanda yargı bağımsızlığının ve yargıç güvenliğinin de dayanağıdır. Birçok Anayasalarda, bu arada örneğin ABD Anayasasında bu ilke, yargıçların «iyi halleri devam ettiği sürece» görevden alınamayacaklarına ilişkin hükmü, yargı bağımsızlığının bir simgesi olarak kabul edilebilir.

Ancak, Anayasalarda kuvvetler ayrılığı kabul edilmesi de yeterli değildir. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin sosyal ve siyasal kültür ortamı ile

de ilgisi vardır. Şöyle ki, dinî bakışa ve geleneklere göre, İslâmda yargı (kaza) yönetimden (velayetten) ayrılmaz. Yani İslâmdaki monist (tekçi) anlayış, bütün güçlerin birliği, tekliği (vahdeti) ilkesi etrafında toplanmıştır. Bunun ise bağımsız yargı ve bağımsız yargıç kavramıyla pek uyuşmadığı açıktır. Şeriat adına konuşan Zembilli Ali Efendi'nin Padişahın idam fermanını geri aldırması örneği, tarihimizde ender rastlanan olaylardandır. Şeyhülislâm fetvaları genellikle Sultanların istedikleri ve arzuladıkları durumları onaylar niteliktedir.

Şeriat'ı uygulayan Osmanlı İmparatorluğu döneminde, Batı Avrupa ülkelerini de görmüş olan Namık Kemal bağımsız yargının lüzumunu öne sürmüş ve bunun ancak bir «Hükümet-i meşrûtada» (Anayasalı devlette) gerçekleşebileceğini belirtmiştir. Namık Kemal'in arkadaşı olan ve onun gibi, Avrupa ülkelerinde (Paris ve Londra'da) bulunmuş olan Ziya Paşa da ideal yargı bağımsızlığının ancak bir «Hükümet-i cumhûriyede» (cumhuriyet yönetiminde) mümkün olduğunu savunmuştur. Bunun gibi Adliye Nazırı Sava Paşa da yabancı elçiliklere gönderdiği sirkülerde Türk mahkemelerinin bundan böyle bağımsız hareket edeceklerini söylüyordu. Bağımsız yargı kavramı 1876 Kanun-u Esâsîsi ile birlikte yurdumuza resmen girmiş bulunmaktadır. Ancak, Engelhard'ın da Tanzimat adlı eserinde belirttiği gibi, yargının yönetimden ayrılması, İslâmiyete ve Müslümanlara ters gelen bir ilke idi. Çünkü İslâmın geleneksel monist felsefesi ve kültür ortamı içinde kuvvetler ayrılığına ve bağımsız yargı ilkesine yer yoktur.

Mahkemelerin ve yargıçların gerçekten bağımsız olmaları, siyasal rejimin niteliğiyle ilgili öğelere (unsurlara) de bağlı bulunmaktadır. Diktatörlüklerde yargı bağımsız değildir, yargıç güvencesi de yoktur. Demokrasilerde ise yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi asıldır. Ancak, demokrasiler ile diktatörlükler arasında yer alan ve ünlü siyasal bilimci Rapoport'un «kararsız siyasal rejimler» dediği sistemlerde, yapısal ve toplumsal nedenler yüzünden, ortaya çıkan bozukluklar güvenlik ve hürriyet kavramları arasında sağlam bir dengenin kurulmasını engellemekte, bu yüzden rejimdeki yozlaşma, bozulma giderek bunalımlara ve siyasal hayatta kesintilere ve kopukluklara yol açmaktadır. Özellikle kitle toplumlarındaki ve pretoryen devletteki yozlaşma bu hale örnek olarak gösterilmektedir. Böyle ülkelerde diktatörlükler ve frensiz (anarşik) demokrasi birbirleriyle sık sık yer değiştirmektedir. Bunun sonucu da, formel kanun hükümlerine rağmen, yargı bağımsızlığının önemli ölçüde zedelenmesi olmaktadır.

Bir ülkede yargının ve yargıcın bağımsızlığı, bütün bu unsurların yanında, o ülkedeki kurumlaşma durumuna da bağlıdır. Kurum ve ku-

rumlaşma, Anayasa ve yasalarda yargı bağımsızlığının ve yargıç güvencesinin belirtilmesinden daha fazla bir şeydir. Bir ülkenin Anayasasında ve yasalarda, temel demokratik kurumlar belirtilse, hatta o ülkede siyasal katılma çok yüksek düzeyde olsa bile, kurumlaşmanın yeterli olmayışı yüzünden siyasal rejimde dengesizlikler ve aksamalar görülür. Kurumsallaşma, örneğin İngiltere'de görüldüğü gibi, geleneklerle de beslenen kurumların iyice yerleşmesi, topluma mal olması, kurumların görevlerinin bilincinde olmalarına ve ayrıca hak, yetki ve görevleri hususunda toplumdan ve kamu oyundan sağlam bir destek bulmalarına bağlıdır. Bu da ancak, bir demokraside hürriyetler ve tartışma ortamı içinde mümkün olabilir. Yargı kurumunun kurumsallaşması için de aynı şeyi söyleyebiliriz.

Anayasa Mahkemesi Yargıcı ve Siyaset

Türkiye'de Anayasa Mahkemesi ile ilgili olarak çok konuşulan sorunlardan biri de, Anayasa Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi yargıcının (üyesinin) siyasetle ilişkisi olup olamayacağı konusudur. Bu hususta tebliğimizin başında 1961 Anayasası yapımcılarının Anayasa Mahkemesine bakış biçimlerini ve literatürde bazı müelliflerin Anayasa Mahkemesine siyasal bir fonksiyon atfeden görüşlerine kısaca değinmiştik. Fakat her şeyden önce, bu noktada yeter derecede açıklığa kavuşabilmek için, siyaset kavramı üzerinde durmak ve siyasetin ne olduğunu tanımlamak gerekir.

Siyaset Nedir? Dar anlamda siyaset günlük politika olarak anlaşılabilir. Parti faaliyetleri, siyasal gösteriler, yürüyüşler, Hükûmet'in üst düzeyde aldığı kararlar siyaset alanına girer. Siyasetin bu dar anlamı yanında bir de geniş anlamı vardır. Bir tanıma göre (Lasswell) siyaset, «kimin neyi, ne zaman ve nasıl aldığını gösteren bir sanat ve bilimdir». Bir başka açıdan siyaset ülke, devlet ve makro planda insan yönetimidir. Bunlarla ilgili temel kararları almaktır. Siyaseti yönetici sınıfın yaptığını, siyasi sınıfın yönlendirdiğini söyleyen düşünürler de vardır. Bu görüşlere göre, Anayasa ve yasalar, egemen sınıfın isteği ve iradesi doğrultusunda siyasetin sınırlarını daraltır ya da genişletir.

Siyasetin bu dar ve geniş anlamları dışında, bir de siyasa (policy) kavramı vardır. Siyasa nedir? Siyasa, «hedef, program, amaç, yöntem olarak siyaset» diye tanımlanabilir. Siyaset ve siyasal sistem ve siyasi faaliyetler hakkında fikir tasarlamak, planlamak gibi işler, bir siyasal faaliyet olmaktan ziyade, bir siyasa faaliyetidir. Yüksek bürokrasinin ve bilim adamlarının siyasal konular hakkında objektif, teknik,

bilimsel raporlar hazırlamaları, öneriler sunmaları bu tip siyasa faaliyetlerine örnek olarak gösterilebilir.

Siyaset ve siyasa kavramlarını böylece tanımladıktan sonra, belirttiğimiz ölçüler içerisinde Anayasa Mahkemesi'nin siyasal bir kurum ya da kuruluş olmadığını ve Anayasa Mahkemesi yargıcının (üyesinin) politikacı olmadığını söylememiz gerekir. Siyasal sistem ve devlet yapısı içinde yer almakla beraber yargının ve Anayasa yargısının amacı ve görevi, siyaset yapmak değil, hukuki normları, Anayasayı ve yasaları, uygulamaktır. Tek kelime ile Anayasa Mahkemesi ve yargıcı, birer hukuk adamıdırlar. Gerçi ele aldıkları bazı önemli konularla, örneğin siyasi partilerin kapatılmasıyla ilgili davalarla ve siyasal rengi belirgin kanunlarla uğraşmak durumunda kalsalar bile, bu konuların siyasal içerikleri Anayasa Mahkemesi yargıcının siyasal karar almasını gerektirmeyeceği gibi, onu siyasal bir kişi hüviyetine de sokmaz. Çünkü, Max Weber'in de dediği gibi, siyasal kararlarda belirli ölçüde takdirilik, hatta keyfilik vardır. Anayasa Mahkemesi ve yargıcı, ele aldığı siyasal içerikli alanlarda hukuk normlarını (Anayasa, yasa ve diğer hukuk normlarını) belirli somut durumlara uygulamakta ve hukuk ilkelerine göre karar vermektedir. Yasama dokunulmazlığının kaldırılmasıyla ya da milletvekilliğinin düşmesiyle ilgili başvurularda ve alınan kararlarda da durum böyledir. Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi yargıcı, bazıları önemli ölçüde siyasal unsurlarla yüklü mesele ve davalarda bir politikacı gibi değil, bir hukuk adamı, gerçek bir yüksek yargıç gibi hareket edecek, maslahata uygunluğu değil, fakat objektif genel hukuk normlarına uygunluğu araştıracak ve kararlarını bağımsız olarak verecektir.

Anayasa Mahkemesine Yönelik Eleştiriler

Özellikle son zamanlarda basında ve bazı çevrelerde, Anayasa Mahkemesi ve üyeleri eleştirilmektedir. Anayasa Mahkemesi ve üyeleri eleştirilebilir mi? Bu soruya çağdaş bir demokraside ve temel hak ve özgürlükler ortamında ne kadar önemli olursa olsun her kurumun ve kişinin, bu arada Anayasa Mahkemesi ve üyelerinin de, eleştirilebileceği yolunda cevap vermemiz gerekmektedir. Demokrasilerde tabu kişiler ve kurumlar olmayacağından, bu ilke doğaldır. Ancak, Anayasa Mahkemesi gibi, devletin temel kuruluşları arasında yer alan bir kurumu ve onun üyelerini bazı kararlarından ve davranışlarından dolayı eleştirirken bu eleştirini nsınırı ve ölçüsü üzerinde dikkat ve titizlik göstermek gerektiğine inanıyoruz. Kuşkusuz Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlar bilimsel yönden doktrinde tartışılabilir ve eleştirile-

bilir; bilim adamları, bu konuyla ilgili uzmanlar, belirli bir kararın doğruluğunu, yanlışlığını, haklılığını ya da haksızlığını tartışabilirler. Bu normaldir ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarının gelişmesine önemli katkıda bulunur.

Siyasal amaçla yapılan ve daha çok siyaset adamları ve belirli bir görüş sahipleri tarafından Anayasa Mahkemesi'ne ve üyelerine yöneltilen eleştirilere gelince, bu konuda da şunu söyleyebiliriz. Bir demokraside ve özgürlük ortamında bu da mümkündür. Yalnız, yukarıda da belirttiğimiz gibi, eleştirinin makul sınırlar içerisinde kalması, temel bir devlet organının yara almaması yönünden gereklidir. Çünkü, bu gibi temel, ana kurumları ölçüsüz ve sınırsız biçimde yıpratmaya çalışmak sonuçta o siyasal rejimin ve Anayasal düzenin zaafa uğramasına ve bunun diğer kurumlara da zarar vermesine yol açabilmektedir.

Bütün bunların ötesinde özellikle basında çıkan eleştiriler karşısında, bu, yüksek kurumu temsil eden sayın Başkan'ın gerekli savunmada ve girişimde bulunmaya da yetkili olduğunu burada belirtmemiz gerekir. Anayasa Mahkemesi üyelerinin de, diğer yüksek yargıçlar gibi, basın organlarında bir eleştiriye cevap niteliğinde ya da bir kararı savunma amacıyla yazı yazabilecekleri ve fikirlerini serbestçe açıklayabilecekleri kuşkusuzdur. Kamu oyu da böylece, yapılan eleştirileri ve buna verilen cevapları karşılaştırarak konu hakkında aydınlanmış olacaktır.

Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Statüsü ve Çalışma Şartları

Anayasa Mahkemesi üyelerinin hukuki statüsü, mali statüsü, protokoldaki yerleri, çalışma şartları, bu arada bina durumları, araç-gereç ve büro hizmetleri bakımından imkânları, bu Yüksek Mahkemenin yüksek görevine uygun biçimde düzenlenmelidir. Anayasa, kanunlar ve içtüzük Anayasa Mahkemesi üyelerinin görev, yetki ve çalışma usullerini belirlemiş bulunmaktadır. Ancak, 1983 tarihli Kanun'la öngörülmüş bulunan İçtüzük henüz hazırlanmamış durumdadır. Üzerinde çalışmaların devam ettiğini öğrendiğimiz İçtüzük'ün biran evvel hazırlanarak yürürlüğe konmasının yerinde olacağını söylemek isteriz. Öte yandan Anayasa Mahkemesinin halen çalışmakta bulunduğu binanın da bu yüksek kuruluşun önemi ve düzeyi ile pek uyuşmaz durumda olduğuna burada işaret edelim. Üyelerin, raportörlerin ve personelin rahatça çalışabileceği, kitaplığı zengin ve çeşitli bilimsel ve mesleki

dergilerin ve bu arada günlük gazetelerin yer aldığı etüt salonları ile yeni bir Anayasa Mahkemesi binasının en kısa zamanda yapılması samimi dileğimizdir.

SONUÇ

Türk siyasal hayatındaki en son gelişmeler, Anayasayla ilgili tartışmalar, Parlamento'dan çıkarılan bazı önemli kanunlar (Siyasi Partiler Kanunu, Seçim Kanunu, Devlet Güvenlik Mahkemeleri Kanunu, Sendikalar Kanunu, Yüksek Öğretim Kanunu, Derneklerin ve Ticaret Odalarının Siyasetle Uğraşamayacaklarına Dair Kanunlar vs.) ve ayrıca Anayasa'nın 84. mddesiyle (TBMM Üyeliğinin düşmesi koşulları) ilgili tartışmalar Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yükünün gelecekte daha da ağırlaşacağını ve bu Yüksek Mahkemenin siyaset, hukuk ve bilim çevrelerinin ve basının ilgi alanı içinde devamlı olarak kalacağını, hata etmeden, söyleyebiliriz. Bu gerçekten güç, fakat aynı zamanda şerefli ve önemli olan görevinin yerine getirilmesinde Anayasa Mahkemesi'nin ve onun sayın Yargıçlarının (üyelerinin) hukuk devleti fikrini ön planda tutan bir yaklaşımla sorunları ele alması ve çağdaş, çoğulcu, katılımcı demokrasinin özerk birey ve kurumları ön plana çıkaran değerler sistemini devletin ve toplumun güvenliği ve esenliği ana ilkesiyle bağdaştıracak şekilde hareket etmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin ve onun değerli üyelerinin bu yüksek bilinçle görev yaptıklarına ve yapacaklarına inanıyoruz.

KAYNAKÇA

Aliefendioğlu, Yılmaz : «Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu,» ve Prof. Dr. Ergun Özbudun'un Yorumu. **Anayasa Yargısı,** Ankara, 1984.

——————— : «Anayasa Mahkemesi Üyeliği», **Amme İdaresi Dergisi,** C. 18, s. 3, Eylül 1985.

Azrak, A. Ülkü : «Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği,» **Anayasa Yargısı,** Ankara, 1984.

Armağan, Servet : **Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi,** İstanbul.

Carr, Robert K. : **The Supreme Court and Jodicial Review,** 1942.

Cox, Archibald : **The Role of the Supreme Court in American Government,** 1976.

Çağan, Nami : «Türk Anayasası Açısından Vergileme Yetkisi,» Doç. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu'nun Yorumu, **Anayasa Yargısı,** Ankara, 1984.

——————— : «Anayasa Çerçevesinde Kamu Maliyesinin Parlamenter Kontrolü,» **Anayasa Yargısı,** Ankara, 1986.

Çağlar, Bakır : «Anayasa Yargısında Yorum,» **Anayasa Yargısı,** Ankara, 1986.

Çaylıgil, Gülçin : «Parti Davaları ve Anayasa Güvencesi,» **Saçak,** s. 27, (Nisan 1986).

Dâver, Bülent : «Anayasa Mahkemesi Kararları Açısından Siyasi Partiler, Birkaç Örnek Olay,» **Anayasa Yargısı,** Ankara, 1986.

——————— : Cemil Oktay'ın «Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Yargı Açısından Anlamı ve Türkiye Örneği» Başlıklı Tebliği Hakkındaki Yorumu, **Anayasa Yargısı,** Ankara, 1984.

Duran, Lütfi : **Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanışı** (Bir İnceleme Özeti), Ankara, 1972.

Güran, Sait : «Anayasanın 128. ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri Bakanların Durumu,» ve Prof. Dr. Lütfi Duran'ın Yorumu, **Anayasa Yargısı,** Ankara, 1984.

——————— : «Anayasa Yargısında Yürütmeyi Durdurma,» **Anayasa Yargısı,** Ankara, 1986.

Jacobs, Clyde E. : **Justice Frankfurter and Civil Liberties,** 1961.

Jaffe, L. L. : **Englich and American Judges as Lawmakers,** 1969.
: «The Juztice Holmes,» **Reader,** 1955.

Kıratlı, Metin : **Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi,** Ankara, 1966.

Kili, Suna : «Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden 1961 ve 1982 Anayasaları,» **Anayasa Yargısı,** Ankara, 1984.

McCloskey, R. G. : **The American Supreme Court,** 1962.

Morrison, Fred L. : **Courts and Political Process in England**, 1973.

Oktay, Cemil : «Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Yargı Açısından Anlamı ve Türkiye Örneği,» **Anayasa Yargısı**, Ankara, 1984.

Özbudun, Ergun : «Anayasal Açıdan Kanun Hükmünde Kararnameler,» **Anayasa Yargısı**, Ankara, 1986.

Özden, Yekta Güngör : «Kanun Koyucu Gibi Hareketle Yeni Bir Uygulamaya Yol Açacak Biçimde Hüküm Tesisi'nin Anlamı,» **Anayasa Yargısı**, Ankara, 1986.

Sağlam, Fazıl : «Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar» ve Doç. Dr. Metin Günday'ın Yorumu, **Anayasa Yargısı**, Ankara, 1984.

Schubert, Glendon A. : **Constitutional Politics. The Political Behavior of Supreme Court Justices**, 1960.

Soysal, Mümtaz : «Temel Nitelikleriyle 1961 ve 1982 Anayasaları (Karşılaştırmalı)» **Anayasa Yargısı**, Ankara, 1984.

———— : «Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler,» **Anayasa Yargısı**, Ankara, 1986.

Tan, Turgut : «1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği (Güçlü Devlet ya da Güçlü Yürütme),» ve Prof. Dr. Yıldızhan Yayla'nın Yorumu, **Anayasa Yargısı**, Ankara, 1984.

Tanilli, Server : **Devlet ve Demokrasi** (Anayasa Hukukuna Giriş), İstanbul, 1985.

Teziç, Erdoğan : «Anayasa Mahkemesinin Esasa İlişkin Denetimi,» **Anayasa Yargısı**, Ankara, 1986.

———— : «1982 Anayasasına Göre Anayasaya Uygunluğun Denetimi,» **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, C. 3, s. 1-3 (1982).

Tikveş, Özkan : **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Anayasa Yargısı**, İzmir, 1979.

Yayla, Yıldızhan : «1982 Anayasasına Göre Devletin Özü,» **İdare Hukuku ve İlimler Dergisi**, C. 4, s. 1-3 (1983).

TARTIŞMA

NAHİT SAÇLIOĞLU*

Temas etmek istediğim noktalar, temelde bir türlü benimseyemediğim iki noktaya inhisar etmektedir; ama, bunlarla ilgili olarak iki yan sorum daha olacak.

Anayasada Anayasa Mahkemesine yüksek mahkemeler arasında yer verilmesi benimseyemediğim noktaların birincisini teşkil etmektedir. İkincisi ise Anayasa Mahkemesi üyelerine «Anayasa yargıcı» denilmesidir. Bunu da terim olarak ve ana fonksiyon olarak benimseyememekteyim. Bunların dışında, bir de yasama ile Anayasa Mahkemesi arasında ve keza yürütme ile Anayasa Mahkemesi arasında, tam bir terim bulup oturtamıyorum şu anda, uyumlu diyeceğim yani tam da uyumu olmayan iki noktaya da ayrıca temas etmek istiyorum.

Anayasa Mahkemesine Anayasada yüksek mahkemeler arasında yer verilmiş olması; evet, bu bir Anayasa metnidir, buna uyacağız, bunu böyle söyleyeceğiz, kabulleneceğiz tabii ve ayrıyeten itaata mecburuz. Anayasa Mahkemesinin yeri belki yargı bölümüdür, ama yüksek mahkemeler arası mıdır? Bendeniz bunu benimseyemiyorum. Anayasa Mahkemesinin yüksek mahkemeler arasında yeri olmamak gerekir. Sebebi : Klasik anlamda bir yargı organı değildir, yani klasik anlamda bir yargı görevi yapmaz. Şekli bakımdan yaptığına bazıları «Yasayı Anayasa karşısında yargılıyor» diyorlar ise de, yaptığı iş yasanın Anayasa karşısında bir yargılanması değildir. Buna yasa bile denetim diyor. Fonksiyonun temel niteliği denetimdir, yargılama değildir. Yargılamada malum olduğu üzere taraflar vardır, karşılıklı iddialar vardır ve hâkim bunlar arasında hakkı söyler. «Sen haklısın, sen haksızsın» diyerek bir ayırım yapar. Bunu da kendine göre hukukun ölçüleri, klasik ölçüleri içerisinde yapar. Fakat, Anayasa Mahkemesi böyle bir iş yapmaz. Ne bir Tehiri icra davasına bakar ne sicil iptaline, ne de bir boşanma, tahliye davasına; hırsızlık, adam öldürme davalarına. Yani, fonksiyonel bakımdan, Anayasa Mahkemesinin yaptığı iş bu tür

(*) Anayasa Mahkemesi Emekli Üyesi.

bir iş değildir. Sonra, alt mahkemesi yoktur ki, kendisine üst mahkeme denilsin.

Temelde yaptığı iş yasaların Anayasaya uygunluğunun denetimidir dedik. Evet, bu denetimi yaparken ne diyor Anayasa Mahkemesi veyahut yaptığının sonucu ne oluyor : yasamaya bir nevi ışık tutma oluyor. Hatta hatta, onun ışığına riayetkâr bir yasama organı mevcut ise, ona adeta yön veriyor. Hatta, biraz daha ileri giderek söylemek gerekirse —1961 Anayasasında bu mümkün idi şimdi bu imkânlar daraltılmış belki de ortadan kalkmıştır— Anayasayı dahi yaptığı yorumlarla her an yeniliyor. Anayasa tadillerini bile önleyebilecek bir durum ihdas edebiliyor; bu yönüyle de anayasa mahkemeleri şu anda bizde de vize olamayacak ise de bir kurucu güç niteliğini iktisap ediyor. Bir kurucu meclis değildir elbette; ama, Anayasaya yeni anlamlar vermek suretiyle Anayasayı yenilemekten, yani bir kurucu meclis, niteleyerek yenilenmekten kurtarıyor. İşte bütün bu vasıfları itibariyle, ne Anayasa Mahkemesinin yüksek mahkemeler bölümünde yer almasını mümkün görüyorum, ne de Anayasa Mahkemesi üyelerine, üyeliği dışında hâkim sıfatının verilmesini doğru görüyorum. Vakıa, parti kapatıyor, Yüce Divan olarak bir ceza mahkemesi gibi davaya bakıyor; ama bunlar onun adeta ek görevleridir. Kendi kuruluş sebebini teşkil eden görevler değildir. Bir müessesenin adını ek görevlerinden değil, ona hayatiyet veren, varlığını meydana getiren temel fonksiyonundan alması gerekir.

Bu itibarla, bu iki noktayı benimseyemedim. Sayın Profesörün bu noktalarda şahsi ve bilimsel kanaatlerini istirham edeceğim.

Yan olarak da temas etmek istediğim iki nokta da şunlar; Anayasa Mahkemesiyle —kendileri de temas buyurdular— icra ve yasama arasında da bir uyum-uyumsuzluk gibi veyahut sürtüşme gibi, henüz bilemiyorum şu anda onu düşünemedim; fakat hoş olmayan iki noktaya işaret edeceğim. Birisi, yasamayla ilgili; bu 1961 döneminde de bundan senelerce evvel olduğu gibi Anayasa Mahkemesi farzedin buyurduğunuz gibi bir yasayı iptal ediyor. Bu iptale uyan bir yasama hemen adeta o iptal yokmuşcasına bir yasa çıkarırsa, «Sen çıkar, ben iptal edeyim; sen iptal et, ben çıkarayım» bu bir devamlı sürtüşmeye yol açar mı? Yani, burada bir vaız noksanı var gibime geliyor.

İkincisi, sayın Profesör de işaret buyurdular, icra ile hâkim teminatı ve mahkeme bağımsızlığı konusunda, kuvvetler ayrılığı ve kuvvetler dengesi hakkında. Anayasa da aslında kuvvetler arasındaki denge-

den bahsediliyor. Şimdi, kanun hükmünde kararnameyle, yalnız Anayasa Mahkemesi için değil bu, ama şimdi onlara da sirayet ettirildi, bütün yargı organlarının aylık ücretlerini, şimdi de kendi kendine, tayin edecek. Peki, icra bunu tayin ederse bağımsız diyebilecek miyiz buna, tam teminatlı diyebilecek miyiz buna? İcra aslında bu şekilde kararname çıkarma hakkını Anayasanın şekli hükümlerinden mi almakta, yoksa esprisinden mi almakta; Anayasanın esprisi icraya bu şekilde kararname çıkarma yetkisini veriyor mu?

YILMAZ ALİEFENDİOĞLU*

Sayın Başkanım, belirlediğiniz sınırlama doğrultusunda birkaç soru sormak istiyorum. Önce sayın konuşmacıyı zevkle dinlediğimizi ve çok yararlandığımızı belirtmek isterim. İlk sorum şu :

Dış ülkelerde asıl, yedek üye ayırımı var mıdır? Varsa yedek üyelerin işlevi nedir?

İkincisi; Bizim 1961 ve 1982 Anayasalarında asıl - yedek üye ayırımı var. 1982 Anayasasında Danışma Meclisi taslağında asıl - yedek üye ayırımına yer verilmemiş olmasına karşın, konseyde asıl - yedek üye ayırımı benimsenmiştir. Asıl - yedek üye ayırımıyla güdülen amaç nedir, bu ayırımın yararı var mıdır?

Üçüncüsü; Anayasanın 146 ncı ve 147 nci maddelerinde hem başkan seçimi ile ve hem de üyeliğin düşmesiyle ilgili olarak «Anayasa Mahkemesi üye tam sayısının salt çoğunluğu» deyimi var. Anayasa Mahkemesi üye tam sayısının salt çoğunluğuyla başkanını seçer ve üyeliğin düşmesi hakkında karar verir. Bununla ne anlaşılmaktadır. Burada üye tam sayısıyla Anayasanın kastettiği asıl ve yedek üyeler toplamı mıdır. Yoksa, sadece 11 kişiden mi söz edilmektedir?

Dördüncüsü; Anayasanın 153 üncü maddesinde, eski Anayasanın 114 üncü maddesinden alındığı izlenimi veren «Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir kısmını iptal ederken kanun koyucu gibi hareketle yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez» hükmü bulunmaktadır. Bunun anlamı nedir? Uygulamada bir içerik taşımakta mıdır?

(*) Anayasa Mahkemesi Üyesi.

YEKTA GÜNGÖR ÖZDEN*

Sayın konuşmacının konuşmalarından çok yararlandık. İki konuda açıklamada bulunmasını rica edeceğim.

Bir tanesi; Siyasal ilişkiler sözkonusu edildiğine göre Anayasa Mahkemesi üyelerinin yazı ve demeçleri için ne düşünüyorlar?

Bir de, Anayasa Mahkemesi üyelerinin özel hiçbir görev alamayacağı kuralı karşısında, Anayasa Mahkemesi üyeliği sözkonusu edildiğine göre, hangi işler alınabilir, hangi görevler yerine getirilebilir? Örneğin; Kayyımlık gibi. Bunlar için ne düşünüyorsunuz?

Bir de, önemli gördüğüm konu şu; Dediniz ki, eleştiriler içinde özellikle son dava da var. Şimdi karar açıklanmadan gerekçesi belli olmadan, onun üzerine kimsenin eğilme olanağı bulunmadan, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun «yargıç eylem ile bağlıdır, ama nitelendirme görevi de yetkisi de yargıca aittir» kuralı gözardı edilerek yapılan zamansız eleştirilerin ciddiye alınması mümkün mü?

Hâkim Tuğgeneral EDİP GÜLTEKİN**

Sayın konuşmacı doyurucu tebliğleriyle Anayasa Mahkemesi üyelerinin görev süresi konusuna da temas ettiler, fakat çok kısa geçtiklerini sanıyorum. Sanıyorum diğer ülkelerde, özellikle İtalya'da, Fransa'da ve İspanya'da Anayasa Mahkemesi üyelerinin görev süreleri belli bir yıl ile sınırlanmış, Türkiye'de böyle bir sorun bahis konusu değil, 65 yaşına kadar göreve devam etmeleri mümkün. İstatistiki bilgilerle de desteklenmek suretiyle, Anayasa Mahkememizin 24 yıllık geçmişinde üyelerinin görev süreleri ne kadar olmuştur? Bizde de böyle bir sınırlama düşünülebilir mi? Böyle bir sınırlama güvenceyle bağdaşır veya çelişir mi?

Bir diğer konu; Anayasa Mahkemesi elbetteki üyelerinden oluşur. Üyelerin oluşum şekilleri, gerek seçimleriyle gerekse seçildikleri yerler itibarıyla, Sayın Hocamıza uygun mudur? Buna daha ilave edilmesi gereken bazı kesimler var mıdır?

(*) Anayasa Mahkemesi Üyesi.

(**) M.S.B.'lığı Askeri Adalet İşleri Başkanı.

CEVDET İLHAN GÜNAY*

Sayın Hocamdan Yugoslavya'da Anayasa Mahkemesinin bulunup bulunmadığını hususunu soruyorum.

İkincisi; Anayasamızın 148 inci maddesinin 2 nci fıkrasına göre kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın öngörülen çoğulukla yapılıp yapılmadığı yönüyle sınırlıdır. Son görüşmeden evvelki görüşmelerde nisap sağlanıp sağlanamadığı hususunun incelenme dışında bırakılması, demokrasi ve hukuk devleti ilkesi yönlerinden kabul edilebilir mi?

BÜLENT DÂVER — Güzide konuklar, başta sayın Nahit SAÇLIOĞLU olmak üzere dostlarımız, arkadaşlarımız, öğrencilerimiz çok ilginç sorular sordular. Evvelâ bir noktayı belirtmeliyim. 45 dakika konuştum ve bu 45 dakika içinde de bana verilen bu görevi ana hatlarıyla yapmaya çalıştım. Yalnız bu süre içinde tabiatıyla her konuya ayrıntılı olarak giremedim. Bunu yazılı metinde göreceksiniz.

İkincisi; Cevap verme bakımından evvela sayın SAÇLIOĞLU'nun söylediği mesele gündeme gelmiş bulunuyor. Bu mesele, yani Anayasa Mahkemesinin yaptığı iş, Anayasa Mahkemesi yargıcının görevi, yargı kavramı, klasik yargı kavramı soyut ve somut denetimi, bir görüşe göre, başta da söyledim, yargı işi olmayıp bir denetimdir deniliyor. Asıl görevi budur. Yüce Divan veyahut milletvekilliğinin düşmesi hakkındaki karar, yasama dokunulmazlığı hakkındaki karar, bunlar ek görevlerdir deniliyor. Yani pek yargı unsuru, daha doğrusu pek yüksek mahkeme unsuru görülmüyor deniyor. Üstelik bu bir üst mahkeme de değildir deniyor. Doğrudur. Üst mahkeme değil, Yüksek Mahkeme. Üst mahkeme kavramı Yüksek Mahkeme kavramından biraz farklı. Bazı mahkemeler hem üst mahkeme hem de Yüksek Mahkemedir; ama burada bir derecelenme yok. Bu bakımdan Sayın SAÇLIOĞLU haklı. Ancak 1961 Anayasasını yapanların Anayasa Mahkemesinin niteliği ve görevi, fonksiyon anlayışı ile; 1982 Anayasasını hazırlayanların Anayasa Mahkemesine verilecek nitelik ve bu görevin mahiyeti hakkındaki görüşleri farklı. Elbette aramızda bu ikinci Anayasanın yapılmasına katılmış olan değerli arkadaşlarımız da bulunuyorlar. Bu itibarla gerekirse bu arkadaşlarımız da bu konuda burada da söz alabilirler, bir katkıda bulunabilirler. Fakat ben şu kadarını söyleyeyim ki Anayasa Mahkemeleri elbette klasik yargı kavramından uzaktır. Yargı klasik manada, geleneksel manada bir normun, belirli bir meseleye,

(*) Anayasa Mahkemesi Raportörü.

bir alacak davasına, bir kavga, bir mera davası, yaralama gibi durumlara katkısı olarak tanımlanırdı; ama çağdaş anlamda ihtiyaçların etkisiyle yargı kavramı genişletildi ve Anayasal yargı diye içinde denetim de olan bir yargı kavramı ortaya çıktı. Bunun adı bütün hukuk kitaplarında Anayasal yargıdır. Bu itibarla içinde hem denetim, hem de bir yargı ameliyesi var. Bu yargı ameliyesinde de biz klasik örneklerini demin verdiğim şekilde bir yargıyla değil, daha geniş kapsamlı bir yargı, yeni bir yargı anlayışıyla karşı karşıyayız.

Bu itibarla sayın Anayasa Mahkemesi eski üyesi çok değerli SAÇLIOĞLU'nun bu görüşüne hürmet etmekle beraber, katılmadığımı tekrar belirteyim.

Çatışmaya gelince, çatışma, sürtüşme, uyuşmama gerçekten güzel buyurdular, yani hem yasamayla olmaktadır, olacaktır, hem de yürütmeyle kanun kuvvetinde kararnameler nedeniyle, biraz da ileride çıkacaktır. Sempozyumun son konuşmasında, arkadaşlarımızdan son konuşmaları yapanlar icranın kanun kuvvetinde düzenleme yetkisi konusunda ki bildirilerde, sanırım bu konulara değineceklerdir.

ÖZDAĞLAR meselesinde gerekçe açıklanmadan basında bu türlü eleştiriler yapılmasını, ben de, hakikaten uygun bulmuyorum. Yani bakalım nedir? Hakikaten hangi gerekçeyle, gerçi özü biliniyor. Rüşvet olayı sabit olmamış; fakat görevini kötüye kullanmıştır. Özü budur. Tabii ama bunun ne şekilde gerekçelendirildiği hususu da mühimdir. Bu bir.

İkincisi; Anayasa Mahkemesini ulu orta köşe yazılarında tenkit etmeden önce Anayasa Mahkemesinin Anayasaya, kanunlardaki mevcut hükümlere göre karar verdiğini gözetmek gerekir. Bu itibarla bu çok nazik meselede ben Anayasa Mahkemesinin ne savunucusu, ne de avukatıyım. Anayasa Mahkemesinin sayın başkanı da, üyeleri de kendilerini savunacak güçte ve yetenektedirler. Onun için hak adına hukuk adına, doğruluk adına söyleyeyim ki hakikaten bu nokta haklı değil. Yani Anayasa Mahkemesini bu işlerle yıpratmak için hemen hücuma geçmek doğru değil. Biraz olsun düşünüp tetkik edip, incelesinler, ondan sonra eleştirsinler. Tabii ki, eleştirilemez değil, eleştirebilirler; ama, böyle acele bir eleştiri zamansızdır. Kendilerine katılıyorum.

Görev süresi hakkında, Askerî Yargı Başkanı Sayın Tuğgeneral, çok güzel bir soru sordular. Şimdi çeşitli Anayasalarda görev süreleri değişik olarak belirtiliyor. İsterseniz konuya açıklık getirmek üzere —bu kısım tebliğimde pek belirmedi— Federal Alman Bonn Ana-

yasası, 92 nci maddeye göre, durum; Yargı yetkisi kimler tarafından kullanılıyor. Federal Anayasa Mahkemesi, dikkat buyurun, Yargı yetkisi diyor; Yani Anayasa Mahkemesini de yargı yetkisi kullanan organlar arasında en başta sayıyor. Federal Yüksek Mahkeme, temel teşkilât kanununda gösterilen federal mahkemeler ve eyalet mahkemeleri, demek ki Anayasa Mahkemesi de bir yargıdır.

Üyelerin oluşumuna gelince; Federal Almanya Anayasa Mahkemesi, 94 üncü maddenin birinci fıkrasına göre, federal yargıçlardan ve diğer üyelerden oluşur. Federal yargıçlar var ve diğer üyeler var. Karma bir sistem. Fakat ağırlık federal yargıçlar üzerinde. Burada yargıç ve üye ayırımı yapıyor. Biz ise hepsine toptan üye diyoruz. Konuşmada yargıç veya yüksek mahkeme yargıcı diyoruz. Yüksek mahkeme üyesi diyoruz. Bu Federal Alman Mahkemesinin üyelerinin yarısıda millet meclisi veyahut senato tarafından seçilir. Bu federal yargıç ve diğer üyeler millet meclisi ve senatonun, federal hükümet veya eyaletlerin buna tekabül eden organlarının, mensupları olamazlar. Bu ikisi bağdaşmaz. Başka işleri yapıp yapamayacakları herhalde kendi özel kanununda sayılmıştır. Hangi işleri yapamayacaklarını 94 üncü maddenin ikinci fıkrası söylüyor. Anayasa Mahkemesinin kuruluş ve işleme usulleri federal bir kanunla düzenlenir. Bu kanun Anayasa Mahkemesinin hangi kararlarının hangi hallerde kanun geçerliliğinde olacağını göstermektedir. Yalnız bu kanun geçerliliğindelik, bildiğimiz kanun normunu yaratmak değil, uyulması gerekli hüküm anlamında kullanılmıştır.

İspanya Anayasasına gelince; Burada dikkat edilecek nokta —Sayın ALİEFENDİOĞLU'nun sorduğu sual— asıl üye, yedek üye deyimi yok. Öyle anlaşılıyor ki hepsi asıl. Bu sadece Avusturya'da var. İsterseniz onu okuyayım. Avusturya Anayasasının 147. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi bir başkan, bir başkan yardımcısı ve 12 üye ile 6 yedek üyeden oluşur. Anayasa Mahkemeleri içinde yedek üye terimi kullanılan sadece Avusturya. İspanyaya gelince; Bilindiği gibi Franco rejiminden çıkmış olan İspanya'da 1978 tarihli Anayasa en yeni anayasalardan ve Anayasa Mahkemesini yeni kuranlardan. Aynı nedenlerle aynen şöyle diyor 159 uncu maddede; Anayasa Mahkemesi Kral tarafından atanan 12 üyeden oluşur. Bu 12 üyenin 4'ü Millet Meclisinin, 4'ü de senatonun 3/5 çoğunlukla seçecekleri, iki üye hükümetin teklifi, 2 üye de genel konseyin teklifi üzerine Kral tarafından atanır. Anayasa Mahkemesi üyelerinin hâkimler, savcılar, üniversite profesörleri, kamusal görevliler ve avukatlar arasından atanması gerekir. Bu üyelerin —bu da üye deyimini kullanıyor —hepsinin ilmî otoriteleri

kabul edilmiş müsellem hukukcular olması; ve 15 yıldan fazla süreyle bu görevlerini sürdüren kişiler olmaları gerekir. Anayasa Mahkemesi üyeleri 9 yıl için seçilirler, atanırlar ve her 3 yılda da bu üyelerin üçte biri yenilenir. Evet temel hükümleri daha ayrıntılı olarak makalemde basıldığı zaman belirteceğim. Esasları bunlardır. Bu üyelerin görev sürelerini hemen çoğu belki bütün ülkeler sınırlandırmışlar. Belirli bir zaman sonra yeknesaklık, monotonluk, temponun azalması ve hakikaten yüksek niteliklere sahip olsa bile, yaş icabı, bazı durumlarda sakıncalar çıkabileceğini düşünmüş olabilirler. Bu itibarla 6 yıl, 9 yıl gibi sürelerle ve her üç yılda bir de bunları yenileyerek dönmesini sağlıyorlar. Ama buna mukabil 65 yaşına kadar görev yapabilecek bir üyenin de güvencesi tamdır. Azledilemeyecektir, kendisi istemedikçe emekliye ayrılamayacaktır. Daha bağımsız karar vermek durumunda. Halbuki öbürü seçilmek için belki başka şeyler yapabilir. Kulisler yapabilir, seçilme şeyleri başlayabilir. Neyse. Yani bence bu konu da iyice araştırılmalı, tartışılmalı ve ortaya konulmalıdır. Raportör arkadaşımız zannediyorum Yugoslavya'daki durumu sordu. Yugoslavya'daki durumu tetkik etmedim. Genellikle sosyalist ülkelerde bu şekilde bir Anayasa yargısını kabul etmek adet değil. Ne Sovyetler Birliği'nde var, ne de Doğu Almanya'da var. Ne Polonya Anayasasında var. Fakat bu ülkenin, Yugoslavya'nın çok büyük bir özelliği var. O da bu ülkenin genç bir cumhuriyet oluşudur. Yugoslavya çok çeşitli etnik gruplardan kurulmuş bir ülke ve stabilizesi de çok zor. Hassas dengeler üzerine oturuyor. Öyle bir ülkede buna benzer bir kuruluş olması muhtemeldir. Fakat ben bu konuyu tetkik etmedim. Böyle bir Anayasa Mahkemesi, sosyalist mantık ve diyalaktik içinde, kuşkusuz batıdaki Anayasa Mahkemelerinden farklı olacaktır.

Şekil bakımından veya esas bakımından aykırılıktaki meseleler üzerine çeşitli görüşler ileri sürülebilir. Mazide bazı parlamento karışıklıkları diyelim, bazı parlamento taktikleriyle o kadar çok bozulacak şekil noksanı gösterecek durumlar olmuştur ki bunları —tahmin ediyorum— önlemek ve sık sık kanunların iptal edilmesine —bilhassa şekil bakımından— mani olmak üzere temel neden sayılmıştır. Başka sebepler de ilave edilebilirdi. Ayrıca, arkadaşlarımızdan zannedersem burada Anayasayı hazırlayanlar arasında olanlar var. Birkaç kişi var belki. Sanıyorum bunlar bunu daha iyi cevaplandırabilirler. Ben şahsen Danışma Meclisi üyesi değildim. Çalışmalarına da katılmadım. Davet de almadım. Bu itibarla geri planda neler düşünüldüğünü ve arkadaşlarımız herhalde daha açıklıkla ortaya koyabilirler diye düşünüyorum.

İNSAN HAKLARI AÇISINDAN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN NİTELİĞİ

DÜŞÜNCELERİ, AÇIKLAMA ÖZGÜRLÜĞÜ, YIĞINSAL İLETİŞİM ARAÇLARI VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

İKİNCİ OTURUM

OTURUM BAŞKANI : **Prof. Dr. Cumhur FERMAN**

KONUŞMACILAR : **Prof. Dr. Mümtaz SOYSAL**

Doç. Dr. Ersan İLAL

İNSAN HAKLARI AÇISINDAN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN NİTELİĞİ

Prof. Dr. Mümtaz SOYSAL*

Bir konuşmanın konusu «İnsan hakları açısından temel hak ve özgürlüklerin nitelikleri» olunca, bunun anlamı olsa olsa şu olabilir: Anayasada «Temel Haklar ve Ödevler» başlığı altında somut biçimde maddelendirilmiş birtakım haklar, özgürlükler ve ödevler sayılmaktadır; bunların «insan hakları» kavramı ile karşılaştırıp değerlendirmek.

Genellikle karşılaştırılarak yapılacak değerlendirmelerde, somut olan bir ölçüye göre pek o kadar somut olmayan, belirsiz olan birtakım şeyler ölçülür ve değerlendirilir. Oysa, konumuzda, ölçmeye çalışacağımız kavramlar, haklar, özgürlükler ve ödevler pozitif bir biçimde, pozitif hukukun parçası olarak 1982 tarihli Türk Anayasasında sayılmış olan haklar ve ödevlerdir. Dolayısıyla, somut olan, belirli olan, onlardır. Onları, niteliği tam ve genel olarak tanımlanmamış olan, evrensel olduğu ölçüde belirsiz sayılabilen ve daha da önemlisi, bugünün dünyasında son derece tartışmalı bulunan bir kavramlar bütünüyle karşılaştırmak gerekecek. Bu bakımdan, yapacağım iş, oldukça zor bir iş. Eğer tersi geçerli olsaydı, yani belirsiz olan birtakım durumları çok belirgin birtakım durumlarla karşılaştırmak ve ondan sonra değerlendirmek sözkonusu olsaydı, iş biraz daha kolaylaşmış olurdu.

Ama bu karşılaştırmayı bütün güçlüğüne rağmen yapmak gerekecektir. Güçlük, bir ölçüde, bazı bakımlardan aşılmış olabilir: eğer «insan hakları» kavramını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin kavramları olarak alırsak. Çünkü, o da, tıpkı herhangi bir Anayasa gibi, bağlayıcılığı ortaklaşa kabul edilmiş olan, uygulanan, Mahkeme önünde açılmış davalarda ölçü olarak kullanılan ya da Komisyona başvurmayı gerektiren durumlarda Komisyon'da ölçü olarak alınan bir pozitif hukuk metnidir. Dolayısıyla tartışmanın ya da karşılaştırmanın o bölümü, yani Türk Anayasasındaki haklar ve özgürlükler ile Avrupa İnsan

---

(*) A.Ü. S.B.F. Öğretim Üyesi.

Hakları Sözleşmesi'nin karşılaştırılması, oldukça kolaydır. Çünkü buradaki bağlayıcı metnin karşılaştırılması gerekecektir ve bu aslında bizim hukukumuzda, Avrupa Konseyine üye olan başka devletlerin hukuklarında da olduğu gibi, yapılması gerekli bir karşılaştırmadır da. Belki bizim hukukumuzda ve bizimle birlikte Malta ve kendisine Kıbrıs Cumhuriyeti denilen Kıbrıs Rum Yönetimi açısından bu karşılaştırmanın önemi başka yerlerde olduğu kadar büyük değildir. Çünkü biz, bu öbür devletlerle birlikte, (son olarak Yunanistan aramızdan ayrıldı), henüz Avrupa İnsan Hakları Komisyonunda kişisel başvuru hakkını tanımış değiliz. Dolayısıyla, iç hukukta bütün yolların tüketilmesinden sonra, kişilerin haklarını aramak üzere Komisyona bireysel olarak başvurabilmeleri henüz tanımış olduğumuz bir hak değildir. Ama öbür devletler bu hakkı tanıdıklarına göre, onların hukuklarında bu tartışmayı ve bu karşılaştırmayı yapmak daha da önem kazanmaktadır. Ama, yine de bizim açımızdan, Avrupa Konseyi Üyesi olan bir devlet olarak, bu haklar ve özgürlüklerle bağlı olduğumuza göre, karşılaştırmanın yine de pozitif hukuk açısından değeri inkâr edilmez.

Ama öbür karşılaştırma oldukça zor ve anlamı da oldukça felsefî bir karşılaştırmadır. Öbür karşılaştırma dediğim, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi değil, Birleşmiş Milletlerin 10 Aralık 1948 de kabul ettiği Evrensel İnsan Hakları Bildirgesidir. «Bildirge» deyimini «beyanname» karşılığı kullanıyorum. «Bildiri», «tebliğ» karşılığı kullanıla gelen bir söz olduğu için.

Bu karşılaştırma, yani ikinci karşılaştırma, niçin önemlidir? Çünkü Bildirge, Birleşmiş Milletlerin 1948 de kabul etmiş olduğu Bildirge, gerçi hukuken bağlayıcı gözükmeyen, yaptırımı olmayan bir bildirgedir ama, kendi Başlangıç bölümünde de belirttiği gibi, bütün insanlık için insan haklarının gerçekleştirilmesinde ortak bir başarı ölçüsüdür, kıstasıdır. Bizim resmî çeviri metinlerimizde bu «ortak başarı ölçütü» sözü kaybolmuş; «Gerçekleştirilmesini sağlayan» falan gibi yuvarlak bir cümlenin içinde yok olmuştur. Oysa, geçerli resmî metinlerine baktığımız zaman, Birleşmiş Milletlerin geçerli dillerindeki resmî metinlere baktığınız zaman, orada Birleşmiş Milletler Bildirgesi için «standart» terimi kullanılıyor. Bizdeki resmi çeviriye geçmemiş bu. Evet, «standart» terimi kullanılıyor ve bunun «ortak bir başarı standardı» olacağı, sayılan hakların ve özgürlüklerin bugün dünyada henüz gerçekleşmemiş, tam anlamıyla gerçekleşmemiş olabileceği bir ölçüde kabul ediliyor. Ama, bir ölçüde de, bunun gerçekleştirilme zorunluluğunu vurgulamakta ve özellikle de bu gerçekleştirmeye doğru gidişte her toplumun ne kadar başarılı olabildiğinin ölçütü olarak böyle bir

bildirgenin yayınlandığını belirtilmektedir. Dolayısıyla, Bildirge, kendisinden sonra çıkartılan sözleşmelere göre bir bağlayıcılığı olmayan, yaptırımı olmayan, mekanizmaları bulunmayan bir metindir; ama farkına varılmadan aslında bütün o metinlerden, yanı yaptırımları, mekanizmaları bulunan metinlerden çok daha fazla ağırlık kazanmıştır zamanla ve belki de hukuk tarihinde yaptırımı, mekanizması falan bulunmayıp da, bu ölçüde ağırlık kazanan tek metindir. Niçin? Çünkü, yapılışında hiçbir devlet aleyhte oy kullanmamıştır. Tarihe dikkatinizi çekmek isterim : 1948, yani İkinci Dünya Savaşının hemen ertesinde, soğuk savaşın başlamakta olduğu, hatta kızıştığı yıl. İkinci Dünya Savaşı sırasında Alman, İtalyan ve Japon ittifakına karşı, yani değişik bir yönetim anlayışını savunan ittifaka karşı bir araya gelmiş olan, kendisi de çok değişik iki ideolojiyi temsil eden blok, yani liberal devletler bloku ile Marksist Sovyetler Birliği, ortak bir zemin olarak, savaşın gerekçesi diye kullanabilecekleri ortak bir zemin olarak, insan hakları kavramını işlemişlerdi. O ortaklık, yani Atlantik Bildirisi ile başlayan, Birleşmiş Milletler kavramının ortaya atılması ile sürdürülen ve 1944'te Dumbarton Oaks Konferansında işlenen insan hakları kavramı, henüz bu toplumlar arasındaki bağlayıcılığını, yani iki büyük ideolojiyi bir araya getiriciliğini yitirmiş değil. Ama soğuk savaş başlamıştı ve bu soğuk savaş, aslında bildirgenin özünü meydana getiren insan hakkı kavramı, yönetim anlayışı, dünyada egemen olması gereken ideoloji bakımından sürdürülecek olan ve bugün hâlâ süren bir savaştı. Başlangıcında, henüz kutuplaşmalar keskinleşmeden, 1948'de, bu Bildirge üzerinde, oybirliği demiyeyim ama, karşı oy kullanmama başarısı sağlandı; birtakım devletler çekimser kaldılar : Sosyalist blok ki, Sovyetler Birliği ile birlikte Doğu ve Orta Avrupa'da savaştan sonra kurulmuş olan sosyalist devletler söz konusu idi; bir de Suudi Arabistan bu Bildirgeye olumlu oy vermediler. Fakat, karşı da çıkamadılar; çünkü savaş sırasında «insanlığın gerçekleştirilmesi gereken ortak değerleri» diye bu değerler vurgulanmıştı; Roosevelt'in dört ana özgürlüğü ile birlikte. Hiçbir devlet, Türkiye de dahil, 1948 yılında, bu Bildirge Paris'te, yani Fransız İhtilalinin çıkardığı «İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesi»nin yapıldığı yerde oylanırken, aleyhte oy kullanmamıştı ve o zamandan beri, kutuplaşmalar, ideolojik kutuplaşmalar çok keskinleştiği halde, bugün de hâlâ hiçbir devlet karşı çıkmamaktadır. O zamandan beri, Birleşmiş Milletlere üye olan devletlerin niteliğinde büyük değişiklikler olduğu ve Üçüncü Dünya denen dünya, çok değişik özgürlük hak anlayışı ile birlikte Birleşmiş Milletlere girdiği halde, yine o devletlerden hiçbirisi bu evrensel bildirgeye karşı çıkmamaktadır. Hatta evrensel bildirgeyi kabul ediş, Birleşmiş Milletlere gi-

rışın bir çeşit başlangıç adımı ya da anlamını veren bir hareket sayılmaktadır. Birleşmiş Milletlere giren devletler kendi içlerinde ve dışlarında dünyaya gerçekleştirilmesi gereken ortak değerler olarak bu değerleri kabul etmektedirler ve bu gelişme, yani karşı çıkmayış ve zaman içinde de karşı çıkmayışın sürmüş olması, yavaş yavaş bu Bildirgeye çok büyük bir ağırlık kazandırmıştır. Öyle ki, bugün insan olmanın ölçüsü, devlet içinde ve devletler arasında insanca yaşamanın ölçüsü ya da ölçütü, kıstası, bu Bildirge olmuştur. Bunun için, onunla yapılacak olan bir karşılaştırmanın da anlamı pozitif hukuk bakımından belki pek büyük olmayabilir; ama insanlık yarışındaki başarı derecesi bkımından, her toplumun başarı derecesi bakımından, belki Avrupa Sözleşmesi ile yapılacak bir karşılaştırmadan da çok daha fazladır.

Bunu söyledikten sonra, önce kolay olandan başlayarak söze, yahut konunun özüne girmeyi tercih ediyorum.

Kolay dediğim, iki somut metnin karşılaştırılması, yani Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile bizim 1982 Anayasasındaki temel hak ve ödevler düzeninin karşılaştırılması. Şunu başlangıçta kesin olarak söylüyeyim : 1982 Anayasası, görünürde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile iç hukuk arasında uyum sağlamak bakımından 1961 Anayasasına göre çok daha başarılıdır. 1982 Anayasasını eleştiren ve bu konuşmada da eleştirecek bir kişi olarak bu gerçeği de çok büyük bir rahatlıkla saptamakta yarar görüyorum. Niçin böyle olmuştur? Çünkü, daha önceki Anayasa, 1961 Anayasası, bu gereği, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile iç hukuktki haklar ve özgürlükler düzenini bağdaştırmak, uyumlu duruma getirmek gereğini, 1982 Anayasası kadar duymamıştır. O daha genel bir kavramın peşindedir : insan hakları kavramının peşindedir; fakat aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin varlığından da haberdardır. Yine de, böylesine sıkı bir uyum sağlama gereği duyulmamıştır. Tabiî, bunun en aşikâr nedeni, 1982 Anayasasının yapılışı sırasında, 1960 - 1961 döneminden daha fazla, o dönemden epeyce farklı olarak, Türkiye'nin üye bulunduğu Avrupa Konseyi topluluğu bakımından çok yakın bir gözetleme yeri olarak seçilmiş olmasıdır ve Türkiye Anayasasını yaparken kendisine yöneltilmiş olan eleştirilerin büyükçe bir bölümünü hiç olmazsa Anayasa metni düzeyinde karşılamak gereğini çok yakından duymuştur ve Anayasa ile, yöneltilen eleştirilere bir çeşit yanıt verilmek istenmiştir. Yani «bizim kurduğumuz anayasal düzen, sizin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile kabul ettiğiniz düzenden farklı bir şey değildir. Onun için eleştirileriniz, bugünkü uygulamalar bakımından da ileri sürebileceği-

niz eleştiriler geleceğe dönük olarak ve mutlaka düzeltilmesi gereken eleştirilerdir denmiştir.

İkinci neden olarak, belki de Anayasa Komisyonu bünyesinde, yani Danışma Meclisinin Anayasa Komisyonu bünyesinde bu konunun önemine çok daha yakından vâkıf olan ve doğrudan doğruya da o alanda çalışan insanların bulunması gösterilebilir. Bu nedenlerle, söylediğim gibi, bu uyum çok daha rahat bir biçimde sağlanmış sayılabilir.

Bu uyumun en belirgin özelliği, hakların ve özgürlüklerin sınırlanması bakımından ya da kullanılmasının durdurulması bakımından, hakların hem sınırlanması, hem de kullanılmasının durdurulması bakımından, Türk Anayasasının getirdiği hükümlerle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde «sınırlamaların sınırlaması» sayılabilecek olan hüküm arasındaki benzerliktir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, bir toplumun yaşamını doğrudan doğruya tehdit eden durumlarda, bazı hakların ve özgürlüklerin sınırlanabileceğini kabul eden; fakat bu durumlarda bile, yani bir toplumun yaşamını çok yakından tehdit eden durumlarda bile, bazı çok temel hakların sınırlanamayacağını ya da yok edilemeyeceğini vurgulayan bir belgedir. 1982 Anayasası da, bu toplumun yaşamını çok yakından tehdit eden tehlikelere karşı doğmuş bir anayasa niteliği ile ve bu tehlikeler dolayısıyla, hâlâ sürebileceğini varsaydığı tehlikeler dolayısıyla, haklara ve özgürlüklere oldukça önemli sayılabilecek sınırlamalar getirmiş bir anayasa olarak yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine paralel biçimde bazı temel hak ve özgürlüklerin bu durumlarda bile durdurulamayacağını belirtmektedir.

İsterseniz, 15 inci maddenin metnini beraber okuyalım : Belki tuhaf bir raslantı, bizim Anayasamızdaki 15 inci madde ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki maddenin numaraları bile aynı. Bizdeki hüküm şöyle :

«Birinci fıkrada belirtilen durumlarda, yani bazı tehlikeler karşısında hak ve hürriyetlerin kısmen veya tamamen durdurulabileceğini, tehlikelere karşı, Anayasayla korunmuş hakları ihlal eden önlemlerin de alınabileceğini vurgulayan birinci fıkradaki durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler ile ölüm cezalarının infazı dışında kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz, kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz, suç ve cezalar geriye yürütülemez, suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.» Hüküm, «bu durumlar da bile bunlar olamaz» demektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin aynı maddesine baktığımız zaman, bu çeşit önlemlerin, yani sınırlayıcı ve durdurucu önlemlerin alınmasını belirten fıkradan sonra, «Yukarıdaki hüküm» diyor sözleşme, «meşru harp fiilleri neticesinde vaki ölüm hadisesi müstesna, —ki bizim Anayasamızda da o var— ikinci ve üçüncü maddeler ile dördüncü maddenin birinci fıkrasını ve yedinci maddeyi hiç bir surette ihlale mezun kılmaz.» Yani, o durumlar bunların ihlal edilmesine bir devleti mezun, izinli kılmaz.

Bakıyoruz, nelerdir bunlar? Sözleşmenin ikinci maddesinde belirtilen özgürlük ya da hak, bizim Anayasada yaşama hakkı biçiminde geçen ve dolayısıyla bu fıkra ile kendisi arasında bir paralellik kurulabilecek olan hükümdür.

Üçüncü maddeye bakıyoruz : Bu üçüncü madde, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde, «hiç kimse işkenceye, zalimane gayri insanî yahut haysiyet kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulamaz» biçimindedir. Bizim Anayasamızda, bu çok daha kibarca bir terimle ifade edilmiştir : Anayasa, «Kişinin maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz» demektedir. Oysa, daha sonra gelecek olan 17 nci maddede, yani kişinin hakları ve ödevlerini belirleyen 17 nci maddede, işkenceye doğrudan doğruya atıf vardır, eski anayasalarımızda da olduğu gibi : «Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz, kimse insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz,» Yani Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin üçüncü maddesindeki hüküm, aşağı yukarı kelime kelime tercüme edilerek, eski anayasalarımızda da olduğu gibi, hatta biraz daha genişletilerek, burada da vardır. Onun için, sanıyorum, böyle durumlarda bile, yani vatanın, devletin tehlikeye girdiği, olağanüstü önlemlerin uygulandığı hallerde dahi işkencenin yapılamayacağını belirleyebilmek için, böyle «maddî ve manevî varlık» gibi dolaylı ve üstü kapalı bir terim yerine, bu hüküm, 17 nci maddenin üçüncü fıkrasında olduğu gibi, aynı sözlerle «işkence yapılamaz, eziyet edilemez» tarzında sözlerle buraya aktarılsa idi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile çok daha yakın bir paralellik kurulmuş olur ve ülkemizde çok tartışma konusu olan bir konu, bu hallerde dahi tartışma konusu yapılmaması gereken bir konu olarak vurgulanabilirdi. Sanıyorum, bütün bu paralelliğe, bu uyuma rağmen, eleştirilmesi gereken noktalardan biri budur.

Öbür hükümler yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile bir paralellik hatta, bazı bakımlardan onların da ötesine geçen bir kapsam getirmektedir. Örneğin, «kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz». Belki, işken-

ce konusunda demin hissettiğiniz eksiklik bu hükümle tamamlanabilir, yani özellikle insanların düşüncelerini açıklamak bakımından yalnız işkenceyle değil, herhangi bir zorlama önlemi ile karşılaşmamaları konusunda bu hükme dayanılabilir.

Yine paralellik, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde cezaların geriye yürümezliği kavramı ile ilgilidir. Yalnız bizim Anayasamızda benim anlamakta güçlük çektiğim şu : «suç ve cezalar geriye yürümez, yürütülemez» tarzında bir anlatım var. Tabiî, cezanın geriye yürümezliği anlaşılıyor da, suçun geriye yürümezliği biraz hukuk bakımından zor anlaşılabilir bir kavram. Aslında, her halde kastedilen, geçmiş Anayasada çok daha açık bir biçimde belirtilen ve bu anayasda da söylenmiş olan, «kimse işlendiği zaman yürürlükte olan yasalara göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı cezalandırılamaz» hükmüdür. Yani hep bildiğimiz genel ceza hukuku ve anayasa hukuku kuralı bununla ifade edilmek isteniyor. Ama, sanıyorum, cezanın geriye yürümezliği zaten bunu ifade etmektedir. Suçun geriye yürütülmesi, bu paralellik çizmeye çalışan hükümde, biraz tuhaf gözüküyor.

Yine bu denklik ve paralellik bakımından dikkati çeken bir başka düzenleme var. Belki de bizim Anayasa Hukukumuz pahasına, onun zararına olmuş olan bir düzenleme. Daha doğrusu bizde başlamış olan bir gelişmenin önlenmesini ve yavaşlatılmasını sonuçlandıracak olan bu düzenleme şudur : Eski Anayasamızda, bir «öz» kavramı vardı; yani yapılacak bazı sınırlamaların bir hakkın ve özgürlüğün özünü ortadan kaldırılamayacağı; hangi durumda olursa olsun, özünü ortadan kaldıramayacağı yönünde bir sınırlama vardı. Bu gerçi bizim çok orijinal bir buluşumuz değildi; Alman Anayasasından alınmıştı; fakat Alman Anayasa Mahkemesi bu kavramı yeterince geliştirmiş sayılmazdı; çünkü bu sorun çok fazla tartışma konusu olmamıştı, yani işler o öze, o çekirdeğe kadar gelmiş değildi Alman uygulamalarında. Onun için de, öz tartışması yapılmamıştı. Ama, sanıyorum, bugün kuruluş yıldönümünü kutladığımız bizim Anayasa Mahkemesinin belki dünya hukuk literatürüne katkı sayılabilecek olan bir çalışması, bu öz kavramının geliştirilmesi bakımından oldu, yani Almanya'da olmamış olan bir gelişme bizde oldu ve Anayasa Mahkememizin geçmişteki, şimdi ayrıntılarına girmeyeceğim bazı önemli kararlarında «öz» kavramı tanımlanmaya çalışıldı. 1982 Anayasası «öz» kavramını, «dokunulmaz öz» kavramını kaldırmıştır; çünkü bu kavram Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yoktur. Onun yerine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki bir kavramı, «demokratik toplumun gerekleri,» ya da demokratik toplumun zorunlu kıldığı gereklilik durumları, demokratik toplumu

ayakta tutmanın zorunlu kıldığı gereklilik ölçüleri dahilinde bir sınırlama olabileceğini söylemiştir. Bir de, aslında İnsan Hakları Sözleşmesinde bulunmayan, ama Avrupa'nın çeşitli hukuk sistemlerinden ve özellikle yine Alman sisteminden alınma bir «ölçülülük» ölçütünü getirmiştir; yani, haklar ve özgürlükler, ancak durumun gereği ölçüsünde sınırlanabilir ve bu sınırlamaların demokratik toplum gereklerine de ters düşmemesi gerekir.

Tabiî, bu da yeniden geliştirilmesi gereken bir kavram olarak ortaya çıkmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile kendi hukukumuz arasında bir paralellik kurmak gereği dolayısıyla, «demokratik toplum» kavarmına atıfta bulunulduğu için, bu kavram eski Anayasamızda böylesine önemli bir yerde vurgulanmamış olduğu için, Anayasa Mahkemesinin şimdi yeniden bu kavramı geliştirmesi ve bununla birlikte yine ölçülülük kavramını da geliştirmesi gerekecektir. Sanıyorum, «demokratik toplum» kavramı yerine, «öz» kavramı muhafaza edilseydi ve bununla birlikte yine «ölçülülük ve demokratiklik» ölçütleri getirilseydi, yani, demokratik toplum ölçüsü, demokratik toplumun gerekleri ölçüsü, öz pahasına getirilmiş olmayıp, onu tamamlayıcı bir ölçü olsaydı, hukuk sistemimizdeki düzenleme çok daha iyi olabilirdi. Dolayısıyla, bizim Anayasamızda ancak demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmayan bir düzenlemeye, sınırlamaya ve durdurmaya müsaade vardır ve bu da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle paralellik kurmanın bir gereğidir.

Bu egzersizi, şimdi bir - iki hüküm üzerinde yaptığım bu egzersizi, başka hükümler bakımından da yapmak, ayrıntılara girmek mümkün. Ama, böyle bir toplantıyı, bununla kalabalıklaştırmak istemiyorum. Bu bölümle ilgili olarak, genel olarak söylemek istediğim şu : bir ayarlama vardır, bu ayarlama oldukça başarılıdır. Fakat, bu ayarlama bazı noktalarda birtakım fireler vermektedir. O fireler, aslında ikinci karşılaştırma için içpuçları da olabilecek olan firelerdir.

İkinci karşılaştırmada asıl önemle vurgulanması gereken nedir? O, 1982 Anayasasına egemen olan genel felsefede yatan bir noktadır. 1982 Anayasası, bütün anayasalar gibi kendinden önceki dönemin olaylarından büyük ölçüde etkilenen, dolayısıyla o dönemde tehlikeye girmiş olan kavramların korunmasına çok büyük önem veren, ağırlık veren bir anayasadır. 1982 Anayasasında devlet ön plandadır, otorite ön plandadır, toplumun huzuru ön plandadır, devletin bütünlüğü ön plandadır, millet ve devlet bütünlüğü ön plandadır. Başka kavramlar da var, gerek başlangıçta, gerek maddelerde sık sık tekrarlanan kavramlar da var. Bunlar bireysel özgürlüklerin önüne geçmiştir.

Bu temel yaklaşımın en belirgin ifadesini, devleti ntanımlanmasına ilişkin olan 2 nci maddede görüyoruz: 1961 Anayasası, «insan haklarına dayanan» bir devletten söz etmekteydi. 1982 Anayasası, «insan haklarına saygılı» devletten söz etmektedir. Arada çok küçük bir fark varmış gibi gözükebilir, «dayanan» ve «saygılı» sözleri dolayısıyla; ama, anayasaların bütünü ele alındığı zaman, bu küçük fark, aslında çok büyük bir yaklaşım farkını anlatmaya yarayabilir.

Nedir yaklaşım farkı? 1961 Anayasası, yine kendinden önceki döneme tepki olarak ve yine o dönemin tepkisini belki de abartarak, özgürlük kavramına, hak kavramına, özellikle bireyin topluma karşı, devlete karşı olan korunmasına ağırlık vermiş olan bir Anayasadır. Bunu yaparken hem temel haklarda buna ağırlık vermektedir, hem de gerek devletin tanımlanmasında, gerek Anayasanın başka yerlerinde, Başlangıcında ve başka maddelerinde, insan haklarından söz ederek, arada eğer bir açıklık varsa, insan haklarıyla Anayasadaki temel haklar arasında bir açıklık varsa, o açıklığın da vurgulanmasına önem vermektedir. Çünkü, başlangıçta söylediğim gibi, her devletin kendi temel haklar düzeni nihayet bir pozitif hukuk düzenini oluşturur; ama, onun ötesinde bütün insanlığın başarı ölçüsü olarak da bir «insan hakları» kavramı vardır. Dediğim gibi, bir uluslararası metinde belirtilen fakat o metnin gerisinde, çok büyük tartışmalara da yol açabilen, henüz belki «nebula» halinde, bütün metne dökülmüşlüğüne rağmen nebula halinde; ama, insanlığın ortak idealini meydana getiren bir insan hakları kavramı vardır.

Anayasanın bunu belirtmesi ve «Devlet buna dayanır» demesi devlete bir çeşit yol göstericilik anlamını taşımaktaydı : Devlet, kendi varlığını, varoluş nedenini insan haklarının gerçekleştirilmesine dayandırmalıdır. Devlet bunun için vardır, kendi şemsiyesi altında yaşayan bütün insanların, insan hakları denen o yüce ölçülere erişebilmesi için vardır. Tabiî her şeyden önce onların yaşamları için vardır. Ondan sonra da onların kişiliklerini geliştirmeleri için vardır ve onlara bu bakımdan birtakım olanaklar sağlamak için vardır.

Onun için, eski Anayasanın 10 uncu maddesinin 2 nci fıkrasındaki «Devlet, kişinin maddî manevî varlığının geliştirilmesi için birtakım engelleri kaldırır ve ona çalışır» diyen hüküm, bu anlamda, kişinin geliştirilmesi anlamında ve insan hakları denen düzeye çıkartılması anlamındadır. Devletin varlığı budur.

1982 Anayasasında bunun böyle olduğu çok açık bir biçimde vurgulanmış değildir ve belki de bundan farklı bir yaklaşım sezilmektedir. Tabiî, «devlet, devlet için vardır» ya da «devlet yüceltilmiştir, illâ

da devlet vardır, toplum vardır, Anayasa bunun için vardır» demek istemiyorum. 1982 Anayasasını buncasına suçlamak yanlışlık olur; ama, 1982 Anayasasının yaptığı özde şudur; birtakım maddelerde kendisini gösteren, hatta Başlangıç kısmında sık sık vurgulanan iş şudur : Anayasa kendisi birtakım haklar ve özgürlükler düzeni kurmuştur; sınırlılığı ölçüsünde, düzenlendiği ölçüde, kendisinin bir haklar ve özgürlükler düzeni vardır ve devlet buna dayanır, bu haklar ve özgürlükler düzenine dayanır. Bunların gerçekleştirilmesi için vardır. Uzaklardaki bir ideal için değil, kendisinin saptamış olduğu bir haklar ve özgürlükler düzeni için vardır. Vatandaşlar bu Anayasadaki haklar ve özgürlüklerin gerçekleşmesi için de, kendi maddî manevî varlıklarını geliştirirler. Vatandaşlar bu Anayasanın koyduğu ideallere doğru götürülürler. Bunu yaparken —onda da yine haksızlık etmemek lazım— Türkiye Devleti, dayanağı insan hakları olmamakla birlikte, yani kendi Anayasasındaki pozitif hukukun ötesinde bir ideali olmamakla birlikte, insan haklarına da saygılıdır; yani, onları ihlal etmemeye çalışır, onlarla karşılaştığı zaman selâm verir anlamında saygılıdır. İnsan haklarıyla devlet arasında saygıya dayalı bir ilişki vardır. Fakat, amaca dayalı, temele dayalı bir ilişki yoktur. Devlet felsefesi bakımından, sanıyorum bunda önemli bir fark kendisini gösteriyor ve bana sorarsanız eleştirilebilecek olan bir farktır bu. Çünkü, devlete bir duraganlık, durgunluk getiriyor. Kendi hak ve özgürlük düzeniyle bağlı, onun gerçekleştirilmesinden ibaret bir amaç benimseyen bir devlet. Kendi kendisini aşmaya çok fazla niyetli olmayan bir devlet.

O bakımdan, 1982 Anayasasının çok daha pozitivist olduğu söylenebilir, belki de hayalci sayılabilecek olan 1961 Anayasasına göre; ama, bütün toplumlar için böyle bir hayalin gerekli olduğunu da, zannediyorum, hepimiz kabul ederiz. Çünkü toplumları ileriye götürebilecek olan, bu hayallerdir.

Genel olarak bu yaklaşımı belirttikten sonra, sanıyorum yine belirtilmesi gereken, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesine göre belirtilmesi gereken bir başka yaklaşım farklılığı, ödev kavramında ortaya çıkmaktadır.

Aslında, «ödev» sözü 1961 Anayasasında da olan bir sözdür. Oradaki kısım da, «Temel haklar ve ödevler» başlığını taşırdı. Fakat, ödevin gerçekten var olduğunu ve her zaman için söz konusu olduğunu belirten bir hüküm 1961 Anayasasında yoktu. 1982 Anayasası, genel hükümlerin en başında, 12 nci maddesinin 2 nci fıkrasında, dokunulmaz, vazgeçilmez özgürlüklerden söz ettikten sonra. «Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder» diyor. Yani 1961 Anayasasına göre, zaten

doğal olarak kabul ettiği her hakla birlikte, her özgürlükle birlikte, bir ödev ve sorumluluk da gelir. Onun için bunu ayrıca belirtmeye gerek yoktur. Olsa olsa çok somut birtakım ödevlerin ortaya çıktığı durumlarda —vergi ödevi gibi, savunmaya katılma hak ve ödevi gibi durumlarda— bunları belirtmek gerekir; ama, genellikle böyle bir genel hükme gerek yoktur. Fakat, 1961 Anayasasından farklı olarak, 1982 Anayasası, ödev kavramını altını çizerek vurgulamaktadır. Çünkü, demin söylediğim endişelerle toplumda bir dayanışma, bir bütünlük, devlette bir yıkılmazlık yaratabilmek için, bu ödev kavramının vurgulanması gerekmektedir. Ama, bu temel yaklaşım da yine birtakım tehlikeleri kendi içinde taşıyan bir temel yaklaşımdır ve bu tehlikelerin doğmaması için, yine insanlığın ortak ideali oalrak benimsenen Evrensel İnsan Hakları Bildirgesindeki ödev kavramından yararlanmak gerekecektir.

Bu yararlanma olmazsa, Anayasada yer alan ödev kavramı, Türk insanı için rastgele ödevler yaratabilir, Türk insanı için hatta özgürlükleri sınırlayıcı ödevler yaratabilir ve bu ödev kavramından, yani «topluma, insanlara, başkalarına karşı ödevler vardır» düşüncesinden yararlanarak, haklarda ve özgürlüklerde aşırı sınırlamalara gidilebilir. Bunun olmaması için, sanıyorum bir somut örnek olarak, Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Bildirgesinin, 29 uncu maddesini imdada çağırmak gerekir. «İmdada çağırmak» diyorum; aslında, bir açıklama, bir yorum ipucu olarak bundan yararlanmak gerekir.

29 uncu madde ne diyor? Bizim resmî metindeki çeviri çok açık değil, şöyle diyor: «Her şahsın şahsiyetinin serbest ve tam gelişmesi ancak içinde yaşamasıyla mümkün olan topluluğa karşı vecibeleri vardır» Kişinin topluma karşı ödevleri vardır, niçin vardır? Çünkü, kişinin serbest ve tam gelişmesi, ancak toplum içinde yaşamasıyla mümkündür. Toplum kendisine bunu sağladığı için, toplum kendisinin tam gelişmesini sağlayan bir birim olduğu için, kişi o birimin içnde, yani kendisinin gelişmesini sağlamak olanağını veren, kendisinin gelişmesini sağlayan birim içinde yer aldığından, ona karşı ödevleri vardır. Dolayısıyla, mantıken bundan çıkarılacak olan sonuç, toplum ya da toplumun örgütlenmiş biçimi olan devlet, kişinin kendi kendisini geliştirmesine olanak sağlaması gereken, bunu ödev olarak alması gereken bir toplumdur ya da devlettir. Ödev, eğer toplum bunu yapıyorsa vardır, bunu yapmıyorsa yoktur. Toplum, bedava ödev isteyemez. Devlet, bedava ödev isteyemez insanlardan. Evrensel İnsan Hakları Bildirgesinin bu hükmünün özünden çıkarılabilecek bir anlamla, devlet, kişilerin kendi kendilerini geliştirmelerini sağlayan, sağlaması gereken bir kuruluştur. Onun karşılığında bir ödev bekleyebilir.

TARTIŞMA

BİR DİNLEYİCİ —

Sunduğunuz tebliğde, Anayasaların genel iradeyi yansıtan uzlaşma metinleri olduklarını ve bunların sık sık değiştirilmelerinin uzlaşma niteliklerini ve saygınlıklarını ortadan kaldırabileceğini vurgulamıştınız.

Sık sık değiştirilmeleri yerine, onları farklı ve olumlu şekilde yorumlayarak, demokratik nitelikli kılınabileceğini belirtmiştiniz. Anayasanın bir kısım hükümlerinin temel hak ve özgürlükleri işletmeye yönelik olmayan hususlardan olması, asgari bir demokrasinin oluşumunu engellemeyecek mi?

Bu durumda, uygulamada Avrupa İnsan Hakları Bildirgesiyle paralellik sağlanabilecek midir? Özgürlük otorite dengesinin, özgürlükler aleyhine bozulmasını kim engelleyecektir? Anayasa Mahkemesinin denetimi bu durumda yeterli olacak mıdır? Anayasa değişikliği kaçınılmaz olmayacak mıdır?

Doç. Dr. ERSAN İLAL*

Doğrusu 1982 Anayasasının, 2 nci maddesinde, «İnsan haklarına dayanan» sözcüğünün «İnsan haklarına saygılı» biçimine getirilmesi ve başlangıçtaki «Bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkılamayacağı» hükmü karşısında, 1961 Anayasasından daha uyumlu bir Anayasa olduğunu, uluslararası insan hakları gelişmeleriyle uyumlu olduğunu söylemek bana zor gözüküyor.

Bence daha önemli bir konu var; insan hakları kavramı. Kanımca böyle ulusal ölçeklerde insanlar değil de, uluslararası ölçekte birden bire insan oluyorlar yanılgısından kurtulmak gerekiyor. Sanıyorum ki asıl önemli özgürlüklerin oluştuğu yer, ulusal ölçekler, Anayasalar,

(*) İ.Ü.S.B.F. Öğretim Üyesi.

buradaki hukuk düzenleridir. Sizin de belirttiğiniz gibi, uluslararası ölçekte ödünleşmeler söz konusu; çeşitli ideolojiler, totaliter ülkelerle liberal ülkeler arasındaki ödünleşmeler. Onun için, listeler ne iç hukuklardaki kadar zengin, ne de sınırlamaları onlardaki kadar sınırsız.

Bu açıdan, onlara uymaya çalışmak belki de iyi bir örnek değil. Asıl güvence iç hukuklarda olmalı. Bu açıdan da bana öyle geliyor ki, 1982 Anayasası 1961 Anayasasının gerisine düşüyor. Bence insan haklarına gönderme yapma, hani imdada yetişme var ya, orada bir uygulama eksikliği varsa, o zaman uluslararası araçlardan yararlanma, uluslararası yargıdan yararlanma, uluslararası örgütlerin ağırlığından yararlanma biçiminde gelmeli. Bu da 1982 Anayasasında pek olanaklı gözükmüyor gibime gelir.

Prof. Dr. ORHAN ALDIKAÇTI*

Sayın Başkan, ben soru sormaktan ziyade, değerli meslek arkadaşımın birkaç noktada yaptığı tenkitlere cevap vermek istiyorum. Çünkü kanaatime göre Anayasa yapılırken, Anayasa Komisyonunda sorun tartışılırken düşünülenden ve gerçekleştirilenden farklı bir yorum getirmektedir.

Sayın meslek arkadaşım üç noktada Anayasanın fert hak ve hürriyetleri kısmını eleştirdi. 15 inci maddeyle 17 nci madde arasında bir çelişki var mı? Gayet nazikane ifade edilmiştir dediler; —gerçekten de bunu düşündük, tahminleri gayet doğrudur— 15 inci maddede bu işkence kelimesini, hoş olmayan işkence kelimesini kullanmak yerine daha yumuşak bir tabir kullanalım dedik; ve 17 nci maddede de gerçekten kişinin haklarını, kişinin dokunulmazlığını, maddî ve manevi varlığını sağlamak bahis konusu olduğu zaman, olayı yahut da olguyu bütün acı çıplaklığıyla ortaya koymak için, «işkence ve eziyet yapılamaz» deyimlerini kullandık.

Unutulmaması gereken bir husus, Anayasanın bütün hükümleriyle beraber yürürlüğe girdiğidir. Ne 15 inci maddeyi tek başına değerlendirmek, ne de 17 nci maddeyi ayrı olarak yorumlamak mümkündür. Eğer 15 inci maddeyle 17 nci madde arasında bir ilişki kurmak mümkünse, her iki maddeyi aynı şekilde demiyorum, fakat beraber yorumlayıp, bir sonuca varmak mümkünse, o zaman 15 inci maddeyle 17 nci maddeyi beraber yorumlamak lazımdır.

(*) İ.Ü.H.F. Öğretim Üyesi.

Sanmıyorum ki, 15 inci maddeyle 17 nci madde beraber yorumlandığı zaman arkadaşımızın duyduğu endişeler, haklı olsun.

İkinci husus; suçun geriye yürürlüğü kavramı, Kendileri tabiî memleketimizin yetişkin ve kaymak tabakasında bulunan bir anayasacısı. Sorunu anlamış, fakat sanıyorum ki, herkes anlamıştır. Suçun geriye tepmemesi, yahut geriye yürümemesi demek; yani makabile şamil suç olmaz vesaire... demektir. Bu da pekalâ anlaşılmıştır. Sanıyorum ki bu noktada da fazla bir tartışma yok.

Fakat, asıl önemli olan husus, «öz» ve «demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olan» kavramlarıdır. Gerçekten öz kavramı kaldırılmıştır; ve öz kavramını biz Anayasa Mahkemesinin bütün çabasına rağmen, fert hak ve hürriyetlerinin sınırlanmasında, billurlaşması mümkün olmayan bir kavram olarak gördük. Nitekim toplantı ve gösteri yürüyüşlerine ilişkin kararında Anayasa Mahkememiz diyordu ki : «bir hak ve hürriyetin özüne dokunulduğu ancak o hak ve hürriyetin bir daha kullanılmasının mümkün olmadığı hallerde bahis konusu olabilir.» Aşağı yukarı bu şekilde, kelimesi kelimesine hatırlayamıyorum. Anayasa Mahkemesi bu noktaya dayanarak bir valinin, bir toplantıyı yahut gösteri yürüyüşünü 6 ay ertelemesini Anayasaya uygun bir hüküm olarak görüyordu.

Halbuki düşünelim ki, bugün biz enflasyon dolayısıyla bir yürüyüş yapmak istiyoruz. Valimiz bunu birtakım gerekçelerle 6 ay erteliyor. 6 ay sonra bana «6 ay evvel yapmak istediğin yürüyüşü gel bugün yap» diyor; benim için o yürüşün o gün belki anlamı kalmamıştır, özünü yitirmiştir. Onun içindir ki, benim toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkımın özü ihlal edilmiştir.

Binaenaleyh, bu öz kavramının hiçbir zaman yeterli derecede açıklığa kavuşamayacağı inancıyla, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Bildirisinde bulunan, «demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olan» kavramını getirdik. Bunu getirmekle doğru yaptığımıza da kaniyim; arkadaşlarımla beraber kaniydik. Çünkü öz kavramı çok soyut bir kavramdır. Halbuki «demokratik toplum düzeninin gerekleri» somutlaştırılması mümkün olan, somutlaştırılabilen ve hatta ilkeleri tespit edilmesi çok kolay olan bir kavramdır. Bundan dolayıdır ki yaptığımız değişikliğin, iddia edildiğinin aksine, Anayasanın işlemesi, fert hak ve hürriyetlerinin korunması açısından daha önemli olduğunu ve daha gerekli olduğunu düşünüyoruz. Esasen kendileri de, Alman Anayasa Mahkemesinin bocalamakta olduğunu —sonunda— belirtmiştir.

Şimdi, şahsen, kişisel dünya görüşüm bakımından beni asıl üzen tenkit, devletin ferdin önüne çıkartıldığıdır; yahut devletin ferdin üstüne çıkartıldığı görüşüdür. Anayasamızda hiçbir şekilde böyle bir düşünceyi böyle bir dünya görüşünü gerçekleştirmek yolunu seçmedik, düşünmedik dahi. Kendilerine şunu hatırlatmak isterim ki, gerçekte 12 Eylül'den evvel devlet otoritesi zayıflamıştı; devlet gücünü yitirmişti. Biz, bir devletin haiz olması gereken otoriteyi, bir devletin haiz olması gereken gücü yeniden tesis etmek istedik. Yoksa, devlete birtakım yetkiler vererek, ferdin üzerine çıkartmak istemedik. Yoksa, şahsen biz tabiî hukuk okuluna inanan, bütün karşı tenkitlere rağmen, tabiî haklar kavramına inanan bir düşüncedeyiz; ve bunu da Anayasanın 5 inci maddesinde gayet açık bir şekilde «Devletin temel amaç ve görevleri» kısmında belirttik. Anlatmak istedik ki, devlet belki de suni bir yaratıktır, suni olarak fertler tarafından yaratılmış bir güçtür, bir organdır, otoritedir, ne derseniz deyin ve bu devletin görevleri vardır. Bu devletin görevleri arasında neler vardır; kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak. Devlet ferdin hizmetindedir. Burada kişinin temel hak ve hürriyetlerini devletten de öne koyuyoruz, devletin bu temel üzerinde, kişinin var olduğunu kabul ettiğimiz hak ve hürriyetlerini gerçekleştirmek için, sosyal devlet niteliğine büründüğünü söylüyoruz.

2 nci maddede söylenen «İnsan haklarına saygılı» deyimi ise, insana saygı, insan haklarına saygı kavramının ifadesidir. Yoksa, bu 2 nci maddeyi yorumlayarak, orada devleti ferdin üzerine çıkarttığımız düşüncesi, bizim düşüncemiz değildir. Bizim düşüncemiz 5 inci maddede bulunmaktadır.

NAHİT SAÇLIOĞLU*

Sayın Soysal, çok değerli açıklamalarında İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin benimsenmesi veya hiç değilse karşı çıkılmaması konularına temas buyurdular. Bendenizin teması da bu iki nokta üzerine, iki yabancı anayasadan örnek vermek suretiyle olacaktır. Bunlar aynı zamanda benimsenmenin nisabıdır, fakat bir tanesi bendenize çok şümullü gelir. O da İtalyan Anayasasının 10 uncu maddesi. O kadar ki —şimdi metni tam yok yanımda, hafızamdan arz edeceğim, yanlış söylersem tashih buyurulur— İkinci Dünya Harbi sonunda faşist idareden kurtulan İtalyanlar, Anayasalarına şöyle bir hüküm aldılar; de-

(*) Anayasa Mahkemesi Emekli Üyesi.

diler ki «Yapılacak yasalar umumen kabul edilmiş, yani evrensel hak kaidelerine aykırı olamaz.» O kadar ki, parlamentosunun da elini kolunu bu geniş hak kaideleriyle bağlamak için «yalnız İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi» demeden, tahsisen onu zikretmeden, «umumen kabul edilmiş» şeklinde bir ifadeyle Anayasalarında yer verdiler. Bu bana insan haklarını benimsemenin çok şümullü bir misali olarak gözükür.

İkinci bir misal; Fransız Anayasasından. Yine İkinci Cihan Harbi sonrası Anayasasından. Bu Alman Anayasasında da var sanıyorum, melce hakkı konusu; fakat bu melce hakkı kendi parlamentosuna veyahut kendi yasama organlarına değil, bütün cihana hitap eden bütün insanların hürriyet mücadelesine hitap eden bir ifade taşıyordu. O da metin olarak tamamen aklımda değil tabiatıyla, mealen arz edeceğim. Diyor ki : «Bu anayasada zikredilen prensipler, hak ve hürriyetler uğrunda yaptığı mücadeleden dolayı vatansız kalanlara Fransız toprakları melcedir.» Bu da şümul bakımından, hem nitelik hem şümul bakımından. Bunlar gayet enteresan. Bir evrensel beyannamenin kendi anayasamıza veyahut yasalarımıza sınırlı yansımalarından ibaret değil, gayet şümullü hükümler. Bana enteresan gözüktüğü için bunu arz ettim.

Yalnız, burada esas merakımı mucip olan, Fransızların bir davranışı var. Ona Sayın SOYSAL ne buyururlar. Fransızlar bu melce hakkını 2. Cihan Harbi sonrasında kabul ettiler; Fakat, De Gaulle döneminden sonra, yanlış kalmadıysa hatırımda, bundan vazgeçtiler. Acaba bu vazgeçişe, İnsan Hakları Bildirgesine bir karşı koyuş veyahut benimsememek gözüyle bakabilir miyiz? Bakılamaz, çünkü diğer bir çok hukuku benimsemiş vaziyetteler. Ama tam böyle dünyaya açılmışken birden bire bu pencerenin bir tanesini kapadılar. Bunu nasıl değerlendirirler? Bunu istirham edeceğim.

BİLAL KARTAL*

Efendim, Sayın hocam tebliğlerini sunarlarken şöyle bir hususu belirttiler. 1982 Anayasasındaki temel hak ve özgürlüklerle ilgili hükümlerin Avrupa İnsan Hakları Bildirgesine çok yakın olduğunu, hatta onun adeta bir kopyası bulunduğunu ifade ettikten sonra, 1982 Anayasasının buna rağmen, devleti ön planda tutan, devlet otoritesini ko-

(*) Yargıtay Tetkik Hâkimi.

ruyan, adeta fert hak ve özgürlüklerini bir yerde bu otorite sebebiyle ne de olsa bir sınırlandırmaya doğru götürebilecek hükümler taşıdığını (yanlış anlamıyorsam) belirten bir mana verdiler. Bu bir çelişki değil mi? Hem pozitif hukuk bakımından anayasanın başlangıç bölümündeki temel hak ve özgürlükleri ile ilgili hükümlerin İnsan Hakları Bildirgesine bir yerde özü bakımından eşdeğer olduğunu hem de diğer hükümlerle bunların sınırlandırıldığını ifade etmişlerdir. Bu anayasa içindeki bir çelişki değil mi?

Bir de sayın hocam ALDIKAÇI da dokundular, işkenceyle ilgili hükmün 15 inci maddede değil de 17 nci maddede yer almış olması; acaba bundan işkenceye tehlikeli durumlarda bir ölçüde cevaz verildiği anlamı çıkarılabilinir mi. Yoksa sayın hocamın belirttikleri gibi onu bütün olarak alırsak, işkence gerçekten her türlü durumlarda ve her türlü tehlikede de yine yasak mıdır?

YILMAZ ALİEFENDİOĞLU

Sayın Soysal'a tebliği için çok teşekkür ederiz, gerçekten çok yararlandım. Benim aklıma gelen birkaç husus var, onu arz etmek istiyorum. Sayın Soysal, Avrupa İnsan Hakları Bildirgesindeki temel hak ve özgürlüklerin yahut ilkelerin Anayasaya geçirilmesinde 1982 Anayasasının, 1961 Anayasasına göre daha başarılı olduğunu söylediler. Ancak; Avrupa İnsan Hakları Bildirgesi, sanıyorum amacı itibariyle bireyi ele alan, bireyin temel hak ve özgürlüklerini korumayı hedef alan bir sözleşme, bir bildirge. Ancak, yine daha sonra, 1982 Anayasasının özellikle devlet, otorite, toplum huzuru gibi kavramlara ağırlık verdiği ve devleti bir anlamda bireye tercih ettiğini söylediler. Burada, bana, bir çelişki var gibi geliyor. Bu çelişki, sadece Avrupa İnsan Hakları Bildirgesindeki bazı kavramları 1982 Anayasasına almak yönünde bir zorlamadan mı ileri gelmekte; yoksa temelde bu ilkelerin Anayasaya aktarılmasının esasta istenmesine karşın bireyle - otorite arasındaki dengenin iyi tayin edilmemesinden mi kaynaklanmaktadır?

Prof. Dr. MÜMTAZ SOYSAL

Anayasa hukukçusu olarak ve bunu öğretmeye çalışan bir kişi olarak, çeşitli anayasaları çeşitli açılardan eleştirmek mümkündür. Özellikle kendi kişisel yaklaşımımız da buna eklenirse, bir anayasayı eleştirmek çok mümkündür. 1982 Anayasası benim açımdan da böyle bir

anayasadır; ama yine anayasa hukukçusu ve bunu öğretmeye çalışan bir kişi olarak, eleştirilseler ve çok eleştirilseler bile, anayasalarla fazla oynanmasından yana değilim. Türkiye'nin sanıyorum çektiklerinin büyükçe bir bölümü anayasalarla fazla oynamış olmasından kaynaklanmaktadır.

Anayasalar, özellikle demokratik biçimde yapılmış olan anayasalar, teknik kusurlardan ya da bunun ötesine geçen birtakım temel kusurlardan tamamen arınmış olamazlar. Hele böyle seçimle kurulmuş bir meclis söz konusuysa, orada söz konusu olan ille teknik mükemmeliyet ya da belirli ilkelerin tam olarak sağlanması değil, bir ortak sözleşmenin yapılması, herkesin razı olacağı bir kurallar bütününün oluşturulmasıdır; ve bu süreç içinde birtakım yanlışlar yapılabilir. Önemli olan uygulamada, özellikle bu uygulamaya olanak sağlayan durumlarda, bu yanlışların zaman içinde yorumlarla düzeltilmesi, doğru yorumların yapılmasıdır.

Türkiye'de bu görev büyük ölçüde Anayasa Mahkemesine düşüyor. Bunun için, böyle bir toplantıda bunu özellikle vurgulamak istiyorum. Çünkü, öbür türlüsü, yani anayasalarda hatalar, eksikler, yanlışlar görüldüğü zaman bunu ille de hemen anayasa değişiklikleriyle önlemeye çalışmak, sonunda birike birike bütün anayasanın değiştirilmesi ortamını yaratıyor. Buna elverişli bir ortam yaratıyor; ve biz sık anayasa değiştiren bir toplum haline gitgide daha çok yaklaşır oluyoruz. Onun için sık anayasa değiştirmek yanlış bir şeydir. Anayasasız da idare edilen toplumlar olduğunu düşünürsek, bu belki de kendini idare edemeyişin, sık sık toplum sözleşmesi değiştirmenin bir belirtisi olarak da ortaya çıkabilir. Oysa bir toplum, kendi kendisini idare etmeyi düşe kalka öğrenir, anayasa değiştirerek değil; çünkü çok güzel anayasalar yapmak, birkaç kişi toplanırsa daha mükemmelini yapmak mümkündür; ama önemli olan, bir toplumun düşe kalka kendi kendisini yönetmeyi öğrenebilmesidir. Bu da mümkün olduğu kadar kesintisiz bir ders gerektirir. Kesintisiz bir filmi seyretmeyi ve yaşamayı gerektirir; ama sık sık anayasa yapma gereği, toptan anayasa değiştirme gereği getiren ortamlar yaratıp ondan sonra da toptan anayasa değiştirildiği zaman, toplum şaşırabilir; neyi öğreneceğini de unutabilir. O bakımdan, ben kendimi 1982 Anayasasını çok eleştirebilir durumda hissetmekle birlikte, 1982 Anayasasının doğru yorumlarla pekalâ bu toplumun bir süre kendi kendini yönetmeyi öğrenmesine elverişli duruma getirilebileceği kanısındayım. Bütün anayasalar için böyle, 1961 Anayasası için de böyle düşünüyordum, 1924 Anayasası için de böyle düşünüyordum. 1924 Anayasası keşke yıkılmasaydı; ve biz o sağ-

lam yapı içinde birtakım ilavelerle, birtakım kurumlar yaratarak, o uzun dersi hep birlikte yaşayabilseydik. 1982 Anayasasının özgürlük - otorite arasında kurduğu denge (bana sorarsanız, biraz sonra dokunacağım, Sayın Aldıkaçtı'dan farklı düşünüyorum) otoriteye daha fazla ağırlık veren, devlete bireye karşı daha fazla ağırlık veren bir anayasal dengedir. Bu yanlış dahi olsa, beğenmesek bile (yanlış belki yanlış bir söz) bu denge, toplumun yaşayışı içinde doğru bir şeye, doğru yorumlarla getirilebilir. Uluslararası belgeler, özellikle İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, sanıyorum bu bakımdan bir standart rolünü oynadığı için, bu anayasanın bir toplumun yaşayışının ve toplumun kendi dinamiğine, kendi ilerleyiş gücüne uydurulması bakımından yararlıdır. Onun için, bu konu sanıyorum önemli bir konu ve daima gözönünde bulundurulması gereken bir konu; yani kendi dışımızda insanlığın birtakım ortak standartları bulunduğunu ve bunların da bizim anayasamızın yorumunda uygulanması gerektiğini sık sık hatırlamak gerekir.

Kaldı ki, bazı bakımlardan da bunlar, özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, usulüne uygun olarak onaylanmış uluslararası antlaşmalar olarak, kendi hukukumuzun da bir ölçüde parçası sayılırlar, yasa gücünü kazanmışlardır; ve hem de anayasaya aykırılıkları ileri sürülemeyecek bir yasa gücüdür. Hep bilinen nokta olduğu için onun üzerinde durmayacağım. Bu nokta bizi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle, benim başarılı bir biçimde yapıldığını söylediğim, uyum noktasına getiriyor.

Sanıyorum belki yanlış anlama oldu, ya da ben iyi anlatamadım, benim başarı dediğim biçimsel bir başarıdır. Biçimsel olarak bu uyum gerçekten bazı maddelerde somut bir biçimde gözükecek tarzda sağlanmıştır; ama, çok önemli bir noktada çok önemli bir boşluk vardır; ve sanıyorum biçimsel başarıyı büyük ölçüde gölgeleyen de o boşluktur. O da özgürlüklerin ve hakların en çok tehlikeye girdikleri durumlarda, bu anayasa düzeninin, yargı denetimini kaldırmış olmasıdır. Bütün anayasa sistemini konu olarak almadığım için, onlara girmedim; ama şimdi yeri geldi, söylüyorum. Haklar ve özgürlükler en çok ne zaman tehdit altına girer? Toplumun bir gerilim yaşadığı zamanlarda tehdit altına girer; ve özellikle toplumun kendisini tehlikede hissettiği, vatanın, devletin tehlikede olduğu durumlarda ortaya çıkar; ve o durumlarda bu gerilim içinde hakların ve özgürlüklerin hiçe sayıldığı, kolaylıkla çiğnenebildiği bir ortam oluşur. İşin kötüsü, bütün toplum da bu ortamı haklı bir ortam, herşeyin yapılmasına hak veren bir ortam saymaya başlar. Oradaki tek güvence, yargı denetimi güvencesidir. Onun için bizim anayasamızın sanıyorum en çok eleştirilecek olan

noktası budur. Sıkıyönetim ve olağanüstü hal durumlarında, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanacak olan Bakanlar Kurulunun çıkardığı yasa hükmündeki kararnameler, bütün öbür kanun hükmündeki kararnamelerin tamamen dışında kalmaktadır. Tabiî bu ortam şunu doğuruyor : Mademki bu düzenleyici işlemler dahi yargı denetiminin dışındadır, o zaman rahatlıkla sıkıyönetim yasası sıkıyönetim komutanının işlemlerini de yargı denetiminin dışında tutabilmektedir. Anayasada böyle bir hüküm yok, bu anayasamızda da sıkıyönetim komutanlarının işlemleri yargı denetiminin dışındadır denmiyor. O işlemler, mademki yönetim işlemleridir, bütün yönetim işlemleri gibi normal olarak yargı denetimine de, şu veya bu biçimde, tabi tutulmalıydılar; ama düzenleyici işlemler dahi yargı denetiminin dışında tutulduğu için o ortamda yasadaki bu hüküm insanlara çok ters gelmiyor. Onun için, Sayın İnal'ın sorusuna ve Bilal Kartal tarafından ve Sayın Aliefendioğlu tarafından yöneltilmiş bulunan sorulara böyle yanıt verebilirim. Evet, bir çelişki yoktur görünüşte; tam tersine başarılı bir adaptasyon söz konusudur; ama bu biçimsel bir başarıdır. Onun gerisinde çok önemli bir noktada, hukuk devletini temelinden zedelemiş olan bir noktada, anayasanın büyük bir boşluğu vardır; ve o boşluğu yaratan demin devletin temel felsefesinden söz ederken dokunduğum noktadır; yani 1982 Anayasası aslında yepyeni bir şey de yapmış olmuyor; 12 Mart döneminde ortaya çıkmış olan bir yaklaşımı biraz daha sağlamlaştırmış oluyor. Devlet söz konusu olduğu zaman, vatan, millet söz konusu olduğu zaman, toplumun hayatı söz konusu olduğu zaman, yargı denetimini dahi ortadan kaldırabilen bir ortam yaratıyor. Tehlikeli olan budur; çünkü asıl insanın korunmaya muhtaç olduğu durumlar bu durumlardır. Yoksa, normal yaşayan bir toplumda, gerilim altında olmayan bir toplumda böylesine tehlikeli durumlar ortaya çıkmaz; ama bireyin devlete, topluma feda edildiği, Anayasanın da bu fedayı maddeleştirdiği durumlar bunlardır.

Sanıyorum, bunun önlenebilmesi için yine yargı organlarının çeşitli yollarla denetimi zorlamalarına, kendi üstlerine olmalarına gerek vardır. Bunun nasıl yapılabileceği, hangi yollardan yapılabileceği ayrı teknik bir konu; onun ayrıntılarına girmiyorum; ama bu yol dahi mümkündür. Yani yargı organları olmayan bir yetkiyi; ama olması gereken bir yetkiyi bazı yolları deneyerek kazanmışlardır. Bunun tarihte Amerikan Yüce Mahkemesinin yargı denetimi yapma yetkisini edinmesi gibi örnekleri var. Birtakım yorumlarla bu yargı denetimi anayasanın görünürdeki biçimine rağmen elde edilebilir; ama yine daha da doğrusu, bunların bu anayasa çerçevesinde sağlanmasını getirebilecek olan anayasa değişiklikleridir. İlle de baştan anayasa sistemini

yıkıp yenisini kurmak tarzında değil; çünkü temel yapısı bakımından, felsefesi demiyorum, temel yapısı, çatısı, sistematiği bakımından 1982 Anayasası 1961 Anayasasının bir devamı niteliğindedir; ama çok büyük bir felsefe değişikliğiyle bir devamı niteliğidir; ama o felsefe değişikliğini bu çatının devamlılığından yararlanarak bir ortak felsefeye dönüştürmek, iki anayasa arasında bir uzlaşır felsefeye dönüştürmek yine yargı organlarının başarabilecekleri bir şeydir. O bakımdan, ben 15 inci maddeyle 17 nci madde arasında bir çelişki vardır demiyorum. Gerçekten bu anayasa da daha önceki anayasalar gibi işkenceyi yasaklamıştır; ama bunun olamayacağı durumlardan söz ederken, bundan (Sayın Aldıkaçtı da söyledi) değişik bir şekilde söz etmeyi yeğlemiştir. Kişinin maddî ve manevî bütünlüğünün dokunulmazlığından söz etmiştir; dolayısıyla gerisinde bir endişe yatmaktadır anayasanın, toplumu korumak, devleti korumak ve bunun için de bazı durumlarda yapılabilirliğini çok dolaylı bir biçimde ihsas etmek, tehlike bu. Yoksa açıkça yapılabilir demiyor; ama yaratılan hava, anayasanın temel felsefesi bu çeşit davranışlar gerekçe sağlayabilen bir felsefedir. Asıl değiştirilmesi gereken, yeniden yoruma tabi tutulması gereken budur. Onun için çşitli maddelerdeki ufak ipuçları, aslında büyük bir felsefe değişikliğinin ipuçlarıdır. Sayın Aldıkaçtı sadece yorum yaptı, o zaman onun soru hakkını ben kendisine karşı kullanarak konuşayım. Dayanan sözünü niye saygılıya çevirdiniz? Madem büyük fark yok, devlet ha insan haklarına dayanmış ha insana saygılı olmuş diyorsanız, insan haklarına niye dayalı olmasın da insan haklarına sadece saygılı olsun. Bu küçük bir söz değişikliği; fakat bana bir büyük felsefe değişikliğinin yansımasıdır gibi geliyor; ama bu felsefe değişikliği, yargı organlarının yorumlarıyla doldurulabilecek olan bir değişikliktir.

Sayın Saçlıoğlu'nun dokunduğu melce hakkı konusunda sanıyorum temelde bir değişiklik yok; çünkü Fransız mevzuatında bugün melce hakkı, çok açık bir biçimde tanınmış oluyor; ve Fransa, İsveç'ten sonra hatta İsviçre'nin de önüne geçerek melce hakkını en geniş tanımış devletlerden biri sayıyor kendisini; yasalarla melce hakkı geniş olarak düzenlenmiş; ama anayasada bunu bir sembolik söz olarak kullanmış ve ondan sonra da yine değişiklik sırasında kullanmamış olduğu anlaşılıyor. Bunun gerisindeki gerekçe gerçekten nedir, bunu doğrusu bilmiyorum; ama şunu söyleyebilirim : Anayasada yer alsın almasın, Fransa'da bu yönde olumlu, daha fazla melce hakkı tanınmaya doğru giden bir değişiklik var. Onlar bundan gurur duyduklarını söylüyorlar; tabiî yanlış kullanıyorlar, doğru kullanıyorlar, o ayrı mesele. Sanıyorum benim melce hakkı konusunda söyleyebileceğim bundan ibarettir.

DÜŞÜNCELERİ AÇIKLAMA ÖZGÜRLÜĞÜ, YIĞINSAL İLETİŞİM ARAÇLARI VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

Ersan İLAL*

Düşünceleri açıklama özgürlüğü kendiliğinden (per se) değer taşıyan, salt bir düşünceyi ya da açıklamayı korumayı amaçlıyan bir özgürlük değildir, toplumun yönetiminde en uygun çözümlerin bulunabilmesi için her düşüncenin kamuoyuna yansımasını, halkın katılımını —özetle demokrasiyi— sağlamak temel amacını güden bir özgürlüktür ve bu amacın önemi nedeniyle günümüz uygarlığının çağdaş siyasal kültüründe tartışmasız ana özgürlük olarak kabul edilmiştir.

Bu nedenle, açıklamalara getirilecek herhangi bir sınırlama ya da herhangi bir açıklamanın etkili biçimde topluma yansımasına engel oluşturan bir düzenleme düşünceleri açıklama özgürlüğünün amacına uygun kullanılması engellenmekte, özgürlüğün özünü yok etmekte, özgürlüğün kullanılmasındaki toplumsal yararı ortadan kaldırmaktadır.

Diğer yanda, çağdaş toplumlarda yığınsal iletim araçları dışında etkili açıklama söz konusu değildir. Günümüzde düşünceleri açıklama özgürlüğü, yığınsal iletim araçlarında düşünceleri açıklama özgürlüğü olarak tanımlanmalıdır. Bu nedenle de, basının, sinemanın, radya ve televizyonun yapısal niteliklerine uygun düzenlemelerle sınırsızlık ve etkililik gereklerinin korunması çabaları demokratik hukuk düzenlerine yansımaktadır. Böylece, yığınsal iletim araçlarında açıklama özgürlüğünün güvence altına alınmış bulunması, günümüzde demokratik hukuk devletinin temel ölçütü niteliğini kazanmaktadır.

Ancak, üzülerek belirtmek gerekir ki, Türk anayasal gelişmelerinde, değişik toplumsal etkenlerin oluşturdukları yanılgılar sonucunda varılan yığınsal iletim araçlarında düşünceleri açıklama özgürlüğüne ilişkin ilke ve kurallar bu ölçütün aşılması için gerekli yeterliğe ulaşamamaktadır. Gene üzülerek belirtmek gerekir ki, özgürlüklerin temel güvencesi olarak Türk anayasal yapısına kazandırılmış bulunan Anaya-

(*) İ.Ü.H.F. Öğretim Üyesi.

sa Mahkemesinin kararları da bu yanılgıların ve güvencesizliklerin oluşmasına büyük katkılarda bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararlarında oluşan ve son sosyal düzenlemelere yansıyan, düşünceleri açıklama özgürlüğüne ilişkin üç temel çizgi şöyle özetlenebilir :

— Düşünce özgürlüğü ve düşünceleri açıklama özgürlüğü adlarını taşıyan iki ayrı özgürlük oluşturulması.

— Düşünce özgürlüğünün sınırsız ama düşünceleri açıklama özgürlüğünün sınırlanabilir olmasının kabulü.

— Yığınsal iletim araçlarında düşünceleri açıklama özgürlüğünün ise etkili ve tehlikeli olması nedeniyle sınırlanmasının gerekli görülmesi.

Bu çizgileri oluşturmakla, Yüce Mahkeme yalnızca Türk Anayasa Hukukunda amacına uygun kullanılması olanaksız, sınırlı ve etkisiz bir düşünceleri açıklama özgürlüğü tanımı vermekle kalmamakta, çağdaş anayasal düzenlerde demokratik yapının temeli olan, kişilerin özgürce bilgilere ulaşmak ve bilgilerin geliştirdiği bilinçle yönetime katılmak haklarının yargı denetimi güvencesine alınması işlevini de yadsımaktadır.

Biz, bu çalışmanın sınırlı olanakları içinde, Türk Anayasa Hukukunda düşünceleri açıklama özgürlüğü kavramında beliren olumsuz çizgiye ABD Yüksek Mahkeme kararları ile karşılaştıracağımız Türk Anayasa Mahkemesi kararları yardımıyla açıklık kazandırmak amacındayız.

Türk Anayasa Hukukuna düşünceleri açıklama özgürlüğünün ve onun bir uzantısı olan« basın özgürlüğü»nün girmesi daha başlangıcında çarpık ve içeriksiz bir yapıyı yansıtır. 1876 Anayasasında «matbuat» hürriyeti 12. maddede yer alır, ama onun asıl içeriğini oluşturması gereken «fikir» hürriyeti Anayasada yoktur. Bu bir unutkanlık değildir. «Herkes kaalen ve kalemen beyanı efkârda azadedir...» hükmünü getiren, Mithat Paşa tasarısının 46. maddesi anayasa koyucu tarafından üstü çizilerek metin dışı bırakılmıştır (1).

Osmanlı yurttaşlarına düşüncelerini açıklama olanağı vermeyen, ama özellikle emperyalist ülke ideolojilerine basında güvence tanıyan

---

(1) Bu çarpık düzenlemeyi oluşturan iç ve dış nedenlerle ilgili olarak bkz.: İLAL, Ersan, **Basında Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü ve 1961 Anayasası**, İstanbul : 1977 (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi).

bir «içeriksiz özgürlük» düzenlemesinin Anayasa Mahkemesini temel özgürlük güvencesi olarak getiren 1961 Anayasası döneminde de değişik ama daha belirgin bir biçimde sürdüğü görülmektedir.

1961 Anayasasında düşünceleri açıklama özgürlüğünün sağlıklı biçimde güvence altına alınmasını engelleyen temel yanılgı «düşünce hürriyeti» kavramının Türk Anayasa Hukukuna yerleşmesidir. Bu yanılgı, büyük ölçüde, Anayasanın 20. maddesindeki hiçde bağlayıcı olmayan bir madde kenar başlığından kaynaklanmaktadır.

«Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Düşünce ve kanaatlarını söz, yazı, resim ile veya başka yollarla tek başına veya topluca olarak açıklıyabilir ve yayabilir...» kuralı, maddenin başlığının «Düşünce Hürriyeti» olmasından kaynaklanan bir yorumla, iki aşamalı bir hukuk süreci olarak algılanmaktadır. Birinci aşama «düşünce» aşaması, ikincisi ise «açıklama ve yayma aşamasıdır». «Düşünce» bir iç özgürlük, bir hukuk kurumu olarak sınırsızdır, ama «açıklama ve yayma» sınırlanabilecektir.

Üzülerek belirtmek gerekir ki, Anayasanın özgürlüklerin güvencesi olarak öngördüğü Anayasa Mahkemesi, ana özgürlüğün Türk Hukukunda kullanılmaz derecede sınırlanması sonucunu doğuran bu yorumun öncülüğünü yapmaktadır.

Yüce Mahkeme, 1963 yılında verdiği iki kararda :

«Düşünce ve kanaat hürriyeti insanların en tabii haklarındandır. Herkes istediği gibi düşünmekte, istediği fikre inanmakta serbesttir. Kişinin iç alemi kanunun her çeşit müdahalesinin dışındadır. Ancak kişinin iç aleminde kaldığı sürece mutlak ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyeti, toplum hayatını ilgilendirdiği andan itibaren hukukun ve kanunun sahasına girer ve toplumsal yaşayışın gerektirdiği bazı kayıtlamalara bağlanabilir. İnsanların toplum halinde yaşayabilmeleri ancak toplum hayatının bazı esaslara ve kurallara bağlanması ile mümkündür. Bu zaruret insanın iç hayatı bakımından mutlak ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyetinin, söz yazı, resim vesaire gibi çeşitli vasıtalarla açığa vurulurken toplumsal yaşayışın sürekliliği (devam ve bekası) sağlanmak için belli esaslara ve kurallara bağlanmak suretiyle kayıtlanmasını zorunlu kılar... Bahsi geçen... kayıtlama... vatandaşın... hakkında herhangi bir kanaat beslemesini men edici mahiyet taşımamaktadır. Esasen kanaat besleme kişinin iç alemini ilgilendirdiği cihetle bir kayıtlanmaya da tabi tutulamaz. Bu kanaatin söz,

yazı, resim vesaire gibi vasıtalarla açığa vurulmasıdır ki... bazı kayıtlamalara tabi kılınmıştır.» (2).

Anayasa Mahkemesinin bu kararına göre;

1. Basın yoluyla veya herhangi bir propaganda vasıtasıyla,
2. Umumi veya umuma açık olan mahalde ve birden ziyade kimseler huzurunda,
3. Toplantılan yer veya toplantıya katılanların adedi veya toplantının konusu ve gayesi itibariyle özel mahiyeti haiz olmayan bir toplantıda (3) yapılan açıklamaları cezalandıran ya da

sınırlayan bir yasa özgürlüğün özüne dokunmayacaktır; çünki herkes «düşünmekte» y da az sayıda kişiyle, dostlarıyla «evde» «söyleşi sırasında» açıklama yapmakta serbesttir. Böylece düşünceleri açıklama özgürlüğünün dokunulmaz özü «düşünmek» olgusuna indirgenmektedir.

Anayasa Mahkemesinin özellikle bu iki kararı Yargının Yasamayı ve Anayasa Koyucuyu etkilemesine, Türk Aanyasal gelişmelerinde başka konularda görülmeyen bir örnek oluşturmaktadır. Nitekim, 1982 Anayasası «Düşünce ve Kanaat Hürriyeti» ile «Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti»ni iki ayrı özgürlük olarak, iki ayrı maddede düzenlemiştir. Bu maddelerin Danışma Meclisi'nde görüşülmesi sırasında Anayasa Komisyonu Başkanvekili Feyyaz GÖLCÜKLÜ'nün açıklamaları konumuz açısından ilginçtir :

«...Komisyon sizlere sunduğu Anayasa tasarısında düşünce ve kanaat hürriyeti ile, bu düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini ayrı maddelerde ele almıştır. Bunun sebebi şudur : Her ne kadar düşünce ve kanaat hürriyeti ile, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti birbirine bağlı iki hürriyet ise de gerek bunların niteliği, gerek korunmaları için öngörülen tedbirler yek diğerinden farklıdır.

Şöyle, düşünce ve kanaat hürriyeti demek : kişinin istediği düşünce ve kanaate sahip olması demektir. Bunun korunması için... Kimsenin düşünce ve kanaatini açıklamaya zorlanamaması, hangi kanaattedir onu öğrenmek için o kişi üstünde hiçbir surette zor kullanılmıyacaktır... Diğeri de o kişinin hangi kanaatte, hangi düşüncede ol-

---

(2) E. 1963/16, K. 1963/83, 8.4.1963, AMKD 1, sh. 159.
E 1963/17, K. 1963/84, 8.4.1963, AMKD 1, sh. 173.

(3) Bkz.: Yukarıda sözü edilen karar.

duğunun bilinmesi halinde bu düşüncesi sebebiyle kınanıp suçlanamıyacağıdır...

Buna karşılık düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti bu düşünce ve kanaat hürriyetinin bir uzantısı niteliğindedir; ama ondan farklıdır. Sahip olunan düşünce sebebiyle suçlanamama, kınanamama veyahut kişinin düşüncesinin öğrenilme sebebiyle onun zorlanamaması farklıdır, düşünceyi yaydığı zaman kullandığı hürriyet farklıdır.

Oonun için Komisyon bu iki maddeyi birbirinden, iki hürriyeti birbirinden ayrı iki madde halinde düzenlemeyi uygun görmüştür. Nitekim ...düşünce hürriyetinin, düşünceyi yayma hürriyetinin (20. madde her ikisini birlikte almıştı) sınırsız olduğu gerekçesi ile... Anayasa Mahkemesinde bir iptal davası açılmıştı ve ...Anayasa Mahkemesi, mealen ve özetle şöyle diyordu : Düşünce, kanaat kişinin kendisinde kaldığı sürece, tamamen kişiyi ilgilendiren, tamamen kişinin kendi alemine ait bir şeydir düşünce, kanaat. Bunun ortaya bir zarar çıkarması düşünülemez; fakat ne zaman ki, bu düşünce ve kanaat, umuma yayılmaya başlandı, o zaman bu yaymadan bir zarar doğabilir. O vakit, bu hürriyet (4) konusunda gerekli sınırlayıcı tedbirler alınabilir. Şu halde, eski 10. maddedeki genel sınırlama tedbirleri, 20. maddedeki düşünce hürriyeti konusunda da geçerlidir. Bu suretle, Anayasa Mahkemesi de düşünce ve kanaat hürriyetini, statik hürriyet hakkını, dinamik, yayma, açıklama hürriyetinden ayırmış bulunuyor.

Bu sebeple biz bu kanaatle her iki hürriyeti ayrı maddelerde düzenlemeyi, bu fikrin açıkça ortaya konması bakımından yararlı gördük. Gerçi bazı anayasalarda her ikisi bir tek maddede gösterilmiş; ama bu bir karışıklığa sebep olabilir diye düşünmüştür Komisyonumuz.» (5)

Böylece, Anayasa Mahkemesi düşünce açıklamalarını düşünceden ayıran, onlara ayrı bir eylem niteliği kazandıran yaklaşımın başını çekmektedir. Düşünce açıklamalarının duvara yazı yazmak, resim yapmak, pankart taşımak, gösteri yapmak gibi çeşitli biçimleri böylece «huzuru bozabilecek», «zararlı», «yasaklanabilecek», «eylemler» olarak sınırlanması yolu açılmaktadır. Anayasa Mahkemesi bunu çeşitli kararlarında da desteklemektedir. Nitekim, Yüce Mahkeme 1980 yılında bir hanın duvarına laiklik ilkesine aykırı yazı yazılmasının cezalandırılmasını öngören TCK hükmünü anayasaya uygun bulduğu kararında, bu hükmün **«iki eylemi»** yasakladığını belirtmektedir. Bunlar, «pro-

(4) 11. madde olacak.

(5) Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 8, sh. 273/274.

paganda» ve «telkin»dir (6). Böylece, yasaların suç saydığı eylemlere tahrik gibi ayırımlar yapmadan, her tür düşüncenin açıklanması «propaganda» sayılabilmekte ve cezalandırılabilmektedir. Örneğin, bir kitabın çevrilmesi ve yayınlanması, kendiliğinden «propaganda eylemi ve suçu» sayıldığı gibi (7), salt duvara yazı yazmakta «propaganda eylemini» oluşturabilmektedir (8).

Anayasadaki özel ve genel sınırlama nedenleriyle sınırlanabileceği kabul edilen basında ve kamu tüzel kişileri elindeki basın dışı haberleşme araçlarında düşünceleri açıklama özgürlüğü, Yüce Mahkemece tam bir güvence altına alınmış olarak kabul edilmektedir. «Gerçekten, sözü edilen özgürlüğü etkin ve yaygın biçimde kullanma olanağı veren hür basın ve önceden izin almaksızın gazete, dergi, kitap ve broşür yayınlamak hakları, Anayasanın 22., 23. ve 24. maddelerinde engeniş anlamda düzenlenmiş bulunan güvencelerini korumaktadır.» Mahkemeye göre, bu «açıklama» eylemlerini gerçekleştiren kişilerin, düşüncelerini «hukuksal ve yasal yollardan açıklamaları gerekir.» Böylece, biçim olarakda açıklamaların yasalara uygunluğu söz konusu olmaktadır. Mahkeme, aynı kararda şöyle bir sonuca varabilmektedir : Düşünce ve kanaatleri açıklama ve yayma özgürlüğünün **en etkin yolları böylesine açık ve tam bir güvence altında** bulunurken, **kimi kullanma biçiminin de, duvarların ve caddelerin kirlenmesine ve giderek şiddet olaylarına** neden olması bakımından **sınırlanmasının ve caydırıcı etkinlikteki ceza yaptırımlarına** bağlanmasının, anılan özgürlüğün özünü zedeler nitelikte görülmesi veya gösterilmeye çalışılması isabetli sayılmaz (9). Yüce Mahkemenin bu önemli kararda açıklama özgürlüğünün özü ve sınırları, açıklama biçiminin düzenlenmesi, açıklamada propaganda ve suça tahrik gibi niteliklerin bulunup bulunmadığının tartışılması gibi temel konulara değinmeden, yüzeysel bir yaklaşımla verdiği karar gerçekten düşündürücüdür. Ayrıca Mahkeme, bir ilan yerine yada duvara basılı yada basılı olmayan kâğıt asmak, yazı yazmak gibi açıklama biçimleriyle ilgili bu kararda izne dayalı olsa bile ceza getiren ve özellikle «siyasal veya ideolojik olmayan» amaçlarla ve «içeriği suç oluşturmayan biçimde» yapılsa bile ceza öngören söz konusu hükmün «kirletme» gibi nedenleri aşan bir «düşünce açıklama» yasağı getirdiğini gözardı etmektedir.

---

(6) E. 198/19, K. 1980/48, T. 3.7.1980, AMKD, s. 18, sh. 271.

(7) E. 1979/31, K. 1980/59, T. 27.11.1980, AMKD, S. 18, sh. 339.

(8, E. 1980/19, K. 1980/48, T. 3.7.1980, AMKD, S. 18, sh 271.

(9) E. 1980/68, K. 1981/3, T. 15.1.1981, AMKD, S. 19, sh. 10.

Mahkemenin bu tutumu, basında hiç olmazsa bir sansür (öndenetim) yasağı nedeniyle bir ölçüde korunmuş olan açıklamaların, diğer biçimlerde çok ağır özü yok eden sınırlama ve yasaklarla karşılaşması olanağını yaratmaktadır. Kişi «düşünmekte» özgürdür, ama açıklama «eylemi» huzursuzluk yaratıyorsa, şiddete yol açıyorsa, ya da duvar kirletiyorsa yasaklanabilecektir. Oysa, hiç kuşkusuz insanın düşüncelerini açıklaması bir eylemdir ve de insan oğlunun en soylu eylemlerinden ilkidir, onu diğer yaratıklardan ayıran davranışların en başı çekenidir. Gene hiç kuşkusuz düşünce açıklama eylemi, örneğin insana işkence etmek eyleminden ayırt edilmesi gereken bir eylemdir

Nitekim, ABD Yüksek Mahkemesi ünlü Terminello V. Chicago kararında bu önemli noktayı vurgulamaktadır :

«Bizim siyasal sistemimizde düşünceleri açıklama özgürlüğünün bir işlevi tartışmaya yol açmaktadır. Düşünce açıklaması bir huzursuzluk, kurulu düzenin koşullarından hoşnutsuzluk yarattığı, hatta kişileri kızgınlığa sürüklediği zaman amacına en iyi biçimde hizmet etmiş olur. Düşünce açıklaması çoğunlukla kışkırtıcı ve uyarıcıdır; bir fikrin kabul edilmesi için çalışırken, önyargılara saldırabilir ve çok sarsıcı etkiler yaratabilir. (Bu nedenle,) ...toplumu rahatsız ve huzursuz kılmanın çok ötesinde ciddi ve somut bir kötülüğün açık ve somut tehlikesi kanıtlanmadıkça sansür ve ceza karşısında korunmuştur.» (10)

ABD Yüksek Mahkemesi, açıkca somut bir suç eylemine tahrik oluşturmayan açıklamaları cezalandıran yasaları oybirliğiyle anayasaya aykırı bulurken Douglas ayrık oy yazısında açıklama eylemini şöyle savunmaktadır (11) :

«Eylem çoğunlukla bir açıklama yöntemidir ve Anayasanın Birinci Ekinin güvencesi altındadır. Mahkememizin bir kararını protesto amacıyla bir yurttaşın kendisine ait bir Anayasa metnini yırttığını varsayalım. Hakkında koğuşturma yapılabilecek midir? ...Düşünce açıklamasını cezalandırmaktan yana olanların genellikle verdikleri örnek kalabalık bir tiyatroda yalan yere «yangın var» diye bağıran adamla ilgilidir. Ancak, bu örnek açıklama ile eylemin bitişik olduğu klasik olaydır... Bunları ayırmak gerçekten olanaksızdır ve olaylar nedeniyle koğuşturma yapılabilir. Kanımca, bu gibi ender durumlar dışında, düşünce açıklamaları hakkında koğuşturma yapılmaz.

---

(10) Terminiello v. Chicago 377 US 1 (1949).

(11) Brandenburg v. Ohio 395 US 444 (1969).

Soyut fikirlerin savunulması ile ...siyasal eylemin savunulması arasında anayasada bir ayırım olmadığı kesindir.»

ABD Yüksek Mahkemesi yukarıda belirlediğimiz kararlar ve sayısız benzerlerinde düşünce açıklama eyleminin içeriğine herhangi bir sınırlama getiren yasal düzenlemeleri kesinlikle anayasaya aykırı bulmakta ve bunun tek istisnası olarak somut bir tehlikenin, bir suçun oluşmasına neden olacak açıklamaları yasaklamayı mümkün kılan «açık ve somut tehlike» testini uygulamaktadır. Ancak, başlangıçta, savaş halinde orduda emirlere uymayı öneren açıklamaların sınırlanabilmesiyle ilgili olarak uygulanan bu test (12) Yargıç Holmes'un Gitlow (13) kararındaki ünlü karşı oy yazısının etkisiyle giderek daha da az sınırlayıcı bir nitelik kazanmış ve sonraki kararlarda devlete karşı şiddete başvurunun soyut biçimde savunulmasının ve bu konuda eğitim yapılmasının bile yasaklanamıyacağı, ancak bilinçli, eylemli somut bir şiddete başvuru önerisinin cezalandırılabileceği kabul olunmuştur (14).

Ancak, Douglas ve Black gibi Yüksek Mahkeme kararlarına damgalarını vurmuş iki yargıç bu «açık ve somut tehlike» ölçütünü bile, baskı dönemlerinde tehlikeli bir araç saymakta (15) ve yukarıda özetlediğimiz, Brandenburg kararına yazdıkları ayrık oy yazısında belirttikleri gibi, açıklamanın suç eylemine bitişik olduğu istisna dışında açıklamaya sınır kabul etmemektedirler.

Mahkemenin içeriklerini bu kadar titizlikle koruduğu düşünce açıklama biçimlerinin hepsi bir eylem oluşturdukları için, bunların kullanılmasının yasayla düzenlenmesi olağan gözükmektedir. Ancak, bu düzenlemeleri yaparken, yasa koyucu yada yürütme «açıklamayı yapan kişinin görüşlerinden hoşlanmadığı için yasaklama getiremez. Kamu düzenini korumak, sokaklarda araç ve yolcu trafiğini sağlamak, yada çağdaş toplumsal yaşamın vazgeçilemez amaçlarını gerçekleştirmek amacını gütmelidir ve iyi niyetli davranmalıdır.» (16)

Mahkemeye göre, kamu görevlilerine hoşlanmadığı düşünce açıklamalarının yasaklanabilecek kadar takdir yetkisi ya da olanak veren yasalar Anayasaya aykırıdır.

---

(12) Schenck v. United States, 249 US 47 (1919).
(13) Gitlow v. People of State of New York, 268 US 652 (1925).
(14) Yates v. United States, 345 UE 298 (1957),
Scales v. United States, 367 US 203 (1961).
(15) Dennis v. United States, 341 US 494 (1951).
(16) Kunz v. New York, 340 US 290, 282 (1951) Ayrık oy yazısı.

Mahkeme verdiği sayısız kararda trafiği engellemek (17) gürültü çıkararak başkalarını rahatsız etmek (18), kamuya ait binalarda olay çıkarmak (19), geçitler kapamak (20), kamuya açık parklarda gösteri yaparak başkalarını rahatsız etmek (21) gibi gerekçelerle, düşünce açıklamalarını «düzenlemek» gerekçesiyle sınırlayan yasa hükümlerini Anayasaya aykırı bulmuştur.

Üzülerek belirtmek gerekir ki, ABD Yüksek Mahkemesi çeşitli eylemlerle, değişik biçimlerde düşünceleri açıklama özgürlüğünün kullanan kişiyi korumak amacıyla, eylemi düzenleme gerekçesiyle getirilecek yasakları bile Anayasaya aykırı bulurken, Türk Anayasa Mahkemesi, üstelik oldukça yeni bir kararında, kişinin Anayasa tarafından «söz, yazı, resim ile veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak» kullanabilmesi güvence altına alınan düşüncelerini açıklama hakkına sahip bulunmadığı sonucuna varabilmektedir. Mahkemeye göre: «...salt hukuk açısından, kişinin, kendi düşünce ve kanaatlerini kamuya ait yollara, üçüncü kişilere ait yapılara yazmak ya da bunları içeren kâğıt, para ve benzerlerini asmak biçiminde bir hakka esasen sahip bulunmadığı gözden uzak tutulmamalıdır. Kişilerin düşünce ve kanaat özgürlüklerini hukuksal ve yasal yollardan açıklamaları gerekir.» (22) Böylece Anayasa Mahkemesi düşünceleri açıklama özgürlüğünün kullanılmasında bir tür tersine «yasallık» ilkesi getirmekte ve hakkın kullanılmasını imkânsız kılacak ölçüde zorlaştırmaktadır. Özgürlüklerin temel güvencesi olarak öngörülen bir kurumun ödevi özgürlüğü kullanma biçimlerinin yasalardaki düzenlemelere uygunluğunu değil, yasalarda çeşitli gerekçelerle getirilen düzenlemelerin Anayasada yer alan kurallara uygunluğunu denetlemek ve özgürlüklerin özünü zedeleyen sınırlamaları ortadan kaldırmak olması gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi, yukarıda anılan kararında, bir duvara yazı yazarak düşünce açıklamak eylemini cezalandıran hükmün bir duvarı kırletmek, kamuya ait ya da üçüncü kişilere ait bir mala tasarruf gibi eylemlerin dışında bir ceza getirdiğini, «siyasal veya ideolojik olmayan» açıklamalar taşıyan yazı ya da kâğıtlar için daha hafif cezalar ön-

---

(17) Shuttlesworth v. Birmingham, 394 US 147 (1969).

(18) Sala v. New York, 334 US 558 (1948).

(19) Edwards v. California, 372 US 229 (1963).

(20) Cox v. Louisiana, 379 US 536 (1965).

(21) Niemotko v. Maryland, 340 US 268 (1948).

(22) E. 1980/68, K. 1981/3, T. 15.1.1981, AMKD, 19, sh. 10.

gördüğünü ve böylece biçimsel bir düzenleme değil bir içerik sınırlaması, düşünce türüne göre bir ceza getirdiğini gözardı etmektedir. Yüce Mahkemenin söz, yazı, resim, basılı olmayan kâğıt asmak gibi yollarla yapılan açıklamaların «sınırlandırılması ve bunların caydırıcı etkinlikteki ceza yaptırımlarına bağlanması»nın özgürlüğün özünü zedeler nitelikte gösterilmesini «isabetsiz» sayarken dayandığı gerekçe de ilginçtir. Mahkemeye göre «sözü edilen özgürlüğü etkin ve yaygın biçimde kullanma olanağı veren hür basın ve önceden izin almaksızın gazete, dergi, kitap ve broşür yayınlamak hakları, Anayasa (da) ...en geniş anlamda düzenlenmiş bulunan güvencelerini korumaktadır.» Böyle etkin yollar açıkken, Mahkemenin «kimi kullanma biçimi» deyimiyle küçümsediği, üstelik «duvar ve caddelerin kirlenmesine» ve nedense daha «etkin» yollardan daha çok «şiddet olaylarına» neden olduğuna inandığı bu açıklama biçimleri sınırlanabilecek, cezalandırılabilecektir (23).

Mahkeme, böylece, düşünceleri açıklama özgürlüğünün gerçekleşmesini basında düşünceleri açıklama özgürlüğünün gerçekleşmesine bağlamaktadır. Burada kullanılan temel kavramlar ise hür basın ve önceden izin almaksızın yayın yapabilmek hakkıdır (24).

Oysa, günümüzde etkin açıklama biçimi olan yığınsal iletim araçlarında açıklamanın çok daha karmaşık bir yapıya sahip olduğu ve bu araçlarda düşünceleri açıklama özgürlüğünün gerçekleştiğini söyleyebilmek için daha ayrıntılı bir irdelemenin gerektiği açıktır.

Yüce Mahkeme ise, gene üzülerek belirlemek gerekir ki, basında düşünceleri açıklama özgürlüğüyle ilgili kararlarında aynı sınırlayıcı çizgisini sürdürmektedir. Örneğin daha önce değindiğimiz, 38 sayılı Kanunun 1. maddesinin B bendiyle getirilen sınırlamalarla ilgili kararında (25) basın yoluyla yapılan düşünce açıklamalarına, «toplumun devamını» sağlamak gibi gerekçelerle getirilecek sınırlamaları Anayasaya uygun bulmaktadır. Mahkeme bu tutumu TCK 141-142 ile ilgili bir kararında da belirlemektedir (26). Diğer yandan, Mahkeme 1963 yılında verdiği bir kararda, yurt dışında basılmış ve yayınlanmış eserleri tümüyle anayasal güvence dışına atmaktadır. Bu tür yayınları ya-

---

(23) E. 1980/68, K. 1981/3, T. 15.1.1981, AMKD, S. 19, sh. 10.

(24) Mahkeme, bir (sansür-öndenetim) yasağından bile değil, izin almadan yayından söz etmektedir.

(25) E. 1963/16, K. 1963/83, T. 8.4.1963, AMKD, 1, sh. 159.
E. 1963/17, K. 1963/84, T. 8.4.1963, AMKD, 1, sh. 173.

(26) E. 1963/73, K. 1965/40, AMKD, 4, sh. 266.

saklamak konusunda idareye keyfî kullanılması olanağı çok fazla olan bir takdir hakkı tanıyan Basın Kanununun 31. maddesi hükmünü Anayasaya uygun bulurken (27), Mahkemenin yalnızca dayandığı Anayasa yorumları değil, mantığı da eleştirilmesi gereken türdendir. Mahkemeye göre, söz konusu yabancı yayınlar basılı oldukları için bunların yurt içine gönderilmesi Anayasanın 17. maddesinde korunan özel iletişimle (Haberleşme Hürriyeti ilgili değildir. Ancak, yurt dışında basıldıkları için 22. maddedeki basın özgürlüğü maddesiyle de korunmazlar, onunla da ilgileri yoktur. Bu tür yayınlar basılı oldukları için, basın ürünü oldukları için söz, yazı, resim ve diğer yollarla yapılan düşünce açıklamalarını koruyan 20. maddeyle de ilgileri yoktur...

Doğrusu, bu yayınların ne ile ilgili olabileceklerini Anayasa Mahkemesinin daha ayrıntılı bir kararda yanıtlaması gerekmektedir. Açıktır ki, bu tür yayınların bir mektubun içinde, ya da tek bir sayı olarak bir Türk vatandaşına gönderilmesi bir özel iletişimdir ve 1961 Anayasasının 17. maddesinde korunmuştur. Ayrıca 22. maddedeki korumanın yalnızca Türkiye sınırları içinde basılan ve yayılan eserlerle sınırlı tutulması, Türk vatandaşlarının Anayasada güvence altına alınmış bulunan haberlere ulaşmak hakkını da, kullanımını imkânsız kılacak derecede zorlaştırmaktadır.

Böylece, Mahkeme, basında düşünceleri açıklama özgürlüğüne çok ağır, özü ortadan kaldıran içerik sınırlamalarını getiren yasa hükümlerini Anayasaya uygun bulmaktadır. Ayrıca, en geniş çapta Amerika Birleşik Devletleri'nde olmak üzere, birçok çağdaş demokrasinin hukuk düzeninde gelişmiş bulunan tekelleşmeye karşı hukuk önlemlerinin bizim hukuk sistemimizde gelişmemiş olması ve bununla ilgili olarak, hürriyetleri sınırlayan siyasî, iktisadî ve sosyal engellerin devletçe kaldırılması Anayasa kuralının da (28) uygulama alanı bulamaması basında tekelleşmelere neden olmaktadır.

Devlet tekelinde bulunan radyo - televizyon ve anayasal güvence altında olduğu bile tartışılan sinema alanında oluşan tekellerle birlikte ele alınınca bu tekelleşmiş yapı yığınsal iletim araçlarında kişinin düşünce açıklama özgürlüğünün «en etkin yolları (nın)... açık ve tam bir güvence altında» bulunduğunu ileri süren Mahkemenin görüşüne katılmayı biraz güçleştirmektedir.

---

(27) E. 1963/170, K. 1963/178, AMKD, 1, sh. 304.

(28) 1961 Anayasası md. 10/2; 1982 Anayasası md. 5.

ABD de Yüksek Mahkemeniny ığınsal iletim araçları sahipliğinde tekelleşmeyi Anayasaya aykırı gören ve buna olanak veren düzenlemeleri engelleyen, kişinin bu araçlardan eşit ölçüde yararlanmasını öngören, haberlere ulaşmayı ve yayınlamayı engelleyen, her tür siyasal ve ekonomik müdahaleyi yasaklayan sayısız kararına benzer kararlarında bizim Anayasa Mahkememizin izlediği çizgi açısından söz konusu olmadığından, kişinin bu temel özgürlüğü, Yüce Mahkemeninde açıkça belirttiği gibi «istediği gibi düşünmekte, istediği fikre inanmakta serbest» olmağa indirgemektedir.

Mahkemenin yürümeğe başladığı yolda çok daha ilerilere ulaşmış görünen 1982 Anayasa koyucusu ise «sınırlı» olarak düşündüğü açıklama ve yayma hürriyetinden (AY md. 26) ayırdığı ve gerekçesinde kişinin «tamamen hür olduğunu» belirlediği düşünce ve banaat hürriyeti ile ilgili 25. maddede, aynen 1961 Anayasasının 20. maddesinde olduğu gibi hiçbir sınırlama getirmemekte ve Anayasa Mahkemesi gibi, kişinin «sınırsız düşünme hakkını» koruduğu izlenimini uyandırmaktadır. Ancak, 1982 Anayasası, özgürlüklerin sınırlanması konusundaki tartışmalara son vermek amacıyla, 13. maddesinde çok açık bir hüküm getirmektedir. «Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir.» «Düşünce» ve «açıklama» hürriyetleri artık ayrı maddelerde düzenlenmiş bulunduğundan, Yüce Mahkemenin 1961 Anayasasının 20. maddesiyle ilgili olarak yaptığı «genel sınırlama nedenleri açıklamaları için geçerli ama açıklanmayan düşünce için değil» yorumu da geçerliğini yitirmektedir. Mahkeme, ya düşünceleri açıklama özgürlüğü gibi bazı özgürlüklerin içeriklerinin öze bitişik olması, yapıları gereği sınırlanamaz olduğunu kabul edecek, ya da bazı Anayasa hukukçularımızın ileri sürdüğü gibi 1982 Anayasasının kendi ideolojisine aykırı olan **düşünceleri** de yasakladığı görüşüne destek verecektir.

1982 Anayasasının çok sayıdaki çelişkili maddeleri arasında en uygulanamaz çelişkilerden birini oluşturan bu durum, kanımızca Yüce Mahkemenin 1982 Anayasası içinde geçerli saydığı açıklaması «temel hakların özü» ölçütünü kullanarak aşabileceği, örneğin 25. maddedeki herhangi bir dilin kullanılmasının, yada (özellikle bilim ve sanat hürriyeti ile ilgili 27. maddede düzenlenmiş olması açısından) yabancı bilim ve sanat eserlerinin ülkeye girmesi ve dağıtımının yasayla yasaklanması gibi durumlardan çözümü çok daha zor ve çok daha önemli bir Anayasa ve demokrasi sorunu yaratmaktadır.

TARTIŞMA

NAHİT SAÇLIOĞLU

Efendim, biraz kulaklarım ağırsa olduğu için iyi duyamadım. Acaba doğru mu anladım? Şöyle bir şey anladım : Propaganda ile düşüncenin izharını eş anlamlı mı kabul buyurdunuz; yani ikisini eş anlamlı mı görüyorsunuz? Yani propaganda ile düşüncenin izharını eş anlamlı kabul ettiniz gibi geldi bana. Acaba yanlış mı anladım?

Prof. Dr. MÜMTAZ SOYSAL

Konuşmacıdan biraz daha açıklamasını rica ettiğim bir nokta var. Kendisinin kararlarını okuduğu Amerikan Yüce Mahkemesinin bu açık ve yakın tehlike kıstasını bizim durumumuzda kullanılabilir bulmuyorum. Sanıyorum, propaganda ile düşünceyi açıklama bakımından da bir sınır çizmekte yararlı olabilecek olan bir kıstastır. Eğer bir düşüncenin açıklanması çok yakın ve belirgin bir tehlike yaratıyorsa ve bu tehlike toplumun kendisini koruması bakımından önem taşıyan bir tehlike ise, o zaman yasaklanmak, düşünce özgürlüğünün sınırlanması kapsamına girmiyor. Sanıyorum, bizim toplumumuzda rastgele duvar kirletme vesaire gibi olayların da değerlendirilmesinde yararlı olabilir. Eğer bir ortam, bir durum gerçekten ciddi bir tehlike yaratabilecek ve bu tehlike yakın bir tehlike ise, bir düşüncenin açıklanmasıyla toplumun yaşamı tehlikeye girebilecekse, o zaman sınırlama koymak, sanıyorum bizim Anayasanın —gerek 1982 Anayasasının, gerek 1961 Anayasasının— getirdiği yaklaşımla çok çatışır gözükmeyebilir. Aynı zamanda bu yakın ve ciddi tehlike uyandırmayan düşüncelerin açıklanmasına da olanak sağlayabilir. Onun için, çok mutlak bir serbestlik elbette özlediğimiz bir şeydir ve Anayasanın, özellikle 1961 Anayasasının 20 nci maddesinden çıkarılabilecek olan sonuç bu olabilirdi; ama yaşanan olaylardan sonra, özellikle 1982 Anayasasının sağlamaya çalıştığı durum içinde sanıyorum böyle bir kıstas çok daha yaratıcı olabilir. Sınırlayıcı değil, yaratıcı olabilir ve Anayasanın çok sınırlayıcı olan yaklaşımını bununla dengelendirmek ve bundan kalka-

rak gitgide düşüncenin açıklanmasını sınırlayan engelleri asgariye indirmek mümkündür

Acaba konuşmacı bu konuda ne düşünmektedir?

BİLÂL KARTAL*

Sayın hocamın tebliğinde son derece toleranslı bir görüş hakim. Hemen hemen her şeyin düşünce açıklaması olarak kabul edilmesi gerektiğini anladım ben. Acaba düşünce açıklamasında bir ayrım yapmak gerekmeyecek mi? Siyasal bir düşünce açıklaması, yani siyasî konularda, toplumun sosyal konularında geleceğe yönelik birtakım düşüncelerle, örneğin, hayat pahalılığı ile ilgili, bir toplantı yaptık, bunu tartışmamız lazımdır diye; bir düşünce açıklamasıdır bu. Belki bu, kabul ediyorum, doğrudur; ama bir kişinin çıkıp da mahallemizde şu veya bu şekilde yaşantısı hoş olmayan, kendi özel yaşamıyla ilgili, bir kişinin bu yaşamını kınamak bakımından, kapı kapı dolaşıp «Bunu mahallemizden çıkarmamız lazım» demesi, yani bu kişinin özel hayatını deşifre edecek şekilde bir davranışı da düşünce açıklamasıdır. Acaba bu ikisi arasında bir ayrım olmayacak mı? Yani bir siyasal düşünce açıklaması ve bir normal, yani adi olaylara ilişkin düşünce açıklaması gibi bir ayrım düşünülemez mi, yoksa hepsini açıklamak mübah mıdır ve buna, suç teşkil eden açıklamalara, yani adi suç teşkil eden açıklamalara bir sınırlama getirilmesi düşünülmemekte midir?

ERDOĞAN TEZİÇ**

Yanlış anlamadıysam, Anayasanın 25 inci ve 26 ncı maddesinde yapılan ayrımı, Anayasa Mahkemesinin kararının bir ürünü olarak ve bunun 1982 Anayasasına yansıması olarak değerlendirildiler. Şimdi, kanun koyucu ve Anayasa koyucu da, yerleşik bir hukuk söyleyişiyle, abesle iştigal etmeyeceğine göre, biz, bu her iki madde arasındaki bağlantıya bir anlam vermek zorundayız; ve anlam verilmesinin bir zorunluğu da Anayasanın 13 üncü maddesinden kaynaklanmaktadır. Eğer dedikleri gibi 25 inci maddede öngörülen düşünce hürriyeti, daha doğrusu düşünme hürriyeti, bireyin iç dünyasıyla ilgili olan düşün-

(*) Yargıtay Tetkik Hâkimi.
(**) İ.Ü.H.F. Öğretim Üyesi.

me hürriyeti, anayasada yer almışsa bunun muhakkak bir anlamı olmak gerekir. Nitekim Anayasanın 13 üncü maddesinin son fıkrasında «Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri, temel hak ve hürriyetlerin —altını çizerek söylüyorum— tümü için geçerlidir.» deniyor. Bunu nasıl yorumlayacak sayın konuşmacı? Nasıl bağlantı kuruyor bu üç madde arasında?

REŞAT SAMİLOĞLU*

Efendim, Sayın İLAL buyurdular ki : «Düşünceleri açıklama özgürlüğü, bir devletin gücünün göstergesidir.» Yani ancak güçsüz, kendini güçsüz hisseden devletler düşünceleri açıklama özgürlüğüne sınırlamalar getirebilirler, getirme gereğini duyarlar. Bendeniz şunu öğrenmek, sormak istiyorum : Bizim toplumumuzda bazı siyasi nitelikli fikirleri açıklamak, bunları toplumun beğenisine sunmak, propagandasını yapmak imkânı yoktur, yasaktır. Acaba bu yasakla, özellikle 12 Eylül'den önce görülen ideolojik kökenli şiddet olayları arasında bir bağlantı var mıdır; yani acaba bazı fikirlere inanan insanlar bu fikirlerini serbestçe açıklayamadıkları, topluma benimsetemedikleri ve demokratik yollardan da olsa iktidara gelme umutları bulunmadığı için mi şiddete başvurmuşlardır? Bu konuyu öğrenmek istiyorum.

ERSAN İLAL

Efendim, her şeyden önce propaganda ile açıklama arasındaki ilişki, sanıyorum ki, yanlış duymadınız, propaganda zaten «Propagari» kökünden geliyor ve «Yaymak» anlamına gelir. Bu açıdan bir düşüncenin etkili biçimde yayılması, topluma açıklanması propagandadır. Propagandanın kötü anlam kazanması, özellikle dünya savaşı yıllarında ortaya çıkan bir olay; ama oraya baktığımız zaman şu açıklamayı yapmamız gerekiyor : O anlamda propaganda, toplumdaki diğer bütün düşüncelerin yayılmasının engellendiği, sadece resmî ideolojinin yayıldığı bir biçim. Biz tabii propaganda kelimesini kullandığımız zaman, ya da mahkeme kullandığı zaman bu anlamda kullanmıyor, yayma anlamında kullanıyor. Bir düşüncenin propagandası, yani reklamdır. Bir deterjanın propagandasını yapmak gibi. Ben burada da bir sakınca görmüyorum, hukuka aykırılık görmüyorum.

(*) Anayasa Mahkemesi Raportörü.

NAHİT SAÇLIOĞLU

Propaganda aynı zamanda düşüncenin izharını da içerir; ama propagandada ille de o fikri, o düşünceyi bir kabul ettirme cehdi var. Yalnız cehd değil yollar var. Bu yolların bizatihi kendisi aldatmacaya kadar gidebilir. Benim kamu müesseselerinde bulunduğum, Anayasa Mahkemesinde bulunduğu süre içerisindeki tartışmalarda genellikle egemen fikir bu idi. Propaganda değimiz zaman genelde anlayışımız, yani yasaklanan propaganda, böyle hiylelere, hurdalara vesairelere doğru saparak, bir fikri kabul ettirme cehdi idi, yoksa masumane düşüncenin izharı değildi.

Ben bunu belirtmek için «Eş anlamda mı?» diye soru sordum, efendim.

ERSAN İLAL

Teşekkür ederim efendim. Benim daha önce belirttiğim gibi, bu mahkeme kararlarına yansısa; yani propaganda şöyle olduğu zaman yasaklanmalıdır, şunu yaptığı zaman yasaklanmalıdır dense, belki o zaman özgürlüklerin içerikleri ve özleri giderek belirlenir. Zaten mahkemenin temel işlevinin de bu olacağını umuyorum. Zaten budur, temel hakların özü kavramında da bunu yapmıştır. Sanıyorum propaganda açısından da bunu yapacaktır.

Efendim, Sayın SOYSAL'a teşekkür ederim, fırsat verdi. Açık yakın tehlike ölçütü, özellikle Amerikan Mahkemesinin, yüksek mahkemenin siyasal düşüncenin sınırlandırılmasında kullanılan ölçütlerden bir tanesi olarak gözüküyor. Tabii çeşitli ölçütler var burada, ayrıca müstehcenlik konusunda ölçütler var, mahkemenin çeşitli alanlarda kullandığı ölçütler var. Sanıyorum ki, benim bildirimde de söylemek istediğim şeylerden bir tanesi bu, Yüce Mahkememiz de tıpkı temel hakların özü kavramında yaptığı gibi, birtakım ölçütlerle siyasal düşüncenin sınırlanması konusunda ölçütlerle ortaya çıkabilecektir. Açık ve somut tehlike testi, Amerikan Mahkemesince de, özellikle Dauglas tarafından da sonradan çok eleştirilmiş bir testtir. Onu da aşmıştır Dauglas; ama bizim toplumumuz açısından geçerliliği ileri sürülebilir. Ben açık ve somut tehlike diyorum, gerçekleşmiş olması açısından. Açık ve somut tehlike testi bu açıdan, ülkemizde siyasal düşüncelerin sınırlanması açısından kullanılabilir bir ölçüt olarak gözüküyor; ama mahkemeye şu ya da bu ölçütü önermek bana doğru gözükmü-

yor. Kendi toplumumuzun koşullarında siyasal düşüncenin sınırlarını aramak gerekecek. Başka konularda da benim söylemek istediğim şu: Her kararda mahkeme içeriğin (o somut olayda ve genelde) sınırlama biçimlerini geleneksel olarak belirlemeli ve Anayasaya özgürlükler açısında yorumlama olanakları vermelidir. Açık ve somut tehlike bu açıdan kullanılabilir.

Bilmem açıklamam yeterli olabildi mi? Pek yeterli olmamış gibi gözüküyor ama...

MÜMTAZ SOYSAL

Sanıyorum ben hâlâ Amerikan Mahkemesinin açtığı bir kıstas olmakla birlikte bizim toplumumuzda yararlı olarak kullanılabileceği inancındayım; ve şu anlamda : Bütün düşünceler açıklanabilir bu kıstasa göre; fakat bir düşüncenin açıklanması somut olarak açık ve yakın bir tehlikeyi öngörüyorsa, o zaman sınırlanabilir. Örneğin, bir rejimi beğenmeyebilirsiniz, o rejime ilişkin düşünceyi kitapta açıklıyorsa birisi, onun onu açıklamasına olanak vardır; çünkü çok yakın ve somut bir tehlike bulunmamaktadır. Sayın raportörün de belirttiği gibi uzun vadede toplum o düşünceyi benimseyecektir, ya da benimsemeyecektir. Yani piyasaya çıkarılmasında toplumun belki uzun vadede yararı da olabilir zararı da olabilir; ama tehlike, zarar, yakın bir zarar değildir; ama biri kapının önünde çıkıp da —zaten ceza hukukuna da giren bir şey— «Falanca yere yürüyelim arkadaşlar, yakalım yıkalım» diyorsa tehlike çok yakın ve somut bir tehlikedir, artık düşünceyi açıklama özgürlüğüne girmez ve durumlara göre de, çok gergin bir ortamda, toplumun kaynaştığı bir ortamda bir düşüncenin açıklanması, yayılması, çok yakın ve somut bir tehlike doğuruyorsa, o zaman toplumun kendi kendisini koruma içgüdüsünün bir sonucu olarak, o da sınırlanabilir.

Onun için, sanıyorum, bizim ortamımızda yararlanılabilecek bir kıstastır.

ERSAN İLAL

Teşekkür ederim. Katılıyorum. Ben yalnızca şunu belirlemek istedim : Mahkemeye şu ya da bu ölçütü önermek durumunda değiliz.

Türk hukukunu, Türk Yüce Mahkemesi kendisi yaratacaktır. Tıpkı öz konusunda yaptığı gibi ölçütler yaratacaktır gibime geliyor.

Bu konuda Sayın KARTAL'a da kısa bir yanıt vermek isterim. Tabii düşüncelerin türleri konusunda ayrımlar yapmak biraz tehlikeli bir yaklaşım, şu düşünce bu düşünce demek tehlikeli bir yaklaşım; ama gene de şu söylenebilir : Başka özgürlüklerle çelişme anında, geleneksel olarak tüm ülkelerde, liberal anayasalarda kabul edilmiş sınırlar vardır. Örneğin, sövme, hakaret; ama hakarette de, özellikle Anayasa Mahkemesi —o kararı okumadım— çok dikkatlidir. Hakareti bir sınır olarak kabul etmektedir; ama eğer hakaretle birlikte özellikle siyasal bir düşünce açıklaması söz konusu ise —dondurucu etki nedeniyle— hakareti bile cezasız bırakabilmektedir. Bu nedenle, sınırlar hep çeşitli ve üreyecek ölçütlerle belirlenmelidir, somut olaylarda belirlenmelidir.

Sayın TEZİÇ haklıdır. «Ne yapacağız?», boş yere durmuyor ya o madde orada. 1960'dan beri gelen bir çizgi var, onu belirlemek gerekecek orada. Aslında 20 nci maddenin 2 nci fıkrası, 1961 Anayasasında, susma özgürlüğü denen bir kurumu getirir; ve bu daha sonra 1982 Anayasastna da yansır. Oraya baktığımızda şunu görürüz : «Kimse düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz.» Bu fıkra niye buradadır diye ben çok düşünmüşümdür. Aslında burada zorlanma halinde iki durum söz konusu olabilir. Ya gerçekten insanın, o kişinin düşünceleri açıklanacaktır. O zaman, eğer tıpkı batıdaki ölçütle sınırsız düşünce açıklamasını kabul etmiş durumda isek, zaten bir sorun yoktur, kendi düşüncesini açıklamıştır, zorlanmış ya da zorlanmamış. İkinci ihtimal, başkaları tarafından kendi düşüncesi olmayan düşünceler ona yüklenecektir. Bu onun düşünce açıklamasına ilişkin bir şey değildir. Belki başkalarının düşünce açıklamaları olduğu için onların koruması gereken haklarıdır; ama onunla ilişkili değildir. Yalnız burada olan somut olay, zorlamadır. Yani kişi bir şey yapmaya zorlanmıştır. Kişiyi koşmaya zorlayabilirsiniz, ayağı üzerinde durmaya zorlayabilirsiniz, tepe taklak durmaya zorlayabilirsiniz, söyle dersiniz bir şeyler söylemeye zorlayabilirsiniz. Bu işkence kavramına girer ve zaten Anayasanın 14 üncü madde ve uzantılarında korunmuştur. 20 nci madde ve 1982 Anayasasındaki 25 inci maddedeki, düşünce hürriyeti, bence bu nitelikte bir özgürlük, yani kişinin küçük dünyasını koruyan bir özgürlük. Mahkeme belki böyle algılayabilir bu maddeleri. Onlar kişiliğin korunmasına ilişkin maddeler; ama 20. maddede düşünceyi açıklama özgürlüğü değildir. Tıpkı kişinin üstünün başının, mektuplarının, vü-

cut bütünlüğünün korunduğu gibi benliğinin ürünleri de içeride kaldıkları sürece korunurlar. O kişinin, kişiye saygısının gereği olan bir düzenlemedir, kişinin küçük dünyasının korunmasıdır; ama 26 ve ondan sonraki iletişim araçlarına ilişkin maddeler açıklama özgürlüğünün korunmasıdır; ve asıl onların, açıkladığım nedenlerle, sınırsızlık içeriğine uygun olması gerekmektedir. Bu iki konuyu birbirine karıştırmamak gerekir. Belki de böyle bir yorumla 20 nci maddenin, işkence yasağı gibi, 1961 Anayasasının 14. maddesiyle ilişkili olduğunu düşünerek bu işi çözümleyebiliriz.

ERDOĞAN TEZİÇ

Efendim, belki o zaman şu sonuç çıkıyor : 25 inci maddeyi yok mu varsayıyorsunuz? Hayır, eğer yok varsaymıyorsanız, var sayıyorsanız, 13 üncü madde karşısındaki değeri nedir? 13 üncü madde var, «Bütün hürriyetler tümü...» altını çizerek ben söylüyorum, çizmiyor Anayasa ya, «Tümü» dediğine göre 25. madde bunun dışında mı, içinde mi?

ERSAN İLAL — İçinde.

ERDOĞAN TEZİÇ — İçinde olursa şu halde o zaman düşünme hürriyeti de sınırlanabilecek bir hürriyet mi? O düşüncede misiniz?

ERSAN İLAL — Ben şunu söylemeye çalışıyorum : Bunun sınırlama olanağı yok; çünkü kişinin vücudunun içine giremeyeceğiniz gibi, kafasının içine de giremeyeceksiniz. O açıdan bu madde (20 nci madde) ve şimdiki 25 inci madde bir olanaksızlık getirmektedir; ama bir yorum yapmak gerekiyorsa, kişinin tıpkı vücudu gibi korunacaktır ve eşyanın tabiatı gereği de zaten sınırlanamayacaktır, 13 üncü madde geçersiz kalacaktır bu açıdan.

ERDOĞAN TEZİÇ — Yorum yoluyla varolan bir madde yok sayılabilir mi?

ERSAN İLAL — Var, yok demiyoruz ki, 25 inci madde var; siz varlığını mı tartışıyorsunuz, sınırlılığını mı tartışıyorsunuz?

ERDOĞAN TEZİÇ — Yani 25 inci madde Anayasada var, yer almış, pozitif bir düzenleme. Bireyin düşünme özgürlüğünü, düşünce hürriyetini, kendi iç dünyasındakini kabul ediyor, ama bir de bütün hürriyetlerin sınırlanabileceğini söyleyen 13 üncü madde var elimizde. Onu var kabul ettiğimize göre şöyle bir varsayım mı kurmak gerekiyor?

Her birey dünyaya 25 inci maddenin sınırlanması —13 üncü maddeyle sınırlı— çevresinde dünyaya gelir; bu sonuç mu çıkacak, onu öğrenmek istedim. Eğer sınırlanacak bir hürriyetse, o zaman bütün Türkiye'de doğanlar, 13 üncü madde çerçevesinde (kafaları) dünyaya gelmiştir sonucuna varacağız.

ERSAN İLAL — Anlıyorum. Şimdi, 13 üncü maddenin genel özgürlükler açısından geçerliliği ve çeşitli özgürlüklerde uygulama olanaklarını tartışmak benim konum dışında. Buradaki tutarsızlıklar —eğer varsa— bunu Anayasa koyucu açısından düşünmek gerekecektir. Ben 13 üncü maddenin hangi özgürlükte, ne ölçüde geçerli olduğunu burada tartışma durumunda değilim sanıyorum; yani adres ben değilim gibime geliyor.

Sayın ŞAMİLOĞLU'nun sorusuna gelince : Sanıyorum ki, benim açıklamalarımla bir çelişki yok burada. Yani açıklamalarla, açıklama eylemiyle, düşüncenin açıklanması eylemiyle toplumdaki şiddet eylemleri arasında bir ilişki olduğunu söylemek, bilimsel olarak söylemek biraz bana güç geliyor. Eğer şiddet eylemleriyle düşünceleri açıklama özgürlüğü arasında bir ilişki kurarsak, o zaman, bu dönemde yapılan açıklamaların da gene şiddete götüreceğini söylememiz gerekecek; ben bunu kabul edemiyorum. Her dönemde «Açıklama şiddete götürür, bir ilişki vardır» demek güç. Bir açıklama eylemi vardır 60'ta, 70'te, 80'de ve bunun toplumda çeşitli etkenleri vardır. Toplumun şiddete itilmesi olsa olsa açıklamaların belki yeterince yapılmamış olmasıyla ilişkilidir.

CUMHURBAŞKANININ GERİ GÖNDERME YETKİSİ

ANAYASA YÖNÜNDEN FONLAR

Ü Ç Ü N C Ü O T U R U M

OTURUM BAŞKANI : **Ahmet ERDOĞDU**

KONUŞMACILAR : **Prof. Dr. Erdoğan TEZİÇ**

Doç. Dr. Nami ÇAĞAN

CUMHURBAŞKANININ GERİ GÖNDERME YETKİSİ

Prof. Dr. Erdoğan TEZİÇ*

Yukarıdaki başlık, yasama organınca kabul edilmiş **Kanunların**, bir daha görüşülmek üzere, devlet başkanınca geri gönderilmesi ile ilgili olduğu kadar, 1982 Anayasası çerçevesinde, **Anayasa değişikliklerini** de içeriyor. Zira, 1924 ve 1961 Anayasalarından farklı olarak, 1982 Anayasası (m. 175/2, 3 ve Geçici 9. madde), Cumhurbaşkanına, Anayasa değişikliklerini, bir daha görüşülmek üzere TBMM'ne geri gönderebilme yetkisini tanımaktadır.

Yasama organınca kabul edilmiş bir kanunun, bir daha görüşülmek üzere devlet başkanı tarafından geri gönderilmesi aslında, kanunların yürürlüğü konusu ile iç içedir. Onun için, bu tebliğin birinci bölümünde Kanunların «yayımlanması», ikinci bölümünde de geri göndermenin hukuki nitelikleri üzerinde durulacaktır.

Devlet başkanının bir kanunu geri göndermesi, günlük konuşmada genellikle «veto» olarak anılır. Ancak, Anayasa hukukunda «veto», bir daha görüşülmek üzere «geri gönderme»den farklı olduğu gibi, devlet başkanının kanunları «onaylama» işlemi de, «yayınlama»dan farklıdır.

Monarşilerde devlet başkanlarının sahip oldukları onaylama (tasdik sanction) yetkisi, parlamento tarafından kabul edilen kanun metininin oluşmasında bir unsurdur. Devlet başkanına gönderilen metin, bir «kanun tasarısı» niteliğinde olup, onaylama işlemi ile metin, «kanun» niteliğini alır.

Kanunun metninin, devlet başkanınca onaylanmasının öngörüldüğü bir hukuk düzeninde, devlet başkanının kanun tasarısını onaylaması (sanction), ya da tasvip (approbation) etmeyerek, yani uygun bulmayarak bir daha görüşülmek üzere parlamentoya geri gönderme-

---

(*) İ.Ü.H.F. Öğretim Üyesi.

si durumlarına göre, **mutlak veto**'dan, ya da ***geciktirici veto***'dan (Veto suspensif) sözedilir (1).

Devlet başkanı, parlamentonun kabul ettiği kanun metnini onaylama (sanction) yetkisine sahipse, onun aynı zamanda mutlak veto yetkisine sahip olduğu kabul edilir. Çünkü metnin kanunlaşabilmesi için, parlamentonun ve devlet başkanının iradeleri zorunludur. Yani devlet başkanı bir kanun metnini onaylama yetkisine sahip olup da, bunu onaylamamışsa, kanunu veto etmiş sayılır ve bu veto da mutlak niteliktedir.

Buna karşılık, devlet baskanı, kendisine sunulan kanun tasarısını, uygun bulmayarak parlamentoya geri göndermiş ve parlamento da bunu tekrar görüşerek nitelikli (mevsuf) bir çoğunlukla (üçte iki çoğunluk) kabul etmişse, metin kanunlaşır. Burada devlet başkanının yapabileceği, kanunun oluşmasını bir süre önlemekten öteye geçmemektedir. Bu durumda **geciktirici veto**'dan sözedilir. Geciktirici veto'da, devlet başkanının iradesi, kanun oluşmasında sonuna değin zorunlu olma özelliğini taşımamaktadır.

Kanunları bir kere daha görüşülmek üzere geri gönderme yetkisi, gerçek anlamda geciktirici veto niteliğinde değildir. Çünkü, kanun metni, parlamentoda kabul edildiği anda kanunlaşmıştır. Devlet başkanının uygun bulmayarak geri göndermesi karşısında, parlamento aynı metni herhangi bir nitelikli çoğunluk koşulu aranmaksızın tekrar oylayıp kabul ederse, bunun devlet başkanınca imzalanması zorunludur.

Bu bakımdan geciktirici veto ile, bir daha görüşülmek üzere geri gönderme yetkisi de birbirlerinden farklıdırlar.

Örneğin, 1876 Kanun-i Esasi'nin ilk metine göre (m. 54) Mebusân ve Âyan Meclisleri'nce kabul edilen kanun tasarısı (Kanun Lâyıhası) Padişahın onayına sunulurdu. Padişah onaylamadığı takdirde tasarı kanunlaşamazdı. Bu bakımdan I. Meşrutiyet döneminde Padişahın mutlak veto yetkisi vardı.

İngiltere'de Taç'ın halen kanunları onaylama ve dolayısı ile de mutlak veyo yetkisi vardır. Ama, 1707 yılından günümüze değin, Taç bu yetkisini kullanmamaktadır. Çünkü, Parlamenter rejimde, siyasî açı-

---

(1) CARRÉ DE MALBERG R., **Contribution à la théorie Générale de l'Etat** I, Paris 1920, s. 399-401; BARTELEMY, J. - DUEZ, P., **Traité de Droit Constitutionnel**, Paris 1933, s. 739.

dan sorumlu «Kabine»nin ortaya çıkışı ile, bu yetkinin kullanılabilmesi de Başbakanın imzasını gerektirdiğinden, uygulamada kanunların veto edilmesinin pratik bir değeri kalmamıştır. Çünkü parlamenter rejimde, kanunlar, genellikle bakanlar kurulunun hazırlamış olduğu tasarıların parlamentoda kabulü ile ortaya çıkar; bunlar da hükümetin güven oyu almış programının gerçekleştirme araçlarıdır. Onun için de, siyasî açıdan sorumsuz olan devlet başkanının kanunu veto etmesi demek, hükümete karşı bir güvensizlik anlamı taşır. Bunun kaçınılmaz sonucu, devlet başkanının parlamento çoğunluğu ile uyuşmazlığa düşmesi, giderek de ya prestijini yitirmesi ya da çekilmesine yol açmasıdır.

ABD'nde, 1787 tarihli Anayasa uyarınca (m. 1, kısım 7), Kongre'nin kabul ettiği metnin (bill) kanunlaşabilmesi için Başkanın bunu on gün içinde tasvip etmesi (approuvé) gerekir. Uygun bulmadığı kanunları bu süre içinde tekrar görüşülmek üzere gerekçesi ile Kongre'ye geri gönderebilir. Ancak Kongre'nin her iki meclisi bu metni üçte iki çoğunlukla tekrar kabul edecek olursa metin kanunlaşır. Bu bakımdan ABD'nde, Başkanın, geciktirici veto yetkisi vardır.

Bunun gibi, Türkiye'de II. Meşrutiyet döneminde, 1876 Kanun-i Esasi'de yapılan değişiklikle (m. 54), Mebusân ve Âyan Meclislerince kabul edilip, Padişahın onayına sunulan kanun tasarıları, iki ay içinde ya tasdik edilmeli, ya da bu süre içinde yeniden görüşülmek üzere bir defaya mahsus olarak geri gönderebilirdi. Geri gönderilen kanun tasarısı, her iki mecliste tekrar görüşülüp üçte iki çoğunlukla kabul edilirse, Padişah bunu «tasdik» etmek zorundaydı. İvediliğine karar verilmiş kanunlar için bu süre on gündü. Padişahın I. Meşrutiyet dönemindeki mutlak veto yetkisi, II. Meşrutiyet döneminde yapılan değişiklikle, geciktirici veto niteliğine dönüştürülmüştür.

Türkiye'de Cumhuriyet dönemi Anayasaları —1924 (m. 35), 1961 (m. 93) ve 1982 (m. 89)— Kanunların Cumhurbaşkanınca tekrar görüşülmek üzere TBMM'ne geri gönderilebileceğini öngörüyorlar. TBMM geri gönderilen «Kanunu» tekrar kabul ettiği takdirde, Cumhurbaşkanının bunu yayımlaması gerekir. Geciktirici veto'dan farklı olarak, parlamentonun, geri gönderilen kanun metnini tekrar kabul edebilmesi için nitelikli (mevsuf) bir çoğunluk koşulu aranmamaktadır. Bu bakımdan, Cumhuriyet dönemi Anayasaları, Türkiye'de teknik anlamda geciktirici veto'yu değil, fakat bir daha görüşülmek üzere geri gönderme yetkisini (Le pouvoir de demander une nouvelle déliberation) öngörüyorlar.

I. CUMHURBAŞKANININ KANUNLARI «YAYIMLAMASI»

1982 Anayasasına göre (m. 89), Bakanlar kurulunun sunmuş olduğu kanun tasarıları, ya da milletvekillerinin teklifleri, TBMM tarafından görüşülüp oylandıktan sonra **kanunlasırlar.** Ancak, bunların yürürlüğe girebilmeleri ve uygulanabilmeleri için «yayımlanmaları» gerekiyor.

Anayasa, TBMM tarafından kabul edilen kanunların Cumhurbaşkanınca yayımlanacağını öngörüyor ama, bunun hangi vasıta ile olacağını belirtmiyor. Kanunların Resmî Gazete ile yayımlanacağı, Anayasa Mahkemesine iptal davası açma süresini düzenleyen kuraldan (m. 151) anlaşılıyor. Öte yandan, 23 Mayıs 1928 tarih ve 1322 sayılı «Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlânı ve Meriyet Tarihi Hakkında Kanun» (m. 5) uyarınca, Kanunların Resmî Gazete'de yayımlanması gerekiyor.

Türk hukuk düzeninde, kanunun Resmî Gazete'de yayımlanması onun oluşabilmesinin, ya da varlık kazanabilmesinin bir şekil şartı olmayıp, vatandaşlara duyurulmasının vasıtasıdır.

TBMM tarafından kabul edilmiş bir kanun, hukuken var olmakla birlikte, Resmî Gazete'de yayımlanmadıkça vatandaşlar için bağlayıcı olamaz. Bu bakımdan, kanunun Resmî Gazete dışında, başka bir vasıta ile yayımlanması onun geçerliliği (muteberliği) üzerinde etkili olmaz. Yalnızca kanunun, henüz yürürlüğe girebilme imkânına kavuşmadığı ve uygulanma kabiliyeti olmadığı ileri sürülebilir. Öte yandan, Resmî Gazete'de yayımlanmadığı için, Anayasaya aykırılığı nedeni ile iptal davası açma süresi de işlemez.

Uygulamada, kanun Cumhurbaşkanınca imzalandıktan sonra, yayın tezkeresi ile Başbakanlığa gönderilir. Başbakanlık Neşriyat Daire Başkanlığınca (önceleri Başbakanlık Neşriyat ve Müdevvenat Umumî Müdürlüğü) Resmî Gazete'de yayımlanır.

1982 Anayasasına göre, Cumhurbaşkanının kanunları on beş gün içinde imza ederek yayımlanmak üzere Başbakanlığa göndermesi yasama faaliyetine giren bir işlem olmayıp, idarî bir işlemdir. Bu husus Anayasanın 89. maddesinden de anlaşılıyor; madde TBMM'nce «kabul edilen kanunlar» diyor, kanun tasarıları deniyor.

1961 ve 1982 Anayasaları yayımlama (publication) dan sözetmelerine karşılık, 1924 Anayasası (m. 35) «Reisicumhur... ilân eder» diyordu. Yayımlama ve ilân birbirlerinden farklı anlama geliyor. 1924 Anayasası görüşülürken, Meclise sunulan 35. maddede, «Isdar ve ilân eder» sözcükleri yer alıyordu. Görüşmeler sırasında Isdar'ın «ilân

mânasına muteber bir kelime» olduğu belirtilerek, kesinleşen metinde «ilân» sözcüğüne yer verilmekle yetinilmiştir (2).

Kıta Avrupası Hukukundaki Isdâr (promulgation) ve yayım (publication) arasında yapılan ayırım 1961 ve 1982 Kurucuları tarafından dikkate alınmamıştır. Şöyle ki, Isdâr (promulgation), kanunun parlamento tarafından kabul edildiğini ve aslına uygunluğunu tesbit eden bir işlemdir. Kanunun Cumhurbaşkanınca ısdar edilmesi, onun anayasal varlığını saptayan hukukî bir işlem olup, yayımlanmasından (publication) önce gerekli bir aşamadır. Çünkü kanunun, parlamento tarafından gerçekten kabul edilip edilmediğini saptayacak olan ayrı bir makam gereklidir. Bu da ancak devlet başkanı olabilir.

Isdâr işleminin üçlü bir amacı vardır : Birincisi, Kanunun yasama organınca kabul edildiğinin tesbiti, ikincisi, kanunun ve metninin varlığının aslına uygunluğu, üçüncüsü de kanunun emredici ve icra edilebilirliğinin teyid edilmesidir (3).

Buna karşılık yayımlanma (publication) hukukî değil, fakat onun Resmî Gazete'de yer almasından ibaret bir olaydır. Isdar kanunun icrası (uygulanması) ile ilgili olduğu halde yayım, kanunun vatandaşların bilgisine sunulması, ya da duyurulması amacını güder.

1961 ve 1982 Anayasalarında bu iki safha birleştirilerek, «yayımın» bir yandan kanunun varlığını tesbit eden hukukî bir işlem, öte yandan da kanunun vatandaşlara tanıtılmasını ifade etmektedir. 1924 Anayasasında «ilân», ısdar anlamında kullanıldığına göre, daha yerinde sayılabilir. Fakat 1961 ve 1982 Anayasalarında yer alan «kanunların Cumhurbaşkanınca yayınlanması» ifadesi, anayasa hukuku tekniği bakımından isabetli olmamakla birlikte, «ısdar» niteliğinde bir işlem olarak, kabul edilmek gerekir. Çünkü kanunun yayımlanması, ancak varlığını tesbit eden hukukî işlemden (ısdâr) sonra gerçekleşebilecek bir olaydır.

II. 1982 ANAYASASINA GÖRE CUMHURBAŞKANININ GERİ GÖNDERME YETKİSİ

Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisi, 1982 Anayasasına göre ortaya konurken, bunu **kanunlar ve Anayasa değişiklikleri** olmak üzere iki açıdan incelemek gerekiyor.

---

(2) GÖZÜBÜYÜK, A.Ş. - SEZGİN, Z., **1924 Anayasası Hakkındaki Meclis Görüşmeleri,** AÜSBF İdarî İlimler Enstitüsü yayını No : 3, Ankara 1957, s. 263-273.

(3) CARRÉ DE MALBERG R., a.g.e., 1, s. 429.

A — Cumhurbaşkanının Kanunları Geri Göndermesi

1982 Anayasasına göre, Cumhurbaşkanı (4) yayımlanmasını uygun bulmadığı kanunu gerekçe göstererek, bir daha görüşülmek üzere onbeş gün içinde TBMM'ne geri gönderebilir. Bütçe kanunları bu hükmün dışındadır (m. 89/2).

Cumhurbaşkanına tanınan geri gönderme yetkisi, teknik anlamda bir **geciktirici veto değildir.** Çünkü, geri gönderilen kanun TBMM tarafından nitelikli, ya da daha farklı bir çoğunluk koşulu aranmaksızın «aynen» kabul edilirse, Cumhurbaşkanı bunu yayımlamak zorundadır.

Cumhurbaşkanının, onbeş gün içinde tekrar görüşülmek üzere TBMM'ne geri göndermediği, yayımlanması için imzalamadığı, ya da TBMM'ne geri gönderilen fakat «aynen» kabul edilen kanunu yayımlamadığı durumlarda, daha önceki Anayasalarda olduğu gibi, 1982 Anayasasında da bir yaptırım öngörülmemektedir. Böyle durumlarda ikili bir mekanizmanın işletilmesi düşünülebilir. Birincisi, Bakanlar Kurulunun siyasî sorumluluğu genel ilkesinden hareket edilerek, TBMM'nin kanunları «yürütmekle» görevli Bakanlar Kurulunun, bu görevini yerine getirmemesi nedeni ile, siyasî sorumluluğuna gidebilmesidir (5). İkincisi de, TBMM'nin, **kanunun yayımlanması konusunda bir karar alarak,** Meclis Başkanı tarafından bunun yerine getirilmesini sağ-

---

(4) 1961 Anayasasına göre (m. 98/2) Cumhurbaşkanının bütün işlemleri Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanması gerektiğinden, Cumhurbaşkanının kanunları geri gönderme yetkisini tek başına kullanmaması gerekirdi (Bkz. GÜNEŞ, T., **Devlet Başkanı - Meclis Çatışması,** AÜSBFD, Cilt 19, No : 2, Ankara 1964, s. 184). Ancak, uygulamada buna uyulmadığı gibi, doktrinde bunu destekleyen görüşler de ileri sürülmüştür (Bkz. ARSEL, İ., **Türk Anayasa Hukuku'nun Umumi Esasları,** Birinci kitap, Cumhuriyetin Temel Kuruluşu, Ankara 1965, s. 379). Anayasa Mahkemesi de Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisini tek başına kullanabileceği görüşündeydi (Bkz. E. 1979/22, K. 1979/45, K.T. 18.12.1979, AMKD 17, s. 373). 1982 Anayasasına göre (m. 105) «Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır». Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri arasında, kanunları bir daha görüşülmek üzere geri gönderme yetkisi de öngörüldüğüne göre (m. 104/a-4), bunun da Cumhurbaşkanının tek başına kullanacağı yetkilerden olduğu anlaşılmaktadır.

(5) Fransız kamu hukukçularından Esmein, parlamento tarafından kabul edilmiş bir kanunun, öngörülen süre içinde devlet başkanı tarafından isdâr edilmemesinin kişisel sorumluluğunu giderek de bazı hallerde Vatana İhanet «varsayımına» girebileceğini belirtiyor. Bkz. ESMEIN, A., **Eléments de Droit Constitutionnel Français et Comparé,** Cilt II, Sirey, Paris 1928, s. 72.

lamaktır. Bu imkân, kıyas yolu ile 23 Mayıs 1928 tarih ve 1322 sayılı Kanunun 5. maddesinden çıkarılabilir. Zira bu maddeye göre, meclis kararları, doğrudan TBMM Başkanı tarafından yayımlatılmak üzere Başbakanlığa sunulur. Dolayısı ile, Cumhurbaşkanının öngörülen onbeş günlük süre içinde hareketsizliği karşısında, TBMM'nin alacağı **yayım kararı üzerine**, Meclis Başkanı kanunu Resmî Gazete'de yayımlatabilir. Bu çözüm biçimi, 4 Kasım 1848 tarihli Fransız II. Cumhuriyet Anayasasında yer almaktaydı : 1848 Anayasası (m. 59), Anayasada belirtilen (m. 57) süreler içinde, Cumhurbaşkanınca kanunun «ısdar» edilmemesi durumunda, bu görevin Milli Meclis Başkanınca yerine getirileceğini öngörüyordu.

TBMM, geri gönderilen kanunda yeni bir değişiklik yapacak olursa, bu durumda Cumhurbaşkanı değiştirilen kanunu tekrar geri gönderme yetkisine sahiptir (m. 89/3).

1924 ve 1961 Anayasalarında yer almayan bu kural, 1973 yılında, Cumhurbaşkanının bir kanunu ikinci kez geri göndermesi ve bunun yarattığı sorunlara bir çözüm olarak 1982 Anayasasında yer aldığı söylenebilir (6).

Geçmiş dönemdeki tartışmalara son vermek amacı ile, 1982 Anayasasının getirdiği bu farklı düzenleme, gene de bazı sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Şöyle ki, 1961 Anayasasındaki «Türkiye Büyük

---

(6) II. Cumhuriyet döneminde, Cumhurbaşkanının tekrar görüşülmek üzere TBMM'ne geri gönderdiği kanunun değiştirilerek kabul edilmesi durumunda, ikinci kez geri gönderip gönderemeyeceği tartışmalara yol açmıştır. 22 Şubat 1972 gün ve 1542 sayılı «Bazı Orman Suçlarının Affına ve Bunlardan Mütevellit İdare Sahsî Haklarının Düşürülmesine Dair Kanun», Cumhurbaşkanınca 4 Mart 1973 gün ve 4-231 sayılı yazısı ile, 1961 Anayasasının 93. maddesine dayanılarak, bir daha görüşülmek üzere, gerekçeli olarak, TBMM'ne geri gönderilmişti. TBMM, geri gönderilen bu kanunda bazı değişiklikler yaparak, 26 Haziran 1973 ve 1779 sayılı kanunla aynı başlık altında kabul etti. Ancak, Cumhurbaşkanı, 10 Temmuz 1973 tarih ve 4-738 sayılı yazısı ile, 1779 sayılı kanunun, «yeni değişikler yapılarak kabul edilmiş olması nedeniyle», yeni bir kanun olarak oluşturulduğu, bu bakımdan da Anayasanın 93. maddesi gereğince bir daha görüşülmek üzere geri göndermiştir. Bu işlem TBMM'nce ikinci kez geri gönderme sayılmış ve 18 Nisan 1979 tarihinde alınan karar uyarınca da Millet Meclisi Başkanlığının 20 Nisan 1979 tarih ve 8124-19987 sayılı yazısı ile Cumhurbaşkanlığına gönderilmiştir. Söz konusu kanun, TBMM'nin 18 Nisan 1979 tarihli kararına dayanılarak 30 Nisan 1979 tarih ve 16624 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Ancak, bir süre sonra, Cumhurbaşkanı 18 Mayıs 1979 tarihli dilekçe ile, kanunun şekil ve esas bakımlarından Anayasaya aykırılığı nedeni ile, Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmıştır. Anayasa Mahkemesi, kanunu şekil yönünden Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir (Bkz. E. 1979/22, K. 1979/45, K.T. 18.12.1979, AMKD 17, s. 377).

Millet Meclisi, geri gönderilen kanunu **yine kabul ederse**, kanun Cumhurbaşkanınca yayınlanır» (m. 93/son cümle), kuralına karşılık, 1982 Anayasası «Türkiye Büyük Millet Meclisi, geri gönderilen kanunu **aynen kabul ederse,** kanun Cumhurbaşkanınca yayınlanır» (m. 89/3) kuralını öngörüyor.

1961 Anayasasındaki «yine kabul» deyimi, 1924 Anayasasında (m. 35/3) ifade edildiği gibi, «bu defâ da kabûl» ile eş anlamlıdır. Şöyle ki, geri gönderilen kanunun bir daha görüşülüp, ister Cumhurbaşkanının geri gönderme gerekçesi doğrultusunda, ister TBMM'nin kendi yaptığı değişikliklerle kabulü yönünde ortaya çıksın, bu durumlar «yine kabul» deyiminin kapsamına dahildir. Çünkü, ister ilk biçimi ile, ister bazı hükümlerinin değiştirilmesi, ister yeni hükümler eklenerek kabul edilmiş olsun, yeniden kabul edilen kanunun, Cumhurbaşkanının geri gönderdiği kanundan soyutlanan ayrı bir varlığı olmaması gerekirdi (7).

Oysa, Anayasa Mahkemesi'nin çoğunluk görüşüne göre, «...Yasama Meclislerinin, geri gönderme gerekçesiyle hiç bir ilişkisi olmayan ve bunların tümüyle dışında kalan kimi değişiklikler yaparak yeni yasa koymakla eşdeğerde bir metin oluşturulması durumunda da yasanın yine kabulünden sözedilemiyeceği açıktır» (8) denerek, Cumhurbaşkanının geri gönderme gerekçesi ile ilgisi olmayan yeni hükümlerin konmasında, kanunun «yine kabûl»'ünden değil, yeni bir kanundan sözedileceği belirtilmiştir. Kısaca, Anayasa Mahkemesinin anlayışına göre, «yine kabul», ya Cumhurbaşkanının gerekçeleri doğrultusunda, kanunun tekrar kabulü, ya da ilk biçimiyle TBMM tarafından aynen kabulü'dür.

1982 Anayasasında kullanılan «aynen kabul» deyiminin tereddütleri ve ortaya çıkabilecek sorunları çözme bakımından isabetli olduğunu söylemek biraz güçtür. Çünkü «aynen kabul»ün birinci anlamı TBMM'nin Cumhurbaşkanına yayımlanmak üzere gönderilen ilk kanun metninin «hiç değiştirilmeden, olduğu gibi» kabul edilmesidir. Şayet Cumhurbaşkanının geri gönderme gerekçeleri doğrultusunda değişiklikler yapılarak, kanun metni kaleme alınmışsa, bu «aynen kabul» değil, fakat değiştirilerek kabul olacaktır ve bunun da, Anayasaya göre, ikinci bir geri gönderme hakkı doğuracağı ileri sürülebilir. Ancak, böyle bir yorum biçimi Anayasa koyucusunun amacına uygun değildir. Bu

---

(7) Bu yöndeki yorum için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 1979/45 sayılı kararına karşı oy yazan üyelerden N. DARICIOĞLU (AMKD 17, s. 385-386) ve B. OLCAY (AMKD 17, s. 391)'ın görüşleri.

(8) E. 1979/22, K. 1979/45, K.T. 18.12.1979, AMKD 17, s. 376.

bakımdan, Anayasadaki «aynen kabulün» ikinci anlamını, Cumhurbaşkanının yalnızca gerekçeleri doğrultusunda yapılan değişiklikleri içeren metin olarak yorumlamak gerekiyor. Çünkü maddedeki «yeni bir değişiklik» deyimi, Meclisin ilk kanun metninde olmayan ve Cumhurbaşkanının gerekçelerinde yer almayan konuları düzenleyen hükümler olarak anlamak gerekir.

Kuşkusuz, «aynen kabul» deyiminin ikinci anlamı, yani Cumhurbaşkanının gerekçeleri doğrultusunda yapılan değişiklikleri içeren metin olarak anlaşılmasının bir sakıncası var. Şöyle ki, Cumhurbaşkanı bu yolla, Anayasada öngörülmeyen kanun teklif etme yetkisini dolaylı bir biçimde elde etme imkânına kavuşabilir (9). Bu da Anayasadaki, «Hiçbir kimse veya organ, kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz» (m. 6/son cümle) kuralı ile bağdaşmaz.

Cumhurbaşkanınca geri gönderilen kanun metninde, TBMM hiç bir değişiklik yapmayarak, aynen sahip çıkması durumunda, yani yasama organının kendi ilk metninde direnmesi karşısında, Cumhurbaşkanı kanunu yayımlamak zorundadır. Bu durumda, Cumhurbaşkanı, kanunun Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altmış gün içinde, Anayasaya aykırılığı nedeniyle bu kez Anayasa Mahkemesinde doğrudan iptal davası açma hakkını kullanabilir (m. 150).

B — Cumhurbaşkanının Anayasa Değişikliklerini Geri Göndermesi

1982 Anayasasına göre, Cumhurbaşkanı kanunların yanısıra, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları bir daha görüşülmek üzere TBMM'ne geri gönderebilir.

Anayasa değişiklikleri ile ilgili olarak, 1982 Anayasası, geçiş dönemi (Geçici m. 9) ve olağan dönem (m. 175) olmak üzere ikili bir ayrım yapmaktadır.

---

(9) Yalnız Cumhurbaşkanı değil, fakat Cumhurbaşkanlığı Konseyi de (Ay Geçici m. 2), altı yıllık bir süre içinde, Cumhurbaşkanının kanunları bir daha görüşülmek üzere geri gönderme süresinin ilk on gününde, öngörülen, ya da «Cumhurbaşkanınca gerekli görülen kanunları» incelerken (Ay Geçici m. 2/a bendi), kanun teklif etme yetkisini dolaylı olarak kullanan organ durumuna gelebilir. Şöyle ki, Cumhurbaşkanlığı Konseyi, Cumhurbaşkanının geri gönderme gerekçelerini oluşturur ve bunların da Cumhurbaşkanınca benimsenerek, TBMM'ne geri gönderilen metin, bu gerekçeler doğrultusunda «aynen kabul edildiğinde», Cumhurbaşkanlığı Konseyine, belli konulardaki kanunlarla sınırlı da olsa, Anayasada öngörülmeyen kanun teklif etme yolunun açılması sonucunu doğurabilir.

Geçiş döneminde, TBMM'nin yaptığı Anayasa değişikliğinin yayımlanmak üzere Cumhurbaşkanına gönderilmesinden başlayarak onbeş gün içinde, Cumhurbaşkanınca geri gönderilmesi durumunda, bunun TBMM tarafından tekrar kabul edilebilmesi daha güç koşullara bağlanmıştır. Şöyle ki, ilk genel seçimler sonucu toplanan TBMM'nin Başkanlık Divanı kurulduktan sonra altı yıllık süre içinde (7 Aralık 1983 - 6 Aralık 1989) yapılacak Anayasa değişikliklerini, Cumhurbaşkanı tekrar görüşmek üzere geri gönderdiğinde, TBMM geri gönderilen metni aynen kabul ederek yayımlamak üzere tekrar Cumhurbaşkanına gönderebilmesi için, en az üye sayısının dörtte üç çoğunluğunun (300 Milletvekilinin) oyu ile mümkündür.

Kanunların geri gönderilmesinde olduğu gibi, «aynen kabul» deyimi, TBMM'nin ya kendi Anayasa değişiklik metnini, ya da Cumhurbaşkanının geri gönderme gerekçeleri doğrultusunda benimseyeceği metni ifade eder. Kuşkusuz Cumhurbaşkanının geri gönderme gerekçesinde Anayasa değişikliği yapılmaması, buna gerek olmadığı da ileri sürülmüş olabilir. TBMM buna rağmen Anayasa değişikliğinde ısrar edebilecek olursa, Cumhurbaşkanının ya buna uyması, ya da Anayasa değişikliğini halk oylamasına sunması gerekecektir. Bu yollardan birini tercih etmek Cumhurbaşkanının takdirine bırakılmıştır.

Gerçi geçici 9. madde, 175. maddeden farklı olarak, halk oylamasından açıkça sözetmiyor. Ama, Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerine ilişkin kural (m. 104/a-5), Cumhurbaşkanının «Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları gerekli gördüğü takdirde halk oyuna» sunulabileceği öngörülüyor.

Anayasa değişikliğinin, TBMM'nde kabul edilebilmesinde aranan üçte iki çoğunluğa karşılık, Cumhurbaşkanınca geri gönderilme halinde, dörtte üç gibi daha nitelikli (mevsuf), yani daha fazla bir çoğunluğun aranması, teknik anlamda sadece «bir daha görüşülmek üzere geri gönderme» değil, fakat duruma göre «geciktirici veto», ya da «mutlak veto» özelliğini alabilir.

Şöyle ki TBMM'nde ancak üçte iki çoğunlukla kabul edilebilmiş değişiklik metninin, Cumhurbaşkanınca onbeş günlük süre içinde geri gönderilmesi halinde, Meclisin bu kez dörtte üç çoğunlukla kendi metnini aynen benimsemesi ihtimali çok zayıf hattâ imkânsız gibidir. Böyle bir durumda, Anayasa değişikliğinin Cumhurbaşkanınca geri gönderilmesi, teknik anlamda olmasa da, ister istemez «mutlak veto» özelliğini taşıyacaktır. Buna karşılık, TBMM'nin, Anayasa değişiklik metnini ilk aşamada dörtte üçü de aşan büyük bir çoğunlukla kabul etmiş

olması durumunda, Cumhurbaşkanının geri göndermesi yalnızca bir «geciktirici veto» olacaktır.

Belirtmek gerekir ki, geçiş dönemi ile ilgili Anayasa değişikliğini düzenleyen geçici 9. maddedeki kuralın, aslında Anayasada bir değişiklik yapılmaması amacı ile getirildiğini söylemek daha doğru olabilir.

Olağan dönemde (6 Aralık 1989 tarihinden sonra) yapılacak Anayasa değişikliklerinin, Cumhurbaşkanınca geri gönderilmesi halinde (m. 175/3) Meclis, geri gönderilen metni «aynen kabul» ederse, Cumhurbaşkanı bunu onbeş gün içinde ya imzalamak, ya da halk oylamasına sunmak yollarından birini tercih edebilir.

Bu dönemdeki Anayasa değişikliklerinin Cumhurbaşkanınca TBMM'ne geri gönderilmesi teknik anlamda «geciktirici veto» niteliğinde olacaktır. Çünkü Anayasa değişikliği metninin Cumhurbaşkanınca geri gönderilmesinden sonra, ikinci aşamada yapılacak oylamada Meclisin kendi metnini «aynen kabul» edebilmesi için daha büyük bir çoğunluk aranmaktadır. Gerçi Anayasa (m. 175/3), Cumhurbaşkanınca geri gönderilen değişiklik metninin «aynen kabul» edilmesinde bir çoğunluk sayısı öngörmüyor. Fakat burada da, Anayasanın 175. maddesinin I. fıkrasındaki genel kural uyarınca, üçte iki çoğunluk söz konusu olacaktır.

İster geçiş döneminde olsun, isterse olağan dönemdeki Anayasa değişikliklerinin Cumhurbaşkanınca tekrar görüşülmek üzere TBMM'ne geri gönderilmesinde olsun, değişiklik metinlerinin öngörülen dörtte üç, ya da üçte iki çoğunluklarla oylanıp aynen kabul edilmeleri durumunda, Cumhurbaşkanının halk oylamasına gidilmesini isteme yetkisini kullanabilir. Bu halk oylaması, Cumhurbaşkanı ile TBMM arasında bir tür «hakemlik referandumu» özelliğinde olacaktır.

Ancak, Anayasa değişikliğinin hangi sürede ve hangi usullere uyularak halk oylamasına sunulacağı ayrıca çıkarılacak bir kanun ile düzenlenmelidir. Çünkü halk oylamasının gerçek anlamda bir referandum olabilmesi için bunun bazı şekil ve usullere bağlı olarak yapılması ile mümkündür.

SONUÇ

Cumhurbaşkanının, parlamentonun kabul ettiği bir kanunu bir daha görüşülmek üzere geri göndermesi, 1982 Anayasasının genel ge-

rekçesinde sözü edilen «dengeli» ve «işbirlikçi» «parlamenter sistemde» aslında tek başına kullanabileceği bir yetki değildir.

Demokratik parlamenter rejimin uygulandığı ülkelerde, devlet başkanlarının kanunları geri gönderme yetkisinin Başbakan ve ilgili bakanlarca kullanılması esastır. Doktrinde de, kamu hukukçuları, bu yetkinin devlet başkanınca ortak imzalı (contreseing) olarak kullanılabileceğini belirtirler.

Fransa'da devlet başkanına geniş yetkiler tanıyan ve başkanlık rejiminin özelliklerini de taşıyan 1958 Anayasası (m. 19), devlet başkanının tek başına kullanacağı yetkileri belirlerken, kanunların geri gönderilmesini ortak imza koşuluna bağlamıştır.

Parlamenter rejimlerde, böyle bir yetkinin devlet başkanınca tek başına kullanılması, meclisle - devlet başkanı arasında bir uyuşmazlığa yol açabileceği gibi, bakanlar kurulu ile devlet başkanı arasında da bir sürtüşmeye yol açabilir.

Kaldı ki, Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisini kullandıktan sonra, Meclisin, Cumhurbaşkanının gerekçeleri doğrultusunda hiç bir değişiklik yapmadan, kendi metnini aynen kabul etmesi ve uygulamanın da bu yönde süreklilik kazanması halinde Cumhurbaşkanının giderek prestiji gölgelenebilir.

Kanunların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin öngörüldüğü ve Cumhurbaşkanına da doğrudan iptal davası açma yetkisinin tanındığı bir Anayasa düzeninde (m. 150), Cumhurbaşkanının kanunları bir daha görüşülmek üzere TBMM'ne geri göndermesi yerine, iptal davası yoluna başvurması daha isabetlidir.

TBMM'ne geri gönderilen Anayasa değişikliklerinin ayrıca Cumhurbaşkanınca halk oylamasına sunulması, Meclis ile Cumhurbaşkanı arasındaki görüş ayrılığının halkın hakemliği ile çözülmesi anlamını taşır. Kuşkusuz böyle bir yola başvurulmasının siyasi sonuçları vardır : Halk oylaması sonucu, görüşü kabul edilmeyen Cumhurbaşkanının çekilmesi söz konusu olabileceği gibi, Meclisin yapmış olduğu Anayasa değişikliğinin reddedilmesi de seçimlerin yenilenmesine yol açabilir.

Bu tür halk oylamalarının, plebisiter nitelikte olmamaları için, serbest bir tartışma ve kampanya ortamında yapılmaları gerekir.

Nihayet, halk oylamasına sunulacak Anyasa değişiklikleri teknik sorunlarla değil, fakat temel politik sorunlarla ilgili olmalıdır.

TARTIŞMA

YILMAZ ALİEFENDİOĞLU

Efendim Sayın Teziç'in sohbetinden çok yararlandık, önce çok teşekkür etmek isterim. Yalnız akla gelen bir iki hususu soru olarak sormak istiyorum. Öncelikle, sizinde bahsettiğiniz gibi Anayasanın 89 uncu ve 175 inci maddelerinde 1961 Anayasasından farklı olarak «aynen kabul» sözcüğü kullanılmış. Burada akla şöyle bir durum geliyor. Meclis, Cumhurbaşkanının geri gönderme yazısında belirttiği gerekçeleri ve değişiklik istemini aynen kabul eder, fakat bunun dışında diğer maddelerde bir değişiklik yaparsa ne olacaktır? Bu durumda Cumhurbaşkanının tekrar geri gönderme yetkisi olacak mıdır? Yoksa bu durum «aynen kabul» kapsamına mı girer?

İkinci sorum. Anayasanın 89 uncu maddesinde, Meclis geri gönderilen yasada herhangi bir değişiklik yaparsa Cumhurbaşkanının yeniden geri gönderme yetkisi bulunduğu hükmü var. Fakat Anayasa değişikliği ile ilgili geçici 9 ve 175 inci maddelerde bu yönde açık bir kural yok. Meclis, Cumhurbaşkanınca geri gönderilen Anayasa değişikliğini aynen kabul ederse, Cumhurbaşkanı tekrar geri gönderemez. Ancak, Meclis Anayasayı değiştiren yasada değişiklik yaparsa, Cumhurbaşkanının yeniden geri gönderme yetkisi doğacak mıdır? Bu yönde 175 inci maddede açık bir kural yok.

Üçüncü sorum. Cumhurbaşkanının, genelde, geri gönderme yetkilerinin ve özellikle bir vetoya dönüşerek yetkinin, Anayasanın 7. maddesinde öngörülen, yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kullanılır ilkesi ile; ne denli bağdaşır?

İLHAN DİNÇ*

Benim sorularım teknik anlamda olmayacak; ancak sorularım şahsi birtakım fikirlerini de öğrenmeyi amaçlıyor. Anayasamıza göre Cumhurbaşkanının kanunları ve anayasa değişikliklerini parlamento-

(*) Danıştay Tetkik Hâkimi.

ya geri gönderme yetkisi vardır. Sorum şu şekilde : Bu geri gönderme yetkisinin pozitif hukuk bakımından kaynağı nedir, nereden kaynaklanıyor? Öteki sorum : Başka devletlerin anayasalarında da Cumhurbaşkanına böyle bir yetki tanınmış mıdır? Mukayeseli hukuk açısından öğrenmek istiyorum. Kanunlar ve anayasa olarak.

Üçüncü olarak, sizce böyle bir yetkinin tanınması gerekli mi? Ben bunu şunun için öğrenmek istiyorum. Halen Ülkemizde Anayasa Mahkemesi var; ve Anayasa Mahkemesi kanunların Anayasaya uygunluğunu denetleyen yüksek bir yargı organı. O halde bu yetkinin tanınmasi bu Anayasa Mahkemesinin mevcut olması karşısında nasıl açıklanabilir.

Doç. Dr. ERDAL ONAR*

Sayın Teziç, herhangi bir kanunun Cumhurbaşkanınca yasama organına geri gönderilmesini, Anayasanın esasında Cumhurbaşkanına pek tanımadığı bir teklif biçimi olarak yorumladılar. Bu düşünceyi Anayasa değişikliklerine uzattığımızda o zaman galiba çok daha ilginç bir sorunla karşı karşıya kalmaktayız. Çünkü Anayasadaki kurala göre anayasa değişikliklerinin mutlaka üye tam sayısının 1/3 çoğunluğunc yapılması gerekmekte ve bu konuda yapılmayan bir anayasa değişikliğinin de şekil açısından anayasaya uygunluğu yönünden anayasa yargısına tabi olduğu vurgulanmakta. Acaba Cumhurbaşkanının yapmış olduğu bir geri gönderme durumunda yasama organı Cumhurbaşkanının gerekçesine bağlı olsa 1/3 şartı gerçekleşmemiş demek mümkün olabilir mi? Yoksa bunun bir istisnası mıdır? Ya da, belki biraz daha ilginç bir düşünce, Cumhurbaşkanının Anayasa değişikliğini, geri göndermesinden sonra yapılan görüşmeler sırasında bir başka fikir ortaya atılsa ve yasama organı bu kez üçte iki çoğunlukla bunu benimsese, üçte bir şartının gerçekleşmemiş olması acaba işi şekil açısından anayasaya aykırı kılacak mıdır?

AHMET H. BOYACIOĞLU**

Sayın Teziç, benim sormak istediğim konu sizin tebliğinizdeki son kısımla ilgili. Evvelâ Anayasa değişikliklerinin halkoyuna sunulabil-

(*) A.Ü.H.F. Öğretim Üyesi.
(**) Anayasa Mahkemesi Emekli Başkanı.

mesi için bir yasanın çıkması yolundaki görüşünüze içtenlikle katılıyorum. 1982 Anayasasının halkoyuna sunulmasına ilişkin yasanın da önümüzdeki anayasa değişikliklerinin Cumhurbaşkanı tarafından halkoyuna sunulması işlemlerinde uygulanamayacağı kanaatini taşıyorum. Öğrenmek istediğim konu şu : Böyle bir yasa yokken Cumhurbaşkanının geri çevirme yetkisi işlerliğini yitirir mi? Yoksa geri çevirme işlemi Anayasanın öngördüğü biçimde etkisini gösterir; ama bunun sonucu açısından bir yasa yapılması mı gerekir? O konudaki görüşünüzü öğrenmek istiyorum.

İkincisi, dün de ifade edildi, 1982 Anayasası haklardan çok güçlü devlet, güçlü iktidar ilkesine oturuyor. Elbette biraz evvel sözünü ettiğim, sizin de değindiğiniz yasa, Anayasa değişikliklerinde propaganda konusunu mutlaka düzenleyecektir. Bir taraftan Cumhurbaşkanı kendi görüşünün doğruluğunu kamuoyuna yansıtacak, diğer taraftan da hükümet ve özellikle hükümet başkanı o anayasa değişikliğinin, Meclisin kabul ettiği değişikliğin doğru olduğunu savunacak. Bunu anayasanın oturduğu temel ilke karşısında nasıl değerlendirirsiniz? Bu bir anlamda bu ilkeye, güçlü devlet ilkesine ters düşen bir nitelik taşımıyor mu?

Üçüncü sorum Anayasa değişiklikleri konusunda. 1982 Anayasasının 148 inci maddesiyle, Anayasa Mahkemesinin eski içtihatları da kaldırılarak, denetim son derece dar bir alana intikal ettirildi. Sadece üçte bir çoğunluk, üçte iki karar nisabı ve bir de ivedilikle görüşülme konusu dışında başka bir mesele incelenemeyecek. Anayasa değişikliği halkoyuna sunulup, metin referandumla kabul edildikten sonra Anayasa Mahkemesinin artık o metin üzerinde bir denetim yetkisini düşünebiliyor musunuz? Örnek vereyim. Farz edelim ki üçte iki çoğunluk yok. Böyle bir değişikliği Meclis kabul etti ama Cumhurbaşkanımız bu metni halkoyuna sundu. Ama halkoyu metni kabul etti. Cumhurbaşkanının görüşüne iltifat etmedi. Bu durumda bir Anayasa değişikliğinden mi, yoksa yeni bir anayasanın varlığından mı söz etmek lazımdır? Anayasa değişikliği hakkındaki Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisi bu durumda da işleyecek midir? Sizin görüşünüz nedir?

KEMALETTİN ALİKAŞİFOĞLU*

Müsaade ederseniz bir iki konuya değinmek istiyorum. Birincisi, Sayın Teziç'in ifade ettiği bir konu acaba Meclisce kabul edilen me-

(*) Cumhurbaşkanlığı Danışmanı.

tin tasarı mıdır? Teklif midir? Kanunmudur? Efendim uygulamayı arz edeyim müsaade ederseniz. Meclisce kabul edilip Cumhurbaşkanlığına gelen metin kanun numarası ve kabul tarihi belirlenmek suretiyle geliyor. Ancak iade edildiği zaman bilhassa düsturlarda veya meri kanunlarda veya Cumhuriyet kanunlarında hepimizin bildiği gibi o numara aslında yayınlanmamış bir kanun olarak doğuyor. Hatta bazen endişe yaratıyor. Acaba bu kanunu atladım mı, atlamadım mı? diye. O bakımdan Meclisten gelen metin kanun numarası ve kabul tarihi alarak yukarıya intikal ediyor. İkinci konu acaba Cumhurbaşkanlığınca iade edilen kanunlarda nasıl bir yol izleniyor, bir öneri mi ileri sürülüyor, yoksa kabul edilen bir metnin Anayasaya, genel hukuka veya uygulamaya ters düştüğümü ifade ediliyor. Bir örnekle açıklarsak, Meclisce kabul edilen metinde Sayıştay'ın bir vergi mahkemesi olduğu kabul ediliyor; ancak yargı bölümünde yer alan Sayıştay'ın değişik sayı ile toplanıp karar vermesi kabul ediliyor. Sayıştay bir başkanla altı üyeden oluşur diyor. Kabul edilen metinde de davaların bir başkan ve en az dört üye ile toplanacağı belirleniyor. O halde Sayıştay'da bir konu için bir başkan dört üye; bir başkan, beş üye; bir başkan altı üye ile toplanma meselesi ortaya çıkıyor; ve deniliyor ki : hayır eğer bir mahkeme olarak kabul ediliyorsa mutlak sayı belli olmalıdır; ve uygulama gerek genel yargıda, gerek idari yargıda, gerek askeri yargıda böyledir. Hatta hatta bırakın mahkeme konusunu, yargı bölümünde yer alan bir kurul niteliğinde kabul etseniz dahi, yüksek hâkimler kurulunda olduğu gibi mutlak yedi sayı ile toplanması mecburiyeti vardır. Burada daha çok demeyeyim de mutlaka bir yanlışlığa işaret etmek ve yasama görevini tümüyle yüklenmiş ve mutlak hâkimi olan Meclise konunun bir defa daha müzakere edilmesi sanırım arz ediliyor.

Efendim, benim bu şekilde yüksek müsamahanıza sığınarak açıklamamdan sonra Sayın Tebliğ sahibi hocadan sormak istediğim şu : Acaba bir kanun geri yollanırken ne gibi gerekçeleri ileri sürülebilir? Müsaade ederseniz biraz daha açık ifade edeyim. Genelde 1960'dan sonra, bu mekanizmanın kurulmasından sonra geri yollamaya ilişkin evraklar incelendiğinde en fazla dayanılan gerekçe, bir kanunun gerekçesi, anayasanın gerekçesi, yüce Anayasa Mahkememizin emsal kararları. Acaba bu daha artırılamaz mı? Artırılması ne dereceye kadar doğru olur, bilimsel olur veya siz değerli hukukçularca ne şekilde karşılanır. Yani bir geri yollanmada gerek yurtiçi ve gerek yurtdışı yayınlarda ileri sürülen bir görüş, mehaz da gösterilmek suretiyle ileri sürülebilir mi?

Bir Federal Mahkeme kararı veya bir batı ülkesinin Anayasa Mahkemesi kararı burada gerekçe olarak ileri sürülebilir mi? Sürüldüğü takdirde acaba ne şekilde karşılanır ve değerlendirilir. Sayın konuşmacının bu gerekçe konusu üzerinde biraz daha ayrıntılı ve varsa yurtdışı örnekleriyle açıklama yapmasını hasreten istirham edeceğim.

ERDOĞAN TEZİÇ

Sayın Aliefendioğlu, dediler ki, «Anayasa değişikliklerinde, Cumhurbaşkanı kendisine sunulan metinde bir değişiklik yaparsa, bu acaba aynen kabul kapsamı içine girer mi?» Yanlış anlamadımsa bu gerekçeler doğrultusunda Meclis tıpkı kanunlarda olduğu gibi, 89 uncu maddede olduğu gibi, o gerekçelere uyarak değişiklik yapabilir, onlara bağlı olarak bir Anayasa değişikliğini sürdürebilir, ya da kendi metninden birini kabul edebilir, yani 175. maddeyi 89 uncu maddedeki kavram gibi mi? yorumlayacağız. Sanıyorum bunu sormuşlardı.

YILMAZ ALİEEFENDİOĞLU — Sorunun biri yasalar yönündendi, Cumhurbaşkanının yeniden gözden geçirilmesini istediği maddelerle ilgili değişikliği Meclis aynen kabul eder; ama bunun yanında yasanın diğer maddelerinde bir değişiklik yaparsa, bu durumda Cumhurbaşkanının yeniden geri gönderme yetkisi doğacak mıdır?

ERDOĞAN TEZİÇ

Anayasanın 89 uncu maddesine göre bu yazılış biçimi ile Cumhurbaşkanının geri gönderme gerekçesinin dışında ve Meclisin ilk kabul ettiği metnin dışında Meclis yeni bir ekleme veya değiştirme yaparsa Anayasadaki ifadeye göre ikinci kez geri gönderme hakkı doğacaktır. Bu Anayasada açık kuraldır; ama aynen kabul terimini mevcut yasanın varlığından soyutlayarak yorumlamaya başladığımız zaman, en küçük bir değişikliğin, bir virgül değişikliğinin dahi anlam değiştirdiği gerekçesiyle gel - git biçiminde sürekli gidip gelmeleri sonucunu doğurabilir. Bu bakımdan Meclise geri gönderilen metin, önemli bir konuyu düzenliyor, Meclis kendi görüşünde ısrar ediyor, ayrıca Cumhurbaşkanının doğrultusunda bir ek de yaptı ve bir de o anda, o kısa süre içinde öngörülmeyen bir başka konu aynı kanunda yer aldı. Bu durumlarda Cumhurbaşkanının artık ortada yeni bir kanun var, onun için de içinde değişik bir kanun metni var diye geri göndermesi

mümkün değildir. Anayasadaki ilk lâfzi yorum, geri gönderme imkânını her ne kadar tanıyorsa da, o kanunun çerçevesi içinde düzenlenecek bir konunun zuhur etmesi, eski söyleyişle, o anda belli kısa süreler içerisinde kanuna konmasını gerektirdiği durumda artık devlet başkanının elimde başka bir metin var, geri gönderiyorum demesi 89 uncu madde çerçevesi içinde kabul edilmemelidir. Yalnız cevaplarımı vermeden bir noktayı hatırlatayım, konuşmamda galiba belirtemedim, atladım, ısdar sözcüğünün ne anlama geldiğini açıklarken, şunu söylemek istiyordum; Cumhurbaşkanının yayınlamasını ısdar biçiminde yorumladığımız zaman dedik ki; kanunun varlığını saptama, ne onun yerindeliğinin ne de Anayasaya uygunluğunun denetimi anlamına gelmez; ve de parlamenter sistem içinde Cumhurbaşkanının kanunları geri gönderme yetkisi tek başına kullanabileceği bir yetki değildir. Bugün parlamenter sistemi benimsemiş, parlamenter demokratik ülkeler olarak nitelendirilen devletlerde, Cumhurbaşkanları kanunları tek başlarına geri gönderme yetkisini kullanmazlar. Onaylama yetkisinin bulunduğu günümüz İngilteresinde dahi, kanunun oluşabilmesi için taçın iradesinin arandığı ülkede dahi, hukuken mevcut olan bu geri gönderme, mutlak veto yetkisi parlamenter sistemin oluşmaya başlamasından günümüze değin hiç kullanılmamıştır. Yani 1707 tarihinden günümüze değin taçın mutlak veto yetkisine sahip olmasına rağmen, geri gönderme yetkisini kullandığı görülmemiştir. Daha yakın bir örnek vereyim; parlamenter sistemin kurumlarını öngören; ama başkanlık sisteminin özelliklerini taşıyan 1958 Fransız Anayasası, Cumhurbaşkanına aynı geniş yetkiler tanıyan 1958 yasası, devlet başkanının tek başına ve ortak imzalı kullanacağı yetkileri saptarken; kanunları geri gönderme yetkisinin tek başına kullanılamayacak yetkilerden olduğunu açıkça belirtiyor. Neden? Çünkü, parlamenter sistemde iki başlı yürütme sisteminde, bir yanda Cumhurbaşkanı, öte yanda Bakanlar Kurulu, biri siyasî açıdan sorumsuz, yani Cumhurbaşkanı, öte yanda siyasî açıdan sorumlu bakanlar kurulu var. Parlamenter sistemde kanunlar bakanlar kurulunun sunduğu tasarıların ürünüdür ya da teklifin, parlamenterler tarafından yapılan teklifin bakanlar kurulunca benimsenmesi sonucu kanunlar meydana gelir. Niye? Çünkü, kanun güvenoyu almış hükümetin programını gerçekleştirme aracıdır. Parlamento önünde siyasî açıdan sorumlu olan hükümetin, güvenoyu almış programını uygulayabilmesi için, onun yasal araçları olan kanunlara ihtiyacı vardır. Kanunun hükümet tasarısı olarak kabul edildiği parlamenter mekanizmada, siyasî açıdan hükümet Meclise karşı sorumludur, siyasî açıdan sorumsuz olan devlet başkanının karşı koyması durumunda, ortaya ikili bir çatışma, sürtüşme çıkabilir. Bir

yanda Cumhurbaşkanı ile Meclis arasında sürtüşme; öte yanda da bakanlar kurulu ile Cumhurbaşkanı arasında sürtüşme olur. Oysa demokratik olduğunu söylediğimiz parlamenter sistemlerin mantığında, pratik mantığında, çünkü teorik bir temelden kaynaklanmamıştır, parlamenter sistemin tarihi gelişiminde, böyle bir çatışma öngörülmez, yoktur. Böyle bir çatışma olduğu zamanda da zaten rejim, ya da sistem parlamenter olmaktan çıkar.

Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisinin tek başına kullanacağı yetki olduğunu kabul ettiğimiz anda, siyasî açıdan sorumsuz devlet başkanının aktif politika içinde yer almasını da kabul etmiş oluruz. Kamu hukukunda yerleşik bir kural vardır; sorumluluk olmadan yetki olmaz. Bu bakımdan da en yakın örnek olan İtalya ve Almanya örneklerinde de keza hep ortak imzalıdır; zaten pratikte bu geri gönderme yetkisi kullanılmaz. Fransa gibi bir ülkede dahi, 1958 Anayasası sisteminde dahi devlet başkanına tek başına geri gönderme yetkisi tanınmamıştır. Ne zaman kullanılır? Bu bir fantazimidir? Hayır değil; hükümete rağmen kanunlaşmış bir tasarı varsa, hükümet de bunu bir güven meselesi yapmamışsa, bu kanundan dolayı ben hükümetteki durumumu sarsmayım, nasılsa devlet başkanının arkama alırım, kanunu geri gönderirim diyebilir. İşte bu varsayımda ancak bu geri gönderme yetkisi kullanılır. Nasıl? Hükümetin önerisi üzerine birlikte ortak imza ile geri gönderilebilir. Konu bu çerçeve içinde ele alınmalı; ama ondan sonra gerekçeler şu olabilir, bu olabilir. Gerekçe meselesi daha sonra gelir. Onu ne zaman cevaplayabiliriz? Devlet başkanının tek başına geri gönderme yetkisini kabul ettiğimiz zaman cevaplayabiliriz. Diyeceksiniz ki, Anayasada bu yetki tanınmış, hatta Anayasa Mahkemesi de bir kararında buna karşı çıkmamış. Anayasa Mahkemesine tek başına başvurulmasında sistem bir uyuşmazlık yaratmaz; ama tek başına tanınan bu yetki Anayasada ne olacak diye bir soru aklımıza gelebilir? 104 üncü madde Cumhurbaşkanının kullanacağı yetkileri belirlemiş; ve öyle anlaşılıyor ki 104 üncü madde ileride büyük tartışmalar doğurabilecek bir maddedir. Bu yetki tanınmış, belki kullanmayacaktır. Parlamenter sisteminin uygulama ile oluşan gelenekleri vardır. Bir yetki tanınmış olabilir, tıpkı İngiliz teamülü anayasa hukukunda bugün taçın sahip olduğu yetki gibi, ama o yetkiyi pratikte ortak imzalı olarak kullanmaya başladığı zaman gelecekte Türkiye'de mevcut olmayan Anayasal teamüllerin oluşmasına yol açabilir. Nitekim, son geri gönderme konusu gündeme çıktığında, Seçim Kanunu meselesinde Cumhurbaşkanı, Sayın İlhan beye de cevabımı hemen orada vermiş oluyorum, isabetli bir biçimde geri göndermeyi

değil, Anayasa Mahkemesine başvurmayı yeğlemiştir ki, isabetli olan da budur. Benim de kanım, böyle bir sistemde, Türkiye gibi kanunların Anayasaya uygunluğu denetiminin öngörüldüğü bir sistemde, Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisine Anayasada sahip olmasına rağmen kullanmaması; ama Anayasa Mahkemesine başvurması gerektiğidir.

Sayın Aliefendioğlu, sizin sorunuz da zaten 175 ve 89 uncu maddelere atıf yapıyor, «aynen kanunları kabul» kavramını Anayasa değişiklikleri içinde o çerçevede değerlendirmek gerekir; ama, şunu hemen hatırlatmak gerekir: Cumhurbaşkanının muhtemel Anayasa değişikliklerini geri göndermesinde, göstereceği gerekçe, büyük ihtimalle, bu Anayasanın yapılışına ve geçici olağanüstü dönem ayırımlarına dikkat edecek olursak, büyük ihtimalle Anayasada değişiklik yapılmaması yönünden olacaktır. Hayır şu nedenlerle değiştirilmesini istemiyorum diyebilir, gerekçesi olacaktır. Onun için kanunlardaki mekanizmadaki aynen kabul, bir başka farklılık kazanacaktır; değiştirme. Ya benim irademe uy, yahut ısrar ediyorsan halkoyuna gidelim gibi. Bu yollardan biri olacaktır. Üçüncü sorusu ise; geçici 9 uncu ve 175 inci maddedeki Cumhurbaşkanının Anayasa değişiklikleri için bir gerekçe önerirse, başka bir değişme biçimi önerirse, bu yasama yetkisinin devri anlamına gelir mi, gelmez mi? Veyahutta Anayasanın 7 nci maddesindeki yasama yetkisinin devri anlamına gelir mi, gelmez mi?

YILMAZ ALİEFENDİOĞLU — Efendim müsaade ederseniz kısaca sormak istediğim şu: Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisinin kapsamının arttırılması yasama yetkisinin kısıtlanması ya da devri anlamına gelebilir mi?

ERDOĞAN TEZİÇ — Hemen şunu söyleyeyim; yasama yetkisinin devri anlamına gelmez. Demin söylediğim gibi yalnız bu mekanizma içinde olsa olsa kanunlar konusunda mevcut olmayan bir teklifin Cumhurbaşkanı yolu ile işletilmesi yolu açılmış olabilir, dolaylı olarak. Anayasa değişikliğinde ise zaten tarihi kurucu iktidardır, Anayasa değişikliğinde de halk oylaması ile paylaşıldığına göre son sözü halk oylamasında halk söyleyeceğine göre Cumhurbaşkanının geri göndermede göstereceği gerekçeler, ya da değiştirilmemesi yönündeki tutum olması, yasama yetkisinin devri ile ilgili değildir. Yasama yetkisinin devri ile ilgili olan kanunla düzenlenmesi gereken bir konunun idari işlemlerle yapılmış olması konusudur. Onlar birbirinden farklıdır, onun için yasama yetkisinin devri anlamına gelmediğini sanıyorum.

Sayın İlhan Dinç'in sorularından bir tanesini cevaplamış oldum. Anayasada Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisinin kaynağını sordular. Tamamen parlamenter sistem çerçevesi içinde monarşik temelden kaynaklanıyor; ama bizim Anayasa sistemimizde bir veto değil, tamamen geri göndermedir; ama 1924 sistemi içinde de hiç bir kez, hiç bir defa uygulanmamış bir mekanizmadır. Anlamlıdır, ancak 1961 Anayasasıyla birlikte Cumhurbaşkanının tek başlarına geri gönderme yetkisi işlemeye başlamıştır.

Erdal Onar , «Kanunun geri gönderilmesi teklif midir?» dediler. Ben bunu, Cumhurbaşkanınca geri gönderilmesi gerekçeleri doğrultusunda Meclisin kendini bağlı hissetmesi olarak aynıyi kabul kavramı içinde, dolaylı teklif olarak görüyorum. Hatta yalnız Cumhurbaşkanının değil, Cumhurbaşkanlığı Konseyinin de dolaylı teklifi de mümkün. Cumhurbaşkanının gerekli durumlarda, Konseye danışarak onların fikirlerini almasıyla, teklif mekanizmasının daha da genişlemesi mümkün. Bu bakımdan bir çözüm biçimi olarak 1982 Anayasasının çözdüğü sanılan değişiklik pek de çözüm sayılmıyor.

Sayın Boyacıoğlu, halkoyuna sunma olayının muhakkak bir yasa ile yapılması gerektiğinden söz ettiler, ben de o kanıdayım. Eğer böyle bir yasa yoksa, geri çevirme mekanizması işlerliğini yitirir mi? Sanıyorum uygulamada böyle bir yola gidilse, parlamentonun Anayasa değişikliğini gündeme getirdiği gün, ilk yapabileceği hususlardan biri de Halkoylaması Kanunu çıkarmaktır. Eğer böyle bir kanun yoksa, halkoylaması aşamasında çok daha beklenmedik başka sorunlar ortaya çıkabilir. Neler çıkabilir? Burada fazla abartarak söylemek istemiyorum, ama Türkiye'de belli bir tarihte Anayasa değişikliği gündeme geldiği anda, Meclis kendinde Anayasayı değiştirme gücünü bulduğu zaman, hemen halkoylaması kanunu da yapması lazım ki, Cumhurbaşkanının muhtemel halkoylaması yoluna gitmesi halinde uygulansın. Dediler ki, 1982 Anayasası devlete üstünlük tanıyan bir yasa; ve Anayasa değişikliklerinde bir yanda hükümet başkanı bir yanda Cumhurbaşkanı var denildi, zannediyorum orada hükümet değil de Meclis denilmek istendi; çünkü Anayasa değişikliklerini teklif etme yetkisi doğrudan doğruya Parlamento üyelerine tanınmış, o bakımdan hükümetin devreye girmesi söz konusu olmayacaktır. Kampanya olması durumunda Cumhurbaşkanı ile siyasî partiler arasında olur. Siyasî partilerin bir kısmı Cumhurbaşkanının eğiliminde tutum alabilir, bir kısmı da karşı tutum alacaktır. Onun için halkoylaması kampanyası Cumhurbaşkanıyla Meclis arasında olacak bir mücadele biçimine dönüşecektir. 1982 Anayasası 1961 Anayasasından farklı olarak değişti-

rilemeyecek maddeler dilimini daha da genişletmiştir. 1961 Anayasasından farklı birkaç madde daha vardır. Buna karşılık Anayasanın kendi içinde bağlayamadığı bir konu var; o da Anayasa değişikliklerinin esas açısından da Anayasa Mahkemesince de denetlenemeyeceğidir. O zaman ortaya ne çıkacak? Parlamento değiştirilmesi yasak maddeleri de değiştirdiği gün ne olacak. Bunun çözümü Anayasal mesele değildir, hukuksal mesele değildir, bunun çözümü siyasî midir denmek isteniyor gibi bir durum akla geliyor. Öteki de eğer siyasî değil diyorsak, çünkü biz hukukçu olarak, mevcut kurallar içinde, muhakkak bir hukuksal çözüm aramak zorundayız; ama Anayasa değişikliklerinin Anayasa Mahkemesince esas açıdan denetlenememesi, Anayasada değiştirilmeyecek maddeleri belirleyen 4. maddeyi de anlamsız bırakmaktadır.

AHMET H. BOYACIOĞLU — Şimdi, Sayın Teziç, benim zatıalinizden öğrenmek istediğim konu bu değil. Filhakika 148 inci maddenin aşırı bir sınırlama getirdiği kanısını muhafaza ediyorum; ama eleştirim bu noktada değil. Şimdi örnek de verdim, farzedelim ki, bir teklif 2/3 çoğunluğun altında bir nisapla Meclis tarafından kabul edildi; ama Cumhurbaşkanımız, o teklifi, o Anayasa değişikliğini halkoyuna sundu; ama halk Cumhurbaşkanının önerisini kabul etmedi, metni benimsedi. Arz edebiliyormuyum efendim, bu durumda ortada bir Anayasa değişikliği mi vardır? Bir Anayasa mı vardır? Anayasa Mahkemesinde açılacak bir davada denetim nasıl olacaktır. Anayasa vardır, ben Anayasayı denetleyemem diye davayı ret mi edecektir? Yoksa Anayasa değişikliği referandumdan sonra da o sıfatı muhafaza edecek midir? Onu öğrenmek istiyorum.

ERDOĞAN TEZİÇ — Kısaca özetlersek, yani usulde yapılan bozukluklar daha halkoylamasına gitmeden, önceki aşamada yapılan, mevcut olan bozukluklar halkoylamasıyla giderilmiş olur mu olmaz mı? Halkoylamasında Anayasa değişikliği kabul edildi, sanıyorum o zaman sorunu ele almak gerekir. Anayasa Mahkemesi kural olarak halkoylamasında, oylamanın gerekli çoğunluğu alıp almadığı biçimindeki denetlemeyi şekil açısından yapacaktır. Ama, daha evvel mevcut olan bozukluklar, halkoylamasında giderilmiş, 2/3 koşulu aranmaksızın metin kabul edilmiş ve Cumhurbaşkanınca da kabul edildiği varsayılmış ve Cumhurbaşkanınca da halkoylamasına sunulmuşsa, Anayasa Mahkemesi böyle bir denetimi yapamaz, yapamayacaktır. Bunun küçük örneği Fransa'da olmuştur. 1958 Anayasasında De Gaulle, öngörülen usulleri çiğneyerek, kanun yapma usulünde halkoylaması yaptığı zaman, Anayasa değişikliği yaptığı zaman, sorun Anayasa

Konseyine o zaman Senato Başkanı tarafından getirildiğinde ki, kamuoyunda da büyük tartışmalara yol açmıştı, Anayasa Konseyi dedi ki : «benim referandumla gelen yasaları denetleme yetkim yoktur. Anayasa Konseyi hukuki bir gerekçe bulmuştu; ama «kısaca koskoca halkoylamasından gelmiş bir Anayasa değişikliğini ben iptal edersem, benim tozumu atarlar» diyordu. Anayasa Mahkemesi de halkoylamasından gelmiş bir Anayasa değişikliğini, hayır efendum, şurada şu şu noktalardan bunu iptal ediyorum dediği zaman, Anayasa Mahkemesinin yeri ne olur, onu düşünmek lazım. Konumunu, Anayasadaki yerini koruması, ondan sonra gelecek tepkileri göğüslemesi kolay değil. Bu sorun zannediyorum bir denge sorunu olarak ortaya çıkar; bu bakımdan da ister istemez denetlemekten kaçınır. Bunun gerekçesini bulmak kolay, «kuruluş kanununda ve Anayasada refenrandumdan gelen kanunları denetleme yetkim yoktur» diyerek işin içinden çıkmak gerekir. Nitekim, Fransız Anayasa Konseyi böyle yapmıştır; ama bunun gerisinde saklı olan endişesi şu idi : «Koskoca halkoylamasından gelen Anayasa değişikliğini denetlemem» kardeşim demiştir; yani mesele budur.

Kemalettin beye vereceğim cevapları başta belirtmiştim, yani başta tek başına gönderilmemesi gereken bir yetki olduğunu belirtirken söylemek istedim. Gerekçelerin çoğaltılması, şu şekilde olması gibi hepsi mümkün. Ne zaman mümkün? Buyurduğunuz gibi çok önemli bir noktaya değindiniz; ama bunların hepsi yetkilerini tek başına kullanırsa mümkün. Yabancı kaynaklardan örnek verebilir, gerekçelerini zenginleştirebilir, yasa koyucuya yol gösterebilir; ama şayet bunu tek başına yapabiliyorsa. Kanımca tek başına yapamaz, çünkü yayınlamayı ben ısdar anlamına kullanıyorum, öyle kabul ediyorum. Isdar da ne yerindeliğini ne de Anayasaya uygunluğunu denetlemek değildir. Cumhurbaşkanının elinin aktif politika içinde olmamasının yolunu Anayasa kendi içinde öngörmüştür. Anayasa Mahkemesine müracaat ile sorun hukuki açıdan çözülür, tartışmada biter. Mahkemenin söylediği söz de en son sözdür.

ANAYASA YÖNÜNDEN FONLAR

Doç. Dr. Nami ÇAĞAN*

GİRİŞ

Türkiye'de son birkaç yıldır kamusal fonlar ekonominin yönetiminde çok etkili araçlar haline gelmişlerdir. Türk iktisadî ve malî hayatında bu ölçüde önem kazanmasına ve üzerlerinde çok tartışma yapılmasına rağmen, fonlar kamu maliyesinin az tanınan ve iyi değerlendirilemeyen bir yönüne ilişkin bulunmaktadır.

Türk Mali Mevzuatında bir «fon» tanımına rastlamıyoruz. Türk Dil Kurumu'nun yedinci basısını yayımladığı «Türkçe Sözlük»te fon, «belirli bir iş için gerektikçe harcanmak üzere ayrılıp işletilen para» olarak tanımlanmıştır (1). Özel maliye —ya da finansman— biliminde fon deyimi işletme sermayesini ifade edecek biçimde kullanılmaktadır. Kamusal fonların, iktisadî bir kamu kurumunun bünyesinde oluşturulmuş olsa da bu tür fonlarla bir ilişkisi bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesine göre fon, «belirli bir amacın gerçekleştirilmesi için ayrılmış olan ve gerektiğinde kullanılmak üzere bir hesapta tutulan para»yı ifade etmektedir. Daha teknik bir deyimle fon, genel mevzuat ve bütçe prosedürü dışında özelliği olan bazı devlet görevlerinin yürütülmesi ve gerçekleştirilmesi maksadiyle bütçeden veya bütçe dışı imkânlarla sağlanan para veya kıymetlerdir» (2).

Yüksek Mahkeme fonu bu şekilde tanımlayıp açıklamaktadır. Bununla beraber, 2985 sayılı kanunda (m. 2/J) ve 3238 sayılı kanunda (m.

(*) AÜSBF Öğretim Üyesi.

(1) Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, C. I, A-K, 7. Bası, s. 915.

(2) Anys. Mahk. E. 1984/9, K. 1985/4, 18.2.1985, (R.G. 26 Haziran 1985, Sayı 18793, s. 24).

12/g) fon deyimi kanımca hatalı olarak malî yükümlülük anlamında kullanılmıştır (3).

Türk malî uygulamasında bütçe içinde ya da bütçe dışında oluşturulmalarına göre iki çeşit fondan söz edilebilir. Bütçe içinde oluşturulan fonlar, bütçeden bir ödenek ayrılarak bu ödeneği bütçe ödenek kalemleri arasında dağıtma yetkisinin Maliye ve Gümrük Bakanlığı'na ya da Bakanlar Kuruluna bırakılmasıdır. Bu fonların bir çeşit «İhtiyat ödeneği» olma işlevi vardır. Personel giderleri fonu ile yatırımları hızlandırma fonu bu türün örnekleri olarak belirtilebilir. Bütçe dışında oluşturulan fonlar ise fonun tahsis edildiği kuruluşa bütçe disiplini ve kuralları dışında harcama yapma yetkisi vermektedir. Bu ikinci tür fonların finansmanı bütçe ödenekleriyle ya da bütçe dışı kaynaklarla sağlanabilmektedir. Anayasa Mahkemesinin tanımladığı ve bu tebliğin konusunu oluşturan fonlar bu grupta yer alan bütçe dışı fonlardır.

1. FONLARIN GELİŞİMİ

Türkiye Cumhuriyeti'nde ilk bütçe dışı fon 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanununa dayanılarak «İstikrar Fonu» adıyla oluşturulmuş ve bu fonu doğal afetlere uğrayanlarla asker ailelerine yardım amacıyla kurulan fonlar ve toprak reformu amacıyla kurulan fon izlemiştir (4) Türkiye'de 1960 sonrasında fonların sayısı artmıştır. Bu artış, 1980 sonrasına egemen olan güçlü yürütme eğiliminin de etkisiyle daha da hızlanmıştır; özellikle 1983 sonrasında bütçe dışı fonlarda toplanan kaynaklar tutarları kesin olarak belirlenememekle beraber çok önemli boyutlara ulaşmıştır. İçinde yaşadığımız dönemde, fonların bütçe ve mali mevzuat formalitelerini kaldırması, idareye çok serbest davranma olanağını vermesi, siyasal iktidara o kadar çekici gelmiştir ki birçok kanun tasarısında, düzenlenen konu ile ilgili bir fon kurulması gündeme gelmektedir.

---

(3) 2985 sayılı Toplu Konut Kanununun 2 nci maddesinde (bent J) «Tekel idaresinin ithal ettiği mallardan alınan» fonlardan; 3238 sayılı Savunma Sanayii Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığının Kurulması Hakkında Kanunun 12 nci maddesinde ise, «Akaryakıt Tüketim Vergisine esas olan matrah üzerinden Bakanlar Kurulunun tesbit edeceği azami % 5 oranında akaryakıttan alınacak fonlar» ifadesi yer almıştır.

(4) Bkz. **Mahmut Öztürk**, Kamu Fonları ve Kullanma Alanları, DPT yayını, No. 1864/29, Mayıs 1984, s. 2.

Günümüzde sadece Türkiye'de değil bir kısım Avrupa ülkelerinde de aktüel olan fonlar, gerçekte bütçe ve demokrasi öncesi mali sistemin uygulama ürünleridir. Bütçe kavramının ve demokratik siyasal kontrolün gelişmesiyle birlikte hazine birliği düşüncesi de gelişerek fon uygulaması, yerini bütçe uygulamasına bırakmıştır. Bununla beraber, demokratik kurumlar içinde en yavaş gelişmeyi bütçe kurumu göstermiştir. Geleneksel bütçe sisteminde ve uygulamasında reform niteliğinde atılımlar gerçekleştirilememiş bütçe reformu girişimlerinden gelişmiş ülkelerde bile tam başarı sağlanamamıştır. Bütçe öncesi fonlar sistemine geri dönme eğiliminin en önemli nedenini bu noktada aramak gerekir kanısındayım. Bu eğilim, Türkiye'nin yanı sıra bir ölçüde İtalya, Fransa ve Avusturya'da da gözlemlenmektedir.

Fransa'da 1940 yılından sonra bütçe dışı fonlardan yapılan harcamalar bütçe harcamalarını tutar olarak aşmış ve ancak 1956 yılında gerçekleştirilen bir reformla fonlar bütçe disiplini içine alınmışlardır (5). Daha sonra 1963 yılından itibaren hükûmet tekrar bir kısım kamu harcamalarını bütçe dışına çıkarma politikası izlemiş ve tekrar fonların sayıları ve harcamaları artmıştır. Fon uygulaması uzun yıllardır sürdüğünden bütçe dışına çıkarılan harcamaların tutarını belirlemek ya da tahmin etmek çok zordur. Bu harcamalarda parlamentonun onayı bulunmamaktadır (6). İtalya'da ise maîî mevzuatta bütçede genellik ilkesi öngörülmüş olmakla birlikte özel kanunlarla oluşturulan fonlar aracılığıyla kamu harcamaları yapılmaktadır. Fonlar üzerindeki parlamento kontrolün zayıflığı İtalya'da da tartışma konusu olmaktadır (7). Ancak İtalyan Anayasasının bütçe ile ilgili 81 inci

---

(5) Bkz. **Oğuz Oyan,** Kamu Finansmanı, Sermaye Birikimi ve 24 Ocak İstikrar Modeli, İşbitiren Ekonomi, İstanbul 1986, s. 174, dn. 84.

(6) Bkz.: **Pierre Lalumiere,** Parliamentary Control of the Budget in France, The Power of the Purse, David Coombes (Editor), London 1976, s. 138; **Jean-Claude Ducros,** The Influence of RCB on Parliament's Role in Budgetory Affairs, The Power of the Purse, David Coombes (Editor), London 1976, s. 161; 1975-1981 yıllarında Fransa'da geçerli olan fonların tüzel kişiliğe sahip olup olmamalarına göre yapılan sınıflandırması için bkz.: **Marie Hélène Douchez,** Les «Fonds» Publics, Reuvue du Droit Public, s. 1983, s. 974 vd.

(7) Bkz.: **Valerio Onida,** The Historical and Constitutional Foundations of the Budgetary System in İtaly, The Power of the Purse, David Coombes (Editor), London 1976, s. 217; **Sabino Cassese,** Special Problems of Budgetory Decision Making in İtaly, The Power of the Purse, David Coombes (Editor), London 1976, s. 255-265.

maddesi bütçe dışında fon oluşturulmasını doğrudan doğruya engelleyen bir hüküm getirmemektedir. Gerek Fransa'da, gerek İtalya'da fonlar esas itibariyle belli bölgeleri ya da sanayi kollarını teşvik etmek amacıyla kurulmaktadır. Fon kurulmasına ilişkin hukuki düzenlemeler Avrupa Topluluğu Hukuku açısından tartışmalara ve uyuşmazlıklara neden olmaktadır (8). Bu ülkelerin yanı sıra Avusturya'da da bütçe ilkelerine uygun düşmeyen hukukî statüleri özel kanunlarla belirlenmiş fonlar vardır (9). Buna karşılık İsveç'te hükümetin Meclis tarafından bütçe ile belirlenen ödenekler dışında harcama yapabilmesi kabul edilmemiştir (10).

II. FONLARIN ÖZELLİKLERİ

Bütçe dışı fonları bir bütün olarak ele alıp incelemek ve bundan belli sonuçlara varmak kolay değildir. Çünkü fonlar heterojen bir yapıya sahiptir. Bütün fonlara özgü çok az sayıda ortak hukuki özellik bulunmaktadır. Örneğin fonlardan önemli bir bölümünün harcamaları Sayıştay denetiminin dışında tutulmasına rağmen, el sanatları fonu, afet fonu gibi bir kısım fonların hesapları Sayıştayın denetimine tâbi bulunmaktadır. Fonlar belli ortak özelliklerine göre sınıflandırılabilseler de birbirlerine tam olarak benzemezler.

Fonlar, siyasal iktidarın ekonomiye esnek müdahale araçları olarak gelişmişlerdir. Fonlar ile yöneltildikleri amaç arasında çok sıkı bir ilişki —adeta bir iç içelik— bulunmaktadır. Her fon düzenlemesinde ilişkin bulunduğu fonun amacını açık olarak gösterir. Örneğin 3238 sayılı Kanun, Savunma Sanayii Destekleme Fonunun amacının «modern savunma sanayiinin geliştirilmesi ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin modernizasyonunun sağlanması» olduğunu, 3230 sayılı Kanunun, Tanıtma Fonunun amacının, «memleketimizi yurt içinde ve dışında çeşitli yönleriyle tanıtmakla görevli kuruluşların kaynaklarını artırmak, Türk kültür varlığının yayılmasını sağlamak, Devlet arşiv hizmetlerini müessir hale getirmek, milletlerarası kamuoyunu memleketimizin menfaatleri istikametinde yönlendirmeye çalışmak» olduğunu hükme bağ-

(8) Bkz.: **Nami Çağan**, AET Hukukunda Vergilendirme, Prof. Dr. Akif Erginay'a 65 inci Yaş Armağanı, Ankara 1981, s. 692, 693.

(9) Conference of the European Speakers, Parliament and the Control of Public Finance, Kopenhag 1984, s. 24.

(10) Conference of the European Speakers, Parliament and the Control of Public Finance, Kopenhag 1984, s. 62.

lamıştır. Türkiye uygulamasında ileride de değinileceği gibi fon ile amacı arasındaki bağlantı önemli ölçüde zayıflamıştır.

İktidarların fon kurarken önde gelen amaçları, mali mevzuatı ve bütçe sürecini bertaraf ederek uygulamaya esneklik ve çabukluk kazandırmaktır. Örneğin dış ticaret işlemlerinde ve doğal afetlerden zarar görenlere yapılan yardımlarda çabuk karar alma ve uygulama zorunluluğu vardır. Bütçe işlemlerinin olağan süreci ile bu hizmetlerin yapısı bağdaşmamaktadır. Gerçekten dış ticaret fonu ve afetler fonu ilişkin bulundukları hizmetlerin aksamadan yürümesini sağlayabilmektedir. Fonlar devlete kamu harcaması yapma olanağını da verdiğinden kısa vadeli maliye politikası tedbirleri fonlar aracılığıyla uygulanabilmektedir. Öte yandan fonlarla bütçenin ilişkin bulunduğu yıllık sınır da aşılmış olmaktadır. Türkiye'de yürürlükte bulunan fonların faaliyet konuları genellikle hem bir yıllık süreyi aşmakta, hem de süreklilik göstermektedir.

Bütçe dışında oluşturulan fonların sahip oldukları çok az sayıdaki ortak özelliklerden biri, yukarıda da değinildiği gibi, mali mevzuatın dar kalıplarını bertaraf etmektir. Bu özelliği nedeniyle fonlar iktidarlara çok çekici göründüğünden hızlı bir yaygınlaşma eğilimi göstermişlerdir.

Anayasa'da ve mali mevzuatta fonlarla ilgili genel bir düzenleme yoktur. Her fonun kendisi ile ilgili özel bir hukuki dayanağı bulunmaktadır. Fonların hukuki dayanakları ve özgürlenme şekilleri de çok farklılaşmıştır. Bir kısım fonlar kanunlarla kurulup gelirleri, işleyişleri ve kullanılmaları yine kanunlarla belirlendiği (Örneğin 7126 sayılı kanunla kurulan sivil savunma fonu, 118 sayılı kanunla kurulan ihracatı geliştirme fonu, 7269 sayılı kanunla kurulan afetler fonu, 3230 sayılı kanunla kurulan tanıtma fonu) halde bir kısım fonlar kanuni yetkiye dayanılarak Bakanlar Kurulu kararıyla (Örneğin T.C. Merkez Bankası nezdinde kurulan istikrar fonu «K. 5/1280», özel sektöre maden kredisi sağlama fonu «K. 6/10606», geliştirme ve destekleme fonu «K. 84/8800», faiz farkı iade fonu «K. 83/750»), oluşturulmuş diğer bir kısım fonların kullanılmasına ilişkin ayrıntılar da yönetmeliklerle düzenlenmiştir (organize sanayi bölgeleri ve küçük sanat siteleri fonu «R.G. 28.10.1967, 24.3.1978». Sanayi kredisi fonu «R.G. 2.10.1972»). Ekonomik nitelikli fonların işleyiş kurallarının kararnamelerle ve yönetmeliklerle belirlenmesi ve bu kurallarda sık aralıklarla değişiklik yapılması ekonomik istikrarsızlığa neden olmaktadır. Türk Hukukunda bütçe kanunu ile bile fon oluşturulduğunu görüyoruz. 1974 Mali Yılı

Bütçe Kanunu ile Devlet Yatırım Bankası nezdinde «halkı yatırımlara teşfik fonu» oluşturulmuş ancak Anayasa Mahkemesi, «iktisadi alanda devlet müdahalesine olanak veren bir fon oluşturulmasına ve bu fonun kullanılmasına ilişkin...» kural koyan Bütçe kanunu hükümlerini (m. 51, 70) «bütçe ile ilgili hüküm» olmadığı gerekçesiyle Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir (11).

Fonlar genel, katma bütçeli kuruluşlar ya da yerel idareler tarafından kullanılmak üzere oluşturulabildiği gibi, fonlarla kamu idaresinde yeni bir tüzel kişilik de ortaya çıkarılabilir. Türkiye'de fon oluşturulurken gözlemlenen yeni eğilim, fon idaresine tüzel kişilik vermektir. Bu eğilim fonların kurumlaşmasına neden olabilecektir. Nitekim 2983 sayılı kanun, ilk şeklinde Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı İdaresi Başkanlığına tüzel kişilik vermemişken daha sonra 3188 sayılı kanunla değiştirilerek bu idare, kamu tüzel kişiliğine sahip kılınmıştır. Bu kanundan sonra çıkarılan 3238 sayılı kanunla da (m. 12) Savunma Sanayii Destekleme Fonunu yönetmek üzere Millî Savunma Bakanlığı'na bağlı olarak oluşturulan Savunma Sanayii Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığına kamu tüzel kişiliği verilmiştir. Bu gelişmeyi esasen tüzel kişiliği bulunan katma bütçeli kuruluşlar nezdinde oluşturulan fonlardan (Örneğin, Toprak ve Tarım Reformu Müsteşarlığı, Üniversiteler, Beden Terbiyesi Genel Müdürlüğü nezdinde oluşturulan fonlar) farklı değerlendirmek gerekmektedir.

Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Fonları ile Savunma Sanayii Fonunda bakanlardan ve bürokratlardan oluşan kurullar, bir bakanlığın yetkisinin yerini almaktadır. Bu durumda ortaya bir çeşit yetki dağınıklığı ya da yetki parçalanması çıkmaktadır. Bazı kamu yatırımlarının fonlardan yapılması da Devlet Planlama Teşkilâtı'nın ve Maliye ve Gümrük Bakanlığı'nın kamu kesiminin yatırımlarını yönlendirme yetkisinin kısmen devredilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Fonlar konusunda son zamanlarda gözlemlenen diğer bir gelişme de bazı fonlar arasında organik bağlılık oluşturularak birbirlerine kaynak aktarımının sağlanmasıdır. Örneğin 2983 sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanunun 10 uncu maddesi (bent d), Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulunun görevleri arasında, gerektiğinde fonlar arasında aktarma yapılmasına karar vermeyi de hükme bağlamıştır. 3230 sayılı Tanıtma Fonu Teşkili Hakkında Kanun, fonun kaynakları arasında, «Kanunla kurulan fonlardan

(11) Anys. Mahk. E. 1974/26, K. 1974/48, 21.11.1974 (AMKD, Sayı 12, s. 385 vd.).

Bakanlar Kurulu kararı ile belirlenecek miktarda yapılacak aktarmalar»ı da belirtmiştir. 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşmayı ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu da (m. 4, bent a) diğer bazı kaynakların yanı sıra, diğer kurulmuş ya da kurulacak fonlardan aktarılacak % 10 oranındaki payları kurulan fonun kaynağını oluşturacağını hükme bağlamaktadır. Bu gelişme fonların amaçlarına sıkı bir biçimde bağlılığı ve amaçlara göre yönetim ilkelerini sarsmaktadır.

Bütçe dışında oluşturulan fonlar geleneksel bütçe ilkelerinin (genellik, birlik, ön izin, ademi tahsis, yıllık olma, açıklık) hemen hepsine ters düşmektedir. Bütçe ilkeleri yasama organının, yürütme organının malî faaliyetlerini kontrol altına alması amacıyla geliştirilmiştir. Zamanımızda bu ilkelere Batı Avrupanın demokratik ülkelerinde de bütünüyle uyulmamaktadır. Fonlar, geleneksel bütçe ilkeleri ile bağdaşmadığı gibi program bütçe düşüncesine de aykırıdır. Çünkü program bütçe çerçevesinde fon harcamaları, kamu harcamalarının işlevsel sınıflandırmasının dışında kalmaktadır. Öte yandan, fonların yaygınlık kazanmasıyla kamu harcamaları arasındaki öncelikler bütçe dışına çıkılarak tamamen yürütme organı tarafından belirlenmektedir; dolayısıyla parlamentonun kamu harcamaları ve bütçe yetkisinin kapsamı daralmaktadır. Bu olgu, konsolide bütçe ve parlamanter kontrol dışına çıkılarak yani bir kaynak - harcama dengesinin oluşması sonucunu doğurmaktadır. Gerçekten, kaynakları genel ve katma bütçelerden sağlanan fonlarda bile fonun oluşmasından sonra fon tarafından yapılan harcamalar ve geri dönüşler parlamento tarafından kontrol edilememektedir.

Sosyal devlet, düzenleyici devlet kavramları geliştikçe iktisadî müdahaleciliğin normatif çerçevesini düzenleyen ekonomik kamu hukuku alanında hükümetler çok sınırlı bir parlamanter denetime tabi bulunmaktadır (12). Ekonomik konularla ilgili kanunlar, yürütme organına kanunların uygulanmasından öteye geniş yetkiler vermektedir. Bu durum parlamenter sistemle çelişkili olmakla birlikte ekonomik kamu hukukunun bir özelliğidir. Bütçe dışı fonlar da ekonomik kamu hukukunun bir kurumu olup mali hukuk, idare hukuku ve anayasa hukukunun bir sentezi şeklinde ortaya çıkmaktadır.

---

(12) Bkz.: **Turgut Tan,** Ekonomik Kamu Hukuku, TODAİE Yayını, Ankara 1984, s. 15, 16, 28.

III. FONLARIN ANAYASA UYGUNLUĞU SORUNU

1982 Anayasası, yürütme organını 1961 Anayasasına oranla daha geniş yetkilerle donatmıştır. Ancak yürütme organının kamu maliyesi alanında güçlenmesi sonucunu doğuran bütçe dışı fonlar, 1982 Anayasasından kaynaklanmamaktadır. 1961 Anayasası döneminde olduğu gibi 1982 Anayasası döneminde de bu fonların Anayasaya uygunluğu, fonların finansman yöntemi, harcamaları ve denetimi açılarından tartışma konusu yapılmış ve Anayasa Mahkemesi kararlarına konu olmuştur.

A — Fon Yükümlülükleri Açısından

Fonların gelir kaynakları nitelikleri bakımından homojen olmaktan uzaktır. Bu gelirler başlıca genel ve katma bütçelerden ayrılan ödeneklerle (Örneğin, 3238 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin a bendinde savunma sanayi destekleme fonundan her yıl bütçeye savunma sanayiini geliştirmek ve desteklemek amacıyla konulacak ödenekler) zor unsuruna dayanan yükümlülükler (Örneğin, gelir ve kurumlar vergilerinin % 3 ünün savunma sanayii destekleme fonuna ödenmesi) ve zor unsuruna dayanmayan gelirlerden (Örneğin, 2985 sayılı kanunun 2. maddesinin g bendine göre toplu konut fonuna yapılan bağışlar) oluşmaktadır. Konumuz yönünden önem taşıyan fon gelirleri, kamu gücünün kullanılmasına dayanan ve zor unsurunu içeren yükümlülüklerdir.

Fon yükümlülükleri arasında parafiskal gelir niteliğinde olanlar var ise de, bu yükümlülükler genellikle somut bir karşılığa ve yararlanmaya dayanmadıklarından parafiskal yükümlülük sayılmazlar. Örneğin, gelir vergisi ve kurumlar vergisi yükümlülerinin savunma sanayii destekleme fonuna ödedikleri yükümlülükler bir karşılık esasına dayanmamaktadır. Çünkü Savunma Sanayiini Geliştirme ve Destekleme İdaresinin hizmetlerinden sadece fona ödeme yapanlar değil, herkes yararlanmaktadır. Bu idarenin gördüğü hizmetin faydası toplumun tümüne yayılmaktadır. Bunun gibi, tanıtma fonunun Türk kültür varlığının yayılması amaciyle kullanılmasında fon harcamalarını finanse edenlerin yanı sıra toplumun diğer bireyleri de bu hizmetlerden yararlanır. Fon yükümlülükleri yararlanmaya ve karşılığa dayanmadıkları ölçüde vergiye yaklaşmaktadır. Ancak diğer fonlar yönünden aktarmaya konu olsalar da fon yükümlülüklerinde vergi yükümlülüğünde bulunmayan, «belirli amaçlara tahsis» özelliği bulunmaktadır. Öte yandan 2985 sayılı Toplu Konut Kanununun (m. 2, bent 6) yurtdışı çıkış-

ları üzerine konulan fon yükümlülüğünü «harç» olarak isimlendirmiş olması da onun hukuki niteliğini etkilemez. Fon gelirleri, kamu gücünün kullanılmasına ve zora dayanan yükümlülükler olduğu ölçüde Anayasanın 73 üncü maddesi (f, 3, 4) anlamında vergi, resim, harç» ve benzeri «mali yükümlülük» kapsamında düşünülmelidir. Bu yükümlülük ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemlerine ilişkin olduğu ölçüde de Anayasanın 167 nci maddesi (f 2) çerçevesinde «ek malî yükümlülük» olarak değerlendirilecektir. Başka deyişle bütçe dışı fonların finansmanı zor unsuruna dayanan malî yükümlülüklerle gerçekleştirildiği ölçüde Anayasanın 73 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasında yer alan vergilerin kanuniliği, ilkesi ile bu maddenin 4 üncü fıkrası ve konusuna göre 167 nci maddesinin 2 nci fıkrasında yer alan anayasal yetki devri koşullarına tâbi bulunmaktadır.

Fon yükümlülüklerinin Anayasaya uygunluğu bakımından akla gelen bir soru da, bu yükümlülüklerin bütçenin «C» cetvelinde yer almamasının Anayasaya aykırılık oluşturup oluşturmayacağıdır. Anayasanın 161 inci maddesi, devletin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişilerinin harcamalarının yıllık bütçelerle yapılacağını belirtmesine rağmen, kamu gelirlerini bu hükmün dışında bırakmıştır. Başka bir deyişle bütçe hukukunda öngörülen ön izin ilkesi kamu harcamaları yönünden aynı zamanda bir Anayasa kuralı olmasına rağmen, kamu gelirleri yönünden sadece bir mali hukuk kuralı düzeyindedir Dolayısıyla bütçe dışı bir fon gelirinin bütçenin «C» cetvelinde yer almaması, Anayasaya aykırılık yaratmayacağı gibi ilgili kanun hükümleri uyarınca da tahsil edilebilecektir.

Anayasa Mahkemesinde 2983 sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanunun bazı maddelerinin iptali için açılan davada alt yapı tesislerinden ve Boğaziçi köprüsünden alınan geçiş parasının ekonomik ve hukuki anlamda bir ücret değil, bir harç ya da vergi niteliğinde olduğu, dolayısıyla bu gelirlerin katma bütçeli bir idare olan Karayolları Genel Müdürlüğünün bütçesinden çıkarılarak özel kişilere devredilemeyeceği iddia edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, kararında şöyle demiştir : «Vergi ödevinde kişinin, belirli bir hizmetten doğrudan doğruya yararlanması karşılığı olarak bir ödemede bulunması değil, bütün kamu giderlerine karşı anonim bir katılma payını üstüne alması söz konusudur. Alp yapı tesislerinden doğrudan doğruya yararlanma karşılığı alınan para bu nitelikte olmadığından vergi ve benzeri malî yükümlülük olarak kabul edilemez. Karayollarından, köprülerden alınan geçiş parası, su, elektrik, havagazı, demiryolları, havayolları, kimi hastane ücretleri gibi, iktisadi

şartlara göre oluşturulan ve hizmetin konusu tesislerin bakım ve idamesini ve yeni yatırımlar yapılmasını sağlamak için belirlenen bir fiyattır ve belirtilen nitelikleri bakımından muayyen kamu hizmetleri karşılığı kişilerden alınan resim, harç veya benzeri malî yükümlülüklerden de sayılamaz. Bu itibarla bunların «Gelir Ortaklığı Senedi» yolu ile özel kişilere devredilmesinde Anayasanın 73 üncü maddesine aykırı bir yön bulunmamaktadır» (13). Yüksek Mahkemenin kararına ve gerekçesine katılmıyorum; çünkü bu kamu gelirinin adının «geçiş ücreti» ya da «geçiş parası» olması onun hukuki ve ekonomik niteliğini etkilemez. Alt yapı tesislerinden yararlananlardan, yararlanma karşılığında alınan paralar, karşılığa dayanması yönünden vergiye nitelik olarak benzemeseler de harca benzer bir mali yükümlülük oluşturduğundan ve piyasa ekonomisi işleyiş kuralları dışında kamu gücünün kullanılması sonucunda saptandığından, «vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülük» olarak Anayasanın 73 üncü maddenin kapsamına girmektedir. Dolayısıyla, malî yükümlülük niteliğini taşıyan bir kamu gelirinin özel kişilere devredilmesi vergi ödevi ile ilgili 73 üncü maddenin özüne aykırı düşmektedir. Kaldı ki kamu ekonomisinde sosyal faydası yanında özel, bölünebilir faydası olan hizmetler karşılığında zor unsuru ile bedel, fiyat adı altında mali yükümlülükler konulmasına ve maliyetin hizmetten faydalananlara ödettirilmesine de bir engel bulunmamaktadır. Adı ve niteliği «bedel» olan bu malî yükümlülükler de 73 üncü madde kapsamına girmektedir. Bununla beraber hizmetten faydalananlara ödettirilen «bedel» piyasa ekonomisi kurallarına göre belirleniyorsa ve kâr amacı da güdülüyorsa artık bu bedel 73 üncü madde kapsamı dışında düşünülebilecektir.

2976 sayılı Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun bir kısım hükümlerinin Anayasaya aykırılığının iddia edildiği iptal davasında ise, kanunun Bakanlar Kuruluna «ek malî yükümlülük» koyma yetkisini, yükümlülüklerin adlarını ve içeriklerini belirtmeden çok soyut olarak devrettiği ve bu durumun, Anayasanın yasama yetkisinin devrini yasaklayan 7 nci maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi, Anayasanın dış ticaretin düzenlenmesi ile ilgili 167 nci maddesinin 7 nci maddeye göre daha özel bir kural niteliğinde olduğunu belirterek dış ticaret alanında Bakanlar Kurulunun geniş bir düzenleme yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir (14). Anayasa Mah-

(13) Anys. Mahk. E. 1984/9, K. 1985/4, 18.2.1985 (R.G. 26 Haziran 1985, Sayı 18793, s. 9, 24).

(14) Anys. Mahk. E. 1984/6, K. 1985/1, 11.1.1985, (R.G. 17 Haziran 1985, Sayı 18787, s. 3, 8, 9).

kemesi, «ek malî yükümlülük» (m. 167/2) kavramının «benzeri malî yükümlülük» (m. 73/3, 4) kavramından farklılığından hareket ederek yukarıdaki sonuca varmıştır. Kanımca ek malî yükümlülüklerin dış ticaret işlemlerine ilişkin olmak dışında 73 üncü maddede öngörülen vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerden herhangi bir farklılığı söz konusu değildir. Farklılık, dış ticaret işlemlerine ilişkin malî yükümlülüklerde Bakanlar Kuruluna verilebilecek olan yetkinin genişliğindedir. Anayasanın 73 üncü ve 167 nci maddeleri birlikte yorumlandığında, Bakanlar Kurulunun dış ticaret üzerine konulan malî yükümlülüklerde kanuna dayanmak koşuluyla geniş, serbest ve sürekli yetkiye sahip olduğu sonucuna varılmalıdır. Dolayısiyle Anayasa Mahkemesinin «ek malî yükümlülük» kavramını «benzeri malî yükümlülük» kavramından farklı nitelendirmesi eleştirilebilir. Bununla beraber varılan sonuç —yani, 2976 sayılı Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun Bakanlar Kuruluna verdiği geniş malî yükümlülük koyma yetkisinin Anayasaya aykırı olmadığı sonucu— değişmemektedir. Dolayısıyla 2976 sayılı kanunla oluşturulan dış ticaret fonu, finansman yöntemi bakımından Anayasaya aykırı sayılmamak gerekir (15).

B — Fon Harcamaları Açısından

Birkısım kamu idareleri fonlar aracılığıyla altyapı tesislerine, millî savunma hizmetine ve diğer kamu hizmetlerine bütçe dışında harcama yapmaktadırlar. Bu harcamalar ekonomik nitelikleri bakımından yatırım harcaması, cari harcama ya da transfer harcama niteliğinde olabilir. Örneğin Maliye ve Gümrük Bakanlığı, Katma Değer Vergisi Kanunu (geçici m. 5) ve 3239 sayılı kanunla (m. 36) oluşturulan «katma değer vergisi fonu» ve «vergi idaresini geliştirme fonu»ndan yatırım harcaması ve cari harcama niteliğinde kamu harcamaları yapmaktadırlar. Birkısım fonlardan transfer harcaması yapılmakta (Örneğin, sosyal dayanışma fonu) diğer birkısım fonlar (Örneğin, yatırım malları imalatı teşvik fonu) ise kredi vermek amacıyla kullanılmaktadır.

---

(15) Bakanlar Kurulu, açık olarak 2976 sayılı Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanuna dayanmadan 85/9113 sayılı Kararla Dış Ticaret Yönetmeliğini yürürlüğe koyarak ithalat, ihracat fiyat farkları için fon oluşturmuş ve mali yükümlülükler öngörmüştür. Bakanlar Kurulunun bu kararı 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun uygulamasının bir devamıdır. Buna karşılık Bakanlar Kurulu, 85/9967 sayılı Kararla T.C. Merkez Bankası nezdinde «Yatırım Malları İmalatı Teşfik Fonu»nu kurarken açık olarak 2976 sayılı kanuna dayanmıştır.

Bütçe dışında oluşturulan fonlardan yapılan harcamaların Anayasaya uygunluğu 161 inci ve 163 üncü maddeleri açısından tartışılmaktadır. Bu maddelerde yer alan ve tartışmaya konu olan hükümler, devletin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişilerinin harcamalarının yıllık bütçelerle yapılacağına ilişkin hüküm (m. 161/1) ile «Genel ve katma bütçelerle verilen ödenek harcanabilecek miktarın sınırını gösterir. Harcanabilecek miktar sınırının Bakanlar Kurulu kararıyla aşılabileceğine dair bütçelere hüküm...» konulamayacağına ilişkin hükümdür (m. 163). Bu düzenlemelerden ilki 1961 Anayasasında da (m. 126) aynen vardı; ikincisi ise 1982 Anayasası ile ilk kez kabul edilmiştir.

1961 Anayasası döneminde, bütçe dışında kamu harcaması yapılmasına olanak veren fonlarla ilgili olarak Anayasa Mahkemesinde iki kez dava açılmış Yüksek Mahkeme her iki davada da iptal kararı vermiştir. Bunlardan ilki, 933 sayılı Kalkınma Planının Uygulanması Esaslarına Dair Kanunun (m. 1, bent A) belli iktisadi faaliyet sektörlerini geliştirmek amaciyle kurduğu «geliştirme ve teşvik fonları» ile ilgilidir. Anayasa Mahkemesi, iptal kararının gerekçesinde fon harcamalarının Anayasaya aykırılığının yanı sıra, denetimlerinin de eksik olduğu noktası üzerinde durmuştur (16). Kararlardan ikincisi de 775 sayılı Gecekondu Kanunu uyarınca (m. 14, bent b) gecekondu hizmetlerinin yürütülmesi için İmar ve İskân Bakanlığı emrinde kurulan fonla ilgilidir. Anayasa Mahkemesi, kararında, söz konusu fonun Bakanlığa bütçe dışında yönetmeliğe dayanarak harcama yapma olanağını tanıdığı, bu durumun 1961 Anayasasının 126 ncı maddesine aykırı olduğu ayrıca fon harcamalarının Sayıştayca denetlenmediği gerekçelerine dayanmıştır. Yüksek Mahkeme bu kararda aynen şöyle demektedir : «Tartışma konusu kural, belli bir fona gelir sağlamak ereği ile kurulmuştur. Böylece bu kural bütçe dışı bir fondan bir kamu harcamasının yapılmasına yol açmaktadır. Nitekim 775 sayılı Gecekondu Kanununun 33 üncü maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında bu Kanun uyarınca kurulacak fonlardan yapılacak giderlerin artırma ve eksiltme ve ihalelere, Sayıştay'a ve genel saymanlık işlerine ilişkin yasalara bağlı bulunmadığı, bu harcamaların kurallarının yönetmelikle belirtileceği kesinlikle bildirilmiştir. Anayasanın 126 ncı maddesi, Devletin ve kamu iktisadi işletmeleri dışındaki kamu tüzel kişilerinin harcamalarının yıllık bütçelerle bağlanmasını buyurmaktadır. Demek ki inceleme konusu kural Anayasaya aykırı bir duruma yol

(16) Anys. Mahk. E. 1967/41, K. 1969/57, 25.10.1969 (AMKD, Sayı 8, s. 18, 42).

açmakta ve böylece Anayasanın 126. maddesine dahi aykırı düşmektedir. Bu nedenle de iptaline karar verilmelidir» (17).

1982 Anayasası döneminde de şimdiye kadar iki fon ile ilgili kanun Anayasa Mahkemesi kararına konu olmuştur. Bu kararlarda bütçe dışında fon oluşturulması ve bu fonlardan idareye harcama yetkisi veren hükümlerin iptali istemi, Yüksek Mahkeme tarafından reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi, 2983 sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanunla oluşturulan kamu ortaklığı fonu ile ilgili olarak açılan davada iptal istemini reddederken şu gerekçeyi göstermiştir : «Anayasanın 161 inci maddesinin üçüncü fıkrası, kanunun kalkınma planları ile ilgili yatırımlar veya bir yıldan fazla sürecek iş ve hizmetler için özel süre ve usuller koyabileceğini öngörmüştür. 2983 sayılı Kanun, istikrarlı ve güvenilir gelir verilmesi suretiyle tasarrufları teşvik ederek sağlanacak ek finansman kaynakları ile kamu yatırımlarını süratle gerçekleştirmeyi amaçladığına göre dava konusu 4. maddeyle tesis edilen kamu ortaklığı fonunu, Anayasanın anılan maddesindeki «özel usuller» arasında mütalaa ve kabul etmek gerekir. Bu nedenle, Anayasanın 161 ve 163/2. maddelerine aykırılık oluştuğu yolundaki iddia da yerinde görülmemiştir (18). İptal davası dilekçesinde 2983 sayılı Kanunun fonun oluşması ile ilgili 4 üncü maddesinin iptali istenmiş olup fondan harcama yetkisi veren 5 inci maddesinin iptali talep edilmemiştir (19). Ancak Anayasa Mahkemesi, Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun idareye bütçe dışı fondan harcama yapma yetkisi veren 3 üncü maddesinin Anayasanın 161 inci ve 163 üncü maddelerine aykırılığı iddiasını reddederken şu gerekçeyi göstermiştir : «Anayasanın 161. maddesinin birinci fıkrası katı bir hüküm olarak yorumlanmalıdır. Bu fıkra hükmü genel kural koymaktadır. Hemen üçüncü fıkrasında öngörüldüğü üzere, her kuralda olduğu gibi, bu kuralın da istisnaları gösterilmiştir. Ekonomik ve mali zorunluluklar bu esasa esneklik kazandırmaktadır. Anayasanın 161. maddesinin üçüncü fıkrasının «Kanun kalkınma planları ile ilgili yatırımlar veya bir yıldan fazla sürecek iş ve

(17) Anys. Mahk. E. 1971/19, K. 1971/61, 29.6.1971, (AMKD, Sayı 9, s. 560, 566).

(18) Anys. Mahk. E. 1984/9, K. 1985/4, 18.2.1985, (R.G. 26 Haziran 1985, Sayı 18793, s. 24, 25).

(19) Dava dilekçesinde Kanunun ayrıca 2., 6., 10., 13. ve 15. maddelerinin belli hükümleri dava konusu yapılmıştır. **Vural Arıkan**, Kanunun 5. maddesinin Anayasaya aykırılığı ileri sürülmediğinden bu konunun tartışılamadığını, dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin 1971 tarihli Gecekondu Kanunu kararındaki görüşünün değişmiş sayılamayacağını ileri sürmüştür. Bkz.: Bütçe Dışı Kamu Ortaklığı Fonu Harcanma Koşulları, Dünya Gazetesi, 2.7.1985, s. 1, 9.

hizmetler için özel gün ve usuller koyabilir» biçimindeki kuralı, dış ticaretin düzenlenmesine yönelik hizmetlerin önemine ve işin niteliğine binaen özel bir düzenlemeyi zorunlu kılan Anayasanın 167. maddesinin ikinci fıkrası hükmü bakımından da değerlendirilmesi gerekir... «Dış Ticaretin Düzenlenmesi»nin kalkınma plan ve programları çerçevesinde «bir yıldan fazla sürecek iş ve hizmetler»den olduğu, 2976 sayılı Kanunun verdiği yetki ile oluşturularak «fon»un ise, «kanunla konulmuş bir özel usul» niteliğini taşıdığı kabul edilmelidir. Gerçekten ...dış ticaretin ülke ekonomisi ereğiyle yapılması zorunlu malî müdahalelerin, gerekli görülen yardım ve ödemelerin malî mevzuat ve bütçe prosedürü içinde yürütülmesinin son derece güç olduğunu hatta, değişen koşullar karşısında zaman zaman karşılaşılan tıkanıklığın aşılmasında etkisiz kalındığını değerlendiren Kanun Koyucunun, Bakanlar Kuruluna 2976 sayılı Kanunun 3. maddesinde gösterilen önlemlerin alınması için yetki vermesi, Anayasanın 161 inci ve 163 üncü maddelerine aykırı görülmemiştir» (20). Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi gerek toplu konut ve kamu ortaklığı fonundan, gerek dış ticaret fonundan yapılması öngörülen bütçe dışı kamu harcamalarını «kalkınma planı ile ilgili yatırımlar ve «bir yıldan fazla sürecek iş ve hizmetler için özel süre ve usul» kapsamında düşünmüştür. Oysa bu fonlar çerçevesinde yapılacak kamu hizmetleri süreklilik taşıyan kamu hizmetleri olduğundan bu gerekçe tartışmaya hayli açık görünmektedir. Türkiye'de, özellikle 1980 sonrasında fon kurumu bir yandan süresi belirli ve geçici kamu hizmetleri için ihdas edilmemekte, diğer yandan da kapsam ve boyut olarak çok genişlemektedir. Anayasanın 161 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında yer alan, «Kalkınma Planı ile ilgili yatırımlar veya bir yıldan fazla sürecek iş ve hizmetler için özel süre ve usuller» kabul edilebileceğine ilişkin hüküm, bütçe içinde süresi bir yılı aşan programlara yer verilebilmesi amacıyla kabul edilmiş bir hükümdür. Bu hüküm bir bakıma bütçenin «G» cetvelinin anayasal dayanağını oluşturmaktadır. Bütçenin «G» cetvelinde gelecek yıllara sirayet eden harcamaların yasal dayanakları yer almaktadır. 1961 Anayasasının gerekçesinde, bu hükümle bütçenin, planlamanın gerektirdiği esnekliğe kavuşturulduğu belirtilmiştir. Dolayısıyle, kalkınma planı ile ilgili yatırımlar ve bir yıldan fazla sürecek iş ve hizmetler için öngörülecek özel süre ve usulleri, bütçe çerçevesi içinde ve Anayasanın 161 inci maddesinin 1 inci fıkrası dışına çıkmadan düşünmek gerekmektedir. Nitekim bu Anayasa hükmüne dayanılarak çıkarılan 527 sayılı Gelecek Yıllara Geçici Yüklenmelere Dair

(20) Anys. Mahk. E. 1984/6, K. 1985/1, 11.1.1985, (R.G. 17 Haziran 1985, Sayı 18787, s. 9).

Kanun ile idareye yatırım projeleri için gelecek yıllara taşan geçici yüklenme yetkisi verilmiştir. Öte yandan fonlar aracılığıyla bütçe dışında kamu harcamaları yapılması, Anayasanın 163 üncü maddesine aykırı olarak bütçe ödeneklerinin öngördüğü sınırların aşılması anlamını da taşımaktadır. Yürütme organı, bütçe dışı fonlardan yasama organı tarafından onaylanan ödenekler dışında kamu harcaması yaptığından kamu harcamalarının kapsamını ve sınırlarını da belirlemiş olmaktadır. Dış ticaret fonu bakımından kanımca Anayasanın 167 nci maddesinin 2 nci fıkrasını fona dayanak olarak görmeye olanak yoktur; çünkü bu Anayasa hükmü, Bakanlar Kuruluna fon oluşturma ve harcama yetkisi değil, sadece dış ticaret işlemleri üzerine yasal temele dayanmak koşuluyla geniş bir çerçeve içinde mali yükümlülük koyma yetkisi vermektedir.

C — Fonların Denetimi Açısından

Fonlar, homojen olmayan niteliklerinin bir sonucu olarak değişik denetim düzenlerine tabi bulunmaktadırlar. Birkısım fonların denetimi özel kanunlar ya da bunların verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan düzenleyici işlemler uyarınca Sayıştay'a bırakıldığı halde, diğer birkısım fonların denetimi Başbakanlığa bağlı Yüksek Denetleme Kuruluna ya da karma nitelikli kurullara bırakılmıştır. Örneğin, afet fonunun denetiminde Sayıştay, toplu konut ve kamu ortaklığı fonunun denetiminde Başbakanlığa bağlı Yüksek Denetleme Kurulu, turizmi geliştirme fonunun denetiminde Turizm Bankası ile Maliye ve Gümrük Bakanlığı, savunma sanayii destekleme fonu ile tanıtma fonunun denetimlerinde ise ilgili kanunlara göre oluşturulan kurullar yetkili kılınmıştır.

Fonların idarenin kendi içinde denetlenmesi, hatta bazen fonları kullananlarla denetleyen kimselerin aynı olması denetimden beklenen yararı sağlamamaktadır. Örneğin yatırım malları imalatı teşvik fonunun yönetiminde ve denetiminde Başbakanlık yetkili kılınmıştır. Fonların Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulunca denetlendiği durumlarda da, denetim sonuçlarının bağlandığı raporların kamu iktisadi teşebbüslerinin denetimlerinde olduğu gibi önce Başbakanlığa sonra Türkiye Büyük Millet Meclisi Kamu İktisadi Teşebbüsleri Komisyonuna gönderilerek ibraya konu yapılması, fon harcamalarını yapan bakanlıkların anayasal konumları ve sorumlulukları ile bağdaşmamaktadır (21). Kaldı ki kamu iktisadi teşebbüsleri için öngörülmüş olan par-

(21) Bkz.: **Halit Saltık**, Fonlar ve Denetimi, Cumhuriyet 11.8.1985, s. 2; Yasama Organının Denetiminden Uzaklaşma, Cumhuriyet, 22.3.1986, s. 2.

lamanter kontrol, etkili ve yeterli değildir. Henüz Anayasanın 165 inci maddesinde çıkarılması öngörülen denetim kanunu çıkarılamadığından yukarıda sözü edilen denetim, 468 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüslerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanuna göre yürütülmektedir.

Anayasada fonlarla ilgili bu hüküm yer almamakla birlikte, Sayıştay ile ilgili 160 ıncı maddenin gerekçesinde Sayıştay Kanununun 28 inci maddesi hükmüne paralel olarak, genel ve katma bütçeli idarelerle sermayesinin yarısı veya daha fazlası bu idarelerce verilerek kurulan sabit ya da döner sermayeli ya da fon şeklindeki idarelerin Sayıştay tarafından denetiminden söz edilmektedir. Ancak bu durum anayasal bir zorunluluğu ifade etmediğinden fonlarla ilgili özel kanunlarda değişik denetim biçimleri kabul edilebilmektedir. Bu durumda, fonun kaynakları bütçeden fona tahsis edilirken ve sadece bu aşamada Sayıştay denetimine tabi olup, fonun kullanılması ve geri dönüşler özel denetim hükümlerine tabi tutulmaktadır. Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde 933 sayılı Kanunla ilgili olarak verdiği kararda, kurulan fon hesaplarının Sayıştay denetimi dışında kalmasını iptal hükmüne ana gerekçe yapmıştı : «933 sayılı yasaya göre ödünç verilecek paralar bütçede yer alıyor ise de, bunların aracı kuruluşlara verilişinden sonraki evrede denetlenmesi Sayıştay Kanunu hükümlerince artık Sayıştayın inceleme alanı dışında kalmaktadır. Demek ki ödünç verilen paraların aracı kuruluşlarca yerinde kullanılmış olup olmadıkları ve zamanında geri alınmış bulunup bulunmadıkları Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Sayıştay aracılığıyla yapacağı denetimden kurtulmaktadır. Bu bakımdan ...ödünç verme kuralları Anayasanın 127 nci maddesine dahi aykırıdır... Denetim konusunda Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin gensoru ve benzeri denetim yolları ile herhangi bir yönü her zaman denetleme olanağı bulunduğundan anayasal denetimin böylece gerçekleştirilebileceği ileri sürülerek incelenen kuralda bu yönden Anayasaya aykırılık bulunamayacağı görüşü dahi doğru değildir; zira Anayasanın 127 nci maddesinin, devlet malının ve işletmelerinin denetimi konusunda gensoru ve benzeri denetim yolu ile yetinmeyerek özel bir denetim yolunu benimsemiş bulunması karşısında, tartışma konusu olan yönlerde de sözü edilen 127. maddedeki özel anayasal denetimin gerçekleştirilmesini aramak, sözü edilen Anayasa kurallarının kaçınılmaz sonucudur» (22). Görüldüğü gibi iptal

(22) Anys. Mahk. E. 1967/41, K. 1969/57, 25.10.1969, (AMKD, Sayı 8, s. 44, 45).

kararında 933 sayılı kanunla oluşturulan geliştirme ve teşvik fonlarının Sayıştay denetiminin, anayasal parlamanter denetimin dışında kaldığı gerekçelerine dayanılmıştır.

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası döneminde fonlarla ilgili olarak verdiği iki kararda da fonların Sayıştay denetimi dışında bırakılmasının Anayasaya aykırılık yaratmadığını, kamu iktisadi teşebbüslerinin de Anayasaya göre farklı bir usul ile Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından denetlendiğini, dolayısıyla denetim bakımından tek yetkili organın Sayıştay olmadığını, kanun koyucunun Sayıştay dışındaki kurumlara da denetim görevi verebileceğini belirtmiştir (23).

Denetim yönünden Anayasaya aykırılık sonucu çıkmasa da fonlar, parlamanter denetim açısından kamu maliyesinin en zayıf alanını oluşturmaktadır. Özellikle harcamadan sonraki denetim fonlar bakımından hiç işlememektedir. Çünkü fonlardan yapılan harcamalar, genel uygunluk bildirimine ve kesin hesap kanununa konu olmamaktadır. Bu durumun kamu maliyesi yönünden yarattığı sakınca ise malî yıl sonunda gerçekleşen kamu kesimi açığının belirlenememesidir. Anayasanın Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne verdiği görev ve yetkiler arasında belirtilen, «Bakanlar Kurulunun ve Bakanları denetlemek», «bütçe ve kesin hesap kanunu tasarısını görüşmek ve kabul etmek», görev ve yetkileri bütçe dışı fonların kapsamı genişlediği ölçüde ciddi olarak zaafa uğramaktadır. Fonların yasama organı ve kamuoyu tarafından kontrolünü sağlayacak bir denetim mekanizmasının Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin yapısı içinde kurulması gerekmektedir.

SONUÇ

Bütçe dışında oluşturulan fonlar, devletin ekonomiye müdahalede kullandığı çok etkili bir araç niteliğini taşımaktadır. Türkiye'de bu aracın liberal ekonomi düzenini savunan, devletin ekonomik faaliyetlerini daraltmayı amaçlayan bir iktidar döneminde yaygınlaşması ilginç bir paradokstur kanısındayım. Fonlarla bütçe dışında yeni kaynaklar yaratıldığı ölçüde, kamu kesiminin boyutları büyümekte fakat konsolide bütçe kaynakları fonlara aktarıldığı ölçüde varolan kaynakların kullanılış biçimi değişmiş olmaktadır.

---

(23) Anys. Mahk. E. 1984/6, K. 1985/1, 11.1.1985, (R.G. 17 Haziran 1985, Sayı 18787, s. 10); E. 1984/9, K. 1985/4, 18.2.1985, (R.G. 26 Haziran 1985, Sayı 18793, s. 26, 27).

Bütçe dışı fonların gerek sayı, gerek kapsam olarak genişlemesi, 1980 sonrasına egemen olan güçlü yürütme eğiliminin kamu maliyesi alanına bir yansıması olarak nitelendirilebilir. Fonların yasama organının çıkardığı kanunlarla oluşturulması, mevcut ya da potansiyel bütçe gelirlerinin bu fonlara tahsis edilmesi, yasama organının da bütçe yöntemlerinden ve mali mevzuatın dar kalıplarından memnuniyetsizliğinin bir belirtisidir. Ancak bütçe ve malî mevzuatta reform konusunu ele almadan bu kalıpların dışına çıkmaya çalışmak daha kolay olan bir yolu seçmektir. Asıl yapılması gereken, bütçe ve kamu harcamaları mevzuatını uzun vadeli ve köklü bir şekilde ele almaktır.

Bütçe dışında oluşturulan fonlar arasında birbirlerinin kaynaklarından yararlanma olanağının sağlanmasıyla devlet hayatında genel ve katma bütçelere paralel bir «öncelikli kamu hizmetleri bütçesi» ortaya çıkmıştır. Fonlar, Anayasa kuralları ve parlamanter demokrasi ilkeleri zorlanarak oluşturulmakta ve ciddi eleştirilere hedef olmaktadır. Öte yandan fonların önemli yer tuttuğu bir mali sistemde kamu kesiminin gerçek boyutunu belirlemek zorlaşmakta özel harcamalar —kamu harcamaları ilişkisi kurulamamaktadır. Bu belirsizlik ve bilgi dağınıklı plan - program— bütçe uyumunun kurulması bakımından da güçlükler çıkarmaktadır. Ayrıca konsolide bütçe açığının gerçek tutarı bilinememektedir.

Bütçe dışı fonlar konusu Anayasa Mahkemesinin önüne 1961 Anayasası döneminde de 1982 Anayasası döneminde de gelmiştir. 1961 Anayasası ile 1982 Anayasasının konuya uygulanacak hükümler yönünden aralarında önemli bir farklılık bulunmamasına rağmen, 1961 Anayasası döneminde fonlarla ilgili kanun hükümleri iptal edilmiş, 1982 Anayasası döneminde ise iptal istemleri reddedilmiştir. Ancak Yüksek Mahkeme, bu kararlarında fonlarla ilgili genellemeler yapmaktan kaçınmaya çalışarak her somut fon düzenlemesini ayrı ayrı değerlendirmek yolunu seçmiştir.

TARTIŞMA

MUAMMER OYTAN*

Efendim, fonlar konusu benim Yüksek Mahkeme görevde bulunduğum süreden bu yana derinliğine, ayrıntılı olarak araştırma yaptığım, üzerinde durduğum ve çok duyarlı olduğum bir konu olduğu için, izin verirseniz sayın konuşmacıya teşekkür etmekle birlikte, bu konuda bir kaç dakikayı geçmeyecek bir açıklama yaptıktan sonra soru yöneltmek istiyorum.

Bugün 100 küsur civarındaki fonları fon diye nitelemek suretiyle Anayasa, idare hukuku ve malî hukuk çerçevesi içerisinde ele alıp, bunları bir tek düzeyde araştırmanın doğru olmayacağı kanısındayım; çünkü, araştırmalarıma göre, bugün ülkemizde üç türlü fon bulunmaktadır. Buna Fransa'da dahildir, maalesef her kötü uygulamada olduğu gibi bunda da Fransa bizi çok etkilemiştir. Hemen hemen iki ülkenin fon uygulaması geçmiş 50 seneden bu yana paralel bir şekilde gelişmiştir.

Bugün ülkemizde üç türlü fon bulunmaktadır. Birincisi bütçe fonları. Bunlar 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanununun 46, 48, 50, 63 üncü maddelerine dayanmak suretiyle, Maliye Bakanlığı'nın herhangi bir konuda ayrılan ödeneğin yetmemesi halinde emrinde bir harcamaya hazır fon bulunmasını temin etmek amacıyla, bütçenin belirli fasıllarına konulmuş olan miktardır, paradır. Bunda kanımca hiç bir sorun yoktur. Sayıştayın denetimine tabidir. Bütçe harcamaları usullerine tabidir. Sadece Maliye Bakanlığı'na bir esneklik vermektedir.

Bu fon türlerini hiç bir şekilde böyle bir sempozyumda söz konusu edip Anayasada yerini araştırmanın gerekli ve zaruri olduğuna inanmıyorum. Bunlar hiç bir sorun yaratmayan fonlardır.

İkinci grup fonlar, işletme konuları bütçenin dışında kalan, gelirleri bütçenin dışından temin edilen ve sarf usulleri de bütçe harcama usullerine tabi olmayan; ancak tüzel kişiliği olan, belirli bir yapısal nitelik taşıyan, ita amiri, muhasibi, tahakkuk memuru gibi belli bir

(*) Anayasa Mahkemesi Raportörü.

teşkilâtı bulunan ve Sayıştayca ya da Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu tarafından ya da kanunun öngördüğü, Yüksek Mahkememiz de bunu kabul ediyor, başka bir denetim mekanizmasıyla denetlenen bir fon türüdür.

Kanımca Anayasada, ya da idare hukuku ilkelerine göre bir yer ararken bunlarda da bir sorun olmamak gerekir. Anayasanın 161 inci maddesinin üçüncü fıkrası gereğince. Biraz sonra değineceğim.

Üçüncü tür fonlar bizim başımızın belasıdır, bunlar hazine ve kambiyo fonlarıdır. Hazine ve kambiyo fonları maalesef hiç bir yapısal nitelik taşımayan, bir ita amiri, muhasibi, teşkilâtı olmayan, sarf usulleri hiç bir kurala bağlanmamış, genel idarenin içerisinde yer alan bir genel müdürün imzasıyla Merkez Bankası'ndaki bir hesaptan milyarca lira harcamaya imkân veren fonlardır. Güzelleştirme bilmem ne, destekleme bilmem ne fonu gibi. Bunlar Merkez Bankası'nda açılmış sıfır sıfır bilmem kaç numaralı hesap numarasından ibarettir. Bunun dışında hiç bir niteliği, yapısal teşkilâtı yoktur. İşte Anayasa ve idare hukuku yönünden sorun yaratan fonlar bunlardır.

Bunların kuruluşu da Sayın Çağan'ın belirttiği gibi, bir kanuna dayanmamıştır, dayanmamaktadır, geçmiş senelerde her nasılsa kurulmuştur. 5 - 6 seneden beri, bilinçli olarak fonlar kurulmaya başladıktan sonra, bu tür fonların gelirleri usulüne uygun fonlara kaydırılmıştır, gelirleri azalmıştır, tıkanmıştır. Ama bu tür fonlar hesap numarası olarak devam etmektedir. Bunların tasfiye edilmesi gerekir.

Şimdi, Anayasa hukuku yönünden 161 inci maddemizin ikinci fıkrası, her ne kadar birinci fıkrada «kamu harcamaları devletin gelir ve giderleri ve kamu harcamaları yıllık bütçelerle yapılır» amir hükmü getirilmiş ise de, üçüncü fıkrası derhal çağın gereklerine uygun bir istisnayı öngörmüştür. Bu hükmün çok dar bir fonksiyonu ifa eden bir hüküm olduğuna da inanıyorum. Bu hükme göre «Kalkınma plan ve programları çerçevesinde bir yıldan fazla sürecek hizmetler için kanunla özel usul öngörülebilir». Şu halde, kalkınma plan ve programında yer alan bir işi yapmak için ve bir yıldan fazla sürecek olan bir kamu hizmetini görmek için bütçenin dışında bir usul kanunla öngörülebiliniyor. Bu nedir? İşte bu fondur. İşte bu Anayasanın öngördüğü ve cevaz verdiği fondur. Kalkınma plan ve programıyla öngördüğü bir hizmeti bir yıldan fazla sürmesi kaydıyla, Toplu Konut Fonu gibi, bir fon kurmak suretiyle ve 167 nci maddesinin biraz önce sayın hocanın aykırı olduğunu belirttiği ikinci fıkrasının öngördüğü usulle malî ek ve yükümlülükleri koymaya Bakanlar Kurulu kanunla yetkilendirildiği

zaman, o ek malî yükümlülükleri böyle bir fonda toplamanın Anayasa hukuku yönünden hiç bir sakıncası yoktur.

Bu nedenle, ne yapmak gerekir? Yapılması gereken şu; belirli bir kanun çıkarmak suretiyle biraz önce belirttiğim hazine ve kambiyo fonlarının tamamen tasfiye edilmesi gerekir. Bunları tek bir çatı altında toplayıp, Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Fonu gibi, yapısal bir nitelik taşıyan, tüzel kişiliği olan, bütçe dışı gelir ve giderleri olan, Sayıştay tarafından veya Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu tarafından denetime tabi tutulan bir fon altında toplamak gerekir. Böylece —diğer fonlarda zaten bir sorun yoktur— fon tartışması yasal bir niteliğe, anayasal bir niteliğe kavuşabilir.

HASAN BAŞ*

Efendim, sayın konuşmacı tebliğini sunarken bütçe dışında oluşturulan fonların bütçe ilkelerine ters düştüğünü ifade buyurdular. Tabiî burada terim birliğine varmak son derece güç, ancak hemen bunun mefhumu muhalifinden bütçe dışında oluşturulmayan, diğer bir deyişle bütçe ile finanse edilen fonlar bütçe ilkelerine uygundur diyebilir miyiz? Birinci sorum bu efendim.

NAMİ ÇAĞAN — Efendim, bütçe içi fonlar diye tanımladığım, fakat zaman kazanmak mülahazasıyla girmediğim, Sayın Oytan'ın belirttiği Maliye Bakanlığı'na dağıtma yetkisi verilen fonlardır. Aslında, bütçe kaynaklarıyla finanse edilen fonları da ben bütçe dışı fonlar olarak anlıyorum. Terminolojide anlaşamadığımız içindir ki, siz farklı bir nokta gördünüz. Bunun dışında bütçe kaynaklarıyla finanse edilen fonlar da benim anladığım anlamda bütçe dışı fondur.

HASAN BAŞ — Tamam efendim, bu soruda anlaştık.

Efendim, ikinci olarak arz edeceğim husus, yine sayın hocamız fon idarelerine tüzel kişilik kazandırma eğilimlerinin arttığını örneklerle ifade ettiler. Anayasanın 161 inci maddesinde devletin ve kamu iktisadî teşebbüslerinin dışında kamu tüzel kişilerinin harcamaları yıllık bütçelerle yapılır diyor. Bu eğilimi, bu Anayasa hükmü açısından lütfen değerlendirebilir misiniz?

Üçüncü husus efendim, yine sayın hocamız, fon uygulamasını Anayasa açısından değerlendirirken; fon kaynakları, fon harcamaları ve

(*) Sayıştay Başraportörü.

fonların denetimi üzerinde durdular. Anayasamızın Sayıştaya ilişkin 160 ıncı maddesinin gerekçesi dışında Anayasamızda fona ilişkin bir düzenleme var mıdır? Yoksa, hiç bir organın kaynağını Anayasada bulmayan bir yetkiyi kullanamayacağı açısından bir açıklamada bulunabilirler mi?

Müsaade ederseniz bir dördüncü sorum olacak Sayın Başkan, bilindiği üzere Magna Carta ile başlayan süreçte, toplanan vergiler konusunda halk temsilcilerinin yetkili olması, daha sonra bu vergilerin harcanmasında da keza halk temsilcilerinin yetkili olması esası benimsenerek, sonuçta bütçe hakkı doğmuştur. Fon uygulamasını kısaca bu bütçe hakkı ile bağdaştırmak mümkün müdür, değil midir?

METİN SALTOĞLU*

Sayın Hocamdan öğrenmek istediğimiz; fonların Anayasaya uygunluğunun denetimi konusunda olacak. Fonların bazı kaynakları harç adı taşıdığından, Anayasa Mahkemesi bu konuda kendini yetkili görmemektedir. Biraz önce Hocamız okuduğu Anayasa Mahkemesi kararında bunu belirtmişlerdi. Anayasa Mahkemesinin bu kararı yerinde olsa bile, yürütme gücünün bu kaynakların adını saptaması doğru mudur? Anayasada harç ve benzeri terimlerin tanımı yeterince yapılmış mıdır?

İkinci sorum ise, benim elimde bulunan özette fonlar üzerinde parlamanter kontrolu sağlayacak bir mekanizma kurulmalıdır diyordu. Bu parlamanter denetim nasıl sağlanabilir. Özellikle yürütmenin parlamentoca denetlenmesi seçim sistemiyle çok yakından ilişkili olduğuna göre; ve Türkiye'nin seçim sistemi de bir partinin büyük güçle iktidar olmasına yol açtığına göre, bu denetim, bu parlamanter denetim, Hocamıza göre nasıl sağlanabilecektir? Bunu öğrenmek istiyorum.

ATİLLA İNAN**

Bürokrasiye, kırtasiyeciliğe boğulmuş malî mevzuatın çağımızda gerekli olan çabukluğa imkân vermemesi nedeniyle gerek Batıda, gerek yurdumuzda fon uygulaması bir ihtiyaç olarak doğmuş, yürümek-

(*) S.B.F. Öğrencisi.
(**) Sayıştay Denetçisi.

tedir. Fon uygulaması böyle bir zorunluluktan doğmasına rağmen, bildiğim kadarıyla Fransa'da fon uygulamaları Sayıştay denetimi dışında kalmamaktadır. Diğer Batı Avrupa ülkelerinde durum acaba nasıl? Öncelikle bunu öğrenmek istiyorum.

Özellikle Fransa'da fon uygulamaları söz konusu olmasına rağmen, Sayıştay denetiminin dışında kalmıyor; fakat Türkiye'de fon uygulamaları geliştikçe Sayıştay denetiminin etkisizleştiği görülüyor. Bunun temel nedenleri konusunda ayrıca açıklamada bulunmalarını istirham edeceğim.

LEVENT GENÇYÜREK*

Sayın Hocam şunu öğrenmek istiyorum; fon uygulamasında fonun belli bir amacı var; fakat Türkiye'deki uygulamaya baktığımız zaman örneğin Toplu Konut Fonunda spor tesislerine pay ayrıldığını, çocuk bahçeleri yapıldığını, postahane gibi birtakım hizmet alanlarına yatırım yapıldığını görüyoruz. Akaryakıt Tüketim Fonundan köy yollarına, Geliştirme ve Destekleme Fonundan öğrenci yurtları yapımına pay ayrıldığını görüyoruz. Acaba, genel fon uygulamasında böyle bir uygulama var mıdır? Yoksa bu pay ayrılma birtakım eleştirileri azaltmak veya taraftar toplamak için mi yapılmaktadır?

İkinci sorum şu olacak Sayın Hocam : Bütçeden normal gelirler toplanarak ve fon uygulamasına gitmeden, Toplu Konut örneğini ele alırsak, Toplu Konuta Merkez Bankası'ndan kaynak aktarılırsa bankalar aracılığı ile bu şekilde toplu konut finanse edilirse bununla fon uygulamasına gidip yine bütçedeki gelirlerin azalması, bu durumda yine hazinenin Merkez Bankası'na başvurarak avans almak suretiyle bunu finanse etmesi arasında makro ekonomik açıdan bir fark var mı? Bunu öğrenmek istiyorum.

BİLAL KARTAL**

Efendim, önce Sayın Çağan'a bu kadar karmaşık ve yeni olan, şu anda ve ileride pek çok sorun yaratacak bir konuda gerçekten toparlayıcı bilgiler verdiği için çok teşekkür ediyorum.

(*) S.B.F. Öğrencisi.

(**) Yargıtay Tetkik Hâkimi.

Konu zannediyorum henüz fazla kişi tarafından bilinen bir husus değildir, ama sayın konuşmacı konuyu gayet açık bir şekilde ortaya koydular. Yalnız, konuşmalarında şu hususu belirttiler; gerek 1961 Anayasasında, gerekse 1982 Anayasasında fonlarla ilgili bir hüküm bulunmadığını ifade ettiler. Daha önceki Anayasanın yürürlüğü sırasında açılan davada Anayasa Mahkemesi fonlarla ilgili uygulamayı reddetmişti. Yani fonların varlığını bilhassa denetim bakımından kabul etmemişti, dediler. 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden sonra açılan iki davada fon uygulamasının geçerliliğini kabul etmişler ve dayanak olarak da Anayasanın 161/3 maddesini göstermişlerdir.

Sormak istediğim husus, Sayın Çağan buna katılıyorlar mı, gerçekten Anayasanın 161/3 maddesi fonlarla ilgili mi düzenlenmiştir, yoksa bir yıldan fazla sürecek harcamalar ile mi ilgilidir? Anayasa Mahkemesinin bu kararında bu maddenin bir hukukî dayanak olarak alınması hukuka uygun mudur? Onu istirham ediyorum.

Bir de, fonlar genel bütçe ilkesine aykırıdır. Bilindiği üzere harcamayı yapan veya bu gelirleri toplayan yürütme organıdır. Yürütmenin harcamalarını Büyük Millet Meclisi, Sayıştay vasıtasıyla denetlediğine göre; ve bunlar da bu denetimin dışında tutulduğuna göre, acaba bunu genel bütçe ilkesiyle bağdaştırmaktamıdırlar. Bugün sadece malî yönden fonların hukuka uygunluğu var mıdır?

NAMİ ÇAĞAN

Efendim, ben son soru ile cevaplamaya başlamak istiyorum. Aynı zamanda Sayın Oytan'ın da itirazını bu şekilde karşılamaya çalışacağım.

Acaba 161 inci maddenin üçüncü fıkrası ve Anayasa Mahkemesinin son iki kararında fonlara dayanak olarak belirtilen fıkra geçerli bir fon dayanağı sayılır mı; ve tekrar yavaş yavaş okuyorum. Çünkü önemli, virgül bile önem kazanıyor, «veya» bile önem kazanıyor : «Kalkınma planları ile ilgili yatırımlar veya bir yıldan fazla sürecek iş ve hizmetler için özel süre ve usuller koyabilir» diyor. Madde bu şekilde.

Acaba, oluşturulan fonlar ve bu oluşturulan fonlardan yapılan harcamalar ne tür kamu hizmetlerine yöneliyor, bu noktanın irdelenmesi gerekir. İlk gördüğümüz örnek dış ticaret hizmeti. Acaba dış ticaret hizmeti süresi belli bir hizmet midir? yoksa süreklilik taşıyan bir hizmet midir? Bu noktada yapacağımız değerlendirme sonucu be-

lirleyecek. Eğer sürekli nitelikte bir hizmetse dış ticaret hizmeti, artık bunu özel süre ve usul çerçevesi içinde ele almaya kanımca pek olanak yok, bu bakımdan dayanak olarak alamayız. Bunun dışında kalkınma planında yer almış olmak tek başına yeterli değil, aynı zamanda belirli, süresi belirli bir iş olmalı. Özel süre dendiği zaman ben bundan ilanihaye yürütülmekte olan bir hizmete yönelik anlamını pek çıkaramıyorum; ve o nedenle de Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesine katılmıyorum. Bu şekilde birinci ve son soruları yanıtladıktan sonra, diğer sorulara geçmeye çalışayım.

Sayın Hasan BAŞ ile terminoloji noktasında bir anlaşmazlığımız varmış. Bütçe dışı fon deyimini ben ister bütçeden kaynaklansın, ister bütçe dışı kaynaklarla finanse edilsin bütçe disiplini dışında harcama yetkisi veren fon olarak anlıyorum. Kendileri bütçeden finanse edilen fonları bütçe içi fon biçiminde anladıkları için anlaşamamışız. Zaten bu terminoloji hatasının da farkındayım; fakat lafı çok uzatmamak için oraya girmemiştim.

İkinci olarak fon idarelerine tüzel kişilik verildiği takdirde Anayasanın 161 inci maddesinin birinci fıkrası açısından aykırılık var mı : Tüzel kişilik verilse de var, verilmese de var kanımca; çünkü durumu değiştirmiyor. Devletin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişilerin harcamaları yıllık bütçelerle yapılır.

Fon kaynaklarının Anayasanın 160 ıncı maddesi bakımından denetimi maksadıyla yeni kurullar oluşturulması ve yeni merciler oluşturması kaynağını Anayasadan almayan bir yetkinin kullanılması mıdır diye sordular.

Denetim bakımından Anayasaya aykırılık sonucunu ben konuşmamda çıkarmamıştım. Tek düze bir denetim mercii Anayasada kabul edilmemiştir. Anayasa Mahkemesinin son kararlarındaki gerekçeye aslında katılıyorum. Ben denetim bakımından tek denetim organı olarak Sayıştayın öngörülmediği görüşündeyim. Nitekim, kamu iktisadi teşebbüsleri bakımından kanuna bırakmış; bu bakımdan denetim yönünü aykırılık yaratır bir yön olarak göremiyorum.

Mağna Carta ve bütçe hakkı açısından konu nasıl değerlendirilir : Bu konuya aslında şu şekilde girebiliriz, daha doğrusu bütçe hakkı deyimini ben kullanmaktan kaçınıyorum. Bütçe yetkisi deyimini tercih ediyorum, yasama yetkisi olarak. Aslında eskimiş bir tarihi gerekçe kanımca. Bugün artık demokrasinin bu gelişim aşamasında bütçe hakkı deyiminin çok uygun düştüğünü, çok sağlam bir gerekçe olduğunu düşünemiyorum; çünkü bugün yasama organı yürütme orga-

nı ve halk arasında bir sorumluluk zinciri var; ve bu sorumluluk zinciri içinde görevden uzaklaştırma yaptırımı söz konusu. Temsil mekanizması var. Bu çerçeve içinde ben Mağna Carta ile başlayan bütçe hakkı ile ilgili teorilerin bugünkü belli çözümlemelere dayanak yapılmasını uygun bulmuyorum. Bunun ayrıntılarına da şimdi çok fazla girmek istemiyorum. Bütçe hakkı yönünden bu konuyu çözümlemek istemedim. Aslında aklıma geldi; ama bana demode geliyor.

Sayın Atilla İNAN'ın yabancı ülkelerde durum nasıldır sorusuna gelince, Fransa biliniyor, bunun dışında nasıldır : Aslında Fransa da çok fazla bilinmiyor. 1940 sonrasında, fon kurumu Fransa'da çok yaygınlaşıyor ve bütçe rakamını aşıyor. 1940 sonrasında ve 1948 - 1956 arasında bunlar bütçe içine çekiliyor. Yani önce bir yaygınlaşma eğilimi var, sonra bütçe içine çekiliyor. Bu bilgileri Sayın Doç. Dr. Oğul OYA'nın bir çalışmasında buldum. 1963 sonrasında ise tekrar fonların yaygınlaşma eğilimi gösterdiğini görüyoruz. Sayıları artmış; ama, Türkiye'de olduğu gibi, ne kadar artmış bilinemiyor. Yani bugün Fransa'da da Türkiye'deki düzensizlik aynen söz konusu.

İtalya'da fonlar var ve fonların bütçe ilkelerine aykırılığı çok tartışılıyor, anayasaya aykırılık tartışılmıyor; çünkü İtalyan Anayasasının bütçe ile ilgili 81 inci maddesi yönünden bir aykırılık yok; ama bütçede genellik ilkesine aykırılık tartışmanın kaynağını oluşturuyor. Türkiye'deki anayasaya aykırılık sorunu biraz da Anayasa hükümlerinin ayrıntılı düzenlenmesinden kaynaklandığını sanıyorum. Belki bu kadar ayrıntılı anayasa hükümlerine girilmeseydi, aykırılık sorunu da ortaya çıkmayabilecekti.

Bir de Avusturya'da yaygınlaştığını biliyorum. Statüleri özel kanunlarla belirlenmiş fonlar kuruluyor. İsveç'te ise fon konusuna hiç izin verilmemiş, yürütme organının, bütçe ile belirlenen ödenekler dışında harcama yapma olanağı yok. Yabancı ülkelerle ilgili olarak bildiklerim bunlardan ibaret. Daha fazlasını ben de açıkça bilemiyorum.

Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin kapsamı belirlenir mi, belirlenemez mi? Şimdiye kadar Türkiye'de hiç kimse vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin bir listesini çıkaramadı. O kadar esnek ve kapsamı o kadar geniş bir deyim ki, bu içerik şimdiye kadar tam olarak kimse tarafından ortaya konamadı. Açıkçası ben de koymaya çalışamıyorum; ama kanımca Boğaz Köprüsünden geçiş ücreti de benzeri malî yükümlülüktür; çünkü kamu gücünün kullanımına dayanmaktadır.

Parlamanter denetim nasıl olur? Parlamanter denetim pek tabiî ki, en etkili biçimde bütçe içine alınarak, bütçe harcamaları içine alınarak sağlanır. Bunun dışında ancak palyatif çözümlerle, belki komisyonlar oluşturulup, geçici bir süre için, tasviye edilinceye kadar bir denetim yapılabilir. Veya Sayıştay'a bu görev verilebilir. Parlamanter denetim, meclis adına hareket eden Sayıştay tarafından da bir süre yürütülebilir. Bu şekilde sağlanabileceği gibi başka mekanizmalar da düşünülebilir.

Fonun amacıyla sıkı sıkıya bağımlılığından söz etmiştim; fakat son düzenlemelerde bu «amaçlarıyla sıkı sıkıya bağımlılık» ilkesinin sarsıldığını yine belirttim. Örneğin : tanıtma fonunun kaynakları arasında şu nokta çok önemli : «Tanıtma fonunun kaynakları» diyor ve «A) Diğer Fonlardan yapılan aktarmalar.» Bu, fonların kaynakları ile yöneldikleri amacın bağlantısının kesilmesi demek. Yani yeni bir biçim almak üzere belki de. Bu yeni bir gelişme. O nedenle pek tabiî ki sorun çıkabilmekte. Makro ekonomik açıdan acaba belli bir kamu harcamasının bütçe harcaması olmasıyla fondan harcanması arasında bir fark var mıdır? Hiçbir fark yoktur. Vereceğim cevap budur; hiçbir fark yoktur. Ha bütçeden harcanmış, ha bütçe dışı. Ekonomik açıdan bir fark yoktur. Olsa olsa fark şu yönde olabilir : Daha serbest harcanır ve daha az denetim vardır.

LEVENT GENÇYÜREK — O zaman ekonomik açıdan pek bunu savunmak mümkün değildir.

NAMİ ÇAĞAN — Hayır değildir, hiçbir fark yoktur.

PARLAMENTO VE ANAYASA MAHKEMESİ, TEORİ VE PRATİKTE ANAYASA YARGISININ SINIRLARI SORUNU

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA YÜRÜTMENİN DÜZENLEME YETKİSİ

DÖRDÜNCÜ OTURUM

OTURUM BAŞKANI : **Servet TÜZÜN**

KONUŞMACILAR : **Doç. Dr. Bakır ÇAĞLAR**

Prof. Dr. Turgut TAN

PARLAMENTOLAR VE ANAYASA MAHKEMELERİ, TEORİ VE PRATİKTE ANAYASA YARGISININ SINIRLARI PROBLEMİ

Sentetik Bir Deneme İçin Notlar

Doç. Dr. Bakır ÇAĞLAR

«All supreme power comes from the people, but where does it go to?».
B. BRECHT

I. BAŞLANGIÇ İÇİN NOT VE YÖNLENDİRİCİ SORUNLAR

A) Dr. Bonham Vak'ası'ndan Yeni - anayasacılığa.

«Dr. Bonham's Case», Dr. Bonham Vak'ası olarak bilinen 1612 tarihli davada yargıç **Edward Coke, «Common Law»**u parlamenter yasaların uyması gereken **«Üstün Hukuk»** (Higher Law Lex Superior) olarak görmüş (1) ve **«Coke Doktrini»** doğal hukuk düşüncesi ile bütünleşerek, Birleşik Devletlerde anayasa yargısını kuran **Chief Justice Marshall**'ın 1803 tarihli **«Marbury v. Madison»** kararının kaynakları arasında yerini almıştır (2).

---

(1) Yargıç **Coke** bu kararda şunları yazmıştır : «it appeareth in our books that in many cases the common law control acts of Parliament and adjudge tham to be utterly void; for where an act of Parliament is against right and reason or repugnant or impossible to be performed, the common law will control it and adjudge it to be void».

(2) Cf. **M. Cappelletti,** Judicial Review in the Contemporary World. Bobs-Merill, N.Y., 1971, s. 25 vd; **R.D. Rotunda,** Modern Constitutional Law. Cases and Notes. West Pub. St. Paul, Minn., 1981, s. 12 vd.
Anayasa yargısının bu erken örneğinden önce de **«Coke doktrini»**nin tatbikatına, 1786 tarihli **«Trevett v. Weeden»** ve 187 tarihli **«Bavard v. Singleton»** davalarında da rastlanır.
Bk. **J. Roussy,** Le Contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales aux Etats-Unis et en Suisse : Etude de droit américain-question de droit Suisse Lausanne, 1969, s. 65.
Kuzey Karolina Yüksek Mahkemesi **«Bavard v. Singleton»** vak'asında basit bir mantık kullanmıştır : Eğer yasa koyucu Anayasaya aykırı davranabilirse bu onun hukuki meşruiyetinin de sonu olur.
XIX. Yüzyılda Yüksek Mahkemenin rolü için bk. **Arthur N. Holcombe,** our More Perfect Union, Harvard U.P., 1950, s. 284 vd.

Marshall'ın kararı şüphesiz önemli bir yeniliktir ama gerisinde Ortaçağ hukuk düşüncesinin geliştirdiği **«Üstün Hukuk»** teorisi vardır.

Ortaçağ hukuk düşüncesi iki norm tipini birbirinden açıkça ayırmıştır : Dokunulmaz ve üstün sayılan «Jus Naturale» ve bu üstün norma uyması gereken **«Jus Positivum»**. Kıt'a Avrupası Anayasa Mahkemeleri bu tarihi mirasa bugün sahip çıkmaktadır (3).

Önce Birleşik Devletlerde **«Common Law»** sistemi, İkinci Dünya Savaşı ertesi Kıt'a Avrupasında, **«Romano-germanik»** hukuk sistemi içinde, Anayasa kavramı, özellikle de Anayasalarda düzenlenen ya da Anayasaların gönderme yaptığı **«Haklar Bildirileri»** (4) Anayasa Yargısının müdahalesi ile olağanüstü bir değer kazanmıştır.

Anayasayı **«gölgelerin barındığı bir tapınak»** (5) olmaktan çıkaran ve **«yeni-anayasacılık»** (néo-constitutionnalisme) (6) olarak adlandırılan bu gelişmeler (7), Demokratik Devlet - Hukuk Devleti diyalektiği

---

(3) Bu oluş, kanunların Anayasaya uygunluk denetimi mantığının, anayasa teorisine bir **«Amerikan katkısı»** olarak değerlendirilemeyeceğini de gösterir.
Kıt'a Avrupası tipi anayasa yargısının soy kütüğü için bk. **Cappelletti, Adams,** «Judicial Review of Legislation : European Antecendents and Adaptations», Harward Law Review, 1966, s. 1208 vd.;
H. Wada, «Continental Systems of Judicial Review», in JÖR, 1982, s. 33 vd.
Karşı görüş için bk. **C.J. Friedrich,** The Impact of American Constitutionalism Abroad, Boston University Press, 1967, s. 92 : **«The basic idea of judicial review is of American origin».**

(4) Birleşik Devletlerde, **«Bill of Rights»**ın özellikle son otuz yılda, anayasal jürisprüdans üzerinde etkisi için bk. **M. Shapiro,** «The Supreme Court : From Warren to Burger», in **A. King,** ed.,
The New American Political System, AEİ., Washington D.C., 1980, s. 197 vd.

(5) Bk. **G. Burdeau,** «Une survivance : La notion de Constitution», in Evolution du droit public. Etudes en l'honneur d'A. Mestre, Sirey, Paris 1956, s. 53 vd.

(6) Yeni-anayasacılık konusunda bk. **L. Favoreu,** «Propos d'un néo-constitutionnaliste», in **J.-L. Seurin** et al., Le Constitutionnalisme aujourd'hui, Economica, Paris 1984, s. 22 vd.; B. Çağlar, «Yeni-anayasacılık üzerine notlar. Anayasaların okunmasında siyasi tezden hukuki teze geçiş ya da 'duvergerismo'nun krizi», İHİD, İstanbul 1985 (baskıda).

(7) **Sosyalist sistemlerde,** 1936 Sovyet Anayasası modeline göre yapılan anayasalar, temel yasa olmaktan çok, siyasi programlardır ve kuralları da yasama işlemleri karşısında hukuki üstünlüktan yararlanmaz. Ancak bu sistemlerde, 1968'li yıllarda hukuki nasyonalizmlerin doğuşu anayasalarda da farklılaşmaları beraberinde getirmiştir.
Polonya da, **«Gierek dönemi»** anayasa değişiklikleri, Devlet Şurası'na «Hukukun Anayasaya uygunluğunu gözetme» yetkisini tanımış ve bu gelişme, yasaların anayasaya uygunluk denetiminin başlangıcı olarak görülmüştür.
1982 yılında ise, **«Demokrat Parti»**nin anayasa değişikliği taleplerine bir cevap

çerçevesinde anayasa yargısının sınırları problemini gündeme getirmiştir.

Bugün, Yasama İktidarı karşısında Anayasa Yargıcı'nın yetkilerinde sınır çizgisi, anayasa yargısının **nevraljik noktası** olarak görülmektedir.

B) «Noktalı virgül» pozitivizminden «Lochner'in Hayaleti»ne

Anayasa yargısının sınırları problemine doktrinde farklı çözümler getirilmiştir.

Anayasa Mahkemeleri kararlarında görülen **«self-restraint»** ve **«political questions»** politika ya da doktrinleri de aynı çözüm arayışının sonuçlarıdır.

«Self-restraint» teknikleri, usuli (Procedural - Self-restraint) ve maddi (Substantive) self-restraint teknikleri olarak iki başlık altında toplanmıştır (8).

Usuli teknikler Mahkemeyi davanın esasına girmekten korurken, maddi self-restraint tekniği farklı biçimler almaktadır. Bu biçimler içinde en yaygın olanı **«Siyasi sorun doktrini»**dir (Political questions doctrine), (PQD).

«Siyasi sorun doktrini»nin hukuki tanımını vermede ki zorluk karşısında «Kemanlar küçük cellolardır ve Cellolar büyük kemanlardır» tanımına benzer bir tanımla, «Siyasi sorunlar» kazai usulle çözülemeyen konular, kazai usulle çözülemeyen konular da siyasi sorunlardır denmiştir.

---

olarak, Anayasaya eklenen 33 a ve 33 b maddeleri ile, normatif metinlerin Anayasaya uygunluk denetimini yapmakla görevli bir **Anayasa Mahkemesi** kurulmuştur.

Yasaları Anayasaya aykırı bulan kararları «Diyet»de incelenen bu Mahkemenin varlığı, sosyalist anayasacılık anlayışında değişmeleri göstermesi bakımından anlamlı olduğu kadar, nihai yorum yetkisini Meclise bırakan çözüm de, bir çeşit **«référé législatif»** tekniği benimsemesi bakımından anlamlıdır.

Cf. **H. İzdebski**, «Les amendements à la Constitution de la République populaire de Pologne «R.İ.D.C., 1984, s. 79 vd.; **Y.-L. Hufteau**, Le référé législatif et les pouvoirs du joge dans le silence de la loi, PUF., Paris 1965, s. 29 vd.

(8) Bk. **John P. Roche**, «Judicial Self-Restraint», in **Peter Woll**, American Covernment, Readings and Cases, Little, Brown and Co., Boston 1984, s. 530 vd.

PQD'i tanımlamadaki zorluğa rağmen, bu doktrini sadece çözümü siyasi açıdan zor anayasal sorunlardan sakınma formülü olarak değerlendirmek de gerçekçi olmaz (9).

Birleşik Devletlerde Federal Yüksek Mahkeme, **«White Primary Cases»** (Beyaz ön-seçim (10), **«Baker v. Carr»** (seçim çevrelerinin eşitleştirilmesi). **«Youngstown Sheet-Tube Co. v. Sawyer** (Çeliğe el koyma) (11), **«United States v. Nixon»** (12) olaylarında açıkça görülebileceği gibi, Amerikan topiumunu bölen kritik konularda önemli siyasi ve sosyal yansımaları olan kararlar verebilmiştir.

Yargıç Jackson'un da belirttiği gibi her anayasa yorumunun, şu ya da bu şekilde bir siyasi sonucu vardır ve bu sebeple de her **«siyasi olay»** bir **«siyasi sorun»** sayılamaz (13).

Son bir tahlilde **«siyasi sorun»** problemi, yargı denetimini, demokrasilerin **«Çoğunluk kuralı»** (majority rule) ile bağdaştırma problemidir (14).

Anayasa Hukuku doktrininde Wechsle, bugün klasikleşen, «Anayasa Hukukunun nötr prensiplerine doğru» başlıklı denemesinde, yargı kararları ile siyasi kararlar arasındaki farkı, yargı kararlarının etnik ekonomik... görüşler yerine **«nötr prensipler»** üzerine kurulu olmasında görmüştür.

---

(9) Bu görüşün gerekçeleri için bk. **Scharpf**, «Judicial Review and the Political Question : A Functional Analysis», Yale L.J., 1966, s. 517. **Henkin** ise, Birleşik Devletlerde ayrı bir **«siyasi sorun»** doktrini olmadığını, Mahkemenin, Başkan ya da Kongre'nin anayasal otoritesine giren işlem ve eylemleri denetlemediğini, bunun ise Mahkemelerin **«siyasi alan»** karşısındaki doğal tutumlarından farklı sayılamayacağını ileri sürmüştür.

Bk. **Henkin,** «Is there a'Political Question' Doctrine», Yale, L.J., 1979, s. 597 vd.

(10) Bu kararlarla Mahkeme, «Parti önseçimleri»ni (Primaries) zencilerin katılımına açmıştır. Bk. **«Terry v. Adams»**, 345 U.S. 461 (1953).

(11) Çeliğe el koyma kararı için bk. **«Youngstown Sheet Tube Co. v. Sawyer»**, 343 U.S. 579 (1952).

(12) **«United States v. Nixon»**, 418 U.S. 683 (1974).

(13) **Eisenmann**'ın 1928 lerde yazdığı gibi, «Eşyanın mantığı icabı anayasa yargısı, son bir analizde, hukuki uzlaşmazlıklara dönüştürdüğü siyasi mücadelenin herhalde kısmi ancak yine de aslına sadık bir yansıtıcısıdır.»

Bk. **Ch. Eisenmann,** La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche, Paris 1928, s. 137.

(14) Bu konuda tipik bir karar için bk. Kent Devlet Üniversitesindeki olaylar ertesinde görülen **«Gilligan v. Morgan»** davası, 413 U.S. 1 (1973). Siyasi sorunlar konusunda fonksiyonel bir test önerisi için bk. **John E. Nowak et al.,** Handbook on Constitutional Law, West Publishing Co. 1978, s. 110 vd.

John H. Ely ise **«Uygun usul«** (procedural fairness) denetimini anayasa yargısının sınır çizgisi olarak görmüş ve kalkış noktasını yüksek mahkemenin gebeliğin iradı kesintiye uğratılması ile ilgili **Roe v. Wade»** kararında (15) bulan bir dizi çalışmasında (16) geliştirdiği tezle, anayasa yargısında **«değer koruyucu yaklaşım»**a (Value protecting approach) getirilen eleştirilerin tipik bir örneğini vermiştir.

Ely anayasa yargısını, değerleri belirleyecek siyasi sürecin usule uygunluğunu denetleme fonksiyonu ile sınırlarken, **Thomas Gray**'de Anayasanın kurucuların iradesine göre yorumlanması gerektiği görüşünü ileri sürmüştür (17).

Anayasa normlarının yorumlanmasında **«değerler sistemi»**nin kullanılması bir **«Yargıçlar Yönetimi»** ya da **«Yargıçlar Devleti»**ne geçiş olarak görülürken, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesinin **dogmatik liberalizmin** en yüksek noktası sayılan **Lochner kararı,** ya da **«Lochner'ın Hayaleti»** (The Ghost of Lochner), anayasa hukuku doktrinini etkilemeye devam etmiştir.

«Lochner kararı» anayasaya uygunluk denetiminde bir uç-örnek teşkil ederse, karşı yönde bir uç-örnek de Birleşik Devletler Anayasası'nda **«Welfare clause»**un yorumlanma biçimidir.

Birleşik Devletler Anayasasında **«Welfare clause»** olarak adlandırılan, birinci maddenin sekizinci bölümü ile getirilen düzenleme, metinde yer alan bir noktalı virgül nedeni ile mahkemelerce dar yorumlanmış ve vergilendirme yetkisinin «genel refah» için kullanılması kurucuların iradesine aykırı görülmüştür.

---

(15) **«Roe v. Wade»**, 428 U.S. 52 (1973) Yargıç White, karara ekli **«dissenting opinion»**da Mahkemenin bu kararı ile «yeni bir anayasal hak yarattığı»nı oysa bu problemin çözümünün siyasi karar mekanizmalarının yetkisinde olması gerektiğini ileri sürmüştür.

Alman Federal Anayasa Mahkemesinin aynı konuda verdiğl 25 Şubat 1975 tarihli karara muhalif kalan Yargıç **Pupp von Brüneck**'de White'ın görüşünü benimsemiştir.

Bk. **A. Grosser**, «Cours constitutionnelles et valeurs de référence. A propos de décisions sur l'avortement», Pouvoirs-13, 1980, s. 117 vd.

(16) Cf. **John H. Ely**, «The Wages of Crying Wolf : A Comment on Roe v. Wade», Yale L. J., 1973, s. 920 vd.; —ID., **«Toward a Representation - Reinforcing mode of Judicial Review»**, MD. L. Rev., 1978, s. 451 vs. vd.

(17) **Gray'in «Saf yorumcu»** (Purely interpretive) yargı denetimi modeli için bk. **Thomas Gray, «origins of the Unwritten Constitution»**, Stan. L. Rev. 1978, s. 844 vd.

Oysa yeni tarihi araştırmalar **Washington**'un imzaladığı metinde noktalı virgül yerine sadece bir virgülün bulunduğu, noktalı virgülün Anayasaya daha sonra bir yazıcı tarafından eklendiği gerçeğini ortaya koymuştur (18).

Bugün noktalı virgül pozitivizminden Lochner'ın Hayaleti'ne, Anayasa doktrini ve jürisprüdansı Anayasa yargısında sınır çizgisinin arayışı içindedir.

C) Anayasa Mahkemelerinin Denetim Yetkilerinde Genişleme ve Siyasi Sonuçları Tartışması.

Anayasa Mahkemelerinin denetim yetkileri genişliği tartışması Birleşik Devletlerde bir **«Temel Haklar tartışması»** (Fundamental Rights Controversy) biçiminde sürerken, Federal Almanya da, **Weimar Cumhuriyeti**'nin son yıllarında değişik siyasi renklerdeki grupların başlattıkları polemikten (19) farklı da olsa, yeniden gündeme gelmiş ve anayasa yargısı dinamizmini belli sınırlar içinde tutma problemi olarak görülmüştür (20).

Birleşik Devletlerde Başkan Nixon 1968 seçim kampanyasında, iktidara geldiğinde Yüksek Mahkemeye kanunların sözüne bağlı yargıçlar **«Strict Constructionists»** atamayı vaad etmiş (21) Amerikan anayasa hukuku doktrininde de yargı dinamizmini ve özellikle de Yüksek Mahkemenin «değer koruyucu yaklaşımı»nı (22) ve yargı kararları ile hukuk yaratmayı (judicial legislation) sınırlayıcı formüller üretilmiş-

---

(18) **C. Friedrich,** La démocratie constitutionnelle, PUF., Paris 1958, s. 133.

(19) **Weimar Cumhuriyeti**'nde demokratik meşruiyetten yararlanan Parlamentonun kazai denetiminin siyasi yerindeliği konusunda duyulan kuşkular, literatürde, tırnak içinde «ilerici hukuk düşüncesi»nin alâmeti olarak görülmüş, pratikte ise, demokratik değerlerin erozyonunu kolaylaştırmıştır.

(20) Bk. **Joachim Burmeister,** «La position du Tribunal Constitutionnel Fédéral dans l'organisation des pouvoirs publics». Rapport présenté au Colloque Franco-Allemand : Le Controle de constitutionnalité en France et en République Fédérale d'Allemagne. 21-22 Mai 1982. s. 2 vd.

(21) Böylece **«NewDeal«** sonrasında siyasi sarkaç bir kere daha hareketlenmiş ve bu defa «muhafazakar»lar Yüksek Mahkemeyi eleştirirken, «liberaller» savunmuştur.

(22) Cf. **Mauro Cappelletti,** The Mighty Problem of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis», South. California L. Rew., 1980, s. 409 vd.

tir. Bu gelişmeler «Burger Mahkemesi»nin tutumu üzerinde de etkili olmuştur (23).

Alman Federal Anayasa Mahkemesinin yetkilerini aşarak kanun koyucunun siyasi alanına nüfuz etmesi ile ilgili eleştiriler özellikle, «**Temel Andlaşma**»nın ve Alman Ceza Kanunu (StGB) 218. madde değişikliği çerçevesinde yapılan ve gebeliğin iradi kesintiye uğratılması ile ilgili kanunun Anayasaya uygunluk denetimleri (24) sırasında yoğunluk kazanmış ve doktrinde iki savaş arasının pozitivizmine geri dönüş eğilimi görülürken, politika bilimcileri de Amerikan «siyasi sorun doktrini»ni Mahkemenin dinamizmini sınırlayıcı bir teknik olarak önermişlerdir.

Fransa'da ise 1981 seçimleri ertesinde gerçekleşen siyasi çoğunluk değişikliği (Alternance), Anayasa Konseyi'nin yasama politikasına müdahalesi problemini tartışma alanına sokmuş ve farklı değerlendirmelere konu olmuştur.

Fransız Anayasa Konseyi eski üyesi, sol radikaller hareketi yöneticilerinden Paris Üniversitesi anayasa hukuku profesörü «**François Luchaire**, Anayasa Konseyi'nin temel haklar alanındaki ilk kararlarından sonra bu problemin altını çizmiş, «Başlangıç noktasında 'Parlamentoya karşı yöneltilen bir namlu' olan (canon braqué contre le Parlament) Anayasa Konseyi, sol partiler 'Ortak Programı'na karşı **mülkiyeti** ve **ferdi** koruyan bir mayın tarlası mı olmuştur?» sorusunu sormuştur (25).

John T.S. Keeler de **Luchaire**'in bu sorusunu 1980'li yıllarda Anayasa Konseyi'nin Fransız siyasi sistemi içinde yerini incelerken bir

---

(23) «Burger Mahkemesi» için özellikle bk. **Martin Shapiro**, «The Supreme Court: From Warren to Burger», in **Anthony King**, ed., The New American Political System, American Entreprise Institute for Public Policy Research, Washington, D.C., 1980, s. 179 vd.

(24) Mahkemenin Federal Cumhuriyet ve Alman Demokratik Cumhuriyeti arasındaki münasebetlerin temellerini hazırlayan 21 Aralık 1972 tarihli Andlaşma ile ilgili 31 Temmuz 1973 tarihli kararı için bk. **J.-C. Béguin**, Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne, Economica, Paris 1982, s. 203.

Mahkemenin gebeliğin iradi kesintiye uğratılması ile ilgili 25 Kubat 1975 tarihli kararı için bk. **A. Grosser**, «Cours constitutionnelles et valeurs de référence. A. propos de décisions sur l'avortement», op. cit., s. 117 vd.

(25) Bk. **François Luchaire**, «Le Conseil Constitutionnel et la protection des droits et libertés des citoyens» in **Mélanges Waline**, LDGJ, Paris 1974, vol 2, s. 573.

çalışma hipotezi olarak kullanmış ve Konsey kararlarını Sosyalist iktidar karşısında bir «hukuk gerillası» olarak değerlendirmiştir (26).

Türk Anayasa Mahkemesinin özellikle **«dolaylı yasama»** olarak görülen kararları eleştiri konusu olmuş ve siyasi - anayasal sistemin yeniden yapılaştırılmasında bu görüşün önemli sonuçları görülmüştür.

Türk siyasi - anayasal sisteminde, 1961 Anayasası ile bir Anayasa Mahkemesi kurulmuş olması, üzerinde yeterince durulmamış olan bir **«Hukuk İhtilali»**dir.

«Devletin bütün nüfuz ve kudreti»nin tanındığı ve «Kadir-i Mutlak» Meclis anlayışından (27), Anayasanın üstünlüğü ve kanunların bu **«Üstün Hukuk»**a uygunluğunun denetimi anlayışına geçilmiş ve Anayasa Mahkemesi yeni siyasi - anayasal sistem içinde aktif bir rol oynamıştır. Özellikle parti bölünme endekslerinde yükselme ve siyasi kutuplaşmanın yol açtığı parlamenter inersi Anayasa Mahkemesi kararlarının etkisini daha da arttırmıştır (28).

Anayasa Mahkemesi kararlarının meydana getirdiği siyasi titreşimleri ölçmede kullanılabilecek sismografik bir araştırma cihazı var mıdır?

2485 sayılı Kurucu Meclis hakkında Kanunun 26 ve Danışma Meclisi İçtüzüğünün 19 ve 47. maddelerine göre Anayasa Tasarısını hazırlamakla görevlendirilen **«Anayasa Komisyonu»** çalışmaları bu titreşimlerin ölçülmesinde belki sınırlı ama yine de operasyonel bir cihaz olarak görülebilir.

Anayasa Komisyonunun Danışma Meclisi Başkanlığına sunduğu raporda «...yargı denetimi ile yükümlü organların zaman zaman **politik eğilimlere** kendilerini kaptırdıkları gözlemlenmiştir» denilmekte ve «bu değerlendirmeden hareketle... (Komisyonun) yargı denetiminin

---

(26) Bir «Le Monde» yazarı bu siyasi - hukuki çatışmayı şu şekilde özetlemiştir: «Bir yanda önceki çoğunluğun temsilcileri tarafından seçilen dokuz bilge, öte yanda François Mitterand lehine oy kullanan 15.714.598 Fransız. Bu iki 'meşruiyet'den hangisi daha meşrudur?».

(27) Cf. **T. Feyzioğlu,** Kanunların Anayasaya uygunluğunun kazai murakabesi, op. cit., s. 322 vd.

(28) Basit bir sayısal karşılaştırma, akla gelebilecek bütün itirazi kayıtlara rağmen, yine de anlamlı bir sonuç verebilir: Türk Anayasa Mahkemesi 1962 - 1977 yılları arasında, 15 yıl içinde, 223 kanunu ya da belli hükümlerini Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Oysa Birleşik Devletlerde **Warren Mahkemesi» «Judicial Activism»** dönemi olarak bilinen 1953 - 1969 arasında, 16 yıl içinde, sadece 16 kanunu Anayasaya aykırı bulmuştur.

hukuki sınırlar içerisinde yapılmasını sağlama felsefesine dayanarak...» gerekli düzenlemelerin getirildiği belirtilmektedir.

Bu düzenlemeler içinde özellikle madde 153/2 kuralı anlamlı gözükmektedir: «Anayasa Mahkemesi... kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez».

İhsan Göksel'in önergesi ile metne eklenen bu düzenlemenin Komisyonda görüşülmesi sırasında özellikle «Anayasa Mahkemesi aleyhine ortaya çıkan akımın menşeinde yer aldığı» düşünülen iki karar üzerinde durulmuştur; Anayasa Mahkemesinin 1974 de Af Kanununun istisnai hükmünü ve 1968 de Seçim Kanununun «engel» hükmünü iptal eden kararları.

Komisyon Anayasa Mahkemesinin bu kararlarını **«Dolaylı Yasama»** (29) olarak görmüş ve yaptırımı Komisyon çalışmalarında da bir soru olarak kalan (30) 153/2 hükmünü getirmiştir.

Başlangıç'da ifade edildiği gibi «...sözüne ve ruhuna ... mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanmak üzere getirilen Anayasa»nın bu formülle yargı yerlerini bir **«Yorum ahlakı»**na bağlamak istediği açıktır.

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 tipik örneklerinden biridir.

Karar, Anayasa ile getirilmek istenen yorum ahlakına bağlı kalırken, Mahkemenin **«dolaylı yasama»** karşısında hassasiyetini de göstermektedir.

---

(29) Dolaylı yasama için bk. **A. Ünsal**, Siyaset ve Anayasa Mahkemesi, op. cit., s. 272 vd.

Eklemek gerekir ki, Af Kanununun istisnai hükmünün iptali ile ilgili karar, Anayasa Mahkemesinin 1963 - 1977 yılları arasında verdiği toplam 462 kararın % 3.2'sini meydana getiren,7 'ye karşı 8 oyla alınmış «bıçak-sırtı» 15 kararlardan biridir.

Komisyon 153. madde gerekçesinde, Mahkemenin 1974 tarihli kararında örtülü bir referansla, şu açıklamayı getirmiştir: «...Kanunla getirilen istisnalara ilişkin kanun hükümlerinin iptali ana kuralın uygulanması sonucunu doğurabilir. Halbuki Kanun koyucu böyle bir sonuç çıkmasını arzu etmediği için istisnayı kabul etmiş durumdadır. Bu istisna hükmünün iptali **milli iradeye** ters düşeceğinden...»

(30) Madde metninin Komisyonda aldığı son şekilde Anayasa Mahkemesinin «iptale ilişkin kararları» kararların «kesin olması kuralı dışında bırakılarak» bu kararların yeniden incelenmesini isteme yetkisi Cumhurbaşkanına tanınmıştır.

Anayasa Mahkemesi «seçim sistemi tayini»ni siyasi süreçte çözüme bağlanması gereken bir problem olarak görmüş, Kanun koyucunun «takdirine bağlı bir konudaki tercihinin isabet derecesinin tartışılması»nı ise anayasaya uygunluk denetimi alanı dışında görmüştür.

Mahkeme bu kararda, uygunluk denetimini **«teknik bir denetim»** olarak görmüş ve **«kanun koyucunun siyasi tercihleri»**ne müdahaleden çekinmiştir (31).

D) Chief Justice Marshall'dan Badinter'e Anayasa Mahkemelerinin Kuruluşunda «Siyasi Problem».

Anayasa Mahkemesi yargıçlarının seçiminde ortak bir formül var mıdır?

Anayasa Mahkemelerine üye seçiminde farklı formüller kullanılmıştır ama bu farklılığın bir de ortak özelliği vardır. Gerçekten **İtalya** da Mahkemenin üçte biri, **İspanya** da altıda biri dışında bütün üyeler siyasi organlar tarafından seçilmektedir.

Almanya'da Anayasa Mahkemesi üyeleri Parlamentonun iki meclisi tarafından oldukça karmaşık bir sistemle seçilirken, **İtalya** da Mahkeme üyeleri, Parlamento (5), Cumhurbaşkanı (5) ve Yüksek Mahkemeler (5) tarafından, **Fransa** da ise Anayasa Konseyinin dokuz üyesinden üçü Cumhurbaşkanı, diğer altı üyesi ise, eşit sayıda, Meclis ve Senato Başkanlarınca seçilmektedir.

Louis Favereu, Mahkeme üyelerinin siyasi organlarca seçiminin, bu mahkemelerin siyasi sistemde sahip oldukları rol düşünülecek olursa yadırganmaması gerektiğini ileri sürerken (32), konunun bir başka uzmanı, **Mauro Cappelletti** de bu seçim biçiminin mantıki ve hukuki bir temele sahip olduğu görüşündedir (33).

Bu genel tesbitler çerçevesi içinde 1982 Anayasası ile kurulan Anayasa Mahkemesinin **seri-dışı bir yapıya** sahip olduğu söylenebilir.

Anayasa Mahkemesinin, Komisyon başkanının ifadesi ile «İhtisas sahibi kişilerden oluşması ve bunların seçiminin tarafsız bir kişi olan Cumhurbaşkanına verilmesi» formülü, **nötr bir formül** olarak görülmüştür.

---

(31) Bk. Anayasa Mahkemesi 1984/2 karar sayılı kararı.

(32) **L. Favoreu**, «Rapport introductif général» in, **L. Favoreu**, éd., Cours Constitutionnelles Européennes et droits fondamentaux, Economica, Paris 1982, s. 31 vd

(33) **M. Cappelletti**, «Necessité et légitimité de la Justica constitutionnelle» in Favoreu, éd., Cours Constitutionnelles, op. cit., s. 461 vd.

Birleşik Devletlerde Başkan Nixon, Yüksek Mahkemeye az sayıda başkana nasip olan şansı kullanarak 1969 - 1971 yılları arasında içlerinde Başyargıç **Burger**'in de bulunduğu dört atama yapmış ve bu atamalar ertesinde polemik bir amaçla, Mahkemeye **«Nixon Mahkemesi»** adı verilmiştir.

Siyasi kimlikli Başkanlarla atadıkları üyeler arasında partizan bağların varlığını (34) gösteren ilk örneğe, **Adams'ın «Federalist Parti»**sinin iktidarı kaybettiği 1800'lü yılların Amerikasında rastlanır. Adams görevde kaldığı son aylarda **Jefferson**'ucuların siyasi üstünlüğüne karşı yargı yerlerinde federalistlerin üstünlüğünü sağlamak için yargıç atama yetkisini geniş çapta kullanmış, 20 Ocak 1801'de de Devlet Bakanı **John Marshall**'ı Chief Justice olarak Yüksek Mahkemeye atamıştır.

Adams'dan 185 yıl sonra tarih tekrarlanmış ve Fransa Devlet Başkanı Mitterand partisinin iktidarı kaybettiği 16 Mart 1986 seçimlerinden birkaç gün önce eski Adalet Bakanı **Bedinter**'i Fransız Anayasa Konseyi Başkanlığına atamıştır (35).

Atayanla atananlar arasındaki bu siyasi bağ mahkemeleri partizanlaştırmış mıdır?

«Watergate Skandalı» ertesinde görülen ve Nixon'un siyasi kariyerini sona erdiren **«United States v. Nixon»** davasında (36) karar, yargılamaya katılan **»Nixon Mahkemesi»** yargıçlarının oybirliği ile alınmış ve kararı da Chief Justice **Burger** yazmıştır.

Atamaları ile Mahkemeyi etkilemeye çalışan Başkanların düş kırıklığını belki de en açık biçimde **Harry S. Truman** dile getirmiştir : «denedim ve işlemedi...», «... I've tried and it won't work... Whene-

---

(34) Yargı cihazlarının politizasyonu konusunda bk. **Marie-France Toiner**, «La Corruption du syetème judiciaire aux Etats-Unis», Consortium Européen de Recherche Politique, Lancaster, 1983 (Tebliğ), s. 12 vd.; **C. Franck**, Droit Constitutionnel et Institutions politiques comparés, Les Cours de droit, 1979 - 1980, s. 188 vd.; **S. Corvell**, «Reaganisme et Pouvoir judiciaire. La bataille pour la Cour Suprême «Le Monde Diplomatique, Août 1985, s. 28.

(35) Bk. **Le Monde**, 21 Février 1986, s. 10.

(36) **«United States v. Nixon»** kararı için bk. **P. Juillard**, «Le privilège de l'executil aux Etats-Unis. A Propos de l'arrêt de la Cour Suprême dans l'affaire United States contre Nixon, 24 Juillet 1974», in Pouvoirs 4, 1978, s. 168 vd.
Ancak bu tesbit, Birleşik Devletlerde Yüksek Mahkemenin siyasi bir rol oynamadığı anlamına gelmek gelmez. Bu konuda özellikle bk. **André Mathiot**, «Le contrôle de la constitutionnalité des lois pénales et de procédure pénale par la Cour suprême des Etats-Unis au XX. siècle», Science Criminelle et Droit Pénal comparé, 1985, s. 740 vd.

ver you put a man on the Supreme Court the ceases to be your friend. I'm sure of that» (37).

Yüksek Mahkemede sadece hukukçuların yer almamasının sosyal olayları anayasa yargısına sokarak **Judicial self-restraint**»e hizmet edeceği tezi ileri sürülmüştür (38). Bu tezin ilk ayak izlerine, farklı bir ortamda, Roosevelt Amerikasında rastlanır.

Yargıç William Douglas otobiyografisinde Başkan Franklin Roosevelt'le aralarında geçen bir konuşmayı şöyle aktarmaktadır :

«FDR bir kurum olarak Yüksek Mahkemeye tepki duyardı... Bu defa hukukçuların neden bu kadar muhafazakar olduğunu sordu... Anayasada Yüksek Mahkemeye sadece hukukçuların atanmasını gerektiren hiçbir şey olmadığını söyledim.» «Ne?» dedi «Ciddimisiniz»

«Ciddiyim», diye cevap verdim. Bir sigara yaktı ve bir süre sessiz kaldıktan sonra «öyleyse», dedi «sıradan iyi bir adam bulalım» **Let's find a good layman»** (39).

II. ANAYASA YARGISINDA «HUKUK» ve «POLİTİKA». ANAYASA MAHKEMELERİ YASAMA POLİTİKALARI KARŞISINDA BİR «MAYIN TARLASI»MIDIR?

A) Akademik ve Siyasi Planda Problemin Verileri : «Lyon Ekolü»nden Parti Politikalarına.

Burada **Luchaire**'in sorusunun yeni bir soru olmadığını akademik ve **siyasi** planda küllerinden sürekli olarak yeniden doğan bir soru olduğunu belirtmek gerekir.

Akademik planda Edouard Lambert ve **Jacques Lambert**'in **«Yargıçlar Yönetimi»** (Le Gouvernement des juges) konusunda ki öncü çalışmalarını (40) Ch. **Cadoux**'nun Birleşik Devletlerde Yüksek Mahke-

---

(37) Bk. **Henry J. Abraham**, Justices and Presidents, Oxford University Press, N.Y., 1974, s. 63.

(38) Bk. **A. Miller**, Toward Increased Judicial Activism. The Political role of the Supreme Court. Greenwood Press, London, 1982, s. 286 vd.

(39) Cf. **W. Douglas**, The Court Years, 1939 - 1975, Random House, N.Y. 1980, s. 281.

(40) Bk. **E. Lambert**, Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis, Paris 1921; **J. Lambert**, Histoire constitutionnelle de l'Union Americaine, Sirey, Paris 1930 - 1937 (4 vol.) ve özellikle cilt 2, «A la recherche d'un gouvernement national : gouvernement des juges».

menin siyahlar problemi karşısındaki rolü (41) ve **J.-P. Lassale**'in «Yüksek Mahkeme ve komünist problemi» ile ilgili araştırmaları (42) takip etmiş, **Pierre Vialle**'in «Birleşik Devletlerde Yüksek Mahkeme ve Siyasi temsil, Yargıçlar yönetimi üzerine yeni bir deneme» başlıklı tezi (43) de aynı çizgide yerini almıştır.

Bu çalışmalar bütünü Fransa'da, Birleşik Devletler Anayasa Hukukunda **«Lyon Ekolü»** olarak adlandırılan akımı meydana getirmiş ve Kıt'a Avrupası Anayasa Hukuku kültüründe anayasallık denetiminin gerekleri ve sınırları üzerindeki genel düşünceyi, **akademik planda,** şekillendirmiştir (44).

Klasik analizde «Yargıçlar Yönetimi» Birleşik Devletlerde Yüksek Mahkemenin kendi anayasa yorumunu, yasama ve yürütme iktidarlarının yorumuna ikame etmesi biçiminde anlaşılmıştır.

XIX. yüzyılın sonlarında Birleşik Devletlerde genel kabul gören bu teori, Kıt'a Avrupasında da, özellikle Fransız doktrininde, **Edouard Lambert** etkisi ile benimsenmiştir (45).

Edouard Lambert'in analizinde, yargıçların kanunların sadece **teknik denetimini** yapmakla yetinmedikleri, seçilmiş meclislerin yasama politikalarını kendi ekonomik ve sosyal anlayışları doğrultusunda yönlendirmek isteyen bir **yerindelik denetimi** de yaptıkları gösterilmek istenmiştir.

---

(41) Ch.**Cadoux**, La Cour Suprême et le problème noir aux Etats-Unis, LDGJ., 1957 (tome 49 de la Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparé de Lyon).

(42) **J.-P. Lassale**, La Cour Suprême et le problème Communiste aux Etats-Unis, A. Colin, Paris 1960.

(43) **P. Vialle**, La Cour Suprême et la représentation politique aux Etats-Unis, Nouvel essai sur le gouvernement des juges, LDGJ., Paris 1972.

(44) **Turan Feyzioğlu** Türk anayasa hukuku literatüründe bugün de önemini koruyan «Kanunların Anayasaya uygunluğunun kazai murakabesi», (Ankara 1951) başlıklı, çalışmasında aynı gerçeğe temas etmekte ve Amerika'da kanunların murakabesi meselesini inceleyen yazarların, **Edouard Lambert**'in ifadesi ile Yüksek Mahkeme'nin «sosyal mevzuata karşı mücadelesi» üzerinde durduklarını ve «kazai murakabenin içtimai islahata engel olduğu tezini müdafaa edenlerin **Lambert**'in otoritesine sığındıklarını» yazmaktadır. Bk. s. 242 vd., s. 345 vd. Ayrıca bk. **S. S. Onar**, «amme hukukunda hukuki tasarruflar ve kazai murakabe»in Cemil Bilsel'e armağan, İstanbul 1939, s. 297 vd.

(45) Bu teorinin doktrinde kabul görmesinde Holmes, Brandeis ve Cordoso gibi... Yüksek Mahkeme Yargıçlarının «karşı-oylar»ı da etkili olmuştur. Ayrıntılı bilgi için bk. **R. Pinto**, Des juges qui ne gouvernent pas, opinions dissidentes à la Cour Suprême des Etats-Unis, 1900 - 1933, Paris 1934.

Lambert'in tezi, kazai denetimin, 1803 tarihli **«Marbury v. Madison»** dan başlayarak anayasal değişmenin itici gücünü meydana getirmiş olmasıdır.

Lambert'i takiben H. Pinto (46), Yüksek Mahkeme tarihinde iki dönemi birbirinden ayırmış, **«Marbury v. Madison»**dan «New Deal» deki yön değişikliğine kadar, Kongre ve Başkanın işlemlerinin Anayasaya uygunluk denetimini yapma yetkisini kendisine tanıyan Yüksek Mahkemenin bir **«Yargıçlar Yönetimi»** kurduğunu (47), ikinci dönemde ise **«self-restraint»** politikasını benimsediğini ileri sürmüştür.

P. Juillard, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesinin otolimitasyon politikasını incelediği tezinde, Mahkemenin ırk ayrımı ve seçim çevrelerinin eşitleştirilmesi konusunda verdiği kararları da (48) kullanarak, **«self-restraint»** politikasının siyasi rolden vazgeçme anlamını ta-

---

(46) Bk. **R. Pinto,** La Cour Suprême et le New Deal. La Jurisprudence constitutionnelle de la Cour Suprême des Etats-Unis, Paris 1938. —İD., La Crise de l'Etat aux Etats-Unis, Paris 1951, s. 127 vd.

(47) «Le gouvernement des juges était l'arme dicrète et efficace de la minorité conservatrice, des intérêts économiques privés, des Economic Royalists», **Pinto,** La Crise de l'Etat ,op. cit., p. 128.

(48) Yüksek Mahkemenin **ırk ayrımı** konusunda tutumu için bsk. **Pierre Mutignon,** Les aspects juridiques du problème racial aux Etats-Unis, LDGJ., Paris 1968, —İD., «Le problème noir aux Etats-Unis depuis le Civil Rights Act du 2 Juillet 1964», RİDC, 1966, s. 669 vd.

Yüksek Mahkemenin **«seçim çevrelerinin eşitleştirilmesi»** konusunda verdiği kararlar için özellikle bk. **Pierre Vialle,** La Cour Suprême et la Représentation politique aux Etats-Unis, op. cit. s. 62 vd.

Yüksek Mahkeme 1946 tarihli **«Colegrove v. Green»** vak'asında (328 U.S. 549), seçim çevrelerinin düzenlenmesini **«siyasi sorun»** olarak görmüş, **Yargıç Frankfurter** bu problemin niteliği icabı adli mahkemelerin yetki alanına girmediğini ileri sürmüştür. 1962 tarihli **«Baker v. Carr»** kararı ise (369 U.S. 186) bu konuda **«Jurisprüdansiyel bir ihtilal»** gerçekleştirmiştir. Kararda **Yargıç Douglas, «siyasi sorun»** kavramının varlık temeli olmadığını ve Yüksek Mahkemenin yetkisini kullanmasını engellememesi gerektiğini savunmuş, Mahkemelerin oportünite nedenleri ile yetkilerini kullanmayı reddetmelerinin anayasaya uygunluk denetimi mantığı ile bağdaşmadığını iddia etmiştir.

Bk. **Baker v. Carr,** 369 U.S. 186, s. 241 vd. Mr. Justice Douglas Concurring.

Bu yeni jürisprüdans Birleşik Devletlerde, Mahkeme kararlarını etkisizleştirmek için Anayasa değişikliği tekniğinin kullanılması projesini yeniden gündeme getirmiş, ancak Başkan **Roosevelt**'in Yüksek Mahkemenin yapısını değiştirme teşebbüsü gibi başarısız kalmıştır.

şımadığını, sadece ekonomik ve sosyal rolden el çekme (49) anlamına geldiğini ileri sürmüştür. **Juillard**'a göre, kazai rezerv ya da sakınma ile «Yargıçlar yönetimi» arasındaki ayrım gerçek olmak yerine görünürde bir ayrımdır (50).

Siyasi planda, savaş sonrası anayasacılığında Hıristiyan - Demokratlar, Fransa, İtalya ve Almanya da kazai yetkilerin genişletilmesinden yana olmuşlardır. Fransa'da Kurucu Meclisler döneminde M.R.P.'nin mücadelesi de gerçek bir Anayasa Mahkemesi olabilecek bir organizmanın kurulması yönündedir. Ancak sosyalistler, **C. Friedrich**'in belirttiği gibi, «Roosevelt'in gözler önünden gitmeyen anısı içinde, ilerde gerçekleştirilecek sosyal ve ekonomik reformlara karşı çıkabilecek her türlü mekanizmayı bertaraf etmek istemişlerdir» (51).

«Yasa»yı yorumlayan bağımsız bir kazai iktidar düşüncesinin kaynağı Ortaçağ İngilteresidir. **Coke** döneminde yargıçlar, Kral ve onun toprak aristokrasisine karşı mücadele veren ihtilalci orta sınıfların yanında olmuşlardır. Başka bir ifade ile **Tory** ve **Whig**'lerden bu yana parti politikaları ile mahkemeler arasında yakınlıklar ya da uzlaşmazlıklar olagelmiştir.

Bilinir ki, **Jefferson ve Marshall** döneminde de Yürütme ve yargılama arasındaki mücadele parti problemi gündeme geldiği zaman başlamıştır ve benzer bir durum **«New Deal»** Amerikasında da görülmüştür.

Birleşik Devletlerde kanunların Anayasaya uygunluk denetimini başlatan ünlü **«Marbury v. Madison»** davası (1803) (52) Federalistlerin yargı yerlerini ele geçirme siyasi operasyonunun hukuki bir sonucu olarak değerlendirilmiştir.

---

(49) Yüksek Mahkemenin sosyal ve ekonomik alandan el çekmesini **Justice Black, «Ferguson v. Skrupa»** (372 U.S. 726) kararında şu şekilde açıklamıştır : We have returned to the original constitutional proposition that courts do not substitute their social and economic beliefs for the üudgement of legislative bodies who are elected to pass laws».

(50) **P. Juillard,** La politique d'auto-limitation de la Cour suprême des Etats-Unis ou une technique méconnue du gouvernement des juges : Le refus de juger, (thèse) Paris 1966 ,s. 505.

(51) Bk. **C. Friedrich,** La démocratie constitutionnelle, op. cit., s. 139. **Friedrich** bu tesbiti yaptıktan sonra, XVIII. yüzyıl **ferdiyetçi Anayasası** çerçevesinde doğan problemlerin, XX. yüzyılın **müdahalesi** (dirigiste) **Anayasaları** çerçevesinde doğabilecek sorunları düşünenleri tedirgin etmesini anlamanın zorluğuna temas etmiştir.

(52) **«Marbury v. Madison»** için bk. **Ronald R. Rotunda,** Modern Constitutional Law: Cases and notes West Publishing Co. St. Paul, Minn. 1981, s. 1 vd.

Bu tecrübe ve diğer liberal sistemlerde görülen benzerleri (53), Anayasa Mahkemelerinin siyasi operasyonların hukuki sonuçları olduğu hipotezinin getirilmesine sebep olmuştur. Bu konuda verilebilecek yakın bir örnek Fransız Anayasa Konseyidir.

Başkan **Pompidou**, 1974 yılında bir «gaulliste»i **Roger Frey**'i, Anayasa Konseyi Başkanlığına seçmiştir. Atama ertesinde «Gaulliste» parti, «Cumhuriyet İçin Demokratlar Birliği» (UDR) Başkanlık seçimlerini kaybetmiş ve Yasama Meclisi seçimlerine hazırlanmaya başlamıştır.

Bu siyasi konjonktürde, **Frey**, Konsey'e, Anayasanın teminat altına aldığı hürriyetlere aykırı gördüğü kanunları Anayasaya uygunluk denetimine sokma yetkisi tanıyan Hükümet projesinin hazırlanmasında etkili olmuştur. Böylece Birleşik Devletlerde görülen Yüksek Mahkemenin «ele geçirilmesi» ve güçlendirilmesi ikilisi Fransa'da, 1974'lerde yeniden denenmiştir (54).

29 Ekim 1974 tarihli Anayasa değişikliği bir ara formül benimsemiş ve kanunları isdarlarından önce Konseye götürme yetkisi Cumhurbaşkanı, Başbakan, Millet Meclisi ve Senato Başkanlarının yanında altmış Senatör (yaklaşık olarak senatörlerin beşte biri) ve altmış milletvekiline (yaklaşık olarak milletvekillerinin sekizde biri) de tanınmış. muhalefete uygunluk denetimini harekete geçirmede geniş bir imkân getirilmiştir (55).

Benzer bir değerlendirme 1961 Anayasası ile kurulan Türk Anayasa Mahkesi için de yapılmıştır (56).

B) «Madison'cu Demokrasiden» «Çoğunluk Kuralı»nın Sınırlanmasına; «Barok Anayasalar».

Kanunların anayasaya uygunluğunun kazai denetimi, anayasal araç ve gereçlerin klasik bir parçası sayılagelmiştir. Bu, büyük ölçüde,

---

(53) Bk. **A. Auer**, «Le Tribunal Fédéral appliquare les lois votées par l'Assemblée Fédérale». Reflexions sur l'article 113 Genève 1980, s. 11 vd.

(54) Cf. **P. Juillard**, «Difficultés du changement en matière constitutionnelle : L' Aménagement de l'art. 61 de la Constitution», RDP., 1974, s. 1766.

(55) Cf. **Loic Philip**, Bilan et effets de la saisine du Conseil Constitutionnel», in Olivier Duhamel, Jean-Luc Parodi, La Constitution de La Cinjuième Répuplique, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, Paris 1985, s. 408 vd.

(56) **A. Ünsal**, Siyasal sistem teorisi açısından Türk Anayasa Mahkemesi, op. cit., s. 94 vd.

Amerika Birleşik Devletlerinde XIX. yüzyıldan beri uygulanan **«Kanunların kazai denetimi Amerikan sistemi»**nin (57) Kıt'a Avrupası hukukçuları tarafından geniş ölçüde incelenmiş ve yorumlanmış olmasına bağlıdır (58).

Bununla birlikte, tesbit etmek gerekir ki, kanunların kazai denetimi sistemi «anayasal paleontoloji müzesi»nin bir parçası olmak yerine, Avusturya istisnai örneği dışında, özel bir yargı yerinde toplanan çok farklı bir denetim şeklinde, İkinci Dünya Savaşı sonrası anayasaları ile gelişen bir kurumdur (59).

Anayasa Mahkemeleri **ideolojik - siyasi krizlerin** ertesinde, insan haklarının korunması ve demokratik rejimlerin teminata bağlanması için getirilmiştir (60).

Savaş sonrası anayasa mimarisinin özelliği ve bir önceki dönemin liberal-demokratik anayasalarından farkı, **«çoğunluk kuralı»**nı (majority rule) sınırlayıcı kurumsal ve usuli düzenlemelerden meydana gelen bir bütün, bir «Patchwork» olmasıdır.

Donald P. Kommers, Avrupa modeli anayasa yargısının tarihi «background»unu incelerken, II. Dünya savaşı sonrası anayasal yapıların bu özelliğini şu şekilde ifade etmektedir : «...Reacting to the violence and despotism of previous decades European constitution-makers this time tried to engineer limited government... The patchwork

---

(57) Cf. **Henry J. Abraham,** The Judicial Process, Oxford University Press, Oxford 1980 (4. ed). s. 179 vd.

(58) Eklemek gerekir ki Amerikan sistemi sadece inceleme konusu olmakla kalmamış, Fransız kamu hukuku doktrininde, **Jèse, Duguit, Hauriou, Duez** gibi klasik hukukçular, hukukun formasyonuna katılan «anglo-sakson yargıç»la, Parlamento'nun koyduğu hukuku yorumlayan «Fransız yargıç» arasındaki farkı görmezlikten gelerek, Amerikan modeli anayasa yargısının müdafaasını yapmışlardır. Bk. **Favoreu,** «Le Consell Constitutionnel, régulateur de l'activité -normative des pouvoirs publics», RDP, 1967, s. 5 vd.
Amerikan modelinin Türk anayasa hukuku doktrinine etkisi için bk. **T. Feyzioğlu,** Kanunların Anayasaya uygunluğunun kazai murakabesi, op. cit. passim.

(59) Bu yenilik, **Karl Loewenstein** gibi, bazı gözlemcileri Anayasa Mahkemelerinin Avrupa hukuk çevresi»ne intibak edebilirliği konusunda kuşkuya düşürmüştür.

(60) Cf. **T. Cole,** «Three Constitutional Courts. A. Comparison», Am. Pol. Sc. Rev., 1959, s. 967 vd.; **L. Favoreu,** «Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe Occidentale», RDP., 1984, s. 1147 vd.

included all kinds of procedural and institutional devices **to circumscribe majority rule»** (61).

Bu anlamda eğer XIX. yüzyıl **«Parlamentolar Yüzyılı»** olmuşsa, XX. yüzyıl da **«Anayasa Mahkemeleri»** yüzyılıdır.

Kodifikasyon çağının arkasından anayasallık denetimi çağı gelmiştir (62).

Klasik liberal anayasacılık felsefesini yeniden yorumlayarak değiştiren bu **«Barok Anayasalar»**la bir **«Partiler Devleti»** (63) (Parteienstaat, Etat de partis) düzenlenmiş olsa bile, Alman Federal Cumhuriyeti'nde görüldüğü gibi Anayasa Mahkemeleri bu iktidar modelinin bir «düzeltici»si olarak getirilmiş (64) ve **«Hukuk Devleti»**nin (Rechsstaat, Rule of Law) ana mekanizması olarak düzenlenmiştir (65).

Bu tesbitlere, özellikle 1961 Anayasası'nın da bu anayasal trendler içinde yer aldığını altını çizerek eklemek gerekir (66).

---

(61) Bk. **Donald P. Kommers,** «Judicial Review in Italy and West Germany», in JOR., 20, s. 112; —İD., «The Federal Constitutional Court in West German Political System», in **Joel B. Crossman, Joseph Tanenhaus,** éds., The Frontiers of Judicial Research, John Wiley, N.Y. 1969 s. 73 vd.

İkinci Dünya Savaşı sonrası anayasacılığının bu özelliği için bk. **Arnold J. Zurcher.** ed., Constitutions and Constitutional Trends since World War II., New York University Press, N.Y., 1951, s. 4 vd.

(62) **Michel Fromont,** «Le Juge constitutionnel et le droit pénal en République fédérale d'Allemagne», Science Criminelle et Droit pénal comparé, 1986, s. 754.

(63) **«Partiler Devleti»** formülü için bk. **Jean-Louis Quermonne,** «La Haute fonction publique comme force politique? Contribution à la distinction entre l'Etat de partis et le Pouvoir d'Etat», Siyasi Bilim Uluslararası Derneği XIII. Dünya Kongresi, Paris 1985'e sunulan tebliğ, s. 4 vd.

«Parteienstaat» için ayrıca bk. **Klaus von Beyme,** The Political System of the Federal Republic of Germany, Gower 1983, s. 47 vd.

(64) Alman demokrasisinin partiler üzerine kurulu olduğu düşüncesine Anayasa Mahkemesinin getirdiği itirazi kayıtlar için özellikle bk. **M. Fromont,** «Le Juge Constitutionnel», in Pouvoirs-22, 1982, s. 50; Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararları için bk. Les Institutions de la République Fédérale d'Allemagne, D.E., 1983, s. 27.

(65) Uygulamada **«Rechsstaat» - «Parteienstaat»** münasebetleri için bk. **N. Johnson,** «State finance for political parties in Western Germany», Parliamentary Affairs, 1965, s. 279 vd.

(66) Altını çizerek eklemek gerekir, çünkü Türk Anayasa hukuku doktrininde **«Populist majoritarians»** olarak adlandırılabilecek bir akım temsilcilerinin Türk anayasacılık hareketlerini, özellikle de 1961 Anayasasını değerlendirmede kullandıkları **«tarihi bürokrasi tezi»** şematizmi bugün de etkili olmaktadır.

1982 Anayasası ise, **«Partiler iktidarı»** anlayışının yanında bir **«Devlet iktidarı»** formülünü getirerek, farklı bir problematik içinde yer almış, **«Güçlü Devlet»** ve **«yönetilebilir demokrasi»** arayışlarının ifadesi olmuştur.

«Çoğunluk kuralı» ve **«Partiler Devleti»** ile **«Hukuk Devleti»** ve Anayasa yargısı münasebetleri bugün, bir «Büyük Problem» (Problème formidable, Mighty Problem) olarak Kıt'a Avrupası ve Common Law hukuk sistemlerinde gündemdedir (67).

«Common Law» hukuk sistemi içinde, Birleşik Devletlerde bu problem, bir **«Temel haklar tartışması»** (68) biçimini almış ve **«Fundamental Rights Controversy»**nin taraftarları **«Çoğunluk kuralı»** ve **«Kazai denetim»** (Judicial Review) arasındaki gerilimleri çözmek için farklı formüller önermişlerdir.

Ancak eklemek gerekir ki, bu tartışmanın **«background»**unda Yüksek Mahkemenin siyasi karar alma sürecinde oynadığı rolle ilgili farklı değerlendirmeler vardır.

Alman Federal Cumhuriyeti'nde anayasa yargısı dinamizmini sınırlama konusu teori ve pratikte önem kazanırken, Fransa'da V. Cumhuriyetin ilk siyasi iktidar değişikliği, Anayasa Konseyi'nin sistem içindeki yerini tartışma konusu yapmıştır.

Türk siyasi - anayasal sisteminde Anayasa Mahkemesi, «rodaj dönemi» kararları ile, III. Cumhuriyetin getirdiği **«Yeni düzen»**i yorumlama ve bu düzen içinde rolünü bulma arayışı içindedir.

a. Birleşik Devletlerde «Temel haklar tartışması» ve «National - policy maker» olarak Yüksek Mahkeme

Birleşik Devletlerde «Temel haklar tartışması»nda **«Lochner'ın hayaleti»** (The Ghost of Lochner) önemli bir yer tutar.

1880'lerden 1937'li yılların **«West Coast Hotel v. Parrish»** dönemeç kararına kadar 1929 krizi ve Franklin Roosevelt'in **«New Deal»** programını da içine alan dönemde Yüksek Mahkeme, klasik ekonomik liberalizm ve kamu güçlerinin yeni biçimlenen müdahalecilik anlayı-

---

(67) Cf. **Mauro Cappelletti**, «The 'Mighty Problem' of Judicial Review and the Contribution of Comparative Analysis», Southern California Law Review, 1980 (2), s. 409 vd.

(68) Birleşik Devletlerde «Temel Haklar tartışması» için özellikle bk. **Paul Brest**, «The Fundamental Rights Controversy : The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship», The Yale Journal, 1981 (90), s. 1063 vd.

şı arasında kalmış ve tercihini de ilk anlayıştan yana yapmıştır. Bu dönemde Yüksek Mahkemenin Anayasada okuduğu «Sosyal Dervinizm» ve «Laissez-faire»ciliktir.

Yüksek Mahkeme kararlarında dogmatik liberalizm en yüksek noktası 1905 tarihli **«Lochner v. New York»** kararıdır (69). Yüksek Mahkeme bu kararda, ekmek fırınlarında çalışma saatlerini günde 10, haftada 60 saatle sınırlayan bir «New York» statüsünü Anayasa'nın liberal felsefesine aykırı bulmuştur.

Anayasanın plüralist mantığı üzerinde duran ve bu mantığın belli bir **«ekonomik teori»**nin resmileştirilmesine imkân tanımadığını ileri süren Yargıç Holmes'in **«Lochner v. New York»** kararına ekli dissen'i, ilgi çekicidir :

«This case is decided upon an economic theory which a large part of the country does not entertain... A Constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the State or of lassez-faire. It is made for people of fundamentaly differing views and the accident 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.»

Justice Black, **«Ferguson v. Skrupa»** kararında **«Due Process Clause»**un belli bir ekonomik ve sosyal felsefe ile bağdaşmayan kanunları Anayasaya aykırı bulmada nasıl teknik bir araç olarak kullanıldığını tesbit ettikten sonra Yüksek Mahkemenin 1963'lü görüşünü açıklarken şunları yazmıştır :

«Kanun koyucunun başucu kitabı olarak **Adam Smith, Herbert Spencer,** Lord Keynes ya da başkalarını alması bizi ilgilendirmez» (70).

Son bir tahlilde Yüksek Mahkeme Lochner felsefesinden uzaklaşarak bir yargıcının ifadesi ile sosyal ve ekonomik alanda «Bugün'ün kendini yönetme hakkına sahip olduğunu» kabul etmiştir.

Amerika Birleşik Devletlerinde Yüksek Mahkemenin siyasi karar alma sürecinde oynadığı rol üzerindeki tartışmada Robert A. Dahl'ın tezi önemli bir yer tutar (71).

---

(69) Cf. **«Lochner v. New York»**, 198 U.S. 45 (1905).

(70) Cf. **«Ferguson v. Skrupa»**, 372 U.S. 726, (1963).

(71) **Dahl,** 1957 de yayınlanan bir makalesinde ileri sürdüğü görüşleri daha sonra kitaplarına da aktarmıştır. Bk. **Robert A. Dahl,** «Decision-Making in a Democracy : The Supreme Court as a National Policy-Maker», Journal of Public Law, 1957, s. 279 vd; —İD., Pluralist Democracy in the United States, Rand McNally, 1972 (16. Bölüm).

Dahl Yüksek Mahkeme'nin, sınırlı geçiş dönemleri dışınra, Amerikan politikasında hakim ulusal koalisyonun «The dominant national alliance» aktif bir ortağı olarak diğer siyasi kurumların kararlarına destek teşkil ettiği görüşündedir.

Dahl'in tezi, klasik tezlerden farklı olarak, **«Kural koyucu çoğunluk»** (lawmaking majority) ve Mahkeme arasında «bütünleşme» hipotezi üzerine kuruludur (72).

Dahl'e göre, Yüksek Mahkemenin **Dred Scott kararı** (73) ve **New Dahl** örnekleri, siyasi «establishment» içinde bir temel uzlaşmanın sağlanamadığı dönemlerin ürünleridir.

Dahl tezi farklı açılardan eleştirilmiştir. Bu çalışmanın ilgi alanı içinde kalan bir ilk dikkate alma, Dahl çözümlemesinin tarihi ile ilgilidir. «Internal Security Act» 1950, «communist Control Act» 1954 tarihlidir.

Pinto'nun ifadesi ile «temel hak ve hürriyetler bunalımı» olarak adlandırılan siyasi ortamın hukuki koordinatlarını veren bu iki kanun «Dahl'ın kullandığı yargı kararlarına konu olmuştur. Bu dönemde, Kongre «Soruşturma Komisyonları» da, siyasi iktidarın «yıkıcı faaliyetler»le mücadele programı ve ulusal güvenlik politikasının önemli parçalarındandır. Kongre ve Yürütmenin politikalarını başarısızlığa uğratan 1957 tarihli **«Yates v. United States»** kararına (74) kadar, Federal Yüksek

---

(72) «Except for short-lived transitional Period when the old alliance is disintegrating and the new one is struggling to take control of political institutions, the Supreme Court is inevitably a part of the **dominant national alliance**. As an element in the political leadership of the domiant alliance, the Court, of course, supports the major policies of the alliance.

By itself, the Court is almos powerless to affect the course of national policy. In the absence of substantial agreement within the alliance, an attempt by the Court to make national policy is likely to lead to disaster, as the Dred Scott decision and the early **New Deal cases demonstrate»** «Decision-Making...», op. cit., s. 293.

(73) **Dred Scott** kararı için bk. **E. Fehrenbacher**, The Dred Scott Case : Its Significance in American law and Politics. Oxford University Press, London, 1979.

(74) **«Yates kararı»** aynı günlerde verilen ve Kongre soruşturma komisyonlarının yetkilerini sınırlayan ve kamu görevlilerinin açığa alınma ya da görevlerine son verme işlemlerinde yargı denetimini güçlendiren bir dizi karar içinde yer alır ve gerçek değeri de bu bütün içinde görülür

«Yates kararı»na tepkiler konusunda bk. **Walter F. Murphy**, Congres and the Court. University of Chicago Press, Chicago, 1962; **J.-P. Lassale**, La Cour Supreme et le problème communiste aux Etats-Unis, A. Colin, Paris 1960, s. 75 vd.

Mahkemenin «pasif dönem» kararları (75) Dahl hipotezinde malzeme olarak kullanılmıştır. Bu dönem kararları içinde **«Smith Act»** ve «düşünce açıklama hürriyeti» ile ilgili ünlü «Denis v. United States» kararı da (76) vardır.

Yüksek Mahkemenin kamu hürriyetleri konusunda tavır değişikliği belirleyen kararlar arasında **«Membership Clause»**la ilgili **«Jenckes» kararı** Kongre'nin «Yargıçlar Hükümeti»ne ilk tepkisine yol açan karar sayılır (77).

Son bir analizde Dalh tezi, Yüksek Mahkemenin belli bir siyasi - hukuki ortam ve sınırlı bir zaman dilimi içinde tutumu bakımından operasyonel gözükmektedir.

Bu açıklama şemasını tarihini silerek genelleştirmek Yüksek Mahkemenin Amerikan siyasi - anayasal sistemi içindeki yeri konusunda yanıltıcı sonuçlara götürür.

J.D. Casper'de **Dahl tezi**'ni eleştirirken, özellikle Warren ve daha sınırlı bir ölçüde de kalsa **Burger** Mahkemelerin **«aktivizm»**ine, siyasi karar alma sürecinde ve özellikle de temel hak ve hürriyetlerin korunmasında değişen rollerine dayanmaktadır (78).

«Warren Mahkemesi»nin özellikle dört alanda verdiği kararlar; ırklar arası münasebetler alanı, temel hak ve hürriyetler alanı, kamu iktidarlarının kurulması ve yapısı ile ilgili —özellikle «Baker v. Carr« ve **«Reynolds v. Sims»**— kararları ve ceza muhakemesi hukuku ile ilgili kararları, Yüksek Mahkemenin **«National-policy-maker»** rolünü çok daha belirgin hale getirmiştir (79).

---

(75) Bu konuda özellikle bk. **A. M. Bickel**, «The Passive virtues», Harvard Law Review, 1960, s. 40 vd.

(76) Bk. **«Denis v. United States»** 341 U.S., 494, (1951).
Yüksek Mahkemenin 1950 lerdeki rolü için bk. **Jonathan D. Casper**, The Politics of Civil Liberties. Harper-Row, N.Y. 1972, bölüm II.; **S. Hoffmann**, «L'anti-communisme dans le droit public des Etats-Unis», RDP 1956, s. 16 vd.

(77) Bk. **J. P. Lassale**, op. cit., s. 103 vd.

(78) Cf. **J. D. Casper**, «The Supreme Court and National Policy Making», American Political Science Review, 1976, s. 50 vd.

(79) Cf. **Walter Gellhorn**, «Courts and the Quest for Equality», in JOR, 1973, s. 571 vd.; **P. Mutignon**, «Les arrêts de la Cour Supreme sur le redécoupage des circonscriptions éléctroales», RDP., 1967, s. 694 vd; P. Vialle, La Cour Supreme et la Représentation politique aux Etats-Unis, op. cit., s. 111 vd.

Warren ve Burger «Mahkemeleri»nin pratiğini karşılaştıran bir dosya için bk. «La Cour Supreme des Etats-Unis : Un Gouvernement des Juges», Problèmes

b. Alman Anayasa yargısı dinamizmini sınırlama tartışması ve «Siyasi sorun» doktrini

Federal Almanya da son yıllarda teori ve pratikte görülen bir eğilim, Alman anayasa yargısı dinamizmini (80) belli sınırlar içinde tutma eğilimidir.

1949'dan başlayarak, hakim Alman doktrini, **«pozitivizmi», Nasyonal-sosyalizmin** iktidara gelmesinde oynadığı rol sebebi ile, mahkum etmiştir.

Kamu hukuku yıllığı, **«Jahrbuch des öffentlichen Rechts»**in 33. cildinde yer alan makaleler, Alman doktrinin bir bölümünde farklı değerlendirmeler yönünde bir değişmenin varlığını göstermektedir (81).

Tarihi nitelikte bir makalede, iki savaş arasının ünlü Alman kamu hukukçusu **Richard Thomas**'ın «pozitivizm»i Yasa-koyucunun demokratik meşruiyeti adına savunulurken, ikinci bir yazıda profesör **Gusy**, yargıcın hukuk yaratmada sınırları problemini tartışmakta ve hakim doktrin ve anayasal jürisprüdanstan farklı bir tez savunmaktadır. Temel Kanun, Yargıcın, metnin bütününden eksik kuralları çıkartabileceği, kendi kendine yeterli bir normlar bütünü müdür, yoksa yasa-koyucunun karar alma iktidarına imkân tanıyan ve yargıcın hukuk yaratmasını çok sınırlı durumlara inhisar ettiren açık ve boşluklu bir metin midir?

Politiques et Sociaux, 1978 (No. 335).; Ch. **Cadoux**, «Le Pouvoir judiciaire aux Etats-Unis depuis l'élection de R. Nixon», RDP, 1978, s. 45 vd; A. Mathiot, «La Cour Supreme des Etats-Unis à la fin de l'Administration Johnson», RFSP., 1969, s. 261 vd;

R. P. Claude, «Interventions judiciaires aux Etats-Unis», RDP, 1973, s. 1011 vd; **J. Mason**, «The Burger Court, in Historical Perspective», Political Science Quarterly, 1974, s. 40 vd.

(80) Siyasi kararlar üzerinde etkisi Supreme Court anlamında **«reform»** ve **anti-reform»** dönemlerine ayrılmasa da, Alman Federal Anayasa Mahkemesinin sosyal-liberal yönetimler döneminde sosyal reformları geciktirici bir unsur olduğu ileri sürülmüştür.

Yüksek Mahkeme kararlarında reformizm ve anti-reformizim için bk. **Archibald**)Cox, The Warren Court. Constitutional decision as instrument of reform. Harvard University Press, Cambridge, 1974 (5. ed.); **Vincent Blasi**, ed., The Burger Court. The Counter-revolution That Wasn't., Yale University Press, New Haven, 1983. Alman Federal Anayasa Mahkemesi için bk. **Ch. Landfried**, The German Federal Constitutional Court, op. cit., s. 10 vd.

(81) Cf. **Jahrbuch** des öffentlichen Rechts (P. Mâberle, ed.) Tübingen 1984, C. 33. Bk. **M. Fromont**'un RDP 1985, s. 1428 vd. bibliografik notu.

Gusy açıkça ikinci tezi benimsemektedir.

Anayasa teorisinde görülen bu değişme paralelinde politika teorisinde de, Temel Kanunun kurucu unsurunun sadece **«Rule of law»** (Hukuk Devleti) değil ama aynı zamanda «Demokrasi prensibi» de olduğu ve bu prensibin yargı yolu ile çözülen bir çok problemin siyasi süreçte çözülmesini gerektirdiği ileri sürülmüştür (82).

Heidelberg Üniversitesi'nden **Christine Landfried,** Alman anayasa yargısı dinamizmini sınırlama adına soyut norm denetimi mekanizması ve pratik siyasi sonuçlarını eleştirirken, Karlsruhe Mahkemesinin bir «yorum ahlakı» olarak «siyasi sorun doktrini»ni (political question doctrine) benimsemesini, «demokrasi prensibi» adına, gerekli görmektedir (83).

Karlsruhe Mahkemesi Başkanlarından **E. Benda**'ya göre Alman Federal Cumhuriyeti'nde anayasaya uygunluk denetimi yetkisi, sınırsız olarak, bu amaçla kurulan bir yargı yerine verilmiştir ve bu nedenle siyasi sorunlar Amerikan teorisinin (84) Alman sisteminde uygulanma alanı olmamıştır. Bu teori yerine Mahkeme bir **«judicial self-restraint»** prensibi olarak «Anayasaya uygun yorum» tekniğini kullanmıştır.

Ancak çok yakınlarda Alman Federal Anayasa Mahkemesinin anayasa yargısı dinamizmini «Siyasi sorun doktrini» ile sınırladığını gösteren kararlar da vardır.

Alman Federal Anayasa Mahkemesinin Devlet Başkanının **«Bundestag»ı** fesih kararını Temel Yasa'ya uygun bulan 16 Şubat 1983 ta-

---

(82) Bu konuda özellikle bk. **Christine Landfried,** «The German Federal Constitutional Court and its impact on politics and policy output», Paper presented at the IPSA XIII. Dünya Kongresine sunulan tebliğ, (Temmuz 1985), s. 14 vd.

(83) **Karlshruhe** yargıçlarının «siyasi sorun doktrini» karşısında tavrını belirleyen 1983 tarihli bir araştırmada, ikinci «senato»nun 8 yargıcından ikisi bu doktrinin benimsenmesini yerinde bulurken, üçü mahkemenin başka bir biçimde aynı doktrini uyguladığını ileri sürmüş, birinci senatonun altı yargısı ise bu doktrinin Alman Federal Anayasa Hukukunda yeri olmadığını iddia etmiştir. İki senatonun 16 yargıcından sadece biri Alman Federal Anayasa Mahkemesinin «siyasi sorunlar»da karar vermediğini açıkça söylemiştir.

(84) Siyasi sorunlar Amerikan teorisi, Kıt'a Avrupası «Hükümet tasarrufları» teorisine yakın bir anlam taşır.

Amerikan siyasi sorun doktrini ve İsviçre Federal Mahkemesi jürisprüdansında «Hükümet tasarrufları» kategorisinin yorumu arasında yakınlık konusunda özellikle bk. **Mahkemenin** 16 Şubat 1973 tarihli «Les Pas S.A.» kararı.

rihli kararı (85), Mahkemenin kendi rolü konusundaki anlayışında önemli bir değişikliği göstermektedir.

Mahkeme 1957 yılında verdiği bir kararda, «Anayasa hukukunun gelişmesine katkıda bulunmanın ilk safta Anayasa Mahkemesine ait olduğu» görüşünü benimsemiştir.

16 Şubat 1983 tarihli kararında ise Mahkeme, rolünü üç anayasal organın —Federasyon Başkanı, **Bungestag** ve **Federal Hükümet**— yorumunun, anayasaya uygunluğunu denetleme olarak görmüştür.

Anayasa Mahkemesi, kamu iktidarlarının takdir yetkilerinin kullanılmasında «açık değerlendirme hatası» (erreur manifeste d'appréciation) nın ötesine geçmeyen sınırlı bir denetim uygulamış ve siyasi organların Anayasanın yorumunda rolünü tanımıştır (86).

Anayasa Mahkemesinin gerçekleştirdiği bu **«minimum denetim»**, «siyasi sorun doktrini»nin bir ilk uygulaması olarak da değerlendirilmiştir (87).

c. Fransız Anayasa Konseyi ve «alternance» tartışması

1958 Anayasası ile kurulan V. Cumhuriyetin ilk siyasi çoğunluk değişikliğinden, **«alternance»**, sonra Fransız Anayasa Konseyi'nin siyasi-anayasal sistem içindeki rolü konusunda iki farklı tez geliştirilmiştir.

Bu tezlerden ilki Louis Favoreu'nun Anayasa Konseyi'ni **«alternance»**ın teminatı olarak gören tezi (88) ikincisi ise Konsey'in parlamenter muhalefet için kullanılabilir bir karşı-iktidar aracı olarak gören ve problemi çatışma problematiği içine koyan Keeler'in tezidir.

---

(85) «Organik ihtilaflar» konusunda (litiges organiques, Organstreitigkeiten) konusunda bk. **Jean-Claude Béguin**, Le contrôle de la constitutionnelité des lois en République Fédérale d'Allemagne, op. cit., s. 38 vd.

(86) Anayasa Mahkemesinin bu kararı ve kararla ilgili değerlendirmeler için bk. Philippe Lauvaux, Jacques Ziller, «Trente-cinq ans de parlementarisme rationalisé en République Fédérale d'allemagne : un bilan» RDP, 1985, s. 1065; **M. Fromont**, «Le parlementarisme allemand de 1981 à 1983 : Crise et mutation», RDP, 1983, s. 955 vd.

(87) Bk. **Ch Landfried**, «The Federal Constitutional Court and its impact on Politics and Policy Output», op. cit., s. 21.

(88) Bk. **Louis Favoreu**, «Le Conseil Constitutionnel et l'alternance», in Olivier Duhamel, Jean-Luc Parodi, La Constitution de la Cinquième République. Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, Paris 1985, s. 422 vd.

Fransa'da 1881'de ki durum, 1930'lar Birleşik Devletlerinde, **Franklin D. Roosevelt**'in New Deal reformlarının, siyasi bakımdan muhalif bir Yüksek Mahkeme tarafından engellendiği durumla (89) karşılaştırılmıştır.

Bu analojiyi yerinde bulan **John T. S. Keeler** (90) Fransız Konseyinin Amerikan Mahkemesinden çok daha güçlü bir biçimde partizan olduğunu ileri sürmüştür.

Keeler, Yüksek Mahkemenin dört muhafazakar «tenacious conservatives», üç liberal «safely in the liberal camp» ve iki ılımlı üyesine karşı, Fransız Anayasa Konseyi'nin dokuz üyesinden yedisinin önceki siyasi çoğunluk partilerine bağlı ve sadece birinin, **Monerville**'in, «progressive» olarak bilindiğine, Başkan'ın ise (Roger Frey) 1959'dan 1974'e kadar «Gaullist» milletvekili ya da bakanların en etkililerinden biri olduğuna işaret etmektedir.

Keeler, Anayasa Konseyi'nin iktidarın yasama politikası üzerindeki etkisini araştırırken istatistik analiz verilerini, anayasaya aykırı bulunan düzenlemelerin önemini ve muhalefetin Anayasa Konseyine başvurma tehdidi ve bu başvurunun anayasaya aykırılık tesbiti ile sonuçlanma tehlikesinin yol açtığı **«legislative self-restraint»** ya da yönetimin kendi - kendini sınırlama eğilimini, çalışma malzemesi olarak kullanmaktadır.

İstatistik analiz, Sosyalist dönemin ilk üç buçuk yılı içinde Konsey'in muhalefetin başvurusu ile 48 işlemin anayasaya uygunluk denetimini yaptığı ve bu düzenlemelerin yarısına yakınını (% 43.8) hiç olmazsa kısmen, anayasaya aykırı bulduğunu göstermektedir. Buna karşılık **Giscard** döneminde Konsey, incelediği düzenlemelerin sadece % 23.4'ünü Anayasaya aykırı bulmuştur.

Anayasa Konseyi'nin bu pratiği **Roosevelt** yönetiminde Yüksek Mahkeme pratiği ile karşılaştırıldığında, Yüksek Mahkemenin 1934 - 1936 arasında sadece 13 kanunu anayasaya aykırı bulmasına karşılık, Anayasa Konseyi'nin Haziran 1981'den 1984 sonuna kadar 21 kanunu kısmen ya da bütünü ile Anayasaya aykırı bulduğu görülmektedir.

---

(89) Bk. **John T.S. Keeler»**, Toward a Government of Judges? The Constitutional Council as an Obstacle to Reform in Mitterrand's France», Paper presented at the İPSA XIII th World Congress, Paris July 1985, s. 6 - 7.

(90) Bu konuda özellikle bk. **William Leuchtenburg,** Franklin D. Roosevelt and the New Deal : 1932 - 1940, **Harper,** Row, N.Y. 1963; **Leonard Baker,** Back to Back : The Duel Between fdr and the Supreme Court. **MacMillan,** N.Y. 1967. (bölüm 10).

Anayasa Konseyi kararlarının Yüksek Mahkeme standartlarına göre değerlendirilebileceği ikinci kritik dönem, **Warren Mahkemesi**'nin 1953 - 1969 arası «judicial activism» dönemidir. **Warren Mahkemesi** 16 yıl içinde 25 kanunu Anayasaya aykırı bulmuştur (91).

Konsey'in siyasi çoğunluğun yasama politikası karşısındaki durumunun değerlendirilmesinde istatistik analizin yanında Anayasaya aykırı bulduğu yasaların politik öneminin de dikkate alınması gerekir.

Anayasa Konseyi'nin Anayasaya aykırı bulduğu yasalar arasında Hükümet politikasında kritik önemi olan millileştirme yasası, Yerel seçimler Yasası, Adem-i merkeziyetçiliğin (decent-ralisation) Deniz aşırı bölgelerde uygulanması ile ilgili yasa, Üniversite ve Basın reformu yasaları yer almaktadır (92).

Anayasa Konseyi kararları arasında en büyük tepkiyi, 16 Mart 1986 seçimlerinin hemen öncesinde **Mitterand**'ın Konsey Başkanlığına atadığı **Robert Badinter**'in **«Palais Royal»**ın bir kanadı için anayasal doğru, diğer kanadı için anayasal hata diyerek istihza ile karşıladığı (93) Millileştirme Kanunu ile ilgili (94) kararı almıştır. Ancak Konsey Yönetime karşı «hukuk gerillası»nı Basın reformu kararı ile sürdürmüştür (95).

---

(91) Bk. **C. Herman Pritchett,** Constitutional Law and the Federal System. Englewood Cliffs, Prentice-Hall, N.J., 1984, s. 155 vd.

(92) Bk. **Anayasa Konseyi**'nin 16 Ocak 1982; 18 Kasım 1982; 2 Aralık 1982; 20 Ocak 1984 ve 11 Ekim 1984 tarihli kararları.

(93) Hükümet, Millileştirme projesini, Anayasa Konseyi ile aynı binada **«Palais-Royal»** de çalışan Conseil d'Etat'ya danışarak hazırlamıştır.

(94) **Konseyin** 16 Ocak 1982 tarihli kararı, anayasal çerçeve içinde bir millileştirme genel teorisi kurmuş ve bu teorinin kurulmasında 1789 Beyannamesini kullanmıştır. Bu konuda bk., **Jean Rivero,** «Ni lu, ni compris», AJDA, 20 Avril 1982, s. 209 vd.

(95) **Olivier Duhamel,** v. Cumhuriyet Anayasasının gizli mantıkları adlı yazısında Konseyi Parlemento-içi muhalefetin kullanabileceği bir karşı - iktidar aracı olarak görmüştür. Duhamel'e göre, Anayasa yargıcının 1970'lerden sonra rüşte erişmesinin Anayasa mantığında yazılı olduğu kolayca ileri sürülemese de, Anayasa Biliminin ilk kuralı bu gelişmeyi açıklamada yeterlidir; Thucydies'in «Her insan sahip olduğu yetkiyi sonuna kadar götürme eğilimindedir» değerlendirmesi kurumlar için de geçerlidir ve kanun metinlerinin Anayasa uygunluğunu denetlemekle görevli, üyeleri hâkim teminatından faydalanan bir kurul, var olabilmek, için, ister istemez çoğunluk iktidarı ile karşı karşıya gelir.

Bk. **Duhamel,** «Les logiques cachées de la Constitution de la V. République, in **O. Duhamel, J.-L. Parodi,** La Constitution de la V. République, op. cit., s. 18 vd.

d. III. Cumhuriyet Anayasa Mahkemesi kararlarında, «kurucular»ın felsefesine uygun yorum ve «jüdicial self-restraint» eğilimi

1982 Anayasası, «güçlü Devlet» ve «etkili Yürütme» arayışı içinde, rasyonelleştirilmiş «Başkanlı bir parlamenter sistem» ve yeni bir «yönetilebilir demokrasi» formülü (96) getirmiştir.

«Devlet Fikrinin restorasyonu» Anayasanın tipik özelliklerinden biridir. Anayasa bu anlamda iktidarı iki planda düzenlemiştir : Devlet Başkanının kişiliğinde bir «Devlet iktidarı» (97) ve Parlamento aracılığı ile bir «partiler iktidarı».

Temel hak ve özgürlüklere genel sınırlama getiren Anayasa, hak ve ödev bağlantısını kurarak «yönlendirilen özgürlük» formülünü düzenlemiş, «siyasi alan»ı Anayasa ideolojisine aykırı düşüncelere kapamıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 14 Eylül 1983 tarihli kararında 1982 Anayasasının bu özellikleri üzerinde durmuştur. Yargıtay'a göre, «1982 Anayasa felsefesinde, 1961 ve 1924 Anayasalarına karşı, güçlü Devlet ve otoriter idare kavramlarına daha fazla önem verildiği ve özellikle Yürütmenin, Yasama ve Yargı karşısında daha da güçlendirildiği tartışmasızdır. Anayasanın bir çok maddesi bu temel düşünceye uygun olarak düzenlenmiştir» (98).

Anayasa Mahkemesi de 1985/7 karar sayılı kararında benzer bir değerlendirme yapmıştır.

Anayasa Mahkemesine göre, «1982 Anayasası'nın 2. maddesinde, insan haklarına toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde saygılı olunacağı hükmüne yer vermek suretiyle 1961 Anayasasına nazaran Devlet ve toplumun çıkarlarına öncelik tanınmıştır» (99).

---

(96) **«Yönetilemezliğin»** (L.Ingouvernabilité analizleri için bk. **M. Crozier, J. Watanuki, S.P. Huntington,** The Crisis of Democracy, N.Y. 1971.

(97) 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini düzenleyen 104. madde kuralı, 1958 Fransız Anayasası 5. madde hükmünün kısmi bir resepsiyonudur : «Le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure... le fonctionnement régulier des pouvoirs publices...» «Devlet iktidarı» konusunda bk. G. Burdeau, «La conception du pouvoir selon la Constitution Française du 4 Octobre 1958», RFSP., 1959, s. 88 vd.

(98) Bk. **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu,** 14.9.1983, K. 983/803, Yargıtay Kararlar Dergisi, 1983, s. 11, s. 1591 vd.

(99) Bk. **24 Ağustos** 1985 tarih ve 18852 tarihli R.G., s. 37.

Ancak Anayasa Mahkemesi, anayasa yargısında «ters simetri yasası»nın yeni bir doğrulaması sayılabilecek 1985/4 ve 1985/16 karar sayılı kararları ile (100) ekonomik alanda «Özelleştirme» ya da **«Devletsizleştirme»**yi Anayasaya uygun bulmuştur.

Anayasa Mahkemesi «Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun»la ilgili 1985/4 karar sayılı kararında yerleşik içtihadından ayrılarak kamu hizmetlerinin «iktisadi şartlara» göre fiyatlandırılmasını Anayasaya aykırı bulmamış, «gelir ortaklığı»nı da bu hizmetlerle bağdaşır kabul etmiştir (101).

Atatürk'ün iktisadi görüşlerini katı ve doktriner bulmayan Anayasa Mahkemesi «Anayasa liberal bir iktisadi politika takibine elverişli olduğu kadar karma bir iktisadi politika takibine de müsaittr» (102) derken Kanun koyucunun başucu kitabı olarak **F. von Hayek** ya da **Keynes'i** (103) seçmesinin Anayasa yargıcını ilgilendirmediğini söylemektedir.

Bu anlamda, Anayasa Mahkemesinin bir başka kararında kullandığı formüllerle, **«milli iradeyi oluşturmada»** başarı sağlayan «güçlü siyasi parti»nin (104) ekonomik politikasını uygulama hakkı vardır.

«Siyasi alan»ın Anayasa ideolojisine aykırı akımlara kapatılması, Devleti ve anayasal düzeni **«koruma teorisi»**nin Anayasa ile kurulması, **Max Weber** düşüncesinden etkilenen Carl Schimtt'in **«Politik Anayasa»** (105) adını verdiği Anayasaların tipik özelliğidir.

---

(100) Anayasa Mahkemesinin 1985/4 Karar sayılı kararı, 26/6 : 1985 tarih ve 18793 sayılı Resmî Gazete : Anayasa Mahkemesinin 1985/16 Karar sayılı kararı 5.12.1985 tarih ve 18949 sayılı Resmî Gazete.

(101) Yıldızhan Yayla Anayasa Mahkemesinin bu kararını incelediği yazısında «Sosyal Devlet ilkesinin bir gereği olan kamu hizmetlerinin, iktisadi Devlet uygulaması içinde, daraltılabilmesi ve rakipsiz «Devlet özel işletmeleri» haline getirilebilme olgusu ile karşı karşıya» olduğu sonucuna varmıştır. Bk. **Y. Yayla**, «Sosyal Devletten İktisadi Devlete veya kamu hizmetinin sonu», Hukuk Araştırmaları C. I., S. I., 1986, s. 37.

(102) Bk. **5.12.1985** tarih, 18949 sayılı Resmî Gazete, s. 32.

(103) **Neo-liberal akım içinde Keynes**'e rakip ekolün düşünce hocası, **F. von Hayek** ve temsil ettiği ekol için bk. **Louis Beeck**, «idéologies, économie démocratie», in Jean Leca, Roberto Papini, Les démocraties sont-elles gouvernables? Economica, Paris 1985, s. 44 vd.

(104) **Anayasa Mahkemesi** 1984/2 Karar sayılı kararı. 1.5.1984 tarih ve 18388 sayılı Resmî Gazete, s. 28.

(105) Politiğin Schmitt'çi tanımı için bk. Gianfranco Poggi, The Development of the Modern State. A Sociological Introduction, Hutchinson, **London**, 1978, s. 9 vd; **S.N. Eisenstadt**, ed., Political Sociology, N.Y. 1971, s. 459 vd.

Schmitt, «Weimar Anayasası»nın zaafını «politik bir anayasa» olmamasında görmüştür.

Schmitt'çi tezin (106) etkileri, anayasal değerleri koruma adına bir parti yasaklaması getiren ve «koruyucu» ya da **«militant»** demokrasi anlayışının tipik bir örneğini veren Bonn Temel Yasası'nda ve Alman Federal Anayasa Mahkemesi jürisprüdansında görülebilir.

Kavramın **Schmitt**'çi anlamında **«politik»** bir anayasa olan 1982 Anayasası, «Başlangıç»da «koruma görmeyecek» düşüncelere «siyasi alan»ı kapamıştır.

Anayasa Mahkemesi, «Huzur Partisi vak'ası»nda «Atatürk ilke ve inkılâpları... 1982 Anayasasının temel dayanağını ve felsefesini oluşturmuştur» derken, resmi bir anayasa ideolojisinin varlığını kabul etmekte ve bu ideolojiyi, belirlenen siyasi alan dışında kalan partiler için, bir kapatma gerekçesi olarak görmektedir (107).

III. **Cumhuriyet'de Formel Anayasada** bir seçim sistemi problemi yer almamaktadır ama, plüralizmleri ve çokmerkezilikleri sınırlayan anayasal düzenlemelerin mantığı **«yönetilebilir demokrasi»**nin parti ufalanmasını engelleyici, siyasi bakımdan etkili formüllerini de öngörmektedir.

Anayasa Mahkemesi «Mahalli seçimler Kanunu»nun Anayasaya uygunluğunu denetlediği davada «(İndirimli baraj sisteminin)... partiler arası eşitsizliğe yol açacağı düşünülebilir. Ancak bu eşitsizlik haklı bir nedene dayanmakta ise eşitlik ilkesinin çiğnenmiş olduğundan söz edilemez... Şu halde siyasi tercih konusu olan seçim sistemlerini, Anayasa'nın diğer hükümlerine uygun olmak koşulu ile eşitlik ilkesi açısından yargılayıp bir sonuca varmak doğru değildir.

Bir seçim sisteminin eşitliğe... ağırlık vermesi istikrarsızlığa neden olduğu, istikrara ağırlık vermesi de eşitliği zedelediği gerekçesi ile eleştirilmektedir.

Böylece seçim sistemleri üzerindeki tartışmalar hangisinin daha faydalı ya da sakıncalı olduğu noktasına dayanmaktadır. Bunun takdirinin yasa koyucuya ait olduğu açıktır...» demekte ve Anayasanın 68. maddesinin 2. fıkrası ile getirilen «Siyasi partiler demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır» kuralında «birden çok, başka bir anla-

---

(106. Bk. **Carl Schmitt**, La notion de politique, Préface de Julien Freund, Calmann-Levy, Paris 1972, s. 59 vd., s. 86 vd., 161 vd.

(107) **Anayasa Mahkemesinin** 1983/2 karar sayılı Kararı, AYMKD., s. 20, 1985, s. 357 vd.

tımla en az iki siyasi partinin kastedildiği»ni, «bazı batılı demokrasilerin seçim sistemleri çok sayıda partinin parlamentoya girmesine imkân vermediği halde, buralarda demokrasinin olmadığının söylenemeyeceği»ni ileri sürmektedir.

Anayasa Mahkemesine göre «halkın serbest irade ihzarı yollarını tıkayacak veya siyasi hayatın cereyanını tek partinin tekeline bırakacak ve çok partili rejimi yok edecek düzenlemelerde bulunmadıkça, yasama organının belli seçim usullerinden herhangi birisi üzerinde karar vermesi mümkündür» (108).

Anayasa Mahkemesi, «milli bakiye usulü»nü kaldırarak orantılı sistemin bir başka tipini, engelle düzeltilmiş d'Hondt yöntemini getiren 1036 sayılı Kanunun engeli ve bunun uygulanma şeklini düzenleyen 32. maddesinin 4. ve 5. fıkralarını Anayasaya aykırı bularak iptal ettiği ve **«jidicial activism»**in tipik örneklerinden biri sayılan 1968/13 karar sayılı kararından sonra (109), 1984 tarihli kararında, geniş anlamı ile bir siyasi konversvatizmden kaynaklandığını söylenmese bile, yeni bir «yönetilebilir demokrasi» biçimi getiren tezi benimsemiştir (110).

Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası ile getirilen yeni normatif sistemi (111) yorumlarken, 1958 Fransız Anayasası modeli, Yürütmeye özerk bir düzenleme yetkisi tanıyan, ikili normatif iktidar teorisini prensip olarak kabul etmemiş ve Yürütmeye bir yetki olma gücünü veren esasları Anayasa da sayılan ayrık hallerle sınırlarken Yürütmenin, klasik düzenleme yetkisini idarenin kanuniliği ilkesi çerçevesinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki olarak görmüş, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda sübjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisinin bulunmadığı sonucuna varmıştır (112).

Bu anlamda Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasasında **«Malberg'çi tez»**in korunduğu görüşündedir. Ancak, «Dış Ticaretin Düzenlenmesi»

---

(108) Bk. **Anayasa Mahkemesinin** 1984/2 karar sayılı kararı, 1.3.1984 tarih ve 18388 sayılı Resmî Gazete, s. 23 vd.

(109) Bk. AYMKD., s. 6, s. 125 vd.

(110) «Yönetilebilir demokrasi» (démocratie gouvernable) tezi ve Alman Federal Anayasa Mahkemesinin seçim engeli ile ilgili kararı için bk. **Walter Leisner**, «La Conception du 'politique' selon la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle allemande», RDP., 1961, s. 754 vd.

(111) Bu konuda bk. **L. Luran**, «Düzenleme yetkisi özerk sayılabilir mi?», İHİD, 1983, s. 1-3, s. 33 vd.

(112) **Anayasa Mahkemesinin** 1985/7 karar sayılı Kararı, 24.8.1985 tarih ve 18852 sayılı Resmî Gazete, s. 39.

ve Kanun Hükmünde Kararname uygulamasını Mahkemenin aynı tez çerçevesinde gördüğünü söylemek de zordur.

Anayasa Mahkemesinin 1985/1 karar sayılı kararına göre «...Bakanlar Kurulu, Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla (Dış Ticaret Konusunun) çerçevesini, genel esaslarını, temel yönlerini ve ayrıntılarını tümüyle düzenleme yetkisine sahiptir» (113). Başka bir ifade ile Dış Ticaret konusunda Yürütmeye «özerk» bir düzenleme yetkisi tanınmıştır (114).

Anayasa Mahkemesi, 2972 sayılı «Mahalli İdareler ve Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun»la ilgili olarak yetki yasasının anayasal niteliği konusunda getirdiği yorumla (115) **III. Cumhuriyet**'te, siyasi denetimi sınırlı kalan kanun hükmünde kararnamelerin, genel düzenleme tekniği olarak kullanılmasını kolaylaştırmıştır.

Bu genel tespitler çerçevesinde denilebilir ki, **III. Cumhuriyet**'in ilk yıllarında Anayasa Mahkemesi, Anayasayı «Kurucuların iradesi»ne uygun yorumlarken, «Parti politikası» karşısında da **«judicial self-restraint»**in tipik örneklerini vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin, bu anlamda, «Yasama politikası karşısında bir mayın tarlası» olduğunu söylemek, kararlarında da «Lochner'in Hayaleti»ni görmek zordur.

III. ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİMİNDE «ÖLÇÜ - NORMLAR» BLOKU VE ANAYASA MAHKEMESİNE YETKİ TANIYAN NORMLARIN YORUMU PROBLEMİ.

Uygunluk denetiminde referans - norm olan Anayasada, siyasi iktidarın müdahalesinin serbestçe gerçekleşebileceği alanlar (116) hangileridir?

---

(113) Bk. **Anayasa Mahkemesinin** 1985/1 karar sayılı Kararı, 17.6.1985 tarih ve 18787 sayılı Resmî Gazete.

(114) **Anayasa Mahkemesinin** «Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun»la ilgiil bu kararı iki önemli probleme gebe gözükmektedir : Dış Ticaret konusunda özerk düzenlemelerin, özellikle Kanun Hükmünde Kararnameler karşısında, normlar hiyerarşisindeki yeri problemi ve bu düzenlemelerin yargısal denetimi problemi.

(115) Bk. **T. Tan**, «Kanun hükmünde kararname uygulanması», AİD, 1984/4, s. 33 vd.

(116) Kanun muhtevasının Anayasada önceden programlanmamış olması halinde, kanun koyucunun takdiri olarak siyasi yerindelik sebeplerine başvurulabilmesi gibi...

Kanun koyucunun takdirine bırakılan alanlarda gerçekleştirilen denetimin ortaya çıkardığı problem, «Hukukilik denetimi» **(Contrôle de la légalité)** «Yerindelik denetimi» **(Contrôle de l'opportunité)** ayrımı klasik problemdir (117) ve **«Siyasi sorun doktrini»** ya da mahkemelerin **«üudicial self-restraint»** politikaları da bo çerçeve içinde değerlendirilir.

Bugün, **«Ölçü-normlar bloku»**nun muhtevası, Anayasa Mahkemelerine yetki tanıyan normların yorumu ve yaptırım tekniklerinin Anayasa yargıcına bağlı olarak farklılaşması, Anayasaya uygunluk denetiminin sınırları ile ilgili kilit problemler olarak görülmektedir.

Ölçü-norm olan «Anayasa kavramı»nın ya da «Anayasallık bloku»nun **(Bloc de constitutionnalité)** muhteva belirsizliği, **«Anayasa Muhakemesi Hukuku»**nun (Droit processuel constitutionnel) kısmen jürisprüdansiyel nitelikte olması ve Anayasaya aykırılığın maliyeti düşük yaptırımları olarak görülen yeni teknikler, bu kilit problemlerin koordinatlarıdır.

Anayasa Mahkemelerine yetki tanıyan anayasal ya da yasal normların yorumunda Türk Anayasa Mahkemesi, **«Saf yorumcu»** (Purely interpretive) metodu benimseyerek, «kanun dili» ile sınırlı kalırken, Fransız Anayasa Konseyi ve Alman Federal Anayasa Mahkemesinden ayrılmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 1985/4 karar sayılı müteferrik kararına konu olan, geçici tedbir ya da koruma problemine getirdiği çözüm «saf yorumcu model»in tipik bir örneğidir.

Fransız Anayasa Konseyi'nin 25 Ocak 1985 tarihli kararı ile gerçekleştirdiği jürisprüdans değişikliği ve Alman Federal Anayasa Mahkemesinin andlaşmaları uygun bulma kanunlarının denetimine getirdiği çözüm ise, «saf yorumcu» modelin anti-tezleri olarak gözükmektedir.

Anayasa Mahkemesinin 1985/7 karar sayılı kararına ekli bir «karşı-oy yazısı»nda, Anayasanın yabancıların taşınmaz mal edinmeleri konusunda özel bir hüküm getirmemiş olmasının bu konunun düzenlenmesini «tamamiyle kanun koyucunun takdir yetkisi içine» soktuğu ve «Kanun koyucunun Anayasa ile verilen takdir yetkisini kullanarak çıkardığı kanunların yerinde ve gerekli olup olmadığını denetleme ve bu konuda hüküm tesis etme»nin de Anayasa Mahkemesinin görevi içinde olmadığı ileri sürülmüştür.

(117) Bu ayrımın belirsizliği konusunda özellikle bk. **Chantal Pasbacq**, «De la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir», RDP, 1980, s. 803 vd.

Fransız Anayasa Konseyi, yetki sınırlarını belirleyen Anayasanın 61. maddesine 25 Ocak 1985 tarihli kararı ile getirdiği yorumla, isdar edilen kanunları —kısmen de olsa— denetim alanına sokmuştur.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, ilk prensip kararından başlayarak süreklilik kazanan içtihadında, normların mücerret ve müşahhas denetiminde olduğu gibi, «Anayasa şikayeti»nde de **(Verfassungsbeschwerde)** yetkisinin nihai kanunlarla sınırlı olduğunu, başka bir ifade ile kanunların ancak Federal Cumhuriyet Başkanınca **promülgasyonundan** sonra denetlenebileceğini kabul etmiş «önleyici-denetim» imkânını tanımamıştır. Buna karşılık Mahkeme, andlaşmaları uygun bulma kanunlarını yürürlüğe girmeden önce denetleme yetkisini, uygun bulma kanununun sonradan iptalinin andlaşmanın uygulanmasını engellemeyeceği gerekçesi ile, kendisine tanımıştır (118).

«Anayasal yargılama hukuku»nda yaptırım tekniklerinin Anayasa yargıcına bağlı olarak farklılaşması, siyasi sonuçları yeni görülmeye başlanan önemli bir gelişmedir.

Alman Federal Cumhuriyetinde Kanun koyucu 1951 tarihli kanunda **«iptal»**i, Anayasaya aykırılığın tek yaptırımı olarak düzenlemiştir.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi ise, kısmen jürisprüdansiyel nitelikteki **«anayasal yargılama hukuku»**nda (droit processuel constitutionnel, Versfassungsprozessrecht) farklı yaptırım teknikleri getirmiştir (119).

Mauro Cappelletti'nin **«Weapons** of limited warfare against unconstitutionality» olarak nitelendirdiği (120) bu yaptırım teknikleri farklılaşması içinde, yasaların yorumunda sadece özel bir teknik sayılamayacak olan ve yasaya yeni bir muhteva veren, «Anayasaya uygun yorum» da önemli bir yer tutmaktadır (121).

---

(118) Bk. **J. Burmeister**, «Position du Tribunal Constitutionnel Fédéral dans l'organisation des pouvoirs publics», op. cit., s. 18 vd.

(119) Bu konuda bk. **J.-C. Béguin**, Le Contrôle de la constitutionnalité des lois... op. cit., s. 157 vd.

(120) **M. Cappelletti**, W. Choen, Comparative, Constitutional Law, Bobs-Merill, N.Y. 1979, s. 94.

(121) Bk. **B. Çağlar**, Anayasa yargısı I. Sempozyumu, Ankara 1984, s. 296.
Anayasaya uygun yorum konusunda ayrıca bk. **M. Kıratlı**, Anayasa yargısında somut norm denetimi, Ankara 1966, s. 170 vd; **T. Akıllıoğlu**, «Anayasa Mahkemesine göre Anayasa 114 yorumu», in **S.L. Meray**'a Armağan, Ankara 1981, C. I., s. 14 vd.

Anayasaya uygun yorum tekniği bugün Kıt'a Avrupası Anayasa Mahkemeleri tarafından kullanılan ortak bir teknik olmuştur. Türk Anayasa Mahkemesi de, Anayasaya uygunluk denetiminde, **«uygun yorum»** tekniğini kullanmaktadır. Bu teknik özellikle, Anayasaya uygunluk denetiminin kısıtlanması durumunda daha da kritik bir önem kazanmıştır (122).

Önceleri bir **«Judicial self-restraint»** tekniği olarak değerlendirilen «Anayasaya uygun yorum»un uygulamada çok farklı bir anlam taşıdığı görülmüş ve kanunun sadece belli bir yorumunu anayasaya uygun bulma, Anayasa mahkemesinin bir çeşit kural koyucu işlemi (a law-giving act) sayılmıştır.

A) Anayasaya Uygunluk Denetiminde «Ölçü-normlar Bloku» : İki Örnek - Olay.

Carré de Malberg'in klasikleşen formülü ile «şekli anlamda Anayasa» (Constitution au sens formel), «Kurucu organ tarafından konan ve kurucu güçte bir işlemle özel bir değişiklik prosedürü ile değiştirilebilen» düzenlemeler bütünüdür (123).

Bugün bu formülün operasyonelliği nedir?

— İlk önce belirtmek gerekir ki, yargı pratikleri «şekli anlamda anayasa» sınırlarını zorlamaktadır (124). Fransız Anayasa Konseyi, bir metne bağlı olmadan «Anayasal değerde genel prensipler» (Principes généraux a valeur constitutionnelle) «keşfederken» (125), İsviçre Fe-

---

(122) Anayasa Mahkemesine göre, «.. geçici 15. maddenin kapsamına giren ve böylece anayasal koruma altında bulunan yasa hükümlerinin Anayasaya aykırı oldukları ileri sürülemeyeceği gibi, bunların Anayasa Mahkemesince ihmal edilebilmesinden söz edilemez. Bu durumdaki hükümlerin ancak Anayasanın temel ilkelerine ve bu ilkelere egemen olan Hukukun ana kurallarına olabildiğince uygun düşecek biçimde yorumlanmaları düşünülebilir.» (K. 1984/1).

Anayasa Mahkemesi 1984/10 karar sayılı kararında da İcra İflas Kanununun madde 178/1 kuralı anlamını belirlemiş ve bu anlam ile Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.

(123) **Carré de Malberg**, Contribution à la théoirie générale de l'Etats, Sirey, Paris 1922, t. 2, s. 571 vd.

(124) **Cf. S. Rials**, «Les incertitudes de la notion de Constitution sous la V. République», RDP, 1984, s. 587 vd.

(125) Bk. **L. Favoreu**, «L'application directe et l'effet indirect des normes constitutionnelles» Rev. fr. Droit adm., mai-juin 1984, s. 178 vd.

deral Anayasa Mahkemesi, yazılı olmayan anayasal haklar tanımakta, İspanyol Anayasa Mahkemesi benzeri bir tanımayı, insan hakları Avrupa Mahkemesinin jürisprüdansını benimseyerek yapmaktadır (126).

Birleşik Devletler Mahkemesi de supra-pozitif anayasal hakların varlığını kabul etmektedir. Türk Anayasa Mahkemesinin yeni kararlarında «Anayasal değerde genel prensip» ya da «cumhuriyet yasalarınca tanınan temel prensipler»in tanındığı görülmektedir.

Fransız Anayasa Konseyi, Anayasa başlangıcının yollama yaptığı «Cumhuriyet yasalarınca tanınan temel ilkeler» (Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République) listesini yeniden keşfedilen ilkelerle genişletirken, Yeni - Kaledonya ile ilgili 23 Mayıs 1979 ve Radyo - televizyonda grev hakkı ile ilgili 25 Temmuz 1979 tarihli kararlarında görüldüğü gibi, metne bağlı olmayan «Anayasal değerde genel prensipler»in varlığını da tanımaktadır.

İsviçre Federal Mahkemesi, herhangi bir Anayasa maddesi ya da Anayasa Başlangıcına yollama yapmadan bazı prensipleri Anayasaya nakletmektedir.

Bu usulün ilk anlamı, **«Hürriyetler Listesi»**ni, yazılı olmayan anayasal kurallarla tamamlamaktır. Federal mahkeme bir kuralı Federal Anayasa Hukuku seviyesine çıkarmakta, ona ,formal bir anayasa kuralı değeri vermektedir. Bu durumda kural, teorik olarak, ancak anayasa değişikliği prosedürü ile değişebilir (127).

Düşünceleri açıklama hürriyeti (liberté d'expression), **İsviçre Federal Anayasası**'nın açık bir hükmü ile tanınmış değildir. Ancak jüris-

---

(126) Bu konuda tipik bir örnek, İspanyol Anayasa Mahkemesinin, «adil yargılanma hakkı»nın bir cephesini teşkil eden «makul süre içinde yargılanma hakkı»nın tanınmasında, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin König jürisprüdansını benimseyerek verdiği 14 Temmuz 1981 tarihli karardır.
Bk. **P. Bon et al.**, La justice constitutionnelle en Espagne, Economica, Paris 1984, s. 222 vd. 30 Mart 1980 tarihli König kararı için bk. **B. Verger**, Jurisprudence de la Cour Europeenne des droits de l'homme, Sirey, Paris 1984, s. 87 vd.

(127) Bu konuda bk. **Jean-François Aubert**, Traité de Droit Constitutionnel Suisse, Dalloz, 1967, s. 125 vd.

prüdans, ifade hürriyetini «Yazılı olmayan bir anayasal hak» (droit constitutionnel non-érit) olarak tanımıştır (128).

24 Haziran 1970 tarihli **«Aleinick c/Cour de Justice** et Procureur du **Canton de Genève»** kararında ise Mahkeme, ifade hürriyetinin, diğer «açık» ya da **«zımni»** hürriyetler (libertés expresses ou implicites) gibi «kişinin varlığını geliştirme»de vazgeçilmez bir unsur olmanın ötesinde, Demokratik Devlet'in temeli olarak, ferdi hürriyetler kataloğunda imtiyazlı bir yere sahip olduğunu da açıklamıştır (129).

Anglo-Amerikan hukukunda **«Right of privacy»** olarak bilinen, «mahremiyet hakkı» ya da «özel hayatın gizliliği» konusunda Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesinin geliştirdiği jürisprüdansiyel yapı, bu alanda verilebilecek bir başka tipik örnektir (130).

Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi 1965 tarihli **«Griswold v. Connecticut»** kararında «Özel hayatın korunması»nın «Bill of Rights»-dan daha eski bir hak olduğunu kabul etmiştir : «We deal with a right of privacy older than the Bill of Rights...» (131).

İkinci olarak, formel Anayasa içinde düzenlemelerin türdeşliği (homogénéité) de çok açık değildir. Anayasa cihazı içinde yer alan normlar aynı değerde midir?

Bu problemin varlığı, Haklar bildirileri ve Anayasa Başlangıçlarının değeri klasik tartışmasının tarihi bir ilgi merkezi olmanın ötesinde taşıdığı anlamı da göstermektedir.

Doktrinde, klasik tartışmanın tarafları olan Duguit ve Hauriou'nun «Anayasa-üstü» kuralların (Supra-constitutionnalité) varlığını tanımada birleşen tezleri bugün formalist pozitivizmden etkilenen hukukçuları yadırgatacak mahiyettedir. Hauriou, Anayasa-üstü prensip-

---

(128) Cf. **Federal Mahkemenin** 8 Mart 1978 tarihli «Union Suisse des Journalistes et co. c/CE du Canton des Grisons» kararı, RO 104, I a 88. Federal Anayasa hukukunun «yazılı olmayan kuralları» (Les Règles non écrites du droit constitutionnel fédéral) kavramı için ayrıca bk. **20 Mart 1963 tarihli «Enfant X» kararı,** ATF. 89 I., 98.

(129) RO 96 1.586 (592) fr.; JT 1971 I 319 (320).

(130) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. **F. Rigaux,** «L'Elaboration d'un 'Right of Privacy' par la jurisprudence Americaine», Rev. Intern. de **Droit Comparé,** 1980, s. 701 vd.; Law and Contemporary Problems, 31, 1966, «Privacy» özel sayısı.

(131) Cf. **«Griswold v. Connecticut»,** 381 U.S. 479, 485.

lerin varlığını kabul etmekte ve yargıcın Anayasa değişikliklerini bu prensiplere göre denetleyebileceğini ileri sürmektedir (132).

Duguit'de, «Üstün prensipler»in adi yasaları olduğu kadar anayasal yasaları da bağladığı görüşündedir (133).

Hauriou ve Duguit'nin tezlerine karşı, muhtevası açıkça belirlenmeyen prensipler'in (principes faiblement déterminés) hukuk sayılamayacağı düşüncesini **Carré de Malberg** ve **Esmein** savunmuştur (134).

Pratikte, Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Anayasanın belli düzenlemeleri üzerinde denetim imkânını reddetmiş değildir.

Anayasa Mahkemesi, Bavyera Eyaleti Yüksek Mahkemesinin 1949 yılında geliştirdiği tezi benimsemiştir :

«Öylesine temel anayasal prensipler vardır ki, bu prensipler Anayasa koyucuyu bağlar ve bu prensiplere aykırı, aynı sırada yer almayan, anayasal düzenlemeleri de hükümsüz kılabilir» (135).

Alman Federal Anayasa Mahkemesi 1951 yılında verdiği bir kararda da «Anayasa'nın bir iç bütünlüğe sahip» olduğunu ve anayasal düzenlemelerin de Anayasanın temel prensipleri çerçevesinde yorumlanması gerektiğini ileri sürmüş, bir çeşit, anayasal normun Anayasaya uygun yorumunu yapmıştır (136).

---

(132) **M. Hauriou.** Pécis de Droit Constitutionnel, Sirey, Paris 1929 (2. éd), s. 626. «La loi constitutionnelle elle-même, ne doit pas échapper au contrôle du juge, il ya des occasions ou le contrôle puorrait s'exercer sur elle.

Par exemple, au fond, un amendement à la constitution serait en contradiction avec cette légitimité constitutionnelle... qui est audessus de la superlégalité elle-même parce qu'elle se compose de principes et que les principes sont toujours au-dessus des textes».

(133) Bk. **Duguit,** Traité de Droit Constitutionnel, de Boccard, Paris, t. 2, 1928, s. 183, t. 3, s. 603 vd.

(134) **Carré de Malberg,** Contribution... op. cit., t. 2, s. 580 vd., A. Esmein, Eléments de droit constitutionnel Sirey Paris 1914 (6. éd.), s. 539 vd.

(135) Bu konuda özellikle bk. **Jean-Claude Béguin,** Le Contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne, s. 63 vd., P. Bon et al., La Justice constitutionnelle en Espagne, Economica, Paris 1984, s. 151 vd. op. cit.

(136) Alman Federal Mahkemesinin bu kararı için bk. **W. Murphy, J. Tanenhaus,** Comparative Constitutional Law, Cases and Commentaries, MacMillan, N.Y. 1977, s. 201 vd., Gerhard Leibholz, «The Federal Constitutional Court in Germany and the South-west Case», Am. Pol. Sc. Rev., 1952, s. 723 vd.

Türk Anayasa Mahkemesinin de bu teze çok yabancı olmadığını söylemek yanlış olmaz (137).

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Anayasa koyucuyu da bağlayan Supra-pozitif bir hukukun varlığını tanırken, Anayasanın yazılı prensipleri yanında, Anayasanın açık düzenlenmelerinde somutlaştırılmasına ihtiyaç duyulmamakla birlikte Anayasa koyucuyu yönlendiren bazı temel prensip ve yönlendirici düşüncelerden meydana gelen **«yazılı olmayan bir anayasa hukuku»**nun varlığını da kabul etmiştir (138).

a. Fransız Anayasa Konseyi'nin 16 Temmuz 1971 tarihli kararı

1950'li yılların sonlarından başlayarak **Fransız Devlet Şurası** (Conseil d'Etat) Anayasa Başlangıcına başvurarak 1789 Haklar Beyannamesine hukuki değer tanırken (139) 1946 Anayasa Başlangıcının hedef aldığı **«Cumhuriyet yasalarınca tanınan temel ilkelere»** de aynı değeri tanımaya başlamış (140) ve bu jürisprüdansı **V. Cumhuriyet**'de de muhafaza etmiştir (141). Fransız Anayasa Konseyi'nin 16 Temmuz 1971 tarihli kararı da bu iklimde verilmiştir.

---

(137) Bu konuda özellikle bk. **Y. Yayla,** «Anayasa Mahkemesine göre Cumhuriyetin özü», in Hıfzı Timur'un anısına Armağan, İst. 1979; —İD., «1982 Anayasasına göre Devletin özü», İHİD, 1985, s. 1-3, s. 133 vd.

(138) Bk. **P. Chenut,** La justice constitutionnelle en Allemagne et le Tribunal Constitutionnel de **Karlsruhe,** Paris 1956 (thèse), s. 140, 560 vd; ve tezin jürisprüdans bölümü.

(139) C.E., 7 Haziran 1957, Condamine, in RDP, 1958, s. 98 note **Waline; Cf. Consey**'in 12 Şubat 1960 tarihli «Société Eky» kararı.

(140) C.E., **11 Temmuz 1956,** Amecale des Annamites de Paris. (Rec. 317) : «...qu'il résulte de cette disposition (art. 81 de la constitution) que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et réaffirmés par le préambule de ladite Constitution sont applicables sur le territoire français aux ressortissants de l'Union française; qu'au nombre de ces principes figure la liberté d'association...»

Conseil d'Etat'nın bu yorumu Fransız Anayasa Konseyi'nin 16 Temmuz 1971 tarihli kararında aynen benimsenmiştir. Ancak burada, altının çizilmesi gereken önemli bir fark vardır : Conseil d'Etat Başlangıcın «programatik nitelikte» düzenlemelerine uygulanma imkânı tanımazken, Anayasa Konseyi metin içinde bu tür bir ayrıma gitmemektedir. Bk. Claude Franck, Droit Constitutionnel., Les grandes décisions de la Jurisprudence, PUF., Paris, 1978, s. 19 vd.

(141) Cf. **Stéphane Rials,** «Les incertitudes de la notion de constitution sous la V. République, RDP., 1984, s. 593 vd.

Bu kararda kullanılan «**Vu la Constitution et notamment son Préambule...**», «Anayasa ve özellikle de Anayasa Başlangıcına göre» formülü **Conseil Constitutionnel**'in sonraki kararlarında bir layt-motif olmuştur.

14 Temmuz'dan iki gün sonra verilen ve **Jean Rivero**'ya Bastille'in alınmasından bu yana «Fransızlar, ihtilallerini Temmuz ayında yapmaktan hoşlanırlar» dedirten bu kararla (142) başlatılan **«Hukuk İhtilali»** ile, 1958 Anayasasının yollama yaptığı 1789 Haklar Bildirisi ve 1946 Anayasa Başlangıcında yer alan «Cumhuriyet yasalarınca tanınan temel ilkeler» ve «Çağımız için özellikle gerekli siyasi, sosyal ve ekonomik ilkeler» de anayasal değer kazanmıştır.

Şekli anlamda anayasal normların kademelendirilmesi, **Louis Favoreu**'nün ifadesi ile «anayasallık blokuna çeki düzen verilmesi» (remise en ordre au sein du bloc de constitutionnalité) (143) Fransız Anayasa Konseyi'nin millileştirmeler olayında verdiği kararlarla özel bir önem kazanmış ve anayasallık blokunun temel unsuru olarak Haklar Beyannamesi «Çağımız için özellikle gerekli prensipler» aleyhine öne çıkmıştır (144). Stéphane Rials'in altını çizdiği gibi, bu merkezi yeniden belirlemede siyasi iklimin etkisi açıktır (145).

---

(142) Rec. 29, AJ, 1971. 537, note Rivero; RDP, 1971, 1171 note J. **Robert;** D. 1974. 83, chr. Hamon.

Duhamel'in ifadesiyle Fransa da, «dame de Veauvoir» la Başkan Poher, altmışsekizli yılların mcaizmi ile senatorial gelenekçilik arasında eşi benzeri olmayan kavuşma, «gaulliste» olarak bilinen bir Anayasa Konseyi'nde, Bakanlar Kurulunda Başkan Pompidou'nun uygun bulduğu, İçişleri Bakanı Marcellin'in vazgeçilmez olarak nitelediği ve «Gaulliste» Millet Meclisinde büyük çoğunlukla onaylanan, derneklerle ilgili yasanın, Anayasaya aykırı bulunmasını sağlayabilmiştir.

Cf. **Olivier Duhamel**, «Les logiques cachées de la Constitution de la Cinquième République», in Olivier Duhamel, Jean-Luc Parodi, éds., La Constitution de la Cinquième République, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, Paris 1985, s. 20.

Ayrıca bk. **F. Luchaire**, «Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux. Conseil Constitutionnel français», Rev. Intern. de Droit Comp 1981, s. 287 vd.

(143) Cf. **L. Favoreu**, «Les décisions du Conseil Constitutionnel dans l'affaire des nationalisations», RDP, 1982, s. 377 vd.

(144) Bu konuda özellikle bk. **L. Favoreu**, «Le droit constitutionnel Jurisprudentiel en 1981-1982», RDP, 1983, s. 333 vd.

(145) **S. Rials**, «Les incertitudes...», op. cit., s. 602.

b. Anayasa Mahkemesinin «yabancıların taşınmaz mal edinmeleri ile ilgili» 1985/7 karar sayılı kararı

Tapu Kanununun 35. maddesi ile Köy Kanununun 87. maddesine birer fıkra eklenmesi hakkında 21.6.1984 tarih ve 3029 sayılı Kanunun 1. ve 2. maddelerinin Anayasaya aykırılığı iddiası ile anamuhalefet partisi tarafından açılan iptal davasında, **«Ölçü normlar bloku»** ve bu blok içinde kademelenme problemi **III. Cumhuriyet**'de yeniden gündeme gelmiştir.

Yabancıların mülk edinmeleri konusunda Tapu ve Köy Kanunlarının getirdiği sisteme göre, köyler dışında kalan taşınmazlar mütekabiliyet (karşılıklılık) şartı ile mülk ve tevarüs edinilebilir.

3029 sayılı Kanunla bu sistem değiştirilmiş ve Kanunun 1. ve 2. maddeleri ile, Bakanlar Kurulunun uygun göreceği bölgelerde, yine Bakanlar Kurulunun uygun göreceği yabancı ülke halkına mütekabiliyet şartı aranmaksızın mülk edinme hakkı getirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararında Tapu ve Köy Kanunlarının getirdiği ilk düzenleme, özellikle de «mütekabiliyet şartı», Lozan Andlaşması ile başlayan «hukuk siyaseti»nin uygulanması olarak değerlendirilmiş ve bu «hukuk siyaseti»nin, en yalın biçimi ile, milletlerin hak eşitliği prensibine dayandığı ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesine göre, «Anayasa'nın 2. maddesi karşısında, Anayasa Başlangıcı'nda yer alan temel ilkeler, Anayasanın yorumu ve uygulanmasında siyasi kadroların öznel değerlendirilmelerini etkisiz bırakmak amacı ile getirilmişlerdir».

Anayasa Mahkemesi kararında, Başlangıç'ın 4. ve 7. paragrafında yer alan «Milletlerin hak eşitliği» ve «Milli menfaatlerin korunması» ilkeleri bu temel ilkeler çerçevesinde değerlendirilmiş, mütekabiliyet esası da milletlerarası münasebetlerde eşitliği sağlayan bir denge aracı ve Türk Yabancılar Hukukunun genel ilkesi olarak görülmüştür.

Anayasa Mahkemesine göre 3029 sayılı kanunun 1. ve 2. maddeleri Anayasa Başlangıcının 4. ve 7. paragraflarında yer alan temel ilkelere aykırıdır (146).

Anayasa Mahkemesinin «Yabancıların taşınmaz mal edinmeleri» ile ilgili kararı, İstanbul Hukuk Fakültesi'nde düzenlenen bilimsel bir

(146) Bk. 24 Ağustos 1985 tarih ve 18852 sayılı Resmî Gazete.

toplantıda tartışma konusu olmuş (147) ve Erdoğan Teziç Anayasa Mahkemesi içtihadına göre «Ölçü - normlar» ya da «Anayasallık Bloku»nun Başlangıç, Anayasa metni ve Hukukun genel ilkelerinden meydana geldiğini açıkladıktan sonra «mütekabiliyet» prensibinin kanuni düzenleme konusu olduğunu, Anayasa Mahkemesinin bu prensibi kullanarak «kanununun kanuna uygunluğunu denetler duruma girdiği»ni, «milli menfaat» değerlendirmesinin ise siyasi bir sorun olduğunu, menfaat sorununun ön plana çıkartılmasının, denetimi bir «yerindelik denetimi»ne kaydırdığını iddia etmiştir (148). Yerindelik denetimi iddiası, Mahkemenin 1985/7 karar sayılı kararına ekli «karşı-oy» yazılarında da ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi «Yabancıların taşınmaz mal edinmeleri» ile ilgili kararında, ilk önce, «Başlangıç»da yer alan ilkeleri, pozitif hukuk değeri tanıyarak, Anayasallık bloku içine sokmuş ve bu ilkelerin muhtevasını belirleme yetkisini de, 1985/4 ve 1985/16 karar sayılı kararlarında görüldüğü gibi, kendisine tanımıştır.

Anayasa Mahkemesi Başkan, Başkanvekili ve bir üyesinin ortak «karşı-oy» yazısında ise, Anayasa Başlangıcında yer alan ilkelerin **«uygulanabilir hükümler»** olmadığı, bu düzenlemelerin sadece anayasal normların yorumunda kullanılabileceği görüşü ileri sürülmüştür: «Anayasa'nın 176. maddesindeki açıklık karşısında, Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirleyen Başlangıç kısmının, Anayasa metnine dahil bulunduğunu kabul etmek gerekirse de, burada amaçlanan sözü edilen görüş ve ilkelerin bağımsız birer hüküm gibi uygulanmaları değil, Anayasa maddelerinde yer alan hükümlerin yorumlanmasında bu görüş ve ilkelerin gözönünde tutulmasıdır...»

Böylece Fransa'dan sonra, Türk Anayasa Hukukunda da, Başlangıcın hukuki değeri tartışması gündeme gelmiş olmaktadır.

---

(147) Bk. İstanbul Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezinin 3029 s. Kanunla ilgili olarak düzenlediği tartışmalı konferans kayıtları.

(148) Aynı konferansda **E. Çelik**, «Anayasa Mahkemesinin yetkilerini titizlikle çizmemesi durumunda, Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilen bir kanun konusunun Andlaşma biçimine sokularak yürürlüğe konabileceğini» ve bu yolla Anayasaya uygunluk denetimi dışında tutulabileceğini iddia etmiştir.
Ancak belirtmek gerekir ki, Anayasa madde 90 uyarınca, «Kanunlarda değişiklik getiren andlaşmaların yapılması Meclisin uygun bulma kanununa bağlı» olduğuna göre, iptal edilen bir kanun konusunun Andlaşma biçimine sokularak uygunluk denetimi alanı dışına çıkartılması, Anayasa madde 153/1'e göre, herzaman mümkün olmayabilir.

Anayasa Mahkemesinin «**Başlangıç**» da yer alan ilkeleri, hukuki değer tanıyarak, ölçü-normlar bloku içine sokması, hukuki belirleyiciliği zayıf ilkelerin uygunluk denetiminde kullanılmasının sonuçlarını da ister istemez düşündürmektedir (149).

Ayrıca altını çizerek belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi kararında «kanunun kanuna uygunluğunu denetler duruma girmiş» değildir. **Anayasa Mahkemesi** 27 Eylül 1985 tarihli karara konu olan davada «Cumhuriyet yasalarınca tanınan bir temel ilke»yi ölçü-norm olarak kullanmış, Cumhuriyet dönemi «hukuk siyaseti»nin temel prensiplerinin de «yeniden keşfedilerek» Anayasallık bloku içine sokulabileceğini kabul etmiştir.

Türk Anayasa Mahkemesinin kararı, bu yönü ile, Fransız Anayasa Konseyi'nin «uzun yürüyüş»ünü başlatan kararlarını hatırlatmaktadır.

B) Anayasa Mahkemesine Yetki Tanıyan Normların Yorumu Problemi : Üç Örnek - Olay.

a. Fransız Anayasa Konseyi ve isdar edilmiş kanunları denetleme yetkisi : Konseyin 25 Ocak 1985 tarihli kararı

Fransız Anayasa Konseyi'nin **Yeni - Kaledonya**'da (Nouvelle-Calédonie) **«état d'urgence»** la ilgili kanun (150) konusunda verdiği 25 Ocak 1985 tarihli karar (151)ın getirdikleri, yasa-koyucunun yetkisi, kamu hürriyetleri, idari kolluk ya da olağanüstü haller teorisi ile ilgisi bakımından olduğu kadar konseyin kullandığı yetkinin genişliği konusu ile ilgisi bakımından da önemlidir.

Konsey bu tarihi kararı ile kamu düzeninin korunmasını «anayasal değerde bir amaç» (objectif de valeur constitutionnelle) olarak ta-

---

(149) Anayasaya uygunluk denetiminde ölçü norm olarak kullanılan ilkelerin muhteva belirsizliğinin bir «Hâkimler Hükümeti»ne yol açma rehlikesi konusunda bk. L. Philip «L'Elargissement de la saisine du Conseil Constitutionnel», AJ, 1975, s. 18 vd; **R. Chiroux**, «Le spectre du gouvernement des juges», RPP, 1977, s. 15 vd.

(150) Cf. **Roland Drago**, «L'état d'urgence et les libertés publiques», RDP, 1955, s. 693 vd.

(151) Bk. **Décision** no. 85-187 DC du 25 Janvier 1985.

nırken (152) bazı durumlarda daha önce isdar edilmiş kanunların Anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisini Anayasa yargıcına tanımıştır.

Anayasa Konseyinin bu kararı, uygulamada adli ve idari yargı yerlerinin çözmek zorunda kalacakları önemli bir problemi de böylece gündeme getirmiştir (153).

Anayasa madde 37/2'nin çok özel hipotezi dışında Anayasa Konseyi sadece Parlamentonun kabul ettiği ancak henüz isdar edilmemiş kanun tasarı ya da tekliflerinin Anayasaya uygunluğunu denetlemede yetkilidir.

Anayasa yargılamasında 1958 Fransız Anayasası ile getirilen Fransız formülünün orijinalliği de buradadır (154).

Anayasa Konseyi, Anayasallık denetiminin «a priori karakteri prensibi»ni, 1972 ve 1974 tarihli iki kanundan kaynaklanan radyodifüzyon monopolünün anayasallığı problemini incelemeyi reddeden 27 Temmuz 1978 tarihli kararında, açıkça ifade etmiştir (155).

Konsey, 27 Temmuz 1978 tarihli kararında sadece isdar edilen bir kanunun Anayasaya aykırılığının iddia edilemeyeceğini söylemekle yetinmemiş, önceki bir yasada yer alan bir prensibi uygulamakla yetinen bir kanunun da Anayasaya aykırılığının iddia edilemeyeceğini açıklamıştır :

«Considérant que la conformité à la Constitution des ces lois ne peut être mise en cause, même par voie d'exception, devant le Conseil Constitutionnel dont le compétence est limitée par l'article 61 de la Constitution à l'examen des lois avant leur promulgation; que, dès lors, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que la loi soumise

---

(152) «...Considérant qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées au citoyens pour l'exercice des libertés publiques; que, dans le cadre de cette mission il appartient au législateur d'opérer la conciliation nétessaire entre le respect des libertés et la sauvegarde de l'ordre public sans lequel l'exercice des liberté ne saurait etre assuré...».

(153) Adli ve idari yargı yerleri Konseyin Anayasaya aykırı bulduğu yürürlükteki yasayı uygulamama yolunamı gideceklerdir? Yoksa Konsey kararından gerekli sonuçların çıkartılmasını Parlementoya mı bırakacaklardır?

(154) Bk. **F. Luchaire,** Le Conseil Constitutionnel, Economica, Paris 1980, s. 145 vd; **L. Favoreu,** L. Philip, Le Conseil Constitutionnel, PUF., Paris 1978, s. 75.

(155) Bk. **L. Favoreu,** L. Philip, Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel. Sirey, Paris 1984 (3. éd.), s. 402 vd; **L. Hamon,** D. 1980, J. 1969; **L. Philip, Chron,** RDP, 1979, 199.

à l'examen du Conseil Constitutionnel, en créant des senctions pénales pour violation d'un monopole, monopole confirmé par une loi dont la conformaté à la Constitution ne peut être contestée par voie d'exception, est contraire aux dispositions de la Constitution ou à des principes de valeur constitutionnelle...»

25 Ocak 1985 tarihli karar Konsey jürisprüdansında önemli bir yön değişikliği gerçekleştirmiş ve yeni bir kriteri de uygulamaya koymuştur.

Konsey promülgasyon öncesinde Anayasaya uygunluğunu denetlediği bir kanunun yürürlüğe girmiş bir kanunda değişiklik yapması, kanunu tamamlaması ya da düzenleme alanını etkilemesi hallerinde, itiraz yolu ile bu kanunun da Anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisini kendine tanımıştır :

«...**Considérant** que, si la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affecte son domaine...»

Anayasa Konseyinin 25 Ocak 1985 tarihli bu dönemeç kararı, Kanun-koyucunun Anayasal normlara bağlanmasında yeni ve ileri bir adım olarak değerlendirilmiştir (156).

b. Karlsruhe Anayasa Mahkemesi ve «Geçici tedbir kararı» uygulamaları : 1974 ve 1977 yıllarında kabul edilen «geçici ordonanslar» (157).

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, «Uyuşmazlık durumunda (158) kamu yararı gerektirirse, ağır zarardan (graves préjudices) sakınmak, yakın bir tehlikeyi önlemek ya da önemli bir başka sebeple, geçici tedbirlerle bir durumu düzenleme» yetkisine sahiptir (m. 32, B. Verf. GG) (159).

---

(156) Cf. **Patrick Wachsmann**, AJDA, 20 Juin 1985, J. 68.

(157) Bu konuda bk. **Jean-Claude Béguin**, Le Contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne, op. cit., s. 158 vd; Y. Sabuncu, «Alman Anayasa yargısında geçici tedbir kararı», AİD, TODAİE, C. 17 (2), 1984, s. 76 vd.

(158) «Uyuşmazlık» (litige) kavramı geniş anlaşılmakta ve normlar denetimini de içine almaktadır.

(159) Bk. 12 Mart 1951 tarihli Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu (Bundesverfassungsgerichtsgesetz), (B. Verf. GG).
Kanun için bk. **P. Chenut**, La Justice constitutionnelle en Allemagne et le Tribunal Constitutionnel de Karlsruhe, op. cit., s. 192 vd.

Anayasal prosedür bu durumda, muhakeme genel teorisinin —özellikle de idare muhakemesi hukukunun— bir imkânını, yetkili kazai merciin nihai kararına kadar bir durumu geçici olarak düzenlemek için kullanmaktadır.

Alman hukukunda tedbirler geçici bir ordonansla (Ordonnance provisoire) alınmaktadır.

Ancak, not etmek gerekir ki, Alman Federal Anayasa Mahkemesi kendisine yasayla tanınmış olan bu imkânı büyük bir ihtiyatla kullanmaktadır.

Gerçekten Mahkemeye göre, hukuki sorun nihai bir çözüme kavuşturulmadığı sürece, geçici ordonans «Kuvvetler ayrılığı»na zarar verme tehlikesi yaratır. Bu sebeple, Anayasaya aykırılığı iddia edilen işlemin bir kanun olması durumunda geçici ordonans ancak istisnai olarak kabul görebilir.

Bu durumda da, ekonomik ya da özellikle ferdi zarar gerekçesi, bir kanunun uygulanmasının durdurulması için yeterli sayılamaz. Bunun için kamu yararı gerekir.

Uygulamada geçici ordonansların Alman siyasi - anayasal sistemi üzerinde etkisi ne olmuştur?

Alman Federal Anayasa Mahkemesi 1951 ve 1958 yıllarında iki vak'a da, prensibini Bonn Demokrasisinin salt temsili niteliğine aykırı gördüğü referandum düzenleyici kanunların uygulanmasını durdurmuştur.

İki önemli **«geçici ordonans»** ise 1974 ve 1977 yıllarında kabul edilmiştir.

1974 yılında Mahkeme geçici ordonansla, gebeliğin ilk oniki hafta içinde kesintiye uğratılmasına imkân veren kanunun yürürlüğe girmesini engellemiştir (160). Sosyal-demokrat çoğunluk tarafından 18

---

(160) 1973-1977 yılları arasında beş Anayasa Mahkemesi gebeliğin iradi kesintiye uğratılması konusunda karar verme durumunda kalmıştır. Amerika, İtalya, Avusturya ve Fransada Yargı yerleri gebeliğin kesintiye uğratılmasına imkân veren düzenlemeleri Anayasaya uygun bulurken, Alman Federal Anayasa Mahkemesi bu ortak çözümden çok uzak kalmış ve Anayasa ile getirilen «değerler sistemi»nin kanun koyucu bağladığını hükmetmiştir. Bu durumda Mahkemenin aldığı geçici ordonans çoğunluğun anlayışından farklı bir etik anlayışın korunmasına hizmet etmiştir. Mahkemenin bu tutumu doktrinde, anayasa yargısının dinamizmini savunma arayışlarının önemli bir sıçrama noktası olmuştur.
Cf. **L. Favoreu, L. Philip,** Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, Sirey, Paris 1984, s. 295 vd; **A. Grosser,** «cours constitutionnelles et valeurs de référence. A. propos de décisions sur l'avortement», Pouvoirse - 13, 1980, s. 117 vd.

Haziran 1974'de kabul edilen yasa 21 Haziran'da isdar edilmiş ancak aynı gün esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar yürürlüğe girmesi ertelenmiştir. Yasa 25 Şubat 1975'de iptal edilmiştir.

1977 yılında Mahkeme, 7 Kasım tarihinde geçici bir ordonansla, 13 Temmuz 1977'de kabul edilen ve 1 Ağustos'da yürürlüğe giren Askeri hizmet ve sivil hizmet Kanununda değişiklik yapan düzenlemenin uygulanmasını durdurmuştur.

Mahkeme, norm denetimi prosedürü sırasında re'sen **(von Amts wigen)** geçici ordonans alma yetkisini kendinde görmektedir. Mahkeme 7 Kasımda bu yetkiyi kullanarak, dava konusu yapılan kanunun, «doğuracağı ağır zarardan sakınmak» için, uygulanmasını durdurmuş ve 1 Ağustos 1977 tarihinden önce geçerli olan prosedürü yeniden yürürlüğe koymuştur.

7 Kasım 1977 tarihli geçici ordonans doktrinde, Federal Hükümetin hareketsizliğinin sonucu bir fonksiyon sapması olarak görülmüştür.

Gerçekte ise Federal Hükümet, böyle bir kararın sorumluluğunu, siyasi partilerin güçler dengesinden çok daha az etkilenen ve bir seçmen kitlesini kollamak durumunda olmayan Anayasa Mahkemesine bırakmış gözükmektedir. Geçici ordonans bu yönü ile, **Alman anayasal sisteminin** değişmesi ile ilgili önemli sorunları da gündeme getirmiştir (161).

Geçici ordonans Alman tecrübesi, bir muhakeme hukuku genel tekniğinin Anayasa Mahkemesi dinamizmine hizmet ederken kritik önemde etik ve siyasi sonuçlarının da olabileceğini göstermektedir.

c. Türk Anayasa Mahkemesi ve geçici tedbir kararı : Anayasa Mahkemesinin 1985/4 karar sayılı kararı

Anayasa Mahkemesi çoğunluk ve azınlık görüşleri ile doktrinde sergilenen görüşler şematik olarak iki kategoride toplanabilir : Görüşlerden ilkine göre, geçici tedbir kararı verme yetkisi Anayasa ya da kanunla tanınması gereken bir yetkidir.

İkinci görüş de ise, bu yetki Anayasa yargısına bağlı, özünde var olan (inherent) bir yetkidir.

İlk görüşü Anayasa Mahkemesi 1972/18 karar sayılı kararı ile benimsemiş ve 1985/4 karar sayılı müteferrik kararı ile de bu görüşü

(161) Bk. **Jean-Claude Béguin**, op. cit., s. 162-163.

tekrarlamıştır. Doktrinde ise bu görüş, S. Güran tarafından «Anayasa yargısında yürütmenin durdurulması» konusunda Anayasa Mahkemesi 1985 Sempozyumuna sunulan tebliğde —sonradan— benimsenmiştir.

E. Teziç ise, Mahkemenin 1972/18 karar sayılı kararına ekli azınlık görüşünü benimseyerek, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi'nin 3029 sayılı kanunla ilgili olarak düzenlediği tartışmalı konferansda, kanunun yürürlüğünün durdurulmasını bir yargılama usulü konusu olarak görmüş ve Anayasa Mahkemesinin içtihat yolu ile bu yetkiyi sahiplenebileceğini ileri sürmüştür.

Geçici tedbir kararı problemi Anayasa Mahkemesinin gündemine ikinci kere 1985 yılında, Ana Muhalefet Partisi'nin 3029 sayılı Kanununun, iptal kararı Resmî Gazete'de yayımlanıncaya kadar, uygulanmasının durdurulmasına karar verilmesini istemesi ile gelmiştir.

Anayasa Mahkemesinin geçici tedbir kararı konusundaki görüşü 1972/18 ve 1985/4 karar sayılı kararları birlikte değerlendirilerek şu şekilde özetlenebilir :

Anayasaya uygunluk denetimi yapılan bir kanunun denetim sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün Yüksek Mahkemece durdurulmasına karar verilebilmesi, bu yetkinin Anayasa ile açıkça tanınmış olmasına bağlıdır.

Probleme bir yargılama usulü problemi gibi bakılacak olursa, bu durumda da böyle bir yetkinin kanunla tanınmış olması gerekir. Oysa 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Kanununda bu kurum düzenlenmiş değildir.

Gerek Anayasa'da, gerekse Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanununda getirilen düzenlemeler, yorum yoluyla, Anayasa Mahkemesinin yürütmenin durdurulmasına karar verme yetkisinin bulunduğunu kabule engeldir (162).

---

(162) Eklemek gerekir ki 3029 sayılı Kanunun uygulanmasının durdurulması isteminin, Anayasa'da ve 2949 sayılı Kanunda **Anayasa Mahkemesi**'ne kanunların yürürlüğünün durdurulması konusunda yetki tanınmamış olması nedeniyle, reddine oybirliği ile karar verilmiştir.

IV. SONUÇ İÇİN NOT

«Yeni şarabı eski şişelere koymak».

Kilit konularda anlamı çok da açık olmayan Anayasal düzenlemeleri uygulayarak Yüksek Mahkemeler, «Yeni şarabı eski şişelere koymuşlardır» ama bu işlem Anayasaya uygunluk denetimini demokrasilerin **«çoğunluk kuralı»** ile bağdaştırmada önemli problemler de çıkarmış, anayasa yargısı dinamizmini sınırlama konusunu her zaman sıcak tutarken anayasa hukukçusunun olduğu kadar, politika bilimcisinin de çalışma tezgâhında sürekli kalan liste başı araştırma konularından biri olmuştur.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemelerinin «politika» üzerinde etkilerinin araştırılmasında mahkeme kararlarına ön-tepkiler, problemin genellikle ihmal edilen bir cephesidir (163).

Oysa, Anayasa Mahkemeleri siyasi süreci sadece kanunların Anayasaya aykırılığına karar vererek etkilemezler.

Anayasa Mahkemesi jürisprüdansı, kanun tasarı ya da tekliflerinin hazırlanması ve görüşülmesi safhasında da etkili olur.

Alman Federal Cumhuriyeti'nde, Martin Hirsch'in bir Bundestag komisyonunda söylediği gibi, politikacılar kanunların hazırlanmasında, bir çeşit «Karlsruhe-Astrolojisi» yapan uzmanların hizmetinden yararlanırlar (164).

Olivier Duhamel ve **Louis Favoreu**'nün işaret ettiği gibi, Fransa'da Anayasa Konseyi'nin varlığı ve muhalefetin Anayasa Konseyi'ne gitme tehdidi, Hükümet ve Parlemento çoğunluğunu kendi kendini sınırlama durumunda bırakmıştır (165).

---

(163) **Malcolm Feeley,** Amerika Birleşik Devletleri'nde Yüksek Mahkeme kararlarının etkisini inceleyen çalışmasında ön-tepkilerin, Amerikan siyasi hayatında Mahkemelerin gücünün önemli bir parçası olmasına rağmen, bu alanda yapılan sistematik araştırmaların pek azında incelendiğini yazmaktadır. Bk. M. Feeley, «Power, Impact and the Supreme Court», in Th. **Becker, M. Feeley,** ed., The Impact of Supreme Court Decisions, Empirical Studies. Oxford University Press, N.Y., 1978, s. 226.

(164) Bk. **Ch. Landfried,** «The German Federal Constitutional Court and its ipact on politics and policy output. Paper presented at the IPSA XIII th. World Congress, Paris, July 1986 for the Research Committe on Comparative Judicial Studies.

(165) Bk. **Louis Favoreu,** «Le Conseil Constitutionnel et l'alternance», in Olivier Duhamel, Jean-Luc Parodi, ed., La Constitution de la Cinquième Republique, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, Paris 1985, s. 434 «Otolimitasyon tezi» Anayasa Konseyi üzerinde çalışanlar arasında genel kabul görmektedir.

Başka bir ifade ile, «Palais-Royal astrolojisi» sosyalist hükümet politikasında önemli bir rol oynamıştır.

Amerika Birleşik Devletleri'nde de, Kongre'nin karar alma sürecinde Yüksek Mahkemenin olabilir tepkilerinin de düşünülmesi (anticipated reactions), Mahkeme rolünün değerlendirilmesinde hesaba katılması gereken bir olay olarak görülmüştür (166).

Artun Ünsal'da bu tür bir «önceden sınırlama» ile Anayasa Mahkemesinin yasama organı üzerinde de facto bir ön-denetim gerçekleştirdiğinin söylenebileceği görüşündedir (167).

Anayasaya uygunluk ya da anayasaya aykırılık konusunda verilen Mahkeme kararları sadece ilgili kanunları etkilemekle kalmaz, genel olarak yasama işlemlerini değerlendirme ölçütleri ihtiva etmeleri nedeni ile yasama politikasını yönlendirme ve Mahkemelerin Anayasaya aykırılık itirazlarını belirleme bakımından da önemli sonuçlar taşır (168).

Hans Kelsen Devlet fonksiyonlarının hukuk kurallarına uygunluğunu sağlayan farklı teknikler arasında Anayasaya aykırı işlemin iptalini Anayasanın en etkili ve temel teminatı olarak görmüş, **«Üstün Hukuk»** anlayışının anayasa yargısı yolu ile teoriden pratiğe geçişisini hazırlamıştır (169).

Bu anlamda **Avrupa modeli** anayasa yargısının kaynağında «Önce Kelsen vardır».

1929'lu yıllarda **Kelsen tezi**'nin antitezi, iki savaş arası Alman kamu hukukunun ünlü teorisyeni C. Schmitt'in çalışmalarında ifadesini bulmuştur.

C. Schimitt, yasaların anayasallığı yargısal denetiminin politiği hukukileştirmek yerine, yargıyı politikleştireceğini ileri sürmüş. Anayasa Mahkemelerine hukuki uzlaşmazlıkların değil ama siyasi uzlaş-

---

(166) Bu konuda özellikle bk. **P. Brest**, «The Conscientious Legislator's Guide to Constitutional Interpretation», Stanford Law Review, 1975, s. 585 vd.

(167) Bk. **A. Ünsal**, Siyaset ve Anayasa Mahkemesi, op. cit., s. 271-272.

(168) Anayasa kararlarına tanınan bağlayıcı gücün, bu kararların sadece hüküm fıkralarına değil ama kararların «taşıyıcı gerekçeleri»ne de tanınması durumunda konunun kritik önemi daha da artmaktadır. Bu konuda bk. **B. Çağlar**, Anayasa Yargısında Yorum Problemi. Karşılaştırmalı analizin katkıları» Anayasa Mahkemesi II. Sempozyumuna sunulan tebliğ, s. 39 vd.

(169) Bk. **H. Kelsen**, «La garantie Juridictionnelle de la Constitution - La Justice constitutionnelle» RDP, 1928, s. 197 vd.

mazlıkların getirildiğini ve bu mahkemelerin gerçekte siyasi meclisler olduğunu iddia etmiştir (170).

Anayasa Mahkemelerinin siyasi organları mı **(Schmitt tezi)** yoksa gerçek yargılama yerleri mi? **(Kelsen tezi)** oldukları sorusu sürekli olarak gündemde kalmış, Avrupa'da anayasa teminatı sistemlerinin en gelişmişlerinden biri olan İspanyol Anayasa Mahkemesinin kuruluşu sırasında da tartışılmıştır (171).

Soruna getirilen çözümler içinde en başarılılarından biri **M. Garcia de Enterria**'nın formülüdür :

> «Anayasa Mahkemeleri siyasi uzlaşmazlıkları hukuki metodla çözen organlardır».

Ancak eklemek gerekir ki bu organlar siyasi - kurumsal bütünün bir parçasıdırlar ve **«sosyal bir boşluk»**da da çalışmazlar.

---

(170) **C. Schmitt** bu anlayış çerçevesinde Anayasanın koruyucusu olarak Anayasa Mahkemesinin yerine Cumhurbaşkanını koymuştur.

Schmitt tezi'nin etki ve izlerine yarı-prezidansiyel sistemlerde, özellikle Fransız Anayasası, 1982 Anayasa değişikliğinden önce Portekiz Cumhuriyeti Anayasasında ve «Başkanlı Parlamenter sistemler» de. 1975 tarihli Yunanistan Anayasası'nın ilk şeklinde ve 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında, bugün de raslamak mümkündür.

(171) 1982 Anayasasının hazırlık çalışmaları sırasında, Danışma Meclisi'nde de aynı soruya cevap aranmış ve Anayasa Mahkemesi, Meclis Üyelerince, «Siyasi nitelikte karar verebilen bir uzuv» (T. Güven), «Yasama organının kararları üzerinde bir nevi yasama fonksiyonu ifa eden bir organ», **(F. Devrimsel)**, «Siyasi bir mahkeme», **(M. Hazer)** şekillerinde nitelendirilmiştir.

Anayasa Komisyonu Başkanı ise Anayasa Mahkemesini, «Uygunluk ihtilafını çözen bir yargı kuvveti» olarak tanımlamış, ancak Anayasa Mahkemesine gelecek davaların «birer doktrin davası, bir felsefe, bir dünya görüşü davası» olacağını ileri sürmüştür.

TARTIŞMA

MUAMMER OYTAN

Efendim, sayın konuşmacı gerek Fransa'daki Anayasa Konseyinin, gerekse Anayasa Mahkememizin anayasaya uygunluk denetimini yapmaktayken, Cumhuriyet yasalarınca kabul edilmiş olan belirli ilkelere de uygunluğunun denetlenmesinin gerektiğini ve uygulamanın da bu şekilde olduğunu söylediler. Sorum buna dair olacak; ancak kısa bir açıklama yapmak istiyorum.

1958 Fransız Anayasasında bir başlangıç hükmü mevcut değildir. 1958 Fransız Anayasasının başlangıç kısmında 1946 Anayasasının «Başlangıç» kısmını aynen kabul ettiğini tekrarlamakla yetinmiştir. 1946 Anayasasının başlangıç kısmına baktığımız zaman; belirli anayasal ilkeleri sıraladıktan sonra Napolyon devrinden beri ve birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü cumhuriyet dönemlerinde kabul edilmiş olan ve ülkeye mal edilmiş, millete mal edilmiş üstün nitelikteki anayasal ilke seviyesindeki birkaç tane kanun sayılır; yani orada sayılmış olan ve anayasal ilke niteliğine kavuşmuş olan kanunlar, anayasanın başlangıcına mal olmuş olduğu için Anayasa Konseyi o kanunlarda zikredilmiş olan ilkeleri anayasaya uygunluk denetiminde esas almaktadır; yoksa Fransız Anayasa Konseyi cumhuriyet devrinde kabul edilmiş olan bütün yasaların ilkelerini anayasaya uygunluk denetiminde esas almamaktadır. Bu söz konusu olamaz; çünkü kanunun kanuna uygunluğunu denetlemek durumu ortaya çıkar.

Şimdi, bizim Anayasa Mahkememiz de gayet tabii aynı ilkeden hareketle aynı amaçla bir denetim yapmıştır; ve Anayasanın başlangıcında yer alan, 1982 Anayasasının «Başlangıç» kısmında yer alan anayasal ilkeleri denetimde ilke kabul etmiştir; yoksa cumhuriyet yasalarının benimsediği, kabul ettiği ilkelerin anayasaya uygunluk denetiminde kabul edilmesi söz konusu değildir. Bu kanunun kanuna uygunluğunu denetlemekten başka bir şey değildir. Sayın konuşmacının bu konudaki fikrinin biraz daha açıklığa kavuşmasını rica ediyorum.

ERDAL ONAR

Ben bir konuyu biraz daha açıklığa kavuşturmak istiyorum : Anayasa'nın 153 üncü maddesinde Anayasa Mahkemesinin kararlarıyla ilgili özellikleri sayarken, birinci fıkrasında Anayasa Mahkemesinin kararlarının kesin olduğunu vurguluyor. Hemen izleyen ikinci fıkrada ise, «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.» diyor. Acaba, bu iki düzenlemeyi bağdaştırabilmek mümkün mü? Tutun ki, bu şekilde bir kuşku ortaya çıktı, karar kesin olduğuna göre, bunu kim denetleyebilecektir? Acaba, sayın Çağlar bu konuda ne düşünür? Bunu merak ediyorum.

NURİ ALAN

Benim sormak istediğim husus, sanıyorum ki işledikleri konunun içinde mütalaa edilebilir; ancak kendileri değinmediler. Sorum, Anayasa Mahkemesinin denetim yaparken çizdiği sınırlarla ilgili değil, doğrudan doğruya görev alanı ile ilgili. Değinilmemiş olduğu için, izin verirseniz çok kısa olarak açmak istiyorum. Ancak birkaç dakikanızı istirham edeceğim efendim.

Efendim, konu geçen sene de gündeme gelmiş olmakla beraber, sadece Anayasanın Geçici 15 inci maddesi açısından tartışıldı; fakat Anayasa Mahkemesinin bu maddeye verdiği anlam ve yorum tartışılmadı. Anayasa Mahkemesinin, Geçici 15 inci madde ile ilgili en son kararı, 1985 senesi Aralık ayındaki Resmî Gazetelerden birinde yayınlandı; ve Orman Kanununun Millî Güvenlik Konseyi tarafından yapılan bir değişikliğine karşı açılmış olan, defi yolu ile getirilmiş olan dava, Anayasa Mahkemesinin görevsizliği ve başvuran mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddedildi. Anayasa Mahkemesinin bu kararına dayanak olan madde, geçici madde ismini taşımasına rağmen, kararda bu husus hiç tartışılmadı ve oybirliği ile verildi.

Bilindiği üzere, geçici maddeler, yeni hukukî düzene geçişi sağlayan ve bu geçiş tamamlandıktan sonra artık uygulanma olanağını yitiren maddelerdir. Nitekim 1982 Anayasasında da yer alan 16 adet geçici maddenin, tek tek incelenmesinden, maddelerin bu espri içerisinde getirildiği anlaşılmaktadır; ve Anayasa kendi getirdiği esas ve ilkelere geçici bazı nirengi noktaları tespit etmiştir. Bunlardan en önemlisi, ilk seçimlerden sonra Millet Meclisinin toplanıp Başkanlık Diva-

nının oluşması tarihidir. Bu tarihde, aşağı yukarı, Anayasanın getirdiği hükümlerin, müesseselerin birçoğu işlemeye başlayacaktır; öngördüğü kanunlar nihayet bir sene içerisinde yürürlüğe girecektir, siyasî yasaklılığa ilişkin beş - on sene gibi süreler vardır.

Şimdi, Anayasanın geçici maddeleri düzenleyişindeki bu espri içerisinde geçici 15 inci maddenin üçüncü fıkrasına sürekli bir uygulama tanımak mümkün müdür?

Dikkati çeken başka bir husus daha var; yalnız 15 inci maddeyi hemen hatırlamak için Anayasadan okuyayım :

«Bu dönemler içerisinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı iddia edilemez» burada belki Anayasa Mahkemesini sözünü ettiğim kararı vermeye yönelten bir haklı durum söz konusu olabilir. 15 inci maddenin üçüncü fıkrasında bu uygulamanın hangi tarihe kadar süreceği konusunda bir açıklık yoktur. Belki de, belki değil, kesin olarak inanıyorum; bu açıklığın bulunmamasından Anayasa Mahkemesi bu sonuca varmıştır. Ancak, bu geçici maddelerden hemen önce yer alan asıl madde, 174 üncü madde var. Anayasa sürekli koruma altına almak istediği devrim kanunlarını tek tek zikretmiş ve asıl madde olarak düzenlemiştir. Bu hususun yerindeliği çok daha geniş zaman içerisinde tartışılmaya değer. Ben sadece şu Anayasanın düzenleniş tekniği içerisinde ve geçici maddelerin özelliği karşısında geçici 15 inci maddeye sürekli bir uygulama alanı tanımak mümkün müdür? diye soruyorum.

ERSAN İLAL

Efendim, Sayın Çağlar'a teşekkür ederiz. Gerçekten her zamanki gibi ciddî bir bildiri. Ben dün de değinmiştim. Bu ciddi bildiri kavramlarının üzerinde ciddiyetle durmamız gerekiyor. Bir-iki kavrama ben takıldım. Biraz izin verirseniz dün de Sayın Teziç'le konuşurken Sayın Teziç «Yasa koyucu abesle iştigal etmez» demişti. Ben bazen bundan kuşku duyuyorum. 60 sıralarında ben doktora tezimi hazırlarken Anayasadaki TRT'yi inceliyordum; 61 Anayasasında bütün anayasal kurumların Anayasa Mahkemesine dava açma hakkı vardı; TRT'nin yoktu. Ben büyük bir ciddiyetle, neden konmamıştır diye 5 - 6 ay teoriler inşaa ettim. Bir gün sayın Sarıca Hocamıza rastladım, «Hocam niye yok» dedim. Hiç unutmam «Ah! unutmuşuz» dedi. Olabilir, 1982 Anayasasında da rastlıyorum; birtakım şeylere gerekçe bulmaya çalışı-

yoruz neden iştigal etti diye. Sayın Çağlar 82 Anayasasının özellikle güçlü devlet yaklaşımlarına birtakım kavramlarla yaklaşıyor; ve tabiî biz de bilim adamları olarak belki de sınırlı bir katkıda bulunuyoruz, anayasanın yorumlanmasında abesle iştigal etmesin diye; ama belki Anayasa Mahkemesine de yardımcı olmaya çalışıyoruz. Ben onun için bu kavramları gene de bir daha tartışalım diyorum.

Sayın Çağlar, «Güçlü devlet» dedi. Dün tartışmıştık güçlü devlet nedir? Güçsüz devlet nedir? Benim biraz ters bir görüşüm var o konuda; ama daha da önemlisi etkili yürütme diyor. Şimdi bu kavramlar anayasada yok tabiî, biz diyoruz, «Böyle öngörüyor 82» diyoruz. «Güçlü devlet öngörüyor» diyoruz. Etkili yürütme, etkili yürütme nedir; yani bir trafik düzenlemesini yapabiliyor mu, ya da suçluları yakalayabiliyor mu, etkileme bu. Acaba şu ya da bu biçimde yaptığı zaman etkili mi oluyor. Yani, Amerika Birleşik Devletleri'nde etkili değil de, bizde mi etkili. Buralarda sanıyorum ki, üzerinde pek durulmadan kullanılan kavramlar bunlar; ama bence daha önemli kavramları var. Bir tanesi «82 Anayasası, yönetilebilir demokrasiyi öngördü» diyor. Tersi yönetilemez demokrasi, yani yönetilebilir demokrasi 82, ondan önceki anayasalarda yönetilemez demokrasiler. Ben bu kavramları biraz kaypak kavramlar olarak görüyorum. Şimdi, ondan da önemlisi «güçlü başkan ve partiler çoğunluğuna dayalı parlamenter parlamento» diyor. İki ayırım yapmış, şimdi güçlü başkana bakarsak kendi verdiği örneklerden de, Fransa örneği, Fransa'da çok değişik partilerin temeline dayalı bir başkanlık görüyoruz. Seçimlerde de çok değişik renkte eğilimlerin bir araya gelmesiyle seçilen bir başkan görüyoruz. Başkanlık sisteminde de başka tabiî, oradaki seçimde de, Amerika'da da başkanın bu anlamda güçlü olduğunu söyleyebiliriz. Ama, bir de buna bitişik olarak partiler çoğunluğuna dayalı parlamentoya baktığımızda, 82 sisteminde anayasa dışında seçim sistemine getirilen değişiklikler, Siyasal Partiler Yasasına getirilen değişikliklerle birtakım sınırlamalar getiriliyorsa, buna dayalı, buradan oluşacak bir cumhurbaşkanının nasıl güçlü olacağı konusunda bende kuşkular var. Diğer yandan parlamentoda çoğunluğu sınırlayacaksınız, küçük partileri saf dışı bırakacaksınız, birtakım partileri dışarıda bırakacaksınız, ondan sonra parlamento içinden seçilecek olan, başkanlı parlamento sistemindeki başkan da güçlü olacak. Ben burada bir temel çelişki görüyorum. Bu konudaki fikrini doğrusu merak ediyorum.

İzin verirseniz bir de; bence 82 Anayasası özgürlükler konusunda da yönlendirilmiş özgürlükler öngörüyor. Ben bu kavramı da anlayamıyorum. Kim yönlendiriyor, kimi yönlendiriyor, özgürlüklere çok ters

geliyor bu kavramlar. Benim gördüğüm kadarıyla, özgürlükler temelde anayasalarda, yasalarda belirlenmiş, yasamanın, yürütmenin uygulayacağı ve yargının denetleyeceği, kişinin haklarıdır. Yani, bunları kişi yönlendirir.

Bir son şey de; metinde temel hak ve özgürlüklere genel sınırlama getiren Anayasa, hak ve ödev bağlantısını kurarak, yönlendirilen özgürlük formülünü düzenlemiş. Siyasal alanı anayasa ideolojisinde aykırı düşüncelere kapamıştır diyorsunuz. Birkaç yerde daha geçiyor. Bu dünkü tartışmaların daha gerisine giden düşüncelere de mi kapatmıştır? Yani, açıklamaları da düşünceyi de mi yasaklamıştır anayasa? Bu konuda da sanıyorum ki, bir kuşkum var.

Doç. Dr. YILDIRIM ULUER*

Ben, Ersan İlal'ın takıldığı bütün kavramlara takılıyorum. Özel olarak «Güçlü yürütme» meselesi üzerinde soru sormak isterdim; ama daha başka bir kavram, daha da yukarıda bir kavram konusunda biraz daha durmak gereğini duyduğum için, o konuda bir şeyler söylemek niyetindeyim. Bu hukuk siyasal ayırımı, yani bir hukuk var, bir de siyasal var. Aslında, özünde, hukuk siyasal da; yani siyasal olmak Anayasa Mahkemesine özgü bir durum değildir. İşin aslına bakarsanız eğer Danıştay da siyasaldır, Asliye mahkemesi de siyasaldır. Bir hukuk problemini ele aldığınız zaman, nasıl baktığınıza bağlıdır bu iş. Yani, aslında, özünde o da siyasaldır. Siyasal da öyle korkunç bir şey değildir. Aman siyasal olmasın diyecek. Sanırım aynı konuya farklı organlar farklı yöntemlerle yaklaşıyorlar. Yani, belli bir konu var, mahkeme hangi düzeyde olursa olsun yargılama yöntemleriyle bakıyor. Bu yöntemlerle baktığımız zaman işte Truman'ın sözünü naklettiniz, «Dost düşman oluyor.» Bu sizin bağlayış cümlenizde de var; ama yani bu hukuk - siyasal meselesi üzerinde biraz daha durmanızı istesem.

OSMAN MERİÇ*

Önce genç bilim adamına çok teşekkür ederim; çok faydalandım şahsen. Ancak, siyasi organla yani yasamayla çatışma ve eleştiri konularında bazı sualler tevcih edeceğim; fakat bunu yapmadan önce, müsamahanıza sığınarak biraz izahat vermek mecburiyetindeyim.

(*) A.Ü.H.F. Öğretim Üyesi.
(*) Danıştay Emekli Başkanvekili.

Şimdi, hepimiz biliyoruz ki, siyasal sistemde devletin yerine getirmesi gereken birtakım toplumsal sorunlar ve bu sorunları çözüme bağlayacak, gerçekleştirecek çeşitli organlar mevcuttur. Bunlara da biz temel organ olarak yasama, yürütme ve yargı diyoruz. Bu hizmetleri yapabilmek için, bu yetkiler, bu organların arasında taksim edilmiş durumda. Ancak, önemli bir fark mevcut. Bunlardan yasama organize denetime tabi. İşte Anayasa Mahkemesi tasarruflarını denetliyor. Yürütme, yürütmenin de bütün eylem ve işlemleri organize denetime tabi. İşte Danıştay denetliyor. Bu üç organdan hiçbir denetime tabi olmayan, kendi kendini denetleyen tek organ yargı. Buna mukabil, genel olarak, yargı organları, müesseseleşmiş değer ve geleneklerinin sonucu, günlük uyuşmazlıkları, ihtilafları çözümlemede en elverişli organ olarak kabul edilmiş. Bu halleriyle bunlar şiddetle zor yerde hukuku uyguluyorlar. Yasamanın ve yürütmenin hukuka uymayan tasarrufları karşısında toplumu ve ferdin özgürlüklerini koruyan organlar. Bu çok önemli fonksiyonu ifa eden bu organa mensup olanların, yani hâkimlerin her şeyden önce mutlak tarafsız olmaları gerekir. Zaten esasında yetenekli hâkim, çağdaş olayları temelinden kavrayacak, kanunları etkin ve adil bir şekilde yorumlayacak ve ayrıca da çeşitli yarar çatışmaları karşısında tarafsızlığını muhafaza edecek kişiliğe sahip olmalıdır. Anayasa Mahkemeleri 20 nci yüzyılın icat ettiği müesseseleri olabilir. Bu söylediklerim yargının, yani insanlığın bütün beşeriyet tarihi boyunca, kabul ettiği gerçekler. Çünkü, beşeriyet kanun, hukuk, mahkeme, yargıç gibi, mefhumlara üstün değer biçmiş. Bundan dolayıdır ki, dünkü ilk oturumda sayın konuşması hâkimin niteliklerinden bahsetti. Bu mecellenin 1792 nci maddesidir. Diyor ki, «Hâkim, hakim, fehim, müstakim, metin, ömür olacaktır.» Yani, bilgili, anlayışlı, doğru, dürüst, tarafsız ve sabırlı olacaktır. Bunun diğer bir şeyi de **Kutadgu Bilig**'de vardır. 800 yıl önce Yusuf Hass Hacip tarafından yazılmış olan Kutadgu Bilig'de bir hâkimin amentüsü şudur : «Benim imanım adalettir. Hiç ayırt etmem, haksız ve haklı, eğriyle doğru önüme geldikleri zaman ben adalet esasına göre onların işini hallederim. Önüme gelen bey midir, kul mudur, hiç fark etmez. Benim önüme gelen, mahkememe gelen oğlum olsun, yabancı olsun veyahut da gelip geçici başka birisi bulunsun, bunların hepsine tek kanunumu uygularım. Bunların hiçbirisi bende adaletten başka bir şey bulamazlar; ve adil kararlar devleti yüceltir. Gayrî adil kararlar da devleti küçültür ve çökertir.» İşte bu bakımdan ben çatışmalarda, eleştirilerde birinci unsur olarak toplumun beşer unsurunu görüyorum. Ancak, şunu hemen samimiyetle ifade edeyim, ona göre diğerlerine devam edeyim : Ben bugünkü Anayasa Mahkemesi mensuplarının halen toplumumuzda gönül ve kafa bir-

liğiyle, hukuka saygılı bir ekip olarak görev ifa ettikleri kanısının bulunduğu inancındayım. Bunlar bu şekilde görev yapmaktadırlar ve bu çok önemli bir noktadır. Çünkü, bu tür müesseselerin anayasaya dayanmaları, kanunla kurulmaları, normal olarak fonksiyonlarını ifa etmeye kâfi gelmez. Batı'daki benzerleri gibi otorite haline gelebilmeleri için kamuoyunun güveni mutlaka şarttır. Bu haliyle bugünkü ekip arkadaşlarımızın hakkında toplumdaki kanı budur. Yapılan eleştiriler bilim hududu içinde kalmaktadır ki, bu da normaldir.

Şimdi, benden önce konuşan sayın genç arkadaşımız bahsettiler onun için esas ikinci noktaya gelmek istiyorum Anayasa Mahkemesiyle, Yargıtay ve Danıştay üyeleri arasında, oradaki hukukçular arasında fark vardır. Bu iki müessese farklıdır. Danıştayın ve Yargıtayın üyeleri gerçek anlamda, kelimenin tam manasıyla yüksek yargıçtırlar. Çünkü, bunlar önüne gelen meseleleri ilgili kanunun maddelerine, hukukun ilkelerine ve vicdanlarına göre halledeler. Bunun dışında sadece hâkime yüklenen vazife var ya, hüküm olmadığı zamanda Medeni Kanunun 1 inci maddesine istinad eder ve kanun koyucu gibi, hukuk yaratır diyor. İşte bu vazifeyi yaparken sadece bundan ayrılabilirler. Çünkü, o görevi yaparken sadece lafzî ve tarifi yorumla değil, amaçsal yoruma, gai yoruma da önem verirler; ve böylece küçük bir nebze de olsa, kamu siyasetinin oluşumuna katılmış olurlar; ama bu nadir bir haldir. Genel olarak bunlar bu ilkelere göre vazife yaparlar. Bunun yanında Anayasa Mahkemesinde durum çok farklıdır. Anayasa Mahkemesi, bütün gücüyle siyasilik şeyini bir tarafa iterek, tam hukuk ilkelerine göre karar vermek azminde ve iradesinde olsa dahi, karar konularının niteliği, kararlarının toplumdaki etkinliği bakımından siyasi alana girerler. Önüne gelen her konuda yasama organının anayasanın sınırlarını geçirtmekle neyi tespit edecektir. Bu sadece hukuksal bir görev değildir. Yasama organının ve anayasa koyucunun maksadını araştıracaktır. Bunu yaparken siyasi yoruma gidecek, hukukun ölçülerinden ayrılacak ve kendi siyasi takdir ve tercihini kanun koyucunun yerine ikame edecektir ki, işte bu, hukukî alandan siyasi alana geçmek demektir. Bundan dolayıdır ki, sayın genç bilim adamımız Fransa'da tahsil ettiklerine göre, çok iyi bilirler, Duguit'nin bir notu vardır, «Kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi hususunu yüksek mahkeme niteliğinde bağımsız ve prestijle mücehhez bir organa verdiğiniz takdirde, bu organ hukukî bir organ olmaktan ziyade, politik bir organ olmaya kayar; ve parlamento ile çatışmaya düşer. Meclisler üzerinde bir nevi denetim, kontrol tesis eder; ve böylece siyasi gücü elinde bulunduran bir yüksek meclis intibaını uyandırır» diyor. İşte, bu izahatımdan sonra sayın genç bilim adamımıza Duguit'nin bu eleş-

tirisine katılıyorlar mı? Sistem bakımından biliyorlar. Fransa'daki sistem. İşte kendileri de söylediler anayasa konseyidir zaten, dün de defalarca konuşmacılar ifade ettiler, muhtelif memleketlerde sistem bakımından daimilik yoktur. Duguit'ye hak veriyorlar mı? Bunları öğrenmek istiyorum.

AHMET HAMDİ BOYACIOĞLU

Sayın Başkan, ben sorudan ziyade ortaya atılan bir konunun aydınlık kazanması için, eğer izin verirseniz, çok kısa maruzatta bulunmak istiyorum.

Bunun birincisi Sayın Nuri Alan arkadaşımızın ortaya getirdiği konuyla ilgilidir. Önce şunu ifade etmek isterim ki : Geçici 15 inci maddenin anlamı, bahsettikleri karardan çok daha önce bir siyasi partinin kapatılma davasıyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesince ayrıntılariyle ortaya konulmuştur. Nitekim, o siyasi parti açılan kapatma davasında önce Siyasi Partiler Kanununun kimi hükümlerinin Anayasaya aykırı olduğu itirazında bulunmuş; ve bunun akabinde bu itirazı ädeta geri alarak, «Ben durumu biliyorum, geçici 15 inci madde karşısında, siz bu anayasaya aykırı olarak çıkmış bulunan o dönemin yasasının hükümlerine ihmal ediniz ve Anayasayı uygulayınız» demiş olması nedeniyle, Anayasa Mahkemesi konuyu inceleyerek bir karara bağlamıştır. Nitekim, geçen yıl Anayasa Mahkemesi sempozyumuna, bilimsel toplantılarına katılan arkadaşımız hatırlarlar. Sayın Orhan Aldıkaçtı tebliğini sunduktan sonra, kendisine sorulan bir soru üzerine, geçici 15 inci maddenin, Millet Meclisi Başkanlık Divanının teşekkül ettiği tarihte sona erdiğini, artık bir hüküm taşımadığını söylemesi üzerine, hakikaten olay çıkmıştır. Maalesef büyük bir talihsizliktir ki, ses bantlarına bu konuşmalar geçirilemediği için yayınlanan kitap da bu bakımdan çok zayıf kalmıştır. Benim sorduğum soruya dahi Sayın Aldıkaçtı cevap verememiştir.

Evvela Anayasa Mahkemesinin önüne itiraz yoluyla gelebilecek bir işin her iki —44 ve 2949 sayılı— Yasada siyasi parti kapatma davasıyla Yüce Divan davaları yoluyla da gelebileceği işaret ediliyor. Ben şahsen yeri olmamakla beraber şunu hemen ifade edeyim : Bu hükümlerin tahdidi değil, misal, emsal gösterme niteliği taşıdığı kanaatindeyim. Yani, Anayasa Mahkemesi, yargısal bir görev ifa ediyorsa, Yüce Divan ve Siyasi parti kapatma davası tarzında çalışmasa dahi itiraz yolunu işletebilir görüşünü savunuyorum. Kişisel kanaatim bu-

dur. Örneğin, misal vermek gerekiyorsa, bir parlamenterin yasama dokunulmazlığının kaldırılması veya üyeliğinin düşmesi tasarrufu Anayasa Mahkemesinin önüne getiriliyorsa, uygulanacak İçtüzüğün Anayasa aykırılığı iddia edilebilir; ve mahkeme eğer bunu ciddî görüyorsa, itiraz yolunu işleterek Anayasa Mahkemesi sıfatıyla anayasaya uygunluk denetimi yapabilir. Keza, siyasi partinin malî denetiminde de aynı yolu işletebileceğine samimiyetle inanıyorum.

Bunların ötesinde, buna benzer bir hüküm 61 Anayasasında da yer almaktadır; geçici 4 üncü madde. Buradaki geçicilik, kanaatimce, son hüküm ayakta kaldığı müddetçe anlamına gelir. Yine kanaatimce anayasanın üstünlük ilkesi karşısında, şayet geçici 15 inci maddenin kapsamına giren bir husus varsa —ki bunu 1983 yılındaki bilimsel Anayasa Mahkemesi gününde tebliğ olarak o merasimin açılışı sırasında da söyledim— Parlamentoya düşen görev, eğer aykırılık varsa, o aykırılığı temizleyerek anayasanın üstünlüğü ilkesini hakim kılmaktır. Burada bir devamlılık olduğuna ben kani değilim, elbette madde geçicidir, çünkü o geçiciliğin o kapsam içerisindeki yasalar ayakta kaldığı müddetçe itiraz yolu işlemez anlamında ele alınması gerekir; ve mahkemenin görüşü de budur.

İkincisi; Sayın Osman Meriç'i ilgiyle dinledim. Yalnız, bir konudaki görüşüne katılamadığımı da, 15 yıl Anayasa Mahkemesinde çalışmış bir görevli olarak, belirtmeyi vazife saydım. Anayasa Mahkemesi üyeleri görevleri sırasında elbette politik alana girerler. Ama sureti katiyede kendilerinin ölçüsü politika değildir. Hukukun üstün kuralları anayasanın üstün kurallarıdır. Kesinlikle siyasî tercih yapamazlar, yapmamaları gerekir. Uygulayacağı tek kıstas hukukun üstün kuralları, anayasanın kurallarıdır. Yerindeliği dahi tespit edemez. Bir yerindelik denetimi değildir Anayasa Mahkemesinin yaptığı, uygunluk denetimidir.

BAKIR ÇAĞLAR

Cumhuriyet yasaları 1946 Anayasa başlangıcında sayılmış değildir. Eğer sayılmış olsaydı bugün Fransız anayasa hukukçuları «Kastedilen hangi cumhuriyet yasalarıdır?» sorusunu sorup bu konuyu master ya da doktora tezi olarak da dağıtmazlardı. Çünkü, çok sayıda vardır. 1946 Anayasası olduğuna göre, «O zaman Dördüncü Cumhuriyet yasaları kastedilmemiş midir?» denmektedir. Çünkü henüz anayasa koyucusu bilmiyor. Onun için, cumhuriyet yasaları da sayılmış değil-

dir. Cumhuriyet yasalarından söz ediliyor. Sonra, Fransız Anayasa Konseyi bu belli sayılmış cumhuriyet yasaları listesinin yine belli prensiplerini ayıklamakla yetinmemiştir. «Cumhuriyet yasaları» diyor. Bu cumhuriyet yasalarından bazı temel prensipler, anayasal değerde temel prensipler çıkartıyor. Vakit olmadığı için temas etmedim. Belli bir ihtiyacı duymadığı zamanlar da var. Hiçbir metne yollama yapmadan anayasal değerde prensipler tanıyor. Bu konuda çok önemli iki karar var.

Şimdi, bu tespitler çerçevesinde şunun altını çizerek söylemekte yarar vardır : Benim söylediğim kanunların kanunlara uygunluğunun denetimi değildir; prensipler, daha sonra bir konuşmacı kullandığı için, yollama yaptığı için söylüyorum, Durguit'nin söylediği prensiplerdir. Yasal prensip değil, yasaların anayasaya uygunluğunun denetlenmesinde kullanılan ölçüm prensiplerdir. Türk Anayasa Mahkemesinin kararına gelince ben sadece bir yakınlaştırma yaptım. Anayasa Mahkemesi kararında cumhuriyet yasaları tırnak içinde aktarılmış değildir; ama bir Lozan sonrası Türk hukuk politikasından söz ediliyor. Onun altını da çizmek isterim. Hepsi budur. Bu konu İstanbul Hukuk Fakültesi'nde yapılan bir tartışma sırasında da —bu konuyla ilgili bir tartışma sırasında da— gündeme gelmiş, orada da buna benzer sorunlar ortaya atılmıştır.

Son olarak şunu da eklemekte yarar vardır : Anayasa Mahkemesi bazı temel prensipler çerçevesinde anayasa başlangıcına bir çeşit çeki düzen vermek zorunda. Kullanacağı normları belirlemek açısından, hatta bunların bir sıralandırmasını yapmak açısından bu yapılmalıdır. Çünkü, bu pozitif nitelik tanınan ilkelerin bütününün birbiriyle bağdaştırılmasının zor olduğu durumlar da vardır. 1958 Anayasasında olduğu gibi. Çünkü, «1789 Haklar Bildirisi» diyor, bir taraftan da «1946 Anayasa başlangıcının çağımız için gerekli, çok zorunlu prensipleri» diyor. Biri sosyal muhtevalı, biri klasik liberal. Şimdi, çeki düzen vermek lazım, bağdaştırmak lazım bu prensipleri. Bunu yapan var; Anayasa Mahkemesi.

Son olarak şunu da söylemekte yarar vardır : Anayasa Mahkemesi belki toplayacağı ölçüm normlarda —İsviçre Federal Mahkemesinin aynen kullandığı terimi kullanarak söylüyorum— yazısız anayasa hukuku da yapar. Ona da imkân vardır.

İkinci soru : 153/2 ile ilgili. Burada şunu söylemek istiyorum : 153/2 bir çeşit, Anayasa Mahkemesi için öngörülmüş yorum ahlâkıdır ve hepside odur. Ufak bir bağlantıyı şöyle kurabiliriz : Böyle bir yorum ahlâkı anayasa başlangıcında da vardır. İkisi arasında böyle bir

bağlantı vardır; ama daha sonra metinden ayıklanmış bir başka düzenlemeyle de bağlantı kurmak isterseniz sanırım onu da kurmak mümkündür. Komisyon metninde olup da burada yer almayan bir düzenlemedir. Bugün sunulan tebliğin başlığını hatırlatan bir düzenleme : Cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisi. Bu sefer meclise değil, Anayasa Mahkemesine geri gönderme yetkisi. Eğer öyle bir yetki bu metinde yer almış olsaydı herhalde bu maddeyle son derece yakın bir eşlik içinde olurdu. Şimdi benim kanımca sadece bir yorum ahlâkı mevcuttur.

Üçüncü soru : Cevaplandığı için ben bu soru dolayısıyla kişisel görüşümü söylemek isterim. Geçici 15 inci madde gerçekten de Sayın Boyacıoğlu'nun söylediği gibi, geçen seneki sempozyumun en tartışmalı konularından biri olarak gündeme geldi; ve Aldıkaçtı tezi ile Anayasa Mahkemesi tezi, özellikle Boyacıoğlu tezi şeklinde bir tartışmaya da sebep oldu.

Şimdi, Sayın Boyacıoğlu bu hatırlatmayı yaptı, kendi görüşlerini de bir kere daha tekrarladı. Eğer benden istediğiniz kişisel görüşümü açıklamamsa, ben Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararlarının yerinde olduğu görüşündeyim.

Dördüncü soru : Biraz uzundur bu soru; ama ben cevabı kısaltmaya çalışacağım.

Şimdi, güçlü devlet etkili hükümet derken, bunları ben tırnak içinde kullandım, dedim. Benim anlayışıma göre, anayasa felsefeciliği ayrı bir meslek, anayasa hukukçuluğu ayrı bir meslektir. Ben ikincisini yapmayı tercih ediyorum. Anayasa hukuku bilimi terminolojisi olarak, özellikle jurisprudence'de geçen, yargı kararlarında geçen bazı kavramlar ıaktardım. Bunlar felsefî tercihlerin ürünü değildir, felsefî anlamları da yoktur. Pozitif anlamları vardır. Yargıtay kararı ortadadır. «Yönetilemezlikten söz edilebilir mi?» dendi. Edilebilir. Yönetilemezlik tezleri konusunda bundan birkaç ay önce çıkmış bir kitapta vardır. Başlığı bu : «Yönetilemezlik tezleri.» Gerçekten de bugün batı demokrasilerinde bu sorun gündeme gelmiştir. Demokrasiler nasıl yönetilebilir sorusu. Yönetilemezlik tezleri de neden yönetilemezler sorusuna getirilmiş cevaplardır. Bu konuda ben bir kişisel tavır almıyorum. Bu benim işim değildir. Ben bir tespit yapıyorum, yaptığım tespit de şudur : Bu gündemdedir ve hem teoride gündemdedir hem de pratikte. Bu bir anayasa kuralı hükmünü alabilir; bir mahkeme kararı biçimini alabilir; ama yönetilebilir derken genelde bu tezi savunanlar şunu kastediyor : Parlamento karar üretebilen bir parlamento olsun ve

belli bir siyasî çoğunluk ortaya çıksın. Hatta buradan hareketle bazı anayasacılar buna çoğunluklu parlementer rejim diyorlar; ve bugüne kadar yapılan bütün tasnifleri bir tarafa bırakıp, bu gerçekten hareketle çoğunluklu parlamenter rejimler, çoğunluksuz parlamenter rejimler; yönetilebilir, yönetilemez parlamenter rejimler diye tasnif ediyorlar. Yönetilemez, Üçüncü Cumhuriyet Fransası yönetilemezdi. Yani, çoğunluksuzdur. Yönetilemez, yakın zamanlara kadar süre gelen bir sistem çoğunluksuzdu. Fransız tipi parlamenterizm diyordum. Sayın Ersan Beyin o zaman belki buna bir itirazı olmaz. Fransız tipi parlamenterizmle yönetilemezlik eş anlamlıdır. Güçlü başkan, başkanlı parlamenter rejim dedim. Devlet başkanının anayasayla belli bir statüye kavuşturulduğunu, cumhurbaşkanının bir çeşit devlet iktidarını kullandığını, bu çalışmaya kaydetmeye çalıştım. Hem 1982 Anayasası okunacak olursa, hem de 1982 Anayasasının öncesinde ve sonrasında çıkartılan yasalar okunacak olursa cumhurbaşkanına tanınmış olan yetkileri başka şekilde yorumlamak mümkün değildir. Bu bir devlet iktidarıdır; partilere dayanan bir iktidar değildir. Çalışır mı çalışmaz mı?.. Rodaj dönemindeki bir anayasa için, henüz yapısallaşmamış bir siyasî yapı için bu olsa olsa bir kurgu bilim olur, bilimsel bir cevap olmaz. Onun için şimdilik ondan çekiniyorum.

1958 Anayasasından söz etti yine Ersan Bey ve güçlü başkanlık deyimini Fransız parti yapısıyla açıklamaya çalıştı. Değil. Çünkü, 1958 Fransız Anayasası 1962 yılına kadar seçilmiş devlet başkanlı bir sistem değildi. 1962'den sonra partiler cumhurbaşkanı seçiminde devreye girdi; ama 1958 Anayasası Fransız siyasî hayatını yapısallaştırmış, iki bloklu bir parti sistemi yaratmıştır. Yani, siyaset anayasayı değil, anayasa siyaseti şekillendirmiştir. Güçlü başkan anlayışının bunda bir kurum olarak da büyük ağırlığı vardır sanırım. Sonra, yönlendirilen özgürlük, o devirde yönlendirilen özgürlüğe, tek kelimeyle anayasayı koruma sebebiyle yönelinmiştir. Ersan Beyin dün yapmış olduğu konuşmaya bir ufak yollama yapmak istiyorum. O düşüncede bir çelişki gördüğüm için yapıyorum bu yollamayı. «Amerika'yı kim keşfeder?» dedi. O sırada sorunun cevabını ben de düşündüm; ama Ersan Beyin konuşmasından sonra o soruya cevap aramanın hiç de gerekli olmadığı sonucuna vardım. Çünkü, herkes kendi Amerikasını kendisi keşfediyor. Ersan Beyin sergilemiş olduğu Amerika ticarî bir Amerika idi. Mutlakçı rejimin temel hak ve özgürlükler açısından geçerli olduğu, düşünce özgürlüğü, basın özgürlüğü mutlakçı dokunulmaz açısından sınırlanmamış bir Amerika. Sınırlanamaz; ama yüksek mahkeme kararlarını bu açıdan tarayan ve Hint Adalarıyla Amerika

arasındaki farkı bilen anayasacılar bugüne kadar yüksek mahkemenin kararları arasında bir tek mutlakçı tez kararına rastlamamışlardır. Yargıç Douglas'ın karşı oyları hariç. Onun için, ben mümkün olduğu kadar akla yakın, ideallere değil de gerçeğe yakın bir Amerika'dan yanayım. Çelişki bu anlamda yoktur.

Sayın Uluer'in uzun cevap gerektiren sorusuna kısa bir cevap vermek istiyorum. Hukuk - politik münasebeti. Bir başkası bu kısa cevabı benden çok önce bulmuş, bu kolaylıktan yararlanmama izin verin. Diyor ki : «Hukuk - politika münasebetini şu şekilde açıklamak mümkündür : Politika, oluşmakta olan hukuktur. Eğer politika, oluşmakta olan hukuksa bu bir süreçtir, ama politik de vardır, hukuk da vardır. Biri diğerinin oluşturucusu olduğu için en azından.»

Altıncı soru : Bu soru sorudan çok bir açıklama idi. Yalnız o konuda kişisel görüşümü açıklamama izin verin. Anayasa Mahkemelerinin yaşamak için kamuoyu desteğine ihtiyaç duyduğu kuşkusuzdur. Öylesine kuşkusuz ki, Waimar Cumhuriyetini hatırlayacak olursak, orada yargının böyle bir desteği kaybetmesine sebep olan yoğun eleştiriler aynı zamanda demokrasinin erozyonunu da hazırlamıştır. Onun için, gerçekten demokrasinin korunmasıyla anayasa mahkemelerinin korunması arasında bir bitişiklik vardır. Birinin erozyonu diğerinin de erozyonu demektir. Bu görüşe katılıyorum. Katılmadığım ikinci görüş ise, Sayın Boyacıoğlu o konuda benden önce kişisel düşüncesini açıkladı, buna bütünüyle katılıyorum. Anayasa Mahkemeleri kendi kişisel ya da siyasî tercihlerini parlamentoların siyasî tercihlerini yerine ikame eden organlar değildir. Öyle olsalardı demokrasilerin çoğunluk kuralını izah etmek çok zor olurdu. Tabiî benimki, belli bir demokrasi anlayışı, farklı demokrasi anlayışları da vardır. Ama benim demokrasi anlayışım çerçevesi içinde ikisini bağdaştırmak zordur.

Duguit'den söz ettiler. Duguit Fransız kamu hukukunda pozitif metin öncesi hukukun, anayasaya uygunlukta ölçü olarak kullanılması gerektiğini savunan sayılı hukukçulardan bir tanesidir. Mensup olduğu ekol nedeniyle böyle bir düşünceye varmış olması da son derece doğaldır. Ama ben şahsen anayasa mahkemelerinin üst politik organlar olduğu görüşüne katılmıyorum.

ERSAN İLAL — Şimdi yasaklıyor mu diye sormuştum.

BAKIR ÇAĞLAR — Şimdi, o sorunun üzerinde çok durmuyorum. Çünkü, o zaman düşünceden ne anlaşıldığı gündeme gelecektir. Sizin «İnsanın küçük dünyası» dediğiniz; benim onun niçin küçük olduğunu pek anlayamadığım bir olayla bağlantılı.

İşte, sonunda küçük dünya mı korunacak, korunacak mı?..

O problem biraz felsefî bir problem olduğu için, sanırım Tarık Zafer Hocadan devraldığımız bir kavram bu. Onun terminolojisine bir yollama yaparak burada sorunu tartışmak gerekeceği için; ve de Sayın Hocamız burada olmadığı için o konuda cevap vermemeyi tercih ettim.

ERSAN İLAL — Bu konuda bir açıklama yapmak istiyorum.

Yalnızca örgütlenme mi, dernek kurma mı, açıklama mı yoksa salt düşünce mi yasaklanıyor?

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA YÜRÜTMENİN DÜZENLEME YETKİSİ

Prof. Dr. Turgut TAN*

Bireylerin günlük yaşamlarının her yönüne girmiş olan idare, toplumun ortak gereksinimlerini belirleyip, onları karşılayacak kararları hızla almak durumundadır. Hızlı kalkınma gereği ve toplumların zaman zaman geçirdikleri olağanüstü dönemler yürütmenin güçlendirilmesi eğilimlerini arttırmıştır. Gerçekten yürütmenin güçlendirilmesi sorunu batı demokrasilerinde yıllardır anayasa hukukunun gündeminden çıkmamış bir konudur (1). Özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrası yapılan anayasalar incelendiğinde yürütmenin değişik biçimlerde güçlendirilmeye çalışıldığı gözlenmektedir.

Nitekim, 1982 Anayasasının hazırlanmasında 1961 Anayasasında yürütmenin yeterince güçlü olmadığı ve bazı sıkıntıların da bundan kaynaklandığı yolundaki görüşlerin etkisi olmuştur. Bu konuya Anayasa Yargısı sempozyumlarından birinde sunduğumuz bildiri ile değinmek olanağı bulmuştuk (2).

Aslında, yürütmenin düzenleme yetkisinin kaynağı ve kapsamı kamu hukuku öğretisi ve yargı kararlarında çok tartışılmış ve bu niteliğini daha uzun süre devam ettireceğe benzeyen çetin bir sorundur. Biz bu bildirimizde yürütmenin düzenleme yetkisine ilişkin temel bazı sorunlara Anayasa Mahkememizin yaklaşımını özellikle 1982 Anayasasının yürürlüğe girişinden sonra verdiği kararları ele alarak saptamaya çalışacağız.

(*) H.Ü. İ.İ.B. Fakültesi Dekanı.

(1) E. Teziç, Batı Demokrasilerinde «Yürütme»nin Üstünlüğü ve Yeni Kurumlar Dengesi, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Yıl : 1, Sayı : 2, 1980. s. 91.

(2) T. Tan, 1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği (Güçlü Devlet ya da Güçlü Yürütme), Anayasa Yargısı, Ankara, 1984, s. 29 - 47.

I. YÜRÜTMENİN YETKİ OLUŞU VE DÜZENLEME YETKİSİNDE GENİŞLEME

Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden sonra verdiği kararlar incelendiğinde yürütme organına giderek daha geniş bir düzenleme yetkisi tanıma eğiliminde olduğu gözlenmektedir. Yüksek Mahkeme 933 sayılı Kalkınma Planının Uygulanma Esasları Hakkında Kanunun önemli hükümlerini iptal ettiği kararında, özellikle ekonomik alana ilişkin olarak yürütme organına tanınacak düzenleme yetkisi ile ilgili olarak, «İktisadi tedbirlerin yasa kuralları ile karşılanamıyacağı, bu tedbirlerin süratle alınması gerektiği düşüncesine dayandırılması dahi bugünkü iktisadi gerçeklerle, Yasama Meclislerinin çalışma durumuna uygun düşmemektedir. Bir kez, her konuda alınacak iktisadi tedbirler genellikle bellidir. İktisada ilişkin yazılarda ve uzman raporlarında gösterilmiş bulunmaktadır, yoksa bunlar yeniden aranılacak bulunacak değildir. Yapılacak iş, bilinen ve salık verilmiş tedbirlerden hangisinin belli durumda seçileceğidir ki, bu tedbirler yasada sayıldıktan sonra bunlardan bir veya birkaçının seçimi konusunda yürütmeye yasada belirlenecek sınırlar içinde yetki tanınabilir.

«Yasada öngörülmeyen çok önemli bir durumla karşılaşılır ya da gösterilmeyen bir tedbir zorunlu görülürse, ki bu seyrek gerçekleşecek bir olaydır, o zaman ivedilikle yasanın değiştirilmesi veya ek bir yasa çıkarılması yoluna gidilebilir. Unutulmamalıdır ki, Meclisler çoğunluğunun kamu yararı gördüğü konularda yasa değişiklikleri kısa zamanda, Yasama Meclislerinde yapılabilmektedir.» demekteydi (3).

Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden sonra verdiği çeşitli kararlarında yürütmenin düzenleme yetkisine ilişkin olarak önceki kararlarından farklı bir yaklaşım benimsediği dikkat çekmektedir. Nitekim, Yüksek Mahkemeye göre, «her ülkede önceden gelecekteki ekonomik gelişmeleri anlayıp buna göre, bir takım çerçeveler çizmenin mümkün olamaması, ithalat ve ihracatın her an değişebilen şartlara tabi bulunması, hükümetlere bir takım geniş ve esnekliği olan yetkiler verilmesini zorunlu kılmıştır.» (4).

---

(3) Anayasa Mahkemesinin 23-25.10.1969 tarih ve E. 967/41 - K. 969/51 sayılı kararı. AMKD., Sayı : 8, s. 43-44.

(4) Anayasa Mahkemesinin 11.1.1985 tarih ve E. 984/6 - K. 985/1 sayılı kararı. R.G., 17.6.1985, Sayı : 18787, s. 7.

Gene Anayasa Mahkemesine göre, «Çağımızda devlet, ekonomik alana günden güne artan ölçülerde müdahale zorunluğunda kalmaktadır. Kimi devlet görevlerinin yürütülmesinde özellikle ekonomik nitelik taşıyan işlerde esnek düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır» (5).

Anayasa Mahkemesinin yürütmenin düzenleme yetkisine yaklaşımındaki bu değişiklik hiç kuşkusuz, yeni Anayasada yürütmeye verilen yerin incelenmesi suretiyle değerlendirilebilir. Aslında, yürütmenin düzenleme yetkisinin niteliği ve kapsamı ilk bakışta teknik bir idare hukuku sorunu gibi görünse de, anayasal sistem içinde kuvvetler arası ilişkilerin değerlendirilmesini de gerektiren geniş boyutlara sahiptir. Biz bu yazı çerçevesinde soruna yürütmenin yalnız «görev» değil aynı zamanda «yetki» olarak da düzenlenmesi açısından yaklaşacağız.

A. Yürütme Yasamanın Türevi Özelliğini Koruyor mu?

Yargı organlarının yeni Anayasanın yürürlüğe girişinden sonra verdikleri kararlarda yürütmenin, eskisinde farklı olarak «yetki» olarak düzenlenmiş olmasından bazı sonuçlar çıkardıkları bir gerçektir. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında «1982 Anayasası'nın 1961 ve hatta 1924 Anayasalarına karşı güçlü Devlet ve otoriter idare kavramlarına daha fazla önem verdiği ve özellikle yürütmeyi yasama ve yargı karşısında daha da güçlendirdiği tartışmasızdır. Anayasanın bir çok maddeleri bu temel düşünceye uygun olarak değiştirilmiş ve yeniden düzenlenmiştir» (6) diyerek bu durumu açıkça ifade etmektedir.

Benzer durum öğretide de görülmektedir. Nitekim, Gözübüyük, 1961 Anayasasında yürütmenin «yasamanın koyduğu sınırlar içinde yerine getirilen bir görev» olmasına karşın, 1982 Anayasasında «yetki ve görev» olduğuna dikkat çekerek, «böylece yürütme biraz daha güçlenmiştir» demektedir (7).

Dolayısiyle, üzerinde durulması gereken nokta, yürütmenin yeni Anayasadaki düzenlenişinin düzenleme yetkisi açısından farklı sonuçlar doğurup doğurmadığıdır. Anayasa Mahkemesine göre, «Yürütme-

---

(5) Anayasa Mahkemesinin 18.2.1985 tarih ve E. 984/9 - K. 985/4 sayılı kararı. R.G., 26.6.1985, Sayı : 18793, s. 26.

(6) Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 14.9.1983 tarih ve E. 980/4 - 1714, K. 983/803 sayılı kararı. Yargıtay Kararları Dergisi, c. IX, Sayı : 11, Kasım 1983, s. 1591-1592.

(7) Ş. Gözübüyük, Yönetim Hukuku, Ankara, 1983, s. 2.

ye bir yetki olma gücünü veren esaslar Anayasanın muhtelif maddelerinde serpiştirilmiş durumdadır. Bunlardan düzenleme ile ilgili olarak yeni Anayasa'nın getirdikleri olağanüstü haller ve sıkıyönetim süresince Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulunun sözü edilen hallerin gerekli kıldığı konulara hasren kanun hükmünde kararname çıkarmak.»

«Bakanlar Kurulunun, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içerisinde değişiklik yapmak, dış ticaretin ülke ekonomisi yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla, ithalat, ihracat ve dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri mali yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymak ve bunları kaldırmak gibi hususlardır.» (8).

Yüksek Mahkemeye göre, «Yürütmenin, tüzük ve yönetmelik çıkarmak gibi klasik düzenleme yetkisi, idarenin kanuniliği ilkesi çerçevesinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki durumundadır. Bu bakımdan Anayasada ifadesini bulan yukarıdaki ayrık haller dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yürütmenin subjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Yasa ile yetkili kılınmış olması da sonuca etkili değildir» (9).

Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi yürütmenin doğrudan sahip olduğu düzenleme yetkisini, Anayasanın kendisine verdiği yetkilerle sınırlı olarak kabul etmektedir. Bunlara örnek olarak da Anayasanın 121, 122, 73 ve 167. maddelerindeki yetkileri göstermektedir, kanımızca bu örneklere yürütmenin bir parçasını oluşturan Cumhurbaşkanına doğrudan Anayasa (m. 107) ile tanınan kararname çıkarmak yetkisini de eklemek gerekirdi. Nitekim, öğretide, «bu düzenleme özerk bir yetkinin kullanılmasına açık ve kesin bir örnek» (10) olarak gösterilmekte; Anayasanın «Cumhurbaşkanlığı kararnamesi» adıyla «Türk anayasa ve idare hukukunda şimdiye kadar bulunmayan bir düzenleyici işlem» yaratıldığı kabul edilmektedir (11).

---

(8) Anayasa Mahkemesinin, 13.6.1985 tarih ve E. 984/14 - K. 985/7 sayılı kararı. R.G., 24.8.1985, Sayı : 18852, s. 39.

(9) İbid.

(10) L. Duran, Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi? İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Yıl : 4, Sayı : 1 - 3, s. 37.

(11) M. Soysal, Anayasanın Anlamı, 100 Soruda Dizisi, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1986, s. 322.

Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi, Anayasanın doğrudan yürütmeye düzenleme yetkisi verdiği istisnai konular dışında, yürütmenin yetki olarak düzenlenmiş olması nedeniyle, yasalara dayanmayan bir düzenleme yetkisine sahip olduğunu kabul etmemektedir. Dolayısiyle, Gözübüyük'ün de belirttiği gibi, yeni Anayasada «Yürütmenin yasamanın türevi olduğu kuralı büyük ölçüde» korunmaktadır (12).

Duran da, TBMM'nin Bakanlar Kuruluna hangi konularda ve koşullarda düzenleme yetkisi verebileceğinin Anayasada (m. 73, 90, 115, 123 ve 167) sayıldığını belirttikten sonra, «Anayasanın bu özel yetki verilmesini öngören hükümleri, yürütme ve idarenin, özerk ve genel bir düzenleme yetkisinin bulunmadığını, ancak yürürlükteki bir kanunla veya kanunlarla daha önce yasama tarafından ele alınmış konuları işleyebileceğini açıkça ortaya koymaktadır» demektedir (13).

B. Asli ve Genel Düzenleme Yetkisi Var mı?

Aslında, yürütmenin asli ve genel düzenleme yetkisine sahip olup olmadığı 1961 Anayasası döneminde de tartışılmış bir sorundur. Hatta, Danıştayın bazı kararlarında «kamu yararının gerektirdiği hallerde, idarenin genel nitelikte düzenleme yetkisine sahip olduğu hukukun genel ilkelerindendir» (14) diyerek, «idarenin genel ve asli düzenleme yetkisi» bulunduğu görüşünü benimsediği (15) dikkat çekmektedir. Danıştaya göre, idarenin bir alana düzenleyebilmesi için «mutlak surette bu hususta yetki tanıyan bir metnin varlığı zorunlu» olmayıp (16), «yasal metin olmasa dahi idarenin genel düzenleme yetkisi içinde düzenlemelerde bulunması zorunluğu» vardır (17). Hatta, Danıştay Bakanlar Kurulunun «Türkiye üzerinden karayolu transit taşımaları ile Türkiye'den transit eşyanın taşınması esasları»na ilişkin kararını «Devletin egemenlik hakkı ve idarenin genel düzenleme yetkisi»ne dayandırmıştır (18).

---

(12) Gözübüyük, op. cit., s. 2.

(13) Duran, loc. cit., İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Yıl : 4, Sayı : 1 - 3, 1983, s. 42.

(14) DDK., 28.4.1972, E. 968/709 - K. 972/364, AİD., c. 5, Sayı : 5, s. 201.

(15) DDK., 5.4.1974, E. 972/358 - K. 974/437, Duran, İdare Hukuku Dersleri, İstanbul, 1982, s. 392.

(16) DDK., 25.3.1977, E. 976/92 - K. 977/160, Danıştay Dergisi, Sayı : 18 - 19, s. 246.

(17) DDK., 5.5.1972, E. 970/453 - K. 972/385, AİD., c. 5, Sayı : 3, s. 193.

(18) DDK., 28.4.1972, E. 968/709 - K. 972/364, AİD., c. 5, Sayı : 4, s. 201.

İdarenin asli ve genel bir düzenleme yetkisine sahip olduğu görüşünün, mutlak anlamda, 1982 Anayasasından sonra da kabulünün mümkün olamıyacağı yukarıdaki açıklamalardan anlaşılmaktadır. Zira, Anayasa Mahkemesinin de belirttiği gibi, «yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yürütmenin subjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi» bulunmamaktadır.

Balta, «kanuni yetki ilkesi» olarak ifade ettiği bu durumu, «Kanuni yetki isteyen konular Anayasanın ilgili kurallarından anlaşılır. Bu konuların başında idare edilenlerin özgürlükleri ve öteki hak alanları gelir. Gerçekten idare, idare edilenlerin özgürlüklerine ve öteki hak alanlarına dokunan bir davranışta bulunmaya, onlara kişisel ya da mali bir yüküm yüklemeye yalnız bir kanun kuralının buna izin verdiği hallerde ve koyduğu şart ve ölçü içinde yetkilidir» şeklinde açıklamakta ve «önleyici zabıta müdahaleleri» ile «vergi salmaları»nı bunlara örnek olarak vermektedir (19).

Duran da, yürütmenin özerk ve genel bir düzenleme yetkisine sahip olmadığını belirtirken, «Yasama organı (TBMM) Anayasa çerçevesinde her konuyu dilediği gibi, kanunla düzenleyebildiği halde, yürütme (Bakanlar Kurulu) suç, ceza, vergi ve yargı gibi birçok konuya el atmaktan yasaklandıktan başka, düzenleyici veya birel özgül işlemlerinde kanunlara aykırı hukuki durum ihdas edemez. Yasama organı yürütme ve idareye yetki verdiği konularda yapılan düzenlemeleri her zaman değiştirmek ve kaldırmak imkânına sahip olduğu gibi, yeni çıkardığı kanunlarla ilgili tüm düzenleyici işlemleri hükümsüz ve etkisiz kılabilir» demektedir (20).

II. YASA İLE DÜZENLEMENİN ANLAMI VE YASAMA YETKİSİNİN DEVRİ

1982 Anayasası açısından yürütmenin düzenleme yetkisinin asli ve genel nitelikte olup olmadığı sorununu tartıştıktan sonra üzerinde durulması gereken bir başka konu anayasaya göre yasa ile düzenlenmesi gereken bir alanda yasal düzenlemenin varlığı için gerekli asgari koşulların neler olduğudur. Bir başka deyimle, yasa ile düzenlenmesi gereken bir alanın ne kadarı yasa ile düzenlenmelidir ki, ondan sonrası yürütme organınca düzenlenebilsin.

---

(19) T.B. Balta, İdare Hukuku I, SBF yayını, Ankara, s. 127 - 128.

(20) Duran, loc. cit., İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Yıl : 4, Sayı : 1 - 3, 1983, s. 41.

A. Yasa ile Düzenlemenin Asgari Koşulları

1961 Anayasası döneminde verdiği değişik kararlarında Anayasa Mahkemesi bu konuda bazı ölçütler getirmeye çalışmıştır. Yüksek Mahkemeye göre, yasa koyucu genel kuralları koyup idareye takdir yetkisine göre düzenleyebileceği alan bırakırken, gene anayasada öngörülen idarenin yargısal denetiminin etkililiğini engellemiyecek nesnel kurallara bağlamalıdır (21). Bu da, Anayasa Mahkemesine göre, «temel esaslar», veya «temel hükümler»in yasada yer alması, «uzmanlık» ya da «yönetim tekniği»ne ilişkin konuların düzenlenmesinin ise yürütmeye bırakılması ile sağlanacaktır (22).

Ölçüt olarak kullanılan kavramların açık ve kesin olmadıkları bir gerçektir. Nitekim, Duran'ın haklı olarak belirttiği gibi, «bir konunun esasları, ilkeleri, genel kuralları veya ana öğelerinin nelerden ibaret olduğunu kestirmek her zaman kolay ve herkesçe kabul edilebilecek bir şey değildir» (23). Dolayısiyle, bu ölçütleri somutlaştıracak olan da önüne gelen davalar dolayısiyle gene Anayasa Mahkemesinin kendisi olacaktır. Yüksek Mahkemenin bu açıdan ilginç gördüğümüz ve 1982 sonrası verilmiş iki kararına örnek olarak değinmek istiyoruz. Bunlardan biri yabancıların mülk edinmelerine ilişkin 3029 sayılı Yasa, diğeri de üst kademe yöneticilerin yetiştirilmeleri hakkında 3149 sayılı Yasaya ilişkin kararlardır. Asıl üzerinde durmak istediğimiz ise vergi ve benzeri mali yükümlülükler alanına ilişkin olduğu için 2976 sayılı Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanuna ilişkin kararıdır.

Anayasa Mahkemesi, **yabancıların mülk edinmelerine ilişkin 3029 sayılı Yasa** konusunda verdiği kararında, «uygulamaya ilişkin esasların tesbiti yönünden yürütmeye verilen yetkinin genişliği ve belirsizliği apaçık ortadadır. Yasada, esasla alakalı bir çok yönler düzenlenmemiştir» (24) diyerek bunu Anayasada (m. 7) yasaklanan yasama yetkisinin devri niteliğinde görmüştür (25).

---

(21) 23 - 25.10.1969 tarih ve E. 967/41 - K. 969/57 sayılı karar. AMKD., Sayı : 8, s. 41.

(22) 7.3.1963 tarih ve E. 962/281 - K. 963/52 sayılı karar. AMKD., Sayı : 1, s. 121 vd., ile 5.4.1977 tarih ve E. 977/1 -K.977/20 sayılı karar. AMKD., Sayı : 15, s. 261.

(23) Duran, İdare Hukuku Dersleri, s. 466.

(24) Anayasa Mahkemesinin 13.6.1985 tarih ve E. 984/14 - K. 985/7 sayılı kararı. R.G., 24.8.1985, Sayı : 18852, s. 39.

(25) Yüksek Mahkemeye göre, «Yasada sadece Toplu Konut Fonuna alınacak miktar belirlenmiş, diğer hususların tesbiti yürütme organına bırakılmıştır. Bunlar arasında kanunla düzenlenmesi gereken yönler vardır. Uygulamanın yaygınlaştırılması durumunda yasama organınca düzenlenmesi gereken esasla-

Yüksek Mahkeme, 3149 sayılı Üst Kademe Yöneticilerin Yetiştirilmesi Hakkında Kanunun 3. maddesinin Anayasaya (m. 7 ve 128) aykırılığı sonucuna varırken de «Anayasanın 128. maddesinin son fıkrası üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esaslarının kanunla özel olarak düzenlenmesini emretmektedir. Oysa, iptali istenilen madde örneğin, eğitimin hangi kurumlarda yapılacağı, eğitime kimlerin katılacağı, eğitim süresinin hiç değilse alt sınırının ne olacağı, uygulanacak programların niteliği konusunda herhangi bir esas belirlenmemiştir.

«Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında belirtildiği gibi, Yasa Koyucu, belli konularda gerekli kuralları koyacak, çerçeveyi çizecek, eğer uygun ve zorunlu görürse, onların uygulanması yönünde sınırları belirlenmiş alanlar bırakacak, idare, ancak o alanlar içinde takdir yetkisine dayanmak suretiyle yasalara aykırı olmamak üzere birtakım kurallar koyarak yasanın uygulanmasını sağlayacaktır.»

«Esasen, Anayasa'nın 8. maddesinin, yürütme yetkisi ve görevinin Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir hükmünün anlamı da budur» demektedir (26).

Anayasa Mahkemesi, 3149 sayılı Yasanın eğitime katılma koşullarından sadece üç tanesini belirleyip diğerlerinin belirlenmesini yönetmeliğe bırakan kuralını da, eğitim programına katılma koşullarının, «hem eğitim usul ve esasları hem de memurların özlük işleri çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir konu» olması nedeniyle ve yukarıdaki gerekçelerle Anayasanın 7. ve 128. maddelerine aykırı bulmuştur (27).

---

rın neler olabileceği daha da belirgin hale gelmektedir. **Yabancının alacağı arazinin azami miktarı, emlakin adedi, alınma amaçları Bakanlar Kuruluna verilen yetkinin devamı süresi satın alınacak arazi ya da emlakin yeri, satın almanın koşulları, devir ve ferağda uygulanacak ilkeler hep yasa ile düzenlenmesi gereken hususlardandır.** Bütün bu yönlerde yasama organının serinkanlı ve objektif değerlendirmesine gereksinim vardır.

«Bakanlar Kurulunca yürürlüğe konulan uygulama esaslarında da, **bu kanuna göre edinilmiş olan gayrimenkullerin yalnız Türk vatandaşları ile bu kanuna göre gayrimenkul edinme hakkına sahip olan yabancı ülkelerin hakiki şahıslarına satılabileceğine dair 4. ve satışın dövizle yapılacağına ilişkin 5. maddesindeki esaslar, yürütmece düzenlenebilecek uygulama esaslarından saymak mümkün değildir.** Öte yandan, **mülkiyet hakkını sınırlayan bu esasların yasa ile düzenlenmesi** Anayasa'nın 35. maddesi hükmü gereğidir». İbid., s. 38.

(26) 18.6.1985 tarih ve E. 985/3 - K. 985/8 sayılı karar. R.G., 18.10.1985, Sayı : 18902, s. 18.

(27) İbid., s. 19.

Öte yandan, Duran, Yüksek Mahkemenin, eğitime katılacakları, yani sonradan kanun kapsamına alınacakları saptama yetkisinin Bakanlar Kuruluna verilmesini, aslında yasama yetkisinin devri niteliğinde olduğu halde, Anayasanın 7. maddesine aykırı bulmamasını bir çelişki olarak görmektedir (28).

B. Mali Yükümlülükler ve Yasa ile Düzenleme

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde bu alana ilişkin kararlarında aynen, «Anayasa koyucunun her çeşit mali yükümlerin kanunla konulmasını buyururken, keyfi ve takdiri uygulamaları önleyecek ilkelerin kanunda yer alması ereğini güttüğünde kuşku yoktur. Kanun koyucunun yalnızca konusunu belli ederek bir mali yükümün ilgililere yükletilmesine izin vermesi, bunun kanunla konulmuş sayılabilmesi için yeterli neden olamaz. Mali yükümlerin yükümlüleri, matrah ve oranları, tarh ve tahakkuku, tahsil usulleri, müeyyideleri, zaman aşımı gibi çeşitli yönleri vardır. Bir mali yüküm, bu yönleri dolayısiyle kanunda yeterince çerçevelenmemişse, kişilerin sosyal ve iktisadi durumlarını, hatta temel haklarını etkileyecek keyfi uygulamalara yol açabilir. Bu bakımdan yükümler, belli başlı unsurları da açıklanarak ve çerçeveleri kesin kesin çizgilerle belirtilerek mutlaka kanunla düzenlenmelidir» diyordu (29).

1982 Anayasası (m. 73) vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerin kanunla konulacağını, değiştirileceğini ve kaldırılacağını öngörmektedir. Bu hükme göre, «vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi» Bakanlar Kuruluna verilebilecektir.

Öte yandan, yani Anayasa (m. 167) «dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Bakanlar Kuruluna yetki verilebilir» hükmünü de getirmiştir.

Anayasanın bu hükmü doğrultusunda çıkarılan **2976 sayılı Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun** «ithalat, ihracat veya dış ticaret işlemleri üzerine konulan ek mali yükümlülüklerin nevi, miktarı, tahsili, takibi, iadesi, gerektiğinde bütçeye irad kaydedilmesi, bir fon-

---

(28) L. Duran, Anayasa Mahkemesine göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni (I), AİD., c. 19, Sayı : 1, Mart 1986, s. 17.

(29) 29.11.1977 tarih ve E. 977/107 - K. 977/131. R.G., 8.3.1978, Sayı : 16222, s. 19 vd.

da toplanması ve fonun kullanım esasları Bakanlar Kurulu kararında gösterilir» hükmünü (m. 3), Anayasa Mahkemesi, «Anayasa'nın 167. maddesinin ikinci fıkrası vermiş olduğu yetkiye dayanarak Yasama Organı, 'dış ticaretin düzenlenmesi'ni yürütme organına bırakmıştır. O halde Bakanlar Kurulu, Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla bu konunun çerçevesini, genel esaslarını, temel yönlerini ve ayrıntılarını tümüyle düzenleme yetkisine sahiptir» diyerek, yasama yetkisinin devredilemiyeceğine ilişkin Anayasa kuralına (m. 7) aykırı bulmamıştır (30).

Yüksek Mahkeme, Anayasanın 7. maddesi hükmünün bir genel kural olması dolayısiyle, gene Anayasada yer alan özel hükümlerle birlikte değerlendirilmesi gerektiğini belirterek, Anayasanın 91., 121. ve 167. maddelerini devir yasağının istisnaları olarak görmekte, esasen 91. ve 121. madde hükümlerinin Danışma Meclisinde kabul edilen 7. madde metninde saklı tutulduğunu, 167. maddenin ise Milli Güvenlik Konseyi tarafından metne konulduğu için bu istisnalar arasında yer almadığını belirtmektedir (31).

Yüksek Mahkemenin yorumuna göre, Anayasanın 91., 121 ve 122. maddeleri yanında 73. ve 167. maddelerinde yürütmeye tanınan düzenleme yetkilerinin yasama yetkisinden de güçlü olduğunu belirten Duran'a göre, «vergi ve dış ticaret konularındaki yetkiler kanun hükmünde kararnamelerden de öteye, sürekli olarak ve TBMM'nin bilgi ve onayı dışında kullanılabilecek, Anayasa Mahkemesinin denetiminden uzak, idari yargının çok sınırlı ve kısıtlı denetiminde kalacaktır» (32).

Öte yandan, üzerinde durulması gereken bir nokta da, 167. maddeye göre çıkarılan Bakanlar Kurulu kararlarının niteliğidir. Sağlam, «adeta üçüncü bir tip KHK çıkarma olanağı sağlanmış» olduğu görüşünü (33) ileri sürerken; bu işlemlerin hukuki niteliğinin açık olmadığını belirten Özbudun'a göre, «Ancak bu tür işlemler için kanunla Bakanlar Kuruluna yetki verilmesi, bunların birer KHK olabileceğini akla getirmektedir» (34).

---

(30) Anayasa Mahkemesinin 11.1.1985 tarih ve E. 984/6 - K. 985/1 sayılı kararı. R.G., 17.6.1985, Sayı : 18787, s. 3 vd.

(31) Karşıoyumuz için bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu 1/463, s. 10.

(32) Duran, loc. cit., AİD., c. 19, Sayı : 1, s. 16.

(33) F. Sağlam, Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar, Anayasa Yargısı, Ankara, 1984, s. 262, dip not : 1.

(34) E. Özbudun, 1961 ve 1982 Anayasalarında Kanun Hükmünde Kararnameler, Anayasa Yargısı 2, Ankara, 1986, s. 233.

Anayasa Mahkemesi bu son kararı ile «dış ticaretin ülke ekonomisinin yararlarına düzenlenmesi amacıyla ek mali yükümlülükler koymaya yetkili kılınan Bakanlar Kurulu, ülke ekonomisi ne gibi mali yükümlülükler konulmasını gerektiriyorsa bunun nev'ini ve miktarının saptanmasında serbest olacaktır. Esasen, önceden nelerden ibaret olacağını saymaya ve miktarını saptamaya olanak da yoktur. Başka ülkelerin alacağı önlemlere veya onların ekonomisinin gidişine ya da ülkemizdeki ekonomik olaylara bakılarak günü gününe alınacak tedbirlerle dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına düzenlenmesi sağlanacaktır» (35) diyerek yürütmeye ne kadar geniş bir düzenleme yetkisi tanıdığını göstermektedir.

Ancak, Anayasa kuralının (m. 167/2) aynen tekrarının bir yasal düzenlemenin varlığı için yeterli olduğunu söylemek güçtür. Aslında Yüksek Mahkeme de, 2976 sayılı Yasanın 1. maddesinin Anayasa kuralının tekrarı niteliğinde olduğunu, fakat bu maddenin dava konusu edilmediğini söyleyerek konunun tartışmasına girmemektedir. Zaten, Anayasa Mahkemesi, yasal düzenlemenin yetersizliğini, «Bakanlar Kurulu, Anayasaya uygun olmak koşuluyla bu konunun çerçevesini genel esaslarını, temel yönlerini ve ayrıntılarını tümüyle düzenleme yetkisine sahiptir» diyerek dolaylı biçimde de olsa kabul etmektedir.

Dolayısiyle, bu karar, Duran'ın haklı olarak belirttiği gibi, «Yüksek Mahkeme'nin genel olarak 'yürütme yetkisi'ni, 'Yasa Koyucunun belli konularda gerekli kuralları koy(duktan), çerçeveyi çiz(dikten) sonra', uygun veya zorunlu gördüğü alanlar içinde, yasalara aykırı olmamak koşuluyla, 'birtakım kurallar koyarak, yasanın uygulanmasını sağlamak' biçimindeki tanım ve anlayışıyla da bağdaşmamaktadır» (36).

III. DÜZENLEME YETKİSİNİ KULLANMA BİÇİMLERİ

İdarenin düzenleme yetkisi kullanarak yaptığı işlemlerin neler oldukları, bir başka deyimle düzenleyici işlem türleri öğretide ve yargı kararlarında tam bir açıklık bulunduğu söylenemez. Aynı durum yürürlükteki mevzuat açısından da söz konusudur.

Anayasanın ilgili maddelerinde «tüzük» (m. 115) ve «yönetmelik» (m. 124) kavramları kullanılması yanında, idari yargı alanını düzenleyen metinlerde, «Bakanlıkların düzenleyici işlemleri ile kamu ku-

(35) R.G., 17.6.1985, Sayı : 18787, s. 8.

(36) Duran, loc. cit., AİD., c. 19, Sayı : 1, s. 18.

ruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemler» (2575 sayılı Danıştay Kanunu, m. 24.1/d), «Bakanlar Kurulunun düzenleyici işlemleri» (2575 sayılı Yasa, m. 38.2), «Bakanlar Kurulu Kararları» (2575 sayılı Yasa, m. 24.1/a) ve «ilanı gereken düzenleyici işlemler» (2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, m. 7.4) deyimleri yer almaktadır.

Uygulamaya baktığımızda da düzenleyici işlemlerin tüzük ve yönetmeliklerden ibaret olmadığı, değişik isimler taşıyan düzenleyici işlemlere sıkça rastlandığı görülmektedir. Esasen, yukarıda değindiğimiz yasal düzenlemeler de, bu tür işlemleri isim olarak belirlemeyip, yalnızca bunları yapmaya yetkili organ ve kuruluşları sınırlandırmakla yetinmiştir.

A. Tüzük ve Yönetmelik Dışındaki Düzenleyici İşlemler

İdarenin tüzük ve yönetmelik dışında düzenleyici işlem yapıp yapamıyacağı, karar, tebliğ, sirküler gibi değişik isimlerle yapılan işlemlerin hukuki dayanak ve niteliklerinin ne olduğu sorunu 1961 Anayasasası döneminde de çok tartışılmıştır (37).

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasasının 107. ve 113. maddelerinin incelenmesinden, yürütmenin yasa ile yetkili kılınsa da tüzük ve yönetmelik dışında ve fakat yönetmelik niteliğinde düzenleyici kurullar koymanın yasaklandığı anlamının çıkarılamıyacağını belirterek, «yasanın uygulanmasını sağlamak üzere Başbakanla bütün bakanlardan oluşan Bakanlar Kurulunun yönetmelik çıkaracağı öncelikle kabul edilebilir. Buna göre Yasadaki kararnameler, hukukça, Bakanlar Kurulu yönetmeliği sayılabilir» demektedir (38).

Gene Yüksek Mahkemeye göre, «Anayasanın 107. maddesinde Bakanlar Kuruluna ancak bu maddede yazılı koşullarla ve Danıştayın incelemesinden geçirilmek üzere tüzük çıkarmak ve 113. maddesinde de yine Bakanlar Kurulu ile kamu tüzel kişilerine yönetmelikler yapmak yetkisi verilip bunlar dışında yürütme organına bir yetki tanınmamış olduğu gibi bir düşünceye varılması doğru olmaz. Yürütme organının bu maddeler dışında yasanın verdiği yetkiye uyarak genel nitelikte hukuki tasarruflarda bulunması idare hukukunun esaslarına uygun-

---

(37) Değişik görüşler için bkz. T.B. Balta, İdare Hukuku I, Ankara, 1970/72, s. 176, Duran, op. cit., 1982, s. 472-473, P. Bilgen ve İ. Giritli, İdare Hukuku Dersleri, 1979, s. 73, T. Güneş, Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara, 1964, s. 94.

(38) 23 - 25.10.1969 tarih ve E. 967/41 - K. 969/57 sayılı karar, AMKD., Sayı : 8, s. 40.

dur. Bunun aksini kabul etmek yürütme faaliyetini çok dar ve işlemesi güç bir çerçeve içine sokmak... demek olur ki, bunun ne ülke yararlarına ne de Anayasanın ruhuna uygun düşmiyeceği ve idare fonksiyonunun gerekleri ile bağdaşmıyacağı ortadadır» (39).

Görüldüğü gibi, Yüksek Mahkeme ikinci kararında idarenin tüzük ve yönetmelik dışında başka düzenleyici işlemler de yapabileceğini kabul ederken, birinci kararında da yönetmeliği kapsayıcı bir düzenleyici işlem türü olarak kabul etmek eğilimindedir.

Nitekim Sayıştay da, «Anayasanın 113. maddesindeki şartlara uygun olarak yapılan ve tüm ilgililer için hüküm ifade eden, genel ve objektif kurallar içeren düzenlemelerin yönetmelik olarak nitelenmesi» yönünde karar vermiş (40), Danıştay ise, Bakanlar Kurulunun kendisine yasalarla verilen yetki çerçevesinde düzenleyici işlemler yapabileceğini, bu tür tasarrufların Bakanlar Kuruluna verilen takdir yetkisinin kullanılması olup Anayasanın 113. maddesindeki yönetmelikle bir ilgisi bulunmadığına karar vermiştir (41).

Ancak, gene Danıştaya göre, Anayasanın 113. maddesi yönetmeliğin ayrı ayrı bakanlıklar tarafından yapılmasını zorunlu kılmamıştır, dolayısiyle ilgili bakanlıkların işbirliği yaparak yönetmelik hazırlamalarına ve yürütülmesi sorumluluğuna da bakanlıkların birlikte katılmalarına bir engel bulunmamaktadır (42).

Öte yandan, Bakanlar Kurulu kararını yönetmelik olarak niteleyen görüş ise, Cumhurbaşkanının da bu işleme katılma zorunluğu karşısında eleştirilerek, bakanlıklara tanınan bir yetkinin, Cumhurbaşkanı tarafından da kullanılabilir hale gelmesi nedeniyle yetki kurullarını bozduğu, ayrıca tüzüğü hiç kullanılamaz hale getirdiği ve Danıştayın inceleme yetkisini de fiilen kaldırdığı gerekçeleriyle haklı eleştiriye (43) uğramıştır.

B. Yönetmelik Yapmak İçin Kamu Tüzelkişiliği Gerekli mi?

Anayasanın kamu tüzel kişilerinin yönetmelik yapmaya yetkili olduklarını söylemesine karşın, Danıştay, tüzel kişilikleri bulunmayan

---

(39) 7.6.1973 tarih ve E. 973/12 - K. 973/24 sayılı karar. AMKD., Sayı : 11, s. 265 vd.

(40) Sayıştay Genel Kurulunun, 22.12.1980 tarih ve E. 4101/1 sayılı kararı. Sayıştay Kararları, No : 14, 1982, s. 44 vd.

(41) III. D., 30.6.1977 tarih ve E. 977/710 - K. 977/741 sayılı karar. Danıştay Dergisi, Sayı : 28 - 29, s. 124.

(42) DDK., 22.12.1972 tarih ve E. 972/267 - K. 972/1089 sayılı karar.

(43) Duran, op. cit., s 460

kamu kuruluşlarının da yönetmelik yapabileceklerini, bireysel idari işlem yapmaya yetkili olanın bunları düzenleyici bir işlemle toptan yapabileceği gerekçesiyle kabul ediyordu (44).

Anayasa Mahkemesi, tüzel kişiliği bulunmayan Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kuruluna yönetmelik çıkarma yetkisi veren 2983 sayılı Yasanın ilgili maddesindeki «çıkarılacak» sözcüğünü, «hazırlanacak» şeklinde anlayarak Anayasa'ya (m. 124) aykırı bulmayarak bu konuda yeni durum yaratmıştır (45).

Bu karar öğretide, haklı olarak, eleştirilere yol açmıştır. Herşeyden önce, Anayasa Mahkemesinin «yasanın açık sözcük anlamı Anayasa kuralına aykırı olmasına karşın, bunun yerine doğru sözcüğü koyarak, yasa hükmünü sağlıklı ve geçerli kılma yöntemini» (46) getirdiği, Anayasanın çeşitli maddelerindeki (m. 91, 121/son, 115 ve 124) «çıkarma» deyimi «işlem yapma», «kabul etme», «iradesiyle işlemi oluşturma» anlamında kullanıldığı halde Yüksek Mahkemenin zorlama bir yoruma gittiği ileri sürülmüştür (47).

Anayasa Mahkemesi kararından sonra 1.5.1985 tarih ve 3188 sayılı Yasa ile 2983 sayılı Yasanın 7. maddesinde değişiklik yapılarak Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı İdaresi Başkanlığının kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu öngörülmüştür. Dolayısiyle, kamu tüzel kişiliğine sahip bu İdarenin bir organı durumunda bulunan Kurul'un yönetmelik yapmasına bir engel kalmadığı söylenebilirse de, tüzel kişiliğe sahip olmayan merkezi idare kuruluşlarının yönetmelik adı altında yaptıkları düzenleyici işlemlerin durumu ne olacaktır? Duran'ın haklı olarak belirttiği gibi, «Danıştay'ın ve Anayasa Mahkemesi'nin bu konuya ilişkin içtihatlarını gözden geçirip düzeltmeleri gerekir» (48).

---

(44) I ve III. dairelerin 23.3.1965 tarih ve E. 965/6 ve 965/91 - K. 965/4 ve 965/65 sayılı kararları. Danıştay Kararları Dergisi, Sayı : 97 - 99, s. 3.

(45) 18.2.1985 tarih ve E. 984/9 - K. 985/4 sayılı karar. R.G., 26.6.1985, Sayı : 18793, s. 25.

(46) Duran, loc. cit., AİD., c. 19, Sayı : 1, s. 21.

(47) Y. Yayla, Sosyal Devletten İktisadi Devlete (veya Kamu Hizmetinin Sonu), Hukuk Araştırmaları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayını, Ocak-Nisan 1986, s. 34.

(48) Duran, loc. cit., AİD., c. 19, Sayı : 1, s. 22.

TARTIŞMA

ERDOĞAN TEZİÇ

Sayın konuşmacıyı, böyle kamu hukukunda kök söktüren bir konuda sunduğu tebliği için tebrik ederim. Hepimizin üzerinde bir türlü açıkça anlaşamadığı bir konuda tartışma fırsatı verilmesinden cesaret alarak önce bir noktayı eklemek istiyorum. Anayasanın yetki devrini öngördüğü konuları belirlerken, ya ben iyi hatırlayamadım veyahut söylediğiniz nokta belirlenmedi. Sanıyorum bir tanesi daha olacak, Anayasal yetki diyebileceğimiz. Anayasanın 123 üncü maddesine göre «kamu tüzelkişiliği kanunla ya da kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur.» Sanıyorum bu noktada olacak.

Sorum şu : Eski Anayasada da, yani 1961 Anayasasında da olan, ama Anayasa Mahkemesinin kararnameleri bir Bakanlar Kurulu Yönetmeliği biçiminde kabul etmesinden kaynaklanan bir sorun var. Uygulamada da Bakanlar Kurulu tüzük çıkarmanın güçlüğünü bertaraf edebilmek için yönetmelik çıkarma yoluna başvurmaktadır. Oysa 1961 Anayasası düzeninde de yine bu açıdan onun devamı gibi gözüken 1982 Anayasası düzeninde de Bakanlar Kurulunun yönetmelik çıkarması hukuken mümkün mü? Şu açıdan soruyorum, çünkü Anayasanın sistematiği içinde tüzükler Bakanlar Kurulunun içinde yer alırken, yönetmelikleri düzenleyen 124 üncü madde idare içinde yer almaktadır. Buna Başbakanlığı eklemiştir; ama Başbakanlığın da yönetmelik çıkarması zannediyorum birtakım hizmetlerin de Başbakanlığa bağlı olmasından kaynaklanıyor. Belki gerçekçi bir çözüm biçimi. Fakat kanımca, ben kişisel kanımı söyleyeyim; geçmişte olduğu gibi, gerçi uygulamada bu yola başvuruluyordu, 1982 Anayasası düzeninde de Bakanlar Kurulu yönetmeliğinin çıkarılması hukuken mümkün değil. Bakanlıklar yönetmelikleri olabilir, birkaç bakanlığın bir araya geldiği yönetmelik olabilir, hatta Başbakan da buna dahil olabilir. Ama, bunun adının resmen Bakanlar Kurulu yönetmeliği olmaması gerekir.

İkincisi, yabancılara taşınmaz mal edinmesini düzenleyen kanunun yetki devrine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesinin kararında şöyle bir nokta var : Kanunla düzenleme yapılmış, fakat Bakanlar Kuruluna

devredilen yetki —hatırladığım kadarıyla— hangi bölgelerde ne gibi, hangi ülkelere ne gibi istisnalar konulacağıdır. Çünkü yabancılara taşınmaz mal edinme imkânı tanıyan kanun aslında bir yetki kanunu, başka bir söyleyişle, köylerde ve hangi bölgelerde tanınacağına ilişkin. Bakanlar Kuruluna tanınan yetki burada bir istisnadır. Yani istisnayı belirleme yetkisidir. Acaba bunun tanınmış olması mahkemenin belirttiği gibi, daha eski içtihatlarını da dikkate alırsak, sıralamış olduğumuz, yetki devrine ilişkin kararlarında sıralamış olduğumuz içtihatlardan çıkarılan ilkeler açısından, istisnanın tanınması, yasal düzenlemeye istisna tanınması bir yetki devri niteliğinde olarak değerlendirilebilir mi?

İLHAN DİNÇ

Sorum daha çok uygulamaya yönelik olacak. Şöyle : Yasanın verdiği yetki uyarınca, belirli bir alanda düzenlemede bulunan idare, bu düzenleme ile amaçlanan işlevin yerine gelmesi üzerine anılan düzenlemeyi nasıl kaldıracaktır? Yapılan düzenleme sonuçta bir idarî işlem olduğuna göre, bir idarî işlemin geri alınması veya kaldırılması biçiminde mi olacak; yoksa düzenlemeye yasa cevaz verdiğine göre bu düzenleme yasa ile mi ortadan kaldırılacaktır?

Konunun pratikte önemi şuradan kaynaklanıyor; belirli bir alanda düzenleme yapan idare bu düzenleme ile amaçlanan işler yerine gelmediği halde, diyelim ki kaldırmak isteyecektir. Buna yetkisi varmıdır?

ERDAL ONAR

Benim sorum yine 107 nci maddeye değinilmesi anlamında olacak. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi Türk hukuk hayatında ilk defa karşılaştığımız bir kavram. Bundan önceki anayasal düzenlemelerde görmediğimiz bir terim. Bugüne dek hiç kullanılmamış vaziyette; ve eğer tarih açısından hafızam beni yanıltmıyor ise 1982 Anayasasından sonraki bir tarihte yasama organı Cumhurbaşkanı Genel Sekreterliğini bir kanunla düzenlemiş bulunmakta; 107 nci maddedeki bu hususun Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenleneceğine ilişkin norma rağmen. Acaba bu anlamda da yine esas yetki yasamada mı? Öyleyse, yasama ancak yürütme organına bunu bir görev halinde verdiği takdirde mi bir düzenleyici işlem yapabilmesi söz konusu olabilmekte, yoksa tıpkı 121 ve 122 nci maddelerde olduğu gibi, olağanüstü yönetim biçimlerinde,

hiçbir biçimiyle herhangi bir yasa yetki vermese dahi, doğrudan doğruya kaynağını Anayasadan alan bir düzenleme yetkisi mi söz konusu? Eğer bu ise, bu takdirde hatta bir fonksiyon gaspı dahi düşünülebilir mi? Yasama organının Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğine yönelik olarak bir kanunla düzenleme yapmış olması fonksiyon gaspı anlamına gelir mi?

NAMİ ÇAĞAN

2983 sayılı Kanunun kurduğu; fakat tüzel kişilik vermediği bir kurulun yönetmelik çıkarma yetkisine, Anayasa Mahkemesinin, yönetmelik hazırlama yetkisi biçiminde yorum getirmesi acaba yasa hükmünü değiştirmesi anlamına gelir mi? Ya da, yasa hükmünü tamamlaması anlamına gelir mi? Anayasa Mahkemesinin böyle bir yetkisi var mıdır? Bunu sormak istiyorum, teşekkür ederim.

ATİLLA İNAN

İdarenin düzenleyici işlemlerinin niteliklerinin belirlenmesi için ölçütler var mıdır? Konuyu biraz daha açarsak, biçim farkı dışında, yazılı emirden başlayarak tebliğ biçiminde olsun, genelge biçiminde olsun, bu gibi işlemlerle, düzenleyici işlem olduğundan kuşku duyulmayan tüzük ve yönetmelikler arasındaki farkı, nitelikleri açısından belirlemek mümkün mü? Bundan da ötesi, tüzük ve yönetmelik arasında nitelikleri açısından farklar —biçim koşulları dışında— var mıdır? Bunların açıklamasını istirham edeceğim.

YILDIRIM ULUER

Yargı denetimi açısından söylemiyorum, sırf işlem türü açısından Anayasanın 125 inci maddesinde Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlerden bahsediliyor. 105 inci maddede «Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dahil, yargı merciilerine başvurulamaz» deniyor, yani sırf işlem çeşidi bakımından. Bu ne tür işlemlerdir? Cumhurbaşkanının böyle işlem türleri mi oluyor? Aslında itiraz etmem lazım. Kendimi güç zaptediyorum. Çünkü, bu Anayasada anlamakta zorluk çektiğim, yani anlayamadığım o kadar çok hüküm var ki. Anayasanın yapılışına katkıda bulunmuş,

mimarlarından bir arkadaşımı bulduğum zaman tabiî sormak ihtiyacını hissediyorum. Yine böyle anlaşılmaz hükümlerden bir tanesi de, Profesör Soysal dile getirmişti, siz yoktunuz ben özetleyeyim, suçun geri yürümesi gibi garip bir şey. Aldıkaçtı; «siz de anladınız, ben de anladım, herkes anladı» gibi bir cevap verdi; yani, dinleyen anlayandan arif olsun gibi bir ifade. Tabiî bu Anayasa tekniği bakımından da bir hayli sakıncalı. Şunu demek istiyorum, bu benim terimim değil, başka bir arkadaşımızın terimi, bu Anayasa yazılış biçimi bakımından, teknik bakımından, ifade bakımından 1876 yılından bu yana gelen Türk Anayasa geleneğine layık değildir. Öyle demeyelim hani, siz bilirsiniz, ama, belki. Aslında bir sorum da, yine bu yasama yetkisinin devri ile bir anlamda ilgili. Kanun hükmünde kararnameler yasama yetkisinin devri midir, değil midir, oralara girmeyelim ama, bu olağanüstü dönemlerde çıkarılabilecek kanun hükmünde kararnameler var. Sizin tebliğinizin konusu... Anayasa mahkemelerinin ışığında düzenleme yetkisi, onun için ışık altına giremeyecek bu beyler. Kanun hükmündeki kararnameler. Hele bizde çok uygulanmış partilerüstü hükmet diye bir oyuncak vardır. Yani Cumhurbaşkanı Meclis üyeleri arasından tek bir kişiyi Başbakan atayarak, ondan sonra ona Bakanlr Kurulunu kurdurup onu onaylayarak başına geçip neler neler ypabilecektir. Yani bunu da yasama yetkisinin devri saymıyor musunuz?

Prof. Dr. TURGUT TAN

Efendim, sorulara soruluş sırası içinde verebildiğim kadar cevap vermeye çalışayım. İdarenin kanuniliği ilkesi 123 üncü maddede kamu tüzel kişiliğinin yasa ile veya yasanın açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulması. Tabiî bir başka hüküm daha söylenebilir; idare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. Genel açıklamalara fazla girmek istemiyorum. Sadece Anayasa Mahkemesi kararında istisna olarak gösterilen nokta ar açısından soruna yaklaşmaya çalıştığım için haklısınız. Bazı değinmediğim hükümler oldu. Bunlar genel olarak idarenin kanuniliği ilkesini vurgulayan Anayasa hükümleri.

Bakanlar Kurulunun çıkaracağı yönetmeliğin, kararnamenin, Bakanlar Kurulu kararnamesinin bir Bakanlar Kurulu yönetmeliği olarak nitelendirilip yönetmelik hukukî rejim içerisinde ele alınması sorunu gerçekten tüzük yerine yönetmelik çıkarma gibi —en azından ilk bakışta— bir durum yaratmaktadır. Bunun değerlendirilmesi konusunda görüşüm şu; tabiî aynı sorun, belirttiğiniz gibi 1961 Anayasa sisteminin-

de de söz konusu olan bir sorundu; ve sonuçta bu düzenleyici işlemler bakımından uygulamada yönetmelikleri yaygınlaştırıp tüzükleri âdeta hiç kullanılamaz bir yol, işlemez bir yol haline getirmektedir. Ancak, Bakanlar Kurulunun yönetmeliği şeklindeki bir görüş, tabiî bu hukukî işleme, bu düzenleyici işleme Cumhurbaşkanının da katılması zorunluluğunu getirmesi karşısında, âdeta bakanlıklara tanınan bir yetkinin Cumhurbaşkanı tarafından da kullanılır hale getirilmesi sonucunu, dolaylı olarak yaratmaktadır. Bir, yetki bakımından; iki, usul bakımından bir önemli usul kuralını bertaraf etme sonucunu yaratmaktadır ki, o da, Danıştayın tasarıyı incelemesi imkânını ortadan kaldırmak. Binaenaleyh, yetki kuralları açısından bu uygulamayı doğru bulmak mümkün değil.

Yabancılara mülk satışı konusunda, tabiî ben zamanım elvermediği için değinemedim; hangi açılardan yetki devri sonucuna varmıştır yüksek mahkeme diye. Tabiî sadece bir küçük nokta değil aslında kararda ilgili pasajı okuyayım izin verirseniz. Kararda deniyor ki : Yasada sadece Toplu Konut Fonuna alınacak miktar belirlenmiş, diğer hususların tespiti yürütme organına bırakılmıştır ki, onlar da sayılmaktadır. Bunlar arasında birtakım konular kanunla düzenlenmesi gereken konulardır deniyor. Uygulamanın yaygınlaştırılması durumunda yasama organınca düzenlenmesi gereken esasların neler olabileceği daha da belirgin hale gelmektedir. Meselâ, «yabancının alacağı arazinin azamî miktarı, emlakin adedi, alınma amaçları, Bakanlar Kuruluna verilen yetkinin devam süresi, satın alınacak arazi ya da emlakin yeri, satın almanın koşulları, devir ve ferağda uygulanacak ilkeler hep yasa ile düzenlenmesi gereken hususlardandır» diyor Yüksek Mahkeme. Bütün bu açılardan değerlendirmesini yapmıştır.

Bir soru da, idare bir düzenleme yapmış, düzenleyici işlem çıkarmış, sonradan bu düzenlemeye nasıl son verecek? Bu, sanıyorum şekil ve yetki paralelliği ilkesinin uygulanması sonunda verilebilecek bir cevap. Yani yapılmasındaki usul ve şekil kurallarına uyarak bu düzenlemeyi ortadan kaldırma imkânı vardır. Kim yapmış? Yetkili organ. Düzenlemeyi yapan aynı yetkili organ düzenlemeyi kaldırmaya, sona erdirmeye de yetkili. Hangi usullere uyarak bu düzenleyici işlem yapılmış? Aynı usullere uyarak o düzenleyici işlemi sona erdirme imkânı var. Tabiî hemen şunu söyleyeyim. bundan hiçbir ayırım yapmadan (şekil kuralları veya usul kuralları arasında) yapılmasında izlenen bütün usul kurallarının aynen kaldırılmasında da izleneceği anlamını çıkarmamak lâzım. Bazen kaldırılmasında, sona ermesinde, yapılmasında izlenen bir usul kuralını izlemek çok garip sonuçlar yaratabilir; ama

ilke, yetki ve usul bakımından işlemin, düzenlemenin yapılmasında izlenen kuralların sona erdirmede de izlenmesidir.

Demin, doğrudan Anayasanın yürütme organını bir yetki olarak düzenlenmesinin somut olarak anlamı nedir? Sorusuna cevap verirken, soruyu yürütmenin doğrudan Anayasadan kaynaklanan düzenleme yetkileri nelerdir? Bunları araştırarak bulabiliriz şeklinde koymuştum; ve Anayasa Mahkememizin yürütmenin düzenleme yetkisinin anlamını belirlerken ayrık durumlar olarak belirttiği 73 üncü madde, 121 inci madde ve 167 nci madde yanında, asıl demiştim, 107 nci madde doğrudan, yürütmenin bir parçası olan Cumhurbaşkanına kararname çıkarma imkânı tanımak suretiyle doğrudan anayasadan kaynaklanan bir düzenleme yetkisi vermektedir. Tabiî sizin de belirttiğiniz gibi, aslında Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin teşkilâtı, yani ismini şu anda tam olarak kelime, kelime söyleyemeyebilirim; ama Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği teşkilâtı hakkında bir yasa bildiğiniz gibi var. Hatta bu yasa çıkarılırken, hatırlayabildiğim kadarıyla, bu Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği teşkilâtı hakkındaki yasanın yürütmesi Bakanlar Kuruluna verilmiştir. Cumhurbaşkanlığına da verilebilirdi; ama çok kesin olarak söylemeyim, şu anda yasal düzenleme metni yok, fakat hatırlayabildiğim kadarıyla yürütme maddesinde «Bakanlar Kurulu yürütür» şeklinde bir hüküm vardır. Ama bu yasal düzenlemeden sonra da, 107 nci maddeye dayanarak Cumhurbaşkanlığı kararnameleri çıkarılmıştır, sayısının kaç olduğunu şu anda bilmiyorum. Kararname ile düzenleme yapılmıştır. Bunu tabiî, Anayasaya göre Cumhurbaşkanlığının bu kararnameleri çıkarabilmesi için gerekli bir yasal düzenleme olarak kabul etmemek lazım. Yani olmasa da kararname yine çıkarabilir; çünkü doğrudan 107 nci maddeden kaynaklanan bir kararname çıkarma yetkisi vardır. Fakat öyle sanıyorum ki, tabiî bu tamamen kişisel bir yorumum, bir özel yasal düzenleme getirilip, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği hakkında yasal düzenleme getirilip yürütme maddesinin de Bakanlar Kurulu yürütür şeklinde düzenlemenin belki bazı yararları da olabilir. Hukuka daha uygun, yani Cumhurbaşkanı yürütür demekten daha uygun özellikleri olabilir. Sebebi : Yine hatırlayabildiğim kadar, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği hakkındaki yasada mesela personel görevlendirmesi vardır. Belli bir bakanlıktan personeli Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinde görevlendirmek veyahut da tersi yönde görevlendirmeler vardır. Dolayısıyla bu görevlendirmelerin yapılması açısından bakanlıkların hepsinin üstü durumunda, koordinatörü durumunda bulunan Başbakanlığın ve dolayısıyla bütün bakanlıkların yürütme ile görevlendirilmesi bu hü-

kümlerin işlerliğini ve uygulamaya geçilişini sağlamak açısından da Cumhurbaşkanı yürütür demeye göre daha uygun olmuştur diye düşünüyorum.

Yönetmelik çıkarılır hükmünü, çıkarılacak deyimini hazırlanacak şeklinde anlamanın yasa hükmünü tamamlamak şeklinde düşünülüp düşünülememesi ve böyle bir yetkinin Anayasa Mahkemesinde bulunup bulunmaması konusuna gelince : Tabiî Yüksek Mahkeme bu konuda Anayasaya uygun bir yorum yolunu seçmiş. Böyle bir yorum yolunu seçmesine engel göremiyorum. Ama tersi de olabilirdi. Çok açık bir şekilde çıkarılacağı gerçekten çıkarılacak anlamında anlayıp ve 124 üncü madde açısından da tabiî bunun gerektirdiği sonuçları oradan çıkarması da mümkün olabilirdi; ama böyle anlamamış, daha yumuşak bir yol izleyerek, Anayasaya uygun bir yolu seçmiş. Ama yine de bizim yönetmelik yapmaya yetkili organlar ve makamlar açısından belli bazı hukukî sonuçlara varmamızı da sağlayacak bir vesile yaratmış. Her ikisini de sağlaması bakımından uygun bir çözüm olarak görülebilir. Tabiî yapılacak düzenleyici işlemlerin türleri bakımından gerçekten ayrım yapmakta güçlük çekilmektedir. Şöyle ki : Tüzük ve yönetmelik açısından, bunlar belirli hukukî rejimlere bağlanmış, en azından şekil bakımından, yapmaya yetkili organların belirlenmesi açısından ve yapılmasında izlenecek usul açısından, ondan sonra da yayınlanmaları bakımından belli usullere bağlanmış. Tabiî yeni Anayasanın tüzük ve yönetmelikle ilgili maddeleri 1961 Anayasasındaki maddelerle büyük benzerlik taşımaktadır. Yalnız yönetmelikle ilgili hükümde iki önemli değişiklik söz konusudur : 1 — Başbakanlık yönetmelik çıkarabilecek organlar arasında sayılmıştır. 2 — Bütün yönetmelikler açısından Resmî Gazete'de yayınlanma zorunluluğu kaldırılmıştır. Hangi yönetmeliklerin Resmî Gazete'de yayınlanacağı yasa ile gösterilir denmiştir ve bir özel yasal düzenleme çıkarılmıştır. Bunun dışında, asıl sorun Sayıştayın, adı yönetmelik olmasa bile, bu iki işlem dışında yapılmış olan düzenleyici işlemleri yönetmelik hukukî rejimi içerisinde düşünmesi, yani adı «Esaslar» olabilir, «Genelge» olabilir. Çünkü bizim Resmî Gazeteleri taradığımız zaman bu konuda bir sonuca varmak da mümkün değil. O kadar değişik isimler taşıyan düzenlemeler çıkıyor ki! Eskiden klasik idare hukuku derslerinde denirdi ki : Genelge, sirküler isimlerini taşıyanlar, idarenin iç düzenleyici işlemleridir. Zaten bunlar kişiler açısından dışa dönük hukukî sonuç yaratmazlar. Bunların Resm Gazete'de yayınlanmasına da gerek yok. Hangi kurumla ilgili ise, kurumun içinde ilgililere duyurulması yeterli. Tabiî bunu, adi yönetmelik, normal yönetmelik ayrımı şeklinde yapanlar da

vardı. Bu kadar kolay değil. Yani adı yönetmelik veya sirküler olan her düzenlemenin böyle kuruluşun içine yönelik olduğunu da söylemek mümkün değil. Son zamanlardan bir örnek vereyim : Resmî Gazete'de zaman zaman Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı'nın sirkülerleri çıkıyor, adı sirküler. İlk bakışta zannediliyor ki bu bir genel düzenleme getiriyor. Bakıyorsunuz içine, içi şu kadar, deniyor ki : «İhracat rejimi kararının filan maddesine aykırı davrandığı için filan Anonim şirketin 3 yıl süreyle ithalattan men edilmesi veyahut da ihracatının şu kadar süreyle yasaklanması, mutemetlik görevi verilmemesi...» Bu kadar. Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığının sirküleri. Düzenleyici işlem değil, tamamen subjektif bir idarî işlem. Yani bir idarî yaptırımın, bir şirkete uygulanmış idarî yaptırımın Resmî Gazete yolu ile duyurulması. İsmi, düzenleyici bir islem izlenimini vermekle beraber, düzenleme ile hiç ilgisi yok. Eskiden sadece ilgili kuruluşlara gönderilen Başbakanlığın bütçe çağrısı olurdu. Yeni bütçenin hazırlanmasından önce uyulacak ilkeler. Şimdi bakıyoruz, bütçe çağrıları da Resmî Gazete'de yayınlanıyor. Bunun da kişilerle ilgili bir tarafı yok. Yani kişiler açısından hak veya borç doğurucu, hukukî sonuç yaratıcı bir etkisi olmayan tamamen idarenin içine yönelik düzenlemeler. Zaten eskiden hep kuruluşlara gönderilen bir genelge niteliğindeydi. O bakımdan bir ayrım yapmak son derece güç. Fakat, meselâ; tebliğler konusunda Danıştayımızın getirmiş olduğu bir yorum var. Meselâ bir Bakanlar Kurulu kararının uygulanması amacıyla Maliye Bakanlığı bir tebliğ çıkarmışsa, bu tebliğ ancak uygulanmasına yönelik olduğu Bakanlar Kurulu Kararı çerçevesinde hükmünü kaydedebilir. «Yeni hüküm getiremez, Kararnamede bulunmayan bir hüküm getiremez; ancak kararnameyi açıklayıcı ve uygulamayı geçirici nitelikte bir düzenlemedir» diyor. Yeni hüküm getirirse, onu hukuka aykırı buluyor.

Son olarak söylenen, olağanüstü dönemlerdeki kanun hükmünde kararnameler, aslında bu sempozyumda bağımsız olarak, bir ayrı bildiri konusu olarak incelenmesi düşünülen bir konu idi; fakat, henüz ilgili maddelerinin uygulaması tam olarak görülmediği için, işlemenin bu aşamada belki henüz erken olabileceği düşünüldü. Fakat, kanun hükmünde kararnamelerle ilgili benim bir çalışmamın sonunda kısmen değinmiştim. Bu konu, uygulamadan sonra değerlendirilebilecek. Şu anda sadece Anayasa hükümleri düzeyinde bulunan hükümler. O bakımdan uygulaması görüldükten sonra toplu bir değerlendirmenin yapılmasında yarar olduğunu sanıyorum. Cumhurbaşkanının işlemlerinin denetimi konusunda da 125 inci madde bir istisna olarak, yani idarî yargı denetiminin kapsamının belirlenmesi sırasında Cumhurbaşka-

nının tek başına yaptığı işlemlerin yargı denetiminin dışında olduğu bir istisna olarak belirtilmektedir. Bu 1961 Anayasası döneminde de, belki hatırlarsınız, söz konusu olmuş bir sorundu. Özellikle hatırladığım kadarıyla Cumhurbaşkanının kontenjan senatörü ataması işlemine karşı idarî yargıda dava açılmıştı; ve o dava vesilesiyle bu işlem denetlenir mi, denetlenmez mi konusu idarî yargıda tartışma konusu olmuştu. Tabiî gerekçeleri üzerinde tartışabiliriz, zaten kararı ve ayrışık oyu yazan üyeler vardı; ama idarî yargının denetim alanı dışında tutulmuştu. Danıştay, o dönemde de Cumhurbaşkanının yapmış olduğu bu işlemi denetim alanının dışında tutmuştu.

Şimdi, toplu olarak bu konuda belki çıkabilecek tereddütleri de önlemek amacıyla bir hüküm getirilmiştir; ve bu şekilde yargı denetimi dışına çıkarılmıştır.

MUAMMER OYTAN

Efendim, biz Mevzuatı Geliştirme Genel Müdürlüğü olarak bütün Cumhuriyet dönemindeki kanunlar ve tüzükler gibi Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konan yönetmelikleri de tespit ettik, ayıkladık ve yeniden düzenledik. Bunların uygulaması Cumhuriyetin başlangıcıyla beraber başlamış, bugüne kadar 450 civarında Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulan yönetmelik var. Ben bunlara Bakanlar Kurulu kararı yönetmeliği demiyorum. Sadece Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe sokulmuşlardır.

Hazırlayan Bakanlar Kurulu değildir, belirli ilgili birimlerdir, bakanlıklardır, teşkilatlardır. Ciddiyeti ve bütün bakanlıkları ilgilendirmesi nedeniyle örneğin Devlet İhale Yönetmeliği gibi Devlet Personel Rejimi Yönetmeliği gibi düzenlemeler, devlet çapında, ülke çapında uygulanmalarını sağlamak amacıyla, Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe sokulmaktadırlar. En yoğun uygulaması Cumhuriyetin kuruluş yıllarında olmuştu. Belki bir uygulama zaruretinin gereği olarak, giderek azalmakla birlikte, bugüne kadar devam etmiştir. Kanımca bunlar kesinlikle tüzüklerin çıkarılmasını, Danıştay'dan geçmesi zaruretini bertaraf etmek amacıyla kullanılan yönetmelikler değildir. Dediğim gibi, bütün bakanlıkları ve birimleri ilgilendirdiği için yine bir tek birim tarafından, mesela Devlet Personel Dairesi Başkanlığı, Adalet Bakanlığı, Maliye Bakanlığı tarafından hazırlanan bir yönetmeliğin bütün ül-

ğim bize tebliğ sunan hocalarımızdır. Profesör Doktor Bülent Daver'e, Profesör Doktor Mümtaz Soysal'a, Doçent Doktor Ersan İlal'a, Profesör Doktor Erdoğan Teziç'e, Doçent Doktor Nami Çağan'a, Doçent Doktor Bekir Çağlar'a, Profesör Doktor Turgut Tan'a ve bu oturumu yöneten Sayın Başkanlara sırasıyla; Anayasa Mahkemesi Emekli Başkanı Muhterem Ahmet Hamdi Boyacıoğlu'na, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dekanı Muhterem Profesör Doktor Cumhur Ferman'a, Anayasa Mahkemesi Emekli Üyesi Ahmet Aydoğdu'ya, Uyuşmazlık Mahkemesi Sayın Başkanı Servet Tüzün'e kalbi şükranlarımı yeniden tazelerim.

Sayın dinleyiciler, beni dinlediğiniz için gerçekten mutluyum. Temennim, bu toplantıyı gelecek sene, ki ben bu temmuz ayında emekliye ayrılıyorum, beni islihlaf eden arkadaşımızın devam ettirmesi ve bunun bir geleneğe dönüşmesidir.

Sözlerimi bitirmeden önce bu organizasyonu düzenleyen ki, gerçekten bir maharet ister, başkanvekilimiz Orhan Onar'a, zahmetin büyük bir bölümünü üzerine alan Sayın üyemiz Doçent Doktor Yılmaz Aliefendioğlu'na ve sayın üyemiz, Mustafa Gönül beyefendiye çok teşekkürler ederim.

Bu toplantıyı kapatıyor, sizlere mutluluklar diliyorum efendim.