

# TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI'NDAKİ BOŞLUKLARIN ANAYASA MAHKEMESİ TARAFINDAN DOLDURULMASI

Prof. Dr. Selim KANETİ\*

## I- GENEL BİLGİLER

Yasada bulunması gereken bir düzenleme, yasada yer almıyorsa “yasa boşluğu”ndan söz edilir (1). Bir diğer deyişle, bir hukuksal soruna yasa yanıt vermiyorsa, yasada boşluk var demektir.

Yasada boşluk olup olmadığını belirlerken, yasanın yalnız olumlu değil, olumsuz yanıt verebileceğini de gözönünde tutmak gerekir. Bu nedenle, bir sorunun yasada düzenlenmemiş olması, mutlaka bir boşluk bulunduğu anlamına gelmez. Yasanın yorumlanmasından, yasakoyucunun sorunu olumsuz yolda çözüme bağlamayı istediği sonucu çıkabilir. Bu nedenle yasanın susmasından olumsuz bir sonuç istendiği saptanabiliyorsa, yasa boşluğundan söz açılmaz (2).

Yasanın bir konuyu düzenlememiş olması, onu hukuksal düzenleme dışı serbest bir alan olarak muhafaza etmiş bulunmasından da ileri gelebilir. Bu durumda da yasa boşluğundan söz edilemez.

Yasa boşluğu, yasanın yapısına ve güttüğü amaca göre, bütünlenebilir. İhtiyacı olduğu saptandığında gerçekleşir. Bu nedenle yasanın boşluğu olduğunu söylemek için, önce yorum yoluyla bu sonuca

---

(\*) İ.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

(1) **Deschenau**, Schtvcizerisches Privatrecht, II, Basel und .Stuttgart 1967, Einleitung.

§ 12, **I**; **Meier-Hayoz**, Schvizerisches Zivilgesetsbuch, Einleitung, (Artikel 1-10(1, Bern 1966, Art. 1, N. 251/254.

(2) **Deschenaux**, a.g.e., § 12, 1,2; **MEIER-HAYOZ**, a.g.e., Art. 1, N. 255/259; **Larenz**, Metliodenslehre der RechLswissenschaft, Berlin Göttingen-Heidrlberg 1960, s. 285/286 **ByolinBki**, Ju iris List he Methodenslehre und Rechtsbegsiff, wien-Ncw York 1982 s. 476/477

varmak gerekir. Denilebilir ki, yasa boşluğu yorumun bittiği yerden başlar. Ne var ki, anlaşılacağı üzere, yorum ile yasa boşluğunun sınırı çok esnek olup, tartışmalara açıktır.

Yasa boşluğu yasakoyucu tarafından bilinçli olarak istemiş olabilir. Bu olasılıkta “**yasaiçi ( -intralegem) boşluktan**” söz açılır (3). Yasakoyucu bilerek kuralı en kalın çizgileriyle tanımlamış ve böylece somut içeriğinin belirlenmesini hâkime bırakmışsa, yasa içi boşluk var demektir, örneğin yasa kuralı “kamu düzeni” “genel ah-lâk” gibi yasadışı öğelerle belirlenmesi gereken kavramlara dayalı olarak koymuşsa, yasaiçi bir boşluk yaratılmış olur. Bundan başka, yasa mâkul olarak birden fazla yoruma elverişliyse ve bunlardan birinin seçimi hâkime bırakılmışsa yine yasaiçi bir boşluk var demektir (4).

Yasa boşluğu, **yasadışı (practer legem — extra legem)** da olabilir. Yasadışı boşluk yasakoyucunun istemiş olduğu, yasakoyucunun öngörmediği boşluklardır. Bu boşluklar, yasanın kapsamı dışında kaldıkları için, yasadışı boşluklar olarak adlandırılmaktadır (4). Yasadışı boşluklar da, açık ve örtülü boşluklar oları ak ikiye ayrılmaktadır. Yasada özel olaya uygulanabilecek bir kural yoksa, boşluk açıktır. Yasaaa uygulanabilecek kural bulunmakla birlikte, yasanın genel amacının doğrultusunda, özel bir olgu için genel kuralı sınırlayıcı, genel kuraldan ayrı bir düzenlemeye ihtiyaç varsa, örtülü boşluktan söz açılır. Bir diğer deyişle, özel bir olgu için, genel kuraldan ayrı ve oru sınırlayıcı bir düzenleme bulunmaması hukuk düzeni açısından bir iç çelişki yaratıyorsa, örtülü bir boşluk var demektir (5).

Medeni Kanunun’un 1. maddesi, yasa boşluklarının hâkim tarafından, kendisi yasakoyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse, buna göre doldurulmasını öngörmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında boşlukların nasıl doldurulacağını doğrudan doğruya düzenleyen bir kural yoktur. Bu nedenle Anayasa boşluklarının nasıl belirleneceği ve Anayasa Mahkemesi tarafından nasıl doldurulacağı sorunu özel bir önem taşımaktadır. Aşağıda bu sorunu Anayasa Mahkemesi’nin kararlarının ışığında ele almaktayız.

---

(3) **MEIER-HAYOZ**, a.g.r. Art. 1, N. 262/269. Buna Karalık **DESCHENAL’X**, (a.g.e., § 12, 11, 2) ve **LARENZ** (a.g.c., s. 280, dipnotu 4) yasa içi boşluktan söz edilemeyeceğini ve çok kalın çizgilerle konulmuş kuralların içeriğinin yine yorum yoluyla belirleneceğini savunmaktadırlar.

(4) **DESCHENAUX**, a.g.c., s. 12, 11, 2.

(5) Bu ayırım için bak. **DESCHENAUX**, a.g.e., S. 12, III; **LARENZ**, a.g.c., s. 287 v.d.

## **n- TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI NDAKİ BOŞLUKLARA TOPLU BAKIŞ**

### **1. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasındaki yasaici boşluklar:**

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, genellikle Anayasa'nın özlü bir biçimde kaleme alınmasının da bir gereği olarak, en temel hükümlerinde yasaici boşlukları kapsamaktadır. Gerçekten Cumhuriyet'in niteliklerini belirten ve değişmez hükümler arasında yer alan 2. maddedeki “demokratik, lâik ve sosyal hukuk devleti” kavramının, 13. maddede temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında varlığı gerekli görülen “milli egemenliğin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın korunması amacının”, “sınırlamanın Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olması”nın, yine bu maddedeki genel ve özel sınırlamaların sınırını çizen “demokratik toplum düzeninin gereklerinin” somut içeriği Anayasa'da belirtilmemiştir, Anayasal, güvenceye bağlanmış bazı hakların içeriği de Anayasa'da belirlenmemiştir. Örneğin 35. maddenin düzenlediği mülkiyet haklarının, 48. maddenin düzenlediği çalışma ve sözleşme hürriyetinin somut kapsamı belirtilmemiştir.

Anayasakoyucunun bu kavramları İçeriklerini belirlemeksizin Anayasa'ya almış bulunması, uyumsuzluk durumunda kuralı somutlama görevini hâkime ve özellikle Anayasa Mahkemesi'ne tevdi ettiği-nin açık bir belirtisidir.

### **2. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasındaki açık boşluklar:**

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında bazı açık boşluklar mevcuttur. Bunlardan bazılarını aşağıda değinmekteyiz.

17. maddenin son fıkrası meşru müdafaa halindeki öldürme fiilini birinci fıkranın hükmü dışında tutmaktadır. Ancak Türk Ceza Kanunu “ıztırar” halinde işlenen öldürme fiilinin de hukuka aykırılığın bulunmaması nedeniyle cezalandırılmamasını öngörmüştür. 17. maddenin son fıkrası hangi durumlarda öldürme fiillerinin hukuka uygun sayılacağına belirttiğine göre, Türk Ceza Kanunu'nun genel öğretisi ve uygulamaya uygun olarak, hukuka uygunluk nedenleri arasında saydığı ıztırar halini unutmaması gerçek açık bir boşluktur.

78. madde ara seçimi yapılmasının zorunluluğu kuralını getirmekle birlikte , genel seçimden otuz ay geçtikten sonra ne zaman ya-

pılacağı konusunda bir hükme yer vermemiştir; burada da açık bir boşluğun olduğu söylenebilir.

“Toplanma ve Tatil” başlığını taşıyan 93. maddede, “tatil” ve “araverme” şeklinde İki kavram yer almaktadır. Tatil kavramı ve süresinin açıklanmasına karşılık, araverme kavramı ve süresi açıklığa kavuşturulmamıştır. Anayasa’nın tatil süresini sınırladığına göre, bu sürenin anlamsız kalmaması için, ara vermeyi düzenleyip sınırlaması gerekirdi. Bu nedenle burada da açık bir boşluk vardır.

105. maddede Cumhurbaşkanı’nın yetkilerinin bir bölümünü tek başına yapacağı işlemlerle kullanacağı, bunların dışındaki işlemlere ilişkin kararların Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanması öngörülmüştür. Danışma Meclisinin metninde, Cumhurbaşkanı’nın hangi işlemleri tek başına yapacağı açıkça sayılarak belirtilmişti. Yasalaşan Anayasa metninde ise bu hüküm yer almamıştır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı’nın tek başına yapacağı işlemlerin neler olduğu Anayasa’da tümüyle düzenlenmemiş bulunmaktadır. Oysa, 105. maddeden de anlaşılacağı üzere, Cumhurbaşkanı’nın görev ve yetkileriyle İlgili bu konunun Anayasa’da düzenlenmiş olması zorunludur. Özellikle 125. maddenin ikinci fıkrası Cumhurbaşkanı’nın tek başına yapacağı işlemleri yargı denetimi dışında tuttuğu için zorunluluk daha da belirgindir. Bu nedenle Danışma Meclisi’nin metninde olmayan açık bir boşluk Anayasa’nın yürürlükteki metninde oluşmuş bulunmaktadır (6).

116. maddede belli koşullar gerçekleşirse, Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimlerinin Cumhurbaşkanı’nca yenilenmesine karar verilebileceği belirtilmiştir. Ancak yenileme kararının Resmi Gazete’de yayınlanmasından başlayarak ne kadar zaman içinde seçime gidileceği belirtilmemiştir. Seçim zamanı Cumhurbaşkanı’nın münhasır takdirine bırakılacağına göre, burada da anılan sürenin belirtilmemiş olması açık bir düzenleme boşluğudur.

130. madde devlet üniversitelerinin kanunla kurulacağını açıklamıştır. Aynı madde vakıfların yükseköğretim kurumları kurabilmesini öngörmüştür. Vakıflarca kurulacak üniversitelerin oluşturulması için bir kanuna ihtiyaç olup olmadığı Anayasa’nın bu maddesinde yazılı olmayıp, bu konuda da açık bir boşluk bulunmaktadır.

Anayasa’nın 153. maddesinin 5. fıkrasına göre, “iptal kararları geriye yürümez”. Ancak Anayasa Mahkemesine Anayasa’ya aykırılık

---

(6) Bak. ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, 2. baskı, Ankara 1939, s. 292 v.d.

iddiası, bir dâvaya bakmakta olan Mahkeme tarafından getirilmişse, iptal kararının bu dâvaya ve henüz görülmekte olan dâvalara etkisi nedir (7)? Bu yön Anayasa’da düzenlenmiş olmavıp, bu konuda da Anayasa’da boşluk vardır. Gerçekten, bir dâva nedeniyle Anayasa’ya aykırılık itirazını harekete geçiren taraf için, iptal kararının bir sonucu olmayacaksa, ona tanınan bu itiraz hakkı anlamsız kalacağından, bu yönün Anayasa’da düzenlenmiş olması gerekirdi.

### 3. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa sı’ndaki örtülü boşluklar:

Her yasada olduğu gibi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda bazı örtülü boşluklar göze çarpmaktadır. Bunlardan bazılarını işaretle etmek isteriz,

Anayasa’nın 4. maddesine göre, Anayasa’nın 1, 2. ve 3. maddelerinin hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez. Bu maddelerin Anayasa’nın diğer maddeleri değiştirilmesi yoluyla dolaylı olarak değiştirilmeleri olasıdır. Bu bakımdan, değişmez maddelerin bu yoldan değiştirilmelerini önleyecek bir hukuksal güvenceye ihtiyaç vardır. Anayasa’nın 148. maddesine göre Anayasa Mahkemesi Anayasa değişikliklerini sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Aynı maddeye göre, Anayasa değişikliklerinde şekil bakımından denetleme, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığına hususları ile sınırlıdır. Bu durumda, Anayasa değişikliğiyle değişmez maddelerin dolaylı değiştirilmesini Anayasa Mahkemesi’nin inceleyemeyeceği yolunda bir sonuca ulaşılmaktadır. Kanımızca burada yasada örtülü bir boşluk vardır. Anayasa’nın değişmez maddelerinin dolaylı olarak değiştirme söz konusu olduğunda, genel kuraldan ayrı bir özel kuralın bulunması gerekir. Aksi halde değişmezlik kuralının yaptırımdan yoksun kalması gibi, Anayasa bakımından iç çelişki yaratan bir konuma gelinmektedir.

54. maddenin üçüncü fıkrası, greve katılan işçilerin ve sendikaların kasıtlı ve kusurlu hareketlerinden doğan maddi zararlardan sendikayı sorumlu tutmaktadır. Ancak bu hükümde, “yasaya” ya da “hukuka aykırılık” sorumluluğunun bir koşulu olarak yer almamaktadır. Hukuka aykırılık olmaksızın sorumluluk olamayacağına göre, bu hükümde örtülü bir boşluk bulunmaktadır.

(7) Bak ve karşı. ÖZBUDUN, a.g.e., s. 400 v.d.

76. madde, belli suçlarla hüküm giymiş olanların, affa uğraşmış olsalar bile, milletvekili seçilmiyeciğini belirtmiştir. Affı düzenleyen maddenin “tecilden” söz açmamış olması bu noktada bir örtülü boşluk yaratmıştır.

85. madde yasama bir milletvekilinin dokunulmazlığının kaldırılmasına veya üyeliğin düştüğüne Meclisçe karar verilmesi durumunda, Anayasa Mahkemesine iptal istemiyle başvurulmasını kabul etmiş, iptal başvurusu ve karar için çok kısa süreler öngörmüştür. Bu süreç sırasında, üyelik sıfatı düşmüş ya da dokunulmazlık kalkmış gibi mi işlem yapılacağı, yoksa alman Meclis kararının ancak Anayasa Mahkemesi tarafınan iptal davası reddedilince kesinleşip yürürlük gücü kazanacağı konusunda bir hüküm yoktur. Müracaat ve karar sürelerinin çok kısa tutulması, red kararıyla birlikte işlemin kesinlik kazanacağını düşündürmektedir. Ne var ki, butada da örtülü bir boşluğun olduğu kabul edilebilir.

Anayasa'nın 148. maddesinin birinci fıkrasına göre, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnemelerin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dâva açılmaz. 15. madde, anılan durumlarda “temel hak ve hürriyetlerin durumun gerektirdiği Ölçüde” kullanılmasının kısıtlanacağı belirtilmiş, maddenin ikinci fıkrasında ise hangi temel hak ve hürriyetlerin bu durumlarda dahi kısıtlanamayacağı açıklanmıştır. 121. maddenin son fıkrası ve 122. maddenin ikinci fıkrası, olağanüstü halin veya sıkıyönetim halinin “gerekli kıldığı konularda” kanun hükmünde kararname çıkarabileceği konusunda açıklık getirmiştir. Burada önümüze çıkan soru şudur: 15, 121 ve 122. maddelerde yer alan bu sınırlamalara münhasır olmak üzere Anayasa Mahkemesi olağanüstü hal ya da sıkıyönetim halinde çıkarılan kanun hükmünde kararnemeleri inceleyebilir mi? 148. maddenin birinci fıkrasında bu açıdan örtülü bir boşluk var mıdır?

174. madde hangi inkılâp kanunlarının korunduğunu, amaçlarını da açıklayarak belirtmiştir. Ancak hüküm bu yasaları “Anayasa'ya aykırılık” savlarına karşı korumuştur. Esasen Anayasa'nın “Başlangıç” bölümünde anlatımın bulan ereklein doğrultusunda korunan bu yasalara tanınan koruma yalnız Anayasa'ya aykırılık savıyla mı sınırlıdır? Yoksa bu yasa<sup>1</sup> ar ayrıca özleri yönünden de korunmuş mudur? Bir diğer deyişle temel niteliklerinin doğrudan ya da dolaylı yoldan değiştirilmesi bu hükümle önlenmiş midir? Bu yönden, hüküm-

de örtülü bir boşluk var mıdır? Kanımıza göre, Anayasa'nın "Başlangıç" bölümü ve 174. maddede belirtilen "Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyeti'nin lâiklik niteliğini koruma amacı" gözönünde tutularak, bu açıdan hükümde örtülü bir boşluk olduğu kabul edilmelidir.

## **m. TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASINDAKİ BOŞLUKLARI DOLDURMA YÖNTEMLERİ**

Medeni Kanunumuzdan farklı olarak Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında boşlukların hâkimin hukuk yaratması yoluyla doldurulacağı yolunda açık bir hüküm yoktur. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da boşluk olduğu gerekçesiyle karar vermektan kaçınmayacağına göre, boşlukları doldurmak konumundadır. Anayasa Mahkemesi, her yasa gibi Anayasada boşluk bulunduğu bir vakıa olduğuna göre, bu boşluğu doldurma işlevini de gerçekleştirecektir. Mahkemenin Anayasa'da boşluk olamayacağı varsayımından kalkarak, yalnız yorum yoluyla çözüme vardığı kararında belirtmesi, aslında Anayasa Mahkemesi'nin boşluk doldurduğu ve hukuk yarattığı olgusunu değiştirmeyecektir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa sı'nda boşluk doldurmada yardımcı olabilecek kuralların bulunduğunu söylemek mümkündür. Bunları sırasıyla aşağıdaki gibi açıklayabiliriz:

1. Anayasa'nın 176. maddesine göre, "Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmı, Anayasa metnine dahildir". Anayasa bu temel görüş ve ilkelere göre yorumlanacak ve boşluklar bunların ışığında doldurulacaktır. Anayasa Mahkemesi, 22.5.1987 tarihliye 17/11 (8) sayılı 14.6.1988 tarihli 14/18 (9) sayılı, 7.3.1989 tarihli 1/12 (10) sayılı kararlarında bu anlayışı dile getirmiş bulunmaktadır. 7.3.1989 tarihli kararda bu düşünce şu şekilde vurgulanmıştır. "Başlangıç Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri içermekle, **Anayasa maddelerinin amacını ve yönünü belirleyen bir kaynaktır.**"

2. Anayasa'nın 1, 2. ve 3. maddeleri değişmez maddelerdir. Bu nedenle Anayasa'nın diğer maddelerinin bu maddelerdeki hükümleri

---

(8) Resmi Gazete, 18.9.1987

(9) Resmi Gazete, 14.7.1988

Ç10) Resmi Gazete, 7.3.1989

zcdclcm ıvecek bığimde yorumlanması ve boşlukların bu doğrultuda doldurulması gerekmektedir. Özellikle 2. maddenin, Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devleti olarak tanımlanması, yorum ve boşluk doldurma yönünden bu hükme temel bir kaynak niteliğini kazandırmıştır. Anayasa Mahkemesi 7.3.1989 tarihli ve 1/12 sayılı kararında (11), “Cumhuriyetin niteliklerini açıklayan Anayasa'nın 2. maddesinde, Başlangıç'tâki temel ilkelere yollanma yapılmakla kalınmamış, Türkiye Cumhuriyeti'nin Atatürk miliyetçiliğine bağh, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu da belirtilmiştir” denerek bu yöne işaret edilmiştir.

3. Anayasa'nın 138. maddesine göre, “Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar. Anayasa'ya kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler”. Hiç kuşkusuz bu hüküm yüksek bir mahkeme olan Anayasa Mahkemesi yönünden de geçerlidir. Burada önemli olan yön, “yasa”nın yanında “hukuk”un da yargıya temel tutulacağıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi 12.6.1961 tarihli ve 38/15 sayılı kararında (12) bu yönü vurgulamış bulunmaktadır:

“... maddenin birinci fıkrasındaki sıraya göre vicdan kanısı etkeni en sonra ahhnmıştır. Bu, ilke olarak. Anayasa, yasa, ve **hukuk kuralları** çerçevesinde edinilc.cck vicdan kanısının, yargıya temel tutulacağını göstermektedir. Hâkim, Anayasaya, yasaya ve hukuk kurallarına uymayan bir vicdan kanısına dayanamaz...”.

Belirtelim ki, Anayasa Mahkemesi temel hukuk prensiplerinin başvuracağı bir kaynak olauğunu 3.7.1986 tarihli ve 3/15 sayılı kararında (13) vurgulamıştır. Bu karara göre, “Hukuk devletinde, kanunkoyucu da dahil olmak üzere, devletin bütün organları üstünde hukukun mutlak bir hâkimiyeti olması, kanunkoyucunun yasama faaliyetlerinde kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuraları ile bağli tutması lâzımdır. Zira kanunun da üstünde kanunkoyucunun bozamıyacağı temel hukuk prensipleri ve Anayasa vardır” (14). Bu kararda Anayasa Mahkemesi temel hukuk prensiplerine, yani hukukun genel ilkelerine **anayasal norm** kimliğini tanımış bulunmaktadır.

---

(11) Resmi Gazete, 5.7.1989

(12) Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 7, s. 334

(13) Resmi Gazete, 10.12.198C

(14) Aynı doğrultuda; Anayasa Mahkemesi, 11.10.19G3, 124/243 (Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sayı 1, s 429.)



4. Anayasa Mahkemesi'nin yorum için oluşturduğu ve boşluk doldurmada da başvurulması gereken bir ilke de "Anayasa'nın bütünlüğü" ilkesidir. Bu ilkeyi Anayasa Mahkemesi 10.6.1971 tarih<sup>1</sup> i ve 24/55 sayılı kararında (15) vurgulamıştır. Bu karara göre, "Anayasa ilkeleri etki ve değer bakımından eşit olup, hangi nedenle olursa olsun birinin ötekine üstün tutulması mümkün olmadığından,  **bunların bir arada**, birbirine getirdiği sınırlamalar içerisinde ve  **hukukun genel kurulları** da gözönünde bulundurulmak suretiyle uygulanmaları zorunludur." Bu anlayışa göre, Anayasa'nın uygulanmasında bir iç çelişki yaratılmaması gerekmektedir. Bu ilkeye yorumda, boşluk olup olmadığının saptanmasında ve boşluk doldurmada uyulması gerekmektedir.

5. Anayasa Mahkemesi'nin geliştirdiği yöntemlerden biri de, bir konunun Anayasa'da düzenlenme meşinin, ilkin konunun yasakoyucunun takdirine bırakılması anlamına gelip gelmediğinin saptanması gereğidir. Bir konunun düzenlenmesinin yasakoyucunun takdirine bırakılması, hiç kuşkusuz Anayasa'da bir boşluk olarak değerlendirilemez. Anayasa Mahkemesi'nin ceza kurallarıyla ilgili çeşitli kararlarında bu ilkeyi dile getirdiğini görmekteyiz. 9.3.1971 tarihli ve 42/30 sayılı kararında (16) Anayasa Mahkemesi bu anlayışı şu şekilde dile getirmiştir:

"Anayasa... başlıca birkaç ceza ilkesini belirtmekle yetinerek, bunların dışında kalan ceza konularını ve özellikle belli bir zamanda ne gibi eylemlerin suç sayılacağını, o suçlara ne miktar ve ne çeşit ceza verileceğini ve hangi ceza tedbirlerinin ve emniyet tedbirlerinin ne yolda uygulanacağına saptama yetkisini kaminkoyucuya bırakmış bulunmaktadır. Yasakoyucu bu konuda başta Anayasa'nın buyurucu ve yasaklayıcı kuralları ile koyduğu güvenceler olmak üzere ceza hukukunun ilkeleri ve toplum yaşantısının zorunluluk ve yasalarının gerekleri ile bağlı kalarak takdirini kullanabilecektir" (17).

6. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da bir sorunun yanıtının bulunmamasının, yerine göre, boşluk sayılmayıp, Anayasa'nın sessizli-

(15) Resmi Gazete, 23.11.1971.

(16) Resmi Gazete, 23.11.1971.

(17) Ayrıca bak. Anayasa Mahkemesi, 27.3.1986, 31/11 (Resmi Gazete, 9.S. 198(>)). Bu karara göre, "Yasakoyucunun ceza alanında yasama yetkisini kullanırken, Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayılırsa hangi tür ve ölçüde ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hangi durum ve davranışların, ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisi vardır."

ğinin olumsuz yanıt olarak da yorumlanabileceğini açıklamış bulunmaktadır. Türk Ceza Kanunu 270, mağdura isnat ettiği ef'al ve evsafın şayi ve mütevatir olduğunu ispata kalkışan failin bu isteğinin kabul olunamayacağı hükmünü kapsamaktadır. Bu hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu itirazını Anayasa Mahkemesi 13.12.1963 tarihli ve 317/294 sayılı kararında (18), şu gerekçe ile reddetmiştir: "Bir hususun şayi ve mütevatir olduğunu ispat, o hususun doğruluğunu ispat niteliğinde değildir. Anayasa'nın 34. üncü maddesinde hakaret cürmü failin yaptığı isnadın yalnız doğruluğunu ispat hakkına sahip bulunduğu kesinlikle açıklandığına göre, mağdura isnat ettiği ef'al ve evsafın şayi ve mütevatir olduğunu ispata kalkışan failin bu isteğinin kabul olunamayacağı hükmünü kapsayan T.C.K.'nun 270. maddesinin Anayasa'ya aykırı bulunmadığı açıkça anlaşılmaktadır". Anayasa Mahkemesi, Anayasa 39.'daki hükmü **amaca göre** yorumlayarak, bir boşluk bulunmadığı ve maddenin lâfzı dışında kalan olguların reddildiği sonucuna vararak karar tesis etmiş bulunmaktadır.

#### **IV- ANAYASA MAHKEMESİ'NİN BOŞLUK DOLDURMA İLE İLGİLİ UYGULAMALARI**

Anayasa'daki boşluklar ve boşluk doldurmada yararlanılabilecek Anayasa kurallarıyla, Anayasa Mahkemesince bu alanda geliştirilmiş ilkelerden sonra, Anayasa Mahkemesi'nin boşluk doldurma ile ilgili uygulanan üzerinde durabiliriz. Anayasa Mahkemesi boşluk doldurmaktan değil, yorumdan söz açmakla birlikte, gerçekte öğretisel açıdan, Anayasa Mahkemesinin boşluk doldurduğunu ve anayasakoyucu yanında uygulanacak anayasa hukukunun yaratıcılarından biri olduğunu vurgulamak gerekmektedir.

##### **1 . Anayasa için boşlukların Anayasa Mahkemesi tarafından doldurulması:**

Anayasa'nın pek çok kuralında bütünlemeye, somut içeriğin belirtilmesine ihtiyaç duyulan çok geniş kavramlara yer verdiğini ve bu kavramları tanımlamıyarak, bu boşluğun doldurulmasını Anayasa Mahkemesine bilinçli olarak bıraktığımız belirtmiştik. Anayasa Mahkemesi anayasakoyucunun çok soyut olarak koyduğu kuralların içeriğini belirlemek konusunda kendisine verilen görevi etkin bir biçimde yerine getirmiş bulunmaktadır. Bu konudaki pek çok örnekten ancak belirgin nitelikte gördüğümüz bazıları üzerinde duracağız.

(18) Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi Sayı, 1 s. 440

2. maddede yer alan, ancak Anayasa’da ayrıca tanımlanmamış olan Cumhuriyet’in niteliklerinin somut içeriğini Anayasa Mahkemesi büyük bir duyarlıkla, Anayasa’nın temel felsefesinin doğrultusunda belirlemiştir. Böylece, Anayasa Mahkemesi 2. maddede anlatımını bulan Atatürk milliyetçiliğinin, "Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı bulunan herkesi Türk sayan, dil, ırk ve din gibi düşüncelerle yapılacak her türlü ayırımı red eden, birleştirici ve bütünleştirici bir anlayışı temsil ettiğini" vurgulamıştır (19). Anayasa Mahkemesi 2. maddede yer alan "demokrasi" ilkesini şu yolda somutlaştırmıştır: "Demokratik devlet, egemenliğin bir kişi, zümre veya sınıf tarafından, belli sınıflar yararına kullanılmadığı, serbest ve genel seçimin iktidara gelmede ve iktidardan ayrılmada tek yol olarak kabul edildiği ve iktidarın bütün milletin yararına kullanıldığı, kısacası demokrasi prensiplerinin egemen olduğu bir yönetim biçimidir" (20). Anayasa Mahkemesi, yine Anayasa’nın tanımlamamış olduğu lâiklik ilkesini, tarihsel gelişmeleri de gözönünde tutarak, somutlaştırmıştır. Anayasa Mahkemesine göre, "Lâiklik, ortaçağ dogmatizmini yıkarak, özgürlük ve demokrasi anlayışını, uluslaşmanın, bağımsızlığın, ulusal egemenliğin ve insanlık idealinin temeli kılan bir uygar yaşam biçimidir... Lâik düzende, din siyasallaşmadan kurtarılır, yönetim aracı olmaktan çıkarılır, gerçek, saygın yerinde tutularak kişilerin vicdanlarına bırakılır. Böylece, siyasal, yaşamın dayanağı bilim ve hukuk olur. Düşünce ve inanç alanlarının ayrılması dinin kutsallığına en uygun durumdur, Dünya işlerinin hukukla, din işlerinin de kendi kurallarıyla yürütülmesi ilkesi batı demokrasilerinin dayandığı temellerden biridir". Anayasa Mahkemesi bu cümlelerin yer aldığı 7.3.1989 tarihli ve 1 /12 sayılı kararında (21) laiklik ilkesini somutlaştıran önceki kararlarını da özetliyor ek, bir bakıma bu ilkenin içeriğinin Anayasa Mahkemesi’nce oluşturulduğunu ortaya koymuştur.

Anayasa Mahkemesi Türkiye Cumhuriyeti’nin en önemli niteliklerinden olan "hukuk devleti" kavramını da tanımlamış, belirlemiş ve belirlediği somut içeriğiyle uygulamıştır. Anayasa Mahkemesi’ne göre, "Sosyal Hukuk Devleti, güçsüzleri, güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği, yani sosyal adaleti ve böylece toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü Devlet demektir. Çağdaş uygar görüşe ve Anayasa’nın temel yapı ve felsefesine göre, gerçek hukuk devleti,

(19) Anayasa Mahkemesi, 18.2.1985, 9/4 (Resmi Gazete, 26.6.1985)

(20) Anayasa Mahkemesi, 27.11.1980, 31 /39 (Resmi Gazete, 8.1.1981)

(21) Resmi Gazete, 5.7.1989.

ancak toplumsal devlet anlayışı içinde İse anlam kazanır. Hukuk devletin amaç edindiği kişiliğin korunması, toplumda sosyal güvenliği ve sosyal adaletin sağlanması yoluyla gerçekleşebilir”(22). Yine Anayasa Mahkemesine göre, “Hukuk Devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamiyacağı temel hukuk İlkelere ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir” (23). Anayasa Mahkemesi’ne göre, “Hukuk Devleti ilkesinin öğeleri arasında yasaların kamu yararına dayanması ilkesi vardır. Bu İlkenin anlamı, kamu yarar düşüncesi olmaksızın, başka bir deyimle yalnızca özel çıkar veya yalnızca belli kişilerin yararına olarak herhangi bir yasa kuralının konulamiyacağıdır. Buna göre, çıkarılması için kamu yararı bulunmayan bir yasa kurah Anayasalım 2. maddesine aykırı olur ve dâva açıldığında iptali gerekir” (24).

Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 12. maddesinde anlatımını bulan “kişi dokunulmazlığı” kavramına, kişi için yasak olmanın serbest olduğu ilkesini dayandırmıştır. Anayasa Mahkemesi’ne göre, “Bir kimsenin başkasına zarar vermeden istediği hareketi yapabilmesi, istediği gibi dolaşabilmesi, yemesi, içmesi, eğlenebilmesi de şüphesiz “kişi hürriyeti” kavramının içerisinde (25).

Anayasa Mahkemesi Anayasa’nın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasına temel olabilecek, “genel ahlâk”, “kamu düzeni”, “milli güvenlik” kavramlarını, sınırlamanın da sınırını çizen demokratik toplum düzeninin gereklerini de açığa kavuşturmuştur. Anayasa Mahkemesi’ne göre, “genel ahlâk deyimini belli bir zamanda bir toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş bulunan ahlâk kurallarıyla ilgili hareketleri gösteren ve kolayca anlaşılabilir bir anlam taşımaktadır”. “Kamu düzeni deyiminin de, toplum dirlik ve düzenliğinin sağlanmasını, Devletin ve Devlet kuruluşunun ko-

---

(22) Anayasa Mahkemesi, 17.10.1972, 16/49 ve ayrıca aynı yöndeki POLATCAN, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, İstanbul 1989, s. 28’de anılan kararlar.

(23) Anayasa Mahkemesi, 27.3.1986, 31/11 (Resmi Gazete 9.5.1986)

(24) Anayasa Mahkemesi, 22.6.1972, 14/34 (Resmi Gazete 11.1.1973)

(25) Anayasa Mahkemesi, 20.9.1966, 156/34 (Resmi Gazete, 8.5.1967)

runm aşımı hedef tutan herşeyi İfade ettiği, bir başka deyimle toplumun her sahadaki düzeninin temelini oluşturan bütün kuralları kapsadığı kuşkusuzdur” (26). “Milli güvenlik de kamu düzeni kavramı kapsamı içindedir” (27). “Demokratik toplum düzeni Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzenidir” (28).

Görülüyor ki, Anayasa’nın “Genel Esaslar” ve “Temel Haklar ve Ödevler” kısımları aslında bilinçli olarak boşluklu bir düzenlemeye sahiptir. Bu kısımlarda yer alan kuralların somut içeriği büyük bir duyarlıkla Anayasa Mahkemesi tarafından da belirlenmiştir. Bir diğer deyişle, anayasakoyucu anayasal kural koyma yetkisini bilerek Anayasa Mahkemesi ile paylaşmış, Anayasa Mahkemesi de hukuk yaratma işlevini, Anayasa’nın temel felsefesini saptayarak, bu doğrultuda gerçekleştirmiştir.

## **2. Anayasa’dahi açık boşlukların Anayasa Mahkemesi tarafından doldurulması**

Anayasa Mahkemesi’nin açık bir yasa boşluğunu doldurmasına örnek olarak, 30.5.1990 tarihli ve 2/10 sayılı kararını anabiliriz (29) 23.11.1989 tarihli ve 3589 sayılı Kanunun 3. maddesiyle 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 2. maddesine eklenen fıkra ile, Yükseköğretim Kurulu kararıyla, devlet üniversitelerindeki eğitim ve araştırma düzeyinde olması şartıyla, vakıflarca kurulacak yükseköğretim kurumlarına “üniversite” adı verilmesi kabul edilmiştir. Bu hükme karşı, Anayasa’nın 130. maddesine göre üniversitelerin ancak devlet tarafından kanunla kurulabileceği ve kamu tüzelkişiliğine sahip olacağı gerekçesiyle iptal dâvası açılmıştır. Anayasa Mahkemesi tarafından çözülmesi gereken sorun şuydu; 130. maddenin 1. fıkrasında üniversitelerin bilimsel özerkliğe ve kamu tüzelkişiliğine sahip olarak Devlet tarafından kanunla kurulacağı belirtilmiştir. 2. fıkrada, kanunda gösterilen usul ve esaslara göre, kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından kurulan yükseköğretim kurumu üniversite kimliğinde ise, birinci fıkradaki hükümlerin uygulanacağı konusunda açık bir hüküm yoktur. Bu eksiklik iki şekilde yorumlana-

(26) Anayasa Mahkemesi, 28.1.1964, 128/8 (Resmi Gazete, 17.4.1964)

(27) Anayasa Mahkemesi, 10.2.1976, 200/9 (Resmi Gazete, 10.5.1976)

(28) Anayasa Mahkemesi, 6.10.1986, 21/23 (Resmi Gazete 14.3.1987)

(29) Resmi Gazete, 9.2.1991

bilirdi. Birinci yorum kanunla kurulma şartının yalnız devlet üniversiteleri için olup, vakıf üniversiteler için bu şartın Anayasa’da aranmamış olduğudur, ikinci yorum, ikinci fıkrada vakıfların kuracakları üniversiteler bakımından bir düzenleme boşluğu bulunduğu ve bu boşluğun birinci fıkraya kıyasen doldurulması gerektiğidir. Anayasa Mahkemesi önce bu konudaki düzenleme boşluğunu şu gerekçeyle tesbît etmiştir: “Anayasa’nın 130. maddesinin ikinci fıkrasında, üniversitelerin devlet eliyle kurulacağına bir ayrılık getirmekle birlikte, yasayla kurulması ilkesinde böyle bir ayrılık getirilmemiştir. Anayasa’nın 130. maddesinin üçüncü fıkrası da bu ilkeyi destekler niteliktedir... Eğer bir üniversitenin kurulması idari bir kararla mümkün olsaydı, idari yargı denetimi yerindelik açısından yapılamıyacağına, yasama organı da devredışı bırakılmış olacağına göre, Anayasa’daki bu kuralın gözetilme yolları kapatılmış olacaktır. Devletin bir üniversite, bir fakülte, yüksekokul ya da enstitü kurabilmek için yasaya gereksinim duyacağı buna karşılık vakıflara bağlı bir üniversitenin kurulması için basit bir İdarî işlemin yeterli olduğu sonucuna varılacaktır ki, Anayasa’nın gerek **söz ve amacından, gerek yorumundan** böyle bir sonuca varmak mümkün değildir. Bilimsel özerklik, kamu tüzelkişiliği öğeleri de yasayla kurulmalarının zorunlu koşulunu oluşturmaktadır”. Belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi kararında varılan bu sonuç “yorumu” dayandırılmakta ise de gerçekte durum şudur. Anayasa Mahkemesi önce yorum yoluyla 130. maddenin ikinci fıkrasında bir düzenleme boşluğu olduğunu tesbît etmiş, sonra birinci fıkrayı kıyas yoluyla uygulayarak bu düzenleme boşluğunu doldurmuştur. Kararda yer alan şu gerekçeler bu anlayışı desteklemektedir: “Anayasa’nın 130. maddesinin bir bütün olarak değerlendirilmesi, üniversite kavramı ve kurumunun tüm özellikleriyle gözetilmesi, “üniversite” adını taşıyacak kuruluşu açık bir biçimde göstermektedir... Yasayla kurulma zorunluluğunun doğal sonucu olan kamu tüzelkişiliği niteliği, üniversitelerin yapısına uygun bir özelliktir. Devlet ya da vakıflar tarafından kurulması bu konuda bir ayrım gerektirmemektedir”. Bu gerekçelerle, Anayasa Mahkemesi 3589 sayılı Kanun’un vakıflarca kurulacak yükseköğretim kurumlarına üniversite adının, idari bir kararla verilmesine olanak taşıyan hükmünü, Anayasa’ya aykırı görerek iptâl etmiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin bu kararında tesbit ettiği bir düzenleme boşluğunu kıyas yoluyla doldurduğu, değişik gerekçe ve karşıoy yazılarından daha da belirgin biçimde anlaşılmaktadır. Değişik gerekçe yazılarından biri, 130. maddenin daha dar bir yorumunu içer-

inedektir. Değişik gerekçe yazılarına göre 130. maddenin İkinci fıkrasında bir düzenleme boşluğu yoktur, ikinci fıkra vakıflara yalnızca yükseköğretim kurumu kurabilmelerine olanak tanımıştır. Anayasa'nın 130. maddesi yalnız devlete üniversite kurmak hakkını tanımıştır. Bir diğer deyişle, Anayasa, üniversiteleri devletin tekelinde olarak düşünmüştür. İptal sonucunu benimsemeyen karşıoy yazılarına göre de, 130. maddenin ikinci fıkrasında bir düzenleme boşluğu yoktur. İkinci fıkrada sözü edilen “yükseköğretim kurumlan” sözü üniversiteleri de içine alır. Karşıoy yazılarına göre, “Anayasa'mn 130. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “kanunla kurulma şartı” Devlet Üniversiteleri içindir... Bu şartı vakıf üniversitelerine de teşmil etmek, yani vakıf üniversitelerinin de kanunla kurulacağını söylemek, hem aynı maddenin istisnaî bir hüküm getiren ikinci fıkrasına aykırı düşer, hem de vakıf anlayışıyla bağdaşmaz”; “Anayasa'mn 130. maddesinin ikinci fıkrası Devlet Üniversitelerinin yanında, vakıfların da üniversite kurmalarına izin vermektedir. Ancak bu üniversitelerin de devlet üniversiteleri gibi bir kuruluş kanunu ile kurulabilecekleri; kamu tüzelkişisi oldukları biçiminde fıkrada hiçbir açıklık olmadığı gibi, Devlet Üniversitelerinin kuruluşunu düzenlemeyen birinci fıkraya yollama yapılmamıştır.”

Şu duruma göre, iptâl dâvası konusu olayda üç görüş ortaya çıkmıştır. Bir düşünceye göre, Anayasa'mn 130. maddesinin ikinci fıkrasındaki “yükseköğretim kurumlan” deyimini üniversiteleri kapsamaz. Bir ikinci görüşe göre, 130. maddenin ikinci fıkrasındaki bu deyim üniversiteleri de kapsar; ikinci fıkra birinci fıkraya yollamada bulunmadığına göre, birinci fıkradaki şartlar vakıf üniversitelere uygulanmaz. Anayasa Mahkemesi'nin çoğunluğunun görüşüne göre, 130. maddenin ikinci fıkrasındaki “yükseköğretim kurumlan” deyimini üniversiteleri de kapsar; ancak ikinci fıkrada birinci fıkraya açık bir yollama olmamakla birlikte, Anayasa'mn söz ve amacından ve yorumundan birinci fıkradaki şartların vakıf üniversitelere de uygulanacağı sonucuna varılmak gerekir. Şu duruma göre, çoğunluğun vakıf üniversiteler yönünden ikinci fıkrada bir düzenleme boşluğu gördüğü ve açık bir yollama olmamakla birlikte, ikinci fıkrayı kıyas yoluyla uygulayarak bu boşluğu doldurduğu, değişik gerekçe ve karşıoy yazılarından da anlaşılmaktadır.

### **3. Anayasa'daki örtülü boşlukların Anayasa Mahkemesi tarafından elan doldurulması**

Anayasa'mn 16. maddesine göre “temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlana-

bilir”. Anayasa İnsan hak ve özgürlüklerini vatandaş gibi yabancıya da tammiş bulunmaktadır. Anayasa’nın bu maddesiyle yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin gerektiğinde vatandaştan farklı olarak düzenlenip sınırlanabileceği ilkesi getirilmiştir (30). Hiç şüphesiz yabancılar için tanınan haklar arasında 35. maddenin anayasal güvenceye bağladığı mülkiyet hakkı da vardır. Temel hak ve hürriyetlerin yabancılar için de, milletlerarası hukuka uygun olarak, yasayla sınırlama saklı kalmak üzere, mevcut olduğunu belirten Anayasa’nın 16. maddesi, yabancıların bu hak ve hürriyetlerden yararlanması için “mütekabiliyet” esasını içermektedir.

Anayasa Mahkemesi 16. maddede taşınmaz mülkiyeti açısından “mütekabiliyet” esasının olmayışını, bu esasa yabancıların taşınmaz mülkiyeti ediniminin sınırlanmamış olmasını örtülü bir boşluk olarak görmüş ve bu boşluğu, mütekabiliyet şartına anayasal bir ilke niteliğini kazandırarak, doldurmuştur. Gerçekten de, Anayasa Mahkemesi’nin, Bakanlar Kuruluna, yabancıların taşınmaz mülkiyeti edinmesini mütekabiliyet şartına bağhyan Tapu Kanunu’nun 35. maddesinin bazı ülkelere uygulanmaması yetkisini veren 3029 sayılı Kanunun hükümlerini iptal eden 13.6.1985 tarihli 14/7 sayılı kararı (31), Anayasa’da, aşağıda açıklanacağı üzere, bu konuda örtülü bir boşluk olduğu varsayımına dayalı bulunmaktadır. Bu karara göre:

“Devletlerarası ilişkilerde karşılıklı muamele esası, devletlerin ülkeleri üzerindeki egemenlik haklarının doğal sonuçlarından biridir. Devletlerin ilişkilerinde az ya da çok gelişmişlik, nüfus ve toprak büyüklüğü ve öbür niteliklerinin nazara alınmaması bunların birbirlerine eşit oldukları prensibine dayanır... Toprak edinme konusundaki mütekabiliyet esasının başka konulardaki mütekabiliyet esasından farklı yönü, Devletin ülke demlen aslî-maddî unsuruyla alan ilişkisidir. Bu koşullardan herhangi bir nedenle tek taraflı vazgeçmek, Devletler Hususi Hukuku’nun Yabancılar Hukuku alanında, zarurî eşitlik prensibini benimsememek anlamını taşır... Başlangıç’m 4. paragrafındaki, Türkiye Cumhuriyeti’nin dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olduğu ilkesiyle de Devletin beşeri unsurunu oluşturan milletin diğer milletlerle hak eşitliğine sahip bulunduğu vurgulanmıştır... Karşılıklı muamele (mütekabiliyet) esası uluslararası eşitliği sağlayan bir denge aracıdır”.

(30) Anayasa Mahkemesi, 16.3.1985, 14/7 (Resmî Gazete, 24.8.1985)

(31) Resmî Gazete , 24.8.1985. Anayasa Mahkemesi’nin 22.4.1986 tarihli ve 3278 sayılı Kanunun hükümlerini İptal eden 9.10 1986 tarihli ve 18/24 sayılı kararı (Resmî Gazete, 31.1.1987) aynı doğrultudadır.



Bu gerekçelerle Anayasa Mahkemesi taşınmaz edinimi alanında mütakabiliyet şartına anayasal bir ilke kimliğini kazandırmış ve buna aykırı düşen 3029 sayılı Kanunun hükümlerini iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın herhangi bir hükmünde yer almayan, yabancılar taşınmaz mülkiyeti edinme hakkının tanınmasının mütakabiliyet şartına bağlı olduğu ilkesine anayasal bir nitelik tanıırken, 16. maddedeki örtülü bir boşluğu doldurmuştur. Çünkü Anayasa'nın Başlangıç bölümüne dayanarak mütakabiliyet şartının aranmamasının Anayasa'da bir iç çelişki yaratacağını, bir diğer deyişle Örtülü boşluğu tesbit etmiş ve bunu yine bu bölüme dayalı olarak oluşturduğu anayasal kuralla, "yabancıların taşınmaz mülkiyeti edinmesin de mütakabiliyet" esasıyla doldurmuştur.

13.6.1985 tarihli kararın karşıoy yazısı da, Anayasa Mahkemesinin bu kararda örtülü bir boşluğu doldurduğunu ortaya koymaktadır. Karşıoy yazısında, Anayasa'da yabancıların taşınmaz edinmeleri hususunda **Özel bir hüküm bulunmadığı** şu yolda dile getirilmiştir:

"Anayasa'nın 16. maddesi temel hak ve hürriyetlerin yabancılar olarak, kanunla sınırlandırılabileninden bahsetmektedir. Burada kanunkoyucuya yabancıların hak ve hürriyetlerini, milletlerarası hukuka uygun olarak sınırlayabilme yetkisi verilmiştir. Bu hükmeye dayanılarak yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin (bu arada mülk edinme haklarının) mutlaka sınırlandırılması gerektiği ileri sürülemez. Anayasamız meseleyi kanunkoyucunun takdirine bırakmıştır... Anayasamız yabancıların taşınmaz mal edinmeleri hususunda özel bir hüküm getirmemiştir... Bu konuda düzenlemeler yapmak, Anayasa'nın yukarıda sözünü ettiğimiz 16. maddesi gereğince, tamamiyle kanunkoyucunun yetkisi içindedir. Kanunkoyucunun bu yetkisine milletlerarası hukuka uygun olmak şartından başka bir sınır da konulmamıştır... Anayasa'nın Başlangıç konusunda Türkiye Cumhuriyeti'nin "Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olduğundan bahsedilmiş bulunmasından Devletimizin, yabancılar hukukuyla ilgili bir hüküm koyar veya kaldırırken mutlaka ve her zaman mütakabiliyet şartını araması gerektiği sonucu çıkarılamaz".

Görülüyor ki, karşıoy yazısında, "taşınmaz mülkiyetinin edinilmesinde mütakabiliyet esası"nın anayasal bir kural olmadığı söylenmekte olup, çoğunluk kararında bu anayasal kuralın örtülü boşluk doldurulmak suretiyle yaratıldığı olgusu açıklığa kavuşmaktadır.