

**TÜRK VE ALMAN ANAYASA HUKUKUNDA
ANAYASA YARGISININ SINIRLARI
VE
YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA KARARLARI**

Doç. Dr. Zafer GÖREN ()*

- I. Anayasa Yargısının Meşruluğu
- II. Anayasa Yargısının Anlamı ve Fonksiyonu
 1. Anayasa Yargısının Fonksiyonel ve Mantıksal Sınırları
 2. Fonksiyonel Sınırların Korunması Yöntemleri
- III. Anayasa Mahkemesinin Yetkileri
- IV. Anayasa Yargılamasında Usul Kuralları
- V. Türk Anayasa Yargısında Yürürlüğü Durdurma Kararları
 1. 21. 10.1993 Tarihli Karardan Önce Yürürlüğü Durdurma Kararının Türk Öğreti ve Uygulamasında Anlamı
 - a. Türk Anayasa Hukuku Öğretisi
 - b. Anayasa Mahkemesinin İçtihadı
 2. 21.10.1993 Tarihli Karar
 3. Değerlendirme
 - a. Yürürlüğü Durdurma Kararı ve Hukuk Devletinde Etkili bir Yargı Denetimi
 - b. Türk Uygulaması İçin Alman Modeli
 - c. Düzenlemenin Tarihsel Gelişimi
 - d. Anayasa Mahkemesinin Boşluk Doldurma Yetkisi
 - e. Yürürlüğü Durdurma Kararı ve Yargı Erki
 - f. Yürürlüğü Durdurma Kararları ve Anayasa Mahkemesi Kararlarının Etki Gücü
 - g. Sonuç
- VI. Genel Değerlendirme.

(*) D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Anabilim Dalı Başkanı ve Adalet Yüksek Okulu Müdürü.

KISALTMALAR

AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AÖR	: Archiv des öffentlichen Rechts (Dergi)
ART	: Artikel (Madde)
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
B	: Bası
BayVBL	: Bayerische Verwaltungsblätter (Dergi)
BVerfGE	: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts = Federal Anayasa Mahkemesi Kararları
BVerfG	: Federal Alman Anayasa Mahkemesi
BVerfGG	: Gesetz über das Bundesverfassungsgericht = Federal Anayasa Mahkemesi Yasası,
C	: Cilt
CDU	: Hıristiyan Demokrat Birlik Partisi
CSTD	: Cumhuriyet Senatosu Tutanak Dergisi
DN	: Dipnotu
DJT	: Alman Hukukçular Kongresi
DÖV	: Die öffentliche Verwaltung (Dergi)
E	: Esas
EuGRZ	: Europäische Grundrechte Zeitschrift (Dergi)
&	: Paragraf
Heft	: Sayı, Fasikül
IHFMD	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
JÖR	: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart (Dergi)
K	: Karar
KN	: Kenar Notu
Komm	: Kommentar (Açıklama)
KT	: Karar Tarihi

MMTD	: Millet Meclisi Tutanak Dergisi
NJW	: Neue juristische Wochenschrift (Dergi)
RG	: Resmi Gazete
RGZ	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen : im- paratorluk Mahkemesi Hukuk Kararlari
RStGH	: Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich Parlamentarischer Rat
(Pal.Rat.)	: Parlamento Meclisi
Plenarsitzung	: Genel Kurul Toplantisi
S	: Sayı, Sayfa
vd.	: ve devamı
VVDStRL	: Veröffentlichungen der Vereinigung Für Deutschen Staatslehrer (Dergi)
ZSR	: Zeitschrift für Schweizerisches Recht

I. Anayasa Yargısının Mevruluğu

- Anayasa Mahkemesi gibi geniş yetkilerle donatılmış bir mahkemeyi erkler ayrılığına dayalı alışılmış bir demokratik sisteme yerleştirmenin kolay olmayışı, devlet iradesinin belirmesinde ağrılık merkezini, halkın doğrudan seştiği parlamentonun ve onun çıkardığı yasaların oluşturması bu yasaları uygulayan, yürütme erkeni kullanan hükümeti parlamentonun belirlemesi, denetlemesi, bağımsız mahkemelerin de yasalara sıkı sıkıya bağlılık içinde devlet işlemlerinin hukuka uygunluklarını gözetmekle yükümlü oluşundan kaynaklanmaktadır.

Parlamentonun çıkardığı yasaların Anayasaya uygunluğu konusunda karar verebilen bir Anayasa Yargısı bu güç dengesini değiştirmekte ve halkın çoğunluğunun egemenliğini sınırlamaktadır. Bu olgunun, devlet gücünün dengelenmesi ve sınırlanması anlamında demokrasi ilkesinin hukuk devleti önlemleri ile mükemmelleştirilmesi gerekçesi ile haklı çıkarılabilmesi mümkündür. (1)

Bununla birlikte parlamentonun üstünlüğünün kırılması ve öneminin bir mahkemeye kaydırılmasının gerekçelendirilmesi için sadece hukuk devleti düşünceyi yeterli görülmemiş. Anayasa yargısının gerçek legítimasyonunu, tüm devlet güçlerini temel uzlaşma olarak bağlayan Anayasanın üstünlüğünden aldığı anlayışı ağrılık kazanmıştır.

Anayasanın üstünlüğü ilkesi, devletin organlarını ve vatandaşlarını Anayasanın ruhunda duyarlı kılmakta ve Anayasanın yorumlanması ve uygulanması yoluyla pluralist menfaat dağılımı sürecinde uzlaşmayı koruyan ve uzlaşmayı geliştiren barışçı bir fonksiyon üstlenmektedir.

Anayasanın üstünlüğü ilkesi ve Anayasada garanti altına alınan haklar tarihsel gelişimde uzun ve zor mücadeleler sonucu devlet gücünün taşıyıcılarından koparıp alınabilmişlerdir. Böylece çok eskilerden gelen güç ve hukuk arasındaki gerilim ilişkisi hukuk lehine olarak sonuçlanmıştır. Bu sonuç, hukuk ve özellikle Anayasa Hukuku sadece mevcut düzeni durağan kılmak için salt bir üst yapı olarak değil, özgürlük ve

(1) Simon H., Verfassungsgerichtsbarkeit.; Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Berlin-Newyork 1983, s.1275; Krş. ÖZDEN Y.G., Ulusal Egemenlik ve Yargı Yetkisi, Yasa Hukuk Dergisi, Cilt, VII, Yıl 1984, S. 1., S.796 vd.

adalete daha da yakınlaşabilmek için bir düstur ve aynı zamanda bireye yapılacak saldırılara karşı bir garanti olarak yani kendi çifte fonksiyonu ile anlaşıldığı sürece genel olarak kabul görebilir.

Bunun için koşul gerçekten geniş bir temel uzlaşmaya dayanan ve aynı zamanda geleceğe yönelik bir politika için serbest bir hareket alanı bırakabilen bir Anayasanın varlığıdır.

Erklerini ayıran bir sistemde Anayasanın geçerli kılınmasına ilişkin kapsamlı yetkilerin, erkler içinde en zayıfına yani; kendisine ait zor kullanma araçları bulunmayan, finans kaynakları üzerinde serbestçe tasarruf olanağına sahip olmayan, günlük politika ve seçim kazanma baskılarından uzakta, uzun bir zaman süreci içinde düşünebilen, sadece kanıtlar ve bilgelik ile otorite kazanabilen ve varlığı ile anayasal uzlaşmanın uzun süreli olarak sağlanmasını geliştirilmesini sağlayan yargı gücüne emanet etmek daha mantıklı görünmekle birlikte eski konservatif okulunun devlet hukuku bilgileri Anayasa Yargısı düşüncesini eleştirmişler, "yargı yolu devleti"ne ya da "Adliye Devleti"ne doğru bir gelişme ve "adaletin siyasallaşması", "politikanın hukukileşmesine"ne karşı uyandı bulunmuşlardır.

Buna karşın Anayasa Yargısı düşüncesi zamanla öyle güçlü bir şekilde kendisini kabul ettirmiştir ki artık onun meşruluğu değil, kurulmuş ve kabul edilmiş bir Anayasa Yargısı'nın sınırlarının nerede aranması gerekeceği sorusu ilgi odağını oluşturmuştur.

Ancak sınırların aranması olgusu "Anayasanın bekçi"sini kesinlikle kendi meşru fonksiyonlarını sınırlamaya neden olmamalı ve Anayasa'ya yaşam veren kararlarını vermekten alıkoymamalıdır. Gerek F.Alman, gerek Türk Anayasa Mahkemeleri bugüne kadar yönlendirici, ışık tutucu kararları ile oldukça önemli hizmetler görmüşlerdir (2). Şüphesiz Anayasa, kamu yararı gereği devlet organlarının iyi çalışmasını amaçlamakta ve devletin yönetilemez bir duruma getirilmesini istememektedir.

Anayasa ve Anayasa yargısı devlet gücünün kullanılmasını dengelemek ve sınırlamak ve insan haklarını dünyadaki tüm insan top-

(2) BVerfGE 44,197; 49,24 (55); 51,324 (343) vd.; 48,127 (159 vd.) Simon H., Verfassungsgerichtsbarkeit, (DN.1) S.1277; AMKD s.25.& 133; E.1989/1;K.1989/12; K.T.7/3/1989; AMKD. S.23. S.297; E.1987/1; K.1987/18; K.T.11/9/1987; AMKD. S.27, S.48; E.1990/30; K. 1990/31; KT.29/11/1990.

luluklarının, barışın ve adaletin temeli olarak garanti etmek görevini üstlenmişlerdir.

Bu garantinin vazgeçilmezliği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güçlendirilmiştir.

- Siyaset dünyasından bazı kişiler tarafından önceleri Anayasa sorunlarına ilişkin bir yargılama, yargının fonksiyon alanı dışında görülmüş, örneğin: Th. Jefferson, J.Madison, B.Constant, R.M.La Folette ve O. Von Bismarck, devlet ve politika anlayışlarından ötürü Anayasa yargısının karşıtları olmuşlardır. (3)

Hatta Jefferson Anayasa konusunda bağlayıcı karar vermeye yetkili bir mahkemeyi "oligarşinin despotizmi" olarak değerlendirmiştir. (4)

Bismarck 1863 de Prusya yasama meclisinde bir mahkemenin bu yönde yetkilendirilmesi durumunda Anayasanın zedeleneyeceğine ve böylece yargıca aynı zamanda yasa koyucunun yetkisinin verilmiş olacağına dikkat çekmiştir.(5)

Sieye'nin bir "Anayasa jürisi" istemine karşın (6) Napolyon Anayasalarının, Anayasanın korunmasını bir mahkemeye değil ikinci bir meclise (Senato)ya vermeleri aynı paraleldedir.(7)

Bu tür duraksamalar devlet hukuku bilimine de yabancı değildi. Amerika Birleşik Devletlerinde Supreme Court daha çok önceleri yargısal denetim yetkisini kullanması nedeniyle "yasamanın üçüncü meclisi" (8) ya da "gerçek ve tek ikinci meclis" (9) olarak tanımlanmıştır.

-Weimar Cumhuriyetinin başlarında Alman Federal devlet mahkemesini, Anayasaya uygunluk denetiminde ve Federal Devlet organları arasındaki anayasal uyumsuzluklarda (10). yetkili ve genel bir Anayasa şikayetleri mercii yetkisine sahip Avusturya Anayasa Mahkemesi

(3) Krş. Marcic R., Verfassung und Verfassungsgericht, Wien, 1963, S.198 vd.

(4) Krş. Loewenstein K., Verfassungslehre. 2. B, Tübingen 1969, S.249.

(5) Kohl H., Die politischen Reden des Fürsten Bismarck. 1982, Bd. 2, S.172.

(6) Krş. Ermacora F., Allgemeine Staatslehre Berlin 1970, S.773.

(7) Krş. 1799 t. II Anayasa Md. 21; 1852 t. II Anayasa, Md. 29.

(8) Krş. Loewenstein K., Verfassungslehre (DN 4) S.249.

(9) Krş. Haller W., Supreme Court und Politik in den USA. 1972, S.323 vd. (331)

(10) 33.DJT (1924) : Graf zu Dohna ve Triepel H., 33DJT. 1925, S.31 vd. ve 45,59 vd; 34. DJT (1926); Anschütz G. ve Mende H., 34.DJT (1927) S.193 vd 213 vd.

(10.11.1920 tarihli Avusturya Anayasası Md. 137 vd.) örneğine göre "Anayasanın bekçisi" (11) yapma istekleri arttığında C.Schmitt şu görüşleri savunmuştur: "Anayasa Yargısında yargısal bir giysi içinde politik bir karar söz konusudur. Anayasa kurallarındaki yadsımalara ilişkin kararlar artık yargısal kararlar değildir. Buna karşın bir mahkemeye devredilmeleri "politikanın hukukileşmesi" ve "yargının politize" olmasına neden olur. Bu süreçte her iki sùje de bir şey kazanmaz, ama herşeyi kaybedebilir. Anayasa Yargısı kendi içinde bir çelişkidir." (12)

H.Triepel'de benzer görüşler savunmuştur: "Anayasa bir dereceye kadar Anayasa yargısı ile çelişki içindedir." (13)

-Anayasa yargısının bu yöndeki yorumu savaş sonrasında hemen çok az destek bulmasına karşın C.Schmitt'in bazı görüşleri yeni şekillerde açığa vurulmuştur:

Mesela E.Forsthoff Alman Anayasa Mahkemesini "normal anlamda" bir mahkeme olarak nitelendirmemiştir. (14)

- Ancak bugün artık Anayasa yargısını bir yargı olarak değerlendiren görüş egemendir. (15) Bu görevi yerine getiren kurumlar bağımsız yargıçlar tarafından işgal edilen mahkemelerdir. (F.A. Madde 92; T.C. Anayasası Md.146.)

(11) RGtGH; RGZ 118, Ek, S.4.

(12) Schmitt C., Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, S.98, 100; Schmitt C., Verfassungslehre 4.B.Berlin 1965, s. 119.

(13) Schmitt C., Verfassungsrechtliche Aufsätze, (DN 12) S.98.

(14) Forsthoff E., Die Umbildung des Verfassungsgesetzes Festschrift für Schmitt, C.,Berlin 1959, S.35 vd. 58; 1982 Anayasanın hazırlık çalışmaları sırasında, Anayasa Mahkemesi danışma meclisi üyelerince: "siyasî nitelikte karar verebilen bir uzuv"

(T.Güven); "Yasama organının kararları üzerinde bir nevi yasama fonksiyonu ifa eden bir organ" (F.Devrimsel); "siyasî bir mahkeme" (M.Hazer) şeklinde tanımlanmıştır. (Çağlar B., Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratik ve Anayasa Yargısının Sınırları Problemi, Anayasa Yargısı, 1982, S.3., S.183. (DN 171)

(15) Geiger W., Gezetz über das Verfassungsgericht, Kommentar, Berlin, Frankfurt 1951 & 1., KN.6; JahrelB H., Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsgericht; Recht Statt-Wirtschaft, Bd. 4, Düsseldorf (1953), S.208,219 vd.; Wintrich J., Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, Festschrift für Nawiasky, München 1956, S.192, 203; Hesse K., Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 12.B., 1980, S.14 III 3 c; Maunz Th.: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, GG, München 1991, Art. 94 KN. 2 Stern K., Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder, 1978 S.XXVI.

Anayasa yargısının yetkileri ve yargılama usulü Anayasa ve yasada düzenlenmiştir. Yargıçları salt hukuka göre, bağlayıcı olarak karar verirler. (F.A.Mah.Y.Madde 31; T.C. Anayasası Md.153 F.I F.6. Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usullerine İlişkin Kanun Md.54)

Buna karşın Anayasa yargısının bir Anayasa organı olarak nitelendirilmesinden ve mahkeme yargıçlarının görevlendirilmesindeki yöntemden kaynaklanan kendine özgü özellikleri vardır. Anayasa yargısı temel siyasal organların faaliyeti ile çok yakın bağlantılar içindedir ve devletin siyasal yönetiminde bir parça paya sahiptir. Politika ile olan bu bağlantılığı her defasında yeniden onun yargısal niteliği ve ilke olarak Anayasa yargısının varlığı konusunda endişe ve duraksamalara neden olmuştur. Oysa Anayasa Yargısı düşüncesi, doğası ve fonksiyonu başka bir anlam taşımaktadır. Bununla beraber gerek Türk, gerekse Alman Anayasalarının Anayasa yargısına yargı bölümünde yer vermiş olmalarını ve Alman Anayasasında Anayasa Mahkemelerinin F.Anayasa Madde 92 de açıkça yargı erkinin kapsamında sayılmasını, T.Cumhuriyeti Anayasasında da Anayasa Mahkemesi'nin yüksek mahkemeler başlığı altında düzenlenmiş olmasını, Anayasa yargısının yargısal niteliği lehinde pozitif hukuksal bir dayanak olarak değerlendirmek çok yüzeysel bir belirleme olacaktır. Bu tür bir yorum İtalyan Anayasası Madde 134 vd; Avusturya Anayasası Md.137 vd.de olduğu gibi bir kısım Anayasalarda Anayasa Mahkemesi'nin bağımsız bir bölümde yer almış olmasından Anayasa Yargısının yargı olmayıp, spesifik Anayasa hukuksal nitelikte bir fonksiyon olduğu ve geleneksel üçüncü güce de dahil olmadığı (16) sonucunu çıkaran yorum kadar inandırıcı değildir. Gerekçenin daha derinlerde aranması gerekmektedir.

-Anayasa Yargısı, bir yargılama sürecinde hukuka uygun olanın ne olduğu konusunda, Anayasa hukuku ölçüğüne göre bağlayıcı olarak karar vermek anlamına gelmektedir. (17)

(16) Stern K., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, München 1980, S. 943.

(17) Krş. JahrreiB H., Recht-Staat-Wirtschaft, (DN.15), S.223; Wintrich J., Festschrift für Nawlasky (DN.15), S.201 vd.; Maunz Th./Schmidt-Bleibtreu/Klein F./Ulsamer G., Bundesverfassungsgerichtsgesetz., Kommentar, 1989, München, Vorbem. KN.3.

Hukuka uygun olan için kriteri daima bir hukuk kuralı oluşturur. Her yargılamada olduğu gibi Anayasa yargısında da hukuk kuralı temel koşuldur (18)

Anayasa basit bir normlar bütününden fazla bir anlam taşımakla birlikte herşeyden önce ve her zaman hukukun anlatımıdır ve devletin hukuksal temel düzenidir. Ama Anayasa bir hukuksal normlar sistemi ise bunun mantığında her halde Anayasa normlarına riyeti denetleyecek bir yargısal organ kurulması yatar.

Anayasanın doğası, H.Triepelin ileri sürdüğü gibi Anayasa yargısı ile çelişkili değildir. (19) Tersine Anayasa yargısı anayasal devlet düşüncesinin mükemmelleşmesini sağlar. Bu olgu savaştan sonra bu kadar çok devletin Anayasa yargısını benimsemesinin nedenini açıklamaktadır. (20)

-Bununla beraber bu temel nitelendirme ile Anayasa yargısının karakteristik özelliği belirli kılınmış değildir. Bu karakteristik özellik öncelikle Anayasa yargısının uyguladığı hukuk metaryalinde yani Anayasada bulunmaktadır. Anayasa yargısının özel durumu Anayasa hukukunun kendine özgü niteliğinden kaynaklanmaktadır: (21)

-Anayasa hukuku siyasal konularla ilgilidir. Siyasal konuların hukukudur.

Anayasa hukuku, Anayasa organlarının yetkilerini, hareket biçimlerini, kurumlarını, işlem ve karar mekanizmalarını düzenler. Devletin kuruluş ilkelerini ve özellikle temel haklarda ifadesini bulan, siyasal iktidara sınırlar koyan değer yargılarını normlandırır. Bu etki ilişkisi aynı zamanda Anayasa Yargısının konusunu oluşturur.

Onun kendisine özgü niteliği büyük oranda hukuk metaryalinin bu özelliğinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle Anayasa Yargısı çoğunlukla

(18) Stern K., Das Staatsrecht (DN.16) S.943..

(19) Triepel. Hl. Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL Heft 5 Berlin-Leipzig, (1929), S. 8.

(20) Stein K.,Das Staatsrecht. (DN.16) S.944; Mosler H., Verfassungsgerichtsbarkeit der Gegenwart, 1962. S.IXvd..

(21) Schenke W.R.,Der Umfang des Bundesverfassungsgerichtlichen überprüfung, NJW 1979, 1322f.; Säcker H., Die Rechtsmacht des Bundesverfassungsgerichts gegenüber dem Gesetzgeber, BayVBL. 1979, 197.

"siyasal yargı" olarak tanımlanmaktadır. (22) Oysa siyasal konulara ilişkin yargının sadece Anayasa hukukuna özgü olduğunu söylemekle sorun çok basite indirgenmiş olmaktadır. Çünkü siyasal işlemler hemen her hukuk alanının ve her yargı kararının konusu olabilirler.

Bununla beraber itiraf etmek gerekir ki, siyasal konular kural olarak ve en azından yoğunluk açısından, Anayasa hukukuna ve Anayasa Mahkemesi kararlarına özgüdürler. (23) Ancak bu olgu gerçeği aramaya ve bir karara varmaya ilişkin hukuksal metod terkedilmediği sürece Anayasa Hukukunu ve Anayasa Mahkemesi kararını politik kılmaz (24) başka bir deyişle yargıyı politikadan ayıran kararın konusu değil kararın kuruluşudur. (25)

Yargı salt hukuk kriterine göre bir değerlendirmedir. Buna karşılık politik kararlar başka kriterlere dayanırlar, başka amaçlar güderler, başka ölçekleri gözetirler. Salkleri başkadır.

Başka yöntemlere göre oluşurlar. Kısaca başka türlü yapılanmışlardır. F.Alman Anayasa Mahkemesi bu farklılıkları sık sık vurgulamıştır. (26)

-Anayasa hukuku, diğer hukuk alanlarına oranla daha geniş ve belirsiz normlandırmalar, genel ilkeler içerir. Türk Anayasası da, özellikle temel haklar alanında belirsiz ve geniş kavramlar içermektedir. Bu kaçınılmaz zorunluluktur. (27) Çünkü Anayasa üstlendiği fonksiyondan ötürü detayla çok az ilgilenmek zorundadır.

Anayasa hukukunun bu şekilde geniş ve belirsiz özellikte genel ilkeler ve hukukun genel prensipleri türünde kurallar içermesi ile uzun bir zaman süreci için ve çeşitli siyasal gelişimler ötesinde esneklik sağ-

(22) Krüger H., *Allgemeine Staatslehre*, Stuttgart 2 B., 1966, S.692.

(23) Stern.K., *Das Statsrecht* (DN.16) S.945; Kırş. KIRATLI M. Anayasa Mahkemeleri ve Siyasal Polemikler AÜSBFD, Eylül - Aralık 1992, C.37., S.3-4, S.126.

(24) Stern K., *Das Staatsrecht* (DN.16) S.945.

(25) Kırş. Dolzer R., *Die Stats-theoretische und staatsrechtliche Stellung des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin 1971, S.58, 68vd.; Cotta S., *Richter und Politik-Giudice politica*, (Rechtstaat in der Bewahrung Bd.5) 1978, S.32.

(26) BVerfGE 36,1 (14); BVerfGE 48,127 (160); BVerfGE 3,58 (135).

(27) Roellecke G., *Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit*, Heidelberg, 1961, S.170vd.; Sachs M., *Die Bindung des Bundesverfassungsgerichts an seine Entscheidungen*, München, 1977, S.13,97; Balta T.B. *Türk Anayasa Yargısı*, AÜHFD. S.1-4, C.XVIII,S.562.

lanabilir. ABD, Anayasası yaklaşık 200 yılı aşkın bozulmayan yürürlüğünü öncelikle bu uyum yeteneğine borçludur.

Kendine Anayasanın hukuksal anlamının belirlenmesi görevi verilmiş bir organın özel bir fonksiyon üstlendiği açıktır. Bu organa Anayasayı sadece normal bir yasa gibi yorum yetkisi verilmemiş aynı zamanda onu geliştirme, mükemmelleştirme, kalitesini yükseltme görevi de verilmiştir.

F.Alman Anayasası Md.93 (1) 1 e göre "F.Anayasa Mahkemesi bir yüksek federal makamın veya bu Anayasa veya kendi tüzüğüne göre özel haklara sahip diğer ilgili kuruluşların hak ve yükümlülüklerinin kapsamı konusundaki uyuşmazlıklar dolayısıyla bu Anayasa'nın yorumu hakkında karar verir" T.C. Anayasası Anayasa Mahkemesi'ne bu tür bir yorum yetkisi tanımamıştır. Yani Anayasa Mahkemesi'ne sırf yorum yap-sın diye başvurulamaz. Ancak her mahkeme gibi Türk Anayasa Mahkemesi de önüne gelen uyuşmazlıklarla ilgili olarak Anayasayı uygularken Anayasa kurallarının yorumunu yapacaktır. (28)

Bugün tüm hukuk alanlarında sözü edilen hukukun uygulanması ile hukuk yaratılması arasındaki sınır Anayasa Yargısında tımden belirsiz bir duruma gelmiştir. Anayasa Yargısının görevi sadece Anayasanın tercümanı olmak, veya onun diğer devlet organları tarafından şekil açısından gözetilmesini denetlemek olarak anlaşılamaz.

F.Anayasa Mahkemesi bir Anayasa normunun özellikle bir temel hakkın çeşitli fonksiyonlarını yorumlama, belirleme işlevini (29) kendi görevi olarak görmüş ve öncelikle Anayasa Hukukunun geliştirilmesi konusunda kendisini görevli saymıştır. (30)

Bu tutumu ile mahkeme kendi kendine yaratıcı bir pozisyon tanımıştır.

-Anayasanın yorumunda Anayasa Mahkemesi'nin hangi metodu uygulayacağı öncelikle önem taşımaktadır :

(28) TIKVEŞ Ö., Anayasa Mahkemesinin Teşkilat ve fonksiyonları, IHFM, İstanbul 1967, C.33, S.111; T.Anayasa Mahkemesi Anayasa ve Kanunlar üzerindeki görüş ve yorumunun belirtilmesini isteyen başvuruları reddetmiştir. (E.99/ R.48.KT.12.6.1964= R.G.18.9.1964-11810)

(29) BVerfGE 6.2.55 vd.(72)

(30) BVerfGE 6.222vd. (240)

Şüphesiz Savigny'nin klasik yorum metodları (31) Yantı tarihsel, gramatik, sistematik, mantıksal yorum Anayasa hukukuna uydukları ölçüde uygulanabilirler. Ama bunun dışında başka önemli bir sorun da ortaya çıkmaktadır; Anayasa koyucunun iradesi ön plana mı alınmalı yoksa zamanın koşullarına uygun bir yorum mu yapılmalıdır. (32) F.Anayasa Mahkemesi küçük değişikliklerle objektif görüşü benimsemiş (33) böylece metodolojik açıdan Anayasanın mükemmelleşmesine yönelik fonksiyonu üstlenmiştir. Bunun dışında F.Anayasa Mahkemesi için tüm anayasa hukuku ve özellikle temel haklar için geçerli bir değer sistemi ortaya konulması ödevi doğmuştur. Bu ödev mahkeme dışında hiç bir organa verilmiş değildir. Bu değerler üzerine kurulacak teleolojik yorum böylece merkezi bir yorum ilkesi haline gelmiştir (34)

-Türk Anayasa Mahkemesi'ne göre de "durumların ve şartların değişmesi halinde sonucunda değişik olması gerekir. Böyle bir değişimin bulunmadığı ise, ancak inceleme sonucunda anlaşılabilir. Aksini düşünmek, bir kısım hükümleri imtiyazlı duruma getirmek, bu hükümler hakkında yargı mercilerinin yetkilerini kullanmalarını önlemek, hukuki görüşleri dondurup ebedileştirmek olur. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın böyle bir ereği bulunduğu düşüncesini destekleyecek doyurucu bir kanıtın ileri sürülmesi mümkün değildir"

Bu kararla Anayasa Mahkemesi teleolojik-objektif-çağdaş yorumu benimsediğini açığa vurmuştur. (35)

Anayasa hukukunda yorum diğer hukuk dallarından daha güçlü bir şekilde, açık ve içeriksel Anayasa ilkelerinden hukuk somutlaştırılması ve hukuk türetilmesidir. (36) Bununla birlikte somutlaştırma ama-

(31) Krüger H., Verfassungsauslegung aus dem Willen des Verfassungsgebers, DVBL, 1961, S.685 vd; Stern K., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, I. München 1972, S.102vd.

(32) Krüger H., Verfassungsänderung Verfassungsauslegung DÖV, 1961, S.721 vd.

(33) Forstorf E., Zur Problematik der Verfassungsauslegung, Stuttgart 1965, S.33.

(34) Maunz Th./Schmidt-Bleibtreu/Klein F., Komm (DN.17), Vorbemerkung KN 18; BVerfGE 2,12.

(35) AMKD 4., S.184:E. 1963/132;K.1966/29:KT. 28.6.1966; ÇAĞLAR B., Anayasa Yargısında yorum problemi; Karşılaştırmalı Analizin Katkıları, Anayasa Yargısı, 1986, S.2, S.188.

(36) Stern K., Das Staatsrecht (DN.16) S.946.S.

cından saptırılarak yeni bir norm koyma fonksiyonu üstlenilmemelidir. (37)

Anayasa yargısının üstlendiği somutlaştırma yoluyla, yaratıcı, hukuk oluşturucu ve geliştirici, yani yapıcı nitelikteki bu işlev kimilerince siyasal bir işlev olarak nitelendirilebilir. Ama bu, yasa koyucunun veya hükümetin işlevinden farklı anlamda bir siyasal işlevdir. Çünkü daha önce var olan hukuk kriterine göre yönlendirilmiştir.

Daıma hukuk içerikli olarak kalır. Sadece belli konulara ilişkindir. Genel anlamda hukuk yaratmaz, (38) yargılamanın mantıksal sonucudur, hukuk üretme işlevinin sonucu değildir. Yargıç soyut hukuktan sadece kendisine sunulan olay için ve sadece bu amaçla somut hukuk yaratmaktadır. Kendisi tarafından yeni değerler ve normlar üretilmemekte tersine vazolunan çerçevesinde yorumlanmakta, yargılanmakta ve karar verilmektedir. (39)

"Kral Yargıç" ya da daha çağdaş bir anlatımla "Siyasal Yargıç" ve "Sosyal Mühendis" benzetmeleri bu olgunun kökten yanlış değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır. (40) Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin bütün kararları fonksiyonları gereği bir yasayı iptal etmek zoruunda olsalar bile yürürlükteki hukukun yorumu ile yetinmelidirler.

Anayasa Mahkemesi'nin otoritesinin riske sokulmaması bu sınırın gözetilmesine bağlıdır.

II. Anayasa Yargısının Anlamı ve Fonksiyonu

-Anayasa Yargısı, Anayasa Hukuku sorunlarında bağlayıcı karar veren bir yargı ise bu yargının konusunu Anayasa oluşturacaktır. Bu nedenle Anayasanın devlet yaşamı için önemi Anayasa Yargısının da önemini ortaya koyar. Anayasa ve Anayasa Yargısı çok yakın bir ilişki içindedirler. Bu konuda en yerinde belirlemeyi Kagi yapmıştır: "Anayasa Yargısına ilişkin görüşünü söyle, nasıl bir Anayasa anlayışına sahip olduğuna söyleyeyim". (41)

(37) Wintrich J., Festschrift für Nawiascky (DN.17) S.205vd; T.C. Anayasası Md.153 F.II.

(38) Wieacker F., Zur rechtstheoretischen Präzision des § 242 BGB, 1956, S.15.

(39) Krş. Wintrich J., (DN.17) S.206; Leibholz, Strukturprobleme der modernen Demokratie, 3.B. 1967, 1974, S.177.

(40) Stern K., Das Staatsrecht, (DN.16) S.947.

(41) Kagi W., Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich, 1945 (1971), 147 DN 65.

Bu belirlemeye şunu eklemek gerekir: Anayasa Yargısının varlığı sadece Anayasaya egemen olan anlayışı belirlemekle kalmaz, aynı zamanda tünden belli bir devlet anlayışının, devlet kurumlarının birbirleriyle ve vatandaşlarla olan ilişkisinin bir anlatımıdır. Bu nedenle Anayasa Yargısı hem pozitif devlet hukukunun bir ana konusunu hem özgürlükçü demokratik, modern anayasal devlet teorisinin temelini oluşturur.

Kapsamlı yetkilerle donatılmış bir Anayasa Yargısı ile, yani yargı erkinin bir kurumu ile yargı belli bir biçimde devlet iradesinin belirmesi sürecine katılmıştır.

Anayasa Yargısı ile Anayasa devlet ve toplum içinde devamlı ve etkili bir güncellik kazanmış, Anayasa Yargısı, norm koyma, yürütme ve idare yanında devlet yaşamının yapıcı bir faktörü haline gelmiştir. Simend'in anladığı anlamda devletin bütünleştirilmesi faktörüne dahil olmakla devlet yönetiminde pay sahibidir, onunla üçüncü erk, gerçek bir devlet erki durumuna gelmiştir.

Anayasa Mahkemelerinin Anayasa organı olarak nitelendirilmesinin bir nedeni vardır. Anayasa Yargısında karar kılma Anayasa sorunlarının çözümünde bir dönüm noktası oluşturmuş anayasal devletçiliğe yeni bir boyut, yeni bir değer kazandırmıştır.

Bu nedenle siyasal aktivite alanı Anayasa Yargısı olan devletlerle Anayasa Yargısı olmayan devletlerde tünden farklıdır. Ancak bu anlayış bugünün devlet şekilleri öğretisinde henüz belirgin kılınmamıştır.

-Anayasa Mahkemeleri görev ve yetkilerini doğrudan Anayasadan alan bağımsız organlardır. Gerek Almanya'da gerek Türkiye'de diğer yargılama organlarının üstünde yer almaktadırlar. Bir Anayasa kurumu olarak parlamento ve hükümetle aynı düzeyde bulunmaktadırlar (42). Hatta bazı düşünürlerce Anayasanın uygulanması işlevinin özellikle norm iptali söz konusu olduğunda siyasal açıdan yaratıcı bir özellik taşıdığı ileri sürülmüş ve iptal kararları "negatif yasama" olarak nitelendirilmiştir. (43)

(42) Marcic R., *Verfassung und Verfassungsgericht*, (DN.3) S.202.

(43) Jäde, *Auf dem Wege zum Richterstaat*, 1979, S.127; Stern K., *Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder*, 1978, S.XXV, DN 52; Hatta onun Yasamaüstü bir kurum olduğu görüşü de savunulmuştur. (Erem F., *Ceza Ulusu Hukuku*, Ankara 1964, S.303.)

-Anayasa yargısı Anayasa hukukuna saygıyı garantilemek istemektedir. Kuruluşundaki amaç Anayasanın korunmasına hizmet etmektir.

Tüm devlet organları karşısında bağlayıcı etkisi nedeniyle bugün onların devlet hukuku açısından en önemli faktörünü oluşturur.

Anayasa yargısı böylece Anayasanın mutlaklığı ve bağlayıcılığının garantisi için hukuksal koruma aracı durumuna gelmiştir. Anayasa Mahkemelerine bu nedenle genelde Anayasanın bekçisi olma fonksiyonu tanınmıştır.

Anayasanın bekçisi olma düşüncesi eskidir. (44) 19. Yüzyıl Devlet Anayasaları, Anayasanın garantisi ve korunması başlığını taşıyan bölümler içeriyorlardı. Bazen bu amaçla devlet mahkemeleri kurulmuş, ancak bunlar sadece az yetkilerle donatılmışlardır. (45) Almanya'da Herrenchiessee Anayasa Konvansiyonu ve Parlamenterler Meclisi'nde tüm siyasal partilerin temsilcileri (KPD hariç) Anayasanın bekçisi olarak bir Anayasa Mahkemesi kurumu kurma konusunda (46) ve aşağıdaki anlayışta birleşmişlerdi; "Hukuk, insan topluluğunun temeli olarak tanınmalı ve gerçekleşmesi için tüm garantileri ile donatılmalıdır." (47)

Bu anlayış halkın Anayasa koyan gücünün açığa vurulmasıydı. (48) Anayasa koyucu olarak halk parlemenin kendi kendini denetleme mekanizmasının işleyeceği umuduyla yetinmeyerek Anayasa Mahkemesi'ni Anayasaya saygıyı denetlemekle görevlendirmişti.

Böylece F.Almanya'da nasyonal sosyalist rejim tarafından siyasal iktidarın kötüye kullanılmasına bir tepki olarak ortaya çıkan Anayasa Yargısı düşüncesinin benimsenmesi, Türkiye'de de 1924 Anayasanının yürürlükte bulunduğu devrede, yargı organları yoluyla yapılacak bir Ana-

(44) Krş. Schmitt C., Der Hüter der Verfassung, 2.B.Tübingen 1969, S.1.vd.

(45) Scheuner H., Festgabe BVerfG I, 1976 S.31 vd.; Stern K., Verfassungsgerichtsbarkeit, S.XVIII.

(46) Herrenchiessee raporu. S.45 vd.; Parlamenterler Meclisi 2.,3. oturumu 8-9/9.1948.

(47) Süsterhenn A.(CDU) 8.9.1948, tarihli 2.oturumunda Parl. Rat, Sten. Ber. S.25.)

(48) BVrefGE 49,89(125); Tribe L., American constitutional Law, 1976, S.47vd; Krş. Bachof O.Die richterliche Kontrollfunktion im westdeutschen Verfassungsgefüge, Festschrift für Huber H., 1961,S.44.

yasaya uygunluk denetimini için Anayasada bir kural bulunmaması nedeniyle bu boşluğun siyasal amaçlarla kötüye kullanılarak Anayasaya aykırı bir çok yasanın çıkarılıp mahkemelerce uygulanmasına tepki olarak gerçekleşmiştir. 2949 sayılı 10.11.1983 tarihli Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun'dan önce yürürlükte olan 44 sayılı Anayasa Mahkemesi Kanunu tasarısı gerekçesinde bir Anayasa Yargısının kurulması gereği aşağıdaki şekilde savunulmuştur: (49)

"Bilindiği üzere 1924 Anayasası rejiminde kanunların Anayasaya uygunluğu yargı denetimine tabi değildi. Gerçi amme hukuku doktrinimizin önemli bir kısmı Anayasanın üstünlüğü ve hiç bir kanunun Anayasaya aykırı olmayacağını, anayasa hükümlerinin her hangi sebeple ve bahane ile ihmal veya tadil olunamayacağını belirten Anayasa maddesi (103) karşısında bir dava mahkemesinin önüne gelen hadiseye uygulanması bahis konusu bir kanunu, anayasaya aykırı görürse incelemesi, uygulamaktan kaçınması gerektiğini savunmuşlardı. Fakat aynı derecede önemli diğer bir kısım ammeçilerimiz bu hal tarzını tasvip etmemekte, milli hakimiyeti temsil eden meclisin çıkardığı bir kanunun Anayasaya uygunluğunu mahkemenin bu husus ta kendilerini yetkilendiren ayrıca bir hüküm bulunmadıkça, inceleyemeyeceklerini, dolayısıyla kanunu uygulamak zorunda olduklarını öne sürmüşlerdi. Gerek Temyiz Mahkememiz (Temyiz Kararları Hukuk Bölümü 1953 sayfa 45 ve müteakip) gerekse Danıştayımız (Danıştay Kararlar Dergisi 46-49 sayfa 55 ve müteakip) dava mahkemesine kanunların Anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisini tanımayan bu son görüşü benimsemişlerdi. Bununla beraber Danıştayımız başta olmak üzere Mahkemelerimiz kanunları Anayasa ile bağdaştıran daraltıcı bir manalandırma lüzumu kanaatinde idiler. Nitekim Danıştayımız zaman zaman

{49} Parl.Rat.Sten. Ber.S.25.; MM Tutanak Dergisi.,Cilt 4. Sıra sayısı 54. Dönem:1, Toplantı 1., 19.1.1962. S.lvd.

(Danıştay Kararları Dergisi 50-53, sayfa 112 ve müteakip 8.4.1960 tarihli ve 960/45-80 sayılı Dava Daireleri Genel Kurulu Kararı) bu usulü uygulamak suretiyle mevcut eksikliği bir dereceye kadar hafifletmeye çalışmıştır.

Başka memleketlerde olduğu gibi bizde de öteden beri Anayasaya aykırı kanunlara ratlanmakta olması, hususiyile son yıllarda bu türü kanunların sayı ve etkilerinin artması sayesinde kanunların Anayasaya uygunluğunu denetleyecek bir yargı yoluna duyulan ihtiyaç şiddetlenmiş bunun tesiriyle bir Anayasa Mahkemesi kurulması isteği ortaya çıkarak umumi efkara mal olmuştur. Yeni anayasamız umumi bir isteğe uyarak bir Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasını (M.145-152) ve bu husustaki kanunun da Büyük Millet Meclisi'nin toplanmasından başlayarak altı ay içinde çıkarılmasını (geçici M.7) emretmektedir. Bundan başka yeni Anayasamıza göre (geçici madde 9) kanunların Anayasaya aykırılığının dava mahkemelerinde öne sürülebilmesi de Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasına bağlı bulunmaktadır."

Türkiye'de, Anayasa Mahkemesi Kanunu Tasarısı hazırlanırken aynı sistemi uygulamakta olan Alman ve İtalyan Anayasa Mahkemelerine ait kanunlar bilhassa göz önünde bulundurulmuştur.

F. Alman Anayasa koyucusunun Anayasa yargısında karar kılmada ise H.Kelsen'in öğretisi, 1920 tarihli Avusturya Anayasa Yargısının kuruluşu ve norm denetimi konusunda tecrübelerle ABD Supreme Court'unun norm denetimi vasıtası (50) ile Anayasayı koruma fonksiyonu temel oluşturmuştur. Böylece Anayasa yargısı her iki devlette hukuk devletinin yücelmesini, anayasal devlet düşüncesinin mükemmelleşmesini sağlamıştır.

(50) Adomovich L., Grundriß des österreichischen Verfassungsrechts, 4.B.1947, S.71 vd.

1. Anayasa Yargısının fonksiyonel ve mantıksal sınırları

Anayasa yargısının karşıtları daima yargıç kararlarının politik niteliğini ileri sürmüşlerdir. (51) Bu olgu çoğunlukla "yargıç vetosu" "yargısal sansür" "yargıçlar hükümeti" "yedek yasa koyucu" veya "üçüncü meclis" deyimleri ile abartılmıştır. (52)

Oysa bu eleştiriyi yanlış bir temele dayanmaktadır; Anayasa hukuku siyasal konuların hukukudur. Tıpkı Anayasa yargısının siyasal konulara ilişkin bir yargılama oluşu gibi.

Anayasa uyumsuzlukları daima siyasal uyumsuzluklardır. H.Triepele'e göre bu olguda tüm kurumun problematiği yatmaktadır. (53)

Bununla birlikte siyasal konuların yargılması politik yargı yani politik kararın türüne ve çeşidine göre bir yargı ile bir tutulmamalıdır. Anayasa yargısında siyasal konular daima hukuk kuralları kriterine göre değerlendirilir. Anayasa yargısı sadece ve daima hukuk normlarının olmadığı veya bir normun yorumlanması sonucu siyasal organlara hareket serbestisi tanındığı yerde son bulur (54). İşte bu Anayasa Yargısının fonksiyonel ve aynı zamanda mantıksal sınırlandırmasıdır. (55)

Anayasa Yargısının temel sorunu onun demokratik yasa koyucu karşısında kontrolsüz bir yargı olarak yorumlandığında bir çözüme ulaşmış olamayacaktır. Çünkü anayasal devletin mantığında ne bu ne öteki gücü mutlaklaştırmak değil sadece Anayasanın üstünlüğünü sağlamak yatar. Bu bakış açısı altında ilke olarak Anayasa Mahkemesi'nin norm denetimi yetkisi doğrudur. (56) Ancak denetim kriteri olarak alınan Anayasa Hukuku kurallarından çıkarılan sınırlar kesin olmayabilir. Onların hukuksal içerikleri Anayasa Mahkemesi'nin fonksiyonel sınırlarını belirleyecektir.

(51) Krş. Dichgans H., Festschrift Geiger W., 1974, S.951; Massing O.; Der CDU-Staat I, 4.B.1976, S.211 vd., S.217,224 vd., 237; Lamprecht-malonowski, Richter machen Politik, 1979, S.9 vd.; Wasserman R.; Bewahrung des Rechtsstaats (Diskussion), 1977, S.13 vd. 25; Freund j.; Auf dem Weg zum Richterstaat, 1979, S.53 vd.; Dopatka F.W., Verfassungsgericht und Politik, 1979, S.48.

(52) Krş. Häberle P., Kommentierte Verfassungsrechts-prechung, 1979, S.429.

(53) (DN.19) S.28

(54) Leibholz G., Strukturprobleme der modernen Demokratie, (DN.39), S.176 vd.

(55) Stern K., Das Staatsrecht, (Dn.16) S.957.

(56) Schmitt C., Verfassungsrechtliche Aufsätze, (DN.12), S.106.

Bu konuda genel direktifler konulabilmesi hemen hemen olanaksızdır. Hukukun genel ilkeleri türünde devletin bünye ve amacını belirleyici kurallar, plakavari formüle edilmiş temel haklardan, bunlar da F.Alman Anayasası'ndaki Federal Devlet ile Federe Devletler ve Anayasa Organlarının kendi aralarındaki ilişkilerde uygulanan yetki kurallarından daha geniş ve belirsiz ifade edilmiş olabilirler. Yorumlarına göre (somutlaştırma) siyasal organlara hareket serbestliği tanıdığı yerde son bulur. (54) İşte bu Anayasa Yargısının fonksiyonel ve mantıksal sınırlandırmasıdır. (55)

Anayasa Yargısı demokratik yasa koyucunun ön plana çıkarılması yönünde yorumlamaya çalışılmamalıdır. Çünkü anayasal devletin mantığı ne bu ne de öteki gücü mutlaklaştırmak değil, sadece Anayasanın üstünlüğünü sağlamaktır.

Bu bakış açısı altında Anayasa Mahkemesinin norm denetimi yetkisi ilke olarak doğrudur. (56)

Ancak denetim kriteri olarak alınan Anayasa kurallarının hukuksal içerikleri Anayasa Mahkemesi'nin fonksiyonel sınırlarını belirleyecektir.

-Bununla birlikte bu konuda genel direktifler konulabilmesi hemen hemen olanaksızdır. Problemi belirgin kılmak için "eşitlik ilkesi" (57) veya "sosyal devlet postulası" nı anmak ve bunların yorumuna ilişkin çelişkili görüşlere yollama yapmak yeterlidir.

2. Fonksiyonel Sınırların Korunması Yöntemleri

Fonksiyonel sınırları korumak için Anayasa Yargısı yargıcının kendi kendini sınırlaması (58) (judicial-self restraint) türünde ek kuramlar geliştirilmiştir. (59)

F. Anayasa Mahkemesi'nin benimseyerek kendi kendini yükümlendirdiği "judicial-self restraint" ilkesi bulunla birlikte F. Anayasa

(54) Leibholz G., Strukturprobleme der modernen Demokratie, (DN.39), S.176 vd.

(55) Stern K., Das Staatsrecht, (Dn.16) S.957.

(56) Schmitt C., Verfassungsrechtliche Aufsätze, (DN.12), S.106.

(57) Krş. BVerfGE 50,57 (77); 142 (162); 166 (186), 386 (391 vd.); 25,236 (252vd.); BVerfG, DÖV 1980, 215.

(58) Krş. BVerfGE 35,257 (251vd.)

(59) Zeidler W.C; Verfassungsgerichtsbarkeit, Gesetzgebung und politische Führung, 1980, S.48 vd.

Mahkemesi'ne göre anayasal düzenin korunmasına ilişkin yetkinin azaltılması ve zayıflatılması anlamına gelmemekte, siyaset icra etmekten, yani Anayasa tarafından yaratılmış ve onun tarafından sınırlanmış alanda serbest politika yapmaya girişmekten feragat anlamına gelmektedir. Judicial-self-Restraint ilkesi Anayasa tarafından diğer Anayasa organlarına serbest politika yapmaları için verilmiş alanın açık bırakılmasını amaçlamaktadır (60). Türk Anayasa Mahkemesi de judicial self-Restraint'e örnek oluşturacak kararlar vermiştir. "Onda birlik baraj uygulamalı nisbi temsil sistemi"ni getiren 2972 sayılı "Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun"unun bazı kullarının Anayasaya aykırılığı iddiası ile açılan iptal davasında mahkeme böyle bir uygulama sergilemiştir. Türk Anayasa Mahkemesi'ne göre: "Kanun koyucu ülkenin siyasi ve sosyal koşullarına, gerçeklerine, yararlarına uygun göreceği bir seçim sistemi tayin etmek hakkını halzdir"... "Kanun koyucunun takdirine bağlı bir konudaki tercihin isabet derecesinin tartışılmasının Anayasaya uygunluk denetimi bakımından bir önem taşımadığı açıktır"... Daha çok teknik yönden yapılacağı kuşkusuz olan Anayasa uygunluğun denetiminde... "yasa koyucunun siyasi tercihlerine müdahale edilmemelidir". (61)

Yargıcın kendisini sınırlaması ilkesi devlet gücünün saldırılarını savuşturma söz konusu olduğunda değil halk tarafından doğrudan meşru kılınmış yasa koyucuya Anayasa hukuksal denetim yoluyla sosyal düzenin düzenlenmesi konusunda talimatlar verilmesini engellemek amacıyla kullanılmalıdır. Yasa koyucunun iradesi, bir Anayasa Mahkemesi kararı ile olabildiğince az zedelenmelidir. (62) Ama yine de F. Anayasa Mahkemesi'ne göre: "yürütmenin Anayasa Mahkemesi'nde görülmekte olan bir davayı farketmeden maharetle görmezlikten gelmesi Anayasanın, Anayasa Yargısına tanıdığı kapsamlı yetkilerle bağdaşmaz". (63)

Yargıcın kendini sınırlama yöntemleri arasında birinci sırada "Anayasaya uygun yorumlama" dan söz etmek gerekr. (64)

(60) BVerfGE 36,1 (14 vd)

(61) AMKD S.20 S.161 [E.1984/1;K.1984/2.K.T.1/3/1984; ÇAĞLAR B., Anayasa Yargısında Yorum Problemi, (DN.35) S.190; Benzer yönde AMKD S.23,s.380-81 [E.1987/23;K. 1987/27, Kt. 9.10.1987]; AMKD, S.23.S.225-226 (E.1986/17; K.1987/11, K.T. 22.5.1987)

(62) BVerfGE 4, 331 (351).

(63) BVerfGE 36,1 (14 vd).

(64) Bogs H., Die Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, 1966.

Bu ilkeye göre bir yasa, Anayasayla bağdaşır bir şekilde yorumlanabiliyorsa iptal edilmemelidir (65).

Amerikan yargısının eski bir geleneğini oluşturan bu ilke F. Alman Anayasa Mahkemeleri tarafından çok kere bir iptal kararına varmamak için neredeyse akrobatik bir biçimde uygulanmıştır.

F. Alman Anayasa Mahkemesi birçok kereler sözü bakımından Anayasaya aykırı bir kuralı Anayasaya uygun yorumla muhafaza etmiştir.

Ancak F. Anayasa Mahkemesi'ne göre "bu yöntemle normun içeriği temelden yeni belirleniyorsa bu yönetime baş vurmamak mümkün değildir.

Böyle bir durumda Anayasaya aykırı kural yerine Anayasaya uygun bir kural koyma konusunda karar verme yasa koyucuya bırakılmalıdır. Onun hukuk politikasına ilişkin kararına Anayasa Mahkemesi karışmamalıdır ve karışamaz" (66) "Yasanın sözü ile yasa koyucunun açıkça anlaşılan iradesi arasında çelişkiye düşüldüğünde bu yorum geçerli değildir." (67)

Ancak F. Anayasa Mahkemesi bu yorum metodunu Thoma'nın görüşüne uygun olarak öncelikle bir temel hakkın etki gücünün en güçlü bir şekilde geliştirilmesi amacı ile uygulamıştır. (68) Türk Anayasa Mahkemesi de Anayasaya uygunluk denetiminde Anayasaya uygun yorum tekniğini kullanmaktadır. Anayasa Mahkemesi İcra İflas Kanunu Md. 178/1 kuralının Anayasa ile bağdaşır bir şekilde yorumunu yaparak Anayasaya aykırı olmadığı yolunda karar vermiştir. (69)

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında "..geçici 15. maddenin kapsamında olan ve böylece anayasal koruma altında bulunan yasa hükümlerinin Anayasaya aykırı oldukları ileri sürülemez gibi, bunların Anayasa Mahkemesi'nce ihmal edilmesinden söz edilemez. Bu durumdaki hükümlerin ancak Anayasanın temel ilkelerine ve bu ilkelere egemen olan hukukun ana kurallarına olabildiğince uygun düşecek biçimde yorumlanmaları, düşünülebilir." (70) şeklinde karar vermiştir.

(65) BVerfGE 2,226 (282)

(66) BVerfGE 8,78 vd.

(67) BVerfGE 18,97. III.

(68) BVerfGE C,55 vd (72)

(69) AMKD S.20 S.298, E.1984/18;K.1984/10;K.T.20.9.1984; ÇAĞLAR B., Anayasa Yargısında Yorum Problemi, (DN.35) S.193.

(70) AMKD S.20. S.504; E.1984/1; K.1984/1; K.T. 28.9.1984.

Bunun ötesinde F. Anayasa Mahkemesi artık Anayasaya aykırı yasalara (ipso-iure) doğrudan iptaline her durumda karar vermemekte, kararında salt aykırılık açıklaması ile yetinmektedir. Hatta mahkeme iptali mahkemenin kararından itibaren geçerli sayan Avusturya ve Türk Anayasa Yargısındaki çözüme yaklaşır biçimde kısmen süreli bir yürürlüğü sürdürme kararı vermektedir. (71) Bu olgu yasa koyucunun eşitlik ilkesine riayeti ihmal ettiği ve belli bir grubu hukuka aykırı bir biçimde mağdur kıldığı durumlarda duraksamasız öngörülmüştür. (72)

Bunun dışında F. Alman Anayasa Mahkemesi Yargıçlarına Amerikan "Political-question-Doktrin"ini uygulamaları önerilmiştir. Bu doktrin karakteristik bir şekilde siyasal özellik gösteren konularda bir karar vermeyi ret etmekte ve yargılanmazlık etkisini kabul etmektedir. Oysa political-question-Doctrini'nin ne Türk ne Alman Anayasa Hukuku ile bağdaştırılması mümkün değildir. (73)

Anayasa yargıcı daima önüne gelen konuya ilişkin bir hukuk kuralı olup olmadığını araştırmak ve varsa bu hukuk kuralını uygulamak zorundadır. Yargıcın sorunun politik olması, politik mercilerce daha iyi bir karar verileceği gerekçeleri ile veya sorumluluk taşımak istememesi nedeniyle çekimser davranması yargılamadan kaçınma anlamına gelir.

Anayasa hukuksal denetim normunun belirsiz ve kapsamlı niteliğinin yargısal denetim faaliyetini güçleştirdiği açıktır. Ama bu olgu yargıcı karar verme yükümlülüğünden kurtarmaz. (74)

-Geleneksel güç denge sistemi modern partiler devletinde fonksiyon yeteneğini kaybetmiştir. (75)

Güçlerin ayrılmasının ve kontrolünün sağlanması ve bu denge sisteminin eski etki gücünü kazanabilmesi için yeni faktörlere ihtiyaç vardır. Bir denetim organı olarak merkezi önemi ispatlanmış olan Anayasa yar-

(71) Adamovich-Spanner. Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts, 5.B. 1957, S.395 vd; Walter H., Die Prüfung von Gesetzen, 1979, S.261.; Walter R., österreichisches Bundesverfassungsrecht System, 1972, S.750.

(72) Leibholz-Rupperecht, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1971, & 78 Kn.4 ve &95 KN.6.

(73) Stern K., Das Staatsrecht (DN.16) S.942

(74) Friesenhahn E., Bundesverfassungsgericht, Gesetzgebung und politische Führung, 1980, S.57 vd.

(75) Stern K., Das Staatsrecht (DN.16) S.964.

gısı burada devreye girer. Anayasa Yargısı, Anayasanın üstünlüğünü diğer devlet fonksiyonları karşısında geçerli kılmak zorundadır. Onun görevi aktif politik güç taşıyıcısının denetiminin ve dengelenmesinin sağlanmasıdır. Onun varlığından ve fonksiyonundan bir parça güç törpülenmesi ve denge kaynaklanmaktadır. Çünkü hem yasama hem yürütme, işlemlerinin Anayasaya uygunluğunun kontrol edileceğini hesaba katmak zorundadırlar. F. Almanya Anayasa uygulanmasında, Anayasa yargısı tarafından uygulanan (yatay) güç denetimi, kendisini F. Devletin uyguladığı (dikey) güç frenlemesinden bile daha etkili bir güç kontrol faktörü olarak göstermiştir. Çünkü Anayasa Mahkemesi kararları önleyicidir durdurucu ve çoğunlukla bastırıcı-iptal edici bir işlev görmüşlerdir. Yasalar (F. Almanya'da anlaşımlar, hükümetin ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ve mahkeme kararları) Anayasaya aykırı olduklarından iptal edilebilirler, ama bundan Anayasa Mahkemelerinin diğer Anayasa organları karşısında üstünlüğünü çıkarmak doğru değildir. (76)

Bu tür bir sınıflama tüm Anayasa organlarının eşit olduğunu gözden uzak tutmaktadır. Üstlük, altlık ilişkileri ancak bu konu Anayasada düzenlendiğinde söz konusu olabilir. Bundan şu sonuç çıkmaktadır. Bir anayasal devlette sadece "Anayasanın üstünlüğü vardır" organlar kendilerine Anayasanın verdiği yetkileri bu Anayasanın ön gördüğü görev değerlendirmesine göre kullanmakla yükümlüdürler. Buna göre her Anayasa organı kendi fonksiyon alanında karşılıklı saygı ödevine yani Anayasa organı sadakatine riayet etme koşulu ile en yüksek olabilir. (77)

Anayasa yargısında yasama ve yürütmede olduğu gibi doğrudan harekete geçme yetkisi yoktur. Anayasa yargısı birinci planda bir denetim erkidir. Sadece başvuru halinde harekete geçer. Sadece ona sunulan yasama (F. Almanya'da devlet) işlemlerinin anayasa-hukuksal yönü konusunda karar vermekle yükümlüdür. Bu nedenle C. Schmitt'in; "Modern devletin varlık nedeni normlarla gizlenmemektedir. Yasama ve yürütmede belirlemektedir. Özü yargıya aktarılsa büyük devlet akamete uğrayacak-

(76) Marcie R., *Verfassung und Verfassungsgericht*, (DN.3) S.202 vd. (205); Mas-sing O., *Der CDU Staat*, 4.B. 1976, S.242 vd; Leibholz G., *Strukturprobleme der modernen Demokratie*, (DN.38), S.172; Friesenhahn., *E.Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, Köln Berlin. Heymann 1962, S.100; Krş. Balta T.B, *Türkiyede Anayasa Yargısı*, AÜHFD, 1961, S.1-4 CXVIII, S.547-565 (556 vd).

(77) Stern K.Das Staatsrecht, (DN.16) S.965.

tır", yolundaki saptaması yerinde değildir (78) Çünkü devlet salt Anayasa yargısını ithal etmekle böyle bir aktarmayı henüz gerçekleştirmemiştir. Devlet bu erklerle, gelişmeleri için mutlaka serbest bir anlam bırakmaktadır. Bununla birlikte bu alan sınırsız değildir. Anayasa sınırları içerisinde bir serbest alandır. Anayasa ile sınırlar çizilmesi ve bu sınırların Anayasa Mahkemelerince denetimi anayasal devletin özünü oluşturur. (79)

Hukukun bu üstünlüğü ve Anayasanın tüm devlet erkleri karşısında en üst durumda oluşunu kabullenme, politik güçlerle, ara güçler için her zaman kolay olmayabilir. Ama bu konuda F. Anayasa Mahkemesi'nin cevabı kesin olmuştur: "Yürütmenin Anayasa Mahkemesi'nde görülmekte olan bir davayı farketmeden maharetle görmezlikten gelmesi Anayasanın kabul ettiği kapsamlı Anayasa Yargısı ile bağdaştırılmaz" (80)

Anayasa Yargısının herkes için bağlayıcı nitelikte, Anayasa hukuksal temel uzlaşmanın korunmasına yönelik bir parça içerdiğinin bilincine sahip olunmalıdır. Hiç bir devlet "Sine Potestate" yaşayamaz ama güç ancak hukukla meşru kılınır. Bu legittimasyon Anayasaya uygun bir yargılama ile gerçekleşir. Anayasa yargısı kararlarının kalitesi ve inandırma gücü onun denetim fonksiyonunu hukukun emrinde ve fonksiyon amacına uygun bir biçimde yerine getirmesine bağlıdır. Anayasa yargısının amacı sadece somut bir durumda hukuksal birliğin ve barışın sağlanması ile kalmayıp Anayasada ifadesini bulan ve toplum için vazgeçilemez olan temel uzlaşmanın korunmasıdır.

Toplumsal uzlaşmanın korunması bir hukuk toplumunun varlık koşuludur. Anayasa ve Anayasa Mahkemesi bu nedenle yoğun bir biçimde birbirleriyle ilişkilidir. Anayasa Yargısı Anayasayı somutlaştırır ve güncelleştirir. Onu ayakta tutar ve herşeyden önce onun gelişimi için bir öğedir. (81)

(78) Schmitt C., Verfassungsrechtliche Aufsätze, (DN.12) S.98 vd.

(79) Haverkate G., GewiBheitsverluste im Juristischen Denken, 1977, S.226 vd., 236 vd.; Stern K., Das Staatsrecht, (DN.16) S.966.

(80) BVerfGE 36, I (15).

(81) Stern K., Das Staatsrecht. (DN.16) S. 967.

III. Anayasa Mahkemesi'nin Yetkileri

Anayasa Mahkemesi hukuk normlarının yargıç bağımsızlığı içinde uygulanması biçiminde kendini gösteren geleneksel yargılama görevi dışında (82) Anayasa gereğince önüne getirilen hukuksal uyumsuzlukta bireyler ve devlet organları için bağlayıcı nitelikte karar verme yetkisine sahip bir organdır. Böylece politik olaylar üzerinde etkili olmaktadır. Devletin siyasal organları onun kararlarına uymak ve kendilerini ona göre yönlendirmek zorundadırlar.

Bu görevi yerine getirmek devlet yönetiminde pay sahibi olmaktır (83).

Anayasa Mahkemesi, varlığı, anayasal sistem içindeki hukuksal durumu ve yetkileri doğrudan doğruya Anayasa tarafından belirlenmiş ve onun tarafından anayasal gerçekliği saptamak üzere görevlendirilmiş bir Anayasa organı niteliğindedir. (84) İşlevinin temelini salt hukuksal düşünceler oluşturmaz. Siyasal düşünceler de yargılamasına karışır. (85)

Anayasa yargısı aynı zamanda politik konular alanına da taşar ve bu noktada diğer mahkemelerden ayrılır.

Ancak bu durum erkler ayrılığı ilkesine aykırılık oluşturmaz. Çünkü gerek F. Alman, gerek Türk Anayasalarında erkler ayırımı dengeli bir biçimde düzenlenmiştir. (86)

T.C. Anayasası başlangıç bölümünde bu olgu 6. paragrafta "kuvvetler ayrımının devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir iş bölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu" belirtilerek vurgulanmıştır.

T.C. Anayasası'nda Anayasa Mahkemesi'nin görevleri, Anayasanın çeşitli maddelerinde belirlenmiştir. (Md.148 F.I; F;III; Md. 152; Md. 69 F.IV; Md.69, F.VI; Md.85. Md. 158 F.II)

(82) Leibholz G., Der Status des Bundesverfassungsgerichts; Das Bundesverfassungsgericht, Karlsruhe 1963, S.63.

(83) BVerfGE 1,14.

(84) Meyer W., I v. Münch, Grundgesetz Kommentar, Bd.3.2.B., München, Art. 93. KN.5.

(85) BVerfGE 33,224,96,146,166.

(86) Maunz Th/Schmidt-Bleibtreu/Klein F./Ulsamer G., Komm., (DN.17) & 13 KN.2.

Anayasanın 148. maddesinin son fıkrasında Anayasa Mahkemesi, Anayasa ile verilen diğer görevleri de yerine getirir kuralı yer almaktadır.

Anayasa yukarıda sayılanlar dışında, Anayasa Mahkemesi'ne bir görev vermiş değildir.

Anayasada F. Alman Anayasası Md.93 (2) deki "F. Anayasa Mahkemesi ayrıca F. yasa ile kendisine havale edilen meseleleri çözümler" kuralına benzer bir kural bulunmamaktadır.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun'un 6. bölümünde Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkileri düzenlenmiş ve 18. madde de Anayasa Mahkemesi'nin yetkilerine ilişkin olarak yukarıda belirtilen Anayasa maddelerinde sayılan görevler aynen tekrarlanmıştır. 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'dan önce yürürlükte olan 44 sayılı Kanunun gerekçesinde de "Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşuna ait esaslar, hususiyile üyelerin statüsü ile seçim tarzı geniş ölçüde bizzat tespit edildiği gibi, görevi de şimdilik bu hususta duyulan ihtiyacı karşılayacak suretle düzenlenmiş bulunmaktadır. Bundan ötürü tasarının bu kanunlardaki hükümlerinin bir kısmı Anayasa hükümlerinin tekrarından ibaret kalmakta, yeni olarak teklif ettiği hükümler nihayet mahdut müesseselere inhisar etmektedir" denilmektedir. F. Alman Anayasa Mahkemesi'nin yetkileri konusunda F. Anayasa Md.93'de ve F. Anayasa Mahkemesi Yasası Md.13'de sayılan konular temel oluşturmaktadır. (Enumerations prinzip). F. Anayasa Mahkemesi'nin yetkileri bakımından genel bir yetki kuralı değil sınırlı bir sayım ilkesi geçerlidir. (87)

Bu maddelerde belirtilmemiş konular F. Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelecek hukuksal uyumsuzlukların konusunu oluşturmaz.

F. Anayasa Mahkemesi'ne verilen yetkilerin önemli bir bölümünü doğrudan F. Alman Anayasası Md.93, F.I. Nr.I.-4b saymaktadır. Md. 93 F.I Nr. 5 ayrıca Anayasanın diğer bölümlerinden öngörülen konulara yolama yapmaktadır.

Nihayet F. Anayasa Md.93. F.II basit yasa ile mahkemenin görevine dahil edebilecek diğer konulara ilişkin bir direktif içermektedir.

(87) BVerfGE 1,396,13,54.

F. Alman Anayasa Mahkemesi yasası sadece Anayasada belirtilen yetkileri tekrarlamaktadır. Bu tekrar konstitütif değil deklaratif'tir.

F. Anayasa Md.93. F.I. Nr.5 in direktifi ile Anayasanın başka yerinde belirtilmiş olan konular Anayasa Mahkemesi Yasası Md.13 de yetki kataloğuna dahil edilmiştir.

F. Anayasa Mahkemesi'ne göre. F. Alman Anayasa Mahkemesi Yasası madde 13 de yetkiler Anayasayı aşar bir biçimde genişletilerek yorumlanmamalı, kıyas yolu ile veya hukuk politikası düşünceleri ile Anayasada bildirilmemiş veya en azından açık bırakılmış alanlara yayılmamalıdır. (88)

Ancak F. Anayasa Md.93 ve F. Alman Anayasa Mahkemesi Yasası Md.13 te belirtilen yetkiler o kadar geniş ve kapsamlı ifade edilmişlerdir ki, nerede ise hukukun bir genel ilkesi niteliğini taşımaktadırlar.

Bir hukuksal uyumsuzluğun yorum yolu ile, F. Anayasa Mahkemesi Yasası Md.13 te belirtilen durumlardan birine dahil olup olmadığına kesin olarak karar verme yetkisi sadece F. Alman Anayasa Mahkemesi'ne aittir.

Şu halde somut bir durumda kendi yetkisini kabul etme ya da etmemeye karar verme yetkisi mahkemenin kendi elindedir.

Ancak F. Anayasa Mahkemesi uygulamasında bu geniş karar serbestisini kendisi sınırlamaya çalışmış, kendisine tanınan bir yetkinin Anayasayı aşar bir şekilde konu bakımından genişletilemeyeceği yolunda karar vermiştir. (89)

IV. Anayasa Yargılamasında Usul Kuralları

Anayasa Mahkemesi yargılamasında uygulanacak usule ilişkin olarak F. Alman Anayasası ve F. Alman Anayasa Mahkemesi Yasası boşluklarla doludur. F. Anayasa Mahkemesi Yasası çok az sayıda mutlaka gerekli olan ve Anayasa yargısının niteliğine özgü kurallar içermektedir. F. Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre geri kalan boşlukların Anayasa yargılamasının amacına uygun bir şekilde kurulabilmesi için kıyas yolu

(88) BVerfGE 1,396; 2,341,3,386;22,29.

(89) Maurz Th./Schmidt-Bleibtreu/Klein F./Ulsamer. G.,(DN.17) & 13 KN.8; BVerfGE 1,376.

ile diğer hukuk dallarındaki usul kurallarına başvurulması Anayasa Mahkemesi'ne bırakılmıştır. (90) Yine F. Mahkemeye göre bu boşlukları yasa koyucu zamanla hukuksal uygulama ile doldurulması için bilerek bırakmıştır. (91)

F. Mahkemeye göre eğer F.Mahkemeye bir görev verilmişse bunun için gerekli yargılama usulü de bulunmalıdır.

Bu yargılama usulü yasaca düzenlenmemişse, hukuka ve usule uygun bir yargılamanın gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan ve onlar olmadan yargılamanın yapılamayacağı usul hukuku ilkelerini mahkemenin kendisi arayıp bulmalıdır. (92)

Gerek Türk Anayasası gerek 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun Anayasa Mahkemesi'ndeki yargılama usulüne ilişkin yeterli kurallar içermemektedir. Türk Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş tarihi de yargılama usulleri bakımından F. Alman Anayasa Mahkemesi'nin düşünceleri doğrultusunda hareket edildiğini göstermektedir :

2949 sayılı Kanundan önce yürürlükte olan 22.4.1962 tarihli 44 sayılı Kanunun gerekçesinde Anayasa Mahkemesi'nce uygulanacak usule ilişkin olarak, "Anayasa bu hususta münferit bazı esaslara yetkinerek konunun düzenlenmesini esas itibariyle kanuna bırakmaktadır. Bu itibarla tasarı memleketimiz için henüz tecrübe edilmemiş, tamamıyla yeni bir müessese olduğu bu itibarla konacak usul hükümlerinin ihtiyaca uygunluk derecesini şimdiden kestirmenin güç olacağı, kurulacak Anayasa Mahkemesi'nin vasfı itibariyle karşılaşılabilecek usul meselelerini umumi esaslar dairesinde içtihat yoluyla kolaylıkla çözebileceği düşünülerek bu sahada da kapsayıcı bir düzenlemeden kaçınılmıştır". denilmektedir. (93)

Almanya'da F. Anayasa Mahkemesi faaliyetinin birinci yılında bir çok defa Anayasa ve Anayasa Mahkemesi Yasası'nda yargılama için öngörülen temellerin dışında başka hukuk kuralları geliştirmek zorunda kalmıştır. (94) F. Anayasa Mahkemesi'ne göre F. Alman Anayasa Mah-

(90) BVerfGE 1, 109 (110 vd.)

(91) BVerfGE 2, 79 (84).

(92) BVerfGE 2, 79 (84).

(93) TBMM. Tunaklar Dergisi (DN.49).

(94) BVerfGE 1, 109; 1, 415; 1, 208.; 4, 31 (37).

kemesi Yasası'nda yargılama usulüne ilişkin olarak boşluk olduğunda öncelikle başka usul kanunlarına başvurulmak zorunludur. (95)

Görev ve hukuksal nitelik itibarıyla Anayasa yargılamasına benzediğinden ilk başvurulacak olan idari yargılama usulüdür. Ayrıca medeni usul hukukuna da başvurulabilir. Çünkü bu usul kuralları idari yargılama usulünde de büyük önem taşımaktadırlar. F. Anayasa Mahkemesi Yasası Md.13 te öngörülen ceza hukuku benzeri yargılamanın boşluklarının doldurulması için ceza usul hukuku kuralları uygulanır.

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi'ndeki yargılamanın kendine özgü niteliği sebebiyle başka usul yasaları kuralları duraksamasız Anayasa yargısına aktarılamaz. (96)

Başka usul yasalarına başvurulmak isteniyorsa her münferit olayda uygulanacak usul kurallarının Anayasa Mahkemesi yargılamasına uygun olup olmadığı araştırılmalıdır. (97) F. Anayasa Mahkemesi usule ilişkin boşlukları tamamlamak için başka Anayasa Mahkemelerinin uygulamasına da başvurulabilir. Bu çerçevede federe devletlerin Anayasa Mahkemelerinin, eski Alman İmparatorluğu Devlet Mahkemesi'nin ve yabancı Anayasa Mahkemelerinin uygulamalarına başvurulabilir.

F. Alman Anayasa Mahkemesi İdari yargılama usulü, medeni usul ve ceza usul hukukuna da başvurabildiğinden idare, hukuk ve ceza mahkemeleri uygulamalarına başvurma yoluna da kapalı değildir. (98)

Sonuç olarak F. Anayasa Mahkemesi Yasası'nda usule ilişkin ayrıntılı bir düzenleme eksikliği nedeniyle yargılamanın amaca uygun bir şekilde kurulması için genel usul hukuku ilkelerine özellikle hukuk ve idari yargılama usulüne başvurmak ve boşlukları analogi yoluyla doldurmak F. Anayasa Mahkemesi'nin kararına bırakılmıştır. (99)

V. Türk Anayasa Yargısında Yürürlüğü Durdurma Kararı

1. 21.10.1993 tarihli karardan önce Yürürlüğü Durdurma Kararının Türk Öğreti ve Uygulamasındaki Anlamı,

(95) Krş. BVerfGE 1, 109 (110 vd).

(96) Krş. BVerfGE 1, 87 (88 vd).

(97) BVerfGE 20, 18 (26)

(98) Maurz Th./Schmidt-Bleibtreu/Klein F./Ulsamer G., Komm.(DN.17), &17, KN 4.

(99) BVerfGE 1, 4; 1, 5 (6); 1, 109 (110 vd; 33, 199 (204).

a. Türk Anayasa Hukuku Öğretisi

Alman F. Anayasa Mahkemesi Yasası Md.32 F.I de yer alan, Federal Anayasa Mahkemesi'ne bir uyuşmazlık sırasında ağır sakıncaların doğmasını önlemek ya da tehdit edici bir gücü engellemek için yada başka önemli bir nedenle kamu yararı açısından acilen zorunlu olması durumunda geçici önlem kararıyla bir durumu geçici olarak düzenleme yetkisi veren kurala benzer bir kural, ne şu an yürürlükte olan 1982 Anayasası'nda, ve ondan önce yürürlükte olan 1961 Anayasası'nda ne de Anayasanın 149. maddesinin III. fıkrasındaki "Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama usulleri kanunla; Mahkemenin çalışma esasları ve üyeleri arasındaki iş bölümü kendi yapacağı tüzükle düzenlenir" kuralı gereği çıkartılan "Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da bulunmamaktadır." (100)

Oysa Türk Anayasa Yargısında yasaların yürürlüğünün durdurulması sorunu çok büyük bir önem taşımaktadır. (101) Çünkü Türk Anayasa Yargısında Alman Anayasa Yargısının tersine (102) iptal kararı ex tunc değil ex nunc bir etkiye sahiptir. Anayasa Md. 153 Fıkra V e göre iptal kararları geriye yürümez. Anayasa Mahkemesi takdir hakkını kullanıp da sonraki bir tarihi yürürlük tarihi olarak belirlemediyse karar Resmi Gazete'de yayımlandığı anda geçerli olur. (103) (T.C. Anayasası Md. 153.III) iptal kararı inşai bir işlemdir.

Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal edilen yasa kuralı kararın yayımlandığı güne kadar veya kararla belirlenen daha sonraki bir tarihe kadar yürürlükte kalır ve ancak bu tarihten itibaren yürürlükten kalkar.

Türk öğretisinde Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurma kararı verebilmesi yetkisi tartışmalıdır.

(100) 2949 sayılı 10.11.1993 tarihli kanun, RG. Sayı = 18220 Gün=13.11.1983

(101) Hirsch E., E., Verfassungsgericht und politische Gewalt in der Türkei AÖR 100 (1975). S.52 vd (68)

(102) Maunz/Düring/Herzog, (DN.15), Art 93 KN.34; Pestalozza Chr., VerfassungsproBrecht, 3.B.München 1991,&20 KN 125.127.& 23.KN.111 vd.,&.30.KN.15.

(103) AZRAK Ü., Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği, Anayasa Yargısı 1(1984), S.149 vd. (153 vd); Hirsch (DN.101) . S. 68.

Bir görüŖe göre;

1961 Anayasası'nın 20.8.1971 tarihli ve 1488 nolu yasa ile değişik 152. maddesinin II fıkrasına (Maddenin ilk Ŗekli= "iptal edilen norm karar tarihinde yürürlükten kalkar) ve 1982 Anayasası'nın 153. maddesinin III fıkrasına göre Anayasaya aykırı bulunan normun, iptal anında değil, kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı anda yürürlükten kalkması, hatta Md.153 F.III e göre Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlüğe gireceğı tarihi bir yılı aŖmamak üzere ayrıca kararlaŖtırabilmesi Anayasa koyucunun kamu düzeni düşünceŖi ile Anayasaya aykırılığı saptanmış bir normun bile bir süre daha yürürlükte kalabilmesine olanak vermiş olduğunun göstergesi olarak yorumlanabilir. Anayasa koyucunun Anayasaya aykırılığı henüz saptanmamış, bir yasanın yürürlüğünün durdurulması yetkisini Anayasa Mahkemesi'ne vermek istememiş olduğu sonucu çıkarılabilir. (104)

Bununla birlikte uygulanmakla hukuksal sonuçlar doğuran (hükümünü icra eden) yasalar için yürürlüğün durdurulması düşünülebilir. (örneğin kesinleşmiş olan ölüm cezalarının yerine getirilmesi, devletleŖtirme) Çünkü bu yasalar açılacak iptal davası ile sonradan iptal edilseler de uygulandıkları süre içinde doğurdıkları sonuçları gidermeye imkan yoktur. (105) Ŗu halde yasanın uygulanmasının giderilmesi olanaksız sonuçlar doğurabiliyor ve Anayasaya uygunluk denetimini türden ortadan kaldırıyorsa Anayasa Mahkemesi'nin bu istisnai durumlarda yürütmenin durdurulması kararı verebilmesi gerekir.

BaŖka tür bir yorum bu tür yasaları pratikte Anayasaya uygunluk denetiminin kapsamı dıŖına çıkarmak anlamına gelir ki Anayasa koyucunun amacının bu olmadığı açıktır. Bu nedenle böyle durumlarda yürütmeyi durdurma yetkisinin varlığı, "yargı denetimi" kavramının içerik ve kapsamının yorumu yoluyla kabul edilebilir. (106)

(104) ÖZBUDUN E., Türk Anayasa Hukuku, 3.B, Yetkin Yayınları, Ankara 1993, S.394.

(105) TEZİÇ E., Anayasa Hukuku Genel Esaslar 2.B, İstanbul 1991, S.213; TEZİÇ E., Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi, Anayasa Yargısı 2(1986) S.21 vd (36); Ayrıca KrŖ. FEYZİOğLU T., Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazal Murakabesi, Ankara 1951 S.186.

(106) ÖZBUDUN E., (DN.104) S.395.

Bir diğler görüŖe göre Anayasa Yargısında yürürlüğü durdurma yetkisinin gerekliliğı yadsınamaz, ancak özellikle 1982 Anayasası'nın "kısıtlanmıŖ" Anayasa yargısı modelinde böyle bir yetkinin yorum yoluyla, hatta kanun koyucunun iradesiyle tanınması mümkün değıldir ve bir Anayasa değıŖikliğı gerektirir. (107)

b.Anayasa Mahkemesi'nin İçtihadı

Anayasa Mahkemesi, yürürlüğü durdurma kararı vermeye yetkili olduğıuna ilişkin 21.10.1993 tarihli 1993/33 E. ve 1993/40-1 K.sayılı kararını verinceye kadar yürürlüğü durdurma istemi 1961 Anayasası zamanında iki (108) ve 1982 Anayasası, zamanında bir kez (109) olmak üzere üçkez Anayasa Mahkemesi önüne getirilmiŖ ve hepsinde de istemin reddine karar verilmiŖtir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararlardaki gerekçeleri aŖağıdaki Ŗekilde özetlenebilir:

Anayasaya uygunluk denetimi yapılan bir yasanın yürürlüğü'nün durdurulması gibi ağır sonuçları olabilecek bir yetkinin Anayasa Mahkemesi'ne ancak Anayasa ile verilmesi gerekir. Soruna bir yargılama usulü konusu gibi bakılırsa o zaman da yetkinin mahkemenin kuruluşunu ve Yargılama Usullerini düzenleyen 44 sayılı yasada (Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Yasa) yer alması sonucuna varılacaktır.

Anayasa Mahkemesi'ne ne Anayasa ile ne de 44 sayılı kanunla böyle bir yetkinin tanınmamıŖ olduğı ortadadır. Üstelik 152. maddenin eski metninde Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal edilen yasa ve yasama Meclisleri İçtüzükleri hükümlerinin karar tarihinde yürürlükten kalkması öngörülmüŖken 1971 de 1488 sayılı Yasa ile yapılan değıŖiklikle yürürlükten kalkmanın ancak gerekçeli kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı günde gerçekleşmesi kuralı getirilmiŖtir. Anayasa koyucunun iptal edilmiŖ bir yasanın yürürlükten kalkması konusunda bile gösterdiği titizlik böylece daha belirginleŖmiŖtir. Öte yandan Anayasaya uygunluk denetimi için mahkemelerden gelen işlerde Anayasanın değıŖik 151. mad-

(107) GÜRAN S., Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması, Anayasa Yargısı, 2, (1986) S.141. (158 vd).

(108) E.1972/13,K.1972/18, K.T.6.4.1972; AMKD 10, S.273 vd. (281) E.1977/60.K.1977/81.K.T.24.5.1977.

(109) Muhabere E.1985/659; K.1985/4, K.T.1.8.1985, AMKD 21,S.263 vd.

desi mahkemelere, Anayasaya aykırılığları sürülen yasa kuralları ilgililerin öznel haklarını etkileyeceği için Anayasa Mahkemesi kararı gelinceye dek davayı geri bırakma, başka bir deyimle bir çeşit yürürlüğü durdurma sayılabilecek olan yasayı uygulamama ödevi yüklediği halde iptal davalarında somut ve öznel nitelik taşıyan yasalar bakımından bir ayırım yapılarak böyle bir olanak tanınmamış olması Anayasa koyucunun Anayasa Mahkemesi için bir "dava konusu yasanın yürürlüğünü durdurma" yetkisini öngörmeyi düşünmediğini ortaya koyar. Anayasa Mahkemesi'nin denetimini yaptığı yasanın nasıl bir özelliği olursa olsun, kendisi yorum ve kıyaslamaya giderek, yasaca verilmemiş böyle bir yetki ile donatmasına olanak yoktur." (110)

Üye Recai SEÇKİN, Kani VRANA, Şevket MÜFTÜGİL imzalı karşı oy yazısında ise aşağıdaki görüşler ileri sürülmüştür : (111) "Anayasamızda açılan iptal davaları üzerine, iptali istenen yasa hükmünün uygulanmasının durdurulmasına Anayasa Mahkemesi'nce karar verilebileceğine ilişkin bir hüküm yer almamıştır. Bu nedenlerdir ki maddi anlamdaki, yani genel ve objektif kurallar koyan yasalar hakkında böyle bir görev ve yetkinin varlığının söz konusu edilmeyeceği kuşkusuz olmakla birlikte, Anayasamızda aynı konuda engelleyici veya yasaklayıcı bir hüküm yer almamış olması nederi ile Anayasamızın her zaman her şeyden önce göz önünde tutulması ve uyulması gereken demokratik hukuk devleti niteliğine ve koyduğu veya tanıdığı temel hukuk ilkelerine dayanılarak ve Anayasanın 151. maddesindeki itiraz yolu ile gelen işlerde davanın ve dolayısıyla uygulamanın durdurulması kuralı da göz önüne alınarak biçimsel yasaların konuları bakımından, yerine getirilmeleri halinde artık geriye dönüşü olmayan kişisel bir sonuç doğurmaları olasılığı varsa, bunların uygulanmalarının bir süre durdurulmasına karar verme görev ve yetkisinin esasen var olduğunu kabul zorunlu olmaktadır. Kaldı ki bir yasanın Anayasaya aykırılığı nedeni ile iptal edilmesi gibi çok geniş bir yetkiyi Anayasa Mahkemesi'ne tanıyan Anayasamızın daha hafif sonuçlar doğuracak olan, iptali dava edilen yasa kuralının uygulanmasını, belli ve istisnai durumlarda bir süre için erteleme yetkisinin öncelikle tanınmış olduğunun kabulü gerekmektedir. Çünkü az, aksini gerektiren bir

(110) AMKD 10, S.281 vd.

(111) AMKD 10, S.305 vd.

hüküm ve neden olmadıkça bütünleştirdiği çoğun içinde her zaman vardır. Anayasamızın özellikle sözü ile sustuğu ve fakat özü ile çözdüğü veya uygun bulduğu bu konudaki sorunu içtihat yolu ile de bir sonuca bağlamak Anayasa Mahkemesi'nin görevleri arasındadır. Yasalarda boşluk olan yerlerde, hukukun üstün kuralları, mahkemelerin vicdani kanıları ile oluşacak olan içtihatlarında uygulama yeri bulmalıdır". (112) "Uygulamanın bir süre için durdurulmasına karar verilmesi bir usul sorunudur. Gerek Anayasa gerek Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasaya uygunluk denetiminde uygulanacak usuller yönünden tüm konuları kapsayıcı bir düzenleme getirmemiştir.

Yasa koyucu tarafından böyle bir yol seçilmesinin nedeni ise, 44 sayılı kanunun gerekçesinde de belirtildiği üzere, kurulan Anayasa Mahkemesi'nin niteliği itibariyle karşılaşacağı usul sorunlarını genel ve temel esaslar sayesinde içtihat yolu ile kolaylıkla çözebileceğinin kabul edilmiş olmasıdır. (113) "Yani Anayasa Mahkemesi, boşluk olan hallerde karşılaşacağı her usul sorununu kesinkes çözerek bir sonuç doğuracak karara varmakla yükümlüdür."

Anayasa Mahkemesi de iptal davalarında yargısal bir çalışma yapmaktadır. Bu bakımdan her mahkeme gibi o da yargı yetki ve görevinin kapsamı içinde gerekli önlemleri alabilir. İptali istenilen yasa hükümlerinin iptal davasının sonuçlanmasından önce ilgili yerlerce uygulanması halinde Anayasa Mahkemesi'nce verilecek bir iptal kararının artık sonuç doğurması olanağı ortadan kalkmış olduğundan, burada kişisel durumun olduğu biçimde korunması için, uygulamanın geçici bir süre durdurulması önleminin alınmasında haklı bir neden vardır."

Bir başka karşı oy yazısında ise aşağıdaki görüşler savunulmuştur.

"Yasanın uygulanmasının durdurulmaması halinde geri dönülmesi mümkün olmayacak biçimde Anayasaya aykırılık hali meydana geleceği belli ise Anayasa Mahkemesi, kesin karara kadar yürütmeyi durdurma kararı verebilir, hatta böyle bir kararı vermekle yükümlüdür. Zira bu yolda karar vermediği takdirde kişileri Anayasa korumasından yoksun bi-

(112) AMKD 10, S.309.

(113) MMTD (DN.49), S.2.

rakmış olur, buna da yetkili değildir. Aksine bu korumayı sağlamakla görevlidir (114)"

2. 21.10.1993 tarihli karar

Yukarıda sözü edilen 6.4.1972 tarihli karar üzerinden 20 yılı aşkın bir süre geçtikten sonra 20.8.1993 günlü ve 509 sayılı (115) "Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Anayasaya aykırılığı savıyla iptali ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar KHK'nin yürürlüğünün durdurulması isteği ile açılan davada Anayasa Mahkemesi, KHK'nin yürürlüğünün durdurulmasına karar vermiştir. (116) Anayasa Mahkemesi tarafından yürürlüğü durdurma kararı verme yetkisinin içtihat yoluyla Anayasa Hukukuna dahil edilmesi, kararın gerekçesinde, yukarıda sözü geçen karşı oylardaki görüşler gibi temelde genel hukuk prensiplerine dayandırılmaktadır. Dayanak ve odak noktasını hukuk devletinin bir ögesi ve hukukun üstünlüğünün garanti koşulu olarak etkili bir yargı denetimi ile, kendisine Anayasanın belirlediği sınırlar içinde, Anayasa Mahkemesi yargılamasına ve Mahkemenin iptal kararlarının etkisine ilişkin boşluklardan yararlanan yasama ilişkisi oluşturmaktadır. Böyle bir yetkinin kabul edilmemesi Anayasanın etki gücünü ve Anayasaya güveni önemli ölçüde riske sokabileceğinden yürürlüğü durdurma kararının verilmesi kendisini kesin bir zorunluluk olarak ortaya koymaktadır. (117) Yer yer güç anlaşılabilir bir dille kaleme alınmış olmakla birlikte sonuçta Anayasa Mahkemesi'nin görüşlerine duraksamasız ve koşulsuz katılmak zorunluluğu kendisini hissettirmektedir.

(114) AMKD 10; S.316.

(115) R.G. Sayı : 21698. Tarih= 14.9.1993.

(116) RG. 6.11.1983 S.2170: Yürürlüğün Durdurulmasına İlişkin İlke Kararı, Anayasa Mahkemesi Bülteni, Ocak 1994, Yıl 1, Sayı 1, S.3.

(117) Bu hukuk politikası ihtiyacına uygun olarak SHP'nin Anayasa Md.153 V'e ilişkin değişiklik önerisi şöyledir. İptal kararları geriye yürümez. (Yeni) ancak "Anayasa Mahkemesi bu ilkenin uygulanması yüzünden doğabilecek telafisi imkansız sonuçları önlemek amacı ile yürütme organınca belirli önlemlerin alınmasını hüküm aşamasından önce de karara bağlayabilir." (T.B.M.M. de Temsil Edilen Siyasal Partilerin Anayasa Değişikliği Tekliflerinin Karşılaştırılmalı Metinleri, T.B.M.M. Başkanlığı, Mart 1993 S.388).

3. Değerlendirme

a. Yürürlüğü Durdurma Kararı ve Hukuk Devletinde Etkili Bir Yargı Denetimi :

Anayasanın 2. maddesinde demokratik bir hukuk devleti olduğu kurula bağlanmış olan Türkiye Cumhuriyeti'nin anayasal sisteminde yargı, yasama ve yürütmenin üstün gücünü "hukuk" ile sınırlamak ve hukuka aykırılıkları önlemek fonksiyonunu üstlenmiştir.

Bu anayasal düzende keyfi uygulamaların, hukuka aykırılıkların yer almayacağı ne kadar belirgin kılınırsa toplumun güven duygusu o oranda artacaktır.

Diğer yandan yasama ve yürütme, işlemleri, hukuka uygunlukları yargı tarafından onaylandığı oranda güvenilirlik kazanırlar.

Yargı denetimi demokratik hukuk devletinin temel bir ögesidir ve etkili bir denetime olanak tanıyan hukuksal araçların kullanıma açık tutulması ile garanti altına alınmıştır. Bu araçlarda gerçekleştirilecek her türlü sınırlama yargı denetiminin özüne dokunur ve anayasal dengede bozulmaya neden olur, (118)

Bu olgu 1982 Türk Anayasası için de geçerlidir. Etkili bir yargı denetimi bu Anayasanın temel yaklaşımıdır. Sadece etkili bir yargı denetimi ile hukukun üstünlüğü geçerli kılınabilir.

Etkili bir yargı denetimi için iptal davası dışında, yürütmeyi durdurma önlemi en önemli araçlardan birini oluşturur. Bu yalnız idari yargı için değil, Anayasa yargısı için de geçerlidir.

Yürürlüğü durdurma kararı oldu bittilerle hukuk düzeninin zedelenmesini önlemekle tüm toplumu, üstün yetkilerle donatılmış olan idareye karşı da bireyi korumaktadır. (119) Yürürlüğün durdurulması yargı denetim faaliyetinin özünde bulunup anayasal düzende güç dengelerinin korunmasına önemli katkıda bulunmaktadır.

Bu belirlemelerin ışığında yürürlüğü durdurma kararı Anayasada ve Anayasa Mahkemesi yasasında açıkça ön görülmüş olmasa da yorum

(118) GÜRAN S. (DN.107) S.149.

(119) GÜRAN S. (DN.107) S.153; SARICA R., Danıştay Kararları ve Yürütmenin Durdurulması, Ankara 1966, S.29; AZRAK Ü., (DN.103) S.161.

yoluyla Anayasadan çıkarılabilir. Çünkü yargı denetiminin özünde var olup dayanağını Anayasada bulmaktadır. (120) Anayasanın 138. maddesinde "Hakimler görevlerinde bağımsızdırlar. Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler." kuralı yer almaktadır. Bu maddede sözü geçen "vicdani kanaat" kavramı ile yargıcın önüne gelen uyuşmazlığın çözümü ve hukukun geçerli kılınması için vicdani kanısına göre kullanılmasını gerekli gördüğü tüm araçları kullanması, alması gereken önlemlerin hepsini alması amaçlanmıştır. (121)

Yürürlükteki Anayasa Hukukuna göre yargıcın konumu, onu yargı erkinin temel bir ögesi olarak ifa ettiği fonksiyon çerçevesinde ulus adına son sözü söylemeye yetkili kılmaktadır. (122) Bu fonksiyon ve Anayasa ile (1961 Anayasası ile de) bu fonksiyonun yerine getirilmesi için öngörülen yargılama mekanizmaları, Anayasanın yürürlüğü durdurmayı yasaklamadığının aksine onu benimsediğinin göstergeleridir.

Yüce Divan sıfatıyla Cumhurbaşkanı'nı, bakanları yargılama yetkisi ile donatılmış olan Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurma yetkisine sahip bulunmadığını benimseyen bir anlayış dayanaktan yoksundur. (123)

b. Türk Uygulaması için Alman Modeli :

Yakın Alman Anayasa tarihi de hakimın yarattığı hukuk konusunda örnekler içermektedir.

9.7.1921 tarihli Alman Federal Devlet Mahkemesi Hakkında Kanun ile (RGLB S.905), 20.9.1921 tarihinde Federal Devlet Mahkemesi Başkanı tarafından çıkarılan ve 6.12.1921 de ilan olunan Devlet Mahkemesi İçtüzüğü (RGLB S.1535) de geçici tedbir kararına ilişkin kurallar içermiyorlardı. F.Almanya'da o sıralarda doktrinde geçici tedbir kararının hukuki meşruluğu ve devlet politikası açısından amaca uygunluğu konusunda görüş ayrılıkları vardı.

(120) ÖZDEŞ O., İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulması ve Niteliği, İstanbul 1980, S.16; SARICA R., (DN.119) S.6; GÜRAN S., (DN.107) S.153.

(121) SARICA R., (DN.119) S.5; GÜRAN S.1 (DN.107) S.153.

(122) GÜRAN S., (DN.107) S.154.

(123) GÜRAN S., (DN.107), S.159.

Devlet Mahkemesi geçici tedbir kararının meşruluğundan yola çıkarak Federal Devletle Federe Devletler ve Federe Devletlerin kendi aralarındaki uyumsuzluklarda geçici tedbir kararını uygulamıştır.

Devlet Mahkemesi geçici tedbir kararı alma yetkisini yargılama erki içerisinde görmüştür. (124)

F. Alman Anayasası da geçici tedbir Kararını açıkça öngörmemiştir. Buna karşın bu kurum F. Anayasa Mahkemesi Kanunu & 32 ye dahil edilmiştir. (125)

Anayasa hukuksal dayanağını F.Anayasa Md.94 II ve 93 (2) oluşturmaktadır. Yasaya dahil edilmesinden bu yana geçici tedbir Kararı Alman Anayasa Yargısının devamlı ve temel bir ögesini oluşturmaktadır. (126)

F. Anayasa Madde 94 (II) ye benzer bir kural Türk Anayasası madde 149 III te yer almaktadır. "Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama usulleri kanunla düzenlenir."

Türk Yasa Koyucusu bu yetkiyi yürürlüğü durdurma kararını yasaya dahil edip düzenleyerek kullanmamıştır. Bu nedenle hâlâ Anayasa yargılamasında yürürlüğü durdurma konusunda bir yasal düzenleme mevcut değildir. Ama Alman örneğinde görüldüğü gibi bu durum yürürlüğü durdurma kararının meşru olmadığına dayanak oluşturmaz aksine Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş tarihi Anayasa Mahkemesi'ne mutlaka bu yolda bir takdir hakkı verilmek istendiğini göstermektedir.

c. Düzenlemenin Tarihsel Gelişimi :

Türkiye'de halen yürürlükteki Anayasa Mahkemesi Kanunu'ndan önce yürürlükte olan yasanın (127) genel gerekçesinde Anayasa Mahkemesi'nin memleketimiz için henüz tecrübe edilmemiş tûmden yeni bir

(124) Krş. Maunz/Schmidt-Bleibtreu\ Klein\ Ulsamer, Komm. (DN.17) S.32 KN.1.

(125) Geniş bilgi için : Maunz Th.\Schmidt-Bleibtreu\Klein F. Ulsamer G., (DN.17); Pestalozza Chr. (DN.102) S.18; Schlaich., Das Bundesverfassungsgericht, 3.B. München 1994, KN.427 vd.

(126) Örneğin BVerfGE 85, S.94 vd; BVerfG EuGRZ 1983, S.171 (nüfus sayımı); NJW 1989, S.3147 (Yabancılar İçin Yerel Seçimler); EuGRZ 1993, S.236 (Somali Alman Ordusu).

(127) 22.4.1962 tarihli 44 sayılı kanun=RG. Sayı= 11091 Tarih= 25.4.1962.

kurum olduğu bu nedenle konacak usul kurallarının ihtiyaca uygunluk derecesini şimdiden kestirmenin güç olacağı; kurulacak Anayasa Mahkemesi'nin niteliği bakımından karşılaşacağı usul sorunlarını genel esaslar çerçevesinde içtihat yoluyla kolaylıkla çözebileceği düşünülerek bu alanda kapsayıcı bir düzenlemeden kaçınılmıştır denilmektedir. (128) Bu gerekçeden yola çıkılarak yasaların yürürlüğünün durdurulması yetkisini Anayasa Mahkemesi'nin içtihatla sahiplenmesi gerekmektedir. (129)

Bu konuda öğretide ABD de F. Yüksek Mahkeme'nin de yasaların Anayasaya uygunluğunu ve koruma tedbirlerini (injunction, declaratory judgement) içtihatla oluşturabildiğine dikkat çekilmiştir. (130)

Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerinin bizzat Anayasada düzenlenmiş olması karşısında bu mahkemeye başka görev ve yetkinin verilmediği sonucunu çıkarmanın doğru olmayacağı Anayasa koyucunun Anayasa Mahkemesi'nin mutlaka yapmasını istediği görev ve yetkileri gösterdiği görüşü savunulmuştur. (131) Kaldı ki yukarıda da belirtildiği gibi 44 sayılı gerekçesinde mahkemenin görevinin şimdilik bu konuda duyulan ihtiyacı karşılayacak biçimde düzenlendiği belirtilmektedir. (132).

d. Anayasa Mahkemesinin Boşluk Doldurma Yetkisi :

Anayasa Mahkemesi kararında haklı olarak M.K. Md. 1 e yollama yapmıştır. (133)

Bu madde yargıca açıkça boşluk doldurma yetkisini tanımaktadır.

Bu kural bir genel hukuk ilkesi olarak kabul edilmesi gerekir. (134) Her yasa gibi Anayasa da onu uygulayan organlar tarafından yorumlanabilir, boşlukları doldurabilir ve buna muhtaçtır. (135)

(128) MMTD.. (DN.49), S.2; CSTD (1961-1980) C.3 Sayı. 51 S.1.

(129) Krş. TEZİÇ E., Anayasa Hukuku, (DN.105) S.213; TİKVEŞ Ö., Teorik ve Pratik Anayasa Hukuku, İzmir 1982, S.426.

(130) TEZİÇ E., Anayasa Hukuku (DN.105) S.213 vd.

(131) TİKVEŞ. Ö., (DN.129) S.426.

(132) MMTD (DN.49)

(133) MK.Md.1: "Hakkında kanunî bir hüküm bulunmayan meselede hakim örf ve adete göre, örf ve adet dahi yoksa kendisi vazı-ı kanun olsaydı bu meseleyle dair nasıl bir kaide vazedecek idiyse ona göre hükmeder."

(134) Krş. Lütfi DALAMANLI/ Faruk KAZANCI / Muharrem KAZANCI, İlimi Kazal İçtihatlarla Açıklamalı Türk Medeni Kanunu, İstanbul 1991, Bd. 1 Md.1; Rumpf Ch., The Importance of Legislative History Materials in the Interpretation of Statutes in Turkey, North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation 19 Winter 1994, No.2 S.268 vd (276 vd.)

(135) Meier-Hayoz A., Berner Kommentar, Einleitung, Bern 1962, Art 1.Nr 61 vd.

Burada yargıç Anayasa Md.36 II deki temel ilkeyi esas olarak almalıdır. Buna göre "Hiç bir mahkeme görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz." Şu halde yasada bir kural bulunmaması durumunda yargıç bunu ileri sürerek davaya bakmaktan kaçınmaz. (136) Buradan Anayasa yargıcının de içtihat yoluyla kendini bu konuda görevli kılması konusunda bir yetki doğmaktadır. Aksi durumda onun suskun kalması sonuçta hukuk korumasından kaçınma sonucuna götürür.

-Tüm devlet Anayasalarında, hukukun genel ilkelerine benzer biçimde, boşlukların doldurulması yoluyla somutlaştırılması gereken çok genel nitelikte normlar bulunmaktadır.

Alman ve İsviçre devlet hukukunda, Bonn Anayasası ve İsviçre Federal Anayasası için bu problem derinliğine araştırılmış ve açık boşlukların var olduğu ve yazılı olmayan Anayasa Hukuku tarafından doldurulması gerektiği sonucuna varılmıştır. (137)

Kaldı ki Anayasa'nın 142. maddesinde yer alan "yargılama usulleri kanunla düzenlenir" kuralı yasa koyucunun usule ilişkin konularda dilediği gibi tasarruf edeceği biçiminde yorumlanamaz.

Usul kuralları hukukun genel kurallarını uygulama alanına koyma mekanizmalarıdır. Modern Hukuk Devletinde yargıcın hak ve hukuku sağlamasına engel olacak usul kurallarına yer yoktur. Aksine ona hukuksal gerçeği saptayabilmesi için geniş olanaklar sağlanmalıdır. (138)

Yürürlüğü durdurma kararı Anayasa Yargısında da asıl davaya ilişkin yetkilerin dışında düşünülemez ve son kararı vermeye yetkili olma yürürlüğü durdurma kararını vermeye yetkiyi de içerir. (139)

Yürürlüğü durdurma kararı bir yargılama çeşidi olmaktan çok esas dava kararına hizmet eden onu hazırlayan ve ona refakat eden, geç kalmaktan doğacak tehlikeleri önlemeye yönelik "yargılamanın bir bö-

(136) ATAAY. A., Medeni Hukukun Genel Teorisi, 2.B., İstanbul 1971, S.188.

(137) Huber H., Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrecht, Berner Festgabe für den Schweizerischen Würsterverein (1955) S.96 vd.; Giacometti, "Freiheitsrechtskatalog als kodifikation der Freiheit" ZSR 1955, S.149 vd; Germann O.A., Probleme und Methoden der Rechtsfindung, Bern 1965, S.131, Germann O.A., Methodische Grundfragen, Basel 1946, S.44 vd.

(138) ÖZDEŞ O., (DN.120) s.16.

(139) Krş. Pestalozza (DN.102) & 17 KN 8.

lümünü" oluşturmaktadır. Anayasa Md. 149 III onun Anayasal dayanağıdır. (140)

e. Yürürlüğü Durdurma Kararı ve Yargı Erki :

Bütün bunların dışında yürürlüğü durdurma kararı verme yetkisi yargı erki içinde bulunmaktadır ve yargılama yetkisinin doğal bir sonucudur. Bu ilke Anayasa Hukukunda da geçerlidir. Aksi halde Anayasa Mahkemesi'nin de isabetle belirttiği gibi hem ilgili kişiler hem toplum ve özellikle kamu düzeni hukuk korumasından yoksun bırakılmış olur. Anayasa Mahkemesi haklı olarak pozitif hukuk tarafından yürürlüğü durdurma kararı verme yetkisinin tanınıp tanınmadığına değil Anayasa ve ilgili yasa kurallarının bunu engelleyen kurallar içerip içermediğine önem vermiştir.

f. Yürürlüğü Durdurma Kararları ve Anayasa Mahkemesi Kararlarının Etki Gücü :

Nihayet yürürlüğü durdurma kararı verebilmesi olanağı Anayasa Mahkemesi tarafından kullanılan yargı erkinin bir etkinlik koşuludur.

Anayasa Md. 153 III e göre iptal edilen norm iptal kararı Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkmaktadır. Md.153 V e göre iptal kararları geri yürümediğinden Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının açıkladığı tarih ile bu kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı tarih arasında iptal edilen yasa yürürlükte sayılacağından ve idarenin yasanın uygulanmamasına yönelik bir karar alınması da söz konusu olmayacağına göre bu yasanın uygulanmasından avantaj sağlayacak olanlar girişimlerini arttırabilirler (141) ve yasanın iptalinden umulan sonuç ulaşılmamış olur. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin öncelikle bu durumda gerekçesini yazarak açıkladığı iptal kararı tarihi ile bu kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı tarih arasında koruyucu bir önlem olarak yasanın uygulanmasının durdurulmasına karar verilebilmesi gerekeceği tartışmasızdır. (142)

(140) Krş. Pestalozza Ch., (DN.102) & 17 KN 8; F.Anayasa Md.93 II; "Anayasa Mahkemesi ayrıca F.Anayasa ile yetkilendirildiği konularda da görev yapar.

(141) ÇAĞA T., Yürütmenin Durdurulmasına Dair İdare Hukuku Alanında Sorumluluk, İstanbul 1980, S.33; Uygulamadan=Yabancılar Mülk Satışı, K.T. 9.10.1986, E.,1986\18, K.1986\21, AMKD.22, S.233 vd. ve K.T. 13.6.1985, E.1984\14, K.1985\7 AMKD. 21, S.153 vd.

(142) AZRAK Ü.,(DN.103)S.161 vd.; TEZİÇ E., Anayasa Hukuku, (DN.105) S.214 vd.

Yürürlüğün durdurulması kurumunun Türk Anayasa Yargısına kazandırılması özellikle Anayasa'nın 91. maddesine göre TBMM nin Bakanlar Kurulu'na verdiği yetkiye dayanılarak alelacele çıkarılan kanun hükmünde kararnamelelerin Anayasa Mahkemesi'nce daha etkili bir biçimde denetimini sağlayacaktır. (143)

g. Sonuç :

Yürürlüğü Durdurma Kararı verebilme yetkisi, Anayasa ve Anayasa Mahkemesi Yasası'nda açıkça öngörülmemiş olmakla birlikte bu yetki Anayasanın sisteminden ve içerdiği genel hukuk ilkelerinden duraksamasız çıkarılabilir. Böyle bir yetkinin tanınması bir hukuk politikası ihtiyacına cevap vermektedir ve Anayasa'ya güvenin sağlanması için kaçınılmazdır. Türk Anayasa Mahkemesi isabetle boşluk doldurma ve yorumlama yetkisini kullanmış ve yürürlüğü durdurma kurumunu kararlarının etki gücünün ve anayasal denetiminin garantisinin gerekli bir aracı olarak benimsemiştir.

VI. Genel Değerlendirme :

Gerek Anayasamız, gerek F. Alman Anayasası, Anayasa Mahkemesi'ne oldukça kapsamlı egemenlik yetkileri vermektedir. Oysa demokratik bir devlette egemenliğin kullanılması yetkisi halktan kaynaklandığı ve kullanan organ halka karşı sorumlu olduğu sürece meşrudur. Ancak Anayasa Yargısının meşruluğu milli egemenliğe de sınırlar koyabilen Anayasanın üstünlüğünden kaynaklanmaktadır.

Bu belirlemeye karşın Anayasa yargısının egemenlik yetkisinin sınırları konusunda şiddetli tartışmalar süre gelmiştir. Bu konuda erkler ayrılığı ilkesinden sınırlar çıkarılmaya çalışılmış, Anayasa Mahkemesi'nin yasaların iptaline karar verebileceği ancak kendisinin norm koymayacağı, vurgulanmıştır. (T.C.Anayasa Md. 153 F.II)

Anayasa Mahkemesi'nin bir mahkeme olarak diğer organların işlemlerinin sadece Anayasaya uygunluğunu denetleyebileceği ama kendisinin bizzat insiyatifli ele alarak, siyasal bakımdan yerindelik konusunda karar veremeyeceği doğru olmakla birlikte buradan güvenilir bir sınırlama kriteri elde etmek mümkün görünmemektedir.

(143) SABUNCU Y.,Alman Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı Anme İdaresi Dergisi, Cilt 17. Sayı, 2. Haziran 1984, S.86.

Çünkü Anayasa Mahkemesi Anayasaya dayanarak önemli konularda örneğin, norm iptalinde bir bakıma yasama gücü olarak faaliyette bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'ni hukuk alanında sınırlamak ve siyasal alanda karar vermesini yasaklamak da şüpheli görünmektedir. Hukuk ve politikanın olan ve olması gereken ya da dinamik ve statik şekilde zıtlıklar oluşturduğunu kabul eden anlayışlar, aslında bunların birbirlerinden kesin olarak ayrılan kavramlar olmayıp, aynı bütünün iki yüzü olduklarını gözden kaçırmaktadırlar.

Politikadan arındırılmış bir Anayasa yargılaması kavramı hatalı olarak Anayasa Yargısının norm uygulamasını aşan siyasal ve sosyal güdümlenme fonksiyonunu yadsımaktadır. Gerek Anayasa Mahkemesi'nin gerek F. Alman Anayasa Mahkemesi'nin politik açıdan çok önemli sonuçlar doğuran kararları bir çok misalle netleştirilebilir. (144)

F. Alman Anayasa Mahkemesi'nin bazı kararlarında diğer organların yetki alanlarına çok ilertye giden ve Anayasa tarafından haklı çıkarılmayan müdahaleleri olduğunu kabul eden çevreler bile hukuk ve politika ayırımının Anayasa Yargısı'nın yetki sınırlarını belirleyemeyeceğini itiraf etmek zorundadır. Sınır belirleme konusunda Anayasa Mahkemesi'nin, yargıcın kendi kendini sınırlaması kuralına (Judicial Self Restraint) uyması önerilmiştir.

Bununla Anayasa Mahkemesi'nin içerisinde yasama ve yürütmenin siyasal çözümler aradıkları, yorum serbestisini ihtiyatla kullanması istenmektedir. (145)

Buna göre karar konusu olayı aşan aşırı bir Anayasa yorumundan çekinmek suretiyle Anayasayı gereğinden fazla zorlama eğilimine karşı koymak, Anayasa Mahkemesi'nin elindedir. F. Anayasa Mahkemesi Anayasanın bekçisi olmak durumundan çıkıp Anayasanın efendisi olmaktan kaçınılmalıdır denilmiştir. Ancak bugüne kadar hangi alanlarda ve neye

(144) BVerfGE 36,1 vd; 39,339;44,125 vd;48,127 vd;62,1 vd, AMKD S.29, S.564, E.1993/33;K. 1993/40-2; K.T. 21.10.1993; AMKD S.27, S.375, E.1991/6; K.1991/20; K.T. 3.7.1991; AMKD S.29, S.28, E.1990/22; K.1992/6; K.T. 5.2.1992; AMKD S.29,S.924, E.1992/1;K. 1993/1; K.T. 14.7.1993.

(145) BVerfGE 36, 1; BVerfGE 50,290.

göre yargıcın kendi kendisini sınırlayacağı konusunda kesin kriterler belirlenmiş değildir.

F. Alman Anayasa Mahkemesi gibi Türk Anayasa Mahkemesi de Amerikadaki F. Yüksek Mahkeme gibi bir Anayasa hukuksal uyumsuzluğu siyasal etkisi (aktüalitesi) nedeniyle reddedemez. Buna Türk hukuku bakımından herşeyden önce T.C. Anayasası Md.36 II engel oluşturur.

Aksine etkili bir temel hak korumasını tehlikeye düşüren gelişimler karşısında Anayasa Mahkemesi'ne "Judicial activism" yargısal aktivite ödevi düşmektedir. (146)

Anayasa Yargısının sınırları yine Anayasa Yargısı tarafından, sadece Anayasanın kendisinden çıkarılabilir ve Anayasa yorum metodlarının geliştirilmesi ile belirlenebilir.

Genel bir değerlendirme sonucu denilebilir ki, gerek F. Alman Anayasa Mahkemesi, gerek Anayasa Mahkememiz norm denetimi yoluyla başlangıçta tahmin edilmeyecek bir biçimde yasa koyucunun Anayasa ve özellikle temel haklara saygı göstermesini güvence altına almışlar ve yasa sürecinde Anayasanın realizasyonuna katkıda bulunmuşlardır.

Bu nedenle her iki ülkede toplum bilincinde saygın bir yere sahiptirler ve toplumun bu yüksek mahkemelere güveni tamdır. Ancak Anayasa normlarının zorunlu olarak genel ve içerikleri - belirsiz oluşu nedeniyle yasama erki ile Anayasa Yargısı arasında anayasal düzen tarafından şart koşulmuş olan dengeye zarar vermeden anayasal görevlerini yerine getirmek anayasa yargıçlarının bilgeliklerine bırakılmıştır.

Böylesine geniş yetkilerle donatılmış Anayasa yargıçları için Amerikan Supreme Court'u yargıcı Jackson'un özdeyişi daima hatırdaki tu-

(146) Krş. EvertGE 44, 197; 49.24 vd; 51,324 vd,Krş.AMKD.S.6.S.169 175, (E.1968/15 K.1968/13.K.T. 3.4.6./5 1968; Anayasa Mahkemesinin milli bakiye usulü kaldırılarak nisbi sistemin barajlı d'hondt yöntemini getiren 1036 S.1 yasanın barajı ve bunun uygulanma şeklini düzenleyen 32. maddenin 4 ve 5. fıkralarını Anayasaya aykırı bularak iptal ettiği karar "judicial activism"ın tipik bir örneğini oluşturmuştur. (ÇAĞLAR B., Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi, Anayasa Yargısı 1987, S.3. S. 167)

bulması gereken bir düstur olmalıdır; "We are not final, because we are infallible, but we are infallible, only because we are final" (147)

Siyasal iktidarın yaptırım araçlarına sahip olmayan Anayasa Mahkemesi Kararlarının geçerliliği yani mahkemenin otoritesi ona diğer Anayasa organları tarafından gösterilen saygıya dayanacaktır.

(147) "Son sözü söyleme yetkisinin bize ait oluşu kesinlikle hata yapmaz oluşumuzdan kaynaklanmamaktadır.

Asıl son söz bize ait olduğu için hata yapmamalıyız."; Rupp-V. Bürünneck W., Verfassung und Verantwortung, Baden Baden, 1.B.1983, S.365.