



T.C.
ANAYASA MAHKEMESİ

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun
55. Yılı Anısına

55 Yıl 55 Makale

www.anayasa.gov.tr



Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun
55. Yılı Anısına

55 Yıl 55 Makale

Ankara, 2017

©Anayasa Mahkemesi Yayınları

ISBN : 978-975-7427-88-9

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

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

İletişim ve İstem Adresi

Anayasa Mahkemesi Başkanlığı
Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü
İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı No: 4
06805 Çankaya / Ankara
Telefon : (312) 463 73 00
Faks : (312) 463 74 00
www.anayasa.gov.tr

Baskı ve Cilt

Epa-Mat Basım Yay. Prom. San. Tic. Ltd. Şti.
Ağaçişleri Sanayi Sitesi 1357. Sok. No:41
Yenimahalle/ANKARA
Telefon : 0312 394 48 63-64
Faks : 0312 394 48 65
www.epamat.com.tr
epamat@hotmail.com
epamatbacilik@gmail.com

Baskı Tarihi:

Nisan, 2017

ÖNSÖZ

Adalet temelinde insanı ve devleti yaşatma, günümüz demokratik toplumlarının ortak amacı hâline gelmiştir. Anayasa mahkemeleri de bu amacı gerçekleştirmek üzere varlık kazanan, anayasanın üstünlüğü ilkesini hayata geçirmek için kurulan kurumlardandır. Anayasa mahkemeleri temel hak ve özgürlüklerin seçimle gelen yasama çoğunluğuna karşı da korunması gerektiği yönündeki düşüncenin ürünü olarak ortaya çıkmışlardır. Anayasal demokrasinin alâmet-i farikası haline gelen bu mahkemelerin varlık nedeni, kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemek suretiyle anayasal adaleti gerçekleştirmektir. Anayasa şikâyetinin veya bireysel başvurunun kabul edildiği ülkelerde de anayasa mahkemeleri, kamu gücü işlemlerinin temel hak ve özgürlükleri ihlal edip etmediğini inceleyerek, uygulamanın anayasalara uyumunu denetlemektedirler.

Anayasa yargısının ortaya çıkışı ABD Yüksek Mahkemesi'nin 1803 tarihli *Marbury/Madison* kararına kadar geriye götürülür. Ancak merkezi tipte anayasa yargısı, İkinci Dünya Savaşı sonrasında yaygınlık kazanmıştır. Avrupa'da, özellikle savaş döneminde yoğun insan hakları ihlallerine neden olan totaliter rejimlere tepki olarak ortaya çıkan ve temel hak ve özgürlüklere dayanan demokratik hukuk düzenini korumak amacıyla kurulan anayasa mahkemeleri daha sonra tüm dünyaya yayılmıştır.

Ülkemizde Kurtuluş Savaşının zaferle sonuçlanmasının ardından hazırlanan 1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu'nda anayasa yargısının temelleri atılmaya başlanmıştır. 1924 Anayasası'nın 103. maddesi "Hiçbir kanun Anayasaya aykırı olamaz" hükmüyle, anayasa yargısının temeli olan "Anayasanın üstünlüğü" fikrine yer vermekte, ancak bunu denetleyecek bir yargısal organ öngörmemekteydi.

Kanunların Anayasa'ya uygunluğunun yargısal denetimini yapmak üzere Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasasıyla kurulmuştur. 25 Nisan 1962 tarihinde yürürlüğe giren 22 Nisan 1962 tarihli ve 44 sayılı "Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun"la Anayasa Mahkemesi

kurulmuş ve 28 Ağustos 1962 tarihinde resmen çalışmaya başlamıştır. Anayasa Mahkemesi'nin görev alanı zamanla genişlemiştir. Bu kapsamda en önemli gelişme, 1982 Anayasasında 2010 yılında yapılan değişiklikle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun kabul edilmesidir. Böylece temel hak ve hürriyetlerin etkili bir şekilde korunması açısından yeni ve önemli bir adım atılmıştır.

Anayasa Mahkemesi, içinde bulunduğumuz 2017 yılında elli beşinci kuruluş yıldönümünü kutlamaktadır. Anayasa Mahkemesinin kuruluşunun elli beşinci yılı vesilesiyle hazırlanmış olan bu kitaba önsöz yazmaktan duyduğum memnuniyeti ifade etmek isterim.

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

Kitabın hazırlanması sürecinde katkıda bulunan herkese teşekkür eder ve bu çalışmanın ilgililer açısından faydalı olmasını dilerim.

Nisan 2017

Zühtü ARSLAN
Anayasa Mahkemesi Başkanı

SUNUŞ

Anayasa Mahkemesi, kuruluşunun elli beşinci yılı vesilesiyle çeşitli bilimsel etkinlikler gerçekleştirmektedir. Elinizdeki çalışma da bu kapsamda hazırlanmıştır.

Bu kitap anayasa hukuku, anayasa yargısı ve insan hakları hukuku alanında yazılmış seçkin eserleri bir araya getirmek suretiyle ülkemizde Anayasa Mahkemesinin kuruluşundan bu yana geçen 55 yıllık dönemde, belirtilen alanlarda oluşan akademik birikimi bir ölçüde de yansıtmayı amaçlamaktadır. Kitaba alınacak yazılar belirlenirken anayasa hukuku ve temas ettiği diğer alanlara ilişkin yazıların bulunduğu ve 1962 yılı ve sonraki dönemde yayınlanmış süreli yayınlar ve kitaplar taranmıştır.

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

Çalışmamız her yıl için bir yazı olmak üzere, 1962 yılından başlayarak sonuncusu 2016 yılında yayınlanmış olan toplam 55 yazıyı ihtiva etmektedir. Kitapta yer alan yazıların sıralanmasında yazıların yayınlandıkları yıla göre kronolojik bir sıra izlenmiştir. Her bir yazarın sadece bir eserine yer verilmiştir. Bu çerçevede kitap 55 farklı yazar tarafından hazırlanmış yazıları ihtiva etmektedir.

Her bir yıldaki yazı seçilirken mümkün olduğu ölçüde yazının yazıldığı dönemde gündem oluşturan anayasa hukuku meseleleriyle ilgili olması gözetilmiştir. Kitaptaki yazılar genel olarak anayasa hukuku, anayasa yargısı ve insan hakları alanındaki çalışmalardan oluşmakla birlikte özel hukuk, idare hukuku, ceza hukuku, vergi hukuku ve siyaset bilimi alanla-

rıyla anayasa hukuku ve anayasa yargısının kesiştiği alanlarda hazırlanan bazı yazılar da yer bulmuştur.

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

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

İÇİNDEKİLER

1. Türk Anayasa Mahkemesi	13
<i>A. Ülkü AZRAK</i>	
2. Düşünce ve Kanaat Hürriyetlerinin Sınırı Hürriyetlerin Özüne Dokunan Sınırlamalar	57
<i>Sulhi DÖNMEZER</i>	
3. Devlet Başkanı-Meclis Çatışması.....	77
<i>Turan GÜNEŞ</i>	
4. Mutlak Yasama Dokunulmazlığı Sınırlanabilir mi?	95
<i>Çetin ÖZEK</i>	
5. Dâva Mahkemelerinde Anayasaya Aykırılık Defi ve Re'sen Sevk	123
<i>Servet ARMAGAN</i>	
6. Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Siyasî ve Kazaî Teminâtı Yönünden 20 Nisan 1340 Anayasamız.....	153
<i>Recai G. OKANDAN</i>	
7. 1961 Anayasasında Devlet Başkanı Kararnamelerinin İmzalanması (Md. 98,2).....	171
<i>Orhan ALDIKAÇTI</i>	
8. Anayasa Diyalektiği Açısından Özerk Kuruluşların Görevi.....	189
<i>Mümtaz SOYSAL</i>	
9. «Anayasa ile Temel Hak ve Hürriyetler İlişkisi» Üstüne İki Sorun ve Bir Örnek Olay.....	203
<i>Bülent TANÖR</i>	
10. Anayasayı Değişirme Yetkisinin Sınırları	223
<i>Rona SEROZAN</i>	
11. Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler	231
<i>Erdoğan TEZİÇ</i>	

İÇİNDEKİLER

12. Anayasaya Aykırılık Kavramının Tanımlanması Yolunda Bir Deneme.....	245
<i>A. Recai SEÇKİN</i>	
13. İtiraz Yoluna Başvuran Mahkeme ve Bakılmakta Olan Dava	295
<i>Tunçer KARAMUSTAFAOĞLU</i>	
14. 1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesine Göre Hakkın Özü Kavramı ve Mülkiyet Hakkının Özü.....	303
<i>Esin ÖRÜCÜ</i>	
15. Anayasamızın Dayandığı Temel İlkeler.....	319
<i>A. Selçuk ÖZÇELİK</i>	
16. Kişi Güvenliği	335
<i>Timur DEMİRBAŞ</i>	
17. Millî Güvenlik Kavramı ve Millî Güvenlik Kurulu	355
<i>Rona AYBAY</i>	
18. İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması: Yeni Gelişmeler ve Sorunlar	375
<i>Münci KAPANİ</i>	
19. Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme	389
<i>Nami ÇAĞAN</i>	
20. Açık Parlamento Üyeliklerinin Ara Seçimleri Yoluyla ya da Yedeklerle Doldurulması	411
<i>Hikmet Sami TÜRK</i>	
21. Anayasa Mahkemeleri ve Siyasal Polemikler	457
<i>Metin KIRATLI</i>	
22. 1982 Anayasasında Temel Hakların Genel Kuralları	463
<i>Tekin AKILLIOĞLU</i>	
23. Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu	479
<i>Lûtfi DURAN</i>	
24. Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları	507
<i>Bakır ÇAĞLAR</i>	

İÇİNDEKİLER

25. Anayasa Mahkemesi Yargıcı (Üyesi).....	537
<i>Bülent DÂVER</i>	
26. Yargı Denetiminin Kapsamı	555
<i>Sait GÜRAN</i>	
27. Halkoylamasının Değeri	565
<i>Kemal GÖZLER</i>	
28. Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasanın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri.....	581
<i>Selim KANETİ</i>	
29. Parlamenter Rejimde Devlet Başkanının Konumu ve 1961 - 1982 Anayasalarında Durum.....	597
<i>Burhan KUZU</i>	
30. Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri	661
<i>Mehmet TURHAN</i>	
31. Anayasa Mahkemeleri (ya da Yargısının) Meşruiyeti	681
<i>İl Han ÖZAY</i>	
32. Anayasa Mahkemesi'nin Özel Okullarda %10 Ücretsiz Öğrenci Okutulmasına İlişkin Kararının Eleştirisi ve Düşündürdükleri	691
<i>Güneri AKALIN</i>	
33. Anayasa Hukuku ve Milletlerarası Sözleşmeler Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanması	709
<i>Şeref ÜNAL</i>	
34. Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi “Yüce Divan”	733
<i>Bahri ÖZTÜRK</i>	
35. Türkiye’de Uygulanan Seçim Sistemleri ve Bunlara İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Nasıl Bir Seçim Sistemi	775
<i>Necmi YÜZBAŞIOĞLU</i>	
36. 1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi.....	821
<i>Erdal ONAR</i>	
37. Düşün Özgürlüğü	887
<i>Sami SELÇUK</i>	

İÇİNDEKİLER

38. Toplumsal Tercih Kuramı Çerçevesinde Anayasa'nın 67. Maddesinde Yer Alan Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar İlkelerinin Değerlendirilmesi.....909
Seyfettin GÜRSEL
39. Siyasi Partilerin Kapatılması Rejiminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi931
Oktay UYGUN
40. "Hayat Standardı Esası"nın Anayasaya Uygunluğu Sorunu947
Merih ÖDEN / Mustafa AKKAYA
41. 2001 Anayasa Değişiklikleri Kapsamında 13. Maddeye İlave Edilen "Laik Cumhuriyetin Gerekleri" Yönündeki Değişikliğin Anlamı ve Sonuçları.....981
Abdurrahman EREN
42. Türk Anayasası Açısından Vergilendirmenin Sınırları (Vergilendirmenin Yasallığı ve Vergilendirmede Adalet İlkesi)1005
Yılmaz ALİEFENDİOĞLU
43. Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu.....1029
M. Yavuz SABUNCU / Selin ESEN ARNWINE
44. Türkiye'de "İdeolojik Devlet" Gölgesinde Yargı ve Bağımsızlığı Sorunu.....1047
Fazıl Hüsnü ERDEM
45. Seçim Sistemleri ve Siyasî Çoğulculuk
Demokratik Meşruluk Açısından Bir Değerlendirme1069
Levent KÖKER
46. Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi.....1083
Ergun ÖZBUDUN
47. Anayasa Yargısında Yokluk.....1097
Osman CAN
48. Geçmişten Günümüze Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Seçimlerde Adaylığı.....1135
Ayhan DÖNER

İÇİNDEKİLER

49. Hukuk ve Siyaset İlişkisi Bağlamında Türk Anayasa Mahkemesi'nin
Laiklik Politikası.....1169
Mustafa ERDOĞAN
50. Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkının
(Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında
Değerlendirilmesi.....1187
Ece GÖZTEPE
51. Sahte Bir Karşıtlığın Çözümü Hukuk Devletinde Özgürlük Güvenlik
İlişkisi1213
Nihat BULUT
52. Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi1233
Yavuz ATAR
53. Siyasi Kimlik Olarak Vatandaşlık: Türkiye'de ve Dünya Devletlerinde
Anayasal Vatandaşlık Tanımları1269
Levent KORKUT
54. Kuruluşundan Bu Yana Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü .. 1305
Serap YAZICI
55. AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Gizli Tanıklara Soru
Sorma Hakkının Kullanılması.....1333
Burcu DÖNMEZ

(1. Makale - 1962)

A. Ülkü AZRAK

*Türk Anayasa Mahkemesi
Anayasa Düzenindeki Yeri - Teşkilâtı -
Fonksiyonları **

* A. Ülkü Azrak, "Türk Anayasa Mahkemesi Anayasa Düzenindeki Yeri - Teşkilâtı - Fonksiyonları", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 28, S. 3-4, 1962, s.649-700.

TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ ¹

Anayasa Düzenindeki Yeri - Teşkilâtı - Fonksiyonları

Asistan A. Ülkü AZRAK

I

Konuya Giriş

1961 Türk Anayasası, Hukuk Devleti idealine erişebilmek için Devletin bütün faaliyet ve işlemlerini yargı denetimine bağlı tutmuştur. Anayasanın kabul ettiği prensibe göre, İdarenin eylem ve işlemlerine karşı idare Mahkemelerine, Parlâmentonun koyduğu kanunlara karşı ise Anayasa Mahkemesine başvurulabilir ².

Kanunların Anayasa uygunluğunun denetlenmesi, Hukuk Devleti açısından büyük bir önem taşır. Çünkü Anayasanın korunması, kişisel hak ve hürriyetlerin olduğu kadar, bütün hukuk düzeninin de korunması demektir. Bu sebeple 1961 Anayasası, Türk hukukunda ilk defa olmak üzere bir «Anayasa Yargısı» kabul etmiştir. Bu, Türk Anayasa Hukuku tarihinde bir dönüm noktası sayılmak gerekir. Kanun koyucu, bundan böyle, kuvvetli hukukî etkiye sahip bağlarla bağlanmıştır. Anayasanın 8. maddesine göre «Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz». Aynı maddede Anayasa hükümlerinin gerek kişileri, gerekse bütün Devlet organ ve makamlarını bağladığı ifade edilmiştir. Ancak burada konumuzu ilgilendiren, sadece Kanun koyucu bakımından kabul edilmiş olan bağlardır. Kanun koyucu, kendisi için tanınmış olan sınırları aştığı ve Anayasa bağlarını ihlâl ettiği takdirde, Anayasa Mahkemesinin yetki alanına giren bir mesele ortaya çıkar; çünkü Anayasa Mahkemesi her şeyden önce Anayasanın ve Anayasa düzeninin koruyucusudur ³.

-
- [1] Bu etüd, 20 Temmuz 1961 tarihinde Almanya'nın Karlsruhe şehrinde Federal Almanya Anayasa Mahkemesi nezdinde, İstanbul Üniversitesi öğretim üyeleri ve yardımcılarının da katıldığı bir konferansta almanca olarak sunulan «Verfassungsgerichtsbarkeit in der Türkei - Türkiyede Anayasa Yargısı» adlı rapordan genişletilerek yeniden kaleme alınmıştır. Etüdün almanca metni, Almanya'da her yıl yayınlanmakta olan «Jahrbuch des öffentlichen Rechts - Kamu Hukuku Yıllığı» adlı eserin 1962 yılına ait 11. cildinde, daha kısa olarak yer almıştır.
- [2] Anayasa, 114. maddesiyle İdarenin bütün eylem ve işlemlerini yargı denetimine bağlı tuttuğu için, mahiyet ve varlığı üzerinde uzun zamandır tartışılan «Hükümet Tasarrufları»nın Anayasamızın bu prensibine göre artık ortadan kalkmış olduğu söylenebilir.
- [3] «Anayasanın Koruyucusu» kavramı için bakınız: **Gerhard Lelbholz**: Strukturprobleme der modernen Demokratie, 1958, Karlsruhe, s. 173.

Türkiye’de Anayasa Yargısının kurulması için yıllardan beri gösterilen gayretler, politikanın yargı yoluyla denetlenmesi fikrine paralel olarak gelişmiştir. Gerçekten Kanun koyucunun faaliyeti, mahiyeti icabı politik bir yöne sahiptir ve bu faaliyetin yargı yoluyla denetlenmesi de dolayısıyla politikanın yargı fonksiyonunun denetleme alanına sokulması anlamına gelir. Anayasa Yargısı kabul edilirken politikanın bu yoldan denetlenmesinde hiç bir tehlike görülmemiştir. Bunun sebeplerinden biri, 1961 Anayasasının yürürlüğünden önceki devirlerde Kanun koyucunun, kişisel hak ve hürriyetleri sık sık ihlâl eden, kötüye kullanılmış politikasından çok acı dersler alınmış olmasıydı. Parlâmento kararlarının ve dolayısıyla Parlâmentodaki politik grupların tartıştıkları bir takım problemlerin Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesiyle Yargı fonksiyonunun politikaya karıştırılmış olup olmayacağı meselesi üzerinde tartışılmış değildir. Esasen politikanın yargı yoluyla denetlenmesi kavramıyla, yargı fonksiyonunun politikaya karıştırılmasının birbirinden ayrılması gerektiği hususunda da herhangi bir tereddüt yoktur ⁴. Kanunların Anayasaya uygunluğunun denetlenmesi, politik mesele ve kararların hukuk normlarının ışığı altında, objektif bir davranışla gözden geçirilmesinden başka bir şey değildir. Denmektedir ki, ««hukuk yoluyla korunma ihmal edilmektense, politika yargı denetimiyle sınırlansın!» Şu kadar ki politikanın bu şekilde sınırlanması, politik faaliyet gösteren Devlet organlarının hukuk yaratma ve toplumsal bağları şekillendirme imkânlarının tatbikatta gereğinden fazla daraltılmasına kadar varmamalıdır. Bilhassa, gelişme devresinde bulunan Türkiye’nin gelecekte, etkileri toplumun alt yapısına kadar varacak olan esaslı ekonomik ve sosyal tedbirlere ihtiyacı vardır. Bu sebeple de Anayasada yer alan «Sosyal Devlet Prensibi» ve ülkenin sosyal - ekonomik kalkınmasını sağlayacak hükümler, Kanun koyucuya ve İdareye bazı hususlarda takdir yetkisi vermiştir ⁵.

Anayasa Mahkemesinin en önemli görevi, Kanun koyucunun, hukuk yaratma fonksiyonuna Anayasa tarafından konmuş bulunan sınırları aşmış olup olmadığını denetlemektir. Yüksek Mahkeme bu görevini yerine getirirken sadece alt normun üst norma şeklen uygunluğuna dayanan «şekli hukuk devleti» kavramını değil, aynı zamanda adalet, kanun karşısında eşitlik ve insan haysiyetine hörmet gibi prensipleri gerçekleştirmeğe çalışan «maddî hukuk devleti» kavramını da gözönünde tutmak zorundadır ⁶. Çünkü dengeli ve sağlam bir Anayasa düzeni, ancak bu prensiplere hörmet ve riayet edildiği takdirde gerçekleşebilir. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi, kanunların Anayasanın sadece lâfzına değil, aynı zamanda ruhuna ve amaçlarına da uygun olup olmadığı hususunu araştıracaktır.

[4] Anayasa Yargısıyla politika arasındaki ilgi için bakınız: **Turhan Feyzioğlu**: Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazaî Murakabesi, 1951, Ankara, s. 345.

[5] **A. Ülkü Azrak**: Sosyal Devlet ve 1961 Türk Anayasasının Sistemi (İst.Üniv. Huk. Fak. Mec., Cilt: XXVII, Sayı: 1-4. 1962, s. 219).

[6] **Baeumlin**: Die rechtsstaatliche Demokratie - 1954, Zürich, S. 47-50.

II

Anayasa Mahkemesinin Anayasa Düzenindeki Yeri

Anayasa Mahkemesinin Anayasa düzeni içerisindeki yerinin tayin edilmesi meselesi, Anayasa Yargısının diğer ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de müesseseleştirilmesi ve hukuken değerlendirilmesi bakımından büyük bir önem taşımaktadır. Aynı mesele İtalya ve Federal Almanya'da da bu ülkelerin Anayasa Mahkemeleri hakkında geniş ölçüde tartışılmıştır⁷.

1. Anayasa Mahkemesi hakkındaki hükümler 1961 Anayasasının «Yargı» başlığını taşıyan bölümünde (Üçüncü Kısım - Üçüncü Bölüm) yer almaktadır. İlk bakışta bundan çıkarılacak sonuç, Anayasanın Yüksek Mahkemenin faaliyetini, Devletin Yargı Fonksiyonunun tatbikinden ibaret saydığıdır⁸. Gerçekten, bu açıdan bakıldığı takdirde, Anayasa Mahkemesi fonksiyonel niteliği itibarıyla bir Yargı Organı olarak görünür. Fakat şuna da işaret etmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesinin fonksiyonu diğer Yargı Organlarının fonksiyonlarından birçok sebeplerle ayrılır. Bir kere Anayasa Mahkemesinin fonksiyon alanına çeşitli işler girer (kanunların Anayasaya uygunluğunun denetimi, Yasama Meclislerinin kendi üyeleri hakkındaki işlemlerinin denetimi, Yüce Divan görevi, Siyasî Partilerin denetimi, bazı idari görevler), bundan başka Anayasa Mahkemesinin görevleri mahiyetleri itibarıyla, klişeleşmiş, klâsik Yargı kavramına mutlak surette sokulamaz. Meselâ Anayasa Mahkemesinin tipik Anayasa Yargısı Fonksiyonu ele alındığı zaman görülür ki, bu fonksiyonun ifası esnasında Yüksek Mahkeme, Parlâmentonun politik faaliyetinin eseri olan kanunları denetlemekte ve bu suretle Anayasa dışındaki pozitif hukuk normlarının üstüne çıkarak politik alana da girmektedir. Halbuki Danıştay ve Yargıtay gibi Yüksek Mahkemeler de dahil olmak üzere klâsik Yargı Fonksiyonunu görmekle olan bütün mahkemeler, kanun şeklindeki pozitif hukuk normlarına bağlıdırlar. Hattâ Adliye Mahkemeleri sadece kanunlara değil, aynı zamanda Kararname, Yönetmelik ve Tüzük gibi daha alt derecedeki objektif hukuk normlarına da bağlı olup bunların hukuka uygun olup olmadıklarını incelemek yetkisine sahip değildirlir. İşte bilhassa bu noktada

[7] **Geatano Azzariti**: La posizione della Corte Costituzionale nell'ordinamento dello Stato Italiano (İtalyan Anayasasının 10. yıldönümü münasebetiyle neşredilen «Raccolta di Scritti sulla Costituzione» isimli eserdeki bir makale - Milano, 1958) s. 445

Gerhard Leibholz: Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts (Jahrbuch des öffentlich Rechts» isimli eserin 6. cildinde - 1957, s. 109-221)

[8] Burada bilhassa «Yargı Fonksiyonu» ndan bahsederken «Yargı Erki» deyimini kullanmamız sebepsiz değildir. Gerçekten 1961 Anayasası, 1924 Anayasasındaki «Yasama Erki», «Yürütme Erki» ve «Yargı Erki» deyimleri yerine, sadece «Yasama», «Yürütme» ve «Yargı» deyimlerini kullanmıştır. Bunlarla kastedilen ise Devletin üç fonksiyonudur. Buradan da kolayca anlaşılabacağı gibi 1961 Anayasası, klâsik anlamda kuvvetler ayrılığını değil, sadece fonksiyon (görev) ayrılığını kabul etmiştir. Bu sebepten Türkiye'de kuvvetler ayrılığından bahsedildiği takdirde bu, hatalı bir görüşün ifadesi olarak kabul edilmelidir.

Anayasa Mahkemesiyle, diğer Yargı Organları arasındaki fark göze çarpar şekilde ortaya çıkmaktadır.

1961 Anayasasının, bağımsız bir Anayasa Yargısı Mercii kurmakla Yargı Fonksiyonu alanında plüralist bir sistem kabul etmiş olup olmadığı hakkında henüz belirli bir fikir ileri sürülmüş değildir. Mamafih şurası muhakkaktır ki, Anayasa Mahkemesi, Yargı Fonksiyonunun tamamen bağımsız bir dalını teşkil etmektedir. Çünkü onun kararları, otomatikman muhkem kaziyeye niteliğini kazanmakta (istisnalara ilerde temas edilecek) ve bu kararlara karşı artık herhangi bir kanun yoluna gidilememektedir (Anayasa, m. 152/1).

Bundan başka Anayasa Mahkemesi, maddî anlamda Yargı Fonksiyonunun en yüksek organıdır; çünkü onun kararları, bütün diğer yargı organlarını bağlar (Anayasa, m. 152/V).

2. Anayasa Mahkemesi, esas itibarıyla bir Anayasa Organı sayılmak gerekir. Bu görüş, aşağıdaki delillere dayandırılabilir:

a) Anayasa Mahkemesi sadece bir mahkeme olarak yargı fonksiyonunu ifa ederken değil, aynı zamanda teşkilâtı ve bütçe işleri hususunda da bağımsızlığa sahiptir. Mahkeme üzerinde hiç bir Bakanlığın idari yetkileri (meselâ, idari denetleme... v.s.) bahis konusu değildir. Anayasa Mahkemesi, bir Anayasa Organı olarak hiç bir Anayasa Organına bağlı değildir. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 2. maddesi bunu açıkça ifade etmiştir. Bu maddeye göre: «Anayasa Mahkemesi hiç bir makama bağlı değildir. Üyeleri, görevlerini, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının sağladığı teminat altında yaparlar»⁹. Bu hükümden de anlaşılacağı gibi Anayasa Mahkemesi, mahiyet ve görevleri bakımından doğrudan doğruya Anayasaya dayanmakta ve üyeleri hakkındaki teminat bakımından da Hâkimler Kanunu veya diğer kanunlara değil, doğrudan doğruya Anayasaya atıf yapılmaktadır.

Yüksek Mahkeme, kendi idari işlerini bizzat yürütür. Bu konuda bilhassa mahkeme personelinin, Mahkeme Başkanı ve Genel Sekreter tarafından tayinine ve mahkeme üyelerine yıllık izinlerini verme yetkisinin Bakana değil, Mahkeme Başkanına ait oluşuna işaret etmek gerekir (Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun, m. 55 ve 56).

Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyeleri hakkında olduğu gibi memurları hakkında da görevlerinden doğan ve görevleri esnasında işledikleri suçlar-

[9] İstanbul Üniversitesi Anayasa Komisyonunun Ön Tasarısının 170. Maddesi şöyleydi «Anayasa Mahkemesi, Anayasayı ve Anayasaya hâkim esasları korur, Anayasa ile kendisine verilmiş belli görevleri yerine getirir. Anayasa Mahkemesi, Devletin bütün organları karşısında bağımsızdır». Kanaatimizce Anayasaya alınmayan bu madde, Yüksek Mahkemenin mahiyet ve Anayasa düzeni içerisindeki yerini çok iyi belirtmekteydi. Mamafih bu maddenin Anayasaya alınmamasından, Anayasa mahkemesinin bağımsızlığının ve bir Anayasa Organı oluşunun belirtilmesinden çekinildi manası çıkarılamaz. Bu, olsa olsa mezkûr maddenin lüzumsuz ad-dedilerek Kurucu Meclisin Anayasa Tasarısına alınmamış olması şeklinde anlaşılabilir.

dan ötürü ceza kovuşturması bizzat Mahkemece yapılır (Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, m. 31).

Anayasa Mahkemesinin bütçesi, herhangi bir Bakanlığın bütçesi içerisinde yer almayıp, genel bütçe çerçevesi içinde tamamen bağımsız bir bütçe olarak düzenlenir (Anayasa Mahk. Kur. Hk. K., m. 53).

b) Anayasa Yargısının varmak istediği hedef, Anayasanın korunması, başka bir söyleyişle, Anayasa düzeninin korunması ve Anayasa Hukuku tatbikatının geliştirilmesidir. İşte bu hedef, Anayasa Mahkemesini, esas itibarıyla bir dâvanın tarafları arasındaki birbirine zıt hukukî iddialara dayanan somut (concret) bir anlaşmazlığı çözmekle görevli diğer yargı organlarından ayırır. Buradan da anlaşılacağı gibi Anayasa Mahkemesi kaideten soyut (abstrait) hukukî meseleleri çözmek, yani hukuk kaidelerini objektif olarak açıklamak suretiyle Devletin hürriyetlere dayanan demokratik düzenini korumak ödevini yüklenmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu ödevi yerine getirirken, Devletin pozitif hukukuna bağlı olduğu gibi, pozitif hukukun üstünde yer alan ve topluma ait olan ya da ona maledilmesi gereken üstün hukukî değerlere de bağlıdır.

Bundan başka Anayasa Mahkemesi, kanunları denetlerken (ki buna «Norm kontrolü» da denmektedir) yaptığı araştırmalar dolayısıyla Kanun koyucunun siyasî görüş ve tutumunu da hukuk açısından denetlemek durumundadır. Fakat bundan, Anayasa Mahkemesinin Kanun koyucunun fonksiyonuna benzer bir fonksiyona sahip olduğu anlaşılmamalıdır. Gerçi Anayasa Mahkemesi, Anayasaya aykırı gördüğü kanunları iptal etmek suretiyle doğrudan doğruya hükümsüz kılabilir¹⁰. Lâkin yapabileceği bundan ibarettir. Meselâ Anayasaya aykırı hükümler ihtiva eden bir kanunun bu hükümlerini Anayasaya uygun şekle sokmak üzere değiştiremez, yahut iptal ettiği bir kanun yerine yenisini koyamaz.

Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi, kararları, bütün aslî ve ferî, direkt ve endirekt Devlet organlarını bağlayan bir Devlet organı olarak Anayasa düzenindeki durumunu ve fonksiyonlarını tamamen ve doğrudan doğruya Anayasadan almaktadır. Anayasa Mahkemesinin tekml fonksiyonları Anayasanın 19., 57., 81., 140., 142. ve 147. maddelerinde sayılmıştır. Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hk. Kanun, Yüksek Mahkemeye bunların dışında fonksiyonlar vermiş olmayıp, tamamen Anayasadaki ilgili hükümleri tekrarlamakla yetinmiştir¹¹.

[10] Bu münasebetle şuna işaret edilmelidir ki, Anayasa Mahkemesinin bir kanunun Anayasaya aykırılığını tespit ve ilân eden hükmü, kanunu doğrudan doğruya yürürlükten kaldıracı bir tesiri haizdir (Anayasa, madde 152/11). Araya kanun koyucunun kararının girmesine lüzum yoktur.

[11] Her ne kadar sayın Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta «Türkiye’de Anayasa Yargısı» isimli makalesinde, (Ankara Üniv. Huk. Fak. Derg. - Cilt: XVIII, 1961, Sayı: 1-4, s. 558) Anayasa Mahkemesinin fonksiyonlarının Anayasadakilerden ibaret sayılmasında bir zaruret bulunmadığını

Yukarda açıklanmağa çalışılan gerçekler, kanaatimizce Anayasa Mahkemesinin gerek teşkilâtına, gerekse fonksiyonuna ait özellikler itibariyle bir Anayasa Organı niteliğini taşımakta olduğunu göstermektedir. Yüksek Mahkemenin Anayasa’nın sistemi içerisinde Devlet Fonksiyonlarının ayırımı bakımından Yargı Fonksiyonu bölümünde düzenlenmiş olması, onun aynı zamanda bir Anayasa Organı olmasına engel değildir.

III

Anayasa Mahkemesinin Teşkilâtı

1. Genel olarak:

Anayasa Mahkemesi, teşkilâtı bakımından da diğer Yargı Organlarına nazaran farklı bazı özellikler taşımaktadır. Bu özellikler şöyle özetlenebilir:

a) Anayasa Mahkemesi, dairelere, heyetlere bölünmüş olmayan üniter (birlik arzeden) bir mahkemedir. Türk Anayasa Mahkemesinin, bazı Devletlerin Anayasa Mahkemelerinde olduğu gibi heyetlere bölünmüş olmamasının sebepleri fikrimizce şunlardan ibarettir ¹²:

aa — Türk Anayasa Mahkemesi, muhtelif heyetler (sénats = départements) halinde faaliyet gösteren başka Devletler Anayasa Mahkemeleri kadar çeşitli ve çevresi pek geniş görevler yüklenmiş değildir. Yüksek Mahkemenin fonksiyonları bahsinde de gösterileceği gibi bu görevler, birkaç kategori halinde toplanabilir.

bb — Anayasa Mahkemesinin dairelere, heyetlere bölünmemiş olması sayesinde Anayasa Yargısında yeknesaklık, içtihat birliği daha iyi sağlanabilir.

b) Anayasa Mahkemesine hukukçu olmayan üyeler de seçilebilir. Şu kadar ki üye hukukçu değilse, «Üniversitelerde iktisat veya siyasal bilimler alanlarında en az beş yıl öğretim üyeliği yapmış olması» şarttır (Anayasa, m. 145/IV). Şüphe yok ki Anayasayı hazırlayanlar, Anayasa Mahkemesinin sırf hukukçulardan ibaret bir mahkeme olması gerektiği kanaatini taşıyorlardı. Hattâ denebilir ki hukukçu olmayanların da Anayasa Mahkemesine üye olabilmelerini sağlayan Anayasa hükmü, özel bir maksatla konmuştur. Şöyle ki, Anayasa Yargısı alanında sadece teknik hukuk problemleri değil, Türkiye’nin

ve bu fonksiyonların âdi bir kanunla genişletilebileceğini iddia ediyorsa da biz bu kanaate katılmıyoruz. Fikrimizce Anayasanın 147 maddesinde «Anayasa ile verilen diğer görevleri yerine getirir» dendiğine göre bu fonksiyonlar Anayasa ile sınırlanmıştır.

[12] Gerçekten bilhassa Türk Anayasa Mahkemesine ait Anayasa hükümleri hazırlanırken gözönüne alınmış olan Alman Federal Anayasa Mahkemesi iki daireden (Senat) meydana gelmiştir. Fakat bu mahkemenin fonksiyonları da pek çeşitlidir. Federal Anayasa Mahkemesi Kanununun 13. maddesinde, Mahkemenin fonksiyonları 15 bent içinde sayılmıştır.

Bu fonksiyonların aksamadan görülebilmesi için, birbirine paralel olarak Alışan sekizer hâkimli iki daire teşkil edilerek bunlar arasında görülecek ihtilâfın cins ve mahiyetine göre iş bölümü yapılmış olması gerçekten akla yakındır.

Türk Anayasa Mahkemesi Anayasa Düzenindeki Yeri

sosyal ve ekonomik gerçeklerinden çıkan ve bu sebeple sosyal ve ekonomik alanlarda derin bilgiye ihtiyaç gösteren problemlerin de bahis mevzuu olduğu gözden kaçırılmamıştır.

c) Anayasa Mahkemesi, bağımsız bir teşkilâta sahiptir, önce de işaret ettiğimiz gibi, bunun ifade ettiği anlam, Yüksek Mahkemenin kendi teşkilâtına ait idarî işlerinde hiç bir Devlet Organının direktif veya denetimine bağlı olmadığıdır. Bu konuda yukarıda açıklamada bulunduğumuz için daha fazla bir şey söyleyecek değiliz.

2. Üyelerin seçim ve tayini:

Anayasa Mahkemesi 15 daimî ve 5 yedek üyeden kurulur. Bu üyelerde aranan şartlar, Anayasa'nın 145. ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşuna ait Kanunun 3. maddesinde, aşağıdaki şekilde sayılmıştır:

a) Kırk yaşını bitirmiş, altmış beş yaşını doldurmamış olmak,

b) Aşağıdaki faaliyetleri göstermiş olmak:

aa — Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay veya Sayıştayda Başkanlık, Üyelik, Başsavcılık, Başkanun sözcülüğü veya,

bb — Üniversitelerde hukuk, iktisat veya siyasal bilimler alanlarında en az beş yıl öğretim üyeliği veya,

cc — Onbeş yıl avukatlık,

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

Anayasa, Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçiminde 3 sistemden ibaret bir karma sistem kabul etmiştir. Bahsi geçen üç sistem şunlardır:

A) Anayasa hâkimlerinin Parlâmento tarafından seçimi,

B) Anayasa hâkimlerinin Devletin Yüksek Mahkemelerindeki hâkimler tarafından seçimi (cooptation),

C) Anayasa hâkimlerinin Cumhurbaşkanı tarafından nasb ve tayini.

Türk Anayasasında bir karma sistem kabul edilmiş olmasının sebebi, fikrimizce, böyle bir sistem sayesinde Anayasa Mahkemesinin terettüp ve teşekkülünde belirli bir yöndeki bir etkilemenin önlenebileceği gerçeğidir. Anayasa hâkimlerinin seçimi usullerine gelince, bunlar seçimi yapan her makama göre değişmektedir.

A) Anayasa hâkimlerinin Parlamento tarafından seçimi:

Anayasa Mahkemesine Millet Meclisi 3, Cumhuriyet Senatosu 2 üye seçer. Seçim gizli oyla ve her meclisin üye sayısının 2/3 çoğunluğuyla gerçekleşir.

Seçilecek 5 üyeden ikisi, Üniversitelerin Hukuk, İktisat ve Siyasal Bilgiler Fakültelerinin birlikte yaptıkları toplantıda tespit edecekleri aday listeleri ile Yasama Meclislerine teklif olunur. Geri kalan üç üye de, Yasama Meclislerine mensup milletvekillerinin dışından seçilir ¹³ .

B) Anayasa hâkimlerinin Yüksek Mahkemelerce seçimi (cooptation):

Anayasa Mahkemesi üyelerinden sekizi, Devletin Yüksek Mahkemeleri tarafından seçilir. Şöyle ki bu sekiz üyeden dördü, Yargıtay Genel Kurulunca kendi başkan ve üyeleriyle Başsavcı arasından, üçü Danıştay Genel Kurulunca kendi Başkan ve üyeleriyle Başkanun sözcüsü arasından ve biri de Sayıştay Genel Kurulunca kendi başkan ve üyeleri arasından, üye sayısının salt çoğunluğuyla ve gizli oyla seçilir.

C) Anayasa hâkimlerinin Cumhurbaşkanınca secim ve tayini:

Anayasa, Cumhurbaşkanına, Yürütme Fonksiyonunun başında bulunması ve bilhassa tarafsız sayılması dolayısıyla Anayasa Mahkemesine iki üye seçmek ve tayin etmek yetkisini vermiştir. Cumhurbaşkanı, bu üyelerden birini, Askerî Yargıtay Genel Kurulunun, üye tamsayısının salt çoğunluğuyla ve gizli oyla göstereceği üç aday arasından seçer ve tayin eder.

Yedek üyelere gelince (ki daha önce de söylediğimiz gibi bunların sayısı beştir); bunlardan ikisini Yargıtay, diğer ikisini Yasama Meclisleri ve birini de Danıştay seçer. Yedek üyelerin seçiminde de, asılların seçimindeki usul uygulanır.

3. Anayasa Mahkemesi üyelerinin hukuki durumu:

a) Anayasanın metninden ve ruhundan anlaşılacağı gibi, Anayasa Mahkemesi üyeleri, yüksek derecede hâkimler sayılırlar. Bu gerçek, bir kere Anayasa Mahkemesinin en yüksek Yargı Organı ve Anayasa Organı olması keyfiyeti ile ilgilidir. Bundan başka Anayasa hâkimlerinin hukukî durumu (statut juridique), doğrudan doğruya Anayasaya (m. 145/IV ve 146), tamamlayıcı hükümler bakımından da Anayasa Mahkemesinin Kuruluşuna dair Kanuna (m. 3, 11-17, 44, 46, 54, 55) dayanmaktadır. Bu konuda Hâkimler Kanununa ise esas itibarıyla bir atfı yapılmış değildir. Yalnız bunun tek istisnası, Anayasa Mahkemesi üyeliğinin, hâkimlik mesleğinden çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı (ki bu hallerin tayini Hâkimler Kanununa bırakılmıştır) hüküm giyme sonucunda sona ermesidir.

[13] Anayasa, bu üyelerin Yasama Meclisleri dışından seçilmesi sistemini kabul etmekle Anayasa Mahkemesinin siyaset dışı (a-politique) karakterini garanti altına almak istemiştir. Bununla beraber Türk Anayasa Mahkemesi üyeleri bilirken gene de bir takım güçlüklerle karşılaşmış ve gerekli çoğunluk sağlanıncaya kadar Millet Meclislerindeki seçim bir kaç defa tekrarlanmak zorunda kalmıştır. Bu gerçek göstermektedir ki, bu gibi seçimlerde siyasi kuvvet ve faktörlerin tamamıyla bertaraf edilmesine imkân yoktur. Aynı olay İtalya’da da vuku bulmuş Parlamento tarafından üye seçilmesi için tam 3 yıl beklenmiştir. (Bk. **Gaetano Sciascia**, *Verfassung der italienischen Republik und ihre Entwicklung bis 1958*. Jahrb. d öf-lentl. Rechts, Band 8. s. 177.)

Anayasa Mahkemesinin en az 5 üyesi meslekten hâkim olmak zorunluluğundadır. Çünkü bunlar, Yargıtay ve Askerî Yargıtay üyeleri arasından seçilir. Yargıtay ve Askerî Yargıtay üyeleri ise bilindiği gibi tamamen meslekten hâkimlerdir. Danıştay ve Sayıştaydan gelen üyeler meslekten hâkim (yani Hukuk Fakültesinden mezun olarak hâkimlik stajı yapmış kişiler kastedilmektedir) olabilecekleri gibi, böyle olmayabilirler de. Zira bu mercilerde hukukçu olmayan üyeler de yer almaktadır. Gerçi Danıştay üyeleri de hâkim sayılmaktadırlar. Fakat bunlar yukarda kastedilen dar anlamda hâkim kavramına girmezler. Mamafih, Anayasa Mahkemesi üyelerinin meslekten hâkim olmalarıyla olmamaları arasında, Anayasa Hâkimliği statüsü bakımından bir fark yoktur. Gerçekten Anayasa Mahkemesinin bütün üyeleri tekaüt edilinceye kadar vazife görmek üzere seçilmiş olup, üyelikten ayrılmaları bazı ülkelerde olduğu gibi belirli bir sürenin bitimine bağlanmamıştır ¹⁴. Diğer hükümler bakımından da bütün üyeler eşit durumdadırlar.

b) Anayasa Mahkemesi üyelerinin genel olarak Devlet memuru sayılıp sayılmadıkları meselesi, pozitif hukuk bakımından tamamen çözümlenmiş değildir. Fikrimizce Anayasa hâkimleri geniş anlamda Devlet memuru sayılsalar bile bunun pratik bir önemi yoktur. Çünkü asıl mesele, hâkimlik statüsü bakımından Anayasa hâkimlerinin sahip oldukları özel durum ve garantilerdedir. Şu kadar ki bu konuda da meslek statüsü bakımından bir garanti yeter-sizliğinden bahsedilebilir ¹⁵.

c) Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri hakkındaki 44 sayılı Kanunun ikinci kısmının 2. ve 3. bölümlerinde Anayasa Mahkemesi üyelerinin statüsüne ait hükümler yer almaktadır. Adı geçen kanunun 13. maddesine göre Anayasa Mahkemesi

Başkan ve üyeleri, emekliliklerini isteyebilecekleri gibi, müddet ve kabule bağlı olmaksızın çekilebilirler. Aşıkârdır ki çekilme sonucunda emekliliğe ait bütün haklar düşer.

[14] Kanaatimizce Türk Anayasasının kabul ettiği sistem, Anayasa hâkimleri arasında belirli süreyle seçilenler ve hayat kaydıyla seçilenler şeklinde bir ayırım yapan Alman sistemine nazaran daha faydalıdır. Çünkü Anayasa Mahkemesinin hâkimler kadrosunda bir kaç yılda bir ortaya çıkacak değişiklikler, her şeyden önce Yüksek Mahkemenin içtihatlarındaki devamlılık (continuité) ve istikrar (constance) bakımından büyük mahzurlar arzedebilir. Bu bakımdan Alman Anayasasının sistemine yöneltilen tenkitler için Bk. **Willi Geiger**, *Zur Reform des Bundesverfassungsgesetzes* («Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung» isimli eserde - Münih, 1956, s. 226).

[15] Emeklilik yaşı bakımından Anayasanın arzettiği mahzura ilerde temas edeceğiz. Burada sadece Anayasa hâkimlerinin görevleri esnasında izhar ettikleri fikir ve reyleri dolayısıyla sorumlu olmamaları hususunda, yani Anayasa hâkimi olarak dokunulmazlıklarının mevzuatımızda belirtilmemiş olmasına işaret etmek isteriz. Anayasa hakimlerinin, politikayı denetleme görevleri dolayısıyla halk efkârıyla daha yakından temasta ve onun tenkidine hedef olması ihtimali karşısındabulunduğu nazara alınarak rey ve fikirlerinden dolayı muaheze edilemeyeceği noktası belirtilmeliydi. Nitekim İtalyan ANAYASA BELGELERİNDEN 1 Şubat 1948 tarihli kanunun 5. Maddesinde böyle bir hüküm vardır.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyeleri, Yüksek Mahkemedeki görevleri devam ettiği müddetçe, başka resmî veya özel hiç bir görev alamazlar, siyasî veya idari seçimlerde hiç bir suretle aday olamaz, aday gösterilemez ve seçilemezler. Bu hükümden anlaşılacağı gibi Anayasa hâkimliği görevini yüklenen bir Üniversite öğretim üyesi de, artık üniversitedeki görevine devam edemez, bütün faaliyetini Anayasa Mahkemesindeki görevine hasretmek zorundadır.

Aşağıdaki hallerde Anayasa Mahkemesi, bir hâkimin Anayasa Mahkemesindeki üyeliğinin sona erdiğine karar verir:

aa — Anayasa Mahkemesi üyeliği dışında resmî veya özel herhangi bir görev alınması halinde,

bb — Görevin sağlık bakımından yerine getirilemeyeceğinin sağlık kurulu raporuyla kesin olarak anlaşılmaması halinde,

cc — Göreve izinsiz veya özürsüz ve aralıksız olarak bir ay devam edilmesinin halinde.

Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararı, asıl ve yedek üyelerin tamsayısının salt çoğunluğu ile alınır. Ayrıca Hâkimler Kanununa göre hâkimlik mesleğinden çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı kesin hüküm giyme halinde Anayasa Mahkemesi üyeliği, kendiliğinden, yani Anayasa Mahkemesinin yukarıda bahsedilen şekildeki bir kararla ihtiyâç olmaksızın sona erer.

Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyeleri, 65 yaşını doldurdıkları takdirde, kendi talepleri üzerine olduğu gibi re’sen de emekliye sevk edilebilirler¹⁶.

IV

Anayasa Mahkemesinin Yetki ve Görevleri

1. Genel olarak:

Anayasa Mahkemesinin yetki ve görevleri esas itibarıyla Anayasanın metninden çıkmaktadır (m. 19, 57, 81, 140, 142, 147). Anayasa Mahkemesinin

[16] Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunun «Emeklilik» başlığını taşıyan 17. maddesi şöyledir: «Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyeleri, altmış beş yaşını bitirince, istekleri olmasa dahi, emekliye ayrılırlar.» — Kanaatimizce kanunun bu hükmü Anayasa hâkimlerinin bağımsızlığı için büyük bir tehlike teşkil etmektedir. Gerçekten görevini, tamamiyle kusursuz ve lâyıkiyle yerine getirmesine rağmen, bilfarz hükümetin veya parlamentoda çoğunluğa sahip bir siyasî partinin arzularına ve siyasî tesirlerine daima karşı koyan bir hâkim, 65 yaşını doldurduktan sonra gerçekte siyasî sebeplere dayanan bir emekliye sevk tasarrufu karşısında esaslı bir teminata sahip değildir. Bu durumun en hafifinden yarattığı tehlike, vaktinden önce tekaüt edilmek istemeyen hâkimlerin politik ‘çevrelerde müspet bir itiba uyandırabilmek için hükümeti destekleyen çoğunluk partisinin inisiyatifi ile ısdar olunan Anayasaya aykırı karar ve kanunlar karşısında tamamen pasif davranması ihtimalidir. Bu sebeple Anayasa hâkimlerini politik etkilere maruz bırakan bu hükmün değiştirilmesi ve hiç değilse tekaütlük yaşının 65 değil de 70 olarak düzeltilmesi gerekmektedir. Hemen ilâve edelim ki bu, ancak Anayasanın ilgili hükmünde (madde: 146/I) bir değişiklik yapılmasıyla mümkündür.

Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunda da Anayasa Mahkemesinin yetki ve görevlerine dair Anayasadakilere paralel hükümler yer almaktadır (m. 20/1-8). Şuna da işaret etmek gerekir ki, adı geçen kanun, bu noktada Anayasaya nazaran yeni bir hüküm ihtiva etmemekte, daha önce de bir vesileyle belirttiğimiz gibi, Anayasa Mahkemesinin yetki ve görevlerine ait Anayasa hükümlerini tekrarlamaktan ileri geçmemiş bulunmaktadır, ki bu kanaatimizce hukuk tekniği ve hukuk mantığı bakımından tamamen doğru ve yerindedir. Çünkü Anayasa, Yüksek Mahkemenin görev ve yetkilerini teker teker belirtmiş olmakla, bu konuda kesin veya tüketici bir sayma (énumeration limitative) sistemi (tadadî sistem) benimsemiştir. Anayasa Mahkemesinin, Anayasanın ilgili hükümlerinde sayılanlar dışında herhangi bir yetki ve görevi bahis konusu olamaz. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi, Danıştay gibi bir genel mahkeme değildir. Gerçekten Anayasanın 140. maddesine göre «Danıştay, kanunların başka idari yargı mercilerine bırakmadığı konularda ilk derece ve genel olarak üst derece idare mahkemesidir». Burada genel olarak yapılan bir görev ve yetki tarifi vardır. Oysa Anayasa Mahkemesi için böyle bir şey bahis konusu değildir.

Anayasa Mahkemesinin ön plânda gelen fonksiyonu Anayasa Yargısıdır (juridiction constitutionnelle). Anayasa Yargısı kavramının çeşitlerini ve sınırlarını pozitif hükümlerden çıkarmağa imkân yoktur. Çünkü gerek Anayasa, gerekse Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Hakkındaki Kanun, Anayasa Yargısının bir tarifini yapmak şöyle dursun, bu terimi kullanmamışlardır bile. Bu sebeple Anayasa Yargısı kavramını açıklamak için başvurulabilecek yegâne kaynak doktrindir.

Modern hukuk teorileri (bilhassa Alman doktrininde), Anayasa Yargısını iki değişik anlamda ele almaktadırlar: 1- Şeklî Anayasa Yargısı (formelle Verfassungsgerichtsbarkeit), 2 - Maddî Anayasa Yargısı (materielle Verfassungsgerichtsbarkeit).

Şeklî Anayasa Yargısı kavramı geniş anlamda olup, Anayasa Mahkemesinin yetkisine giren bütün Yargı faaliyetlerini içine alır. Şeklî ve uzvî bir kritere bağlanan bu kavram, daha ziyade pozitif hukukun kabul ettiği sistemlerden çıkmaktadır. Gerçekten pozitif hukuk hangi yargı cinslerini Anayasa Mahkemesinin fonksiyon alanına sokmuşsa bu cinslerin hepsi şeklî ve uzvî anlamda Anayasa Yargısı kavramını teşkil etmektedir¹⁷. Şeklî Anayasa Yargısı kavramı hemen tamamiyle pozitif hukuka dayandığı için bu kavramın tayin ve tespitiinde hiç bir güçlük yoktur. Asıl güç olan, maddî Anayasa Yargısı kavramının anlam ve mahiyetini açıklamaktır. Doktrinde maddî Anayasa Yargısı kavramının mahiyeti iki hususa göre tayin edilmektedir: 1. ihtilâfın konusuna göre, 2. ihtilâfın taraflarına göre¹⁸. Kanaatimizce ancak ihtilâfın konusuna göre ya-

[17] **Hans Lechner**: Bundesverfassungsgerichtsgesetz (Kommentar) — 1954, München-Berlin, s. 35.

[18] **Ernst Friesenhahn**: Die Staatsgerichtsbarkeit (Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. 2) s. 534.

pılan ayırımla verimli ve sağlam bir sonuca varılabilir. Çünkü ihtilâfın tarafları Devletin Organları da olsa, bunlara göre yapılacak ayırım, İdare Hukuku ve hattâ hususî hukuk alanına giren ihtilâfları da içine alabileceği için, Anayasa Yargısının mahiyet ve sınırları hakkında kesin bir fikir vermekten âciz kalır ve neticede şekli ve uzvî kriterin yardımına başvurmak zorunluluğu ortaya çıkar ki bu da teorinin yetersizliğini ispatlar. Yalnız ihtilâfın konusuna göre yapılacak ayırimda da bu konunun mahiyet ve sınırlarının tayini meselesi, uzun tartışmalara sebep olmaktadır.

Kelsen, normalar hiyerarşisine dayanan teorisinin tabii bir sonucu olarak maddî Anayasa Yargısı kavramına giren ihtilâfların, kanunların Anayasaya uygun olup olmadıkları meselesinden çıkan ihtilâflardan ibaret olduğunu ileri sürmüştür¹⁹. Bu görüş, maddî Anayasa Yargısının alanını çok daralttığı iddiasıyla tenkit edilmiştir.

Buna karşılık, *Triepel*’in maddî Anayasa Yargısı kavramını «maddî Anayasa problemleri alanındaki Yargı» şeklinde tarif eden teorisi de bu kavramı belirsiz olacak derecede genişlettiği için pek rağbet görmemiştir²⁰.

Tatbikatta en ziyade taraftar bulan görüş, *Friesenhahn* tarafından ileri sürülmüştür. Bu hukukçunun fikrine göre maddî anlamda Anayasa Yargısı, Devletin Yargı Fonksiyonu içinde en yüksek dereceyi teşkil eden muhtelif Yargı nevirlerini içine alır²¹. Federal Almanya Anayasa Mahkemesi de 5.4.1952 tarihli bir kararıyla bu görüşe katılmıştır. Kabul edildiğine göre maddî Anayasa Yargısı kavramına Devletin organları arasında Anayasa Hukukuna ait çıkan ihtilâflar, Federal Devlet ile federe devletler arasında aynı alanda çıkan ihtilâflar ve Norm Kontrolü dâvaları (yani kanunların Anayasa uygunluğunun denetimine ait dâvalar) dahildir. Bu kavramın dışında kalanlar ise, federe devletlerin kendi aralarında çıkan Anayasa ihtilâfları, Bakanlar aleyhine açılan Anayasa dâvaları, seçimlerin denetimi, Anayasanın yorumlanması hususunda Devlet Organları arasında çıkan anlaşmazlıklar, Anayasa Hukukuna ait meselelerde Anayasa Mahkemesinin verdiği istişarî mütalâalar ve Anayasa şikâyetinden (bu kategori idare Hukuku alanındaki Yargı Fonksiyonuna dahil sayılmaktadır) ibarettir.

Kolayca anlaşılacağı gibi şekli Anayasa Yargısı kavramıyla maddî Anayasa Yargısı kavramının kapladığı alanlar birbirine uymamaktadır. Her iki kavram da birbirine nazaran hem geniş hem de dardır. Yukardaki kriterler uygulandığı zaman Türk Hukukunda sadece kanunların Anayasaya uygunluğunun denetimi maddî Anayasa Yargısı kavramına girmektedir. Biz bu etüdümüzde

[19] **Hans Kelsen**: Wesen und Entwicklung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit (Bericht auf der Tagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, 1928) s. 30.

[20] **H. Triepel**: Wesen und Entwicklung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit (Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtler - 1928) s.1

[21] **Ernst Friesenhahn**: Über Begriffe und Arten der Rechtsprechung (Festschrift für Thoma, Tübingen, 1949 - s. 21 ve 49).

Anayasa Mahkemesinin yetki ve görevlerinden şekli Anayasa Yargısı kavramına girenler hakkında kısa bilgi vermekle beraber esas itibariyle maddî Anayasa Yargısı kavramının muhtevasını teşkil eden «kanunların denetimi» üzerinde duracağız.

2. Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin neveleri:

Bu bölümde daha önce açıklamaya çalıştığımız maddî ve şekli Anayasa Yargısı kavramlarına giren görev ve yetkiler kısaca incelenecektir. Bu görev ve yetkiler aşağıdaki ana gruplara ayrılabilir:

A — Kanun ve Yasama Meclisleri İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluklarının denetlenmesi:

Gerçek anlamda Anayasa Yargısı kavramını teşkil eden bu görevler, Türkiye’de bir Anayasa Yargısının kurulması yolundaki mücadelelerde daima dayanak noktası kabul edilmiştir. Kanunların denetlenmesinin eski pozitif hukukumuzda bir yargı merciine verilmemiş olması büyük bir teminatsızlık sayılmış ve Anayasanın koruduğu hukuk düzeninin, kişisel hak ve hürriyetlerin müeyyideli bir Yargı denetiminin garantisi altına sokulması için yıllarca hukuk ve siyaset alanında büyük gayretler sarfedilmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu kategoriye giren yetki ve görevlerini ayrı bir başlık altında daha geniş surette inceleyeceğimiz için şimdilik bu kadar açıklamayı yeterli görüyoruz.

B — Ceza dâvası benzeri dâvalar:

Bu kategoriye muhtelif tipte ihtilâflar girmektedir. Bunlar kısaca aşağıdakilerden ibarettir:

a) Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan sıfatıyla baktığı dâvalar:

aa. Anayasanın 99. ve 147. maddesine göre Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanı vatan hainliği suçlarından dolayı yargılar. Anayasa, Cumhurbaşkanı verdiği partiler üstü ve tarafsız durumun tabii bir neticesi olarak onun görevini yerine getirirken sorumlu olmaması prensibini kabul etmiştir. Bunun tek istisnası «Vatana ihanet suçu» dur. Vatana ihanet hallerinde Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayısının en az üçte ikisinin vereceği kararla suçlandırılır. Bu takdirde iş Anayasa Mahkemesine havale edilir ve bu konuda onun karar vermesi talep edilir. Burada bir ceza dâvasının bahis konusu olduğunda şüphe yoktur. Ancak Vatana İhanet suçunun unsurlarının nelerden ibaret olduğu bugüne kadar pozitif hukukta kesin olarak neticeye bağlanmış değildir. Genel olarak iddia edildiğine göre Cumhurbaşkanı aleyhine Vatana İhanet suçlandırması, esas itibariyle Anayasanın Cumhurbaşkanı tarafından bâriz ve ağır şekilde ihlâli keyfiyetine dayandırılabilir ve dayandırılmalıdır. Kanaatimizce bu görüş Anayasa Mahkemesinin Fonksiyonunun mahiyetine tamamen uymaktadır ve maksat Anayasanın ve Anayasa düzeninin korun-

ması olduğuna göre Anayasanın açık ve ağır şekilde ihlâli Cumhurbaşkanı aleyhine açılacak bir dâvanın sebep ve dayanağı olmalıdır.

bb. Anayasa Mahkemesi, Bakanlar Kurulu üyelerini, yani Bakanları da görevleriyle ilgili suçlarından dolayı yargılar. Bu yargılamadan Anayasanın sadece Anayasa Mahkemesinin görevlerine ait hükümleri arasında bahsedilmiştir. Fakat bu yargılamanın sınırları, sebepleri, konusu ve sonuçları hakkında ne Anayasada ne de Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Hakkındaki Kanunda hiç bir sarahat bulunmamaktadır. Yalnız adı geçen kanunun 34. maddesinde «Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan halinde çalışırken yürürlükteki kanunlara göre duruşma yapar ve hüküm verir» denmekte olduğuna göre Bakanlar aleyhindeki dâvalar da Ceza Kanunu hükümlerine ve bilhassa Anayasanın, kanunların, ve tüzüklerin açık ve ağır şekilde ihlâli keyfiyetine dayandırılabilir. Görüldüğü gibi burada Cumhurbaşkanı aleyhine kovuşturmada olduğu gibi sadece Anayasanın değil, aynı zamanda âdi kanunların ve Bakanlar Kurulunun eseri olmak itibarıyla tüzüklerin de ihlâli bahis konusu olabilir. Bu ihlâl keyfiyeti genel olarak «Yürütme Fonksiyon ve Yetkilerinin kötüye kullanılması» şeklinde anlaşılmalıdır. Bir Bakanın Anayasa Mahkemesince yargılanabilmesi için Yasama Meclislerinin ortak toplantısında suçlama kararı verilmesi gerekir. Bu karar işi tahkikle görevlendirilen bir «Meclis Tahkikat Komisyonunun» bu yoldaki kararına dayanmalıdır. Diğer hususlarda Yasama Meclislerinin İktüzükleri bükümleri uygulanır.

cc. Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 147. ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Hakkındaki Kanunun 20/3. maddelerine göre Danıştay, Yargıtay, Askerî Yargıtay, Yüksek Hâkimler Kurulu ve Sayıştay Başkan ve Üyeleriyle Cumhuriyet Başsavcısını, Başkanun sözcüsünü, Askerî Yargıtay Başsavcısını ve kendi üyelerini görevliyle ilgili suçlardan yargılar. Yüksek hâkimler ve Savcılar hakkında kabul edilmiş olan bu yargılama, Yüksek Hâkimler Kurulunun yetkisine giren disiplin kovuşturmasından ayrıdır. Bu tip yargılama, Anayasa Hukukumuzda yeni bir kurumdur. Kanaatimizce yüksek dereceli hâkimler ve savcılar hakkında böyle bir yargılamanın yapılabilmesi maddî bakımdan iki şartın gerçekleşmesine bağlıdır:

1) Yukarda sayılan kişiler tarafından Anayasanın ve demokratik Anayasa düzeninin ihlâl edilmiş olması. Bu meyanda bilhassa Anayasadaki demokratik ve sosyal Hukuk Devleti prensibiyle, kişilerin Anayasa ile korunan hak ve hürriyetlerinin açık ve ağır şekilde ihlâl edilmesini saymak gerekir. Şüphe yoktur ki bu şekilde bir kovuşturmanın kabul edilmesi, demokratik Hukuk Devleti düzeninin korunması endişe ve mülâhazasına dayanmaktadır. Gerçekten demokratik Anayasa düzeniyle hâkimlik ve savcılık fonksiyonu arasında sıkı bir bağ vardır. Yalnız burada dikkat edilmesi gereken bir husus, hâkim ve savcılar görevleri esnasında açıkladıkları rey ve verdikleri kararlardan dolayı muaheze etmemektir. Ancak görevin kötüye kullanılması suretiy-

le pozitif hukukun açık ve ağır şekilde ihlâli bahis konusu olan hallerde böyle bir kovuşturma yoluna başvurmamak gerekir.

2. Yukarda bahsedilen ihlâl keyfiyetinin hâkimlik veya savcılık görevinin ifası esnasında ortaya çıkmış olması gerekir. Bu kişiler görevleri dışında işledikleri suçlardan dolayı aelâlde kişiler gibi Adliye mahkemelerinde ve genel hükümlere göre yargılanırlar.

b) Siyasî partilerin kapatılması:

Alman Anayasasında olduğu gibi (m. 21/2) Türk Anayasasında da siyasî partilerin kapatılması yetkisi, Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Anayasamızın 57. maddesine göre «siyasî partilerin tüzükleri, programları ve faaliyetleri, insan hak ve hürriyetlerine dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyet ilkelerine ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmezliği temel hükmüne uygun olmak zorundadır. Bunlara uymayan partiler temelli kapatılır Siyasî partilerin kapatılması hakkındaki dâvalara Anayasa Mahkemesinde bakılır ve kapatma kararı, ancak bu mahkemece verilir».

Siyasî partilerin kapatılmasına ait dâvaların ceza dâvası benzeri olduklarında şüphe yoktur. Öte taraftan bu dâvaların bir de politik yönü vardır. Şu kadar ki Yüksek Mahkeme bir hukukî yargının sınırları içerisinde kalmak istiyorsa, meselenin politik yönünü hukukî yönünden ayırmasını bilmelidir. Bu sözle kastedilen şudur: İhtilâlcı (subversif) partiler büyük bir denizde dolaşan ve denizin yüzeyi üstünde sadece ucu görüldüğü halde üçte ikisi denizin altında bulunan bir ayzberg'e (Eisberg), yani bir buz dağına benzetilmiştir. Bilindiği gibi bu buz dağlarının felâketlere sebep olması da, asıl büyük kitlelerinin denizin altında olması ve görünmediği için de gemicileri aldatmasından ileri gelmektedir. İhtilâlcı partiler de böyledir. Onlarda tehlikeli olan, yeraltı faaliyetleridir. Şimdi bu tip partilerin göze çarpan faaliyetlerinden, aynı zamanda tehlikeli olan yeraltı faaliyetleri anlaşılacak şekilde kapatılması mı gerektiği, yoksa kapatılmayıp hareketleri takip edilerek muhtemel bir kapatma kararının ne gibi politik sonuç ve etkiler yaratacağı kestirilmeğe mi çalışılması lâzım geldiği meselesi, tamamen politika alanına girer ve bu konuda verilecek bir kararın ölçü ve dayanağı çeşitli görüşler ve menfaatlerin tartılmasından elde edilebilir. Fakat bu meselenin halline yarayacak bir hukuk normu da yoktur ²². Bu sebepten Anayasa Mahkemesi bu hallerde, hükümetin bir partinin kapatılmasını teklif etmek hususunda verdiği siyasî kararı gözönüne almalı, fakat sadece bu siyasî kararın fiilî gerçeklere dayanıp dayanmadığını, yeter mucip sebeplere sahip olup olmadığını ve keyfî olup olmadığını tamamen hukuk açısından inceleyerek karara varmalıdır. Bu suretle partinin kapatılması halinde bundan doğacak siyasî sorumluluk tamamen hükümete bırakılmış olacak ve Anayasa Mahkemesi sadece hükümetin kapatma teklifi hususunda

[22] **Erich Kaufmann:** Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit (Veöffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer – 1952) s. 11

verdiği kararın hukuken muteber mucip sebeplere dayandığı ve keyfî olmadığını tekeffül etmekle yetinerek, yalnız bunun sorumluluğunu taşıyacaktır. İşte siyasi partilerin kapatılmasıyla ilgili dâvalarda Anayasa Mahkemesinin, meselenin hukuki yönü ile politik yönü arasında yapması gereken ayırım da yukarda açıklanan esaslara dayanmaktadır.

C- Siyasi Partilerin gelir kaynakları ve giderlerinin denetlenmesi

Anayasanın 57. maddesinin 2. fıkrasına göre «siyasî partiler, gelir kaynakları ve giderleri hakkında Anayasa Mahkemesine hesap verirler». Kolayca anlaşılacağı gibi Anayasa Mahkemesi bu denetleme görevini yerine getirirken sunulan hesap raporunun hukukî ve mali yönlerini inceleyecektir. Anayasa-ya böyle bir hüküm konmasının sebebi kanaatimizce, gene Anayasanın kabul ettiği sisteme göre siyasi partilerinin bundan böyle kamu hayatının önemli kurumları olmasıdır. Gerçekten Anayasanın 56. maddesinin 3. fıkrasına göre «siyasî partiler ister iktidarda, ister muhalefette olsunlar, demokratik siyasî hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır». Demokratik rejim ise gerçekte bir kontrol rejimi olduğundan siyasi partilerin, kamu hayatının bu derece önemli unsurlarının da malî işleri bakımından bir kontrole bağlı tutulması akla yakın bir şeydir. Böyle bir denetimin kabul edilmesinin tarihi bir sebebi de, geçmişte bazı siyasî partilerin mali vasıtalar sağlamak hususunda siyasi nüfuzdan faydalanarak bir takım suiistimallere sapmış bulunduklarının görülmüş olmasıdır. Alelâde bir anonim şirketin, ufak bir aksiyonerler gurubunun menfaatlerinin korunması için malî denetime bağlı tutulması yanında, şayet kamu hayatında önemli bir yeri olan ve bir anonim şirket paydaşlarından çok daha geniş halk kütlelerinin menfaatlerini ilgilendiren siyasî partiler böyle bir denetime bağlı tutulmasaydı toplum içindeki kuvvetlerin dengesi ve hukuki düşünüş aleyhinde büyük bir hatâ işlenmiş olurdu.

Siyasî partilerce her yıl verilmesi gerekli olduğundan şüphe edilemeyen bu hesap raporlarının şekli, muhtevası ve Anayasa Mahkemesinde inceleniş usulü, hazırlanmakta olan «Siyasî Partiler Kanunu» na bırakılmış bulundugundan bu hususta şimdilik söyleyecek fazla bir şey yoktur.

D— Parlamento üyeliği ile ilgili Parlamento kararlarının denetimi:

Anayasanın 81. maddesine göre «yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya üyeliğin düştüğüne Meclisçe karar verilmesi hallerinde, karar tarihinden başlayarak bir hafta içinde, ilgili üye veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinden herhangi biri, bu kararın, Anayasa veya içtüzük hükümlerine aykırılığı iddiasıyla iptali için Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Anayasa Mahkemesi iptal istemini on beş gün içinde karara bağlar.»

Gerçi Anayasanın 79. maddesine göre Yasama Meclisleri üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden ve bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar. Fakat yasama dokunulmazlığının burada belirtilen sınırları dışında kalan

âdi suçlarından dolayı Büyük Millet Meclisinin her üyesi, kanun karşısında diğer yurttaşlardan farksız surette sorumludur. Bu suçlardan dolayı kendisi hakkında kanunî kovuşturma yapılması ise, ağır cezayı gerektiren suçüstü hali müstesna olmak üzere, mensup olduğu Meclisin kararma bağlıdır (dokunulmazlığın kaldırılması kararı). İşte böyle bir karar aleyhine olduğu gibi üyeliğin temelli düşüşüne dair Meclis kararı aleyhine de ilgili üye veya diğer üyelerden herhangi biri bir hafta içinde Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Müracaat hakkının sadece ilgili üyeye değil, diğer üyelerden herbirine de verilmiş olmasının gayesi, kanaatimizce Parlâmentonun bu yoldaki kararlarının Anayasaya ve Meclislerin İçtüzüklerine uygunluğunun sağlanmasıdır. Bu ise sadece dokunulmazlığı kaldırılan veya üyelikten çıkarılan milletvekilini değil, aynı zamanda onun mensup olduğu parti gurubunu da ilgilendirir. Çünkü bazan bir kaç üyeliğin eksilmesiyle parti gurubu çok zayıflayabilir. Başka yerlerde şimdiye kadar uzun uzun tartışılmış olan yasama dokunulmazlığı hakkında burada daha geniş bir açıklamaya lüzum görmüyoruz.

E— idari görevler:

Anayasa Mahkemesine, Anayasanın 140. maddesinin 3. fıkrası ve 142. maddesinin 2. fıkrası yoluyla, genel Yargı Fonksiyonuyla ilgili idari görevler de verilmiştir.

a) Danıştay Başkan ve üyeleriyle Başkanun sözcüsünün seçimi:

Eski hukuk sistemimizde Danıştay Başkan ve üyeleri Parlâmento tarafından seçilmekteydi. Hâkimlik garantisine sahip olması gereken Yargı Fonksiyonu üyelerinin, tamamen siyasi bir hüviyete sahip olan bir Devlet Organı tarafından seçilmesi, onların çok defa siyasî nüfuz ve etkiler altında kalarak görevlerini lâıkiyle yerine getirememelerine sebep olmuş bulunduğu için yeni Anayasamız bu sakat sistemi terketmiş ve bu yüksek hâkimlerin seçimini tarafsız bir Devlet Organı sayılabilecek olan Anayasa Mahkemesine vermiştir. Anayasanın bu hükmü (m. 140. III) bu bakımdan çok isabetlidir.

b) Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanının seçimi:

Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanlığı görevi bugüne kadar Yargıtay ve Danıştay Başkanları tarafından bir dönme sistemiyle (tourniquet), her yıl nöbetleşe değişmek suretiyle yerine getirilmiştir. Görev uyuşmazlıklarının Danıştay ve Yargıtayın görev alanlarına ait olmasına rağmen, bu yargı mercileri Başkanlarının her yıl nöbetleşe, adı geçen uyuşmazlıkları halle yetkili bir Yargı merciinin başına getirilmeleri pek akla yakın olarak bu merciin içtihatlarında da bir yıl Danıştayın görev alanı lehine, ertesi yıl ise aksine Yargıtayın görev alanı lehine değişiklikler doğurmuş ve bu yüzden içtihat istikrarsızlığı yılarca sürüp gitmiştir ²³. Yeni Anayasaya göre seçimin ne müddetle ve nasıl

[23] **K. Galip Balkar:** Uyuşmazlık Mahkemesinin bazı kararları hakkında düşündüklerimiz (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi - Cilt: XIII, 1958, No: 2) s. 276 ve müt.

yapılacağı meselesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Kanununun henüz yürürlüğe konmamış olması sebebiyle, kesin bir sonuca bağlanmış değildir. Mamafih hemen şu noktayı belirtelim ki, Anayasa Mahkemesi de, Uyuşmazlık Mahkemesi Başkan seçiminde her devre iki yargı merciinden birinin Başkanını nöbetleşe göreve başına getirmek şeklinde bir teamül kurduğu takdirde, Anayasa Koyucunun gayretleri boşa gitmiş ve eski sakat sisteme dönülmüş olacaktır. Bu itibarla Anayasa Mahkemesinin böyle bir teamülü yerleştirmekten kesin olarak kaçınması gerekir.

Anayasa Mahkemesinin görevleri ve yetkileri konusunda buraya kadar yaptığımız açıklamalardan anlaşılacağı gibi bu görev ve yetkiler Almanya ve İtalya gibi Anayasa Yargısı Fonksiyonunu çok geliştirmiş olan ülkelerin Anayasa Mahkemelerinin görevlerinden çok daha az sayıdadır. Bir kere adı geçen ülkelerde bölgeler (İtalya’da «Regione»), Federe Devletler (Almanya’da «Land» 1ar) veya Federe Devletlerle Federal Devletler arasında çıkan ihtilâfların Türkiye’de bahis konusu olmaması pek tabiidir. Çünkü Türkiye ne İtalya’da olduğu gibi bölgelere, ne de Almanya’da olduğu gibi Federe Devletlere ayrılmamış tek, yeknesak, üniter bir Devlettir. Adı geçen ülkelerde bu tipten ihtilâfların sayısı, hayret verecek derecede kabarıktır.

Yalnız burada Anayasa Mahkememizin yetki ve görevlerindeki iki büyük boşluğa da işaret etmeden geçemeyeceğiz. Bunlardan biri Almanya’da kabul edilmiş olan «Anayasa Şikâyeti = Verfassungsbeschwerde», diğeri de «Genel Seçimlerin Denetimi» dir.

Almanya’da gerek fertlere, gerekse komün idarelerine, bütün kanun yolları tükendikten sonra kanunlara, İdarî kararlara ve mahkeme kararlarına karşı, bunların Anayasaya aykırılıkları iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurmak yetkisi tanınmıştır²⁴. Gerçekten bütün kanun yollarının tükenmesine rağmen bazan Anayasaya aykırılık ortadan kaldırılmamış olabilir. Anayasaya aykırılık iddiasını, incelemek hususunda yetkili ve en ziyade güvenilecek Yargı Mercii Anayasa Mahkemesine başvurulması imkânının tanınması Anayasa düzeni ve kişisel hak ve hürriyetlerin korunması bakımından çok isabetlidir. Fertlere Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal dâvası açmak yetkisi tanımayan Anayasamızda, hiç değilse böyle bir «Anayasa Şikâyeti» yolunun yer alması fikrimizce çok faydalı olurdu²⁵.

[24] 12 Mart 1951 tarihli «Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu = Bundesverfassungsgerichtsgesetz» nun 90., 91. ve müteakip maddelerinde «Anayasa Şikâyeti» kurumu düzenlenmiştir.

[25] Anlaşıldığına göre, Anayasamızın böyle bir «Anayasa Şikâyeti» yolunu kabul etmemiş olmasının sebebi, Anayasa Mahkemesinin daha rahat ve sür’atli çalışarak, isabetli kararlar verebilmesi için ona fazla iş yüklememek istenmesidir. Fikrimizce aynı düşünce Danıştay için de ileri sürülebilirdi. Fakat bu düşüncenin isabet derecesi de çok münakaşa götürür. Zira Anayasa Mahkemesi kadrosunun biraz genişletilerek, çeşitli işlere bakan bazı daireler kurmak suretiyle işleri hafifletmek mümkündü. Yalnız bunun mahzurlarına da daha önce işaret etmiştik.

Anayasamıza göre seçimlerin genel yönetim ve denetimi Yüksek Seçim Kurulunun yetki alanına girmektedir (m. 75). Şöyle ki, Yüksek Seçim Kurulu, seçimlerin başlamasından bitmesine kadar, seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapma ve yaptırma, seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikâyet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin seçim tutanaklarını kabul etme gibi görevler verilmiştir. Ayrıca 26 Nisan 1961 tarih ve 298 numaralı «Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri hakkındaki Kanun» un 111. maddesine göre «Yüksek Seçim Kurulunun re'sen veya itiraz üzerine vereceği kararlar kesindir», İmdi Yüksek Seçim Kurulunun seçimin sonucuna ve muteberliğine tesir edebilecek kararlarına karşı dahi hiç bir Yargı Mercisinde herhangi bir itiraz yapılamayacaktır. Gerçi Yüksek Seçim Kurulu üyeleri hâkim teminatını haiz olduğundan Kurulun da dolayısıyla teminatlı bir kurum olduğu açıktır. Bununla beraber adı geçen Kurulun kararlarına karşı Anayasa Mahkemesine başvurmak imkânının tanınması isabetli olacaktır. Çünkü seçimlerin denetimi, esas itibarıyla Anayasanın korunması ile pek yakından ilgilidir. Nitekim bugün bir Anayasa Yargısına sahip olan ülkelerin hemen hepsinde seçimlerin denetimi meselesi, hiç değilse şeklî anlamda Anayasa Yargısı kavramının içinde mütalâa edilmektedir. Seçilmiş halk temsilcilerinin meşruluğunun, başka bir söyleyişle, Millet Meclislerinin kanunlara ve Anayasaya uygun olarak kurumuş olup olmadığının denetiminin Anayasa Yargısı konusu olması ve Anayasa Mahkemesinin görev ve yetki alanına girmesi kadar akla yakın bir şey olamaz. Bu bakımdan İstanbul Üniversitesi Anayasa Komisyonunun hazırladığı ön tasarının «Yasama Meclisleri ve Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri seçim tutanaklarının kanuna aykırılığı iddialarını karara bağlama» görevini Anayasa Mahkemesine veren 173. maddesi, yürürlükteki Anayasanın kabul ettiği hal şekline nazaran çok daha isabetli ve faydalıydı.

V

Kanunların ve Yasama Meclisleri içtüzüklerinin Denetlenmesi

1. Denetlemenin mahiyeti ve muhtevası :

Anayasa Mahkemesine verilmiş olan görevlerden biri ve belki en önemlisi, kanunların ve Yasama Meclisleri içtüzüklerinin Anayasaya uygunluklarının denetimidir; önce de belirttiğimiz gibi bu görev, maddî ve gerçek anlamda Anayasa Yargısının ağırlık merkezini teşkil etmektedir.

Kanunlar (ki Parlâmentonun bir nevi irade mahsulleridir), gerek Anayasa hükümleriyle, gerekse Anayasanın üstünde yer alan bir takım yüksek hukuk prensipleriyle bağlıdır ^{25a}. Bir demokrasi, Kanun koyucu Organın bu Anaya-

sa hükümleri ve üstün hukuk prensipleriyle bağlı kaldığı, onlara hörmet ve riayet ettiği nispet ve derecede, mutlakîyetçi bir karaktere bürünmek tehlikesinden uzaklaşmış olur ²⁶. işte bu hörmet ve riayeti garanti altına alan da Anayasa Yargısıdır. Bu sebeple, Anayasa Yargısı Fonksiyonunu yüklenmiş bulunan Anayasa Mahkemesinin, demokrasinin bekçiliğini yaptığı ve onun mutlakîyetçiliğe (absolutisme) kaymamasını sağladığı, haklı olarak ileri sürülmektedir. Şuna da işaret edilmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi denetimini yaparken sadece Anayasa normları ve onun üstünde yer alan yüksek hukuk prensipleriyle Anayasa geleneğine (teamül) bağlıdır ²⁷.

Anayasa Mahkemesinin sahip olduğu kanunların denetimi görev ve yetkisinin muhtevası, bu kanunların, bütünüyle veya münferit hükümleriyle Anayasaya ve yukarda bahsi geçen diğer hukuk prensiplerine uygun olup olmadıklarının kontroludur. Burada ön plânda gelen, Devletin objektif hukuk düzeninin korunmasıdır. Kişisel hak ve hürriyetlerin korunması da, bu objektif hukuk düzeninin korunmasıyla ilgili olmakla beraber ön plânda gelmez. Bu sebepten kanunların Anayasaya uygunluğunun denetimine ait yargılama usulü prensip itibariyle objektif bir usuldür. Bunun önemi bilhassa, objektif

[25] «Anayasanın üstünde yer alan hukuk prensipleri» kavramından anlaşılması gereken sudur:

1. Gerek a priori, gerekse a posteriori görüş açısından «ideal hukuk prensipleri»: adalet (sosyal adalet te buna dahildir), hakkaniyet ve nısfet, insan haysiyetine ve insanların eşitliğine hörmet ve riayet v.s.

2. Milletlerarası hukukun genel prensipleri ve İnsan Hakları Beyannamesinin ihtiva ettiği kurallar.

[26] Demokrasinin mutlakîyetçiliğe olan kuvvetli meyli, çoğunluğun mutlak karar verme yetkisini haiz ve bu sıfatla da hukukun üstünde olduğu, başka bir söyleyişle, demokratik çoğunluğun kararlaştırdığı her şeyin hukukun kendisinden ibaret bulunduğu görüşüyle yakından ilgilidir. Böyle bir görüşün Hukuk Devleti prensibine ne kadar aykırı olduğu meydandadır. Türkiye'deki Anayasa rejimi, bilhassa 1950-1960 yılları arasında, çoğunluğun reyile iktidara gelen Demokrat Partinin bu Çoğunluğu her fırsatta ileri sürerek yaptığı keyfi ve Hukuk Devletini ihlâl edici işlemlerde de görüldüğü gibi, mutlakîyetçi demokrasi fikri yüzünden büyük engellerle karşılaşmış ve esaslı surette tehlikeye girmiştir. Türk toplumu ve onun temsilcilerinin bu acı deneyimi bir ân olsun gözden uzak tutmamaları gerekir.

[27] Gerçi ne Anayasada, ne de Anayasa Mahkemesinin kuruluşu hk. ki Kanunda, kanun ve Yasama Meclisleri içtüzüklerinin Anayasanın üstünde yer alan yüksek hukuk prensiplerine uygunluklarının denetiminden bahsedilmemiştir. Bunun önemli bir boşluk olduğu muhakkaktır. Şimdi, Anayasada sarahat olmayan hallerde, yazılı olmayan üstün hukuk prensiplerine aykırı bir kanunun denetlenmesi reddedilecek midir? Böyle bir davranışın Anayasa Koyucunun maksadına aykırı olduğundan şüphe edilemez. Alman Anayasasında da, kanunların üstün hukuk prensiplerine uygunluğunun denetiminden bahsedilmemiş olmakla beraber Federal Anayasa Mahkemesi 23.10.1951 tarihli bir kararında «Anayasa Koyucuyu bile bağlayan üstün Anayasa ve hukuk prensip ve kurallarının varlığı» nı kabul ederek «Kanun Koyucunun bu prensip ve kurallara, Anayasa metninde yazılı olmasalar dahi, evleviyetle uymak zorunda oldukları» içtihadında bulunmuştur. Alman Anayasa Mahkemesinin bu cesareti ve ileri içtihadı takdir edilmek gerekir. Aynı cesaret ve ileriliği Türk Anayasa Mahkemesinin de göstermesi temenni edilir. Esasen kanaatimizce, meselâ «barışçılık» «sosyal adalet» ve «insan haysiyetine hörmet» gibi üstün hukuk prensipleri açıkça yazılı olmasalar bile, Anayasamızın gerek ruhundan gerekse «Başlangıç» kısmından çıkarılabilirler. Bütün mesele, Anayasanın bütününe ve Anayasa koyucunun maksadının, toplumsal şartlara uygun ve hukuk mantığı yönünden isabetli şekilde yorumlanmasındadır.

gerçeğin Anayasa Mahkemesi tarafından re'sen, yani tarafların iddia ve delillerine bağlı kalınmayarak, araştırılması prensibinde kendini gösterir (Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hk. Kanun, 28. madde)

Kanunların Anayasaya uygunluğunun denetiminden ne anlaşılabacağı da, açıklanması gereken bir konudur. Yapılacak denetim, kanun hükümlerinin Anayasaya maddî ve şeklî uygunluğu noktasın da toplanmaktadır. Şeklî uygunluğun denetimi, Yasama Organının bahis konusu kanunu koyarken, Anayasanın «Kanunların Yapılması» ile ilgili usul hükümlerine uyup uymadığı noktasında yapılır²⁸. Yalnız ilâve edilmelidir ki, bu denetim yapılırken Yasama Meclislerinin çalışma şekil ve usullerine ait diğer Anayasa hükümleri de gözönünde tutulmak gerekir. Meselâ bunlardan en önemlileri: Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma ile ilgili 65. madde, toplanma ve tatil ile ilgili 83. madde, Başkanlık Divanı ile ilgili 84. madde, toplantı ve karar yeter sayısı ile ilgili 86. madde. Şu halde şeklî bakımdan denetim yapılırken bu maddelerdeki yetki, usul ve şekil kurallarına uyulmuş olup olmadığına da bakılacaktır.

Maddî uygunluğun denetimine gelince; bu artık şekle değil esasa ait bir denetimdir. Böyle bir denetim yapılırken ön plânda gözönüne alınması gereken, denetlenecek kanunun hükümlerinin Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerle ilgili hükümlere uygun olup olmadığı noktasıdır. Anayasanın 11. maddesinde «temel hak ve hürriyetlerin, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak

[28] «Burada bir mesele ortaya çıkmaktadır ki o da, kanunların Yasama Meclislerini bağlayıcı usul ve şekil hükümleri ihtiva eden Yasama Meclisleri içtüzüklerine uygunluğunun Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenip denetlenmeyeceğidir. Çünkü Anayasa, bundan hiç bahsetmemektedir. Prof. K. Fikret ARIK, Anayasanın Parlamento faaliyetinin nasıl cereyan edeceği hususunu Yasama Meclisleri içtüzüklerine bırakmakla (m. 85) âdeta içtüzükleri kendisinden birer parça saydığını ve bu sebeple Anayasa Mahkemesinin kontrolünün o hükümlerden hiç olmazsa en önemlilerinin uygulanmasına da şâmil olacağını ileri sürmektedir (Bk. «Yeni Anayasa Mahkememiz Hakkında Mukayeseli bir inceleme», Adalet Dergisi, Eylül-Ekim 1961, Sayı: 9-10, s. 841). Bu görüşün mucip sebebi, kanaatimizce pek isabetli değildir. Çünkü Anayasa, sadece Yasama Meclislerinin içtüzüklerine değil, aynı zamanda birçok değişik alanlarda yapılmasını emrettiği kanunlara da atıfta bulunmaktadır (meselâ: Danıştay Kanunu, Sayıştay Kanunu, Uyuşmazlık Mahkemesi Kanunu, Yüksek Hâkimler Kurulu Kanunu v.s.). Sayın Profesörün görüşü kabul edilecek olursa bütün bu kanunların da Anayasanın birer parçası sayılması ve diğer âdi kanunların, Anayasanın atf yaptığı bu kanunlara uygunluklarının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi gerekecektir ki, bunun Anayasanın genel sistem ve maksadına ne kadar aykırı düşeceği açıktır. Şu halde kanunların, Yasama Meclisleri içtüzüklerine uygunluk açısından Anayasa Mahkemesi denetimine bağlı tutulması, pozitif hukuk bakımından imkânsızdır. Bunun mahzurlu olduğu ileri sürülebilir. Şöyle ki bir âdi kanunun hazırlanmasında, Anayasada bulunmayan ve sadece içtüzükte düzenlenmiş olan usul hükümlerine uyulmadığı takdirde, bu kanun belki Anayasanın metnine uygun, fakat içtüzüğe aykırı olacaktır ki, bu halde bir müeyyidesizlikten bahsedilmek gerekir. En iyisi âdi kanunların Yasama Meclisleri içtüzüklerine uygunluğunun Anayasa Mahkemesinin denetleme görevinin alanına sokulmasıydı. Lâkin bu, maalesef yapılmamış ve Anayasa Mahkemesinin norm kontrolü yetkisi, kanunların sadece Anayasaya uygunluklarının denetlenmesine inhisar ettirilmiştir. Önce de söylediğimiz gibi Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri teker teker sayılmak suretiyle tahdidi bir şekilde belirtilmiş olduğundan bu görev ve yetkileri genişletmeye de hukuken imkân yoktur. Bu noktanın Anayasamızda bir eksiklik teşkil ettiğini itiraf etmek gerekir.

ancak kanunla sınırlanabileceği» ifade edilmiştir. Şu kadar ki «kanun, kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adalet ve millî güvenlik gibi sebeplerle de olsa, bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz». Görüldüğü gibi Anayasanın bu hükmüyle Yasama Organına kanunların maddî muhtevaları yönünden esaslı sınır ve bağlar konmuştur.

Kanunların Anayasaya uygunluklarının maddî hukuk açısından denetiminde ayrıca Anayasanın «Başlangıç» (preamble) kısmındaki temel prensiplerin de gözönünde tutulması gerekir. Çünkü Anayasanın 156. maddesine göre «... Başlangıç kısmı, Anayasa metnine dahildir».

Kanunların Anayasaya maddî yönden uygunluğu, onların Anayasa hükümleriyle muhteva bakımından ayniyete sahip olması demek değildir. Kanunlar, yeni hükümler ihtiva edemeyeceklerse, yapılmalarının sebebi ortadan kalkar. Şu halde maddî bakımdan Anayasa uygunluk, kanunlardaki orijinal hükümlerin, maddî hukuk açısından Anayasa hükümlerinin dış sınırlarını aşmaması demektir.

2. Denetlemenin konusu:

A) Anayasa Mahkemesinin denetleme fonksiyonunun konusunu ön plânda kanunlar teşkil etmektedir. Burada «Kanun» dan anlaşılması gereken, kanaatimizce «şeklî kanunlar» dır. Bilindiği gibi şekli kanun - maddî kanun ayırımında bu kategorilerin alanları farklıdır. Yasama Organı tarafından usulüne uygun yapıp Devlet Başkanı tarafından yayınlanan ve «Kanun» adını taşıyan her tasarruf şekli ve organik anlamda bir kanundur. Öte yandan, devamlı, genel ve soyut hükümleri muhtevi objektif hukukî tasarruflar da maddî anlamda kanunu teşkil ederler. Şu halde meselâ, bir şahsa maaş bağlanması, özel af gibi Yasama Meclisi tasarrufları şeklî anlamda kanun oldukları halde maddî anlamda kanun sayılmazlar. Buna karşılık tüzükler, yönetmelikler ve kanuna dayanan objektif kararnameler, Yürütme Organı tarafından yapılan tanzimi tasarruflardan olup maddî anlamda kanun sayılmakla beraber şeklî ve organik anlamda kanun değildir. Şimdi «Kanun» denince Anayasa Hukuku tatbikatında şeklî anlamda kanun mu, yoksa maddî anlamda kanun mu anlaşılmalı gerekir? Bu sorunun cevabını «Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu» nun tasarının 62. maddesi ile ilgili olarak yaptığı açıklamada bulmak mümkündür. Buna göre tasarının 62. (Anayasanın şimdiki 64.) maddesindeki «kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak» şeklindeki ibareden anlaşılması gereken «kaide tasarruflar koyma, değiştirme ve kaldırma» yetkisidir. Bu yetkinin saha itibariyle, Anayasaya uymak şartıyla sınırsız olduğu belirtilmiştir. Yasama Organı, maddede sözü geçen diğer yetkilerini de (Devletin bütçe ve kesin hesap kanun tasarılarını görüşmek ve kabul etmek, para basılmasına, genel ve özel af ilânına, mahkemelerce verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar vermek) *kanunlar yapmak* yoluyla kullanılacaktır. Gerçekten tasarı (yürürlüğe giren Anayasada da olduğu gibi) her

iki Meclisin bu müşterek yetkilere ayrı ayrı nasıl katılacaklarını «kanunların yapılması» başlığı altında düzenlemiş bulunmaktadır. Bu bakımdan meselâ eski Anayasa rejimimizde *Meclis kararlarıyla* yapılan ölüm cezalarının yerine getirilmesi, yeni rejimde bir kanun konusu olmuştur.

Görülüyor ki Anayasanın 64. maddesi iki çeşit kanun anlamını ihtiva etmektedir. Gerçekten «Kanun Koymak» ibaresiyle maddî anlamda kanun kastedilmekte, diğerlerinde ise şekli anlamda kanun bahis konusu olmaktadır. Yasama Meclislerinin bu tasarruflarının «kanun» şekline bürünmesi, her iki Meclisin yetkilerini müştereken kullanabilmesini ve yargı denetimini sağlamak gayesine dayanır. Şu halde Meclisler, vatandaşlar için bağlayıcı olan tasarruflarını *karar* şeklinde değil, *kanun* şeklinde yapmağa mecburdurlar ²⁹.

Böylece «Kanun» adını taşıyan bütün yasama tasarrufları, Anayasaya uygunlukları noktasından Anayasa Mahkemesinin denetimine bağılıdır. Yalnız şunu da ilâve edelim ki «Anayasa Mahkemesi şekli anlamda kanunların Anayasaya uygunluklarını denetler» derken Yasama Organınca yapılan maddî anlamda kanunları da kastediyoruz. Çünkü bunların maddî anlamda kanun niteliğini taşıdıkları kadar, şekli ve organik anlamda kanun niteliğine de sahip olduklarından şüphe edilemez.

Öte yandan kanun adını taşıyan bütün yasama tasarruflarının Anayasaya uygunluk açısından denetime bağılı olmaları kuralının da bazı istisnaları vardır. Bu istisnalar üç kategori halinde toplanabilir:

a) *Birinci Devrim Kanunları:*

Anayasanın hiç bir hükmü, Türk toplumunun çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi ve Türkiye Cumhuriyetinin lâiklik niteliğini koruma amacını güden Birinci Devrim Kanunlarının, Anayasanın halk oyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamaz ve yorumlanamaz. Atatürk Devrimleriyle ilgili olan bu kanunların (ki 1925 ile 1934 yılları arasında çıkarılmışlardır) Anayasaya aykırılığı hiç bir şekilde ve hiç bir merci önünde iddia edilemez. Sayısı 8 olan bu kanunlar Anayasanın 153. maddesinde gösterilmiştir ³⁰.

b) *İkinci Devrim Kanunları:*

Normal demokratik rejimi bütün teminatı ile kurmak amacıyla gerçekleştirilen ve yürütülen 27 Mayıs 1960 Devrim tarihinden 6 Ocak 1961 tarihine

[29] Dr. Server Feridun: Anayasalar ve Siyasal Belgeler, 1962, İstanbul, s. 235 ve müt.

[30] Anayasanın 153. maddesinde sayılmış olan kanunlar şunlardır: 1) Tevhidi Tedrisat Kanunu (1340), 2) Şapka İktisası Kanunu (1341), 3) Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklarla Bir Takım Ünvanların Men ve İlgasına Dair kanun (1341), 4) Medeni Nikâha Dair Kanun (1926), 5) Beynelmilel Rakamların kabulü hakkında Kanun (1928), 6) Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun (1928), 7) Efendi, Bey, Paşa Gibi Lâkap ve Ünvanların Kaldırıldığına Dair kanun (1934), 8) Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun (1934),

kadar çıkarılan kanunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile, Anayasa Mahkemesinde iptal dâvası açılmayacağı gibi, itiraz yoluyla dahi mahkemelerde Anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülemez (Anayasa - Geçici madde: 4).

Birinci Devrim Kanunlarından hangileri hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülemeyeceği 153. maddede teker teker belirtildiği halde, İkinci Devrim Kanunları hususunda böyle bir yol takip edilmemiş ve Millî Birlik Komitesi tarafından 27 Mayıs 1960 ile 6 Ocak 1961 tarihleri arasında çıkarılan bütün kanunlar Anayasaya aykırılık iddiasından masun tutulmuşlardır. Yalnız burada bir meseleye temas etmeden geçemeyeceğiz: Anayasanın 4. geçici maddesi, Millî Birlik devri kanunları hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülemeyeceğini kabul etmiş olduğu halde, aynı kanunların Türkiye Cumhuriyetinin diğer kanunlarının değiştirilmesi ve kaldırılmasında uygulanan kurallara göre değiştirilebileceği yahut kaldırılabilirliği imkânını ayrıca belirtmiştir. Bu surete maddenin bütününde yapılan bir *déchéance*, meydana getirilen bir boşluk, gelecekte 27 Mayıs Devrimi’nin anlamını, mahiyetini, ruhunu anlamamış olan siyasi gruplar tarafından Parlâmento içinde yaratılacak bir temayül sonucunda, bütün Millî Birlik Devri kanunlarının kolayca değiştirilmesi yahut kaldırılmasını mümkün kılmaktadır (ki henüz Anayasanın kabulü üzerinden bir yıldan biraz fazla bir müddet geçmiş olmasına rağmen bu kanunlardan iki tanesi yürürlükten kaldırılmıştır) ³¹.

B) Yasama Meclislerinin kararları, Anayasa Mahkemesinin denetimine bağlı değildir. Gerçekten Anayasanın 147. maddesine göre Yasama Meclislerinin sadece «Kanun» adını taşıyan tasarrufları Anayasaya uygunluk açısından denetlenebilir. Meclislerin kararları ise kanun mahiyetinde görülmemektedir. Temsilciler Meclisinin Anayasa Komisyonu raporuna göre, Meclislerin karar mahiyetindeki tasarrufları şunlardan ibarettir:

a — Meclislerin kendi işlerine ve yürütme organı ile münasebetlerine taallük eden ve 3. şahıs durumunda olan vatandaşları bağlamayan tasarrufları,

b — Meclislerin birleşik toplantılarında görüşüp müştereken karara bağladıkları tasarrufları (misâl: savaş halinin ilânı, Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmaların veya milletlerarası nezaket kurallarının gerektirdiği haller dışında, Türk Silâhlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı silâhlı kuvvetlerin Türkiye’de bulunmasına izin verme hakkındaki kararlar, Yüce Divanı sevk kararı. Bk. Anayasa - madde: 66, 106).

Yukarda açıklandığı gibi Meclislerin kararlarının Anayasaya uygunluğunun denetlenmesi Anayasa Mahkemesinin görevine girmemektedir. Bunun tek istisnası, önce de bahsedildiği gibi Türkiye, Büyük Millet Meclisi üyele-

[31] Devrimler, bir bütün teşkil etmektedirler. Devrim tasarruflarından bazılarının değiştirilmesi veya tamamen kaldırılması, Devrimin bütünlüğünü bozacak derecede önemli bir sonuç yaratabilir. Bu itibarla 27 Mayıs Devrimine ait kanunlar hakkında da, Atatürk Devrimine ait kanunlar hakkında konulan kural câri olmalıydı. Hiç değilse bunlardan en önemlilerinin değiştirilmesi ve kaldırılması tamamen yasak edilmeliydi.

rinin yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasına veya üyeliğin düşmesine dair kendi Meclislerince verilmiş olan kararlardır. Bu kararlar, Anayasanın 81. maddesine göre Anayasaya uygunluk açısından, Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenir.³²

C) Burada, Anayasanın değiştirilmesine dair Yasama Meclisleri tasarruflarının Anayasa Mahkemesinin denetimine bağlı olup olmadığı meselesinin de incelenmesi gerekmektedir. Anayasanın 155. maddesine göre Anayasanın değiştirilmesi teklif ve kabul bakımından özel bir usule bağlıdır. Şöyle ki Anayasanın değiştirilmesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir. Bu teklif, ivedilikle görüşülemez. Değiştirme teklifinin kabulü. Meclislerin ayrı ayrı üye tamsayılarının üçte iki çoğunluğunun oyuyla mümkündür. Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki tekliflerin görüşülmesi ve kabulü yukardaki kayıtlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere tâbidir.

Anayasanın bu hükmünden anlaşılacağına göre Anayasayı değiştiren kanunlar da, âdi kanunları yapmağa yetkili olan Türkiye Büyük Millet Meclisinde yapılacaktır; yegâne fark teklif ve kabulde aranan çoğunluk bakımından kendini göstermektedir³³. Şimdi bu pek önemli sayılmayan şekil ve usul farkından dolayı, Anayasayı değiştiren kanunun, âdi kanunların aksine olarak, Anayasanın diğer hükümlerine uygunluk bakımından Anayasa Mahkemesince denetlenemeyeceğini mi kabul etmek gerekecektir? Anayasada bu konuda bir sarahat bulunmadığı için, bu soru esas itibarıyla müspet cevaplandırılmalıdır. Anayasayı değiştiren kanunların Anayasanın temel ilkelerine aykırı olamayacağını açıkça belirten 1814 Norveç ve 1927 Yunan Anayasalarının bu meseleyi halletmiş olmalarına karşılık, bizim Anayasamızda bu konuda büyük bir eksiklik vardır³⁴.

Bununla beraber, Anayasanın 9. maddesine göre değiştirilmesi yasak olan «Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü» nü (m. 1) değiştiren bir kanunun, 155. maddedeki prosedüre uyulmuş olsa dahi, mut-

[32] İstanbul Üniversitesi Anayasa Komisyonunun hazırlamış olduğu «Anayasa ön Tasarısı»nın 173. maddesine göre «Anayasa Mahkemesi, kanunların. Yasama Meclisleri İçtüzüklerinin ve bu Meclislerce verilen her türlü kararların Anayasaya uygunluğunu denetlemek» le görevlendirilmiştir. Anlaşıldığına göre Temsilciler Meclisi Anayasa Mahkemesinin denetimini Meclislerin her türlü kararlarına teşmil edecek kadar ileri gitmekten çekinmiştir.

[33] Anayasamız, bugünkü durumuyla, değiştirilmesi güç şartlara bağlanmış, katı (rigide) bir Anayasa sayılamaz. Kanaatimizce 155. maddede konmuş olan, Prosedüre ait önemsiz engeller, yeterli değildir. İstanbul Üniversitesi Anayasa Komisyonunun ön Tasarısının 191. maddesinde olduğu gibi değiştirmeyi teklif eden Meclis dağıldıktan sonra kurulacak yeni bir Meclisin değiştirme teklifini kabule yetkili olduğu yolundaki bir hükümle Anayasanın geleceği garanti altına alınabilirdi. Fakat bu yapılmamış olduğu için, Anayasamızın bütünlüğü bakımından geleceğe maalesef pek büyük ümitlerle bakamıyoruz

[34] Dr. Safa Reisoğlu: Anayasa Mahkemesi Kanun Tasarısı (Dünya Gazetesinin 30 Mart 1962 tarihli sayısında).

laka Anayasaya aykırı sayılması ve Anayasa Mahkemesinin denetimine bu yönden tâbi tutulması gerekir. Fakat 9. maddenin değiştirilmesine bir engel olmadığı için, onun değiştirilmesi suretiyle, sonradan zikri geçen 1. maddenin de değiştirilmesi mümkündür. Bu sebeple değiştirme yasağının bizzat 1. maddenin içerisine konmayıp ayrı bir maddede düzenlenmiş olması, tehlikeli bir mahzur arzetmektedir³⁵.

Bundan başka 155. maddedeki şekil ve usule tamamen veya kısmen uyulmadan yapılan bir Anayasayı değiştirici kanunun mutlak surette Anayasaya aykırı olduğu kabul edilmelidir. Bu noktada Anayasa Mahkemesinin denetleme yetkisinin bulunacağından şüphe edilemez.

D) Anayasanın 65. maddesine ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşuna dair Kanunun buna dayanan 23. maddesine göre, usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuş olan her nevi milletlerarası andlaşmalar aleyhine Anayasa Mahkemesine hiç bir suretle başvurulamaz. Bu gibi andlaşmalar, «kabul tasarrufu» (acte de ratification) mahiyetinde birer kanun vasıtasıyla iç hukukun cüzüleri haline gelmekle beraber, böyle milletlerarası andlaşmalarda âkid yabancı Devletlerin de iradeleri rol oynamış bulunmasına binaen, bunların iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Çünkü yabancı Devletlerin milletlerarası hukuk alanında izhar ettikleri iradelerin, Millî Yargı Mercileri tarafından iptali veya hükümsüz sayılmasına hukuken cevaz yoktur.

Bununla beraber yukarda bahsi geçen Anayasa ve Kanun hükümleri sadece «usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuş» olan milletlerarası andlaşmalardan bahsettiğine göre, yetki ve usul (şekil) bakımından mevzuata aykırı olan bu nevi tasarruflar Anayasa Yargısının denetimine bağlı olmak gerekir³⁶. Yetki ve usul bakımından aykırı olduğu tespit edilen bu nevi tasarrufların Anayasa Mahkemesi tarafından iptali, yukarda bahsettiğimiz prensibin sonucu olarak, milletlerarası andlaşmanın âkidleri olan yabancı Devletleri bağlamaz. Bu demektir ki, iptal hâlinde yetkili merciler, tasarrufu yetki ve usul yönünden mevzuata uygun şekilde yeniden yapmağa milletlerarası hukuk bakımından mecburdurlar.

E) Anayasa, kanunların Anayasaya uygunluğu bakımından önleyici (preventif) bir kontrol kabul etmemiş bulunduğundan kanun tasarılarının Anayasa Mahkemesinin denetimine bağlı olması bahis konusu değildir. Kanun tasarıları hakkında istişari mütalâa beyanı da Anayasa Mahkemesinin değil, Danıştayın görevleri arasına girmektedir (Anayasa - madde: 140/II). Yalnız şunu da belirtmek gerekir ki Danıştayın bu konuda verdiği istişari mütalâa-

[35] Bununla beraber Devletin şeklini değiştirecek kadar ileri gitmeğe cesaret edecek bir iktidarın karşısına dikilecek olan halk ve zinde kuvvetler, Anayasayı ve cumhuri-demokratik Anayasa rejimini korumak üzere göstereceği mukavemetle böyle bir hareketi önlemekte gecikmeyecektir.

[36] **Prof. Dr. Lûtfi Duran**: Mevzuat Kroniği — Âmme Hukuku (İstanbul Üniv. Hukuk Fak. Mecmuası, Cilt: XXVII, 1962, Sayı: 2, s. 454).

lar, gerek Yürütme Organı, gerekse Yasama Organı için bağlayıcı niteliğe sahip değildir ³⁷.

F) Yasama Meclislerince kabul edilmiş olmakla beraber henüz usulüne uygun surette yayınlanmamış olan kanunlar da Anayasaya uygunluk noktasından denetlenemezler. Çünkü yukarda da belirttiğimiz gibi Anayasamız, bu konuda Anayasa Mahkemesine bir önleyici kontrol yetkisi vermemiştir. Henüz yayınlanmamış olan kanunlar, usul ve şekil bakımından tamamlanmış sayılamazlar.

G) Buna karşılık yayınlanmış olmakla beraber, henüz yürürlüğe girmemiş bulunan kanunlara karşı, kanaatimizce Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulabilmelidir. Çünkü yayınlanmış olan bir kanunda kanun koyma prosedürü tamamlanmış demektir. Şu halde kanun yayınlandığı andan itibaren vardır. Yürürlüğe girmesi, onun hukukî sonuç ve hükümler doğurabilmesi üzerinde rol oynayabilir. Bilhassa Anayasa Mahkemesinde iptal dâvası gibi Anayasa düzenini korumak gayesine dayanan objektif bir dâvanın yayınlanmış ve fakat henüz yürürlüğe girmemiş kanunlar hakkında da kabul edilmesi temenniye şayandır. Bu konuda Anayasada açık bir hüküm bulunmadığı için, Anayasa Mahkemesine, içtihatlarıyla bu noktayı açıklamak görevi düşmektedir.

H) Anayasanın 147. maddesine göre sadece kanunlar değil, Yasama Meclisleri içtüzükleri de Anayasaya uygunluk noktasından Anayasa Mahkemesinin kontroluna tâbidir. Bilindiği gibi Yasama “edîşleri içtüzükleri, kanunların meydana getirilmeleri esnasında uyulacak önemli usul ve şekil hükümlerini ihtiva ederler. İchtüzük hükümlerinin Anayasaya aykırı olması dolayısıyla, bunlara dayanılarak çıkarılan kanunlarla Anayasa arasındaki devamlı uygun-suzluğu önlemek için içtüzüklerin de Anayasaya uygunluğunun denetimi kabul edilmiştir.

3. Denetlemenin yolları:

Kanunların Anayasaya uygunluklarının denetlenmesi iki yoldan olur:

A) *İptal dâvası yolundan*: Burada belirli makamlar ve kişiler, sadece kanunların değil, Yasama Meclisleri içtüzüklerinin de Anayasaya aykırılığı iddiası ile doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesine başvurabilirler.

B) *Dâva Mahkemesine başvurmak yolundan*: Burada bir dâvanın tarafları, uygulanacak bir kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddia ve itirazını (exceptio) dâva mahkemesi önünde ileri sürerek, bu noktanın Anayasa Mahkemesince karara bağlanması için, işi Yüksek Mahkemeye intikal ettirebilirler.

[37] Prof. Dr. K. Fikret Arık: Juridiction Constitutionnelle Turque (Institut d'Administration publique pour la Turquie et la Moyen Orient — Recherches: 7) Ankara, 1962, p: 13.

A) İptal dâvası:

a. Anayasanın 19. maddesi, belirli kişiler, gruplar ve makamlar tarafından doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesinde açılacak bir iptal dâvasından bahsetmektedir. Bu dâvanın hedefi, Anayasaya aykırılığı iddia edilen bir kanun veya Yasama Meclisi içtüzüğünün kısmen veya tamamen iptalidir. Genel olarak kabul edildiğine göre Anayasa Mahkemesinde böyle doğrudan doğruya açılması mümkün olan bir iptal dâvasında Yüksek Mahkemenin yaptığı iş, objektif bir mahiyet taşıyan «soyut norm kontrolü» dür. Gerçi bu terim ne Anayasada, ne de Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Hakkındaki Kanunda kullanılmıştır. Fakat bu, dâvanın ve Anayasa Mahkemesinin bu dâvada yaptığı inceleme ve araştırmanın mahiyetinden çıkmaktadır.

b. Bir kanun veya Yasama Meclislerinden birinin içtüzüğü hakkında açılacak olan iptal dâvaları, İdare Hukukunda olduğu gibi hukuken meşru ve aktüel bir menfaati ihlâl edilmiş olan herkes tarafından ikame edilebilecek dâvalar mahiyetinde değildirler. Anayasaya aykırılık iddiasına dayanan iptal dâvasını açabilecek kişiler ve makamlar şunlardır:

aa) Cumhurbaşkanı ³⁸,

bb) Son milletvekili seçimlerinde muteber oy sayısının en az % 10 unu alan veya Türkiye Büyük Millet Meclisinde temsilcisi bulunan siyâsî partiler veya bunların Meclis grupları (fraction parlementaire),

cc) Yasama Meclislerinden birinin üye tamsayısının en az altıda biri tutarındaki üyeleri,

dd) Yüksek Hâkimler Kurulu,

ee) Yargıtay,

ff) Danıştay,

gg) Askerî Yargıtay,

hh) Üniversiteler.

Şu kadar ki, (dd) bendinden (hh) bendine kadar sayılmış olan kurumlar sadece kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda kanunların Anayasaya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesinde bir iptal dâvası açabilirler (Anayasa - madde: 149).

c. Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal dâvası açma hakkı, ip-

[38] Şuna da işaret etmek gerekir ki Anayasanın 98. maddesinde belirtilmiş olan sorumsuzluğunun tabii bir sonucu olarak, onun bütün kararları Başbakan ve ilgili Bakan tarafından imzalanması gerekir. Bu demektir ki. Cumhurbaşkanı hiç bir hususta, hiç bir suretle re’sen, tek başına karar alamayacaktır. Aynı prensip, bir kanuna karşı iptal dâvası açılması kararında da uygulanmak gerekir. Şu halde Cumhurbaşkanı sadece kendi iradesiyle, re’sen bir iptal dâvası açamayacaktır.

tali istenen kanunun veya içtüzüğün Resmî Gazetede yayınlanmasından başlayarak 90 gün sonra düşer (Anayasa - madde: 150). Bunun bir zamanaşımı değil, bir hakkı düşüren müddet olduğunda şüphe yoktur. Şu halde bu müddetin geçmiş olup olmadığı Anayasa Mahkemesince re'sen araştırılacaktır. Bu da iptal dâvasının kamu düzenine taallük eden objektif bir dâva oluşunun tabîi bir sonucudur.

Anayasa Mahkemesinin çalışmağa başlamasından önce yürürlüğe girmiş ve hâlen yürürlükte bulunan kanunların Anayasaya aykırılığı iddiası ile açılacak iptal dâvaları, Anayasa Mahkemesinin görevine başladığının Resmî Gazetede yayınlandığı tarihten başlayarak 6 ay içinde açılabilir. Bu müddet sona erdikten sonra dâva açma hakkı da düşer.

d. Bilindiği gibi «İptal Dâvası Genel Teorisi» nde, aleyhine iptal dâvası açılan tasarrufun hangi unsurları bakımından mevzuata aykırı olduğu noktasının da araştırılması gerekmektedir. Yasama tasarruflarından olan kanunlar ve içtüzüklerin de, klâsik teoriye göre, bir takım unsurları olacağı tabîidir (sebep-sâik, yetki, mevzu şekil-usul ve maksat unsurları) ³⁹. Bununla beraber, gerek Anayasa, gerekse Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunda bu meseleye dair hiç bir sarahat bulunmamaktadır. Oysa Anayasa Mahkemesinin içtihatlarında hukuken açıklık ve kesinlik belirebilmesi için Yasama tasarruflarının da tahlilinin yapılması yerinde olur. Bu arada Yasama tasarruflarının idari tasarruflara nazaran farklı bazı özellikleri dolayısıyla (ve bilhassa politik yönlerinin de bulunuşu sebebiyle) unsurlar bakımından bir inhiraf bahis konusu ise, bunun da hangi noktalarda olacağı, Sayın Hocamız Prof. Dr. Lûtfi DURAN'ın da belirttiği gibi, bahsi geçen kanunda ayrıca tasrih edilmeliydi ⁴⁰. Nasıl ki Danıştay Kanununun 23. maddesinin C bendinde İdarî tasarrufların «esas, maksat, salâhiyet ve şekil» cihetlerinden mevzuata aykırı olabilecekleri belirtilmiştir.

B) Dâva Mahkemesi önünde Anayasaya aykırılık itirazı:

a. İptal dâvalarının aksine, dâva mahkemelerinden Anayasa Mahkemesi-ne intikal ettirilen Anayasaya aykırılık iddialarının incelenmesinde Anayasa Mahkemesi, Anayasaya aykırılığı ileri sürülen kanunu ⁴¹ «somut norm kontrolü» yoluyla denetleyecektir. Bu terim de «soyut norm kontrolü» terimi gibi gerek Anayasada, gerekse Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Hakkındaki Kanunda kullanılmış olmayıp, müracaat ve yargılama usulünün mahiyetinden çıkarılmaktadır. Gerçekten burada Anayasa Mahkemesi, Anayasaya aykırılığı iddia edilen kanunun uygulanması gibi bir vesile yokken doğrudan doğru-

[39] **Ord. Prof. Dr. Siddık Sami Onar:** İdare Hukukunun Umumî Esasları, 1960, İstanbul, s. 261-270.

[40] **Prof. Dr. Lûtfi Duran:** adı geçen Kronik, s. 450.

[41] İptal dâvalarındakinden farklı olarak, dâva mahkemesi önünde kanunların Anayasaya aykırılığı ileri sürülebilir. İçtüzükler hakkında böyle bir itiraz bahis konusu olamaz. Çünkü içtüzükler sadece Yasama Meclislerini ve bunların üyelerini ilgilendirir. Nitekim Anayasanın 151. maddesi de sadece kanunlardan bahsetmiştir.

ya açılan iptal dâvalarındakinin aksine, ancak bir kanunun bir mahkemece uygulanması dolayısıyla bu kanunun Anayasaya aykırılığı yolunda çıkan bir somut (concret) hukukî ihtilâfı çözmek durumundadır. Bu sebepten bu denetleme yoluna «somut norm kontrolü denebilir Buna uygun olarak denebilir ki, bir kanunun bu yoldan denetlenmesi, doğrudan doğruya değil, bir kanunun uygulanması dolayısıyla çıkan bir ara ihtilâfın (inciden; de procédure) Anayasa Mahkemesine intikali sonucunda yapılır.

b. Anayasanın 151. maddesine göre «bir dâvaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanunun hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar dâvayı geri bırakır». Bundan da anlaşılacağı üzere Anayasaya aykırılık iddiası taraflarca ileri sürülebileceği gibi, dâvaya bakan mahkemece de (tarafların bir itirazı vâki olmamış bulunsa bile), uygulanacak kanunun tamamı veya münferit hükümleri bakımından Anayasaya aykırı olduğu, re’sen nazara alınabilir. Bu takdirde dâva mahkemesi Anayasaya aykırılık meselesini bir bekletici mesele (question prejudicielle) olarak Anayasa Mahkemesine intikal ettirerek, dâvayı Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar geri bırakır.

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Hakkındaki Kanunun 27. maddesinden anlaşıldığına göre, Anayasaya aykırılık konusundaki bekletici meselenin Anayasa Mahkemesine intikal ettirilmesi, dâva mahkemesinin görevlerindendir. Oysa burada bir ayırım yapmak ve dâva mahkemesinin bahsi geçen mükellefiyetini, kanunun Anayasaya aykırılığını mahkemenin re’sen nazara almış olduğu hallere inhisar ettirerek, tarafların ileri sürdükleri Anayasaya aykırılık iddiasının Anayasa Mahkemesine intikal ettirilmesini ilgililere bırakmak, «bekletici mesele» kavramının mahiyetine daha uygun ve hukuken yerinde olurdu ⁴².

c. Bir dâvanın herhangi bir mahkemede görülmesi esnasında uygulanacak bir kanunun Anayasaya aykırılığı dolayısıyla çıkacak meselenin Anayasa Mahkemesine intikal ettirilebilmesi ve Yüksek Mahkemece bahis konusu kanun hakkında Anayasaya uygunluk açısından somut bir norm kontrolü yapılabilmesi, bazı şartların gerçekleşmesine bağlıdır:

aa— Bir kere bir dâvada uygulanacak kanunun Anayasaya meselesi ya dâvanın taraflarınca ileri sürülmeli, ya da dâva mahkemesince re’sen nazara alınmalıdır. Meselâ dâvayla ilgili olmayan kimselerin böyle bir iddia ile dâvaya müdahaleleri ve somut norm kontrolü yapılması yolunda istemleri bahis konusu olamaz. Buradaki ilgililer deyimini de dar yorumlamak gerekir. Meselâ, bir dâvanın tanıkları, sadece tarafları ilgilendiren bir hususta uygulanacak bir kanunun Anayasaya aykırılığını pek tabiidir ki ileri süremezler.

[42] Prof. Dr. Lûtfi Duran: adı geçen Kronik, s. 452.

Şu kadar ki bir dâvanın tanığı hakkında doğrudan doğruya uygulanan bir kanunun Anayasaya aykırılığı bahis konusu ise, şahsı üzerinde bunun direkt etkisini görecektir olan tanığa da itiraz hakkı tanınması yerinde olur, düşünce-sindeyiz.

bb — Anayasaya aykırılığı iddia olunan kanunun, dâva sebebiyle uygulanacak bir kanun olması gerekir (Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hk. Kanun - madde: 27/1.). «Dâva sebebiyle uygulanacak kanun» deyiminden ne anlaşılması gerektiği noktası da açıklamaya muhtaçtır. Gerçekten bir dâva münasebetiyle uygulanacak çeşitli kanunlar olabilir ve bunların hepsi de aynı dâvada uygulanabilir. İmdi, dâva mahkemesinin kararına hiç tesir etmeyecek, çok önemsiz bir hususta uygulanan bir kanunun Anayasaya aykırılığı iddiası da Anayasa Mahkemesine intikal ettirilecek midir? Gerek Anayasa, gerekse Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun, bu konuda hiç bir sarahati ihtiva etmiyor. «Dâva sebebiyle uygulanacak kanun» deyiminden dâvanın sonucuna, karara tesir edebilecek önemdeki kanunları anlamak dahi mümkünse de maddenin bu kadar dar yorumlanabileceğini zannetmiyoruz⁴³. Temsilciler Meclisi Anayasa Tasarısı Komisyonunun Raporunda Anayasaya aykırılık itirazıyla ilgili 152. madde (Anayasanın 151. maddesine tekabül ediyor) hakkında yapılan açıklamada da denmektedir ki «Anayasa Mahkemesinin kurulmasıyla, esas itibarıyla *bir dâva esnasında, bir kanunun Anayasaya aykırılığı* bahis konusu olduğu takdirde, mahkemenin bunu bekletici bir mesele sayması ve bu hususta Anayasa Mahkemesince verilecek kararı beklemesi tabiidir». «Bir dâva esnasında, bir kanunun Anayasaya aykırılığı...» deyimindeki kanundan dâvada uygulanacak bütün kanunları anlamak daha doğru olur. Anayasa koyucunun maddeyi bu kadar geniş tutmasının bir takım mahzurları da vardır ki, yakın bir gelecekte bu mahzurların kendilerini iyiden iyiye hissettireceklerinden ve Anayasa Mahkemesinin göreceği işlerin kısa zamanda şişip kabarcacağından şüphemiz yoktur.

Dâva mahkemesi, uygulanacak bir kanunun Anayasaya aykırılığına ya kanaat getirmiş olmalı, ya da böyle bir kanaata varmamış olmakla beraber kanunun Anayasaya aykırılığı yolunda taraflarca ileri sürülen iddiayı ciddi ve hukuki bakımdan tartışılmaya değer bulmuş olmalıdır⁴⁴. Dâva mahkemesi

[43] Alman Federal Anayasasının 100. maddesine göre «bir mahkeme, muteberiyeti kararına esas teşkil edecek olan bir kanunun Anayasaya aykırı olduğu kanaatine varırsa, dâvayı geri bırakarak..... Anayasa Mahkemesinin kararını talep etmek zorundadır». Görüldüğü gibi burada sadece dâva sonunda verilecek karara tesir edecek önem ve mahiyette olan kanunların Anayasaya aykırılığı meselesi bir bekletici mesele sayılarak, Anayasa Mahkemesine intikal ettirilmektedir. Bizim Anayasamızda da aynı hal suretini kabul etmiş olsaydı, hem Anayasa Yargısının maksadına daha uygun hareket etmiş, hem de Anayasa Mahkemesinin İşlerinin lüzumsuz derecede artmasına sebebiyet vermemiş olurdu.

[44] Rona Aybay: Anayasa'ya Aykırılık İtirazı (Dünya Gazetesinin 12 Kasım tarihli nüshasında).

her iki halde de meseleyi Anayasa Mahkemesine intikal ettirirken mucip sebeplerini de bildirmek zorundadır.

Dâva mahkemesi, uygulanacak bir kanunun Anayasaya aykırılığı iddiasını ciddi görmezse, işi Anayasa Mahkemesine intikal ettirmeyecek ve dâvaya devam edecektir. Bu ise Anayasaya aykırılığı iddia edilmiş olmasına rağmen, bir kanunun mahkemece uygulanacağı anlamına gelir. Burada her şeyden önce «ciddî» likten ne anlaşılması gerektiğini açıklamalıyız. Çok kere bir dâvanın taraflarından biri (ve ekseriya dâvalı), dâvanın uzamasından ve aleyhine olacağından korktuğu kararın gecikmesinden menfaat umar. Esasen mevzuatımızda bu gibi gecikmelere imkân ve sebebiyet veren birçok hüküm vardır. İşte Anayasa koyucu, bu gibi kolayca kötüye kullanılabilen hükümlere bir yenisini katmamak için, dâvanın uzamasına pek tabîi olarak sebebiyet verecek olan böyle bir Anayasaya aykırılık itirazının ciddi olmasını, yani dâvayı uzatmak gayesine matuf olmamasını aramıştır. Şu halde dâva mahkemesi uygulanacak kanunun Anayasaya aykırılığı meselesinin, ciddî ve dâvanın sonucu bakımından önemli bir mesele olarak çözümlenmesi gerektiğine kanaat getirdiği takdirde, işi Anayasa Mahkemesine intikal ettirir. İşte bu noktada belki dâva mahkemesi, kararına hukuken tesir etmesi bahis konusu olmayan bir kanunun Anayasaya aykırılığı iddiasını ciddi addetmeyerek (bb) bendinde açıklamaya çalıştığımız gibi uygulanacak kanunların önemine göre bir sınırlama yapabilir ve kanaatimizce yapmalıdır da. Aksi halde Anayasa Mahkemesi, önemsiz bir sürü Anayasaya aykırılık iddiaları karşısında çok vakit kaybederek asıl önemli olan meseleleri (meselâ ceza dâvalarında uygulanacak kanunların Anayasaya aykırılığı yolundaki ciddi iddiaları) Anayasanın koyduğu belirli müddet içersinde (üç ay) karara bağlayamamak durumuna düşer ki, bu takdirde Hukuk Devletinin esaslı bir garantisi zayıflamış olur.

Anayasaya aykırılık itirazının dâva mahkemesince ciddi görülmeyip dâvanın yürütülerek sonuçlandırılması halinde, itirazı reddedilen taraf, iddiasını esas hükümle birlikte temyiz merciiine arzeder. Temyiz mercii, esas hüküm zımında Anayasaya aykırılık iddiasını ve bu iddianın dâva mahkemesince reddolunmasının mucip sebeplerini de inceleyerek kararını verir. Anayasaya aykırılık iddiası temyiz safhasında da ciddi görülmeyerek reddolunduğu takdirde, bu konuda başvurulacak başka hiç bir hukuki yol yoktur.

d. Bir iptal dâvası münasebetiyle yapılan soyut norm kontrolü usulündeki aksine olarak, dâva mahkemeleri önünde ileri sürülen Anayasaya aykırılık iddiaları üzerine takip edilen usulde Anayasa Mahkemesinin bir karar verme inhisarından, başka bir deyimle, karar verme yetkisinin münhasıran Anayasa Mahkemesinde temerküz etmesinden bahsolunamaz. Gerçekten aşağıdaki hallerde dâva mahkemeleri de pratik olarak Anayasaya aykırılık meselesi hakkında karar vermek durumundadırlar:

aa — Dâva mahkemesi uygulanacak bir kanunun Anayasaya aykırılığı itirazını reddetmiş ve bu red kararı temyiz merciince de hukuken yerinde görülerek onaylanmışsa, Anayasaya aykırılık meselesi, daha önce de söylendiği gibi, Anayasa Mahkemesine intikal ettirilmeksizin karara bağlanmış olur. Çünkü temyiz merciinin kararına karşı Anayasa Mahkemesine başvurmak imkânı yoktur. Burada Anayasa Mahkemesinin görevi, diğer mahkemelerin kiyle sınırlanmış oluyor.

bb — Anayasa Mahkemesinin Anayasaya aykırılık meselesi hakkında karar verme inhisarının bulunmadığı ikinci hal ise, dâva mahkemelerinden kendisine intikal ettirilen Anayasaya aykırılık itirazları hakkında, işin kendisine gelişinden başlamak üzere üç ay içinde karar vermemiş olmasıdır. Gerçekten bu halde, Anayasanın 151. maddesinin 4. fıkrası hükmünce, itirazı Anayasa Mahkemesine intikal ettirmiş olan dâva mahkemesi, artık Anayasa Mahkemesinin kararını beklemekten sarfı nazar ederek Anayasaya aykırılık meselesini kendi kanaatine göre çözümleyecek ve dâvayı yürütecektir.

Şu kadar ki Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki dâva mahkemesinin kararı kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır.

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi Anayasaya aykırılık meselesi hakkında üç ay içinde karar veremediği takdirde, dâva mahkemesinin karar yetkisi işin içine girmekte ve Anayasa Mahkemesinin karar verme inhisarı bu noktada sona ermektedir. Anayasa koyucunun böyle bir hal tarzı kabul etmekteki maksadının, dâva mahkemelerindeki işlerin gecikmemesini sağlamak olduğu aşîkârdır.

4. Anayasa Mahkemesinin kararları:

Burada Anayasa Mahkemesinin, münhasıran kanunların ve Yasama Meclisleri içtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetleme (yani norm kontrolü) sonucunda vereceği kararlar incelenecektir. Aşîkârdır ki, Anayasa Mahkemesi, norm kontrolü sonucunda bir kanunun veya içtüzüğün Anayasaya aykırılığı iddiasını ya kabul ya da reddedecektir. Red halinde bu karar kesin-dir, aleyhine başvurulacak herhangi bir merci yoktur. Bu, Anayasa Mahkemesinin en yüksek Yargı Organı ve bir Anayasa Organı olmasının mantığı bir sonucudur. Asıl üzerinde durulması gereken, Anayasaya aykırılığın tespitini tazammun eden kararlardan doğacak hukukî sonuçlardır. Aşağıda bu konu incelenecektir.

A) Anayasa Mahkemesince bir kanun veya içtüzüğün hükümlerinin Anayasaya aykırı olduğuna karar vermesi halinde bu hükümler, karar tarihinde şekli muteberiyetlerini (validité formelle) kendiliklerinden kaybederler. Başka bir deyimle, bu hükümler, karar tarihinde başka hiç bir işlemin araya girmesine hacet kalmaksızın yürürlükten kalkarlar.

Bununla beraber, Anayasa Mahkemesi Anayasaya aykırı olduğuna karar verdiği bir kanun veya içtüzüğün yahut bunların münferit hükümlerinin yürürlükten kalkmaları gereken tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Şu kadar ki, Anayasa Mahkemesinin kararı ile geçen kanun veya içtüzük hükümlerinin yürürlükten kalkması arasında geçecek müddet altı aydan fazla olarak kararlaştırılamaz ⁴⁵.

B) Anayasa Mahkemesinin vereceği iptal hükümleri geriye yürümez. Oysa bilindiği gibi Danıştayın bir idari tasarrufu iptali tazammun eden kararı geriye yürümekte ve tasarruf, yapıldığı tarihten itibaren hükümsüz sayılmaktadır. Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal hükümlerinin, geriye yürümemesi kuralı, Temsilciler Meclisi Anayasa Tasarısı Komisyonunun raporunda da belirtildiği üzere, kanun gibi objektif ve genel mahiyette hükümler taşıyan tasarrufların doğurduğu hukukî hüküm ve sonuçların geniş halk kitlelerine tesir etmesi dolayısıyla, meydana gelmiş, kurulmuş hukukî durumların geçmişe şâmil olarak ortadan kaldırılmasının büyük çapta sosyal sarsıntılara sebep olabileceği düşüncesine dayanmaktadır.

Yalnız şuna da işaret edilmek gerekir ki, bu geriye yürümeme prensibi bazı hallerde adaletsizliklere de sebep olabilir. Gerçekten Anayasaya aykırı olması dolayısıyla iptal edilmiş bulunan bir kanunun geçmişte uygulanmış olması sonucunda zarar görmüş kişilerin durumunun geçmişe şâmil olarak değiştirilemeyeşi bir bakıma adaletsiz olabilir. Bu gibi hallerde Devletin ne dereceye kadar tamir ve tazmin mükellefiyeti altına girmiş olduğu meselesi gerek mevzuatta gerekse doktrinde henüz kesin olarak aydınlatılabilmiş değildir. ⁴⁶

C) Anayasa Mahkemesinin Anayasaya uygunluğun kontrolü sonunda verdiği kararlar, kaideten herkesi bağlayıcı (ergo omnes) etkiye sahiptir. Bu suretle mezkûr kararlar kanun kuvvetini kazanmış olurlar.

Bu kaidenin bir istisnası, Anayasa Mahkemesinin dâva mahkemesinden gelen Anayasaya aykırılık iddiaları hakkında verdiği kararlarda olabilir. Nitekim Anayasanın 152. maddesine göre Anayasa Mahkemesi, bu konuda verdiği hükümlerin yalnız tarafları bağlayıcı (inter partes) olacağına da karar verebilir. Gerçi bu, itiraz yoluna hukuken daha uygun bir hal tarzıdır. Fakat bunun da hukuk politikası yönünden bazı aksak noktaları vardır. Şöyle ki kanunlar gibi herkes hakkında câri olan objektif ve genel tasarrufların Anayasaya aykırı oldukları tespit olunduktan sonra, buna terettüp eden hükümsüzlüğün itiraz eden belirli kimseler hakkında câri, fakat başkaları hakkında,

[45] Anayasaya aykırı kanun veya içtüzüğün yürürlükten kalkmasını ileriye atmak imkânını veren bu Anayasa hükmü (m: 152), kanaatimizce bazı bakımlardan mahzurludur. Bir kere Anayasaya aykırı olduğu Yüksek Mahkemenin hükmüyle sâbit olan bir tasarrufun yürürlükte kalması ve hukukî sonuçlar doğurmakta devam etmesi Hukuk Devleti prensibiyle bağdaşmaz. İkinci olarak, bu Anayasa hükmü bazı hallerde kolayca kötüye kullanılabilir

[46] Devletin Yasama Faaliyetinden doğan sorumluluğu hakkında bk. **Prof. Ragıp Sarıca**: İdari Kaza (Cilt: I), 1949, İstanbul, s. 138-205.

Anayasaya aykırı olan bu tasarrufun hukuken muteber olması hukuk mantığını tatmin etmemektedir. Kaldı ki itiraz yoluyla verilen Anayasaya aykırılık kararları dahi Resmî Gazetede yayınlanacağına göre, herkesin itilâna ulaşan bu Anayasaya aykırılık keyfiyetine rağmen kanunun genel olarak yürürlükte kalması, ülkede kanunlara karşı emniyet ve itimadı sarsar. Nihayet Anayasaya aykırı olduğu Anayasa Mahkemesi kararıyla da sâbit olan bir kanunun, belirli kişiler dışında bütün halka uygulanmasından çıkan ihtilâflar sonucunda, Anayasaya aykırılık iddiasının aynı kanun hakkında olmak üzere sayısız defalar Anayasa Mahkemesine getirilmesi, Yüksek Mahkemenin işlerinde lüzumsuz bir şişme ve kabarma meydana getirir ⁴⁷.

VI

Anayasa Mahkemesinin Yargılama Usullerine Hâkim Olan Prensipler

Hemen şunu belirtelim ki bu paragrafta Anayasa Mahkemesinin sadece norm kontrolüne müteallik yargılama usullerine hâkim olan prensipler incelenecektir. Çünkü diğer yargılama usulleri, Ceza Muhakemesi Hukukunun genel prensiplerine tâbidirler.

A) Norm kontrolüyle ilgili yargılama usulünde hâkim olan en esaslı prensip, bu usulün bir çok işlemlerinin re'sen yapılışıdır. Bu keyfiyet, bahsi geçen yargılama usulünün esas itibarıyla objektif mahiyette oluşundan ileri gelmektedir. Bu gerçekten çıkan sonuçlar şunlardır:

a) Anayasa Mahkemesi, norm kontrolü usulünde objektif hukukî gerçeği re'sen (ex officio) araştıracaktır. Mahkemelerden gelen bir kanunun Anayasaya aykırılığı iddiaları karşısında Anayasa Mahkemesi, dâva mahkemesinin ve iddia sahibinin iddialarıyla bağlı Kalmayacağı gibi, iptal dâvalarında da dâvayı ikame eden ilgililerin gösterecekleri gerekçelerle bağlı değildir (Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Hakkında Kanun - m. 28). Taleple bağlı kalmak şartıyla başka gerekçelere dayanarak da Anayasaya aykırılık kararı verebilir.

b) Bir kanunun veya Yasama Meclislerinden birinin içtüzüğünün belirli maddelerinin Anayasaya aykırılığı iddia edilmişse, Anayasa Mahkemesi bu hükümleri münferiden inceleyebileceği gibi, kanaatimizce onların kanun veya içtüzük içerisindeki yeri ve bütün sistem bakımından dayandıkları temel düşüncüyü ortaya koyabilmek maksadıyla, incelemesini itiraz edilmeyen hükümlere de teşmil edebilir.

c) Anayasaya uygunluğun denetimi hakkındaki müracaat, kanun veya içtüzüğün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup ta, bu belirli madde veya hükümlerin iptali kanun veya içtüzüğün diğer bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, Ana-

[47] Prof. Dr. K. Fikret Arık: adı geçen etüt, s. 846.

yasa Mahkemesi, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla, kanun veya içtüzüğün bahis konusu diğer hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir (Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Hk. Kanun - m. 28/II). Gerçi Anayasa Mahkemesi kaideten «taleple bağlı kalma = ultra petita» prensibine göre hareket eder. Fakat yukardaki halde de belirtildiği gibi, iptal dâvası genel teorisi icabı, Yüksek Mahkeme bazan taleple bağlı kalmayabilir de.

d) Ne Anayasada, ne de Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Hakkındaki Kanunda açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, Anayasa Mahkemesi dâva mahkemelerinden intikal ettirilen Anayasaya aykırılık iddialarını, görülmekte olan dâvanın tarafları sulh olsalar, feragat etseler dahi bir karara bağlamalıdır. Kanaatimizce bu, norm kontrolünün bir kamu düzeni meselesi olması açısından müdafaa edilebilir. Gerçekten bir kanunun Anayasaya aykırı olup olmadığının tespiti, kamu menfaatini ve düzenini yakından ilgilendirir.

B) Anayasa Mahkemesinin müzakereleri gizlidir. Ayrıca norm kontrolü usulünde kaideten dosya üzerinde inceleme yapılır. Bununla beraber Mahkeme, gerekli gördüğü hallerde ilgilileri davet ederek, sözlü açıklamaları da dinler.

C) Norm kontrolü usulünde kaideten temsil mecburiyeti yoktur. İlgililer bizzat açıklamalarda bulunabilecekleri gibi Mahkemenin gerekli gördüğü hallerde birer temsilci de hazır bulundurabilirler.

Mahkemenin gerekli gördüğü hallerde temsilci gönderilmemesi halinde incelemenin dosya üzerinde yapılacağı da ayrıca ilgililere bildirilir.

D) Gerek iptal dâvası, gerekse dâva mahkemeleri önündeki Anayasaya aykırılık iddiası üzerine Anayasa Mahkemesince takip edilen norm kontrolü usulünde harç mecburiyeti yoktur.

VII

Anayasa Yargısı Hakkında Düşüncelerimiz

Gelecekte kamu hayatımızda çok önemli bir rol alacak olan Anayasa Mahkemesinin, demokratik ve sosyal hukuk Devletinin esaslarını koyan Anayasanın ve ona dayanan Anayasa düzeninin koruyucusu olarak görevini kususuzca yerine getirebilmesi için, bu alanda zengin içtihatlarla yıllar boyu başta Kanun koyucu olmak üzere bütün Devlet Organlarını aydınlatarak Kamu Hukuku tatbikatının gelişmesine yardım etmiş bulunan yabancı ülkeler Anayasa Mahkemelerinin (Amerika’da «*Supreme Court*», İtalya’da «*Corte Costituzionale*» Almanya’da «*Bundesverfassungsgericht*» ve Fransa’da «*Conseil constitutionnel*») tecrübelerinden faydalanması tavsiyeye şayandır.

Anayasa Mahkememiz için şimdilik en önemli mesele, kendi Yargı Görevinin sınırlarını isabetli bir şekilde belirtmektir. Bu ise her şeyden önce zamana

ihtiyaç gösteren bir iştir. Çünkü Anayasa Mahkemesi kendiliğinden bir mü-talâa beyan edemeyeceğine göre önüne gelecek münferit meseleler dolayısıyla içtihadını bildirecektir. Tabîî bunu yaparken de sadece kanun ve Anayasa metinlerine bağlanması, kısır içtihatlarla sürüklenmesi tehlikesini yaratacağı için, kundan kesin olarak kaçınması gerektiği aşîkârdır. Bu bakımdan Anayasa Yargısı hakkında bütün dünya hukuk literatüründe artık tereddütsüz olarak kabul edilen sınırların daima gözönünde tutulması zorunluluğu vardır.

Anayasa Yargısının sınırlarının belirtilmesi, esas itibariyle Pozitif hukuk açısından değil, pozitif hukukun üstünde yer alan ve onun muhteva bakımından değerlendirilmesinde faydalanılan hukuk tensipleri açısından ele alınması gereken önemli bir meseledir. Çünkü Anayasa Yargısına pozitif hukuk bakımından konan sınırlar çok defa belirli olup, üzerinde fazla tartışılmağa lüzum yoktur. Asıl mesele, pozitif hukukun dışındaki hukuk prensiplerinin yorumlanması ve hukuken isabetli, mantıki sonuçlara varılmasıdır. Bu itibarla burada açıklamaya çalışacağımız düşünceler, sadece Anayasa hâkimlerine değil, aynı zamanda Kanun koyucularımıza da yönelmek zorunluluğundadır. Bilhassa Anayasanın geniş ve soyut kavramlarının ve bir takım boşluklarının sağladığı hareket serbestisi konusunda Yasama Organının gayet titiz ve dikkatli davranarak üstün hukuk prensiplerine sadık kalması gerekir. Türkiye’de Anayasa Yargısının, kanunların yürürlüğe girmeden önce, önleyici denetime (contrôle préventif) bağlı tutulmasını içine almadığı düşünülürse, Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği bir kanunu, Yasama Organının gene Anayasaya aykırı bir muhtevayla başka bir yoldan yürürlüğe koymasını önleyecek esaslı bir garantinin bulunmadığı anlaşılır ⁴⁸. Şu halde Kanun koyucunun bu konuda kendisine tanınmış olan sınırlara riayet ederek hüsnüniyet (bonne foi) kurallarına uygun hareket etmesini beklemek ve temenni etmekten başka yapılacak bir şey yoktur.

Hâkimlerimize gelince; onların da Kanun koyucunun hüsnüniyetli olmadığı anlaşılan hareketlerini reddetmek ve hattâ bazan Yargı Fonksiyonunun varlık ve mahiyetinden çıkan sınırları aşması karşısında müspet bir karar vermekten kaçınmak cesaretini bulabilmeleri temenni olunur.

Hukuk alanında çıkan problemlerin sınırı, Kanun koyucunun hâkimlerin eline verdiği metinlerin sınırından daha dar olabileceği gibi, bazan zannedildiğinden de daha geniş olabilir. Bir kere, pek çok sayıda «yazılı olmayan hukuk kuralı» vardır. Bazan hâkimin önüne, hukuktan daha yüksek bir alana ait bir problemin çözümlenmesi meselesi gelebilir. Hâkimin böyle bir problemi çözümlmekten kaçınması, doğru bir hareket olur. Fakat bazan da hâkimin ihtisas ve yetkisinin sınırına eriştiği ve daha ileri gidemeyeceği kanaatine sahip

[48] Kanunların ilânından, Meclis İktüzüklerinin de uygulanmağa başlanmasından önce Anayasaya uygunluk açısından incelenmek üzere Anayasa Şûrasına (Conseil Constitutionnel) sunulmasını şart koşan 1958 tarihli Fransız Anayasasının 61. maddesi, Anayasaya aykırı bir kanunun yürürlüğe girmesini önleyebilmek bakımından büyük bir garanti yaratmıştır.

olduğu hallerde, kendi yetkisinin dışında gördüğü bir alanda gerçek hukuk problemleri bahis konusu olabilir. Görülüyor ki hukukta sınır meselesi, en az hayatın diğer alanlarında olduğu kadar önemlidir. Anayasa Yargısı alanında ise sınır meselesi bir kat daha önemlidir. Çünkü Anayasa Yargısı ile görevlendirilen merci, yani Anayasa Mahkemesi, bir kere Anayasadaki genel kavram ve kurumların muhteva ve sınırlarını ülkenin ekonomik, sosyal ve hukukî gerçeklerine uygun olarak bulmak zorundadır. Sonra Anayasaya uygunluğu denetlenecek bir kanunun ihtiva ettiği kavram ve kuramların sınırları tayin edilecektir. Sınır meselesinin çözümlenmesi, kanunların Anayasaya uygunluğunun denetlenmesinden başka haller (meselâ: bir Meclis üyesinin yasama dokunulmazlığının kaldırılması yahut üyeliğinin düştüğüne dair Meclisçe verilen kararlar, siyasî partilerin Anayasaya aykırı tutumlarından dolayı kapatılması) bahis konusu olduğu takdirde daha güç ve daha önemlidir.

Kanunların Anayasaya uygunluğun denetlenmesi hallerinde sınır meselesi çözümlenirken yapılacak en önemli iş gerek Anayasa ve onun üstünde yer alan hukuk prensiplerinin, gerekse denetlenecek kanunun yorumlanmasıdır. Bu sebeple Anayasa Yargısında yorum meselesi şimdiye kadar üzerinde en çok durulmuş bir mesele olmuştur.

Anayasa Hukuku bilginlerinin yorumlamada çözümlemeğe çalıştıkları meselelerden biri, yorumlamanın hangi metodlarla yapılacağı, diğeri de sınırlarının ne olacağıdır. Bu konuda şimdiye kadar varılan sonuçlar şunlardır:

a. Anayasanın ne tarihsel, ne de genetik metodla yorumlanması yeterli sayılamaz. Kamu hayatı, çok defa Anayasa koyucunun düşünmediği ve düşünmeyeceği meseleler ortaya çıkarır. Bu sebeple Anayasa koyucunun düşüncelerine hâkim olan sâiki, motifi araştırmakla fazla bir şey elde edilmiş olmaz. Aksine bazan tamamen yanlış ve ters sonuçlara varılması tehlikesi vardır. Alman Anayasasını hazırlamış bulunan komisyonun üyelerinden Alman Kamu Hukuku bilgini Profesör Erich Kaufmann bu konuda şunları söylüyor: «Şunu talep edersem lâtife yapıyorum zannedilmesin: bir kere, hiç bir parlamento üyesi Anayasa Mahkemesine ayak basmamalı; ikincisi, parlâmentonun tutanakları ve komisyonların raporları, yakılmasa bile, sağlam bir kasada saklanarak, sadece birer tarihsel belge addedilmelidir. Öte yandan Anayasayı koymuş olan organın üyeleri de hüsnüniyetli olsalar bile, birer insandırlar ve bu sebeple hiç bir zaman hatalardan sıyrılmış olmayıp, zamanla ve zamanın şartlarıyla sınırlı görüşlere sahiptirler. Bir parlamento üyesinin şu veya bu meselede düşündüğü, söylediği şeyler tarihsel bakımdan enteresan olabilir; fakat aktüel bir meselenin hallinde aslâ elverişli değildir. Aynı şey Anayasa koyucu hakkında da söylenebilir. Anayasanın kabulü esnasında bir üyenin olumlu veya olumsuz oy verirken neyi düşünüp, neyi düşünmediğini tespit etmek imkânsızdır. Tespit edilse bile, önemli değildir. Çünkü Anayasanın ruhu ve

varmak istediği hedefler, onu kabul eden Meclisin üyelerinin psikolojik birer gerçek olan iradeleriyle bağlı olmayacak kadar şümullü ve elâstikîdir»⁴⁹

Kaufmann, sözlerinin sonunda A.B.D. Yüksek Mahkemesinin ilk başkanı büyük hukukçu *Marshall* devrinden beri uygulanmakta olan «*broad interpretation*» (geniş yorumlama) metodu sayesinde Amerikan Anayasasının, pek eski olmasına rağmen, dar sınırlar içinde sıkışıp kalarak donmasına engel oluna-bildiğine işaret ediyor.

b. Anayasanın sırf sözlerinin gramatik ve kavramsal şekilde yorumlanması da yeterli değildir. Çünkü gerek dil, gerekse hukuk kavramlarının muhtevalları, zamana paralel olarak değişebilir. Bu sebepten bir meselenin çözümünde sadece Anayasanın sözlerini yorumlamakla (ki buna eski bir deyimle «lâfzî tefsir» adı veriliyor) yetinirse, günün gerçeklerine tamamen aykırı sonuçlara varması çok kuvvetle muhtemeldir. Bu itibarla Anayasanın yorumlanması, az çok yaratıcı bir faaliyet olup bunun yapılmasında en çok gözönünde tutulması gereken, Anayasanın genel sistemi, varmak istediği idealler, kısacası gayesi ve ruhudur.

c. Anayasa Hukuku ile özel Hukukun Medenî Hukuk, Borçlar Hukuku ve Ticaret Hukuku gibi dalları arasındaki farklardan biri, sonuncuların aşağı yukarı 2000 yıllık mâzileri oluşu, buna karşılık Anayasa Hukukunun modern çağlarda doğarak henüz pek az geliştirilebilmiş bulunuşudur. Gerçekten Anayasa hukukçusunun kullanacağı kavramlar Anayasa metinlerinde henüz mükemmeliyete varmış değildir. Oysa özel Hukuk metinlerinde (pozitif hukuk açısından) kavram ve kurumların teknik yönleri yüzyıllar boyunca geliştirilerek bugünkü mükemmeliyete eriştirilmiştir. Bu bakımdan yazılı olmayan hukuk, Anayasa Hukukunda, Özel Hukuk dallarındakine nazaran daha önemli bir rol oynar. Uzun devrelerde devamlı bir gelişmeye bağlı olan Anayasa teamülleri, Anayasa tatbikatından doğan bazı gelenekler, Anayasa Hukukundaki teknik gelişmenin henüz tamamlanmış olmadığını göstermektedir.

Bu sebeple Anayasanın yorumlanmasında sadece Anayasanın metniyle yetinilmeyip, Anayasa teamülleri ve ideal hukuk prensiplerinden de geniş ölçüde faydalanılması gerekir. Yazılı olmayan, fakat medenî milletlerce kabul edilmiş bulunan genel hukuk prensipleri (*principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées*), Anayasa Hukuku alanında da büyük bir yer tutmaktadır. Meselâ: Devlet Organlarının da bireyler gibi «*hüsnüniyet kuralı*» na uyması gerektiği prensibi, Devlet iradesinin meydana gelişinde izlenecek usulün adaletli olması prensibi, Hukuk Devleti ve ondan çıkan başka prensipler sınırları metinlerle çizilmemiş olan prensiplerdir. Bunun gibi gerek toplumu, gerekse bireyleri garanti altına alan hürriyetlerin sınırları yazılı hukuktan değil, belirli bir zamanda topluma hâkim olan kuvvetlerin özel münasebetle-

[49] **Erich Kaufmann:** adı gecen etüd, s. 12-13.

rinden ve bu hürriyetleri kötüye kullanma yasağının mahiyetinden çıkarılabilir. Görülüyor ki bu gibi hukuk prensip ve kavramlarının anlam ve sınırları gerçekçi bir yorumlamayla açıklanmağa muhtaçtır.

Anayasa Yargısının sınırı meselesinde karşımıza çıkan bir başka problem de politikanın mahiyet ve muhtevası ile Anayasa Mahkemesinin politik meseleler karşısında takınması gereken tavır ve davranıştır. Bilindiği gibi Anayasa Hukuku politik hukuktur. Çünkü, o, politikanın kendisini hukuk yoluyla düzenler. Bu sebepten Anayasa Hukuku alanında politik olan şey ile hukukî olan şey arasında, esas itibarıyla devamlı bir iç zıddiyet vardır. Politik olan şey, mahiyeti icabı dinamik (yani devamlı değişmeye maruz) ve irrasyondur (yani akılla idrâki her zaman mümkün değildir); onun amacı, değişen hayat şartlarına ve günlük ihtiyaçlara uymak için pratik çareler bulmak, toplumun varlığını korumak ve ilerlemesini sağlamakla ilgili meseleleri çözümlemektir. Buna karşılık hukukî olan şey, mahiyet ve bünyesi icabı nisbeten statik (yani devamlı ve istikrarlı) ve rasyondur (yani aklın kanunlarına dayanır) ve bu bünyesiyle, önceden hesaplanamayan politik kuvvetleri hesaplanabilir şekle sokarak onları sınırlamağa çalışır. İşte bu sınırlamanın başarıya ulaşabilmesi, Anayasa Mahkemesinin sağlayacağı garantiye bağlıdır.

Şunda da işaret edilmek gerekir ki, Anayasa Hukuku alanında Devlet Organlarının emir ve yasaklar şeklinde görünen Hukukî tasarruflarının muhtevası denetlenirken Anayasa hâkiminin politika ile de dolayısıyla temasa geçmemesi imkânsızdır. Çünkü hukukun elemanı haline gelen bu emir ve yasaklar şeklindeki tasarruflar, gerçekten politik kararlara dayanır. Politika, tâbiri caizse, hukukun avlusudur ve bütün hukukî tasarrufların bu avludan geçmesi zorunluluğu vardır⁵⁰. Bu sebeple politikanın da hukuk üzerindeki etkisi inkâr olunamaz. Böyle olunca, meselâ kanunların Anayasaya aykırılığının denetlenmesi, aynı zamanda bu kanunların dayandığı politik kararların da gözönünde bulundurulmasını gerektirir. Yalnız bundan, Anayasa Mahkemesinin politik meseleler, daha doğrusu meselenin politik yönleri hakkında da bir karar vereceği anlamı çıkarılmamalıdır. Asıl problem, Anayasa Mahkemesinin politik meseleyle, hukukî meseleyi birbirinden ayırabilmesindedir. Bu nasıl mümkün olacaktır? Bu sorunun cevabını verebilmek için, önce politik meselenin ne olduğu üzerinde durmak gerekir.

Pek sık kullanılan bir tarif vardır: «politik meseleler, çözümlenmeleri herhangi bir norma bağlı olmayan meselelerdir.» La Haye Adalet Divanı tarafından ortaya atılan bu târif, uzun yıllar çok taraftar bulmuştur.

Bir Anayasa Hukuku ihtilâfında taraflardan biri hukuken doğru, fakat politik açıdan yanlış hareket etmiş olabilir. Bunun aksi de olabilir. Burada Anayasa Mahkemesinin hukuk normalarına uygun olarak vereceği karar, ihtilâfa sebep olan tasarrufun politik değeri hakkında herhangi bir şey söylemeye-

[50] **Hans Gerber**: Die Idee des Staates..., 1930 - Berlin, s. 69.

cektir. Yalnız bu, her zaman zannedildiği kadar basit değildir. Çünkü taraflar haklı görünmek için, gerçekte politik bir mücadeleye dayanan ihtilâfı, çok defa hukuk kisvesine büründürmeğe çalışırlar; ileri sürdükleri tez hukuken isabetsiz görünür ve bu açıdan haksız olduklarına karar verilirse tamamen hukuk normlarının ışığı altında hüküm vermiş olan Anayasa Mahkemesini, taraf tutmak ve politik temayüllere kapılmakla itham ederler. Haklı olduklarına karar verilenler ise aksine, bu kararlar politik bir zafer kazandıklarına inanırlar. Görüldüğü gibi politik bir kavganın kaba gerçeği içerisinde bir Anayasa ihtilâfının hukukî ve politik yönleri de bazan birbirine karıştırılmaktadır.

Bu konuda gerçekçi bir sonuca varılması için kanaatimizce mesele şu açıdan ele alınmalıdır: Anayasa statik (değişmeyen - istikrarlı) bir karaktere sahiptir ve bu karakteriyle gerçek politik kuvvetlerin hareketlerini sınırlar. Anayasada çizilmiş olan gerçekçi Devlet tablosu içerisinde politik kuvvetler, Anayasanın kabul ettiği ortak temel inanış ve prensipler zemini üzerinde hareket ederek politik bir rekabetin kurallarına uygun surette birbirleriyle mücadele ederler. Bu, birbirini yok etme mücadelesi olmamalıdır. Anayasanın kabul ettiği politika fikri, müfrit bir dost-düşman münasebetine değil, politikanın normal fonksiyonu olan sosyal hayatı düzenleyerek sulh ve sükûnu sağlamak amacına dayanır. İşte Anayasa Mahkemesi, Anayasanın ruhunda gizli bu politika tablosunun içerisinde yapılmış bir politik hareketi denetleyip, hukuk açısından hükmünü verir. Yoksa politikanın bir yok etme mücadelesi şeklinde ortaya çıktığı hallerde politik meseleler hakkında Anayasa Mahkemesince verilecek her türlü karar, böyle bir mücadelenin Yargı Fonksiyonunun alanına aktarılması anlamına gelir. Bu gibi hallerde Anayasa Mahkemesinin, politik meselelerin tamamen dışında kalarak sadece Anayasa Hukuku açısından uygulanacak bir norm varsa onu uygulamakla yetinmesi gerekir. Bunun için yapılacak şey de, Devlet içinde politik faaliyet gösteren organların (bilhassa Yasama Organının) Anayasa ile çizilmiş olan dış sınırları aşıp aşmadığını, kararlarının mantıklı düşüncelere dayanıp dayanmadığını, keyfî hareket edip etmediğini denetlemektir. Politik meseleler hakkında cesaretle karar vermesi yüzünden sık sık tenkitlere hedef olan A.B.D. Yüksek Mahkemesi, ancak bu yolu takip etmek suretiyle sağlam bir içtihat geleneği kurabilmiştir.

Zannediyoruz ki yukarda açıklamaya çalıştığımız esaslara riayet edildiği takdirde gerek politikanın dar yorumlanan hukuk normlarının arasında sıkışıp kalması, gerekse Anayasa Yargısının politikaya karıştırılması tehlikesi önlenebilir. Fakat halk efkârı ve politik çevreler karşısında, Anayasa Yargısının mahiyet ve sınırlarının inandırıcı şekilde belirtilebilmesi, Anayasa Mahkemesinin kararlarının gerekçesine bağlıdır. Çünkü bir Anayasa Hukuku bilgininin de dediği gibi mahkeme kararlarının ruhu, onların gerekçelerindedir. Anayasa Mahkemesinin kararlarının gerekçeleri hukuk açısından inandırıcı olduğu nispette, politik renkten sıyrılmış ve politik çevrelerin ihtiraslarını sınırlamış olur.

Politik çevrelerden de bu konuda talep edilecek şudur: Anayasa Mahkemesinin itibarını korumak ve ona politik mücadelelerin cereyan ettiği Anayasa Hukuku alanında tarafsız bir merci olarak inanmak.

Anayasa Mahkemesine yapılacak politik müdahalelerin nasıl kuvvetli reaksiyonlarla karşılaşacağını tarihten bir örnekle belirtmeğe çalışarak etüdümüze son vereceğiz: A.B.D. Yüksek Mahkemesi (Supreme Court), yüzyılımızın başından beri Anayasa Hukuku alanındaki kararlarıyla politik çevrelerde ve halk arasında şiddetli tartışmalara yol açmaktaydı. Nihayet 1936 da *Nerv Deal* adı altındaki sosyal kanunların bir çoğunun Yüksek Mahkemece Anayasaya aykırı görülerek iptal edilmesi halk efkârında büyük bir fırtına Yaratmıştı. O zaman A.B.D. Cumhurbaşkanı olan *Roosevelt*, halktaki reaksiyondan faydalanarak Yüksek Mahkemede bir reform yapmak ve bir kanun projesiyle 70 yaşını doldurmuş olan hâkimleri muhtelif tedbirlerle tesirsiz hale getirmek isteyince beklenmedik bir şey oldu ve o güne kadar Yüksek Mahkemenin kararlarını tenkit etmekte olan halk efkârı hemen yön değiştirerek Devlet Başkanının hareketi karşısında Mahkemeyi korur bir tavır takındı. Bu durum karşısında Devlet Başkanı kanun teklifinden vazgeçmekten başka çare bulamadı. *Roosevelt*’in bu yenilgisi, Anayasa Yargısı kurumunun halk şuurunda ne kadar yerleşmiş olduğunu ve bu kuruma hukuka aykırı olarak yapılacak her müdahalenin nasıl başarısızlıkla sonuçlanacağını göstermek bakımından çok enteresandır.

Türkiye’ye gelince; uzun yıllar yapılan mücadeleler sonunda ülkemizde Anayasa Yargısını kurmağa muvaffak olduk. Bu güç görevi üzerine almış olan Anayasa Mahkememizin, halk efkârının görevini kazanmak için halktaki hukuk şuuruna yerleşmesi gerektir ki, günün birinde bir siyasî krizle karşılaşsak, en başta halk efkârı Mahkemeyi korusun. Çünkü Anayasa Mahkemesi, hiç bir kıskançlık duygusuna kapılmadan Devletin siyasî organlarına terke-deceği kuvvete dayanarak yaşayamaz. Gerçekte onu yaşatacak olan, hukuka göstereceği sadakat ve kararlarıyla kazanacağı güvendir.

(2. Makale - 1963)

Sulhi DÖNMEZER

*Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin
Sınırı Hürriyetlerin Özüne Dokunan
Sınırlamalar **

* Sulhi Dönmezer, "Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Sınırı, Hürriyetlerin Özüne dokunan Sınırlamalar", *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 29, S. 3, 1963, s. 762-786.

Düşünce ve kanaat hürriyetinin sınırı; hürriyetlerin özüne dokunan sınırlamalar

T. C.

Anayasa Mahkemesi Kararı

Esas No : 1963/16

Karar No : 1963/83

Tarihi : 8/4/1963

İtirazda bulunan : Ankara Birinci Ağır Ceza Mahkemesi.

İtirazın konusu : Anayasa Nizamı, Millî Güvenlik ve Huzuru bozan bazı fiiller hakkındaki 5/3/1962 günlü ve 38 sayılı kanunun 1 inci maddesinin (B) bendinin Anayasaya aykırılığı ileri sürülmüştür.

Olay : Yeni Demokrat Parti Genel Başkanı Fuat Köprülü'nün 21/4/1962 gününde parti genel merkezinde yaptığı basın toplantısında, toplantıya katılan gazete muhabirlerine yazılı bir beyanı okuduktan sonra bir gazete muhabirinin sorusuna karşı verdiği cevapta «Siyasî kanattan dolayı kimseye ceza verilmiyeceğine göre af, ancak bir haksızlığın tamiri olacaktır.» demek suretiyle Anayasa Nizamını Millî Güvenlik ve Huzuru Bozan Fiiller hakkındaki 5/3/1962 günlü ve 38 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (B) bendine aykırı hareket ettiği iddiasıyla aleyhine kamu dâvası açılmış.

Ankara Sorgu Hâkimliğince de sanık Fuat Köprülü hakkında 38 sayılı kanunun 1 inci maddesinin (B) bendi uygulanmak ve duruşması Ankara Birinci Ağır Ceza Mahkemesinde yapılmak üzere Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 196 ncı maddesi gereğince son tahkikatın açılmasına 21/9/1962 gününde karar verilmiştir.

Ankara Birinci Ağır Ceza Mahkemesinde 1/11/1962 gününde yapılan duruşmada sanık müdafileri tarafından müvekkilleri hakkında uygulanması istenilen 38 sayılı kanunun 1 inci maddesinin (B) bendinin, Anayasanın 8, 11 ve 20 nci maddelerine aykırı olduğu söz ve yazı ile ileri sürülerek işin Anayasa Mahkemesine intikal ettirilmesi istenilmiş ve mahkemece de Cumhuriyet Savcısının kanunun Anayasaya aykırı bulunmadığı yolundaki düşüncesine ve Başkanın muhalif oyuna karşı verilen kararda sanık müdafilerinin iddiaları özetlendikten sonra aynen :

«Her ne kadar başlangıç hükmünde Anayasa ve hukuk dışı tutum ve davranışlarıyla meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı Türk Ulusunun bir direnişi olarak tarif edilen 27 Mayıs İhtilâlinin maksat ve ifadesi olan 334 sayılı

Anayasamızın insan hak ve hürriyetlerini, millî dayanışmayı, fert ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi bütün hukuki ve sosyal temelleriyle kurarken bu temel hak ve hürriyetleri de en geniş ölçüde tanımış ve itiraz dilekçesi ve aykırılık iddialarında söz konusu edilen 11 inci maddenin ikinci fıkrasında kanun, kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adalet ve millî güvenlik sebepleriyle de olsa bir hak ve hürriyetin özüne dokunulamıyacağı ve 20 nci maddesinde de herkesin hürriyetine sahip olduğu düşünce ve kanaatlerini söz, yazı ve resim ile veya başka yollarla tek başına açıklayabileceği ve yayabileceği bir yandan kabul edilmiş olmakla beraber, öbür yandan da yurtdaşlara tanınan her hak gibi bu temel hürriyet hakkı da hiçbir zaman sonsuz olmayıp başka hak ve hürriyetlerle sınırlandırılmış ve hiçbir kimse veya zümrenin kendisine bu temel haklardan serbestçe düşünmek ve kanaat sahibi olmak ve düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim ve başka yollarla açıklayıp yayabilmek hürriyetini Anayasa ile tanımış olan en başta 27 Mayıs ihtilâlini zedelemeye her bakımdan imkân bulunamayacağı tabîî görülmüş ve istisnaları bulunan her kaide gibi 11 inci maddenin ikinci fıkrasında gösterilen sebeplerle de olsa özüne dokunulamıyacağı bildirilen bu temel hak ve hürriyetlerin birinci fıkrasında Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlandırılabilmesi hükmü konmuş ve bir temel hak ve hürriyetin özüne dokunmaksızın yalnız kanunla sınırlandırılabilmesi de mümkün görülmüş ise de;

Söz konusu edilen bu 38 sayılı kanunun 1 inci maddesinin (B) bendinin Anayasa’nın sözüne ve ruhuna uygunluk derecesinin, demokrasimizin en baş dayanağı olan Anayasa Mahkemesince de kontrolü ile bu kanunun en küçük ne bir itiraz ve ne de herhangi bir aykırılık iddialarına yer vermiyecek kesinlikte bir uygulama üstünlüğüne ve sonuç olarak da yayımlandığı gündenberi her çeşit basının maksada göre anlayış çerçevesindeki yaptıkları ayrı ve şaşırtıcı yayınlar karşısında güvensizliğe düşürülmüş olan umumi efkârın yatıştırılması ve sanıkların müdafaa haklarının da umumi ceza prensipleri içinde lâıyk olduğu bir üstünlük değerine ulaştırılabilmesi için 44 sayılı kanunun 27 nci maddesinin ikinci bendi gereğince sanık müdafinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varılarak» gerekli evrak örneklerinin çıkarılıp mahkememize gönderilmesine oyçokluğu ile karar verildiği belirtilmiştir.

İnceleme : Ankara C. Savcılığının 28/11/1962 gün ve 5/40837 sayılı yazısı ile mahkememize gönderilen dosyanın Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 15 inci maddesi gereğince 24/12/1962 gününde yapılan ilk incelemesinde sanık müdafinin Anayasaya aykırılık iddiasını kapsayan dilekçesi örneğinin gönderilmemiş olduğu anlaşılarak bu eksiğin tamamlanması için dosyanın mahkemeye geri çevrilmesi hakkında verilen karar üzerine, dosya eksikleri tamamlanarak Ankara C. Savcılığının 16/1/1963 günlü ve 5/1564 sayılı yazısı ile gönderildiğinden esasın incelenmesi hakkında verilen 28/1/1963 günlü ka-

rar uyarınca düzenlenen rapor, sanık müdafinin Anayasaya aykırılık iddiasını kapsayan dilekçesi örneği, mahkeme kararı ile Başkanın muhalefet şerhi, ilgili yazı örnekleri, 5/3/1962 günlü ve 38 sayılı kanunun 1 inci maddesinin (B) bendi, bu kanunun gerekçesi, kanun teklifini inceleyen Billet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu Karma Komisyonları ile Meclis ve Senato görüşme tutanakları Anayasanın ilgili maddeleri ve bunlara ilişkin Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu raporu ve görüşme tutanakları okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

Önce, 334 sayılı Anayasanın 151 inci ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri hakkındaki 22/4/1962 günlü ve 44 sayılı Kanunun 27 nci maddelerinde mahkemelerin itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesine gönderecekleri aykırılık itirazları, bakmakta oldukları bir dâva dolayısıyla uygulanacak bir kanun hükmünün Anayasaya aykırılık itirazları, bakmakta oldukları bir dâva dolayısıyla uygulanacak bir kanun hükmünün Anayasaya aykırılık görmeleri veya taraflardan birinin ileri süreceği aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varmaları ile mümkün olup, itirazın mahkememezice tetkikine bazlanmasından önce yürürlüğe girmiş olan Bazı Suç ve Cezaların Affı hakkındaki 23/2/1963 günlü ve 218 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (A) bendi gereğince olayda söz konusu olan suç hakkında kovuşturma yapılmasına artık imkân kalmamış olduğundan itirazda bulunan mahkemece olayda 38 sayılı kanunun 1 inci maddesinin (B) bendi uygulanamayacağına göre itirazın tetkikine cevaz olup olmadığı incelendi :

Anayasanın 147 nci maddesi gereğince Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Yasama Meclisleri İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetlemek amacı ile kurulmuş bir mahkeme olup bu denetlemeyi yine Anayasanın 148 ve 149 uncu maddeleri gereğince iptâl dâvası veya itiraz yolu ile gelen işler üzerinde yapmakta görevli bulunmaktadır. Mahkemelerde ileri sürülecek aykırılık itirazlarını Anayasa Mahkemesine intikal ettirmek yetkisi, fertlere tanınmış olmayıp, ancak bu iddiaların ciddî olduğu kanısına varan mahkemelere tanınmıştır. Yine Anayasanın 152 nci maddesi, bu iki yoldan kendisine intikal eden aykırılık iddiaları üzerine Anayasa Mahkemesince verilecek kararlar arasında kapsam ve sonuç bakımından bir ayırma yapılmış değildir; sadece mahkemelerden gönderilen aykırılık iddiaları üzerine verilen iptal kararlarının yalnız tarafları bağlayıcı olmasına karar verilebilmesi de istisnaen kabul edilmiştir. İstisnaların mevridine maksur olup esas kaideyi ihlâl edememesi ise bir hukuk kuralıdır. Anayasa Mahkemesinin görevi, Anayasa Hukuku bakımından, yasama organını denetlemek olduğuna ve 152 nci madde gereğince Anayasa Mahkemesi kararları Devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayıcı nitelikte bulunduğuna ve fert veya mahkeme iradesinin Anayasa Mahkemesi kararlarına etkisi bulunmamasına göre, itirazın Anayasa Mahkemesine intikal ettirilebilmesi için Anayasanın 151 ve 44 sayılı kanunu 27 nci maddelerinin ön gördüğü bir dâvaya

uygulanacak bir kanun hükmünün mevcudiyeti» şartı ancak iptidaen aranacak bit şart olup intihâen bu şartın devamını aramaya yer olmamak lâzım gelir. Bu itibarla Anayasa Mahkemesine intikal ettirildiği tarihte dâvaya 38 sayılı kanunun uygulanması mümkün bulunduğuna göre sonradan yürürlüğe girmiş olan 218 sayılı kanunun, dâvayı ortadan kaldırmış olması, Anayasa Mahkemesince usul ve kanun hükümlerine uygun olarak el konulmuş olan itirazın incelenmesini engelleyici bir tesiri haiz olamayacağı üyelerden Rifat Göksu, Lûtfi Akadlı, İbrahim Senil, Ahmet Akar, Muhittin Gürün ve Ekrem Tüzemen’in muhalefetleriyle ve oyçokluğu ile kararlaştırıldıktan sonra esasın incelenmesine geçildi.

Sanık müdafilerinin Anayasaya aykırılık iddiası, dosyada mevcut dilekçeleri örneğinde özetle şu gerekçelere dayandırılmıştır. «Demokratik memleketlerde Anayasa nizamını mer’i Ceza Kanunları korur, hatta Anayasa Nizamını korumak için dahi olsa ayrıca hususi kanunlar çıkarılamaz. Bu nizamı, Anayasa hükümlerine aykırı tasarruflarda bulunmamak suretiyle, korumak mümkündür. Anayasa sarîh ve vecizdir. 27 Mayıs İhtilâli demokratik hukuk devletini bütün hukukî ve sosyal temelleriyle kurmak için yapılmıştır. 38 sayılı kanunun 1 inci maddesinin (B) bendinin Anayasaya uygunluğu esasen meşkûktür. Bir kaza merciince verilmiş ve kesinleşmiş kararlar hakkında vatandaşın düşünce ve kanaat beslemesi ve bu düşünce ve kanaatini söz, yazı, resim ile tek başına veya toplu olarak açıklaması 38 sayılı kanunun 1 inci maddesinin (B) bendi ile yasak edilmiştir, veya daha doğrusu lehteki düşünce ve kanaatını açıklaması serbest, fakat aleyhteki düşünce ve kanaatini açıklaması suçtur. Halbuki düşünce ve kanaat hürriyetine sahip olmak demek, bir mevzuda lehte ve aleyhte düşünce ve kanaat hürriyetine sahip olmak demektir ve keza bir mevzuda lehte ve aleyhte düşünce ve kanaatini açıklayabilmek hak ve hürriyetine sahip olmak demektir. Düşünce ve kanaat hak ve hürriyetinin özü budur. Bu öze dokunulamaz. Bahis konusu mevzuu olan derdest dâvalar değil, kesinleşmiş hükümlerdir. Binaenaleyh teşrii organ tarafından 11 inci maddede yazılı sebep ve zaruretlerle de olsa ezcümle kamu düzeni ve millî güvenlik gibi Anayasanın 8, 11 ve 20 nci maddelerine mevzu âmir hükümlere aykırı kanun çıkarılamaz.» Aykırılık iddiasına mesnet tutulan 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 8 inci maddesi Anayasaya aykırı kanunlar çıkarılamayacağını, Anayasanın devletin bütün organlarını bağlayan temel hukuk kuralları olduğunu, 11 inci maddesi, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında uyulacak esasları ve sınırlamada bir hak ve hürriyetin özüne dokunulamayacağını belirtmekte olup itirazla doğrudan doğruya ilgili bulunan 20 nci maddesi ise aynen şöyledir :

«Madde 20 — Herkes düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir; düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim ile veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklayabilir ve yayabilir.

Kimse düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz.»

Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Sınırı

Ankara Birinci Ağır Ceza Mahkemesince Anayasaya aykırılığı iddiasının ciddî olduğu kanısına varılan 5/3/1962 günlü ve 38 sayılı kanunun 1 inci maddesinin (B) bendi ile bu bendi de ilgilendiren 3 üncü maddesi aynen şöyledir :

«B) 27 Mayıs 1960 devrimini zedeliyebilecek şekilde :

Bu devrimin neticesi olarak Yüksek Adalet Divanınca veya sair kaza mercilerince verilmiş ve kesinleşmiş olan karar ve hükümleri, söz, yazı, haber, havadis, resim, karikatür veya sair vasıta ve suretlerle kötöleyenler, veya üstü kapalı da olsa matufiyeti belli olacak şekilde kötülemeye çalışanlar veya mahkûm edilenlerin mahkûmiyetlerine esas teşkil eden fiillerini, yahut şahıslarını övenler veya neticelenmiş hazırlık, ilk, son tahkikat veya infaz safhalarıyla ilgili resim, hatırat, röportaj yapanlar veya beyanat verenler.»

«Madde 3 — Birinci maddenin A, B, ve D bentleri ile ikinci maddede yazılı suçların tekavvünü için Türk Ceza Kanununun 153 üncü maddesindeki aleliyet şarttır.»

Gerekçe : Düşünce ve kanaat hürriyeti insanların en tabii haklarındanır Herkes istediği gibi düşünmekte, istediği fikre inanmakta serbesttir Kişinin iç alemi kanunun her çeşit müdahalesinin dışındadır. Ancak kişinin iç aleminde kaldığı sürece mutlak ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyeti, toplum hayatını ilgilendirdiği andan itibaren hukukun ve kanunun sahasına giren ve toplumsal yaşayışın gerektirdiği bazı kayıtlamalara bağlanabilir İnsanların toplum halinde yaşayabilmeleri ancak toplum hayatının bazı esaslara ve kuralara bağlanması ile yani düzenlenmesi ile mümkündür. Bu zaruret insanın iç hayatı bakımından mutlak ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyetinin söz, yazı, resim ve saire gibi çeşitli vasıtalarla açığa vururlarken toplumsal yaşayışın sürekliliği (Devam ve bekası) sağlanmak için belli esaslara ve kuralara bağlanmak suretiyle kayıtlanmasını zorunlu kılar. Zira, toplum hayatına zarar veren düşünce ve kanaatlerin açığa vurulması toplumu huzursuzluğa sevk ederek toplumsal yaşayışın ve Devletin güvenliğini sarsar. Bu bakımdan diğer hak ve hürriyetler gibi düşünce ve kanaat hürriyeti de her türlü sorumsuz davranışlara cevaz veren mutlak ve sınırsız bir hürriyet olarak telâkki ve kabul edilemez. Bu hürriyeti toplumsal yaşayışın ve demokratik nizamın icaplarıyla bağdaştırmak ve toplumsal yaşayışla düşünce ve kanaat hürriyetini denge halinde tutmak gereklidir.

Bu itibarla Anayasamızın, metni aynen yukarıya çıkarılan, 20 nci maddesi hükmünü düşünce ve kanaatlerin mutlak ve sınırsız bir şekilde ve hiçbir sorumluluk duygusuyla bağlı olmaksızın her düşünceyi açıklamaya cevaz veren bir hak gibi telâkki etmemek icabeder. Aksine olarak onu Anayasada yer almış diğer hükümler ve ilkeler ile birlikte Anayasanın bütünü içinde bir parça olarak ele almak ve değerlendirmek gerekir. Nitekim maddenin Temsilciler Meclisinde görüşülmesi sırasında bu maddenin düşünce ve kanaat hürriyetine bir sınır çizmediği, bu şekli ile fertleri meselâ komünizmi, nas-

yonel sosyalizme veya irticaa kayan düşünceleri veyahut ahlâksızlığı teşvik eden fikirleri de açıklamak ve yaymak hususunda serbest bırakılmış gibi bir intiba yarattığı ileri sürülerek bu bakımdan kayıtlanması istenilmesine karşı, Anayasa Komisyonu sözcüsünün yaptığı açıklamada «Maddeyi yalnız başına ele alarak yani diğer hükümlerden tecrit ederek manalandırmanın caiz bulunmadığını, hukukta doğru olan tefsirin gai tefsir yani hükümlerin gayeye göre tefsir edilmesi olduğunu, tefsir konusu olan hüküm hangi kanunda ve Anayasada ise o kanun veya Anayasanın tümü ve ruhu gözönünde tutularak yorumlama yapılacağını, Anayasamızın esas itibarıyla hürriyetleri imha edici faaliyetleri yasak eden ve realist bir hürriyet anlayışını kendisine temel olarak almış olan bir Anayasa olduğunu, bu bakımdan herkese tanınan düşünce hürriyetinin Anayasa ile tesbit olunan Devlet nizamına ve demokratik nizama uygun kanaatleri belirtmek için sağlandığını ve bu sebeple lâik ve demokratik nizamı yıkmak, Devletin ve milletin bütünlüğünü parçalamak isteyen düşüncelerin açıklanmasının düşünce hürriyetine dâhil sayılamıyacağını ve bilâkis suç teşkil edeceğini» bildirmiş olması düşünce ve kanaat hürriyetinin de Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin niteliklerini açıklayan ikinci kısmının (Genel hükümler) ünvanlı birinci bölümde yer almış olan 11 inci maddesi uyarınca «Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabileceğini» kolayca anlatmaya kâfidir.

Sınırsız hürriyetin anarşiden başka bir şey olmadığı gözönüne alınınca, 20 nci maddeye, düşünce ve kanaat hürriyeti hakkında hiçbir kayıtlama kısıtı konulmamış olmasını bu hürriyeti Anayasanın dayandığı temel ilkelere uygun olmak ve Anayasanın 11 inci maddesinde gösterilen esaslar dahilinde kalmak şartıyla; her istikamette sınırlayabilmek hususunda Anayasa vazının kanun koyucuya takdir hakkı tanımış olduğu şeklinde yorumlamak tabii bulunmaktadır.

Öte yandan düşünce ve kanaat hürriyetini tamamlayan ve onun kullanılmasını sağlayan basın hürriyeti ve düşünce ve kanaat hürriyeti gibi mutlak ve sınırsız bir hürriyet değildir. Anayasamız, 22. maddesiyle basın hürriyetinin millî güvenliği ve genel ahlâkı korumak, kişilerin şeref, haysiyet ve haklarına tecavüzü suç işlemeye kışkırtmayı önlemek maksadiyle sınırlanabileceğini kabul ettiği gibi, gerekli hallerde gazete ve dergilerin toplatılmasına da cevaz vermiştir.

Geniş halk kitlelerinin düşünce ve kanaatleri üzerinde etki yapan basının hür olması, toplumun huzur ve selâmetini ve Devletin güvenliğini ihlâl edecek mahiyetteki beyanların ve yazıların cezasız bırakılması demek değil, sadece basının önceden kayıtlama ve kısıntıya tabi tutulmaması demektir.

İçtimai görevini yerine getirebilmesi için basının hür olması kadar sorumluluk şuuru ile hareket etmesi de şarttır. Sorumluluk şuurundan yoksun bir basın, her sorumsuz kuvvet gibi er geç soysuzlaşır ve toplum hayatını sarsan

ve millî güvenliği tehlikeye koyan bir kuvvet halini alır. Düşünce ve basın hürriyetleri ne kadar mukaddes olursa olsun böyle bir durum karşısında toplum düzenini ve millî güvenliği korumakla görevli olan kanun koyucu gerekli tedbirleri almak zorunluğundadır.

İtiraza konu olan 5/3/1962 günlü ve 38 sayılı kanun, 27 Mayıs Devriminin bir sonucu ve felsefesi olan 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile kurulmuş demokratik ve sosyal hukuk devleti nizamını korumak ve yerleştirmek ve âmmenin huzur, güvenlik ve selâmetini sağlamak maksadiyle çıkarılmıştır.

Anayasanın metnine dâhil bulunan ve onun dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmında 27 Mayıs Devrimi «Anayasa ve hukuk dışı tutum ve davranışlarıyla meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı Türk Milletinin direnme hakkını kullanması» olarak vasıflandırılmış ve Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeler «İnsan hak ve hürriyetlerini, millî dayanışmayı, sosyal adaleti, ferdin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi ve teminat altına almayı mümkün kılacak demokratik hukuk devletini «bütün hukuki ve sosyal temelleriyle kurmak» şeklinde ifade edilmiştir.

Demokratik hukuk devleti ilkesi hukuka bağlı, istikrarlı ve gerçekçi bir hürriyet rejimini ifade eder; bu rejim, hiçbir suretle anarşi anlamına alınamaz. Bu esastan hareket edilince ve yukarıda yapılan açıklamalar da nazara alınca, düşünce ve kanaat hürriyetinin kapsamı içine Anayasanın dayandığı insan hakları, millî dayanışma, sosyal adalet, fert ve toplumun huzur ve refahı gibi temel ilkeleri yıkmaya ve yok etmeye varacak düşünce ve kanaatlerin açıklanması ve yayılması serbestisinin de dâhil bulunduğunu kabule imkân tasavvur olunamaz. Nasıl ki Milletlerarası bir hukuk vesikası olan ve düşünce ve kanaat hürriyetini de kapsayan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde, bu beyannamenin hiçbir hükmünün, içinde ilân olunan hak ve hürriyetlerin bir devlet, zümre veya fert tarafından yok edilmesini güden bir faaliyete girişmeye veya fiilen bunu işlemeye herhangi bir hak verdiği şeklinde yorumlanamayacağı belirtilmek suretiyle bu esas açıkça ilân edilmiştir.

Anayasanın 11 ve 20 nci maddelerine aykırılığı ileri sürülen 38 sayılı kanunun 1 inci maddesinin (B) bendi ile yasaklanmış olan fiiller, 27 Mayıs Devrimini zedeleyecek şekilde bu devrimin neticesi olarak Yüksek Adalet Divanınca ve diğer yargı mercilerince verilmiş ve kesinleşmiş olan karar ve hükümlerin sözle, yazı, resim veya diğer yayın vasıtalarıyla kötülenmesi, adı geçen divan tarafından mahkûm edilenlerin mahkûmiyetlerine esas teşkil eden fiillerinin veya şahıslarının övülmesidir ve 1 inci maddenin (B) bendi sadece bu bakımdan düşünce ve kanaat hürriyetini sınırlamaktadır.

Yüksek Adalet Divanı veya diğer yargı mercilerinin verdiği kararların kötülenmesi ve mahkûm edilmiş olanların mahkûmiyeti intaç eden fiillerinin veya şahıslarının övülmesi, sonucu itibarıyla 27 Mayıs Devriminin meşrulu-

ğunu ve haklılığını inkâra yol açan ve halk efkârına bu devrimi yani Türk Milletinin meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı direnmesini yersiz ve gayrimeşru gibi göstermeye müncer olan ve bu yoldan vatandaşları birbiri aleyhine tahrik ederek onlar arasında kin ve düşmanlık duyguları yaratan bir davranış teşkil etmektedir.

Böyle bir davranışa cevaz verilmesi, vatandaşlar arasında kin ve düşmanlık duygular yaratılmasına ve millî huzurun devamlı şekilde ihlâlüne yol açar; bu ise Anayasa’nın dayandığı temel ilkeleri tahrip etmek sonucunu doğurur; bu itibarla böyle bir davranışı mezkûr ilkelerle bağdaştırmak mümkün değildir. Zira Anayasa’nın dayandığı millî dayanışma, fert ve toplum huzuru gibi ilkeler, ancak siyasî kanaatleri ne olursa olsun aynı toplumun fertleri olan vatandaşlar arasında karşılıklı anlayış ve saygı duygularının ve toplum şuurunun kuvvetlenmesiyle doğar ve yerleşir. Bu duyguları yok etmeyi ve vatandaşlar arasında ikilik yaratmayı hedef tutan her hareketin Anayasa’nın sözüne ve ruhuna aykırı olduğuna şüphe edilemez. Bu bakımlardan düşünce, kanaat ve basın hürriyetlerinin bu istikamette sınırlandırılmasında kamu yararı bulunduğu ve bu sınırlamanın Anayasa’nın 11 ve 20 nci maddelerine aykırı olmadığı açıktır.

Demokratik memleketlerde Anayasa nizamının Ceza Kanunu ile korunacağı ve bu nizamı korumak için olsa daki ayrıca özel hanunlar çıkarılmıyacağı yollu düşünce hiçbir ilmî mesnede dayanmadığı cihetle yerinde görülmemiştir. Anayasa nizamını koruyan ve bu maksatla bazı hürriyetleri sınırlayan hükümler, umumî ceza kanununa konulabileceği gibi özel bir kanunla da düzenlenebilir. Bu, bir hukuk kuralı değil, bir sistem meselesidir. Anayasa nizamının Anayasa’ya aykırı tasarruflarda bulunmamakla korunacağı bir gerçek ise de bu gerçeğin kemaliyle tahakkuk edebilmesi Anayasa’ya aykırı tasarrufların kanun koyucudan sâdir olması kadar, vatandaşlardan sâdir olmasını da önlemekle yani hürriyetlerin kötüye kullanamamalarını sağlayacak bazı kayıtlamalara tabi tutulması ile mümkün olabileceği de aşikârdır. Elverir ki bu kayıtlamalar, hürriyetlerin özüne dokunmasın ve o özü tahrip etmesin.

Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunun raporundan ve Anayasa tasarılarının Meclisteki görüşmelerinden de anlaşılacağı veçhile bir hak ve hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara tabi tutulması halindedir ki o hak ve hürriyetin özüne dokunulmuş olması söz konusu edilebilir.

Bahsi geçen kanunun 1 inci maddesinin (B) bendi ile yapılan kayıtlamayı bu mahiyette telâkki etmek mümkün değildir. Önce bu kayıtlama, itiraz dilekçesinde belirtildiği gibi vatandaşın 27 Mayıs Devrimi hakkında herhangi bir kanaat beslemesini men edici mahiyet taşımamaktadır. Esasen kanaat besleme, kişinin iç âlemini ilgilendirdiği cihetle bir kayıtlamaya da tabi tutulamaz.

Bu kanaatin söz, yazı, resim ve saire gibi vasıtalarla açığa vurulmasıdır ki 38 sayılı kanunun 1 inci maddesinin (B) bendi ile bazı kayıtlamalara tabi kı-

Düşünce ve Kanaat Hürriyetinin Sınırı

linmiştir. Kanunun 3 üncü maddesi hükmüne göre kayıtlamalara aykırı davranışların suç niteliği alması için bu davranışların, Türk Ceza Kanununun 153 üncü maddesinde belirtilen şekilde :

1 — Basın yolu ile veya herhangi bir propaganda vasıtasıyla,

2 — Umumî veya umuma açık olan mahalde ve birden ziyade kimseler huzurunda,

3 — Toplanılan yer veya toplantıya katılanların adedi veya toplantının konusu ve gayesi itibariyle özel mahiyeti haiz olmayan bir toplantıda işlenmiş olması,

Şarttır. Bu bakımdan 38 sayılı kanunla yapılan kayıtlama, düşünce kanaat ve basın hürriyetlerinin özüne dokunacak bir nitelik taşımakta, sadece toplum hayatını zarardan gorumayı ve güvenliği sağlamayı hedef tutmaktadır.

Kaldı ki, sözü geçen (B) bendindeki yasaklama ile basın sansüre tabi tutulmamış, gazete ve dergi çıkarılması önceden izin alma ve malî teminat gösterme şartına bağlanmamış, haber, düşünce ve kanaatlerin serbestçe yayınlanmasını engelleyici ve zorlaştırıcı iktisadî, malî ve teknik kayıtlar konulmamıştır. Şu halde bahsi geçen bent ile düşünce ve kanaat hürriyetinin gayesine uygun şekilde kullanılmasını zorlaştıran veya imkânsızlaştıran bir sınırlama yapılmamıştır. Bu itibarla bent hükmü ile düşünce ve kanaat hürriyetinin özüne dokunulmamış ve bu öz tahrir edilmemiştir.

Sonuç : Yukarıda açıklanan sebeplerle Anayasa Nizamını, Millî Güvenlik ve Huzuru Bozan Bazı Fiiller hakkındaki 5/3/1962 günlü ve 38 sayılı kanunun 1 inci maddesinin (B) bendi Anayasaya aykırı olmadığından itirazın reddine, üyelerden Ekrem Korkut'un muhalefetiyle ve oyçokluğu ile 8/4/1963 gününde karar verildi.

1 — Anayasa nizamını, millî güvenlik ve huzuru bozan fiiller hakkındaki 5/3/1962 gün ve 38 sayılı kanunun, 1. maddesinin A bendinin Anayasaya aykırı bulunmadığını tesbit eden Anayasa Mahkemesinin 8/4/1963 tarih ve E. 1963/17, K. 1963/84 sayılı kararı (Resmî Gazete sayı 11456), aynı kanunun 1. maddesinin B bendinin Anayasaya aykırı olmadığını tesbit eden 8/4/1963 tarih ve E. 1963/16, K. 1963/83 sayılı karar (Resmî Gazete sayı 11449), yine aynı kanunun 4. maddesinin Anayasaya aykırı olmadığını belirten 8/4/1963 tarih ve E. 1963/25, K. 1963/87 sayılı kararı (Resmî Gazete sayı 11457) yayınlanmıştır. Anayasa mahkemesi aynı konularda diğer bazı kararlar da vermiş ve bunlarda da yukarıda tarih ve numarası kaydedilen kararlarını ve gerekçelerini tekrar eylemiştir.

Açıklamak lâzım gelir ki, Anayasa mahkememiz yukarıda tarih ve numaraları işaret olunan kararlarında, 38 sayılı kanunun 1. maddesinin A, B bendlerinin ve 4. maddesinin Anayasaya aykırı olmadığını belirtirken de aynı

gerekçe ve prensipleri tekrar etmektedir. Bu itibarla yukarıya metnini nakletmiş bulunduğumuz kararın gerekçesinin tahlili, dolayısıyla, diğer kararların da analiz edilmiş bulunulması neticesini husule getirecektir.

Karar, muayyen bir kanunun bir maddesinin Anayasaya aykırı bulunmadığını tesbit etmesi yönünden fazla önem taşımakta değildir; kararın asıl önemli olan görünüşü düşünce ve kanaat hürriyetlerinin yeni Anayasa muvacehesindeki sınır ve kapsamını göstermekte bulunması itibariledir. Bizim dahi karara ilgi göstermemizin sebebi bu görünüşü dolayısıledir.

2— Anayasa mahkemesi esas konuya geçmeden usulî bir meseleyi hallediyor:

Anayasamızın 151. maddesine nazaran, esas mahkemesinde görülmekte olan bir davada Anayasaya aykırılık iddiasının Anayasa mahkemesine intikal ettirilebilmesi için «bir davaya uygulanacak bir kanun hükmünün mevcudiyeti lâzımdır». Zira 151. maddede «bir dâvaya bakmakta olan mahkeme,» uygulanacak «bir kanunun hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına vararsa» denilmiştir. İmdi bi-dayeten uygulanacak mahiyette bir hüküm mevcut bulunmuş ve bu hükmün Anayasaya aykırılığı ciddî görülerek durum Anayasa mahkemesine intikal ettirildikten sonra o hükmün olayda tatbikine mani bir husus meydana çıkmış olursa, Anayasa mahkemesi işi incelemeye devam ile intaç eylemek mecburiyetinde midir?

Olayda işin, esas mahkemesi tarafından, Anayasa mahkemesine intikal ettirilmesinden sonra Af Kanunu yayınlanmış ve işle ilgili dosyanın ortadan kaldırılması gerekmiştir. Arzolanun faraziyeinin tahakkuku bakımından mürruru zamanın işlemiş olması veya sanığın ölmesi de mümkün idi. Anayasa mahkemesi çoğunluğunun bu konudaki kararı şöyledir : «... itirazın Anayasa mahkemesine intikal ettirilebilmesi için Anayasanın 151 ve 44 sayılı kanunun 27. maddelerinin öngördüğü bir dâvaya uygulanacak bir kanun hükmünün mevcudiyeti şartı ancak iptidaen aranacak bir şart olup intihâen bu şartın devamını aramaya yer olmamak lâzım gelir». Bu itibarla Anayasa mahkemesine intikal ettirildiği tarihte davaya 38 sayılı kanunun uygulanması mümkün bulunduğuna göre sonradan yürürlüğe girmiş olan Af Kanunu dolayısıyla dâvanın ortadan kaldırılması mecburiyetinin tahakkuku, Anayasa mahkemesince usul ve kanun hükümlerine uygun olarak el konulmuş olan itirazın incelenmesini engelleyici bir tesir yapamaz. Mahkemenin ekseriyetine göre 151. maddeye nazaran Anayasaya mugayeretin iptâl dâvası veya itiraz yolu ile aksettirilmiş bulunmasının önemi yoktur; zira bu iki yolun etkileri aynidir.

Mezkûr görüş tarzının aksini iltizam eden azınlığın noktai nazarına göre ise, dâvanın iptâl yolu ile açılmış olmasının tesiri başkadır; itiraz yolu ile ikamesinin tesiri ise yine başkadır. İtiraz yolu ile ve bir bekletici mesele olarak mahkemelerden gelen Anayasaya aykırılık iddiası ancak bir dâva üzerine ileri

sürülebilir. Böyle olunca Anayasa mahkemesinin esas bakımından bir karar itti hazı, mahkemece itiraz edilen kanun hükmünün uygulanmasının mümkün bulunmasına yani dâvanın devamına bağlıdır. Anayasanın 152. maddesinin 4. fıkrası dairesinde Anayasa mahkemesinin yalnız tarafları bağlayıcı kararlar itti haz edebilmesi de bu görüş tarzını teyid eder.

Biz, böylece özetlenebilecek çoğunluk ve azınlık noktai nazarları muvacehesinde, ekseriyetin görüşünü menfaatler vaziyetine daha uygun sayıyoruz : Gerçekten Anayasa hukuku sahasında, metinlerin ruh ve esasına inerek, Anayasa koyucusunun asıl maksadına ulaşmağa çalışmak ve bilhassa menfaatler vaziyetini gözönünde tutarak karar vermek icap eder. Yoksa metinci bir görüş tarzından hareket etmek suretile Anayasanın sözünü ele alıp bunları hakikî maksatlarından çeliştirerek yorumlamağa çalışmak ve bundan neticeler elde etmeğe çabalamak tutulması gerekli yol değildir.

Aşikârdır ki, ekalliyetin görüşü menfaatler vaziyetine uygun değildir. Gerçekten bu noktai nazar kabul edilecek olursa iş Anayasa mahkemesine intikal ettikten sonra zaman aşımı husule gelmesi veya sanığın ölmesi halinde de Anayasa mahkemesinin dava konusu hakkında karar verememesi icap edecektir. Böyle olunca Anayasa mahkemesinin evvelâ dâvanın kabulü hakkındaki diğer şartların mevcut bulunp bulunmadığını da incelemesi icap edecek ve hüküm zamanında dahi bu yönde tamamlayıcı inceleme yapılması lâzım gelecektir. Böyle bir hal tarzı ise, Anayasa mahkemesini esas fonksiyonundan çıkarmak neticesini hasıl eder. Kamu yararı ve hukuk devleti rejimi, mümkün oldukça, Anayasaya aykırı tatbikatın durdurulmasını ve aykırı kanunların izalesini icap ettirdiğinden bu amaca aykırı sonuçlar husule getirebilecek yorum tarzları menfaatler vaziyetine de uygun olmaz.

Diğer taraftan azınlığın görüşünü teyid için metinden çıkarılan delil de, bizce kuvvetli gözükmemektedir. Gerçekten itiraz yolu ile intikal eden bir dâvaya ait hükmün. Anayasa mahkemesince yalnız taraflar bakımından tesir husule getirebilecek bir kaziyyei muhkeme etkisine tâbi tutulabilmesi, iptal ve itiraz yolu ile açılan dâvaların kabul ve intacı şartlarının farklı olabilmesini de elbette zarurî kılmaz; kabul şartları başka, hükümlerin etkilerinin kapsamı meselesi yine başkadır.

3 — Anayasa mahkemesi tetkik konumuz olan kararı ile esas bakımından aşağıdaki iki konunun hal tarzlarını getirmektedir :

1) Anayasamızın düşünce ve kanaat hürriyetine taallûk eden 20. maddesinin mutlaklık derecesi neden ibarettir?

2) Hürriyetlerin özüne dokunan sınırlamalar hususundaki kıstas neden ibarettir?

Bu iki meseleyi ayrı ayrı incelemek lâzımdır.

4— I. Anayasanın düşünce ve kanaat hürriyetine taallûk eden 20. maddesinin mutlaklık derecesi :

Anayasamızın muhtelif maddelerinde ana hak ve hürriyetler sayılmış ve bunların hangi ölçülere göre ve maksatlarla sınırlanabileceği keza gösterilmiştir. Yine Anayasanın 11. maddesinde «temel hak ve hürriyetler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir. — Kanun, kamu yararı genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adalet ve millî güvenlik gibi sebeplerle de olsa, bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz» hükmü sevk edilmiştir.

Ancak Anayasanın 20. maddesinde düşünce hürriyetinden bahsedilirken «herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir; düşünce ve kanaatlarını söz, yazı, resim ile veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklayabilir veya yayabilir. — Kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz» denilmiştir. Görülüyor ki, diğer birçok Anayasa maddelerinden farklı olarak 20. maddede düşünce ve kanaat hürriyetinin sınırlanabileceğine ve bu sınırlamanın hangi kıstas ve saiklere müstenid bulunacağına dair herhangi bir kayıt yoktur. Şu durum, düşünce ve kanaat hürriyetini Anayasamızın mutlak olarak tesbit edip etmediği konusunu ortaya çıkarır.

İmdi 38 sayılı kanunun bazı hükümlerinin Anayasaya aykırı bulunduğu görüşünde olanlar 20. maddenin mutlak gözüken ibaresine dayanmaya çalışmışlardır. Filhakika Anayasa diğer bir takım ana hak ve hürriyetleri tesbit ederken bunların hangi esaslara ve ölçülere göre sınırlandırılacağını gösteren hükümleri ihtiva eylediği halde düşünce ve kanaat hürriyeti yönünden bu yolu tutmamış ve sınırlandırma ölçüleri göstermemiş bulunması vâkiasından çıkan neticenin bu hakkın mutlak olduğu ve her konuda leh ve aleyhteki düşünce ve kanaatları açıklayabilmek serbestisini tazammun eylediği ileri sürülmüştür.

5 — Anayasa mahkemesi, kararında 20. madde ile ifade olunan düşünce ve kanaat hürriyetinin mutlak olmadığı noktai nazarını belirtmektedir; gerekçeyi şu suretle özetleyebiliriz :

1° Kişinin iç hayatında kaldığı müddetçe kanunun müdahalesinden azade ve sınırsız olan düşünce ve kanaat hürriyeti söz, yazı, resim ve saire gibi çeşitli vasıtalarla açığa vurulurken toplu yaşayışın devam ve bekası sağlanmak için belli kurallara bağlanmak suretile kayıtlanır. Toplum hayatına zarar veren düşünce ve kanaatlerin açığa vurulması Devletin güvenliğini sarsar. Bu itibarlar mezkûr hürriyeti toplum yaşayışının ve demokratik nizamın icapları ile bağdaştırmak ve toplumsal yaşayış ile düşünce ve kanaat hürriyetini denge halinde tutmak gereklidir.

2° 20. maddeyi Anayasada yer almış diğer hükümler ve ilkelerle birlikte ve Anayasanın bütünü içinde bir parça olarak ele almak lâzımdır. Anayasamız ise, realist bir hürriyet anlayışını kendisine temel olarak almıştır; binnetice

düşünce hürriyeti Devlet nizamına ve demokratik nizama uygun kanaatları belirtmek için sağlanmıştır. Bu sebeple lâik ve demokratik nizamı yıkmak. Devletin ve milletin bütünlüğünü parçalamak isteyen düşüncelerin açıklanması düşünce hürriyetine dahil sayılamaz.

Nitekim İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi de, bu beyannamenin hiçbir hükmünün, içinde ilan olunan hak ve hürriyetlerin bir Devlet, zümre veya fert tarafından yok edilmesini güden bir faaliyete girişmeye veya fiilen bunu işlemeğe herhangi bir hak verdiği şeklinde yorumlanamayacağını teyid ve tesbit eylemiştir. Binaenaleyh düşünce ve kanaat hürriyeti de Anayasanın 11. maddesi gereğince «Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir».

c) Esaslar böylece tesbit olununca 27 Mayıs Devriminin meşruluğunu veya haklılığını inkârı yol açan ve halk efkârına bu devrimi yersiz ve gayrı meşrû imiş gibi göstererek bu yoldan vatandaşları birbiri aleyhine tahrik edip onlar arasında kin ve düşmanlık duygulan yaratan ve millî huzurun devamlı şekilde ihlâlüne yol açan düşünce ve kanaatların yayılmasını sınırlayan hükümler Anayasaya aykırı olmaz.

Kararın mucip sebepleri bunlardan ibarettir.

6— Mukayeseli Hukuk yönünden diğer bazı memleketler Anayasa mahkemeleri ve Yüksek mahkemeleri kararlarına bakış:

Karar ve mucip sebeplerini tahlil etmeye girişmeden önce bir nebze Mukayeseli Hukuk üzerinde duracağız.

Amerika'da düşünce ve kanaatları izhar hürriyeti Amerikan Anayasasının birinci zeylinde yer almıştır. Bu zeyle nazaran Amerikan kongresi «*söz ve basın hürriyetini tahdit eden bir kanun yapamaz*».

Mezkûr hüküm birinci ve bilhassa ikinci Dünya savaşlarından sonra Amerika'da, iç karışıklıklara karşı devletin korunması maksadile çıkarılan çeşitli kanunlar dolayısıyla Amerikan Yüksek mahkemesince ele alınmış ve çıkarılan yeni kanunların Anayasaya uygun olup olmadıkları tartışılırken birinci zeylin muhtevasının ne suretle manâlandırılması icap edeceği hususunda Yüksek Mahkeme kanaatını belirtmiştir.

Birinci Dünya Savaşından sonra Âli mahkeme 1919 yılında verdiği meşhur bir kararında (Schenk v. United States) düşünce ve kanaat hürriyeti bakımından bugün dahi değerini muhafaza eden bir kıtas vaz'eylemişti. Buna nazaran düşünce ve kanaat hürriyetini tahdit eden bir kanunun birinci zeyle muhalif olup olmadığını tayin bakımından kıtas şudur : «her olayda kullanılan kelime ve ibarelerin, kullanıldıkları hal ve şartlar ve nitelikleri itibarile topluluk için açık ve halen mevcut bir tehlikeyi doğurabilecek mahiyette olup olmadıkları araştırılır. Böyle açık ve halen mevcut bir tehlike var ise, bu tak-

dirde kongrenin önlemek hakkına sahip bulunduğu aslî bir takım kötülükleri meydana getirmeğe müsait bu nevi tezahürleri kanun men etmek hakkına sahip olur ve böyle bir kanun Anayasaya aykırı olmaz». İşbu kıtas 1940 yılına kadar bazı geçici muhalefetlere rağmen Yüksek Mahkeme tarafından devamlı surette tatbik edilmiş ve yerleşmiş idi. 1940 yılında *Smith Act* yayınlandı. Bu kanun Amerikan Hükûmetini imha etmek veya devirmek için her türlü faaliyette bulunan kimseleri cezalandırmakta idi. 1948 yılında bu kanunun komünist faaliyetlere karşı da uygulanmağa başlanması üzerine, *Smith Act*’in Anayasaya uygun olup olmadığı meselesi yeniden ortaya çıktı ve Yüksek Mahkeme komünist partisi liderlerinin mezkûr kanun hükümlerine tevfikân takip edilmelerinde Anayasayı ihlâl eden bir mahiyet görmedi. Gerçekten bu kararında âli mahkeme (*Dennis v. United States*) 1919 yılında verdiği kararı bir miktar genişleterek «devletin, kendi müdafaasını sağlamak için fiilen bir ihtilâlin husule gelmesini beklemeğe ihtiyacı olmadığını» belirtmiş oluyordu. Buna nazaran, bir fikrin izharının hemen olmasa bile, oldukça yakın bir zamanda nisbeten ciddî bir tehlike husule getirebilmesi ihtimalinin mevcudiyeti takdirinde sınırlandırılabilceği kabul edilmiş oluyordu.

Bu karar, fikir ve kanaat hürriyetinin birinci zeylin verdiği imkân aşılarak tahdit edildiği iddia olunarak bazı müelliflerce tenkit edilmiştir.

Ancak bu karardan altı yıl sonra 1957 yılında (*Yates v. United States*) verdiği bir kararında âli mahkeme *Smith Act*’in Anayasaya uygunluğunu teyid etmekle beraber bir tefrik yapmayı da uygun saydı :

Karara nazaran *mücerret bir doktrinin müdafaası* ile *kanuna aykırı bir eyleme (action) tevcih edilmiş çabayı* birbirinden ayırmak lâzımdır. Mücerret bir doktrinin müdafaasını men eden kanun ve kanunun bu manada tatbiki Anayasaya aykırı olur. Hâkim Holmes’in de dediği gibi, bu tefrikin çok nazik olduğunu ve her fikrin bir tahrik ve teşvik unsurunu ihtiva eylediğini söylemek lâzım gelir. Her halde âli mahkeme böylece «*inanç, kanaat*» ile «*fiil*» arasında bir tefrik yapmak istemiş bulunmaktadır.

7—İtalyan Anayasasının 21. maddesi de hemen hemen bizim 20. maddemizin aynidir. İtalyan Ceza Kanununun 654. maddesinin Anayasasının bu maddesine aykırı bulunup bulunmadığı konusunda verdiği bir kararla İtalyan Anayasa Mahkemesi de bazı esaslar tesbit eylemiştir (8 Temmuz 1957). Bu karara nazaran Anayasa düşünce ve kanaatların serbestçe ifade edilebilmesi hakkını tesbit ederken topluluğun sulh ve sükûnunu ihlâl eden faaliyetlere rıza göstermiş olarak kabul edilemez. Bu nevi faaliyetler 21. maddede kabul edilmiş olan hakkın belirttiği esas mefhuma ve pratikteki ifadesine uyamaz.

Mezkûr karar müellifler arasında münakaşa edilmiştir :

Kararda atıf yapılan «*kamu emniyeti ve nizamına müteveccih tehlike*» mefhumu ile neyin ifade edildiği tartışılmış ve burada iki faarziyenin mevzubahis

olabileceği belirtilmiştir : 1 — Mücerret olarak kamu nizamının ihlâl edilebilmesi imkânı ve 2 — bu nizamın ihlâl edileceği hususundaki müşahhas ihtimal.

İmdi 654. maddede menolunduğu üzere sulh ve sükûnu bozucu toplantıların âmme emniyeti için tehlikeyi tazammun ettiği belirtilirken biraz evvel bahsi geçen faraziyelerden birincisinin mi, yoksa İkincisinin mi mevzubahis edildiğinin kâfi derecede vazıh olmadığı beyan edilmiştir. Nizamın bozulması tehlikesi bir mkân olarak mütalâa edildiği hallerde âmme emniyetine müteveccih tehlike sadece bir faraziye mahiyetinde kalır; ve eğer Anayasa Mahkemesi kararı böylece anlaşılmak iktiza ederse, Ceza Kanununun 654. maddesi, bir *fikir suçu* ihdas etmiş bulunacağından, Anayasanın 21. maddesine aykırı olur. Buna mukabil fikrin, düşüncenin ifadesi kamu müesseselerinin devrilmesi konusunda bir nevi tahrik teşkil ediyorsa ve bu tahrik sulhün ve sükûnun bozulması *ihtimalini* de ortaya koyuyorsa bu takdirde 654. madde Anayasaya uygun olur. Zira bu halde «*tehlike*» fiilen mevcuttur ve müşahhas bir tarzda değerlendirilebilir (Bu konuda bk. : *Annarozza Pizzi, Problems Involved in the Protection of Fundamental Human Rights and Liberties in the Practice of the Italian Constitutional Court, Journal of the International Commission of Jurists, 1963, vol. IV, no. 2, s. 294*).

Görülüyor ki, düşünce ve kanaat hürriyetinin hudutları bakımından Amerikan âli mahkemesinin koyduğu kıstaslarla İtalyan Anayasa mahkemesinin vaz'eylediği kıstaslar arasında büyük bir fark mevcut değildir.

8— Biz konu hakkındaki görüşlerimizi şöylece arz ediyoruz:

Bir insanın düşünce ve kanaat alemi kendi içindedir. «Düşünceleri okumaya imkân veren bir makine henüz icad olunmamıştır. (*Maurice Duverger, Droit Public, 1957, s. 199*)». Bu itibarla bugün düşünce ve kanaat hürriyeti deyince anlaşılan, düşünce ve kanaatların çeşitli yollarla açıklanabilmesi ve yayılması hürriyetidir. Düşünce ve kanaat hürriyeti bunları yayabilmek ve herkesin kendi düşünce ve kanaatlarını tesis edebilmek serbestliğini ihtiva eder. İç âlemde kaldığı sürece, düşünce ve kanaat hürriyetile, esasta, Hukuk nizamının bir ilgisi olmadığı söylenebilir. Hukuk nizamının, haricîleşmediği müddetçe düşünce ve kanaatlarla ilgisi «*hiç kimsenin, düşünce ve kanaatlarını açıklamağa zorlanamaması*» ve herkesin kendisine mahsus düşünce ve kanaatlarını tesis edebilmek ve bunun için de gerekli vasıtalarla müracaat edebilmek serbestliğine sahip bulunmasından ibarettir.

Düşünce ve kanaatların, sözle yayılabilmesi hürriyetinin lehinde olmak üzere iki esas gerekçe öne sürülmüştür (Bk. : *Walter Gellhorn, American Rights, New York 1960, s. 46*) : Demokratik bir rejimde vatandaşların kamu işlerini tartışmaları yalnız bir hak değil aynı zamanda bir vazifedir. Zira aydınlanmış bir âmme efkârı mevcut bulunmadığı takdirde, vatandaşların kendilerini idare edenleri yönetmek, onlara istikamet verebilmek kabiliyeti de ortadan kalkar.

Diğer taraftan tecrübe, en radikal hatta görünüşte tuhaf fikirlerin açıklanabilmesi imkânının dahi bazan, sosyal hareketsizliği bertaraf edici bir teşvik unsuru hizmetini gördüğünü ispatlamıştır. Bidayette husumet çeken fikirlerin sonradan ebedî hakikatler olarak kabul edildiği çok görülmüştür. Fikirlerin birbiri ile rekabet halinde bulunması, ileride muhakkak tahavvüle mahkûm olan vaziyetlerin infilâklarla değişmesini önler. Çok kere sıkıntı ve mesele yaratıcı kimselerin şikâyetleri uzun zaman geçitirilecek olursa bu meseleler gittikçe kesafet kazanarak meseleleri ağırlaştırır. Bu itibarla mesele çıkaran kimseler dahi olaylara dikkati çekmek gibi bir içtimaî fonksiyon ifa etmiş olurlar. Nihâî iyilik, fikirlerin serbestçe tedavülü ile temin olunur. Hakikatların varlığını tesbit hususunda en iyi tez, pazardaki rekabette kendini kabul ettiren fikirlerin kuvvetidir.

9—Düşünce ve kanaat hürriyeti haricileştiği andan itibaren esasen kullanılan vasıtalarla ve güdülen maksatlara göre Basın hürriyeti, Vicdan ve din hürriyeti, Bilim ve san’at hürriyeti, Haberleşme hürriyeti haline tebeddül eylemiş olur. Mezkûr hürriyetleri ise, esasen Anayasa diğer maddelerinde ayrı ayrı tesbit eylemiş ve bunların ne zaman ve hangi ölçülerle göre sınırlanabileceğini göstermiştir. Düşünce ve kanaatların yalnız söz ile açıklanması haline taallûk etmek üzere ki, Anayasada 20. madde dışında başka bir hüküm yoktur.

O halde durumu şu suretle tesbit edebiliriz :

21. maddesinde eğitim ve öğretimi Devletin genel denetimi altına almış, 22. maddesinin 2. fıkrasında Basın hürriyetinin tahdit olunabileceği maksatları göstermiş, vicdan ve dinî inanç hürriyetine taallûk eden 19. maddesinin 2. fıkrasında ibadet, dinî ayin ve törenlerin tahdidine ait ölçüleri belirtmiş bulunan Anayasa’nın *sözle ve ferdî vasıtalarla* kanaat ve düşüncelerin yayınlanmasında hiçbir tahdit konulamıyacağı tarzında bir görüşün benimsenmiş olabileceğinin beyanı Anayasa vazı’ının bir çelişme içine düşmüş bulunduğunu ifade eylemek olur ve bu elbette benimsenecek bir görüş tarzı teşkil etmez.

Bu itibarla, düşünce ve kanaatların harice belirtilmesinde Anayasanın 11. maddesinin 2. fıkrası dairesinde kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adalet ve millî güvenlik gibi sebeplerle tahdit olunabileceğini kabul etmek zaruridir.

Bizce 20. maddenin mutlak olan ibaresini şu suretle anlamak uygundur : Bir kimsenin düşünce ve kanaatlarını söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklayabilmesi veya yayabilmesini önceden kontrol veya murakabeye tâbi tutacak herhangi bir hüküm sevkedilemez. Kanun yapılacak konuşmanın muhtevasının önceden kontrole tâbi tutulmasını temin edecek bir usul koyamaz. Bununla beraber umuma hitap edecek bir kimsenin konuşma zamanını ve mahallini muayyen bir usule tâbi tutan hükümler düşünce ve kanaatları izhar hürriyetini kısıtlamış olmaz. Binnetice muayyen düşünce ve kanaatların ifadelerinden sonra her türlü takibattan, mutlak olarak,

masun bulunmaları düşünce ve kanaatları açıklama hürriyetinin kapsamına dahil değildir. Meselâ bir kimse hakkındaki kanaat ve düşüncelerin suç ve küfür teşkil edici kelimelerle haricileştirmesi halinde 20. maddenin mutlak ibaresinden söz açarak takibattan masuniyet beyanında bulunmak akla muhalif olur.

Amerikan Yüksek Mahkemesinin, muhtelif kararlarında belirttiği gibi, kanaat ve düşüncelerin, muhatapları umumî sulh ve sükûnu açık olarak ihlâl etşvik edecek mahiyetteki beyanların yapılmasına imkân vermediği kabul edilmiştir.

Dikkate şâyân olan cihher şudur ki, Amerikan Anayasasının birinci zeylinde, hatta bizim Anayasamızdan da ileri derecede olmak üzere, Amerikan kongresinin söz hürriyetini sınırlayan bir kanuna vücut veremeyeceği tasrih edildiği halde Yüksek Mahkeme yukarıda bir misali verilen kararlar ile tahdit unsurlarını tayin etmektedir.

Özetleyecek olursak diyebiliriz ki, düşünce ve kanaat hürriyetinin mutlak ve sınırsız olmadığı, 20. maddenin Anayasasının bütünü ve gayesi içerisinde mütalâa ve takdir edilmesi lâzım geldiği hakkındaki görüşlere ve bu maksatla öne sürölmüş mucip sebeplere iştirâk eylemekteyiz. Ancak neşredilmiş olan ve tahdidi ifade eden bir kanunun getirdiği sınırlamanın hem düşünce ve kanaat hürriyetinin özüne dokunmaması ve hem de genel ahlâk, kamu düzeni sosyal adalet, millî güvenlik gibi sebep ve saiklere müstenid bulunması lâzım gelir. Arzolanun sebeplere dayanmayan bir tahdit hem hürriyetin özüne dokunmuş olur ve hem de 11. maddenin 2. fıkrasına muhalif olarak bu hürriyetin tahdidini ifade edeceğinden Anayasaya aykırı olur.

11. maddeye göre bu sınırlama kanaatimizce hem şekil ve hem de muhteva yani esas bakımından olabilir. Bir düşünce veya kanaatin izharının sınırlanabilmesi için o düşünce ve kanaatin mutlak bir aksiyona davet edici mahiyet taşıması da mecburi değildir. Kaldı ki, fikirlerin pek çoğu esasen bir aksiyon değeri taşır.

10—II. Hürriyetlerin özüne dokunan sınırlamalar hakkında kıtas :

Anayasasının ana hak ve hürriyetler konusundaki titiz tutumunu belirten hüküm hiç şüphesiz 11. maddenin 2. fıkrasında yer almıştır. Filhakika bu fıkrada «kanun, kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adalet ve millî güvenlik gibi sebeplerle de olsa, bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz» denilmiştir. Binaenaleyh kanunların koyduğu tahdidin ne zaman bir hürriyetin veya hakkın özüne dokunmuş sayılacağına ait kıtası göstermek elbette lâzımdır. Anayasa mahkemesi kararında bu kıtası şu suretle tayin etmektedir: «Bir hak ve hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onun kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara tâbi tutulması halindedir ki, o hak ve hürriyetin özüne dokunulmuş olması söz konusu edilebilir».

Bu kıstası, Anayasa mahkemesinin kararının bütünü içinde manalandırmak lâzımdır. Bir kere kararın bütününden anlaşılmaktadır ki, düşünce ve kanaatların yayılması hürriyeti bakımından muayyen fikir ve düşüncelerin telkin edilmesinin, yayılmasının suç haline getirilmesi, yani men’i kamu yararı, genel ahlâk ... icabı ise, bunları men eden kanun hürriyetin özüne dokunmuş olmaz. Zira Anayasa hak ve hürriyetleri tesbit ederken realist bir açıdan hareket etmiş ve bu hürriyetleri Devleti ve topluluk hayatını tahrip için kabul etmemiştir.

O halde 11. maddenin 2. fıkrasında mevzubahis olan keyfiyet, Anayasanın cevaz verdiği kısıtlamalar dışında istimali mümkün bir hürriyet tanzim edilirken, hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıracak veya hürriyeti kullanılamaz duruma düşürecek kayıtlar koyarak hürriyetten faydalanma düzenine vücut verilemeyeceğini beyan etmekten ibarettir.

Bu konudaki noktai nazarımızı da şöyle ifade edeceğiz :

Hürriyetten istifadenin tanziminde hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıracak veya hürriyeti kullanılamaz duruma düşürecek kayıtların hürriyetlerin özüne dokunacağı kabul edilmek lâzım gelir. Fakat düşünce ve kanaat hürriyetinin istimali mevzubahis olduğunda muayyen fikir, düşünce ve kanaatların izharının veya 11. maddedeki esaslara göre ve o maksatlarla mutlak surette men edilmesinin dahi bazan bu hürriyetin özüne dokunacak mahiyet taşıyabileceğini söylemek icap eder.

Filhakika yukarıda da arzettiğimiz gibi fikir ve düşüncelerin kanaatların bizatihi üstün değeri vardır. Topluluk fikir ve kanaatların nefislerinde taşıdığı değerden meselâ sosyal adalet yahut kamu menfaati yönünden arzedecekleri cüz’î bir muhtemel tehlike dolayısıyla yoksun hale getirilmemelidir. Binnetice yapılacak şey bir hesap ve muvazenedir. Fikir ve kanaatların taşıdıkları üstün değerle bundan Devlet ve toplum için husule gelebilecek tehlikenin dengeleştirilmesi ve fikrin çok üstün değeri karşısında kamu için mevcut tehlike ihtimalinin çok cüz’î bulunması halinde sınırlamanın hürriyetin özüne dokunmuş sayılması icap edeceğinin kabulü uygun olur.

Görülüyor ki, Anayasa vazıları, hürriyet ve hakları tesbt eder ve teminat alırken ne derece titiz davranırlarsa davransınlar, Devleti ve topluluk hayatını koruma, sosyal adalet isterlerini yerine getirmek mecburiyeti, muhtevası oldukça geniş ve takdire açık yer bırakan tâbirlerin kullanılması zorunluğunu ortaya çıkarmakta ve nihayet iş, Anayasa mahkemelerinin her olayı takdir ederken gösterecekleri dikkat ve itinaya ve menfaatleri denge haline getirmek hususundaki kabiliyetlerine kalmaktadır.

(3. Makale - 1964)

Turan GÜNEŞ

*Devlet Başkanı - Meclis Çatışması**

* Turan Güneş, "Devlet Başkanı - Meclis Çatışması", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. XIX, S.2, Haziran 1964, s. 175-192.

DEVLET BAŞKANI – MECLİS ÇATIŞMASI

Doç. Dr. Turan GÜNEŞ

1924 Anayasamızda da mevcut bulunan, fakat hiç bir zaman kullanılmamış olan kanunların Cumhurbaşkanınca B. M. M. ne geri gönderilmesi, 1961 Anayasasından sonra yeni bir hayat kazanmışa benziyor. Gerçekten 1961 genel seçimlerinden bu yana, Devlet Başkanı bu yetkiyi iki kere kullanmıştır (1).

Konu hukukçularımızın da yazılarına yol açtı (2). Genel olarak Devlet Başkanının bu yetkisini kullanmasının memnunlukla karşılayan ve kendisine gerekçenin hazırlanmasında yardımcılık eden değerli Profesörlerimiz Muammer Aksoy ve Prof. İlhan Arsele'e, sayın Prof. Bahri Savcı da katılmış bulunmaktadır (3).

Biz bu yazımızda Cumhurbaşkanınca kanunların geri gönderilmesi meselesinin bütün unsurlarını inceliyecek değiliz (4). Ancak, 168 sayılı kanunun geri gönderilmesindeki bazı önemli meseleler ve bu konuda değerli hukukçularımızın gösterdiği gerekçeler üzerinde durmayı, yeni Anayasamızın uygulanmasında kanımızca yanlış istikametlere gidilmemesi için faydalı görüyoruz. Bu itibarla, da Sayın Savcının, değerli iki hukukçunun fikirlerini etraflı bir şekilde özetliyen yazısını esas alarak, 168 sayılı kanunun geri gönderilmesi olayı ve gerekçeleri üzerinde duracağız.

I

Sayın Profesör Savcı yazısında, 1924 ve 1961 Anayasalarında Devletbaşkanı durumlarını karşılaştırmakta ve aralarında esaslı farklar bulmaktadır. Bu farklar şunlardır (5):

- (1) Bunlardan burada tetkik konusu yaptığımız 168 sayılı kanun, diğeri tapulama kanununun bir maddesidir. Fakat tapulama kanununda Anayasa aykırılık ana mihver olarak ortaya konmuş değildir. Binaenaleyh üzerinde özellikle durulmuyacaktır.
- (2) Bk. İLHAN ARSEL, *Dünya gazetesi* 14.12.964; MUAMMER AKSOY *Cumhuriyet gazetesi* 11 ve 12 Şubat 1963
- (3) Bk. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi Cilt XVIII sayı 3 - 4 s. 319.
- (4) Meselenin etraflı bir incelemesi için Bk. MAIER, *Le veto législatif bu chef de l'Etat Geneve* 1948; Bu eser çeşitli sistemlerde Devlet Başkanının kanun karşısındaki yetkilerini izah etmektedir. Hususiyle geri gönderme hakkında ince bir tahlil olarak Bk. BALLADORE PALLIERI, *note sul rinvio presidenziale, Rivista trimestrale di diritto Pubblico* 1958 s. 761.
- (5) Tam açıklama incelemenin 323 - 327 sayfalarındadır.

1924 Anayasası bir yetki tekeli kurarak bunu Büyük Millet Meclisine vermişti. İcra uzvu ona tâbi bir organdır, hatta «bir commis» dir. Bir kelimeyle Devlet hayatında hâkim nokta kendisine eşit, benzer bir diğer makam mevcut olmamak şartıyla parlamantodur. O bu hâkimiyetini iskat müeyyidesi altında icra ettiği bir kontrol ile icra uzvu üzerinde kurmuştur. Binaenaleyh bir Devlet başkanı - Meclis çatışması bahis konusu olamaz. Bununla beraber kanunların imali işinde, bir Devlet Başkanı - Parlamanto çatışması nisbî ve kısmî olarak söz konusu edilebilecek bir durum doğmuştur: Kanunların bir daha görüşülmek üzere Meclise geri göndermek.

1961 Anayasasında ise, yasama organı her şeyin sahibi ve hâkimi değildir. Yasama ve yürütme yetkileri birbirinden ayrılmış, ayrı Devlet organlarına verilmiştir. O büyük tanzim gücünden gelen otoritesi ile Parlamantonun herşeyin hâkimi olması imkânı bertaraf edilmiştir. Parlamanto, egemenliğin yasama imtiyazını, Anayasanın insan hakları doktrini ile çizdiği sınır içinde kullanan bir Devlet uzvu haline getirilmiştir. Anlam ve sınırları bu olan yasama uzvunun yanında ve karşısında yürütme uzvu yer almıştır. Artık o, doktrin bakımından yasama organının bir yetkisini ona vekâleten gören tâbi ve tâli bir uzuv değildir. Belli Anayasa yetkilerini bizzat Anayasadan alan bir Devlet organıdır. İşte icra uzvu, ve binaenaleyh Devlet Başkanı, bu yetkileri kullanırken, bir çatışma olabilir. Ve böyle bir çatışmayı 1961 Anayasası istilzam etmekte, gerektirmekte ve istemektedir.

Değerli hukukçumuzun bu düşünceleri Türk Kamu hukuku doktrininin genel eğilimine uymakla beraber (6), kanaatımızca 1924 Anayasasının ve 1961 anayasalarını pozitif hukuk bakımından yapılacak bir tahliline maalesef uygun bulunmamaktadır. Öyle sanıyoruz ki, türk kamu hukuku doktrini her iki Anayasanın kurduğu sistemi de yeterli bir incelemeye tâbi tutmamıştır (7).

Bir kere sanıldığının aksine, 1924 Anayasası bir yetki tekeli kurarak bunu B. M. M. ne vermiş değildir. Yetki tekeli nazariyesi eski Anayasanın 5, 6, 7 nci maddelerine dayanmaktadır. Gerçekten 5. ci madde, «teşri selâhiyeti ve icra kudreti B. M. M. de tecelli ve temerküz eder» demektedir. Yazarlar bu hükümden, bütün Devlet yetkilerinin Mecliste toplandığını, Reisicumhur ve İcra vekilleri heyetinin, 7 nci maddeye göre sadece «vekâleten», bir «commis» olarak, «Meclis adına» yürütme görevini yerine getirdiği düşüncesine varmaktadırlar.

(6) Örneğin İLHAN ARSEL, *Türk Anayasa hukukunun, umumî esasları* s. 96. kuvvetler birliğinden bahsediyor. ALİ FUAT BAŞGİL ise, bu kadar kesin olmamakla beraber, sayın Savcının kullandığı deyimleri kullanmakta, yürütmenin «vekaleten» İcra Vekilleri heyetine verildiğini söylemektedir. Bk. *Esas Teşkilât Hukuku* 1960 cilt I s. 445. Ayrıca Bk. R. G. OKANDAN, *Hükûmranlık kudreti ve buna dahil yetkiler bakımından 20 Nisan 1340 tarihli Esas Teşkilât Kanununun hususiyetleri* İ. H. F. M. Cilt XXVIII s. 323.

(7) 1924. Anayasasının hu açıdan gerçek durumunu «Parlemanter rejimin bugünkü mânâsı ve işleyişi» adlı kitabımızda açıklamaya çalışmıştık.

İlk bakışta Anayasa metnine uygun düşer gibi görünen bu düşüncenin bazı hukukî sonuçları olmak gerekir. Örneğin eğer Meclis, icra yetkisini vekâleten kullanıyorsa, canı istediği zaman da bizzat kendisinin kullanabilmesini olağan saymak gerektir. Vekilin işlemleri asile râci olduğuna göre türk hukukunda yasama işleminden ayrı bir yürütme işlemi kavramı da olmamak icap eder. Yahut yürütme işlemi sadece bir maddi kavram ifade ediyorsa, 51 inci maddeye göre Danıştayın denetimi Büyük Millet Meclisinin bu anlamda (yürütme) (idare) işlemlerine de teşmil edilmek, buna mukabil yönetmelikler gibi maddi bakımdan düzenleyici işlemlerin de idari yargı denetimi dışında kalmak gerekirdi.

Oysa türk hukuk tatbikatı tam bunun aksini göstermektedir. Bir kere Meclis, yürütmenin yerine kaim olarak idari bir işlem yapmamaktadır, yapamamaktadır. Bu bakımdan Büyük Millet Meclisi hükümeti ve 1921 Anayasası devreleri ile 1924 Anayasası arasında büyük bir fark vardır (8). 1924 Anayasası anlam ve genişliğini burada incelemeye lüzum, görmediğimiz bir yürütme ve yasama ayrılığını kabul etmiştir. Bunu, hukukçularımızın dikkatini yeteri kadar çekmemiş bulunan bir Meclis kararı bütün açıklığı ile ortaya koymaktadır. Bu karar üzerine yazarların dikkatini çekmeği faydalı buluyoruz (9). Danıştay dava dairelerinin bağımsız Mahkeme olduğunu belirten bu 12.4.934 tarih ve 803 sayılı kararın konumuzla ilgili kısmı aynen şöyledir:

«Bizde teşri ve icra B. M. M. de bulunup bunlardan teşri selahiyetini büyük Meclis kendisi istimal ederse de icrayı - Teşkilâtı esasiye kanununda musarrah hususlar hariç olmak üzere - ancak kendi arasından intihap ettiği Reisicumhur ve onun tâyin ettiği İcra Vekilleri Heyeti marifetiyle istimal eder. Teşkilâtı esasiye Kanunun 7. ci maddesi nin şu hükmü, Büyük Meclisin icra işini bizzat yapmasına mânidir.

İcra hususundaki kanaatlarını ve direktiflerini icra edecek bir icra vekilleri heyeti bulmak için 7. ci maddenin ikinci fıkrası büyük Meclise hükümeti iskat selâhiyeti vermiştir...

...Demek oluyor ki, Teşkilâtı Esasiye Kanunumuz selâhiyetleri şu yolda taksim etmiştir: Teşri selâhiyeti büyük Meclis tarafından istimal olunabilir, hatta bir kanun ile teşriye ait her hangi bir selâhiyet hükümete devir ve havale olunamaz. İcra selâhiyeti Reisicumhur ve İcra Vekilleri Heyeti marifetiyle istimal

(8) 1921 Anayasası ve genel olarak Büyük Millet Meclisi hükümeti devrinde yasama ve yürütme birbirine gerçekten karışmış durumdadır. Bir kaç örnek olmak üzere şunları zikrederim: *İstanbul hükümetince yapılan terfiler ve saire hakkında 24 Mayıs 1336 tarihli heyeti umumiye kararı* (DÜSTUR III, CİLT I s. II); *Muhacirin hakkında 9 Ağustos 1336 tarihli karar* (DÜSTUR III, CİLT I, s. 43); *Siirt sancağı hakkında 26 Eylül 1336 tarihli karar* (DÜSTUR III, CİLT I, s. 79). Bazen kanun ve heyeti umumiye kararı bir arada bulunmaktadır. Örneğin Bk. *Posta pulları hakkında heyeti umumiye kararının 2. ci maddesini, muaddil kanun*. Bu kanun heyeti umumiye kararı olarak numaralanmıştır, (DÜSTUR III, CİLT I, S, 66).

(9) Metin için BK. LÜTFİ DURAN, *Türk İdare mevzuatı cilt I s. 559*.

ettirilir - Teşkilâtı Esasiye Kanunumuzun tasrih ettiği hususlar mahfuz kalmak şartıyla - Büyük Meclis tarafından doğrudan doğruya ve bizzat ifa olunamaz.

Yukarıdaki iki fıkrada da beyan ettiğimiz fikirler hilâfına hareket, Teşkilâtı Esasiye Kanununun 6 ve 7. ci maddelerinin hükümlerini ihmal ve iptal etmek olur».

Devlet organlarının hukuki yetkileri bakımından 1924 Anayasasının kurmuş olduğu sistemin bundan daha açık bir izahının yapılabileceğini sanmıyoruz. Kararın dediği kısaca şudur: Yürütme organı yetkilerini Meclisten değil, Anayasadan almaktadır (10). Böyle olunca da asalet - vekâlet gibi münasebetler bahis konusu olamaz.

O halde hakimiyetin Mecliste tecellisi ve teşri selâhiyeti ve icra kudretinin aynı organda temerküzü ne demektir? Öyle sanıyoruz ki, 1924 Anayasa görüşmeleri ve türk siyasi hukukunun tarihi gelişmesi bunu açıkça ortaya koymaktadır.

Teşkilâtı Esasiye Kanunu mazbata muharriri Celâl Nuri bey aynen şunları söylemektedir (11):

«Bu Cumhuriyeti vücade getiren tevhidi kuva esasıdır. *Tevhidi kuvadan anladığımız şudur: Hakkı hakimiyet hakkı saltanat doğrudan doğruya millete aittir.* Fakat Milletin olanca teferruatına kadar hakimiyeti kendi istimal etmesi adimülîmkândır. Bunun içindir ki, millet mümessilerinden mürekkep bir Meclis vücade getirdi. O Meclis de Meclisi âlinizdir. Bu, bir vekâlet, emir şeklinde bir vekâlet değildir. Yâni bu Meclisi âli doğrudan doğruya Millettir ve istediği gibi icraatı tanzim eder... İcra kuvveti de öyledir. Vaziülyedi doğrudan doğruya Meclistir, Meclis istediği gibi icra eder. Fakat... İdare bir kısım şuaбата münkasemdir. Bunların her birini alelinfirad, yegân yegân Heyeti Celilenin başarabilmesi müstehildir. Binaenaleyh şuradan bir netice çıkarıyoruz ki, icra hususunda vekâlet caizdir».

Biraz daha ilerde de (12): «Bunlar heyeti celilenize vekâleten iş görüyorlar; Bundan dolayıdır ki, diğer memaliki sultanijede görülen usul yoktur. Orada babasının oğlu olmaktan, başka başka hiç bir vaziyeti olmıyan bir adam Devletin kuvvei icraiyesini eline alıyor. O, istediği gibi hareket ediyor. Bir başvekil tayin ediyor. Eğer Meclis, eğer memleket bir meşrutî memleket ise eğer fazlaca hukuk verilmişse murakabe edebiliyor. *Fakat her halde bir makamı icra*

(10) Tabii yürütme işinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar kuruluna Anayasa tarafından verilmiş olması onu ilkel bir yetki haline getirmez. Çünkü yürütmemenin Anayasa tarafından çizilmiş bir muhtar sahası yoktur. Yürütme sahasını tesbit edecek, olan kanundur. Kanunu uygulamak görevi yürütme organlarındandır. Bu hususlarda Bk, R. CARRÊ DE MALBERG, Contribution à la théorie générale de l'Etat cilt I, s. 464 ve dev.

(11) Bk, GÖZÜBÜYÜK - SEZGİN, 1924 Anayasası hakkında Meclis müzakereleri, SBF yayınlarından s. 30.

(12) İdem s, 32

vardır ki, onun adına kiralık derler, imparatorluk derler, saltanat derler. O makamı saltanat o işi görür. Halbuki burada heyeti celinizin; bu makama intihap ettiği Reisicumhurdur ki bu vazifeyi ifa ediyor.»

Görülmektedir ki, Anayasayı yapanların kanaatına göre yürütme (icra) Meclis içinden çıkmayan, daha doğrusu milli irade kaynağına bağlanmayan bir organa ait olduğu zaman, «tefriki kuva» vardır. Aynı düşünce Teşkilâtı Esasiye kanu gerekçesinde de aynı yönde açıklanmıştır.

1924 Anayasacılarının - vekâlet, tecelli ve temerküz gibi hukuk sahasında kendisine mahsus anlamları olan kelimeleri kullanmalarından ötürü vüzuhunu zaman zaman kaybeden - düşünceleri, gerçekte hem parlamenter rejimin tarihi gelişimine, hem de Türkiye'nin genel savaş sonundaki hukuk oluşumuyla tamamen uymaktadır.

Parlamanter rejim, esas itibariyle iki meşruiyet kavramı ve olayının karşılaşmasında bir tarihi denge olayıdır. Bu meşruiyetler bir tarafda kiralık, diğer tarafda ise halk veya temsilcileri olarak ortaya çıkmıştır (13). Bu tarihî dengede icra, kiralın, teşri ise Meclislerin elinde bir yetki olarak tecelli etmiştir. Türkiye'nin Büyük Millet Meclisi hükümetlerinden önceki siyasi sistemi de, netice itibariyle, bu ikiliğe dayanmaktadır. Hukuk yetkileri ve düzenlenmesi nasıl bir gelişme geçirmiş olursa olsun yürütme «Hanedanı alosmana» ait bulunmaktaydı. Gerçek aranırsa Büyük Millet Meclisi Hükûmeti devri, Devlet içinde iki meşruiyetin savaşı olarak görünmektedir. Milli Mücadelenin başından beri Milli hakimiyet ve onun yegâne mümessili Meclis kavramı bütün haşmetiyle ortaya konmuş olmakla beraber saltanat kavramına karşı kesin bir cephe de alınmamıştır. 1924 Anayasasının ifadesini bulan Meclis Hakimiyeti prensibi ve icra ile teşriin temerküzü, saltanatın ilgası, Cumhuriyetin ilânı gibi safhalardan geçerek ikili meşruiyetini sona ermiş bulunduğunu kesin olarak ilândan başka bir şey değildir. Bu bakımdan da Devlet organlarının yetkilerinin düzenlenmesiyle değil, siyasi temel felsefeyle ilgilidir. O derece ki, Kurucular, Bakanların Meclis önünde sorumluluğunun ve Meclis içinden seçilmelerini, koymuş olduğu kuvvetler tekliği için yeterli görmüşler, fakat organların yetkilerini Mecliste toplıyan bir hüküm koymamışlardır.

Buna bir yetki tekeli denmiyeceği aşıkardır. Nitekim görüşmeler sırasında Saruhan Milletvekili, Abidin bey durumu açıkça görmüş ve şöyle söylemiştir:

«İcra selâhiyeti ile Meclisten intihap edilmiş bir heyet (15) tarafından mün-tehap heyeti vekile sisteminde ve fakat Meclisten ahzi kuvvet edecek kendi hususatında, kanunu esasisinde, teşkilâtı esasiyesinde kendi kanununda mu-sarrah olan kuyut ile hareket eden bir heyet ki, bizim, Meclisi milli içersinden

(13) Bk. TURAN GÜNEŞ, Parlamanter rejimin bugünkü mânâsı ve işleyişi 1954

(14) GÖZÜBÜYÜK - SEZGİN op. cit., s. 38.

(15) Bir heyet değil, bir şahıs - Reisicumhur - olacak.

çıkacak olursa ve aynı zamanda kendi üzerindeki hukuku tasarrufiyesini iskat etmek hakkını Meclis, kendi üzerinde muhafaza ederse, buna, efendiler, «vahdeti kuva» denmez, «muvazenei kuva» denir.

Görülmektedir ki, 1924 Anayasasında kullanılan kelimeler ne olursa olsun, aslında kurulan sistem bir «vekâlet» sistemi değildir. Bu sözlerimizle yürütme organının Meclise tabi olmadığını söylemek istemiyoruz. Şüphesiz ki, Meclis yürütmeye nazaran hem siyasi hem de hukuki bakımdan üstün durumdadır. Fakat bu üstünlük Anayasanın hususiyetinden değil, her demokratik ve parlamenter Anyasada mevcut olanı «güven oyu» ve «kanun» kavramlarından gelmektedir. Yürütme - hukuk açısından - kanunların uygulanması olduğuna göre, elbette kanunu yapanla aynı kuvvette ve düzeyde sayılamaz. En nihayet yürütme organını işgal eden kişiler (Bakanlar kurulu) güven oyu ile Meclise bağlandığına göre siyasi yönü de tayin edecek olan gene Meclistir.

Fakat bunlar 1924 Anayasası ile 1961 Anayasası arasında bir fark yaratmamakta, yeni Anayasa tarafından da aynen kabul edilmektedir. 1961 Anayasası «icra ve teşrinin Mecliste tecelli ve temerküz ettiği» siyasi prensibi dışında, 1924 Anayasasının 5, 6, 7. ci maddelerini hemen aynen almaktadır. Hatta yürütmemin sınırını «kanunlar çerçevesinde» demek suretiyle daha da belirli olarak çizmektedir. Binaenaleyh, yasama - yürütme münasebetlerinin düzenlenmesinde her iki Anayasa arasında fark bulmak ve Meclis - Devlet Başkanı çatışmasını buna dayandırmak mümkün değildir.

Şunu da söyleyelim ki, böyle bir çatışmayı yeni Anayasanın Cumhurbaşkanına, çizdiği yeni statüden de çıkarmak kanaatımızca imkân içinde değildir. Yeni Anayasanın, Cumhurbaşkanını Meclis karşısında daha bağımsız hale getirmek için bazı hükümler koyduğu bir gerçektir. Fakat bu bağımsızlık hiç bir zaman, ayrı bir politika gütmesini sağlayacak dereceye varmış değildir. Cumhurbaşkanının Meclisle ilgili yetkileri esas itibariyle Başbakanı tayin etmek, kanunların bir daha görüşülmesini istemek, ve senatoya üye seçmekten ibarettir.

Bunlardan Başbakanı ve onun kanaliyle hükümeti tayin etmesi, kesin olarak güven oyu müessesesine bağlandığına göre, her halde Cumhurbaşkanına kendi politikasıyla Meclis çoğunluğunun politikasını karşılaştırmak imkânını vermiyecektir. Kaldı ki güven oyu müessesesi de - normal olarak - 1924 Anayasasında mevcut bulunduğuna göre, 1961 Anayasasının bu yönden- bir hususiyet arzettiği söylenemez.

Senatör tayini ise, senatonun yetkileri ve Bakanlar kurulunun yalnız Millet Meclisi önünde sorumluluğu düşünülecek olursa pek de önemli bir yetki, sayılamaz:

Meclis yenilenmesi meselesine gelince, hemen belirtelim ki, 108 inci maddede Cumhurbaşkanınca yenilenme olarak değil, başbakanca yenilenme ola-

rak düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanı kendisi yenileme yoluna başvuramaz. Ancak Başbakanın isteğini yerine getirebilir ya da reddedebilir. Kaldı ki Anayasa, Meclisin yenilenmesini yürütme ile yasama arasında bir uzlaşmazlıktan çok, parlamanto da bir çoğunluk kalmaması ihtimalini gözönünde bulundurarak düzenlemiştir.

Kanunların tekrar görüşülmesini isteme yetkisi bakımından işaret etmek istediğimiz ilk nokta, bu alandaki hükmün gerek 1924 gerek 1961 Anayasalarında tamamen, birbirinin benzeri olmalarıdır. 1961 Anayasası bu konuda hiç bir değişiklik getirmemiştir. Müddetler, usuller, sınırlar olduğu gibi kalmaktadır. Aynı hükmün başka başka anayasalarda çeşitli sonuçlar doğurması tabiatıyla mümkün değildir.

Bütün bu sebepler, sayın Profesör Bahri Savcının kanısının tersine olarak, Anayasanın bir Meclis - Devlet Başkanı çatışmasını öngörmediğini - sanıyoruz - yeter açıklıkta ortaya koymaktadır.

Bununla beraber, yürütmenin parlamanto önünde sorumluluk ve istifa yetkisinin mevcut bulunduğu bir sistemde (17), yürütmenin siyasi bir ağırlığı olması tabiidir; fakat dikkate şayan olan, bu siyasi ağırlığın tamamen bakanlar kuruluna ait bulunuşudur. Cumhurbaşkanı değil!

Gerçekten gerek 1924 gerekse 1961 Anayasası Cumhurbaşkanının sorumluluğu ve bütün kararlarının Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanacağı esasını koymuştur. Bu durum karşısında parlamantoya güven müessesesi ile bağlı Başbakanın imzası olmadan hiç bir karar alamıyan Cumhurbaşkanının

(16) Burada ifadeye çalıştığımız fikirleri görüşmelerde başka konuşmalar da dile getirmişlerdir. Örneğin İzmir Milletvekili Şükrübeyin çok ilgi çekici konuşması GÖZÜBÜYÜK - SEZGİN aynı eser s. 84 - 94.

(17) Burada bilerek parlamanter rejim deyimini kullanmıyoruz. Çünkü parlamanter rejim deyimini hemen bütün yazarlarımız «yumuşak kuvvetler ayrılığı» olarak anlamaktadırlar. Halbuki bizim inancımıza göre, seçmen iradesine dayanan - yani parlamanter monarşi olmayan - bir parlamanter rejimin kuvvetler ayrılığı ile yakından uzaktan bir ilgisi yoktur. Yeni Anayasamızın hazırlanmasında da kuvvetlerin ayrılması veya birleştirilmesi düşünülmüş değildir. Yukarıda açıklandığı gibi hükümet - meclis münasebetlerinde, yasama organının denetim imkânını daha da artıran bir hayli hükme rağmen (gensoru, genel görüşme, tatil süresinin kısıtlanması, yeni hükümetin kurulmasında eskisinden farklı olarak Meclisin hemen toplantıya çağırılması) hukukçularımız yeni Anayasamızda yürütmenin daha bağımsız hale getirildiğini ve «yumuşak bir kuvvetler ayrılığına verildiğini»ni söylemektedirler. Bk. Örneğin, SELÇUK ÖZÇELİK. *Yeni Anayasamız muvacehesinde yasama ve yürütme organlarının münasebetleri hakkında bazı düşünceler* İ. H. F. M, XXVII s. 34; İLHAN ARSEL, *Türk Anayasa Hukukunun umumi esasları* s. 167 - 170. Anayasanın bir kaç komisyon üyesi tarafından kısım kısım yazılmış bulunan gerekçesinde de yer alan bu yanlış görüşün dayandığı müspet hukuk kaynaklarını merak etmemek elden gelmiyor. 1924 Meclisinin yapabildiği 1961 Meclisinin yapamadığı ne vardır? Yeni Meclisin hangi yetkisinde eskisine nazaran Bakanlar kurulu lehine bir azalma olmuştur? Kuvvetlerin ayrıldığını, yasama ile yürütme arasında bir denge kurulduğunu söyleyen değerli hukukçularımızın buna açıklaması beklenir. Yeni Anayasada Parlamantonun yapamadığı şeyler vardır. Fakat bunlar yürütme lehine değil, vatandaşlar lehine konulan sınırlamalardır ve sadece yargı organı tarafından korunurlar. Vatandaş garantisi olarak, zaten yürütme de eskisine göre sınırlandırılmıştır. 114 üncü madde gibi.

ne gibi bir yetkisi olduğu, Meclis karşısında siyasi ağırlığının ne olabileceği düşünmeğe değer bir konudur?

Öyle sanıyoruz ki, kanunların tekrar görüşülmek üzere Meclise gönderilmesi konusunda sayın Savcının ve Cumhurbaşkanlığı danışmanlarının hatırlıyamadıkları en önemli mesele de bu imza mecburiyeti olmuştur. Cumhurbaşkanı, şimdiye kadar uygulanmayan bir müessese olmasından olsa gerek, yeniden görüşme isteminde bulunurken Başbakan ve ilgili bakanların imzasını almaya lüzum görmemiştir. Halbuki, yumuşak, dengeli, işbirlikçi, kuvvetler ayrılığı gibi isimlerle isimlendirilen parlamenter rejimin temellerinden biri budur. Bizim, görebildiğimiz bütün fransız, İtalyan ve Belçika yazarları bu hususta müttefiktirler (18). Cumhurbaşkanının yeniden görüşme istemi Hükümetin imzasına bağlıdır.

Bunu da tabii hatta zaruri saymak gerekir. Demokratik bir rejimde sorumluluğu olmıyan bir yetki tasavvur edilemez. Kaldı ki, Cumhurbaşkanına böyle bir soyut yetkinin tanınması Meclis - Devlet başkanı çatışması şöyle dursun, Bakanlar kurulu - Devlet Başkanı çatışmayı meydana getirebilir. Bilindiği gibi bizde, Bakanlar kurulu kanun tasarılarını Cumhurbaşkanının imzası olmadan parlamantoya getirir. Bakanlar kurulunca sevk edilen bir tasarının Meclislerce kabul edilmesi halinde Cumhurbaşkanı Başbakan ve Bakanların imzası olmadan geri gönderebilecek ise, ortada yalnız bir Meclis - Devlet Başkanı çatışması değil, yürütmenin iki kolu arasında bir politika ayrılığı vardır. Bakanlar kurulu politikasından, Meclise karşı sorumludur; ya Cumhurbaşkanının politikasının sorumluluğu ne olacak? Bakanlar Kurulu bir de kendi düşüncesinin tersi bir düşünceden de mi sorumlu tutulacak?

Görülmektedir ki, geri gönderme yetkisi Devlet Başkanının hemen bütün yetkileri gibi Başbakanın ve ilgili bakanların imzasına bağlıdır.

Sayın Savcı da yazısında Devlet Başkanının fiili iktidar icrasından soyulduğunu kabul ediyor. Fakat bu hukuki gerçeği tabii sonucuna vardırıyor. Oysa, 168 sayılı kanunun geriye gönderilmesinde hükümetin imzası bulunmaması Anayasa sistemimize uygun düşmektedir.

(18) ESMEİN, *Elément s de Droit cons.*, II, s. 73; BARTHÉLEMY - DUEZ *Droit Cons.*, s. 742; REDSLOB *Le Régime Parlementaire* s. 222, VAN TICHELIN, *Le Président de la République et le probleme de l'Etat*, 1939 s. 217 ve dev.; ALDO BOZZI *Note sul rinvio presidenziale*, Riv. trim. di dr. pubblico, 1958 s. 761; BALLADORE PALLIERRI, *Diritto costituzionale* 6. cı bası s. 171; PAOLO BARILE, *I poteri. del Presidente della Repubblica Riv. trim. d. dir. Pubblico* 1958 s. 213. ve bu makalede sözü edilen yazarlar. İtalyan Anayasasının hazırlanması sırasında altkomisyonda kanunu geri reddedilmiştir işleminin imzaya tâbi tutulmaması yolunda Einaudi'nin teklifi reddedilmiştir. Teklif hakkında VINCENZE Carullo, *La Costituzione della Repubblica Italiana 1950* s. 239. Belçika literatürü de aynı yöndedir Bk. PIERRE WINGY, *Droit Constitutionnel* II s. 617; GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Rev. de Dr. int. et de Dr. comp.* 1950 deki makalesi s. 181.

II

Sayın Devlet Başkanının yeniden görüşme istemine ilmi açıdan katkı getirmiş olan iki değerli bilim adamımız (Sayın Arsel ve Aksoy)ın geri gönderme için ortaya koydukları gerekçelere de katılmak imkanını bulamıyoruz. Bu deliller hakkında düşüncelerimizi teker teker açıklayacağız.

A- Gerekçeye göre, 168 sayılı kanun Anayasamızın özel hukuk münasebetlerine ışık tutan prensiplerine aykırıdır. Bu prensipler de sözleşme hürriyeti ile mülkiyet hakkı ve müktesep haklardır.

Ziraat Bankası ile belirli kişiler arasında bir sözleşme yapılmıştır. Sözleşmelere ise kamu yararına ya da iktisaden zayıf kategoriler lehine müdahale edilebilir, fakat muhtevalarını kanun tesbit etmez. «Tarafların serbest rıza ile ulaştıkları bu muhtevayı kanun bir başka şekle bağliyerek, taraflardan birisini buna zorlayamaz». Kaldı ki, 10 uncu dönem milletvekillerinin bankaya borçları vadesiz ve faizlidir. Bunların takside bağlanması, ve faizlerinin kaldırılması Bankanın mülkiyet haklarının ve müktesep hakların ihlâlidir.

Yukarıya özetlediğimiz düşünceye çeşitli nedenlerle katılamıyoruz. Bir kere bağitların muhtevalarına kanunların müdahale edemeyeceği prensipi değerli dostlarımızın ileri sürdükleri kadar kesin değildir. Kanunla hatta kanunun verdiği yetkiye dayanarak yapılmış bir düzenleyici işlemlerle, akitlerin muhtevalarına, akdin yapılmasından önce de sonra da müdahale etmek mümkündür. Zamanımızda bu o kadar çok görülen bir olaydır ki, bazı yazarlar hâlâ bir akit kavramından bahsedebileceğinden şüpheye düşmüşlerdir (19). Burada meselenin etraflı bir incelemesine yer olmadığı kanısındayız. Sadece bir örnekle sayın arkadaşlarımızın görüşlerindeki fazla kesinliği belirtmek isteriz.

Türkiyede yakın bir tarihe kadar, gayrimenkul kira bedelleri kanunla tanzım edilmişti. Kanun bu bedelleri sadece tesbit etmemiş, aynı zamanda da artırmıştır. Hatta tarafların rızasına rağmen belediye komisyonlarına fiilen bedeli indirebilme yetkisi de tanımıştır. Tarafların belli süre için yaptıkları akitleri uzatabilmiştir.

Bu düşüncelere karşı, bütün bunların «kamu yararı amacı» ile yapıldığı söylenecektir. Fakat meselenin düğüm noktası da burada bulunmaktadır. Acaba bir yasama işleminde kamu yararı unsurunu kim tesbit edecektir? Dikkat edilmesi gereken önemli bir nokta Anayasanın 40 ıncı maddesi «kamu yararı»ndan değil, kamu yararı «amacı»ndan bahsetmektedir. Amaç ise, işle-

(19) Örneğin, SAVATIER, *Les metamorphoses du droit civil*. Fransada akitlere müdahalenin çeşitli örnekleri için BK. JÊZE, *Les principes généraux du Droit adm.* 3. cü bası cilt I s.180 ve devamı. Liberal bir düşüncenin temsilcisi olan JÊZE'E göre kira akitlerinin süresini uzatan veya bedele dokunan kanunlar Hukuka aykırıdır. Bununla beraber akitlerin muhtevalarına müdahaleler özellikle savaş zamanı olağan hale gelmiştir. BK. SCHWARZ, *Harbin akitler üzerime tesiri Adalet Dergisi* 1914 s. 187.

min diğer unsurlarından farklı olarak sübjektif bir unsurdur, takdiri de işlemi yapan organa aittir. Kendi kanısına göre yararlı olan ne ise, onu yapacaktır. Mahkemeler, bir Devlet organının yapmış olduğu işlemin gerçekten kamuya yararlı olup olmadığını araştıramazlar. Sadece, kamu yararı «amacıyla» mı, yoksa başka bir amaçla mı yapıldığını araştırabilirler (20).

Bu o kadar tabii ve açıktır ki, aksi, düşünülecek olursa yargı organı hukuka uygunluğu denetliyen bir organ olmaktan çıkarak, toplumu yöneten bir organ olur, siyasi iktidarın merkezi haline gelir, Gerçekten neyin kamu yararına olduğu neyin olmadığı bir siyasi tercih meselesidir. Kira bedellerini dondurmak, bazılarına göre iktisaden zayıf olanları desteklediği için kamu yararına dır, bazılarına göre bina yapımını teşvik etmediği için konut buhranı yaratacağından kamu yararına aykırıdır. Anayasa Mahkemesi kendi tercihlerini, kamu oyunun, parlamantonun ve Cumhurbaşkanının da dahil olduğu yürütmenin tercihleri yerine ikame etme yetkisine sahip değildir. Bu sebeple de kamu yararı Anayasaya uygunluk bakımından bir kıstas olamaz.

Hatıra gelebilir ki, Parlemanto bu kanunu kamu yararı «amacı» ile çıkarmamıştır. Bu düşünce tabii varit olabilir. Ancak o takdirde, kanun sözleşme hürriyetine aykırı değildir, « yetki saptırılması» ile malûldur. Kanunun konusunda değil, maksadında bir aykırılık vardır.

Gerekçenin «müktesep haklar» doktrini hakkındaki görüşlerine da katılmıyoruz. Türk hukuk literatüründe ve Mahkeme kararlarında bu terim en çok kullanılan terimlerden biri olmakla beraber, şimdiye kadar kavram olarak ne ifa ifade ettiği kesin olarak ortaya konmuş değildir. Bilindiği gibi müktesep haklar nazariyesi, kanunların veya genel olarak hukuk işlemlerinin zaman içinde etkilerinin tesbiti için kullanılan nazariyelerden biridir. Zamanımıza kadar da intikal etmiş bulunan bu nazariyeye göre, kanunlar müktesep hakları ihlâl edemezler. Anlaşılan, gerekçe, Ziraat Bankasının faiz alacaklarını bir müktesep hak kabul ediyor ve bir kanunla bunlara dokunulamıyacağını söylüyor.

Müktesep haklar nazariyesinin kanunların zaman içinde uygulanması bakımından dahi zaafının ortaya konulmuş olması bir yana (22), belirtmek isteriz ki, Anayasamızda kanunların geriye yürümiyeceği ve müktesep hakları ihlâl edemiyeceği yolunda bir hüküm, mevcut değildir. Şüphesiz bir ka-

(20) Bununla beraber Anayasa Mahkemelerinin kanunların maslahata uygunluğunu denetledikleri de olmuştur. BK. LAMBERT, *Le gouvernement des juges* s. 51 ve dev. Fakat bu davranış Anayasa Mahkemesinin başına pek çok tehlike getirebilir.

(21) Vakıa sayın Savcı Anayasanın taksitle kamulaştırmayı öngördüğü 38. ci maddesini bu konuda bir delil olarak ileri sürmekle, müktesep hak görüşüne başka bir anlam veriyor gibi görünüyor ise de, öyle sanıyoruz ki, burada daha çok mülkiyet hakkına atıfta bulunmaktadır. Bir borç münasebetinden mülkiyet hakkı doğmuyacağına göre bu tahlile katılamıyacağız.

(22) Müktesep hak nazariyesi ve tenkidi için BK, ROUBIER *Le Droit Transitoire* 2. ci bası s. 112 ve dev., s. 166 ve dev.

nunun geriye yürütülmesi bazı hallerde adaletsiz ve hukuk düzenini bozucu olabilir ve bundan ötürü de genel olarak kanunlar geriye yürütülmemelidir. Fakat bu bir pozitif hukuk kuralı değildir.

Türk Anayasasının geriye yürümezlikten bahsedilen tek maddesi Ceza Kanunları ile ilgili 33. cü maddesidir. Eğer geriye yürümezlik diye genel bir kural olsaydı, tabiatıyla bu maddeye lüzum kalmazdı.

Yukarıda açıkladığımız nedenler, gerekçenin, sözleşme hürriyeti, müktesep hak gibi delillerine niye katılmadığımızı, sanırız, yeteri kadar göstermiştir. Fakat gerekçeyi hazırlıyan değerli dostlarımız, asıl hataya Ziraat Bankasının durumunu, özel hukuk kişisel durumu sanmakla hataya düşmüşlerdir.

Ziraat Bankası kanunla kurulmuş bir tüzel kişidir ve statüsü de, özel hukuk kişilerinden tamamen, ayrı bulunmaktadır. Bu husus Bankayı kuran 3202 sayılı kanun (23) ile açıkça ortaya konmuştur. Gerçekten kanunun 1. ci maddesi aynen şöyle demektedir.

«Banka bu kanunun ve hususi hukukun hükümlerine tabi her türlü tahhüt ve tasarrufa ehil hükmi şahsiyeti haiz ve bu kanun hükümleri dairesinde selahiyetli uzuvlarının idare ve mürakabesine tâbi muhtar bir Devlet müessesesidir».

Bu kesin madde karşısında artık Ziraat Bankasını bir özel hukuk kişisi sayarak, Anayasanın vatandaşlara tanıdığı hakları ve özel kişiler arasındaki münasebet kurallarını kendisine uygulamaya imkân yoktur.

Gerekçenin değerli yazarlarını ve Sayın Savcıcıyı yanıltan her halde Bakanın kişilerle Münasebetlerinde özel hukuka tâbi oluşudur. Fakat bir kurumun kişilerle münasebetleri ile kendi bünyesi farklı iki meseledir. Yasama organının Ziraat Bankasına ne yükleyip ne yükliyeceği onun kişilerle olan sözleşmeleri için mahiyetinden değil, yasama organı karşısındaki statüsünden doğan bir husustur (24). Bu açıdan bakıldığında zaman ise, Bankanın durumu bizce

(23) Bk. DÜSTUR III, CİLT 18 S. 1124. Tabiatıyla T. C. Z. B. nin kuruluşu daha eskidir. Fakat yeni Statü bu kanunla düzenlenmiştir. Daha önce de Bankanın sermayesinde Devlet payı bulunmakla beraber, kesin olarak bir Devlet Müessesesi sayılması müşküldü. Nitekim 27 nisan 1938 tarih ve 1045 sayılı Meclis tefsir kararına göre 3202 sayılı kanundan önce Ziraat Bankasının sermayesinin yüzde ellisi Devlete ait müesseseler arasında sayılmasına imkân yoktur. Bk. DÜSTUR III C. 19. S. 213.

(24) Kaldı ki, Ziraat Bankasının kamusal mahiyeti özel hukuk münasebetlerinde bile imtiyazlı olan durumundan anlaşılmaktadır. 3202 sayılı kanunun bir çok maddeleri Ziraat Bankasına özel kişilerin sahip olmadıkları yetkiler ve muafiyetler tanımaktadır. Bir örnek olarak 38 ve 40. cı maddeleri zikrederim. Banka alacağı mukabilinde, borçlunun gayri menkullerine «takrir» almadan ipotek koyabilmekte ve alacaklarının tahsilinde de icra iflas kanunu bükümlerinden farklı olarak gayrimenkulleri kendi satmaktadır.

Ziraat Bankası bir özel hukuk kişisi olsaydı, o zaman 3202 sayılı kanun Anayasaya aykırı olurdu. Vehbi koç müessesesi hakkında kanun yapılarak alacaklarını re'sen tahsil edebilecek kuralı konabilir mi? Tabii hayır. Çünkü Devlet Kanun yoluyla herkes için aynı mükellefiyetleri ve yetkileri koyabilir. Kanun önünde eşitlik bu demektir.

hiç bir şüpheyi mahal bırakmamaktadır. Bankanın yetkilerini hatta varlığını yaratan kanundur. Böyle olunca da bir kanunla bu yetkilere yeni sınırlar çizilmesi, yeni yönler verilmesi, hatta Bankanın bir kanunla tamamen ortadan kaldırılması pek âlâ mümkündür. Bankanın, kanun karşısında ne müktesep hakkı, ne sözleşme hürriyeti ne de mâmeleki gibi iddiaları olamaz.

Kaldı ki bu gerçekten kalkılarak Ziraat Bankasının alacakları hakkında yapılan yasama müdahalelerinin mevzuatımızda sonsuz örnekleri vardır. Bunlardan eski Anayasa, Milli Birlik komitesi devri ve yeni Anayasa zamanında çıkarılmış olanlarının sadece isimlerini sayalım. Ziraat Bankasının,.. zirai alacaklarının taksitlendirilmesi hakkında 14 Haziran 1935 tarih ve 2814 sayılı kanun (25); Köylü ve çiftçilerin... vadesi geçmiş borçlarının taksitlendirilmesi hakkında 10 Kasım 1960 tarih ve 123 sayılı kanun (26); sabık milletvekillerinin borçlarının takip şekli hakkında 6 Aralık 1960 tarih ve 172 sayılı kanun (27); Ziraat Bankası ile... Howard International arasındaki ihtilâfın halline dair 11 Nisan 1960 tarih ve 222 sayılı kanun.

Görülüyor ki, bizim burada açıklamağa çalıştığımız görüş, kamu hukuku prensiplerine uygun olduğu gibi türk tatbikatında da pek sık yer almıştır ve Devlet Bakanlarınca da Anayasaya aykırı sayılmamıştır.

B- Değerli arkadaşlarımızın üzerinde durdukları bir başka konu da, bu kanunun eşitlik prensibine aykırı olduğudur. Sayın yazarların düşüncelerine göre, 168sayılı kanun eski milletvekilleri için bir imtiyaz yaratmaktadır, bu da kanun önünde eşitliği bozmaktadır.

Kanun önünde eşitlik şüphe yok ki, pozitif hukukumuzun bir kuralıdır. Nitekim Anayasanın 12. ci maddesi herkesin kanun önünde eşit olduğunu belirtmektedir. Fakat acaba eşitlikten anlaşılan nedir?

Bizim kanımıza göre, gerekçe eşitlik terimine hukuken kullanılması çok zor olan bir anlam, vermektedirler. Bu anlama göre her hangi bir vatandaşa sağlanan her hangi bir menfaat eşitliği bozacaktır. Bu görüş kabul edilecek olursa, korkulur ki bir çok kanunlar maalesef Anayasaya aykırı hale gelecektir. Örneğin 42 sayılı kanun belli durumda olan subayların emekliliği için olağanüstü

(25) DÜSTUR III CİLT 16, S. 729.

(26) DÜSTUR IV, CİLT I S. 445.

(27) DÜSTUR IV, CİLT I S. 829. Ziraat Bankasına karşı borçları taksitlendirmek şöyle dursun, kefalet akitlerini kökünden kaldıran ve hattâ bunu Ziraat Bankası gibi sermayesinin tamamı Devlete ait olmayan Bankalara da teşmil eden bu kanuna karşı değerli arkadaşlarımız ne diyecekler bilemiyoruz.

(28) DÜSTUR V CİLT 2 S. 1405. Bu kanun gerekçeyi hazırlayan değerli hukukçılarımızın aşağıda değineceğimiz bir başka görüşleri bakımından da ilgi çekicidir. Gerçekten geri gönderme kararının gerekçesinde Meclisin yargı kararlarına karışmaması gerektiği belirtilmiştir. Aslında doğru olan bu görüşe rağmen, yargı konuları şöyle dursun, bu kanun, ihtilâfı arkadaşlarımızın özel hukuk kişisi saydıkları Ziraat Bankası aleyhine çözüyor ve onun namına ihtilâflı bir borcu hazineye ödetip, Bankanın bütçeden alacağı yardımlardan da mahsup ettiriyor. Bu kanun hakkında Cumhurbaşkanı yeniden görüşme istememiştir.

ödenekler öngürmüştür. Şimdi, hiç bir zümre lehine özel menfaat sağlanamaz diye, bu kanunu Anayasaya aykırı mı sayacağız? Yahut bazı hallerde kişilerin Devlete karşı borçlarını terkine cevaz veren Muhasebei Umumiye Kanununun 133. cü maddesini iptal mi edeceğiz? Yahut, bazı kişilere maaş bağlanmasını öngören kanunlar Anayasayı çiğniyor mu diyeceğiz?

Kanaatımızca, kamu hukukunda eşitlik prensibini böyle anlamaya ve bir kişiye veya kişiler topluluğuna bazı yararlar sağlayan kanunu. Anayasaya aykırı saymaya imkân yoktur. Düşüncemizi açıklayalım:

Eşitlik prensibinin tabii parçası genelliktir. Ancak genel ve gayrişahsi bir kanun eşitliği sağlayabilir. Aristodan beri üzerinde durulmuş olan bu hususiyet (29) ne var ki, insan ve yurttaş hakları beyannamesinde muhteşem ifadesine rağmen bir pozitif hukuk kuralı olmaktan çok, bir felsefe ideali olarak kalmıştır. Çünkü bütün vatandaşlara hitap eden bir kanun yoktur, olamaz. Nitekim bu prensip türk pozitif hukukunda ifadesini bulmuş değildir. Anayasaya hiç bir maddesinde kanunu tarif etmiyor. Metinlerden çıkarılabilecek tek sonuç kanunun yasama organı tarafından «belli bir usulle» yapılmış işlem oluşudur. O halde 12. ci maddenin yönü ve genişliği nedir?

Bir kere hemen söyleyelim ki, bu maddedeki eşitlik vatandaşlar arasında hukuk «entité» si olarak ayırım yapılmasını önlemek için konulmuştur. Madde, dil, ırk, cinsiyet, siyasi, düşünce, felsefi inanç, deri ve mezhep ayırımı üzerine kurulu bir hukuk sistemi yaratılmasını önüyor. Türkiyede hukuk düzeni bu gibi ayırımlar yapılmadan tektir. Fakat belirli bir düzenlemede çeşitli, hükümler konulmasına eşitlik ilkesi engel olmaz. Çünkü bu «eşitsizlikler», kamu yararı amacıyla konulmuştur, toplumun zaruretleridir. Bu bakımdan eşitlik unsuru, kanımızca, «amaç» unsuruyla buluşmakta ve sübjektiflik kazanmaktadır. Bundan ötürüdür ki, Milli Birlik komitesi zamanında çıkarılan Orgeneral Cemal Gürselin yaş haddine tabi tutulmaması hakkındaki kanun, ya da Atatürk soyadının Mustafa Kemaldan başkasınca kullanılmıyacağı hakkında kanun, eşitlik ilkesini çiğnemiş olmaz. Temel hukuk birliğini kaldırmaz.

12. ci maddenin diğer bir yönü İdareye doğrudur. İdare, kanunları, çeşitli vatandaşlara, çeşitli şekillerde uygulayamaz (30). Bu sebeple de gerek kamu hizmetlerinde, gerek kamu yüklevlerinde kişiler arasında ayırım, yapamaz.

Maddenin 2. ci fıkrasında bahse konu edilen «imtiyazı» da kanunla sağlanan her hangi bir yarar olarak anlamaya imkân görmüyoruz. Kişilere hiddetli vataniye faslında maaş bağlayan veya birkişinin emeklilik yaşını uzatan kanunlar da özel kanunlardır. Diğer vatandaşlardan farklı bir yarar sağlamaktadırlar, fakat imtiyaz değildirler. İmtiyaz hukuk düzeninin esaslı un-

(29) Bk. CARRÊ DE MALBERG. Contribution cilt I s. 289; Aksi düşünce DUPEYRROUX, Sur la généralité de la loi, Melanges Carré de Malberg de s, 138.

(30) BURDEAU, Les libertés publique 2. ci baskı baskı 1961 s. 86.

surları dışına çıkmaktır. Hatta, belki de Devlet yetkilerinin bir kısmına sahip olmaktır.

O halde, kanunların eşitlik prensibinden doğan bir sınırı yok mudur? Vardır, kanısındayız. Fakat bu eşitlik ve genellik, başka bir anlam taşır: Belli bir kişiye, belli bir kişi lehine kanunla bile olsa bir yüklem yükletilemez. Bu sebeple de 168 sayılı kanunun tersine bir hükümle Ziraat Bankası borçlularına sözleşmelerini aşan bazı yüklemeler konulsaydı, yahut Ziraat Bankası bir özel kişi olsaydı, o zaman Anayasaya aykırılık bahis konusu olurdu.

Şunu da söyleyelim ki, 1961 parlamantosü üyeleri, eski dostlarının borçlarını hafifletmekle insanın eşitlik hislerini rencide etmektedir. Fakat biz şahsen, ne derece muhik olursa olsun, ferd olarak düşüncelerimizle, kanun hükümlerinin ayrı şeyler olduğunu sanıyoruz.

C- 168 sayılı kanunun Anayasaya aykırılığı iddiasının bir diğer nedeni de, bu kanunun yargı yetkisine giren bir konusu olduğu ve ayrıca Ziraat Bankası alacakları hakkındaki Mahkeme Kararlarını ortadan kaldırdığı görüşüdür.

Maalesef bu görüşe de katılamayacağız. Bir kere, kanunun yargı yetkisine girdiğini söylemeye imkan yoktur. Yukarıda da açıkladığımız gibi, taraflardan biri Devletin organıdır ve bir kanunla bir hakkından feragat etmektedir. Nitekim bunun bir diğer uygulaması da yukarıda sözü edilen 11 Nisan 1963 tarih ve 222 sayılı kanundur.

Mahkeme kararlarının ortadan kaldırılması konusuna gelince, öyle sanıyoruz ki bunda önemli bir hataya düşülmektedir. 168 sayılı kanun daha önce Mahkemelerin -mevcut akit hükümleri ve mevzuat karşısında- bu borçların tahsil edilmesi yolundaki kararlarını kaldırmıyor. Sadece varlığı ve mahiyeti bir yargı kararıyla sabit olan borçların tahsilini yeni şartlara bağlıyor. Burada Mahkeme kararının iptali, uygulanmasından kaçınılması gibi bir durum yoktur. Sadece mevzuatın değişmesi ile Mahkeme kararı değerini kaybetmiştir.

Çok değerli arkadaşlarımız, yargı kararının uygulanma zorunluğunu pek mutlak anlıyorlar, ve bu sebeple de kanaatımızca yanlış sonuçlara varıyorlar. Halbuki mevzuattaki değişiklikten ötürü yargı kararının uygulanma değerini kaybetmesindeki olağanlık bir yana, Parlemantonun, mahkemece hükme bağlanan bir hususu düzeltmek için dahi kanun sevkettiği malumdur (32). Bu sözlerimizle yasama organının mahkeme kararlarını değiştirme yetkisine sahip olduğunu söylemek istemiyoruz. Parlemanto da şüphesiz -bütün devlet organları gibi mahkeme kararlarını değiştirmek gücünde değildir. Ancak

(31) Bu fikri HAURIOU mükemmel bir şekilde ifade ediyor : Kanun önünde eşitliğin sağlanması kişiler veya özel müesses toplulukların diğer kişiler üzerinde kullandıkları veya kullanmak istedikleri «üstünlük hakları»nın Devlet gücü tarafından merkezleştirilmesidir. *Droit Constitutionnel* 2. ci bası s. 611

(32) Bk. MICHEL LESAGE, Les interventions du Legislatöur dans le fonctionnement de la justice.

müdahale yasağı, kanun ve yargı kavramları ile sınırlıdır. Parlemantonun yapamayacağı, bir kararda tecelli eden hukuki hakikati inkâr etmektir. Yasak olan doğrudan doğruya kararı bozmaktır. Yargı faaliyetine müdahale bu hallerde bahis konusudur. Kısacası Parlemanto Mahkemesinin suçlu saydığı kişiye suçsuz, borçlu saydığı kişiye alacaklı diyemez. Fakat kararın sonuçlarını kanun kavramının sınırları içinde değiştirebilmesi pekâlâ mümkündür.

168 sayılı Kanun, eski milletvekillerinin borçlarını tesbit eden mahkeme kararını inkâr etmiyor. Milletvekillerinin borçlu olmadıklarını söylemiyor, bilâkis bu borçlara nisbî bir kanunilik veriyor (33). Sadece bu borçların tediyisini yeni şartlara bağlıyor, Hemen belirtelim ki, yasama organının böyle bir kanun yapabilmesi Ziraat Bankasının hukuki bünyesi ile sıkı surette ilgilidir. Yoksa iki özel hukuk kişisi arasındaki bir iktilâf sorununda verilen yargı kararının sonuçlarını bir kanunla değiştirmek mümkün değildir. Fakat bu, yargı kararının dokunulmazlığından çok, fert hakları ile ilgilidir. Bir mahkeme kararı olmadan da, kanun, örneğin belirli bir akdin taraflara tanıdığı hakları, ve yüklediği yüklemeleri değiştiremez.

III

Değerli hukukçumuz Prof. Savcının yazısında ortaya koyduğu diğer unsurları teker teker ele almayacağız. Bunlar, sosyal adalet ilkesi, Parlemantonun demokratik faaliyet göstermesi gibi siyasi unsurlardır ve kanımızca Anayasaya uygunluk veya aykırılık bakımından hukuki kıstas teşkil edebilecek kavramlar değildirler. Devlet kasasının sosyal ve ekonomik yönden zayıf olanlara açılabilip, bunun dışında harcamalar yapılmaması da bir siyasi temenniden ibarettir.

Bu temenniler ve siyasi unsurlar bir kanunun Cumhurbaşkanı tarafından geriye gönderilmesi için yeterli sebeplerdir. Cumhurbaşkanının ilgili bakanların imzasını taşımak şartıyla beğenmediği her kanununu geriye göndermek yetkisi vardır.

168 sayılı Kanun; Eski milletvekillerinin borçlarının arkadaşları tarafından hafifletilmesi gibi isabetli olmayan ve sayın Cumhurbaşkanının olduğu kadar diğer vatandaşların siyasi tercihlerini rencide eden bir kanundur. Sayın Devlet Başkanının bu kanunu geriye göndermesi sadece bu siyasi tercihler sahasında kalmış ve gerekçeye hukuki mülâhazalar eklenmemiş olsaydı, sayıyoruz daha salim bir yol seçilmiş olurdu. Ayrıca bu yolun 168 sayılı Kanun ile 222 sayılı Kanun gibi aynı mahiyette iki metnin birini kabul, diğerini geri çevirme şeklindeki tenakuzu önlemiş olacağı da muhakkaktır.

(33) Nisbi diyoruz, Çünkü kanun sadece borcun muteberiyetini tesbit etmiş bulunmaktadır. Bunun dışında borçluların, borcun ödenmiş olması, irâde noksanları ve saire gibi defileri baki kalmaktadır.

(4. Makale - 1965)

Çetin ÖZEK

*Mutlak Yasama Dokunulmazlığı
Sınırlanabilir mi? **

* Çetin Özek, "Mutlak Yasama Dokunulmazlığı Sınırlanabilir mi?", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 31, S. 1-4, 1965, s. 79-108.

MUTLAK YASAMA DOKUNULMAZLIĞI SINIRLANABİLİR Mİ?

Doç. Dr. Çetin ÖZEK

Bütün parlamenter sistemlerde olduğu gibi, Anayasamız da, parlamento üyeleri için mutlak yasama dokunulmazlığın kabul etmiştir. Gerçekten, 1961 Anayasasının 79. maddesinde, «Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden ve bunları meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar» denilmektedir. Hemen hemen aynı hüküm, 1924 Anayasasının 17. maddesinde de yer almıştı.

Mutlak yasama dokunulmazlığı, bir nevi cezasızlık halidir ve parlamento üyelerinin takibat korkusu olmaksızın hizmet görmelerini sağlamak amacına yönelmiştir. Anayasamız bu müesseseyi «Dokunulmazlık» başlığı altında düzenlemiş olmakla beraber, müessesenin her türlü takibatı mutlak ve devamlı bir şekilde önlemesini göz önünde bulundurarak «tesrii mesuliyetsizlik» şeklinde isimlendirilmesi gerektiğini belirtenler de vardır ¹.

Tarihi bakımdan 1689 tarihli Bill of rights (haklar beyannamesi) ile İngilterede ortaya çıkan müessese XVIII. asrın sonlarından itibaren bütün demokratik sistemi tatbik eden ülkelere geçmiştir. Kaidenin İngilterede kabul ediliş sebebi de, müessesenin bugün için muhafazasını icap ettiren sebeplere uygundur. İngilterede, XIV. asırdan XVI. asra gelene kadar, Avam Kamarası mensupları tarafından vaki beyanlar ve hatta verilen reyler çok zaman Kralın menfaatlerine aykırı görülerek failer hakkında takibat icra edilmiştir. Mutlak dokunulmazlığın kabulündeki gaye, milletvekilliği görevini görecekt kimse-lerin hiç bir şeyden korkmaksızın, çekinmeksizin serbestçe fikirlerini beyan edebilmelerini temin etmektir². Bugün dahi aynı gaye müessesenin kabul sebebini ve amacını teşkil etmektedir.

1) ARSEL, 251 - KIRATLI, 17 Kanaatimizce, mutlak dokunulmazlık müessesesinin «sorumsuzluk» olarak isimlendirilmesi yerinde değildir. Zira, sorumsuzluk, müessesenin failin fiilini suç olmaktan çıkarmasını ifade edebilir. Nitekim aşağıda göreceğimiz gibi, bazı ceza hukukçuları dokunulmazlığın isnat kaabiliyetini ortadan kaldıran hukuki bir sebep olduğunu söylemektedirler. Sorumsuzluk kelimesi de, ilk bakışta, failin isnat kaabiliyetinin mevcut bulunmamasını akla getirmektedir. Halbuki, dokunulmazlık halinin mevcudiyeti halinde, fiil suç teşkil etmekte olduğu gibi, failin de isnat kaabiliyeti mevcuttur. Mutlak dokunulmazlık hali dışında işlenen suçlar bakımından isnat kaabiliyetinin kabulü, diğerleri için kabul edilmemesi bu mefhumu parçaladığı gibi aynı şahsı bazan kaabiliyet sahibi, bazan de kaabiliyetsiz saymak gibi bir çelişik duruma düşülmüş olur. Bizce, kanun failin için de bulunduğu objektif statü icabı belirli fiiller için bir cezasızlık sebebi kabul etmiş bulunmaktadır.

2) ARSEL, 251. Ayrıca bk. PHILLIPS, 131 - KEITH, 69

Esas itibariyle, parlamento üyesinin, belirli hallerde ileri sürdüğü fikirlerden, sözlerden ve verdiği oylardan sorumlu tutulmamasını icap ettiren müessesenin muhtevasını ve uygulanışını inceleyecek değiliz. Üzerinde durmak istediğimiz konu, bu cezasızlık halinin bir sınırının olup olmadığıdır. Söylenen söz ve verilen oy hiç bir sınır tanınmaksızın sorumluluk dışında mı kalacaktır? Yoksa, bazı hallerde, esas itibariyle yer ve şekil itibariyle mutlak dokunulmazlık sınırı içinde kalan rey ve beyanları muhteva itibariyle dokunulmazlık dışında tutarak, faili cezalandırabilmek imkânı mevcut mudur? Bu konu ile ilgili doktrini ve tatbikatı gördükten sonra, şahsi düşüncemizi açıklamaya çalışacağız.

I— MUTLAK YASAMA DOKUNULMAZLIĞINI SINIRLAYAN GÖRÜŞLER

1— Anayasaların hükümleri bakımından :

Genel olarak Fransız Anayasa geleneği, mutlak dokunulmazlığı sınırsız bir şekilde anlamakta ve oy’un veya beyanın muhtevası ne olursa olsun dokunulmazlığın mevcudiyetini kabul etmektedir. Bu Anayasa gelişimine uygun olarak hukuki düzenlerini kurmuş bulunan ülkelerde ve bu arada Türk Anayasa düzeninde de, dokunulmazlık sınırsız bir şekilde kabul edilmiştir. İngiliz hukuk tatbikatının da böyle olduğunu göreceğiz.

Buna karşılık bazı ülkeler, mutlak dokunulmazlığın bazı hallerde sınırlandırılabilmesi imkânını hukuk düzenleri ile kabul etmişlerdir³ Bu ülkelerin hukuki düzenlerini üç ayrı grup altında toplayabilmek mümkündür:

a) *Anayasalarında disiplin müeyyidesi ile ilgili hüküm koyarak sınır yaratan ülkeler* : Mutlak dokunulmazlığı mutlak olarak kabul eden ülkelerde dahi, parlamento üyesinin fiilinin disiplin müeyyidesi tatbikine imkân vereceği kabul edilmiştir. Bu disiplin müeyyideleri içtüzüklerde tanzim edilmiştir. Buna karşılık, dokunulmazlığı bu konuda daha sert bir şekilde sınırlamak temayülünde olan bazı ülkeler, disiplin müeyyidesini Anayasalarında belirtmişlerdir.

Meselâ, 1 Mayıs 1945 tarihli Avusturya Anayasasının 57., Danimarka Anayasasının 56., İrlanda Anayasasının 49., 1948 Çekoslovak Anayasasının 44. maddeleri, hangi fiillerin ne gibi müeyyideleri gerektireceği hususunu göstermişlerdir. Portekiz Anayasası da, 89. maddesinde, Meclis, Portekizin bağımsızlığı ve politik - sosyal bütünlüğü aleyhine fikir ileri süren milletvekillerinin bu sıfatlarının kaldırılabilmesi imkânını meclise tanımıştır.

b) *Dokunulmazlıktan faydalanamıyacak fiillerin tesbit edilmesi* : Bazı ülkelerde de, dokunulmazlıktan faydalanamıyacak fiiller gösterilmiş ve şekil bakımından mutlak dokunulmazlık hududuna giren bu fiillerin dahi muhteva itibariyle dokunulmazlık dışı olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu fiiller esas itibariyle

3) Fazla bilgi için bk. KIRATLI, 68

yasama görevi ile ilgili bulundukları halde, Anayasanın sarıh bir hükmü icabı cezasızlık dışı bırakılmıştır.

Meselâ, 1949 tarihli Doğu Almanya Anayasasının 67. maddesine göre, iftira teşkil eden fiiller için, aynı Batı Almanya Anayasasının 46. maddesine göre hakaret sövme fiilleri için cezasızlık kabul edilmemiştir. Aynı şekilde, Portekiz Anayasası da, hakaret, iftira, sövme, halkı suç işlemeye teşvik fiillerini cezasızlık dışı bırakmıştır.

c) *Mutlak dokunulmazlığa dahil fiiller hakkında parlamentonun müsaadesi ile takibat yapılabilmesi hali* : Mutlak dokunulmazlığı sınırlı bir şekilde kabul etmiş bulunan, eski ve yeni bazı anayasalar ise, yasama görevine dahil, şekil bakımından mutlak dokunulmazlığın içine giren fiiller hakkında parlamentonun takibat izni verebileceğini kabul etmişlerdir.

Meselâ, Danimarka Anayasasının 56., İsveç Anayasasının 110. maddesi, Finlandiya Mebuslar Meclisi Organik Kanununun 13. maddesi, 1921 Polonya Anayasasının 21. maddesi, 1931 Yugoslav Anayasasının 74. maddesi, 1922 Letonya Anayasasının 29. ve 1937 Estonya Anayasasının 78. maddesi bu sistemi kabul etmişlerdir. Esas itibarıyla, bu durumda, mutlak ve muvakkat dokunulmazlık arasında bir yaklaşma ortaya çıkmaktadır. Fakat yine de bazı ayrılıkları müşahade etmek mümkündür.

Bazı haller de, takibat için izin verilebilmesi, muvakkat dokunulmazlığın kaldırılabilmesi için gerekli oy nisbetinden daha geniş bir nisbete ihtiyaç göstermektedir. Meselâ, Finlandiya ve İsveç Anayasası bu esası kabul etmişlerdir.

Bazı Anayasalar da, mutlak dokunulmazlık halinde takibat izni verilebilmesi ancak belirli suçlar için kabul edilmiştir. Meselâ, 1921 Polonya Anayasası, sadece üçüncü şahısların hukuku ile ilgili konularda, Letonya Anayasası, hakaret teşkil edici fiiller hakkında, Brezilyanın 1937 Anayasasının 43. maddesi de, hakaret, sövme, iftira fiilleri hakkında mutlak dokunulmazlığa rağmen takibat yapılabilmesi imkânını tanımıştı.

Nihayet, mutlak ve muvakkat dokunulmazlık bakımından, bu sistem içinde mevcut diğer bir fark da, müesseselerin mahiyetinden doğmaktadır. Mutlak dokunulmazlık halinde, parlamento takip izni vermediği takdirde bu karar mutlak ve devamlıdır. Yani, failin parlamento üyeliği bittikten sonra dahi takip imkânı kalmamaktadır. Buna karşılık, bilindiği gibi, muvakkat dokunulmazlık halinde, dokunulmazlık kaldırılmasa dahi, devre sonunda takibat yapılabilmesi imkânı mevcuttur.

Sınırlı bir mutlak dokunulmazlık halini kabul eden anayasalardan ikinci gruba girenlerle, üçüncü gruptakiler arasındaki fark da şudur: ikinci durumda, fiilin mahiyeti belirince, artık mutlak dokunulmazlık kendiliğinden söz konusu olmamakta ve takibat yapılabilmektedir. Üçüncü durumda ise, taki-

bat meclisin müsaadesine bağlıdır ve meclis bu müsaadeyi verip vermemekte serbesttir.

2 — Mutlak dokunulmazlığı sınırlı anlayan düşünceler :

Anayasalarda, mutlak dokunulmazlığın sınırlı bir şekilde kabul edilmiş olması halinde, doktrin ve tatbikat bakımından bir zorluğun çıkmayacağı tabiidir. Mutlak dokunulmazlığın sınırlı bir şekilde anlaşılıp tatbik edilmesi, Anayasa düzeninin bir sonucu olarak ortaya çıkacaktır. Buna karşılık, esas itibariyle, Anayasa mutlak dokunulmazlığı sınırlayıcı bir hüküm tesbit etmediği halde, bu dokunulmazlığı sınırlamaya matuf görüşleri ileri süren ve kabul eden hukuk doktrini ve tatbikatı kendisini gösterebilmektedir. Özellikle, memleketimizde bu konuda ortaya çıkan uygulamalar muvacehesinde problem önem kazanmaktadır. Nitekim, çeşitli bakımlardan dokunulmazlığın sınırlandırılmasını sağlayacak fikirler de ileri sürülmüştür.

a) *Mutlak dokunulmazlığa üçüncü şahıslara karşı kabul etmeyen görüş* : İtalyada Manzini tarafından kabul edilen bu görüşe göre, parlamento tatbikatı ve örf ve adeti, milletvekillerinin hakaret fiillerinin dahi müesseseye dahil edilmesi sonucunu doğurmuştur. Esasında bunların da müesseseye dahil sayılmaması gerekir, zira bunlar bir fikir değildir. Fakat, tatbikat ters bir şekilde işlemiştir. Buna karşılık, vazifeyi ifa bakımından zorunlu olmayan hallerde, parlamento üyesinin, meclis dışındaki üçüncü şahıslara hakaret etmeye, sövmeye hakkı mevcut değildir. Dışardaki şahsın, kendisini korumak hakkı mevcut değildir. Disiplin müeyyidelerinin tatbiki, doğan zararı önleyebilecek mahiyette değildir. Bu sebeple, bu hallerde cezasızlık hali mevcut değildir⁴.

b) *Mutlak dokunulmazlığın mevcudiyetini, fiilin vazife ile ilgili olması şartına bağlayan görüş*: Özellikle, Erem’in kabul ettiği fikre göre, mutlak dokunulmazlıktan bahsedebilmek için iki şartın mevcudiyeti gereklidir: suç teşrii vazife ile ilgili olmalı ve teşrii vazife kasden suiistimal edilmemiş bulunmalıdır. Zira, sorumsuzluk, suç işlemiş olmak endişesinden uzak bir şekilde yasama görevinin icra edilebilmesi gayesi ile kabul edilmiştir. Bu sebeple, görev ile fiil arasında bir ilginin bulunması gereklidir. Rüşvet alarak rey veren bir şahsın fiili, dokunulmazlık içinde sayılamaz. Bunun dışında, esas itibariyle yasama görevi ile ilgili bir faaliyet icra edilirken dahi bunun suiistimal edilmemesi gereklidir. Suiistimal halinde, artık, dokunulmazlıktan bahsedilemeyeceği tabiidir. Aksi halde, mutlak dokunulmazlık bir imtiyaz haline getirilmiş olur. Mutlak dokunulmazlık sınırlarının suiistimal edilmiş olup, olmadığına mahkemenin karar vermesi gereklidir⁵. Başgil dahi, hemen hemen aynı fikirleri ileri sürmektedir⁶.

4) MANZINI, VIII, 400

5) EREM, I, 98-99 -Aynı görüş için bk. ROTTSCHAEFFER, 156-157

6) BAŞGİL, 10

Erem ve Başgil tarafından ileri sürülen bu fikirler, bir bakıma, siyasi hayatımızda da tatbikatını bulmuştur. Gerçekten, bir milletvekilinin Meclisin manevi şahsiyetine ve bütün milletvekillerine meclis kürsüsünden hakaret ettiği ileri sürülmüş ve dokunulmazlığının kaldırılması cihetine gidilmiştir. Olayda, milletvekili kürsüden hakaret olarak kabul edilen bazı sözler sarfetmiş, Meclis kararı ile oturum dışı edilirken de tahkir teşkil eden bazı sözler sarfetmiştir. Olay ile ilgili bir takım hukuki problemler ve meselâ, mutlak dokunulmazlığın meclis koridorlarındaki fiiller için söz konusu olabilip olamayacağı meselesi tartışılmıştır. Fakat bizi esas ilgilendiren konu, meclis kürsüsünde vazife ifa edilirken söylenen sözlerin tahkir suçu teşkil etmesi halinde mutlak dokunulmazlıktan bahsedilebilip, bahsedilemeyeceği hususunda ortaya çıkan görüştür. Bu konuda, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Umum Müdürlüğü tarafından kaleme alınan yazıda konu şu şekilde ifade edilmiştir: «Teşrii vazife sırasında bu vazife ile doğrudan doğruya alâkalı olarak yapılan bir fiil ve hareketten dolayı, Parlâmento azasının mesuliyeti cihetine gidilemeyeceği ve bunun haricinde ise bir mebusun milletvekilliği vazifesine bağlanamıyan fiil ve hareketleri nerede işlemiş olursa olsun mezkûr mesuliyetsizlik prensibinin şumülü dışında kalacağı cihetle daima kendisinin mesul kılınabileceği tesbit edilmiş bulunmaktadır»⁷. Bu görüş, Meclis muhtelit encümeni tarafından da kabul edilmiş ve neticede Meclis toplantısında milletvekilinin dokunulmazlığının kaldırılması kararlaştırılmıştır⁸.

c) *Mutlak dokunulmazlığı vatana ihanet ve Anayasaya tecavüz halinde kabul etmeyen görüş* : Bazı müellifler de, parlamento üyesinin hakaret ve sövme fiillerinin dahi cezasızlığa dahil bulunduğunu kabul etmelerine ve cezasızlık durumu ile vazifinin ifası arasındaki ilgi bakımından bir ayırım yapılmasına taraftar bulunmamalarına rağmen, milletvekilinin fiilinin, vatana ihanet ve anayasaya tecavüz teşkil etmesi halinde cezasızlığın söz konusu olamayacağını belirtmektedirler. Buna göre, cezasızlık parlamento üyesinin Anayasa hududları dahilinde hareket etmesi halinde söz konusudur, bu bakımdan Anayasa cezasızlık haline bir hudud çizmiş durumdadır. Anayasanın kurduğu müesseselerin bekçiliğini yaptığı müddetçe, meclis üyesi bu objektif statüden istifade edebilecektir.

«Anayasayı ve onun temsil ettiği millet iradesini ve bu iradenin yarattığı demokratik rejimi ve hürriyet nizamını yok edici mahiyetteki davranışları so-

7) Bk. TBMM Zab. Cer. Dev. X, İct. 3, C. 20, s. sayısı 273, s. 2. Ceza İşleri Umum Müdürlüğünün 19.VI.1957 tarihli yazısı.

8) Osman Bölükbaşı hakkındaki bu muamele, Meclisin 24.6.1957 tarihli toplantısında geniş tartışmalara yol açmış ve işlem aleyhinde bulunan milletvekilleri, fiilin mutlak dokunulmazlığa girdiğini ve bunun da hiç bir şekilde kalkamayacağını belirtmişlerdir. Ayrıca, o zamanki içtüzüğün 188. maddesinin bu gibi fiiller hakkında disiplin müeyyidesi vaz ettiğini ve bu bakımdan dokunulmazlığın kalkmasının söz konusu olamayacağını ileri sürmüşlerdir. Buna karşılık iktidar mensupları, söz konusu milletvekilinin meclis dışı edilmesi hakkında karar alınmasından sonra da suç teşkil eden beyanlarda bulunduğunu ve bu bakımdan bu anda zaten yasama görevinin kalmamış olduğunu ileri sürmüşlerdir.

rumсузлук зırhı ile siyanet imkânı olamaz»⁹. Bu Şekilde gerçekte yine vazifeyle ilgililik bakımından bir ayırım yapılmış olmakta ve fakat bu sınırlandırma geniş tutulmayarak, ancak Anayasaya aykırı davranışların mevcudiyeti halinde vazife sınırının aşıldığı kabul edilmektedir.

Kısaca özetlemiş bulunduğumuz bu görüş de, 27 mayısdan sonra yapılan bazı yasama faaliyetlerinde ve Yüksek Adalet Divanı kararlarında etkisini göstermiştir.

Bu olaylar ile ilgili olarak, Anayasanın ihlâli halinde mutlak dokunulmazlığın söz konusu edilemeyeceğini ispat için ileri sürülen fikirleri şu şekilde özetleyebilmek mümkündür :

a) 1924 Anayasasını tadil eden 1 sayılı kanunun dibacesinde, Meclisin meşruluğunu kaybetmiş bulunduğu ve milletin direnme hakkını kullanarak 27 mayısı gerçekleştirdiği belirtilmektedir. Bu durumda, meşruluğunu kaybetmiş bir meclisin üyelerinin dokunulmazlıklarının mevcut olamayacağı aşikârdır. Aynı şekilde, 1 sayılı kanunun 6. maddesi, iktidar mensuplarının cezalandırılacağından bahsetmek suretiyle 17. maddenin de sanıklar hakkında tatbik edilemeyeceğini kabul etmiş olmaktadır. Aynı kanunun 7. maddesi de, milletvekillerinin tevkifinden bahsetmek suretiyle bunların meclis içindeki çalışmaları ile 146. maddeyi ihlâl etmelerinin cezasızlık dışı bir hal olduğunu göstermiştir¹⁰. Bu sebeple de milletvekillerinin Anayasayı ihlâl eden bir parti içinde kalmaları, yasama kontrolü yapmayışları dahi, suçlulukları için yeter görülmüştür¹¹.

b) Yasama dokunulmazlığı, memleket menfaati için ve milletvekilinin rahatca vazife görmesi imkânını sağlamak maksadı ile kabul edilmiştir. Bu maksada aykırı faaliyet de yasama dokunulmazlığından faydalanamaz¹².

c) Esmein ve Laferrière nin de belirttikleri gibi, yasama dokunulmazlığı, o dokunulmazlığı icap ettiren harekete mukaddem bazı hareketlerin de dokunulmazlıktan istifade edebilmeleri imkânını vermez. Meselâ, rüşvet alarak bir beyanda bulunmak halinde, rüşvet alma fiili de mutlak dokunulmazlık sınırları içinde mütalâa edilemez. Nitekim Fransada ortaya çıkan Panama olayında, bir çok milletvekili rüşvet aldıkları ve buna uygun yasama görevi icra ettikleri için cezalandırılmışlardır¹³.

d) Milletvekillerinin sorumlu tutulmasına esas teşkil edecek cihet, belirli

9) ARSEL, 255 - AKSOY, Anayasayı çiğneme suçu karşısında meb’usların sorumsuzluğu prensibi, Cumhuriyet 7-11 temmuz 1961 - EREM, II, 66. Bu müelliflerden, Arsel ve Aksoy esasda vazifeye ilgililik kıstasını kabul etmemektedirler: bk. ARSEL, 252 - AKSOY, Milletvekilinin sorumsuzluğu, Forum no. 81, 9

10) Yüksek Adalet Divanı Kararları, 68-69

11) Yüksek Adalet Divanında son tahkikatın açılması hakkındaki karar, Bk. SUNGUR, 357

12) Yüksek Adalet Divanı Kararları, 72-73

13) Yüksek Adalet Divanı Kararları, 86

bir maddeye veya kanuna oy vermeleri değildir. Bunların sorumluluklarını, «Anayasa nizamının çiğnenmesini mümkün kılan ve böylece Anayasaya zıd bir Anayasa nizamını kurma gayesini güden bu kanun, karar ve filleri destekleme istikametinde ve binnetice Anayasanın fiilen bertaraf edilmesi maksadı ile kullandın? Oyunu niçin Anayasanın çiğnenmesi içi bir vasıta olarak istimal ettin?» suali doğurmaktadır ¹⁴.

Görüldüğü gibi, mutlak yasama dokunulmazlığını bazı hallerde bertaraf etmeğe müteveccih görüşler, bazan meclisin meşruiyetini kaybettiği hallerde, dokunulmazlığın söz konusu edilemeyeceği fikrine dayanmaktadır. Bazı halde de, mutlak yasama dokunulmazlığının karakteri icabı belirli hallerde sınırlandırılması gerektiği fikrinden ilham almaktadır.

II – MUTLAK YASAMA DOKUNULMAZLIĞINI SINIRLAMAYAN GÖRÜŞLER

Gerek yerli, gerek yabancı hukuk doktrini ise, çoğunlukla, yasama dokunulmazlığını sınırlayan görüşlere iltifat etmemektedir. Gerek Anayasa Hukuku bakımından, gerek ceza hukuku yönünden yasama dokunulmazlığının mahiyeti dahi, böyle bir kayıtlamaya imkân bırakmamaktadır. Yasama dokunulmazlığının hukuki yapısı üzerinde durmak, sınırlama konusunu izah yönünden gerekli bulunmaktadır.

1 – Anayasa hukukuyönünden sınırsızlığın sebepleri:

Yasama dokunulmazlığı, parlamento üyelerinin şahıslarına tanınmış bir imtiyaz veya dokunulmazlık değildir. Bütün dünya Anayasaları bu müesseseyi fonksiyona bağlı olarak kabul etmişlerdir. Bu husus dokunulmazlığın her iki cinsi için de söz konusudur¹⁵. Görülen fonksiyon icabı, esas itibarıyla, bütün Anayasa organları sorumsuzdur. Anayasa organları için sorumluluk istisnai ve sarıh hükümlere dayanması gereken bir hususdur. Bu genel kural, Devlet reisinin durumu bakımından bir misal olarak çıkmaktadır. Devlet reisi de mutlak bir sorumsuzluk sahibi bulunduğu halde, Anayasa vatana hiyanet halinde sorumluluk doğuracak bir istisnai durumu açıkça göstermiştir. Bu genel kural icabı, parlamento üyeleri dahi, istisnalar olmadıkça ve açıkça gösterilmedikçe, diğer şartların mevcudiyeti halinde, sorumlu tutulamazlar. Diğer bir deyişle, şekli şartların mevcudiyeti halinde, fiilin muhtevası ne olursa olsun sorumluluk yoktur¹⁶. En ufak bir ihtimalle dahi olsa, milletvekili veya senatörün takip edilebilmek imkânının mevcudiyeti, fonksiyonun icrasını zorlaştırır ve müesseseden beklenen faydaları yok eder¹⁷.

14) Yüksek Adalet Divanı Kararları, 73,

15) STELLACCI, 100

16) GUARINO, 918. Guarino'ya göre, anayasa organlarının sorumsuzluğu istisna olmayıp, prensiptir. Aksine bunların sorumlu olmaları hali istisnai bir kaidedir.

17) DÖNMEZER-ERMAN, I, 245 - BURDEAU, 391 - PRELOT, 372

Bu esaslardan çıkan netice şudur ki, yasama dokunulmazlığı, umumi ve daimidir. Sıfat kalksın veya kalkmasın devam eder; fiillerin idari ve cezai neticelerine şamil bir sorumsuzluk halidir¹⁸. Bu sorumsuzluktan vazgeçmek imkânı mevcut değildir¹⁹. Parlamento üyesinin şahsına bağlı neticeleri ortadan kaldırmaktadır.

Mutlak dokunulmazlığın İngilterede doğuşuna sebep olan olaylar da müessesenin aynı şekilde anlaşılmasını icap ettirmektedir. Gerçekten, daha Bili of Rigts kabul edilmeden önce, Avam Kamarası reisine hakaret eden Eliot, Hollis ve Valentine, İngiltere Krallık Mahkemesi tarafından cezalandırılmışlardır. Bu karar İngiliz Lordlar Kamarası tarafından bozulmuş ve parlamentodaki sözlerin mahiyeti ne olursa olsun, parlamento dışı bir organ bunları cezalandıramaz, kontrole tabi tutamaz denilmiştir. Parlamento üyesinin söz hürriyeti mutlak görülmüş ve bir cezai takibata imkân veremeyeceği belirtilmiştir²⁰. Diğer bir hadisede de 1397 yılında, Haxey isimli bir milletvekili saray masraflarının azaltılması hakkında bir kanun teklifi yapmıştır. Krallık bunu kendisine tahkir saymış ve milletvekilinin ismini Avam Kamarasından istemiştir. Saraya isim verilmeyle beraber, Avam Kamarası milletvekilini kendisi daha evvel cezalandırmış ve bu şekilde Avam Kamarası dışında bir organın müdahale hakkının bulunmadığını ihsas etmiştir²¹.

Yasama dokunulmazlığının mutlak şekli, tarihten gelen bir gelişimle bu şekilde sınırsız anlaşılınca ve bu sistem bir Anayasa düzeni olarak yerleşince, artık şekli bakımdan mutlak dokunulmazlığın mevcut olduğu durumlarda, dokunulmazlığın kaldırılması diye bir şeyin söz konusu edilemeyeceği aşikârdır. Buna istisna koyabilmek imkânı da mevcut değildir²². Mutlak yasama dokunulmazlığının sınırları içine giren bir hususda ayırmalar yapmak, dokunulmazlığın kaldırılması yoluna gitmek müessesenin mahiyetine aykırı olur ve Anayasayı zorlamak şeklinde görülür. Nitekim Osman Bölükbaşı olayında Meclisin aldığı karar da, bir çok hukukçu tarafından Anayasaya aykırı bulunmuş ve tenkit edilmiştir²³.

18) DÖNMEZER-ERMAN, I, 245 - KUNTER, 250 - ANTOLISEI, 99-LO- JACONO, 56, MANZINI (1951), VIII, 400. Mutlak dokunulmazlığı sadece cezai neticeler bakımından kabul edenler de vardır, bk. AMORTH, 117. Dokunulmazlığın disiplin tatbikatına tesir etmeyeceğini, haklı olarak, belirtenler için bk. KIRATLI, 67 - LOJACONO, 56, Bu konudaki bir imkânı dahi kabul etmeyenler için bk. SANTI ROMANO, 241.

19) DÖNMEZER-ERMAN, I, 245 - KIRATLI, 69

20) Bu olay hakkında tafsilât için bk. PHILLIPS, 131 - KEITH, 69

21) Tafsilât için bk, PHILLIPS, 69 - KEITH, 131. Aynı mahiyetteki Strode, olayı için de aynı sahi felere bakılabilir.

22) LAFERRIERE, 712 - DUVERGER, 81 - TERMICOURT, 287 - WADE, 130-131 - KEITH, 67

23) Dönmezer-Erman, 1924 Anayasasının 17. maddesinin böyle bir tefrike müsaide olmadığını belirtmişler ve böyle bir tefrikin mutlak masuniyet müessesesi ile uyusamayacağını açıkça ifade etmişlerdir (DÖNMEZER-ERMAN, I, 246, not 13). Kıratlı da, tatbikatı Anayasaya aykırılıkla suçlamıştır (KIRATLI, 67). Arsel de olaydaki davranışı, parlamentodaki söz hürriyeti kaidesine, parlamento dışı bir organın parlamentoya müdahale edememesi prensibine, Anayasamızın istisna kabul etmeyen görüşüne aykırı bulmaktadır. Ayrıca, İçtüzükte bu gibi

Gerek doktrin, gerek tatbikat bakımından, istisnai durumlar belirtilmedikçe, prensip cezasızlık şeklinde kabul edilmiş ve müesseseye mutlak mahiyet tanınmış demektir. Bu bakımdan, doktrindeki fikirlerde veya kanunlardaki sistemlerde ayrıcalık hükmü konulmadığı takdirde, mutlak yasama dokunulmazlığını sınırlayacak hiç bir hükmün mevcudiyetinden bahsedilemez. Yani o doktrin veya sistem, hakaret hallerinde de dokunulmazlığı kabul etmiştir. Bu bakımdan, doktrinde veya sistemde, cezasızlığın her halde mevcut olduğuna dair sarıh bir hükme lüzum yoktur. Sınırlayıcı bir hüküm bulunmadıkça, kaidenin mutlak olarak kabulü gerekir²⁴. Nitekim, yukarıda sözünü ettiğimiz Anayasaların ayrı ve istisnai hüküm koymaları da esasda kaidenin mutlak olduğunu göstermektedir. Bizim Anayasamızda ise böyle bir sınırlayıcı hüküm mevcut değildi ve mevcut değildir.

2— Ceza hukuku yönünden sınırsızlığın sebepleri :

Mutlak dokunulmazlık müessesesinin Anayasa hukuku bakımından kabul edilen mahiyetinin yanında, ceza hukuku yönünden kabul edilen esasları dahi, sarıh bir hükmün bulunmaması halinde, bir ayırım yapmasının mümkün olamayacağını göstermektedir.

Mutlak yasama dokunulmazlığının ceza hukuku bakımından mahiyetini izah eden, başlıca, iki görüş mevcuttur. Bu görüşlerin mahiyetleri üzerinde uzun boylu durmak konumuzla ilgili değildir. Sadece bu görüşlerin ana hatları ile belirtilmesi, konumuzla ilgili sonuçlara varabilmek için gereklidir.

a) *Mutlak dokunulmazlığın suçu ortozdan kaldırdığım, kabul edenler* : Mutlak yasama dokunulmazlığı, bir kısım müelliflere göre, suçu ortadan kaldıran bir sebep olarak görülmektedir. Suçun ortadan kalkış sebebinin izahı yönünden ise fikirler muhtelifdir. Bazıları, dokunulmazlığın cezaya ehliyeti ortadan kaldırdığı fikrindedirler. Ehliyetsizlik sadece tabii şartlardan doğmamaktadır ve fakat politik sebepler de ehliyetsizlik yaratacaktır²⁵. Yine aynı görüş grubu içinde bazı müellifler de, faile suç isnad edebilme imkânının bulunmadığını belirtmektedirler. Faile bir sorumluluk isnad edebilmek için gerekli olan faile ait şartlar mevcut değildir. Bu isnadı önleyen sebep de, manevi ve şahsî bir

davranışlara tatbik edilebilecek disiplin müeyyidelerinin mevcudiyetini, sorumsuzluğun mutlaklığı hususunda delil saymaktadır (ARSEL, 252-254).

24) Halbuki Yüksek Adalet Divanı kararları, doktrin bakımından, hiç bir müellifin dokunulmazlığın anayasanın ihlali halinde de tatbik edileceğini açıkça ifade etmediğini, prensibin bu suçlara da tatbiki için sarıh bir ifadeye lüzum olduğunu ileri sürmektedir (Yüksek Adalet Divanı Kararları, 77). Bu hususun belirtilmemesi olayın istisnai durumu ve bu bakımdan doktrinde konu üzerinde durulmaması sebebiyledir. Nitekim ülkemizde de, tatbikat vuku bulduktan sonra, çeşitli fikirler ileri sürülmeye başlanmıştır. Kaldı ki, böyle bir araştırmaya da lüzum yoktur. İstisna mevcut olmadıkça kaide mutlak sayılır. Bu sebeple, mevcut bir prensibi tek tek her hal için tekrarlamakta fayda yoktur. Kaldı ki, mutlak dokunulmazlığın anayasayı ihlâl halinde dahi hüküm ifade edeceğini belirten müellifler de vardır. Meselâ, bk. CHOUCKROUN, 29.

25) MANZINI (1950), I, 518.

durumdan doğmaktadır²⁶. Cezaya ehliyetsizlik, yaş, akıl hastalığı gibi sebeplerden doğabilecek isnat imkânsızlığı tabii ve manevi bir durumdur. Yasama dokunulmazlığı ise kanundan doğan bir isnat edilememe durumudur ve şuçu ortadan kaldırmaktadır²⁷. Bütün bu müellifler, manevi unsurdaki eksiklik sebebi ile dokunulmazlığın şuçu ortadan kaldırdığı fikrindedirler.

Buna karşılık, Milletvekilinin işlediği fiilin hukuka aykırı olmadığı için suç teşkil etmediğini ileri sürenler de vardır²⁸.

Bu fikirlerin ceza hukuku bakımından değerini belirtmeksizin, sadece şu hususu belirtmek gerekir ki, bu görüşte olanların hepsi, düşünce sistemlerinin tabii bir sonucu olarak, yasama dokunulmazlığının sınırsız olduğunu kabul etmektedirler. Zira, mademki Anayasanın koyduğu objektif bir statü, sistem, kanundan doğan bir fiili suç olmaktan çıkarıcı sebep yaratmıştır; bu durumda objektif bakımdan fiilinin suç teşkil etmediği kanuni bir sebebe bağlanınca, bir takım ayırımlar yaparak sorumluluğa gitmek imkânı mevcut değildir. Kanun sorumsuzluğu doğuran ve şuçu ortadan kaldıran sebebi tefrik etmek isteseydi, bu hususta sarıh hüküm koyardı. Meselâ, isnad kaabiliyeti bakımından, ceza kanunu arızı bir sebeple şuur ve harekât serbestisinin kalkması halinde isnad kaabiliyetini yok saymış veya kısmen kaldırılmış olarak görmüştür. Fakat, sarhoşluğun ihtiyariyle olması halini hariç tutmuştur. Yani, prensibe bir istisna koymuştur. Mutlak dokunulmazlık da böyle bir sebep olarak kabul edilecek olursa, bu fikrin mantıki sonucu, istisna konulmadığı hallerde, kanunî bir isnat kaabiliyetsizliği halinin kabul edilmesi şarttır ve tefsir yolu ile tefrik yapmak kabul edilen esasa aykırı düşer. Hatta, mademki kanun objektif ve genel bir hükümle, mutlak şekilde sorumsuzluğu şuçu kaldıran bir sebep olarak görmüştür, buna rağmen kıyasa veya tefsire dayanan bir yol ile fiili suç olarak kabul etmek kanunilik prensibine aykırı düşer. Zira, o durumda işlenen fiilin suç olmadığını Anayasa belirtmiştir. Zira, mutlak dokunulmazlık, takibatı önleyen bir durum değildir, etkisi sadece adli takibata mani olmak şeklinde tefsir edilemez. Esasa müstenit ve daha öteye fiili suç olmaktan çıkaran bir sebeptir²⁹.

b) *Mutlak dokunulmazlığın failin cezalandırılabilme kaabiliyetini kaldırdığını kabul edenler* : Bu görüş sahipleri, parlamento üyesinin fonksiyonla ilgili fiilinin suç olmaktan çıktığı, failde suç işleme kaabiliyetinin bulunmadığı, fiilin hukuka uygun bulunduğu fikirlerini kabul etmemektedirler. Fiil, esas itibariyle hukuka aykırıdır ve suçdur. Faildeki isnat kaabiliyeti de tamdır. Kanun, mev-

26) PETROCELLI, La Colpevolezza, 20 - PETROCELLI, Diritto Penale, 156-165 - MORO, La Capacità giuridica penale, 82

27) CARNELUTTI, 65

28) ALTAVAILLA, in FLORIAN, no. 508 - CHOUCKROUN, 37 - 38. Dokunulmazlığın mutlak olması halinde, Faşist yazarlar dahi bir ayırım yapmamış ve bu müesseseyi sınırlamamışlardır: bk. SANTI ROMANO, 241

29) PETROCELLI, Diritto penale, 160. Nadir olmakla beraber, durumu mutlak bir takipsizlik sebebi ve hali olarak kabul edenler de mevcuttur: bk. GUADAGNO, 54

cut birşeyi yokmuş gibi göstermiş değildir. Buna karşılık, failin cezalandırılabilme ehliyeti kaldırılmış olmaktadır. Yani, fiil faille isnad edilebilir olduğu halde, onun cezalandırılabilmesi imkânı mevcut değildir³⁰. Failin işlediği fiil suç teşkil ettiği halde, hakkında ceza tatbik edilememektedir. Muafiyet, sadece normun ceza hükmü bakımındandır. Buna karşılık, normun kaide kısmı ihlâl edilmiştir³¹.

Normun hükmünü ihlâl ehliyetsizliği, ancak şahsi sebeplerden doğabilir. Mutlak yasama dokunulmazlığı ise şahsi bir durum değildir. Şahsi bir eksiklik veya durum ehliyetsizlik yaratmamaktadır. Parlamento üyesinin içinde bulunduğu objektif statü, failin takip edilmemesi sonucunu doğurmaktadır³². Hak - vazife münasebetinin bir armonisi olarak, sistemler belirli hallerde, parlamento üyesi olan failin cezadan hariç tutulacağını³³, ceza kaidesinin herkes hakkında mutlak surette tatbik edileceği şeklindeki prensibin tatbik edilmemesi kabul edilirken bu objektif bir statünün sonucudur³⁴. Objektif olarak bir ceza kanununun tatbik edilmemesi kaidesi konulurken, hukuken ve objektif bakımdan dahi olsa, failin anlama ve isteme kaabiliyeti kaldırılmış, azaltılmış değildir. Bu konuda bir faraziye dahi vaz'edilmemiştir³⁵.

Dokunulmazlık konusunda, kısaca belirttiğimiz bu görüş dahi, dokunulmazlığın tatbiki bakımdan bir ayırım yapmamakta ve bu konudaki tatbikatın usule ait bir mesele olmadığını, esasa ait bulunduğunu, mutlak bir cezalandırılama sebebinin objektif bakımdan ve şahıs için yaratıldığını kabul etmektedir³⁶. Bu sonuç da tabiidir. Zira ortada ceza hukukuna hâkim bir kaideye istisna teşkil eden bir durum vardır ve bu objektif bir şekilde hükme bağlanmıştır. İstisnanın istisnasının tatbik edilebilmesi için de hususi ve açık bir hükme lüzum vardır. Nitekim, devlet reisi konusundaki hükümler, istisnai hüküm koyan anayasaların tutumu bu hususu açıkça göstermektedir. Mutlak dokunulmazlığı sınırsız kabul eden Anayasalar, sadece şekli bakımdan sınırlar koymuşlardır³⁷. Parlamento üyelerinin sorumsuzluğu bakımından bir takip şartı dahi söz konusu olmamaktadır; tam bir cezasızlık söz konusudur³⁸. Muvakkat dokunulmazlık yönünden, işlenen suçlar bir takip edilemezlik durumdadır. Muvakkat dokunulmazlık bir takip önlemesi yaratmaktadır, buna karşılık mutlak dokunulmazlık kesin ve esasa müteallik bir cezalandırılama hali yaratmaktadır³⁹.

30) SANTORO, Diritto Penale, 244 - SANTORO, Le circostanze del reato, 101 - KUNTER, Kanuni Unsurlar, 250 - DÖNMEZER - ERMAN, I, 245

31) BETTIOL, 107 - EROSALI, I, 225

32) ANTOLISEI, 105

33) CAVALLIO, 289 - MAGGIORE, 85

34) ANTOLISEI, 105 - GRISPIGNI, 370

35) FROSALI, I, 226

36) ROSSI, Diritto penale costituzionale, 206

37) CAVALLO, 28-29 - LOJACONO, 53

38) KUNTER, Kanuni Unsurlar, 250

39) SANTORO, 246. Nitekim mutlak dokunulmazlığın hiç bir şekilde ve ve hatta fevkalade hal-

Görüldüğü gibi, ceza hukuku bakımından, ister birinci, ister ikinci fikir kabul edilmiş bulunsun, sarıh bir hüküm bulunmadığı müddetçe, mutlak dokunulmazlığı tefsir yolu ile tefrike başvuran ve bazı hallerde şekli şartlar tahakkuk ettiği halde, muhteva bakımından sorumluluk yaratmaya çalışan müellif yok gibidir. Bu husus, hakaret ve sövme suçları için olduğu gibi, Anayasayı ihlâl hali için de söz konusudur. Zaten gerçekte, suçların muhtevası bir yana, iki suç hakkındaki tefrik pek de farklı esaslara dayanmamaktadır.

III – KANAATİMİZ

Kanaatimizce de, gerek 1924 Anayasasına göre, gerek 1961 Anayasasına göre kurulmuş bulunan Anayasa düzenimiz içinde, mutlak yasama dokunulmazlığını hiç bir şekilde ve sebeple bir tefrike tâbi tutabilmek imkânı mevcut değildir. Böyle bir tefrik, hem müessesenin ruhuna, hem maddî hukuka ve hem de müessesenin kabulünden umulan amaçlara aykırı düşmektedir.

Anayasamızda sınırlandırıcı bir hüküm bulunmadığı halde, tefrik yaparak müesseseyi tahdide çalışan fikirleri cevaplandırabilmek imkânı da mümkündür. İleri sürülen fikirleri de göz önünde bulundurmak suretiyle varabileceğimiz sonuçları şu şekilde sıralayabiliriz:

1— Mutlak dokunulmazlık görülen fonksiyon sebebi ile kabul edilmiş bir cezasızlık halidir :

Yasama dokunulmazlığı genel olarak, görülen fonksiyonun iyi işleyebilmesi için kabul edilmiştir. Anayasalar, hizmet dışı fiilleri dahi bir takip şartına bağlı tutmak sureti ile, görevin dışardan baskılara tâbi tutulmasını ve bilhassa suiistimal edilen siyasî kuvvetlerin görevin görülmesini engellemesi tehlikesini bertaraf etmeğe çalışmıştır. Fiilin, belirli yerlerde ve şekillerde işlenmesi halinde ise bir cezasızlık hali yaratılmıştır. Bu müessesenin, İngilterede yaratılışı, parlamentonun, krallık otoritesine karşı himayesi gayesine, parlamento-ya üst bir otoritenin baskısının mümkün olmaması amacına yönelmişti⁴⁰. Bu husus, Osman Bölükbaşı olayındaki Meclis müzakereleri sırasında hatırlatıldığı zaman, Türkiyenin bir krallık olmadığı söylenilmiş ve adeta müesseseye lüzum kalmadığı ima edilmiştir⁴¹. Gerçekte ise, bir Krallık otoritesinin yerini, demokrasilerde siyasî iktidarı elinde bulunduran hükümet alabilmekte ve meclis içinde aşırı çoğunluk sahibi bulunursa Krallık baskısının yerini tutabilmektedir. Yakın siyasî tarihimiz bu hususu açıkça göstermiştir. Kaldı ki, gaye parlamento üyesinin korkusuz bir şekilde fikrini açıklaması olduğuna

lerde dahi kaldırılamıyacağını açıkça belirtenler vardır (LOJACONO, 37). Buna göre, dokunulmazlık ne ferdî bir cezadan hariç tutulma halidir ve ne de hukuka uygunluk sebebidir. Esas olan ferdin durumu olmayıp, meclislerin hürriyetidir ve meclis üzerinde kazai kontrolün önlenmesidir (bk. LOJACONO, 53).

40) KEITH, 69

41) TBMM, Zab. Cer., Dev. X, İkt. 3, C. 20, s.

göre, müessesenin demokratik sistemin ayrılmaz parçası olduğu kendiliğinden ortaya çıkacağı aşîkârdır.

Müessesenin görülen fonksiyon icabı kabul edilmesi, mutlaklığının ve sınırsızlığının delilidir. Zira, Anayasalar fonksiyon şeklinde genel bir tabir kullanmışlar ve hangi hallerde fonksiyonun mevcut bulunduğunu da tayin etmişlerdir ve bunu yer şartıyla da sınırlamışlardır⁴². Demek oluyor ki, tek sınır, fiilin Anayasanın gösterdiği yerlerde ve şekillerde işlenmiş bulunmasıdır. Şu hususun belirtilmesi gerektir ki, suç teşkil eden fiilin meclis içinde çalışmalar sırasında işlenmiş olması tabiatıyla yeterli değildir. Meselâ, iki milletvekili hususi bir meselelerini konuşurken birbirlerine hakaret etseler, tabiatıyla mutlak dokunulmazlıktan söz açılmaz. Bu sebeple, milletvekili veya senatörün beyanını fonksiyon ifa ederken yapması tabiidir. Fakat bir kere fonksiyonun icrası başladıktan sonra, söylenen sözlerin, bu fonksiyonu aşır aşmadığı dokunulmazlığın mevcudiyeti bakımından rol oynamaz. Fonksiyonun kürsüden yapılacağına dair bir kayıt da mevcut değildir. Oturulduğu yerden yapılan müdahaleler dahi cezasızlığa dahildir. Bu durumda, fonksiyona dahil hareketler ve ifadeler yönünden Anayasa bir sınır koymadığına göre, cezasızlık küfre dahi şamildir ve böyle kabul edilmesi gerekir⁴³. Bu bakımdan Bölükbaşı olayında varılan sonucun hiç bir şekilde Anayasa hükümlerine uygun olmadığı inancındayız⁴⁴.

Bu konuda bir meseleye daha temas etmek gereklidir. Bölükbaşı olayı ile ilgili tartışmalar sırasında, milletvekilinin disiplin müeyyidesi ile meclis toplantısından çıkartılırken fiili ika ettiği ve halbuki bu sırada teşrii vazifesinin sona ermiş bulunduğu gibi garip bir fikir ileri sürülmüştür. Kanaatimizce, bir parlamento üyesi seçilmekle yasama görevi başlar ve disiplin müeyyidesi bu görevi ortadan kaldırmaz. Disiplin müeyyidesine sebep olan olaylar, tartışmalar göreve dahil bulunduğu gibi, hakkındaki tutumu protesto edişi dahi göreve dahil politik bir davranıştır. Meclis koridorlarındaki beyanlar dahi cezasızlık sınırı içinde sayılırken, bir meclis çoğunluğunun davranışını protesto edişi görev dışı sayabilmek mümkün değildir. Netice itibariyle hareket şahsi bir meselenin sonucu olarak doğmamıştır. görevin ifası sebebi iledir. Bunun görev ifasının suiistimali olduğu şeklindeki bir ayırım ise, belirttiğimiz gibi, hukuk düzenimize aykırıdır.

42) CAVALLO, 289, 290

43) FROSALI, I, 222

44) Yukarıda belirttiğimiz gibi, bazı düşünürler, hakaret suçları bakımından bir tefrik yapmazlar ve bunu Anayasaya aykırı bulurlarken, fiilin Anayasayı ihlâl fiili olması sırasında ayırım yapmaktadırlar. Gerçekte, her ikisi de aynı mantığa dayanan tefrikler olmaktadır. Netice itibariyle, her iki halde de, objektif olarak görevin ifası mevcuttur. Fakat, biz dışardan, bu fiilin görevin ifası mefhumunu aştığını kararlaştırıyoruz. Bu sebeple hakaret konusunda tefriki kabul etmeyip, diğer durumda kabul etmek bir tenakuz teşkil etmektedir.

2— Mutlak yasama dokunulmazlığı objektif bir statünün ifadesidir :

Mutlak yasama dokunulmazlığının memleket menfaati için kabul edildiğini ve bu menfaata aykırı olarak kullanılamayacağını belirtenler, netice itibariyle bir hakkın icrası durumunu görmüş olmaktadır. Bir hakkın suiistimali mevcut olunca da, dokunulmazlığın esas itibariyle bir hak teşkil ettiği kabul edilmiş olmaktadır. Yani, mutlak dokunulmazlık bir hak ve bunun Anayasayı ihlâl edici şekilde kullanışı da suiistimali meydana getirmektedir. Halbuki, dokunulmazlık bir hak değildir ve parlamento üyeleri bundan bir objektif statünün içinde bulundukları için istifade etmektedirler⁴⁵. Objektif bir statü de görülen hizmet sebebi ile tanınmıştır. Dokunulmazlık bir hak olmayıp, objektif bir statü olunca onun suiistimalini teşkil eden hallerin dahi objektif kaidelerle tayin edilmesi gerekirdi. Diğer bir deyişle, statünün sınırları da yine normlar tarafından tayin edilmek icap ederdi⁴⁶. Aksi halde, tefsir suretiyle statünün mer’iyet şart ve sınırları genişletilip, değiştirilemez. Gerek, 1924 Anayasasının 17., gerek 1961 Anayasasının 79. maddesi, «oy», «söz» ve «düşünceden» bahsetmiş ve bunun meclis çalışmaları ile ilgili bulunmasını aramıştır. Anayasa bu şekilde, müesseseyi objektif kaidelerle tanzim ederken, tek sınır olarak, fiilin meclis çalışmaları ile ilgili oluşunu ve oy, söz veya düşünce şeklinde ortaya çıkışını aramıştır ve başkaca bir sınır getirmemiştir. Anayasa geniş olarak vazifeden maksadın ne olduğunu göstermiş ve fakat bu hareketlerin vazife ile ilgili oluşunu şart koşmamıştır. Yani sözün mutlak olarak vazifeye ilgisini aramamış, fiilin çalışmalarla ilgili oluşunu yeterli görmüştür. Bu durumda, meclis çalışmaları yapılırken söylenen bir küfür dahi, vazifeye dahil sayılmıştır. Bu durumda artık, bir fiilin, ister hakaret teşkil etsin, ister Anayasayı ihlâl teşkil etsin, şartları mevcut ise, muhtevası ne olursa olsun sorumsuzluğa dahil bulunduğunu kabul etmek gerekir. Bir fiilin vazifeye dahil olup olmadığını hiç bir merci tetkik ve karara bağlamak imkân ve hakkına sahip değildir. Erem her ne kadar, dokunulmazlıktan bahsedebilmek için, vazifenin kasden suiistimal edilmemesini ve yasama görevi ile fiilin ilgisini aramakta ise de, mutlak dokunulmazlığın kasden suiistimalinin kriterini vermemektedir. Bu bakımdan da, Anayasanın koyduğu şekli sınırlar içinde kalındıkça, milletvekili veya senatörün, bilerek veya bilmeyerek işleyeceği fiiller hakkında dahi bir ceza takibatı yapılamıyacağı kanaatindeyiz.

3— Mutlak dokunulmazlığın kısıtlanması hakkında bir anayasa usulü tesbit edilmemiştir :

Anayasanın mutlak dokunulmazlığın kaldırılışı veya mutlak dokunulmazlığın suiistimali halinde takip edilecek usulü belirtmemiş bulunması dahi, bu dokunulmazlıktan dolayı bir kazai muamelenin yapılamıyacağını gös-

45) LOJACONO, 50

46) Nitekim devlet reisinin sorumsuzluğu dahi objektif bir statünün sonucudur ve eğer Anayasalar bu sorumsuzluğu vatana ihanet hali ile sınırlandırmış olmasalardı, bu durumda dahi kendisini sorumlu tutmak imkânı olmazdı.

termektedir. Anayasa usulleri tahdidi anlam taşır. Bu bakımdan, muvakkat dokunulmazlığın kaldırılması konusundaki usuller, kıyas suretiyle, mutlak dokunulmazlığa tatbik edilemez. Zira içtüzük hükümleri, dokunulmazlığın kaldırılması usulünün sırf muvakkat dokunulmazlık için olduğunu açıkça ifade etmektedir. Gerçekten TBMM Dahili Nizamnamesinin 180. maddesi, bu maddedeki usulün muvakkat dokunulmazlık için tatbik edilebileceğini belirtmekteydi. Durumu inceleyen Encümenin, dokunulmazlığın kaldırılması veya devre sonuna bırakılması kararı verebileceği belirtilmiştir. Bu iki kararın da muvakkat dokunulmazlık için alınabileceği aşikârdır.

Mutlak dokunulmazlığı kısıtlamaya müteveccih görüş kabul edilse dahi, sorumsuzluk halinin mevzu yönünden suiistimali halinde, artık muvakkat dokunulmazlık durumunun ortaya çıktığı ileri sürülemez. Zira belirli yerlerde, oy, düşünce ve kanaat belirtilmesini müstakil bir grup olarak kesin bir şekilde belirtmiştir. Bu durumda, eğer Anayasa, mutlak dokunulmazlığı sınırlamak istese idi, hem bu sınırları gösterir ve hem de usulünü tayin ederdi.

Erem, takip edilecek usul bakımından, fiilin vazife ile ilgili olup olmadığını mahkemenin tayin edeceğini belirtmektedir⁴⁷. Bu şekildeki bir beyan ile iki husus ifade edilmek istenilmiş olabilir :

a) Mahkemelerin dokunulmazlığı kaldırılmasından sonra mahkemenin fiilin mutlak dokunulmazlık hududuna girip girmeyeceğini tayin edebileceği söylenilmek istenilmiş olabilir. Bu durumda iki sebeple aynı kanaati benimseyebilmek imkânı mevcut olamamaktadır. Zira ilk önce mutlak dokunulmazlığın kaldırılması imkânı yoktur. İkincisi, meclisin mutlak dokunulmazlık halini hakkın suiistimal edildiği iddeası ile kaldırabileceğini kabul etsek dahi, bu takdirde, mahkemenin durumu tetkik yetkisi mevcut olamayacaktır. Malikeme gerçekten cezasızlık sınırının aşılp aşılamadığını tetkik edemez. Zira bu husus ne suçun bir unsurudur ve ne de Meclisin tesbit ve tayin ettiği bir hususun aksini tesbit ve tatbik edebilir. Bu durumda mahkemenin takdiri, meclisin cezasızlık sınırının aşıldığı konusundaki kararının değerlendirilmesi anlamını taşıyacaktır ve bu da mümkün değildir.

b) İkinci olarak, eğer, parlamento üyesinin dokunulmazlığı kaldırılmadan, kendisinin muhakemeye sevkedilebileceği ve sorumsuzluğun mevcut olup olmadığının mahkemece tayin edileceği ifade edilmek isteniyorsa, bunun da kabulü imkânı yoktur. Zira, mutlak dokunulmazlık ne fiilin bir unsuru ile ilgilidir ve ne de bir takipsizlik durumudur. Parlamentonun - bazı Anayasalarda olduğu gibi - milletvekilini mahkemece sevk etmek yetkisi yoktur. Mahkemenin de, tamamiyle constitutionel bir konu hakkında karar verebilmek hakkı yoktur. Kaldı ki, Anayasa, muvakkat dokunulmazlık bakımından kaza organlarına böyle bir yetki tanımazken, hatta usuli muameleler yapılmasına

47) EREM, I, 99

imkân bırakmazken, suç üstü yakalama halinde dahi meclise bilgi verilmesini şart koşarken, mutlak dokunulmazlığın mevcut bulunup bulunmadığını, sınırının aşılmış olup olmadığını tayin yetkisini kaza organına tanımak sistemin inkârı olacaktır. Ayrıca, imkân bakımından, hukuki bir rejimde, mutlak dokunulmazlık sınırları içindeki bir fiilin takip edilebilmek ihtimali yoktur ki, kaza organları dokunulmazlığın mevcudiyetini inceleyebilsin.

Görülüyor ki, mutlak dokunulmazlığın sınırlandırılabilmesi imkânı kabul edilse dahi takip ve tatbik edilebilecek bir usul mevcut değildir.

4— Dokunulmazlığa mukaddem hareketlerin cezalandırılması hali:

Genel olarak, mutlak dokunulmazlık haline tekaddüm eden bazı suç teşkil edici fiillerin cezalandırılabilceği gerçeğinden hareketle, mutlak dokunulmazlığın da sınırlı olduğu fikri ileri sürülmektedir⁴⁸. Nitekim, Esmein⁴⁹ ve Laferrière⁵⁰ de aynı misali vermektedirler.

Bu konuda örnek olarak da, Panama kanalının açılışında meydana çıkan suiistimaller ve rüşvet alma olaylarında, rüşvet alarak oy veren milletvekillerinin cezalandırılışı gösterilmektedir⁵¹. Gerçekte ise unutulmuş bir nokta mevcuttur. Panama olayı sebebi ile cezalandırılan milletvekillerinin işledikleri suç, rüşvet alarak oy kullanmaktan ibarettir. Bu fiil ise mutlak dokunulmazlığın sınırlandırılması problemine örnek teşkil edemez. Zira, bünye itibarıyla, rüşvet suçu ile tetkik konumuz olan hakaret ve Anayasayı ihlâl suçları farklıdır. Bizce de, rüşvet alarak oy kullanma halinde, parlamento üyesinin sorumluluğu cihetine gidilebilir. Zira bu durum da zaten mutlak dokunulmazlık hali mevcut değildir. Milletvekili verdiği oy sebebi ile değil ve fakat oy vermeden evvel oy vermek için para aldığı için suçlu olmaktadır. Rüşvet alma suçunun tamamlanma anı, oy’un verilmesi anı olmayıp, paranın alındığı andır. Bu an ise, zaten Anayasanın tayin ve tesbit ettiği mutlak dokunulmazlık durumunun dışında kalmaktadır. TCK nun 221. maddesinde açıkca belirtildiği gibi, rüşvet suçunun teşekkül edebilmesi için, menfaat karşılığı vaad edilen işin yapılması dahi şart değildir. Demek oluyor ki, rüşvet alınması halinde, zaten fiil, meclis çalışmaları dışında ve mutlak dokunulmazlığa girmeyen bir hareketle olmuştur. Milletvekili aldığı rüşvete dayanarak oy vermese dahi, fiili suç teşkil edecek ve cezalandırılacaktır. Halbuki, bir milletvekilinin verdiği oy Anayasanın ihlâline sebebiyet verse, suçun tamamlanma anı, oyun verildiği an olduğu ve bu an da sorumsuzluk sınırlarına girdiği için cezalandırılabil-

48) EREM, I, 98-99 - EREM, II, 82 - Yüksek Adalet Divanı Kararları, 86

49) ESMEIN, II, 418 ve müt.

50) LAFERRIERE, 711

51) Yüksek Adalet Divanında muhakemeler cereyan ederken, müdafaa, Panama olayında milletvekillerinin mahkûm edilmediklerini savunmalarına esas almışlardı (Bk. Müsterek müdafaa, 36). Gerçekte ise Panama olayı milletvekillerinin mahkûmiyeti ile neticelenmiştir. Fakat, metinde belirttiğimiz gibi bu olayda sanıkların mahkûm olup olmamalarının esas bakımından bir etkisi mevcut değildir.

mesine imkân bulunamayacaktır. Aynı şekilde, hakaret suçunun tamamlanma anı da tahkir teşkil eden, beyanın yapıldığı andır. Bu an da sorumsuzluk sınırı içine girdiği için yine sorumluluk cihetine gidilemeyecektir.

Görüldüğü gibi, parlamento üyesinin rüşvet alma fiilinin takip edilebilirliğine dayanarak bir takım genel kaideler çıkartabilmek imkânı mevcut değildir. Suçların nevi ve mahiyeti değişiktir. Nitekim, rüşvet suçlarından dolayı parlamento üyelerinin sorumluluğunu kabul eden, Laferriere, Petaini destekleyen senato ve meclis üyelerinin verdikleri oy sebebi ile sorumlu tutulmalarını öngören 21 nisan 1944 tarihli kararı, mutlak dokunulmazlık prensibine aykırı görerek tenkit etmektedir ⁵² Bu bakımdan, Laferriere nin fikirlerine ve rüşvet alarak oy veren parlamento üyelerinin mahkûm edilmelerine dayanarak neticelere varabilmek ve genel sınırlayıcı fikirler ileri sürmek mümkün değildir.

5— Fevkalâde hallerde dahi hukukî bakımdan mutlak dokunulmazlığı yok farzedebilmek mümkün değildir:

Direnme hakkının kullanılışı sonucu meydana gelen bir ihtilâlin mevcut siyasi iktidarı gayrimeşru ilân ettiği ve bu bakımdan gayrimeşru bir iktidara mensup milletvekillerinin mutlak dokunulmazlıktan istifade edemeyeceği ileri sürülmüş ve bunun belgeleyecek deliller gösterilmiştir ⁵³.

Herşeyden önce şu hususu belirtmek gerekir ki, mutlak dokunulmazlık esas itibariyle şahsa tanınmış değildir ve fakat hukukî yollarla işbaşına gelmiş organa tanınmıştır. Fertler bu durumdan, içinde bulundukları statü sebebi ile istifade edebilirler. Organın bir bütün olarak hukukî yollarla iş başına geldikten sonra, gayri hukukî ilân edilebilmesi imkânı yoktur. Böyle olunca da, fevkalâde durumlarda dahi, dokunulmazlık mevcudiyetini muhafaza edecektir⁵⁴. Bir parlamento, Anayasa usullerine uygun olarak seçimle iş başına geldikten sonra, tüm olarak hukukiliğini kaybettiği ileri sürülemez. Bu durumda, o organın aldığı bütün kararların dahi gayrimeşru kabul edilmesi ve yoklukla batıl sayılması gerekir⁵⁵. Yasama organının fonksiyonunu görmesinden, siyasî iktidarı kullanan hükümetin meşruluğu kaybetmesinden, yasama organınca alınan bazı kararların Anayasayı ihlâl ettiğinden bahsedilebilir. Fakat, yasama organının bir bütün halinde gayri hukukî olduğu, normal seçimle geldikten, kaynağı meşru olduktan sonra mümkün değildir. Siyasî iktidar şekli olduğu takdirde hukukiliği muhakkaktır. Fakat, bu iktidar, demokrasilerde halka ait olan hakimiyet iradesine aykırı duruma düşmüşse, bu durumda hukuki oluşu, hakimiyete uygun oluşu sağlayamaz ⁵⁶. Direnme

52) LAFERRIERE, 712

53) Yüksek Adalet Divanı Kararları, 68-69

54) LOJACONO, 58

55) Halbuki, anayasaya aykırı sayılan kararlar ve kanunlar yoklukla batıl sayılmamış ve yasama faaliyetiyle ortadan kaldırılmıştır.

56) BURDEAU, 26-27 - JOUVENEL, 39

hakkı da halkın hakimiyetine aykırı siyasî iktidarı silişidir. Bu silinme sonucunda ortaya çıkan iktidar, esas itibariyle siyasî iktidar ile hakimiyet arasındaki uygunluğu sağladığı için meşrudur ve fakat hukukî değildir. Buna karşılık, yıkılan iktidar formel bakımdan hukukidir ve fakat meşru değildir. Mutlak yasama dokunulmazlığı da, hukukî bir statünün sonucu olduğuna göre, hukukî organın üyeleri, o organın gayri meşruluğu herhangi bir şekilde tayin edilene kadar hukukî statünün icaplarından istifade ederler. Yasama organını meydana getiren şahıslar tek tek suçlu olabilirler ve fakat yine de organ hukukiliğini muhafaza eder. Halbuki yasama dokunulmazlığı organa ait bir müessese olduğu için, organın gayri hukukiliğini ilân ederek, yasama sorumsuzluğunu yok imiş gibi farzedebilmek mümkün olamaz. Kaldı ki, organın gayrimeşru olduğunun ilânı, ancak bunun tesbitinden sonra rol oynayabilir, bu tesbit derhal tatbik edilebilir. Sonra alman bir karar ile, eskiye şâmil cezai neticeler yaratabilmek imkânı mevcut değildir ve aksine bir tatbikat ceza hukukunun temel taşı olan kanunilik prensibinin ihlâli neticesini doğurur. Zira, cezasızlık müessesesinin hükümsüz kılması, netice itibariyle cezasızlık halinin kaldırılmasını ifade etmekte ve bu bakımdan cezalandırılmayan fiillerin geçmişe şâmil bir şekilde tecrimini ifade etmektedir ⁵⁷.

Tabiatıyla ki, bu ifadelerimiz, fevkalade bir halin mevcudiyetine rağmen normal hukuk kaidelerinin tatbik edilmesi halinde söz konusudur. Tabiatıyla, hukukî bir düzeni yıkan ve siyasî iktidarı eline geçiren kuvvet, kendi meşruluğunu ilân ederken, gayrimeşru kabul ettiği siyasî kuvvet için de fevkalâde tedbirlere ve hukuk kaidelerine baş vurabilir ve bu başvurma bir bakıma fiili kuvvetin hakkıdır. Bu fiili kuvvetin getireceği kaideler de, olağanüstü ve fiili mahiyet taşıyacaktır. Bu durumda da, mutlak dokunulmazlığın kabul edilmemesi ve bunun geçmişe şâmil tutulması mümkündür. Nitekim, Petain ve taraftarları hakkında Fransada tatbik edilen usul bu olmuştur ⁵⁸. Yüksek Adalet Divanı da kararında, 27 mayısdan sonra çıkartılmış bir takım metinlere dayanmakta ve zımnen bu metinlerin olağanüstü ve istisnai bir durum

57) Kaldı ki, fevkalade halde, parlamentonun gayri meşruluğunun ilân ve kabulü mutlak sorumsuzluğu kaldırmış olsa idi, 27 mayısdan sonra hangi partiye mensup olurlarsa olsunlar, bütün milletvekillerinin 27 mayısa esas teşkil eden çalışmalarla ilgili bulunsun bulunmasın, esasta suç teşkil eden bütün fiilleri, bol bol görülen hakaret cürümleri, sövme filleri takip edilebilmeli idi. Zira, sorumsuzluk müessesesi mevcut değilmiş gibi farzediliince bu fiiller dahi sorumluluk sınırına girecekti. Böyle yapılmayışı dahi, sadece belirli olay ve davranışların ve belirli kuvvetlerin gayrimeşru görüldüğünü ve bütün parlamentonun bir manevi şahsiyet olarak suçlu görülmediğini ortaya koymaktadır.

58) LAFERRIERE 712. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu da, Petain olayı ile ilgili olarak yapılan müracaatlar sonucunda, fevkalade durumlarda ve vatana hiyanet hallerinde istisnai kanunların çıkartılabilmesine ve bazı hukuk kaidelerine aykırı davranışlara imkân tanımıştır: bk. La Convention Europeene des droits de L’Homme, 1958, 62-63. Fakat, bu durumda dahi istisnai tasarruflardan bahsedilmiştir. İstisnai tasarruflara başvurulmadığı hallerde ve hukukla bağlı kalındığı ilân edildiği hallerde normal kaidelerin, hukuka aykırı tefsiri söz konusu edilemez. Fiili olan durumlara, hukuki neticeler bağlamak imkânı da yoktur.

yarattığını ifade etmektedir ⁵⁹. Gerçekte ise bu metinlerin, konumuz ile ilgili istisnai hükümler getirmemiş olduğu kanaatindeyiz. Zira;

a) 1 numaralı kanunun 6. maddesinin ve 3 numaralı kanunun, iktidarın sorumluluğundan bahsettiği ve bu bakımdan yasama dokunulmazlığını kaldırdığı söylenilmektedir. Bu metinlerden, bu şekilde bir netice çıkarabilmek kanaatimizce mümkün değildir. Zira, yukarıda da belirttiğimiz gibi, sonradan çıkan bir kanun geçmişe şâmil bir sorumluluk doğuramaz. Kaldı ki mutlak yasama dokunulmazlığı devamlıdır ve ihtilâl, sözü geçen kanunlar parlamento'nun gayri meşruluğunu ilân ve mutlak sorumsuzluğu kaldırsalar dahi, fiil işlendikten sonra sıfat kalktığından, sorumsuzluk o zamana kadar olan fiiller için muteber kalacaktır.

1 ve 3 numaralı kanunların makale şâmil hüküm taşıdıkları kabul edilse dahi, bunlar, sakıt iktidarın sorumluluklarının mevcudiyetini ortaya koymuştur, yoksa hüküm vermiş değildir. Kaldı ki, bu kanunlar, sadece fiillerin mevcudiyetinden bahsetmiş ve fakat kimlerin sorumlu bulunduğunu tesbit etmemiştir. Parlamento üyesinin cezasızlık halinin kalktığını belirtmemiştir. Cumhurbaşkanının ithamını sağlayan hukukî ve meşru metin gibi bir metin, milletvekilleri için yoktur. Bunlarda hiç değilse dokunulmazlıklarının kaldırıldığı dahi belirtilmemiştir. Sözü geçen kanunlar, umumî ve objektif olarak milletvekillerinin de dahil olduğu belirli bir iktidarı suçlamıştır. Fakat bu genel hükmün dışında, o şahıslara ceza tatbik edilemeyeceğini tayin etmemiştir. Bu durumda, hukuku tatbikle zorunlu kaza organı, bir fiilin sanıkları hakkında hüküm verirken, mutlak dokunulmazlığı bulunan faillerin cezalandırılmaları imkânı bulunmadığını tesbit edebilirdi. 1 ve 3 sayılı kanunlar kaza organının bu yetkisini elinden almış değildir.

O zamanki siyasî iktidar bütün siyasî iktidarı suçlamakla, bu İktidara mensup bulunan şahısların içinde bulundukları objektif statülerin hükümsüzlüğünü kabul etse idi, sakıt Cumhurbaşkanı için de 2 numaralı ve 7/7/1960 tarihli kararı çıkartmazdı. Zira, Adalet Divanınca yapılan tefsire uygun olarak Cumhurbaşkanının sorumsuzluk hali dahi 1 ve 3 sayılı kanunlarla kaldırılmış olurdu. Halbuki o zamanki Anayasanın 41. maddesine uyularak Cumhurbaşkanı'nın ithamı yapılmıştır. Demek oluyor ki, siyasî iktidar, mevcut hukuk düzenine uymak iradesini açıkça göstermiştir. 1 ve 3 sayılı kanunun, belirtilen şekilde tefsiri, siyasî iktidarın iradesine aykırı ve hukuk kaidelerine uymayan bir tefsir şekli olmaktadır ⁶⁰.

59) Bu ifade ile de Yüksek Adalet Divanı tenakuza düşmektedir. Zira, hembir taraftan normal hukuk kaideleri bakımından mutlak dokunulmazlığın sınırlandırılabilceği ifade edilmekte ve hem de diğer yönden bu sınırlamaların istisnai kaidelere dayandığı, zımnen, ileri sürülmektedir.

60) Kaldı ki, 1 ve 3 sayılı kanun, belirli kimselerin sorumluluğunu kesin hükme bağlasa idi, mahkemenin beraat hükmü dahi verememesi ve bütün sanık olarak kabul edilenleri mahkûm etmesi gerekirdi.

b) Mutlak sorumsuzluk halinin fevkalâde hallerde hüküm ifade etmediği hususunda İtalyadanda bir misal verilmiştir. İtalyada Faşist idarenin çöküşünden sonra çıkartılan 27 haziran 1944 tarihli ve 159 sayılı karar, faşist idarecilerin, faşist hiyerarşisine mensup olanların, onları destekleyenlerin suçlu oldukları ve 1889 Ceza Kanununun 118. maddesine göre cezalandırabilecekleri hususunu belirtmiştir. Bu olay örnek alınmış ve 1 ve 3 sayılı kanunlar da bu kararnameye benzetilmiştir⁶¹

Gerçekte ise, İtalyadaki kararname tetkik konumuz olan problemler yönünden misâl teşkil edemez. Zira, bu kararname, faşist idarecilerin cezalandırılabilmesi imkânını sağlamış ve fakat yeni bir norm getirmemiş sadece fiilin işlendiği zamanın kanununun tatbik edileceğini belirtmiştir⁶². Yoksa, esas itibariyle suç faili olamayacak kimseleri suç faili haline getirmemiştir. Milletvekili hakkında bir hüküm taşımamaktadır ve dokunulmazlığı kaldırmış değildir. Sadece, kaza organına fonksiyon görebilmesi imkânını sağlamıştır ve fakat kaza fonksiyonu hiç bir beşin hükümle bağlanmamıştır. 159 sayılı kararnameyi tenkit edenler dahi, bu kararnamenin esas itibariyle fail olarak mahkûm edilemeyecek kimseleri, cezalandırılabilir bir hale getirdiğini ileri sürmemektedirler⁶³.

c) Nihayet, disiplin müeyyidesinin tatbiki bakımından ileri sürülen fikirler, cezai takibatın mutlak dokunulmazlık halinde de bazan tatbik edilebileceği neticesini doğurmaz. Gerçekten, Türkiye Büyük Millet Meclisinde, mutlak dokunulmazlık halinde dahi takibat yapılabilmesi imkânının sağlanması lehinde fikirler ileri sürüldüğü bu bakımdan teşrii bir çalışmanın, cezasızlığın sınırlanması konusunda delil teşkil ettiği belirtilmiştir⁶⁴. Gerçekte ise sözû geçen olay, Türkiye Büyük Millet Meclisi Dahili Nizamnamesinin tadili sırasında olmuş ve içtüzükteki 188. maddenin görüşülmesi sırasında mutlak dokunulmazlığa giren hususlarda da takibat yapılabilmesi imkânı savunulmuştur⁶⁵. Fakat bu görüş cezai takibat için değil disiplin müeyyidesinin tatbikini sağlamak için belirtilmiştir⁶⁶.

61) Yüksek Adalet Divanı Kararları, C8-69

62) Bk. PALLIERI, 353 - VASSALLI, 4

63) NUVOLONE, 25 - ROSSI, 164 - LENER, 15

64) Yüksek Adalet Divanı Kararları, 79

65) Sözû geçen mütalâa Behzat Bilgin tarafından ileri sürülmüştür. Bk. TBMM Zab. Cer., Dev. XI, C. 1, 272 ve müt.

66) Mutlak dokunulmazlık halinde disiplin müeyyidesi uygulanmasına imkân verenler mevcuttur: Bk. AMORTH, 117. Sadece şu hususu belirtmek gerekir ki, kanaatimizce, disiplin müeyyidesinin tatbiki, o fiilin ayrıca takip edilemeyeceği hususunda delil teşkil edemez. Zira, bir fiil hakkında hem disiplin ve hem de ceza müeyyidesi tatbik edilebilir. Bu bakımdan, eski içtüzüğün 188. maddesinin hakaret fiilleri hakkında disiplin müeyyidesi tertip edişi, artık bu fiillerden dolayı cezai takibat yapılamıyacağı hususunda kesin delil teşkil etmez. Aksi takdirde, meselâ Meclise tabanca ile gelen milletvekili hakkında disiplin cezası tatbikinin, meselâ ruhsatsız tabanca taşımak sebebi ile cezai takibat yapılmasını önlemesi gerekirdi. Aksi görüş için bk. ARSEL, 254. Aynı görüş Osman Bölükbaşı hakkındaki müzakereler sırasında da ileri sürülmüştür: bk. TBMM, Tut. Der. Dev. X, İçt. 3, C. 20, 455, 458.

Arzettiğimiz esaslara göre, normal hukukî kaidelere uyulduğu müddetçe fevkalâde hallerde dahi mutlak dokunulmazlığın yok farzedilemeyeceği kanaatindeyiz. Aynı şekilde, 27 mayısdan sonra ortaya konulan hukukî metinlerin de istisnai bir hukuk düzeni getirmedeği ve normal Anayasa prensiplerine uyulduğu inancındayız.

6— Mutlak yasama dokunulmazlığı, suç teşkil eden fiilin dokunulmazlık sınırları içinde tamamlanması halinde mevcuttur:

Mutlak dokunulmazlık halinde işlenen belirli şekildeki fiillerin cezalandırılmayacağını belirtirken, ceza hukuku yönünden önemli bazı problemler üzerinde de durmak gereklidir.

Önce şu hususu belirtmek gerekir ki, işlenen suçun, söz veya oy ile işlenmiş bulunması gereklidir. Meclis çalışmaları sırasında işlenmiş bulunan, meselâ bir adam öldürme cürmü dokunulmazlık sınırları içinde mütalâa edilemeyecektir. Anayasa bu konuda fiillerin işleniliş şeklini ve yolunu tahdidi olarak tesbit etmiştir.

Mutlak dokunulmazlıktan istifade eden şahsın eezalandırılmaması, onun fiiline iştirak eden şahısların da cezalandırılmamasına sebep teşkil etmez. Mutlak dokunulmazlığın fiili suç olmaktan çıkardığını kabul etmediğimiz ve sadece bir cezasızlık sebebi yarattığı fikrini benimsediğimiz için, şeriklerden birinin cezalandırılmaması diğer şeriklerin de cezalandırılmamasını icap ettirmeyecektir⁶⁷.

Bu genel noktaların dışında, mutlak dokunulmazlık sınırları içinde işlenen fiiller bakımından dört durumu incelemek mümkün olabilecektir:

a) Suç teşkil eden fiil mutlak dokunulmazlık sınırları dışında işlenmiş ve tamamlanmışsa, bu fiilin neticesine bağlı hareketlerin dokunulmazlık sınırları içinde ikai, sorumsuzluk doğurmaz. Bu konuda, yukarıda verdiğimiz rüşvet misalini tekrarlayabiliriz. Bu durumda, bir iş hakkında oy vermek için para alınması ile suç tamamlanmıştır ve kanunun aradığı netice tahakkuk etmiştir. Bu bakımdan, milletvekili anlaşılan hususda oy versin veya vermesin fiil tamamlanmıştır.

b) Bir fiilin icra hareketleri dokunulmazlık sınırı dışında başlamış ve fakat netice dokunulmazlığa dahil olan bir şekilde tahakkuk etmiş olabilir. Meselâ, bir milletvekili, bir bakan hakkında iftira teşkil edecek suç delilleri tanzim etse ve bunları tanzim ettikten sonra mecliste kullanarak bakan hakkında tahkikat açılmasını sağ lassa, bu iftira cürmünün icra hareketleri mutlak dokunulmazlık hudutları dışında başlamıştır ve fakat netice sorumsuzluğa dahil bir bir şekilde tahakkuk etmiştir. Bu sebeple, milletvekilinin bütün fiilden dolayı sorumlu tutulabilmesine imkân yoktur. Netice tahakkuk etmiş bulunduğu

67) Bk. DÖNMEZER-ERMAN, I, 245 - Aynı mahiyette: Tem. 4. CD., 8-11-1945, K. 947/E. 11228

için, sorumsuzluk sınırına kadar olan icra hareketlerini müstakil bir şekilde değerlendirerek, milletvekilini nakis teşebbüsden dolayı cezalandırabilmek imkânı da mevcut değildir. Buna karşılık, milletvekili, meclis içinde bakana iftira edebilmek için belge hazırlarken, elinde olmayan sebeplerle icra hareketlerini bitirememişse, bu durumda kendisinin iftira suçuna nakis teşebbüsden dolayı cezalandırılabilmesi mümkündür⁶⁸.

c) Bir fiilin icra hareketlerine başlanması halinde, icraya başlama ile neticenin tahakkuku bakımından kanun bir fark yaratmamışsa, bu durumda da böyle bir suçun icrasına sorumsuzluk sınırları dışında başlanmışsa netice nerede tahakkuk ederse etsin, failin fiilin tam cezası ile cezalandırılabilmesi mümkündür. Meselâ, TCK nun 146. maddesindeki suçun ikai halinde failin fiilin tam cezası ile cezalandırılabilmesi için icra hareketlerinin başlaması kâfidir. Bu durumda, meselâ bir milletvekili Anayasayı ihlâl edecek mahiyetteki bir fiilin icrasına başlasa artık onun fiilin tam cezası ile cezalandırılabilmesi mümkün olacaktır. Bu bakımdan, kanunun gerçekte tahakkukunu aradığı netice sorumsuzluk sınırları içinde tahakkuk etmiş bulunsa dahi, bu sınırlar geçilmeden fiil cezalandırılabilir bir hale geldiği için failin tecrimi mümkün olacaktır. 146. maddedeki suçun teşekkülünü göz önünde bulunduracak olursak, parti idare heyetinde Anayasayı ihlâl edici bir konu üzerinde anlaşmak, bunun icrası zımında teklif hazırlamak, Anayasayı ihlâl fiilinin icra hareketi şeklinde düşünülecek olursa, fail bu projeleri meclis içinde oyu ve sözü ile desteklesin veya desteklemesin fiili 146. maddeye göre cezalandırılabilir. Zira, netice sorumsuzluk sınırları içinde tahakkuk etse dahi, sorumsuzluk sınırı dışında kalan icra hareketleri kanunun özel hükmüne göre müstakilen ve fiilin tam cezası ile cezalandırılabilir. Bu hususta göz önünde bulundurulması gereken husus, fiile ait icra hareketlerinin sorumsuzluk müessesesinin dışında, kalmasıdır⁶⁹.

d) Nihayet, bir fiilin hazırlık hareketleri dokunulmazlık hudutları dışında, icra hareketleri ile netice dokunulmazlığın içinde ise, hazırlık hareketleri kanun tarafından müstakil bir suç olarak cezalandırıldığı takdirde, bu fiiller sorumsuzluk dışı kalacaklardır. Meselâ, ceza kanunumuzun 168. ve 171. maddesi devletin şahsiyetine karşı işlenilebilen bazı suçların hazırlık hareket-

68) Genel olarak iftira cürmünde teşebbüsün mümkün olamayacağı kabul edilmekte ise de ka-naatimizce nakis teşebbüs mümkündür. Meselâ, isnad edilecek fiilin sahte belgelerinin hazırlanması icra hareketidir ve bu hareketlerin sona erdirilmemesi, faraza failin yakalanması halinde nakis teşebbüs teşekkül eder: aynı görüş için bk. ANTOLISEI, II, 734.

69) Arzettiğimiz durumun tam tersi de olabilir. Meselâ meclis içinde beyanı ve verdiği oy ile anayasayı ihlâl suçuna ait icra hareketine başlayan fail, bundan sonra, suikastlar tertip etmek, cebir hareketlerine başvurmak, fiili tedbirler icra etmek suretiyle icra hareketlerine devam edebilir. Bu durumda da, sorumsuzluk dışı bir şekilde fiile ait icra hareketleri yapıldığı için kendisi cezalandırılabilir. Mühim olanı, fiile ait icra hareketlerinin hiç değilse bir kısmının sorumsuzluk dışı kalmasıdır. Kanun, zira bu durumda en kısa bir süredeki icra hareketini dahi fiilin tam cezasını tatbik için yeterli görmüştür. Buna karşılık, fiile ait hareketlerin tamamı sorumsuzluk sınırı içinde kalan kimsenin cezalandırılabilmesi imkânı yoktur.

lerini, esas fiilden ayrı müstakil suç saymıştır. Anayasayı ihlâl etmek için silahlı çete veya ittifak teşkil eden kimse, henüz 146. maddedeki suçu işlemeğe matuf bir icra hareketine girişmemiştir. Bu bakımdan çete teşkili ve ittifak fiilin hazırlık hareketini teşkil eder. Buna rağmen, ceza kanunu bu hazırlık hareketlerinin tehlikeliliğini göz önünde bulundurarak, esas fiilin dışında müstakil bir suç yaratmıştır⁷⁰. Bu durumda, meselâ, TC Knun 168. maddesini ihlâl eden bir milletvekili, sonra meclis çalışmalarında verdiği oy veya beyanı ile esas suçu ika etse, kendisinin 146. maddeden cezalandırılabilmesi imkânı yoktur. Buna karşılık 168. maddeye göre cezalandırılabilir. Zira, bu hazırlık hareketleri müstakil suçtur ve sorumsuzluk dışı kalan bir şekilde işlenmiştir.

Netice itibariyle, ceza hukuku bakımından belirttiğimiz esaslar dışında mutlak dokunulmazlık müessesesinin şekli şartlarına uygun bir surette işlenmiş bir fiil, muhtevası ne olursa olsun takip edilemez ve cezalandırılmaz. Cezalandırılmayı sağlayacak tefsirler ve tefrikler, müessesenin anayasa hukuku ve ceza hukuku bakımlarından sahip bulunduğu mahiyete aykırı düşmektedir. Böyle bir tefriki yapmamak, belki bazı mahzurlar doğurur ve fakat bu mahzurların tefsir yolu ile değil, bazı ülkelerde görüldüğü gibi, kanun yolu ile ortadan kaldırılması yerinde olur. Sınırları belli olmayan tefriklerin doğuracağı neticeler, zaman zaman siyasî kuvvete sahip grupların parlamento içi söz hürriyetini kaldırabilmeleri, diğer siyasî gruplar üzerine baskı yapabilmeleri imkânını doğurmaktadır. Muhtemel bu netice, demokratik bir sistem içinde, tefrik yapmamanın doğuracağı mahzurlardan çok daha ağır ve tehlikeli sonuçlar yaratabilecektir.

Doçent Dr. Çetin ÖZEK

70) Bk. ÖZEK, Devletin şahsiyetine karşı işlenen cürümlerde cezalandırılan hazırlık hareketleri, İst. Huk. Fak. Mec. XXIX, sayı 3,33

FAYDALANILAN ESERLER

- Aksoy, Muammer* — Milletvekillerinin sorumsuzluğu, Forum no. 81
- Altsoy, Muammer* — Anayasayı çiğneme suçu karşısında meb’uslarm sorumsuzluğu prensibi, Cumhuriyet 7-11 temmuz 1961
- Albtavilla, Enrico* — Delitti contro la persona, in FLORIAN, Milano 1937
- Amorth, A.* — La costituzione italiana, Milano 1948
- Antoliset Francesco* — Manuale di diritto penale, parte generale, Milano 1960
- Arsel, İlhan* — Türk Anayasa hukukunun umumî esasları, Ankara 1965
- Başgil, A. F.* — Teşrii masuniyet meselesi, İst. Huk. Fak. Mec., 1940, C. VII no. 1
- Bettgol, G.* — Diritto penale, Palermo 1958
- Burdeau, G.* — Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris 1959
- Carnelutti, F.* — Teoria generale del reato, Padova 1933
- Cavallo, G.* — Diritto Penale, I, Napoli 1958
- Chouckoun, C.* — L’immunité, Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé, 1959, I, 29
- Donmezer, S. - Erman, S.* — Nazarî ve tatbikî ceza hukuku, I, İstanbul 1959
- Duverger, M.* — institutions politiques, Paris 1965
- Erem, Faruk* — Türk Ceza Hukuku, I, Ankara 1960
- Esmein, A.* — Elements de droit constitutionnel Francais et comparée Paris 1928
- Frosalt, Alberto* — Sistema penale italiano, I, Torino 1958
- Girispigni, Filippo* — II diritto penale, Milano 1952
- Girispigni, Filippo* — II diritto penale, Milano 1952
- Guarino, G.* — Il presidente della repubblica, Riv. Trim. dir. pubbl. 1952, 908
- Jouvenel* — Du Pouvoir, Genève 1947
- Keith, B.* — Constitutional law Londra 1939
- Kırath, M.* — Parlamenter muafiyetler, Ankara 1961
- Kunter, N.* — Ceza Muhakemeleri Hukuku, İstanbul 1964
- Kunter, N.* — Suçun kanuni unsurları, İstanbul 1949
- Laferriere* — Manuel de droit constitutionnel, Paris 1947
- Lener* — Revision costituzionale e forma dello stato, Civiltà Cattolica, 1954, II, 14

Mutlak Yasama Dokunulmazlığı Sınırlanabilir mi?

- Maggiore, G.* - Diritto penale, II/I, Bologna 1948
- Manzini, V.* - Trattato di diritto penale, I ve VIII, Torino 1949-1951
- Nuvolone, P.* - Le leggi penali e la Costituzione, Milano 1953
- Özek, Çetin* - Devletin şahsiyetine karşı işlenilen cürümlerde cezalandırılan hazırlık hareketleri, İst. Huk. Fak. Mec., XXIX, 3
- Pallari, B.* - Abrogazione o incostituzionalità del D. L., 27 luglio 1944? in Riv. it di dir. pen., 1948, 353
- Petrocelli, Biagio* - Principii di diritto penale, I, Napoli 1955
- Petrocelli, Biagio* - Reato e punibilità, Riv. it. dir. proc. pen., 1960, 691
- Philips* - The constitutional law, Londra 1952
- Prelot, Marcel* - Institutions politiques et droit constitutionnel, Paris 1957
- Rottschaeffer, H.* - Handbook of American Constitutional law, 1939
- Rossi, Paolo* - Lineamenti di diritto penale costituzionale, Palermo 1954
- Santi Romano* - Diritto costituzionale, Roma 1933
- Santoro, A.* - Manuale di diritto penale, parte generale, I, Torino 1958
- Stellacci, P.* - Postilla sulle immunità dei membri del parlamento, Giust. Pen., 1952, I, 100
- Sungur, H.* - Anayasayı ihlâl suçları, İstanbul 1961
- Termicourt, R. H.* - L'immunité Parlementaire, Revue de Droit Pénal et de Criminologie, Décembre 1955
- Vassalli, G.* - La collaborazione col tedesco invasore nella giurisprudenza della sezione speciale della Cassazione, Giust. Pen., 1945, II, 4
- Wade* - Constitutional Law, Londra 1942

(5. Makale - 1966)

Servet ARMAĞAN

*Dâva Mahkemelerinde Anayasaya
Aykırılık Def'i ve Re'sen Sevk **

* Servet Armağan, "Dava Mahkemelerinde Anayasaya Aykırılık Def'i ve Re'sen Sevk", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 32, S. 2-4, 1966, s. 715-748.

DÂVA MAHKEMELİRİNDE ANAYASA AYKIRILIK DEFİ VE RE'SEN SEVK

Yazan: *Asistan Dr. Servet ARMAĞAN*

PLÂN

GİRİŞ

Birinci Başlık : Defi (Exepcio)

I- Yetki

II- Mahkeme

III- Müddet ve İddianın Zamanı

A) Müddet

B) İddianın Zamanı

IV-Konu

V- Ciddilik

VI- Aykırılık def'inden sonraki usulî muameleler

İkinci Başlık : Re'sen Sevk (Ex officio)

I- Sistemin mahiyeti

II- Sistemin İşleyişi

BİBLİOĞRAFYA

KISALTMALAR

A.	: Anayasa
AD.	: Adalet Dergisi
An. T.	: Ankara Tasarısı (Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari ilimler Enstitüsünün Gerekçeli Anayasa Tasarısı ve Seçim Sistemi Hakkındaki Görüşü, Ankara 1960)
bkz.	: Bakınız
BVG.	: Bundesverfassungsgericht (Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kanunu)
BVGG.	: Gesetz über Bundesverfassungsgericht (Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kanunu)
EBVG	: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kararları)
Gerekçe	: Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunun Anayasa Tasarısı ve Gerekçesi
İHFM.	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İs. T.	: İstanbul Tasarısı (İstanbul Üniversitesi Anayasa Komisyonu ön Tasarısı)
MM. An. K.	: Millet Meclisi Anayasa Komisyonu
MM. Ad. K.	: Millet Meclisi Adalet Komisyonu
s. K	: sayılı Kanun
Tasarı	: Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu Tasarısı
TM. An. K	: Temsilciler Anayasa Komisyonu
TM. Td.	: Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi
44 s. K.	: 44 sayılı ve 22/4/1962 tarihli Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun

NOT: Anayasa Mahkememizin kararlarına yapılan atıflar «Esas/Karar numarası, kararın yayınlandığı Resmi Gazetenin tarihi» şeklindedir. Alman Anayasa Mahkemesi kararlarında ise, birinci sayı cilde, ikincisi sahifeye işaret eder.

GİRİŞ

Bilindiği gibi 1961 Anayasamız, 145 -152. maddelerinde bir Anayasa Mahkemesi müessesini düzenlemiş, bunun görev ve yetkilerini ise dağınık bir takım maddelerde (A. m. 57, 81, 140/3, 147/1 - 2) göstermiştir. Bizim bu yazıda üzerinde durmak istediğimiz, Anayasanın 151. maddesinde belirtilen Anayasaya aykırılık iddialarının şekli ve bunları Anayasa Mahkemesine intikal ettirme mekanizmasıdır.

Anayasamızın benimsediği sisteme göre, Anayasaya aykırılık iddialarının Anayasa Mahkemesine gidebilmesi için, iki yol vardır. Diğer bir deyişle, benimsenen sisteme göre, Anayasa Mahkemesi, hiç bir talep olmadan, bir hükmün Anayasaya aykırı olup olmadığını inceleyip karara bağlayamaz. Ancak muayyen yollardan önüne gelen iddiaları karara bağlayacaktır. Bunlardan birincisi, direkt olarak Anayasa Mahkemesine gider ki, Anayasamız buna «iptal dâvası» ismini vermektedir (A. m. 149'un kenar başlığı), ikincisi ise, endirekt olarak Anayasa Mahkemesine çıkan yoldur. Bu yol Anayasamızın 151. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, bir Anayasaya aykırılık iddiasının Anayasa Mahkemesine sunulabilmesi ancak bir mahkeme tarafından ve bir dâva dolayısıyla mümkün olabilmektedir. Yani, ya o dâvada «taraf» olanlardan birinin ileri sürdüğü Anayasaya aykırılık iddiasını mahkemenin «ciddî» görmesi, ya da bir mahkemenin bir dâva dolayısıyla, uygulayacağı bir hükmün Anayasaya aykırı olduğu kanısına varmasıyla mevzuubahis olacaktır. Yani iptal dâvasında, hiçbir dâvaya veya mutavassıt şahsa ihtiyaç olmaksızın Anayasa Mahkemesine başvurma mümkün iken, ikinci yolda, Anayasaya aykırılık iddiası ancak bir dâva dolayısıyla ileri sürülebilmekte ve bir mahkeme de tarafından Anayasa Mahkemesine intikal ettirilmektedir.

İşte, bu yazımızın konusu, tatbikî ehemmiyeti büyük olan, bu ikinci yoldur. Acaba dâva mahkemelerinde Anayasaya aykırılık iddiaları ne şekilde ileri sürülecektir? Aynı şekilde, bir dâvaya bakmakta olan mahkeme, kendisi uygulayacağı bir hükmü, re'sen ve Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle ne şekilde Anayasa Mahkemesine gönderecektir. Aşağıdaki kısa izahatta bu ve benzeri soruların cevaplarını vermeye çalışacağız.

Birinci Başlık: Defi (Exepcio)

Kazaî murakabe yolu olarak defiden maksad, «adlî veya idari bir mahkeme görülmekte olan bir dâva sırasında taraflardan birinin kendisine tatbik edilmek istenen bir kanunun Anayasaya aykırı olması sebebiyle tatbik edilmemesi gerektiğini iddia ederek ileri sürdüğü defi» üzerine yapılan kontroldür¹. Bu yol ile yapılan murakabe (controle par voie d'exception) denir. Dâva

1) KUBALI, 1964, 236, Esas, 85.

yolu ile murakabe (controle par voie d'action) den bariz farkı, burada daha ziyade tedafüî bir durumun bahis konusu olduğudur².

Fakat bizim asıl üzerinde durmak istediğimiz nokta, bu terimlerin hususî hukuktakinden ayrı mânaya geldiğidir. Bilhassa, «ex-ceptio» terimine verilen mânâ bakımından, böyledir. Gerçekten medenî hukuktaki defide, dâvacının ileri sürdüğü hâdiseyi ve dâva mevzuunu (yani hukukî sebebi) diğer taraf kabul etmekte, fakat edimi yerine getirmekten imtina etmesini haklı gösterecek mukabil sebepler ileri sürmektedir³. Definin en açık misali mürur-u zamandır. İtiraz ise, dâvacının ileri sürdüğü vakıalara karşı davalının mukabil hâdiseler dermeyan ederek hakkın mevcut olmadığını iddia etmesidir⁴. Bunun da açık misali sukut-u hak iddiasıdır⁵ ve ikisi arasındaki tefrikin önemi, itirazın, taraflar ileri sürmemiş olsalar bile, hâkim tarafından re'sen nazara alınabileceği, halbuki defi için böyle bir imkânın mevcut olmadığı, yani ancak taraflarca ileri sürüldüğü takdirde hâkim tarafından nazara alınacağıdır⁶.

İşte bazı müellifler, iki mefhum arasındaki bu farkı nazara alarak, Amme Hukukunda da «defi» yolu ile kazaî murakabe ve «itiraz» yolu ile kazaî murakabenin mevcut olduğunu⁷ ve her ikisini (defi yolu ile kazaî murakabe) adı altında birleştirmenin kusurlu olduğunu ileri sürmektedirler⁸.

Halbuki kanaatimizce Âmme Hukukunda bu terimlerin ifade ettiği mânâyı tâyin için, hususî hukuka başvurmaya hacet yoktur. Şöyle ki; Âmme Hukukunda kazaî murakabe çeşitli yönlerden ayrımlara tâbi tutulmaktadır.

1. Kazaî murakabeyi yapan mahkemeler bakımından, 1 - Âdi Mahkemeler 2 - Yüksek mahkemeler (En yüksek mahkeme - Anayasa Mahkemesi).

2. Kazaî murakabe neticesinde verilen hükmün tesiri bakımından (erga omnes ve inter pares) ve nihayet,

3. Mahkemenin işe el koyması bakımından: Bu da şu şekilleri arzeder.

a. Bir iptal dâvası sebebiyle kazaî murakabe (dâva yolu ile kazaî murakabe),

b. Görülmekte olan bir dâvada, aleyhine tatbik edilen bir kanunun anayasa aykırı olduğunu taraflardan birinin ileri sürmesi sebebiyle (defi yolu ile kazaî murakabe) ve nihayet,

c. Kanunu tatbik edecek mahkemenin aykırılığı bizzat araştırarak işe el koyması (re'sen kazaî murakabe)⁹.

2) FEYZİOĞLU, 52; SAVCI, 125

3) SAYMEN, 378

4) İbid. 379.

5) İbid. 378.

6) İbid. 378.

7) KÖKSAL, 16; AYBAY, 27 Haziran 1961.

8) FEYZİOĞLU, 56-57.

9) Re'sen kazaî murakabe için bkz. FEYZİOĞLU, 53. KURAN, 47. Bazı müellifler Anayasa mahkemesinin iki yol ile işe el koyabileceğini belirtiyorlar. (AYBAY, 17/8/1962). Halbuki iler-

Bunlardan birinci ve ikinci gruplara ait, Anayasalara da örnekler her zaman bulunduğu gibi, üçüncü gruba da dünya Anayasalarından örnekler verilebilir¹⁰.

Burada yanlış anlaşılmaya sebep olan hususî hukuktaki itirazın -bünyesi icabı- re'sen nazar-ı itibara alınması ile, âmme hukukunda bir dâvaya bakmakta olan mahkemenin tatbik edeceği kanunun, Anayasaya aykırı olduğunu re'sen tatbik yetkisidir. Halbuki hususî hukuk alanındaki itiraz, karşı tarafın iddia ettiği şekilde bir hakkın mevcut olmadığı iddiasıdır. Hakkın yokluğu sebebiyle «dâva» da olmayacağı için, hâkim tarafından re'sen nazar-ı itibara alınmaktadır ki, mantıkidir. Burada ise, kazaî murakabeyi yapan organa verilmiş bir «yetki» bahis konusudur. Bu yetkinin konusu, tatbik edeceği bir kanunun Anayasaya uygunluğunu veya aykırılığını tesbit etmek ve neticeye göre gerekeni yapmaktır. Taraflara aykırılık iddiasını ileri sürmek yetkisi verildiği gibi, mahkemeye de böyle bir «tetik yetkisi» verilmiş olmaktadır¹¹.

Diğer taraftan mahkemelerde taraflarca ileri sürülen aykırılık iddiaları «exceptio» için «itiraz» denildiği görülmektedir¹². TM. An. K. da gerekçede (m. 152) «itiraz» «exceptio» yolu demektedir. Anayasanın T. M.nde görüşmelerinde ise, bu yol için komisyon sözcüleri tarafından genellikle «defi» kelimesi kullanılmaktadır¹³.

Netice olarak diyebiliriz ki, işe el koyan mahkeme bakımından iptal yolundan ayrı olarak «defi» ve «itiraz» diye ayrı yollar olmayıp, her iki tâbir de aynı müesseseye işaret etmektedir¹⁴.

Re'sen murakabe ise ayrı bir yol olarak bazı anayasalarda yer almıştır. Anayasamıza hâkim olan anlayış da keza budur¹⁵.

I. YETKİ

Bir kanunun Anayasaya aykırılığını kimler ileri sürebilir? A. m. 151'nin ifadesine göre «...taraflardan birinin ileri» sürmesi gerekecektir. İtalya'da da aynı tâbir kullanılmıştır¹⁶. Taraf tâbirinin mânasına inmeden yalnız şu kadarı-

deki izahatımız gösterecektir ki, Anayasa Mahkemesinin işe el koyması iki yol ile değil, üç yol ile. Üçüncüsü «re'sen sevtir».

10) Ezcümle BONN Anayasası, m. 100.; AVUSTURYA (1920), m. 140.; BREZİLYA (1964) m. 101/3-b.; GUATEMALA (1949), m. 170.; PORTEKİZ (1953), m. 123.; URUGUAY (1942 plebisiiti ile değiştirilen şekli), m. 230.

11) Bu mefhumların usul hukukundaki özel mânası için bkz. POSTACIOĞLU, 200 - 201.

12) AYBAY, 27/6/1961, 20/1/1962, 17/2/1962, 17/8/1962, 25/10/1962. 12 11/1962; BALTA, 560; KUBALI, 1964, 251; KURU, 168; ALDIKAÇTI (1961) II, 189, 195.

13) T.M. Td. c. 4, s. 214, 215, 218, 220 bazan «itiraz» demektedir, (ibid., S. 234,664).

14) «Defi daha doğrusu itiraz ise», komisyon sözcüsünün konuşmasından... (ibid., s. 234).; TELCHINI, 1018. Hattâ bazılarının göre bu yol için «itiraz» denilmesi hatalıdır. (KUNTER, 390/45 no.lu not). Aynı müellife göre gerek defi ve gerekse re'sen sevk yollarında «dolayısıyla iptal dâvası» söz konusudur (sh. 389 - 390).

15) Bu madde görüşme yapılmadan kabul edilmiştir (ibid., s. 220, 641).

16) (1948 tarih ve 1 sayılı Anayasal kanun. m. 1, 1953 tarih ve 87 sayılı kanun m. 23) (ALAKAPTAN, 500, 505).

nı söyleyelim ki, taraf bir olabileceği gibi birden fazla da olabilir. Bu takdirde Anayasaya aykırılık defini ileri sürmek yetkisi hepsine aittir. Yani ister dâvâlı taraf, ister dâvacı taraf birden ziyade olsunlar, birlikte hareket edecekleri (HUMK. m. 44) kaidesi burada carî olmamak lâzım gelir. Çünkü aykırılık iddiasının bir neticeye bağlanması esas dâvanın seyrini değiştirebilecek, netice olarak hepsine tesir edecektir. O sebeple her biri yalnız başına ileri sürebilecek ve verilen karar diğerlerine de sirayet edecektir¹⁷. Nihayet şunu da belirtelim ki «taraf» tâbirine fizik şahıslar girdiği gibi mânevi şahıslar da dahildir¹⁸.

Şimdi de, özel durumları itibarıyla taraf mefhumuna giren sùjeleri görmek icap eder.

Genellikle bir kanunun (dikkat edilirse 151. madde yalnız kanundan bahsetmektedir. İctüzük dahil değildir), Anayasaya aykırılığı, dâvâlı «taraf»ca ileri sürülebilecektir. Çünkü gerek hukuk ve gerekse ceza dâvâlarında dâvâlı, kaide-den, edimle (müsbet veya menfi) mükellef tutulmak ya da muayyen bir cezaya çarptırılmak istenen taraftır. İdarî dâvalarda ise, dâvâlı taraf, «idare» dir¹⁹.

Dâvacı olan taraf da Anayasaya aykırılık definde bulunma yetkisini haizdir. Fakat bu ihtimal evvelkine nazaran zayıftır. Burada daha ziyade kendisi tarafından istinad edilen bir kanun vardır. Hele dâvacı mutazarrır olan bir kimse olduğuna göre, istinad ettiği ve tatbik edilecek kanunun Anayasaya aykırılığını ileri sürme ihtimali zayıftır. Çünkü bu kanunun tatbiki ile ya hakkını elde edecek, ya da karşı tarafın bir cezaya mahkûm olması ile gayesine varmış olacaktır.

Fakat buna rağmen davacı tarafından Anayasaya aykırılık definin ileri sürülmesi mümkündür. Hem Anayasa gereğince, hem de genel dâva teorisi icabı: Anayasa bu yetkiyi ayırım yapmaksızın bütün taraflara vermiştir. Diğer taraftan, dâvanın seyri icabı da aleyhine netice doğurabilecek her halükârda müdafaa imkânına sahip olduğu için aykırılık defini ileri sürebilecektir. Acaba iddiasına dayanak yaptığı bir kanunun Anayasaya aykırılığını ileri sürebilecek midir? Sürebilmesi gerekir. Çünkü ferde böyle bir yetki tanımaktan gaye hak ve hürriyetlerin korunmasına imkân sağlamaktadır. Bunu temin etme imkânı ferdin elindedir: Aykırılık defini ileri sürmek, Tatbik edilecek kanunun kendi aleyhine olacağını sezdiği zaman bu imkânı kullanabilmelidir. Bu kanunun kendisinin dayandığı kanun olması durumu değiştirmemelidir.

Dâva vekilleri genel dâva teorisi itibarıyla «taraf» mefhumuna dahildir. Bu sebeple dâva vekillerinin de aykırılık definde bulunabilmelerini kabul etmek gerekir. Ancak verilen vekâlette bu hususta menfi bir şart varsa, ileri süremez. Aksi halde usul hükümlerini ihlâl etmiş oluruz²⁰.

17) Krş.: POSTACIOĞLU, 213.

18) POSTACIOĞLU, 166.; KUNTER, 214.

19) ONAR, 1380 - 1381, 1407.

20) Tetkikatta bazan davacı tarafından ileri sürülen aykırılık iddiası davalı tarafından kabul edilmektedir. (3/67- 31/5/1963). Bazan da her iki taraf birden ileri sürmektedir (286/53 -8/6/1963).

Kayyım, vasi veya bir mümessilin taraf olarak bulunduğu dâvalarda bunların da aykırılık defini ileri sürmesi mümkündür. Keza iflâs masasını da burada «taraf» kabul etmek gerekir. Çünkü dâva açma yetkisi vardır²¹.

Savcının varlığı ile görülen dâvalarda, savcı da Anayasaya aykırılık iddiasında bulunabilir²². Prof. Erem'e göre «Savcı» burada «taraf» tâbirine dahildir²³. Mahkemenin, savcının ileri sürdüğü iddiayı inceliyerek ciddî olduğu kanaatine varırsa, işi Anayasa Mahkemesine intikal ettirmesi, kurulan sistemin ruhuna uygun düşen bir hareket olur²⁴.

Zaten Anayasa Mahkemesi kararlarından anladığımıza göre, savcılar, aykırılık iddiasını ileri sürebilmektedirler²⁵.

İtalya'da savcılar için böyle bir yetki açıkça tanınmıştır (1953 tarih ve 87 sayılı kanun m. 23/1)²⁶.

Netice olarak diyebiliriz ki, esas dâvada «taraf» sıfatını haiz olan herkes ve bu arada esas tarafı temsilen bulunan kimselerle «savcı» aykırılık defini ileri sürebilirler²⁷.

II. MAHKEME.

Anayasa'nın 151. m. sinden çıkan mânaya göre, Anayasaya aykırılık defini ancak bir duruşma esnasında ileri sürülebilir. O sebeple savcılıkta ifade alınırken ileri sürülemediği gibi, sorgu hâkimi huzurunda da ileri sürülemez. Çünkü bunlar muhakeme sayılmazlar. Anayasa m. 151 «Bir dâvaya bakmakta olan mahkeme...» dediğine göre, Anayasaya aykırılık iddiası, ancak bir duruşma esnasında ve mahkemeye karşı ileri sürülebilir.

Burada mahkeme tâbirinden anlaşılması gereken «adlî, askerî veya idarî dâvalara bakan ve bu dâvalarda nihaî hüküm vermek suretiyle anlaşmazlıkları çözmeye yetkili her derecede mahkemeler»dir²⁸. Binaenaleyh âdi mahkemeler buna dahil sayıldığı gibi, dâva mahkemesi olarak faaliyet gösterdiği hallerde²⁹, temyiz mercileri de dahildir. Uyuşmazlık mahkemesinde bu iddia

21) POSTACIOĞLU, 161, 163.

22) EREM, 7.; BOYACI OĞLU, 718.

23) EREM, 7.

24) BOYACIOĞLU, 7-8. Bazı müelliflere göre, şahid hakkında doğrudan doğruya uygulanan kanunun Anayasaya aykırılığı bahis konusu ise, şahsı üzerinde bunun direkt etkisini görecek olan şahide de bu yetkinin tanınması yerinde olur. (AZRAK, 40).

25) Bkz. 198/111 - 24/1/1963, 232/9 - 11/5/1963, 7/72 - 31/10/1963, 16/41 - 4/11/1965. Bazan temyiz safhasında cumhuriyet başsavcısı da ileri sürmektedir: 7/72 - 31/10/1963. Savcının kamu dâvası açmış olması aykırılık iddiasında bulunmasını veya ileri sürülen iddiaya katılmasına mani değildir: 280/51 - 16/5/1963.

26) ALACAKAPTAN, 505.; Ayrıca bkz. TELCHINI, 1019.

27) Taraf mefhumu daha çok teknik bir mefhum olduğundan incelenmesi konumuzun dışında kalır. Bunun hakkında bkz. KURU, 172 ve müt; POSTACIOĞLU, 160 ve müt.

28) Bkz. 51/3 - 16/10/1965.

29) Bkz. KUNTER, 286- 287. Yeni Danıştay kanununun 30. m. de Danıştayın İlk derece mahkemesi olarak çalışacağı halleri düzenlemiştir.

ileri sürülemez³⁰. Çünkü bu mahkeme sadece «adlî, idarî ve askerî yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyumsuzluklarını kesin olarak çözümlmeye yetkili» bir mahkemedir.

Bilindiği gibi muayyen kimseleri, belirli suçlardan dolayı yargılama görevi yüce divana verilmiştir. A. m. 147/2 - 44 s. K. m. 34/ 35). Fakat «Yüce Divan» isminde ayrı bir mahkeme kurulmuş olmayıp, bu görevi Anayasa Mahkemesi yapacaktır. Yani Anayasa Mahkemesi muayyen hallerde yüce divan olarak çalışmaktadır. Bu takdirde yargılanan «Muayyen kişiler» in de kendilerine tatbik edilen kanunun Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürme yetkilerini kabul etmek, Anayasamızın kurduğu kazaî murakabe sistemine uygundur. Aksi halde yürütme organı «Cumhurbaşkanı, bakanlar kurulu üyeleri» ve yüksek yargı organı makamlarını işgal etmiş kimseler, ferd olarak diğer kimselerden müdafaa imkânı bakımından zayıf duruma düşmüş olacaklardır³¹.

Mahkemenin sabit veya geçici olmasının önemi yoktur³².

44 s. K. Hükûmet gerekçesine göre (m. 24), dâvaya bakmakta olan mahkeme ibaresi adlî, idarî ve askerî yargıya dahil mahkemeleri ifade ettiği kadar, Derece Mahkemelerini de ifade etmektedir. Yalnız şu kadarını söyleyelim ki, bir derece mahkemesi olan Yargıtay, dâvaya bakmakta olan mahkeme tâbirine girmez: Yargıtay kaideten³³, muhakeme yaparak ihtilâfın esasına karar veremez. Dâva mahkemeleri tarafından verilen kararların mevzuata uygunluğunu inceler. Bozarsa, kendisi yine işin esasına karar veremeyecektir. Ancak CMUK m. 322’de sayılan hallerde dâvanın esasına hükmedileceği için, şayet tetkikât duruşmalı yapılıyorsa, aykırılık defi ileri sürülebilir. Danıştay K. m. 85’de aynı durum vardır. Bunun dışında şayet taraflar temyiz layihâlarında ileri sürmemişlerse, temyiz safhası duruşmalı olan incelemelerde (CMUK. m. 318), böyle bir imkânın tanınması, ferdî hakların korunması lehinedir. Yok eğer zaten dâva mahkemesi olarak faaliyet göstermekte ise, bu durumu ile A. m. 151’e gireceği için, muhakeme esnasında aykırılık defi ileri sürülebilecektir.

Hâkem mahkemeleri «dâvaya bakmakta olan mahkeme» tâbirine girer mi? Anayasa Mahkemesi bir kararında buna menfî cevap vermiştir. «Ancak bu mahkemelerin aynı zamanda hâkim oluşları bu dâvaların bir mahkemede görüldüğünü kabule elverişli değildir». Çünkü bir uyumsuzluğu «kanun hükümleri uyarınca halledecek hakemlere ne Anayasada ve ne de 22/4/1962 gün ve 44 sayılı kanunda uygulanacak kanun hükümlerinden ötürü Anayasa

30) Bkz. GÜRAN, 24.

31) Ancak belki tartışılacak nokta ileri sürülen aykırılık iddiasının kesin bir şekilde halledileceği merciin, yine aynı mahkeme olmasıdır. Fakat Yüce Divan zaten nihaî merci olarak vazife görmektedir.

32) Meselâ geçici arazi kadastro mahkemelerinin de bizzat kendileri «re’sen sevk» kararı vererek, işi Anayasa mahkemesine intikal ettirebilmektedirler. Bkz. 211/121 - 6/3/1963, 28/66 - 20/5/1963. Aynı şekilde defi olarak ileri sürülen iddiaları da Anayasa mahkemesine intikal ettirmek yetkileri vardır.

33) Bkz. KUNTER, 752.

Mahkemesine başvurma hakkı tanınmadığından ve olayda İstanbul yüksek dereceli hâkimi de genel hükümler uyarınca mahkemeye ait bir vazife görmekte olmayıp, elindeki dâvayı hakem sıfatıyla halletmek mevkiinde bulunduğundan, itirazın yetki yönünden reddi gerekir»³⁴.

Kanaatimizce «mahkeme» tâbirini yalnız «resmî mahkemeler» şeklinde kabul etmek isabetli bir anlayış değildir. Hakemlerin hallettikleri ihtilâf hakkında verdikleri kararlar kabil-i icra olduğuna göre (HUMK. m. 536), ferdî hakların korunması için onları da «mahkeme» tâbirine sokmak gerekir. Hakemlerin hukukî durumu, o ihtilâf bakımından âdeta bir mahkemedirler³⁵. Bu sebeple hakemlere Alman dilinde «Hakem mahkemesi» (Schiedsgericht) de denilmektedir. Binaenaleyh kararları yargıta tanınan ve kabil-i icra olan hakem mahkemelerini bunun dışında tutmak herhalde ferdî hakların aleyhinedir.

İtalya'da «mahkeme değil» «kazaî merci» tâbiri kullanıldığından (1953 tarih ve 87 sayılı kanun m. 23)³⁶ hakem mahkemeleri bunun içine girebilir.

Nihayet «mahkeme» tâbirinin yalnız «tek hâkimli» mahkemeler değil, «heyet halindeki mahkemeler» e de şâmil olduğunu belirtmemiz gerekir. Meselâ Danıştay dâva daireleri genel kurulu da (mahkeme) tâbirine girer³⁷.

III. MÜDDET VE İDDİANIN ZAMANI.

A) Müddet :

İptal dâvası için müddet bakımından bir ayırım yapılmıştır. Anayasa Mahkemesinin faaliyete geçtiği anda yürürlükte olan kanunlar için altı ay, bunun dışında kalan kanunlar için ise doksan gün. Halbuki burada böyle bir müddet söz konusu değildir. Eski kanunlar içinde olsa, bu yetki her zaman kullanılacaktır³⁸.

Ancak bunun da bir başlangıcı vardır. Diğer bir deyişle Anayasaya aykırılık definin Türkiye'de ilk defa ileri sürülmesi için bir şart vardır. O da Anayasa Mahkemesinin görevine başladığının resmî gazetede yayınlanmasıdır. Bu tarihten önce mahkemelerde kanunların Anayasaya aykırılığı ileri sürülemez ve bu hususta karar verilemez (Geçici dokuzuncu madde/l)³⁹. Bu duruma göre mahkemelerde Anayasaya aykırılık def'i, Anayasanın yürürlüğe girmesinden takriben bir sene iki ay sonra fiilen gerçekleşebilmektedir. Bunu da bir bakıma normal görmek lâzımdır: Anayasa yürürlüğe girdiği zaman henüz seçimle gelen bir yasama organı ve faaliyeti yoktu. Ancak 25 Ekim 1961'de

34) Bkz. 46/43 - 6/4/1963.

35) KURU, 516.

36) ALACAKAPTAN, 505.

37) Bkz. 43/5 - 10/6/1965. Bu nokta hakkında ayrıca bkz. 51/3 - 16/ 10/1965 ve muhalefet şerhi.

38) TM. Td. c. 4, sh. 234. Ayrıca ARIK, 847.; TELCHINI, 1020.

39) Bkz. 184/48 - 17/10/1962. Bazı üyeler bu maddenin 44 s.K. dan sonra ve fakat Anayasa Mahkemesinin görevine başlamasından evvel mahkemenin bu yoldaki müracaatlarına mani olmadığını söylüyorlar (Aynı karar, muhalefet) ki doğru değildir. Çünkü A. geçici 9/2. m. böyle bir ayırımı müsait değildir. Ayrıca bkz. 7/72 - 31/10/1963.

T.B.M.M. çalışmaya başlamış ve 44 s. K. hazırlanarak Anayasa Mahkemesinin faaliyete başlaması mümkün olmuştur⁴⁰. Anayasaya aykırılık definin müddet olarak süresi yoktur. Fakat yargı fonksiyonunu icabı buna bazı kayıtlar koyma imkânı vardır ve gerekir. Mahkeme sonunda verilecek kararın adalete en yakın olması için tarafların bütün iddia ve müdafaalarının dinlenilmesi gerekir. Ancak bu takdirde en az hatalı bir hükümden bahsedilebilir. Fakat bunun da muayyen bir usule bağlanması, adaletin mümkün olan en kısa zamanda sağlanması icabıdır. Şimdi bunları görmek gerekir.

Şunu da söyleyelim ki, bu esaslar Anayasa veya 44 s. K. da düzenlenmiş olmayıp, yargı fonksiyonunun icaplarındandır.

B) *iddianın Zamanı:*

1. Anayasaya aykırılık idiası duruşma⁴¹ başlamadan⁴² ileri sürülemez⁴³.

40) Anayasa Mahkemesinin faaliyete başladığının ilânı 28/8/1962 tarih ve 11.192 sayılı Resmî Gazetede yayınlandığını burada belirtmemiz lâzımdır. Böyle olmakla beraber yani Anayasa mahkemesi faaliyete başlamış olmamasına rağmen yürürlükteki bir kanunun Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürülebilmek için o münasebeti düzenliyen kanunun çıkmasını beklemenin şart olduğu söylenemez (280/51 - 16/5/1963 muhalif kalanlar ise aksi kanaattedirler). Çünkü ortada Anayasaya aykırı bir «norm» vardır ve bunun Anayasaya aykırılığını murakabe edecek olan Anayasa mahkemesi faaliyete geçmiştir. Sırf kanun koyucunun ihmali yüzünden ferdî hakların ihlâline razı olunamaz. Buna mukabil bazı müellifler. Anayasa Mahkemesi kuruluncaya kadarki zaman için mahkemelere Anayasa m. 151/4 deki yetkinin tanınmam asının mahzurlu olduğunu belirtmektedirler (BALTA, 555); Bu fıkra Anayasa mahkemesi üç ay içinde karar vermediği takdirde dâva mahkemelerinin aykırılık iddialarını kendi kanılarına göre çözebileceğini belirtmektedir.

41) Temyizin bozmasından sonra yapılan duruşma da buradaki duruşma mefhumuna dahildir. İade-i muhakeme (CMUK, m. 327, 330 - HUMK, m. 445) halinde yapılan duruşma (CMUK, m. 341 - HUMK, m. 450) da keza dahildir. Danıştay K. m. 96'da duruşma yapılması mahkemenin kararına bağlı olduğu için (m. 59/son) iade-i muhakeme talebini ihtiva eden dilekçede ileri sürülmelidir.

42) Duruşma yapılmadan verilen kararlarda (CMUK, m. 386, HUMK, m. 105/2, 371, 372. B.K.m. 92/2. cümle) belirli olan müddetleri içinde (CMUK, m. 386 - HUMK, m. 107-108) duruşma yapılmasına ait itiraz (KUNTER, 570) ile birlikte aykırılık, defi ileri sürülebildiği gibi bu müddet içinde yalnız aykırılık defini de bildirebilir. İtiraz üzerine yapılan duruşmada (CMUK, m. 390) ileri sürülmüşse defi de tetkik edilir. Mamafî itiraz üzerine duruşma yapıldığına göre aykırılık defi ilk defa bu sırada da ileri sürülebilir. (CMUK, m. 389 - 391) defi hakkında da tatbik edilir. İtirazdan sonra duruşma yapılması mecburi olduğundan (KUNTER, 570) defi ileri sürme imkânının ortadan kalkması söz konusu değildir. Fakat dediğimiz gibi duruşma isteği ile (KUNTER, 570) birlikte ileri sürülmesinde de hiç bir mani yoktur.

Burada şunu da söyleyelim ki duruşma isteğinin sanık dışında müdafî, kanunî temsilci, koca, gaip, yakınları, hütlâ son kararı temyiz etme yetkisi olan şahıslar tarafından istenebildiği gibi kabul olunmaktadır (KUNTER, 570/571). Kanaatimizce bütün bunların aykırılık defini de ileri sürülebilecekleri kabul edilemez. Çünkü bu sayılanlar Anayasada geçen «taraf» mefhumuna dahil değildir. Aykırılık defi ancak dâvada «taraf» olan sujerler tarafından ileri sürülebilir. Bu şahısların duruşma istediği hususda ileri sürülen esbab-ı mucibe (ibid., 571), burada carî değildir. Savcının ise itiraz edip, duruşma istiyemeyeceği kabul edilmektedir (ibid., 571). Zira sulh hâkimi ancak savcı isterse ceza karanamesi verebilmektedir, (ibid., 571). Şayet sulh hâkiminin verdiği karara dayanak yaptığı kanun anayasaya aykırı olduğu kanaatinde ise, savcıya aykırılık defi ileri sürme yetkisi tanınmalıdır.

Danıştay duruşma yapılmadığı takdirde (Danıştay K. m. 78) aykırılık defi nasıl ve ne zaman ileri sürülebilecektir? Dâva dilekçesinde ileri sürülmesi düşünülebilirce de Danıştayın tatbik edeceği kanunun önceden bilinmemesi sebebiyle bu yetkinin kullanılması imkânsızlaşabilir.

43) Kanaatimizce hazırlık tahkikatı sırasında ileri sürülen aykırılık definin duruşma sırasında tek-

Aynı zamanda iddianın ileri sürülebilmesi için mahkemenin eksiksiz olarak vazifeye başlaması gerekir: Kamu dâvasının açılmasında veya mahkemenin vazifesinde bir eksikliğin bulunmaması lâzımdır. Bu itibarla, takibi şikâyetle bağlı bir suçta, şikâyet olmaksızın dâva açılmış ise, bundan dolayı tatil kararı verilmek gerekirken, bu dâva ile alâkalı hükmün Anayasaya aykırılığı üzerinde durulamaz veya mahkeme esasen o dâvaya bakmaya «vazifeli» değilse, vazife ciheti bilâhare düşünülme üzere meselenin Anayasa Mahkemesine havalesi yoluna gidilemez⁴⁴.

2. Anayasaya aykırılık iddiası «Ön itiraz» lardan değildir. Bu sebeple dâvanın her hal ve safhasında yapılabilecektir⁴⁵.

3. Temyiz safhasında da Anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülebilir⁴⁶. Tabiidir ki buraya adli, askerî ve idarî temyiz dahildir. Her ne kadar daha sonra göreceğimiz gibi Anayasanın 151. maddesi (mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse, bu iddia temyiz merciince karara bağlanır) demekle ise de bunun mânası talebin mahkemece reddine dair olan ara kararına karşı temyiz yoluna gidilemeyeceği olup⁴⁷, yoksa Anayasaya aykırılık iddiasının ilk mahkemede yalnız hüküm verinceye kadar yapılacağı mânasına değildir⁴⁸. Yani duruşma bittikten sonra ileri sürülemezse de⁴⁹, işin Temyize intikal etmesi halinde Temyiz lâyihasında veya Temyizde yapılan duruşmada ileri sürülebilir.

4. Fakat verilen hüküm kaziyei muhkeme halini aldıktan sonra ileri sürülen aykırılık iddiası dinlenemez⁵⁰.

İtalya'da aykırılık iddiası «muhakemenin müteakip her safhasının başlangıcında tekrar ileri sürülebilir» (1953 tarih ve 87 sayılı K. m. 24/2)⁵¹.

IV. KONU.

Anayasaya aykırılık definin konusu tektir: Kanunun iptali. Burada kanun ve yasama meclisleri içtüzükleri değil, sadece kanunların Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülebilecektir. Anayasa sadece kanundan bahsetmektedir (m. 151).

rarlanması gerekir. Aksi halde ileri sürülmemiş addolunur. Zira hazırlık tahkikatı yapan makamın mahkeme tâbirine girmediğini daha önce söylemiştik (bkz. sh. 83).

44) E R E M, 7.

45) İbid., 12.

46) İbid., 44 s.K. Hükümet gerekçesi, m. 24.

47) Gerekçe m. 152.

48) E R E M, 13.

49) Ancak Anayasa Mahkemesinin bir kararındaki muhalefetten anladığımıza göre (274/40 - 2/5/1963 ŞEMSEDDİN AKÇAOĞLU'nun muhalefeti) ceza hâkimi duruşmaya son verdikten sonra hatta hükmü tefhim ettikten sonra Anayasaya aykırılık iddiasını Anayasa Mahkemesine intikal ettirmiş, Anayasa Mahkemesi de bunu kabul etmiştir.

50) Bkz. 274/40 - 2/5/1963 sayılı karar ve muhalefetler.

51) ALACAKAPTAN, 505.

İtalya’da ise bu imkân, «kanun veya Cumhuriyet kanunu kuvvetindeki bir tasarruf» için tanınmıştır⁵².

Bu sarahata rağmen, bazı müellifler Yasama Meclisleri İçtüzüklerinin de Anayasaya aykırılıklarının dâva mahkemelerinde ileri sürülebileceğini söylemektedirler⁵³ ki, yanlıştır. Anayasa ve 44 s. K. 27/1 hiç bir şüpheye yer veremeyecek şekilde «kanun» dan bahsetmektedir. Binaenaleyh, Yasama Meclisleri içtüzükleri Anayasaya aykırılık definin konusu olamayacaktır⁵⁴.

Kanaatimizce kanunun tümü de Anayasaya aykırılık definin konusu olabilir. Bir defa, bir kanunun bütün hükümlerinin Anayasaya aykırı olması mümkündür. İkinci olarak, ferdi hakların korunmasına hizmet gayesi ile bahsedilen bu yetkiyi sınırlamak, esas gayeye zıt olur.

Ancak bu kanun hangi kanundur?

151. maddenin ifadesinden çıkan mânaya göre, ancak «uygulanacak» olan kanunlar Anayasaya aykırılık definin konusunu teşkil edebilirler: «... uygulanacak bir kanunun hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasını...». Binaenaleyh mahkemede tatbik edilmeyen kanunlar, aykırılık definin konusunu teşkil edemeyeceklerdir⁵⁵. Burada, ferdi hakları koruma gayesi, yerini, adli mercilerin fuzulî yere işgal edilmemesi fikrine terketmektedir.

Asıl üzerinde durulacak nokta «uygulanacak kanun» dan ne anlaşılması gerektiğidir. Federal Alman Anayasasına göre «... muteberiyeti mahkemenin kararına esas teşkil edecek olan kanun» nazara alınacaktır.

52) 1948 tarih ve 1 sayılı Anayasal K. m. 1, 1953 tarih ve 87 s. K. m. 23 (bkz. ALACAKAPTAN, 500, 505).

53) ARIK, 844. 845.

54) Meselâ uygulanan Başbakanlık tezkeresi ise, istem, görev yönünden reddedilecektir (28/66 - 20/5/1963).

55) Bir hükmün defi olarak ileri sürülebilmesi için «görülmekte olan bir dâvada uygulanacak bir hüküm olması» şarttır (15/45 - 24/10/1964, 36/77 21/4/1965, 25/59. 1/4 - 15/2/1965, 39/72 - 6/3/1965, 28/45 - 4/11/1965. Hattâ, Anayasa Mahkemesi, dâva mahkemesi tarafından bir kaç maddenin aykırılık sebebi ile iptali istenmişse, yalnız uygulanacak olan hükümleri nazara alarak karar vermektedir (198/111 - 24/1/1963, 277/34 - 22/5/1963, 36/77 - 21/ 4/1965). Meselâ daha önce idarî makamlar tarafından tatbik edilen kanun hakkında böyle bir iddia ileri sürülemez (20/88 - 20/5/1963, 272/204 - 19/10/1963, 330/15 - 14/7/1964).

Fakat bir dâvada, davalı vekili bir kimsenin işçi sayılıp, sayılmadığını bilirkışıye tetkik ettirilmesini istemiş, dâvacı vekilinin de, bir kimsenin işçi olup olmadığını belli edecek tek ve nihai merciin Çalışma Bakanlığı olduğunu ileri sürmesi üzerine, davalı vekili, Çalışma Bakanlığına bu yetkiyi veren 4841 sayılı K. nun 9/A maddesinin Anayasaya aykırı olduğunu söylemiştir. Dâva mahkemesi bu iddianın ciddi olduğu kanısına varmış, Anayasa mahkemesi de bunu uygulayacak kanunu kabul etmiştir (245/203 - 4/11/1963). Bunun dışında bazı üyelere göre «uygulanacak kanun» demek hukukî ihtilâfa esas tutularak onu çözümleyen kanundur (245/203 - 4/11/1963, 3. muhalefet, 12/47 - 21/9/ 1964 (re’sen sevk), 2. muhalefet) bazılarına göre ise bu ibareyi geniş anlamak gerekir (303/277 - 25/12/1963 (re’sen sevk) 1. muhalefet, 328/296 - 24/2/1964 (re’sen sevk) 2. muhalefet). Ayrıca bkz. KUNTER, 389/44 no. lu not. Hattâ tatbiki muhtemel Kanunları da uygulayacak kanun kabul etmekte zaruret vardır (277/34 - 22/5/1963 3. muhalefet).

Kanaatimizce, «uygulanacak kanun» ibaresini, taraflardan birine tatbik edilecek her kanun şeklinde anlamak yerinde olacaktır. Bir defa Anayasa, hiç bir tahdit getirmeyerek sadece «uygulanacak kanun» dan bahsetmektedir. İkinci olarak, gerekçede buna benzer bir ifadeye raslamaktayız: «...bir dâva esnasında, bir kanunun Anayasaya aykırılığı bahis konusu olduğu takdirde...» (m. 152). Hattâ bu ifade Anayasanın ifadesinden daha geniştir. Üçüncü olarak, bir kanun, neticede verilecek karar için önemli olmamakla beraber dâvanın seyrini ve hedefini değiştirebilir ve bu haliyle «esas» değil de «teferuat» sayılacaktır. Fakat ferde, az da olsa bir zararı dokunabilir. Hele dâva esnasında «ehemmiyetsiz» telâkki olunmakla beraber hüküm verilmesinde ve yazılmasında neticeye esas olan ve karara tesir eden bir «teferuat kanun» nun varlığı halinde, vaziyet daha da nazik olur. Bu gibi hallerde, ferdî hak ve hürriyetlerin, «ehemmiyetsiz» bir kanunla «ehemmiyetli» bir ihlâlâ uğramaları bahis konusudur ki, tecviz edilemez. Nihayet son olarak, şunu da söyleyelim ki, neticeye tesir edecek ehemmiyette olan kanunun tâyini takdire yer verir ve suiistimale müsaittir. Diğer taraftan aynı kanun hakkında çeşitli mahkemelerde, farklı kararların (ehemmiyetli - ehemmiyetsiz) ortaya çıkmasına sebep olacaktır⁵⁶.

Prof. Kunter ise «uygulanacak» tâbirinin, «kullanılacak» olması gerektiğini ileri sürmektedir⁵⁷.

«Uygulanacak bir kanun hükmünün mevcudiyeti şartı iptidaen aranacak bir şart olup intihâen bu şartın devamını aramaya yer olmamak lâzım gelir»⁵⁸.

Diğer taraftan dâva mahkemelerinde, hukukî tavsifte değişme sebebiyle, başka bir kanunun uygulanmasına gidilirse, bu sefer bu kanun hakkında Anayasaya aykırılık ileri sürülecektir. Yoksa artık tatbik edilmeyecek olan ilk kanun hakkında değil⁵⁹.

Demek ki, prensip hukukî ihtilâfı hal zımında uygulanacak ve taraflara tesiri olan her kanun hakkında aykırılık def'inin ileri sürülebilmesidir.

56) Mamafih bu durumlarda Anayasa Mahkemesinin işi, biraz artacağından 3 ay içinde karar vermesi zorlaşacaktır (AZRAK, 41). Aksi kanaat için bkz. ARIK, 843/1, no.lu not. Anayasa Mahkemesi kanunun esas olup olmadığını tetkike yetkilidir (ARIK, 843/1 no.lu not).

57) KUNTER, 389/44 no.lu not.

58) 19/86 - 18/7/1963. Yani işin Anayasa Mahkemesine intikalinden sonra meselâ af kanunu ile dâvanın ortadan kalkmış olması incelemeye mani değildir. Ayrıca bkz. 16/83 - 9/7/1963, 17/84 ve 18/84 - 17/7/1963.

59) Yalnız şu var ki, hukukî tavsif değişikliği yepyeni bir olayı ortaya çıkarıyorsa, bu takdirde yeni bir dâva açılması gerekeceğinden (KUNTER, 186) Anayasaya aykırılık ileri sürülemez. Yok eğer yeni bir olay durumu hasılolmuyorsa, yeni tavsife uyacak şekilde olayın teferruatını yani hal ve şartlarını tesbitte mahkeme serbest olduğundan (KUNTER, 186) -ki kanunumuz da buna müsaittir (CMUK. m. 257/2) uygulanacak hüküm hakkında aykırılık def'i ileri sürülebilir.

Medenî Usul Hukukunda hâkim dâvacının bildirdiği hukukî sebep (tavsif) ile bağlı olmadığından (CMUK. m. 258'de olduğu gibi) (KURU, 207, 219) bu gibi durumlar pek zuhur etmezse de yeni bir dâvanın açılmasını gerektiren hallerde aykırılık def'i ileri sürülebilir.

V. CİDDİLİK.

Mahkemede ileri sürülen Anayasaya aykırılık def'inin ciddî olması gerekir (A. m. 151/1, 44. s. K. 27/2). Gayrı ciddî bir takım taleplerin önüne geçmek suretiyle, mahkemelerin kısa zamanda vazifelerini yapabilmelerini temin için konan bu hüküm yerindedir. Ancak «ciddilik» ten ne anlaşılması gerektiği pek açık değildir⁶⁰. Anayasa, buna imkân verecek sarahattan mahrumdur. Gerekçede de aydınlık bir şey yoktur. Bazılarına göre, Anayasadaki ciddilik-ten maksad, iddianın ileri sürülmesindeki ciddiyettir. Yani dâvayı uzatmak gayesine matuf olmaması şarttır⁶¹. Bu hüküm dâvanın uzamasına sebep olacak taleplere bir yenisini katmamak için konmuştur⁶². Hattâ mahkeme, bir kanunu Anayasaya uygun bulmakla beraber, taraflarca ileri sürülen iddianın ciddiliğine ve «tartışılmaya değer» olduğuna inanıyorsa, dosyayı Anayasa mahkemesine göndermek mecburiyetindedir⁶³. Çünkü ileri sürülen iddianın «haklı» bulunması şart değildir. Hâkimin Anayasaya aykırılık iddiasının, adaletin gerçekleşmesi amacı ile ve samimî olarak ileri sürülmüş bulunduğuna inanması kâfidir⁶⁴.

Kanaatimizce, ciddilikten maksad, ileri sürülmesindeki ciddilik değil, o kanunun Anayasaya şekil ve muhteva olarak aykırı olmasındaki isabet derecesidir: İleri sürülen iddialarda yer alan delillerin kuvveti ve o kanunun Anayasaya aykırı olmasındaki ikna ediciliğidir.

Bir defa, burada bir farka işaret etmek lâzımdır: Anayasamızın 151/1. maddesi, sadece «... taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa...» dediği halde, 44 s. K. 27/2, mahkeme «taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, tarafların bu konudaki iddia ve savunmalarını ve kendisini bu kanıya götüren görüşünü açıklayan kararı...» Anayasa Mahkemesi başkanlığına göndereceğini söylemektedir. Yani arada bir, «cümle fazlalığı» farkı vardır ve bu fark Anayasaya aykırı olmak şöyle dursun, Anayasadaki hükmün mânasının tavazzuhuna yardımcı olmaktadır. Şöyle ki: Gerek bu farktan ve gerekse A. m. 151/1 den anlaşıldığına göre bir «KANI» söz konusu olmaktadır. Bu kanı hem mahkemenin uygulayacağı bir kanun dolayısıyla ve hem de taraflardan birinin ileri sürdüğü ve Anayasaya aykırı olduğunu iddia ettiği kanun sebebiyle ortaya çıkmaktadır. Her iki halde ortaya çıkan kanunun müşterek bir bünyesi vardır: Bu bünyenin muhtevası, adı geçen kanunun Anayasaya uygunluk derecesidir. Aykırılık maddî olduğu gibi, şekli de olabilir. Maddî ve şekli ay-

60) Hattâ bazı müellifler iddianın ciddiyetinin hukukî mânası olmadığını ve bu itibarla isabetsiz olduğunu söylemektedirler (bkz. EREM, 8). «Anayasamızın, Anayasaya aykırılık gibi bir iddianın ciddiyetini takdiri bir sonuca bağlaması haklı sayılmaz» (EREM, 8).

61) AZRAK, 41.

62) İbid., 41.

63) AYBAY, 12/Kasım/1962, ARZAK, 41.

64) AYBAY, 27/Haziran/1961.

kırılık, kanunun muhtevasını değiştiremez ve yine her iki kanunun menfi veya müsbet yönde olması halinde, yani varılan kanı ister uygulanacak kanunun Anayasaya uygun olduğu, ister aykırı olduğu merkezinde olsun durum aynıdır. Birinci halde mahkeme dâvaya devam edecektir, ikinci halde ise, dosya Anayasa mahkemesine gider.

Bir örnek verirsek, durum daha vazih bir hal alacaktır. Meselâ, 6570 sayılı kira kanununun tümü veya belirli hükümleri bir dâva dolayısıyla ele alınmış olsun. Mahkeme ilk önce tetkik edecektir ve görecektir ki, uygulayacağı kanun Anayasaya aykırıdır. Yani mahkeme yaptığı tetkik neticesinde 6570 sayılı Kira Kanununun Anayasaya aykırı olduğu kanısına varmıştır. İkinci halde hâkim bidayeten böyle bir tetkik yapmamıştır veya yapmakla beraber o kanunun Anayasaya aykırı olmadığı kanısına varmıştır.. Fakat muhakeme esnasında taraflardan biri 6570 sayılı kanunun Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüş, mahkeme bu iddiayı tetkik etmiş ve neticede kendisinde bu kanunun Anayasaya aykırı olduğu kanısı uyanmıştır. Bu ikinci hal her zaman mümkündür. Her iki halde de 6570 sayılı kanunun Anayasaya aykırı olduğu kanısı hâkimdir. İkinci halde mahkeme ya evvelce incelemediği bir kanunu tarafların ileri sürmesi üzerine tetkik ederek ya da evvelce tetkik etmiş ve fakat uygun olduğu neticesine vardığı halde, bu iddia üzerine kanaatini değiştirmiş, 6570 sayılı kanunun Anayasaya aykırı olduğunu kabul etmiştir. Bu mekanizmaya işaret içindir ki, Anayasa «...uygulanacak kanunun hükümlerini Anayasaya aykırı görürse» (birinci hal) «veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa» (ikinci hal) demektedir. 44 s. K. m. 27/1 ise, daha açık olarak «...uygulanacak kanun hükümlerini Anayasaya aykırı görürse» (birinci hal), 27/2 ise, «taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, tarafların bu konudaki iddia ve savunmalarını ve kendisini bu kaniya götüren görüşünü açıklayan kararı...» (ikinci hal) demektedir. O sebeple, ikinci halde ileri sürülen iddianın ciddî görülmesi demek, mahkemece kanunun hakikaten şekil ve muhteva olarak Anayasaya aykırı olduğunun kabul edilmesi demektir⁶⁵. Diğer taraftan birinci ve ikinci halde ortaya çıkan kanı, o kanunun Anayasaya aykırı olduğu merkezinde ise, yapılacak şey aynıdır: Dâvayı durdurmak, dosyayı Anayasa mahkemesine göndermek. Yok eğer her iki haldeki kanı menfi, yani o kanunun Anayasaya uygunluğu noktasında ise yapılacak şey yine aynıdır: Dâvaya devam etmek. Yoksa bazılarının iddia ettiği gibi, mahkeme uygun olduğu kanısında olmakla beraber (birinci hal), taraflarca ileri sürülen iddianın ciddilik ve samimiliğine rağmen, eski kanaatini (kanısını) değiştirmesi⁶⁶ mümkün değildir. Çünkü ortada «kendisini bu (aynı) kaniya götüren» (44 s.K.m. 27/2 bir durum yoktur.

65) Şekli aykırılığın incelenmesinin dâva mahkemelerinin ilkel yetkisine dahil olduğu gerek doktrinde (KUBALI, Esas., 77.; EREM, 16), gerekse mevzuat çalışmalarında (MM. An. K. raporu: 30/3/1962) kabul edilmektedir. (Aksi görüş için bkz. BOYACIOĞLU, 727, 728).

66) AYBAY, 27/Haziran/1961.

Olmadığı içindir ki, Anayasa mahkemesine dosyayı gönderirken, kendisini bu kanıya (neticeye değil) götüren «görüşünü» açıklayamayacaktır.

İkinci olarak mahkeme, bir kanunun Anayasaya aykırı olduğunu kabul etmekle beraber, iddianın ciddiliğine ve tartışılmaya değer olduğuna inanarak dosyayı Anayasa mahkemesine göndermesi halinde⁶⁷ Anayasa mahkemesi tarafından her zaman reddedilecektir. Mahkemelerin burada vazifesi mahkemeye devam etmektir; mademki uygulayacağı kanunun Anayasaya aykırı değil, bilâkis uygun olduğu kanısındadır, tarafların iddialarını nazara almayacak (çünkü ciddî değildir) dâvaya devam edecektir. Bu iddia temyizde esas hükümle birlikte nazara alınacaktır (A. m. 151/2). Yoksa, uygulayacağı kanunun Anayasaya uygun olduğunu görmekle beraber, sırf «tartışılmaya değer» olduğu için Anayasa mahkemesinden fikir istemek şeklinde⁶⁸, dâvayı durdurup, dosyayı Anayasa mahkemesine göndermesi mantiken izah edilemez. Gerekçede bu fikir hâkim olmuş olacak ki, «ancak böyle bir iddianın bekletici bir mesele olabilmesi için hakikaten ciddî olması gerekir. Aksi halde mahkeme iddiayı red ederek dâvaya devam edecektir.» demektedir. Dâvaya devam etmesi ise, ancak, mahkemenin uygulayacağı kanunun Anayasaya uygun olduğu kanısında olmasıyla mümkündür.

Nihayet son olarak, savcının ileri sürdüğü iddiadaki ciddiyetin nasıl takdir edileceği sorulabilir. Ciddilik iddianın ileri sürülmesinde değil de, muhtevasında aranırsa, hiç bir müşkile yer vermeyecek şekilde soru cevaplandırılacaktır⁶⁹. Yok eğer «samimiyet» te aranırsa bunu takdir zor olacaktır⁷⁰.

Anayasa Mahkemesi kararlarında, dâva safahatı özetlenirken çıkan mânâya göre, tatbikat ta bu merkezdedir⁷¹.

İtalya’da daha değişik bir sistem kabul edilmiştir. Kazaî merci, hükmünü, Anayasaya aykırılık meselesi halledilmeden veremiyekse veya ortaya atılan meselenin bariz bir şekilde mesnedden mahrum olmadığı kanaatında ise, mes’eleye vücud veren dilekçenin muhtevasını ve mucip sebeplerini de bir kararla dâva evrakının Anayasa Mahkemesine gönderilmesi sağlar ve cereyan etmekte olan mahkemeyi talik eder 1953 tarih ve 87 sayılı K. m. 23/4)⁷².

67) İbid., 12 Kasım 1962.; AZRAK, 41.

68) KURU, 169.

69) Nitekim tatbikatta savcılarının ileri sürdüğü iddiaların ciddiliği araştırılıyor, mahkemece ciddî olduğu kanısına varılırsa, dosya Anayasa Mahkemesine gönderiliyor, örnek olarak bkz. 277/34 - 25/5/1963, 272/204 - 19/10/1963.

70) EREM, 8. Aynı kanaat için ayrıca bkz. BALTA, 564.; AKIN, 149.

71) Anayasa Mahkemesi kararlarında «olay» anlatılırken defi üzerine (mahkeme de aynı kanaata iştirak ederek), yahut «mahkemece... şeklinde mülâhaza ile sürülerek» dosyanın Anayasa mahkemesine gönderildiği belirtilmektedir. Yani bunlardan anlaşılmaktadır ki, dâva mahkemeleri de ileri sürülen iddiaların muhteva olarak ciddiyetini aramakta, ileri sürülen hukukî delillere ya katılmakta, ya da kendileri ona ilâveten yeni deliller ilâve etmektedirler (meselâ bkz. 47/8 - 25/6/1965, 28/45 - 4/11/1965).

72) ALACAKAPTAN, 505, ayrıca 1948 tarih ve 1 sayılı Anayasal kanunun X, maddesi ileri sürülen iddia yargıç tarafından bariz bir şekilde mesnedsiz olduğu sonucuna varılmazsa karar

Buradaki «mesnedden mahrum olma» herhalde iddianın muhtevasına ait bir mâna taşır. Bizdeki iddianın ciddiliğine tekabül eden ve taraftar olduğumuz maddî bakımdan «ciddiyet» yerine kullanılan ve bu ifade yanında diğer bir hüküm daha vardır: «Aşikâr surette ehemmiyetsiz veya mesnedsiz olması sebebiyle Anayasaya aykırılık iddiasını reddeden....» (aynı k. m. 24)⁷³. Diğer bir tâbirle hâkimin aykırılık iddiasını reddetmesi, mesnedsiz olduğuna, kabul etmesi ise onun Anayasaya aykırı olduğuna inanması mânasına gelir⁷⁴.

Bu konuda son olarak, Anayasaya aykırılık def'inin konusunu teşkil edemeyen «norm» lara temas etmemiz gerekir⁷⁵.

Bu tasarruflar hakkında, Anayasaya aykırılık defi ileri sürülemez.

1. Anayasa m. 153 de sıralanan kanunlar (Ayrıca bkz. 44 s. K. m. 24).
2. Anayasa geçici m. 4 de işaret edilen kanunlar (ayrıca bkz. 44 s. K. geçici m. 6⁷⁶).
3. Anayasa m. 65/son gereğince, usulüne uygun olarak, yürürlüğe konan Milletlerarası andlaşmalar (Ayrıca bkz. 44 s. K. m. 23).

VI. AYKIRILIK DEF'İNDEN SONRAKİ USULÎ MUAMELELER

1. Mahkeme aykırılık iddiasını ciddi görmezse :

a) Bu karara karşı temyiz yoluna baş vurulamaz. Çünkü bu karar bir ara karardır ve müstakilen temyizi kabil değildir⁷⁷. Aksi halde iyi niyetli olmayan şahıslar tarafından dâvaların uzatılmasına yol açabilir⁷⁸. Diğer taraftan evvelce iddiayı reddetmiş olan mahkenin sonradan bu kararı değiştirmesine engel yoktur. Ara kararından dönülebilir⁷⁹.

Tarafların iddiası üzerine mahkeme bekletici ön mesele kararını vermişse, iddia eden tarafın bunu geri alması, mes'elenin Anayasa mahkemesinden geri alınmasını mümkün kılmaz⁸⁰. Zira mahkemenin kararı üzerine işe elkoymuş olan Anayasa mahkemesi kararlarına taraf iradesinin tesiri yoktur⁸¹. Def'i suretiyle gelen aykırılık iddiası yalnız tarafların değil, umumî menfatı ve kamu

vermesi için işin Anayasa mahkemesine gönderileceğinden bahsetmektedir (ALACAKAPTAN, 500). TELCHINI, 1019.

73) İbid., 505.; TELCHINI, 1019.

74) SANDULLÎ, 303, 307.

75) Krş. ARIKAN, 1/3/1962.

76) Bu maddedeki Anayasaya aykırı olan bir hususa ayrı bir yazımızda işaret edeceğiz.

77) ÖZÇELİK, Esas, 222.; BOYACI OĞLU, 722.; EREM, 9.; KURU, 169.

78) ANAYASA gerekçesi m. 152.

79) EREM, 9.

80) Hattâ dosya **Anayasa** mahkemesine geldikten sonra çıkan af kanunu dolayısıyla dâvanın ortadan kalkmış olması, incelemeye mani değildir (16/83 - 9/7/1963). Bu görüş (A. m. 152/4'ün tatbikini imkânsız kıldığı için tenkidlere uğramıştır). Aynı şekilde bkz. 17/84 ve 18/85 - 17/7/1963, 19/86 - 18/7/1963.

81) EREM, 9.

düzenini de ilgilendirir⁸². Diğer taraftan Anayasa Mahkemesine sevk kararı verilirken, kanun sözcüsünün düşüncesinin alınmamış bulunmasının, iddianın Anayasa Mahkemesince incelenmesi mani teşkil etmez⁸³.

b) Esas hüküm verildikten sonra tarafların kararı temyiz etmemeleri halinde veya temyiz merciinde⁸⁴ tasdik edilmesi, yani temyiz merciinin ileri sürülen iddianın ciddî olmadığı hususundaki dâva mahkemesinin kararına iştirak etmesi halinde, karar kesinleşir⁸⁵. İkinci halde temyiz merciini Anayasaya uygunluk hususunda nihaî kararı verdiğini görüyoruz. Böylece Anayasaya aykırılık meselesi, Anayasa mahkemesine intikal etmeden karara bağlanmış olmaktadır. Çünkü temyiz merciinin kararına karşı Anayasa mahkemesine başvurmak imkânı yoktur.⁸⁶

82) ARIK, 845.; AZRAK, 46.

83) 44/2 - 28/4/1965.

84) Anayasa sadece «Temyiz mercii»nden bahsetmektedir. Yoksa bazılarının kabul ettiği gibi YARGITAY (ARIK, 843, 844, 845.; BOYACIOĞLU, 723, 724.; ÖZÇELİK, 223.; EREM, 9) değil. Binaenaleyh yalnız Yargıtay değil, Danıştay ve Askerî Yargıtay da bu mefhum dahilidir. İ. S. T. da «...Temyiz mercilerince, demekte idi.

85) ARIK, 844.; BOYACIOĞLU, 732.; ÖZÇELİK, Esas, 223.

86) Ancak burada bir mesele ortaya çıkmaktadır: CMUK. m. 343 e göre «Hâkim tarafından ve mahkemelerden verilen ve temyiz mahkemesince tetkik edilmeksizin kat'ileşen karar ve hükümlerde kanuna muhalefet edildiğini haber alırsa Adliye vekili o karar ve hükmün bozulması için temyiz mahkemesine müracaat etmesi için Cumhuriyet Baş Müddeiumumiliğine yazılı emir verebilir. Bu emirde bozulmayı müstelzim kanun sebepleri gösterilir.

Cumhuriyet Baş Müddeiumumisi tebliğnamesine yalnız bu sebepleri yazar ve dosyayı temyiz mahkemesine verir.

Temyiz mahkemesi dermeyan olunan sebepleri varid görürse karar ve hükmü bozar» (Fıkra 1-3). Acaba aynı şeyleri Anayasaya aykırı olan bir kanunun tatbik edilmesi halinde de söyleyebilir miyiz? Yani Adliye vekili hâkim veya mahkemelerce verilip de temyiz mahkemesince tetkik edilmeksizin kesinleşen karar ve hükümlere esas olan «norm» un Anayasaya aykırı olduğunu görürse Anayasa Mahkemesine müracaat etmesi için Cumhuriyet Baş Müddeiumumisine yazılı emir verebilir mi ? Bu hususta ne Anayasada ve ne de 44 s. K. nda hüküm vardır. Doktrinde de herhangî bir fikre rastlanmamaktadır.

Bu soruya yukarıya alman hükme kıyasen müsbet cevap verilirse, dâva mahkemelerinde ileri sürülüp de ciddî görülmeyen ve esas hüküm temyiz edilmediği için de temyiz mercii tarafından aykırılık iddiasının ciddî olup olmadığı nazara alınamıyan aykırılık iddiaları Anayasa Mahkemesince tetkik edilmiş olacaktır. Aynı şekilde aykırılık def'i ileri sürülmemiş ve fakat uygulanan «norm» Adliye Vekilince Anayasaya aykırı olduğu kabul ediliyorsa, bu normun Anayasa Mahkemesinin tetkikinden geçmesi sağlanacaktır. Birinci halde ferdî hakların korunması, ikinci halde ise hukuk devleti için bir imkân söz konusu olmaktadır.

Kanaatimizce ilgili hükümlerde değişiklik yapılmadan, Adliye Vekilinin böyle bir yetkisi yoktur. Müessesenin faydası bizi kanunun istemediği neticelere zoraki tefsirle isal edemez. Anayasa mahkemesinin bir kararına esas olan istemden (bkz. 49/73 - 24/5/1965) anladığımıza göre, Adliye Vekili bir mahkeme kararının bozulması için emir vermiş, temyiz mahkemesi de bunu haklı görerek kararı bozmuş ve ait olduğu dâva mahkemesine iade etmiştir. Bu mahkeme ise, karara esas olan hükümlerin Anayasaya aykırılığını ileri sürerek dosyayı Anayasa mahkemesine göndermiştir. Anayasa mahkemesi ise verdiği kararda temyizcinin bozulması üzerine dâva mahkemesi tarafından CMUK, nun 343. m. sine göre duruşma yapılması lâzım gelirken, duruşma yapılmadan aykırılık talebi ile Anayasa mahkemesine dosyanın intikal ettirilmeyeceği içtihadında bulunmuştur.

Hatıra gelen diğer bir problem de şudur: CMUK. 325/5'e göre «Ceza dairelerinin ve ceza

c) Mahkeme kararı aleyhine temyiz yoluna başvurulmuşsa, bu takdirde iki ihtimal düşünülür. Temyiz, dâva mahkemesinin fikrine katılıyorsa (aykırılık iddiasını ciddi görmezse) mes'ele b şıkkında olduğu gibidir. Yok eğer aykırılık iddiasını ciddi görürse, bu takdirde dosyayı doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesine göndermesi gerekir⁸⁷. Doktrin de aynı kanaattadır⁸⁸. Bu noktada 44 s. K. nun Gereğesinin tutumu yerindedir⁸⁹.

2. Mahkeme aykırılık iddiasını ciddi görürse :

a) Bu karara karşı itiraz edilemez⁹⁰.

b) Mahkeme ciddilik kanaati üzerine, tarafların bu konudaki iddia ve savunmalarını ve kendisini bu kanıya götüren görüşünü açıklayan kararı ve dosya muhtevasının mahkemece bu konu ile ilgili görülen tasdikli suretleri ile birlikte Anayasa mahkemesi başkanlığına gönderir (44 s. K. m. 27/2, 3)⁹¹.

c) Mahkeme, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara resmen ittila kesbedinceye kadar dâvayı⁹² geri bırakır (151/1 - 44 s. K. 24/4).

d) Anayasa Mahkemesi için kendisine gelişinden başlamak üzere üç ay içinde kararını verir (A. m. 151/3, 44 s. K. m. 47/5).

e) Bu süre içinde karar verilmezse, mahkeme Anayasaya aykırılık iddiasını kendi kanısına göre çözümliyerek dâvayı yürütür. Ancak Anayasa mahkeme-

umumî heyetinin kararlarına karşı tashihi karar usulü ancak hükmün ve kararın zat ve mahiyetine doğrudan doğruya müessir olmak üzere temyiz istida ve lâyihasında veya tebliğ-namede dermeyan olunan bir hususun ve bunlar haricinde esas hükme müessir noksan ve hataların temyizen nazara alınmayarak meskûtünan kalması hallerinde caridir.». Acaba temyiz isteminde ileri sürülen Anayasaya aykırılık def'i temyizce nazara alınmazsa, tashihi karar yoluna gidilebilir mi? Kanaatimizce bu soruya müsbet cevap vermek gerekir. Çünkü Anayasaya aykırılık def'inin ciddi görüldüğü takdirde hükmün ve kararın zatına doğrudan doğruya müessir bir neticenin husulüne sebep olacaktır, ikinci olarak aykırılık def'inin nazara alınmaması «...ve bunlar haricinde esas hükme müessir noksan ve hatalar...» dan da sayılabilir.

Bu noktada doktrinde herhangi bir fikre tesadüf olunmamaktadır. Problem aynı müesseyi kabul eden Danıştay k. m. 98 dolayısıyla da mevzu bahistir ve burada da aynı kanaati müdafaa etmek mümkündür.

87) 44 s. K. hükümet gerekçesi m. 24. Bu yolda bir teklif yapılmış da kanun sözcüsü bunun «tabii olduğunu» söylemiştir (MM. Td. c. 4, s. 398). Aksi halde dâva uzayacak, ferdi hakların ihlali üzerinden zaman geçmiş olacaktır (BOYACIOĞLU, 732).

88) BOYACIOĞLU, 724.; ÖZÇELİK, 223.; ARIK AN, 9/2/1962. Aksi kanaati Prof. F. ARIK temsil ediyor. AD, 845.

89) Bkz. 87. not.

90) EREM, 9.; TELCHINI, 1019.

91)) Prof. Duran'ın kanaatine göre, mahkemece Anayasa mahkemesine intikal ettirme zarureti yoktur. Bunun ilgililer tarafından Anayasa mahkemesine intikali mes'eleyi müstehirenin icaplarındandır. Vazife olarak ancak re'sen nazara almada kabul edilebilir (s. 452).

Kanaatimizce böyle bir ayırım yapmak ne mümkün ve ne müfid bir yol olur (bkz. KUNTER, 390.; BALTA, 563).

92) KUNTER'e göre dâvanın değil, «muhakemenin» durdurulmasından bahsetmek daha doğru olur (sh. 390/46 no.lu not).

sinin kararı esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkemeler buna uymak zorundadırlar (A. m. 151/4).

3. Mahemenin esasa dair verdiği karar usul kanunları gereğince veya hususî kanunlarına tevfikân temyizi mümkün kararlardan değilse, aykırılık iddiasının reddine dair kararın akibeti ne olacaktır? Bazı hukukçulara göre bu iddia müstakilen temyiz edilemez⁹³.

İkinci Başlık: Re’sen Sevk (Ex officio)

Anayasamız, Anayasa Mahkemesinin kazaî murakabe fonksiyonuna başlangıç olarak diğer iki yoldan (iptal ve defî) ayrı bir yol daha kabul edilmiştir. Bu şekil, bir dâvaya bakmakta olan mahkemenin uygulayacağı kanunun Anayasaya aykırı olduğunu görerek, dâvayı durdurup, dosyayı bir karar vermek üzere Anayasa mahkemesine yollamasıdır ve diğer iki yoldan tamamen müstakildir⁹⁴. Bu bağımsızlık, gerek kazaî murakabenin genel tatbikatında⁹⁵ ve gerekse Anayasamızda görülür. Yoksa bazılarının kabul ettiği gibi mahkemenin uygulayacağı bir kanunun Anayasaya aykırılığını re’sen nazara alması dolayısıyla bizdeki sisteme «itiraz» denemeyeceği⁹⁶ gibi re’sen nazara almanın tarafların ileri sürme yetkisi ile birlikte düzenlendiğini görerek bu sisteme def’i yolu⁹⁷ da denemez.

İtalya’da da re’sen sevk usulü kabul edilmiştir. 1953 tarih ve 87 sayılı kanunun 23/5. fıkrası gereğince «Anayasaya uygunluk meselesi işe bakmakta olan kaza mercileri tarafından ortaya atılabilir»⁹⁸. Ayrıca 1948 tarih ve 1 sayılı Anayasal kanunun birinci maddesi «.... anayasaya uygunluk meselesi bir muhakeme sırasında re’sen ele alınır...» demektedir⁹⁹.

Fakat sistemimiz bu noktada daha çok Bonn anayasasının sistemine benzetilmektedir. Bu Anayasanın yüzüncü maddesi «bir mahkeme, muteberiyatı, kararına esas teşkil eden bir kanunu Anayasaya aykırı telâkki ederse, dâvayı bir tarafa bırakır, şayet federe bir devlet Anayasasının ihlâli söz konusu ise, federe devletin Anayasa ihtilâfları için yetkili mahkemesinin, işbu Anayasanın ihlali söz konusu ise Federal Anayasa Mahkemesinin kararını talep eder. Aynı hükümler bu Anayasanın Federe Devlet Hukuku ile ihlalinde veya bir Federe kanunun Federal bir kanunla bağdaşmadığı halde de tatbik edilir» demektedir.

93) BOYACIOĞLU, 724/725.

94) Bkz. KUNTER, 390.

95) Bkz. sh. 80, not. 10.

96) KÖKSAL, 16.; KÜBALI, 1964, 251.

97) ARIK, 844.

98) ALACAKAPTAN, 505.; TELCHINI, 1019.; SCSIASCIA, 2.; SANDULLI, 302 - 303.

99) ALACAKAPTAN, 500.; TELCHINI, 1019.; SCSIASCIA, 2.; SANDULLI 302-303.

I. SİSTEMİN MAHİYETİ.

Acaba bu sistemin mahiyeti nedir? Doktrinde bu sistemin mahiyeti hakkında bir münakaşaya rastlanmamaktadır. Gerek 151.maddenin Tm.nde ve gerekse 44 s. K. nun 27. m. ise MM.ndeki müzakeresinde herhangi bir fikre tesadüf etmek mümkün değildir.

Kanaatimizce burada toplum menfaatlerinin korunması gayesinin matuf bir teminat bahis konusudur. Yargı yetkisini kullanan mahkemelerin (A. m. 7), yargı fonksiyonunun gayesine uygun olarak ek bir yetki ile mücehhez kılındığı müşahede edilmektedir. Yargı fonksiyonu netice itibariyle adalet ve toplum menfaatini sağlamak gayesiyle tesis edilmiştir. Bu gayeye çeşitli yollarla varmak mümkündür (yasama ve yürütme faaliyetleri). Bunlar yanında ortaya çıkacak patolojik durumları tesfiye ederek önceden konulmuş kurallara göre hareket etmek suretiyle de varılır ve belki de bu yol, diğer iki yoldan fiilen adaleti sağladığı ve toplum menfaatini koruduğu içindir ki daha mües-sirdir. Anayasamızın 151. maddesi ile tesis edilen sistem ve bu sistemin yargı yetkisini kullanan mahkemelere mezkûr selâhiyeti verdiği kabul edilebilir. Burada mahkeme önüne gelen bir dâvada hiçbir talebe ihtiyaç duymaksızın, hukuk düzeninde yer alan ve Anayasaya aykırı olduğu «kanı»sına vardığı bir norm veya normlar manzumesine müşahede ediyor. Bu patolojik bünyeli normun hukuk düzeninden çıkmasını istiyor. Gayesi gayri adil bir neticenin husule gelmesine mani olmak ve sosyal güvenliğe zarar verebilecek nitelikte olan normu ortadan kaldırmaktır. Bunu temin zımında elindeki yetki 151/1'in verdiği yetkidir: Dâvayı durdurup patolojik bünyeli olduğunu kabul ettiği norm hakkında bir karar vermesi için Anayasa mahkemesine intikal ettirmek, bunu da sırf toplum yararına ve adalet uğruna yapmaktır. Adı geçen yetkinin bu vasfı dolayısıyladır ki, normal yargı yetkisinin gayesine uygun bir yetki olduğu söylenebilir. Diğer bir deyişle, ferdî hakları koruma gayesiyle konulmuş bir müessesenin varlığını kabul ederek ferdî hakları koruma ve toplumun menfaatlerini siyânet noktasında âmmе dâvası açan savcılarının durumuna benzer bir teminatın kurulmuş olduğunu söyleyebiliriz¹⁰⁰. Bu netice, genel olarak yargı yetkisinin bünyesine aykırı olmadığı gibi, Anayasanın ruh itibariyle tüm yapısına da uygundur¹⁰¹.

100) Bazı hukukçular mahkemelerin re'sen nazara alma yetkisini «kamu düzeni düşüncesiyle» düzenlendiğini ve tarafların ileri sürdüğü iddianın ciddî olmasıyla re'sen nazara alınması arasında bir uygunluk görmektedirler (KÖKSAL, 16). Kanaatimizce ciddî görmeyi aynı düşüncenin mahsulünden ziyade, normal usul taleplerinin mahkemece nazara alınmasına benzer bir müessese olarak kabul etmekte daha isabet vardır. Ayrıca bkz. FEYZİOĞLU, 56.

101) «İnsan hak ve hürriyetlerini millî dayanışmayı sosyal adaleti ferdî ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi teminat altına almayı mümkün kılacak demokratik hukuk devleti-ni bütün hukukî ve sosyal temelleri ile kurmak için...» (Anayasanın Başlangıç kısmı).

II. SİSTEMİN İŞLEYİŞİ.

A. m. 151, «bir dâvaya bakmakta olan mahkeme uygulanacak bir kanunun hükümlerini Anayasaya aykırı görürse ... Anayasa mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar dâvayı geri bırakır.» demektedir, 44 s. K. nun 27. m. ise,

«Bir dâvaya bakmakta olan mahkeme :

1. O dâva sebebiyle uygulanacak kanun hükümlerini Anayasaya aykırı görürse...» «Anayasa mahkemesinin bu konuda vereceği karara resmen itilâ kesbedinceye kadar dâvayı geri bırakır...» (fıkra 1 ve 4.) şeklinde bir ifade kullanılmaktadır.

Buradaki mahkeme¹⁰² tâbirine bütün mahkemeler dahildir. Adlî, idarî ve askerî bütün mahkemeler¹⁰³. Ancak ortada bir dâva ve buna bakan bir mahkemenin olması gerekir. Ezcümle «... Sorgu hâkimliğince verilmiş olan tutuklama kararının Ceza yargılaması Usulü Kanununun 124. m. uyarınca asliye mahkemesi hâkiminin onayına sunulması işlemi vardır. Bu işlemde mahkemenin bakmakta olduğu dâva kapsamına girmez»¹⁰⁴. Aynı şekilde Savcılığın veya Temyiz mercii olarak faaliyet gösteren mahkemelerin¹⁰⁵ bu faaliyetleri sırasında uygulayacakları hükümlerin Anayasaya aykırılığını re’sen nazara alarak Anayasa Mahkemesine sevk etmek yetkileri olmadığı gibi¹⁰⁶ Uyuşmazlık Mahkemesinin de re’sen nazara alma yetkisi yoktur. Çünkü bütün bunlar «dâvaya bakmakta olan mahkeme» tâbirine girmezler¹⁰⁷. Bonn Anayasasında, bizimkine benzer bir tâbir geçip, sadece «mahkeme» denildiği için Temyiz ve Uyuşmazlık Mahkemesi gibi mahkemelerinin re’sen sevk yetkilerini kabul etmek mümkündür¹⁰⁸. Anayasa Mahkemesi, Hakem Mahkemelerinin de böyle bir yetkiyi haiz olmadığını belirtmiştir¹⁰⁹.

Fakat mahkemenin baktığı dâvanın nizalı veya nizasız olmasının tesiri yoktur¹¹⁰.

102) Bazıları «hâkim» demektedirler ki bu doğru değildir (KÖKSAL, 16.; ARIK, 844.; KUNTER, 389/44 no.lu not) Bkz. EBVG. 1, 80.

103) FRIESENHAHN, Verf., 136.; LECHNER, Die Grund: 661.; Bundes, 109.; GIESE/SCHUNCK, 207.; HAMANN, 305.

104) Bkz. 51/3-1/10/1965.

105) Aksi kanaat için bkz. ÖZÇELİK, Esas, 224.

106) Ancak CMUK. nun 322. m. ye istinaden faaliyet gösterdiği hallerde sevk yetkisi söz konusu olabilir. Çünkü Temyiz Mahkemesi bu hallerde «bizzat» dâvanın esasına hükmetmektedir.

107) GÜRAN, 24. «Anayasa Mahkemesine yapılacak itirazın mahkemeler tarafından yapılması gerekir. Halbuki olayda itiraz, tutuklama kararını onamaya yetkili merci olan hâkimlikçe yapılmıştır. Ceza Usulü Kanununun 124. maddesinin incelenmesinden de... (başkan) veya (Hâkim) deyimlerinin mahkeme anlamının kapsamı dışında kaldığı anlaşılmaktadır» (25/10 - 25/6/1965).

108) FRIESENHAHN, Verf., 138.; LECHNER, Die Grund., 611.; Bundes, 109.; HAMANN, 350.

109) Bkz. 46/43-6/4/1963.

110) EBVG. 4, 45. Bizde de aynı neticeye varmak mümkündür. Doktrinde nizasız kaza hallerinde basit usulü muhakemenin kullanılması fikri hâkim olduğundan (KURU, Nizasız, 119/120)

2. Mahkemenin uygulayacağı kanunun Anayasaya uygunluğunu araştırması sadece bir hak veya yetki değil, aynı zamanda bir vecibedir¹¹¹. Zaten metnin bunun bir hak olduğunu anlamağa müsait değildir. Anayasa Mahkemesi Hukuk Devletinin kurulmasında ve ferdî hakların korunmasına hizmet için kurulmuştur. Fakat onun harekete geçebilmesi muayyen muharriklere bağlıdır, işte bunlardan biri olan re'sen sevk, eğer sadece bir hak telâkki edilirse, bu gayelerin gerçekleşmesine sed çekilmiş olacaktır. Anayasa mahkemesine «Anayasanın korucusu» ismi verilmekle¹¹² vazifesinin önemine işaret edilmek istenmiştir. Dâva mahkemeleri pasif davranışları ile bu önemi hiçe indirebilirler. Diğer taraftan mahkemelerin bu şekilde araştırması, tarafların ileri sürmesinden müstakildir¹¹³.

3. Mahkeme, ancak uygulayacağı kanun hakkında böyle bir araştırmada bulunabilir¹¹⁴. Fakat kanunu uygulayacağı zaman önemi haiz değildir.

Bu kaidenin istisnaları vardır: Bir defa A. m. 153 de sayılan kanunlar için böyle bir şey düşünülemez. Çünkü bunlar Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamaz ve yorumlanamaz (A. m. 153/1).

Anayasa geçici 4. maddede sayılan, yani 27 Mayıs 1960 devrim tarihinden 6 Ocak 1961 tarihine kadar çıkarılan kanunlar için, mümkün gibi görülüyor.

bu usulde de duruşma yapılmaktadır (HUMK. m. 509/KURU, ibid, 121). Diğer taraftan mahkemelerimizde nizasız kaza hallerinde (KURU, ibid, 66-113) nizalı kazaya ait usulü tatbik ettiklerinden (KURU, ibid., 119/120) aynı sonuca bizde de varılabilir. Sonra nizasız kaza hallerinde verilen karara karşı kanun yoluna başvurmak mümkün ve özel olarak temyiz yerleştiği için (KURU, ibid, 119.; POSTACIOĞLU, 26) bu kararda uygulanan «norm» un Anayasaya aykırılığını iddia etmek mümkündür.

111) FRIESENHAHN, Verf., 136, 158.; LECHNER, Die Grund 661.; GIESE/SCHUNCK, 207.; ESCHENBURG, 777.; NAWIASKY, Die Grund., 130.

112) MARCIC, 106 ve müt.; ABADAN, 10/7/1963 Milliyet.

113) FRIESENHAHN, Verf., 137.

114) LECHNER, Bundes, 109.; Die Grund, 660.; ESCHENBURG, 777. Anayasa mahkemesi «Uygulanacak kanun»u ciddi olarak araştırmaktadır. Fakat «mahkemelerin, bir kanun hükmünün Anayasaya aykırılığını ileri sürerek mahkememize başvurmaları için, bakmakta oldukları bir davanın bulunması ve iptali istenen kanun hükmünün de o dâvada uygulanması gerekir» (303/277-25/12/1963, 355/297-14/2/1964). Meselâ hazırlık tahkikatı sırasında, tatbik edilip de son tahkikat safhasında uygulanamayacak olan kanun hakkında re'sen sevk kararı verilemez (303/277-25/12/1963). Ayrıca bkz. 39/72-6/3/1965, 49/ 73, 4/6 - 24/5/1965, 7/10, 50/14 - 25/6/1965. Kunter'e göre bu durumda o normların Anayasaya aykırılığı hiç bir zaman ileri sürülemeyecek demektir. Mahkeme «Anayasaya aykırı kanuna dayanak yapılan bir muameleyi muteber addetmekle o kanunu uygulamış sayılmalıdır (sh. 389 - 44 no.lu not). Aynı şekilde mahkemenin uygulamayacağı hüküm için Anayasa mahkemesine re'sen sevk kararı verilemez.» CMUK. nun 126. maddesi «ancak dâvadan önce cumhuriyet savcısı tarafından yapılan hazırlık tahkikatı sırasında uygulanabilir» 355/297 -14/ 2/1964. Ayrıca bkz. 328/296 - 24/2/1964. Anayasa mahkemesi böylece kazaî murakabe yapabilmek için temyiz merciinin uygulayacağı, kanuna da karışmaktadır. Anayasa mahkemesi bazan, iptali için re'sen sevk kararı verilen maddelerde yalnız, o dâvada tatbik edilebilecek olanları nazara alarak karar veriyor: «... kanunun tümü üzerinde değil, birinci ve ikinci maddelerine hasren inceleme yapılmasına oy birliği ile karar verilmiştir» (330/15-14/7/1964). Hüküm af kanununa göre verilme dahi, dâva ile ilgili olduğu için «Uygulanacak kanun» sayılır.

Maddenin 3. fıkrası bu kanunlar için «Anayasa Mahkemesine iptal dâvası açılmayacağı gibi itiraz yoluyla dahi mahkemelerde Anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülemez» demektir. Re’sen sevk, itiraz (defi’dan) ayrı bir yol olduğundan fıkranın şümulüne girmediği söylenebilir. Mamafih bu tarz düşünüşün maddenin sevk gayesine aykırı olduğu da teslim edilmelidir.

Andlaşmalar için 65/son gereğince aynı şey söylenemez. Yani bunlar hakkında re’sen Anayasaya aykırı görülerek Anayasa mahkemesine başvurulamaz. Çünkü bunlar hakkında A. m. 65/son’a göre, A’nın 151. maddesi gereğince Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.

Bir ayırım yapmadığından A. m. 151/1 de düzenlenen re’sen sevk yoluna da gidilemeyecektir.

4. Mahkeme uygulayacağı kanunun hem şekli bakımından ve hem de maddi bakımından Anayasaya uygunluğunu inceleyecektir¹¹⁵. Meselâ kanunun çıkışında gerekli usule riayet edildiği gerekli çoğunlukla çıkıp çıkmadığı ve yine usulüne uyularak neşredilip edilmediğini araştırmaya yetkili¹¹⁶ olduğu gibi, muhteva bakımından da Anayasa ile uygunluğunu araştıracaktır ve asıl önemli olan ve daima söz konusu olabilen de budur¹¹⁷. Ferdî hakların korunması bakımından önemli olan bu maddi uygunluk murakabesi, Anayasanın yalnız muayyen bir hükmü ile tahdit edilemez. Uygunluğun Anayasanın bütün muhtevası ile olup, olmadığı araştırılacaktır¹¹⁸. Mahkemenin uygulayacağı normun Anayasaya uygun olmadığındaki şüphesi, Anayasa Mahkemesinin kararını talep etmesi için kâfi değildir. Bilâkis o normun Anayasaya aykırı olduğu neticesine varmalıdır¹¹⁹.

5. Mahkeme böyle bir araştırmayı muhakemenin her safhasında¹²⁰, yapabilir. Yalnız hüküm verdikten sonra böyle bir yetkisi yoktur.

6. Mahkeme uygulayacağı kanunlardan yalnız birisi hakkında bu kanaata varmış olabilir. Aynı şekilde, bir tek kanunun yalnız muayyen hükümlerini olduğu gibi bütünü de Anayasaya uygun veya aykırı bulabilir.

Bu karara karşı itiraz edilemez¹²¹.

115) FRIESENHAHN, Verf, 136.; LECHNER, Die Grund, 664.; Bundes, 114.

116) FRIESENHAHN, Verf, 136.; LECHNER, Die Grund, 664.

117) LECHNER, Die Grund., 664.; FRIESENHAHN, Verf. 136.

118) LECHNER, Die Grund, 664.

119) FRIESENHAHN, Verf., 137.; GIESE/SCHUNCK, 208.; LECHNER, Bundes, 109.; HAMANN, 351.

120) Yalnız yazılı emir üzerine «duruşma tekrarlanmayınca iptali istenen kanun hükmünün mahkemece bu olayda uygulanmasına imkân olmadığından, mahkemenin sözü geçen kanun hükmünün iptalini istemeye yetkisi yoktur» (49/73-24/5/1965).

121) EREM, 9.

Dâva Mahkemelerinde Anayasaya Aykırılık Def'i

7. Mahkeme Anayasaya aykırı olduğu kanısında ise¹²², Anayasa mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar dâvayı geri bırakır (A. 151/1., 44 s. K. m. 27/4) ve bu yoldaki gerekçeli kararı, yani o normun bakmakta olduğu dâvada uygulaması gereken bir norm olduğunu, neden dolayı o normun Anayasaya aykırı olduğu¹²³ ve dosya muhtevasının bu konu ile ilgili görünen tasdikli sureti ile birlikte Anayasa Mahkemesi başkanlığına gönderir (44 s. K. m.27/1)¹²⁴

Asistan Dr. Servet ARMAĞAN

122) Bu hususa «Mahkemelin kendisi karar verecektir. Yoksa mahkeme reisi tek başına karar veremez (EBVG, 1, 80).

123) FRIESENHAHN, Verf, 137. Anayasa Mahkemesi her iki hususu da murakabe edebilmektedir.

124) KUNTER. mahkemenin bu yetkisi ile iptal dâvası açtığını söylemektedir (sh. 390). İlk defa re'sen sevk kararı veren Elâzığ 1. Asliye Hukuk Hâkimliğidir (37/35-11/10/1962). Daha sonra sh. 74/1 no.lu notta zikredilen kararlardan başka) şu kararlara esas olan re'sen şevkler görülmüştür: 233/122 - 30/4/1963, 32/63 - 18/12/1964, 39/72 - 6/3/1965, 49/73, 4/6 - 24/5/1965, 7/10, 50/14 - 25/6/1965, 11/31 - 5/10/1965.

BİBLİYOĞRAFYA

- AYBAY Rona : Anayasa Mahkemesi, 27/6/1961 Dünya Gazetesi.
_____ : Partiler ve Anayasaya aykırı Kanunlar, 17/8/1962 Dünya.
_____ : Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu, 20/1/1962 Dünya.
_____ : Anayasa Mahkemesi ile ilgili birkaç Sorun, 17/2/ 1962 Dünya.
_____ : Anayasaya Aykırı Kanunlar Konusunda, 25/10/1962 Dünya.
_____ : Anayasaya Aykırılık itirazı, 12/11/1962 Dünya.
ALDIKAÇTI : Anayasa Hukukumuzdaki son gelişmeler, c. 1-11 İst., 1964.
ALACAKAPTAN, Uğur : İtalyan Anayasa Mahkemesi ile İlgili Hükümler, AHFM. c. XVIII, S. 1-4, Sh. 493-517.
AZRAK A. Ülkü : Türk Anayasa Mahkemesi, Anayasa Düzenindeki Yeri, Teşkilâtı-Fonksiyonları, İHFM. c. XXVIII, sene s. 3-4 1962'den ayrı bası.
ARIK FİKRET : Yeni Anayasa Mahkememiz hakkında (Mukayeseli bir inceleme) AD. Yıl. 52, 1961 s. 9-10, sh. 831849, 1019-1029.
AKIN İlhan : Kamu özgürlükleri, İst, 1964.
ARIKAN Baha : Anayasa Mahkemesine başvurulamayacak haller, 1/3/1962 Cumhuriyet Gazetesi.
_____ : Anayasa Mahkemesinin Yetkilen, 9/2/1962. Cumhuriyet Gazetesi.
ABADAN Yavuz : Anayasa Mahkemesi ve Kiralar, 10/7/1963 Milliyet Gazetesi.
BALTA Tahsin Bekir : Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Türkei (Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart - Köln - Berlin 1962, sh. 550-567).
BOYACIOĞLU Ahmet : Kanunların Anayasaya Uygunluğunun defi yoluyla denetlenmesi, AD. 1962, s. 7-8 sh. 716-730.
EREM Faruk : Ön Mes'ele (Mesele-i Müstehire) olarak Anayasaya aykırılık iddiası, Ank., 1962.
ESCHENBURG Theodor : Staat und Gerellschaft in Deutschland, Stuttgart,1962.
FEYZİOĞLU, Turhan : Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Mura-kabesi, Ank., 1962.
FRIESENHAHN Ernst : Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland (Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart Köln - Berlin, 1962, sh. 89-197).
GÜRAN Sait : Uyuşmazlık Mahkemesinin Başkanlığı Mes'eleleri, İ.H.F.M. c. XXX, s. 3-4 den ayrı bası.

Dâva Mahkemelerinde Anayasaya Aykırılık Def'i

- GIESE/SCHUNK : Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Vom 23 Mai 1949, Kommentar, sechste Auf. Frankfurt/Main, 1962.
- HAMANN, A. : Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23 Mai 1949, Kommentar für Wissenschaft auf praxis, Berlin, 1956.
- KUBALI Hüseyin Nail : Anayasa Hukuku, Genel Esaslar ve Siyasî Rejimler, İst. 1964.
- : Esas Teşkilât Hukuku Dersleri, İst. 1959.
- KÖKSAL Mehmetcan : Hukukla Bağlı Devlet Kuramı Açısından Kanunların Anayasaya Uygunlukları Denetinde «def'i» İHFM. c. XXVIII, s. 3-4 sene 1962'den ayrı bası.
- KURU Baki : Hukuk Mahkemeleri Usulü, Ankara, 1964.
- KURAN Alp : Anayasanın Üstünlüğü ve Siyasî Rejimler, İHFM. c. XXIV, S. 1-4, sh. 26-62.
- KUNTER Nurullah : Ceza Muhakemesi Hukuku, İst, 1964.
- LÜTEM İlhan : Yeni Anayasalar (4. cilt) Ank., 1953-1954.
- LECHNER Hans : Schutz der Grundrecht durch die Verfassungsgericht des Bundes und Laender (Die Grundrechte, c. II/ 2 Berlin, 1959, sh. 658-716).
- : Bunderverfassungsgerichtsgesetz: Kotmenter, München und Berlin, 1954 Ergaenzungsblatt, München un Berlin, 1957.
- MARCIC René : Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, Wien, 1963.
- NAWIASKY Hans : Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart und Köln, 1950.
- ONAR Sıddık Sami : İdare Hukukunun Umumî Esasları, c. 2, 2. Tabı, 1960, İstanbul.
- ÖZÇELİK A. Selçuk : Esas Teşkilât Hukuku Dersleri, c. 1, 2. baskı. Umumî Esaslar, ist. 1963.
- POSTACIOGLU İlhan : Medenî Usul Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 2. baskı, İst. 1962.
- SAVCI Bahri : İnsan Hakları, Ankara, 1953.
- SAYMEN Ferit Hakkı : Türk Medenî Hukuku, c. 1. Umumî Prensipler, yenilenmiş 2. bası, 1956, İst.
- SANDULLI Aldo M. : Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Italian, (Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart - Köln - Berlin, 1962, sh. 292-325).
- SCIASCIA Geatino : Die Rechtssprechung des Verfassungsgerichtshof der Italienischen (Jahrbuch des öffentlichen Rechts, band. 6, sh. 1-24).
- TELCHINI Italio : İtalya'da Anayasa Mahkemesi, AD. Yıl: 54, s. 9-10, sh. 1008-1025.
- (Terc. : Orhan Onar)

(6. Makale - 1967)

Recai G. OKANDAN

*Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun
Siyasî ve Kazaî Teminâtı Yönünden
20 Nisan 1340 Anayasamız**

* Recai G. Okandan, "Kanunların Anayasa'ya Uygunluğunun Siyasi ve Kazai Teminatı Yönünden 20 Nisan 1340 Anayasamız", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 33, S. 1-2, 1967, s. 3-21.

KANUNLARIN ANAYASA'YA UYGUNLUĞUNUN SİYASÎ VE KAZAÎ TEMİNÂTI YÖNÜNDEN 20 NİSAN 1340 ANAYASAMIZ

Ord. Prof. Dr. Recai G. OKANDAN

I

Toplumların yönetiminde varlığı elzem Devlet gücünün kötüye kullanılmasına karşı önemli bir garanti niteliğinde olmak üzere, Devletin mâhiyetini ve yönetim şeklini, ana siyasî kuvvetlerin teşkilâtını ve bunların işleyişlerini ve münâsebetlerini, yurttaşların hak ve özgürlüklerini tesbit ve tanzim eyleyen; Devlette hâkim olan ana prensipleri, Devletin faaliyetinin ana nizâmını, Devlet gücünün sınırlarını ve bunun nasıl ve hangi şartlar içinde kullanılması gerektiğini tayin eden; Devlet organlarının görev ve yetkilerini, fertlerin hak ve özgürlükleri karşısında Devletin yetkilerinin sınırlarını, gerek Devletin ve gerek fertlerin tâbi olacakları ana prensipleri tesbit eyleyen bir Anayasa'nın meydana getirilmesine lüzum his edildiği ândan itibaren, kurucu yasama müesseselerinin üzerinde önemle durdukları bir problem kendisini göstermiştir ve, o da, yukarda açıklanan hususları kapsayan Anayasa'nın yasama organlarına karşı da üstün kılınması, onlara karşı da teminâta bağlanması, onların faaliyet ve işlemlerinin de Anayasa ile tahdit edilmesi meselesidir.

Gerçekten, Amerika Birleşik Devletlerini takiben 1789 Fransız devriminden sonra Avrupada ilk Anayasa'nın meydana getirilmesine başlandığı ândan itibaren, Anayasa'ların yasama müesseseleri tarafından da ihlâl olunabileceğinin idrâk olunmasıyla ilgili bulunan mezkûr problem, kurucu yasama meclislerinin dikkatini çekmekden hâli kalmamıştır. Büyük devrimin ilân eylediği ferdî hak ve özgürlüklerin ve vaz'ını sağladığı Anayasa prensiplerinin, toplumun temsilcilerinden mürekkep ve yasama yetkisine sâhip teşekküle karşı da üstün kılınmasını, ona karşı da korunmasını, bu ferdî hak ve özgürlükleri ve Anayasa prensiplerini kapsayan Ana kanunun yasama müessesesinin de yetkilerini sınırlayan, onun tarafından da uyulması gereken bir öneme mazhar kılınmasını temin lüzumu üzerinde durulmuştur.

Nitekim, bu lüzumu duyanların başında gelen ve Fransız devriminin önemli simalarından biri olan Sieyes, yasama müessesesinin yetkilerinin mutlak olmayıp bunların Anayasa ile sınırlanmaları ve bu müessesenin Anayasa'nın hükümlerine uygun hareket etmesi lüzumu üzerinde durmuş ve hattâ bu hususda daha ileri giderek Anayasa'ya yapılan tecâvüzlerle ilgili şikâyetleri inceleyerek bunları nihâî karara bağlayacak, Anayasa'ya aykırılığına karar verdiği tasarrufları hükümsüz kılacak bir Anayasa Jürisi'nin kurulması lüzumuna değinmiş ve fakat, ileri sürdüğü bu fikir, o zamanın kurucu yasama müessesesi tarafından benimsenmemiştir (1).

Devlet dâhilinde Anayasa'nın yasama müessesesinin de üstünde gelen bir öneme mazhar kılınması lehindeki bu gelişme, özellikle ondokuzuncu yüzyılın başından itibaren daha büyük bir ehemmiyet kazanmıştır. Bir yandan Amerika Birleşik Devletlerinin Anayasasında açık bir hüküm bulunmamakla beraber Anayasanın Kazâ organlarını kanunları izah ve tefsire yetkili kılan hükmünden faydalanan Hâkimler, kanunların Anayasa'ya uygunluğunu kontrol ve binnetice Anayasa'ya aykırılığına hüküm eyledikleri kanunları tatbik etmeme hususuna kendilerini yetkili görürlerken, Anayasa'yı kanun koyucunun üstünde bir öneme mazhar kılmaya ve ondokuzuncu yüzyılın sonlarına doğru bazı hukukçular tarafından «Hâkimler Hükümeti» (2) diye ifade edilecek olan bir sistemin doğmasını sağlamaya ve kendilerini Anayasa'nın tabîi tefsircileri haline getirmeye çalışırken, öte yandan, Avrupa'da da, yine aynı amacı sağlamaya matuf önemli teşebbüslere girişildiği görülmektedir.

Nitekim, daha önce Fransa'nın 22 Ağustos 1793 Anayasa'sı kanunların Anayasa'ya uygunluğunu temin yönünden siyasî kontrol ve teminât usûlünü kabul etmiş, yasama müesseselerinden Beşyüzler Meclisi'nin kabul ettiği kanun tasarılarının Anayasa'ya uygunluğunu bir nevi kontrol yetkisini Ayan Meclisi'ne tanımış (3); kezâ, yine Fransa'nın 15 Aralık 1799 Anayasa'sı yapılırken, Anayasa'nın yasama müessesesine karşı da üstünlüğünü sağlayacak bir teşekkül niteliğinde olmak üzere «Sénat conservateur» adı altında, başlangıçta almış ve sonraları seksen üyeden mürekkep, yasama organının tasarruflarının Anayasa'ya uygunluğunu kontrol, uygun görmediği tasarrufları iptal yetkisine sahip bir müesseseye Anayasa'da yer verilmiş ve böylece yasama müessesesinin Anayasa ile sınırlanması hususunda bir siyasî garanti ve müeyyidenin tesisi sağlanmıştır (4).

(1) BK. JANET (P.), Histoire de la science politique dans ses rapports avec la morale, Paris 1924, c. II, s. 722 ve mût.; BASTID (P.), Sieyès et sa pensée, Paris 1939, s. 345; BURDEAU (G.), Traité de science politique, c. III, s. 21, note 2, s. 368, 369, c. V, s. 27 note 3, s. 507; DUVERGER (M.), Droit constitutionnel et institutions politiques, Paris 1956, s- 223.

(2) Hâkimler Hükümeti sistemi 1936 dan itibaren önemini nisbeten kaybetmeye başlamış, yargı organlarının bu husustaki yetkileri bazı tahditlere uğramıştır.

(3) BK. LAFERRIERE (J.), Manuel de droit constitutionnel. Paris 1947, s- 112.

(4) BK. LAFERRIERE (J.), op. cit., S. 128.

Kezâ, Anayasa'nın yasama müessesesine karşı da korunmasını temin ve bu hususta bir siyasi garanti ve müeyyideyi gerçekleştirme amacıyla, yine Fransa'da, 14 Ocak 1852 Anayasasında da, Ayan Meclisi adı altında bir teşekküle yer verilmiş ve, bu müesseseye, Teşriî Hey'et (Corps législatif) tarafından yapılan kanunların Anayasa'ya uygunluğunu kontrol ve uygun olmadığı sonucuna vardığı kanunları tasvip etmemek suretile onların tekemmülüne mâni olma salâhiyeti tanınmış ve, hattâ, fertlere de, Anayasa'ya aykırı tasarruflara karşı bu müesseseye başvurarak onların iptalini temin yetkisi sağlanmışdır.

Anayasa'nın yasama müessesesine de üstün kılınması lehinde yabancı memleketlerdeki bu gelişmeye paralel olarak, memleketimizde de aynı problemin idrak edildiği görülmektedir. Meselâ, 7 Zilhicce 1293 Kanunu Esasisi meydana getirilirken, burada da, Anayasa'nın üstünlüğünü sağlayacak hükümlerin yer aldığı ve söz konusu üstünlüğün bir siyasi garanti ve müeyyideye bağlanmasını sağlama amacıyla 14 Ocak 1852 Fransız Anayasa'sının yirmialtıncı maddesinden mülhem olmak suretile Ayan Meclisi'ne Meb'usân Meclisince kabul olunan kanun tasarılarını Anayasa'ya uygunluğu noktasından kontrol yetkisinin tanındığı ve bu esasların Anayasa'da 1325 de yapılan değişiklik sırasında da varlıklarını muhafaza eyledikleri görülmektedir.

Anayasa'nın yasama müessesesine karşı öneme mazhar kılınması, kanun koyucunun faaliyet ve tasarruflarının Anayasa ile sınırlanması lehinde vukubulan gelişme, özellikle yirminci yüzyılın başlangıcından itibaren ve bilhassa birinci cihan savaşından sonra daha büyük bir önem kazanmıştır. Bunun sonucu olarak da, meydana getirilen Anayasa'larda, kanun koyucuların yetkilerini Anayasa ile sınırlama, onların tasarruflarına karşı Anayasa'nın üstünlüğünü sağlama hususunda, bunun kazaî teminât ve müeyyideye bağlanması suretile temini cihetine gidilmiştir. Ancak, bu kazaî teminat ve müeyyideye bağlama, bazı memleketlerde kanunları uygulamakla mükellef normal yargı organlarına, bazı Devletlerde Anayasa tarafından ihdâs olunan Anayasa Mahkemesi'ne ve nihayet bazı yerlerde de Devletin en yüksek Kazâ müessesesine kanunların Anayasa'ya uygunluğunu kontrol yetkisinin tanınmasıyla mümkün kılınmış ve bu kazaî kontrolün hukukî sonucu yönünden de birbirinden farklı esaslar kabul olunmuştur.

Kanun koyucunun yetkilerinin Anayasa ile sınırlanmasının siyasî veya kazaî bir kontrol ve teminâta bağlanması lehinde ondokuzuncu yüzyılın başlangıcından zamanımıza kadar vukua gelen gelişmenin ifâde ettiği manâyı şu şekilde özetlemek mümkündür: Devlet güçlerinin düzen ve teşkilâtını tesbit ve bu güçlerin nasıl ve hangi şartlar içinde kullanılmaları gerektiğini tayin ile ilgili olmak üzere bir Anayasa'nın meydana getirilmesi kâfi değildir. Bu Anayasa'nın yasama organı da dâhil Devlet içinde üstünlüğünü, onun hiçbir Devlet organı tarafından çiğnenmemesini de sağlamak gerekir. Hattâ, söz konusu sağlama ile ilgili olmak üzere, Anayasaya, onun hiçbir suretle ihlâl edile-

meyeceği tarzında bir hükmün derci de kâfi değildir. Muhtelif memleketlerde vukubulan tarihî ve siyasî olaylar göstermiştir ki, bir Anayasa’nın meydana getirilmesine ve hattâ bu Anayasa’ya onun ihlâl edilemeyeceği tarzında bir hükmün dercine rağmen, Anayasa’lar Devletin çeşitli organları ve özellikle yasama müesseseleri tarafından sık sık ihlâl edilebilmekte ve bu ihlâllerin birçokları da normal yasama fonksiyonu ile kurucu yasama fonksiyonunun sınırlarının Anayasa’lar tarafından açık bir şekilde tâyin edilememesinden veya edilmemesinden ileri gelmektedir.

İşte, bu gerçekler nazara alındığı içindir ki, Devletin bir Anayasa’ya mazhar kılınması zorunluğu his edildiği ândan itibâren, Anayasa’nın kanun koyucuya da üstün kılınmasını sağlayacak imkân ve çârelerin aranması cihetine gidilmiş ve, neticede, Anayasa’ya onun ihlâl olunamayacağı tarzında bir hükmün konmasıyla yetinilmeyerek, yasama müessesesinin Anayasaya aykırı tasarruflarda bulunmasını önleyecek, onu frenleyecek, yasama müessesesi karşısında kontrol görevini yapacak siyasî veya kazaî nitelikteki teşekküllere de Anayasa’da yer verilmiş veya doğrudan doğruya Devletin kaza organlarına veya en üstün kazaî teşekkülüne söz konusu kontrolün yapılmasını, mezkûr tahdidin müessiriyetini sağlayacak yetkiler tanınmıştır.

Ancak, yine realiteler göstermiştir ki, bu teşekküllerden siyasi olanlar, başka deyimle siyasî garanti ve müeyyide, yasama organının Anayasa ile tahdidinin sağlanmasında, müsbet ve etkili rol oynamak imkânını bulamamışlardır. Bundan ötürü, söz konusu kontrolün Anayasa’da yer alan kazaî nitelikteki teşekküller tarafından yapılması veya bu imkânın normal kazâ organlarına tanınması, yani bir kazaî teminât ve müeyyidenin kabulü, zamanımızda genellikle benimsenen bir usul olmuştur.

Siyasî kontrolün gerçekleştirildiği veya siyasî teminâtın kabul olunduğu yerlerde, yasama müessesesinin kabul ettiği kanunları tekemmül ettirmemek gibi bir müeyyide, kazaî kontrol ve teminâtın gerçekleştirildiği yerlerde ise Anayasa’ya aykırı olduğu sonucuna varılan kanunların ya iptali veya onların uygulanmamaları gibi bir müeyyide söz konusu olmaktadır. Ancak, bazı memleketlerin Anayasa’larında yasama müesseselerinin yanında yer alan ve fakat yasama faaliyetine iştirak etmeyen ve teşekkül tarzı yönünden siyasî karaktere sâhip bazı müesseselerin de, mahdud ölçüde olsa bile, az çok bir kazaî murâkabe rolünü oynayabildikleri de görülmektedir.

II

Kanun koyucuların faaliyetlerinin Anayasa ile tahdidi lehinde muhtelif memleketlerde vukua gelen gelişme bizde de kendisini göstermiştir. Meselâ, 7 Zilhicce 1293 Kanunu Esasisi, bu tarzda bir tahdit ile ilgili olarak, yüzonbeşinci maddede muhtevâ ve yüzonaltıncı maddede şekil yönünden gerekli esasları vaz’etmiş ve altmış dördüncü madde ile de Ayân Meclisi tarafından

icrâ kılınacak bir siyasî kontrol usulünü kabul etmiş ve, bu hükümler, 1325 Anayasa tadilatında da değişikliğe uğramamışlardır.

20 Ocak 1337 Anayasa'mızda ise, belki de milli mücadele devrinin siyasî zihniyetinin sonucu olmak üzere, Büyük Millet Meclisi'nin tasarruflarının Anayasa'ya uygunluğunu sağlayacak bir hükme yer verilmemiştir. Her ne kadar Anayasa'nın yedinci maddesinde «Kavanîn ve nizamâtın tanziminde muamelâtı nâsa erfak ve ihtiyacâtı zamâna evfak ahkâmı fıkhiye ve hukukiye ile adâp ve muamelât esas ittihaz kılınır» denilmekte ise de, yasama organının bu esaslara riâyetini sağlayacak bir usul ve mekanizmaya Anayasa'da yer verilmemiştir. Büyük Millet Meclisi, bir tahdit ve takyit söz konusu olmadan, normal yasama yetkisi yanında kurucu teşriî salâhiyeti de kendisinde temerküz ettiren bir müessese olarak, istediği gibi adî kanunları yapabilmek ve Anayasa ile ilgili istediği kanunları vücade getirmek yetkisine sâhipdir.

20 Nisan 1340 Anayasa'mıza gelince, bu kanun, bir yandan yasama organını egemenlik hakkına sâhip milletin yegâne ve gerçek temsilcisi ve millet adına egemenlik hakkının kullanıcısı bir teşekkül olarak karşılamış ve fakat, öbür yandan, aynı teşekkülün hareket ve faaliyet serbestisini Anayasa ile de tahdit etmiştir. Başka deyimle, 20 Nisan 1340 Anayasası, Anayasa'nın kanun koyucuya da üstünlüğünü bildiren, onun tadili konusunda adî kanunlardan farklı bir usul nazara alan, onu gerek şekil ve gerek muhtevâ yönünden normal yasama faaliyetinden ayrı esaslara bağlayan hükümler koymuştur.

Nitekim, 20 Nisan 1340 Anayasasının yüzikinci maddesi, 1293 Kanunu Esasisinin yüzonaltıncı maddesinde yer aldığı tarzda, Anayasa'nın tadili hakkında adî kanunların kabulünden farklı bir usul kabul etmiş, bu hususta gerek tadil tekliflerinin yapılması ve gerek bu tekliflerin yasama organı tarafından kabulü hakkında adî kanunların meydana getirilmelerinde nazara alınan ekseriyetten daha farklı bir çoğunluğun mevcudiyetini elzem telakki etmiş ve aynı maddenin sonuncu fıkrası ile «İşbu kanunun şekli Devletin cumhuriyet olduğuna dâir olan birinci maddesinin tadil ve tağyiri hiçbir suretle teklif dahi edilemez» şeklinde kanun koyucunun kurucu yasama yetkisine önemli bir tahdit koymuştur.

Kezâ, yine 20 Nisan 1340 Anayasasının 1293 Kanunu Esasisinin yüzonbeşinci maddesinden mülhem olmak suretiyle ihtivâ eylediği yüzüçüncü maddesinde de, «Teşkilâtı Esâsiye Kanununun hiçbir maddesi, hiçbir sebep ve bahane ile ihmal veya tatil olunamaz. Hiçbir kanun Teşkilâtı Esâsiye Kanununa münâfi olamaz» şeklinde, yine yasama organının yetkisini, onun adî kanunların yapılmalarıyla ilgili teşriî salâhiyetini sınırlayan önemli bir hükmün yer aldığı görülmektedir.

O halde, görülüyor ki, yasama organı, mazhar kılındığı büyük öneme rağmen, Anayasa'nın hükümleriyle bağlı bulunmaktadır. Fakat, 20 Nisan 1340

Anayasasını meydana getirenlerin, bir yandan yasama organının hareket ve faaliyet serbestisini Anayasa’ya koydukları hükümlerle tahdide tâbi tutarlarken, öte yandan, sırf yine millî mücâdele döneminin siyasî zihniyetinin sonucu olarak ve sırf yine mensup bulundukları müessesenin Devlet içindeki önemini, nüfuzlu ve seçkin yerini muhâfaza amacıyla, bu tarzdaki bir tahdidin hukukî sonucu olmak üzere onun değer ifâde edebilmesini sağlayacak bir hükmün konmasını, bu hususta siyasî veya hukukî bir kontrol ve garantinin ve bununla ilgili bir müeyyidenin gerçekleşmesini sağlamak istememişler ve, hattâ, 1293 Kanunu Esasisine nazaran oldukça geri diyebileceğimiz bir zihniyetin etkisi altında kalmışlardır.

Gerçekten, 20 Nisan 1340 Anayasasında yasama organının yetkilerinin Anayasa ile sınırlanmasının yalnız ifâde edilmiş olması, bu hususta bir kontrol, garanti ve müeyyidenin nazara alınmaması, söz konusu sınırlamadan beklenen sonuçların elde olunmasını imkânsız bir durum yaratmaktadır. Zirâ, Prof. Marcel Prélôt’nun dediği gibi, Anayasa’ya uygunluk esasının yalnız Anayasa’da ifâde edilmesi kâfi değildir. Bu hususta bir kontrolün sağlanması da gerekmektedir (5).

20 Nisan 1340 Anayasasında yasama organının yetkilerinin Anayasa ile sınırlanmasının hukukî değer ve öneme mazhar kılınmamış olmasının başlangıcını, herşeyden önce Anayasa’nın bizatihi kendisinin meydana getirilişinde izlenen usûldeki aksaklıkta aramak gerekir. Anayasanın egemenliğin gerçek sahibi toplum tarafından Kurucu Meclis nitelik ve yetkisine mazhar kılınmış bir teşekkül tarafından yapılmamış olması veya meydana getirilen Anayasa’nın toplumun tasvibine sunulmaması, değinilen sınırlamanın etkili oluşu üzerinde menfi bir tesir yapmaktadır. Ortada, toplumdaki yetki almayan bir teşekkülün meydana getirdiği bir Anayasa ve onun tarafından yasama organının yetkilerine konmuş bir tahdit söz konusudur.

Gerçekten, 20 Nisan 1340 Anayasa’sı, bir yandan kendisini meydana getiren yasama organını geniş yetkilere mazhar kılarken, onu Devletin en üstün bir teşekkülü hâline getirirken, öte yandan, milletin yegâne ve gerçek temsilcisi olup millet adına egemenlik hakkını kullanan bir organ olarak karşıladığı yasama müessesesinin kullandığı bu egemenliği Anayasa’da yer alan esaslarla sınırlamaktadır. Fakat, 20 Nisan 1340 Anayasa’sının egemenliğin gerçek sahibi olan milletin mukaddem bir yetkisi veya muahhar bir tasvibi bahis konusu olmadan meydana getiriliş tarzı, gerek Anayasa’nın ve gerek söz konusu tahditlerin hukukî değerini sarsacak bir durum yaratmaktadır. Gerçekde egemenliğin gerçek sahibi olan millet tarafından kurucu yasama yetkisine mazhar kılınmış olmayan İkinci Büyük Millet Meclisi, kurucu yasama yetkisine sahip bulunmadığı halde meydana getirdiği Anayasa ile, bir yandan kendisini geniş yetkilerle teçhiz etmiş ve, öbür yandan da, bu yetki-

(5) BK. PRELOT (M), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris 1957, s. 197.

lerini, sırf kendi irâdesine dayanan, bir siyasî veya hukukî garanti ve müeyyidesi olmayan ve müstakbel yasama müesseselerine de şâmil bulunan bir tahdide tâbi tutmuştur.

İşte, varlığını ve ifâdesini İkinci Büyük Millet Meclisinin irâdesinde bulmak üzere bu müessesenin kendisini mazhar kıldığı geniş yetkilere yine kendisinin koyduğu bahis konusu tahditler, Anayasa millet tarafından kurucu yasama yetkisine mazhar kılınmış bir teşekkül tarafından meydana getirilmediği veya referanduma sunulmak suretile milletin irâdesine dayandırılmadığı için, egemenliğin gerçek sahibi millettten gelen, toplum tarafından empoze edilen, yasama organının irâdesi dışında kalan ve binnetice yasama organının irâdesine üstün gelen birer tahdit niteliğini arz edememektedirler. Ortada, yasama organının kendi iradesiyle kendi irâdesine koyduğu bir tahdit, onun irâdesine tâbi bir fren, varlığını yasama organına borçlu ve mukadderâtı yasama organına bağlı bir takyit bahis konusu olmaktadır.

İşte, 20 Nisan 1340 Anayasasında, yasama organının yetkileri hakkında Anayasa'nın koyduğu esaslara uygunluktan mütevellit tahditlerin egemenliğin gerçek sâhibi millet yerine münhasıran Anayasa'yı meydana getiren yasama müessesesinin irâdesine dayandırılmış olması, netice itibarile, yasama organının kendi yetkileri hakkında koyduğu ve bir teminât ve müeyyideye bağlamak istemediği tahditlerin kendi hakkında hukukî değer ifâde edebilmelerini zaafa, uğratmaktadır. Ortada, bahis konusu tahditleri meydana getiren irâdenin, kendisinin mahsulü ve kendisine bağlı olan ve ifâdesini Anayasa'nın koyduğu esaslarda bulan tahditlere kendisini tâbi kılması gibi bir durum bahis konusu olmaktadır ki, böyle bir tahdidin etkili olabileceğini söylemek çok güçtür.

20 Nisan 1340 Anayasası, yasama organının geniş yetkilerine Anayasa'ya riâyet şeklinde koyduğu tahdidi, bir teminât ve müeyyideye bağlamamıştır dedik. Gerçekten Anayasa'nın muhtevâsı incelendikte, bir çok Anayasalarda görülen ve manevî diye ifâdesi mümkün bir teminât ve müeyyidenin 20 Nisan 1340 Anayasa'sında yer almadığı görülür. Meselâ, 7 Zilhicce 1293 Kanunu Esasisinin kırkaltıncı maddesinde, Meclisi Umumî azâlîğine intihap veya nasb olunan zevata Meclisin yevmi küşâdında kanunu Esasî ahkâmına riâyet eyleyeceklerine dâir yemin mükellefiyeti tahmil olunduğu halde, 20 Nisan 1340 Anayasa'sının onaltıncı maddesinde, millet vekillerinin yemin formülü içinde, Anayasa'ya riâyet keyfiyetinin yer almadığı görülmektedir. Bu formülde rastlanan «Milletin bilâ kaydü şart hâkimiyetine mugâyir bir gaye takip etmiyeceğime ve cumhuriyet esaslarına sadâkattan ayrılmayacağıma» tarzındaki ibârenin, Anayasa'nın hükümlerine de riâyeti tazammun eylediği söylenemez. Zirâ, ne milletin bilâ kaydü şart hâkimiyetine mugâyir bir amaç izlememe ve ne cumhuriyetin esaslarından ayrılmama keyfiyeti, Anayasa'ya riâyeti ve onun ihlâl edilmemesini sağlayacak bir formül olmaktan uzaktır.

Bundan başka, milletin bilâ kaydü şart egemenliğine mugayir bir amaç izlememenin ve cumhuriyet esaslarına sadakatin muhakkak surette 20 Nisan 1340 Anayasasının hükümlerine riâyette mümkün olabileceğini iddiâ etmek de pek güçtür.

20 Nisan 1340 Anayasasının yasama organının yetkilerine Anayasa’ya riâyette şeklinde koyduğu tahditlerin etkili olmaları yönünden, Anayasa’nın otuzbeşinci maddesinde Devlet Başkanına tanınan yetkinin de gerçekte bir değeri olabileceğini söylemeye imkân yoktur. Filhakika, ne meselâ 7 Zilhicce 1293 Kanunu Esasinin 1325 de değiştirilen üçüncü maddesinin ikinci fıkrasında olduğu gibi Anayasa ahkâmına riâyete yemin gibi bir mükellefiyet, ne meselâ 1923 Romanya, 1937 Brezilya ve 1937 İrlanda Anayasa’larında olduğu gibi Anayasa’yı korumaya matuf bir hukukî görev ve ne meselâ 1958 Fransız Anayasa’sının beşinci maddesinde olduğu gibi Anayasa’ya hürmet ve riâyete nezâret gibi bir fonksiyon tahmil edilmemiş bulunmakla beraber, Devlet Başkanının 20 Nisan 1340 Anayasa’sının otuzsekizinci maddesine göre intihabı akebinde ve Meclis huzurunda Cumhurbaşkanı sıfatıyla cumhuriyetin kanunlarına ve milli egemenlik esaslarına riâyette bunları müdâfaa tarzında yaptığı yemini ve bu yemin formülünde yer alan cumhuriyetin kanunları tabirini çok geniş anlamda alarak, Anayasa’nın otuzbeşinci maddesinin kendisine tanıdığı yetki sâyesinde Anayasa’ya aykırı olduğunu zan eylediği ve binnetice ilânını uygun görmediği kanunları (yasama organının bütün tasarrufları değil, ancak kanunları ilân keyfiyeti bahis konusudur) bir daha görüşülmek üzere mücip sebepleriyle birlikte on gün içinde yasama müessesesine iâde edebileceği düşünülebilirse de, böyle bir iâdenin, yasama organının yetkilerinin Anayasa ile sınırlanması hususunda etkili bir rol oynayabileceğini söylemek çok zordur.

Zirâ, herşeyden önce, Anayasa’da, Devlet Başkanı tarafından Anayasa’ya aykırılığı düşüncesiyle ilânı uygun görülmemekle iâde olunan kanunların yasama müessesesi tarafından yeniden görüşülmesi ve kabulü hakkında daha kuvvetli bir çoğunluğun mevcudiyeti şartı yer almamıştır. 20 Nisan 1340 Anayasa’sının İkinci Büyük Millet Meclisinde görüşülmesi sırasında, Devlet Başkanı tarafından ilân edilmemekle iâde olunan kanunların yasama müessesesi tarafından yeniden kabulü hakkında üçde iki çoğunluğun aranması lehinde yapılan teklif millet vekilleri tarafından kabul edilmemiştir (6). Bundan başka, Devlet Başkanı tarafından ilânı uygun görülmemekle iâde olunan kanunların yasama organı tarafından yeniden kabulü hâlinde Cumhurbaşkanının buna karşı yapabileceği bir şey de yoktur. İşte, bunun içindir ki, Devlet Başkanının az önce değinilen yetkisinin bir veto niteliğini kazanabilmesi mümkün olamamış; İkinci Büyük Millet Meclisi, kabul ettiği kuvvetlerin birleştirilmesi

(6) BK. GÖZÜBÜYÜK (A. Ş.) 1924 Anayasası hakkındaki Meclis görüşmeleri, Ankara 1957, s. 15, 42, 59, 62, 83, 89, 262.

sistemiyle Devlet Başkanına veto yetkisi tanınmanın bağdaşınayacağı sonucuna varmıştır.

Bütün bunlardan başka, yasama müessesesinin yetkilerinin Anayasa ile sınırlanmasının etkili kılınması hususunda Devlet Başkanından gelmesi melhuz ve fakat hukukan tesirsiz ikazların, Cumhuriyet devrinin başlangıcından itibaren uygulanan seçim kanunlarının kabul eyledikleri çoğunluk sisteminin Parlâmento'nun bünyesinde husule getirdiği durum yönünden de müsbet ve müsmir bir sonuç doğurabilmesini düşünmeye imkân yoktur. Zirâ, Devlet Başkanları, daimâ, seçimlerde çoğunluğu kazanan siyasî partilerin yasama müessesesinde sağladıkları çoğunluk tarafından ve onların liderleri arasından seçilmişlerdir. Cumhurbaşkanları, mensup bulundukları çoğunluk tarafından Devlet Başkanlığına seçildikten sonra da, bazan hem hukukî ve hem fiilî olarak yine partilerinin liderleri olarak kalmakta sakınca görmemişler ve, bazan da, suretâ bu liderlikten ayrılmış olmalarına rağmen gerçekte yine partilerinin başında fiilî lider durumunda olmaya veya hukuki liderler yanında fiili lider olarak kalmaya devam etmişlerdir.

Tabiatıyla, Anayasa'nın Cumhurbaşkanının seçilme şartları ve seçim süresi hakkında kabul eylediği hükümlerin ve siyasî partilerin bünyelerinde hâkim olan esasların da etkisi altında meydana gelen böyle bir durum karşısında, Devlet Başkanının yasama müessesesinde çoğunluğa sahip kendi partisi tarafından kabul edilen bir kanuna muhâlefeti diye bir şeyi düşünebilmek çok güçtür. Hattâ, parti liderlerinin, sırf liderlik vasfının kendilerine parti içinde sağladığı nüfuz dolayısıyla, rızaları olmadan bir kanunun mezkur çoğunluk tarafından kabulü diye birşey bahis konusu olamayacağına göre, gerçekte temâs ettiğimiz bir muhalefetin husule gelebileceğini bile düşünmek oldukça zordur.

İşte, 20 Nisan 1340 Anayasa'sının yürürlüğe girdiği ândan itibaren varlığını her zaman devam ettiren bu tarzda bir durum dolayısıyledir ki, Cumhurbaşkanları, Anayasa'nın otuzbeşinci maddesinin kendilerine sağladığı bahis konusu yetkiyi hiçbir vakit kullanmamışlar ve, hattâ, bu suretle, mezkûr yetkinin Devlet Başkanı tarafından kullanılmaması şeklinde bir Anayasa geleneğinin yerleşmesine sebebiyet vermişlerdir. Tabiatıyla, bu çeşit geleneğin Anayasa hukuku yönünden arz ettiği önem nazara alındığı takdirde, Anayasa'nın yasama müessesesine karşı korunması hususunda esâsen büyük bir değeri olmayan otuzbeşinci maddedeki söz konusu yetkiden de birşey beklemek mümkün değildir.

20 Nisan 1340 Anayasasının kabulünden sonra meydana getirilen 2 Mayıs 1927 tarihli Türkiye Büyük Millet Meclisi iç tüzüğü'nün otuzyedinci maddesiyle yasama müessesesinin Anayasa ile tahdidine mütedâir konan hüküm üzerinde de kısaca durmak gerekir. Gerçekten, söz konusu maddenin birinci fıkrasına göre, Büyük Millet Meclisi Encümenleri, kendilerine havâle olunan

kanun lâyiha ve tekliflerini, ilk önce Anayasa’nın metin ve ruhuna aykırı olup olmadıkları bakımından incelemekle mükellef tutulmakda ve, ikinci fıkrada da, bir kanun tasarısı veya teklifinin Anayasa’ya aykırı görülmesi halinde, bunun, Encümenler tarafından, mûcip sebeplerinin tasrihi ile maddelerin görüşülmesine geçmeden reddi gerektiği açıklanmaktadır.

Herşeyden önce 20 Nisan 1340 Anayasasının değil, hiyerarşik yeri itibariyle Anayasa’nın ve hattâ adı kanunların aşağısında gelen, bir kanun niteliğini taşımayan, yasama müessesesi tarafından ihlâl edilmesi halinde uygulanması mümkün bir siyasî ve hukukî müeyyide söz konusu olmayan Meclis iç tüzüğünün kapsadığı bu tarzda bir hükmün de yasama müessesesinin Anayasa ile tahdidi hususunda etkili bir teminât ve tedbir olduğunu söylemek mümkün değildir. Zirâ, seçim kanunlarının kabul eyledikleri seçim sistemlerinin normal sonucu olarak, yasama müessesesinde çoğunluğu hâiz bulunan siyasî parti Meclis Encümenlerinde de aynı çoğunluğu muhafaza eylediğinden, Hükûmet’ten veya bu partiye mensup millet temsilcilerinden gelen kanun lâyiha veya tekliflerinin Anayasa’ya uygunluğunu kontrol ve gereğini ifâ hususunda mezkûr Encümenlerin etkili bir rol oynayabileceklerini düşünmeye ve Cumhuriyet devrinin başlangıcından itibâren Meclis Encümenlerinin Meclis iç tüzüğünün otuzyedinci maddesine uygun hareket edebildiklerini ve bunların ancak muhâlif partilere mensup Millet temsilcilerinin yapabildikleri Anayasa’ya aykırılık iddîalarına ilgi gösterdiklerini, onları öneme mazhar kıldıklarını söylemeye imkân yoktur.

20 Nisan 1340 Anayasasında, milletin yegâne ve gerçek temsilcisi ve millet adına egemenlik hakkını kullanmaya yetkili bir teşekkül olarak kabul eylediği yasama organının yanında, bunun yasama faaliyetinin Anayasa’nın sınırları içinde cereyânını da sağlayacak, gerek muhtelif Devletlerin Anayasalarında ve gerek 7 Zilhicce 1293 Kanunu Esasîsinde olduğu gibi ikinci bir yasama müessesesine veya daha önce değinildiği tarzda ve Fransa’nın muhtelif Anayasalarında olduğu şekilde yasama yetkisine sahip olmamakla berâber sırf kanunların Anayasa’ya uygunluğunu temin edecek, bu fonksiyonu görececek bir siyasî teşekküle de yer verilmemiştir.

Meselâ, Meb’usân Hey’eti yanında Ayân Hey’eti adı altında ikinci bir yasama müessesesine yer veren 7 Zilhicce 1293 Kanunu Esasîmizin altmışdördüncü maddesinde, Ayân Meclisi’ne, Meb’usân Meclisinden verilen kavanîn ve müvâzene tasarılarını tetkik ve eğer bunlarda özgürlüğe ve Anayasa hükümlerine hâlel verir bir yön görürse mütâlâasının ilâvesiyle ya kesin olarak red veya tadil ve tashih olunmak üzere Meb’usân Meclisi’ne iâde yetkisi tanınmıştır.

Halbuki, 20 Nisan 1340 Anayasasında, yasama organının Anayasa ile sınırlanmasını da sağlayacak yetkilere sahip bu tarzda ikinci bir yasama müessesesine rastlanmamaktadır.

20 Nisan 1340 Anayasası, ikinci bir yasama müessesesi niteliğinde olmakla beraber, Büyük Millet Meclisi'nin Anayasa ile sınırlanmasını sağlayacak yetkileri hâiz ve siyasî bünyeye mâlik bir teşekkülden de yoksun bulunmaktadır. Meselâ, ne 15 Aralık 1799 Fransız Anayasasında «Sénat Conservateur» ismiyle yer alan bir teşekküle ve ne 27 Ekim 1946 Fransız Anayasasında Anayasa Komitesi (Comité Constitutionnel) namıyla yer alan ve teşekkül tarzı yönünden siyasî nitelikde olan bir müesseseye 20 Nisan 1340 Anayasasında yer verilmemiştir.

20 Nisan 1340 Anayasasının ellibirinci maddesine göre, «Hükümetçe ihzar ve tevdi olunacak kanun lâyhaları» hakkında mütâlâa beyânı görevini de ifâ eyleyen Devlet Şurâsı'nın, yasama müessesesinin Anayasa ile sınırlanması hususunda ne gibi bir rol oynayabileceği noktası üzerinde de durmak gerekir. Gerçekten, kanun tasarıları hakkında Devlet Şurâsı tarafından verilecek mütâlânın söz konusu sınırlamayı sağlama hususunda müsbet bir rol oynayabileceği düşünülebilir. Fakat, bu tarzdaki bir mütâlâa ile müessesesi bağlı olmadığı gibi bu mütâlânın yasama müessesesi tarafından nazara alınmaması halinde uygulanacak bir müeyyide de mevcut değildir. Kezâ, Hükümet tarafından tanzim kılınan kanun tasarıları hakkında Devlet Şurâsı'nın mütâlâasını alma usûlünün Cumhuriyet devrinin başından itibaren öneme mazhar kılınmadığını ve böylece bu usûlden faydalanma imkânının gerçekleşemediğini de unutmamak gerekir.

Yasama müessesesinin yetkilerinin Anayasa ile sınırlanmasında, 20 Nisan 1340 Anayasası, teşriî dönemin devam eylediği süre içinde, egemenliğin gerçek sahibi olan millete de bir imkân tanımamıştır. Meselâ, Anayasa, yasama müessesesi veya temsilî sistemin zaruri sonucu olmak üzere onun bünyesinde husule gelen çoğunluk hakkında düşüncesini açıklayabilme imkânını topluma vermemiş, bunu icabında sağlayacak olan Referandum müessesesini kabul etmemiştir.

Kezâ, 20 Nisan 1340 Anayasası, meselâ Alman Hessen Devletinin 29 Ekim 1946 tarihli Anayasasının yüz kırkyedinci maddesinde olduğu gibi, Anayasa'ya aykırı kanunlar dolayısıyla topluma direnme hakkının tanınması gibi bir müeyyide de derpiş etmemiştir. Kezâ, yine 20 Nisan 1340 Anayasasında, meselâ 3 Kasım 1946 Japon Anayasasının doksanyedinci maddesinde yer aldığı gibi, Anayasa ile fertlere tanınan hakların korunması görevinin topluma tevdi kılınmış kutsal bir emânet olduğu tarzında bir açıklamaya da rastlanmamaktadır.

Yasama müessesesinin yetkilerinin Anayasa ile sınırlanması hususunda 20 Nisan 1340 Anayasası'nın arz ettiği bu kısırlığın, bu yetersizliğin yanında, aynı kanunda, yasama müessesesinin yetkilerinin Anayasa ile tahdidi yönünden, yukarda değinilen muhtelif Devletlerin Anayasalarında olduğu tarzda, bir kazaî kontrol ve teminâta da yer verilmemiştir. Anayasanın ka-

nun koyucuya da üstün kılınmasını sağlayacak tedbirlerin en önemlisi ve en etkili diye tavsifi kabil ve bu üstünlüğü hakikaten gerçekleştirmek isteyen Anayasaların kabul ettikleri bu tarzdaki bir kontrol ve teminâta Cumhuriyet devrimizin ilk Anayasasında rastlanmamaktadır. Bununla ilgili olmak üzere, Anayasada ne kazaî bir müessesenin ihdası cihetine gidilmiş ve ne mevcut kazaî müesseselere böyle bir kontrolü temin yetkisi tanınmıştır.

III

Yalnız, 20 Nisan 1340 Anayasası’nın yasama müessesesinin yetkilerinin Anayasa ile sınırlanması hususunda arz eylediği bu tarzdaki bir eksikliğe rağmen, tatbikatta, çok mahdud ve çok istisnâî nitelikde olsa bile, Mahkemelerimiz tarafından, defi suretiyle Anayasa’ya aykırılığı iddiâ edilen kanunları, onların varlıklarına dokunmaksızın hiç olmazsa uygulamamak lehinde izhar olunmuş eğilimlere rastlandığı gibi, doktrin alanında da, kanun koyucunun Anayasa ile sınırlanmasının kazaî teminât ve müeyyidesi olmak üzere, Anayasa’ya aykırılığı ileri sürülen kanunların Mahkemelerce uygulanmaması lehinde, yine mahdud ölçüde olmasına rağmen, bir temayül kendisini göstermiştir.

Fakat, Mahkemelerimiz tarafından izhar olunan bu tarzdaki bir eğilimin çok mahdud oluşu ve, Anayasa’nın ellidördüncü maddesinde, yargı organları hakkında, «ancak kanunun hükmüne tabidirler» şeklinde sevk olunan hükümdeki «kanun» kelimesinden maksud olanın «adî kanunlar» olup Anayasa’nın bu kelimenin kapsamı dışında kaldığını düşünen kaza organlarımızın belki de hâkim teminâtının yetersizliği dolayısıyla mütereddit davranışları yüzünden, kanun koyucunun Anayasa ile sınırlanmasının kazaî teminât ve müeyyidesi lehinde sürekli bir içtihadın yerleşmesi mümkün olamamıştır. Fakat, belirtelim ki, yargı organlarımızın bu mütereddit hareketlerinde 20 Nisan 1340 Anayasasında yer alan prensiplerin, onda hâkim olan ruh ve anlamın, kazâ organları tarafından girişilecek böyle bir teşebbüsün Anayasa’ya aykırı bir durum yaratacağı keyfiyetinin önemli bir âmil olduğunu da kabul etmek gerekir.

Zirâ, Anayasa’ya aykırılığı ileri sürülen bir kanunun yargı organı tarafından uygulanmaması için, herşeyden önce, hâkimin, iddiâ olunan kanunun Anayasa’ya aykırı olup olmadığını araştırması ve bunu yapabilmek için de yasama organının yetki alanına girerek ve hattâ onun üstüne çıkarak, kendisini yasama müessesesinin üstünde bir mevkie yükselterek, kanun koyucunun tasarruflarının Anayasa’ya uygun olup olmadığı hakkında bir sonuca varması icap etmektedir.

Halbuki, 20 Nisan 1340 Anayasasının yapısında hâkim olan ana prensiplere, yasama organı ile yargı organları arasındaki ilişkiler yönünden Anayasa’nın

tesbit ettiği esaslara göre, Hâkimlerin böyle bir ameliyede bulunabilmelerine imkân yoktur. Çünkü, Anayasa, herşeyden önce, yasama müessesesinin lehine olmak üzere kuvvetlerin birleştirilmesi sistemini, (7) benimsemiştir. Böyle bir sistemde, yargı organının, yasama müessesesinin yetki alanına girerek, onun fevkine çıkarak onun tasarrufları hakkında bir hüküm verebilmesi, özellikle Anayasa'da bunu sağlayacak bir hükmün ve açıklamanın yokluğu halinde, imkânsız bulunmaktadır. Bir ân için, yargı organının yasama müessesesi karşısında ondan ayrı ve onunla ilgisi olmayan bir organ olduğu kabul edilse bile, bu takdirde de, Anayasa'da bir hüküm ve açıklama mevcut değilse, kazâ fonksiyonunu gören bu organın yasama yetkisini hâiz müessesenin salâhiyet alanına girerek ve hattâ onun fevkine çıkarak onun tasarrufları üzerinde bir kontrol yapabilmesi mümkün değildir.

Çünkü, Anayasa'da açık bir hüküm bulunmadan yargı organının yasama organının yetki alanına girerek ve onun fevkine çıkarak onun tasarrufları hakkında bir karar verebilmesi, bu işlemlerin Anayasa'ya uygun olup olmadıkları hakkında bir sonuca varabilmesi, netice itibarile, Hâkimlerin yasama müessesesinin yetki alanına tecâvüzünü mümkün kılmış olacaktır ki, yargı organının bu tarzdaki hareketinin bizatihi kendisi Anayasa'nın ihlâlinden başka bir şey olmayacaktır. Başka deyimle, kanunların Anayasa'ya uygunluğunu tayin ve tesbit etmek isteyen yargı organının bizzat kendisi, kendi yetki alanını aşmak, yasama organının yetki alanına girmek, Anayasa'nın kendisine tanımadığı bir yetkiyi kullanmak suretile yaptığı bu tayin ve tesbit işlemi ile, Anayasa'yı ihlâl eylemekden geri kalmayacaktır.

İşte, bu mülâhazalar dolayısıyledir ki, 20 Nisan 1340 Anayasasının yürürlükte kaldığı süre içinde, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen bir kanunun bu aykırılığın kazaî teminât ve müeyyidesi olmak üzere yargı organları tarafından iptali bahis konusu olmadığı gibi, hattâ, böyle bir kanunun varlığına dokunmaksızın hiç olmazsa tatbikden imtinâ edilmesi lehinde sürekli bir içtihadın yerleşmesi de mümkün olamamıştır.

Az önce, bu tarzda bir kontrolün yargı organı tarafından yapılmasını sağlayacak bir hüküm ve açıklamaya 20 Nisan 1340 Anayasasında rastlanmamaktadır dedik. Fakat, hemen ilâve edelim ki, aynı Anayasa'da, meselâ 1789 Fransız devriminin akabinde tanzim kılınan 3 Eylül 1791 Fransız Anayasasında olduğu gibi, Mahkemelerin yasama organının faaliyetine müdâhale edemeyeceklerini belirten bir hükme de tesâdüf edilmemektedir (8). Kezâ, yine meselâ Fransız ceza kanununun üçüncü kitabının birinci titrinin Anayasa aleyhine işlenen suçlar başlığını taşıyan ikinci faslının idarî ve kazai otoritelerin yetki tecâvüzü serlevhalı dördüncü kısmında kazaî mercilerin yasama alanına müdâhalesi suretile vukubulan yetki tecavüzlerinin vazifei memuriyeti sâiis-

(7) BK. DUVERGER (M.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris 1956, s. 391.

(8) Başlık III, Kısım 5, Madde 3.

timal telakki edilerek bu hususda bir cezaî müeyyidenin öngörülmüş olması gibi bir hususa da ceza kanunumuzda rastlanmamaktadır (9).

Fakat, buna rağmen, kazâ organlarımız, 20 Nisan 1340 Anayasası tarafından yasama organının mazhar kılındığı üstünlüğü ve önemi, onun benimsediği kuvvetlerin birleştirilmesi sisteminin icaplarını, kanunların Anayasa’ya uygunluğunu sağlayacak kazaî kontrol sistemi lehinde bir hüküm ve açıklamının Anayasa’da yokluğunu nazara alarak, yasama organının tasarrufları üzerinde bir kazai kontrolün teessüsünü teminden kaçınmışlardır. Anayasa’ya aykırı hareket etmekden, onu ihlâl eylemekden çekinen yargı organlarımız, sırf Anayasa’ya bağlılığın ifâdesi olmak üzere, yasama organının tasarruflarının Anayasa’ya uygunluğunu kontrol gibi bir fonksiyonun ifâsından çekinmişler, Anayasa’nın bu hususdaki eksikliğini giderebilme imkânını bulamamışlardır.

Doktrin alanındaki gelişmeye gelince, yasama organının Anayasa ile tahdidinin kazai teminât ve müeyyidesi olmak üzere, hukukçularımızdan bazıları, yargı organlarının defi yolu ile bir kazaî kontrol yetkisine sâhip bulunduklarını; Kazâ organlarının, baktıkları bir davâ dolayısıyla, Anayasa’ya aykırılığı ileri sürülen bir kanunu, bu aykırılığa kanaat getirdikleri takdirde, onun varlığına dokunmaksızın, böyle bir kanunun iptâli bahis konusu olmaksızın, ancak tatbikden imtinâa yetkili bulunduklarını savunmaya çalınmışlardır (10).

Fakat, hemen belirtelim ki, bazı hukukçularımız ise, yargı organları için böyle bir yetkinin bahis konusu olamayacağı noktası üzerinde önemle durarak bu tarzda bir kazaî garanti ve müeyyideyi mevzuâtımıza göre imkânsız telakki etmişlerdir. Bunlara göre, Anayasa’ya aykırı bir kanunun bu aykırılığını tesbit edecek organ yasama organının yine kendisidir. Yargı organları için bir kazaî kontrol yetkisi söz konusu olamaz. Yargı organları, Anayasa’ya aykırı da olsa kanunları uygulamakla mükellefdirler; bunlar, Anayasa’ya aykırılığı ileri sürülen bir kanunu ne iptâl ve ne uygulamaktan imtinâ yetkisine sahip değildirler.

(9) Fransız ceza kanununun bu hususla ilgili 127 ve müteakip maddeleri hakkında BK. GARRAUD (R.), *Traite theorique et pratique du droit penal Français*, Paris 1916 s. 675 ve müt.; ANCEL (M.), *Les codes peneaux Europeens*, Paris, c III, s. 647 ve mut.

(10) Meselâ BK. CROZAT (CH.), Türk hâkimi kavâninin teşkilâtı esasiyeye tevafuk veya ademi tevafukunu takdir hakkını haiz midir? «İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, yıl V, sayı 32, 33»; ESEN (B. N.), *Anayasa hukuku*, Ankara 1948, s- 196 ve müt.; MİLASLI (GAD FRANKO), Kanunların teşkilâtı esasiyeye muvafakati, «Hukukî bilgiler, sayı 2, s. 63, 64», Kavaninin teşkilâtı esasiyeye muvafakati, «Hukukî bilgiler, sayı 4, s. 181 ve müt.», Kanunların teşkilâtı esasiyeye muvafakati ve vahdeti kazâ, «Hukukî bilgiler, sayı 6, s. 301 ve müt.», Kavaninin kanunu esasiye tevafuku, «Hukukî bilgiler, sayı 11, s. 673»; BAŞGİL (A. F.), *Hukukun ana mesele ve müesseseleri*, İstanbul 1946, s. 65, 121, 123, 191; ERİM (N.), *Kanunların Anayasa’ya uygunluğu*, «İzmir Baro Dergisi, yıl 3, s. 261 ve müt.; BERKİ (A. H.), *Hukuk mantığı ve tefsir*, Ankara 1948, s. 12; FEYZİOĞLU (T.), *Kanunların Anayasa’ya uygunluğunun kazai mürakabesi*, Ankara 1951, s. 322 ve müt.

İlk önce Anayasa Hukuku Müderrisi Mithat bey ve kezâ Ord. Prof. Muammer Raşit Seviğ ve Mustafa Reşit Belgesay (11) gibi hukukçlarımız tarafımdan ileri sürülen böyle bir imkânsızlık, bunları takiben, diğer hukukçlarımız tarafından da tasvip olunmuştur. Meselâ, Prof. Yusuf Ziya Özer, 20 Nisan 1340 Anayasasının yüzüçüncü maddesindeki prensibin ihlâl edilmemesini sağlayacak bir müeyyidenin Anayasa tarafından derpiş olunmadığını; Osman Nuri Uman, Mahkemelerin Yasama organının vekili durumunda bulunmaları hasebiyle bunların kanunların Anayasa'ya uygunluğunu tetkik, millet vekillerinden sâdır olan işlemleri tadil ve tağyir edemeyeceklerini, onları muhâfaza ve onlara riâyeti sağlamakla mükellef bulunduklarını; Ord. Prof. Cemil Bilsel, Mahkemelerin kanunların Anayasa'ya aykırı olup olmadıklarını incelemeye yetkili bulunmadıklarını; Ord. Prof. Sıddık Sami Onar, yargı organlarının kanunların Anayasa'ya maddi yönden uygunluğunu inceleyemeyeceklerini, Anayasa'nın Mahkemelerin doğrudan doğruya uygulayacakları bir kanun olmadığını, Mahkemelerin yasama organının usûlü dâiresinde tanzim eylediği kanunları uygulamakla mükellef olduklarını, Anayasa'nın tatbik edilmek üzere Hâkimin eline verilmiş bir metin olmadığını; Prof. Ragıp Sarıca, Kanunların Anayasa'ya uygunluğunun Mahkemelerce incelenemeyeceğini savunmaya çalışmışlardır (12).

O halde, görülüyor ki, yasama organının Anayasa ile sınırlanmasının kazai garanti ve müeyyidesi ile ilgili olmak üzere ne mahkeme içtihatları ve ne doktrin yönünden kesin ve sürekli bir çözüm şeklinin varlığından bahis mümkün olamamaktadır. Mesele ihtilâflı bir problem olarak kalmıştır. Bu durum karşısında, ancak, izhar olunan mahdut eğilimlere rağmen, yasama organının yaptığı kanunların Anayasa'nın gerçek tefsiri niteliğinde karşılanması gereken birer metin olduklarını; yasama müessesesinin bir kanunu kabul etmekle Anayasa'yı o yolda tefsir etmiş telâkki olunması gerektiğini; Anayasa'nın yüzüçüncü maddesinin, kazaî garanti ve müeyyideden yoksun, yalnız kanun koyucuya hitâp eyleyen, yalnız ona direktif veren bir metin olarak mütâlâa olunması icap ettiğini söylemek mümkün görülebilmektedir.

(11) BK. MİDHAT, Teşkilâtı esasiye kanununa münafi ahkâmı ihtiva eden kavanin hakkında kazaî mürakabe meselesi, «İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1927, sayı 28»; Teşkilâtı Esasiye Kanununa münafi ahkâmı ihtiva eden kanunlar üzerinde bizde kazaî mürakabe meselesi, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, sayı 35».

(12) BK. ÖZER (Y. Z.), Mukayeseli hukuku esasiye dersleri, Ankara 1939, s. 622; UMAN (O. N.), Essaiye hukuku, Ankara 1939, s. 98; BİLSEL (C.), Devletler hukuku, üçüncü kitap, Devletler arasında andlaşmalar, İstanbul 1936, s. 134; ONAR (S. S.), İdare hukuku, cilt 1, ikinci bası, s. 199 ve müt.; ONAR (S. S.), Amme hukukunda hukuki tasarruflar ve kazaî mürakabe, «Cemil Bilsel'e Armağan, İstanbul 1939, s. 297»; SARICA (R.), Türkiyede icra uzvunun tanzim salâhiyeti, İstanbul 1943, s. 155.

IV

Şu halde, denilebilir ki, 20 Nisan 1340 Anayasasında yer alan yasama organının yetkilerinin Anayasa ile sınırlanması keyfiyeti, yukarda değinilen siyasî garanti ve müeyyideden mahrumiyet yanında kazaî teminât ve müeyyidenin de derpiş edilmemesinin sonucu, gerçekte ne siyasî ve ne hukukî bir değer ve önem arz etmemektedir. Belirtilen eksiklikler. Anayasa’nın kanun koyucuyu sınırlayıcı rolünü hiçe indirmiş; Anayasa’nın yasama müessesesine de üstün gelmesi gereken bir hukuk kuralı niteliğini almasına mâni olmuştur. 20 Nisan 1340 Anayasasının onu yasama organının tecâvüzlerinden koruyacak bir yapıya sâhip bulunmaması, sonuç olarak, Anayasa’yı, münhasıran kanun koyucuya hitâp eden, ona genel direktifler veren, yasama müessesesine müteveccih bir direktifden ibâret bulunan, ancak onun tarafından takdir ve tefsiri kabil bir metin hâline getirmiştir. Hattâ, yasama organının muhtelif tarihlerde verdiği kararlarda olduğu gibi. Anayasa’nın her hangi bir maddesinin tefsirinde mevcut üyenin mutlak çoğunluğunun yeter telâkki edilmesi, bu hususda daha kuvvetli bir çoğunluğun aranmaması da, yasama müessesesinin Anayasa karşısındaki durumunu aydınlatmaya yarayan bir husus olarak karşılanabilmektedir.

(7. Makale - 1968)

Orhan ALDIKAÇTI

*1961 Anayasasında Devlet Başkanı
Kararnamelerinin İmzalanması
(Md. 98,2) **

* Orhan Aldıkaçtı, "1961 Anayasasında Devlet Başkanı Kararnamelerinin İmzalanması", **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 1, S. 2, 1968, s.30-46.

1961 ANAYASASINDA DEVLET BAŞKANI KARARNAMELERİNİN İMZALANMASI (md. 98,2).

Doç. Dr. Orhan ALDIKAÇTI

Giriş :

Bir Anayasanın lâfzı ve ruhu ile uygulanması arasında ayrılıklar olduğu, daha doğrusu siyasî hayatın yapısını meydana getiren idare edenlerin, işlem ve eylemleri ile bazen anayasanın boşluklarından yararlanarak, bazan da anayasa hareket kaidelerini ihlâl ederek anayasaya, Kurucunun «ratio legis» inden farklı bir istikamet verdikleri görülür.

Genellikle, hemen her Devletin Anayasa Hukukunda görülmesi mümkün olan (1) bu «ihlâl»ler çoğunlukla derhal tepki yaratacak nitelikte değildirler; «ihlâl»in önemi yok gibi görünür; hoş karşılanır (2) ve hatta belki de, o durumda Kurucu'nun yetersizliğini düzelten yerinde bir tasarruf gibi kabul edilir. Fakat Anayasa, kurmak istediği sistemin mantığına göre iyi düzenlenmişse, zamanla bir gün uygulamanın sakıncaları belirir ve tarafların tutumuna göre küçük veya büyük bir anayasa krizinin doğmasına yol açar.

1961 Anayasamızın Cumhurbaşkanı statüsü ile ilgili bazı maddelerinin uygulanış tarzı, bu tür endişelerin bir gün doğmasına imkân verecek niteliktedir. Gerçekten, Cumhurbaşkanlığı Anayasasının 93. maddesine dayanarak, T. B.M.M.'nce kabul olunan 168 sayılı «X. ve XI. Devre milletvekillerinin Ziraat Bankasına ve Hâzineye olan borçlarının faizsiz ve masrafsız olarak on yıl taksitide bağlanması hakkında Kanun» ve 396 sayılı «Tapulama Kanun»larını «uygun bulmadığı»ndan gerekçeleri ile bir daha görüşülmek üzere T.B.M.M.'ne geri göndermiş ve Anayasanın 107,1 maddesi uyarınca Cumhuriyet Senatosuna onbeş üye, ve yine Anayasanın 141 ve 143. maddeleri uyarınca Askeri Yargıtay ve Anayasa Mahkemesine üyeler seçmiştir.

- (1) V. Fransız Cumhuriyetinde, Cumhurbaşkanının bir çok tasarrufları hukukçular arasında devamlı tartışmalara yol açmıştır. Bk. Maurice Duverger, La Vème: République Paris 1963, sh. 49-51.
- (2) Örnek : DP iktidarı tarafından CHP mallarının müsadereşi; bk : Orhan Aldıkaçtı, Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İstanbul 1968, s. 148-149.

Bilindiği gibi «Cumhurbaşkanının iradesini ihtiva eden tasarruflar kararname adını alır, diğer tâbirle Cumhurbaşkanı hukukî tasarruflarını kararname şeklinde yapar» (3). Anayasamızın 98,2 maddesine göre ise «Cumhurbaşkanının bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır». Diğer bir deyişle «Cumhurbaşkanı kararnameleri şekle tâbi bir tasarruf olup tekemmül etmeleri için yazılı olmaları ve Cumhurbaşkanı veya gerektiğinde vekili ve başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanması şarttır» (4). Sayın Ord. Prof. Dr. Onar’ın da belirttiği gibi, «bu şekil şartlarından birinin yokluğu kararnamenin yokluğunu icap ettirir» (5).

Halbuki sayın Cemal Gürsel’in Cumhurbaşkanlığı döneminde ihdas edilen bu kararnameler sadece Cumhurbaşkanı tarafından imzalanmışlardır. Resmî çevreler, bu türlü tasarrufların, Anayasaca Cumhurbaşkanının şahsına tanındığı ve neticede tek imza ile tekemmül ettiklerini ileri sürmüşlerdir (6). Bu fikri savunanların mantığında yürünecek olursa, yukarıda belirtilenlerin dışında Cumhurbaşkanının, Anayasanın 102. maddesi gereğince Bakanlar Kurulunun kuruluşuna, Anayasanın 108. maddesi gereğince seçimlerin yenilenmesine ve Anayasanın 149. maddesi gereğince açacağı iptal dâvasına dair kararlarını da tek başına imzalaması gerekir (7). Gerçi, bu görüşü savunanlardan sayın Ord. Prof. Dr. Onar adı geçen eserinde «**Anayasa mucibince** doğrudan doğruya meclisle olan münasebetlerini kendi kendine imzalayacağı kararnamelerle kullanabilecektir» diyerek tasarrufların tek imza ile tekammül ettirilmesinin mesnedinin Anayasada bulunduğunu açıklıyorsa da, konu üstüne eğilen hukukçılarımızın, 168 sayılı Kanunun T.B.M.M.’ne tekrar görüşülmesi için geri gönderilmesinin gerekçesini hazırlayan veya gerekçesinin hazırlanmasında yardımcılık yapan sayın Profesörler Dr. İlhan Arsel (8) ve Dr. Muammer Aksoy (9) ve bilâhare olayı inceleyen sayın Prof. Dr. Bahri Savcı’nın makalelerinde (10) ikinci imza şartına hiç dokunulmamaktadır.

Yalnız, Sayın Ord. Prof. Dr. Recai G. Okandan, ikinci imza şartına değinmekte ve Cumhurbaşkanının statüsünü inceleyerek «kanımızca... Başbakan ile bakanların siyasî sorumluluğunu gerektirecek nitelikte olmayanların yalnız başına kullanılmasının (Cumhurbaşkanı tarafından) Anayasaya aykırı olduğunu iddiâda isabet vardır denilemez» diyerek tasarrufları tekemmül etmiş bulur görünmekte dir (11).

(3) Sıddık Sami Onar, İdare Hukukunun Umumî Esasları, cilt II., 3. bası, İstanbul 1966, s. 398.

(4) İbid., loc. cit.,

(5) İbid., loc. cit.,

(6) Zamanın Cumhurbaşkanlığı Umumî Kâtibi sayın Nasır Zeytinoğlu ve halen Millet Meclisi Başkanı sayın Ferruh Bozbeyli.

(7) Bk : Onar, op. cit., s. 358; 754-755; Bahri Savcı, Devlet Başkanı-Meclis Çalışması, SBFD. c. XVIII, no : 3-4 sh. 326

(8) Dünya gazetesi, 14.2.1963

(9) Cumhuriyet gazetesi 11 ve 12 Şubat 1963.

(10) Savcı, op. cit.,

(11) Recai G. Okandan, Umumî Amme Hukuku, bk. 1966, s. 473.

Aykırı görüşü savunan sayın Prof. Dr. Turan Güneş, yine Devlet Başkanı-Meclis Çatışması başlığını taşıyan 168 sayılı kanunun T.B.M.M.'ne «geri gönderilmesindeki bazı önemli meseleler» ve «gerekçeler»i inceleyen yazısında «öyle sanıyoruz ki, kanunların görüşölmek üzere Meclislere gönderilmesi hususunda sayın Savcı'nın ve Cumhurbaşkanlığı danışmanlarının hatırlayamadıkları en önemli mesele de bu imza mecburiyeti olmuştur» diye konuya deyinmekte ve Anayasa Hukukumuzla göre «Cumhurbaşkanının yeniden görüşme istemesi»nin hükümetin imzasına bağı olduğunu açıklamaktadır (12).

Bu görüş ortaya sadece şekil bakımından önemli olan bir ayrılık çıkarmaktadır. Gerçekten, ilk bakışta ihtilâf Anayasasının kurmak istediğı düzen üstünde etkide bulunmayacak basit bir şekil noksanlığı gibi görünebilir. Eğer böyle dahi olsa idi, üzerine önemle eğilmemiz ve Anayasanın usulüne uygun olarak uygulanmasını titizlikle istememiz gerekirdi. Çünkü bizim gibi, idare edenleri tarafından Anayasası sık sık ihlâl edilen toplumlarda, Anayasaya şekil bakımından da olsa aykırılığın zamanla teamül haline gelip, Anayasanın kurduğı sistemi değıştiren ihlâllere dönüşmesi endişe edilmesi gereken bir husus olarak görülür. Bu tür endişelerin gerçekleşmemesi için, Anayasaya riayetin büyük bir titizlik ve bütün katılığı ile sağlanması, Anayasanın bütünü ile üstünlüğünün gerçekleştirilmesi lâzımdır. Kaldı ki ihtilâf sadece bir şekil noksanlığından ibaret değildir. Çözüm şekline yani Anayasaya uygun olduğu kabul edilecek usule göre, Anayasanın Devlet başkanına çizdiği statünün muhtevasını, rejimin geleceğini etkileyecek niteliktedir.

Gerçekten, Devlet Başkanına, tek imza ile kararname ihdasına yetki verildiğı kabul edilirse bu yetkinin tanındığı alanların bazılarında, sadece kendi iradesine göre tasarrufta bulunması, Devlet Başkanının siyasi partilerin iktidar mücadelelerine karışmasına ve neticede bir Anayasa krizinin doğmasına yol açacak kuvvettedir.

Sorun, Anayasamızın Devlet Başkanına çizdiği statünün üstüne eğilindiğinde açık bir şekilde kesinlikle çözümlenebilmektedir.

1. 1961 Anayasasında Devlet Başkanlığı Statüsü :

A. 1961 Anayasasında İktidarın Yapısı :

Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu iktidarın yapısını izah eden gerekçesinde «Cumhuriyetin temel kuruluşunu üç kısımda mütalâa» ile «her alana dahil kuvvetler arasındaki ilgileri» de tesbit ettiğini bildirmektedir (13). Devletteki üç kuvveti temel alan bu yapı içinde yürürtme kuvvetinin de «parlmanter sistemlerde olduğu gibi Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulundan ibaret olmak üzere iki yönlü» olduğu açıklanmaktadır (14).

(12) Turan Güneş, Devlet Başkanı-Meclis Çalışması, SBFD., c. XIX, no : 2 sh. 183-184.

(13) Bülent Tanör - Taner Beygo, Türk Anayasaları ve Mahkemesi Kararları, İstanbul 1966 s. 83.

(14) İbid., loc. cit.,

Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu terimleri tartışmaya yol açmasa da, «parlmanter hükümet» deyiminin anlamını ve muhtevasını tesbit gerekir.

Gerçekten temsili rejimin üç hükümet şeklerinden biri olan, parlmanter rejimin klâsik tanımı «parlmantarizm, sorumsuz Devlet başkanının başkanlığındaki yürütme organı ile yasama organı arasındaki kuvvetler ayrılığının yumuşak olduğu, organlar arasındaki hukukî ilişkilerin eşitlik ve dengeye dayandığı bir rejim» (15) ise de ikinci nazariye diye isimlendirilen bu görüşe mukabil doktrinde «tekci» ve «ekseriyetin hükümeti» (16) diye iki ayrı görüşün bulunduğu ve klâsik tanımda bulunan organlar arasındaki eşitlik ve dengenin bakanlar kurulunun yasama kuvveti önünde siyâsî sorumluluğu ve fesih müesseseleri ile sağlandığı bilinir.

Anayasamız hiç tereddüde yer vermeyecek şekilde klâsik görüşü benimsemiştir. Nitekim, gerekçenin 6. sayfasında «yasama ve yürütme arasında karşılıklı ilgiler kurulmuş ve belirtildiği gibi yumuşak bir kuvvetler ayrılığı tesis edilmiştir. Bu münasebetler Millet Meclisinin Bakanlar Kurulunu güven oyu vermemek sureti ile düşürebilmesi Bakanlar Kurulunun da buna karşı ve muayyen şartlar altında Millet Meclisinin yenilenmesini isteyebilmesidir» diye kabul edilen sistemin özelliklerini klâsik parlmanter rejim anlayışına ve muhtevasına uygun olarak açıklamaktadır.

Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunun bu eğilimi Anayasa hukukumuzdaki gelişmeye uygundur. Nitekim, Osmanlı imparatorluğu devrinde ilk yazılı anayasanın, Padişahı Devlet faaliyetinin yegâne hâkimi kılan düzeninden sonra, klâsik parlmanter rejim anlayışına doğru bir gelişme olmuş ve 1909 tadilâtı ile Türkiyemizde ilk defa parlmanter rejim konmuştur. Millî Hâkimiyet prensibinin Anayasa Hukukumuzda girdiği ve meclis hükümeti sisteminin uygulandığı İstiklâl Savaşı devremizden sonra 29 Ekim 1923 tadilâtı ile Cumhuriyet ilân edilirken aynı zamanda parlmanter hükümet sistemine doğru yönelinmiş ve 1924 Anayasasına klâsik parlmanter sistemden unsurlar ithal edilmiştir. Cumhuriyet tarihinde 1945’de üçüncü def’a çok partili düzene geçildiği zaman, 1924 Anayasası hakkında yapılan anket ler, bu anayasanın temelinde bulunan meclis hükümeti sisteminin yetersiz olduğu ve yerine klâsik parlmanter hükümet sisteminin konması fikrinin hemen herkes tarafından benimsendiğini gösteriyordu. Nitekim 27 Mayıs’tan sonra Anayasa ön-projesini hazırlayan İstanbul ilim Heyeti ve Gerekçeli-Tasarıyı hazırlayan Siyasal Bilgiler Fakültesi idari ilimler Enstitüsü tasarılarında, klâsik parlman-

(15) bk : Orhan Aldıkaçtı, Modern Demokrasilerde ve Türkiyede Devlet Başkanlığı, İstanbul 1960, s. 50; J. Barthélemy-P. Duez, TraitS de Droit Constitutionnel, Paris 1933, s. 159; M. Hauriou, Précis de Droit Constitutionnel, 2. éd., Paris 1929, s. 196; Ali Fuat Başgil, Türkiye Siyasî Rejimi ve Anayasa Meşeleri, 2. bası, İstanbul 1959, s. 339; G. Burdeau, Le Régime Parlementaire dans les Constitutions Européennes d’Après-guerre, Paris 1932, s. 83.

(16) Bk: Turan Güneş, Parlmentar Rejimin Bugünkü Manası ve İşleyişi, İstanbul 1956; Ergun Özbudun, Parlâmanter Rejimde Parlâmentonun Hükümeti Murakabe Vasıtaları, Ankara 1962, s. 2-14.

ter hükümet sistemini temel alan birer hükümet sistemi teklif ediyorlardı (17).

Esasen parlamter hükümet sistemi, fert hak ve hürriyetlerini en iyi gerçekteştirip teminat altına alan bir hükümet tarzı olarak kabul edilir (18). Bu klâsik adeta mütearife haline gelmiş görüş, Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu tarafından da, gelişmeye uygun olarak benimsenmiş ve öylece Temsilciler Meclisine sunulmuştur. Kurucu Meclis de, komisyonun teklifini kabul etmiş ve 9 Temmuz 1961 halk oynudan sonra, parlamter hükümet sistemi Anayasamızın dayandığı temellerden biri olmuştur (19).

Şu halde tesbiti gereken husus parlamter rejimde Devlet başkanının statüsüdür.

B. Parlamter Rejimde Devlet Başkanının Statüsünün Özü :

Parlantarizm, menşei İngilterede olan temsili rejimin ondokuzuncu asır İngilteresinde görünen ve anlaşılan şeklidir (20). Parlamter rejimde, yürütme kuvveti, Anayasa Komisyonunun tasarısında da açıklandığı gibi, iki başlı olarak düzenlenmiştir : Devlet Başkanı (Kral veya Cumhurbaşkanı) ve Başbakan (21).

Rejim evvelâ İngilterede geliştiği için, kralın sorumsuzluğu kaidesi daha başlangıçtan itibaren tabii olarak kabul edilmiştir. Ve bu sorumsuzluk mutlakdır, yani her alanı kapsar. Aksi halde, yani sorumluluğun bahis konusu olduğu hallerde kralın istifa etmesi veya tahtından feragat etmesi gerekir ki bu da monarşi fikri ile bağdaşamaz. Demek oluyor ki, kralın mutlak sorumsuzluğu prensibi, monarşik rejimin mahiyeti icabı, İngiliz Anayasa hukuku düzenine girmiş fakat uygulamada Devlet Başkanlığında istikrar sağlamak dışında çeşitli faydaları olduğu da gözlemlenmiştir. Bundan dolayı XIX. asırda parlamter rejimin teorisi yapılırken Devlet Başkanının sorumsuzluğu prensibi, sistemin mekanizmasının temel kaidelerinden biri olarak işlenmiştir. Ancak Cumhuriyetlerde, sorumsuzluk sınırlandırılmıştır : Cumhurbaşkanı sadece görev ve yetkileri ile ilgili hususlarda sorumsuzdur. Vatan hainliği bu prensibin dışında kalmaktadır. Diğer bir deyişle bu alan dışında, Devlet başkanının her hangi bir vatandaş gibi sorumlu olduğu kabul edilmiştir (22). Devlet başkanının sorumsuzluğu prensibi, anayasa metinlerini okuyarak, anayasa sorunlarını çözmeye kalkışanları bir hayli şaşırtan parlamter rejimin iki başı,

(17) Bk : İlhan Arsel, Türk Anayasa Hukukunun Umumî Esasları, Ankara 1965, s. 137 ve dv.; Orhan Aldıkaçtı, Anayasa Hukukumuzun., 178-185.

(18) Duguit, Traité de Droit Constitutionnel, 3. éd., Paris 1923, s. 805 ve dv.

(19) Bununla beraber sistem hakiki şekli ile kabul edilmiş değildir. Denge ve eşitliği sağlayacak fesih müessesesi, mahiyetini değiştirerek, meclisin yenilenmesi şeklini almış ve bu yenileme de gerçekleşmesi imkânsız şartlara bağlanmıştır. Bk : Orhan Aldıkaçtı, Anayasa Hukukudun., c. II, İstanbul 1966, s. 182.

(20) Aldıkaçtı, Modern Devletlerde., s. 48.

(21) Barthélemy-Duez, op. cit., s. 604.

(22) Ali Fuat Başgil, op. cit., s. 341, Aldıkaçtı, op. cit., 56.

Devlet başkanı ile Başbakan (Bakanlar Kurulu) arasındaki düzeni teşkil eden kaidelerin temelinde bulunmaktadır.

Gerçekten, Devlet başkanının sorumsuzluğunu ilân etmek, onu sorumluluk gerektiren Devlet faaliyetleri ile ilgili tasarruflarda bulunmaktan alıkoymaktadır. Çünkü sorumluluğu gerektiren hallerde, yetkiyi ancak sorumlu olan kullanabilir (23). Devlet başbakanının sorumsuzluğunu kabul ettikten sonra, ona sorumluluk gerektiren yetkileri kullanmak imkânını vermek, Devlet faaliyetlerinin düzenlenmesinden dolayı kimsenin sorumlu olmayacağını kabul etmek demektir. Çünkü genel olarak bir kimsenin yaptığı tasarruften üçüncü şahsı sorumlu tutmak, adalet fikri ile bağdaşamaz. Bundan dolayı da, Devlet Başkanlığına ait yetkiler, sorumluluğu kabul eden Başbakan ve bakanlar kurulu tarafından kullanılmaktadır (24). Bu kullanılma, Devlet başkanına ait kararnamelerin, Anayasanın kurduğu sisteme göre, Başbakan ve, veya ilgili bakan tarafından imzalanması şeklinde görülür (contreseing). Diğer taraftan Başbakan ve bakanların sorumlulukları kaide olarak siyasidir; yasama organının vereceği güven oyu ile açıklanır; yasama kuvvetinin güvenini haiz olmayan bir Başbakan ve Bakanlar kurulu görevine devam edemez. Bundan dolayıdır ki, Devlet başkanı kararnamelerini imzalamadan önce, başbakan ve ilgili bakan, kararnamenin, parlamanto çoğunluğu tarafından tasvip görüp görmeyeceğini düşünmek zorundadırlar. Diğer bir deyişle, başbakan ve ilgili bakan, yasama kuvvetinin tasvib edeceğini sanmadıkları kararnameleri imzalamıyacaklardır.

Bu durum fiilen, kararnamelerin sorumlu olanlar tarafından hazırlanması ile sonuçlanmıştır; yani, Devlet başkanı tasarrufları sorumlu Başbakan ve bakan tarafından hazırlanmaktadır. Bakanlar Kurulu bütün tasarruflarından siyasî sorumluluk prensibi gereğince, yasama kuvveti önünde sorumlu olduğundan, yasama kuvvetindeki çoğunluğun iradesine göre Devlet faaliyetini düzenlemeye çalışır.

Görüldüğü gibi, yürütme faaliyetlerinin bir kısmının yapıcısı Devlet başkanı görüldüğü halde, sorumsuzluğundan dolayı bütün yetkileri Başbakan ve ilgili bakana devrolunmakta yani Devlet başkanının tasarruflarından doğacak sorumluluğu, yasama kuvveti önünde sorumlu olan Bakanlar Kurulu yüklenmektedir. Bu sorumluluğu yükleniş, kararnamelerde imza ile, Devlet başkanının gezintilerinde ise, bakanlar kurulundan bir üyenin daima hazır bulunması ile sağlanmaktadır (25).

Böylece, bütün yetkileri Bakanlar Kurulu tarafından kullanılan Devlet başkanı, hiç bir siyasî faaliyette bulunmaması sonucu, yasama kuvvetindeki

(23) Barthélemy-Duez gelişmiş demokrasilerde otorite ve sorumluluğun birbirinden ayrılamıyacaklarını açıklamaktadır. Bk : op. cit. sh. 619.

(24) bk : Aldıkaçtı, Modern Demokrasilerde..., s. 99 ve 103.

(25) İbid., s. 104.

ihtilâflarda, çoğunluk ile azınlık arasındaki mücadele hakemlik yapabilmek imkânını kazanmaktadır.

Özet olarak şu sonuçlar belirmektedir :

1. Parlanter düzende Devlet Başkanı sorumsuzdur.
2. Sorumsuzluğu, onun bütün kararnamelerini Başbakan ve ilgili bakana imzalatmasını gerekli kılar.
3. Bütün yetkileri, yasama kuvveti önünde sorumlu bakanlar kurulu tarafından kullanıldığından, kendisinin tarafsız olarak partiler arasında çıkacak ihtilâflarda, hakemlik yapması imkânı doğmakta ve parlanter rejim Devlet Başkanı, tarafsız bir lider niteliğini kazanmaktadır.

C. Parlanter Rejimde Devlet Başkanının Menfi Statüsü :

Devlet Başkanı kararnamelerinden doğacak sorumluluğu Bakanlar Kurulu yüklenirken, Devlet başkanı Meclisle Bakanlar Kurulu arasındaki ilişkilerin dışında kalmaktadır. Parlanter rejim, Devlet Başkanı ile yasama kuvveti arasındaki ilişkileri değil, Devlet Başkanının kurduğu bakanlar kurulu ile yasama kuvveti arasındaki ilişkileri temel alan bir rejimdir. Devlet Başkanı, her iki organ arasındaki ihtilâfları hakem olarak halledecek ve onlara bir istikamet vermeye çalışacaktır. Fakat bu fonksiyonunu yerine getirirken daha evvelce yasama meclisindeki azınlık ve çoğunlukla veya iktidar ve muhalefetle ihtilâfa düşmemiş olmalıdır. Çünkü, ihtilâfa düşmüşse tarafsızlığı hakkında şüpheler uyanabilir ve hakemlik fonksiyonunun amacına uygun olarak yapılması güçleşir.

D. Parlanter Rejimde Devlet Başkanının Kararnameleri :

Parlanter rejimde Devlet Başkanının kararnamelerini Başbakan ve ilgili bakana imzalatmak zorunluluğu bütün Anayasalar da bulunan bir kaidedir. Üçüncü Cumhuriyette (Şubat 1875 kanunu madde 3 ve 25), Weimar Cumhuriyetinde (md. 50), Federal Alman Cumhuriyetinde (md. 58), Belçika Krallığında (md. 64), Finlandiya Cumhuriyetinde ,md. 34), Dördüncü Cumhuriyette (md. 18), İtalya Cumhuriyetinde (md. 89), Hollanda Krallığında (md. 79), İsveç Krallığında (md 38), Danimarka Krallığında (md. 13) ve Beşinci Cumhuriyette (md. 19) bu temel kaideyi koymaktadırlar.

Bütün anayasalara bu prensip pozitif bir hukuk kaidesi olarak konduktan sonra Devlet başkanının hiç bir kararnamesini tek başına ihdas edemeyeceği mantiki ve hukukî sonucuna varılmıştır. Halbuki sorumluluk gerektirmeyen tasarrufları bu kaidenin dışında tutmak gerekirdi. Önemli olan husus bu katı sonucun bir takım fiili güçlükler doğurması idi. Örnek olarak, Başbakanın ve vekillerin tâyin ve azil kararnamelerini Devlet başkanı ile hangi başbakan imzalayacaktır ? Eğer görevi her hangi bir şekilde son bulan Başbakan imzasını

vermezse ne olacaktır ? Bu durum 3. Fransız Cumhuriyetinde Anayasada bir değişiklik yapılmadan, teamül yolu ile halledilmiş, Devlet başkanı ile yeni başvekilin tâyin kararnamesini imzalamak, düşen başvekil ile en son bir vazife olarak kalmış idi (26).

Demek oluyor ki, **pozitif hukukta, Devlet Başkanının bütün kararları Başbakan ve ilgili bakan tarafından imzalanır kaidesi konduktan sonra, aksine imkân veren bir hüküm bulunmadıkça, Devlet Başkanının tek başına kararname ihdas etmesi hukuken mümkün değildir.** Esasen bu tip kararnamelere anayasalarca cevaz verilirse, bunları «Cumhurbaşkanı kararnamelerinin istisnai bir şekli saymak gerekir»(27); ve birer **istisna olduklarından anayasalarda pozitif hukuk kaidesi olarak belirtilmelidirler.**

Nitekim Federal Almanya Cumhuriyet Anayasası, Cumhurbaşkanının Başvekili tâyin ve azli ve Diyet Meclisinin 63. madde gereğince feshine dair kararnameleri tek başına ihdas edeceği hükmünü istisnai bir kaide olarak koymaktadır (md. 58).

V. Fransız Cumhuriyet Anayasası Cumhurbaşkanının kararnamelerini sorumlu vekillere imzalatmak kaidesini koyduktan sonra istisnalarını açıklamaktadır (md. 19).

E. 1961 Anayasasında Devlet Başkanlığı Statüsünün Özü :

Anayasamızın parlamter hükümet sistemini kabul ettiğini gördük. Ayrıca Anayasa Komisyonunun tasarısında 94. madde olarak bulunan ve (Cumhurbaşkanının) Seçimi ve Tarafsızlığı kenar başlığını taşıyan 95. maddenin gerekçesi «yürütme ve yasama organları arasında münasebetleri umumiyetle parlamter rejim içinde düzenlemeyi istihdaf eden tasarı, **Cumhurbaşkanının tarafsızlığını sağlamak maksadı** ile görev süresini Meclislerin süresinden tamamen bağımsız hale getirmektedir» (28), diyerek parlamter rejim Devlet Başkanının temel niteliklerinden birini benimsediğini açıklamaktadır.

Anayasada Cumhurbaşkanının tarafsızlığını sağlamak için, sembolik kalmaya adeta mahkûm fakat anlamı derin olan bir tedbire de ayrıca baş vurulmuş, partiler üstünde kalması gerektiği daima kendisine hatırlatılmak istercesine, Cumhurbaşkanı seçilenin partisi ile ilişkisinin kesileceği kaidesi konulmuştur, (md. 94).

Sorumsuzluk prensibi de parlamter rejimin ruhu ve mantığına uygun olarak 98. maddede getirilmiş ve Cumhurbaşkanının bütün kararlarının Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanması gerektiğine hükmedilmiştir.

(26) Barthélemy-Duez, op. cit., s. 623.

(27) Onar, op. cit., s. 756.

(28) Bülent Tanör-Taner Beygo, op cit., s. 151

Sayın Ord. Prof. Dr. Onar'ın yukarıda açıkladığımız görüşü gibi, ancak istisnai bir tasarruf olarak Cumhurbaşkanına tek imza ile kararname ihdas etmek yetkisi verilebilirdi; fakat Anayasamızda bu hususta hüküm yoktur ve **İstanbul İlim Heyetinin Ön-projesinde Anayasa tasarısında ve Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari İlimler Enstitüsünün Gerekçeli-Tasarısında, istisnai mahiyette bulunan Cumhurbaşkanlığına tek başına belirli konularda kararname ihdasına yetki veren hükümler, Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu tarafından kabul edilmemiş ve klâsik görüşe uygun olarak bugünkü madde konmuştur.**

Gerçekten İstanbul İlim Heyetinin hazırladığı Ön-Tasarının 99. maddesinde (29) Cumhurbaşkanının kararname ihdasına dair yetkileri şöyle düzenlenmiştir : «Cumhurbaşkanının Anayasa ile kendine tanınmış olan yetkiye dayanarak kanunları meclise yollaması, kanunları, yasama meclisinin iç tüzüklerini ve her türlü kararlarını Anayasa Mahkemesinin incelemesine sunması, kurulan hükümeti yasama meclislerine bildirmesi, yasama meclislerine mesajlar göndermesi, özel af **dışındaki her türlü tasarruf ve kararları, başbakan ile birlikte bakanlar tarafından imzalanır.**

Cumhurbaşkanı, hükümetin sorumluluğunu gerektirecek mahiyette olan beyanları, ancak Bakanlar Kurulunun uygun mütalâasını aldıktan sonra ve ilgili bakanın huzuru ile yapabilir».

Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari İlimler Enstitüsünün Gerekçe- li-Tasarısının 59. maddesi de şöyledir (30) : «**Cumhurbaşkanının kararları, başbakanla birlikte ilgili bakan tarafından imzalanır.** Bu kararlardan ötürü sorumluluk imza sahibi hükümet üyelerine attır. «**Cumhurbaşkanının Başbakanı tâyin etmesi, kanunları ilân veya meclise iade etmesi ve meclislere bildiriler göndermesi bu hükmün dışındadır»**

Görüldüğü gibi, her iki tasarı dikkatle okunduğunda, Cumhurbaşkanının kararname ihdas edebilmesi için, kaide olarak Başbakanın ve ilgili bakanın imzasının gerektiği ve bazı tasarrufların bu kaidenin istisnası olarak, sadece Cumhurbaşkanının imzası ile ihdas olunabileceğinin teklif edildiği anlaşılmaktadır. **Önemle üzerinde durulması gereken husus bu istisnaların her iki tasarıda birbirinden farklı olmalarıdır.** İstisnai tasarrufların sayısı Ön-Tasarıda daha fazladır : yani her iki tasarıyı hazırlayan heyetler, hangi tasarrufların tek imza ile tekemmül etmiş sayılacağını tesbitte farklı sonuçlara varmışlardır. Bu da gayet açık ve kesin surette, **istisnai birer tasarruf olan Cumhurbaşkanının tek imza ile kararname ihdasının Anayasada pozitif hukuk kaidesi olarak bulunmasındaki zorunluğu ortaya koymaktadır.**

(29) Bk : Rona Aybay, Karşılaştırmalı 1961 Anayasası, İstanbul 1963, sf : 168-169.

(30) İbid., loc. cit.,

Halbuki Anayasamızda bu hususta hiç bir hüküm yoktur. Bilâkis, İstanbul İlim Heyetinin Tasarısını «etüd metni» (31) ve Siyasal Bilgiler Fakültesi Gerekçeli-Tasarısını «yardımcı metin» (32) olarak kabul eden Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu, Cumhurbaşkanının sorumsuzluğunu düzenleyen 98. maddenin (tasarıda 97. madde) muhtevasını tamamen klâsik anlayışa uygun olarak tesbit etmiştir: «Cumhurbaşkanı görevleri ile ilgili işlemlerinden sorumlu değildir. **Cumhurbaşkanının bütün kararları**, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır. Bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur.» Maddenin gerekçesi ise gayet açıktır : «Bu madde yürütme organının iki unsurlu mahiyetinin düğüm noktasını teşkil etmektedir. Gerçekten, eski Anayasamızın ve umumiyetle parlamter rejimin kabul ettiği sisteme göre yürütme organının hukukî tasarrufları Cumhurbaşkanlığı tarafından yapılır ve ilgili bakanlar ve başbakan tarafından imza edilir. Fakat fiiliyatta bu karar ve tasarruflar bakanlar tarafından hazırlanır ve Cumhurbaşkanlığı tarafından daha sonra imzalanır. **Bu maddenin eski Anayasada olduğu gibi muhafazası Türkiye Devletin ve idare tasarruflarının yerleşmiş olan şekillerinde herhangi bir değişiklik göstermemek amacını gütmektedir»** (33).

Böylece Kurucu meclis ve hak oyu tarafından kabul edilen tasarı 1924 Anayasasının sistemi, yani çift imza usulüne «etüd metni» ve «yardımcı metin»in tekliflerine aykırı olarak dönmektedir. Diğer bir deyişle, istisna kabul edilmekte ve Cumhurbaşkanının tek başına kararname ihdasına imkân verilmektedir.

Aslında bu dönüşün yerinde olmadığı tartışılmaz. Cumhurbaşkanının, sorumluluk gerektirmeyen, tarafsızlık ve hakemlik niteliklerine gölge düşürmesi muhtemel olmayan hallerde tek imza ile kararname ihdas edebilmek yetkisi olmalı; Anayasamız bu şekilde düzenlenmeli idi (34) Bunlarda kanımıza, göre, özel af (md. 97), başbakanını tâyini (md. 102), Millet Meclisi seçimlerinin yenilenmesi (md. 108), kanunların, Türkiye Büyük Millet Meclisi İç tüzüklerinin ve bunların belirli madde ve hükümlerinin Anayasaya aykırılığı iddiası ile doğrudan doğruya iptal dâvası açılabilmesi (md. 149) ile ilgili

(31) bk : Bülent Tanör-Taner Beygo, op. cit., s. 79.

(32) İbid., loc. cit.,

(33) İbid., s. 152.

(34) Sayın Ord. Prof. Dr. Recai G. Okandan adı geçen eserinde, Anayasamızın böyle düzenlenmemesinin, «nitelikleri yönünden doğrudan doğruya Devlet Başkanı tarafından kullanılması gereken ve siyasî sorumluluğa mucip özelliğe sahip bulunmayan yetkilerin bile, yalnız başına onun tarafından kullanılmasını güç ve hatta imkânsız» (sh. 472-473) hale getirdiğini açıkladıktan sonra «kanımızca... Başbakan ile bakanların siyasî sorumluluğunu gerektirecek nitelikte olmayanların yalnız başına kullanmasının (Cumhurbaşkanı) Anayasaya aykırı olduğunu iddia isabet vardır denilemez» (sh. 473) demek ve «nitelikleri yönünden doğrudan doğruya Cumhurbaşkanının şahsına tanınmış olma özelliğini taşıyan siyasî sorumluluğu mucip yönü bulunmayan yetkilerin kullanılmasında Devlet Başkanının serbest olduğunu kabul etmek gerekir» (sh. 473) prensibini koymaktadır. (Recai G. Okandan op. cit., sh. 471-473) Bu husustaki görüşümüz incelememizin «sonuç» kısmında bulunmaktadır.»

yetkililerdir. Ancak bu hususlarda hiçbir sorumluluk yoktur. Gerçekten, özel af, atıfet mülâhazasına dayanan bir müessesedir; çoğunluk ve azınlık mücadelesinin dışında kalması, tartışma konusu teşkil etmemesi lâzımdır; başbakan ise tâyin edilip bakanlar kurulu kurulduktan sonra en geç bir hafta içinde Millet Meclisinde programını okuyup güven oyu isteyecektir (md. 103); Devlet Başkanı Millet Meclisinin yenilenmesine, Bakanlar Kurulunun talebi üzerine hakemlik fonksiyonunun gereklerine uygun olarak karar verecektir. Anayasa Mahkemesine müracaat ise, kendisinin tarafsızlığına ve hakemlik niteliğine hâlel getirecek mahiyette değildir. Çoğunluğun yaptığı tasarruf yürürlükte kalmaya devam edecek fakat Anayasa Mahkemesi tasarrufun Anayasaya uygunluğu hakkında karar verecektir. Görüldüğü gibi bu tasarruflar Cumhurbaşkanını TBMM'deki siyasî kuvvetlerle çatıştıracak nitelikte değildirler ve aynı zamanda tasarruflardan doğacak bir sorumluluk yoktur.

Fakat yukarıda belirtilen nedenden dolayı, Anayasamız, bu konularda ısdar edilecek kararnamelerin dahi 98. madde uyarınca Başbakan ve ilgili bakan tarafından imzalanmasını âmirlerdir.

Halbuki statü böyle iken, incelememizin başında belirttiğimiz gibi, Cumhurbaşkanı halen, Anayasanın 93. maddesi uyarınca kanunu bir daha görüşülmek üzere T.B.M.M.'ne geri göndermesi ve 70. madde uyarınca Cumhuriyet Senatosu'na Cumhurbaşkanı seçilecek onbeş üye ve 141 ve 143. md.ler uyarınca Askerî Yargıtay ve Anayasa Mahkemesine üye tâyini ile ilgili kararnameleri tek başına ihdas etmektedir ve edecektir.

Bahis konusu yargı organlarına üye tâyini hakkındaki görüşümüzü daha ileride yayınlayacağımız Anayasa Mahkemesi ile ilgili incelemeye bırakarak, 93 ve 70 maddelerin uygulanış şeklinin Devlet başkanının statüsü üzerindeki muhtemel etkilerini araştıralım.

93. madde uyarınca, kanunu gerekçesi ile birlikte T.B.M.M.'ne tekrar görüşmek üzere göndermesi, Cumhurbaşkanı'nın T.B.M.M.'nin çoğunluğunu karşısına alması demektir. Tekrar müzakere isteği, kanunun yapılmasındaki bir teknik hatanın düzeltilmesi amacı ile yapılsa esasen bunu başbakanla birlikte de yapar, hiç bir siyasî nedene dayanmayan bu geri çevirme yerinde karışanırdı. Fakat siyasî nedenlerle, sayın Prof. Dr. Savcı'nın ileri sürdüğü gibi, «siyasî-ıdarî -iktisadî-sosyal şartlar demetinin gerekçelerine dayanarak» (35) kanunu tek imza geri çevirip tekrar görüşülmesini istemesi, parlamenter Devlet başkanlığı statüsü ile bağdaşmayan bir tasarruf olur. Çünkü, Devlet başkanı bu tasarrufu ile çoğunluğun politikasını etkilemeye, hiç olmazsa geçici bir süre durdurmaya çalışmıştır. Bu durumdan sonra, çoğunluk kendi dünya görüşünün karşısında olduğunu beyan eden ve bu görüşe göre kendisine etkilemeye çalışan Cumhurbaşkanı'nın tarafsızlığına, hakemlik yapabileceğine inanabilir mi?

(35) Savcı, op. cit., s. 320.

Bu örneğin de teyid ettiği gibi, parlamenter rejimde Cumhurbaşkanının tizlikle uyması gereken kaidelerinden biri de yasama kuvveti ile çatışmamak olmalıdır. Bu konuda, Anayasamızın bu çatışmayı adeta teşvik ettiğini ileri süren, sayın Prof. Dr. Savcı'nın görüşüne katılamıyoruz (36)

Diğer taraftan, Cumhurbaşkanının kanunu tekrar görüşülmek üzere geri göndermesi ile, kanunun yürürlüğe girmesi hiç olmazsa gecikecektir; bu takdirde ve hele Anayasamıza göre T.B.M.M. yine kanunu aynen kabul ederse, gecikmeden doğan, yani kanunun konuş nedenini (ratio legis) teşkil eden olayın düzenlenmesinin geri bırakılmasının sorumluluğu, Cumhurbaşkanının sorumsuzluğu kaidesi muvacehesinde kime ait olacaktır ? Yanlış uygulama amacını kimse sorumlu tutulamayacak ve aslında sorumlusu olması gereken bir tasarruftan dolayı kimse sorumlu olmayacaktır.

Demek oluyor ki, Cumhurbaşkanının bu konuda yaptığı tasarruflar, hukuk açısından tekemmül etmemiş, şekil bakımından noksan kalmış tasarruflardır. Bu noksanlık ta kararnamelerin yokluğunu icap ettirir (37). Fakat her iki kararname de, T.B.M.M.'nce kabul edilmiş ve «kanunlar» yeniden görüşülerek kabul olunmuştur.

Cumhuriyet Senatosuna onbeş üye seçmek ile ilgili tasarrufa gelince.. İkinci Meclise Devlet Başkanı tarafından üye tâyninin menşei İngilterededir. Lordlar Kamarasına üye tâyni kral veya kraliçe tarafından yapılmaktadır. Fakat Devlet Başkanının sorumsuzluğundan dolayı, bütün kararnamelerin başbakan tarafından imzalanması zorunluğu yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, bu yetkinin Başbakan tarafından kullanılması sonucunu doğurmaktadır. Böylece Lordlar Kamarasına üye tâyni, başbakanın teklifi üzerine Kral veya Kraliçe tarafından yapılmaktadır. Uygulama, Başbakana Lordlar Kamarasına karşı, onun kararlarını zorlayıcı bir silâh vermektedir. Nitekim, 1911 yılında Lordlar Kamarası yetkilerini sınırlandıran Kanunu kabul etmek istemeyince, Başbakan Lordlar Kamarasındaki çoğunluğu değiştirecek sayıda yeni üye tâyin ettireceğini açıklamış ve Lordlar Kamarası bu tehdid karşısında eğilmek zorunda kalmıştır (38).

Demek ki, İkinci Meclise Devlet Başkanı tarafından üye tâyni fikri, İngilterede doğmuş fakat yetki parlamenter rejimin kuralları gereğince Başbakan tarafından kullanılmıştır ve kullanılmaktadır.

Fakat yetki, Anayasa Hukuku düzenimizde, halen olduğu gibi Cumhurbaşkanı tarafından kullanılırsa ileride önemli gelişmelere yol açacak nitelik-

(36) Savcı, op. cit.; Sayın Prof. Dr. Turan Güneş de parlamenter rejim hakkında ayrı bir görüşde olmakla beraber, 1961 Anayasasındaki 98. mad. nin gerekçesinde 1924 Anayasasına yapılan atıftan aynı sonucu çıkartmakta, yani Anayasamızın Devlet Başkanı-Meclis Çatışmasını ön görmediğini ileri sürmektedir. Bk : Güneş, Devlet Başkanı-Meclis Çatışması, SBFD c. XIX sayı : 2.

(37) Onar, op. cit., s. 398.

(38) Michel Bouisson, La Chambre des Lords, Paris 1957, s. 322.

tedir. «Meclisin uzmanlık bakımından zenginleşmesini sağlamak» (39) amacı ile konulan onbeş kişilik kontenjan, bir gün gelecek, Cumhuriyet Senatosu üye sayısının onda birini teşkil edecektir. Yani, Cumhuriyet Senatosunun onda biri, çoğunluk üzerinde etkide bulunabilecek çok önemli sayıda üye, Cumhurbaşkanı tarafından kendi iradesine göre seçileceklerdir. Anayasanın tadili için üçte iki çoğunluk gerektiği takdirde dikkate alınacak olursa bu seçim keyfiyetinin önemi büsbütün ortaya çıkar ve müessesenin aslında Anayasada bulunmaması gerektiği anlaşılır.

Çünkü Cumhuriyet Senatosundaki çoğunluk önem kazanmaya başladığı zaman, Cumhurbaşkanı, Anayasa gereğince partisi ile ilgisi kesilen Cumhurbaşkanı, ister istemez kendi çoğunluğunu destekleyecek seçimler yapacaktır. Bu seçimler sınır durumlarda, üçte iki çoğunluğun veya mutlak çoğunluğun sağlanması hallerinde şiddetli krizlerin doğmasına yol açacaktır. Anayasanın tadilinde, «çoğunluğun Cumhurbaşkanı kesin etkide bulunmak imkânını sağlayacaktır; tadile karşı olanlar, bu seçimlerde gerekli çoğunluğun sağlandığını gözlemledikçe, Anayasaya karşı olan saygılarını bir ölçü içerisinde kaybedeceklerdir. Bu tür seçimleri yapacak Cumhurbaşkanı ise, parlamenter rejimin Devlet Başkanından ziyade, Başkanlık hükümeti Devlet Başkanı gibi, dört senede bir teşekkül eden, bir çoğunluğun lideri durumuna gelecektir ki, bu oluşumun Anayasada tesbit edilen Devlet Başkanlığı anlayışı ile bağdaşmadığı aşîkârdır.

Bununla beraber, Cumhuriyet Senato'suna Cumhurbaşkanlığı kontenjanından seçilen onbeş üye, Başbakan tarafından seçilse bile, esasta, yukarıda açıklanan durumda belirecek krizin sadece bir yanı değişmiş olacaktır.

Gerçi böylece, Cumhurbaşkanı siyasi mücadelenin dışında kalarak, tarafsızlık ve hakemlik niteliklerine gölge düşürmeden fonksiyonunu yerine getirebilecektir. Fakat bu takdirde de, seçimler Başbakan tarafından yapıldığından muhtemel kriz daha şiddetli olacaktır. Diğer taraftan sistem bu günkü anlayış içinde uygulanmaya devam ederse, Cumhurbaşkanının seçiminde, T. B. M. M.'nin «salt çoğunluğu» (md. 95), oy vereceği adayın nitelikleri arasında «kontenjan üyelerini kendi görüşüne (yani salt çoğunluğun) göre seçmesi»ni de araştıracaktır. Neticede bu unsurun seçime karışması ile Devlet Başkanlığına seçilmeye lâayık, fakat kontenjan üyelerini, «salt çoğunluğun» görüşüne göre seçmesi muhtemel olmayan, yani gerçekten Cumhurbaşkanı bulması gereken tarafsızlık niteliğini haiz adayların, ister muhalefete, ister iktidara mensup olsunlar, Cumhurbaşkanlığına seçilme şansı kaybolacaktır.

Böylece, Anayasamızda kabul edilen parlamenter rejimin ruhuna göre, partiler arası mücadelenin üstünde kalınması gereken Cumhurbaşkanı adeta deyim caizse bu mücadeleye katılmaya zorlanmış olmaktadır.

(39) Bülent Tanör-Taner Beygo, op. cit., s. 142;

II. Sonuç :

Anayasamızda parlamter rejim ve bu rejimin mantığına uygun olarak, Devlet başkanının sorumsuzluğu kabul edilmiştir. Sorumsuzluğun tabii sonucu olarak da, bütün kararnamelerin Başkan ve ilgili bakanca imzalanarak tekemmül edecekleri âmir hükmü konmuştur. Cumhurbaşkanını bu kaide-nin ışığı altında tarafsız olacak ve gerektiğinde parlamter rejimini icaplarına göre çıkacak ihtilâfları çözecektir.

Parlamter rejimlerde Cumhurbaşkanlarına, bu temelleri ihlâl etmeyen kararnameleri ihdas etmek yetkisini veren ve 2. Dünya savaşıdan sonra bazı Devletlerin Anayasalarında görülen istisnai hükümler bizim Anayasamıza konmamıştır. Hatta Kurucu Meclis, Anayasamızın tasarısının hazırlanmasında esas olarak alınan İstanbul İlim Heyetinin Ön tasarısı ve Siyasal Bilgiler Fakültesi Gerekçeli-Tasarısında bulunan ve Cumhurbaşkanının bu tür karar-nameler ihdas etmesine yetki veren hükümlerine, klâsik düzeni saklamak gerekçesi ile itibar etmemiş ve Anayasamızı klâsik anlayışa göre düzenlemiştir.

Bu durum muvacehesinde, Anayasamızda gerekli istisnai hükümlerin bulunmaması dolayısı ile Cumhurbaşkanının başkan ve ilgili bakanın imzası olmadan ihdas ettiği kararnameler noksan kalmış, tekemmül etmemiş tasarruflardır ve hukukî sonuç doğurmamaları gerekir.

Bazı yetkilerin Cumhurbaşkanının şahsına tanındığı ve dolayısı ile Cumhurbaşkanının tek başına imzalaması ile tekemmül edeceği görüşü ise yerinde değildir. Anayasamızda yorum yetkisini yasama ve yürütme organlarına tanınmamıştır ve bu organlar arasında yetki hususunda çıkacak çatışmaları da hal edecek bir makam tâyin edilmemiştir. **Diğer taraftan, kesinlikle hangi tasarrufların Devlet başkanının çizilen statüsünü ihlâl etmeden tek imza ile tekemmül ettirilebilecekleri hususunda da oy birliği yoktur. Nitekim, bu konuda, İstanbul İlim Heyetinin hazırladığı Ön-tasarı ile Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari İlimler Enstitüsünün hazırladığı Gerekçeli-tasarısı arasında farklar vardır.** Bize göre de, kanunların tekrar görüşölmek üzere geri gönderilmesi dahi Cumhurbaşkanın tarafsızlık ve hakemlik nitelikleriyle bağdaşamayan bir tasarruftur.

Bu hususta sübjektif görüşlere dayanarak Cumhurbaşkanının şahsî yetkilerini tesbite başlarsak, gelecekte her hangi bir yetkisinin şahsî olduğu inancı ile tek başına kararname ihdasına kalkacak Cumhurbaşkanına karşı ileri sürölecek hukukî delil bulmakta güçlük çekileceği de tartışılmaz.

Aydınlığın pozitif hukuktan gelmesi gerekir. Halbuki belirtildiği gibi, Anayasamıza, Cumhurbaşkanının tek başına hiç bir kararnameyi ihdas edemeyeceği kaidesi konulmuştur. Aksi sonuca ancak bir Anayasa tadili ile varmak veya Cumhurbaşkanının bu tür -fakat hangileri?- kararnamelerinin Başkan

Devlet Başkanı Kararnamelerinin İmzalanması

ve ilgili bakan tarafından bir teamöl kaidesi olarak imzalanmasını kabul etmekle mümkündür.

Nihayet Anayasamızın emeklediğı başlangıç devrinde yanlışlıkların olacağına ve belki de devrin olağan üstü havası içinde günlük bazı siyasî güçlükleri çözmek için bu yola da başvurulduğuna ve normale avdetde Anayasanın lâfzına ve ruhuna uygun tasarruflarla Devlet faaliyetlerinin düzenlenmesi zorunluğuna inanmamız ve bu inanca göre eylem ve işlemlerimizi düzenlememiz gerekir.

(8. Makale - 1969)

Mümtaz SOYSAL

*Anayasa Diyalektiği Açısından
Özerk Kuruluşların Görevi **

* Mümtaz Soysal, "Anayasa Diyalektiği Açısından Özerk Kuruluşların Görevi", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 20, S. 1, 1969, s. 111-124.

ANAYASA DİYALEKTİĞİ AÇISINDAN ÖZERK KURULUŞLARIN GÖREVİ

Mümtaz SOYSAL

Başka hukuk metinlerinde olduğu gibi, Anayasayla getirilen kuramlarda ve kurallarda da görevsel tahliller yapabilmek ve bunları belli bir amaca göre doğru yorumlayabilmek, ancak görünüşlerin gerisindeki temel oluşumu sezmeyle mümkündür. Temel oluşum sezildiği zaman, kısa çaplı düşüncelerle kuramlardan ve kurallardan beklenen görevlerin ne derece yanıltıcı olduğu, daha doğrusu nasıl kısırlaşmış anlamsızlaştığı kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. 1961 Anayasasıyla özerklikleri güvenlik altına alınmış olan kurumlar üzerinde yapılacak bir incelemede, Anayasayla ilgili temel oluşumun yorumlanış tarzıyla söz konusu kurumların nitelikleri ve görevleri arasındaki bağlantıyı belirtmek bu bakımdan da ilginç olacaktır.

1961 Anayasasını 1924 Anayasasından ayıran en büyük özellik, ulus egemenliğinin kullanılışıyla ilgili temel hukuk kuralında kendini gösteriyor. Üçüncü maddesiyle «hâkimiyet bilâkaydüşart milletindir» dedikten sonra dördüncü maddede «Türkiye Büyük Millet Meclisi, milletin yegâne ve hakikî mümessili olup millet namına hakk-ı hâkimiyeti istimal eder» diye kesin temel bir kural getiren 1924 Anayasasına karşılık, 1961 metni ulus egemenliğinin kullanılışı üzerindeki Meclis tekeline kaldırmakta, «millet, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organlar eliyle kullanır» formülüne dayanmaktadır. Böylece, Türkiye Büyük Millet Meclisi, ulus egemenliğini Kullanan organlardan ancak «biri» durumuna gelmiş oluyor. Üstelik, Anayasanın başka kurallarıyla da tamamlandığı zaman, parlâmentonun yeni sistem içindeki yerinde görülen, gerileme bütün açıklığıyla belirlemektedir : Türkiye Büyük Millet Meclisi, artık, iki meclislilik yoluyla kendi içinde de bölünmüş, iç çalışmaları bile, parti disiplininin işlemesi olanaklarını kaldıran bazı kurallarda olduğu gibi, birtakım kısıtlamalarla düzenlenmiş, koyduğu kurallar kendi dışında bir kuruluşun, Anayasa Mahkemesinin denetimine açık tutulmuş bir organdır. Ayrıca, bağımsız yargı organlarından başka, kamu görevi gördükleri hâlde yasama-yürütme bütünlüğüne göre işleyen bir iktidar mekanizmasının dışında bırakılmış «özerk» kuruluşlar da, 1961 Anayasasıyla getirilen temel kural değişikliğinin bir sonucu olarak, parlâmentoda belirlenen gücü zayıflatmaktadır. Kısaca söylemek gerekirse, 1961 Anayasasının özü, genel oya dayalı bir parlâmento çoğunluğu niteliğiyle

ortaya çıkan insanların ağırlığına karşı, kurumlar ve kurallar sistemi yoluyla başka ağırlıklar koyabilmek, bir «dengeler bütünü» yaratabilmek düşüncesine dayanmaktadır. Bu açıdan bakınca, 1961 Anayasası, klâsik anayasacılık hareketlerinin çok tipik bir örneği, «iktidarı frenlerle ve dengelerle sınırlama» düşüncesinin somut bir belirtisi sayılabilir. Sosyolojik açıdan incelendiği zaman da, aynı çaba, daha çok bürokratik kökenli bir intelligentsianın toplum yapısı ve iktidarın kullanılış tarzı bakımından benimsemiş olduğu, daha doğrusu topluma benimsetmek istediği değerleri, bir kurumlar ve kurallar sistemi yoluyla korumak istemesi olarak nitelendirilebilir.

İşte, ilk bakışta, 1961 Anayasasının en zayıf gözüken yönü de bu. Başka yerlerde ve özellikle Batı Avrupa’nın anayasacılık hareketleri içinde, toplumun sınıfsal temellerine dayanmış çeşitli güçler arasında bir çeşit «toplum sözleşmesi» olarak, gerilerindeki sosyal ağırlıklara göre sistemleştirilmiş birer kurumsal ve kuralsal bütün sayılan anayasalara karşılık, 1961 Anayasası toplumda bulunmayan bir dengeyi, sosyal güçler bakımından erişilmemiş bir aşamayı yalnızca kurumlar ve kurallar yoluyla gerçekleştirmeğe çalışmaktadır. Bu, en açık biçimiyle, ekonomik ve sosyal haklarda kendisini gösteriyor : başka yerlerde en az bir yüzyıllık uğraşmalar sonucunda, hep örgütlenmiş ve bilinçlenmiş bir işçi sınıfının zorlamasıyla anayasalarda yeralan ekonomik ve sosyal haklar, 1961 Anayasasına böyle bir dayanaktan yoksun olarak girmiş, soyut kuralların bekçiliğine bırakılmıştır.

Dengeye Bakış

1961 Anayasasının, genel oydan çıkmış iktidarlara 1960’dan önce başvurulmuş yollara karşı bir «tepki» olduğu muhakkak. Genel oyun «saptırılması» konusundaki teoriler ne olursa olsun, yığınların egemen çevrelerce etki altında bırakılışı, geçmişteki olaylardan doğma bir şartlandırılışa boyun eğişi ya da düpedüz ekonomik güçsüzlük ve eğitimsizlik yüzünden aldatılışı konusunda ileri sürülen görüşler ne derece değişik gözükürse gözüksün, kesinlikle belli olan nokta bu «tepki» niteliğinin 1920’denberi Türkiye’deki anayasa düzenlemelerine çekirdeklik etmiş olan bir ilkeyi, «ulus egemenliğini temsil eden Türkiye Büyük Millet Meclisi karşısında hiçbir engel tanımama» ilkesini temelinden değiştirdiği ve onun yerine «denge» düşüncesini getirmiş olduğudur. Şimdi, 1961 Anayasasının ileriye dönük bir biçimde yorumlanması bakımından önemli olan, parlâmentodaki iktidar çoğunlukları ile kurumların ve kuralların soyut bekçiliği arasında kurulmuş olan dengenin «yeterli» ve «kendi kendini ayakta tutabilecek güçte» sayılıp sayılamıyacağıdır. Yargı organları gibi, Anayasa ile kurulmuş özerk kuruluşların da görevleri ancak bu konudaki temel yoruma göre anlam kazanacaktır.

Denge yeterli ve güçlü sayılıyorsa, ‘bütün ağırlık bunu sağlayan kuralların uygulanmasına, kurumların ayakta tutulmasına verilecektir; çünkü, «geriye

dönüşü»ü engellemenin, tepki niteliği taşıyan bir Anayasayı yapılışındaki amaçlara uygun olarak yürütmenin yolu budur. Denge yetersiz ve güçsüz sayılıyorsa, ortaya konmuş olan kurumların ve kuralların yalnızca bir «tepki» ve «korunma» havası içinde değil, daha sağlam temellerin araştırılmasına yönelmiş, yaratıcı ve dinamik bir tutumla yaşatılması gerekecektir. Böyle bir tutum, Anayasada kurumlar ve kurallar yoluyla sağlanmış olan dengeyi «geçici» saymayı, bu geçici denge içindeki bütün kurumların çalışmasını ve kuralların işleyişini daha sağlam bir temelin yaratılmasına yönelmiş bir dinamizme göre yorumlamayı zorunlu kılıyor. Herşeye olduğu gibi, hukuk metinleriyle yaratılan dengelere de karşılıklı etkilerin ve çelişmelerin doğurduğu bir oluşumun parçası olarak bakan böyle bir diyalektik yorumlama son derece ilginç sonuçlar doğuracaktır.

Diyalektik Yorumlama Işığında Bağımsız ve Özerk Kuruluşlar

Anayasayla kurulmuş olan dengeye diyalektik açıdan bakış özellikle iki kuruluş kategorisinin görevleri ve tutumları bakımından önem kazanıyor : bağımsız yargı organları ile özerk kuruluşlar.

Gelişmiş bir sınıfsal dengeye dayanmayan anayasa çerçevesi içinde bağımsız yargı organlarının görevi herhalde bu dengeyi sağlayacak sınıfsal gelişmeleri tekbaşına yaratmak olamaz. Buna karşılık, bir anayasayı diyalektik bakış açısıyla yorumlayacak yargıçların, hiç olmazsa, bu gelişmeler bakımından «dürüst hakem» görevini benimseyebilmeleri ve daha sağlam sınıfsal temellerin yaratılmasına karşı egemen sınıflarca girişilecek girişimlere engel olmaları mümkündür. Bağımsız yargıçlardan bunun ötesinde görevler beklemek, çok daha derin yapısal değişikliklere bağlı olan dengelenişi kişilerin ve kurumların davranışlarına dayandırmak gibi yanıltıcı sonuçlara götürebilir insanı. Belki de bu konuda en iyimser yaklaşım, yargı organlarının yapısal değişiklikleri imkânsızlaştıracak ya da güçleştirecek yorumlardan kaçınmalarını ve anayasayı bu çeşit değişikliklere açık bir tarzda yorumlamaya çabışmalarını beklemek olabilir.¹

(1) Oysa, Anayasa Mahkemesinin, şimdiye kadar, bu tutumu bile arattırarak kararlar verdiği ve tam tersine yapısal değişiklikleri büsbütün imkânsızlaştıracak yorumlara gittiği bilinmektedir. Örneğin, Anayasanın «kamulaştırma» ile ilgili 38. maddesindeki «gerçek karşılık» deyimini «kamulaştırma günündeki serbest alım satımla beliren tam değer» olarak yorumlayan Anayasa Mahkemesi (bu konuyla ilgili başlıca kararlar: Esas No. 1963/10, Karar No. 1963/61, Karar Tarihi 18 Mart 1963, Resmî Gazete 16 Mayıs 1963; Esas No. 1963/65, Karar No. 1963/278, Karar Tarihi 22 Kasım 1963, Resmî Gazete 14 Ocak 1964; Esas No. 1963/102, Karar No. 1964/25, Karar Tarihi 31 Mart 1964, Resmî Gazete 14 Mayıs 1964; Esas No. 1963/141, Karar No. 1964/50, Karar Tarihi 23 Haziran 1964, Resmî Gazete 5 Ekim 1964) böyle bir yapısal değişikliğin temel adımlarından sayılan toprak reformunu Hazine için son derece külfetli kılmakta, hattâ imkânsızlaştırmaktadır. Diyalektik bir anayasa anlayışı içinde yargı organlarına ve özellikle Anayasa Mahkemesine düşen rolün tartışılması bakımından, bakınız: Mümtaz Soysal, **Dinamik Anayasa Anlayışı: Anayasa Dialektiği Üzerine Bir Deneme**. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgier Fakültesi yayınları No. 272, Ankara, 1969, sf. 87-106.

Diyalektik anayasa anlayışı açısından, yargı organlarının değil, özerk kuruluşların görevini tartışmak çok daha ilginç sonuçlara götürebilir. Tabii, burada söz konusu olan kuruluşlar, özerklikleri Anayasayla öngörülmüş olan üniversiteler ile «radyo ve televizyon istasyonları»dır. Anayasadaki 120. ve 121. maddeler ile «özerk kamu tüzel kişiliği»ne sahip olmaları öngörülen bu kuruluşların yanında, İktisadî devlet teşekkülleri, Maden Tetkik Arama Enstitüsü, Sosyal Sigortalar Kurumu gibi çeşitli alanlara dağılmış ve derece derece özerklik gösteren başka kuruluşlar da bulmak mümkündür. Üniversitelerin ve 121. maddeye dayanılarak kurulmuş olan Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumunun özelliği, özerkliklerinin Anayasayla güvenlik altına alınmış olması. Dolayısıyla, bu özerkliğe dayanılarak yerine getirilecek olan görevlerin amacını ve anlamını, yönetim biliminin ve hukukunun gereklerinden önce, Anayasanın genel felsefesinden ve yorumundan çıkarmak gerekecektir. Niçin başka kamu görevlerinin yürütülmesi bakımından Anayasayla özerklik öngörülmemiştir de bu iki kuruluşun görevleri konusunda Anayasa özerkliği gerekli bulunmuştur? Bu kuruluşlarca yerine getirilen kamu görevlerinde öbür kamu görevlerinden ayrılan nasıl bir özellik bulunmaktadır? Bu soruların cevabı da, metafizik ve statik bir anlayış içinde değil, Anayasayı belli bir oluşuma açık olarak gören diyalektik ve dinamik bir anlayış içinde bulunabilir. Daha doğrusu, sorulara bulunabilecek cevaplar arasında, bugün benimsenmiş gereklere göre değil de uzun bir sürece göre her zaman geçerli sayılabilecek olanlar, ancak bu açıdan bakarak ortaya konacak cevaplar olabilir.

İlk bakışta, üniversiteler ile radyo ve televizyon istasyonları için Anayasaya konmuş olan maddeler, bir tepki anayasasının tipik özellikleri olarak ortaya çıkmakta ve geçmişteki tutumların tekrarlanmasını önlemek amacıyla konulmuş hükümler hemen dikkati çekmektedir. Gerçekten, «Üniversite organları, öğretim üyeleri ve yardımcıları, üniversite dışındaki makamlarca, her ne suretle olursa olsun, görevlerinden uzaklaştırılmazlar» diyen 120. maddenin 3. fıkrası ya da «her türlü radyo ve televizyon yayımları, tarafsızlık esaslarına göre yapılır» diyen 121. maddenin 2. fıkrası, nerdeyse geçmişin belirli olaylarına bağlanabilecek kadar açık birer tepki niteliği taşımaktadır.²

Bu açıdan bakınca, üniversitelerin ve TRT nin Anayasayla güvenlik altına alınmış olan özerklikleri yalnızca «korunma» sağlayan bir statü olarak yorumlanacak ve bu amacı gerçekleştirdiği ölçüde de «yeterli» sayılacaktır. Başka bir deyimle, özerklikten «olumsuz» ve yaratıcı olmayan bir görev beklenmektedir.

(2) Nitekim, 120. maddenin gerekçesinde şu sözlere rastlanıyor: «...Geçmiş tecrübeler, üniversitelerimizin haklarını sarahatle koruyacak hükümlere ihtiyaç olduğuna şüphe bırakmamıştır. Muhtariyetin belirtilmesi bu sarahati sağlayacaktır.» 121. maddenin gerekçesi de şöyle başlıyor: «Radyonun partizan tutumu ve partizan bir yayın vasıtası hâline getirilmesi, memleketimizde, uzun seneler ciddi bir huzursuzluk konusu olmuştur. Bu sebeple radyo muhtariyeti ve tarafsızlığı, Anayasa teminatı altına alınmak istenmiştir...».

Oysa, Anayasayla getirilmiş olan kurumlar ve kurallar, geçici bir dengeden hareket edip ulus egemenliğinin kullanılmasını daha sağlam temellere oturtmaya yönelmiş bir çabanın unsurları olarak yorumlandığı zaman, özerklik, «olumlu» ve yaratıcı bir görev, bir «misyon» kazanacaktır. Bu anlayışa göre, özerk kuruluşlar bugünkü geçici dengenin etkisi altında kalmamalı, bugünkü düzenin değer yargılarını temel çalışma çerçevesi olarak almamalıdır. Amaç ulus egemenliğini kuramların ve kuralların meydana getirdiği bir dengenin ötesinde bilinçli yığınlar, ekonomik bağlantıları ve düşünceleri bakımından «özgürleştirilmiş» insanların bekçiliğine dayandırmaksa, özerklik, şimdiki düzenin en geniş anlamıyla «ideoloji» sinden sıyrılış demektir. İradesinin «özerkliği»ne güvenilmediği için oylarıyla meydana getirdiği çoğunlukların karşısına kurumlardan ve kurallardan örülmüş bir denge çıkarılan insanın «yeniden yaratılması», «özgürleştirilmesi» ve «özerkleştirilmesi» gerektiği içindir ki bu «oluşturma»da temel rolü oynayacak olan iki kuruluşun, üniversite ile TRT'nin kendilerine düşen «kamu görevi»ni «özerkçe» yerine getirmeleri istenmektedir. Söz konusu olan, toplumun kendi kendini tekrarlaması, bugünkü düzenin yankılanması, ideolojisinin çevreden çevreye, kuşaktan kuşağa aktarılması değil. Sağlanan «sıyrılış» olanakları içinde, üniversite doğruyu özerkçe araştırarak, toplumun kilit noktalarına yönelmiş olan genç kuşakları özerkçe eğitecektir; TRT de gerçeği özerkçe duyuracak, güzeli özerkçe yayacaktır. Kurulu düzendeki egemen çevrelerin ekonomik bağlantılarla, büyük basınla ve yığınlar kendi değerlerini aşıl原因an türlü etkileme araçlarıyla ortaya koyduğu ağırlığa karşılık, tüzel kişilik sahibi bu iki özerk kamu kuruluşu türk toplumundaki insanın yeniden yaratılışına kendi ağırlıklarını koyacaklardır. Geçici ve pek de sağlam olmayan dengelere dayandırılmış bir Anayasada, geçmişteki uygulamalara karşı her türlü tepkinin ötesinde, özerkliğin olumlu ve yaratıcı nitelik taşıyan derin anlamı ancak bu olabilir. Hattâ, özerklik konusunu, Türkiye'nin koşulları içinde, alışılmış ölçülere göre «ileri» sayılan ülkelerdekinden de önemli kılan özellik bu anlamda saklıdır. Gerçekten, o ülkelerde, üniversitelerin ya da radyo ve televizyon istasyonlarının özerkliği, egemenliği kullanan organlara karşı bir temel güvensizliğin bulunmaması nedeniyle, aynı ölçüde önemli sayılamayabilir ve oralardaki sorun basit bir «tarafsızlık» ya da «dengeli temsil» sorunu hâline gelebilir. Hattâ, marksist demokrasilerde, sorunun çözümü, egemenliği kullanan organlarla gelecek kuşakları ve kamu oyunu «oluşturan» kuruluşlar arasında tam bir bağlantıda da bulunabilir. Türkiye'de ise, 1961 Anayasasının temel özelliği, özerklik sorununu, bu çözümler ötesinde, genel oydan çıkmış organlara karşı güvensizlik ifade eden bir dengeye dinamizm kazandıracak biçimde düşünmeyi gerekli kılmıştır.

Özerkliğin Doğal Sonuçları

Diyalektik bir anayasa anlayışının gerektirdiği özerklik kavramı, özerk kuruluşların çalışma koşulları bakımından doğal sayılması gereken bazı

sonuçları da birlikte getirir. Bunların şimdiye kadar Türkiye’de ve başka ülkelerde «doğal» sayılmaması, özerklik konusunun böyle bir anayasa anlayışıyla ele alınmamasından ileri geliyor; yoksa 1961 Anayasasının yukarıda belirtilen özel niteliği kabul edildikten sonra bu sonuçlara varmamak imkânsız. Günlük uygulamalar bakımından son derece önemli yankılan olabilecek olan bu sonuçları şöyle sıralamak mümkün :

1. Yalnız yürütme organı değil, yasama organı da Özerk kuruluşların çalışmalarına herhangi bir «ideolojik çerçeve» çizemez; hattâ, Anayasa hile hu kuruluşlardaki çalışmaların ideolojik çerçevesi sayılamaz.

Özerklikleri Anayasayla tanınmış olan kuruluşlar, yalnız yürütme organına, daha doğrusu «hükûmet»e karşı «özerk» durumda değildir; bunlara verilmiş olan kamu görevi, toplumun, bu- günkü düzenin etkilerinden «bağımsız» olarak oluşmasını sağlamaksa, özerkliğin yalnız yürütme organına karşı olması yetmez ve bunun aynı zamanda yasama organına karşı da «ideolojik özerklik» niteliği taşıması gerekir. Yoksa, elde edilecek sonuç, kurulu düzen ideolojisinin tekrardan ibaret olur. Özerk Anayasa kuruluşlarını yönetimdeki başka özerk kuruluşlardan ayıran temel özellik budur. Bu kuruluşları meydana getiren, daha doğrusu bunların özerkliklerini Anayasaya uygun olarak düzenlemesi gereken yasalarda herhangi bir ideolojik çerçevenin çizilmesi, ulusal egemenliğin kullanılmasını «daha sağlam» temellere oturtma amacına uygun düşmez. Yasama organı kendi beğendiği ideolojiyi üniversitelere ve TRT’ye çerçeve olarak kabul ettirebilecek durumda olursa, bu kuruluşların özerkliği yönetimin başka kesimlerindeki kuruluşların özerkliğiyle aynı duruma getirilmiş olmaz mı? Kendilerine verilen kamu görevinin özerkçe yapılabilmesi, malî ve İdarî özerlikten çok bu «ideolojik özerkliğe» bağlı değil midir?

Aynı noktadan kalkarak, Anayasanın da bu kuruluşlar için bir ideolojik çerçeve olamayacağı sonucuna varmak gerekir. Madem ki Anayasa kendi içindeki dengeyi aşıp daha sağlam temeller arayan bir çırpının içindedir, böyle bir aramada ve oluşturmada önemli roller oynayan kuruluşların bu dengenin sınırlarıyla bağlı kalmamaları, onun ötesinde daha tutarlı çözümlerin aranışına katılmaları özerkliğin 1961 Anayasasındaki özel anlamından ileri gelen doğal bir sonuç. Tabii, bu noktada, anayasa hukukuyla ilgili bir itirazın ileri sürülmesini de olağan karşılamak gerekecek. Anayasanın 8. maddesi «Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır» dediğine göre, üniversitelerin ya da TRT’nin çalışmalarında Anayasanın bir «ideolojik çerçeve» olarak kabul edilmemesi böyle bir hükümle nasıl bağdaştırılacaktır? İlk bakışta pek çetrefil sayılan ve ille de olumsuz cevaplandırılması gerekirmiş gibi gözüken bu sorunun cevabı aslında hayli basit. Hükümdeki «bağlayan» deyimini, davranışların, tutumların, hareketlerin bağlanması anlamına mıdır, yoksa «düşünce»nin mi? Organlar, makamlar ve kişiler, klâsik toplum

sözleşmesi kuramının modern anayasacılık hareketlerine uygulanması sonucu, belirli kurallara göre hareket etmeyi kabul etmişlerdir; bu uyumu göstermek zorundadırlar: yasalar anayasaya uygun olacak, makamlar ve kişiler birbirleriyle olan ilişkilerini bu kurallara göre düzenleyeceklerdir. Ama, Anayasadaki kuralların ve ilkelerin, eylemler dışında, düşünceyi bağlayan bir yönü yok. Doğrudan doğruya Anayasanın kendisi, düşünce, bilim ve sanat özgürlüğünden sözeden 20. ve 21. maddeleriyle, bu konularda tam 'bir sınırsızlık getirmektedir.³ Dolayısıyla, üniversiteler ve TRT, *düşünce özgürlüğüyle ilgili olmayan* bütün çalışmalarında ve ilişkilerinde Anayasa hükümleriyle bağlıdırlar: örneğin, bu kuruluşların «hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir hâlde, yargı mercilerinin denetimi dışında» bırakılamıyacak, kuruluşlar «hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz» tanımayacaklardır. Hareketlerle ve davranışlarla ilgili olan bu örnekleri, Anayasanın çeşitli hükümlerini alarak, hayli arttırmak mümkün. Aslında, özerklikleri Anayasayla güvenlik altına alınmış üniversitelerin ve TRT'nin öbür özerk kuruluşlar karşısındaki özellikleri de bu noktadan sonra: bunlar, çalışmalarının büyük ağırlığı, daha doğrusu özü, «düşünce, bilim ve sanat» üzerinde toplanan kuruluşlardır. Dolayısıyla, eylem dışında, gerçek kişiler gibi, bu tüzel kişiler de «düşünce, bilim ve sanat» konularında tam bir sınırsızlıktan yararlanacaklardır. Bu açıdan, kişilerin gerçek ya da tüzel, özel ya da kamusal oluşu sınırsızlığın niteliğini etkilemez. Bir «kamu» tüzel kişiliğine Anayasayla özerklik tanınmasının derin anlamı bu sınırsızlığın sağlanmasında yatmaktadır. Kamu kaynaklarından bu kuruluşlara ödenek ayrılması, «düşünce, sanat ve bilim özgürlüğü» bakımından herhangi bir sınırlamanın gerekçesi olarak kullanılamıyacağı gibi, tam tersine bu sınırsızlığın gerçek güvencesi sayılmalıdır : kamu, kendi içindeki geçici bir çoğunluğun yankılandırılması için değil, söz konusu «kamu görevi»nin tam bir özgürlük içinde sürdürülmesi için para ayırmaktadır.

Çalışmaların özünde sınırsızlık esas olduğuna göre, bu kurumları meydana getiren kuruluş yasalarında herhangi bir ideolojik sınırlamanın bulunmaması gerekir. Böyle bir açıdan bakıldığında zaman, üniversitelerle TRT arasındaki büyük başkalığı görmemek mümkün değil. 13 Haziran 1946 tarihli ve 4936 sayılı Üniversiteler Kanunuyla, yasama organının, tek partili dönemi hemen izleyen koşullara rağmen, üniversite çalışmalarına getirdiği tek «ideolojik» sınırlama, «öğrencileri... türk devriminin ülkülerine bağlı vatandaşlar olarak yetiştirmek» koşulundan ibaret. «Türk devriminin ülküleri» sözündeki belirsizlikten kalkarak 'bunun gerçek bir sınırlama olmadığını söylemek de pekâlâ mümkündür. Daha da önemlisi, bu hüküm, şimdiye kadarki uygulamada herhangi bir ideolojik sınırlamaya yarayacak kadar elverişli bulunmamıştır.

(3) Bu konuda ayrıca bakınız: Mümtaz Soysal, «Anayasa hukuku açısından kapalılık ve açıklık kavramları», **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**. Cilt XXIII, sayı 1 (1968), sf. 261-274; geniş bibliyografyalı temel yapıt olarak: Bülent Tanör, **Siyasî Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası**. İstanbul, Öncü Kitabevi, 1969.

Buna karşılık, 21 Nisan 1963 tarihli ve 359 sayılı TRT yasası konusunda aynı şeyi söylemek mümkün değil. Bu yasada, özerkliği Anayasayla güvenlik altına alınmış olan bir kuruluşun çalışmalarına ideolojik sınırlamalar getirmek amacı açıkça kendini gösteriyor. Yasanın yayımla ilgili olarak koyduğu ilkeler arasında şu sözlere rastlanmaktadır : «... Programların, *Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkelerle Cumhuriyetin niteliklerini* benimsetici ve görüş, ilke ve niteliklere uygun düşünce ve davranış tarzını geliştirici bir zihniyetle ve türk toplumunun çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi amacını güden Atatürk devrimlerini ve bu devrimlerin getirdiği dünya görüşü ile yaşama tarzını yerleştirici ve geliştirici bir tutumla hazırlanması...»

Diyaletik anayasa anlayışı açısından böyle sınırlamaların kısırlığı bir yana, asıl büyük tehlike deyimlerdeki belirsizliktedir ve özerkliğin derin anlamını sezememiş uygulayıcıların bu yüzden tam bir şaşkınlığa düşmeleri pekâlâ mümkündür. «Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeler» nelerdir? Anayasanın hangi hükmünü öbürlerinden daha ağır basar saymak gerekecektir? Bir «Madame Bovary» yayını, «aile türk toplumunun temelidir» diyen 35. maddeye aykırı bir zihniyetle mi hazırlanmış sayılacaktır? «Cumhuriyetin nitelikleri» diye 2. maddede sayılan ilkeler, ancak Anayasa Mahkemesinin çeşitli zamanlardaki yorumlarıyla somut bir anlam kazandığına ve bu anlam sürekli bir gelişme gösterdiğine göre, TRT söz konusu uygunluğu hangi ölçülere göre sağlayabilecektir? Yürürlükteki Ceza Kanunu hükümleri bile kişilerin «düşünce, bilim ve sanat» özgürlüklerini sınırlayıcı nitelikler taşıırken, bunların yargısal yollardan TRT yayınlarına da uygulanmasını yeterli saymayıp Ceza Kanunundaki sınırlamalar ötesinde, yayıncıları büsbütün tereddüde düşürecek kıstaslardan söz etmek yalnız Anayasadaki özerkliğin diyaletik anlamına değil, Anayasanın kendisine ve hattâ en basit yayıncılık ilkelerine de aykırı düşmez mi?

Özerk kuruluşlarca yerine getirilen görev bir «kamu görevi» olduğuna göre, yasama organının, ideolojik sınırlamalar dışında, hizmetin genişliği ve etkinliğiyle ilgili görevler vermek ve yön çizmek hakkını da kabul etmek gerekir. Üniversite düzeyindeki eğitim olanaklarını arttırmak, radyo ve televizyon şebekesini genişletmek gibi amaçlar, özerkliğin diyaletik anlamıyla ve «düşünce, bilim ve sanat özgürlüğü»yle ilgili bulunmadığı için yasama organının düzenleme alanına girer ve yasalar ya da ödenekler yoluyla bu konularda geneldi yöneltmelerin yapılması parlâmentoya düşer.⁴ Partilerin de yığınların gereksinimleriyle özerk kuruluşlar arasında bağlantı kurmağa, bu kamu görevinin niceliksel açıdan ayarlanmasını sağlamağa çalışmaları gereken nokta da budur. Oysa, bugünkü partilerin bir kısmı, özerkçe ortaya

(4) Nitekim, 359 sayılı yasanın 17. maddesi, TRT'ye «... Kültür ve eğitime yardımcı olmak; yurdu içerde ve dışarıda tanıtmak; yurdun gerekli yerlerinde yeni radyo ve televizyon istasyonları kurmak ve işletmek, mevcut tesisleri ihtiyaca göre geliştirmek...» gibi görevler de vermektedir.

konmuş görüşlerle kendi programları ve tutumları arasında ayrılık gördükçe, özerk kuruluş çalışmalarının niteliksel yönünü ele almayı ve görünüşte toplumun bütünüyle, ama aslında kurulu düzendeki egemen çevrelerin ideolojisiyle bu çalışmalar arasında bir özdeşlik, bir aynılık yaratmayı amaç bilmişlerdir. 12 Ekim 1969 Millet Meclisi genel seçimlerinden önce Adalet Partisi'nin yayınladığı Beyanname'de⁵ üniversitelere yöneltilmiş şu satırlar bulunuyordu : «...Hiçbir memleket, hiçbir demokrasi, istikbalin ümidini teşkil eden çocuklarının ve gençlerin *toplumun ve devletin dayandığı ilkelere* olduğu kadar ilme de aykırı olan tek taraflı ve kesif telkin ve propagandalar altında yetiştirilmesine ve eğitim görmesine müsamaha edemez... Bugünkü Anayasamız, üniversiteleri muhtar yaparken, onları *devletin ve Anayasanın temel ilkeleri* dışına çıkarmış değildir. Akademik hürriyet *devletin temel ilkelerini* baltalamanın bir vasıtası sayılamaz...». Aynı yönde, beyannamenin TRT ile ilgili bölümünde de şu sözlere rastlanıyor: «...Devlet radyo ve televizyonu bugün çeşitli kusurları ile milletimizin büyük çoğunluğunu rahatsız edici bir hâl almıştır. Türk milleti devlet radyo ve televizyonunun tarafsız olmasına ve bu tarafsızlığının teminatı olarak muhtariyetine asla karşı değildir. Türk milletinin kabul etmediği şey, muhtariyetin gayesi dışına çıkarak tarafgirlik yapılması ve yayınlarda *Anayasanın yasak ettiği* aşırı cereyanlara müsamaha gösterilmesidir...»

Anayasanın kurulu düzene uygun ve dural bir belge olarak yorumlanmasından ileri gelen bu «özerkliği saptırma» ithamlarının hemen ardından, Adalet Partisinin aynı Seçim Beyannamesi, üniversiteler ile parlâmentodaki çoğunluk arasında bir bağlantı mekanizmasının kurulmasını önermektedir: «...Adalet Partisi, bu amaçlarla bir *yüksek üniversitelerarası kurulun* Anayasada yer almasında büyük fayda görmektedir. Bu kurul, genellikle başbakanın başkanlığında toplanmalı ve Millî Eğitim Bakanı da aynı kurulun üyesi olmalıdır. Kurulda, üniversiteler tarafından seçilecek üyeler çoğunluğu teşkil etmelidir. Bu kurul hükümet ile üniversiteler arasında ahenk ve işbirliğini sağlayacak, üniversite öğretim üyeleriyle yardımcılarının *eğitim, araştırma ve yayın faaliyetlerinin*, üniversite idarî tasarruflarının *Anayasanın temel ilkelerine uygun olmasına nezaret* edecektir...» Görüldüğü gibi, amaç, bir kamu görevinin «niceliksel» açıdan kamunun gereksinmelerine cevap vermesini sağlamaktan öteye, eğitim, araştırma ve özerkliğini ortadan kaldıracak bir «niteliksel denetim» mekanizmasının kurulmasıdır; yoksa, kamu göreviyle kamunun gereksinimleri arasında niceliksel bağlantıyı kuracak en önemli araç, yâni bütçe, zaten parlâmentonun elinde bulunan en güçlü kaldıraçtır.⁶

(5) Gerçek Enstitüsü ve Yayınları, Belgeler Arşivi, 69/106.

(6) Tabii, bütçe olanaklarının üniversitelerce yürütülen kamu görevine ideolojik kısıtlamalar getirmek için kullanılması hâlinde, Anayasaya açıkça aykırı bir durum ortaya çıkacaktır. Parlâmentonun bütçe yoluyla yapacağı denetim, özerklik ilkesini asla zedelemeyecek biçimde, kamu hizmetinin niceliksel yönleri üzerinde toplanmalıdır.

Özerkliğin yanlış yorumlanmasından doğan yeniden düzenleme çabası, TRT konusunda da kendini gösteriyor. Adalet Partisinin Seçim Beyannamesine göre, «...TRT, genellikle devlet üniversiteleri gibi katma bütçeli bir daire hâline getirilmelidir. Bu suretle yasama organı TRT'yi daha yakından denetleme imkânını bulacaktır... TRT Yönetim Kurulunun muhtariyet ilkesine ne şekilde kurulursa uygun ve ne şekilde kurulursa aykırı bir bünye arzedeceği konusundaki tartışmalara kesinlikle son vermenin çaresi bu heyetin kuruluşunu Anayasada açıklığa kavuşturmadır.» Radyo ve televizyon istasyonlarına yöneltilen eleştiriler, kamu hizmetinin niceliksel yönünden çok ideolojik niteliğini ele aldığına göre, kurulacak yönetsel bağlantıların doğrudan doğruya bu nitelik üzerinde bir denetim sağlama amacını güttüğü açıktır. Oysa, TRT'nin «katma bütçeli bir daire» statüsüne sokulması durumunda bile, tıpkı üniversiteler konusunda olduğu gibi, bu bağlantıların herhangi bir ideolojik denetleme yönünde kullanılmasıyla açıkça «Anayasaya aykırılık» durumu yaratılacağı muhakkak. Bu yöndeki yasaların Anayasa Mahkemesince, yönetim işlemlerinin de Danıştay'ca iptal edilmesi gerekir.

2. Kuruluşların özerkliği, kendi iç düzenlerinde de, üyelerine özerkçe çalışma olanakları sağlandığı ölçüde anlam kazanır.

Bir kuruluşun dışı karşı özerkliği bakımından varılan sonuçlar kendi iç çalışma düzenine de uygulanmazsa, özerklik bütün bir kurumun değil, o kurum başında bulunan kişi ya da kişilerin özerkliği anlamına gelir. Aslında, «üniversite öğretim üyeleri ve yardımcıları serbestçe araştırma ve yayında bulunabilir» diyen Anayasanın 120. maddesindeki 4. fıkra, üniversite özerkliğinin bir rektör ya da senato özerkliğine dönüşmesini önlemek amacını da güdüyor. Temelde, TRT bakımından da durumun bundan çok farklı olmaması gerekir. Özerk bir kuruluş içinde, çalışmaların özü bakımından, başka yönetim birimlerindeki benzer bir hiyerarşinin, yâni kelimenin yunanca aslına uygun «kutsal bir komuta zinciri»nin kurulması, «şef» durumundaki kimseye, üstelik Anayasayla da perçinlenmiş olan tam bir serbestlik tanımak sonucunu doğurabilir. Bu bakımdan, özerkliğin «keyfi»liğe dönüşmesini önleyen en güçlü denge, dışarıdan denetleme olanakları yaratmak değil, doğrudan doğruya kuruluşun kendi üyelerine de özerk bir çalışma ortamı sağlayarak «özerkliği bölüştürmek»tir. Zaten, diyalektik açıdan bakıldığı zaman, özerklikten, bir kimsenin kişiliğine bağlanıp donmaksızın kuruluşların kendi içlerinde de sürekli olarak oluşan bir yaratıcılık çıkarabilmek ancak böyle mümkün olabilir. Tabî, temelleri araştırma ve öğretime dayanan üniversitelerdeki görevler ile ağırlığı daha çok yayın üzerinde toplanan TRT'nin görevleri arasında, özerkçe çalışmaların düzenlenmesi ve belli ölçülere bağlanması bakımından bazı başlıklar olacaktır. Önemli olan, görevin özelliklerinden doğan zorunlulukları kişinin özerkliğini temelinden zedelemeyecek bir biçimde düzenleyebilmektir. Radyo ve televizyon kuruluşları içinde üniversitelerdekine benzer bir «kariyer sis-

temi» kurulabilir mi? Kurullar yoluyla yönetim, sürekli bir yayın temposu içinde çalışması gereken kuruluşlarda ne ölçüde uygulanabilir? Üyelerin özerkçe çalışmalarını sağlayacak güvence hükümleri üniversitelerdeki ölçülere varmalı mıdır? Özdeki özerkliği zedelemekten «kalite denetimi» nasıl yapılabilir? Bütün bunlar, özellikle 1961 Anayasasının diyalektik yorumu açısından özerk kuruluşların görevlerini gözönünde bulundurarak yeniden düşünülmesi gereken sorular. Muhakkak olan birşey varsa, o da yayınların özüyle ilgili personel konusunda bugün TRT'de uygulanan statünün bu bakımdan hayli eksik olduğudur.

3. *Özerk kuruluşlar, kendi davranış kurallarını saptarken, özerkliğin yaratıcılığını ortadan kaldıracak sınırlamalardan kaçınmalı, dışa karşı savunulani içeriden yıkmamalıdır.*

Özerk kuruluş demek, herşeyden önce, kendi davranış kurallarını yine kendi koyan kuruluş demektir. Kavramın batı dillerindeki karşılığı da, «autos» ve «nomos» köklerini biraraya getirerek, bunu belirtiyor. Bu konuda dikkat edilmesi gereken nokta, konacak kuralların ve ilkelerin, çalışmaların «tarzı»nı düzenlemekten öteye geçip «öz»e dokunmamasıdır. Üniversitelerin, şimdiye kadar, bu nitelikte kural ve ilke yaratmaktan kaçınmış olmalarını özellikle belirtmek gerekir: yürürlükteki kurallar, «tarz»la ve «biçim»le ilgilidir; akademik çalışmaların özüyle ilgili herhangi bir sınırlama getirmez. TRT'de ise Yönetim Kurulunca saptanan «Genel Yayın ilkeleri»⁷, «tarz» ve «biçim»in ötesinde, yayınların daha çok «öz»ünü ilgilendirmektedir. «Türk ulusunun kaderde, kıvançta, tasada ortak, bölünmez bir bütün olduğu ilkesini önemle uygulamak», «türk milliyetçiliğinin hizmetinde olmak», «türk milletini dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak millî birlik ruhu içinde yüceltmeyi amaç bilmek» gibi Anayasanın Başlangıcından aktarılan cümlelerin ya da «toplum içinde huzur ve kardeşlik duygusu yaratmak», «ulusu refaha ulaştıracak her türlü çabaları desteklemek» gibi «sınırı ve muhtevası belli olmayan sözlerin»⁸ yayınlardaki öz bakımından nasıl bir açıklık getireceği, daha doğrusu bunların ne derece «uygulanabilir» ve «geçerli» birer yayın ilkesi olacağı şüphelidir. Buna karşılık, «sınırı ve muhtevası belli» hâle getirilmiş sözlerin de, özerklik kavramının diyalektik açıdan yorumlanması ışığında birer durallık unsuru durumuna düşmeleri pekâlâ mümkündür. Bu açıdan «doğru» ve «yaratıcı» sayılabilecek yayın ilkelerinin konması, özerkliğin 1961 Anayasası içindeki derin anlamını sezmeğe bağlı. Bu anlam sezilmediği sürece, Anayasadaki sözleri aktarmaktan ileri geçmeyen bir ilkeler bütünü yerine, kuruluş içinde tam anlamıyla özerk bir çalışma ortamı yaratmak ve bu ortamdan doğacak dinamizme güvenmek daha doğru olur. Tarzı ve biçimi aşan ideolojik nitelikteki ilkeler, yayınların tutarlılığı açısından, ille de gerekli

(7) İlkelerin tam metni için, bakınız : Şeref Gözübüyük, «Türkiye Radyo- Televizyon Kurumu», *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*. Cilt XXIV, sayı 1 (Mart 1969), sf. 59-61.

(8) *İbid.*, sf. 61.

sayılıyorsa, bunların yalnız yönetim kurulu tarafından değil, yayınların özüyle doğrudan doğruya ilgili bulunan ve belli bir özerklik güvencesine kavuşturulması gereken bütün sorumluların katılacağı daha geniş kurullar tarafından saptanması yoluna gidilmelidir. Ayrıca, ilkelerin sürekli olarak gözden geçirilmesi ve oldukça esnek bir mekanizma içinde sık sık rahatça değiştirilebilmesi diyalektik anayasa anlayışı içindeki özerklik kavramına da uygun düşer.⁹

Özerk kuruluşlar, egemenliğin kullanılmasını daha sağlam temellere oturtacak bir oluşum içinde kendilerine düşen görevi tam olarak yerine getirmek istiyorlarsa, herşeyden önce, kendi içlerinde bir durallığın ve donukluğun belirmesini önlemelidirler.

9 Anayasa Mahkemesi, TRT tazminat yönetmeliğinin hazırlanmasında «Turizm ve Tanıtma Bakanının onayı»nı zorunlu sayan hükmü (359 sayılı yasanın 47. maddesindeki 2. bent) Anayasaya aykırı bulup iptal ederken (Esas No. 1967/37, Karar No. 1968/46, Karar Tarihi 15.10.1968, Resmî Gazete 8 Temmuz 1969), «bir kuruluşun özerk olarak nitelen- dirilebilmesi için, en az, kanunla belli sınırlar içinde kalmak şartıyla, kendi hareketlerine hâkim olacak kuralları da yine kendisinin düzenlemesine yetkili olması gerekir» diyor. Buradaki «kanunla belli sınırlar» deyimini, ilk bakışta, yasama organının Kurumca saptanacak «ilkeler»e «ideolojik sınırlar» da koyabileceği izlenimini yaratmaktadır. Oysa, karar metni dikkatle okunduğu zaman, şu nokta açıkça anlaşılıyor: sınırlama yalnızca yönetim biçimiyle ilgili olmalıdır ve çalışmaların ideolojik yönden kısıtlanması amacını gütmemelidir. Başka bir deyimle, TRT'deki yönetim mekanizmasının kamu görevi niteliğine uygun olarak işleyebilmesi için, öbür kamu kuruluşlarıyla ilişkiler ya da kurum içi düzenlemeler bakımından birtakım kurallar konacaksa, bunların yasama organınca konmuş sınırlamalara uyması gerekir. Nitekim, Anayasa Mahkemesinin, aynı kararda, yukarıdaki cümleden hemen sonra gelen şu ifadesi, yasayla konacak sınırlamaların ideolojik sınırlamalar olmadığını gösteriyor: «...Burada geçen 'kanunla belli sınırlar' deyiminden ereğin, Anayasa ilkelerine uygun kalmak şartıyla konulmuş bulunan hükümler olduğuna şüphe yoktur. Bu bakımdan bir özerk tüzel kişiliğin yönetiminde ve hizmetlerini görmesinde, Hükümetin tümüne veya bir veya birkaç kanadına yetki tanınması, özerklik ile bağdaşamaz.». Demek ki Özerkçe yapılacak düzenlemelerde saklı kalması gereken Anayasa ilkeleri, ideolojik nitelikteki ilkeler değil, «özerklik», «yasa önünde eşitlik», «yönetimin yargısal denetimi» gibi yalın çalışma düzeniyle ilgili ilkelerdir.

(9. Makale - 1970)

Bülent TANÖR

*«Anayasa ile Temel Hak ve Hürriyetler
İlişkisi» Üstüne İki Sorun ve
Bir Örnek Olay **

* Bülent Tanör, “Anayasa ile Temel Hak ve Hürriyetler İlişkisi Üstüne İki Sorun ve Bir Örnek Olay”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 36, S. 1-4, 1970, s. 189-211.

«ANAYASA İLE TEMEL HAK VE HÜRRİYETLER İLİŞKİSİ» ÜSTÜNE İKİ SORUN VE BİR ÖRNEK OLAY

Asis. Dr. Bülent TANÖR

Türkiye’de, demokratik hak ve hürriyetler sorunu, gerek siyasi gerekse hukuki açıdan gündemde kalmaya devam ediyor. Demokratik hak ve hürriyetlerin genişletilmesi, güvencelerin pekiştirilmesi yolundaki siyasi mücadele artan bir hızla gelişirken, hukuk ilmi, özellikle Anayasa Hukuku açısından da yeni yeni sorunlar ortaya çıkmakta. Ülke hukuk pratiğinin çok ilersinde kalan bir Anayasanın varlığı bir yandan, tarihimizde ilk defa bir Anayasa yargısı sistemini kurmuş ve iyi kötü işletiyor olmamız diğer yandan, bütün bu sebepler, elde şimdiden hayli teorik-pratik sorunun birikmesine imkân hazırladı.

Bu yazıda ortaya konacak teorik sorunların hemen hemen tümü, «Anayasa ile temel hak ve hürriyetler arasındaki ilişki» konusuyla ilgili. Bu ilişki de iki kademede, iki ana sorunda düğümlenmekte:

I) Anayasanın sözünü ettiği «Temel hak ve hürriyetler» (md 10/1, 11/1) den ne anlaşılmalı gerekir? Bu eylemin ya da faaliyetin, Anayasanın temel hak ve hürriyetler için koymuş olduğu garantilerden yararlanıp yararlanamayacağı nasıl bir ölçüye göre tayin olunabilir?

II) «Temel hak ve hürriyetler» sadece Anayasada açıkça belirtilen kategorilerden ibaret midir?

Bu iki teorik sorunu bir örnek olaydan, Anayasa Mahkemesinin bir kararından hareketle incelemeye çalışıyoruz. Zaten teorik sorunlar, bir bakıma bu kararın yayınlanmasından sonra günlük önem kazanmıştır. İlke sorunları, bu karardan sonra doğmuş sayılabilir. Biz de karardan yola çıkarak soyut ve teorik ilke sorunlarını ortaya koyup çözmeye çalıştıktan sonra, yenibaştan örnek olaya dönerek, soyut ve teorik çözümleri buna uygulayacağız. Böylece, teorik ve genel olanla, pratik ve özel olan arasındaki karşılıklı ve iki yönlü bağıllık birbirinden ayrılmadan, sorun aydınlığa çıkmış olacak.

Sorunların ortaya çıkışı ve konumu

Anayasa Mahkemesi 1963 yılında 5680 sayılı Basın Kanununun 31 nci md. siyle ilgili bir karar verdi (1). Dâvacı tarafından, sözü geçen hükmün (2) Bakan-

(1) E. 1963/170 K 1963/178 K. t. 5.7.1963 R. G. 4 Kasım 1963 - 11546 AYMKD, sayı 1. sf. 302-307.

(2) Basın Kanununun 31 inci md. si hükmünün bizi ilgilendiren ilk fıkrası şöyledir: «Yabancı

lar Kuruluna ve içişleri Bakanına sınırsız bir yetki tanıdığı, Anayasanın 17 nci md. sindeki Haberleşme hürriyetini, 20 ve 21 nci md. lerdeki düşünce, bilim ve sanat hürriyetlerini açıkça çiğnediği, basında sansürü yasaklayan 22 nci md. nin ilk fıkrasına, aynı maddenin 3 ncü fıkrasına ve 24 ncü md. ye aykırı olduğu ile ri sürülmekteydi. Anayasa Mahkemesi bu iddiaların yerinde olmadığına karar vererek dâvayı reddetti.

Mahkemenin bu konuda öne sürdüğü gerekçeleri ve yürüttüğü muhakeme biçimini şöyle özetlemek mümkün:

(1) Anayasamızda «Yabancı yayınların yurda sokulmasına ilişkin bir hüküm yer almadığından, bu konu temel hak ve hürriyetlere girmez; dolayısıyla bir aykırılık meselesine de imkân bırakmaz.

(2) Kaldı ki bir an için dâva konusu hükmün, düşünce, bilim ve sanat hürriyetlerinin (AY. md. 20, 21) konusuna girdiği kabul edilecek olsa dahi, yine de olayda bu hürriyetlerin özüne dokunur bir yön yoktur. Çünkü, Bakanlar Kuruluna verilen yetki sınırsız olmayıp, dışardaki muzır ve yıkıcı faaliyetlerin yurda intikaline vasıta olacak nitelikteki basına mahsus ve münhasır olup, bu maksat ve amaç ile sınırlıdır.» Ayrıca, Bakanlar Kurulunun bu yetkiye dayanarak vereceği kararlar, objektif kaideler koyan tanzimi tasarruflardan olmayıp, belli bir veya birkaç eserin yurda sokulmasını yasaklayan ve toplattırılmasını öngören tasarruflardan ibaret bulunduğundan, ortada yasama yetkisinin devri diye bir şey yoktur.

Anayasa Mahkemesinin yukarda özetini verdiğimiz gerçeğesinin özellikle birinci bölümü bizi ilgilendirmektedir. Çünkü bu gerekçe ile bir ilke meselesi çözülmüş olmakta, bundan da birtakım önemli sorunlar doğmaktadır. Mahkemenin bu kararının getirdiği yan ve sırf bu olaya özgü sorunları değerlendirmeyi az sonraya erteleyerek (3), yazımızın ana konusunu meydana getiren sorunlara öncelik verelim.

Bu karardan çıkan ana sorunlar şöyle özetlenebilir:

(1) Bir eylem ya da faaliyetin (olayda: yurt dışında basılan eserlerin yurda sokulması, dağıtılması ve okunması) Anayasanın temel hak ve hürriyetler için koymuş olduğu güvencelerden yararlanıp yararlanamayacağı hangi ölçüye göre belirlenebilir?

(2) Bir hak ya da hürriyet kategorisinin Anayasada Öngörülmemiş olması karşısında Anayasa Mahkemesinin nasıl bir tutum takınması doğru olur?

memleketlerde çıkan basılmış eserlerin Türkiyeye sokulması veya dağıtılması Bakanlar Kurulu kararıyla men olunabilir. Bu gibi eserlerin, Bakanlar Kurulundan acele karar alınmak üzere içişleri Bakanlığınca karardan evvel dağıtılmaları menolunabileceği gibi, dağıtılmış olanlar da toplattırılabilir.»

(3) Bkz. ilerde s. 207 v.d.

I) Bir eylemin Anayasa garantisi altında olup olmadığı nasıl bir ölçüyle belirlenebilir?

A) Anayasa Mahkemesinin tutumu :

Anayasa Mahkemesinin bu konudaki görüşünü yenibaştan ve genişçe aktarmakta yarar var. İncelediğimiz örnek olayda Anayasa Mahkemesi «Yabancı memleketlerde çıkan basılmış eserlerin Türkiye'ye sokulması veya dağıtılması» eyleminin, Anayasamızca güvence altına alınmış bir faaliyet olmadığı yolundaki görüşünü şöyle ispatlamaya çalışıyor:

«Önce, davacı tarafından dayanan Anayasa maddelerinin hiç. birinde yabancı memleketlerde basılan eserlerin yurda sokulmaları konusu ile ilgili açık veya kapalı herhangi bir hükmün mevcut olmadığını (altını biz çizdik) belirtmekte fayda vardır.»»

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

«Yine Anayasanın 22 nci maddesi de Türkiye sınırları içinde basılan ve yayılan eserlerle ilgili hükümleri kapsadığından, yabancı memleketlerde basılan ve yayılan eserleri bu maddenin çevresi içinde görmekte isabet yoktur.» (4).

Anayasa Mahkemesi, dâva dilekçesindeki sıralanmaya uyarak, söz konusu faaliyetin önce Anayasanın 17 nci maddesindeki haberleşme hürriyetinin kapsamına girip girmediğini incelemekle işe başlamaktadır. Aynı işi, Anayasa maddelerinin numara sırasına göre yapması beklenir ve gerekirken, bu maddelere (A.Y. md. 20 ve 21) hiç uğramadan 22 nci maddeye atlamakta ve bu defa da aynı incelemeyi bu madde açısından yaptıktan sonra, söz konusu eylemin bu maddedeki hürriyetle (basın hürriyeti) ilgisi olmadığını belirtmektedir. Fakat, «Anayasamızın 24 ncü maddesi dolayısıyla Temsilciler Meclisinde yapılan görüşmelerin de konuyu aydınlatması bakımından önemi vardır» diyen bir sonraki cümle, Mahkemenin neden 20 ve 21 nci maddelere uğramadığı, 17 nci ve 22 nci maddeler için haklı olarak yaptığı incelemeyi bu maddeler için neden yapmadığı sorusunun cevabını da vermektedir. Çünkü Anayasanın 24 ncü maddesinin Temsilciler Meclisindeki görüşümünden çıkan sonuç, Mahkemeye, yabancı yayınlar konusunun bir Anayasa meselesi teşkil etmediğini, dolayısıyla 20 ve 21 nci maddelerin de meselede bir payı bulunamayacağını ileri sürme imkânını verecektir. Şöyle ki, maddenin görüşülmesi sırasında sorulan bir soruya Anayasa Komisyon sözcüsü «Yurt dışındaki yayınlarla ilgili hükümleri. Yüksek heyetiniz tamamen kanuna bıraktı. Bunların Türkiye'ye girmesi her zaman men edilebilir» cevabını vermiş, bu

(4) AYMKD sayı 1, sf. 304.

açıklama üzerine de madde oylanmış ve kabul edilmiştir. Bu olguya dikkati çeken Mahkeme «Anayasamız *bir prensip olarak, yabancı memleketlerde basılan ve yayınlanan eserlerle ilgili olarak (Temel Haklar ve Ödevler) arasında bir hüküm koymamış* (altını biz çizdik), bu konunun düzenlenmesini kanuna ve kanun koyucunun takdirine bırakmıştır... Bu itibarla *Anayasanın temel hak ve hürriyetler arasına almadığı (Yabancı yayınların yurtla sokulması) konusuna* (altını biz çizdik) ilişkin bir hükmün temel haklara ve hürriyetlere aykırı bulunduğu yolundaki iddiada isabet yoktur» (5) diyecek. Anayasanın 17 nci maddesinden 22 nci maddesine, oradan da 24 ncü maddenin meclis görüşmelerine sıçradıktan sonra ele geçirmiş olduğu bu «delil»i kullanmak üzere birkaç madde geriye dönerek şu tündengelimini yapacaktır: «Bu sebeplerle Anayasanın 20 nci ve 21 nci maddelerine de konu ile ilgili görmek mümkün değildir» (6).

Şu ana kadar özetlediğimiz bölüm, Anayasa Mahkemesinin «Temel hak ve Hürriyetler» kavramına ne anlam vermediğini göstermesi bakımından üzerinde durulmaya değer niteliktedir. Mahkeme bu ifadeleriyle, bir yurttaşın herhangi bir faaliyetinin, bir eyleminin Anayasa güvencesi altındaki temel hak ve hürriyetlerden birine girip girmediğinin nasıl tayin edilebileceğini göstermekte, bunun ölçüsünü vermektedir. Bu ise, önümüzdeki davanın dar boyutlarını aşan bir ilke sorunudur; mahkemenin genel tutumuyla ilgili bir davranıştır.

Şimdiden belirtelim ki, mahkeme hem meseleyi koyuş biçimi bakımından hatalı bir tulum içindedir, hem de çözüm yöntemi bakımından başarısızdır. Bu yanlışları göstermek ve eleştirmek gerekiyor.

B) Anayasa Mahkemesinin tutumunun eleştirisi :

1) Mahkemenin meseleyi koyuş biçimi hatalıdır :

Mahkemenin (hangi eylem ya da faaliyet Anayasa garantisi altındadır?) sorusunun cevabını araştırırken incelediği nokta şudur: söz konusu eylem ya da faaliyetlerle ilgili olarak Anayasada açık ya da kapalı herhangi bir hüküm mevcut mudur? Değil midir (7). Eğer mevcutsa, bu eylem Anayasa garantisinden, yine Anayasanın izin verdiği Ölçülerde yararlanır, Eğer Anayasada böyle bir hüküm yoksa, ortada bir Anayasa meselesi (8) de yoktur.

(5) AYMKD sayı 1, sf. 305.

(6) Aynı dergi, aynı sayfa.

(7) «Önce, davacı tarafından dayanan Anayasa maddelerinin hiç birisinde yabancı memleketlerde basılan eserlerin yurda sokulmaları konusu ile ilgili açık veya kapalı herhangi bir hükmün mevcut olmadığını belirtmekle fayda vardır.» (AYMKD., sayı 1, sf. 304).

(8) Anayasa Mahkemesinin bir başka kararından çıkan anlama anlama göre, «bir hükmün Anayasaya aykırılığının bahis konusu olabilmesi için o hükmün bir Anayasa meselesi teşkil eden bir hususa dair olması gerekir (16.3.1065; 63/199; 65/16).. Bundan anlaşıldığına göre, hakkında Anayasada hüküm bulunmayan hususlar Anayasa meselesi teşkil etmeyecek ve binaenaleyh bu hususlara dair kanun hükümlerinin Anayasaya aykırılığı da ortaya sürüle-miyecektir» (Bülent Nuri ESEN, **Anayasa Mahkemesine göre Türk Anayasa Hukuku Anla-yışı**. AÜHF yayımları. No: 206, Ankara, 1966. sf. 14.

Konunun düzenlenmesi kanuna ve kanun koyucunun takdirine bırakılmıştır (9).

Anayasa Mahkemesinin meseleyi ortaya kovuştaki temel yanılığı şurada-
dır: Mahkemeye göre Anayasamız (ve Anayasalar), soyut birtakım hürriyet
kategorilerini değil, somut bazı faaliyet konularını(10) düzenlerler. Dolayı-
sıyla, sözü edilen faaliyet konusu, eğer kendi somut ve özel adıyla Anayasada
açık ya da kapalı olarak düzenlenmişse, o faaliyette bulunmak hakkı Anaya-
saca garanti altına alınmıştır; aksi halde değildir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararda yansıyan «Anayasa» anlayışı son de-
rece casuistique, «hürriyet» anlayışı da son derece pratik, dar ve somut bir
anlayıştır. Mahkemeye göre Anayasamız (ve Anayasalar), akla gelebilecek
tüm faaliyet biçimlerini içinde toplayabilen bir somut kurallar yığını, adeta
bir Mecelledir Anayasa eğer bir konuyu düzenlenmemişse, bunu böyle istediği
içindir. Aynı şekilde, «Temel hak ve Hürriyetler» kavramından anlaşılması
gereken de soyut kategoriler değil, somut ve pratik faaliyet biçimleridir (11).

Bu görüş tamamiyle isabetsizdir. Bir kere Anayasalar en soyut, en genel
kuralları getirdiklerinden tek tek somut faaliyet biçimlerine ,konularına yer
vermezler, veremezler. Birtakım genel ve soyul *hürriyet kategorileri* koyarlar.
Somut faaliyet örnekleri ise tek başlarına ayrı birer hürriyet değil, soyut bir
hürriyet kategorisinin kullanılışı, gerçekleşiş biçimleridir. Bir örnek verelim:
Anayasamızın 17 nci maddesi, bir hürriyet kategorisi, soyutlaması olarak ha-
berleşme hürriyetine yer vermiştir. Artık bundan ötesi, yani değişik araçlarla
ya da değişik alanlarda (yurt içi ve yurt dışı) yapılacak haberleşmeler, bu so-
yul hürriyetin kullanılışı ile ilgili şekillerden başka bir şey değildir Kişilerin
bunlardan birini kullanabilmesi için. o somut faaliyet konusunun, biçiminin,
Anayasada ayrıca öngörülmüş olması gerekmez. O somut faaliyet biçimi ana-
yasal hak ve hürriyetlerden birinin kapsamına giriyorsa. Anayasa garantisin-
den de yararlanacak demektir (12).

Eğer Anayasa, işi biraz daha ayrıntısına vardırmak için, tanıdığı bir hürri-
yet kategorisinin gerçekleşme biçimlerinden herhangi birini ayrıca özel ola-
rak da düzenlemişse (örneği tekrarlayalım: haberleşme hürriyetini tanıdık-
tan başka, yurt içi haberleşmeyle ilgili özel hükümler de getirmişse), bundan
«yurt dışı haberleşme hürriyeti (!)» nin tanınmadığı sonucu çıkmaz. Sadece,
yurt içi haberleşmeyle ilgili olarak konan özel hükümlerin yurt dışı haberleş-

(9) Aynı karar, AYMKD sayı 1, sf. 305.

(10) «Yabancı memleketlerde basılan eserlerin yurda sokulmaları konusu» (altını biz çizdik)

(11) Mahkemenin bu casuistique anlayışı en iyi yansıtan cümlesi: «Bu itibarla Anayasanın temel hak ve hürriyetler arasına almadığı (Yabancı yayınların yurda sokulması) konusuna ilişkin bir hükmün temel haklara ve hürriyetlere aykırı bulunduğu yolundaki iddiada isabet yok-tur» (AYMK sayı 1, sf. 305).

(12) Bülent TANÖR, *Anayasa Hukuku Meseleleri, Temel Hak ve Hürriyetlerin rejimi ve Ana-yasa Yargısı*, Filiz Kitabevi , İstanbul 1969, sf. 83-84

menin hukuki rejiminde uygulanmıyacakları sonucu çıkar. Aksi halde, daha demokratik ve hürriyetçi olmak için ayrıntılı olan Anayasanın bu niteliği, bu Özeni, Anayasanın aleyhine yorumlanmış olur. Bundan da; (az düzenlersen garantileri getiremezsin, çok düzenlersen de düzenlemediğin konuları bütün bütün Anayasa garantisinden yoksun bırakmış olursun) dilemması kısır döngüsü ve saçmalığı çıkar.

Olayımıza dönelim: «Yabancı memleketlerde basılı eserlerin yurda sokulması ve dağıtılması» hürriyeti diye ayrı ve bağımsız bir hürriyet yoktur. Bu faaliyet, ya Anayasanın tanıdığı hürriyet kategorilerinden birinin kapsamına girer, ya da girmez. Anayasa Mahkemesinin böyle bir faaliyet biçimini Anayasa maddeleri arasında araması ne kadar gereksiz bir çaba ise, «yurt içinde basılı eserlerle ilgili hüküm koyan bir Anayasanın yurt dışında basılı eserler için herhangi bir kural getirmemiş olması, yurt dışında basılı eserleri yurda sokma ve dağıtma eyleminin bir anayasal hak ve hürriyet sayılamıyacağını gösterir» yollu muhakemesi de o derece sakattır. Yukarki örnekte de belirttiğimiz gibi, bu farktan (yani yurt içinde basılan eserler konusunun ayrıca düzenlenmiş, ötekinin ise düzenlenmemiş olması farkı) sadece şu sonuç çıkarılabilir: kanun koyucu yurt dışında basılı eserler konusunu düzenlerken, yurt içinde basılı eserler için konmuş olan özel hükümlere (A.Y, md. 22/5,24/2) uymak zorunda değildir. Yine bu hürriyetin özüne dokunmamak ve Anayasanın diğer hükümlerine uymak şartıyla daha sıkı kayıtlar getirebilir. Meselâ, yabancı ülkelerde basılı eserlerin yurda sokulmasını ve dağıtılmasını yasaklama yetkisini, 22/5 ve 24/2 nci maddelerde aranan «hâkim kararı» şartını bir yana iterek, Bakanlar Kuruluna verebilir. Belirtmeye gerek yok ki, hürriyetlerin her düzenlenmesinde, düzenlemeye ya da sınırlamaya yetkili merciin ancak bir yargı mercii olabileceği yolunda bir kural yoktur. Bu yetkinin, Anayasanın öngördüğü diğer şartlara, özellikle yetki devri yasağına (AY. md. 5) uyulmak şartıyla yürütme organına verilmesi mümkündür.

O halde. Anayasa Mahkemesi ne yapmalıydı? Mahkeme, yabancı memleketlerde basılan ve yayınlanan eserlerin yurda sokulması ve dağıtılması hareketiyle ilgili olarak Anayasada açık veya kapalı bir hükmün var olup olmadığını değil, bu hareketin Anayasanın öngördüğü temel hak ve hürriyetlerden herhangi birinin teorik, mukayeseli tahlillerle belirlenecek kapsamına girip girmediğini araştırmak ve buna göre hüküm yürütmek zorundaydı. Başta 7 nci madde için yaptığını, sırayı bozmadan ve 24 ncü madde ile ilgili meclis görüşmelerine hiç sıçramadan 20 ve 21 nci maddeler için de yapmalıydı. Belki o zaman, 24 ncü madde ile ilgili meclis görüşmelerinin konuyla ilgili olmadığı görür, varacağı sonucun yerindeliği (opportunité) ne olursa olsun, muhakemesini sağlam bir temel üzerine oturtmuş olurdu. O zaman da, bugün, kendi vardığı bu sonuçtan memnun kalmayınca yaptığı gibi, bir geriye dönüşle «..kaldı ki, bir an için Anayasanın Düşünce ve Bilim ve sanat hürriyet-

leri hakkındaki 20 nci ve 21 nci maddelerinin konu ile ilgili bulunduğunu... düşünelim» (13) demek zorunda da kalmazdı (14).

Olayda söz konusu faaliyet ya da eylemin, Anayasada gösterilen temel hak ve hürriyetlerden herhangi birinin kapsamına girip girmediği özgül (spesifik) meselesini bizzat çözmeyi ileriye erteleyerek, bir başka noktadan daha eleştiriye devam edelim.

2) Mahkemenin yorumlama yöntemi de hatalıdır :

Mahkeme, önündeki meseleyi incelerken, Temsilciler Meclisinde konuyla ilgili olarak yapılan görüşmelere kesin bağlayıcı bir değer tanımakta, adeta bütün muhakemesini bu «delil» üzerine kurmaktadır. Zaten genel olarak Anayasa Mahkemesinin, belirli bir kanun hükmünü anlamlandırmak için Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu sözcülerinin ya da meclis genel kurul üyelerinin sözlerine aşırı bir bağlılık gösterdiğine sık sık şahit olunmaktadır (15). Ancak bu yol, kolay ve zahmetsiz olmakla beraber bilimsel değildir. Tarihi yorum yönteminin genel olarak yetersizliği, özel olarak da Türkiye’de 1961 Anayasası hükümlerinin yorumlanmasında başvurulması iyiden iyiye imkânsız bir yorum biçimi olduğu konusunda yeteri kadar duruldu (1). Burada sadece şu özetlemeyi yapmakta yarar var.

Birincisi : Herhangi bir meselenin çözümünde kanun koyucu ya da Anayasa koyucunun görüşünü öğrenmek, ancak pozitif metnin yorumunun bir yere götürmemesi halinde mümkündür. Oysa, önümüzdeki olayda böyle bir durum yoktur. Anayasa Mahkemesi pekala meseleyi Anayasanın objektif bütünlüğü ve sözünün taşıdığı anlam çerçevesinde çözümleyebilirdi.

Kaldı ki, meclis görüşmelerinin yedek de olsa açıklayıcı ve aydınlatıcı bir yorum kaynağı sayılabilmesi için, bunların bilimsel nitelikte olması, hukuk biliminin objektif veri ve kurallarıyla tersliğe düşmemesi gerekir. Olayda başvuru ve yardımından yararlanan meclis görüşmeleri ve Anayasa Komis-

(13) Aynı karar, AYMKD sayı 1, sf. 305.

(14) Mahkemenin çoğunluk görüşünün bu «faaliyetle hürriyeti birsayan» yanlış tutumu, kararı eleştiren azınlık grubunun 7 üyesinin ortak muhalefet serhinde de aynen mevcut:

«Bu beyandan (Anayasa Komisyonu sözcüsünün) yabancı yayınlar konusunun Anayasa dışında bırakıldığı, ancak bu konunun, kanun koyucu tarafından düzenlenmesi gerektiği anlaşılmaktadır.»

Az sonra ise, bu görüşle çelişik olarak, konunun Anayasanın 21 nci md. sindeki hürriyetin konusuna girdiği belirtilmektedir (bkz. Aynı dergi sf. 307).

(15) Bülent Nuri ESEN, s.g.e. sf. 7 — Metin KIRATLI. **Anayasa Yargısında somut norm denetimi**, AÜHF yayını, Ankara, 1966, sf. 153.

(16) bk. Mümtaz SOYSAL, **Dinamik Anayasa Anlayışı, Anayasa diyalektiği üzerine bir deneme**, SBF yayınları, No: 272, Ankara, 1969, sf. 4-5, 68-69, 88-89, 92-93 105. - **Anayasa açısından kapalılık, açıklık kavramları**, SBF, C.XXIII, sayı 1, sf. 262 - Bülent Nuri ESEN, s.g.e. sf. 7 v.d. - Bülent TANÖR, **Siyasi düşünce hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası**, Öncü kitabevi, İstanbul, 1969, sf. 121-125

yonu sözcüsünün konuşmaları bu nitelikte sayılamazlar. Anayasa Mahkemesinin yukarda eleştirdiğimiz yanı, meseleyi yanlış koyup yanlış muhakeme yü rütmesi, aynen bu tartışmalarda da mevcuttur. Kısacası, tartışmalar bilimsel değerden yoksundur.

Ayrıca, «Kanun Koyucu» nun ya da «Anayasa koyucunun iradesi» ni, kanunu hazırlayanların, psikolojik, ferdi irade ve görüşleri diye anlamak da, tarihçi yorum yönteminin en ilkel biçimini seçmek demektir. «Kanunun amacı» derken anlaşılması gereken, kanunun objektif yapısından belli bir tarihi anda çıkan objektif ve aktüel anlam olabilir.

İkincisi : 1961 Anatasının kural ve kurumlarını anlamakta, tarihçi yorumun bu en ilkel biçimi bütün bütüne başarısız kalmaya mahkûmdur. Çünkü, Anayasa Temsilciler Meclisinin iradesinden ibaret değildir; Kurucu Meclis tasarısının Halk Oyu tarafından kabulüyle hukukî anlamda oluşmuştur. «Kanunun amacı» nin ya da «Kurucuların iradesi» nin bu en ilkel bio-psikolojik biçimiyle anlaşılması, Halk Oyu’nun psikolojisinin tespitindeki imkânsızlık sebebiyle tamamen bilim dışı bir tutumdur.

C) Örnek olaydaki mesele nasıl çözümlenmek gerekirdi?

Burada sözü doğrudan doğruya meselenin çözümüne getiriyoruz.

Yukarki genel ve teorik bilgilerin ışığında, meselenin doğru konumu ve çözümü nasıl yapılabilir?

Bu da şu noktanın aydınlanmasına bağlıdır: söz konusu eylemin Anayasayla bağlantı, ilgi noktası nerededir? Mahkeme nerede yanılmıştır?

Mesele şu: Yurt dışında basılı eserlerin yurda sokulması ve dağıtılması işi. Anayasa Mahkemesinin iddia ettiği gibi. «Anayasa meselesi» teşkil etmeyen bir konu mudur?

Bize göre. söz konusu eylem, Anayasa tarafından hukukiliği tanınmış ve Anayasa güvencesi altına konmuş bir eylem olup. Anayasa maddeleriyle bağlantı derecesi de şöyledir.

1) Haberleşme hürriyeti (AY. md. 17) açısından :

Mahkeme, konunun haberleşme hürriyetiyle ilgili bulunmadığını, bir gazete veya kitabın bir şahsa gönderilmesi ve getirilmesi işinin bir haberleşme olmadığını belirtiyor. Bu görüş tamamiyle yanlış sayılamaz. Gerçekten de, Anayasanın bu maddesinde sözü edilen haberleşme, kitle haberleşmesi değil, özel haberleşmedir ve kişiler arasında umuma intikal etmeyen yazışmaları ifade eder (17).

(17) Feyyaz GÖLCÜKLÜ, *Haberleşme Hukuku. Basın. Kadro. T. V.*, AÜSBF yayını. No: 292. Ankara. 1970, sf. 47. 60.

Şu var ki, 17 ci maddede ifadesini bulan özel haberleşme hürriyeti (liberté de correspondance) nin telefon, telgraf, özel mektuplar yoluyla yapılan haberleşmeler kadar, adrese gönderilen basılı bülten, broşür, duyuru v.s. yi de koruduğu kabul edilecek olursa, meselenin Anayasanın 17 nci maddesini ilgilendiren bir yönünün de bulunduğunu kendiliğinden ortaya çıkar.

2) Düşünce ve Bilim ve Sanat hürriyetleri (A.Y. md. 20, 21) açısından :

Söz konusu eylem, uzun tartışmalara meydan bırakmayacak bir açıklıkta, bu iki hürriyetin alanına girmektedir. Gerçekten de. yurt dışında basılı eserler, düşünce hürriyetinin ayrılmaz parçası olan «düşünceler edinebilme» ya da düşüncelere ulaşabilme hürriyetinin önemli ilkel maddesi durumundadırlar. Dolayısıyla, Basın Kanununun 31 nci maddesinde yer alan sınırlama, düşünce ve kanaat, bilim ve sanat hürriyetleriyle yakından ilgilidir (18). Nitekim, düşünce ve ifade hürriyetinin muhtevasını belirleyen 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 19 ncu maddesi de «Her ferdin düşünce ve açıklama hürriyetine hakkı vardır. Bu hak, düşüncelerinden ötürü rahatsız edilmemek, ülke sınırları söz konusu olmaksızın bilgi ve düşünceleri her yolla aramaya, elde etmek... hakkını gerektirir.» şeklindeki ifadesiyle bunu doğrulamaktadır.

Bu açık gerçeği. Temsilciler Meclisinde yapılan görüşmelere atfı yoluyla dahi örtmek mümkün değildir. O kadar ki, bu atfı yapan çoğunluktaki üyeler, sonradan bu «delil» den kendileri de pek tatmin olmamış olacaklar ki. «bir an için Anayasanın (Düşünce ve (Bilim, sanat) hürriyetleri hakkındaki 20 nci ve 21 nci maddelerinin konu ile ilgili bulunduğunu...» farzetmek ihtiyacını duymaktadırlar (13). Aynı ihtiyaç, yabancı yayınlar konusunun Anayasa dışında bırakıldığı görüşünü paylaşan azınlıktaki üyelerce de duyulmuş, konunun Bilim ve Sanat hürriyetiyle ilgili bulunduğu görüşü, bir önce savunulan kanaatle çelişkiye düşülmek pahasına ileri sürülmüştür (20).

3. Basın Hürriyeti (AY. md. 22) açısından:

Mahkemenin, «Anayasanın 22 nci maddesi, Türkiye sınırları içinde basılan ve yayılan eserlerle ilgili hükümleri kapsadığından yabancı memleketlerde basılan ve yayılan eserleri bu maddenin çevresi içersinde görmekte isabet yoktur» (21) seklindeki görüş de. 22 nci madde eğer sadece Basın Hürriyetinden söz etmiş olsaydı belki doğru sayılabilirdi. Oysa 22 nci maddenin 2 nci ve 3 ncü fıkraları «Basın ve HABER ALMA hürriyeti» nden söz etmektedirler. Yurt dışında basılı eserlerin ise, haber alma hürriyetinin önemli bir

(18) Aynı görüş: Sulhi DÖNMEZER. *Yabancı yayınlar ve Türk Anayasası*, Mahkeme kararları kroniği. İÜHFM, Cilt XXX. sayı 1-2. (1964). sf. 386-387. — Feyyaz GÖLCÜKLÜ, s.g.e., sf. 62-63. — Sait GÜRAN, *Anayasa ve kitap toplatma*. Cumhuriyet, 9.5.1965.

(19) Aynı karar, AYMKD sayı 1, sf. 305

(20) «Öğrenimin ve araştırmanın en önemli kaynaklarından birisi de yabancı yayınlardır... Yalnızca yayınların yurda sokulmasının yasaklanması, bir temel hak olan öğrenme ve araştırma yapmak hakkının da sınırlanması sonucunu doğurduğuna göre...» (Aynı yerde).

(21) AYMKD, sayı 1, sf. 304.

ham maddesi olduklarına şüphe yoktur. Bu sebeple, meselenin Anayasanın 22 nci maddesini de ilgilendirdiği, haber alma hürriyetinin konusuna girdiği meydandadır (22).

Sonuç olarak. Basın Kanununun 31 nci maddesinde sözü edilen (Yabancı memleketlerde çıkan basılmış eserlerin Türkiye’ye sokulması veya dağıtılması) eylemi. Anayasa Mahkemesinin ileri sürdüğünün aksine, «Anayasa meselesi» yaratan bir konuyla ilgilidir. Anayasa, bu konu ya da faaliyetin düzenlenmesini yasamanın mutlak takdirine bırakmış değildir. Konu, doğrudan doğruya Anayasanın yukarda sözünü ettiğimiz maddelerinde yer alan temel hak ve hürriyetlerin teorik ve soyut muhtevasına, kapsamına girmektedir. Mesele, Anayasa seviyesinde düzenlenmiş bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi ise, söz konusu faaliyetin, Anayasada öngörülen temel hak ve hürriyetlerden herhangi birinin kapsamına girip girmediğini incelemek durumundayken (23), sanki «yurt dışında basılı eserleri yurda sokma, dağıtma ve okuma» diye bir hak ve hürriyet varmış, ya da Anayasa akla gelecek her konuyu düzenleyebilmiş gibi, Anayasada bu konuyla ilgili hüküm aramaya koyulmuştur.

II) Anayasanın bir hürriyet kategorisini öngörmediği durumlarda Anayasa Mahkemesinin tutumu ne olmalıdır?

Önce, bu soruna nereden gelindiği noktası üzerinde duralım. Anayasa Mahkemesi, yurt dışında basılı eserlerin yurda sokulması ve dağıtılması konusunu Anayasanın düzenlemediğini ileri sürmekteydi. Mahkeme bu yorumun sonucu olarak da, bu alanda eylemde bulunmayı Anayasa güvencesi dışında saymıştı:

Biz. Anayasa Mahkemesinin bu yorum biçiminin yanlış olduğunu, söz konusu eylemin de Anayasanın bazı maddelerinde düzenlenen bazı hak ve hürriyetlerin kapsamına girdiğini gösterdik.

Ancak, pekâlâ mümkündür ki, bir başka konu, bir başka faaliyet, yine *insan* hak ve hürriyetlerinden birinin kapsamına girsin, fakat bu defa da bu hak ya da hürriyet Anayasada öngörülmemiş olsun. Bu takdirde ne olacaktır? Söz konusu eylem ya da faaliyet, Anayasanın öngördüğü hak ve hürriyetlerden birinin konusuna girmediyse diye Anayasa meselesi sayılmayacak mıdır?

Önümüze gelen bu sorun, daha çok, hak ve hürriyetleri etraflıca sayıp dü-

(22) Aynı görüş için bkz. Feyyaz GÖLCÜKLÜ, s.g.e.. sf. 27, 48. 62.

(23) Meselâ Mahkeme bir kararında E. 8963/124 K. 1963/ 243 K C. 11.10.1963 RG. 4 Aralık 1963-11572, vasiyetin Anayasanın 36 ncı maddesindeki mülkiyet ve miras haklarının «tabii bir sonucu» olduğuna işaretlerle, bu isabetli yolu tutmuş bulunuyordu. Vasiyet hakkının Anayasa teminatı altındaki haklardan birinin kapsamına girdiğini ispatlama yolunda bu «genişletici yorum» başvuran Anayasa Mahkemesinin, aynı özeni düşünce, bilim ve sanat hürriyetleri gibi çok daha temel hak ve hürriyetlerin söz konusu olduğu bir dâvada göstermemiş olması ve bu yanlış yolu seçmesi düşündürücüdür.

zenlemeyen kısa Anayasaların yürürlükte bulunduğu ülkelerde pratik bir öneme sahipmiş gibi görünür. Ve, hak ve hürriyetlerin gerek listesi gerekse muhtevalarının tayini bakımından hiç de yüzeysel sayılamayacak bir Anayasa olan 1961 Anayasası var olduğu sürece, bu gibi bir sorun'un bizim için sadece teorik bir değer taşıyacağı akla gelebilir. Böyle bir düşünce, hiç şüphe yok ki, isabetli bir düşünce sayılamaz. Çünkü unutmamak gerekir ki, hiçbir Anayasa, en ayrıntılısı bile olsa, *İnsan* hak ve hürriyetlerini sayıp tüketebilmeyi. bunların eksiksiz bir dökümünü sunmayı başaramamıştır, başaramaz. Bizim Anayasamızdan da bu eksiklere örnek bulunabilir (24).

O halde sorun, temel hak ve hürriyetlerle ilgili düzenlemeler bakımından «Anayasada boşluk» ve bu «boşluk» karşısında Anayasa Mahkemesinin nasıl bir tavır takınması gerektiği noktasında düşümlenir.

Anayasada «boşluk» ve Anayasa Mahkemesi

Anayasa Mahkemesi yukardan beri sözünü edegeldiğimiz dâva ile ilgili kararını 5.7.1963 tarihinde vermişti. Bu tarihten bir buçuk yıl kadar sonra 21.12.1964 tarihinde verdiği bir başka kararda mahkeme şöyle diyordu:

«Devletimiz, Anayasanın 2 nci maddesinde ifade edildiği gibi. bir hukuk Devletidir. *Kanunlarımızın, Anayasanın açık hükümlerinden önce hukukun, bilinen ve bütün vygar memleketlerde kabul edilen prensiplerine uygun olması şarttır*» (altını biz çizdik) (25).

Mahkemenin bu kararının İsaletli olup olmadığı noktası hukuk dogmatığı ve politikası yönünden tartışılabilir. Fakat şurası açıktır ki, Türk Anayasa Mahkemesi bu önemli ilke kararıyla kendisine yeni bir yörünge çizmiş, kanunların Anayasaya uygunluklarını denetlemekle yükümlü bir merci oluşunu dar bir anlamda yorumlamıyarak. kanunları «Anayasanın açık hükümlerinden önce, hukukun.. (genel) prensiplerine» uygunlukları açısından denetleme yetkisini kendinde bulmuştur.

Mahkeme daha sonraki bir kararında (26) bu yorumu daha da geliştirerek bizim konumuza benzer bir olayda şu ilkeyi getirmiştir: Anayasanın belirli hükmü gereğince kanunla düzenleneceği söylenen hususlarda yürüyen yurkarki ilke, Anayasanın temas etmediği bir konunun düzenlenmesinde de göz önünde tutulmalıdır (27). Mahkemenin kendi deyişiyle Anayasamız herhangi bir konuya, müesseseye değinmemiş, bunun düzenlenmesini kanun koyucuya bırakmışsa, «kanun koyucunun bunu düzenlerken hukukun genel esaslarına ve özellikle Anayasanın ilkelerine bağlı kalacağı şüphesizdir» (28).

(24) Sözün gelişi. Anayasamız «vatandaşlıktan çıkma hakkı» nı öngörmemiştir.

(25) E. 1963/166 K. 1964/76 K. t. 22/121964 R. G. 28 Nisan 1965 - 11985 AYMKD sayı 2. sf, 237

(26) E. 1944/47 K. 1965/8 K.t. 18 2.1965 AYMKD.; sayı 3. sf. 31 v.d.

(27) Bülent Nuri ESEN. **Anayasa Mahkemesine göre**, sf. 43.

(28) Ayni karar, AYMKD. sayı 3. sf, 32-33.

Anayasa Mahkemesinin, kanun koyucunun hukukun genel esaslarıyla ve Anayasanın ilkeleriyle bağlı bulunduğunu belirtmesinin anlamı, Anayasadaki boşlukların yorum yoluyla hukukun genel esasları ve Anayasanın ilkelelerinden sağlanacak yardımlarla doldurulması gerektiğidir.

Bu kararlar, incelemekle olduğumuz kararda ortaya çıkan meselenin çözümüne de ışık tutacak niteliktedirler. Anayasa Mahkemesi, yabancı memleketlerde basılı eserlerin yurda sokulması ve dağıtılması meselesinin Anayasaca öngörülmemiş ve kanun koyucunun mutlak takdirine bırakılmış olduğunu öne sürmüş, kanun koyucunun Anayasanın 11 nci md. sinin ikinci fıkrasında yer alan «öze dokunmama» İlkesiyle bağlı olmadığını İleri sürmüştü. O halde, bu yeni kararların ışığında Mahkeme, söz konusu faaliyetin Anayasanın düzenlemediği bir konu olduğu yolundaki yanlış kaaatini (29) taşımaya devam etse dahi, bundan sonraki dâvalarda tutumu artık şu olmalıdır: Madem ki kanun koyucu, Anayasanın düzenlemediği bir konuyu düzenlerken dahi hukukun genel ilkeleriyle bağlıdır, o halde mahkeme konuyu ele alırken, hukukun genel esasları ya da ilkeleri arasından:

(1) Yabancı memleketlerde basılan eserlerin yurda sokulması ve dağıtılması hürriyeti» nin Anayasamızca öngörülmüş bir faaliyet olmamakla beraber (Anayasa Mahkemesinin bu konudaki yanlış kanaatini taşımaya devam ettiğini farzettik. B.T.), yine de bu faaliyetin bütün bütüne Anayasa dışı sayılmasına engel olabilecek, onun anayasaca öngörülen haklardan sayılmasına yardımcı olabilecek,

(2) Bu faaliyetin asgari bir anayasal güvenceden yararlanmasını sağlayabilecek delillerin çıkarılmasına imkân olup olmadığını incelemelidir. Bir başka deyişle Mahkeme, hukukun bilinen ve bütün uygar ülkelerde kabul edilen ilkeleri arasında, Anayasamızca öngörülmediği ileri sürülen bir hak ya da hürriyetin yine de:

(1) Anayasal hak ve hürriyetler arasında sayılmasını

(2) Anayasal güvencelerden yararlanmasını sağlayacak ilkeler var mıdır? sorusunun cevabını aramalıdır.

Biz, önümüzdeki olayda «hukukun genel ilkeleri» açısından meseleye şu şekilde bakmanın doğru olduğu görüşündeyiz.

Hukukun Genel İlkeleri açısından sorun’umuz

«Hukukun genel İlkeleri», hukukun «bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensipleri» demek olduğuna göre, bu prensipleri yabancı hukuk sistemlerindeki uygulamada aramak, oradan çıkarmak gerekir, özellikle Anayasa yargısı alanındaki uygulamadan alınacak örnekler konuya ışık tutacaktır.

Konumuzla ilgili iki örneği A.B.D. Yüksek Mahkemesinin içtihadlarından çıkarabiliriz Bunlar Mahkemenin, Federal Anayasanın açıkça kabul ve ilân

(29) Bu görüşün eleştirisini yukarda yapmıştk. Bkz. sf. 191 v.d.

etmediği hareket (seyahat) ve dernek kurma hak ve hürriyetlerinin, yine de anayasal hak ve hürriyetlerden olduklarını bildiren kararlarıdır.

Yüksek Mahkeme, seyahat hürriyetini. Anayasa metni içinde öngörülen bir hürriyet olmamakla beraber «Kurucu Atalardan kalan mirasın bir parçası», «ferdi hürriyetin bir vasfı..» saymış ve anayasal hürriyetlerden olduğunu ilân etmiştir (30).

Yüksek Mahkemenin bir başka “içtihadı Anayasa tadili veya ilâvesi» de, ifade hürriyetini düzenleyen Ek I’in kapsamına, dernek kurma hakkını ithal etmesidir. Başkan Warren’i deyişiyle «(Amerikan) Devlet sistemi, her vatan-daşın siyasi ifade ve cemiyet hakkına sahip bulunduğu faraziyesi üzerine bina edilmiştir.» Yüksek Mahkeme, Anayasada açıkça öngörülme-yen bu hakkı, başlangıçta söz veya toplanma hürriyetleri vesilesiyle ve onların bir kullanma şekli olarak görmesine karşılık, son kararlarında, ifade hürriyeti içinde yer alan, özel ve ayrı mahiyette, bağımsız yeni bir «Anayasa hakkı» niteliğinde saymıştır (31).

Görülüyor ki. herhangi bir hak ya da hürriyetin Anayasada açıkça öngörülmemiş olması halinde, Anayasa yargısı yetkisiyle donatılmış olan Mahkeme geliştirici ve hürriyetçi yönde bir tutum takınmaktadır. Mahkeme bu yorumlarında, söz konusu hak ve hürriyetlerin ya ferdi hak ve hürriyetlerin bir niteliği olduklarına, ya da bunların gelenekselleşmiş niteliklerine dikkati çekmekte, bu esaslara dayanmaktadır.

Amerikan Yüksek Mahkemesi, bu yönde davranan tek örnek değildir. Almanya’da da Anayasa Mahkemesinin yeni Anayasa hakları inşa etmesi, siyasi organların bağımsızlığına aykırı görülmekle beraber. Mahkemenin Anayasanın metninde *çekirdek* halinde bulunan hakları genişletebileceği fikri kabul edilmektedir(32). İsviçre’de de, Anayasada açıkça belirtilmiş olmasalar bile, liberal Anayasa ve hukuk geleneği, mevcut Devlet anlayışı açısından doktrinn ve mahkeme kararlarının gerçek birer Anayasa hakkı saydığı haklar. Anayasada açıkça gösterilen haklar mertebesine yükseltilmektedir (33).

Bütün bu yorumlar aslında köklerini «Hürriyet asıl ve kaide, sınırlama ise istisnadır» ya da «Açıkça yasaklanmamış olan serbest bırakılmış demektir» ilkelerinden, ferdi hak ve hürriyetlerin devlet tarafından verilmiş bir şey olmadığı varsayımından almaktadırlar. Bunlar İse, *batı liberal hukukunun genel ilkeleridir.*

(30) Bkz. W. GELLHORN, **Amerikan Hakları Anayasasının uygulanması**, Çev. Ünsal Oskay, Türk Siyasi İlimler Derneği yayınları, Siyasi ilimler sergisi. Nu: 9. Ankara. 1965. sf. 122-136.

(31) Sait GÜRAN, **İfade Hürriyeti üzerinde İdarenin Yetkileri**, Doktora tezi, İÜHF yayınları. İstanbul 1969. sf. 26-29.

(32) Metin KIRATLI. **Anayasa Yargısında somut norm denetimi**. SÜSBF yayını. Ankara. 1966 sf. 171

(33) KÜNDİĞ, **Les Droits constitutionnels en Suisse**, in Essai sur les Droits de l’Homme, premiere serie. T. 1 . Bibliotheque europeenne, 1959, p. 70.

Bu hürriyetçi tavır, Türk hukuk uygulamasında da takınılması gereken tavidir. Anayasa Mahkemesi resmi hukuk sistemiyle tutarlı kalmak için, demokratik hak ve hürriyetleri genişletici ve geliştirici yorum yapmak durumundadır. Kaldı ki Anayasa Mahkememiz, Anayasaya uygunluk denetiminde ölçü olacak normlar arasında önceliği hukukun genel ilkelerine verdikten sonra başka bir yol da seçmemek gerekir. Mahkeme, herşeyin öncesinde ve üstünde hukukun genel esaslarına yer vermekle, zaten «droit régalien» teorisini reddetmiş. Devletin yapacağı kanundan Önce hukukun mevcut olamayacağı görüşünden, pozitivist ve Kelsen’ci görüşlerden ayrılmış, ferdi hakların Devletçe verilmiş bir şey olamayacağı yolundaki görüşlere bağlanmıştır (34).

Hürriyetçi ve geliştirici tutum. Anayasamızın sözüne ve ruhuna da uygun düşen yorumdur. Şu sebeple ki, Anayasanın Başlangıcı (paragraf 5) ve 2 nci maddesi, Türkiye Cumhuriyetinin «insan hakları» na dayanan demokratik bir Cumhuriyet olduğunu bildirmektedir. «İnsan hakları» terimi ise, pozitif hukukun açıkça tanıdığı hakların da üstünde var olan ve ulaşılmaması gereken «ideal hürriyetler» anlamına gelir. Dolayısıyla, pozitif hukukun tanıdığı hakların çevresini aşan bir anlama sahiptir. Ayrıca, temel hak ve hürriyetlerin niteliğiyle ilgili 10 ncu madde herkesin «kişiliğine bağlı» temel hakların varlığından söz etmekle, belli bir tarihî aşamada «insan kişiliği» nin gerektirdiği bütün hak ve hürriyetlerin — bunlar Anayasada açıkça Öngörülmüş olmasalar dahi — temel haklardan sayılmak gerektiğini ifade etmiş olmaktadır. Dahası, Anayasanın 10 ncu maddesinin 2 nci fıkrası Devlete, temel hak ve hürriyetlere sadece saygı göstermek değil, aynı zamanda onları geliştirmek ve arttırmak ödevini yüklemiş bulunmaktadır. Bu, Anayasamızın, ucu gelişmeye açık bir hürriyet anlayışını benimsediğini gösterir. Bir başka deyişle, «temel hak ve hürriyetler» terimi sadece anayasanın açıkça öngördüğü temel hak ve hürriyetler şeklinde değil, tarihî gelişim içerisinde ulaşılan her aşamada, demokrasi anlayışının zorunlu kıldığı bütün hakları ve hürriyetleri de içine alacak şekilde yorumlanmak gerekir (35).

Sonuç olarak, Anayasa Mahkememizin, Anayasada açıkça öngörülmemiş bir hak ve hürriyet karşısında bulunduğu zaman, bu hak ya da hürriyeti anayasal haklar arasına sokmaya çalışması gerektiği düşüncesindeyiz. Eğer tabii bu hak ya da hürriyet hukukun genel ilkelerinden ve Anayasamızın ruhundan çıkarılabiliyorsa ve Anayasamızın içine kaynaştırılması, Anayasanın açıkça öngördüğü hak ya da hürriyetlerden birinin özüne dokunulması sonucunu yaratmıyorsa (36).

(34) Bülent Nuri ESEN. s.g.e.; sf. 41-42.

(35) Bülent TANÖR. **Anayasa Hukuku Meseleleri...**, sf. 84-85.

(36) Bir örnek verelim: Lokavt hakkı. Anayasanın sosyal niteliği, devletin sosyal ödevleri, tam çalışma düzeni ilkeleri ve nihayet işçi sınıfına Anayasada açıkça tanınan birtakım haklarla (grev, toplu sözleşme..) çelişki halindedir. Lokavt hakkının kullanılması, işçi sınıfının bu haklarının kullanılmasını «...ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etki-

III) Örnek olayda ortaya çıkan bazı yan sorunlar :

Örnek olaydan, yukarda incelediğimiz iki kalkış sorunundan başka, Anayasa Mahkemesinin muhakeme tarzından doğan başka birtakım sorunlar da çıkmaktadır. Bunların en önemlilerini ortaya koyalım ve eleştirmeye çalışalım.

A) Mahkemenin, söz konusu eylemin Anayasanın 20 ve 21 nci md. lerindeki hürriyetlerle ilgili olduğunu kabul ettikten sonra, bu hürriyetler sınırlanabilirmiş gibi hüküm yürütmesi yanlıştır :

Anayasa Mahkemesi söze şöyle başlıyor:

«Kaldı ki, bir an için, Anayasanın (düşünce) ve (Bilim, sanat) hürriyetleri hakkındaki 20 nci ve 21 nci maddelerin konuyla ilgili bulunduğunu ve bu sebeple yabancı memleketlerde basılan eserlerin yurda sokulması işinin bu maddelerin ve Anayasanın 11 nci maddesinin ışığı altında incelenmesi ve bu hususta konulacak hükümlerin 20 nci ve 21 nci maddelerdeki hürriyetlerin özüne dokunmaması gerektiğini düşünelim..» ve arkasından da «..Basın Kanununun 31 nci maddesi iddia edildiği gibi idareye kayıtsız ve şartsız yani keyfiliğe gidebilecek olan bir yetki vermiş değildir» diyerek olayda «öze dokunur» bir sınırlamanın söz konusu olmadığını ileri sürüyor.

Böylece Mahkeme. Düşünce ve Bilim ve Sanat hürriyetleri konusunda hürriyetin özü meselesini sadece yasama yetkisinin devredilmemesi (A.Y. md. 5) ve hürriyetlerin kanunla düzenlenmesi (AY. md. 11/1) ilkelerine uyulmasından ibaret bir mesele olarak görmüş oluyor. Öze dokunmanın tek gerçekleşme şekli, Mahkemeye göre, bu yetkinin yasamaya devri halinde söz konusudur.

Bu tutumuyla Mahkeme, söz konusu hürriyetlerin özüne asıl, bunların muhtevalarının sınırlanması halinde dokunulmuş olunacağını güzden kaçırmakta, meseleyi sadece organlar arasında bir yetki paylaşımı meselesi olarak almakta, sınırlama işleminin niteliğini hesaba katmamaktadır.

Oysa, düşünce ve Bilim ve sanat hürriyetleri muhtevaları bakımından sınırsız hürriyetler olduklarından (37), her muhteva sınırlaması Öze dokunma sonucu doğurur. Bu sınırlamanın yasama organı tarafından yapılmış olması, «idareye kayıtsız şartsız yani keyfiliğe kadar gidebilecek olan bir yetki» nin verilmemiş olması bir şey değiştirmez. Bu hürriyetler muhtevaları bakımından sınırlanamaz hürriyetler ise — ki, Anayasa Mahkemesi de en azından Bilim ve Sanat hürriyetinin bu nitelikte olduğuna hükmetmiştir (38)— bu hürriyetleri muhtevaları bakımından yasama dahi sınırlayamaz.

sini ortadan kaldırıcı nitelikte.» (Anayasa Mahkememiz «hürriyetin özü» konusundaki kriteri: E. 1962/208, K. 1963/1 K.t, 4.1.1963 R.G. 13 Mart 1963 - 11354, AYMKD, sayı 1. sf 61.) bir eylem olduğundan, bir hak olarak tanınması da Anayasaya açıkça aykırıdır.

(37) Bülent TANÖR. *Siyasi düşünce ve 1961 Türk Anayasası*, Öncü kitabevi, İstanbul, 1969, sf. 173 v.d.

(38) E. 1963/170 K. 1965/140 K.t. 26.9.1965, AYMKD, sayı 4. sf. 267.

Bu sebeple, gerek muhalefet şerhi yazan üyelerin (39) gerekse mahkemenin bu kararını eleştirenlerin (40), anayasaya aykırılığı sadece sınırlama sebeplerinin kanunda gösterilmemiş olmasında, yani bir yetki devri meselesinde aramaları bizce isabetsizdir. Yasama, muhtevası üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmadığı bu hürriyetleri kendisi dahi sınırlayamazken, nasıl olur da, kendisinde olmaya bu yetkiyi bir başka organa aktarabilir?

Anayasa Mahkemesine, bu hürriyetlerin Anayasanın 20 ve 21 nci maddelerindeki hürriyetlerle ilgili olduklarını tespit ettikten sonra yapacak bir tek şey kalmaktaydı: yabancı ülkelerde basılı eserlerin bir düşünce ve bilim hürriyeti konusu olmaları sebebiyle yurda sokulmalarının önlenemeyeceğini bildirmek.

B) Anayasa Mahkemesinin, kanunla düzenleme (A. Y. md. 11/1) ve yetki devri yasağı (A.Y Md. 5) İlkelerinin aşılp aşılmadığını sadece kanunun maksat unsuru bakımından denetlemesi yanlıştır :

Anayasa Mahkemesine göre «5630 sayılı Basın Kanununun 31 nci maddesi iddia edildiği gibi idareye kayıtsız ve şartsız yani keyfiliğe kadar gidebilecek olan bir yetki vermiş değildir. Her ne kadar madde metninde (Men) ve (Toplatma) konusunda idareye verilmiş bulunan yetkinin, bir sınırı yok gibi görülmekte ise de, bir hukuk rejiminde idare, kanunların maksadına ve amacına göre onları uygulamakla görevli olup hiçbir zaman bu maksat ve amaç dışına çıkamaz. Yani idarenin yetkisi kanunların maksat ve amaçları ile sınırlıdır Kanunların maksat ve amaçları ise gerekçelerde gösterilir ve meclislerde geçen görüşmelerle belli olur.»

Yukarda (A) başlığı altında yazdıklarımızı bir an için yazılmamış sayarak ve kendimizi, düşünce ve bilim ve sanat hürriyetlerini sınırlı sayan Anayasa Mahkememizin yerine koyarak, burada önümüze çıkan meseleye eğilelim. Anayasa Mahkemesinin yukarki kararında savunulan Basın Kanununun 31 nci maddesinin kanunla düzenleme ve yetki devri yasağı ilkelerine aykırı düşmediği yolundaki görüş isabetli midir?

Anayasa Mahkemesine göre, söz konusu maddenin gerekçesi bu hükmün maksat ve amacını açıkladığından, yürütme organı bu kanundan aldığı men ve toplatma yetkilerini ancak kanunda belirtilen (muzır ve yıkıcı faaliyetleri önlemek) maksadıyla kullanabilecektir. Şu halde Mahkemeye göre, bir hürriyetin hangi amaçla sınırlandırıldığının kanunda (daha doğrusu o kanunun gerekçesinde) belirtilmiş olması, söz konusu hürriyetin kanunla sınırlanmış sayılması için yeteridir.

Bu düşünce isabetli sayılamaz. Kanunla sınırlama ilkesi (A Y. md. 11/1) nin gerçekleşmiş sayılabilmesi için, yürütme organına verilen yetkinin sadece hangi amaçla kullanılabileceği hususunun kanunla belirtilmiş olması yetmez.

(39) AYMKD., sayı 1. sf, 307.

(40) Sulhi DÖNMEZER, s.g.m.; sf. 392.

Ayrıca bu yetkinin ne gibi sebeplerle ve ne gibi eserler hakkında kullanılabileceği hususu da kanunda açıkça belirtilmiş olmak gerekir. İnceleme konusu madde ise bu sebep ve şartları göstermediğinden, Bakanlar Kurulu yabancı eserlerden dilediğini «muzır ve yıkıcı faaliyetleri önlemek» gerekçesiyle yasaklayabilecektir.

Anayasa Mahkemesinin, maksat (amaç) yönünden denetimi herşey sayan, konu (mevzu) yönünden denetimi ihmal eden bu tutumu, yasama yetkisinin devredilip devredilmediği konusunda tek ölçü olarak «amaç» unsurunu ele aldığından sakattır, amaç denetiminin diğer unsurlar açısından denetim (sebepler, saik, konu) aleyhine anormal genişlemesine, bir amaç denetimi emperyalizminin doğumuna sebep olur. Mahkeme, amaç yönünden denetimle yetinip, konu yönünden denetime girişmediği için, kanunun gerekçesinin halisane» olmasını yeterli bulmakta (sanki başka türlü olduğu olabilirmiş gibi), maddenin yürütmeye keyfi ve sınırsız yetki veren, sınırlamanın esaslarını ve şartlarını göstermeyen niteliğine dikkat etmemektedir.

Oysa Anayasa Mahkemesi başka kararlarında, kanunun maksat (amaç) unsuru bakımından hukuka ve Anayasaya uygun olmasının, konu bakımından da öyle olması sonucunu doğurmayabileceğine işaret etmekte, konu yönünden de ayrıca denetleme yapma yoluna haklı olarak gitmektedir. Mahkeme, «..herhangi bir kanun hükmünün yukarıda belirtilen (AY. md. 36 ve 11) Anayasa hükümlerine aykırı olması için, mülkiyet hakkını sınırlaması ve bu sınırlamanın kamu yararına dayanmaması veya kamu yararına dayansa bile, mülkiyet hakkının özünü zedeleyecek nitelikte olması gerekmektedir (41), yine bir başka kararında «..Bu hükümlerde ne kadar iyi erek ve niyetler var sayılırsa sayılsın, herkesin kanun önünde eşit olması ilkesinin bozulmuş olduğu gerçeği değiştirilemez» (42) demek suretiyle «konu yönünden denetim» ilkesinin, hiçbir zaman hiçbir şekilde ihmal edilemeyeceğini göstermiştir. Ne var ki Mahkemenin, iktisadi haklara özellikle mülkiyet hakkına ilişkin konularda gösterdiği bu titizliği, düşünce ve Bilim ve Sanat hürriyetleri için göstermemiş olması olumsuz bir noktadır.

Sonuç olarak. Mahkeme, kanun maddesinin «yıkıcı ve muzır» eserlerden ne anlaşılacak gerektiğini açıklamaması sebebiyle, konu açısından Anayasaya aykırı bulunduğunu, yetki devri niteliğinde olduğunu tespit etmeliydi.

(41) Bunu derken, yurt dışında basılı eserlerin yurda tamamen denetimsiz girebileceklerini söylemiyoruz. Bir düşünce, bilim ve sanat hürriyeti konusuna girmeyen (adî, bayağı, müstehcen, suça itici, yayınların yurda sokulmasının önlenmesi Anayasaya aykırı düşmez. Hattâ A.Y. md. 28/5 ve 24/2 deki hâkim kararı şartı bunlar için aranmayabilir ve bu yetki yürütmeye verilebilir (bkz. yuk sf 196).

(41) E. 1964/32 K, 1964/33 K.t. 2.10.1964 R. G. 18 Aralık 1964 - 11885 AYMKD sayı 2. sf. 193.

(42) E. 1966/1 K. 1966/21 K.t. 19.4.1966 R.G. 26.7.1966 - 12358. AYMKD Say 4. sf. 127.

C) Anayasa Mahkemesinin, söz konusu kanun hükmünün Bakanlar Kuruluna objektif mahiyette kararlar alma yetkisi vermediği yolundaki görüşü isabetsizdir :

Gerçekten de, maddenin kesin ve sınır tanımayan ifadesi karşısında. Anayasa Mahkemesinin nasıl olup ta «..Bakanlar Kurulunun bu yetkiye dayanarak vereceği kararlar, objektif kaideler koyan tanzimi tasarruflardan olmayıp belli bir veya birkaç eserin yurda sokulmasını yasaklayan veya toplattırılmasını öngören idari tasarruflardan ibarettir» görüşünü savunabildiğini anlamak zordur Aslında madde, okunuşu bakımından da, böyle bir kayıt getirmeyecek kadar sınırsız bir yetki vermektedir. Nitekim, Anayasa Mahkemesinin bu kararı vermesinden sonra çıkan Bakanlar Kurulu kararnamesinde, Anayasa Mahkemesinin bu yorumunun tamamen aksine *bütün* kürtçe yayınların yurda sokulması yasaklanmıştır. Burada söylenmesi gereken, Bakanlar Kurulunun kanunun kendisine tanımadığı bir yetkiyi kullandığı, yani tanzimi tasarruf da bulunduğ u değil, Anayasa Mahkemesinin sırf kanunu iptal etmemek için, onun mutlak ve sınırsız ifadesini görmezlikten geldiğini belirtmek olmalıdır.

SONUÇ

Anayasa Mahkemesinin yukarda incelediğimiz kararı, hukuk biliminin, Anayasa Hukukunun esaslarıyla birçok noktada temelden çelişki halindedir. Mahkemeyi bu kadar ciddi yanlışların içine iten sebeplerin başında yerinde lik (opportunit ) endişelerinin geldiği fark olunmaktadır. Aynı kaygunun, karara karşı olanlarda da varlığı açıkça görülmektedir.

Fakat, Anayasa Mahkemesinin bir defa incelediği ve sonuçlandırdığı bir dâvayı yenibaştan incelemesine engel bir husus olmadığına göre, ilerde ortaya çıkacak yeni fırsatların iyi kullanılması, yanlış noktalarda isrardan vazgeçilmesi imkânı yine de mevcuttur.

(10. Makale - 1971)

Rona SEROZAN

*Anayasayı Değiştirme Yetkisinin
Sınırları **

* Rona Serozan, "Anayasayı Değiştirme Yetkisinin Sınırları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Mecmuası**, C. 37, S. 1-4, 1971, s.134-141

ANAYASAYI DEĞİŞTİRME YETKİSİNİN SINIRLARI

Asis. Dr. Rona SEROZAN

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 155 inci maddesine göre, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla önerilmek, ivedilikle görüşülmek ve Meclislerin ayrı ayrı üye tamsayılarının üçte iki çoğunluğu tarafından kabul edilmek şartlarıyla, Anayasa değiştirilebilir. Şu kadar ki, (Anayasanın 9 uncu maddesine göre) devlet şeklinin «Cumhuriyet» olduğu hakkındaki Anayasa hükmü, (bu şartların tümü gerçekleştirilecek olsa bile) değiştirilemez.

Biçimsel ve kavramsal bir yorum mantığından kalkılırsa, bu maddelerden, Anayasanın bir tek hüküm dışında baştan aşağı değiştirilebileceği sonucuna pekâlâ varılabilir. Hatta, Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki yasa hükmünün değiştirilmezliğini ön gören 9 uncu maddenin de değiştirilmesi suretiyle, Cumhuriyet devlet şeklinin bile kaldırılabilmesi görüşü ortaya atılabilir. Aynı yüzeysel mantıkla, devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemese bile, bu hükmün (Anayasanın 2 nci maddesinin) Cumhuriyet devlet şekline aşıldığı «temel insan haklarına dayalı özgürlükçü, millî, demokratik, lâik, sosyal hukuk devleti» maddî özünün boşaltılabileceği ve «Cumhuriyet»in salt bir içi boş kalıp, bir içeriksiz «biçim» olarak alakonabileceği öne sürülebilir. Gerçekten de Duguit ve Barthélemy'nin başını çektikleri böyle bir görüş vardır ve bu görüş çerçevesinde, Anayasayı değiştirme yetkisini sınırlayan anayasal kayıtlar salt birer «kâğıttan engel» (barrières de papier) dirler (1). Gelgelelim, sonuçta Anayasa değiştirme yetkisinin sınırsızlığına götürecek olan böyle bir görüş, hukuksal yorum ilkeleri, halk iktidarı - siyasal iktidar ilişkileri ve maddî Anayasa kavramı konularında günümüzde geçerli anlayışa taban tabana ters düşecektir.

Hukuksal yorum ilkeleri

Hukuk kurallarını üstünkörü, iğreti bir yaklaşımla ele alıp uygulayan biçimsel - kavramsal yorum yöntemine günümüzün hukuk biliminde artık yer verilmemektedir. Bugün geçerli derin boyutlu, içeriksel - ereksel - bütüncü

(1) Krş. NEF, Materielle Schranken der Verfassungsrevision, ZSR 61, s. 121.

yorum yöntemi ışığında, bir hukuk kuralı, sözcüklerinin altında yatan rasyonel amaç ve kendisini çevreleyen öteki kurallarla birlikte oluşturduğu değerler bütünü göz önünde tutularak yorumlanıp uygulanır (2).

Çağdaş hukuk biliminin benimsediği bu yorum ilkelerinin ışığında, Anayasanın 155 inci ve 9 uncu maddeleri, Anayasayı değiştirme yetkisini köklü bir biçimde sınırlamış olurlar. Şöyle ki: Anayasanın omurgasını бүkүlmөz kılan, katılaştıran bu usul kuralları, (Alman Federal Anayasa Mahkemesinin deyişiyile:) «yürürlükteki anayasal düzenin, Anayasayı değiştiren bir yasa eliyle bertaraf edilmesini, bu kestirme yoldan mutlakiyetçi bir rejimin hukukileştirilmesini, kısacası, Anayasa değiştirme yetkisinin kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla ön görölmüşlerdir.» (3). Türk Anayasa Mahkemesi de 155 inci maddeyi bir yalınkat usul ve yetersayı kuralı olarak görmemekte, «Türk toplumunu daha ileri uygarlık düzeyine çıkarmak için, Anayasanın ruhuna uygun değişmelere imkân sağlamak maksadiyle kabul edilmiş bir hüküm» olarak karşılamaktadır. Uygulama alanı böyle bir rasyonel amaçla sınırlandırılınca, artık, «temel hak ve hürriyetleri, hukuk devleti ilkesini yok edici, Anayasanın özünü ortadan kaldırııcı ve bu niteliği ile değişiklik olarak kabul edilmesi caiz olmayan ve Anayasanın devrilmesini ön gören maksatların, sözü geçen 155 inci maddenin gölgesinde gerçekleştirilebilmelerini düşünmek (de) mümkün değildir.» (4).

Çağdaş hukuk biliminin benimsediği içeriksel-ereksel-bütüncü yorum yöntemi ışığında, «Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkında Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.» diyen Anayasanın 9 uncu maddesi de Anayasayı değiştirme yetkisini esaslı bir biçimde sınırlamış olmaktadır. T.C. Anayasa Mahkemesi, bu gerçekliğin altını şöyle çizmektedir:

«9 uncu maddedeki değişmezlik ilkesinin amacı, Anayasanın 1 inci ve 2 nci maddelerinde ve 2 nci maddenin gönderme yaptığı Başlangıç bölümünde yer alan temel ilkelerle niteliği belirtilmiş devlet sistemidir. Bir başka deyimle, 9 uncu madde ile değişmezlik ilkesine bağlanan, cumhuriyet sözcüğü değil, Anayasa maddelerinde nitelikleri belirtilmiş olan cumhuriyet rejimidir.» «Şu halde, sadece cumhuriyet sözcülüğünü saklı tutup, Anayasanın ilkeleriyle bağdaşması mümkün olmayan bir başka rejimi meydana getirecek bir Anayasa değişikliğinin teklif ve kabul edilmesinin Anayasaya aykırı düşeceği, tartışmayı gerektirmeyecek derecede açıktır. Bu bakımdan, bu ilkelere değişmeyi ön gören veya Anayasanın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bu ilkeleri değiştirme amacı güden herhangi bir kanun teklifi de kabul olunamaz. Bu esaslara aykırı olarak çıkarılmış bu-

(2) Bk. T.C. Anayasası Mahkemesi’nin 26.III.1971 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanmış kararı.

(3) Bk. Juristenzeitung 1971, s. 173; ayrıca bk. EHMKE, Grenzen der Verfassungsänderung, Berlin, 1953, s. 98/99.

(4) Bk. Anayasa Mahkemesi Kararlar Degisi 1967, Sayı 4, s. 269.

lunan bir kanunun Anayasanın mevcut hükümlerinde en küçük bir etki ve değişme yapması ve yeni bir Anayasa kuralı koyması mümkün değildir.» (5).

Halk iktidarı - Siyasal iktidar ilişkileri

Siyasal iktidarın Anayasayı değiştirme yetkisinin sınırsızlığı görüşü, yalnız çağdaş hukuk biliminin yorum ilkelerine değil, fakat aynı zamanda halk iktidarı ile siyasal iktidar arasındaki ilişkiler konusunda çağımızda egemen bulunan anlayışa da ters düşer. Siyasal iktidarın, hele üçte iki oranında nite-likli bir çoğunluğa ulaşmış bir siyasal iktidarın herşeye muktedir olduğu ve bu arada Anayasayı kendi siyasal tercihi doğrultusuna getirerek başkalaştırabileceği görüşü, hukuka bağlılık tanımaz «keyfilikçi - mutlakiyetçi devlet» ideolojisinin kalıntısıdır.

Günümüzde geçerli halk iktidarı - siyasal iktidar ilişkileri modeline göre, Anayasayı «yaratabilecek» biricik güç, «aslı iktidar»ın kaynağı ve sahibi «halk»tır. Nitekim Anayasamızın «Başlangıç» bölümünde de, Anayasayı kabul ve ilân edip onu hürriyete, adalete ve fazilete âşık evlâtlarının uyanık bekçiliğine emanet eden öznenin «Türk Milleti» olduğu vurgulanmaktadır. Halk, bu «aslı, kurucu iktidar»ını Anayasayı hazırlayacak Kurucu Meclis üyelerini seçmek ya da Kurucu Meclisin hazırladığı Anayasayı «kabul etmek» suretiyle kullanır. Aslı kurucu iktidar tarafından Kurucu Meclis eliyle yaratılmış Anayasadaki gücünü alan, kaynaklanan Yasama Meclisi ise salt «tali iktidar» dır; Anayasayı ancak aslı iktidarın siyasal tercihi doğrultusundan sapmayarak, ayrılmayarak «değiştirebilir»; ama Anayasayı asla kaldıramaz, yenileyemez, başkalaştıramaz (6).

Maddî Anayasa anlayışı

Anayasa, sadece özel bir usulle yapılan ve belli oranda bir çoğunluk tarafından özel bir usule uyularak değiştirilen bir «özel yasa» değildir. Bir aşiretin «teşkilât kuralları»nı bile «Anayasa» dan saymaya kadar götürebilecek olan böylesi «biçimsel» bir Anayasa anlayışı, bugün yerini «maddî» Anayasa anlayışına bırakmıştır. Günümüzde geçerli bu anlayış çerçevesinde, Anayasa, «temel kişi hak ve özgürlüklerinin tanınıp güvence altına alındığı ve siyasal iktidarın kayıtlandığı bir rasyonel siyasal sistemdir.» Böyle bir içerikten yoksun bir «Teşkilât Kanunu»na artık Anayasa denmemektedir. Nitekim 1789 tarihli İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisinin 16 ncı maddesine göre de «bir toplumda hakların güvencesi sağlanmamış ve kuvvetler ayrılığı gerçekleştirilmemişse, o toplumda Anayasa yoktur» (7).

(5) Bk. Resmî Gazete'nin 7.VI.1971 tarihli sayısında s. 3/4.

(6) Bk. KUBALI, Anayasa Hukuku Dersleri, İstanbul, 1969, s. 92 i.s.; NEF, ZSR 61, s. 136.

(7) Özellikle bk. EHMKE, Grenzen der Verfassungsänderung, Berlin, 1953, s. 16 i.s., s. 52 i.s. ve s. 85 i.s.; ayrıca bk. HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts, 3. Auflage, Karlsruhe, 1969, s. 254; KAEERLE, Juilsten- zeitung, 1971, s. 151/150; LOEWENSTEIN, Verfassungsänderung,

Bir yasayı «Anayasa» katına çıkaran, yücelten bu «rasyonel siyasal sistem» de, temel kişi hak ve özgürlüklerinin kayıtlanması ve siyasal iktidarın hareket serbestliği ancak rasyonel, köklü nedenlere dayanır. Hak ve özgürlükler, ancak arka plândaki son hedefi (ultima ratio'su) yurttaşların onurlulaştırılması, ve özgürleştirilmesi olabilecek bir «makul» amaçla sınırlanabilir. Aracı amaca bağlayan ilişki, sağlam, sağlıklı, tutarlı, dengeli, ölçülü ve rasyonel olur; çağdaş aklın ve bilimin verilerine uyar.

İmdi, «kişi özgürlüklerinin tanınıp güvence altına alınması ve siyasal iktidarın kayıtlanması sistemi»nin rasyonellik gereği ile bağdaşmaz Anayasa değişiklikleri, Anayasayı Anayasa olmaktan çıkaracağı, onu, biçimsel, içi boş, cevheri yok bir «Teşkilât Kanunu» derekesine düşüreceği için asla mümkün değildir. Aslı ve kurucu organı bile kısıvrak bağlayan «maddî Anayasa» kavramı, tali tadil organım haydi haydi (evleviyetle) bağlayıp kayıtlayan bir Anayasa öncesi, Anayasa üstü «yetki sınırı» oluşturmaktadır.

Somut, belirli bir Anayasanın özünden çıkan sınırlar

Doğrudan doğruya maddî anlamda Anayasa kavramından soyut düzlemde çıkarılan ve aslı iktidarı (kurucu organı) bile kayıtlayan bu Anayasa üstü ve Anayasa öncesi «yetki sınırı»nın yanısıra, bir de somut, belirli bir Anayasanın içeriğinden, özünden çıkarsanan ve salt tali iktidarı (tadil organını) bağlayıp kayıtlayan «yetki sınırları» (Verfassungsautonome Schranken) vardır. Tadil organı (Yasama Meclisi), kurucu organın (Kurucu Meclisin) yaptığı Anayasanın siyasal tercihi doğrultusundan sapıp ayrılan, Anayasayı mayalamış ve temel düşünceye uymayan bir Anayasa değişikliğine yetkili değildir. Bu yetkisizliğin, daha önce açıklanmış iki köklü nedeni vardır: Birincisi, Anayasayı «yapma», «kaldırma» ve «yenileştirme» konularında, halkın, Kurucu Meclisin seçimi ya da referandum yoluyla kullanılacak aslı iktidarının varlığı, İkincisi de T.C. Anayasasının 155 inci ve 9 uncu maddelerinin çağdaş hukuksal yorum ilkeleri ışığında kazandığı derin, boyutlu anlam...

İmdi, Yasama Meclisi (tadil organı) için, belirli bir Anayasanın özü, mayası, temel dokusu, özgül siyasal sistemi ve devlet modeli, «dokunulmaz birer tabu»durlar (8).

s. 43, 5, krş. SİEGENTHALER, Die materiellen Schranken der Verfassungsrevision als Problem des positiven Rechts, Bern, 1970, s. 166 i.s.; Alman Federal Mahkemesi, BVerfGE Gilt 1, s. 18 ve 32, Cilt 3, s. 232/33, Cilt 17. s. 313, Juristenzeitung 1971, s. 173; BVerfGE cilt 5, s. 134, 199 ve 206 i.s.; Cilt 7, s. 208 ve 212; Cilt 10, s. 121 ve KAPANI, Kamu Hürriyetleri, s. 239.

(8) Bk. KUBALI, Anayasa Hukuku Dersleri, s. 94-96; T.C. Anayasa Mahkemesi. Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi 1967, Sayı 4, s. 269; LOEWENSTEIN, Verfassungsänderung, s. 43.

ANAYASA MAHKEMESİNİN ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNİ DENETLEME YETKİSİ

Anayasayı değiştirme yetkisinin sınırlarının aşılmış aşılmadığı konusunda son ve kesin sözü Anayasanın gerçek koruyucusu ve kollayıcısı, Anayasanın son bekçisi «Anayasa Mahkemesi» söyler.

Türk Anayasa hukuku sistemine göre «Anayasanın yapılması»ndan farklı olarak, halkın izin veya icazetine bağlı bulunmayan «Anayasanın değiştirilmesi»nde, icazet yetkisinin hiç değilse Anayasa Mahkemesinde bulunması kadar kuşku götürmez, tartışma kaldırmaz bir gerçeklik olamaz.

Anayasa Mahkemesinin bu yetkisini işlemez duruma getirmek için ortaya konan demagojik iddialardan birine göre, Anayasa bir «yasa» ile değil de bir «Anayasa değişikliği teklifinin Anayasalaşması» suretiyle değiştirilir. Durum böyle olunca da, sadece «yasaların» Anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisine sahip bulunan Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliğini denetleme yetkisi de söz konusu olamaz. Bu iddia ağır bir yanılgıya, düpedüz bilim dışına düşmektedir. Anayasayı değiştiren «tadil organı», «Kurucu Meclis» değil, «Yasama Meclisleri»dir. Yasama Meclisleri ise, «Anayasa» değil, sadece «yasa» çıkarabilirler. Anayasa Mahkemesini Anayasa değişikliği konusunda susturabilmek için ortaya atılan daha kestirme bir ikinci iddiaya göre ise, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini belirten Anayasanın 147 nci maddesinde, Anayasa Mahkemesine Anayasa değişikliğini denetleme konusunda açık bir yetki verilmemiştir. 147 nci madde, Anayasa Mahkemesini sadece «kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi içtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisi» ile donatmıştır. Bu koşullar altında, Anayasa Mahkemesinin Anayasayı değiştiren Meclis tasarruflarını, tut ki bunlar «yasa» sayılınsalar, denetleme yetkisi yoktur. Bu iddia da hukuk mantığına taban tabana karşıt bir iddiadır. Anayasayı değiştiren yasaların tüm yasalar gibi Anayasa Mahkemesinin yargısal denetim süzgecinden geçeceği öylesine belli bir gerçektir ki Anayasa koyucusu, bu konuda özel bir yetki kuralını gereksiz bulmuştur. «Millî, demokratik, lâik, sosyal hukuk devleti ilkesi»nin değiştirilmezliğini ön gören Anayasanın 9 uncu maddesi, bir «iyi ahlâk derneği ögüdü» değil de bir «hukuk kuralı» olduğuna göre, elbette bir yaptırımla (müeyyideyle) donatılmış sayılacaktır.

Hukuk kuralını (yapamazsın!) ahlâk kuralından (yapmamalısın!) ayıran kriter, kurala aykırı davranışa bağlanan yaptırımın varlığı ya da yokluğudur. Netekim Anayasa Mahkemesine sahip tüm anayasal rejimlerde, Anayasa Mahkemeleri, Anayasaları değiştiren yasaları, bu konuda açıkça yetkili kılınmış olmadıkları halde, hem «şekil» (usule uygunluk) hem «esas» (maddî yetki sınırlarına uygunluk) yönünden denetleyegelmişler, Anayasayı değiştiren yasalardan birçoğunu da Anayasaya aykırılık damgasını basarak Yasama Meclislerine gerisin geriye çevirmişlerdir. Gelgelelim, hiç kimse de kalkıp

bunu «yetki taşkınlığı» ya da «Anayasa Mahkemesinin dikta rejimi» olarak karşılamamıştır Bu arada T.C. Anayasa Mahkemesi de yakın geçmişte verdiği bir kararda bu konudaki yetkisini isabetle tescil etmiştir (9).

Şunu da eklemek gerekir ki, Anayasa Mahkemesine sahip bulunmayan anayasal rejimlerde, Anayasa değişikliğini denetleme görevini halk, ya doğrudan doğruya referandum yoluyla kendisi yapmıştır, ya da dolaylı olarak, kurduğu bir başka anayasal kuruma yapmıştır (10).

Yukarıda sıralanan kanıtlarla, Anayasa Mahkemesinin önüne gelecek olan böyle bir Anayasayı değiştirici yasa hükmü de Yasama Meclislerinden üçte iki çoğunluğu sağlasa bile, Anayasa Mahkemesince iptale mahkûm bir kural olur.

(9) Bk. Resmî Gazete’nin 7.VI.1971 tarihli sayısı; ayrıca krş. SIEGENTHALER, Die materiellen Schranken der Verfassungsrevision als Problem des positiven Rechts, s. 257 i.s.

(10) Krş. SIEGENTHALER, Die materiellen Schranken der Verfassungsrevision. s. 257 i.s.

(11. Makale - 1972)

Erdoğan TEZİÇ

*Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde
Kararnameler **

* Erdoğan Teziç, "Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 5, S. 3, 1972, s. 3-14.

YASAMA YETKİSİ VE KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER*

Doç. Dr. Erdoğan TEZİÇ

Kanun hükmünde kararnameler sorununu ele alırken, 1961 Anayasasının getirdiği düzenlemeden hareket ederek, önce yasama yetkisi ve yasamanın düzenleme alanı konularına değinmemiz gerekecektir. Bu arada, yasama yetkisinin devri (veya Anayasamızdaki terminolojiye sadık kalarak: «yasama yetkisinin devredilmezliği») konusu üzerinde de kısaca duracağız.

Bu yazımızda, Kamu Hukukunun çok çetrefil konularından biri olan kanun kuvvetinde kararnameler sorunu üzerinde büyük bir iddia sahibi olmaksızın, tartışmalara temel olacağım sandığımız hususları ortaya koymaya çalışacağız.

Bu konu bir yönü ile, kanun ve düzenleyici işlemler arasındaki sınırla ilgilidir. Bu iki işlem arasındaki sınırın çok (kaypak olması nedeniyle, bir siyasî sistemin ve Anayasa metninin bunu belirlemesi esasen pek mümkün değildir.

Yasama faaliyeti incelenirken üzerinde durulması gereken husus, yasamanın, fonksiyonunu yerine getirirken, Anayasaca kendisine verilmiş alanda hareket etmesi gerektirir. Yasama, kendi alanı dışında bir düzenlemede bulunacak olursa, «yetki gaspından» söz edilir. Bu da bizi yasamanın düzenleme alanı meselesiyle karşılaştırır.

Şimdi sırası ile, yasamanın düzenleme alanı ve yasamanın düzenleme alanına giren konuların yürütme organına verilmesi, yani yetki devri meselelerini göreceğiz. Çünkü, «Kanun Kuvvetinde Kararname» konusu, «Yetki Devri» konusu ile sıkı sıkıya kaynaşmış bulunmaktadır.

Yasamanın Düzenleme Alanı

Yasamanın düzenleme alanının sınırı veya kapsamı tespit edilirken, Anayasanın 5, 6 ve 7'nci maddeleri göz önünde tutulacaktır. Şüphesiz yetki alanı, Anayasada öngörülen organlar ve bunların fonksiyonları arasındaki ilişkiyle ilgilidir.

* TODAİE'nde 15 mart 1972 günü verilmiş Konferansın metnidir.

Yürürlükteki **T.C. Anayasası**’nın 5, 6 ve 7’nci maddelerinde, yasama, yürütme ve yargı organları arasında üçlü bir kuvvetler ayrılığı ya da yumuşak bir kuvvetler ayrılığının öngörüldüğü şeklindeki görüşe katılamıyoruz. Doktrinde ve Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında, 5, 6 ve 7’nci maddeler ele alınırken, Anayasamızın kabul ettiği hükümet şeklinin de ortaya konmak istendiği ve bunun kuvvetler ayrılığına veya yumuşak kuvvetler ayrılığına dayanan parlamenter rejimi öngördüğü belirtilmektedir.

Gerek doktrin, gerekse Anayasa Mahkemesinin aksine, bu maddelerden hareket ederek, her üç organ arasında yumuşak bir kuvvetler ayrılığının öngörüldüğü söylenemez. Bu maddeler parlamenter rejimin bir şemasını çizmekten çok, hukukî işlemlerin (tasarrufların) bünyesi ile ilgilidir. Daha açık belirtmek gerekirse, 1961 Anayasası hazırlanırken kuvvetlerin ayrılması veya birleştirilmesinin ötesinde ve parlamenter rejimin bir şemasının yapılmasından çok, hangi işlemlerin hangi organlarca yapılacağı ağırlık kazanmıştır. Anayasanın 5, 6 ve 7’nci maddeleri, hukukî işlemlerin bünyesi ile ilgili olup, hangi organların hangi işlemleri yapacağını belirler.

Anayasanın bütününden çıkan önemli bir nokta da, yürütmenin mahfuz bir düzenleme yetkisinin olmadığıdır. Gerekçede de belirtildiği gibi, Kanun olmayan yerde Türk hukukuna göre yürütme de yoktur. Şu halde, Türk hukukunda, yasama her alanda, her çeşit düzenlemeyi —Anayasaya uygun olmak şartıyla— yapabilecektir. 1924 sisteminde olduğu gibi, yasamanın düzenleme alanı sınırsızdır, münhasır bir sahası yoktur. Bizim hukukumuzda ne kanunun alanı, ne de bu alanda koyabileceği kaidelerin mahiyeti kesin olarak belirtilmiş değildir.

Ayrıca bu düzenleme içinde, yürütmenin de «mahfuz» bir yetkisinden söz etmeğe imkân yoktur. Gene, Anayasamıza göre, belli birtakım ilkelerin veya genel esasların yasama organınca konmasından sonra, ayrıntıların yürütme organınca düzenlenmesi de söz konusu değildir. Kanun koyucu, herhangi bir konuyu, ayrıntılı bir şekilde de düzenleyebilir. Bu bakımdan, kanun koyucunun düzenleme açısından yürütme organına karşı yetkisiz sayılabileceği bir alandan asla söz edilemez.

Hatta, Anayasanın istisnâ olarak, Kanunun verdiği yetkiye göre (Anayasanın 112’nci maddesinin son fıkrasında kamu tüzel kişiliğinin kurulması) yürütmenin düzenlemede bulunabileceğini kabul ettiği durumda bile, yürütmenin mahfuz bir yetkisi söz konusu değildir. Bu istisnâ durumunda, yasama organının düzenleme yetkisi yasaklanmış değildir. İstisna bir imkânı belirtmektedir. Yoksa, bu konu’nun yürütme organınca düzenleneceğini emreden bir Anayasa buyruğu yoktur ortada.

31 mayıs 1963 Tarih ve 244 sayılı (Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar

Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında) Kanunun 3'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan «... bu andlaşmaların onaylanmasının veya buna katılmanın uygun bulunması hakkında Kanun çıkarılamaz» hükmünü Anayasa ile bağdaşmamaktadır. Anayasa Mahkemesinin «yasama meclisinin bu konuda girişecği teşriî faaliyeti yetki dışında kalır»¹ şeklindeki görüşü de kanımızca pozitif bir temele dayanmaktan çok uzaktır.

Yasama organının, bir an için, Anayasaya uygun olarak, bir konunun düzenlenmesini yürütme organına bıraktığını varsayalım. Bu durumda dahi, yasama organı, sonradan aynı konuyu ayrıntılarına kadar düzenleyebilir. Buna Anayasa açısından bir engel yoktur. Yasama organının Önce bu yetkiyi yürütmeye bırakması, sonradan aynı konuyu bir başka kanunla düzenlemesi, Anayasaya aykırılık veya yasamanın o konuda yetkisizliği sonucunu doğurmaz. Burada olsa olsa, yetki veren önceki kanunun, sonraki kanunla yürürlükten kaldırıldığı düşünülebilir. T. C. Anayasası **kanuncu** bir anayasadır. Her konunun başlangıçta kanunla düzenlenmesi gerekir. Yürütmenin görev oluşu mahfuz bir düzenleme yetkisinin olmayacağını ifade eder. Ayrıca Millî Mücadeleden beri devam eden ve Osmanlı Anayasa hukuku anlayışından tamamen farklı olan bir geleneğin sonucu olarak, yürütme, yasama faaliyetlerinden sonra ortaya çıkar.

Yasama organının düzenleme yetkisini kullanamayacağı alan, yargı yetkisinin kullanıldığı alandır. Anayasanın 6'ncı maddesi yürütme için «görev» deyimini kullandığı halde, 7'nci madde yargılama için «yetki» deyimini kullanmıştır. Bilindiği gibi vargı işlemleri, hukuk düzenindeki anlaşmazlığı çözen işlemlerdir.

Bütün bunlardan sonra, T.C. Anayasa'sına göre, gerçek anlamda iki kuvvetten söz edilebilir: Yasama ve Yargılama. Bu ikisinin birbirine denk kuvvetler olduğunu belirtirken, Yasama ve Yargılamanın fonksiyonlarının niteliği bakımından, yasama lehine bir derecelenmeden söz edilebilir, Çünkü hukuk kaideleri koyan yasama organıdır. Yargı organı ise çözümleyeceği uyumsuzluklarda maddî gerçeği ortaya çıkarmak için, yasamanın koymuş olduğu kuralları uygulayacaktır. Buna karşılık, hukuk kurallarının Anayasaya aykırılığı halinde, yargı mercilerinin bunları ortadan kaldırma imkânı vardır.

Konuyu yargı organları açısından ele aldığımızda, aynı şekilde, bu organların da kanun koyucuya ait bir yetkiyi kullanmaları mümkün değildir. Fakat **İçtihatları Birleştirme kararları**'nın mahiyeti bu konuda bazı tereddütler doğurmaktadır.

Türkiye'de gerek Yargıtayın, gerekse Danıştayın, «İçtihadı Birleştirme Kararları» vardır. Aynı konuda bir dairenin çeşitli kararları veya çeşitli dairelerin kararları arasında çelişmeler olursa, bu durum objektif bir mesele olarak Yargıtay veya Danıştay Genel Kurulu'nda bir sonuca bağlanır.

¹ E : 1963/311, K : 1965/12 K. t. 4.3.1965, **AMKD.**, Sayı 3, s. 360.

Temyiz teşkilâtına dair 1221 sayılı Kanunda 1953 yılında 6082 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarının emsal hadiselerinde mahkemeleri bağlayacağı belirtilmiştir. 521 sayılı Danıştay Kanununun 46’ncı maddesine göre, idari yargı mercileri ve idare, Danıştay içtihat birleştirme kararlarına uymak zorundadırlar.

6082 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra, içtihadı birleştirme kararlarının kanun derecesine çıktığı, hatta kanundan da üstün olduğu ileri sürülebilir.

Yargıtay ve Danıştayın içtihadı birleştirme kararları maddi bakımdan yasama niteliğindedirler. Bu kararlarda tamamen objektif hareket edilmekte, bir meselenin hallinden ziyade bir kaidenin çıkarılmasına çalışılmaktadır. dır.

Gerçi denebilir ki, yargıtayın fonksiyonu zaten çeşitli kararları birleştirme ve tek bir çözüme bağlayıp kanunların eşit uygulanmasını sağlamaktır. Fakat, yargı mercilerinin kaide işlem yapması, Anayasanın Yasama - Yargılama İkili arasında öngördüğü «yetki» ayrılığına uygun düşmemektedir. Bu bakımdan, İstanbul Bilim Kurulu’nun 1960 yılında hazırladığı ön tasarıda (ön tasarı md. 164, 3’üncü fıkra) içtihadı birleştirme kararlarının yasaklanmış olması gayet yerinde idi.

Öte yandan, mahkemelerin içtihadı birleştirme kararları vermeleri, hukuku statik bir kalıba sokması ve yargıçların görevlerinde **bağımsızlığı** ilkesini zedelemesi bakımından da sakıncalıdır. Yaşayan hukukun gelişmesinde önemli rolü olan mahkemeler, benzer olaylarda yeni bir görüş belirtme olanaklarından yoksun bırakılmakta, bu da içtihatların değişmesini güçleştirmektedir.

Yasamanın düzenleme yetkisi ve bunun alanını belirtmeğe çalıştıktan sonra, yasamanın bu yetkisini yürütme organına bırakması, kısaca yetki devri konusuna geçelim.

Yasama Yetkisinin Devri

Anayasanın 5’inci maddesi, açık ve kesin bir biçimde, yürütmenin yasama ya ait bir yetkiyi kullanmasını yasaklamaktadır. 5’inci madde «yasama yetkisi TBMM’nindir. Bu yetki devredilemez» diyor.

Öte yandan yürürlükteki Anayasanın 64’üncü maddesinin 2’nci fıkrası, TBMM’nin belli konularda yasama yetkisinin yürütmeye devredilebileceğini öngörüyor.

Yetki devrinin mümkün olamayacağı konular ayrıca 64’üncü maddenin son fıkrasında gösterilmiş. Bunlar: Temel hak ve hürriyetler - siyasi haklar ve ödevler.

Anayasanın 5’inci maddesi ile 64’üncü maddesindeki ilişkiye biraz sonra değinmek üzere, yetki devrinin siyasî ve hukukî planda bir değerlendirmesini yapmakta yarar var.

O Siyasî ve İdarî hayatın ortaya çıkardığı ve gün geçtikçe artan teknik nitelikteki görevlerin düzenlenmesi işi, ağır çalışan yasama meclislerinin elinden alınarak, yürütmeye verilmesi sonucunu doğurmuştur. Mesele özellikle buhranlı devrelerde daha büyük bir önem kazanmıştır. Bunun yanında halk yığınlarının antipatisini üzerlerine çekmeme endişeleri, malî ve idarî reformlarla ilgili konuların, yasama organı yerine yürütmeye devredilerek onun tarafından düzenlenmesine yol açmıştır.

O Hukuki planda ise, katı anayasalı ülkelerde ortaya çıkan bir mesele var. İngiltere gibi, parlamentonun bütün kudreti elinde topladığı ve şekli bir anayasa ile sınırlanmadığı ülkelerde, parlamento, yürütme organının geniş bir düzenlemede bulunmasına kolaylıkla müsaade etmektedir.

Şekli ve katı anayasalı ülkelerde ise mesele güçleşiyor. Yasama organı, Anayasadan aldığı yetkisini başka bir organa (yürütmeye) veremez. Başka deyişle, Anayasayı çiğnemedi, yasama organı yerine düzenlemede bulunamaz.

Bu konu özellikle, Fransa'da III'üncü ve IV'üncü Cumhuriyet dönemlerinde yoğun tartışmalara yol açmıştır. Birinci Dünya Savaş'ından itibaren, paranın değerini korumak ve spekülasyonları önlemek amacıyla, yürütme organına kanunlarla geniş düzenleme yetkisi tanınmıştır. Adî bir kanunla tanınan bu yetkiler, hükümetleri gerçek anlamıyla bir yasama gücü haline getirmiştir.

Hükümetler kanun konusu olan meseleleri kararnamelerle düzenleme imkânına sahip kılınmıştır. Bunlara **décrets-lois** (Kanun-Kararname) adı verilmekteydi. Fransa'da kanunların Anayasaya uygunluğunu denetleyecek bir makam olmadığından, yetki kanunlarının Anayasaya uygunluğu meselesi askıda kalıyordu. 1946 tarihli Fransız IV'üncü Cumhuriyet Anayasasının 13'üncü maddesinde, aynen bizim yürürlükteki **T.C. Anayasası**'nın 5'inci maddesine uyan bir hüküm vardı. Bu hükme göre: «Kanunu Yalnız Millet Meclisi Yapar. Bu Hakkı Devredemez». Bu hüküm ile kurucular «Kanun-Kararname uygulamasına götüren her türlü yetki devrini yasaklamak istemişlerdi. Bununla birlikte IV'üncü Cumhuriyette, uygulamada, yetki kanunlarına gene başvurulunca, Fransız Danıştayının 1953 yılında yaptığı bir yorum üzerine, Anayasanın «kanun-kararname» usulünü yasakladığı ve sadece hükümetin tanzim sahasının genişletilmesine müsait bulunduğu, ayrıca düzenlemeye temel olan kanunun genel ve belirsiz bir yetki tanımaması gerektiği belirtilmiştir.

Fransızların «**Décrets-lois**» sına aynen uyan geçmiş uygulamalara ülkemizde de rastlanmaktadır.

Burada yeri gelmişken «kanun-kararname» kavramını açıklığa kavuşturmakta yarar var.

Bilindiği gibi, **kararname**, Cumhurbaşkanı'nın yetkilerinin kullanılması'nın hukukî şeklidir. Cumhurbaşkanı hukukî işlemlerini kararname ile yapar.

Anayasanın 98’inci maddesine göre, Cumhurbaşkanının bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır. Başbakan dışındaki bakanların imzası bakımından kararnameler, **Bakanlar Kurulu kararnamesi** ve **müşterek kararname** olmak üzere ikiye ayrılır. Bakanlar Kurulu kararı söz konusu olduğu zaman bunu, bütün bakanların imzalaması gerekir: Tüzükleri oynayan kararnamelerde olduğu gibi. Müşterek kararnamede, Cumhurbaşkanı ve Başbakanla, ilgili bakanın imzası vardır: Tayin kararnameleri gibi.

Kanun kuvvetinde kararnameler, yasama organının, bir kanunla, belli konularda yürütmeye verdiği geniş düzenleme yetkisi üzerine, Bakanlar Kurulunca çıkarılan kararnamelerdir. Kanun kuvvetinde oluşu, yürürlükteki şekli kanunları değiştirebilmesini ifade eder, «Kararname» kelimesi ise, bu işlemin yürütme organının bir eseri olduğunu gösterir. Bu tip kararnamelerin diğer bir özelliği, yürütme organının kararnameyle düzenlediği hususların ayrıca belli bir süre içinde yasama organının onayına sunulmasıdır. Yürürlükteki Anayasamızın 64’üncü maddesinin 3’üncü fıkrasına göre, «Kararnameler, **Resmî Gazete’de** yayınlandıkları gün Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulur.» Burada TBMM’ne sunmanın mahiyeti birtakım sorunları akla getiriyor. Bu sunma sırf bir bilgi vermek mi, yoksa bir onay’a sunmak mıdır? 64’üncü maddenin 4’üncü fıkrasının son cümlesine göre «karara bağlanır» sözü bunun bir onaylama prosedürü olacağını göstermektedir.

Türk siyasî hayatında geçmiş uygulamalarda görülen bu tür kararnamelerin —Meşrutiyet dönemindeki kanunu muvakkatler² bir yana— I’inci Cumhuriyet döneminde ilk tipik örneği, 10 haziran 1933 tarih ve 2294 sayılı «Ticaret Mukavelesi veya **modus vivendi** akdetmeyen Devletler Ülkesinden Türkiye’ye yapılacak ithalâta memnuiyetler veya tahdit veya takyitler tatbikine dair kanun»dur. Bu kanun, yürürlükteki mevzuatı kararnamelerle değiştirmek yetkisi yanında 2’nci maddesi ile, Bakanlar Kurulunun alacağı kararların TBMM’nce onaylanacağını belirtmiştir (2294 sayılı Kanun 1936’da yürürlükten kaldırılmıştır).

Oysa 1567 sayılı Türk parasının değerinin korunması hakkındaki kanun, idareye sadece gerekli tedbirleri alma yetkisini verip, kanunlarda değişiklik yapabilme yetkisini vermemektedir.

2294 sayılı Kanunla başlayan geleneği daha sonra Millî Birlik Komitesi zamanında çıkarılan 2 ocak 1961 tarih ve 197 sayılı Kanun ile II’nci Cumhuriyetin seçimlerden sonra kurulan yasama meclislerince kabul edilen 27 haziran 1963 tarih ve 261 sayılı Kanunlar devam ettirmiştir.

I’inci Cumhuriyet döneminde, olağanüstü hallerde yürütmeye, kanun konusu olan hususları kararname ile düzenleme yetkisi veren kanunlar, «Ana-

² 1876 **Kanun-u Esasîsi’nin** 36’ıncı maddesine göre, Heyet-i Vükelâ tarafından, meclis toplandı halinde olmadığı zaman, devleti bir tehlikeden korumak gerektiğinde çıkarılan ve sonradan Mebusan ve Ayan meclislerinin onayına sunulan işlemler.

yasa teamülü» ile açıklamak istenmiştir³. Bu görüş sağlam bir temele oturmadan uzaktır. Çünkü katı anayasal bir sistemde, Anayasa teamülünün **contra legem** bir rolü olamaz. Anayasa teamülünün, Anayasa metnindeki boşluğu doldurucu veya onun yorumlanmasında yardımcı bir rolü olabilir; Anayasayı değiştirici bir rolü olamaz.

1961 Anayasasının kabulünden, şimdiki Anayasanın yürürlüğe girdiği tarihe kadar geçen süre içinde, yürütmeye yetki veren kanunların niteliği Anayasa yargısının kabulü üzerine, doktrin ve Anayasa Mahkemesi kararlarında yeniden tartışma konusu oldu.

Yüksek Mahkemenin, çeşitli tarihlerde bu konu ile ilgili olarak verdiği kararlarda, «modern devlet anlayışına» uygun olarak, yürütmenin faaliyetini çok dar ve işlemesi güç bir çerçeve içerisine sokmak eğiliminde olmadığı ileri sürülmektedir.

Anayasa Mahkemesinin kararlarından, bu konuda çıkarılabilecek ilkeleri şöyle sıralamak mümkün. Yani yürütme organının düzenleyici işlemleriyle yapılacak sınırlamaların geçerli olabilmesi için:

1. Kanun koyucu, esaslı hükümleri tespit ettikten sonra, ihtisas ve idare tekniği ile ilgili noktaların düzenlenmesi için hükümete yetki verebilir⁴.
2. Kanun koyucu hükümete yetki verirken, bunun amaç ve hedefini açıklamış olmalıdır⁵.
3. Kanun koyucu hükümete yetki verirken bunun sınırlarını ve çerçevesini de kanunla belirtmelidir⁶.
4. Nihayet, Kanunun emrine dayanarak yürütme organınca alınacak tedbirler objektif nitelik taşımali, keyfi uygulamalara sebep olacak çok geniş takdir yetkisi vermemelidir⁷.

Anayasa Mahkememizin 933 sayılı Kanunun iptali dolayısıyla, yakın tarihlerde yayınlanan bir kararında⁸ aynen şöyle denilmektedir:

...Anayasanın 5 ve 64'üncü maddelerine göre ilkel bir yetki olan yasama yetkisine sahip yasa koyucu, belli konuda gerekli kuralları eksiksiz olarak koyacak, eğer uygun veya zorunlu görünürse, onların uygulanması yolunda sınırları iyice gösterilmiş alanlar bırakacak, idare ancak o alanlar içindeki takdir yetkisine dayanarak, yasalara aykırı olmamak üzere bir takım kurallar koyup yasanın uygulanmasını sağlayacaktır.

³ BALTA T.B., **Kısa İdare Hukuku**, TODAİE yayını, Ankara, 1964, s. 76.

⁴ E: 1963/101, K ; 1964/49, K. t. 16.6.1964, **AMKD**, Sayı 2, s. 155.

⁵ E: 1962/281, K: 1963/52. K. t. 7.3.1963, **AMKD**, Sayı 1. s. 100.

⁶ E: 1963/311, K: 965/12, K.t. 4.3.1965, **AMKD**, Sayı 3, s. 61. —E: 1965/25, K: 1965/57, K. t. 26.10.1965, **AMKD**, Sayı 3, s. 221.

⁷ E: 1965/45 K : 1966/6 K.t. 29.3.1966, **AMKD**, Sayı 4, s. 93.

⁸ E: 1967/41 K: 1969/57 K.t. 23, 24 ve 25.10.1969, **Resmî Gazete** 9.4.1971.

Anayasa’nın 6’ncı maddesindeki, yürütmenin yasalar çerçevesinde görevini yerine getireceği kuralının anlamı da budur... Yasa, düzenlemek istediği alanı yeterince düzenleyecek ve yürütmeye tanıyacağı yetkileri yine yeterince sınırlandıracak, yürütme ise, yasanın tanıyacağı sınırları belli yetkinin nasıl kullanılacağını düzenleyecektir.

Dikkat edilecek olursa Anayasa Mahkemesi yürütmenin düzenleyici işlem yapma yetkisini oldukça geniş bir şekilde yorumlamaktadır.

Yürürlükte bulunan **T.C. Anayasası’nın** 64’üncü maddesinde Yetki Kanunları artık Anayasal bir temele oturtulmuş bulunmaktadır.

Burada ortaya çıkan sorun şudur: Anayasanın 5’inci maddesindeki, Yasama Yetkisinin Devredilmezliği ilkesi ve 64’üncü maddede öngörülen biçimde «Yetki Kanunları» ile yürütme organına kanun kuvvetinde kararname çıkarma yetkisinin verilmesi, yasama yetkisinin ilkel (aslı) yetki oluşu kuralını çiğnemekte midir? Öte yandan 64’üncü maddeye göre çıkarılacak kanun kuvvetindeki kararnamelerin hukukî niteliği ve tabi olacakları rejim ne olacaktır?

Öyle sanıyorum ki, öncelikle, bu kararnamelerin niteliği ve hukukî rejimi ortaya konduktan sonra, 5 ve 64’üncü madde arasındaki ilişki, daha doğrusu, 64’üncü madde karşısında Yasamanın aslı yetki olması kuralının zedelenip zedelenmediği sorusunun cevabını aramak veya tartışmak olanaklarımız bulabileceğiz.

Kanun Kuvvetindeki Kararnamelerin Niteliği ve Tabi Olacakları Rejim

Bakanlar Kurulunun, Anayasanın 64’üncü maddesine göre Kanun kuvvetinde kararname çıkarabilme şartları 2’nci fıkrada belirtilmiştir. Buna göre:

O Önce, Bakanlar Kurulu, belli bir konuyu kararnamelerle düzenleyebilmek için, TBMM’nden bir «Yetki Kanunu» çıkarmasını isteyecektir. Böyle bir Yetki Kanunu tasarısı getirildiğinde, yasama meclisleri komisyonlarında ve genel kurullarında öncelikle ve ivedilikle görüşülür.

O TBMM böyle bir yetki kanunu çıkarırken, bu kanunda Bakanlar Kurulunun çıkaracağı kararnamelerin amacı, kapsamı, ilkeleri, yetkiyi kullanma süresi, yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin açıkça gösterilmesi gerekir.

Çıkarılacak kararnamelere gelince:

O Yetki kanununa göre çıkarılacak kanun kuvvetinde kararnameler, yetkinin hangi kanunla verilmiş olduğunu belirtecektir.

O Kanun kuvvetinde kararnameler **Resmî Gazete’de** yayımlandıkları gün yürürlüğe girerler. Bakanlar Kurulu gerektiğinde yürürlük tarihini ileriye götürebilir.

O Kanun kuvvetinde kararnamelerin bir başka özelliği de yayımlandıkları gün TBMM'ne sunulmalarıdır.

Anayasanın 64'üncü maddesinin 4'üncü fıkrasına göre TBMM'ne sunulan kararnameler, kanunların görüşülmesi prosedürüne tabi kılınmakta ve diğerk kanun tasarı ve tekliflerinden önce görüşölüp «karara bağlanmaktadır». Buradaki «Karara bağlama» —ki bu bir onaylamadır— işlemi bir kanunla oluşacaktır. Bir parlamento kararı olmayacaktır. Çünkü bizim Anayasa sistemimizde parlamento kararlarının özelliği, vatandaşlar için uyulması mecburî nitelik taşımamalarıdır. Parlamento kararları, yasama meclislerinin kendi işleriyle ve yürütme organı ile olan ilişkilerle ilgilidirler. Vatandaşların hukuku ile ilgili olacağından hiç şüphe edilmeyen bu kararnamelerin onaylanmasının ancak bir kanunla olacağı 64'üncü maddenin 4'üncü fıkrasındaki ifadeden açıkça anlaşılıyor. Alınacak «kararın» kanun prosedürüne tabi oluşu da ayrıca bunun açık seçik bir kanıtıdır.

Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren Kanun kuvvetindeki kararnamenin TBMM'ne sunulup **Kanunla onaylanması**, acaba bu idarî - icraî işlemi bir yasalama işlemine mi dönüştürmektedir?

Anayasanın 64'üncü maddesinin bütününden çıkan anlama göre, TBMM'nce bunların onaylaması, Kanun kuvvetindeki kararnameyi kanun metni içinde bütünleştirmemektedir. Daha doğrusu kararname maddeleri kanun maddesi haline gelmemektedirler. Ortada, «Kanun Kuvvetinde Kararname» ve «Onaylama Kanunu» olarak iki ayrı işlem kategorisi bulunmaktadır. Aksini kabul etmek, Resmi Gazete'de yayımlandıkları gün TBMM'ne sunulan kararnamelerin otomatikman kanun tasarısı haline geleceklerini söylemek demektir. Bu halde Anayasanın 91'inci maddesinde ön görölme-yen yeni bir kanun teklif biçimi ortaya çıkacak, tabir caizse buna «kararname yolu ile kanun tasarısı» demek gerekecektir. Daha garibi, bu tasarı diğerk tasarı-lardan farklı olarak yayımlandığı gün bağlayıcı nitelik kazanacaktır ki, hukuken ve mantıken böyle bir muhakeme tarzı yürütölmez. Ayrıca, kanun kuvvetindeki kararnamelerin, daha yayınlanır yayınlanmaz TBMM'ne sunulmaları ile varlıklarının sona ereceği sonucu da çıkacaktır.

Kanun kuvvetindeki kararnamelerin Anayasa Mahkemesince denetlenebileceğini belirten 64'üncü maddenin son fıkrası, iki ayrı işlemin mevcut olduğunu, onaylama kanununun kararname hükümlerini kanun haline getirmedeğini göstermektedir.

Ancak, 64'üncü maddenin 5'inci fıkrasında, «değıştirilerek kabul edilen kararnamelerden söz edilmesi, bazı tereddütler doğurmaktadır. Şöyle ki, Kanun kuvvetindeki kararnamede yer alan maddelerin TBMM'nce «karara bağlanacağı» (onaylanacağı) sırada bazı hükümlerinin yasama organınca değıştirilmesinin uygun görölmesi halinde, aynı konuyu düzenleyen iki ayrı işlem kategorisinin birbirini tamamlarcasına yürürlükte olacaklarını kabul

etmek zorunluluğu doğuyor. Meselâ toprak reformu konusunda Yetki Kanununa dayanılarak çıkarılmış 20 maddelik bir kararname yayınlanıp yürürlüğe girdikten sonra, TBMM’nce karara bağlanma sırasında (onaylanma) bunun bilfarz 10 ve 11’nci maddeleri yasama mercilerince değiştirilirse, bu konu, 18 maddesiyle kanun kuvvetinde kararname ile ve iki maddesi kanunla düzenlenmiş olacaktır.

Burada İdarî bir işlem olan kararnamenin kanunla değiştirilmesi bir yana, belli bir konudaki reform birbirinden ayrı iki işlem türü ile ancak bir statüye kavuşmuş olacak, onaylama kanunu, ister istemez, kararnamenin uygun bulunmadığı hükümlerini kendi kapsamına alacaktır. Bunun yanında, aynı konunun kısa sürelerle birbirinden farklı iki ayrı uygulama ve iki ayrı işlem türüne bağlanması gibi bir problemle karşılaşılacaktır.

Burada akla gelen iki ihtimal var:

a) Birincisi, Anayasanın 64’üncü maddesini kaleme alanların, idarî işlemler rejimine tabi olması gereken kararnameleri, yayımlandıkları gün TBMM’ne sunulma yolu ile, yani bir çeşit **usul saptırılması** yolu ile Danıştayın denetimi dışına çıkarmayı istemiş olmalarıdır. Fakat hemen ekleyelim ki, Anayasanın 114’üncü maddesi karşısında, bu kanun kuvvetinde kararnamelerin Danıştayda denetlemesi her zaman mümkündür. Burada ortaya çıkan önemli problem, bu kararnameler hakkındaki iki denetim yolunun aynı zamanda açık olması nedeniyle, Danıştay ve Anayasa Mahkemesi arasında ortaya çıkacak görev uyuşmazlıkları veya her iki Yüksek Mahkeme arasındaki içtihat uyuşmazlıklarıdır.

Kanun kuvvetindeki kararnameler, Danıştayda somut norm denetimine konu olurken, kararnamelerin yetki kanununa aykırılıkları, giderek yetki kanununun Anayasaya aykırılığı sorununun ortaya çıkması halinde de işin, Anayasanın 151’inci maddesine göre Anayasa Mahkemesine getirilmesi olanağı doğabilir. Öte yandan kanun kuvvetinde kararnameler, yayımlandıkları gün doğrudan doğruya soyut norm denetimi yolu ile —Anayasanın 149’uncu maddesine göre dava hakkı olanlar tarafından— Anayasaya aykırılıkları nedeniyle Anayasa Mahkemesince denetlenebilecektir.

Burada önemli olan konu, her iki mahkemenin görevi ve içtihat ayrılıkları meseleleri ile ilgili olup konumuz dışında kalmaktadır.

Özetleyecek olursak, kanun kuvvetinde kararnameler, yayınlanıp yürürlüğe girdikleri anda, gerek Danıştayca, gerekse Anayasa Mahkemesince denetlenebileceklerdir.

b) İkinci husus, 64’üncü maddeyi kaleme alanların, bu kararnameleri TBMM’ne onaylatarak idarî yargı denetiminden sıyırma endişesinden çok, Anayasanın 5’nci maddesindeki ilkeyi çiğnememek, bir çelişme yaratmamak amacı gütmüş olabilecekleridir.

Gerçekten de, Bakanlar Kuruluna kanun kuvvetinde kararname çıkarma yetkisi verilirken, yasama organı önce bir yetki kanunu ile bunun sınırlarını ve süresini çizmekte, sonra da bu yetki kanununa göre çıkarılan kararnamelerin TBMM’nce onaylanması sırasında, verdiği bu yetkinin yetki kanununa uygun olarak kullanıp kullanılmadığını denetlemektedir. Bu bakımdan Yasama’nın 5’inci maddeye göre aslı yetki oluşu kuralı çiğnenmemektedir. Yürütme böylece Anayasanın 6’ncı maddesine göre «Kanunlar Çerçevesinde» (müştak - **derivé**) bir görev olarak kalmaktadır.

Böylece, Millî Mücadeleden günümüze değin uzanan, yasamanın üstünlüğü ilkesi bertaraf edilmemektedir. Şüphesiz, 64’üncü maddede yapılan son değişiklik, Anayasa Mahkemesinin yetki devri konusunda daha önce verdiği kararların ışığı altında yapılmıştır. Ancak şunu belirtelim ki, Anayasa Mahkemesinin daha önce vermiş olduğu kararlarında, yürütme organının düzenleme yetkisini oldukça geniş yorumladığına işaret etmiştik. Bunun yanında, süratle alınacak tedbirler konusunda, yasama meclislerinin ağır bir çalışma temposu ile bunları zamanında gerçekleştiremeyeceği iddiası da fazla bir ağırlık kazanmamaktadır.

Süratle alınacak tedbirlerin, gene 1961 Anayasası çerçevesinde mümkün olabileceği, Anayasa Mahkemesinin yukarıda değindiğimiz kararında gayet anlamlı bir biçimde dile getirilmiştir. Şöyle ki:

Anayasal sınırları aşan Bakanlar Kurulu kararnameleri ile düzenlemenin, iktisadi tedbirlerin yasa kuralları ile karşılanamayacağı, bu tedbirlerin süratle alınması gerektiği düşüncesine dayandırılması dahi bugünkü iktisadî gerçeklerle, yasama meclislerinin çalışma durumuna uygun düşmemektedir. Bir kez, her konuda alınacak iktisadî tedbirler, genellikle bellidir, iktisada ilişkin yazılarda ve uzman raporlarında gösterilmiş bulunmaktadır, yoksa bunlar yeniden aranılacak, bulunacak değildir. Yapılacak iş, bilinen ve salık verilmiş olan tedbirlerden hangisine, belli durumda başvurulacağı, birçok tedbirlerden hangisinin belli durumda seçileceğidir ki bu tedbirler yasada sayıldıktan sonra bunlardan bir veya birkaçının seçimi konusunda yürütmeye yasada belirlenecek sınırlar içinde yetki tanınabilir.

Yasada öngörülmeyen çok önemli bir durumla karşılaşılır ya da gösterilmeyen bir tedbir zorunlu görülürse, ki bu seyrek gerçekleşebilecek bir olaydır, o zaman ivedilikle yasanın değiştirilmesi veya ek bir yasa çıkarılması yoluna gidilebilir. Unutulmamalıdır ki, Meclisler çoğunluğunun kamu yararı gördüğü konularda yasa değişiklikleri, kısa zamanda, Yasama Meclislerinde yapılabilmektedir⁹.

9 E : 1967/41, K : 1969/57, K.t. 23, 24 ve 25.10.1969, A.M.K.D. sayı 8, s. 43.

Anayasa Mahkemesinin, süratle alınabilecek tedbirler konusunda yaptığı bu özlü ve çok anlamlı yorum, birçok konulara ışık tutabilecek, ilke ve uygulamalara rehber olabilecek niteliktedir.

Anayasanın 64’üncü maddesinde öngörülen kanun kuvvetindeki kararnameler, kamu hukukumuzda yepyeni bir nitelik taşımaktadır ve geçmiş uygulamalardakilerden farklı, adetâ melez bir hüviyettir. Şöyleki, bilinen kanun kuvvetindeki kararnameler, kendinden önceki şekli kanunları değiştirmesi yanında, ancak belli bir süre sonra Yasama organının onayına sunulurlardı. Oysa, Anayasanın 64’üncü maddesindeki kararnamelerin değiştirebileceği kanun hükümleri, Yetki kanununda belirtilmekte, yürütme organı, ancak bu Yetki kanununda açıkça zikredilen hükümleri, gerektiğinde, değiştirebilmektedir. Öte yandan bu kararnameler, geçmiş uygulamadakilerden farklı olarak, yayınlandıkları gün yasama organının onayına sunulmaktadırlar. Anayasanın 64’üncü maddesinde sözü edilen kanun kuvvetinde kararnamelerin **sui-generis** bir işlem kategorisi olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Kanun kuvvetindeki kararnamelerin, Anayasal bir temele oturtulması ve bunların Anayasa Mahkemesince denetlenebileceğinin belirtilmesi karşısında, -hiç şüphesiz 44 sayılı *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun*’da zorunlu olarak bazı değişiklikler yapmak gerekecektir. Kanun kuvvetindeki kararnamelerin, yayınlanıp yürürlüğe girmesi ve uygulanmaları ile, toplum hayatında önemli değişiklikler yaratmaları ihtimali karşısında, Yüksek Mahkemenin bu işlemlerin denetiminde daha seri bir yargılama usulünü benimsemesi gerekecektir. Yasalar hakkında düşünülmeyen «ihtiyatî tedbir» yolları, hiç olmazsa bu işlemler yönünden akla gelmekte ve durum, üzerinde düşünülmesi gerekli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Nihayet, kanun kuvvetindeki kararnamelerin yayınlanıp yürürlüğe girmelerinden kısa bir süre sonra Danıştay’da somut norm denetimi olarak denetlenmeleri sırasında, bu kararnamelerin, onaylanmak üzere yasama meclislerinin önüne gelmesi mümkündür; işte bu sırada Anayasa’nın 132’nci maddesinin 2’nci fıkrası dolayısıyla çok önemli bir soranla karşılaşılabilir. Bu fıkraya göre «Hiç bir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.» Kararnamelerin onaylanması sırasındaki tartışmaların söz konusu kararname üzerinde, somut norm denetimi yapmakta olan mahkemeyi ve üyeleri etkileyip etkilemeyeceği sorunu haklı bir endişe olarak belirmektedir.

(12. Makale - 1973)

A. Recai SEÇKİN

*Anayasaya Aykırılık Kavramının
Tanımlanması Yolunda Bir Deneme **

* A. Recai Seçkin, "Anayasaya Aykırılık Kavramının Tanımlanması Yolunda Bir Deneme", **Kemal Fikret Arık'a Armağan**, Ankara Üniversitesi SBF Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 403-462.

ANAYASAYA AYKIRILIK KAVRAMININ TANIMLANMASI YOLUNDA BİR DENEME (*)

Dr. A. Recai SEÇKİN
Anayasa Mahkemesi Üyesi

Bu yazıda, Anayasa'ya aykırılık kavramı çeşitli açılardan İncelenmekte ve kavramın temel öğeleri üzerinde durularak bir tanıma varılmaktadır.

* Bu yazı, iptali gerektirecek nitelikte Anayasaya aykırılık kavramının tanımı yolunda kendi kişisel düşüncelerimi yansıtmak üzere kaleme alınmıştır. Çok değerli arkadaş ve kardeşim, Fikret Arık'ın anısına saygı göstermek için yetkili bilim adamlarınca yazılacak bilimsel değerde yazılar arasında bunun yayınlanmasında, okuyucular için, olsa olsa, bunda ileri sürülmüş konular ve çözümler üzerinde onları düşündürmek ve bilimsel gerçeklerin bulunmasına yol açmak gibi bir yarar düşünülebilir, benim için ise, yaşamasının büyük bir bölümünü bilime adanmış Fikret Arık kardeşimin anısına armağan olarak çıkarılacak özel sayıya değersiz de olsa bir yazı ile katılmış bulunmanın sonsuz kıvançlı söz konusudur. Arık, 1961 Anayasasının kabulünden sonra Anayasa yargısı üzerinde ilk yazılardan birisini yazanlardır. (Aşağıdaki yazılardan ilk sıradaki gösterilen). Bundan ötürü, inceleme konusu olarak Türk Anayasa Hukukuna ilişkin bulunan bu konuyu seçtim. Arık, 1961 yazında, Almanya'da Anayasa yargısı konusumda yapılan bilimsel bir toplantıya da Profesör Balta ile birlikte katılmıştır.

Bu yazının daha çok kaynaklara dayanmasını, daha geniş ve daha işlenmiş olmasını isterdim; Ancak, kendi mesleğime ilişkin uğraşlar arasında buna ayırabildiğim zamanın azlığı ve yazıyı belli bir süre içinde Dekanlığa vermek gereği, bu kadarda yetinmemesi zorunlu kıldı.

Eksik ve aksaklıklardan dolayı, sevgili Arık'ın anısının ve bu yazıyı okumak zahmetine katlanacakların beni bağışlayacaklarını umuyorum.

Rahmetli Prof. Fikret Arık'ın ölümünden az sonra, Siyasal Bilgiler Fakültesince bu Fakültenin yayımladığı Dergi'nin özel sayısının çıkarılması kararlaştırılmış ve bu sayıya gönderilecek yazılar için belli bir süre öngörülmüştür. Ben bu yazıyı belli süre içinde yazıp 7/7/1967'de Fakülteye yollamıştım. Derginin özel sayısının çıkarılması kararının yerine getirilmemesi sonunda bu kez bir armağan yayınlanmasına karar verilmesi ve son günlerde T.C. Anayasasının 20/9/1971 günlü, 1488 sayılı Yasa ile değiştirilerek metnin 22/9/1971 günlü, 13964 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanması üzerine, bu yazıyı yeniden gözden geçirip gerekli düzeltmeleri, resmî görevimi aksatmaksızın elimden geldiğince, yaptım. Yazının ereğinde bir değişiklik olmadığı gibi çerçevesinde ve kapsamında dahi bir genişleme, ilke olarak, söz konusu değildir; nitekim bu notun yukarıki bölümü de 1967 de yazıldığı gibi bırakılmıştır. Ancak yazının bir kaç yerinde 7/7/1967'den sonra yayımlanmış bulunan Anayasa Mahkemesi kararlarının bir kaçını andım ve o günden beri ortaya çıkmış sorunlardan yalnızca bir kaçına değindim.

1-Anayasaya aykırılık kavramının incelenmesinin uygulama bakımından sağladığı yarar.

Günlük yaşantımızda geçen ve iyice bilindiği sanılan bir takım kavramlar vardır ki bunların ne demek olduğu üzerinde düşünmeyi, çoğu kez, gerekli saymayız ve bundan dolayı birtakım yanlışlara düşeriz. En çok ve en büyük yanlışlara da böyle herkesçe kolaylıkla bilindiği ve anlaşıldığı varsayılan (farz edilen) konular üzerinde Tasladığımızı söylemek bana kalırsa, gerçeğe uygundur; çünkü, insan, zorluğunu bildiği yerde daha titiz davranır, yanlışlamak için daha çok çaba gösterir ve kendisine yersiz bir güven beslemekten uzak kalır.

Anayasa hukukunun önemli sorunlarından birisi ve belki de bu sorunların en önemlisi olan Anayasaya aykırılık konusuna bir ışık tutmaya, az da olsa, yardımcı olabileceğini unutarak herkesçe bilindiği sanılan Anayasaya aykırılık kavramı üzerinde düşündüklerimi yazmayı ve bu kavramın tanımlanması yolunda bir deneme yapmayı uygun gördüm.

Özünde çok kaypak olan Anayasaya aykırılık kavramı üzerinde tam anlamı ile bir tanımlama yapabileceğimi sanmıyorum. Bununla birlikte, yetkili kişilerin bu kavramın tanımlanması yolunda düşünce yürütmelerine yol açmış olabileceğimi ummak, yersiz sayılmıyabilir.

Bugüne değin, gerek uygulamada, gerekse öğretilde (doktrinde) Anayasaya aykırılık konusu, belli hükümlerin Anayasaya aykırılığını veya uygunluğunu belirtmek amacı ile ve belirli hükümler göz önünde tutularak, başka deyimle, belirli hukukî durumlar açısından tartışılmış ise de, hükümlerin iptalini gerektiren Anayasaya aykırılığın genel ölçüsü ve tanımı (tarifi) üzerinde eğer yanılmıyorsam, Türk Hukukunda hemen hemen hiç durulmamıştır. Bu kavramın eksik de olsa tanımı yolunda yapılacak bir deneme, belli hükümlerin Anayasaya aykırılığı üzerinde ortaya çıkacak tartışmaları, az çok kolaylaştırabilir.

Bu günkü hukuk düzenimizde yasa veya içtüzük hükümlerinin Anayasaya aykırılığının sonucu, Anayasa Mahkemesinin, iş usule uygun olarak kendisine getirilirse, bu türlü hükümleri iptal etmesi, öbür mahkemelerin dahi belli kayıt ve şartlar altında, belli davada Anayasaya aykırı hükmü uygulamalarıdır. Anayasaya aykırılık kavramının iyice bilinmesi, hem Anayasa Mahkemesinde iptal davası açabilecek (Anayasada ayrı ayrı gösterilmiş olan) kişi ve organların veya adalet, askerlik ve idare mahkemelerinde Anayasaya aykırılık itirazında bulunabileceklerin, hem de Anayasaya aykırılık konusunu Anayasa Mahkemesine ulaştırmaya yetkili adalet, askerlik ve idare mahkemelerinin doğru yolu bulabilmelerine belli ölçüde yararlı olabilir.

Şunu da belirtelim ki, bir hükmün Anayasaya aykırılığı yüzünden iptaline karar verilmesinin hukukça yasak olduğu hallerde (aşağı N. 16/e), onun Anayasaya uygun veya aykırı olmasının hiç bir hukukî önemi yoktur.

2- Hukuka aykırılık ve Anayasaya aykırılık kavramları üzerinde birkaç söz.

Hukuka aykırılık, bir eylemin, bir davranışın veya bir işlemin bağlı olduğu hukuk kuralına uygun bulunmamasıdır; örneğin, bir kimsenin arkadaşını öldürmüş olması eyleminin, hergün belli zamanlarda işi başına gelmesi gerekli bir devlet memurunun sebepsiz yere işe gelmemiş bulunması yollu davranışının veya gümrük kaçağı bulunan bir mala ilişkin bir satış akdi şeklindeki bir hukuk işleminin bağlı olduğu hukuk kuralına uygun olmaması durumlarında hukuka aykırılık vardır. Buna göre hukuka aykırılığın koşulları; ortada bir eylem, bir davranış veya bir hukukî işlem bulunması, bu eylem veya davranış veya hukukî işlemin belli hukuk kurallarına bağlı olması, söz konusu eylem veya davranış veya hukukî işlemin, onu düzenleyen hukuk kuralına veya kurallarına az veya çok uygun bulunmamasıdır. Burada anılan uygun bulunmama durumu ise, belli eylem, davranış veya hukuk işlemi ile onu düzenleyen hukuk kuralı veya hukuk kurallarının öngördüğü eylem veya davranış veya hukuk işlemi arasında birbirini tutmazlık, az veya çok bir ayırım, bir fark bulunması olarak kendini gösterir. Özellikle, hukuk bakımından yasak edilmiş olan bir eylem veya işlemin yapılması durumunda bu birbirini tutmazlık, en belirgin bir biçimde gerçekleşir.

Hukuk kuralları, ödev yükledikleri kişilerin iradesine etkileri bakımından, genellikle, buyurucu, yasak edici veya belli sınırlar içinde birşey yapılmasına yetki tanıyıcı nitelikte olurlar. Buyurucu kurala aykırılık, yapılması gerekli şeyi hiç yapmamak veya eksik yapmak; yasak edici kurala aykırılık, yasak olan şeyi yapmak; yetki tanıyıcı kurala aykırılık ise, yapılacak şeyi yetki sınırlarını aşarak yapmak yolu ile ortaya çıkar. Bir de herhangi bir kavram tanımlayan hukuk kuralları vardır ki bunlar, genellikle, herhangi bir kimseye ödev yüklemeler, ancak kendilerine belli hükümler uygulanacak şeyleri veya kişileri gösterirler; örneğin 634 sayılı ve 23/6/1965 gününü Kat Mülkiyeti Yasasının ikinci maddesindeki kat mülkiyeti, kat irtifakı, eklenti, arsa payı gibi kavramların ne demek olduğunu bildiren hükümler, 213 sayılı ve 4/1/1961 günlü Vergi Usul Yasasının 8 inci maddesindeki vergi mükellefi, vergi sorumlusu kavramının ne demek olduğunu bildiren kurallar gibi...

Kamu hukukunda özel bir önemi olan kuruluşa, örgütlemeye ilişkin kurallar ise genellikle buyurucu ve kimi zaman yetki tanıyıcı veya yasak edici niteliktedirler.

Gerek yasalar, gerekse yasama meclisleri iç tüzükleri, hukukî nitelikçe, birer eylem olmayıp birer hukukî işlemdirler ve bunlar, Anayasa hükümlerine bağlıdırlar. Az önceki açıklamayı bunlara uygulayacak olursak, görürüz ki bunların Anayasaya aykırı olmaları, hukuka aykırılık kavramının kapsamına girmektedir, başka deyimle, yasalarda ve içtüzüklerde Anayasaya aykırılık, hukuka aykırılığın özel bir biçimidir.

3- Anayasaya aykırılık kavramı ile Anayasaya uygunluk kavramı arasındaki ilişki.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılmıştır ki hukuka aykırılık, özünde, belli bir durumun, bağlı olduğu hukuk kuralına az veya çok uygun bulunmamasıdır; Anayasaya aykırılık da hukuka aykırılığın özel bir biçimi olunca, bir yasa veya içtüzük hükmünün Anayasaya aykırılığı dahi, onun Anayasaya hiç uygun olmaması veya az uygun olması, başka deyimle, Anayasaya aykırılık sözü, hukukça, Anayasaya gereğince uygun olmama veya hiç uygun olmama durumlarını anlatmaktadır; kısacası, (Anayasaya uygun olmama) sözü ile (Anayasaya aykırı olma) sözleri eş anlamlı sözlerdir.

Bir kuralın Anayasaya aykırı olmaması nedeniyle iptali isteminin Anayasa Mahkemesince reddi durumunda o kuralın Anayasaya uygun bulunduğu ilke olarak kabulü zorunludur. Ancak, her ilke de genellikle görüldüğü gibi, bu ülkenin dahi aykırı durumu (istisnası) olabilir. Anayasa uyarınca belli bir alanı düzenlemek üzere yasa konulmasının gerekmesi durumunda (aşağı. N. 15) çıkarılan yasa, düzenleyeceği konuyu eksik düzenlemişse o zaman Anayasaya aykırılık bulunmakla birlikte bu aykırılığın iptal nedeni olmayacağı sonucuna Anayasa Mahkemesince varılmıştır (aşağı. N. 15’te anılan kararlar).

4- Türk Anayasasında Anayasaya aykırılık konusuna ilişkin hükümlere genel bir bakış.

a) Anayasanın (Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı) başlığını taşıyan 8 inci maddesinde (Kanunlar, Anayasaya aykırı olamaz. -Anayasa hükümleri, yasama yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.) denilmektedir.

b) Anayasanın, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerine ilişkin bulunan (1488 sayılı Yasa ile) değişik 147 inci maddesinin 1 inci fıkrasında (Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi içtüzüklerinin Anayasa’ya, Anayasa değişikliklerinin de Anayasa’da gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler.) kuralı bulunmaktadır. Anayasanın ilk metninde Anayasa değişikliklerinin Anayasa Mahkemesince denetimini düzenleyen her hangi bir deyim yok iken değişiklikte fıkraya (Anayasa değişikliklerinin de Anayasada gösterilen şekil şartlarına) deyimini eklenmiştir.

c) Anayasanın, Anayasa Mahkemesinde kimlerin iptal davası açabileceklerini bildiren (1488 sayılı Yasa ile) değişik 149 uncu maddesinde (Cumhurbaşkanı; Yasama Meclislerindeki siyasî parti grupları ve Türkiye Büyük Millet Meclisinde grupu bulunan siyasî partiler ile son milletvekili genel seçimlerinde muteber oy sayısının en az yüzde onunu alan siyasî partiler; Yasama Meclislerinden birinin üye tam sayısının en az altıda biri tutarındaki üyeleri; kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda Yüksek Hâkimler Kurulu,

Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay ve üniversiteler, kanunların veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin veya bunların belirli madde ve hükümlerinin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptâl dâvası açabilirler.) kuralı yer almıştır. Bu değişiklikle ilk metindeki Türkiye Büyük Millet Meclisinde temsilcisi bulunan siyasal partilere dava yetkisi veren deyim çıkarılmıştır.

ç) Anayasa'nın (Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi) başlıklı (1488 sayılı Yasa ile değişik) 151 inci maddesinde (Bir dâvaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanunun hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar dâvayı geri bırakır. — Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddî görmezse bu iddia, temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır. — Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere altı ay içinde kararını verir ve açıklar. — Bu süre içinde karar verilmezse, mahkeme, Anayasa'ya aykırılık iddiasını, kendi kanısına göre çözümleyerek dâvayı yürütür. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkemeler buna uymak zorundadır.) denilmiştir, tik metninde öngörülen karara bağlama süresi üç ay iken değişik metinde altı aydır. Bir de eski metinde kararı açıklanmasından söz edilmiş değilken son metinde kararın altı aylık süre içinde açıklanması da kurala bağlanmıştır.

d) Anayasanın (1488 sayılı Yasa ile) değişik 152 inde, Anayasa'ya aykırı olduğundan iptaline karar verilen kanun veya içtüzük veya bunların iptal edilen hükümleri, gerekçeli kararın Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi, iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak bir yıl geçemez.) kuralı bulunmaktadır. Eski metne göre iptaline karar verilen kural kararın verildiği gün yürürlükten kalmakta iken, yeni metinde iptal edilen kuralın, iptal kararının Resmî Gazete'de yayımlandığı gün yürürlükten kalkacağı ilkesi benimsenmiştir. Bundan başka, ilk metinde iptal kararının yürürlüğe girmesinin Anayasa Mahkemesince ertelenme süresinin karar gününden başlayarak altı ayı geçmeyeceği bildirilmiş iken yeni metinde bu sürenin kararın Resmî Gazete'de yayımlanması gününden başlayarak bir yılı geçmeyeceği kurala bağlanmıştır.

e) Anayasanın (1488 sayılı Yasa ile) değişik 164 üncü maddesinde (Kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak, Devletin bütçe ve kesin hesap kanun tasarılarını görüşmek ve kabul etmek, para basılmasına, genel ve özel af ilânına, mahkemelerce verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar vermek, Türkiye Büyük Millet Meclisinin yetkilerindendir. — Türkiye Büyük Millet Meclisi kanunla, belli konularda, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararnameler çıkarmak yetkisi verebilir. Yetki veren kanunda, çıkarılacak ka-

rarnamelerin amacı, kapsamı ve ilkeleriyle bu yetkiyi kullanma süresinin ve yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin açıkça gösterilmesi ve kanun hükmünde kararnamede de yetkinin hangi kanunla verilmiş olduğunun belirlilmesi lâzımdır. — Bu kararnameler, Resmî Gazetede yayımlandıkları gün yürürlüğe girerler. Ancak, kararnamede yürürlük tarihi olarak daha sonraki bir tarih de gösterilebilir. Kararnameler, Resmî Gazete’de yayımlandıkları gün Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulur. — Yetki kanunları ve Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulan kararnameler, Anayasa’nın ve yasama meclisleri içtüzüklerinin kanunların görüşülmesi için koyduğu kurullara göre, ancak, komisyonlarda ve genel kurullarda diğer kanun tasarısı ve tekliflerinden önce ve ivedilikle görüşölüp karara bağlanır. — Yayımlandıkları gün Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulmayan kararnameler, bu tarihte, Türkiye Büyük Millet Meclisince reddedilen kararnameler bu kararın Resmî Gazete’de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Değişirilerek kabul edilen kararnamelerin değiştirilmiş hükümleri, bu değişikliklerin Resmî Gaztede yayımlandığı gün yürürlüğe girer. — Anayasa’nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel hak ve hürriyetler ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez. Anayasa Mahkemesi, bu kararnamelerin Anayasaya uygunluğunu da denetler.) denilmektedir. Anayasanın ilk metninde kanun hükmünde kararnamelere başka deyimle yasa dengi kararnamelere yer verilmiş değildir. Bu tür kararnamelerin anayasal düzene sokulması için 64 üncü maddeye beş tane fıkra eklenmiştir, bunlardan 6 ncı fıkranın son cümlesinde bu gibi kararnamelerin Anayasaya uygunluklarının Anayasa Mahkemesince denetleneceği açıkça bildirilmiştir.

Bütün bu kurullarda, Anayasaya aykırılık veya Anayasaya uygunluk sözleri geçmekte ise de bu sözlerin anlamlarını doğrudan doğruya veya dolayısıyla açıklamaya yarayacak bir yön yazılı bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama usullerine ilişkin 44 sayılı Yasanın 21, 25, 26, 27, 28, 30 ve 50 inci maddelerinde dahi Anayasaya aykırlıktan söz edilmiş ise de, bunun anlamı aydınlatılmamıştır.

5- Anayasaya aykırılık ve Anayasanın üstünlüğü kavramları arasındaki ilişki.

Bir yasa veya içtüzük hükmünün dahi bir hukuk işlemi olması dolayısıyla, her hukuk işleminde olduğu gibi bir takım hukuk kurallarına bağlı olması, sosyal ve hukukî bir zorunluktur. Çağdaş hukuk düzeninde, her irade gibi, yasa koyucusunun iradesinin dahi hukuk düzeninin sınırları içinde tutulması, gerekli sayılmaktadır. Hukuk devleti, kısaca, bütün işlem ve eylemleri hukuk düzenine bağlı ve bu bağlılığı gerçekten sağlamaya elverişli bütün kurumlara sahip bir devlet olarak tanımlanabilir. Yasa veya meclis içtüzüğü

gibi devletin çok önemli işlemlerinin hukuk düzeni dışında bırakılması, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Bundan dolayıdır ki, yasaların ve içtüzüklerin Anayasanın çizdiği sınırlar içinde ve öngördüğü ilkelere göre yapılması kuralı benimsenmiştir. Bu kuralın uygulanması ise ancak ve ancak, Anayasa hükümlerine, yasa ve içtüzük hükümleri karşısında, daha yüksek, daha üstün bir değer ve daha güçlü bir etki tanımakla olabilir. Söz konusu değer üstünlüğü ise yalnızca yasa ve içtüzük hükümlerinin Anayasaya uygun olması yükümlünün öngörülmesi ile sağlanabilir ki Anayasamız dahi (yukarıda 4/a da anılan) yasaların Anayasaya aykırı olamayacağı hükmü ile bu üstünlüğe yer vermiş olmaktadır. Demek ki, Anayasa hükümleri yasa ve içtüzük hükümlerinden üstün hükümler oldukları için, yasanın veya içtüzüğün Anayasaya aykırılığı hukuk bakımından söz konusu edilebilmekte ve önem kazanmaktadır. Nitekim, yasa hükümleri dahi tüzük hükümlerine göre üstün bir değerde olduklarından dolayıdır ki tüzük hükmünün yasa hükmüne aykırılığı, ileri sürülebilmekte ve hukuk bakımından etkili olabilmektedir.

Önemle belirtelim ki Anayasaya uygunluk denetimini yapabilecek yetkili bir mahkeme kurulmadıkça veya genel mahkemelere bu yolda yetki tanınmadıkça Anayasanın üstünlüğü ilkesinin gerçekten uygulanması sağlanamaz. Gerek yabancı ülkelerin tarihinde, gerekse bizim tarihimizde geçmiş birçok olaylar, bu durumu açıkça göstermektedir.

6- Anayasaya aykırılığın iptal konusunda önemli olması için aranacak koşullara genel bir bakış.

Yukarıda (1 de) belirtildiği üzere, inceleme konumuz bakımından Anayasaya aykırılık kavramı, yalnız, buna dayanılarak bir kuralın iptali için dava açılabilmesi veya mahkemelerce işin Anayasa Mahkemesine gönderilebilmesi yönünden, hukukça önemlidir; bunun dışında bir hükmün Anayasa hükmü veya hükümleriyle gerçekten çatışması, konumuz bakımından değerli olamaz. Bir kural, yürürlükten kaldırılmış ise artık ilke olarak, uygulanmayacağından, onun hukuka aykırılığının bir önemi olmayacaktır. Kaldırılmış bir kuralın belli bir davada uygulanması söz konusu olabiliyorsa, o kuralın Anayasaya aykırılığı dahi incelememiz açısından (Anayasanın 15 inci maddesine göre) önemli sayılacaktır. Yine bunun gibi bir yasa veya içtüzük hükmü Anayasaya uygun bir yoruma elverişli ise o hükmün de Anayasaya aykırılığından söz etmenin yeri olamaz. Demek ki iptali tartışma konusu edilen bir yasa veya içtüzüğün Anayasaya aykırılığının önemli sayılması için başlıca şu koşullar gerçekleşmiş olmalıdır :

a) Kuralın yürürlükte olması ya da yürürlükten kalkmış olsa bile belli bir davada uygulanabilmesi,

b) Kuralın Anayasaya uygun bir biçimde yorumlanamaması.

Bunlardan başka, yasa veya içtüzük kuralı ile Anayasanın bir kuralı ara-

sında herhangi bir çatışma, birbirini tutmazlık, bir bağdaşmazlık bulunması dahi bir temel koşuldur. Ortada bu türlü bir çatışma veya bağdaşmazlık yoksa, hiçbir zaman, Anayasaya aykırılıktan söz edilemeyecektir.

Anayasaya aykırılıklarının incelenmesi yasak edilmiş bulunan hükümlerin Anayasaya gerçekten aykırı bulunup bulunmamaları dahi önemli değildir.

7- Anayasaya aykırılığın iptal bakımından önemli olabilmesi için yasa veya içtüzük kuralının kaldırılmamış olması gereği.

Bir hükmün kaldırılmamış bulunması demek, onun usulünce kabul edilip yürürlüğe konulduktan sonra kabul edilmiş bir hükümle açıkça veya üstü kapalı (zımnî) olarak kaldırılmamış bulunması demektir. Bir hükmün kabul edilmesi ve yürürlüğe konulması koşulları, o hükmün yürürlüğe konulduğu sırada uygulanan hukuk kurallarına (esaslarına) göre belli olur. Örneğin, 1876 tarihli Anayasamızın uygulandığı dönemde çıkan bir yasa o zamanki hükümlere ve yine o Anayasanın ikinci Sultan Hamit’çe uygulamadan kaldırılmasından sonra çıkan bir yasa veya yasa niteliğindeki tüzük, o zamanki hükümlere göre yürürlüğe konulmuş ve yayımlanmış ise, yürürlüğe konuluş ve yayımlanış, bugün için dahi geçerlidir.

Açıkça kaldırma durumunda bir zorluk yoksa da üstü kapalı kaldırma durumunun gerçekleşmiş olup olmadığı, hukuk uygulamalarında, çoğu kez, büyük zorluklara yol açmaktadır. Bu zorluklardan bir tanesi, konumuz bakımından, özellikle belirtilmelidir : Bu da, 334 sayılı Anayasanın bütün hükümlerinin yürürlüğe girdiği günde yani 15/10/1961 gününde, yeni Anayasaca bütün ayrıntıları ile düzenlemiş bulunan alanlarda eski yasalarda bu konulardaki hükümlerinin üstü kapalı olarak yürürlükten kalkmış bulunup bulunmadığı sorununun (meselesi) çözümündeki zorluktur. Yargıtay Ceza Genel Kurulu ve Anayasa Mahkemesinin bir kaç üyesi (ki sayıları 13/4/1967 günlü ve 12572 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış bulunan Anayasa Mahkemesinin esas 63/81, karar 63/40 sayılı ve 4 kasım 1966 günlü kararında yediye çıkmıştır.) böyle durumlarda üstü kapalı kaldırmayı benimsedikleri halde, Anayasa Mahkemesinin çoğunluğu böyle bir kaldırmayı benimsemiş değildir (Yargıtay Ceza Genel Kurulunun söz konusu 5/1/1962 günlü, esas 3/132 karar 1 sayılı kararı ve bu yoldaki başka uygulamalar için bak. Seçkin 1967 § 35 N 3 EK 53; Anayasa Mahkemesindeki azınlığın gerekçesi için, az önce anılan kararda üye Givda’nın karşı oy yazısı benti, üye Ketenoğlu, Keçeçioğlu, Önel ve Ömerbaş’ın ortaklaşa karşı oy yazıları, üye Taylan’ın karşı oy yazısının birinci bendi ve yine Anayasa Mahkemesinin 12347 sayılı, 13/7/1966 günlü Resmî Gazetede yayımlanmış 14/4/1966 günlü, esas 63/67, karar, 66/19 sayılı kararında (Dergi Sayı 4, Sayfa 98) üyelerden Avni Givda’nın karşı oy yazısının II inci bendi, Muhittin Taylan ile Seçkin’in karşı oy yazılan).

Öğretide, bu türlü üstü kapalı kaldırmayı doğru sayan düşüncelere de rast-

lanmaktadır; örneğin Kıratlı, Anayasada özel yasa hükmü niteliği gösteren bir takım hükümler bulunması karşısında mahkemenin çoğunluğunca benimsemiş görüşün kabul edilemeyeceğini, mahkemenin bu görüşünün bir takım kararlarında kendisini tuhaf sonuçları benimsemek zorunda bıraktığını, sonuçta haklı olarak, ileri sürmektedir (Kıratlı S. 140-143).

Anayasanın geçici 9 uncu maddesinin 2 inci fıkrasında (Anayasa Mahkemesinin görevine başladığı tarihte yürürlükte bulunan herhangi bir kanun hakkında bu Anayasaya aykırılık iddiası ile iptal davası açılabilir. Bu halde iptal davası açmak hakkı, Anayasa Mahkemesinin görevine başladığının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihten itibaren altı ay sonra düşer.) denilerek iptal davasının ancak yürürlükte bulunan hükümler için açılabileceği belirtildiği gibi Anayasanın 150 inci maddesinde iptal davası için iptali istenen hükmün Resmî Gazetede yayımlanmasından başlanarak 90 gün içinde açılabileceği yazılmış ve böylece yürürlükten kalkmış bir hükmün iptalinin istenemeyeceği ilkesi esas tutulmuştur. Yine Anayasanın 151 inci maddesinde bir mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı bir hükmün Anayasaya aykırı bulunup bulunmayacağı konusunda karar verilmesi için işi Anayasa Mahkemesine göndereceği hükme bağlanarak aynı ilkeye dayanılmıştır; zira, bir mahkeme, kural olarak, yürürlükte bulunan bir hükmü uygulayarak bir davayı çözümler. Mahkemeler, kaldırılmış yasalar yürürlükte iken geçmiş olaylara yürürlükten kaldırılmış hükümleri uygulayarak ise de bu, bir ayrık durum (istisna) dır.

Şunu belirtelim ki, Anayasanın 150 inci maddesindeki doksan günlük hak düşüren süre için yasa veya içtüzüğün yayımlanması, başlangıç sayılmıştır, yoksa bunların hükümlerinin yürürlüğe girmesi değil... Bundan, yayımlanmış olup da henüz yürürlüğe girmemiş bulunan hükümlerin iptali için dahi dava açılabileceği sonucu çıkmaktadır. O halde, burada Anayasaya aykırılık durumunun koşulunu açıklarken, hükmün yürürlüğe girmek üzere yayımlanmış ve başka bir yasa ile kaldırılmamış olmasının esas tutulduğuna dikkat etmemiz gerektir, yoksa hükmün yürürlüğe konulmuş olmasından söz etmekle yetinirsek, hukukî durumu açık olarak anlatmış olamayız (Kıratlı S. 138).

Yürürlükten kalkmış bulunan bir kural, belli bir davada uygulanacak bir hüküm niteliğinde ise ve o hükmün Anayasaya aykırılığı itirazı mahkemece ciddi görülmüş veya mahkemece o hükmün Anayasaya aykırı bulunduğu kanısına varılmış ise, aykırılık için karar verilmek üzere iş, Anayasa Mahkemesine gönderilebilir mi; başka deyimle, belli bir davada bir mahkemenin uygulayacağı kaldırılmış bir yasa hükmünün Anayasaya aykırılığı konusu hukukça önemli midir ve incelenmeye değer mi?

Yukarıda da belirtildiği üzere, mahkemeler, ayrık olarak yürürlükten kaldırılmış hükümleri dahi uygulamakla ödevlidirler. Böyle bir durumda yürürlükten kalkmış bir hükmün iptali, eğer bir takım kişilerin kazanılmış haklarına

dokunacak ise, kazanılmış hakka saygı ilkesine ve bunun dayanağı bulunan hukuk devleti ilkesine yani Anayasanın (Başlangıcı) ile ikinci maddesi hükmüne aykırı düşer. Nitekim, kazanılmış hakları çiğnenmekten korumak için, yürürlükte bulunan hükümlerin iptali halinde dahi Anayasa Mahkemesinin iptal kararının geriye yürümemesi kuralı benimsenmiştir (Anayasa mad. 152/3). Ancak öyle durumlar olabilir ki, yürürlükten kalkmış bulunmakla birlikte belirli davada uygulanacak hükmün iptal edilmesi halinde hiçbir kişinin kazanılmış hakkı çiğnenmiş olmaz, buna karşılık bu hükmün iptal edilmemiş bulunması başka deyimle davada uygulanması o davada taraf olan bireyin (ferdin) bir hakkını Anayasaya aykırı olarak çiğneme durumunu meydana getirebilir. Böyle bir durumda Anayasa Mahkemesince davaya bakan mahkemece işin kendisine gönderilmesi üzerine iptal kararı verilebilir. Başlıca görevi hakkı yerine getirmek olan devletin kişilere karşı kazanılmış hakkı söz konusu edilemeyeceğinden, bir özel kişi ile devlet arasındaki herhangi bir davada böyle bir durum, ortaya çıkabilir. Demek ki kazanılmış bir halkın çiğnenmesi söz konusu edilemeyecek durumlarda bir mahkemede görülen bir davada uygulanacak olan ve kaldırılmış bulunan bir hükmün Anayasaya aykırılığı, hukukça, önemli olabilecektir.

Böyle bir durum kuramsal (nazarî) gibi görünmekte ise de uygulamada gerçekleşmeyeceği ileri sürülemez. Anayasanın 151 inci maddesinde mahkemece uygulanacak hükmün kaldırılmış bulunmayan bir hüküm olacağı, kesinlikle, yazılı değildir. Bundan dolayı bu hükmün davada uygulanacak olan ve kaldırılmış bulunan bir yasa hükmünün mahkemece Anayasa mahkemesine iptal edilmek üzere gönderilmesine engel olduğu ileri sürülemez. Bundan başka Anayasanın bu maddesinin konuluş amacı, Anayasaya aykırı bir hükmün, hiç değilse belli bir davada uygulanmasını önlemektir.

Bunun için yürürlükten kaldırılmış bir hükmün Anayasaya aykırılığı nedeni ile Anayasa Mahkemesine mahkemelerce iş gönderilmesine ve durumun Anayasa Mahkemesince incelenmesine sözü edilen hükmün ne yazılışı, ne de özü engel sayılabilir; yeterki ortada iptal sonunda herhangi bir bireyin kazanılmış bir hakkının çiğnenmesi sakıncası bulunmasın. Belirtelim ki, şayet mahkemenin belirli davada uygulayacağı kaldırılmış bir hükmün iptali yüzünden herhangi bir bireyin kazanılmış hakkı çiğnenecek olursa, Anayasaya aykırılık önemli sayılamaz ve Anayasa Mahkemesi böyle bir durumda iptal Kararı veremez.

Şu yöne dikkat edilmelidir ki mahkemeler, yürürlükten kalkmış yasaları yalnız ayırık (istisnâî) olarak uygulayabileceklerinden, kaldırılmış bir yasayı belli bir davada uygulayacağını ileri süren bir mahkeme, neden dolayı uygulayacağını dahi gerekçesi ile birlikte gönderme kararında göstermeli ve hükmün iptalinin bireyin kazanılmış hakkına etkili olabilmesi düşünülebilecekse bu düşüncenin yerinde olmadığını dahi yine Anayasa Mahkemesine gönderme kararında gerekçesi ile açıklamalıdır.

Anayasa Mahkemesinin görevinin Anayasaya aykırı bir hükmün iptaline ve böylece kaldırılmasına karar vermekle sınırlı bulunduğu bir yasa ile daha önce kaldırılmış bir hükmün iptal kararı verilerek ikinci kez kaldırılmasının bir anlamı olmayacağı ileri sürülebilir ve bu düşünce, kural olarak, doğrudur. Ancak, kaldırılmış bir yasa hükmü, henüz yürürlükte iken geçmiş olan bir olaya ilişkin bir davada uygulanacak ise ve bu uygulama sonunda Anayasaya aykırı bir sonuç meydana gelecek ise ve iptal kararı ile bireylerin kazanılmış haklarının çiğnenmesi söz konusu olmayacaksa, başka deyimle, kaldırılmış hüküm Anayasaya aykırı bulunmakta ise ve iptali ile kazanılmış hak çiğnenmeyecek ise, bunun belirli davada uygulanmasını önlemek için Anayasa Mahkemesinin iptal kararı vermesinden başka bir yol yoktur. Biçim yönünden yasa olarak yayımlanmış bir hükmün Anayasaya aykırı olduğuna eğer o hüküm, baktığı davada uygulayacağı bir hüküm ise mahkeme, yalnızca Anayasa Mahkemesinin karar vermesi için Anayasanın tanıdığı altı aylık sürenin geçmesinden sonra Anayasa Mahkemesine işin gönderilmesine karar verebilir; bunun dışında Anayasamız biçim yönünden yasa olarak yayımlanmış bulunan bir metnin Anayasaya uygun veya aykırı olduğu konusunda karar verme yetkisini mahkemelere tanımış değildir (Anayasa değ. mad. 151).

Anayasaya uygunluk denetiminin temel ereği (asıl gayesi), iptal kararı ile, hükmün kaldırılması değil, iptal kararı verilerek hükmün kaldırılması sonucunda Anayasaya aykırı durumların gerçekleşmesinin önlenmesidir; başka deyimle, erek ancak ve ancak, Anayasaya aykırı durumun önlenmesidir; iptal kararı ile hükmün kaldırılması ise, bu ereğe ulaştıran bir araçtan başka bir şey değildir. Konu bu açıdan ele alınacak olursa, Anayasaya aykırılık durumunu, mahkemelerin, daha önce yürürlükten kaldırılmış yasalar için dahi, az yukarıda açıklanan şartlarla, ileri sürebilecekleri ve bunun Anayasa Mahkemesince incelenip karara bağlanmasının Anayasaya uygunluk denetiminin gereklerinden olduğu, kolaylıkla anlaşılabılır.

8- Anayasaya aykırılığın iptal bakımından önemli olabilmesi için yasa veya içtüzük kuralının Anayasaya uygun biçimde yorumlanması gereği.

Anayasamızın 8 inci maddesinde yasaların Anayasaya aykırı olamayacağı, Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları oldukları, Anayasanın 132 inci maddesinin 1 inci fıkrasında ise, hâkimlerin Anayasaya, yasaya, hukuka ve vicdan kanılarına göre hüküm verecekleri yazılıdır. Demek ki hâkimin hukuk uygulamasında ilk önce göz önünde tutacağı kural, Anayasa kuralı ve ondan sonra yasa kuralıdır ve yasaların dahi Anayasaya uygun olmaları zorunludur. Buna göre yasa koyucunun bir yasa hükmü koymakla Anayasaya uygun ve geçerli bir kural koymuş olduğu ilkesi benimsenmelidir. Yasa koyucu, ilke olarak Anayasaya uygun bir kural koymuş olunca hâkim, yasayı yorumlarken, ilk önce, Anayasanın sözünü ve özünü gözönünde tutacaktır

ve görünüşte yasa hükmü ile Anayasa arasındaki çatışmanın özde olamayacağı düşünerek yasaya, Anayasanın ışığı altında anlam vermeye çaba gösterecektir. Bütün mahkemelerin böyle davranmaları az önce anılan Anayasa hükümleri gereklerinden olduğu gibi bir mahkeme olan Anayasa Mahkemesi dahi Anayasamızın az önce sözü edilen 132 inci maddesinin birinci fıkrası ile bağlı bulunduğundan, Anayasaya aykırılığı ortaya atılan yasanın Anayasaya uygun bir biçimde yorumlanmasını deneyecektir ve şayet böyle bir deneme olumlu sonuç vermezse, başka deyimle, yasa hükmü Anayasaya uygun biçimde yorumlanamazsa, işte o zaman, Anayasaya aykırılık durumunu kabul edecektir. Alman Anayasa Mahkemesinin de, Türk Anayasa Mahkemesinin de uygulamaları bu görüşe uygundur (Kıratlı S. 170, 171, 173 ve 174 ve burada not 79’da anılan Türk Anayasa Mahkemesi kararları).

Az önce anılan ve Anayasa hükmüne dayanan gerekçeden başka, Anayasaya uygunluk denetiminin amacı dahi bu düşünceyi ayrıca haklı göstermektedir; gerçekten bu denetim, Anayasaya aykırı hükümlerin ortadan kaldırılması ve böylece Anayasanın üstünlüğünün eylemli olarak (fiilî olarak) sağlanması için konulmuştur. Bir hüküm Anayasaya uygun olarak yorumlanabiliyorsa ve böylece onunla Anayasa arasında bir çatışma kalmıyorsa, o hüküm Anayasaya aykırı sayılamaz. Kural bu olmakla birlikte, bir kaç ayırık durum üzerinde de durulmalıdır.

a) Burada Türk hukukuna özgü bir duruma göz önünde tutmak zorunluğu vardır : Bir hükmün (Yargıtayca Damştayca veya Askerî Yargıtayca çıkarılmış) bir içtihadı birleştirme kararı karşısında, Anayasa Mahkemesince Anayasaya uygun biçimde yapılacak yorumunun mahkemelerce uygulanması olanak dışı bulunursa, o zaman, Anayasa Mahkemesinin kendi yapacağı yoruma göre değil, içtihadı birleştirme kararının ışığı altındaki yoruma göre yasa hükmüne anlam vermesi ve bu anlama göre ortada Anayasaya aykırılık bulunup bulunmadığını belli etmesi gerekecektir. 221 sayılı ve 14/4/1928 günlü Yargıtay Kuruluş Yasasının 13/4/1953 günlü ve 6082 sayılı yasa ile değişik sekizinci maddesinin 5 inci fıkrasında (İçtihatların birleştirilmesi suretiyle verilen kararlar, emsali hadiselerde mahkemeleri bağlar.) hükmü, 521 sayılı ve 24/12/1964 günlü Danıştay Yasasının 46 inci maddesinin 4 cü fıkrasında içtihadı birleştirme kararları için (Bu kararlara Danıştay organları ile 31 inci maddedeki İdarî yargı mercileri ve idare uymak zorundadır) hükmü ve 4/12/1962 günlü, 127 sayılı Askerî Yargıtay Kuruluş Yasasının 14 üncü maddesinde (Askerî Yargıtay Daireler Kurulu kararı ile içtihatları birleştirme kurulu kararları, Askerî mahkemeler ile Askerî Yargıtay dairelerini bağlar.) hükmü yer almıştır.

Bu hükümlere göre mahkemelerin içtihadı birleştirme kararlarına ve ayrıca askerî mahkemelerin daireler kurulu kararlarına aykırı bir yorumda bulunmalarının uygulama bakımından herhangi bir değeri yoktur, daha açıkçası,

içtihadı birleştirme kararı ile askerî mahkemeler için içtihadı birleştirme kararlarından başka Askerî Yargıtay Daireleri Kurulu kararı ile benimsenen yoruma göre belirli bir yasa hükmü Anayasaya aykırı nitelikte görülse bile, bütün mahkemeler içtihadı birleştirme kararı dolayısıyla ve askerî mahkemeler içtihadı birleştirme kararından başka Askerî Yargıtay Daireler Kurulu kararı dolayısıyla Anayasaya aykırı anlayışı benimseyerek hüküm verecekler demektir. Anayasa Mahkemesi ise, Anayasaya aykırı hükümleri ve sonuç olarak da Anayasaya aykırı yasa uygulamalarını kaldırmak için kurulmuştur. Böyle bir durumda Anayasa Mahkemesi, Anayasaya aykırılığı kabul etmezse, kuruluş amacına aykırı davranmış olur ki bu da hukuka uygun görülemez.

Hatırlatalım ki Anayasa Mahkemesinin 12/6/1969 günlü, 1968/ 38 esas, 1969/34 karar sayılı kararıyle (Dergi Sayı 7, Sayfa 314; Resmî Gazete 29/1/1970 gün, 13412 sayı) Yargıtay'ın kuruluşuna ilişkin 1221 sayılı Yasanın 21/4/1954 günlü, 6082 sayılı Yasa ile değiştirilmiş bulunan 8 inci maddesinin iptali istemi reddolunmuş ve böylece Yargıtay içtihadı birleştirme kararlarının mahkemeleri bağlayacağına ilişkin kuralın Anayasaya aykırı olmadığı saptanmıştır.

Bağımsız bir mahkeme olarak, Anayasa Mahkemesi, Anayasaya aykırılık işlerinde yüksek mahkemelerin yorumları ile bağlı olmayabilir ama, öte yandan yüksek mahkemeler dahi ancak Anayasa Mahkemesinin iptale veya iptal isteğinin reddine ilişkin kararları ile bağlı olup iptal isteminin reddi kararının gerekçeleri ile ve bunlardan birisi bulunan Anayasaya uygun yorum yapılarak varılan 5 inci fıkrasındaki Anayasa Mahkemesi kararları, Resmî Gazetede sonuç ile bağlı tutulamazlar; zira, Anayasanın 152 inci maddesinin hemen yayınlanır ve devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar.) hükmü ile öngörülen bağlayıcılık karara, başka, deyimle, kararın hüküm fıkrasına ilişkindir, gerekçe ise kural olarak hüküm fıkrasından bir bölüm, kararın özünden bir parça olmadığı için, yine kural olarak, gerekçede bağlayıcılık yoktur. Nitekim hukuk yargılama usulündeki (kesin hüküm) sonununda da, genellikle, yalnız hüküm fıkrası göz önünde tutularak ortada kesin hüküm durumunun bulunup bulunmadığı belli edilir. Şunu da gözden uzak tutmalıdır ki, bir kararın bağlayıcılığından söz edildiğinde, ilke olarak, o kararın hüküm fıkrasının bağlayıcılığı anlaşılır.

İçtihadı birleştirme kararının kaldırılması yoluna başvurulması dahi, her zaman için, Anayasa Mahkemesinin görüşüne uygun bir sonucun benimsenmesini sağlamaz; zira, içtihadı birleştirme kararını kaldıracak kurul, Anayasa Mahkemesinin görüşüne aykırı olarak kendi yorumunu Anayasaya uygun görebilir ve eski kararın değiştirilmesi istemini reddedebilir.

b) 1924 Anayasası yürürlükte iken Türkiye Büyük Millet Meclisince çıkarılmış yorum kararı, başka deyimle, tefsirî tefsir kararı, yasanın kendisi gibi bağlayıcı nitelikte bulunduğundan, mahkemeler Büyük Millet Meclisinin yorum kararı ile anlamı belli edilen bir yasa hükmünü, kendi anlayışlarına uygun

olarak yorumlayamazlar. Bundan dolayı, gerek Anayasa Mahkemesi, gerekse öbür mahkemeler, onu yorum kararının ışığı altında anlamlandıracaklardır. Şayet bu anlam Anayasaya aykırı düşmekte ise, hükmün kendisi Anayasaya uygun biçimde yorumlanabilse bile, mahkemeler böyle bir yoruma gidemeyeceklerdir.

Büyük Millet Meclisinin yorum kararı yüzünden Anayasaya uygun biçimde yorumlanamayacak bir hükmün Anayasa Mahkemesince Anayasaya aykırı sayılması, Mahkemenin kurulması ile güdülen ereğe, daha açıkçası, Anayasaya aykırı hükümlerin yürürlükten kaldırılarak anayasaya uygun hukuk düzeninin gerçekleştirilmesi amacına uygun, bunun tersini düşünmek ise, Mahkemenin kurulması ile güdülen ereğe aykırı olacaktır. Nitekim, Anayasa Mahkemesinin kuruluşuna ilişkin 44 sayılı yasanın (Eski kanunlar hakkında iptal davası açılması) başlıklı geçici 5 inci maddesinin 4 üncü fıkrasında (25 ekim 1961 tarihinden önce yasama organınca alman yorum istemlerine ilişkin kararlar hakkında bu madde gereğince iptal davası açılmaz. Ancak, Anayasa Mahkemesi bu şekilde karar konusu teşkil etmiş kanun veya kanun mahiyetindeki metinleri veyahut bunların belirli madde ve hükümlerini yorum istemine ilişkin kararda açıklanan mana içerisinde ele almak mecburiyetindedir.) hükmü konulmuştur. Her ne kadar bu hüküm, Cumhurbaşkanı ve Anayasada sayılı belli kurul ve kuramların açacağı iptal davaları için konulmuş ise de, mahkemelerce Anayasa Mahkemesine ulaştırılacak Anyasaya aykırılık iddiaları için başka bir hukukî kural (esas) benimsemesini haklı gösterecek hiç bir neden, bence, yoktur. Gerçekten, 1924 Anayasasının yürürlüğü süresince Yasama Meclisince verilmiş yorum kararları, o zamanki uygulamalarda benimsenmiş bulunan hukuk anlayışına göre, yorumlanan hükmün yürürlüğe konulduğu güne değin geriye yürütmektedir (Kıratlı S. 96, not 11, 12 ve Onar S. 362) ve bu bakımdan yorumlanan hükümle onun yorumu istemine ilişkin kararın bir bütün sayılması ve yalnızca yorum kararının iptal istemine veya Anayasaya aykırılık itirazına konu olmaması, 1924 Anayasası zamanındaki hukuk anlayışının, bence, zorunlu bir sonucudur. Bundan başka, geçici maddedeki söz konusu fıkra hükmünün, iptal davaları dolayısıyla yasaya girmiş bir hüküm olmakla birlikte, Anayasaya aykırılık yönü için bir ölçü olarak konulmuş bulunduğunu ve gerek iptal davalarındaki, gerekse mahkemelerden gönderilen işlerdeki Anayasaya aykırılık ölçüsünün başka başka olacağını gösteren bir Anayasa kuralının bulunmadığını da gözden uzak tutmamalıdır. Kıratlıya göre, yalnızca yorum kararının iptali ile Anayasaya uygun biçimde yorumlanabilecek nitelikte bulunan yasa hükmünün yürürlükte bırakılması, önemli bir kazanç olduğu gibi yalnızca yorumun iptali, Anayasa yargısının amacına da uygun düşecektir; bundan dolayı mahkemelerden gönderilen işlerde Anayasa Mahkemesince, ancak, yorum kararının iptali ile yetinilmesi gereklidir (Kıratlı S. 97, 98).

Bence, az önce anılan geçici maddenin 5 inci fıkrasında (yorum kararları)

yerine (yorum istemine ilişkin karar) dan söz edilmiş olmasında da bir incelik vardır; Türkiye Büyük Millet Meclisi, çoğu kez, uzun uzun gerekçeler yazarak bir hükmün ne anlama geldiğini belirttikten sonra (anlam açık olduğundan tefsire yer olmadığına) yolunda kararlar vermiştir. Uygulamada bu kararlar dahi (hükmün şöyle veya böyle anlaşılması gerektiğine) yollu gerçek yorum kararları gibi geriye yürüyen ve uygulamacıları bağlayan kararlardan sayılmıştır. İşte bu türlü kararların dahi az önce anılan geçici maddenin 5 inci fıkrasındaki hükmün kapsamına girmesi için orada (yorum istemine ilişkin karar) sözleri yazılmıştır.

Anayasa Mahkemesinin 28/12/1967 günlü, 1967/10 esas, 1967/ 49 karar sayılı kararında, 10 mart 1296 günlü İhtira Beratı Yasasının 3. madesindeki ilâçlara berat verilmesini yasaklayan kuralın, Kurucu Meclisin bu maddenin yorumlanmasına yer olmadığı yollu 8/5/1961 günlü, 51 sayılı kararında bildirilen anlam çerçevesinde, Anayasaya aykırı olmadığından Danıştay dairesinin itirazının reddine karar verilmiş ve kararın gerekçesinin 2 inci bendinde Kurucu Meclis kararının verildiği günde 1924 Anayasasının Yasama Meclisine yasaları yorumlama yetkisini veren kuralın yürürlükte bulunması nedeniyle sözü geçen Anayasa kuralına dayanılarak çıkarılmış bulunan yorum kararlarının 1961 Anayasasının yürürlüğe girmesiyle değerden düşmeyeceği bildirilmiş ve «51 sayılı kararda ilişkin olduğu kanuna bağlı ve onunla birlikte uygulanması zorunlu bir müsbet hukuk metni bulunduğu göre mahkemelerce İhtira Beratı Kanununun 3. maddesinin iptali istenen hükmünün, 51 sayılı karar ile belirlenen anlamı için uygulanmasının, Anayasanın 132 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına aykırı nitelikte olmadığı, aksine olarak bu fıkraların hükümlerinin bir gereği bulunduğu ortadadır. Bu nedenlerle itiraz, tartışılan ikinci gerekçe yönünden de yerinde değildir.» denilmiştir. (Dergi Sayı 6, Sayfa 86; Resmî Gazete, gün 30/1/1969, sayı 13114).

c) Anayasa Mahkemesince belli bir hükmün Anayasaya uygun biçimde yorumu sonucunda onun Anayasaya uygun olması dolayısıyla iptal isteminin veya itirazın reddine karar verilir, fakat böyle bir karardan sonra, ortada bir içtihadı birleştirme kararı bulunmasa dahi, mahkemelerce o hüküm Anayasa Mahkemesinin görüşüne aykırı bir biçimde yorumlanır ve böylece Anayasaya aykırı bir hüküm niteliği kazanırsa iş yeniden kendisine geldiğinde Anayasa Mahkemesi, onu Anayasaya aykırı sayarak iptal etmelidir.

Anayasaya ilişkin bir konuda Anayasa Mahkemesi herhangi bir yasayı belli biçimde yorumlayarak onun Anayasaya uygun olduğunu kabul edince, öbür mahkemelerin de bu yorumu, genellikle benimseyecekleri düşünülebilir. Ancak, öbür mahkemelerle Anayasa Mahkemesi arasında Anayasaya aykırılık ve uygunluk yönünde temelden bir görüş ayrılığı olabilir ve bunun sonunda Anayasa Mahkemesine göre Anayasaya aykırı sayılabilecek bir yorumu öbür mahkemeler ile onların bağlı olduğu yüksek mahkeme (Anayasa-

ya uygun buldukları için veya Anayasaya uygunluk yahut aykırılık yönünü düşünmedikleri için) benimsemiş bulunabilirler, fakat bunlardan bir tanesi öbür mahkemelerin ve yüksek mahkemenin görüşüne aykırı olarak o yasa hükmünü kökleşmiş içtihatla yorumlanmış biçimi ile, Anayasaya aykırı sayıp işi Anayasa Mahkemesine ulaştırabilir. Böyle bir durumda da Anayasa Mahkemesinin kökleşmiş içtihatla benimsenen yorumu esas tutarak Anayasaya aykırılığı kabul etmesi, kuruluş amacının gereğidir; yoksa o, Anayasaya aykırı bir hükmün uygulanmasına göz yumacak ve böylece görevini yerine getirmemiş duruma gelecektir. Şunu da hatırlatalım ki, Anayasa Mahkemesinin kökleşmiş içtihadına göre Anayasaya aykırılık isteminin veya itirazının reddine ilişkin Anayasa Mahkemesi kararları, aynı hükmün aynı nedenlerle Anayasaya aykırılığı iddiasının mahkemece yeniden incelenmesine engel değildir (Kıratlı S. 175, 176).

9- Anayasaya aykırılığın belli edilmesinde Anayasanın yalnızca, sözünün değil, özünün, onun dayandığı ilkelerin dahi gözönünde tutulması gereği.

Bir hükmün Anayasaya aykırılığının belli edilmesinde, yalnızca, Anayasanın sözünü göz önünde tutmak, çoğu kez, bizi yanlış sonuçlara götürür. Şunu da unutmamalıdır ki Anayasa dahi öbür yasalar, öbür hukuk metinleri gibi (yorum) işleminden uzak kalmaz, başka deyimle onun dahi yorumlanması gerekir. Anayasanın sözüne aykırı gibi görünen bir hüküm, onun özünün, yorum yolu ile gözönünde tutulması sonucunda Anayasaya uygun sayılabileceği gibi Anayasanın sözüne uygun görünen bir hüküm ise, yine yorum sonunda, Anayasanın özü de, ruhu da göz önünde tutularak Anayasaya aykırı sayılabilir. Bütün metinlerde olduğu gibi. Anayasada dahi, ilk önce, söze dayanılarak yorum yapılır, böyle bir yorum sonunda varılan sonucun, doyurucu, başka deyimle, sosyal ve hukukî isterlere (muktezalara) veya gereklerle uygun olmak durumunda da Anayasanın özünün, ruhunun bulunmasına geçilir.

Anayasamızda yalnızca söze dayanılarak değil, öze, ilkelere dayanılarak yoruma gidileceğini gösteren ve, bana kalırsa, böyle bir yoruma zorlayan bir takım kurallar yer almıştır. Bunlardan örnek olarak bir kaçını sayalım :

a) Anayasanın (Başlangıç ve kenar başlıklar) başlıklı 156 maddesinin birinci fıkrasındaki (Bu Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmı, Anayasa metnine dahlidir.) yollu hüküm, temel görüş ve ilkelerin yorumda gözönünde tutulması yükümünü ortaya koymaktadır. İşin özüne bakılırsa Başlangıç'ta geçen temel görüş ve ilkelerden çoğu, ancak daha yüksek birtakım hukuk ve toplum ilkelerine dayanmakta ve ayrıca inceleyip açıklanmaya ihtiyaç göstermektedir. Örneğin, millî dayanışma, millî şuur ve ülküler, dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olma, yurttan sulh - cihanda sulh ilkesi, Millî Mücadele ruhu, direnme hakkı gibi kavramlar, bu türlü görüş ve ilkelerdir. Bence, yalnızca bu hüküm bile, Ana-

yasanın yorumunda onun özünün de göz önünde tutulacağını göstermeğe yeterlidir.

b) Anayasanın (Temel hak ve hürriyetlerinin özü, sınırlanması ve kötüye kullanılmaması başlıklı (1488 sayılı Yasa ile) değişik 11 inci maddesinin 1 inci ve 2 inci fıkrasında (Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, Cumhuriyetin, millî güvenliğinin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir. —Kanun, temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz.) denilmektedir. Demek ki temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması sırasında, Anayasanın yalnızca sözünün incelenmesiyle yetinilemez; onun özünün de göz önünde tutulması zorunludur. Bir temel hak ve hürriyetin özünü bulabilmek için, çoğu kez, o hak veya hürriyete ilişkin Anayasa maddesinin sözleri yeterli olamayacağından, ister istemez, maddenin dayandığı ilkelere baş vurulacaktır.

c) (Basın hürriyeti) başlıklı (1488 sayılı yasa ile) değişik 22 inci maddenin 3 üncü ve 4 üncü fıkralarında basın ve haber alma hürriyetinin sınırlamaları arasında (yargı görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak) dahi vardır. Anayasanın yargıya ilişkin 7 inci maddesile öbür maddelerinde, yargı görevinin amacını gösteren bir hüküm yoktur. Demekki, yargı görevinin amacı konusunda da Anayasanın özünün araştırılması yoluna gidilecektir ve böylelikle onun dayandığı ilkeler ve kurallar uygulama yeri bulacaktır.

ç) Anayasanın 26. ve 77. maddelerinde, 56, 57 ve 122 inci maddelerinin 3üncü fıkralarında geçen (demokratik esaslar) dan birkaçım gösteren birtakım hükümler, Anayasamızda bulunmaktadır. Seçim ilkesi, ulus egemenliği, yasa önünde eşitlik ilkesi gibi... ancak, bu esaslara ilişkin bir tanımlama veya bunların temel niteliklerini topluca gösteren bir kural, Anayasada yoktur. Buna göre, sözü edilen maddelerin yorumunda dahi temel ilkelere gidilmesi zorunluğu vardır ki bu da, Anayasanın özünün araştırılması demektir.

d) Anayasanın (Devrim kanunlarının korunması) başlıklı 153 üncü maddesinin başında (Bu Anayasanın hiçbir hükmü, Türk toplumunun çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi ve Türkiye Cumhuriyetinin laiklik niteliğini koruma amacım güden aşağıda gösterilen devrim kanunlarının, bu Anayasanın halk oyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamaz ve yorumlanamaz) denilmiş ve daha sonra sekiz tane devrim yasası sayılmıştır. Bu maddeden açık ve seçik olarak anlaşıldığı üzere, toplumun çağdaş uygarlık düzeyine (seviyesine) erişmesi amacı ile Türkiye Cumhuriyetinin laiklik niteliğini koruma amacı, Anayasanın temel amaçlarındandır ve Anayanın hiçbir hükmü bu ilkelere aykırı olarak yorumlanamaz. Gerçekten, bu ilkelere çağdaş uygarlık ilkesi,

(ulusumuzun dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak yücelmesi) sözleri ile Başlangıç hükümleri arasında yer aldığı gibi laiklik dahi, ikinci maddede devletin nitelikleri arasında da anılmış bulunmaktadır. Esen, Anayasa yorumunda çağdaş uygarlık ilkesi ile laiklik ilkesinin iki üstün kural olduğunu haklı olarak belirtmektedir (Esen 1966 S. 10); bana kalırsa yalnız bu ilke değil, Anayasanın (Başlangıç) ve (Genel esaslar)ında yazılı bütün ilkeler o türlü amaçlardır ki, Esen’in deyimi ile, «ne herhangi bir kanun hükmü, ne de bir Anayasa kuralı, bu gayeler dışına çıkamaz».

Bütün bu açıklamalardan şunu anlıyoruz : Anayasanın sözü değil, ruhu, özü ve bu arada Anayasanın temeli olan ve hatta temeli sayılması gereken üstün hukuk kuralları dahi, Anayasanın yorumunda ve Anayasaya aykırılık bulunup bulunmadığının araştırılması sırasında ölçü sayılacaktır.

Anayasanın yorumunda hazırlık çalışmalarından yararlanılması yerinde olacaktır; ancak bu çalışmalardan çıkacak sonuç, yorum işleminin yapıldığı gündeki sosyal ihtiyaçlara, sosyal şartlara uygun düşmezse, o zaman, metnin bu çalışmalar gözönünde tutulmaksızın yorumuna gidilecektir. Gerek Anayasa, gerekse öbür yasalar, birtakım sosyal amaçlara erişmek için konulmuş birtakım araçlardır. Bu sosyal amaçlar, çoğunlukla, hükmün konulması sırasındaki hazırlık çalışmalarında, oldukça doğru bir biçimde, yansıtılmış bulunur. Bundan dolayı hazırlık çalışmalarına başvurulması çok yararlıdır ama bu çalışmalara dayanılarak varılacak sonuç, hiçbir zaman kesin değildir. Öyle durumlar olabilir ki hazırlık çalışmalarında gösterilen amaçlar, gerçeğe uygun düşmeyebilir veya gerçek sosyal ihtiyaçlar açısından, belli bir hükme, hazırlık çalışmalarında yazılandan daha başka bir amaç tanınması zorunlu görülebilir; özellikle, zaman geçtikçe sosyal koşullar değişikliğe uğrar; bunun sonucu olarak hazırlık çalışmalarında yansıtılmış bulunan sosyal amaçlar, yorumun yapıldığı zaman için, artık değerlerini yitirirler, onlar yerine yeni amaçlar geçer. Eğer hükmün yazılışı bu yeni amaçlardan birisini gerçekleştirmeye elverişli görülürse, hükmün buna göre yorumlanması, şayet yazılış yeni amacı gerçekleştirmeye elverişli olmazsa hükmün uygulanmaması gerekecektir. Sözün kısası Anayasanın yorumunda, gerçek sosyal amaçlara erişilmesine engel olan sonuçları doğuracak yorumlardan kaçınılacak ve Anayasasının, olabileceğince, yorum tarihindeki duruma göre sosyal amaçlara varılmasını kolaylaştıracak sonuçlar doğuracak biçimde yorumlanmasına çaba gösterilecektir. Anayasaların yorumunda göz önünde tutulacak olan yeni durumlara uyabilme (intibak) niteliği ancak böyle bir yorumla gerçekleşebilir (Esen 1966 s. 2 ve7). Anayasasının yorumunda, hükmün yazılışından veya dayandığı ilkelerden açıkça başka bir anlam çıkmıyorsa, hukuk sistemini meydana getiren hukuk kurallarının tümünden, başka deyimle, öbür yasalar hükümlerinden de yararlanılmalıdır; zira, Anayasa metni dahi, bir hukuk metni olduğu için, onun yazılışında kullanılan sözlerin, o ülkenin hukukunda kullanılan anlamda veya o ülkenin hukuk sisteminde benimsemiş bulunan

anlama uygun olarak düşünülmüş ve yazılmış bulunması kuraldır; meğer ki, yazılıştan veya hükmün dayandığı ilkelerden açıkça başka bir anlam çıkmış olsun. Bu kural, Anayasa hükümlerinin üstün hukuk kuralları olması ilkesine aykırı değildir; çünkü, ancak ve ancak, Anayasa hükmünün ne anlama geldiği açıkça anlaşılmayan durumlardadır ki bu ileri sürülen kural, uygulanabilecektir. Örneğin, Anayasa Mahkemesinin, E. 64/5, K. 66/45 sayılı ve 8/12/1966 günlü kararının (karşı oy) yazısında da (Resmî Gazete : 28/6/1967 -12633 S. 5; Dersî Sayı 5, Sayfa 68) belirtildiği üzere, Anayasanın 150 inci maddesinde öngördüğü 90 günlük iptal davası açma süresinin başlangıcına ilişkin hükmün, Türk hukuk sistemince benimsenmiş ilkenin yeterince değerlendirilmesine önem verilmeksizin yorumlanmış bulunması, doğru değildir.

Anayasanın, yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan öbür yasalardaki bir takım hükümleri gözönünde tutarak, birçok hükümler koymuş bulunması dahi, Anayasanın hukuk sistemine göre yorumunun yapılabileceğini ve böyle bir yorumun Anayasaya aykırı sayılamıyacağı göstermektedir. 4/7/1934 günlü ve 2556 sayılı Hâkimler yasasının 47. ve sonraki maddelerine göre birinci sınıfa ayrılmış olan hâkimlerce Yüksek Hakimler Kuruluna üye seçileceğini bildiren Anayasanın 143 üncü maddesinin ilk şeklinin 1 inci, fıkrası hükmü, 31/8/1956 günlü ve 6831 sayılı Orman Yasasının ilk maddeleri- deki orman tanımına göre orman sayılan yerler için birçok koruyucu hükümler ve yasaklar öngören Anayasanın 131 inci maddesi, Anayasanın olağan yasalardaki kural- ları gözönünde tutarak koyduğu hükümler için birer örnektir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında da öze göre yorum ilkesi, genellikle, benimsenmektedir; örneğin Mahkemenin 8/6/1965 günlü, 625 sayılı Özel Okular Yasasının yüksek okulara değinen bir takım kuralarının iptalin ilişkin (12/1/1971 günlü, 1969/31 esas, 1971/3 karar sayılı) kararında Anayasanın 120. maddesindeki (üniversite) sözcüğü, 120. madde kuralının konulmasıyla güdülen erek temel tutularak yorumlanmıştır (Resmî Gazete Gün 26/3/1971, Sayı 13790).

10- Anayasaya aykırılığın belli edilmesinde, Anayasa kuralları arasında üstünlüğün söz konusu edilebileceği ve Anayasa hükümleri arasında çatışma olursa üstün kurala göre Anayasaya aykırılığın kabul olunabileceği.

Yukarıki bentte de belirtildiği üzere, Anayasa hükümlerinin yorumunda (Genel hükümler) de ve (Başlangıç)ta açıklanan ilkelerin ve özellikle laiklik ve çağdaş uygarlığa bağlılık ilkelerinin öbür hükümlere üstün tutulması, başka deyimle, öbür hükümlerin sözü edilen ilkelere aykırı sonuçlar doğurabilecek yolda yorumlanmaması, uyulacak çok önemli bir kuraldır. Ancak, burada özellikle (Başlangıç)ta geçen birtakım ilkelerin yeterince kesin biçimde açıklanmış olmadıkları da gözden uzak tutulmamalıdır. Böyle durumlarda yeterince kesin biçimde açıklanmış olmıyan ilke ile Anayasanın yorumu yapılacak hükmü arasında çatışmayı önleyecek bir yorumun benimsenmesi yine

bir kuraldır; bununla birlikte (Başlangıç) taki ilkenin öbür hükmün yorumu üzerindeki etkisi, ister istemez, daha az olabilecektir.

Özel hükümle genel hüküm çatıştığında özel hükmün üstün tutulacağı yollu hukuk kuralı, Anayasa hukukunda olabildiğince dar bir alanda uygulama yeri bulacaktır; zira, genel hükümler ve bizde olduğu gibi Anayasa metninden sayılan (Başlangıç) hükümleri, devlet kuruluş ve işleyişinin sınırlarını, çerçevelerini ve dayanaklarını, temellerini göstermek amacı ile; Anayasanın öbür hükümleri ise bu sınırlar ve çerçevenin içini doldurmak ve bu temellerin üstüne kurulacak yapıyı kurmak üzere konulmuş bulundukları için özel nitelikte olan Anayasa hükümlerinin genel nitelikteki temel, sınır ve çerçeve hükümlerini aşması veya temelin dışına taşarak yapıyı dengesiz ve çürük bir duruma sokması düşünülemez, olsa olsa Genel Hükümler veya Başlangıç ilkeleri arasında yer alması gereken bir hükmün özel nitelikteki hükümler arasına karıştırılmış bulunması düşünülebilir.

Yukarıda da (bent 9) yazıldığı gibi, yasa veya içtüzük hükümlerinin Anayasaya uygunluğu veya aykırılığı, Anayasanın sözüne veya temeli olan üstün hukuk kuralları dahi gözönünde tutulmak kaydı ile Anayasanın koyduğu kuralardan birisine göre Anayasaya uygun, öbürüne göre Anayasaya aykırı sayılabilecekse durum ne olacaktır? Böyle bir olasılık (ihtimal) gerçekleştiğinde, Anayasanın tartışma konusu hükümlerinden hangisi üstün kural niteliğinde ise, ona göre uygunluk veya aykırılık sonucuna varılacaktır; zira, üstün durumda olmıyan kural uygulama dışı kalacaktır.

Şayet hükümlerin ikisi arasında birisi üstün kural olma öbürü üstün olmama durumu yoksa, o zaman, Anayasaya yakınlık kabul edilmelidir; çünkü, aykırılık vardır denilebilmek için, uygulanacak olan tek bir hükmeye veya ilkeye aykırılık yeterlidir, buna karşılık uygunluk vardır denilebilmek için, uygulanacak olan bütün hükümlere uygunluk aranır.

11- Anayasanın bir hükmüne temel tuttuğu bir olağan yasa hükmüne, başka bir yasa hükmünün veya içtüzük hükmünün veya yasa dengi kararname kuralının aykırılığı bulunması durumunda Anayasaya aykırılığın söz konusu edilebileceği.

Anayasa olağan bir yasanın hükmüne dayanarak bir hüküm koymuş ve böylelikle olağan yasanın hükmüne bir Anayasa hükmü niteliği kazandırmış ise, olağan yasaya aykırı bulunan başka bir yasa veya içtüzük hükmü, Anayasaya aykırı bir hüküm sayılacaktır; örneğin, Anayasanın 131 inci maddesi ile 6831 sayılı Orman Yasasının orman saydığı mallar için birçok koruyucu hükümler konmuştur. Yerine yeni bir Orman yasası koymaksızın bugün yürürlükte bulunan orman yasasını kaldırarak hukukumuzdan orman kavramını çıkartıp atan bir yasa hükmü, Anayasaya aykırı olacaktır. Buna karşılık, yürürlükte bulunan yasadaki orman tanımlamasını değiştiren yeni bir

hüküm, orman alanlarının daraltılması sonucunu doğurmuyorsa, Anayasaya uygundur; nitekim, Anayasa Mahkemesinin bir kararında yasa koyucunun orman tanımlamasını değiştirebileceği, ancak yeni tanımlama ile ormanların daraltılmasına yol açamayacağı ve yeni ağaçlamaları engelleyemeyeceği belirtilmiştir (E. 65/44 K. 66/14 sayılı ve 10/3/1966 günlü karar; Dergi Sayı. 5, sayfa 68; Resmî Gazete 4/6/1966).

Özel yasa hükmüne Anayasada belli bir kurumu benimseme bakımından değil de özel yasadaki birtakım ilkeler bakımından dayanılmış ise, özel yasa-ya aykırı bir hüküm, Anayasaya aykırı olmaz; örneğin Anayasanın eski 143 üncü maddesinin 1 inci fıkrasındaki birinci sınıfa ayrılmış hakimlerin Yüksek Hâkimler Kuruluna üye seçecekleri hükmünde birinci sınıfa ayrılmış hâkimler kavramı, yalnızca Yargıtay üyesi seçilebilecek hâkimleri anlatmak üzere konulmuştur. Bunun için, (birinci sınıfa ayrılmış hâkim) adım kaldıran veya Yargıtay üye seçilebilecek duruma girmek için aranan nitelikleri değiştiren bir yasa hükmü, Anayasaya aykırı sayılamaz.

12- Anayasaya aykırılığın türleri üzerinde birkaç söz.

Anayasaya aykırılıklar bir kaç açıdan sınıflandırılabilir :

a) Aykırılığın çabucak belli olması bakımından, açık aykırılık, açık olmıyan aykırılık,

b) Anayasaya aykırı olan bir hükümde aykırılığın ilişkin olduğu yön bakımından biçime yani şekle ilişkin aykırılık, öze ilişkin aykırılık. Öte yandan, öze ilişkin aykırılık dahi yetki bakımından aykırılık, konu bakımından aykırılık, amaç veya konuluş nedeni bakımından aykırılık türlerine ayrılabilir. Bu bölümlendirme, idare hukukunda, hukuk işlemlerinin öğeleri, unsurları gözönünde tutularak yapılan (yasaya aykırılık) bölümlendirilmesine uygundur. (Kıratlı S. 127, Onar S. 281 -322, 361 -363) ve benim kanıma göre de incelenen konu için dahi elverişli görülmektedir.

c) Yasa koyucunun hüküm koymuş olup olmaması bakımından, yasa koyucunun herhangi bir hüküm koymuyarak meydana getirdiği aykırılık, eksik hüküm koyarak meydana getirdiği aykırılık.

Genellikle bu bölümlendirmelerdeki ölçüler her zaman için kesin değildir, bununla birlikte bu gibi bölümlendirmelerin yararları sakıncalarından üstündür.

13- Anayasaya açık aykırılık, açık olmayan aykırılık.

Anayasaya aykırılıkların bir takımı bir bakışta hemen belli olacak ölçüde açık ise de birçokları böyle değildir, onların anlaşılması için ya yalnızca Anayasa üzerinde veya yalnızca aykırılığı ileri sürülen hüküm üzerinde yahut da hem Anayasa, hem aykırılığı ortaya atılan hüküm üzerinde birtakım incele-

melere, onların yorumu için bir takım çalışmalara ihtiyaç duyulur. Anayasanın değişik 114 üncü maddesindeki (İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır.) hükmü karşısında, idarenin şu veya bu işlem veya eylemine karşı dava açılmıyacağını bildiren yasa hükmü, Anayasaya açıkça aykırıdır. Buna karşılık idarenin yasada gösterilen şu veya bu işlemine veya eylemine karşı, dava açılabilmesi için en az yüzbin lira harç yatırılacağını öngören bir yasa hükmünün Anayasayla benimsenmiş olan yargı denetimini eylemli olarak (fiilî olarak) kaldırmış olup olamayacağı incelenip tartışılmadan Anayasanın sözü geçen hükmüne aykırılığı ileri sürülemez.

14- Anayasaya biçim (şekil) yönünden aykırılık, söz (esas) yönünden aykırılık.

Anayasaya aykırılığın gerek biçim gerekse öz yönünden olabileceğini, Arık, Anayasanın kabulünden birkaç ay sonra yazdığı yazıda (Anayasa Mahkemesi, kanunun Anayasaya uygunluğunu şekli ve maddi noktalardan inceler. Birinci nevi kontrole şekli murakabe veya dış murakabe, ikinci nevi kontrole, esas bakımından kontrol adı verilir.) diyerek belirtmiştir (Arık 1961 S. 841).

Bir yasa veya içtüzük hükmünün var olması için onun belli işlemlerden geçmiş, belli meclislerce, belli oy sayısı ile kabul edilmiş bulunması, gerek Anayasa (mad. 84, 85 fık. 1 ve 2, 86, 87, 91 - 94), gerekse meclis içtüzük hükümleri gereğince aranır.

Bir hükmün varlık kazanması için baştan sonuna değin gerçekleşecek biçim veya usul koşullarındaki (şartlarındaki) eksiklik, onun Anayasaya aykırı olması sonucunu doğrabilir; bununla birlikte bu biçim koşullarının herhangi birisinin yerine gelmemiş olması, her zaman, yasa veya içtüzük hükmünün, geçersiz sayılmasını gerektirmez. Anayasada veya içtüzüklerde öyle biçim hükümleri vardır ki onlara aykırı davranılmış bulunması, sonuç üzerinde etkili değildir, böyle durumlarda o türlü hükümlerin gözetilmiş bulunmamasına karşın (rağmen), kabul edilen yasa veya içtüzük hükmü geçerlidir.

Arık’a göre de (şekli kontrolden maksat, önce bir kanunun hazırlanıp kanuniyet kaybetmesi için bizzat Anayasanın koymuş olduğu şekil ve usul hükümlerine uygun hareket edilip edilmediğinin kontrolüdür). Yine ona göre meclislerin toplantıya usulünce çağırılmış olup olmadıkları ve başkanlık divanının kuruluşu dahi aykırılık nedeni olabilirse de, yasama meclisi seçiminin usulüne uygun yapılmış olup olmadığı, Anayasa Mahkemesini ilgilendiren bir aykırılık meydana getirmez; çünkü, seçim işlerinde tek görevli yer, Anayasanın 75 inci maddesi uyarınca, Yüksek Seçim Kuruludur (Arık 1961 S. 841-842). Arık’ın bu görüşleri, Anayasamızın içtüzüklere ve meclis çalışmaları ile Yüksek Seçim Kuruluna ilişkin hükümleri karşısında, bence de yerindedir.

Anayasamızın 85 inci maddesinin 1 inci fıkrasına göre Türkiye Büyük Millet Meclisi ile Meclisler, çalışmalarını, kendi yaptıkları içtüzüklerin hükümleri

ile yürüteceklerdir. Bundan dolayı Anayasa Mahkemesi, haklı olarak, içtüzüklerdeki usul hükümlerine aykırılığın dahi biçim yönünden bir yasanın Anayasaya aykırı sayılmasını gerektirebileceği görüşünü benimsemiştir (E. 1964/38, K. 1965/59 sayılı ve 16/11/1965 günlü karar. Resmî Gazete 12/1/1966; Dergi Sayı 3, S. 299 ve sonr.).

tartışma konusu olan belli bir hüküm, kabul edilmiş sayılamaz. Yine, bir yasa veya içtüzük hükmünün ancak belli kişiler tarafından teklif edilebileceği kuralı dahi böyledir. Yetkili olmıyan bir kimsenin teklif ettiği bir metin, her nasılsa, usulünce görüşülüp kabul edilmiş olsa bile yine geçerli sayılamıyacaktır.

İçtüzüğe aykırı olarak yapılmış yasalar konusunda Arık şöyle demektedir: (İçtüzük hükümleri Anayasa karşısında alelade bir kanun mertebesinde sayılmış ve Anayasa Mahkemesinin kontrolüne tabi tutulmuştur. Bu bakımdan bir kanunun içtüzük hükümlerine aykırı olarak kabulü halinde içtüzüğün tadil edildiği ileri sürülebilir. Diğer taraftan aksi fikir savunulabilir; zira bizzat Anayasa, parlamentonun faaliyetinin nasıl ceryan edeceği hususunu içtüzüğe bırakmakla — m. 85— adeta içtüzüğü kendisinden bir parça say- Dergi Sayı 3, S. 229 ve sonr.).

Anayasa veya içtüzük hükmünde öngörülen en az belli sayıda oyla kabul edilmiş olan koşulu sonuç üzerinde etkili bir koşuldur; gerçekten, o çoğunluğun oyunun verilmemiş olması durumunda, maktadır. Şu halde mahkemenin kontrolü, o hükümlerden hiç olmazsa en mühimlerinin uygulanmasına da şamildir. — Arık 1961 S. 841 —).

Az yukarda anılan Anayasa Mahkemesi kararında, yerinde olarak, (İçtüzük hükümlerine aykırı düşen işlemlerden hangilerinin iptal nedeni sayılacağı, uygulanacak içtüzük hükmünün önemine ve niteliğine göre çözümlenecek ve dava veya itiraz vukuunda, mahkememizce takdir edilecek bir konudur.) denilmiştir. (Dergi Sayı 3, S. 232).

Anayasada birtakım yasaların belli süreler içinde yapılması öngörülmüştür. Örneğin 7 inci maddeye göre bu Anayasayla ilk kez kurulan organ, kurum ve kurulların kuruluş ve işleyiş yasaları Türkiye Büyük Millet Meclisinin ilk toplantısından başlayarak en geç altı ay içinde ve bu Anayasa ile konulması buyrulan öbür yasaların dahi en geç iki yıl içinde çıkarılması gerektir; bu yasalardan bir takımı ve bu arada Yargıtay kuruluş yasası, hâkimler yasası, bugün bile yapılmış değildir ama bu yasalar yapıldıklarında, sözü edilen Anayasa hükmü ile öngörülen sürenin çoktan geçmiş bulunması nedeni ile Anayasaya aykırı sayılarak iptal edilemezler; böyle bir iptal, geçici madde ile güdülen amaca, başka deyimle, söz konusu yasaların olabildiğince çabuk çıkarılması ve yeni Anayasaya uygun hükümlerin bir an önce yürürlüğe konulması ereğine aykırı olacaktır; çünkü, iki yıllık süre çoktan geçmiş olduğuna göre, artık, yeni Anayasaya uygun yasalar konulması olanağı kalmıyacaktır.

Biçim bakımından Anayasaya aykırılık konusunda genel kurala aykırı bir durum vardır. Anayasanın geçici 9 uncu maddesinin 2 inci fıkrasındaki (Anayasa Mahkemesinin görevine başladığı tarihte yürürlükte olan herhangi bir kanun hakkında *bu Anayasaya aykırılığı iddiası ile* iptal davası açılabilir.) hükmünün dayandığı ilkeye göre eski yasaların Anayasaya aykırılıkları ve uygunlukları konusunda dahi, ancak yeni Anayasa ölçü olacaktır. Yeni Anayasadan sonra kabul edilecek yasalara ilişkin aykırılık iddialarında yeni Anayasanın esas alınması ise, üzerinde hiçbir tereddüt olmayan bir ilkedir. Eski bir yasanın biçim bakımından Anayasaya aykırı veya uygun olduğunun şimdiki Anayasaya göre değerlendirilmesi, bizi, bütün padişah tasarruflarının ve tek meclis döneminde çıkarılmış bulunan yasaların biçim bakımından Anayasaya aykırı sayılmaları ve bütün eski hükümlerin hepsinin birden yürürlükten kaldırılabilmesi gibi kabul edilemeyecek bir sonuca ulaştırılacaktır. Anayasanın sözüne dayanan bir yorum, özü ile çatışacak demektir; o halde bu yorum, doğru sayılamaz. Öte yandan. Anayasanın geçici 8 inci maddesi ile, bu Anayasada öngörülen kurul ve kuramların kuruluş yasaları yürürlüğe konularak bunların çalışmaya başlamasına değin bu konulardaki eski hükümlerin uygulanması ve böylece biçim yönünden dahi yeni Anayasaya uygun bulunmayan hükümlerin geçerli oldukları ilkesi benimsenmiştir. Böyle olunca, biçim bakımından bir işlemin yapıldığı sırada yürürlükte bulunan kurallara bağlı tutulması ilkesi, burada dahi, ister istemez, uygulanacaktır. Öğretide de bu çözümün benimsendiği görülmektedir, (Kıratlı S. 130, 131).

Biçim yönünden Anayasaya aykırılık konusunda, bir yasanın veya içtüzüğün Anayasanın öngördüğü meclislerce yapılması yönü, başka deyimle, biçimsel yetki yönü de önemlidir. Bir yasa, meclislerin yalnızca birisince yapılamaz; her iki meclisten de yasa tasarısının veya teklifinin geçmesi kuraldır. Bir de Cumhuriyet Senatosunun, Anayasanın 92 inci maddesinin 10 uncu fıkrasında öngörülen süre geçtikten sonra bir tasarı üzerinde oylamaya geçmesi dahi biçimsel yetki dışında bir davranıştır ve Anayasaya aykırıdır; burada dikkat edilmesi gereken bir sorun vardır. Senatonun süresinden sonra kabul ettiği metin Meclisin kabul ettiği metnin aynı ise onun usule aykırı işlemi, sonuç üzerinde etkili olmadığından, ileri sürülecek Anayasaya aykırılık iddiası, hukukça, önemsizdir ve bu yüzden yasa iptal edilemez. Fakat, Senato Meclisin kabul ettiği metinde değişiklik yapmış ise, Senatoda görüşme süresinin geçmesi ile, yasa (az önce anılan hükme göre) Millet Meclisinin kabul ettiği gibi kabul edilmiş sayılacağından, Meclisçe bu değişiklikler üzerinde işlem yapılmış ise bu işlemler ve bunlar sonunda Meclisçe benimsenecek değişiklikler yetki bakımından Anayasaya aykırıdır ve Senatoca yapılan değişikliklere uygun olarak Millet Meclisince benimsenmiş hükümlerin Anayasa Mahkemesince iptaline, daha doğrusu, batıl olduklarının tesbitine karar verilmek zorunlu olur. Şunu da hatırlatalım ki iptal gibi çok önemli sonuçlar doğuran bir kararı vermeye yetkili olan bir mahkemenin batıl oluşun tesbiti kararını vermeye yetkili olduğu öncelikle (evleviyetle) kabul edilmek gerekir.

Millet Meclisinin, Cumhuriyet Senatosunun ve Türkiye Büyük Millet Meclisinin çalışmaları, her birisinin yapacağı içtüzüklere göre yürütülecektir (Anayasa, 85/1). Bu hüküm gereğince, bu meclislerden herhangi birisinin çalışmalarının yürütülmesine ilişkin olarak bir yasa yapılırsa, bu yasa, öbür meclisin yetkisizliği yüzünden, iptal edilebilir.

Burada önemli gördüğüm bir yönün belirtilmesi uygun olacak tır. Bu da, bütçe yasasının, bütçenin konusu dışında herhangi bir hüküm kapsayamayacağı ilkesidir ,Anayasa 126/3). Anayasada açık hüküm bulunmasaydı bile yine aynı sonuca varılacaktı. Şöyle ki : Bütçe yasasına bütçenin konusu dışında bir hüküm konulursa bu hüküm, her şeyden önce, biçim yönünden Anayasaya aykırı olacaktır; çünkü, Anayasanın 94 üncü maddesindeki özel hüküm uyarınca bütçe, ilk önce Senatoda, daha sonra Millet Meclisinde görüşülür ve yalnızca karma komisyonda incelenir. Oysa ki bütçe konusu dışında kalan bir yasa hükmünün (Anayasanın 92 inci maddesi uyarınca) önceden Millet Meclisinde sonradan Senatoda görüşülmesi ve gerekirse yeniden Millet Meclisinde görüşülmesi zorunludur ve buna göre kabul edilmiş olmayan bir yasa hükmü, ilk önce biçim yönünden, Anayasaya aykırı bulunacaktır. Onar, bütçe yasasına konulan ve bütçeye yabancı nitelikte bulunan hükümlerin geçerli olmaması için herhangi bir yaptırım (müeyyide) bulunmadığı görüşündedir (Onar S. 366).

Anayasa Mahkemesi, 29/2/1968 günlü ve 1029 sayılı, 1968 yılı Bütçe Yasasının; 657 sayılı Devlet Memurları Yasasının 237 inci maddesiyle 238 inci maddesinin dördüncü fıkrasındaki (Kanunun diğer maddeleri, kanunun yürürlüğe girdiği tarihi izleyen malî yıl başından itibaren yürürlüğe girer) kuralının Genel Kadro Yasasının yürürlüğe gireceği tarihe değin uygulanamayacağına ilişkin 35 inci maddesini, Bütçeye yabancı bir kural sayıp Anayasanın 64 üncü, 92 inci maddeleriyle 126 ncı maddesinin 3 üncü fıkrasına ayrı ayrı aykırı olması nedeniyle iptal etmiştir (Dergi Sayı 7, Sayfa 149; Resmî Gazete, gün 21/2/1969, sayı 13133).

Öze ilişkin (esasa ilişkin) Anayasaya aykırılık durumlarında biçim yönünden olmayan aykırılıklar söz konusudur. Arık, öze ilişkin aykırılığın anlamı üzerinde şunları yazmıştır : (Esasa ait kontrol; Anayasada mevcut temel prensiplere aykırılık bulunup bulunmadığının tesbitine yönelen bir kontroldür. Asıl mühim ve zor olan da budur.).

Yukarda yazıldığı gibi bu türlü aykırılıklar da a) yetki (özel ilişkin yetki) yönünden aykırılık, b) konu bakımından aykırılık, c) amaç veya konuluş nedeni bakımından aykırılık türlerine ayrılabilir.

a) Öze ilişkin yetki yönünden aykırılık —Yasama meclisleri, yasama yetkisini kullanırlar ama yargı yetkisini veya yasaları yürütme yetkisini kullanamazlar. Gerçekten, yürütme görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar kurulunca yerine getirileceği, yargı yetkisinin ise, Türk Milleti adına bağımsız

mahkemelerce kullanılacağı, hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa-
dan almayan bir devlet yetkisi kullanamayacağı hükme bağlanmıştır ve böy-
lece yasama organının yargı yetkisinin veya yürütme görevinin alanlarına
taşması yasaklanmıştır (Anayasa 4/2 ve 3, 5, 6, 7). Yargı, haklıyı haksızdan
ayırma veya suçluyu cezalandırma, yürütme ise yasaları, yargı işleri dışın-
daki alanlarda uygulama demektir. Bu tanımlamalara göre, yasama meclis-
lerinin belli bir kimsenin belli bir suçtan şu kadar yıl hapsedileceği yolunda
yapacağı bir yasa, yargı alanına taşma nedeni ile yetkisizlik yüzünden Anaya-
saya aykırı olacağı gibi, falan yerle filan yer arasında bir su borusu yapılacağı
veya filan kimsenin falan genel müdürlüğe atandığı yolundaki yasalar dahi
yürütmenin görevinin alanına taşma nedeni ile Anayasaya aykırıdır. Bunun-
la birlikte, Anayasanın öngördüğü durumlarda bir takım yürütme işleri için
dahi yasa çıkarılabilir (Para basılması, özel af çıkarılması, antlaşmaların onay-
lanması gibi, Anayasa değ. 64, 65/1).

Belli olaylara ilişkin olan İdarî işlemlerde yasama meclislerinin yetkile-
rini aşmış olmaları kolaylıkla söz konusu edilebilirse de, idarenin tüzükler
veya yönetmelikler biçimindeki düzenleyici işlemlerinin alanlarına meclis-
lerce aşılmış olması, Anayasaya aykırı olmaz; çünkü yasama meclisleri, belli
alanlarda yasa yapmak yetkisine sahip olunca o alanları ya genel olarak veya
en ince ayrıntıları ile düzenleyebilir başka deyimle bu yönde anayasal bir sı-
nırlandırma söz konusu olamaz. Bir yasada, şu veya bu yönlerin tüzük veya
başka düzenleyici İdarî işlemlerle düzenleneceği öngörülmüş iken sonradan
çıkan bir yasada bu yönlerin dahi düzenlenmiş olması, ilk yasanın düzenleyi-
ci İdarî işlemlere yer bırakan hükümlerinin sonraki yasaile değiştirilmiş bu-
lunması demektir ki buna, Anayasa bakımından hiç bir engel yoktur. Bununla
birlikte, bir yasaya konulan ve idarenin tüzük veya yönetmelik çıkarmasını
yasak eden bir hüküm Anayasaya, yetki bakımından aykırı olacaktır; çünkü,
Anayasa, idareye tüzük veya yönetmelik çıkarma yetkisini tanımıştır (Mad.
107, 113).

b) Konu bakımından aykırılık —bir yasanın konusu demek, onun düzen-
lediği şey demektir. Yasaların konuları, çok çeşitlidir. Bunları eksizsiz olarak
bölümlendirmek, hemen hemen olanaksızdır. Hatta bir yasa içinde genellikle
konuları ayrı ayrı birçok hükümler bulunur. Biz burada yasanın konusu de-
diğimiz zaman, Anayasa karşısındaki durumu tartışılan belirli bir veya birkaç
konusunu düşünmekteyiz. Bu böyle olmakla birlikte, belirli bir hüküm konu-
sunun yasanın genel konusu içinde, az veya çok önemli bir anlamı olduğu da
gözden uzak tutulmamalıdır. Bu durum bizi, belli bir hükmün konusunun ne
olduğunu araştırırken yasanın tümünün konusunun ne olduğu sorusuna da
karşılık vermeye zorlayabilir.

Burada aykırılık durumunda iptal kararı verilmesini gerektiren Anayasa
hükümleri, yasa hükümleri üzerindeki sınırlandırıcı etkilerinin niteliği bakı-

mından bir bölümlendirmeye bağlı tutularak yasa konularının Anayasaya aykırılığı türleri üzerinde bir takım açıklamalar yapılmak çabası gösterilmiştir.

Anayasa hükümleri içinden yaptırımı (müeyyidesi) iptal olan hükümleri, şöylece bölümlendirebiliriz : aa — Buyurucu hükümler, bb — Yasaklayıcı hükümler, cc — Yetki veren hükümler.

aa — Herhangi bir konuda belli ilkelere göre yasa yapılmasını buyuran veya herhangi bir konuda yasa yapıldığında belli ilkelere uyulmasını buyuran, şu veya bu durumun ne olduğunu kesinlikle belli eden bir Anayasa hükmü var iken yasa koyucu, yaptığı yasada o ilkeleri göz önünde tutmamış ise orada Anayasaya aykırılık var demektir. Örneğin, hakimlerin nitelikleriyle atanmaları, hakları ve ödevleri ve öbür özlük işlerinin, mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine göre yasa ile düzenlenmesi, Anayasa buyruklarındandır (Anayasa 134/1). Bir yasada hâkimlere Adalet bakanınca sicil verileceği ve yükselmelerinde bu sicilin esas tutulacağı hükmü konulsa bu hüküm, mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi ile bağdaştırılamıyacağı için, Anayasaya aykırı olur. Yine, mahkemelerin kuruluşunun yasa ile düzenlenmesi, Anayasa gereğidir (mad. 136). Çıkarılacak herhangi bir yasaya konulacak olan mahkemelerin kuruluşunun tüzükle düzenleneceği yollu bir hüküm, yasa ile düzenleme buyruğuna aykırılığı nedeni ile Anayasaya uygun sayılamaz. Nihayet, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin bütün milletin temsilcisi olduğunu kesinlikle belli eden Anayasa hükmü (mad. 76) karşısında Cumhurbaşkanınca atanacak Senato üyelerinin Cumhurbaşkanının temsilcisi veya milletle birlikte Cumhurbaşkanının dahi temsilcisi olduğunu öngören bir yasa hükmü de Anayasaya aykırıdır.

Şuna dikkati çekelim ki, Anayasanın devlete yüklediği İktisadî ve sosyal amaçlara erişme ödevlerini devlet, ancak İktisadî gelişme ile malî kaynaklarının yeterli ölçüsünde yerine getirir (mad. 53) ise de, bu ödevlere ilişkin hükümler, nitelikçe, birer yetki tanıma hükmü değildirler, belki şarta bağlı hükümlerdir. Gerçekten, devlet bu ödevlerinden bir tanesini yerine getirmeye başlayınca onu bütün kapsamı ile yerine getirmek zorundadır (Anayasa Mahkemesinin E. 63/138, K. 64/71 sayılı ve 11/12/1964 günlü kararı, Resmî Gazete gün 2/4/1965, Sayı 11969. Dergi Sayı 2, S. 215).

bb — Herhangi bir şeyin veya işin yapılmasını yasaklayan, yapılamıyacağını bildiren bir Anayasa hükmü var iken o işin yapılabileceğini gösteren veya yapılmasını buyuran bir yasa hükmü, Anyasaya aykırı olur. Şu örnekleri verelim :

1°) İdare, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organlarını, yargı yeri kararı olmaksızın geçici veya sürekli olarak, görevlerinden uzaklaştırılmaz (mad. 122/2). Konulacak bir yasadaki ticaret odalarının yönetim kurullarına Ticaret Bakanlığınca hemen geçici olarak işten el çektirilebileceği,

ondan sonra İdarî yargıya baş vurulacağı yollu hüküm, az önce anılan yasağa ve bundan dolayı Anayasaya aykırı olur.

2°) Devlet ormanları, zaman aşımı ile mülkedinilemez (mad. 131/2). Kırk yıldanberi aralıksız ve çekişmesiz olarak bir devlet or- mamnda malik gibi zilyet bulunan bir kimsenin orasının kendi adına özel orman olarak tescilini isteyebileceği yollu bir yasa hükmü, devlet ormanında zamanaşımı ile mülk edinme yasağına ve dolayısıyla Anayasaya aykırıdır.

3°) Kamu hizmetine alınmada ödevin gerektirdiği niteliklerden başka hiç- bir ayırım gözetilemez (mad. 58/2). İlkokul öğretmenliğine alınmada istekli bütün erkekler atanmadan önce kadınların atanamayacağı yollu bir yasa hük- mü, ödevin gerektirmediği bir nitelik ayırımı gözetme yasağına uygun olma- dığı için Anayasaya aykırıdır.

Anayasanın koyduğu yasakların en önemlilerinden birisi; yasaların, kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve millî güvenlik gibi haklı nedenlere dayansa bile, bir temel hakkın önüne dokunması yasağıdır (değişik mad. 11 fık. 1 ve 2). Demek ki bir temel hakkın özünü çiğneyecek ölçüye sınır- landırıcı bir yasa hükmü, Anayasaya aykırı olacaktır.

Temel haklardan vazgeçme yasağı (10/1), imtiyaz tanıma yasağı (12/2), iba- dete zorlama yasağı, dini ve kutsal varlıkları siyaset ve kişisel çıkar uğrunda veya devleti din kurallarına dayandırma yolunda, değerlendirme yasağı (19/3 ve 5), çağdaş bilim ve eğitim kurallarına aykırı eğitim ve öğretim yeri açma yasağı (21/4), devlet görevlilerinin siyasî partilere girmesi yasağı (119/1), dev- lette ve kamu İktisadî teşebbüslerinde çalışanların işlerinde siyasî ayırım gö- zetme yasağı (119/2) dahi anılmağa değer Anayasa yasaklarından.

cc — Herhangi bir konuda devletin herhangi bir organına veya bir kişiye belli işler yapma veya yapmama yetkisini veren hükümler, yetki hükümle- ridir. Bu türlü yetkilerin sınırlandırılması, Anayasanın yasa koyucu için sınırlandırma nedenlerini göstermesine bağlıdır. Herkesin hukuka uygun bü- tün araç ve yollardan yararlanarak yargı yerleri önünde iddia ve savunmada bulunma yetkisi (31/1) hakaret davalarında devlet görevlilerine karşı hakaret konusu olayı ispat yetkisi, (34), yasama meclisleri seçimlerinde seçme ve se- çilme yetkisi (55/1, 68, 71, 72), Cumhurbaşkanının sürekli hastalık, sakatlık ve kocama nedenleri ile belirli kişilerin cezalarını affetme yetkisi (97/2), Bakanlar kurulunun, bir yasanın nasıl uygulanacağını göstermek üzere ve yasada tü- zük çıkarılması buyurulmamış iken tüzükler çıkarma yetkisi (107/1), bakan- lıkların veya kamu tüzel kişilerinin yasaların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere yönetmelikler çıkarma yetkisi (113) gibi yetkileri kapsayan Anayasa hükümleri, bu türlü hükümlerdir. Bu yetkileri Anayasanın çizdiği sınırları aşarak daraltan yasa hükümleri Anayasaya aykırı olacağı gibi bunları kaldıran hükümler dahi Anayasaya aykırı olacaktır. Bundan başka bu yetki-

lerin kullanılması yükümünü koyan, başka deyimle, yetkileri ödev durumuna sokan yasa hükümleri dahi Anayasaya aykırı olacaktır; örneğin belli bir konuda hükümler koyan bir yasa, o yasanın uygulanışını göstermek üzere tüzük veya yönetmelik yapılamayacağını öngörürse bu yasaklayıcı hüküm, Anayasaya aykırı olacaktır. Buna karşılık belli bir yasada belirli yönlerin tüzükle düzenleneceği hükme bağlanabilir; zira Anayasa, yasa koyucuya idareyi tüzük yapmaya zorlama yetkisi de tanımıştır. Nitekim, 107 inci maddede idarenin dileğine bırakılan tüzük yapma durumuna ilişkin hüküm, idare bakımından bir yetki tanıma hükmüdür, oysaki aynı maddede yer alan idarenin yasa ile belirli konularda tüzük yapmaya zorlanabileceği hükmü, yasama meclisleri bakımından, yetki tanıma hükmüdür. Şunu da hatırlatalım ki, tüzükle düzenlenmesi yasada öngörülen yönlerin yasa ile düzenlenmesi Anayasa hükümlerince gerekli ise, tüzük yapılacağını bildiren hüküm, bu bakımdan, Anayasaya aykırı olur. Anayasa yurttaşlara seçime katılma yetkisi tanımıştır. Yurttaşlara seçime katılma ödevini yükleyen bir yasa dahi Anayasaya aykırı olacaktır.

Anayasanın tanıdığı bir yetkinin sınırlarını genişleten bir yasa hükmü dahi Anayasaya aykırı olur; örneğin, tüzükler, yasalara aykırı olamaz, yönetmelikler ise tüzüklere ve yasalara aykırı olamaz (107, 113). İdarenin çıkaracağı tüzüklerle bir takım yasa hükümlerini değiştirebileceği veya yönetmeliklerle birtakım tüzük veya yasa hükümlerini değiştirebileceği yollu yasa hükümleri, Anayasaya aykırı olur. Buna karşılık, yasa ile düzenleneceği Anayasada buyrulmuş olmayan ve fakat hepsi için yasa hükümleri konulmuş bulunan bir takım konulardan bir kaç için sonradan çıkarılan bir yasa ile bu yönlerin, tüzüklerle veya yönetmeliklerle düzenleneceği hükme bağlanacak olursa bu son yasa, Anayasaya aykırı olmaz; çünkü bu son yasa hepsi yasa hükmüne bağlanan konulardan birkaçı için eski yasa hükümlerini sınırlandırmıştır ve sanki bunlar bakımından eski yasa hükümlerini kaldırmıştır. Devlet mallarının satımı, alımı, kiraya verilmesi, 2490 sayılı Arttırma, Eksiltme ve İhale Yasasına bağlıdır; Tekel İdaresi mallarının alımı ve satımının bu yasanın kapsamı dışında kalacağını ve bu işlerin bir tüzük veya yönetmelikle düzenleneceğini öngören sonraki bir yasa, Anayasaya aykırı olmaz; zira devlet mallarının alım veya satımının ancak özel bir yasa ile yapılacağı yollu bir hüküm, Anayasada yoktur.

c) Amaç veya konuluş nedeni bakımından Anayasaya aykırılık - Herhangi bir hukuk kuralı konulurken belli birtakım amaçların gerçekleştirilmesi, belli birtakım ereklere, hedeflere varılması istenir ve kural, o amaçlara, ereklere ulaşmak üzere konulur. Yasa veya içtüzük hükümleri dahi yine belli ereklere varmak için konulur. Bir yasa veya içtüzük hükmünün amacı, Anayasanın öngördüğü amaçlara aykırı ise o hüküm, amaç bakımından Anayasaya aykırı olacaktır.

Anayasanın öngördüğü amaçlardan bir takımı Başlangıç'ta ve maddelerde açıkça gösterildiği gibi, birtakımı da Anayasanın dayandığı hukukun genel

kurallarına, genel ilkelerine göre belli edilebilir, daha açıkçası, Anayasada bir amacın öngörülmüş olması için, onun Anayasanın yazılı bir hükmünde açıkça gösterilmiş bulunması gerekmez, Anayasanın özüne göre de belli bir yönün Anayasanın amaçlarından olduğu sonucuna varılabilir. Anayasanın açıkça öngördüğü amaçlara şunlar örnek olabilir:

1°) Türk Milliyetçiliğinin amacı, Ulusumuzu, dünya ulusları ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak ulusal birlik ruhu içinde yüceltmektir (Başlangıç).

2°) İnsan hak ve özgürlüklerini, ulusal dayanışmayı, toplumsal adaleti, bireyin (ferdin) ve toplumun tedirginlikten uzak ve genlik (refah) içinde yaşamasını gerçekleştirmek Türk Anayasasının amaçlarındanındır (Başlangıç).

3°) Yasalar, toprağın verimli olarak işletilmesini gerçekleştirmek, topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçiye toprak sağlamak erekleriyle, değişik tarım bölgelerine ve tarım türlerine göre toprağın genişliğini sınırlandırabilir (37/1).

4°) Hâkimlerin özlük işlerini düzeliyecek yasaların başlıca amacı, mahkemelerin bağımsızlığını sağlamaktır (134/1).

Bir yasanın amacı, çoğu kez, onun konuluş nedenidir. Özünde bu iki kavram, eşit anlamlı değildirler. Bununla birlikte burada bu iki söz, eşit anlamlı sözler olarak kullanılmıştır.

Bir yasa hükmünün konulmasıyla güdülen erek, Anayasanın koyduğu bir yasağın önlenmesi ise yine amaç bakımından Anayasaya aykırılık söz konusu olabilecektir. Nasıl özel hukukta, (kanuna karşı hile) sayılan hukuk işlemleri, idare hukukunda amaç bakımından yasaya uygun olmıyan idari işlemler varsa, Anayasa hukuku bakımından amacı Anayasanın bir hükmünün uygulanmasını önleme olan yasama işlemleri (yasalar veya meclis içtüzükleri) bulunabilir; gerçekten, özel hukukta Medenî Yasanın ikinci maddesi hükmünce bir yasa hükmünün uygulanmasına engel olma ereği güdülerek yapılan işlemler, nesnel (objektif) iyiniyet kurallarına aykırı olacaklarından, yasanın korunmasından yararlanamayacakları gibi idare hukukunda da amaç (maksat) yönünden yasaya aykırı olan idare işlemleri, 24/12/1964 günlü ve 521 sayılı Danıştay Yasasının 30 uncu maddesinin A bendi hükmünce iptal olunurlar; bunun gibi Anayasanın bir hükmünün uygulanmasını önlemek amacı ile yapılmış olan yasa veya içtüzük dahi Anayasa Mahkemesince, Anayasaya aykırılık nedeni ile iptal olunur.

Burada dikkat edilecek bir yön vardır; bir hükmün konuluş amacı, her zaman, onun hazırlanmasına ilişkin belgelerde bütün açıklığı ile yazılmış olmadığı için, kolayca anlaşılamaz. Ancak, bir hüküm uygulandığında ortaya çıkan hukukî durum Anayasanın bir hükmü ile bağdaşmıyorsa, o zaman, o hükmün amacının Anayasanın uygulanmasını önleme olduğu ilkesi be-

nimsenmelidir; yeterki aykırılık biçim yönünden veya öz yönünden olsa bile konu bakımından veya öze ilişkin yetki bakımından bir aykırılık niteliğinde bulunmasın. Burada hükmün konulmasında yasama meclislerinin Anayasayı çiğneme isteklerinin tesbit edilmesine ihtiyaç yoktur; çünkü, Anayasaya uygunluk denetiminin kabulü ve Anayasa Mahkemesinin kurulması ile güdülen amaç, Anayasaya aykırı durumların önlenmesi yolu ile Anayasaya uygun hukuk düzeninin sağlanmasıdır, yoksa yasama meclislerinin şu veya bu isteklerine karşı bir tepki göstermek değildir. Nitekim, Medenî Yasanın ikinci maddesi hükmünün uygulanması için yurttışta yasayı çiğneme isteğinin bulunduğunun sabit olması aranmayacağı gibi amacı bakımından yasaya aykırı bir idare işleminin iptali için de idarenin yasayı çiğneme isteğinin sabit olması aranmaz. Yasa koyucunun iyiniyetle koyduğu bir yasa hükmünün uygulamada Anayasaya aykırı sonuçlar vermesi, her zaman için, düşünülebilir. Yasama meclisleri de birer insan topluluğudur ve bu topluluklar dahi, onları meydana getiren kişiler gibi, ne denli titiz ve ne ölçüde iyi istekli olurlarsa olsunlar, yine de yanılabilirler ve Anayasaya aykırı amaçları gerçekleştiren birçok hükümler benimseyebilirler. Anayasa denetiminin konuluş nedeni, herşeyden önce, bu türlü yanlışların sonuçlarını ortadan kaldırmaktır.

Bundan başka, özel hukuk alanında iki kişi arasındaki bir işlemde bile hakkın amacına aykırı olarak kullanılması veya idare hukukunda bir memurun tek bir kişiye karşı yaptığı bir işlemin amacının yasaya aykırı olması yasaklanmış iken bir yasa hükmünün Anayasanın öngördüğü amaçlara aykırı sonuçlar doğurması durumunda Anayasaya aykırılığın gözönünde tutulmayıp o hükmün iptal edilmemesi, Anayasaya uygunluk denetiminin öngörüldüğü bir hukuk sisteminde hukuk mantığına uygun düşmez; çünkü, bireylerin, başka deyimle, özel kişilerin birbirlerine karşı yahut idarenin bir kişiye karşı yasayla öngörülen amaçları hiçe sayarak işlem yapmaları bile, hukuk düzenince korunmaz iken yasa koyucunun Anayasanın amaçlarına aykırı sonuçlar doğuran hükümler koyarak milyonlarca yurttaşın hukukî durumunu etkilemesi karşısında seyirci kalınmış olur. Hukuk alanında ise, yasa koyucunun Anayasaya aykırı hükümler koyarak meydana getirdiği haksızlık, bir kimse-nin öbürüne veya idarenin bir kimseye karşı amacı hukuka aykırı işlem yaparak meydana getirdiği haksızlıkla karşılaştırılamayacak ölçüde ağır sayılır. Daha hafif haksızlıkları bile ortadan kaldırma amacı güden bir hukuk sistemi ve devleti hukuk devleti olarak kuran bir Anayasanın yürürlükte bulunduğu bir devlette, Anayasaya aykırılık kavramı, az önce anılan biçimde mantıksız sonuçlar doğuracak bir yoruma bağlanamaz.

Profesör Yaşar Karayalçın, bilim hürriyetinin kötüye kullanılması konusu dolayısıyla Anayasadan doğan hakların kötüye kullanılması konusuna değinmekte ve şunları yazmaktadır: «Alman Anayasasındaki aksine, bilim hürriyetinin ve umumiyetle temel hakların sınırı genel olarak bizzat Anayasayla ayrıca çizilmemiş olduğu için bilim hürriyetinin kötüye kullanılması halinde Anayasa hukuku bakımından durum ne olacaktır? yeni Anayasanın en zayıf

tarafını teşkil eden bu boşluk, Medeni Kanunun ikinci maddesinde ifade edilmiş olan umumî hukuk kaidesile doldurulabilir. Herkes haklarını kullanırken objektif iyiniyet kaidelerine riayetle mükelleftir. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk himaye etmez. Bilhassa sosyal bilimler alanında bilim hürriyetlerini sınırlayıcı mahiyette, kanunlarda yer alabilecek ceza hükümlerinin Anayasaya uygunluğu, bu genel hukuk kaidesi ışığı altında incelenebilir» (Karayalçın S. 633-634).

Anayasanın (1488 sayılı Yasa ile) değişik 11. maddesine konulmuş bulunan 3 üncü fıkrada (Bu Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiç birisi, insan hak ve hürriyetlerini veya Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk sınıf, din ve mezhep ayırımına dayanarak, nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak kasdı ile kullanılamaz.), 4 üncü fıkrada ise (Bu hükümlere aykırı eylem ve davranışların cezası kanunda gösterilir.) denilmektedir. Eski 11 inci maddenin başlığı (Temel hakların özü) iken şimdiki maddenin başlığı (Temel hak ve hürriyetlerin özü, sınırlandırılması ve kötüye kullanılmaması)dır. Eski ve yeni metinlerin ve başlıkların karşılaştırılmasından anlaşılıyor ki temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamaması deyimiyle az önce anılan üçüncü fıkradaki yasak anlatılmaktadır. Bana kalırsa anılan fıkra kuralı, görünüşte, bireylere tanınan temel hakların ve hürriyetlerin kullanılmasını sınırlandırmak üzere konulmuş ise de Anayasadan doğan bütün hakların yetkilerin ve özellikle yasama yetki- siyle yargı yetkisinin kötüye kullanılması dahi Anayasaca yasaklanmıştır ve bu yasaklama, Anayasa kurallarının kaynağı olan ve onlara üstün durumda bulunan hukuk ilkelernidendir; buna göre 11. maddeye eklenen bu 3 üncü fıkra kuralı, Anayasaya temel olan hakkın ve yetkinin kötüye kullanılması yasağının temel hak ve özgürlükler alanına uygulanması yoluyla konulmuş bir kuraldır ve bu sınırlı kurala bakılarak Anayasaya dayanan ve temel hak özgürlükler alanı dışında kalan, yasama yetkisi, yargı yetkisi gibi, yetkilerin kullanılmasında veya Devlete yüklenen ödevlerin yerine getirilmesinde kötüye kullanma yasağının Anayasaya dayandırılmayacağı savunulamaz.

Amaç bakımından aykırılık konusunda, yaptırımı öngörmek amacı ile konulmuş hükümler, bir özellik gösterirler; başka bir hükmün yaptırımını öngörmek üzere konulmuş bir hüküm, temel hükmün herhangi bir nedenle Anayasaya aykırı bulunması durumunda, amaç bakımından Anayasaya aykırı olur. Örneğin, bir babanın köy muhtarının arzusu üzerine çocuğunu orta okula göndermekle yükümlü tutulacağı yollu bir yasa hükmü ve bu hükme uygun davranmayanlar için belli bir hapis cezası öngören başka bir yasa hükmü kabul edilmiş olsun; Orta okula gönderme yükümüne ilişkin temel hüküm, kişi dokunulmazlığına aykırılık ile Anayasaya aykırı bulunsun, Bunun yaptırımı olmak amacı ile öngörülmüş bulunan cezaya ilişkin hüküm dahi amaç bakımından Anayasaya aykırı olur.

15- Yasa koyucunun hüküm koymaması ile ortaya çıkan aykırılık, yasa koyucunun eksik hüküm koyması ile ortaya çıkan aykırılık.

Anayasaya aykırılığın söz konusu olabilmesi için olağan durum, yasa koyucunun Anayasaya aykırı bir hüküm koymuş bulunmasıdır. Bununla birlikte Anayasa uyarınca belli bir yasa yapmak zorunda olan yasa koyucu, bu yasa yapmaz ise Anayasaya aykırılık etmiş olur ama böyle bir davranış hiçbir zaman iptal nedeni olamaz. Örneğin, Anayasamızın geçici 7 inci maddesine göre yeni kabul edilen kurumlar için iki yıl içinde yasa hükümleri konulacaktır. Bunlardan birisi de Yüksek Hâkimler Kurulu'dur ve bu kurulun kuruluş ve işleyişi için özel bir yasa yapılacaktır (Anayasa 143/5). Yasa koyucu bugüne değin bu kurulun kuruluş ve işleyiş yasasını çıkarmamış olsaydı yasama meclisleri Anayasaya aykırı davranmış olacaktı ama, ortada bir hüküm bulunmadığı için, iptal söz konusu edilemeyecekti.

Bir de olabilir ki Anayasa hükümlerince konulması zorunlu olan bir yasa, düzenleyeceği kamuyu eksik düzenlemiştir. Bunun Anayasa Mahkemesi uygulamalarında geçmiş örnekleri vardır:

a) 3008 sayılı eski İş Kanununun 1 inci maddesi, (fikir işçileri) denilen işçiler topluluğunu kapsamı dışında bırakmıştır. Oysa ki Anayasanın 42. ve sonraki maddeleri, bütün çalışanlar için koruyucu hükümler konulmasını öngörmektedir. Mahkeme, bir yasa hükmünün Anayasaya aykırılığının ileri sürülebilmesi için, (söz konusu hükmün metin olarak, Anayasanın koyduğu esaslara aykırı bir kural koymuş olması) gerekeceğini, yoksa onun alanının genişletilmesini sağlayacak bir hükmün konulması için iptalinin istenemeyeceğini bildirmiştir (E. 63/172, K. 63/244 sayılı ve 11/10/1963 günlü karar-Dergi Sayı 1, S. 357 ve sonr. Resmî Gazete gün 1/2/ 1964, sayı 11622).

b) Anayasaya göre (142) hem hukuk, hem ceza işlerinde görevli olan Uyuşmazlık Mahkemesi, 4788 sayılı Kuruluş Yasasına göre yalnızca hukuk işlerinde görevli kılınmıştır, böylece yasa hükmünün, konuyu ceza uyuşmazlıkları bakımından eksik düzenlediği ve Anayasaya uygun bulunmadığı görülmektedir (E. 63/89, K. 64/36 sayılı ve 5/5/1965 günlü karar-Dergi Sayı 2 S. 93 ve sonr.; Resmî Gazete gün 22/6/1964, sayı 11787). Mahkeme bu kararında düzenlemede eksiklik bulunduğunu belirtmiş, ancak yukardaki örnekte ileri sürdüğü Anayasaya aykırılık görüşünü olduğu gibi tekrarlayarak bu eksikliğin iptal nedeni olabilecek bir aykırılık meydana getirmediği sonucuna varıp iptal istemini reddetmiştir.

Burada anılan kararın bizi ilgilendiren bölümü, oy çokluğu ile verilmiştir. Çoğunluğa katılmayan yedi üye, karşı oy yazılarında, Anayasa Mahkemesinin, yasaların ve meclis içtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevlendirildiğini, Anayasanın düzenlediği belli bir konuda belli bir yasanın koyduğu hükmün Anayasanın hükmüne uygun bulunmadığının anlaşılması

halinde onun iptaline bir zorunluk olduğunu, Anayasaya uygun bulunmayan, bir hükmün yürürlükte kalabilmesini kabul etmenin Anayasanın 147 inci maddesinin açık hükmüne ve mahkemenin kuruluş amacına aykırı düşeceğini, burada Anayasaya aykırılık bulunmadığının kabul edilmesiyle yasa koyucunun, görev ve yetkileri Anayasayla belli edilmiş bir kuruluşun görev ve yetkilerinden bir bölümünü ona vermemekte serbest olduğunun kabul edilmiş bulunacağını ve bu görüşün Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle bağdaştırılamayacağını, mahkemenin Anayasanın emrine rağmen yarım kurulmuş durumda kalmış olan bir kuruma varlık veren yasa hükmünü iptal edip yasa koyucuyu Anayasaya uygun bir kurum kurma yolunda zorlayarak Anayasanın amaçlarına bir an önce ulaşılmasını sağlamış ve bundan sonra kurulacak kuramların ve çıkartılacak yasaların Anayasaya eksiksiz olarak uygun bulunmaları yolunda ilgili yerleri uyarmış ve böylelikle Anayasanın sözüne ve özüne uygun bir davranışta bulunmuş olacağını belirtmişlerdir.

c) 5442 sayılı İl idaresi Yasasının disiplin cezasına ilişkin hükümleri arasında, ceza verilecek kimsenin savunmasının alınması yükümünü gösteren bir hükmün bulunmaması yönü, iptal nedeni sayılmamış ve gerekçeler arasında yukarı a ve b de anılan gerekçeye dek yer verilmiştir. Çoğunluk kararına katılmayan iki üyeden Muhittin Gürün, Anayasaya aykırılık bulunması için, her zaman Anayasada öngörülen bir durumu engelleyen bir hükmün konulmuş bulunması şart olmayıp sonucu bakımından Anayasayla öngörülen bir yükümü kaldırarak ve yükümün gözetilmemesi yetkisini veren bir hükmün dahi Anayasaya aykırı olacağını karşı oy yazısında belirtmiştir (E. 63/174, K. 63/115 sayılı, 20/5/1963 günlü karar-Dergi, Sayı 2, S. 3-11).

Yukarıda açıklanan karşı oy yazılarındaki gerekçelerde de güzelce belirtildiği gibi, Anayasaya uygun bir hukuk düzeninin gerçekleşebilmesi, Anayasaya uygunluk denetiminin kabul ediliş amacına uygun bir biçimde yapılabilmesi ve Anayasa Mahkemesinin kendisine yükletilen Anayasaya uygun hükümlerin yürürlüğe konulmasını sağlama görevini eksiksiz olarak yerine getirebilmesi için, eksik düzenleme durumlarında dahi, yerine göre, iptali gerektiren bir aykırılık bulunduğu kabul edilmelidir. Gerçekten, Anayasanın Anayasa Mahkemesine tanıdığı yetki, kendisine aykırı hükmün iptalidir. Bir hüküm, Anayasanın gösterdiği yolda bir düzenlemeyi eksik olarak gerçekleştirmiş ise ve bu yüzden iptal edilirse ortada o konuda Anayasaya uygun hiçbir kural kalmıyacaktır demektir, bu ise eskisine göre Anayasaya daha geniş ölçüde aykırı bulunan bir hukuki durum gerçekleştirme sonucunu doğuracaktır. Bu bakımdan, eksik düzenleme durumlarında iptali gerektiren nitelikte bir Anayasaya aykırılık görülmemesi haklıdır ama ancak ilke olarak haklıdır. Öyle olağanüstü yasa hükümleri bulunabilir ki onların iptali halinde yasa koyucu az bir zamanda onlar yerine yenilerini koymaktan gerçekten kaçınmaz. Böyle durumlardaki eksik düzenlemelerde, iptali gerektiren aykırılık bulunduğu kabul etmek, az önce belirtildiği gibi, Anayasaya uygunluk denetimi-

nin benimsenmesi ve Anayasa Mahkemesinin kurulması ile güdülen amacın doğurduğu bir zorunluktur. Böyle bir yasa iptal edildiğinde, Mahkemenin, iptal kararının yürürlük gününü ileri atma yetkisini kullanarak sosyal sarsıntıları önlemesi gerekecektir. (Anayasa, 152/2). Bunun dışındaki durumlarda da, Anayasa Mahkemesince eksik düzenlemenin ne bakımdan Anayasaya aykırı olduğunun belirtilmesi yoluyla yasa koyucunun veya içtüzüğü yapan meclisin uyarılması, bana kalırsa, Anayasa Mahkemesinin görevlerindendir; çünkü, bir yasa hükmünü bile iptal ederek yürürlükten kaldırmak gibi geniş bir yetki ile donatılmış bulunan bir Anayasa kurumunun, bundan daha çok hafif etkisi bulunan ve Anayasaya uygun hükümler konulmasını dolayısıyla sağlayacak olan bir yetkiye sahip olacağı, nasıl olsa, kabul edilmek gerekir.

Anayasa uyarınca çıkarılması öngörülen bir yasa çıkarılmış ve fakat sonradan çıkarılan başka bir yasa ile yenisi konularak kaldırılmış ise veya Anayasa uyarınca çıkarılması gerekli bir yasa Anayasaya uygun hükümlerle çıkarılmış ve fakat sonradan kabul edilen bir yasa ile değiştirilerek birtakım hükümleri eksik bir yasa durumuna sokulmuş ise, ilk yasayı büsbütün kaldıran veya değiştiren ikinci yasa için açılacak bir iptal davası veya mahkemede ileri sürülecek bir itiraz sonunda iş Anayasa Mahkemesine getirilirse, Mahkeme ilk yasayı büsbütün kaldıran veya değiştiren hükmü iptal ederek Anayasaya uygun hukukî durumun hemen gerçekleşmesini sağlayabilecektir; çünkü, Anayasaya uygun yasayı kaldıran veya eksik bir düzen getirerek değiştiren yasanın iptaline ilişkin karar yürürlüğe girince başka deyimle iptal kararının yürürlük gününde, ilk hükmü kaldıran veya değiştiren yasa yürürlükten kalkacak ve bunun sonucunda eski hükümler yeniden yürürlüğe girecektir. Böyle durumlarda eski hükümlerin yeniden yürürlüğe gireceği yolunda açık bir hüküm Anayasamızda yer almış değildir; ancak Anayasanın üstünlüğü ilkesi, Anayasaya uygun bir düzenin bir an önce gerçekleştirilmesini gerektirir. Bu ise, Anayasaya uygun bulunan eski hükümlerin kaldırılmasına veya değiştirilmesine ilişkin olan sonraki hükümlerin iptali üzerine, yasama meclislerince eskiden konulmuş bulunan hükümlerin yeniden yürürlük kazanacağını kabul etmekle olur. Güçlerin ayrılığı ilkesi (Anayasa 4/2, 5, 6, 7) gereğince, bir mahkeme, meclisler yerine geçerek, yasa hükmü koyamayacağından, Anayasa Mahkemesine ancak Anayasaya aykırı hükmü iptal etme görevi yükletilmiştir. Yalnız burada Anayasa Mahkemesinin kararı ile eski hükümlerin yeniden ve fakat Anayasa Mahkemesince yürürlüğe konması söz konusu değildir; olsa olsa sonraki hükümlerin mahkeme kararı ile ortadan kaldırılması sonucunda yasa koyucunun önceden koymuş ve sonradan geçerli olmayan bir yasa ile kaldırmış bulunduğu hükümlerin yeniden ve iptal kararından sonrası için yürürlüğe girmesi durumu vardır ki Anayasamızda bunu engelleyen bir ilke ve hüküm yoktur, bunun tersine, az önce belirtildiği gibi, Anayasaya uygun durumunun bir an önce önce gerçekleştirilmesi, Anayasanın temel amaçlarındandır. Şunu da hatırlatalım ki 509 sayılı Tapulama

Yasasının Anayasa Mahkemesince iptali (E. 64/38, K. 65/59 sayılı ve 16/11/1965 günlü karar-Dergi, Sayı 3, S. 229; Resmî Gazete gün 12/1/1966 sayı 12200) üzerine, iptal kararının yürürlüğe girmesinden sonraki süre içinde yeni tapulama yasası henüz meclislerden çıkmamış olduğu için Yüksek Hakimler Kurulunca ve mahkemelerce bu 509 sayılı Yasa ile kaldırılmış bulunan 5602 sayılı Eski Tapulama Yasası uygulanmıştır ve Yüksek Hâkimler Kurulunca 509 sayılı Yasa uyarınca tapulama hâkimi olarak atanmış bulunan hâkimlerin (o yasanın iptali kararının yürürlüğe girmesinden sonra) 5602 sayılı Yasa gereğince gezici arazi kadastro hâkimi olarak yeniden atanmaları yapılmıştır.

Kıratlı, Anayasa Mahkemesince yerine başka hüküm koymayarak bir yasa-yı kaldırmış olan sonraki yasanın iptali sonucunda önceki yasanın yürürlüğe gireceğini, bir yasa-yı yerine başka hüküm koyarak kaldırmış olan bir yasanın mahkemece iptali sonucunda ise önceki yasanın kural olarak yürürlüğe girmeyeceğini savunmakta ve ikinci durumda yasa koyucunun önceki yasa-yı kaldırma iradesiyle sonraki yasa-yı koyma iradesinin başka başka olduğu gerekçesine dayanmaktadır. Bana kalırsa, ikinci yasa ile beliren irade dahi bu durumda da tektir, yalnız bu irade eski yasanın kaldırılması ve yeni yasanın konulması konularına yönelmiştir ve iptal ile ortadan kalkmıştır. Bu bakımdan Kıratlı'nın vardığı sonuç pek güçlü görülmemektedir (Kıratlı S. 181-182).

16- Anayasaya aykırılıkları yüzünden denetlenecek yasa hükümleri ve içtüzük hükümlerinin belli edilmesinde yalnızca öze veya yalnızca biçime göre nitelendirmenin, yasa dengi kararnamelerde ise yalnızca biçime göre nitelendirmenin yeteceği ilkesi.

a) Anayasanın değişik 147 inci maddesi, yasama meclislerinin işlemleri arasından yalnızca yasaların veya yasama meclisleri içtüzüklerinin Anayasaya uygunluklarının denetlenebileceğini hükme bağlamıştır ve böylece meclislerin bunlar dışında kalan işlemleri, başka deyimle, bir yasa hükmü konulmasına veya içtüzük hükmü konulmasına ilişkin bulunmayan kararları ve yaptıkları seçimleri denetimin dışında bırakılmıştır. Yalnız bir üyenin yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya üyelik durumunun sona ermesine ilişkin kararlar için Anayasa bir denetim benimsemiş (81) ise de bu denetim bir kuralın denetimi olmayıp belli bir kimse için yapılmış işleme ilişkin denetimdir ve konumuz dışındadır.

b) Bir kez, yasama meclislerince yasa yapma yöntemine (usulüne) göre çıkarılan bütün hükümler Anayasaya uygunluk denetimine bağlılık bakımından yasa sayılır. Demekki, meclisler, yasa adı altında ne çıkarmışlarsa bunlar öz bakımdan yasa sayılmasalar bile, Anayasaya uygunluk açısından denetlenirler; örneğin bütçe yasası, ve yine ölüm cezalarının çektilmesine ilişkin yasalar, özleri bakımından, birer yasa değildirler; çünkü bunlar, sürekli ve soyut kurallar kapsamazlar, ancak denetim açısından yasa sayılırlar (Kıratlı

S. 93-95). Bütçe yasasının denetime bağlı olduğu, yasama meclisi üyelerinin fazla ödenekleri konusunda 1965 yılı bütçe kanununa konulan ödeneye ilişkin hükmün iptali ile, Anayasa Mahkemesince dahi kabul edilmiştir (E. 65/19, K. 65/42 sayılı ve 12/7/ 1965 günlü karar - Dergi, Sayı 3, S. 143 ve sonr; Resmî Gazete gün 4/2/1966, sayı 12218).

c) Meclislerce yasa adı verilmeksizin ve yasaların yapılmasındaki yonteme uyulmaksızın, karar adı altında çıkarılan bir metinle özü bakımından yasa niteliğinde bulunan, başka deyimle, genel, soyut, sürekli ve yerine getirilmesi zorunlu olan kurallar konulsa, böyle bir karara karşı Anayasaya uygunluk denetimi uygulanacaktır; böyle bir işleme karşı Anayasaya uygunluk denetimi ilkesi benimsenmez ise, yasama meclislerinin herhangi bir konuda yasa yapacak yerde yanılarak karar verme yolu ile yasa kuralı koymuş olmaları durumunda, o kararın yürürlükten kaldırılması için bir yargı yolu bulunamayacaktır. Yasama meclislerinin yasa yapma usullerine uyulmaksızın yasa hükmü niteliğinde hükümler koymuş olmaları durumunda Anayasaya aykırılık açıktır; gerçekten, eğer ortada yasa yapılmasını gerektiren belli bir Anayasa buyruğu varsa yasa yerine karar yolu ile hüküm konulmuş bulunması, Anayasanın o buyruğuna aykırı olacaktır ve yine, nitelikçe ancak yasa konusu olabilecek bir hükmün (örneğin temel hak ve hürriyetlerden birisini sınırlandıran bir hükmün bir karar ile konulmasında olduğu gibi) yasa yapma yöntemlerine uyulmadan konulması, Anayasanın yasaların yapılmasına ilişkin kurallarına (91-93) aykırı düşer. Karar yolu ile konulan kural, şayet bir tüzük veya bir yönetmelik konusu olabilecek bir hüküm ise, o zaman, meclisler, idarenin yetki alanına taşmış olurlar (Anayasa, 107, 113, 5, 6 ve 4) ki bu da, Anayasaya uygun olamaz.

Bugünkü Anayasamıza göre Yasama Meclisleri iki tane olduğundan, ikisinin aynı konuda yasa yerine karar verme yoluyla hüküm koyabileceği pek düşünülemez ama böyle bir durumun olamayacağı görüşünde olduğu izlenimini uyandırmaktadır (Onar S. da verilmiş bir karar ile bu yola gidilmiş olması ve konunun bir mahkeme tarafından Anayasa Mahkemesine ulaştırılması kolayca akla gelebilir.

Anayasanın Anayasaya uygunluk denetimine ve işlerin Anayasa Mahkemesine getirilmesine ilişkin hükümlerinde ve Anayasa Mahkemesi Kuruluş Yasasının yine bu konulardaki hükümlerinde geçen (kanun) sözcüklerinin yalnızca (kanun) adıyla yapılmış metinleri anlattığı, hukuk dilinde (özü bakımından kanun) denilen kuralların ise bu hükümlerin dışında kaldığı ileri sürülemez, başka deyimle, bir hükmün (karar) adını almış olmasına bakılarak, hukukî nitelikçe, onun karar sayılması yoluna gidilemez. Anayasa denetimi, buna ilişkin metinlerdeki (kanun) sözcüklerini, meclislerce verilmiş kanun hükmü niteliğindeki kararı da kapsayacak biçimde yorumlamak ile gerçekleşebilir. Anayasa dahi bir yasadır ve temel hukuk kuralları koymak

için yapılmıştır. Buna göre, Anayasada geçen sözlerin yazılışları elverişli oldukça, hukuk bilimindeki anlamlarında yorumlanması, zorunludur. Sosyal ihtiyaçlar ve Anayasa denetiminin amaçları dahi bu yorumu ayrıca çok haklı göstermektedir. Onar, Anayasanın öntasarısındaki meclisin bütün kararlarının Anayasa denetimine bağlı olduğu yollu hükmün Kurucu Meclisçe benimsenmemiş olmasına dayanarak meclis kararlarına karşı, Anayasaya uygunluk denetiminin hiç bir zaman uygulanamayacağı görüşünde olduğu izlenimini uyandırmaktadır (Onar S. 202-207 ve 364, 365).

ç) Yasa niteliğinde bulunup da Osmanlı Devletince (Nizamname) veya (Kanunu Muvakkat) adı ile çıkarılmış olan hukuk metinleri dahi, Anayasaya uygunluk denetimi bakımından yasa sayılır. Nitekim (kanunu muvakkat) başlığını taşıyan Memurin Muhakematı Kanunu (E. 63/20, K. 63/88 sayılı ve 10/4/1963 günlü karar - Resmî Gazete 20/5/1963, sayı 11407 Dergi Sayı 1, S. 188) ile (Nizamname) adını taşıyan Zabıtai Saydiye Nizamnamesini (E. 66/4, K. 66/25 sayılı, 3/5/1966 günlü karar-Resmî Gazete 11/7/1967, sayı 12345 Dergi Sayı 4, Sah. 139) Anayasa Mahkememiz denetlemiştir.

d) 1924 Anayasasına göre Türkiye Büyük Millet Meclisinin çıkarmış olduğu yasama yorumlarına (teşriî tefsirlere) karşı (ilişkin oldukları yasadan ayrı olarak) Anayasa Mahkemesine ne iptal davası, ne de itiraz yolu ile baş vurulabilir (8/b ye bak).

e) Anayasamız, açık hükümleriyle, Millî Birlik Komitesinin tek başına çıkarmış olduğu yasalar ile ,geçici madde 4), devrim yasalarını (mad. 153) Anayasaya uygunluk denetimi dışında bırakmıştır.

f) Antlaşmalarda dahi Anayasaya uygunluk denetimi yapılamaz. Anayasanın 65 inci maddesi uyarınca, yabancı devletler veya uluslararası kurullar ile yapılacak antlaşmaların onaylanması için Türkiye Büyük Millet Meclisinin bir yasa çıkarması kuraldır. Maddede bu kuralların birtakım ayrıkları (istisnaları) öngörülmüştür. Bu ayrık durumlarda antlaşmaların yayımlanması, yürürlüğe girmeleri için yeterlidir. Sözü edilen maddenin son fıkrasında, meclislerce onaylanmış olsun veya olmasın, bütün antlaşmaları kapsayan şu hüküm yer almıştır : (Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar, kanun hükmündedir. Bunlar hakkında 149 ve 151 inci maddeler gereğince Anayasa Mahkemesine başvurulamaz). Görülüyor ki bu hükü, antlaşmaların metnine karşı, Anayasa Mahkemesine baş vurulmasını yasaklamaktadır; yalnız, bunların onaylanmasına ilişkin yasanın denetime bağlı tutulmasına engel olamaz; zira, onaylama yasası, hiç bir zaman, uluslararası antlaşma anlamına gelmez. Yasağın amacının usulünce yürürlüğe konulmuş antlaşmalar üzerinde bir değişiklik yapılarak uluslararası ilişkilerin bozulmasını önlemek olduğu, yazılıştan, anlaşılmalıdır. Onaylama yasasının Anayasaya aykırı bulunması, yürürlüğe koymada usule uygunluk olmaması demektir. Bu bakımdan, onaylama yasasına karşı, Anayasa Mahkemesine baş vurulmasına tartışma konusu Anayasa hükmü engel değildir (Kıratlı S. 112).

g) Anayasaya uygunluk denetimine bağlı hükümler arasında şimdiki Anayasanın değiştirilmesine ilişkin yeni Anayasa hükmü de anılmaya değer. Bir kez, Anayasanın değiştirilmesi, onun 155 inci maddesinde yazılı özel hükümlere ve öbür yasaların yapılmasına ilişkin genel kurallara bağlıdır. Anayasa koyucu, 334 sayılı Anayasanın 147. maddesinin 1 inci fıkrası kuralı ile herhangi bir yasanın veya meclis içtüzüğünün bile Anayasaya uygunluk denetimine bağlı tutulmasını öngörmüş ve bunun için özel bir mahkeme kurulması ilkesini benimsemiş iken özel kurallara bağlayarak özel bir önem verdiği Anayasa değişikliğine ilişkin hükümleri bu denetimin dışında bırakmayı düşünmüş olamaz, belki bu denetimi çok doğal (tabîi) gördüğü için bu yönü açıklamayı gereksiz saymıştır. Yasalar ve içtüzükler için uygulanan denetim, toplum ve hukuk açısından onlardan daha çok önemli kuralları kapsayan Anayasa değişikliği için, öncelikle, benimsenmelidir. Herhangi bir alacak için konulmuş bir usul hükmünün bile Anayasaya aykırı olması durumunda Anayasa Mahkemesince iptali kabul edilirken temel haklardan bir tanesinin veya hâkim teminatının kaldırılmasını öngören ve meclislerin ancak salt çoğunluğu ile kabul edilmiş bulunan bir Anayasa değişikliğinin Anayasa Mahkemesince denetlenmemesi, insana gerçekten anlamsız ve sağduyuya aykırı görünecektir.

Bu denetim, biçim (şekil) yönünden olabileceği gibi öz yönünden de olabilecektir; nitekim, Anayasamızın 9 uncu maddesinde devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu yollu hükmün değiştirilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Buna bakılarak bütün öbür hükümlerin değiştirilebileceği anlamı çıkarılmamalıdır.

Değiştirilemeyecek hükümlerin hangileri ve bunları bulmaya yarayacak ölçülerin neler olduğu, Anayasa Mahkemesince belli edilecektir. Şunu belirtelim ki değiştirilmesi yasak olan Anayasa Hükümlerini değiştirmek üzere konulmuş bulunan hükümlerin öz bakımından dahi denetlenmesi yapılacak ve iptaline karar verilecektir. Kıratlı, biçim yönünden denetimi tereddütsüz benimsemekle birlikte, öz yönünden denetimi, yalnızca Anayasamızın az önce anılan devlet şekline ilişkin hükmü için kabul etmektedir (Kıratlı. S. 105).

Bu sorun üzerinde Arık, şunları yazmaktadır : «Anayasadaki hükümlerin hepsi, önemce aynı değerde değildir. Meselâ devletin Cumhuriyet olduğuna ve laikliğine dair hükümler, hiç bir suretle tadil edilemez. Bunları tadil eden yeni Anayasa hükümlerinin Anayasaya aykırılığı iddiasının bu mahkemece dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz». (Arık 1961 S. 846).

Bana kalırsa, çağdaş uygarlık ilkesine ilişkin Anayasa hükümleri dahi, değiştirilemeyecek hükümlerdendir.

Anayasa Mahkemesi bir kararında Anayasa değişikliğine ilişkin yasaların Anayasaya aykırılığı ileri sürüldüğünde bu istemleri biçim bakımından da, öz bakımından da inceleyebileceğini oy çokluğu ile karara bağlamıştır. (16/6/1970 günlü, 1970/1 esas, 1970/31 karar sayılı Anayasa Mahkemesi kararı

III, a, b bölümleri, Resmî Gazete, gün 7/6/1971, sayı 13358; Dergi Sayı 8, Sayfa 322-324).

Bütün bu görüşler, Anayasanın 147 inci maddesinin 1. fıkrasının ilk metnine göre ileri sürülmüştür. Anayasanın 1488 sayılı Yasa ile değiştirilen 147 inci maddesinin Mahkemenin görevlerinden Anayasaya aykırılık denetiminin kapsamını gösteren 1. fıkrasına eklenen (Anayasa değişikliklerinin de Anayasada gösterilen şekil şartlarına) deyimiyle, Anayasa değişikliklerine ilişkin Anayasaya uygunluk denetimi, Anayasada gösterilen biçim koşullarıyla sınırlandırılmıştır, böylece Anayasa değişikliklerinin öz yönünden Anayasa Mahkemesince incelenmesi olanağı kaldırılmıştır. Demek ki Anayasayı değiştiren yasaların öz bakımından Anayasaya uygunluğunun sağlanması konusunda 1924 Anayasasının düzenine dönülmüştür başka deyimle Anayasa değişikliklerinin öz bakımından Anayasaya uygunluğunun gerçekleştirilmesi yalnızca Yasama Meclislerinin Özenine bırakılmıştır.

h) Yasama meclislerinin içtüzüklerinde Anayasaya aykırı hükümler bulunmasını önlemek, bunlardaki hükümlerin Anayasaya uygun hükümler olmasını sağlamak ereği ile bu tüzüklerin dahi Anayasaya uygunluk denetimine bağlı tutulması ilkesi benimsenmiştir (147). Mahkemelerin herhangi bir davada meclislerin içtüzüklerini uygulaması düşünülemediğinden, içtüzüklerin denetimi yalnızca iptal davası yoluyla olabilecektir; gerçekten, Anayasamızın mahkemelerden iş gönderme üzerine denetime ilişkin 151 inci maddesinde ancak yasa hükümlerinin Anayasaya aykırılığı söz konusu edilmekte iken iptal davası üzerine denetimi düzenliyen 147 inci maddesinde yasa hükümleri ile birlikte içtüzük hükümlerinin Anayasaya aykırılığı dahi söz konusu edilmiştir; 44 sayılı Kuruluş Yasasındaki hükümler de bunlara uygundur (44 sayılı Yasa mad. 20, bent 1 ve bent 2-Kıratlı S. 105, 106). Anayasamıza göre yasama meclisleri; Cumhuriyet Senatosu, Millet Meclisi ve Türkiye Büyük Millet Meclisi adları ile üç meclis olarak çalışmakta bulunduklarından, Anayasanın 85 inci maddesi uyarınca, bunların çalışmaları, her üçü için kendilerince yapılacak içtüzüklerle belli edilecektir. Bugüne değin, Cumhuriyet Senatosu ve Türkiye Büyük Millet Meclisi çalışmaları için içtüzükler yapılmışsa da Millet Meclisi için henüz bir içtüzük yapılmış değildir ve bu meclisin çalışmalarında Türkiye Büyük Millet Meclisi İchtüzüğünün 27/10/1957 den önce yürürlükte bulunan hükümleri (Anayasa geçici madde 3 uyarınca) uygulanmaktadır.

İchtüzük, hukukî nitelikçe, bir yasa değildir; nitekim, Anayasa Mahkememiz dahi, Cumhuriyet Senatosu içtüzüğünün birtakım hükümlerinin iptali için açılan bir dava dolayısıyla, bu görüşü benimsemiştir (E. 64/19, K. 65/11 sayılı ve 2/3/1965 günlü karar-Dergi, Sayı 3, S. 37 ve sonr.; Resmî Gazete gün 17/9/1965, sayı 12103).

Anayasada içtüzük hükümlerinin, siyasî parti guruplarının meclislerin bütün faaliyetlerine, başka deyimle, bütün iş ve işlemlerine, güçleri oranın-

da katılmalarını sağlayacak biçimde konulması yolunda bir ilke yer almıştır (mad. 85, fık. 2). Bu ilkeye uygun bulunmayan içtüzük hükümleri, Anayasaya aykırı olacağı gibi Anayasadaki meclis çalışmalarına ilişkin başka buyruk ve yasaklara uymayan içtüzük hükümleri dahi Anayasaya aykırı bulunacaktır; örneğin, izin almadan meclisin çalışmalarına aralıksız iki ay katılmayan bir üyenin üyeliğinin meclisin kararma bağlı olmaksızın sona ereceğini ve o kimsenin meclis çalışmalarına katılamayacağını bildiren bir içtüzük hükmü, üyeliğin düşmesinin meclisin kararma bağlı olması ilkesine (mad. 80) uymaması yüzünden, meclisin hiçbir zaman kendiliğinden toplanamayacağı yollu bir içtüzük hükmü ise, meclislerin her yıl kasım ayının ilk gününde kendiliğinden toplanacağı ilkesine (mad. 83) uymaması yüzünden Anayasaya aykırı sayılacaktır. Hatırlatalım ki, Anayasanın 83, 84, 86-90, 91, 94 üncü maddelerinde meclis çalışmalarına ilişkin birtakım buyruk ve yasaklar yer almıştır.

1) Yasaların Anayasaya aykırılığı konusunda olduğu gibi burada da çok önemli bir yön üzerinde durulmak zorunluğu vardır : Bu yön, içtüzükle düzenlenmesi gereken bir konunun, bir karar ile düzenlenmiş olması halinde bu kararın Anayasaya uygunluk denetimine bağlı olup olmayacağıdır.

Anayasa, yukarıdaki bentte açıkladığımız üzere, meclislerin çalışmalarının içtüzüklerle düzenlenmesini öngörmüştür (85). Meclislerin çalışmalarına ilişkin bir konuda içtüzük hükmü konulacak yerde bu konunun meclislerce bir kararla düzenleme yoluna gidilmesi ve kararlara karşı Anayasaya uygunluk denetimi uygulanamayacağından, böylelikle denetim yolunun kapatılması sonucunun elde edilmesi, Anayasa hükümlerinin uygulanmasını önleme olur. Anayasa hükümlerinin uygulanamaz duruma getirilmesi karşısında, Mahkemenin Anayasaya dayanan yetkisini kullanmaması, Anayasa hükümlerinin yasama meclislerince , kötü bir isteğe değil hukuk yönünden bir yanılmaya dayansa bile, uygulama dışı bırakılmasına göz yumması anlamına gelir ki böyle bir durum, ne Anayasaya uygunluk denetiminin amacına, ne de hukuk devleti ilkesine uygun düşer; örneğin, meclis komisyonlarının hangileri olduğu ve görevlerinin ne olduğu, bu komisyonların çalışma yöntemleri, içtüzükle düzenlenmesi gerekli yönlerdir. Meclislerden birisi bu konular üzerinde ya genel kurallar niteliğinde veya belli olaylarla ilgili ve belli zamanla sınırlı bir takım kararlar vererek düzenleme yoluna gitse, bu kararlara Anayasaya uygunluk denetimi uygulanmalı ve kararlar, Anayasanın 85 inci maddesine aykırılık yüzünden iptal edilmelidir.

İçtüzükle düzenlenecek bir konunun yasa ile düzenlenmesi durumunda da, yine Anayasanın 85 inci maddesine aykırılık vardır. Çünkü, Anayasamıza göre yasalar iki meclisten geçirilmek yoluyla yapıldıklarından, böyle bir yasanın yapılmasında, meclislerin birisinin öbürünün işlerine karışması gibi yetki dışı bir durum ortaya çıkar. Bu türlü bir yasanın her iki meclisten oybirliği ile çıktığı düşünülse bile, bir yasanın değişmesi ancak yeni bir yasa ile olabilece-

ğinden meclislerden birisi tek başına bu yasaı değiştirmeyecek ve böylelikle de meclislerden birisi öbürünün işlerine karışır duruma girecektir. Balta, bu sorun üzerinde kısaca şöyle demektedir : «Yasama meclislerinin içtüzükleri, gerek yapılışları, gerekse mahiyet ve sahaları itibariyle kanundan ayrı hüviyette metinlerdir. Her ikisinin de kendi sahaları içinde kalmaları gerekir. Bu sahayı Anayasa çizdiği için şayet içtüzük meclis dışına taşan, kanunda meclisin iç işine karışan bir hüküm koyarsa bu, Anayasaya aykırı düşer.» (Balta S. 73, 74).

Meclislerden birisinin içtüzüğü ile onun çalışmasını ilgilendirmeyen bir konu düzenlenecek olursa bu içtüzük hükmü, yine Anayasanın 85 inci maddesine aykırı düşer; zira, içtüzükle ancak meclisin çalışması düzenlenebilir.

Anayasa Mahkemesi, nitelikçe içtüzük kuralı koyan yasama meclisi kararlarına karşı açılan davaları görevi içinde saymakta ve bu türlü kararları Anayasaya uygunluk bakımından denetlemektedir (27/7/1968 günlü, 1967/6 esas; 1968/9 karar sayılı karar 1/4 bölümü, Dergi Sayı 6, sayfa 124/126, Resmî Gazete, gün 18/9/1968, sayı 13004; 18/6/1970 günlü, 1970/25 ve 26 esas, 1970/32 karar sayılı karar III/1, b bölümü, Dergi Sayı 8, Sayfa 354-356, Resmî Gazete, gün 17/12/1970, sayı 13697).

i) Yukarıda (4/e) bendinde açıklandığı üzere,, Anayasanın 64 üncü maddesine 1488 sayılı Yasa ile eklenen beş fıkra ile anayasal düzene yasa hükmünde veya yasa dengi kararname kurumu (müessesesi) sokulmuştur ve bu kararnamelerin Anayasaya uygunluğunun Anayasa Mahkemesince denetlenmesi ilkesi benimsenmiştir. Anayasa Mahkemesinin Anayasaya uygunluk denetimi konusundaki görevinin hangi hukuk kuralarını kapsadığı Anayasanın 1488 sayılı Yasa ile değişik 147 inci maddesinin 1 inci fıkrasında bildirildiğine göre yasa dengi kararnamelerin Anayasaya uygunluk denetimine ilişkin kuralın da oraya konulması çok yerinde olurdu. Bununla birlikte uygulamada bu kuralın Anayasanın 147 inci maddesinin 1 inci fıkrasına eklenmiş sayılması, doğru olacaktır. Her ne olursa olsun yasa dengi kararnamelerin Anayasaya uygunluğu denetiminde yasaların bu türlü denetiminde uygulanan hukuk kurallarının hepsinin, ilke olarak, uygulanacağını kabul etmek gerektir. Ancak bunların denetiminde Anayasanın değişik 64 üncü maddesinin 2 inci, 3 üncü, 5 inci ve 6 ıncı fıkralarının özel bir önemi olacaktır başka deyimle denetimde yasa dengi kararnamenin genellikle Anayasanın öbür kurallarından önce bu fıkralardaki kurallara aykırı olup olmadığı araştırılacaktır. Anılan fıkralarda konulan kurallardan en önemlisi yasa dengi kararnamenin çıkarılması yetkisini Bkanlar Kuruluna veren yasaya başka deyimle yetki yasasına uygun olması kuralıdır. Demek ki bu türlü kararnamelerin birtakım kurallarının onların dayanağı bulunan yetki yasasına aykırı olması dahi, anılan 2 inci fıkraya aykırılık yaratır ve iptali gerektirir. Yalnız değişik 64 üncü maddenin 4 üncü fıkrası kuralının yasa dengi kararnamenin Anayasaya uygunluğu dene-

timinde doğrudan doğruya uygulanma yeri yoktur; çünkü bu fıkra Yetki yasasının ve yasa dengi kararnamenin onaylanmasına ilişkin yasanın görüşme ve karara bağlanması yöntemini düzenlemektedir.

Şunu da belirtelim ki yasa dengi kararnamelerin denetlenmesi denilince, bu kararnamelerin henüz Türkiye Büyük Millet Meclisince kabul veya reddinden önceki evrende denetlenmesi anlaşılmalıdır ve bu denetim bir çok hukuk sorunlarının ortaya çıkmasına yol açacaktır. Yetki yasasının Anayasaya aykırılığı ileri sürülmemişken o yasadaki bir kuralın Anayasaya aykırı bulunması nedeniyle kararnamedeki bir kuralın Anayasaya aykırı olması ve yalnızca kararnamedeki kurala karşı iptal istenilmiş bulunması durumunda Anayasa Mahkemesince iptal kararı verilebilip verilemeyeceği ya da Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptali istenilen bir yasa dengi kararnamenin, Anayasa Mahkemesince davaya bakıldığı sıra Türkiye Büyük Millet Meclisince onaylanması üzerine davaya bakılabiliş bakılamayacağı gibi bir çok sorunları tartışılıp çözüme bağlanması gerekecektir.

Bir kararnamenin yasa dengi kararname sayılması için bu tür bir kararname olarak ve belli bir yetki yasasına dayandığı bildirilerek başka deyimle Anayasanın değişik 64 üncü maddesinin 2 inci fıkrasındaki biçim koşullarına göre Bakanlar Kurulunca çıkarılmış olması yetecektir ve bu belgenin Anayasaya uygunluğu Anayasa Mahkemesince denetlenebilecektir (Anayasa, değişik mad., 64 fık. 6).

Yukarıda (c) bendinde biçim bakımından yasalar gibi kabul edilmiş olmayıp öz bakımından yasa niteliğinde kurallar koyan bir yasama meclisi işlemi- nin, Anayasa Mahkemesinin denetimi açısından yasa sayılacağı belirtilmiştir. Bu ülke, yasa niteliğinde kurallar getiren ve fakat yasa dengi kararname biçiminde kabul edilmiş olmayan bir Bakanlar Kurulu kararnamesi için uygulanamaz; çünkü Bakanlar Kurulu kararları, ilke olaark Anayasanın (1488 sayılı Yasa ile) değişik 140 inci maddesinin 1 inci ve 2 inci fıkralarıyla 24/ 12/1964 günlü, 521 sayılı Danıştay Yasasının 44 üncü maddesinin 1 inci fıkrasının A ve B bentleri uyarınca Danıştayca denetlenip iptal olunabilir. Anayasanın değişik 64 üncü maddesinin 6 ıncı fıkrası, nitelikleri o maddede anılan yasa dengi kararnamelerin Anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisini, ayrık (istisna) olarak, Anayasa Mahkemesine vermiştir. Danıştayın denetimine bağlı bir idare işleminin Anayasaya aykırılığı nedeniyle dahi iptal edilebileceğinde, hiçbir kuşku yoktur. Demek ki yasa kuralı niteliğinde kuralları kapsayan bir yasama meclisi kararının Anayasa Mahkemesince denetlenmemesi durumunda yargı denetimi dışında kalması sakıncası, yasa dengi kararnameler gibi çıkarılmış olmamakla birlikte yasa kuralı kapsayan (örneğin yürürlükteki bir yasayı değiştiren) Bakanlar Kurulu kararnameleri için söz konusu edilemez.

Özet olarak denilebilir ki, bir metnin yasa dengi kararname olarak nitelenmesi için yalnızca biçim yönünden böyle nitelendirilebilmesi yeterlidir,

biçimsel yönden yasa dengi kararname olmayan bir kararname, öze bu nitelikte bulunsu bile, Anayasa Mahkemesince denetlenemez.

17- Anayasaya aykırılıkların iptal nedeni olacağı ilkesi ve bunun ayrıkları.

Anayasa Mahkemesince herhangi bir yasa veya içtüzük kuralının Anayasaya aykırılığı kabul edilince ilke olarak, onun iptaline karar verilmesi gerekir; nitekim Anayasamızın 147/1, 149, 151 ve 152/2 ci maddelerinde iptalden söz edilmiştir. Bu ilkenin ayrıkları (istisnaları) da vardır : I — Belli süreler içinde belirli yasaların yapılacağına ilişkin hükümler, II — Eksik düzenleme niteliğindeki hükümler.

I— Süre kuralları : Anayasalardaki kurallar ilke olarak, bağlayıcı temel kurallardır. Bu yön, Anayasamızda (Anaya hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.) denilerek belirtilmiştir (mad. 8/2).

Anayasa hükümlerinin yasama organını bağlayıcı oluşunun yaptırımı, Anayasaya uygunluk denetiminin Anayasa Mahkemelerince yürütüldüğü devletlerde, Anayasaya aykırı hükümlerin iptalidir. Yalnız, Anayasalarda öyle hükümler vardır ki bunlar, ilkeye aykırı olarak bağlayıcı nitelikte değildirler, daha doğrusu, bunlara aykırı davranılması yasa koyucu meclisler için şu veya bu biçimde bir sorumu gerektirse bile, bunlara aykırı olan yasama işleminin iptali yoluna gidilemez. Bizim Anayasamızda, bu Anayasa ile ilk kez kabul edilmiş olan organ, kurum ve kurulların kuruluş ve işleyişleriyle ilgili yasaların Türkiye Büyük Millet Meclisinin ilk toplantısından başlayarak en geç altı ay içinde ve konulmaları bu Anayasa ile buyrulan öbür yasaların dahi en geç iki yıl içinde çıkarılması (geçici mad. 7), öngörülmüştür.

Yukarıda yazıldığı gibi (15, ilk satırlar), bu yasalardan birisinin belli süreler geçtikten sonra çıkarılması, onun iptali için bir neden olamaz; çünkü, Anayasa koyucu, böyle zaman sınırlandırması koymakla o yasaların belli süre geçtikten sonra çıkmasını yasak etmeyi değil, tam tersine, onların belli süre içinde konulmasını sağlamayı erek edinmiştir. Eğer bir yasanın belli süre geçtikten sonra konulması dolayısıyla onun iptali yoluna gidilirse, özellikle yeni kurum ve kuruluşlara ilişkin bir yasanın geç konulması durumunda o yeni kuruluşun yasadışı kalması ve işleyememesi gibi bir sonuç ve yine eski kuruluşların yeni Anayasaya uygun yasalarının geç konulması durumunda da Anayasaya uyan kurulların hiçbir zaman konulamaması gibi bir sonuç doğar; oysa ki Anayasa koyucu, bir yandan, Anayasanın üstünlüğünü sağlamak isterken ve bu yolda en etkili hükümleri koyma çabasını gösterirken, öte yandan Anayasanın üstünlüğünü sağlamak isterken ve bu yolda en etkili hükümleri koyma çabasını gösterirken, öte yandan Anayasa üstünlüğünü belli alanlarda gerçekleştirmekten alıkoyan sonuçları benimsemiş olamaz.

II— Eksik düzenleme durumu : Yukarıda da (15) belirtildiği gibi, eksik düzenleme durumunda, kural olarak, iptal kararı verilemez.

19— Anayasaya aykırılıktan söz edilebilmesi için Anayasa kuralı ile denetlenen kural arasında bağdaşmazlık, birbirini tutmazlık, çelişme bulunması zorunluğ.

Yukarıda (16) da açıklandığı üzere bir yasa veya içtüzük hükmünün yalnızca biçim, veya yalnızca öz bakımından Anayasanın herhangi bir hükmüne uygun bulunmadığı durumlarda, o yasa veya içtüzük hükmü, Anayasaya aykırı sayılacaktır. Gerçekten, Anayasa hükmü ile bir yasa yada içtüzük hükmü arasında uygunluk var ise, artık, o yasa veya içtüzük hükmünün Anayasaya aykırılığından söz edilemeyecektir. Yine unutulmamalıdır ki Anayasanın koyduğu bir hükmün uygulanmasını ya dolayısıyla engelleyen veya olağan üstü biçimde güçleştiren bir yasa hükmünün dahi Anayasaya aykırılığı ilkesi benimsenebilir. Biliyoruz ki Anayasa ile devlet yönetiminde ve yapılacak yasaklarda izlenecek belli yönler, varılacak belli erekler gösterilmiştir. Bir yasa, doğrudan doğruya olmasa bile dolayısıyla bu yönlere uymayacak sonuçlar doğuracak veya Anayasanın ereklerine varılmasını olağan üstü biçimde güçleştirecek ve böylece bu ereklere kuramsal (naazrî) duruma düşürecek hükümler koyarsa, Anayasanın öngördüğü düzen, ya hiç gerçekleşmeyecek yahut pek geç gerçekleşecektir. Diyelim ki, köy ilkokul öğretmenlerinin hepsinin Eğitim Fakültesini bitirmiş olmalarını ve bu nitelikte bulunmayanların üç yıl sonra köy okullarında öğretmenlik veya öğretmen vekilliği edemeyeceğini öngören bir yasa kabul edilmiş olsun. Değil bugün, daha pek uzun yıllar bu nitelikte köy öğretmeni bulunamayacağından, böyle bir yasa hükmü, bir kaç yıl içinde bugün açık bulunan köy ilkokullarının bile kapanması sonucunu doğuracaktır ve böylelikle Anayasanın ilk öğrenimin kız ve erkek bütün çocuklar için mecburî olduğu hükmü (52/2), köylerde uygulanamaz duruma girecektir. O halde böyle bir engelleyici sonuç, Anayasaya aykırı sayılacaktır.

Belirtelim ki Anayasaya uygunluk denetiminin amacı, Anayasaya uygun bir hukuk düzeninin olabildiğince çabuk kurulmasıdır. Aykırılık durumu bu açıdan düşünülünce, Anayasaya uygun bir düzenin kurulmasını sonuç olarak engelleyen kurallardan başka, olağanüstü zorlaştıran bir yasa veya içtüzük hükmünün dahi Anayasaya aykırı sayılması gerekli görülecektir; şayet bu görüş benimsenmeyecek olursa Anayasaya uygunluk denetimi ile Anayasa koyucusunun varılmasını dilediği erek, birtakım durumlarda ya hiç gerçekleşmeyecek ya çok geç, belki uzun yıllar sonra gerçekleşebilecektir. Anayasanın öngördüğü ereklerden birtakımına hiç erişilememesi veya ancak uzun yıllar geçtikten sonra erişilebilmesi ise, hem toplumsal bakımından, hem de hukuk bakımından çok zararlı sonuçlara ve belki ağır toplumsal bunalımlara (buhranlara) yol açabilecektir. Unutmamalıyız ki çağımız, bekleme çağı değil, günden güne artan bir hızla gerek maddî uygarlık, gerekse hukukî ve top-

lumsal gelişmeler alanında ilerleme ve yükselme çağıdır ve hukuk uygulamaları dahi bu toplumsal hızlanma olayının etkisi dışında kalmaz.

19 — SONUÇ : Yazımızın başından bu yana açıkladığımız (iptal kararına temel olabilecek) Anayasaya aykırılık durumlarının öğelerini (unsurlarını) hep bir araya getirirsek şöyle bir durumla karşılaşmış oluruz :

1— Anayasa Mahkemesince iptali için Anayasaya aykırılığı söz konusu edilebilecek kuralın, daha kısıtı, denetlenecek kuralın, bir yasa kuralı, yasa dengi kararname kuralı ya da yasama meclislerinden birisinin içtüzük kuralı olması;

2— Denetlenecek kuralın, yürürlüğe girmek üzere Resmî Gazetede yayımlanmış ve başka bir kuralla kaldırılmamış bir kural bulunması veya kaldırılmış bir kural olsa bile herhangi bir mahkemede görülmekte olan bir davada uygulanacak olan ve iptal edildiğinde herhangi bir bireyin (ferdin) kazanılmış hakkının çiğnenmesi söz konusu edilmeyen bir kural bulunması;

3— Denetlenecek kuralın, Anayasaya uygun biçimde yorumlanmaya elverişli olmayan veya böylece yorumlanmasına içtihadı birleştirme kararı, yüksek mahkemelerin kökleşmiş uygulamaları ya da yasama yorumu yüzünden imkân olmayan bir kural bulunması;

4— Denetlenecek kuralın, Anayasa kurallarının yalnızca sözünün değil, özünün ve dayandığı üstün hukuk ilkelerinin dahi göz önünde tutulması yoluyla yapılacak yorumu sonunda belli olacak anlama göre aykırılık durumu gösteren bir kural bulunması, veyahut Anayasanın benimsediği bir özel yasa kuralına aykırılık gösteren bir kural bulunması;

5— Biçim yönünden (şekil bakımından) aykırılıkla öz (esas) yönünden (öz ilişkin yetki, konu veya amaç yönlerinden birisinde) beliren aykırılık arasında bir ayrımın söz konusu edilmemesi;

6— Denetlenecek yasa veya içtüzük kurallarının yasa veya içtüzük kuralı sayılması için yalnızca biçim yönünden veya yalnızca öz yönünden yasa kuralı veya içtüzük kuralı niteliğinde bulunmaları, yasa dengi kararnamelerin ise, bu tür kararname sayılmaları için yalnızca biçim yönünden yasa dengi kararname niteliğinde bırakılmış bir kuralın söz konusu olmaması;

7— Anayasaya göre, Anayasaya uygunluk denetimi dışında bırakılmış bir kural olmaması;

8— Anayasanın bir kuralı ile denetlenen kural, arasında herhangi bir uyumsuzluk, çatışma, çelişme veya bağdaşmazlık bulunması yahut denetlenen kuralın Anayasanın koyduğu bir kuralın uygulanmasını dolayısıyla engelleyen veya olağanüstü güçleştiren nitelikte bir kural olması, eğer denetlenen kural, bir Anayasa kuralını değiştiren yasa kuralı ise bu kuralın Anayasa değişiklikleri için Anayasada gösterilmiş biçim koşullarına uyulmadan konulmuş bulunması;

Anayasaya Aykırılık Kavramı

* * *

Bu ögeleri, (unsurları) bir araya getirirsek şöyle bir tanımlama ortaya çıkacaktır :

Yürürlüğe girmek üzere Resmî Gazetede yayımlanmış olup da başka bir kuralla kaldırılmış bulunmayan veya başka bir kuralla kaldırılmış olsa bile herhangi bir mahkemede görülen bir davada uygulanması gereken ve iptal edildiğinde herhangi bir bireyin (ferdin) kazanılmış hakkının çiğnenmesi söz konusu olmayan, Anayasaya uygun biçimde yorumlanmaya elverişli görül-meyen veya böyle bir yoruma elverişli görülse bile bir içtihadı birleştirme kararı veya yüksek mahkemelerin birinin kökleşmiş bir uygulaması ya da yasama yorumu dolayısıyla böylece yorumlanmasına olanak bulunmayan, yalnızca biçim veya yalnızca ön yönünden ya da hem öz hem de biçim yönünden yasa kuralı veya içtüzük kuralı niteliğinde olan, yahut yalnızca biçim yönünden veya hem öz hem de biçim yönünden yasa dengi kararname kuralı niteliğinde bulunan, Anayasa uyarınca Anayasaya uygunluk denetimi dışında bırakılmış olmayan bir kuralın, Anayasanın yalnızca sözüne göre değil, özünün ve Anayasa kurallarının dayandığı üstün hukuk ilkelerinin veya Anayasanın benimsemiş olduğu özel yasa kurallarının ışığı altında yapılacak yorumu sonunda yalnızca biçim yönünden veya yalnızca öz (öze ilişkin yetki, konu veya amaç) yönünden ya da hem biçim, hem de öz bakımından Anayasayla uymazlık veya bağdaşmazlık veya gelişme durumunda bulunmasına veya Anayasanın öngördüğü bir kuralın uygulanmasını dolayısıyla de olsa engelleyen veya olağanüstü güçleştiren nitelikte bulunmasına yahut Anayasayı değiştiren bir yasa kuralının konulmasında Anayasaya değişiklikleri için Anayasada öngörülmüş biçim koşullarının gerçekleşmemiş durumda olmasına, kuralın iptalini gerektiren nitelikte Anayasaya aykırılık denilir.

27/10/1971

Bu yazıda anılan yazılar veya yapıtlar (eserler) şunlardır:

- | | | | |
|-----------------------------|---|---|-------------------------|
| Prof. Dr. Kemal Fikret Arık | : | Yeni Anayasa Mahkemesi hakkında
Adalet Dergisi Eylül - Ekim 1961. Sah. 831-847 | Kısıtlamalar :Arık 1961 |
| Doç. Dr. Metin Kıratlı | : | Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi
Sevinç Matbaası - Ankara 1966 | : Kıratlı |

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi	:		Dergi
Prof. Dr. Bülent Nuri Esen		Anayasa Mahkemesine Göre Türk Hukuku Anlayışı Ankara Basımevi 1966	: Esen 1966
Dr. A. Recai Seçkin	:	Yargıtay Tarihçesi, Kuruluş ve İşleyişi - An- kara Yarıaçık Cezaevi Basımevi	: Seçkin 1967
Prof. Dr. Yaşar Kara- yalçın	:	Üniversitelerin İdare ve Murakabesi - Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan - Ajans-Türk Matbaası, Ankara - 1964/IX - Sah. 581-694	: Karayalçın
Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta	:	Kısa İdare Hukuku I - Balkanoğlu Matbaa- cılık Ltd. Şti - 1964 - Ankara	: Balta
Prof. Dr. Sıddık Sami Onar	:	İdare Hukukunun Umumî Esasları - cilt I. 3. Bası - İsmail Akgün Matbaası - İstanbul	: Onar

(13. Makale - 1974)

Tunçer
KARAMUSTAFAOĞLU

*İtiraz Yoluna Başvuran Mahkeme ve
Bakılmakta Olan Dava **

* M. Tuncer Karamustafaoğlu, "İtiraz Yoluna Başvuran Mahkeme ve Bakılmakta Olan Dava", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi**, C. 31, S. 1, 1974, s. 47-53.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI*

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN MAHKEME VE BAKILMAKTA OLAN DAVA

Doç. Dr. Tunçer KARAMUSTAFAOĞLU

İtirazın Konusu

Foça Sulh Ceza Mahkemesi, Türk Ceza Kanunun 456 ncı maddesinin dördüncü fıkrasını Anayasa'nın 33 üncü maddesinin üçüncü fıkrasına ve 12 nci maddesine; 2556 sayılı Hâkimler Kanununun değişik 35 inci maddesini de Anayasa'nın 132. ve 12. maddelerine aykırı görerek. Anayasa'nın değişik 151 inci maddesine dayanarak Anayasa Mahkemesine başvurmuştur

Olay

Foça Sulh Ceza Mahkemesi, bakmakta olduğu bir dâvada, birinci şikâyetçi-sanığı T.C. Kanununun 482 nci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca bir ay hapis ve 250 lira ağır para cezasına; ikinci şikâyetçi-sanığı da T.C. Kanununun 456 ncı maddesinin dördüncü fıkrasına göre 200 lira ağır para cezasına çarptırmıştır. Ceza Mahkemesinin verdiği bu hükmü sanıklardan biri ve Cumhuriyet Savcısı temyiz etmişlerdir. Yargıtay İkinci Ceza Dairesi birinci sanığa ilişkin hükmün onanmasına ve ikinci sanığa ilişkin hükmün ise «tahrik kurallarının uygulanıp uygulanmayacağına düşünülmediği gerekçesiyle» bozulmasına karar vermiştir. Hükmü veren yargıç da bu temyiz incelemesi dolayısıyla orta not almıştır. Foça Sulh Ceza Mahkemesi, «hakkındaki hüküm onanan kişinin de huzuru ile yaptığı duruşmanın 4 üncü oturumunda Türk Ceza Kanununun 456 ncı maddesinin dördüncü fıkrasını ve 2556 sayılı Kanunun Yargıtay'ca temyiz inceleme leri sırasında yargıçlara not verilmesine ilişkin değişik 35 inci maddesini Anayasa'ya aykırı görerek Anayasa Mahkemesine başvurulmasına ve Yargıtay bozma ilâmına uyulup uyulmamasının Anayasa Mahkemesinden sonuç alındıktan sonra düşünülmesine karar vermiştir.»

* Esas sayısı: 1972/47; Karar sayısı: 1972/56; Karar günü: 21/11/1972; Resmî Gazete, 5 Şubat 1973, Sayı: 14439.

Yöresel Mahkemenin Dayandığı Anayasa Kuralları

1. Eşitlik (Ay, m. 12) : «Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir.

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

2. Cezaların Kanunî ve şahsî olması (Ay, m. 33/3); «...Kimseye, suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.»

3. Mahkemelerin Bağımsızlığı (Ay, m. 132/ 1, 2) : «Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa’ya, kanuna, hukuka ve vicdanî kanaatlarına göre hüküm verirler.

Hiç bir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.»

Anayasa Mahkemesinin İncelemesi ve Red Kararı

Anayasa Mahkemesi, Foça Sulh Ceza Mahkemesinin Anayasa’ya aykırılık itirazını, işin özünü yargılama usulü yönünden incelemeye gerek duymaksızın ilk inceleme safhasında¹ adı geçen Mahkemenin «yetkisizliği» yönünden reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi önce, Foça Sulh Ceza Mahkemesinin itiraz yoluna başvurmaya yetkili bulunup bulunmadığı sorunu üzerinde durmuş ve Anayasa’nın 151. maddesine uymayan bu başvurunun, başvuran mahkemenin **yetkisizliği** yönünden reddine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin başvurunun reddine ilişkin incelemesi ve görüşü şöyledir: «...Anayasa’nın değişik 151. ve 22/4/1962 günlü, 44 sayılı Kanunun 27 nci maddeleri kurallarına göre bir mahkemenin herhangi bir kanun hükmünü, Anayasa’ya aykırılık denetiminden geçirebilmesi için, Anayasa Mahkemesine getirebilme yetkisini kazanması, her şeyden önce elinde **bakmakta olduğu bir dâvânın** bulunmasına bağlıdır.

İncelenen işe gelince iki sanık hakkında Foça Cumhuriyet Savcılığının 1971/332-191-59 sayılı, 21/12/1971 günlü iddianamesi ile açılarak Sulh Ceza Mahkemesinin 1971/164 esas sayısını alan kamu dâvası bu mahkemenin 21/12/1971 günlü, 1971/164-154 sayılı hükümle işi kendi yönünden sona erdirmesi üzerine **bakılmakta bulunan dâvâ** olmaktan çıkmıştır. Hükmün birinci sanığa ilişkin bölümü Yargıtay 2 nci Ceza Dairesinin 29/2 1972 günlü, 1253-1409 sayılı ilâmıyla onandığına göre artık işin bu bölümünün **bakılmakta olan dâvâ** niteliğini yeniden kazanması söz konusu olamaz. Hakkındaki hüküm aynı ilâmla bozulan ikinci sanığa ilişkin işin ise **bakılmakta olan**

¹ Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü, M. 15.

dâvâ durumuna geçebilmesi **ancak ve ancak** Foça Sulh Ceza Mahkemesinin Yargıtay'ın bozma kararına uymasına bağlıdır. Oysa mahkeme bu konuyu karara bağlamamış ve Yargıtay bozma ilâmına uyulup uyulmaması sorununun çözümünü Anayasa Mahkemesinin vereceği kararın sonuna bırakmıştır. Şu duruma göre mahkemenin elinde **bakmakta olduğu bir dâvanın** bulunduğu söz edilemeyeceği ortadadır. Elinde bugün için bakmakta olduğu bir dâva bulunmayan Foça Sulh Ceza Mahkemesinin ise Anayasa'nın değişik 151. maddesine dayanarak bir takım kanun kurallarının iptali için Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi düşünülemez. Çünkü yukarıda da değinildiği gibi bu yol için Anayasa'ca öngörülmüş olan iki koşuldan birincisi yani **elde bakılmakta olan bir dâvanın** bulunması koşulu gerçekleşmiş değildir. Anayasa'nın değişik 151. ve 44 sayılı Kanunun 27 nci maddelerine uymayan başvuranın itirazda bulunan mahkemenin yetkisizliği yönünden reddi gerekir...»

Tartışmalar ve Eleştiriler

Anayasa Mahkemesinin **oybirliği** ile değil **oyçokluğuyla** verdiği bu red kararı, Anayasa'nın 151. ve 44 sayılı Kanunun 27. maddeleri ile yargılama hukuku yöntemleri açısından tartışmalara ve eleştirilere elverişli bir görünüm taşımaktadır. Gerçekten, Anayasa Mahkemesi, her şeyden önce, **bakılmakta olan dâvâ ve uygulanacak kanun** kavramlarını çok dar yorumlamakta, hiç gereği yokken, başka bir başvurma dolayısıyla verdiği eski bir kararının bir bölümüyle çelişmeye düşmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, yukardaki olayda somut bir gerçeği ve uygulamayı gözden kaçırmış ve başvuran mahkemenin elinde bakmakta olduğu bir dâva bulunmadığı sonucuna varmıştır. Oysa, Yüksek Mahkeme kararının olay bölümü ve karşı oy yazıları incelendiğinde başvuran mahkemenin elinde yargılama hukuku yönünden, 151. madde yönünden **bakılmakta olan bir dâva vardır**. Çünkü Anayasa Mahkemesi Kararının olay bölümünde şunlar yazılıdır : «... Mahkeme, hakkındaki hüküm onanan kişinin de huzuru ile yaptırdığı **duruşmanın 4 üncü oturumunda** Ceza Kanunun... ve 2556 sayılı Kanunun... madde (lerini) Anayasaya aykırı görerek Anayasa Mahkemesine başvurulmasına... karar vermiştir.» Karardaki **karşıoy yazılarından** birinde ise başvuran mahkemenin yaptığı yargılama işlemleri daha ayrıntılı biçimde dile getirilmiştir: «... Olayımızda mahal mahkemesince tesis edilen hükmün sanıklarından birine ait kısmı Yargıtay Özel Dairesince onanmış ve böylece kesinleşerek ona ait olan dâva ortadan kalkmıştır. Ancak diğer sanık hakkındaki hüküm bozulmuş ve böylece hüküm mahkemesince tekrar ele alınması zorunlu hale gelmiştir. Bu suretle mahkemece ele alınan dosya üzerinde **oturumlar açılmış ve yapılan tetkikat sonunda mahkeme uygulamak durumunda** olduğu Türk Ceza Kanununun 456/4 üncü fıkrasını Anayasaya aykırı görerek Anayasa Mahkemesine başvurulmasına ve dâvanın geri bırakılmasına karar vermiştir...»²

² Bkz. Üye Ziya ÖNEL'in Karşıoy Yazısı.

Genellikle uygulamada, Yargıtay bozmasından sonra yöresel mahkeme, uymaya karar verilip verilmeyeceği konusunda bir karara varmak üzere duruşma yapmaktadır.³ Nitekim, olayda başvuran mahkeme (biz bu deyiimi anayasa yargılaması usulü yönünden daha uygun bulmaktayız), yani Foça Sulh Ceza Mahkemesi, yargılama hukukunun öngördüğü duruşmayı yapmış ve öyle ki o duruşma bölümlerinin birinde (4 üncü oturumda) Anayasa'ya aykırılık savını ileri sürmüştür. Bu duruşma ise Yargıtay'ın bozmasından sonra yapılan bir duruşmadır. Gerçekte duruşma nedir? Bu, bir dâvaya bakılmasına ve o dâvânın bitirilmesine ilişkin yargılama safhası değil midir?⁴ Olay, bakılma olanağına bu sü reç içinde kavuşmaktadır. Dolayısıyla gerçeğe de bu sü reç ve akış içinde, olguların birbiriyle çarpışmalarıyla varılmaktadır. Öyleyse Foça Mahkemesinin yargılama hukuku yönünden yaptığı işlemlerle elindeki iş arasında organik bağ sürekliliğini korumaktadır. Yargılama süreci ile adı geçen mahkemenin ilişkisi kesilmemiş ve **dâva da bakılmakta olan dâva durumundan** henüz çıkmamıştır. Öte yandan, Anayasa Mahkemesi dâvadan ne anladığını eski bir kararında şöyle açıklamıştır: «... Yargı yoluyla çözümlenmekte olan her işi bir dâvadır.»⁵ Gene olayda, başvuran mahkeme duruşmayı başlatmış ve duruşmanın 4 üncü oturumunda uygulayacağı bir yasanın kurallarını Anayasaya aykırı görerek elindeki dâvâyı geri bırakmıştır. Çünkü adı geçen mahkeme, yargılamada bekletici bir ön, sorunla karşılaşmıştır. Böyle bir sorunun yargılamanın sürdürülmesini engelleyeceği açıktır.⁶ Olaya bu açılardan bakıldığında, başvuran mahkemenin elinde, Anayasa Mahkemesinin çoğunluk kararının tersine, bakılmakta olan bir d â v â vardır. Başka deyişle, Anayasa'nın 151. maddesinin 1. fıkrasındaki bakılmakta olan dâva» koşulu, usul yönünden gerçekleşmiştir.

Anayasa Mahkemesi bir başka olay dolayısıyla vermiş olduğu kararında⁷. Anayasanın 151. maddesiyle aradığı iki koşulu: (a) Bakılmakta olan dâvayı; (b) uygulanacak kanun hükümlerini; başlangıçta birbirinden ayırmış, ama sonunda maddedeki koşullardan birinin varlığına birinin de yokluğuna hükme-

³ Nurullah KUNTER, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 1961, s. 639,

⁴ Bkz. CMUK, M, 219-268, Ayrıca bkz. «... Anayasa Mahkemesinin *Kuruluşu ve Yargılama Usulleri* hakkındaki ... 44 sayılı *Kanun* dahi, diğer mahkemelerin Anayasa Mahkemesine itiraz yolu ile başvurabilmelerinin koşullarından birisi olarak gösterdiği *bakılmakta olan dâvâ veya görülmekte olan dâvâ* kavramını tanımlamamış bulunmaktadır. O halde Anayasamızda ilgili bir ilke ve ayrıca bir hüküm konulmamış olması nedeni ile, bir kamu dâvasının ilgili mahkemelerin elinde görülmekte olan bir dâvâ olup olmadığını saptayabilmek için ilk önce ceza yargılamaları usullerine ilişkin veya diğer kanunların bu nitelikteki hükümlerine bakmak gerekecektir,...» (KARŞIOY YAZISI, AMK., E. Sayısı: 1972/38; Karar Sayısı: 1972/46; Karar günü : 3/10/1972; *Resmî Gazete*, 3 Ocak 1973, Sayı : 14410).

⁵ Bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas sayısı : 1966/25; Karar sayısı: 1965/ 57; Karar günü : 26/10/1965. Ayrıca bkz. Benzer nitelikte bir dâvâ tanımı için. Adalet İşlerine İlişkin İngiliz Yasasına (*Administration of Justice Act*), 1925, M. 19/2.

⁶ KUNTER, age., s. 65-66,

⁷ Bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, Esas sayısı: 1972/3; Karar sayısı: 1972/ 6; Karar günü: 17/2/1972, (*Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı : 10, s. 236-238).

derek gene başvuran mahkemenin yetkisizliğine karar vermiştir. Sözü edilen başvurma olayı özet olarak şudur: Adana Asliye 2. Hukuk Mahkemesinin bir dâvâ sonunda verdiği kararı Yargıtay doğru görmeyerek bozmuştur. Bozmadan sonra dâvâcı vekili Asliye Mahkemesinin uygulayacağı yasanın Anayasa'ya aykırılığını ileri sürmüştür. Asliye Mahkemesi de bu savı benimseyerek yaptığı **duruşmada**, «... önce dosyanın Anayasa Mahkemesine sunulmasına ve dosya geldikten sonra bozma kararına uyulup uyulmamasının düşünülmmesine» karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, bu aşamada, Adana Asliye Hukuk Mahkemesinin elinde **bakmakta olduğu bir dâvanın** bulunduğunu kabul etmiştir. Ancak, Anayasa Mahkemesi bu kez şu gerekçeyle başvurmayı reddetmiştir: «... itiraz yoluna başvuran mahkemenin elinde bakmakta olduğu bir dâvâ bulunmalı ve Anayasa Mahkemesine getirdiği hükümleri o dâvâda **doğrudan doğruya uygulama durumunda** olmalıdır... «Onun için, Yüksek Mahkemeye göre Asliye Mahkemesinin ilgili yasayı (766 sayılı Kanunun 31. maddesini) uygulayıp uygulamıyacağı henüz belli değildir. Yargıtay'ın «bozma kararına karşı **direndiğinde** itiraz konusu madde mahkemenin uygulayacağı hükümler arasında bulunmayacak, ancak uyması halinde uygulanacak hüküm niteliğini kazanacaktır...» Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 151. maddesini ve dolayısıyla başvurma usulünü dar ve tek yanlı bir görüşle yorumlamıştır. Hatta, Foça Mahkemesiyle ilgili kararında Yüksek Mahkeme maddeki başvurma koşullarını daha da daraltmıştır. Oysa buna gerek yoktur. Çünkü 151. madde sözüne ve diline uygun biçimde yorumlansa bile, bu maddedeki «... Mahkeme, uygulanacak bir kanunun hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse... dâvayı geri bırakır» sözleri, dil ve anlam açısından mahkemenin, uygulanacak bir yasayı Anayasa'ya aykırı görmesi halinde, artık o dâvâda bu yasa hükümlerini Anayasa Mahkemesinin istediği biçimde «doğrudan doğruya uygulama durumunda» olamayacağı besbellidir. Kanımızca, burada «doğrudan doğruya uygulanma durumu» bir başka koşulla birlikte, «Anayasa'ya aykırı görülme» koşuluyla birlikte düşünülmelidir. Üstelik, bu Anayasa cümlesinin koşula bağlı bir cümle olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Kısaca, «aykırılık» koşulunun varlığı, «uygulanacak» koşulunun mutlak biçimde anlaşılmasına engeldir. Dahası var: 151. maddeyi ve dolayısıyla madenin düzenlediği başvurma yöntemini bu denli dar yorumlamanın, Anayasa'nın 2 nci maddesindeki **demokratik hukuk devleti** ilkesine de ters düşen yanları bulunmaktadır. Unutmamak gerekir ki, hukuk devletinin koruyuculuk ilkesini somut biçimde ve bir güvence olarak gerçekleştiren en önemli ve en etkili yol, yargı yolu, özellikle anayasa yargısı yoludur. Kişilere Anayasa Mahkemesine doğrudan doğruya başvurma olanağının tanınmadığı sistemlerde (Türk Anayasa sistemi de böyledir) itiraz yolunun (Ay, m. 151) önemi ve değeri çok büyüktür. Çünkü bu yol kişilere «Anayasaya aykırılıkları» Anayasa Mahkemesine dolayısıyla götürebilme olanağını vermektedir. Bu yolun geniş ya dar tutulmasında Anayasa Mahkemesi kararlarının ve yorumlarının etkisi çoktur. Onun için, bu yolu herhangi bir güvence sağlamayacak aşırı

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

derecede biçimsel uygulama ve yorumlarla daraltmak, hem hukuk devletinin koruyuculuk ilkesini, hem de yargı denetiminin önemli bir kolunu güçsüzleştirmek olur.

⁸ Adana Asliye Hukuk Mahkemesine ilişkin karar.

(14. Makale - 1975)

Esin ÖRÜCÜ

*1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesine
Göre Hakkın Özü Kavramı ve Mülkiyet
Hakkının Özü **

* Esin Ö   , "1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesine Göre Hakkın  z  Kavramı ve Mülkiyet Hakkının  z ", ** stanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 41, S. 3-4, 1975, s. 145-161.

1961 ANAYASASI VE ANAYASA MAHKEMESİNE GÖRE HAKKIN ÖZÜ KAVRAMI VE MÜLKİYET HAKKININ ÖZÜ (1)

Doç. Dr. ESİN ÖRÜCÜ

I. Sunuş :

Sınırlama, kişiye, «yapma», «şuraya kadar yapabilirsin», «şu derecede yapabilirsin», ya da «şu koşullarla yapabilirsin», demektir. «Sınırlama, bir hakkın kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü şekilde kullanılmaz hale koyucu ya da ciddî surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldırıci nitelikte olmamalıdır» (2). «Sınırlama, kısıtlama hal ve derecesinde ileri gitmemiş, kayıtlayıcı olmamış yasak ve düzenleme hükümleridir; sınırlamanın ötesinde, bir kullanma imkânsızlığı ve engelleme olan kısıtlama vardır» (3).

Sınırlama hakkın özüne kadar uzayan alanda yapılabilir. Sınırlamanın sınırı hakkın özüdür.

Her sınırlama hakkın özüne doğru yönelmiştir, fakat bu öze dokunamaz. En geniş kapsamlı sınırlama dahi bu sınırdadır.

1961 Anayasasının 11. maddesi: «Temel hak ve hürriyetler Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, Cumhuriyetin, millî güvenliğinin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile veya Anayasanın diğer maddelerinde gösterilen sebeplerle Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir. Kanun temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz», der (4).

- (1) Bu konu Taşınmaz Mülkiyetine bir Kamu Hukuku Yaklaşımı adlı Doçentlik Tezimizin (1975) Giriş bölümünde Konunun hazırlık safhası niteliğinde işlenmiştir. Konu önemi ve tez dışında apayrı bir inceleme niteliğinde olması nedeniyle ayrıca bir makale halinde yeniden ele alınmaktadır.
- (2) Anayasa Mahkemesi kararlarının öze dokunma tanımlarından çıkarılan bu tanım ve kararlar biraz ileride ele alınacaktır.
- (3) Güran, S., İfade Hürriyeti Üzerinde İdarenin Yetkileri, I. Ü. Y.: 1337; H.F.Y.: 289, İstanbul 1969, sh. 193.
- (4) 6.3.64: 63/358, 64/17 sayılı Anayasa Mahkemesi kararında sözü edilen Kozan Asliye Ceza Mahkemesinin 12.12.63 tarihli kararında «Anayasanın 11/2. maddesindeki hüküm klasik hürriyetlerle ekonomik ve sosyal hakların özüne tecavüz edilemeyeceği esasını kabul etmiş-

1961 Anayasası Temsilciler Meclisinde görüşülürken, komisyon sözcüsü, «kanun bir hakkı düzenlerken bu hakkın veya hürriyetin cevherine dokunamaz. Hak veya hürriyet, maddede belirtilen maksatlarla sınırlandırılabilir, fakat bu istikamette sınırlanırken bile tahrip edilemeyecek, yok edilemeyecektir. Öze dokunmamaktan maksat budur», demiştir. Yine Temsilciler Meclisi tutanaklarına göre, «Özü tarif etmeye imkân yoktur. Bu öz her hürriyet, her temel hak için ayrı ayrıdır. Belli bir hürriyetin özünün, belli bir sınırlama sonucunda yok edildiğini, mahkemeler, efkârı umumiye, yani o memleketin hukuk anlayışı ve zihniyeti tesbit eder. Nihayet Anayasa Mahkemesi de buna şekil verir... nüve, cevher anlamındadır.» (5).

II. Sorun :

1. Hakkın özü :

Önce hukuk anlayışını yansıtacak bir iki arayışa göz atalım:

Sınırlama, hakkı anlamsız hale getirip ortadan kaldırırsa özüne dokunmaktadır, «belirli bir hak ve özgürlükle ilgili özün nerede başladığı, önceden kesinlikle belirtilemeyen ve ancak *Anayasa Mahkemesi* kararıyla ortaya çıkacak bir konu»dur (6).

İşe yalnızca düşünce özgürlüğü açısından bakan Tanör, düşünce özgürlüğünün özüne dokunulmuş sayılabilmesi için bu hürriyetin genel olarak sınırlanmış olması gerektiği, sırf belli düşüncelerin yasaklanmasının öze dokunur nitelikte olmayacağı görüşüne karşı çıkarak, bu hürriyetin *özü*, düşüncenin kendisidir, demektedir (7).

«Hürriyetin özü de henüz özü bilinmeyen bir kavramdır.. » Anayasalar genellikle kendi metinlerinde bu kavramı açıklamamaktadır- lar. Zaten buna pek de imkân yoktur. *Yargı organları* olaylarla prensipler arasındaki bağlantıyı kurarak içtihadlarını vücuda getirirler (8).

tir. Hak ve hürriyetlerin özüne ancak, Devletin varlığını tehlikeye sokan yangın ve sel felâketi gibi fevkalâde ve özel sebeplerle geçici olarak dokunulabilir» denmektedir. AMKD. S. 2, 1965 (1971 bası) sh. 82.

- (5) Öztürk, K, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, İzahlı, Gerekçeli, Anabelgeli, Maddelere göre tasnifli, bütün tutanakları ile, Türkiye İş Bankası Kültür Yayını. Ajans Türk Matbaası, Ankara 1966, sh. 1692-1712.
- (6) Sosyal, M., Anayasa Giriş, A.Ü.S.B.F.Y: 271. 2. bası, Ankara 1869, sh. 246, ve Soysal, M., Dinamik Anayasa Anlayışı, Anayasaya Diyalektiği üzerinde bir Deneme, A.Ü.S.B.F.Y.: 272, Ankara 1969, sh. 89-90 ve Soysal, M., 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınları 2. bası, İstanbul 1974, sh. 145 ve Kıratlı, M., Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi, itiraz Yolu., AÜSBF: 212-194, Ankara 1966, sh. 161.
- (7) Tanör, B., Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası, Öncü Kitabevi: 14. Bilim Dizisi: 6, İstanbul 1969., sh. 167-168, Tanör, ayrıca, sh. 112-114 arasında bu konuyu tartışmaktadır ve Dönmezer'in öz olarak önceden denetlenmezliği kabul ettiğini söylemektedir.
- (8) Tunaya, T. Z., Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku, İstanbul 1975, sh. 396, Aldıkaçtı, O., Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İ.Ü.Y: 413. İstanbul 1973, sh. 181-184'de bunu tesbit görevini Anayasa Mahkemesine bırakmaktadır. Arsel de bu Görüşte.

Özle ilgili karar bir *takdir yetkisi uygulamasıdır*, ama «hukukî bakımdan takdir yetkisi yasama organından alınarak bağımsız bir *yargı organına* verilmiştir» (9).

«Anayasamız sınırlı özgürlükler anlayışını benimsemiştir... Ne var ki sınırlamayı özüne dokunma derecesine, yani *özgürlüğü kullanmayı «makul» bir ölçünün dışında zorlaştırmaya, kadar vardırma* mümkün değildir. Hiç şüphesiz «makul» ölçüsünün ne olduğunu da ortaya koymak gerekir» (10).

Hürriyetin *özünün onu kullanmak hareketi* olduğunu söyleyen Güran ise, sınırlamayı aşan ve Anayasanın 11. maddesindeki *sebeplerin gerçekten haklı kılacağı* bir sınırlamanın, öze dokunduğunu, kısıtlama olduğunu belirtmektedir (11).

Böylece doktrinde özün, ya anlamı her olayda mahkemece tesbit edilecek bir kavram olduğunu, ya hürriyetin kendisi, ya onu kullanma hareketi sayıldığını; öze dokunma hallerinin ise «makul», ya da «sınırlamayı gerçekten haklı kılacak» gibi, yargı organının takdir yetkisini biçimlendirecek ölçülere bağlandığını gördük.

Her hak ve özgürlük için özün farklı olduğu kanısında olduğumuzdan biraz ileride mülkiyetin özü kısmında bu konuda mülkiyet hakkına ilişkin kriter vermeye çalışacağız. Şimdi mülkiyet hakkının özüne geçmeden, bir de Anayasa Mahkemesinin (mülkiyet hakkına ilişkin olanları daha sonra görmek üzere) ne gibi ölçüler kullandığına bakalım :

«Bir hakkın ya da hürriyetin kullanılmasını *açıkça yasaklayıcı* veya örtülü bir şekilde *yapılamaz hale koyucu* veya ciddi surette *güçleştirici* ve amacına ulaşma-

Bkz.: Arsel, I., Anayasa Mahkemesinin Bazı Eğilimleri ve Karar özetleri., AÜHF Yayını: 263, Ankara 1970, sh. 35.

(9) Kapanı, M., Kamu Hürriyetleri, A.Ü.H.F.Y: 264, 3. bası, Ankara 1970, sh. 210.

(10) Akın, I. F., Temel Hak ve özgürlükler, I.Ü.Y: 1595 A.F.Y: 347, İstanbul 1971, sh. 124'de böyle dedikten sonra bu ölçüyü Anayasa Mahkemesi kararlarından çıkarıyor, bkz.: sh. 124-126. «Makul» ölçüsünden Esende söz etmekte ve Anayasa Mahkemesinin «makul» ölçüsünü açıkça koymasının daha iyi olacağını söyleyip, hürriyetin kayıtlanmasındaki aşırılık makul insanın kabul edemeyeceği ölçüdür diyor. Esen, B. N., Anayasa Mahkemesine göre Türk Anayasa Hukuku Anlayışı, A.Ü.H.F.Y: 206, Ankara 1966, sh. 57.

(11) «Hürriyetin özü, cevheri, nüvesi, gerçekten üzerinde münakaşaya girmeye lüzum göstermeyecek kadar açık, belli, tarifi kolayca yapılabilecek olan gayet vazih bir kavramdır... Hürriyetin özü, bir hak ve hürriyetin kullanılmasıdır, bir hak ve hürriyeti bilfiil kullanma hareketidir. Hürriyetin özü kavramından bunu, ancak bunu anlıyor ve bu şekilde de tanımlıyoruz. Zira hürriyeti, özü sayılan, özü sayılmayan diye kısımlara ayırmaya, bizzat hürriyet mefhum ve müessesesinin kendisi müsaade etmez. Hürriyet bölünmez, tek bir parçadan ibaret olup, o hürriyeti kullanmak hareketidir... Öze dokunmak, a) sınırlamayı aşan, b) kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni sosyal adalet ve milli güvenlik de dahil olmak üzere hiç bir sebep, bahane ve vesilenin, c) gerçekten haklı kılacağı, d) bir biçimde, bir hüküm ve mahiyette, bir derecede, bir noktada, bir zamanda, doğrudan doğruya kısan, kesen, kayıtlayan, son veren, mani olan veya, bu hüküm, etki ve sonucu dolayısıyla ya da fiilen doğuran düzenlemeler, işlemler ve eylemler yapmak —kısıtlamak— demektir.» Güran, S., a.g.e., sh. 416-417.

sını önleyici ve etkisini ortadan kaldırıci nitelikte olmadıklarından, hürriyetin özüne dokunulmadığı meydandadır. (Zira bu yolda bir beyanname vermekle toplantı veya gösteri yürüyüşü yapılabilir.)... neyi ifade ettiği açıkça anlaşılmayan ve her türlü yoruma elverişli bulunan (maksadı mahsus) gibi terimlerle belirtilen hükümler, kişinin temel haklarından olan toplantı ve gösteri yürüyüşünün belli şekil ve konularını kökünden kaldırmakta ve bu sebeple de AY. 11/2 ye aykırı olarak (Hak ve hürriyetin özüne) dokunmaktadır...)» (12).

«...her hak gibi bu temel hürriyet hakkı da hiç bir zaman sonsuz olmayıp, başka hak ve hürriyetlerle sınırlandırılmış... ve istisnaları bulunan her kaidede gibi, AY. 11/2 deki sebeplerle de olsa özüne dokunulamıyacağı bildirilen bu temel hak ve hürriyetlerin birinci fıkrasında Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlandırılacağı hükmü konmuş ve bir temel hak ve hürriyetin özüne dokunmaksızın yalnız kanunla sınırlandırılabilmesi de mümkün görülmüş... diğer hak ve hürriyetler gibi düşünce ve kanaat hürriyeti de her türlü sorumsuz davranışlara cevaz veren mutlak ve sınırsız bir hürriyet olarak telâkki ve kabul edilemez. Hiç bir kayıtlama kıstası konulmamış olmasını bu hürriyeti, AY.’nın dayandığı temel ilkelere uygun olmak ve AY. 11. maddesinde gösterilen esaslar dahilinde kalmak şartıyla, her istikamette sınırlayabilmek hususunda AY. vazının kanun koyucuya takdir hakkı tanınmış olduğu şekilde yorumlamak tabii bulunmaktadır. ... Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunun raporundan ve Anayasa tasarısının Meclisteki görüşmelerinden de anlaşılacağı veçhile bir hak ve hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara tâbi tutulması halindedir ki o hak ve hürriyetin özüne dokunulmuş olması söz konusu edilebilir... bu yasaklama ise... düşünce, kanaat ve basın hürriyetlerinin özüne dokunacak bir nitelik taşımamakta sadece toplum hayatını zarardan korumayı ve güvenliğini sağlamayı hedef tutmaktadır. Kaldı ki sözü geçen (B) bendindeki yasaklama ile basın sansüre tâbi tutulmamış, gazete ve dergi çıkarılması önceden izin alma ve malî teminat gösterme şartına bağlanmamış, haber, düşünce ve kanaatlerin serbestçe yayınlanmasını engelleyici veya zorlaştııcı iktisadî, malî, teknik kayıtlar konulmamıştır. Şu halde bahsi geçen bent ile düşünce ve kanaat hürriyetinin gayesine uygun şekilde kullanılmasını zorlaştıran veya imkânsızlaştıran bir sınırlama yapılmamıştır. Bu itibarla bent hükmü ile düşünce ve kanaat hürriyetinin özüne dokunulmamış ve bu öz tahrip edilmemiştir.» (13)

«...Ancak AY. 11’in gerekçesinde maddenin ikinci fıkrasında yer alan ve hak ve hürriyetlerin özüne dokunulmamak şartıyla sınırlandırılmalarına cevaz veren ve aynı zamanda kanun koyucunun bu konudaki yetkisinin de sınırını teşkil

(12) 4.1.1963 : 62/208, 63/1 AMKD. S. 1, 1964 (1971 bası), sh. 70-76.

(13) 8.4.1963 : 63/16, 63/83 (AMKD. S. 1 1964 (1971 bası), sh. 194-210) ve aynı 8.4.1963 : 63/17, 63/84 (AMKD. S. 1 1964 (1971 bası), sh. 210-220).

eden kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adalet ve millî güvenlik gibi sebepler ve bu sebepleri değerlendirmede tutulan ölçüler konusunda (Anayasa Mahkemesince göz önünde bulundurularak herhangi bir tahdidin AY.'ya aykırı olup olmadığına karar verilecektir. Eğer sınırlama bir temel hak ve hürriyet veya dokunulmazlığın cevherini tahribediyorsa, AY.ya aykırılık dolayısıyla hükümsüz sayılacaktır) denildiğinden AY. ile tanınmış olan hak ve hürriyetlerin kanun koyucu tarafından bu sebeplerle sınırlanması halinde, mahkememizin öncelikle olayda bu sebeplerin var olup olmadığını ve varsa sınırlamanın, hürriyetin özünü zedeleyip zedelediğini belli etmesi gerekmektedir. Keza 11. maddenin Temsilciler Meclisinde görüşülmesi sırasında da bu terimler üzerinde açıklamada bulunulmamış olmakla birlikte Anayasa Komisyonu sözcüsü tarafından, maddenin ikinci fıkrasında yer alan (Hürriyetlerin özü) teriminin tarif edilmesinin mümkün olup olmadığı konusunda: (Buna imkân yoktur. Belli bir hürriyetin özünün belli bir sınırlama sonucunda yok edildiğini, mahkemeler, efkârı umum'ye, yani o memleketin hukuk anlayış ve zihniyeti tesbit eder. Nihayet Anayasa Mahkemesi de buna şekil verir. Bir hürriyetin özünün ne olduğunu, demokratik hukuk devletinin hukukçuları, o devletin hâkimleri elbette fark eder), suretinde açıklama yapılmıştır. (Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt: 3, s. 57)... Genel ahlâk ve kamu düzeni gibi terimlerin niteliklerinin de demokratik hukuk devletine temel olan hukuk kuralları içinde kalmak suretiyle belli edilmesi gerekmektedir... Sınırlamanın dernek kurma hakkının özünü zedeleyip zedelediğine gelince : Yukarıda belirtildiği üzere söz konusu 143. madde, *genel olarak, dernek kurma hakkını* veya mevcut derneklere üye olmayı, *önceden izin almaya bağlı tutmayıp, sadece kökü yurt dışında olan derneklerin, çeşitli şekillerde memleketimizde teşkilâtlanıp çalışmalarını* veya yurttan oturan vatandaşların bu çeşit derneklere *üye olmalarını izne bağlı tutmakta* olduğundan (önceden izin almaksızın demek kurmak) hakkının özünü zedelememekte ve... AY. md. 11/2'ye aykırı bulunmamaktadır» (14).

«...Diğer taraftan, söz konusu sınırlamaların, dernek kurma hakkını ve düşünce hürriyetini, *genel olarak ortadan kaldırmayıp, yukarıda nitelikleri belirtilen yasak eylem ölçüsünde konulmuş olduklarına ve sözü geçen hak ve hürriyetlerden yararlanmayı yok edecek derecede önleyici veya engelleyici, dolaylı veya dolaysız, herhangi bir etkileri de bulunmadığına göre, bu hak ve hürriyetlerin özüne dokunduğu söylenemez.*» (15).

Başka kararlarda da ya sadece belirli bir hükmün öze dokunmadığı söylenmekle yetinilmiş, ya da Mahkeme, aşırı kayıtlama terimi ve kelimenin kendisini kullanmamakla birlikte «makul» ölçüsünü kullanmıştır (16).

(14) 28.1.1964 : 63/128, 64/8 (AMKD. S. 2, 1965 (1971 bası) sh. 43-56).

(15) 26.9.1965: 63/173, 65/40 (AMKD. S. 4, 1967, sh. 266).

(16) Esen, B. N., a.g.e., sh, 57, 57-64.

Şimdi konumuz olan mülkiyet hakkının özü sorununu ele alıp, önce bu konudaki Anayasa Mahkemesi kararlarına bakmakla işe başlayalım; sonra da bu hakka ilişkin bir öz tanımı vermeye çalışalım.

2. Mülkiyet Hakkının özü :

«...aynı amaçla, kiralardan kontrol altına alınması da kamu yararına olan tedbirler cümlesinden sayılmak icabeder. Devletin bu konudaki müdahalesi, mülkiyet hakkının kamu yararı amacı ile sınırlanabileceğini öngören AY. 36. maddesinin kapsamına girer. Bu sebepler göz önünde tutularak, memleketimizde gayrimenkul darlığı devam ettiği sürece, kanun koyucunun, kira konusunu düzenlemesinin ve bu alanda sınırlama yapmasının, mülkiyet hakkının özüne dokunmamak şartı ile caiz bulunduğu ve bu müdahalenin kamu yararına olduğu hususunda görüş birliğine varılmıştır. Şimdi, 6570 sayılı kanunun söz konusu hükümlerinin kamu yararını sağlayıp sağlamadığı ve mülkiyet hakkının özüne dokunup dokunmadığı meselesinin çözümlenmesi gerekir... vergiler, iktisadi şartlar değişmiş... huzursuzluk yaratılmış, gayrimenkul sahibi yurttaşlar arasında... bu bakımdan artık kamu yararını sağladıkları kabul edilemez.... Öteki sektörlerde sınırlamalar kaldırıldığı ve İktisadî şartlar büsbütün değiştiği halde 6570 sayılı kanunla konulan kira rejiminin devam ettirilmesi, *adaletsizlik ve mülkün gelirinden sahibinin yararlanmasını önleyen aşırı bir sınırlama halini almıştır*. Böyle bir sınırlamanın mülkiyet hakkının özünü zedelediği aşîkârdır.» (17).

«...mülkiyet hakkı Anayasamızda sınırsız bir hak olarak tanınmamış, fert yararı ve toplum yararının karşılaştığı alanlarda toplum yararı üstün tutulmuştur. Toprak reformunda da toplum yararının üstün tutulduğu... açıkça ortaya çıkmaktadır. O halde, toprak dağıtımını kamu yararı amacıyla, bazı yükümlere ve koşullara bağlamak ve böylece mülkiyet hakkını kanunla sınırlamak devletin hakkı, yükümlere ve koşullara uymak da toprak sahibinin borcu olmak gerekir. 4753 sayılı kanunun değişik 56. maddesine toprağın belli bir süre için kiralanmasını ve ortaklıkla işletilmesini yasaklayan hükümler konulması, yukarıda belirtilen esaslara dayanmaktadır. *Yükümler ve koşullar belli bir süre ile sınırlandığı ve çiftçi toprağı, bu yükümler ve koşullarla kabul ettiği için*, burada AY. 11. maddesine dayanılarak mülkiyet hakkının özüne dokunulduğu ileri sürülemez.» (18).

«...ancak bugün de yürürlükte bulunan bu kanunun (Düğünlerde Men'i İsrifat) mülkiyet hakkı ve kişi hürriyeti üzerinde yaptığı kayıtlamaların 1961 Anayasasının kurallarına uygun olup olmadığını çözebilmek için kanunun kabulü tarihinde ileri sürülen gerekçelerle yetinmek mümkün olmayıp, AY. 14 ve 36. madde hükümleri karşısında, memleketimizin bugünkü sosyal ve

(17) 26.3.1963 : 63/3, 63/67 (AMKD. S. 1, 1964 (1971 bası), sh. 147- 160).

(18) 28.4.1966: 66/3, 66/23 (AMKD. S. 4, 1967, sh. 135-139).

ekonomik durumunda, bir kamu yararı sağlayıp sağlamadığının veya genel ahlâkın veya kamu düzeninin bu kayıtları zorunlu kılıp kılmadığının yahut bu kanunla yasaklanan konuların *mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı şekilde kullanılması niteliğini taşıyıp taşımadığının* incelenmesi gerekmektedir... söz konusu kanun hükümlerinin, *bugün için kamu yararına dayandığı* veya mülkiyetin toplum yararına aykırı bir şekilde kullanılmasını *önlediği iddiasında bulunulması isabetli bir görüş sayılamaz...* yoksul kişileri tedirgin ettiği... günümüzün ölçülerine göre yerinde değildir., kaldı ki kanundaki sınırlamaları, sosyal bakımdan kamu düzeninin ve genel ahlâkın zorunlu kıldığı da iddia edilemez... büyük şehirlerde uygulama yeri de yok... bu bakımdan hem vatandaşlar arasında eşit uygulama yeri kalmayan, hem yürürlükte olduğu halde yere, zamana ve kişilere göre uygulanan bu kanunun ... kanun hâkimiyeti fikrini de zedelemekte.. yürürlükte kalmasında kamu yararı değil, kamu zararı olduğu düşünülmelidir.» (19).

«...sınırlamanın kamu yararı amacı ile bile olsa AY. md. 11 gereğince hakkın özüne dokunmaması lâzım geldiği şüphesizdir. İtiraz konusu bentte yazılı orman sayılmayan sahipli yerlerden kesilen ağaç ve ağaççıklar üzerindeki mülkiyet hakkını sınırlama ise, bunların pazar yerlerine götürülüp *satılabilmelerinin yalnız damga ve nakliye işlemine bağlı tutulmasından ibaret olup*, bu işlemlerin başvurma gününden başlayan *bir ay içinde sonuçlandırılmasının zorunlu* kılınmasına ve bu zorunluğa uyulmamasından ötürü zarara uğranması haline karşı *kanun yollarının açık bulunmasına göre mülkiyet hakkının özüne dokunan bir nitelik taşımamaktadır.*» (20).

«...bu karara konu olan davada ileri sürülen iddialar —ki ihtira beratının da mülkiyet hakkı kapsamına girdiği ve bu durumda öze dokunulduğu söylenmektedir— mülkiyetin özü sorununu tartışmaktadır : «Mülkiyet hakkının özü nerede başlamaktadır? Mülkiyet hakları mahiyetleri icabı olarak eşya ile kişiler arasındaki münasebettir, maddî değeri haiz muayyen objelere sahip olabilmelidir. Yine bu sahip olabilmek yetkisindendir ki şey üzerinde hakimiyet ve onun istimali hakları doğar. *Bu sahip olabilmek, hukuki münasebet olarak, mülkiyetin özünü teşkil eder.* Bundan dolayıdır ki mülkiyetin *müessesese olarak bertaraf edilip, onun yerine bir malsızlık rejiminin yahut Devlet mülkiyetinin veya kolektif mülkiyetin ikamesi, mülkiyetin özüne dokunmak olduğu kadar, muayyen şeylerde mülkiyetin tazminatsız ref'i ve nez'i özüne dokunmak olur ve 36. maddeye aykırıdır...* Anayasa Mahkemesince, değil bizim hadisemizde olduğu gibi *şey ile sahip arasındaki ihtisası büsbütün ortadan kaldırmak, sahibinin şeyden adalet ölçülerinde istifadesini engellemek dahi hakkın özünü zedeleyen bir tutum olarak kabul ve ilân edilmiştir (26.3. 1963, 3/67)*» (21)».

(19) 20.9.1966: 63/156, 66/34 (AMKD. S. 4, 1967, sh. 192-204).

(20) 28.11.1967: 67/17, 67/42 (AMKD. S. 5, 1968, sh. 196-199).

(21) 28.12.1967: 67/10, 67/49 (AMKD. S. 6, 1969, sh. 86-113).

«...zor alım hükmü ile kişinin mülkiyet hakkının kullanılmasının belirli nedenlerle sınırlanmış olmasında *kamu yararı bulunduğu* bir gerçektir. Kaldı ki zer alıma gidilmesi halinde *taşıt sahibinin esas sorumludan tazminat istem hakkı da vardır...* bu bakımdan öze dokunma yoktur.» (22).

«Medeni Kanundaki şekle uygun olarak kazanılmış bulunan bir mülkiyet hakkının mal sahibinin rızasıyla bu şekle uyulmayarak başkasına fiili bir surette devredilmiş, olması haline, kanun koyucu tarafından yerinde bir takım sosyal nedenlerle geçerlilik tanınmasının öne sürüldüğü gibi mülkiyet hakkının kanunla sona erdirilmesi ve bir başka kişi yararına mülkiyet hakkının doğacağına yine kanunla karar verilmesi yolunda yorumlanmasında isabet yoktur. Söz konusu hükmün kabulünü *sosyal ve ekonomik nedenler zorunlu kılmıştır...* Öte yandan Medeni Kanunla kabul edilmiş bulunan *şekil şartının, bir defaya mahsus olmak üzere aranmamasından ibaret bulunan* bu ayrık hükmü, demokratik hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz nitelikte görmek, veya mülkiyet hakkının özüne dokunan bir tedbir olarak kabul etmek de mümkün değildir (23).

«...Devlet taşınmazın maliki durumuna girmiş, kendisinin **sorumlu** tutulması gereken bir durumdan yararlanmış ve on yıllık hak düşüren süreye dayanarak bu haksız durumun sürüp gitmesini sağlamıştır. Bu süreyi öngören yasa kuralı AY. md. 36 ile güvence altına alınmış bulunan mülkiyet hakkının özüne dokunmakta.. Devlet üçüncü kişilere karşı korumakla ödevli olduğu mülkiyet hakkını, bu hakkın kendi düzenlediği tapu kütüğüne dayandığını göz önünde tutmadan, hak düşüren süre kuralıyla, kendisi tanımamaktadır.. Bilindiği üzere.. mülkiyet hakkının kamu yararı düşüncesi ile sınırlandırılmasına engel yoktur. Ancak bu sınırlamanın olayımızda yeni malikin yararı ile daha, açıkçası kamu yararı ile eski malikin yararını bağdaştırabilecek bir durum göstermesi dahi zorunludur. Burada sınırlandırmanın 10 yıl gibi *kısa bir süre temel tutularak* öngörülmüş olması, eski malikin *mülkiyet hakkını ortadan kaldırma niteliği* göstermektedir. İnceleme konusu kuralda yalnız hazine yararına öngörülen on yıllık süre *haklı nedene dayanmayan bir eşitsizlik yaratmaktadır*. Özel bir hak düşürücü süre kuralı zorunludur.. böyle bir tedbir kamu yararına dayanmaktadır.. ve 36/2 kuralına uygun bir sınırlama oluşturmaktadır... Ancak bu süre yirmi yıl gibi bir süre olabilir.» (24).

«...Öte yandan taşınmaz mal üzerinde telgraf ve telefon tesisatı yapma yetkisi malikin kullanma ve yararlanma haklarının saklı tutulması koşulu ile sınırlanmış bulunduğundan, söz konusu hükümle idareye taşınmaz mallara

(22) 14.12.1968: 68/32, 68/62 (AMKD. S. 6, 1969, sh. 344-348).

(23) 18-19.6.1968: 66/19, 68/25 (AMKD. S. 7, 1970, sh. 18-48.) Bu kararın karşı oy yazısında (Avni Girda) «...mülkiyet hakkına ilişkin yasa sınırlamalarının kamu yararının getirdiği zorunluluğun çerçevesini aşmaması, bir de hakkın özüne dokunur nitelikte bulunmaması gerekir... kamu yararı gereklerinin sınırından dışarıya taşma olduğu ve hakkın özüne dokunulduğu hemen göze çarpmaktadır... hiç değilse iki tarafın karşılıklı çıkarları arasında makul bir denge kurması gerekirdi... mülkiyet hakkının özünü tahribe yönelmiş bir hüküm...» sh. 38.

(24) 10.2.1970: 69/60, 70/18 (AMKD. S. 8, 1971 sh. 225-229) ve aynı

kamulaştırmasız el atma yetkisi tanınmış olduğu da düşünülemez. Yapılacak tesisat ile malikin kullanma ve yararlanma haklarının engelleneceği anlaşılan durumlarda ise, taşınmazın tümünün ya da bir bölümünün kamulaştırılması-na veya taşınmaz üzerinde idarî irtifak kurulması yoluna baş vurulmak gerekir ki bu halde de karşılık ödenmesi ilkesi öne sürülebilir... mülkiyet anlayışı, mülkiyetin aynı zamanda sosyal karaktere sahip bir hak olduğu yolundadır. Doktrinde de yalnız sosyal yarara dayanan mülkiyetin ancak sosyal yarar ölçüsünde var olabileceği, kanun koyucunun mülkiyet hakkına *sosyal ihtiyaçlara uygun ve onları karşılayan sınırlamalar getirebileceği* kabul edilmektedir... Anayasa Mahkemesi de mülkiyet hakkı ile ilgili kararlarında bu hakkı *sosyal yarar* açısından ele almış ve AY. md. 36'da yer alan hükümlerin anlamına uygun olarak sosyal yarar görüşüne üstünlük tanımıştır. 406 sayılı kanunun 14. maddesi mülkiyet hakkını *kimi koşullarla kayıtlamaktadır*. Burada telgraf, telefon gibi toplumu ilgilendiren bir haberleşme tesisinin gerçekleştirilmesi hedef tutulduğuna göre, mülkiyet hakkına koyulan kayıtlamanın kamu yararına dayandığı ve bu kayıtlamanın, *maddedeki koşullar karşısında mülkiyet hakkının özüne dokunan bir yanı bulunmadığı* ortadadır. Madde, 36. maddede yer alan hükmün hem sözüne hem özüne uygun düşmektedir.» (25).

Mülkiyet hakkının özüne dokunulduğu iddiasının da ileri sürüldüğü ve iddia mülkiyete değil, hak arama hürriyetine ilişkindir, denen bir başka dâvada ise, karşı oy şöyle der : (Ziya önel) «Taşınmaz mallara ilişkin hükümlerin kamu yarar ve intizamı ile ilgili olduğu söz götürmez bir gerçektir. Bu bakımdan dava açmak için belli ve makul bir sürenin kabulünde açıklamayı gerektirmeyecek yararlar bulunduğu kuşkusuzca söylenebilir. Ne var ki... 5602 sayılı kanun süresiz dava hakkı verirken, daha sonra yürürlüğe giren 766 sayılı kanuna geçici bir hüküm konulup kısa da olsa bir süre tanınmamış olması ve 31/2. maddenin geriye işletilmesi suretiyle *dava hakkının hemen ve bir anda ortadan kaldırılması mülkiyet hakkını sadece zedelemekle kalmamış, tümünü ortadan kaldırır bir sonuca yol açmış* ve dolayısıyla hak ve adalet duygularını inciten, kanunlara karşı güven hislerini sarsan bir durum ortaya koymuştur.» (26).

«...6195 sayılı kanunun gerekçesinde ileri sürülen iddialar bir kamu yararının varlığını belirtmekte... kamu yararı olsa bile öze dokunma var... *bedeli peşin ödenmeksizin toptan Hazineye geçirtmekle mülkiyet hakkını tamamiyle yok eden bir durum yaratılmış...*» (27).

«...Devletin kamu yaran düşüncesiyle de olsa, başkasının taşınmaz malını *gerçek değerinden az bir değerle* kimi yurttaşlara vermesi...» 36/2'ye aykırıdır (28).

(25) 7.4.1970: 69/69, 70/18 (AMKD. S. 8, sh. 225-229) ve aynı tarih, tarih, 69/70, 70/19, R.G. 21 Şubat 1971 - 13757.

(26) 8.2.1973: 72/52, 73/5, RG. 23 Ekim 1973 - 14694 ve aynı yönde ve aynı karşı oy yazısı ile 3.5.1973: 73/13, 73/23, RG. 19 Aralık 1973-14747.

(27) 11.10.1963: 63/124, 63/243 (AMKD. S. 1, 1964 (1971 bası), sh, 422-439).

(28) 30.1.1969: 67/47, 69/9 (AMKD. S. 8, 1971, sh. 232-238).

Hakkın özünün, gerek mülkiyet hakkı için olsun, gerek baştan beri gözden geçirdiğimiz kararlarda söz konusu diğer hak ve özgürlüklerde olsun, Anayasa Mahkemesi tarafından tanımı yapılmamıştır. Gördük ki Anayasa Mahkemesinin yaptığı, genel olarak hükmün kamu yararına (ya da diğer ilgili ilkelere) oranla değerlendirilmesini yapıp ;ya, bu bulunmadığı, ya buna aykırı olduğu, ya da buna uygun olmasına rağmen (ki bu durumda uygun da olsa birşey değişmeyecektir) öze dokunduğu, için iptâl kararları vermektir. Öze dokunma mutlak bir iptal sebebidir, öze dokunmanın ise Anayasa Mahkemesince kullanılan tek bir kriteri yoktur.

Hatta o kadar yoktur ki, yalnız mülkiyet hakkı söz konusu edildiğinde bile, yukarıdaki kararlar gözden geçirilirse, görülür ki; çok çeşitli biçimlerde formüle edilmiş gerekçelerle ,ya öze dokunmanın varlığı kabul edilmiş ya da öze dokunulmadığı söylenmiştir.

Genel olarak çeşitli kararlarda yapılan değerlendirmelerde kullanılan sözcükler bir araya getirildiğinde, şunlar görülüyor :

Bir hak ve özgürlüğün,

a) Gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştırıcı, veya imkânsızlaştırıcı,

b) onu kullanılmaz duruma düşüren kayıtlara tâbi tutucu,

c) açıkça yasaklayıcı,

d) örtülü bir şekilde yapılamaz hale koyucu,

e) ciddî surette güçleştirici,

f) amacına ulaşmasını önleyici,

h) hürriyetten faydalanmayı genel surette izin alınmasına bağlı tutucu,

i) ne ifade ettiği açıkça anlaşılamayan ve her türlü yoruma elverişli bulunan terimlerle belirtilen hükümlerle sınırlayıcı,

j) hakkı genel olarak ortadan kaldırıcı,

k) yararlanmayı yok edecek derecede önleyici veya engelleyici anlamda dolaylı ya da dolaysız etkileyici,

biçimde sınırlanması o hak ve özgürlüğün özüne dokunur, sayılmaktadır.

Yukarıda gözden geçirdiğimiz kararlarda, mülkiyet hakkına ilişik olmak üzere, öze dokunma ile ilgili sözcükleri biraraya topladığımızda ise, şu kriterlerle karşılaşırız:

a) mülkün gelirinden malikin yararlanmasını önleyici derecede aşırı,

b) adaletsiz,

Hakkın Özü Kavramı ve Mülkiyet Hakkının Özü

c) yükümleri ve koşulları belli bir süre ile sınırlamamış (her ne kadar kamu yararı amacı ile yükümlere ve koşullara bağlamak hukuka uygunsu da),

d) rejimi değişen şartlara uydurmayan,

e) eşit uygulama bulunmayan ya da haklı nedene dayanmayan bir eşitsizlik yaratan,

f) kısa bir süre kabul eden,

g) tazminat isteme hakkını ortadan kaldıran, bedeli peşin ödemeyen, ya da malı gerçek değerinden az bir değerle başkalarına veren, ya da tazminatı paradan başka bir yolla ödeyen,

biçimde sınırlamalar mülkiyet hakkının özüne dokunur sayılmakta :

a) malikin mülkü bu koşullarla kabul etmesi,

b) kanun yollarının açık bulunması,

c) sınırlamanın yalnız formalite işlemlerden ibaret bulunması,

d) işlemleri kısa süre içinde sonuçlandırma zorunluğunun kabul edilmiş olması,

e) bir defaya mahsus olması ,

f) sosyal ve ekonomik nedenlerin zorunlu kıldığı, sosyal ihtiyaçlara uygun ve onları karşılayan sınırlamalar getirilmesi, hallerinde ise sınırlamanın mülkiyet hakkının özüne dokunmadığına karar verilmektedir.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesince tek tek davalarda bu sözcüklerin bir ya da bir kaç kullanılmakta ve bunların toplamı gözler önüne belirli bir kavramlar sistemi getirmeye varmayacak bir biçimde ve fakat yine de oldukça belirli bir gelişme çizgisi ile Anayasa Mahkemesinin tutumunu — hele ki sözcükler, ortaya koyduğumuz sıra ile kararların tarih sırasını da izlediğine göre, — belirtmekte ise de, biz burada daha genel ve kişisel bir «mülkiyet hakkının özü» görüşüne varmak istemekteyiz. Bu somutlaştırma çabası, genel bir yön alma, ya da verme olanağı sağlayabilir ki, bu halde de, ilerde, Anayasa Mahkemesi (ve diğer mahkeme) kararlarını ve yürürlükteki pozitif hükümleri değerlendirmek kolaylaşır (29).

III. Çözüm :

Böylece diyebiliriz ki; yukarıda, tâ başta da belirtildiği gibi, mülkiyet hakkı, malik ile şey arası soyut planda bir ilişkidir. Mülkiyet hakkının özü somut

(29) Mülkiyet hakkının özü ve öze dokunma ile ilgili kısmen benzer bir görüş için bkz.: Âkipek, J., Mülkiyetin Anayasa Tarafından Korunması İle İlgili bir Deneme, Adalet Dergisi, Yıl: 58, s. 5. Mayıs 1967, sh. 307-309.

planda malikle şey arası bu ilişkidir; başka bir anlatımla, soyut kavramlar somutlaştırıldığında «ÖZ» kavramı bu hakda «İLİŞKİ» ile eş anlamı ifade etmektedir. Mülkiyet hakkının özelliklerinden biri de, bu özün paraya çevrilebilir olmasıdır. Öze dokunma, bu hak açısından «ilişki»yi işlemez hale getirmektedir. Bu da, ilişkinin ifade araçları olan ve hakkı oluşturan yetkilerin bir ya da bir kaçının kaldırılmasına karşılık, para ödenmemesi (karşılık) ya da bunların kullanılamaz duruma getirilmesidir. Diğer bir deyişle, şeyle malik arası ilişkiyi kesen, ortadan kaldıran (ve tazminat ödemeyen) ya da mülkiyet hakkından doğan yetkilerin kullanılmasını kamu yararı, ya da diğer herhangi bir nedenin (30) (adalet, eşitlik,, genel sağlık, kamu düzeni gibi) gerçekten haklı kılamıyacağı (makul gösteremeyeceği, ölçüsüz) bir biçimde engelleyen her müdahale (düzenleme, işlem, eylem, sınırlama), mülkiyet hakkının özüne dokunmaktadır. Başka bir deyişle, mülkiyet hakkının *özü* vazgeçilmez bölümü, asgarî alanı malikle şey arası «*ilişkinin*» somut anlamda kendisidir. Her sınırlama bu ilişkiye doğru yönlenmiştir. Fakat mülkiyet, hakkını, yani ilişkiyi, soyut planda kalma durumuna düşüren, somut olarak ortaya çıkmasına ,ifade edilmesine engel olan sınırlamalar öze dokunmadır. Diğer bir deyişle mülkiyet hakkının özüne dokunma, ilişkinin asli ve zaruri unsurları olan edinme ve elde bulundurma, kullanma, yararlanma, hukuki işlemlere konu yapma ve elden çıkarma yetkilerinin tümünü ya da bir kaçını veya birini, sınırlamayı aşan ve kamu yararının gerçekten haklı kılamıyacağı bir biçimde , açık veya kapalı olarak, kısıtlayan ya da ortadan kaldıracak dereceye varan aşırı (ve karşılık ödeyerek bunu karşılamayan) bir müdahaledir.

Kamulaştırma ve devletleştirme (millileştirme) mülkiyetin özünü (yani malikle şey arası İLİŞKİ'yi) ortadan kaldırmaktadırlar; fakat bunu paraya çevirdikleri sürece bu kaldırma (ilişkiyi kesip, malik'i ikâme etme), öze dokunma değildir. Gerekli usullere uyulmadığında ve karşılığı ödenmediğinde bunlar öze dokunma sayılır.

İdarî irtifak da AY.'nın 38. maddesinde düzenlendiği teknik ve dar anlamında söz konusu olduğunda, kısıtladığı ve kullanılmaz hale getirdiği yetki

(30) Her ne kadar 26. maddede tek sınırlama nedeni olarak kamu yararı belirtilmekte ise de gerek Anayasa Mahkemesi kararlarında gerek doktrinde hâkim olan görüşe göre (ki bunlar dipnotlarında ortaya konmuştur.) 11. maddedeki sebep ve amaçlar da sınırlama nedenleri olmaktadır. 11. maddenin genel bir madde olup olmadığı konusundaki tartışma 11. maddenin yeni şekli karşısında da devam etmekte ise de bu inceleme içerisinde bunlara girilmeyecektir. Bu tartışmalar ve atıflar için örneğin bkz.: Teziç, E., Türkiye'de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İ.Ü.Y.: 1761, H.F.Y.; 384, İstanbul 1972 sh. 106-112, ve Soysal, M., 100 Soruda... sh. 143-145. İster her özgürlük ve hakkın sınırlanacağı kabul edilsin, ister 11. maddenin sınırlamaları sınırlayan bir hüküm olduğu söylensin, ister her “hak ve özgürlük maddesinin kendi içindeki özel nedenle sınırlanabileceği kabul edilsin, konumuz olan mülkiyet hakkı maddesinde sözü edilen neden kamu yararadır. Kamu düzeni ve genel sağlık ve millî güvenlik gibi 11. maddede sayılan bazı nedenler de kamu yararı kavramı içinde ele alınabilir. Aynı maddedeki diğer nedenlerin ise zaten mülkiyet hakkını ilgilendirmediklerini daha önce belirtmiştik.

ya da yetkilerin karşılığı ödendiği süre öze yönelik ve onu ortadan kaldırır ve fakat paraya çevirir, biçimde kurulabilir ve bu da öze dokunma değildir.

İlişkiyi meydana getiren yetkilerin tamamen ortadan kaldırılması, ya da onların hiç kullanılamayacak duruma getirilmesi ve buna karşın hiç bir karşılık ödenmemesi hallerinde öze dokunma vardır.

Bu haklı kılınamayacak biçimde engellemenin var olup olmadığını Anayasa Mahkemesi her davada ayrı ayrı inceleyip saptayacaktır.

IV. Bağlama :

Mülkiyet hakkından doğan yetkilerin sınırlandırılmasını haklı kılacak (makul gösterecek) birinci belirti, sınırlamanın kamu yararına olması, ikinci belirti de malikin hakkını kullanmasının toplum yararına aykırı bulunmuş olmasıdır. Bir çok diğer unsurun incelenmesinden evvel ve öncelikle ancak kamu yararı için yapılmış bir kayıtlamanın varlığı saptandıktan sonradır ki, yapılan sınırlamayı varlığı saptanmış kamu yararı gibi bir nedenin bile haklı kılamayacağı ve bu bakımdan sınırlamanın hakkın özüne dokunduğu söylenebilir. Demek ki öncelikle kamu yararının ya da Anayasa Mahkemesi kararlarına göre de diğer 11. madde nedenlerinin, (ki gerçekte kamu yararı kavramının bunları da kapsadığı söylenebilir) yapılan düzenlemenin amacı olduğunun saptanması gerekmektedir.

Nitekim, önce sınırlama amaç ve sebeplerinin varlığını araştıran Anayasa Mahkemesi, bu sebep ve amaçların varlığı halinde, sınırlamanın, öze dokunup dokunmadığını da denetlemekte, bu sebep ve amaçların bulunmaması halinde ise, sınırlamayı, hakkın ve özgürlüğün özüne dokunmasa bile Anayasaya aykırı bulmaktadır.

(15. Makale - 1976)

A. Selçuk ÖZÇELİK

*Anayasamızın Dayandığı Temel İlkeler **

* A.Selçuk Özçelik, "Anayasamızın Dayandığı Temel İlkeler", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 42, S. 1-4, 1976.

ANAYASAMIZIN DAYANDIĞI TEMEL İLKELER

Yazan : Prof. Dr. A. Selçuk ÖZÇELİK

1— Bundan önceki yazımızda(1), Anayasanın yorumlanması konusuna temas etmiş, onun yalnız bir açıdan yorumlanamayacağını, böyle bir yorumun Anayasaya ters düşebileceğini, hürriyetten başka daha bazı ilkelerin de Anayasanın temelinde bulunduğunu, bütün bunların birlikte nazara alınması gerektiğini belirtmiş ve bu arada temel ilkelerden Devletin güvenliği ve onunla ilgili prensipler ile Millî Hâkimiyet, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı esaslarını ve bunların Anayasamıza ne şekilde yansıdığını belirtmeye çalışmıştık.

2— Bu yazımızda Anayasamızın üzerine bina edildiği diğer temel ilkelerden bahsetmek istiyoruz.

Böylelikle Anayasanın herhangi bir hükmünün veya maddesinin yorumunda nazara alınması gereken esasları tebarüz ettirmeyi arzuluyoruz.

3— Anayasa'mızın dayandığı önemli ilkelerden biri de, «Yurtta Sulh, Cihanda Sulh» prensipidir. Bu ilke, Başlangıç kısmında açık olarak ifadesini bulmuştur. Böyle bir esas ile Anayasa'mız Türk Devletine iç ve dış politikada bir yön göstermektedir. Takip edeceği politikanın istikametini çizmektedir. Yurtta barış ilkesi ile, Türkiye'mizde Türk Milliyetçiliği şuurunu kuvvetlendirerek bu topraklar üzerinde yaşayan bütün insanların mensubu olmakla şeref duyduğu aynı milletin fertleri oldukları, kaderde ve kıvançta ortak Türk Milleti'nin fertleri arasındaki kardeşlik, millî birlik ve beraberlik, millî dayanışma halinde olmalarının temini, bunu bozacak her çeşit davranışların karşısında olmaları ve buna meydan vermemeleri, vukuu halinde önlenmesi için her çeşit çareye başvurmaları gerektiği esası ifade edilmek istenmiştir. Şüphesiz Anayasa'mızın dayandığı temel ilkeler arasında en önemlilerinden olarak hürriyet (özgürlük) prensibinin varlığı inkâr edilemez. Hürriyet çok değerli

(1) Bk. A. Selçuk Özçelik: Anayasanın yorumlanması Konusunda İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt XLI, Sayı 3-4, İstanbul 1976, sh. 41-60

ve kutsal bir mefhumdur. Fakat bazı ard ve karanlık niyetlilerin maksatlı olarak, Anayasa’nın yorumunda, yazımızda belirtmek istediğimiz diğer ilkeleri unutarak veya unutmış görünerek, sadece hürriyet mefhumuna sarılmaları, onu da yanlış anlamak, daha doğrusu anlatmak suretiyle, Anayasa’yı sırf bu açıdan yorumlama yoluna gitmeleri ve böylece hürriyeti, onun yorumunu ve uygulamasını Anayasa’nın ruhuna ve sistemine aykırı olarak Devleti, demokratik rejimi tahrip ve hattâ yok edecek mahiyette, hürriyetleri tahrip veya yok etme hürriyeti şeklinde anlatmaları yanlıştır. Doğru ve isabetli olmaktan uzaktır. Yurt içinde barış böyle bir yorum ile sağlanamaz. Bilâkis bundan son derece mahzurlu ve hattâ tehlikeli durumlar ortaya çıkar.

Cihanda sulh esasına gelince, Türk Milleti saldırgan, emperyalist bir devlet değildir. Diğer devletlerin istiklâllerine, varlıklarına hürmet eder. Ve Yeryüzünde devamlı barışın sağlanmasından yanadır. Fakat sadece böyle bir iyi niyetin varlığı Dünya sulhünün gerçekleşmesine yetmez. Bu esasın gerçekleşmesi için her devlet gibi Türk Devleti de kuvvetli olmak, kendisini her çeşit dış saldırılara karşı koruyabilecek, millî haysiyetini muhafaza edebilecek durumda olmak zorundadır. Böyle bir zorunluluk ta, Devletimizin modern askerî silâh, vasıta ve levazıma sahip olması, Ordumuzun disiplin, astın üste itaati ve millî birlik şuuru içinde her an gelişen modern harp usul ve tekniğini takip ederek diğer devletlerinkinden geri kalmamasına bağlıdır. Bu itibarla iktisadî kalkınmamızı zorlayıcı ve hattâ bir dereceye kadar engelleyici dahi olsa, milletçe sıkıntıya katlanarak millî savunmamız için gerekli fedakârlığı yapmamız, bundan asla kaçınmamamız lâzımdır. Ve bütün Türk hükümetleri bu zarureti idrak ederek gereken tedbir ve kararları almakta asla tereddüt göstermemektedirler. Ve göstermeyeceklerdir. Yaşamak, istiklâlimizi ve millî haysiyetimizi korumak için bundan başka çare yoktur. Hiçbir devletin yardım ve desteğine güvenmeksizin, sırf kendi millî gücümüzden ve şuurumuzdan ilham alarak, bir an evvel modern harp sanayiimizi kurmamız için gerekli teşebbüslere girişmemiz âcil bir zaruret olarak kendisini göstermektedir. Yetkililer bu zaruretin idraki içinde çalışmalarını sürdürmektedirler.

4— Anayasa’mızın istinat ettiği ana ilkelerden diğerleri de, millî birlik ruhu, Türk Milleti ve Türk Milliyetçiliği esaslarıdır.

Anayasa’mızın Başlangıç kısmında bu husus açıkça ifade edilmiştir. Gerçekten, Başlangıç kısmı aynen şöyledir:

«Tarihi boyunca bağımsız yaşamış, hak ve hürriyetleri için savaşmış olan;

Anayasa ve hukuk dışı tutum ve davranışlarıyla meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı direnme hakkını kullanarak 27 Mayıs 1970 Devrimini yapan Türk Milleti;

Bütün fertlerini, kaderde, kıvançta ve tasada ortak, bölünmez bir bütün halinde, millî şuur ve ülküler etrafında toplayan ve Milletimizi Dünya milletleri

ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak millî birlik ruhu içinde daima yüceltmeyi amaç bilen Türk Milliyetçiliğinden hız ve ilham alarak;

«Yurtta Sulh, Cihanda Sulh» ilkesinin. Millî Mücadele, millet egemenliğinin, Atatürk Devrimlerine bağlılığın tam şuuruna sahip olarak;

İnsan hak ve hürriyetlerini, millî dayanışmayı, sosyal adaleti, ferdin ve topluluğun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi ve teminat altına almayı mümkün kılacak demokratik hukuk devletini bütün hukukî ve sosyal temelleriyle kurmak için;

Türkiye Cumhuriyeti Kurucu Meclisi tarafından hazırlanan bu Anayasa'yı kabul ve ilân ve onu, asıl teminatın vatandaşların gönüllerinde ve iradelerinde yer aldığı inancı ile, hürriyete, adalete ve fazilete âşık evlâtlarının uyanık bekçiliğine emanet eder.»

Görülüyor ki, Başlangıç Kısmında açıkça, Türk Milleti, Türk Milliyetçiliği, Millî Birlik Ruhu, Millet Egemenliği, millî şuur ve ülküler sözleri geçmektedir. Bu tâbirler, Anayasa'mıza hâkim ruhu açıkça göstermektedir.

Ayrıca Millet ve Milliyet ile ilgili tâbirler Anayasa'mızın şu maddelerinde geçmektedir: «Türkiye Devleti ülkesi ve milleti ile bölünmez bir bütündür.» (A. m. 3.); «Egemenlik kayıtsız şartsız Türk Milletindir.

Millet egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organlar eliyle kullanır.» (A. m. 4'); «Yasama yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisindir.» (A. m. 5).

Seyahat ve haberleşme hürriyetlerini sınırlayıcı faktörler arasında milli güvenlik zikredilmektedir. (A. m. 18.); keza Basın hürriyetini sınırlayıcı faktörler arasında millî güvenlik ile millî güvenliğin gerektirdiği gizlilik de yer almaktadır. (A. m. 22.).

5— Bunlar gösteriyor ki, Anayasa'mız, esasında, millî bir karaktere sahiptir. Yani millet ve milliyet ilkeleri üzerine bina edilmiştir. Millet, millî şuur, milliyet, milliyetçilik gibi birbirini tamamlayan mefhumlar ve prensipler bir demet halinde bir araya gelerek Anayasa'mızın dayandığı, üzerine inşa edildiği temel ilkelerden, temel sütunlardan birini teşkil etmektedir.

Buna karşılık halk sözünü Anayasa'mız ancak bir iki yerde kullanmıştır. Halk, bilindiği gibi, milletin muayyen bir parçasıdır, kesitidir. Bir şehrin halkı, bir köyün halkı, bir kasaba halkı gibi. Ama bunların hepsinin üstünde ve hepsini kapsayan toplam ve bütün olarak Millet vardır; Milliyet şuuru ve Milliyetçilik duygusu vardır ki bu, halk veya halkçılık gibi tâbirlerle ifade edilemez.

Gerçekten, bizim tesbit edebildiğimiz kadarı ile Anayasa'mızda «halk» (50) ve (52) nci maddelerde geçmektedir. Ellinci maddeye göre, «Halkın öğrenim ve eğitim ihtiyaçlarını sağlama, Devletin başta gelen ödevlerindendir.»

52. nci maddeye göre ise, «Devlet halkın gereği gibi beslenmesini, tarımsal üretimin toplumun yararına uygun olarak artırılmasını sağlamak, toprağın kaybolmasını önlemek, tarım ürünlerini ve tarımla uğraşanların emeğini değerlendirmek için gereken tedbirleri alır.»

Demek oluyor ki, Anayasa’mızın dayandığı temel prensiplerden bir de Millet, Milliyet, Milliyetçilik Duygusu, Türk Milliyetçiliği, Millî Birlik Ruhu, Millet Egemenliği, Milli Şuur ve ülküler, Millî Güvenlik tâbirlerinden ibaret bir demetin meydana getirdiği sütundur.

6— Bunun gibi, Anayasa’nın istinat ettiği önemli ilkelerden biri de, Sosyal Adalet’tir. Sosyal Adalet’i de yanlış yorumlayarak, Sosyalizm ile bir tutmak, onu Sosyalizm imiş gibi göstermek konusunda memleketimizde bazı gayretlerin sarfedildiği de gözden kaçmamaktadır. Halbuki, Sosyal Adalet başka şeydir, Sosyalizm başka şeydir. Bir ülkede Sosyal Adalet’in gerçekleşmesi veya mevcut olması, mutlaka Sosyalizm ile kaimdir, demek İlmi gerçeklere uygun düşmez. Sosyalizmin mevcut olduğu ülkelerde sefalet ve adaletsizliklerin, özellikle sosyal adaletsizliğin hüküm sürdüğü günümüzün görünen gerçeklerindendir. Sosyalist ülkelerde sosyal adalet yahut refah geniş halk kitleleri, işçiler, çalışanlar, memurlar için değil, daha ziyade ve hattâ münhasıran sayıca azınlıkta bulunan parti mensupları ve onun üst kademelerini teşkil edenler ile Ordu mensupları, yani komutanlar, subaylar için mevcuttur. Bunun dışında Kalan geniş halk yığınları âdeta sefalet içinde yüzmektedirler.

Buna karşılık, sosyalist olmayan, Karma Ekonomi sistemi ile idare edilen birçok ülkelerde, Sosyalizm’in adem-i mevcudiyetine rağmen, Sosyal Adalet pekâlâ gerçekleşmiştir

Sosyal Adalet, halkın çoğunluğunu teşkil eden orta halli tabakanın sefaletten kurtulup insanca yaşayabilecek asgarî bir ekonomik refah seviyesine erişmesini tazammun etmekte ve gerektirmektedir. Sosyal Adalet prensipi Anayasa’mızın Başlangıç kısmında, ikinci maddesinde, ifadesini bulduğu gibi, bu esas gerçekleştirilmek için, Siyâsî Tarihimizde bir yenilik o.arak (35) nciden (53) ncüye kadar olan (bu madde dâhil) maddelerinde de sosyal haklar düzenlenmiştir.

Sosyal Adalet’i gerçekleştirmek için (41) nci maddenin ilk fıkrasında şöyle bir hüküm mevcuttur: «İktisadî ve sosyal hayat, adalete, tam çalışma esasına ve herkes için insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi sağlanması amacıyla göre düzenlenir.»

Bu gayeleri gerçekleştirmek için aynı maddenin ikinci fıkrası Devlet’e şu vazifeyi yüklemektedir. «İktisadi, sosyal ve kültürel kalkınmayı demokratik yollarla gerçekleştirmek; bu maksatla, millî tasarrufu arttırmak, yatırımları toplum yararının gerektirdiği önceliklere yöneltmek ve kalkınma plânlarını yapmak Devletin ödevidir.»

Bunun gibi (48) nci madde Sosyal Adalet'in tamamlayıcı unsurlarından biri olan Sosyal Güvenliği sağlamak için Devlet'e vazife yüklemekte ve bunu şöyle ifade eylemektedir: «Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Bu hakkı sağlamak için sosyal sigortalar ve sosyal yardım teşkilâtı kurmak ve kurdurmak Devletin ödevlerindendir.»

Sosyal Adalet'in (41) nci maddedeki tarifinden, bunu gerçekleştirme amacını güden (48) nci madde münderecatından, ve yukarıya zikrettiğimiz (35) nciden (53) e kadar olan maddelerden kolaylıkla anlaşılmaktadır ki, Sosyal Adalet başkadır, Sosyal Devlet başkadır, Sosyalizm ise tamamen başkadır. Bunların hepsini birbirine karıştırmak ve böylece Anayasa'mızın sosyalist bir anayasa olduğunu mâsum ve körpe dimağlara aşılamağa çalışmak, Anayasa'nın ilmî gerçeklere aykırı yorumlanması başka mânaya gelmez. Bu tür davranışların altında gizli ideolojik bazı sebebler yatmaktadır.

7— (35) inci madde de Aile'nin korunmasından bahseder. Bu maddede, Aile'nin Türk Toplumunun temeli olduğu, Devlet'in ve diğer kamu tüzel kişilerinin, Aile'nin, ananın ve çocuğun korunması için gerekli tedbirleri alacağı ve teşkilâtı kuracağı belirtilmektedir.

(36) nci madde, herkesin mülkiyet ve miras haklarına sahip olacağını; bu hakların ancak kamu yararı amacı ile, kanunla sınırlanabileceğini, mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağını belirtmiştir.

Otuz yedinci maddede Toprak Mülkiyeti ile ilgili hüküm vardır. Bu maddede, Devletin toprağın verimli olarak işletilmesini gerçekleştirmek ve topraksız olan, yahut yeter toprağı bulunmayan çiftçiye toprak sağlamak amaçlarıyla gereken tedbirleri alacağını; kanunun bu amaçlarla değişik tarım bölgelerine ve çeşitlerine göre toprağın genişliğini gösterebileceğini; Devlet'in çiftçi'nin işletme araçlarına sahip olmasını kolaylaştıracağını; toprak dağıtımının, ormanların küçülmesi veya diğer toprak servetlerinin azalması sonucunu doğurmayacağını hükme bağlamıştır.

Otuz sekizinci madde Kamulaştırma'yı düzenlemiştir (39) ncu madde ise, kamu hizmeti niteliğini taşıyan özel teşebbüslerin, kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılığı kanunda gösterilen şekilde ödenmek şartıyla devleteleştirilebileceğini ifade etmektedir.

Kırkinci madde, Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti'ni tanzim etmiştir. Buna göre, herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Anayasa'mızın yorumunda yanlış yola sapmak için, bu hükmü, yani herkesin dilediği alanda çalışma, sözleşme, özel teşebbüs kurma hürriyetlerini asla hatırdan çıkarmamak icab eder.

Bu hürriyetler ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabilir. Hattâ Anayasa'mız ayrıca Devlete bir görev daha yüklemiştir. Bu görev de, özel teşebbüslerin millî iktisadın gereklerine ve sosyal amaçlara — Dikkat etmek

lâzım!.. Sosyalist amaçlara değil!.. — uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirlerin alınmasıdır.

Bundan başka Anayasa’mızın diğer maddelerinde çalışma ile ilgili hükümler yer almış bulunmaktadır. Bunlar da şöylece sıralanabilir :

Evvelâ (42) nci maddeye göre, çalışmak, herkesin hem hakkı, hem de ödevidir. Devlet çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için ittihaz edeceği sosyal, iktisadî ve mâlî tedbirlerle çalışanları korur ve çalışmayı destekler. İşsizliği önleyici tedbirleri alır.

Angarya yasaktır.

Memleket ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda vatandaşlık ödevi niteliği alan beden veya fikir çalışmalarının şekil ve şartları demokratik esaslara uygun olarak kanunla düzenlenir.

Kırk üçüncü madde ile çalışma şartları kayıtlara bağlanmıştır. Burada işçilerin ağır, gayr-i insânî şartlar altında çalıştırılmıyacağı; yani kimsenin yaşına, gücüne ve cinsiyetine uygun olmayan bir işte çalıştırılmıyacağı; çocukların, gençlerin ve kadınların, çalışma şartları bakımından özel olarak korunacağı (44); ncü madde ile, her çalışanın Dinlenme Hakkı’na sahip bulunduğu; ücretli hafta ve bayram tatili ve ücretli yıllık izin hakkının kanunla düzenleneceği; (45) nci madde ile, Devlet’in, çalışanların yaptıkları işe uygun ve insanlık haysiyetine yaraşır bir hayat seviyesi sağlamalarına elverişli adaletli bir ücret elde etmeleri için gerekli tedbirleri alacağı, açıkça ifade edilmiştir. (46) ve (47) nci maddelerde ise, sosyalist ülkelerde mevcut bulunmayan ve kullanılması mümkün ve mutasavver olmayan Hür Sendika Kurma, Toplu Sözleşme ve Grev Hakları; (49) ncu madde ile Sağlık Hakkı tanzim olunmuştur. Bu sonuncu maddeye göre, Devlet herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesi ve tıbbî bakım görmesini sağlamakla ödevlidir. Yine aynı madde Devlete, yoksul ve dar gelirli ailelerin sağlık şartlarına uygun konut ihtiyaçlarını karşılayıcı tedbirler alması görevini yüklemiştir.

Ellinci madde Devlete, halkın öğrenim ve eğitim ihtiyaçlarını sağlama görevini yüklemiştir. Madde hükmüne göre, ilköğrenim, kız ve erkek bütün vatandaşlar için mecburîdir ve Devlet okullarında parasızdır.

Devlet maddî imkânlardan yoksun başarılı öğrencilerin en yüksek öğrenim derecelerine kadar çıkmalarını sağlama amacıyla burslar ve başka yollarla gerekli yardımı yapar. Ve yine Devlet, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılacak tedbirleri alır.

Elli birinci madde Devlete, Kooperatifçiliğin gelişmesini sağlayacak tedbirlerin alınması; (52) nci madde ise, Devletin halkın gereği gibi beslenmesini, tarımsal üretimin toplumun yararına uygun olarak arttırılmasını sağlamak, toprağın kaybolmasını önlemek, tarım ürünlerini ve tarımla uğraşanların

emeğini değerlendirmek yolunda gerekli tedbirleri alması ödevlerini yüklemiştir.

8— Bütün bu maddelerin tetkikinden çıkan ilmî ve gerçek sonuç şudur ki, bunlarla Anayasamız ülkemizde Sosyalizm'i değil, sosyal Adaleti gerçekleştirmek istemiştir. Fakat maalesef Anayasa'mızın yanlış ve kusurlu yorumlanmasıyla, bu maddelerin mânası yanlış değerlendirilerek, yani hakikatte Sosyal Adaleti gerçekleştirmek amacı kamufle edilerek, Anayasamızın Sosyalist bir Devlet kurmayı öngördüğünü, sosyalizme açık olduğunu ifade ve iddia etmek ilmî gerçeklere, memleket ve millet menfaatlerine karşı çıkmak gibi hazin bir tablo meydana getirmektedir. Tekrar ifade edelim ki, Anayasa'mızın sosyalizm'e açık olduğu yorumu yersiz ve isabetsizdir. Doğru değildir. Sosyal Adalet ile Sosyalizm'i birbirine karıştıracak kadar bir garipliği ifade etmektedir.

9— Bu hususta, sırası gelmişken, bir diğer noktaya daha işaret edelim. Yine yanlış bir yorumlama ile ve Anayasa'nın zikri geçen hükümleri, münferiden, daha doğrusu (53) ncü madde nazar-ı itibara alınmaksızın, bu son madde gözlerden saklanmak veya ırak tutulmak suretiyle, Devletin sosyal adaleti gerçekleştirci bütün tedbirleri almakla mükellef olduğu; bunlardan birini veya birkaçını yerine getirmemesi halinde Anayasa'ya aykırı hareket etmiş, onu çiğnemiş durumda bulunduğu; binaenaleyh iktidarın bu, Anayasa'ya ters düşen davranışı ile suçlu duruma girdiği iddia edilerek masum ve genç, müdafaasız dimağlara Devlete, onu temsil edenlere, Devlet iktidarını ellerinde tutanlara karşı husumet hissi aşılacak, ilmî gerçeklere aykırı olduğu gibi, Devlete, Millete ve rejime de zararlı sonuçlar doğurabilecek bir mâhiyet taşımaktadır.

Meseleyi biraz daha açıklamaya çalışalım: Anayasa'mızın (53) ncü maddesi, Devletin, (Anayasamızın) sosyal ve iktisadî haklar ve ödevlerinden bahseden (35-53 üncü maddelerinden ibaret bulunan) üçüncü Bölümünde belirtilen iktisadî ve sosyal amaçlara ılışma ödevlerini, bir şartın tahakkukuna bağlı tutmakta ve Devletin bunları ancak İktisadî gelişme ve mâlî kaynaklarının yeterliği ölçüsünde yerine getireceğini açıkça belirtmiş bulunmaktadır.

Böyle bir durum karşısında, yani (53) ncü madde hükmü muvacehesinde, Devleti, bu ödevlerinden birini yerine getirmedi diye muaheze etmeye imkân yoktur. Zira, bütün bu sayılan ödevlerin hepsini birden yerine getirmek Devlet için imkânsızdır. Bunun mümkün olabilmesi, İktisadî gelişme ve mâlî kaynakların yeterli olabilmesine bağlıdır. Başka bir deyişle bu ödevler, yani bu işlerin ifası ancak maddî, mâlî imkânlarla, yani para ile sağlanır. Devletin İktisadî gücü, mâlî imkânları yeterli olmazsa bunlardan bazılarının yerine getirilemeyeceği normal ve hattâ âşikârdır.

Bilindiği üzere Devletin başarmak ve yerine getirmekle mükellef olduğu görevleri (ödevleri) pek çoktur. Bunların hepsinin ifası mâlî imkânlarla, yani

paraya dayanır. Devletin gelirleri de, az gelişmiş ve tabîî kaynakları yeterli olmayan bir ülke durumundaki memleketimizde mahduttur. Bu mahdud gelirler çeşitli ihtiyaçlara, aralarında bir plân çerçevesinde öncelik sırası tanınmak suretiyle, sarf edilecektir. Millî Savunma, Millî Eğitim, sağlık hizmetleri, barajlar, yollar, alt yapı tesisleri, çok kâr getirmeyen bazı endüstri teşebbüsleri ve kamu hizmetlerinin yapılması ve yerine getirilmesi hep Devletin uhdesindedir. Bütün bunlara memur ve personel masrafları da eklenecek olursa, ekonomik gelişmemiz için gerekli tarım ve endüstri yatırımlarının hepsinin Devlet tarafından yapılabilmesine ve bunlardan sonra yani bunların yanında, Anayasa'mızın birinci kısmının üçüncü bölümünde yer alan ve (35) nciden (53) ncüye kadar olan maddelerde ifadesini bulan sosyal görevlerin hepsini Devletin yerine getirmesine imkân yoktur. Şüphesiz bunların hepsi Devletin görevleri ve fertler için Devletten istenecek haklar mâhiyetinde olmakla beraber, yukarıda zikredilen sebebler dolayısıyla aralarında öncelik bakımından ister istemez bir derecelenme yaparak bunlardan simdiklik bazılarını yerine getirme, diğer bazılarını da maddî ve mâlî imkânlar yeterli olduğu zaman ifa etme durumu mevcuttur. Ve bundan normal bir şey de yaktır.

Hal böyle iken, Anayasa'yı, (53) ncü maddeyi gözönünde tutmaksızın veya onu nazarlardan saklayarak, meselâ (42) nci madde gereğince, «Devlet işsizliği önleyici tedbirleri almalıdır, bu bir Anayasa hükmüdür. Halen çalışmayan, iş bulamayan kimseler vardır. Bu yüzden Devlet, yani iktidar Anayasayı ihlâl etmiştir ve ona ters düşmektedir» diye bir yorum yapmak hukukî ve ilmi açıdan doğru, âdil ve insaflı bir yorum değildir. Böyle güdük bir yorum —kasıtlı olsun, kasıtsız olsun— netice itibarıyla birçok insanları Devlete, yani onu temsil eden, nizamı sağlayan İktidara karşı hasmane bir tutum takınmaya sevkeder, Devletle pekçok vatandaşların arasının açılmasına yol açar ki çok tehlikelidir.

Yine meselâ, (48) nci maddeyi yorumlarken, «herkesi sosyal güvenlik hakkına sahip kılmak, herkese bu hakkı sağlamak için sosyal sigortalar ve sosyal vardım teşkilâtı kurmak ve kurdurmak, Devletin görevidir. Halen bu imkânlara sahip olmayan pekçok vatandaşlarımız vardır. Bu duruma göre, «Devlet görevini yapmamaktadır. İktidarı ellerinde tutanlar, Anayasa'nın bu çok açık emrine muhalefet etmektedirler, Anayasa ihlâl edilmektedir» diye bir izah tarzı tutturmak, ve (53) ncü maddeyi hiç nazara almadan yorum yapmak aynı sakıncaları doğuran eksik ve tehlikeli bir yorum tarzıdır.

Yine meselâ, (49) ncu maddeyi, (53Y ncü madde ile birlikte olmadan, Devletin herkese beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesi ve tıbbî bakım görmesini sağlamakla mükellef olduğu, Devletin yoksul ve dar gelirli ailelerin sağlık şartlarına uygun konut ihtiyaçlarını karşılayıcı tedbirleri alması gerektiği, halen sağlık şartlarını haiz konuta sahip bulunmayan pekçok vatandaşlar olduğuna göre, Devlet bu görevi yerine getirmediği, yani herkese konut temin

etmediği için Anayasa'ya ters düşmektedir, yani kabahatlidir, diye bir yorum yapmak, aynı şekilde yanlış ve vatandaşları Devlete, İktidara karşı haksız yere düşman edici tehlikeli bir izah tarzıdır.

Bunun gibi, meselâ, (50) nci maddeyi de, (53) ncü maddeden mücerret olarak, onu gözönünde bulundurmaksızın, halkın öğrenim ve eğitim ihtiyaçlarını sağlamak Devletin başta gelen ödevlerindendir, hükmünü, Devlet bütün lise mezunlarına Üniversite ve yüksek tahsil imkânı sağlamak zorunluluğundadır, bunu yapamadığına göre, açıkça Anayasa'ya aykırı hareket etmekte, onu ihlâl eylemektedir, diye bir hükme varmak, aynı şekilde hukukî gerçeklere ters düşen yanlış ve eksik bir yorum tarzıdır. Yanlış ve eksik olduğu kadar büyük sayıda vatandaşları Devlete, toplumda nizamı ve huzuru sağlayan İktidara karşı düşmanca duygular beslemesi sonucunu doğurabilecek kadar tehlikeli bir hareket tarzıdır. Bu itibarla, hukukçu olarak, bütün metinlerde olduğu gibi, Anayasa'nın herhangi bir maddesinin, herhangi bir hükmünün yorum ve izahında onun bütün maddelerini ve ruhunu gözönünde bulundurmak ve ona göre bir yorumda bulunmak zarureti vardır.

10— Bu arada sırası gelmişken Anayasa'yı İhlâl Suçu ile Anayasa'ya Aykırı Hareket, Anayasa'ya Aykırı Kanun yapma konularını da belirtmek gerekir.

Anayasa'yı ihlâl, bir suçtur. Türk Ceza Kanunu'nun (146) nci maddesinde ifadesini bulmuştur. Bu suç, zikri geçen madde'nin birinci fıkrasında, «Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının tamamını veya bir kısmını tagyir, tebdil veya ilgaya ve bu kanun (Anayasa) ile teşekkül etmiş olan Büyük Millet Meclisini ıskata veya vazifesini yapmaktan men'e cebren teşebbüs edenler, idam cezasına mahkûm olur.» diye tarif ve ifade edilmiştir.

Görülüyor ki, Anayasayı İhlâl Suçunun tekevvün edebilmesi için, Anayasa'nın tamamını veya bir kısmını değiştirmek veya ortadan kaldırmak için Türkiye Büyük Millet Meclisi'ni ıskat etmeye yahut Büyük Millet Meclisi'ni vazifesini yapmaktan men'e cebren teşebbüs eylemek kâfi gelmektedir. Cebir hukukta maddî de olur, mânevî de olabilir. Şu hale nazaran, suçun meydana gelmesi için Büyük Millet Meclisi'ni ıskata veya vazifesini görmekten men'e cebren teşebbüs, kifayet eylemektedir, yahut gereklidir. Bundan başka, ayrıca, böyle bir suç işlemeye teşvik veya suyu irtikâp kararını takivye ederek yahut fiil işlendikten sonra müzaheret ve muavenette bulunacağını vadeyleyerek, Türk Ceza Kanunu'nun (65) nci maddesinde gösterilen şekil ve suretlerle gerek yalnızca ve gerek birkaç kişi ile birlikte sözlü veya yazılı veya fiilî fesat çıkararak, yahut meydanlarda ve sokaklarda ve nâsın toplandığı mahallerde nutuk söyleyerek yafta asarak veya neşriyat icra ederek Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının tamamını veya bir kısmını tagyir ve tebdil veya ilgaya ve Türkiye Büyük Millet Meclisini ıskata yahut vazifesini yapmaktan men'e cebren teşebbüs etmek te Anayasa'yı İhlâl Suçu olarak tarif edilmiştir. Bu hükümle, suça yukarıda belirtilen şekillerde iştirak aslî iştirak olarak tanımlanmaktadır.

Zikri geçen suç, bunun dışındaki iştirak hallerinde, fer’î şerikler hakkında beş seneden onbeş seneye öadar ağır ağır hapis ve kamu hizmetlerinden devamlı olarak memnuiyet cezası hükmolunur.

Ancak bu sayılan haller dışında, Anayasa’ya riayet etmemenin, T.C.K. nun (146) nci maddesinde belirtilen suç ile uzaktan veya yakından herhangi bir alâkası yoktur. Meselâ bir milletvekilinin Anayasa’ya aykırı bir kanunun kabulü için oy vermesi Anayasa’yı ihlâl değil, Anayasa’ya aykırı bir harekettir. Bunun cezaî bir müeyyide ile herhangi bir ilgisi yoktur.

Kaldı ki, Anayasa’nın Yasama Dokunulmazlığı’nı düzenleyen (79) ncu maddesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin, meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden ve bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamıyacaklarını, açıkça beyan eylemiştir.

11 — Anayasa’mızın dayandığı diğer bir ilke de, Demokratik Hukuk Devleti Prensipi’dir. Demokratik Hukuk Devleti, hürriyet, millî irade esasına dayanır ve millî iradenin hür bir şekilde tecellisi ile meydana gelir. Başta Anayasa olmak üzere, kanunlara, yürürlükteki hukuk kaidelerine herkesin istisnasız bir şekilde uymasını icabettirir. Türkiye’deki bir kısım vatandaşların bunlara uyup ta diğerleri için riayet etmemek imtiyazının, böyle bir rejimde yeri yoktur. Şu halde en yüksek makamı işgal eden devlet memurundan, köydeki kır korucusu, dağdaki çobana, en ufak kasabadaki bir posta müvezziine varıncaya kadar herkes, istisnasız, yürürlükteki kanunlara ve hukuk kaidelerine uygun hareket etmek zorundadır. Böyle bir rejimde, meselâ, Anayasa Mahkemesi, «Benim kararlarımı hiçbir merci kontrol edemez. Anayasa’nın (132) nci maddesinin birinci fıkrasına göre hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar, binaenaleyh ben de bağımsızım, istediğim gibi, hattâ Anayasa’ya aykırı da olsa, karar verebilirim; Meclisin çıkardığı herhangi bir kanunu, istersem, bana tanınmış olan imkânlardan yararlanmak suretiyle, hattâ Anayasaya ters düşmek suretiyle dahi, ibtal edebilir ve yasama organını bu suretle vesayetim altına alabilirim. Anayasa’nın (5) nci maddesinde ifadesini bulan (Yasama yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez) hükmüne aykırı da olsa, Meclis iradesine karşı çıkıp, ona aykırı olarak kendimi Kanun Koyucu yerine koyabilirim.» zihniyeti ile hareket ederek Anayasa’nın kendisi için çizdiği yetki alanı dışına taşamaz. Kendisini yasama organı yerine ikame edemez. Edememesi lâzımdır. Aksine davranış, Anayasa’mızın temel ilkelelerinden biri olan Demokratik Hukuk Devleti esasına ters düşer.

12 — Bunun gibi, Yasama Organı (Türkiye Büyük Millet Meclisi) nin de kendisini bağlayan Anayasa hükümlerine uygun hareket etmesi, ona aykırı kanunlar çıkarmaması, ona ters düşen davranış içine girmemesi lâzımdır. Yürütme Organının (Hükümetin) ve yargı organı mahkemelerin de Anayasa’nın sekizinci, yüzyirmi beşinci ve yüz otuz ikinci maddelerine göre, başta Anaya-

sa olmak üzere, yürürlükteki kanunlara ve hukuk kaidelerine uygun hareket etmek mecburiyeti bahis konusudur. Böyle bir mecburiyet, Demokratik Hukuk Devletinin başlıca vasfıdır.

13— Anayasa'mızın dayandığı diğer ilke de, Millet'in egemenliğini Anayasa'nın koyduğu esaslara göre, kullanması esasıdır. (Anayasa m. 4, fıkra 2.) Bu, çok önemlidir. Anayasa'mız egemenlik mefhumuna dahil bulunan yetkilerden hangilerinin hangi organ tarafından kullanılacağını açıkça belirtmiştir. Şöyle ki, Yasama Yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kullanılır. Bu yetki devredilemez. (Anayasa: m. 5.) Ancak bu kaideye 1971 tâdilâtında bir istisna konmuştur. (64) ncü maddeye, 1488 sayılı Kanun ile eklenen bir hükümle, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin, kanunla belli konularda, Bakanlar Kurulu'na Kanun Hükmünde Kararname'ler çıkarma yetkisi verebileceği hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre, yetki veren kanunda, çıkarılacak kararnamelerin amacı, kapsamı ve ilkeleriyle bu yetkiyi kullanma süresinin ve yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin açıkça gösterilmesi ve kanun hükmünde kararnamede de yetkinin hangi kanunla verilmiş olduğunun belirtilmesi lâzımdır.

Bu kararnameler, Resmî Gazete'de yayımlandıkları gün yürürlüğe girerler. Ancak, Kararnamede yürürlük tarihi olarak daha sonraki bir tarih gösterilebilir. Kararnameler Resmî Gazete'de yayımlandıkları gün Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulur.

Yetki Kanunları ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulan kararnameler, Anayasa'nın ve yasama meclisleri içtüzüklerinin kanunların görüşülmesi için koyduğu kurallara göre, ancak, komisyonlarda ve genel kurullarda diğer kanun tasarı ve tekliflerinden önce ve ivedilikle görüşülüp karara bağlanır.

Kanun Hükmünde Kararname çıkarmak yetkisi su-i istimal edilmeğe pek müsait olduğundan böyle bir müeyyide (hüküm) konulması zarurî görülmüştür. Yani bunların ayrıca Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından karara bağlanması şartı konmuştur. Daha başka bir ifade ile, bu kararnamelerin yasama meclislerince kanun değil, kanunların görüşülmesinde riyeti gerekli kurallara uymak suretiyle alacakları bir KARAR ile, karar şeklindeki bir tasarrufla tasdik edilmesi gerekir. Bunun KANUN şeklinde bir tasarruf ile tasdik edileceğini, Anayasa'mız kasdetmemiştir. Etseydi, KANUN ile karara bağlanacağını açıkça ifade etmesi gerekirdi.

Yayımlandıkları gün Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulmayan kararnameler bu tarihte, Türkiye Büyük Millet Meclisince — kanun ile değil, karar ile — reddedilen kararnameler — Anayasa metnindeki tâbirle— *bu kararın* Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar.

Değiştirilerek kabul edilen kararnamelerin değiştirilmiş hükümleri, bu değişikliklerin Resmî Gazete'de yayımlandıkları gün yürürlüğe girer.

Her husus kanun hükmünde kararname ile tanzim edilemez. Şöyle ki, Anayasa’nın birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel hak ve hürriyetler ile dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler, kanun hükmünde kararname ile düzenlenemez.

Ayrıca Anayasanın (64) ncü maddesinin son cümlesi, «Anayasa Mahkemesi, bu kararnamelerin Anayasaya uygunluğunu da denetler» diyerek, sadece kanun hükmündeki kararnamelerin Anayasaya uygunluğunu denetleyebileceğini, mezkûr kararnameyi tasdik veya reddeden Meclis tasarrufunun —kaldı ki bu tasarrufun bir kanun değil, bir karar olması lâzımdır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin kararları ise Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi değildir — Anayasaya uygunluğunu ise kontrol edemeyeceğini, hiçbir şüpheye meydan vermiyecek şekilde, belirtmiştir.

Demek oluyor ki, esas itibariyle yasama yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin olup, yukarıki istisna dışında bu yetki devredilemez.

14— Yürütme görevi ise, kanunlar çerçevesinde, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu, yani Yürütme Organı tarafından yerine getirilir. (Anayasa: m. 6.)

Yargı yetkisi ise, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır. (Anayasa: m. 7.) Buradaki «Mahkemelerin Bağımsızlığı» sözünden hareketle yargı organlarının sorumsuzca, yani Anayasayı ve kanunun nazar-ı dikkate almaksızın, diledikleri gibi karar verebileceklerini, bağımsız olmaları dolayısıyla onların hiçbir şekilde denetime tâbi olmayacakları yorumu yapılamaz. Böyle bir yorum tarzı kat’iyyen doğru değildir. Zira, Anayasanın (8) nci maddesine göre, Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve hattâ kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Evveleminde mahkemeler karar verirlerken Anayasa hükümlerine uymak zorundadırlar. İkinci olarak, (132) nci maddeye göre, hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar, ama, onları, karar verirken sınırlayan kaideler vardır. Hâkimler ancak bu esaslara uymak şartıyla bağımsızdırlar. Uymak zorunda oldukları kurallar ise, Anayasa, kanunlar ve hukuktur. Ayrıca vicdanları ile de bağlıdırlar. Hâkimlerin bağımsızlığı, sadece Yürütme Organına, yani siyasî iktidara karşı, onun siyasî tesir ve tazyiki altında kalmaksızın, serbestçe karar verebilmelerini sağlamak için, kendilerine verilmiştir. Bağımsızlığı ancak ve ancak Yürütme Organı’na karşı, siyasî tesir ve tazyik altında kalmama şeklinde yorumlamak zarureti vardır.

Bu itibarla gerek yasama, gerek yürütme ve gerek yargı organları, yetkileri ve yetki alanları ayrı olmakla beraber, evveleminde Anayasa’ya bağlıdırlar. Yürütme ve yargı organları da, bundan başka, yürürlükteki kanunlara ve hukuk kaidelerine uygun hareket etmek mecburiyetindedirler.

15— Anayasa’mızın dayandığı diğer ilke de, Egemenliğin kullanılmasının, hiçbir suretle belli bir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılmıyacağıdır. (Ana-

yasa: m. 4, fıkra: 3). Bu esasla Anayasamızın kişi, zümre veya sınıf hâkimiyetini reddettiği, belirli bir sınıfın diğer sınıflar üzerinde tahakkümünü temin ve tesis eden bir hâkimiyetin asla kurulamayacağı, özellikle Anayasamızın, bazı çevrelerin asılsız ve maksatlı olarak ifade ettikleri gibi, muayyen bir sınıfın diğer sınıfları ezerek veya hâkimiyeti altına alarak bir sınıf diktasını kuramayacağını beyan eylediği açıkça ifade edilmektedir. Anayasamızın ruhundan ve sisteminden anlaşıldığına göre, muayyen bir sınıf, bir tek sınıf yoktur. Ne kadar sınıf ve zümre varsa hepsini bir bütün halinde ihata eden tek bir topluluk (Millet), Türk Milleti vardır. Meselâ münhasıran İşçi Sınıfının iktidara getirilmesini ve Devleti idare etmesini amaçlayan bir partinin kurulabilmesi veya faaliyetini sürdürebilmesi kanaatımızca hukuk dışıdır. Evvelâ, Anayasa'mızın (4) ncü maddesinin üçüncü fıkrasına aykırıdır. İkinci olarak, böyle bir iddia ile iktidara gelmek isteyen partinin maksadı ve programı, Devletin Milleti ile bölünmezliği esasına aykırıdır. Anayasamızın (57) nci maddesinin birinci fıkrasına göre, siyasî partilerin tüzükleri, programları ve faaliyetleri muhtelif esaslara, bu arada Devletin Ülkesi ve Milleti ile Bölünmezliği temel ilkesine uygun olmak zorundadır. Bunlara uymayan partiler temelli Kapatılır. Siyasî partilerin kapatılması hakkındaki davalara Anayasa Mahkeme'sinde bakılır. Kapatma kararı ancak bu Mahkemece verilir. (Anayasa: m. 57, son fıkra.)

16— Bunun tamamlayıcısı mâhiyette Anayasa'mızın dayandığı bir diğer temel prensip te, hiçbir kimsenin kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisini kullanamayacağıdır. (Anayasa: m. 4, son fıkra.) Binaenaleyh hiçbir şahıs, Anayasa'ya göre, Anayasa'da belirtilen usuller dışında, zorla, zorbalıkla, Devlet yetkisine tesahüp edemez. Ezcümle, Millet tarafından, yürürlükteki kanunlara uygun olarak seçilmeden yasama yetkisini kullanamaz, onun yerini alamaz. Anayasa'nın (6) ve doksan beşten yüz on birinciye kadar olan maddelerine aykırı şekilde bu maddelerde belirtilen ve düzenlenen yetkileri gasbedemez. Ederse hukuk dışı, gayr-i meşru bir duruma girer. Aynı şekilde yüz otuz ikiden yüz elli ikinciye kadar olan maddelerde düzenlenen yetkileri de hiç kimse, bu maddelere aykırı olarak, tesahüp edip onları kullanamaz. Keza, mezkûr maddelere göre düzenlenen yetkilere sahip olanlar, onları kullanırlarken de, Anayasa'nın bunların kullanılması konusunda vazetmiş olduğu kaidelere uygun hareket etmek, bu bakımdan Anayasa'yı ihlâl etmemek zorunluğundadırlar. (Anayasa: m. 8, fıkra: 2.) ihlâl ederlerse Anayasa'ya ters düşmüş, ve izahına çalıştığımız prensipe aykırı hareket etmiş bir duruma girmiş olurlar. Hukukî meşruiyetlerini za'fa uğratırlar ve hattâ kaybetmiş duruma girebilirler.

17 — Bu yazımızla Anayasa'mızın yorumu konusunda bazı hususlara işaretle yetinmiş bulunmaktayız. Şüphesiz, Anayasa'mızın bu açıdan değerlendirilebilecek daha birçok hükümleri vardır. Yahut, başka bir deyişle, Anayasanın herhangi bir hükmünü yorumlarken, mücerret o maddeyi değil,

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Anayasa’nın bütün sistemini, ruhunu, yani diğer maddelerini de nazara alarak, birlikte değerlendirmek ve ona göre yorum yapmak, gerek açıdan, gerek memleket gerçekleri ve gerek millî menfaatler yönünden, daha isabetli, başka bir deyişle, tek doğru ve isabetli usul olarak vasıflandırılmak lâzımdır.

(16. Makale - 1977)

Timur DEMİRBAŞ

*Kişi Güvenliği **

* Timur Demirbaş, “Kişi Güvenliği”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 43, S. 1-4, 1977, s. 149-172.

KİŞİ GÜVENLİĞİ

Asis. Timur DEMİRBAŞ

GİRİŞ

I. KİŞİ GÜVENLİĞİNİN DOĞUŞU VE TARİHSEL GELİŞİMİ KAVRAMI

1. Batı'da

- A) İngiltere'de
- B) Amerika'da
- C) Fransa'da
- D) İngiliz Özgürlük Fermanlarının, Amerika ve Fransız Bildirilerinin Niteliği

2 Ülkemizde

- A) Osmanlı İmparatorluğu Dönemi
 - a) Siyasi Belgeler
 - b) Anayasalar
 - B) Cumhuriyet Dönemi
3. Evrensel Bildirilerde ve Sözleşmelerde
- A) Evrensel İnsan Hakları Bildirisi
 - B) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

II. 1961 ANAYASASINDA KİŞİ GÜVENLİĞİ

- 1) 1961 Anayasasının Getirdiği Kişi Güvenliği
 - A) Değişiklikten Önce 30. Madde
 - B) Değişiklikten Sonra 30. Madde
- 2) 30. Madde'nin CMUK. İle İlişkisi
- 3) Yasa Dışı Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat
- 4) Anayasa Mahkemesinin Kişi Güvenliği İle İlgili Kararları

SONUÇ

GİRİŞ

Kişilerin temel hak ve özgürlüklerini Devlete karşı koruyan temel kurum, Kişi güvenliğidir. Anayasamızın 14. maddesinde ifadesini bulan «herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme haklarına ve kişi hürriyetine sahiptir» cümlesi, kişi dokunulmazlığını ifade etmektedir. Kişi dokunulmazlığı, ancak Yargıç kararıyla sınırlandırılabilir. Oysa, Anayasamızın 30. maddesinde ifade edilen Kişi güvenliği ise, henüz Yargıç kararı olmadan, kişilerin özgürlükleri kolluk tarafından sınırlandırılabileceğinden, çok dikkatle düzenlenmesi gerekir. Kollukta geçen sürenin mümkün olduğu kadar kısa tutularak, kişinin hemen Yargıç önüne çıkartılması, kişi özgürlüğünün güvenceli olabilmesi için şarttır. Bu bakımdan, Kişi güvenliği, özellikle Kolluk tarafından, kişi hak ve özgürlüklerine gelişçi güzel ilişilmesini önlemeyi amaçlar.

Kişi güvenliği, İngiltere’de 1215 yılında Magna Carta ile başlayarak, 17. yüzyılda gelişmesini tamamlamasına rağmen, bizde, soyut olarak, ancak Tanzimat Fermanlarında yer almış ve gerçek anlamda ifadesini, ancak 1961 Anayasasında bulmuştur.

Çalışmamda, Kişi güvenliğini iki ana bölümde inceledim: Birinci bölümde, Kişi güvenliğinin doğuşu ve tarihsel gelişimi; İkinci bölümde ise, 1961 Anayasasında Kişi güvenliği.

I. KİŞİ GÜVENLİĞİNİN DOĞUŞU VE TARİHSEL GELİŞİMİ

KAVRAM :

Kişi güvenliği, kişilerin keyfi olarak yakalanamaması ve tutuklanamamasıdır.

Toplumdan önce var olan özgürlükleri, Devletin tanınması, onların nasıl uygulanması gerektiğini göstermek içindir. Devlet bu nu yaparken özgürlükleri tanıdığı ölçüde kendi iktidarının sınırını da belirtmiş olmaktadır. O halde, kişi güvenliğinin gerçekleşebilmesi için, keyfi yönetimin kalkması, hukuka dayanan bir yönetimin oluşması gerekir (1).

Kişi güvenliğinin, tanımını yaptığımız şekilde gerçekleşebilmesi, uzun mücadelelerden sonradır ve ilk defa gerçek anlamıyla İngiltere’de 1679 tarihinde «Habeas Corpus Act.» ile oluşmuştur. Bizde’de keyfi tutuklamanın bütün sınıklarına karşı kişiyi koruyan özgürlük de 1961 Anayasamızın 30. maddesi «Habeas Corpus» ilkesini açıklayarak, güvenceleriyle birlikte ilân edilmiştir. Latince adıyla «*vücuda sahip ol*» deyiminden de anlaşılabilceği gibi, yakalanan veya tutuklanan kimselerin çok kısa bir süre içinde yargıç önüne çıkarılmaları, durumun yakınlarına bildirilmesi ve «keyfi» tutuklamaya karşı diğer ilkeler, 1961 Anayasamızın 30. maddesi ile güvenlik altına alınmış bulunmaktadır (2).

(1) AKIN, İlhan, Temel Hak ve özgürlükler, 3. bası, İÜHF yayını, İst. 1971, S. 22. AKIN, İlhan, Kamu Hukuku. İÜHF yayını, İst. 1974.

(2) SOSYAL, Mümtaz, Anayasaya giriş, 2. bası, AÜHF yayını, Ank. 1969, s. 239. SOYSAL, Mümtaz. 100 soruda Anayasanın anlamı, 4. bası. Gerçek yayınevi, İst. 1977, s. 126.

Kişi Güvenliği

Aslında, insanın güvenle yaşamağa olan hakkı, herhangi bir kişinin veya Devletin bir ihsanı değil, aksine insanlığın en doğal bir hakkıdır ve bu hak Dünyanın bütün insanları için bir ve eşittir (3).

Kişilerin, bu güvenliğe sahip olmaları bütün insan hakları bildirilerinde ve çağdaş Anayasalarda yer almaktadır. Fakat, bazı ülkeler, Anayasalarında göstermelik bir biçimde bu ilkeye yer vermelerine rağmen uygulamada buna uymamaktalar ve kişi güvenliğini çiğnemektedirler. Kişi güvenliği gerçek değerini, ancak demokrasiyi gerçek anlamıyla hazmetmiş ülkelerde bulmaktadır.

Kişi güvenliğinin doğuşuna geçmeden önce, yani 1215 Magna Carta Libertatum'dan çok öncelerden. *Eski Yunandan* başlayarak kişi güvenliğinin var olup olmadığını inceleyelim:

Kişi özgürlüklerinin doktriner kaynağını, *Yunan Stoizm felsefesi* içinde bulabiliriz. Devleti sınırlayıcı kişisel haklar doktrininin ilk izlerini bu antik dünyada bulmamıza rağmen, onun, o devirde gerçekleşebileceğini düşünmek mümkün değildir. Çünkü, devletin hukuku sınırsız olarak kabul ediliyordu (4).

Roma'da da güvenlik yoktur, çok sert bir baskı vardır.

Kişi Güvenliği, *Ortaçağda* da yoktur. Bu dönemin özgürlük anlayışı, derebeylerin kendi küçük toprakları üzerindeki özgürlükleri olarak anlaşılıyordu (5).

Tarihin bu dönemlerinde kişiler güvenlikten yoksun olup hiçbir güvenceleri yoktu.

1) Batıda

A) İngiltere'de

Batı Romanın yıkılışından sonra, 11. yüzyıl ortalarından itibaren bir Devlet halini alan ve sınırsız monarşi ile yönetilen İngiltere'de, krallar 12. yüzyıl başından itibaren çeşitli nedenlerin etkisiyle kendilerine ait yetkilerin sınırlarını çizmek Devlete adaleti egemen kılmak gereğini duymuşlardır (6).

Kral Yurtsuz John zamanında, kralın yetkilerini sınırlamak, yürürlükteki Yasalara uygunluğunu sağlamak, kişilere bazı haklar tanımak ve bu hakları korumak amacı ile, *1215 Büyük Özgürlük Fermanı (Magna Carta Libertatum)* gibi önemli bir hukuki belge kendisini göstermiştir. Kralla Baronlar arasında karşılıklı yetki ve görevleri belirleyen *altmışüç maddelik* bu Ferman, İngiliz Yurttaşının özgürlüklerini belirlemekten çok, toplum güçleri arasında bir denge kurmuştur.

(3) BAŞGİL, Ali Fuad, Demokrasi yolunda, Yağmur yayınevi, İst. 1961, s. 258,

(4) SAVCI, Bahri, İnsan Hakları, (Kanunilik yolu ile korunması), AÜSBF yayını, Ank. 1953, s. 16; KUBALI, Hüseyin Nail, Anayasa Hukuku Dersleri, İÜHF Yayını, İst. 1971, s. 164.

(5) AKIN, Temel Hak ve özgürlükler, s. 22-23.

(6) OKANDAN, Recai G. «1215 Büyük Hürriyet Fermanı», İÜHFM, C 31. S. 1-4, 1965, s. 4.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Ferman, kişi özgürlüğünü korumak amacı ile, bunu bir yargı güvencesine bağlamış, yargıç tarafından verilmiş bir karar olmadıkça kişilerin yakalanamayacaklarını ve tutuklanamayacaklarını belirtmiştir (7).

Büyük Özgürlük Fermanına rağmen, kralların, bu vesikaların yetkilerine koyduğu sınırlardan kendilerini kurtarmak için gösterdikleri çaba, arzulanan sonuca varmayı geciktirmiştir (8).

1628 yılında, *Avam kamarasının isteklerini kapsayan ve krala sunulan «Petition of Rights» (Haklar dilekçesi) denilen belgede, Magna Carta’da belirtilen şekle aykırı olarak kimsenin savunması alınmadan tutuklanamayacağı ve hapsedilemeyeceğini belirten hükümler vardı (9).*

Monarşinin yeniden kurulmasından sonra, kral Charles II ye parlamento tarafından 1679 da kişilerin hak ve özgürlüklerini güven altına alan, kişileri keyfi tutuklamalardan koruyan «Habeas Corpus Act» isminde önemli bir belgenin kabul ettirildiği görülmektedir.

Buna göre kral tarafından tutuklanan bir kişi, vatana ihanet durumu ayrık olmak üzere, herhangi bir yargı organına baş vurarak yargılanmasını isteyebilecektir. Yargı organı, kendisine başvuran kişinin en çok yirmi gün içinde mahkemeye getirilmesini cezaevi müdürüne bildirmek zorundadır. Aksi halde görevini yapmayan veya ihmal eden yargı organı veya cezaevi müdürü ağır para cezasına çarptırılacaktır (10).

1689 yılında, *parlamento ile kral arasında bir anlaşma niteliğinde olan ve yasaların üstünlüğünü savunup özel yetkili yargı organları kurma hakkını ortadan kaldıran «Bill of Rights» (Haklar yasası) kabul edildi. Bu yasa kişisel hak ve özgürlüklerin korunması amacını gütmekte, yurttaşlara krala dilekçe vermek hakkı tanımakta, ve bu yüzden yurttaşların tutuklanmaları mümkün olmaktadır (11).*

1701 yılında *Parlamento tarafından «The Act of Settlement» meydana getirilmiştir. Bu yasanın kişi güvenliği açısından önemi, yetkilerini kötüye kullanmadıkları sürece yargı organlarının görevlerinden uzaklaştırılmamaları esasını kabul etmesidir (12).*

B) Amerika’da

12 Haziran 1776 da *Virginia Meclisi, onaltı maddelik bir haklar bildirisi kabul etti. George Mason tarafından yazılan bu bildiride, kişi güvenliği ile ilgili ola-*

(7) OKANDAN, a.g.e., s. 4-5; İLAL. Ersan, «Magna Carta», İÜHF, C. 34, S. 1-4, 1969. s. 219; AKIN, a.g.e., s. 25-26.

(8) OKANDAN, a.g.e., s. 5.

(9) OKANDAN, Recai G., Umûî Amme Hukuku, İÜHF yayını, İst- 1968, s. 253.

(10) NOBLET ve BASTİD'den naklen; OKANDAN, a.g.e. s. 254.

(11) OKANDAN. a.g.e. s. 255; AKIN, a.g.e. 6. 28.

(12) OKANDAN, a.g.e. s. 256; AKIN, a.g.e. s. 28.

rak *sekizinci maddesine göre*; herkes kendisi hakkında yapılan suçlamaların sebebini sormak, suçlamayı yapanlarla, tanıklarla yüzleşmek, kendi yararına olan delilleri göstermek, tarafsız ve oybirliği ile karar vermedikçe suçlu sayılamıyacağı bir jüri önünde süratle yargılanmak hakkına sahiptir. Hiç kimse kendisi aleyhine delil göstermeye zorlanamaz. Hiç kimse ülkesinin yasası veya amirlerinin kararı olmaksızın özgürlüğünden yoksun edilemez.

Bildirinin *dokuzuncu maddesinde* ise, hiç kimse için aşırı kefalet akçesi istenemeyeceği, aşırı para cezası veya zulüm sayılabilecek alışılmamış cezalar verilemeyeceği belirtilmiştir (13).

Bildiri 10. *maddesinde* ise, bir polis ya da özel bir görevlinin suç işlendiği yolunda kuvvetli deliller olmadan şüpheli yerlerin aranmayacağını, adı belli olmayan, suçu açıkça anlatılamayan ve delilleri gösterilmemiş kişilerin yakalanamayacağını, bu şartlarda yakalanması için verilen yakalama müzekkerelelerinin kabul edilemeyeceğini bildirmiştir (14),

Virginia Haklar Bildirisi bireysel özgürlükler ve özgürlükçü liberalizmi tüm kurum ve güvencelerini kapsamaktadır (15).

4 Temmuz 1776 da Jefferson tarafından yazılan Amerika Bağırsızlık bildirisinde, bütün insanların eşit oldukları ve onların doğuştan itibaren yaşamak, özgürlük ve mutluluğu arama gibi haklara sahip oldukları ve yönetimlerin bu hakların korunması için insanlarca kurulduğu belirtilmiştir (16). Bu bildiri Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının temeli olmuştur (17).

1789 Anayasasında kişi hak ve özgürlükleri etraflıca düzenlenmediğinden, anayasa 3 Kasım 1791 Haklar Bildirisi eklenmiştir. Bildirinin 5. maddesinde, büyük jüri tarafından suçlanmadıkça, hiç kimsenin sorguya çekilemeyeceği, aynı suçtan tekrar yargılanmak suretiyle bir kimsenin hayatının iki kere tehlikeye konamayacağı, ceza davalarında bir kimsenin tanıklık etmeye zorlanamayacağı, yasalara uygun olmadıkça hayat, özgürlük ve malından yoksun edilemeyeceği belirtilmiştir (18).

C) Fransa'da

1789 Büyük Fransız Devriminden önce Fransa'da krallık zorlu bir baskı yönetimi uyguluyordu. Ne var ki J. J. Rousseau, Montesquieu Voltaire gibi «Aydınlık Felsefe»yi temsil eden düşünürlerin etkisiyle Fransa'da bir özgürlük fikri doğmuş ve gelişmiştir. 14 Temmuz 1789 Fransız Devriminden sonra 26 Ağustos 1789

(13) AKIN, a.g.e. s. 33; OKANDAN. a.g.e. s. 259; AKIN, Kamu Hukuku, s. 290.

(14) OKANDAN, a.g.e. s. 259.

(15) ATEŞ, Toktamış, Demokrasi, Der yayınları, İst. 1976, s. 54,

(16) AKIN, Kamu Hukuku, s. 288; AKIN, Temel Hak ve özgürlükler, s. 32; OKANDAN, a.g.e. s. 260; KAPANİ, Münci, Kamu Hürriyetleri, A.U. yayını, 5. bası, Ank. 97, s. 7.

(17) ATEŞ, a.g.e. s. 56.

(18) OKANDAN, a.g.e. s. 263.

İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi kurucu meclis tarafından ilân edildi. Bildiri kapsamı bakımından evrensel, ifadesi bakımından soyut, dayandığı inanç yönünden ise iyimserdir (19).

Bireyci olan Bildiri 17 maddeden ibaret olup, 7, 8 ve 9. maddeler kişi güvenliği ve kişi dokunulmazlığı ile ilgilidir. Bildiri kişi güvenliği ile ilgili olarak; «Yasanın belirttiği durumlar ve öngördüğü yöntemler dışında hiç kimse suçlandırılmaz, tutuklanamaz ve alıkonamaz» denilmektedir (20).

Fransız Devrimi ve Bildirisi, insan hakları konusunda çok ileri anlayışlar getirmiştir. O, bir defa «insan»a ve onun onuruna saygıyı öğretmiştir. Bildiri inanıyordu ki, devletin görevi «insan»a saygı göstermektir (21).

D) *İngiliz Özgürlük Fermanlarının, Amerikan ve Fransız Bildirilerinin niteliği:*

İngiltere’de Mağna Carta’dan bu yana siyasi iktidarın din ve ahlâk kurallarının yanında hak ve özgürlük kavramları ile de sınırlı olduğu kabul edilmektedir (22). Demek oluyor ki, *Tabîî Hukuk Okulu kişisel haklar teorisini* geliştirmeden çok önce, bu haklardan bir kısmı, İngiltere’de gerçekleşmiş ve pozitif hukuka geçmiş bulunmaktaydı.

Fakat İngiliz Özgürlük Fermanı ve Yasaları, Amerikan ve Fransız Bildirileri gibi gerçek anlamda birer haklar bildirisi sayılamazlar (23). Çünkü İngiliz Bildiri ve fermanları kralın ve aristokrasinin yetkilerini parlamento yararına sınırlarken, parlâmentonun yetkilerine bir sınır koymamışlardır. İngiltere’de bu gelişmeler sonucunda, parlamento üstünlüğü bir anayasa kuralı, yasa egemenliği hak ve özgürlüklerin güvencesi olmuştur (24). Oysa Amerika ve Fransız bildirileri yasama’nda ilişimeyeceği, özüne dokunamayacağı özgürlükler ve haklar olduğu belirtiliyordu (25).

Amerika ve Fransız bildirilerinin, İngiliz bildiri ve fermanlarından en önemli ayrılıkları bu bildirilerin evrenselliği ve soyutluğudur (26).

2) Ülkemizde

A) Osmanlı İmparatorluğu Dönemi

İslâm Hukukunun en temel kaynağı Kur’ân, insanlara müslüman olsun olmasın eşitlik ve özgürlük tanımıştır. Bu özgürlüğün sınırını şeriat tayin eder-

(19) AKIN, a.g.e. s. 36-37; ARMAOĞLU, Fahir H., *Siyasi Tarih*, 2. bası, AÜSBF. yayını, Ank. 973, s. 3.

(20) ATEŞ, a.g.e. s. 60; ÜÇÖK Coşkun, *Siyasal Tarih*, A. Ü. yayını. 5. bası, Ank. 1961, s- 54.

(21) SAVCI, a.g.e. s. 11; PAYASLIOĞLU, Arif, «Yeni Teşkilât-ı Esasiye Kanunlarında Ceza Prensipleri» A.D. S. 2, 1953, s. 175.

(22) AKIN, a.g.e. s. 29.

(23) KAPANI, a.g.e. s. 33.

(24) TUNAYA, Tarık Zafer, *Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku*, İÜHF yayını, 3. bası, İst. 1975, s. 282.

(25) ATEŞ, a.g.e. s. 60.

(26) KAPANI, a.g.e. s- 41.

di. İslâmın getirdiği hükümler zaman ve yer değişse bile ihtiyaçlara cevap verecek nitelikteydi (27).

Kur'an'a göre, devlet adamının (imam), milletin seçmesiyle başa geçip, Tanrı'nın çizdiği sınırlar içinde hareket etmesi gerekir. İmanın milletin işlerini omuzlaması, şeriatın belirttiği yolda yürümesi gerektiği gibi halkın da ona itaat etmesi gerekir (28).

Fakat Hz. Muhammed'in ölümünden sonraki 4 halife dışında, ne diğer İslâm devletlerinde, ne de Osmanlı İmparatorluğunda devlet başkanını halk seçmemiş, saltanat babadan oğula geçmiştir. Padişahlar, ellerindeki yetkileri genel olarak kötüye kullanabilmişler, şeriat hükümlerini rahatlıkla aşabilmek için şeyhülislâmlardan göstermelik fetvalar alarak, din adamlarını da kendi amaçlarına alet olarak kullanmışlardır. Sonuç olarak söyleyebiliriz ki, imparatorluk dönemi içinde kişi güvenliğinden söz etmek olanaksızdır.

Osmanlı İmparatorluğunda batılı anlamda insan hakları ve kişi güvenliği sorunu, Türk toplumunun siyaseten de batılılaşma çabaları içinde ortaya çıkmıştır. İnsan hakları doktrini bir yerli görüş olarak ortaya çıkmamıştır. Ancak 19. yüzyıldan itibaren ki, genç Türkler, İslâmi düşünceleri zorlayarak bir insan hakları ve kişi güvenliği sorununu ortaya atabilmişlerdir (29).

a) Siyasi Belgeler

Alemdar Mustafa Paşa, İmparatorluk içinde otoriteyi sağlayabilmek için, Anadolu ve Rumeli Ayânıyla 1808 yılında İstanbul'da «*Sened-i İttifak*» denilen bir belge hazırladı ve padişahın onayına sunuldu. Bu belge ile Padişahın yetkilerinde bir kısıntı yapıldı fakat hiçbir zaman uygulanamadı (30).

Padişah yetkilerindeki sınırlamayı Ayan başardığına göre durum 1215 Magna Carta'sına benzetilebilir. Fakat bu sadece biçimsel bir benzeştir. Çünkü, Magna Carta'da olduğu gibi, Padişah'tan koparılan yetkiler, aracı feodal tabaka kanalıyla halka ya da temsilcilerine mal edilmemiştir (31).

Onar, bu belgeye üstün bir hukuki değer tanımış ve bunun Osmanlı İmparatorluğunda ilk amme hukuku kaidesi ve Hukuk devletine doğru bir gidiş

(27) SAVA PAŞA, İslâm Hukuku nazariyatı hakkında bir etüd (Çev. Baha Ankan), Diyanet İşleri Reisliği yayını, Ank. 1955, s. 205; UDEH, Abdülkadir, İslâm Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk (Çev. Akif Nuri). İhya yayınları, C. 1, İst. 1976, s. 62-67.

(28) UDEH, a.g.e. s. 75.

(29) SAVCI, «Türk Devletinde, tarihi akışı içinde İnsan Hakları» AÜSBFD, C. 18, NO: 2, 1963, s. 83.

(30) ELÖVE, Mustafa E, «Anayasa hareketlerimizin şeması», İBD, C. 35, S. 5-6; AKIN, a.g.e. s. 41. Ayrı bası, İst. 1960, s. 3; ABADAN, Yavuz - SAVCI, Bahri, Türkiye'de Anayasa gelişmelerine bir bakış, AÜSBF yayını, Ank. 1950, s. 16; ÖZÇELİK, Selçuk, Esas Teşkilât Hukuku Dersleri, İÜHF yayını, C. 2, İst. 1976, s. 47.

(31) TUNAYA, a.g.e. s. 236; TUNAYA, Tank Zafer, Türkiye'nin Siyasi Hayatında Batılılaşma Hareketleri, İst. 1960, s. 25.

sayılabileceğini söylemiştir (32). *Okandan'a* göre ise, Sened-i İttifak hükümdarın yetkilerini frenliyecek objektif bir hukuk kaidesi niteliğini alamamıştır (33). *Özçelik'de* aynı kanıdadır (34).

Mustafa Reşit Paşanın yenilik yapma çabası, diğer yandan memlekette yapılması gereken yeniliklerin gerekliliğini takdir eden Abdülmecid'in, devletin bünyesinde *hakkaniyet ve adaleti hakim kılmak* arzusu, 3 Kasım 1839 (26 Şaban 1255) *Gülhane Hattı Hümayunu*nu doğurmuştur (35).

İmparatorluk döneminde kişi güvenliğinden dolayısiyle de olsa ilk söz eden belge olan Gülhane Hattı Hümayunu'na göre: yeni yapılacak yasaların temeli, can güvenliği, ırzın, namusun ve malın korunması, vergi salmada, askere çağırma ve askerde tutma sürelerinde eşitlik olacaktır. Ferman hiç kimsenin şeriata göre açıkça yargılanmadan ölüm cezasına çarptırılmayacağını da bildirir. Devletin ve ulusun iyiliği için bu yasaları onaylayan hükümdar, bundan böyle kendisi de, bu yasalara uymakla yükümlü olacak yani bu konuda «kasem billah» edecektir (36).

1856 Paris antlaşmasından önceki günlerde, gerçekte Ortodoksların hukukunun korunması bakımından olabilecek Rus müdahalesini önlemek amacıyla Abdülmecit, 18 Şubat 1856 (1272) da *Islahat Fermanı*nı yayınlamıştır. Bu fermanla, 1839 Fermanıyla kişilerin tümüne sağlanan haklar tekrarlanmıştır. Gerçekte, bu fermanla Padişah bir çok konuda Sadrazamına buyruklar vermekte ve buyrukların yerine getirilebilmesi için bir takım işlemlerin yapılmasını istemektedir. *Kişi güvenliğiyle* ilgili olarak kimse keyfi olarak tutuklanamayacak hapse atılamıyacaktır. Eziyet, işkence ve buna benzer «cismani» cezalar tüm olarak kaldırılacaktır (37).

Tanzimat Fermanlarının niteliğine gelince: Bu Fermanlar sosyal, siyasal ve felsefi bir görüşten esinlenmiş prensipleri kapsayan bir hukuk belgesi veya bir «insan ve yurttaş hakları bildirisi» niteliğinde değildirler (38). Padişahın imtiyazları karşısında, kişi hakları pozitif güvenceye sahip olamamışlardır. Zaten fermanlar bu hakları tabii haklar olarak değil, fakat birer ihsanı şahane olarak ilân etmişlerdir (39).

(32) ONAR, Sıddık Sami, idare Hukukunun Umumi Esasları, C. 1, İst. 1966, s. 145.

(33) OKANDAN, Recai G., Amme Hukukumuzun Anahatları, İÜHF yayını 145. İst. 1971, s. 58.

(34) ÖZÇELİK, a.g.e. s. 51.

(35) OKANDAN, a.g.e. s. 68.

(36) AKIN, a.g.e. s. 43-44; FERİDUN, Server, Anayasalar ve Siyasal Belgeler, İst. 1962, s. 4-6; KURAN, Ahmed Bedevi, Osmanlı İmparatorluğunda İnkılâp Hareketleri ve Milli Mücadele, İst- 1959. s. 51-52; ALDIKAÇTI. Orhan, Anayayasa Hukukumuzun gelişmesi ve 1961 Aayyasası, İÜHF yayını, 2. bası, İst. 1973, s. 40-41; OKANDAN. a.g.e. s. 68-70; ONAR, a.g.e. s. 150-151.

(37) AKIN, a.g.e. s. 45; ARSEL, İlhan, Teokratik Devlet anlayışından Demokratik Devlet anlayışına, AÜHF yayını, Ank. 1975, s. 25; FERİDUN, a.g.e. s. 6; KURAN, a.g.e. s. 59; OKANDAN. a.g.e. s. 73.

(38) ARSEL, a.g.e. s. 25.

(39) TUNAYA, a.g.e. s. 39.

Tanzimat reformlarının «denetlenmesi», yabancı devletlere bırakılmıştır. Devletler, tanzimat reformlarının ilelebet yaşayacağına tanık olmak üzere, «onlara resmen bildirilmesi» keyfiyetini reformlar konusunda müdahaleye hakları bulunduğu biçiminde yorumlamakta gecikmeyeceklerdir. 1856 Paris anlaşması ile reformlar, antlaşma metnine alınarak yabancıların işlerimize müdahalesi daha sağlam bir güvenceye bağlanacaktır (40).

b) Anayasalar

Türk toplumunun ilk yazılı anayasası 1876 (1293) *Kanunu Esasiyesi* tarihinde bir dönüm noktası sayılır. Kişi hak ve özgürlükleri geniş bir biçimde bu anayasada yer almıştır. Kişi güvenliği ile ilgili olarak 10. maddede «Kişi Hürriyeti her türlü tecavüzden korunur, hiç kimse kanunların tesbit etmediği ceza ile cezalandırılmaz» 22. maddede, «Osmanlı ülkesinde herkes konut tecavüzünden korunur, kanunun tayin ettiği şartlar dışında, hükümet tarafından zorla hiç kimsenin konutuna girilemez» denmektedir.

Kanunu Esasiyede sayılan haklar ve özgürlükler sadece sözde kalıyordu, çünkü bunların *güvencesini* ifade edecek bir hüküm, bir müessese, bir yaptırım oluşturulmamıştır. Aksine kişilere sağlanan hak ve özgürlüklerin kaldırılabilmesi yönünden padişaha bir yetki tanınmıştır. 113. maddeye dayanarak padişah, «hükümetin emniyetini ihlâl edenleri», basit bir zabıta araştırmasından sonra memleketten sürebilecektir (41).

II. meşrutiyetle birlikte 1909 yılında, 1876 anayasasında yapılan değişiklikler genel olarak padişahın yetkilerinin sınırlandırılması, buna karşılık parlâmentonun yetkilerinin genişletilmesi yönünde olmuştur. Kişi hak ve özgürlükleri bakımından 113. maddenin 2. fıkrası kaldırılmış, kişi güvenliği ile ilgili olarak 10. madde hükmü pekiştirilmiştir. 1876 den farklı olarak değişen 10. madde ile şeriatın hükümleri kişilerin özgürlüklerini sınırlayıcı bir esas olarak kabul olunmuş ve kişilerin şer ve kanunun tayin ettiği sebepten başka bir bahane ile tutuklanamayacağı belirtilmiştir.

İkinci Meşrutiyet rejiminin getirdiği özgürlük havası uzun sürmemiştir. Meşrutiyet, halk egemenliği, parlâmenterizm, siyasi özgürlük, kişi hakları gibi kavramlar gerçekleşmeden kâğıt üzerinde kalmıştır (42).

Milli mücadele dönemi ile birlikte 20 ocak 1921 (1337) de, yirmüç madde ile bir ek maddeden oluşan *Teşkilât-ı Esasiye kanunu*, acil ve ancak bir geçiş döneminin gereksinmelerini karşılamak amacı ile oluşturulduğundan, eksik yönleri bulunan bu anayasada kişi güvenliği ile ilgili hükümler yoktur (43).

(40) AVCIOĞLU, Doğan. Türkiye'nin Düzeni, 1. kitap, 11. bası. Tekin Yayınevi, İst. 1977, s. 121.

(41) ABADAN-SAVCI, a.g.e. s. 33-34; ARSEL, a.g.e. S. 31; ELÖVE, a.g.e. s. 19-21; FERİDUN, a.g.e. s. 16; KAPANI, a.g.e. s. 80-81; ÖZÇELİK, a.g.e. s. 70-71.

(42) FERİDUN, a.g.e. s. 29; KAPANI, a.g.e. s. 82-83; OKANDAN, a.g.e. s. 82-83; OKANDAN, a.g.e. s. 289.

(43) OKANDAN, Umumi Amme Hukuku, s. 345; ÖZTÜRK, Bahri. «Meclis Hükümeti», Yargı Dergisi, Kasım 1977, S. 19. s. 17.

B) Cumhuriyet Dönemi

1924 *Teşkilât-ı Esasiye kanununun* hazırlanmasında 18. yüzyıl felsefesinin ve Fransız İhtilâli prensiplerinin oldukça derin etkileri görülür (44). Bu Anayasa’da kişi güvenliği ile ilgili olarak 71. maddesinde, «can, mal, ırz, mesken her türlü taarruzdan masundur» 72. maddesinde «kanunen muayyen olan ahval ve eşkâlden başka bir suretle hiçbir kimse derdest ve tevkif edilemez.», 73. maddesinde «işkence, eziyet, müsadere ve angarya memnudur.» ve 76. maddesinde «kanunen muayyen olan usul ve ahval haricinde kimsenin meskenine girilemez ve üzeri taharri (arama) edilemez.» denmektedir (45).

Kişi güvenliği 4 Nisan 1929 tarihli *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda* da etraflıca düzenlenmiştir. Fakat 1924 anayasasının yürürlükte kaldığı sürece, hukuken varlıkların muhafaza eden, fakat garantiden yoksun bulunan hak ve özgürlüklerde, siyasi haklar gibi önemli kısıntılara uğramışlardır (46). Klâsik kamu özgürlüklerini, sosyal haklarla bağdaştırma yöntemini izlememiş olan 1924 anayasasında, kamu özgürlüklerini sınırlama ölçüsü doğrudan normal kanun koyucuya bırakılmıştır. Diğer yandan da, tek parti çoğunluğunun özgürlükler üzerindeki hakimiyeti sağlanmıştır. Atatürk döneminde tartışılmasına gerek duyulmayan bu durum 1950 - 1960 arasında bir ihtilâl nedeni olmuştur (47).

1924 anayasasının özgürlükleri güvence altına alma konusundaki kısıllığının arkasında temel bir devlet felsefesi yatmaktadır. Kurtuluş savaşının meclisli bir yönetim sayesinde kazanılmasıyla yepyeni bir ulusal egemenlik anlayışı doğmuş, ulus iradesiyle meclis iradesini birbirine kaynaştırarak meclis dışında bir ulusal irade aranmasını imkânsızlaştırmıştı. 1921 ve 1924 anayasaları Türk tarihinde ilk olarak, «ulusal egemenlik» kavramını, parlâmentonun varlığıyla kaynaştırılmış bir biçimde, temel hukuk kuralları arasına geçmektedir.

Bu anlayış gereğince, vatandaşların haklarını ve özgürlüklerini koruyacak en sağlam güvence, egemenliğin yalnız meclis tarafından kullanılmasıydı. Meclis, ulusu temsil ettiğine ve egemenliği onun adına kullandığına göre, kimi kime karşı korumaya lüzum vardı? Böyle bir koruma ve iktidarı sınırlama gereksinmesi, iktidarın ulus elinde bulunmadığı, padişahla paylaşıldığı dönemlerde vardır (48).

3) Evrensel Bildirilerde ve Sözleşmelerde

A) Evrensel İnsan Hakları Bildirisi

Birleşmiş Milletler genel kurulu tarafından 1948 tarihinde kabul ve ilân olunan *Evrensel İnsan Hakları Bildirisi* bir antlaşma değildir. Üye devletleri bağla-

(44) KAPANİ, a.g.e. s. 87; SOYSAL. 100 soruda Anayasanın anlamı, s. 126.

(45) FERİDUN, a.g.e. s. 61.

(46) OKANDAN, a.g.e. s. 365.

(47) TUNAYA, Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku, s. 335-336.

(48) SOYSAL, a.g.e. s. 46.

yıcı bir değer taşımakta mıdır? yoksa uyulması zorunlu olmayan bir tavsiye, sadece ahlâki yükümleri içeren bir belgeden mi ibarettir? tartışmalıdır (49). Bu bildiri 9. maddesinde «kimse keyfi olarak yakalanamaz, tutuklanamaz ve sürülemez» demektedir (50).

B) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe giren bu sözleşmeye Türkiye 18 Mayıs 1954'de katılmıştır (51). Bu sözleşmenin 5. maddesi şöyledir:

«1. Her ferдин hürriyete ve güvenliğe hakkı vardır. Aşağıdaki mezkûr haller ve kanuni usuller dışında hiç kimse hürriyetinden mahrum edilemez: (önemli olan c bendi aşağıdaki şekildedir).

c) Bir suç işlediği şüphesi altında olan yahut suç işlemesine veya suçu işledikten sonra kaçmasına mâni olmak zarureti inancını doğuran makul sebeplerin mevcudiyeti dolayısıyla, yetkili adli makam önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve hapsi,

2. Tevkif olunan her ferde, tevkifini icabettiren sebepler ve kendisine karşı vaki bütün isnatlar en kısa bir zamanda ve anladığı bir dille bildirilir.

3. İşbu maddenin l/c fıkrasında derpiş edilen şartlara göre yakalanan veya tevkif edilen herkesin, hemen bir hakim veya adli görevi yapmaya kanunen mezun kılınmış diğer bir memur huzuruna çıkarılması lâzım ve makul bir süre içinde muhakeme edilmeye yahut adli takibat sırasında serbest bırakılmaya hakkı vardır...

4. Yakalanması veya tevkif sebebiyle hürriyetinden mahrum bırakılan her şahıs hürriyeti tahdidin kanuna uygunluğu hakkında kısa bir zamanda karar vermesi ve keyfiyet kanuna aykırı görüldüğü takdirde tahliyesini emretmesi için bir mahkemeye itiraz hakkını haizdir.

5. İşbu maddenin hükümlerine aykırı olarak yapılmış bir yakalama veya tevkif muamelesinin mağduru olan her şahsın tazminat istemeye hakkı vardır.»

II. 1961 ANAYASASINDA KİŞİ GÜVENLİĞİ

1) 1961 Anayasasının Getirdiği Kişi Güvenliği

1679 Habeas Corpus Act anlamında, yöneticilerin keyfine göre insanları özgürlüklerinden yoksun bırakmanın bütün sakıncalarına karşı kişiyi koruyan, kişi güvenliği anlayışı 1961 anayasasıyla ülkemize girmiştir (52).

(49) ÇELİK, Edip F., Milletlerarası Hukuk, C. 1, İÜHF yayını, İst. 1975, s. 47.

(50) KUNTER, Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, İÜHF yayını, s. 47. İst. 1974, s. 438.

(51) NOMER, Ergin - ESKİYURT, özer, Avrupa sözleşmeleri, İÜHF yayını, İst. 1975, s. 87-88.

(52) AKIN, a.g.e. s. 60; SOYSAL, a.g.e. s. 126

30. maddeyi incelemeyen önce, 14. maddede göz atmak yerinde olur. Buna göre: «herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme haklarına ve kişi hürriyetine sahiptir. Kişi dokunulmazlığı ve hürriyeti kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça kayıtlanamaz. Kimseye eziyet ve işkence yapılamaz. İnsan haysiyeti ile bağdaşmayan ceza konulamaz.» denilmektedir.

Bu madde 10. madde ile birlikte değerlendirilirse; 14. maddede insana varlığını geliştirme hakkı tanınırken 10. maddede de devlete bu yoldaki engelleri kaldırma direktifi verilmektedir. 10. maddenin gerekçesinde bunu açıkça görmek mümkündür. 14. maddenin gerekçesinde ise, temel hak ve özgürlüklerin en başında geleni kişinin kendi bedeni üzerinde sahip olduğu hak ve fizik özgürlükleridir. *Can güvenliği ve vücut bütünlüğünün masun olması bütün özgürlüklerin ilk koşuludur* denilmektedir (53).

Gerçekten de kişi dokunulmazlığı diğer bütün özgürlüklerin kullanımını sağlayan, yani temel hak ve özgürlüklerin temeli olan bir niteliğe sahiptir (54). Bu bir bakıma can güvenliğinin ve vücut bütünlüğünün masun olması demektir. Bir kimsenin başkasına zarar vermeden, istediği hareketi yapabilmesi, istediği gibi dolaşabilmesi «kişi özgürlüğü» kavramının içerisinde (55).

Anayasanın 14. maddesinin 2. fıkrası önemli bir gelişmedir. Çünkü kişi dokunulmazlığının, yani bu temel özgürlüğün sınırlanması sadece yaşamaya bırakılmamış, ayrıca yargı kararı da aranmıştır.

A) Değişikliklerden önce 30. madde

Anayasamızın 30. maddesinin 1. fıkrasında; «suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler ancak kaçmayı veya delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunla gösterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabilir. Tutukluluğun devamına karar verilebilmesi aynı şartlara bağlıdır» demektedir.

30. maddenin 2. fıkrasında da yakalamadan söz etmektedir; «yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir, bunun şartlarını kanun gösterir.»

Görüldüğü gibi yakalama, tutuklamaya nazaran, kişi güvenliği açısından daha tehlikelidir. Çünkü, Yargıç güvencesine bağlanmış değildir. Tutuklama kararını ancak yargıç verebildiği halde, yakalama yapabilenler savcı, kolluk veya yerine göre herkeştir. Ancak anayasa bu durumu sadece suçüstü ve gecikmede sakınca olan durumlara hasrederek, bir güvence getirmek istemiştir.

53 ÖZTÜRK, Kâzım, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (izahlı, gerekçeli), C. 2, T. İş Bankası yayını, Ank. 1966, s. 29-35.

54 KUBALI, a.g.e. s. 167.

55 AZGUR, Fuad, Anayasa mahkemesinin kararlarına göre «Anayasa Nizamı», Ank. 1969, s. 87-88, An. M. 20.9.1966, E- 1963/156, K. 1966/34 sayılı kararı.

30. maddenin 3. fıkrası; «yakalanan ve tutuklanan kimselere, yakalama veya tutuklama sebeplerin ve haklarındaki iddiaların yazılı olarak hemen bildirilmesi gerekir» demektedir.

Anayasadaki hüküm böyle olmasına rağmen, uygulamada «hemen» sözcüğüne pek değer verilmemekte, kişiler günlerce niçin yakalandıklarını bilmeden nezarethanelerde tutulmaktadırlar. 30. maddenin 4. fıkrası ise; «yakalanan veya tutuklanan kimse, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç, 24 saat içinde hakim önüne çıkarılır ve bu süre geçtikten sonra hakim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun kılınamaz. Yakalanan veya tutuklanan kimse hakim önüne çıkarılınca durum hemen yakınlarına bildirilir.» denilmektedir.

B) Değişikliklerden sonra 30. madde

30. maddenin 4. fıkrası 1971 yılında; «yakalanan veya tutuklanan kimse tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç 48 saat ve kanunun açıkça belli ettiği hallerde toplu olarak işlenen suçlarda yedi gün içinde hakim önüne çıkarılır.» şeklinde değiştirilmiştir.

1971 yılında ülkemizde sıkıyönetim ilânı ile birlikte uygulama alanına çıkan 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu ise aynı konuda 30 günlük bir süre tanımaktaydı. 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun 15. maddesinin anayasaya aykırılığı nedeniyle açılan dava sonunda, anayasa mahkemesi bu otuz günlük nezaret altında bulundurma süresini iptal etmiştir (56).

Aynı fıkra 1973 yılında, «..Devlet Güvenlik Mahkemelerinin görev ve yetkilerine giren suçlar ile kanunun açıkça belli ettiği hallerde toplu olarak işlenen suçlarda ve genellikle savaş ve sıkıyönetim hallerinde, kanunlarda gösterilen süre içinde hakim önüne çıkarılır; bu süre onbeş günü geçemez...» şeklinde değişikliğe uğramıştır.

2) 30. Maddenin C.M.U.K. İle İlişkisi

Yakalama ve tutuklama anayasada düzenlendikten başka CMUK da düzenlenmiştir. CMUK daki tutuklama nedenlerini incelemeyi önce tutuklama ve yakalamayı kısaca açıklayalım: Önce şunu belirtelim ki yakalama ve tutuklama ceza değil, birer koruma tedbidir (57).

Yakalama, sanık durumuna bile daha girmemiş, bir suç işlemek şüphesi altındaki kimsenin yargılama makamı önüne götürülmek üzere özgürlüğünün sınırlandırılmasıdır, yakalama bir kimsenin tutuklanması amacı ile olur (58).

(56) 15-16 Şubat 1972 tarih, E. 1971/31, K. 1972/5 (RG. 14.10.1972) YURTCAN, Erdener, «Yakalanan veya Tutuklanan kişilerin hâkim önüne çıkarılmaları konusunda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda yapılan değişiklikler», İÜHF, C. 40, S- 1-4 ayrı bası, İst. 1974, s. 4.

(57) TOSUN, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C- 1, Genel kısım, İÜHF yayını. İst. 1976 631, KUNTER, a.g.e. s. 435.

(58) TANER. Tahir M. Ceza Muhakemeleri Usulü, İÜHF yayını. 3. bası, İst. 1955, s 131.

Tutuklama, muhakeme hukuku gayeleriyle duyulan zorunluluk üzerine, bir yargıcın verdiği karar üzerine bir kişinin özgürlüğünün kaldırılmasıdır (59).

Anayasanın 30. maddesinde, suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişilerin, ancak kaçmayı veya delillerin yok edilmesini ve değiştirilmesini önlemek amacıyla tutuklanabileceğini kabul etmiştir. Bu maddedeki (*veya bunlar gibi tutuklanmayı zorunlu kılan ve kanunla gösterilen diğer hallerde...*) cümlesinden anayasamızın kabul ettiği sonucu çıkarılamaz (60). Çünkü anayasa kişilerin ne gibi hallerde tutuklanabileceğini belirtmiş ve bunlar dışındaki hallerin saptanması için de kanun koyucuya yön göstermiştir (61). Bu cümleden, kaçmayı veya delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek gibi sebeplere benzeyen halleri anlamak gerekir. Aksi halde kanun koyucuya Anayasanın 14. maddesinde belirtilen kişi dokunulmazlığının ve özgürlüğünün kötüye kullanmasına yol açan yetkiler verilmiş olur (62).

Tutuklama nedenleri CMUK 104. maddesinde de gösterilmiştir. CMUK 104. maddesinin 3. bendinde Anayasada gösterilenlerden ayrı bir tutuklama nedeni daha gösterilmiştir. Bu 3. bend şöyledir: «suç, devlet veya hükümet nüfuzunu kıran veya memleketin asayişini bozan fiillerden bulunur veyahut âdabı umumiye aleyhinde bulunursa», maznun tutuklanabilir. Daha önce açıkladığımız gibi Anayasa 30. maddesinde iki tutuklama nedenine yer vermiş, yasayla gösterilen diğer hallerde tutuklamaya yargıç karar verebilir diyerek yasa koyucuya yön göstermiştir.

CMUK. daki bu hüküm, *Kurucu Meclis Anayasa Komisyonu* tarafından da eleştirilmiştir. Bu konuda Anayasa tasarısının 30. madde gerekçesinde şöyle denmiştir; «CMUK. 104/b. 3 deki sebep her türlü suistimale uygun elastiki bir mahiyet arz etmektedir...» (63).

CMUK 104/b. 3 ün Anayasaya aykırı olduğu önce Elazığ Asliye Ceza Mahkemesince, daha sonra da TİP tarafından Anayasa Mahkemesine götürülmüştür. *Anayasa Mahkemesi*, «toplumun içinde bulunduğu şartlara ve özelliklere göre değişik ihtiyaçların gerektirdiği tedbirleri almak zarureti inkâr edilemez» gerekçesiyle iptal istemlerini red etmiştir (64).

Anayasa Mahkemesi bir kararında da CMUK 104/2, b. 1 in Anayasaya aykırılığı iddiası üzerine: «tahkikatın taalluk ettiği suçun ağır cezayı gerektirmesi halinde maznunun kaçma ihtimalini mevcut görmek ve binnetice bu hali sözü edilen Anayasanın 30. maddesindeki tutuklama sebebine uygun saymak yerinde olur...» demiştir (65).

(59) KUNTER, a.g.e. 3. 456.

(60) EREM, Faruk, Ceza Usulü Hukuku, AÜHF yayını, 2. bası, Ank. 1968, s. 403.

(61) ARSEL, İlhan, Türk Anayasa Hukuku'nun esasları, A-U. yayını, Ank. 1962, s. 461.

(62) EREM, a.g.e. s. 403.

(63) AMAÇ, Faik Muzaffer, «Anayasamızın tutuklama ile ilgili hükümleri», İBD, C. 41, S. 1-2, 1967. s. 95.

(64) 19.2.1963 tarih E- 962/277, K. 963/34 sayılı karar (AMK. D. S.1, s. 73).

(65) 13.5.1963 tarih E. 963/200, K. 963/110 sayılı karar (AMK, D. S. s. 213).

Anayasanın 30. maddesinin 4. fıkrasında yayılan değişiklikler üzerine, 1412 sayılı CMUK da 1696 sayılı kanunla değiştirilmiş ve bu değişiklikler 15.3.1973 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu değişiklikler içinde Anayasanın 30. maddesinin 4. fıkrasının yeni şekliyle paralellik içinde bulunan CMUK'nun 108 ve 128. maddelerine göz atmak yararlı olur. Aslında bu değişiklikler Anayasa ile CMUK arasındaki çelişkileri ortadan kaldırmak için yapılmıştır.

CMUK 108. maddesinde tutuklanan sanığın derhal ve nihayet ve 48 saat içinde yetkili yargıç önüne çıkarılacağı ve sorguya çekileceği belirtilmektedir. Sanığı yetkili yargıç önüne götürmek için gerekli süre, 48 saatlik süreye dahil değildir şeklinde bir fıkra bu maddeye eklenmiştir. Ayrıca 108. maddede üç veya daha çok kişinin bir suçun icrasına iştiraki suretiyle toplu olarak işlenen suçlarda, sanık sayısının çokluğu ve sanıkların veya delillerin durumu veya suçun niteliği itibarı ile birinci fıkranın uygulanamaması halinde sanık, soruşturmanın bitiminde ve her halde *yedi gün* içinde yetkili yargıç önüne çıkarılır; *ancak* zabıta Cumhuriyet Savcısının veya gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda sulh veya sorgu yargıcının yazılı emri bulunmadıkça, sanığı 48 saatten fazla tutamaz.

CMUK. nun 108. maddesine paralel olarak 128. madde de yakalanan kişi, gereksiz veya haksız bir gecikmeye meydan vermeyecek surette ve yakalama yerine en yakın sulh yargıcı önüne çıkarılır ve sorguya çekilir denmektedir. Toplu olarak işlenen suçlar yönünden ise, 108. maddenin sonundaki kural yakalamalar bakımından tekrar edilmiştir.

3) Yasa Dışı Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat

Anayasamızın 30. maddesinin *son fıkrası*: «Bu esaslar dışında işleme tabi tutulan kimselerin uğrayacakları her türlü zararlar kanuna göre Devletçe ödenir» demektedir. Bununla ilgili olarak 15/5/1964 tarih ve 466 sayılı «*kanun dışı yakalanan veya tutuklanan kimselere tazminat verilmesi hakkında Kanun*» yürürlüğe girmiştir. Bu yasanın 1. maddesi tazminatı gerektiren durumları şöyle göstermiştir:

a) Anayasa ve diğer kanunlarda gösterilen hal ve şartlar dışında yakalanan veya tutukluluklarına karar verilenler,

b) Yakalama veya tutuklama sebepleriyle haklarındaki iddialar kendilerine yazılı olarak hemen bildirilmeyenler,

c) Kanuni süresi içinde yargıç önüne çıkarılmayan veya belirli süre geçtikten sonra yargıç kararı olmaksızın özgürlüğünden yoksun kalanlar ve durumları yakınlarına haber verilmeyen,

d) Haklarında koğuşturma yapılmasına veya son soruşturmanın açılması-na yer olmadığına veyahut beraâtlerine veya haklarında ceza verilmesine yer olmayanlar,

e) Mahkûm olupta tutuklu kaldığı süre hükümlülük süresinden fazla olan veya tutuklandıktan sonra sadece para cezasına uğrayanların, her türlü zararları Devlet tarafından ödenecektir.» (66).

Anayasamız «her türlü zararlar Devletçe ödenir» hükmünü, uygulama yasası çıkmadan önce koymakla en doğru hareketi yapmıştır. Çünkü yargıcın veya özel kişilerin (muhter) sorumluluğu kabul edildiği takdirde, müesseseden beklenen fayda sağlanamazdı (67).

466 sayılı yasa yakalama ve tutuklamadan bahsetmektedir. Halbuki her ne şekilde olursa olsun «özgürlükten yoksun kılınan» kimselere tazminat verilmesi esas alınsaydı, çok daha yerinde olurdu (68).

4) Anayasa Mahkemesinin Kişi Güvenliği İle İlgili Kararları

a) Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair 1918 sayılı kanunun 6829 sayılı Kanunla değişik 53. maddesinin tutuklamayı zorunlu kılan 1. fıkrası Anayasanın 30. maddesine aykırı görülerek iptal edilmiştir (69).

b) 3780 sayılı Milli Korunma Kanununun tutuklamayı zorunlu kılan 6731 sayılı Kanunla değişik 66. maddesi iptal edilmiştir (70).

c) Memurin Muhakematı hakkındaki 4 şubat 1329 günlü Kanunu Muvakatin vali ve bakanlara tutuklama yetkisi veren 16. maddesi iptal edilmiştir (71).

d) 2 sayılı Hiyaneti Vataniye Kanununun tutuklamayı zorunlu kılan 5. maddesi iptal edilmiştir (72).

e) CMUK nun 120. maddesinin iptali istenmiştir. Bu hüküm: «sanık usulü dairesinde davet emrine mazereti olmaksızın itaat etmezse verdiği kefaletle bakılmaksızın yeniden tevkif olunur.» şeklindedir. Anayasa Mahkemesi bu istemi, kefalet, tutuklamanın sertliğini azaltan yargıcın takdirine bağlı bir tedbirdir, diyerek red etmiştir (73).

f) 4 şubat 1329 günlü Memurin Muhakematı hakkındaki Kanunun 2. maddesinde de yer alan soruşturmanın CMUK na göre yapılacağı hakkındaki hüküm, Anayasanın yalnız yargıca tanınan yetkilerin, idari makam ve merciler

(66) ÇATALKAYA, Cevdet - KÜKNER, Adnan - TARIKOGULLARI, Abdurrahman - ÖZCAN, Hamdi M., İçtihatlı Haksız Tevkifte Devletçe verilecek Tazminat Yasası, Ank. 1966, s. 8-9.

(67) ALACAKAPTAN, Uğur, «Haksız tutma ve yakalama hadlerinde Devletin Tazminat verme mükellefiyeti», AÜHFD, C. 18 S. 1-4. s. 108.

(68) EREM, Faruk, Kanun dışı Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat Ank. 1965, s. 9.

(69) 27.11.1963 tarih, E. 1963/293, K- 1963/282 sayılı karar, A.M.K. D. S. 1, s. 422. 29.11.1963 tarih, E. 1963/298, K. 1963/283 sayılı karar AMKD. S. 1, s. 424.

(70) 2.12.1963 tarih, E. 1963/136, K. 1963/285 sayılı karar, AMKD. S- 8, s. 435.

(71) 20.9.1963 tarih, E- 1963/59, K. 1963/225 sayılı karar AMKD. S. 2, s. 41.

(72) 17.12.1964 tarih, E. 1963/121, K. 1964/24 sayılı karar AMKD. S. 2 s. 282

(73) 22.9.1964 tarih, E. 1963/140, K. 964/62 sayılı karar AMKD. S. 2 s. 227.

tarafından kullanılacağı anlamına gelmediğinden itirazın reddine karar verilmiştir (74).

g) 7188 sayılı Kanunun 1. maddesinde yer alan ve sorgu yargıcının görevi başında bulunmaması veya sorgu yargıçlığının boşalması hallerinde mahkeme başkâtibine sorgu yargıçlığı yaptırma olanağını sağlayan hüküm iptal edilmiştir (75).

h) 1631 sayılı Askeri Muhakeme Usulü Kanununun 105. maddesinin 1 numaralı bendinin (D) fıkrasında yer alan (veyahut salıverildiği halde yeniden suç yapacağına delalet eden) hükmü ile aynı kanunun 130. maddesinin 2. bendi ve 206. Maddesinin 4. bendi iptal edilmiştir (76).

ı) Askeri Ceza Kanununun 169. maddesinin; üstün, disiplin temini maksadıyla emri altında olmayanları da geçici olarak tevkif ettirmesinde Anayasasının 30. maddesine aykırılık yoktur şeklinde karar verilmiştir (77).

i) 4237 sayılı Kanunun 8. maddesiyle kendisine sorgu yargıcı gibi tutuklama kararı verme yetkisi verilen takbih memurlarının bu yetkileri Anayasasının 30. maddesine aykırı görülerek iptal edilmiştir (78).

1) 26.6.1973 gün ve 1773 sayılı «Devlet Güvenlik Mahkemelerinin kuruluş ve yargılama usulleri hakkındaki Kanun» biçim yönünden Anayasaya aykırı görülerek iptal edilmiştir (79).

SONUÇ

Kişi güvenliğinin gelişimi ve bugünkü düzeye ulaşması, yukarılarda açıklamaya çalıştığımız gibi pek kolay olmamıştır. Ülkemizde gerçek anlamıyla kişi güvenliği 1961 Anayasasıyla oluşmuştur. Fakat 1961 Anayasasında 1971 ve 1973 yıllarında yapılan değişikliklerle kişi güvenliği yönünden çok sakıncalı bulunan yargıç önüne çıkarma süreleri uzatılmış ve iktidarının özgürlükleri sınırlandırmaktaki takdir yetkisi genişlemiştir. Dileğimiz yargıç güvencesinden yoksun kılınan durumların mümkün olduğu kadar az tutulması yönünde değişikliklerin yapılmasıdır.

Ayrıca 1961 Anayasasının 30. maddesinin son fıkrasıyla, haksız yakalama ve tutuklamadan doğan zararlardan Devletin tazminat yükümü getirilmiş ve

(74) 11.10.1965 tarih, E. 1965/18, K. 1965/53 sayılı karar AMKD. S. 3 s. 197.

(75) 28.9.1965 tarih, E. 1963/100, K. 1965/48 sayılı karar AMKD. S.3 s. 177.

(76) TİKVEŞ, Özkan, T.C. Anayasası şerhi ve uygulaması, İst. 1969, s. 96- 26.6.1963 tarih, E. 1963/197, K. 1963/166 sayılı, karar AMK D S. 13, s. 264.

(77) ARSEL, İlhan, Anayasa Mahkemesinin bazı eğilimleri üzerine görüşler, Ank. 1970, s. 100.
28.6.1966 tarih, E. 1965/42, K- 1966/30 sayılı karar (R.G. 28.6.1967).

(78) ARSEL, a.g.e. s. 110.

2.4.1965 tarih, E. 1963/138, K. 1964/71 sayılı karar (R.G- 2.4.1965).

28-6-1966 tarih, E. 1963/132, K. 1966/29 sayılı karar, AMK D. S. 4, s. 175.

(79) 6.5.1975 tarih, E. 1974/35, K. 1975/126 sayılı karar, AMK D. S. 13, s. 483.

bu husus bir yasayla düzenlenmiştir ki çok yerindedir. Ancak 466 sayılı yasadaki «haksız yakalanan ve tutuklananlar» ibaresi yerine, «her ne şekilde olursa olsun özgürlüklerinden yoksun edilenler» bu yasa hükmünden yararlandırılsaydı, çok daha yerinde olurdu.

CMUK. 104/b. 3’de yer alan «suç, Devlet veya hükümet nüfuzunu kıran veya memleketin asayişini bozan fiillerden bulunur veyahut adabı umumiye aleyhinde olursa» şeklindeki tutuklama nedeninin Anayasaya aykırı olduğu kanısındayım. Çünkü Anayasanın 30. maddesinde yer alan iki tutuklama nedenini örnek olarak kabul etmeye ve bunun dışındaki hallerde yasama organına tam bir serbesti tanımaya olanak yoktur. Aksine bu iki neden Yasa Koyucuya, «kanunla gösterilen diğer hallerde» ibaresiyle yön göstermekte, benzeri nedenlerin olabileceğini ifade etmektedir. Halbuki CMUK 104/b. 3, gayet elastiki ibareler taşımakta, kötüye kullanılmaya elverişli geniş kavramlar bulundurmaktadır. Dileğimiz bu bendin kaldırılmasıdır.

Kişi güvenliği yönünden önemli bir sorun da, Kolluk’tur. Yurttaş Yargıç önüne çıkmadan Kolluk’la karşı karşıyadır. Kolluk gerçek anlamıyla eğitilip, hak ve özgürlüklere saygı duyan kültürlü bir teşkilât haline getirilmedikçe ve suçlu ile mücadelede modern yöntemleri kullanmadıkça, kişi güvenliği Anayasada ve Yasalarda ne kadar iyi düzenlenirse düzenlensin gerçek değerine kavuşamaz. Şunu unutmamak gerekir ki, kötü yasalar bile iyi uygulayıcılar elinde başarı sağlarlar.

(17. Makale - 1978)

Rona AYBAY

*Millî Güvenlik Kavramı ve
Millî Güvenlik Kurulu **

* Rona Aybay, "Millî Güvenlik Kavramı ve Millî Güvenlik Kurulu", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. XXXIII, S. 1-2, 1978, s.59-82.

MİLLÎ GÜVENLİK KAVRAMI v e MİLLÎ GÜVENLİK KURULU

Doç. Dr. Rona AYBAY
A.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi

Plan

I – Giriş-Millî Güvenlik Kavramını Tanımlamanın Güçlükleri

II – Anayasal Özgürlüklerin Kısıtlanma Nedeni Olarak Millî Güvenlik

1) Uluslararası İnsan Hakları Belgeleri İle Anayasa ve Kanunlardaki Hükümler

2) Danıştay Kararları.

III – Devletin Anayasal Yapısına Eklenen Millî Güvenlik Organı : Millî Güvenlik Kurulu

1) Bir Anayasal Organ Olarak M.G.K.

2) M.G.K.nun Oluşumu, Yetki ve Görevleri

(i) Kurulun Oluşumu

(ii) Kurulun Görevleri

(iii) Kurulun Toplantı ve Karar Yöntemi

3) 1971 Anayasa Değişikliği ve M.G.K.

4) Anayasa Karşısında M.G.K.nun İşlevi Ne Olmalıdır?

IV – SONUÇ

I – Giriş - «Millî Güvenlik» Kavramını Tanımlamanın Güçlükleri

«Millî Güvenlik» kavramının «bilimsel» bir tanımının yapılması hayli güçtür. Çünkü, millî güvenlik doğa bilimlerindeki kavramlar anlamında «bilimsel» bir kavram değildir. Öte yandan, millî güvenlik sosyal bilimler alanında, üzerlerinde uzun süreler çalışılarak geliştirilmiş ve yerleşmiş fiyat, arz, talep, bürokrasi v.b. gibi bir nitelik de taşımamaktadır. Millî Güvenliğin, sözleşme, zaman aşımı, ödense (tazminat) v.b. gibi teknik anlamda hukukî bir kavram olduğu da söylenemez.

Bu durum karşısında, millî güvenliğin «siyasal-hukukî» nitelikte bir kavram olduğu düşünülebilir. Kavramın siyasal niteliği, yasalarda açık bir tanımının yapılmamış (ya da yapılamamış) olmasından ve kapsamının bir ülkenin siyasal koşullarına bağlı olarak değişmesinden ileri gelmektedir. Kavramın hukukî yönü ise, Anayasa ve diğer yasalarda yer almasından dolayı ortaya çıkmaktadır.

Millî Güvenlik, özellikle İkinci Dünya Savaşına kadar, siyasal ve askerî liderlerce «retorik» bir deyim olarak bir takım siyasal ve askerî amaçları belirtmek için kullanılagelmıştır. Bu yolda kullanılan «millî güvenlik» deyimini, teknik olmaktan çok, siyasal ve psikolojik anlamlar taşımaktadır.

Ancak son 20-30 yıllık dönem, «Millî Güvenlik»in teknik bir sosyal bilim deyimini alarak kabul edilmesi ve bu amaçla da kapsam ve sınırının bilimsel çalışmalara konu olması yolunda bazı gelişmelere yol açmıştır. Millî güvenliğin akademik çalışmalara konu olmaya başlamasında en önemli etken, II. Dünya Savaşının deneyimleri ve bu savaştan sonra özellikle ABD.nde politika ve yönetim alanlarında millî güvenliğe ilişkin konularda yapılan yeni düzenlemelerdir. İkinci Dünya Savaşı sırasında, savaş çabalarının eşgüdümlü bir biçimde yürütülmesinde karşılaşılan zorluklar, bu alanda daha iyi bir örgütlenmenin gerekli olduğunu düşündürmüştür.

Savaştan sonra da büyük bir hızla süren teknolojik gelişmeler ve geliştirilen yeni silâhlar, askerî konuların soyut bir biçimde ele alınamayacağını; savaş ve savunma sorunlarının siyasal, ekonomik ve sosyal sorunlarla birarada düşünülmesi gerektiğini kesin bir açıklıkla ortaya çıkarmıştır. Millî güvenliğe ilişkin sorunlarda en isabetli kararların alınabilmesi için, bu sorunların çok yönlülüğüne uygun yeni düzenlemelerin araştırılması ülkelerin siyasal-yönetimsel yapılarında da değişikliklere yol açmış, yeni örgütlenme biçimleri ortaya çıkmıştır.

A.B.D.nde 1947 yılında çıkarılan Millî Güvenlik Kanunu (*National Security Act*) bu yolda atılan adımların ilk örneği olmuştur. Bu kanunun amacı «Millî güvenlikle ilgili olarak, devletin çeşitli örgüt ve birimleri için bütünleştirilmiş (*integrated*) politikalar ve usuller sağlamak» biçiminde özetlenebilir. Bu kanunda belirtilmiş amaçların gerçekleştirilmesi için «Cumhurbaşkanına, millî güvenliğe ilişkin iç, dış ve askerî politikaların bütünleştirilmesi konusunda tavsiyelerde bulunmak» üzere bir Millî Güvenlik Konseyi kurulması da ön-

görülmüştü. Öte yandan, bir de Cumhurbaşkanının millî güvenlik işleri özel yardımcılığı makamı kurulmuş ve bu makama atanan kişi Başkanın yardımcılarının belki de en önemlisi olarak kabul edilmeye başlanmıştır. A.B.D.nde, Millî Güvenlik Konseyinin, politika oluşturma ve saptamada, Başkanlık Kabinisiyle rekabet edecek güce sahip olduğu söylenebilir ⁽¹⁾.

Millî Güvenlik Kavramının kazandığı yeni ve kapsamlı anlam ile A.B.D.n-de ve bu ülkeyi izleyen başka ülkelerde millî güvenlik konularıyla ilgili olarak kurulan yeni devlet örgütleri, bir takım siyasal ve hukukî sorunları da birlikte getirmiştir.

Bu sorunların iki ana başlık altında toplanabileceği kanısındayım :

- (i) Anayasal özgürlüklerin kısıtlanması için başvuru olan bir ölçüt olarak «millî güvenlik»in anlamı;
- (ii) Devletin geleneksel yapısına eklenen yeni Millî Güvenlik organlarının diğer organlarla yetki ve sorumluluk ilişkileri.

Aşağıda bu sorunları, Türkiye açısından incelemeye çalışacağım.

II – Anayasal Özgürlüklerin Kısıtlanma Nedeni Olarak «Millî Güvenlik»

1) Uluslararası İnsan Hakları Belgeleri İle Anayasa ve Kanunlardaki Hükümler

«Millî güvenlik» kavramı, gerek uluslararası insan hakları belgelerinde, gerekse anayasa ve kanunlar gibi iç hukuk belgelerinde, bir özgürlük kısıtlama nedeni olarak kabul edilmektedir.

Örneğin, Avrupa Konseyine üye devletlerce onaylanmış **İnsan Hakları** ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair Sözleşme ⁽²⁾, bazı özgürlüklerin millî güvenliği sağlama amacıyla kısıtlanabileceğini kabul etmiştir. Aynı Sözleşmeye Ek IV. Protokol da millî güvenliğe, bir özgürlük kısıtlama nedeni olarak yer vermiştir (madde 2).

Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca kabul edilmiş Temel Halklar ve Siyasal Haklar Misakı³ da çeşitli maddelerinde, tanınmış özgürlüklerin millî güvenlik amacıyla kısıtlanabileceğini kabul etmiştir (madde 12, 13, 21 ve 22).

Türk hukukunda millî güvenlik; gerek Anayasanın metninde gerekse çeşitli kanunlarda özgürlük kısıtlama ölçüsü olarak yer almış bir kavramdır. Anayasa, özgürlüklerle ilgili genel hüküm olan 11. maddesinde «Temel hak ve hürri-

(1) Bkz. International Encyclopedia of the Social Sciences, **National Security** (vol. 11, s. 40 vd.).

(2) R.G. 19 Mart 1954-8662; D. III, c. 35, s. 1568; madde 8, 10 ve 11 (Metin için bakılabilecek bir kaynak: Nomer/ Eski yurt; Avrupa Sözleşmeleri, İstanbul 1975, s. 85 vd.).

(3) International Covenant on Civil and Political Rights, Resolution 2200 (XXI) 16 December 1966. General Assembly Official Records, Twenty. First Session, Supp. 16 (A/6316). 35 inci ülkenin onayından sonra 23 Mart 1976 da yürürlüğe girmiştir.

Bu belgenin adında geçen «Civil» sözcüğünün Türkçeye çevirisindeki güçlük için Bkz. Aybay, R; Yurt Dışına Çıkma ve Yurda Girme Özgürlüğü, Ankara, 1975, s. 103.

yetler ... millî güvenliğin ... korunması amacı ile ... sınırlanabilir.» demekle bunu açıkça belirttiği gibi çeşitli özgürlüklerle doğrudan doğruya ilgili maddelerinde de millî güvenlik kavramına sınırlama nedeni olarak yer vermiştir: m. 16 (konut dokunulmazlığı), m. 18 (Seyahat ve yerleşme özgürlüğü) m. 22 (Basın özgürlüğü) m. 29 (Dernek kurma hakkı), m. 46 (Sendika kurma hakkı).

Yukarıda da değindiğimiz gibi, millî güvenlik kavramı, bazı kanunlarda da doğrudan veya dolaylı biçimde yer almaktadır. Örneğin, Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu (4) 21. maddesiyle Bakanlar Kuruluna «karar verilmiş veya başlamış olan kanunî bir grev veya lokavt, ... millî güvenliği bozucu nitelikte ise» bunu geciktirebilme yetkisini vermektedir (5).

Pasaport Kanununun (6) 22. maddesiyle kendilerine pasaport verilmeyeceği ‘belirtilmiş olanlar arasında «memlekette ayrılmalarında siyasî emniyet bakımından mahzur bulunduğu İçişleri Bakanlığınca tespit edilenler» de vardır. Bu hükümde geçen «siyasî emniyet» sözü, Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin olarak 1963 de verdiği karardan (7) sonra «millî güvenlik» olarak anlaşılmalıdır (8).

Anayasa Mahkemesi, Dernekler Kanunu (9) ile ilgili kararında, Kanunun kimi maddelerini Anayasaya uygunluk denetiminden geçirirken «millî güvenlik» kavramına da başvurmuştur :

«4. maddenin incelenmesi gösterir ki dernek kurmada, amacı birden çok olan derneklere ilişkin alanın dışında kalan yasaklar anayasal düzene yönelebilecek tehdit ve tehlikeleri savmak, Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünü, **millî güvenliği**, kamu düzeni ve genel ahlâkı korumak kaygısı ile konulmuş sınırlamalardır» (10).

(4) Kanun no. 275, Kabul t. 15 Temmuz 1963, R.G. 24 Temmuz 1963, 11462; D. V/2 s. 1673.

(5) Geciktirme süresi, ilki 30 ikincisi 90 gün olmak üzere toplam 120 güne kadar uzayabilmektedir.

Bakanlar Kuruluna tanınmış bu yetki, millî güvenlik nedeniyle anayasal bir özgürlüğün kısıtlanmasının uygulamada en sık rastlanan bir örneğidir. Örnekler için Bkz. R.G. 19 Kasım 1976, 15768; 8 Ocak 1977, 15813; 9 Şubat 1977, 15845; 7 Mart 1977, 15871; 15 Ekim 1977, 16085; 11 Kasım 1977, 16110; 12 Kasım 1977, 16111; 2 Aralık 1977, 16127; 3 Aralık 1977, 16128.

Bu konudaki Bakanlar Kurulu kararlarının hızla yürürlüğe girmesinin sağlanması için Resmî Gazetenin «mükerrer» sayılarının yayınlanması yoluna gidildiği de olmaktadır. Örneğin, R.G. 22 Temmuz 1975, 15303 (Mükerrer).

(6) Kanun no. 5682, Kabul t. 15 Temmuz 1950, R.G. 24 Temmuz 1950, 7564; III/31 s. 2243.

(7) E. 1963/190, K. 1963/100 Karar t. 29 Nisan 1963, AYMKD, sayı 1, s. 202.

(8) Bu konu ve «siyasî emniyet» ile «millî güvenlik» arasındaki ayırım için bkz. Aybay, 3. dipnotunda a.g.e., s. 166 v.d.

(9) Kanun no. 1630, Kabul t. 22 Kasım 1972, R.G. 2 Aralık 1974 14379, D. V/12, s. 123.

(10) E. 1973/3, K. 1973/37, Karar t. 18, 19 ve 20 Aralık 1973, AYMKD XI, s. 298 v.d. (s. 318).

Dernekler Kanununa ilişkin İçişleri Bakanlığı Önerisinde ve Hükümet Tasarısında, kurulması yasaklanan dernekler arasında «millî güvenlik, kamu düzeni ve genel ahlâka aykırı faaliyetlerde bulunmayı amaç edinenler»ler de vardı. (Tasarı, m. 4/c) Tasarının bu hükmü, Kanuna değiştirilerek alınmış ve «millî güvenlik» deyimini çıkarılmıştır. (Metinler için Bkz. Doğanay, Ümit; Tüm Belgeleri ile ... Dernekler Kanunu, İstanbul 1972, s. 33).

Millî Güvenlik kavramına, T.R.T. (Türkiye Radyo Televizyon Kurumu) Kanununda da yer verilmiştir : «Yayın Esasları» arasında «millî güvenliğin gereklerini gözetmek» vardır, (değişik madde 2); «Başbakan veya görevlendirceği Bakan, Millî Güvenliğin açıkça gerekli kıldığı hallerde, bir haber veya yayını menetmeye yetkilidir» (m. 17); T.R.T. Genel Müdürü «Millî güvenliğin ... gerekli kıldığı ... hallerde ... gerekçesi açıkça gösterilerek, Bakanlar Kurulu kararnamesiyle görevinden alınır» (değişik madde 9/3) ⁽¹¹⁾.

Dernek kurma, grev, kamu görevi görmek, yolculuk (seyahat) etmek gibi çeşitli anayasal özgürlükleri sınırlamak ve kısıtlamak için başvurulanan «millî güvenlik» kavramının içeriği ve sınırları nedir? Bu konuda tam bir açıklığa kavuşulamamış olduğunu hemen belirtmemiz gerekir. Anayasa Mahkemesi bir kararında «kamu güvenliği» (âmme emniyeti), «kamu düzeni (âmme intizamı) ve «millî güvenlik» gibi «terimlerin anlamının yoruma muhtaç olduğundan ve kişilere göre değişebileceğinden söz edilerek ve bu gibi nedenlere dayanılarak kanun hükmünün Anayasaya aykırılığının ileri sürülmeyeceği şüphesiz bulunmaktadır» ⁽¹²⁾ demişse de bu kararın üzerinden bir yıl bile geçmeden verdiği başka bir kararında tam tersi bir görüşü yansıtmıştır:

«Millî Güvenlik’ ve ‘kamu düzeni’ uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre genişleyebilecek, öznel yorumlara elverişli, bu nedenle de keyfiliğe dek varabilir çeşitli ve aşamalı uygulamalara yol açacak genel kavramlardır» ⁽¹³⁾.

B. Tanör, «Siyasî Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası» adlı yapıtında millî güvenlik kavramı ile anayasal özgürlükler arasındaki ilişki konusunda şöyle yazmıştır:

«Millî güvenlik kavramı da, bilhassa fikir hürriyetleri (söz, basın ve yayın, haber alma...)nın düzenlenmesi konularında kendisine hayli kuş-

(11) Kanun no. 359, Kabul t. 24 Aralık 1963 R.G. 2 Ocak 1964, 11596 (düzeltme R.G. 22 Mayıs 1964, 11982) D.V/3 s. 186. 2. ve 9. maddelerdeki değişiklikler 8 Mart 1972 günlü ve 14122 sayılı R.G. de yayınlanan 29 Şubat 1972 tarihli ve 1568 sayılı Kanunla yapılmıştır.

Bakanlar Kurulunun, değişik 9. maddenin 3. fıkrasına dayanarak bir T.R.T. Genel Müdürünü görevden alması, Türk siyasal hayatında çalkantılara yol açan bir olay olmuştur. (İlgili Bakanlar Kurulu Kararnamesi için Bkz. R.G. 17 Mayıs 1975, 15239). Bu karar, daha sonra Danıştayca iptal edilmiştir.

Danıştay, Anayasanın 121. maddesinin ilk biçiminin yürürlükte olduğu dönemde verdiği bir kararla «Turizm ve Tanıtma Bakanlığının 440 sayılı Kanunun 9 uncu maddesine istinaden TRT Kurumunun Millî Güvenlik hizmet ve faaliyetlerinin plan ve denetimi konularında yetkisi bulunmadığını» belirtmiştir. Danıştay Genel Kurulu, E. 1965/79, K. 1965/122 (Dinçer/Çırakman/Necipoglu; Danıştay Kararları, Ankara 1969 s. 399). Bakanlar Kurulunca, TRT Kanununun 17. maddesine dayanılarak alınmış bir «haber veya yayını men» kararı ile ilgili Danıştay kararı için Bkz. ileride dipnotu 21.

(12) E. 1973/12. K. 1973/24, Karar t. 7 Haziran 1973, AYMKD XI s. 265 v.d. (s. 269) (T.C.K.nun 526. maddesiyle ilgili karar).

13 E. 1973/4, K. 1974/13 Karar t. 25 Nisan 1974 AYMKD XII s. 145 v.d. (s. 152) (Polis Vazife ve Selâhiyet Kanununda değişiklik yapılmasına ilişkin 26.6.1973 günlü 1775 sayılı kanunla ilgili karar).

kuyula bakılan bir kavramdır. Tamamlamanın (terkip) başında yer alan «millî» sıfatının hayli iddialı ve demagojiye elverişli niteliği, «millî güvenliği korumak» gerekçesiyle yapılacak sınırlamalarda da, adeta eskinin «memleketin âli menfaatleri» mistifikasyonunu hatırlatır ⁽¹⁴⁾.

«Millî Güvenlik» kavramının gerek, millî güvenliği sağlamak amacıyla kurulmuş yeni organların yetki ve sorumluluklarının belirlenmesi açısından gerekse anayasal özgürlüklerin sınırlandırma nedeni olarak, tanımlanması, hiç kuşkusuz zordur. Millî Güvenlik, niteliği gereği müphem ve siyasî takdire yer bırakan bir kavramdır.

Anayasal özgürlüklerin kısıtlanması nedeni olarak millî güvenliğin, tanımını zor bir kavram olduğu; geniş ve dar çeşitli biçimlerde anlaşılabilceği, Birleşmiş Milletlerin bir yayınında da belirtilmiştir. Bu dokümana göre millî güvenlik sadece «millî savunma»ya ilişkin sorunlara münhasır olarak (dar anlamda) anlaşılabilceği gibi; kamu güvenliğiyle veya devletin iç ve dış güvenliğiyle ilgili her sorunu kapsayacak biçimde de (geniş anlamda) anlaşılabilir. Ancak yine aynı kaynakta belirtildiği üzere, millî güvenlik konusunda gösterilecek aşırı bir titizlik ve heyecan, özgürlüklerin ciddi bir biçimde ihlâl edilmesi sonucu doğurabilmektedir ⁽¹⁵⁾.

Prof. L. Duran'ın deyişiyle :

«... Millî Güvenlik toplumun kurulu düzeninin bütünü ile ve yüksek seviyede dışarıdan ve içeriden gelebilecek tehdit ve müdahalelerden masun tutulmasıdır. Millî Güvenliği bozucu fiil ve hareketler Devletin varlığına veya normal işleyişine yönelen büyük ölçüde ve uzun süreli yığın eylemleri olabilir. Toplumun siyasi, sosyal ve iktisadî yapı ve mekanizmalarını yıkmayı, sarsmayı veya zedelemeyi amaç edinmeyen fiil ve hareketler millî güvenlikle ilgili görülemez. Bu kavram toplulukların her çeşit eylemini kapsamına aldığı takdirde, normal hukuk kuralları ile düzenlenmesi ve korunması gereken kamu düzeni ile karıştırılmış ve hatta kaynaştırılmış olur (...) ⁽¹⁶⁾.

2) Danıştay Kararları

Kanunların Anayasaya, idari işlemlerin kanunlara (ve dolayısıyla Anayasaya) uygunluğunun yargı yoluyla denetiminin sağlandığı Türk hukuk sis-

(14) Tanör, «millî güvenlik» nedeniyle özgürlüklerin sınırlandırmasının, ilke olarak «olağanüstü zamanlar» için sözkonusu olması gerektiği görüşündedir. (Bkz. s. 147).

(15) Ingles, José D.; Study of Discrimination in Respect of the Right of Everyone to Leave Any Country, Including His Own, and to Return to His Country, New York 1963, (U.N.Doc. E/CN 4 Sub. 2/229/Rec 1) s. 97 v.d.

(16) Duran, Lütfi; Sosyal Hareketler ve Millî Güvenlik, İktisat ve Maliye, cilt XVII, sayı 4 (Temmuz 1970), s. 170.

(16a) Bkz Yukarıda dip notu 5.

teminde anayasal özgürlüklerin kısıtlanma ve sınırlandırılma nedeni olarak millî güvenlikten ne anlaşılması gerektiği konusunda son söz, yargı organlarına düşmektedir. Anayasa Mahkemesi Türk hukukunda genel olarak geçerli olabilecek bir millî güvenlik kavramına ulaşmış olmamakla birlikte, Danıştayın bu konuya ilişkin ilginç bazı kararları vardır.

Danıştay Dava Daireleri Kurulu, Bakanlar Kurulunun 275 sayılı kanunun 21. maddesi uyarınca ^(16a) aldığı bir grev erteleme kararının iptali istemiyle açılmış bir davada, anayasal özgürlükle millî güvenlik arasındaki dengeyi; konuya, ertelenen grevle millî güvenlik arasında gerçek bir ilişkinin bulunup bulunmadığı açısından bakarak sağlamış ⁽¹⁷⁾ ve sonuç olarak Bakanlar Kurulunun grev erteleme yolundaki işlemi hakkında önce yürütmeyi durdurma sonra da iptal kararı vermiştir.

Danıştay Dava Daireleri Kurulu 19 Eylül 1969 tarihli bu kararının gerekçesinde şunlar belirtilmiştir :

«Grev hakkının Anayasamızdaki yeri nazara alındığında, millî güvenlik veya memleket sağlığıyla, ertelenen grev arasındaki ilişkinin doğrudan doğruya bir ilişki olması, bir diğer deyişle, ertelenen grevin bizzatı millî sağlığa zararlı veya millî güvenliği bozucu nitelikte olması gerekmektedir.

Davalı idare savunma dilekçelerinde, ertelenen bu grevin, **Nato** ⁽¹⁸⁾ ortak tatbikatına katılacak Amerikan birliklerinin, tatbikata hiç katılmamaları yahut da gerektiği şekilde katılamamalarına sebep olabileceği, böylece ortak savunma planlarının en az iki yıllık bir gecikmeye uğrayabileceği ihtimalinin millî güvenliği bozucu nitelikte olduğunu beyanla erteleme yetkisinin yerinde kullanıldığını ifade etmektedir.

Görülüyor ki idare, millî güvenlikle **doğrudan bir** ilişki ve grevin bizzatı millî güvenliği bozucu nitelikte olduğunu tesbit ve tevsik etmezsiniz, bazı ihtimallerin tahakkuk edebileceği düşüncesiyle erteleme yetkisini kullanmıştır.

(...) ve esasen greve katılacak işyerlerinin ve işçilerin niteliklerinin Amerikan birliklerinin tatbikata katılmalarını önleyecek mahiyette ol-

17 Davaya yol açan olayın özeti şudur:

«Türkiye'deki Amerikan birliklerinin, idariye lojistik her türlü desteği, ikmal ve iâşe maddelerinin yükleme, boşaltma, depolama, taşıma ve dağıtım gibi hizmetlerini yükümlenmiş bulunan the Tumpene , Inc. Şirketinin işyerlerinde alman ve bazı işyerlerinde de başlatılmış bulunan grev, Bakanlar Kurulu kararıyla millî güvenliği bozucu nitelikte görülerek 30 gün süreyle ertelenmiştir».

18 Anayasa Mahkemesinin 1965 yılında verdiği bir kararda NATO'nun (Kuzey Atlantik Andlaşmasının) «Hür Dünyanın ve bu arada Türkiye'nin savunması bakımından önemi tartışılmıyacak kadar aşikâr olduğu» görüşü yer almıştır.

E. 1963/311, K. 1965/12 Karar t. 4 Mart 1965, AYKMD, III s. 56 v.d. (s. 61). (Yazarın notu).

maması, böylece millî güvenlikle **dolaylı bir ilişkinin** dahi mevcut bulunmaması muvacehesinde Bakanlar Kurulunca grev erteleme yetkisinin 275 sayılı kanuna uygun bir şekilde kullanıldığını kabul etmek mümkün değildir»⁽¹⁹⁾.

Görüldüğü gibi, Danıştay Dava Daireleri Kurulu, bu kararını verirken, idarenin, ertelenen grevle millî güvenlik arasından **doğrudan** veya **dolaylı bir ilişki** bulunduğunu kanıtlamasını beklemiş ve iptal kararı bu ilişkinin varlığının kanıtlanamamış olmasına dayandırılmıştır. D.D.K., anayasal özgürlükle millî güvenlik kaygılarının çatıştığı ileri sürülen bir durumda, millî güvenlik lehine aşırı bir heyecan gösterme eğiliminden uzak durmuş,⁽²⁰⁾ ağırlığı anayasal özgürlüğe vermiştir. Ancak, D.D.K bu kararında, millî güvenlik kavramının kapsamının ve içeriğinin belirlenmesi ya da bu kavramın tanımlanması yolunda bir girişimde bulunmuş değildir.

Danıştay 12. Dairesinin 1970 yılında verilmiş bir kararında⁽²¹⁾ ise, millî güvenlik kavramının kapsamının ve içeriğinin belirlenmesine ve giderek bu kavramın bir tanımının yapılmasına çalışıldığı görülmektedir. Bu önemli ve kanıma göre isabetli karara yol açan olay «TÖS ve İLKSEN tarafından düzenlenip 15.12.1969 günü uygulamaya konulan öğretmen boykotu ile ilgili her türlü haber ve yayınların 359 sayılı kanunun 17 nci maddesi⁽²²⁾ gereğince Türkiye Radvo ve Televizyonlarından yayınlanmasının men» edilmesidir⁽²³⁾.

Başbakanlığın bu işlemi, «usul ve kanuna aykırı bulunduğu» Danıştay 12. Dairesince iptal edilmiştir. 12. Daire, bu kararında, millî güvenliği «yurt ölçüsünde beliren iç ve dış tehlikelere karşı, Devlet tüzel kişiliğinin savunma ve güvenlik altına alınması» biçiminde tanımlamıştır :

«... millî güvenlik kavramını kesin sınırları ile belirliyecek bir hükme Anayasa ve kanunlarımızda yer verilmemiş bulunmaktadır. Sadece Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Yönetmeliğinin 3 üncü maddesinin (a) bendinde bu kavramın «Dışardan ve içerden yapılabilecek her çeşit taarruzlara, bozguncu teşebbüslere, tabii âfetlere ve büyük yan-

19 Danıştay D.D.K. E. 1967/711, K. 1969/652 Karar t. 19.9.1969.

20 Bkz. yukarıda dipnotu 15.

21 Danıştay 12. Da. E. 1969/4097, K 1970/426, Karar t. 5 Mart 1970, Amme İdaresi Dergisi cilt 3, sayı 2, Haziran 1970, s. 249 v.d.

22 Bkz. Yukarıda dip notu. 11.

23 «Olayda TÖS ve İLKSEN'e bağlı öğretmenler tarafından, 4 gün devam etmek üzere 15.12.1969 günü başlatılan boykot hareketinin; davalı Bakanlıkça, kanunlara göre suç teşkil eden gayrimeşru bir grev niteliğinde bulunduğu ve aslında bütün kamu personelinin greve gitmelerini teşvik için siyasi ve ideolojik amaçlarla tertiplendiği ileri sürülerek neticelen kamu hizmetlerini felce uğratabilecek vasıfta görülen bu eylemin millî güvenliği ihlâlâ yönelen bir karakter taşıdığının kabul edildiği; bu durumda boykotun yurt sathına yayılmasının başlangıçtan itibaren önlenmesi, ayrıca söz konusu hareketi haklı göstermeye matuf teşvik ve propagandaların TRT aracılığıyla yayınlanmasına engel olunması endişesiyle davaya konu yasaklama kararının alındığı anlaşılmaktadır.» (Karar metninden)

gınlara azimle karşı koyabilmek, Devlet otoritesini muhafaza ve devam ettirmek ve bir savaştan galip çıkabilmek için bütün millî kudret, gayret ve faaliyetlerin tam olarak kullanılmasıdır» diye tarif olunmaktadır. Yönetmelikteki bu tarif ile yargı organlarının uygulamaları ve doktrindeki görüşler de nazara alınarak, Millî Güvenliği genel bir deyimle «**yurt ölçüsünde beliren iç ve dış tehlikelere karşı, Devlet tüzel kişiliğinin savunma ve güvenlik altına alınması**» şeklinde tanımlamanın mümkün olabileceği sonucuna varılmıştır. Şüphesiz iç ve dış tehlikelerden hangilerinin millî güvenliğe ilişkin bulunduğunu, tehlikenin kapsamı ve niteliğine ve memleketin içinde bulunduğu şartlara göre tayin ve takdir etmek gerekecektir...».

12 Daire, millî güvenlik kavramına böylece bir tanım getirdikten sonra, anayasal özgürlüklerin kısıtlanma nedeni olarak bu kavramın uygulamada nasıl anlaşılması gerektiği konusunda da şunları belirtmiştir :

«Bir eylemin mevzuata aykırı ve hatta suç vasfında olması, mutlaka Millî Güvenliği ihlâl matuf bulunduğunun delili olamaz. Aksi halde Millî Güvenlik kavramının kapsamı Anayasa yapıcı'sının ve Kanun Koyucusunun amaç ve iradesine aykırı surette genişletilmiş olur. Suç teşkil eden bir eylem, aynı zamanda Devletin bütünlüğüne de yönelmiş bir nitelik taşıyor ise, ancak o takdirde eylemin Millî Güvenlikle ilişkisinden söz etmek mümkün bulunabilir...

... Bir Hukuk Devletinde kişilerin veya kitlelerin Anayasa çerçevesi içinde sorunlarını kanunî yollardan yetkililere duyurmak istemeleri tabiidir. Şüphesiz, özellikle kamu görevlilerinin kanunların tayin ettiği yol yerine, fiilî durum yaratmak suretiyle duyurmada bulunmaları tercih olunamaz. Ancak, herhalde fiili yolun tercih edilmesi de; bunun kapsamı amacı ve yapılış şekli düşünülmezsizin, Millî Güvenliğin sağlanması gerekçesiyle, bazı temel hak ve hürriyetlerin kısıtlanmasına vesile vermez.»

Millî güvenlik kavramını ve bu kavramın anayasal özgürlüklerin kısıtlama nedeni olarak nasıl anlaşılması gerektiğini hayli ayrıntılı bir biçimde açıklayan bu kararda; TRT kanununun 17. maddesiyle Başbakana veya görevlendireceği Bakana tanınmış, belirli bir konudaki haber ve yayınları men etme yetkisinin hangi koşullarda kullanılabileceği şöyle belirtilmiştir :

«... bir haber veya yayının TRT aracılığıyla yayınlanmasının yasaklanabilmesi için :

a — Millî Güvenliği ihlâl yöneldiği tereddütsüz kabul edilebilecek bir eylemin mevcut olması,

b — Buna ilişkin haber ve yayınların Türkiye Radyo ve Televizyonlarından yayınlanması hâlinde, eylemin daha fazla genişleyeceğinin veya şiddetleneceğinin aşikâr bulunması gerekmektedir.»

Kararın incelenmesinden, haber ve yayınların men edilmesi yoluna gidilmeden önce Millî Güvenlik Kurulunun (veya hiç değilse Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin) görüşünün alınmamış olmasının da, Danıştayın iptal kararı üzerinde etkili olduğu anlaşılmaktadır (24). Öte yandan, idarenin, men kararını, kısa sayılabilecek bir süre sonra geri almış olması da etkili olmuştur ; «Dava konusu yayın yasağının isabetsizliği, tesisinden itibaren 35 saat geçtikten sonra kaldırılmasıyla da sabit bulunmaktadır.»

Danıştayın bu kararında belirtilen görüşler, hiç kuşkusuz, millî güvenlik nedeniyle anayasal özgürlüklerin hiç bir biçimde kısıtlanamayacağı anlamına gelmemektedir. Nitekim kararı veren 12. Daire, bu davada, davacı tarafından ileri sürülen 359 sayılı kanunun 17. maddesinin Anayasaya aykırılığı iddiasını ciddi bulmamış ve yukarıda belirtilen iki koşulun gerçekleşmesi hâlinde, 17. madde uyarınca kullanılabilir men’ yetkisinin, TRT nin özerkliğini düzenleyen Anayasanın (o tarihte yürürlükte bulunan) 121. maddesi ne aykırılığının düşünülmemesi gerektiğini belirtmiştir. «Millî Güvenliğin sağlanması veya başka bir deyimle Devletin bütünlüğünün korunması sözkonusu olduğunda, Devlet adına Hükümetçe alınacak meşru ve zaruri tedbirlere, bütün Devlet kurumları gibi TRT Kurumu nun da uymak zorunda bulunduğu açıktır.»

Kanımızca, Danıştay 12. Dairesi bu kararıyla, millî güvenlik konusunda genel doğruları saptamak ve bunları belirli somut bir olaya uygulamakta, örnek ve başarılı bir karar vermiştir. Kararda bir yandan millî güvenlik nedeniyle belirli bazı koşullarda anayasal özgürlüklerin kısıtlanması gerektiği, öte yandan anayasal özgürlüklerin korunması gerektiği dengeli bir biçimde dikkate alınmıştır.

24 12. Dairenin bu kararını ve D.D.K.nun, yukarıda 12 no.lu dipnotunda belirttiğim kararını «çok önemli ve ileri bir içtihat olarak övgü ve hayranlıkla karşılanabilir» nitelikte bulan Prof. Duran, kararı bu noktada eleştirmiştir:

«... ne Anayasa ne 359 numaralı TRT Kurumu Kanunu ne de 129 sayılı Millî Güvenlik Kurulu Kanunu, Başbakanlık Radyo ve Televizyon yayınlarına yasak koyarken, karar vermeden önce, millî güvenlik kurulundan veya genel sekreterliğinden mütalâasını alması gerektiğini öngörmüştür. (...) asker kişilerin de yer aldığı bir Anayasa müessesesi olan Millî Güvenlik Kuruluna Kanunlarda öngörülmemiş yeni görev konularının içtihat yolu ile tanınması hukuk tekniği ve siyaseti açılarından acaba isabetli midir? Bu nedenle Danıştayın «TÖS» kararını dayandırdığı şekil ve usule ait son gerekçeye katılamıyoruz.» (Duran, 16. dipnotunda belirtilen makale, s. 172).

Konuyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin tutumunu yansıtmak bakımından, saptayabildiğimiz ilginç bir olay vardır :

Barış zamanındaki vazife malûllerine de harp malûllerine tanınan hakların verilmesini öngören 1145 sayılı kanunun iptali için açılan davada davacı parti, kanununun çıkarılmasında «Millî Güvenlik Kurulu'na danışılmadığı için Anayasanın 111. maddesine de aykırılık olduğu» ileri sürmüştür. Kanunu başka gerekçelerle Anayasaya aykırı bularak iptal eden Anayasa Mahkemesi, davacının M.G.K.na danışılması gerektiği yolundaki iddiasını tartışmamıştır. (E. 1969/45, K. 1970/21, Karar t. 14.4.1970, AYMKD. Cilt VIII, s. 230).

Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesinin Haziran 1970 de verdiği ünlü Pentagon Belgeleri (Pentagon Papers) kararı, ⁽²⁵⁾ anayasal özgürlüklerle millî güvenlik gerekleri arasındaki dengeyi saptamak bakımından, kendisinden 15 ay kadar önce verilmiş Danıştay 12. Daire kararına bazı benzerlikler göstermektedir. ABD. Yüksek Mahkemesinin bir Türk Mahkeme kararından esinlenmiş olduğunu düşündürecek herhangi bir belirti bile bulunmadığına göre bunun bir rastlantıdan başka bir şey olmadığı açıktır. Ancak bu rastlantı hiç kuşkusuz yine de ilginçtir.

III — Devletin Anayasal Yapısına Eklenen Millî Güvenlik Organı : Millî Güvenlik Kurulu

1) Bir Anayasal Organ Olarak M.G.K.

Bir Anayasal organ olarak Millî Güvenlik Kurulu, 1961 Anayasası ile Türk devlet örgütüne girmiştir. Ama bu kurulun, anayasal düzeyde olmayan bir benzeri 12 yıl önce, 1949 da bir kanunla kurulmuş bulunuyordu. 30 Mayıs 1949 tarihli ⁽²⁶⁾ bu kanunla, bir Millî Savunma Yüksek Kurulunun kurulması öngörülmüştü. A.B.D.nde 1947 de oluşturulmuş bulunan Millî Güvenlik Konseyinden esinlenilerek kurulmuşa benzeyen Millî Savunma Yüksek Kurulu ile günümüzün Millî Güvenlik Kurulu arasında; kuruluş, yetkiler ve görevler

25 New York Times Co. v. United States, 403 U.S. 713, 91 S. et. 2140, 29 L. Ed. 2d 822 (1971)

Gerek ABD'nde gerekse öteki ülkelerde kamuoyunun ilgisini toplayan Pentagon Belgeleri Olayı, N.Y. Times ve Washington Post gazetelerinin Vietnam Savaşına ilişkin bazı gizli belgeleri yayınlamaya girişmeleriyle başlamıştır. Hükümet bu yayınları *millî güvenlik* bakımından sakıncalı oldukları gerekçesiyle durdurmaya çalışmış fakat bu yolda alt mahkemelerden karar alabilmişse de sonuçta Yüksek Mahkeme ABD Anayasasının Birinci Ekiyle güvence altına alınmış haklar karşısında, bu belgelerin yayınlarına engel olunamayacağını belirtmiştir. ABD Yüksek Mahkemesinin bu kararının ayrıntılı bir incelemesine girişmeksin karardan bazı cümleleri ve görüşleri karar hakkında kısa bir bilgi olarak sunuyorum : «Basın, yönetenlerin değil yönetilenlerin hizmetinde olmalıdır». «Basın, hükümetin sırlarını açığa çıkarması ve halka bilgi vermesi için korunmuştur. Hükümetteki çarpıklıklar ancak özgür ve kısıtlanmaz bir basın yoluyla etkili bir biçimde açığa çıkarılabilir» «güvenlik sözcüğü, Birinci Ek'de belirtilmiş temel hukuku ortadan kaldırmak için başvurulamayacak; geniş ve müphem bir genellemedir. Askeri ve diplomatik sırları, bilgili kılınmış temsili hükümet (yönetim tarzı) pahasına korumak, Cumhuriyetimize hiç de gerçek bir güvenlik sağlamaz.» (Yargıç Black ve Yargıç Douglas).

Bazı yargıçlar da sonuçta çoğunluk karara katılmış olmakla birlikte, gerekçelerinde daha ihtiyatlı bir dil kullanmayı yeğlemişler; uluslararası diplomasi ve uluslararası ilişkilerin mahremiyet ve gizlilik gerektiren yönlerine de dikkati çekmişlerdir: «Sırlarının saklanacağı konusunda güvence verilmezse, başka devletler bizimle karşılıklı güven ortamı içinde ilişki kurmakta zorluk çekeceklerdir... Temel ulusal savunma alanında mutlak bir gizliliğe sık sık ihtiyaç duyulabileceği apaçaktır.» (Yargıç Steward, Yargıç White).

Başyargıçla birlikte karara muhalif olan iki yargıç, dış ilişkilerle ilgili konuların yargısal değil siyasal nitelikte olduğu, yürütme organının bu alandaki faaliyetleri üzerinde yargı organının denetiminin çok sınırlı olduğu gibi noktalara değinmişlerdir. Muhalif yargıçlar, ayrıca, kararın yeterince inceleme yapılmasına zaman ayrılmadan, aceleye getirilerek alındığı yolunda da görüş belirtmişlerdir. Gerçekten de 15 Haziran 1971 günü New York'taki bir mahkemenin verdiği kararla başlayan dava, çeşitli aşamalardan hızla geçerek 25 Haziranda Yüksek Mahkemeye gelmiş ve 30 Haziranda karara bağlanmıştır.

26 Millî Savunma Yüksek Kurulu Kanunu, Kanun no. 5399, kabul t. 30 Mayıs 1949, R.G. 3 Haziran 1959, 7223, Düstur III, cilt 30, s. 1077.

bakımından benzerlikler görülüyor. Bu benzerlik noktaları, özetle şunlardır : Cumhurbaşkanı M.S.Y.K. (Millî Savunma Yüksek Kurulu)nun «tabii başkanıdır,» «M.S.Y.K., Millî Savunma işlerini telif ve tanzim etmekle mükellef olan Başbakanın başkanlığı altında ve onun teklifiyle Bakanlar Kurulu tarafından seçilecek Bakanlar Millî Savunma Bakanı ve Genel Kurmay Başkanından teşekkül eder»; görevleri arasında «Hükümetçe takip edilecek Millî Savunma politikasının esaslarını hazırlamak» ve «Topyekûn millî seferberlik plânını barışta hazırlamak ve gereğinde tam olarak uygulanmasını sağlamak» vardır; «M.S.Y.K. en az ayda bir defa toplanır»; Bir M.S.Y.K. Genel Sekreterliği kurulmuştur, Genel Sekreter «Genelkurmay Başkanını mütalâası alınarak, Millî Savunma Bakanınca yapılacak teklif üzerine Bakanlar Kurulu kararıyla tayin olunur.»

Yukarıda da belirttiğimiz gibi 1949 yılından beri Türk devlet örgütü içinde yer alan Millî Savunma Yüksek Kurulu, 1961 Anayasası ile bir anayasal organ durumu kazanmıştır. 1961 Anayasasının hazırlık çalışmaları sırasında, Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunca düzenlenen Anayasa Tasarısı, o zaman mevcut bulunan Millî Savunma Kuruluna, adını ve oluşumunu değiştirmeksizin bir anayasal statü verilmesini öngörmekteydi. Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunun Anayasa Tasarısının 110. maddesine göre :

«Millî Savunma Yüksek Kurulu, kanunun gösterdiği Bakanlar ile Genelkurmay Başkanından kuruludur.

Millî Savunma Yüksek Kuruluna Cumhurbaşkanı başkanlık eder; bulunmadığı zaman, bu görevi Başbakan yapar.

Millî Savunma Yüksek Kurulu, Savunma ile ilgili kararların alınmasında ve koordinasyonun sağlanmasında yardımcılık etmek üzere, gerekli temel görüşleri Bakanlar Kuruluna bildirir.»

Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunun, madde ile ilgili kısa gerekçe-sinde :

«Yurt müdafaasının genel prensiplerini ve siyasetini tespit etmek için ilgili Bakanlardan ve Genelkurmay Başkanından müteşekkil yüksek bir kurul bütün modern devletlerde yer almış bulunmaktadır.»⁽²⁷⁾ denilmiştir.

Madde tasarısı, Kurucu Meclisin Millî Birlik Komitesi kanadınca iki noktada değişiklik yapılarak kabul edilmiştir. Bu durum, Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunca şöyle özetlenmiştir :

«Millî Birlik Komitesi, bu maddede, «Millî Savunma Yüksek Kurulu» terimini «Millî Güvenlik Kurulu» olarak tadil etmiş ve bu kurula Genelkurmay Başkanından başka kuvvetler temsilcilerini de dahil etmiştir»⁽²⁸⁾.

27 Bkz. Öztürk, Kâzım; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (İzahlı Gerekçeli.....) cilt III, Ankara 1966, s. 3134.

28 Öztürk, a.g.e. s. 3142.

Komisyon «kuvvetler temsilcilerinin, kuvvetlerin başında bulunan en yüksek rütbeli subaylar olacağını tabîî mütahaza ederek, bu değişiklikleri uygun görmüş» ve metin M.B.K.nin değiştirilmesine uygun bir biçimde Temsilciler Meclisinden geçerek kesinleşmiştir.

1961 Anayasasının ilk biçiminde, Millî Güvenlik Kuruluna ilişkin 111. madde sonuç olarak şöyle idi :

«Millî Güvenlik Kurulu, kanununun gösterdiği Bakanlar ile Genelkurmay Başkanı ve Kuvvet temsilcilerinden kuruludur.

Millî Güvenlik Kuruluna Cumhurbaşkanı Başkanlık eder; bulunmadığı zaman, bu görevi Başbakan yapar.

Millî Güvenlik Kurulu, millî güvenlik ile ilgili kararların alınmasında ve koordinasyonunun sağlanmasında yardımcılık etmek üzere gerekli temel görüşleri Bakanlar Kuruluna bildirir.»

Madde, Anayasanın «yürütme» Bölümünün «Bakanlar Kurulu» alt-bölümünde ve «Millî Savunma» kenar başlığı altında yer almak tadır.

2) M.G.K.nun Oluşumu, Yetki ve Görevleri

Millî Güvenlik Kuruluna anayasal düzeyde bir yer veren 1961 Anayasasının yürürlüğe girmesinden kısa sayılabilecek bir süre sonra Millî Güvenlik Kurulu Kanunu (29) kabul edilmiş ve Kurula Anayasaya uygun yeni bir düzenleme getirilmiştir. Kanun, M.G.K.na katılacak bakanları, Kurulun görevlerini, toplantı ve karar yöntemini saptayan hükümleri kapsamaktadır. Millî Güvenlik Kurulu Kanunun'un önemli hükümleri şöyle özetlenebilir :

(i) Kuruluşun oluşumu :

Kurul üyeleri iki ana kategoriye ayrılabilir : Sivil (siyasal) üyeler ve asker üyeler. Asker üyeler Genelkurmay Başkanı ile Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları olmak üzere belirli ve sabit 4 kişidir. Buna karşılık sivil üyelerin sayısı değişkenlik göstermektedir.

Kurula Cumhurbaşkanı, onun bulunmaması halinde Başbakan başkanlık eder; Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcıları ile Millî Savunma, İçişleri, Dışişleri, Maliye, Ulaştırma ve Çalışma Bakanları ile gündemle ilgili olarak Başbakanın çağıracağı diğer bakanlar da Kurul üyesidirler. Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcılarının sayısı, sabit olmayıp Bakanlar Kurulunun oluşumu sırasında belirlendiği veya sonradan değiştirilebildiği için bu üyelerin sayısı değişkendir. Ayrıca, gündemdeki konuların niteliğine göre Başbakanın M.G.K.na katılmaya çağıracağı Bakanlar da, Kurulun üye sayısının değişken olması sonucunu doğurmaktadır.

29 Kanun no. 129, Kabul t. 11 Aralık 1962, R.G. 19 Aralık 1962, 11286; D. V. t.c. 2, s. 325.

Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterlik Yönetmeliği için Bkz. R.G. 7 Haziran 1963, 11422.

(ii) Kurulun Görevleri :

M.G.K. Kanununa göre, Kurulun ana görevi «Millî Güvenlikle ilgili temel görüşleri Bakanlar Kuruluna bildirmek»tir. Kanun, 2. maddesinde bu görevlerin ayrıntısını 4 bent halinde belirtmiştir. Bunlar «Millî Güvenlik politika-sının esaslarının hazırlanması ve bu politikanın tadil ve tashihi» biçiminde özetlenebilir. Kurul’un aldığı kararları Bakanlar Kuruluna bildireceği 5. mad-denin son fıkrasında da yinelenmiştir.

(iii) Kurulun Toplantı ve Karar Yöntemi :

Kurul ayda bir defa toplanır. Ayrıca «Başbakanın göstereceği lüzum üzeri-ne» de toplantı yapılabilir.

Kanun, M.G.K.nun görüşmeler sonucunda oylama yapılmasını öngörmek-tedir. «Kurul kararlarını çoğunlukla alır. Eşitlik halinde Başkanın bulundu-ğu tarafın oyuna itibar olunur» (madde 5/2). M.G.K. Genel Sekreteri Kurul toplantısına katılır, oya katılmaz (mad de 5/3) Başbakanlık Müsteşarı, Dışış-leri Bakanlığı Genel Sekreteri Başbakanın çağrısı üzerine Kurul toplantıları-na katılabilirler fakat oya katılamazlar. Kurul gerekli gördüğü görevlileri ve uzmanları da istişare için çağırabilir.

3) 1971 Anayasa Değişikliği ve M.G.K.

Eylül 1971 de yayımlanan «Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının bazı mad-delerinin değiştirilmesi ve geçici maddeler eklenmesi hak kında Anayasa Değişikliği» ⁽³⁰⁾ ile değiştirilen Anayasa maddeleri arasında, M.G.K.na ilişkin 111. madde de vardı. 111. maddenin bu yeni biçimi, 1961 Anayasasının ilk biçimine göre biri Kurulun oluşumunda, biri de Kurulun işlevinde değişiklik yapmayı amaçlamış görünen iki noktada yeni düzenlemeler getirmiştir.

1971 değişikliği M.G.K.nun oluşumuna ilişkin olarak şu düzenlemeyi ge-tirmiştir :

«Millî Güvenlik Kurulu, Başbakan, Genelkurmay Başkanı ve kanu-nun gösterdiği bakanlar ile Kuvvet Komutanlarından kuruludur.»

Böylece, «Kuvvet temsilcileri» yerine «Kuvvet Komutanları»nın M.G.K. na üye olmaları öngörülmüş olmaktadır ⁽³¹⁾. Bu, gerçekte 1962 yılında kabul edilmiş M.G.K. Kanununun kabul ettiği düzenin Anayasaya yansıtılmasıdır. M.G.K. Kanunu, Kurulun oluşumunda «Kuvvet temsilcilerine» değil «Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanlarına» yer vermektedir.

Anayasanın ilk biçimine göre, M.G.K.nun işlevinin özü «millî güvenlik ile

30 Kanun no. 1488, Kabul t. 20 Eylül 1971, R.G. 22 Eylül 1971, 13964, D.V.t.c. 10, s. 3380.

31 Fıkranın yazılış düzeninde Genelkurmay Başkanına eski metin Bakanlardan sonra yer ver-mişken yeni metinde Genelkurmay Başkanı öne alınmıştır.

1971 metninin 1961 metninden ayrıldığı bir nokta da, «Bakanlar»ın küçük harfle başlı-yarak yazılmış olmasıdır.

ilgili kararların alınmasında ve koordinasyonun sağlanmasında» Bakanlar Kuruluna yardımcılık etmektir.

1971 Anayasa değişikliği, M.G.K.nun işlevinin özüne ilişkin bir değişiklik getirmiş değildir; «millî güvenlik ile ilgili kararların alınması ve koordinasyonun sağlanması» deyimleri yeni metne de aynen alınmıştır.

Değişiklik, bu işlerin yerine getiriliş yöntemine ilişkin deyimlerde kendini göstermektedir. 1961 metnine göre M.G.K. «... yardımcılık etmek üzere, gerekli temel görüşleri Bakanlar Kuruluna **bildirir** iken 1971 metnine göre «... gerekli temel görüşleri Bakanlar Kuruluna **tavsiye eder**».

Alışılmış ve yerleşmiş anlamıyla, bağlayıcı gücü olmayan bir işlem olan «görüş bildirme»nin yerine «tavsiye»nin konulmasının anlamı nedir? Prof. Duran «tavsiye»nin «en azından eşitlerin birbirine verdiği direktif anlamını içerir ve muhatabının serbestliğini az çok kısıtlar» bir özelliği olduğuna değinmekte ise de; bu durumda bile M.G.K. kararlarının hukukî değil ancak siyasal ve moral etkilerinin olabileceğini belirtmektedir⁽³²⁾. 1971 yılında Anayasayı değiştiren iradenin getirdiği «tavsiye» sözcüğüne «Kanunkoyucunun abesle iştigal etmeyeceği» ilkesi uyarınca, bir anlam verme zorunluğu karşısında bu yorum kaçınılmaz sayılabilir. Ancak, bu yorumun M.G.K.nun bir organ olarak danışmacı (istişari) niteliğinde bir değişiklik yaratmadığı da bir gerçektir.

4) Anayasa Karşısında M.G.K.nun İşlevi Ne Olmalıdır?

M.G.K.nun yetki ve görevlerinin niteliği, Türk Siyasal hayatında «12 Mart Muhtırası» diye bilinen ve Cumhurbaşkanı ile Cumhuriyet Senatosu ve Millet Meclisi Başkanlarına 12 Mart 1971 tarihinde verilen Muhtıra⁽³³⁾ nın öncesi ve sonrasında çok tartışılan bir konu olmuştur. Bu belgeyi imzalayan Genelkurmay Başkanı ile üç Kuvvet Komutanı, unvanlarına «Güvenlik Kurulu Üyesi» sıfatını da eklemeyi gerekli görmüşlerdi. Muhtıranın verilmesinden önceki dönemde M.G.K.nun kamuya duyuru niteliğinde bildiri çıkarması da bazı tepkilere yol açmış ve Kurul'u siyasal tartışmaların konusu haline getirmiştir⁽³⁴⁾. Bu tartışmalar ve tepkiler zaman zaman şiddetlenerek devam etmiş giderek M.G.K nun anayasal düzen içinde gerekli bir organ olup olmadığına tartışılmasına bile yol açmıştır. Türkiye Barolar Birliğinin 17-19 Haziran 1977 günlerinde yapılan Olağanüstü Genel Kurulunda kabul edilen «Anayasa Değişikliği Öntarısı»nda, M.G.K.na ilişkin Anayasa hükmünün Anayasadan çıkarılması gerektiği görüşü yer almıştır :

«Devlet güvenliğinin sağlanmasında Cumhurbaşkanı, parlamento, yürütme, idarî ve askerî kuruluşlar görevli ve yetkilidirler. Bunların koordinasyo-

32 Duran Lütü; İdare Hukuku Ders Notları, (Çoğaltma), İstanbul 1977 s. 110.

33 Bu Muhtıranın metni için Bkz. Öztürk, Kâzım; Son Değişiklikleriyle Gerekçeli Anayasa, Bilgi Yayınevi, 1973, s. 15. Ayrıca o tarihlerin günlük gazeteleri.

34 Bkz. Tunaya, T. Zafer; Milli Güvenlik Kurulu ve Gerçekler. Milliyet, 4 Nisan 1970 s. 2.

nu her zaman mümkündür. Ayrı bir anayasal kuruluş oluşturulması gereksiz görülmekle bu kurulun Anayasadan çıkarılması uygun görülmüştür»⁽³⁵⁾.

Sorunun özü, hiç kuşkusuz, M.G.K.nun işlevinin niteliğinin ne olduğudur. Kurul’un muhatabının kim olduğu sorusu bu saptamaya göre cevaplandırılacaktır.

M.G.K. yürütmeye ilişkin (icrai) kararlar alabilen bir organ mıdır yoksa sadece danışmacı (istişari) bir nitelik mi taşır? Bu soruyu, M.G.K.nun danışmacı bir organ olduğu biçiminde cevaplamak gerekir. Çünkü : M.G.K.nun, Anayasanın 1961 metnine göre de 1971 değişikliğine göre de Bakanlar Kuruluna «görüş bildirme» veya «tavsiyede bulunma»nın ötesinde bir yetkisi yoktur. 1971 değişikliğiyle getirilen «tavsiye etme» sözünün «görüş bildirme»ye oranla biraz daha bağlayıcı olduğu düşünülebilirse de bu işlevin niteliğindeki danışmacılık özünü değiştirecek bir anlam taşımaz. Anayasanın sözü sadece böyle bir yoruma elverişli olduğu gibi genel sistematigi ve özü de bunu gerektirir. «Millî Güvenliğin sağlanmasından ve silâhlı kuvvetlerin savaşa hazırlanmasından T.B.M.M.ne karşı Bakanlar Kurulu sorumludur» (Anayasa m. 110/2) M.G.K. ise Anayasanın 102 maddeyle başlayan «Bakanlar Kurulu» alt bölü münde yer almıştır. Bu durumda, bazen kendisine verilmek istenilen bir «üst-kabine» görüntüsünü bir yana bırakıp, M.G.K.nu Bakanlar Kurulunun bir alt-uzmanlık komitesi olarak kabul etmek gerekir. Bu Kurula emredici nitelikte kararlar alma yetkisini tanımak Anayasanın kurmayı amaçladığı demokratik hukuk devleti ve T.B.M.M. önündeki siyasal sorumluluk ilkelerine ters düşer, öte yandan, «hükümet Millî Güvenlik Kurulunun tavsiye kararları dolayısıyla, yetkilerini kullanmaktan çekinemez ya da mazur görülemez»⁽³⁶⁾.

Kurul üyelerinin sayısı ve bu sayı içinde Bakanların oluşturduğu büyük çoğunluk da bunu gerektirir. M.G.K.nda Bakanların sayısı değişken olmakla birlikte Başbakanla bir arada 10 un altına düşmemektedir. Buna karşılık asker üyesi sayısı her zaman 4 ten ibarettir. Bu durumda, M.G.K.nun Bakanlar Kuruluna belirli politikaların oluşturulmasında yardım eden bir alt uzmanlık komitesi niteliği, oluşumunun bir gereği olarak da karşımıza çıkmaktadır.

12 Mart Muhtırası denilen belgeye imza koyan Generallerin görev unvanlarına «Güvenlik Kurulu Üyesi» sözlerini eklemeye gerek görmeleri bu bakımdan ilginçtir. Bu ek unvanın kullanılması, gerçekte, M.G.K.nun Bakanlar Kurulunun egemenliğinde, olduğunu vurgulamaktadır. Muhtırayı imzalayan Generaller, M.G.K. üyesi olduklarını belirtmekle belki imzalarının daha ağırlık kazanacağını düşünmüş olabilirler. Fakat, bu bir anlamda, asker üyelerin M.G.K. nu kontrol altına almak ve kurula icrai bir nitelik kazandırmak olanağını bulamadıklarının da ifadesi sayılabilir.

35 Türk Pozitif Hukukunun Demokratikleştirilmesine İlişkin TBB öntasarı ve Raporları, İstanbul Barosu Dergisi özel sayısı, 1977, s. 22.

36 Duran, Lütfi; 32 no.lı dipnotunda a.g.e.s. 110

«Kurul askerî bir organ değildir. En azından 10 Bakan ve ayrıca çağrılan Bakanların oyları, sivil ve siyasî kesimin her an ağır basabileceğini açıkça gösterir. Hükümet, kendi politikasını, bu karma kurulda, asker üyelerin tümü muhalif kalsalar bile, onaylatabilir» (37).

Burada, ilgili kanunla M.G.K. içinde yapılması öngörülmüş **oylamanın** niteliği üzerinde de kısaca durmamız gerekiyor. M.G.K. Kanununa göre «Kurul kararlarını çoğunlukla alır. Eşitlik hâlinde Başkanın bulunduğu tarafın oyuna itibar olunur» (madde 5/2) Yi ne aynı kanuna göre «Kurul, aldığı kararları Bakanlar Kuruluna bildirir.» (madde 5/son). Normal işleyen bir parlamenter hükümet sistemi içinde bu oylamanın fazla bir önem ve anlam taşıdığı söylenemez kanısındayım.

Anayasa gereğince hükümetin genel siyasetinden ve millî güvenliğin sağlanmasından TBMM ne karşı topluca sorumlu olan Bakanlar Kurulunun kararlarının oluşturulmasında oylamaya başvurulup, vurulmaması, eğer bu yola gidilirse sonucun Başbakan tarafından nasıl değerlendirileceği; kesin kurallara bağlanamayacak nitelikte esnek çözümler isteyen politik sorunlar sayılmak gerekir. Bu durum, 4 uzman (asker) üyenin de katılmasıyla oluşan ama büyük çoğunluğunu Bakanların meydana getirdiği M.G.K. için de geçerli olmak gerekir.

M.G.K. yetki ve görev alanına giren konularda Bakanlar Kuruluna görüş ve tavsiye bildirmek durumunda bir alt uzmanlık komitesi olduğuna ve öyle olmak gerektiğine göre, muhatabı ancak Bakanlar Kuruludur. Kurulun Kamuya doğrudan doğruya hitap etmesi söz konusu olmamak gerekir. Gerek görülüyorsa, Kurulun görüşleri ancak Bakanlar Kurulunca benimsendikten sonra ve hükümet görüşü olarak kamuya duyurulmalıdır.

IV— SONUÇ :

(i) Millî Güvenlik Kurulu, millî güvenliğin sağlanmasından T.B.M.M.ne karşı sorumlu olan Bakanlar Kuruluna, bu konuda yardımcı olması öngörülmüş anayasal bir organdır. Kurul, bağlayıcı, emredici kararlar alması söz konusu olmayan; işlevi, Bakanlar Kuruluna tavsiye edilecek görüşleri geliştirmekten ibaret bulunan danışmacı (istişari) bir kuruluştur. Bakan olmayan 4 üyeye karşılık en az 10 Bakanın katılmasıyla oluşmasına bakılarak, M.G.K.na Bakanlar Kurulunun bir alt uzmanlık komitesi de denilebilir. Bakan olmayan 4 asker üyenin M.G.K.na üye olarak katılması, Kurulun uzmanlık niteliğini vurgulayan bir özellik sayılmalıdır.

(ii) M.G.K.na Anayasa metninde yer verilmiş olması, çağdaş güvenlik sorunlarının kazandığı çok yönlülüğün ve önemin bir sonucu olarak karşılanmalıdır. Bunu, millî güvenliğin sağlanmasından ve silâhlı kuvvetlerin savaşa

37 Bkz. Tunaya, 34 no.lı dipnotundaki makale.

hazırlanmasından Anayasaya göre Bakanlar Kurulunun sorumlu olması temel ilkesini değiştiren bir olgu saymak yerinde değildir.

M.G.K.nun, yetki ve görevler bakımından Bakanlar Kurulunun üstüne çıkarılması çabaları yersiz ve anayasaya aykırıdır. Hele bu yola, hükümetlerin millî güvenliğe ilişkin sorumluluklarını üzerlerinden atma amacıyla başvurulması M.G.K.nun niteliği konusunda yanlış kamlar uyandırması bakımından çok sakıncalıdır. M.G.K.nun oluşumu, sivil-siyasal üyelerin büyük çoğunlukta olmasını gerektirmektedir, yani üyelerin çoğunluğu Bakanlık görevinde bulunmaktadırlar. Anayasa uyarınca TBMM önünde; demokratik siyasal hayatın gereği olarak da kamuoyu önünde millî güvenliğe ilişkin konuların sorumlusu Bakanlar Kuruludur.

(iii) M.G.K.nun Türk siyasal hayatında tartışmalara yol açmasının başlıca nedeni kurula atfen kamuya yapılan açıklamalar ve çıkarılan bildiriler olmuştur. Bu sakıncalı bir uygulamadır. Çünkü Kururun işlevi **Bakanlar Kuruluna** tavsiyede bulunmaktır. Hükümetin millî güvenliğe ilişkin her hangi bir karar almasından önce, konunun M.G.K. nda görüşülmüş olması doğaldır. Bunun ayrıca belirtilmesine gerek yoktur. Bakanlar Kurulu M.G.K.nun tavsiyesine uyan bir karar almışsa, o karar Bakanlar Kurulunun kararıdır. Eğer Bakanlar Kurulu, en az 10 üyesi kendi içinden giden kişilerden oluşan ve sadece 4 üyesi Bakan olmayan M.G.K.nun tavsiyesine uymayı yerinde bulmuyorsa Bakanlar arasında derin bir görüş ayrılığı var demektir. Böyle bir hâlde Bakanlar Kurulunun kendi içindeki tutarlılığı sorunu gündeme gelmiş olur.

Bakanlar Kurulunca benimsenmiş olmayan bir açıklamanın, M.G.K.na atfen yapılması ise, hükümetin M.G.K.nun ve özellikle Kurulun asker üyelerinin arkasına saklanarak sorumluluktan sıyrılması girişimi anlamına gelir ki bu da Anayasanın öngördüğü siyasal sorumluluk ilkesiyle bağdaşmaz.

(iv) MG.K.nun algılanmasında veya işleyişinde bazı aksaklıkların görülmüş olması, böyle bir Kurulun gereksiz olduğu anlamına gelmez. Çağdaş bir devlet örgütü içinde, millî güvenlik sorunlarının çok yönlü niteliğine uygun bir düzenleme yapısında, M.G.K. gibi bir uzmanlık kuruluşunun bulunması zorunlu sayılmalıdır. M.G.K.nun gereksiz olduğu yolunda görüşlerin ortaya çıkması ve bu görüşlerin Türkiye Barolar Birliğince bile benimsenir hale gelmesi, gerçekte Türk siyasal hayatının çapraşık bir takım sorunlarıyla ilgili olarak M.G.K.na atfen yapılan açıklamaların bir sonucudur. Kanımca bu abartılmış bir tepkidir. Türk siyasal hayatının çapraşık bir takım sorunları ve zaman zaman hissolan sivil ve askerî otoriteler arası uyumsuzluklar, M.G.K.nun varlığından bağımsızdır. Öte yandan, M.G.K nun varlığının, sivil ve askerî otoriteler arasında diyalogu kolaylaştıran ve uyumsuzlukları gideren bir etkisi olabileceği de söylenebilir.

(18. Makale - 1979)

Münci KAPANİ

*İnsan Haklarının Uluslararası Alanda
Korunması: Yeni Gelişmeler ve Sorunlar **

* Münci Kapani, "İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması, Yeni Gelişmeler ve Sorunlar", **İnsan Hakları Yıllığı**, S.1/1, 1979, s. 64-79.

İNSAN HAKLARININ ULUSLARARASI ALANDA KORUNMASI : YENİ GELİŞMELER VE SORUNLAR

Münci KAPANİ *

İnsanlık tarihinde belirli aşamaları noktalayan önemli dönüm yılları vardır. Öyle görünüyor ki, bundan böyle 1948 yılı da artık bu dönüm yılları arasında sayılmak gerekecektir. İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin Birleşmiş Milletlerce kabul ve ilân tarihi olan bu yılın, her 10 Aralık gününde “İnsan Hakları Günü” olarak anılmasından başka, özellikle her onuncu yıldönümünde ulusal ve uluslararası düzeylerde toplantılar, konferanslar ve seminerler düzenlenerek vurgulanması, artık sürekli bir gelenek olarak yerleşmiş bulunuyor. Bu gelenek, geride bıraktığımız 1978 yılında da —Bildirinin otuzuncu yıldönümü olması dolayısıyla— özel bir öneme bürünerek uluslararası kuruluşlarda ve dünyanın çeşitli ülkelerinde bir kutlama havası içinde sürdürülmüştür.

Aslında, bu toplantılarda “kutlama”dan çok, geçmiş yılların açık bir muhasebesini yapmak, insan hakları alanında ortaya çıkan eksiklik ve yetersizlikleri gidermenin, daha iyiye ve daha ileriye yönelmenin yollarını araştırmak herhalde daha gerçekçi bir yaklaşım olur. Şunu kabul etmek gerekir ki, aradan otuz yıl gibi azımsanamıyacak bir zaman geçmiş olmasına rağmen, İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin tam anlamıyla gerçekleştiğini görmekten hayli uzaktayız. Hele bu hakların “evrenselliğinden söz etmek hiç mümkün olmasa gerek. Dünya nüfusunun belki yarısına yakın bir bölümünün açlık, yoksulluk ve cahillik çizgisinde yaşadığı, öte yandan sayıları yüz milyonlara varan insanların sivil ya da askeri diktatörlüklerde, totaliter sistemlerde ağır baskılar altında ezildikleri gerçeği ortada dururken insan haklarının “evrensellik” niteliğine kavuşmuş olduğunu ileri sürmek nasıl mümkün olabilir?

Ama bütün bunlara karşılık, yeryüzünde insan haklarını daha geniş alanlara yaymak, onlara uluslararası düzeyde daha çok saygınlık ve geçerlilik kazandırmak yolundaki çabalar da eksik değil. Bu yazının amacı işte bu tür çabalar üzerinde durmak, özellikle son yıllar içindeki gelişmeleri biraz önce sözünü ettiğimiz gerçekçi yaklaşımla ele alarak değerlendimeğe çalışmak ola-

* Prof. Dr. Münci Kapani, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde Öğretim Üyesidir.

cak. Bu arada yeni koruma mekanizmalarının kurulmasında ve bunlara etkinlik sağlanmasında karşılaşılan güçlükleri ve ortaya çıkan sorunları inceleme fırsatını da bulmuş olacağız.

1.Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerinin Getirdikleri.

İnsan haklarının uluslararası alanda korunması konusunda son yıllar içindeki en önemli gelişme, hiç şüphe yok ki Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda kabul edilmiş bulunan iki Sözleşmenin uzun bir bekleme süresinden sonra 1976 yılında yürürlüğe girmesi olmuştur. Bunlardan birincisi Kamusal ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (**International Covenant on Civil and Political Rights**)**, ikincisi de Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (**International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**) adını taşıyor. Bu Sözleşmelerin neler getirmekte olduğunu açıklamadan önce, bunların hazırlanması ve yürürlüğe girmesi sürecine ve bu süreç içindeki çeşitli aşamalara kısaca değinmek yararlı olacaktır.

Birleşmiş Milletler Teşkilâtının başlıca kuruluş amaçlarından biri, Andlaşmanın değişik maddelerinde de belirtildiği gibi, “insan haklarına ve temel hürriyetlerine karşı saygıyı sağlamak ve geliştirmek” idi. Bu amaçla, daha başlangıçta, Birleşmiş Milletler bünyesi içinde bir İnsan Hakları Komisyonu kurulmuş (1946) ve bu Komisyon insan haklarının uluslararası alanda sağlanması yolundaki çalışmalarına başlamıştır. Bu çalışmaların ilk aşaması, 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda oylanarak kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisidir. Ancak, hemen söylemek gerekir ki, ilk aşamanın ürünü olan bu belge, adından da anlaşılacağı gibi sadece bir

** Bu sözleşmenin başlığı Türkçeye genellikle “Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi” diye çevriliyor. İngilizcedeki **Civil rights** karşılığında “Medeni Haklar” teriminin kullanılması kanımızca doğru değildir. Bu terimin hukuk dilinde belirli bir teknik anlamı vardır: “Medeni haklar” denince, “özel hukuk ilişkilerinden doğan haklar” anlaşılır. (Evlenme, evlât edinme, miras, velayet hakları, kişiler arasındaki akitlerden doğan haklar gibi). Oysa uluslararası sözleşmelerde yer alan **insan haklarının** bu tür haklar olmadığı bellidir. Çeviri yanlışlığı herhalde şuradan kaynaklanıyor: İngilizcedeki **civil** sözcüğü değişik anlamları olan bir sözcüktür. Bir anlamıyla bu sözcük “medeni” karşılığında kullanılır (**civil code** = “medeni kanun” deyiminde olduğu gibi). Fakat dalla genel ve özgün anlamıyla, Lâtince **civitas** (siyasal topluluk, devlet) ve **civis** (siyasal topluluk üyesi, yurttaş) kökenlerinden gelen bu kelime, “yurttaşlarla ilgili, yurttaşlara ait” demektir. Buna göre **civil rights** deyiminin tam sözlük karşılığı “yurttaşlık hakları” ya da yurttaşlara ait haklar”dır.

Ne var ki, İngilizcedeki bu terim de “insan hakları” kavramını karşılamayan, ondan daha dar olan bir terimdir. Çünkü, Sözleşmelerde (ve Evrensel Bildiride) sağlanması öngörülen **haklar —siyasal haklar dışında— sadece “yurttaşlara” ait olan haklar değil yurttaş olsun veya olmasın toplumda yaşayan “bütün insanlara” ait olması gereken haklardır. Gerçekten burada özellikle söz konusu olan kişi güvenliği, kişi dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığı, din ve vicdan hürriyeti, düşünce hürriyeti gibi sırf insan olmak sıfatıyla herkese tanınan, “kamusal” nitelikte haklar ve özgürlüklerdir.**

Bu bakımdan, biz Sözleşme başlığında yer alan “**Civil rights**” karşılığında, sözlük anlamını değil, fakat kavramı en iyi yansıtan deyim olarak “Kamusal haklar” terimini kullanmayı uygun gördük.

“Bildiri” (**Declaration**) idi ve onu kabul eden devletleri hukuken bağlayıcı bir niteliğe sahip bulunmuyordu. Nitekim böyle olduğu içindir ki belgenin Genel Kurulda onaylanması sırasında herhangi bir güçlükle karşılaşılmamıştır.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu için asıl güç iş bundan sonra başlıyordu. Zira ikinci aşamada artık sadece bir ilkeler bildirgesi ve haklar listesi değil, katılan devletlere hukuki yükümlülükler yükleyen, açıklanan haklara saygı gösterilip gösterilmediğini belirleyecek bir denetim sistemini öngören bağlayıcı nitelikte bir Sözleşmenin hazırlanması söz konusu idi. Bu amaca yönelik çalışmaların değişik safhalardan geçerek sonuçlandırılması tam yirmi yıl sürdü (1947-1968). Komisyon daha başlangıçta bazı temel ilke sorunlarına çözüm aramak zorunda kalmıştır: Devletleri bağlayıcı bir denetim mekanizması onların egemenlik haklarına gölge düşürmeden nasıl oluşturulacaktı? Denetim görevini yapacak organ nasıl kurulacaktı? Bu organın yetkileri neler olacaktı? Başvuru yolları nasıl düzenlenecekti? Başvuru hakkı kimlere tanınacaktı? Ve nihayet, klâsik kişi hakları ve siyasal haklarla ekonomik, sosyal ve kültürel hakları kapsayan tek bir Sözleşme mi, yoksa bu iki kategoriye ayrı ayrı düzenleyen iki Sözleşme mi hazırlanacaktı?

İnsan Hakları Komisyonu, uzun yıllar süren çalışmalardan sonra bu konularda kendi içinde ortaya çıkan değişik ve karşıt görüşleri uzlaşma yoluyla bağdaştırarak iki ayrı Sözleşme tasarısını 1954 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kuruluna sundu. Fakat iş burada bitmiyordu. Bundan sonra tasarılar Genel Kurulun Üçüncü Komisyonunda yeniden ele alınarak on iki yıl süreyle (1954-1966) tekrar konuşuldu, tartışıldı, geliştirildi ve “olgunlaştırıldı”. Nihayet, bu hazırlık çalışmaları maratonu, kesin şeklini alan Sözleşme tasarılarının Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 16 Aralık 1966 tarihli toplantısında oylanarak kabul edilmesiyle sonuçlanmış oldu¹. Ancak, Sözleşmelerin yürürlüğe girebilmesi için bir on yıl daha beklemek gerekmiştir. Zira her iki tasarı metni de, yürürlük şartı olarak en az 35 devletin kendi iç hukuk kuralları uyarınca bunları onaylayıp katılma belgelerini Genel Sekreterliğe sunmasını öngörüyordu. Bu şart, katılan devlet sayısının otuzbeşi bulmasıyla Ocak ve Mart 1976 tarihlerinde yerine gelmiş ve Sözleşmeler bu tarihlerden itibaren yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.

Hazırlanması ve işlerlik kazanması bunca zaman alan bu Uluslararası Sözleşmelerin ayrıntılı bir incelemesine girişmemiz söz konusu değildir. Burada sadece insan hakları alanında son yılların en önemli gelişmesi sayılan bu belgelerin getirdikleri yenilikleri ana çizgileriyle belirtmeğe çalışacağız.

1 Hazırlık çalışmaları hakkında etraflı bilgi için, bk. A. Glenn Mower Jr., “The Implementation of the U.N. Covenant on Civil and Political Rights,” *Revue des Droits de L’Homme*, Vol. X, 1-2 (1977), 275 ve dev. Bu konuda geniş bir kaynak bibliyografyası için, bk. Marc J. Bossuyt, “Notes Relating to the International Covenants on Human Rights”, *Revue des Droits de L’Homme*, Vol. X, 1-2 (1977), 297-304.

Önce Kamusal ve Siyasal Haklar Sözleşmesini ele alalım. Bu Sözleşme genellikle Evrensel Bildiride yer alan insan kişiliğine bağlı klâsik hakları ve temel özgürlükleri kapsamakta ve bunları daha etraflı bir şekilde düzenlemektedir: Yaşama hakkı, kişi dokunulmazlığı, kişi güvenliği, savunma hakkı, işkence yasağı, kölelik yasağı, kanun önünde eşitlik, kadın erkek eşitliği, özel hayatın gizliliği, din, vicdan, düşünce ve anlatım hürriyetleri, toplanma ve dernek kurma hürriyeti, yönetime katılma hakkı, seçme ve seçilme hakkı gibi belli başlı temel hak ve hürriyetler bu arada sayılmaktadır. Evrensel Bildiride yer alan bazı haklara (sığınma hakkı, başka ülkelerde serbestçe dolaşabilme ve yerleşebilme hakkı gibi) Sözleşmede yer verilmemiş, buna karşılık Bildiride yer almayan bazı haklar ise (ulusların kendi geleceklerini ve yönetimlerini belirleme (**self-determination**) hakkı ile kendi doğal kaynaklarına ve zenginliklerine sahip olma ve bunları serbestçe kullanabilme hakkı gibi) Sözleşmede yer almıştır.

Bu iki belge arasında en önemli farklardan biri hakların düzenlenmesi yönünden kendini gösterir. Evrensel Bildiride insan haklarının sadece teker teker sayılması ile yetinilmişken, Sözleşmede bu hakların hangi hallerde ve ne gibi nedenlerle **sınırlandırılabilceği** de belirtilmiştir. Bu nedenler, kamu düzeni, kamu güveni, millî güvenlik, genel sağlık, genel ahlâk ve başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması gibi genellikle Anayasalarda kabul edilen sınırlama ölçüleridir. Ancak bu kavramların —hiç değilse bir bölümünün— açık ve kesin olmadığı, ve bazen siyasal iktidarların anlayışlarına göre daraltıcı yorumlara elverişli bulunduğu da unutulmamalıdır. Ayrıca Sözleşmenin, kapsamı tam belirli olmayan bu sınırlama ölçülerini düşüncenin açıklanması hürriyeti alanında da getirmiş olduğunu kaydetmek gerekir. Gene aynı alanda iki yeni ve ilginç hüküm yer almaktadır: Bunlar her türlü savaş propagandasının yasaklanmasını öngören hükümle, ulusal, ırksal ve dinsel düzeylerde kin ve nefret yaratarak ayrıma, düşmanlığa ve şiddete yol açabilecek görüşlerin yayılmasının yasaklanmasını öngören hükümlerdir.

Kişî hakları ve siyasal haklarla ilgili Sözleşmenin getirmekte olduğu en önemli yenilik, sözleşmede yer alan insan haklarına taraf devletlerce saygı gösterilip gösterilmediğini denetlemeyi amaçlayan bir mekanizma kurmuş olmasıdır. Bu görevi yerine getirmek üzere Sözleşmeye katılan devletlerce seçilecek 18 kişilik bir İnsan Hakları Komitesi kurulmuştur. Ancak hemen belirtelim ki, gerek bu organa tanınan yetkiler, gerek üye devletler için öngörülen yükümlülükler gerçek anlamda bir “denetim” mekanizmasının varlığından söz etmeye olanak vermeyecek ölçüde sınırlıdır. Sözleşme hükümlerine göre, taraf devletlerin **normal yükümlülüğü**, insan haklarını gerçekleştirme yolunda kendi ülkelerinde aldıkları tedbirleri ve bu alandaki gelişmeleri (veya karşılaşılan güçlükleri) belirli aralıklarla düzenleyecekleri raporlar halinde Genel Sekreterlik kanalıyla İnsan Hakları Komitesine bildirmekten daha öteye gitmiyor. İnsan Hakları Komitesi bu raporları inceleyecek ve sonunda belirtme-

yi uygun göreceği “genel görüşleri” (**general comments**) kendi düzenleyeceği raporla taraf devletlere bildirecektir. (Ayrıca bu görüşleri B.M. Ekonomik ve Sosyal Konseyine de iletebilecektir).

Sözleşme, bu asgari yükümlülüğün bir adım daha ötesinde, **devletlerarası başvurma** yolunu da öngörmüştür. Ancak, bir devletin başka bir devlete kendi ülkesinde sözleşme hükümlerine uyulmadığı yolunda şikâyet hakkını tanıması, bu hususu düzenleyen özel maddeyi (m. 41) açıkça kabul edip onaylamasına bağlıdır. Başka deyişle, devletlerarası başvurma, örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde olduğu gibi, Sözleşmeye katılmakla kendiliğinden (otomatik olarak) doğan bir hak ve yükümlülük değildir ve bu prosedürün işletilip işletilmemesi her devletin tamamen kendi rıza ve isteğine bırakılmıştır. Nihayet Sözleşme, daha da ileri bir kademe olarak, yalnız taraf devletlere değil fakat kişilere başvurma hakkının tanınması yolunu da açık tutmuştur. Ama bu yolun işlerlik kazanabilmesi için de gene her devletin, kendi isteğine bağlı olarak, kişisel başvurma hakkını düzenleyen Ek Protokolü kabul edip onaylaması gerekmektedir.

Devletlerarası ve kişisel başvurma yollarının tanınması halinde İnsan Hakları Komitesinin yetkileri, biraz önce de değindiğimiz gibi, hayli sınırlıdır. Şurasını açıkça belirtmek gerekir ki, Komitenin yargısal nitelikte herhangi bir fonksiyonu, bağlayıcı bir karar alma yetkisi olmadığı gibi, Sözleşmede yer alan hakların ihlâl edilip edilmediğini saptama ve açıklama yetkisi de yoktur. Sözleşme hükümlerinin ihlâl edildiği gerekçesiyle kendisine yapılacak başvurularda İnsan Hakları Komitesi taraflar arasında sadece bir “uzlaştırmacı”, bir “arabulucu” rolü oynamakla yetinmek zorundadır. Devletlerarası başvurularda Komite uzlaştırma fonksiyonunu taraf devletlerin onayı üzerine kendi içinden oluşturacağı beş kişilik **ad hoc** bir Uzlaştırma Komisyonu aracılığı ile yürütür. Bu uzlaştırma çabaları sonunda dostça bir çözüme ulaşılabılırsa mesele sona erer. Herhangi bir uzlaşmanın sağlanamaması halinde Komisyona düşen iş, bir rapor düzenleyerek başvuru konusu olaylarla ilgili bulguları açıklamak ve “dostça bir çözüme varılması olanakları konusunda görüşlerini belirtmek”ten ibarettir. İlgili devletlerin bu raporu kabul edip etmemek hususunda tamamen serbest olduklarını da burada kaydetmek yerinde olur.

Görüldüğü gibi, Birleşmiş Milletlerce kabul edilerek yürürlüğe giren Kamusal ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, bu haklarla ilgili olarak son derece gevşek, esnek ve kademeli bir denetim mekanizması getirmiş bulunmaktadır. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinde öngörülen denetim sistemi ise daha da zayıftır. Bu ikinci sözleşmede tanınan hakların sağlanmasını gözetmek üzere birinci sözleşmedeki İnsan Hakları Komitesi benzeri özel bir organ kurulması yoluna gidilmemiştir. Sözleşmeye katılan devletlerin tek yükümlülüğü, kendi ülkelerinde ekonomik, sosyal ve kültürel hakların gerçekleştirilmesi ile ilgili olarak alınan tedbirleri ve bu alanlarda kaydedilen

gelişmeleri, belirli aralıklarla düzenliyecekleri raporlarla Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri kanalıyla Ekonomik ve Sosyal Konseye bildirmekten ibarettir. Ekonomik ve Sosyal Konsey bu raporları inceleyecek ve gerekli gördüğü “genel nitelikte” bazı tavsiyelerde bulunabilecektir.

Yirmi yıllık bir hazırlık çalışmaları döneminden ve onun ardından on yıllık bir bekleme süresinden sonra nihayet yürürlüğe giren Uluslararası Sözleşmelerin insan haklarının korunması alanında neler getirdiklerini yukarıda kısaca özetlemeğe çalıştık. Bu konuda iyimser bir bekleyiş içinde olan bazı çevrelerce belki de “dağın fare doğurması” olarak nitelendirilebilecek olan bu sonuç için en azından söylenebilecek şey, etkin bir denetim mekanizması getirmekten uzak kaldığı ve bu bakımdan büyük bir aşama sayılamıyacağıdır. Ancak, bu objektif gözlemin gerisinde yatan bazı gerçeklere bakmakta ve ortaya çıkan “güdü” sonuca yol açan nedenleri saptamakta yarar vardır. İnsan haklarının uluslararası alanda daha etkin olarak korunmasını sağlayacak bir sistem niçin gerçekleştirilememiştir? Sözleşmelere katılan ve böylece insan haklarına saygı gösterme yükümlülüğünü yüklenen devletlerin kendi ülkelerinde bu hakları çiğnemeleri halinde hiç değilse bu durumu açıkça belirlemek yetkisine sahip bir yüksek karar organı niçin kurulamamıştır?

Gerçek bir ileri adım sayılabilecek olan bu hedeflere ulaşılamamasında başlıca iki önemli etkenin rol oynadığını görüyoruz. Bunlardan birincisi, hazırlık çalışmalarına katılan devletler arasında siyasal, sosyal, ekonomik ve kültürel alanlarda mevcut ayrılıklardır, Birbirinden çok farklı sosyal yapılar, siyasal sistemlere, ideolojilere, kültürlere ve gelişme düzeylerine sahip olan devletlerin uluslararası bir kontrol mekanizması üzerinde —hatta korunması gereken ortak bir haklar listesi üzerinde— anlaşmaları kolay olmamıştır. Nitekim sonunda bütün insan haklarını içeren tek bir Sözleşme yerine değişik kategoride hakları kapsayan iki ayrı Sözleşme yapılmasına yol açan başlıca etken de bu olmuştur.

Ancak bundan daha da önemli olan ve ağır basan ikinci engelleyici etken, devletlerin egemenlik hakları konusunda gösterdikleri titizliktir. Birleşmiş Milletler üyesi ülkelerin birçoğu, gerçekten etkili ve bağlayıcı bir denetim sistemini devletlerin egemenliklerini kısıtlayıcı nitelikte görmüşler ve bunun “ülkelerin iç işlerine müdahale” sayılabileceği görüşünü ileri sürmüşlerdir. Büyük devletler arasında Sovyetler Birliği başlangıçtan beri bu görüşü savunmuştur². Amerika Birleşik Devletleri ise bağlayıcı bir karar mekanizması kurulması yolundaki önerilere ilke olarak karşı çıkmamakla beraber, bunların pratikte “işlerliği” konusunda şüpheli bir tavır takınmıştır³. İnsan Hakları

2 Sovyetler Birliği’nin bu konudaki görüşlerini yansıtan bir makale için bk. V. Kartashkin, “Human Rights and Peaceful Coexistence,” *Revue des Droits de L’Homme*, Vol. IX, 1 (1976), 5-20. S.S.C.B. Bilimler Akademisinde araştırmacı olan yazar, bu makalesinde devletlerin egemenlik haklarına saygı ve iç işlerine karışmama ilkelerinin uluslararası denetim konusunda en başta göz önünde tutulması gereken temel prensipler olduğunu vurgulamaktadır.

3 Mower, loc. cit., s. 275,

Komisyonundaki hazırlık çalışmaları sırasında bu çalışmalara katılan devletler açısından genellikle belirgin bir endişenin hâkim olduğu söylenebilir: Sözleşmede yer alan insan haklarının ihlâli durumunu saptayacak yargısal yetkilerle donatılmış bir karar organının kurulması halinde, bu mekanizmanın dost olmayan devletlerce sırf kendilerini zor durumda bırakmak için kullanılabileceği endişesi. Bu kaygının tamamen yersiz olmadığını ve günümüzdeki uluslararası ilişkilerde geçerliğini koruyan çıkar çatışmalarından ve karşılıklı güvensizlik ortamından kaynaklandığını söylemeğe gerek yoktur sanırız. Nedenler ne olursa olsun, sonunda Uluslararası Sözleşmelerle ortaya konan sistem, “ölkelerin iç işlerine karışmama” ilkesini ön plânda tutan ve insan haklarının korunması konusunda son sözü egemen devletlere bırakan bir sistem olmuştur.

Bir bakıma, böyle olduğu içindir ki bugün Birleşmiş Milletlerce hazırlanan Sözleşmeler yürürlüğe girebilmiştir denilebilir. Elde edebildiğimiz son bilgilere göre bugüne kadar 52 devlet Kamusal ve Siyasal Haklarla ilgili Sözleşmeyi onaylayarak katılma belgelerini Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine vermişlerdir. Bunlar arasında Batılı devletler olduğu gibi sosyalist ölkeler ve Üçüncü Dünya ölkeleri de bulunmaktadır. Türkiye henüz uluslararası Sözleşmeleri onaylamayan ölkeler arasında yer alıyor. Oysa Türkiye açısından bu hususta fazla çekingen davranmayı gerektirecek bir neden yoktur. Her şeyden önce, bugün yürürlükteki Anayasa —uygulamadaki bazı sınırlamalara rağmen— temel hak ve hürriyetleri en geniş ölçüde tanıyan anayasalar arasında sayılabilir. Kaldı ki, biraz önce de belirttiğimiz gibi, Sözleşmeler esnek ve kademeli bir katılma ve denetim sistemini öngörmekte, dolayısıyla taraf devletler iradelerini aşan bir yükümlülük altına girmemektedirler. Öte yandan bugüne kadar Sözleşmelere katılan devletlerin listesine bir göz atıldığında ve bunların arasında örneğin Bulgaristan, Irak, İran, Libya, Moğolistan, Peru, Senegal, Şili, Uruguay, Ürdün, Venezuela gibi ölkelerin isimlerine rastlandığında ister istemez şu soru akla gelecektir: Acaba bu ölkelerde insan hakları bizde olduğundan daha geniş ve daha etkin bir biçimde mi sağlanmaktadır? Bilinen gerçekler ve veriler karşısında bu soruya herhalde “evet” diye karşılık vermek mümkün olmasa gerektir. O halde? Kısacası, Türkiye’nin uluslararası insan hakları sözleşmelerine şimdilik hiç değilse ilk kademedeki (yani sadece belirli aralıklarla gelişme raporları verilmesi yükümlülüğünü öngören düzeyde) katılmasında⁴ hiç bir sakınca olmadığı gibi, bunun en azından insan hak-

4 Zaten Kamusal ve Siyasal Haklarla ilgili Sözleşmeyi onaylayan devletlerin büyük çoğunluğu denetim prosedürüne sadece bu düzeyde katılmış bulunuyorlar. Kişisel başvurma hakkını düzenleyen ek protokolü onaylayan ölkelerin sayısı çok daha azdır (1978 ilk yarısında 13 ölkede). Devletlerarası başvurma ile ilgili özel hükmü kabul edenlerin sayısı ise daha da azdır (1978 ilk yarısında yalnız altı ölkede). Bu prosedürün yürürlüğe girmesi için en az on devlet tarafından kabulü şart olduğundan, devletlerarası başvurma (şikâyet) yolu henüz işlememektedir. (Bu bilgiler, Uluslararası Hukukçular Komisyonunca Cenevre’de yayınlanan THE REVIEW adlı derginin Haziran 1978 tarih ve No, 20 sayısından derlenmiştir).

larına inanç ve bağlılık konusunda başka ülkelerden geri kalmadığını göstermesi yönünden uluslararası forumlarda saygınlığı arttırıcı bir etken olacağı da düşünülebilir.

Birleşmiş Milletlerce uzun çalışmalar sonunda gerçekleştirilen Sözleşmelerin uluslararası alanda insan haklarının sağlanmasında ve korunmasında ne ölçüde etkili olacağını bize zaman gösterecektir. Ancak, söylemek gerekir ki, öngörülen denetim sisteminin gevşekliği ve İnsan Hakları Komitesine tanınan yetkilerin sınırlılığı bu konuda fazla iyimserliğe pek yer bırakmıyor. İleride olumlu gelişmelerin kendini gösterebilmesi, her şeyden önce taraf devletlerin soyut bir iyiniyet gösterisi havasından çıkarak belirlenen hedefler yönünde somut ve inançlı adımlar atmalarına bağlı görünmektedir.

2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Yeni aşamalara yönelme eğilimleri.

Birleşmiş Milletler çerçevesinde gerçekleştirilen Sözleşmelerin yürürlüğe girmesi son yılların en önemli gelişmesi sayılmakla beraber, bugün için insan haklarının uluslararası alanda en ileri düzeyde korunmasını sağlayan belge gene de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir. Bu Sözleşmenin başlıca üstünlüğü yalnız siyasal değil fakat yargısal (ve yarı-yargısal) bir denetim mekanizması getirmekte oluşunda kendini gösterir. Bir çeşit soruşturma kurulu niteliği taşıyan ve Sözleşme hükümlerinin ihlâli durumunu saptama yetkisine sahip olan Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ile taraflarca bağlayıcı karar alma yetkisinin tanınması halinde bu yetkiyi kullanan İnsan Hakları Mahkemesi denetim mekanizmasının temel organlarıdır. Öte yandan kişisel başvurma hakkının üye devletlerin büyük çoğunluğunca kabul edilmiş olması sonucunda yaygınlaşması da etkinliği artıran faktörlerden biri olmuştur. Birleşmiş Milletler Sözleşmeleriyle ulaşılamayan bu aşamanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle sağlanabilmiş olmasının elbette ki açık bir nedeni var: O da bu sözleşmenin evrensel değil fakat **bölgesel** bir nitelik taşıması ve üyelerinin temelde aynı toplumsal değerleri paylaşan, siyasal sistem olarak çoğulcu demokrasiyi benimseyen devletlerden oluşmasıdır. Dünya çapında, bir sosyal ve siyasal sistemler mozayiki görünümü veren devlet topluluklarını kapsamayı amaçlayan bağlayıcı anlaşmalarla, az çok türdeş yapılara ve değerlere sahip ülkeleri bir araya getiren sözleşmeler arasında bir karşılaştırma yapılırken bu temel gerçeği gözden uzak tutmamak gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin yürürlüğe girdiği tarihten (3 Eylül 1953) bu yana ona katılan ülkelerde insan haklarının korunması bakımından hiç de küçümsenemeyecek olumlu etkiler yarattığı söylenebilir. Sözleşme hükümleri, onu onaylamış bulunan devletlerin bir bölümünde (ve bu arada Türkiye’de) iç hukukun kanun hükmü düzeyinde bir parçası sayılmakta, bazılarında da (örneğin Avusturyada) anayasa ile eş değerde bir hukuk kaynağı olarak kabul edilmektedir. Bir ülkeden diğerine farklı düzenlenmeler

görölmekle birlikte, birçok hallerde Sözleşme hükümleri ulusal mahkemelerce doğrudan doğruya uygulanabilir pozitif hukuk kuralları niteliğine sahip bulunmaktadır⁵.

Ancak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin iç hukuk üzerindeki etkisi ve denetim mekanizması yönünden göreceli etkinliğine karşılık kapsam yönünden **sınırlı** bir nitelik taşıdığını da belirtmek gerekir. Gerçekten, bu Sözleşme sadece “klâsik haklar” diye anılan kişi haklarını ve siyasal hakları kapsamaktadır⁶. Bunlar zaten her demokratik devletin kendi Anayasasıyla belki de daha geniş ve ayrıntılı olarak (Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında olduğu gibi) güvence altına aldığı haklardır. Bu bakımdan bir yenilik ya da fazlalık söz konusu değildir. Aslında sözleşmenin, insan haklarının ilkin her ülkenin kendi iç hukukunca korunması gerektiği açısından hareket ettiği söylenebilir. (Nitekim, İnsan Hakları Komisyonuna başvurma iç hukuk yollarının tüketilmesi şartına bağlanmıştır). Şu halde, Tahsin Bekir Balta’nın da belirttiği gibi, “insan haklarının iç hukukta korunması esastır. Milletlerarası koruma ise kapsamca sınırlı olduğu gibi ancak tamamlayıcı ek bir değer taşıyor”⁷.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin uluslararası alanda atılan en ileri adım sayılmasına rağmen açıkça beliren bazı eksiklikleri ve yetersizlikleri olduğu ve bunların giderilmesi yolunda çaba harcanması gerektiği görüşü günümüzde hayli yaygındır. Bu nedendir ki bir süreden beri bu belgeye yeni boyutlar kazandırmak ve onu daha etkin hale getirmek için araştırmalar, öneriler ve girişimler yapılmakta olduğunu görüyoruz. Bu çalışmaların bir bölümü Sözleşme kapsamının genişletilmesini amaçlıyor. Avrupa Konseyi çerçevesinde başlatılan ön araştırmalarda sosyal hakların tümünün olmasa bile, hiç değilse bazılarının Sözleşme kapsamı içine alınması olanakları üzerinde durulmaktadır. Bunlar arasında en belirgin olarak sosyal güvenlik, sendikal haklar, sağlığın korunması, kadın ve çocukların korunması, eşit işe eşit ücret gibi hakların ön plânda geldiği söylenebilir. Ayrıca güncel bir sorun olan yabancı ülkelerde çalışan işçilerin haklarının korunması konusunun da bu arada gündeme gelmesi beklenebilir. Ancak, Sözleşmenin denetim güvencesine alınması söz konusu olacak bu hakların belirlenmesinde hem teknik hem de siyasal düzeyde önemli güçlüklerin bulunduğu gerçeği gözden uzak tutulmamalıdır.

5 Bu konuda daha etraflı bilgi için, bk. **Les Droits de L’Homme en Droit Interne et en Droit International**. Actes du 25 Colloque International sur la Convention Européenne des Droits de L’Homme. Presses Universitaires de Bruxelles, 1968. -Özellikle Ganshof Van der Meersch’in bildirisi, s. 155-251.- Ayrıca bk. Rona Aybay, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Pozitif Hukuku,” **İnsan Hakları Armağanı** (XXX. Yıl). (Birleşmiş Milletler Türk Derneği Yayını). Ankara, 1978, s. 116-134.

6 Sosyal haklar, Avrupa Konseyi Üyesi devletler tarafından 1961 yılında Torino’da imzalanan Avrupa Sosyal Şartı (European Social Charter) ile ayrı —yargısal denetim dışında kalan çok daha esnek— bir düzenlemeye bağlanmıştır.

7 Tahsin Bekir Balta, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi** ve Türkiye. Türkiye’de İnsan Hakları Semineri. (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını). (Ankara: 1970), s. 261.

Öte yandan, insan hakları listesinin genişletilmesi tartışılırken sosyal haklar dışında başka bazı yeni hakların mevcut listeye eklenmesi önerileri de ortaya atılmaktadır. Örneğin sığınma hakkı, ölüm cezasının kaldırılması, cezaevlerindeki mahkûmların statüsü, organ nakli, çevre korunması, ilk ve orta öğretimle ilgili bazı haklar, üzerinde durulan başlıca konular arasında sayılabilir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini kapsam bakımından genişletmeye yönelik uğraşların yanı sıra denetim sistemine daha fazla etkinlik sağlayabilecek yolların araştırılması da sürdürülmektedir. Bu konuda hiç şüphesiz bugünkü mekanizmaya gerçek değer kazandıran, fakat kabulü tamamen taraf devletlerin isteğine bağlı (**optional**) olan iki denetim yolunun (kişisel başvurma hakkı ile İnsan Hakları Mahkemesinin zorunlu yargı yetkisinin) şimdiye kadar bunları kabul etmemiş devletlerce de —ki bunların arasında Türkiye de bulunmaktadır— tanınması dileği en başta geliyor. Bugüne dek değişik çevrelerce değişik vesilelerle açıklanan bu dileğin gerçekleşmesi halinde insan haklarının Avrupa topluluğu içinde korunması hem ortak bir prosedüre bağlanmış olacak, hem de tam yargısal bir nitelik kazanacaktır.

Bu aşamanın ötesinde, İnsan Hakları Komisyonuna başvurmayı kolaylaştırma ve yaygınlaştırma amacını taşıyan bazı yeni ve orijinal görüşler de ileri sürülüyor. Devletlerarası ve kişisel başvurma yollarına ek olarak Sözleşme hükümlerinin ihlâli halinde denetim mekanizmasını harekete geçirme yetkisiyle donatılmış bağımsız bir İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (ya da İskandinav ülkelerindeki örneklerle benzer bir **Ombudsman**) kurulması bu görüşler arasında yer alıyor. İleri sürülen bir başka düşünce de ,kişisel başvurmalarda şikâyetçiye yardımcı olacak ve ona yol gösterecek bağımsız bir görevlinin (veya görevlilerin) atanmasıdır. Gene bir başka öneriye göre, insan haklarının çiğnenmesi ile ilgili konularda ulusal mahkemelerin isteği üzerine İnsan Hakları Mahkemesine danışma niteliğinde görüş bildirme yetkisi tanınmalıdır⁸.

Hemen söyleyelim ki, yukarıda sadece bazılarına değindiğimiz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini genişletmeyi ve geliştirmeyi amaçlayan önerilerin kısa bir süre içinde gerçekleşmesini beklemek fazla iyimserlik olur. Zaten bunların çoğu bugün için henüz olgunlaşmamış tartışmalı konulardır ve üzerlerinde bir **consensus** doğmuş değildir. Öte yandan, görülen odur ki üye devletlerin hiç değilse bir bölümü kendilerini şimdiden yeterince yükümlülük altına sokmuş oldukları inancındadırlar. Bu alanda daha ileri adımların atılabilmesi için herhalde uzunca bir süre beklemek gerekecektir. Aynı zamanda böyle bir gelişme Avrupa Konseyi içinde bütünleşme yolunda daha

8 Bu yeni görüş ve öneriler konusunda geniş bilgi için bk. A.H. Robertson, “The Promotion of Human Rights by the Council of Europe, *Revue des Droits de L’Homme*, Vol. VIII, 2-3 (1975), 545-585”. Pieter Van Dijk, “A European Ombudsman for Human Rights : Reopening a Discussion”, *Revue des Droits de L’Homme*, Vol. X, 1-2 (1977), 187-211; Barış Perin, “Avrupa, İnsan Haklarına Sosyal Boyut Getiriyor”, *Milliyet*, 29 Mart 1978,

fazla mesafe alınmasına ve insan hakları konusunda statik değil fakat dinamik bir anlayışın üye ülkeler arasında yaygınlaşmasına bağlı olacaktır.

3.İnsan Hakları ve Uluslararası Politika

Bugüne kadar uluslararası düzeyde insan haklarının tam anlamıyla etkili bir koruma mekanizmasına kavuşturulamamış olmasının temel nedeni üzerinde biraz durmak gerekir. Aslında uzun boylu araştırmayı gerektirmeyecek kadar açık olan bu neden, politika faktörünün —bütün diğer konularda olduğu gibi— insan hakları konusunda da birinci plânda rol oynayışından başka birşey değildir. Gerçekten, insan haklarının “siyasallaşması” bugün belirgin bir olgu olarak karşımıza çıkıyor. Devletlerarası ilişkilerde sürüp giden çıkar çatışmaları, ideolojik bölünmeler, bloklaşmalar ve karşılıklı güvensizlik ortamı içinde bir bakıma bu olgu fazla yadırganmıyabilir. Fakat evrensel değerlerde bir üstün amacın, belli politik hedeflere ulaşma aracı olarak kullanılmak istenmesi herhalde hoş karşılanamaz. Ne var ki günümüzde bu tür davranışlara oldukça sık rastlanmaktadır. Bir devletin uluslararası mekanizmalardan insan haklarının sağlanması amacıyla değil de sırf çıkar çatışması içinde bulunduğu başka bir devleti “köşeye sıkıştırmak” amacıyla yararlanmaya kalkışmasının insan haklarına dünya ölçüsünde geçerlik kazandırma çabalarını olumsuz yönde etkileyeceğinden şüphe edilmemelidir. Nitekim, daha önce de değindiğimiz gibi, bu yöndeki kaygılar Birleşmiş Milletler çerçevesinde oluşturulan Sözleşmelerde daha etkin bir denetim sisteminin kabulü konusunda birçok devletleri çekingen davranmaya zorlamıştır. Aynı durumun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine katılmış olup da, kişisel başvurma hakkı ile İnsan Hakları Mahkemesinin yargı yetkisini henüz tanımamış olan ülkeler açısından da geçerli olduğu söylenebilir.

Şu halde, uluslararası düzeyde insan haklarını korumakla görevli organ ve kuruluşlara genel bir güven ve saygınlık kazandırabilmek için herşeyden önce onları politika etkeninden mümkün olduğu kadar arındırmak gerekmektedir. Gerçi bu alanda bazı önlemler düşünülmemiş değildir. Örneğin bazı organlara (Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi gibi) seçilecek üyelerin bu kuruluşlara uyruğu bulundukları devletin temsilcisi olarak değil de kendi “kişisel nitelikleri” ile katılmaları öngörülmüştür. Ancak bu kuralın beklenen sonucu (yani üyelerin tarafsızlığını) sağlamak için yeterli olduğu pek söylenemez. Bu bakımdan, adı geçen organlarda görev alacak üyelerin bağımsızlık ve tarafsızlıklarını pekiştirmek için bazı yeni kuralların (kendi ülkelerinde hükümetle ya da siyasal ve idarî organlarla ilişkili bir görevde bulunmamak gibi) getirilmesi görüşü giderek yaygınlık kazanmaktadır.

Öte yandan, devletlerarası başvurmalarda prosedür bakımından başvurunun bir “suçlama” niteliği değil, fakat bir “araştırma ve soruşturma istemi”

niteliği taşıması asıl amacın sağlanması yönünden herhalde daha yararlı olacaktır. Böylece, hiç değilse bir ölçüde, başvuru konusunun iki devlet arasında uluslararası siyasal bir çatışma ve çekişmeye dönüşmesi belki önlenilecek ve bu arada asıl hedef gözden kaybolmayarak insan haklarının gerçekten çiğnenip çiğnenmediğinin araştırılması vs saptanması mümkün olabilecektir⁹.

Fakat, kabul etmek gerekir ki, hukuk tekniği açısından akla gelebilecek önlemler ne olursa olsun, bugünkü aşamada devletlerarası alanda insan haklarını politikadan büsbütün arındırmak ve soyutlamak pek olası görünmüyor. İleride —belki çok ileride— dünya konjonktürünün tam bir yumuşama, karşılıklı güven ve iyiniyet ortamına girmesiyle bu sonuca yaklaşma da söz konusu olabilir. Ancak şurası da bir gerçektir ki, insan hakları artık ülkelerin bir iç sorunu olmaktan çıkmış, ulusal sınırları aşarak uluslararası boyutlara ulaşmıştır. Tartışmasız evrensel bir değer olarak kabul edilen, fakat uygulamada henüz etkin bir koruma mekanizmasına kavuşturulamayan bu kavramın dünya ölçüsünde geçerlik kazanması için çabaların sürdürülmesi gerekmektedir.

Belli yıldönümlerinde devlet adamlarınca verilen söylev ve demeçlerin bu alanda yeterli olduğu söylenemez. Bir süper devletin, (A.B.D’nin) insan haklarını dış politikasının temel ilkelerinden biri olarak benimsediğini ilân etmesi ve bu konuda sık sık çıkışlar yapması da, uygulamada gözetilen ayırımlar ve kullanılan “çifte standartlar” yüzünden ne yazık ki pek inandırıcı olmamaktadır¹⁰.

Evrensel bildirilerde ve uluslararası sözleşmelerde yer alan insan haklarına dünyanın bütün ülkelerinde uyulmasını sağlayabilmek için her şeyden önce güçlü bir dünya kamuoyunun oluşturulması gerekli görünüyor. Bu alanda devletlerarası kuruluşlardan çok, devletler-dışı gönüllü kuruluşların (Uluslararası Af Örgütü, Uluslararası Hukukçular Komisyonu gibi) önemli bir rol oynadıklarını görmekteyiz. Politik ve ideolojik açıdan ülkeler arasında hiçbir ayırım gözetmeksizin tam bir tarafsızlıkla uğraşlarını sürdüren bu kuruluşlar, bilinçli bir dünya kamuoyu yaratma bakımından olduğu kadar, insan haklarının korunmasında somut sonuçlar elde etme bakımından da etkili olmaktadır.

Bu yöndeki çabaların çoğalması ve yaygınlaşması ölçüsünde insan hakları da sadece yaldızlı belgelerde yazılı kalan güzel sözler olmaktan çıkarak evrensel düzeyde gerçekleşme olanaklarına kavuşacaktır.

9 Uluslararası düzeyde insan haklarının “siyasallaşması” ve bu siyasallaşmadan arınabilme (dépolitisation) konusunda, bk. Karel Vasak. Dimensions Internationales des Droits de L’Homme : Perspectives d’avenir”, *Revue des Droits de L’Homme*, Vol. VII, 1-2, (1975), 617-619. Ayrıca bk. Mower, loc. cit., s. 288-292.

10 Amerika Birleşik Devletleri Başkanı Jimmy Carter’in insan hakları politikasının tutarsızlık ve çelişkileri konusunda, bk. Sandra Vogelge sang, “What Price Principle? U.S. Policy on Human Rights.” *Foreign Affairs*, (July 1978), 819-841.

(19. Makale - 1980)

Nami ÇAĞAN

*Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde
Vergilendirme **

* Nami Çağın, "Demokratik Sosyal Hukuk Devletinde Vergilendirme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 37, S. 1, 1980, s. 129-151.

DEMOKRATİK SOSYAL HUKUK DEVLETİNDE VERGİLENDİRME

Doç. Dr. Nami ÇAĞAN
A.Ü. Hukuk Fakültesi

GİRİŞ

Demokratik sosyal hukuk devleti, batı demokrasilerinin günümüzde ulaştığı çağdaş devlet tipidir. Modern devletin değişen işlevlerine koşut olarak vergilendirmenin de işlevlerinde değişiklik olmuştur. Vergilendirmenin, kamu giderlerine karşılık bulmak olan geleneksel malî işlevi yanında ekonomik ve sosyal işlevleri de önem ve ağırlık kazanmıştır. Çağdaş devlet, vergilendirme ile amaçladığı işlevlerini yerine getirirken demokratik sosyal hukuk devletinin özellikleri ve ilkeleri çerçevesinde davranır; vergilendirmeye ilişkin anayasa kuralları bu devlet tipinin gerekleri doğrultusunda belirlenir.

Demokratik sosyal hukuk devleti kavramı vergi hukukunun anayasal temellerini ortaya koymaktadır. Devletin bu nitelikleri kazanması ile vergi hukukunun doğması ve gelişmesi belli bir koşutluk göstermektedir. Demokratik sosyal hukuk devleti kavramının üç ayrı niteliği açısından vergilendirmenin belli ilke ve kurallara uygunluğunun sağlanması zorunludur. Bu ilke ve kurallara uygunluk, kendi içinde çoğu kez uyumlu bir sentez oluşturmaktadır.

Vergi adaleti kavramı da hukukî açıdan çözümlendiğinde demokratik sosyal hukuk devleti kavramında somutlaşır; vergi adaletinin hukukî içeriğini bu kavramın çeşitli öğeleri belirler.

Başka bir yönüyle de demokratik sosyal hukuk devleti kavramı, siyasal iktidarların izleyecekleri vergi politikasının hukukî çerçevesini çizer. Değişik ideolojilere sahip siyasal partiler, temelini anayasada bulan bu sınırları ve çerçeveyi aşmadan vergi politikalarını belirleyebilirler. Bu özelliği ile demokratik sosyal hukuk devleti kavramının ilkeleri ve kuralları siyasal iktidarların vergilendirme yetkilerini sınırlandırmaktadır¹. Bu çalışmada tarihi ve sosyolojik

1 Sosyal hukuk devleti kavramının çeşitli ülkelerde ve Türkiye’de vergilendirme yetkisini sınırlandırması için bkz. : Nami Çağan, Vergilendirme Yetkisi, Ankara 1981, s. 56-203 (Doçentlik tezi, çoğaltma).

gelişime uygun olarak vergilendirmenin önce demokrasi ile sonra da hukuk devleti ve sosyal devlet kavramları ile ilişkisine değinilecektir.

I. DEMOKRASİ VE VERGİLENDİRME

A.Genel Olarak

Demokrasi terimi etimolojik olarak Lâtince “halk egemenliği” (halkın iktidarı) anlamına gelmektedir. Bununla beraber demokrasi olarak adlandırılan siyasal rejimin içeriği ve halk egemenliğinin nasıl gerçekleştirileceği konusunda tam bir düşünce birliği bulunmamaktadır². Fransız İhtilâlinde sonra geliştirilen mutlak demokrasi anlayışı, demokrasiyi halk çoğunluğunun sınırsız ve koşulsuz iradesine dayanan bir rejim olarak kabul etmiştir. Günümüzde geçerli olan çoğulcu demokrasi anlayışı da demokrasiyi çoğunluk iradesine dayandırmakla birlikte bu iradeyi sınırlı ve bireylerin temel hak ve özgürlükleri ile çerçevelendirilmiş anlamı ile kabul etmektedir³. Halk çoğunluğunun devlet yönetimine, karar alma sürecine doğrudan doğruya katılmasının olanaksızlığı, “temsili demokrasilerin biçimlenmesine ve çeşitlenmesine yol açmıştır. Bu anlamda demokrasi, halkın kendi kendisini yönetmesinden çok, yöneticilerini değiştirebilmesi iktidarını içermektedir⁴. Halk çoğunluğunun bu yoldan devlet yönetiminde etkili olması ise oy hakkı aracılığı ile gerçekleşmektedir.

Demokratik rejimin düzgün işleyebilmesi için gerekli koşullardan biri de, kamu hizmetlerinin yerine getirilebilmesi için düzenli bir vergi sisteminin kurulmasıdır. Vergi bireyler açısından, demokrasinin bir çeşit bedeli olarak nitelendirilebilir⁵. Demokratik rejim içinde verginin temeldeki zorlayıcı (cebrî) özelliği bir ölçüde de olsa azalmaktadır. Çünkü bireyler gerek vergilendirme gerek harcama konularında karar verecek yöneticilerini oylama yoluyla seçmektedirler. Bu etmen parlamenter demokrasilerin doğmasında hareket noktası olmuştur.

B. Tarihi Köken

Batı demokrasilerinin doğması, mutlak siyasal iktidarın vergilendirme gücünün sınırlandırılması yönündeki girişimlerin bir sonucu olarak gerçekleşmiştir. İktidarın vergilendirme gücünün sınırlandırılması parlamentola-

2 Bkz. : **Giovanni Sartori**, *Democratic Theory*, Wayne State University Press, Detroit 1962, s. 3; **İlhan Arsel**, *Anayasa Hukuku (Demokrasi)*, 2. B., Sıralar Matbaası, İstanbul 1968, s. 51, 57.

3 Bkz. : **Münci Kapani**, *Kamu Hürriyetleri*, 6. B., AÜHF Yayını, Ankara 1981, s. 169, 172.

4 **Sartori**, age., s. 66, 252

5 Bkz. : **Mümtaz Soysal**, Jack Wiseman’ın «Üniter Bir Devlet Sistemindeki Bir Az Gelişmiş Ülkede Merkezi İdare ile Yerel Yönetimler Arasında Gelir Bölüşümü» Konulu Tebliği Üzerine Yorum, *Vergi Reformları, Vergi Reformları Kongresi Tebliğ ve Yorumları*, 21 - 23 Ocak 1981, İİTİA Ekonomi Fakültesi Kamu Mâliyesi Enstitüsü Yayını, Met/er Matbaası, İstanbul 1981, S. 392.

rın yasama yetkilerinin kaynağı olmuştur⁶. Tarihte ilk demokrasi savaşımı mutlak iktidarların vergilendirme konusundaki keyfî tutumlarına bir tepki olarak başlamıştır. Halk temsilcilerinden oluşan parlamentolar ilk yetkilerini vergilendirme konusunda almışlardır. Parlamentoların onayı olmaksızın vergi alınamayacağı (Temsilsiz vergi olmaz) kuralı, batı demokrasilerinin temel anayasal ilkelerinden biri olarak kabul edilmiştir.

Avrupa'da mutlakiyetçi dönemde kralın vergilendirme gücüne karşı ilk tepkiye 1215 yılında İngiltere'de rastlanmıştır ve beyler imzalanan Büyük Özgürlük Fermanı (Magna Carta Libertatum) ile kralın mutlak iktidarını sınırlandırmayı başarmışlardır. Bununla beraber bu ferman bir halk hareketine dayanmamıştır. İngiltere'de kralın vergilendirme gücünü sınırlandıran gerçek anlamda anayasal belgeler 1628 tarihli Haklar Dilekçesi (Petition of Rights) ve 1689 tarihli Haklar Demeci (Bili of Rights) dir. Fransız Devriminin de önde gelen nedenlerinden biri, kralın vergilendirme gücünü sınırsız ve keyfî kullanması olmuştur. 1789 yılında Devrimden sonra ilân edilen İnsan ve Vatan Hakkı Demecinde (m. 13, 14) vergilendirme yetkisinin kullanılmasına ve sınırlarına ilişkin hükümler yer almıştır. Amerika Birleşik Devletlerinde de bağımsızlığın kazanılması ve demokratik rejimin kurulmasında hareket noktası, anavatan İngiltere'nin uyguladığı vergilere gösterilen tepkilerdir. Bağımsızlığın kazanılması ile 1776 yılında ilân edilen Bağımsızlık Bildirisinde temsilsiz vergi olmaz ilkesine yer verilmiştir. 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde de (m. 17, f. 2) kimsenin keyfî olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılmayacağı belirtilmiştir.

Türkiye'de demokratik gelişim batılı ülkelere göre daha geç başlamıştır. Osmanlı İmparatorluğunda özellikle Tanzimat döneminde bu konuda bazı gelişmelere rastlanmaktadır. Padişahın vergilendirme gücünü sınırlandırmaya yönelik ilk belge 1804 tarihli Sened-i İttifaktır. Ancak bu belge padişahın vergilendirme gücünü ayânlar yararına sınırlandırmaktadır ve merkezî otoritenin zayıflamasından öteye bir anlam taşımamaktadır. 1839 yılında ilân edilen Gülhane Hatt-ı Hümayunu ile padişah tek taraflı iradesi ile vergilendirme gücünü sınırlandırmış ve uygulamayı denetlemek üzere kendi atayacağı ve görevlerine son verebileceği kişilerden oluşan Meclis-i Ahkâmı Adliye adlı bir meclis kurmuştur. Bu meclis demokratik bir nitelik taşımaktan uzaktı. Daha sonra padişah, 1856 ve 1875 yıllarında ilan edilen İslahat ve Adalet Fermanları ile vergilendirme konusunda batılı ülkelerin baskısı ile belli ilke ve kurallara uymayı üstlenmiştir. Bu fermanlar da toplumun tabanından gelen bir harekete dayanmamaktadır ve padişahın vergilendirme gücünü sınırlandırıcı nitelikte değildir. Tanzimat döneminde halk temsilcilerinin oluşturduğu bir parlamento kurulamamıştır; dolayısıyla vergilendirme keyfilikten uzaklaştı-

6 Bkz. : **Bertrand de Jouvenel** (İngilizceye Çev. J. F. Huntigton), *Sovereignty*, Cambridge University Press, London 1957, s. 187; **Interparliamentary Union**, *Parliaments*, Casell and Company Ltd., London 1962, s. 203.

ılamamıştır. Osmanlı imparatorluğunda ilk parlamento görünüşte de olsa 1876’da Kanun-u Esasî ile kurulmuştur. Bir danışma organı olmaktan öteye geçemeyen Meclis-i Umumî, görev yaptığı süre içinde (1876 - 1878) vergilendirme yetkisini padişahla paylaşmıştır. Sonraları Osmanlı devleti malî egemenliğini yitirmiş ve gerçek anlamdaki demokratik gelişim bağımsızlığın kazanılması ve Cumhuriyet yönetiminin kurulmasından sonra söz konusu olmuştur.

Demokrasilerin gelişmesi ile vergilendirme arasındaki diğer bir ilişki de seçme ve seçilme haklarında eşitliğin ve genelliğinin sağlanması konusunda kendisini göstermektedir. Gerek seçme, gerek seçilme haklarının belirli vergi yükümlülüğünü gerektirmesi, katılma ve temsilin sınırlı biçimde gerçekleşmesine yol açmakta idi⁷. Bu yöntemin temelinde, seçme ve seçilmenin hak değil görev olduğu, bu görevin de varlıklı ya da öğrenim görmüş seçkin kişiler tarafından yerine getirilmesi gerektiği düşüncesi vardı. Vergi yükümlülüğü ve başka ölçütlerle (servet ya da gelir miktarı, öğrenim derecesi, cinsiyet vb.) oy hakkının ve seçilme hakkının sınırlandırılması, demokrasilerin belli bir olgunluk düzeyine erişmesi ile kalkmaktadır. Sınırlı oy yöntemleri yurttaşlar arasında ayırım yapılması sonucunu doğurduğundan demokratik ilkelere ters düşmektedir. Bununla beraber günümüzde Amerika Birleşik Devletleri’nin bir kısım federe devletlerinde oy verme, belirli bir miktarda seçim vergisi (poll tax) ödenmesi koşuluna bağlı bulunmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının ek 24 üncü maddesi ise, federal devlet düzeyindeki seçimlerde seçim vergisini yasaklamıştır.

C. Güçler Ayrılığı Kuramı Açısından Vergilendirme

Güçler ayrılığı kuramı onsekizinci yüzyılın ikinci yarısında mutlakiyetçi rejimlere karşı özgürlükleri korumak amacı ile ortaya atılmıştır. Bu kuramın temeli, devlet egemenliğini oluşturan üç ana yetkinin (yasama, yürütme ve yargı) devlet yönetiminde birbirlerinden ayrılarak bağımsız organlar tarafından kullanılmasıdır. Güçler ayrılığı kuramı 1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Demecinde (m. 16) yer almış ve kuramın mantığı Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının çatısına yansımıştır.

Kuramının günümüzde en duyarlı olarak korunmaya çalışıldığı alan vergilendirmedir. Vergilerin ancak kanunla konulabileceği kuralı bazı istisnalar dışında hemen tüm anayasalarda yer almaktadır. Bunun nedeni belki de vergilendirme yetkisinin parlamentoların tarih içinde kazandıkları ilk yetki olması görülebilir. Öte yandan, kişilerin hak ve özgürlük alanlarına yönelen en

7 Türkiye’de seçme ve seçilme haklarının genelliğinin sağlanarak vergi koşulundan arındırılması, 3 Nisan 1339 tarihli intihabı Mebusan Kanunu Muvakkatinin Bazı Mevaddını Muaddil Kanun ile gerçekleştirilmiştir. Bkz. : **Tunçer Karamustafaoğlu**, Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri, Sevinç Matbaası, Ankara 1970, s. 103 - 106; **Mümtaz Soysal**, 100 Soruda Anayasanın Anlamı. 2. B., Gerçek Yayınevi, Yelken Matbaası, Ankara 1974, s. 160- 164; **Arsel**, age., s. 189.

etkin müdahalelerden biri olan verginin kanunla konulmasının sağladığı güvence de, bu kuralın sıkı bir biçimde korunmasının başlıca gerekçelerindendir.

Güçler ayrılığı kuramı yasama ve yürütme organları arasında kesin ayrımı gerektirdiği için vergi ile vergi muaflığı ve istisnalarının konulması, değiştirilmesi ve kaldırılması ancak yasama organı tarafından çıkarılan kanunlarla gerçekleştirilebilir. Buna karşılık vergilerin sübjektif bireysel nitelik taşıyan tarh ve tahsil işlemleri yürütme organının yetki alanı içindedir. Yürütme organı kanunilik ilkesi nedeniyle bu konularda kural olarak bağlı yetkiye sahiptir. Takdir yetkisi ancak çok istisnâî durumlarda söz konusu olur (Örneğin uzlaşma gibi). Bununla beraber güçler ayrılığı kuramının gereği olan yasama ve yürütme güçlerinin vergilendirme alanındaki düzenleme yetkilerinin sınırını belirlemek kolay değildir. Bu konuda vergilendirmenin temel öğelerine ilişkin olan düzenlemelerin yasama organı, vergilendirme tekniğine ve ayrıntıya ilişkin düzenlemelerin yürütme organı tarafından yapılması gerektiği ileri sürülebilirse de bu ölçüt kesin bir alan ve yetki ayrımını gerçekleştirememektedir; zaman zaman iç içe geçmeler ve duraksamalar ortaya çıkabilmektedir. Kaldı ki çağdaş demokratik gelişim içinde güçler ayrılığı kuramı yasama ve yürütme güçleri arasındaki ayırım açısından yumuşamış, kurumlar dengesi yürütme organı yararına bozulmuştur⁸. Bu olgunun en önemli nedeni, devletin sosyal nitelik kazanması dolayısıyla ekonomiye etkin biçimde ve zamanında müdahale edebilmesi zorunluluğudur. Söz konusu zorunluluk kendisini vergilendirme alanında daha açık olarak duyurmuştur; çünkü vergiler ekonomiye müdahalede en elverişli araçlardandır, öte yandan çoğulcu demokrasi uygulaması, baskı gruplarının yasama organı üzerinde - yürütme organına göre daha çok - etkili olarak vergi kanunlarının amaçlarını saptırmaları sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle gerçek vergi reformlarının yürütme organları tarafından başarıya ulaştırılması şansı daha fazla görünmektedir.

Yürütme organının vergilendirme alanında sahip olduğu yetkinin kapsamı çeşitli devletlerin anayasalarında farklı düzenlenmiştir. Federal Almanya, Fransa, İtalya ve Hollanda'da vergilendirme yetkisinin yasama organından yürütme organına devri, yetki devrine ilişkin genel hükümler çerçevesinde gerçekleştirilmektedir (Federal Alman Anayasası, m. 80, f. 1; Fransız Anayasası, m. 38; İtalyan Anayasası, m. 76, 77). Amerika Birleşik Devletleri, İsviçre, Hollanda, Belçika gibi bir kısım devletlerin anayasalarında yetki devrine ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte özellikle gümrük vergileri ve dış ticaret üzerinden alınan vergiler alanında kanunlarla yürütme organına yetki devredilmiştir. Yazılı bir anayasanın bulunmadığı İngiltere'de de her yıl bütçe kanunu ile yetki devri yoluna başvurulmaktadır. Buna karşılık 1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında vergilerin kanuniliği ilkesi (m. 61, f. 2) belirtil-

8 Bkz. : **Erdoğan Teziç**, Batı Demokrasilerinde «Yürütme»nin Üstünlüğü ve Yeni Kurumlar Dengesi, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Yıl 1, S. 2, Ağustos 1980, s. 91, 94; **Kapani**, age., s. 285, 286.

mekle beraber 61 inci maddeye 1971 yılında eklenen 3 üncü fıkra ile yasama organının yürütme organına yetki devri olanağı tanınmıştır : “Kanunun belli ettiği yukarı ve aşağı hadler içinde kalmak, ölçü ve esaslara uygun olmak şartıyla, vergi, resim ve harçların muafiyet ve istisnalarıyla nisbet ve hadlerine ilişkin hükümlerde değişiklik yapmaya Bakanlar Kurulu yetkili kılınabilir”. Bu hüküm, dil bakımından bozuk olması ve tekrarları bir yana bırakılırsa, çağdaş gelişmelere ayak uyduran bir nitelik taşımaktadır. Bu kuralın öngördüğü yetki devrinin kapsamı daraltılmamak, tersine gümrük ve dış ticaret üzerinden alınan vergiler açısından yerleşmiş uygulamalara koşut olarak genişletilmelidir. Ayrıca Anayasanın bütçe ile ilgili hükümlerinde (m. 94, 126) değişiklik yapılarak yürütme organına fiyatlar genel düzeyindeki artışın belli bir yüzdesi veya tamamı ölçüsünde vergi tarifelerinde, ölçülerinde, oranlarında, muafık ve istisnaları ile indirimlerinde ve cezalarında arttırma yapma yetkisi sağlanabilir. Bu çeşit bir uygulamaya, anayasal bir temele dayanmamakla birlikte, 1971 yılında çıkartılan bir kanunla Hollanda’da geçilmiştir. Bu kanun Maliye Bakanına, her yıl, tüketici fiyat endekslerindeki artışın % 80 - % 100’lük bir kısmını gelir vergisi indirimlerine ve matrah dilimlerine yansıtma yetkisi tanımıştır. Böylece enflasyonun, artan oranlı gelir vergisini bozucu etkisi giderilmek istenmektedir.

D. Vergi İdaresinde Demokratik İlkeler

Demokrasi, halkın devlet yönetiminde etkili olması anlamında alındığında, «... bütün devlet işlerinde, dolayısıyla idarede halkı aydınlatmayı, onu inandırmayı, onun arzu ve isteklerini gözönünde bulundurmayı, onun bilgi, uyarma ve yardımlarından faydalanmayı gerektirir»⁹. İdarenin vergilendirme işlemlerine halkın işbirliği ve katılması ile vergi idaresinde demokrasi gerçekleştirilebilir. Bu işbirliği ve katılma kimilerin vergilendirme işlemlerini benimsemesi ve toplumun birer bireyi olmaları bilincine varmalarına da yardım etmektedir.

Vergi hukukunda beyanname yönteminin geliştirilmesi, bu ilkenin doğal bir sonucudur. Ayrıca idare, hizmetlerinde halka kolaylık göstermek ve halkı karmaşık vergi mevzuatı konusunda bedelsiz aydınlatmak ödevini üstlenmelidir. Bununla beraber bu uygulamalar karşılıklı güven ve iyiniyet ortamında olumlu sonuç doğurabilir. Bu ortamın sağlanamaması durumunda, yükümlüler «vergilendirmede keyifiliğin» yaratıcısı olabilirler. Vergi hukukunda objektif iyiniyet (treue und glauben) ilkesi diğer hukuk kollarında olduğu gibi gerek vergi yönetimi gerek vergi yükümlüleri ve sorumluları yönünden uyulması zorunlu olan bir ilkedir¹⁰. Vergi idaresinde demokrasi ancak vergi ahlâkı ve bilinci ile birlikte geliştiği takdirde istenilen verimli sonuçlara ulaşabilir.

9 Tahsin Bekir Balta, İdare Hukuku I, Genel Konular, A. Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1972, s. 122.

10 Helnrich W, Kruse, Steuerrecht, Allgemeiner Teil, C. I, 2. B., München 1969, s. 29

E. Yerel İdarelerin Vergilendirme Yetkisi

İleri derecede demokratik bir uygulama yerel idarelerin vergilendirme yetkisi ile donatılmasını gerektirir¹¹. Yerel idarelerin vergilendirme yetkileri yerel nitelikteki vergilerin belirlenmesi ve bu konudaki yasama yetkisinin kullanılması konusunda olabileceği gibi yalnız bu vergilerin tarh tahsiline ilişkin de olabilir. Merkezî devletle yerel idareler arasındaki vergilendirme yetkisinin bölüşümü anayasalarda belirlenir. Yerel özelliği daha ağır basan vergilerin yerel idareler tarafından belirlenmesi ve tahsil edilmesi demokratik devlet ilkesine daha uygun düşer. Yerel idarelerin gelirlerinin önemli bir kısmının merkezî idare tarafından sağlanması, bu idare birimlerinin özerkliklerinin zayıflamasına yol açar. Dolayısıyla yerel idarelerin vergilendirme yetkileri malî özerklikleri ölçüsünde kapsamlıdır. Yerel idarelere Fransa'da ve İngiltere'de sınırlı, İtalya'da, Belçika'da ve Hollanda'da geniş vergilendirme yetkisi verilmiştir. Bu ülkelerde merkezî yönetim, yerel idarelerin vergilendirme yetkilerini kullanış biçimlerini denetler. Federal devletlerde ise yerel yönetimlerin vergilendirme yetkilerinin derecesi, kural olarak federe devletler tarafından belirlenir. Batı ülkelerinin önemli bir bölümünde emlak vergileri, yerel yönetimlerin yetki alanları içinde bırakılmıştır. Çünkü yerel yönetim hizmetlerinin, bölge içinde bulunan taşınmazlarla yakın ilişkisi bulunmaktadır.

1961 Anayasasının 116 ncı maddesi yerel idarelerin malî özerkliğine ilişkin olarak «... (b)u idarelere görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanır» hükmünü koymuştur. Ancak bu gelirlerin hangi kaynaklardan sağlanacağı Anayasada belirtilmemiştir. Uygulamada Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 61 inci maddesinin 3 üncü fıkrası ile yalnız «Bakanlar Kurulu»na tanıdığı sınırlı ve koşullu vergilendirme yetkisini aynı sınırlarla ve koşullarla yerel idareler için de içtihatlarla kabul etmiş, bu sınırları aşan ve koşullara uymayan hükümleri ise iptal etmiştir¹². Yerel idarelerin vergilendirme yetkilerinin sınırlarının Anayasa ile belirlenmesi gerekmektedir.

II. HUKUK DEVLETİ VE VERGİLENDİRME

A. Genel Olarak

Hukuk devleti kavramı, siyasal iktidarın kişi hak ve özgürlükleri yararına sınırlandırılmaya başlanması ile birlikte ortaya çıkmış ve demokratik rejim içinde gelişmiştir. Hukuk devletinde, devletin bütün organlarının eylem ve

11 Prof. Soysal'a göre «... Türk demokrasisine dirilik ve canlılık getirmek istiyorsak vergi koymak yetkisini toplumun canlı kesimlerine doğru kaydırmak ve bu dinamik kesimlerle kamu işlerinin yürütülmesi arasında yakın bağlantılar kurmak zorundayız». Federal belediye yönetimi oluşturularak bu yönetimlere vergilendirme yetkisi verilmelidir. Bkz. : Soysal, age., yorum, s. 392, 393.

12 Bkz. : Ays. Mahk., E. 1969/23, K. 1969/41, 3.7.1969 (AMKD, S. 7, s. 384 - 387); E. 1970/29, K. 1970/48, 22.12.1970 (AMKD., S. 8, s. 493 - 496); E. 1965/45, K. 1966/16, 29.3.1966 (AMKD., S. 4, s. 109 - 113); E. 1967/54, K. 1968/12, 18.4.1968 (AMKD., S. 6, s. 138-141).

işlemleri hukuk kuralları çerçevesinde yürütülür; kişi hak ve özgürlükleri anayasal güvence altındadır. Yazında hukuk devleti kavramının içerdiği başlıca şu ilkeler üzerinde durulmaktadır¹³ : Kanunî idare ilkesi, kanunların genelliği ilkesi, kanun önünde eşitlik ilkesi, kazanılmış haklara saygı ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması, yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanması, kanunların anayasaya uygunluğunun sağlanması, idari eylem ve işlemlerin yargısal denetime tâbi tutulması, yasama organından yürütme organına yetki devri koşullarının önceden belirlenmiş olması ve devletin malî sorumluluğu. Hukuk devleti kavramının tüm öğelerini içeren bir liste verebilmek olanaksızdır. Bununla beraber çeşitli olay ve konularda hukuk devleti kavramı açısından çözümlemeler yapılabilir.

Vergi hukuku devletin kişi hak ve özgürlük alanlarına müdahalesini düzenleyen hukuk kollarından biri olduğu için hukuk devleti kavramı ile yakın ilişki içindedir. Hukuk devletinde, devlet vergilendirme yetkisini hukuk kuralları çerçevesinde kullanır. Vergilerin, kanuniliği yanında diğer anayasal ilkelere de uygunluğu sağlanır. Vergi hukuku, hukuk devleti kavramının sınırlarını belirlemek açısından en elverişli hukuk kollarından biridir¹⁴. Yasama ve yürütme organlarının vergilendirme alanındaki yetkilerinin sınırlarının saptanmasında yargı organlarına önemli görevler düşmektedir.

B. Vergi Hukukunda Kanunî İdare İlkesi

Kanunî idare ilkesi, vergilerin kanuniliği ilkesinin doğal bir sonucudur. Vergilerin kanunla konulmalarının yanı sıra idarenin vergilendirmeye ilişkin tarh ve tahsil işlemleri de «Kanunlara uygun ve doğru» olarak yapılmalıdır. Kanunilik ilkesi açısından önemli olan yalnız vergi kanunlarının varlığı değil, aynı zamanda bu kanunların doğru da uygulanmasıdır¹⁵. Dolayısıyla vergilerin kanuniliği, gerek maddî, gerek şekli vergi hukukuna ilişkin kuralları içerir.

Vergi hukuku kanunî düzenlemenin en kapsamlı olduğu hukuk kollarından biri olduğu için kanunî idare ilkesi, bu alanda çok açık bir anlam kazanır. İdare hukukunda ise kanunî idare ilkesi idarenin kanun yanında tüzük, yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemlere de uygun davranmasını ifade eden daha geniş bir içerik taşımaktadır. Vergi hukukunda vergi doğurucu olayların kanunda açık olarak belirtilmesi zorunluluğu, kanunilik ilkesini daha da

13 Bkz. : **Balta**, age., s. 91 vd., 103 vd.; **Sıddık Sami Onar**, İdare Hukukunun Umumî Esasları, C. I, s. 139, 140; **Soysal**, age., s. 183; **Hikmet Sami Türk**, Sosyal Hukuk Devleti, Halkevleri Dergisi, Mayıs 1974, S. 91’den Ayrı Bası, s. 5, 6; **Kruse**, age., s. 28; **Hans Spanner**, Rechtsstaat Handwörterbuch des Steuerrechts und der Steuerwissenschaften, C. II, L -Z, München 1972, s. 871.

14 Bkz. : **Klaus Tipke**, Steuerrecht, Ein Systematischer Grundriss, 3. Auflage, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln 1975, s. 7.

15 Bkz. : **Ahmet G. Kumrulu**, Vergi Hukukunun Birkısım Anayasal Temelleri, AÜHFD., C. 36, 1979, S. 1-4, s. 150, 151.

sertleştirmektedir (VUK., m. 19)¹⁶. Vergilerin kanunla konulması ve kanunda öngörülen belirli koşulların gerçekleşmesi ile alınması, keyfî idareye karşı kişilere hukukî güvenlik sağlar¹⁷.

Kanunî idare ilkesi, vergi idaresinin kanun yanında, ona eşit ve daha üstün kaynaklara da uygun davranması anlamına gelir. Dolayısıyla anayasaya, uluslararası vergi anlaşmalarına ve anayasal yetki devri koşullarının gerçekleşmesi halinde düzenleyici genel İdarî işlemlere uygunluk da kanunî idare ilkesinin koşullarındandır.

C. Genel ve Eşit Vergilendirme İlkesi

Hukuk devleti kavramının ögesi olarak genel ve eşit vergilendirme ilkesi vergilerin, vatandaşlar arasında din, dil, ırk, cinsiyet ve siyasal düşünce ayırımı yapılmadan konulmasını ve alınmasını gerektirir. Bu ilke, geniş anlamdaki kanun önünde eşitlik ilkesinin vergi hukukundaki yansımasıdır. Bu açıdan vergilendirmenin «genel» olması, herkesin vergi ödemesi anlamına gelen geleneksel genellik ilkesinden farklıdır; onunla karıştırılmamalıdır. Vergi kanunlarının genelliği, bu kanunların yalnız biçimsel kanuni değil, aynı zamanda maddî kanun özelliğini de taşımasını gerektirir. Dolayısıyla yasama organı biçimsel anlamda kanunla kimliği belli kişilere malî yükümlülükler yükleyemez. Hukuk devleti ilkesi, kişilerin temel haklarını düzenleyen kanunların genel olmasını zorunlu kılar¹⁸. Aynı şekilde vergi kolaylıklarının kanunla veya kanunun verdiği yetkiye uygun olarak düzenleyici İdarî işlemlerle tanınması durumunda, bu kolaylıklar için gerekli koşulların «genel» olarak belirlenmesi zorunludur¹⁹.

Vergilendirmenin «genel» olması, «eşit» olmasının da önkoşuludur. Ancak vergilendirmede eşitlik ilkesi daha geniştir; hukuk devletinin vergi adaleti anlayışını yansıtır. Anglo - Amerikan yazınında vergilendirmede eşitlik ilkesi yatay adalet - dikey adalet ayırımı içinde incelenir. Yatay adalet vergilendirme bakımından benzer durumda (Gelir, gider, servet, aile durumu vb. yönlerden) bulunan kişilerin eşit işleme tâbi tutulmasını, dikey adalet ise eşit durumda olmayan, değişik koşullar taşıyan kişilere eşitsizlikleri derecesinde farklı davranılmasını, farklı işlem yapılmasını gerektirir²⁰. Yatay adalet, hukuk devleti kavramının kanun önünde eşitlik ilkesine ilişkin bulunmaktadır.

16 Kruse, age-, s. 30, 31. 17

17 Tipke, age., s. 27.

18 Bkz. : Balta, age., s. 107; Erdoğan Teziç, Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İÜHF Yayını, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972, s. 47.

19 Bkz. : Ernst Blumenstein, System des Steuerrechts, Dritte von Irene Blumenstein neu bearbeitete Auflage, Schulthess, Polygraphischer Verlag AG., Zürich 1971, s. 56; Kenan Bulutoğlu, Türk Vergi Sistemi, C. II, 6. B., Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, s. 22.

20 Bkz. : Richard A. Musgrave - Peggy B. Musgrave, Public Finance in Theory and Practice, Mc Graw Hill Co., New York 1973, s. 199; James M. Buchanan - Marilyn R. Flowers, The Public Finances, 4. B., Richard D. Irwin Inc., Homewood, Illinois 1975, s. 95, 96.

Bu anlamda vergilendirmede «şekli hukukî eşitlik» söz konusu olur. Buna karşılık «maddî hukukî eşitlik» yükümlülere mutlak değil nispi olarak eşit davranılmasını gerektirir; yükümlüler arasındaki fiili eşitsizlikler gözönüne alınarak vergi yüklerinde farklılaştırmalar yapılır. Vergilendirme bakımından değişik koşullar taşıyan yükümlülere eşit işlem yapılması, eşitlik ilkesine aykırı olur²¹.

Ekonomik, sosyal, kültürel ve sağlık politikaları ve vergi tekniğine ilişkin kolaylaştırıcı nedenlerle eşitlik ilkesine istisnalar getirilebilir²². Bu konuda yasama organı kural olarak takdir yetkisine sahip olmakla beraber, anayasal sınırların aşılmaması, takdir yetkisinin keyfiliğine dönüşüp dönüşmediği ve eşitlik ilkesinden ayrılmayı gerektiren düzenlemelerin haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı Anayasa Mahkemesi tarafından yargısal denetime tâbi tutulmalıdır.

D.Vergi Kanunları İle Temel Hak ve özgürlüklerin Zedelenmemesi

Hukuk devleti kavramı kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasını gerektirir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırı ve özü, vergilendirme yetkisinin de sınırını oluşturur. Vergi kanunları doğrudan doğruya bu hak ve özgürlüklere yöneldiği için, kanun koyucunun bu anlamda duyarlı ve ölçülü davranması gerekmektedir.

Devletin vergilendirme yetkisini malî amaç dışında sosyal, ekonomik ve kültürel amaçlarla kullanması ile vergilerin son zamanlarda temel hak ve özgürlüklere uygunlukları daha güncel bir duruma gelmiştir. Ekonomik ve sosyal yaşamı düzenlemeyi amaçlayan vergi kanunlarıyla bir kısım vergi doğurucu olayların önlenmesi ya da caydırılması amaçlanabilmektedir. Bu kanunların uygulanması ile ortaya çıkan caydırıcı etki (erdrosselnde Wirkung) temel hak ve özgürlükleri zedeleyebilir²³. Vergiyi doğuran olay caydırılmak istenirken temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulabilir²⁴. Vergi kanunlarına karşı en duyarlı olan hak ve özgürlüklerin başında mülkiyet ve miras hakkı ile çalışma ve sözleşme özgürlükleri gelmektedir. Örneğin taşınmaz gelirinden malikin yararlanmasını engelleyecek ölçüde yüksek oranlı bir gelir

21 Bkz : **Johannes Hensel**, Die Verfassung als Schranke des Steuerrechts, Verlag Paul Haupt, Bern - Stuttgart 1973, s. 40, 41, 52; **Tipke**, age., s. 37.

22 **Tipke**, age., s. 170, 171.

23 **Ernst Benda - Kari Kreuzer**, Verfassungsrechtliche Grenzen der Besteuerung, Deutsche Steuerzeitung, No. 4, Februar 1973, s. 53; **Tipke**, age., s. 41.

24 Bir hakkın ya da özgürlüğün özüne ne zaman ve hangi koşullar altında dokunulacağını önceden saptamak olanaksız bulunmakla beraber Anayasa Mahkemesi önüne gelen olaylar bakımından bazı ölçütler kabul etmiştir. Buna göre bir hakkın ya da özgürlüğün kullanılmasını yasaklayıcı, ciddi biçimde güçleştirici, olanaksız hale getirici, hak ve özgürlüğün etkisini ortadan kaldırıcı, amacına uygun olarak kullanılmasını önleyici hükümler hakkın özüne dokunmuş sayılır. Bkz. : Ays. Mahk., E. 1962/208, K. 1963 /I, 4.1.1963 (AMKD., S. 1, s. 70- 76; E. 1963/16, K. 1963/83, 8.4.1963 (AMKD., S. 1, s. 194-210); E. 1963/73, K. 1965/40, 26.9.1965 (AMKD., S. 4, s. 290-368).

vergisi; veraset yolu ile mirasçılara geçen malvarlığının tümüne yakın bir bölümünün devlete aktarılması sonucunu doğuran çok yüksek oranlı bir veraset vergisi; malik ile taşınmaz arasındaki ilişkiyi kesmeye yönelik ve kamu yararının haklı kılamayacağı kadar yüksek oranlı bir emlak vergisi; girişimler arasındaki rekabet koşullarını ölçsüz olarak değiştiren vergi teşvik tedbirleri; bir sanat ya da mesleğin sürdürülmesini ekonomik bakımdan caydıran veya önleyen vergiler bu hak ve özgürlüklerin özünü zedeleyebilir. Aynı şekilde vergi kanunları ile Anayasanın seyahat özgürlüğüne, özel hayatın gizliliğine ve ailenin korunmasına ilişkin hükümlerine de aykırı davranılabilir. Vergi kanunlarının temel hak ve özgürlüklerin anayasal sınırlarına uygunluğu ve «ölçülülüğü» ancak anayasa yargısının varlığı halinde denetlenebilir.

E. Hukukî Güvenlik İlkesi ve Vergilendirme

Bir toplumda hukukî güvenliğin gerçekleştirilebilmesi, devletin kendi koyduğu hukuk kurallarına kendisinin de uymasına bağlıdır. Hukuk devleti kavramının hukukî güvenlik ilkesinin vergilendirme bakımından çok özel bir önemi vardır²⁵. Kişiler, devletin vergiler yolu ile hak ve özgürlük alanlarına yönelttiği müdahaleleri önceden tahmin edebilmeli ve geleceği dönük planlarını buna göre yapmalıdırlar; böylece vergilendirmede keyfilik de önemli ölçüde önlenir. Vergilendirme açısından hukukî güvenlik, herşeyden önce vergi kanunlarının kesin, açık, yalın ve anlaşılabilir olması ile sağlanabilir. Kanunkoyucu vergi kanunlarında belirsiz, soyut ve kıyas yolu ile yoruma elverişli kavramlar kullanmamalıdır. Vergilerin kanuniliği ilkesi de kıyas yöntemi ile yorumla bağdaşmamaktadır. Aksi halde idare veya yargı organlarının bu yoldan yeni vergiyi doğuran olaylar yaratmaları veya vergi yükünü arttırmaları olasılığı doğabilir; bu da hukukî güvenliği ve barışı bozar. Kıyas, vergi hukukunda yorumun sınırını oluşturmaktadır. Vergi hukuku uygulamasında karşılaşılabilecek kanun boşlukları kıyasa varmayan yorum yöntemleri ile doldurulmıyorsa, bu boşlukların mutlaka yasama süreci içinde doldurulması gerekir.

Hukukî güvenlik ilkesi, vergi kanunlarının geçmişte meydana gelen vergiyi doğuran olaylara uygulanmamasını gerektirir. Vergi kanunlarının geçmişe yürümezliği, kanunilik ilkesinin bir tamamlayıcısı niteliğindedir. Kişiler gelecekle ilgili planlarını yürürlükteki vergi kanunlarına göre yaparlar. Sonradan çıkan kanunlarla geçmiş dönemler için vergi yükünün arttırılması, yükümlülerin devlete ve hukuk düzenine olan güvenlerini zedeler; ekonomik ve ticarî yaşamda bulunması gereken kararlılık ve belirlilik bundan olumsuz etkilenir.

1961 Anayasasında vergi kanunlarının geçmişe yürümezliğine ilişkin bir hüküm yer almamıştır. Batılı devletlerin anayasalarında bu yönde bir hük-

25 Bkz. : **Hans Spanner**, Rechtsicherheit, Handwörterbuch des Steuerrechts und der Steuerwissenschaften, C. II, L-Z, München 1972, s. 870; **Benda - Kreuzer**, agm., s. 53; **Tipke**, age., s. 30, 34.

me rastlanmamaktadır. 1975 tarihli Kıbrıs Türk Federe Devleti Anayasasının 61 inci maddesinin 4 üncü fıkrasında ise, «Geçmişe yürür malî yükümlülükler...» konulamayacağı belirtilmiştir. Bu hükmün, 1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının kabulü sırasında Kurucu Meclis görüşmelerinden esinlenilerek konulduğu sanılmaktadır²⁶. Bazı ülkelerde ve Türkiye’de çeşitli dönemlerde ve değişik nedenlerle vergi kanunlarının geçmişe yürütüldüğü görülmüştür. Vergi kanunlarının bu çeşit hükümler taşımasının başlıca nedenleri, haksız savaş kazançlarının vergilendirilmek istenmesi, enflasyona ve ekonomik buhranlara karşı izlenen vergi politikası ve vergilerin tarh ve tahsil dönemleri gibi teknik özellikleridir. Geçmişe yürütülen vergi kanunlarının, kanunilik ilkesi ve geçmişe yürürlüğü haklı kılan neden açısından yargısal denetime tâbi tutulması olanağı vardır. Keyfî ve geçmişe yürütüldüğü dönem açısından «ölçüsüz» olduğu kabul edilen bir hüküm anayasa yargısı organı tarafından iptal edilebilir.

Federal Almanya, İsviçre ve Amerika Birleşik Devletleri anayasalarında vergi kanunlarının geçmişe yürütülemeyeceğine ilişkin hükümler bulunmakla beraber, yargı organları zaman zaman geçmişe yürütülen vergi kanun hükümlerini iptal etmekte, zaman zaman da bu yöndeki hükümleri uygun görmektedirler. Yabancı yazın ve içtihatlarda bu konuda genellikle «gerçek geçmişe yürüme - gerçek olmayan geçmişe yürüme» (echte Rückwirkung - unechte Rückwirkung) ayırımı yapılmaktadır. Gerçek geçmişe yürüme bir vergi kanununun, eski kanun döneminde tamamlanmış ve hukukî sonuçlarını doğurmuş hukukî durum, ilişki ve olaylara uygulanmasıdır. Gerçek olmayan geçmişe yürüme de, eski kanun yürürlükte iken başlamakla beraber henüz sonuçlanmamış hukukî durum ilişki ve olaylara uygulanması anlamına gelmektedir²⁷. Bu ayırıma göre kural olarak gerçek geçmişe yürüme geçersiz, gerçek olmayan geçmişe yürüme ise geçerli sayılmaktadır. Ancak her iki kurala da istisnalar getirilmektedir. Her durumda yükümlülerin hukukî güvenliklerinin korunmaya değer olup olmadığı, bu konuda varılacak olan sonuçta belirleyici olmaktadır.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi gerçek geçmişe yürümeyi geçersiz saymakla beraber bu konuda şu istisnalar kabul etmektedir :

a) Kişiler şu veya bu şekilde kanun değişikliğini ve bu değişikliğin geriye yürüyeceğini tahmin edebiliyorlarsa, örneğin kanun değişikliğine ilişkin haberler basında yer almışsa, b) Eski kanun döneminde hukukî durum belirsiz idi ise, c) Daha önce yürürlükte olan hüküm yok hükmünde ise ya da eski kuralın Anayasaya ayrılığı, bu konuda bir duraksama yaratmayacak kadar açık

26 Bkz. : **Kâzım Öztürk**, İzahlı Gerekçeli Anabelgeli ve Maddelere Göre Tasnifli Bütün Tutanakları İle Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, C. II, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ajans - Türk Matbaası, Ankara 1966, s. 2204, 2205, 2209 - 2211, 2221-2224.

27 Bkz. : **Benda - Kreuzer**, agm., s. 53, 54; **Tipke**, age., s. 31, 32; **Christoph Zimmerli**, Das Verbot rückwirkender Verwaltungsgesetze, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Helbing und Lichtenhahn, Basel - Stuttgart 1967, s. 93, 94.

idi ise, (Örneğin, yürütme organına eski kanunla anayasal sınırları aşan ölçüde geniş yetki verilmiş ise), d) Kamu yararı geçmişe yürürlüğü zorunlu kılıyorsa ve bu neden, kişilerin hukukî güvenliklerinden daha baskınsa geçmişe yürüme geçerlidir²⁸. Buna karşılık Federal Alman Anayasa Mahkemesi ve İsviçre Federal Mahkemesi gerçek olmayan geçmişe yürüme hallerinde kişilerin mevcut hukukî duruma güvenlerini korumamakta vergi kanunlarındaki değişikliklerin verginin tarh dönemi başına kadar yürütülmesini, gerçekleştiren artışın ölçülü olması koşulu ile geçerli saymaktadır²⁹. Türk hukukunda ise çeşitli zamanlarda vergi kanunları geçmişe yürütülmekle beraber Anayasa Mahkemesinin bu konuda herhangi bir kararı bulunmamaktadır.

Yukarıda kısaca özetlenmeye çalışılan yabancı hukuk sistemlerindeki uygulama, anayasaya vergi kanunlarının geçmişe yürümezliğini ilişkin bir hüküm konulmasının ve bu hükmün istisnasız her halde uygulanmasının sakıncalarını göstermektedir.

F. Yargısal Denetim

Hukuk devletinde devletin hukuk kurallarına bağlılığı yargısal denetim aracılığı ile gerçekleştirilir. Yargısal denetimin kendisinden beklenen işlevi tam olarak yerine getirebilmesi için gerek kanunların anayasaya uygunluğunun denetimini (Anayasa yargısı), gerek İdarî işlem ve eylemlerin kanunlara uygunluğunun denetimini (İdarî yargı) kapsamı gerekir. Dolayısıyla vergilendirmede hukukî güvenliğin sağlanabilmesi, bir yandan vergi kanunlarının anayasa yargısında, öte yandan da idarenin vergilendirme işlemlerinin İdarî yargıda —ya da bağımsız vergi yargısında— denetlenebilmesine bağlıdır. Yargısal denetimin etkin biçimde işleyebilmesi ve gerekli olan hukukî güvenliği sağlayabilmesi için bağımsız ve güvenceli mahkemeler tarafından yapılması gerekir. Güçler ayrılığı kuramı yargı gücü ve organı açısından günümüzde de değerini ve geçerliğini sürdürmektedir.

1961 Anayasası döneminde idarenin vergilendirme işlemlerinin denetiminin, İdarî yargı düzeni içinde —gerekli çabukluğun sağlanamamasına rağmen— kapsam olarak doyurucu biçimde işlediği söylenebilir. Buna karşılık kanunların Anayasa Mahkemesince denetimi ancak sınırlı durumlarda söz konusu olduğu (m. 149 - 151) ve olağanüstü dönemlerde çıkartılan kanunlar, anayasa yargısının denetimi dışında bırakıldığı için (Geçici m. 4) önemli bir kısım vergi kanunları (GVK., VUK.) yargısal denetime tâbi tutulamamıştır³⁰. Yargısal denetimin hukukî güvenliği gerçekleştirci işlevinin zayıflamaması

28 B. Verf. GE 13, 261/272/; 18, 429/439/; 19, 187/196/f; 22, 330/347/; 23, 12/32/; 24, 220/229; 30, 250/267; 30, 272/385/ (Bruno Bleibtreu- Franz Schmidt Klein, Steuerrecht unter Verfassungskontrolle, 2. erweiterte Auflage, Verlag Neue Wirtschafts - Beriefe, Berlin 1972, s. 80, 81, 83).

29 B. Verf. GE 18, 135/144/; 13, 274/278/ (Bleibtren - Klein, age., s. 85); Zimmerli, age., s. 93, 94.

30 Bkz. : Muallâ Öncel - Nami Çağan - Ahmet G. Kumrulu, Vergi Hukuku, Uygulamalı Türk Vergi Sistemi, AÜHF Yayını, Olgaç Matbaası, Ankara 1982, s. 12.

için demokrasiye geçiş dönemlerinde çıkartılan kanunların anayasa yargısının denetimi dışında bırakılmaması gerekir.

III. SOSYAL DEVLET VE VERGİLENDİRME

A. Genel Olarak

Sosyal devlet kavramı, ekonomik bakımdan güçsüz olan bireyleri koruma düşüncesinden geliştirilmiştir. Sosyal devletin temel amaç ve görevleri sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin sağlanmasıdır³¹. Bu çerçevede devletin ekonomik ve sosyal yaşama plânlı olarak müdahale etmesi, sosyal adaleti gerçekleştirmek için gelirin ve servetin dağılımını adil bir duruma getirmesi gerekmektedir. Sosyal devlet kavramı, hukuk devleti kavramından farklı olarak devlete olumlu birkısım ödevler yüklemektedir. Hukuk devleti kavramının kanun önünde eşitlik anlayışı, sosyal devletle ekonomik ve sosyal bir içerik kazanarak fırsat ve olanak eşitliğine dönüşmüştür. Hukuk devleti kavramı vergi adaletinin, kanun önünde eşitlik —ya da yatay adalet— yönü ile ilgilendiği halde sosyal devlet gelir, servet, harcama, aile yükü vb. yönlerden farklı durumlarda olanların ne ölçüde farklı vergilendirilecekleri, başka bir deyişle dikey adalet sorunu ile ilgilidir. Sosyal devlet kavramı açısından tek başına yatay adalet yeterli değildir.

Devletin «sosyal» nitelik kazanması ile vergilendirmenin de geleneksel malî işlevi yanında ekonomik ve sosyal yaşamı düzenlemeye yönelik vergiler (Ordnungssteuer, Lenkungssteuer) de ön plâna çıkmıştır. Böylece sosyal devlet, vergilerin ekonomik bakımdan tarafsız olması gerektiğine ilişkin «leave them as you find them» (bulduğun gibi bırak) kuralını reddetmektedir³². Sosyal devlette bir yandan sosyal adalete ve gelirin ve servetin yeniden dağıtılmasına, öte yandan da plânlı kalkınmaya yönelik vergi tedbirleri önem kazanmaktadır. Ancak gelişmekte olan ülkelerde bu hedefler, birbirine ters düşen tedbirleri gerektirdiğinden çoğu kez çelişmektedir. Bu çelişki, sosyal devlet ilkesinin hukukî bakımdan ne ölçüde bağlayıcı olduğu sorununu ortaya çıkartır.

B. Malî Güce Göre Vergilendirme İlkesi

Malî güce göre vergilendirme, sosyal devletin vergi adaletine ilişkin ilkesidir. Bu ilke, 1961 Türk Anayasası dahil (m. 61, f. 1) birkısım anayasalarda yer almıştır (İtalyan Anayasası, m. 53). Anayasalarında bu ilkeye açıkça yer vermeyen devletlerde (Federal Almanya, İsviçre, Belçika vb.) ise, genel ve eşit vergilendirme ilkelerinin malî güce göre vergilendirmeyi de içerdiği kabul

31 Bkz. : Balta, age., s. 113; H. S. Türk, agm., s. 8.; Ali Ülkü Azrak, Sosyal Devlet, Reşat Kaynar'a Armağan, İİTİA Siyasal Bilimsel Fakültesi Yayını, İstanbul 1981, S. 7 vd.; Ayferi Göze, Sosyal Devlet Sistemi, İÜHF Yayını, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976, s. 91 vd.

32 Tipke, age., s. 24.

edilmektedir. Böylece, hukuk devletinin vergilendirme ilkeleri tamamlanarak bireylere hukukî güvencelerin yanı sıra ekonomik ve sosyal güvence de sağlanmaktadır. Malî güce göre vergilendirmede bireylerin ekonomik ve kişisel durumları gözönüne alınır. Malî güç, vergilendirmede ölçüt olarak alınmakla birlikte, harç, resim ve diğer malî yükümlülüklerde yararlanma ve karşılık ilkesi geçerlidir.

Malî gücün başlıca göstergeleri gelir, servet ve harcamadır. Kanunkoyucu bu kaynakları çeşitli yollardan ve değişen yoğunluklarda kavrayabilir. Malî güce göre vergilendirmeyi gerçekleştirmeye yönelik başlıca araç ve tedbirler en az geçim indirimi, artan oranlı vergi tarifeleri, emek gelirlerinin sermaye gelirlerine göre daha elverişli koşullarla vergilendirilmesi (ayırma kuramı), sosyal amaçlı vergi indirimleri, muaflık ve istisnalar, zorunlu gereksinme maddeleri tüketiminin hafif, lüks tüketimin ağır vergilendirilmesi ve veraset vergisidir. Kanunkoyucu malî güce göre vergilendirme ilkesini vergi sisteminin tümü bakımından değerlendirmeli ve alacağı tedbirlerin ekonomik sonuçlarını gözönüne almalıdır.

C. Gelirin ve Servetin Vergiler Aracılığı ile Yeniden Dağıtılması

Sosyal devlet, vergilendirme aracılığı ile ekonomiye müdahale ederek gelir ve servet bölüşümündeki adaletsizlikleri gidermeye çalışır. Serbest rekabetin temel olduğu piyasa ekonomisinde tekelleşme, ekonomik bakımdan üstün durum vb. nedenlerle başarıya bağlı gelir ve servet dağılımı gerçekleşemekte ve kişiler arasında önemli fırsat ve olanak eşitsizlikleri ortaya çıkmaktadır³³. Sosyal devlet vergilendirmeyi sosyal dengeyi ve barışı sağlamak amacı ile kullanır.

Gelirin ve servetin dar gelirliyle yararına yeniden dağılımının gerçekleştirilebilmesi için malî güce göre vergilendirme ile ilgili tedbirlere daha yoğun ölçüler içinde başvurulması gerekir. Örneğin artan oranlı gelir vergisi tarifesinde, son basamaklarda artma oranı ve marjinal oranlar yükseltilebilir, lüks maddeler üzerinden alınanlar dışında gider vergileri hafifletilebilir, zorunlu gereksinme maddeleri üzerinden alınanlar kaldırılabilir, fırsat ve olanak eşitliğini sağlamak üzere malî amaç taşımayan veraset ve intikal vergileri konulabilir³⁴. Sosyal adalete uygun vergilendirmenin yine devlet elinde sosyal adalete aykırı bir kamu gideri politikası ile bozulması olasılığı vardır. İkincil gelir dağılımının daha adil olması için kamu gideri politikasının vergi politikası ile uyumlu biçimde uygulanması gerekmektedir.

Sosyal devlette vergi adaletinin sağlanmasında, amaçlanan gelir ve servet dağılımı hakkındaki değer yargıları önemli rol oynar. Bu değer yargıları, ya-

33 **Tipke**, age., s. 24; **Sait Dilik**, Servetin Geniş Kitlelere Yayılması, AÜSBF Yayını, A. Ü. Basımevi, Ankara 1976, s. 137, 138.

34 Bkz. : **John Rawls**, A Theory of Justice, Oxford University Press 1973, a. 275, 277.

sama süreci içinde vergi kanunlarına yansır. Dolayısıyla parlamenter demokrasilerde, anayasa çerçevesinde parlamento çoğunluğunun anlayışı bu konuda belirleyicidir.

D. Sosyal Devletin Planlı Kalkınma Hedefi ve Vergilendirme

Sosyal devletin sosyal adalet ve gelirin ve servetin yeniden dağılımı hedeflerinin yanı sıra diğer önemli bir hedefi de planlı kalkınmayı gerçekleştirmektir. Özellikle gelişmekte olan ülkelerde bu hedeflere yönelen tedbirlerin çoğu kez çelişkilere yol açtığı bilinmektedir. Sosyal adaleti gerçekleştirmeye, geliri ve serveti yeniden dağıtmaya yönelen düzenlemeler tasarruf ve sermaye oluşumuna, dolayısıyla kalkınmaya engel olabilir. Örneğin sosyal adaletle ilgili vergi düzenlemeleri orta ve yüksek gelir sahiplerinin tasarruf ve yatırım olanaklarına engel olurken düşük gelir gruplarını daha fazla tüketmeye yöneltirse böyle bir sonuç ortaya çıkabilecektir. Sosyal devlette bu çelişik hedefler arasında bir denge kurmak, çözümünü en güç olan sorunların başında gelmektedir.

Planlı kalkınma ile ilgili vergi tedbirleri başlıca yatırımları ve ihracatı geliştirmek ve özendirmek amaçlarını hedef almaktadır. Bunlar arasında yatırım indirimi, hızlandırılmış amortismanlar, gümrük vergisinde muaflık ve istisnalar, turizm muaflıkları ,ihracatta vergi iadesi önde gelenlerdendir. Bu tedbirlerden çoğu kez yalnız yüksek gelir sahipleri yararlandığı için malî güce göre vergilendirmeyi gerçekleştirmeye olanağı yoktur; gelir ve servet dağılımı bu tedbirlerden olumsuz etkilenir.

E. Sosyal Devlet Kavramının Hukukî Bağlayıcılığı

Sosyal devlet kavramının hukukî bağlayıcılığı, kendi içinde taşıdığı çelişki nedeniyle önem kazanmaktadır. Sosyal devlet kavramı hukuk devleti kavramına göre bir yandan daha az belirli ölçütlere dayanmakta, öte yandan da siyasal tercihe daha çok yer vermektedir. Ancak bundan sosyal devlet kavramının hukukî değer taşımadığı sonucuna varılabilir mi? Böyle bir sonuca varıldığı takdirde malî güce göre vergilendirme ilkesi program - hüküm niteliğinde olacak ve sadece siyasal iktidarlara yön gösterici bir değer taşıyacaktır. Bununla beraber malî güce göre vergilendirme ilkesinin tamamen hukukî değerden yoksun olduğu sonucuna varılamaz. Herşeyden önce bu ilke devlet organlarına yönelmiş bir yorum yöntemi olarak değer taşımaktadır. Sosyal devlet ilkesinin çelişen hedefleri arasındaki önceliği belirlemek yasama organının takdir yetkisi içindedir. Gelişmekte olan ülkelerde bir süre için de olsa planlı kalkınma hedefine öncelik tanıma zorunluluğu vardır. Anayasa yargısının denetimi bu konuda geçerli olmamalıdır. Bununla beraber, malî güç ölçütünü gözönüne almayan ve kamu yararına olmayan giderleri karşılamak üzere kabul edilen vergi kanunları «keyfi» olarak nitelendirilebileceğinden anayasa yargısı organı tarafından somut olayın özellikleri içinde iptal edilebi-

lecektir³⁵. Aynı şekilde artan oranlı olmayan bir gelir vergisi tarifesi, lüks inşaatı özendiren bir vergi kolaylığı anayasa yargısı organı tarafından denetime tâbi tutulabilecektir.

Gelirin ve servetin yeniden dağılımı konusunda yasama organının takdir yetkisi malî güce göre vergilendirme ilkesine göre daha geniştir. Gelir ve servet dağılımını olumsuz biçimde etkileyen vergi kanunları öncelikle malî güce göre vergilendirme ilkesine aykırı olacağından bu yönü ile yargısal denetime tâbi tutulabilir. Öte yandan kanunkoyucu ulusal gelirin ve servetin yeniden dağıtılmasını amaçlayan vergi kanunlarını çıkartırken temel hak ve özgürlüklerin sınırlarına dikkat etmek, ölçülü olmak zorundadır. Aksi takdirde sosyal devlet ilkesinin bir gereğine uyulmaya çalışılırken daha belirgin ölçütlere dayanan hukuk devleti ilkesinin bir ögesine aykırı davranılmış olacaktır.

SONUÇ

Devletin demokratik, sosyal ve hukuk devleti özellikleri bir bütün içinde birbirlerini tamamlamaktadır. Demokratik sosyal hukuk devletinde vergilendirmeye ilişkin temel kurallar anayasada yer alır. Demokrasi kuramı vergilerin ana öğelerinin halk temsilcilerinden oluşan parlamentolar tarafından yasama süreci içinde belirlenmesini gerektirir. Hukuk devleti ilkesi kişilere, devlete karşı hukukî güvence verir. Devlet vergi kanunları ile temel hak ve özgürlükleri zedelememe yükümlülüğü altındadır. Sosyal devlet ilkesi ise devlete bir kısım olumlu ödevler yükleyerek kişilere ekonomik ve sosyal güvence sağlar. Bununla beraber sosyal devletin sosyal adalet hedefi ile planlı kalkınma hedefi, vergilendirme açısından değişik yöndeki tedbirleri gerektirdiği için bu konuda duyarlı bir denge kurulması gerekmektedir.

1961 Anayasasının «Vergi ödevi» ile ilgili 61 inci maddesi demokratik sosyal hukuk devleti ilkelerine uygun hükümler taşımaktadır. Bununla beraber bu maddeye aşağıdaki eleştiriler yöneltilebilir :

1. Vergi ödevi ile ilgili 61 inci maddenin başlığı konuyu yalnız yükümlüler yönünden kapsamaktadır. Oysa maddede devlete yönelen malî güce göre vergilendirme ilkesi, vergilerin kanuniliği ilkesi ve yetki devrine ilişkin hükümler bulunduğundan madde başlığının «Vergilendirme» olarak değiştirilmesi, maddenin içeriğine daha uygun olacaktır.

61 inci maddenin «Vergi ödevi» başlığını taşıması Anayasa sistematigi içindeki yeri ile yakından ilgilidir. Bu madde Anayasasının «Temel haklar ve ödevler» başlığını taşıyan ikinci kısmının «Siyasî haklar ve ödevler» başlıklı dördüncü bölümünde yer almaktadır. Bu sistematik, verginin salt vatandaşlık

35 Bkz : **Benvenuto Griziotti** (Çev. İlhan Özey), Kamu Mâliyesinin Muhtar Olarak İncelenmesinde Mali İktidar ve Mali Hukuk, Maliye Enstitüsü Tercümelei 3. Seri, İÜİF Yayını, İstanbul 1967, s. 131.

bağına dayandığı yolundaki geleneksel, ancak bugün değerini önemli ölçüde yitirmiş bir anlayışa dayanmaktadır. Günümüzde «ekonomik ilişki» vatandaşlık bağına göre vergilendirme için daha geçerli bir temeldir. Dolayısıyla vergilendirme ile ilgili hükmün yeri, «Cumhuriyetin temel kuruluşu» ile ilgili üçüncü kısımda yer alan «İktisadî ve Malî Hükümler» dir. Maddenin Anayasa içindeki yeri bu şekilde değiştirildiği takdirde 61 inci maddenin 3 üncü fıkrasında yer alan özel yetki devri hükmü yanında, vergilendirme alanında 64 üncü madde çerçevesinde kanun hükmünde kararname çıkartılması olanağı da açılabilir. Böylece yürütme organının bu alanda gereksinme duyduğu esneklik genişleyebilecektir.

Vergilendirme ile ilgili hükmün ikinci kısım, üçüncü bölümde «Sosyal ve İktisadî haklar ve ödevler» arasında yer alması düşünülebilirse de bu takdirde madde, biraz da zorlama ile «malî güce göre vengilendirilmeyi isteme hakkı» olarak formüle edilmek gerekecektir. Kaldı ki bu durumda da yine maddenin içeriği başlığını aşacaktır.

2. 61 inci maddenin 1 inci fıkrasında yer alan vergilerin «... kamu giderlerini karşılamak üzere...» alınacağına ilişkin hüküm, verginin sınırlayıcı bir tanımını vermekten çok amacını belirtmektedir. Bu hüküm verginin salt malî amacına değinmektedir. Sosyal devlette vergi, ekonomik ve sosyal amaçları gerçekleştiren bir araç olarak da kullanılabileceğinden, bu hükmün yanlış yorumlara ve uygulamalara yol açmaması için kaldırılması uygun olacaktır.

3. Malî güce göre vergilendirme ilkesi Anayasada korunmalıdır. Bu ilke, sosyal devlet kavramının bir görünümüne ilişkindir. Sosyal devlet kavramının başka bir yönü ile ilgili olan planlı kalkınma hedefine yönelen vergi tedbirleri, malî güce göre vergilendirme ilkesi ile çelişse de ana kavram olan sosyal devlete uygun olduğundan Anayasa’ya aykırı düşmemektedir. Buna karşılık her iki temelden de yoksun ve ölçüsüz vergi kanunları anayasa yargısının denetimine tabi tutulabilmelidir.

1961 Anayasası, malî güce göre vergilendirme ilkesini yerinde olarak yalnız vergiler için öngörmüştür. Resim, harç ve benzeri malî yükümler için kısmen de olsa karşılık ve yararlanma ölçütleri geçerli olmaktadır. 1961 Anayasasında «ödeme gücü» deyiimi yerine «malî güç» deyiminin yer alması, servet üzerine konulan vergileri de içermesi bakımından yerinde olmuştur.

4. 61 inci maddenin 2 nci fıkrasında yer alan «benzeri malî yükümler» deyiimi de Anayasada korunmalıdır. Bu deyim içeriğini sayma yöntemi ile dondurmak anayasa tekniği bakımından sakınca yaratabilecektir.

5. Anayasa’nın 61 inci maddenin 3 üncü fıkrası ile Bakanlar Kuruluna verilen yetki çağdaş anayasal gelişime uygundur. Vergiler aracılığı ile ekonomiye zamanında ve etkin müdahale edilebilmesi ve vergi reformlarının süratle sonuçlandırılabilmesi için bu yetki gereklidir ve daraltılmamalıdır. Tersine,

dış ticaret üzerinden alınan vergiler yönünden söz konusu hükümde yer alan yetki devri koşullarının daha esnek bir duruma getirilmesi üzerinde düşünülmelidir.

6. Millî Birlik Komitesi ve Millî Güvenlik Konseyi dönemlerinde çıkartılmış bulunan vergi kanunlarının Anayasa Mahkemesi tarafından yargısal denetim tâbi tutulması, Anayasa ile önlenmemelidir. Temel vergi kanunları bu dönemlerde çıkartılmış, önemli değişiklikler bu dönemlerde gerçekleştirilmiştir. 1961 Anayasası Millî Birlik Komitesi döneminde çıkartılan kanunları anayasa yargısının denetimi dışında bıraktığı için (Geçici m. 4), Gelir Vergisi Kanununun geçim indirimine ilişkin hükmü (m. 31) ve aile reisi usulü ile ilgili hükmü (m. 93), Danıştay'da yükümlüler tarafından Anayasanın eşitlik ilkesine (m. 12), malî güce göre vergilendirme ilkesine (m. 61) ve ailenin korunmasına ilişkin hükmüne (m. 35) aykırılığı iddia edilmesine rağmen Anayasa Mahkemesine götürülememiştir. Oysa Alman Anayasa Mahkemesi, Türk Gelir Vergisi Kanununa mehzaz olan Alman Gelir Vergisi Kanununun aile reisi usulü ile ilgili hükmünü 1957 yılında bu gerekçelere dayanarak iptal etmiştir. Vergi kanunlarının ve diğer kanunların Anayasaya uygunluklarının etkin biçimde denetlenebilmesi için 1961 Anayasasının geçici 4 üncü maddesindeki yargısal denetimi sınırlandırıcı hükümlere benzer hükümlere Anayasada yer verilmemelidir.

7. Kişiler yönünden malî yükümlülük getiren kanunların geçmişe yürümezliği ilkesi Anayasada yer almamalıdır. Böyle bir kural Anayasaya konulduğu takdirde, istisnasız bütün hallerde uygulanması gerekecektir. Bu konuda kamu yararının ve vergilendirme tekniğinin gerektirdiği istisnalar vardır. Vergilerin kanuniliği ilkesi (Ays., m. 61, f. 2), gerek zaman, gerek getirdiği vergi yükü açısından ölçsüz biçimde geriye yürütülen kanunların çıkartılmasına engel olacağından, bu çeşit hükümler Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebilecektir.

8. Yerel idarelerin vergi koyma yetkisi ve bu yetkinin sınırları Anayasada belirtilmelidir. Anayasanın 61 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında Bakanlar Kuruluna tanınan ölçüde ve aynı sınırlarla yerel idarelere yetki verilebilir.

9. Aynı şekilde kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, üyelerinden kanunun öngördüğü sınırlar çerçevesinde toplayacakları aidat, ücret ve harçları kanunî sınırlar içinde belirlemeye yetkili oldukları, Anayasanın 122 nci maddesine eklenecek bir fıkra da hükme bağlanmalıdır. Aksi halde bu aidat, ücret ve harçlar, «vergi benzeri malî yüküm» niteliğinde olduğundan ayrıntılı kanunî düzenlemeyi gerektirmektedir.

Bu eleştirilerin ışığı altında 1961 Anayasasının «Vergi ödevi» ile ilgili hükmü (m. 61) temel alınarak yeni Anayasanın İktisadî ve malî hükümleri arasında yer almak üzere aşağıdaki Anayasa normu önerilebilir :

«Vergilendirme

Herkes, malî gücüne göre vergi ödemekle yükümlüdür.

Vergiler ve diğer malî yükümler ancak kanun ile konulur.

Kanunun belirlediği sınırlar içinde kalmak koşuluyla vergiler ile diğer malî yükümlerin muafiyet, istisna ve oranlarına ilişkin hükümlerde değişiklik yapmaya Bakanlar Kurulu ve yerel idareler yetkili kılınabilir.

Gümrük vergileri ve dış ticaret üzerinden alınan vergilerde kanunî sınırlar içinde değişiklik yapmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir»³⁶.

36 «İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Fakülte Kurulu’nun Yeni Anayasaya İlişkin Görüş ve Önerileri»nde (İÜHF Yayını, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 1961, (22 Anayasasının 61 inci maddesinin aynen korunması uygun görülmüştür. Buna karşılık Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi ve Hukuk Fakültesinin bazı öğretim üyelerinin hazırladığı «Gerekçeli Anayasa önerisi»nde (AÜSBF Yayını, Ankara 1982, s. 80, 81) bu değişiklik önerisi önemli ölçüde benimsenmiştir.

(20. Makale - 1981)

Hikmet Sami TÜRK

*Açık Parlamento yeliklerinin Ara
Seçimleri Yoluyla Ya da Yedeklerle
Doldurulması **

* Hikmet Sami Türk, "Açık Parlamento yeliklerinin Ara Seçimleri Yoluyla Ya Da Yedeklerle Doldurulması", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 38, S. 1, 1981, s. 3-52.

AÇIK PARLAMENTO ÜYELİKLERİNİN ARA SEÇİMLERİ YOLUYLA YA DA YEDEKLERLE DOLDURULMASI

Doç. Dr. Hikmet Sami TÜRK*

SUNUŞ

Bu yazı ile ilgili ilk çalışmalara boşalan parlamento üyeliklerinin ara seçimleriyle doldurulması yönteminin yetersizliğini gösteren 12 Ekim 1975 seçimlerinden sonra haşlanmış ve yazı, aynı gözlemi daha açık bir biçimde doğrulayan 14 Ekim 1979 seçimlerinden sonra bitirilmişti. Ancak çeşitli nedenlerle yazı henüz yayımlanamadan 12 Eylül 1980 Harekâtı olmuştur. O yüzden yazı, 11 Eylül 1980 gününe kadar Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliklerinde meydana gelen boşalmalar da dikkate alınarak gözden geçirilmiş ve tablolar tamamlanmıştır. Fakat yayımı daha fazla geciktirmemek için, 1961 Anayasası'na göre kaleme alınmış bulunan yazı metnine ve dipnotlarına dokunulmamıştır.

Bu arada 7 Kasım 1982 günü yapılan halkoylamasıyla kabul edilen 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, ara seçimlerine ilişkin düzenlemesiyle konunun önemini artırmıştır. Artık dörtyüz milletvekilinden kurulu tek Meclis durumundaki Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin seçim dönemini beş yıla çıkaran yeni Anayasa, 78. maddesinde ara seçimleri ile ilgili olarak şu düzenlemeyi getirmiştir :

«Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliklerinde boşalma olması halinde, ara seçime gidilir. Ara seçim, her seçim döneminde defa yapılır ve genel seçimden otuz ay geçmedikçe ara seçime dilemez. Ancak, boşalan üyeliklerin sayısı, üye tamsayısının; de beşini bulduğu hallerde, ara seçimlerinin üç ay içinde yapılmasına karar verilir.

Genel seçimlere bir yıl kala, ara seçimi yapılamaz» (f. III-IV)

Böylece beş yıllık seçim döneminde kural olarak yalnız kez ve en erken bu dönemin ortasında ara seçimi yapılmasını gören bu düzenlemeye göre, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde t üyeliklerin sayısı 20'ye çıkabilecektir. Yeni Anayasa'nın 95. maddesi

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

uyarınca siyasal partilerin Meclis grupları için gerekli en az üye sayısını da ifade eden bu rakam, özellikle nispî temsil sistemine göre seçilmiş bir parlamentoda yalnız bu grupların varlığı açısından değil, doğrudan doğruya siyasal iktidarların kaderi bakımından son derece kritik sonuçlar doğurabilir.

O yüzden bu yazıda 1961 Anayasası'na göre geliştirilen görüşler kadar önerilen sistem de, yeni Anayasa döneminde —hatta artan bir ölçüde— geçerliğini korumaktadır. Açık parlamento üyeliklerinin öncelikle yedeklerle doldurulması, ancak buna ola bulunmayan veya kalmayan durumlarda «boşalmış» sayılacak üyelikler için ara seçimlerine gidilmesi ilkesine dayanan bu sistemin uygulanması, Anayasa'nın 78. maddesinin III. fıkrasındaki «Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliklerinde boşalma olması» ibaresinin Milletvekili Seçimi Kanunu'nda bu yönde anlamlandırılmasına bağlıdır.

Türk seçim hukukunun yeni baştan düzenlenmesinin söz nusu olduğu bir sırada konunun tartışılmasında yarar görüyoruz.

Ankara, Mart 1983

TABLO 1

1961 Anayasası Döneminde Türkiye Büyük Millet Meclisi Seçimleri

Seçim Tarihi	Seçimin Niteliği
15.10.1961	Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu genel seçimi
7. 6.1964	Cumhuriyet Senatoosu C Grubu yenileme seçimi ¹ , Cumhuriyet Senatosu ara seçimi
10.10.1965	Millet Meclisi genel seçimi
5. 6.1966	Cumhuriyet Senatosu B Grubu yenileme seçimi, Cumhuriyet Senatosu ve Millet Meclisi ara seçimi
2. 6.1968	Senatosu A Grubu yenileme seçimi, Cumhuriyet Senatosu ve Millet Meclisi ara seçimi
12.10.1969	Millet Meclisi genel seçimi
14.10.1973	Millet Meclisi genel ve Cumhuriyet Senatosu C Grubu yenileme seçimi, Cumhuriyet Senatoosu ara seçimi
12.10.1975	Cumhuriyet Senatosu B Grubu yenileme seçimi, Cumhuriyet Senatosu ve Millet Meclisi ara seçimi
5. 6.1977	Millet Meclisi genel ve Cumhuriyet Senatosu A Grubu yenileme
14.10.1979	Cumhuriyet Senatosu C Grubu yenileme seçimi, Cumhuriyet Senatosu ve Millet Meclisi ara seçimi
<i>Not :</i> 1) 7.6.1964 günü Artvin’de yapılan Cumhuriyet Senatosu yenileme seçiminin Yüksek Seçim Kurulu’nun 8.7.1964 tarih ve K. 1476/İtiraz 1308 sayılı kararıyla iptali üzerine (Resmî Gazete, 16.7.1964, s. 4 vd), 20.9.1964 günü bu ilde yeniden seçim yapılmıştır (CSTD 1964, C. 22, s. 4). Bu konuda bk. aşağı. dn. 55.	

I. GİRİŞ

14 Ekim 1979 günü Cumhuriyet Senatosu C Grubu illeri üçte bir yenileme seçimleri ile birlikte Manisa’da bir Cumhuriyet Senatosu üyeliği, Aydın, Edirne, Konya, Manisa ve Muğla’da birer milletvekilliği için ara seçimi yapılmasına karşın; seçimlerden kısa bir süre önce üç milletvekilinin ölmesi nedeniyle Millet Meclisi’nde yine üç sandalyenin açık kalması, Türk seçim mevzuatının boşalan parlamento üyeliklerinin doldurulması konusundaki yetersizliğini çarpıcı bir biçimde ortaya koymuştur.¹

1 Bu durum, 14 Ekim 1979 seçimlerinden önce ve sonra günlük gazetelerde yayımlanan bazı yazıların başlıklarında da ifadesini bulmuştur. Örneğin bk. Hürriyet, 8.10.1979 s. 1 : «5 san-

TABLO 2

Türkiye’de 1961 Anayasası Dönemi Ara Seçimleri

Seçim tarihi	Cumhuriyet Senatosu ara seçimi		Millet Meclisi arası seçimi	
	Seçim yapılan iller	Seçilen üye sayısı	Seçim yapılan iller	Seçilen milletvekili sayısı
7. 6.1964 ¹	Çorum, Eskişehir	2	-	-
5. 6.1966	İstanbul, Maraş	2	Hatay	1
2. 6.1968 ²	Balıkesir, Bitlis	2	Adana, Çorum, Diyar- bakır, İstanbul, Urfa	5
14.10.1973 ³	Eskişehir, Sivas, Urfa	3	-	-
12.10.1975 ²	İstanbul, Konya, Samsun	3	Amasya, Bursa, Eskişehir, Niğde, Urfa, Zonguldak	6
14.10.1979	Manisa	1	Aydın, Edirne, Konya, Manisa, Muğla	5
Toplam		13		17
<i>Notlar :</i> 1) 7.6.1964 günü Anayasa’nın 74. maddesinin III. fıkrası ile Milletvekili Seçimi Kanunu’nun 5. maddesinin II. fıkrası uyarınca Millet Meclisi ara seçimi yapılmamıştır. Bu konuda bk. aşağı. III D+dn. 20. 2) 2.6.1968 ve 12.10.1975 günleri Balıkesir’de yapılan Cumhuriyet Senatosu yenileme seçimleri ile ilgili olarak bk. aşağı. dn 2. 3) 14.10.1973 günü Millet Meclisi genel seçimi yapılmıştır.				

Aslında böyle bir durumla ilk kez karşılaşmış değildir. Örneğin 5 Haziran 1966 günü Cumhuriyet Senatosu B Grubu illeri üçte bir yenileme seçimleri ile birlikte iki ilde Cumhuriyet Senatosu üyeliği ve bir ilde milletvekili ara seçimi, 2 Haziran 1968 günü Cumhuriyet Senatosu A Grubu illeri üçte bir yenileme seçimleri ile birlikte iki ilde Cumhuriyet Senatosu üyeliği² ve beş ilde

dalye için seçim yapıyoruz ama ... Meclis’te üç sandalye daha boşaldı»; Milliyet, 15.10.1979, s.5: «Milletvekilliği seçimi işe yaradı mı? Önce 5 eksikti, şimdi yine 3 eksik var».

2 2 Haziran 1968 günü Balıkesir’de iki Cumhuriyet Senatosu üyeliği, 12 Ekim 1975 günü yine Balıkesir’de bir Cumhuriyet Senatosu üyeliği için seçim yapılmış olmakla birlikte; bu çalışmada yalnız ilk iki üyelikten biri için yapılan seçim dikkate alınmıştır. Bunun nedeni, yalnız o üyelik için yapılan seçimin ara seçimi, diğerleri için yapılan seçimlerin ise yenileme seçimi niteliğinde olmasıdır.

Şöyle ki: 1961 Anayasası’nın geçici 10. maddesinde Cumhuriyet Senatosu üçte bir yenileme seçimleriyle ilgili ad çekme işleminin «Cumhuriyet Senatosu Başkanı hakkında» uygulanmayacağı öngörüldüğü için (f. II); ilk ad çekme sırasında Cumhuriyet Senatosu Başkanı olan Balıkesir üyesi Enver Aka, bu ad çekme uyarınca 7 Haziran 1964 günü yapılan C Grubu üçte

milletvekili ara seçimi yapıldığı halde; Millet Meclisi'nde yine aynı nedenle birer sandalyenin boş kaldığı hatırlardadır. 12 Ekim 1975 günü de Cumhuriyet Senatosu A Grubu illeri üçte bir yenileme seçimleri ile birlikte üç ilde Cumhuriyet Senatosu üyeliği², altı ilde milletvekili ara seçimi yapıldığı halde; Millet Meclisi'nde yine seçimlerden kısa bir süre önce iki milletvekilinin ölmesi nedeniyle iki sandalye açık kalmıştı (bk. Tablo 1, 2 ve 3).

TABLO 3

**Ara Seçimlerinin Başlangıcı ile Seçim Günü Arasında
Ölen Milletvekilleri**

Seçimin başlangıcı	Ölüm tarihi	Ölen milletvekilinin adı	İli	Partisi	Seçim tarihi
30.3.1966	30. 4.1966	İhsan Akhun	Çorum	AP	5. 6.1966
30.3.1968	21. 4.1968	Hasan Tez	Ankara	CHP	2. 6.1968
3.8.1975	7. 8.1975 10.10.1975	Mehmet Said Erbil Mehmet Arslantürk	Ordu Trabzon	CHP CHP	12.10.1975
3.8.1979	24. 8.1979 20. 9.1979 7.10.1979	Ahmet Hamdi Çelebi Durmuş Ali Çalık Nihat Kaya	Ankara Konya İstanbul	CHP CHP AP	14.10.1979

Kaynak : Tablo 4.1

Şüphesiz seçim mevzuatımızın ara seçimlerinin başlangıcı ile seçim günü arasındaki süre içinde boşalan parlamento üyelikleri için aynı gün ara seçimi

bir yenileme seçimine katılmamış, o nedenle aslında dört Cumhuriyet Senatosu üyesi çıkararak Balıkesir'de üç üyelik için seçim yapılmıştı, *Aka'nın* altı yıllık üyelik süresini doldurmasından sonra 2 Haziran 1968 günü Balıkesir'de hem bu üyelik için yenileme seçimi, hem Hasan Ali *Türker*'in ölümü ile boşalmış bulunan bir üyelik için ara seçimi yapılmıştır. (Bu çalışmada dikkate alınan, işte bu ara seçimdir). *Aka'nın* yerine seçilen Cemalettin *İnkaya* da altı yıllık üyelik süresini doldurduktan sonra, 12 Ekim 1975 günü Balıkesir'de bu üyelik için yenileme seçimi yapılmıştır. Bu konuda ayrıca bk. *Yüksek Seçim Kurulu*, 29.1.1979, K. 53 (Resmî Gazete, 9.2.1979, S. 16545, s. 25 vd); ayrıca 31.3.1966, K. 1966/59 (Resmî Gazete, 7.4.1966, S. 12268, s. 16 vd).

Balıkesir'de 2 Haziran 1968 ve 12 Ekim 1975 günleri birer Cumhuriyet Senatosu üyeliği için yapılan yenileme seçimleri, sırasıyla A ve B Grubu illeri yenileme seçimleri yanında bir ara seçimi görünümünde olsa da; her iki kavramı birbirinden ayırmak gerekir. Özellikle 1961 Anayasası uyarınca boşalan bir Cumhuriyet Senatosu üyeliğine ara seçimi ile gelen kimse, «yerine seçildiği üyenin süresini» tamamladığı halde (m. 73 sf); yenileme seçimi ile gelen kimsenin üyelik süresi «altı yıldır» (m. 73/11). Nitekim *Yüksek Seçim Kurulu* da, 2 Haziran 1968 günü «(Balıkesir) ilinde birinin süresi (iki) yıl ve diğerinin süresi (altı) yıl olmak üzere, bu iki boş Cumhuriyet Senatosu üyeliğinin doldurulması için seçim yapılmasına» karar verirken, aynı seçim çevresinde ve aynı zamanda yapılan bir ara seçimi ile yenileme seçimi arasındaki bu farka işaret etmişti; bk. *Yüksek Seçim Kurulu*, 4.3.1968, K. 43 (Resmî Gazete, 14.3.1968, S. 12848, s. 2).

yapılmasına elverişli olmaması³, ara seçimlerinden daha yeni çıkıldığı zaman bile parlamentoda açık sandalye kalmasında önemli rol oynamaktadır. Bu, hemen her ara seçiminden sonra Cumhuriyet Senatosu ve/veya Millet Meclisi’nde bazı sandalyelerin boş kalmasına yol açabilecek bir etkidir. Ancak seçim mevzuatında ara seçimlerinin başlangıcından sonra boşalacak parlamento üyelikleri için de aynı gün ara seçimi yapılmasına olanak verecek düzeltmeler yapılırsa bile⁴, özellikle daha önce ara seçimi yapılması söz konusu olmayan seçim çevrelerinde seçim hazırlıkları için asgarî bir süre bırakılması zorunlu⁵, bu düzeltmelerden beklenen yararı sağlamayacaktır. Zaten bu sorunun sadece bir yönüdür.

En son 12 Ekim 1975 ve 14 Ekim 1979 örneklerinde görüldüğü gibi, şimdiye değin gerek ara seçimi yapılan illerin, gerek seçim ertesinde bile açık kalan sandalyelerin sayıları, hiç de az değildir (Tablo 2 ve 3). Üstelik bu sayılar, Cumhuriyet Senatosu’nda iki yenileme seçimi arasında ya da Millet Meclisi’nde bir yasama dönemi içinde çeşitli nedenlerle boşalan üyeliklerin sayılarını tam olarak göstermemektedir. Nitekim 1961 Anayasası döneminde çeşitli nedenlerle boşalan parlamento üyeliklerinin toplam sayısı, Cumhuriyet Senatosu’nda 28, daha doğrusu —7 Haziran 1964 günü Artvin’de yapılan yenileme seçiminin Yüksek Seçim Kurulu’nca iptal edilmesi üzerine 20 Eylül 1964 günü bu ilde yeniden seçim yapıldığı için— 27, Millet Meclisi’nde 74 olduğu halde (Tablo 4 ve 5); ara seçimleriyle gelen üyelerin, başka bir deyişle, ara seçimleriyle doldurulan sandalyelerin toplam sayısı, Cumhuriyet Senatosu’nda 13, Millet Meclisi’nde 17’dir (Tablo 2). Demek ki 1961 Anayasası döneminde açık parlamento üyeliklerinin ara seçimleriyle doldurulma oranı, Cumhuriyet Senatosu’nda % 48.14, Millet Meclisi’nde ise sadece % 22.97’dir.

Seçim mevzuatımızın ara seçimlerinin başlangıcından sonra meydana gelen boşalmalar konusundaki yetersizliği yanında; —aşağıda ayrıntılarıyla görüleceği üzere— Cumhuriyet Senatosu üçte bir yenileme seçimlerinin birkaç kez ertelenmesi sonucunda her iki Meclis için ara seçimi yapılamaması ya da —1961 - 1964 yasama döneminde olduğu gibi— sadece milletvekili ara seçimi yapılamaması, Cumhuriyet Senatosu’nda boşalan üyeliklerden bazılarının zaten üçte bir yenileme seçimi yapılan illere ait olması, Millet Meclisi’nde boşalan üyelikler için milletvekili ara seçiminin —1965 - 1969 yasama döne-

3 Bk. *Yüksek Seçim Kurulu*, 27.8.1979, K. 658 (Resmî Gazete, S. 16742, s. 11 vd).

4 14 Ekim 1979 seçimlerinden sonra Millet Meclisi’nde üç sandalyenin boş kalacağının daha seçim öncesinde belli olması üzerine, iktidar ve ana muhalefet partileri yetkilileri, seçim mevzuatında ölen milletvekilinin yerine vakit geçirmeksizin yenisinin seçilmesine olanak verecek değişiklikler yapılması gerektiğini söylemişlerdi. CHP Genel Sekreteri Mustafa Üstündağ ve AP Millet Meclisi Grup Başkanvekili Esat Kıratlıoğlu’nun bu yoldaki demeçleri için bk. *Hürriyet*, 9.10.1979, s. 1, 13 «CHP ölümle boşalan milletvekilliğinin hemen doldurulmasını istiyor».

5 Aynı yönde bk. *Yüksek Seçim Kurulu*, 27.8.1979, K. 658 (Resmî Gazete, 2.9.1979, S. 16742, s. 12).

mindeki istisnâî durum dışında— bir yasama döneminde kural olarak yalnız bir kez yapılması⁶, dolayısıyla bir ara seçiminden, hatta bir ara seçiminin başlangıcından bir genel seçime kadar geçen süre içinde boşalan üyeliklerin öyle bırakılması da, bu durumu yaratan nedenler arasındadır. Bütün bunlar, genel olarak, boşalan parlamento üyeliklerinin doldurulması sorununun yeni baştan ele alınmasını gerektirecek önemdedir.

TABLO 4

1961 Anayasası Dönemi Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeliklerinde Boşalmalar

1— Millet Meclisi

Sıra no.	Üyeliği sona eren milletvekilinin adı	İli	Partisi	Sona erme tarihi	Sona erme nedeni
I. Dönem (15.10.1961-9.10.1965)					
1	Kuddûsi Aytaç	Muş	YTP	11.11.1961	Tutanak iptali ¹
2	İnayet Mursaloğlu	Hatay	CHP	13. 1. 1962	Ölüm
3	Fevzi Lütfi Karaosmanoğlu	Manisa	CHP	4. 3. 1962	Çekilme
4	Nuri Beşer	Zonguldak	AP	5. 6. 1962	Hüküm giyme ²
5	Mehmet Yavaş	Aydın	AP	28. 9. 1962	Ölüm
6	Fuat Ama	İstanbul	CKMP	22.10.1962	Ölüm
7	Cevat Önder	Erzurum	YTP	29.3. 1963	Çekilme
8	Cemal Babaç	Kocaeli	AP	19. 5. 1963	Ölüm
9	Ahmet Cemil Kara	Trabzon	AP	6. 6. 1963	Çekilme
10	Ragıp Gümüşpala	İzmir	AP	6. 6. 1964	Ölüm
11	Mustafa Gülcügil	İsparta	AP	13. 6. 1964	Çekilme
12	Mahmut Rıza Bertan	İstanbul	AP	10. 9. 1964	Ölüm
13	Suphi Konak	Zonguldak	CHP	17.11.1964	Ölüm
14	Süreyya Endik	Çanakkale	AP	23. 5. 1965	ölüm
15	Avni Doğan	Kastamonu	CHP	14. 6. 1965	Ölüm
II. Dönem (10.10.1965 - 11.10.1969)					
16	Budak Mursaloğlu	Hatay	AP	12.10.1965	Ölüm
17	İhsan Akhun	Çorum	AP	30. 4. 1966	Ölüm
18	Aydın Turgut Artuç	Diyarbakır	AP	30.11.1966	Ölüm
19	Atalay Akan	Urfa	CHP	31.1.1967	Ölüm
20	Ali Fuat Başgil	İstanbul	AP	18. 4. 1967	Ölüm
21	Sabahattin Baybora	Adana	AP	21. 6. 1967	Ölüm

6 1961 Anayasası'nda Millet Meclisi seçimlerinin «dört yılda bir», ara seçimlerinin «her iki yılda bir Cumhuriyet Senatosu seçimiyle birlikte» yapılması öngörüldüğü için (m. 69/1, 74/11); bir yasama döneminde kural olarak bir kez milletvekili ara seçimi yapılır. Ancak ilk Cumhuriyet Senatosu üçte bir yenileme seçimlerinin ertelenmesi nedeniyle seçim takviminin bozulması sonucunda 1961 - 1964 yasama döneminde milletvekili ara seçimi hiç yapılmamış, 1965 - 1969 yasama döneminde ise iki kez milletvekili ara seçimi yapılmıştır (Tablo 1 ve 2, ayrıca aşağı. III D).

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

22	Hasan Tez	Ankara	CHP	21. 4. 1968	Ölüm
23.	Fuat Uluç	Mardin	CKMP	24. 9. 1968	Ölüm
24	Selim Sarper	İstanbul	CHP	11.10.1968	Ölüm
25	Suphi Baykam	İstanbul	CHP	21.10.1968	Çekilme
26	Mehmet Delikaya	Malatya	CHP	1.11.1968	Çekilme
27	Namık Kemal Tülezoğlu	Samsun	AP	18.12.1968	Çekilme
28	Kâmil Ocak	Gaziantep	AP	21. 5. 1969	Ölüm
III. Dönem (12.10.1969 -13.10.1973)					
29	Sami İlhan	Malatya	BP	11.12.1969	Ölüm
30	Yusuf Azizoğlu	Diyarbakır	YTP	1.5.1970	Ölüm
31	Selâhattin Hakkı Esatoğlu	Nevşehir	CHP	17. 8. 1970	Ölüm
32	Mustafa Harmancıoğlu	Edirne	AP	31. 8. 1970	Çekilme
33	Ömer Faruk Sanaç	Elâzığ	AP	6. 3. 1971	Ölüm
34	Ahmet Dalı	Bursa	AP	22. 5. 1971	Ölüm
35	Mehmet Aslan	Hatay	CHP	9. 8. 1971	Ölüm
36	Nihat Erim	Kocaeli	CHP	10.10.1971	CS üyeliğine seçilme ³
37	Nevzat Güngör	Ağrı	AP	12.12.1971	Ölüm
38	Yüksel Menderes	Aydın	AP	8. 3. 1972	Ölüm
39	Kâmuran Evliyaoğlu	Samsun	CHP	17.10.1972	Ölüm
40	İsmet İnönü	Malatya	CHP	17.11.1972	Çekilme ⁴
41	Mehmet Ayтуğ	Elâzığ	CHP	2.12.1972	Ölüm
42	Kevni Nedimoğlu	Zonguldak	AP	25. 2. 1973	Ölüm
43	Abdurrahim Türk	Mardin	Bağımsız	19.4. 1973	Ölüm
44	Vehbi Melik	Urfa	CHP	23. 5. 1973	Ölüm
45	Haşan Akçaloğlu	Antalya	AP	19. 7. 1973	Ölüm
46	Süleyman Çiloğlu	Antalya	AP	30. 7. 1973	Ölüm
47	Osman Bölükbaşı	Ankara	MP	9. 9. 1973	Çekilme
48	Osman Soğukpınar	Ankara	CHP	20. 9. 1973	Ölüm
49	Yaşar Akal	Samsun	CHP	30.9.1973	Ölüm
IV. Dönem (14.10. 1973-4.6.1977)					
50	Sadrettin Çanga	Bursa	CHP	13. 1. 1974	Ölüm
21	Yavuz Acar	Amasya	AP	18. 2. 1974	Ölüm
52	Mehmet Bıyık	Niğde	DP	13.12.1974	Ölüm
53	Necati Aksoy	Urfa	CHP	12. 4. 1975	Çekilme
54	İbrahim Ethem Güngör	Eskişehir	AP	24. 5. 1975	Ölüm
55	Sadık Tekin Müftüoğlu	Zonguldak	AP	14. 6. 1975	Ölüm
56	Mehmet Said Erbil	Ordu	CHP	7. 8. 1975	Ölüm
57	Mehmet Arslantürk	Trabzon	CHP	10.10.1975	Ölüm
58	Kemal Ziya Öztürk	Aydın	DP	20. 9. 1976	Ölüm
59	Davut Aksu	Kars	CHP	9.12.1976	Ölüm
60	Fuat Avcı	Denizli	AP	15. 4. 1977	Ölüm
61	İsmail Hakkı Ketenoglu	Ankara	AP	1.6.1977	Ölüm
V. Dönem (5.6.1977 -11.9.1980)					
62	Atif Akın	Manisa	AP	29.11.1977	Ölüm

Açık Parlamento Üyeliklerinin Ara Seçimleri Yoluyla Ya da Yedeklerle Doldurulması

63	Mutlu Menderes	Aydın	AP	1.3. 1978	Ölüm
64	İlhami Ertem	Edirne	AP	4.4.1978	Ölüm
65	Haşan Fehmi İlter	Muğla	CHP	4.6.1978	Ölüm
66	M. Kubilay İmer	Konya	AP	11.6. 1979	Ölüm
67	Ahmet Hamdi Çelebi	Ankara	CHP	24. 8. 1979	Ölüm
68	Durmuş Ali Çalık	Konya	CHP	20.9.1979	Ölüm
69	Nihat Kaya	İstanbul	AP	7.10.1979	Ölüm
70	Mehmet Emin Dalkıran	Bursa	AP	22.12.1979	Ölüm
71	Malik Yalman	Hatay	CHP	15.4.1980	Ölüm
72	Ahmet Hamdi Sancar	Denizli	AP	5.7.1980	' Ölüm
73	Abdurrahman Köksaloğlu	İstanbul	CHP	15.7.1980	Ölüm
74	Yusuf Ziya Ural	İçel	CHP	30.8.1980	Ölüm

Kaynaklar : TBMM Milletvekili Kütükleri, Millet Meclisi Tutanak Dergileri, Gazeteler; ayrıca Kâzım Öztürk (Haz.), Türkiye Büyük Millet Meclisi Albümü 1920 - 1973, Ankara 1973.

Notlar:

1) Kuddûsi *Aytaç'ın* milletvekili tutanağı, Yüksek Seçim Kurulu'nun 11.11.1961 tarih ve K. 390/ttiraz 197 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Bu konuda bk. aşağı. dn. 57.

2) Nuri *Beşer'in* Ankara Ceza Mahkemesi'nin 5.6.1962 tarih ve 862/11-118 sayılı kararıyla hüküm giydiğine ve bu kararın Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 5.7.1962 tarih ve 1663/1898 sayılı kararıyla onandığına ilişkin Başbakanlık tezkeresi, 21.9.1962 günü Millet Meclisi'nin bilgisine sunulmuştur; bk. MMTD 1962, C. 7, s. 14 vd.

3) 10.10.1971 günü Cumhurbaşkanınca Cumhuriyet Senatosu üyeliğine seçilen Nihat *Erim*, 19.10.1971 günü Cumhuriyet Senatosu'nda and içmiştir; bk. CSTD 1971, C. 67, s. 1037, 1053. Millet Meclisi Tutanak Dergisi'nde milletvekilliğinden çekilme yazısına rastlanamamıştır; krş. MMTD 1971, C. 18, s. 509.

4) Anayasa'nın 70. maddesinin II. fıkrası uyarınca eski Cumhurbaşkanı sıfatıyla tabîi üye olarak Cumhuriyet Senatosu'na katılmak üzere 5.11.1972 günü Senato Başkanlığına başvuran İsmet *İnönü'nün* milletvekilliğinden çekilme yazısı, 17.11.1972 günü Millet Meclisi'nde okunmuştur; bk. CSTD, 1972- 73, C. 7, s. 29; MMTD 1972, C. 29, s. 40 vd.

Açıklamalar:

1) Tablo'da yer alan bütün milletvekilleri, üyeliklerinin sona erdiği yasama dönemini başlatan genel seçim günü seçilmişlerdir.

2) Tablo'da milletvekillerinin parti bağlan, üyeliklerinin sona erdiği tarihteki durum itibarıyla değil, fakat seçimde aday oldukları partiye göre gösterilmiştir.

TABLO 5

1961 Anayasası Dönemi Türkiye Büyük Millet Meclisi

Üyeliklerinde Boşalmalar

2— Cumhuriyet Senatosu

Sıra no.	Üyeliği sona eren Cumhuriyet Senatosu üyesinin adı	İli grubu ve ili	Partisi	Sona erme tarihi	Sona erme nedeni
Genel seçim (15.10.1961)					
1	Şemsettin Günaltay	C İstanbul	CHP	19.10.1961	ölüm
2	Ali Fuat Başgii	C Samsun	AP (Bağımsız)	25.10.1961	Çekilme
3	Naci Toros	B Eskişehir	YTP	26.12.1962	Ölüüm
4	Adil Türkoğlu	C Hakkâri	CHP	26. 3. 1963	Ölüm
5	Zeki Arsan	A Çorum	AP	7.2. 1964	Çekilme
C Grubu yenileme seçimi (7.6.1964)					
6	Ahmet Özdemir	C Artvin	AP	8. 7. 1964	Seçimin iptali ¹
7	Selâmi Üren	B Tekirdağ	YTP	9. 8. 1964	Ölüm
e	Sami Kırdar	C İstanbul	AP	27.12.1964	ölüm
9	Nedim Evliya	A Maraş	AP	21.12.1965	Ölüm
10	Rifat Özdeş	B Kocaeli	AP	1. 1. 1966	ölüm
B Grubu yemleme seçimi (5.6.1966)					
11	Ziya Nami Şerefanoğlu	C Bitlis	Bağımsız	22. 7. 1967	Üyeliğin düşmesi ²
12	Haşan Ali Türker	C Balıkesir	AP	1.12.1967	Ölüm
13	izzet Birand	A İzmir	AP	12. 2. 1968	Ölüm
A Grubu yenileme seçimi (2.6.1968)					
14	Gavsi Uçagök	B Eskişehir	AP	29. 3. 1969	Ölüm
15	Rifat Öçten	A Sivas	AP	1.3. 1970	Ölüm
16	Kudret Bayhan	B Niğde	CKMP	2.3. 1972	Üyeliğin düşmesi ³
17	İbrahim Etem Karakapıcı	B Urfa	CHP	17. 1. 1973	ölüm
C Grubu yenileme seçimi (14.10.1973)					
18	Mansur Ulusoy	B Ankara	MP	25.12.1973	Ölüm
19	Arsian Bora	B Tunceli	CHP	28. 1. 1974	Ölüm
20	Ayhan Peker	C İstanbul	CHP	2. 4. 1974	ölüm
21	Sedat Çumralı	A Konya	GP	6.4. 1974	Ölüm

Açık Parlamento Üyeliklerinin Ara Seçimleri Yoluyla Ya da Yedeklerle Doldurulması

22	Fevzi Geveci	C Samsun	CHP	10. 7. 1974	Ölüm
B Grubu yenileme seçimi (12.10.1975)					
23	Nazif Çağatay	A İzmir	CHP	16.12.1976	Ölüm
24	Ali Celâlettin Coşkun	A Aydın	AP	26.12.1976	Ölüm
25	Nurettin Ertürk	A Sivas	AP	28. 3. 1977	Ölüm
A Grubu yenileme seçimi (5.6.1977)					
26	Ruhi Tümerkan	A Manisa	AP	1. 3.1979	Ölüm
27	Kâmrân İnan	C Bitlis	AP	7. 6. 1979	Çekilme
28	Zihni Betil	C Tokat	CHP	16. 9. 1979	Ölüm
C Grubu yenileme seçimi (14.10.1979)					
<i>Kaynaklar :</i> TBMM Cumhuriyet Senatosu Üyeleri Kütükleri, Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergileri, Cumhuriyet Senatosu Tutanak Dergileri, Gazeteler; ayrıca Kâzım Öztürk, age (Tablo 4). <i>Notlar :</i> 1) 7.6.1964 günü Artvin’de yapılan Cumhuriyet Senatosu yenileme seçimi, Yüksek Seçim Kurulu’nun 8.7.1964 tarih ve K. 1476/İtiraz 1308 sayılı kararıyla iptal edilmiş (Resmî Gazete, 16.7.1964, s. 4 vd); bunun üzerine 20.9.1964 günü aynı ilde yeniden seçim yapılmıştır (CSTD 1964, C. 22, s. 4). Bu konuda bk. aşağı dn. 55. 2) Meclis çalışmalarına izinsiz, özürsüz ve aralıksız olarak bir ayı aşkın bir zamandan beri katılmayan Ziya Nami Şerefhanoglu’nun üyelik sıfatının kaldırılmasına Cumhuriyet Senatosu Genel Kurulunca 22.7.1967 günü karar verilmiştir (CSTD 1967, C. 43, s. 427-447). 3) Yurt dışında suç işleyen Kudret Baylıan’ın üyelik sıfatının suç tarihi olan 2.3.1972 itibarıyla düşmesine Cumhuriyet Senatosu Genel Kurulunca 1).7.1974 günü karar verilmiştir (CSTD 1974, C. 17, s. 399-416). <i>Açıklamalar :</i> 1) Tablo’da yer alan Cumhuriyet Senatosu üyeleri, ilk genel veya üyeliklerinin sona ermesinden önce kendi il gruplarında yapılan son yenileme seçiminde seçilmişlerdir. 2) Tablo’da Cumhuriyet Senatosu üyelerinin parti bağları, üyeliklerinin sona erdiği tarihteki durum itibarıyla değil, fakat seçimde aday oldukları partiye göre gösterilmiştir.					

II. AÇIK PARLAMENTO ÜYELİKLERİNİN DOLDURULMASI YÖNTEMLERİ

Parlamento üyeliklerinde, —daha genel bir deyişle— seçilmiş meclislerin üyeliklerinde bir seçim dönemi içinde çeşitli nedenlerle boşalmalar olduğunda, açık üyelikler şu iki yöntemden birine göre doldurulabilir⁷:

1. Kamuoyunun yeniden açıklanmasına, başka bir deyişle, seçmen tercihlerinin yeniden belirtilmesine olanak sağlamak. Bu, açık üyeliklerin bir ara seçimiyle doldurulması demektir. Ara seçimi, ilgili seçim çevresinin tamamında veya açık üyelikle bağlantılı belirli bir bölümünde olmak üzere iki biçimde yapılabilir. Genellikle ara seçimi, her seçim çevresinde tek sandalye için yapıldığından tek adlı çoğunluk (dar bölge) sistemi gibi işler ve özellikle seçim çevresinin tamamında yürütülen ilk biçimiyle ilgili seçim çevresinin en güçlü partisine yarar; dolayısıyla parlamento veya seçim yapılan diğer bir mecliste partiler arasında sandalye kaymalarına ve böylece genel seçim sonuçlarını yansıtan partilerarası güç dengesinin bozulmasına yol açabilir.

2. Genel seçimde açıklanan durumuyla kamuoyunun temsilini sürdürmek, başka bir deyişle, seçmen tercihlerini genel seçimde belirtilen durumuyla korumak. Bu, açık üyeliklerin yedeklerle doldurulması demektir. Değişik uygulama biçimlerine göre, genel seçimde ilgili seçim çevresinde sandalye kazanamamakla birlikte en çok oy alan aday ya da boşalan üyeliğin ait olduğu parti listesinde seçimi kazanamamakla birlikte en çok oy alan veya en ön sırada bulunan aday, doğal yedek sıfatıyla açık üyeliğe geçebilir. Ayrıca genel seçimde asıl aday listeleriyle birlikte yedek aday listeleri de seçmenlerin oyuna sunulmuş olabilir. Bu yöntemin parlamento veya seçim yapılan diğer meclislerde partiler arasında sandalye kaymalarına, dolayısıyla partilerarası güç dengesinin bozulmasına yol açmaması için parti listeleriyle bağlantılı biçimde uygulanması gerekir.

III. AÇIK PARLAMENTO ÜYELİKLERİNİN DOLDURULMASI KONUSUNDA TÜRKİYE’DE UYGULANAN YÖNTEM

A — Ara Seçimlerine İlişkin Temel Düzenlemeler

Bilindiği gibi, Türkiye’de boşalan parlamento üyeliklerinin doldurulmasında ilk yöntem uygulanmaktadır. 9 Temmuz 1961 tarih ve 334 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 74. maddesine göre,

«Meclislerin ara seçimleri her iki yılda bir Cumhuriyet Senatosu seçimiyle birlikte yapılır.

Millet Meclisi genel seçimlerine bir yıl kala ara seçimi yapılmaz.» (f. II-III)⁸.

7 Bu yöntemler hakkında daha geniş bilgi için bk. Enid Lakeman, *How Democracies Vote*, London 1970, s. 156 vd; ayrıca W.J.M. Mackenzie, *Free Elections*, London 1958, s. 70 vd, 74, 84.

8 Anayasa’nın 74. maddesinin III. fıkrası, ancak Millet Meclisi için uygulanabilecek bir hükümdür. Millet Meclisi bir yıl sonra zaten tümüyle yenileneceği için, ara seçimi yapılmasına

Aynı hükümler, benzer sözcüklerle 25 Mayıs 1961 tarih ve 306 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nda yinelenmiştir :

«Ara seçimleri, Cumhuriyet Senatosu üyelerinin üçte birinin yenilenmesi için yapılan seçimlerle birlikte yapılır. Ancak, dönemin bitmesine bir yıl kala milletvekilliği için ara seçimi yapılmaz.» (m. 5/II)⁸.

24 Mayıs 1961 tarih ve 304 sayılı Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimi Kanunu'nda ise aynı konuda Anayasa'nın 74. maddesinden farklı bir anlamla aynı sonuca varan hükümlere yer verilmiştir:

«Cumhuriyet Senatosunda boşalan yerler için ara seçimi yapılmaz. Ancak, üçte bir yenileme sırasında bu açık yerler de doldurulur.» (29 Mayıs 1963 tarih ve 238 sayılı Kanun'la değişik m. 4/III)⁹.

gerek duyulmamıştır. Fakat bir yıl sonra koşullar değişebileceği, örneğin Anayasa'nın 74. maddesinin I. fıkrasına göre savaş nedeniyle seçimler bir yıl geriye bırakılabileceği için; 74. maddenin III. fıkrasının yerindelik derecesi tartışılabilir. Nitekim bu hükmün uygulanması da, koşulların daha sonra değişebileceğini göstermiştir; bk. aşağı. III D.

Buna karşılık Cumhuriyet Senatosu yenileme seçimi yapıldığı zaman, bu Meclisin ara seçimini birlikte yapmamak için hiçbir neden yoktur. O yüzden Anayasa'nın 74. maddesinin III. fıkrası, yalnız Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 5. maddesinin II. fıkrasında yinelenmiş; Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimi Kanunu'nun 4. maddesinin III. fıkrasında konuya hiç değinilmemiştir.

Anayasa'nın 73. maddesinde 17.4.1970 tarih ve 1254 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra 74. maddenin III. fıkrasının işlerliği hakkında bk. aşağı. dn. 25.

- 9 Ara seçimleri konusunda Anayasa'nın 74. maddesinin II. fıkrası ile Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimi Kanunu'nun 4. maddesinin III. fıkrası arasındaki anlatım farkı, her iki metnin Temsilciler Meclisi'nde iki ayrı komisyonca hazırlanmış (krş. 13.12.1960 tarih ve 157 sayılı Kurucu Meclis Teşkilî Hakkında Kanun m. 29) ve — Anayasa Mahkemesi'nin iki metin arasındaki başka bir farkla ilgili olarak belirttiği gibi — Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimi Kanunu'nun Anayasa'dan önce kabul edilmiş bulunmasıyla açıklanabilir; bk. *Anayasa Mahkemesi*, 25.11.1963, E. 1963/300, K. 1963/280 (Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 1, s. 513).

Fakat Cumhuriyet Senatosu üçte bir yenileme seçimleri sırasında bu Meclisteki açık yerlerin doldurulması amacıyla yapılan seçimlerin «ara seçimi» niteliği taşıdığına şüphe yoktur. Nitekim *Yüksek Seçim Kurulu* da çeşitli karar ve bildirimlerinde Cumhuriyet Senatosu'nda boşalan yerler için yapılan seçimleri «ara seçimi» olarak nitelmiştir. Örneğin bk. *Yüksek Seçim Kurulu*, 31.3.1964, K. 1359 (Resmî Gazete, 2.4.1964, S. 11672, s. 3); 5.6.1973, K. 516 (Resmî Gazete, 13.6.1973, S. 14563, s. 13); 22.10.1975, K. 473 (Resmî Gazete, 25.10.1975, S. 15394, s. 11); K. 293 (Resmî Gazete, 6.6.1979, S. 16658, s. 6 vd); 30.5.1979, K. 295 (Resmî Gazete, 6.6.1979, S. 16658, s. 9 vd); 15.6.1979, K. 365 (Resmî Gazete,

S. 16673, s. 23); 17.7.1979, K. 514 (Resmî Gazete, 29.7.1979, S. 16711, s. 13, 17, 19); 18.7.1979, K. 523 (Resmî Gazete, 29.7.1979, S. 16711, s. 23); K. 610 (Resmî Gazete, 19.8.1979, S. 16732, s. 5 vd).

Buna karşılık Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimi Kanunu'nun 4. maddesinin III. fıkrasına paralel açıklamalar için bk. İlhan Arsel, *Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları*, 1. Kitap: Cumhuriyetin Temel Kuruluşu, Ankara 1965, s. 204; ayrıca *Yüksek Seçim Kurulu*, 18.7.1979, K. 518 (Resmî Gazete, S. 16711, s. 21, 23).

B — Ara Seçimi Yapılmasını Gerektiren Durumlar

Ara seçimlerinin ne zaman yapılacağını gösteren yukardaki hükümler, aynı zamanda yürürlükteki Türk seçim hukukunda ara seçimleri ile doğru-
dan doğruya ilgili temel düzenlemeler niteliğindedir. Dikkat edilirse, —Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimi Kanunu’nun 4. maddesinde ara seçiminin «Cumhuriyet Senatosu’nda boşalan yerler» ya da «açık yerler» için söz konusu olduğunun dolaylı bir biçimde ifade edilmesi dışında— bu hükümlerin hiçbirinde ara seçimlerinin hangi durumlarda yapılacağı belirtilmiş, herhangi bir «ara seçimi» tanımı verilmiş değildir.

Oysa 1924 Teşkilat-i Esasiye Kanunu, ölen ya da 27 ve 28. maddeleri gereğince milletvekilliği sıfatı kalkan veya düşen milletvekilinin yerine bir başkasının seçileceğini öngören 29. maddesiyle dolaylı bir «ara seçimi» tanımı yapmış bulunmaktaydı¹⁰. Bu dolaylı tanımın 1961 Anayasası’nın 74. maddesi ile Milletvekili Seçimi Kanunu ve Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimi Kanunu’nun hazırlanışında bir hukukî veri olarak göz önünde tutulduğu ve o yüzden yeni bir «ara seçimi» tanımı yapılmasına gerek duyulmadığı anlaşılmaktadır.

Her ne kadar 1961 Anayasası’nın halkoyuna sunulmasından önce Kurucu Meclis’ce kabul edilen 24 Mayıs 1961 tarih ve 304 sayılı Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimi Kanunu, Cumhuriyet Senatosunda «istifa ve ölüm gibi sebeplerle» boşalan yerler için ara seçimi yapılmayacağı, ancak üçte bir yenileme sırasında bu açıkların doldurulacağı hükmünü getirmişse de (m. 4/III); daha sonra 29 Mayıs 1963 tarih ve 238 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle anılan hükümden boşalma nedenlerine ilişkin ibare çıkarılmıştır.

Aşağıda ayrıca göreceğimiz gibi, 1971 yılında bir Anayasa değişikliği ile —Cumhuriyet Senatosu üçte bir yenileme seçimleri ile birlikte— ertelenen ara seçimlerinden «Cumhuriyet Senatosu ile Millet Meclisinde boş bulunan üyelikler için 10 Ekim 1971 gününde yapılacak seçimler» olarak söz edilmiştir (20 Eylül 1971 tarih ve 1488 sayılı Kanun’la Anayasa’ya eklenen geç. m. 12). Zaten Cumhuriyet Senatosu’na Cumhurbaşkanı’nca seçilen üyelerin süresi biter veya «bu üyeliklerde herhangi bir sebeple boşalma olursa», Cumhurbaşkanı’nın bir ay içinde yeni üyeleri seçeceği ve genel olarak, «Boşalan bir üyeliğe

10 1924 Teşkilat-i Esasiye Kanunu’nun 27, 28 ve 29. maddeleri, 10.1.1945 tarih ve 4695 sayılı Anayasa diliyle şöyledir:

Madde 27 — • Bir milletvekilinin vatan hainliği ve milletvekilliği sırasında yiyicilik suçlarından biriyle sanık olduğuna Türkiye Büyük Millet Meclisi Kamutayı hazır üyelerinin üçte iki oy çokluğu ile karar verilir yahut 12. maddede yazılı suçlardan biriyle hüküm giyer ve bu da kesinleşirse milletvekilliği sıfatı kalkar.

Madde 28 — Çekilme, kanun hükümleri gereğince kısıtlanma, özürsüz ve izinsiz iki ay Meclise devamsızlık yahut memurluk kabul etme hallerinde milletvekilliği düşer.

Madde 29 — Ölen yahut yukardaki maddeler gereğince milletvekilliği sıfatı kalkan veya düşen milletvekilinin yerine bir başkası seçilir.

seçilen» kimsenin yerine seçildiği üyenin süresini tamamlayacağı yolundaki Anayasa hükümleri de (17 Nisan 1970 tarih ve 1254 sayılı Kanun'la değişik m. 73/V-VI), benzer konulu düzenleme niteliğindedir. Fakat Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliklerinin hangi durumlarda «boş» bulunduğu ya da hangi nedenlerle üyeliklerde «boşalma» olduğu ayrıca açıklanmış değildir.

Öte yandan 1924 Teşkilat-i Esasiye Kanunu'nun 27 ve 28. maddelerinde milletvekilliği sıfatının kalkması veya düşmesi nedenleri olarak gösterilen durumlar, öze dokunmayan bazı değişikliklerle yeni bir düzenleme içinde 1961 Anayasası'nın 80. maddesine Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinin sona ermesi nedenleri olarak girmiştir.

Öyleyse günümüz hukuku açısından da 1924 Teşkilat-i Esasiye Kanunu dönemindekine paralel bir sonuca varılabilir : Ölen ya da Anayasa'nın 80. maddesi uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği sona eren milletvekili veya Cumhuriyet Senatosu üyesinin yerine yenisi seçilir. Başka bir deyişle, bir milletvekili veya Cumhuriyet Senatosu üyesinin ölümü ya da Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğine «seçilmeye engel bir suçtan dolayı kesin olarak hüküm giymesi¹¹, çekilmesi, kısıtlanması, üyelikle bağdaşmayan bir hizmet kabul etmesi¹² veya Meclis çalışmalarına izinsiz veya özürsüz ve aralıksız olarak bir ay katılmaması yüzünden üyeliğinin düştüğünün karara bağlanması» durumlarında Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği boşalmış olur¹³, böylece açılan üyelik için ara seçimi yapılır¹⁴. Nitekim — yukarda değindiğimiz gibi — yürürlükteki mevzuatta bu konuda herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte, 1924 Teşkilat-i Esasiye Kanunu döneminden kalma bir gelenekle ara seçimleri bu durumlarda yapılmaktadır.

C — Ara Seçimlerine İlişkin Düzenlemelerin Temelindeki Düşünceler

Günümüz hukukunda ara seçimleri ile doğrudan doğruya ilgili hükümlerin başında ve temelinde bulunan 1961 Anayasası'nın

74. maddesine ilişkin gerekçede, Türkiye'de ara seçimlerinin geniş ölçüde savsaklanması nedeniyle bu konuda daha sıkı bir düzenlemeye gerek duyul-

11 Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğine seçilmeye engel suçlar için bk. Anayasa m. 68/11, 72/1.

12 Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği ile bağdaşmayan işler için bk. Anayasa m. 78.

13 Anayasa'nın 95. maddesi uyarınca, Cumhurbaşkanı seçilenin «Türkiye Büyük Millet Meclis üyeliği sıfatı sona» ereceği için (f. III); bu durumda da Türkiye Büyük Millet Meclisinde bir üyelik boşalmış olur.

306 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nda da yeni seçilen bir milletvekilinin tutanağının iptali, Millet Meclisi açısından bir boşalma, dolayısıyla ara seçimi nedeni olarak kabul edilmiştir (m. 38/IV - V). Aynı hüküm, Cumhuriyet Senatosu üyelerinin seçiminde de uygulanır (Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimi Kanunu, 17.5.1979 tarih ve 2234 sayılı Kanun'la değişik m. 1). Bu konuda bk. aşağıda IV B 2 a + dn. 57.

14 Millet Meclisi ara seçimleri açısından aynı yönde bir tanım için bk. *Arsel*, age, s. 202, krş. 204.

duğu; ancak Cumhuriyet Senatosu’nun kurulmasından sonra seçimlerin çok sık yineleneneceği düşüncesiyle ara seçimlerinin iki yılda bir Cumhuriyet Senatosu seçimleriyle aynı zamanda yapılmasının kabul edildiği açıklanmıştır¹⁵.

Yukarda değinildiği gibi, 1924 Teşkilat-i Esasiye Kanunu’nun konuya ilişkin 29. maddesinde ölen ya da 27 ve 28. maddeler gereğince milletvekilliği sıfatı kalkan veya düşen milletvekilinin yerine bir başkasının seçileceği öngörülmekle birlikte, seçimin ne zaman yapılacağı belirtilmemiş; başka bir deyişle, bu nokta yasal düzenlemeye bırakılmıştı. Nitekim 1950 - 1960 devresinde yürürlükte olan 16 Şubat 1950 tarih ve 5545 sayılı Milletvekilleri Seçimi Kanunu, «Türkiye Büyük Millet Meclisi aksine karar vermedikçe», ara seçimlerinin «her yıl» 23 Temmuz’da başlayacağını ve Eylül ayının üçüncü Pazar günü oy verileceğini hükme bağlamıştı (m. 6/1).

Fakat 5545 sayılı Milletvekilleri Seçimi Kanunu’nun Türkiye Büyük Millet Meclisi için saklı tuttuğu bu yetki, 1950 - 1960 devresinde oldukça sık kullanılmış; örneğin 1953, 1955 ve 1958 yıllarında açık milletvekillikleri için «ara seçimi yapılmamasına», 1959’ da —21 milletvekilliği açık bulunduğu halde— «ara seçimlerinin geri bırakılmasına» karar verilmiştir¹⁶.

İşte böyle bir gelişme sonucunda 1950 - 1960 devresi uygulamalarına bir tepki olarak ve 1924 Teşkilat-i Esasiye Kanunu’nun bir eksikliğini gidermek üzere 1961 Anayasası’nın 74. maddesinin II ve III. fıkralarında yer verilen hükümler, bir yandan ara seçimlerinin belirli zamanlarda mutlaka yapılmasını anayasal güvence altına almak, öbür yandan seçimlerin çok sık yinelenmesine yol açmamak düşüncelerine dayanır. Bu iki karşıt düşünce arasında bulunan çözüm yolu, ara seçimlerinin her iki yılda bir Cumhuriyet Senatosu seçimiyle birlikte yapılmasıdır.

Ç – Ara Seçimlerine İlişkin Düzenlemelerin Yetersizliği

Ne var ki, bulunan çözüm yolunun en azından şimdiye kadarki uygulama biçimiyle yetersizliği de ortadadır. Çeşitli nedenlerle boşalan parlamento üyeliklerinin ancak iki yılda bir Cumhuriyet Senatosu seçimiyle birlikte yapılan ara seçimleriyle doldurulabilmesi, —1961 Anayasası döneminin olaylarıyla da doğrulandığı gibi— Meclislerin üye tam sayılarıyla çalışmalarını âdeta olanaksız kılmaktadır (bk. Tablo 4 - 5). Nitekim Türkiye, 14 Ekim 1979 ara seçimlerinden daha yeni çıktığı halde; seçimlerden kısa bir süre önce üç milletvekilinin ölmesi nedeniyle Millet Meclisi, yeni yasama yılına 447 üye ile girmiştir. 12 Ekim 1975 ara seçimlerinden sonra bu sayı 448 idi (Tablo 3).

15 Bk. Kâzım Öztürk, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, C. II, Ankara 1966, s. 2467.

16 29.5.1953 tarih ve 1831 sayılı, 18.5.1955 tarih ve 1945 sayılı, 25.6.1958 tarih ve 2107 sayılı, 20.7.1959 tarih ve 2221 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi kararları için sırayla bk. Resmi Gazete, 3.7.1953, S. 8448; 27.5.1955, S. 9013; 27.6.1958, S. 9943; 23.7.1959, S. 10260 (Düstur, 3. Tertip, C. 34, s. 1384; C. 36, s. 1755; C. 39, s. 1136; C. 40, s. 1435).

D — 1961 Anayasası Döneminde Ara Seçimleri Takviminin Bozulması

Öte yandan Cumhuriyet Senatosu yenileme seçimlerinin ve onlara bağlı olarak ara seçimlerinin —açık parlamento üyeliklerinin belirli bir ortalama sayıyı geçmeyecek bir zaman aralığıyla— her iki yılda bir yapılması kuralı da, geçmişte tam bir işlerlik kazanamamıştır. Nitekim 1961 Anayasası döneminin ilk genel seçimleri, her iki Meclis için aynı günde, 15 Ekim 1961’de yapıldıktan sonra¹⁷; ilk Cumhuriyet Senatosu yenileme seçimlerinin anılan kural ve ayrıca Anayasa’nın geçici 10. maddesinin I. fıkrası uyarınca 1963 Ekim’inde yapılması gerekmektedir. Fakat Anayasa’nın halkoyuna sunulmasından önce kabul edilmiş bulunan 304 sayılı Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimi Kanunu’nda Cumhuriyet Senatosu yenileme seçimlerinin başlangıç tarihi «ikinci yılın 30 Mart günü» olarak belirlenmiş ve «Haziran ayının ilk Pazar günü oy» verilmesi öngörülmüştü (m. 4/II). Bu düzenleme uyarınca ilk Cumhuriyet Senatosu yenileme seçiminin 1963 Haziran’ında yapılması durumunda ise henüz iki yıllık süre dolmamış olacağı için, aynı yıl Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimi Kanunu’nda yapılan bir değişikliklerle bu seçimin başlangıç tarihi, «ikinci yılın tamamlanmasından sonraki 30 Mart» olarak yeniden belirlenmiş (29 Mayıs 1963 tarih ve 238 sayılı Kanun’la değişik m. 4/1) ve yeni düzenleme uyarınca ilk Cumhuriyet Senatosu yenileme seçimi 7 Haziran 1964 günü yapılmıştır¹⁸.

Aslında Cumhuriyet Senatosu yenileme seçimlerine ilişkin Anayasa ve Cumhuriyet Senatosu Üyeleri Seçimi Kanunu hükümleri arasındaki uyumsuzluğu gidermeyi, başka bir deyişle, bu hükümleri uyumlu duruma getirmeyi amaçlayan, hatta Anayasa Mahkemesi’nce Anayasa’ya uygun bulunan bu değişiklik¹⁹, amacını aşmakta ve ilk Cumhuriyet Senatosu yenileme seçiminin Anayasa’ya aykırı olarak 1963 Ekim’i itibarıyla sekiz aya yakın bir süre için ertelenmesi anlamına gelmekteydi.

17 Bk. Anayasa geç. m. 1/1, 2/1; 306 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu, 7.9.1961 tarih ve 369 sayılı Kanun’la eklenen geç. m. 6; Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimi Kanunu geç. m. 1.

18 Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimi Kanunu’nda 29.5.1963 tarih ve 238 sayılı Kanun’la yapılan değişikliği dikkate almayan Servet *Armağan’a* göre, ilk Cumhuriyet Senatosu yenileme seçimlerinin böyle geç yapılmasının nedeni, «1963 bütçesine seçim gideri olarak az tahsisat (25.000 lira) konmuş olmasıdır.» (Türk Esas Teşkilât Hukuku, İstanbul 1979, s. 209 vd + dn. 138).

Gerçekte 1963 Bütçesine «az tahsisat» konması, ilk Cumhuriyet Senatosu yenileme seçimlerinin o yıl yapılmamasının nedeni değil, ertesi yıl yapılacak olmasının sonucudur. Seçimlerin geri bırakılmasını sağlayan, Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimi Kanunu’nda 238 sayılı Kanun’la yapılan değişikliktir. 1963 Bütçesi görüşüldüğü sıralarda 238 sayılı Kanun’a ilişkin teklif de Meclislerin gündeminde bulunmaktaydı; bk. Millet Meclisi Tutanak Dergisi 1963, C. 11, S. Sayısı 19 «Cumhuriyet Senatosu Manisa Üyesi Ferit Alpiskender ve 4 Arkadaşının, Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimine Dair 304 Sayılı Kanunun 4. Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/337)»; hatta *Armağan*, age, s. 209 vd dn. 138.

19 Bk. *Anayasa Mahkemesi*, 25.11.1963, E. 1963/300, K. 1963/280 (Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, S. 1, s. 511 vdd).

İlk Cumhuriyet Senatosu yenileme seçiminin böylece 7 Haziran 1964 gününe kaydırılması ise, Millet Meclisi’nde açık bulunan üyelikler için ara seçimi yapılamaması sonucunu doğurmuştur. 304 sayılı Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimi Kanunu gibi Anayasa’nın halkoyuna sunulmasından önce kabul edilmiş bulunan 306 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu’nda da milletvekili seçimlerinin başlangıç tarihi, —Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimi Kanunu’na paralel olarak— «her seçim döneminin son toplantı yılının 30 Mart günü» olarak belirlenmiş ve «Haziran ayının ilk Pazar günü oy» verilmesi öngörülmüş bulunduğu için (m. 5/1); 1965 Haziran’ında milletvekili genel seçimine gidilmesi gerekmekteydi. Buna karşılık Millet Meclisi genel seçimlerine bir yıl kala ara seçimi yapılması Anayasa’nın 74. maddesinin III. fıkrası ve Milletvekili Seçimi Kanunu’nun 5. maddesinin II. fıkrası ile önlenmiş olduğu için; Yüksek Seçim Kurulu, 7 Haziran 1964 günü Cumhuriyet Senatosu yenileme seçimiyle birlikte «boş milletvekillikleri için ara seçim yapılamayacağına» karar vermiştir²⁰.

Gerçi ertesi yıl Milletvekili Seçimi Kanunu’nda yapılan bir değişiklik, 15 Ekim 1961 genel seçimleri itibarıyla Millet Meclisi’nin ilk seçim dönemini dört yıla tamamlamak üzere, milletvekili genel seçimlerinin başlangıç tarihi, «Her seçim döneminin son toplantı yılının 3 Ağustos günü» olarak belirlenmiş ve «Ekim ayının ikinci Pazar günü oy» verilmesi öngörülmüş (13 Şubat 1965 tarih ve 533 sayılı Kanun’la değişik m. 5/1) ve bu yeni düzenleme uyarınca milletvekili genel seçimleri 10 Ekim 1965 günü yapılmıştır. Ama bu arada Türkiye, ilk Cumhuriyet Senatosu yenileme seçiminin ancak sekiz aya yakın bir gecikme ile yapılması yanında, 1961 - 1965 seçim dönemini hiç milletvekili ara seçimi yapılmadan geçirmiş oluyordu.

Öte yandan ilk Cumhuriyet Senatosu yenileme seçiminin Ekim 1963 yerine 7 Haziran 1964’de yapılması yüzünden Türkiye’de hemen hemen her yıl seçim yapılması gibi bir durum ortaya çıkmış; böylece bozulan seçim takvimini düzeltmek amacıyla 17 Nisan 1970 tarih ve 1254 sayılı Kanun’la Anayasa’nın 73. maddesi Cumhuriyet Senatosu yenileme seçimleriyle Millet Meclisi genel seçimleri arasında bağlantı kuracak biçimde değiştirilirken, 7 Haziran 1970 günü yapılması gereken Cumhuriyet Senatosu yenileme seçimleri de bu değişiklik nedeniyle Anayasa’ya eklenen geçici 11. madde ile geriye bırakılmıştır (17 Nisan 1970 tarih ve 1254 sayılı Kanun’la Anayasa’ya eklenen geç. m. 11)²¹

12 Mart döneminde Anayasa’nın çeşitli maddeleri 20 Eylül 1971 tarih ve 1488 sayılı Kanun’la değiştirilirken, bu kez 10 Ekim 1971 günü yapılması gereken Cumhuriyet Senatosu yenileme seçimleriyle Cumhuriyet Senatosu ve Millet Meclisi ara seçimleri de²², «Memleketimizin içinde bulunduğu şartlar»

20 Yüksek Seçim Kurulu, 16.3.1964, K. 1333 (Resmî Gazete, 27.3.1964, s. 10).

21 17.4.1970 tarih ve 1254 sayılı Kanun’a ilişkin teklifin gerekçesi ile Millet Meclisi Anayasa Komisyonu ve Cumhuriyet Senatosu Anayasa ve Adalet Komisyonu raporları için bk. Kâzım Öztürk, Son Değişiklikleriyle Gerekçeli Anayasa, Ankara 1971, s. 144- 152.

22 Bu seçimlerle ilgili bazı özel hükümler koymak üzere çıkarılan, fakat daha sonra 20.9.1971

nedeniyle²³, iki yıl sonraki milletvekili genel seçimleriyle birlikte yapılmak üzere yeniden ertelenmiştir (20 Eylül 1971 tarih ve 1488 sayılı Kanun’la Anayasa’ya eklenen geç. m. 12)²⁴. Böylece 1969 ve 1973 milletvekili genel seçimleri arasında, başka bir deyişle, 1969 - 1973 seçim döneminde de Türkiye’de Cumhuriyet Senatosu yenileme seçimleri ve buna bağlı olarak ara seçimleri yapılmamıştır.

Yukardaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, 1924 Teşkilat-i Esasiye Kanunu döneminde yapılmaması veya geri bırakılması için bir Türkiye Büyük Millet Meclisi kararı yeterli olan ara seçimleri, 1961 Anayasası’nın 74. maddesi ile sağlanmak istenen Anayasal güvence sistemi içinde bile —bu kez ancak yasa veya Anayasa değişikliğiyle de olsa— geri bırakılabilmiş, başka bir deyişle, ertelenebilmiştir.

E — Genel Seçimlerle Ara Seçimleri Arasındaki Sürenin Uzaması ve Sonuçları

Öte yandan yine 1961 Anayasası’nın 74. maddesine göre, savaş nedeniyle yeni seçimlerin yapılmasına olanak görülmezse, seçimler yasayla bir yıl geri bırakılabileceği, ayrıca Millet Meclisi genel seçimlerine bir yıl kala ara seçimi yapılmayacağı için (f. I, III)²⁵; Cumhuriyet Senatosu’nda iki yenileme, dolaşısıyla iki ara seçimi, Millet Meclisi’nde ise bir ara seçimi ile bir genel seçim arasındaki iki yıllık olağan süre üç yıla çıkabilir²⁶.

tarih ve 1488 sayılı Kanun’la Anayasa’ya eklenen geç. 12. madde nedeniyle uygulanmayan 20.8.1971 tarih ve 1471 sayılı «10 Ekim 1971 Tarihinde Yapılması Gereken Seçimlerle İlgili Kanun» için bk. Resmî Gazete, 23.8.1971, S. 13935 Mükerrer (Düstur, 5. Tertip, C. 10, 3. Kitap, s. 3090 vd).

- 23 20.9.1971 tarih ve 1488 sayılı Kanun’la Anayasa’ya eklenen geç. 12. madde gerekçesi için bk. *Öztiirk, Gerekçeli Anayasa*, s. 323.
- 24 1488 sayılı Kanun’la Anayasa’ya eklenen geç. 12. maddeye göre, «10 Ekim 1971 gününde yapılacak seçimler, 12 Ekim 1973’de yapılması gereken milletvekilleri genel seçimiyle birlikte yapmak üzere» ertelenmişti (f. I). Fakat daha sonra *Yüksek Seçim Kurulu*, bu maddede «bir maddî hata sonucu 12 Ekim 1973 yazıldığı» sonucuna varmış, o nedenle «1973 Ekim ayında yapılması» öngörülen seçimler için «oy verme gününün 14 Ekim 1973 Pazar günü olması gerektiğine» karar vermiştir; bk. *Yüksek Seçim Kurulu*, 19.2.1973, K. 24 (Resmî Gazete, 10.3.1973, S. 14472, s. 13 vd).
- 25 Bununla birlikte Anayasa’nın 73. maddesinde 17.4.1970 tarih ve 1254 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik sonunda Millet Meclisi’ genel seçimleri ile Cumhuriyet Senatosu yenileme seçimleri arasında kurulan bağlantı nedeniyle, Anayasa’nın 74. maddesinin «Millet Meclisi genel seçimlerine bir yıl kala ara seçimi» yapılmayacağına ilişkin III. fıkrası hükmü, işlerliğini yitirmiş gözükmektedir. Bu hükmün 74. maddenin I. fıkrası uyarınca seçimlerin «bir yıl geriye» bırakılması durumunda hâlâ işlerliği olacağı düşünülebilir de; 1254 sayılı Kanun’la 73. maddede yapılan değişiklikten sonra böyle bir durumda «Cumhuriyet Senatosunun yenileme seçimleri de Millet Meclisi seçimleriyle birlikte yapılmak üzere geriye bırakılmış» olacağı (f. IV), 74. maddenin II. fıkrası uyarınca Cumhuriyet Senatosu seçiminden ayrı ara seçimi zaten yapılmayacağı için, bu olasılık da ortadan kalkmış bulunmaktadır. O nedenle Anayasa’nın 73. maddesinin III. fıkrası ile 306 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu’nun 5. maddesinin II. fıkrasının 2. cümlesi, artık anlamını yitirmiş, gereksiz hüküm durumundadır.
- 26 Buna karşılık Anayasa’nın 73. maddesinde 17.4.1970 tarih ve 1254 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikten sonra, 69 ve 108. maddeye göre Millet Meclisi seçimlerinin yenilenmesine karar verildiği takdirde, «Cumhuriyet Senatosunun yenileme seçimleri de Millet Meclisi seçimleriyle birlikte yapılmak üzere ... öne alınmış» olacağı için (f. IV); Cumhuriyet Senatosu’nun 70. maddenin I. fıkrasında belirtilen üye tamsayısı ile çalışmasına üstünlük verilerek,

Genel seçimlerle ara seçimleri arasındaki süre uzadığı ölçüde çeşitli nedenlerle boşalan parlamento üyelikleri sayısının artması olasılığı vardır. Doğal âfetler, salgın hastalıklar, büyük kazalar, yaygın şiddet eylemleri, ayaklanma ve savaş gibi olağanüstü durumlarda bu olasılık daha da güçlenebilir.

F — Açık Üyelikler Dolayısıyla Parlamento Çalışmalarında Karşılaşılabilecek Güçlükler

Kamuoyunun parlamentoda eksik temsil edilmesi ya da seçmen eğilimlerinin parlamentoya eksik yansımaları anlamına gelen açık üyelikler²⁷, Meclislerin çalışmalarında güçlükler yaratabilir.

Bu güçlükler, özellikle Anayasa ve Meclislerin İçtüzükleri uyarınca Meclislerin üye tam sayıları üzerinden hesaplanan yetersayı veya çoğunlukları gerektiren işlerde belirginleşir. 1961 Anayasası'na göre bu tür işlerin başlıcaları, şöyle sıralanabilir :

- Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu Başkanlarının seçimi (m. 84/11);
- Millet Meclisi, Cumhuriyet Senatosu ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin toplanması (m. 86);
- Millet Meclisi'nde gensoru dolayısıyla Bakanlar Kurulunun veya bir Bakanın düşürülmesi (m. 89 sf);
- Bakanlar Kurulunun görev sırasında güvenoyu isteminin reddi (m. 104/111);
- Yasa tasarısı veya önerileri dolayısıyla Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu arasında çıkan uyuşmazlıkların «mekik» sistemi içinde ağırlıklı çoğunluklara göre çözümü (m. 92/V, VII - IX, XI);
- Cumhurbaşkanı'nın Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce seçimi (m. 95/1);
- Cumhurbaşkanı'nın vatan hainliğinden dolayı Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce suçlandırılması (m. 99);

74. maddenin II. fıkrasındaki iki yıllık sürenin dolmasını beklemeksizin, Cumhuriyet Senatosu ara seçimlerinin de «öne alınmış» kabul edilmesi ve — Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimi Kanunu'nun 4. maddesinin III. fıkrasında öngörüldüğü gibi — bu «üçte bir yenileme sırasında» açık üyeliklerin doldurulması gerekir.

27 Kamuoyunun parlamentoda eksik temsili, bazen iller itibarıyla da belirginleşebilir. Nitekim bazı dönemler Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliklerinde meydana gelen boşalmaların belirli illerde yoğunlaştığı görülmektedir. Örneğin Millet Meclisinde 1'den çok milletvekilliğinin boşaldığı iller, seçim dönemlerine göre boşalan milletvekilliği sayılarıyla birlikte şöyle sıralanabilir :

I. Dönem (1961 - 1965) : İstanbul 2

II. Dönem (1965 - 1969) : İstanbul 3

III. Dönem (1969 - 1973) : Malatya 2, Elâzığ 2, Samsun 2, Antalya 2, Ankara 2

V. Dönem (1977 - 1980) : Konya 2, İstanbul 2 (bk. Tablo 4).

— Anayasa Mahkemesi'ne Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu kontenjanlarından üye seçimi (m. 145/1);

— Anayasa'nın değiştirilmesi (m. 155/1).

Çoğu kez nispi seçim sisteminin bir sonucu olarak hiçbir siyasal partinin tek başına parlamento çoğunluğunu kazanamadığı dönemlerde Meclislerin üye tam sayıları üzerinden hesaplanmayan yetersayı ve çoğunlukların sağlanması bile, bazen ciddi bir sorun olabilir. 1961 Anayasası'na göre Meclislerin genel karar yetersayısı çerçevesinde toplantıya katılanların salt çoğunluğuyla yetinilen işlerin başlıcaları da, şöyle sıralanabilir :

— Millet Meclisi'nde gensoru önergelerinin gündeme alınması (m. 89/II, IV - V);

— Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce Başbakan veya Bakanlar hakkında Meclis soruşturması açılması (m. 90);

— Yasa tasarı ve önerilerinin Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu'na kabulü (m. 92/11 - IV);

— Genel ve katma bütçe tasarılarının Cumhuriyet Senatosu ve Millet Meclisi'nce kabulü (m. 94/111 - IV);

— Bakanlar Kuruluna göreve başlarken Millet Meclisi'nce güvenoyu verilmesi (m. 103/11, Millet Meclisi İçtüzüğü m. 105/IV);

— Sıkıyönetim ilânının Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce onanması ve uzatılması (m. 124/1 - II).

İşte açık parlamento üyeliklerinin artması, bütün bu ve benzeri yetersayı ve çoğunluklara ulaşmayı güçleştireceği için; duruma göre, Meclislerin yasa koyma, hükümetin kurulması için gerekli parlamento desteğini sağlama ve hükümeti denetleme işlevlerinin yerine getirilmesinde aksamalara yol açabilir.

G — Açık Parlamento Üyeliklerinin Ara Seçimleriyle Doldurulmasının Sakıncaları

Öte yandan parlamento üyeliklerindeki boşalmalar, nedenlerine ve meydana geldikleri koşullara bağlı olarak, dolayısıyla bazen rastlantılarla Meclislerde partilerarası güç dengesini değiştirebilir. Hele nispi seçim sisteminin getirdiği duyarlı parlamento aritmetiğinde ortaya çıkacak birkaç üyelik bir değişiklik bazen siyasal iktidarların kaderini etkileyici nitelikte olabilir. O yüzden açık parlamento üyelikleri ve bunların doldurulması sorunu, seçimlerin çoğunluk sistemine göre yapıldığı parlamenter rejimlerden çok nispi temsil sisteminin uygulandığı parlamenter rejimler açısından önem taşır. Bizde de aynı sorun, çoğunluk sistemi yerine ilkin 306 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu ile nispi temsil sisteminin uygulanmaya başladığı 1961 sonrasında artan bir önem kazanmıştır.

1. Ara Seçimiyle Nispî Temsil Sistemi Arasındaki Çelişki

Oysa açık parlamento üyeliklerinin ara seçimiyle doldurulması, nispî temsil sistemiyle çelişen sonuçlar vermektedir. Bilindiği gibi nispî temsil sistemi, siyasal partilerin parlamentoda güçleri oranında temsil edilmeleri, başka bir deyişle, seçimlerde aldıkları oylar oranında parlamento üyeliği kazanmaları düşüncesine dayanır. Ara seçimleri ise, genellikle her seçim çevresinden bir üyelik için, dolayısıyla fiilen tek adlı çoğunluk veya —yaygın adıyla— dar bölge sistemine göre yapılmaktadır (bk. Tablo 2).

O yüzden herhangi bir seçim çevresindeki ara seçimini —genel seçimden bu yana kamuoyunda önemli bir değişme olmadıkça ya da adayların kişiliklerine bağlı faktörler ön plana geçmedikçe— o seçim çevresinin en güçlü partisi kazanır. Buysa, açık üyeliğin daha önce başka bir partiye ait olduğu durumlarda o partinin zararına ara seçimini kazanan partinin genel seçimde nispî temsil sistemi içinde elde edemediği veya elde edemeyeceği bir başarıya ulaşması demektir²⁸. Böylece ara seçimlerinde fiilen uygulanan tek adlı çoğunluk sistemi dolayısıyla ve sadece bu nedenle genel seçimde nispî temsil sistemine göre belirlenmiş bulunan parlamento aritmetiğinde değişiklikler olabilmektedir.

TABLO 6

Ara Seçimlerinde Partilerarası Sandalye Kaymaları

1 — Millet Meclisi

Ara seçimi yapılan ilin adı	Üyeliği sona eren milletvekilinin adı	Partisi	Ara seçiminde seçilen milletvekilinin adı	Partisi
5.6.1966				
Hatay	Budak Mursaloğlu	AP	Şemsettin Mursaloğlu	AP
2.6.1968				
Adana	Sabahattin Baybora	AP	M. Kemal Çetinsoy	AP
Çorum	İhsan Akhun	AP	İhsan Tomuş	AP
Diyarbakır	Aydın Turgut Artuç	AP	Abdüllatif Ensarioğlu	AP
İstanbul	Ali Fuat Başgil	AP	Mehmet Mustafa Gürpınar	AP
Urfa	Atalay Akan	CHP	Hüsamettin Koran	AP
12.10.1975				
Amasya	Yavuz Acar	AP	Orhan Kayıhan	CHP
Bursa	Sadrettin Çanga	CHP	Ali Elverdi	AP
Eskişehir	İbrahim Ethem Güngör	AP	M. İsmet Angı	AP
Niğde	Mehmet Bıyık	DP	Hüseyin Avni Kavurmacioğlu	AP
Urfa	Necati Aksoy	CHP	Halil Millî	AP

28 Aynı yönde bk. Mackenzie, age, s. 74, 84.

Açık Parlamento Üyeliklerinin Ara Seçimleri Yoluyla Ya da Yedeklerle Doldurulması

Zonguldak	Sadık Tekin Müftüoğlu	AP	Sebati Ataman	AP
14.10.1979				
Aydın	Mutlu Menderes	AP	Selâhattin Acar	AP
Edirne	İlhami Ertem	AP	Ahmet İnceoğlu	AP
Konya	M. Kubilay Imer	AP	Şaban Karataş	AP
Manisa	Atıf Akın	AP	Süleyman Çağlar	AP
Muğla	Haşan Fehmi i İter	CHP	Ünat Demir	AP
Kaynaklar : Tablo 4 ve Yüksek Seçim Kurulu Başkanlığının seçim sonuçlarına ilişkin bildirileri.				

TABLO 7

Ara Seçimlerinde Partilerarası Sandalye Kaymaları

2 — Cumhuriyet Senatosu

Ara seçimi yapılan ilin grubu ve adı	Üyeliği sona eren Cumhuriyet Senatosu üyesinin adı	Partisi	Ara seçiminde seçilen Cumhuriyet Senatosu üyesinin adı	Partisi
7.6.1964				
A Çorum B Eskişehir.	Zeki Arsan Naci Toros	AP YTP	Ahmet Safaettin Yalçuk Ömer Ucuza	AP AP
5.6.1966				
C İstanbul	Sami Kırdar	AP	M. Halûk Berkol	AP
A Maraş	Nedim Evliya	AP	Ahmet Tevfik Paksu	AP
2.6.1968				
C Balıkesir	Haşan Ali Türker	AP	Nuri Demirel	AP
C Bitlis	Ziya Nami Şerefhanoglu	Bağımsız	Orhan Kürüm	AP
14.10.1973				
B Eskişehir	Gavsi Uçagök	AP	Haşan Ergeçer	AP
A Sivas	Rifat Öçten	AP	Kâzım Kangal	CHP
B Urfa	İbrahim Ethem Karakapıcı	CHP	İbrahim Halil Balkıs	AP
12.10.1975				
C İstanbul	Ayhan Peker	CHP	Besim Üstünel	CHP
A Konya	Sedat Çumralı	GP	Erdoğan Bakkalbaşı	CHP
C Samsun	Fevzi Geveci	CHP	Şaban Demirağ	AP
14.10.1979				
A Manisa	Ruhi Tümerkan	AP	Erol Yavuz	AP
Kaynaklar : Tablo 5 ve Yüksek Seçim Kurulu Başkanlığı'nın seçim larına ilişkin bildirileri. sonuçlarına ilişkin bildirileri				

Nitekim ülkemizde 7 Haziran 1964 günü Cumhuriyet Senatosu C Grubu illeri üçte bir yenileme seçimleri ile birlikte Cumhuriyet Senatosu ara seçimi

yapılan illerden Eskişehir’de daha önce YTP’ye ait olan Cumhuriyet Senatosu üyeliği AP’ye, 2 Haziran 1968 günü Cumhuriyet Senatosu A Grubu illeri üçte bir yenileme seçimleri ile birlikte Millet Meclisi ara seçimi yapılan illerden Urfa’da daha önce CHP’ye ait olan milletvekilliği AP’ye geçmiştir. 14 Ekim 1973 günü Millet Meclisi genel ve Cumhuriyet Senatosu üçte bir yenileme seçimleri ile birlikte Cumhuriyet Senatosu ara seçimi yapılan illerden Sivas’ta daha önce AP’ye ait olan Cumhuriyet Senatosu üyeliğini CHP, Urfa’da daha önce CHP’ye ait olan Cumhuriyet Senatosu üyeliğini ise AP kazanmıştır. 12 Ekim 1975 günü Cumhuriyet Senatosu B Grubu illeri üçte bir yenileme seçimleri ile birlikte Millet Meclisi ara seçimi yapılan illerden Amasya’da daha önce AP’ye ait olan milletvekilliği CHP’ye, Bursa ve Urfa’da CHP’ye, Niğde’de DP’ye ait olan milletvekillikleri AP’ye; Cumhuriyet Senatosu ara seçimi yapılan illerden Konya’da daha önce CGP’ye ait olan Cumhuriyet Senatosu üyeliği CHP’ye, Samsun’da CHP’ye ait olan Cumhuriyet Senatosu üyeliği AP’ye geçmiştir. 14 Ekim 1979 günü Cumhuriyet Senatosu C Grubu illeri üçte bir yenileme seçimleri ile birlikte Millet Meclisi ara seçimi yapılan illerden Muğla’da daha önce CHP’ye ait olan milletvekilliğini AP kazanmıştır (bk. Tablo 6 ve 7).

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, ara seçimlerinin tutarlı sonuçlar verebileceği seçim sistemleri, nispî temsil değil, çoğunluk sistemleridir. Zaten boşalan parlamento üyeliklerinin ara seçimiyle doldurulması yöntemi, ülkemizde liste usulü çoğunluk sisteminin geçerli olduğu bir dönemin Anayasasından, 1924 Teşkilat-i Esasiye Kanunu’ndan gelmektedir. Aynı yöntemin artık gerek Millet Meclisi, gerek Cumhuriyet Senatosu seçimleri için nispî temsil sisteminin kabul edildiği bir dönemde sürdürülmesi ise, —yukardaki örneklerde görüldüğü gibi— bu sistemin amacına ve mantığına ters düşen sonuçların ortaya çıkmasını kaçınılmaz kılmaktadır.

Gerçi değişik seçim çevrelerinde çoğunluk oylarını toplayabilecek partiler ayrı olacağı için, ara seçimleri sonuçlarının ülke düzeyinde belirli bir ölçüde denkleşeceği, dolayısıyla ara seçimlerinin her seçim çevresinde en güçlü partiye yaraması olgusunun önemini yitireceği düşünülebilir. Ancak bu, ara seçimlerinin yapılmasını gerektiren açık üyeliklerin meydana geldiği koşullar kadar rastlantılara bağlı olduğu gibi, böyle bir durumda bile seçim çevrelerinin partilere göre temsili bakımından ara seçimleriyle nispî temsil sisteminin bağdaşmayacağı ortadadır.

2. Seçimlerin Çok Sık Yapılması ve Sonuçları

Öte yandan ara seçimleri Cumhuriyet Senatosu yenileme seçimleriyle birlikte ve bazen aynı illerde yapılırsa da, diğer bazı iller salt bu nedenle seçim ortamına girmektedir. Böylece o illerde de seçimlerin yürütülmesi ve seçim güvenliğinin sağlanması için yüzlerce, hatta binlerce kamu görevlisi seferber edilmekte ve genellikle her ilde bir milletvekili veya Cumhuriyet Senatosu

üyесinin seçimi için yüzbinlerce seçmen sandık başına çağrılmaktadır²⁹. Ara seçimleri dolayısıyla gerek Devlet, gerek siyasal partiler daha çok harcama yapmak zorunda kalmakta, başka bir deyişle, seçimlerin maliyeti artmaktadır. Çok sık yapılan seçimler, halkta bıkkınlık ve genel olarak seçimlere karşı ilgisizliğe yol açmaktadır³⁰. Üstelik seçimlerin çok sık yapılması dolayısıyla siyasal iktidarlar, geniş halk kesimlerinin desteğini yitirmemek kaygısıyla çeşitli konularda tavizci tutumlar içine girmekte, cesaretle alınması gereken kararları ertelemekte, uzun vadeli plan hedefleriyle bağdaşmayan kısa vadeli ekonomik, malî ve sosyal politikalar izlemektedir.

IV. SEÇİLMİŞ MECLİSLERDE AÇIK ÜYELİKLERİN YEDEKLERLE DOLDURULMASI

A — Yabancı Ülkelerde Açık Parlamento Üyeliklerinin Yedeklerle Doldurulması

Ara seçimlerinin yukardan beri sıralanagelen sakıncaları, açık parlamento üyeliklerinin yedeklerle doldurulması yöntemiyle giderilebilir. Nitekim özellikle nispi temsil sistemini benimsemiş çeşitli ülkelerde bu yöntem uygulanmaktadır.

1. Federal Almanya

Örneğin Federal Almanya'da Federal Meclis'in 518 üyesinden yarısının birer milletvekili seçim çevreleri itibariyle dar bölgesi çoğunluk, diğer yarısının federe devletlerden aday listeleri itibariyle nispi temsil sistemine göre seçilmesini öngören Federal Seçim Kanunu (Bundeswahlgesetz §§ 1, 5-6)³¹, açık üyeliklerin doldurulması konusunda da karma bir yöntem getirmiştir :

Seçilmiş bir aday ölür veya seçimi kabul etmez ya da bir milletvekili ölür veya başka bir nedenle Federal Meclis'ten ayrılırsa, ona ait sandalye, kendisinin seçimde aday olduğu partinin ilgili federe devletteki aday listesinden dol-

29 Örneğin 2.6.1968 günü Adana'da yalnız bir milletvekilliği için yapılan ara seçiminde seçmen sayısı 377.314, % 65.99 oranında katılma ile oyunu kullanan seçmen sayısı 249.003, geçerli oy pusulası sayısı 232.204; İstanbul'da yine yalnız bir milletvekilliği için yapılan ara seçiminde seçmen sayısı 1.138.151, % 44.27 oranında katılma ile oyunu kullanan seçmen sayısı 503.803, geçerli oy pusulası sayısı 458.648 idi; bk. Resmî Gazete, 12.6.1968, S. 12922, s. 15 vd (Yüksek Seçim Kurulu Başkanlığı bildirisi).

12.10.1975 günü İstanbul'da yalnız bir Cumhuriyet Senatosu üyeliği için yapılan ara seçiminde ise seçmen sayısı 1.974.487, % 50 oranında katılma ile oyunu kullanan seçmen sayısı 987.284, geçerli oy pusulası sayısı 963.008'dir; bk. Resmî Gazete, 25.10.1975, S. 15394, s. 13 (Yüksek Seçim Kurulu Başkanlığı bildirisi).

30 Genel olarak seçimlerin, bu arada ara seçimlerinin çok sık yapılmasının sakıncalar» hakkında bk. *Öztürk, Gerekçeli Anayasa*, s. 145 (17.4.1970 tarih ve 1254 sayılı Kanun'a ilişkin teklifin gerekçesi); ayrıca *Yüksek Seçim Kurulu*, 7.3 1980, K. 114 (Resmî Gazete, 8.4.1980, S. 16954, s. 38).

31 Federal Seçim Kanunu'nun Türkçe çevirisi için bk. *Turgut Kalpsüz*, «Almanya'nın 7 Mayıs 1956 Tarihli Federal Seçim Kanunu», A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi 1961, C. XVIII, S. 1-4, s. 519-545.

durulur. Listenin düzenlendiği tarihten sonra bu partiden ayrılmış adaylar halefiyet sırasında dikkate alınmaz. Listede başka aday kalmazsa, sandalye boş bırakılır. Halefiyet sırasının kimde olduğu, ilgili federe devletteki seçim kurulu başkanınca saptanır.

Ayrılan milletvekili, ilgili federe devlette kabul edilmiş bir aday listesi bulunmayan bir parti veya bir seçmen grubunun seçim çevresi milletvekili olarak seçilmişse, o seçim çevresinde ara seçimi (*Ersatzwahl*) yapılır. Ara seçimi, en geç ayrılma tarihinden sonraki altmış gün içinde yapılır. Fakat altı ay içinde yeni bir Federal Meclis seçilecekse, ara seçimi yapılmaz. Ara seçimi, genel hükümlere göre yürütülür. Seçim gününü ilgili federe devletteki seçim kurulu başkanı belirler (§ 48).

Görüldüğü gibi, Federal Seçim Kanunu’nda açık parlamento üyelikleri sorunu tamamıyla çözülmüş değildir. Bununla birlikte ara seçimi gereği en aza indirilmiş; ara seçimi yapıldığı zaman da. daha önce zaten tek adlı çoğunluk sistemine göre seçilmiş bir milletvekili yerine belirli durumlarda yine aynı sisteme göre yenisi seçileceği, nispi temsil sistemine göre seçilmiş bir milletvekili yerine ara seçimi yapılması asla söz konusu olmadığı için herhangi bir sistemler çelişkisinin ortaya çıkması önlenmiştir.

Dikkati çeken başka bir nokta, açık üyeliklerin ilgili aday listesinden doldurulması yoluna gidildiği zaman listedeki seçimi kazanamamış adayların âdeta doğal yedek sayılmasıdır.

2. Fransa

1958 Fransız Anayasası’na göre, Millet Meclisi veya Senato’da sandalye boşalması durumunda ilgili Meclisin tamamen veya kısmen yenilenmesine değin milletvekili veya senatörlerin yerini alacak kişilerin hangi koşullarda seçileceği, bir organik kanunla saptanır (m. 25/11, ayrıca 23/III).

Söz konusu koşullar her iki Meclis için ayrı ayrı saptanmıştır:

a) Millet Meclisi

Millet Meclisi’nin kuruluşuna ve yetki süresine ilişkin organik kanunu getiren 7 Kasım 1958 tarih ve 58 - 1065 sayılı Kanun Hükmünde Kararname³² uyarınca; ölüm, hükümette görev kabul etme, Anayasa Konseyi üyeliğine atanma³³ veya hükümetçe verilen geçici bir görevin altı aydan çok sürmesi nedeniyle sandalyesi boşalan milletvekillerinin yerine Millet Meclisi’nin yenilenmesine değin daha önce onlarla aynı zamanda bu amaçla seçilmiş kişiler, yani yedekler geçer (m. 5).

32 Ordonnance no. 58 - 1065 du 7 novembre 1958, portant loi organique relative à la composition et à la durée des pouvoirs de l’Assemblée nationale (Journal officiel du 9.11.1958).

33 Fransız Anayasası’na göre hükümet üyeliği, parlamento üyeliği ile bağdaşmaz (m. 23). Aynı biçimde Anayasa Konseyi üyeliği de, parlamento üyeliği ile bağdaşmaz (m. 57).

Buna karşılık bir seçim çevresindeki seçim işlemlerinin iptali veya yukarıda sayılanlardan başka bir nedenle sandalye boşalması durumlarında ya da yukarıdaki hükmün uygulanmasına, yani açık üyeliklerin yedeklerle doldurulmasına olanak kalmadığı zaman, üç ay içinde kısmî seçim (*election partielle*) yapılır. Fakat Millet Meclisi'nin yetki süresinin sona ermesinden önceki oniki ay içinde kısmî seçim yapılmaz (m. 6).

b) Senato

Senatonun kuruluşuna ve senatörlerin vekillik süresine ilişkin organik kanunu getiren 15 Kasım 1958 tarih ve 58 - 1097 sayılı Kanun Hükmünde Kararname³⁴ uyarınca; çoğunluk sistemine göre seçilmiş senatörlerden yine ölüm, hükümette görev kabul etme, Anayasa Konseyi üyeliğine atanma veya hükümetçe verilen geçici bir görevin altı aydan çok sürmesi nedeniyle sandalyesi boşalanların yerine —Millet Meclisi'nde olduğu gibi— daha önce onlarla aynı zamanda bu amaçla seçilmiş kişiler, yani yedekler geçer (m. 5).

Nispî temsil sistemine göre seçim yapılan seçim çevrelerinde ise bir aday listesinde seçilmiş son adaydan hemen sonra gelen adaylar, aynı listeden seçilmiş olup herhangi bir nedenle sandalyesi boşalan senatörlerin yerine geçerler (m. 6).

Buna karşılık —yine Millet Meclisi'nde olduğu gibi— bir seçim çevresindeki seçim işlemlerinin iptali veya çoğunluk sistemine göre seçilmiş senatörler için öngörülenlerden başka bir nedenle sandalye boşalması durumlarında ya da yukarıdaki hükümlerin uygulanmasına, yani açık üyeliklerin doldurulmasına olanak kalmadığı zaman, üç ay içinde kısmî seçime gidilir. Fakat Senato üçte bir yenileme seçimlerinden önceki yıl içinde kısmî seçim yapılmaz (m. 7).

Yukarıdaki koşullarda sandalyeleri boşalan senatörlerin yerine geçen kişilerin vekilliği, ilk hak sahibinin yenilenmiş olacağı tarihte sona erer (18 Temmuz 1962 tarih ve 62 - 807 sayılı Organik Kanun'la değişik m. 8)³⁵.

Görüldüğü gibi Fransız hukukunda da açık parlamento üyeliklerinin yedeklerle doldurulmasına öncelik verilmiş; bu yöntemin işlemediği, özellikle başka yedek kalmadığı zaman da kısmî seçim, yani ara seçim yapılması ön-

34 Ordonnance no. 58 - 1097 du 15 novembre 1958, portant loi organique relative à la composition du Senat et à la durée du mandat des sénateurs (Journal officiel du 16.11.1958).

35 Bu maddenin 18.7.1962 tarih ve 62-807 sayılı Organik Kanun'la değiştirilmeden önceki ilk metni şöyleydi:

Madde 8 — Yukarıda 5, 6 ve 7. maddelerde öngörülen koşullarda sandalyeleri boşalan senatörlerin yerine geçen kişilerin vekilliği, bundan sonra yenilenmesi-gereken ilk grup senatörlerin vekilliği ile aynı zamanda sona erer.

O zaman bu gruba ait olmayan boş sandalyeler için kısmî seçim yapılır. Boy lece seçilen senatörlerden her birinin vekilliği ise, sandalyesinin ait olduğu grubun yenilenmesiyle sona erer.

görülmüştür. Millet Meclisi ile Senato arasındaki düzenleme farkları ise, her iki Meclisin farklı biçimde ve ayrı seçim sistemlerine göre seçilmesinden ileri gelmektedir³⁶. Dikkati çeken nokta, çoğunluk sistemine göre yapılan

Millet Meclisi seçimleri ile Senato için çoğunluk sistemi uygulanan seçim çevrelerinde yedeklerin ayrıca seçilmesi, buna karşılık Senato için nispi temsil sistemi uygulanan seçim çevrelerinde aday listelerinde seçilenlerden hemen sonra gelen adayların âdeta doğal yedek sayılmasıdır³⁷.

3. İskandinav Ülkeleri³⁸

Parlamento seçimleri için nispi temsil ilkesini kabul eden İskandinav anayasalarında yedek parlamento üyeliği de öngörülmüş bulunmaktadır.

a) İsveç

1974 İsveç Anayasası'na göre 349 üyeli *Riksdag* için aynı sayıda yedek de seçilir. Seçimlerde bir partinin kazandığı her sandalye için bir üye ve bir yedek atanır (Regeringsformen, 3 kap. I/II, 9 §§). İlgili partilerin listelerindeki sırada üye seçilenlerden sonra gelenler, yedek seçilmiş sayılırlar.

Riksdag Başkanlığına seçilen veya hükümet üyeliğine atanan ya da kendisine bir aydan az olmayan bir süre için izin verilen *Riksdag* üyesinin parlamenter görevleri bir yedek tarafından yerine getirilir (Regeringsformen, 4 kap. 9/1 §; Riksdagsordningen, 1 kap. 8 §)³⁹.

b) Norveç

1814 Norveç Anayasası'nda da 155 üyeli *Storting* için aynı sayıda yedek seçilmesi öngörülmüştür (§§ 57, 59).

c) Danimarka

1953 Danimarka Anayasası, *Folketing* yedek üyelerinin seçimi ve bunların parlamentoya kabulü ile ilgili kuralların Seçim

36 Fransa'da tek dereceli olan Millet Meclisi seçimleri iki turda tek adlı (dar bölge) çoğunluk, iki dereceli olan Senato seçimleri ise dört veya daha az senatör çıkaran seçim çevrelerinde iki turda liste usulü çoğunluk, beş veya daha fazla senatör çıkaran seçim çevrelerinde nispi temsil sistemine göre yapılır. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bk. Maurice Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 6^e éd., Paris 1962, s. 552 - 567, özellikle 552, 557 - 559, 561 - 564.

37 Fransa'da açık parlamento üyeliklerinin yedeklerle doldurulması hakkında ayrıca bk. Duverger, *age*, s. 526, 558 vd.

38 İskandinav ülkelerinin seçim sistemleri hakkında toplu bilgi için bk. Hikmet Sami Türk, «Seçim Sisteminde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Bazı Öneriler», Türk Parlamentoculuğunun İlk Yüzyılı 1876- 1976, Ankara [1978], s. 382-384; «Nasıl Bir Seçim Sistemi?», A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi 1979, C. 36, S. 1-4, s. 56 vd.

39 İsveç'te yedek parlamento üyeliği ile ilgili olarak ayrıca bk. Ulf K. Nordenson / Frank O. Finney (Translation), *Constitutional Documents of Sweden*, Stockholm 1975 (published by the Swedish Riksdag), s. 17; «Swedish Government in Action», Fact Sheets on Sweden, August 1975 (published by the Swedish Institute), s. 3; Björn Orrhede, «The Reform of the Swedish Constitution», Current Sweden, No 11, October 1973 (published by the Swedish Institute), s. 5 (Çoğaltma).

Kanunu'nda yer alacağım belirtmektedir (§ 31/4). Bu kurallar uyarınca 175 üyelik *Folketing* için yapılan seçimlerde her seçim çevresinde en çok oy alan aday veya adaylar, asıl üye; diğer adaylar ise, oy sayılarının sırasına göre yedek üye seçilmiş olur⁴⁰.

B – Türk Hukukunda Açık Üyeliklerin Yedeklerle Doldurulması

Türk seçim hukuku da, seçilmiş meclislerdeki açık üyeliklerin yedeklerle doldurulması yöntemine yabancı değildir. Nitekim il genel, belediye, köy ve mahalle ihtiyar meclislerinde kural olarak bu yöntem uygulanmaktadır.

1. Yerel Yönetim Meclisleri

a) İl Genel Meclisleri

Konu, il genel meclisleri açısından 13 Mart 1329/17 Rebiülahir 1331 tarihli İdare-i Umumiye-i Vilâyat Kanunu'nun 11 Haziran 1946 tarih ve 4928 sayılı Kanun'la⁴¹ değişik 108 ve 110. maddeleri ile aynı Kanun'a 19 Temmuz 1963 tarih ve 306 sayılı Kanun'la⁴² eklenen hükümlerde özetle şöyle düzenlenmiştir :

Nispî temsil sistemine göre ve her ilçe bir seçim çevresi olmak üzere dört yılda bir yapılan il genel meclisleri seçimleri için seçilme yeterliğine sahip her vatandaş adaylığını koyabileceği gibi; siyasal partiler de, bir seçim çevresinin çıkaracağı üye sayısı kadar asıl ve aynı sayıda yedek üye adayı gösterirler (Ek m. 1-2, 3/1, 4/1, III). Siyasal partilere ait oy pusulalarında asıl ve yedek üye adayları bir çizgiyle ayrılır ve bu nitelikleri ayrıca belirtilir (Ek m. 6/II).

Seçimde siyasal partilerin ve bağımsız adayların kazandıkları asıl üyelikler, *d'Hondt* sistemine göre hesaplanarak kendilerine tahsis edildikten sonra; yedek üyelikler için aynı işlem ayrı olarak yapılır. Siyasal partilerin kazandıkları yedek üyelikler, asıl üyeliğe seçilenlerden sonra gelen addan başlayarak sırayla saptanır (Ekm. 9/A, D).

Üyelerden çekilen, ölen veya süresi bitmeden önce başka bir il'e ikametgâhını nakleden ya da üye olmak niteliğini yitirenlerin yerlerine bunlar hangi ilçeden seçilmişlerse o ilçenin yedekleri, kazandıkları «oy sırası ile» önceki üyenin süresini tamamlamak üzere getirilirler (m. 110 c. 1). Bir siyasal partiye

40 Danimarka'da yedek parlamento üyelerinin seçimi ile ilgili olarak ayrıca bk. «Rules of Election to Parliament», Fact Sheet/Denmark, Code 1-4-75 Valgregler E (published by the Press and Cultural Relations Department of the Ministry of Foreign Affairs of Denmark), s. 2.

41 İdare-i Umumiye-i Vilâyat Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bir Madde Eklenmesi Hakkında Kanun (Resmî Gazete, 17.6.1946, S. 6335).

42 İdare-i Umumiye-i Vilâyat Kanununda Değişiklikler Yapılmasına ve İlgili Bazı Kanunların Kaldırılmasına Dair Kanun (Resmî Gazete, 27.7.1963, S. 11465).

Bu Kanun'da daha sonra 13.7.1967 tarih ve 905 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle il genel meclisleri seçimlerinin başlangıç tarihi, «Her seçim döneminin son toplantı yılının Mart ayının 30. günü»; oy verme günü ise, «Haziran ayının ilk Pazar gününe rastlayan gün» olarak belirlenmiştir (Ek m. 3/II).

ait asıl üyelik boşalınca, o yer için ancak o partiye mensup yedek üye «oy sırasına göre»⁴³ çağrılır (Ek m. 9/E).

Yedek üyeler de il genel meclisine üye olarak alındıktan sonra üyelik açılırsa ilgili ilçede yalnız açılan üyelik için «yeniden seçim», daha doğrusu ara seçimi⁴⁴ yapılır. Böylece seçilen üye, yerine seçildiği üyenin süresini doldurur (m. 110 c. 2).

Fakat il genel meclisinin dört yıllık seçim dönemi sona ermeden önce herhangi bir nedenle boşalması veya meclis üye sayısının yedeklerin de getirilmesinden sonra meclis üye tamsayısının yarısına düşmesi durumlarında yeniden seçim⁴⁵ yapılır (Ek m. 3/1, III-V). Böylece «yeniden seçilecek» meclis, eski meclisin süresini tamamlar (m. 108 c. 2).

b) Belediye Meclisleri

Benzer bir düzenleme, 3 Nisan 1930 tarih ve 1580 sayılı Belediye Kanunu'na 19 Temmuz 1963 tarih ve 307 sayılı Kanun'la⁴⁶ eklenen veya değişiklik getiren hükümlerde özetle şöyle yer almıştır⁴⁷ :

43 Ancak seçmene tercihli oy hakkı tanınması durumunda anlam taşıyabilecek olan bu hüküm Kanun'un aynı maddesinin başka bir hükmü ile çelişmektedir. Çünkü Kanun'a göre ilçe seçim kuruluna verilen «aday listelerindeki sıra», onların seçimlerde kazandıkları asıl ve yedek üyeliklerin saptanmasına «esas olur» (Ek m. 9/B, D). Kaldı ki kişi olarak yalnız bağımsız adayların aldıkları oy miktarı, tutanağa geçirilir (Ek m. 8/6).

44 Kanun'da «yeniden seçim» terimi kullanılmakla birlikte; yalnız açılan üyelik için seçim yapıldığından, burada teknik anlamda bir «ara seçimi» söz konusudur.

45 Aslında Kanun'un ek 3. maddesinde «yeniden seçim» terimi kullanılmış değildir. Fakat belirtilen koşullarda il genel meclisi «infisah» ettiği için; meclisin tümüyle yenilenmesi, dolayısıyla bütün ilde «yeniden seçim» yapılması söz konusudur (m. 108).

Ekleyelim ki, Kanun'daki «İl genel meclisinin dönem sonundan önce herhangi bir sebeple boşalması» ibaresi (Ek m. 3/III), —Cumhuriyet Senatosu İçel Üyesi Cavit Tevfik Okyayuz ve arkadaşlarının aynı konuya ilişkin kanun teklifinde kullanılan ifade ile— «İl genel meclisinin dönem sonundan önce herhangi bir sebeple *inhilâlî*» anlamındadır (Ek m. 3/III); bk. Millet Meclisi Tutanak Dergisi 1963, C. 19, S. Sayısı 285 : «İdare-i Umumiye-i Vilâyat Kanununun Değişiklikler Yapılmasına ve İlgili Bazı Kanunların Kaldırılmasına Dair Kanun Tasarısı ve C. Senatosu İçel Üyesi Cavit Tevfik Okyayuz ve 6 Arkadaşının, İdare-i Umumiye-i Vilâyat Kanununa Bazı Maddeler Eklennesine, Bu Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Bazı Kanunların Kaldırılmasına Dair Kanun Teklifi ve İçişleri ve Adalet Komisyonları Raporları (1/399, 2/340)», s. 4.

Kanun'da ayrı bir durum olarak öngörülen «meclis üye sayısının yedeklerin de getirilmesinden sonra meclis üye tamsayısının yarısına düşmesi» de (Ek m. 3/III), —aşağıda diğer yerel meclisler açısından da değinileceği üzere (dn. 48, 51, 54)— gerçekte bir «boşalma», «inhilâl» ya da «infisah» nedenidir (m. 108). Dolayısıyla böyle bir durumda da sadece açılan üyelikler için değil, meclisin tümü için «yeniden seçim» yapılması gerekir.

46 Belediye Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Resmî Gazete, 27.7.1963, S. 11465).

Bu Kanun'da daha sonra 13.7.1967 tarih ve 904 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle belediye meclisleri ve başkanları seçimlerinin başlangıç tarihi, «Seçim döneminin son toplantı yılının Mart ayının 30. günü»; oy verme günü ise, «Haziran ayının ilk Pazarına rastlayan gün» olarak belirlenmiştir (Ek m. 3/II).

47 Konuyu gereksiz yere ağırlaştırmamak için aşağıdaki açıklamalarda belediye başkanları seçimi dikkate alınmamıştır.

Yine nispi temsil sistemine göre ve her belde bir seçim çevresi olmak üzere dört yılda bir yapılan belediye meclisleri seçimleri için seçilme yeterliğine sahip her vatandaş bağımsız adaylığını koyabileceği gibi; siyasal partiler de, bir seçim çevresinin çıkaracağı üye sayısı kadar asıl ve aynı sayıda yedek üye adayı gösterirler. Asıl ve yedek üye adayları oy pusulaları üzerinde bir çizgiyle ayrılır ve bu nitelikleri de belirtilir (Ek m. 1 - 2, 3/1, 4/1 - II, 9/D).

Seçimde siyasal partilerin ve bağımsız adayların kazandıkları asıl üyelikler, sayıları *d'Hondt* sistemine göre hesaplanarak kendilerine tahsis edildikten sonra; yedek üyelikler için aynı işlem ayrı olarak yapılır. Siyasal partilerin kazandıkları yedek üyelikler, asıl üyeliğe seçilenlerden sonra gelen addan başlayarak sırayla saptanır (Ek m. 9/A, E).

Asıl üyeliklerden biri herhangi bir nedenle boşalınca, geri kalan süreyi tamamlamak üzere, «sırası gelmiş olan» yedek üye çağrılır. Boşalan asıl üyelik bir siyasal partiye aitse, çağrılacak yedek üye de o siyasal partiden olur (m. 45).

Fakat belediye meclisinin dört yıllık seçim dönemi sona ermeden önce herhangi bir nedenle boşalması veya meclis üye sayısının yedeklerin de getirilmesinden sonra meclis üye tamsayısının yarısına düşmesi durumlarında «yeni seçim»⁴⁸ yapılır (Ek m. 3/1, III-V, m. 90/1).

c) Köy İhtiyar Meclisleri

Aynı konu, köy ihtiyar meclisleri açısından 18 Mart 1340/12 Şaban 1342 ta-

48 Kanun'un ek 3. maddesinde yapılan seçimi niteleyici bir ifade geçmemekle birlikte; öngörülen koşullarda belediye meclisi tümtüyle yenileneceği için, 90. maddede kullanılan «yeni seçim» terimi yerindedir. Nitekim Kanun Tasarısı Gereğesinde ek 3. maddeye ilişkin açıklamalarda da sözü geçen koşullarda «yeniden seçim» yapılacağı belirtilmiştir; bk. Millet Meclisi Tutanak Dergisi 1963, C. 19, S. Sayısı 286 : «Belediye Kanununda Değişiklikler Yapılmasına ve İlgili Bazı Kanunların Kaldırılmasına Dair Kanun Tasarısı ile C. Senatosu İçel Üyesi. Cavit Tevfik Okyayuz ve 6 Arkadaşının, 1580 Sayılı Belediye Kanununa Bazı Maddeler Eklenmesine, Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine ve Kaldırılmasına ve 5669, 6424, 6555, 7363 Sayılı Kanunların Kaldırılmasına Dair Kanun Teklifi ve Edirne Milletvekili İlhami Ertem'in, 1580 Sayılı Belediye Kanununun 76, 89, 91 ve 92. Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi ve İçişleri ve Adalet Komisyonları Raporları (1/427, 2/191, 2/336)», s. 2.

Ekleyelim ki, Kanun'daki «Belediye meclisinin dönem sonundan önce herhangi bir sebeple boşalması» ibaresi (Ek m. 3/III, m. 90/1), —Cumhuriyet Senatosu İçel Üyesi Cavit Tevfik Okyayuz ve arkadaşlarının aynı konuya ilişkin kanun teklifinde kullanılan ifade ile— «Bir belediye meclisinin dönem sonundan önce herhangi bir sebeple dağılması» anlamındadır (Ek m. 3/II); bk. Millet Meclisi Tutanak Dergisi 1963, C. 19, S. Sayısı 286, s. 7.

Yine Kanun'da ayrı bir durum olarak öngörülen «belediye meclisi üye sayısının, yedeklerin de getirilmesinden sonra meclis üye tamsayısının yarısına düşmesi» de (Ek m. 3/III, m. 90), gerçekte bir «boşalma», «dağılma» veya «inhiâl» nedenidir. Nitekim Kanun Tasarısı Gereğesinde 90. maddeye ilişkin açıklamalarda her iki durumu kapsayıcı bir ifade ile burada «Belediye Meclislerinin inhiâlî» söz konusu olduğu belirtilmiştir; bk. Millet Meclisi Tutanak Dergisi 1963, C. 19, S. Sayısı 286, s. 3.

rih ve 442 sayılı Köy Kanunu’na 18 Temmuz 1963 tarih ve 286 sayılı Kanun’la⁴⁹ eklenen veya değişiklik getiren hükümlerde özetle şöyle düzenlenmiştir⁵⁰:

Çoğunluk sistemine göre ve her köy bir seçim çevresi olmak üzere dört yılda bir yapılan, fakat —il genel ve belediye meclislerinden farklı olarak— «adaylık usulü» uygulanmayan köy ihtiyar meclisleri seçimlerinde seçmenler, asıl üye sayısının bir katı kadar ad yazılmış oy pusulalarını sandığa atarlar (Ek m. 1 - 2, 4/1). En çok oy alanlardan başlanarak —köy nüfusunun 1.000’- den az veya çok olmasına göre— 4 veya 6’sı asıl, geri kalan 4 veya 6’sı yedek üye, yani toplam 8 veya 12 kişi üye seçilmiş olur. Asıl üyeliklerden biri herhangi bir nedenle boşalırsa, arta kalan süreyi tamamlamak üzere, yedeklerden «önde olan» asıl üyeliğe çağrılır (m. 22).

Fakat dört yıllık seçim dönemi sona ermeden önce ihtiyar meclisi üye sayısının yedeklerin de getirilmesinden sonra tabii üyeler dışındaki meclis üye tamsayısının yarısına düşmesi durumunda «ara seçimi», daha doğrusu yeniden seçim⁵¹ yapılır. Ara seçimi sonunda işbaşına gelen ihtiyar meclisi üyeleri kalan süreyi tamamlarlar (Ek m. 3/1, IV - V, IX, 9/II).

ç) Mahalle İhtiyar Heyetleri

Mahalle ihtiyar heyetleri açısından benzer bir düzenleme, 10 Nisan 1944 tarih ve 4541 sayılı Şehir ve Kasabalarda Mahalle Muhtar ve İhtiyar Heyetleri Teşkiline Dair Kanun’a 18 Temmuz 1963 tarih ve 287 sayılı Kanun’la⁵² eklenen

49 Köy Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Resmî Gazete (26.7.1963, S. 11464).

Bu Kanun’da daha sonra 13.7.1967 tarih ve 906 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle köy muhtar ve ihtiyar meclisleri seçimlerinin başlangıç tarihi, «Her seçim döneminin son yılının Mart ayının 30. günü»; oy verme günü ise, «Haziran ayının ilk Pazar gününe rastlayan gün» olarak belirlenmiştir (Ek m. 3/III - IV).

50 Konuyu gereksiz yere ağırlaştırmamak için aşağıdaki açıklamalarda muhtar seçimi dikkate alınmamıştır.

51 Kanun’da «ara seçimi» terimi kullanılmakla birlikte (Ek m. 3/IX, 9/II); bu durumda köy ihtiyar meclisinin tümüyle yenilenmesi gerekeceği için, teknik anlamda bir «ara seçimi» değil, fakat yeniden seçim söz konusudur. Çünkü öngörülen durumda ihtiyar meclisinin «boşalmış» olduğu, «köy muhtarlığı da boşalmış ise», her iki seçimin birlikte yapılacağını belirtilmesinden de anlaşılmaktadır (Ek m. 3/VIII). Burada da köy muhtarlığı ya da ihtiyar meclisinin «boşalmış» olması, —Cumhuriyet Senatosu İçel Üyesi Cavit Tevfik Okyayuz ve arkadaşlarının aynı konuya ilişkin kanun teklifinde kullanılan ifade ile— köy muhtarlığı ya da ihtiyar meclisinin «*inhişlâl* elmiş» olması demektir (Ek m. 3/VII); bk. Millet Meclisi Tutanak Dergisi 1963, C. 19, S. Sayısı 284 : «Köy Kanununda Değişiklik Yapılmasına ve İlgili Bazı Kanunların Kaldırılmasına Dair Kanun Tasarısı ve C. Senatosu İçel Üyesi Cavit Tevfik Okyayuz ve 6 Arkadaşının, 442 Sayılı Köy Kanununa Bazı Maddeler Eklenmesine, Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine, Bazı Maddeleriyle Bazı Kanunların Kaldırılmasına Dair Kanun Teklifi ve İçişleri ve Adalet Komisyonları Raporları (1/398, 2/339)», s. 4.

Böyle olduğu halde, bu durumda yapılan seçimin Kanun’da «ara seçimi» olarak nitelenmesinin nedeni (Ek m. 3/IX, 9/II), konunun Türkiye genelinde düşünülmesindendir. Ülkenin her yanında «her dört yılda bir» yapılan köy muhtar ve ihtiyar meclisleri seçimlerine göre, yalnız boşalan muhtarlık ve ihtiyar meclisi üyelikleri için «yılda bir defa» yapılan seçimler, «ara seçimi» sayılmaktadır (Ek m. 3/1, VII-IX).

52 Şehir ve Kasabalarda Mahalle Muhtar ve İhtiyar Heyetleri Teşkiline Dair 4541 Sayılı Kanun-

ve değişiklik getiren hükümlerde özetle şöyle yer almıştır⁵³:

Yine çoğunluk sistemine göre ve her mahalle bir seçim çevresi olmak üzere —köy ihtiyar meclisleri seçimleri ile «aynı dönemde ve aynı günde»— dört yılda bir yapılan mahalle ihtiyar heyetleri seçimlerinde 4 asıl, 4 yedek üye seçilir (m. 5). Oy pusulalarına 8 adayın adı ve soyadı yazılır. En çok oy kazanan adaylardan sırayla 4'ü asıl, 4'ü yedek üye seçilmiş olur (Ek m. 3/II, VI).

Asıl üyeliklerde meydana gelecek boşalmalara «sırası ile» yedek üyeler gelirler. Fakat yedek üye kalmaz ve asıl üye sayısı da ikiden aşağı düşerse, mahallede «yeniden seçim»⁵⁴ yapılır. Böylece seçilen ihtiyar heyeti üyelerinin görevi, o seçim döneminin sonuna dek sürer (m. 19/IV - VII).

2. Seçim Tutanaklarının İptali Nedeniyle Boşalan Üyeliklerin Doldurulması

a) Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyelikleri

Öte yandan yeni seçilen milletvekili veya Cumhuriyet Senatosu üyelerinden bazılarının tutanaklarının iptali sonucunda yerlerinin boş kalmaması için, onlara ait sandalyelerin öncelikle ilgili partilerin aday listelerinden doldurulması öngörülmüştür :

Milletvekili Seçim Kanunu'na göre —oyların dökümü, sayımı veya bu oyların siyasal partilerle bağımsız adaylara bölüştürülmesine ilişkin itirazlar üzerine milletvekili tutanaklarının ya da bir seçim çevresinde seçim işlemleri nedeniyle doğrudan doğruya seçimin iptali⁵⁵ dışında— milletvekillerinden bir veya birkaçının tutanaklarının iptaline karar verildiği takdirde, tutanakla-

da Değişiklik Yapılması ve Bazı Kanunların Kaldırılması Hakkında Kanun (Resmî Gazete, 26.7.1963, S. 11464).

53 Konuyu ağırlaştırmamak için aşağıdaki açıklamalarda muhtar seçimi dikkate alınmamıştır.

54 Kanun Tasarısı Gerekçesinde de belirtildiği gibi, bu durumda mahalle ihtiyar heyetinin «in-hilâli (boşalması)» söz konusu olduğundan, ihtiyar heyetinin tümü için «yeniden seçim» yapılmaktadır; bk. Millet Meclisi Tutanak Dergisi 1963, C. 19, S. Sayısı 283 «Şehir ve Kasabalarda Mahalle Muhtar ve İhtiyar Heyetleri Teşkiline Dair 4541 Sayılı Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine, Bazı Maddeler Eklennesine ve Bazı Maddeleriyle Bazı Kanunların Kaldırılmasına Dair Kanun Tasarısı ve C. Senatosu İçel Üyesi Cavit Tevfik Okyayuz ve 6 Arkadaşının, 4541 Sayılı Şehir ve Kasabalarda Mahalle Muhtar ve İhtiyar Heyetleri Teşkiline Dair Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine, Bazı Maddeler Eklennesine ve 5046, 5671, 6010, 6834 ve 7164 Sayılı Kanunların Kaldırılmasına Dair Kanun Teklifi ve İçişleri ve Adalet Komisyonları Raporları (1/309, 2/338)», s. 2, 4.

55 7.6.1964 günü Artvin'de yapılan Cumhuriyet Senatosu yenileme seçimi, Milletvekili Seçimi Kanunu'nun Cumhuriyet Senatosu üyelerinin seçiminde de uygulanan 38. maddesinin II. fıkrası uyarınca yolsuz seçim işlemleri nedeniyle *Yüksek Seçim Kurulunun* 8.7.1964 tarih ve K. 1476/İtiraz 1308 sayılı kararıyla «tüm olarak» iptal edilmiş (Resmî Gazete, 16.7.1964, s. 4 vd); bunun üzerine 20.9.1964 günü Artvin'de yeniden seçim yapılmıştır (Cumhuriyet Senatosu Tutanak Dergisi 1964, C. 22, s. 4). İlk seçimde AP adayı Ahmet Özdemir'e tutanak verilmiş, ikinci seçimde CHP adayı Fehmi Alpaslan kazanmıştır.

Sözü edilen iptal ve yeniden seçim, 1961 Anayasası döneminde Milletvekili Seçimi Kanunu'nun 38. maddesinin II ve III. fıkralarının uygulama alanı bulduğu tek olaydır.

rı iptal edilen milletvekilleri yerine, «mensup oldukları siyasî parti listesindeki sıraya veya varsa tercih işareti sayısına göre belli olan sırada»⁵⁶ başta bulunanlara tutanak verilir. Sırada planlar yetmezse, açık kalan milletvekillikleri için «ara seçimi» yapılır (m. 38/IV - V, krş. I - II)⁵⁷.

Aynı hükümler, Cumhuriyet Senatosu üyeleri seçiminde de uygulanır (Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimi Kanunu, 17 Mayıs 1979 tarih ve 2234 sayılı Kanun’la değişik m. 1). Ekleyelim ki bu hükümler, yürürlükteki seçim mevzuatımızda açık parlamento üyelikleri için ara seçimi yapılmasını gerektirici bir durumu belirten tek düzenleme niteliğindedir.

b) Yerel Yönetim Meclisleri

İl genel ve belediye meclisleri açısından benzer düzenlemeler, 19 Temmuz 1963 tarih ve 306 sayılı Kanun’la İdare-i Umumiye-i Vilâyat Kanunu’na, 19 Temmuz 1963 tarih ve 307 sayılı Kanun’la Belediye Kanunu’na eklenen eş metinli hükümlerle getirilmiştir :

Yine —oyların dökümü, sayımı veya bu oyların siyasal partilerle bağımsız adaylara bölüştürülmesine ilişkin itirazlar üzerine il genel veya belediye meclisi üyeleri tutanaklarının ya da bir seçim çevresinde seçim işlemleri nedeniyle doğrudan doğruya seçimin iptali dışında— meclis üyelerinden bir veya birkaçının tutanaklarının iptaline karar verildiği takdirde, tutanakları iptal edilen meclis üyeleri yerine «mensup oldukları siyasî parti listesindeki sıraya göre belli olan sırada» bulunanlara tutanakları verilir (İdare-i Umumiye-i Vilâyat Kanunu ek m. 10/IV, krş. I - II; Belediye Kanunu ek m. 11/IV, krş. I - II).

Görüldüğü gibi bu düzenlemelerde siyasal partilerin aday listelerinde seçilmiş olanlardan sonra gelenler, âdeta doğal yedek kabul edilmiştir.

56 Bu hükmün «tercih işareti» ile ilgili bölümü, işlerliğini yitirmiş bulunmaktadır. Çünkü Milletvekili Seçimi Kanunu’nda son olarak 26.6.1973 tarih ve 1783 sayılı Kanun’la düzenlenen «tercih oyu» yöntemi (m. 25-26), 17.5.1979 tarih ve 2234 sayılı Kanun’la kaldırılmıştır (m. 5/2a).

57 15.10.1961 günü yapılan Millet Meclisi genel seçimlerinde YTP adayı olarak Muş milletvekili seçilen Kuddûsî *Aytaç*’ın daha önce yüz kıırtıcı bir suçtan dolayı hüküm giymiş olması nedeniyle milletvekili tutanağı, *Yüksek Seçim Kurulu*’nun 11.11.1961 tarih ve K. 390/İtiraz 197 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Fakat Muş’ta YTP aday listesinde bulunan her üç aday milletvekili seçilmiş olduğu ve bu parti listesinde *Aytaç*’ın tutanağının iptali üzerine açılan milletvekilliliğine geçirilecek kimse kalmadığı için, Milletvekili Seçimi Kanunu’nun 38. maddesinin IV. fıkrasının uygulanması olanağı yoktu. O yüzden *Yüksek Seçim Kurulu*, bu durumda «Muş ilinde açık kalan bir milletvekilinin kanunî süresi içinde yapılacak ara seçimlerinde seçilmesi gerekeceğine» karar vermiştir (Resmî Gazete, 18.11.1961, S. 10961, s. 5839 vd; Millet Meclisi Tutanak Dergisi 1961, C. I, s. 90-92).

Ancak daha önce anlatılan nedenlerle 1961 - 1964 seçim döneminde milletvekili ara seçimi yapılmadığı için (bk. yuk. III D), Milletvekili Seçimi Kanunu’nun 38. maddesinin V. fıkrası da uygulanamamıştır. Oysa 1961 Anayasası döneminde sözü geçen hükmün uygulanmasını gerektiren tek olay buydu.

3. Seçimden Önce Adaylıktan Çekilme ve Ölüm Nedeniyle Boşalan Üyeliklerin Doldurulması

a) Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyelikleri

Kesinleşmiş aday listelerinde seçimden önce istifa ve ölüm nedeniyle meydana gelecek eksilmelerin Millet Meclisi veya Cumhuriyet Senatosu'nda açık üyeliklere dönüşmemesi için istifa eden veya ölenlerin yerleri, yakın zamanlara değin yine ilgili partilerin aday listelerinden doldurulmaktaydı. 17 Mayıs 1979 tarih ve 2234 sayılı Kanun'la⁵⁸ yapılan değişikliklerden önce bu konuda Milletvekili Seçimi Kanunu'nda yer alan ve Cumhuriyet Senatosu üyeleri seçimlerinde de uygulanan düzenleme şöyleydi:

Aday listelerinin kesinleşmesinden sonra adaylıktan istifa, seçim sonuna kadar dikkate alınmaz ve istifa eden adayın bulunduğu listede değişiklik yapılmaz. Ancak bu gibiler, seçim sonunda milletvekilliği veya Cumhuriyet Senatosu üyeliğine seçilmiş olurlarsa, istifaları hüküm ifade eder ve yerlerine, «listede sıra itibariyle kendilerinden sonra gelenler seçilmiş» sayılırlar. Ölüm durumunda da aynı hüküm uygulanır (Milletvekili Seçimi Kanunu m. 23; Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimi Kanunu, 17 Nisan 1964 tarih ve 447 sayılı Kanun'la değişik m. 1/1).

17 Mayıs 1979 tarih ve 2234 sayılı Kanun, bu düzenleme yerine, Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu seçimleri aday listelerinin kesinleşmesinden sonra istifa ve ölüm nedeniyle bu listelerde meydana gelecek eksiklerin — siyasal partilerce eksik aday gösterilmesi veya siyasal partilerin aday listelerinde itirazlar üzerine eksiklik meydana gelmesi durumlarında olduğu gibi (Milletvekili Seçimi Kanunu m. 11 -13, ayrıca İdare-i Umumiye-i Vilâyat Kanunu ek m. 4/IV - V, X; Belediye Kanunu ek m. 4/III - IV, IX) — ilgili parti teşkilatınca «iki gün içinde» tamamlanmasını öngören yeni bir düzenleme getirmiştir (Milletvekili Seçimi Kanunu, 17 Mayıs 1979 tarih ve 2234 sayılı Kanun'la değişik m. 23; Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimi Kanunu, 17 Mayıs 1979 tarih ve 2234 sayılı Kanun'la değişik m. 1).

b) Yerel Yönetim Meclisleri

Fakat daha demokratik olan eski düzenlemeye benzer düzenlemeler, il genel ve belediye meclisleri seçimleri açısından hâlâ yürürlüktedir. 19 Temmuz 1963 tarih ve 306 sayılı Kanun'la İdare-i Umumiye-i Vilâyat Kanunu'na, 19 Temmuz 1963 tarih ve 307 sayılı Kanun'la Belediye Kanunu'na eklenen eş metinli hükümlerde yer alan bu düzenlemeler kısaca şöyledir :

58 26.4.1961 Tarihli ve 298 Sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Bazı Maddelerinin Kaldırılması ve Buna Bir Ek Madde ile 5 Geçici Madde Eklenmesi; 24.5.1961 Tarihli ve 304 Sayılı Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimi Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi; 25.5.1961 Tarihli ve 306 Sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bazı Maddelerinin Kaldırılması Hakkında Kanun (Resmî Gazete, 30.5.1979, S. 16651).

Aday listelerinin ilânından sonra adaylıktan istifa, seçim sonuna kadar dikkate alınmaz. Ancak bu gibiler seçilmiş olurlarsa, istifaları hüküm ifade eder ve yerlerine, «kendilerinden sonra gelenler seçilmiş sayılırlar». Ölüm durumunda da böyle hareket edilir (İdare-i Umumiye-i Vilâyat Kanunu ek m. 4 sf; Belediye Kanunu ek m. 4 sf).

4. Siyasal Partilerin Aday Adayları Listelen ile Aday Listelerinde Boşalan Yerlerin Doldurulması

Son olarak siyasal partilerin Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelikleri seçimleri için gösterecekleri adayların listelerinde, hatta aday adaylarının listelerinde tutanak iptali, çekilme veya ölüm gibi belirli nedenlerle boşalacak yerler de, yine sırada sonra gelenlerle doldurulmaktaydı. 16 Ekim 1981 tarih ve 2533 sayılı Kanun’la⁵⁹ yürürlükten kaldırılan 13 Temmuz 1965 tarih ve 648 sayılı Siyasî Partiler Kanunu’nun konuya ilişkin düzenlemeleri, 26 Haziran 1973 tarih ve 1783 sayılı Kanun’la⁶⁰ değişik biçimleriyle şöyle idi:

a) Aday Adayları Listeleri

Siyasal partilerce aday adaylarının listeleri Yüksek Seçim Kurulu’na bildirildikten sonra, aday yoklaması sonuçlanıncaya kadar aday adaylığından çekilme dikkate alınmaz. Ancak bu gibiler aday yoklamasında aday seçilmiş olurlarsa, çekilmeleri hüküm ifade eder ve yerlerine «sırada daha sonra gelenler aday seçilmiş sayılırlar». Ölüm durumunda da aynı hüküm uygulanır (m. 33 sf).

b) Aday Listeleri

Bir seçim çevresindeki adaylardan yalnız birinin veya birkaçının tutanağının iptaline karar verildiği takdirde, tutanakları iptal edilen adayların yerine, «aday yoklamasında aldıkları oy sırasına göre sırada başta gelenlere tutanak verilir». Sırada olanlar yetmezse boş kalan yerler, ilgili siyasal partinin merkez karar veya merkez yönetim organınca saptanacak adaylarla doldurulur (m. 50/III).

V. AÇIK PARLAMENTO ÜYELİKLERİNİN YEDEKLERLE DOLDURULMASI

Görüldüğü gibi, seçilmiş kamusal meclislerde boşalan üyeliklerin yedeklerle doldurulması, gerek yabancı ülkelerde, gerek Türkiye’de hayli geniş bir uygulama alanı olan bir yöntemdir. Yukarda yabancı ülkeler açısından sadece açık parlamento üyelikleri düzeyinde örneklendirilen bu yöntem, bizde

59 Siyasî Partilerin Feshine Dair Kanun (Resmî Gazete, 16.10.1981, S. 17486 Mükerrer).

60 Siyasî Partiler Kanunu ile, Seçimlerle İlgili Kanunların Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesi, Bazı Hükümlerinin Kaldırılması ve Bu Kanunlara Bazı Hükümler Eklenmesi Hakkında Kanun (Resmî Gazete, 8.7.1973, S. 14588).

özellikle il genel meclislerinden mahalle ihtiyar heyetlerine kadar her kademede yerel meclislerdeki açık üyeliklerin, hatta Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu seçimlerinde aday listelerindeki boşlukların doldurulması için kullanılmaktadır. Şimdi aynı yöntemin ülkemizde açık parlamento üyelikleri için de kullanılması söz konusudur. Nitekim 1961 Anayasası ile ilgili hazırlık çalışmalarından başlayarak, daha önce de bu yönde bazı öneriler yapılmıştır :

A — Siyasal Bilgiler Fakültesi İdarî İlimler Enstitüsü Anayasa Tasarısı Teklifi

27 Mayıs 1960 Devriminden sonra Siyasal Bilgiler Fakültesi İdarî İlimler Enstitüsü'nce hazırlanan ve Kurucu Meclis Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu çalışmalarında «yardımcı metin» olarak kabul edilen⁶¹ Anayasa Tasarısı Teklifi'nin 47. maddesinde konu ile ilgili olarak şu hükme yer verilmişti:

«Çekilme, ölüm veya parlamento üyeliği sıfatının düşmesi ile açılan üyeliklerin en geç altı ay içinde doldurulması şarttır. Doldurma şeklini Seçim Kanunu tayin eder.» (f. II).

47. madde gerekçesinde ise önerilen hükmün 1924 Anayasas'ından farklı yönüne işaret edilerek şöyle denilmekteydi:

«...Altı ay kaydının konması ara seçimleri ile ilgili kötü tatbikatın önlenmesini hedef tutmaktadır. Ara seçimlerinden bahsedilmeyip de doldurma şeklinin seçim kanunu ile tayin edileceği kaydının konması da kabul edilecek seçim sisteminin icaplarına göre hal tarzı bulunmasında kanun vazını serbest bırakmak zaruretinden ileri gelmiştir. Meselâ, nisbî temsilin tatbikatında ara seçimi yapılmadan yedeklerden doldurma usulünün uygulanması gerekebilir»⁶².

B — Kurucu Meclis Temsilciler Meclisi'nde Verilen Önerge

Kurucu Meclis Anayasa Komisyonu'na hazırlanan Anayasa Tasarısı'nın 73. maddesinin 74. madde olarak Temsilciler Meclisi'nde ikinci kez görüşülmesi sırasında bu maddenin «ara seçimleri» ile ilgili II ve III. fıkralarının çıkarılması yolunda bir önerge veren Alp Kuran, görüşlerini şöyle açıklamıştı:

«...74. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında ara seçimlerine ait hükümler yer almaktadır. Nâçiz kanaatime göre buna lüzum yoktur. Filhakika hazırlanan Milletvekilleri Seçim Kanunu tasarısında nispî temsil usulü kabul edilmiş bulunmaktadır. Nispî temsil usulü Yüksek Heyetinizin tasvibine mazhar olduğu takdirde, açık kalan veya boşalan milletvekilliklerini doldurmak için iki yıl beklemeye ve ara seçimleri yapmaya lüzum bulunmadığı söylenebilir. Açılan milletvekillikleri, ara seçimi yapılmadan ve derhal doldurulabilir. Filhakika, nispî temsilde, genel seçimlerde oylar, şahıslara değil, fakat önce parti listelerine, partilere verilmektedir. Binaenaleyh, bir

61 Bk. Kâzım Öztürk, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, C. I, Ankara 1966, s. 601.

62 Siyasal Bilgiler Fakültesi İdarî İlimler Enstitüsü'nün Gerekçeli Anayasa Tasarısı ve Seçim Sistemi Hakkındaki Görüşü, Ankara 1960, s. 64.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

milletvekilliği inhilâl ettiği zaman, bu milletvekili hangi parti listesinden seçilmiş ise, aynı listede sırada başta gelen aday otomatikman seçilmiş addolunabilecektir, boşalan üyelikler bu şekilde doldurulabilecektir. Bu suretle de iki yılda bir ara seçimi yapılması gibi bir vaziyet de ortadan kalkmış olacaktır.

... Binaenaleyh, bu hükmün buradan çıkarılarak meselenin Seçim Kanununa bırakılması çok daha münasip olacaktır, kanaatindeyim. Nispî temsilin kabul edilmesi halinde inhilâl eden bir milletvekilliği yerini, o partinin listesinde sırada başta gelen adayının yer alması yerinde olur. Bu sebeple, bu maddenin 2 ve 3. fıkralarının kanundan çıkarılmasını istiyoruz»⁶³.

Fakat Kuran'ın önergesi kabul edilmemiş ve Temsilciler Meclisi'ndeki ilk görüşmeye 73. madde olarak gelen 74. madde, herhangi bir değişikliğe uğramaksızın 1961 Anayasası'na girmiştir⁶⁴.

C — Yeni Öneriler

Açık parlamento üyeliklerinin yedeklerle doldurulması, uzunca bir aradan sonra yakın zamanlarda yeniden güncellik kazanmıştır. Gerçekten 14 Ekim 1979 günü Cumhuriyet Senatosu C Grubu illeri üçte bir yenileme seçimleri ile birlikte yapılan ve Millet Meclisi'nde partilerarası güç dengesini hükümet değişikliğine yol açacak ölçüde etkileyen milletvekili ara seçimlerinden sonra da bazı sandalyelerin boş kalması, hatta böyle olacağının seçimlerden önce anlaşılması üzerine; seçim mevzuatının bu konudaki yetersizliğini gidermek amacıyla ortaya atılan önerilerden bir bölümü, —farklı biçimlerde de olsa— açık parlamento üyeliklerinin yedeklerle doldurulması yönteminde birleşmekteydi⁶⁵.

63 Öztürk, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, C. II, s. 2469 vd.

64 Öztürk, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, C. II, s. 2470.

65 Tarafımızdan yapılan öneri için bk. Cumhuriyet, 12.10.1979, s. 6 (7) : «Çeşitli Nedenlerle Boşalan Parlamento Üyeliklerinin Yedeklerle Doldurulması Öneriliyor». Bu konudaki demecimizin tam metni şöyledir :

«Parlamento üyeliklerinde çeşitli nedenlerle ortaya çıkan boşalmalar, Anayasamızın 74. maddesi gereğince ancak her iki yılda bir Cumhuriyet Senatosu seçimiyle birlikte yapılan ara seçimleriyle doldurulduğu için, Meclislerin üye tamsayısıyla çalışması, hemen hemen olanaksız gözükmektedir. Oysa yürürlükteki nispî seçim sisteminin getirdiği duyarlı parlamento aritmetiğinde meydana gelecek birkaç üyelik bir değişiklik, siyasal iktidarların kaderini etkileyici önem taşımaktadır.

Bu durumda ölen, çekilen veya parlamento üyeliği sıfatı düşen bir milletvekili veya senatörün yerine genel seçimde kendisini aday göstermiş olan siyasal partinin ilgili seçim çevresine ait aday listesinde sırada bulunan kişinin Yüksek Seçim Kurulu'na derhal görev ve çağrılmasına olanak veren ve sadece bu listede başka aday kalmadığı takdirde ara seçimi yapılmasını öngören yeni bir yasal düzenlemeye gidilmesi uygun olacaktır. Böyle bir düzenlemede genel seçimde bir seçim çevresinden milletvekili veya senatör çıkaran siyasal partilerin o seçim çevresine ait aday listesindeki diğer adaylar doğal yedek sayılabileceği gibi, ayrıca belirli sayıda yedek aday gösterilmesi de hükmeye bağlanabilir. Çeşitli ülkelerde benzer düzenlemelere rastlanmaktadır. Bizde de il genel ve belediye meclisleri seçimlerinde bu yöntem uygulanmaktadır.

Aynı yöntemin parlamento seçimleri için de benimsenmesi, genellikle her seçim çevresinde tek sandalye için fiilen çoğunluk sistemine göre yapılan, dolayısıyla ilgili seçim çevresin-

Bunların yanında ara seçimi gereksinmesini azaltmak ve parlamento aritmetiğinde istikrar sağlamak amacıyla her milletvekili ile birlikte yedeğinin de seçilmesi ve asıl milletvekilinin yeri boşaldığında yedeğin kendiliğinden onun yerini alması biçiminde işleyecek «yedek milletvekilliği» de önerilmiştir⁶⁶.

VI. AÇIK PARLAMENTO ÜYELİKLERİNİN YEDEKLERLE DOLDURULMASI VE ANAYASA

Hemen söyleyelim ki, 1961 Anayasası ile ilgili hazırlık çalışmaları sırasında bu yoldaki önerilerin benimsenmemiş ya da reddedilmiş olması, Milletvekili Seçimi Kanunu ile Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimi Kanunu'nda o yönde düzenlemeler yapılmasına engel değildir. Bunun için herhangi bir Anayasa değişikliğine de gerek yoktur.

Yukarda anlatıldığı gibi⁶⁷, 1924 Teşkilat-i Esasiye Kanunu'nun 29. maddesinde yer alan dolaylı tanımda milletvekili ara seçiminin hangi durumlarda yapılacağı gösterildiği halde; 1961 Anayasası'nın 74. maddesinde sadece ara seçimlerinin ne zaman yapılacağı ve ne zaman yapılmayacağı belirtilmiştir. 1924 Teşkilat-i Esasiye Kanunu'ndan farklı olarak, 1961 Anayasası'nda ara seçimlerinin hangi durumlarda yapılacağı gösterilmemiş, yasakoyucuyu bağlayıcı bir «ara seçimi» tanımı verilmemiştir.

Her ne kadar Anayasa'nın «geçici» nitelikte veya benzer konulu başka hükümleri de göz önüne alındığında «Cumhuriyet Senatosu ve Millet Meclisinde boş bulunan üyelikler içki» (20 Eylül 1971 tarih ve 1488 sayılı Kanun'la eklenen geç. m. 12), başka bir deyişle, «bu üyeliklerde herhangi bir sebeple boşalma olursa» (17 Nisan 1970 tarih ve 1254 sayılı Kanun'la değişik m. 73/V) ara seçimi yapılacağı söylenebilirse de; Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliklerinin hangi durumlarda «boş» sayılacağı ya da bu üyeliklerde hangi durumlarda «boşalma» söz konusu olacağı, doğrudan doğruya Anayasa'da

deki en güçlü partinin işine yarayan ara seçimlerinin, siyasal partilerin parlamentoda güçleri oranında temsilini amaçlayan nispi seçim sistemi ile çelişen adaletsiz yönünü de büyük ölçüde düzeltilmiş olacaktır.

Anayasamızın ara seçimlerine ilişkin 74. maddesinde sadece bu seçimlerin ne zaman yapılacağı hükme bağlanmıştır. 1924 Anayasasından farklı olarak, şimdiki Anayasamızda ara seçimlerinin hangi durumlarda yapılacağı gösterilmemiş, yasakoyucuyu bağlayıcı bir ara seçimi tanımı verilmemiştir. Oysa 1924 Anayasası, milletvekilliği sıfatı sona eren veya düşen veya ölen milletvekilinin yerine bir diğerinin seçileceğini öngören 29. maddesiyle dolaylı bir ara seçimi tanımı yapmış bulunmaktaydı. Bu durumda yasakoyucunun Milletvekili Seçimi Kanunu ile Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimi Kanunu'nda yapacağı değişikliklerle ara seçimi kavramına yeni bir anlam verebileceği açıktır».

CHP Genel Sekreter Yardımcısı Prof. Dr. Uğur Alacakaptan'ın bu yoldaki önerisi için bk. Yavuz Donat, «Ecevit'in Kurmayı Ne Diyor?», Tercüman, 30.9.1979, s. 7; Rahmi Kaya adlı gazete okuyucusunun önerisi için bk. Teoman Erel, «Vatandaş Çözüm Öneriyor, 'Bunalım' Değil...», Günaydın, 9.11.1979, s. 7.

66 Bk. Yeni Forum - Rejim ve Anayasamızda Reform Önerisi (15.5.1980 tarihli Yeni Forum'un eki), s. 10.

67 Bk. yuk. III B.

saptanmış değildir.

Öyleyse yasakoyucu, Milletvekili Seçimi Kanunu ile Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimi Kanunu’nda yapacağı değişikliklerle, daha doğrusu bu kanunlara ekleyeceği hükümlerle «ara seçimi» kavramına yeni bir anlam verebilir; Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliklerinin hangi durumlarda bir ara seçimi gerektirecek biçimde «boş» kalmış ya da bu üyeliklerde «boşalma» olmuş sayılacağını belirtebilir. Getirilecek yeni hükümler, milletvekili veya Cumhuriyet Senatosu üyelerinin ölümü veya Anayasa’nın 80. maddesinde yazılı diğer nedenlerle Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliklerinin sona ermesi üzerine yerlerinin öncelikle yedeklerle doldurulması, ancak bu yöntemin uygulanmasına olanak bulunmayan veya kalmayan durumlarda «boş» kalmış ya da «boşalma» olmuş sayılacak üyelikler için ara seçimi yapılması ilkesine dayanabilir. Nitekim —yukarda görüldüğü üzere— yerel yönetim meclisleri açısından bu ilke benimsendiği gibi; Milletvekili Seçimi Kanunu da, tutanaklarının iptaline karar verilen milletvekillerinin yerlerinin aynı ilkeye dayalı iki aşamalı bir düzenlemeye göre doldurulmasını öngörmüş bulunmaktadır (m. 38/IV - V)⁶⁸.

VII. ÖNERİ VE SONUÇ

A — Öneri

İşte bu düşüncelerle, açık parlamento üyeliklerinin aşağıdaki biçimde doldurulmasını öneriyoruz :

Ölen veya Anayasa’nın 80. maddesi uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği sona eren bir milletvekili veya Cumhuriyet Senatosu üyesinin yerine, seçimde kendisini aday göstermiş siyasal partinin ilgili seçim çevresine ait aday listesinde sıra itibarıyla başta bekleyen aday, —halen aynı siyasal partiye mensup bulunması koşuluyla— Yüksek Seçim Kurulu’nca göreve çağrılmalı; bu listede başka aday kalmadığı ya da ölen veya Anayasa’nın 80. maddesi uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği sona eren milletvekili veya Cumhuriyet Senatosu üyesi bağımsız olarak seçilmiş bulunduğu takdirde ara seçimi yapılmalıdır.

Bu yola gidildiğinde siyasal partilerin milletvekilliği veya Cumhuriyet Senatosu üyeliği kazandıkları seçim çevrelerine ait aday listelerindeki seçimi kazanamamış adaylar doğal yedek sayılmış olacağı gibi; getirilecek düzenlemeye ayrıca siyasal partilerin seçimlere katılacakları bütün seçim çevrelerinde —halen il genel ve belediye meclisleri seçimlerinde yapıldığı gibi— belli sayıda yedek aday göstermeleri de öngörülebilir.

Dikkat edilirse, açık parlamento üyeliklerinin doldurulmasına ilişkin iki yöntemi belirli bir uygulama sırası içinde birleştiren bu karma sistemde ara seçimleri kaldırılmamakta, fakat ara seçimi yapılması gereği en aza indiril-

68 Bk. yuk. IV B 1, 2a.

mektedir. Çünkü Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin büyük çoğunluğunu oluşturan partili milletvekili veya Cumhuriyet Senatosu üyelerinden birinin ölümü veya Anayasa'nın 80. maddesi uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinin sona ermesi ile ara seçimi arasına yerinin öncelikle yedeklerle doldurulması yöntemi girmektedir.

B – Önerilen Sistemin Sakınca ve Yararları

1. Bu sisteme karşı söylenebilecek tek şey, ara seçimlerinin daha çok ilde yapılmasının kamuoyundaki yeni eğilimlerin ortaya konmasına fırsat verilmesi bakımından yararlı olabileceğidir. Ancak bu yarar, parlamento üyeliklerinin sadece ara seçimleriyle doldurulmasının sakıncaları yanında son derece sınırlıdır. Kaldı ki ara seçimlerinin birlikte yapılacağı Cumhuriyet Senatosu yenileme seçimleri, zaten kamuoyundaki yeni eğilimler hakkında yeterince fikir verebilecek niteliktedir. Nitekim Cumhuriyet Senatosu yenileme seçimlerinin başlıca işlevinin «kamuoyunun nüanslarına ve değişmelerine Hükümetin dikkatini çekmek» olduğu, 1961 Anayasası'nın 70 - 73. maddeleri ile ilgili ortak gerekçede de belirtilmiştir⁶⁹.

Hele aynı ilde hem Cumhuriyet Senatosu yenileme, hem ara seçimi yapıldığında —adayların kişiliğine bağlı önemli nedenler olmadıkça— kullanılan oyların farklı yönlerle gitmesi, zayıf bir olasılıktır.

2. Önerilen sistemin yararlarına gelince; her şeyden önce, Meclislerin üye tamsayısı ile çalışmalarına en yüksek ölçüde olanak sağlanmış olacaktır. 1961 Anayasası'na göre ara seçimleri ancak iki yılda bir Cumhuriyet Senatosu yenileme seçimiyle birlikte yapılacağı, Millet Meclisi genel seçimlerine bir yıl kala ara seçimi yapılamayacağı halde (m. 74/11 - III); önerilen sistem iki ara seçimi ya da ara seçimi ile genel seçim arasındaki iki yıllık devre ile Millet Meclisi genel seçimlerinden önceki son yıl içinde de boşalan üyeliklerin yedeklerle doldurulmasına olanak veren yönüyle bütün bir seçim dönemi boyunca işleyebilecek niteliktedir.

Üstelik ölen veya Anayasa'nın 80. maddesi uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği sona eren partili milletvekili veya

Cumhuriyet Senatosu üyesinin yerine gelecek yedeğin belirlenmesi ve Yüksek Seçim Kurulu'nca göreve çağırılması son derece basit ve süratli bir iştir. Dolayısıyla önerilen sistem, 1961 Anayasası'nın Millet Meclisi'nin genel oyla seçilen 450 milletvekilinden kurulu, Cumhuriyet Senatosu'nun genel oyla seçilen üye sayısının 150 olduğuna ilişkin 67 ve 70/1. maddelerine de en geniş ölçüde gerçeklik kazandıracaktır.

Öte yandan önerilen sistem, nispî temsil sisteminin mantığına en uygun olan yoldur. Böylece genellikle her seçim çevresinde tek sandalye için fiilen

69 Bk. *Öztürk*, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, C. II, s. 2412.

çoğunluk sistemine göre yapılan, dolayısıyla en güçlü siyasal partinin işine yarayan ara seçimlerinin siyasal partilerin parlamentoda güçleri oranında temsilini amaçlayan nispî temsil sistemi ile çelişen adaletsiz yönü de büyük ölçüde düzeltilmiş; böylelikle nispî temsil sistemine göre yapılan genel seçim sonuçlarının ara seçimleriyle bozulması önlenmiş olacaktır.

Ayrıca herhangi bir seçim çevresinde ara seçimi, —ölen veya Anayasa’nın 80. maddesi uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği sona eren milletvekili veya Cumhuriyet Senatosu üyesinin bağımsız olarak seçilmiş bulunması dışında— ancak bir siyasal partinin aday listesindeki bütün adlar tükendiği zaman yapılacağı⁷⁰, buysa daha çok o seçim çevresinin küçük veya bir partinin o seçim çevresinde zaten çok sayıda milletvekili veya Cumhuriyet Senatosu üyesi çıkarmış olduğu durumlarda gerçekleşeceği için, büyük bir olasılıkla nispî temsil sisteminin amacıyla çelişen adaletsiz bir sonuç vermeyecektir.

Son olarak önerilen sistem, birçok ili sık sık seçim ortamına girmekten koruyacağı gibi; gerek Devlet, gerek siyasal partilerce yapılacak seçim harcamalarında da tasarruf sağlayacaktır.

70 Örnek için bk. yuk. dn. 57.

Ekleyelim ki, tek milletvekili veya Cumhuriyet Senatosu üyesi çıkaran seçim çevrelerinde bu milletvekili veya Cumhuriyet Senatosu üyesinin ölümü veya Anayasa’nın 80. maddesi uyarınca Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinin sona ermesi de, doğrudan doğruya ara seçimi yapılmasını gerektirecektir. Fakat halen il genel ve belediye meclisleri seçimlerinde yapıldığı gibi, Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimlerinde de ayrıca yedek aday gösterildiği takdirde böyle bir durumla karşılaşılmaz; dolayısıyla ara seçimi gereği bu seçim çevrelerinde de en aza indirilmiş olur.

KISALTMALAR

age	adı geçen eser
AP	Adalet Partisi
aşa.	aşağıda
bk.	bakınız
BP	Birlik Partisi
C.	Cilt
c.	cümle
CGP	Cumhuriyetçi Güven Partisi
CHP	Cumhuriyet Halk Partisi
CKMP	Cumhuriyetçi Köylü Millet Partisi
CS	Cumhuriyet Senatosu
CSTD	Cumhuriyet Senatosu Tutanak Dergisi
dn.	dipnotu
DP	Demokratik Parti
E.	Esas
éd.	edition
f.	fıkra
geç.	geçici
GP	Güven Partisi
K.	Karar
krş.	karşılaştırınız
m.	madde
MMTD	Millet Meclisi Tutanak Dergisi
MP	Millet Partisi
S.	Sayı
s.	sayfa
sf	son fıkra
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
vd	ve devamı sayfa
vdd	ve devamı sayfalar
YTP	Yeni Türkiye Partisi
yuk.	yukarda

(21. Makale - 1982)

Metin KIRATLI

*Anayasa Mahkemeleri ve
Siyasal Polemikler **

* Metin Kıratlı, "Anayasa Mahkemeleri ve Siyasal Polemikler", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 37, S. 3, 1982, s. 125-129.

ANAYASA MAHKEMELERİ VE SİYASAL POLEMİKLER

Prof. Dr. Metin KIRATLI

Kamu hukuku alanında hüküm veren mahkemelerin siyasal polemiklere konu olması kaçınılmaz bir kaderdir. Çünkü kamu hukuku “juridique” olmaktan çok politik bir hukuktur. 12 Eylül öncesinde ve sonrasında, yargı organları arasında en çok (hatta sadece) Danıştay ve Anayasa Mahkemesi’nin eleştiri ve polemiklerin hedefi olması bir rastlantı değildir. Kamu hukukunda politik bir manyetizma veya politik bir nüve taşımayan kaç konu bulunabilir? Anayasa ve idare konularında hüküm veren mahkemelerin, elli milyonluk bir toplumun hiç bir kesiminin politik görüşüyle çatışmayacak bir karar vermesi mucize denecek kadar zor bir şeydir. Çünkü işlemlerini denetledikleri yasama ve yürütme organları siyasal kuruluşlardır. Bu organların halk tarafından seçilen demokratik kuruluşlar oluşu nedeniyle, onlar üzerinde bir mahkeme denetimini ve onun sonuçlarını içe sindirmekte kamuoyunun bir bölümü halâ zorluk çekmektedir. Bu demokratik organlar üzerindeki yargı denetiminin “Hâkimler devleti”ne kaymaması, anayasa ve idare hâkimliğinin en nâzik sorunudur. Ancak hâkimler ne kadar tarafsız ve dikkatli olurlarsa olsunlar, verdikleri kararlardan hoşnut olmayanlar daima bulunacaktır. Bu nedenle anayasa ve idare mahkemelerinin kamuoyunda farklı ve çelişkili politik nitelendirmelere ve hatta yaftalanmalara uğramaları, politikacıların ve hükümet mensuplarının sert eleştiri ve saldırılarına nişangâh olmaları diğer ülkelerde de zaman zaman rastlanan durumlardır. Bazı örneklerle değinelim :

Federal Almanya’da Federal Anayasa Mahkemesi iki daireden kuruludur. Halk arasında ‘Kara daire’ denilen dairede Hristiyan Demokrat eğilimli yargıçların, “Kızıl daire” denen dairede ise Sosyal Demokrat eğilimli yargıçların çoğunlukta olduğu sanısı kamuoyunda yaygındır. 1974 yılında Almanya’da gebeliğin ilk üç ayında kürtajı serbest bırakan bir yasa kabul edilmişti. Hristiyan Demokrat Parti bu yasanın anayasaya aykırılığını iddia ederek iptali için Anayasa Mahkemesine başvurdu. Bunun üzerine davaya hangi dairenin bakaacağı önem kazandı ve kamuoyunda merak konusu oldu. Dava “Kara daire” ye düştü ve beklendiği gibi yasa iptal edildi¹ Dava “Kızıl daire”ye düşmüş olsaydı yasanın anayasaya aykırı bulunmayacağı kamuoyunda muhakkak sayılıyordu.

1 DAHRENDORF, Ralf, “A Confusion of Powers: Politic and the Rulo of Law” *The Modern Law Review*, Vol: 40, January 1977, No: 1, p. 2.

Fransa’da Anayasa Konseyi’nin sağ eğilimli olduğu, sol partilerin ve solcu yazarların sık sık tekrarladıkları bir eleştiridir. Anayasa Konseyi’nden çok daha eski ve prestijli olan Fransız Devlet Şûrası’nın bile gittikçe politize olmakta olduğu savlarına rastlanmaktadır².

1930’ların başlarında A.B.D. Başkanlığına seçilen F.D. Roosevelt, o sıralarda hüküm sürmekte olan İktisadî bunalımdan çıkabilmek için “New Deal” denen bir takım yeni tedbirler ve kararlar alıyor veya yasalar çıkarttırıyordu. Amerikan Federal Yüksek Mahkemesinin, fazla tutucu bir tutumla, bu tedbir ve kararlardan bazılarını anayasaya aykırı bulması üzerine, bu mahkeme ile Roosevelt arasında gerginlikler çıkmıştı. Roosevelt, üyelerini “dokuz ihtiyar” diye küçümsiyerek bu mahkemeye karşı kamuoyu önünde eleştiri ve yakınmalar yöneltmişti. Bugün ise aynı mahkeme aksi yönde eleştirilere uğramaktadır.

Federal Almanya’da 1952-1953 yıllarında Avrupa Savunma Birliği antlaşmalarına, 1961 de televizyona ilişkin davalarda Anayasa Mahkemesi ile federal hükümet arasında beliren gerginlikte Mahkemeye karşı şiddetli eleştiriler ve saldırılar olmuştu.

1978 yılında Federal Almanya tarihinde ilk kez, devlet başkanı, Bundestag başkanı, başbakan ve Anayasa Mahkemesi başkanı demokrasinin geleceğini görüşmek için toplanmışlardı. Gözlemcilerin ve kamuoyunun dikkatini buradaki görüşmeler değil, Başbakan Schmidt ile Anayasa Mahkemesi Başkanı Ernst Brenda arasındaki tartışmalar çekti. Başbakan, Anayasa Mahkemesinin yetkilerini aştığından yakınarak, onun yetkilerinin sınırlandırılması gerektiğini ileri sürmüş, Başkan Brenda da buna sert yanıtlar vermişti³.

Fransa’da Devlet Şûrasının 18 Ekim 1962 günlü CANAL kararı hükümet çevrelerinde şiddetli tepkiler uyandırmış, özellikle de Cumhurbaşkanı de Gaulle’ün öfkesini çekerek bir siyasal fırtınaya yol açmıştı⁴.

Anayasa Mahkememizi eleştirenler, özellikle, onun af yasasıyla ilgili veya “cumhuriyet”in nitelikleri hakkında yaptığı yorumlarla verdiği bazı kararlarını ele alarak, onun yetkisini aştığını ve yasama organı gibi hareket ettiğini ileri sürmektedirler. Bu eleştirilerde bir gerçek payı bulunduğu kabul edilebilir ama, başka ülkelerdeki durumlar incelenirse, bu eleştirilerin aşırılığı gözden kaçmaz.

2 Bak : ROBERT, Jacques, “Le Conseil d’Etat tel qu’en lui-même” **Le Monde**, 18.6.1980, p. 10.

3 Bak: ZEITSCHRIFT FÜR PARLAMENTSFAGEN, März 1979, 119-125.

4 Olay şuydu: Referendumla halk tarafından da onaylanan 13 Nisan 1962 günlü yasa Cumhurbaşkanı, Cezayir’de savaşı sona erdirmek ve Evian anlaşmasını uygulamak için gerekli bütün önlemleri almak yetkisini veriyordu. Bu yetkiye dayanarak çıkarılan bir kararname ile, O.A.S. örgütüne mensup âsi subayları yargılamak üzere askerî bir mahkeme kurulmuştu. Bu mahkeme tarafından ölüme mahkûm edilen CANAL adlı bir subay Devlet Şûrasına başvurdu. Devlet Şûrası yukarıda anılan - kararında bu askerî mahkemenin yasal olmadığına hüküm verdi. Bunun üzerinde acele çıkartılan 15 Ocak 1983 günlü yasayla, kararname yasallaştırıldı ve Devlet Şûrasının kararı geçersiz kılındı. Fakat daha da dikkati çekici olarak, Devlet Şûrasında, yetkilerini kısmak amacıyla, değişiklikler yapmak için bir komisyon kuruldu. Fakat zamanla siyasal fırtına duruldu ve Devlet Şûrası, kamuoyunun desteği ve tarihsel prestiji sayesinde bu işten zararsız sıyrıldı. Hatta çıkarılan reform yasası onun lehinde bile oldu.

Federal Almanya'da, kadın, ölen kocasından dul emekliliği alabildiği halde, kocanın, ölen karısından dul emekli aylığı alamaması, Anayasa Mahkemesince 1963 yılında anayasaya aykırı bulunmamıştı. Aynı konuyu 1975 yılında, hukukî ve fiilî durumlardaki gelişmeleri (Medeni Kanunun evli kadının meslekî faaliyetine ilişkin maddesinin yeni yorumu ve çalışan kadınların sayısındaki önemli artış) gözönüne alarak sorunu yeniden incelemeyi kabul etti. Mahkemenin bu konudaki 12 Mart 1975 günlü kararında ilginç olan şu ki, mahkeme yasanın anayasaya aykırılığına hükmetmemekle beraber, ilerde anayasaya aykırılığın oluşacağını ve dolayısıyla yasama organının mevcut yasama dönemini izliyen ikinci dönemin sonundan önce (yani dokuz yıl içinde) yasayı değiştirmekle yükümlü olduğunu belirtmiştir. Bazı yazarlar, mahkemenin bu cüreti karşısında, hayret ve endişe ile, bir yasa hükmünün ilerde anayasaya aykırı düşeceğini öngörmekle, mahkemenin asıl rolünün dışına çıktığını söylemişlerdir (Karar metni: Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 39, 169-196.)

Suçların yasayla belirlenmesi, cezaların yasayla konması, hukukun elementer ilkelerinden biridir. Bu ilke gereğince neyin suç olduğunu ve ona ne ceza verilmesi gerektiğini yasama organı takdir eder. Alman Federal Anayasa Mahkemesi yasama organının bu yetkisine de müdahale etmiştir: Gebeliğin ilk üç ayı içinde kadının rızasıyla gebeliğin bir hekim tarafından sona erdirilmesini cezadan muaf tutan yasa hükmünü (Alman Ceza Kanununda yapılan bir değişiklik idi), yukarda değindiğimiz gibi, Anayasa Mahkemesi iptal etmiş ve ayrıca da, yeni bir yasa çıkıncıya kadar ne yapılması gerektiğine dair geçici bir düzenleme de kabul etmiştir. Bu karara karşı çıkan bir çok hukukçu, yasama organının ceza koymaya zorunlu tutulamıyacağını, mahkemenin kendi takdirini yasama organına ikame edemeyeceğini, yasama takdirine saygılı davranmadığını belirtmişlerdir (Karar metni: BVerf G. E. 39, 1-8; ayrışık oy : 68-95)

Alman Anayasa Mahkemesinin zaman zaman yasama organına adeta ultimatom verdiği bile görülür. Buna örnek bir olay: Alman anayasasının 6. maddesinin 5. bendi, evlilik dışı doğan çocukların, fizikî ve zihnî gelişmeleri ve toplum içindeki mevkileri bakımından, yasayla, evlilik içi doğan çocuklarla aynı olanaklara kavuşturulmasını buyurur. Anayasa Mahkemesi, bu konuya ilişkin bir davada, yasama organının anayasayı uygulamak zorunda olduğunu belirtiyor ve bu konudaki zorunluğunu yerine getirmesi için belli bir süre koyuyor. Parlamento da buna boyun eğiyor ve evlilik içi ve dışı çocukların eşitliği hakkındaki 19 Ağustos 1969 tarihli yasayı süresinde çıkarıyor.

Oysa bizde 1961 Anayasasında buna benzer bir çok buyruk hükümler ne yasama organı tarafından ele alınmış ne de bu konularda onun üzerinde bir yargısal zorlama olmuştur⁵.

5 Bizde Anayasa Mahkemesi böyle bir zorlama girişiminde bulunsaydı yasama organı ne yapardı? Olanlara ve geçenler bakınca ancak şu denebilir: Belki de çıkışı bir yasayı bile kasten çıkarmazdı.

Alman Anayasa Mahkemesinin bazen bir yasa metnini yasama organına fiilen dikte ettiği bile olmuştur: üniversite reformuna ilişkin yasa gibi.

Hukuk ve anayasa kurallarını yorumlayarak yasama alanına taşar görünür nitelikte hukuki sonuçlara ve kurallara ulaşma, yalnız Almanya’ya ve Alman Anayasa Mahkemesine özgü değildir. Fransa’dan da yakın bir örnek verelim : Fransız Devlet Şûrası, göçmen işçilerle ilgili 8 Aralık 1978 günlü kararıyla, 1946 Anayasasının halen de yürürlükte olan başlangıç kısmından, yabancıların normal bir aile hayatı sürmek hakkının bulunduğu sonucunu çıkarmıştır⁶.

Ta geçen yüzyılın başlarında A. de Tocqueville’in belirttiği gibi “A.B.D’nde er geç yargısal bir soruna dönüşmeyen bir siyasal sorun nadiren çıkar”. A. B.D.’nde mahkemeler, anayasa sorunlarının açık arenasıdır. Özellikle, anayasanın anlamını belirlemede son sözü söyleyen Amerikan Yüksek Mahkemesi, hukuk kurallarının ve formüllerinin inşasında pek büyük rol oynar. Öyle ki onun bir üçüncü meclis gibi hareket ettiği söylenir⁷. Gerçekten, federal anayasanın “due process” (uygun yöntem) kuralının Amerikan hukukunda mahkeme içtihatlarıyla kazandığı anlam, onların anayasa yorumunda ne kadar serbest ve yaratıcı davrandıklarının en açık örneklerinden biridir⁸.

SONUÇ

Yabancı ülkelerden bu örnekleri vermekteki amacımız, Anayasa Mahkeme-mize yöneltilen eleştirilerde gerçekçi, objektif ve insaflı olma gereğini vurgulamaktır. Şüphesiz herkes Anayasa Mahkemesi’nin kararları arasında, beğenmediği veya katılmadığı bir çok kararlar bulacaktır. Bu olağan bir şeydir. Fakat onun hakkında doğru bir değerlendirme yapmak için başka ülkelerdeki durumları gözden ırak tutmamak gerekir. Dünyadaki benzerleriyle karşılaştırıldığında Anayasa Mahkememizin, uzun bir geçmişi olmamasına rağmen, oldukça dengeli, ihtiyatlı ve devlet sorumluluğu ile davranmış olduğunu gözlemlememek elden gelmez.

Anayasa mahkemeleri, hukuk devletinin, şimdiye kadar insanoğlunun keşfedebildiği en güvenilir bekçileridir. Anayasa Mahkememiz bu bekçiliği olgunlukla yapmış, hukuk düşüncemize, bir çok virtüözite örnekleriyle, büyük katkılar yapmıştır. Onu eleştirirken, onunla kıvanç da duyalım.

6 "Groupe d’information et de soutien des travailleurs immigrés et C.F.D.T.", *A.J.D.A.*, 1979, 54."

7 SCHWARTZ - WADE, *Legal Control of Government*, 1972, p. 304.

8 Anayasanın “due process” ilkesinin şu hakları içerdiği içtihadı olarak belirlenmiştir,

1. Kanıt ve belge sunma hakkı, 2. Bildirimde bulunulma hakkı, 3. Cross-examination (karşı tarafın tanığına soru sorma) ve diğer uygun yollarla karşı iddia veya kanıt çürütme hakkı, 4. Avukatıyla hazır bulunma hakkı, 5 Kararın sadece duruşma tutanaklarında mevcut kanıtlara dayanması hakkı, 6. Yazılı tutanak hakkı (tanıklıkları, kanıtları, belgeleri ve duruşmada verilen diğer belgeleri içeren) (SCHWARTZ-WADE, Op. cit. 108).

(22. Makale - 1983)

Tekin AKILLIOĞLU

*1982 Anayasasında Temel Hakların
Genel Kuralları **

* Tekin Akıllıoğlu, "1982 Anayasasında Temel Hakların Genel Kuralları", *İnsan Hakları Yıllığı*, S. 5-6, 1983-1984, s. 50-66.

1982 ANAYASASINDA TEMEL HAKLARIN GENEL KURALLARI

1982 Anayasası temel haklar bakımından yeni ve değişik kurallar getirmiştir. Bu gözlem Anayasanın öteki kuralları bakımından da geçerli olmakla birlikte, Anayasa değişikliklerinde temel haklar sistematüğinde önemli yenilikler yapılması fazlaca rastlanan bir olgu değildir. Zira temel haklar genelde soyut ve ilke değeriinde kavramlar olduklarından Anayasalarda ayrıntılı biçimde düzenlemelere yer verilmemiştir. Bazı Anayasalarda (Fransız Anayasalarında olduğu gibi) doğrudan doğruya düzenleme yerine klasik temel metinlere yollamada bulunulmakla veya bu metinlerdeki bazı önemli ilkelerin aynen alınması ile yetinilmiştir (ABD Anayasasında olduğu gibi). Bizde bilindiğı gibi ilk defa 1961 Anayasasında ayrıntılı düzenleme yoluna gidilmiştir. 1982 Anayasasında da bu yöntem benimsenmiş fakat aynı zamanda 1961 Anayasasına göre önemli değişiklikler yapılmıştır. Bir bakıma 1982 Anayasasında 1961 Anayasasının temel haklara ilişkin kurallarından yararlanılmakla birlikte bu yararlanma pek çok hükmü yeniden bir kısmını da değişik biçimde yazma yolu ile olmuştur. Burada 1982 Anayasasının 1961 Anayasasına göre temel haklar bakımından yeni kurallarına, değiştirilen kuralların önemli görünen yanlarına ve genelde sistematik düzenleme hakkında bazı değerlendirmelere yer verilecektir¹. Ancak daha önce, doğrudan doğruya temel haklar kısmında yer almamakla birlikte bu kısımla ilgili üç Anayasa kesiminden söz etmek yerindedir. Bunlar sırasıyla Başlangıç, Genel Esaslar ve Ekonomik Hükümlerdir.

TEMEL HAKLARLA İLGİLİ KURALLAR

Başlangıç

Bilindiğı gibi Başlangıç kesimleri Anayasaların yapılış nedenlerini ve temel düşünceleri açıklama işlevi gören, hukuk kuralı koymaktan öte bildiri niteliğı taşıyan kesimlerdir, ifade tarzı bakımından gerek 1961 Anayasası ve gerekse

* Doç. Dr. A. Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi.

1 Aynı konuda daha Önce yapılmış bir değerlendirme için bkz. Yavuz Sabuncu, «1982 Anayasası ve Temel Haklar ve Özgürlükler» **Mülkiyeliler Birliğı Dergisi**, 1984, 10. Cilt, Sayı 76, s. 15-21.

1982 Anayasasının Başlangıçları bu nitelikte iseler de «metne dahil» oldukları kurala bağlanmıştır (1961/156 ve 1982/176). Başka deyişle hukukî nitelik farkı gözetilmemiştir. Bu nedenle Başlangıcın temel haklara ilişkin açıklaması temel hakların genel hükümlerinden sayılabilir.

1961 Anayasasının Başlangıcının temel haklara ilişkin açıklamasında «İnsan hak ve hürriyetlerini, millî dayanışmayı, sosyal adaleti, ferdin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi ve teminat altına almayı mümkün kılacak demokratik hukuk devletini bütün hukukî ve sosyal temelleriyle kurmak» amacına yer verilmektedir. Kısaca belirtmek gerekirse, 1961 Anayasasının Başlangıcında temel haklara demokratik hukuk devleti içinde yer verilmekte ve bu hakların millî dayanışma ve sosyal adalet ilkeleri göz önünde tutularak gerek birey ve gerekse toplum açısından gerçekleştirilmesi düşünülmektedir.

1982 Anayasasının Başlangıcında Başlangıç ve temel haklar ilişkisi daha değişik terimlerle kurulmaktadır. Buna göre «Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu» belirtilmektedir.

İlk olarak temel hakların yerleştiği demokratik hukuk devleti bağlamı açılarak yerine daha geniş ve soyut bir bağlam konulmaktadır. Bu bağlam, «millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni»dir. Dikkat çeken ikinci nokta temel haklar sistematığının iki temel kavramı olan insan haysiyeti ve kişiliği geliştirme hakkının «onurlu bir hayat sürdürme» ve «maddî ve manevî varlığını... geliştirme» olarak Başlangıca girmiş olmasıdır. Bu kavramlar 1961 Anayasasının metninde bulunmaktaydı. Bu defa da bu kavramlar metinde yer almakla birlikte Başlangıç'ta da ifade edilmiş bulunmaktadır. Üçüncü bir nokta her iki Anayasada da temel haklardan yararlanmada sosyal adalet ilkesine yer verilmiş olmasıdır. 1961 Anayasası buna ek olarak millî dayanışma ve huzur ve refah kavramlarına yer vermekte, 1982 Anayasası ise ek olarak eşitlik ilkesine yer vermektedir. Dördüncü bir nokta da yaklaşım farkı olarak belirlenebilir. 1982 Anayasasının Başlangıcı temel hakları vatandaşların doğuştan sahip oldukları haklar olarak nitelendirmektedir. 1961 Anayasasının Başlangıcında ise temel hakların «gerçekleştirilmesi» bir Devlet ödevi olarak benimsenmekteydi. Başka deyişle 1982 Anayasası doğal hukuk anlayışına ve temel hakların durağan, elde edilmiş haklar olduğu yolundaki klasik anlayışa yer vermiş olmaktadır. Bununla birlikte bu yaklaşım farkının her iki Anayasanın temel haklar metinleri ele alındığında mutlak olmadığı her ikisinin de temel haklar kısmının ilk hükmünde doğal hukuk yaklaşımını benimsemeleri nedeniyle söylenebilir. Başka deyişle yaklaşım farkı sadece Başlangıçlar arasında söz konusudur. Öte yandan her iki Anayasada, temel haklara ilişkin metinlerinde, aynı zamanda Devlete sadece edilgen (pasif) bir rol değil fakat kurucu ve

yapıcı, karışıcı ve düzenleyici, kısaca etken (aktif) rol ve ödevler yüklemiş ve tanımış olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

Genel Esaslar

Anayasanın tümünü kapsayıcı genel ilke ve kurallar getiren Genel Esaslar Kısmı 1982’de temel haklar bakımından iki önemli madde taşımaktadır. 1961 Anayasasının Genel Esaslar Kısmı 9 madde iken 1982 Anayasasında 11 maddelik bir düzenleme söz konusudur. İki maddelik artış temel haklarla ilgilidir. Bunlardan birincisi «Devletin temel amaç ve görevleri» başlığını taşıyan 5. maddedir. İkincisi ise daha Önce Eşitlik başlığı altında 1961 Anyasasının 12. maddesinde Temel Haklar ve Ödevler Kısmının Genel Hükümler Bölümünde yer alan düzenlemedir. Bu madde kapsamı genişletilmiş olarak 1982 Anayasasında temel haklar kısmından alınarak Anayasanın birinci kısmı olan Genel Esaslar kısmının 10. maddesi olmuştur.

1982 Anayasasının 5. maddesi Devletin temel haklar bakımından görevlerini öteki temel amaç ve görevleri ile birlikte sıralamaktadır. Bu madde, temel amaç ve ödevler konusunda; korumak sağlamak, kaldırmak ve çalışmak fiilleri ile sonuçlanan dört temel düşünce içermektedir.

Koruma amacı içinde Türk milletinin bağımsızlığı ve bütünlüğü, ülkenin bölünmezliği, Cumhuriyetin ve demokrasinin korunmasına yer verilmektedir.

Sağlama amacı içinde kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamanın Devletin temel amaç ve görevi olduğu belirtilmektedir.

Engelleri kaldırma amacı içinde temel hakları sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engellerin kaldırılması fikrine yer verilmiştir. Bu engellerin temel hakları sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak biçimde sınırlamaları halinde Devletin karışması bir görev olarak ortaya çıkmaktadır.

Elverişli şartları hazırlamaya çalışmak amacı içinde insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesine ilişkin koşulların yaratılması fikri yer almaktadır.

Beşinci maddede yer alan bu amaçlar ve görevler 1961 Anayasasında da yer almaktaydı. Ancak bir araya getirilmeleri ve temel haklar sistematığı içindeki konumları bir yenilik oluşturmaktadır.

1961 Anayasasının 10. maddesi «Temel hakların niteliği ve korunması» başlığını taşımaktadır. Niteliği vurgulayan ilk fıkradan sonra, 1982 Anayasasının 5. maddesinde yer alan engelleri kaldırma ve elverişli şartları hazırlama görevleri düzenlenmiş bulunmaktaydı. Bu düzenleme, madde başlığından anlaşılabacağı üzere koruma fikrine dayanıyordu. 1982 Anayasasının buna koşut olan 12. maddesinin başlığında sadece «Temel hak ve hürriyetlerin niteliği» deyimini yer almaktadır. Buna karşılık koruma kavramı ve içeriğine bu mad-

dede yer verilmiş değildir. Ancak bu nedenle koruma kavramının kaldırılmış olduğu sonucuna varmak yerinde değildir. Zira 5. maddede bu içerik daha geniş bir biçimde düzenlenmiş bulunmaktadır. Ne var ki bu içeriğe koruma değil fakat görev kavramı uygun düşmektedir. Zira 1982 Anayasasının 5. maddesinin ilk cümlesi korumaya daha başka bir içerik yüklemiş bulunmaktadır. Bu içerik daha önce de değinildiği gibi ulusun bağımsızlık ve bütünlüğünün ülkenin bölünmezliğinin, Cumhuriyet ve demokrasinin korunmasıdır. Böylece 1982 Anayasasının temel haklar konusundaki temel yaklaşımı, temel haklar bağlamı olarak sözü edilen koruma düşüncesinin seçilmiş olması biçiminde ortaya çıkmaktadır.

Kanun önünde eşitlik başlığını taşıyan 10. maddeye gelince bu maddenin iki yenilik getirdiği söylenebilir. Birinci fıkrada 1961 Anayasasının 12. maddesinin ilk fıkrasında olduğu gibi ayırım yapma yasakları sayılmakla birlikte «ve benzeri sebeplerle» denilmekle bu yasakların sınırlı olmadıkları, örnek olarak belirtildikleri açıklanmış olmaktadır. Bu yaklaşımın 1961 Anayasasına göre de geçerli olduğu bilinmektedir. Ancak bu defa açıkça belirtilmiş olmaktadır. İkinci yenilik maddenin üçüncü fıkrasında yer almaktadır. Bu fıkrada Devlet organları ve idarenin bütün işlemlerinde eşitlik ilkesine uygun hareket etmek ödevleri belirtilmektedir. Bir bakıma bu husus da yenilik olmaktan çok bilinen bir kamu hukuku ilkesini açık Anayasa kuralı haline getirmiş olma özelliği taşımaktadır.

Ekonomik Hükümler

Gerek 1961 Anayasasında ve gerekse 1982 Anayasasında Ekonomik Hükümler temel haklarla yakından ilgili nitelik taşımaktadır. 1961 Anayasasının «İktisadî ve malî hükümler» başlığını taşıyan kesimi Yürütmenin bir alt ayırımı olarak düzenlenmiş iken bu defa «Malî ve Ekonomik Hükümler» başlığı altında ayrı bir Kısım, başka deyişle Anayasanın temel ayrımlarından biri olarak düzenlenmiştir. Öte yandan bu düzenleme madde sayısındaki artış da gözönünde tutularak iki ayrı alt bölüm halinde yapılmıştır. Ekonomik Hükümler başlığını taşıyan ikinci bölümde sekiz madde (166-173) bulunmaktadır. 1961 Anayasasında bu kesim malî hükümlerle bir arada toplam 6 maddelik (126-131) bir düzenlemedir. Bu düzenlemede sadece üç madde ekonomik hükümler niteliğindedir: -«Kalkınma planı ve Devlet Planlama Teşkilatı (m. 129),- «Tabii servet kaynaklarının aranması ve işletilmesi (m. 130),- «Ormanların ve orman köylüsünün korunması, ormanların geliştirilmesi (m. 131). Bu düzenlemenin temel noktasını özel girişim özgürlüğünün sınırlandırılması oluşturmaktadır. İkinci nokta olarak da ekonomik bakımdan güçsüz bir kesim olarak orman köylülerinin korunması düşüncesi belirmektedir. Buna karşılık 1982 Anayasasının Ekonomik hükümler bölümünde korunması gereken kesimlerin sayısında bir artış ve özel girişim özgürlüğünün sınırlandırılması yaklaşımında bir değişiklik söz konusudur.

Korunması gereken toplum kesimleri olarak «Orman köylüsünün korunması» (m. 170), «Kooperatifçiliğin geliştirilmesi» (m. 171), «Tüketicilerin korunması» (m. 172) ve «Esnaf ve sanatkârların korunması» (m. 173) dört kesim belirlenmektedir. İlk iki kesime ilişkin düzenleme 1961 Anayasasında da bulunmaktadır (m. 131 ve m. 51).

Ormanlar ve orman köylüsünün korunmasına ilişkin kurallar 1961 Anayasasında tek madde ile düzenlenmiş iken (m. 131), 1982 Anayasasında bu konuya iki madde ayrılmıştır (m. 169 ve m. 170). Her iki Anayasada da ormanların korunması, ormanlar üzerinde devlet gözetimi bulunması ve orman sınırlarının daraltılmaması ilkesine dayanmaktadır. 1961 Anayasası bu konuda Devlet ormanlarının mülkiyet, yönetim ve işletilmesinin özel kişilere devredilmesi yasağı kabul ederek özel girişim özgürlüğünü sınırlandırmıştı. 1982 Anayasası bu yasağı yumuşatarak sadece Devlet ormanlarının mülkiyetinin devredilemeyeceği ilkesini mutlak biçimde ifade etmiştir. Bununla birlikte 1982 Anayasası Devlet ormanlarının kanuna göre Devletçe yönetilmesi ve işletilmesi gereğini de belirtmektedir. 1961 Anayasası kendi yürürlük tarihinden önce orman vasfını tam olarak kaybetmiş yerler için orman sınırlarında daraltma yapılabileceğini kabul etmiştir. 1982 Anayasası da buna benzer bir hüküm getirerek 31.12.1981 tarihinden önce bu niteliği tam olarak kaybeden yerler için daraltma yapılabileceğini kabul etmektedir. Ancak bunun yanında yeni Anayasa daraltma yasağını belli bir tarihe kadar bu niteliği kaybeden yerler dışında daha da genel nitelikte bir kural getirerek iyice yumuşatmış bulunmaktadır. Bu ilkeye göre «Orman olarak muhafazasında bilim ve fen bakımından hiçbir yarar görülmeyen, aksine tarım alanlarına dönüştürülmesinde kesin yarar olduğu tespit edilen yerler» de belli bir tarihle sınırlı olmaksızın orman sınırları dışına çıkarılabilecektir.

Kooperatifçiliğin geliştirilmesi, 1961 Anayasasının 51. maddesi ile sosyal ve İktisadî haklar ve ödevler bölümünde düzenlenmişti. Bu defa ekonomik hükümler arasında (m. 171) daha ayrıntılı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. 1961 Anayasasında bu konuda gelişmeyi sağlayacak önlemlerin Devlet eliyle alınacağı belirtilmekteydi. Bu defa, kooperatifçiliğin gelişmesini sağlayacak önlemlerin temel amaçları da belirlenmiş bulunmaktadır. Buna göre bu önlemler millî ekonominin yararları bağlamı içinde özellikle üretimin artırılması ve tüketicinin korunması amaçlarına yönelik olacaktır.

Ayrıca kooperatiflerin Devlet denetimine bağlı oldukları ve siyasetle uğraşmalarının ve siyasi partilerle işbirliği yapmalarının yasak olduğu kurala bağlanmaktadır,

1982 Anayasasının getirdiği yeni iki kural olan tüketicilerin ve küçük işletmelerin korunmasına ilişkin kurallar (m. 172 ve 173) ayrıntıya girmeksizin sadece Devletin bu konuda gereken önlemleri alacağını belirtmektedir.

DOĞRUDAN DOĞRUYA TEMEL HAKLARA İLİŞKİN OLAN DÜZENLEME

Her iki Anayasada da temel haklar düzenlemesi dört bölüme ayrılarak yapılmıştır. Bu bölümler sırası ile genel hükümler, kişinin hakları, sosyal ve ekonomik haklar, siyasal haklar biçimindedir. Bilindiği gibi 1961 Anayasası sadece temel haklar deyimini kullanmakla yetinmemiş aynı zamanda ödevler deyimini de kullanmıştır. 1982 Anayasasında da bu yöntem izlenerek başlıklar «temel haklar, hürriyetler ve ödevler» biçiminde düzenlenmiştir. Ayrıca bir adım daha atılarak 12. maddenin ikinci fıkrası olarak başlıklarda geçen ödev kavramının içeriği ve uygulama alanının tanımı yapılmıştır. Buna göre temel hak ve özgürlükler ödev ve sorumlulukları da içerir. Bu içerik sadece bireyin Devlet ile olan ilişkilerinde değil, bireyin toplum, aile, öteki kişiler ile olan ilişkilerinde de söz konusudur. (m. 12-2: «Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.»).

Temel haklar düzenlemesine ilişkin nicel bir gözlem yapmak gerekirse 1961’de bu konuya 53 madde ayrılmış iken bu defa 10 madde fazlası ile 63 madde ayrılmış bulunmaktadır. Düzenlemenin bölüm başlıkları bakımından biçimsel olarak 1961 düzenlemesinden «ekonomik» teriminin yerine «İktisadî» teriminin konulmasından başka bir farkı bulunmamaktadır.

Kısaca bir karşılaştırma yapmak gerekirse, ilk üç bölümde madde sayısında artış söz konusudur. Sadece siyasal haklarda madde sayısı aynıdır.

Bu durum aşağıdaki tabloda görülebilir:

Birinci Bölüm; Genel Hükümler (1961: m. 10 -13, dört madde; 1982: m. 12-16, beş madde)

İkinci Bölüm; Kişinin Hakları ve Ödevleri (1961: m. 14 - 34, yirmibir madde; 1982: m. 17-40, yirmidört madde)

Üçüncü Bölüm; Sosyal ve İktisadî (Ekonomik, 1961) Haklar ve Ödevler (1961: m. 35-53, ondokuz madde; 1982: m. 41-65 yirmibeş madde)

Dördüncü Bölüm; Siyasî Haklar ve Ödevler (1961: m. 54-62, dokuz madde; 1982: m. 66-74, dokuz madde).

TEMEL HAKLARIN GENEL HÜKÜMLERİ

Genel Hükümler Bölümü, temel haklara ilişkin genel hukukî rejimi düzenleyen kesimdir. Öteki üç bölümde doğrudan doğruya temel haklar ve her temel hakkın özel hukukî rejimi düzenlenmiş bulunmaktadır. Bununla birlikte temel hakların genel hukukî rejimine ilişkin bazı kuralların özel bölümlerde yer aldığı da görülür. Örneğin maddî ve manevî varlığım geliştirme hakkı Anasayanım Kişinin Hakları ve Ödevleri başlığım taşıyan temel hakların özel

bölümlerinden birinde düzenlenmiş olmakla birlikte aynı zamanda genel hüküm niteliğinde sayılır. Nitekim 1982 Anayasası gerek Başlangıçta ve gerekse Genel Esasların 5. maddesinde bu kavrama yer vermekle bunun Anayasasının tümünü kapsayan bir genel konum niteliğini pekiştirmiş bulunmaktadır. (Ayrıca 15. madde de bu kavram sınırlama kabul etmez bir nitelik kazanmış bulunmaktadır). Bir başka örnek de temel hakların korunmasına ilişkin kurallardır. Bu kesim Kişinin Hakları ve Ödevleri Bölümünde (m. 36-m. 40) düzenlenmiş olmakla birlikte bütün temel hakları ilgilendirir bir nitelik taşıdığı açıktır.

Genel Hükümlerde beş temel konu düzenlenmiş bulunmaktadır. Bunlar sırası ile temel hakların niteliği, sınırlanması, kötüye kullanılamaması, durdurulması ve yabancıların durumudur.

Temel hakların niteliği

Genel Hükümler'in ilk maddesi olan 12. madde «Temel hak ve hürriyetlerin niteliği» başlığını taşımaktadır. Daha önce değinildiği gibi, 1961 Anayasasının buna karşılık olan 10. maddesinin başlığında ayrıca «korunması» deyimini de yer alıyordu. Koruma fikrinin yeni Anayasada kaldırılmadığı sadece düzenleme içindeki bağlamının ve yerinin değiştirildiği daha önce açıklanmıştı.

Yeni düzenlemede 12. madde eski 10. maddenin ilk fıkrasını yinelemektedir. Buna göre temel haklar kişiliğe bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez nitelikte haklardır. Bu ifade bireylere toplumsal konumlarına göre tanınan ve birey toplulukları tarafından kullanılan «kollektif haklar» denilen temel haklar bakımından, «kişiliğe bağlı» deyimini nedeniyle açıklanması güç bir görünüm taşımaktadır. Kuşkusuz bu güçlük, toplu temel hakların da son tahlilde insan kişiliği ile yakın ve doğrudan ilişkisi kurularak aşılabilir. Öteki üç nitelik bilindiği gibi klasik temel metinlerin temel haklara bağladıkları nitelikler olup, doğal hukuk anlayışını yansıtmaktadırlar.

İkinci fıkra, 1961 Anayasasında bulunmayan yeni bir noktayı düzenlemektedir. Bu düzenleme ilk bakışta temel hakların sadece üstünlükler anlamına gelmediğini aynı zamanda ödev ve sorumlulukları da içerdiğini vurgulamak için yapılmıştır, sonucuna varılabilir. Ancak bu sonuçtan daha önemli yanı temel hakların uygulama alanına getirdiği açıklıktır. Bilindiği gibi klasik anlayış temel hakları birey-Devlet ilişkileri bakımından ele almaktadır. Bu anlayış kamu hukuku-özel hukuk ayrımının netlik ve kesinlikle yapılabilmesi varsayımına dayanmaktadır. Günümüzde özellikle iş hukuku alanında özel hukuk kamu hukuku ayrımı netliğini kaybetmiştir. Bu nedenle ilk olarak iş hukuku alanında temel hakların özel hukuk bağlamında da uygulanabileceği gerçeği ortaya çıkmıştır. Bu uygulamaya Alman terminolojisinden gelen bir deyimle «yatay uygulama» denilmektedir. 12. maddenin ikinci fıkrası temel hakların ve onun doğal uzantısı olan ödev ve sorumlulukların bireyin toplum,

aile ve öteki kişilerle ilişkilerinde uygulanacağını açıkça kurala bağlamakla, 1961 Anayasası döneminde öğretide yapılan tartışmalara yatay uygulamanın Anayasa gereğince yapılacağı biçiminde açık bir yanıt vermiş bulunmaktadır.

Temel hakların sınırlandırılması

1961 Anayasasında bu konu özün korunması ve temel hakların kötüye kullanılmaması ile birlikte olarak düzenlenmişti (m. 11). Bu defa 13. maddede sadece sınırlama konusunu düzenlemektedir. Temel hakların özü kavramına yer verilmemiş ve kötüye kullanılmama kavramı da ayrıca (m. 14) düzenlenmiş bulunmaktadır. Bilindiği gibi temel hakların özü kavramı 1961 Anayasasında temel hakların sınırlandırılmasında bir denge ve sınır kavramı olarak kullanılmıştır. Bu defa bu kavrama yer verilmemiş olması sınırlamada denge ve sınır ölçütlerinin kaldırıldığı veya Anayasa koyucu tarafından ihmal edildiği anlamına gelir mi? Kuşkusuz bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Zira herşeyden önce bu gibi kavramlar bir yöntem sorunu olmaları nedeniyle Anayasada yer almamış olsalar bile son tahlilde yargıcın kullanabileceği yetkiler kapsamına girmektedir. Öte yandan 1982 Anayasasının bu kavramları ihmal etmiş olduğu da söylenemez. Gerçekten 13. maddede sınırlama nedenleri sayıldıktan sonra, sınırlamaların «Demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacakları ve öngörülükleri amaç dışında kullanılamayacakları» kurala bağlanmıştır. Görüldüğü gibi 1982 Anayasası da sınırlamanın sınırını ifade etmiş bulunmaktadır. Ancak öze dokunma yasağı yerine «demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama» kavramını getirmiş bulunmaktadır. Öte yandan bu ifade sadece kanun koyucuya yönelik olmayıp uygulamaya, özellikle yönetime, sınırlamaların «öngörülükleri amaç dışında kullanılmaması» uyarısında bulunmaktadır.

Bununla birlikte öze dokunma yasağının kaldırılmış olup olmadığı tartışılabilir. Bu soruna temel hakların durdurulması kavramı içinde yeniden dönecektir.

Temel hakların sınırlandırılmasında dikkat çeken özellikler, öze dokunma yasağı dışında, ayrıca «ancak» terimine yer verilmemiş olması, sınırlama nedenlerinin artırılmış olması ve genel sınırlama nedenlerinin temel hakların tümü için geçerli sayılmasıdır.

1961 Anayasasının 11. maddesinin ilk fıkrasında sınırlamanın Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla yapılabileceği kurala bağlanmıştır. 1982 Anayasasının 13. maddesinin ilk fıkrasında bu ifade tekrar edilmiş olmakla birlikte «**ancak**» terimi kullanılmamıştır. Başka deyişle kanunla sınırlama ilke olarak geçerliliğini korumaktadır. Bu anlatım, kanunla sınırlamanın olağan dönemlerde asıl olduğu, olağan üstü haller, savaş ve sıkıyönetim dönemlerinde yetki kanununa gerek olmaksızın kanun hükmünde kararnamele düzenleme yapılabilmesi varsayımı ile birlikte anlam kazanmaktadır.

Sınırlama nedenleri olarak 1961 Anayasasında 1971 değişikliği ile oluşan durum «Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, Cumhuriyetin, millî güvenliğinin, kamu düzeninin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması» biçimindedir. Yeni Anayasada bu nedenlere «millî egemenlik ve genel asayiş» kavramları da eklenmiştir.

1982 Anayasası ayrıca 13. maddede sayılan genel sınırlama nedenleri ile de temel hakların sınırlanabileceğini kurala bağlamış bulunmaktadır. Böylece 1961 Anayasasının 11. maddesine ilişkin olarak öğretide yapılan tartışmalara açık bir çözüm getirilmiş olmaktadır. Başka bir anlatımla yeni düzenlemeye göre temel haklar kanun koyucu tarafından Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle sınırlandırılabilir gibi 13. madde sayılan genel sınırlama nedenlerine dayanılarak da sınırlandırılabilir.

Temel hakların durdurulması

Bilindiği gibi 1961 Anayasasının sıkıyönetim ve savaş halini düzenleyen 124. maddesinin son fıkrasında «Sıkıyönetim veya genel olarak savaş halinde... hürriyetlerin nasıl kayıtlanacağı veya durdurulacağı. ... kanunla gösterilir» hükmü yer almaktadır. Başka deyişle 1961 Anayasası temel hakların durdurulmasını savaş ve sıkıyönetim hallerinde başvurulacak bir kavram olarak düzenlemiştir.

1982 Anayasasının 14. maddesinde yer alan düzenleme ile bağlam genişletilerek «savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü haller» biçimini almış bulunmaktadır. Başka deyişle temel haklarının kullanılması yukarıda sayılan hallerde durdurulabilir. Bu bir temel hakkın tümüyle kullanılamaması biçiminde veya kısmen kullanılamaması biçiminde olabilir.

Temel haklar bakımından son derece ağır bir daraltma anlamına gelen bu hüküm ayrıca «bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir» denilmekle daha da ağır sonuçlar doğurur bir nitelik taşımaktadır. Ancak bu kayıtlamanın önemli sınırlar ve istisnaları da öngörülmüş bulunmaktadır.

Temel hakların durdurulmasının ilk sınırını «milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlâl edilmemesi» kaydı oluşturmaktadır. Böylece Milletlerarası Hukuk Anayasa düzeyinde sayılmış olmaktadır. Başka bir deyişle Anayasada Milletlerarası hukukun önemli bir kaynağını oluşturan andlaşmalar (m. 90-son fıkra) «kanun hükmünde» sayılmakla iç hukukumuz bakımından Anayasa altı bir hukukî değer taşımaktadır. 15. maddede ise sadece andlaşmalar değil fakat milletlerarası hukukun tümünden veya bütün kaynaklarından gelen «yükümlülükler» anayasal değer ve nitelik kazanmış bulunmaktadır. Böylece temel haklar bakımından milletlerarası hukuk sayılan dönemlerde anayasal nitelik taşımaktadır.

İkinci sınırı «durumun gerektirdiği ölçü» oluşturmaktadır. Ölçülülük ilkesi de denilebilecek bu kavram yargı kararlarının yabancı olmadıkları bir kavramdır. Bu defa sayılan dönemlerde yapılan işlemlerin yargısal denetiminde ölçülülük ilkesi anayasal değer ve önem kazanmış bulunmaktadır.

Temel hakların durdurulmasının istisnalarına da yer verilmiştir. Başka deyişle durdurulması veya Anayasada öngörülen güvencelere aykırı önlemler alınması düşünülemeyecek haklar da bulunmaktadır. Bunlar 15. maddenin ikinci fıkrasında şöyle sayılmaktadır;

— «Savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler ile ölüm cezalarının infazı dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz»;

— «Kimse, din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz»;

— «ve bunlardan dolayı suçlanamaz»;

— «Suç ve cezalar geçmişe yürütülemez»;

— «Suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılmaz».

Kısaca belirtmek gerekirse sayılan bu durumlar Anayasanın her ne sebeple olursa olsun dokunulmasına izin vermediği durumlardır. Bir bakıma bu durumlar temel haklar sistematığının üzerine kurulduğu temel konumlar olarak nitelendirilebilir. Yukarıda temel hakların sınırlanması nedeniyle değinilen öze dokunma yasağı kavramı bakımından da bu düzenleme anlamlıdır. Başka bir deyişle Anayasanın temel hakların durdurulması nedeniyle bile dokunulmasına izin vermediği durumların olağan dönemlerde öncelikle dokunulmaz nitelik taşıdığı kolayca söylenebilir.

Temel hakların kötüye kullanılmaması

1961 Anayasasının 11. maddesine 1971 değişikliği ile eklenen 3. ve 4. fıkralarda kötüye kullanılmama kavramı düzenlenmişti. Bu defa ayrı bir madde halinde ve daha ayrıntılı biçimde (m. 14) düzenleme yapılmış bulunmaktadır.

Anayasa hangi amaçlarla temel hakların kullanılamayacağını saymıştır. Bu amaçlarla kullanım kötüye kullanma sayılır. Başka deyişle bir temel hakkın kullanılması 14. maddede sayılan amaçlar kapsamına girmemelidir. Temel haklar;

— «Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak,

— «Türk Devletinin ve Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye düşürmek,

— Temel hak ve hürriyetleri yok etmek,

— Devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak,

— veya dil, ırk, din ve mezhep ayırımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzenini kurmak amacıyla kullanılamazlar.»

İkinci fıkrada bu yasaklara aykırı hareket edenler veya başkalarını bu yolda teşvik ve tahrik edenler hakkında uygulanacak yaptırımların kanunla düzenleneceği öngörülmektedir. Nihayet, üçüncü fıkrada Anayasa kurallarının hiçbirinin temel hakları yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkını verir biçimde yorumlanamayacağı kurala bağlanmaktadır.

Kısaca belirtmek gerekirse 14. maddede üç düşünce söz konusudur. Birinci düşünce temel hakların kötüye kullanılmamasıdır. Buna ilişkin olarak kötüye kullanmanın hangi hallerde söz konusu olduğu belirtilmiştir. İkinci düşünce kötüye kullanma halleri için yaptırımların kanunla düzenlenmesidir. Üçüncü düşünce de Anayasa kurallarının temel haklar aleyhine faaliyetlerde dayanak olarak yorumlanamayacağıdır.

Yabancıların durumu

Genel hükümlerin son maddesi (m. 16) ile yabancıların durumu düzenlenmektedir. Buna göre kanunla sınırlama ilkesi yabancılar için de geçerlidir. Ayrıca sınırlamaların milletlerarası hukuka uygun olması koşulu da getirilmiştir. Bu düzenleme 1961 Anayasasının 13. maddesinin küçük bir değişiklik ile yinelenmesinden oluşmaktadır. 13. madde de «Bu kısımda gösterilen temel haklar ve hürriyetler» denilmekle doğrudan doğruya Anayasanın temel haklar kısmına işaret edilmiş bulunulmaktaydı. 16. madde daha soyut biçimde «temel hak ve hürriyetler» demektedir. Bu ifade kavramı biçimsel anayasal düzenleme dışında da ele alan geniş bir anlatım içermektedir.

16. maddenin bir başka özelliği de daha önce değinilen 15. madde gibi milletlerarası hukuku anayasal düzeyde ele almasıdır. Ancak 15. maddeden farklı olarak, 16. maddede vatandaşlar ile yabancıların hukukî durumları arasında hukukî rejim farklılığı düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre, yabancıların temel hakları bakımından uygulanacak hukukî rejim Anayasanın sadece vatandaşlara özgülemediği hukukî rejimdir. Ancak bu hukukî rejimde temel hakların sınırlandırılmasında Anayasa yanında milletlerarası hukuka uygunluk da göz önünde tutulacaktır.

Milletlerarası hukukun anayasal nitelik kazandığı bir başka durum da «Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi» başlığını taşıyan 42. maddede düzenlenmiştir. Bu maddenin son fıkrasına göre, eğitim ve öğretimde Türk vatandaşlarına ana dili olarak Türkçe'den başka hiçbir dil okutulamaz ve öğretilemez. Eğitim ve öğretimde okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların bağlı olacakları kurallar kanunla düzenlenir. Nihayet son cümlede milletlerarası andlaşma hükümlerinin saklı olduğu kurala bağlanmış bulunmaktadır. Böylece yabancı dil öğretilmesi ve yabancı dille eğitim

ve öğretim yapılmasına ilişkin milletlerarası andlaşma hükümleri de anayasal düzeyde ele alınmış bulunmaktadır.²

Temel hakların korunması

Kuramsal olarak temel haklar sistematığının genel konularından olan koruma sorunu Anayasada ikinci bölüm olan kişinin hakları ve ödevleri kesiminde yer almıştır. Ancak bu yerleştirme, konunun genel hükümlerden sayılmasına engel değildir. Zira 176. maddede açıkça belirtildiği gibi kenar başlıkları sadece ilgili oldukları maddelerin konusunu ve maddelerin sıralanma ve bağlantısını gösterirler. Anayasa metninden sayılmazlar. Bu bakımdan korumaya ilişkin hükümleri sadece kişinin hakları ve ödevleri bölümünde düzenlenen haklara yönelik saymamak mümkündür. Esasen bu kesimdeki maddelerin içerik ve anlamları da bu biçimde dar kapsamlı olarak anlaşılma-ya uygun değildir.

Temel hakların korunması ile ilgili hükümler başlığı altında beş madde yer almaktadır (m. 39-m.40).

36. maddede düzenlenen hak arama hürriyeti yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve müdafaa hakkına yer vermektedir. Bu haktan herkes (yabancılar dahil) «meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle» yararlanabilir, ikinci fıkrada mahkemelerin görev ve yetkileri içindeki davalara bakmaktan kaçınamayacağı kurala bağlanmıştır. Bu özgürlük Anayasanın siyasal haklar ve ödevler bölümünde yer alan dilekçe hakkını düzenleyen 74. madde ile birlikte bir bütün oluşturmaktadır. Böylece ilgililer Devletin üç temel işlevini yerine getiren organlar (yasama, yürütme ve yönetim ve yargı) önünde hak arama imkânına sahiptir. Bununla birlikte yargı önünde hak arama özgürlüğü vatandaşlar ve yabancılar arasında ayırım yapılmaksızın tanındığı halde dilekçe hakkına ilişkin 74. maddede «vatandaşlar» denilmiş olması üzerinde durulabilir. Ancak bu ifade dilekçe hakkının yabancılar-ya kapatılmış olduğu anlamına gelmez. Zira daha önce belirtildiği gibi 16. madde yabancıların temel hak ve özgürlüklere sahip bulunduğunu geniş bir biçimde belirtmekte fakat düzenlemede «milletlerarası hukuka uygunluk» koşulu getirmiş bulunmaktadır.

37. maddede yer alan «Kanuni hâkim güvencesi» 1961 Anayasasının değişik (1971) 32. maddesinde olduğu gibi herkesin kanunen tâbi olduğu mahkeme önüne çıkarılma hakkına sahip olduğunu, bu ilkenin zedelenmesi sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamayacağını kurala bağlamaktadır.

38. maddede suç ve cezalara ilişkin ilkeler düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu ilkeler sırasıyla suç ve cezaların kanuniliği, suçsuzluk varsayımı, (masumiyet

2 Anayasa ve uluslararası hukuk ilişkileri için bkz. H. PAZARCI, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, Ankara, 1985 SBF Yay, Kitap I.

karinesi), kendisi ve yakınları aleyhine ifade vermemeye hakkı ve kanıt göstermeye zorlanmama hakkı, ceza sorumluluğunun kişiselliği, genel müsadere cezası verilememesi, yönetimin kişi özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğuran yaptırım uygulayamaması ve vatandaşın suç sebebiyle yabancı bir ülkeye geri verilememesidir. Suçsuzluk varsayımı ile son iki ilke 1961 Anayasasının buna koşut olan 33. maddesinde yer almamaktadır.

İspat hakkını düzenleyen 34. madde 1982 Anayasasının 1961 düzenlemesini değiştirmeden olduğu gibi aldığı, , ender maddelerden biridir. Buna göre kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesi ile ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret davalarında sanık isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir. Bunun dışındaki durumlarda ispat isteminin kabulü kamu yararı bulunmasına veya şikâyetçinin ispata razı olmasına bağlıdır.

Korumaya ilişkin son kural olan 40. maddede «Temel hak ve hürriyetlerin korunması» başlığı altında yetkili makama geciktirilmeden başvurma hakkı ve haksız işlemlerden doğan zarardan Devletin sorumluluğu kurala bağlanmıştır. Buna göre temel hakları zedelenen herkes yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Başka deyişle başvurunun geciktirilmesi veya engellenmesi yasaklanmaktadır. Bu kuralın kişi hürriyeti ve güvenliğini düzenleyen 19. maddede de yer aldığı görülmektedir. Buna göre «Her ne sebeple olursa olsun, hürriyeti kısıtlanan kişi, kısa sürede durumu hakkında karar verilmesini ve bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir». Bu kurala aykırı işlem yapılması halinde ilgilinin uğrayacağı zararın da kanuna göre Devletçe ödeneceği belirtilmiş bulunmaktadır. İki kural benzer nitelikte ise de farklıdır.

19. maddede haksız yakalama ve tutuklama hallerinde itiraz hakkı ve zararın Devletçe ödetilmesi düzenlenmiş iken 40. maddede temel hakların tümü için koruma hükmü getirilmiştir. Başka deyişle biri genel öteki özel niteliktedir. 40. maddeye göre sadece haksız yakalama ve tutuklama halleri değil «Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkes» koruma altına alınmış olmaktadır. 19. maddede ilgilinin koruma altına alınan hakları yakalama ve tutuklama hallerine özgü ve karar verilmesini isteme ve serbest bırakılmayı isteme haklarının kullanılması bakımından koruma altına alınmıştır. 40 maddede ise başvurma imkanının geciktirilmeden sağlanmasını isteme hakkı özel olarak 1. fıkrada belirtilmiş ve ikinci fıkrada «görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğranan zarar»ın Devletçe tazmin edileceği düzenlenmiştir. Burada yapılması hukuka aykırılık oluşturan haksız işlemler sadece başvuru hakkı bakımından değil temel hakların tümü bakımından söz konusudur. Bir başka nokta da Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı 40. maddeye giren hallerde açıkça düzenlenmiş iken 19. madde rücu hakkına yer vermemiştir.

(23. Makale - 1984)

Lütfi DURAN

*Türkiye’de Anayasa Yargısının
İşlevi ve Konumu **

* Lûtfi Duran, “Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu”, **Anayasa Yargısı**, C. 1, 1984, s.57-87.

TÜRKİYE'DE ANAYASA YARGISININ İŞLEVİ VE KONUMU*

Lütfi DURAN**

Kısaca «**anayasa yargısı**» denilen denetim yolu, bilindiği gibi, «**hukuk devleti**» ilkesinin tümü ile gerçekleştirilmesini amaçlayan bir yaptırım oluşturur.

«Hukuk devleti» ilkesi aslında Batı demokrasilerinde, iki yüz yıldan beri, normlar hiyerarşisi mekanizması ile, değişik ölçülerde uygulamaya geçirilmiş, fakat millî egemenliği temsil ve ifade eden yasama önünde takılıp kalmış, anayasa ve üstün kurallar düzeyine çıkamamıştır.

Normlar hiyerarşisi mekanizmasında, yönetenlerle kamu görevlileri, üstlerinde yer alan organ ve makamların koyduğu kurallara uygun işlem ve eylem yapmak zorunda ise de; yasama organının üstün normlara aykırı düşen kanunlar çıkarmasını engelleyecek veya yürürlüğe konduktan sonra etkisiz kılacak bir yöntem mevcut değildir. Bu çerçevede, ancak «**kanun devleti**» söz konusu olmuş; insan hakları ve temel özgürlükler ve azınlıkta kalan muhalefetler, genel oydan güç alan parlamentodaki çoğunluk iktidarına karşı tam ve etkin biçimde korunamamıştır. Hukuk devletinin tam anlamıyla geçerlik ve işlerlik kazanabilmesi için, yasama işlemlerinin de, bağımsız bir organın inceleme ve denetiminden geçirilebileceği bir yolun açık olması gerekir.

Ne var ki, bir ülkenin «hukuk devleti» niteliği, kanunlarının herhangi anayasal ve üst kurallara uygun bulunması ile değil, ancak çağdaş demokrasi esaslarına aykırı olmaması ile sağlanabilir. Bu nedenledir ki, günümüzde salt «hukuk devleti» belirlemesi yeterli sayılmayıp, «**demokratik hukuk devleti**» niteliğinden sözedilmektedir. Çünkü hukuk devleti, insan haklarına ve özgürlüklerine dayalı çoğulcu ve iktidar seçeneklerine açık demokratik sistemin gerçekleşmesine hizmet ettiği için —ve o ölçüde— yararlı ve gerekli bir ilkedir.

İşte bu anlam ve kapsamda hukuk devleti, ilk olarak 1803'te ABD'inde Yüksek Mahkemenin, def'i yolu ile kanunun anayasaya aykırılığından ötü-

* Bu inceleme, Anayasa Mahkemesinin XXII nci kuruluş yıldönümü dolayısıyla 25-27 Nisan 1984 günleri düzenlediği sempozyuma sunulan tebliğin tam metnidir.

** Prof. Dr. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

rü belirli bir olay ve uyuşmazlığa uygulanmaması gerektiğini içtihad ve kabul etmesi sonucu ortaya çıkmıştır. Bununla beraber, Batı demokrasilerinde kanunlara karşı yargı yolunun açılması için, aradan yüzyıldan fazla bir süre geçmesi gerekmiş ve ancak Birinci dünya savaşı ardından, bu denetim usulü 1920'lerde Avusturya ve Çekoslovakya'da, 1930larda İspanya'da, ABD'den farklı biçimlerde yer almıştır. Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, demokrasinin faşizme karşı zaferi olarak nitelenen ikinci dünya savaşı sonrasında, insan hak ve hürriyetlerinin korunması gerektiği bilinciyle, Batı Avrupa ülkelerinde yaygınlaşmış ve başlangıçta Batı Almanya, İtalya, Avusturya ve Fransa'nın, daha yakın zamanlarda dikta rejiminden kurtulan Yunanistan, Portekiz ve İspanya'nın yeni anayasalarında, değişik usullerle benimsenip, uygulamaya konmuştur. Bu arada, Türkiye'de 27 Mayıs 1960 harekâtının gerçekleşmesini belirleyen etmen ve gerekçelere uygun olarak, yeniden düzenlenen 1961 Anayasası ile, Cumhuriyetin «demokratik hukuk devleti» ilkesinin yaptırılmasını sağlayacak bir Anayasa Mahkemesi kurulması öngörülmüş ve ona kanunların Anayasa'ya uygunluğu denetimi, esas ve en önemli görev ve yetki olarak verilmiştir.

Batı demokrasilerinde, anayasa yargısı ile görevli merciler, çeşitli unvanlar taşımakta ve bazı başka konularda da yargısal ve yönetsel yetkiler kullanmaktadır. Bunların asıl işlevi ve ortak yanı, genellikle yasama işlemlerinin Anayasa ve üstün hukuk ilkelerine uygunluğunu, yargı yolu ile denetlemektir. Ancak, bu yargısal denetimin konusu olabilecek işlemlerin nitelikleri ve uygun bulunmaları gereken unsurlarının ve üst hukuk kurallarının kapsamı, işletilmesini sağlayacak başvuruları yapabilecek kişiler ve makamlar, yürütülmesinde izlenecek şekil ve usuller ve sonucunda verilecek kararların güç ve etkileri, her devletin hukuk düzeninde farklılıklar gösterebilir. Bu koşulların özellikleri, anayasaya uygunluk denetiminin işlevini, yani hangi ereğe hizmet ettiğini, neyi veya neleri korumayı amaçladığını belirleyeceğinden, söz konusu denetim mekanizması, ilişkinin olduğu siyasi organları ve bunların işlemlerini irdeleyip değerlendirmek suretiyle, ülkenin anayasal rejiminin niteliğini açıklığa kavuşturur. Örneğin, Batı Almanya gibi federal bir devlette ya da İspanya ve İtalya gibi geniş özerkliğe sahip mahalli idareli ülkelerde merkezle eyaletler veya Fransa gibi tekçi-merkeziyetçi devletlerde siyasî organlar arasındaki görev ve yetki uyuşmazlıklarının anayasa yargısıncı çözülmesi, esas itibarıyla, insan hakları ve temel hürriyetlerin korunmasına yönelik bir anayasaya uygunluk denetimi olmadığından; asıl «demokratik hukuk devleti» ilkesinin bir yaptırımı sayılmaz. Buna karşılık, Batı Almanya veya İspanya'da olduğu gibi, her vatandaşın veya ilgilinin Anayasa'ya aykırı gördüğü kanunun iptali istemi ile anayasa yargısına doğrudan doğruya başvurulabileceği denetim sisteminde, insan haklarının ve temel hürriyetlerin tam güvence altına alınması esas gayedir. Her ülkenin, anayasa yargısını oluşturan öğeler hakkında koyduğu kayıt ve şartlara göre, «demokratik hukuk devleti» ilkesini ne ölçüde uygulamaya geçirdiği ve ne tür bir rejim gerçekleştirmek istediği belirlenebilir.

Ancak, kabul etmek gerekir ki, anayasa ve kanunlarda öngörülüp düzenlenmiş olan bu tür yargısal denetim mekanizmaları, siyasî hukuka ilişkin bulunmak itibarıyla, işleyişlerinde ve olgularda içtihad ve uygulamaların zamanla gelişmesi sonucu, kâğıt üzerindeki biçim ve içeriklerinden çok farklı olarak kendilerini gösterebilirler. Bu nedenle, III üncü Cumhuriyette anayasa yargısının işlevi ve konumu üzerine söyleyeceklerimin, bu husustaki resmî metinler çok yeni ve henüz uygulamaya geçmiş olduğundan, konuya ilişkin kimi soruları ortaya atmaktan ve bunların kendimce olası yanıtlarının ipuçlarını vermeğe çalışmaktan ibaret kalacaktır. Bu çok geniş ve çetin soruna, kısa bir konuşma çerçevesinde, tüm yönleriyle açıklık kazandırmak ve bugünden geçerli ve sağlıklı bir çözüm önermek kanımca mümkün değildir.

Bir kurumun (müessese) siyasî sistem içindeki **konumunu**, Anayasa'daki yeri ve düzenleniş biçiminden ziyade, **işlevi** belirlediğinden; Türkiye'de bugünkü anayasa yargısının önce işlevini ele alıp, açıklamaya çalışacağım.

ANAYASA YARGISININ İŞLEVİ

İlk bakışta, II inci ve III üncü Cumhuriyetlerde anayasa yargısının işlevi konusunda esasa ilişkin bir farklılık bulunmadığı gözlenebilir ve öne sürülebilir. Gerçekten, Anayasa Mahkemesinin, kanunların, kanun hükmünde karar-namelerin ve parlamento içtüzüğünün Anayasa'ya uygunluğunu denetleme görev ve yetkisi hususunda, 1961 ve 1982 Anayasaları ile 1962 ve 1983 Kuruluş Kanunları¹, aşağı yukarı, aynı veya benzer hükümleri içermektedir. Bu görev ve yetkilerin, yargısal nitelikte; yerine getirilmesinin ve kullanılmasının bir tür yargılama; ve sonuçta verilen kararların kesin ve son, herkesi bağlayıcı güçte olduğu, her iki hukuk düzeninde de kabul edilmektedir. Türkiye Cumhuriyeti'nin, «demokratik hukuk devleti» niteliği de, «**Genel esaslar**» arasında (m. 2) korunmuş bulunduğuna göre; anayasa yargısının işlevinde esaslı ve önemli bir değişme olmadığı sonucuna varılabilir.

Ancak, anayasa yargısına ilişkin yeni düzenlemeler yakından ve dikkatle incelendiğinde, bu yargının pek de doğru ve yerinde olmadığı söylenebilir. Böyle bir değerlendirme, tümdengelim (déduction) yolu ile yapılabileceği gibi, tümevarım (induction) yöntemi ile de yürütülebilir. Bu konuda, tartışmaya daha az yer bırakacağı ve sonuçta siyasî rejimi de belirlemeye yarayacağı için, tümevarım yolunu izlemeyi yeğliyorum.

Şöyle ki, anayasa yargısının, organik ve statüter yanlarına şimdilik değinmeden, işlevini belirleyici nitelikte olan yukarda saydığım «**opérationnel**» öğelerini teker teker ele alıp, II inci ve III üncü Cumhuriyet hukuk düzenlerinde karşılaştırmalı olarak irdelemeye çalışacağım.

1 Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun, 22 Nisan 1962 - 44 ve 10 Kasım 1983 - 2949; bundan böyle kısaca, «Kuruluş Kanunu» diye anılacak ve (K) harfiyle işaret edilecektir.

Denetlenebilecek İşlemler Ve Unsurları

Anayasa Mahkemesi, 1961 rejiminde, sadece milletlerarası andlaşmalar hariç, kanunların, bütçe kanunlarının, içtüzüklerin, kanun hükmünde kararnamelerin ve hattâ Anayasa değişikliklerinin Anayasa’ya ve üstün hukuk kurallarına uygunluğunu şekil ve esas yönünden, dava ve itiraz yolları ile, yargısal biçimde denetleyebiliyordu (m. 147,64,65). Yeni Anayasa bu suretle yargısal denetime konu olabilecek işlemleri sınırladığı gibi; bunların denetlenebilecek yönlerini de kısıtlamaktadır.

Kanun Hükmünde Kararnameler (KHK)

Gerçekten, yasama organından alınan yetkiye dayanılarak Bakanlar Kurulunca çıkarılan ve «olağan» diyebileceğimiz kanun hükmünde kararnameler, gerek şekil, gerek esas yönünden denetime tabi ise de (m. 148,150; K. m. 18,22), sıkıyönetim, savaş ve olağanüstü hallerde Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulu ile birlikte ısdar edeceği, «**olağanüstü**» diye adlandırılabilir, kanun hükmünde kararnameler yargı bağımsızlığına sahip olacak, yani Anayasa’ya aykırılıkları hiçbir suretle ve mercide ileri sürülemez (m. 148, K. m. 19). Yeni Anayasa (m. 148/1), olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa’ya aykırılığı iddiası ile sadece «**Anayasa Mahkemesine dava açılmaz**» demekle ise de; Kuruluş Kanunu (m. 19), buna «**ve mahkemelerde Anayasa’ya aykırılık iddiası ileri sürülemez**» hükmünü eklemektedir. Bugünkü anayasa yargısında dava ve itiraz yolları arasında bir fark bulunmadığından; kanunun düzenleme biçimi, Anayasa’nın birçok yerinde görülen ifade zaafını gidermekle yetinmiş kabul edilebilir. Gerçekten, iptal davasına konu yapılamayacak bir işlemin, herkes için batıl sayılması ile sonuçlanacak bir itiraza mevzu teşkil etmesi düşünülemez.

Olağan KHK’lerin hukukî rejimi, eskisine oranla, yürütme lehine daha fazla serbestlik ve takdir yetkisi tanıdığından; bunların yetki kanununa göre denetimi sınırlı kalacak; Anayasa bakımından ise, TBMM nce değiştirilerek kanunlaştırılmaları halinde, Yüksek Mahkemenin bir içtihadı gereği², yürürlükten kalktıkları için yersiz kalacaktır. Türkiye’de siyasî toplum yaşamının 20 nci yüzyılda büyük bölümünün olağanüstü hal rejimleri altında geçtiği ve son dönemlerde Bakanlar Kurulu’na hemen her konuda ve sık sık KHK ile düzenleme yetkisi verildiği gözönüne alınırsa; bu alandaki anayasal denetim yokluğunun veya etkisizliğinin, insan hakları ve temel özgürlükler için ne denli sakıncalı ve zararlı olabileceği sorulmak gerekir.

Anayasa Değişiklikleri

Anayasa değişikliklerinin yargı yolu ile denetlenmesi, esas yönünden önlendikten başka, şekil bakımından sadece «teklif ve oylama çoğunluğuna ve

2 Anayasa Mahkemesi, 2 Kasım 1982, Esas: 1981/12 - Karar: 1982/7, **Resmî Gazete**, 28 Şubat 1983, No: 17973, s. 25-26.

ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlanmaktadır (m. 148). Böylece, Anayasa Mahkemesinin, 1970'lerde ortaya koyduğu, üstün anayasal ilkelere ve hukuk kurallarına aykırı Anayasa değişikliklerinin iptalini içeren içtihad ve uygulamalarına son verilmekte; bu konuda, belirli usul şartlarına uyulmamış olması pek düşünülemeyeceğinden, pratikte yargı bağımsızlığı sağlanmaktadır. Anayasa değişikliğinin halk oylaması ile gerçekleştirilmesi halinde (m. 175/3) bu bağımsızlık doğru ve yerinde sayılırsa da; bu durumdan ne Anayasa'da, ne de Kuruluş Kanununda söz edilmiştir. Halkoylamasıyla milletin istenci belirlendiğine göre; bu yoldan gerçekleştirilen Anayasa değişikliğinin esası üzerinde herhangi bir denetim söz konusu ve mümkün olmamak gerekir. Ancak, halkoylaması da bir takım şekil ve usul kuralları içinde yapılmış olmak koşulu ile sağlıklı ve geçerli bir iradeyi oluşturabileceğinden; bu hususu sağlamakla görevli Yüksek Seçim Kurulunun sonucu saptayıp açıklayan kararı üzerine, Anayasa Mahkemesinin şekil yönünden bir denetim yapıp yapamayacağı sorulabilir. Acaba «**anayasa değişikliği**», kanundan ayrı bir tür yasama işlemi olarak kabul edildiğinden Ötürü mü, böyle bir karmaşıklık ortaya çıkmaktadır? Halk oylamasıyla anayasa değişikliği yoluna gidilmesi olasılığı az olmasına karşın, salt bu son nokta dolayısıyla, söz konusu sorun üzerinde durulmaya değer sanırım.

Bütçe Kanunları

Anayasa değişikliği gibi, bütçe kanunları da, bazı özellikleri nedeniyle öteki kanunlardan ayrı olarak ele alınabilir. Çift meclisli parlamento sistemini benimseyen 1961 Anayasası döneminde, bütçe kanunları büyük ölçüde farklı bir prosedürle incelenip kabul edilmekte idi. Bugün tek meclisten ibaret yasama organı, bütçe tasarılarını, değişik usuller ve süreler içinde incelemek durumunda olmakla beraber (m. 162); bu öğeler yargısal denetimde gözönüne alınamıyacağından, öteki kanunlar gibi görüşülüp benimsenecektir. Ancak yeni Anayasa, bütçe kanunlarının içeriğine ilişkin olarak, eskisinden daha çok sayıda sınırlamalar getirmiştir. Bu kanunlara, evvelce olduğu gibi, «bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulma» (m. 161) dıktan başka; «harcanabilecek miktar sınırının Bakanlar Kurulu kararıyla aşılabileceğine dair.... hüküm (m. 163) de eklenemez. Ayrıca, «Bakanlar Kurulunca kanun hükmünde kararname ile bütçede değişiklik yapmak yetkisi verilemez» (m. 163) ve ödenek artışı öngören bütçe kanunu değişiklik tasarıları ile bütçelere «malî yük getirecek nitelikteki kanun tasarısı ve tekliflerinde, belirtilen giderleri karşılayabilecek malî kaynak gösterilmesi zorunludur» (m. 163). Bütçe kanunlarının bu şartlara ve özellikle tüm kanunların son koşula uygun olup olmadığını denetlerken, Anayasa Mahkemesinin önemli ve güç sorunlarla sık sık karşılaşması beklenir. Çünkü, sadece bütçe kanunlarına «bütçe ile ilgili hükümler dışında hüküm konulamaz» sınırlamasının, 1980 den önce Yüksek Mahkemeyi ne denli çok meşgul ettiği bilinmektedir. Hemen her yeni kanun tasarısı ve teklifi, az ya da çok, gider gerektireceğinden; kanunlaştığı ve dava

veya itiraz konusu olduğu takdirde, bu noktanın araştırılmasına yol açabilir. Bütçe ve gidere ilişkin bu yeni koşullar, Meclisin olduğu kadar, Hükümetin de serbestliğini kısıtlar niteliktedir.

Kanunlar

Kanunların Anayasa’ya uygunluğu denetimi, esas yönünden tam olarak yapılabilirse de; «şekil bakımından (sadece) son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı» (m. 148) noktasından icra edilebilecektir (m, 148,150). Ancak şekil yönünden aykırılık nedeniyle iptal istemleri, çok kısa bir süreye bağlı olup, yalnız bir makam ve bir topluluk tarafından yüksek mahkemeye götürülebilecektir (m. 148). Bu noktaya daha sonra dönülecektir. Kanunların, son oylamasında yeter sayıya genellikle uyulduğundan, şekil bakımından iptal edilmesi olasılığı pek az görünmektedir. Bu da, Anayasa Mahkemesinin işini kolaylaştıracak demektir.

Meclis İçtüzüğü

Yargısal denetim konusu olabilecek Meclis içtüzüğüne gelince; bunun, hem esas, hem de şekil yönünden tümü ile ve serbestçe incelenebileceği anlaşılmaktadır. Çünkü Anayasa, şekil açısından denetlemeyi yalnızca kanunlar konusunda sınırlamış (m. 148/2); KHK ve içtüzük hakkında böyle bir kısıtlama getirmemiş, aksine «şekil ve esas bakımlarından uygunluğun denetleme» (m. 148/1) bileceğini veya «şekil ve esas bakımından aykırılığı iddiası» (m. 150) nın ileri sürülebileceğini öngörmektedir. Kuruluş Kanunu, «iptal davası açma süresi»ni (m. 22) düzenlerken, kanunla KHK ve içtüzük arasında bu ayrımı açıkça yapmış bulunmaktadır.

Kanun Ve İchtüzük Niteliğindeki Metinler

Başlığı veya adı kanun, içtüzük, kanun hükmünde kararname veya Anayasa değişikliği olmayan ve örneğin «karar», «esas», «ilke» gibi unvanlar altında TBMM’nin ve Hükümetin çıkaracağı işlemlerin yargısal denetime tâbi tutulup tutulamayacağı sorusu hatıra gelebilir. Anayasa (m. 85) ve Kuruluş Kanununda (m. 18/6), iptal istemi ile Anayasa Mahkemesine başvurulabileceği öngörülen, milletvekillerinin yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasına ve üyeliğin düştüğüne dair Meclis kararları dışındaki yasama işlemlerinin dava veya itiraz konusu yapılıp yapılamayacağı, çözümlenmesi gereken önemli bir sorundur. Gerçi Anayasa Mahkemesi, II. Cumhuriyet döneminde, içtüzük niteliğinde saydığı bazı meclis kararlarını denetleyip, iptal etmiştir. Lâkin, bu içtihad ve uygulamanın, yeni anayasa yargısı çerçevesinde sürdürülüp sürdürülemediği sorulabilir.

Önceki Yasama İşlemlerinin Durumu

III üncü Cumhuriyet Anayasası ve Kuruluş Kanunu, 1961 Anayasası (Geçici m. 9) ve Kuruluş Kanunu (Geçici m. 5) gibi, yeni anayasal düzen tümü ile uy-

gulanmaya başlamadan önce yürürlükte bulunan kanunların ve bu nitelikteki işlemlerin Anayasa'ya aykırılığı iddiaları hakkında genel bir hüküm getirmiş değildir. Sadece, MGK yönetimi döneminde «çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasa'ya aykırılığı iddia edilemez» (Geçici m. 15/3; K. m. 25) yasağını koymuştur. Belki de, Anayasa Mahkemesinin 12 Eylül 1980'den bu yana varlığını koruyup, görevine devam ettiği gözönüne alınarak, 12 Eylül 1980'den önceki yasama işlemleri için, ayrıca geçici hüküm düzenlemesine gerek görülmemiştir. Ancak, az önce söz konusu olan belli ad veya başlıkları taşımayan yasama işlemlerinin yargısal denetimi sorunu olumsuz yönde çözümlendiği takdirde; özellikle Osmanlı döneminde çıkarılmış ve halen de yürürlükte bulunan «**ferman**», «**kararname**», «**nizamname**», «**irade-i seniye**» ve başka isimlerle anılan kanun niteliğindeki metinler ile I inci Cumhuriyet döneminde TBMM'nce alınmış «tefsir kararları» hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiaları da dinlenemez. Bu bakımdan, eski mevzuatın kanun mahiyetindeki metinleri için özel bir hüküm konulması yararlı olurdu.

Öte yandan, 1982 Anayasası (m. 177) bütünü ile 1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın yerine geçerek onu geçersiz kıldığına ve 1983 Kuruluş Kanunu (m. 63) ile 1962 Kuruluş Kanunu yürürlükten kaldırıldığına göre; bu eski hükümlerin (Anayasa Geçici m. 4/3; K. Geçici m. 6/1), Millî Birlik Komitesince çıkarılan kanunlara sağladığı yargı bağımsızlığı da sona ermiştir. Acaba, böyle bir sonucun doğması öngörülmüş ve istenmiş midir?

Neye Uygunluk ya da Aykırılık Aranacak?

Dâva veya itiraz konusu olabilen yasama işlemlerinin hangi esaslara uygun veya aykırı bulunduğu ileri sürülebilecek ve Anayasa Mahkemesince araştırılıp saptanacaktır? Başka bir deyişle, anayasa yargısının başvuracağı ve dayanacağı normlar nelerdir? Yüksek Mahkemenin Anayasa'ya uygunluk yargılamasında, yürürlükteki kanunlardan, Yüksek Mahkemelerin içtihatlarından, milletlerarası metinlerden ve karşılaştırmalı hukuk verilerinden, esas hükmünü destekleyici ve doğrulayıcı nitelikte ve ek gerekçeler olarak yararlanabileceği kuşkusuzdur. Buradaki sorun, uyumsuzluk konusu metin veya hükmün, iptal edilebilmesi için, asıl neye aykırı bulunması gerektiğidir.

Anayasa ve Kuruluş Kanunu, yalın ve kesin biçimde «Anayasa'ya uygunluk» veya «Anayasa'ya aykırılık»tan söz ettiğine göre; bu sorunun yanıtı çok basit ve kısadır: referans normlar, Anayasa maddelerinden ibarettir. Bu noktada eski ve yeni metinler arasında hiçbir fark yoktur. Şu kadar ki, konuyu düzenliyen hükümler (m. 146-153) dışında, sorunla ilgili bazı anayasal ilke ve kurallarda önemli yenilikler bulunduğu görülmektedir.

Anayasa’nın Yorumlanması

Önce, başvurulacak Anayasa maddelerinden ne kastedildiğinin açıklanması gerekir. Anayasa’nın metnine dahil sayılan (m. 176) «Başlangıç» bölümü ile tüm maddelerinin içerdiği hükümler, yargısal denetim için mihenk-denek taşı mesabesindedir. Ancak, Anayasa’ya aykırılık iddiasının incelenmesinde, bu maddelerin veya hükümlerin teker teker ele alınıp, dava ya da itiraz konusu metinle karşılaştırılması düşünülebileceği gibi; bunların tümü bir arada gözönünde tutularak, söz konusu metnin değerlendirilmesi yoluna da gidilebilir. Bundan başka, Anayasa’nın sadece sözüne itibar edip, ruhunu araştırmağa gerek olmadığı söylenebilir. Nihayet, Anayasa’nın çeşitli bölümleri, maddeleri ve hükümleri arasındaki ilişkilere ve dengelere bakılmadan, bunların içerdiği ortak genel ilke ve kurallar araştırılıp saptanmadan, referans normun yalın ve kuru anlamıyla yetinmek de mümkündür.

Hiçbir konuda yargılama bu seçeneklerden basit ve kestirme görüneni seçip, öteki yorum ve uygulama yöntemini dışlayamaz. Özellikle anayasa yargısı, görev konusunun niteliği gereği, bu muhakeme ve değerlendirme usullerini izlemek zorunda olduktan başka; toplumun geçmişteki, genel ve gelecekteki siyasî, ekonomik, sosyal ve kültürel koşullarını gözönünde bulundurmak durumundadır. Şu kadar ki Yüksek Mahkeme, belirli bir noktayı açık-seçik biçimde düzenleyen Anayasa hükmünü sözcük anlamıyla aynen benimseyip uygulamakla yükümlüdür. Yeni Anayasa, daha önce MGK’nce yürürlüğe konmuş bulunan birçok organik kanunun esaslarını içermekte olduğundan, bu tür ayrıntılı hükümlerle doludur. Ancak, gerek bu aktarma hükümler, gerek öteki düzenlemeler rasyonel biçimde ve düzgün bir anlatımla yapılmış sayılamıyacağı için, gene de yorum sorunlarına ve uygulama güçlüklerine yol açabilecek niteliktedir.

Genel İlke Ve Kuralların İrdelenmesi

Asıl büyük sorun, Anayasa’nın genel ilke ve kurallarının içerdiği hükümlerin tümünden gelim yöntemiyle ortaya çıkarılması ve bunların aykırılık iddialarına uygulanması gerektiğinde söz konusu olacaktır. Anayasa değişikliğinin, önerme ve oylama yeter sayıları dışında şekil ve esastan denetlenmesi önlenmiş bulunduğu göre; artık devlet şeklinin «cumhuriyet» olduğu ilkesinden kalkarak, konu unsurunun aykırılığı nedeniyle, anayasal hükümlerin iptali yolu kapanmıştır. Fakat, yasama işlemlerinin esas yönünden denetlenmesi mümkün olduğundan; Anayasa’nın genel ilke ve kurallarının yorumu ve bunların, üstünde değilse bile, düzeyinde ve gücünde sayılabilecek Hukukun Genel Prensiplerinin uygulanması sorunları ile karşılaşılacaktır. Bu durumda, Anayasa Mahkemesinin tutum ve davranışı ne olabilir ya da olmalıdır?

İşte bu sorunun yanıtının, daha önce anayasa yargısını düzenleyen maddeler dışında olduğunu söylediğim, Anayasa’nın değişik ve yeni ilke ve ku-

rallarında bulunabileceğini sanırım. Şöyle ki, anayasa yargısının baş işlevi olan insan haklarını ve temel özgürlükleri korumak suretiyle «demokratik hukuk devleti» ilkesini güvence altında tutmak olduğuna göre; bu konuda eski ve yeni anayasaların benimsediği esasları karşılaştırarak bazı sonuçlar çıkarılabilir.

«Başlangıç»taki Direktifler

II'nci Cumhuriyet Anayasası, temel hak ve hürriyetlerin, **özüne dokunulmadan, ancak kanunla düzenlenebileceğini** (m. 11) kabul etmekte iken; 1982 Anayasası, bunların kanunla **sınırlanabileceği** esasını (m. 12) benimsemektedir. Bunların saklı tutmadığı özüne de dokunulabilmektedir. Kimilerine göre; Anayasa'nın 13 üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki «....genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz....» hükmü, «kanun bir hak ve hürriyetin özüne dokunamaz» ilkesinin yerini tuttuğu gibi; ondan daha belirli bir kısıtlama getirmektedir. Oysa, anılan fıkra, temel hak ve özgürlüklerin, kural olarak «**serbestliği**»ni değil, «**sınırlılığı**» esasını kabul ettikten başka; «demokratik toplum düzeninin gerekleri»nin, «hakkın ve hürriyetin özü» kavramından daha açık ve seçik koşullar olduğu söylenemez. Esasen yeni Anayasa'ya göre Türkiye Cumhuriyeti **insan haklarına, doğrudan dayanan** değil, «**toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde**» belirli koşullarla, «**saygılı**» **bir devlettir** (m. 2). Bu nitelenmiş sözcük ayrılığı, Cumhuriyetin dayandırıldığı «başlangıçta belirtilen ilkeler» arasında, 1961 Anayasası'nda tanımı yapılan «**demokratik hukuk devleti**» 1982 Anayasası'nda da yer almış olsaydı, belki etkili ve önemli sayılmayabilirdi. Gerçekten, 1961 Anayasası'nın «Başlangıç»ındaki, «**insan hak ve hürriyetlerini,.... te'minat altına almayı mümkün kılacak demokratik hukuk devletini bütün hukukî ve sosyal temelleriyle kurmak**» amacı yerine, III üncü Cumhuriyet Anayasası, «**Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak.... hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürülmesini öngörmektedir**. Söz konusu «**hukuk düzeni**»nin esas yapısını ve kaynağını oluşturan «bu ANAYASA (Başlangıçta yer alan) FİKİR, İNANÇ VE KARARLARIYLA, **anlaşılacak ve ruhuna bu yönde saygı ve mutlak sadakatla yorumlanıp uygulanmak**» gerekmektedir. Şu halde, 1982 Anayasası'nın «Başlangıç»ındaki esaslar, yorumunu ve uygulamasını yönlendiren direktifler (directives)dir. «Başlangıç'ta, Devletin ve toplumun yararları, temel hak ve hürriyetlerden önce ve üstün geldiğine (Başlangıç, paragraf 5) ve «....yetkili kılınan **hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi** demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş **hukuk düzeni dışına çıkmıyacağı**»na (Başlangıç, paragraf 3) göre; kendisine yer verilmeyen «**demokratik hukuk devleti**» ilkesi ancak bu çerçeve içinde mütalâa ve tatbik edilebilecek demektir.

Böyle olunca, Anayasa Mahkemesi, yasama işlemlerinin uygunluğunu denetlerken, değerlendirmesini mutlaka ve yalnız bir anayasal hükme, kurala

veya ilkeye dayandırmak zorundadır. Bu referans normlarının yorumunda ise; «Başlangıç»taki direktiflere, 2 ve 12 nci maddelere uygun olarak, **temel hak ve hürriyetlerin, serbestliği değil, sınırlılığı esasından hareketle**, toplum ve devlet yararları ile gereklerinin öncelliğini ve üstünlüğünü yeğ tutma durumundadır. Yüksek Mahkemenin, II nci Cumhuriyet rejiminde yaptığı gibi, yeni hukuk düzeninde, «Cumhuriyet», «demokrasi», «hukuk devleti», «sosyal devlet» ve «insan hakları ve hürriyetleri» gibi müessese ve kavramları irdeleyip yorumlamak suretiyle, kimi genel ilke ve kurallar ortaya koyması ve hükümlerini bunlara dayandırması olası görünmemektedir. Her halde, Anayasa’nın belirli bir maddesine veya hükmüne bağlanamayacak soyut nitelikte Hukukun Genel Prensiplerinden yararlanılarak, bir iptal hükmü verilmesi mümkün değildir.

Bu açıklamalardan çıkan sonuç; anayasa yargısının, özellikle temel hak ve hürriyetleri koruma ve güvenceye alma bakımından, eskisi gibi, hareket serbestliğine ve geniş içtihad gücüne sahip bulunmadığıdır.

Anayasa Yargısına Başvuru Koşulları

Yasama işlemlerinin (Anayasa değişikliği, kanun, içtüzük, kanun hükmünde kararname) Anayasa’ya uygunluğunun denetlenmesi için, Yüksek Mahkemeye kimler, ne süre içinde, hangi aykırılıkları ileri sürerek başvurabilir? Bu hususlarda da, II’nci ve III’ncü Cumhuriyet hukuk düzenleri arasında pek öyle önemli farklar bulunmadığı ilk ağızda söylenebilir.

İtiraz Yolunda Yenilikler

İtiraz yolu ile mahkemelerin, doğrudan veya tarafların aykırılık iddiası üzerine, yapabileceği başvurular, iki nokta dışında, değişmemiştir denebilir. Ancak bu iki noktaya ilişkin değişiklikler küçümsenecek gibi değildir. Bunlardan biri, itiraz yolu ile şekil yönünden Anayasa’ya aykırılık iddiasının ileri sürülememesi (m. 148/2; K. m. 21/2); diğeri, Yüksek Mahkemenin «işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazete’de yayınlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulama»masıdır (m. 152/3; K. m. 28/2-son).

Şekil bozukluğunun defi yolu ile ileri sürülememesi, bu tür aykırılıkların sür’atle giderilmesi amacıyla, ancak on gün içinde iptal davasına konu olabileceği kabul edildiğine göre; süresiz olan itiraz yolu ile incelenip tartışılmaması tutarlı bir düzenlemedir. Buna karşılık, itiraz üzerine verilen red kararlarının on yıllık kesin hüküm etkisi göstermesi, Anayasa Mahkemesinin yerleşmiş yararlı bir içtihadına uygun düşmemektedir. Esastan red halinde, Yüksek Mahkemeye itiraz yolu ile başvurma yetkisinin sınırlanması, def’i usulünün ve Anayasa yargısının nitelikleri ile amacı bakımından uygun bulunmadığı gibi; birçok güçlükleri de beraberinde getirebilir. Ne var ki, bir iptal davasının esastan reddinden sonra, mahkemelerin aynı kanunun anayasaya aykırılığın-

dan ötürü bir kez de itiraz yolu ile başvurması her zaman mümkün görünmektedir.

İptal Davasında Değişiklikler

Bu konuda asıl önemli değişiklik ve yenilikler, iptal davası bakımından gerçekleştirilmiş ve bunlar, bir yandan Anayasa yargısının işlevini belirlerken, öte yandan bazı anayasal kuruluşların nitelik ve konumunu başkalaştırmış sayılabilir.

Bir kere, daha önce «kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda» iptal davası açabilen Yüksek Hakimler Kurulu, Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay ve Üniversiteler, bu haktan yoksun bırakılmakta; böylece bunlar devlet gücünü oluşturan kamusal erkler (pouvoirs publics) arasından çıkmakta ve geniş anlamda «yürütme» görevi ifa eden devlet kuruluşları durumuna girmektedir.

Şimdi; «Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, iktidar ve anamuhalefet partisi Meclis grupları ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir» (m. 150, K. m. 20). II'nci Cumhuriyet Anayasasının ilk ve 1971 değişik şekillerinde; Cumhurbaşkanından başka, parlamento içinde veya dışında, iktidar veya muhalefet ayırımı yapılmadan, son milletvekili seçimlerinde muteber oy sayısının en az yüzde onunu almış olmak kaydıyla, tüm siyasî partiler ile bunların TBMM grupları veya yasama meclisleri grupları ve yasama meclislerinden her birinin üye tam sayısının en az altıda biri tutarındaki üyeleri iptal davası açabiliyordu. Bundan böyle, dava açabilmek için, parlamentoda grubu bulunmak ta yeterli olmayıp, en çok üyeye sahip, iktidar veya anamuhalefet partileri olmak gerekmektedir. Ayrıca iktidar koalisyonuna dahil siyasî partilerden yalnız en fazla milletvekili bulunan parti dava hakkını kullanabilecektir (m. 150, K. m. 20).

Öte yandan, şekil aykırılığı nedeniyle iptal davası açma hakkı yalnız Cumhurbaşkanı ve Meclis üyelerinin en az beşte birine tanınmış ve bu hakkın, kanun veya içtüzüğün yayımından itibaren on gün içinde kullanılması zorunlu kılınmıştır, (m. 148; K. m. 22). Oysa, esas bakımından iptal davası açma süresi altmış gündür; bu süre de eskisinden otuz gün daha azdır (m. 150; K. m. 22).

Açıklama

Bütün bu sınırlama ve kısıtlamalar, Anayasa'yı hazırlayanlar açısından, belki şöyle açıklanmak istenir: Demokrasi rejiminde, millet iradesini parlamentoda çoğunluğu oluşturan siyasî parti veya partiler grubu ifade eder, bir de bunların karşısında azınlıkta kalan muhalefet grubu bulunur. İşte çoğunluğun eseri olan yasama işlemlerinin Anayasa'ya uygunluğunu yargısal yol-

dan denetlemeye de, Anayasa’nın uygulanmasını gözetmekle görevli Cumhurbaşkanı ve bu karar süreci ile ilgili iktidar ve anamuhalefet gruplarının yetkili sayılması yerinde ve yeterlidir. Anayasa yargısının denetimi, yasama işlemlerinin yürürlüğe konmasından sonra yapıldığından; bunların sağlığı ve geçerliği, iptal tehdidi ile, uzun zaman askıda kalmamalıdır. Şekil yönünden sakatlıklar önemli değildir; sadece önerme ve oylama yeter sayılarına uyulup uyulmadığı noktasından açılacak dava ve yapılacak yargılama kısa sürede ve kolayca gerçekleştirilebilir; dolayısıyla, bu hususta öngörülen sınırlı davacı sayısı ve on günlük başvuru süresi yeterli, Yüksek Mahkemenin öncelikle inceleme usulü (m. 149; K. m. 21) uygundur.

Değerlendirme

Bu gerekçeler, belirli bir demokrasi anlayışını yansıtmakta ve «rationalisé» parlamenter rejime, yani çoğunluk iktidarı ile azınlığın muhalefet gücünü temsil eden çift partili siyasî hayatın varlığını veya oluşmasını ve işlerliğini gerektirmektedir. Nitekim, birden çok partinin iktidarı oluşturması halinde, iptal davası açma yetkisinin, bunların en güçlüsü tarafından kullanılması öngörülmekte ve yalnız anamuhalefet partisine ait olduğu kabul edilmektedir. Katılıma dayalı ve uzlaşmaya yönelik çağdaş demokraside «**milletin iradesi**», çoğunluğun iradesi demek olmayıp tüm muhalefetleri de içeren bir bileşimdir. Aksi halde, kanunların Anayasa’ya uygunluğunun denetimi, sadece iki partiyi ilgilendiren parlamento içi ve sınırlı bir sorundan ibaret sayılır. Kaldı ki, yasama işlemlerini gerçekleştiren iktidar partisi veya partileri olduğuna göre, bunların kendi eserlerinin iptali isteminde bulunmaları aslâ düşünülemez gibi; anamuhalefet partisi de, geleceğin iktidarı olacağı umud ve kanısıyla, benimsediği, bazan da karşı çıktığı kanunlar aleyhine Yüksek Mahkemeye başvurmamayı yeğleyebilir³. Hiç değilse, bu boşluğu ve sakınca-yı gidermek için, Meclisin tüm muhalefet gruplarına iptal davası açma hakkı tanınmalıydı. Ama bu da, çoğulcu demokratik sistemin gerekleri ve temel hak ve hürriyetlerin korunması bakımından yeterli değildir.

Anayasa değişikliği ve kanunlara karşı şekil bakımından aykırılık iddialarının sadece ilki için öneri, her ikisi hakkında son oylama yeter sayıları koşulu-na uyulmadığı nedenine bağlanması, siyasî kararlar sürecinde katılma ve uzlaşmaya yer verilmek istenmediğini göstermektedir. Üstelik, şekil yönünden aykırılık iddiası ile iptal davası açma yetkisi, anamuhalefet partisine de verilmemekte, sadece Cumhurbaşkanı’na ve Meclis üye tam sayısının en az

3 Nitekim, yeni dönemde Anayasa Mahkemesi önünde açılan ilk iptal davalarına konu olan, 18 Ocak 1984 tarihli ve 2972 numaralı «Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları Ve İhtiyar Heyetleri Hakkında Kanun»un (Resmî Gazete, 18 Ocak 1984, No: 18285, Mükerrer) oy vermeyi ceza tehdidi altında zorunlu kılan Geçici 4’üncü maddesindeki hükmün, seçimlerin serbestliğini kabul eden Anayasa’ya (m. 127/3-67) aykırılığını ne anamuhalefet partisi, ne de seksen milletvekili başvurularında ileri sürmüşlerdir.

beşte biri tutarındaki, yani seksen milletvekiline tanınmaktadır. Dava hakkı olan yasama üyelerinin sayısı, 1961 Anayasasında her Meclisin altıda birinden ibaret iken, tüm üyeleri yüzseksen dolayında bulunan Cumhuriyet Senatosun'dan otuz-otuzbeş üye Yüksek Mahkemeye başvurabiliyordu. Gerek şekil, gerek esas bakımından iptal davası açmak üzere, seksen milletvekilinin katılım ve imzalarını, hele on gün içinde elde etmek de sanıldığı kadar kolay değildir. Bu rakam Fransa'da, Millet Meclisi ve Senato'nun üye sayıları bizdekinin iki katına yakın olmasına rağmen, altmış mebus veya senatörden ibarettir.

Ayrıca, 1982 Anayasası'nın dava açma süresini, doksandan altmış güne indirdiğini kaydetmek gerekir. Bundan başka, kanunların Anayasa'ya uygun olup olmadığı hususunun sür'atle açıklığa ve kesinliğe kavuşması için, dâva açma süresinin on ve altmış güne indirilmesi, esas yönünden sakatlıkların yaptırımını sağlayan itiraz yolu her zaman açık bulunduğundan, tamamen doğru ve yerinde sayılamaz.

İşte bu koşullar altında, Anayasa Mahkemesinde yasama işlemlerine karşı iptal davasını, geniş bir danışman ve yardımcı kadrosuna sahip bulunan Cumhurbaşkanı'nın kolaylıkla ve en uygun biçimde açabileceği anlaşılmaktadır. Böyle bir mekanizma, III'üncü Cumhuriyet siyasî sistemiyle uyumlu sayılabilir. Çünkü, «kıdemli bir hukukçu»nun, «Yeni anayasa tasarısında, sorumsuz Cumhurbaşkanı'na sınırsız yetkiler tanıyan maddeyi de eleştirdik. Daha sonra o madde, eleştirdiğimiz doğrultusunda —az çok— değiştirildi ve öyle yasalaştı⁴» yollu savına karşın, devlet başkanı anayasal sistemin eksenini oluşturmaktadır. Yürütmenin gerçek güçlü ve değişmez ögesi olan Cumhurbaşkanı'nın, herşeyden önce kendi görev ve yetki alanını savunmayı düşünmesi doğaldır. Bu bakımdan, anayasa yargısında iptal davası yolu, gerek muhalefet gücünü, gerek temel hak ve özgürlükleri doğrudan doğruya korumaya yarar veya yönelik bir prosedür olarak görünmemektedir.

Yargılama Usulü Ve Sonuçları

Yüksek Mahkemenin Anayasa'ya uygunluk denetiminde izlemesi gereken usul ve sonuçta alabileceği kararlar konusunda da, önceki düzenlemelerden büyük farklılıklar gösteren değişik veya yeni hükümler getirilmediği söylenebilir.

Def'i Yolu - Dava Yolu

Gerçekten Anayasa Mahkemesi, bazı özellikleri olsa da, genel ve geleneksel anlamda bir yargılama usulü uygulamakta ve herkesin uyması zorunlu kesin ve son yargısal kararlar almaktadır. Ne var ki, Anayasa'ya uygunluk denetimi, nesnel (objektif) bir uyumzlığın (contentieux) çözümlenmesini içer-

4 Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, «Haksız Bir Eleştiri», *Cumhuriyet*, 4 Mart 1984, s. 2.

diğinden; gerek yargılama, gerek sonuçları itibariyle, klâsik dâvalardan nitelikçe farklıdır. Ayrıca, bu denetimin iptal davası veya itiraz yolu ile yapılması arasında da farklılıklar vardır. Her iki halde de, bir nesnel uyumsuzluğun çözümlenmesi söz konusu olmakla beraber; anayasa yargısı, iptal davasında salt soyut kuralları üstün normlarla karşılaştırmak, yorumlayıp değerlendirmek durumunda bulunduğu halde; def'i yolu ile denetimde, aykırılık iddiasının ileri sürülmesine neden olan öznel nitelikteki esas davayı da göz önüne almak zorunda olduğundan, bunun somut öğelerinin etkisinden kaçınamaz. Bu nedendir ki, yargılama usulünün genel bir kuralına göre, def'i yolu ile verilen kararlar, yalnızca ilişkin olduğu esas dava üzerinde etkili olup, sadece başvuran mahkeme ile baktığı davanın tarafları hakkında geçerli ve bağlayıcıdır.

İşte 1961 Anayasası, bu genel usul kuralından kısmen ayrılarak, «Anayasa Mahkemesi, diğer mahkemelerden gelen Anayasa'ya aykırılık iddiaları üzerine verdiği hükümlerin, **olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı olacağına** da karar verebilir» (m. 152/4) demiştir. Yüksek Mahkeme bu yetkisini, yirmi yıl boyunca, ancak birkaç itiraz başvurusu üzerine kullanmış ve belki de bir Danıştay dairesinin, «olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı» nitelikteki bir iptal hükmünü, yanlış ve yersiz olarak, benzer durumdaki kişilere teşmil ve tatbik etmesi yüzünden⁵, genellikle kullanmamayı yeğlemiştir. Böyle bir tutum, def'i yolunun gereği, bireysel ve somut düzeyde temel hak ve hürriyetlerin etkili koruma aracı olan bir usulün tamamen kaldırılmasına neden ve gerekçe diye kabul edilemez. Ne yazık ki yeni Anayasa, «**def'i yolu**» (m. 148/2) diye nitelediği «Anayasa'ya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi»ni düzenleyen 152 inci maddesine, yukarıya aktarılan istisna hükmünü almamıştır.

Bu itibarla, Anayasa'ya uygunluk denetiminde iptal davası ile itiraz yolu arasında esasta, yani verilecek hükümler bakımından bir fark kalmamıştır, denebilir. Çünkü, uyumsuzluk konusu kuralın, Anayasa'ya aykırılığı kabul edildiği takdirde, iki yoldan da genel ve salt olarak iptaline hükmedilecektir. Ancak, dava ve itiraz edilen kural Anayasa'ya uygun görülürse; buna karşı, süresi geçmiş olacağı için, yeni dava hiç açılmıyacak, def'i yoluna ise on yıl süre ile gidilemeyecektir. Böylece Anayasa Mahkemesi önünde dava ve itiraz başvuruları aynı niteliğe bürünmekte ve pratik olarak eş sonuçlara varmaktadır. Fakat, bu arada, esastan reddedilen itirazların konusu kanun hükümleri, on yıl süre ile uygulanmağa devam edecektir. Oysa, değişik koşullar ve ortamda yapılacak yeni uygulamalarla meydana gelecek uyumsuzluklar dolayısıyla, aynı kanun hükümlerinin Anayasa'ya aykırı düşmesi ve sayılması güçlü bir olasılıktır.

5 Anayasa Mahkemesi, 27 Haziran 1972, Esas : 1972/26 - Karar: 1972/38, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, Sayı : 10, 1973, s. 514-515; Danıştay 5. Dairesi, 30 Aralık 1973, **Ünlü**, E. 1973/8221 - K. 1973/10778; **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 7, Sayı 1, Mart 1974, s. 198.

Esas Mahkemesinin Yetkisi

Öte yandan, itiraz yoluna başvuran mahkeme, evvelce üç ay, 1971 Anayasa değişikliğinden sonra altı ay bekleme süresi içinde Anayasa Mahkemesi kararını vermemiş ise, «**Anayasa'ya aykırılık iddiasını kendi kanısına göre çözümleyerek davayı yürütme**» (m. 151/4) yetkili iken; 1982 Anayasası, bekleme süresini beş aya indirmekle beraber, «Bu süre içinde **karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükmüne göre sonuçlandırır**», (m. 152/3) hükmü ile, anayasal güvenceyi adeta etkisizleştirmiştir. Gerçi 1962 Kuruluş Kanunu da, 1961 Anayasası'nın anılan hükmünü aktarma yerine, «Mahkeme, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği **karara resmen itilâ kesbedinceye kadar davayı durdurur**» (m. 27/2-3) hükmünü koyarak, aykırılık iddiasını esas mahkemesinin çözümlemesini önlemeyi amaçlamış idi. Fakat, Anayasa'nın esas mahkemesine tanıdığı yetkiyi ne açıkça kaldırmış, ne de davayı durdurmaya gereksiz kılmıştı. Buna rağmen, söz konusu kanun hükmü Anayasa'ya kesinlikle aykırı idi.

Yeni Anayasa'nın bu düzenleyiş biçimiyle, esasen Anayasa Mahkemesinin içtihadına göre yargı mercilerinin tümü ile takdir ve tensibine bağlı anayasaya aykırılık iddiasını içeren itiraz yolunun, insan haklarını ve temel hürriyetleri, genelde ve özel hallerde, ne denli koruyabileceği, önemli bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

«Kanun Koyucu Gibi Hareket....»

Daha önce 1982 Anayasası'na alınmadığı belirtilen, 1961 Anayasası'nın olayla sınırlı karar verme yetkisi tanıyan hükmü yerine, Yüksek Mahkemenin kararlarının kapsamı ve etkisini sınırlamaya yönelik yeni bir hüküm konmuştur. Şöyle ki, «**Anayasa Mahkemesi** bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, **kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez**» (m. 153/2). Bu yasaklama, özellikle seçim sistemini değiştiren kanun ile 803 numaralı Af Kanunu üzerine verilen iptal hükümlerinin uygulamadaki sonuçlarına karşı açıklanan tepkilerden ve kaygılardan kaynaklanmış görünmektedir. Ancak söz konusu hüküm, bu tür sonuçların doğmasını önleyecek nitelikte olmadığı gibi; iptal kararına içermediği ve taşıyamayacağı bir güç yüklemektedir.

Gerçekten, Yüksek Mahkemenin, «kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis» eden bir karar vermiş olduğu farzedilirse; bunu, kim veya hangi organ ve nasıl değerlendirip saptayacak? «Anayasa Mahkemesi kararları,... yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağla»dığına (m. 153/6) göre; bu kesin ve son yargısal işlemleri inceleyip tartışmak ve sakat saymak mümkün değildir. Şayet TBMM veya Bakanlar Kurulu, bir kanun ya da kanun hükmünde

kararnamenin iptaline ilişkin Yüksek Mahkeme hükmünü uygulamaya koyarken, böyle bir yetki gasbının bulunduğu kanısıyla, yapacağı yeni işlemlerde, aykırılığı saptanan kuralları ya da benzerlerini tekrar kabul edip yürürlüğe koyacak olursa, kesin ve son hükmüne çıkmış duruma girer. Söz konusu yeni yasama işlemleri, II’nci Cumhuriyet dönemindeki örneklerinde olduğu gibi, yeni dava ve itirazlar sonucunda Anayasa Mahkemesince iptal edilmekle beraber; sorun artık, hukukî olmaktan çıkıp, siyasî bunalıma dönüşür. Bu itibarla, Yüksek Mahkemenin üstünde bir yargı mercii ve kararlarına karşı başvurulabilecek bir yol bulunmadığından; yetkisinin dışına çıkıp, kanun koyucu gibi hareketle, yeni uygulamalara yol açan hükümler verdiğini saptamak hukuken mümkün değildir.

Kaldı ki, Anayasa Mahkemesinin iptal hükmü bizatihi yeni bir düzenleme, yani yasama işlemi niteliğinde ve gücünde değildir; sadece yöneldiği kural ve kuralların yürürlükten kalkması sonucunu doğuran bir yargısal işlemdir (m. 153/3). İşte iptal kararının bu etkisi nedeniyledir ki, denetim sonunda, «belirli madde veya hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya içtüzüğün bazı maddelerinin veya tamamının uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, Anayasa Mahkemesi, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya içtüzüğün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir». (m. 29/2). Yasama işleminin gücüne benzeyen bir etkilerden ötürü ortaya çıkabilecek hukukî boşluğu doldurmak ve ters veya yanlış uygulamaları önlemek «gereken hallerde, Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırır» ve böyle «iptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda, TBMM, (bu amaçla hazırlanan) kanun tasarı veya teklifini **öncelikle** görüşüp karara bağlar (m. 153/3; K. m. 53/5).

Şu halde, Yüksek Mahkemenin iptal hükmü, hiçbir zaman kendiliğinden yeni bir uygulamaya yol açabilecek kapsama ve etkiye sahip olmayıp, belki yasama organı, tanınan süre içinde yeni düzenleme yapmadığı için, istenmeyen sonuçlara meydan verebilir. Bu sonuçlar, ise, Anayasa Mahkemesi, kanun koyucu gibi hareket etmiş olduğu için değil, aksine kanun koyucu, uyarıya rağmen, kendi görevini yerine getirmediğinden ötürü gerçekleşen hukukî boşluk veya karmaşada, öteki organ ve makamlarca yapılan uygulamalarla ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla, Yüksek Mahkemeye kanun koyuculuk izafe ederek, iptal hükümlerinin haiz olmadığı ve olamayacağı güç ve etkiler taşımasını yasaklamak, yasamanın sorumluluğunu yargıya yüklemek anlam ve sonucunu içermektedir.

Bununla birlikte, anayasa yargısına getirilen söz konusu yeni hükmün asıl amacının, yasama işlemlerinin yargı yolu ile denetlenmesini sınırlamak ve hatta yargısal denetim dışında tutulmasını sağlamak olduğu düşünülebilir. Çünkü, ilk kez idare yargısı için 1971 Anayasa değişikliği ile konulan, söz

konusu hükme benzer «İdarî eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez» (m. 114/2) yasağı, Danıştay içtihad ve uygulamalarında o yönde etkisini göstermiş ve örneğin idarî işlemlerin yürürlük veya geçerlik tarihlerine yönelik aykırılık iddialarının, kabulü idarenin yerine geçip karar alma anlam ve etkisini taşıyacağı gerekçesiyle, denetiminden kaçınılarak⁶, bir tür yargı bağışıklığı yaratılmasına yol açmıştır. Yeni Anayasa'nın, «....idarî eylem ve işlem niteliğinde veya **takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez**» (m. 125/4) diyerek daha da genişlettiği bu hükümden kaynaklanan, kanımca yerinde ve doğru olmayan Danıştay içtihadından esinlenebilecek Anayasa Mahkemesi'nin, aynı biçimde yasama işlemleri veya kimi kuralları için yargı bağışıklığı sağlayıp sağlamayacağı sorulabilir.

Yüksek Mahkemenin, 1982 Anayasa'sı ve 1983 Kuruluş Kanunu ile düzenlenmiş olan şimdiki görev ve yetkileri üzerinde yapılan irdeleme ve açıklamalar özetlenirse, şu saptamalar ortaya çıkmaktadır:

— Yasama işlemlerinin yargısal denetimi, olduğunca sınırlanmış ve, kaldıramadığı yerlerde, çok kısıtlanmıştır.

— Yargı denetiminin yapılabildiği konularda ve noktalarda, başvurma yetkisi sadece Cumhurbaşkanı için genel ve serbest olup, siyasî parti grupları ve milletvekilleri bakımından ağır ve engelleyici kayıt ve şartlara bağlanmış, parlamento dışı siyasî partiler bu haktan yoksun bırakılmıştır.

— Bireylerin ve toplulukların Anayasa'ya aykırılık iddialarını def'i yolu ile ileri sürmesi, gerek neden veya gerekçe yönünden, gerek yenileme, veya tekrarlama bakımından büyük ölçüde sınırlanmış ve, esas itibarıyla, iptal davası niteliğine dönüştürülmüştür.

— Anayasa Mahkemesinin karar serbestliği kısılmak istenmiş ve yargı bağışıklığı tanınmasına yol açacak biçimde daraltılmıştır .

— Anayasa yargısının işlevi, genel olarak, muhalefet güçlerini veya temel hak ve hürriyetleri koruyup güvence altında bulundurmaktan ziyade, Cumhurbaşkanı'nın benimsediği çoğunluk iktidarının, onu tuttuğu sürece ve ölçüde, yasama düzenlemelerini serbestçe yapmasını sağlamaya yarayabilir niteliktedir.

ANAYASA YARGISININ KONUMU

Anayasa'ya uygunluk denetiminin işlevi, açıklanan nitelikte ve belirlenen yönde olunca; Anayasa Mahkemesinin devlet yapısı içindeki konumunun da bununla uyumlu bulunması doğal ve gereklidir. Şöyle ki, Yüksek Mahkemenin, görev ve yetkileri yargısal nitelikte olduğuna göre, yargı mercileri arasında yer alması beklenir. Ancak, anayasa yargısının işlevi, genel yargıdan farklı

6 Danıştay DDK, 13 Şubat 1974, **Septioğlu**, Esas : 1973/229 - Karar: 1974/766, **Danıştay Dergisi**, Sayı 18-19, s. 321-322.

esaslı özelliklere sahip ise; bu takdirde ona aynı küme içinde ayrı ve kendine özgü belirli bir yer verilmelidir. Bütün bu koşulların anlamlı ve etkili olması da; bizzatıhi yargının öteki devlet organları ve yetkileri ile karşılıklı durumuna ve ilişkilerine bağlıdır. Bu itibarla, Anayasa Mahkemesinin konumunu belirleyebilmek için, önce genel olarak yargının 1982 Anayasa sistemindeki karakterini ve mevkiini açıklamak gerekmektedir.

Yargının Karakteri Ve Yeri

Yeni Anayasa sisteminde yargının karakteri ve yeri sorunu, başlı başına büyük bir incelemeye konu olmayı gerektirir boyut ve zorluktadır. Anayasanın bölümlerine ve terimlerine bakarak yapılacak belirleme, kolay görünmekle beraber, sağlıklı ve doğru sonuçlara götürmeyebilir. Onun için şimdi burada, söz konusu sorun üzerine ayrıntılı ve kanıtlı düşünceler ve kesin bir çözüm getirmekten ziyade, tartışma ve eleştirilere açık bazı kişisel görüşler sunmağa çalışacağım.

Bunlardan birini, daha önce Anayasa Mahkemesine başvurma yetkisi yeni düzenlemede geri alınan kuruluşlar arasında yüksek mahkemelerin bulunduğunu işaret etmekle belirtmiş idim. «**Yasama**» Meclis grupları ve seksen milletvekili, «**yürütme**» ise Cumhurbaşkanı eliyle dava hakkını kullanarak, karşılıklı durum ve ilişkilerini anayasal güvence altında tutabildiği halde; «**yargı**», her ikisine karşı varlık ve görevlerini aynı yoldan koruma olanağından artık yoksundur. Gerçi, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun ilgililerin itirazı üzerine yapacağı inceleme bir tür yargı işi sayılırsa, anayasaya aykırılık iddialarını Anayasa Mahkemesine götürebileceği hatıra gelirse de, bu başvuru yargı organı adına bir dâva niteliğinde kabul edilemez. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, milletvekillerinin dokunulmazlığının kaldırılması ve üyelikten düşürülmesi aleyhindeki başvurularını, siyasî partilerin kapatılması davasını ve Yüce divan sıfatıyla ceza davalarını incelerken, ilgililerin ileri sürmesi üzerine veya kendiliğinden anayasaya aykırılık iddialarını, ön sorun olarak ele alıp çözümleyebilir; fakat bu prosedür, yargının konumu ile görev ve yetkilerini savunmaya yarayan bir yol değildir. Bu bakımdan «**yargı**», «yasama» ve «yürütme» gibi, devleti oluşturan Ögelerden bir erk (pouvoir) olarak kabul edilmiyor demektir.

Aynı anlayışın diğer önemli ve belirgin bir göstergesi, hâkimlerle savcılarının, tek bir kamu görevlisi kümesi içinde kaynaştırılıp, Adalet Bakanının otorite ve denetimi altına konulmasıdır (m. 139, 140, 154). Ayrıca, adalet hizmetindeki idarî görevlerde çalışan hâkim ve savcılar da, yargılama işlerine katılanlarla eş durumda sayılmaktadır (m. 140/7). Oysa yargı yetkisini yalnız hâkimler kullanır; savcılar ise, yürütmenin emrinde kamu haklarını savunur; idarî görevlerde çalışanlar ise, kamu hizmeti yapan sade memurlardır. Bunları aynı statüye sokmak, yargının ayrı bir işlev olmadığı, yürütme yetkisi içinde bir çeşit görevden ibaret bulunduğu anlam ve sonucunu taşır.

Özellikle, adlî ve idari yargı elemanlarının her türlü özlük ve disiplin işleminde kesin ve son kararlar alma yetkisi tanınan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna Adalet Bakanının başkanlık etmesi ve müsteşarının üye olarak katılması, yürütmenin yargı üzerindeki nüfuzunu göstermeğe yeterlidir. Kaldı ki, kurulun öteki asil ve yedek üyeleri de, üçer katı adaylar arasından Cumhurbaşkanı'nca seçilmektedir (m. 159). «Hâkimler ve savcılar idarî görevleri yönünden, Adalet Bakanlığına bağlı» (m. 140/6) oldukları gibi; her konuda, sürekli olarak Adalet Bakanının denetimi altında bulunmaktadır (m. 144). Adalet Bakanı, hâkim ve savcıları, sıkca vuku bulan acele hallerde geçici yetki ile başka yerlerde görevlendirebilir (m. 159/7).

Yüksek mahkemelerin (Yargıtay hariç, Uyuşmazlık Mahkemesi dahil) üyeleri ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Başkanvekili, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca veya ilgili mercilerin genel kurulları tarafından gösterilen üç veya beş aday arasından ve bir bölümü de doğrudan Cumhurbaşkanı'nca seçilip atanır (m. 154, 155, 156, 157, K. m. 2247-2592, m. 2/6-7).

Hâkimlerin ve savcıların görevlerini yerine getirme koşullarına gelince, her ne kadar, «Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; **Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak** vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler», (m. 138/1) denmekte ise de; Adalet Bakanının, «Hâkim ve savcıların görevlerini kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere uyygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleyebileceği» (m. 144) öngörülmektedir. Bu denetim yetkisinin, hâkimlerin sadece idarî görevleri ve kişisel tutum ve davranışları bakımından kullanılabileceği farzedilse bile; bunların yargı görevinden ayırd edilmesi kolay ve bazan da mümkün olmadığı gibi; işin başında Adalet bakanının, sonuçta da Hâkimler ve Savcılar yüksek kurulunun takdirine kaldığı kabul edilmek gerekir. Fakat burada daha önemli olan husus; hâkim ve savcıların görevlerini yerine getirirken uymaları gereken kurallar arasında Anayasa'ya ve hukuka yer verilmeyerek, kanun, tüzük ve yönetmeliklerle genelgelerden sözedilmiş olmasıdır. Bu hüküm Anayasa'nın, itiraz yoluna başvurulduğundan itibaren, Yüksek mahkemenin beş ay içinde kararını verip açıklamaması halinde, «**mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır**» (m. 152/3) kuralı ile yakınlaştırılırsa; hâkimlerin, hiç değilse kanunla düzenlenmiş konularda, doğrudan, doğruya Anayasa'yı uygulamaya veya Anayasaca göre hüküm vermeye yetkili olmadıkları sonucuna varılabilir.

Bütün bu yeni düzenlemeler, 1982 Anayasasının «yargı»'yı, «yasama» ve «yürütme» düzeyinde, ayrı bir devlet erki (pouvoir) saymadığını; Fransız geleneksel anlayışında olduğu gibi, yürütme erkinin otorite ve denetimi altında, bazı özellikleri bulunan bir kamu görevi veya makamı (service public ou autorité publique) olarak kabul ettiğini göstermektedir. Anayasa'nın, II'nci Cumhuriyet rejiminde olduğu gibi, «yargı yetkisi» kavramına yer vermesi, «yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır» (m. 9)

demesi, «yargı» başlığını taşıyan bir bölüm (Üçüncü kısım, üçüncü bölüm) ayırması ve bunlara benzer biçimsel yanları, içeriğe ve niteliğe bağlı bu gerçeği değiştirme veya yadsımayaya yetmez sanırım.

Anayasa Yargısının Konumu

Yeni anayasal sistemde, «yargı»nın taşıdığı karakter ve bulunduğu yer, anayasa yargısını da kapsadığı gibi; Anayasa Mahkemesi, esas itibarıyla, adli, idari ve askerî yargıların yüksek mahkemeleri gibi kabul edilmektedir. 1961 Anayasası, «Yargı»yı bir devlet erki saydıktan başka, bu Yüksek Mahkemeyi ötekilere benzetmemiş, onlardan ayrı ve özel olarak düzenlenmiş idi (Üçüncü Kısım, üçüncü bölüm, D-Anayasa Mahkemesi, m. 145-152). 1982 Anayasası’nda, «Anayasa Mahkemesi»ne ayrılan maddelerin (146-153) içerdiği hükümler, önceki anayasa yargısının hukukî rejimini koruyup sürdürmüş olsaydı; Yüksek mahkemenin bulunduğu yer, alt ve kenar başlıkları önemli ve etkili görülmeyebilirdi (aynı Kısım ve Bölüm, II, Yüksek Mahkemeler, A. Anayasa Mahkemesi).

Anayasa Mahkemesi, Yüksek Mahkemelerden Biridir.

Gerçekten, III’üncü Cumhuriyet anayasal sisteminde anayasa yargısı, çok sayıdaki yargı kollarından biri ve birincisidir, fakat özünde ötekilerden farklı değildir. Anayasa Mahkemesi, salt bir yargı merciidir ve bazı yasama işlemlerinin Anayasa’ya uygunluğunu belirli açıdan ve sınırlı ölçüde denetlemekle görevli ve yetkilidir; hiçbir siyasî yanı ve rolü olmayan bir Yüksek Mahkemedir. Ancak, sayılı konularda kısıtlı yargısal yetkisi bulunan Anayasa Mahkemesi, bu durumu ile özel görevli bir merci olmasına karşın, II’nci Cumhuriyetten bu yana süregelen anayasa yargısının hâkimlik statüsü, kimi mekanizması ve hükümlerinin etkisi dolayısıyla, yüksek mahkemelerin başı ve bir bakıma içtihad ve uygulamalarına yön verici rolünü oynamaktadır.

Anayasa Mahkemesi, her yargı mercii için geçerli genel ilke ve kurallar uyarınca, kendiliğinden değil, ancak iptal davası veya itiraz yolu ile başvurulduğunda; kanunların, Meclis içtüzüğünün ve kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa’ya uygunluğunu denetleyip, nesnel, salt ve herkesi bağlayıcı güçte kararlar verir. Bakanlar Kurulu kararnamesiyle kabul edilen ve yürürlüğe konulan bir tüzüğe ve yönetmeliğe karşı açılan iptal davası üzerine Danıştay’ın yaptığı kanuna uygunluk denetimi ve vardığı sonuçlar, nitelikçe bundan farklı değildir. Yeni «İdari yargılama usulü kanunu», bir tür def’i yolu sayılan idari yorum davasını kaldırmış ise de; Danıştay düzenleyici genel işlemleri, her uygulandığı vesilesiyle, yayımlarından sonra geçen süre ile bağlı olmaksızın, her zaman denetleme yetkisine sahip bulunduğu; söz konusu boşluk esaslı bir fark yaratmış sayılmaz. İdare yargısının sağladığı bu denetim olanağı, anayasa yargısının itiraz yolu ile yaptığı denetlemenin benzeri olup, aynı etki ve sonuçları taşır. Üstelik Danıştay’ın tüzük ve yönetmelikler üzerindeki

inceleme ve değerlendirme yetkileri, Anayasa Mahkemesinin yasama işlemleri konusundaki yetkilerinden daha geniş ve serbesttir. Bu itibarla, anayasa yargısının, öteki yargılar karşısında bir başkalığı ve özgünlüğü bulunmayıp, sadece bunların denetim konuları kurallar arasında bir derece farkı vardır.

Anayasa Yargısı Hâkimleri

Anayasa Mahkemesinin, yargısal görev ve yetkisi gibi, oluşturulması bakımından da, öteki yüksek mahkemelerden değişik bir yanı yoktur. Bu yüksek mahkeme de, meslekten hâkimler arasından seçilen üyelerden kurulmakta; Cumhurbaşkanınca doğrudan atanabilen üst kademe yöneticiler hukukçu olmayabilirse de (m. 146); Askerî Yüksek İdare Mahkemesinde görevlendirilen üyelerin bir bölümü de, hâkim sınıfı dışındaki subaylardır (m. 157). Anayasa Mahkemesi, başkan ve başkanvekilini, diğer yüksek mahkemeler gibi, kendi üyeleri arasından dört yıl için seçmekte⁷; bunlar, üyeler ve öteki tüm yüksek hâkimler, her yargıç ve savcı gibi, altmışbeş yaşını doldurunca emekliye ayrılmaktadır (m. 147/1, 140/4). Anayasa Mahkemesi üyeleri, diğer yüksek mahkemelerin hâkimlerin Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenmesi gibi, genel kurullarının kendi üyeleri arasından gösterdiği adaylar içinden Cumhurbaşkanı'nca seçilip atandığına göre, en önemli ve etkili oluşturma ögesi görevlendirme yönünden de bir fark bulunmamaktadır.

Böylece Anayasa Mahkemesi, yeni anayasa yargısı işleviyle uyumlu niteликte bir Yüksek Mahkeme olarak ortaya çıkmakta; siyasî organlar düzeyinde yer almadığı gibi, herhangi bir noktada diğer Yüksek Mahkemelerden ayrık tutulmuş da değildir.

Anayasa Mahkemesi, Üst Mercî.

Bununla beraber, bazı organik bağlantılar ile fonksiyonel öğeler, Anayasa Mahkemesinin öteki Yüksek Mahkemelerin üstünde olduğu görünümünü ve anayasa yargısı ve özellikle itiraz yolu ile tüm mahkemeleri denetlemek, uygulama ve içtihatlarını yönlendirmek olanağına sahip bulunduğuş izlenimini uyandırmaktadır.

Şöyle ki, Anayasa Mahkemesi üyelerinin en az üçte ikisi (7 asil 3 yedek) Yüksek Mahkeme üyeleri veya Başsavcıları arasında seçilmekte; geri kalan üçte biri (4 asil 1 yedek) bir asil üyesi Yüksek Mahkemeye benzetilen Sayıştay'dan gelmekte, diğer iki asil ve bir yedek üyenin, yine hâkim sınıfından olan Adalet ve Millî Savunma Bakanlıklarının üst kademe yöneticileri içinden çık-

7 Kuruluş Kanunu, bu seçimlerde, «asil üyelerin salt çoğunluğu»nu aradığına göre (m. 8/1); acaba yedek üyeler oy kullanmayacak mı? Üyelikle bağdaşmayan hallerin saptanması «Anayasa Mahkemesince karara bağlanır.» (m. 11) dendiğinde, her halde onbir kişiden ibaret hey'et anlatılmakta; buna karşılık, hastalık ve devamsızlık nedenleriyle üyeliğın sona erdirilmesinin «Anayasa mahkemesi üye tam sayısının salt çoğunluğunun kararıyla» (m. 13/2) olabileceğı kabul edilmektedir. Uyuşmazlık mahkemesine başkanlık edecek üyeyi hangi hey'etin ve çoğunluğun görevlendireceğı belirtilmemiştir (m. 18/7).

rilmasına bir engel bulunmamaktadır (m. 146). Bu bakımdan, Anayasa Mahkemesi, öteki Yüksek Mahkemeler mensupları için bir tür yükseltme ve hâkimlik mesleğinin en üst görev yeri olarak görülmekte ve öyle de kabul edilmektedir. Ayrıca, Yüksek Mahkemeler arasındaki görev ve hüküm ihtilaflarını çözümlemeğe yetkili ve hâkem hey’eti kuruluşuna sahip uyumsuzluk Mahkemesinin başkanlık görevini Anayasa Mahkemesinden bir üyenin yürütmesi, bunlar üzerinde birçok yönden etki yapacak niteliktedir. Nihayet, Anayasa Mahkemesinin, tüm Yüksek Mahkemelerin ve Sayıştay’ın başkanlarını, üyelerini, başsavcılarını ile Cumhuriyet Başsavcivekilini, görevleriyle ilgili suçlardan dolayı, Yüce Divan sıfatıyla yargılamağa yetkili olması, bunların hepsinin üstünde yer alan bir yargı mercii konumunu sergilemektedir (m. 148/3).

Oysa bütün bu öğeler, anayasa yargısı ile ilgili bulunmadığından, Anayasa Mahkemesinin bu konudaki görev ve yetkilerini hiçbir suretle etkilememelidir. Ancak, pratikte ve olgularda, gerek Anayasa Mahkemesi üyelerinin, gerek Yüksek Mahkemeler mensuplarının ve tüm hâkimlerin, bu öğelerin moral ve psikolojik etkilerini duymadıklarını söylemek kolay ve hatta mümkün değildir.

Kuşkusuz, Anayasa Mahkemesinin kararları herkesi bağladığından, yüksek ve alt mahkemeler de bunlara uymak zorundadır. Ancak, bu kararların, kural olarak, hüküm fıkraları, yani sonuçları bağlayıcı güçte olmasına karşın, çoğu kez gerekçeleri de yargı mercilerini etkiler. Bundan böyle hâkimler, itiraz yolu ile verilen yalnız iptal hükümlerine değil, on yıl süre ile esastan red kararlarına da uygun davranmakla yükümlüdürler. Bütün bunlar, kesin ve son yargısal işlemin genel ve olağan etki ve sonuçları olmak bakımından, esasen anayasa yargısı fonksiyonunun gereği ve amacıdır.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi, itiraz yolu ile Anayasa’ya aykırılık iddialarını ileri süren mahkemelerin başvurularını incelerken, «**Bir davaya bakmakta olan**» ve davada «**uygulanacak bir kanun**» koşullarının olayda varlığını saptamak için giriştiği araştırma ve değerlendirmelerde, genellikle, dava mahkemesinin ve temyiz merciinin görev ve yetkilerini üstlenir gibi aşırı müdahalelerde bulunarak, tüm yargı yerlerinin üstü bir Yüksek Mahkeme rolünü oynamakta ve konumunda görünmektedir⁸. Anayasa yargısının «**İlk inceleme**» evresinde sıkça ve serbestçe kullanılan bu araştırma ve değerlendirme yöntemi, Anayasa’ya aykırılık itirazlarının çoğunluğunun, esasına girilmeden, iptidaen (ta baştan) yetkisizlik nedeniyle reddi sonucunu vermektedir.

8 Anayasa Mahkemesi, 2 Mart 1976, E. 1976/9 - K. 1976/10, **Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi**, 14, s. 56; 25 Eylül 1980, E. 1980/56 - K. 1980/49, **Resmî Gazete**, 3 Kasım 1980, Sayı : 17149; 25 Eylül 1980, E. 1980/59 - K. 198/53, **Resmî Gazete**, 23 Kasım 1980, Sayı: 17169; 19 Mart 1981, E. 1981/5 - K. 1981/14, **Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi**, 19, s. 72, **Resmî Gazete**, 17 Mayıs 1981, Sayı: 17343; 2 Kasım 1982, E. 1981/12-K. 1982/7, **Resmî Gazete**, 28 Şubat 1983, Sayı: 17973.

Oysa, Yüksek Mahkemenin ifadesiyle, «Anayasa yargısına egemen olan düşünce, Anayasa kurallarının üstünlüğünü ve dokunulmazlığını sağlamaktır. Anayasa Mahkemesinin görev alanında bu ereğin gerçekleşmesi, Anayasa'ya uygunluk denetiminden geçirilecek yasa kurallarının tüm içerik ve kapsamı ile ele alınıp incelenmesine bağlıdır. Bu temel kuralın sonucu olarak, **bakılmakta olan bir kamu davasında uygulanacak yasa kuralına karşı ileri sürülen Anayasaya aykırılık savının**, CYUY'nın 255. maddesinde düzenlenen 'bekletici (ön) sorun' kavramından ayrı ve daha geniş bir anlam taşıdığı tartışmasız kabul edilmektedir. Bu bakımdan 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun 13. maddesi ile konulmuş olan ve **Anayasaya aykırılığı öne sürülen kuralın, ilintili görüldüğü değişik hukuk alanları arasında bir ayırım gözetmeksizin çepeçevre incelenmesi gerekir**»⁹.

Anayasa Mahkemesinin, III'üncü Cumhuriyet hukuk düzeninde, bu liberal içtihadına mı itibar edeceği, yoksa Anayasa'ya uygunluk denetimini daraltıcı söz konusu uygulamalarını mı sürdüreceği sorulabilir. Yüksek Mahkemenin, «Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nı koruma» misyonunu ve «demokratik hukuk devleti» ilkesini ne ölçüde gerçekleştirebileceği, bu soruya alınacak yanıtla bağlıdır. Çünkü temel hak ve özgürlüklerin korunması yönünden Anayasa'ya aykırılık iddialarının, iptal davasından ziyade, itiraz yolu ile yaptırıma kavuşturulması olası görünmektedir. Böylece Anayasa Mahkemesi, aynı zamanda tüm mahkemelerin temyiz mercii rolünden sıyrılıp, kendi görev konusunda işlevini tam yapan gerçek bir Yüksek Mahkeme konumunu, doğru ve haklı olarak elde etmiş olur.

SONUÇ

Üçüncü Cumhuriyet rejiminde, anayasa yargısının görev alanının daraltılması ve denetim yetkisinin kısılması yanında; iptal davası açabileceklerin sınırlanıp, esas itibariyle Cumhurbaşkanı'nın bu hakkı tam ve serbestçe kullanabilecek duruma getirilmesi, itiraz yoluna her kanun veya hükmü için on yılda ancak bir defa başvurulabilmesi ve bunun def'i niteliğinin kaldırılması; Yüksek Mahkemenin hüküm tesisinde, yargı bağımsızlığına yol açacak biçim ve ölçüde kısıtlanması, bu kurumun «**demokratik hukuk devleti**» ilkesinin genel ve etkili bir aracı ve yaptırımı fonksiyonunu görmesini engelleyen öğeler olarak belirmektedir. Gerçekten, bu kayıt ve koşullarla yapılacak yargısal denetim, ne muhalefet güçlerinin, ne de temel hak ve özgürlüklerin, demokratik bir toplum için gerektiği gibi korunmasını sağlayabilecek nitelikte ve güçte görünmemektedir.

Yeni denetim mekanizması, yasama işlemlerini yapan parlamento ile hükümetin, Cumhurbaşkanı'nca benimsenen bir çoğunluk iktidarının elinde oldu-

9 Anayasa Mahkemesi, 13 Nisan 1976, Esas: 1976/3 - Karar: 1976/23, **Anayasa Kararları Dergisi**, Sayı: 14, s. 165.

ğunu ve Meclis içinde iktidara namzet bir muhalefet partisinin bulunduğunu var sayan ya da bunları sağlamaya yönelik esas ve usulleri içermektedir. Şöyleki, bu öğeler mevcut ve uyumlu biçimde çalışmakta ise; iptal davası yolu ile Anayasa’ya uygunluk denetiminin işletilmesine esasen gerek duyulmayacaktır. Ancak çoğunluk iktidarı ile anamuhalefet grubu arasında işbirliğinin yapılmadığı konularda muhalefet gücünün Anayasa Mahkemesine başvurusu söz konusu olabilir. Bunun da, daha ziyade kendi varlık ve etkinliğinin tehdit edilmesi veya tehlikeye düşürülmesi halinde uygulamaya konulması beklenir. Çünkü, anamuhalefet partisi, gelecek ilk genel seçimde çoğunluk iktidarı olacağı inanç ve kanısı ile, özellikle yürütme lehine yapılan düzenlemelerin Anayasa’ya aykırılıklarını, salt temel hak ve hürriyetlerin korunması kaygısıyla yaptırıma bağlatma yoluna gitmemesi çok kuvvetli bir olasılıktır.

Buna karşılık çoğunluk iktidarı, anamuhalefet ve/veya muhalefet gruplarıyla işbirliği yaparak, Cumhurbaşkanı’nın benimsemediği ve Anayasa’ya aykırı gördüğü bir kanunu ve içtüzük kararını kabul ederse; devlet başkanı bunlara karşı tek başına iptal davası açar ve girişimi etkisiz kılabilir. Bir Anayasa değişikliği söz konusu olduğunda, bunu halkoylamasına sunmakla; kanun hükmünde kararnameleri ise imzalatmamakla, aynı sonuçları elde edebilir.

Kaldı ki, Cumhurbaşkanı, uyum içinde çalışamayacağı kesin kanısına vardığı bir hükümeti değiştirebileceği gibi; parlamentoyu da, fesih yolu ile yenileme yetkisine sahiptir. Ancak demokrasinin her türünde bu iki yetkinin kullanılması, devlet başkanı için çok güç ve riskli bir davranış olup, başarısızlık halinde, görevden çekilmeye ya da diktaya yol açabilir. 1982 Anayasası, biraz da bu olasılığı önlemek için, tümü ile yürürlüğe girmesinden itibaren altı yıl boyunca yapılacak Anayasa değişikliklerinin, Cumhurbaşkanınca TBMM’ne geri gönderilmesi halinde, ancak üye tam sayısının dörtte üç çoğunluğu ile tekrar aynen kabul edilebileceğini öngörmektedir (Geçici madde 9). Bu koşullarda gerçekleştirilen Anayasa değişikliğini de, Cumhurbaşkanı ayrıca halk oylamasına sunmak yetkisine sahiptir.

Yeni denetim sisteminde Anayasa değişikliğinin Anayasa’ya esastan aykırılığı iddia edilemeyeceğine göre; bu son halde Anayasa yargısının denetimi söz konusu olmazsa da; devlet başkanı, tüm kanunların ve Meclis İçtüzüğü’nün iptali istemiyle Yüksek Mahkemeye başvurabilir.

Demek oluyor ki, Cumhurbaşkanı, yasama işlemlerinin oluşumunu yönlendirmede etkili olduğu kadar, Anayasa’ya uygunluğunun denetiminde de önemli bir yetkiye sahiptir. Anayasa Mahkemesi üyelerinin devlet başkanınca seçilip atanması, başlıca denetim aracı olan iptal davasında bu inisiyatif üstünlüğü ve yönelinen erek yanında, ikinci ve hatta üçüncü derecede etkili bir öge sayılabilir. Gerçi Cumhurbaşkanı, «Anayasa, hukukun üstünlüğüne, demokrasiye.... bağlı kalarak» (m. 103), «Anayasanın uygulanmasını gözet»ektir (m. 104/1); lâkin, onu Anayasa’ya aykırı bir yasama işlemine karşı iptal

dâvası açmaya zorlayan bir yükümlülük söz konusu değildir. Şu da var ki, çoğulcu demokraside, kişiliği ne denli yüce ve güven verici olursa olsun, iptal davasıyla muhalefet güçlerinin ve temel hak ve özgürlüklerin kollanması ve korunması işi, tek bir şahsiyetin takdir ve insiyatifine bırakılmamak gerekir. İtiraz yolu ile Anayasa'ya uygunluk denetiminin karşı karşıya bırakıldığı yeni güçlük ve engeller gözönüne alınırsa; iptal davasının sınırlı ve kısıtlı tutulması, bu konudaki sakıncaları ve zararları daha çok belirgin ve olası kılar.

Bu nitelik ve işleyişiyle anayasa yargısı, azınlıktaki muhalefet güçlerini, bireylerin ve toplulukların insan haklarını ve temel hürriyetlerini koruyup güvence altında tutmaktan ziyade, Cumhurbaşkanının beğenisini taşıyan çoğunluk iktidarının anamuhalefet partisi ile «düzenli ve uyumlu çalışmasını» (m. 104/1) sağlamaya yarayabilecek bir denetim işlevini yapacaktır. Anayasa Mahkemesinin, devletin yeni «yargı» fonksiyonu ve organizasyonu içindeki birinci Yüksek Mahkeme konumu da, bu işlevle uyumlu görünmektedir. Böylece, 1982 Anayasası benimsediği siyasî sisteme tamamen uygun ve yararlı bir anayasa yargısı düzeni kurmuş bulunmaktadır. Genellikle sanıldığı ve söylendiği veçhile, yeni Anayasa «sistem»den yoksun değildir. Gerçi bu metin, 1961 Anayasası gibi, rasyonel bir plan çerçevesinde, kavram ve terim birliği gözetilerek, düzgün, açık ve kesin bir ifade ile kaleme alınmış olmadığından; Anayasa'da bazı tutarsız ve hatta çelişik hükümler bulunduğu ileri sürülebilir. Fakat bu tutarsızlık ve çelişkilere karşın, III'üncü Cumhuriyetin devlet sisteminin, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun nitelemesiyle, «otoriter idare» olduğu¹⁰ ve, başta temel haklar ve hürriyetler olmak üzere, tüm anayasal organların fonksiyonlarının ve bunların ilişkilerinin esaslarını belirlediği açıkça görülmektedir. İşte anayasa yargısı da, siyasî sistemin bu niteliğinin gereklerine göre düzenlenmiş olduğundan, Anayasa'nın «**sistematik**»ine uygun bulunmaktadır.

Bununla beraber, konuya girerken başta işaret ettiğim üzere, siyasî sistem uygulama ve işleyişinde, Anayasa'da değişiklik yapılmadan da, meydana gelebilecek gelişme ve değişmelerle, anayasa yargısının işlevi kuramsal niteliğinden farklı bir anlam ve etki kazanabilir. Şöyle ki, Cumhurbaşkanı Anayasa'nın tanıdığı devlet işlerini sevk ve idare yetkisini doğrudan doğruya kullanmayıp, Meclisteki çoğunluk grubunun liderine bırakır ve gerek parlamento içinde, gerek parlamento dışında çoğunluk iktidarı ile muhalefet güçleri arasındaki siyaset oyununun tarafsız hakemi rolünü benimser ise; yargısal denetim mekanizmasını, her konuda Anayasa'ya uyulmasını sağlamak ve azınlıklarla bireylerin temel haklarını ve özgürlüklerini korumak için işlet-

10 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 14 Eylül 1983, E. 1980/4-1714, K. 1983/803, **Yargıtay Kararları Dergisi**, Cilt 9, Kasım 1983, Sayı 11, s. 1591 : «1982 Anayasası'nın 1961 ve hatta 1924 Anayasalarına karşı güçlü devlet ve otoriter idare kavramlarına daha fazla önem verdiği ve özellikle yürütmeyi yasama ve yargı karşısında daha da güçlendirdiği tartışmasızdır. Anayasanın bir çok maddeleri bu temel düşünceye uygun olarak değiştirilmiş ve yeniden düzenlenmiştir».

mek olanağına ve durumuna kavuşmuş bulunur. Kanımca 1982 Anayasası, böyle bir dönüşümün zamanla ve evrimle gerçekleşmesine engel olacak bir metin değildir.

Şu kadar ki, Anayasa Mahkemesinin, önünde bulunan iki engelden dolayı, «**demokratik hukuk devleti**» ilkesini uygulamaya geçirme ve somutlaştırma yönünde yapabileceği fazla birşey yoktur. Çünkü, Millî Güvenlik Konseyi'nin üç yılı aşkın yönetimi zamanında, hemen her konuya ilişkin kanunlarda önemli ve kapsamlı değişiklikler yapan ve bir çok konuyu ilk kez düzenleyen «kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı iddia edilemez» (Geçici m. 15/3). Esasen bu yeni mevzuatın, içerdiği genel ilke ve kurallar 1982 Anayasasına yansıtılmış bulunduğundan, bunların ve yeniden düzenlenecek benzerlerinin Anayasa'ya aykırılıkları genellikle söz konusu olmaz.

Öte yandan, yeni Anayasa'nın «Temel haklar ve ödevler» başlıklı ikinci kısmındaki düzenlemeler, çoğulcu liberal demokrasinin gerçek insan hakları ve temel hürriyetlerini sağlamaktan çok uzak olduğu için; Yüksek Mahkeme, genel olarak bu konuda bir koruma ve güvence oluşturma imkânından yoksun görünmektedir. Ama, değişik siyasî ortam ve koşullar içinde Anayasa Mahkemesi, en yüksek yargı mercii sıfatının verdiği güçle içtihad yetkisini kullanarak, temel haklara ve özgürlüklere kamu erklerinin müdahalelerini en aza indirmeyi başarabilir.

(24. Makale - 1985)

Bakır ÇAĞLAR

*Anayasa Yargısında Yorum Problemi
Karşılaştırmalı Analizin Katkıları **

* Bakır ağlar, “Anayasa Yargısında Yorum Problemi Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, **Anayasa Yargısı**, C.2, 1985, s. 163-195.

ANAYASA YARGISINDA YORUM PROBLEMİ KARŞILAŞTIRMALI ANALİZİN KATKILARI

Doç, Dr. Bakır ÇAĞLAR

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

Justice Marshall

«marbury v. madison» (1803) «com-
parison is the basis for any unders-
tanding»

Novalis

Jürisprüdansiyel anayasa hukuku ve yorum teorisi: ilk veriler

Anayasa hukukunda yorum problemi konusunda yapılan çalışmalar, hukukun genel teorisi ya da diğer hukuk disiplinlerine göre sınırlı kalmıştır (1).

Anayasa hukukçularının pozitif hukukun temellerini açıklamada kullandıkları, XVIII. yüzyıl kurucu meclislerinde tartışmalara konu olan egemenlik, temsil, kuvvetler ayrılığı gibi, siyaset felsefesinin büyük prensipleri hukuki yorum teorisine yabancıdır (2).

(1) Cf. C. Palazzoli, «L'interprétation de la Constitution» in Etudes de droit contemporain, Travaux et recherches de l'Institut de Droit Compare de Paris, 1970, s. 289 vd.; L. Patras L'interprétation en droit public interne, Athènes, 1962; Ö. Eyrenci, «Anayasanın yorumlanması yöntemlerine genel bir bakış», AİD, 1981 s. 45 vd.; M. Troper, «Le problème de l'interprétation et la théorie de la théorie de la supralégalité constitutionnelle», in Recueil d'études en hommage à Ch. Eisenmann, eds. Cujas, Paris 1977, s. 133 vd.

(2) «Anayasallık prensibi» (principe de constitutionnalité), «yasallık prensibi»nden (prensibe de légalité) farklı olarak gelişme imkanı bulamamıştır. Bk. L. Favoreu, «Le principe de constitutionnalité», in Hommages à Ch. Eisenmann, op. cit. s. 33 vd.
Bu prensibin gelişmesi, **Muhakeme genel teorisi** içinde, **Anayasa Muhakemesi** Hukukunun gelişmesine bağlıdır.

Oysa bugün, Anayasa yargısının yaygınlaşması ve jürisprüdansiyel anayasa hukukunun gelişmesi yorum teorisinin anayasa hukuku alanında da pratik bir önem kazanmasına sebep olmuştur (3).

Anayasa yargılamasının farklı hukuk sistemlerinden taşarak yaygınlaşması «Dünya çapında bir patlama» olarak nitelendirilirken, bir «**Milli-üstü**» (transnationale, sopranazionale) anayasa yargısı da Avrupa Hukuku ve İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu uygulamaları ile artan bir önem kazanmaktadır. **Mauro Cappelletti’nin** belirttiği gibi, uluslarüstü hukuk ve «**uluslarüstü hukuka bağlılık kuralı**» (Supranational Rule of Law ile yeni bir dönem başlamıştır (4).

Bu gelişmeler karşısında, **Michel Fromont**, büyük hukuk sistemlerinin klasik tasnifini tamamlamak için ikinci bir ayırım önermektedir.

Romano - germanik hukuklar ve anglo-sakson hukuklar tarihi tasnifi yanında bir ikincisi, **normlar hiyerarşisi** ölçü alınarak yapılabilir. Buna göre, bir yanda yasaların üst-norm olarak kaldığı Büyük-Britanya gibi sistemler (5), diğer yanda ise anayasanın üstün norm olduğu Birleşik Devletler, Almanya gibi sistemler vardır (6). Bu sonuncu sistemlerde «çok sayıda yasanın egemenliğine karşı, tek bir yasa metninin (Anayasanın) ve tek bir yargıcın (Anayasa yargıcının) üstünlüğü» getirilmiştir (7).

(3) Bu gelişmenin gündeme getirdiği önemli bir sorun anayasa yorumunun özelliği sorunudur. Bu konuda ileri sürülen tezler için örelikle bk. **W. Zakrzewski**, «De l’interprétation de la Constitution», in Jahrbuch des öffentlichen Rechts, 1977, s. 427 vd.; **F. Luchaire**, «Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux», RİDC, 1981, s. 303 vd.; - ID.,

İsviçre Federal Mahkemesinin yorum metodları ile ilgili jürisprüdansı anayasal ve yasal normlara aynı biçimde uygulanmaktadır. Cf. **J. Werner**, interpretation constitutionnelle, Georg, Geneve, 1975, s. 180. Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararlarında da aynı eğilim görülür. Bu jürisprüdans ve anayasa yorumunun farklı kurallar gerektirdiğini düşünen yazarların bu jürisprüdansa getirdikleri eleştiri için bk. **M. Fromont, A. Rieg**, introduction au droit allemand, éds. Cujas, Paris 1977, s. 210 vd.

(4) Cf. **M. Cappelletti, W. Cohen**, Comparative Constitutional Lavv. Cases and Materials, Bobs-Merili, N.Y. 1979, s. 113. vd.

(5) Cf. **G. Winterton**, «The British Grundnorm : Parliamentary supremacy reexamined», Law Quarterly Review, 1976, s. 591 vd.

(6) Bu sistemler için jürisprüdansiyel anayasa hukuku, özellikle temel haklar alanında, ortak bir hukuk olma yolundadır.

Türk Anayasa Mahkemesi kararlarındaki «**Batı unsuru**»nun, «yorum yapılırken batı demokrasilerinde anlaşılan anlamdan ayrılınmamalıdır» (AYM 67/29 Karar sayılı karar) ifadesinin anlamı da budur.

(7) **M. Fromont**, «Les droits fondamentaux dans l’ordre juridique de la République Fédérale d’Allemagne», in Hommage Ch. Eisenmann, op. cit. s. 64.

Anayasa üstünlüğünün kabul edildiği sistemlerde adi yasaların mahkemelerce yorumu anayasa hukukundan etkilenmektedir.

Federal Alman Cumhuriyetinde Federal İdare Mahkemesi eski başkanı F. Werner, idare hukuku için «somutlaşan anayasa hukuku» ifadesini kullanmıştır.

Anayasanın üstünlüğü anlayışına bağlı olarak bu üstün Anayasayı yorumlayan (8) anayasa yargıçlarının rolü, anayasa yargısının «BÜYÜK PROBLEMİ» olarak adlandırılan problemi ister istemez gündeme getirmiştir.

I. ANAYASA YARGISININ «BÜYÜK PROBLEMİ»

«Value - protecting approach» ve sınırları.

Anayasa yargısının «Büyük Problem»i (Problème formidable) kendi değer hiyerarşilerini, ya da yargıç Burger'in ifadesi ile «şahsi tercihlerini» (9) açık pozitif tanımı olmayan «hürriyet», «eşitlik» (10), «fairness», ya da «Due process»(11) gibi nisbeten boş kalıplara koyan yargıcın rolü ve demokratik meşruluğu problemidir (12).

1. Bir örnek-olay: «Eşitlik prensibi» ve Anayasa Mahkemeleri.

Eşitlik prensibi, anayasa yargısında genişleyen bir uygulama alanı bulmaktadır.

İtalyan Anayasa Mahkemesi 1956'dan 1979'a 219 olayda yasaları anayasa-

-
- (8) Denetim terimi iki kavramdan kuruludur: bir inceleme ve onu takip eden bir yaptırım. Anayasa yargısı (juridiction constitutionnelle) önce bir Devlet işleminin anayasaya uygunluğunun denetimidir. Aubert'in benzetmeli ifadesi ile, anayasa yargıcı «bir eliyle anayasayı, diğeri ile yasayı tutar ve İkincisinin ilkinin uygun olup olmadığını, söyler» J.F. Aubert, *Traité de Droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel - Paris, 1967, no. 429.

Yargıç bu sonuca ikili bir yorum aracılığı ile ulaşabilir: incelediği yasa ve uyguladığı anayasanın yorumları. Anayasa yargıcı bir Devlet işleminin anlamını anayasaya göre belirlerken aynı zamanda iki normu uygulamakta ve somutlaştırmakta ve böylece «anayasa hukuku yaratmaktadır»

«Her hukuk uygulaması aynı zamanda hukuk yaratmadır» değerlendirmesinin ilk kaynakları için bk. T. Hobbes, *Le Léviathan* (1651), Paris 1971, s. 294; Hans Kelsen, *Théorie pure de droit* (1934), Paris 1962, s. 315; André as Auer *La juridiction constitutionnelle en Suisse*, Helbing, Lichtenhahn, Bâle, 1983, s. 7 vd. Anayasa Mahkemesi kararlarında «karşı-oy» ya da «farklı-oy»lar (opinions dissidentes, dissentings) anayasanın metodu ve yorumu ile ilgili anayasa hukuku sorunlarında açık bir plüralizmin ifadesidir.

- (9) Bk. «Eisenstadt v. Baird», 405 U.S. 438, 472 (1972), (Burger C.J. Dissenting).
- (10) «Eşitlik» kavramı ile ilgili olarak Leben'in önerdiği ayırım; **yasa önünde eşitlik, yasa içinde eşitlik** ve anglo - sakson «due process of law»ına yakın olan «adalet önünde eşitlik» için bk. Ch. Leben, «Le Conseil Constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi», RDP, 1982, s. 295 vd.
- (11) Tunc'un da belirttiği gibi, Yüksek Mahkeme «due process of law»a sadece **prosedural bir anlam** vermekten uzaklaşarak **maddi bir anlam** tanımıştır. Kaynağında «due process». Devlet iktidarlarının şekli bir sınırlaması iken (procedural limitation) bugün, genei ve soyut bir sınırlama (general limitation) haline gelmiştir. Cf. «Roe et al. v. Wade» 428 U.S. (1973).
- (12) Anayasa yargısı ile korunan değerler, belli bir ölçüde, «yargıç - yapısı» (judge- made) değerler olarak görülmektedir.
- Cf. M. Cappelletti, «The Mighty problem of judicial review and the contribution of comparative analysis», *South. California L. Rev.*, 1980, s. 409 vd., - İD, «Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle», in Favoreu, ed., *Cours Constitutionnelles Européennes et droits fondamentaux*. Actes du II. Colloque d'Aix-en-Provence, Economica, Paris 1982, s. 460 vd.

nın eşitlik prensibine aykırı bulmuştur. Bu kararların % 80’i den sonra verilmiş kararlardır (13).

Massimo Villone, bu alanda yasa koyucunun siyasi tercihleri ile Anayasa Mahkemesinin tercihleri arasında çok zor bir münasebet bulunduğunu belirttikten sonra Mahkemenin, parlamento çoğunluğunun siyasi tercihlerine hangi noktaya kadar karşı çıkabileceğini, hangi noktaya kadar karşı çıkması gerektiğini sormaktadır (14).

Avusturya Anayasa Mahkemesinin 1946-1977 yılları arasında verdiği 113 iptal kararından 98’i **eşitlik prensibini ihlal** sebebi ile verilmiştir.

Benzer bir gelişme, son iktidar değişikliğinden sonra Fransa’da Anayasa Konseyi kararlarında görülmektedir (15).

Yasaların anayasaya aykırılığı iddialarında eşitlik prensibinin ihlali gerekçesi bir çeşit «**maymuncuk gerekçe**» olma yolundadır (16).

Fransız Anayasa Konseyi’nin bu konuda verdiği kararların genel bir değerlendirmesini yapan **F. Miclo** sonucun, Konsey’in inkarına rağmen(17), **kendi değerlendirmesini yasa koyucunun değerlendirmesine ikame etme eğiliminde olduğunu** düşündüğünü söylemektedir (18).

Miclo’yu bu sonuca üç mülhaza götürmektedir: Anayasa Konseyine göre ayırıcı kuralın (règle discriminatoire) Anayasa uygunluğu için kanunun nihai amacı ile (finalité de la loi) telif edilemez olmaması gerekir. Bir kanunun nihai amacı, yasa koyucunun hedefi üzerinde bir yargıya varmadan nasıl değerlendirilebilir? Ayrıca, ayırıcı kuralın uygunluğu gerekçeleri arasında «**kamu gereği**» (necessité publique) yer almaktadır. Bu da Konseye geniş bir değerlendirme imkânı verir. Son olarak, Konsey, «**açık hata**» (erreur manifeste) durumunda yasa koyucunun değerlendirmesini reddetme yetkisini kendisine tanımaktadır (19).

Ekleme gerekir ki, anayasa yargısında, eşitlik prensibinin anlamı zaman içinde değişmektedir.

(13) Turin Üniversitesi siyaset felsefesi profesörü **Norberto Bobbio**’nun belirttiği gibi bir «kurumlar krizi»nin varlığı, İtalya’da üzerinde birleşilen sayılı konulardan biridir. 1968 yılı siyasal kurumlar krizinin başlangıç yılı olmuştur.

Cf. **N. Bobbio**, «Lla crise permanente», in Pouvoirs, Italie, 18, 1981, s. 5 vd.

(14) Bk. **M. Millone**, in **L. Favoreu**, éd. Cours Constitutionnelles Européennes et droits Fondamentaux, op. cit, s. 384 vd.

(15) Cf. **F. Miclo**, «Le principe d’égalité et la constitutionnalité des lois «AJDA», 1982, s. 115 vd.

(16) Bk. L. Philip, «Le développement du contrôle de constitutionnalité et l’accroissement des pouvoirs du juge constitutionnel», RDP, 1983, s. 401 vd.

(17) Fransız Anayasa Konseyi, 15 Ocak 1975 tarihli kararında, Anayasanın 61. maddesinin Konseye Parlamentonunkine benzer genel bir **değerlendirme ve karar yetkisi** tanımadığını, sadece önüne getirilen yasaların Anayasaya uygunluk denetimi yetkisi verdiğini açıklamıştır.

(18) Cf. **Miclo**, «Le principe d’égalité et la constitutionnalité des lois AJDA, 1982, s. 243.

(19) Bk. Konseyin 81-132 sayılı ve 16 Ocak 1982 tarihli kararı.

Amerikan Anayasasına XIV. «Ek»le getirilen, yasaların eşit koruma hükmünün anlamı «Plessy v. Ferguson» kararından (1896) «**Brown v. Board of Education**» kararına (1954) büyük ölçüde değişmiştir (20).

2. «Değer - koruyucu yaklaşım»ın sınırları problemi :

Anayasa normlarının yorumunda «değer» ya da «değerler sistemi»nin kullanılması, «Hukuk Devletinden (Etat de droit, Rechtsstaat)

«**Yargıçlar Devleti**»ne - (Etat des juges, Richterstaat) geçiş olarak görülmüştür (21).

Jeon Rivero'nun belirttiği gibi, anayasa yargıcı, anayasa hükümlerinin lafzı ile bağlı kaldığı takdirde denetimi etkisizleştirmekte, bu kurallara «kurucu» bir yorumla işlerlik kazandırmak istediğinde ise «hükümet etme» suçlaması ile karşılaşmaktadır.

Yargı denetiminin meşru olarak nereye kadar gidebileceğini gösteren soyut bir sınır çizgisi varmıdır. Böyle bir deneme **John H. Ely'nin** kalkış noktası Federal Yüksek Mahkemenin 1973 tarihli «Roe v. Wade» kararında (22) bulunan bir dizi makalesinde yapılmıştır (23).

İkinci bir deneme **Thomas Gray'in** ikili ayırımıdır (24).

(20) Cf. «Plessy v. Ferguson» 163 U.S. 537 (1869); «Brown v. Board of Education» 347 U.S. 483 (1954). Bu jürisprüdans değişikliğinin siyasi anlamı konusunda bir çalışma hipotezi için bk. **A. Auer**, Les noirs, les écoles publiques et le système constitutionnel aux Etats-Unis. Herbert Lang, Berne. 1975, s. 187.

(21) Bk. **M. Fromont**, «Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République Fédérale d'Allemagne», in Ch. Eisenmann, op. cit., s. 64.

Bu geçişte «Hukuk Devleti» kavramının bugün sadece şekli değil ama onun yanında maddi bir kavram olmasının da önemli bir rolü vardır. Anayasa yargıcı hukuku bu maddi muhtevaya göre sistemleştirmektedir.

Bu konuda ayrıca bk. **W. Leisner**, «L'Etat de droit-une- contradiction », in Eisenmann, op. cit., s. 65 vd.

(22) «**Roe. v. Wade**», 428 U.S. 52 (1973) kararı gebeliğin iradi kesintiye uğratılması ile ilgilidir. **Yargıç White** bu karara eklediği «dissenting opinion»da Mahkemenin yeni bir anayasal hak yarattığını söyledikten sonra, «problemin çözümünün siyasal mekanizmaların yetkinde olması gerektiği» görüşünü ileri sürmüştür.

Federal Alman Anayasa Mahkemesinin aynı konuda verdiği karara (25 Şubat 1975) muhalif kalan **Rupp von Brüneck** de yarıyç White'in karşı-oyuna paralel bir görüş açıklamıştır: «sosyal alanının düzenlenmesinde Mahkemenin, yasama fonksiyonunu üstlenmemesi gerekir». Cf. **A. Grosser**, «Cours constitutionnelles et valeurs de référence Aö propos de décisions sur l'avorte- ment», in Pouvoirs-13, 1980, s. 117 vd.

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

(24) Gray, «saf-yorumcu» (purely interpretive) ve «yorumcu - olmayan» (non-interpretive) yargı denetimi modellerini ayırmakta ve sonuncu modeli Anayasa koyucunun iradesinin açıklandığı anayasa dili ile bağlı kalmadan anayasaüstü değerlere tanınan üstünlükte tanımlamaktadır. Gray meşru modelin «saf- yorumcu» model olduğu görüşündedir.

Cf. **Thomas Gray**, «Origins of the Unwritten Constitution», Stan L. Rev., 1978, 844 vd.

Ely, anayasa yargıcının rolünün «uygun usul» denetimi ile sınırlı olması gerektiğini ileri sürerken Gray, Anayasanın kurucuların iradesine göre yorumlanması gerektiği görüşündedir.

Bu tezler, anayasa yargısında, «value protecting approach» (değer-koruyucu yaklaşım)a getirilen eleştirilerin iki tipik örneğidir.

Anayasa yargısında, «değer-koruyucu yaklaşım» (value - protecting approach) yerine Ely, anayasa yargıcının rolünün «uygun usul» (procedural fairness) denetimi ile sınırlı olduğu bir yaklaşım önermektedir.

Ely anayasa yargısını, değerleri belirleyecek siyasal sürecin usule uygunluğunu denetleme fonksiyonu ile sınırlamakta (25), başka bir ifade ile «usul»le «maddi muhteva»yı ayırmaktadır (26).

Ely ve diğerlerinin «değer-koyucu yaklaşım»a getirdiği eleştiriler, bu yaklaşımın yargı denetiminin koruyacağı değerlerin nereden geldiğini açıklamadaki yetersizliği ve bu yaklaşımın meşruluğu problemin, bu değerleri ve onları «bulma» metodunun demokrasi ideali ile nasıl uzlaştırılacağı probleminin, çözümsüz kalmış olmasıdır.

Ancak, geçen yüzyıl başının pozitivizmi bir yana bırakılacak olursa, yasa koyucu, yargıcı «**la bouche qui prononce la loi**» rolü ile sınırlayan hukuk kuralları yaratma monopolüne sahip olmamıştır.

Almanya’da **Jhering**, Fransa’da **Geny** ve daha sonra Avusturya’da **Kelsen**, **Hobbes**’un iki yüzyıl önce söylediği bu gerçeği yeniden keşfetmişlerdir : «yazılı olsun ya da olmasın her yasanın yorumu ihtiyacı vardır» (27).

Anayasanın kurucuların iradesine göre yorumlanması gerektiğini savunan anlayış (New fundamentalism) için bk. **R. Berger**, *Government by Judiciary*, Cambrige, Mass., 1977, s. 167 vd.; **G. Schram**, «A Critique of Contemporary Constitutionalism», *Comparative Politics*, 1979, s. 483 vd.; R.C. Welsh. etal., «Reconsidering the Constitutional Common Law», *Harvard L.R.*, 1978, s. 1117 vd.; **H. Monagan**, «The Supreme Court, 1974 Terin Forevvord : Constitutional Common Law», *Harvard L.R.*, 1975, s. 5 vd.

(25) Bu konuda ayrıca bk. **Sandalow**, «Judicial Protection of Minorities», 75, *Mich. L. Rev.* 1162 (1977).

(26) Bu görüşün Kara Avrupası’nda tarihi kaynakları Fransa’da «Ancien Regime» de, Parlamentoların, i.e. Yüksek Mahkemelerin, yasaların yazısız «Temel Yasalara (Lois fondamentales) uygunluğunu denetleme yetkisini kendilerine tanıyarak reformist politikaları, İhtilal öncesi Fransanın feodal yapı değerleri ile engellemelerinde bulunabilir. Birleşik Devletlerde hakim olan «Checks and balances» versiyonundan çok farklı olan «Kuvvetler ayrılığı» fransız versiyonu da bu anlamda bir «yargıçlar hükümeti»ne (Gouvernement des juges) tepkidir.

Bk. **M. Cappelletti**, *Judicial Review in the Contemporary World*, Bobs-Merrill Co. N.Y. 1971, s. 33 vd.

Bu görüş bugün de yürürlükte olan **16-24** Ağustos 1790 tarihli yasada hukuki ifadesini bulmuştur: «aMhkemeler yasama iktidarının kullanılmasına doğrudan ya da dolaylı olarak katılamazlar» Cf. 1982 Anayasası m. 153/2.

(27) Cf. **T. Hobbes**, *Le Léviathan*, op. cit. s. 315.

II. REFERANS NORMLARIN BELİRLENMESİ VE «ANAYASALLIK BLOKU»NUN TANIMINDA «POZİTİVİST» VE NATÜRALİST» ANLAYIŞ

1) Anayasa Mahkemelerinde pozitivist ve natüralist eğilimler.

Referans normlarının tanımlanmasında anlayışlar iki ana kategoride toplanabilir (28) : Yasaların uygunluğunun sadece anayasanın yazılı kurallarına göre değerlendirildiği **pozitivist** anlayışla, uygunluğun anayasa ve anayasanın ruhundan çıkartılan prensip ve yazılı olmayan kurallara göre değerlendirildiği ve bazı doğal hakların tanındığı **natüralist** anlayış.

Avusturya Anayasa Mahkemesinin pozitivist eğilimi (29) yanında, İsviçre Federal Mahkemesi, Federal Alman Anayasa Mahkemesi, Fransız Anayasa Konseyi, İtalyan Anayasa Mahkemesi pozitif hukukla çalışmakta ancak «genel prensipler»i de kullanmaktadır.

Avrupa Topluluk Mahkemesi «yazılı olmayan hukuk»la çalışırken (30), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de hukukun genel prensiplerini kullanmakta, Yargıç Fitzmaurice'in ifadesi ile hukuk yaratmaktadır.

Türk Anayasa Mahkemesi de genel prensipleri, uluslararası metinleri, İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonunu referans - norm olarak kullanmaktadır.

Pozitivist doktrin, sadece, Kelsen'in hukuk teorisinden etkilenen Avusturya Anayasa Mahkemesi uygulamalarında görülmektedir.

Avusturya Anayasa Mahkemesinin pozitivist eğilimi yorum me- todlarının uygulanmasında da görülmekte, Anayasa koyucunun tarihi anlayışı ile kendini bağlı sayan Mahkeme, çoğu geçen yüzyılda konan temel hakları (31) sosyal değişmeye uygulama yetkisini kendisine tanımamaktadır.

2. Anayasa Mahkemelerinde anti-pozitivist eğilimler.

Natüralist anlayış, İsviçre Federal Mahkemesi yanında Fransız Anayasa Konseyi, Alman ve İtalyan Anayasa Mahkemelerinde ve Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesinde etkili olmuştur(32).

Avusturya Anayasa Mahkemesinin pozitif hukuka üstün temel haklar

(28) Cf. **L. Favoreu** «Rapport général» in Favoreu, éd. Cours Constitutionnelles, op. cit., s. 45.

(29) Bk. **Théo Öhlinger**, «Objet et portée de la protection des droits fondamentaux. Cour Constitutionnelle Autrichienne», in Favoreu, éd., Cours Constitutionnelle Autrichienne», in Favoreu, éd., Cours Constitutionnelles, op. cit. s. 335 vd.

(30) Bk. **B. Çağlar**, «Anayasa ve Topluluk Hukuku», in İkinci Avrupa Hukuku Haftası, İ.Ü. Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1980, s. 1 vd.

(31) 1919-1920 lerde Federal Anayasa hazırlık çalışmalarında ideolojik sonuçları sebebi ile temel haklar partiler arasında en çok tartışılan problemler arasında yer almış, sonuçta «Federal Anayasal Yasa» (Bundesverfassungsgesetz, **B-VG**) nın 149. maddesi ile Monarşik Anayasanın 21 Aralık 1867 tarihli «Temel Haklar Şartı» Staats - Grundgesetz, St GG) ve hak ve hürriyetlerle ilgili 27 Ekim 1862 tarihli kanunlar yürürlükte bırakılmıştır.

(32) Cf. **A. Grosser**, «Cours constitutionnelles et valeurs de référence» op. cit., s. 117 vd.

kavramını kabul etmeyen pozitivist hukuk anlayışına karşılık İsviçre Federal Mahkemesi, anayasal haklar olarak tanımak istediklerini büyük ölçüde kendisi tanımlamaktadır(33).

İfade hürriyeti gibi, anayasada yazılı olmayan anayasal bir hak, Federal Mahkeme tarafından «**yazılı olmayan bir anayasal hak**» olarak tanınmıştır.

Federal Mahkemeye göre, Anayasa da tüketici bir anayasal haklar katalogu yoktur. Yargıç, anayasada izine rastlanmayan anayasal hakları «İsviçre Hukuk düzeninin ve demokrasinin vazgeçilmez unsurları» olarak tanıyabilir.

Bu durumda anayasal hakların doğrudan kaynağı jürisprüdanstır (34).

Yargı yerleri, «Hukukun genel prensiplerini, «Anayasal değerde prensipleri», hak ve hürriyetleri, kurucu yorum teknikleri ile ex nihilo yaratmaktadır.

Fransız Anayasa Konseyi, Fransız Devlet Şurası’nın Yürütmeyi bağlayan «Hukukun genel prensipleri»ni keşfetmesi gibi, aynı kurucu yorum tekniği ile «Anayasal **değerde prensipler**» (principes a valeur constitutionnelle) (35) tanımaktadır (36).

Fransız Devlet Şurası (Conseil d’Etat), 26 Haziran 1959 tarihli «Syndicat Général des Ingénieurs-Conseils» kararında (37) hukukun genel prensiplerinin yasa kuralının yokluğunda bile, düzenleyici otoriteyi bağladığını açıklamıştır.

«Les principes généraux du droit s’imposent à toute autorité réglementaire, même en l’absence de dispositions législatives» (38).

C.E., 21 maddenin bağlı kararnameleri gibi. 37. madde de düzenlenen özerk kararnameleri de yargı denetimine sokmaktadır.

Bu denetim, Conseil d’Etat’nın Kasım 1961 tarihli, «Fédération nationale des Syndicats de Police» kararı ile Hükümetin Anayasanın 38. maddesine göre çıkarttığı «Ordonnances» lara kadar genişletilmiştir.

Fransız Anayasa Konseyi de, 1789 Bildirisi, III. Cumhuriyet yasaları ve 1946 Anayasa Başlangıcından : «Çağımız için, özellikle gerekli siyasal, ekonomik

(33) Bk. **Theo Öhlinger**, «Objet et portée de la protection des droits fondamentaux, Cours Constitutionnelle Autrichienne», op. cit., s. 335 vd.

(34) Federal Mahkemenin bu konudaki kararları için bk. **A. Auer**, La Juridiction constitutionnelle en suisse, op. cit., s. 161 vd.

(35) Bu formül için bk. **Favoreu, Philip**, Grandes décisions du Conseil Constitutionnel, Paris 1979, s. 426.

(36) Cf. **D. Loschak**, «Le Conseil Constitutionnel protecteur des libertés» in Pouvoirs, 13, 1980, s. 37 vd.; **J. Rivero**, «La fin d’un absolutisme», in Pouvoirs, 13, 1980, s. 14.

(37) Bk. D. 1959, 541, note Lhuillier; R.D.P., 1959, 1004, concl. Fournier; A.J., 1959. I. 153, chr. Combarnous, Galabert; **C. Franck**, Les grandes décisions de la jurisprudence. Droit Constitutionnel, 1978, s. 25 vd.

(38) Rec. 394.

ve sosyal ilkeler»den, pozitif hukuka aktardığı ilkelerle, güngeçtikçe uzayan bir «anayasallaştırılmış kamu özgürlükleri» listesi kurmaktadır (39).

Fransız Anayasa Konseyi kararlarında tabii hukukun bir ifadesi olan Haklar Deklarasyonu «anayasallık bloku»nun (le bloc de constitutionnalite) temel unsuru haline gelmektedir. Madde madde Haklar Deklarasyonu, pozitif hukuk olmaktadır(40) Favoreu'nun ifadesiyle bugün Fransız Anayasası 92 maddeli değil ama 109 maddeli bir anayasadır.

Fransız Anayasa Konseyi, Anayasa, 1946 Başlangıcı ve Haklar Deklarasyonundan çıkarttığı anayasal değerde prensip ya da kurallar arasında bir hiyerarşi kurmaya başlamış gözükmemektedir (41). Ancak Konsey bu metinlerde öngörülen hürriyetlerin «mutlak ve genel olmadıklarını açıkça ifade etmiş, bu hürriyetlerin anayasal değerde «objektifler (objectifs de valeur constitutionnelle) ve anayasal değerde diğer hak ve özgürlüklerle uzlaştırılmaları zarureti üzerinde durmuştur.

Amerika Birleşik Devletleri Federal Yüksek Mahkemesi'nde Anayasa Eklelerinde tanınan haklar «çevre»sinde yeni haklar tanımaktadır (42).

(39) Cf. **J. Rivero**, «Les principes fondamentaux reconnus. par les lois de la république», D. 1972, s. 265 vd.; **F. Luchaire**, «Le conseil Constitutionnel et la protection des droits et libertés du citoyen», in *Mélanges Waline*, Paris 1974. C. II, s. 563 vd.; **L. Favoreu**, «La Jurisprudence du Conseil Constitutionnel en 1978- 1979», RDP, 1979, s. 1661; - **İD.**, «L'apport du conseil Constitutionnel au droit public, in *Pouvoirs*, 1980, s. 13, s. 23 vd.; **B. Çağlar**, Fransız Anayasa Konseyini Yeniden düşünmek, in *Doğanay'ın Anısına Armağan*, İstanbul 1982, s. 365 vd.

(40) **L. Favoreu**, «Le droit constitutionnel jurisprudentiel en 1981 -1982», RDP, 1983; s. 359; - **İD.**, «L'application directe et l'effet indirect des normes constitutionnelles», *Rev. fr. Droit adm.*, 1984, s. 174 vd. - **İD.**, «L'apport du Conseil Constitutionnel au droit public», *op. cit.*, s. 1 vd.; **L. Philip**, «La valeur juridique de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 selon la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel», in *Mélanges Kayser*, Presses Universitaires d'Aix Marseille., 1979.

(41) Cf. **L. Favoreu**, «Les décisions du Conseil Constitutionnel dans l'affaire des nationalisations», RDP, 1982, s. 377.

B. Chantebout, Anayasa Başlangıçlarını ve «Cumhuriyet yasalarının tanınan temel ilkeleri» anayasa bloku içine sokmakla Konsey'in gerçek bir kurucu iktidar kullandığını belirtmektedir. Bk. **B. Chantebout**, *Droit Constitutionnel et Science politique*, Economica, Paris 1979 (2. ed), s. 591 vd.

(42) Yüksek Mahkemenin «Anayasal penumbras doktrini», **Griswold v. Connecticut kararında** (1) mahkemenin görüşünü açıklayan yargıç Douglas tarafından şu şekilde açıklanmaktadır : «... Specific guarantees in the Bill of Rights have penumbras formed by emanations from those guarantees that help give them life and substance. ... Various guarantees create zones of privacy. The right of association contained in the penumbra of the First Amendment is one... freedom of association (is) a peripheral First Amendment right ... In other words, the First Amendment has a penumbra where privacy is protected from government». «Griswold v. Connecticut» 381 U.S. 479, (1965).

Bu kararın karşı - oyları'nı yazan Yargıç Black ve Yargıç Stevvart ise, «penumbras» teorisinin gerçek anlamının, Yüksek Mahkemenin Anayasayı değiştirme yetkisini kendisinde görmesi olduğunu açıklamıştır. Özellikle, Yargıç Black, Anayasayı yargı kararları ile toplumun değişen koşullarına uyarlama felsefesini suçlarken, bu yetkinin Anayasa koyucu dışında hiç bir

Federal Alman Anayasa Mahkemesinin 15 Haziran 1985 tarihli, «Lüth» kararında geliştirdiği teoriye göre, temel haklar tek tek tanınan bir garantiler serisi olarak değil ama insan haysiyetinin korunması ve insanın serbestçe gelişmesini amaçlayan tutarlı ve eksiksiz bir değerler sistemi olarak yorumlanması gereken objektif bir hukuki düzen meydana getirir.

Temel hakların pozitivizmi reddeden(43) bu yorumunun teorik hazırlığına katkıda bulunan G. Düring’e göre Temel yasanın ikinci maddesinin birinci fıkrası pozitif hukukta, zorunlu olarak eksik kalan temel haklar kataloğunun sağladığı hukuki korumadaki boşlukları doldurur.

İtalyan Anayasal sisteminde temel hakların kaynakları konusunda iki yorumlayıcı akım görülmektedir.

Bu yorumlayıcı akımlardan ilki, pozitivizm postülatlarına uygun olarak temel hakları Anayasa ile açıkça öngörülen haklarla sınırlarken, ikinci akım, Anayasanın ikinci maddesinin Anayasanın öngörmediği durumları da anayasal yörengeye sokma gücüne sahip olduğunu savunmaktadır.

İtalyan Anayasa Mahkemesi yakın yıllarda geniş yorumu benimseyerek, İnsan Hakları Avrupa Deklerasyonunu da referans norm olarak kullanmış ve yeni haklar tanımıştır (44).

Türk Anayasa Mahkemesi de genel hukuk kurallarını ve milletlerarası hukuku anayasaya uygunluk denetiminde referans norm olarak kullanmaktadır. Bu anlamda Anayasa Mahkemesi, Anayasa Mahkemelerinin anti - pozitivist eğilimi içinde kalmaktadır.

organa tanınamayacağı görüşünü savunmuştur.

Yargıç Black, Mahkeme çoğunluğunun, yeni bir anayasal «siyasal teori» belirlemede anayasal yetkisinin bulunmadığı tezini çok daha açık bir şekilde, «Harper v. Virginia State Board of Elections» kararında da tekrarlamıştır. 383 U.S. 663.

Bu konuda ayrıca bk. F. Rigaux, «Elaboration d’un ‘right of privacy’ par la jurisprudence américaine», RİDC, 1980, s. 701 s.; A.T. Mason, «Eavesdropping on Justice», Political Science Quarterly, 1980, (2). s. 300 vd.; Kauper, «Penumbras, Peripheries, Emanations, Things Fundamental and Things Forgotten : The Grisvold Case», Mich. L. Rew., 1965, s. 235 vd.

(43) «Değer»e yapılan bu yollamanın temelindeki hukuk felsefesi için bk. J.C. Béguin, Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d’Allemagne, Economica, Paris 1982, s. 128.

(44) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk., G. Zagrebelsky, «Objet et portée de la protection des droits fondamentaux. Cour Constitutionnelle Italienne», in Favoreu, éd. Cours Constitutionnelles op. cit., s. 306 vd. İtalyan Anayasa Mahkemesi jürişpüdansında, anayasa değişikliği prosedürü ile dahi değiştirilemeyecek «maddi anayasa»nın temel prensiplerinin ihlali halinde, anayasal değerde kuralların da Anayasa Mahkemesinin denetimine sokulabileceğini gösteren belirtiler vardır. Cf. A. Pizzorusso, «Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux. Cour Constitutionnelle Italienne», in Favoreu, éd. Cours Constitutionnelles, op. cit., s. 175; P. Maroy, «Le contrôle de la constitutionnalité des lois en Italie», in Annales de droit, Revue Tri- mestrielle de droit belge, 1969, s. 313, vd.; V. Crisafulli, «Contrôle de la Constitutionnalité des lois en Italie», RDP, 1968, s. 132 vd.

Anayasa Mahkemesine göre «kanunların Anayasanın açık hükümlerinden önce, hukukun bilinen ve bütün uygar memleketlerce kabul edilen prensiplerine uygun olması gerekir» (45). «İptali istenen hükmün Anayasa ilkelerine ve bu ilkelerin dayandığı genel hukuk kurallarına uygun olup olmadığının araştırılması gerekir» (46).

3. Anayasa Mahkemesi jürisprüdansında süreklilik ve kesiklik tezleri.

1982 Anayasasında «pozitivist» tez tartışmasının ilk verileri.

1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden sonra anayasaya uygunluk denetimi ölçülerinde değişme olup olmayacağı sorusu sorulmuştur. Bu soruya getirilen cevapları Anayasa Mahkemesi jürisprüdansında süreklilik ve kesiklik tezleri olarak özetlemek mümkündür.

Anayasa yargıcı Aliefendioğlu, Anayasa Mahkemesinin Anayasaya uygunluk denetimi yaparken, «adalet, yasa önünde eşitlik, insan kişiliğine saygı.. gibi hukukun genel kurallarını öncelikle uygulayacağı» görüşündedir (47). Aliefendioğlu, 1982 Anayasasının 15. maddesi ile getirilen «milletlerarası hukuka açıklık prensibi» uyarınca bu hukuk kurallarını da anayasallık bloku içinde görmektedir.

Aliefendioğlu'nun getirdiği süreklilik tezi (48) karşısında Duran, «Anayasa ve Kuruluş Kanunu yalın ve kesin biçimde “anayasaya uygunluk” veya “anayasaya aykırılık”tan söz ettiğine göre referans normlar anayasa maddelerinden ibarettir» derken pozitivist görüşün açık ifadesini Anayasa Başlangıcında bulmaktadır (49).

Ancak eklemek gerekir ki, gerek Duran'ın jürisprüdansta kesiklik tezini doğrulamak için anayasa ve Kuruluş Yasasında yaptığı ayıklamanın aşırı darlığı, gerekse Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden sonra verdiği kararlarda jürisprüdansda sürekliliği gösteren referansları, süreklilik tezinin kolayca bertaraf edilemeyeceğini göstermektedir.

(45) Anayasa Mahkemesi, Milletlerarası Hukukun Kaynaklarını gösteren Milletlerarası Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesindeki

«Medeni Milletlerce kabul edilen hukukun genel prensiplerini» ölçü-norm olarak kullanmaktadır.

Bk. Anayasa Mahkemesi 1964/76 Karar sayılı Karar.

(46) Anayasa Mahkemesi 1968/25 Karar sayılı Karar.

(47) Aliefendioğlu bu görüşünü açıklarken, Anayasa Mahkemesinin yasaların uygunluk denetiminde Anayasa ilkelerinin ve bu ilkelerin dayandığı genel hukuk kurallarının ölçü - norm olarak kullanılması gerektiğini açıklayan kararlarına referans yapmaktadır.

(48) Cf. Y. Aliefendioğlu, «Türk anayasa yargısında iptal davası ve itiraz yolu», in Anayasa Yargısı, Ankara 1984, s. 131 vd.

(49) Cf. L. Duran, «Türkiye'de Anayasa yargısının işlevi ve konumu», in Anayasa Yargısı, op. cit., s. 66 vd.

Jüripsrüdans da süreklilik ve kesiklik tezleri, «maddi anayasa»nın temel prensiplerine aykırı anayasal normların denetimi konusunda da geçerlidir.

Türk anayasal sisteminde anayasanın değiştirilemez «özü» konusundaki tartışmalar, Anayasa Mahkemesinin anayasaya aykırı anayasa değişikliklerini denetleyen kararları ile gündeme gelmiştir(50).

Anayasa Mahkemesi insan hak ve hürriyetlerine dayalı demokratik hukuk devletinde benimsenen üstün anayasal ilkelere (51) ve hukuk kurallarına aykırı anayasa değişikliklerini Anayasanın 9. maddesindeki «değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez» yasağına aykırı bularak iptal ederken, referans norm olarak Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonunu da kullanmıştır (52).

Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasası dönemindeki teklif ve kabul edilemez değişiklikleri şekil yönünden iptal eden içtihadı bugün de geçerli olabilir mi? Bu konuda ileri sürülen görüşleri de jüripsrüdantta süreklilik ve kesiklik tezleri çerçevesinde tesbit etmek mümkündür (53).

Duran, 1982 Anayasasının 148. maddesinin şekil denetimine getirdiği sınırlarla «Anayasa Mahkemesinin 1970’lerde ortaya koyduğu üstün anayasal ilkelere ve hukuk kurallarına aykırı Anayasa değişikliklerinin iptalini içeren içtihat ve uygulamalarına son verildiği» görüşündedir.

Yayla ise bu içtihadın sürekliliği açısından anayasal bir engel görmemektedir (54). Problem sadece referander yasaların anayasaya uygunluk denetiminde vardır (55).

4. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Avrupa Topluluk Mahkemesinde anti - pozitivist eğilimler.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (Divanı), 21 Şubat 1975 tarihli «Golder» kararında, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin «Başlangıç» ında yer alan

(50) Bu konuda bk. **Y. Yayla**, «Anayasa Mahkemesine göre Cumhuriyetin özü», in Hıfzı Timur’un Anısına Armağan, İstanbul 1979; **M. Turhan**, «Anayasaya aykırı anayasa değişiklikleri», Ank. Üniv. Huk. Fak. Der. 1977, Sayı 1-4.

(51) Anayasa Mahkemesine göre Anayasa kuralları eşdeğerde olmakla birlikte Devletin temel kuruluşlarına ilişkin ilkelerin herhangi bir kuralın yorumunda öteki kurallara üstün değerde tutulması zorunlu ve doğaldır» (Anayasa Mahkemesi, 1973/11 Karar sayılı karar).

(52) Bk. Anayasa Mahkemesinin 1977/4; 1975/87; 1976/19; 1976/19; 1976/46 karar sayılı kararları.

(53) Bu konuda ileri sürülen iki farklı görüş için bk. **L. Duran**, «Türkiye’de anayasa yargısının işlevi ve konumu», op. cit. s. 61 vd.; **Y. Yayla**, «1982 Anayasasına göre devletin özü», İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (1985) (baskıda).

(54) Ayrıca eklemek gerekir ki 1982 Anayasası ile, Ayyaşa Mahkemesinin Cumhuriyetin özü içinde kabul ettiği ilkeler de değiştirilemez hükümler içine alınmıştır.

(55) Benzer bir problem Fransız Anayasa Konseyi önüne de gelmiştir. Cf. Fransız Anayasa Konseyinin 6 Kasım 1962 tarihli kararı, Rec. 27; D. 1963, note Hamon;

C. Franck, Les grandes decisions de la jurisprudence, Droit Constitutionnel, PUF., Paris, 1978, s. 279 vd.

Konsey bu kararında «referander yasalar»ın, egemenliğin doğrudan ifadesi olmaları gerekçesi ile, anayasaya uygunluk denetiminde kendini yetkili görmemiştir.

«Hukukun üstünlüğü» (Prééminence du droit, Rule of law) ilkesi ve «Hukukun genel prensipleri»ne dayanarak (56) «Adaletten yararlanma hakkı»nı (Access to Justice, Droit d'accès su tribunaux) madde 6/1 de tanınan hakka bağlı bir unsur saymıştır (57).

Mahkeme bu değerlendirmenin, normatif bir Andlaşma olan konvensiyonun (27 Haziran 1968 tarihli Wemhoff kararı), taraf Devletlere yeni borçlar yükleyecek nitelikte geniş bir yorumu olmadığını açıkladıktan sonra, 6. maddenin «yararlanma hakkı»nın bir görünüşünü meydana getirdiği «Mahkeme hakkı »m (Droit à un Tribunal) tanıdığı sonucuna varmıştır.

Mahkeme, adaletten yararlanma hakkını, adil yargılanma (hakkaniyete uygun, dürüst yargılanma hakkı, fair trial, procès équitable) hakkı içinde mütalaa etmektedir.

Mahkemenin bu eğilimini eleştiren Yargıç Gerald Fitzmaurice, «ayrık-oy»-larında, Avrupa Sözleşmesi dışında kalan andlaşma hukuku ile ilgili 1966 Viyana Konvansiyonu'nda getirilen yorum kuralları ve Milletlerarası hukukun kaynaklarını gösteren Milletlerarası Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesinde yer alan «medeni milletlerce kabul edilen hukukun genel prensipleri»nin, Sözleşmenin yorumunda kullanılamayacağını, Mahkemenin tarafların yerine geçerek boşlukları dolduramayacağını ileri sürmüştür.

Yargıç Fitzmaurice, iç ya da ulusal planda bile, yargıcın rolünün hukuk yaratmak (jus dare) değil, ama hukuk söylemek (jus dicere) olduğu görüşündedir.

Avrupa Toplulukları Mahkemesi de temel hakları topluluk hukukunun genel prensipleri olarak tanımlamakta, idare hukuku ve savunma hakları (due process) gibi, yargılama hukuku genel prensiplerine geniş bir yer vermektedir (58).

(56) Lord Denning, İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonunun «genel ve geniş prensip deklarasyonları» ihtiva ettiği, bu beyanlarda ki belirsizliğin de büyük zorluklara götüreceği görüşündedir. **Denning**, What nex in the Law, Bitten/vorths, London 1982, s. 280 vd.

(57) Hukukun genel prensiplerinin kullanıldığı bir başka karar için bk. 27 Ekim 1975 tarihli «Syndicat National de la Polıçe Belge» kararı ve özellikle Yargıç **G. Fitzmaurice**'in ayrık-oyu (Série A. no. 19).

Mahkeme kararında, Sözleşme ile getirilen hak ve hürriyetlerin ayırım gözetmeksizin tanınması ile ilgili 14. maddeyi, hak ve hürriyetleri teminat altına alan çeşitli maddelerin tamamlayıcı parçası saymış, bu değerlendirmenin Sözleşmede yer alan bir hakkın «somut biçimde tanımlanmamış olması durumunda da» geçerli olduğunu açıklamıştır. Ayrıca bk. Mahkemenin, 13 Haziran 1979 tarihli Marckx olayı ve 25 Temmuz 1968 tarihli «Régime linguistique de l'enseignement en Belgique» olayı ile ilgili kararları (Série A. no. 6, s. 33 vd.).

(58) Cf. **G. Cohen - Jonathen**, «Les droits de l'homme dans les Communautés européennes», in Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, 1975, s. 399 vd.; **C. Philip**, «La Cour de Justice des Communautés européennes et la protection des droits fondamentaux dans l'ordre Juridique communautaire», in Annuaire français de droit **International**, 1975, s. 383 vd.; **M. A. Dausés**, «La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire», Revue Trimestrielle de Droit Européen, 1984, s. 401 vd.

Mahkeme, bugün istikrar kazanan içtihadında bu tanımayı yaparken demokrasinin uygulandığı ve hukukun üstünlüğü prensibinin tanındığı üye devletler ortak anayasal geleneklerine ve bu devletlerin taraf olduğu insan haklarının korunması ile ilgili uluslararası andlaşmalara ve özellikle de İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonuna dayanmaktadır.

Bu konudaki jüriprudans «Stauder olayı»nda verilen 12 Kasım 1968 tarihli kararla (59) başlamış, 14 Mayıs 1974 Nold ve 13 Aralık 1979 Hauer kararları bu jüriprudansı destekleyip genişletmiştir (60).

III. ANAYASALARIN YORUMUNDA «ULUSLARÜSTÜ HUKUKA BAĞLILIK KURALI» (SUPRANATIONAL RULE OF LAW) İNSAN HAKLARI AVRUPA KONVANSİYONU VE STRASBOURG ORGANLARI JÜRİSPRÜDANSI.

İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu bölgesel bir uluslararası hukuk işleminden çok oluşmakta olan bir Avrupa liberal anayasa hukuku «şart»ı olarak nitelendirilmektedir (61).

Konvansiyon, anayasal sistemlerde, farklı formüllerle normatif ve jüriprudansiyel resepsiyonlara konu olmuştur.

Bu farklılıklar basit bir ayırımca, Avusturya «iç-hukuk» formülü, İspanyol «uygun yorum» formülü ve Alman «ölçü-norm» formülü olarak tiplenebilir.

Bugün, 1982 Anayasası ve özellikle 13. madde hükmü ile Türk Anayasal sisteminde de Konvansiyonun yeri kritik bir problem olarak gündeme gelmiştir.

1. İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu ve Anayasa Mahkemeleri

Avusturya Anayasal sisteminde, İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu, federal anayasa hukuku düzeyinde, «self-executing» nitelikte iç hukuk normudur. Böylece bugün yürürlükte bulunan Monarşik Anayasanın haklar «şart»ı ve tamamlayıcı kanunlarına bir haklar kataloğu eklenmiştir. Avusturya Anayasa Mahkemesi de yeni kararlarında Konvansiyona önemli bir yer ayırmıştır.

29 Aralık 1978 tarihli İspanyol Anayasasının 10. maddesi, 2 Nisan 1976 tarihli Portekiz Cumhuriyeti Anayasasının 16. maddesi paralelinde, Anayasasının tanıdığı temel hak ve hürriyetlerle ilgili normların İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve aynı konuda İspanya'nın onayladığı andlaşma ve uluslararası konvansiyonlara uygun yorumunu öngörmüştür ⁽⁶²⁾.

(59) Aff. 29/69, Rec. 1969, s. 419.

(60) Cf. Aff. 4/73, Rec. 1974, s. 491; Aff. 44/79, Rec. 1979, s. 3727.

(61) Cf. K. Vasak, La Convention Européenne des droits de l'homme, LGDJ., Paris 1964, s. 2 vd.

(62) Ayrıca Anayasada tanınan bazı temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesinde sözcüğü sözcüğüne Avrupa metinlerinden esinlenilmiştir. Bk. Anayasa m. 14, 15, 17, 24 ve 32. Cf. Miguel

İsviçre Federal Mahkemesi de Konvansiyonu Federal Anayasanın tanıdığı hakların yorumunda kullanmaktadır. Federal Mahkeme bir federal anayasal hakkın anlamını belirlemek için Strasbourg organlarının pratiğini, bu kararları yorumlayan doktrini kullanmaktadır (63).

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, Bonn Temel Yasası'nın birinci maddesinin ikinci fıkrasına dayanarak temel hakların yorumunda İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonunu kullanmaktadır (64).

Avrupa Topluluk Mahkemesi de Strasbourg organlarının jürisprüdansından etkilenmektedir.

Topluluk Mahkemesi, «Internationale Handelsgesellschaft» kararı ile geliştirmeye başladığı «temel haklarda mündemiç sınırlar» (barrières immanentes des droits fondamentaux) teorisi ile «genel yarar», korunan hakkın «öz»ü garantisi ve müdahalenin orantılılığı (65) kriterlerini, Strasbourg organları ve Alman jürisprüdansının etkisi altında getirmiştir.

Mahkeme 28 Ekim 1975 tarihli Rutli kararında, Konvansiyonun, teminat altına alınan haklara kamu düzeni ve güvenliği gerekçeleri ile getirilen sınırlamaların «demokratik bir toplum»da «zorunlu» olması prensibine de referans yapmıştır (66).

2. İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu, Strasbourg organları jürisprüdansı ve Türk Anayasa Mahkemesi.

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında «ölçü» ya da sınırlamanın sınırı konusunda kabul ettiği prensipler Avrupa İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonundan alınmıştır. Bu durumda Anayasa Mahkemesinin kendisini Strasbourg organlarının jürisprüdansı ile ne ölçüde bağlı sayacağı ve özellikle de «demokratik toplum»un yorumu önemli bir problem olarak gözükmektedir (67).

Herrero de Minon, «Les sources étrangères de la Constitution», in *L'Espagne démocratique*, Pouvoirs, 8, 1979, s. 101 vd.

(63) Federal Mahkeme kararları için bk. A. Auer, *La Juridiction Constitutionnelle*, op. cit., s. 167 vd.

(64) Cf. **M. Fromont, A. Rieg**, *Introduction au droit allemand*, op. cit. s. 183.

Bazı yazarlar bu uygulamaya dayanarak Avrupa Konvansiyonunun anayasal değerde olduğu görüşünü ileri sürmüşlerdir. Ancak bu görüş doktrinde genel kabul görmemiştir.

(65) Cf. 24 Ekim 1973 tarihli «Balkan» kararı. Aff. 5/73, Rec. 1973, s. 1091 vd.

(66) Cf. Aff. 36/75, Rec. 1975, s. 1219; Ayrıca bk. 5 Mart 1980 tarihli Pecastaing kararı. Aff. 98/79, Rec. 1980, s. 69.

(67) «Demokratik toplum» anlayışında Avrupa standardı, Anayasa Mahkemesi Jürisprüdansından bugüne kadar kabul görmüştür.

Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasa Başlangıç'ında da yer alan «çağdaş medeniyet» anlayışını iki prensibe dayandırmıştır: «İnsan hakları» prensibi, «demokratik toplum olma» prensibi.

Cf. **B.N. Esen**, *Anayasanın Anayasa Mahkemesince yorumlanması*, Ankara 1972. Anayasa Mahkemesi 274 sayılı Sendikalar Kanunu ile ilgili davada da anayasa kurallarını yorumlarken

1982 Anayasasının «Temel hak ve hürriyetlerin sınırlaması»nı düzenleyen 13. madde gerekçesinde, maddenin ikinci fıkrasında sınırlamanın sınırının öngörüldüğü belirtildikten sonra sınırlayıcı tedbirlerin «genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışı» ile uzlaşabilir olması ve sınırlamanın öngörülen meşru amacın zorunlu yahut gerekli kılındığından fazla olmaması gerektiği açıklanmış, «amaç ve sınırlama orantısının korunması» bir **anayasal prensip** sayılmıştır.

Gerekçe, getirilen kıstasın 1961 Anayasasının kabul ettiği «öze dokunma» kıstasından daha belirgin, uygulanması daha kolay bir kıstas olduğunu ileri sürdükten sonra bu kıstasın uluslararası sözleşmelerde de kabul edildiğini belirtmiştir.

Başka bir ifade ile 1982 Anayasası, «**anayasal haklar**» katalogu yanında «**anayasal prensipler**»de tanımaktadır. Bu prensiplerden biri de «orantılılık prensibi» (principe de la proportionnalité) dir. Bu anayasal prensipler anayasal hakların koruduğu çerçeveyi çizmektedir (68).

Kısaca 1982 Anayasası 13. maddesi ikili bir resepsiyon, normatif (Konvansiyon) ve jürisprüdansiyel (Strasbourg organları jürisprüdansı) resepsiyon ürünüdür.

Bu durumda Strasbourg Organları (Komisyon ve Mahkeme) jürisprüdansı, 1982 Anayasasının 13. madde ikinci fıkrasının yorumlanmasında kritik bir önem kazanmaktadır.

İnsan hakları Avrupa sözleşmesinin çeşitli maddeleri stereotipleştirilmiş bir formül aracılığı ile tanıdığı haklara getirilen sınırlamaların **demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler** olması gerektiğini öngörmüştür. Sınırlayıcı tedbirlerin bu formüle uygunluğunu denetleyen Avrupa Mahkemesi, «Sözleşmenin tanıdığı bir hakka getirilen sınırlamanın güdülen meşru amaçla orantılı olması gerektiği» sonucuna varmıştır (69).

«... batı demokrasilerinde ne anlaşılıyorsa öyle anlayarak yorumlamak gerekir» demektedir. Bk. Anayasa Mahkemesi, 1967/29 ve 1967/49 karar sayılı kararlar.

(68) Anayasal prensipler konusunda bk. **A. Grisel**, «Droit public non-écrit: 'droits constitutionnels, principes constitutionnels, règles générales», in *Mélanges Max Imboden*, Bâle, 1972, s. 139 vd.

(69) Cf. 7 Aralık 1976 tarihli Handyside kararı, Série A. no. 24; 26 Nisan 1979 tarihli Sunday Times kararı, Série A, no. 30 Ayrıca bk. 6 Eylül 1978 tarihli Klass ve diğerleri kararı, SŞrie A. no. 28, s. 25 vd.

Ünlü İngiliz gazetesi Sunday Times'in «Thalidomide» le ilgili yazılarına konan ve Lordlar Kamarası tarafından da onaylanan yayın yasağı konusunda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin 26 Nisan 1979 da verdiği karar, gazetenin başyazarı Harold Evans tarafından «Avrupa Mahkemesi yargıçlarının Runnymede çizgisinde olduğu» şeklinde değerlendirilmiştir. Bu anlamda, Runnymede çizgisi Avrupa liberal anayasa hukukunun ortak çizgisidir. Cf. P. Kinder, «Sur la liberté de la presse en Grande-Bretagne. De l'affaire «Sunday Times» à l'affaire «Harriet Harman» ou les tribulations du Contempt of Court», in RDP, 1983, s. 285 vd.; **S. Bailey**, «The Contempt of Court Act 1981», *Modern Law Review*, 1982, s. 301 vd.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi madde 10/2 anlamına «demokratik bir toplumda zorunlu» deyiminin nasıl yorumlanması gerektiğini de Handyside kararında açıklamıştır (1).

«Zorunlu» kavramı, Mahkemeye göre «zorlayıcı bir sosyal ihtiyaçsın (besoin social impérieux) (pressing social need) varlığını gerektirir.

IV. YORUM TEORİSİ AÇISINDAN DENETİM ORGANININ YETKİLERİ. DÖRT ÇALIŞMA HİPOTEZİ.

Kamu iktidarlari denetime tabi oldukları ölçüde, anayasaya bağılırlar. Ancak Anayasa, denetim organının yorumladığı anayasadır.

Bu durumda sorulması gereken soru, denetim organının da anayasaya bağılı olup olmadığı sorusudur. Bu sorunun cevabı yargıç iktidarının niteliğinde aranmıştır (70).

1. Kısmi yasama organı, kurucu ve anayasal meşruluğu meydana getiren prensiplerin koruyucusu olarak Anayasa Mahkemeleri.

Doktrinde bu soruya getirilen cevaplardan ilki Hans Kelsen'in- dir; Anayasa yargıcı «kısmi yasama organıdır» (organe législatif partiel) (71).

İkinci bir görüş, yargıcın anayasayı yorumladığı ölçüde kurucu bir iktidar kullanmakta olduğu görüşüdür.

Charles Eisenmann'ın, «Anayasa yargısı ve Avusturya Yüksek Anayasa Mahkemesi» adlı doktora tezinde açıkladığı bu teze göre(72) yargıç, «in abstracto» verdiği yorumlarda kurucudur.

Eisenmann, Heidelberg kollokyumunda «in abstracto» ve «in concreto» yorumlar ayırımından vazgeçmiştir : yargıç yorumlarken yaratır (le juge en interprétant crée) (73).

Üçüncü tez anayasa mahkemelerinin kurduğu ölçü - normlar bloku ile yakından ilgilidir (74). Anayasa yargıcının anayasaları, anayasa - üstü değerleri de kullanarak yorumlaması ya da anayasa kuralları arasında bir hiyerarşi kurması bu tezde malzeme olarak kullanılmıştır (75). Anayasa yargıcı bu anlamda, anayasal meşruluğu meydana getiren prensiplerin de koruyucusudur.

(70) Cf. M. Troper, «Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle» in Ch. Eisenmann, op cit., s. 145.

(71) Bk. H. Kelsen, «La garantie juridictionnelle de la Constitution», RDP 1928.

(72) Ch. Eisenmann, La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche, Paris 1928, s. 107 vd.

(73) Bk. Ch. Eisenmann, in Heidelberg Kollokyumu, Berlin 1962, s. 791.

(74) Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında, «Cumhuriyet'in özü», Fransız Anayasa Konseyi kararlarında «Cumhuriyetin temel prensipleri», Federal Alman Anayasa Mahkemesi kararlarında «Anayasanın değerler sistemi»... gibi...

(75) Bu tezin Fransa da ilk örneklerinden biri için bk. M Hauriou, Précis de droit constitutionnel, Sirey, Paris 1929, (2. éd.) s. 269 vd.

2. Anayasanın ortak - yorumcusu olarak Anayasa Mahkemeleri.

Dördüncü bir hipotez de, denetim organının kamu iktidarlarının yetkilerini ortaklaşa belirledikleri kompleks bir sistem içinde yer almasından kalkarak kurulmuştur (76). Hiç bir sistemde, anayasallık denetimi organı anayasanın tek yorumlayıcısı değildir. Anayasaya getirdiği yorum diğer organların yorumunu da hesaba katmak zorundadır.

Amerika Birleşik Devletleri’nde yargı denetimini kuran «Marbury v. Madison» olayı sonrasında Kongredeki anti -federalistlerin anayasayı farklı yorumlamaları, yargıçlara karşı «impeachment» prosedürünün kullanılmasına götürmüştür (77).

Ayrıca Başkan ya da Kongre’nin Yüksek Mahkemenin tavrını değiştirmek için, Mahkemenin karşı çıktığı bir yasaya anayasa değişikliği ile anayasal biçim verme, yeni yasalarla Mahkeme kararlarını etkisizleştirme yoluna gittikleri ya da Mahkemenin statüsünü değiştirme tehdidini kullandıkları da görülmüştür (78).

Türkiye örneğinde de, Anayasa Mahkemesi boş üyelik seçimlerinin engellenmesi, yeniden yasama, siyasi partilere hazine yardımı, kamulaştırma bedeli gibi... konularda Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı gerçekleştirilen anayasa değişiklikleri, Anayasa Mahkemesinin yetkilerini yeniden düzenleyen anayasa değişiklikleri görülmektedir (79).

Problem bu çerçevede içinde ele alındığında, yorum, kamu iktidarları arasında ilişkiler sisteminin ürünüdür (80).

Troper’e göre, «Ali the law is judge made law» teorisi, sadece mahkemelerin yorumlama iktidarını dikkate aldığı, diğer organları hesaba katmadığı ölçüde gerçeklerden uzaktır.

Jürisprüdansiyel anayasa hukukunun oluşması ve gelişmesi büyük ölçüde Anayasa mahkemelerine yapılan başvuruların anlam ve muhtevasına bağlıdır. Bu anlam ve muhteva da yasama politikasından etkilenir. Fransa bu konuda verilebilecek tipik bir örnektir.

Fransa da son iktidar değişikliğinden sonra 1789 Haklar Deklerasyonuna

(76) Bk. M. Troper, «Le problème de l’interprétation...» op.cit.

(77) Bu konuda bk. H. Burton, «The cornerstone of constitutional law; the extraordinary case of Marbury v. Madison», American Bar Association Journal, oct. 1950, s. 805 vd.

(78) Cf. M. Mathiot, «Les offensives du Congrès des Etats-Unis contre la Jurisprudence constitutionnelle de la Cour Suprême», in mélanges Waline, op. cit., s. 47 vd.; Henry J. Abraham, The Judicial Process, Oxford University Press, N.Y., 1980, (4. ed.) s. 333 vd.

(79) Bk. A. Ünsal, Siyaset ve Anayasa Mahkemesi, Ankara 1980, s. 280 vd.

(80) Soruna bu açıdan bakan yazarlar Anayasa yargısının ancak temel uzlaşmanın gerçekleştiği sistemlerde pratik bir değeri olabileceği görüşündedir.

yapılan referanslar bir rastlantı sayılamaz ve metnin Conseil'in son jürisprüdansında kazandığı önemi de açıklar (81).

Bu anlamda Anayasa Mahkemelerine başvurma yetkisine sahip olanlar da Anayasa Mahkemeleri ile birlikte anayasanın ortak yorumcularıdır (82).

V. HUKUK KURALLARININ YORUMUNDA KULLANILAN TEKNİK USULLER.

1. Hukuk kuralları yorumunda «elektrik metod».

Bir hukuk normunu yorumlamak, anlamını belirlemektir. Bu çalışmanın kalkış noktasını meydana getiren yasadır. Bu durumda yasa koyucunun kullandığı kelimelere bağlı kalmak ve ilk önce cümle yapısı üzerine dayanan «gramatik yorum»a (83) (*interprétation grammaticale*, *Grammatische Auslegung*) başvurmak gerekir (84). Ancak gramatik yorum geçici ve ikinci derecede bir araçtır (85).

Gerçekten bu usulün bulunmasına yardım ettiği çözümün yasanın anlam ve amacı ile (*le sens et le but*, *Sinn und Zweck*) karşılaştırılması gerekir (86).

Bu karşılaştırma için birden çok metod ve kriter kullanılmaktadır. Ancak bu kriterler iki kategori içinde toplanabilir : Normun anlamını mantıki usullerle tesbit eden (*constructif*) (kurucu) prensip ve «teleolojik» prensip. İkinci bir ayırım da, yasa koyucunun iradesine başvuran sübjektif yorum metodları ve başvurmayan objektif yorum metodları arasında yapılmıştır (87).

Yorumcu önce, yasa koyucu tarafından izlenen amacı araştırabilir. Bu amacın araştırılmasında kanun koyucunun iradesini tesbit etmek için hazırlık malzemeleri de kullanılabilir (88).

(81) Fransa da 1981 İlk baharından 1983 başlangıcına kadar 18 aylık süre İçinde Conseil Constitutionnel'in verdiği 37 karardan 21'i muhalefetteki parlamenterlerin başvurusu üzerine verilmiştir. Bu durumda Conseil'in fonksiyonu, hak ve hürriyetler konusunda, muhalefetin anlayışı ile hükümet ve çoğunluğu tarafından savunulan anlayış arasında hakemlik etmektir. Cf. G. Knaub, «Le Conseil Constitutionnel et la régulation des rapports entre les organes de l'Etat», RDP, 1983, s. 1161.

(82) Bk. L. Favoreu, «Le droit constitutionnel jurisprudentiel...», op. cit., s. 399.

(83) Bu tekniğe «deyimsel yorumlama» ya da «lafzi» (*littérale*) tefsir de denmektedir.

(84) Cf. Rromont, Rieg, *Introduction droit allemand*, op. cit., s. 215.

(85) Gramatik yorum, hukuki yorumun öncesinde yer alır ve hukuk normunun özelliklerini hesaba katmadığı için onun bir parçası da sayılamayabilir. Cf. J. VVerner, *L'interprétation constitutionnelle*, op. cit., s. 143.

(86) İsviçre Federal Mahkemesine göre, normun açık anlamının gerçek anlamına uygunluğu konusunda ciddi sebepler tereddüt yaratıyorsa, açık anlamdan ayrılma anayasaya aykırı sayılamaz. Cf. ATF. 87 I 16; 90 I 214; 91 I 238; 95 I 326.

(87) Cf. Werner, op. cit., s. 146.

(88) Hazırlık malzemelerinin incelenmesi metoduna «tarihi yorumlama metodu», kanun koyucunun kanunu koyduğu muhtemel iradesinin araştırılmasına da sübjektif yorumlama metodu» denmektedir.

Ancak doktrin, yasaların yorumunda parlamento hazırlık çalışmalarının kullanılabilirliği konusunda büyük bir ihtiyat kaydı ayırmaktadır (89).

Kanun koyucunun iradesini araştırma her zaman sonuca ulaşmaz. Bu durumda yargıç, «hukuk sistemi»nin tanım ve kavramları üzerine kurulu «bilimsel yorum»a (wissenschaftliche) başvurabilir.

Gerçekten, anlamının belirlenmesi gereken bir hüküm zorunluğu olarak bir «sistem» içinde yer alır ve bu hükmün önü ve arkası ile bağlantılarının kurulması gerçek boyutunu da ortaya çıkartır (90).

Bilimsel yorum'un», XIX. yüzyıl boyunca özellikle alman hukuk bilimini ve BGB yi etkisine alan «Begriffsjurisprudenz» (kavramların hukuk bilimi) teorisi ile yakın bağları vardır. Bu teorinin temel düşüncesine göre her kavram, bir bütün ya da sistem içinde yer alan açık bir tanım (dogma) konusu olmalıdır (91).

Normun yazılış biçimine göre yorum (gramatik yorum) içinde yer aldığı bütüne göre yorum (sistemik yorum) hazırlık çalışmalarına göre yorum (tarihi yorum) ve amacına göre yorum (teleolojik yorum) biri diğerini reddetmek yerine, karşılıklı olarak birbirlerini tamamlayan metodlardır. Ancak eklemek gerekir ki, anayasalardaki «değerler» kataloğu ve hiyerarşisi de anayasanın yorumunda kullanılması gereken metodların belirlenmesinde etkili olur.

Türk Anayasa Mahkemesi, Alman Federal Anayasa Mahkemesi ve İsviçre Federal Mahkemesi (92) gibi, Grisel'in «eklektik metod» olarak adlandırdığı metod (93) uyarınca, a priori hiç bir yorum metodunu ihmal etmeden her müşahhas durumda hukuk normunun anlamını tesbite en elverişli olanı kullanmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi kararlarında, sübjektif metod karşısında objektif metoda üstünlük tanıma eğilimi de görülebilir (94).

(89) Cf. H. Capitant, «L'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires»,

D. 1935, Chron. 77 : L'interprétation dans le droit, Archives de philosophie du droit, t. 17, Sirey 1972. Bugün bu klasik doktrinal gerçek, büyük ölçüde değişen bir hukuki gerçeğe uygun mudur? Yoksa, yasaların hazırlanmasında yeni kurallar yorum açısından da yeni bir analiz mi gerektirmektedir? Bu konuda bk. M. Mouderc, «Les travaux préparatoires de la loi ou la remontée des enfers», D. 1975, Chron. 249.

(90) Anayasanın bütünlüğü ilkesinin şekli anlamı yanında maddi bir anlamı da vardır. Anayasanın bütünlüğü anlayışına bağlı bir diğer prensip de, Özellikle Federal Alman Anayasa Mahkemesi ve İsviçre Federal Mahkemesi jüripsprüdansında görülen «pratik uyum» prensibidir.

(91) Bu kapalı hukuk kavramları sistemi, radyonalizmi, Fransa'da Génynin çalışmaları ile tanıyan «serbest hukuk ekolü»nün (école du droit libre) eleştirisine hedef olmuş, Serbest hukuk ekolünün «kadı adaleti sübjektifizmi»ne karşı Tübinger ekolü'nün «menfaatler jüripsprüdansı» (interessenjurisprudenz) ve yeni «değerler jüripsprüdansı» (wertungsjurisprudenz) getirilmiştir.

(92) Cf. J. Werner, Interprétation constitutionnelle, op. cit., s. 182; Formont, Rieg, Introduction au droit allemand, op. cit., s. 217.

(93) A. Grisel, Droit administratif Suisse, Nauchâtel, 1970, s. 59 vd.

(94) Cf. B.N. Esen., Anayasanın Anayasa Mahkemesince yorumlanması, op. cit., s. 44 vd.

2. Teleolojik yorum ve teleolojik yorum ahlakı.

Bugün doktrinde hakim olan teknik (diğer yorum tekniklerini ihmal etmeden) kanunun amacından çıkartılan «teleolojik» (amaçsal ya da gai) tekniştir⁽⁹⁵⁾. Teleolojik prensip hukuk normunun belli bir değer ifade ettiğini varsayar. Bu değer normun varması gereken amaçtır ⁽⁹⁶⁾.

Kara - Avrupası yorum metodu (European Way of interpretation) olarak da adlandırılan hukuk kurallarını ortamına ve amacına göre yorumlama metodu, «teleolojik - objektif» metod, İngiliz, «common law» sisteminin klasik - sınırlı yorum metodundan farklıdır.

Topluluk Hukuku'nu İngiliz pozitif hukukuna sokan, 1972 tarihli «**European Communities Act**» Andlaşmaların yorumlanmasında Topluluk Yargı Yeri'nin koyduğu prensiplerin benimsenmesi gerektiğini belirtmiştir.

«Hukukta yapılacak yorumlarda söz'den çok öz'e önem verilmesi ve yorumda sözün özü belirtmeye yarayan bir araç olduğunun kesinlikle göz önünde tutularak yorumlanması... çağdaş hukuk biliminin benimsediği temel ilkelerdendir» (Anayasa Mahkemesi 1971/3 karar sayılı kararı)... «Anayasa Mahkemesi... bir kanun hükmünün anlamını kendi hukuk görüşü ve anlayışı açısından inceler ve hükmün bu anlam içinde Anayasaya uygunluğunu denetler*» (Anayasa Mahkemesinin 1969/65, 1971/3 Karar sayılı kararları).

- (95) Hukuk normu içinde yer aldığı «çevre'de meydana gelen değişmelere bağlı olarak yorumlanmaktadır. Anayasa Mahkemesi, «teleolojik-objektif-çağdaş» yorum anlayışının bir sonucu olarak görülebilecek 26.6.1966 tarihli kararında şöyle demektedir. «Durumların ve şartların değişmesi halinde sonucunda değişik olması gerekir. Böyle bir değişimin bulunmadığı ise, ancak inceleme sonucunda anlaşılabilir. Aksini düşünmek, bir kısım hükümleri imtiyazlı duruma getirmek, bu hükümler hakkında yargı mercilerinin yetkilerini kullanmalarını önlemek, hukuki görüşleri ebedileştirmek olur. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının böyle bir ereği bulunduğu düşüncesini destekleyecek doyurucu bir kanıtın ileri sürülmesi mümkün değildir.

1982 Anayasası 152. madde Danışma meclisi anayasa komisyonu gerekçesinde «kanunların zamanla Anayasaya aykırı hale geldiği (de) düşünülebilir. Ancak bunun için 'makul' bir sürenin geçmesi gerekir» dendikten sonra «red edilen **bir** davanın yeniden açılabilmesi için getirilen gerekli sürenin, hukukun **ana ilkelerinden biri olan istikrar ilkesi**» gerekçesine **dayandığı açıklanmıştır**. Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonunda ise «değişme» karşısında «istikrar» tercihi ağırlık kazanmış ve «makul» süre 10 yıla çıkartılmıştır.

Anayasa mahkemesine göre, «152/son fıkrada yer alan 10 yıllık yasaklayıcı hükmün itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı bulunmaması durumunda uygulama alanına girmesi tabiidir. Denetime engel olan durumları tesbit eden kararların başka mahkemelerce yapılan başvuruların incelenmesine engel olmayacağı açıktır.» (Anayasa Mahkemesi 1984/12 karar sayılı karar). Anayasa Mahkemesine göre yasaklayıcı hüküm» Anayasa mahkemesini 1961 Anayasası döneminde işin esasına girerek vermiş olduğu red kararları ile bağlı tutmamaktadır» (Anayasa Mahkemesi 1983/5 ve 1983/10 karar sayılı kararları).

- (96) **Yüksek** mahkemenin Amerikan Anayasasına getirdiği yorumda, kurucunun gerçek iradesinden bağımsız, teleolojik metod hakim olmuştur. Bu metoda **verilecek en önemli örnek «Marbury v. Madison» (1803) kararıdır. Yüksek mahkeme Amerikan Anayasasının amacını anayasaların felsefesinde ve mantığında bulmaktadır. Cf. Frankfurter, «John Marshall and the Judicial Function». Harv. Lew Rev. 1957 s. 217 vd.**

Ancak eklemek gerekir ki, «Marbury v. Madison» davasında verilen kararın kaynakları arasında. Amerikan kolonilerine Blackstone, gibi yazarlar aracılığı ile aktarılan İngiliz «Common Law» tarihi; XVIII. yüzyıl «common Lawe» yargıçlarının iktidarla mücadelesi ve doğal hukuk düşüncesi de vardır. Cf. E. McVWhinney, Constitution Making. Principles, Process, Franchise. University of Toronto Press, Toronto, 1981, s. 111 vd

«Court or Appeal» başkanı (Master of the Roll) Lord Denning «**Bulmer v. Bollinger**» (1974) olayında Topluluk Yargı Yerince kullanılan Kara - Avrupası yorum metodunun (European Way of interpretation) varlığını tanımış ve İngiliz yargılama yerlerinden bu metoda yönelmelerini istemiştir (97).

«Teleolojik - objektif - çağdaş» metod normun ifade ettiği değişmez değeri en iyi açıklayan anlamı belirlemek yerine politik olarak tercih edilen anlamı vermede kullanılırsa, her yeni yorumda norm yeni bir değer ifade eder. Bu çizgide teleolojik yorum yorum değil ama yeni normların yaratılmasıdır.

Yorumda bu kritik çizgiyi geçmemek için Mahkemelerin bir «teleolojik yorum ahlakı» geliştirdikleri görülmektedir (98).

Federal Yüksek Mahkeme jürisprüdansında geliştirilen «political question doctrine» in özü bu teleolojik yorum ahlakındadır. Mahkeme yasa koyucunun takdir yetkisine müdahaleden kaçınmaktadır (99).

Anayasa Mahkemesinin «onda birlik baraj uygulamalı nisbi temsil sistemi»ni getiren 2972 sayılı «Mahalli idareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun»un kimi hükümlerinin Anayasaya aykırılığı iddiası ile açılan iptal davasında verdiği karar» judicial self-restraint» in en tipik örneklerinden biridir(100).

Anayasa Mahkemesine göre «Kanun koyucu ülkenin siyasi ve sosyal koşullarına, gerçeklerine ve yararlarına uygun göreceği bir seçim sistemini tayin etme hakkını haizdir. Kanun koyucunun takdirine bağlı bir konudaki tercihinin isabet derecesinin tartışılması... anayasaya uygunluk denetimi bakımın-

(97) Ancak, «Court of Appeal»in bu tutumunu, diğer yargı yerlerine de yayıp genellemek gerçekçi olmaz. Bu konuda özellikle bk. **J.A. Griffith**, *The Politics of the judiciary*, Fontana, London, 1978. Sosyal değişimler karşısında «Common Law» yargıcının klasik tutumu için bk. **J. Dutheil de la Rochère**, «Le statut des minorités raciales en Grande-Bretagne», R.D.P., 1977, s. 789 vd.

«Buchanan v. Babco» kararında (1977) «Court of Appeal», Topluluk yargı-yerinin «teleolojik-objektif» yorum metoduna Topluluğun kurulmasında kilit bir **fonksiyon tanımıştır. Ancak, Lordlar Kamarası, bu kararı bozarken**, «Söze bağlı, teknik ve sınırlı» olmakla suçlanan geleneksel İngiliz yorum yönteminin **savunusunu da üstlenmiştir. Lordlar çoğunluğu, «Court of Appeal»in benimsediği yorum yöntemini, yargıçları parlamento çoğunluğundan farklı ideolojik tercihleri savunabilecek yasa koyucular durumuna sokma eğilimlerini taşımakla suçlamıştır.**

Bak: **J. Dutheil de la Rochère, A. Syngellaki**. - «L'application du droit communautaire par les juridictions britanniques au cours de l'année 1977» Chron. Rev. de droit europ., 1978, s. 250 vd.

(98) Bu yorum ahlakının açık ifadelerinden biri Justloe Holmes'in «Loschner v. Nevv York», 198 U.S. 45, 76 «dissent» inde yer almaktadır. (The Constitution) «is made ofr people of fundamentally differing vievvs, and the accident of our finding certain opinions natural and familiar or novel and even shocking ought not to conclude our judgment upon the question vvwhether statutes embodying them confict with the Constitution of the United States».

(99) Justice Black'in «ferguson v. Skrupa», 372 U.S. /26 da açıklandığı gibi; «We have returned to the original constitutionai proposition that courts do not substitute their social and economic beliefs for the Judgment of legislative bodies who are elected to pâss laws».

(100) Cf. Anayasa Mahkemesinin 1968/13 karar sayılı kararı.

dan bir önem taşımaktadır... Daha çok teknik yönden yapılacağı kuşkusuz olan Anayasaya uygunluk denetiminde... yasa koyucunun siyasi tercihlerine müdahale edilmemelidir» (101).

Fransız Anayasa Konseyi de bir çok kararında, yasa koyucunun tercihlerine müdahale etme yetkisinin bulunmadığını açıkladıktan sonra anayasal normla yasal norm arasındaki uygunluk münasebetini geniş olarak değerlendirmiştir. Bu durumda çok kere Konsey «...Yasa koyucuya ait olduğu dikkate alınarak» (*Considérant qu'il appartient au législat eu r de...*) formülünü kullanmaktadır (102).

3. Anayasaya uygun yorum ve gereklerin bağlayıcılığı problemi.

İsviçre Federal Mahkemesi, İtalyan (103), Avusturya (104), Almanya Anayasa Mahkemeleri (105), yeni kararlarında Fransız Anayasa Konseyi (106), «şarta bağlı anayasaya uygunluk» (*déclaration de constitutionnalité sous réserve*), «anayasaya uygun yorum» (*interprétation conforme à la constitution, in harmony with the constitution, verfassungskonforme Auslegung*) tekniğini kullanmaktadır.

Sistematik yorumun özel bir biçimi olan anayasaya uygun yorum prensibi, hukuk düzeninin birliği, anayasanın üstünlüğü ve kurallar hiyerarşisi anlayışının sonucudur.

Uygun yorum prensibinin normları muhafaza edici bir etkisi vardır. Ancak iptalle anayasaya uygun bulma arasında yer aldığı ölçüde anayasa yargıcının karar iktidarını —dolaylı olarak— genişletir.

Uygun yorum tekniği, Federal Alman Anayasa Mahkemesinin 7 Mayıs 1955 tarihli karar gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır:

«Bir yasa anayasaya uygun olarak yorumlanabildiği, ve bu yorum seçildiğinde yasa hala anlamını koruduğu takdirde, anayasaya aykırı değildir» (107).

(101) Bk. Anayasa Mahkemesi 1984/2 Karar sayılı kararı.

Anayasa mahkemesinin bu tutumu «eşitlik ilkesi»nin ileri sürüldüğü çok sayıda davada verdiği kararlarda da görülebilir.

(102) Tipik karar örnekleri için bk., 141 DC. 133 DC 146 DC, 152 DC.

(103) İtalya'da Anayasaya uygun yorum ve yorumlu red kararları ile ilgili tartışmalar için bk. A. Pizzorusso, «Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux», in Favoreu, Cours Constitutionnelles, op. cit., s. 178 vd.

(104) Kelsen ve Merk'l'in hukukun kademeli oluş teorisi, maddi planda, «normatif anayasa» tezlerini etkilemiştir. Bu tezlere göre, üst derece hukuk alt derece hukuk normlarının muhtevasını programlar. 1 Mayıs 1945 tarihli Avusturya Cumhuriyeti geçici Anayasa metninde bu teknik açıkça öngörülmüştür.

(105) Federal Alman Anayasa Mahkemesi, kısmen ya da tamamen iptal ettiği 160 kanuna karşı, yüze yakın olayda kanunların anayasaya uygun yorumuna gitmiştir.

(106) Fransız Devleti Şurası da Anayasaya uygun yorum tekniğini kullanmaktadır. Cf. Conseil d'Etat'nın, 7 Şubat 1947 tarihli Aillères, 17 Şubat 1950 tarihli dame lamotte kararları.

(107) Cf. J. - C. Béguin, Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne, op. cit., s. 184 vd.

Bu ilk kararlarla başlayarak, Mahkeme, uygun yorum tekniğinin temeli olarak, Anayasanın hakimiyeti altında, onun temel prensipleri ile şekillenen Devletin hukuk sisteminin bütünlüğünü görmüştür.

Bu anlamı ile uygun yorum, sistematik yorumun değişik bir biçimidir.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, 30 Ekim 1963 tarihli kararında, Ceza Kanununun 129. paragrafını Anayasanın 29. maddesine göre yorumlayarak, siyasi partilerin bu paragrafta ki dernek kavramına girmediği ve siyasi partinin anayasaya aykırılığına karar verilinceye kadar parti sorumlu ve üyelerinin «parti imtiyazı»ndan (Parteienprivi leg), bir çeşit «ceza dokunulmazlığından yararlanmaları gerektiğine karar vermiştir.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi 31 Temmuz 1973 tarihli kararında da, Federal Cumhuriyet ve Alman Demokratik Cumhuriyeti arasındaki münasebetlerin prensiplerini tanımlayan 21 Aralık 1972 tarihli andlaşmayı Anayasaya uygun yorumlamıştır.

İsviçre Federal Mahkemesi 1969 tarihli Jeckelmann kararı ile (1969) (109) Federal yasaların lafzı ve açık anlamı engel olmadığı takdirde Anayasaya uygun olarak yorumlanması gerektiğini hükme bağlamıştır.

Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, Kara Avrupası kamu hukukundaki «hükümet tasarrufları» teorisine yakın bir anlam taşıyan «siyasal sorun doktrini» (political question doctrin(110) ile yetki alanını sınırlamıştır. Federal Alman Cumhuriyetinde ise, anayasaya uygunluk denetimi sınırsız olarak bu amaçla kurulan bir yargı yerine verilmiştir. Bu nedenle Karlsruhe Mahkemesi başkanı E. Benda’nın da belirttiği gibi siyasal sorunlar Amerikan teorisinin Alman sisteminde uygulanma alanı olmamıştır. Bu teori yerine Mahkeme, bir «judicial self - restraint» prensibi olarak anayasaya uygun yorum tekniğini kullanmıştır.

Anayasaya uygun yorum tekniğinin kullanılması karar gerekçelerinin bağlayıcılığı sorununu da gündeme getirmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi kuruluş yasası 31. paragrafına göre, normların uygunluk denetimi prosedüründe Mahkeme kararlarına tanınan kanun gücü, bu kararların taşıyıcı gerekçelerine de şamildir.

Anayasa Mahkemesi, 31 Temmuz 1973 tarihli kararında, karar gerekçelerinin her noktasının Andlaşmanın muhtevası ile doğrudan ilgili olmasa bile, kararın üzerine kurulu olduğu gerekçelerin bir parçası olduğunu açıklamıştır.

Federal Alman Anayasa Mahkemesinin istikrar kazanan içtihadına göre,

(108) ATF 95. I. 330, 332.

(109) ATF 95 I. 330, 332.

(110) Amerikan siyasal sorun doktrini ve İsviçre Federal Mahkemesi jürisprüdansında hükümet tasarrufları yorumu arasındaki paralellik için bk. Mahkemenin 16 Şubat 1973 tarihli Les Pas S A. kararı, in J. Werner, interprétation constitutionnelle, op. cit., s. 183 vd.

kararın temelindeki gerekçeler (ratio decidendi) anayasanın yorumu konusunda .açıklamalar ihtiva ettikleri ölçüde bağlayıcı güce sahiptir.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi 10 Haziran 1975 tarihli kararında anayasaya uygun yorum kararının hukuki niteliğini açıklamıştır. İptal edilen bir normda olduğu gibi, Mahkemeler, Anayasaya uygun yorum kararı gerekçesinde normun anayasaya aykırı görülen yorumuna dayanarak karar veremezler.

Anayasa Mahkemesi kararlarında, «kanun hükmü... gerekçelerden çıkan anlam çerçevesinde (ya da karar gerekçesi ölçüsünde) anayasaya uygundur» formülünü kullanmaktadır.

Fransa'da ise gerekçeler, karar normunun zorunlu desteği oldukları ölçüde kararın bağlayıcılığı kuralından yararlanırlar (111). Bunun sonucu olarak yargıçlar, yasayı, Anayasa Konseyi yorumuna göre uygulamak zorundadırlar(112).

Türk Anayasa Mahkemesi de Anayasa uygunluk denetiminde «uygun yorum» tekniğini kullanmaktadır (113). Bu teknik özellikle, anayasaya uygunluk denetiminin kısıtlanması durumunda kritik bir önem kazanmaktadır.

Anayasa Mahkemesine göre, «geçici 15. maddenin kapsamına giren ve böylece anayasal koruma altında bulunan yasa hükümlerinin Anayasaya aykırı oldukları ileri sürülemeyeceği gibi, bunların Anayasa Mahkemesince ihmal edilebilmesinden de söz edilemez.

Bu durumdaki hükümlerin ancak Anayasanın temel ilkelerine ve bu ilkelere egemen olan hukukun ana kurallarına olabildiğince uygun düşecek biçimde yorumlanmaları düşünülebilir.

Anayasa Mahkemesi uygun yorumdan anayasal prensiplere hukukun genel prensiplerine uygun yorumu anlamaktadır.

(111) Cf. CC. 16 Ocak 1962, GD. no. 15; L. Favoreu, «Rapport général Introductif» in Favoreu, Cours Constitutionnelles, op. cit., s. 47 vd. Fransa'da Cours de Cassation'un bu konudaki klasik jürisprudenceine göre (Bk. 15 Ocak 1945, 21 Mart 1950 tarihli kararlar) kararın kesin hüküm niteliği (autorité de chose jugée) kararın ozrunlu desteği olduğu ölçüde (soutien nécessaire du dispositif) gerekçeleri de içine alır.

(112) François Luchaire, Conseil d'état'nın farklı yorumuna rağmen, Conseil Constitutionnel'in kendi kararlarında tanıdığı yayılma alanının tartışma konusu yapılamayacağını, Anayasanın Conseil kararlarına tanıdığı kesin otoritenin bu otoritenin alanını belirleyen kararlara da şamil olduğunu ileri sürmektedir. Cf. F. Luchaire, Le Conseil Constitutionnel, Economica, Paris, 1980, s. 46 vd.

(113) Anayasa Mahkemesi 1984/10 karar sayılı kararında İcra İflas Kanununun madde 178/1 kuralı anlamını belirlemiş ve bu anlamı ile Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Bu durumda karar gerekçelerinin bağlayıcılığı problemine, Federal Alman Anayasa Mahkemesi ve Fransız Anayasa Konseyi uygulamaları paralelinde bir çözüm getirilebilir.

4. Anayasaya uygun yorumun sınırı ve Anayasa Kuralının doğrudan uygulanması problemi.

Anayasaya uygun yorumun mümkün olmaması durumunda yasa kuralının «ihmal» edilmesi, Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasa hukuku alanına girmiştir (114). Bu durumda Anayasa kurallarının doğrudan uygulanması sözkonusudur(115).

Parlamentonun hareketsizliği (inertie parlementaire) ve Anayasaya uygunluk denetiminin kısıtlanması sebebiyle anayasaya aykırılığı giderilemeyen bir yasa hükmünün ihmal ve konuyu ayrıntılarıyla düzenleyen Anayasa hükmünün doğrudan uygulanması Anayasa Mahkemesinin benimsediği bir formüldür.

Anayasa Mahkemesinin 1982/3 karar sayılı kararına göre (116) «Anayasa’da özü belirtilmiş temel hukuk kuralları yanında belirli konuları ayrıntılarıyla düzenleyen hükümlerin de yer aldığını açıkladıktan sonra 34. maddedeki ispat hakkı’nın ayrıntılarıyla ele alınıp düzenlenmiş konulardan biri olduğunu tesbit etmiştir.

Anayasa Mahkemesine göre, Yasa koyucunun geçici 7. maddedeki buyruğu yerine getirmemesi ve Türk Ceza Kanununun 481. maddesindeki Anayasaya aykırılığı giderecek yasayı çıkarmaması ve iptal ve itiraz yollarının da geçici 4. maddenin 3. fıkrasına göre tıkanmış olması karşısında kısıtlı kalan anayasal ispat hakkının bu içeriği ile uygulanmasının sürüp gitmesi artık düşünülmeeyeceğinden mahkemelerce Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcı niteliğini açıklayan 8. maddenin ikinci fıkrasına dayanılarak, 481. maddenin birinci fıkrasındaki ispat hakkını sınırlayıcı hükümlerinin bir yana bırakılması ve kurallar kademeleşmesinde en üst düzeyde bulunan Anayasa’nın 34. maddesindeki hükmün doğrudan doğruya uygulanması gerekmektedir (117).

SONUÇ İÇİN NOT

Anayasa yargısında, durumların farklılığının ötesinde, ortak değişmezler ve çizgiler vardır. Bu yakınlıkların en fazla kurulabildiği alan da anayasa mahkemelerince kullanılan teknik ve metodlar alanıdır. Yorum metodları,

(114) Cf. Anayasa mahkemesinin 1971/67 ve 1982/3 sayılı kararları.

(115) Cf. 1982 Anayasasının, 11. 138 ve 177 e. maddeleri 11. madde gerekçelerine göre «yargı kuvveti, gerektiğinde, Anayasayı diğer kanunlar gibi uygulayabilir».

Anayasanın 152. maddesinde düzenlenen itiraz yolunda, Anayasa mahkemesinin öngörülen süre içinde karar vermemesi durumunda da, olay mahkemesi kanun hükmünün anayasaya uygun yorumunu yapma yetkisine sahip olduğu gibi, «Anayasa’yı da «yürürlükteki diğer kanunlar gibi» uygulayabilir.

(116) Bk. 30 Kasım 1983 tarih ve 18237 sayılı R.G.

(117) Karşı - oylarda da belirtildiği gibi, Anayasa Mahkemesi kararı, «Anayasanın 34. maddesini geçici 4. madde hükmüne tercih etme sonucunu» yaratmaktadır.

Anayasa Yargısında Yorum Problemi

referans normları ve muhtevalarının belirlenmesi, anayasa mahkemeleri arasında yer değiştirebilir metodlar olarak gözükmektedir, Anayasa yargısında karşılaştırmalı analizin teorik ve pratik önemi de buradadır.

(25. Makale - 1986)

Bülent DAVER

*Anayasa Mahkemesi Yargıcı (Üyesi) **

* Bülent Daver, “Anayasa Mahkemesi Yargıcı (Üyesi)”, **Anayasa Yargısı**, C. 3, 1986, s. 9-27.

ANAYASA MAHKEMESİ YARGICI (ÜYESİ)

Prof. Dr. Bülent DÂVER*

I. GİRİŞ : YARGI, YARGIÇ VE ANAYASAL YARGI

Yargı

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

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

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

Hukuk ve Yargıç

Anlaşmazlıkların çözümünde üçüncü bir yol, **hukuk** yoludur. Hukuk yolu, bir anlaşmazlığın ne zora başvuruyla ne de siyasal yöntemlerle çözülmesi değildir. Hukuk yolu, bir anlaşmazlığın, bir mahkeme ve bu mahke-

(*) A.Ü.S.B.F. Öğretim Üyesi.

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

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

Biz bu konuşmamızda yargı ve yargıç üzerinde, yargıcın fonksiyonu ve nitelikleri hakkında daha fazla değiliz. Esasen asıl konumuz da bu değildir. Yalnız şu kadarım söyleyelim ki, yargıcın görevini yerine getirmesinde tutulacak yol ne olabilir?, sorusuna Montesquieu şöyle cevap veriyordu : «Kanunlar

yargıcın diliyle konuşur.» Yani yargıç kanundaki iradeyi uygulayan bir araçtır. Onun görevi kanunu tastamam uygulamaktır.

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

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

Bizim pozitif hukuk metinlerimiz, yani gerek 1961 Anayasası gerekse yeni 1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesi yargıcından, «Anayasa Mahkemesi Üyesi» olarak söz etmektedir. Bazı ülkelerin anayasalarında da (örneğin Avusturya ve İspanya Anayasalarında) Anayasa yargıcından üye diye bahsedilmektedir Biz bu tebliğimizde, Anayasa Mahkemesi Yargıcı deyimiyle, Anayasa Mahkemesi Üyesi deyimini eş anlamda kullanacağız. Çünkü, Anayasamız, Anayasa Mahkemesini Yüksek Mahkemeler arasında göstermektedir. Bu Yüksek Mahkemenin Üyelerine —bazı hallerde, köken itibariyle yargıçlık mesleğinden, hatta hukuk mesleğinden gelmeseler bile— nitelikleri ve statüleri itibariyle Hâkimler Kanununa sık sık yollama yapılan ve —gördükleri iş (fonksiyon) itibariyle —bir yargı görevini yerine getiren kişiler olmaları nedeniyle yüksek yargıç demekte sakınca olmadığını düşünüyoruz.

Siyasal Sistem ve Anayasal Yargı

Anayasa yargısı, yani işlevi esas itibariyle kanunların Anayasaya uygunluğunu denetlemek olan yargı türü, bize göre yargının bir parçasıdır. Kendine has özellikleri bulunan, fakat yine de, özü itibariyle, yüksek bir yargıdır. İster normal ilk derece yargısı olsun, ister yüksek bir yargı yeri, Anayasal yargı organı olsun, yeni bazı görüşlere göre, yargı siyasal sistem içinde yer alan, onun için de İşlevini ve anlamını bulan bir «alt siyasal sistemdir. Bu görüş, ünlü siyasal bilimci David Easton'ın görüşüdür. Siyasal sistem, devleti de kapsa-

yan, ancak ondan daha geniş olarak, iktidar ve etkileşim süreçlerinin ve devlet kurumuyla birlikte, Anayasa dahil, pozitif hukuk normlarının içinde yer aldığı çok geniş bir alandır.

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

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

İkinci Dünya Savaşı sonrasına gelinceye kadar, Amerika Birleşik Devletleri hariç hiçbir ülke, kanunların Anayasaya uygunluğunun denetlenmesi bahis konusu değildi. Parlamentolar bu sorunu kendi iç meseleleri telâkki ediyorlardı. ABD’de ise durum şöyleydi : Burada kanunların Anayasaya uygunluğu normal mahkemeler kanalıyla sağlanmaktadır. Mahkemeler, kendilerine gelen bir dava esnasında, bir kanunun Anayasaya aykırı olduğunun def’i yoluyla (exemptio) iddia edilmesi karşısında durumu inceliyor ve kanunun Anayasaya uygun olup olmadığına karar veriyorlardı. Bu konuda son söz ve karar ise Federal Yüksek Mahkemeye (Federal Supreme Court) ait bulunuyordu. Kısacası ABD’de kanunların Anayasaya uygunluğunun denetlenmesi, hukuk diliyle söylemek gerekirse, bir «somut norm denetimi»nden ibarettir. Yani Amerika Birleşik Devletleri’nde bu iş için ayrı bir Anayasa Mahkemesi kurulmadığı gibi, soyut norm denetimi de yoktur. Federal Yüksek Mahkeme’ye bazı kişi ve kurumlar (örneğin Cumhurbaşkanı. Temsilciler Meclisi. Senato vs.) bazı kanunların Anayasaya aykırı olduğunu öne sürerek, kanunun İptali İstemiyle, baş vuramazlar. Oysa İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra bazı ülkelerde kurulmuş bulunan Anayasa Mahkemeleri hem somut norm denetimi, hem de soyut norm denetimi yapmaktadırlar. Başta da söylediğimiz gibi, somut ve soyut norm denetimini bir yargı işlevi (görevi) olarak kabul etmeyenler de vardır. Bu görüşler, daha sonra değineceğimiz üzere, Anayasa Mahkemesinin niteliği, hüviyeti, yapısıyla ilgili temel bakış açılarından doğmaktadır. Biz bu denetimi, yani somut ve soyut norm denetimini de, yargısal bir faaliyet olarak niteliyoruz. Yargı kavramını, sadece belirli meselelere, kişiler ya da kişilerle devlet arasındaki anlaşmazlıklara hasretmek, çağımızda yargının genişleyen ve büyüyen fonksiyonlarıyla pek uyuşmamaktadır. Kısacası, yargı alanı da çağımızda görev, fonksiyon ve kapsam olarak, genişlemiştir. Esasen bugün kullanılmakta olan Anayasal Yargı kavramı da bu fonksiyonun esas itibarıyla bir çeşit yargı fonksiyonu olduğunu göstermektedir.

Başta da söylediğimiz gibi, ikinci Dünya Savaşı’ndan sonra, İtalya, Batı Almanya, Avusturya ve İspanya gibi ülkelerde ayrı bir Anayasa Mahkemesi kurulması yoluna gidilmiştir. Dikkat edilirse bu ülkelerin, hemen hepsinin, İnsanlığı bir kasırğa gibi sarmış bulunan ve İkinci Dünya Savaşı’nın bitimiyle

çöken totaliter ve otoriter sistemlerin egemen olduğu Avrupa ülkeleri olmasıdır. Bu ülkelerin geçmişin derslerinden yararlanılarak ve hukuk devletinin bir gereği olarak, Anayasaya aykırı konuların çıkmasını önlemek amacıyla özel statü ve yetkilerle donatılmış bir Anayasa Mahkemesi kurulması yoluna gidilmiştir. Bu ülkeler dışında Anayasa Mahkemesi kurmuş olan bazı başka devletler de vardır. Avrupa'da yer alan ve sosyalist bir rejimle yönetilen Yugoslavya'da Anayasa Mahkemesi bulunduğu gibi, bazı Lâtin Amerika ülkelerinde, örneğin Uruguay'da, ayrı bir Anayasa Mahkemesi bulunmaktadır.

II. TÜRKİYE'DE ANAYASAL YARGI VE ANAYASA MAHKEMESİ

1924 Anayasası Döneminde Durum :

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

1961 Anayasası ve Anayasal Yargı

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

1961 Anayasası'nın yapımcılarına göre, Anayasa Mahkemesi yargı içinde yer alan fakat yüksek mahkemelerden ayrı, bunların dışında özel yetkilerle donatılan çok önemli bir kuruluştur. Bazı görüşlere göre, bu dönemde Anayasa Mahkemesi Parlamento'nun dışında, belki de üstünde üçüncü bir meclis gibi çalışacak ve en üst düzeyde nihai kesin kararları verecek, sui generis

(kendine özgü) bir organdı. Bu görüşün doğal sonucu Anayasa Mahkemesi’ne yargı özelliği yanında, belki de daha ağırlıklı olarak, siyasal bir organ niteliği atfedilmesiydi.

1971 ve 1973 Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Mahkemesi

12 Mart 1971’de meydana gelen müdahale sonucu, bilindiği gibi 1961 Anayasası’nda, 1971 ve 1973 yıllarında olmak üzere iki değişiklik yapılmış ve Anayasa Mahkemesi’nin görev ve yetkileri yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenlenme daha ziyade Anayasa Mahkemesi’nin yetkilerinin bir ölçüde kısılması şeklinde olmuştur diyebiliriz. Nitekim, yeni değişiklikte 147. maddeye şu hüküm konulmuştur: «Anayasa Mahkemesi, Anayasa değişikliklerinin Anayasa’da gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler.» Yani bununla anlatılmak istenen, Anayasa Mahkemesi’nin esasa ilişkin Anayasa değişikliklerini denetleyemeyeceği idi. Çünkü doktrinde Anayasa Mahkemesi’nin sadece şekle ait Anayasa değişikliklerini değil, öze ilişkin Anayasa değişikliklerini de denetleyebileceği yolunda bazı görüşler ileri sürülmüş ve Anayasa Mahkemesi de buna uyan kararlar vermiştir.

1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi

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

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

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

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

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

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

Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Hukuki Durumu

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

1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesi üyeliğine gelmekte karma bir yol tutmuş bulunmaktadır. Bu Anayasaya göre, 11 asıl ve 4 yedek üye kaynak (kökeni itibariyle yargıçlık mesleğinden (adli ve idari yargıç) gelebilecekleri gibi, avukatlar ve yüksek bürokratlar ile general ve amirallerden ve belirli şartları taşıyan öğretim üyelerinden de oluşabilmektedir. İtalyan Anayasası, 15 kişinin de yargıç olmasını şart koştuğ u halde, Federal Alman Anayasası Mahkemenin federal yargıçlardan ve diğer üyelerden oluşacağını söylemek-

tedir. 1978 İspanya Anayasası, 12 üyeden söz etmektedir (1982 Türk Anayasası ile İspanya Anayasası’nın esas itibâriyle birbirine benzeyen yönleri daha fazladır. özellikle 12 üyenin de Kral tarafından atanması hükmü ve Anayasa Mahkemesi üyeliğine aday gösteren organlar bakımından bu iki Anayasa arasında belirli, bir benzerlik bulunmaktadır.).

Asıl Üye ve Yedek üye Sorunu

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

Anayasa Mahkemesi Yargıcının Görevleri

Anayasa Mahkemesi Yargıcının (Üyesinin) görev ve yetkileri 1982 Anayasası’nın 148. maddesinde belirtilmiştir. Bu maddeye göre, «Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün Anayasaya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetler. Anayasa değişikliklerini ise evvelce belirttiğimiz gibi sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Yine aynı maddeye göre, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne dava açılmaz.»

Anayasa Mahkemesi bundan başka, Yüce Divan sıfatıyla da vazife görür.

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

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

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

Anayasa Mahkemesi Yargıçlarının (Üyelerinin) Bağımsızlığı Sorunu

Anayasa Mahkemesi Yargıçları (üyeleri) iki katlı bir bağımsızlık ve güvence zırhı içindedirler. Bunlar da önce genel olarak yargıya ve yargıca görevlerini yerine getirmeleri sırasında sağlanan bağımsızlık ve güvenceler olup bunlar Anayasanın 138., 139. ve, 140. maddelerinde belirtilmiştir. Şimdi bu hükümleri görelim : Anayasa m. 138 : «Hâkimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler» dernektedir. Aynı maddenin 2. fıkrası «Hiçbir organ, makam, merci veya kişinin yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceğini; genelge gönderemeyeceğini, tavsiye ve telkinde bulunamayacağını» öngörmektedir. Yine aynı maddenin 3. fıkrasında, «görölmekte olan bir dava hakkında yasama meclisinde yargı yetkisinin kullanılmasıyla ilgili soru sorulamayacağı, görüşme yapılamayacağı veya herhangi bir beyanda bulunulamayacağı» hükmü yer almaktadır. Maddenin son fıkrası ise «Yasama ve yürütme organlarıyla idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduklarını, bu organların ve idarenin mahkeme kararlarını

hiçbir suretle değiştiremeyeceğini ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceğini» söylemektedir.

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

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

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

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

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

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

Yargıçların Bağımsızlığının Asıl Güvencesi

Kanımızca yargıçların ve bu arada Anayasa yargıçlarının görevlerinde bağımsız hareket etmelerini sağlayan ve onları güvencelere kavuşturan bu çağ-

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

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

Ancak, Anayasalarda kuvvetler ayrılığı kabul edilmesi de yeterli değildir. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin sosyal ve siyasal kültür ortamı ile de ilgisi vardır. Şöyle ki, dinî bakışa ve geleneklere göre, İslamda yargı (kaza) yönetimden (velayetten) ayrılmaz. Yani İslâm'daki monist (tekçi) anlayış, bütün güçlerin birliği, tekliği (vahdeti) ilkesi etrafında toplanmıştır. Bunun ise bağımsız yargı ve bağımsız yargıç kavramıyla pek uyuşmadığı açıktır. Şeriat adına konuşan Zembilli Ali Efendi'nin Padişahın idam fermanını geri aldırması örneği, tarihimize ender rastlanan olaylardandır. Şeyhülislâm fetvaları genellikle Sultanların istedikleri ve arzuladıkları durumları onaylar niteliktedir.

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

Mahkemelerin ve yargıçların gerçekten bağımsız olmaları, siyasal rejimin niteliğiyle ilgili öğelere (unsurlara) da bağlı bulunmaktadır. Diktatörlükler-

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

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

Anayasa Mahkemesi Yargıcı ve Siyaset

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

Siyaset Nedir? Dar anlamda siyaset günlük politika olarak anlaşılabilir. Parti faaliyetleri, siyasal gösteriler, yürüyüşler, Hükûmet’in üst düzeyde aldığı kararlar siyaset alanına girer. Siyasetin bu dar anlamı yanında birde geniş anlamı vardır. Bir tanıma göre (Lasswell) siyaset, «kimin neyi, ne zaman ve nasıl aldığını gösteren bir sanat ve bilimdir». Bir başka açıdan siyaset ülke, devlet ve makro planda insan yönetimidir. Bunlarla ilgili temel kararları almaktır. Siyaseti yönetici sınıfın yaptığını, siyasi sınıfın yönlendirdiğini söy-

leyen düşünürler de vardır. Bu görüşlere göre, Anayasa ve yasalar, egemen sınıfını isteği ve iradesi doğrultusunda siyasetin sınırlarını daraltır ya da genişletir.

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

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

Anayasa Mahkemesine Yönelik Eleştiriler

Özellikle son zamanlarda basında ve bazı çevrelerde, Anayasa Mahkemesi ve üyeleri eleştirilmektedir. Anayasa Mahkemesi ve üyeleri eleştirilebilir mi? Bu soruya çağdaş bir demokraside ve temel hak ve özgürlükler ortamında ne kadar önemli olursa olsun her kurumun ve kişinin, bu arada Anayasa Mahkemesi ve üyelerinin de, eleştirilebileceği yolunda cevap vermemiz gerekmektedir. Demokrasilerde tabu kişiler ve kurumlar olmayacağından, bu ilke doğaldır. Ancak, Anayasa Mahkemesi gibi, devletin temel kuruluşları arasında yer alan bir kurumu ve onun üyelerini bazı kararlarından ve davranışlarından

dolayı eleştirirken bu eleştirini nsınırı vs ölçüsü üzerinde dikkat ve titizlik göstermek gerektiğine inanıyoruz. Kuşkusuz Anayasa Mahkemesinin verdiği kararlar bilimsel yönden doktrinde tartışılabilir ve eleştirilebilir; bilim adamları, bu konuyla ilgili uzmanlar, belirli bir kararın doğruluğunu, yanlışlığını, haklılığını ya da haksızlığını tartışabilirler. Bu normaldir ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarının gelişmesine önemli katkıda bulunur.

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

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

Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Statüsü ve Çalışma Şartları

Anayasa Mahkemesi üyelerinin hukuki statüsü, mail statüsü, protokoldaki yerleri, çalışma şartları, bu arada bina durumları, araç-gereç ve büro hizmetleri bakımından imkânları; bu Yüksek Mahkemenin yüksek görevine uygun biçimde düzenlenmelidir. Anayasa, kanunlar ve içtüzük Anayasa Mahkemesi üyelerinin görev, yetki ve çalışma usullerini belirlemiş bulunmaktadır. Ancak, 1983 tarihli Kanun’la öngörülmüş bulunan İctüzük henüz hazırlanmamış durumdadır. Üzerinde çalışmaların devam ettiğini öğrendiğimiz İctüzük’ün biran evvel hazırlanarak yürürlüğe konmasının yerinde olacağını söylemek isteriz. Öte yandan Anayasa Mahkemesinin halen çalışmakta bulunduğu binanın da bu yüksek kuruluşun önemi ve düzeyi ile pek uyumsuz durumda olduğuna burada işaret edelim. Üyelerin, raportörlerin ve personelin rahatça çalışabileceği, kitaplığı zengin ve çeşitli bilimsel ve mesleki dergilerin ve bu arada günlük gazetelerin yer aldığı etüt salonları ile yeni bir Anayasa Mahkemesi binasının en kısa zamanda yapılması samimi dileğimizdir.

SONUÇ

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

KAYNAKÇA

- Aliefendioğlu, Yılmaz : «Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve itiraz Yolu,» ve Prof. Dr. Ergun Özbudun'un Yorumu, **Anayasa Yargısı**, Ankara, 1984.
- : «Anayasa Mahkemesi Üyeliği», **Amme İdaresi Dergisi**, C. 18. s. 3, Eylül 1985.
- Azrak, A. Ülkü : «Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği,» **Anayasa Yargısı**, Ankara, 1984.
- Armağan, Servet : **Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi**, İstanbul.
- Carr, Robert K.: **The Supreme Court and Jodicial Review**, 1942.
- Cox, Archibald : **The Role of the Supreme Court in American Government**, 1976.
- Çağan, Nami : «Türk Anayasası Açısından Vergileme Yetkisi.» Doç. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu'nun Yorumu, **Anayasa Yargısı**, Ankara, 1984.
- : «Anayasa Çerçevesinde Kamu Mâliyesinin Parlamenter Kontrolü,» **Anayasa Yargısı**, Ankara, 1986.
- Çağlar, Bakır : «Anayasa Yargısında Yorum,» **Anayasa Yargısı**, Ankara, 1886.
- Çaylıgil, Gülçin : «Parti Davaları ve Anayasa Güvencesi,» **Saçak**, s. 27, (Nisan 1986).
- Dâver, Bülent : «Anayasa Mahkemesi Kararları Açısından Siyasi Partiler, Birkaç örnek Olay,» **Anayasa Yargısı**, Ankara, 1986.
- : Cemil Oktay'ın «Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Yargı Açısından Anlamı ve Türkiye Örneği» Başlıklı Tebliği Hakkındaki Yorumu, **Anayasa Yargısı**, Ankara, 1984.
- Duran, Lütfi : **Anayasanın Anayasa Mahkemesince Yorumlanış** (Bir İnceleme Özeti), Ankara, 1972.

- Güran, Sait : «Anayasanın 128. ve 129. Maddeleri Yönünden Kamu Görevlileri Bakan-
ların Durumu,» ve Prof. Dr. Lütfi Duran’ın Yorumu, **Anayasa Yargısı**, Ankara,
1984.
- : «Anayasa Yargısında Yürütmeyi Durdurma,» **Anayasa Yargısı**, Ankara, 1986.
- Jacobs, Clyde E. : **Justice Frankfurter and Civil Liberties**, 1961.
- Jaffe, L. L.: **Englich and American Judges as Lawmakers**, 1969. : «The Juztice Hol-
mes.» Raader, 1955.
- Kıratlı, Metin : **Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi**, Ankara, 1966.
- Kili, Suna : «Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden 1961 ve 1982 Anayasaları.» **Anaya-
sa Yargısı**, Ankara, 1984.
- McCloskey, R. G. : **The American Supreme Court**, 1962.
- Morrison, Fred L. : **Courts and Polltical Process İn England**, 1973.
- Oktay, Cemil : «Kuvvetler Ayrılığı İlkesinin Yargı Açısından Anlamı ve Türkiye örne-
ği,» **Anayasa Yargısı**, Ankara. 1984.
- Özbudun, Ergun «Anayasal Açidan Kanun Hükmünde Kararnameler,» **Anayasa Yar-
gısı**, Ankara. 1986.
- Özden, Yekta Güngör : «Kanun Koyucu Gibi Hareketle Yeni Bir Uygulamaya Yol Aç-
cak Biçimde Hüküm Tesisi’nin Anlamı,» **Anayasa Yargısı**, Ankara, 1986.
- Sağlam, Fazıl : «Kanun Hükmünde Karamama Çıkarma Yetkisinin Sınırları, Uyg-
ulamanın Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar» ve Doç. Dr. Metin Gün-
day’ın Yorumu, **Anayasa Yargısı**, Ankara, 1984.
- Schubert, Glendon A.: **Constltutlional Politics. The Political Behavlor of Supreme
Court Justices**, 1960.
- Soysal, Mümtaz ; «Temel Nitelikleriyle 1961 ve 1982 Anayasaları (Karşılaştırmalı)»
Anayasa Yargısı, Ankara, 1984.
- : «Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler,» **Anayasa Yar-
gısı**, Ankara, 1986.
- Tan, Turgut : «1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği (Güç-
lü Devlet ya da Güçlü Yürütme),» ve Prof. Dr. Yıldızhan Yayla’nın Yorumu,
Anayasa, Yargısı, Ankara, 1984.
- Tanilli, Server : **Devlet ve Demokrasi** (Anayasa Hukukuna Giriş), İstanbul, 1985.
- Teziç, Erdoğan : «Anayasa Mahkemesinin Esasa İlişkin Denetimi,» **Anayasa Yargısı**,
Ankara, 1986.
- : «1982 Anayasasına Göre Anayasaya Uygunluğun Denetimi,» **İdare Hukuku
ve İlimleri Dergisi**, C. 3, s. 1-3 (1982).
- Tikveş, Özkan : **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Anayasa Yargısı**, İzmir.
1979.
- Yayla, Yıldızhan : **İdare Hukuku ve İlimler Dergisi**, C. 4, s. 1-3 (1983).

(26. Makale - 1987)

Sait GÜİRAN

*Yargı Denetiminin Kapsamı **

* Sait Güran, “Yargı Denetiminin Kapsamı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 52, S. 1-4, 1986-1987, s. 35-45.

YARGI DENETİMİNİN KAPSAMI

Prof. Dr. Sait GÜRAN

Sempozyum'un ikinci gününün eksenini oluşturan «Yargı Denetiminin Kapsamı» konusunun bana düşen parçası, meselenin, Anayasa hükümleri çerçevesinde kalarak, bir giriş mahiyetinde işlenmesinden ibaret. Bu nedenle konuya, 1982 Anayasasının yargısal denetime «ne amaçla, ne gibi bir işlev» verdiğinin araştırılmasıyla girilecektir.

I

Bilindiği gibi, Anayasanın 6. maddesinde, Egemenliğin, hem tüm Devlet yetkilerinin — Yasama, Yürütme - İdare ve Yargı— kaynağı, hem de Hukukla sınırlı bir yetki olduğunu görüyoruz. Bunun yanında, şu evrensel gerçeği de biliyoruz ki: siyasal organlar olan Parlementolar, Cumhurbaşkanları, Hükümetler ve sonuncusunun organik ve teknik bir uzantısı İdare Cihazı, Anayasa ve yasalarla donatıldıkları yetkileri —yani Egemenliği— uygulamada, Hukuka aykırı biçimde ve içerikte kullanabilmektedir. İdare hukukçuları olarak şu üçüncü noktayı da biliyoruz ki, tüm bu kamusal yetkiler, kişilerin hukukî durumlarındaki değişiklikleri, «tek yanlı» işlemlerle gerçekleştirmekte ve bu işlemler sakat olsalar dahi etkilerini meydana getirmektedir.

İşte, bu üç olgu, bizi, Demokratik Hukuk Devleti ilkesini benimsediğini, «serlevha» olarak iri punto ve büyük harflerle ilân eden 82 Anayasasının üzerine bina edildiği çok sağlam bir «ipoteze» ulaştırır.

Bu hipotez şudur: Parlementonun, Cumhurbaşkanının, Hükümetin ve İdare'nin elindeki üstün erkin, kendilerinin dışındaki bağımsız, yansız, teknik bir kuruluşa tanınan mukabil yetkilerle «dengelenmesi» gerekir. Bu dengeyi sağlayacak olan mekanizma ise «yargı denetimi»dir.

O halde, yargı denetiminin işlevi, Anayasal sistem içinde, Yasama, Yürütme ve İdare'nin üstün gücünü, hukuk ile sınırlamak, tecavüz ve taşmaları, bir yanda caydırıcı etkinliği ile önlemek, öte yanda, iptal ederek ortadan kaldır-

* Danıştay'ın 117 nci Kuruluş Yılına Kutlama Sempozyumu'na sunulan bildiridir. (13 - 14 Mayıs 1985; Danıştay, Ankara)

maktır. Az önce değindiğimiz «**Duyarlı Anayasal Denge**» ancak bu suretle kurulabilecek, korunabilecek ve sürdürülebilecektir.

Yargı denetiminin kapsamını araştırırken, açıklamalarımızın bu aşamasında sözü, yargı denetiminin, az önce değindiğimiz «işlev» itibariyle kapsamından, «etkinlik» olarak kapsamına kaydırılmalıdır. Bu yıl 24/26 Nisan günleri Anayasa Mahkemesi tarafından düzenlenen Anayasa Yargısı konulu sempozyumda sunduğum bildirideki¹ ifadeyle, yargı denetiminin, Anayasal denge işlevini etkin biçimde yerine getirmesi için sağlanması zorunlu olan «araçların» neler olması gerektiği üzerinde duralım. Çünkü, yargı denetiminin, ancak, «işlevine uygun», araçlara sahip kılındığı ölçüde kıymet-i harbiyesi olabilir. Aksi halde, yargı denetimi, etkisiz cılız, yetersiz boş ya da yarı boş bir kalıptan öteye gidemez. İşlevini yerine getiremeyen böyle bir yargı denetiminin varlığı mı, yokluğu mu yararlıdır diye düşünülebilir dahi. Zira, caydırıcı, önleyici ve bastırıcı yönleriyle etkinliğini kanıtlamayan ve hissettirmeyen yargı denetimi, son tahlilde, âdil, güvenilir, keyfilikten arınmış bir Hukuk düzenini gerçekleştiremez. Gerçekleşenler ise, aslında gerçekleşmemesi gerekenler olur.

Diğer taraftan yargı denetimi, Yasama - Yürütme ve İdare için de bir güven kaynağıdır. Bağımsız mahkemelerce gelişmiş yargısal usuller izlenerek yapılmış âdil, yansız, inandırıcı bir yargılama sonunda verilecek olumlu bir karar (red kararı) ile, denetlenen işlemler, hukuka uygunlukları yargı tarafından da doğrulanmak şeklindeki manevi bir onaylama ile güvenilirlik kazanacaktır. Aynı manevi etki, iptale hükmedilmesi halinde de söz konusudur. Bu defa da vatandaşların ve kamu oyunun nazarında, bu ülkede, Anayasal düzende, bu Devlette. Hukuka aykırı işlemlerin, keyfi uygulamaların, yanlış bir yönetimin yaşama şansının bulunmadığı inancı yaratılmış olacaktır.

Bu evrensel sebep-sonuç ilişkisi nedeniyledir ki, işlevini yukarıda açıkladığımız yargı denetimini sisteminin temel ögesi yapan Anayasalar, bu işlevin gereği yargısal denetim araçlarını da kabul etmek zorundadır. Çünkü, araçlarda yapılacak her kısıntı, atılmayan her ileri adım, aslında yargı denetiminin «özünde» kısıntıyı, gerilemeyi ve böylece Anayasal Denge’de bozulmayı getirecektir. Bu ise, kamu yönetiminde keyfiliğe de varabilecek uygulamaları; bireylerde Anayasal düzene güvensizlikten, dolaylı ihkak-ı hak düşüncelerine, girişimlerine kadar uzanabilecek sakıncaları; toplumda şikâyet ve sızlanmalardan, gerilim ve bunalımlara varan memnuniyetsizlikleri dâvet edecektir.

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

1982 Anayasası da, **temel yaklaşımı ve ana fikri itibariyle**, Anayasal Dengeyi, etkin yargı denetimi aracını kullanarak kurmak formülünü benimse-

1) Sait GÜRAN: Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması (ANAYASA YARGISI, Sf: 143 - 159; Ankara, 1986)

Yargı Denetiminin Kapsamı

miştir. Yani, yargı denetimi, 1961'deki gibi, 1982'de de, Anayasal Dengenin ve buna dayalı Anayasal Sistemin temel ögesi yapılmıştır.

II

Yargı denetiminin kapsamını işlerken, bu Sempozyumda ele alınması zorunlu bir nokta da, kanun koyucunun, «Türk İdare Hukuku»nun «İdari dâva ve uyuşmazlık» olarak nitelediği konuları —örnek, Belediye Encümeninin ceza işlemleri— Adli Yargı'nın görev alanına aktarıp aktaramıyacağı konusudur.

Anayasa Mahkemesi'nin, hiç duraksamadan paylaştığımız² içtihadının vurguladığı gibi, İdare Hukukunun uygulanmasından doğan —yani «idari»— bir dâva veya uyuşmazlığın çözümünün adli yargı yerine bırakılması konusunda Yasama organının takdir ve seçme serbestisine sahip olduğunu öne sürmek olanaksızdır. Anayasanın bu kuralla³ açık tuttuğu yargı yolunun, kamu hukuku alanında idari yargı, özel hukuk alanında ise adli yargı yolu olduğu bir açıklamayı gerektirmeyecek derecede belirgindir. O halde, Yasama organının idare hukuku alanında oluşan ve sonuç doğuran bir İdarî eylem ve işleme karşı adli yargı yolunu açma seçeneğine bu kural elverişli değildir. Yasama organının kanun koymak suretiyle kullanılabileceği takdir hakkı ise, o dâvanın çözümünü Danıştay ya da başka bir idari yargı merciine bırakmaktan ibarettir⁴.

Burada bir an duralım ve Danıştay'ı düzenleyen eski 140. maddenin «İdarî» dâva ve uyuşmazlıklardan söz etmesine karşılık, yeni 155. maddenin «İdarî» sözcüğünü atıp, sadece «dâvaları görmek» ile yetinen metninden yola çıkarak, az önce değindiğimiz Anayasa Mahkemesi içtihadının artık dayanaksız kaldığına yönelik varsayımları veya endişeleri destekleyecek hiç bir verinin Anayasanın özünde ve sözünde bulunmadığını belirttikten sonra; şu kanıtları ekleyerek, 1976 tarihli aktarma yasağının 1982 Anayasası döneminde de sürdüğünü ekliyelim. Madde 155/2'de, dâvalardan «İdarî» sıfatını esirgeyen Anayasa, Danıştay'ı İdarî uyuşmazlıkların tek mercii yapmış; son paragrafta, Danıştay'ın kuruluşunun, işleyişinin, mensuplarının niteliklerinin «idari yargının özelliği» ne göre düzenlenmesini buyurmuştur. Sözcükler düzeyinde devam edince, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi'ne ilişkin 157. maddede, bu idari yargı yerinin görev alanının idari dâvalara inhisar ettirildiği görülmektedir.

Anayasanın, idari yargıyı, alt mahkemeleriyle birlikte öngördükten ve idari yargının özelliklerine uygun surette oluşturulması direktifini verdikten son-

2) Sait GÜRAN: BÖLGE İDARE MAHKEMELERİ VE DANIŞTAY ÜZERİNE YAPISAL BİR DENEME, 443 (İÜHF yayını, 1977).

3) 1961'de Md. 114 «İdarenin hiç bir eylem ve işlemi, hiç bir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz»; 1982'de Md. 125 «İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.»

4) Any. Mhk. 25.5.1976, E: 1, K: 28 (14 AMKD 184-185)

ra, idari davaların, kanunla adli yargının kapsamına sokulmasına müsaade etmesi, kendisiyle çelişmesi, kurduğu bir yargı düzeninin varlık sebebini ve işlevini reddetmesi demektir. Çünkü, Anayasa Mahkemesinin, katıldığımız ifadesiyle, «adli yargıdan ayrı ve bağımsız bir idarî yargı sisteminin Anayasaca ve idare hukukunca kabul edilmiş olmasının nedeni, kamu hizmetlerinde doğan anlaşmazlıkların yapılarındaki özellikler; bunlara uygulanacak kural- ların hukukî ve teknik bir nitelik taşıması; özel hukuk dalı ile idare hukuku arasında büyük bir bünye, esas ve prensip farkının var olması; idari işlemler- rin, idare hukuku dalında uzmanlaşmış ve kamu hukuku alanında bilgi ve tecrübe edinmiş hakimlerce denetlenmesinin zorunlu sayılmış olmasıdır.»⁵

Sonuç, 1982 Anayasasının da, metni ve mantığı ile, idari yargının kapsamı- nın, doğal olarak görev alanına giren konuların kanunlarla adli yargıya aktarıl- rarak daraltılmasına izin vermediğidir. Bu yasağın temelinde, aktarmanın, İdarî yargı sisteminin sağladığı etkin yargısal denetimi ve buna bağlı olan Duyarlı Anayasal Dengeyi bozması tehlikesi vardır.

Söz buralara gelmişken, yargı denetiminin kapsamını, Anayasayı irdele- yerek araştıran bildirinin genel açıklamaları içeren bu kısmını, dikkatleri iki noktaya çekerek tamamlayalım:

Birincisi, ünlü Başyargıç Marshall’ın 1803 yılında Marbury kararında yaz- dığı gibi, temel hak ve özgürlüklerin özünün, hukuksal bir aykırılığa karşı, hukuksal bir çareyi gerektirmesidir. ABD yönetimi, kişiler değil, Hukuk ta- rafından yönetim olduğuna göre, Anayasa, kişilerin haklarının ihlâline karşı koruyucu bir çare tanımış olmalıdır.

İkincisi, 1982 Anayasasının, Anayasaya aykırı kanunlarla, kanun hükmün- de kararnamelerin dâva ve itiraz yollarıyla iptali; idarî işlemler alanında sakat işlemin ortadan kaldırılması, zararlardan İdarenin ve ajanın sorumlu tutul- ması mekanizmalarıyla ve yürütmenin durdurulması olanağıyla, İdare Kud- retini yaratacak ve kullanacak makamlar üzerinde somut plânda hem önleyici - caydırıcı, hem bastırıcı etkileri bulunan geniş bir «yargısal denetim ağını» öngörmesidir.

III

Bildirinin bu bölümünde, 1982 Anayasasının, yukarda açıkladığımız «ana fikri ve temel yaklaşımı» ile ne ölçüde bağdaşan hükümlere yer verdiğini ele alacağız. Başka bir deyişle 82’nin temel yaklaşımı ile maddelerindeki sınırla- yıcı hükümler birlikte değerlendirildiğinde, idari yargıda yargısal denetimin kapsamı bakımından nasıl bir modelin ortaya çıktığını araştıracağız.

Birincisi, Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlerin «yürütme» alanına dâhil olanlarının, yani Parlamento ve Hükümetle olan siyasal nitelikli

5) İd. 185.

ilişki ve işlemlerinin idari yargının denetiminin kapsamı dışında kaldığı zaten kabul edilmiş ve bu Mahkeme tarafından tescil de olunmuştur⁶. Demek oluyor ki, Türk Kamu hukukunda, Cumhurbaşkanının bu kategori işlemleri 125. maddeden önce de idari yargının denetim alanına girmiyordu. Madde 125'in «idari» işlemlerden söz ediyor olması, ikinci fıkradaki dışlamanın Cumhurbaşkanının bu nitelikteki işlemlerine ilişkin bulunduğunu ifade etmektedir. Zaten, Devlet Denetleme Kurulu'nun, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun, Yüksek öğretim Kurulu'nun, yargı yerleri üyelerinin ve rektörlerin atanmasının «yürütme» işlemleri olduğunu söylemek de mümkün değildir. Nitekim, bunları, yürütme işlemi kabul edersek, hepsi siyasi atamalar olur ki, Cumhuriyet Anayasası böyle bir görüşü benimsememiştir. Binaenaleyh, 125/2 ile kapsam dışına alınanlar, Cumhurbaşkanının yaptığı tipik idarî işlemlerdir. Böyle olunca, şu sorunun sorulması gerekir: Bu istisnanın konması için rasyonel ve hukuksal bir sebep var mıdır?

Sanırız, 1982 Anayasasının benimsediği ve Devletin niteliği yaptığı Hukuk Devleti ana fikri ve Anayasal Denge ile bağdaşabilen bir sebep yoktur. Uygun çözüm, bu gibi yetkilerin doğasında bulunan geniş «takdir yetkisi»nin sağladığı hareket serbestisi ve yargısal denetim olurdu. Cumhurbaşkanının, vali, büyük elçi, müsteşar, Genel Müdür atayan kararları idari yargının denetimi-ne tâbi iken, az önce saydıklarımızın hariç tutulması pek açıklanamaz.

İkinci kısıtlama, Y. Askerî Şûra kararlarıdır. Bunlar hakkında da yukardaki satırlara yollamayla yetineceğiz. Bununla beraber, iki kısıtlama arasında, İkincisinin, 1982 öncesi dönemde, Danıştay'ın ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin, genellik - amirallik yükselmelerine ilişkin iptal kararlarına karşı bir tepki veya önlem olduğu düşünülebilir. Uygun çözüm, askerî hiyerarşinin ağır basan gereklerine rağmen, gene yukardaki formül olurdu.

Üçüncüsü, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kararlarının yargısal denetimden hariç tutulmasıdır. Bu Kurulun bir yargı yeri ya da mahkeme olduğunu, işlemlerinin yargısal işlem sayılacağını, herhalde kimse ileri sürecektir değildir. O halde, HSYK, Yargı bölümünde tipik bir idari hey'et, kararları da tipik idarî işlemlerdir. Bunların da idarî yargının denetimi dışında bırakılmasını izah edebilecek rasyonel ve hukuksal bir sebep bulmak zordur. Eğer HSYK da yüksek yargıçlardan oluşuyor deniyor ise, önce bu doğru değildir. Sonra örneğin, Danıştay Yüksek Disiplin Kurulunun kararları, Danıştay tarafından, ilk derece mahkemesi sıfatıyla yargısal denetime tâbi tutulmaktadır.

Bu nedenle, HSYK'nın, idarî yargının kapsamı dışına alınması, olsa olsa, Cumhurbaşkanının yargısal denetime tâbi olmadan atadığı kişilerle Adalet Bakanından —ve de müsteşarı— oluşan Hey'etin, bunun devamı olarak iş-

6) Danıştay 12. D: 16.2.1979, E: 547, K: 575 (8 İdarî Yargı 53-54); bu kararda Danıştay, Cumhurbaşkanının, Senato üyesi seçme işlemine karşı açılan iptal dâvasını görevden red ile denetlememiştir.

lemlerinin de denetimden uzak tutulması arzusu ile açıklanabilir. Yahut, geçmişteki extra - jüridik bir takım tepkilerden kaynaklandığı söylenebilir. Her iki halde de, şu bir gerçektir ki, kapatılan yargısal denetim yolu ile, Yargı’nın bağımsızlığı ve yargıç güvencesi kurumlarında siyasî mercilerin etkisi yoğunlaştırılmış olmaktadır.

Dördüncüsü, Sayıştay’ın, gelir - gider işlemlerini hükme bağlayan işlemleridir. Bu kararlara karşı idarî yargı yolunu kapatan Anayasa hükmünü değerlendirirken, önce şu noktaların açıklığa kavuşması gerekir ki: Satıştay ne mahkemedir, ne de yargı yetkisi kullanır. Bu işlemler sadece farklı karar usulünün uygulandığı «İdarî» işlemlerdir; aynen HSYK kararları gibi. Eğer, karar alma sürecinde vargısal benzeri usul izlemek, idarî işlemin özünü değiştirmeğe yetiyorsa, disiplin cezaları ve özellikle memurluktan çıkarılma (ihraç) cezası da yargı işlemidir sonucuna varılır.

O halde, neden Anayasa 160 ile Sayıştay’ın bu kategori işlemleri idari yargının denetiminin dışına alınmıştır? Bu sorunun da rasyonel ve hukuksal cevabı yoktur. Nitekim, hukuk, rasyonellik ve Anayasanın temel yaklaşımı ile tutarlı çözüm ağır basınca, madde 160/2’deki hüküm konmuş ve Danıştay’ın kararlarına üstünlük tanınmıştır.

Beşincisi, madde 129/3’de, üstelik disiplin kovuşturulmasında güvence başlığını taşıyan ve yargı yolunu güvencenin bir parçası yapan bir düzenlemede, uyarma ve kınama cezalarının da yargı denetimi dışında bırakılmasıdır. İster bu cezalara «hafifliği», isterse mahkemelerin yükünü azaltmak arzusu, isterse diğer her hangi bir düşünceden kaynaklansın, bu idari işlemlere idari yargının elinin uzanamamasını açıklayacak rasyonel ve hukuksal hiç bir sebep olamaz. Yargı kısıntısına dayanak yapılan herhangi bir sebebin taşıdığı varsayılan kamu yararı, Hukuka bağlı Yönetim, yansız memur, liyakat ve özellikle kariyer ilkelerine dayalı bir sistemin kurulmasındaki ve işletilmesindeki kamu yararı karşısında, yenik düşmek gerekir.

Altıncısı, 125’nci maddenin 4’ncü fıkrasındaki, yargı denetiminin hukuka uygunluğun denetimiyle sınırlı bulunduğu ve idari eylem - işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemeyeceği ifadeli sınırlamadır. Hemen belirtelim ki, bu fıkra Anayasada olmasaydı dahi, Türk İdare Hukuku, her iki hususu da, yargısal denetimin «doğal» sınırları veya istisnaları saymaktadır. Bu satırlara, daha ileri giden anlamlar vermek ise, doğrudan doğruya takdir yetkisinde maksat unsurunda yargısal denetimi kaldırmak, iptal yetkisini yok etmek ve iptal hükmünü faal İdareye yönelik «öneri» düzeyine indirmek demek olur. Dünyada böyle bir iptal yetkisi bulunduğunu ben bilmiyorum. İptal hükmü, doğası ve Anayasa madde 138/son gereği zaten bir tür buyruktur.

Yedincisi, idari yargı denetiminin kapsamının olağanüstü hallerde kısıtlanıp kısıtlanmayacağı meselesidir. Bu konuya şu noktayı hatırlayarak yak-

Yargı Denetiminin Kapsamı

laşılmalıdır: Yargı denetimi yetkisi, TBMM'nin kanun koyma yetkisi kadar Anayasal sistemin bir ögesidir. Yargı denetimini kısıtlamak, Anayasal bir kurum olan Mahkemelerin görevi üzerinde tasarruf etmek demektir. Aynen, TBMM'nin kanun koyma yetkisinde tasarruf etmek gibi. Bu nedenle, olağanüstü hallerde, Anayasanın 15'nci maddesinden yola çıkarak veya buna dayanarak yargı denetimi kısmen veya tamamen durdurulamaz, kaldırılamaz.

Yapılabilecek olan, sadece, Anayasanın bizzat açık hüküm koyarak öngördükleridir. Bu konuda bizim tesbit edebildiğimiz madde 125/6'daki yürütmenin durdurulması hükmünden ibarettir. Bu hüküm de, 82'nin temel yaklaşımı, az önceki açıklamalarımız ve 13'ncü maddenin 2'nci fıkrasındaki «demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamama koşulu dikkate alınarak yorumlanıp uygulanmalıdır. Böyle yapınca, 125/6'nın anlamı, yürütmenin durdurulması yetkisinde, onun yargı denetimi bütünü içindeki hayatî işlevini yok edecek veya etkisiz kılacak kayıtlamaları reddeden sınırlamalara izin vermek şeklinde belirecektir. Yoksa, özellikle, olağanüstü hallerde yürütmenin durdurulmasını saf dışı bırakan her kısıtlama, aslında, doğrudan doğruya yargı denetiminin özünü etkileyen bir daraltma yaratacaktır.

Sekizincisi, aleyhine iptal dâvası açlamayacak olan işlemlerden ötürü tam yargı dâvasına imkân bulunup bulunmadığıdır. Bu nokta üzerinde Anayasanın 125/son ve 40'nci maddelerini hatırlayarak dikkatle düşünmek zorundayız. Kesin kez «hayır» dendiği anda ortaya çıkacak tabloyu net şekilde görmek gerekir. Bu tabloda, hukuka aykırı işlemler yargı denetimi dışında bırakılıyor; ayrıca zararlar doğuyor ve İdare de, ajanı da bundan sorumlu tutulmuyor. Bu yaklaşım, 82'nin Duyarlı Anayasal Denge kavramı ile bağdaşır bir yorum olmadığı gibi; objektif sorumluluğun giderek yerleştiği, yaygınlaştığı Türk İdare Hukukunun sorumluluk anlayışına da aykırı düşer.

Bu nedenle, açılacak tam yargı dâvasında, Hukuka aykırılık noktası «önme-sele» şeklinde ele alınıp hükmün dışında tutularak sorumluluk denetimi niçin yapılmasın? Tabii, bu durumda, işlemin hukuksal geçersizliğinin de endirekt biçimde gündeme gelmesi, belirlenmesi ve buna rağmen varlığını ve etkisini sürdürmesi söz konusu olacak. Ancak, bu problemi ön plâna çıkartarak tazminat yolunu da kapatmak şeklindeki bir bakış açısı, her şeyden önce, en az âdil bir formül teşkil edecek; yargı kısıntısını daha da ağırlaştıracaktır. Bu yüzden, Anayasanın temel yaklaşımı ve ana fikri ile çelişmeyen, aksine paralellik arzeden yorum, idari yargı yerlerinin, tam yargı dâvalarına bakmasıdır.

IV

Yukardaki açıklamalarımızı şöyle toparlayabiliriz: 1982 Anayasası, ana fikir olarak, olumlu bir idari yargı denetimi sistemini, içeriği ve araçları ile öngördükten sonra; maalesef, kökeninde rasyonel - hukuksal nedenler yerine, geçmişe tepki, denetlenmeme eğilimi, yargıya güvensizlik gibi extra jüridik

ve kendi temel yaklaşımıyla çelişen nedenlerle idari yargı alanında bir takım ciddi sapmalarla kısıtlamalar getirmiştir.

Bunun yanında ve daha önemlisi, şahsen kısıtlama saymadığımız 125/4 ve 6’daki hükümlerin, veya yürütmenin durdurulması koşullarının Türk İdare Hukukunun kabul edilmiş ve yerleşmiş doğal sınırlarının ötesine götürülmesi halinde, İdare’nin yargısal denetimi bakımından önemli ve ciddi daralmaların başgöstereceğidir. Bu ise, Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin temel taşı yapılan Hukuk Devleti kavramına, Egemenliğin Hukukla sınırlı olduğu ilkesine yansıyacak ve gerçek rahneler buralarda açılacaktır. Bu yüzden, uygulamada, 82 Anayasasını, temel yaklaşımıyla ana fikrine ve 2. maddedeki cumhuriyete uygun bir çizgide tutmak, son tahlilde, tüm mahkemeleriyle Yargı’nın görevi ve sorumluluğu olacaktır.

(27. Makale - 1988)

Kemal GÖZLER

*Halkoylamasının Değeri **

* Kemal Gözler, "Halkoylamasının Değeri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XL, S. 1-4, 1988, s.97-113

HALKOYLAMASININ DEĞERİ

Ar.Gör. Kemal GÖZLER

GİRİŞ

Halkoylaması kurumu, 1982 Anayasası ile ihtiyari olarak, bu Anayasanın 175. maddesini değiştiren 17.5.1987 tarih ve 3361 sayılı kanunla da hem ihtiyari hem de zorunlu bir kurum olarak Türk anayasa hukukuna girdi ve 6 Eylül 1987 ile 25 Eylül 1988 tarihlerinde iki uygulaması görüldü.

Bu değişiklikle birlikte, ülkemizde halkoylamasıyla ilgili tartışmalar yoğunluk kazandı. Burada da, bu gelişmeye paralel olarak, halkoylamasının değeri üzerinde durulacaktır. Bu amaçla halkoylaması; demokrasi, parlamento, siyasal partiler, azınlık hakları, sağ- sol, rejim desteği ve siyasal istikrar gibi yedi ayrı kurumun ışığında değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

Makalenin asıl konusu, halkoylamasının değeri olmakla birlikte, doğru bir değerlendirme yapabilmek için, önce, bu kurumun yeri ve niteliği üzerinde kısaca durulacaktır.

Egemenliğin kullanılması bakımından demokrasinin üç ayrı uygulama biçimi vardır: Doğrudan demokrasi, temsili demokrasi ve yarı-doğrudan demokrasi. İlkinde halk, egemenliğini bizzat kullanır. İkincisinde, egemenliğini bütünüyle temsilcilerine devreder. Yarıdoğrudan demokraside ise, egemenlik, halk ile temsilcileri arasında paylaşılır (1).

Yarı-doğrudan demokrasi, temelde bir temsili demokrasidir. Ancak, bazı hallerde halk, bir takım araçlarla egemenliğin kullanılmasına katılır. Bu araçlar arasında referandum, halk vetosu ve halk teşebbüsü sayılabilir (2).

Referandum, bir yasama işlemi hakkında vatandaşların oyuna başvurulmasıdır (3).

Halk vetosu ise, parlamento tarafından kabul edilen bir yasanın yürürlüğe girmesinden önce, belirli sayıda yurttaşın, bu yasa hakkında referandum yapılmasını istemesidir (4).

(1) **Maurice Duverger**, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, PUF, Paris, 1955, s. 227.

(2) **Julien Laferrière**, *Manuel de droit constitutionnel*, Editions domat montchrestien, Paris, 1947, s. 430.

(3) **Hüseyin Nail Kubalı**, *Anayasa Hukuku*, İÜHF Yayını, İstanbul, 1971, s. 278.

(4) **Erdoğan Teziç**, *Anayasa Hukuku*, Beta, İstanbul, 1986, s. 240.

İlk iki yöntem, ancak istenmeyen kanunun yürürlüğe girmesini engelleyebilir; ama, istenen kanunu çıkartamaz. İşte bunu sağlayacak olan yöntem *halk teşebbüsü* dür. Halk teşebbüsü, belirli sayıda yurttaşın, paralementoya başvuru-
rarak, onu belirli bir yasayı çıkarmaya zorlamasıdır (5).

Referandumlar, konuları açısından *yasama referandumu* ve *kurucu referandum* olarak ikiye ayrılmaktadır. Anayasal referandum da denen kurucu referandumda, bir anayasa metninin kabul edilmesi ya da değiştirilmesi söz konusudur. Yasama referandumu ise, bir olağan kanun metninin kabulü ya da reddi için yapılan halkoylamasıdır (6).

Referandumlar, başvurulmalarındaki usul bakımından ise, *mecburi* ve *ih-tiyari* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bir anayasa değişikliğinin ya da bir kanun tasarısının halkoylamasına sunulacağı anayasada öngörülmüşse, mecburi referandum; yok eğer, halkoylamasına sunulması parlamentonun ya da devlet başkanının takdirine bırakılmışsa ihtiyari referandum söz konusudur. (7) (8).

Referandumun doğru bir değerlendirmesini yapabilmek için *plebisitten* özenle ayrılması gerekir. Ancak bu ayrımı yapmak pek kolay değildir (9). Genellikle, kabul edildiği üzere, referandumda bir değişiklik; plebisitte ise, bir adam sözkonusudur. Birincisinde bir *metin* oylanır; ikincisinde ise, bir *isim* (10).

Referandumla plebisit arasındaki diğer fark ise demokratiklik bakımından ortaya çıkmaktadır. Referandum demokratik bir usuldür: Halk etkindir, öznedir; karar alma sürecinin başına, ortasına ve sonuna katılır. Plebisit ise, anti-demokratik bir usuldür: Halk edilgendir, nesnedir; karar alma sürecinin sadece sonuna katılır. Referandumun yapılmasını isteyen halkın kendisi (halk teşebbüsü) ya da halkın seçtiği temsilcilerdir. Oylanan şey ise, halkın temsilcilerinin hazırladığı bir metindir. Oysa, plebisite başvuranlar, kişisel iktidar sahipleri ya da fiili yönetimlerdir. Oylanan şey ise, halkın katılımı olmadan hazırlanan metinler, fiili yönetimlerin oldu-bittileri, karar ve eylemleridir. Kı-

(5) Laferrière, s. 435.

(6) Jacques Robert, “L’avenlure référendaire”, *Recueil dalloz sirey*, 1984, 41^e cahier, Cronique XL, s. 245.

(7) Laferrière, s. 434; Robert, s. 245.

(8) Bu makalede, “halkoylaması” terimi değişik içerikle kullanılmıştır. Normalde, halkoylaması ile anlatılmak istenen “referandum”dur. Ancak, kimi zaman bu içerik “yarı- doğrudan demokrasi” anlamına kadar genişletilmiş; kimi zamansa, referandumun belirli bir çeşidi anlamına kadar daraltılmıştır. Örneğin, “Halkoylaması ve Demokrasi” başlıklı bölümde, halkoylaması terimi, yer yer yarı-doğrudan demokrasi anlamında kullanılırken, halkoylamasının güven oylamasına dönüşebilme eğiliminden bahsedildiği bölümde, bu terimle, “ihtiyari referandum” anlatılmak istenmektedir. Keza, değeri açısından halkoylaması, genel, soyut, evrensel bir kurum olarak ele alınmış; ancak yeri geldiğinde Türkiye örneğinin açısından da incelenmiştir.

(9) Teziç, s. 238.

(10) Duverger, s. 228; Robert, s. 245.

saca, plebisit, diktatörlerin, anti-demokratik yöneticilerin, darbecilerin, kendilerine meşruiyet kazandırmak için başvurdukları bir halkoylamasıdır (11).

1. Halkoylaması ve Demokrasi

Halkoylaması döneminde, sık sık, halkoylamasının, demokrasinin temel bir kurumu olduğu, demokrasilerde son sözün millete ait olması gerektiği, halkoylamasının halkın önünde altın değerinde bir fırsat olduğu yolunda sözler söylendi (12). Bu nedenle, insanın aklına hemen, “halkoylaması ile demokrasi arasında ne gibi bir ilişki vardır?” sorusu geliyor.

Halkoylaması ile demokrasi arasında ne gibi bir ilişkinin olduğu sorunu hayli tartışmalıdır. Halkoylamasına taraftar olanlar olduğu gibi, karşı olanlar da vardır.

Halkoylamasına *taraftar* olanlar, düşüncelerini Rousseau’nun “egemenliğin devredilmezliği” kuramına dayandırmaktadırlar. Rousseau’ya göre, egemenlik halktadır ve başkasına da devredilemez. “Milletvekilleri milletin temsilcisi değildirler ve olamazlar. Olsa olsa geçici işlerinin görevlileri olabilirler; hiçbir kesin karara da varamazlar.

*Halkın onamadığı hiçbir yasa geçerli değildir, yasa sayılmaz”** (13). O halde, milletvekillerinin hazırladıkları yasalar halkoylamasına sunulmalıdır. Bu, halkın teorik olarak sahip olduğu egemenliğini, fiilen de ele geçirmesinin tek yoludur (14).

Keza, E. Olivier’ye göre de, “halkoylamasız bir halk egemenliği bir aldatmacadan başka bir şey değildir. . . Egemenlik, dört ya da beş yılda bir sandığa atılan bir oy pusulası ile kullanılamaz. . . Bir seçim gününden diğer seçim gününe kadar, *halkın egemenliği uykuya yatmaktadır. Halkoylaması onu her zaman uyanık tutar*” (15).

Halkoylamasına taraftar olanlar ayrıca şunları da ileri sürmüşlerdir: Halkoylaması ile halkın, temel siyasal problemleri incelemeye ve katkıda bulunmaya çağırılması, halkın vatanseverlik duygularını geliştirir. Halktan çözüm istemek, halka kamusal sorunlar üzerinde düşünmeyi öğretir. Halkoylamasında halk, devletin kaderini belirlediğini hissederek ve böylece sorumlulukları

(*) Yazıdaki bütün italikler bana ait.

- (11) Bu konuda özellikle bkz.: **Taha Parla**, “İki Tür Halkoylaması: Referandum ve Plebisit”, *Cumhuriyet*, 18 Şubat 1986.
- (12) Örneğin ANAP’ın gazetelere verdiği ilanlarda, “referandum, halkın devlet yönetimine doğrudan doğruya katılmasının tek yoludur” denip, ilan “söz milletin!” sloganıyla noktalanıyordu (*Milliyet*, 4 Eylül 1988). Keza, SHP’nin ilanlarında da, “şimdi halkımızın önünde altın değerinde bir fırsat var” deniyordu (*Milliyet*, 11,18,20 Eylül 1988).
- (13) **Rousseau** *Toplum Sözleşmesi* iii. 15 (Çev. Vedat Günyol, Adam Yayınları, İstanbul, 1982, s. 109).
- (14) **Maurice Battelli**, *Les institutions de democratie directe en droit Suisse et compare moderne*, Recueil sirey, Paris, 1933, s. 163.
- (15) Aktaran: **Joseph Barthélemy ve Paul Duez**, *Traite de droit consitutionnel*, Daloz, Paris, 1933, s. 123.

nın bilincine varır. Keza, halkoylaması dönemlerinde halk, kitle iletişim araçlarını yakından izleyerek, ülkenin ekonomik sosyal sorunları hakkında bilgi sahibi olur. Kısacası, halkoylaması, halkın demokratik eğitimini sağlar (16).

Halkoylamasına taraftar olanların düşünceleri, duygusal nitelikte olup, artık tarihsel bir değer taşımaktadırlar. Bunlar, halk egemenliği ve sosyal sözleşme kuramından üretilen mantıksal çıkarımlar olup idealist ve “ultra-demokratik” niteliktedirler (17). Oysa, bugün halkoylaması, felsefi bir mesele değil, siyasi-hukuki-teknik bir meseledir. Önemli olan halkoylamasının düşünsel değil; uygulamadaki değeri, yani demokrasi, rejim ve özgürlükler üzerindeki etkisidir (18).

Kaldı ki, Halkoylamasına taraftar olanların ileri sürdükleri kanıtlara karşı, onlara nitelik olarak benzeyen karşıt kanıtlar da ileri sürülmüştür: Bunlara göre, halkoylaması, karmaşık sorunlar hakkında bilgisiz kimselerin görüşlerinin alınmasından başka bir şey değildir. Sıradan vatandaşlar, pek çetin sorunlar hakkında düzenleme getiren yasaları doğru olarak değerlendiremezler. Bunların kanaatleri, objektif bir akıl yürütmeye değil; tek taraflı ve subjektif yargılara dayanır. Kanaatlerini, okudukları tek bir gazeteye veya çoğunlukla iktidarın denetimi altında olan televizyona göre oluştururlar. Özetle, seçmenler ne pek eğitilmiş ne de pek zeki kimselerdir. Yasaları anlamak için gerekli anlayış gücünden yoksundurlar (19).

Ancak belirtmek gerekir ki, halkoylamasına taraftar olanların görüşleri, nasıl “ultra-demokratik” düşüncelerden esinlenmişse, bu görüş de “anti-demokratik” düşüncelerden esinlenmiştir.

Kanımca, halkoylaması ile demokrasi arasındaki ilişki, bir takım idealist ilkelerden mantıksal çıkarımlar yoluyla değil, uygulamanın gözlemlenmesi yoluyla ortaya çıkarılabilir; keza, “halkoylaması demokratik midir?” gibi sorular bir paradokstan başka bir şey değildir; yine, demokrasilerde son sözün millete ait olması gerektiği ve halkoylamasının halkın önünde altın değerinde bir fırsat olduğu yolundaki sözler, spekülasyondan öte bir gerçekliği yansıtmaktan uzaktır. Çünkü, halkoylaması; yukarıda açıklandığı üzere, halk veto-su ve halk teşebbüsü gibi bir “yarı-doğrudan demokrasi” aracıdır. Yarı-doğrudan demokrasi de, “doğrudan demokrasi” ve “temsili demokrasi” gibi, egemenliğin kullanılması bakımından demokrasinin bir uygulama biçimidir. Bu nedenle, demokrasinin birer uygulama biçimi olmaları bakımından, yarı-doğrudan demokrasi ile temsili demokrasinin değeri birbirine eşittir. Bir

(16) Battelli, s. 163; Bryce, *Les démocraties modernes*, Tome II, Trad. B. Mayra, Payot, Paris, 1924, s. 480.

(17) Battelli, s. 162.

(18) B. Mirkine-Guetzévitch, *Hukuku Esasîyede Yeni Temayüller*, Çev. A. Rıza Türel, Hukuk İlmi Yayma Kurumu, Ankara, 1938, s. 143.

(19) Barthélemy ve Duez, s. 124-125; Battelli, s. 170.

başka anlatımla, Halkoylamasına sık sık başvurulması ne kadar demokratikse, hiç başvurulmaması da o kadar demokratiktir.

Bu sonuç, ampirik olarak da doğrulanmaktadır. *Arend Lijphart*'ın demokratik olarak kabul ettiği 21 ülkede 1945-1980 arasında yapılan halkoylamalarına ilişkin verileri şunlardır: İsviçre 169 halkoylaması ile birinci sıradadır. Avusturya, Yeni Zelanda, Danimarka ve İrlanda'da halkoylamalarının sayısı 20 den az; Fransa, İtalya ve İsveç'te yapılan halkoylamalarının sayısı ise 10 dan azdır. Avusturya, Belçika, Norveç ve İngiltere'de ise yalnızca birer defa halkoylaması yapılmıştır. ABD, Kanada, Almanya, İzlanda, İsrail, Japonya, Lüksemburg ve Hollanda'da ise, halkoylamasına hiç başvurulmamıştır (20). Bu verilerden çıkan sonuç şudur: Halkoylaması ile demokrasi arasında hiç bir ampirik ilişki yoktur. Zira, halkoylamasına 169 defa başvuran İsviçre'nin demokratikliğinden nasıl kuşku edilmiyorsa, halkoylamasına hiç başvurmayan ABD, Kanada ve Almanya gibi ülkelerin de demokratikliğinden kuşku edilmemektedir.

Halkoylaması ile demokrasi arasında olumlu ya da olumsuz bir ilişki olmasına rağmen, şunu da belirtmek gerekir ki, halkoylaması ; yapısında, demokrasi için büyük bir tehlike barındırır. Bu halkoylamasının kolaylıkla "plebisit"e dönüştürülebilmesi ihtimalidir. Halkoylaması bir "kuvvetli adam" heveslisinin elinde, kolayca amacından saptırılabilir (21). Bu durumda, halk, bir metni onayladığını sanarken; gerçekte, bir adama sınırsız bir iktidar verir. Plebisit, bir kuvvetli adam heveslisinin, kendisine karşı çıkabilecek hiçbir muhalifi olmadan, rakiplerine propaganda özgürlüğü tanımadan, kendi iktidarını halka onaylatmasıdır. Plebisit, muhalefetsiz seçim; rakipsiz yarışır. Bu yola, çoğunlukla, kendi sınırsız iktidarlara meşruluk kazandırmak isteyen diktatörlerin başvurduğu görülmektedir (22).

Demokrasilerde de, devlet ya da hükümet başkanlarının insiyatifinde düzenlenen halkoylamaları kolaylıkla plebisite dönüşebilir. Bu boyutuyla halkoylaması, demokrasi için büyük bir tehlike oluşturur (23).

2. Halkoylaması ve Parlamento

Halkoylaması ile parlamento arasındaki ilişkiler konusunda iki değişik görüş vardır:

Halkoylamasına *tarafhtar* olanlara göre, tüm kuvvet sahipleri gibi, parle-

(20) **Arend Lijphart**, *Çağdaş Demokrasiler*; Çev. E. Özbudun ve E. Onulduran, Demokrasi Vakfı ve Siyasi İlimler Derneği Ortak Yayını, Ankara, 1988, s. 136.

(21) **Münci Kapani**, *Kamu Hürriyetleri*, AÜHF Yayını, Ankara, 1981, s. 300.

(22) **Jacques Cadart**, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, L.G.D.J., Paris, 1975, s. 189.

(23) **Cadart**, *Institutions* s. 190. Ayrıca bkz. **Jacques Cadart**, "Les inconvenients et les dangers plebisitaires du référendum d'initiative présidentielle et gouvernementale en France depuis 1958 et les remèdes desirables", *Revue Internationale de droit comparé*, 28. Année, Avril-Juin 1976, No: 22, s. 287-290.

mentolar da sahip oldukları kuvvetleri kötüye kullanmak eğilimindedirler. Halkoylaması, parlamentoların zorbalığına karşı, halkın yedekte bulundurduğu bir savunma silahıdır. Halkoylaması, meclislerin muhtemel despotizmine karşı bir engel oluşturur (24).

Parlamentodaki çoğunluk ile ülke genelindeki çoğunluk, genellikle bir-biriyle uyumlu değildir. Zira, bütün seçim sistemleri, büyük partilerin artık temsiline, küçük partilerin ise eksik temsiline; dolayısıyla, parlamentoda yapay çoğunluklara yol açmaktadır (25). İşte, bu uyumsuzluğun sakıncalarını, halkoylaması gidermektedir. Yapay çoğunlukların yaptıkları değişiklikleri, halkoylaması engeller (26). Halkoylaması taraftarlarının ileri sürdükleri bu argüman Türkiye örneği açısından da doğrulanmıştır: Ülke genelinde aldığı % 36 lık oyla, parlamentoda % 65 lik bir çoğunluk sağlayan Anavatan Partisi’nin, parlamentoda % 65 lik bir çoğunlukla *kabul ettiği* anayasa değişikliği, Halkoylamasında % 65 lik bir çoğunlukla *reddedilmiştir*.

Diğer yandan, parlamentoda yapay çoğunluklar tarafından yapılan yasaların evrensel bir saygı göremeyecekleri, halkın bu yasalara karşı direnebileceği; oysa, halkoylaması sonucu kabul edilen yasaların kendilerine mükemmel bir itaat sağlayacakları ileri sürülmüştür, zira, onlara göre, çoğunluk tarafından benimsenen çözüme, azınlık da halkoylamasına katılarak rıza göstermiştir (27).

Ayrıca, bir takım güçlü kişiler ya da grupların, parlamentodan kendi lehlerine yasa çıkarabilmek için, parlamenterlere özel çıkarlar sağladıkları görülmektedir. Oysa, bir yasanın, halkoylaması usulü ile kabulünde böyle bir yolsuzluğun olması ihtimali yoktur (28).

Halkoylamasına *karşı olanlar* da, şu görüşleri ileri sürmüşlerdir: Bir kere, halkoylaması, siyasal işbölümü ilkeleriyle çelişki halindedir (29). Kaldı ki, halkoylamasının parlamento üzerinde birçok olumsuz etkisi vardır:

Halkoylaması, parlamentonun değerini düşürür (30). Vatandaşlar, yasaları doğrudan oylama hakkına sahip olduklarında, parlamento seçimlerine ilgi göstermeyebilirler. Oysa, bir parlamento, kendi seçimlerine ilgi gösterildiği sürece saygınlığını sürdürebilir (31).

Halkoylaması yapıldığında, parlamento, yaptığı işlemlerin kesin olmadığını görerek, etkinlik ve sorumluluk duygusunu yitirebilir. Milletvekilleri, gereken yasaları değil, halkın hoşuna giden yasaları hazırlarlar (32).

(24) Barthélemy ve Duez, s. 123; Battelli, s. 161.

(25) Lijphart, s. 105.

(26) Barthélemy ve Duez, s. 124.

(27) Battelli, s. 165.

(28) Lawrence Lovell, *L’opinion puplique el le gouvernement populaire*, Trad. A. Jézè, Marcel Giard, Paris, 1924, s. 158.

(29) Battelli, s. 176.

(30) Lowell, s. 159.

(31) Barthélemy ve Duez, s. 126; Battelli, s. 176.

(32) Battelli, s. 176.

Parlementoda yasalar, bir tartışma süreci içinde hazırlanır. Bu amaçla, parlamentoda, bir takım tartışma usulleri ve güvenceleri getirilmiştir. Parlementoda, karşıt görüşler arasında uzlaşma imkanı da vardır. Oysa, Halkoylamasında, bu imkanlar sözkonusu değildir.

Parlementolar, siyasal sorumluluk taşıyan kurumlardır. Buna karşın, halkın böyle bir sorumluluğu yoktur. En azından, “isimsiz bir kalabalık”ta, bu sorumluluğun teşhisi imkansızdır. Halk, sınırsız iktidarım sorumsuzca kullanabilir. Bu nedenle, halkoylaması, belirsiz, *kör bir kuvvettir* (33).

Halkoylamasında, hızlı çözümler bulmak güçtür. Oysa, Halkoylamasına oranla, parlamentolarda daha hızlı çözümler üretilebilmektedir (34).

Parlementoda çözüm bulmak yerine, Halkoylamasına başvurmak pahalı ve masraflı bir usuldür (35).

Halkoylamasına sık sık başvurmak, halka bıkkınlık ve sıkıntı verir (36). Halkoylamasına katılma oranı, seçimlere katılma oranından genellikle düşük olmaktadır (37). Bu husus, Türkiye’deki son halkoylaması ile de doğrulanmıştır: 29 Kasım 1987 milletvekili genel seçimlerine katılma oranı % 93.26 iken, bu oran, 25 Eylül 1988 halkoylamasında % 88.92’ye düşmüştür (38).

Ayrıca, seçmeni, Halkoylamasına katılmaya zorlamak, onu, bilmediği ve pek de ilgilenmediği bir konuda tercih yapmaya iteceğinden, halkoylamasının sonuçlarının sağlığını olumsuz yönde etkileyebilir.

3. Halkoylaması ve Siyasal Partiler

Halkoylaması ile siyasal partiler arasında acaba ne gibi bir ilişki vardır?

Halkoylamasına *taraf*ta olanlara göre, halkoylaması partilerin zararlı etkilerini ortadan kaldırır. Halkoylamasında seçmenler, parti çıkarlarını değil; genel çıkarları üstün tutarlar. Çünkü, halkoylamasında kişiler değil, bir kanun metni oylanır. Seçmenler, bir metnin sağa ya da sola yakın olduğunu bilemezler. Zira, bu etiketler, metinlerin değil, kişilerin etiketleridir. Bu görüşte olanlara göre, partilerin köleleştirici etkileri vardır. Seçmenler, genellikle seçimlerde, beğendikleri liderin tavsiyeleri doğrultusunda oy kullanırlar. Oysa, Halkoylamasında bir kanun metni oylandığından, partilerin köleleştirici etkisi ortadan kalkar. Halk; egemenliğini, yeniden ele geçirir (39).

Hemen belirtelim ki, bu görüş, siyasal partilere şüpheli gözlerle bakanla-

(33) Battelli, s. 175.

(34) Barthélemy ve Duez, s. 126; Battelli, s. 171.

(35) Barthélemy ve Duez, s. 126.

(36) Barthélemy ve Duez, s. 125-126.

(37) Bryce, s. 466-467.

(38) Resmi Gazete, 9 Aralık 1987 - 19659; 1 Ekim 1988 - 19946.

39 Barthélemy ve Duez, s. 123; Battelli, s. 164; Mirkine-Guetzévitch, s. 152-153.

rın görüşüdür. Üstelik, gerçekleri yansıtmaktan da uzaktır. Siyasal partilerin etkileri, pekala, halkoylamasında da görülebilir. Ülkemizde yapılan son halkoylamasında da görüldüğü gibi, siyasal partiler, halkoylamasının amacını kolaylıkla saptırabilirler. Zira, her Halkoylamasının yapısında bir “güven oylaması” saklıdır. Halkoylamasına sunulan bir metne evet/hayır demekle, o metni hazırlayan kişiye evet/hayır demenin birbirinden kolayca ayrılamayacağı söylenebilir. Bir başka anlatımla, bir metne evet/hayır demek, o metni hazırlayan kimseye evet/hayır demekle aynı anlama gelebilir (40). Halkoylamasının güven oylamasına dönüşmesi, sadece, muhalefet partilerinin etkileriyle meydana gelmiyor. Devlet ya da hükümet başkanları da sık sık, eğer Halkoylamasından istedikleri sonucu alamazlarsa istifa edeceklerini bildirmektedirler(41). Bu “istifa tehditleri” de, Halkoylamasının amacını saptırmakta, onu, bir “güven oylamasına” dönüştürmektedir (42). Bu nedenlerden dolayı, her halkoylamasının yapısında, bir güven oylamasına dönüşme eğilimi vardır. Bu eğilim Türkiye’deki son halkoylamasında da görülmüştür.

Ayrıca, halkoylaması, partilerin programlarındaki birliği bozabilir. Oysa, günümüzde partiler, programlarını gerçekleştirmek için iktidara gelmeye çalışmaktadırlar. İktidar partisinin, parlamentoda, kendi çoğunluğuna dayanarak kabul ettirdiği yasalar; münferit bir metin değil, hükümet programının bir parçasıdır. Bu programın bir halkası, halkoylaması ile reddedilirse, hükümet programının bütünlüğü bozulur (43).

4. Halkoylaması ve Azınlık Hakları

Meclislerde sorunlar, güvence altına alınmış tartışma usulleriyle çözümlenir. Her mecliste, mutlaka azınlıkta olanlara da söz verilir. Azınlıklar, gerek yaptıkları eleştirilerle, gerek pazarlık güçleriyle, çoğunlukları etkileyebilirler. Örneğin, başka konuda destek vadederek, çoğunluğun o konudaki kararını değiştirebilirler. Oysa, halkoylamasında, böyle bir pazarlık imkanı yoktur. Bu nedenle, azınlık hakları açısından, halkoylamaları meclislerden daha tehlikelidir (44). Ayrıca, halkoylaması, çoğunluğun güçlü olduğu ve azınlığın üzerinde her istediğini yapabileceği fikrinin doğmasına da yol açar (45).

Azınlık haklarının korunmasının bir yolu da, bu hakların anayasalarda sayılmasıdır. Zira, anayasalar, yasalara göre, daha zor değiştirilebilen metinler-

(40) Jean-Louis Quermonne, “Le référendum: Essai de typology prospective”, *Revue du droit public et de Science politique en France et à l’étranger*, 1985, N. 3, s.58 7-589.

(41) Örneğin, Fransa’da bu taktik, de Gaulle tarafından çok kullanılmıştır. Ancak, de Gaulle’ün bu taktiği kendinin de sonunu hazırlamıştır: 27 Nisan 1969 halkoylamasında hayır oyları çoğunlukta (% 53.18) çıkınca, istifa etmek zorunda kalmıştır (Cadart, *Institutions*, s. 198. Ayrıca bkz. Frederic Bon, “Le referendum du 27 Avril 1969: Suicide politique ou necessite strategique?”, *Revue française de Science politique*, Volume XX, Avril 1970, No 2, s. 205-223).

(42) Cadart, *Institutions*, s. 192-193; *Les inconvenients*, s. 287-290.

(43) Lowell, s. 159-16).

(44) Lijphart, s. 19.

(45) Battelli, s. 171.

dir. Buna, “anayasaların katılığı” denir. Anayasaların katılığı, azınlık hakları açısından bir güvencedir. Anayasa değişikliklerinin halkoylaması ile yapılması usulünün, özel bir çoğunluk aranmadığı takdirde, anayasaların değiştirilmesini kolaylaştırdığı ileri sürülebilir. Zira, parlamento çoğunluğunun (Türkiye örneğinde 3/5) teklif edip, halk çoğunluğunun (% 50 + 1) kabul ettiği bir anayasa değişikliği; mecliste, nitelikli bir çoğunlukla (örneğin 2/3) kabul edilecek bir anayasa değişikliğine oranla, daha kolaydır. Bunun da azınlık hakları için tehlikeli olduğu ileri sürülebilir (46). Ancak, kanımca, Türkiye örneği açısından bunun tersi doğrudur. Zira, aşağıda da, açıklanacağı üzere, Türkiye gibi, seçmen düzeyinde olumsuz çoğunlukların; parlamento düzeyinde ise yapay çoğunlukların bulunduğu bir ülkede, parlamento düzeyinde 2/3 çoğunluk sağlamak, seçmen düzeyinde % 50+1 çoğunluk sağlamaktan kolaydır.

Ancak, kararlı bir azınlığın, azınlık haklarına dokunan bir anayasa değişikliğine karşı, etkin bir kampanya yürütmesi halinde, halkoylaması ile anayasayı değiştirmek oldukça güçleşir (47). Zira, kamu oyu araştırmaları göstermiştir ki, “kesin ve köklü olarak benimsenen ve açıklanan bir görüş, azınlığın görüşü de olsa, çoğunluk tarafından gevşek ve köksüz olarak paylaşılan görüşe karşı eninde sonunda üstün gelir” (48).

5. Halkoylaması ve Sağ-Sol

Halkoylaması karşısında sağın ve solun tutumu nedir? Halkoylaması sık sık, “halkın fetihi” olarak nitelenir. Ancak, uygulama göstermiştir ki, halkoylaması, ilerici olmaktan çok muhafazakar bir kurumdur. İlerici bir program, halkoylamasından ziyade, bir meclis tarafından kabul edilebilir. Halkoylaması, toplumsal dönüşüm programlarının önünde anlamsız bir fren rolü oynar. Halkoylamalarının çoğundan, statükoyu koruyucu sonuçlar alınmıştır. Örneğin, İsviçre’de ilerici sayılabilecek birçok program, halkoylaması ile reddedilmiştir. Bu ülkede, kadınlara seçme ve seçilme hakkının geç tanınmasının bir nedeni de, buna, yurttaşların, halkoylamalarında karşı çıkmalarıdır. Muhafazakar partiler, halk egemenliği kuramından kaynaklandığı için, bir zamanlar kuşku ile baktıkları halkoylamasının kendi işlerine yaradığını görünce, bu kuruma sahip çıktılar. Sol partiler ise, baştan sempati ile baktıkları bu kurumun reformları geciktirici bir etki gösterdiğini görünce, Halkoylamasına karşı çıkmaya başladılar (49).

Türkiye’deki sol partilerin,, yukarıdaki açıklamalara doğrultusunda, Halkoylamasına karşı çıktıkları söylenemez. Zira, son halkoylaması esnasında,

(46) Lijphart, s. 127.

(47) Lijphart, s. 127.

(48) Münici Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, AÜHF Yayını, Ankara, 1983, s. 115.

(49) Mirkine-Guetzévitch, s. 161; Battelli, s. 174; Duverger, s. 230; Leslie Lipson,

Demokratik Uygarlık, Çev. H.Gülalp ve T.Alkan, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1984, s. 259-260. Ayrıca bkz. A.Quinche, “Le suffrage féminin en Suisse”, *Revue française de Science politique*, 1954, s. 581 vd.

SHP, Halkoylamasını, sık sık, “halkın önünde altın değerinde bir fırsat” olarak nitelendirmiştir (50) (51).

6. Halkoylaması ve Rejim Desteği

Acaba, halkoylamaları genellikle, nasıl sonuçlanır? İktidarın istediği şekilde mi; yoksa, muhalefetin istediği gibi mi? Rejimi zayıflatıcı mı; yoksa destekleyici mi?

Siyasal bilim araştırmaları, halkoylamalarının çoğunlukla, iktidarın istediği gibi sonuçlandığını, rejimi destekleyici olduğunu, yani teknik tabiri ile “hegemonyacı” olduğunu göstermiştir. Çünkü, hükümetler, ancak kazanacaklarını umdukları takdirde halkoylamasına başvururlar. Kazanamama ihtimalleri varsa, zaten halkoylamasına başvurmazlar. Bu nedenle, “halkoylamasında, genellikle kaybetmekten çok kazanmak eğilimi söz konusudur. *Halkoylaması hükümetlere karşı bir silah olmaktan çok, hükümetlerin elinde bir silahtır*” (52).

Siyasal bilimin bu varsayımı, acaba, Türkiye örneği açısından da geçerli midir? Türkiye’de de halkoylamaları çoğunlukla, iktidarın istediği gibi mi sonuçlanmaktadır?

Bu soruyu cevaplamak için ilk önce, Türkiye’de yapılan halkoylamalara ilişkin bir takım saptamalarda bulunmak gerekir.

a) *Türkiye’de Yapılan Halkoylamalarının Sayısı*: Ülkemizde 1961, 1982, 1987 ve 1988 de olmak üzere dört halkoylaması yapılmıştır. Ancak, 1982 Halkoylamasını bir “halkoylaması” olarak kabul etmemek gerekir. Çünkü, bir kere, bu oylamada “hayır” oylarının çok çıkması halinde ne yapılacağı belirtilmemiş, yani vatandaşlar, 1982 Anayasası ile bir “kaos” arasında tercih yapmak zorunda bırakılmışlardır. Diğer yandan, partiler kapatılmış, “evet” oyu için devlet propagandası yapılmış; ama “hayır” oyu için ise propaganda yapılması yasaklanmıştır. Nihayet, halkoylaması, Cumhurbaşkanlığı makamı için yapılan bir “plebisit” ile birleştirilmiştir (53). Gerçi, bu hatalar, 1961 oylamasında yapılmamıştır. Ancak, kanımca, 1961 oylamasını da, gerçek anlamda

(50) *Milliyet*, 11, 18, 20 Eylül 1988.

(51) SHP’nin bu tutumu karşısında **Mümtaz Soysal** şöyle yazmaktadır: “Bir sol partinin, temsil ilkesinden ayrılıp konuları parlamentoda çözmek yerine, referandum istemesi de olacak şey değildir. Politika biliminin ve anayasa hukukunun çelişkili doğrularından biri şudur ki, halkoylaması genellikle sağın işine yarar. SHP’nin Türkiye’yi “demokratik” yoldan yavaş yavaş diktatörlüğe sürüklemek üzere Türk Anayasa Hukukuna sokulmuş olan referandum belasına karşı çıkmak yerine, bundan medet umar duruma düşmesi kadar ters bir şey olamaz ... Bu durum, her sosyal demokratın göğsünü gere gere benimseyebileceği bir durum değildir” (**Mümtaz Soysal**, “Açı: SHP’nin Kötü Kumarı”, *Milliyet*, 5.8.1988).

(52) **Lijphart**, s. 137.

(53) **Ergun Özbudun**, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1986, s. 37-38; **Bülent Tanör**, *İki Anayasa: 1961-1982*, Beta, İstanbul, 1986, s. 105-107. *Tanör* bu sebepleri saydıktan sonra, 1982 oylamasını bir halkoylaması olarak değil, bir “halkoylaması”, bir “evetleme /hayırlama operasyonu” olarak nitelendiriyor (age, s. 105, 107).

bir halkoylaması olarak. kabul etmemek gerekir. Zira, anayasanın kabulüne karşı, propaganda yapılması ancak “nisbi” olarak serbest bırakılmış; bir parti kapatılmış, bu partinin kamu oyunu oluşturmaları engellenmiştir (54).

1961 ve 1982 oylamaları, birer “plebisit” tir (55). Zira, bir kere oylamaya sunulan metnin hazırlanmasına halk katılmamış, halktan sadece bu metnin kabulü istenmiştir. Diğer yandan, oylamaya başvuranlar da halkın seçtiği meclis değil, darbe ile yönetimi ele geçiren, kendilerine meşruluk kazandırmak isteyen kişisel iktidar sahipleridir.

Bu nedenlerden dolayı, ülkemizde, her ne kadar, dört tane halkoylaması yapılmış görünüyorsa da, gerçek anlamda, sadece ve sadece, iki halkoylaması vardır: 1987 ve 1988 halkoylamaları.

b) *Halkoylamalarının Sonuçları*: Biçimsel olarak bakarsak, 1961, 1982 ve 1987 halkoylamalarının “evet” oyu ile; 1988 halkoylamasının ise “hayır” oyu ile sonuçlanmış olduğunu görürüz. Burada, 1988 halkoylaması ile Türkiye’de ilk kez bir halkoylamasının “hayır” oyu ile sonuçlanmış olması, dikkati çekmektedir (56). Ancak, bu gözlem, bizim işimize yaramaktan uzaktır. Zira, bir kere, 1961 ve 1982 oylamalarını, yukarıda açıklanan nedenlerle, bir halkoylaması olarak kabul etmemek gerekir. Diğer yandan, bir halkoylamasında asıl önemli olan şey, sonucun “evet” ya da “hayır” olması değil, bu sonucun iktidarın istediği sonuç olup olmamasıdır. Yani, teknik tabiri ile halkoylamasının “hegemonyacı” ya da “anti-hegemonyacı” olmasıdır.

Bu açıdan, Türkiye’deki halkoylamalarına (1987 ve 1988) bakarsak, bunların iktidarın istediği gibi sonuçlanmadığını, yani “anti-hegemonyacı” olduklarını görürüz. Oysa, yukarıda da açıklandığı gibi, siyasal bilim bunun tersini söylemektedir. Acaba, Türkiye’deki sonuçların, siyasal bilimin bu varsayımına uymamasının nedeni nedir?

Bu uyumsuzluğun nedeni, kanımca, ülkemizdeki oy dağılımının yapısından kaynaklanmaktadır. Ülkemizde hiçbir parti, tek başına % 50+1 lik çoğunluk sağlayamamaktadır. 1980 öncesinde hem parlamento, hem de seçmen düzeyinde; 1980 sonrasında ise, parlamento düzeyinde olmasa bile seçmen düzeyinde “olumsuz çoğunluklar” vardır. Bunlar, iktidara karşı güçlerini birleştirebilmekte, ama kendi siyasal görüşlerinin farklılığı nedeniyle de *kendi aralarında* birleşememektedirler. Böyle, olumsuz çoğunlukların olduğu bir ülkede, hükümetin başvurduğu bir halkoylamasında, olumsuz çoğunluklar, muhtemelen hükümete karşı birleşecek ve halkoylamasını hükümetin istemediği bir şekilde sonuçlandıracaklardır. Bu nedenle, ülkemizdeki halkoylamalarında, anti-hegemonyacı ve rejimi zayıflatıcı sonuçlar alınır. Türkiye’deki

(54) *Özbudun*, s. 36-37.

(55) Plebisit için bkz. yukarıda s. 97.

(56) *Hikmet Sami Türk*, “Halkoylamasından Öğreneceklerimiz”, *Cumhuriyet*, 29 Eylül 1988.

halkoylamalarında kazanmak değil, kaybetmek eğilimi vardır. *Türkiye’de halkoylaması, hükümetlerin elinde bir silah olmaktan çok, hükümetlere karşı bir silahtır.*

Bundan sonra, Türkiye’de hükümetlerin, halkoylamasına pek heveslenmeyecekleri söylenebilir. Zira, artık, ülkemizde, olumsuz çoğunluklara karşı halkoylaması kazanmanın pek mümkün olmadığı görülmüştür.

7. Halkoylaması ve Siyasal İstikrar

Halkoylamasının barışa ve istikrara kavuşturucu etkisinin olduğu ileri sürülmüştür: Bir halkoylaması ile toplumsal uzlaşma sağlanarak, kargaşa ve bunalım dönemlerinden çıkılabilir. Kaldı ki, halk beğenmediği yasaları onamayıp bir siyasal gerilimin doğmasını da önleyebilir (57).

Ancak, halkoylamasının, istikrarı bozucu etkisi de vardır: Bir kere, sık sık halkoylamasına gitmek, ülkeyi seçim havasına sokar; siyasal çekişmenin şiddetlenmesine ve ekonomik dengenin bozulmasına yol açar.

Diğer yandan, yukarıda da açıklandığı gibi, halkoylamaları, kolaylıkla güven oylamasına dönüşebilir: Her halkoylaması, yapısında bir güven oylaması saklar. Türkiye gibi, olumsuz çoğunlukların egemen olduğu bir ülkede, güven oylamasına dönüşmüş bir halkoylaması hükümet için bir “*intihar oylaması*” demektir. Zira, hükümet, söz konusu olumsuz çoğunluklar nedeniyle, halkoylamasından istediği sonucu alamayacak ve istifa etmek zorunda kalacaktır.

SONUÇ

Halkoylamasının değeri açısından Türkiye örneğine baktığımızda, şu sonuçlarla karşılaşmaktayız:

Anayasaların değiştirilişi açısından, halkoylaması usulünün, özel bir çoğunluk aranmadığı takdirde, mecliste nitelikli bir çoğunlukla yapılması gereken anayasa değişikliğine oranla, daha kolay olduğu, bunun anayasaların katılığını zayıflatığı söylenebilir. Ancak, Türkiye örneği açısından bu yargıya katılmak mümkün değildir. Zira, ülkemizde, seçmen düzeyinde olumsuz çoğunluklar, parlamento düzeyinde ise yapay çoğunluklar vardır. Böyle bir ortamda, parlamentoda nitelikli bir çoğunluk sağlamak, halkoylamasında salt çoğunluk sağlamaktan daha kolaydır.

Halkoylaması pratiği, halkoylamasının ilerici olmaktan çok, muhafazakar bir kurum olduğunu; solun işine yaramaktan ziyade, sağın işine yaradığını göstermiştir. Ancak ülkemizdeki sol partilerin bunun farkına vardıkları pek söylenemez.

Halkoylamalarında, genellikle, kaybetmekten çok, kazanmak eğilimi vardır. Halkoylaması, hükümetlere karşı bir silah olmaktan çok, hükümetlerin

(57) Barthélemy ve Duez, s.1324; Battelli, s. 165.

elinde bir silahtır. Ancak, Türkiye açısından bunun tersi doğrudur. Zira, Türkiye’de olumsuz çoğunlukların varlığı ve bunların güçlerini hükümete karşı birleştirmesi gerçeği, halkoylamasını hükümetin istemediği şekilde sonuçlandırır. Bu nedenle, Türkiye’deki halkoylamalarında, kazanmak değil, kaybetmek eğilimi vardır. Türkiye’de halkoylaması, hükümetin elinde bir silah olmaktan çok, hükümetlere karşı bir silahtır.

Halkoylamasının, Türkiye örneği açısından taşıdığı diğer bir tehlike de, halkoylamasının güven oylamasına dönüşebilmesi ihtimalidir. Türkiye’de, güven oylamasına dönüşmüş bir halkoylaması hükümet için bir intihar oylaması demektir. Zira, yukarıda bahsedilen olumsuz çoğunluklar nedeniyle, hükümet, Halkoylamasını muhtemelen kaybedecek ve istifa etmek zorunda kalacaktır.

Siyasal istikrara bu denli ihtiyaç duyan Türkiye için, halkoylamasının taşıdığı tehlikelerin önemi ortadadır.

Bibliyografya

Barthélemy, Joseph ve Duez, Paul: *Traité de droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 1933.

Battelli, Maurice: *Les institutions de demokratie directe en droit Silisse et comparé moderne*, Recueil sirey, Paris, 1933.

Bon, Frédéric: “Le référendum du 27 avril 1969: Suicide politique ou nécessité strotegique?”, *Revue française de Science politique*, Volume XX, Avril 1970, No. 2, s. 205-223.

Byrce: *Les demokraties modernes*, Tome II, Trad. B. Mayra, Payot Paris, 1924.

Cadart, Jacques: *institutions politiques et droit constitutionnel*, L.G.D.J., Paris, 1975.

———: “Les inconvenients et les dangers plebiscitaires du referendum d’initiative predentielle et gouvernementale en France depuis 1958 et les remedies desirables”, *Revue internationale de droit compare*, 28. année, Avril-Juin 1976, No. 22.

Duverger, Maurice: *Droit constitutionnel et institutions politiques*, PUF, Paris, 1955.

Kapani, Münci: *Kamu Hürriyetleri*, A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 1981.

———: *Politika Bilimine Giriş*, A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 1983.

- Kubalı, Hüseyin Nail:** *Anayasa Hukuku*, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, 1971.
- Laferrière, Julien:** *Manuel de droit constitutionnel*, Editions domat montchrestien, Paris, 1947.
- Lijphart, Arend:** *Çağdaş Demokrasiler*, Çev. E. Özbudun ve E. Onulduran, Demokrasi Vakfı ve Siyasi İlimler Derneği Ortak Yayını, Ankara, 1988.
- Lipson, Leslie:** *Demokratik Uygarlık*, Çev. H. Gülalp ve T. Alkan, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları Ankara, 1984.
- Lowell, Lawrence:** *L'opinion publique et le gouvernement populaire*, Trad. A. Jézé, Mareel Giard, Paris, 1924.
- Mirkin-Guetzévitch:** *Hukuku Esasiyede Yeni Temayüller*, Çev. A. Rıza Türel, Hukuk İlmi Yayma Kurumu Yayını, Ankara, 1938.
- Özbudun, Ergun:** *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1986.
- Parla, Taha:** “İki Tür Halkoylaması: Referandum ve Plebisit”, *Cumhuriyet*, 18 Şubat 1986.
- Robert, Jacques:** “L’aventure référendaire”, *Recueil dalloz sirey*, 1984, 41^e cahier, Cronique XL. s. 243-252.
- Rousseau, Jean-Jacques:** *Toplum Sözleşmesi*, Çev. Vedat Günyol, Adam Yayınları, İstanbul, 1982.
- Quermonne, Jean-Louis:** “Le référendum: Essai de typology prospective”, *Revue du droit publique et de Science politique en France et a l’etranger*, 1985, No 3, s. 575-589.
- Quinche, A.:** “Le sufrage féminin en Suisse”, *Revue française de Science politique*, 1954, s. 581 vd.
- Soysal, Mümtaz:** “Açı: SHP’nin Kötü Kumarı”, *Milliyet*, 5 Ağustos 1988.
- Tanör, Bülent:** *İki Anayasa: 1961-1982*, Beta, İstanbul, 1986.
- Teziç, Erdoğan:** *Anayasa Hukuku*, Beta, İstanbul, 1986.
- Türk, Hikmet Sami:** “Halkoylamasından Öğreneceklerimiz”, *Cumhuriyet*, 29 Eylül 1988.

(28. Makale - 1989)

Selim KANETİ

*Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre
Anayasa'nın Özel Hukuk Alanındaki
Etkileri **

* Selim Kaneti, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasanın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 53, S. 1-4, 1988-1990, s.199-211.

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINA GÖRE ANAYASA'NIN ÖZEL HUKUK ALANINDAKİ ETKİLERİ

Profesör Dr. Selim Kaneti*

I. GİRİŞ

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, yalnız Türkiye Cumhuriyeti'nin yapısını belirlemekle yetinmemiş olup, gerek yasa koyucuyu gerek mahkemeleri bağlayan genel nitelikte kurallara, temel hakları anayasal güvenceye bağlayan hükümlere yer vermiş bulunmaktadır. Temel hakların anayasal güvenceye bağlanmasındaki geleneksel ana amaç, onları devlet gücüne karşı korumaktır. Ne var ki, temel hak ve hürriyetlerin anayasal içerikleriyle gerçekleşebilmeleri, özel hukuk alanında da ve bu alana özgü araçlarla berki-tilmelerini gerektirmektedir ⁽¹⁾.

Temel hak ve hürriyetlerin büyük bir bölümü özel hukuk yasalarıyla somutlaştırılmış bulunmaktadır. Kişinin dokunulmazlığı, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı, zorla çalıştırma yasağı, özel hayatın gizliliği ve korunması, konut dokunulmazlığı, din ve vicdan hürriyeti, düşünce, kanaat, bilim ve sanat hürriyetleri Medenî Hukuk alanında kişilik haklarıyla ilgili düzenlemelerle korunmaktadır. Dernek ve vakıf kurma hürriyeti, Medenî Kanunun tüzel kişiler hukuku bölümü ve Dernekler Kanunu ile ayrıntısal biçimde somutlaştırılmıştır. Anayasal güvenceye sahip bulunan mülkiyet hakkı ve onun uzantısı olan miras hakkı, Medeni Kanunun eşya hukuku ve miras hukuku kitaplarının konusunu oluşturmaktadır. Türk toplumunun temeli olarak nitelendirilen ve korunmaya lâyık görülen aile ise Medenî Kanun'un aile hukuku kitabında ele alınmış bulunmaktadır. Çalışma ve sözleşme hürriyeti, Borçlar Kanunu ile Ticaret Kanunu'nun ve iş kanunlarının temelini oluşturmaktadır. Hak arama hürriyeti ise, özel hukuk alanında, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ayrıntılı düzenlemelerine konu olmuştur.

Anayasa'nın güvenceye bağladığı temel hak ve hürriyetler, özel hukuk düzenlemeleriyle somutlaştığına ve uygulama gücü kazandığına göre, Ana-

* İ.Ü. Hukuk Fakültesi Ekonomi ve Maliye Bölümü ve Vergi Hukuku Anabilimdalı Başkanı

(1) LARENZ, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Recht, 6. Bası, München 1983, §. 4, III.

yasa’nın özel hukuk alanında etkinliğinin bulunması, bu durumun zorunlu sonucudur. Bu etki, Anayasa’nın bağlayıcılığını ve üstünlüğünü vurgulayan 11. maddesinde dile getirilmiş bulunmaktadır. Bu madde, Anayasa hükümlerinin yalnız kamusal organları değil, diğer kuruluş ve kişileri de bağladığını belirtmiştir. Madde gerekçesinde bu yön şu sözlerle ortaya konulmuştur ⁽²⁾:

“Anayasa sadece devlet iktidarını değil, kişileri de bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri Anayasa’ya uymak zorundadırlar ve yargı kuvveti gerektiğinde, Anayasa’yı diğer kanunlar gibi uygulayabilecektir.”

Anayasal kuralların Özel Hukuk alanına yansımaları ve bu hukuk alanını etkilemesi aşağıdaki şekillerden biriyle gerçekleşebilir:

1. Özel hukuk kurallarının Anayasa’ya uygun şekilde yorumlanması;
2. Anayasa’ya aykırı özel hukuk kurallarının Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi;
3. Özel hukuktaki boşlukların Anayasa’ya uygun şekilde doldurulması;
4. Anayasa kurallarının Özel Hukuk alanında doğrudan doğruya uygulanması.

Anayasa kurallarının Özel Hukuk alanını yukarıda belirtilen çeşitli şekillerde etkilenmesini, Anayasa Mahkemesi’nin ve Yargıtay’ın içtihatlarının ışığında, ayrı ayrı ele almaktayız.

II. ÖZEL HUKUK KURALLARININ ANAYASA’YA UYGUN OLARAK YORUMLANMASI

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 11. maddesinin ikinci fıkrasına göre “kanunlar Anayasa’ya aykırı olamaz”. Anayasa’ya aykırı kanunlar, Anayasa’nın 148. v.d. maddelerinde öngörülen süreç çerçevesinde iptal edilir. Ancak Anayasa Mahkemesi, Anayasa’ya aykırılık hakkında bir karar vermeden önce yasanın Anayasa’ya uygun şekilde yorumlanıp yorumlanamayacağını inceler⁽³⁾. Eğer Anayasa’ya uygun yorum mümkünse, Anayasa Mahkemesi yasayı iptal etmekten kaçınır. Anayasa’nın üstünlüğü ilkesinin bir sonucu olarak, mümkün olan çeşitli yorumlardan Anayasa’ya uygun olanı tercih edilir ve yasa, bu içeriğiyle, iptal edilmeyerek ayakta tutulur⁽⁴⁾. Dolayısıyla “Anayasa’ya uygun yorum” diğer yorum yöntemlerinden önce gelir. Bu yorum yöntemi, “işlem yararına yorum” (= favor actus) olarak deyimlenen daha genel bir hukuk ilkesinin anayasal alandaki görünümüdür. Yorum yoluyla anaya-

(2) TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI, Komisyon Raporları ve Madde Gerekçeleri, Ankara 1983, s. 12.

(3) LARENZ, a.g.e. §. 4 III; HESSE, Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Karlsruhe 1972, §. 2, IV.

(4) Bkz. dipnot 6.

sal kural ve ilkeler özel hukuk alanına yansımakta ve özel hukuk kurallarına Anayasa'ya uygun içerik kazandırmaktadırlar.

Anayasa Mahkemesi, 12.6.1969 tarihli ve 38/34 sayılı kararının gerekçesinde Anayasa'ya uygun yorum ilkesini şu şekilde dile getirmiştir ⁽⁵⁾:

“İtiraz konusu yasa kuralının yorumunda, bütün yasa kurallarının yorumunda olduğu gibi, Anayasa'nın 8. maddesinde belirtilen Anayasa'nın üstünlüğü ilkesinin uygulanması.... gerekir”⁽⁶⁾.

Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya uygun yorum yöntemini uyguladığı en ilginç kararlardan biri de, 28.4.1970 tarihli ve 67/22 sayılı karardır ⁽⁷⁾. Bu kararında Anayasa Mahkemesi, aynı şehirde oturabileceği konutu bulunan kiracının oturduğu yeri malikin boşaltırabileceği hakkındaki 6570 sayılı kanunun 7. maddesinin (e) bendini izleyen son fıkrasının Anayasa'ya aykırı olup olmadığı sorununu ele almıştır. Bilindiği üzere Yargıtay, Anayasa Mahkemesi kararından önceki kökleşmiş içtihadıyla, malikin bu hükme göre kira sözleşmesinin sonunu beklemeksizin, tahliye dâvası açabileceğini kabul etmişti ⁽⁸⁾. Anayasa Mahkemesi'nin çözüme bağlamak zorunda olduğu ilk sorun, hükmün Anayasa'nın sözleşme özgürlüğünü koruyan kuralına aykırı olup olmadığı incelenirken, hangi yorumun esas tutulacağı idi. Gerçekten, hükmün Yargıtay içtihadına göre yorumlanması halinde, taraflar bir sözleşme yapmış ve bunu belli bir süreye bağlamışken, sözleşme süresinden önce taraflardan birine, bu sözleşmeyle bağlı kalmayarak, tahliye dâvası açmak hakkının tanınması, sözleşme özgürlüğüyle çelişmesi sonucunu yaratabilirdi. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen hükmün, diğer yargı yerlerinin yorumlarıyla bağlı olmaksızın, önce kendisi tarafından yorumlanması gerektiğini ve bu yoruma göre Anayasa'ya aykırılık savını ele alacağını tesbit etmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu konuda Anayasa'ya uygun yoruma öncelik verilmesine de dikkati çekmiştir. 6570 sayılı kanunun 7. maddesinin son fıkrasında, tahliye dâvasının sözleşme süresinin sonunu beklemeksizin her zaman açılabilceği konusunda açık bir hüküm yoktur. Ancak, maddenin düzenlediği diğer tahliye nedenlerinde genellikle dâvanın “kira akdinin hitamında” açılabilceği belirtildiğinden, bu son tahliye nedeninde de dâvanın ancak sözleşme süresinin sonunda açılabilceğini kabul etmek gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin deyişiyle;

“İtiraz konusu fıkra ile, malsahibine tahliye istemi hakkı tanınırken, bu tahliyenin hemen yapılacağı yolunda bir kural konulmamış, sözleşmenin sona

(5) Resmi Gazete, 29.1.1970.

(6) Anayasa Mahkemesi, 20.5.1963 ve 174/115 sayılı kararında da (Resmî Gazete, 2.8.1963), iptali istenen yasanın öncelikle Anayasa'ya uygun yorum sürecine göre anlamlandırılmasını ön-görmektedir.

(7) Resmi Gazete, 3.2.1971.

(8) ERDOĞAN, Tahliye, Kira Tesbiti ve Kira Alacağı Dâvaları, Ankara 1986, s. 798/799.

ermesinde yapılabileceği anlatmak istenmiştir. **Bu anlatıma göre de**, itiraz konusu fıkra, ne malsahibi ve ne de kiracı yönünden bir sınırlama yoktur.

Bu nedenlerle itiraz konusu fıkra Anayasa’nın 40. maddesindeki sözleşme özgürlüğünü zedeler nitelikte olmadığından, Anayasa’nın 12. ve ayrıca 40. maddelerine aykırı değildir.”

Anayasa Mahkemesi’nin yasayı Anayasa’ya uygun olarak yorumlayarak ayakta tutması halinde, diğer mahkemelerin Anayasa’ya aykırı olan önceki yorumu düzelterek, yasa kuralını Anayasa Mahkemesi’nin yorumuna uygun olarak uygulamaları gerekir⁽⁹⁾. Bu yön, Anayasa’nın üstünlüğünün ve Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlamasının zorunlu sonucudur (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 153, VI).

Ne var ki, Yargıtay’ın anılan ilkeye uymadığını görmekteyiz. Gerçekten Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 13.12.1972 tarihli ve 6-102/1362 sayılı kararında, Anayasa Mahkemesi’nin 28.4.1970 tarihli kararını gözönünde tutmaksızın, aynı şehir ve belediye sınırları içinde meskeni bulunan kiracı aleyhine her zaman dâva açılabilmesi hakkındaki içtihadı sürdürmüştür. Bu kararda, 6570 sayılı Kanun’un 7. maddesinin son fıkrasında, davanın açılma süresinin gösterilmemiş bulunması, Anayasa Mahkemesi’nin düşüncesinin çelişir yönde yorumlanmıştır. Bu karara göre:

“Yedinci maddenin 1. fıkrasını teşkil eden a, b, c, ç, d ve e fıkralarında tahliye davasının ne zaman açılabilmesi sarahatle gösterildiği halde, davadaki tahliye sebebi bunlardan ayrı olarak tedvin edilmiş ve herhangi bir süre gösterilmeden diğer şartların mevcudiyeti halinde kiracının kiralananı tahliye etmeye mecbur olduğu açıklanmıştır”⁽¹⁰⁾.

Kanıma göre, diğer yargı yerlerinin Anayasa Mahkemesi’nin bir yasa kuralını Anayasa’ya uygun yorumundan değişik yönde karar vermeleri, Anayasa’nın sisteminde çözümüne olanak bulunmayan bir içtihat uyuşmazlığına yol açar ve hukukun birliğini zedeler.

Belirtelim ki, Anayasa uygun yorum ilkesi, yalnız Anayasa Mahkemesi için değil, bütün yargı yerleri için uygulanması gereken bir esas niteliğini taşır. Nitekim, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 22.1.1988 tarihli ve 5/1 sayılı içtihadı birleştirme kararında⁽¹¹⁾, Anayasa’ya uygun yorumun üstün tutulması gerektiğini vurgulamıştır. Bu kararda çözüme bağlanmış olan içtihat uyuşmazlığı, boşanma hükmünün kesinleşmesinden sonra dahi, kuresuz eşin boşanmaya neden olan olaylara dayanarak, MK. 143, II uyarınca mânevi tazminat davası açıp açamayacağıdır. Yargıtay’ın, öğretinin ve İsviçre

(9) Karş. LARENZ, a.g.e., §. 4, III.

(10) ERDOĞAN, a.g.e., s. 803/804.

(11) Yargıtay Kararları Dergisi, cilt XIV, Ağustos 1988 sayı 8, s. 1031/1057.

Federal Mahkemesi'nin doğrultusunda bulunan eski içtihadına göre maddî ve manevî tazminat ve yoksulluk nafakası ile ilgili uyuşmazlıkların boşanma davasıyla birlikte çözülmesi gerekmektedir. Bu içtihat, aksi halde boşanmış eşleri karşı karşıya getirip, kin ve nefret duygularının tazelenmesine yol açılacağı, bu nedenle, boşanma davası sonuçlandıktan sonra ayrı bir dava ile maddî ya da manevî tazminat veya yoksulluk nafakası istenmesinin mümkün olmadığı düşüncesine dayanmaktadır ⁽¹²⁾. Yargıtay sözügeçen 22.1.1988 tarihli ve 5/1 sayılı içtihadı birleştirme kararıyla, bu eski içtihadını terketmiştir. İçtihadı birleştirme kararına göre, boşanma davasının kesinleşmesinden sonra manevî tazminat davası açılmayacağı yolundaki bir sonuç, temel haklardan olan dava hakkının yasada açıkça yer almayan bir sınırlandırılması niteliğini taşımaktadır. Bu nedenle de, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın temel hak ve hürriyetlerin ancak yasa ile ve bu maddede belirtilen amaçlarla sınırlandırılacağına belirten 13. maddesiyle ve hak arama hürriyetini güvenceye bağlayan 36. maddesiyle bağdaşmamaktadır. Dava hakkına sahip bir kişinin davasını kendi yararına en uygun düşen bir zamanda açmakta serbest oluşu da doğal hakkıdır. Bu gerekçelere göre Medenî Kanun 143, II'nin Anayasa'ya uygun düşen yorumu, manevî tazminat davasının boşanma hükmünün kesinleşmesinden sonra dahi açılması olduğundan, Yargıtay içtihadı birleştirme kararı bu çözümü yeğlemiştir.

III. ANAYASA'YA AYKIRI ÖZEL HUKUK KURALLARININ ANAYASA MAHKEMESİ TARAFINDAN İPTALİ

Anayasa'ya uygun yorum, hükmün yoruma elverişli olmasıyla sınırlıdır. Anayasa'ya aykırılığı sözkonusu olan hükmün lafzına ve ruhuna ve yasakoyucunun amacına göre Anayasa'ya uygun yoruma olanak yoksa ⁽¹³⁾, soyut ya da somut norm denetiminin çerçevesinde iptali gerekecektir. Anayasa Mahkemesi'nin Medenî Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun hükümleriyle ilgili bazı ilginç iptal ve iptal talebini reddeden kararları üzerinde örnek olaylar olarak durmak istiyoruz.

1. Aile Hukuku alanındaki iptal kararları

a) MK. 310, II'yi iptal eden 21.5.1981 tarihli ve 29/22 sayılı Anayasa Mahkemesi karar ⁽¹⁴⁾.

Ailenin korunması ilkesini düzenleyen Türkiye Cumhuriyet Anayasası 41'in gerekçesinde «millet hayatı bakımından ailenin kutsal bir temel olduğu» dile getirilmiştir¹⁵. Ailenin korunması ananın ve çocukların korunmasını da

(12) KÖPRÜLÜ/KANETİ, Aile Hukuku, 2. bası, İstanbul 1988, s. 195/196 ve dipnotu 21'de anılan Yargıtay kararı.

(13) HESSE, a.g.e., §. 2, IV, 1.

(14) Resmî Gazete, 18.8.1981.

(15) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Komisyon Raporları ve Madde Gerekçeleri, Ankara 1983, s. 72.

kapsamaktadır. Anayasa Mahkemesi, 21.5.1981 tarihli ve 29/22 sayılı kararında, MK. 310, II’de yer alan “münasebeti cinsiye zamanında müddeialehy evli ise hakim babalığa hükmedemez” yolundaki kuralı, Anayasa’da yer alan ailenin korunması ve eşitlik ilkelerine dayalı olarak iptal etmiştir. Bu karara göre “evlilik dışında doğan çocuk toplum içinde yalnızlığa itilerek, horlanarak, ekonomik açıdan güçsüz bırakılarak korunamayacağına göre, yargı yoluyla babaları belirlenen zina ürünü çocukların babalarına bağlanmalarını engelleyen itiraz konusu kuralın, çocuğun korunmasına ilişkin Anayasa buyruğu ile çeliştiği açıktır. Anayasa’mız yalnızca çocuğu değil, çocukla birlikte aileyi korumak suretiyle toplumda aile ile aile dışında yer alan ana ve çocuğun çıkarları arasında âdil bir denge kurmak istemektedir.” Anılan karar soruna eşitlik ilkesi bakımından da yaklaşmış ve bu açıdan şu gerekçelere de yer vermiştir: “Çocuğun ana babasını bilmek, babasının nüfusuna yazılmak, bunun getireceği haklardan yararlanmak, ana ve babasından kendisine karşı olan görevlerini yerine getirmelerini istemek gibi haklar çocuğun kişiliğine bağlı temel haklardandır... MK. 81 310/2. maddesindeki hüküm karşısında, hakim cinsi ilişki sırasında erkeğin evli olması durumunda babalığa hükmedememekte, böylece çocuğun doğal babası ile arasında sahih olmayan nesep ilişkisi, başka bir deyişle hukuksal bağ kurulamamaktadır. Bu durumdaki çocuk, bu nedenle babasının nüfusuna kaydedilmek, mirasçısı olmak, babasının soyadını taşımak gibi kişiliğine bağlı kimi temel hak ve özgürlüklere sahip olamamakta, annesinin ve babasının kusurundan sorumlu tutularak, toplum içinde aşağılanmakta ve kimi haklardan yoksun kalınmışlığın getirdiği eziklikle maddî ve manevî gelişme olanağını bulamamak suretiyle toplumdan soyutlanıp ona karşı önyargılı bir toplum düşmanı haline getirilmektedir...” Anayasa Mahkemesi’ne göre MK. 310, II bu nedenlerle, eşitlik ilkesine de aykırı bulunmaktadır.

MK. 310, II’nin aile kurumunun etkinliğini korumak, evli olmayan kadınların çocuğu ile birlikte veya çocuk vasıtasıyla evli bir erkeğin yuvasına karışıp, aile düzenini yıkmasını önlemek ereğini taşıdığı ve bu nedenle Anayasa’ya uygun düştüğü savı da. Anayasa Mahkemesi tarafından, karardaki şu gerekçe ile reddedilmiştir: “Aile sarsıntı geçirecekse, bunun nedeni babanın eşinden başka bir kadınla ilişkide bulunmuş ve bu ilişkiden bir çocuğun doğmuş olmasıdır. Çocuğun babaya sahih veya sahih olmayan nesep bağı ile bağlanması aileyi fazla etkilemeyecektir... Zina ürünü çocukların babalarına yasal olarak bağlanmalarının aile kurumunun zararına serbest birleşmeleri artıracığı düşüncesinde de isabet bulunmamaktadır. Evlilik dışı çocukların babalarına sahih ya da hiç değilse sahih olmayan nesep bağı ile bağlanabilmelerine izin verilmesi, hiç kusuru olmadığı halde, toplumda çok kötü duruma düşürülen çocuğun korunmasıyla ilgili bir önlem olup, bunun serbest birleşmeleri artırmaya yönelik bir yönü yoktur.”

Bu kararın etki alanı Medenî Kanunun, 310. maddesinin ikinci fıkrasının çok ötesindedir. Medenî Kanun, genel olarak, evlilik dışı çocuğun hukuksal

durumunu, evlilik içi çocuğa kıyasla, daha az elverişli olarak düzenlemiş bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin 21.5.1981 tarihli kararında yer alan gerekçelerin, genel olarak, evlilik dışı çocuğun durumuyla, evlilik içi çocuğun durumu arasındaki farklılıklara ilişkin, MK. hükümlerinin, eşitlik ve ailenin, ana ve çocukların korunması ilkelerine aykırılıktan dolayı **iptal edilmelerine** ve böylece evlilik dışı nesep ile ilgili MK. hükümlerinin tamamen değişmesine yol açacak genişliktedir. Kararda yer alan şu sözler de bu düşüncüyü desteklemektedir: "Ana rahmine düştüğü sırada babası başka biriyle evli olan çocukla, babası evli olmayan çocuk arasında yapay bir ayırım yaparak, birinci çocuğu babaya karşı nesepsiz duruma düşürürken, ikincisine babasına sahih olmayan nesep bağı ile bağlanma olanağı tanınması, **eşitlik ilkesiyle** bağdaşmayacağı gibi bunun haklı nedeni de gösterilemez... Nitekim Birleşmiş Milletler Örgütü Ekonomik ve Sosyal Kurulu'nun 18.5.1973 günlü kararında, sahih ve sahih olmayan nesep ile çocukların eşit hukuksal duruma sahip olmaları ilke olarak benimsenmiştir."

1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın aileyi güvence altına alan 41. maddesinin gerekçesinde yer alan şu sözler de, savunduğumuz bu görüşü desteklemektedir ⁽¹⁶⁾: "Çocuğun korunması genel olarak ifade edilmekle yetinilmiş ve evlilik içi ve dışı çocuklar arasında ayırım gözetilmemesi esası benimsenmiştir. Bu sonuç esasen "eşitlik ilkesinden" çıkarılabilir. Çeşitli Anayasalarda evlilik dışı çocuklar için sevkedilen hükümlere benzer bir düzenleme bu nedenle gereksiz görülmüştür."

Medenî Kanunumuz, iki çeşit babalık davası öngörmüştür: birisi nesep bağı meydana getirmeyen, sadece bazı malî sonuçları öngören babalık davası; diğeri nesep bağı kuran, başka bir deyişle kişisel sonuçlar doğuran babalık davası ⁽¹⁷⁾. Babalık davasının iki çeşit olması, malî sonuçlarıyla babalığa hükümde hukuksal nesep ilişkisinin doğamaması, nesep bağı doğuran kişisel sonuçlarıyla babalık davasının sınırlı durumlarda tanınması eleştirilmektedir ⁽¹⁸⁾. Nitekim Adalet Bakanlığı tarafından hazırlatılarak yayımlanan Türk Medenî Kanunu Öntasarısı'nda, babalık davası bütün hallerde çocukla babası arasındaki soybağının mahkemece tesbitini hedef almaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin 21.5.1981 tarihli kararında, eşitlik, ailenin ve çocuğun korunması ilkelerine dayalı olarak yer alan gerekçelerin babalık davasının iki türünü değişik hükümlere bağlayan yasal düzenlemenin de iptalini gerektirecek nitelikte olduklarını düşünmekteyiz ⁽¹⁹⁾. Bir diğer deyişle, Anayasa Mahkemesi,

(16) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Komisyon Raporları ve Madde Gerekçeleri, Ankara 1983, s. 72. Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası 6, evlilik içi çocuklarla, evlilik dışı çocukların eşitliği ilkesine açıkça yer vermiştir. Alman Anayasa Mahkemesi, bu kuralı genel eşitlik ilkesinin bir yansıması olarak değerlendirmiştir (SCHMIDT-BLEIBREU/KLEIN, Kommentar zum Grundgesetz, 5. bası, Lucherhand 1980, Art. 6, No. 12).

(17) KÖPRÜLÜ/KANETİ, a.g.e., s. 269.

(18) Bak. KÖPRÜLÜ/KANETİ, a.g.e., s. 269.

(19) Bu konuda bak. KÖPRÜLÜ/KANETİ, a.g.e., s. 270.

evlilik dışı nesep ilişkisini, yeniden ve anayasal eşitlik ve ailenin korunması ilkelerinin doğrultusunda biçimlendirme aşamasında bulunmaktadır ^(19a).

b) MK, 443,1 c, 2 ve II’yi iptal eden 11.9.1987 tarihli ve 1/8 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı.

MK. 443, II babanın sahih nesepli çocukları ile birlikte mirasçı olursa, sahih nesepli olmayan çocuğun onların miras payının yarısını alacağı hükmünü taşımaktaydı. Bu hükmün Anayasa’ya aykırılığı savı, ilk kez 1971 yılında Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelmiştir. 2.2.1971 tarihli ve 1/12 sayılı Anayasa Mahkemesi kararının konusunu oluşturan olayda ⁽²⁰⁾, evlilik dışı doğan ve af yasaları ile sahih nesepli olarak nüfusa tescil edilen çocuklar, ölenin evlilik dışı çocukları oldukları, daha önce alınan veraset ilâmı uyarınca mirasın ölenin nikâhlı eşinden olan çocuğu ile ikili birli taksim olunduğunu, oysa kendilerinin af yasaları uyarınca sahih nesepli olarak nüfusa tescil edildiklerini ileri sürerek, önceki veraset ilâmının iptali ile çocuklar arasında eşit esasa dayanan miras haklarının saptanmasına karar verilmesini istemişlerdir. Mahkeme, davada MK. 443, II’nin uygulanması olasılığını gözönünde tutarak, hükmü Anayasa’nın 11. ve 12. maddelerine aykırı görmüş ve iptali için Anayasa Mahkemesi’ne başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi, af kanunu ile nüfusa tescil edilen çocukların sahih nesepli çocuklar sayıldıklarını belirterek, olayda MK. 443, II’nin uygulanamayacağı gerekçesiyle ve yetkisizlik yönünden başvuruyu reddetmiştir.

MK. 443, II’nin Anayasa’ya uygunluğu sorunu, bir kez daha 1987 yılında Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelmiştir. Anayasa Mahkemesi, 21.5.1981 tarihli kararında yer alan eşitlik ve ailenin ve çocuğun korunması ilkelerine dayanarak, 11.9.1987 tarihli ve 1/18 sayılı kararıyla MK. 443, II’yi iptal etmiştir ⁽²¹⁾. Belirtelim ki, bu ikinci karar 21.5.1981 tarihli kararda yer alan gerekçelere dayandığından, konu bakımından miras hukukuyla ilgili olmakla birlikte, özü yönünden evlilik içi çocuklarla evlilik dışı çocuklar arasındaki farkları kaldırmaya yönelik Anayasa Mahkemesi’nin içtihadının bir görünümünü oluşturduğundan, bu kararı da Aile Hukuk ile ilgili bölümde ele almış bulunmaktayız.

Belirtelim ki, Anayasa Mahkemesi, 11.9.1987 tarihli kararında, konuya Anayasa’nın koruduğu miras hakkı açısından da yaklaşmaktadır. Karada, miras hakkının ancak kamu yararı amacıyla sınırlanabileceği belirtilerek, sahih olmayan nesepli çocuğun miras hakkının sınırlandırılmasında kamu yararı düşünülümeyeceği vurgulanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi anılan kararında nesebi sahih olmayan çocuğun baba cihetinden mirasçı olabilmesini tanınmış ya da babalığına hükmedilmiş ol-

(19a) Bak. KÖPRÜLÜ/KANETİ, a.g.e., s. 14/15.

(20) Resmî Gazete, 16.6.1971.

(21) Resmî Gazete,

masına bağlayan MK. 443, I cümle 2'yi de iptal etmiştir. Evlilikdışı çocukla, baba arasındaki hukuksal nesep bağının nasıl kurulacağı konusundaki hükümler Medenî Kanunun Aile Hukuku kitabında düzenlenmiş bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi, bu hükümleri iptal etmediğine göre evlilik dışı çocukla baba arasındaki hukuksal nesep bağının nasıl kurulacağı konusundaki MK. hükümlerinin yürürlüğü devam etmektedir. Bu nedenle, MK. 443, I cümle 2'nin iptal edilmiş olması, baba tarafından evlilik dışı çocuğun miras payı alabilmesi için doğal babalığın yeterli olduğu yolunda yorumlanmamak gerekir. Evlilik dışı çocuğun baba tarafından miras alabilmesi için hukuksal nesep bağının yine yürürlükteki yasal kuralları çerçevesinde oluşması gerektiğini düşünmekteyiz ⁽²²⁾.

2. Borçlar Hukuku alanındaki kararlar.

a) Sözleşme hürriyeti ile ilgili kararlar.

Anayasa Mahkemesi sözleşme hürriyetinin ve irade özerkliğinin kapsamına ilişkin çeşitli kararlar vermiş olup ⁽²³⁾, bu hürriyeti Anayasa'ya aykırı olarak sınırlandıran yasa hükümlerini iptal edildiği iki örnek olay üzerinde durmak istiyoruz.

aa) Sözleşmenin diğer tarafını seçmek hürriyetini koruyan 2.6.1977 tarihli ve 43/84 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı ⁽²⁴⁾.

Sözleşme, ilke olarak, tarafların birbirine güvenmelerine, diğer tarafın üstlenilen edimi yerine getireceği inancına dayanır. Bu nedenle, sözleşme özgürlüğü, sözleşmenin diğer tarafını seçmek imkânını da içermektedir. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 38. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde yer alan "Avukat, iş sahibi meslek görevini yapan bir avukata karşı bir suç işlemiş ise teklifi reddetmek zorunluluğundadır" biçimindeki kuralı ve aynı maddenin son fıkrasındaki "(e) bendinde gösterilen hallerde, baro başkanı, iş sahibinin başvurusu üzerine kendisine bir avukatı vekil olarak tayin eder" yolundaki kuralı, Anayasa Mahkemesi 2.6.1977 tarihli ve 43/84 sayılı kararıyla iptal etmiştir. Bu kararın özelliği sözleşme özgürlüğünün amacını vurgulayarak, bu amaçla bağdaşmayan hükümleri iptal etmiş olmasıdır. Karara göre "Herkes, dilediği alanda sözleşme özgürlüğüne sahiptir... Kişilerin haklarının savunulmasını kendilerine tevdi ettikleri avukatın hukukî bilgi ve tecrübelerine güvenmeleri kadar, onların kişiliklerine ve yeteneklerine de inanmaları büyük önem taşır. Kişilerin istemedikleri avukatlarca savunulmaları, onlarda haklarının gereği gibi korunamayacağı kuşkusunu uyandırabilir ve kişinin adalete karşı beslediği güveni sarsabilir..." Düzenlemenin yasada öngörülen

(22) KÖPRÜLÜ/KANETİ, a.g.e., s. 285.

(23) Bu konuda bak. KANETİ, L'incidence de la Constitution sur la Liberté Contractuelle, VARIATURICA XI, Tendances Actuelles du Droit Turc et du Droit Français, İstanbul. 1988, s. 123/136.

(24) Resmi Gazete, 5.12.1977.

biçimde yapılmış olması, ilk bakışta savunma hakkının ortadan kaldırılmadığı görüntüsünü vermekte ise de, hakkın özünün zedelendiği ve kullanmayı zorlaştırmak yolu ile de onu hiç kullanılmayan bir duruma dönüştürdüğü ortadadır. Baro başkanına bu durumda baroda kayıtlı avukatlardan birisini görevlendirme yetkisinin verilmiş olması, uzmanlığa ters düşmesi bir yana, hakkın özünü zedeleyen bu düzenlemeye bir sınırlama niteliği de kazandırmaz...

bb) Sözleşmenin konusunu belirleme hürriyetini koruyan 7.3.1983 tarihli ve /286/53 sayılı Anayasa Mahkemesi karar⁽²⁵⁾.

Sözleşme hürriyetinin en önemli öğelerinden biri de sözleşmenin konusunu serbestçe oluşturabilmektir. Anayasa Mahkemesi 7.3.1963 tarihli 286/53 sayılı kararıyla, sözleşmenin konusunu serbestçe belirleyebilme özgürlüğünü sınırlamış olmasından ötürü, 6830 sayılı İstimlak Kanunu’nun 32. maddesinin (e) bendinde yer alan «İstimlak davası için vekil ile müvekkil arasında kararlaştırılacak vekâlet ücretinin müdeabihin miktarı 10.000.- Liradan aşağı olan hallerde avukatlık ücret tarifesinde tayin olunan asgari ücretin üç mislinden, 10.000.- Lirayı tecavüz eden miktar için de asgari haddenden fazla olamayacağı” yolundaki kuralı iptal etmiştir. Bu kararın gerekçesinde şu sözler yer almaktadır: “Bu kural sözleşme özgürlüğünü sınırlayıcı niteliktedir... Adaletin yerine getirilmesine yardımcı olmak üzere kabul edilen ve bu niteliğinden dolayı bir kamu hizmeti olan avukatlık mesleği hakkında böyle birkuşkuya yer verilmesi doğru olmaz. Kamulaştırma davalarında avukatlık parası sözleşmesinin belli bir miktarı kapsamak üzere serbestçe yapılmasının, kamu düzenini bozacak veya genel ahlâk karvamı ile bağdaşmayacak, kişi hak ve özgürlükleri ile toplum yaran arasındaki dengeyi sarsacak bir sonuç doğurmayacağı için bu sınırlamada kamu yararı bulunduğu kabul edilemez.” Kararın ilginç yanı, sözleşme özgürlüğünün avukatlık mesleğinin niteliğiyle bağdaşmaz biçimde sınırlandırılmasını Anayasa’ya aykırı görmüş olmasıdır.

b) Manevî tazminat hakkındaki Anayasa Mahkemesi kararı ve 3444 sayılı Kanun.

Anayasa Mahkemesi, 11.12.1969 tarihli ve 33/12 sayılı kararında kişilik haklarının zedenmesi halinde manevî tazminat istemine hak veren BK. 49’un Anayasa’ya aykırılığı savını incelemiş bulunmaktadır⁽²⁶⁾. Bilindiği üzere, bu hüküm/manevî tazminat istemlerini zararın ve kusurun özel ağırlığı şartlarının gerçekleşmesine bağlamış bulunmaktaydı. Anayasa Mahkemesi, BK. 49’un Anayasa’ya aykırılığı savını, manevî zararların parayla değerlendirilip karşılanmasının Anayasa’nın kişiliği koruyan kuralları karşısında, Anayasa’ya uygun olup olmadığı açısından ele almıştır. Anayasa Mahkemesi, manevî zararın parayla karşılanmasının Anayasa’ya aykırılığı savını şu gerekçelerle reddetmiştir:

(25) Resmî Gazete, 8.6.1963

(26) ANAYASA MAHKEMESİ KARARLAR DERGİSİ, Sayı 7. s. 238/243

“... Zararlar maddî manevî olabilir. Manevî zarar sorunu, zararın değerlendirilmesi ve giderilmesi yönlerinin özelliği ve büyük güçlükleri olan bir sorundur. Özellik ve güçlük, insanın manevî varlığına yapılan saldırıların etkilerini ölçüye vurmaktaki olanaksızlıkta ve manevî kayıpların telafi kabul etmez niteliğindedir. Ancak bu böyledir diye insanın bir bölüm kişilik hak ve yararlarının korunmayarak yüzüstü bırakılması elbette düşünülemez. Onun içindir ki, konuyin olarak eksiksiz değilse bile, olabildiğince yeterli kurallar yasalarda yer almıştır.

Öte yandan manevî zararların değerlendirilmesinde ve karşılanmasında paradan yararlanmaktan kaçınılamayacağı da ortadadır. Paranın bu alanda gördüğü iş, kişilik hakları ve yararları denen kimsenin duyduğu ağır manevî acıyı bir dereceye kadar yumuşatıp, yatıştırmaktan ibarettir... BK.’nın manevî tazminat kuralının, Anayasa’nın 10. maddesindeki temel haklar ve özgürlükleri sınırlaması düşünülemeyeceği için ortada hakkın özüne dokunan bir yasa sınırlaması bulunduğundan söz edilemez.”

Kanımıza göre. Anayasa Mahkemesi, BK. 49’u bir başka açıdan ele alabilir. Bilindiği üzere Anayasa Mahkemesi kanunların Anayasa’ya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelerle bağlı değildir. Taleple bağlı kalmak kaydıyla , başka gerekçe ile de Anayasa’ya aykırılık kararı verilebilir. Dava tarihindeki metniyle, BK. 49, manevî tazminat olarak bir paranın ödenmesini öngörmesinden ötürü değil, bir başka yönden Anayasa’ya aykırıydı. Bilindiği üzere, BK. 41 malvarlığı zararlarının giderilmesinin istenebilmesi için kusurun varlığını yeterli görmüş olup, BK. 49 kişivarlığında uğranılan manevî zararların giderilmesinin istenebilmesini, ayrıca kusurun ve zararın özel ağırlığı şartlarına bağlamıştı. Bir diğer deyişle, BK. 49 kişivarlığına, malvarlığını koruyan BK. 41’e kıyasla daha zayıf bir güvence vermektedir. Anayasa’nın güvenceye bağladığı temel hak ve hürriyetlerden kişilikle ilgili olanları incelendiğinde, bunların Medenî Kanunun ve Borçlar Kanunu’nun düzenlediği kişilik varlığının anayasal görünümünü oluşturdukları gözlenmektedir. Anayasa’nın kişilikvarlığını koruyan hükümleri ise malvarlığını koruyan hükümlerine kıyasla, daha güçlü ve ayrıntılı güvenceleri içermektedir. Anayasa’nın daha güçlü güvencelere bağladığı kişilikvarlığının, özel hukuk alanında Borçlar Kanunu’nun 49. maddesinde, malvarlığına kıyasla, daha zayıf ve sınırlı biçimde korunması, eşitlik ilkesini de zedelediğinden, düşünce-mize göre Anayasa’ya aykırı bulunmaktadır. Bu nedenle, Anayasa Mahmesi, anılan kararında Borçlar Kanunu’nun 49. maddesindeki “zarar ve ziyanın ve hatanın hususî ağırlığı icabettiği surette” sözcüklerini iptal edebilirdi.

Bu açıklamalara göre, BK. 49’da, kişilik haklarına tecavüz halinde, manevî tazminat istemi için gerekli bulunan zararın ve kusurun özel ağırlığı şartlarını kaldıran 4.5.1988 tarihli ve 3444 sayılı Kanun’un, bu hükmü, Anayasa’ya uygun duruma getirdiğini düşünmekteyiz.

IV. ÖZEL HUKUKTAKİ BOŞLUKLARIN ANAYASA’YA UYGUN ŞEKİLDE DOLDURULMASI

Özel hukukun en önemli özelliklerinden bir, hakime, yasa boşluklarını doldurmak yoluya, hukuk yaratmak imkânını tanınmasıdır (MK. 1.) Hakim yasa boşluklarını doldururken, Anayasa’ya uygun şekilde hukuk yaratacaktır ⁽²⁷⁾. Bu yön. Anayasa’nın üstünlüğü ilkesinin doğal ve zorunlu sonucudur. Nasıl ki, yasakoyucu yasaların Anayasa’ya uygunluğunu gözetmek zorunda ise, yasakoyucu gibi davranarak, yasa boşluklarını dolduran hakim de, hukuk yaratma yoluyla koyduğu kuralın Anayasa’ya uygun olmasını sağlamak ödevi altındadır.

Hakim tarafından yasa boşlukların doldurulması anayasal açıdan özel bir önem taşır. Yasaların Anayasa’ya uygunluğu Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilirken, hakim yarattığı hukuk, hakim yasa boşluklarını doldurması Anayasa Mahkemesi’nin denetimi dışında kalmaktadır. Dolayısıyla, hakim yasa boşluğunu doldurarak yarattığı hukukun Anayasa Mahkemesi’nce denetlenmesi istenemeyeceğine göre, bu denetim ilgili yargı kolunun kendi içinde gerçekleştirilecektir. Diğer bir deyişle, özel hukuk alanında yasa boşluklarının hakim hukuk yaratmasıyla doldurulmasının Anayasa’ya uygunluğunu Yargıtay denetleyecektir.

Yasa boşluklarının Anayasa’ya uygun olarak doldurulması gerektiği kira parası tesbiti hakkındaki Yargıtay’ın ünü 18.11.1964 tarihli ve 2/4 sayılı içtihadı birleştirme kararında vurgulanmış bulunmaktadır ⁽²⁸⁾. Anayasa Mahkemesi 26.3.1963 tarihli ve 3/67 sayılı kararıyla, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları hakkında Kanun’un 2. ve 3. maddelerini iptal etmiştir ⁽²⁹⁾. Bu karar, 6570 sayılı Kanun’un 2. ve 3. maddesindeki kira parası sınırlamalarının mülkiyet hakkının özünü zedelediği, taşınmaz malikleri yönünden hakkaniyet ve adalet ilkeleriyle bağdaşmadığı, yurttaşların haklarda ve yükümlülüklerde eşitliğine aykırı düştüğü gerekçelerine dayanmaktadır.

Yargıtay 18.11.1964 tarihli içtihadı birleştirme kararında 6570 sayılı Kanun’un 2. ve 3. maddelerinin iptali ve bunun yerine altı ay içinde yasama organı tarafından yeni hükümler getirilmemiş olması karşısında yasada bir boşluk meydana geldiğini tesbit etmiştir. Yargıtay, burada isabetli bir yöntem izleyerek, yasada boşluk oluşup oluşmadığını Anayasa Mahkemesi’nin kararının ışığında ve doğrultusunda belirlemiştir. Yargıtay, Anayasa Mahkemesi’nin kira paralarının sınırlandırılmasını esas itibarıyla Anayasa’ya aykırı görmediğini, ancak 6570 sayılı Kanun’un 2. ve 3. maddelerinin içerdiği sınırlamanın mülkiyet hakkının özüne dokunduğu için iptal edildiğini vurgulamıştır. 6570 sayılı Kanun’un kiracıyı koruyucu diğer hükümleri, kira

(27) 18.11.1964 tarihli ve 2/4 sayılı Yargıtay içtihadı birleştirme kararı. Gerekçe 3.

(28) Resmî Gazete, 31.5.1963.

(29) Bak. OLGAC, Kira Parasını Tesbit ve Tahliye Davaları, İstanbul 1968, s. 23 v.

parasının sınırlandırılmasıyla sıkı sıkıya bağlıdır. Anayasa Mahkemesi 2. ve 3. maddelerin iptal edilmesinin, bu yasanın diğer hükümlerinin uygulanması sonucunu doğurmayacağı kanısına vardığına göre, yasada kira parası sınırlandırılması bakımından bir boşluğun bulunduğu açıktır. İptal edilmiş olup, yürürlükte kalan maddeler, uygulanırken, ister istemez, kira parası için bir sınır aranacaktır. Bu boşluk, Medenî Kanun'un 1. maddesi uyarınca hakim tarafından doldurulacaktır. Ancak boşluk o şekilde doldurulmalıdır ki, hem Anayasa'ya uygun bir sınırlama niteliğini taşısın, hem de 6570 sayılı Kanun'un kiracıyı koruyan diğer hükümleri yürümez hale gelmesin. İşte bu gerekçelerle, Yargıtay 18.11.1964 tarihli içtihadı birleştirme kararında, Medenî Kanun'un 1. maddesi uyarınca, hakimin sınırlandırmayı yaparken, kiralananın birlikişilerce biçilecek rayiç kirasının esas alınacağı sonucuna varmıştır.

Bu kararın ilginç yönü, yasa boşluğunun tamamlanmasında ve doldurulmasında anayasal kurallara uygunluğun gözetilmesi zorunluluğunu dile getirmesindendir. Olayda boşluk Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından kaynaklandığı için boşluğun da Anayasa Mahkemesi kararının doğrultusunda doldurulması işin niteliği gereği idi. Ancak, yasa boşluğu Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından doğmasa bile, yasa boşluğunun gerek tanımlanmasında, gerek doldurulmasında, anayasal ilkelere uygunluğa öncelik verilmesi, içtihadı birleştirme kararında geliştirilen isabetli hukuk mantığının zorunlu sonucudur.

Burada bir noktaya daha işaret etmek gerekir. Teknik anlamda yasa boşluğu niteliğini taşımayan, ancak somut içeriğinin belirlenmesi hakime bırakılmış bulunan yasaici boşluk niteliğini taşıyan genel kavram ve kuralların somutlaştırılmasında da anayasal ilkelerin gözetilmesinde zorunluluk bulunmaktadır. Örneğin, Medenî Kanun'un tanımlamamış olduğu kişilik haklarının içeriğinin belirlenmesinde anayasal temel hak ve hürriyetlerin, dürüstlük kuralının, hakkın kötüye kullanılması yasağının, genel ahlâka uygunluğun tanımlanıp, somutlaştırılmasında anayasal temel doğrultuların izlenip değerlendirilmesi gerekmektedir.

V. ANAYASA KURALLARININ ÖZEL HUKUK ALANINA DOĞRUDAN DOĞRUYA UYGULANMASI

İlke olarak, temel haklar ve ödevler, malî ve ekonomik hükümlerle ilgili anayasal kuralların somutlaştırılıp uygulanabilir duruma gelmesi, özel yasa kurallarına ihtiyaç gösteri ⁽³⁰⁾.

Ancak, bazı istisnaî durumlarda, Anayasa Mahkemesi, anayasal kuralların doğrudan doğruya uygulanmasını da kabul etmiş bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi, 3.6.1976 tarihli ve 13/31 sayılı kararında ⁽³¹⁾, hangi anayasal kuralın doğrudan uygulanabileceğini aşağıdaki şekilde deyimlemiştir:

(30) Karş. Anayasa Mahkemesi, 22.5.1963, 205/123; Resmî Gazete, 14.8.1963.

(31) Resmî Gazete, 24.9.1976.

“Bilindiği gibi Anayasa’nın sadece özü belirlenmiş temel hukuk kurallarına değil, kimi konuları ayrıntıları ile doğrudan doğruya düzenleyen kurallara da yer verilmiştir. “İspat hakkına” ilişkin 34. madde bu ikinci tür kurallardan-
dır”.

Özel hukuk alanında doğrudan doğruya uygulanabilecek Anayasa kuralları var mıdır? Anayasa kurallarının özel hukuk alanına doğrudan doğruya uygulanmasına ilişkin bir yargı kararını tesbit edemedik. Bu bakımdan konuya kuramsal açıdan yaklaşmak ve Anayasa’da bu tür kurallar bulunup bulunmadığını belirlemek gerekir. Genellikle Anayasa’nın temel haklar ve ödevlerle ilgili ve özel hukuku da ilgilendiren kuralları özel hukuk yasalarıyla uygulama bakımından somutlaştırılmış bulunduğundan, şu anda özel hukuk alanında doğrudan doğruya uygulanabilecek anayasal kuralların varlığını tesbit etmek mümkün görülmemektedir. Ancak, Anayasa’nın özel hukuku da ilgilendiren bazı ilkelerinin, özel hukuk alanında yasalarla düzenlenmemiş olsaydı bile, doğrudan doğruya uygulanabileceğini ve uygulanması gerektiğini söylemek mümkün görülmektedir. Örneğin, kişilik hakları özel hukuk alanındaki düzenlemelerle korunmuş olmasaydı, temel hak ve ödevlerle ilgili kuralların doğrudan doğruya özel hukuk alanına uygulanarak, özel hukuk alanında da kişiliğin korunması gerekirdi. Sözleşme hürriyeti ilkesi Borçlar Kanunu’nda yer almasaydı bile, anayasal ilke bu alanda doğrudan doğruya uygulanabilecekti.

Özel hukukumuzun genellikle anayasal ilkeleri yansıtacak biçimde düzenlenmiş bulunmasından ötürü, Anayasa kurallarının doğrudan doğruya özel hukuk alanına uygulanması sorunu kuramsal düzeyde kalmaktadır.

VI. SONUÇ

Özel hukuk, anayasal amaç ve ereklerin bir bölümünü gerçekleştirme aracıdır. Anayasal ilkeler hem özel hukukun altdokusunu oluşturmakta, onun temel felsefesini belirlemekte, hem de ona yön vermektedir. Anayasa özel hukukun dayandığı kişiliğin korunması ve geliştirilmesi, mülkiyetin, miras hakkının ve irade özerkliğinin korunması ilkelerini anayasal güvencelere bağlayarak, özel hukuka yasakoyucuyu sınırlayan anayasal bir çerçeve sağlamış bulunmaktadır.

S.K.

(29. Makale - 1990)

Burhan KUZU

*Parlamenter Rejimde Devlet Başkanının
Konumu ve 1961-1982 Anayasalarında
Durum **

*Burhan Kuzu, "Parlamenter Rejimde Devlet Başkanının Konumu ve 1961-1982 Anayasalarında Durum", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 53, S. 1-4, 1988-1990, s. 34-90.

PARLAMENTER REJİMDE DEVLET BAŞKANININ KONUMU VE 1961 - 1982 ANAYASALARINDA DURUM

Doç. Dr. Burhan KUZU (*)

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR

- I- Parlamenter Rejimde Devlet Başkanının Konumu
- II- Parlamenter Rejimde Devlet Başkanının Hakem Konumunun Sonuçları
- III- 1961 Anayasasında Devlet Başkanının Konumu ve Tek Başına
Kullanabileceği Yetkileri
 - 1. Anayasal Planda Durum
 - 2. Doktrinde Tartışmalar ve Yorumlar
 - 3. Cumhurbaşkanının Demeç, Mesaj ve Gezileri
- IV- 1982 Anayasasında Devlet Başkanının Konumu ve Tek Başına
Kullanabileceği Yetkileri
 - 1. Anayasanın Hazırlanmasındaki Teklifler ve Tahminler
 - 2. Anayasada Cumhurbaşkanının Konumu
 - 3. Cumhurbaşkanına Anayasada Tanınan Somut Yetkiler ve
Kararnamelerin İmzalanması

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

BİBLİYOGRAFYA

KISALTMALAR

a. g.e	Adı Geçen Eser
a. g. m.	Adı Geçen Makale
AHFD	Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi
AİD	Amme İdaresi Dergisi
AMKD	Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
B.	Birleşim
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
DD.	Danıştay Dergisi
DMTD	Danışma Meclisi Tutanak Dergisi
E	Esas
Ed.	Edition
İHFM	İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İHİD	İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
K.	Karar
KHK.	Kanun Hükmünde Kararnane
Kt.	Karar Tarihi
Md.	Madde
MHAD.	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Derg
Not	Dip Not
RG.	Resmi Gazete
S.	Sahife
SBFD	Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi
Sy.	Sayı
T.	Tome
THD.	Türk Hukuk Dergisi.
TMTD.	Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi
vd.	Ve Devamı
YD.	Yargı Dergisi

I- PARLAMENTER REJİMDE DEVLET BAŞKANININ KONUMU

Parlamenter rejim, menşey itibariyle İngiltere’de ortaya çıkmıştır. Parlamenterizm İngiltere’de olan temsili rejimin, 19. yy’da bu ülkede görülen ve anlaşılan şekli olarak kabul edilir ⁽¹⁾. Parlamenter sistem, sorumluluğu olmayan devlet başkanının başkanlığındaki Yürütme Organı ile Yasama Organı arasında kuvvetler ayrılığının “yumuşak” olduğu, organlar arasındaki hukukî ilişkilerin “eşitlik ve denge” prensibine dayandığı temsili bir rejim olarak tanımlanmıştır ⁽²⁾.

Görülüyor ki, kuvvetler ayrılığının yumuşaklığı, organlar arasında işbirliği ve faaliyet ortaklığının sıklığı, özellikle organlar arasında eşitlik ve denge prensibi parlamenter rejimin dayandığı temel prensipleri oluşturmaktadır. Keza, sorumsuz Devlet Başkam, Kabine ve Parlamento da gerçekleştirme unsurlarını meydana getirmektedir.

Parlamenter rejimde Devlet Başkanı ırsî olarak veya seçim yoluyla bu makama gelebilir. Devlet Başkanının bu sistemde sorumluluğu yoktur. Bu sorumsuzluk parlamenter monarşilerde mutlak; örneğin İngiltere’de kral hiçbir şekilde sorumlu değildir. Çünkü “kral kötülük yapmaz” kuralı hakimdir. Nitekim İngiltere’de “Kral kendi eliyle bakanlardan birini öldürse, bundan belki başbakan sorumlu olur; fakat başbakanı öldürse bundan belki başbakan sorumlu olur; başbakanı öldürse bundan kimse mesul olmaz”⁽³⁾ sözü söylenmiştir. Avrupa’da parlamenter hükümet şeklini öngören Anayasalarda Devlet Başkanının mukaddesliği Kilise Hukuku’ndan gelmektedir ⁽⁴⁾.

Devlet Başkanının sorumsuzluğu ilkesi, parlamenter monarşilerde mutlak olmasına karşılık, Parlamenter Cumhuriyetlerde nisbîdir. Bu sistemde, prensip itibariyle, Devlet Başkanı her vatandaş gibi hukuk ve ceza kanunları önünde sorumludur. Ayrıca, görevi ile ilgili suçlardan dolayı “vatan hainliği” ile sınırlı

(*) İ.Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(1) ALDIKAÇTI, O., Modern Demokrasilerde ve Türkiye’de Devlet Başkanlığı, İstanbul 1960, s. 48

(2) İbid., s. 50. Aynı yönde tanımlama için bkz. BAŞGİL, A. F. Esas Teşkilat Hukuku, Birinci Cilt, Türkiye Siyasî Rejimi ve Anayasa Prensipleri, Fasikül I, II, İstanbul 1960. s. 339; BURDEAU, G., Le Régime Parlementaire dans les Constitutions Européennes d’Après - Guerre Paris 1932, s. 83; HAURIOU, M., Précis de Droit Constitutionnel, 2 éd., Paris 1929, s. 196; BARTHELEMY, J. DUEZ, P. Traité de Droit Constitutionnel, Paris 1933, s. 159

(3) Bkz. BAŞGİL, A. F., a. g. e. s. 341

(4) İbid.

olmak üzere sorumluluğu vardır. Fakat vatan hainliği suçunun Anayasa’da ve kanunlarda tam bir tanımlaması yapılmamıştır. Bir eylemin vatan hainliği teşkil edip etmediğine Parlamento karar verecektir. Şu halde “Cumhurbaşkanının yargılayacak organ, isnad olunan fiilin suç olup olmadığını ve Cumhurbaşkanının bundan sorumlu bulup bulunmadığını serbestçe takdir edebilirse de, isnad olunan fiilin vatan hainliği sayılamayacağına karar veremez”⁽⁵⁾.

Devlet Başkanının siyasi açıdan mutlak sorumsuz olmasının nedeni. Hükümet ile Parlamento arasında meydana gelebilecek uyuşmazlıklarda tarafsız kalabilmesini sağlamaktır⁽⁶⁾. Devlet Başkanının siyasi açıdan sahip olduğu bu mutlak sorumsuzluk ilkesi, onun mutlak tarafsızlığını gerektirir. Bu nedenle, bu sıfatı taşıdığı sürece bir parti mensubu gibi konuşamaz; partiler üstü, objektif, tarafsız bir şahsiyettir. Rolü ayırıcı değil birleştiricidir. Tenkit ve tasvipten öte, uyarıcı ve irşat edici bir rolü vardır. Yeri geldikçe milletin hakemliğini yapacaktır. Asıl olan manevî rolü, tarafsız olduğu müddetçe tesir gösterir. Kısacası, Devlet Başkanı “memleketin iç ve dış politikasında belirli bir devleti, partiyi, zümreyi ve şahsı açık-ça tutan ya da yeren bayanlarda bulunamaz”⁽⁷⁾.

Devlet Başkanı Parlamento karşısında siyasî açıdan sorumlu olmadığı halde, uygulamada, devlet Başkanının görevden çekilmeye zorlandığı durumlar görülmüştür. Örneğin, Fransa’da 1887’de ikinci kez Cumhurbaşkanı olan Grévy, damatı Wilson’un nişan dağıtımındaki yolsuzluklara karışması nedeniyle eleştirilere uğramıştır. Bu olayla hiçbir ilgisi bulunmadığı halde. Meclis Cumhurbaşkanına cephe almış ve “delet başkanı görevinden çekilmedikçe hiç bir bakanla temas kurmayacağını” açıklayınca görevinden çekilmek zorunda kalmıştır. Keza, yine Fransa’da 1924 genel seçimlerini kazanan “radikal sosyalist blok” Cumhurbaşkanı A. Milleran’ın kişisel politikasını benimsediği için, 10 Haziran 1924 tarihinde Mecliste bir karar alınmasını sağlayarak “kurulacak hiç bir kabineye bakan vermeyeceğini” açıklaması üzerine, ertesi gün Cumhurbaşkanı görevini bırakmak zorunda kalmıştır⁽⁸⁾.

Esasen, parlamenter sistem. Devlet Başkanı ile Parlamento arasındaki ilişkileri değil, Devlet Başkanının kurduğu Hükümetle Parlamento arasındaki münasebetleri konu alan bir rejimdir. Devlet Başkanı bu sistemde her iki organ arasındaki uyuşmazlıkları bir hakem gibi halledecek ve onlara bir istikamet

(5) DÖNMEZER, S. ERMAN, S., Nazarı ve Tatbiki Ceza Hukuku, İstanbul 1976, C. I., s. 268; TEZİÇ, E., Anayasa Hukuku. İstanbul 1986, s. 418 not 2.

(6) TEZİÇ, E., a. g. e., s. 418.

(7) KUBALI, H. N., Anayasa Hukuku, İstanbul 1971, s. 376

(8) Bu konuda bkz. ESMEİN, A., *Eléments de Droit Constitutionnel*, 8. éd. Paris 1928, t II, s. 223 vd.; BENNEFOUS, E., *Histoire Politique de la Troisième République*, c. III, Paris 1959, s. 385,415.; FABRE, M. H., *Principes Republicains De Droit Constitutionnel*, 3. éd., Paris 1977, s. 301 - 302; LAFERRIERE, J., *Manuel de Droit Constitutionnel*, 2. éd 1947, s. 773.; BAŞGİ., A. F., a. g. e., s. 342.; ALDIKAÇTI, O., *Modem Demokrasilerde...*, s. 103; TEZİÇ, E., a. g. e., s. 418, not. 1. Başka örnekler için bkz. DUVERGER, M., *Droit Constitutionnel et Institution Politiques* éd., Paris 1956, s. 278 vd.

verecektir ⁽⁹⁾ Bu nedenle parlamente rejimin işleyebilmesi için Devlet Başkanı ile Parlamento arasında bir anlaşmazlık söz konusu olmamalıdır. Bu iki yetkili makam arasında çıkacak bir ihtilaf, sonuçta Hükümetle Devlet Başkanı arasında da sürtüşmeye yol açar. Zira, Bakanlar Kurulu Parlamentonun içinden oluşmakta ve onun güvenini taşıdığı sürece görev başında kalabilmektedir. Başka bir deyimle, Hkmet Parlamentonun çoğunluğuna dayanmakta ve takip ettiği politikadan ve icraatından dolayı parlamenteya karşı sorumlu olmaktadır ⁽¹⁰⁾.

Konu ile ilgili olarak akla gelen bir soru da Devlet Başkanı nın parlamente rejiminde niçin bulunduğudur. Gerçekten, Başbakanın üstünde sorumluluğu olmayan devlet Başkanına neden gerek olduğunu açıklamak zorduk. İngiltere’de böyle bir müessesenin varlığı İngiliz muhafazakarlığı ile açıklanabilir; bu nedenle İngiltere’de Devlet Başkanı’nın bulunması semboliktir. Parlamente rejimi kabul etmiş olan başka ülkeler ise İngiltere’yi örnek aldıkları için, varlığı tartışma götüren bu müesseseyi kabul etmişlerdir. Bununla beraber, Parlamente rejiminde devlet reisi sırf bir tarihi hatıra ve gelenek nişanesi de değildir. Kabine teşkil etme ve kanunları Meclise geri gönderme gibi hukukî görevleri; Devletin varlığını temsil etme gibi manevî vazifesi; Parlamenteyu fesih gibi siyasi vazifesi mevcuttur ⁽¹¹⁾.

Parlamente rejimin bu klasik hali bir başka deyişle “monist parlamente rejim” olarak isimlendirilebilir. Monist parlamente rejim Yürütme Organının iki başlı olması özelliğini ortadan kaldırmamaktadır. Fakat, uygulamada somut olarak hükümetin iradesi gözükmektedir. Bunun sonucu olarak da. Devlet Başkanının rolünün sadece devleti temsil ile sınırlı olması ve başkaca bir görevinin olmaması ortaya çıkmaktadır. Bu tip bir parlamente rejimde. Devlet Başkanının Başbakanı atamasında sınırlı bir yetkisi bulunmaktadır. Monist parlamente sistemde, Devlet Başkanı, Başbakanı görevinden azlemez. Ayrıca, Meclisin Devlet Başkanı tarafından feshi Başbakanın istemi ile ve ortak imzalı olarak yapılabilir. Yani Devlet Başkanının bu yekkisi bağlı bir yetki olmaktadır. Dolayısıyla Başbakan tarafından istenilen fesih yetkisini siyasi açıdan yerinde olup olmadığını değerlendirmeden kabul etmek zorunda kalacaktır ⁽¹²⁾.

Ancak, parlamente rejimin dualist tipinde, durum tamamen farklıdır. Dualist parlamente sistemde. Devlet Başkanı aktif politikaya karışır. Bunun iki sonucu vardır: Bir defa, fesih hakkı herhangi bir şarta ve Hükümetin talebine bağlı olmaksızın, Devlet Bakanınca tek başına kullanılabilir. Ayrıca, bakanlar hem Meclise karşı hem de Devlet Başkanına karşı sorumlu olurlar. Yani bu sistemde bakanların ifte sorumluluğu vardır. Dolayısıyla, Devlet başkanı Bakanlı serbest belirleyebilir ve politikasını beğenmezse azledebilir. Dikkat

(9) ALDIKAÇTI, O., Modern Demokrasilerde..., s. 105.

(10) TEZİÇ, E., a. g. e., s. 419

(11) BAşGİL, A.F., a.g.e., s. 343-345

(12) TEZİÇ, E., a. g. e., s. 433

edilirse, bu sistemin işleyebilmesi için, Devlet Başkan ile Parlamentodaki çoğunluğun aynı siyasî eğilimde olmaları gerekir. Aksi takdirde hükümet krizleri birbirini kovalar. Böyle bir sistem günümüzde Fransa’da mevcuttur. Bilindiği gibi, bu ülkede Hükümet hem Meclise hem de Devlet Başkanı’na karşı olmak üzere çifte sorumludur. Dolayısıyla 1958 Fransız Anayasası dualist bir Parlamenter sistem öngörmüştür ⁽¹³⁾.

Parlamenter sistem zaman içinde değişiklikler geçirerek klasik halinden uzaklaşmış ve “rasyonelleştirilmiş parlamenterizm” olarak isimlendirilen bir nitelik kazanmıştır. Bilindiği gibi parlamenter rejim insan aklının düşünüp bulduğu bir sistem olmayıp, kendiliğinden İngiltere’de ortaya çıkmış ve gelişmiştir. Bu nedenle gerçekleşme şartları uygulama ile ortaya çıkmıştır. İşte aklileştirilmiş ya da rasyonelleştirilmiş parlamenter sistem, klasik parlamenter rejimin dayandığı prensipleri bazı değişikliklerle kağıt üzerinde yazılı hukuk kurullarına dönüştürmeyi amaçlamaktadır 1919 Weimar Anayasası, 1946 Fransız Anayasası ve 1949 Federal Alman Anayasası bu tip bir parlamenter rejim oluşturmayı amaçlamışlardır ⁽¹⁴⁾.

Neden böyle bir değişiklik ihtiyacı duyulmuştur? Çünkü kıta Avrupasında İngiliz modeli bir parlamenter sistem aynı sonuçları vermemiştir. Çok partili bir ortamda Parlamenter Rejim İngiltere’de olduğu kadar randıman sağlamamıştır. Bu nedenle Birinci ve İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra Anayasa yapıcıları Parlamenter rejimin ampirik ilkelerini kurallara bağlayarak hükümet bunalımlarını önleme ve istikrarı sağlamak için hükümetin siyasî sorumluluğunu ayrıntılı olarak belirlemişlerdir. Yani parlamenter rejime işlerlik kazandırmak için çeşitli düzenlemeler öngörülmüştür. Bu durum bir bakıma “siyasetin hukukileşmesi” olarak nitelendirilebilir ⁽¹⁵⁾.

Fakat bütün bu gayretlerin de tam olarak netice verdiği pek ileri sürülemez; çünkü Hükümetin istikrarı sadece hukukî yollarla sağlanamaz. İstikrar herşeyden önce Parlamentoda istikrarlı bir çoğunluğun varlığını gerekli kılar. Şu halde, esas itibarıyla siyasî olan sorunları salt hukukî düzenlemelerle çözmek her zaman mümkün olmayabilir. Nitekim fesih yetkisinin kolay kullanılabilir hale getirilmesi amacıyla 1949 Batı Alman Anayasası’nda öngörülen düzenlemeler, iktidar partisi tarafından Parlamentodaki üye sayısını arttırmak için kullanılmıştır. Örneğin 1972’de W. Brand ve 1982’de H. Kohl bu yola giderek güven oylamasında kendi partilerine mensup milletvekillerinin de güvensizlik oyu vermelerini istemişlerdir ⁽¹⁶⁾.

Öte yandan, siyasî partilerin ortaya çıkmalarından sonra parlamenter rejimde uygulama açısından ciddi değişiklikler meydana gelmiştir. Herşeyden

(13) İbid., s. 432-433

(14) İbid., s. 435

(15) İbid., s. 434, Rasyonelleştirilmiş Parlamenter Sistem konusunda bkz. MIRKINE GUETZEVITCH, Les Nouvelles tendances du Droit Constitutionnel Européen, Paris 1951, s. 17 vd.

(16) TEZİÇ, E., s. 416 Bu konuda bkz. GROSSER, A., La République Fédérale d’Allemagne, Que - Sais Je? d. éd., Paris 1983,

önce kuvvetler ayrılığının klasik şekli günümüzde bozulmuştur. Örneğin parlamenter rejimin doğum yeri olan İngiltere'ye bakalım; eski Yasama - Yürütme ayrılığı temelden değişince, Yürütme Organı aynı partinin yani iktidar-daki çoğunluk partisinin bir kolu olunca, aynı parti hem Mecliste çoğunluk-ta bulunmakta, hem de hükümeti kurmaktadır. Dolayısıyla klasik kuvvetler ayrılığı yerini bir çeşit kuvvetler karışımına bırakmıştır. Kısacası kuvvetler ayrılığı ilkesi parlamentonun yapısına bağlı olur duruma gelmiştir. Böylece klasik kuvvetler diyaloguna dönüşmüştür. Hükümetler çoğunluk partisinin vekilleri, Başbakan da genellikle çoğunluk - iktidar partisinin lideridir. Bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere parlamenter sistem tamamen parti yapısına bağlı hale gelmiştir ⁽¹⁷⁾.

Bütün bu açıklamaların konumuz bakımından önemi, bu gelişmeler ve değişmeler sonucu Devlet Başkanının parlamenter rejimdeki yetki ve statüsünde de kaymalar ve bazı değişiklikler gözlemlenmektedir.

II - PARLAMENTAR REJİMDE DEVLET BAŞKANININ HAKEM KONUMUNUN SONUÇLARI

Yaptığınız açıklamalardan anlaşıldığı üzere parlamenter sistemde Devlet Başkanının adeta menfî bir statüsü vardır ve hakemlik rolü oynamaktadır. Bu fonksiyonunu yerine getirirken, Meclisteki azınlık ve çoğunlukla, keza iktidar ve muhalefet kanadıyla ihtilafa düşmemesi gerekir. Aksi halde tarafsızlığı hakkında şüpheler uyanabilir ve hakemlik rolünü amacına uygun olarak yerine getiremez.

Öte yandan, Devlet Başkanının sorumsuzluğu ilkesi, onu sorumluluk gerektiren işlerden alıkoymaktadır. Çünkü prensip olarak sorumluluğu gerektiren işleri ancak sorumlu tutulabilen kimseler yapabilir⁽¹⁾. Bu nedenle Devlet Başkanına sorumluluk gerektiren işleri yapma yetkisi vermek, yapılan işlerden kimsenin sorumu olmayacağını peşinen kabul etmek demektir. Bilindiği gibi, bir kimsenin yaptığı tasarruflardan başkalarını sorumlu tutmak adalet fikri ile bağdaşmaz. Bu nedenle de Devlet Başkanına ait yetkiler sorumluluğu kabul edilen Başbakanına ait kararnamelerin Anayasanın kurduğu sisteme göre Başbakan ve ilgili Bakanlarca kullanılmaktadır⁽²⁾. Bu kullanma Devlet Başkanına ait kararnamelerin Anayasanın kurduğu sisteme göre Başbakan ve ilgili Bakan tarafından imzalanması şeklinde gerçekleşir. Bakanlar Kurulunun sorumluluğu Parlamento'ya karşı olduğundan, kararnamelerin imzalanmasında Başbakan ve Bakan bu durumu düşünerek hareket edeceklerdir. Yani alınan bu kararın Parlamento çoğunluğu tarafından tasvip görüp görmeyeceğini hesaba katmak zorundadırlar. Bu durum fiilen kararnamelerin Başbakan ile ilgili bakanlarca hazırlanması sonucunu doğurmuştur. Şu halde,

(17) TUNAYA, T., Z., Siyasal kurumlar ve Anayasa Hukuku, 4. bası 1980 s. 304 - 305

(1) BARTHELEMY, J., DUEZ P., a. g. e., s. 619.

(2) ALDIKAÇTI, O., Modern Demokrasilerde..., s. 99,103.

her ne kadar yürütme faaliyetinin bir kısmının yapıcısı Devlet Başkanı ise de, sorumsuzluğu nedeniyle yetkileri Başbakan ile ilgili bakan veya bakanlara devrolunmaktadır. Dolayısıyla bu tasarruflardan doğacak sorumluluğu Başbakan ve ilgili bakan yüklenmektedir. Devlet Başkanına ait kararnamele Bakanlar Kurulu’nca imzalandığı gibi, Devlet Başkanı’nın gezilerinde Bakanlar Kurulu’ndan bir üyenin daima hazır bulunması gerekmektedir⁽³⁾.

İşte böyle bir statüye sahip olan Devlet Başkanı, hiç bir siyasî faaliyette bulunmaması sonucu, Yasama ile Yürütme arasında tarafsız bir «hakemlik» rolünü yerine getirecektir.

Parlamente rejiminde Devlet Başkanı’nın menfî statüsü özet olarak şu sonuçları doğurmaktadır⁽⁴⁾. Sorumsuzluğu onun bütün kararnamelelerini Başbakan ve ilgili bakana imzalatmasını gerekli kılar; bütün yetkileri, Yasama Kuvveti önünde sorumlu Bakanlar Kurulu tarafından kullanıldığından, kendisinin tarafsız olarak partiler arasında çıkacak ihtilaflarda hakemlik yapması imkânı doğmakta ve parlamente rejiminde devlet başkanı tarafsız bir lider niteliğini kazanmaktadır.

Nitekim, uygulamada parlamente rejimi benimsemiş olan ülke Anayasalarında Devlet Başkanı’nın kararnamelelerinin Başbakan ve ilgili bakan veya bakanlarca imzalanması bir Anayasa Kuralı olarak öngörülmüştür. Örneğin Fransa’da Üçüncü Cumhuriyet’te (Şubat 1875 Anayasası madde 3 ve 25), Weimar Cumhuriyetinde (md. 50), Federal Alman Cumhuriyeti’nde (md. 58), Belçika Krallığında (md. 64), Finlandiya cumhuriyetinde (md. 34), Fransa’da Dördüncü Cumhuriyet’te (md. 79), İtalya Cumhuriyetinde (md. 89), Hollanda Krallığında (md. 79), İsveç Krallığında (md. 38), Danimarka Krallığında (md. 13) ve Fransa’da Beşinci Cumhuriyet’te (md. 19) bu temel kaideyi koymaktadırlar⁽⁵⁾.

Görülüyor ki, Parlamente rejime dayalı bütün Anayasalarda Devlet Başkanının kararnamelelerinin sorumlu kişilerce imzalanması pozitif bir hukuk kuralı olarak belirtildikten sonra, Devlet Başkanının hiçbir kararnamesini tek başına yapamayacağı mantikî ve hukukî sonucuna varılmıştır. Halbuki sorumluluk gerektirmeyen tasarrufları bu kaidenin dışında tutmak gerekirdi. Bu katı hükümler uygulamada bazı sıkıntılar doğurabilir niteiktir. Zaten bu konuda önemli olan husus da bu durumdur. Örneğin yeni atanacak Başbakanın kararnamesini hangi Başbakan veya Bakan imzalayacaktır? Eski Başbakanın imzalayacağı bir an için kabul edilse bile, böyle bir imzayı vermeme durumunda sorun nasıl çözümlenecek? Bu durum, Fransa’da 3. Cumhuriyet

(3) ALDIKAÇTI, 1961 Anayasasında Devlet Başkanı Kararnamelerinin İmzalanması, MHAD, 1968, yıl. 1, sy.2, s. 36

(4) İbid., s. 37

(5) İbid., Bu Anayasaların bazılarının ilgili maddeleri için bkz. MIRKINE - GUETZEVITCH, B., Les Constitutions Européennes, Paris 1951

döneminde Anayasalarda hiç bir değişiklik yapılmadan teamül yolu ile hal edilmiştir. Şöyle ki; Devlet Başkanı ile yeni Başbakanın atama kararnameini imzalamak eski Başbakana düşen en son bir görev olarak kabul edilmiştir⁽⁶⁾.

Şu halde, pozitif hukukta, Devlet Başkanın bütün kararları Başbakan ve ilgili bakan veya Bakanlarca imzalanması kaidesi konduktan sonra, aksine imkân veren bir hüküm bulunmadıkça, Devlet Başkanının tek başına kararname ihdas etmesi hukuken mümkün değildir. Bu tip kararnamelere Anayasalarda açık hükümlerle imkân tanınırsa, bunları “Cumhurbaşkanının kararnamelelerinin istisnâ bir şekli saymak” gerekir⁽⁷⁾. Esasen, bu tip yetkileri istisnâ olduklarından, Anayasalarda pozitif hukuk kaidesi olarak açıkça belirtilmeleri gerekir.

Burada belirtilmesi gereken bir nokta da, Cumhurbaşkanının Başbakan ve ilgili bakan veya bakanlarca alınan kararnameleri imzalamama yetkisi var mıdır? Örneğin açıkça hukuka aykırı bir kararnameyi imzalamak zorunda mıdır? Bir göreşi göre, yürütme alanında görülen kararnameler, aslında Cumhurbaşkanının tasarruflarıdır. Bunlar, Cumhurbaşkanının, Başbakan ile ilgili bakanlarca imzalanmış kararlarıdır. Onlar, “önce hükümet kademesince hazırlanıp imzalanmış olmaları, bu niteliklerini değıştirmez. Öyle ise, Cumhurbaşkanı, bu kararları imzalayıp imzalamamakta serbesttir. Başka bir deyimle, bunlar Cumhurbaşkanının Anayasa’da görevi olarak gösterilen hususların yerine getirilmesi konusunda çıkarılmış kararnamelerdir. Böyle olduğu için, Cumhurbaşkanı, kararı alıp almamakta, yani kararnameyi imzalayıp imzalamamakta serbesttir. Kaldı ki, Anayasalar genellikle, böyle bir kararnameyi Cumhurbaşkanının imzalaması zorunluluğunu belirten hüküm ihtiva etmiyorlar. Kısacası, Cumhurbaşkanı, aslında kendi tasarrufları olan bu kararnameleri imzalamayı reddedebilir⁽⁸⁾.

Böyle bir görüş teorik olarak kendine bir dayanak bulabilirse de, pozitif düzenlemeler arasından dayanak bulması zordur. Her ne kadar Anayasalarda Cumhurbaşkanının bu kararnameleri imzalama zorunluluğunu öngören hükümler yoksa da, böyle bir kararnameyi imzalamayı reddetme yetkisi olduğunu belirten bir Anayasa hükmü de yoktur⁽⁹⁾.

Bu durum karşısında Cumhurbaşkanının “tasarrufları hukukîliğe indirme” görevi ve yetkisi olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, Cumhurbaşkanı önüne getirilen bir kararnamede hukuka aykırılık görürse, onu imzalamayı reddetmelidir. Böyle bir kararnameyi imzalamayı reddetmek, görevinden doğan bir zorunluluktur ve yemininden sıyan bir yükümlölüktür. Cumhurbaşkanı kararnamenin hukukî içeriğinin ve aykırılığının tesbitini

(6) İbid. Ayrıca bkz. BARTHELEMY, J - DUZE, P., a. g. e., s. 623

(7) ONAR, S. S., İdare Hukukunun Umumî Esasları, c. II, 3. bası İstanbul 1966, s. 756

(8) SAVCI, B., Cumhurbaşkanının Yeri Kararnameleri İmzalama Sorunu, YD, Haziran 1976, s. 17

(9) İbid., s. 18

kendi formasyonu ile yapacak ve demokratik yapı içindeki bir hukuk devletinin türlü araçları bu konuda kendisine yardımcı olacaktır⁽¹⁰⁾.

Görülüyor ki, sorunun halli pek de kolay değildir. Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulu’nun bütün kararnamelerini otomatik olarak onaylamak zorunda olması onu, ifade yerinde ise, “imza makinası” durumuna düşürür. Bu konuda ikili bir ayırım yapmak belki daha isabetli olur. Buna göre, Bakanlar Kurulunca alınan hukuka uygun bir işlemin “siyasî yerindelik” açısından Cumhurbaşkanınca denetlenmesi, parlamenter rejimin ruhuna aykırı olur. Çünkü, bu sistemin sağlıklı işleyişi için sorumlu hükümetin siyasî takdir yetkisine, en iyi niyetli işleyişi için sorumlu Hükümetin siyasî takdir yetkisine, en iyi niyetli gerekçelerle de olsa, sorumsuz Cumhurbaşkanı müdahale etmemelidir. Aksi halde Cumhurbaşkanının engellemeleri yüzünden, boyutları Hükümetin istifasına kadar varan siyasî bunalımlar olur. Tabii ki bu durumdan Cumhurbaşkanı’nın prestij ve otoritesinin de zarar görmesi mümkündür⁽¹¹⁾. Ancak, yerindelik denetimi açısından bile Cumhurbaşkanının bir “otomat” olmadığı ve bu nedenle kararnamenin içeriği açısından Hükümetin dikkatini çekebileceği⁽¹²⁾, fakat bu alandaki rolünün bir uyarı fonksiyonu ile sınırlı olması⁽¹³⁾ kabul edilmelidir. Dolayısıyla hükümet ısrar ederse imzalamak zorundadır⁽¹⁴⁾.

Ancak, alenen hukuka aykırı bir Bakanlar Kurulu işlemini Cumhurbaşkanı’nın imzalamak zorunda olduğu da söylenemez. Cumhurbaşkanının sorumlu olmaması, önüne gelen her işlemi mutlaka imzalamak zorunda olmasını gerektirmez. Aksi halde Cumhurbaşkanının Anayasaya ve hukukun üstünlüğüne bağlı kalma konusundaki andı hiç bir anlam ifade etmez⁽¹⁵⁾. Şu halde, hukukî planda Devlet başkanı bu tip hukuka aykırı kararnameleri imzalamama imkânına sahiptir. Özellikle Hükümetin işlemlerinin yargılama makamlarınca geçersiz kıldığı ve ortaya çıkan mahkeme kararlarını hiçe sayarak kararlar alındığı durumlarda, kendisine sunulan işlemlere karşı direnmesi, aktif politikaya karışması olarak değerlendirilmemelidir. Böyle bir durumda yürütmenin iki kanadı arasında uyuşmazlık çıkması muhtemeldir. Bu uyuşmazlığı millî iradenin temsilcilerinden oluşan TBMM’nin çözümleyebileceği ileri sürülüyor⁽¹⁶⁾ ise de, bunu parlamentonun hangi yolla yapabileceğini kestiremiyoruz.

Şu durumu tekrar belirtelim ki, parlamenter sistemde esasen yürütmeye ait yetkilerin asıl sahibi Devlet Başkanıdır; başbakan ve bakanlar zaman için-

(10) İbid., s. 19.

(11) ÖZBUDUN, E. Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1986, s. 287 - 288.

(12) SAVCI, B., a. g. m., s. 19

(13) ÖZBUDUN, E., a. g. e., s. 288

(14) SAVCI, B., a. g. m., s. 19

(15) ÖZBUDUN, E., a. g. e., s. 288

(16) TEZİÇ, E., 1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı, YD, Mayıs 1980, sy. 49, s. 10

de oluşmuştur. Daha doğrusu, Devlet Başkanının sorumsuzluğu nedeniyle sorumluluğu yüklenecek bir ekip belirmiştir. Nitekim tarihî gelişim de bu durumu doğrulamaktadır. 1714’de İngiltere’de Stuart hanedanından Kraliçe Anne’ın tahta geçecek çocuğu olmadığından, ölümü ile birlikte Hannover hanedanından I. George Kral olur. Ancak George İngilizceyi iyi bilmediğinden, kabine toplantılarında fazla bir şey anlamıyordu. Bu nedenle bir süre sonra toplantılara hiç gelmez oldu. Bunun üzerine krala ait yetkiler kabine toplantılara hiç gelmez oldu. Bunun üzerine Krala ait yetkiler kabine aracılığı ile kullanılmaya başlandı. Dolayısıyla Kral adeta sembolik bir duruma düştü. İşte bu gelişme sonucu İngiltere’de “Kral Hükümet etmez saltanat sürer” sözü söylenmeye başlandı. Bu yeni durum karşısında kabine üyelerinden bir bakan, kabine toplantılarında alınan kararları Krala iletiyordu. Bu kişi hem Krala en etkili bir kişi idi ve aynı zamanda kabine toplantılarına başkanlık ediyordu. Bu dönemde şartların oluşturduğu ve tesadüfen beliren kişi daha sonraki dönemde parlamente rejimin temel taşlarından biri olan “Başkanlık müessesesini” oluşturacaktır⁽¹⁷⁾.

Sonuç olarak şunu belirtelim ki, parlamente rejiminde Devlet Başkanının yeri ve yetkileri konusunda gerek doktrinde gerekse uygulamada bir görüş birliğine varılmış değildir. Bu durum Mukayeseli Hukukta böyle olduğu gibi, bizde de böyledir. Nitekim, iş başındaki Cumhurbaşkanları bile kendi yetkileri konusunda tereddütler geçirebilmektedirler. Örneğin, TRT Genel Müdürlüğü ile ilgili kararnamelerin sebep olduğu yoğun eleştiriler karşısında Cumhurbakanı Fahri Korutürk, yetkilerinin belirlenmesi ve açığa kavuşturulması yolunda açıklama yapmak zorunda kalmıştır⁽¹⁸⁾.

III- 1961 ANAYASASINDA DEVLET BAŞKANININ KONUMU VE TEK BAŞINA KULLANILABİLECEĞİ YETKİLERİ

1. Anayasal Planda Durum

Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunun iktidarın yapısına ilişkin gerekçesinde “Cumhuriyetin temel kuruluşunu üç kesimde mütalâa” ile “her alana dahil kuvvetler arasındaki ilgileri” de tesbit ettiği bildirilmekte ve yürütme kuvvetinin de “parlamente sistemlerde olduğu gibi Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu’ndan ibaret olmak üzere iki yönlü olduğu” belirtilmektedir⁽¹⁾.

Temsilciler Meclisi Anayasa komisyonu’nun bu eğilimi Anayasa hukukumuzdaki gelişmeye uygundur. Nitekim, Osmanlı İmparatorluğu devrinde ilk yazılı Anayasanın, Padişahı Devlet faaliyetinin yegane hâkimi kılan düzenin-

(17) TEZİÇ, E., Cumhurbaşkanının Yetkileri Üzerine. YD, Haziran 1976, s. 21

(18) Bkz. Cumhuriyet, 22.1.1976.

(1) TANÖR, B - BEYGO, T., Türk Anayasaları ve Anayasa Mahkemesi Kararları, İstanbul 1966, s. 83

den sonra, klasik parlamenter rejim anlayışına doğru bir gelişme olmuş ve 1909 değişiklik ile Türkiye’de ilk defa parlamenter rejim uygulanmaya başlanmıştır. Millî Hâkimiyet prensibinin Anayasa Hukukumuza girdiği ve meclis hükümeti sisteminin uygulandığı Kurtuluş Savaşı devrinden sona, 29 Ekim 1923 değişiklik ile Cumhuriyet ilanı edilirken, aynı zamanda parlamenter hükümet sistemine doğru yönelinmiş ve 1924 Anayasasına klasik parlamenter sistemden unsurlar alınmıştır. Cumhuriyet tarihinde 1945’te üçüncü defa çok partili düzene geçildiği zaman 1924 Anayasası hakkında yapılan anketler bu anayasanın temelinde bulunan meclis hükümeti sisteminin yetersiz olduğunu ve yerine klasik parlamenter hükümet sisteminin konması fikrinin hemen herkes tarafından benimsendiğini gösteriyordu. Nitekim 27 Mayıs’tan sonra Anayasa ön-projesini hazırlayan İstanbul İlim Heyeti ve Gerekçeli - Tasarıyı hazırlayan Siyasal Bilgiler Fakültesi İdarî İlimler Enstitüsü tasarılarında, klasik parlamenter hükümet sistemini temel alan birer hükümet sistemi teklif ediliyordu.

Bu tasarı ve düşünceler 1961 Anayasasına yansımıştır. Nitekim Anayasanın gerekçesinde bu durum şöyle belirtilmiştir: «Yasama ve yürütme arasında karşılıklı ilgiler kurulmuş ve belirtildiği gibi yumuşak bir kuvvetler ayrılığı tesis edilmiştir. Bu münasebetler Millet Meclisi’nin Bakanlar Kurulu’nu güven oyu vermemek suretiyle düşürebilmesi, Bakanlar Kurulu’nun da buna karşı ve muayyen şartlar altında Millet Meclisi’nin yenilenmesini isteyebilmesidir”⁽³⁾. Kısacası 1961 Anayasası parlamenter rejimi benimsemiştir. Ancak sistem gerçek şekli ile kabul edilmiş değildir. Eşitlik ve dengeyi sağlayacak fesih yetkisi “seçimlerin yenilenmesi” şeklini almış ve gerçekleşmesi oldukça zor şartlara bağlanmıştır (md. 108).

Bilindiği gibi 1924 Anayasası, Cumhurbaşkanına oldukça sınırlı yetkiler tanımıştır. Bunları şöyle sıralayabiliriz: Özel törenlerde Meclise başkanlık etmek 5md. 32); Kanunları imzalamak veya geri çevirmek (md. 35); Başbakanı seçmek (md. 44/1); Hükümetin inhası üzerine özel af yetkisini kullanmak (md. 42). Başbakanı atama yetkisi ile kanunları TBMM’ne geri gönderme yetkisi bunların en önemlileri sayılabilir. Bu yetki azlığının temelinde 1924 Anayasasının egemenlik anlayışı etkili olmuştur. Bu Anayasa egemenliğin doğrudan doğruya kullanılmasında tek yetkili organ olarak TBMM’ni tanıyordu. Bunun sonucu olarak Yürütme Organının yetkili bir organ sayılmaması, dolayısıyla Cumhurbaşkanı ile Hükümetin Yasama organına bağımlılığı, yetkilerini onun adına kullanma durumu ortaya çıkmıştır. Gerçi uygulamada Cumhurbaşkanı yetkili gibi görünmüşlerse de, bu durum Anayasa’dan ziyade Cumhurbaşkanı yetkili kişiliklerinden kaynaklanmıştır⁽⁴⁾.

(2) ALDIKAÇTI, O., a. g. m., s. 34; ARSEL, 1., Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Ankara 1965, s. 137 vd.

(3) ÖZER, A., Gerekçeli ve 1961 Anayasasıyla Mukayeseli 1982 Anayasası, Ankara 1984, s. 22

(4) BALTA, T. B., Türkiye’de Yürütme Kudreti, Ankara 1960, s. 4; EROĞUL, C., “Cumhurbaşkanının Denetim işlevi” Türkiye’de Demokrasinin Denetim Kurumları, AHFD, c. 33, 1978, no. 1-3, s. 39

1961 Anayasası “Millet egemenliğini Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanır” 5md. 4) hükmünü getirmek suretiyle 1924 Anayasasındaki anlayışı değiştirmiş, TBMM’ni milli egemenliği doğrudan doğruya kullanabilen tek organ olmaktan çıkarmıştır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanı da 1961 Anayasasında egemenlik yetkisini kullananlardan biri durumuna gelmiştir.

Öte yandan, 1961 Anayasasında Cumhurbaşkanının yetkileri her ne kadar tek madde halinde sayılmamışsa da, serpiştirilmiş bir durumda bazı önemli yetkileri vardır. Bunları “Devletin başı” ve “Yürütmenin başı” sıfatıyla ayrı ayrı şöyle belirleyebiliriz: TBMM’ni olağanüstü toplantıya çağırma (md. 83/3); Cumhuriyet Senatosuna 15 üye seçme ve boşalma oldukça bunları yenileme (md. 70/1); (73/5); Millet Meclisi seçimlerini yenileme (md. 108), kanunları yayınlama veya TBMM’ne geri gönderme (md. 93), Başbakanı seçme ve atama (md. 102/2); Anayasa Mahkemesine iki üye seçme (md. 145/1); Anayasa Mahkemesinde iptal davası açma (md. 149); Askeri yargıtay üyelerini seçme (md. 141/2); özel af çıkarma yetkisi (md. 97/2), Devletin başı olma sıfatıyla kullandığı yetkiler olarak kabul edilebilir. Buna karşılık, Bakanları atama (md. 102/3); Bakanlar Kuruluna başkanlık etme (md. 97/2); Milli Güvenlik Kuruluna başkanlık etme (md. 111/2); Genelkurmay Başkanını atama (md. 110/4); Yabancı Devletlere temsilci gönderme ve yabancı devletlerin temsilcilerini kabul etme (md. 97/2); Uluslararası antlaşmaları onaylama ve yayınlama (md. 97/2); Tüzükleri imzalama ve yayınlama (md. 107/2) yetkileri ise yürütmenin başı” sıfatıyla sahip olduğu görev ve yetkililerdir⁽⁵⁾.

1961 Anayasasının çok önemli diğer bir yeniliği, Cumhurbaşkanını tümüyle TBMM’ne bağımlı kalan düzenlemeleri kökten değiştirmiş bulunmasıdır. Cumhurbaşkanı yine TBMM içinden seçilmektedir, ama Yüksek öğrenim ve kırk yaş koşulları yüzünden birinci Meclisten çok güçsüz olan ikinci meclisin üyeliğine yakındır. Daha önemlisi Cumhurbaşkanının görev süresi uzatılmakla yasama organı ile bağları iyice gevşetilmiştir. Eskiden Cumhurbaşkanının görev süresi Meclisin seçim dönemi ile aynıydı; Meclis kendisini yenileyince Devlet başkanını da mutlaka yeniliyordu; şimdi Cumhurbaşkanının yedi yıllık bir süre için seçileceği kabul edilmekle, Meclislerle süregelen temel bağ artık kopmuştur. Anayasa bununla da yetinmemiş, Cumhurbaşkanı seçilen kişinin, hem TBMM üyeliği ile hem de varsa partisiyle ilişkisinin kesileceğini öngörmüştür⁽⁶⁾. Oysa 1924 düzeninde Cumhurbaşkanı Meclis görüşmelerine katılmamak ve oy kullanamamakla birlikte, üyeliğini sürdürmekte, oturumlara başkanlık etmekte her yıl meclis açılış nutkunu vermektedir⁽⁷⁾. Öte yandan, partisinin resmi veya fiili önderliğini sürdüren Cumhurbaşkanı, meclis çoğunluğu ile organik bir bağ içinde bulunmaktaydı.

(5) EROĞUL, C., a. g. m., s. 42 - 43

(6) Ibid., s. 40

(7) Bu konuda bkz. DURAN, L., Resicumhurun Nutku ve istizah Usulü İHFM, c. XVI, sy. 1 -2,1950, s. 215 vd.

Görüldüğü gibi, 1961 Anayasası Cumhurbaşkanına özel bir yer vermiştir. Devletin başı olmakla Cumhurbaşkanı “Türkiye Cumhuriyetini ve Başkomutanlık da Cumhurbaşkanı tarafından temsil olunur. Cumhurbaşkanı görevleriyle ilgili işlemlerinden dolayı sorumsuzdur (md. 98/1). Ancak TBMM üye tam sayısının üçte birinin tekil ve üçte ikisinin kararıyla vatana ihanetle suçlanabilir (md. 99) ve o zaman Anayasa Mahkemesinde yargılanır (md. 147/2).

Dikkat edilirse 1961 Anayasası Cumhurbaşkanına parlamenter rejimin aslına uygun olarak tarafsızlığını sağlamak ve hakem rolünü vermek için bazı düzenlemeler getirmiştir: Cumhurbaşkanı seçilen TBMM üyesini partisizlikle seçilememekte, görev süresinin TBMM’sinin süresinden ayrılarak yedi yıl olarak belirlenmesi ve süresi sona eren Cumhurbaşkanının Cumhuriyet Senatosu’nun tarafsızlığının sağlanması ve böylece kendisini seçen “çoğunluğun adamı” görünümünden kurtarılması amaçlanmaktadır⁽⁸⁾.

Cumhurbaşkanı yukarıda belirlediğimiz “Devletin başı” ve “Yürütmenin başı” sıfatıyla kullanabileceği yetkileri yanında “kişisel temaslar” ve “açık tavır takınmalar” yolu ile de ağırlığını hissettirebilir. Kişisel temasların bir bölümü uygulamada oldukça yaygın bir hal almıştır. Cumhurbaşkanının Başbakan ve Genelkurmay Başkanı ile yaptığı haftalık olağan görüşmeler buna örnektir. Keza zaman zaman siyasî parti yetkilileri ve bazı kuruluşların temsilcileriyle yaptığı görüşmeler de bu niteliktedir. Hatırlanacağı gibi, 1961 Anayasası’nın yürürlüğe girdiği ilk yıllarda, siyasî parti liderleriyle Çankaya’da yuvarlak masa toplantıları yapmak alışkanlık haline gelmişti⁽⁹⁾.

Öte yandan, Cumhurbaşkanı gerek gördükçe mesajlar ve demeçler vermekte ayrıca yurt gezilerine katılmaktadır. Genellikle Cumhurbaşkanları millî bayramlarda ve kendi takdirlerine göre millet hayatı bakımından önem arzeden günlerde bu yetkilerini sık sık kullanmaktadırlar⁽¹⁰⁾.

2. Doktrinde Tartışmalar ve Yorumlar

Cumhurbaşkanının sıraladığımız bu yetkilerini tek başına kullanabilip kullanamayacağı sorunu 1961 Anayasası boyunca tartışma konusu olmuştur. Bilindiği gibi “Cumhurbaşkanının iradesini ihtiva eden tasarruflar kararname adını alır; başka bir ifade ile Cumhurbaşkanı hukukî tasarruflarını kararname şeklinde yapar. Anayasamızın 98/2 maddesine göre ise, ‘Cumhurbaşkanının bütün kararları Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır’ Diğer bir deyişle, ‘Cumhurbaşkanı kararnameleri şekle tâbi bir tasarruf olup, tekemmül etmeleri için yazılı olmaları ve Cumhurbaşkanı veya gerektiğinde vekili ve Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanması şarttır’. Bu şekil şartlarının birinin yokluğu kararnamenin yokluğunu icap ettirir”⁽¹¹⁾.

(8) TEZİÇ, E., a.g.m. s. 8

(9) EROĞUL, C., a. g. m., s. 44

(10) İbid.

(11) ONAR, S. S., a. g. e., s. 398.

Hukukî durum böyle olmakla beraber, Cumhurbaşkanı Anayasanın 93. maddesine dayanarak, TBMM’ce kabul olunan 168 sayılı “X VE XI. Devre Milletvekillerinin Ziraat Bankası’na ve Hâzineye Olan Borçlarının Faizsiz ve Masrafsız Olarak 10 Yıl Taksitli Bağlanması Hakkında Kanun” ve 396 sayılı “Tapulama Kanun”larını uygun bulmadığı gerekçeleriyle bir daha görüşülme üzere TBMM’ne geri göndermiş ve Anayasanın 107/1 maddesi uyarınca Cumhuriyet Senatosu’na 15 üye ve yine Anayasanın 141 ve 145.ci maddeleri uyarınca Askeri Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi’ne üyeler seçmiştir.

Cumhurbaşkanının bu tutumu resmî çevrelerce tasvip görmüş ve bu yetkilerin Anayasaca Cumhurbaşkanının şahsına tanındığı, dolayısıyla tek imza ile tekemmül edebilecekleri ileri sürülmüştür⁽¹²⁾. Tabii ki bu mantıkla hareket edilecek olursa. Cumhurbaşkanının Anayasada öngörülen diğer yetkilerini de tek başına kullanılabileceği sonucuna varılabilir⁽¹³⁾.

Sorun doktrinde tartışılmıştır. Hemen belirtelim ki, bu basit bir şekil şartının eksikliği tartışması değildir. Gerçekten ilk bakışta ihtilaf Anayasasının kurmak istediği düzene etkide bulunmayacak basit bir şekil noksanlığı gibi görülebilir. Eğer böyle dahi olsaydı üzerine önemle eğilmemiş ve Anayasasının usulüne uygun olarak uygulanmasını titizlikle istememiz gerekirdi. Çünkü yönetenleri tarafından Anayasası sık sık ihlâl edilen toplumlarda, Anayasaya şekil bakımından da olsa aykırılığın zamanla teamül haline gelip, Anayasanın kurduğu sistemi değiştiren ihlallere dönüşmesi, endişe edilmesi gereken bir husus olarak görülür. Bu tür endişelerin gerçekleşmemesi için Anayasaya riayetin büyük bir titizlikle, bütün katılığı ile sağlanması, Anayasanın, bütünüyle üstünlüğünün gerçekleştirilmesi lazımdır. Kaldı ki, ihtilaf sadece bir şekil noksanlığından ibaret değildir. Çözüm şekline yani Anayasaya uygun olduğu kabul edilecek usulü göre, Anayasanın Devlet Başkanına çizdiği statünün muhtevasını, rejimin geleceğini etkileyecek niteliktedir⁽¹⁴⁾. Çünkü Devlet Başkanına tek imza ile kararname ihdası yetkisi verilmesi durumunda, tarafsız kalması gereken Cumhurbaşkanının giderek aktif politika içine girmesi ve siyasî partilerin iktidar mücadelelerine karışması sonucu bir Anayasa krizinin doğması mümkündür⁽¹⁵⁾.

Doktrin bu konuda ikiye ayrılmış durumda; bazı yazarlar hemen hemen hiç bir işlemi Cumhurbaşkanının tek başına yapamayacağını ileri sürerken, bir grup yazar ise, sorumluluk gerektirmeyen işlemleri tek başına yapabileceğini belirtiyorlar.

(12) ALDIKAÇTI O., a. g. m., s. 31, Ayrıca bu konuda Cumhurbaşkanına yardımcılık yapan İlhan Arsel ve Muammer Aksoy bu konuda yazdıkları makalelerinde “ikinci imza” şartına hiç değinmemişlerdir. Bkz. Dünya Gazetesi, 14.2.1963; Cumhuriyet, 11 - 12.2.1963

(13) SAVCI, B. Devlet başkanı - Meclis Çatışması, SBFD, 1963, No: 3 4, s. 326; ALDIKAÇTI, O., a. g. m., s. 31

(14) ALDIKAÇTI, O., a. g. m., s. 32 - 33

(15) İbid., s. 33

Birinci grup yazarlar, Cumhurbaşkanına tek başına yapabileceği hiç bir yetki tanımazken, bunu parlamenter rejimde Devlet Başkanının “Sorumsuzluğu” ilkesi ile açıklıyorlar. Sorumluluk olmadan yetki de olmaz diyen yazarlar bunu “hukukun umumî prensiplerine⁽¹⁶⁾.” “demokratik rejimin esaslarına⁽¹⁷⁾,” “adalet fikrine”⁽¹⁸⁾, veya “modern devlet anlayışına”⁽¹⁹⁾ dayandırıyorlar.

Bu görüşe göre, 1961 Anayasası parlamenter rejimi ve bu rejimin mantığına uygun olarak da bütün kararnamelerin Başbakan ve ilgili bakan veya bakanlarca imzalanarak tamamlanacağı kesin hükmünü koymuştur. Bu durumda, Anayasada istisnaları belirtilmediğinden, Cumhurbaşkanının Başbakan ile ilgili bakanın imzası olmadan ihdas ettiği kararnameler noksan kalmış, tekemmül etmemiş işlemlerdir ve sonuç doğuramaları gerekir⁽²⁰⁾. Ayrıca, parlamenter rejimde Devlet Başkanının parlamento ile kabine arasındaki doğacak ihtilaflarda hakem rolünü oynayabilmesi için her şeyden önce müstakil ve kişiliğinin sağladığı prestije sahip olması gerekir ki, bunun da sorumsuzluğu ile sağlanabileceği ileri sürülmüştür⁽²¹⁾. Fakat, Devlet Başkanının yetkisizliğine rağmen ona yetkileri kullanma imkânı vermek, devlet işlerinden dolayı kimsenin sorumlu olamayacağını kabul etmek demektir. Çünkü genel olarak bir kimsenin yaptığı işlerden dolayı başkasını sorumlu tutmak, adalet fikri ile bağdaşmaz denilmiştir⁽²²⁾. Aynı görüşü savunan yazarlardan bazılarına göre⁽²³⁾, bu konuda sübjektif görüşlere dayanarak Cumhurbaşkanının tek başına kullanabileceği yetkileri tesbit etmeye başlarsak, gelecekte herhangi bir yetkinin şahsî olduğu inancı ile tek başına kararnama çıkarmaya kalkacak Cumhurbaşkanına karşı ileri sürülecek hukukî delil bulmakta güçlük çekileceği de tartışılmaz.

Cumhurbaşkanının tek başına işlem yapamayacağı görüşüne katılan bir diğer yazara⁽²⁴⁾ göre de, Devlet Başkanının siyasî sorumsuzluğunun neticesi, alacağı bütün kararlarda başbakan ve ilgili bakanın imzası bulunmasının zorunluluğu yani “Cotresing - advice” müessesesi parlamenter rejimin kilit noktalarından biridir. Bu nedenle imza mecburiyeti sadece Cumhurbaşkanının yapacağı hukukî tasarruflara münhasır değildir. Devlet reisinin bütün faaliyetlerinde, örneğin yabancı bir Devlet Başkanına göndereceği bir tebrik veya taziye telgrafı yahut irad edeceği bir nutukta bile, ilgili bakanın imzası veya rızası bulunması şarttır.

(16) ALDIKAÇTI, O., a. g. m., s. 38

(17) DURAN, L., a. g. m., s. 216

(18) ALDIKAÇTI, O., Modern Demokrasilerde..., s. 99

(19) SOSYAL, m., 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 7. bası, Ankara 1987, s. 331.

(20) ALDIKAÇTI, O., Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İstanbul 1982, s. 333, Benzer fikir için bkz. GÜNEŞ, T., “Cumhurbaşkanının Yetkileri ve Bakanlar Kurulu Kararnameleri”, Milliyet 2. 2. 1976

(21) ALDIKAÇTI, O., a. g. e., s. 100; KERSE, A., Türkiye’de 1961 Anayasasına göre Cumhurbaşkanını (Doktora Tezi), İstanbul 1973, s. 133

(22) ALDIKAÇTI, O., Modern demokrasilerde..., s. 98-99

(23) ALDIKAÇTI, O., a. g. e., s. 45-46

(24) GÜNEŞ, T., Parlamenter Rejimin Bugünkü Manası ve İşleyişi, İstanbul 1956, s. 61

Bu anlayışa göre, 1961 Anayasasında Cumhurbaşkanını, genel olarak parlamentar sistemdeki Devlet Başkanının yetki ve statüsünden ayıran, onun tek başına işlem yapmasına imkân veren bir kural yoktur. Kişisel olarak yapabileceği tek işlem, Cumhurbaşkanının görevinden çekilmez istediği zaman sözkonusu olabilir. Bunun dışında Anayasada tanınan bütün yetkilerin, istisnasız olarak ortak imzalı kullanılması gerektiği ileri sürülmüştür⁽²⁵⁾. Aynı yazar, Anayasanın 83. maddesinin 3. fıkrasında belirtilmiş olan, Cumhurbaşkanının TBMM’ni toplantıya çağırma yetkisini de tek başına kullanabileceğini belirtmekte ve Cumhurbaşkanının böyle bir çağında bulunmasının siyasî sorumluluk doğurmadığına dolayısıyla Meclis - Devlet Başkanı çatışmasına yol açmayacağına işaret etmektedir⁽²⁶⁾.

Kısacası, Cumhurbaşkanının tek başına yetki kullanma imkânı tanıyan ve ortak imza şartını arayan bu anlayışa göre, bütün parlamentar sistemde olduğu gibi. Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulu’ndan ayrı bir varlığı bulunmakla beraber, Yürütmeyi birlikte oluşturan Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu’nun birbirlerinden bağımsız işlemler yapmak yetkileri yoktur. Yani, Yürütmenin işlemleri her ikisinin de katılmaları ile ortaklaşa gerçekleştirilebilir⁽²⁷⁾.

Doktrinde bir diğer grup yazar bu görüşe karşı çıkmaktadır. Bu anlayışa göre, her ne kadar “Cumhurbaşkanına bütün kararlar, başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır” şeklindeki Anayasanın 98. maddesinin 2. fıkrası kesin bir hüküm ise de. Anayasada Cumhurbaşkanının kişisel olarak bir takım görevler yükleyen hükümler de kesindir. Dolayısıyla, Anayasanın Cumhurbaşkanlığının temel özelliklerini düzenleyen başka hükümlerinden giderek, bunların bir bölümünü, pekala 98. maddenin istisnaları gibi yorumlamak mümkündür.

Bu anlayışı paylaşan⁽²⁸⁾ bazı yazarlara göre, nitelikleri yönünden doğrudan doğruya Cumhurbaşkanı tarafından kullanılması mümkün görülen, doğrudan doğruya Devlet Başkanının şahsına tanınmış olma özelliğini taşıyan ve siyasi sorumluluğu gerektirmeyen yetkilerin kullanılmasında Devlet Başkanının serbest olduğunu kabul etmek gerekir. Bu nedenle, Cumhurbaşkanı Anayasa gereğince doğrudan doğruya Meclisle olan ilişkilerinde, istisnâ olarak, resen, kendi kendine imzalayacağı kararnameler kullanabilecektir. Şu halde, Cumhuriyet Senatosu’na onbeş üye seçmek, uygun bulmadığı kanunları bir kere daha görüşölmek üzere aynı süre içinde TBMM’ne geri göndermek, bir kanunun veya bir hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesi’ne müracaat etmek, keza seçimlerin yenilenmesi kararnamesi de bu tür yetkilerden sayılmaktadır⁽²⁹⁾.

(25) TEZİÇ, E., “Cumhurbaşkanını ve Yasalar” Cumhuriyet, 8.6.1974.

(26) TEZİÇ, E., a. g. m., s. 9

(27) İbid. Yazarın aynı görüşü için bkz. “Cumhurbaşkanının Yetkileri ve Demokrasi”, Düşünürlerin Forumu, Milliyet, 13.2.1977. Ayrıca bkz. “Cumhurbaşkanlığı ve Türkiye’nin Beklentileri”, Düşünürlerin Forumu , Milliyet 23.3.1980.

(28) OKANDAN, R. G., Umumi Amme Hukuku, İstanbul 1976, s. 475.

(29) ONAR, S. S., a. g. e., c. II, s. 754 - 755.

Cumhurbaşkanının tek başına bazı işlemleri yapabileceği görüşünü paylaşılan bir diğer yazara⁽³⁰⁾ göre de, parlamenter sistemde siyasî sorumluluğu olmayan Devlet Başkanının yazılı işlemlerine kendisiyle birlikte hükümet başkanı da imza koyar. Ancak, bu «destek imza» koyma ilkesi yalnızca siyasî sorumluluk gerektirecek işlemlerle, Anayasanın Devlet Başkanına özgü bir yetki olarak belirlemediği işlerde gereklidir. Anayasalarda Cumhurbaşkanının yapacağı açıklanmış bulunan işlemleri Devlet Başkanı kendi takdirine göre tek başına yapar; hatta tek başına yapmakla yükümlüdür. Unutmamak gerekir ki, Cumhurbaşkanı ne bir kukladır, ne de bir başkasının korunmasına muhtaç olacak kadar yeteneksizdir.

Anayasa Mahkemesi de bu ikinci görüşü benimsemiştir. Yüksek Mahkeme 1976 tarihli bir kararında konua ilişkin olmak üzere şöyle diyor: “Anayasanın 6. maddesinde “Yürütme görevi, kanunlar çerçevesinde Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından yerine getirilir” kuralı getirdikten sonra 97. maddesinin birinci fıkrasında Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Bu sıfatla, Türkiye Cumhuriyeti’ni ve Milletlin birliğini temsil eder” kuralına yer verilmiş, ikinci fıkrasında da Cumhurbaşkanının yürütme ile ilgili görev ve yetkileri belirtilmiştir. Anayasanın 98. maddesinde yer alan “Cumhurbaşkanı görevleriyle ilgili işlemlerden sorumlu değildir. Cumhurbaşkanı bütüm kararlar, Başbakan ve ilgili Bakanlarca imzalanır. Bu kararlardan Başbakan ve ilgili Bakan sorumludur” yolundaki ilkeyi bu tür görev ve yetkilerle sınırlı olarak ele almak gerekir. Öte yandan Anayasa’ya, Cumhurbaşkanına, yürütme organının başı olması yönünden değil, devletin ve milletin bölünmez bütünlüğünü temsil eden, insan haklarına dayalı demokratik hukuk devleti ilkelerini korumak ve laik Türkiye Cumhuriyetini yüceltmek ve kollamak görevlerini üstlenen tarafsız bir baş olması yönünden de kimi görevler vermiştir. Bunlardan biri de, Anayasa’nın 149. maddesinde belirtilen iptal davası açma yetkisidir. Bu yetkinin kullanılmasını 98. madde çerçevesi içinde görmek olanaksızdır. Çünkü böyle bir durumda, bu yetki ancak Başbakan ve ilgili Bakanlarca uygun görülmesi halinde kullanılabilecektir. Başka bir deyimle, siyasal iktidarca, yasa-laştırılan bir metin hakkında Cumhurbaşkanının iptal davası açma yetkisini, Başbakana veya ilgili Bakana devreden veya onları bu yetkiye ortak eden ters bir sonuç çıkacaktır ki. Anayasanın böyle bir sonucu kabul ettiği düşünülemez”⁽³¹⁾.

1979’da verdiği bir başka kararında da Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanının Devletin başı sıfatıyla tek başına bazı işlemler yapabileceğini belirtmiştir. Bu kararda, şöyle denilmektedir: “Cumhurbaşkanına böyle bir yetkinin tanınmış olmasına parlamenter rejimin ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin elvermediği yolundaki savlar geçersiz ve dayanıksızdır. Çünkü bu yolla yürütme organının, yasama organı işlevleri üzerinde etkin bir yetkiye sahip

(30) ESEN, B. N., “Cumhurbaşkanı ve Kanun”, Cumhuriyet, 23. 7. 1974.

(31) E. 1975/183, K. 1976/15, Kt. 16.3.1976, AMKD, sy. 14, s. 68

olduğundan, ayrıca Cumhurbaşkanı'nın yasama tasarruflarını yönlendirmesi ya da onları denetlemesi gibi bir durumun oluşmasından sözedilemez. Yeryüzünde başkansız bir parlamente demokratik rejim modeli henüz bulunmuş olmadığına, Cumhurbaşkanı, halk oyuna sunularak kabul edilen Anayasanın verdiği bu yetkiyi Uus adına kullandığına göre, sözü edilen yetkinin sadece bir uyarıdan ibaret olup başka bir etkisi bulunmadığı ya da yasama tasarruflarına, parlamento üyesi sıfatı ortadan kalkan Cumhurbaşkanı'nın bu yolla ortak olduğu yolundaki görüşler geçersiz oldukları kadar Anayasal dayanaktan da yoksundurlar"⁽³²⁾.

Anayasa Mahkemesi bu son ararında Cumhurbaşkanı'nın, kanunların bir kez daha TBMM'ne gönderme yetkisini tek başına kullanabileceğini belirtmekte, Anayasada bu yetkiyi Cumhurbaşkanı'nın Bakanlar Kurulu üyeleri ile birlikte kullanması gerektiğini belirten hiçbir hüküm mevcut olmadığına işaret etmektedir.

Böylece, 1961 Anayasası döneminde Cumhurbaşkanı'nın tek başına bazı işlemleri yapabilip yapamayacağı konusunda doktrinde mevcut olan görüşleri ve Anayasa Mahkemesi'nin görüşünü ana hatları ile özetlemiş olduk. Bu görüşlerin hangisinin isabetli olduğu hususunda kesin bir yargıya varmak mümkün değildir. Ancak birinci görüş hukukî düzenlemelere daha uygun olduğu halde, ikinci görüş ve uygulama işin mahiyetine ve olması gerekene daha yatkındır.

Cumhurbaşkanına tek başına hemen hemen hiçbir işlem yama yetkisi tanımayan anlayış, parlamente rejiminde Cumhurbaşkanı'nın sorumsuz olduğu, sorumlu olmayan bir kişiye yetki tanımayacağı düşüncesine dayanmaktadır. Ancak bu kıstasın bu konuda kesin bir ölçü olduğu söylenemez. Örneğin, çağdaş bir demokratik rejime sahip olan ABD'nde başkana impeachemet dışında, siyasî bakımdan sorumlu olduğu halde son derece güçlü yetkilere sahiptir⁽³³⁾. Tabii ki, durum parlamente sistemde farklı olabilir, ama salt sorumsuzluk yetkisizliği gerektirmiyor.

Dikkat edilirse, Cumhurbaşkanı'na tek başına işlem yapma yetkisi tanımayan görüşün temel gerekçesi parlamente sistemin mantığı olmaktadır. Gerçekten de, her sistemin kendine özgü bazı temel nitelikleri bulunduğu inkâr edilemez. Nitekim parlamente rejiminde de Cumhurbaşkanı'nın yürütme alanında yetkisiz olması, bu alanda esas yetkili olan Hükûmein de yasama organı önünde siyasî açıdan sorumlu olması zorunludur. Fakat, rejimler son derece genel kategorilerdir. Bu genel türler içinde her ülkenin somut bir rejimi vardır. Bu somut rejim içinde, elette bir sistem kabul edilmiş olabilir. Bunun sonucu olarak da o sistemin soyut modelinde var olan temel gereklerine uymak zorunludur. Ancak soyut modeldeki bütün özelliklerin en ayrıntısına kadar somut uygulamaya yansımaları düşünülemez. Her ülke kendi özel

(32) E. 1979/22, K. 1979/45, Kt. 18.12.1979, AMKD, sy. 17, s. 373 - 374.

(33) EROĞUL, C., a. g. m., s. 45.

şartlarına göre genel modelden bazı sapmalar gösterebilir. Nitekim hepsi de parlamenter rejimi benimsedikleri halde farklı özelliklere sahip uygulamalar mevcuttur. Örneğin III. ve IV Cumhuriyet Fransası’nda cumhurbaşkanı bakanlar kurulu çalışmalarına katılmamaktadır. Yine, örneğin Federal Almanya’da cumhurbaşkanının görev süresi beş yıl iken, İtalya’da yedi yıldır. IV. Cumhuriyet Fransası’nda Cumhurbaşkanı parlamento tarafından seçilirken, Federal Almanya’da devlet başkanı Bundestag’ın yanısıra federe meclis temsilcilerinin yer aldıkları özel bir federal kurul tarafından seçilmektedir. Bu ayrı uygulama örneklerini alabildiğince çoğaltmak mümkün⁽³⁴⁾.

Şu halde, belirli bir anayasal kurumun yetki ve statüsünü tesbit edebilmek için «soyut kurallardan hareket etmek yerine, bu kurumu, belli bir tarihin ürünü olan, belli bir anayasal çerçevenin içinde yer alan ve bu arada elbette, belli bir sistemin temel gereklerine uymak zorunda olan bir bütünün parçası olarak inceleme zorunluğu vardır»⁽³⁵⁾.

Bu tesbitlerimizi konumuz açısından uygulayacak olursak. Cumhurbaşkanı devletin başı olarak ve yönetimin başı olarak ayrı ayrı yetkilerinin belirlenmesi gerekecektir⁽³⁶⁾. Denebilir ki, Cumhurbaşkanı hem devlet reisi olarak, Bakanlar Kurulu dışında bir süreklilik ve istikrar unsurudur ve bu sıfatla bazı görevleri vardır; hem de Bakanlar Kurulu ile birlikte yapacağı vazifelerini yalnız yapamaz, yani bu durumda Hükümetten ayrı olarak kararneme ihdas edemez⁽³⁷⁾.

Dikkat edilirse, bu kıstasta, Cumhurbaşkanı’nın ikili sıfatından hareket edilmekte, yetkilerini belinlemeye çalışırken de, belli bir sistemin soyut kurallarından önce, rejimimizin geçmişine ve somut gereklerine bakılmaktadır.

1961 Anayasası’nın metnine göre, Cumhurbaşkanı’nın bütün kararları Bakanlar Kurulu üyelerinin imzasına tâbidir. Fakat uygulamada Cumhurbaşkanı’nın Meclisle ve Hükümetin kuruluşu ile ilgili işlemleri yan imza şartından hariç tutulmakta, bu şart genellikle yürütme sahasına ilişkin olan işlemleri açısından aranmaktadır⁽³⁸⁾. Nitekim İtalya’da da Doktrin, Cumhurbaşkanı’nın Senatoya üye atama, kanunları geri çevirme, Anayasa Mahkemesine üye seçme yetkilerini tek başına kullanabileceğini kabul etmektedir. Ayrıca uygulamada bu doğrultuda gelişmektedir⁽³⁹⁾.

Demek ki yapılacak iş Cumhurbaşkanı’nın “Devletin Başı” ve “yürütmenin Başı” sıfatı ile yapabileceği işlemleri ayrı ayrı belirlemektir. Doktrinde bu konuda yapılmış tasniflerden daha önce bahsettiğimiz için ayrıca üzerinde

(34) İbid., s. 50 - 51.

(35) İbid., s. 51

(36) İbid.

(37) TUNAYA, T. Z., “Reisicumhurun Hukukî ve Siyasî Durumu”, Cumhuriyet, 26.1.1956.

(38) BALTA, T. B., a. g. e., s. 17

(39) EROĞUL, C., a. g. m., s. 46

durmuyoruz⁽⁴⁰⁾. Benzer tasnifler 1961 Anayasasının hazırlanması sırasında ön - tasarı ve gerekçeli tasarıda da yapılmış. Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemler sayılmıştır. Gerçekten İstanbul İlim Heyeti'nin hazırladığı Ön-Tasarı'nın 99. maddesinde şöyle denilmektedir.: "Cumhurbaşkanının Anayasa ile kendine tanınmış olan yetkiye dayanarak kanunları meclise yollaması, kanunları yasama meclisinin iç tüzümlerini ve hertürlü kararlarını Anayasa mahkemesinin incelemesine sunması, kurulan hükümeti yasama meclislerine bildirmesi, yasama meclislerine mesajlar gönderilmesi, özel af dışındaki her türlü tasarruf ve kararları başbakan ile birlikte Bakanlar tarafından imzalaması gerekmektedir. Cumhurbaşkanı hükümetin sorumluluğunu gerektirecek mahiyette olan beyanları ancak Bakanlar Kurulu'nun uygun müteelaasını aldıktan sonra ve ilgili Bakanın huzuru ile yapılır"⁽⁴¹⁾. Keza, Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari İlimler Enstitüsü'nün gerekçeli tasarısının 59. maddesinde ise şu hüküm mevcuttur: "Cumhurbaşkanının kararları, Başbakanla birlikte ilgili Bakan tarafından imzalanır. Bu kararlardan ötürü sorumluluk imza sahibi hükümet üyelerine aittir. Cumhurbaşkanının Başbakanı tayin etmesi kanunları ilan veya meclise iade etmesi ve meclislere bildiriler göndermesi bu hükmün dışındadır"⁽⁴²⁾.

Dikkat edilirse her iki tasarıda öngörülen istisnalar birbirinden farklıdır. İsnistâ tasarrufların sayısı ön tasarıda daha fazladır. Yani her iki tasarıyı hazırlayan heyetler hangi işlemlerin Cumhurbaşkanının tek imzası ile oluşabileceğini belirlemede farklı sonuçlara varmışlardır. Bu durum gayet açık ve kesin bir şekilde istisnaî birer tasarruf olan Cumhurbaşkanının tek imza ile kararname ihdasının Anayasada pozitif bir hukuk kuralı olarak belirlenmesindeki zorunluluğu göstermektedir⁽⁴³⁾. Ne var ki, 1961 Anayasası'nı hazırlayan Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu Ön Tasarısı "etüd metni", gerekçeli tasarısı da "yardımcı metin" olarak kabul ettiği halde, her iki metinde de yer alan, sözünü ettiğimiz istisnaları benimseyerek, kabul edilen 98. maddesi tamamen klasik anlayışa uygun olarak düzenlemiştir. Bu durum ilgili madde gerekçesinde şöyle açıklanmaktadır: "Bu madde yürütme organının iki unsurlu mahiyetinin düğüm noktasını teşkil etmektedir. Gerçekten eski Anayasamızın ve umumiyetle parlamenter rejimin kabul ettiği sisteme göre yürütme organının hukukî tasarrufları Cumhurbaşkanı tarafından yapılır ve ilgili bakanlar ve Başbakan tarafından imza edilir. Fakat faaliyatta bu karar ve tasarruflar Bakanlar tarafında hazırlanır ve Cumhurbaşkanı tarafından daha sonra imzalanır. Bu maddenin eski Anayasa'da olduğu gibi muhafazası Türkiye'de Devlet ve İdare tasarruflarının yerleşmiş olan şekillerinde herhangi bir değişiklik göstermemek amacını gütmektedir"⁽⁴⁴⁾.

(40) Başka bir tasnif için bkz. KIRCA, C., (Cumhurbaşkanlığı) Milliyet 17.2.1966

(41) Madde metni için bkz. AYBAY, R., Karşılaştırmalı 1961 Anayasası, Metin Kitabı, İstanbul 1963, s. 168 - 169.

(42) İbid., s. 169

(43) ALDIKAÇTI, O., a. g. m., s. 40.

(44) TANÖR, B. - BEYGO, T., a. g. e., s. 152.

Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere Cumhurbaşkanının “Sorum-
suzluğuna” ilişkin 98. madde, 1924 Anayasasının 39. maddesinde yer alan hü-
küm doğrultusunda düzenlenmiştir. Gerçekten bu maddede de “Reisicum-
hurun isdar edeceği bilcümle mukarrerat Başvekil ile vekili aidi tarafından
imza olunur”⁽⁴⁵⁾ denilmektedir.

Şunu da belirtelim ki, yukarıda özetlediğimiz doktrin tartışmalarında
Cumhurbaşkanının 1961 Anayasası’na göre tek başına yapabileceği işlemleri
bulunmadığı görüşünü savunan yazarlardan bazıları da Anayasada Cumhur-
başkanının tek başına kullanabileceği yetkilerin açıkça belirtilmesi gerektiğini
ileri sürüyorlar ve bu konuda hangi işlemleri tek başına yapabileceğini de ge-
rekçeli olarak belirtiyorlar. Nitekim bu görüşü paylaşan yazarlardan birine⁽⁴⁶⁾
göre, Cumhurbaşkanının sorumluluk gerektirmeyen tarafsız imza ile kararna-
me ihdas edebilmek yetkisi olmalı; Anayasamız bu şekilde düzenlenmeli idi.
Yazar Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlem ve kullanabileceği yet-
kileri de şöyle sıralıyor: “Özel af (md. 97), başbakanın tayini (md. 102), Millet
meclisi seçimlerinin yenilenmesi (md. 108), kanunların, Türkiye Büyük Millet
Meclisi içtüzüklerinin ve bunların belirli madde ve hükümlerinin Anayasaya
aykırılığı iddiası ile doğrudan doğruya iptal davası açabilmesi (md. 149) ile
ilgili yetkililerdir. Ancak bu hususlarda hiçbir sorumluluk yoktur. Gerçekten
özel af atıfet mülahasasına dayanan bir müessesedir; çoğunuk ve azınlık mü-
cadelesinin dışında kalması tartışma konusu teşkil etmemesi lazımdır; başba-
kan ise tayin edilip Bakanlar Kurulu kurulduktan sonra engeç bir hafta içinde
Millet Meclisinde programını okuyup güven oyu isteyecektir (md. 103). Devlet
Başkanı Millet Meclisinin yenilenmesine Bakanlar Kurulu’nun talebi üzerine
hakemlik fonksiyonunun gereklerine uygun olarak karar verecektir. Anayasa
Mahkemesi’ne müracaat ise kendisinin kararsızlığını ve hakemlik niteliğine
halel getirecek mahiyette değildir. Çoğunluğun yaptığı tasarruf yürürlükte
kalmaya devam edecek fakat anayasa mahkemesi tasarrufun Anayasaya uy-
gunluğu hakkında karar verecektir. Görüldüğü gibi bu tasarruflar Cumhur-
başkanının TBMM’deki siyasî kuvvetlerle çatıştıracak nitelikte değildirler ve
aynı zamanda tasarruflardan doğacak bir sorumluluk yoktur.”⁽⁴⁷⁾

Görülüyor ki, 1961 Anayasasındaki açık düzenleme karşısında nitelikleri
yönünden doğrudan doğruya Devlet Başkanı tarafından kullanılması gere-
ken ve siyasî sorumluluğu gerektirecek özelliğe sahip bulunmayan yetkilerin
bile yalnız başına onun tarafından kullanılmasını güç ve hatta imkânsız kıl-
mış⁽⁴⁸⁾ ve dolayısı ile doktrinde sonuç alınamaz tartışmalara neden olmuştur.

Açıklamalarımızdan anlaşıldığı üzere Cumhurbaşkanının bazı işlemleri
tek başına yapabileceği görüşündeyiz. 1961 Anayasasındaki açık hüküm kar-

(45) Madde metni için bkz. AYBAY, R., a. g. e., s. 168

(46) ALDIKAÇTI, O., a. g. e., s. 41.

(47) İbid

(48) OKANDAN, R. G., a. g. e., s. 472 - 473

şısında bunun mümkün olamayacağı savunulabilirse de, en azından “olması gereken” açısından bunu savunuyoruz. Bu işlemler de, Cumhurbaşkanı’nın “yürütmenin başı” değil de, “Devletin Baş”ı” sıfatı ile sahip olduğu yetkilere ilişkin olanlardır. Fakat bunların neler olduğu Anayasada belirtilmemiştir. Bu durumda yetkinin niteliğine bakarak bir ayırım yapmak gerekecektir. Aslında en köklü çözüm bu konuda Anayasaya açık bir hüküm koymaktır. Nitekim Fransız, Alman ve Yunanistan Anayasalarında bu konuda açık düzenlemeler mevcuttur. Gerçekten 1958 Fransız Anayasasına göre (md. 19): “Cumhurbaşkanının, 8 (fıkra 1), 11, 12, 16, 18, 54, 56 ve 61.nci maddelerde öngörülerinin dışında kalan işlemleri Başbakan ve gerektiğinde sorumlu Bakanlarca ortaklaşa imzalanır”⁽⁴⁹⁾. Bu maddede sayılan hükümlere baktığımızda, Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemler şöyle sıralanabilir: Başbakanı atama, kamu kuruluşlarının teşkilatlanması ile ilgili tasarıları halk oyuna sunma, Millet Meclisini feshetme, olağanüstü durum ilan etme, Meclislere mesaj yollama, Uluslararası Andlaşmaların anayasaya aykırı olup olmadığını Anayasa Konseyinden sorma, Anayasa konseyine üye atama, kanunlar hakkında Anayasa Konseyi’nin görüşünü alma. Bunların dışında kalan Cumhurbaşkanının bütün kararları Başbakanca ve gerekirse sorumlu Bakanlarca imzalanması zorunludur.

Keza, 1949 Federal Alman Cumhuriyeti Anayasasına göre (md. 58) “Federal Başkanının karar ve işlemlerinin geçerli olabilmesi için, Federal Başbakan ya da yetkili Federal Bakan’ca imzalanması gerekir. Federal Başbakan’ın tayin ve azli 63. maddeye göre Federal Millet Meclisi’nin feshi ve 69. maddenin 3. fıkrasında öngörülen talep bunun dışındadır”⁽⁵⁰⁾. Anayasanın 69. maddesinin 3. fıkrasında ise “Federal Cumhurbaşkanının isteği üzerine Federal Başbakan ya da Federal Cumhurbaşkanının isteği üzerine de Federal Bakanlar, kendilerine bir halef tayin edinceye kadar göreve devamla yükümlüdürler” hükmü yer almaktadır⁽⁵¹⁾.

Görülüyor ki, mukayeseli hukukta bazı Anayasalar Cumhurbaşkanının tek başına kullanabileceği yetkileri açık ve tahdidî bir şekilde saymışlardır. 1961 Anayasasında da o gün mevcut olan bu hükümlerden esinlenerek buna benzer düzenlemelerin olması uygun olurdu. Böyle açık bir hüküm bulunmadığından işlemlerin niteliğine göre bir ayırım yapmak zorunluluğu doğmuştur. Örneğin başbakanı atama yetkisi Cumhurbaşkanı tarafından imzalaması ve üstelik bundan doğacak sorumluluğu yüklenmesi düşünülemez⁽⁵²⁾. Aslında ortada güvenoyu almış bir Başbakanın bulunmaması nedeniyle bir kimse baş-

(49) madde metni için bkz. GÜRBÜZ, Y., Anayasalar, İstanbul 1981, s. 110

(50) İbid., s. 66 - 67

(51) İbid., s. 70

(52) ARMAĞAN, S., 1961 Anayasası ve Bakanlar Kurulu, İstanbul, 1978, s. 35. Başbakanın ataması ile ilgili kararnamenin tek imza ile yapılmasının Anayasa’da açıkça belirtilmesi ileri sürülmüştür. Bkz. ALDIKAÇTI O., a. g. e., s. 104; KERSE, A., a. g. e., s. 144; DURAN, L., İdare Hukuk uDers Notları, İstanbul 1982, s. 83 - 84

bakan olarak atanmakta ve hükümeti kurmakla görevlendirilmektedir. Böyle bir kimsenin kendi atanmasına imza atması kabul edilemez. Keza, bir Başbakanın istifası halinde müstafi başbakanın halefi için imza vermesi de kararnamelerden doğması muhtemel sorumluluğu paylaşma düşüncesine aykırı düşer⁽⁵³⁾. Bununla beraber, Fransa’da 3. Cumhuriyet döneminde Devlet Başkanı ile birlikte yeni başbakanın atama kararnamesini imzalamak, düşen Başbakan için son bir görev olarak kabul edilmiştir⁽⁵⁴⁾. Bizde uygulamada Cumhurbaşkanının Başbakanı atama işlemi “Kararname” şeklinde değil Cumhurbaşkanlığının bir “Tezkeresi” ile yapılmaktadır.

3. Cumhurbaşkanının Demeç, Mesaj ve Gezileri

1961 Anayasasında Cumhurbaşkanının yapacağı işlemler bakımından Anayasada doktrinde ve uygulamada durum belirttiğimiz şekildedir. Acaba demeçleri, mesajlar ve gezileri bakımından durum nasıldır?

Cumhurbaşkanının işlemleri gibi davranışlarının da aynı kural geçerli kabul edilmiştir. Bu nedenle, devlet başkanının ülke içi ve ülke dışı gezilerinde, yabancı misyon şeflerinin kabulünde, daima bir bakanın bulunması şart koşulmuştur. Keza, devlet başkanı ülke içi gezilerinde bazı dönemler açısından kayıtlamalara tabidir. Örneğin seçim dönemlerinde “Seçimlerin temel hükümleri ve seçmen kütükleri kütükleri hakkında kanun” un seçim yasaklarına Cumhurbaşkanı da uyacaktır. Seçimin başlangıç tarihlerinden sonra yurt içi gezilerine çıkmayacağı belirtiliyor. Bu geziler bir bakanın eşliğinde olacağına göre, böyle bir gezi ister istemez Seçim Kanunun’daki yasaklamaların açık ihlali olacaktır⁽⁵⁵⁾. Bunun yanı sıra devlet başkanının Millî Bayram günlerinde halka hitaben yapacağı konuşmaların “Başbakanın uygunluğundan geçmesi gerektiği”⁽⁵⁶⁾ ileri sürülmüştür. Nitekim parlamenter rejimin doğum yeri olan İngiltere’de Kral ya da Kraliçe’nin her yıl Parlamenti’yi açarken Lordlar kamerası’nda vereceği nutuk hükümet tarafından hazırlanır ve imzalanır⁽⁵⁷⁾. Bu durum, yapılan konuşmanın politik tartışmalara neden olması halinde, bu tür konuşma ve demeçlere yapılacak eleştirileri göğüsleyecek olan Hükümet olduğu gerekçesi ile savunulabilir ise de, her demeç ve konuşmanın “Başbakanın uygunluğundan” geçmesi Cumhurbaşkanının hakem olma fonksiyonunu zedeleyeceği gibi saygınlığını da zedeler. Keza, bazen bu onay fiilen imkânsız da olabilir. Fakat Cumhurbaşkanının bizzat kendisi Bakanlar Kurulu ile ilişkiye düşmemek için, daha önce Bakanlar Kurulu’nun o husustaki fikrini alması gerekir. Aksi halde kamuoyunda istifhamlara ve itimadın sarsılmasına sebep olabilir⁽⁵⁸⁾.

(53) İbid., s. 313-312.

(54) ALDIKAÇTI, O., Modern Demokrasilerde..., s. 104

(55) TEZİÇ, E., Cumhurbaşkanının Yetkileri Üzerine..., s. 22 - 23.

(56) İbid., s. 23

(57) İbid.

(58) KERSE, A., a. g. e., s. 149.

Nitekim Cumhurbaşkanı 27 Mayıs 1969 tarihli demecinde affa karşı olduğunu ilan ederken, Başbakanın da Cumhurbaşkanının siyasî affa taraftar olduğu şeklindeki konuşması, yürütmenin iki kolu arasındaki açık çelişmeyi göstermektedir⁽⁵⁹⁾.

Cumhurbaşkanının memleketin temel konulan üzerinde millete, devlet başkanı sıfatı ile zaman zaman demeçler vermesi, tabii hakkı olmakla birlikte, bu gibi demeçleri sıklaştırmaması gerekir. Çünkü ne kadar sık beyanatta bulunursa, bunlardan beklenen fayda da o nisbette azalacaktır⁽⁶⁰⁾. Cumhurbaşkanı demeç verirken işgal ettiği makamı ve anayasa gereğince içtiği anda sadık kalarak tarafsızlığına gölge düşürecek ifadeler kullanmaktan özellikle sakınmalıdır⁽⁶¹⁾.

Parlamentar rejimde, Cumhurbaşkanının belli önemli durumlarda görüşünü belirtmek için mesaj göndermek yetkisine sahip olduğu bu gün İtalyan Doktrininde kabul edilmektedir. Bu mesajların daima meclis başkanlarına hitaben yazılmış mektup şeklinde olması gerekmektedir. Tabii ki mektubun muhatabı meclis başkanı ise de, esasen bütün milletvekillerine hitap etmektedir. Mesajlar genellikle belirli bir olay, belirli bir tarihi gün vesilesi ile gönderilir, fakat bu olay ve gün ile bağlı kalınmayarak tüm problemler ve özellikle siyasî kriz .söz konusu ise, bu krizle ilgili görüşler belirtilir. Mesajlar üzerinde müzakere açılmaması da usuldendir. Mesajda değinilen konularda karar alınması da söz konusu olamaz⁽⁶²⁾. Tarafsız ve partiler üstü bir şahıs olan Cumhurbaşkanı, yurttaşların ihtiyaçlarını yerinde tesbit etmek ve millî birliği kuvvetlendirmek için yurt içi gezilerine çıkar. Özellikle felaket günlerinde, vatandaşlar devletin başı olan büyüklerini yanlarında görmek ve acılarının paylaştığını hissetmek isterler. Cumhurbaşkanı bütün yurt içi ve yurt dışı gezilerinde yanında bulunacak kimselerin seçiminde titizlik göstermesi, yanında bulunması tarafsızlığına gölge düşürebilecek kişilere heyette yer ver-dirtmemesi gerekir⁽⁶³⁾.

1961 Anayasası döneminde uygulamada Cumhurbaşkanının bazı davranışları yetkilerinin dışına çıktığını göstermektedir. Bu konuda bazı örnekler vermekle yetineceğiz.

Bu konuda önemli kaygılan uyandıran bir nokta Cumhurbaşkanının başkanın seçeceği bakanlara müdahalesidir. Anayasaya göre Cumhurbaşkanı Millet Meclisi'nde güvenoyu alabilecek bir kişiyi başbakan olarak görevlendirir ve gerisine karışmaz. Başbakan Anayasadaki kurallara uymak koşuluyla bakanları tamamen kendi takdirine göre seçer. Cumhurbaşkanı kendisine

(59) Yeni Gazete, 28.5.1969

(60) AYGEN, C. Cumhurbaşkanlığı ve Demeçleri, Foram, 1962, sy. 196, s. 8

(61) KERSE, a., a. g. e., s. 149.

(62) İbid, s. 148.

(63) İbid, s. 154

sunulan listeyi onaylamak zorundadır. Oysa örneğin Sunay 13 Mayıs 1972’de Suat Hayri Ürgüplü’nün kendisine sunduğu Bakanlar Kurulu’nu “12 Mart 1971 tarihli muhtıranın ve cari durumun şartları ile bağdaşır bir nitelik taşımadığı için atanması uygun görülmemiştir” diyerek atamayı reddetmiştir⁽⁶⁴⁾. Keza, ikinci Ecevit Hükümeti kurulurken Cumhurbaşkanı, görevlendirdiği Başbakan’a kurulacak hükümetin politikası ile ilgili yönerge niteliğinde bir de yazı vermiştir⁽⁶⁵⁾. Bu davranışı ile Korutürk Anayasaya göre ilke olarak yetkisiz olduğu bir alanda açıkça yetki dışı davranmıştır. Son olarak da üçüncü Ecevit hükümeti kurulduğunda, daha hükümet güven oyu bile almamışken, hükümetin görüşlerini candan onayladığını kamuoyu açıklayarak⁽⁶⁶⁾ Anayasadaki tarafsızlık ilkesini çiğnemiştir⁽⁶⁷⁾.

Bu konuda ilginç bir örneği de 1977 Genel Seçimlerinden sonra kurulan Demirel Hükümetinin son günlerinde Hacettepe Üniversitesi Öğretim Üyesi Yalçın Salan’ın saldırıya uğraması üzerine. Cumhurbaşkanı Korutürk’ün Başbakan’a gönderdiği yazı oluşturmaktadır. Gerçekten Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği imzasıyla gönderilen bu yazıda, Cumhurbaşkanı “Saldırıların önlenmesi için en doğru tedbirlerin hükümetçe alınmasını ve alınmış bu tedbirler hakkında kendilerine bilgi verilmesini emretmişlerdir” denilmektedir⁽⁶⁸⁾. Cumhurbaşkanı bu yazısı ile hükümete açıkça müdahale etmiştir. Halbuki Cumhurbaşkanı Bakanlar Kuruluna hiçbir şekilde emir ve talimaz veremez.

Bu tip örnekleri çoğaltmak mümkündür⁽⁷⁰⁾. Böyle bir tablo karşısında parlamenter bir sistemde Cumhurbaşkanına tek başına hiçbir yetki tanımamak gerektiği yolundaki görüş haklılık kazanmakla beraber, yetkinin varlığı ile bunun anayasa doğrultusunda kullanılmasının sağlanması başka şeydir. Siyasî rejimi işletmenin ve korumanın yolu. Cumhurbaşkanının normal olarak sahip olması gereken yetkileri ona vermemek değil, verilen yetkileri Anayasaya uygun bir şekilde kullanmasını sağlamaktır⁽⁷¹⁾. Bunu da başarma büyük ölçüde Cumhurbaşkanlarının kişiliklerine bağlıdır⁽⁷²⁾.

Böylece 1961 Anayasasına ilişkin olarak konu çerçevesinde yapılması gereken açıklamaları anahtarları ile belirtmiş olduk. Bundan sonraki kısımda 1982 anayasasındaki durumu açıklayacağız. Gereklikçe 1961 Anayasasına dönecektir.

(64) EROĞUL, C., a. g. m., s. 54

(65) Bkz. Cumhuriyet, 15.6.1977.

(66) Bkz. Cumhuriyet, 7. 1.1978=

(67) EROĞUL, C., a. g. m., s. 54

(68) Bkz. Cumhuriyet 29.12.1977

(69) EROĞUL, C., a. g. m., s. 55

(70) Bkz. KERSE, A., a. g. e., s. 149 -153

(71) EROĞUL, C., a. g. m., s. 55

(72) İbid, not. 35.

IV- 1982 ANAYASASINDA DEVLET BAŞKANININ KONUMU VE TEK BAŞINA KULLANABİLECEĞİ YETKİLERİ

1. Anayasanın Hazırlanması Sırasındaki Teklifler ve Tahminler

1982 Anayasası hakkında ilk söylenecek söz, bu Anayasanın “güçlü yürütme” esasına dayandığıdır. Gerçekten 1982 Anayasası “Devlet otoritesinden yana bir sıçrayış” temsil ediyor. Bireye karşı devleti egemen kılan, yürütmeyi güçlendiren, yasamanın iş görmesi için tıkanıklıkları gideren, yargı yetkisini biraz törpüleyen ve hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında daha değişik kıstaslar getiren bir yaklaşım bu⁽¹⁾.

1982 Anayasası Yürütme Organını güçlendirme konusunda bazı düzenlemeler getirmiştir. Esasen Anayasanın hazırlık çalışmaları sırasında Devlet Başkanı muhtelif gezilerinde ve demeçlerinde hazırlanacak Anayasanın bu niteliğini belirtmişti. Özellikle yeni Anayasada Cumhurbaşkanına özel bir statü verildiği vurgulanıyordu. Devlet Başkanı Kenan Evren, Anayasayı devlet adına resmen tanıtmaya gezilerinde bu konuya da değinmişti: “Hükümetler bir parti veya bir kaç partinin bir araya gelmesi neticesi teşekkül eden koalisyon partilerinin rengini ve dengesini ister istemez taşıyacaklardır... Halbuki, devletin başı ve yürütmenin de başında bulunan Cumhurbaşkanının kesinlikle tarafsız yani siyasî partilere veya onların koalisyonlarına karşı tarafsız olması, rejimin icabıdır...” Yürütme güçlendirilmelidir fikri ve zarureti herkesçe kabul edildiğine ve yürütmenin doruğunda Cumhurbaşkanlığı ve Hükümet bulunduğuna göre, güçlendirilmesi kastedilen bunlardan hangisidir? Bunların aynı zamanda ikisi de birden mi güçlendirilmelidir, yoksa tarafsız Cumhurbaşkanı mı, yahut taraflı hükümet mi? Taraflı olan hükümete de bazı yetkiler verilmiştir. Ancak muhalefet - iktidar arası ciddi çekişmelere ve huzursuzluklara yol açabilecek olan yetkiler, Cumhurbaşkanına tanınmıştır. Bunun dışında da muhakkak Cumhurbaşkanına verilmesi gereken yetkiler vardır ki, esasen onları başka makama vermek doğru olmaz, mümkün de değildir⁽²⁾.

Devlet Başkanı bir başka konuşmasında da benzer görüşleri ileri sürmüştür.: “Elbette, Cumhurbaşkanı seçilen, devletin başına getirilen şahsa, hudutsuz yetkiler vermek doğru değildir. Ama bundan evvel olduğu gibi yalnız önüne gelen kararnameleri, imzalamakla mükellef ve yetkileri kısılmış, sorumlulukları yok, yükümlülükleri yok, buna mukabil mesuliyetleri de yok. Böyle bir makamı düşünemeyeceğimizi dile getirdim. Madem ki, Türk milleti içerisinde seçilmiş bir, tek kişi devletin başına geçiyor; eğer buna itimat etmezsek kime itimat edeceğiz⁽³⁾.”

(1) SOYSAL, M., a. g. e., s. 401-402

(2) Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Devlet başkanı Orgeneral Kenan Evren’in Yeni Anayasayı Devlet Adına Resmen tanıtmaya Programı Gereğince Yaptıkları Konuşmalar (24 Ekim - 5 Kasım 1982), Ankara 1982 (TBMM Basımevi), s.88 - 89

(3) 25.8.1982 tarihli Erdek konuşması. Bkz. Cumhuriyet, 26.8.1982.

Ancak tekrar belirtelim ki, 1982 Anayasası’nın genel yakaşımı Yürütme-yi güçlendirmektir. Devlet Başkanı Anayasayı tanıtma konuşmalarında bu konuya da değinmiştir: “devletin ve günlük hayatın bütün yükünü sırtında taşıyan yürütmenin, arz ettiği bütün hayatî ehemmiyete rağmen, arka plana itilmiş ve işlemez hale gelmiş olması, 1961 Anayasasının belki de en büyü ve tashih kabul etmez zaafını teşkil etmiştir. Yürütme, o anlayış ve hukukî durum içinde kaldıkça ve bırakıldıkça, devlet bir ayağı olmayan ve koltuk değ-neğiyle yürüyen bir insan olmaktan ötegeçemez... Yeni Anayasa, Devlet yapısı ve faaliyetleri itibariye bu sakıncayı giderecek bir tarzda bina edilmiştir”⁽⁴⁾.

Anayasanın hazırlanması sırasında Devlet Başkanı yaptığı konuşmalarda da yürütmenin ve özellikle Cumhurbaşkanının güçlendirilmesini vurgu-lamıştı. Nitekim İngiliz Finacial Times Gazetesi muhabiri 18.4.1981 günü yaptığı görüşmede “nasıl bir Anayasa planlıyorsunuz?” sorusuna “Cumhur-başkanının sorumlulukları artırılacak. Ancak daha fazlasını söyleyemem. Bu toplanması mukarrer Kurucu Meclise ait olan bir iş” şeklinde cevap vermiştir.

Yeni kurulacak devlet yapısının temel niteliği konusundaki en açık işaret, Millî Güvenlik Konseyi Başkanının Danışma Meclisi’ni açarken 23 Ekim 1981 günü yaptığı konuşmada görülmektedir.”... Devletin dernekler vasıtasıyla idare edilen zavallı bir kuruluş haline getirilemeyeceğini, devletin başı olan ma-kamın bir protokol makamı görünümünde bırakılamayacağını, devletin altı ay gibi bir süre Cumhurbaşkansız bırakılamayacağını, Parlamentonun aylar-ca hiçbir yasama ve murakebe görevini yapamaz duruma getirilemeyeceğini, yargının yönetimi, yönetimin yargıyı kösteler durumda olamayacağı, ülkenin sokaklarında her gün miting ve gösteri yapılmak suretiyle vatandaşların iş ve güçlerine mani olunamayacağını... kısaca kişi hak ve özgürlüklerinin hudutsuz olamayacağını da hatırdan çıkarmamız gerektiğini vurgulamak isterim».

Yetkili ağızlardan yapılan bu açıklamalar karşısında çeşitli yorum ve endi-şeler belirmişti. Gerçekten Yürütme-yi güçlendirme eğilimi, Yasama - Yürüt-me ilişkilerinin temel niteliğindeki belirsizlik ve Cumhurbaşkanını “kararna-meleri imzayla mükellef bir protokol makamı” olmaktan çıkarma isteği hep bir araya gelince, devlet sisteminin bir başkanlık sistemine doğru gitmekte olduğu, en azından “yarı - başkanlık” denebilecek bir sistemin ufukta belirdi-ği izlenimi hayli yaygınlaşmıştı⁽⁵⁾.

Görülüyor ki, 1982 Anayasasının ön hazırlıkları sırasında üzerinde ençok durulan kavram “devletin güçlendirilmesi” olduğu ve devlet gücü de kendini en çok yürütme aracılığıyla gösterdiğine göre, başlangıçtan beri ortaya ko-nan temel görüşlerden birini “yürütmenin güçlendirilmesi” olarak özetlemek yanlış olmaz. Kısacası “Devlet adeta felce uğramıştır teşhisine” varılmakta ve netice olarak beklenti “otorite eklentisiydi”⁽⁶⁾.

(4) Bkz. Anayasayı Tanıtma, s. 87.

(5) SOYSAL, M., a. g. e., s. 138.

(6) İbid., s. 137, 170

Anayasanın yapılması sırasında Danışma Meclisinde en çok üzerinde durulan konulardan biri Yürütme Organının ve bu arada Cumhurbaşkanının güçlendirilmesi sorunu olmuştur. Nitekim Anayasa Komisyonu Başkanı Anayasa Taslağını Danışma Meclisine sunarken “Sorunun önemli yürütme kuvveti idi... Cumhurbaşkanı ve Başbakan ele alınarak statüleri ayrı ayrı düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanının parlamenter rejimin ruhuna uygun olarak sorumsuzluğu ilkesi benimsenmiş sorumluluk getirmeyen hallerde Cumhurbaşkanı, tek başına imza yetkisi verilmiştir. Parlamenter rejimde Cumhurbaşkanının tek başına imza yetkisi, parlamenter rejimi uygulayan memleketlerde görülen bir olaydır”⁽⁷⁾ diyor. Daha sonra yaptığı açıklamada ise “... biz başbakanın hakiki bir lider olmasını İngiliz sisteminde olduğu gibi veyahut da 1946 Fransız Anayasasında yapılmak istendiği gibi gerçekte hükümeti alıp götüren, yürüten bir lider olmasını istedik” şeklinde konuşmuştur⁽⁸⁾.

Danışma Meclisinde en çok tartışılan husus Cumhurbaşkanının Başbakanı azil yetkisinin verilmiş olmasıdır. Komisyon Başkanı konuya ilişkin olarak şunları söylemiştir: “Devlet Başkanı aynı zamanda başbakanı da azledebilir hükmünü getirdik. Bu her iki hükmün de milli egemenlik ilkeleriyle bağdaşmadığı ileri sürüldü. Sanıyorum ki, parlamentonun verdiği güvenoyundan hükümetin parlamentoya ait olduğu sonucundan hareket edildi ve bu neticeye varıldı; fakat bilinmesi gereken husus parlamenter hükümet sisteminde Devlet Başkanının kurduğu bakanlar kurulu ile parlamento arasında ilişkilerin olduğudur. Bakanlar Kurulu parlamentoya ait değildir, bakanlar kurulu Devlet Başkanına aittir. Devlet Başkanı onu tayin ettiği gibi, onun görevine de son verebilir”⁽⁹⁾, Fakat daha sonra farklı açıklamalarda bulunmuştur: “Ancak daha sonraları yasama meclisinin güvenini haiz bir bakanlar kurulu ve başbakanı azletmenin parlamenter rejimde devlet başkanı için mümkün olmayacağını; çünkü devlet başkanının bu takdirde parlamentodaki çoğunluğu karşısına alacağını ve dolayısıyla tarafsızlığını ve o parti nezdinde itibarını yitireceğini düşünerek güvenoyu alan bir bakanlar kurulunun azledilmeyeceği hükmüne... varılmıştır”⁽¹⁰⁾ diyor.

Komisyon Başkanı Cumhurbaşkanının yetkilerinin arttırılması konusunda da şu açıklamalarda bulunmuştur: “Gerçekten Devlet Başkanının tek imza ile yapabileceği yetkileri arttırdık. Tek başına imza etmesi demek Devlet Başkanının, tek imza ile yaptığı metnin hukukî nitelik kazanmasıdır... Aslında parlamenter rejimde devlet faaliyetlerini yürütmek, devlet başkanına değil, hükümete aittir. Çünkü o attığı imzadan dolayı parlamento önünde hesap verecek olan o başbakan veyahut ilgili bakandır. Bundan dolayı, Devlet Başkanının tekliflerini dikkatle dinler; bazen kabul eder, bazen reddederler, fakat bir zor-

(7) Bkz. Orhan Aldıkaçtı'nın konuşması, DMTD, c. d, 16.8.1982 tarihli toplantı, s. 618 - 619.

(8) İbid.

(9) İbid.,s. 620

(10) İbid

lama mümkün olamaz; bakanlar kurulu tabii parlamentonun güvenine haiz olduğu sürece... Bu ilkeden hareketle, Devlet başkanına verdiğimiz yetkilerin tek başına hükümete danışmadan yapabileceği yetkilerin (Danışma sözcüğünün altını vurgulayarak belirtelim) önemi sanıldığı kadar fazla değildir”⁽¹¹⁾

Anayasa Komisyonu Başkanının da açıkça belirttiği gibi, 1982 Anayasası’nın genel yaklaşımı yürütmeyi güçlendirmek, özel olarak da Cumhurbaşkanı’nın rejim içinde ağırlığını hissettirmek olmuştur.

Danışma Meclisinde yapılan görüşmeler sırasında 1982 Anayasasının bu yaklaşımı bazı üyelerce eleştirilmiştir. Bir üye bu konuda şunları söylemektedir: “Tasarıyla yürütmenin Cumhurbaşkanlığı kanadı olabildiğince takviye edilirken, öbür kanadı, yani Başbakan ve Bakanlar Kurul kanadı büyük ölçüde zayıflatılmaktadır. Cumhurbaşkanının yetkileri bir yandan genişletilirken, birçok arkadaşın değindiği sorumsuzluk ilkesi yerinde bırakılmakta, seçimleri yenileme, Başbakan azletme, Başbakanın teklifi üzerine Bakanın görevine son verme, dışarıdan Başbakan atayabilme, bazı görevlileri doğrudan atama, gereken durumlarda olağanüstü yetkiler kullanma gibi, doğrudan icrai nitelikte görevler, aslında mutlak tarafsızlığına alıştırılmış bir toplumda belki de Cumhurbaşkanlarını hükümetle ihtilafa düşürebilecek ve siyasal polemiklerin içine çekebilecek nitelikte yetkililerdir. Öte yandan, bu makama bağlanması öngörülen kuruluşlarda gözönünde bulundurulduğunda benim endişem ve korkum Cumhurbaşkanlığı müessesesinin bürokratikleşme tehlikesinin ortaya çıkmasıdır”⁽¹²⁾ Bir başka üye de benzer eleştiriler ileri sürerek şöyle diyor: “Başbakan parlamenter rejimin sembolüdür, başbakan parlamenter rejimin kendisidir bir anlamda. Hem parlamentoya karşı güçlüdür, hem parlamentoya karşı sorumludur. Sorumluluk olmayan yerde yetkiden bahsedilemez. Sorumluluğu olmayan yetki ihanet derecelerine varabilir. Ne yapacaksınız?”⁽¹³⁾

Diğer bazı üyelerce yapılan eleştirilerde de. Anayasada Cumhurbaşkanının çıkarılacak kanunlarda yeni yetkiler verilebileceğinin belirtilmesinin sakıncasına değinilmiş, özellikle de, Cumhurbaşkanının yargı organlarına üye seçmesinin yargı bağımsızlığını zedeleyeceğine ve giderek Cumhurbaşkanının tarafsızlığını yitirmesi sonucunu doğurabileceğine işaret edilmiştir⁽¹⁴⁾.

Elbetteki, bu eleştirilerde gerçek payı vardır. Unutmamak gerekir ki, yürütme organının güçlenmesi esas itibarıyla parlamentoda güçlü bir desteğinin bulunmasına bağlıdır⁽¹⁵⁾. Nitekim, 1961 Anayasası dönemine zayıf yürütmenin asıl nedeni parlamentoda kuvvetli desteği olan hükümetlerin bulunmamasıdır⁽¹⁶⁾.

(11) İbid., s. 621

(12) Bkz Cahit Tutumun Konuşması, DMTD, c. d., 11.8.1982 günlük toplantı, s. 341.

(13) Bkz. Halil İbrahim Karal’ın konuşması, DMTD, c. d., 11.8.1982 günlük toplantı, s. 401

(14) Bkz. Necip Bilge’nin Konuşması, 10. 8. 1982 günlük toplantı, DMTD, c.7, s. 358

(15) Bkz. Turgut Tanın konuşması, DMTD, c. d, 12. 8. 1982 günlük toplantı, s. 512

(16) SOYSAL, m. Demokrasiye Giderken, İstanbul, 1982, s. 109 - 110. Ayrıca bkz. SOYSAL, M., “Güçlü Yürütme”, Milliyet, 14.4.1982.

Bu açıklamalardan sonra şunu da belirtelim ki, parlamenter bir sistemde Cumhurbaşkanının yetkilerinin artırılması doktrin tarafından genellikle hoş karşılanmamaktadır. Bilindiği gibi bu rejimde Cumhurbaşkanı tarafsızdır ve hakem rolünü oynayacaktır. Yetkileri artırılan Cumhurbaşkanının tarafsızlığını yitirerek aktif politikanın içine girmesinden endişe edilmektedir⁽¹⁷⁾. Bu endişeler 1982 Anayasasının tasarı metninin başında, tartışılması sırasında da dile getirilmiştir⁽¹⁸⁾.

2. Anayasada Cumhurbaşkanının Konumu

Yürütme Organının güçlendirilmesi ve Cumhurbaşkanının yetkilerinin artırılması yolundaki teklifler ve tahminler Anayasaya büyük ölçüde yansımıştır. 1982 sistemiyle getirilen Cumhurbaşkanlığı, klasik parlamenter sistemdeki Cumhurbaşkanından ayıran önemli özellikler vardır. Çeşitli devlet kuruluşlarına ve özellikle yargı organlarına yapılacak atamalar bakımından Cumhurbaşkanının yetkileri genişletilmiştir. Olağanüstü dönemlerde Cumhurbaşkanının yetkileri artırılmıştır. Anayasanın genel mekanizmasında ve geçici maddelerinde, Cumhurbaşkanına bir çeşit "Anayasa koruyuculuğu" yetkisi veren düzenlemeler mevcuttur⁽¹⁹⁾.

Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri bakımından 1982 Anayasasının biçimi ilişkin önemli bir yeniliği var. Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri Anayasa 1961 Anayasa metninin değişik yerlerinde değişik hükümler arasına serpiştirilmiş durumda bulunuyordu. 1982 Anayasası ise bir tek maddede (md. 104) sistemli bir liste halinde, Cumhurbaşkanının Yasama, Yürütme ve Yargı organlarına karşı kullanabileceği yetkileri saymıştır. Öyle ki, bu maddeye baktığında sanki "Cumhurbaşkanının görev ve yetkileri üzerine yazılmış bir kitabın sayfalarını okurcasına" hepsini toplu bir biçimde görmek mümkündür. Bu düzenleme biçiminin, kolaylık sağlamaktan öte, psikolojik bir etki uyandırması amaçlanmış olduğu da söylenebilir: Cumhurbaşkanına ayrılmış böylesine uzun sayfalar gören herkes, 1982 Anayasasında ne kadar önemli bir yer işgal ettiğini hissedecektir⁽²⁰⁾.

Anayasanın 104. maddesinde, Cumhurbaşkanına "Anayasanın uygulan-

(17) Bu konuda basında forumlar düzenlenmiştir. Bkz. "Cumhurbaşkanının yetkileri ve Demokrasi". (Reşat Kaynar, Vakir Versan, Erdoğan Teziç), Milliyet 13.2.1977; "Cumhurbaşkanlığı ve Türkiye'nin Beklentileri", (Lütfi Duran, Mükerrrem Hiç, Erdoğan Teziç), Milliyet 23.3.1980. Benzer fikirler için bkz. SOYSAL, M., "Bunalım ve Cumhurbaşkanı", Milliyet 21.9.1974.

(18) Bu konuda basında eleştiriler yapılmıştır. Bkz. ÖZYÖRÜK, M., "Dörtte Biri, Üçte ikisi Olmuyor mu?", Tercüman, 10. 8. 1982.; ÖZYÖRÜK, M., "Güçlü Yürütme ve Cumhurbaşkanı", Tercüman, 1 - 2-3-8. 1982; ÖZYÖRÜK M., "Devlet Danışma Konseyi" Tercüman, 4. 8. 1982; İLİCAK, N., "Anayasa Tasarısında Cumhurbaşkanı ve Başbakan", Tercüman, 3. 8. 1982.; SABUNCU Y., "Cumhurbaşkanının Yetkileri ve Yeni Kurumlar", Milliyet, 1. 8. 1982, REİSOĞLU, S., "Cumhurbaşkanlığı Sorunu", Milliyet, 11.8.1982; GÜRBÜZ, Y., "Cumhurbaşkanı ve Devlet Danışma Konseyi", Milliyet, 2. 8. 1982.; ERZURUMLUOĞLU, E., "Yasama ve Yürütme Anayasa Taslağında", Milliyet, 8. 8. 1982.

(19) SOYSAL, M., a. g. e., s. 318

(20) İbid., s. 319.

masını Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetir” şeklinde bir yetki ve görev yüklenmiştir. Bu düzenleme tıpkı 1958 Fransız Anayasasının 5. maddesinde yer alan “Cumhurbaşkanı Anayasaya itaat ve saygıya göz kulak olur”⁽²¹⁾, şeklinde ifade edilmiş olan yetkiye benzemektedir. Bu düzenleme ile Cumhurbaşkanı “yetkileri Anayasayla en iyi tanımlanmış organ” durumuna getirilmek istenmiştir⁽²²⁾.

Cumhurbaşkanı özellikle olağanüstü dönemde daha etkili hale gelmektedir. Anayasanın, olağanüstü yönetim usullerini düzenleyen 119, 120, 121 ve 122. maddelerinde öngörülen yetkiler Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanacak Bakanlar Kurulu tarafından kullanılacaktır. Olağanüstü hal ve sıkıyönetim süresince, olağanüstü halin ve sıkıyönetim halinin gerekli kıldığı konularda KHK çıkarabilecekler. Bu KHK’ler yargı denetimi dışında tutulmuştur (md. 148/1). Burada önemli bir hususu belirtelim ki, olağanüstü dönemde Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulu’na başkanlık etmesi zorunludur⁽²³⁾. Ayrıca böyle bir toplantıda Cumhurbaşkanı tartışmalara aktif bir şekilde katılabilecek ve oyunu kullanabilecektir.

Öte yandan; Cumhurbaşkanlığına bağlı yeni kuruluşlar oluşturulmuştur. Bunlardan biri Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğidir. Aslında bu kuruluş hep mevcuttu. Getirilen yenilik bunun bir Anayasa kurumu düzeyine çıkarılmasıdır. Amerikadaki «Başkanlık Dairesi»ni andırır bir kuruluş. Bu kuruluş, Cumhurbaşkanının yetkilerindeki artışı karşılamak için yeni bir statüye kavuşturulmak istenmiştir.

Danışma Meclisinin kabul ettiği metinde bulunmayan bu müessese Millî Güvenlik Konseyi tarafından Anayasa metnine eklenmiştir. Bu konuda evvel 17.8.1983 tarihli ve 1879 sayılı “Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatı Kanunu” çıkarılmıştır⁽²⁴⁾. Bu kanunda Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenecek hususlar dışında kalan Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluşu, teşkilatı, çalışma esasları ve personel atama işlemleri dışında kalan konular tesbit edilmiştir. Daha sonra, 18.8.1983 tarihli ve 1 sayılı “Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi”⁽²⁵⁾ ile de Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin, kuruluşu, teşkilatı, görevleri, çalışma esasları, personel atama işlemleri ve diğer hususlar düzenlenmiştir. Nitekim Kanunun 1. maddesi. Anayasaya göre Cumhurbaşkanının mahfuz düzenleme alanına giren hususların kendi düzenleme alanının dışında tuttuğunu açıkça belirtmiştir. Bu maddeye göre adı geçen Kanun “Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği’nin kuruluşu, teşkilatı, çalışma esasları ve personel atama işlemleri dışında kalan konulan düzenler”.

(21) GÜRMÜZ, Y., a. g. e., s. 107.

(22) SOYSAL, M., a. g. e., s. 319-320

(23) YAYLA, Y., idare Hukuku, İstanbul 1985, s. 48

(24) Bkz. R. G., 19.8.1983 - 18140

(25) Bkz. R. G., 20. 8. 1983 - 18141.

Görüldüğü gibi, Cumhurbaşkanlığı genel Sekreterliği konusunda önce bir kanun çıkarılmıştır; ancak bu kanunu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin çıkarılabilmesi için zorunlu olan bir kanun olarak görmemek gerekir. Çünkü ilgili madde bu yetkiyi Cumhurbaşkanına doğrudan doğruya vermiştir. Yani bu kanun olmasa da Cumhurbaşkanının böyle bir yetkisi vardır. Burada bir noktayı daha belirtelim ki, ilgili kanunda yürütme maddesinde “bu kanunu Bakanlar Kurulu yürütür” şeklinde bir ifade mevcuttur. Böylece kanunun uygulanması Cumhurbaşkanlığına değil de alışlageldiği gibi Bakanlar Kuruluna bırakılmıştır. Cumhurbaşkanına da bırakılabilirdi. Bakanlar Kuruluna bırakılmış olması daha isabetli olmuştur. Çünkü kanunda, bir bakanlıktan bazı personeli Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinde görevlendirmek veya tersi yönde görevlendirmek vardır. Dolayısıyla bu görevlerin yapılması açısından, bakanlıkların koordinatörü durumundaki Başbakanlığın ve bütün bakanlıkların yürütme ile görevlendirilmesi, bu hükümlerin işlerliğini sağlamak açısından “Cumhurbaşkanlığı yürütür” demeye nazaran daha isabetli olmuştur denilebilir⁽²⁶⁾.

Sıkıyönetim ve olağanüstü hale ilişkin KHK’ler ile Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, kanundan değil, doğrudan doğruya Anayasadan kaynaklanan, başka bir deyişle Yürütmenin “asli düzenleme yetkisine”⁽²⁷⁾ dayanan işlemlerdir. Anayasanın 8. maddesinde yer alan “Yürüte yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir” şeklindeki hükmün anlamı da budur. Burada geçen “Anayasaya uygun olarak” ifadesi böyle yorumlanmalıdır.

Cumhurbaşkanlığına bağlı bir diğer yardımcı kuruluş da “Devlet Denetleme Kurulu”dur. Bu kurul daha önce 1.4. 1981 tarihli ve 2443 sayılı kanunla kurulmuştur⁽²⁸⁾. Daha sonra Anayasada düzenlenmiştir (md. 108); yani anayasal bir kuruluş düzeyine çıkarılmıştır. Kurulun amacı ile ilgili maddede: “İdarenin hukuka uygunluğunun, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesinin ve geliştirilmesinin sağlanması amacıyla Cumhurbaşkanlığına bağlı kurulan Devlet Denetleme Kurulu, Cumhurbaşkanının isteği üzerine, tüm kamu kurum ve kuruluşlarında, sermayesinin yansından fazlasına bu kurum ve kuruluşların katıldığı her türlü kuruluşta, kamu kurumu niteliğinde olan meslek kuruluşlarında, her düzeydeki işçi ve işveren meslek kuruluşlarında, kamuya yararlı demeklerle vakıflarda, her türlü inceleme, araştırma ve denetlemeleri yapar” şeklinde belirlenmiştir. Ancak, Silahlı Kuvvetler ve Yargı Organları bu kurulun görev alanı dışında tutulmuştur. Devlet Denetleme Kurulu’nun üyeleri ve üyeleri içinden Başkanı, kanunda belirtilen nitelikteki kişiler arasından Cumhurbaşkanınca atanır

Böyle bir kuruluşa neden ihtiyaç duyduğu ilgili madde gerekçesinde şöyle açıklanmaktadır: “Merkezî idarenin önemli bir görevi olan denetim fonk-

(26) TAN, T., Anayasa Mahkemesi Kararları ışığında Yürütmenin Düzenleme Yetkisi, Anayasa Yargısı, Ankara 1987, s. 222 - 223

(27) ÖZBUDUN, E., a. g. e., s. 209.

(28) Bkz. R.G. 3. 4.1981 -17299.

siyonunun bugüne kadar, çeşitli nedenlerle, gereğince yerine getirilemediği bir gerçektir. Siyasî etkilerin dışında kalabilecek tarafsız ve etkin bir denetim organı olarak, Cumhurbaşkanlığına bağlı bir Devlet Denetleme Kurulu kurulmuştur⁽²⁹⁾.

Şu halde kurulun amacı, yönetimin hukuka uygunluğunu, düzenli ve verimli şekilde yürütülmesini ve geliştirilmesini sağlamaktır. Esasen, idarenin kendi içinde muhtelif kanunlara göre mevcut olan denetleme ve teftiş kuruluşları varken, bunlara tam olarak güvenilemediğinden böyle bir kurum oluşturulmuş olması ilginçtir.

Şu halde, madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, Sayıştay başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu ve diğer denetim organlarının yaptıkları denetim hiyerarşik baskılar ve politik engeller nedeniyle işleyemediği kanaatine varılmıştır. Böylece, İdarenin kendi içindeki denetim mekanizmalarına ek olarak, sadece Cumhurbaşkanı tarafından harekete geçirilebilecek bir başka denetim mekanizması kurulmuş oluyor. Cumhurbaşkanından aldığı emir üzerine harekete geçen kurula bütün kuruluşlar ve kişiler her türlü bilgiyi ve belgeyi vermek zorundadırlar. Kurul tarafından hazırlanan raporlar doğrudan doğruya Cumhurbaşkanına sunulur. Cumhurbaşkanı gerekirse, raporları “gereği yapılmak üzere” Başbakanlığa ve diğer ilgili kuruluşlara gönderir. Sonuç hakkında gerekli bilgi de Başbakanlıkça Cumhurbaşkanına bildirilir.

Kanuna göre, dokuz üyeden oluşacak Kurula seçilebilmek için en az yirmi yıl kamu hizmetinde başarıyla çalışma şartı aranmaktadır. Böylece, İskandinav’da ve bazı Batı Avrupa ülkelerinde görülen “ombudsman” müessesesine benzer bir kurum oluşturmaktadır. Ancak Obmudsmanlık genellikle parlamentolara bağlı olarak işleyen ve vatandaşın yönetime karşı olan şikayetlerini alışımlı denetim yolları dışında karşılamaya çalışan bir müessese olduğu halde, Devlet Denetleme Kurulu Cumhurbaşkanlığınca harekete geçirilebilen bir kurumdur. Bu şekilde, vatandaşın yakınmalarının Parlamento’dan çok Cumhurbaşkanına aktarılması amaçlanmakta ve dolayısıyla, bu makamın yüz yıllardan beri süregelen geleneklere de uygun olarak topluma “babalık etme” özelliği kazandırılmak istenmektedir⁽³⁰⁾.

Bu kurulun idare içindeki yerine gelince; yürütme içinde yer almakla beraber, İdare içinde yer alan bir organ durumunda değildir. Bunun sonucu olarak da bir başka kuruluş ile aralarında hiyerarşik ilişki yoktur. Teşkilat itibarıyla Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği içinde yer alan bir Devlet Kuruluşu olarak kabul edilebilir⁽³¹⁾.

(29) Bkz. KUZU, B., Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1988, s. 143.

(30) SOYSAL, M., a. g. e., s. 328. Ombudsman konusunda bkz. OYTAN, M., Obdudsman Eli ile idarenin denetimi Konusunda Kıyaslamak Bir inceleme, Prof. Dr. Osman F. Berki’ye Armağan, Ankara 1977, s. 595 - 627.

(31) Devlet Denetleme Kurulu konusunda bkz. SOYBAY, S., Devlet Denetleme Kurulu’nun Görev Alanı, İHİD, 1983, sy. 4, s. 105 -121; SOYBAY, S., “Devlet Denetleme Kurulu’nun Konu-

Cumhurbaşkanına yardımcı olarak kurulan bir başka kurum da; Cumhurbaşkanlığı Konseyi'dir. Anayasanın geçici 2. maddesine göre Türkiye Büyük Millet Meclisi toplanıp göreve başladıktan sonra. Millî Güvenlik Konseyi altı aylık bir süre için Cumhurbaşkanlığı Konseyi haline dönüşür ve Millî Güvenlik Konseyi üyeleri, Cumhurbaşkanlığı Konseyi üyesi sıfatını alırlar. Milli Güvenlik Konseyi üyesi olarak 18 Eylül 1980 tarihinde içtikleri and yürürlükte kalır. Cumhurbaşkanı Konseyi üyeleri. Anayasada Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin haiz bulundukları özlük hakları ile dokunulmazlığına sahip olurlar. Altı yıllık süre sonunda Cumhurbaşkanlığı Konseyinin hukukî varlığı kendiliğinden sona erer.

Cumhurbaşkanlığı Konseyinin görevleri şunlardır:

a) Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce kabul edilerek Cumhurbaşkanlığına gönderilen, Anayasada yazılı temel hak ve hürriyetlere ve ödevlere, laiklik ilkesine, Atatürk inkılaplarına milli güvenliğin ve kamu düzeninin korunmasına, Türkiye Radyo - Televizyon Kurumuna, milletlerarası antlaşmalara, dış ülkelere silahlı kuvvet gönderilmesine ve yabancı kuvvetlerin Türkiye'ye kabulüne, olağanüstü yönetim, sıkıyönetim ve savaş haline dair kanunlar ile Cumhurbaşkanınca gerekli görülen diğer kanunları Cumhurbaşkanına tanıyan onbeş günlük sürenin ilk on günü içinde incelemek;

b) Cumhurbaşkanının istemi ve tesbit edeceği süre içinde:

Milletvekili genel seçimlerinin yenilenmesine, olağanüstü yönetim yetkisinin kullanılmasına ve alınacak tebirlere, Türkiye Radyo - Televizyon Kurumu'nun yönetim ve gözetimine, gençliğin yetiştirilmesine ve Diyanet İşlerinin düzenlenmesine ilişkin konulan incelemek ve görüş bildirmek;

c) Cumhurbaşkanının istemine göre iç ve dış güvenlik ile gerekli görülen diğer konularda inceleme ve araştırma yapmak ve sonuçlarını Cumhurbaşkanına sunmak.

Verilen bu görevler çerçevesinde Cumhurbaşkanlığı Konseyi, Cumhurbaşkanının "geçici bir Danışma Organı" niteliğinde görünmektedir. Konseyin herhangi bir icraî karar alma yetkisi yoktur⁽³²⁾.

Görülüyor ki, 1983 Anayasası yardımcı kuruluşları ile birlikte çalışan, varlığını hissettirici görev ve niteliklere sahip bir Cumhurbaşkanlığı tesis etmek istemiştir. Esasen, Cumhurbaşkanına tanınan yetkilerin önemli bir bölümü, kendisine Devletin başı sıfatıyla verilmiştir. Bir kısım işlemleri de "maddî nitelikleri" bakımından aslında yürütmenin sorumlu ve siyasî kanadına ait olması gereken, fakat yargının bağımsızlığı ve idarenin tarafsızlığı sebebiyle Cumhurbaşkanına tanınan yetkilerinden kaynaklanmaktadır. Bu durumda

mu ve işlevi I" İHİD, sy. 5 Aralık 1984, s. 105 - 121., Yazının devamı için (II) bkz. İHİD, sy. 6 Aralık 1985, s. 215 - 224.

(32) Özbudun, e., a. g. e., s. 291

denilebilir ki, 1982 Anayasası Cumhurbaşkanlığı müessesesini düzenlerken sadece Yürütmeyi güçlendirmeyi amaçlamakta, bu kurumun tarihî hüviyetine de uygun olarak bütün organların dışında bir makam oluşturmaya çalışmaktadır. Bu nedenle 1982 Anayasasının Cumhurbaşkanına tanıdığı yetkiler, yürütmenin değil, genel olarak “devletin güçlendirilmesi” şeklinde de yorumlanabilir⁽³³⁾.

Nitekim Anayasa’da Başbakanın ve idarenin de güçlendirilmesine çalışılmış. Keza parlamentoya da işlerlik kazandırılmıştır. Anayasaya göre «her bakan, Başbakana karşı sorumlu olup» (md. 112/2), “Başbakan, bakanların görevlerinin Anayasa ve kanunlara uygun olarak yerine getirilmesini gözetmek ve düzeltici önlemleri almakla yükümlüdür” (md. 112/3). Ayrıca, bakanların “gerektiğinde Başbakanın önerisi üzerine Cumhurbaşkanınca görevlerine son verilebilir” (md. 109/3). Anayasa, yönetmelik çıkarmaya yetkili kuruluşlar arasında “Başbakanlığı” da saymıştır (md. 124). Keza Anayasada, Bakanlar Kurulu yanında başbakanın da kanun tasarıları hakkında Danıştaydan görüş isteyebileceği öngörülmüştür (md. 155/2).

Uygulamaya baktığınızda. Başbakanlığın “Bakanlar Kurulu’nun başkanı olarak bakanlıklar arasındaki işbirliğini sağlar ve hükümetin genel siyasetini düzeltir” şeklinde Anayasada ifade edilen fonksiyonu dışında “uygulayıcı bir büyük bakanlık görünümü” kazandığı görülmektedir⁽³⁴⁾.

1982 Anayasası özellikle Yürütme Organının düzenleme yetkisini genişletici ve kolaylaştırıcı bazı kurallar getirmiştir. Bu konuda önemli yeniliklerden biri olağan dönemde KHK çıkarma yetkisinde getirilen yeniliklerdir. Yeni düzenlemede, yetki kanununda yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin gösterilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Keza, bakanlar Kurulunun istifası, düşürülmesi veya yasama döneminin bitmesinin, belki bir süre için verilmiş olan yetkinin sona ermesine sebep olmamasıdır. Olağanüstü dönemde KHK çıkarma yetkisi tanınmıştır. Olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda KHK çıkarılabilecek. Böylece Yürütme Organına önemli ve istisnâ bir düzenleme yetkisi tanınmıştır. Ayrıca bu yetkinin kullanılabilmesi için araya bir yetki kanununun girmesine gerek olmadığı gibi, yetkinin kullanılabilmesi için gerekli şartlar da Anayasada belirtilmemiştir. Üstelik bu KHK’ler yargı denetimi dışı tutulmuştur (md. 148/1). Öte yandan olağanüstü hal, seferberlik ve savaş hallerinde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilecek veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilecek (md. 15/1).

Anayasa’da özellikle ekonomik ve malî konularda Bakanlar Kurulu’na*geniş düzenleme yetkileri tanınmıştır. Vergi, resim harç ve benzeri mâli yüküm-

(33) YAYLA, Y., Anayasa Yargısı, Ankara, 1984, Yorum, s. 53

(34) TAN, T., 1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği (Güçlü Devlet Ya da Güçlü Yürütme) Anayasa Yargısı, Ankara 1984, s. 44

lülükler konusundaki 1961 Anayasasında (1971 değişikliği) Hükümete verilen yetki korunduğu gibi (md. 73/4), dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek malî yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunlar Bakanlar Kurulu'na yetki verebilir" (md. 167/2). Nitekim Anayasa Mahkemesi de bunca geniş düzenleme yetkisini "yetki devri" olarak görmemiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre "her ülkede önceden gelecekteki ekonomik gelişmeleri anlayıp buna göre, bir akım çerçeveler çizmenin mümkün olmaması, ithalat ve ihracatın her an değişebilen şartlara tâbi bulunması, hükümetlere bir takım geniş ve esnekliği olan yetkiler verilmesini zorunlu kılmıştır"⁽³⁵⁾. Yüksek Mahkeme bir başka kararında da "çağımızda devlet ekonomik alana günden güne artan ölçülerde müdahale zorunluluğunda kalmaktadır. Kimi devlet görevlerinin yürütülmesinde özellikle ekonomik nitelik taşıyan işlerde esnek düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır"⁽³⁶⁾ diyor.

Anayasada Yürütme Organına geniş düzenleme imkanı veren başka düzenlemeler de mevcuttur. Anayasanın 123. maddesinde yer alan "kamu tüzel kişiliğinin kanunla ya da kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulur" hükmü de bu 73. ve 167. maddedeki yetki niteliğinde bir yetki olarak kabul edilmelidir. Bu örneklerin başında, Cumhurbaşkanına doğrudan Anayasa (md. 107) ile tanınan kararname çıkarmak yetkisi gelmektedir. Bu düzenleme "özerk bir yetkinin kullanılmasına açık ve kesin bir örnek"⁽³⁷⁾ olarak gösterilmiştir.

1982 Anayasası alt idari kademelere de bazı yeni yetkiler tanımıştır. Nitekim, bazı temel halk ve hürriyetlerin kullanılması, sırasında, bir tedbir niteliğinde de olsa, idareye müdahale imkânı veren yetkiler tanınmıştır. Örneğin toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı ile ilgili olarak, yetkili merciin, şehir düzeninin bozulmasını önlemek amacıyla, yürüyüşün yapılacağı yer ve güzergahı belirleme yetkisi, yürüyüşü yasaklayabilme veya iki ayı aşmamak üzere erteleyebilmesi mümkündür (md. 34,2, 3). Keza basın hürriyeti ile ilgili olarak yetkili merciin emriyle önlenebilmesi (md. 28/5) de bu nitelikte bir yetkidir.

Ayrıca mahallî idareler ve kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşlarının organlarının görevden uzaklaştırılması konusunda yağı organlarının yetkili olması ilkesi istisna getirilerek, görevleri ile ilgili bir suç sebebiyle hakkında soruşturma veya kovuşturma açılan ilgili bir suç sebebiyle hakkında soruşturma veya kovuşturma açılan mahallî idare organları veya bu organların üyelerini, geçici bir tedbir olarak, kesin hükme kadar uzaklaştırabilme yetkisi İçişleri Bakanına (md. 127/4); kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları-

(35) E. 1984/6, K. 1985/1, Kt. 11.1.1985, RG. 17.6.1985 - 18787.

(36) E. 1984/9, K. 1985/4, Kt. 18.2.1985, RG. 26.6.1985 - 18793.

(37) SOYSAL, M., a. g. e., s. 322

nın organlarını, maddede gösterilen hallerde, geçici olarak görevden uzaklaştırılma yetkisi de mahallin en büyük mülki amirine verilmiştir (md. 135/7). Anayasada bu tip başka düzenlemeler de mevcuttur.

Yürütme ve İdare alanında bu gibi bazı önemli düzenleme yetkileri mevcut olmakla beraber, 1982 Anayasasının Yürütme Organına genel bir “Özerk düzenleme alanı” tanıdığı ileri sürülemez ⁽³⁸⁾. Ancak Cumhurbaşkanlığı karar-nameleri ile (md. 107), olağanüstü dönemde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılacak KHK’ler 5md. 119, 120, 121, 122), Yürütme için özerk ir düzenleme alanı oluşturmaktadırlar.

Anayasa, idarenin yargısal denetimi konusunda da bazı sınırlamalar getirerek yargı denetimini daraltmak suretiyle, idareye daha rahat çalışma imkanı sağlamak istenmiştir. Bu tip düzenlemelerin bir kısmı 1971 Anayasa değişikliği ile konulmuştu. 1982 Anayasası bunları benimsediği gibi, yeni sınırlamalar da öngörmüştür. Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerle, Yüksek Askeri Şura’nın kararları yargı denetimi dışına çıkarılmıştır (md. 125/2). Keza, uyarma, kınama cezaları ile ilgili disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılabileceği (md. 129/3); nihayet Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına karşı yargı merciilerine başvurulamayacağı (md. 159/4) Anayasada açıkça belirtilmiştir.

Öte yandan, önemli bir sınırlama da «yürütmenin durdurulması» kararlarına ilişkin olarak getirilmiştir. Buna göre, olağanüstü hallerde sıkıyönetim seferberlik ve savaş halinde, ayrıca millî güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin kanunla sınırlandırılabileceğini öngörmektedir (md. 125/6). Keza, yargı yetkisinin İdarî işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğu ile sınırlı olduğu şeklindeki eski düzenleme benimsenirken “takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemeyeceği” de hükme bağlanmıştır (md. 125/4).

1982 Anayasası, Yürütmenin yanında Yasama Organına da işlerlik kazandırmıştır. Bu amaçla Anayasada, Meclisin üye sayısı iki Meclisin toplamı olan 600’den 400’e indirmiş (şimdi 450) ve Senato kaldırılarak tek Meclis öngörülmüştür. Meclisin çalışma dönemi dört yıldan beş yıla çıkarılmış; ara seçimin yapılması bir düzene bağlanmış; Meclisin kolay toplanabilmesi ve kolay karar alabilmesini sağlamak için gerekli toplanma ve karar yeter sayılan düşürülmüş; Mecliste siyasî partilerin grup kurabilmeleri için gerekli olan sayı ondan yirmiyeye çıkarılmış; Meclis Başkanının seçimi ve Cumhurbaşkanının seçimi sayılı turlara bağlanmış, Cumhurbaşkanının dördüncü turda iki aday arasından salt çoğunlukla seçilememesini Meclisin seçimlerinin yenilenmesini gerektiren bir sebep olarak kabul etmiştir. Ayrıca, partisinden istifa ederek başka bir partiye girmek. Meclis çalışmalarına özürsüz olarak bir ay içinde toplam beş birleşim günü katılmamak üyelikten düşme sebebi sayılmış.

(38) DURAN, L., Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi?, İHİD, yıl 4 sy. t - 3, 1983, s. 41.; TAN, T., Anayasa Mahkemesi Kararları... s. 208.

Anayasa, parlamentoya işlerlik kazandırmak için yıllık tatil süresini de üç aya indirmiştir. Böylece parlamentonun daha uzun ve daha ciddi çalışması sağlanmak istenmiştir. Aslında, Anayasa bir taraftan Yürütme Organının güçlendirme çabası içinde iken, öbür yandan da Yasama Organının çalışma süresini uzatması bir çelişki sayılabilir. Çünkü Yürütmeyi güçlendirme amacı güden Anayasalar genellikle Parlamentonun çalışma süresini kısa tutarlar ki. Hükümet parlamento ile uğraşmak endişesinden uzaklaşsın⁽³⁹⁾ Örneğin Fransa'da 1958 Anayasası parlamentonun tatil süresini sınırlandırmak yerine, yasama yılının süresini 170 günle sınırlamıştır. Parlamento yılda biri 80 diğeri 90 günlük iki toplantı devresi dışında toplanamaz (md. 28).

Bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere 1982 Anayasası yürütme organını güçlendirme yanında devletin bütün müesseselerine işlerlik kazandırmak için bazı tedbirler öngörmüştür. Ancak, daha önce de belirttiğimiz gibi, bu müesseseler arasında Cumhurbaşkanlığı, 1961 Anayasasından daha değişik bir yaklaşımla ele alınmış ve sistem içinde Cumhurbaşkanının varlığı hissettirmek istenmiştir.

Bu konuda sonuç olarak denilebilir ki, Devletin başı olan ve Yürütmenin sorumsuz kanadını oluşturan Cumhurbaşkanlığını düzenleyen kurallar, temel noktalarda, 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında aynıdır. Bununla beraber, 1961 Anayasası Cumhurbaşkanının tarafsızlığına ve siyasal ilişkilerde bir denge unsuru olmasına büyük önem vermiştir. 1982 Anayasası prensip olarak Cumhurbaşkanının bu özelliğini korumakla birlikte, Cumhurbaşkanını güçlendiren, Cumhurbaşkanının tek başına kullanabileceği yetkileri artıran bir Anayasa olmuştur⁽⁴⁰⁾. Bu noktadan hareket eden bazı yazarlar, 1982 Anayasası'nda, 1961 Anayasası'nın tam tersine "çok güçlü bir Cumhurbaşkanlığı müessesesi" kurduğunu belirtmekte, şayet Anayasa'da sahip bulunduğu yetkilerle Cumhurbaşkanı siyasî iktidara ters bir eğilime sahipse, Bakanlar Kurulu'nun program ve politikasını uygulamasında zorluk çıkabileceğini ileri sürmektedir⁽⁴¹⁾. Yeni düzenlemede çıkabilmesi muhtemel bazı sakıncaların önlenmesi için ve Anayasada öngörülen yetkilerini kullanabilmesi için Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi gerektiği belirtilmektedir⁽⁴²⁾. Danışma Meclisinde de bu yönde öneriler yapılmıştı⁽⁴³⁾.

Yürütme Organının 1982 Anayasası ile güçlendirilmiş olduğu bazı yargı organlarının kararlarında da ifade edilmiştir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında "1982 anayasasının 1961 ve 1924 Anayasalarına karşı güçlü devlet ve otoriter idare kavramlarına daha fazla önem verdiği ve özellikle yürütmeyi yasama ve yargı karşısında daha da güçlendirdiği tar-

(39) SOYSAL, M., a. g. e., s. 314.

(40) GÖZÜBÜYÜK, A. Ş., Anayasa Hukuku, Ankara, 1986, s. 208.

(41) DAL, K., Türk Esas Teşkilat Hukuku, Ankara 1986, s. 264.

(42) İbid.

(43) Bkz. Kemal Dal'ın konuşması, DMTD, c. 9, s. 374 - 382.

tışmasıdır. Anayasanın bir çok maddeleri bu temel düşünceye uygun olarak değiştirilmiş ve yeniden düzenlenmiştir”⁽⁴⁴⁾ diyerek bu durumu açıkça ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi de bir kararında “1982 Anayasasının 2. maddesinde, insan haklarına toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde saygılı olunacağı hükmüne yer vermek suretiyle, 1961 Anayasası’na nazaran Devlet ve toplumun çıkarlarına öncelik tanınmıştır” diyor⁽⁴⁵⁾. Ancak şunu da belirtelim ki, Cumhurbaşkanının bu yetkileri sorumsuzluk ilkesi karşısında fazla sayılır. Sorumluluğu olan Başbakan ile aralarında ihtilaf çıkmaya uygun nitelikte yetkililerdir. Anayasanın verdiği yetkileri kullanmak isteyen Cumhurbaşkanı ile parlamenter rejimde asıl olan yetkili ve sorumlu kendisinin olduğu bilincinde olan bir Başbakan arasında, bu düzenlemeler çerçevesinde bir çatışmanın çıkması muhtemeldir⁽⁴⁶⁾.

Yaptığımız açıklamalar ışığında 1982 Anayasasının getirmiş olduğu Hükümet sisteminin ne olabileceğini belirlemeye çalışalım, bu tesbiti yapalım ki, 1982 Anayasası’nda Cumhurbaşkanına tanınan somut yetkileri tek başına yapıp yapamayacağını veya hangilerini tek başına yapabileceğini ona göre belirleyelim. Evvela şunu belirtelim ki, 1982 Anayasası’nın yürütmeyi güçlendirme yolundaki eğilimini yadırgamıyoruz. Aksine “yürütmenin türlü yollardan güçlendirilip daha etkili duruma getirilmesi, hem Türkiye’nin içinde bulunduğu koşullar, hem de dünyadaki genel eğilim düşünülürse, son derece çağdaş bir yaklaşım olarak gözükebilir. Çünkü yürütmenin güçlendirilmesi bütün dünya Anayasalarında görülen ve devlet görevlerinin artmasıyla birlikte çağımızın zorunlu kıldığı bir yaklaşımdır”⁽⁴⁷⁾. Kaldı ki “yürütmenin güçlendirilmesi ille de özgürlüklerin sınırlanması anlamına gelmez”⁽⁴⁸⁾.

Yürütme Organı’nın yeni statüsü karşısında bazı yazarlar, 1982 Anayasası’nın parlamenter bir sistem öngörmediğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, 1982 Anayasası Bakanlar Kurulu’nu TBMM’ne karşı sorumlu tuttuğu gibi bakanlar ve Başbakanı her türlü icraatından ötürü Cumhurbaşkanı’na karşı da sorumlu tutmuştur. Devlet Başkanı, Başbakanın önerisi üzerine bakanların görevine son verebileceği gibi, Başbakanı da istifade davet ederek, Hükümeti iktidardan uzaklaştırabilir. Keza Cumhurbaşkanı uygun gördüğü milletvekili ve bu nitelikleri taşıyan kişilerden oluşturduğu Bakanlar Kurulu’nu güven oyu olamamasına rağmen, görevde tutmaya ısrar ederek 45 gün bekledikten sonra genel seçimlerin yenilenmesine karar verebilir. Bu noktaları tesbit eden yazar netice olarak 1982 Anayasasının öngördüğü hükümet şeklini “Aksak başkanlık Hükümeti”⁽⁴⁹⁾ olarak nitelendirmiştir. Yazara göre çok geniş ve güçlü yetkilerle donatılmış bulunan Devlet Başkanı, ancak par-

(44) YHGK, E. 1980/4 -1714, K. 1983/803, YKD, C. IX, Sy. 11, Kasım 1983, s. 1591 - 1592.

(45) E. 1984/14, K. 1985/7, Kt. 13.6.1985, RG. 24.8.1985 - 18852

(46) TANÖR, B., İki Anayasa, 1961 - 1982, İstanbul, 1986, s. 179 - 194.

(47) SOYSAL, M., a. g. e., s. 171

(48) İbid., s. 196

(49) DURAN, L, “Türkiye’nin Siyasi Rejimi”, Yeni Gündem, 16-31 Mayıs 1985, Demokrasi Eki, s. 6-7.

lamentoda güvenilir bir çoğunluğa dayandığı takdirde ve sürece görevini uyumla yürütüp sürdürebilir. Bunun için de Devlet Başkanının Meclisteki iktidar partisinin ya da koalisyon gruplarının lideri durumunda olması gerekir. Özellikle olağanüstü dönemde verilen yetkileri Anayasaya ve kanunlara bağlı olmadan alabilecek güve kavuşturmuş olan Cumhurbaşkanı ikinci bir dönem için aday olamayacağından, icraatının siyasî yönden değerlendirilmesi ve seçilmeme durumuna düşmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumda Cumhurbaşkanı siyasî sorumluluğu bulunmayan olağanüstü yetkili bir öndere dönüşmekte ve “kişisel iktidar” niteliğini kazanmaktadır. Ayrıca, bu başkan, Parlamento tarafından seçildiği halde, genel oyla oluşan Yasama Organından daha güçlü bir duruma sahip bulunmaktadır. Bu görüşleri ileri süren yazar, Türkiye’nin bugünkü siyasî rejimini “Otoriter Başkanlık Hükümeti”⁽⁵⁰⁾ olarak nitelendirmektedir.

Hemen belirtelim ki, yazarın 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanının Başbakanı azil yetkisine sahip olduğu şeklindeki görüşü ile Cumhurbaşkanının uygun gördüğü milletvekilini ve bu nitelikleri taşıyan kişilerden oluşturduğu Bakanlar Kurulunu, oyu alamamasına rağmen, 45 gün bekledikten sonra genel seçimlerin yenilenmesine karar verebilir şeklindeki düşüncesine katılmıyoruz. Herşeyden önce Anayasada Başbakan ve bakanların Cumhurbaşkanına karşı sorumlu olduklarını gösteren hiçbir hüküm yoktur⁽⁵¹⁾. Bakanlar ancak Başbakanın önerisi üzerine Cumhurbaşkanınca görevlerinden uzaklaştırılabilir. Dolayısıyla bu hüküm Cumhurbaşkanını değil Başbakanın güçlendiren bir hükümdür. Gerçi Danışma Meclisi anayasa Komisyonunun ilgili madde gerekçesinde, güvensizlik oyu alan bir Başbakanın görevde kalmaya ısrar etmesi karşısında, Cumhurbaşkanının Başbakanı azletmekten başka çözüm yolu olmadığı belirtilmiş ise de, bizce böyle bir ihtimal düşünülemez. Olsa olsa bu durumda “Anayasayı ihlal suçuna kadar giden bir durum söz konusu olur”⁽⁵²⁾.

Cumhurbaşkanının tuttuğu fakat güven oyu alamayan Başbakanı kırkbeş gün tutarak Meclisin seçimlerinin yenilenmesi yetkisini kullanacağı göüşü de bize ihtimal dahilinde gözükmemektedir. Cumhurbaşkanı, görevlendirdiği Bakanlar Kurulu’nun güven oyu alamaması üzerine yeni bir görevlendirme yapmak zorundadır⁽⁵³⁾.

Bir başka görüşe göre, 1982 Anayasası “Güçlü Devlet” ve “Etkili Yürütme” arayışı içinde rasyonelleştirilmiş “Başkanlı bir parlamenter sistem” ve yeni bir “Yönetilebilir Demokrasi” formülü getirmiştir⁽⁵⁴⁾. Ancak, “Güçlü Devlet”,

(50) İbid., s. 7

(51) ÖZBUDUN, E., a. g. e., s. 311.

(52) İbid., s. 312

(53) İbid., s. 313-312.

(54) ÇAĞLAR, B., Parlamentolar ve Anayasa Mahkemesi, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi, Anayasa Yargısı, Ankara 1987, s. 164

ve “Yönetilebilir Demokrasi” kavramları bazı yazarlarca “kaypak kavramlar”⁽⁵⁵⁾ olarak nitelendirilmiştir.

Kanaatimizce güçlü yürütme temeli üzerine kurulmuş olmasına rağmen, 1982 Anayasası temelde parlamenter sistemi muhafaza etmiştir. 1982 Anayasası ile çağırışımı 1958 Fransız Anayasasına yapmaktadır. Faka 1958 Anayasası bazı özellikleri itibarıyla parlamenter sistemden farklıdır. Bu sistemde Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler tek tek sayılmıştır. Cumhurbaşkanı Bakanlar Kurulu toplantılarına bizzat katılır ve başkanlık eder. Klasik parlamenter sistemde de Devlet Başkanının Bakanlar Kurulu toplantılarına başkanlık ettiği görülmekle birlikte, bu durum sadece biçimsel ve semboliktir. Halbuki Fransız sisteminde kararın alınmasına da katılmaktadır. 1958 Fnaksız sistemini klasik parlamenter rejimden ayıran en önemli nokta ise Cumhurbaşkanının halk tarafından doğrudan doğruya seçilmesidir⁽⁵⁶⁾.

Sayılan bu özellikleriyle 1958 Fransız Anayasası klasik parlamenter sistemden uzaklaşmakla birlikte, parlamenter sistemin özelliklerini de taşımaktadır. Bakanlar Kurulu’nun Meclis önünde siyasî sorumluluğu mevcut olduğu gibi, karşılığında fesih yetkisi vardır. Kısaca belirtilen bir sisteme dönüşerek “Yarı - Başkanlık” bir sistem örneği oluşturmaktadır⁽⁵⁷⁾.

Bu sistemin özellikleri kısmen 1982 Anayasasında gözlemlenmektedir. Örneğin 1982 Anayasasında da, Yasama Organı karşısında, Yürütme Organı, Yürütme organı içinde ise özellikle Cumhurbaşkanının güçlendirilmesi eğilimi iki Anayasa arasındaki benzerliktir, keza, bazı işlemleri Cumhurbaşkanının tek başına yapabilmesi imkânı getirilmiştir. Gerçi bu Anayasada sayılmamıştır ama, işin niteliği gereği tek başına yapabileceği epeyce işlem mevcuttur. Olağanüstü dönemde Fransa’da Cumhurbaşkanı tek yetkili olduğu halde, bizdeki sistemde Bakanlar Kurulu ile birlikte Cumhurbaşkanı yetkilidir⁽⁵⁸⁾.

Bazı benzerliklere rağmen iki Anayasa bir hayli farklıdır. 1982 Anayasası klasik parlamenter sisteme, 1958 Anayasasına nazaran daha yakındır. Cumhurbaşkanının halk tarafından doğrudan doğruya seçilmemesi de, iki Anayasa arasındaki en bariz farkı oluşturmaktadır.^(58a) 1982 Anayasası Cumhurbaşkanı’na klasik parlamenter sistemdeki rolünü aşan bir yer vermiş olmakla beraber, bu rejimin temel unsurlarını korumuştur. Bir defa, hükümetin parlamento karşısındaki siyasî sorumluluğu ilkesi aynen muhafaza edilmiştir. Bunun yanında, Cumhurbaşkanının siyasî sorumsuzluğunu ve bunun sonucu olarak da işlemlerinde “karşı - imza” kuralı getirmek suretiyle, parlamenter rejimin ikinci temel özelliğini benimsemiştir. Nihayet Cumhurbaşkanı’na

(55) İLAL, E., Anayasa Yargısı, 1987, Tartışmalar, s. 191.

(56) ÖZBUDUN, E., «Palamenter Sistem ve Başkanlık Sistemi», Yeni Gündem, 31-16 Mayıs 1985, «Demokrasi Eki», s. 2

(57) İbid., s. 3-2.

(58) İbid., s. 3

(58a) İbid

seçimleri yenileme başlığı altında bir “fesih” yetkisi⁽⁵⁹⁾ vermek suretiyle de parlamente rejimin eşitlik ve denge prensibini yerine getirmiştir. Ancak parlamenter sistemlerde genellikle hükümete, daha doğrusu Başbakanı tanıyan fesih yetkisi Cumhurbaşkanına tanınmış ve 1961’den farklı olarak başkanın önerisi şartı da aranmamıştır. Bu noktada klasik parlamenter sistemden bir sapma gözükmemektedir⁽⁶⁰⁾.

1982 Anayasasının bu özellikleri karşısında denilebilir ki, Cumhurbaşkanı etkili rolüne rağmen, Anayasa yine de klasik parlamenter sistemin esaslarını korumuştur. Bu sisteme Fransız Literatüründen esinlenilerek “Zayıflatılmış Parlamentarizm”⁽⁶¹⁾ denilebileceği belirtilmiştir.

Bir başka görüşe göre ise, 1961 Anayasası “güçlü bir yargı denetimiyle sınırlandırılmış klasik parlamenter sistemi” öngördüğü halde, 1982 Anayasası “pek de güçlü olmayan bir yargı denetimiyle sınırlandırılmış, pek de klasik olmayan bir parlamenter sistemi” benimsemiştir.⁽⁶²⁾

Netice olarak şunu belirtelim ki, Devlet Başkanı tam anlamıyla sembolik sayılamayacak önemli yetkilere sahip olmakla beraber, yine de parlamenter sistemle hiç bağdaşmayacak ya da sisteme “Başkanlık” veya “Yarı - başkanlık” gibi adların verilmesine yol açacak kadar güçlendirilmiş bir Cumhurbaşkanı söz edilemez. Kısacası, 1982 Anayasasının Yarı - Başkanlık sistemi getirdiği ileri sürülemez. Çünkü yarı başkanlık sisteminden söz edilebilmesi için Devlet Başkanının, doğrudan doğruya halk tarafından seçilmesi ve yürütmenin karar sürecine direkt katılması gerekir⁽⁶³⁾.

Anayasada da, klasik parlamenter sisteme bağlı kalındığı vurgulanmıştır. Nitekim Başlangıç Kısmında “Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medeni bir işbirliği ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa’da ve kanunlarda bulunduğu” belirlenmiştir. Keza “Yürütme yetkisi ve Görevi” başlığını taşıyan 8. madde gerekçesinde “... yürütme yasamaya bağlı tâbi bir organ olmaktan çıkarılmış, her iki kuvvetin eşitlik ve denklik içinde işbirliği yapmalarını öngören parlamenter hükümet sistemi bütün gerekçeleriyle uygulanmaya konmuştur. Bu nedenle, yürütme, 1961 Anayasasında olduğu gibi bir görev olmaktan çıkarılmış, yürütme gerekli yetkilere sahip ve kanunların kendisine verdiği görevleri yerine getiren bir kuvvet olarak düzenlenmiştir”⁽⁶⁴⁾ deniliyor.

(59) Fesih Yetkisi konusunda bkz. KARAMUSTAFAOĞLU, T., Yasama Meclislerinin Fesih Hakkı, Ankara 1982.

(60) SOYSAL, M., a. g. e., s. 317

(61) ÖZBUDUN, E., a. g. e., s. 313

(62) SOYSAL, M., a. g. e., s. 284 - 285.

(63) İbid., s. 318 ,285.

(64) Bkz. KUZU, B. Mevzuat, 1988, s. 8

Bütün bu açıklamalardan sonra belirtelim ki, 1982 Anayasası Parlamenter Sistem ile Yan Başkanlık rejimi arasında, kendine özgü bir hükümet sistemi benimsemiştir.

1982 Anayasasının hükümet şeklini böylece belirttikten sonra, konumuz açısından Cumhurbaşkanı kararnamelerinin hazırlanması ve imza sorununu ele alalım

3 - Cumhurbaşkanı Anayasada Tanınan Somut Yetkiler ve Kararnamelerin İmzalanması

Bu konuya ilişkin genel bilgi ve açıklamalarımızı 1961 Anayasası kısmında yaptığımız için ayrıca üzerinde durmuyoruz. Kısacası 1982 Anayasası’nın da temelde parlamenter sistemi benimsediği düşüncesi ile, bu Anayasa için de parlamenter sistemdeki “Devlet Başkanı” statüsünün geçerli olması gerektiğini kabul ediyoruz. Dolayısıyla açıklamalarımızı bu esas üzerine oturtmak zorundayız.

1982 Anayasası 1961’den farklı olarak Cumhurbaşkanının varlığını hissettirici ve etkisini arttırıcı yetkiler tanımıştır. Anayasanın 104. maddesinde bu yetkiler yasama, yürütme ve yargıya karşı kullanılabileceği yetkiler şeklinde tek tek sayılmıştır. Bu yetkileri şöyle belirtebiliriz.

a) Yasama İle İlgili Olanlar:

Gerekli gördüğü takdirde yasama yılının ilk günü Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde açılış konuşmasını yapmak; Türkiye Büyük Millet Meclisini gerektiğinde toplantıya çağırarak; Kanunları yayımlamak; Kanunları tekrar görüşmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne geri göndermek; Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları gerekli gördüğü takdirde halk oyuna sunmak; Kanunların, kanun hükmündeki kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün tümünün veya belirli hükümlerinin Anayasaya şekil veya esas bakımından aykırı oldukları gerekçesi ile Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmak; Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimlerinin yenilenmesine karar vermek;

b) Yürütme Alanına İlişkin Olanlar:

Başbakanı atamak ve istifasını kabul etmek; Başbakanın teklifi üzerine bakanları atamak ve görevlerine son vermek; Gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kuruluna başkanlık etmek veya Bakanlar Kurulunu başkanlığı altında toplantıya çağırarak; Yabancı devletlere Türk Devletinin temsilcilerini göndermek; Türkiye Cumhuriyetine gönderilecek yabancı devlet temsilcilerini kabul etmek; Milletlerarası andlaşmaları onaylamak ve yayımlamak; Türkiye Büyük Millet Meclisi adına Türk Silahlı Kuvvetlerinin Başkomutanlığını temsil etmek; Türk Silahlı Kuvvetlerinin Başkomutanlığını temsil etmek; Türk Silahlı Kuvvetlerinin Kullanılmasına karar vermek; Genelkurmay Başkanı

atamak; Millî Güvenlik Kurulunu toplantıya çağırmak; Millî Güvenlik Kuruluna Başkanlık etmek; Başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu kararıyla sıkıyönetim veya olağanüstü hal ilân etmek ve kanun hükmünde kararname çıkarmak; Kararnameleri imzalamak; sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak; Devlet Denetleme Kurulu'nun üyelerini ve Başbakanı atamak; Devlet Denetleme Kurulu'nun üyelerini ve Başbakanı atamak; Devlet Denetleme Kurulu'na inceleme, araştırma ve denetleme yaptırtmak; Yükseköğretim Kurulu üyelerini seçmek; Üniversite rektörlerini seçmek.

c) Yargı İle İlgili Olanlar

Anayasa Mahkemesi üyelerini, Danıştay üyelerinin dörtte birini, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekilini, Askerî Yargıtay Üyelerini, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi üyelerini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerini seçmek; Cumhurbaşkanı, ayrıca Anayasada ve kanunlarda verilen seçme ve atama görevleri ile diğer görevleri yerine getirir ve yetkileri kullanır.

Danışma Meclisi Anayasa Metninde bu yetkilerden başka bazı yetkiler de tanınmıştır (md. 112). Millî Güvenlik Konseyi'nde bunlar madde metninden çıkarılmıştır. Değişiklik gerekçesinde şöyle denilmektedir: "Bu düzenlemede «Her yıl Eylül ayının ilk günü Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin açılış konuşmasını yapmak»; "Anayasa Mahkemesi'nde iptal kararının yeniden incelenmesini istemek"; Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimlerinin ertelenmesini istemek"; Tüzükleri imzalamak ve yayımlamak"; "Ölüm cezalarının infazına karar vermek veya özel af yetkisine dayanarak ölüm cezasını müebbet ağır hapis cezasına çevirmek; Türkiye Radyo - Televizyon Kurumu Genel Müdürü ile üç yönetim kurulu üyesini atamak"; "Türkiye cumhuriyeti Merkez bankası Başkanını seçmek"; Diyanet İşleri Başkanın seçmek şeklindeki hükümler madde metninden çıkarılmıştır. "Tüzükleri imzalamak ve yayımlamak" hükmü tüzüklerle ilgili özel bir madde olması ve esasen tüzüklerin de kararname ile yürürlüğe konulması dikkate alınarak, madde metninde "kararnameleri imzalamak" görev ve yetkisi de bulunduğundan, bu sebeplerle tüzüklere ilişkin bu hüküm ile ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar vermek görevi, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görev ve yetkilerini genel olarak düzenleyen 87. maddeye eklenmiş olduğundan bu hüküm madde metninden çıkarılmıştır.

Ayrıca, Danışma Meclisi tarafından kabul edilmiş olan maddede yer alan "gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kurulunu başkanlığı altında toplantıya çağırmak" şeklindeki hüküm, "gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kuruluna başkanlık etmek veya Bakanlar Kurulunu başkanlığı altında toplantıya çağırmak" şekline dönüştürülmüş ve terim birliğini sağlamak amacıyla Danışma Meclisince kabul edilen madde metninde yer alan "Bakanlar Kumlu ile birlikte olağanüstü hal ilan etmek; olağanüstü hallerde "Bakanlar Kurulu ile birlikte

kanun kuvvetinde kararname çıkarmak” şeklindeki hükümlür “Başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu kararı ile sıkıyönetim veya olağanüstü hal ilan etmek ve kanun hükmünde kararname çıkarmak” şeklinde değiştirilmiştir.

Diğer yönden Anayasanın 131. maddesiyle Yükseköğretim üst kuruluşları düzenlenmiş bulunduğundan, maddeye “Yükseköğretim kurulu üyelerini seçmek” hükmü de getirilmiştir⁽⁶⁵⁾.

Acaba Cumhurbaşkanı 104. maddede sayılan bu görevlerinden hangilerini tek başına yapacak hangileri için Başbakan ile ilgili bakan veya bakanların imzalarına ihtiyaç duyulacak?

Danışma Meclisi Anayasa metninde, Cumhurbaşkanının, görevleri ile ilgili işlemlerden sorumlu olmadığı, bu nedenle Cumhurbaşkanının bütün kararlarının Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanacağı ve bu karardan Başbakan ve ilgili bakanın sorumlu olacağı belirtilmişti (md. 113/1). Ayrıca, aynı maddede, Cumhurbaşkanının Anayasanın ilgili maddelerinde gösterilen şartlara uyarak tek başına imzalayacağı kararların neler olduğu da açıkça ve tek tek sayılmıştı. Sayılan yetkiler ilgili maddede şöyle sıralanmıştı.

a) Yasama ile ilgili olanlar: Türkiye Büyük Millet Meclisini gerektiğinde toplantıya çgırmak; Kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi iç tüzüğünün tümünün veya belirli hükümlerinin Anayasaya şekil ve esas bakımından aykırı oldukları gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi’nde iptal davası açmak; Anayasa Mahkemesi’nden iptal kararlarının yeniden incelenmesi istemek; Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimlerinin yenilenmesine karar vermek;

b) Yürütme alanına ilişkin olanlar: Başbakanı atamak; Gerekli gördüğü hallerde Bakanlar Kurulunu toplantıya çağırarak; Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına karar vermek; Milli Güvenlik Kurulu’nu toplantıya çağırarak; Sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebepleriyle belirli kişilerin cezalarını hafifletmek veya kaldırmak; idam cezasını müebbet ağır hapis cezasına çevirmek; Üniversite Rektörlerini seçmek.

c) Yargı ile ilgili olanlar: Anayasa Mahkemesi üyelerini, Danıştay üyelerinin dörtte birini, Cumhuriyet Başsavcısı ve Vekilini, Askerî Yargıtay üyelerini, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi üyelerini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tabii üyeleri dışındaki üyeleri seçmek.

Fakat Millî Güvenlik Konseyi 113. maddede yer alan, Cumhurbaşkanını tek başına kullanabileceği bu yetkileri “Cumhurbaşkanının tek başına imzalayacağı kararların ayrıca sayılmasında zorunluluk görülmemiştir”⁽⁶⁶⁾ gerekçesi ile sayılan istisnaları madde metninden çıkarmıştır.

(65) BKZ. KUZU, B., Mevzuat, s. 139 - 140.

(66) İbid., s. 141.

İşte Millî Güvenlik Konseyi'nce yapılan redaksiyon sonucu, 1961 Anayasası dönemindeki konuya ilişkin tartışmalar tekrar başlamıştır. Böylece “konuya açıklık getirmesi bakımından yerinde olan bu hükmün”⁽⁶⁷⁾ Anayasa metninden çıkarılmış olması kanaatimizce isabetli olmamıştır. Anayasa bu düzenleme yerine konulan “Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer konularda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır; bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur” şeklindeki düzenleme de uygulamada bazı karışıklıklara neden olabilecek niteliktedir⁽⁶⁸⁾.

Bu son durum karşısında hangi işlemlerin Cumhurbaşkanının tek başına kullanabileceği sorununun kesin çözümü mümkün değildir. Nitekim doktrinde bu konuda farklı tasnifler yapılmıştır⁽⁶⁹⁾.

Konuya ilişkin olmak üzere konulabilecek ilk kıtas “Anayasada ve kanunlarda açıkça gösterilmemişse, işin niteliğine göre”⁽⁷⁰⁾ sorunun çözülebileceğidir. Bu kıtasıya göre, 104. maddede yer alan “Genelkurmay Başkanını atamak” yetkisi yan-imzayı gerektirmektedir. Çünkü Anayasaya göre bu yetki Bakanlar Kurulu ile birlikte kullanılacaktır. Nitekim ilgili maddede “Genelkurmay Başkanı Bakanlar Kurulu’nun teklifi üzerine Cumhurbaşkanınca atanır” (md. 117/4) hükmü mevcuttur. Keza olağanüstü dönemde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hallerinde çıkarılacak kanun hükmünde kararnamelerin, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanacak Bakanlar Kurulu’na çıkarılacağı da Anayasanın açık hükmüdür (md. 119, 120, 121, 122).

Bu açık düzenlemeler dışında kalan bazı yetkilerin kullanılmasında işin ve işlemin niteliğine bakmak gerekir. Bu kıtasıya göre, “temsil ve gözetme”-ye ilişkin yetkilerini tek başına kullanacaktır. Yani, Devletin başı olan Cumhurbaşkanı, Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil etmek; yabancı devletlere temsilci göndermek, yabancı devlet temsilcilerini kabul etmek; Anayasanın uygulanmasını, devlet organlarının düzenli ve uyumlu bir biçimde çalışmasını gözetmek yetkilerini tek başına kullanabilecektir. Fakat, yabancı devletlere temsilci gönderme ve yabancı devlet temsilcilerini kabul etme gibi yetkilerinin yürütmenin başı sıfatıyla kullanılacağı gerekçesi ile Bakanlar Kurulu ile birlikte kullanılması gerektiği belirtilmiştir⁽⁷¹⁾. Bu arada belirtelim ki. Milletlerarası Andlaşmaları onaylamak ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin kullanılmasına ilişkin yetkilerini, Cumhurbaşkanı yürütmenin başı sıfatıyla kullanacağı için ortak imza kuralına ihtiyaç vardır⁽⁷²⁾.

(67) ÖZBUDUN, E., a. g. e., s. 282.

(68) GÖZÜBÜYÜK, A. Ş., a. g. e., s. 214.

(69) Bkz. DAL, K., a. g. e., s. 269.; SOYSAL, M., a. g. e., s. 333 - 334; ÖZBUDUN, E., a. g. e., s. 284 - 286.

(70) ÖZBUDUN, E., a. g. e., s. 284

(71) ÖZBUDUN, E., a. g. e., s. 285 - 284. Aksi görüş için bkz. EROĞUL, C., a. g. m., s. 43

(72) EROĞUL, C., a. g. m., Not: 18; ÖZBUDUN, E., a. g. e., s. 285.

Cumhurbaşkanı “sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebebi ile belirli kişilerin cezalanın hafifletmek veya kaldırmak” yetkisini uygulamada 1961 Anayasasından bu yana ortak imza ile kullanmaktadır. Yani, Başbakan ve Adalet Bakanının imzalanın taşıyan üçlü kararname ile yapılmaktadır. Halbuki, 1924 Anayasasında bulunan “hükümetin inhası” (md. 42) şartı 1961 ve 1982 Anayasalarınca benimsenmemiştir. Ayrıca, bağışlama hakkı geleneksel olarak Devlet başkanına ait oluşuna göre, bu alandaki yetkisini Cumhurbaşkanı tek başına kullanabilmelidir.

Başbakanı atamak yetkisi, niteliği gereği ancak tek imza ile Cumhurbaşkanı tarafından kullanılabilir. Görevden çekilmiş bir Başbakana yeni atanacak Başbakanın kararnamesini imzalama yetkisi vermek bazı sakıncaları taşıması yanında gereksiz bir formalitedir⁽⁷³⁾. Bakanları atamak ve görevlerine son vermek yetkisi ise Anayasada açıkça Başbakanın teklifi şartına bağlanmıştır. Şu halde bu yetki ortak imzayı gerektirir.

Cumhurbaşkanının yürütme içinde sayılan başka yetkilerine gelince; bunların bazıları törensel, temsili ve sembolik nitelikte olduklarından icraî nitelik taşımazlar, bu nedenle de Cumhurbaşkanınca tek başına kullanılabilirler. Kaldı ki, bu işlem ve eylemlerden sorumluluk da doğmaz. Gerekli grduğünde Bakanlar Kuruluna Başkanlık etmek veya Bakanlar Kurulunu Başkanlığı altında toplantıya çağırarak, TBMM adına Türk Silahlı Kuvvetlerinin Başkomutanlığını temsil etmek, Millî Güvenlik Kurulu toplantıya çağırarak ve bu Kurula başkanlık etmek yetkileri bu niteliktedir⁽⁷³⁾.

Yürütme ile ilgili diğer bazı yetkileri konusunda durum pek açık değildir. Örneğin, Devlet Denetleme Kurulu üyelerini ve Başkanını atamak ve bu Kurula araştırma ve inceleme yaptırmak yetkisi tereddüt uyandırıcı niteliktedir. Özellikle bu Kurulun raporları doğrudan doğruya hukukî sonuç doğurmadıklarına göre, kurulun raporların Cumhurbaşkanınca Başbakanlığa gönderilecektir. Nitekim 2443 sayılı Devlet Denetleme Kurulu Kurulması Hakkındaki Kanunun⁽⁷⁴⁾ 6. maddesi, Kurul raporlarının Cumhurbaşkanının onayı alındıktan sonra “gereği yapılmak üzere” Başbakanlığa ve diğer ilgili kuruluşlara gönderileceğini ve Başbakanlıkça da sonuç hakkında Cumhurbaşkanlığı’na bilgi verileceğini öngörmektedir. Bu durumda, gönderilen raporların sonuçsuz ve etkisiz kalması halinde, Cumhurbaşkanı ile Başbakan arasında bir soğukluğun belirmesi ve giderek sürtüşmeye dönüşmesi muhtemeldir⁽⁷⁵⁾. Danışma Meclisinde bazı üyeler böyle bir Kurulu gereksiz ve sakıncalı görmüşlerdir. Bu konuda bir üye şöyle diyor: “Bakan, hem siyasî hem de İdarî başdır. Bakanlıkların ve bütün bakanlıklardaki eylem ve işlemlerden bakan sorumludur. Kendi haberi olmadan kuş uçması lâzımdır. Şimdi, bir baka-

(73) ÖZBUDUN, E., a. g. e., s. 285

(73a) İbid.

(74) Bkz. R. G., 3.4. 1981 - 17299.

(75) TAN, T., a. g. m., s. 43

nın haberi olmadan, bir başka makam tarafından denetlenmek maksadıyla, nasıl onun eylem ve işlemleri tamamen siyasî ve İdarî mesuliyeti kendisine ait olan o bakanlıkta böyle bir denetim yapılabilir? Bu ilerde ciddi siyasal ihtiyatlara sebep olmaz mı? Cumhurbaşkanının farklı partilerden oluşması halinde⁽⁷⁶⁾.

Bu durum karşısında Devlet Denetleme Kuruluna üye seçimi önem taşımaktadır. Fakat yukarıda belirttiğimiz sakıncaların uygulama bakımından ortaya çıkabileceği, ayrıca bu kurulun Cumhurbaşkanı adına sadece araştırma yapmak yetkisi bulunduğu, icraî karar alma yetkisine sahip olmadığı, bu nedenle kurul üyelerinin ve başkanın Cumhurbaşkanınca tek başına seçilebileceğini ileri sürmek mümkündür⁽⁷⁷⁾. Nitekim uygulamada tek başına bu seçimi yapmaktadır.

Cumhurbaşkanının Yüksek Öğretim Kurulu üyelerini ve üniversite rektörlerini atama yetkisi İdarî ve icraî nitelik taşımaktadır. Çünkü seçilecek kişilerin aktif idare içinde yer almaları söz konusudur. Böyle bir seçimde siyasî bakımdan sorumlu tutulacak bir kimsenin bulunması parlamenter sistemin temel ilkesi ile bağdaşmaz⁽⁷⁸⁾.

Öte yandan, bazı Kanunlarda da Cumhurbaşkanına «kanunla» seçme yetkileri verilmiştir. Zaten Anayasa'da Cumhurbaşkanına "kanunla" seçme ve atama yetkisi verilebileceği belirtilmiştir. 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'na göre, Cumhurbaşkanı Radyo ve Televizyon Yüksek Kuruluna doğrudan doğruya üç üye, başka kuruluşlarca gösterilecek adaylar arasından da beş üye seçer (md. 6); 2876 sayılı Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Kanuna göre, Cumhurbaşkanı, Kurumun Yüksek Kuruluna dört üye seçer (md. 5); 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıkları Yüksek Kurulu'na üç üye seçer (md. 53)

Yukarıda belirttiğimiz kıstası uygularsak, idareye dahil bulunan ve icraî yetkilerle donatılmış olan bu kurum ve kurullara yapılacak seçme ve atama yan - imza kuralına bağlı olmalıdır⁽⁷⁹⁾. Fakat uygulamada seçme ve atama işlemleri Cumhurbaşkanınca tek başına yapılmaktadır⁽⁸⁰⁾.

Böylece Cumhurbaşkanının yürütme alanına ilişkin yetkilerini kullanma biçimini açıklamış olduk. Bunların dışında kalan yasamaya karşı olan Devlet Başkanı sıfatıyla verilmiş yetkiler olduklarından Cumhurbaşkanınca tek

(76) Bkz. Cahit Tutum'un konuşması, DMTD, c. 9,6.9. 1982 günlü toplantı s. 650. Benzer fikir için bkz. Akif Enginay'ın konuşması,İbid., s. 647

(77) ÖZBUDUN, E., a. g. e., s. 285

(78) İbid., s. 286

(79) İbid.

(80) Örn, 2547 Sayılı Kanuna göre (md. 6/b-5) YÖK üyeliğine atama kararı (83/31); keza, 2863 sayılı kanuna göre (md. 53), Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Yüksek Kurulu'na üç temsilci üye seçimi kararı (83/30), tek imza ile alınmıştır. Bkz. R. G. 29.9.1984-18382-42

başına kullanılabilecekti.⁽⁸¹⁾ Nitekim Doktrinde bu konuda benzer tasnifler yapılmıştır⁽⁸²⁾.

Ancak, yasama ile ilgili olan yetkilerinin bazıları konusunda tereddütlerimiz var. bunların başında kanunları ve Anayasa değişikliklerini tekrar incelemek üzere TBMM’ne göndermek yetkisi gelir.

Bilindiği gibi, Anayasa değişiklikleri konusunda tekrar TBMM’ne gönderme yetkisi 1961 Anayasasında Cumhurbaşkanına tanınmamıştı. Aslında bu tutum Cumhuriyet geleneğimize uygundu. Bu durum padişahın son sözü söylemesine bir tepki olarak gelişmişti. 1982 Anayasası bu geleneği bozmuştur⁽⁸³⁾. Anayasanın 175. maddesi bu konuda Cumhurbaşkanına önemli yetki tanımıştır. Hele Anayasanın geçici 9. maddesinde, ilk 6 yıllık süre içinde geciktirici, belki de giderek mutlak vetoya dönüşebilecek⁽⁸⁴⁾ bir yetki tanımıştır. Çünkü TBMM’nde kanunun tekrar kabulü 3/4 şartına bağlanmıştır; bu çoğunluğun sağlanması da oldukça zordur.

Kanunların Cumhurbaşkanınca bir kez daha incelenmek üzere geri gönderilmesi konusunda TBMM ile ilk çelişki şöyle ortaya çıkmıştır: 22 Şubat 1972 günlü ve 1542 sayılı “Batı Orman Suçlarının ve Bunlardan Mütevellî İdare Şahsi Haklarının Düşürülmesine dair kanun”, Cumhurbaşkanınca, 4.3.1973 günü gerekçeli olarak TBMM’ne geri gönderilmiştir. TBMM geri gönderilen bu kanunda bazı değişiklikler yaparak, 26.6.1973 tarihli ve 1779 sayılı kanunla aynı başlık altında kabul etti. Fakat Cumhurbaşkanı “yeni değişiklikler yapılarak kabul edilmiş olması nedeniyle” yeni bir kanun olduğu gerekçesiyle, tekrar görüşülmek üzere geri gönderdi. Bu işlem TBMM’ne ikinci kez geri gönderme sayılmış ve 18.4.1979 tarihli görüşmeden sonra 20.4.1979 tarihli TBMM başkanlığının yazısı ile Cumhurbaşkanlığına gönderilmiştir. Söz konusu kanun TBMM’nin 18.4.1979 tarihli kararına dayanılarak 30.4.1979 günlü ve 16624 (mükerrer) sayılı kararına dayanılarak Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Ancak bir süre sonra, Cumhurbaşkanı 18.5.1979 günlü dilekçe ile kanunun şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı nedeni ile Anayasa Mahkemesi’nde iptal davası açmıştır⁽⁸⁵⁾. Anayasa Mahkemesi, kanunu şekil bakımından Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir⁽⁸⁶⁾.

Bu örnekte olduğu gibi, kanunların geri gönderilmesi yetkisi Devlet Başkanı - Meclis çalışmasına müsaittir. “Siyasî - İdarî - İktisadî - sosyal şartlar demeti”⁽⁸⁷⁾ gerekçelerine dayanarak, kanunun tek imza ile geri çevirip tekrar görüşülmesinin istenmesi “parlamentar Devlet başkanlığı statüsü ile bağdaş-

(81) ÖZBUDUN, E., a. g. e., s. 285, 283.

(82) Bkz. DAL, K., a. g. e., s. 269.; SOYSAL, M., a. g. e., s. 333 - 334.

(83) EROGUL, C., “Anayasa Değişikliği”, Mülkiyeliler Birliği dergisi, sy. 86, Nisan 1987, s. 27.

(84) TEZİÇ, E., Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi, Anayasa Yargısı Ankara 1987, s. 92

(85) İbid., s. 89, not. 6: Aynca bkz. TEZİÇ, E., a. g. e., s. 43, not. 2

(86) E. 1979/22, K. 1979/45, Kt. 18.12.1979, AMKD, sy. 17, s. 349 - 351, 377.

(87) SAVCI, B., a. g. m., s. 320

mayan bir tasarruf olur. Çünkü, Devlet Başkan bu tasarruf ile çoğunluğun politikasını etkilemeye hiç olmazsa geçici bir süre durdurmaya çalışmıştır. Bu durumdan sonra, çoğunluk kendi dünya görüşünün karşısında olduğunu beyan eden ve bu görüşe göre kendisini etkilemeye çalışan Cumhurbaşkanı tarafından tarafsızlığına, hakemlik yapabileceğine inanabilir mi?⁽⁸⁸⁾

Bilindiği gibi, parlamenter rejimde Cumhurbaşkanı'nın titizlik göztermesi gereken en önemli temel ilkelerden biri de Yasama Organı ile çatışmamaktır. 1961 Anayasası'nın böyle bir çatışmayı teşvik ettiği istediği ileri sürülmüş ise de⁽⁸⁹⁾, bizce böyle bir durum söz konusu değildir⁽⁹⁰⁾.

Öteyandan, Cumhurbaşkanı'nın kanunu tekrar görüşülmek üzere geri göndermesi ile kanunun yürürlüğe girmesi hiç olmasa bir süre gecikecektir; bu takdirde ve hele Anayasamıza göre TBMM yine kanunu aynen kabul ederse, gecikmeden doğan, yani kanunun çıkarılış nedenini oluşturan olayın düzenlenmesinin geri bırakılmasının sorumluluğu, Cumhurbaşkanı'nın sorumsuzluğu kaidesi karşısında kime ait olacaktır? Yanlış uygulamadan kimse sorumlu tutulamayacak ve aslında sorumlusu olması gereken bir tasarruftan dolayı kimse sorumlu olmayacaktır⁽⁹¹⁾.

1924 Anayasası döneminde, Cumhurbaşkanı'ları, Anayasanın kendilerine verdiği (md. 35/2) yasaları geri çevirme yetkisini hiç kullanmamışlardı, o dönemde, cumhurbaşkanlarının meclis çoğunluğunun fiili önderi olmaları bunu gereksiz kılmıştı. 1961 Anayasası'nda Cumhurbaşkanlığının getirdiği yeni durumun bu yetkiye işlerlik kazandırmış olması doğaldır. Ama tarafsız ve partiler üstü bir şahsiyet olarak, cumhurbaşkanının bu yetkisini çok istisnaî hallerde kullanması kanunun Anayasaya uygunluğu konusunda gerçek bir kuşkusu varsa işi Anayasa Mahkemesi'ne havale etmesi gerekirdi. Ne yazık ki, uygulama tam aksi yönde olmuş, Cumhurbaşkanı'ları iptal davası yoluna hemen hemen hiç yanaşmazken, sık sık kanunları geri çevirme yoluna gitmişlerdir. Örneğin Cumhurbaşkanlığı süresince Cemal Gürsel 14 kanunu^(91a), Sunay, yirmi kadar yasayı geri göndermiştir. Oysa, aynı yetkinin geçerli olduğu İtalya'da örneğin ilk Cumhurbaşkanı Einaudi, yedi yıllık görev süresinde imzasına sunulan üç bin yasanın yalnızca dördünü geri çevirmişti⁽⁹²⁾. Bugünkü uygulama kanunların geri çevirilmesi bakımından önceki yıllara nazaran daha yüksek orandadır.

Onaylama yetkisinin bulunduğu günümüz İngiltere'sinde kanunun oluşabilmesi için tacın iradesinin arandığı ülkede dahi, hukuken mevcut olan

(88) ALDIKAÇTI, O., a. g. m., s. 42; ALDIKAÇTI, O., a. g. e., s. 330

(89) SAVCI, B., a. g. m., s. 320

(90) ALDIKAÇTI, O., a. g. m., s. 42; GÜNEŞ, T., Devlet Başkanı - Meclis Çatışması, c. 19, no.2, Haziran 1964, s. 175 vd.

(91) ALDIKAÇTI, O., a. g. m., s. 42 -43.

(91a) TEZİÇ, E., Türkiye'de 1961 Anayasası'na Göre Kanun Kavramı, İstanbul, 1972, s. 140 not. 15

(92) EROGUL, C., a. g. m., s. 53 - 54.

bu geri gönderme yetkisi mutlak veto yetkisi parlamenter sistemin oluşmaya başlamasından günümüze kadar hiç kullanılmamıştır. 1958 Fransız Anayasası, Cumhurbaşkanının tek başına kullanabileceği yetkileri sayarken kanunları geri gönderme yetkisini yan-imza şartına bağlamıştır. İtalya ve Almanya’da kanunların geri gönderilmesi ortak imza esasına bağlanmıştır⁽⁹³⁾.

Demokratik parlamenter rejimin uygulandığı ülkelerde Devlet başkanının kanunları geri gönderme yetkisinin başbakan ve ilgili bakanca kullanılması esastır. Çünkü kanun, güven oyu almış hükümetin programını gerçekleştirme aracıdır. Siyasî açıdan hükümet Meclise karşı sorumludur. Siyasî açıdan sorumsuz olan Devlet Başkanının karşı koyması durumunda ortaya ikili bir çatışma, sürtüşme çıkabilir. Bir yandan Cumhurbaşkanı ile Meclis arasında çatışma; diğer taraftan Bakanlar Kurulu ile Cumhurbaşkanı arasında çatışma. Halbuki parlamenter kanunların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimini kabul etmiş ve Cumhurbaşkanı’na iptal davası açma yetkisini tanımış olan bir Anayasa düzeninde, Cumhurbaşkanının kanunları bir daha görüşülme üzere TBMM’ne geri göndermesi yerine, iptal davası yoluna başvurusu daha uygun olur⁽⁹⁴⁾.

Ancak şu durumu da gözden uzak tutmamamız gerekir: Cumhurbaşkanının kanunları bir kez daha görüşülme üzere Meclise geri gönderme yetkisini ortak imza şartına bağlamak, bütün anlamını yitirmesi sonucunu doğurabilir. Çünkü günümüzün partilere dayanan parlamenter rejiminde bir kanunun hükümete rağmen çıkması oldukça zayıf bir ihtimaldir. Bugün kanunların %85 ile 90’ının kanun tasarısı adı altında Hükümet tarafından Parlamento’ya sunulduğu düşünülürse, Hükümetin kendi görüşünü yansıtan ve programının icrası doğrultusunda çıkardığı bir kanunun yeniden görüşülme üzere Meclise geri göndereceğini veya kanun hakkında iptal davası açılmasını isteyebileceğini düşünmek hayaldir ve anlamsızdır⁽⁹⁵⁾.

Bu konuda sonuç olarak şunu söyleyebiliriz ki, 1982 Anayasasına göre de Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işler ve işlemler kural değil, istisna olduğu ve her istisnai hüküm gibi bunların da genişletici değil de daraltıcı biçimde yayımlaması gerektiğini unutmamamız lazımdır⁽⁹⁶⁾.

Cumhurbaşkanının tek başına kullanabileceği işlemler arasında en açık ve kesin olanı “Cumhurbaşkanlığı kararnamesi”dir. Daha önce açıkladığımız gibi Anayasada ‘Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği’nin kuruluşu, teşkilatı ve çalışma esasları, personel atama işlemleri, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir” (md. 107) hükmü getirilmiştir. Ayrıca 2879 sayılı Cumhurbaş-

(93) TEZİÇ, E., a. g. m., s. 100 - 101.

(94) İbid., s. 101 - 100 ,94; EROĞUL, C., a. g. m., s. 53

(95) ÖZBUDUN, E., a. g. e., s. 283.

(96) İbid., s. 313.

kanlığı Genel Sekreterliği Teşkilat Kanunu da (md. 2)⁽⁹⁷⁾ “Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” ifadesi kullanılmıştır. Nitekim “Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi” çıkarılarak “Cumhurbaşkanlığı kararı” olarak yayınlanmıştır⁽⁹⁸⁾. Böylece Cumhurbaşkanının “karar” adı altında yaptığı işlemler yanında yeni bir işlem türü olarak “Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri” oluşmuştur. İşte bu kararnameleri Cumhurbaşkanı tek başına yapabilecektir⁽¹⁰⁰⁾.

“Cumhurbaşkanlığı kararnamesi” 1982 Anayasası ile ilk kez getirilmiş ve Anayasal düzeyde düzenlenmiş ise de benzer bir işlem sayılabilecek bir gelişme 1933’lerde ortaya çıkmıştı. Gerçekten 2180 sayılı ve 16 Mayıs 1933 günü kabul edilen “Riyaset-i Cumhur Dairesi Teşkilat Kanunu” adını taşıyan bu kanun 11. maddesinin (c), ve (ç) bentlerinde Cumhurbaşkanlığı Dairesine bağlı bir takım memurların Genel Sekreterin inhası ve Cumhurbaşkanının onayı ile atanacaklarını öngörmüştür. Yani burada Cumhurbaşkanının görevi ile ilgili bir kararı başbakan veya herhangi bir bakanın imzası olmadan almaktadır. Oysa bu yasanın çıktığı dönemde tıpkı bugünkü Anayasa gibi “Reisicumhurun ısdar edeceği bilcümle mukarrerat başvekil ile vekili aidi tarafından imza olunur” diyen 1924 Anayasası (md. 39) yürürlükte idi.⁽¹⁰¹⁾

Ana hatları ile de olsa, Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemleri belirtmeye çalıştık. 1982 Anayasası Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlem sayısını arttırdığı gibi, “Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dahil yargı mercilerine başvurulmaz” kuralını da getirmiştir (md. 105/2) Ayrıca Anayasanın 125. maddesinin 2. fıkrasında da bu durum belirtilmiştir. Böyle bir kuralın konuluşu, cumhurbaşkanının sorumsuzluğu ilkesinin bir devamı görünümünde kabul edilmiştir⁽¹⁰²⁾. Esasen neyin devamı sayılırsa sayılsın, böyle bir hükmün bulunmasını yine Anayasanın temelini oluşturan “hukuk devleti” anlayışı ile bağdaştırma imkânı yoktur⁽¹⁰³⁾. Bu düzenlemede yer alan “Anayasa Mahkemesine gidilemeyeceği” kuralı fazladan konmuştur. Böyle bir hüküm olmasaydı bile Cumhurbaşkanının işlemlerine karşı Anayasa Mahkemesine gidilemezdi. Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesinin denetimine tâbi olan işlemler Anayasada tek ve tehdidi bir şekilde sayılmıştır. Şu halde burada belinlenmesi gereken husus Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler için İdarî yargı yolunun açık olup olmadığıdır.

(97) Bkz. R. G. 19.8.1983 - 18140.

(98) Bkz. R. G. 20. 8. 1983 - 18141

(99) TAN, T., a. g. m., s. 40; SOYSAL, M., a. g. e., s. 326

(100) GİRİTLİ, İ. - AKGÜNER, T., a. g. e., s. 111; GÖZÜBÜYÜK, A. Ş. a. g. e. s. 213; ÖZBUDUN, E., a. g. e., s. 209; SOYSAL, M., a. g. e., 326, TEZİÇ, E., a. g. e., s. 76

(101) EROĞUL, C., a. g. m., s. 48

(102) YAYLA, Y., Anayasa Hukuku Ders Notları, İstanbul 1985, s. 171 -172.

(103) GÖZÜBÜYÜK, A. Ş., a. g. e., s. 214. Ayrıca bkz. GÖZÜBÜYÜK, A. Ş., Yönetim Hukuku, Ankara, 1983, s. 53

Evvela, şunu belirtelim ki. Cumhurbaşkanının “devletin başı” sıfatıyla yapmış olduğu işlemlere karşı İdarî yargı yolunun açık olması düşünülemez. Örneğin Anayasa Mahkemesine iptal davası açması kanunları bir kere daha görüşülmek üzere geri göndermesi, Yüksek Yargı Organlarına üye seçmesi gibi işlemleri bu niteliktedir. Çünkü bu işlemler İdarî fonksiyona girmez⁽¹⁰⁴⁾. Ancak, yürütmenin başı sıfatıyla kullanabileceği ve yürütme alanına ait yetkileri bakımından durum farklıdır. Bu tip işlemleri için şöyle denilebilir: Cumhurbaşkanının İdarî ve icraî nitelik taşıyan işlemleri, örneğin, idarî nitelikli kurum ve kuruluşlara yapacağı atamaları, Başbakan ve ilgili bakan veya bakanlarca yapması gerekir ve bunun sonucu olarak da idarî yargı yolunun bu işlemler için Anayasa gereği açık olması karşısında sorun kendiliğinden çözülmüş olur⁽¹⁰⁵⁾.

1961 Anayasası döneminde Cumhurbaşkanının kontenjan senatörü ataması işlemi danıştaya intikal etmiş. Danıştay verdiği kararda “her ne kadar Anayasanın 72. maddesinin son fıkrasında Cumhurbaşkanınca seçilecek üyelerin nitelikleri belirlenmiş ve bu nitelikleri bulunmayan kişilerin atanması durumunda da yargısal denetim olmayacak mıdır sorusu akla gelebilir ise de devletin başı ve bu sıfatla Türkiye Cumhuriyetini ve milletin birliğini temsil, Anayasayı savunacağına ve sayacağına yemin eden Cumhurbaşkanının Anayasa’da öngörülen koşullara uymayacağı düşünülemez” diyerek davayı reddetmiştir⁽¹⁰⁶⁾.

Bir görüşe göre de, bu işlemler “Anayasal politik” işlemler olarak nitelenebilir. Fakat bunlar yargı önüne geldiklerinde baştan “dinlenemez dava” diyerek reddedilmemeli; şekil itibarıyla varlıkları tesbit edildikten sonra “sebebe unsurunun takdiri hakim yetkisini aştığı” gerekçesiyle red yoluna gidilmelidir. Bir başka görüşe göre, bu işlemlerde Cumhurbaşkanının “seçim tercihi” söz konusu olduğundan bunun denetlenmesi “yerindelik” denetimi olur ki, bu da yargı denetimi dışında kalan bir alandır⁽¹⁰⁷⁾.

Görülüyor ki, 1961 Anayasası döneminde Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı bazı işlemlerin iptali Danıştayca reddedilmiştir. Yani 1961 Anayasası döneminde Cumhurbaşkanının bu tür işlemlerini İdarî yargıda denetim konusu olabileceğini gösteren hiç bir yargısal karar yoktur. Kaldı ki yukarıda verdiğimiz “kontenjan senatörü seçme” yetkisi Cumhurbaşkanının devletin başı sıfatıyla kullanabileceği yetkiler grubuna girer ki, bizce de bunların denetim dışı kalması gerekir⁽¹⁰⁸⁾.

Cumhurbaşkanını Başbakan ve Bakanlarla birlikte ortak imza ile yaptığı

(104) ÖZBUDUN, E., a. g. e., s. 286.

(105) İbid., s. 287

(106) Bkz. 12. D. E. 1979/547, K. 1979/575, Kt. 16. 2. 1979

(107) Bkz. “İdarî Yargıda son Gelişmeler Sempozyumu, 10 - 12 Haziran 1982, s. 59 vd., 71.

(108) Bu konuda bazı yönlerden eleştiriler için bkz. ALDIKAÇTI, O., a. g. m., s. 43 - 44. Ayrıca bkz. a. g. e., s. 331-332.

işlemlerden dolayı Başbakan ve ilgili bakan sorumludur. Nitekim 15. madde bu durumu açıkça belirttikten sonra gerekçesinde de açıkça bu durumu vurgulamıştır. Nitekim gerekçede şöyle denilmektedir: “Parlamentar sistemde sorumsuz olan bir kişiye yetki verilemez bundan dolayı devlet başkanının kararlarının uygulanabilmesi için Türkiye Büyük Millet Meclisi önünde işlemin sorumluluğunu kabul edip savunacak “birinin” bulunması gerekir. Bu da Başbakan ve ilgili bakandır. Her ikisi veya gerektiğinde bütün Bakanlar Kurulunun devlet başkanının kararlarını imzalamaları gerekre. Esasen bu zorunluluktan dolayı kararlar Bakanlar Kurulu veya Bakan tarafından alınır ve devlet başkanı tarafından imzalanır⁽¹⁰⁹⁾.”

Bu durumda Cumhurbaşkanının sorumluluğu sadece “vatana ihanet” durumunda sözkonusu olabilecektir. Cumhurbaşkanı vatana ihanetten dolayı TBMM üye tam sayısının en üçte birinin teklifi üzerine üye tam sayısının en az dörtte üçünün vereceği kararla suçlandırılır (md. 105/3) Cumhurbaşkanının sorumlu tutulabilmesi için öngörülen oran Danışma Meclisi Anayasa Metninde üçte iki iken, Konseyde dörtte üç olarak değiştirilmiştir. Bu şekilde Yüce Divana sevk edilen Cumhurbaşkanının görevde kalıp kalmayacağı Anayasada açık bir hükümle düzenlenmiş değildir. Fakat görevi ile ilgili adi bir suçtan dolayı Meclisçe Yüce divana sevk edilen bir bakan, bakanlıktan düşmüş sayıldığına göre (md. 113/3), TBMM’nin çok daha nitelikli bir çoğunluğu ile ve çok daha ağır bir suçla suçlanan Cumhurbaşkanının görevine devam edebileceğini ileri sürmek pek mümkün gözükmemektedir⁽¹¹⁰⁾.

Cumhurbaşkanının mesajları, demeçleri ve gezileri konusunda daha önce açıklamalarda bulunduğumuz içan ayrıca üzerinde durmuyoruz. Keza, Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulunca hazırlanan kararnameleri mutlaka imzalamak zorunda olmadığını siyasî yerindelik açısından yapacağı denetimin bir “uyarı ve danışma” fonksiyonunu geçmemesi gerektiğini, ancak Anayasa ve kanunlara açıkça aykırı kararnameleri de imzalamak zorunda bulunmadığını daha önce açıkladığımız için bu konuya tekrar dönmüyoruz. Şu kadarını belirtelim ki, Cumhurbaşkanı bir “otomat” değildir; ifade yerinde ise bir “noter” görevi üstlenmiştir⁽¹¹¹⁾.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Böyle hassas bir konuda sonuç yazmanın da bir şeyi halledeceğini sanmıyoruz; buna rağmen usulen de olsa bazı noktalan belirtelim:

1- Gerek 1961 Anayasası gerekse 1982 Anayasası bazı sapmalara ve eksik yönlerine . rağmen temelde parlamenter hükümet şeklini benimsemişlerdir. Bu nedenle konumuz açısından değerlendirmeyi bu çerçevede yapacağız.

(109) Bkz. KUZU, B., Mevzuat, s. 141.

(110) ÖZBUDUN, E., a. g. e., s. 289

(111) TOKER, M., “Cumhurbaşkanlığı”, Milliyet 14.8.1982

2- Bu rejimde Cumhurbaşkanı sorumsuz olduğundan prensip olarak de yetkisizdir. Sorumluluk gerektiren durumlarda kaarnameleri Başbakan ve ilgili bakan veya bakanlarca imzalanması zorunludur. Bu işlemlerden doğacak hükümlülük de başbakan ve ilgili bakanlara ait olacaktır. Ancak sorumluluk gerektirmeyecek işlemler nasıl belirlenecek? Bu konuda kesin bir kıstas bulmak zordur. Fakat genel olarak denilebilir ki, Cumhurbaşkanının devletin başı sıfatıyla yapacağı işlemler sorumluluğu gerektirmeyecek niteliktedir ve Cumhurbaşkanı bunları tek başına yapabilir. Buna karşılık “Yürütmenin başı” sıfatı ile yapacağı işlemler icraî ve idarî nitelikte sayılır ve bu işlemlerden sorumluluk doğması kesin olduğundan, Cumhurbaşkanı bu türden işlemleri mutlaka ortak imza ile yapmalıdır. Tabii ki, ilk önce Anayasada bir çok düzenleme olup olmadığına bakılacaktır. Anayasada bir işlemin tek başına Cumhurbaşkanı tarafından yapılacağı aranmayacaktır. Örneğin Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği’nin kuruluşu, teşkilat ve çalışma esasları, personel atama işlemleri Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile düzenlenir (md. 107). Bu kararname Cumhurbaşkanınca tek başına çıkarılabilecektir.

3- Ancak Anayasada Açık hükmün bulunmadığı durumlarda ne olacak? Bu konuda sübjektif görüşlere dayanarak tasnif yapmaya kalkacak olursak, kendi takdir ve görüşüne dayanarak herhangi bir yetkisini tek başına kullanmaya kalkışan Cumhurbaşkanına karşı hukukî bir gerekçe ile karşı çıkmamız mümkün olmayacaktır. Nitekim, doktrinde de bu konuda görüş birliği yoktur. Gerek 1961 Anayasası döneminde , gerekse 1982 Anayasasının yürürlüğe girmesinden bu tarafa bu konuda doktrinde yapılmış tasnifler birbirine uymamaktadır. Mahkeme kararlarında da bir iki örnek dışında yerleşmiş bir içtihat yoktur. Bu tesbit gösteriyor ki, Cumhurbaşkanının hangi işlemleri tek başına yapacağını hangilerini ancak ortak imza kuralına uyarak yapabileceğini Anayasa’nın tek tek sayması gerekir. Gerçi tek tek sayma ve o konularda Cumhurbaşkanına müstakil yetki verme durumunda parlamenter rejimden kısmen bir sapma olduğu da düşünülebilir, fakat uygulamada istikrarı sağlamak ve Cumhurbaşkanını aktif politikaya sokmak zorunda bırakmadan hakem fonksiyonunu yapabilmesi için böyle bir tasnif gereklidir. Aksi halde Cumhurbaşkanlığı makamı siyasi polemiklere konu olabilir ve dolayısıyla da yıpranır.

Bu sakıncaları gidermek için Fransa, Almanya ve Yunanistan Anayasalarında açık düzenlemelerle Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler tek tek sayılmıştır. Bizde de 1961 Anayasasının hazırlanması sırasında ön-tasarı ve Gerekçeli tasarıda böyle bir düzenleme konulmuş ise de Kurucu Meclisçe benimsenmemiştir. Keza, 1982 Anayasasının Danışma Meclisi metninde Cumhurbaşkanının yasama, yürütme ve yargı alanına ilişkin olmak üzere tek başına yapacağı işlemler tek tek sayılmıştı. Fakat Millî Güvenlik Konseyi böyle bir hükme gerek olmadığı gerekçesi ile ilgili düzenlemeyi Anayasa Metninden çıkarmıştır. Bunun yerine Cumhurbaşkanının Anayasa ve diğer

kanunlarla Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın, tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanacağı belirtilmiştir (md. 105/1). Öte yandan Anayasa Cumhurbaşkanının resmen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine yargı yoluna gidilemeyeceğini belirtmiştir (md. 105/2, 125/2). Bu hüküm karşısında Cumhurbaşkanının tek başına yapabileceği işlemlerin neler olduğunun Anayasa'da tek tek sayılması kesinlikle gerekir hale gelmiştir. Bu nedenle Devlet Başkanı sıfatıyla tek başına yapabileceği işlemler konusunda tereddütleri ve farklı uygulamaları giderecek bir Anayasa değişikliği gerekmektedir. Böyle bir değişiklik yapıncaya kadar elbette ki, belirsizliği giderecek olan merci; yine yargı organları olacaktır.

4- Cumhurbaşkanının Anayasal konumu üzerindeki tartışmalar zaman zaman sertleşmektedir. Cumhurbaşkanı Kenan Evren zamanında ortaya çıkan tablo, bugün daha da değişmiştir. Çünkü Cumhurbaşkanı Turgut Özal, Hükümlele işbölümü halinde değil, adeta işbirliği halinde çalıştığı izlenimini vermiştir. Bu durum, Sayın Özal'ın aktif politika ve Başbakanlık makamından Cumhurbaşkanlığı gibi daha çok sembolik yetkilere sahip bir makama geçmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Kanaatimizce bu tabloyu Anayasal plana aktararak resmileştirmek bir çıkış yolu olabilir. Toplumumuzun bünyesine daha yatkın olan, sorumlu ve yetkilinin kimler olduğu açıkça gözükken Başkanlık Sistemine geçmek ve bu yönde gerekli Anayasa değişikliklerini yapmak en gerçekçi yol olsa gerektir. Aksi halde bugünkü uyumun kalıcı olacağını sanmıyoruz. Meclisin aritmetik yapısının ve kompozisyonunun değişmesi veya başka bir siyasî gelişmenin ortaya çıkması sonucu Cumhurbaşkanının Başbakanla ihtilafa düşmesi, bunun giderek sertleşmesi ve yeni boyutlar kazanarak siyasî bunalımlara dönüşmesi ihtimal dışı değildir. Zira, 1982 Anayasasında sahip olduğu bazı yetkilerle Cumhurbaşkanı iktidar partisi eğilimli değişen hükümetin program ve politikalarını uygulamasında zorluklar çıkabilir.

BİBLİYOGRAFYA

- ALDIKAÇTI, O** : Modern Demokrasilerde ve Türkiye’de Devlet Başkanlığı, İstanbul 1960 (metinde a. g. e. kısaltması ile gösterilmiştir.)
- ALDIKAÇTI, O** : 1961 Anayasası’nda Devlet Başkanı Kararnamelerinin İmzalanması, MHAD, 1968, yıl - 1, sy. 2, s. 30.40.
- ALDIKAÇTI, O** : Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İstanbul 1982.
- ALİEFENDİOĞLU, Y.** : Yasaların Cumhurbaşkanınca Geri Gönderilmesi. AİD, Mart 1988, C. XXI, Say. 1, s. 5-38
- ARMAĞAN, S.** : 1961 Anayasası ve Bakanlar Kurulu, İstanbul 1978
- ARMAĞAN, S.** : Bakanlar Kurulu’nun Çalışma Usullerine Dair bazı Düşünceler, İHFM, 50. Yıl Özel Sayısı. C. XXXVIII, Sy. 1-4, s. 231 - 246
- ARSEL, İ.** : Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları. Ankara 1965.
- AYBAY, R.** : Karşılaştırmalı 1961 Anayasası, Metin Kitabı, İstanbul 1963.
- AYGEN, C.** : Cumhurbaşkanı ve Demeçleri, Forum, 1962. Sy. 196. s. 8
- BAŞGİL, A. F.** : Esas Teşkilat Hukuku Biinci Cilt, Türkiye Siyasi Rejimi ve Anayasa Prensipleri Fasükül I, II, İstanbul 1960
- BALTA, T. B.** : Türkiye’de Yürütme Kudreti, Ankara 1960
- BARTHELEMY, J. -DUEZ, P.** : Praité de Droit Constitutionnel, Paris 1933.
- BENNEFOUS, E.** : Histore Politique de la Troisième République, t. III, Paris 1959.
- BURDEAU, G.** : Le Régime Parlementaire dans les Constitutions Européennes d’Aprés - Guerre. Paris 1932.
- ÇAĞLAR, B.** : Parlamentolar ve Anayasa Mahkemesi, Teoride ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi, Anayasa Yargısı, Ankara 1987, s. 137 - 187.
- DAL., K.** : Türk Esas Teşkilat Hukuku. Ankara 1986.
- DÖNMEZER, S. - ERMAN, S.** : Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İstanbul C. I., 1976.

Parlamentar Rejimde Devlet Başkanının Konumu

- DURAN, L.** : “Reisicumhurun Nutku Ve İstizah Usulü” İHFM. C. XVI. Sy. 1 - 2, 1950, s. 202 - 224.
- DURAN, L.** : Türkiye Yönetiminde Karmaşa, İstanbul 188
- DURAN, L.** : “Devlet Başkanının Tedirgin Konumu”, Cumhuriyet, 31.5. 1986.
- DURAN, L.** : “Türkiye’nin Siyasi Rejimi”, Yeni Gündem, 16 - 31 Mayıs 1985 “Demokrasi Eki” s. 6-7
- DURAN, L.** : İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982.
- DURAN, L.** : Düzenleme Yetkisi Özerk Sayılabilir mi? İHİD, Yıl: 4, Sy. 1-3, 1983, s. 33 - 42 (Metinde a. g. m. kısaltması ile gösterilmiştir.)
- DUVERGER, M.** : Droit Constitutionnel et Institution Politiques, 2. éd., Paris 1956.
- EROĞUL, C.** : “Cumhurbaşkanının Denetim İşlevi” Türkiye’de Demokrasinin Denetim Kurumları, AHFD, C. 33, 1978, No. 1,3, s. 35 -57.
- EROĞUL, C.** : “Anayasa Değişikliği” Mülkiyeliler Birliği Dergisi Sy. 86, Nisan 1987, s. 25-28.
- ERZURUMLUOĞLU, E.** : “Yasama ve Yürütme Anayasa Taslağında” Milliyet, 8. 8. 1982.
- ESEN, B. N.** : “Cumhurbaşkanı ve Kanun”, Cumhuriyet, 23.7.1974.
- ESMEIN A.** : Elements de Droit Constitutionnel, 8. éd. Paris 1928, t. II.
- FABRE, M. H.** : Principes Républicains De Droit Constitutionnel, 3 éd. Paris 1977.
- GİRİTLİ, İ - AKGÜNER, T.** : İdare Hukuku Dersleri, İstanbul 1985.-
- GÖZÜBÜYÜK, A. Ş.** : Anayasa Hukuku, Ankara 1986.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Ş.** : Yönetim Hukuku, Ankara 1986.
- GROSSER, A.** : La République Fédérale d’Allemagne, Que - Sais Je? 7. ed, Paris 1983.
- GÜNEŞ, T.** : “Cumhurbaşkanının Yetkileri ve Bakanlar Kurulu Kararnameleri”, Milliyet, 2. 2 1976
- GÜNEŞ, T.** : Parlamentar Rejimin Bugünkü Manası ve işleyişi, İstanbul 1956.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

- GÜNEŞ, T.** : Devlet Başkanı - Meclis Çatışması, SBFD, 1964, C.XIX, Sy. 2, s. 175 - 192.
- GÜNEŞ, T.** : Cumhurbaşkanının Yetkileri ve Bakanlar Kurulu Kararnameleri, TLD, Ocak 1976, sy. 2, s. 25 vd.
- GÜRBÜZ Y.** : Anayasalar, İstanbul 1981.
- GÜRBÜZ, Y.** : “Cumhurbaşkanı ve Devlet Danışma Konseyi”, Milliyet, 2. 8. 1982.
- HAURIOU, M.** : Précis de Droit Constitutionnel, 2. éd. Paris 1929.
- ILICAK, N.** : Anayasa Tasarısında Cumhurbaşkanı ve Başbakan”, Tercüman, 3. 8. 1982.
- KARAMUSTAFAOĞLU, T.** : Yasama Meclislerini Fesih Hakkı, Ankara 1982.
- KERSE, A.** : Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı, (Doktora Tezi), İstanbul 1973.
- KIRCA, C.** : “Cumhurbaşkanlığı” Milliyet, 17.2. 1966.
- KUBALI, H. N.** : Anayasa Hukuku, İstanbul 1971.
- KUZU, B.** : Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1988
- LAFERRIERE, J.** : Manuel de Droit Constitutionnel, 2. éd. 1947.
- MIRKINE - GUETZEVITCH, B.** : Les Nouvelles Tendances du Droit Constitutionnelle, 2 éd., Paris 1936
- MIRKINE - GUETZEVITCH, B.** : Les Constitutions Européennes, Paris 1951.
- OKANDAN, R. G.** : Umumi Amme Hukuku, İstanbul 1976.
- ONAR, S. S.** : İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. II, 3. bası, İstanbul 1966.
- OYTAN, M.** : Ombudsman Eliyle idarenin Denetimi Konusunda Kıyaslamalı Bir İnceleme, Prof. Dr. Osman F. Berki’ye Armağan, Ankara 1977, s. 595 - 627.
- ÖZBUDUN, E.** : “Parlamentar Sistem Ve Başkanlık Sistemi”, Yeni Gündem, 16 - 31 Mayıs 1985, “Demokrasi Eki”, s. 2 - 3.
- ÖZBUDUN, E.** : Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1986.

Parlamenteer Rejimde Devlet Başkanının Konumu

- ÖZBUDUN, E.** : Cumhurbaşkanının Kararnamelerinin Hukuki Durumu, Yeni Ortam Gazetesi, 17.1.1976.
- ÖZÇELİK, A.S.** : Anayasa Hukuku Dersleri (Türkiye'nin Siyasi Rejimi ve Müesseseleri), İstanbul 1985.
- ÖZÇELİK A.S.** : Anayasa Hukuku I, (Umumi Esaslar), İstanbul 1984.
- ÖZER, a.** : Gerekçeli ve 1961 Anayasası ile Mukayeseli 1982 Anayasası, Ankara 1994.
- ÖZYÜRÜK, M.** : "Dörtte Biri, Üçte İkisi, Olmuyor mu?3 Tercüman, 10.8.10q982.
- ÖZYÜRÜK, M.** : "Güçlü Yürütme ve Cumhurbaşkanının" Tercüman 1-2-3.8. 1982.
- ÖZYÜRÜK, M.** : "Devlet Danışma Konseyi" Tercüman 4. 8. 1982
- REİSOĞLU, S.** : "Cumhurbaşkanlığı Sorunu" Milliyet 11.8.1982.
- SABUNCUOĞLU, Y.** : "Cumhurbaşkanının Yetkileri ve Yeni Kurumlar" Milliyet, 1. 8. 1982.
- SAVCI, B.** : Cumhurbaşkanının Yeri Kararnameleri İmzalama Sorunu. YD. Haziran 1976, s. 17-19.
- SAVCI, B.** : : Devletbaşkanı - Meclis Çatışması, SBFD,C. XVIII, 1963, NO: 3 - 4 s. 318-340.
- SOYBAY, S.** : Devlet Denetleme Kurulu'nun Görev Alanı İHİD, 1983, Sy. 4, s. 105 - 121.
- SOYBAY, S.** : "Devlet Denetleme Kurulu'nun Konumu ve İşlevi I" İHİD, Sy. 5 Aralık 1984, s. 105 -121; Yazının Devamı için (II) Bkz. İHİD, Sy. 6 Aralık 1985, s. 215 - 224.
- SOYSAL, M.** : 100 Soruda Anayasanın Anlamı. 7. Bası Ankara 1987.
- SOYSAL, M.** : Demokrasiye Giderken, İstanbul 1982.
- SOYSAL, M.** : "Güçlü Yürütme", Milliyet, 14.4.1982.
- SOYSAL, M.** : "Bunalım ve Cumhurbaşkanının" Milliyet, 21.9. 1974.
- TAN, T,,** : Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yürütmenin Düzenleme Yetkisi, Anayasa Yargısı, Ankara 1987, s. 203 - 216.
- TAN, T.** : 1982 Anayasası Yönünden Yürütme Görevi ve Yetkisinin Niteliği (Güçlü Devlet Ya da Güçlü Yürütme) Anayasa Yargısı, Ankara 1984, s. 31 - 47.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

- TANÖR, B.** : İki Anayasa, 1982 - 1961, İstanbul 1986.
- TANÖR, B., BEYGO, T.** : Türk Anayasaları ve Anayasa Mahkemesi Kararları İstanbul, 1966.
- TEZİÇ, E.** : Türkiye’de 1961 Anayasasına Göre Kanun Kavramı, İstanbul 1972.
- TEZİÇ, E.** : Anayasa Hukuku, İstanbul 1986 (metinde a. g. e. kısaltması ile gösterilmiştir).
- TEZİÇ, E.** : 1961 Anayasasına Göre Cumhurbaşkanı, YD, Mayıs 1980, sy. 49, s. 8-10 (metinde a. g. m. kısaltması ile gösterilmiştir.)
- TEZİÇ, E.** : Cumhurbaşkanının Yetkileri Üzerine, YD. Haziran 1976, s. 20 - 23.
- TEZİÇ, E.** : “Cumhurbaşkanı ve Yasalar” Cumhuriyet 8. 6.1974.
- TEZİÇ, E.** : Cumhurbaşkanının Geri Gönderme. Yetkisi, Anayasa Yargısı, Ankara 1987, s. 81 -105.
- TOKER, M.** : “Cumhurbaşkanlığı”, Milliyet, 14. 8. 1982.
- TUNA YA, T. Z.** : Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, 4. Bası 1980,
- TUNA YA, T. Z.** : Reiscumhurun Hukuki ve Siyasi Durumu” Cumhuriyet 26.1.1956.
- YAYLA, Y.** : İdare Hukuku, İstanbul 1985.
- YAYLA, Y.** : Anayasa Hukuku Ders Notları, İstanbul 1985

(30. Makale - 1991)

Mehmet TURHAN

*Anayasamız ve Demokratik Toplum
Düzeninin Gerekleri **

* Mehmet Turhan, "Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri",
Anayasa Yargısı, C. 8, 1991, s. 401-420.

ANAYASAMIZ ve DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİ

Doç. Dr. Mehmet TURHAN*

1982 Anayasası “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması” kenar başlığını taşıyan 13. maddesinin birinci fıkrasında sınırlama nedenlerini saydıktan sonra ikinci fıkrasıyla şu hükmü getirmektedir:

“Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörülükleri amaç dışında kullanılamaz.” Bu hükümde sınırlamanın sınırı olarak iki ayrı ögeye yer verilmektedir: Demokratik toplum düzeninin gerekleri ve “ölçülülük ilkesi”. Biz bu yazımızda bunlardan ilkinin, yani demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünü incelemeye çalışacağız.

1961 Anayasasının sınırlamaya ilişkin paralel maddesi, “Kanun temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz” (madde 11/2) diyordu. 1961 Anayasası döneminde bir sınırlamanın ne zaman bir hakkın özüne dokunduğu konusu üzerinde durulmuş ve sınırlamanın, hiçbir zaman bir hakkı anlamsız bir duruma getirip onu büsbütün ortadan kaldıracı bir sonuç doğurmaması gerektiği belirtilmiştir(1). Anayasa Mahkemesi Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunuyla ilgili verdiği bir kararda bu konuda şöyle demektedir: “Bir hakkın ya da hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde yapılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı nitelikte olmadıklarından hürriyetin özüne dokunulmadığı meydandadır(2). O halde, Anayasa Mahkemesine göre bir hak ya da özgürlüğün amacına uygun olarak kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılamaz bir duruma düşüren koşullar olduğunda bir hak veya özgürlüğün özüne dökülmüş olmaktadır.

1982 Anayasası, 1961 Anayasasının “öze dokunmama” ilkesi yerine “demokratik toplum düzeninin gerekleri”ne aykırı olmama ilkesi getirmektedir.

* Anayasa Mahkemesi Raportörü

(1) Bu konuda daha geniş bilgi için bakınız: **Fazıl Sağlam**, Temel Hakların Sınırlanması ve Özünü (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, 1982), s. 141-183.

(2) E. 1962/208, K. 1963/1, k.t. 4.1.1963, AMKD, Sayı 1, s. 74. Ayrıca bu konuda bakınız: **Gürbüz Önbilgin ve Muammer Oytan**, T.C. Anayasası (Ankara: Doğan Basımevi, 1977), s. 63-62.

Gerekçeye göre, “Getirilen bu kıstas, 1961 Anayasasının kabul ettiği “öze dokunmama” kıstasından daha belirgin, uygulanması daha kolay olan bir kıstastır.” Yine Gerekçeye göre, “Esasen uluslararası sözleşme veya bildiriler de bu kıstası kabul etmişlerdir.” Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanvekili Prof. Dr. Feyyaz GÖLCÜKLÜ Anayasa Mahkemesinin “öze dokunmama” ölçütü konusunda geliştirdiği içtihatı eleştirerek, “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ölçütünü şöyle savunmaktaydı: “Anayasa Mahkememiz, idarenin, mülkî amirin o günün şartları, sebepleriyle bir gösteri yürüyüşünü ertelemesini, erteleme yetkisine sahip olmasını, hakkın özüne dokunma telakki ederek maddeyi iptal etmiştir. ... Bir yayın yasağı koyuyor mahkeme. Yargı organının amacına uygun şekilde çalışabilmesi için bir yayın yasağı koyuyor. Hakkın özüne dokunmaktadır bu anlayış içerisinde. Belli sebeplerle grevin ertelenmesi; hakkın özüne dokunmaktadır, Anayasa Mahkemesinin örneğine göre. Millî güvenlik sebepleriyle, posta mersulelelerinin açılması, hakkın özüne dokunmaktadır, Anayasa Mahkemesinin kriterine göre. Bir yaygın hastalığı önlemek için seyahat yasağının konması, gene Anayasa Mahkemesinin kriterine göre hakkın özüne dokunmaktadır. Bunların hepsi meşru kısıtlamalardır ve hepsi de demokratik toplum gereklerine aykırı değildir” (3).

Özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırı olarak “öze dokunmama” ölçütü yerine “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ölçütünün kabulünün temel gerekçesi ve bu ölçütün daha belirgin ve Anayasa Mahkemesince uygulanması daha kolay olması olduğuna göre, bu konuda ilk olarak üzerinde durulması gereken konu bu “belirginlik”tir. Acaba “demokratik toplum düzeninin gerekleri”ne derece belirgin bir kavramdır?

I- DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİ ÖLÇÜTÜNÜN BELİRGİNLİĞİ

Hemen belirtmek gerekir ki, demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramının öze dokunmama kavramından daha somut ve bu nedenle daha belirgin olduğu iddiası her zaman tartışılabilir. Bunun nedeni demokrasi tanımının çok zor olmasıdır. Bu konuda Harold J. Laski şöyle yazmaktadır: “Hiçbir demokrasi tanımı kavramın çağrıştırdığı geniş tarihi yeterli biçimde içeremez. Bazılarına göre demokrasi bir hükümet biçimi iken, diğerleri-

(3) Anayasa Komisyonu Başkanvekili Feyyaz Gölcüklü’nün 19.8.1982 tarihli konuşması. Bakınız: Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt: 8 (Ankara: TBMM Basımevi, 1982), s. 139. Mümtaz Soysal tarafından sunulan İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği” adlı bildiri üzerine yapılan tartışmada Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanlığı yapmış olan Prof. Dr. Orhan Aldıkaçtı’... “öze dokunmama” kavramını biz Anayasa Mahkemesinin bütün çabasına rağmen fert hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılmasında, billurlaşması mümkün olmayan bir kavram olarak gördük. ... öz kavramı çok soyut bir kavramdır. Halbuki “demokratik toplum düzeninin gerekleri” somutlaştırılması mümkün olan, somutlaştırılabilen ve hatta ilkeleri tespit edilmesi çok kolay olan bir kavramdır” demektedir. Bakınız: Anayasa Yargısı (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, 1987), s. 52.

ne göre bir sosyal yaşam biçimidir. İnsanlar demokrasinin özünü seçmenin niteliğinde, hükümetle halk arasındaki ilişkide, vatandaşlar arasında geniş ekonomik farklılıkların yokluğunda, doğum veya servet, ırk veya mezhebe dayalı ayrıcalıkların tanınmamasında bulmaktadırlar. Kaçınılmaz biçimde demokrasinin özü zamana ve yere göre değişikliğe uğramıştır. Bazı yönetici sınıf üyelerine göre demokrasi olarak adlandırılan rejim, o ülkenin daha fakir vatandaşlarına göre ise dar ve savunulamaz bir oligarşidir. Yaşamın her alanında demokrasinin uygulanabilme olasılığı vardır ve bu alanların her birinde demokrasi kavramı tatmin edici ve evrensel genellemelere izin vermeyen özel sorunlar yaratır” (4). Öze dokunmama nasıl ki tanımlanması ve somutlaştırılması güç bir kavramsa, demokrasi kavramı da aynı biçimde tanımlanması ve somutlaştırılması zor bir kavramdır.

Demokrasi kavramının tanımlanmasındaki güçlüğü gösterebilmek için Webster’s Sözlüğünde demokrasi konusunda verilen tanımları vermek uygun bir yol olacaktır: “1. a: halk tarafından yönetim: çoğunluğun yönetimi, b (1): en üst iktidarın halkta bulunduğu ve onlar tarafından kullanıldığı (eski Yunan kent-devletlerinde veya New England kasaba toplantılarında olduğu gibi) bir hükümet biçimi, (2): en üst iktidarın halkta bulunduğu ve halkın belirli aralıklarla tekrarlanan özgür seçimlerde temsilcilerini seçtiği, temsil ve devredilmiş otorite yoluyla halk tarafından dolaylı olarak kullanılan bir hükümet biçimi, 2: hükümetin halk tarafından denetlendiği devlet veya topluluk; özellikle en üst iktidarın seçilmiş temsilcilerden daha çok halk tarafından doğrudan kullanıldığı bir devlet (bir demokraside halk kişi olarak biraraya gelir ve hükümet etme yetkisini kullanırken bir cumhuriyette halk temsilcileri ve vekilleri yoluyla toplanır ve ülkeyi yönetir-James Madison), ...4: özellikle hükümetin kaynağı olarak düşünüldüğünde halk tabakası, 5: siyasal, sosyal ve ekonomik eşitlik: kalıtsal veya keyfi sınıf farklılıklarının ve ayrıcalıklarının bulunmaması veya kabul edilmemesi (Demokrasi bireysel özgürlüğün sadece bir diğer kavramla -eşitlikle- sınırlandırıldığı ortada bir noktada yer almaktadır -Louis Wasserman), 6: işbirliğinin olduğu bir toplumda azınlıklara karşı hoşgörü, ifade özgürlüğü ve aslı insan onuruna saygı ve herkesin bütün yeteneklerini serbestçe geliştirebildiği eşit olanaklarla birlikte insan değeriyle nitelendirilen bir toplum durumu, 7: özellikle endüstride olmak üzere yönetilenlerin temsil yoluyla denetimi” (5).

-
- (4) **Harold J. Laski**, “Democracy,” *Encyclopaedia of the Social Sciences*, Vol. 5 (New York: The Macmillan Company, 1931), s. 76.
- (5) Webster’s Third New International Dictionary, Unabridged (Massachusetts: G. and G. Merriam Company, 1971), s. 600. Benzer biçimdeki tanımlar için bakınız: *The American Heritage Dictionary of the English Language* (Boston: Houghton Mifflin Company, 1969), s. 351. Funk and Wagnalls Standart College Dictionary (New York: Funk and Wagnalls, 1977), s. 355; *The Concise Oxford Dictionary* (London: Oxford University Press, 1964), s. 324; *Bouvier’s Law Dictionary* (Kansas City: Vernon Law Book Company, 1914), Vol. 1, s. 835. Ne yazık ki Türkçe sözlüklerde demokrasi sözcüğü bu çeşitliliği gösterecek biçimde tanımlanmamıştır. Türkçe Sözlük demokrasiyi “halkın egemenliği temeline dayanan yönetim biçimi, elerki,

Kavramın sözlüksel tanımının da bize gösterdiği gibi, demokrasi kavramının öz kavramından daha açık olduğunu iddia edebilmek biraz zordur (6). Her iki kavram arasında vurgulanması gereken temel bir farklılık vardır. O da demokratik toplum düzeninin özgürlüğün dışında bir kavram olmasına karşın öz’ün özgürlüğün kendi içinde mevcut olmasıdır. Öz’le özgürlüğün kendi güvencesi ortaya konmaktadır. Öze dokunma yasağı, hak öznesine dokunulmaz bir asgari alan sağlamaktadır. Başka bir deyişle, öz sınırlandırmanın sınırim, asgari bir alanı korurken, demokratik toplum düzeninin gerekleri ise, hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında bir ölçüt olmaktadır. Bu nedenden kanımca, Mümtaz SOYSAL’ın belirttiği gibi, yeni Anayasa yapılırken öz kavramı Anayasadan çıkarılmayıp, demokratik toplum düzeninin gerekleri, özü tamamlayan bir ölçüt olarak düzenlenseydi, Anayasamızdaki özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırı sistemi çok daha güven olabilirdi (7).

Fakat şunu da belirtmek gerekir ki, demokrasi kavramı her yöne çekilebilecek ve sonunda da temel hak ve özgürlüklerin korunmasını anlamsızlaştıracak derli belirsiz bir kavram değildir. Çağımızın demokrasi anlayışı özgürlükçü demokrasidir. Modern demokrasi bireyin özgürlüğünü bireyin bir kişi olması nedeniyle korur ve bu anlayışa göre özgürlük bireyin bütünü iktidarına bağımlı olmasına bırakılamaz(8). Avrupa İnsan Hakları Divanı verdiği bir kararda “hernekadar zaman zaman bireysel menfaatlerin bireyin mensup olduğu gruba tabi olmasını gerektirirse de, demokrasi hiçbir zaman çoğunluğun görüşlerinin her zaman egemen olması anlamına gelmez: Hakim durumun kötüye kullanılmasından kaçınma ve azınlıklara düzgün ve gerekli biçimde davranmayı sağlayacak bir dengenin olması gerekir”(9) demiştir. En azından Avrupa Konseyi üyesi devletler bakımından demokrasi çoğulcu demokrasi anlamına gelir ve insan haklarına saygı ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasıyla nitelendirilir(10).

Giovanni Sartori, demokrasiyi birden çok partinin varolduğu bir sistemde azınlıkta kalanların haklarına saygı gösterilen bir rejim olarak tanımlamaktadır(11). Başka bir deyişle, çağımızın demokrasileri anayasal demokrasilerdir.

demokratlık” olarak ele almıştır. Bakınız: Türkçe Sözlük (Ankara: Türk Dil Kurumu Yayını, 1983), s. 285. Bu yetersiz tanım aynen yeni Türkçe Sözlüğe de girmiştir. Türkçe Sözlük (Ankara: Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Yayını, 1988), s. 353. Daha iyi bir tanım için bakınız: Türk Hukuk Lügati Ankara: Türk Hukuk Kurumu Yayını, 1944), s. 66.

- (6) **Ergun Özbudun**, Türk Anayasa Hukuku (Ankara: Yetkin Yayınları, 1986), s. 88.
- (7) **Mümtaz Soysal**, “İnsan Hakları Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği, Anayasa Yargısı (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, 1987), s. 46; **İbrahim Ö. Kaboğlu**, Kollektif Özgürlükler (Diyarbakır: DÜHF Yayını, 1989), s. 277.
- (8) **Giovanni Sartori**, The Theory of Democracy Revisited (New Jersey: Chatham House Publishers, Inc., 1937), s. 286.
- (9) 13.8.1981 tarihli karar, A/44, s. 25.
- (10) **Heinrich Klebes**, ‘ ‘Human Rights and Parliamentary Democracy in the Parliamentary Assembly,” Protecting Human Rights: The European Dimension, der. **Franz Matscher ve Herbert Petzold** (Köln: Cari Heymanns Verlag KG, 1988), s. 308-309.
- (11) **Giovanni Sartori**, Democratic Theory (Detroit: Wayne State University Press, 1962), s. 239.

Keyfi iktidarın önlenmesi ve sınırlı devletin gerçekleştirilmesi en önemli özelliği olan özgürlükçü ve çoğulcu demokrasiler sayı üstünlüğünü çok aşan bir anlayışı yansıtır (12).

Bu düşüncelerin ışığı altında demokrasi kavramı ele alınırsa, demokratik toplum gereklerinin nasıl oluyor da özgürlüklerin korunmasında daha sübjektif ve daha az koruyucu olduğunu anlamak mümkün olamamaktadır. Ancak Danışma Meclisi'nde yapılan konuşmalarda bu kavramın öz kavramına göre daha somut olduğu belirtilirken, aynı zamanda daha az güvence getiren bir ölçüt olduğu da ortaya çıkmaktaydı. Örneğin, Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanvekili Feyyaz GÖLCÜKLÜ yaptığı konuşmalarda özgürlüklere getirilecek sınırlamaların özgürlüklerin özüne dokunacağını; oysa demokratik toplum gerekleri ölçütüne vurulduğunda bu sınırlanmaların Anayasaya aykırı olmayacağını belirtmekteydi: "Mesela Millî Güvenlik sebebiyle posta mersulelerinin gizliliğinin kaldırılması tedbirini düşünelim. ... Bu tedbir Hürriyetin özüne dokunmama kriterine vurulduğu zaman, Hürriyetin özüne dokunmaktadır. Buna mukabil Demokratik toplum gerekleri kriterine vurulduğu zaman demokratik toplum gereklerine aykırı değildir" (13). Bu görüş kabul edildiğinde demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütü öze dokunmama ölçütüne göre daha az güvenceli olmaktadır.

Ancak daha belirsiz bir kavramın bir hakkı daha belirgin bir kavramdan daha iyi nasıl koruyacağı pek açık değildir. Belirgin veya belirsiz olmanın hak ve özgürlüklerin güvencesi konusuyla doğrudan ilişkisi yoktur. Ayrıca her iki kavram da büyük ölçüde belirsiz kavramlardır. Bunun yanında temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulamayacağı ilkesi demokratik toplum gerekleri arasında yer alır. Temel hak ve özgürlükler en iyi özgürlükçü ve çoğulcu bir demokraside gerçekleşebilir. Bu tür demokrasilerde çoğunluk ilkesi yanında aynı derecede önemli siyasal katılma, hoşgörü ve buna benzer başka ilkeler yer almaktadır. O halde demokratik toplum gerekleri temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulamayacağı anlamına gelir. Bir hak veya özgürlüğün Anayasada yer alması bile, o hakkın veya özgürlüğün özüne dokunulamayacağını

(12) **Mehmet Turhan**, "Çoğunluk İlkesi," Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 4 (1990), s. 53. Eğer demokrasi "çoğunluğun yönetimi"nden daha fazla bir anlama gelmiyorsa, Almanya'daki Nasyonal Sosyalist rejimi veya günümüz İran'ını da demokratik bir rejim olarak nitelendirmek gerekecektir. Çağımızın demokratik koşullarında, çoğunluğun amacını gerçekleştirmek hakkı koşulsuz ve sınırsız değildir. Azınlığın bu hakkı sınırlandırıcı hak ve özgürlükleri vardır. Bu azınlığın çoğunlukça alınan kararlara uyma yükümlülüğünün bir karşılığıdır. Demokratik toplumlarda çoğunluk ve azınlık serbest tartışmalar sonucunda doğmaktadır. Bakınız: **Réginald Bassett**, *The Essentials of Parliamentary Democracy* (London: Frank Cass and Co. Ltd., 1964), s. 96-97.

(13) Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt: 8 (Ankara: TBMM Basımevi, 1982), s. 147. Yine bir başka örnek olarak Prof. Dr. **Feyyaz Gölcüklü** şunları belirtmektedir: "Haberleşmenin gizliliğinin kaldırılması tedbiri öze dokunma kriterine vurduğumuz zaman "öze dokunmalıdır, öze dokunulmuştur. Anayasa Mahkemesi iptal edecektir, yahut diğer kontrol makamı bunu yapacaktır. Halbuki demokratik toplumun gereklerine uygunluk kriterine vurduğumuz zaman bu tedbir meşrudur" (s. 149).

göstermektedir. Aksi halde temel hak ve özgürlüklerin anayasalara konmasının bir anlamı olmayacaktır.

II- HANGİ DEMOKRATİK TOPLUM?

Demokratik toplum düzeninin gereklerinden neyin anlaşılması gerektiği konusunda tartışılması gereken acaba bu ölçütün 1982 Anayasası ile benimsenmiş demokratik toplum, düzenini mi, yoksa çağdaş çoğulcu ve özgürlükçü demokrasi anlayışını mı yansıttığı olmaktadır.

Bu konu Danışma Meclisinde tartışılmış ve Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Başkanvekili Feyyaz GÖLCÜKLÜ bu kavrama açıklık getirmeye çalışırken şunları belirtmiştir: “Bu Anayasada “Öngörülen”e gerek yoktur. Çünkü Türk ülkesinde kurulan demokrasi bu Anayasadaki demokrasidir, bu Anayasanın hükmüne tabi demokrasidir. Fazla kelime kullanarak daha fazla yoruma yol açmamak gerekir kanaatimizce hukuk tekniğinde. Onun için demokratik toplum dedik. Zaten bundan anlaşılan da Anayasamızın demokratik toplumdur, standardı da bellidir”(14). 1982 Anayasasının Başlangıç kısmının 5. paragrafında da aynen şöyle denmektedir: “...hiçbir kişi ve kuruluşun, bu **Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi** ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkmayacağı” (a.b.ç.). Bu durumda demokratik toplum düzeninin gereklerinden 1982 Anayasası ile benimsenmiş demokratik toplum düzeninin kastedildiği ileri sürülebilir.

Ancak daha sonra yapılan eleştirileri yanıtlarken Prof. Dr. Feyyaz GÖLCÜKLÜ yukarıdaki sözleriyle çelişkiye düşen şu düşünceleri ifade etmiştir: “Komisyon böyle bir kavram ihdas etti, başımıza iş çıkardı.” dediler. Komisyon ihdas etmemiştir efendim.... Bağlı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin, her maddede aynıdır, bir tanesini okuyorum: “Fert, ifade ve izhar hakkına maliktir. Kullanılması vazife ve mesuliyet tazammun eden bu hürriyetler demokratik bir toplulukta zarurî tedbirler mahiyetinde olarak millî güvenliğin, toprak bütünlüğünün....” Sayılıyor: “Sağlanması için ancak ve ka-

(14) Anayasa Komisyonu Başkanvekili Feyyaz Gölcüklü'nün 19.8.1982 tarihli konuşması. Bakınız: Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt: 8, s. 149. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 25. maddesine göre, kişisel başvuru hakkının uygulanmasına yönelik Türk Hükümetinin Beyanında Sözleşmenin 8, 9, 10 ve 11. maddelerinin 2. fıkralarında yer alan “demokratik toplum” kavramı, Türk Anayasasında yer alan ilkelere ve özellikle Anayasanın Başlangıç ve 13. maddesine uygun biçimde anlaşılması çekincesini getirmektedir. Bakınız: Resmî Gazete, 21 Nisan 1987, Sayı: 19438. Ancak Türk Hükümetinin Beyanı daha sonra şu biçime bürünmüştür: “Bu” Beyanla Komisyona tanınan yetki bakımından Sözleşmenin 8, 9, 10 ve 11. maddeleri, Dibacesi dahil Türk Anayasasında belirgin şekilde ifade edildiği üzere, Türkiye’deki toplum yaşamını tanımlayan yasal ve gerçek vasıfları”... özellikle vurgulayacak şekilde yorumlanacaktır”. Bakınız: “Tebliğ: İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesinin 25 inci Maddesi Uyarınca Türk Hükümeti’nin Beyanı,” Resmî Gazete, 19 Ocak 1991, Sayı: 20760. Bu çekincelerin Sözleşme ile ne derece bağdaştığını uygulama gösterecektir. Bu konuda bakınız: **Jochen Abr. Frowein**, “Reservations to the European Convention on Human Rights,” *Protecting Human Rights: The European Dimension*, der. **Franz Matscher** ve **Herbert Petzold** (Köln: Cari Heymanns Verlag KG, 1988), s. 193-200.

nunla sınırlanabilir.” Bizim ihdas ettiğimiz, icat ettiğimiz bir kriter değildir. Bu kriter; İsveç örneğini verdim, bizim dahil olduğumuz 21 Batı ülkesi camiasında Avrupa Konseyinde mevcut İnsan Hakları Divanı tarafından 1954 yılından beri uygulanan kriterdir, hep bu kriter uygulanmaktadır. **Bizim Batı dünyasından ayrı bir demokratik toplum anlayışımız yoktur**, kendimizi o camiada buluyoruz, aynı anlayışa sahip olduğumuz inancındayız” (a.b.ç.) (15).

Anayasanın Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Gerekçesinde “genellikle kabul gören demokratik rejim anlayışı”ndan sözedilmesi ve Gerekçenin bu konuyla ilgili paragrafının son cümlesinde “Esasen uluslararası sözleşme veya bildiriler de bu kıstası kabul etmişlerdir” diyerek uluslararası sözleşmelere atıf yapılması düşünülecek olursa, demokratik toplum düzeninin gereklerinden çağdaş, çoğulcu ve özgürlükçü demokrasi anlayışının benimsendiği söylenebilir (16).

Anayasada yazılış biçiminden de, demokratik toplum anlayışının “bu” Anayasayla sınırlı bir anlayış olmadığı anlaşılmaktadır. Çünkü hemen hemen her fırsatta “bu Anayasada” diye belirleme yapan oldukça ayrıntılı bir Anayasada bu hükümde bu sözlerin yer almaması çağdaş özgürlükçü demokrasinin ölçüt olarak kabul edildiğini göstermektedir. Anayasanın Başlangıç kısmında Anayasanın “çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi yönünde” anlaşılması gerektiği belirtildiğinden, Anayasadaki bütün hükümlerin “çağdaşlık” esas alınarak yorumlanması gerekmektedir. Yine Anayasanın 174. maddesinde “Anayasanın hiçbir hükmü, Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ... amacını güden, aşağıda gösterilen inkılâp kanunlarının, ... Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamaz ve yorumlanamaz” denmesi karşısında, yapılacak bütün yorumlarda “çağdaş uygarlık” esas alınmalıdır denebilir. Bu düşünce Atatürk’ün inkılâp ve ilkeleri doğrultusunda Anayasanın yorumlanmasını emreden Başlangıç kısmına da uygun bir düşünce olmaktadır.

Böyle bir yorum aynı zamanda Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasası dönemindeki içtihatlarıyla da paralellik sağlayacaktır. Anayasa Mahkemesi bu dönemde verdiği kararlarda “öz”le birlikte “demokratik devlet” kavramını kullanmış ve demokrasiyi çağdaş özgürlükçü demokrasi olarak ele almıştır. Bir kararında Yüce Mahkeme şöyle demektedir: “Eşit kullanılmayan, kişilere

(15) Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt: 8, s. 154.

(16) Aynı yönde görüş için bakınız: **Kemal Dal**, Türk Esas Teşkilat Hukuku (Ankara: Gazi Üniversitesi Basın Yayın Yüksek Okulu, 1984), s. 165; **Özbudun**, a.g.e., s. 88-89; **Kaboğlu**, a.g.e., s. 272- **Tanör**, eğer demokratik toplum düzeninden anlaşılan bu Anayasadaki hak ve özgürlüklerle bezeli demokratik toplum düzeni ise, o zaman bu hüküm hiçbir güvence sağlamaz demektir. Bakınız: **Bülent Tanör**, İki Anayasa: 1961-1982 (İstanbul: Beta, 1986), s. 136-137. Feyyaz Gölcüklü “genellikle kabul gören”i şöyle açıklamaktadır: “Genellikle kabul gören” demiş gerekçede; öyle dedik, bu genelliklerin anlamı şudur; içinden bir parçasını seçmek değil, herkesin kabul ettiği, genelin kabul ettiği.” Bakınız: Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt: 8, s. 88-89.

ve kamuya huzur ve adaletli bir düzen sağlamayan sendika özgürlüğünün çağdaş uygarlık düzeyi ile ve hele **batı uygarlığınca benimsenen demokrasi anlayışı** ile bağdaşması olanak dışıdır” (a.b.ç.) (17). Yine bir başka kararında Anayasa Mahkemesi şunları belirtmekteydi: “Sınırlamanın Anayasa’nın sözüne ve özüne uygun düşebilmesi için, herşeyden önce **demokratik hukuk kuralları** içinde kalınmak suretiyle yapılması zorunluluğu vardır” (a.b.ç.) (18). Bir başka kararda da Mahkeme şunları söylemekteydi: “Demokrasi ile idare olunan ülkelerin büyük bir bölümünün kanunları üzerinde yapılan araştırma sonunda, seçmen olabilmek için 21 yaşın doldurulmuş olması koşulunu, bizden çok önceleri demokratik devletlerini kurmuş olan ve hatta bu gün bile demokrasinin öncüleri sayılmakta bulunan bir çok ülkenin uygulamakta olduğu görülmüştür” (19). Ne yazık ki, ileride görüleceği üzere 1982 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi bu konuda bu denli açık ve tutarlı olmayacaktır.

III- DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİ NELERDİR?

Demokratik toplum düzeninin gereklerinin neler olduğu hakkında çok şey söylenebilir. Ancak böyle bir kısa yazıda bunların hepsini belirtmek mümkün olmadığı gibi gerekli de değildir. Ancak hemen şunu belirtebiliriz ki, yukarıda belirttiklerimizden anlaşılabileceği gibi, Anayasamızın anladığı demokrasi Batı uygarlığınca benimsenen özgürlükçü demokrasi anlayışındır. Bu konuda üzerinde durulması gereken nokta, Batı uygarlığınca benimsenen demokrasi anlayışının kesinkes bütün unsurlarıyla saptanabilecek ve bu unsurların bazıları eksik veya yetersiz olduğunda, bu anlayışın dışına çıkıldığı söylenecek bir şey olmadığıdır. Rejimler son derece genel kategorilerdir. Demokrasi, sosyalizm veya faşizm tek bir türe indirgenemez. Bazı unsurlar veya olması gerekenler yok diye, o ülkede demokrasi olmadığı iddia edilemez. Ancak demokrasinin de sine qua non bazı koşulları ve unsurları bulunmaktadır. Başka bir deyişle, somut bir rejim soyut modelde varolan temel gereklere uymak zorundadır; fakat bu o soyut modelde varolan bütün ayrıntıların benimsenmesini gerektirmez.

Demokrasi her ne kadar çağımızda en çok kabul görmüş rejim olsa da, birçok ülkede ya gerçek anlamda yoktur ya da yanlış anlaşılmaktadır. Bunun en önemli nedeni demokrasinin gereklerini yerine getirmedeki güçlüğüdür. Henry Grunwald’ın sözleriyle demokrasi “inceliği olan bir hoşgörü hesabını gerektirir: Eğer ben şimdiki bir kazancım için komşumun özgürlüğünü elinden alırsam, o da yarın veya öbür gün benim özgürlüğümü elimden alabilir anlayışı yerleşmiş olmalıdır. Demokrasi dinsel veya etnik tutkuların frenlenebilip bir uzlaşma ortamının yaratılabilmesini ister. Demokrasi oldukça alışılmamış

(17) E. 1970/48, K. 1972/3, k.t. 8, 9.2.1972, AMKD, Sayı 10, s. 128.

(18) E. 1976/27, K. 1976/51, k.t. 18-22.11.1976, AMKD, Sayı 14, s. 365.

(19) E. 1977/123, K. 1978/16, k.t. 16.2.1978, AMKD, Sayı 16, s. 62.

bir otorite anlayışını zorunlu kılar. Oysa, birçok yerde otorite düzen ve ulusal varlığın sürdürülebilmesi için ve ulusal maneviyat ve hatta ulusal gurur bakımından gerekli görülmektedir. Demokraside otorite kuşku duyulması gereken bir şeydir ve halka değil de iktidarda olanlara hizmet ettiği zaman denetlenmesi gerekir. Son olarak, demokrasi seçkinlerin kazandıkları iktidarı gerektiğinde bırakabilmeleri arzularının olmasını gerektirir”(20). Dünyanın bir çok ülkesinde bu koşullar olmadığından demokrasiler sağlıklı biçimde işlememektedir. Çoğu yerde siyasal seçkinler ülkelerinin sahip olduğu kültürel farklılıkları iktidarı bırakmamak için kullanmaktadırlar.

Anglo-Amerikan ve İskandinav ülkelerin gelişmiş ve başarılı demokrasilerinde demokrasinin gerekleri diğer ülkelerden farklı anlaşılmaktadır. Bu ülkelerde demokrasinin bir siyasal mekanizma olması dışında bir yaşam biçimi olduğu kabul edilmiştir. Fırsat eşitliği konusunda önemli adımlar atılmış ve demokrasi sosyal demokrasi anlamına gelmeye başlamıştır. Ancak demokrasinin istikrarlı ve etkin olmadığı ülkelerde standartlar bu denli yüksek değildir. Bu ülkelerde demokrasi ortaya çıkardığı başarılarından daha çok, bir siyasal mekanizma olarak, bir toplum düzeni olmaktan çok bir siyasal düzenleme olarak ele alınmaktadır. Bu nedenle bu ülkelerde önem verilen eşitlikten çok özgürlük olmaktadır. Demokrasi için seçimlerin özgür olması, yarışmacı parti sistemi ve temsili hükümetin varlığı yeterli sayılabilmektedir.

Özgürlük veya eşitlikten hangisine daha fazla önem verilirse verilsin, demokrasinin özünü bu ikisi oluşturur. Demokraside özgürlük çoğunluğun oluşumuna herkesin özgürce katılması demektir. Eşitlik de siyasal süreçte herkese eşit pay verilmesi anlamındadır. Yani servet, öğrenim durumu ve cinsiyet gibi sınırlamalar olmaksızın bütün vatandaşların oy hakkına sahip olması ve her seçmenin tek bir oyunun olması (21).

Batı'daki anayasacılığın temelinde insan onurundan kaynaklanan eşitlik ve özgürlük yatmaktadır. Anayasacılık Locke ve Montesquieu'yla başlayarak siyasal düzenin temel amacının bireylerin özgürlüklerini koruma temeline dayanmıştır. Toplum ve hükümet bireyin gelişimini ve hayatını nasıl yaşayacağını serbestçe belirlemesini güçlendirmeyi amaçlamaktadır. Bu anlayışta devlet, hükümet ve bürokrasi mümkün olduğu kadar küçük ve gerekli olduğu kadar da büyük olmak üzere sınırlı olmalıdır. Bireyin sahip olduğu özgürlük devlet karşısında sahip olduğu liberal özgürlüktür. Her ne kadar temsili nitelikte de olsa, demoraksi devletin bütün faaliyetlerine bireyin özgürce ve eşit olarak katılımını gerektirir. Batı anayasacılığına bağlı ülkelerin anayasaları çoğulculuk ve hoşgörüye inanmaktadır. Bu perspektif açısından doğruya

(20) Henry Grunwald, "Marcos, Baby Doc-Why not the Rest?" Time (May 12, 1986), s. 36.

(21) İnsanlar arasında büyük farklılıklar olmasına rağmen, insanları eşit saymamızın ve esasta özgür olduklarını düşünmemizin temel nedeni insanların hepsinin insanlık onuruna sahip olmalarıdır. Bakınız: Cari Cohen, Democracy (North Carolina: University of Georgia Press, 1971), s. 251.

ve ahlaksal değerlere yaklaşılabilmektedir; ancak neyin tam doğru, haklı veya iyi olduğundan tam olarak emin olunamaz. Bu nedenle herkesin geçerli ve doğru değerleri bulma sürecine özgürce ve eşit olarak katılma hakkı vardır (22).

Demokratik ülkelerde bir anayasanın varlığının kaçınılmazlığı aynı zamanda anayasallık ilkesinin varlığının kaçınılmazlığı anlamına gelir. Anayasa ile anayasallık arasındaki organik bağlantı da bunu göstermektedir: Anayasa anayasallığın yalnız hukuksal bir ifadesi değil buna ek olarak onun garantisidir de. Anayasallık anayasanın ve genel olarak hukukun yönetimi olup “halk üzerinde yönetimden” bütünüyle farklı bir anlayıştır. Çağdaş demokrasinin en önemli özelliği burada yatmaktadır (23).

Öyleyse, temel hak ve özgürlüklerin demokratik sürecin ayrılmaz parçaları olduğunu söyleyebiliriz: Düşünceyi ifade özgürlüğü, seçme, seçilme ve siyasal faaliyette bulunma, siyasal parti kurma, siyasal partilere girme ve partilerden çıkma ve dernek kurma özgürlükleri demokratik süreçte siyasal katılma açısından son derece önemlidirler. Demokrasi bu hakların ve bunlarla ilişkili diğer bazı hakların çoğunluğa karşı korunmasını gerektirir, çünkü bu haklar da çoğunluğun yönetme hakkına gerekçe olan eşitlik ilkesinden kaynaklanmaktadır. Eğer çoğunluğun bu hakları tanımama veya ortadan kaldırma hakkı olursa, azınlıkta kalanların gelecekte çoğunluk olabileme olasılıkları ortadan kaldırılmış olur (24).

Hans Kelsen’in sözleriyle, “çoğunluk ilkesi hiçbir zaman çoğunluğun azınlık üzerindeki diktatörlüğü ile eş anlamlı değildir. Çoğunluk tanımı gereği olarak azınlığın varlığını içerir ve çoğunluğun hakkı azınlığın varolma hakkını kapsar. Bir demokraside çoğunluk ilkesi ancak bütün vatandaşlar hukuk düzeninin yaratılmasına, her ne kadar bu düzenin içeriği çoğunluğun iradesi ile belirlenecek ise de, katılmaya izin verildiğinde gözetilmiş olur. Herhangi bir azınlığı hukuk düzeninin yaratılmasının dışında bırakmak, bu dışarda bırakma çoğunluk kararı ile de olsa, demokratik değildir; çünkü çoğunluk ilkesine aykırıdır” (25). Azınlıkta kalanların ciddi bir biçimde hukuksal açıdan korunmasının en etkin yolu hiç şüphesiz anayasa yargısıdır.

Her ülkede demokrasiyle birlikte, düşünülmesi gereken son derece önemli başka anayasal ilkeler de vardır. Laiklik ülkemizde bu açıdan önemli bir ilkedir. Anayasa Mahkemesi son kararlarından birinde laikliğin demokrasi açı-

(22) **Ulrich Karpen**, “Human Rights in the Constitutions of the Western World: Some Interpretational Trends,” Comparative Constitutional Law, Der., **Mahendra P. Singh** (Lucknow: Eastern Book Co., 1989), s. 376.

(23) **Pavle Nikolic**, “Constitutional Review of Laws by Constitutional Courts and Democracy,” Comparative Constitutional Law, Der. **Mahendra P. Singh** (Lucknow: Eastern Book Co., 1989), s. 30.

(24) **Henry Mayo**, Demokratik Teoriye Giriş, çev. **Emre Kongar** (Ankara: Türk Siyasî İlimler Derneği Yayını, 1964), s. 158.

(25) **Hans Kelsen**, General Theory of Law and State (New York: Russel and Russel, 1945), s. 287.

sından taşıdığı önemi şöyle vurgulamaktadır: “Lâikliğin, Türk devrimi’nin, Cumhuriyetin özü ve ulusal yaşamın temeli olduğu bir gerçektir. ...Özgürlükler Anayasa ile sınırlıdır. Anayasa’daki lâiklik ilkesine ve lâik eğitim kuralına karşı eylemlerin demokratik bir hak olduğu savunulamaz. Anayasal ayrıcalığa sahip lâiklik ilkesi; demokrasiye aykırı olmadığı gibi tüm hak ve özgürlüklerin de bu ilke temel alınarak değerlendirilmesi zorunludur”(26). Yine aynı kararın bir başka yerinde “herkesin her istediğini yapması en eski ve en yeni demokrasilerde bile söz konusu değildir. Özgürlükleri yıkmak için özgürlüklerden yararlanılması düşünülemez. Özelde korunması gereken lâiklikle bağdaşmayan özgürlük savunulamaz ve korunulamaz”(27) denmektedir. Bu sözlerden anlaşılabileceği gibi, demokrasi ve demokratik toplum düzeninin gerekleri gözönüne alınırken, bu kavramı Anayasada korunmak istenen diğer ilkelerle birlikte düşünmek gerekir. Çağdaş demokrasiler yalnız çoğunluğun her istediğini yapabildiği demokrasiler olmadıklarından, demokratik toplum düzeninin gerekleri dendiğinde bu ölçütü Anayasanın 2 ve Başlangıç kısmında yer alan diğer ilkelerle birlikte düşünmek gerekir.

Anayasamız demokrasiyi makro düzeyde değil zaman zaman mikro düzeyde de düşünmüştür. Anayasanın 51. maddesinin son fıkrasına göre, “Sendika ve üst kuruluşlarının tüzükleri, yönetim ve işleyişleri,... **demokratik esaslara** aykırı olamaz” (a.b.ç.). Yine Anayasamıza göre, “Siyasi partilerin tüzük ve programları, . . . demokratik . . . Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamazlar” (madde 68/4). Anayasanın 69. maddesinin üçüncü fıkrası da, “Siyasî partilerin parti içi çalışmaları ve kararları, **demokrasi esaslarına** aykırı olamaz” denmektedir (a.b.ç.). Bu hükümlerin yanında 1982 Anayasası, 1961 Anayasasında olduğu gibi, “Siyasî partiler, demokratik siyasî hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır” diyerek partilerin demokrasi açısından taşıdığı önemi vurgulamaktadır. Anayasa Mahkememiz bu hükümlerin ışığında bir kararda, “halkın serbest irade izharı yollarını tıkayacak veya siyasî hayatın cereyanını tek bir partinin tekeline bırakacak ve çok partili rejimi yok edecek” düzenlemelerin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olacağını belirtmiştir (28). Bir başka kararda da Anayasa Mahkemesi bu konuda şunları söylemekteydi: “Demokratik siyasal yaşamın vazgeçilmez ögesi sayılan siyasî partilerin hepsi devlet için aynı değer ve sıradadır. Birinin öbüründen üstünlük ya da önceliği, yakınlık ya da uzaklığı asla söz konusu değildir. . . . Anyasaya göre iktidar ve muhalefet partileri devlet katında eş düzeydedir” (29).

(26) E. 1989/1, K. 1989/12, k.t. 7.3.1989, Resmî Gazete, Sayı 20216, 5.7.1989, s. 29.

(27) Aynı karar, s. 31.

(28) E. 1984/1, K. 1984/2, k.t. 1.3.1984, AMKD, Sayı 20, s. 189.

(29) E. 1987/3, K. 1987/13, k.t. 22.5.1987, AMKD, Sayı 23, s. 269. Anayasa Mahkemesi Avukatlık Kanunu hakkında verdiği kararda kanunda yazılı suçlardan dolayı hakkında kamu davası açılmış olan avukatın zorunlu olarak işten yasaklanmasına ilişkin hükmün demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaştığına karar vermiştir. Bakınız: E. 1984/12, K. 1985/6, k.t. 1.3.1985, AMKD, Sayı 21, s. 99-128.

Ancak önemli olan Anayasa Mahkemesinin demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünü özgürlüklerin sınırlandırılmasında nasıl bir sınır oluşturduğu konusundaki yaklaşımıdır. Başka bir deyişle acaba Anayasa Mahkemesi bu ölçütü nasıl kullanmaktadır?

IV- ANAYASA MAHKEMESİNİN DEMOKRATİK TOPLUM DÜZENİNİN GEREKLERİ ÖLÇÜTÜNE YAKLAŞIMI

A- YÖNTEM SORUNU

Anayasa Mahkemesi demokratik toplum düzeninin gerekleri konusunda içtihatını oluştururken Erdoğan TEZİÇ'e göre iki yol benimseyebilir: Birincisi, Anayasa Mahkemesinin “demokratik toplum düzeninin gereklerini” saptayarak kanun koyucunun tercihlerini buna göre uygunluk denetimine tabi tutmasıdır. TEZİÇ'e göre bu yol “yargıçlar hükümeti”ne elverişli bir zemin yaratabilir. “Çünkü Anayasa Mahkemesi, kendi demokrasi anlayışı çerçevesinde denetleme yapmak sureti ile, kanun koyucunun siyasî tercihlerine de müdahale edebilir. Kaldı ki, Anayasa Mahkemesinin, “demokratik toplum düzeninin gereklerini” kendi içtihatına göre yorumlayıp belirlemesi, çok partili düzen için tehlikeli sonuçlar doğurur. Zira çok partili siyasî hayatta bu yola gidildiği takdirde, o zaman düzenin demokratik olup olmayacağı da tartışma götürür. Çünkü çok partili demokratik liberal bir hayatta resmî ideolojiye yer yoktur”(30).

TEZİÇ'e göre ikinci yol, Anayasa Mahkemesinin “demokratik toplum düzeninin gereklerini” bir postulat yani mantıksal olmayan bir ilk sav olarak kabul edip, bunun içeriğini belirtmeksizin, genel ve salt formüller kullanmaktan kaçınarak Anayasada yer alan bazı ilkeleri gözönüne almakla yetinmesidir. Yazar bu konuda şunları belirtiyor: “Anayasa Mahkemesi, demokratik toplum düzeninin gereklerine göre bir denetleme yaparken, hukukun genel ilkeleri ve öte yandan, demokratik bir toplumda bireyin amaç olarak ele alındığı ve sosyal bir hukuk devletinde (m. 2), amacın bireyin “maddi ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartların” hazırlanması, bunun için de siyasal, ekonomik ve sosyal engellerin kaldırılması olduğu (m. 5) esastan hareket etmelidir. 1982 Anayasası'nın “Genel Esaslar”ında yer alan kurallar (m. 2, 5), demokratik toplum düzeninin varlık nedenini oluştur. Anayasa Mahkemesi, “demokratik toplum düzeninin gereklerini” bu çerçevede değerlendirebildiği takdirde ki, kanun koyucunun temel hakları sınırlarken, sınırlamanın sınırının bir anlamı olabilir”(31).

Bu görüşten hareketle TEZİÇ Anayasa Mahkemesinin 1984 Mahalli Seçimlerinde bütün partilerin TRT'den yararlanmalarını yasaklayan kuralı yalnız

(30) Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku (İstanbul: Beta, 1986), s. 195-196.

(31) Teziç, a.g.e., s. 196-197. Ayrıca bu konuda bakınız: Lütfi Duran, “Anayasa Mahkemesine Göre Türkiye'nin Hukuk Düzeni,” Amme İdaresi Dergisi (Mart 1986), s. 5-6.

eşitlik ilkesine uygun olarak incelemesi ve bu ilkeye uyduğu için Anayasaya aykırı bulmamasını eleştirmektedir (32). (32). Yazara göre, eşitlik ilkesi demokratik toplum düzeninin bir ilkesidir; ancak tek ilkesi değildir.

Biz de TEZİÇ'in yukardaki görüşlerine katılmaktayız. Gerçekten Anayasa Mahkemesinin "demokratik toplum düzeninin gerekleri"ni tek tek belirlemeden, bunu bir postulat olarak kabul etmesi yararlı olur. Bu yolla Anayasa Mahkemesi ileride ortaya çıkabilecek yeni durumlar karşısında daha serbest olacaktır. Yine demokrasi konusunda ortaya çıkabilecek yeni gelişmelere ayak uydurmak bu kavramın bir postulat olarak kabul edilmesiyle mümkündür.

Kanımcı bu konuda bir üçüncü ve TEZİÇ'in düşüncesine ek olarak şu düşünülebilir: Bilindiği gibi "demokratik toplum düzeninin gerekleri", özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırı olarak oldukça sık kullanılmış bir kavramdır. 1982 Anayasasına da bu ölçüt bu Sözleşmeden aktarılmıştır. O halde, hakların belirli sınırlamalarının "demokratik toplumda zorunlu olduğunun" saptanmasında, eğer üye devletlerin iç düzeninde ortak standartlar var ise, bu ortak standartlar kullanılabilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin uygulanmasında bu tür standartlar bulunmaktadır. Yapılması gereken, Avrupa Konseyi üyesi devletlerde bizde yapıldığı biçimde bir sınırlamanın yapılıp yapılmadığının araştırılması olmaktadır. Bu yol hem pratik hemde benimsemek istediğimiz demokrasi anlayışına uygun olacaktır (33).

B- ESAS BAKIMINDAN

Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası döneminde demokratik toplum düzeninin gereklerine ilişkin verdiği iki önemli kararda birbiriyle çelişkili iki görüş ortaya koymuştur. Bu görüşlerden ilkinin Mahkeme 3218 sayılı Serbest Bölgeler Kanununun grev hakkını serbest bölgelerde 10 yıl süreyle yasaklayan geçici 1. maddesinin "demokratik toplum düzeninin gerekleriyle çalışmadığı" sonucuna varırken belirtmiştir. Bu kararda Anayasa Mahkemesi "demokratik toplum düzeninin gereklerini şu biçimde anlamaktadır: Yasa koyucu kimi temel hak ve özgürlükler için gerektiğinde... demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı düşmeyecek sınırlamalar getirebilecektir. Burada sözü edilen demokratik toplum düzeniyle hiç kuşkusuz Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğinde duraksamaya yer yoktur." (34).

Ancak Anayasa Mahkemesi kısa bir süre sonra 2559 sayılı Polis Vazife ve

(32) Teziç, a.g.e., s. 196. Eleştirilen Anayasa Mahkemesi kararı için bakınız: E. 1984/1, K. 1984/2, k.t. 1.3.1984, AMKD, Sayı 20, s. 197.

(33) Bu konuda bakınız: Rudolf Bernhart, "Thoughts on the Interpretation of Human Rights Treaties," Protecting Human Rights: The European Dimension, Der. Franz Matscher ve Herbert Petzold (Köln: Cari Heymanns Verlag KG, 1988), s. 67.

(34) E. 1985/21, K. 1986/23, k.t. 6.10.1986, -AMKD, Sayı 22, s. 224,

Selâhiyet Kanununun bazı maddelerini değiştiren 3233 sayılı Kanunun uygunluk denetiminde demokratik toplum düzeninin gereklerini özgürlüklerin özüyle özdeşleştirmiştir. Bu kararda Anayasa Mahkemesi şunları belirtmekteydi: “Klasik demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, vazgeçilmez, devredilmez, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulup tümüyle kullanılamaz hale getiren kısıtlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Özgürlükçü olmak yanında, hukuk devleti olmak ve kişiyi ön planda tutmak da aynı rejimin öğelerindendir. Şu halde getirilen sınırlamaların, Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan Cumhuriyetin temel niteliklerine de uygun olması gerekir. Bu anlayış içinde özgürlüklerin yalnızca ne ölçüde kısıtlandığı değil, kısıtlamanın koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları, hep demokratik toplum düzeni kavramı içersinde değerlendirilmelidir. Özgürlükler, ancak; istisnâî olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde sınırlandırılabilir. Demokratik hukuk devletinde, güdülen amaç ne olursa olsun, özgürlük kısıtlamalarının bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını ortadan kaldıracak düzeye vardırmasıdır”(35).

Anayasa Mahkemesi, “Genel ahlak ve edep kurallarına aykırı olarak utanç verici ve toplum düzeni bakımından tasvip edilmeyen tavır ve davranışta bulunanların” da polis tarafından parmak izleri ve fotoğraflarının alınabileceği yolundaki hükmü iptal ederken demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramını yorumlamış ve bu yoruma göre, hak ve özgürlükler demokrasinin ayrılmaz birer parçası olarak kabul edilmiştir. Özgürlüklerin özüne dokunan kısıtlamalar da demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı kısıtlamalar olarak düşünülmüştür. 1982 Anayasasında öz kavramı yer almadıysa da, Anayasa Mahkemesi öz kavramını kullanmış ve bunu demokrasinin temel değerleri içinde yorumlamıştır. Ayrıca Yüce Mahkeme demokratik toplum düzeninin gereklerini Anayasanın başka ilkeleriyle birlikte düşünmüştür. Bu diğer ilkeler hukuk devleti başta olmak üzere Cumhuriyetin öbür ilkeleri ve aynı zamanda kısıtlamanın koşullarıdır. Hepsinden önemlisi, dolaylı da olsa, 1982 Anayasasının çizdiği çerçeve aşılarak çağdaş demokrasinin ilkele-ri açısından değerlendirme de bulunulmuştur(36). Bu karara göre, Anayasa Mahkemesinin demokrasi anlayışı çağdaş özgürlükçü Batı demokrasileri doğrultusundadır. Standart bir demokrasi anlayışı hedeflenmiştir. Bu kararlar Avrupa Anayasa Hukukuna kapının açıldığı söylenebilir(37).

(35) E. 1985/8, K. 1986/27, k.t. 26.11.1986, AMKD, Sayı 22, s. 365-366.

(36) Aynı görüş doğrultusunda bakınız: **Kaboğlu**, a.g.e., s. 282-283.

(37) **Mustafa Gönül**, “Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi,” Avrupa Anayasa Mahkemeleri VIII. Konferansına sunulan basılmamış Tebliğ (Ankara: 1990), s. 32.

Anayasa Mahkemesi 3.5.1985 günlü 3194 sayılı İmar Kanununun 18. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasaya aykırılığı nedeniyle yapılan başvuruda düzenlemeye tabi tutulan arazi ve arsaların dağıtımı sırasında, bunların düzenlenmeden önceki yüzölçümlerinden yüzde otuzbeşine kadar kısmının belediyelerce “düzenleme ortaklık payı” olarak alınabilmesini, başka bir deyişle mülkiyet hakkının yüzde otuzbeşine kadar bir oranda ortadan kaldırılabilmesini Anayasaya aykırı bulmamıştır. Mahkemeye göre, “malikin, kamulaştırma dışındaki uygulama ile mülkiyet hakkının özüne dokunulduğundan söz edilemeyeceği için dava konusu kuralla getirilen sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olduğu da düşünülemez”(38)

Anayasa Mahkemesinin demokratik toplum düzeninin gerekleriyle öze dokunmama kavramını özdeşleştirmesi olumlu olmakla birlikte; Ahmet N. SEZER’in Karşıoy Gerekçesinde belirtildiği gibi, mülkiyet hakkına getirilen ve kamu yararının varlığının tartışmasız kabul edildiği durumlarda dahi sınırlamanın 13. maddenin ikinci fıkrasına göre demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmaması gerekmektedir. Ayrıca, bir hak veya özgürlüğü yalnızca ortadan kaldıran düzenlemeler değil, onu amacına uygun biçimde kullanılmasını zorlaştıran veya kullanılamaz duruma düşüren sınırlandırmalar da demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırıdır(39). Bunların yanında, getirilen düzenlemenin bir sınırlama olmadığı ve mülkiyet hakkının arazi veya arsalar üzerinde yapılan düzenlemelerden sonra yüzde otuzbeşine kadar son bulduğu ve bu nedenle getirilen kuralla mülkiyet hakkının ortadan kaldırıldığı söylenebilir. Eğer idare mülkiyet hakkına son vermek istiyorsa bunu Anayasanın 46. maddesine uygun olarak kamulaştırma yoluyla yapması gerekmektedir.

Ne yazık ki, Anayasa Mahkemesinin “demokratik toplum düzeninin gerekleri” konusundaki içtihadı istikrar göstermemektedir. Kısa aralarla Verdiği iki kararda birbiriyle çelişkili yorumlarda bulunmuştur. İmar Kanununun 18. maddesi nedeniyle verdiği kararda da demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünü gerektiği gibi uygulayamamıştır. Anayasa Mahkemesi kararlarında olumlu olan yön demokratik toplum düzeninin gerekleriyle hak ve özgürlüklerin özü kavramlarını özdeş olarak kullanmasıdır. Bu durumda kanımca Serbest Bölgeler Kanunu ile ilgili karardaki yorumun istisnâ ve kendine özgü olaylar için geçerli olduğu söylenebilir. Çünkü Anayasa Mahkemesinin sürekli ve tutarlı içtihadında özgürlükçü demokrasi anlayışı yer almaktadır. Bu içtihadın temelinde de temel hak ve özgürlüklerin ancak “istisnâ olarak ve demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde” sınırlandırılabilmesi ilkesi vardır. Bu Mahkemenin ilerde vereceği kararlarla daha fazla bir açıklığa kavuşacaktır.

(38) E. 1990/9, K. 1990/13, k.t. 21.6.1990, Resmî Gazete, 3 Şubat 1991, Sayı.20775, s. 54.

(39) Aynı karar, Ahmet N. Sezer’in Karşıoy Gerekçesi, s. 58-59.

V. SONUÇ

Atatürk Türkiye’de ulusal, lâik ve çağdaş bir devlet kurmak istemiştir. Atatürk’ün kurmak istediği çağdaş devlet aynı zamanda demokratik bir devlettir. Atatürk demokrasi konusundaki düşüncelerini çoğu kez cumhuriyetçilik, ulusal egemenlik ve halkçılık ilkeleriyle bağlantılı olarak açıklamıştır. Çağdaş uygarlık düzeyine ulaşma ise bütün ilkelerin temelinde yatmaktadır. Demokrasi kavramı da bu nedenle çağdaş uygarlık anlayışı içinde ele alınmalıdır. Başka bir deyişle, Atatürk’e göre demokrasinin çağdaş bir demokrasi olması gerekir (40).

1982 Anayasasında yer alan demokratik toplum düzeninin gerekleri Atatürkçü düşünce sistemi içinde ele alınmalıdır. 1982 Anayasası bakımından bu bir zorunluluktur; çünkü 1982 Anayasasının Başlangıç kısmının üçüncü paragrafında Anayasanın “Türkiye Cumhuriyetinin kurucusu, ölümsüz önder ve eşsiz kahraman Atatürk’ün belirlediği milliyetçilik anlayışı ve O’nun inkılâp ve ilkeleri doğrultusunda” anlaşılması gerektiği vurgulanmaktadır. Bu söylenenlerin sonucu ise demokrasinin mutlaka çağdaş ve özgürlükçü demokrasi olarak anlaşılması olmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin bu ilkeyi yorumlarken bunu sürekli olarak çağdaş Batı demokrasi anlayışı içinde ele alması bir zorunluluk olmaktadır. Bu demokrasi anlayışının standardı Avrupa’da uygulanan demokrasilerden çıkarılabilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin uygulanmasındaki ortak standartlar bizde de uygulanmalıdır. Bu Anayasamızın 15. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulmasının düzenlenmesinde düşünülen “milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla” ölçütü de düşünüldüğünde son derece uygun bir yol olduğu anlaşılabacaktır.

Demokratik toplum düzeninin gerekleri nedir sorusunun yanıtı özgürlük ve eşitlik olarak verilmiştir. Ancak bu konuda Anayasa Mahkemesinin bu kavramı bir postulat olarak kabul etmesi gerektiği ve ayrıntıya girmemesi gerektiği de belirtilmiştir. Aksi takdirde, Anayasa Mahkemesinin ilerde önüne gelecek davalarda kendi kendini bağlaması ve yasa koyucu yerine geçip kendi demokrasi anlayışını zorla kabul ettirmesi tehlikesi doğabilecektir. Hiç şüphesiz, çok partili demokratik ülkelerde resmî ideolojiye yer yoktur.

Henüz Anayasa Mahkemesinin demokratik toplum düzeninin gerekleri konusunda verdiği kararlarda bir istikrar bulunmamaktadır. Bu konuda Mahkemenin en istikrarlı görüşü demokratik toplumlarda temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulamayacağıdır. Yüce Mahkemenin Polis Vazife ve Selâhiyet Kanunuyla ilgili olarak verdiği karardaki görüşleri sürdürmesi ve

(40) Ergun Özbudun, “Atatürk ve Demokrasi,” Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, Cilt V (Mart 1989), s. 285-295.

buna uygun olarak da daha somut ölçütler geliştirmesi yerinde olacaktır.

Bütün toplumlar zaman içinde değişmektedir ve özellikle bu değişim son 200 yılda son derece hızlanmıştır. Bu 200 yıl içinde demokrasi en yaygın kabul gören bir devlet biçimi olmuş ve demokrasi anlayışı da değişmiştir. Bu değişime uyum sağlamak için Anayasa Mahkemesinin yapacağı yorumlarda esnek olması gerekir. Bu aynı zamanda Anayasa Mahkemesinin değişen demokrasi anlayışını topluma benimsetmesini de sağlar.

Saygılarımla, dinlediğiniz için teşekkürler.

(31. Makale - 1992)

İl Han ÖZAY

*Anayasa Mahkemeleri (ya da Yargısının)
Meşruiyeti **

* İl Han Özay, Anayasa Mahkemesi (ya da Yargısının) Meşruiyeti, **Anayasa Yargısı**, C.9, 1992, s.67-74

ANAYASA MAHKEMELERİ (YA DA YARGISININ) MEŞRUIYETİ

Prof. Dr. İl Han ÖZAY*

“Mahkeme”nin kuruluşunun 30 uncu yıldönümünde “Anayasa Yargısı”nın “meşru”luğunu tartışmak ve kanıtlamaya çalışmak belki bir paradoks olacaktır. Ama unutulmamalıdır ki “eğer İtalyada bir gün birisi bir darbe girişiminde bulunmayı deneyecek olsa, bunun karşısında direnebilecek otoriteye sahip tek kuruluş, yeterli siyasal güçleri de arkasına almak koşuluyla Anayasa Mahkemesidir” diyebilmek için 1946 Kurucu Meclisinde aynı kurum hakkında Francesco Saverio NITTI’nin “bu müstehcen bir şeydir” demesinin üzerinden de tam yirmi yıl geçmesi gerekmişti.(1) Gerçi o ülkede artık Anayasa Yargısının işlev ve anlamı tartışılmasa da, geçmişte aşağı yukarı her devir ve diyarda olduğu gibi Mahkemeye hep politik bir bakış açısı ile yaklaşılmış ve bütün değerlendirmeler bu ölçüte göre yapılmıştır. İtalyada “siyasal adalet”in Yargı mı, yoksa Yasama ve Yürütme aracılığıyla mı gerçekleşeceği tartışıldığında, Kurucu Meclis, Mahkemenin siyasal bir rolü olacağını biliyordu. Bu yüzden de, Mahkemenin, daha sonraki yıllarda Yasama ve Hükümet ile zaman zaman çelişki içine düşebileceği de önceden belliydi.(2) Nitekim, zamanın Amendola ve Einaudi gibi ünlü Liberalleri sadece “siyasal, yani parlömanter sistemin geleneksel organları içinde” kalmayacak, yasama mekanizmalarının “dışında” ve “oyunun kurallarına uyulmasını sağlayıp bir güvence oluşturacak yeni araç ve yöntemler bulma zorunluluğuna işaret etmekteydiler.(3) Buna karşılık, İtalyan Komünist ve Sosyalist Partileri, bu yeni kuruluşa

* İ. Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

- (1) **Özay İl Han**, “Yargının Sorunlarına Yaklaşımda bir Örnek Olarak Geçmiş ve Geleceğiyle, İtalyan Anayasa Mahkemesi”, Anayasa Mahkemesinin 27 nci Kuruluş Yıldönümü, Ankara 1989 ve orada anılan yazarlar.
- (2) İtalyada Cumhuriyet döneminin en önemli politik sorunlarının hemen hemen tümü Anayasa Mahkemesinin şu veya bu yönde kararlarına konu olmuştur. Bunlar arasında, boşanma, Vatikan ile Laterano Paktları, basının finansmanı, kamu görevlilerinin maaşları, radyo-televizyon, Devlet sırrı, kürtaj, grev, emekli maaşları ve referandum sadece akla hemen gelenleridir.
- (3) Amerika Birleşik Devletlerinde de, “Yüksek Mahkemeye, anayasal sorunları salt hukuk kuralları ile çözümleyen bir yargı organı gibi değil de, Başkan ve Kongre ile birlikte yönetim erkini paylaşan siyasal bir kuruluş gibi bakmanın, bu Kurumun incelenmesi ve anlaşılmasında çok daha kolaylaştırıcı bir yöntem” olacağı görüşü ileri sürülmüştür. (Carr, R.K., The Supreme Court and the Judicial Review, N.Y. 1942, p. xl).

kesinlikle karşı çıkmaktaydılar. Mahkemeyi bir “garabet” olarak niteleyen Togliatti, böyle bir kuruluş için asıl nedenin “ülkenin siyasal, ekonomik ve sosyal yapısını kökünden yenileştirmek isteyen emekçi sınıfların doğrudan ve özgür bir ifadesi”ni yansıtacak olası bir çoğunluktan korkuda aranması gerektiğini düşünüyordu. Togliatti, Mahkemenin kuruluşu ile “ünlü yurttaşların tüm Meclisler ve Parlamento ile demokratik sistemin üzerine çıkarak ve yerleşerek, onun yargıçları olacaklarını söylüyor ve soruyordu: “Bunlar da kim oluyor? Eğer onları ulus seçmiyorsa güçlerini nereden alıyorlar?”(4)

Ne garip tecellidir ki, İtalyada 18 Nisan 1948 seçimlerinde Hristiyan Demokratlar çoğunluğu kazanarak iktidar oldular. Olunca da, Faşizm döneminin otoriter Devlete özgü güçlü Hükümet, polis ve yargı organına ilişkin yasal düzenlemelerini korumanın daha yararlı olabileceğini düşündüler. Mahkemenin anayasada yer alan bazı ilkelerle bağdaşmadığı için bu yasaları iptal etmesi riskini neden göze alsınlardı ki? (5)

Anayasa Mahkemelerini, İtalya ve ondan da fazla (Batı) Almanya'da, Devletin diğer organlarını yönlendirmekten çok “siyasal yaşamın baş hakemi” niteliğiyle değerlendirmek daha doğrudur. (6) Öte yandan, aslında, Mahkeme ve Parlamento masanın aynı tarafında ve yanyana yer almaktadırlar. (7) Uygunluk denetiminin “sadece hukuksal değil, fakat İtalyadaki gibi özellikle bir çok maddesi gerçek norm olmayıp ileriye yönelik siyasal direktif niteliğindeki bir Anayasa sözkonusu olduğundan aynı zamanda politik bir içerik kazanması” kaçınılmazdır(8). Mahkemenin bir çok kararının siyasal tercihlerin ürünü olması da doğaldır, zira bunlar düzenin başındaki ilkelerin tanımına ilişkin olmakla kendiliklerinden politiktirler.(9) Bu nedenle de, “Mahkeme Anayasanın bekçisi olarak her zaman vardır ve geleneksel anayasal güçlerin dışında ve üstünde, Cumhurbaşkanının yanında, fakat ondan daha fazla siyasal kirlenmeden arındırılmış bir halde ideal bir kaide üzerine konulmuştur. Cumhurbaşkanı bırakılmış olan siyasal eşgüdüm yanında salt hukuksal bir eşgüdüm fonksiyonuna ilişkin yetkileri nedeniyle de tarafsızlığı vurgulanmış olmaktadır.”(10)

(4) **Rodota' c.**, La Corte Costituzionale, Editori Riuniti, 1936, pp. 9-14.

(5) Aynı yerde, s. 18-19. Aynı dönemde. Sol partilerin ise Anayasanın tüm ilkeleri ile yaşama geçirilmesi yönünde yoğun bir çaba içinde oldukları görülmektedir. Giderek, kanunları onların “doğal yargıcı”nın incelemesinin bir “Anayasa Mahkemesi hakkı” olarak tanımlandığı bile görülmüştür. Nitekim 1953 te yürürlüğe konulan “dalavera yasa” olarak nitelenen bir seçim kanunu oyların % 50 sini alan partilerin Parlamentoda % 63 ile temsilini öngörünce Mahkemenin gereği ayan beyan ortaya çıkmış ve feryatlar ayyuka yükselmişse de kuruluş ancak 1956 da tamamlanabilecek yılın ilkbaharında işlemeye başlayabilecekti.

(6) **Loewenstein K.**, Political Power and the Governmental Process, Chicago 1962, p. 257.

(7) **E.I. A.L.**, Intervento, in Rassegna Parlamentare, 1969, p. 191.

(8) **Calamandrei cit. Occhiocupo N.**, La Corte costituzionale come giudice di “opportunità” delle leggi, in Giurisprudenza Costituzionale, 1977, p. 1727.

(9) **Branca**’dan naklen **Massera, A.** Materiali per uno studio sulla Corte costituzionale, in Rivista trimestrale di Diritto pubblico, 1972, 2, p. 875.

(10) **Azzariti, G.**, Discorso, in Giurisprudenza Costituzionale, 1959, p. 955.

Anayasa Mahkemeleri (ya da Yargısının) Meşruiyeti

Anayasal yargının Devlet organları arasında “en az tehlikeli” olduğunun düşünüldüğü (11) Amerika Birleşik Devletlerinde, çoğu kez Yüksek Mahkemenin işlev ve birçok kararına bakılarak bir “Yargıçlar Hükûmeti”nden de sözedilmiştir ve edilmektedir. Nevarki 1803 tarihli *Marbury v. Madison* kararından esinlenerek belli bir dönemde Yüksek Mahkemenin siyasal bir güç olarak kendini kabul ettirdiği ileri sürülmüşse de bu gerçek değildir.(12) Birleşik Devletlerde 1930 lara gelinceye kadar Yüksek Mahkemenin siyasal yaşam ve yasama etkinliklerini büyük ölçüde etkilediğinde kuşku bulunmasa bile, bu daha sonraları, özellikle federal yasalar üzerinde gittikçe zayıflayan bir denetim olmuş ve ulusal istencin doğrudan temsilcisi olan Kongre ve Başkanın iradesi karşısında gerileyen bir niteliğe bürünmüştür.(13)

Bütün bu örnek ve değerlendirmelerin ışığı altında, İtalyada, “sistemin esas unsuru” olarak nitelenen Mahkemenin içtihadı bir tarafa bırakılırsa, “anayasal düzenin bütünüyle bilinmesi ve kavranmasının mümkün olamayacağı” düşünülmektedir.(14) Aynı şekilde, ülkemizde de Mahkeme(nin) Türk Anayasa sistemi içinde artık kesin yerini (aldığı) (y)alnız hukuk düzeni içinde değil, aynı zamanda siyasal hayat içinde de bir kilit noktasında bulun(duğu)”(15) söylenebilir. Hal böyle olmakla beraber bu yine de, Anayasa Mahkemesi ya da yargısının “meşru”luğunu tartışmasız kanıtlamaya yeterli sayılamaz.

Anayasa Mahkemesi ya da yargısının “meşru” bir denetim sayılıp sayılamayacağı konu ve sorunu demokratik düzen kavramı ile doğrudan ilgilidir. Böyle bir konunun fazla tartışılmadığı İtalyada bile, başlangıçta Anayasa Mahkemesi demokratik-temsili parlömenter sistem veya düzen içinde acaba rahatsız edici bir unsur mudur sorusu ortaya atılmıştır.(16) Bu sorunun cevabı ise, Anayasa yargısının demokratik- parlömenter çerçeve içinde onunla kesin biçimde çelişen bir durum olmadığı Kurucu Meclisteki Anayasa Koyucunun bilerek ve isteyerek, belli bir siyasal modelin fonksiyonu icabı, kabul edilen demokratik rejimin güvenceli niteliğinin ifadesi diye düşünülmesi gereken bir “alterasyon”dan başka birşey olmadığıdır. Anayasa yargısı veya başka düzenlerde onunla eşkonumdaki diğer organların yapı olarak “demokratik meşruluk”tan yoksun olması kaçınılmaz bir sonuç hatta bir ölçüde gerekli

(11) Bickel’den aktaran **Tunaya T.Z.** ve “(n) itekim bir Anayasa Mahkemesinin devrim yaptığı görülmemiştir ama böyle bir mahkemenin bulunmadığı çalkantılı bir ortamda bir askeri darbeye gidildiği izlenmiştir.(.)” diye ekleyerek Türkiye’de 27 Mayıs buna örnek olarak gösterilmektedir. (Ünsal A. Siyaset ve Anayasa Mahkemesi, Ankara 1980, s. 327).

(12) **Tunaya T.Z.**, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, İstanbul 1980, s. 480.

(13) **Biscaretti Di Ruffia P.**, Diritto Costituzionale, Jovene-Napoli, 1986, pp. 631-632.

(14) Başkan **Ambrosini**’nin 22.01.1963 tarihinde göreve başlama töreninde yaptığı konuşmadan aktaran **Sandulli A.M.**, Il primo dodicennio della Corte costituzionale, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1968, 1.

(15) **Tunaya, T.Z.**, Siyasal Kurumlar cit., s. 148.

(16) **Crisafulli, V.**, La Corte Costituzionale Ha Vent’anni, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1976, 10, p. 1697.

bir düzenlemedir. Zira, “denetleyen”in “denetlenen”in gerçek anlamda dışında kalmasını sağlamak zorunludur. Eğer Yasama meclisleri de Anayasa Mahkemesi de yetkilerini aynı yöntemle, yani ulusal seçim yoluyla elde etmiş bulunsalar her iki güç arasında siyasal bakımdan **yüksek bir oranda “türdeşlik”**, bir diğer deyişle “continuum / biri diğerinin devamı” olma durumu ortaya çıkar ki, bunun maliyeti de denetimin zayıflaması, sonuçta bir **“kendi kendini denetim” mekanizmasının** belirmesidir. “Denetim” ile “kendi kendini denetim” kavramları arasındaki tek ortak nokta ise adlarına sadece bir kısmının aynı sözcükten oluşmasıdır.(17)

Anayasanın katılığı, yasal düzenlemelerin uygulanmasının yargı denetimi altında olması bütün bunlar “negatif” de olsa, siyasal gücün Yasama yetkisini sınırlayan etkenlerdir. Öte yandan Yasamanın egemenliğinin tartışmasız kabulü artık 19 uncu yüzyıldaki anlam ve kapsamını çoktan yitirmiş bulunmaktadır.(18) Nitekim egemenliğin sahibi ve kullanıcısı ulustur. Dolayısıyla, hiçbir organ, bu arada Parlamento’da, “egemen” değildir. Kurum, kuruluş ve organlar, her gücün tek ve değişmez kaynağı olan ulusun, çıkar, yarar, gereksinim ve isteği doğrultusunda, onun verdiği yetki ile görevli olmaktadır.(19) O halde, böyle bir düzen içinde, Yasama meclisi oluşumu bakımından ve zaman zaman yemlenmekle demokratik meşruluğun doğrudan ve ona en yakın organı konumunda bulunsa bile, Anayasanın öngördüğü tüm diğer kurumlar da sözkonusu “meşruiyet”ten, kendi görev ve yetki alanları içinde pay almaktadırlar. Kısaca, bu düzende “demokratik meşruiyet”i bulunmayan hiçbir anayasal organ yoktur. (20)

Eğer, bütün karşı görüş Anayasa Mahkemesinin temsilî bir organ olmaması noktasında toplanıyorsa, tüm yargı sisteminin bu niteliği nedeniyle demokratik düzene aykırı olduğu söylenebilir mi?(21) Söylenebilirse Adli ve İdarî yargılar da demokratik düzen içinde hiçbir meşruiyeti ve sorumluluğu olmayan kurumlardır (22) demek istenir ki böyle bir görüş de olsa olsa “egzantrik” diye nitelenmek gerekir.

Birçok yerde ve doğru olarak Anayasa Mahkemesi içinde siyasal yaşamda

(17) Aynı yerde, p. 1698.

(18) Siyasal düzen Yasama meclislerinin değil ulusun egemenliğine dayalıdır. Bu nedenle, genel düzenleme yapma yetkisi tekeli Parlamentoda olmadığı gibi, kanunla herşeyin yapılabilmesi de sözkonusu değildir. Böyle bir düzende Parlamantonun siyasal gücü de bir seri sınırlar ve karşı dengelerin etkisi altındadır. (aynı yerde.)

(19) Anayasamız da gerek BAŞLANGIÇ kısmının beş ve altıncı paragrafında gerekse “Egemenlik” kenarbaşlığını taşıyan 6 ncı maddesinde bunu açık seçik vurgulamaktadır.

(20) Occhiocup, cit., p. 1729.

(21) Yargıda görevli bazı kimselerin seçimle işbaşına geldiği Amerika Birleşik Devletlerinde bile ne Federal yargıçlar ne de Yüksek Mahkemelerin üyeleri Yasama organı gibi doğrudan seçim sonucu belirlenmemektedir. Kaldı ki, Avrupa ülkelerindekinin aksine, bizde, Yargı yerleri “Kanun Namına” değil, kararlarını “Türk Milleti Adına” verirler. Yani Yargı da Yasama gibi (ve en az onun kadar) “Millî İrade”nin bir ifadesidir.

(22) Crisafulli, cit. p. 1697.

Anayasa Mahkemeleri (ya da Yargısının) Meşruiyeti

rol almış üyeler de bulunabilir. (23) Ancak, Anayasa Mahkemesi bir yargı organıdır ve politik niteliği yoktur. Siyasetle uğraşmış kişilerin orada bulunması da bu nitelikte hiçbir değişiklik yaratmaz.

Çünkü, işlevi gereği, Mahkeme, yasaların Anayasaya uygunluğunu olağan yorum ölçüleri uyarınca ve yargısal açıdan inceler.(24)

Öte yandan, doğal olarak Mahkeme kanun koyucuya ne belli bir direktifi empoze edebilir ne de bunu yapmaya tevessül etmiştir. O sadece yapılabilecek olanla yapılamıyacağı göstermekle yetinir. Bazen de Anayasaya aykırı düşmemek için yapılması gerekeni önerebilir. Dolayısıyla onun kararları “görüş” ile “uyarı” arasında, fakat ne olursa olsun Yasama ile bir tür işbirliğinin ürünü ve aracıdır.(25)

“Democracy is the politics of equality

Without democracy rights are empty words

Demokrasi eşitlik siyasetidir

Demokrasisiz haklar boş sözlerden başka birşey değildir.”

(BARBER B.R., Rights and Democracy in DIALOGUE, 1, 1992, p. 4)

Ünlü siyaset bilimci, Sartori’nin, çok partili düzenlerde azınlıkta kalanların haklarına saygı gösterilen bir rejim olarak tanımladığı demokraside bunun gerçekleşmesi ve bir hukuksal koruma altına alınmasının en etkin yolu da kuşkusuz Anayasa yargısıdır.(26) Bu bir yana, düzenin “demokratik” olması çoğunluğun istediği kararı alabileceği anlamına gelmez. Dolayısıyla, çok yaygın biçimde inanılan, demokratik düzenlerde çoğunluğun herşeye kâdir olduğu düşüncesinden de daha yanlış birşey yoktur. Demokratik düzende gücün sınırları diğer tüm Hükümet şekillerinden hem daha geniş hem de daha aşılmazdır. (27)

Çağdaş demokrasi aynı zamanda ve mutlaka “çoğulcu” da olmak zorunluluğunda ise de, bu nitelik sayısal olarak anlatılabilecek bir duruma ilişkin bir görüntü değil, **bir “anlayışın”ın düzene yansımasıdır**. Nitekim, sayısal olarak “çoğunluk” ilkesi, tek başına toplumdaki egemen güç ve etkinlikleri ne yansıtabilmekte, ne de farklı ve birbiri ile değişik biçimlerde eşgüdüm içinde olması gereken yararların düzenli şekilde uyumunu sağlamaya yeterli olabilmektedir. Giderek, **çoğulcu bir toplumda sadece sayısal olarak düşünülebilecek bir çoğunluk ilkesi demokratik düzenlerin kabul edemeyeceği bir**

(23) Ambrosini, İtalyan Kurucu Meclisinde yaptığı konuşmadan aktaran Massera, cit. p. 841.

(24) Aynı yerde.

(25) Crisafulli, cit., p. 1703.

(26) Turhan, M., Anayasamız ve “Demokratik Toplum Düzeninin Gereklileri” in BÜLTEN (Türk Demokrasi Vakfı Yayın Organı), sayı 10, Aralık 1991, s. 21 ve 24.

(27) Esposito, C., Commento all’art 1 della Costituzione, in La Costituzione Italiana (Saggi) Padova 1954, p. 9.

uygulamayı beraberinde getirebilmektedir. Zaten, işte sırf bu nedenlerdir ki, çoğunluk sistemi “nisbî temsil” ile düzeltilmiş bir halde uygulanmaktadır.(28) Bütün bu gerekçelerden çıkarılabilecek ilk ve öğretide en önde gelen bilim adamlarının paylaştığı ortak sonuç ve kanı **egemenliğin sadece ulusta olduğu ve onun tarafından kullanılacağı ve gücünü, Anayasa uyarınca ulus ve toplumdan alan Mahkemenin de yetkisinin gerçek bir demokratik güç kaynağına dayandığı (29), bir diğer deyişle Anayasa Yargısını “demokratik düzenin meşru ve doğal bir kurumu” olduğudur.**

Düzen, çoğunluğa dayansa ve Yasamanın oluşumu “nisbî temsil” usulüne göre belirlirse de çağımızda bu kadarı gerçek demokrasi için yeterli sayılmaktadır. Zira demokratik düzenin artık olmazsa olmaz unsurlarından biri de “katılımcı”lıktır. Dolayısıyla, toplumda yaşayanların gerek Yasama gerekse “İdare”de karar alma sürecinin her aşamasına katılması artık bir hak olarak kabul edilmektedir.

Bireyler, genelde bu haklarını örgütlü bir biçimde katılım yoluyla, kullanmakta ve siyasal partilerden demeklere, vakıflardan “lobby”ler ve olguda görülen “hukuksal varlıklar”a kadar her isim ve şekil altında kamusal yaşamda kendilerini temsil ettirebilmektedirler. Ancak tüm bu sayılan örgüt ve gruplaşmaların siyasal ağırlığı da kuşkusuz sayısal güçleri ile doğrudan orantılı olmaktadır. Bu nedenle de, Yasama, nisbî temsil de olsa yine seçmenlerin oy sayısının doğrudan orantısını yansıtabilir. Ülkü ve ilkeleri kuramsal açıdan ne kadar yüce olursa olsun, tek başına bir “birey” her zaman toplumda da, Yasama da da ya hiç temsil edilmez ya da her zaman “marjinal” kalır. Halbuki çağdaş anlayışta “katılımcılık” ve “sivil toplum” gerçek demokrasinin temel unsurları olarak kabul edilmektedir. Katılımcılık, hiçbir şekilde örgütlenmemiş “birey”in bile sesini duyurabilmesi olanağını da içermelidir. Çünkü kanımca “sivil toplum” **“kurumlaşmanın en alt düzeye inmiş olduğu... (ve) (h)er alanda tüm önceliklerin bireye veril(diği)... kendisiyle ilgili kararları kendisi alan ve hiçbir dış müdahaleye tabi olmayan insan topluluğu”dur.**(30) Böyle bir toplumda da “marjinal” bireyin kendisini başta Anayasa Mahkemesi gelmek üzere, belli “kurum”lar aracılığıyla dışa vurması sözkonusudur. Şu halde Anayasa Yargısı meşruiyetini doğrudan doğruya çağdaş özgürlükçü demokrasinin merkezi olan “birey”i temsil etme, onun sesi olma işlev ve konumundan almaktadır. **İşte böylece gerçek, çağdaş, çoğulcu ve katılımcı demokrasi ülkü ve ilkelerine inanmış bir Anayasa Yargısı tek başına bir “birey”i, yani “marjinal”i tüm toplumsal ve kamusal yaşamın “merkez”i haline dönüştürebilir.**

(28) Lavagna, C., II sisteme elettorale nella Costituzione italiana, in Rivista trimestrale di Diritto pubblico, 1952, p. 849.

(29) Occhiocupo., cit., p. 1730 ve orada anılan yazarlardan Crisafulli, Tosato, Bartholini.

(30) Ateş, T., HAK-İŞ (Dergisi), 1991, sayı 16 da yayınlanan ankete verdiği cevaptan.

SONUÇ OLARAK:

Anayasa Yargısı (ve Mahkemeleri) **çağdaş marjinalin merkezleşebilmesinin** (the centralization of the marginal)* **olası, tek ve vazgeçilmez aracı ile yöntemidir.**

Anayasa Mahkemeleri (ya da Yargısı) **geçmişini değerlendirme ve düzeltmeyle düzenin geleceğini doğru zemine oturtmanın ideal “parametre”si veya belli bir anlamı olan boyutudur.** (31)

* Bu terimi başka bir yerden aldığım için değil, eğer yabancı bir dile çevrilecekse görevlilere yardımcı olsun diye bu şekilde ifade ettim.

31 **Bognetti, G.**, Verso Una Nuova Costituzione, Milano-Giuffrè, 1983, Toma Seconda, p. 544.

(32. Makale - 1993)

Güneri AKALIN

*Anayasa Mahkemesi'nin Özel Okullarda
%10 Ücretsiz Öğrenci Okutulmasına
İlişkin Kararının Eleştirisi ve
Düşündürdükleri **

* Güneri Akalın, "Anayasa Mahkemesi'nin Özel Okullarda % 10 Ücretsiz Öğrenci Okutulmasına İlişkin Kararının Eleştirisi ve Düşündürdükleri", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 26, S. 3, Eylül 1993, s. 61-75.

ANAYASA MAHKEMESİNİN ÖZEL OKULLARDA %10 ÜCRETSİZ ÖĞRENCİ OKUTULMASINA İLİŞKİN KARARININ ELEŞTİRİSİ VE DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ

Güneri AKALIN*

Adıgeçen kararın¹ bir özeti aşağıda yer almakla birlikte hemen hatırlatalım. Anayasa yargısının niteliği icabı, konu hukuku aşan bir özellik arzetmekte olup, bu defa kamu ekonomisi alanına girmektedir. Bilindiği gibi, kamu ekonomisi ile uğraşanlar ayrıca “Anayasal İktisat” denilen yeni bir iktisat dalının da oluşmasına öncü olmuşlardır.² Anayasal iktisat yaklaşımı anayasayı sosyal seçim kuralları demeti olarak görür. Bir başka deyişle; sosyal refah fonksiyonunu ve değişkenlerini belirleme kurallarıdır. Konu daha geniş bir kitleyi ilgilendirdiği için metnin yazımında iktisadi aletlerin kullanımından sakınılmıştır.

Davanın Konusu

4.6.1988 günlü 19832 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan “Özel Öğretim Kurumları Öğrenci Ücretleri Tespit ve Tahsil Yönetmeliği”nin 12. maddesi ücretsiz okutulacak öğrenci miktarını, kuruma devam eden öğrenci sayısının %10’u olarak göstermiş ve bu öğrencilerin %75’inin Bakanlıkça ve %25’inin ise kurumca belirlenmesi esası getirilmiştir.

Anılan yönetmeliğin 13. maddesinde ücretsiz okutulacak öğrencilerin belirlenmesi ile ilgili esasların ayrı bir yönetmelikle tespiti öngörüldüğünden, “Özel Öğretim Kurumlarında Okuyacak Öğrenciler Hakkında Yönetmelik” 28.2.1983 günü bakan onayı ile yürürlüğe konulmuştur.

Kolej Ayşeabla Ltd.Şti.’nin vekili Doç.Dr.Metin Günday 1.5.1989 günlü ve duruşma istemli, dava dilekçesinde, müvekkili şirkete ve diğer özel öğretim kurumlarına yüklenen ücretsiz öğrenci okutma yükümlülüğünün ve 28.2.1989 günlü onayla yürürlüğe konulan yönetmeliğin tüm hükümleri ile

* Prof. Dr. Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Maliye Bölümü Öğretim Üyesi.

1 Esas sayısı: 1990/4, Karar Sayısı: 1990/6, Karar günü: 12.4.1990, AMKD, S.26, Ankara, 1992, s. 124-146.

2 Buchanan J.M., G. Tullock, *Calculus of Consent*, Michigan U.P., Ann Arbor, 1962.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

14.6.1988 günlü yönetmeliğin 12. maddesinin Anayasa’ya aykırılığını ileri sürerek iptali için Danıştay’a dava açmıştır.

Danıştay Sekizinci Dairesi, davalı idarenin savunmasını da aldıktan sonra, davacı tarafın Anayasa’ya aykırılık savının ciddi olduğu kanısına vararak, 1.2.1989 gününde Anayasa Mahkemesi’ne başvuru kararı almıştır.

Anayasa Mahkemesi’nin Karar Özeti

Anayasa’nın 42. Maddesi³ Yönünden İnceleme

-Devlete ait bu denli bir kamu hizmetinin yürütülmesinde çok az da olsa pay sahibi kılınan özel okulların konumunu bir çeşit kamu imtiyazına benzetmek mümkündür.

-Bu itibarla, Anayasa’nın 65. maddesinin devleti, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde sorumlu tutan kuralına dayanmak suretiyle maddenin “sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler” bölümündeki sistematik konumuna göre, eğitim ve öğretimi “zayıflatılmış ve eksik korumalı potansiyel haklar”-dan sayarak bu alanın özel teşebbüse tamamen açık olduğunu, faaliyetlerine parasal yönden kayıtlar konulamayacağını savunmak mümkün değildir.

-Kamusal yönü ağır basmakla beraber, özel öğretim kurumlarının sağlayacakları eğitim olanaklarına, ileriye dönük yatırımlarına, personel ve işletme giderlerine göre tespit edilecek ücret tutarlarının bunlardan yararlananlar tarafından makul kârları ile karşılanması normaldir.

Milli Eğitim Bakanlığı’nın bu konuda getireceği kısıtlamaların yargısal denetime açık olduğu düşünülürse, üst sınırın %10 olarak tespitinin özel okullar için aşırı yük oluşturmayaacağı da açıktır.

Anayasa’nın 48. Maddesi Yönünden İnceleme

-Anayasa’nın 48. maddesinin birinci fıkrası herkesin, dilediği alanda çalışma özgürlüğüne sahip olduğunu açıklamaktadır. Hiç kuşkusuz, çalışma ve sözleşme özgürlüğü de öteki özgürlükler gibi sınırsız bir özgürlük olmayıp, kamu yararı amacıyla her zaman sınırlanabilir. İnsanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamakla görevli kılınan, ancak, olanakları sınırlı bir devletin, ödevini gerçekleştirmek amacına yönelik söz konusu düzenlemeyi hukukun aşırı zorlaması diye nitelendirmek de doğru değildir.

Anayasa’nın 73. Maddesi Yönünden İnceleme

İtiraz konusu 625 sayılı Yasanın ek 4. maddesinin 1. fıkrasında» özel eğitim kurumlarına, öğrenci kapasitesinin %2’sinden aşağıya düşmemek üzere, %10 oranına kadar ücretsiz öğrenci okutma yükümlülüğünü itiraz yoluna başvuru-

3 Anayasanın “Eğitim Hakkı ve Ödevi” başlığını taşıyan maddesi

Özel Okullarda Ücretsiz Öğrenci Okutulmasına İlişkin Karar

ran mahkemece “dengeli, ölçülü, taşınabilir olma” özelliklerine uygun bulunmadığı için de Anayasa’ya aykırılığı öne sürülmüştür.

Belli bir oranda ücretsiz öğrenci okutma zorunluluğunun hem özel okullara hem de buralarda öğrenim gören öğrenci ailelerine bir miktar mali yük getireceği kuşkusuzdur. Ancak bu yükün vergi benzeri mali yükümlülük niteliğinde olduğu kabul edilemez. Çünkü yukarıda işaret edildiği gibi, halkın öğretim ve eğitim ihtiyaçlarını sağlama faaliyeti önemli kamu hizmetlerindendir. Burada her ne kadar bir sözleşme yoksa da, giderleri ve riski kendisine ait olmak ve hizmetten yararlananlardan aldığı ücretle yatırımlarını amorti etmek üzere bir kamu hizmetinin kurulması ve işletilmesi söz konusudur. O halde, özel okulların yaptığı hizmetin “kamu hizmeti imtiyazına benzer yönünün daha ağır bastığı ortadadır. Özel okullarda okuyup okumama seçeneği de dikkate alınırsa, özel okulların ücretsiz öğrenci okutma zorunluluğu, vergi benzeri mali yükümlülük biçiminde nitelendirilemez.

Dolayısıyla, itiraz red edilmiştir. Onbir üyeden sekizi kararı onaylamış ve üçü ise itirazı haklı bulmuştur.

Kararın Kamu Ekonomisi Açısından İrdelenmesi

Yukarıda sözü edilen Anayasa Mahkemesi kararının hukuka ve hukukun da bu alanda dayanağını oluşturan iktisat biliminin verilerine tamamen aykırı olduğu kanısındayım. Bu kanaatimde itirazı yapan Danıştay Sekizinci Dairesi çoğunluğunun ve Anayasa Mahkemesinde karara katılmayan azınlıktaki üç üyenin⁴ de beni yalnız bırakmadıkları, karşı oy yazılarından anlaşılmaktadır. Bir kamu iktisatçısı olarak, beni bu kararı eleştirmeye iten, karara doktrinde bir muhalefet yaratmak ve Anayasa Mahkememizin bu ölçüde yanlış bir karar alabildiğine işaret ederek, oluşumuna ve çalışma usullerine kamuoyunun dikkatini çekmektir.

Eğitim Hizmeti Nedir?

Bilindiği üzere eğitim harcamaları iktisat bilimi açısından beşeri sermaye stoğunun oluşmasına yol açan yatırım niteliğindedir. Beşeri Sermaye Teorisi, iktisatın yeni gelişen çok önemli bir alanı olup, bu alandaki katkılarından ötürü T.W. Schultz’a⁵ ve G.B. Becker’e⁶ Nobel ödülü, geçtiğimiz yıllarda verilmiştir. Eğer üniversite mezunu bir hakim ile lise mezunu bir zabıt katibi arasında belli bir ücret farkı varsa, bunun nedeni üniversite mezunu olmanın içerdiği ‘ek sermaye stoğu’dur; ve bu ücret farkı da, bu ek sermaye stoğunun getirisiidir.

4 Karara karşı oy veren üç üye: Y.G. Özden, M. Çınarlı ve S. Tüzündür. Özellikle Y. G. Özden’in karşı oy yazısı adil, seviyeli ve örnek bir analiz oluşturmaktadır.

5 T.W. Schultz, *Economic Value of Education*, New York, Columbia, U.P., 1968.

6 G.S. Becker, *Human Capital and Personal Distribution of Income*, Michigan U.P., 1967, s. 2-12

Ancak devletin sunduğu eğitim hizmeti ise, milli savunma veya polis hizmeti gibi salt anlamda kamu hizmeti olmayıp, karma bir sosyal maldır. Bir başka deyişle, bu karma malın sosyal ve kişisel mal niteliğinde bulunan parçaları vardır.⁷ Kişisel kısmı, eğitilenin beşeri sermaye stoğu aracılığıyla kazanç farkını yaratan yatırımdır. Sosyal kısmı ise iktisatçıların dışsallıklar dediği yani üçüncü şahısların ya da bir bütün olarak toplumun eğitilenin eğitimden çektiği ekonomik ve kültürel sosyal (kamu) yararadır. Örneğin suç işleme oranının düşmesi, bilinçli oy kullanma, bilime katkı, işgücü verimliliğinin artması, çevre koruma bilinci vb. İşte özel eğitimin veya özel okulların varolabilmesinin nedeni, eğitim karma malında saklı, kişisel mal ögesinin ağır basmasıdır. Literatürde kabaca eğitim karma malının 2/3’sinin kişisel mal, 1/3’ünün ise sosyal mal olduğuna işaret edilmektedir.⁸

Bilindiği gibi kişisel mallar tüketim özelliklerinin (rakip+dışlanabilir) olması nedeniyle piyasa mekanizmasınca üretilebilirler. Sosyal malların tüketim özelliği ise (rakip olmama+dışlanamama) olup; bunlar piyasaca sağlanamazlar.

Anayasa’nın 42. Maddesi Açısından Kararın İncelenmesi

İşte kamu imtiyazı ya bir sosyal malın üretiminin özel teşebbüse bırakılması veya kişisel bir malın tekel marifeti ile üretilmesinde zorunluluk varsa, söz konusu olmaktadır. Örneğin Yalova Belediyesi çöp toplama işlevini, bir sosyal mal olmasına karşın özel bir firmaya ihale etmiştir. Elektrik kişisel bir mal olmasına karşılık, dağıtımının tekel eliyle yürütülmesinde zorunluluk bulunduğu; İstanbul’da TEK tarafından AKTAŞ A.Ş.’ye imtiyaz verilmiştir.

Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi sadece kamu hizmetlerinin (sosyal mallar) ‘kamu hizmeti imtiyazı’na konu olabileceğini düşünmekteyse, hatalıdır. Yok eğer Anayasa Mahkemesi; su, elektrik, doğal gaz gibi kişisel mal niteliğinde olan fakat piyasa özelliği (monopol piyasası) nedeniyle kamuca sağlanan kişisel malları da, bu kamu hizmeti kavramına sokmaktaysa, maliye literatüründe bunlar “kamu kolaylıkları” (public utilities) adı altında toplanmaktadır. Bir başka deyişle, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesi; ya malın sosyal mal niteliğinde olmasından veya kişisel malın tekelce sağlanması gereğinden kaynaklanır.

Ancak, her iki halde de, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin akdi için, neticede bir tekelin yani monopol piyasasının varolması gerekir. İşte firmaya, monopol imtiyazının verilmesi dolayısıyla devlet, tarifeyi (fiyatları) yine sözleşmede gösterilen esaslar içerisinde düzenlemek durumundadır⁹. Örneğin, ABD’de elektrik hizmetinin sağlanması özel sektör eline bırakılmış olmakla

7 P. Musgrave, R. Musgrave, **Public Finance in Theory and Practice**, NewYork, MacGraw Hill. 1984, (4: Ed), s. 70-81.

8 G. Akalın, **Yüksek Öğretim Karma Malına Maliyet-Fayda Analizinin Uygulanması**, Ankara, A.Ü.S.B.F., 1980. s. 76-77,

9 G. Akalın, **KİT Ekonomisi**, Ankara, 1990, s. 360-361

Özel Okullarda Ücretsiz Öğrenci Okutulmasına İlişkin Karar

birlikte, tarifenin tespiti eyaletlerde 'kamu kolaylıkları komisyonları'na (public utilites commissions) verilmiştir. Bu komisyonlarda kamuyu ve özel sektörü temsil eden yetkililer mevcut olmakla birlikte, ağırlık mahalli idarededir. Bu komisyonlar genelde firmanın mevcut sermayesi üzerinden belli bir getiri haddi (örneğin %10) sağlanmasını garanti edecek bir fiyatı tespit etmektedir. İktisadi faaliyetlerin bu tür düzenlenmesi "Regülasyon Ekonomisi" denilen yeni bir iktisat dalında vücut verir.¹⁰ Kamu imtiyazını doğuran, neticede hizmetin, tekel piyasasınca sağlanmasıdır. Zira gerek sosyal malları ve gerekse kamu kolaylıklarını, piyasa mekanizması etkin bir şekilde sağlayamaz.

Ancak dava konusu olan özel ilk ve orta eğitim piyasası, Türkiye genelinde bir monopol piyasası olmayıp, binlerce kuruluşun rekabet halinde bulunduğu, dolayısıyla tam rekabete daha yakın bir piyasadır. Böylece tam rekabet piyasasına, devletin "kamu yararı" gerekçesi ile müdahalesi ve "kamu hizmeti imtiyazı" yaratması, iktisat biliminin öğretisine tamamen aykırıdır. Zira, hemen ifade edelim, tam rekabet piyasasına devlet müdahalesi etkinsizlik yaratır. Dolayısıyla sosyal refah düşer. Böylece mevcut yasal düzenlemenin etkinlik maliyeti cinsinden bir sosyal refah kaybı mevcuttur. Oysa eğer monopol durumu olsaydı; tüketicinin (öğrenciler+veliler) korunması nedeniyle devletin tarife müdahalesi, etkinliği artırıp, sosyal refahı yükseltirdi.

Ayrıca, idare ile özel okullar arasında, bu kamu hizmetinin görülmesi için, bir "kamu imtiyazı sözleşmesi" de bulunmamaktadır. Devlet, özel okulla veli arasındaki sözleşmeye; hangi iktisadi ve hukuki gerekçe ile müdahale etmektedir. Eğer bir monopolün tüketicuyu sömürmesine engel olmak gibi iktisadi gerekçe ile hareket etmekteyse; monopol mevcut olmadığı gibi, devlet tüketicileri cezalandırmaktadır. Kanımca, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı vermesinde önemli olan husus devlet anlayışının¹¹ "organik devlet anlayışına" yani devletin bireylerin üzerinde yer aldığını savunan görüşe kaymasıdır. Devlet kendi hukukunu yaratır. Oysa, demokraside de egemen olması gereken devlet anlayışı, enstrümental devlet anlayışıdır: Yani, devlet bireylerin kendilerine hizmet için kurdukları bir örgüttür.¹² Piyasa mekanizması da bu demokratik siyasal örgütlenmenin, ekonomik birimini oluşturur. Piyasa mekanizmasını zaafa uğratan monopol, dışsallıklar, sosyal mallar vb. yoksa, devletin piyasa mekanizmasına müdahalesi sosyal refahı arttırmaz, yani kamu yararı sağlamaz.

Kaldı ki gerçekten söz konusu hizmet, eğer Anayasa Mahkemesinin anladığı gibi bir sosyal mal olsaydı;piyasa mekanizmasınca yani özel teşebbüslerce üretilip sağlanamazdı. Burada eğitimin sosyal mal olan kısmı, topluma sağladığı dışsallıklardır. Bunlar suç oranının azalması, hoşgürünün artması, işgü-

10 G.Stigler, "The Theory of Economic Regulation" *The Bell Journal of Economics*, Spring, 1971, s. 3-23.

11 Y.G.Özden, "Karşı Oy" AMKD, a.g.e., s. 137-145.

12 H.Rosen, *Public Finance*, NewYork, MacGraw Hill, 1988, s.6.

cü verimliliğindeki yükselme, bilimsel ilerleme, vb. pozitif sosyal yararlarıdır. Ancak yaratılan bu dışsallıklar dolayısıyla özel okullar tam aksine ödüllendirilmeli yani sübvansiyone edilmelidir.¹³ Aksi halde yöneticiler üretimlerini kısıacaklarından, toplumun bu dışsallıklarından (kamu hizmetinden) yararlanabilmesi mümkün olamaz. Özetlersek, bu yasal düzenleme ne hukuk devleti ile ne de kamu yararı (sosyal refah) ile bağdaşmamaktadır. Ayrıca kararda esas alman “kamu hizmeti” kavramı; yanlış olup, Beşeri Sermaye Teorisindeki eğitimin kişisel kısmına tekabül etmekte; dolayısıyla eğitimin sosyal mal kısmı (dışsallıklar) ise ihmal edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi “eğitim” hukuk bilimi dışındaki bir konu olduğu için, Anayasa’nın 42. maddesindeki devletin müdahale hakkını yanlış yorumlamaktadır. Bu maddeyi yorumlarsak, özel okullara devletin müdahalesi için

- Ya norm denetimi; yani üçüncü fıkra da yer aldığı üzere; “Atatürk İlkeleri ve İnkılapları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına” uygunluk denetimi yani ideolojik denetim söz konusudur.

-Veya altıncı fıkra da olduğu üzere, “özel okulların bağlı olduğu esaslar, devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak kanunla düzenlenir” ifadesinde yer alan eğitim kalitesinin denetimi söz konusudur. Bir başka deyişle, Anayasa, özel okulların, devlet okullarından daha düşük düzeyde eğitim hizmeti sağlamalarına karşı toplumu ve tüketicileri (veli+öğrenci) korumaktadır. Aslında devlet uygulamada bu konuda teftiş ötesinde bir denetim yapmamaktadır. Oysa, özel okullar ücretlerini ve alt taban puanlarını ilan ettikleri gibi, tüketiciyi korumak için Anadolu Liseleri, Fen Liseleri ve ÖSYM sınavlarındaki başarı göstergelerini de bastırıp dağıtmaya ve kamuoyuna açıklamaya zorlanmalıdırlar. Devlet bu başarı göstergeleri, anlamlı ölçüde düşük olan özel okulların faaliyetlerini tatil etmek üzere yasal düzenlemeye gidebilir. Ayrıca, özel okulların kartel anlaşmalarının (fiyatların tüketici aleyhine tespiti) mevcudiyeti halinde, eğitim hakkının engellenmesini önlemek üzere (1. fıkra) müdahale edebilir.

- Danıştay’ın Sekizinci Dairesinin itirazına dayanak olan %10’luk ücretsiz öğrenci kontenjanı tespitinin aşırı olmadığı savına gelince; hem davayı açan avukat, hem itirazı haklı bulan Danıştay Sekizinci Dairesi ve hem de red eden Anayasa Mahkemesi bu konuda yanılmaktadır. Zira söz konusu %10’luk mükellefiyetin getirdiği yük, talep ve arz esnekliğine bağlı olarak veliler ve özel okul sahipleri arasında bölüşülecektir.¹⁴ Ancak uzun dönemde özel okullardaki sermayenin getirisi fırsat maliyetinden (diğer sektörlerdeki getirisinden) düşük ise, sermaye eğitim alanını terkedecektir. Oysa, kısa dönemde talep, kapasitenin altında ise bir “vergi yükü” tamamen özel okulların üzerinde kalır. Anayasa Mahkemesi farkında olmadan kısa döneme ait özel bir durumu

13 J.Stiglitz, **Economics of the Public Sector**, NewYork, Norton, 1988, s. 213-236.

14 Rosen, a.g.e., s. 270-275.

Özel Okullarda Ücretsiz Öğrenci Okutulmasına İlişkin Karar

(talep < kapasite) esas alarak karar almıştır. Örneğin kısa dönemde “talep > kapasite” ise tüm yükü veliler yüklenecilerdir. Ancak uzun dönemde sermaye, sektörü terk edebileceğinden tüm yükü velilerin çekmesi beklenmelidir.

Anayasa’nın 48. Maddesi Açısından İnceleme

Burada Anayasa Mahkemesi, parasıyla okuyabilecek fakat talep eğrisinin alt kesiminde yer alan %10’luk öğrenci kitlesinin özel okul eğitiminden mahrum kalmasını ve bunun yerine %10 civarındaki (kurumun+idarenin) seçeceği öğrencilerin yerleştirilmesini benimsemektedir. Bunu yaparken de gerekçe olarak; eğitim hakkına ve devletin maddi olanaklarının bu hakkı sağlamada yetersiz kalmasına ve bu amaçla okul ve veli arasındaki sözleşme özgürlüğüne müdahale edebileceğine dayanmaktadır.

Bilindiği gibi 48. madde, konumuz açısından önemli olan, sözleşme hürriyetini ve özel teşebbüs kurma hakkını düzenlemekte ve “serbest” olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca devlet özel teşebbüsün ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun ve güvenlik içerisinde çalışmasını sağlayacak önlemleri almayı üstlenmektedir.

Oysa buradaki %10’luk ücretsiz öğrenci düzenlemesi ile, hem sözleşme hürriyetine, hem de özel teşebbüse müdahale söz konusudur. Devletin veli ve özel okul arasındaki sözleşme hürriyetine müdahale etmesi, ancak küçüğün veya velinin açıkça mağduriyetini önlemek için olabilir.¹⁵ Tekel fiyatlandırması gibi. Ancak taraflar arasındaki sözleşmeye üçüncü şahıslar adına müdahalesi haklı değildir. Böyle bir müdahalenin olabilmesi için taraflar arasındaki sözleşmenin “kamu zararı” doğurması yani negatif dışsallık yaratması gerekir. Özel okulların hepsi için değilse bile, bazıları için seçkin tutumları ile, mevcut sınıf yapısını, geleceğe yansıttıkları, dolayısıyla varlıklarının topluma zarar verdiği söylenebilir. Ancak aynı husus Anadolu Liseleri için de geçerlidir. Kaldı ki dışı açılabilir ve dünya ile rekabet edebilmek için, gerek özel sektörde, gerekse kamu sektöründe bu tür seçkin eğitim kuramlarına ihtiyaç vardır. Bu durum da bir pozitif dışsallıktır.¹⁶

Geriye tek gerekçe, fırsat eşitliğini sağlama kalmaktadır. Oysa bölüşüm (gelirin yeniden dağıtılması) tıpkı tahsis (sosyal mallar) ve istikrar (fiyat istikrarı ve tam istihdamın sağlanması) gibi, kamu mâliyesinin üç işlevinden biridir. Dolayısıyla devlet, fırsat eşitliğini sağlamada üstlendiği bölüşüm fonksiyonunun sorumluluğunu, velilere ve özel okul sahiplerine devredemez. Bu konuda devletin yeterli maddi olanaklara sahip olmadığı gerekçesine de sığınmaz.

Zira, Türkiye’nin her bölgesinde özel okullarla rekabet edebilecek, parasız Anadolu Liseleri ağı yayılmış bulunmaktadır. Bir başka deyişle özel okul-

15 M. Friedman, *Capitalism and Freedom*, Chicago, Chicago U.P., 1962, s. 13.

16 M.Blaug, *Economics of Education*, London. Penguin, 1980, s.61 -89.

dan daha çok Anadolu Lisesi mevcut olduğuna göre; fırsat eşitliği için yeterli maddi imkan ayırmış bulunmaktadır.

Bu düzenlemenin gerisinde özel okulların bazıları (vakıf okullar) ve der-shaneler ile ilgili olarak özellikle Milli Eğitim Bakanlığı camiasının yani öğ-retmenlerin izin veren makam olarak, devlet zoru ile kendi zümreleri lehine pay alma saiki yatmaktadır. Nitekim aynı husus, geçen yıllara kadar, Anado-lu Liseleri’nde öğretmen çocukları için kontenjan ayrılması şeklinde yıllarca yürütülmüştü. Bir başka deyişle, uygulamada idarenin takdirine bağlı olarak, bir zümreye imtiyaz sağlanması veya hukukilik kazanmış aynı bir haksız ik-tisap mevcuttur. Y.G.Özden’in karşı oy yazısında uygulamadan verdiği ör-neklerden de anlaşılacağı üzere, bu düzenleme fırsat eşitliğini bozucu yönde işlemektedir. Çünkü mekanizmanın işletilmesi, belli bir menfaat grubunun denetimine bırakılmıştır.

İdareye regülasyon (tanzim) yetkisinin verilmesi; netice itibariyle çürü-meye (corruption) yol açtığından, özelleştirme gündeme getirilerek bu tür regülasyonların piyasa ekonomilerinde tasfiyesi yoluna gidilmiştir.¹⁷ Batı’da rekabetin teşvikiyle piyasa mekanizması çerçevesinde çözüm aranmaktadır. Kanımca, Anayasa Mahkemesi’nin iktisadi yaklaşımı, çağın gerisinde kaldı-ğı gibi, belli bir zümre lehine işletilen bir düzenlemeyi onaylayarak, Anaya-sa’nın “kanun önünde eşitlik” ilkesini ihlal etmiştir. Zira, fırsat eşitliği için getirilen düzenlemeden yararlanmada uygulamada fırsat eşitliğinin olmadığı verilen örneklerle ortadadır. Zira bir zümreye menfaat temini sözkonusudur.

Ayrıca karar, devletin Anayasa teminatı altında olan sözleşme ve özel te-şebbüs kurma hürriyetlerine, bu tür kamu hizmeti’nin söz konusu olduğu di-ğer alanlarda da ‘imtiyaz verme’ gerekçesi ile müdahale etme hakkını kendi-sine tanımaktadır. Örneğin sağlıkta, doktorlara ve eczacılara hastaların %10’u oranında parasız tedavi ve ilaç; yargıda avukatlara %10 oranında ücretsiz temsil; eğitimde kitapçılara okul kitaplarının %10 parasız dağıtımı vb. mükel-lefiyetler getirilebilir. Eğer bu tür müdahalenin alanı örneklerde olduğu üze-re genişletilirse, mevcut düzenlemenin ‘bir kerre’ de olsa açıkça Anayasa’nın 48. maddesine aykırı olduğu anlaşılır. Burada Anayasa Mahkemesi’nin kamu hizmeti kavramının da yanlış olduğunu belirtmekte yarar vardır. Genel ilke, kamu hizmetleri sosyal mal niteliğinde olmalı, bedava sağlanmalı ve vergi ile finanse edilmelidir. Bu mali tanımın artık Türk Hukuku’na yerleştirilmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi’nin kanaatinin aksine, fiyatlandırılarak satılan özel okul hizmeti kişisel mal olup, kamu hizmeti sayılması mümkün değildir. Kamu hizmeti, yani sosyal mal olan kısmı ise varsa yarattığı dışsallıklar olup, bunların sübvansiyonu gerekir ki, bu tür hibelerin de vergilerle finansmanı icap eder. Ancak, devletçe eğitimin sağlanması halinde, katma bütçe ile arz ve finanse edilen her mal, kuşkusuz yasa hükmü gereği, sosyal maldır.

17 Kay, Mayer, Thompson (Eds), **Privatization and Regulation**, Oxford, Clarendon Press, 1986.

Özel Okullarda Ücretsiz Öğrenci Okutulmasına İlişkin Karar

Anayasa Mahkemesinin “kamu yararı” gerekçesi ile devletin sözleşme hürriyetine ve özel teşebbüse müdahale edilebileceğine ilişkin görüşü, aslında tehlikeli bir tutumdur. Zira devlet müdahalesinde bu “kamu yararının” maddi delillerinin bulunması; yani çevre kirlenmesi yaratması suç teşkil etmesi, ahlaka ve adaba aykırı olması, bir monopol fiyatlandırması, halk sağlığını tehdidi gibi objektif kanıtlarının olması gerekir. Aksi halde, sözleşme hürriyetine, kamu yararı gerekçesi ile müdahale de sosyal adalet gibi keyfi ve yargının takdirine açık değer hükümlerinin esas alınması durumunda, piyasa ekonomisinin engellenmesi sözkonusudur. Özel okullarla ilgili uygulama bir istisna olmayıp, Kira ve İş Kanunu’ndan verilecek örneklerle çoğaltılabilir. Bu takdirde bir sözleşmeler zincirinden başka bir şey olmayan piyasa mekanizmasının, yargının da katılımıyla engellenmesi endişesi mevcuttur.

Söz konusu karar, Türk Hukuku’nun gelişimi açısından da önemlidir. Zira Osmanlı İmparatorluğu’nun çöküş nedenlerinden belki de en önemlisi, İslam Hukuku’nun geçerli olması nedeniyle, özellikle toprakta özel mülkiyete yer verilmemesi ve servetin müsadere tehdidi altında tutulması; özel teşebbüs ve piyasa mekanizmasının ‘adil fiyattan’ başlayarak iç gümrüklere kadar çeşitli nedenlerle engellenmesidir. Cumhuriyet tarihinde de Milli Koruma Kanunu, Varlık Vergisi ve özel sektör sanayi yatırımlarının DPT’nin iznine bağlanması gibi hukuki düzenlemeler mevcuttur. Ancak özel mülkiyet sözleşme hürriyeti ve piyasa mekanizmasıyla ilgili düzenlemelerin bir “Devrim Yasası” olan Medeni Kanunla milletimize kazandırıldığı unutulmamalıdır. Veya, bu kurumlar yurdumuzda ekonomik alanda, batılılaşma hareketinin hukuki dinamiklerini oluştururlar. Türkiye’deki sosyal adaletsizliğin veya yoksulluğun kaynağı sözleşme hürriyeti veya özel teşebbüsün kamu yararı aleyhine işlemesi değil Batı’nın refahının kaynağını oluşturan, bu kurumların, tıpkı bu davada olduğu gibi, gerek idare (planlama+devletçilik) gerekse yargı tarafından “kamu yararı” gerekçesiyle engellenmesidir. Nereden bakılırsa bakılsın, modern iktisat bilimi ve ekonomik hayat pratiği açısından; yeni regülasyonlar yaratarak piyasa mekanizmasının kamu yararı gerekçesiyle denetlenmeye çalışılması, iktisat bilimi bağlamında çağının gerisinde kalmış bir harekettir. Bu tutumun değiştirilmemesi halinde kalkınma çabamızın engelleneceği açıktır. Kaldı ki yargı erkinin sözleşme hürriyetine bu şekilde negatif müdahalesi değil, pozitif müdahalesi yani sözleşmelerin yerine getirilmesini etkin bir şekilde sağlamak gibi bir görevi vardır ki, bunun da yurdumuzda temin edilemediği, bazı yasadışı örgütlenmelerden anlaşılmaktadır. Eğer sözleşme hürriyetinin yani piyasa mekanizmasının gelir dağılımını bozması mevcut ise, icra bölümü işlevi ile düzeltebilir.

Oysa Batıda ortaya çıkan özelleştirme hareketinin kaynağında ‘özel mülkiyet’in bir iktisadi kurum olarak, ekonomik hayat içerisinde oynadığı rolün iktisatçılarca daha iyi anlaşılması yatar. Nitekim R.H. Coase’in Nobel Ödülü almasının nedeni Coase Teoremi yani özel mülkiyetin, dışsallıkların içselleş-

tirilmesi de dahil, ekonomik hayata katkılarının açıklığa kavuşturulmasıdır. Bu itibarla, Coase’in hukukun firma ve piyasa üzerindeki etkisini analiz eden kitabının iktisatçılar kadar hukukçulara da bu açıdan yararlı olacağı görüşündeyim.¹⁸

Anayasa’nın 73. Maddesi Açısından İnceleme

Bu düzenlemenin en çarpıcı yanı, Batı’daki uygulamalarda bir başka örneği olmayan, vergi benzeri bir yükümlülük yaratılmasıdır. Oysa vergiler kamu giderlerini (kamu hizmetlerini) karşılamak üzere salınırlar. Vergilerin uygulanmasında ise ya yarar veya iktidar ilkesi esas alınır.

Bu yük vergi değildir demek, Anayasa Mahkemesi kararının mantığına da ters düşer. Zira tüm karar “kamu hizmeti imtiyazı” gerekçesine dayanmaktadır. Eğer bir kamu hizmeti varsa, imtiyazı veren devlet kendi belirlediği yurttaşlara sıfır tarife uygulanmasını isteyebilir. Oysa, yukarıda da ifade edildiği üzere, fiyatlandırılarak¹⁹ özel sektör eliyle satılan bir kamu hizmeti (sosyal mal) olamaz.

Ancak burada “başka örneği olmayan bir uygulama” dememizin nedeni, devletçe salınan bu özel okul eğitimi vergisinin, gelirin hazineye değil, idarece tespit edilen öğrenci ailelerine intikalidir. Ekonomi literatüründe THY’nın Ankara-Van yolcusunun bilet ücretinin bir kısmını, Ankara-İstanbul yolcusuna ödenecek şekilde tarifesini tespiti, çapraz sübvansiyon denilmektedir. Ancak böylesine bir çapraz vergi uygulamasına ilk defa şahit olunmamaktadır. Mevcut özel okullarla ilgili uygulamayı çapraz-sübvansiyonun özel bir hali saymak isteyen de olabilir. Ancak iki husus akılda tutulmalıdır: (i) Bu tür çapraz sübvansiyona gidecek işletmenin bir KİT yani devlet işletmesi olması ve bir minimum fiyat uygulaması gerekir, (ii) Oysa burada sıfır fiyatla arz²⁰ şeklinde bir kamu hizmeti temini yöntemi kullanılmaktadır ki, bunun sonucu ise ister istemez vergi benzeri yüke yolaçar.

Diğer taraftan, özel okul ve veliler açısından %10 ücretsiz öğrenci okutulması mükellefiyetinin, iktisadi ve mali etkileri bakımından bir fiyatın %10’u kadarlık bir advalorem vergiden hiç bir farkı yoktur. Bu durumda da tıpkı advalorem bir vergi olan KDV’nde olduğu üzere, vergi kaması ortaya çıkmakta, vergi yükü elastikeyetlere bağlı olarak tüketici ve üretici üzerine düşen yükler olarak paylaşılmakta ve aşırı yük (sosyal refah kaybı) vücuda gelmektedir. Yine verginin fonksiyonel maliye açısından tanımına uygun şekilde tüketim kısılmaktadır.

Ancak, buradaki vergi yükü, zimni (implicit) bir vergi benzeri yük olup; somut bir norm olarak vergi kanunları içerisinde yer almamaktadır. Tarife ise

18 RH.Coase, *The Firm, The Market and The Law*, Chicago, Chicago U.P., 1988.

19 P. Samuelson, “Aspects of Public Expenditure Theories”, *R.E.S.*, Vol. 40,1958, s. 322-328.

20 R.Broadway, D. Wildasin, *Public Sector Economics*, New York, Little Brown, 1984.

Özel Okullarda Ücretsiz Öğrenci Okutulmasına İlişkin Karar

bir yönetmelikle M.E.B.'ce düzenlenmekte ve vergi aynı olarak büyük ölçüde bu bakanlık personeline veya uygun gördükleri kişilere transfer edilmektedir. Bu husus yine açıkça Anayasa'nın 73. maddesindeki vergi ve benzeri yükümlülüklerin kanunla konulacağı ve tarifelerinde kanunla belirtilen sınırlar içerisinde Bakanlar Kurulu'nca değişiklik yapma yetkisinin verilebileceği ilkesine aykırıdır. Dolayısıyla bu kanunsuz vergi benzeri yükümlülüğün Bakan onayı ile tarifesi düzenlenmektedir.

Kaldı ki Danıştay 8. Dairesinin itirazına konu olan husus, bu vergi benzeri yükün dengeli dağıtılmadığıdır. Anayasa Mahkemesi ise, avukatın iddiasının aksine, özel okul ile veliler arasında mükellefiyetin yükünün dağıldığını iddia etmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararında yer aldığı üzere, vergi yükünün özel okul ve veliler arasında dağılabilmesi talep ve arzın her ikisinin de esnek olması halinde söz konusudur.²¹ Vergi yükü, talep gayri elastik ise veliler; arz gayri elastik ise özel okul üzerinde kalabilir. Dolayısıyla, veliler ve özel okul arasında yükün dengeli dağıtılması, Anayasa Mahkemesi'nin sandığı gibi mutlak bir sonuç değildir.

Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesi'nin dikkatinden kaçan bir başka husus; eğer özel okul bir kâr gayesi gütmeyen kuruluşa (non-profit organization) yani vakıfa ait ise, mükellefiyetin getirdiği maliyet artışının olduğu gibi velilere yansıtılması kaçınılmazdır. Meğer ki vakfın özel gelirleri, bu maliyet artışlarını karşılasın.

Anayasa'da yer alan “vergi yükünün adeletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır” hükmü, vergi sisteminin toplam yükü ile ilgili bir temennidir. Yoksa, tek başına bir verginin yükünün adaletli dağılımının irdelenmesi, sözkonusu olamaz. Aksi halde hiçbir regressif verginin, örneğin KDV veya ücret vergilerinin ülkemizde uygulanmaması gerekirdi. Dolayısıyla gerek Avukat Dr. Günday'ın vergi yükünün dengesiz olduğuna dair başvurusu ve Danıştay 8. Dairesi'nin bu konudaki itirazı, gerekse Anayasa Mahkemesi'nin kararı, Anayasa'nın 73. maddesinin 2. fıkrası açısından geçersizdir. Belki de Anayasa Mahkemesi'nin yapması gereken şey bu fıkranın tek bir verginin değil, bir vergi sisteminin yükünün dağılımına ait olduğu gerekçesi ile, esasa girmeden, itirazın reddi idi.

Ancak, yine de bu verginin Anayasa'nın 73/2. fıkrasındaki “vergi yükünün dengeli ve adaletli dağılımı” hükmüne aykırı olduğunu bir başka gerekçe ile iddia etmek mümkündür. Yalnız bu defa dayanılması gereken görüş ‘eğitim hakkı’nın çifte vergilendirilmesi, yani, özel okul ücretlerinden hem KDV alınması hem de %10'luk ücretsiz öğrenci okutulması mükellefiyetinin getirilmesi olmalıydı. Bu nedenle Anayasa'nın himaye ettiği eğitim hakkının elde edil-

21 Rosen, a.g.e.

mesi süreci sırasında bireyin eğitim harcamalarının çifte vergilendirilmesi ve bu ücretin gelir vergisi matrahından düşülememesi, vergi yükünün adaletsiz ve dengesiz bir dağılım oluşturduğuna delil olarak ileri sürülebilir²²

Nitekim çifte vergilendirme, vergi yükünün adaletsiz ve dengesiz dağılımı için vergi sisteminden ayrı düşünülebilecek özel bir durumdur. Zira veli, hem ödediği Gelir Vergisi ve diğer vergilerle finanse edilen devlet okulunun harcamalarından pay almaktan kendi rızası ile vazgeçmekte ve hem de özel okul ücretini öderken iki kez (KDV+%10 ücretsiz öğrenci mükellefiyeti) vergilendirilmektedir. Bu durumda, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılmadığı açıktır. Ayrıca bu özel okulların velilerinin çoğunluğunu eğitime önem veren bürokratlar oluşturuyorsa, bu tür müdahalenin sosyal adaletçi bir içeriği olduğu da söylenemez; çünkü muhtemelen gelir dağılımını bozmaktadır.

Son olarak, Anayasa Mahkemesi de “parasal bir yükümlülük” getirildiğini kabul etmekle birlikte, bu yükün dengeli dağıldığını iddia etmektedir. Burada sorulması gereken bir başka soru; eğitim hakkına yani 42. maddenin 1. fıkrasının esas alındığında, bireyin bu mutlak hakkına karşı devletin bir kısıtlama ya da Anayasa Mahkemesinin deyişiyle kayıtlama getirip getirilemeyeceğidir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, vergi ve benzeri yükümlülükler tüketimi kısmak için alınır. Ya da tüketimi kısan her devlet müdahalesi fonksiyonel maliye açısından bir vergidir. Devlet Anayasa’ca teminat altına alınmış bireyin eğitim hakkına, %10’luk ücretsiz öğrenci okutulması uygulaması ile bir sınırlama getirmektedir. Kanımca bu vergi benzeri yükümlülük ile 42. madde 1. fıkrasına aykırıdır. Zira devlet kendi görevini yerine getiremediği gibi bireyin kendi imkanları ile eğitim hakkına ulaşmasını da engellemektedir. Aynı husus eğitim araç ve gereç kitaplarından KDV alınması için de geçerlidir. Maalesef yurdumuzda bireyin ekonomik ve sosyal hakları vergi kanunlarımıza yansımamaktadır.²³ Ancak bu kararın analizinin açıkladığı bir husus, Anayasa Mahkemesi ekonomik ve sosyal haklar konusunda bireyden ziyade kamu yararı gerekçesi ile devletten yana tavır koymaktadır. Bu durumda bireyci yapıların piyasa ekonomisinin ve özel teşebbüsün gelişmesi zorlaşmaktadır. Anayasa Mahkemesi açıkça ifade etmemekle birlikte zenginden alınarak yoksulların eğitiminin finanse edilmesini fırsat eşitliğini artırıcı bir önlem olarak görerek kararını vermiştir. Hükümet etme, Voltaire’in²⁴ dediği gibi, “zenginlerden mümkün olduğu kadar çok alarak, yoksullara verme sanatıdır.” Ancak burada önemli bir husus, bu zor alımın kanunla oluşturulan vergiler ile yapılması ve hâzinede toplanan bu vergilerle subvansiyonların finanse edilmesidir. Yalnız bu davada devlet sözleşmeye yani daha doğrusu piyasa mekanizmasına müdahale ederek, sosyal adaleti sağlamak is-

22 G. Akalın, *Türkiye’de Bütçe Harcamalarının Genel Bir Değerlendirmesi*, IX. Maliye Eğitimi Semineri (tebliğ), Mayıs 1993.

23 G. Akalın, *“Türkiye’de Mali Buhran ve Mali Sistemin Reformu” Vergi Dünyası* (basılacak).

24 Rosen, a.g.e.

Özel Okullarda Ücretsiz Öğrenci Okutulmasına İlişkin Karar

temektedir ki, bu tutum kamu yararı ile bağdaşamaz. Zira kaynak dağılımını bozmaktadır. Ayrıca adalet mekanizması, bir sözleşmenin iki tarafı arasında “sosyal adalet” kaygısı ile taraf tutamaz.

Aynı eğilim Kira Kanunu²⁵ vb. yasaların uygulanması sırasında Yargıtay’da da görülmektedir. Fakat “sosyal adalet” bir siyasal değer hükmü olup, yargıda yeri yoktur. Sosyal adaleti (bölüşüm) sağlamakla yetkili erk icra olup; bunu kamu mâliyesi aracılığıyla yani vergi+harcama+KİT fiyatları, ölçüsü ile yerine getirir. Yargı kendisini icranın yerine koyup “sosyal adaleti” sağlamak işlevini ele alıp, yoksul öğrenciyi veya kiracıyı korumayı üstlenemez. Dolayısıyla özel okullarla ilgili karar kuvvetler ayrımını ihlal eden, adaletin her kademesinde görülen yargının siyasallaşması eğilimini destekleyen bir tutuma işaret etmektedir. Tıpkı bilim adamları (örneğin iktisatçılar hukukçular veya siyasal bilimciler) gibi²⁶ hakimler de sosyal olaylar karşısında taraf tutamazlar. Hukukun üstünlüğünü sağlamak ancak yargının tarafsızlığı ile mümkün olup, hukukun üstünlüğünün temel göstergesi de devletin bireyin haklarına, sözleşme hürriyetine (piyasa mekanizmasına) ve özel mülkiyete saygı göstermesi ve müdahale etmemesidir.

SONUÇ

1) Birinci olarak Anayasa Mahkemesi’nin özel okullarla ilgili %10 ücretsiz öğrenci okutulmasına ilişkin kararı; özetle aşağıdaki Anayasa hükümlerini ihlal eder niteliktedir:

i) 42/1 “Kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz.”

ii) 48/1 “Herkes dilediği alanda sözleşme hürriyetine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.”

48/2 “Devlet özel teşebbüslerin... güvenlik ve kararlılık içerisinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.”

iii) 73/1 “Herkes kamu giderlerini karşılamak üzere vergi ödemekle yükümlüdür.”

73/3 “Vergi, resim, harç ve benzeri yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir ve kaldırılır.

73/4 “... Oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kurulu’na aittir.”

iv) 10/2 “Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.”

25 Rayiç bedel uygulaması ile mahkemeler, DİE Tüketici Fiyat Endeksi altında bir kirayı takdir edebilmektedirler.

26 Lord Robbins, *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, London, Mac Millan, 1935, s. 149-150

2) İkinci olarak; Anayasa Mahkemesi’nin bu ve benzeri kararları, özelleştirme, piyasa ekonomisinin ve özel teşebbüsün güçlendirilmesi kâr ve diğer piyasa müşevvikleri konusundaki tutumuyla kuşku yaratmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu tutumu ile kamu yararı ve sosyal devlet gerekçeleri ile devletin, bireyin ekonomik hak ve hürriyetlerine müdahalesine izin vermektedir. Bir başka deyişle ekonomik açıdan liberal olmayan bir Anayasa Mahkemesi’ne sahip bulunmaktayız. Anayasa Mahkemesi’nin bu tutumundan ekonomik konularda “devletçi” bir konumda olduğu anlaşılmaktadır. Eğer olaylar bu yönde gelişirse, Anayasa Mahkemesi’nin bu tutumu (demokrasi+piyasa ekonomisi) bağlamındaki bir kalkınma modelini sürdürebilmemiz açısından önemli bir engeldir.

3) Denilebilir ki, Mahkeme’nin bu konudaki tutumu bilinçli değildir. Bu takdirde bir formasyon sorunu gündeme gelmektedir. Nitekim, üniversite ve iş çevrelerinde yargının ve özellikle Anayasa yargısının, ekonomik ve sosyal haklar konularındaki kararlarının, tartışmalara yol açmasının nedenleri araştırılmalıdır. Belki üyelerin formasyonlarını oluşturan hukukun, Türkiye’deki eğitimi ile ilgili tedbirler alınmalıdır. Hukuk Anglo-Amerikan dünyasında olduğu üzere lisans sonrası bir eğitime dönüştürülmeli, hakimlere yurtdışı lisansüstü eğitim olanağı verilmeli ve hakimlik mesleği maddi açıdan özendirilmelidir. Ancak bunun ötesinde, ekonomik mali konularda, hukukçuların karar alabilmeleri zor ve sonuçları itibariyle, “Anayasal İktisat” alanına aşına bir kamu ekonomisi uzmanının bulunmayışı, eksiklik sayılabilir. Zira iktisatçılar açısından; Anayasa, sosyal tercihlerin alanını ve yapıma usullerini gösteren kurallar demetidir.²⁷ Bu sosyal tercihlerin amacı ise sosyal refahın azamileştirilmesidir. Yasaların, Anayasa’ya uygunluğunun denetimi de yapılan sosyal tercihlerin amaç fonksiyonu ile (sosyal refah fonksiyonuyla) çelişmesini önlemektir. Ayrıca uluslararası tecrübeye sahip hukukçuların, siyaset bilimcilerinin ve iktisatçıların üyeliklere seçilebilmesi için üniversite öğretim üyelerinin de, Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilmeleri için özendirilmeleri yerinde olur. Eğer bu sağlanamazsa, kısa dönemde yapılacak iş, bir bilimsel danışmanlık komitesi oluşturularak, adli yargıda olduğu üzere, bilirkişilik kurumunu, raportörlerin ve üyelerin hizmetine sunmaktır. Aksi halde, sadece adliye tecrübesi ile dosya üzerinde yetişmiş hukukçuların, bütün iyi niyetlerine rağmen, evrensel hukuk normlarını ve çağdaş bilimdeki gelişmeleri yakalayamamaları dolayısıyla, adil karar alamayacakları endişesini taşımaktayız. Özel okullar ile ilgili bu kararın²⁸ en önemlisi niteliği kanaatimizce Anayasa yargımızın (Avukat + Danıştay + Anayasa Mahkemesi) üçlüsünün hep birlikte bir hataya düşebileceğini göstermesidir. Dava bu gerekçelerle açılıp, bu itiraz Anayasa Mahkemesi önüne getirilmemeli ve bu karar hiç alınma-

27 K.Arrow, **Social Choice and Individual Values**, New Haven, Yale U.P., 1963, s. 22-23.

28 Burada kararda ve bazı karşı oy yazılarında kullanılan analizin yeterli olgunlukta olmadığı ve üslubun da “Ali’nin kulahını Veliye vermek” gibi örneklerle halk diline yaklaştığını ve bunun düzeltilmesi gerektiğini belirtelim.

Özel Okullarda Ücretsiz Öğrenci Okutulmasına İlişkin Karar

malıydı. Dolayısıyla, gerek üye yapısı, gerek üyelerin hukuk formasyonunun ve eğitiminin iyileştirilmesi ve danışmanlık kurumunun yardımıyla Anayasa Mahkememizin, Anayasa'yı ve evrensel hukuk normlarını ve bilimin verilerini ihlalden alıkonulması gerekir.

4) Son olarak, “özel okullarla ilgili doğru çözüm ne olabilir?” sorusuna kısaca cevap vermeye çalışalım.

Öncelikle özel okulların, vakıflara (non-profit organizations) ait olanlar da dahil, son derece sıkı denetlenmeleri, kâr güdüsüyle tüketiciyi istismarları ve yanlış bilgilendirmeleri önlenmelidir. Velileri bilgilendirmek amacıyla, performans göstergeleri devletçe yayınlanmalıdır. Eğitimin kalitesi, devlet okullarının altında kalan özel okulların faaliyetleri durdurulmalıdır.

Eğitimin finansmanı²⁹ konusunda ise, bir çözüm yolu; kupon sistemine geçmek olabilir. Devlet okullarındaki öğrenci başına harcama tutarında bir kupon tüm velilere dağıtılır ve isteyen devlet, isteyen ise özel okula çocuğunu yazdırabilir. Böylece özel okullar için daha geniş bir kitle talepte bulunabilir ve fırsat eşitliği artırılabilir. Özetle; kurumun değil, öğrencinin sübvansiyonuna geçilmelidir. Bu durumda rekabet artacağından kalitesiz ve yeterince öğrenci bulamayan devlet/özel okullar kapanır.

Bir diğer çözüm ise; %10 luk ücretsiz öğrenci okutulması ve KDV alınması uygulamalarından vazgeçilerek, bugünkü sistem devam ettirilir. Ancak, velilere Gelir Vergisi matrahından özel okul ücretlerinin tamamını veya bir kısmını düşebilme olanağı verilir. Böylece hem dışsallıkların sübvansiyonu mümkün olur, hem de anayasal bir hakkın sınırlanması önlenir.

Özetlersek; pek demokratik olmayan bir Anayasa'nın toplumsal hayatımıza getirdiği mahzurların, Anayasa Mahkemesinin ekonomik konulardaki antiliberal tutumuyla pekiştirilmesi, hem demokratikleşmemizi, hem de kalkınmamızı engeller. Ancak, itiraf edelim ki, karar konusu dava; sadece iktisat bilimi açısından bakıldığında Samuelson, Friedman, Hayek, Buchanan, Arrow, Schultz, Stigler, Coase, Becker gibi, en az bir manga oluşturacak Nobel Ödüllü iktisatçının katkılarıyla çözümlenebilecek bir problem niteliğindedir. Adaletle ulaşmak için sadece iyiniyet, kıyas ve ahlak yetmeyebilir; bilimin de yeri vardır. Adli, İdari ve Anayasa Yargısında bilimle işbirliğine gidilmesinde kamu yararı mevcuttur.

Umarım; usulü çerçevesinde bu kararın düzeltilebilmesi için, gerekli bir itiraz Anayasa Mahkemesi'ne götürülerek, kararın değiştirilmesi yoluna gidilir. Ancak, bu arada iktisatçıların ekonomik alandaki Adli, İdari ve Anayasa Yargısı kararlarını yakından izlemelerinde yarar vardır. Özellikle, Anayasa Mahkemesi kararları Kamu Ekonomisinin, Regülasyon Ekonomisi, Anayasal İktisat, Eğitim Ekonomisi, Sağlık Ekonomisi, Kamu Mâliyesi gibi çok çeşitli

29 Stiglitz, a.g.e., s. 371,

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

alt dallarının alanına girmekte ve ekonomimizin işleyişine devletçe yapılan müdahaleleri değerlendirmektedir. Bu nedenle, Anayasa Yargısının Türkiye’de ekonomik ve sosyal haklar alanında yanlış bir yörüngeye oturmasından iktisatçılar da sorumludur. Anayasa Mahkemesi’nin saygınlığının, kararları ile sağlandığı görüşüne³⁰ katılmamak mümkün değildir. Ancak, bu saygınlığın korunabilmesi için bu kadar eleştiriye açık bir kararın ve tutumun değiştirilmesi de, Anayasa Mahkemesi’nin görevi olmalıdır.

30 Y.G. Özden, *Cumhuriyet*, 3.9.1993

(33. Makale - 1994)

Şeref ÜNAL

*Anayasa Hukuku ve Milletlerarası
Sözleşmeler Açısından Temel Hak ve
Özgürlüklerin Kısıtlanması **

* Şeref Ünal, “Anayasa Hukuku ve Milletlerarası Sözleşmeler Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanması”, C. 11, **Anayasa Yargısı**, 1994, s. 39-60.

ANAYASA HUKUKU VE MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELER AÇISINDAN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KISITLANMASI

Doç. Dr. Şeref ÜNAL()*

I. GİRİŞ

Bireyin özgürlük ihtiyacı ile siyasi iktidarın hakimiyet iddiası arasında tarih boyunca sürekli bir gerilim ve çekişme hakim olmuştur. Orta çağların mutlak devlet anlayışında doruk noktasına ulaşan bu çatışma, 17. ve 18. yüzyıl felsefesinde insanın teba olmaktan kurtularak varlığının yeni bir boyut ve değer kazanmasıyla hafiflemişse de, hiçbir zaman ortadan kalkmamıştır. Bu dönemde, başta John Locke (1632-1704) olmak üzere birçok düşünür, bireyin devlete karşı korunmuş bir özgürlük alanı olduğu ve devletin bu alana hiçbir şekilde müdahale edemeyeceği görüşünü savunmuşlardır. Birey, bu hak ve özgürlük alanında, kendi yeteneklerine göre kişiliğini geliştirmek ve devletin keyfi müdahalelerine karşı korunmak hakkına sahiptir⁽¹⁾.

Bu düşünce tarzının somut örnekleri daha orta çağların başında ortaya çıkmaya başlamıştır. Örneğin, 15 Haziran 1215 tarihli İngiliz Büyük Şartında (Magna Carta) bu konuda kral aynen aşağıdaki sözü vermektedir⁽²⁾.

“Hiçbir özgür insan, yakalanıp tutuklanamaz, mal veya mülkünden edilemez, hakir görülüp lanetlenemez veya herhangi bir şekilde felakete düşer edilemez. Haklarında, ülke kanunlarına göre hemcinsleri tarafından verilmiş bir mahkeme kararı bulunmadan, kendisine müdahale etmeyeceğiz ve başkalarının müdahalelerine de engel olacağız. Kimseye hak ve adaleti satmayacağız ve kimseyi de bunlardan yoksun bırakmayacağız. Yalnız kralın kanunlarını bilen ve onlara uymaya gönüllü olarak kabul eden kimseleri hukukçu, polis veya memur olarak atayacağız.”

Bireyin temel hak ve özgürlükleri daha sonra sırasıyla, Haklar Dilekçesi (Petition of Rights-1628), yakalama ve gözaltına almanın yasal olup olmadığına hakim tarafından denetimini sağlayan «Habeas Corpus» Kanunu (1679)

* Adalet Bakanlığı Avrupa Topluluğu Koordinasyon Daire Başkanı

1 Hesselberger, D. Das Grundgesetz, 5. Aufl. Neuwied 1988, s.55.

2 Frischauer, P. Es Steht Geschrieben, Die grossen Dokumente, Zurich 1967, s.268.

ve Haklar Bildirisi (Bili of Rights-1689) gibi tarihi belgelerde ifadesini bulmuştur. Tabii hukuk anlayışına dayalı bu düzenlemeler, ABD tarafından da aynen benimsenerek, anayasadaki (1789/90) yerini almıştır. 1789 tarihli Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi, bu anlayışa yeni bir boyut getirerek, ilk kez insanın vatandaş olarak sahip olduğu siyasi hakları da gündeme getirmiştir. Bildiride yer alan temel hak ve özgürlükler kısa bir süre içinde hemen bütün Avrupa devletlerince de benimsenerek anayasal normlar haline dönüştürülmüştür⁽³⁾.

Herber Spencer özgürlüğü, “herkesin, başkalarının eşit özgürlüğünü ihlal etmediği sürece, istediği her şeyi yapabilmesi” şeklinde anlamıştır. Diğer bir tanıma göre de, “bireyin yaşamını, başkalarının eşit özgürlüğünü güvence altına almak için zorunlu olan kısıtlamalar dışında, özgürce sürdürebilmesidir⁽⁴⁾.”

Her iki tanım da, bireyciliği ve eşitliği ön plana çıkarmaktadır. Kuşkusuz özgürlük ve eşitlik, bireyin kişiliğinin gelişebilmesi ve ekonomik geleceğinin güvence altına alınabilmesi için, olmazsa olmaz bir ön şarttır. Ancak, eşitliğin hiçbir zaman sağlanamadığı ekonomik ve sosyal düzende, zayıf olan taraf devletten eşit özgürlük değil, kuvvetli olan tarafın bu özgürlüğünü kötüye kullanmasına karşı himaye beklemektedir.

Günümüzün modern sosyal demokrasi anlayışında, bireysel değerler korunmakla beraber, devlet bireyin çıkarlarıyla toplum yararını bağdaştırarak dengelemek ve üstlendiği toplumsal görevleri gereği gibi yapabilmek için bireyin özgürlük alanına müdahale etmek zorundadır. Aksi halde, isteyen istediğini yapabileceği aşırı bireyci bir ortamda, toplum düzeninin bozularak anarşiye dönüşmesi ve temel hak ve özgürlüklerin tahrip edilerek yok edilmesi kaçınılmaz bir sonuç olur.

Öte yandan, devlet yaşamında öyle dönemler vardır ki, bireycilik ve özgürlük önemini yitirebilir. Bu durum, ağır toplumsal bunalımlarda bütün zaman ve mekanlar için geçerlidir. Savaş tehlikesi, ağır ekonomik krizler, isyan, çelişkili çıkarların devlet mekanizmasını işlemez hale getirmesi gibi, millet varlığının topyekûn tehlikeye düştüğü durumlarda, eşitlik ve bireysel değerler önemini yitirebilir. Bu gibi olağanüstü durumlarda, kişinin can güvenliği ve yaşama hakları ciddi tehditlere maruz kaldığı takdirde, her şeyden önce sağlığının korunması kişinin başlıca amacı haline gelir; yaşama ve varlığını sürdürme içgüdüğü, diğer bütün değerlerin önüne geçer. Toplum ve devlet hayatındaki böyle önemli kriz durumlarında, can güvenliği, başını sokabileceği bir yer ve gıdasının sağlanmasından başka bir şey düşünmeyen halkın istediği tek şey, barış, huzur ve güveni sağlayacak kuvvetli bir yönetimdir⁽⁵⁾.

3 Hesselberger, D., a.g.e., s.56.

4 Fosdick, D., What is Liberty, A Study in Political Theory, London 1939, s. 167.

5 Fosdick, D., a.g.e., s. 177.

Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanması

Bu ihtiyaç modern anayasalarla da kabul edilerek olağanüstü hal ve sıkıyönetim kuramlarıyla yasal hale getirilmiştir.

Temel haklar sübjektif kamu haklarındandır. Bu haklar ilke olarak bireylere, devlet organlarının müdahale veya hareketsizliğine karşı dava yoluyla talepte bulunma hakkı sağlar. Anayasa'nın 40. maddesine göre, "anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen Herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurmak imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir."

Temel hak ve özgürlükler, mutlak karakterlerine rağmen, bireyi mutlak olarak korumaktan uzaktır. Çünkü bunların geçerliliği ve öne sürülebilmesi, toplum hayatının gerekleri ve devletin imkanlarıyla sınırlandırılmıştır⁽⁶⁾.

Bu nedenledir ki, gerek anayasalarda ve gerekse temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası sözleşmelerde bu hak ve özgürlüklerin kısıtlanabileceği öngörülmüştür. Ancak, bu yetki sınırsız değildir. Kısıtlamalar, her temel hakkın nitelik ve özelliğine göre, gerekli, haklı ve adil olmalıdır. Yoksa, bu konuda otoritelere hiç bir şekilde, özgürlükleri keyiflerince kısıtlama yetkisi tanıyan "beyaz bir çek" verilmiş değildir. Çünkü bir demokratik toplumda özgürlük kural, kısıtlama ise istisnadır⁽⁷⁾.

Çağdaş demokrasilerde temel hak ve özgürlükler yasakoyucu açısından bağlayıcıdır ve bunlar yasal düzenlemelerde mutlaka rehber olarak gözönüne alınmalıdır. Ancak, temel hak ve özgürlüklerin tümü aynı muhteva ve değerde olmadığından, bunların hepsinin aynı sonucu doğurması ve bireye mutlak hak sağlaması beklenemez. Bu açıdan, temel hak ve özgürlükler arasında yaptırım gücü (enforceable) olanlar ve program niteliğinde olanlar ayırımı yapılmaktadır. Yaptırım gücü olan temel hak ve özgürlükler, yaygın uygulama ile gelenekler sonucu oluşan, yerleşmiş ve genel kabul gören haklardır. Sansür yasağı, keyfi tutuklama yasağı, din ve vicdan özgürlüğü gibi geleneksel haklar bunlara örnek olarak gösterilebilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, bu tür yaptırım gücü olan temel hak ve özgürlükleri, demokratik bir toplumun asgari standartları olarak derlemiştir. Ancak, bu tür hakların sayısı sınırlıdır. Örneğin, anayasalarda düzenlenmiş olmasına rağmen, kimse yüksek öğretim yapma konusunda mutlak bir hakka sahip değildir. Üniversite kontenjanlarının sınırlı olduğu ülkelerde, bu hakkın anayasa ile güvence altına alınmış olması, pratikte fazla bir yarar sağlamamaktadır. Program sınıfında yer alan bu hak açısından devletin görevi, yasal olarak herkese yüksek öğretim yapma konusunda fırsat eşitliği sağlayacak düzenlemeler yapmak ve bunları etkin bir şekilde uygulamaktır. Herkese yüksek öğrenim yapma imkanı sağlayacak şekilde eğitim kurumları oluşturmak ise bir imkan meselesidir⁽⁸⁾.

6 Das Fischer Lexikon, Staat und Politik, Frankfurt a.Main, 1964, s. 127.

7 Human Rights or a Way of Life in a Democracy, Council of Europe, Strasbourg 1985, s.37.

8 Müller, J. Paul, Basic Rights and Democracy, Colloguy on the Concept of Democracy, Strasbourg, 1983, s.9 vd.

II- TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN ANAYASA HUKUKU AÇISINDAN KISITLANMASI

A- GENEL OLARAK

Anayasalar, devletin, ancak güçleştirilmiş şartlar altında değiştirilmesi mümkün olan, temel yasalarıdır. Parlamenter demokrasi ile yönetilen devletlerde anayasalar, kuvvetler ayrılığı ilkesine uygun olarak, yasama, yürütme ve yargı görevlerini ayrı devlet organlarına vermiş ve bu organlar arasında karşılıklı bir denetim ve frenleme mekanizması kurmuştur. Anayasalar ayrıca yüksek devlet organlarının görevlerini düzenler ve kişinin temel hak ve özgürlüklerini bu organlara karşı güvence altına alır. Modern anayasalarda insan hakları kataloglarına yer vermek bir gelenek haline almıştır⁽⁹⁾.

Kari Löwenstein, yalnız hukuken geçerli değil, siyasi olarak da etkili olan normatif anayasalarla, şeklen anayasa görünümünde olmakla beraber, siyasi gerçekler karşısında uygulama alanı bulamayan semantik anayasalar arasında bir ayırım yapmıştır⁽¹⁰⁾.

B- 1982 ANAYASASI VE TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KISITLANMASI

Anayasa'nın ikinci kısmı, çok geniş bir temel hak ve özgürlükler kataloğu ihtiva etmektedir. Anayasa bu düzenlemesiyle, temel hak ve özgürlüklere biter anayasa normu niteliği kazandırmıştır. Anayasanın 11. maddesine göre, “anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel kurallardır” olduğu cihetle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler de bütün devlet organları açısından bağlayıcıdır.

Temel hak ve özgürlükler anayasalarda genel hatlarıyla düzenlendiği için, ikincil düzeydeki yasal normlarla bunların ayrıntılarını ve kapsamını belirlemek zorunludur. Bu çerçevede yasakoyucunun temel hak ve özgürlükleri nasıl şekillendireceği, hangi şartlar altında kısıtlayabileceği ve bu yetkisinin sınırlarının ne olduğu sorunları ortaya çıkmaktadır.

Yasakoyucunun görevi, temel hak ve özgürlüklerin muhtevasını ayrıntılı olarak belirlemek ve uygulama çerçevesini çizmektir. Yasakoyucunun bu alandaki yetkisi sınırsız değildir. Düzenleme her şeyden önce anayasaya uygun olmalıdır. Bu uygunluk, somut ve soyut norm denetimi yoluyla anayasa mahkemelerinin denetimine açık tutulmuştur.

Bütün parlamenter demokrasilerde anayasalar, en üstün normları ihtiva eden ve bunlarla devlet-vatandaş ilişkilerini ve devlet organlarının görev ve

9 Das Fischer Lexikon, s.330 vd.

10 a.g.e., s.331.

yetkileriyle çalışma şekillerini düzenleyen belgelerdir. Norm'lar hiyerarşi'si çerçevesinde, bütün diğer kanunların anayasaya tabi ve ona uygun olması, hukuk düzeninin korunması için zorunludur. Bir demokraside devlet organlarının faaliyeti, yasama ve yürütme organı ayırımından ziyade, çoğunluk partisi olan iktidarla muhalefet arasındaki rekabete bağlıdır. Devlet işleri, anayasal kurallarla yasama ve yürütme organları arasında, paylaştırılmış olsa bile, bunlar gerçekte parlamentodaki çoğunluk partisinin elindedir ve bu çoğunluk da hükümet tarafından belirlenen politikaları her zaman destekler. Dolayısıyla, parlamenter demokrasilerde kabul edilen kanunlar, iktidardaki çoğunluk partisinin programını uygulamak üzere çıkarılmaktadır ki, çoğunluğun bu yetkisini her zaman kötüye kullanabileceği gözden uzak tutulmalıdır. Bu bakımdan, kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi, azınlık için, çoğunluğu temsil eden hükümet politikaları üzerinde etkili olabilmek açısından tek etkin yöntem olarak görünmektedir⁽¹¹⁾.

Amerika Yüksek Mahkemesi hakimi Robert H. Jackson'un veciz bir şekilde belirttiği gibi, "temel hak ve özgürlükler doğuştan sahip olunan vazgeçilmez ve devredilemez nitelikleriyle, siyasi çekişmelerin olumsuz ortamından uzaklaştırılarak, çoğunluğun ulaşamayacağı bir yere yerleştirilmeli ve birer hukuk ilkesi olarak mahkemelerin uygulanmasına terkedilmelidir. Kişinin yaşam hakkı, mülkiyet hakkı, düşünce ve ifade özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü ve diğer temel hakları oylamaya terkedilemez, seçim sonuçlarına bağlı tutulamaz⁽¹²⁾."

C- KANUN ŞARTI

Temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanabilmesi için, bizzat anayasanın o konuda yasakoyucuya kanun çıkarmak üzere özel bir yetki tanımış olması zorunludur. Çünkü, temel hak ve özgürlüklerin içeriğinin belirlenmesi, çerçevesinin çizilmesi ve kısıtlanması, ancak ve ancak kanunla yapılabilir. Bu yetki, temel hakların içeriğini belirleyici genel bir düzenleme yapılması veya somut bir temel hak ve özgürlüğün kısıtlanması amacıyla iki şekilde verilebilir.

1- Düzenleme yetkisi

Bu tür yetkide anayasa, yasakoyucuya, somut bir temel hak ve özgürlük açısından genel olarak, temel hakkın içerik ve kapsamını belirleme yetkisi tanımaktadır. Örneğin, Anayasa'nın 18. maddesine göre, "hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır." Bu hüküm devamla, "şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere" ifadesini kullanarak, yasakoyucuya genel bir yetki tanımış ve ne tür çalışmaların zorla çalıştırma sayılamayacağını belirlemek suretiyle bu temel hak ve özgürlüğün içerik ve kapsamını çizme yetkisini yasakoyucuya bırakmıştır. Aynı şekilde, Anayasa'nın 42. maddesine göre, "kim-

11 Knaub, C., Colloquy on the Concept of Democracy, Strasbourg, 1983, s.5.

12 Dorsen, N., Frontiers of Civil Liberties, New York, 1968, s.5.

se, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz. Ancak, aynı hükümle, bu hakkın kapsamını belirleme yetkisi yasakoyucuya bırakılmıştır. Keza, 43. maddeyle, kıyılardan yararlanmanın “imkân ve şartları” ve kanunla belirleme yetkisi yasakoyucuya verilmiştir. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür.

Yasakoyucunun düzenleme yetkisinin sınırları ve kendisine bırakılan oyun alanı, her temel hak ve özgürlüğün nitelik ve özelliğine göre farklıdır. Yasakoyucu temel hakkın içerik ve kapsamını belirlerken, genelde bizzat anayasanın koyduğu kısıtlamalarla bağlıdır.¹³ Örneğin, angarya yasağında “ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlar”la, eğitim ve öğrenim hakkında 42. maddede öngörülen ilkelerle, kıyılardan yararlanmada, “kamu yararı” gibi ilkelerle bu yetkinin kullanılması kısıtlanmıştır.

2. Kısıtlama yetkisi

Anayasanın bizzat kendisi, yasa koyucuya bazı temel hak ve özgürlükleri kısıtlama yetkisi tanıyarak, bu haklara müdahale yetkisi vermiştir. Ancak bu hallerde de bu yetki somut bir yasa çıkarılarak kullanılacaktır. Anayasa bu konuda farklı terimler kullanmıştır, şöyle ki:

- Kişi hürriyeti ve güvenliği (m. 19) “şekil ve şartları kanunda gösterilen”;
- Özel hayatın gizliliği (m.20), konut dokunulmazlığı (m.21), haberleşme hürriyeti (m.22) yerleşme ve seyahat hürriyeti (m.23) “kanunla sınırlanabilir.”
- Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı (m.34) “şart ve usuller kanunda gösterilir”,

Ancak bu hallerde de, yasakoyucunun kısıtlama yetkisi, yine bizzat ilgili maddelerde öngörülen, ilke ve kavramlarla sınırlandırılmıştır. Örneğin 26. madde «düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini» güvence altına almıştır. Ancak, aynı maddeye göre, “bu hürriyetlerin kullanılması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir”. Yasakoyucu bu konuda düzenleme yaparken, bizzat anayasada öngörülen bu ilke ve değerleri gözönüne almak zorundadır. Çünkü düzenleme yetkisi bu hallerle sınırlandırılmıştır.

C. KISITLAMA ARACI OLARAK KANUN KAVRAMI

Anayasa’nın 13. maddesi hükmünde kullanılan kanun sözcüğünden ne anlamak gerekir? Diğer bir ifadeyle, şekli anlamda bir kanun mu kastedilmektedir? Yoksa, maddi anlamda doğrudan uygulanabilir hukuk kuralları

13 Schaumann, W, Freiheitsrechte und Vorbehalt des Gesetzes im Bonner Grundgesetz Melanges Marcel Bridel Lausanne, 1968, s.5 vd.

Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanması

ihtiva eden, kanun gücünde kararname, tüzük, yönetmelik gibi herhangi bir düzenleme yeterli midir?

Suç ve cezalara ilişkin 38. maddede, “suç ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerini *ancak kanunla* konulur” ifadesine yer vererek, anayasa koyucu, kanunsuz suç ve ceza olmaz (nulla poena sine lege) ilkesine uygun olarak, özgürlük kısıtlamasının ancak kanunla yapılabileceğini belirtmiştir. Bu kesin ifadeden, kanun dışında herhangi bir düzenlemeyle özgürlük kısıtlamasının mümkün olmadığı anlaşılmaktadır.

Diğer temel hak ve özgürlükler açısından durum nedir? 13. maddede de “kanun” sözcüğü kullanıldığına göre, özgürlük kısıtlaması açısından mutlaka şekli anlamda yasama organınca kabul edilmiş bir kanun mu gereklidir? Bu sorulara kesin cevaplar verebilmek için, her bir bireysel temel hak ve özgürlük için anayasada kullanılan ifadelere başvurmak gerekir.

Anayasa’da bu açıdan, her temel hak ve özgürlük için, “kanunla”, “kanunla düzenlenen”, “kanunda gösterilen” ve “kanunun açıkça gösterildiği hallerde” gibi farklı ifadeler kullanılsa da, bundan, gerek temel hak ve özgürlüklerin içeriğini belirleme şeklindeki genel yetkinin ve gerekse bunları kısıtlama yetkisinin mutlaka şekli anlamda bir kanunla kullanılmasının zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. 13. maddenin ifade tarzı da bu görüşü doğrulamaktadır.

Anayasa’nın bu anlayışı, siyasi iktidarlara güvensizlikten kaynaklanmaktadır. Tarihi süreçte temel hak ve özgürlüklerin, bunları keyfi şekilde ihlal eden siyasi iktidarlara mücadele sonucu kazanıldığı gerçeği, bu yaklaşımı haklı çıkarmaktadır.

Anayasa, hukuk devletin doğal bir sonucu olan, idarenin hukuka bağlılığı ilkesinden hareketle, temel hak ve özgürlüklerin içerik ve kapsamını belirleme ve bunları kısıtlama yetkisini, idarenin takdirine değil, yasama organına bırakmıştır. Yasakoyucu, temel hak ve özgürlükler açısından son derece önemli olan kararları bizzat kendisi almalı, bunları yürütme organı veya idarenin subjektif takdirine terketmemelidir. Böylece yürütme organı ve idarenin faaliyet alanı, genel, objektif ve gayri şahsi kanunlarla denetim altına alınmış ve temel hak ve özgürlüklere keyfi müdahale tehlikesi ortadan kaldırılmıştır⁽¹⁴⁾.

Nitekim, hükümetin kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi de, 91. maddede ayrı düşüncelerle kısıtlanmıştır. Buna göre, “kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasi hak ve ödevler kanun hükmünde karar-namelerle düzenlenemez.”

14 Rottmann, F., Der Vorbehalt des Gesetzes und die Grundrechtlichen Vorbehalte, Europäische Grundrechte, 12. Jg. Heft 11, s.277 vd.

D- OLAĞANÜSTÜ DURUMLARDA ÖZGÜRLÜK KISITLAMASI

Anayasanın 15. maddesinde, savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü durumlarda, temel hak ve özgürlüklerin anayasada öngörülen şartlara bağlı kalınmadan kısıtlanabileceği belirtilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 15. maddesinden esinlenen ve sözleşme hükmünü daha açıklıkla ifade eden bu hükmün yorumu ileride sözleşme çerçevesinde daha ayrıntılı bir şekilde yapılacağından, burada sadece, bu gibi hallerde, anayasada öngörülen temel hak ve özgürlüklerin, yasal bir dayanak olmadan da kısıtlanabileceğine işaret etmekle yetinilmiştir.

III- MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELER VE TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KISITLANMASI

Temel hak ve özgürlüklerin korunması alanında 3 önemli milletlerarası sözleşme bulunmaktadır: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Inter-Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve B.M. Medeni ve Siyasi Hakları Sözleşmesi.

A. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, düzenlediği konulardaki temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasında iki ölçüt öngörmektedir. Bunlardan birincisi, “demokratik bir toplumun gerekleri”, ikincisi de “yasaya uygunluk” ilkesidir. Örneğin, Sözleşme 8-11 maddeleri arasında, her defasında bu maddelerin ikinci fıkrasında, somut temel hak ve özgürlüğün, demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak, maddede öngörülen somut gerekçelerle ve ancak kanunla kısıtlanabileceğini belirtmektedir.

1. Demokratik bir toplumun gerekleri

Demokrasi, hukuk düzeninin, hukukun hakim olduğu bir yaşam tarzıdır. Demokraside, bireylerin birbirleriyle ilişkileri, davranış standartlarını belirleyen yasalarla düzenlenmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, demokratik bir düzen olmaksızın temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınıp gelişemeyeceği görüşünden yola çıkmıştır. Sözleşmede yer alan «demokratik düzen» kavramı ile özel ve belirli bir devlet teşkilatı tanımlanmak istenmemiş, sadece üye devletlerin ortak olarak üzerinde ittifak edebilecekleri asgari bir demokrasi düzeyi vurgulanmak istenmiştir⁽¹⁵⁾.

Avrupa Konseyi ve Avrupa İnsan Hakları Divanı, bu ortak demokrasi anlayışının asgari standartlarını belirlemeye çalışmışlardır.

15 Müller, J. Paul, a.g.e., s. 13.

Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanması

a. Demokrasinin Hukuki Standartları⁽¹⁶⁾

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, demokrasinin hukuki standartları aşağıdaki şekilde belirlenmiştir.

- Demokrasi, halkın halk tarafından yönetimidir. Demokrasinin temel ilkeleri, hukukun üstünlüğü ve kuvvetler ayrılığıdır. Hukukun üstünlüğü, bir demokratik sistemde, hükümet ve idarenin faaliyetlerini kapsar ve hakimlere yönetimin bu ilkeye uygun davranıp davranmadığını denetleme yetkisi verir.

- Hükümet ve idarenin etkin bir şekilde çalışmasıyla, vatandaşların hak ve özgürlüklerinin himayesi arasında uygun bir denge kurmak, demokratik sistemin sorumluluğudur. Sistem özellikle, toplumun genel menfaatleri ile, bireyin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde öngörülen temel hakları arasında, böyle bir dengeyi muhafaza etmeye muktedir olmalıdır. Bu çoğunluğun azınlık haklarına riayetini de gerektirir. Hukukî ve siyasi haklarla birlikte, vatandaşların, ekonomik, sosyal ve kültürel alanlardaki temel haklardan da gereği gibi yararlanabilmeleri için, gereken önlemler alınmalıdır. Keza, insan haklarının himayesi konusundaki yeni düzenlemeler açısından da, açık fikirli bir yaklaşım tarzı benimsenmelidir.

- Bir kriz veya fevkalade hal durumunda, istisnâî tedbirler alınmadan önce, yürürlükteki hukukun öngördüğü imkânlar tüketilmelidir. Aşırı bir çözüm tarzı zorunlu olduğu takdirde, bu ancak durumun gerektirdiği ölçüde olmalıdır. Bu arada, insan haklarının özü hiçbir şekilde zedelenmemeli ve alınacak tedbirler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesiyle korunan haklara ilişkin olmamalıdır.

b- Avrupa İnsan Hakları Divanının Demokrasi Anlayışı

Avrupa İnsan Hakları Divanı, gördüğü davalarda muhtelif vesilelerle demokrasi anlayışını ortaya koymuştur. Mahkeme, etkin bir demokrasinin sahip olması gereken nitelik ve özellikleri aşağıdaki şekilde açıklamaktadır⁽¹⁷⁾.

"Kamu yararı ve bireyin temel hakları arasında adil bir denge kurup muhafaza etmeye muktedir olmalıdır. Hukuk sistemi, insan haklarına saygı konusunda, mümkün olduğu ölçüde Avrupa Konseyi üyeleri devletlerin çoğunluğunun anlayışına uygun olmalı ve hukukun üstünlüğü ilkesine dayanmalıdır. Medeni ve siyasi hakları teminat altına alarak, vatandaşlarının ekonomik, sosyal ve kültürel alanlardaki temel haklardan tam anlamıyla yararlanabilmelerini sağlamalıdır. Kriz durumlarıyla veya fevkalâde halle karşılaştığında, özel tedbirler almadan önce, yürürlükteki hukukun sunduğu bütün imkânları tüketmelidir. Aşırı tedbirler alınması söz konusu olduğu

16 Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution (800) 1983 on the Principles of Democracy.

17 Judgement, Case of Sporting and Lönnroth of 23 September 1992, s.20.

takdirde, bunlar ancak asgari düzeyde ve durumun gerektirdiği ölçüde olmalıdır. Temel insan haklarının özü hiçbir şekilde zedelenmemelidir. Bu öz, mümkün olduğu takdirde 15. madde ile korunan hakların ötesindeki temel haklar açısından da gözönüne alınmalıdır. İç düzeni tehdit eden tehlikelere karşı demokratik kurumları zedelemeksizin etkin bir şekilde mücadele edebilmek için gerekli önlemleri almaya muktedir olmalıdır. Hak ve özgürlükleri kanunla kısıtlayan hükümleri makul ve objektif olarak uygulamalıdır. Çeşitli sınıflara mensup vatandaşlar arasında hoşgörü ve anlayışı hakim kılmalıdır. Vatandaşların haklarına ancak sosyal bir ihtiyacı karşılamak için müdahale etmeli ve sınırı aşmamalıdır. İnsan haklarını güçlendiren yeni düzenlemelere karşı açık fikirli olmalıdır. Özellikle haber alma konusunda çoğulculuğu sağlamalıdır. Aleyhine Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna şikayette bulunulduğu takdirde, anlayışlı ve adil olmalı ve Komisyon kararları ile Mahkeme hükümlerini iyi niyetle karşılamalıdır... Demokratik bir sistemin niteliklerini benimsemiş olarak, 21 devletin böyle bir denetim mekanizmasını kabul etmiş olmasının tesbiti memnuniyet vericidir. Devletler bu bağlayıcı mekanizma konusunda vatandaşlarını, haklarını bilinçli bir şekilde kullanmaları için daha iyi aydınlatmalıdır.»

A. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin birçok maddesi yasalılık (legalite) ilkesine yollama yaparak, sözleşmede öngörülen temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla kısıtlanabileceğini belirtmektedir. Örneğin, Sözleşmenin 8-11 maddeleri arasında bu maddelerde düzenlenen, fikir ve ifade özgürlüğü din ve vicdan özgürlüğü, özel hayat, aile hayatı ve haberleşme özgürlüğünün gizliliği gibi temel hak ve özgürlüklerin, kanunlarda belirtilen şartlar altında ve yine kanunlarda belirtilen yöntemlerle ve ancak kanunla kısıtlanabileceği açıklıkla ifade edilmiştir.

1. Kanun Kavramı

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divanı, Sözleşmede öngörülen kanun kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda bir tanımlama yapmamıştır. Her iki organ da konuyu üye devletlerin kendi iç hukuklarına bırakmış, üye devletler hukukuna göre kanun olarak kabul edilen düzenlemeler, sözleşme anlamında kanun olarak kabul edilmiştir⁽¹⁸⁾.

Sözleşmede kullanılan “kanun” teriminin ne anlama geldiği, üye devletlerin milli mahkemelerince de yorumlanmıştır. Fransız Danıştay’ına göre, mülkiyet hakkını düzenleyen 1 nolu protokolde belirtilen, “kanunda öngörülen şartlarla” ifadesinden şekli anlamda kanunlarla birlikte, bunlara daya-

18 Malinveni, G., La reserve de la loi dans les conventions internationales de sauvegarde des droit de l’homme, Revue Universelle des Droit de L’Homme, 30 Novembre 1990, Vol.2, No.11, s.401 vol.

nan tüzük yönetmelik gibi diğer düzenlemeler de anlaşılmalıdır. Dolayısıyla mülkiyet hakkını kısıtlamaları mutlaka şekli anlamda kanunlara dayanmak zorunda değildir. Hollanda Yüksek Mahkemesi de, 10. maddede kullanılan “kanun” teriminin mutlaka şekli anlamda kanun olarak kabul edilemeyeceğini kararlaştırmıştır. Keza Avusturya Anayasa Mahkemesi’ne göre de, sözleşmede öngörülen temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması mutlaka şekli anlamda bir kanuna dayanmak zorunda değildir. Maddi anlamda normlar içeren herhangi bir düzenleme yeterlidir. Aynı şekilde, İsviçre Federal Mahkemesi de Sözleşmede geçen “kanun” kavramını aynı doğrultuda yorumlamıştır. Örneğin, bu Mahkemeye göre, tutuklu ve hükümlülerin statülerini düzenleyen ve özgürlüğünü kısıtlayan bir cezaevi yönetmeliği, Sözleşme anlamında yeterli bir yasal dayanaktır. Avrupa İnsan Hakları Divanı, Sunday Times olayında, temel hak ve özgürlük kısıtlamasının, İngiliz hukukunun Common Law ilkelerine göre hiç bir yasal dayanak olmadan da yapılabileceğini kabul etmiştir. Olayda İngiliz mahkemesi, şekli anlamda hiç bir kanuna dayanmadan, Sunday Times Gazetesi’nde bir seri makalenin yayınlanmasını durdurmuştur⁽¹⁹⁾. Aynı şekilde, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu da, İsviçre Hükümetinin yasaya dayanarak çıkardığı bir cezaevi yönetmeliğini, sözleşme anlamında hak kısıtlamaları için yeterli bir yasal dayanak saymış ve bu çerçevede yapılan uygulamanın keyfi ve gereksiz olduğuna işaretlerle sözleşmeye aykırı bulmuştur⁽²⁰⁾.

Sözleşme organlarına göre, temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasının, devlet organlarına kabul edilen herhangi bir yasal dayanağa bağlanması da şart değildir. Örneğin Bartold olayında Divan, kanundan aldığı yetkiyle meslek kurallarını düzenleyen Veteriner Odası tüzüğünü de sözleşme anlamında yasal bir dayanak olarak kabul etmiş ve bu tüzüğe dayanılarak alınan bir önlemler, sözleşmeye aykırı bulunduğunu Almanya ile ilgili olayda, veteriner olan şikayetçi, hayvanlara acil yardım servislerinin durumu ile ilgili olarak basınla bir röportaj yapmıştır. Aynı bölgede görev yapan bazı veterinerler, bu davranışın meslek kurallarıyla bağdaşmayan reklam niteliğinde olduğu gerekçesiyle şikayette bulunmuşlardır. Bunun üzerine Veterinerler Birliği, oda tüzüğüne dayanarak adı geçene basınla bu tür röportajlardan kaçınmasını ihtar etmiştir. Şikayetçi, birliğin bu tasarrufunun sözleşmeye aykırı olduğundan bahisle Komisyona şikayette bulunmuştur. Komisyon ve daha sonra konuyu inceleyen Divan, veterinerler odası tüzüğü hükümlerinin, sözleşmenin 10. maddesiyle güvence altına alınan ifade özgürlüğüyle bağdaşmazlığın tesbit etmişlerdir⁽²¹⁾.

Bu örneklerden, sözleşme organlarının sözleşmede öngörülen “kanun” teriminden, şekli anlamda kanunları değil, maddi anlamda normlar ihtiva

19 European Commission of Human Rights, Stock-Taking on the European Convention on Human Rights, 1954-1984, Strasbourg 1984, s.92 vd.

20 Malinvemi, G., a.g.e., s.402, dipnot 15.

21 Gomien, D., a.g.e., s.55.

eden her türlü düzenlemeyi, kastettiği açıklıkla ortaya çıkmaktadır. Konu tamamen üye devletlerin iç hukuklarına bırakılmıştır. Ancak, iç hukukun da temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından yeterli ve sözleşmeyle uyum içinde olması gerekir. Örneğin, Malone olayında Komisyon, üye devletlerin iç hukuklarının, sözleşmenin önsözünde belirtilen “hukukun üstünlüğü” ilkesine dayanması gerektiğini belirtmiştir. Bir ceza davasına ilişkin olarak telefon dinlenmesiyle ilgili olayda Divan, sözleşmenin güvence altına aldığı temel hak ve özgürlüklerin, otoritelerin keyfi müdahalelerine karşı üye devletlerin iç hukuklarında yeterli düzeyde korunmasının zorunlu olduğuna işaret etmiştir.

Komisyon, konuya ilişkin İngiliz mevzuatının, telefon dinleme ve mektup açmanın hangi şartlarla yapılması gerektiğini yeterli açıklıkta belirlemediğini hukukun üstünlüğü gözetilerek uygulanması gereken bu yöntemlerin daha çok idari makamların takdirine terkedildiğini, dolayısıyla bu uygulamanın, sözleşmenin 2. maddesinde belirtilen, “hukuka uygunluk” ilkesine aykırı olduğunu belirlemiştir⁽²²⁾.

2. Bilgi sahibi olma

Divan üye devletlerin temel hak ve özgürlükleri kısıtlayan düzenlemelerinin sözleşmeye uygun ve belirli niteliklere sahip olmasını belirtmektedir.

Buna göre ilke olarak, birey, temel hak ve özgürlüklerini kısıtlayan yasal düzenlemeler hakkında bilgi sahibi olabilmelidir. Bu şart, düzenlemelerin ilan edilmesi suretiyle yerine getirilebilir. Bu şartın yerine getirilip getirilmediği Divan tarafından Silver olayında incelenmiştir. Olayda, İngiltere İçişleri Bakanlığı cezaevlerinde tek tip bir uygulamayı sağlamak üzere cezaevlerine birer genelge göndermiştir. Olayda, şikayetçi ve yedi arkadaşının, hukukçulara, parlamento üyelerine, üst düzey yöneticilerine, siyasi şahsiyetlere ve aile dostlarına yazdıkları toplam 64 mektuba, yönetmeliğe dayanarak el konulmuş ve adreslerine gönderilmemiştir. Komisyon ve Divan, tutuklu ve hükümlülerin bilgileri dışında çıkarılan ve onlara ulaştırılmayan söz konusu genelgeleri, sözleşmenin 8 (2) maddelerine aykırı bulmuştur⁽²³⁾.

3. Açıklık ve Öngörülebilirlik

Divanın üzerinde durduğu diğer önemli bir konu, özgürlüğü kısıtlayan düzenlemelerin yeterli açıklıkla yapılmasıdır.

Diğer bir ifade ile, özgürlüğü kısıtlayan norm, müdahalelerin şartlarını, müdahalenin sınırlarını ve bu müdahalenin nasıl ve hangi yöntemle yapılacağını açıklıkla göstermelidir. Örneğin, mülkiyet hakkını koruyan 1 nolu protokole göre, istimlak kanunundaki düzenlemede, sadece istimlak yetkisinin belirtil-

22 Stock-Taking, Supplement 1984, s.34.

23 Stock-Taking, 1954-1984, s.179 vd.

mesi yeterli değildir. Bu konudaki düzenlemede istimlaki yapacak makamlar gösterilmeli ve tazminat yükümlülüğü de açık bir şekilde belirtilmelidir⁽²⁴⁾.

4. *Takdir yetkisi*

Sözleşme organlarına göre, özgürlük kısıtlamalarına ilişkin düzenlemeler yeterli açıklık ve belirlilikte olmalı ve takdir yetkisi asgari düzeye indirilmelidir. Sözleşmenin koruduğu temel hak ve özgürlüğe ağır müdahale hallerinde ise, yasaların müdahalenin şartlarını açıklıkla belirtmesine özel bir önem verilmelidir. Örneğin, telefonların dinlenmesi özel hayatın gizliliğine ağır bir müdahale hali oluşturmaktadır. Divan, Kruslin ve Huvig⁽²⁵⁾ olayında, şikayetçinin telefon konuşmalarının gizlice dinlenmesini şikayetçinin özel hayatının gizliliği ve haberleşme özgürlüğüne aykırı bulmuş ve Fransa'nın sözleşmenin 8. maddesini ihlal ettiğini kararlaştırmıştır. Divan, 24 Nisan 1990 tarihli bu kararında, telefon dinlemenin hukukî dayanağının Fransız CMUK'nun 81, 151 ve 152. maddesi olduğunu, Fransız sorgu hakimlerinin bu hükümlere dayanarak dinleme emri verdiklerini tesbitle, Fransız hukukunda yer alan bu kuralların, bu yetkilerin kullanılmasında kamu makamlarının takdir haklarının sınırlarını yeterli açıklıkla çizmemesinin, demokratik hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığını ve yeterli bir yasal dayanak oluşturmadığını belirtmiştir. Sonuçta Fransız hükümeti şikayetçilere tazminat ödemekle birlikte, konuyu Divan kararının ışığı altında yeniden düzenlemiştir. 26 Nisan 1991 tarihli kanunla, CMUK'nun 100. maddesine eklenen yeni hükümlerle, telefon dinlenmesi, amaç, kapsam ve süre açısından yeni esaslara bağlanarak idarenin takdir yetkisi kısıtlanmıştır.

IV. OLAĞANÜSTÜ DURUMLARDA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KISITLANMASI

Sözleşme, akit devletlere savaş ve fevkalade hal gibi özel durumlarda, sözleşmede öngörülen temel hak ve özgürlükleri kısıtlama veya belirli sürelerde askıya alma yetkisi tanımaktadır.

A. KISITLAMANIN KAPSAMI

Akit devletler sözleşmede öngörülen hakların uygulanmasını çeşitli şekillerde kısıtlayabilir. Bunun ilk yolu akit devletin sözleşmenin onay belgesini sunması sırasında, sözleşmenin belirli hükümlerine çekince koymasıdır. Nitekim Türkiye bu imkândan yararlanarak, ek protokolün 2. maddesinin uygulanması çerçevesinde 3 Mart 1924 tarih ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu hükümlerini saklı tuttuğunu beyan etmiştir⁽²⁶⁾. Akit devlet ayrıca, sözleşmeyle

24 Malinverni, G., a.g.e., s.404.

25 Council of Europe, Information Sheet, No.26, s.40 vd.

26 Council of Europe, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Strasbourg Fevriyer 1992, s.38.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

korunan bazı hakların ihlâl edildiği iddiasıyla aleyhine yapılan somut bir şikayete cevap verirken de, bu fırsattan yararlanarak kısıtlama bildirisinde bulunabilir. Keza sözleşmenin 15. maddesi de devletlere sözleşmeyle güvence altına alınan bazı hak ve özgürlükleri kısıtlama yetkisi tanımaktadır. Ancak bu bildirinin çok özel durumlarda, belirli konularda ve özel yöntemlerle yapılması zorunludur.

Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden beri birçok devlet 15. maddeye dayanarak sözleşmeden sapma beyanlarında bulunmuştur. Aynı şekilde Türkiye de bu imkândan yararlanarak birçok kez bildirim yapmıştır. Bunlardan ilki, 27 Mayıs 1960 tarihinde, İstanbul ve Ankara’daki olaylara ilişkin olarak sözleşme hükümlerinin bütün ülkede askıya alındığı konusundadır⁽²⁷⁾.

Türkiye daha sonraları da doğu illerindeki terör olayları yüzünden ilan edilen fevkalade hal rejimi dolayısıyla birçok kez bildirimde bulunmuştur.

Söz konusu bildirimler genelde, demokratik rejimi askeri darbelerle kesintiye uğrayan Türkiye ve Yunanistan gibi devletlerle, terör eylemlerine maruz kalan İngiltere ve İrlanda gibi devletler tarafından yapılmaktadır.

Divan, İrlanda ile ilgili Lawless davasında 15. maddenin kapsamını ve uygulama alanını belirlemiştir. Olayda, İrlanda Cumhuriyet Ordusu (IRA) örgütü üyesi, kendisinin İrlanda makamları tarafından yakalanarak gözaltına alınması şartları ve yönteminin sözleşmenin 15. maddesine aykırı olduğunu iddia etmiştir.

Divan, “ulusun varlığını tehdit eden bir tehlike”nin mevcut olup olmadığının belirlenmesinde çeşitli etkenleri gözönüne almıştır. Şöyle ki:⁽²⁸⁾

“İrlanda ülkesinde anayasa dışı faaliyet gösteren ve amacına ulaşmak için şiddet kullanan gizli bir ordunun varlığı, ikinci olarak, bu ordunun ülke dışında da faaliyet göstererek İrlanda’nın komşularıyla olan ilişkilerine zarar vermesi ve nihayet, terör olaylarında alarm derecesindeki artışlar”.

Divan, bu bulgulardan hareketle, somut olayda İrlanda hükümetinin aldığı özel önlemlerin, durumun gerektirdiği ve alınması zorunlu önlemler olduğunu ve sözleşmenin ihlâlinin söz konusu olamayacağını belirtmiştir. Divana göre:

“İrlanda Cumhuriyetinde yürürlükte olan yasaların uygulanması mevcut tehlikeyi önlemeye yetmemiştir. Adli yargı ve hatta özel ceza mahkemeleleri veya askeri mahkemeler, ülkede barış ve düzeni sağlayamamıştır. Terör örgütü IRA’ya mensup olanların ortaya çıkarılması ve suçlarının kanıtlanması, eylemleri gizli ve törer niteliğinde olduğu ve halk arasında korku

27 Bildirim, 27.5.1960-26.12.1961 tarihleri arasında geçerli olmak üzere yapılmıştır.

28 Gomien, D. Short Guide to the European Convention on Human Rights, Strasbourg 1991, s.91 vd.

Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanması

yarattığı için, mümkün olamamıştır. Sınırların kapatılması ise, bütün halk bakımından sakıncalı sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Ayrıca, 1940 tarihli Devlet Aleyhine İşlenen Suçlar Kanununda, idari olarak gözaltına almalarda keyfiliğe imkan vermeyen önemli güvenceler öngörülmüştür. Bu kanunun uygulaması sürekli olarak parlamentonun gözetiminde yapılmıştır. Parlamente'ya uygulamaya ilişkin periyodik raporlar verildiği gibi, hükümetin yasayı yürürlüğe koyan kararnamesini iptal etme yetkisi de tanınmıştır.”

Divan sonuç olarak, şikayetçi hakkında alınan önlem ve bunların uygulanış yöntemlerinin 15. maddeyle çelişmediği sonucuna varmıştır.

Divan, Brannigan ve Mc Bride olayıyla ilgili 26 Mayıs 1993 tarihli yeni kararında, 15. madde çerçevesinde sözleşmeden sapma veya sözleşme hükümlerini askıya alma bildirimi yoluyla özgürlüklerin kısıtlanması konusuna yeni bir anlayış ve yorum getirmiştir⁽²⁹⁾.

Şikayetçiler Kuzey İrlandalıdır. Kendileri 1984 tarihli Terörü Önleme Kanununun 12 (1) (b) maddesine göre yakalanarak gözaltına alınmışlardır. Anılan hüküm, terör eylemlerine katıldığı, hazırlık yaptığı ve tahrik ettiği şüphesi konusunda makul nedenler bulunan kişilerin, tutuklama emri olmadan yakalanmalarını öngörmektedir.

Brannigan bu şüpheyile yakalanmış, gözaltında bulundurma süresi İçişleri Bakanı'nın emriyle önce iki, sonra da üç gün uzatılmıştır. Kendisi böylece toplam altı gün ondört saat otuz dakika gözaltında kalmıştır. Diğer şikayetçi Mc Bride ise toplam dört gün altı saat yirmibeş dakika gözaltında tutulmuştur. Mc Bride daha sonra Belfast'ta bir polis tarafından kaçarken vurularak öldürülmüştür.

Şikayeti önce inceleyen Komisyon, şikayetçiler hakkında uygulanan işlemin, İngiltere'nin 23 Aralık 1988'de 15. maddeye göre yaptığı bildirimin çerçevesinde haklı olduğu ve sözleşmenin beşinci maddesine aykırılık bulunmadığı sonucuna varmıştır.

Olay daha sonra Komisyonca Divana intikal ettirilmiştir. Divan, aşağıdaki gözlemlerde bulunmuştur.

1. Genel olarak

Bir milletin varlığının tehdit edilip edilmediği veya böyle genel bir tehlikenin var olup olmadığının belirlenmesi ve bu tehlikeden kurtulmak için alınacak önlemlerin derecesi; her akit devletin kendi sorumluluğundadır. Çünkü tehlikeyle doğrudan ve sürekli temas halinde bulunan milli makamlar, böyle bir tehlikenin varlığı ve bu tehlikenin giderilmesi için yapılacak sapma beyan-

29 Council of Europe, Information Sheet No.32, January-June 1993, Strasbourg 1994, s.40 vd.

larının kapsamı konularında, ilke olarak milletlerarası hakime oranla daha iyi karar verebilecek durumdadırlar. Dolayısıyla, bu konuda milli makamlara geniş bir takdir yetkisi bırakılmalıdır.

Bununla beraber, devletlerin, krizin zorunlu olarak gerektirdiği ihtiyacın ötesine gidip gitmedikleri konusunda mahkeme karar vermelidir. Mahkeme olayı incelerken, sapma bildirimiyile etkilenen hakların niteliği, bu bildirim yapılmaya sevkeden nedenler ve zaruret halinin süresi gibi önemli etkenleri de ölçülü ve dengeli bir şekilde gözönüne almalıdır.

2. Millet varlığını tehdit eden tehlikenin varlığı

Hükümet ve Komisyon, Kuzey İrlanda’daki genel huzursuzluklara işaret- le, genel bir tehlikenin varlığını kabul etmişlerdir. Divana göre de, önündeki belgelerde açıklanan gerekçeler ve Kuzey İrlanda ve İngiltere’nin her yerinde- ki terörist şiddet eylemlerinin kapsamı karşısında, böyle bir tehlikenin varlığı konusunda hiçbir kuşku yoktur.

3. Kişi özgürlüğü

Divana göre, sözleşmenin 5. maddesiyle güvence altına alınan kişi özgürlü- ğüne yürütme organı tarafından müdahalenin yargı denetimine tabi tutulma- sı, demokratik bir toplumun temeli ve hukukun üstünlüğü ilkesinin bir gere- ğidir. İngiltere sapma bildirimini 5. maddenin ihlali dolayısıyla itham edildiği Brogan ve diğerleri olayından hemen sonra yapmıştır. Olayda İngiltere’nin şikayetçileri derhal mahkeme önüne çıkarmadığı için sözleşmeyi ihlal ettiği tesbit edilmiştir.

4. Sapma bildiriminin amaca uygunluğu

Divan, İngiltere’nin 1974’den beri terör tehlikesiyle mücadele amacıyla gözaltında bulundurma süresini uzatma uygulaması yapmayı gerekli gör- düğünü gözlemiştir. İngiliz Hükümeti Brogan ve Diğerleri olayından sonra, tutukluluk halinin yargı denetimine tabi tutulması veya sözleşmeden sapma bildirisinin yapılması konusunda bir seçim yapmak zorunda kalmıştır. So- nuçta, 23 Aralık 1988 tarihli bildirimiyile gözaltında bulundurma süresinin uzatılmasının yargı denetimine tabi tutulmaması gerektiğini bildirmiştir ki, olağanüstü halin devamı karşısında, bunun amaca uygun olduğunun kabulü gerekir.

Sözleşmenin 15 (3) maddesi ve oranlılık ilkesi, olağanüstü dönemlerde al- man önlemlere ihtiyaç kalıp kalmadığının sürekli olarak gözden geçirilmesini öngörmektedir. Ancak somut olayda, sapma bildiriminin geçerliliği, hükü- metin sözleşmeye ilişkin yükümlülüklerini daha iyi bir şekilde yerine getire- cek yöntemler arayıp aramadığı şartına bağlanamaz.

5. Gözaltı süresinin uzatılmasının haklılığı

Mahkeme, terör kanunlarının uygulanışı, törer suçlarının soruşturulmasındaki güçlükler ve gözaltında bulundurma süresinin yargı denetimi olmaksızın uzatılması ihtiyacı konusunda çeşitli raporlardan bilgiler edinmiştir.

Somut olayda, terörizmle mücadele amacıyla etkin önlemler alınması, doğrudan hükümetin takdir ve sorumluluğundadır. Yoksa mahkeme onun yerine geçerek, hangi tedbirlerin alınmasının olayın mahiyetine daha uygun düşeceği konusunda karar vermez. Ancak hükümet de terörle mücadele ederken bireyin haklarına saygı göstermek ve bu ikisini dengelemek zorundadır.

Mahkeme bu düşüncelerle, somut olayda gözaltı süresinin uzatılması kararının İngiliz hükümetince yargı denetiminden çıkarılmasının, mevcut şartlar arasında takdir hakkının aşıldığı şeklinde yorumlanamayacağı sonucuna varmıştır.

B. BİLDİRİM YAPILMAYACAK KONULAR

Sözleşmede öngörülen temel hak ve özgürlüklerin tümü açısından kısıtlayıcı beyanda bulunmak mümkün değildir. Çünkü sözleşmenin 15 (2) maddesi, sözleşmenin 2,3,4 ve 7. maddelerine ilişkin olarak, bu maddelerde belirtilen temel hak ve özgürlükleri kısıtlamak üzere bildirimde bulunmayı yasaklamıştır. Bu yasak, sözleşmenin işkence ve aşağılayıcı veya insanlık dışı ceza uygulamasını yasaklayan 3. maddesi ile köleliğe ilişkin 4(1) maddesi açısından mutlak olup bu konularda bildirimde bulunulmaz.

Sözleşmenin 2. maddesinde belirtilen yaşama hakkı açısından öngörülen kısıtlama yasağı ise diğerlerine oranla daha zayıftır. Çünkü sözleşmenin 15 (2) maddesinin kendisi, “meşru savaş fiileri sonucunda meydana gelen ölüm olayları” dolayısıyla devletlerin sorumlu tutulamayacağını belirtmiştir. Aynı şekilde, ölüm cezasının kaldırılmasını öngören 6. protokolde de devletlere savaş hali veya yakın bir savaş tehlikesi içinde işlenen suçlar dolayısıyla ölüm cezası verme yetkisi tanınmıştır.

Bu nedenle, sözleşmenin 2. maddesinde öngörülen yaşama hakkı konusunda da bildirimde bulunmak mümkün değilse de, bu yasak işkence ve kölelik konusunda olduğu gibi mutlak bir nitelikte değildir.

C. BİLDİRİMİN ŞEKLİ

Sözleşmenin 15. maddesinin 3. fıkrasına göre, sözleşmenin belirli hükümlerini askıya alarak aykırı önlemler almak hakkını kullanan devlet, önlemler ve bunların alınmasını gerekli kılan sebepler konusunda Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bilgi vermek zorundadır. Sözleşmenin depozitörü olan Genel Sekreter, sözleşmenin uygulanmasını sürekli olarak izlediği için, söz konusu

önlemler yürürlükten kalktığı ve sözleşme hükümlerinin tümüyle yeniden uygulanmaya başlandığı tarih de kendisine bildirilmelidir.

Bu bağlamda üzerinde durulması gereken önemli bir husus, bir devletin belirli gerekçelerle ülkenin belirli bir bölgesinde sözleşme hükümlerinin sürekli bir şekilde askıya alarak, sözleşmeye aykırı önlemler uygulamaya yetkili olup olmadığıdır. Kuşkusuz bunun takdiri egemen devletlere aittir. Örneğin İngiltere, sözleşmenin sağladığı bu imkandan çok geniş bir şekilde yararlanarak, belirli bölgelerde sözleşme hükümlerini askıya alan sayısız bildirimlerde bulunmuştur. Avrupa Konseyi Genel Sekreteri, Komisyon ve Divan, şimdiye kadar bu konuda herhangi bir tavır takınmamıştır.

V. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN YOK EDİLMESİ YASAĞI

Sözleşmenin, 17. maddesinde sözleşmede öngörülen temel hak ve özgürlüklerin korunması ve demokratik kurumların serbestçe ve gerektiği gibi işlemesi açısından temel bir kural öngörülmüştür:

“**Madde 17-** Bu sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, bir devlete, Topluluğa veya kişiye, Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlandırmaya yönelik bir faaliyete girişme ya da eylemde bulunma hakkını verir anlamında yorumlanamaz.”

17. madde, sözleşmede güvence altına alınan temel hak ve özgürlükleri tahrip etmek isteyenleri bu emellerinden alıkoyacak bir hüküm değildir. Maddede sadece, bu niyette olan kişilerin sözleşme hükümlerine dayanarak sözleşmede öngörülen temel hak ve özgürlükleri tahrip edecek nitelikteki eylemlere kalkışamayacakları belirtilmiştir. Diğer bir ifadeyle, sözleşme kendilerine böyle bir hak tanımamıştır. Örneğin hiç kimse, sözleşmede öngörülen düşünce ve basın özgürlüğüne dayanarak, bu özgürlükleri, sözleşmeyle güvence altına alınmış olan hür demokratik temel düzeni yıkmak amacıyla kullanamaz.

Ancak, Divan 17. maddeyi, temel hak ve özgürlükleri olabildiğince genişletici şekilde yorumlamaktadır. Divana göre⁽³⁰⁾ 17. madde hükmü, sözleşmenin 5 ve 6. maddelerinin önemini hiçbir şekilde azaltmamaktadır. Böylece, komünist, faşist, nasyonal sosyalist veya genel olarak totaliter amaçlar güden bir kışkırtıcı dahi, sözleşmenin 5. ve 6. maddelerine dayanabilir. Çünkü, sözleşmenin bu hükümleri birey veya gruplarının sözleşmede öngörülen haklarına değil, kamu makamlarının onlara karşı görevlerine ilişkindir. 17. madde sadece, birey veya birey gruplarının sözleşmede öngörülen pozitif haklarından yararlanarak, bunları hür demokratik düzeni tahrip amacıyla kullanmalarını yasakladığı için, bundan kamu makamlarının 5 ve 6. madde çerçevesindeki

30 Lawless Case, Repertoire de la Jurisprudence Relativ a la Convention Europeenne des Droits de l'Homme, s.236.

görevleri hiçbir şekilde etkilenmez. Bu nedenle, devrimci amaçlarla veya sözleşmeyle bağdaşmayan niyetlerle hareket ettiği kabul edilse bile, şikayetçi, 17. maddeye dayanılarak sözleşmenin 5 ve 6. maddelerinde yazılı haklarından mahrum edilemez.

Divana göre, 17. madde, birey veya birey gruplarının sözleşmeden, hür demokratik düzeni tahrip etmek amacıyla eylemde bulunmak hakkı çıkarmayacaklarını belirtmektedir. Bu nedenle, hiç kimse sözleşme hükümlerinden yararlanarak, sözleşmede düzenlenen temel hak ve özgürlükleri tahrip edici eylemlerde bulunamaz. Ancak, olumsuz ifadeyle kaleme alınmış olan bu hüküm, bireyi sözleşmenin 5 ve 6. maddelerinde öngörülen, keyfi tutuklama yasağı ve adil yargılanma hakkı gibi haklardan mahrum etmeye gerekçe yapılamaz.

Ayrıca 17. madde, sınırlı bir kapsamda ve sadece akit devletlerin demokratik sistemlerini tahrip etmek isteyen kimselere ve o da ancak, sözleşmenin 18. maddesinde de teyit edildiği üzere, tehlikenin devamı süresince uygulanır. Yoksa bu hüküm belirli bir zaman kesitinde totaliter amaçlarla hareket etmiş olan bir kişiyi, sürekli olarak özgürlüklerinden yoksun kılmanın bir aracı yapılamaz⁽³¹⁾.

VI. YETKİNİN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI

Sözleşmenin hak ve yetkilerin kötüye kullanılmasını yasaklayan 18. maddesine göre:

‘Madde 18- Bu sözleşmenin hükümleri gereğince, sözü edilen hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar ancak öngörülen amaçlar için uygulanabilir.”

Hakkın kötüye kullanılması kavramına ilişkin hukukun genel bir ilkesini yansıtan bu hüküm, akit devletlere ve sözleşmedeki haklardan yararlanan bireylere hitabetmektedir.

Akit devletler, vatandaşlarının ve ülkede yaşayan herkesin sözleşmede öngörülen temel hak ve özgürlüklerden tam anlamıyla yararlanabilmeleri için gereken bütün önlemleri almak yükümlülüğü altındadır. Bu konuda özellikle, sözleşmenin tanıdığı yetkiye dayanarak, 2-12. maddeler arasındaki temel hak ve özgürlükleri kısıtlarken, hiçbir şekilde temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmamak ve kısıtlamaları da sadece amaçlarına uygun belirli sürelerle uygulamak zorunluluğu vardır⁽³²⁾.

Aynı şekilde, sözleşmeden yararlanan bireyler de, 15. maddede öngörüldüğü şekilde, sözleşmeyle tanınan temel hak ve özgürlükleri, bu hakları yok etmek veya hür demokratik temel düzeni tahrip etmek amacıyla kötüye kullanamazlar.

31 De Becker Case, Repertoire, s.238.

32 Council of Europe, European Convention on Human Rights, Strasbourg 1963, s.72.

VII. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER MEDENİ VE SİYASİ HAKLAR SÖZLEŞMESİ

BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi⁽³³⁾ de, aynen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi, Sözleşmeyle güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin ancak yasal bir dayanağa bağlı olarak kısıtlanabileceğini öngörmüştür. Sözleşme bu amaçla, 9, 12, 18, 19 ve 22. maddelerinde “kanunda öngörülen” veya “kanunda belirlenen” terimleri, 13 ve 21. maddelerde de “kanuna uygun olarak” terimlerini kullanmıştır.

Sözleşmede işaret edilen, “kanunda öngörülen” ve “kanunda belirlenen” terimlerinden, bu kategoriye giren özgürlük kısıtlamalarının şartlarının kanunda açıkça belirtilmiş olması gerektiği anlaşılmaktadır. Buna karşılık, toplantı ve gösteri yürüyüşünü düzenleyen 21. maddede olduğu gibi, bu özgürlüklerin kısıtlanacağı halleri kanunda açıklıkla ve ayrıntılı olarak belirtmek mümkün olmadığından, bu konuda idarenin geniş bir takdir yetkisi vardır. Bu gibi hallerde kısıtlamanın bir idari tasarrufa dayanacağından kuşku yoktur. Nitekim, BM İnsan Hakları Komisyonu da kararlarında, özgürlük kısıtlamasının ilke olarak yasal bir dayanağa dayanmasını kabul etmekle beraber, bunun mutlaka şekli anlamda bir kanun olması gerektiği konusunda ısrar etmektedir. Örneğin Pinkney olayında bir hükümlünün haberleşme özgürlüğü cezaevi yönetmeliğine dayanarak kısıtlanmıştır. Aynı şekilde, Consuelo Salgar de Montejo olayında çekişme konusu tasarruf, devlet başkanının bir kararnamesine dayanmaktadır. Komisyonun üzerinde duyduğu en önemli konu, üye devletlerin mevzuatlarının sözleşme ile uyum içinde bulunmasıdır⁽³⁴⁾.

VIII. AMERİKAN İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nde geçen “kanun” teriminden, Avrupa İnsan Hakları Divanı’ndan farklı bir sonuç çıkarmaktadır. Mahkeme, Uruguay’ın başvurusu üzerine verdiği 9 Mayıs 1986 tarihli görüşünde, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesinin 30. maddesinde geçen “kanun” terimini şekli anlamda ülkede yürürlükte olan kanunlar olarak anlamaktadır. Sözleşmeye taraf olan ülkelerin hukuk sistemlerinin farklı olması, bazılarının Common Law sistemini benimsemesi, mahkemeyi bu tür bir yorum yapmaya zorlamıştır. Mahkemeye göre “kanun” terimi, üye ülkenin anayasasına dayanarak demokratik yöntemlerle yasama organı tarafından kabul edilen, genel ve objektif normları ihtiva eden şekli anlamdaki kanunlardır. Böylece mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Divanı’ndan farklı bir sonuca vararak, sözleşmede güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin, yürütme organı veya idarenin herhangi bir tasarrufu ile kısıtlanamayacağını kabul etmiştir⁽³⁵⁾.

33 Türkiye sözleşmeye henüz katılmamıştır.

34 Malinvemi; G., a.g.e., s.408.

35 Malinvemi; G., a.g.e., s.407.

IX. SONUÇ

1982 Anayasası, temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasının ancak kanunla mümkün olduğunu öngörmüş ve bu konuda yürütme organı ve idarenin takdir yetkisini kısıtlamıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin öngördüğü denetim mekanizmaları olan Komisyon ve Divan, bu konuda daha geniş yorum yapmakta ve bu konuyu üye devletlerin milli mevzuatlarına bırakmaktadır. Bu organların içtihatlarına göre, şekli anlamdaki kanunlarla birlikte, bu kanunlara dayanılarak kabul edilen tüzük, yönetmelik ve direktif gibi mevzuat da özgürlük kısıtlamasına yetki verebilir. Ancak, bu mevzuat hükümlerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleriyle uyumlu olması zorunludur. Ayrıca, özgürlüğü kısıtlayan normların öngörülebilir, açık ve anlaşılabilir, ölçülü ve demokratik bir toplumun gereklerine uygun olması zorunludur.

Aynı şekilde, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi çerçevesinde bir denetim organı olan BM İnsan Hakları Komisyonu da, bu konuda Avrupa İnsan Hakları Divanı gibi düşünmekte ve özgürlük kısıtlayıcı normların, mutlaka şekli anlamda kanun olması gerekmediğine işaret etmektedir. Buna karşılık, daha sınırlı yetkilerle donatılmış olan Inter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, "kanun" terimini dar anlamda yorumlamakta ve özgürlük kısıtlamasının ancak, üye devletler anayasalarında öngörülen yöntemlerle ve yasama organlarınca kabul edilen şekli anlamdaki kanunlarla mümkün olabileceğini kabul ederek, sadece bu tür şekli kanunlara dayanılarak yapılan özgürlük kısıtlaması konusundaki şikayetleri incelemektedir.

(34. Makale - 1995)

Bahri ÖZTÜRK

*Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa
Mahkemesi “Yüce Divan” **

* Bahri Öztürk, “Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi: ‘Yüce Divan’”, *Anayasa Yargısı*, C.12, 1995, s.59-108.

BİR CEZA MAHKEMESİ OLARAK ANAYASA MAHKEMESİ “YÜCE DİVAN”

Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK ()*

GİRİŞ

Yüce Divan nedir? Neden böyle bir Divana gerek duyulmaktadır? Dünyanın medenî bazı ülkelerinin bu konudaki tutumları nedir? Acaba bizde Yüce Divan görevi neden Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir? Anayasa Mahkemesi bugünkü yapısı ile bir ceza mahkemesi olarak görev yapabilir mi? Başka bir deyişle Yüce Divan olarak çalışabilir mi? Hayır, yapamaz! denilirse, bunun nedenleri nelerdir? Evet yapar! denilirse, acaba yaptığı yargılamanın adil bir yargılama olduğu söylenebilir mi? Yüce Divan'ın yargılama usulleri nelerdir? İddia, savunma ve yargılama nasıl yapılır? Bütün bu ve buna benzer sorulara cevap aramak amacıyla hazırlanmış bulunduğumuz bu çalışma; kavram, ceza muhakemesi teşkilâtı içindeki yeri, Yüce Divan'da yapılan ceza muhakemesine hakim ilkeler, Yüce Divan'da yapılan ceza muhakemesine katılan kişiler ve Yüce Divan'da yapılan ceza muhakemesinin yürüyüşü olmak üzere beş ana başlık taşımaktadır.

Çalışma konumuz, Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan sıfatıyla 12 Nisan 1995 günü iki eski bakan ve bir genel müdür hakkında vermiş bulunduğu karar ile yeniden güncellik kazanmış ve kamu oyununda hararetli bir tartışma başlamıştır. Biz, bu önemli konuyu her türlü günlük siyasî mülahazadan uzak, tamamen Ceza Muhakemesi Hukuku'nun esasları çerçevesinde kalarak değerlendirmek istiyoruz. Dileriz, yararlı olsun!

I. Kavram

1. Tanım

Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu Üyeleri, yüksek mahkeme başkanı veya üyeleri gibi, egemenlik adı verilen muazzam kudretin yürütme ve yargı erki gibi iki önemli kısmını millet adına kullanan üst düzey kamu görevlilerinin, görev suçlarını muhakeme etmek üzere kurulmuş bulunan mahkemelere Yüce Divan adı verilmektedir. 1982 Anayasası bu önemli görevi Anayasa Mahkemesi'ne vermiştir.

* D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

2. Amacı

Bilindiği gibi, hangi hakimın, hangi kişilerin hangi suçlarını yargılayacağını gösteren yetki kurallarına kişi bakımından yetki kuralları denmektedir. Bu yetki kuralları, bazı kişileri kayırmak için değil, kayırılmalarını önlemek için konulmuştur.(1)

Devletin en üst kadrolarında bulunan kamu görevlilerinin görev suçlarından dolayı, kişi bakımından yetki kuralları gereğince farklı bir yargılama makamı kurulmasının sebebi de, sadece yürütme ve yargı gibi egemenliğin iki önemli kısmını millet adına istimal edebildikleri için nüfuz alanı oldukça geniş bulunan bu kişilerin herkesin tabi bulunduğu yargıyı etkileyebilecekleri ve bu suretle kayırtmalarını temin edebilecekleri endişesi değil; ve fakat aynı zamanda siyasî hesaplaşma ve sair düşüncelerle bu kişilerin haksızlığa uğratılabileceği yolundaki kaygılardır. Kısaca, amaç ADİL BİR YARGILAMA yapmaktır. iddiayı veya savunmayı kayırmadan maddî gerçeği araştırmaktır. Hukuk devleti ilkesinin gereği de budur. Bilindiği gibi, ülkesinde insan haklarını ve güvenliği gerçekleştirmiş bulunan adil devlete hukuk devleti denilmektedir. (2)

3. Tarihçe

Türk Anayasa Hukuku’nda üst düzey kamu görevlilerini muhakeme etmek maksadıyla Yüce Divan ilk kez “Divanı Ali” adı ile 1876 Anayasasında yer almıştır (m.32 vd., m.92 vd.) Buna göre, Divanı Ali 30 üyeli idi. Bunların onu Heyeti Ayan, onu Şûrayı Devlet (Danıştay) onu da Mahkemeyi Temyiz (Yargıtay) ve istinaf Rüesa (Başkan) ve azasından (üyelerinden) ku’ra ile tefrik ve tayin olunarak Heyeti Ayan dairesinde lüzum görüldükçe ba iradei seniye (padişah buyruğu ile) akdolunurdu (m.92). Yüce Divan 2 Kısımdı. Birinci kısım Dairei İthamiye (iddia Dairesi Makamı), ikinci kısım da Divanı Hükümdü (Yargılama Makamı idi).

İddia Dairesi (makamı), üçü Heyeti Ayan, üçü Şûrayı Devlet (Danıştay) üçü de Mahkemeyi Temyiz (Yargıtay) ve İstinafdan Yüce Divan’a alınacaklar arasından kura ile seçilmiş olan 9 üyeden ibaretti. Bu daire, hakkında şikâyetle bulunulan şahsın suçlanabilip suçlanamayacağına üçte iki çoğunlukla karar verir. İddia Dairesinde görev alanlar Divanı Hükümde yer alamazlar (m. 94).

Yargılama makamı olan Divanı Hüküm ise, yedisi Heyeti Ayandan, yedisi Temyiz (Yargıtay) ve İstinafdan ve yedisi de Şûrayı Devletten olmak üzere 21 üyeden ibaretti. Bu da kararlarını üçte iki çoğunlukla verirdi ve bu kararlara karşı istinaf veya temyiz yoluna gidilemezdi; yani kesindi (m.95).

Kurtuluş Savaşı’nın tam ortasında yapılması sebebiyle sadece temel ihtiyaçların dikkate alınması nedeniyle çok kısa bir Anayasa olan 1921 Teşkilâtı

(1) KUNTER, no. 222, TOSUN, cl. s.518vd.

(2) ÖZTÜRK, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 1995, no. 89

Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi “Yüce Divan”

Esasiye Kanunu’nun aksine 1924 tarihli Teşkilâtı Esasiye Kanunu’nda da Yüce Divan’a yer verilmiştir, (m.41,50,61 vd.).

Gerçekten 1924 Anayasasına göre, vazifelerinden münbais hususatta İcra Vekilleri ile Şurayı Devlet ve Temyiz Mahkemesi reisleri ve üyeleri ve Cumhuriyet Başsavcısı’nı muhakeme etmek üzere bir (Divanı Ali) (Yüce Divan) teşkil olunur (m.61). Yüce Divan üyeliği için onbiri Temyiz Mahkemesi (Yargıtay), onu Danıştay reis ve üyeleri meyanından ve kendi genel kurulları tarafından ledelik tiza (gerektiği zaman) gizli oyla 21 kişi seçilir (m.62/1). Yüce Divan, bir reis ve 14 üye ile teşekkül ve salt çoğunlukla karar ittihaz eder. Geriye kalan 6 üye yedektir.

Yüce Divan’ın kararları kesindir (m.65).

Yüce Divan görülen lüzum üzerine TBMM kararıyla teşkil olunur (m. 67)

1961 Anayasası ise 1876 ve 1924 sisteminden ayrılarak çağdaş anlamda bir Anayasa Mahkemesi’ne yer vermiş ve Yüce Divan görevini de bu yüksek mahkemeye bırakmıştır.

Gerçekten 1961 Anayasasının 147.maddesinde, Cumhurbaşkanı’nın, Bakanlar Kurulu üyelerini, Yargıtay, Yüksek Hakimler Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini, Cumhuriyet Başsavcısı’nı, Başkanunsözcüsü’nü, Askerî Yargıtay Başsavcısı’nı ve kendi üyelerini GÖREVLERİ İLE İLGİLİ SUÇLAR-DAN dolayı YÜCE DİVAN sıfatıyla yargılar hükmüne yer verilmişti. Aynı Anayasaya göre, Anayasa Mahkemesi 15 asıl ve 5 yedek üyeden ibaretti. Asıl üyelerden dördü Yargıtay, üçü Danıştay Genel Kurullarınca kendi başkan ve üyeleriyle Cumhuriyet Başsavcısı ve Başkanunsözcüsü arasından üye tam sayılarının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla seçiliyordu. Bir üye Sayıştay Genel Kurulu’nca kendi başkan ve üyeleri arasından aynı usulle seçilmekteydi. Millet Meclisi üç, Cumhuriyet Senatosu ise iki üye seçiyordu. Cumhurbaşkanı’nca da iki üye seçilmekteydi. Cumhurbaşkanı, bu üyelerden birini Askerî Yargıtay Genel Kurulu’nun üye tam sayısının salt çoğunluğu ile ve gizli oyla göstereceği üç aday arasından seçiyordu. Yasama Meclisleri ise, bu seçimleri TBMM üyeleri dışından, üye tam sayılarının salt çoğunluğu ve gizli oyla yapmaktaydı (m. 145/1).

Anayasa Mahkemesi’ne asıl veya yedek üye olabilmek için 40 yaşını doldurmuş bulunmak ve Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay veya Sayıştay’da başkanlık, üyelik, başsavcılık, başkanunsözcülüğü veya üniversitelerde hukuk, iktisat ve siyasal bilimler alanlarında en az 5 yıl öğretim üyeliği veya 15 yıl avukatlık yapmış olmak şarttı (m. 145/3).

Halen yürürlükte bulunan 1982 Anayasası ise, kural olarak 1961 Anayasasının Anayasa Mahkemesi modelini benimsemiş ve Yüce Divan görevini bu mahkemeye bırakmıştır.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Buna göre. Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanı’nı, Bakanlar Kurulu Üyelerini, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek idare Mahkemesi başkan ve üyelerini, başsavcılarını. Cumhuriyet Başsavcivekilini, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay başkan ve üyelerini görevleri ile ilgili suçlardan dolayı Yüce divan sıfatıyla yargılar (m. 148/3). Yüce Divan’da savcılık görevini Cumhuriyet Başsavcısı veya Cumhuriyet Başsavcivekili yapar. Yüce Divan’ın kararları kesindir (m. 148/2,3).

1961 Anayasasında 15 asıl 5 yedek üye olarak öngörülen Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasasına göre 11 asıl ve 4 yedek üyeden kurulur (m.146/1).

Cumhurbaşkanı iki asıl ve iki yedek üyeyi Yargıtay, iki asıl ve bir yedek üyeyi Danıştay, birer asıl üyeyi Askeri Yargıtay, Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay genel kurullarınca kendi başkan ve üyeleri arasından üye tam sayılarının salt çoğunluğu ile her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; bir asıl üyeyi ise Yükseköğretim Kurulu’nun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumları öğretim üyeleri içinden göstereceği üç aday arasından; üç asıl ve bir yedek üyeyi üst kademe yöneticileri ile avukatlar arasından seçer (m. 146/2).

Yükseköğretim kurumları öğretim üyeleri ile üst kademe yöneticileri ve avukatların Anayasa Mahkemesi’ne asıl ve yedek üye seçilebilmeleri için 40 yaşını doldurmuş, yükseköğrenim görmüş veya öğrenim kurumlarında en az 15 yıl öğretim üyeliği veya kamu hizmetinde en az 15 yıl fiilen çalışmış veya en az 15 yıl avukatlık yapmış olmak şarttır (m. 146/3).

Anayasanın bu düzenlemesine uygun olarak çıkarılan 10 Kasım 1983 tarih ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun’un “**Seçilme yeterliği**” başlığını taşıyan 3. maddesine göre ise “Anayasa Mahkemesi asıl ve yedek üyeliğine seçilebilmek için aşağıdaki şartları haiz bulunmak gerekir.

1. Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askerî Yüksek idare Mahkemesi ve Sayıştay’da başkan ve üye olmak; veya

2. Kırk yaşını bitirmiş, 65 yaşını doldurmamış, yükseköğrenim görmüş ve kamu hizmetlerinde en az 15 yıl fiilen çalışmış veya yükseköğretim kurumlarında en az 15 yıl öğretim üyeliği yapmış olmak şartıyla;

a) Yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında öğretim üyesi; veya

b) Yükseköğretim Kurulu başkan veya üyesi veya Yükseköğretim Kurumu rektör veya dekanı veya müsteşar, müsteşar yardımcısı, general, amiral, büyükelçi, bölge valisi veya vali,

olarak görev yapmak; veya

Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi “Yüce Divan”

c) Mesleğinde avukat olarak fiilen 15 yıl çalışmış olmak; ve

3. Hakimlik mesleğine alınmamayı gerektiren bir suçtan hüküm giymemek veya bu gibi suçlardan dolayı ceza kovuşturması altında bulunmamak ve hakimlik mesleğine alınmasına engel bir hali olmamak.

Görüldüğü gibi 1982 Anayasası 1961 Anayasası’nın Yüce Divan modelini benimsemiş olmakla birlikte hem üye sayısında hem de bunların seçiminde son derece farklı esaslar benimsemiştir. Üyelerin seçimi konusunda Cumhurbaşkanına yetki tanınması, üyelerin niteliklerinin belirtilmemesi, 15 yıl fiilen çalışmış bulunan üst kademe yöneticilerinin üye seçilebilmesinin imkan dahiline sokulması son derece sakıncalı olmuştur. Öte yandan bir subay veya müdür 15 yıl fiilen çalışmakla seçilme yeteneği kazanırken, bir öğretim üyesi, bu sıfat ancak yardımcı doçentlikle kazanıldığından, ondan önceki beş veya altı yılı dikkate alınmaksızın yapılacak bir hesaplama ile seçilme yeteneği kazanabilecektir.

Madde gerekçesinde,” bu maddede, 1961 Anayasasından farklı olarak üyelerin nitelikleri ve nerelerden alınacakları belirtilmemiştir; Anayasa Mahkemesi üyeliği belli bir bilim dalında uzmanlaşmış olmasının yanında her kanun veya kanun hükmünde kararnamenin Anayasaya aykırılığını ölçüp tartabilecek, oldukça geniş bir saha ile ilgilenmiş bulunmayı da gerektirir; bu nitelikleri taşıyan kişiler her nerede ve hukuk bilimine dayalı hangi kuruluştaki olursa olsun oradan alınıp getirilmesinde kamu yararı vardır; bunu da en iyi biçimde yapabilecek makamın Cumhurbaşkanlığı gibi bir yüce makam olduğu düşünülmüştür” denilmekle(3), tarafımızdan son derece sakıncalı bulunan durumun Anayasakoyucu tarafından bilerek ve isteyerek yaratıldığı ortaya çıkmaktadır.

Bu suretle kurulan bir Anayasa Mahkemesi’nin kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin Anayasaya uygunluğunu denetleyebilmesi bir ölçüde mümkün bulunsan bile Yüce Divan sıfatıyla ceza muhakemesi yapabilmesi son derece zordur. Gerçekten, bırakınız ceza hukukçusunu düz hukukçuların bile azınlıkta kalmasına müsait bulunan böyle bir sistem ceza ve ceza muhakemesi hukukunun amacına ulaşmasına müsait bulunduğunu söylemek mümkün değildir.

Aşağıda görüleceği gibi, İtalya’da da Yüce Divan olarak çalışma görevi Anayasa Mahkemesi’ne VERİLMİŞTİR. Ancak bu ülkede Anayasa Mahkemesi’ne ancak ADLÎ VE İDARÎ YARGIYA MENSUP HAKİMLER, HUKUK FAKÜLTESİ PROFESÖRLERİ VE EN AZ 20 YIL MESLEKTE FİİLEN ÇALIŞMIŞ AVUKATLAR seçilebilmektedir (m. 135/2 İtalyan Anayasası) (4).

(3) KUZU, Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1988, s. 183.

(4) GEITNER/PULTE, Die Verfassungen der Staaten in der Europäischen Gemeinschaft, München 1976, s. 192

4. Mukayeseli Hukukta Durum

Mukayeseli hukukta Yüce Divan konusunda farklı sistemler bulunmaktadır.

Kralın dokunulmaz, sorumluluğun ise bakanlarda olduğunu kabul eden (m.63) Belçika Anayasası'na göre, bakanlar hakkında görev suçlarından dolayı iddia yetkisi Mecliste, yargılama yetkisi ise Yargıtay'dadır (Yargıtay Birleşik Genel Kurulu'ndadır) (m.63,90)(5).

Alman Anayasası özel bir Yüce Divan öngörmüş değildir. Üst düzey yöneticilerin işledikleri iddia edilen görev suçlarından dolayı yargılanmaları CMUK ve GVG (yani Mahkemelerin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun) hükümleri çerçevesinde olur. Örneğin, vatana ihanet suçu bakımından madde bakımından yetkili olan makam Yüksek Eyalet Mahkemesi'dir (6).

Söz konusu Anayasanın 61. maddesinde Millet Meclisi'nin veya Senato'nun (Bundesrat) Devlet Başkanı hakkında Anayasayı veya federal bir kanunu kasten ihlâl ettiği iddiası ile Anayasa Mahkemesi'nde dava açabileceği belirtilmişse de, açılması öngörülen bir dava bir ceza davası olmayıp, Başkanın, bu fiilleri işlediği sabit görülmesi halinde görevden geçici veya sürekli olarak elçektirilmesi konusunda kararın verildiği nevi şahsına münhasır bir davadır(7). İrlanda Anayasası'nda da (m. 10) buna benzer bir düzenleme bulunmaktadır (8).

Fransız Anayasası dokuzuncu kısmında müstakil bir Yüce Divan öngörmektedir. Gerçekten söz konusu Anayasanın dokuzuncu kısmında yer alan 67. maddesine göre, bir Yüksek Mahkeme (Yüce Divan) kurulacaktır. Bu Mahkeme Millet Meclisi ve Senato'nun 6 yıl için seçtiği eşit sayıda üyeden ibarettir. Yüksek Mahkemenin yapısı (terkibi), kuralları, faaliyetleri ve muhakeme usulleri bir Organizasyon Kanunda düzenlenir (m. 68/1).

Aynı Anayasanın 68.maddesine göre ise, Devlet Başkanı görevinden dolayı yalnızca vatana ihanet suçundan sorumludur. Bu suçtan dolayı Başkan hakkında ceza davası açılabilmesi Millet Meclisi ve Senato'nun salt çoğunlukla karar vermesine bağlıdır. Hükmü Yüce Divan verir. Hükümet üyeleri, görev suçlarından dolayı, şayet bu fiiller işlendiği sırada cürüm veya cünha teşkil ediyorsa, Ceza Hukuku bakımından sorumludurlar. Bunlar ve yardımcıları (şerikleri) hakkında, şayet fiilleri devletin güvenliğine karşı bir komplo teşkil ediyorsa, yukarıda Devlet Başkanı için söz konusu olan usulün tatbiki gerekir. Bu fıkırada (m.68/2) öngörülen durumlarda Yüce Divan, fiilin işlendiği sırada yürürlükte bulunan ceza kanunlarının cürüm ve cünha tanımı ve cezalandırma hükümleri ile bağlıdır (m. 68/2) (9).

(5) GEITNER/PULTE, s.36, 37.

(6) KARLSRUHERKOMMENTAR, Strafprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, 3. Auflage, München 1993, s. 1947 vd.

(7) GEITNER/PULTE, s.62

(8) GEITNER/PULTE, s. 145

(9) GEITNER/PULTE, s. 116

Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi “Yüce Divan”

İtalyan Anayasası yukarıda değinilen ülkelerin anayasalarında öngörülen sistemlerden farklı olarak Yüce Divan görevini Anayasa Mahkemesi’ne vermiştir.

Buna göre Anayasa Mahkemesi, kanunların ve kanun hükmünde kararname-lerin Anayasaya uygunluğunun denetimini yapmak ve diğer bazı görevleri yerine getirmenin yanında Devlet Başkanı ve Bakanlar hakkında açılacak davalara bakmakla da yetkilendirilmiştir (m. 134). Yukarıda işaret ettiğimiz gibi, İtalya’da böyle bir düzenlemeye gidilirken Anayasa Mahkemesi’ne ancak ADLİ VE İDARİ YARGIYA MENSUP HAKİMLER, HUKUK FAKÜLTESİ PROFESÖRLERİ VE EN AZ 20 YIL MESLEKTE FİİLEN ÇALIŞMIŞ AVUKATLARIN seçilebileceği hükmüne de yer verilmiştir (m. 135/2)(10)

İtalyan Anayasası’na göre, Devlet Başkanı vatana ihanet veya anayasaya saldırı dışında cezaî sorumluluğu yoktur. Vatana ihanet veya anayasaya saldırı durumunda Başkan hakkında Parlamento tarafından salt çoğunluk kararı ile dava açılır (m.90); Açılan bu davaya Yüce divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi bakar (m. 134/2). Bakanlar, Bakanlar Kurulu’nun işlemlerinden müstereken, kendi bakanlıklarının işlemlerinden de bireysel olarak sorumludurlar. Başbakan ve Bakanlar hakkında, görevlerini yaparken işlemiş bulundukları suçlarından dolayı Parlamento tarafından dava açılır (m.96). Açılan bu dava-ya da Anayasa Mahkemesi Yüce Divan sıfatıyla bakar (m. 134/2)

II.Ceza Muhakemesi Teşkilâtı İçindeki Yeri

Bilindiği gibi Türk ceza muhakemesinin “**yargısal teşkilâtı**” hakimlikler ve ceza mahkemelerinden ibarettir. Ceza mahkemeleri de GENEL CEZA MAHKEMELERİ ve ÖZEL yani İHTİSAS CEZA MAHKEMELERİ olmak üzere iki grupta toplanmaktadır. Genel ceza mahkemeleri esas mahkemelerden, yani sulh, asliye ve ağır ceza mahkemeleri ve Yargıtay’dan ibarettir. Yüce Divan’ın bunlar arasında olmadığı açıktır. Özel yani ihtisas mahkemeleri de doğrudan doğruya ve dolaylı olmak üzere iki gruptur. Dolaylı olanlar, yani dolaylı olarak ceza muhakemesi fonksiyonu görenler İcra Tetkik Mercii yani icra Ceza Mahkemesi gibi kurumlardır (11). Esas olarak icra Hukuku’na dahil bulunan uyuşmazlıkların halledilmesi ile görevli bulunan bu merciler söz konusu görevleri ile dolaylı olarak ilgili bulunan Ceza Hukuku uyuşmazlıklarını da çözebilmektedirler. Anayasa Mahkemesi olarak gördüğü fonksiyonuyla hiç bir bağlantı içinde olmaksızın, Anayasa ve kanunlarda gösterilen belli bazı kişilerin görev suçlarından dolayı yapılan ceza muhakemesinde yargı yeri olarak öngörülmüş bulunan Yüce Divan’ın bunlar arasında da olmadığı ortadadır. O halde Yüce Divan, Çocuk Mahkemeleri, Askerî Mahkemeler gibi doğrudan doğruya özel (ihtisas) ceza muhakemesi olarak çalışan yargı yerleri arasında yer aldığı söylenmelidir (12).

(10) GEITNER/PULTE, s. 192

(11) ÖZTÜRK, no. 512e

(12) ÖZTÜRK, no. 106a

III.Yüce Divana Hakim İlkeler (12a)

Önemle kaydedelim ki, genel mahkemelerde yapılan ceza muhakemesine hakim bulunan ilkeler, kural olarak, Yüce Divan’a, daha doğrusu burada yapılan ceza muhakemesine de hakimdir. Önemi nedeniyle hemen hemen her çalışmamızda temas ettiğimiz bu ilkelere burada da kısaca değinmekte yarar vardır. Bu konuda geniş bilgi için, üçüncü basısını 1994 yılında yaptığımız Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku konulu kitabımıza ve orada zikrettiğimiz kaynaklara bakılmalıdır.

1. Hukuk Devleti İlkesi

İnsan hakları ile ilgili bütün ilkelerin anası, kaynağı durumunda bulunan ve anayasamızın ikinci maddesinde açıkça ifade edilen hukuk devleti ilkesine göre, yasama, yürütme ve yargı gücünü yani egemenlik adı verilen muazzam gücü Millet adına kullanan Anayasal organlar bu gücü sadece hukukun genel ilkeleri, Anayasa ve kanunlar çerçevesinde insan haysiyetini korumak, **insan hakları ile temel hak ve hürriyetleri gerçekleştirmek, adaleti ve hukuk güvenliğini sağlamak** amacıyla kullanabilirler. Bu onların meşruluğunun temelini teşkil eder. Anayasa Mahkemesi’de hukuk devleti kavramını bu şekilde anlamaktadır (AMKD c. 14 s. 189).

Görüldüğü gibi hukuk devleti üç sütun üzerine inşa edilmiştir. Bunlar:A. İnsan haklarının gerçekleştirilmesi, B. Adaletin sağlanması, C. Hukuki güvenliğin temin edilmesidir.

(12a) AKIN, Temel Hak ve Özgürlükler, İstanbul 1971, s.1 vd.; American Casebook Series, Hombook Series and Basic Legal Texts Nusthell Serles of West Publishing Company, Minnesota 1986, s. 542 vd.; BATUM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İst. 1990, s. 1 vd.; Busam, Das Gestandnis im Strafverfahren, Lübeck 1983, s.21 vd., 57 vd.; Centel, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, İst. 1992; Cihan, Suç Teşkil Eden Sorgu Yöntemleri, MHAD 1971, s.7 vd.; Ermacora, GrundrillB der Menschenrechte in Österreich, Wien 1988, s. 154 vd.; Öztürk Özel Hayatın Gizliliği ve Arama, Manisa Barosu Dergisi, Temmuz 1992; Rüping, Der Schutz der Menschenrechte im Strafverfahren, in: ZStW 1979 (91. Band) s. 351 vd.; Schorn, Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren, Bingen 1963, s. 17 vd., 100 vd.; Roxin, Straf- verfahrensrecht, 23. Auflage, München 1993, s.1 vd., Schroeder Strafp- roze]Srecht, Müncehn 1993, s.219.; Tettinger, Fairnej3 und Waffengleichheit Rechtsstaatliche direktiven für Proze]3 und Venvaltungsverfahren, München 1984 s. 5 vd.; Tosun, Özel Hayatın Gizliliği, TCK nın 50 yılı ve Geleceği, İst. 1977, s.371 vd.; Tomuschat, Menschenrechte, Bonn 1992, s. 1 vd.; Tosun, Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Olarak Gizli Dinleme, İHFM 1976, cXLI sy. 3-4 den ayn bası, s.1 vd.; Wertenbruch, Grundgesetz und Mens- chenwürde, Köln u.a. 1959, s. 19 vd. Yayla, Anayasa Hukuku Ders Notları, İst. 1985, s.88 vd.; Dahs, das rechtliche Gehör im Strafverfahren, München- Berlin 1965 s.45, Kolb das rechtliche Gehör als verfassungsmassiges Recht (Art. 103 Abs. 1 GG, Art. 91 Abs. 1 BV) München 1963 s. 24 vd.. Yüce, İn Dubio Pro Reo Kaidesi, AD. yıl 53 Kasım-Aralık 1962 sy. 11-12 s. 1209 vd., Arzt, der strafrechtliche Schutz der İnümsphaere, Tübingen 1970, s. 142 vd., Danışman, Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, Konya 1991, s.3 vd.; Lücking, Die strafprozessuale Übenvachung Des Femmeldeverkehrs, s.5 vd., Geppert, der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren, Berlin - New York 1979 s.1 vd., Löhr, der Grundsatz der Un- mittelbarkeit im deutschen Strafprozessrecht, Berlin 1972 s. 15 vd.,

İnsan Haklarının Gerçekleştirilmesi :

Bilindiği gibi, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi gibi milletlerarası belgelerle medenî ülkelerin Anayasalarında ve kanunlarında yer alan ve ırk, renk, cins, dil, din, siyasî veya diğer herhangi bir akide, millî veya sosyal menşee, servet, doğuş veya diğer herhangi bir fark gözetilmeksizin, insanın insan olması nedeniyle her insan tarafından yararlanılabilen haklara İNSAN HAKLARI denmektedir. İşte bu hakların UYGULAMADA GERÇEKTEN kullanıldığı ülkelere hukuk devleti denmektedir. Son yıllarda en totaliter ülkelere dahi, küreselleşmenin bir sonucu olarak, insan haklarına kayıtsız kalamamakta; bunlara kanunlarında hatta anayasalarında yer vermek durumunda kalmakta; ve fakat söz konusu hakları uygulamada gereği gibi veya hiç kullanılmamaktadırlar. Bu nedenle hukuk devletinin ölçüsü insan haklarına sadece MEVZUATTA YER VERMEK DEĞİL, bunları UYGULAMADA GERÇEKLEŞTİRMEKTİR. Bir devlet, insan haklarına uygulamada gerçekleştirdiği oranda hukuk devletidir.

Bir hukuk devletinin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunun; bu arada söz konusu hukukun esaslarını uygulamak durumunda bulunan Yüce Divan uygulamalarının da insan haklarına dayalı bulunacağı açıktır.

Adaletin Sağlanması :

Etik ve hukukî bir kavram olan ADALET, herkesin fırsat eşitliğinin bulunması; herkesin kanun önünde eşit sayılması; herkese kişiliğini geliştirme olanağının verilmesi; buna engel olan maddî ve manevî engellerin ortadan kaldırılması; her türlü imtiyazın ve keyfiliğin reddedilmesi anlamına gelir. Kısaca ifade edilmek gerekirse, adil olan devlete hukuk devleti denir. Yüce Divan'ın da bu anlamda bir adaleti aramak durumunda olacağı açıktır.

Hukukî Güvenliğin Temin Edilmesi :

Ülkesinde, toplum halinde yaşamının ilk ve vazgeçilmez şartı olan Hukukî güvenliği ve sosyal düzeni sağlayamamış olan devlete hukuk devleti denebilir. Bir hukuk devletinin varlık sebebi, insan haklarına dayalı adil ve güvenli toplumsal bir düzen kurmak ve bunu kesintisiz bir şekilde sürdürmektir. Bunu sağlamak için çeşitli, araçlara ihtiyaç bulunmaktadır.

Hukuk devletinin bir başka yönü, eylem ve işlemlerinde ölçülü (oranlı) davranan devlet olmasıdır. Gerçekten **oranlılık ilkesi**, hukuk devletine hakim olan aşırılık yasağının bir bölümünü oluşturur. Bu ilkeye göre, Ceza Muhakemesi Hukuku işleminin yapılması ile sağlanması beklenen yarar ve verilmesi ihtimal dahilinde bulunan zarar arasında makûl bir oranın (ölçünün) bulunmasını, oransızlık durumunda işlemin yapılmamasını ifade eden ilkeye oranlılık (ölçülülük) ilkesi denir.

Şu husus gözden kaçırılmamalıdır ki, burada eşitlikten değil, oranlılıktan söz edilmektedir. Örneğin, başlangıç şüphesi bulunmamasına rağmen hazır-

lık soruşturmasına başlanması da oranlılık ilkesine aykırıdır. Bir hukuk devletinde, ceza takibine yetkili makamların, bu arada Yüce Divan’ın bir ceza muhakemesi işlemi yaparken devleti veya ferdi “kayırması” kabul edilmez. Çünkü, **“ferdin kayırılması anarşiye, devletin kayırılması da baskıcı bir yönetime yol açar”**. Hukuk devleti ilkesinin geçerli olmadığı devletlere totaliter devletler veya polis devleti denmektedir. Böyle bir devlette insan haysiyeti, insan hakları, temel hak ve hürriyetler gibi konular önemli olmadığından, ya sanığa hiç bir hak tanınmaz, ya da bazı haklar hatta tüm haklar tanınır; fakat sanık bunları uygulamada, özellikle iktidar çıkarlarının söz konusu olduğu durumlarda kullanamaz.

Şayet ceza muhakemesi alanında «gerçekten» reform yapılmak isteniyorsa, her şeyden evvel hukuk devleti ilkesinin UYGULAMADA gerçekleştirilmesi gerekir. Sadece kanun değiştirmek veya yeni kanun yapmakla bu konuda amaca ulaşılması mümkün değildir; olmadığını da geçmiş tecrübeler göstermiştir. Türkiye, hukuk devleti ilkesinin tam olarak hayata geçirilmesi için gerekli bulunan yasal düzenlemelere, asgarî düzeyde de olsa sahiptir. Sorun büyük ölçüde UYGULAMADADIR. Almanya’da başarı ile uygulanan ve bizim 1929 da bu ülkeden aldığımız Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanunu ile usûlüne göre yürürlüğe sokulmuş bulunan ve bu suretle, Anayasanın 90. m.sinin son fıkrasına göre, doğrudan doğruya uygulanabilecek birer iç hukuk kuralı haline gelmiş bulunan milletlerarası sözleşmeler, örneğin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, İşkenceye Karşı Avrupa ve Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri tam manasıyla uygulansaydı; ceza muhakemesi sırasında insan haklarını ihlâl edenlerle ettirenlerden hesap sorulabilseydi, bu gibi kimseler **Memurin Muhakematı Hakkında Kanun** gibi özel yargılama kuralları ihtiva eden kanunların arkasına gizlenme olanağı bulamamış olsalardı, ülkemizde ceza muhakemesinde insan hakları konusundaki sıkıntılar bu boyutta olmazdı. O halde, ceza muhakemesi konusunda yapılacak reformun önce UYGULAMADA daha sonra da, eğer gerekli olursa, kanunlarda olması gerekir. Hatırlatalım ki, en kötü kanun iyi uygulayıcıların elinde en iyi kanun haline; en iyi kanun da kötü uygulayıcıların elinde en kötü kanun haline gelebilir.

2. İnsan Haysiyetinin Korunması (Dokunulmazlığı) İlkesi

Alman Anayasası “insan haysiyeti” kavramına, en üst değer olarak birinci maddesinde yer vermiş ve bunu değerler sisteminin odak noktası yapmıştır, insanlığın üzerine bir kabus gibi çöken ve insanı basit bir araç haline getiren Nazi düzenini yaşamış insanların, bu korkunç düzenden kurtulur kurtulmaz yaptıkları Anayasa ile böyle bir tepki göstermeleri, Hitler döneminin tüyler ürpertici tecrübelerini yaşamak zorunda kalmamış olan öteki insanlar bakımından daima hatırdta tutulması gereken çok önemli bir mesajdır. Türk Anayasakoyucusu da bu mesaja kulak vermiş ve 5. m.de, “devletin temel amaçları ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığı ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhu-

riyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, İNSANIN MADDİ ve MANEVİ VARLIĞININ gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.” hükmünü sevk etmiştir. Öte yandan m. 17/3’de de, “kim-seye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse İNSAN HAYSIYETİYLE bağdaşmayan bir cezaya ve muameleye tâbi tutulamaz” denilerek, insan haysiyetine verilen önem dile getirilmiştir.

Anayasal açıdan ahlakî değil bağlayıcı bir hukukî değer olan insan haysiyetinden vazgeçmek mümkün değildir. Bu nedenle, örneğin işkence, rızaya dayansa da, kabul edilemez; ileride göreceğimiz gibi, bu suretle elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılamaz.

Doktrin de yazarlar, insan haysiyeti konusunda büyük ölçüde aşağıdaki tanımda birleşmişlerdir:

“İnsan haysiyeti, bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve kendi çevresini şekillendirme yeteneği veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran ruhtur, manevî güçtür.” Son bir tahlilde insan haysiyeti adı verilen değer HÜR İRADE olduğu söylenebilir. İnsanın obje haline getirilmesi daima insan haysiyetine aykırıdır.

İnsan haysiyetinin korunması, ona dokunulmaması ancak bir hukuk devletinde ileri sürülebilir. Bu nedenle hukuk devleti ilkesi, insan haysiyeti kavramının zırhını oluşturmaktadır.

Önemle kaydedelim ki, insan haysiyeti, örneğin işkence yasağı gibi bazı durumlarda dokunulmaz olmakla birlikte, sınırsız değildir. Bir hukuk devletinin vatandaşı sadece hakları olan bir vatandaş değildir; onun, sosyal hayatı mümkün kılmak üzere devlet tarafından hukuk devleti ilkeleri esasları çerçevesinde getirilmiş bulunan yükümlülöklere ve alınmış bulunan tedbirlere uymak, toplumsal hayatın çekilmez hale gelmesini önlemek hususunda öngörülen faaliyetlere katkıda bulunmak görevi vardır, insanın sosyal bir yaratık olduğu gerçeği bile, bu görevin temelini açıklamaya yeter. Bize göre insan haysiyetinin ancak bir hukuk devletinde ileri sürülebileceği gerçeği dikkate alınarak, bunun sınırının da yine hukuk devleti olduğu söylenmelidir.

İnsan haysiyeti, teneffüs ettiğimiz hava gibidir; bulunmadığı zaman varlığını hissediriz. Bu nedenle nelerin insan haysiyetine uygun olduğunu değil, nelerin insan haysiyetine uygun olmadığını göstermek daha kolaydır. Aşağıdaki 4 halde insan haysiyeti ihlalleri ağır ve doğrudan doğrudur; bu nedenle, ileride de göreceğimiz gibi, bu suretle elde edilen deliller **mutlak delil yasağı** ile karşılaşılır. Burada failin suçunun ağırlığı veya başkaca hususların hiç bir önemi yoktur. Bu nedenle, sınırda kalan durumlarda delil yasakları lehinde karar verilmelidir.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

A) Her şeyden önce işkence, yani sanığın kendini suçlayıcı beyanlarda bulunmaya zorlanması insan haysiyetine aykırıdır (m. 38/5 AY, m. 5 İHEB, m.7, 10, 14/3g MvSHS, m. 135a CMUK, m.243 TCK). Anayasamıza göre, hiç kimse kendisini... suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz (m. 38/5 AY). Bir insandan, onun hür iradesini hiçe sayarak, işkence ile ifade alınması, insan haysiyeti ihlallerinin en ağıdır. Burada işkence işleminin tatbiki, ihlâlin varlığı için yeterlidir; hür iradeye yapılan engellenin derecesinin hiç bir önemi yoktur.

B) Bir kimsenin yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanması da insan haysiyetine aykırıdır. Anayasamıza göre, hiç kimse... kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz (m.38/5 AY, m. 14/3g MvSHS).

C) Sanığa, kendisi ile ilk temasa geçen yetkili tarafından (polis, jandarma, savcı vs.) bazı haklarının, özellikle de “susma hakkı ve (m.38/5 AY, m.5 İHEB, m.3 İHAS m. 135 CMUK, m. 528 TCK) bir avukat ile temas kurabilme hakkının” (m.36 AY, m. 11 İHEB, m. 6 İHAS, m. 14/3d MvSHS, m. 136 CMUK) bulunduğu bildirilmemesi suretiyle konuşmasının sağlanması ve kendisini zor duruma sokmasına sebep olunması da insan haysiyetine aykırıdır.

Sanığa, kendisi ile ilk temasa geçen yetkili tarafından bazı haklarının bulunduğu bildirilebilmesi için her şeyden önce bu bildirme işini yapacak yetkililerin söz konusu hakları bilmeleri gerekmektedir. Bunun en pratik yolu ilgili bakanlık ve bakanlıkların, susma hakkı ile sanığın avukat ile temas kurabilme hakkını ihtiva eden ve taşınması kolay olan sürücü belgesi büyüklüğünde bir kart bastırıp kolluk memurlarına dağıtmasıdır. Sanıkla ilk temasa geçen yetkililer, yanlarında taşıdıkları kartta yer alan hakları sanığa okuyacaklardır.

D) Hayatın gizli alanına (özel hayata değil), yapılan müdahaleler de, insan haysiyetinin doğrudan doğruya ihlâlidir. Bu konuda aşağıda, “özel hayatın gizliliği ilkesi” başlığı altında ele alınacaktır.

3. İşkence Yasağı

1982 Ay m. 17/3 de, İHEB m. 5 de, İHAS m. 3 de, MvSHS m.7 de ve CMUK m. 135a da hiç kimseye işkence ve eziyet yapılamaz denilmek suretiyle bu yasak son derece açık bir şekilde ifade edilmiştir. Öte yandan TCK m. 243 de işkence ağır bir suç olarak düzenlenmiştir. Burada son olarak aşağıda ele alınacak olan İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler ve Avrupa Sözleşmelerine de işaret edilmelidir.

4. Dürüst İşlem İlkesi

Bundan maksat, ceza muhakemesi işlemlerinin kandırma, yanıltma veya zorlama gibi irade serbestisini engelleyen veya savunmayı kısıtlayan yollara

sapılmaksızın, hukuk devleti ilkesine uygun olarak, önceden kanunla öngörülmüş bulunan esaslar çerçevesinde yapılmasıdır. Bir hukuk devletinde bu esasların, asgarî olarak nelerden ibaret bulunduğu İHAS m.6 ve MvSHS m. 14/1 vd. de gösterilmiştir.

İddia ve savunma makamları arasında, iddia ve savunma faaliyetlerinin gereği gibi yapılmasına engel olacak ayırımlar yapılması; örneğin iddia veya savunma makamının kayırılması, Batılı ülkelerden silâh eşitliği olarak anılan ve fakat bizim dürüst işlem ilkesi içinde mütalaa ettiğimiz ilkeye açık bir aykırılık teşkil eder. Silâh eşitliği demek, ülkemizin de dahil bulunduğu Kıta Avrupa Hukuk Sistemi’ne göre, henüz iddia ve savunma makamlarının her bakımdan eşit olması demek değildir. Bugün silâh eşitliği denilince akla gelen, savunma makamının bir hukuk devletinde kendisine tanınmış bulunan hakları GERÇEKTEN kullanabilmesidir.

Maddî gerçeğin daha kolay ortaya çıkmasını sağlayan **çapraz sorgu** dürüst işlem ilkesi ile yakından ilgilidir. Uygulamada bilinmediğinden uygulanmayan, hatırlatıldığında da zaman yok itirazı ile karşılanan ve son yıllarda bilimsel çalışmalara dayanarak değil ve fakat Amerikan filmlerinden esinlenerek hukukumuzda kazandırılması istenen bu sorgu yöntemi esasen CMUK m.232 de açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Yüce Divan bakımından iş yükünün fazlalığı ve zaman sıkıntısı gibi bir mülahaza da geçerli olamayacağından, söz konusu yöntemin burada yapılan ceza muhakemesinde tatbiki mümkündür; mümkün olmak durumundadır. Ne var ki, söz konusu yöntem Yüce Divan’da da uygulanmamaktadır.

CMUK m.232 ye göre, CUMHURİYET SAVCISI İLE SANIK TARAFINDAN GÖSTERİLEN TANIKLARLA BİLİRKİŞİNİN DİNLENMELERİNİ VE İSTİZAHINI, CUMHURİYET SAVCISI VE MÜDAFİİN MÜTTEFİKAN VAKİ TALEPLERİ ÜZERİNE MAHKEME REİSİ KENDİLERİNE TEVDİ EDER. BU TAKDİRDE SAVCI TARAFINDAN GÖSTERİLEN TANIKLARI VE BİLİRKİŞİYİ EVVELA DİNLEMELİK VE İSTİZAH ETMEK HAKKI SAVCIYA AİTTİR. SANIK TARAFINDAN GÖSTERİLEN TANIKLAR VE BİLİRKİŞİNİN DİNLENMESİNDE VE İSTİZAHINDA AYNI RÜÇHAN MÜDAFİE AİTTİR.

AYMKYUHK’nın 38. maddesinde, ‘Yüce Divan’da sanığın sorguya çekilmesi sırasında, üyeler ve Cumhuriyet Başsavcısı veya Cumhuriyet Başsavcivekili, başkanın izni ile sanığa soru sorabilirler” hükmüne yer verilmesi CMUK m.232 nin uygulanmasına engel değildir. Zira AYMKYUHK’nın 38. maddesine paralel bir düzenleme CMUK m.233 de mevcuttur.

5. Bağımsız ve Tarafsız Hakim İlkesi; Tabîî Hakim İlkesi

Bağımsızlık, kimseden emir almamak; tarafsızlık ise, iddia ve savunma makamları bakımından objektif davranmak, birini veya diğerini kayırmamak

demektir. Hakimin bağımsız ve tarafsız olmasının insan hakları bakımından büyük öneminin bulunduğu açıktır. Hâkimleri bağımsız ve tarafsız olmayan, belli kimselerin özellikle de iktidarın talepleri doğrultusunda karar veren bir devlete hukuk devleti denemez. Bu ilke Anayasada (m. 138 vd.), İHEB de (m. 10), İHAS de (m.6/1), MvSHS de (m. 14/1 cüm.2) ve kanunlarda, (örneğin m.21 vd. CMUK, m.232, 233, 238, 244 TCK) düzenlenmiştir.

Doktrinde ifade edildiği gibi, yargılayacağı **uyuşmazlıkların ortaya çıkışından önce** kanunla kurulmuş bulunan ve **her bakımdan yetkili, tarafsız ve bağımsız** hakime tabii hakim denir. Burada hakimin **hukuk bilgisi ile donatılmış** olması lazım geldiğinin ayrıca zikredilmesi abesle iştigal olurdu. Bu söylenenler karşısında Yüce Divan’ın, yargılayacağı uyuşmazlıkların ortaya çıkışından önce kanunla kurulmuş bulunması nedeniyle olağanüstü bir mahkeme olmadığı söylenebilirse de, Anayasa Mahkemesine (Yüce Divan’a) üye seçimindeki esaslar dikkate alındığında, tabii hakim ilkesine gereken önemin verilmediği ortaya çıkmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz gibi yükseköğretim kurumları öğretim üyeleri ile üst kademe yöneticileri ve avukatların Anayasa Mahkemesi’ne asıl ve yedek üye seçilebilmeleri için, 40 yaşını doldurmuş, yükseköğrenim görmüş veya öğrenim kurumlarında en az 15 yıl öğretim üyeliği veya kamu hizmetinde en az 15 yıl fiilen çalışmış veya en az 15 yıl avukatlık yapmış olmak şarttır (m. 146/3). Böylece hayatlarında hiç bir şekilde Ceza Hukuku ile karşılaşmamış bulunanların bir ceza muhakemesinde hakimlik yapabilmesi gibi, bir hukuk devletinde asla kabul edilemeyecek bir garip durumla karşılaşmaktadır. Yüce Divan üyeleri halktan hakim esasına göre belirlenmediklerinden, başka bir deyişle meslekten hakim olduklarından, bu işi **meslek** olarak yaptıklarından onlarda Ceza Hukuku bilgisinin aranmaması söz konusu olamaz.

6. Sanığın Hâkim Önünde Meramını Anlatabilmesi İlkesi

Her sanığın HÂKİM önünde derdini anlatabilmesini, ne istendiğini söyleyebilmesini, hiç veya gereği gibi dinlenilmeden mahkûm edilememesini, öne sürülen iddiaları ve aleyhine olan delilleri çürütebilmesini ve bu sayede muhakemenin gidişine etki edebilmesini ifade eden ilkeye sanığın hâkim önünde meramını anlatabilmesi ilkesi denmektedir. Çağdaş Ceza Muhakemesi Hukuku’nda sanık, hiç bir hakkı olmayan bir soruşturma konusu, objesi değil, belli hakları ve yükümlülükleri bulunan ve muhakemenin gidişine etki edebilen bir muhakeme süresidir.

Bu ilkenin kaynağı hukuk devleti ilkesidir. Bu bakımdan Alman Anayasası’ndan farklı olarak (m. 103/1) Anayasamızda bu ilkenin açıkça düzenlenmiş olmamasının önemi yoktur. Kaldı ki sözkonusu ilke, usûlüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş olduğu için kanun hükmünde bulunan (m.90/son AY) İHAS de açıkça yer almıştır. (m. 6 İHAS).

7. Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi

Her hukuk devletinde kabul edilen ve masumluk karinesi ile sıkı bir ilgisi bulunan bu ilkeye göre 5, yapılan ceza muhakemesinin sonunda, fiilin sanık tarafından işlendiği %100 belliliğe ulaşmadığı takdirde beraat kararı verilecektir, (m. 38/4 AY, m. 11 İHEB, m.6/2 İHAS, m. 14/2 MvSHS). Böyle bir ilkenin kabul edilmesinin sebebi, bir suçlunun cezasız kalmasının bir masumun mahkum olmasına tercih edilmesidir; başka bir ifi de ile masumluk karinesidir. Bu ilkeye sahip çıkan Yargıtayı’mızın son derece önemli bir kararına göre; Ceza yargılamalarında amaç, maddî gerçeğin hiç bir kuşkuyla yer bırakılmaksızın ortaya çıkarılmasıdır; kuşkunun bulunması halinde, mahkûmiyet kararı verilmesi ceza hukukunun genel ilkelerine aykırıdır; ve kuşkudan sanığın yararlanacağı evrensel bir ceza hukuku ilkesidir ve varsayımlara dayanılarak mahkûmiyet hükmü kurulamaz.

8. Halka Açıklık İlkesi

Tarihsel gelişme, ceza muhakemesinin kapalı kapıların arkasında yapılmasının insan hakları açısından korkunç sonuçlar doğurduğunu ortaya koymuştur. Bu nedenle özellikle Aydınlanma Dönemi düşünürleri duruşmaların halka açık yapılmasını talep etmişlerdir. Muhakemenin halkın girebileceği yerlerde yapılmasını ve muhakeme tutanaklarının halka açıklanabilmesini ifade eden ilkeye halka açıklık ilkesi denmektedir (m. 141/1 AY, m. 10 İHEB, m.6/1 İHAS, m. 14/1 MvSHS). Bu ilke CMUK da düzenlenmiş, bunun ihlalinin mutlak bozma sebebi sayılacağı açıklanmıştır (m. 373/1, 308/6 CMUK).

9 . Özel Hayatın Gizliliği İlkesi

Her demokratik hukuk devletinde fertlere, maddî ve manevî varlıklarını istedikleri gibi geliştirip şekillendirebilecekleri hür bir “hayat alanı” tanınır. Devletin müdahalesinden korunmuş bulunan ve “bireyin küçük dünyası” olarak anılabilecek olan bu alan temel hak ve hürriyetler ve ülkenin siyasî rejimi bakımından hassas bir göstergedir. Bu küçük dünyamız ne kadar geniş ise, ülkede mevcut olan siyasî rejim o kadar hürriyetçi ve demokratik ne kadar dar ise o kadar baskıcı ve otoriterdir. AY m. 20, 21 ve 22 de, İHEB m. 12 ve İHAS m. 8 de, fertlerin devletin müdahalelerinden korunmuş hür bir alana sahip bulundukları açıkça ifade edilmiştir.

Anayasamıza göre, herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz, (m. 20); kimsenin konutuna dokunulamaz, (m. 21); herkes haberleşme hürriyetine sahiptir, haberleşmenin gizliliği esastır (m. 22). Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usûlüne göre verilmiş bir hakim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan mercinin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kâğıtları, eşyası ve konutu aranamaz; bu

eşya ile konutta bu-lunan eşyaya el konulamaz; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz (m.20-22).

Doktrinde, insanın sosyal bir yaratık olduğu ve bu nedenle yaşamını ancak diğer insanlarla birlikte devam ettirebileceği gerçeğinden hareketle, insan **hayatının esas itibariyle iki yönünün bulunduğu** kabul edilir. Bunlar hayatın genel ve özel yönleridir; hayatın öze) yönü de “özel hayat” ve “hayatın gizli alanı” olmak üzere ikiye ayrılır.

Hayatın genel yanının, bunların korunacak bir gizliliği bulunmadığından, konumuz bakımından bir özelliği yoktur. Örneğin, kamuya açık yerlerdeki davranışlarımız ve sözlerimiz herkes tarafından görülüp dinlenebilir. Buna karşılık, biri hayatın gizli alanı diğeri de özel hayat olmak üzere ikiye ayrılan **hayatın özel yanı** her hukuk devletinde koruma altına alınmıştır. **Hayatın gizli alanı (Intimsphäre)** mutlak bir şekilde korunur hatta dokunulmaz sayılırken **özel hayat (Privatleben)** nisbî olarak korunmuştur. Özel hayat dar bir çerçevede, örneğin bir aile içinde söz konusu olabilirken, hayatın gizli alanı sadece bireyi ilgilendirir ve ondan başkasının bu alana girebilmesi asla kabul edilemez; bu nedenle de dokunulmazdır. Meselâ bireyin, suç teşkil etmemek şartıyla, cinsel yaşamı tamamen kendisini ilgilendirir. Bugün Batı’da cinsel hayata ilişkin suçların aydınlatılmasında dahi, tanık veya sanığa insan haysiyetiyle bağdaşmayan soruların sorulamayacağı kabul edilmektedir. Aynı esas Batı’nın değerlerini ve hukuk düzenini benimsemiş bulunan ülkemiz için de geçerlidir. Bilindiği gibi, olayla ilgisi bulunmayan soruların sorulması, delillerin toplanması Ceza Muhakemesi Hukuku esaslarına aykırı olduğu için zaten mümkün değildir. Burada söz konusu olan, olayla ilgisi bulunduğu halde sorulması veya toplanması insan haysiyetine aykırı bulunan sorular ve delillerdir.

İnsanın dinî inancı, belli konuda ne düşündüğünü vs. hayatın gizli alanı içinde kalır. Anayasa m. 24 de, “... kimse, ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz...” m.25 de de, “... kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz...” denilmek suretiyle bu husus dile getirilmiştir. Örnekleri çoğaltmak mümkündür.

10. Maddî Gerçeğin Araştırılması İlkesi (12b)

a) Genel Olarak

Ceza mahkemesinde, medenî muhakemeden farklı olarak, şeklî gerçeğe yetinilmeyip işin esası araştırılır 8. Yargıtay’ımızın 19.4.1993 tarihli bir kararına göre; ceza yargılamasının amacı hiç bir duruksamaya yer vermeden maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu araştırmada, yani gerçeğe ulaşma-

(12b)ÖZTURK, CMUK Reformu ve Delil Yasakları, İzmir Barosu Dergisi, Nisan 1993, s.25 vd.; ÖZTURK, CMUK Reformunun Bir Yılı, MBD Ocak 1994, s.25 vd.; ÖZTÜRK, Die Grundlagen der Beweisverbote im Türkischen und deutschen Straßverfahrensrecht, in : ZStW 1992, s.667 vd.; YENİSEY, CMUK Eki, İstanbul 1993, s.47 vd. ŞAHİN, Sanığın Kolluk tarafından Sorgulanması, Ankara 1994, s. 229 vd.; ROXIN, Straßverfahrensrecht, 23. Auflage, s. 156 vd.; Paragraf 24 D.

da mantık yolunun izlenmesi gerekir. GERÇEK; akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır. Yoksa bir takım VARSA-YIMLARA DAYANILARAK SONUCA ULAŞILMASI, Ceza Yargılaması’nın amacına kesinlikle aykırıdır, Ceza Yargılaması’nda kuşkunun bulunduğu yerde, mahkûmiyet kararından söz edilemez. Bu ilke evrenseldir 9. öte yandan, örneğin CMUK m. 153 de, savcının işin hakikatini araştırmak mecburiyetinde olduğu açık- lanmakta bu ilkeye işaret edilmiştir. Ancak bir hukuk devletinde, maddî gerçeğin “her ne pahasına olursa olsun” araştırılması kabul edilmemekte; delil yasakları ile bu ilkeye bazı sınırlar getirilmektedir.

b) Delil Yasakları

Hukuk devleti esaslarına uygun bir şekilde yapılandırılmış bulunan bir ceza muhakemesinde delil elde edilmesi ve değerlendirilmesi işlemlerine getirilen sınırlamalara delil yasakları denir. Örneğin zorla elde edilmiş ikrarın ceza muhakemesinde hüküm esas alınması yasaktır. Delil Yasaklarının Yüce Divan da yapılan ceza muhakemesi bakımından da geçerli olduğu açıktır. Günümüzde, maddî gerçeğin sınırsız surette araştırılmasının pek çok kişisel ve toplumsal değerleri tahrip edeceği kabul edildiğinden, maddî gerçeğin araştırılması ilkesine artık mutlak bir değer tanınmamaktadır. Maddî gerçeğin araştırılmasına “delil yasakları” adı verilen bizi sınırlamalar getirilerek anılan kişisel ve toplumsal değerler korunmaya çalışılmaktadır.

Delil yasakları ikâme ve değerlendirme yasakları olarak iki ana başlık altında incelenmektedir. Bunlar da, 1) delil konusu yasakları (Örneğin, m. 49 CMUK); 2) delil aracı yasakları (örneğin, m. 47, 48, 50 CMUK); ve 3) delil metodu elde edilmesi) yasakları (m. 243 TCK, m. 3 İHAS, m. 5 İHEB; işkenceye karşı Avrupa ve Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri) olmak üzere üç alt başlık halinde ele alınmaktadır. Bize göre, delil yasakları durumlarını bu şekilde soyut bir tasnife tabi tutmak, konunun esaslı bir şekilde incelenebilmesine engel olmaktadır. Bu nedenle biz bu konuda, olaylara dayalı, daha somut bir tasnifi tercih ettik. Buna göre delil yasakları durumları, aşağıda görüleceği gibi 5 gruptur. 1) Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi. Örneğin, koğuşturma makamlarının sanığa; susma, savunma ve bir avukatın yardımından istifade edebilme haklarının bulunduğu bildirilmemesi delil yasaklarına yol açar (m. 135 CMUK); ve bu suretle elde edilecek deliller muhakemede kullanılamaz; kullanılması temyiz sebebi teşkil eder. 2) İfade ve Sorgu Sırasında Söz Konusu Olan Delil Yasakları; Örneğin, zorla elde edilen ikrar muhakemede kullanılamaz (m. 135a CMUK, m.243 TCK, m. 3 İHAS, m. 5 İHEB, işkenceye Karşı Avrupa ve Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri. 3) İfade ve Sorgu Dışında Söz konusu Olan Delil Yasakları; Örneğin hukuka aykırı olarak yapılan vücudun fiziksel ve/veya ruhsal muayenesi (m. 74, 66/son CMUK), ölü muayenesi ve otopsi (m. 79 vd. CMUK), elkoyma arama (m. 86

vd. CMUK) gibi işlemlerle elde edilen delillerin muhakemede kullanılması yasaktır. 4) Delil Aracı Yasakları; örneğin tanıklıktan veya yeminden çekinme hakkını kullanmış bulunanların hukuka aykırı bir şekilde tanık olarak dinlenmesi (m. 47 vd., 245 CMUK); kışkırtıcı ajanın delil elde etmede kullanılması yasaktır; bu yasağa aykırı olarak elde edilen deliller Ceza muhakemesinde kullanılamaz. 5) Delil Konusu Yasakları; örneğin sırlar (m. 49 CMUK), kural olarak, delil konusu yapılamaz.

3842 sayılı Kanun ile (m. 12, 13 ve 24) CMUK ya, delil yasakları konusunda üç yeni hüküm ithal etmektedir. Bunlardan ilki aydınlatma yükümlülüğüne ilişkindir, (m. 135/2-5 CMUK). Ancak bu yükümlülük, 3842 sayılı Kanun’da ifade ve sorgu ile başlatılmaktadır. Oysa aydınlatma yükümlülüğü, eğer kendisinden beklenen yarar gerçekten sağlanmak isteniyor idiyse, koğuşturma makamlarının, ifade ve sorgudan önce, bize göre, sanıkla ilk temasa geçtikleri anda; örneğin, Amerika Birleşik Devletleri’nde olduğu gibi, sanığın yakalandığı anda yerine getirilmesinin öngörülmesi gerekirdi. Gerçekten, Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin 1966 yılında verdiği ve daha sonra geliştirdiği ünlü Miranda Kararı ile polise, sanığı yakaladığında haklarını bildirme yükümlülüğü getirmiş; sanığa susma, bir müdafî yardımından istifade etme gibi hakları bildirmeden elde edilen BEYANIN muhakemede kullanılamayacağı kabul edilmiştir.

3842 sayılı Kanunun düzenlenmesine göre, İFADE ve SORGU sırasında sanığa isnad edilen suç ANLATILIR; müdafî tayin hakkının bulunduğu, müdafî tayin edebilecek durumda değilse baro tarafından tayin edilecek bir müdafî talep edebileceği ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, isterse müdafîin soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla ve vekâletname aranmaksızın ifade ve sorguda hazır bulunacağı BİLDİRİLİR...; isnad edilen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir; şüpheden kurtulması için somut delillerin toplanmasını talep edebileceği hatırlatılır ve kendisi aleyhine var olan şüphe sebeplerini ortadan kaldırmak ve lehine olan hususları ileri sürmek imkânı VERİLİR.

Kısaca sanık, AVUKAT YARDIMINDAN İSTİFADE, SUSMA ve SAVUNMA HAKLARI ile İSNAD konularında AYDINLATILIR. Bunlar yapılmadan elde edilecek deliller, muhakemede kullanılması yasak olan delillerdendir.

Delil yasakları konusunda 3842 sayılı Kanunla getirilen ikinci yenilik ifade ve sorgu sırasında delil elde etme yasaklarına ilişkindir ve Alman CMUK m. 136a ya benzeyen bir hükümdür (m. 135a CMUK). Buna göre, “ifade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Buna engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedenî veya ruhî müdahaleler yapılamaz; kanunun aykırı bir menfaat vaat edilemez; bu suretle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez”

3842 sayılı Kanunla CMUK ya delil yasakları konusunda getirilen üçüncü yeni hüküm ise “değerlendirme yasaklarına” ilişkindir. Buna göre koğuşturma makamlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz” (m. 254/2 CMUK).

Tasarıda “soruşturma organlarının KASTI HAREKETLERİ sonucu hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller hükmü esas alınamaz” şeklinde ifade edilen düzenleme daha sonra kanuna değiştirilerek ve genişletilerek alınmıştır. Buna göre, “soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz” (m. 24 38-2 s.k.; m. 254/2 CMUK).

Delil yasakları konusundaki bu üçüncü ve sonuncu düzenleme bizim hukuk sistemimize tamamen yabancıdır; bu nedenle uygulanma kabiliyeti pek yoktur. Gerçekten, bazı ceza muhakemesi işlem veya eylemlerinin “delil yasağı” olarak kabul edilmesinde, hukuk düzeninin delil yasaklarına tanıdığı görev tayin edici olmaktadır. Pek çok konuda olduğu gibi, bu konuda da Kıta Avrupası hukuk sistemi, Anglo-Amerikan hukuk sisteminden farklıdır. Bunlardan, bizim de dahil olduğumuz Kıta Avrupası hukuk sistemine göre, delil yasaklarının görevi İNSAN HAKLARIYLA TEMEL HAK VE HÜRİYETLERİ KORUMAKTIR; Kıta Avrupası hukuk sisteminden tamamen farklı bir sistem olan Anglo-Amerikan hukuk sistemine göre ise POLİSİ (kolluğu) DİŞİPLİN ALTINA ALMAKTIR. Bu farkın önemi şuradadır: Şayet delil yasaklarının görevi polisi terbiye etmek, disiplin altına almak şeklinde anlaşılacak olursa, o zaman, delil toplayan kolluğun, bu işi yaparken sebep olduğu her türlü hukuka aykırılık, insan haklarıyla temel hak ve hürriyetleri zedelemiş olup olmadığına bakılmaksızın delil yasaklarıyla karşılanacak ve bu suretle elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılamayacaktır. Buna karşılık delil yasaklarının görevi polisi terbiye etmek değil “insan haklarını ve temel hak ve hürriyetleri korumak” şeklinde anlaşılacak olursa, o zaman delil toplayan kolluk tarafından yapılan hukuka aykırılık, ister kasten, ister taksirle olsun, herhangi bir temel hak ve hürriyeti zedelemiş değilse, bu suretle elde edilen deliller muhakemede kullanılabilecek, zedelemiş ise kullanılamayacaktır. Bize göre, delil yasaklarının görevi, insan haklarını, temel hak ve hürriyetleri korumak olmalıdır.

3842 sayılı kanunda, dolayısıyla da CMUK m. 254/2 de, yapılan aykırılığın herhangi bir temel hak ve hürriyeti zedelemiş bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, “soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller hükme esas alınamaz” denilmişken; bunun daha sonra 3842 sayılı kanuna “soruşturma ve kovuşturma organlarının HUKUKA AYKIRI şekilde elde ettikleri DELİLLER hükme esas ALINAMAZ” (m 24 3842 s.k.; m. 254/2 CMUK) şeklinde alınması, söz konusu düzenlemeye hem, her türlü takdir yetkisini ortadan kaldıran mutlak bir karakter kazandırmış; hem de yasağın alanını, bazı noktalarda kabul edilemez bir şekilde genişletmiştir.

Bu suretle MUTLAK BİR DELİL DEĞERLENDİRME YASAĞI yaratılmıştır. En küçük hukuka aykırılığa dahi “mutlak delil yasağı” sonucunun bağlanması 3842 sayılı kanun için örnek alındığı anlaşılan Miranda Kararı’nda ve onu geliştiren diğer kararlarda dahi bulmak mümkün değildir.

İnsan haklarını korumak amacıyla kabul edildiği anlaşılan CMUK m. 254/2’deki değişikliğin, HUKUK DEVLETİ İLKESİNİN diğer iki unsurunu yani ADALETİ ve HUKUKÎ GÜVENLİĞİ (BARIŞI) gerçekleştirmekten uzak olduğu ve bu haliyle insan haklarını da koruyamayacağı açıktır.

Tasarıda delil elde edilirken yapılan hukuka aykırılık “kasten” yapılan hukuka aykırılıklarla sınırlandırılmışken, 3842 sayılı kanunda bu sınır kaldırılmış; delil elde ederken yapılacak her türlü hukuka aykırılık delil yasakları ile karşılanmıştır. Bu durumda, delil elde edilirken yapılan hukuka aykırılığın kusurlu (kasten veya taksirle) veya kusursuz olmasının; herhangi bir temel hak ve hürriyeti ihlâl etmiş olup olmasının hiç önemi yoktur; bir şekilde hukuka aykırı olarak elde edildiği ortaya çıkan delil, ceza muhakemesinde kullanılamayacak; hükme esas alınamayacaktır.

3842 sayılı kanun, mutlak değerlendirme yasakları bakımından suçlar açısından herhangi bir sınırlama getirmiş değildir. Kabahatlerden cürümlere, para cezasını gerektirenlerden ölüm cezasını gerektirenlere, bireysel olanlardan örgütlü (organize) olanlara kadar, her suç bakımından mutlak değerlendirme yasakları geçerlidir.

Örneğin kolluk bir adam öldürme suçu ile ilgili olarak hâkimden aldığı “GÜNDÜZ” arama yapma kararına göre sanık (S)’nin köşkünde arama yap- sa; bunu yaparken hiçbir hukuka aykırılık yapmamaya, köşte oturanlara rahatsızlık verecek bir davranış içine girmemeye özen gösterdiği için, köşte bulunan (S)’nin yakınlarının büyük takdirini kazansa; UZUN SÜREN arama- da, SUÇ ALETİ ve CESET bulunsa; kolluk saat 22.00’ye doğru, bulunduğu delillere yine hukuka uygun bir şekilde elkoyarak köşkü terketse; bu bulunan deliller ceza muhakemesinde kullanılamayacaktır. Çünkü arama GÜNDÜZ yapılması gerekirken GECE’de devam etmiştir (m. 96 CMUK). CMUK da bu konuda açıklık bulunmaması; bu suretle elde edilen delillerin, CMUK m. 254/2 nin mutlak ifadesi yüzünden ceza muhakemesinde kullanılamaması sonucunu doğuracaktır. Oysa gündüz başlayan aramanın gece de devam et- mesi işin niteliğinden kaynaklanan bir durumdur (Kunter, no 387 II). Keza, KOLLUK tarafından GÜNDÜZ yapılan aramada iki yerine BİR KOMŞUNUN bulundurulması dışında başka hiç bir hukuka aykırılığın söz konusu olma- dığı bir arama neticesinde elde edilecek delillerin de ceza muhakemesinde kullanılması mümkün olmayacaktır. Örnekleri çoğaltmak mümkündür.

Doktrinde, CMUK m. 254/2’de bulunan ve “hukuka aykırı şekilde elde edi- len delillerin hükme esas alınamayacağı” yolundaki düzenlemenin, CMUK ya

yine 3842 sayılı kanunla ilâve edilen ve yasak sorgu metodlarını düzenleyen m. 135a ile birlikte düşünülmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Yukarıda zikredilen hüküm karşısında böyle bir yorum mümkün değildir. Zira 3842 sayılı kanun HUKUKA AYKIRI OLARAK ELDE EDİLEN DELİLLER konusunda hiçbir sınırlama getirmemiş; örneğin, yalnızca ikrar, tanık beyanı gibi delillerden söz etmemiş; “DELİLLER” ibaresine yer vermiştir. Öte yandan 135a daki esaslara aykırı işlem yapıldığında bunun sonucunun ne olacağı yine aynı maddede gösterilmiş; bu suretle elde edilen delilin, sanığın rızası dahi olsa ceza muhakemesinde kullanılamayacağı açıklanmıştır.

Anglo-Amerikan Hukuku’nda “zehirli ağacın meyveleri” olarak anılan DELİL YASAKLARININ UZAK (DOLAYLI) ETKİSİ tartışmalı bir konudur. Örneğin sanık, işkence neticesinde suçunu ikrar eder ve bu sırada suç aleti veya başkaca delillerin yerlerini de gösterirse, dolaylı (işkence ile sağlanan ikrar vasıtasıyla) elde edilen bu delillerin muhakemede kullanılabilinip kullanılamayacağı ciddi bir sorudur. Anglo - Amerikan Hukuku’nda bu delillerin de kullanılması kabul edilmemektedir. CMUK m. 254/2’ye 3842 sayılı kanunla ithal edilen ve “hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin hükme esas alınamayacağı; mutlak bir şekilde öngören” düzenleme karşısında delil yasaklarının uzak (dolaylı) etkisi meselesi Türk Ceza Muhakemesi Hukuku bakımından da halledilmiş olmaktadır. Gerçekten kanunun bu düzenlemesi karşısında hukuka aykırı delillerin elde edilişlerinin doğrudan doğruya veya dolaylı olmasının hiçbir önemi bulunmamaktadır. Burada önemli olan delil veya delillerin elde edilmesi sırasında, bir şekilde herhangi bir hukuka aykırılığın yapılmış olmasıdır.

3842 sayılı kanunla CMUK m. 254/2’ye eklenen yeni düzenlemede hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin, iddia veya savunma makamlarının lehlerine veya aleyhlerine olup olmadığına da bakılmış değildir. Bu durumda, hukuka aykırı olarak elde edilen ve fakat sanığın beraat etmesini sağlayacak olan deliller de ceza muhakemesinde kullanılamayacak; hükme esas alınamayacaktır. Ancak hatırlatalım ki, sanığın lehine olan hukukî kaidelere muhalefet, sanığın aleyhine hükmün bozdurulması için C. Savcılığı’na bir hak vermez (m. 309 CMUK).

Özel Kişiler Tarafından Elde Edilen Hukuka Aykırı Deliller ve Delil Yasakları

Özel kişilerin hukuka aykırı yollardan delil elde etmeleri, örneğin bir belgeyi çalmaları ve bunu yetkili makamlara vermeleri durumunda bu deliller, kural olarak değerlendirilebilecektir. Çünkü, kanunlarımızda yer alan, özellikle yasak delil metodları özel kişilere değil, koğuşturma makamları için öngörülmüştür. Ancak, insan haklarına yapılan ağır müdahaleler bunun istisnasını teşkil eder, özel kişinin sanığı işkence ederek ikrar elde etmesinde durum budur. Böyle hallerde işkencenin kim tarafından yapıldığının önemi yoktur.

Alman Yargıtayı, özel kişinin, sanığın sözlerini gizlice banda alması halinde bu tür delillerin değerlendirilmesini insan haklarının ihlali olarak gördüğünü açıklamışta. Almanya’da gizlice banda alman ya da bir kişinin hatıra defterinden aktarılan ve hayatın gizli alanını ilglendiren malûmatın, kural olarak değerlendirmeye alınamayacağı kabul edilmektedir. Buna karşılık, adeta meşru müdafa gibi bir durumla karşılaşılırsa; örneğin çocuk kaçıran bir kişinin telefonla şantaj yapması halinde, bu kişinin konuşması, usûle uymaksızın, banda alınırsa, bu banda alınanların delil olarak kullanılması kabul edilmektedir.

11. Diğer İlkeler

Yüce Divan’da yapılan ceza muhakemesine hakim ilkeler yukarıdakilerden ibaret değildir. Bunlardan başka davasız yargılama olmaz ilkesi, vasıtasızlık ilkesi, sözlülük ilkesi-yazılılık ilkesi, delillerin serbest değerlendirilmesi ilkesi gibi daha başka pek çok ilke daha vardır. Bu konuda geniş bilgi için Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku başlıklı kitabımıza ve orada zikredilen kaynaklara bakınız.

IV. Yüce Divanda Yapılan Ceza Muhakemesine Katılan Kişiler

1. İddia

Kural olarak, CMUK ya göre iddia makamında kimler varsa yine özel düzenlemelerin bulunmadığı yerde CMUK yı uygulamak durumunda bulunan Yüce Divan’da da iddia makamında onlar vardır. Anayasaya göre Yüce Divan’da iddia faaliyetini Türkiye Cumhuriyeti Başsavcısı ya da onun vekili yapar (m. 148/4 AY). Ancak Anayasa ve kanunlarda öngörülen bazı kişilerin Yüce Divan’a şevki konusunda bazı başka kurum ve kişiler de yetkili bulunmaktadır. Örneğin Cumhurbaşkanı (m. 105/son AY) ve bakanları (m. i 00/3, 112/son, 113/3, Yüce Divan’a TBMM sevketmektedir. Bu konuyu aşağıda ayrıca ele alacağız.

2. Savunma

Yüce Divan’da yapılan ceza muhakemesinde savunma makamı bakımından herhangi bir özellik bulunmamaktadır. CMUK da öngörülenler Yüce Divan’da savunma makamında yer alırlar. Bunlar da sanık ve müdafi (m. 136 vd. CMUK) ve/veya savunma bilirkişisidir (m.212, 213,232 CMUK).

3. Yargılama

Yargılama makamında da Anayasa Mahkemesi ‘Yüce Divan’ sıfatıyla yer almaktadır.

A. Hakimlerin Nitelikleri ve Tabii Hakim İlkesi

Genel Mahkemelerin hakimlerinde bulunması gereken niteliklerin Yüce Divan hakimlerinde de aranacağı açıktır. Bunlar, yukarıda da açıklandığı gibi bağımsızlık ve tarafsızlıktır. Bağımsızlık, kimseden emir almamak; tarafsızlık

ise, iddia ve savunma makamları bakımından objektif davranmak, birini veya diğerini kayırmamak demektir. Hakimin bağımsız ve tarafsız olmasının insan hakları bakımından büyük öneminin bulunduğu açıktır. Hâkimleri bağımsız ve tarafsız olmayan, belli kimselerin özellikle de iktidarın talepleri doğrultusunda karar veren bir devlete hukuk devleti denemez. Bu ilke Anayasada (m. 138 vd.) İHEB de (m. 10, İHAS de (m. 6/1), MvSHS de (m. 14/1 cüm.2) ve kanunlarda, (örneğin m. 21 vd. CMUK, m. 232, 233, 238, 244 TCK) düzenlenmiştir.

Yukarıda ifade edildiği gibi, yargılayacağı **uyuşmazlıkların ortaya çıkışından önce** kanunla kurulmuş bulunan ve **her bakımdan yetkili, tarafsız ve bağımsız** hakime tabii hakim denir. Burada hakimin **hukuk bilgisi ile donatılmış** olması lazım geldiğinin ayrıca zikredilmesi abesle iştigal olurdu. Bu söylenenler karşısında Yüce Divan’ın, yargılayacağı uyuşmazlıkların ortaya çıkışından önce kanunla kurulmuş bulunması nedeniyle olağanüstü bir mahkeme olmadığı söylenebilirse de. Anayasa Mahkemesine (Yüce Divan’a) üye seçimindeki esaslar dikkate alındığında, tabii hakim ilkesine gereken önemin verilmediği; özellikle tarafsızlık konusunda da ciddi kuşkular ortaya çıkmaktadır.

Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyeleri aslî görevleri dışında resmî veya özel hiçbir görev alamazlar, görev alanlar çekilmiş sayılır. Bu husus Anayasa Mahkemesince karara bağlanır (m. 11 AYMKYUHK). Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyeleri 65 yaşını doldurunca, istekleri olmasa dahi emekliye ayrılırlar. Bunlar yazılı olarak emekliliklerini isteyebilecekleri gibi, müddet ve kabule bağlı olmaksızın görevlerinden çekilebilirler. Bu takdirde başkanlık, durumu derhal Cumhurbaşkanlığı’na ve yenisinin seçimi için aday gösterilmesi gerekiyorsa ilgili kuruma bildirir (m. 12 AYMKYUHK). Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyeliği, yukarıda zikredilen haller dışında; 1. Hakimler ve Savcılar Kanunu’na göre hakimlik ve savcılık mesleğinden çıkarılmayı gerektiren bir suçtan dolayı kesin hüküm giyilmesi halinde kendiliğinden; 2. Görevin, sağlık bakımından yerine getirilemeyeceğinin sağlık kurulu raporuyla kesin olarak anlaşılması veya göreve izinsiz veya özürsüz ve aralıksız olarak 15 gün veya bir yılda toplam 30 gün süre ile devam edilmemesi hallerinde Anayasa Mahkemesi üye tam sayısının salt çoğunluğunun kararıyla sona erer (m. 13 AYMKYUHK). Bütün bunlar ve özlük hakları ile ilgili diğer düzenlemeler (m. 14 vd.), genel esasların yanında ilave olarak Anayasa Mahkemesi hakimlerinin bağımsızlığını pekiştiren düzenlemelerdir.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyeleri: 1. Kendilerine ait olan veya kendilerini ilgilendiren dava ve işlere; 2. Aralarında evlilik bağı kalkmış olsa bile eşinin, kan veya sıhriyet yönünden usul ve furuunun, dördüncü dereceye kadar (bu derece dahil) kan yönünden ve sıhriyeti doğuran evlilik kalkmış olsa bile üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) sıhriyet yönünden civar hısımlarının veya aralarında evlatlık bağı bulunan kimselerin dava ve

işlerine; 3. Dava ve iş sahiplerinin vekili, vasisi veya kayyımı sıfatıyla hareket ettiği dava ve işleri; 4. Hakim, savcı, hakem sıfatıyla bakmış veya tanık ya da bilirkişi olarak beyanda bulunmuş olduğu dava ve işlere; 5. İstişarî mütalaa ve kanaat beyan etmiş olduğu dava ve işlere bakamazlar.

Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyeleri tarafsız hareket edemeyecekleri kanısını haklı kılan hallerin dava açılmadan veya iş Mahkemeye gelmeden önce mevcut olduğu iddiası ile reddolunabilirler. Bu takdirde Anayasa Mahkemesi, reddedilen üye katılmaksızın ret konusu hakkında kesin karar verir. Ret Şahsidir. Kurulun toplanmasına mani olacak sayıda üyenin reddine ilişkin talepler dinlenmez (m.47 AYM- KYUHK). Ret dilekçesinde, ret sebeplerinin açıkça gösterilmesi ve lüzumlu ispat vasıtalarının hep birlikte bildirilmesi gereklidir. Bu şartları kapsamayan dilekçeler reddolunur. Yemin delil teşkil etmez. Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyelerinin yukarıdaki sebeplerle çekinmeleri halinde, Anayasa Mahkemesi, çekinme isteğinde bulunan Başkan ve üyenin de iştirakiyle konu hakkında kesin karar verir. Ancak, çekinme isteğinde bulunan oy kullanamaz. Kurulun toplanmasına mani olacak sayıda üyelerin çekinme istekleri dinlenmez. Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyelerinin reddine ilişkin istemlerin reddi halinde, ret isteyen Mahkemece, ret isteminin mahiyetine göre onbin liradan yüzbin liraya kadar para cezası alınır (m.48 vd. AYMKYUHK).

CMUK dan belli ölçüde ayrılan bu özel düzenlemeler Anayasa Mahkemesi hakimlerinin tarafsızlığını sağlamaya yönelik düzenlemelerdir.

B. Yetki

a. Madde Bakımından

Yüce Divan Anayasa ve kanunlarda gösterilen belli sayıdaki üst düzey kamu görevlisinin sadece GÖREV SUÇLARI bakımından yetkilidir. Söz konusu kişiler şahsî suçları bakımından genel kurallara tabidirler.

aa. Görev Suçu

Görev suçunun ne olduğu doktrinde tartışmalıdır. Bize göre burada görev suçu Memurin Muhakematı Hakkında Kanun (MMK) esas alınarak bir sonuca varılabilir. Bu kanuna göre, memurun, memuriyet vazifesi sırasında veya memuriyet vazifesinden dolayı işledikleri suçlara, başka bir deyişle **GÖREV SIRASINDA** veya **GÖREVDEN KAYNAKLANAN SUÇLARA** GÖREV SUÇLARI DENİR (m. 1 MMK). Suçlar bakımından burada başka maddî bir sınırlama söz konusu olmadığından, cürümlerden kabahatlere, işkenceden müessir fiile veya adam öldürmeye, hakaret ve sövmeden rüşvete kadar, Anayasa ve kanunlarda gösterilen belli kişilerin görevleri sırasında veya görevlerinden kaynaklanan tüm suçlarının ceza muhakemesi Yüce Divan'ın madde bakımından yetkisi dahilinde bulunmaktadır.

Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi “Yüce Divan”

GÖREV suçunun ne olduğunun net bir şekilde belirlenebilmesi için her şeyden önce **GÖREV** kavramının anlamının saptanması; daha sonra da **görev sırasında** ve **görevden münbais** kavranılan üzerinde durulması icabeder.

Görevden maksat tabii ki, **kamu görevidir**. Uygulama ve doktrinde hakim bulunan anlayışa göre, bir **hukukî tasarrufta bulunmak** suretiyle **bir iktidar ve yetkiyi kullanmak** veya buna **kamu hukuku usulüne uygun** olarak **katılmak** kamu görevi yapmaktır (14). Görev suçundan söz edebilmek için böyle bir iktidar ve yetkinin kullanılması veya buna kamu hukuku usulüne uygun olarak katılınması sırasında suç işlenmesi veya suçun bu iktidar ve yetkinin kullanılmasından veya buna katılınmasından kaynaklanmalıdır.

bb. Kişisel Suç

Görev suçu kapsamı dışında kalan tüm suçlara kişisel suçlar denir ve bu suçlar, yukarıda da ifade edildiği gibi, kim tarafından işlenmiş bulunursa bulunsun genel kurallara tabidir.

b. Yer Bakımından

Doktrin ve uygulamaya göre, hangi hakimın hangi yerdeki işe bakacağını gösteren yetki kurallarına yer bakımından yetki kuralları denir (15). Ceza Muhakemesi Hukuku’nda kural, suçun işlendiği yer mahkemesinin yer bakımından yetkili olmasıdır. Bunun bilinmemesi durumunda da nasıl hareket edileceği CMUK da gösterilmiştir, (m.8. vd. CMUK). Ancak CMUK da yer alan bu yer bakımından yetki kuralları, Yüce Divan bakımından geçerli değildir. Çünkü söz konusu mahkeme ülkede tektir. Bu durumda Yüce Divan, Anayasa ve kanunlarda gösterilen belli kişilerin kural olarak, Türkiye’de işlenmiş bulundukları tüm görev suçları için yer bakımından yetkilidir.

TCK m.4 de yer alan düzenlemeye göre ise (16), yurt dışında Türkiye namına memuriyet veya vazife deruhte etmiş olup da memuriyet veya vazifeden dolayı bir cürüm işleyen kimse hakkında Türkiye’de takibat yapılır. Burada sadece MEMURİYET veya VAZİFEDEN DOLAYI denilmesi GÖREV (VAZİFE) SİRASINDA denilmemesi, yurt dışında işlenen suçlar bakımından, yurt içinde işlenen suçlarda geçerli bulunan MMK sistemine nazaran önemli bir farklılık yaratmaktadır. Bu durumda, yurt içinde görev sırasında işlenen örneğin bir adam öldürme veya hakaret suçu için Yüce Divan yer bakımından yetkili olacakken, aynı suçların aynı şekilde yurt dışında işlenmesi halinde Yüce Divan yer bakımından yetkili olamayacaktır. Bu durumda yurt dışında

(14) Kamu görevi kavramından hareketle Ceza Hukukunda memur tanımı için bkz. ERMAN, Ceza Tatbikat ve Takibatında Memur, Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi, İstanbul 1947, s.236 vd.

(15) KUNTER, no. 197 vd.

(16) Gbi. bkz. YENİSEY, Milletlerarası Ceza Hukuku Ders Notları, İstanbul 1987, s. 1.vd.34 vd.; TEZCAN, Ceza Kanununun Yer İtibariyle Uygulanması: Milletlerarası Ceza Hukuku, in: Ceza Hukuku El Kitabı, İstanbul 1989, s. 175 vd.

görev sırasında işlenen örneğin, bir adam öldürme suçu bakımından yer bakımından yetki CMUK da öngörülen kurallara göre saptanacaktır.

Burada ayrıca TCK m. 10a da yer alan düzenlemenin de Yüce Divan tarafından dikkate alınacağını belirtmek gerekir (17).

c. Kişi Bakımından

Bilindiği gibi, hangi hakim, hangi kişilerin suçlarını yargılayacağını gösteren kurallara kişi bakımından yetki kuralları denilmektedir (18).

Anayasaya ve ilgili kanunlara göre, Yüce Divan sınırlı sayıda üst düzey kamu görevlisi için kişi bakımından yetkilidir. Bunlar, Cumhurbaşkanı, Başbakan, Bakanlar, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkan ve üyeleri; Başsavcılar, Başsavcivekili, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay’ın Başkan ve üyeleridir (m. 148/3 AY).

aa. Cumhurbaşkanı

Cumhurbaşkanı, kural olarak görev suçlarından dolayı, **vatana ihanet** dışında cezaî sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu durumda rüşvet alan, zimmetine para geçiren Cumhurbaşkanı hakkında ceza davasının açılabilmesi olanaksızdır (19).

Türk vatanının bütünlüğüne, devletin **Anayasa ile kurulu rejimine** karşı işlenen suçların tamamına vatana ihanet suçları denmektedir (20). Burada vatana ihanet suçunun oluşabilmesi için aranan iki kriterden ikincisi son derece muğlaktır. Bize göre burada esas alman Anayasanın ikinci maddesidir.

Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten dolayı TBMM üye tam sayısının en az 1/3 ünün teklifi üzerine, 3/4 ünün kararı ile suçlandırılır (m. 105/ son AY).

Bazı yazarlara göre, Cumhurbaşkanı’nı yargılayacak olan **Yüce Divan**, Cumhurbaşkanına isnat olunan fiilin suç olup olmadığını ve Cumhurbaşkanı’nın bundan sorumlu bulunup bulunmadığını serbestçe takdir edebilirse de, **İsnad olunan fiilin vatana ihanet sayılmayacağına karar veremez**: bir fiilin vatana ihanet olup olmadığına karar vermek yetkisi sadece **yasama organına** tanınmıştır(21). Böyle bir görüşe iştirak etmek mümkün değildir. Bir defa, ceza mahkemeleri, bu arada bir ceza mahkemesi olarak çalışan ve bu nedenle de Anayasa Mahkemesi Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki

(17) TEZCAN, Türk Ceza Kanunu Öntasarısı ve Yurt Dışında İşlenen Suçlar Manisa Barosu Dergisi Temmuz 1987, s. 18 vd.; ÖZTÜRK, Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 3. Bası, Ankara 1994, s.38vd.

(18) TOSUN, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, İstanbul 1094, c. 1, s.518 vd.

(19) ÖZTÜRK, Ceza Hukuku, s.58 vd.

(20) ÖZTÜRK, Ceza Hukuku, s. 58.

(21) DÖNMEZER/Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c. 1, no. 409.

Kanun’da (AYMKYUHK da) hüküm bulunmadığı hallerde, diğer ceza mahkemeleri gibi Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nu (CMUK yı) uygulayacak olan Yüce Divan (m. 35 AYMKYUHK) iddia ve savunmalarla bağlı değildir (m. 150, 257 CMUK). Bilindiği gibi, DAVASIZ YARGILAMA OLMAZ ilkesi gereğince *“tahkikat ve hüküm yalnız iddianamede beyan olunan suça ve zan altına alınan şahsa hasredilirse de”*, bu sınır dahilinde, MAHKEMELER bağımsız hareket etmek hak ve görevini haiz olup Ceza Kanunu’nun tatbikinde kendilerine arz edilen İDDİALAR İLE BAĞLI DEĞİLDİRLER; yani suçu nitelemek, iddianamede gösterilen fiilin Ceza Kanunu’nda gösterilen hangi suç kalıbına uyduğunu söylemek yetkisi münhasıran mahkemelerdedir.

Yine bilindiği gibi, hukukumuzda, **kamu davasını açmak yetkisi** kural olarak savcıya tanınmışsa da, Anayasa ve kanunlarla bu kurala bazı istisnalar getirilmiştir. Anayasa ile getirilen istisnalardan biri konumuzla ilgilidir. Buna göre, Yukarıda da belirtildiği gibi, Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten dolayı TBMM üye tam sayısının en az 1/3 ünün teklifi üzerine, 3/4 ünün kararı ile **suçlandırılır** (m. 105/son AY). Görüldüğü gibi, TBMM’nin burada yaptığı iş İDDİA FAALİYETİDİR: KAMU DAVASI AÇMAKTIR (22). **O halde, Yüce Divan yalnızca suçlandırma yani iddia faaliyeti yapma, dava açma yetkisi bulunan TBMM nin nitelemesi ile bağlı değildir. TBMM “vatana ihanet” ettiği iddiası ile Cumhurbaşkanı hakkında kamu davası açabilir; ancak, Mahkeme fiilin vatana ihanet teşkil etmediğinin sabit olduğu veya vatana ihanet teşkil ettiğinin sabit olmadığı kanısına varırsa beraat kararı verecektir.** Burada mahkemenin, TBMM nin nitelemesi ile bağlı olduğunu ileri sürmek mahkûmiyet kararım önceden ilân etmek demektir. Böyle bir düşünce ne hukuk devleti ilkesi, ne muhakemenin sonuna kadar sanığın masum sayılması ilkesi, ne de başka bir ilke ile bağdaşabilir.

Bu sorunun bir de **siyasî boyutu** vardır. Meclis çoğunluğunun, kendilerinden olmayan Cumhurbaşkanı ile hasaplaşmak için “vatana ihanet” nitelemesini kötüye kullanması ihtimal dahilindedir. Gerçekten **TBMM, basit bir sözü veya fiilinden dolayı Cumhurbaşkanı’nın vatana ihanet ettiğini ileri sürerse ne olacaktır?** Yüce Divan’ın böyle bir niteleme ile bağlı sayılması bir hukuk devletinde akla dahi getirilmeyecek bir husustur.

Hakkında vatana ihanet ettiği iddiası ile TBMM tarafından kamu davası açılan Cumhurbaşkanı’nın, Cumhurbaşkanlığı’nın devam edip etmeyeceği de tartışmalı bir konudur. Bazı yazarlara göre, böyle bir kamu davasının açılması ile Cumhurbaşkanlığı makamı boşalmıştır; Anayasanın 106. maddesi çerçevesinde bu işi TBMM başkanı vekaleten yürütür; Yüce Divan’ın kararı beklenmeden yeni Cumhurbaşkanı seçilmelidir; Yüce Divan beraat kararı

(22) ÖZTÜRK, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991, s.135.

da verse, eski Cumhurbaşkanı yeniden seçilmedikçe görevine dönemez(23). Fikirlerine katıldığımız bazı yazarlar ise, Anayasanın 106. maddesinde, geçici görevden ayrılmanın hastalık, yurt dışına çıkma gibi sebeplerle; makamın boşalmasının da ölüm, çekilme veya “başka bir sebebe” bağlandığı; bunlar arasında Yüce Divan’da yargılamanın bulunmadığı; “**başka bir sebep**” deyimini Yüce Divan’da yargılanmayı da içerecek kadar genişletmenin mümkün olmadığı; Yüce Divan’ın vereceği kararı beklemeksizin makamın boşaldığını varsayıp yeni Cumhurbaşkanı seçmenin hukukun genel ilkelerine aykırı olacağı (24) gerekçesi ile buna karşı çıkmışlardır.

Gerçekten, Cumhurbaşkanı’nın çekilmesi veya çekilmiş sayılması konusunda Anayasada boşluk vardır. Bu boşluk, Anayasanın ruhuna ve hukukun genel ilkelerine aykırı olarak doldurulmaya kalkışılmamak; burada özellikle, davanın siyasî hesaplar yüzünden açılmış olabileceği ve/ veya beraat kararı verilebileceği daima hatırdta tutulmalıdır. Bizce Yüce Divan, Cumhurbaşkanı’nın görevine devam etmesinin sakıncalı olacağı kanısında ise, örneğin Cumhurbaşkanı’nın delilleri karartabileceğinden endişe ediliyorsa “işten el çektirme” koruma tedbirine (m. 49 AY, m. 137 vd. DMK) başvurabilir. Bir hukuk devletinde yalnızca bir dava açılması işlemi otomatik olarak kamu görevinden yasaklılık sonucunu doğurmaz. Bu nedenle, hakkında kamu davası açılan Cumhurbaşkanı mahkum edilmiş olmadıkça Cumhurbaşkanı sıfatını muhafaza eder. Cumhurbaşkanlığı gibi önemli ve saygı duyulan bir makama seçilmiş bulunan bir kimsenin demokratik geleneklere göre davranıp davranmaması, örneğin ortaya çıkan bunalım üzerine kendiliğinden istifa edip etmemesi başka; uygun davranmama veya fiilî bir durum olarak ortaya çıkan siyasî mücadele sebebiyle uygun davranmaması durumunda buna hukuk devleti ilkesine aykırı bazı otomatik sonuçlar bağlamak ise daha başkadır. Hukukçunun görevi, duygusal davranmadan ve günlük siyasete alet olmadan, soruna hukukî çözümler arayıp bulmaktır.

Bize göre burada. Alman ve İrlanda sistemi ihtiyaca daha iyi cevap verebilecek durumdadır. Böyle bir düzenlemenin bizim Anayasamıza da alınmasında sayısız yararlar vardır. Yukarıda belirttiğimiz gibi Alman Anayasası’nın 61. maddesinde Millet Meclisi’nin veya Senato’nun (Bundesrat) Devlet Başkanı hakkında Anayasayı veya federal bir kanunu kasten ihlâl ettiği iddiası ile Anayasa Mahkemesi’nde ceza davası niteliğinde olmayan bir dava açabileceği belirtilmiş, Başkanın, bu fiilleri işlediği sabit görülmesi halinde görevden geçici veya sürekli olarak elçektirilmesi konusunda kararın verildiği nevi şahsına münhasır bir davadır. İrlanda Anayasası’nda da (m. 10) buna benzer bir düzenleme bulunmaktadır.

(23) DÖNMEZER/Erman, no. 409

(24) İÇEL/Donay, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, İstanbul 1987, s. 137 vd.

Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi “Yüce Divan”

bb. Başbakan ve Bakanlar

Yukarıda açıklandığı gibi, Cumhurbaşkanı’nın, vatana ihanet dışında görev suçu bakımından cezai sorumluluğunun bulunmamasına karşılık Başbakan ve bakanların, vatana ihanet başta olmak üzere her türlü görev suçundan dolayı cezaî sorumlulukları vardır.

Başbakan ve bakanlar hakkında TBMM üye tam sayısının en az 1/10’unun vereceği önerge ile, soruşturma açılması istenebilir; soruşturma komisyonunun raporu mecliste görüşülür ve Yüce Divan’a sevk kararı üye tam sayısının salt çoğunluğu ile alınır (m. 100 AY). Görüldüğü gibi, TBMM nin burada yaptığı iş yine iddia faaliyeti’dir; kamu davası açmaktır (25)

Bu düzenlemeleriyle Anayasa, Cumhurbaşkanı’na nazaran, Başbakan ve bakanlar hakkında daha kolay soruşturma ve dava açılabilmesini öngörmüştür.

cc. Yüksek Mahkeme Başkan ve Üyeleri

aaa. Genel Olarak

Yargıtay, Danıştay gibi Yüksek Mahkemelerin başkan ve üyelerinin görev suçları için de kişi bakımından yetkili olan mahkeme Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi’dir. Burada bütün yüksek mahkemelerin başkan ve üyelerinin durumlarını ayrı ayrı inceleyecek değiliz. Aksi takdirde çalışmamızın sınırlarını çok aşmış oluruz. Bu nedenle biz burada, örnek teşkil etmesi amacıyla Yargıtay, Askeri Yargıtay ve Danıştay; daha sonra da ilginç olması sebebiyle Anayasa Mahkemesi’ni kısaca ele alacağız.

bbb. Yargıtay

4 Şubat 1983 tarih ve 2797 sayılı Yargıtay Kanunu’nun (26) altıncı bölümü, “suçlarla ilgili inceleme, soruşturma ve kovuşturma” başlığını taşımaktadır. Kanunun 46. maddesinde, Yargıtay Birinci Başkanı, birinci başkanvekilleri, daire başkanları, üyeleri, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcivekilinin görevleri ile ilgili veya kişisel suçlarından dolayı haklarında soruşturma yapılabilmesi Birinci Başkanlık Kurulu’nun kararına bağlı olacağı açıklanmıştır. Ancak, ağırcezaı gerektiren suçüstü hallerinde hazırlık ve ilksoruşturmanın genel hükümlere göre yapılacağı öngörülmüştür. 4 Temmuz 1985 günü yürürlüğe giren 3206 sayılı Kanun’un 82. maddesiyle ilksoruşturmayı kaldırdığını açıkladıktan sonra 83. maddesinde konumuzla yakından ilgili önemli hükümler sevk etmiştir. Buna göre, “bu kanun ile kaldırılan ilk tahkikat hükümleri ile ilgili olarak; DİĞER KANUNLARDA geçen İLK TAHKİKAT ibaresi HAZIRLIK TAHKİKATI olarak değiştirilmiştir.

(25) ÖZTÜRK, Ceza Hukuku... s. 59; ÖZTÜRK, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti, (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991, s.135.

(26) RG. 8 Şubat 1983, sy. 17953

Diğer kanunlarda CMUK nin ilk tahkikat hükümlerine yapılan atıflar KAMU DAVASININ HAZIRLANMASINA ilişkin hükümlere yapılmış sayılır. CMUK’nın 163 ve müteakip maddelerindeki hükümler, tahkikatı yapmakla görevli kılınanlar tarafından uygulanır. BU KANUNLARIN İLK TAHKİKATIN YAPILMASINI ZORUNLU KILAN HÜKÜMLERİ YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILMIŞTIR”(27). Bu düzenlemeler karşısında “soruşturmaya yapan ceza dairesi başkanı sorgu hakiminin yetkisini haiz olup, CMUK nın ilksoruşturmaya ait hükümlerini uygular” hükmünü getiren Yargıtay Kanunu’nun 46. maddesinin farklı anlaşılması gerekecek; başka bir deyişle, soruşturmayı yapan ceza dairesi başkanı İLKSORUŞTURMA değil HAZIRLIK SORUŞTURMASI yapacak, bu sırada tabii olarak sorgu hakimi gibi değil SAVCI gibi faaliyet gösterecektir. Bu suretle Ceza Muhakemesi Hukukumuzda savcının kamu davası açma monopolüne bir istisna daha getirilmiş olmaktadır.

Birinci Başkanlık Kurulu, incelediği evrakı eksik bulursa soruşturmayı yapan başkana tamamlatır. Kamu davasının açılmasına gerek görmediğinde evrakın işlemiden kaldırılmasına (takipsizlik kararı), aksi halde kamu davasının açılmasına karar verir ve GÖREVE İLGİLİ SUÇLARDA Anayasa Mahkemesine, KİŞİSEL SUÇLARDA YARGITAY CEZA GENEL KURULUNA tevdi olunmak üzere dosyayı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderir. Evrakın işlemiden kaldırılmasına dair verilen kararlar kesindir (m.46/5 Yargıtay Kanunu). Burada takipsizlik kararının denetime kapatılmış bulunması keyfiliğe yol açabilir. Bu nedenle de hukuk devleti ilkesine uygun değildir. Danıştay Kanunu’nda öngörülen yöntemin burada örnek alınması mümkündür. Az sonra görüleceği gibi, Danıştay Kanunu’na göre, kamu davasının açılması kararı kendiliğinden, kamu davasının açılması kararı ise istem üzerine Danıştay Genel Kurulu’nda incelenir. Bu yoldaki istemin tebligattan itibaren 10 gün içinde yapılması gerekir (m.77 Danıştay Kanunu).

Görüldüğü gibi, Yargıtay Kanunu’na göre, kanunda sayılanlardan birinin suç işlemesi halinde, ağırceza gerektiren suçüstü hali hariç, hazırlık soruşturmasını, soruşturma için görevlendirilen bir ceza dairesi başkanı yapmakta, hazırlık soruşturmasının sonundaki kararları ise Birinci Başkanlık Kurulu vermektedir. SUÇ, GÖREV SUÇU İSE, SÖZ KONUSU KURUL KAMU DAVASINI YÜCE DİVAN SIFATIYLA ANAYASA MAHKEMESİNDE (m. 148/3 AY; m. 46/5 Yargıtay Kanunu); KİŞİSEL SUÇ ise, YARGITAY CEZA GENEL KURULUNDA AÇMAKTADIR.

ccc. Askerî Yargıtay

27 Haziran 1972 tarih ve 1600 sayılı Askerî Yargıtay Kanunu’nda da Başkan ve üyelerin, görev suçlarından dolayı Yüce Divan’a sevkinin nasıl olacağı

(27) ÖZTÜRK, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununu Değiştiren 3206 sayılı Kanunun Memurların Muhakemesine Etkileri, Yargıtay Dergisi, Temmuz 1986, s. 256 vd.

düzenlenmiştir. Buna göre, Askerî Yargıtay Başsavcısı, ikinci başkanı, daire başkanları ve üyelerinin GÖREVLİ İLGİLİ SUÇLARINI her ne suretle olursa olsun haber alan Başkan, ilgililer hakkında soruşturma açılmasına gerek olup olmadığına karar vermek üzere konuyu Genel Kurula intikal ettirir. **Askerî Yargıtay Başkanının GÖREVLİ İLGİLİ SUÇLARINA ait ihbar ve şikâyetler Milli Savunma Bakanı tarafından Genel Kurula intikal ettirilir.** Genel Kurul önce soruşturma açılmasına yer olup olmadığına belli edilmesi için bir veya üç kişiyi görevlendirir. Bu üye veya üyeler incelemelerini yaptıktan sonra kanaatlerini belirtmeksizin durumu bir raporla Başkanlığa bildirirler. Bu rapor üzerine Genel Kurulda yapılacak görüşme sonunda kovuşturmayaya yer olmadığına karar (TAKİPSİZLİK KARARI) verildiği takdirde, kararın bir örneği ilgiliye, bir örneği de varsa şikâyetçiye tebliğ olunmak üzere Başkanlığa sunulur. **Bu karar kesindir.** Burada kararın kesin olduğunun açıklanması, söz konusu kararın denetime kapatılması, keyfiliğe yol açabileceğinden hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Danıştay Kanunu’nda öngörülen çözüm örnek alınarak burada da bir denetim ihdas edilebilir. Az sonra görüleceği gibi, Danıştay Kanunu’na göre, Kamu davasının açılmaması kararı kendiliğinden, kamu davasının açılması kararı ise istem üzerine Danıştay Genel Kurulunda incelenir. Bu yoldaki istemin tebligattan itibaren 10 gün içinde yapılması gerekir (m.77 Danıştay Kanunu).

Kamu davasının (soruşturmanın) açılmasına karar verildiği takdirde Askerî Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanunu’na göre gerekli soruşturmayı yapmak üzere gizli oyla üç üye görevlendirilir. Bu kurula üyelerden en kıdemlisi başkanlık eder. **Kurul, askerî savcılarının soruşturma yetkisine sahiptir.** Soruşturma kurulu, yaptığı soruşturma sonucunu bir raporla tesbit ederek Genel Kurul Başkanı’na arz eder. Genel Kurul Son soruşturmanın açılmasına (kamu davasının açılmasına) karar verdiği takdirde soruşturma dosyası Askerî Yargıtay Başkanlığı tarafından YÜCE DİVANA sunulmak üzere Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. İmzasız, adressiz veya takma adla yapılan ihbar ve şikâyetler işleme konulmaz.

ddd. Danıştay

6.1.1982 ve 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun yedinci bölümü ceza koşturmasına ayrılmıştır. Bu bölümde yer alan 76. maddede soruşturma düzenlenmiştir. Buna göre, Danıştay Başkanı, Başsavcı, başkanvekilleri, daire başkanları ve üyelerin GÖREVLERİNDEN DOĞAN VEYA GÖREVLERİ SİRASINDA işlemiş bulundukları suçlardan, yani GÖREV SUÇLARINDAN dolayı Danıştay Başkanı’nın seçeceği bir daire başkanı ile iki üyeden oluşan bir kurul tarafından HAZIRLIK SORUŞTURMASI yapılır. Kanunda ilksoruşturmadan söz açılmakta ise de, 3206 sayılı kanunun yeni düzenlemesi karşısında bunun hazırlık soruşturması şeklinde anlaşılması gerekeceği açıktır.

Danıştay Başkanı hakkındaki hazırlık soruşturması, Başkanlık Kurulu ta-

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

rafından seçilecek bir daire başkanı ile iki üyeden oluşan bir kurul tarafından yürütülür. Başkanlık Kurulu’nda yapılan seçime başkan katılmaz (m.76/2 Danıştay Kanunu).

Hazırlık soruşturmasını 3206 sayılı Kanun’un 83/2. maddesinin hükmü ve Danıştay Kanunu’nun 81. maddesi karşısında savcı yetkilerini haiz olarak yapan kurul, soruşturma sonunda düzenleyeceği soruşturma raporunu ve buna ilişkin evrakı Danıştay Başkanına, soruşturma Danıştay Başkanı hakkında ise, raporu ve evrakı başkanvekiline verir. Bu husustaki dosya Danıştay Başkanı veya vekili tarafından KAMU DAVASININ AÇILMASI veya AÇILMAMASI (takipsizlik) kararlarının verilmesi için İdarî İşler Kurulu Başkanlığı’na verilir. Bu kurulun vereceği kararlar sanığa ve varsa şikâyetçiye tebliğ olunur (m.76/3 Danıştay Kanunu).

Yukarıda da ifade edildiği gibi, hazırlık soruşturmasını yapmaya yetkili olanlar savcı yetkilerini haiz olarak soruşturma yaparlar. Gerçekten Danıştay Kanunu’nun 81. maddesinin birinci fıkrasında, yukarıdaki hükümlere göre yapılacak olan soruşturmalar ile verilecek kararlar, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde CMUK m’n soruşturmaya ilişkin hükümleri uygulanır denilmiş, aynı maddenin ikinci fıkrasında da, soruşturma kurallarının sorgu hakiminin yetkilerini haiz olacakları açıklanmıştır. 3206 sayılı kanunun yeni düzenlemesi karşısında, 81. maddede geçen «soruşturma» tabiri hazırlık soruşturması; “sorgu hakimi” tabirinin de savcı olarak anlaşılması gerekir (m. 83/1,2 3206 s.k.).

Kamu davasının açılmaması kararı kendiliğinden, kamu davasının açılması kararı ise istem üzerine Danıştay Genel Kurulu’nda incelenir. Bu yoldaki istemin tebligattan itibaren 10 gün içinde yapılması gerekir (m.77 Danıştay Kanunu). İdarî İşler Kurulu Başkan ve üyeleri bu kurula katılamaz (m.76/4 Danıştay Kanunu). Danıştay Genel Kurulu’nun bu toplantılarda yeter sayısı en az 31 dir. Toplantıda hazır bulunanlar çift sayıda ise, en kıdemsiz üye toplantıya katılmaz.

76. maddeye göre verilen kamu davasının açılması kararı bir üst kurulda inceleme isteminde bulunulmamak veya üst kurulca onanmak suretiyle kesinleşince, soruşturma dosyası, gereği yapılmak üzere Danıştay Başkanı veya vekili tarafından Cumhuriyet Başsavcısı’na gönderilir. Anayasanın 148. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, Danıştay Başkan ve üyelerinin GÖREV SUÇLARINDAN dolayı yapılacak soruşturmaları Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi’nde yapılır. Bilindiği gibi Yüce Divan’daki savcılık görevini Cumhuriyet Başsavcısı veya Başsavcivekili yapar (m. 148/4 AY). Burada Danıştay Kanunu na göre yetkili olan kurulun kamu davasının açılması kararını vermesi ve bununla ilgili, iddianame yerine geçen evrakı düzenlemesiyle

Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi “Yüce Divan”

kamu davası açılmıştır. Yani davayı açan “yetkili kurul” dur, yoksa Cumhuriyet Başsavcısı değildir. Başsavcı’nın yaptığı iş şeklidir. Onun kamu davasının açılması kararını değiştirebilmesi mümkün değildir (28)

Anayasa Mahkemesi sadece siyâsî iktidarı elinde tutanları değil, yargının en üst seviyesinde bulunan yetkilileri de görev suçlarından dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılayabilmektedir. Burada ilginç olan nokta Anayasa Mahkemesi’nin kendi Başkan ve üyelerinin görev suçları bakımından da kişi bakımından yetkili bulunmasıdır.

eee. Anayasa Mahkemesi

Bilindiği üzere. Başbakan, bakan, yüksek yargıç gibi üst düzey kamu görevlileri hakkında özel soruşturma kurallarının kabul edilmesinin sebebi kayırılmayı önlemek, objektif, adil bir yargılama yapılabilmesini mümkün kılmaktır. Bunun da yolu, esas olarak, eğer sanık yargıç ise, sanığın mensup olduğu kurumun dışında arkadaş çevresinden uzak bir ortamda yargılanmasını sağlamaktır. Yargıtay, Danıştay gibi yüksek mahkemeler bakımından görev suçları açısından bu esas benimsenmiştir. Ne var ki aynı esas Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyeleri için geçerli değildir. Onlar kendi kendilerini yargılamak gibi, kabul edilmez bir durum içinde bulunmaktadırlar. 10 Kasım 1983 tarih ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu’nda (AYMKYUHK) öngörülen böyle bir düzenleme, sanıkların kayırılmasına veya tersi bir duruma yol açabileceğinden hukuk devleti ilkesine uygun düşmez.

Gerçekten Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunda (AYMKYUHK) ve 3 Aralık 1986 tarihli Anayasa Mahkemesi içtüzüğünde Başkan ve üyelerin şahsî ve görev suçları hakkında özel bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, “Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyelerinin görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri suçlarla şahsî suçları için soruşturma açılması Anayasa Mahkemesi’nin kararına bağlıdır, ihbar ve şikâyetler Başkanlıkça derhal mahkemeye bildirilir (m. 24 İchtüzük). Başkan gereken hallerde işi Anayasa Mahkemesi’ne götürmeden önce bir üyeye ön inceleme de yaptırabilir, imzasız, adressiz yahut takma adla yapılan veya yapıldığı anlaşılan ya da belli bir olayı ve nedeni içermeyen delilleri ve dayanakları gösterilmeyen ihbar ve şikâyetler Başkanlıkça işleme konulmaz (m. 55/1 AYMKYUHK; m.24 içtüzük). Anayasa Mahkemesi’nce soruşturma açılmasına karar verildiği takdirde gerekli soruşturmayı yapmak, CMUK ya göre gereken kararı vermek ve söz konusu kanunun SORGU HAKİMİNE tanıdığı yetkileri kullanmak üzere üç üye görevlendirilir. Bu kurulun vereceği kararlar kesindir. Ön inceleme yaptırılmasına, kurul üyelerinin seçilmesine, soruşturmanın yapılmasına ve gereken kararların verilmesine dair esaslar

(28) ÖZTÜRK, 3206... s. 273.

Anayasa Mahkemesi İktüzüğünde gösterilir (m.55/2 AYMKYUHK). Ağırceza-yı gerektiren suçüstü hallerinde hazırlık soruşturması ve ilk soruşturma genel hükümlere tabidir (m.55/3 AYMKYUHK). Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyelerinin şahsî suçlarında Yargıtay üyelerinin şahsî suçlarına ilişkin hükümler uygulanır (m.55/4 AYMKYUHK). Bunlar Hakkında Yargıtay Kanunu’nun 46. maddesi hükümleri çerçevesinde yapılan işlem neticesinde sonsoruşturmanın açılmasına (kamu davasının açılmasına) gerek görüldüğünde dosya Yagıtay Ceza Genel Kurulu’na tevdi edilerek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir (29).

dd. Diğer Üst Kamu Görevlileri

Yüce Divan’da yargılanan üst düzey kamu görevlileri yukarıda açıklananlardan ibaret değildir. Bunlardan başka Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ile Sayıştay Başkan ve üyeleri de görev suçlarından dolayı Yüce Divan’da Yargılanırlar.

13 Mayıs 1981 tarih ve 2461 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu’nun (HSYKK) 17. maddesine göre Yüksek Kurulun Başkanvekili ile asıl ve yedek üyeleri hakkında, disiplin işlemleri ile görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işlenen suçlardan dolayı, özel kanunlardaki hükümler uygulanır. Başkandan söz etmemesinin sebebi, söz konusu kanunun (HSYKK), yargı bağımsızlığı bakımından son derece sakıncalı olmasına rağmen hâlâ muhafazasına devam edilen ve Adalet Bakanının Kurulun Başkanı olduğunu öngören 2. maddesi hükmüdür. Aynı maddeye göre, Adalet Bakanı Müsteşarı da Kurulun tabii üyesidir; üç asıl üç yedek üye Yargıtay’dan; iki asıl iki yedek üye de Danıştay’dan gelir.

Kurulun tabii üyesi olmasına rağmen müsteşar, görev suçundan dolayı Yüce Divan’da yargılanmaz; hakkında MMK (m. 11) ve sair kanunlar çerçevesinde işlem yapılır. Zira, özel kanunda buna ilişkin bir düzenleme yoktur.

21 Şubat 1967 tarih ve 832 sayılı Sayıştay Kanunu’na (SK) göre, Sayıştay Başkan ve üyelerinden birinin görevi ile ilgili veya görev sırasında işlediği bir suçtan dolayı Sayıştay Genel Kurulu’nca seçilecek üç daire başkanı ve iki üyeden kurulu bir heyet tarafından ilk kovuşturulması (hazırlık soruşturması) yapılarak hazırlanacak fezleke ile sair evrakı yargılamanın lüzumu (kamu davasının açılması) veya men’ine (takipsizlik) karar alınmak üzere Daireler Kurulu’na verilir. Bu kurulun vereceği yargılamanın men’ine dair olan karar (takipsizlik kararı) kendiliğinden, yargılamanın lüzumuna dair olan karar itiraz üzerine Sayıştay Genel Kurulu’nca incelenir. İtiraz süresi, kararın tebliğinden itibaren 15 gündür. Genel Kurulca verilen yargılamanın men’ine dair karar kesindir. Soruşturma kurulunun seçimine ilgililer ve kamu davasının açılıp açılmaması yolundaki görüşmelere de soruşturma kurulu üyeleri katılamaz.

(29) ÖZTÜRK, 3206.. s. 275y üyelerinin şahsî suçlarına ilişkin hükümler uygulanır. (m.55/4)

Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi “Yüce Divan”

Kamu davasının açılmasına (yargılamanın lüzumuna) dair verilen kesin karar üzerine dosya Anayasa Mahkemesi’ne tevdi olunur (m.96/SK).

Sayıştay Başkan ve üyelerinin şahsî suçlarından dolayı yapılacak olan kovuşturma Yargıtay üyelerinin tabi olduğu hükümler çerçevesinde yapılır (m.96/son SK).

ee. Bağlantı

Kişî bakımından yetki konusuna giren işler arasında bağlantı bulunabilir. Örneğin MMK m. 15 e göre, “ceraimi müşterekede aynı veya muhtelif sınıflara mensup memurlar madûn mafevke tâbi olmak üzere aynı mahkemede muhakeme olunur denilmek suretiyle bu hususa dikkat çekilmiştir. Gerçekten, memurlar birlikte suç işleyecek olurlarsa, bağlantılı uyuşmazlıklar, yüksek memur esas alınmak suretiyle birleştirilir (30).

Bağlantı kişî bakımından yetki konusuna giren işler arasında olabileceği gibi, bunlarla genel kurallara tabi işler arasında da olabilir. Örneğin, MMK m.15/son da, “memurun birinci maddede mezkûr olan cürümlerinden (görev suçlarından) memur olmayan eşhas dahi methaldar olduğu takdirde muhakemeleri tevhidten memurun tabi olduğu mahkemede rüyet olunacaktır” denilmek suretiyle bu hususa dikkat çekilmiştir. Gerçekten, bir kamu görevlisinin görev suçuna (m. 1 MMK) kamu görevlisi olmayan bir kişî iştirâk ederse, bağlantılı uyuşmazlıklar memur esas alınarak birleştirilir (31).

Bağlantı konusunda Anayasa ve AYMKYUHK da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda sorun, CMUK ve MMK hükümleri çerçevesinde halledilecektir.

ff. Kişî Bakımından Yetki Uyuşmazlıkları

Yüce Divan ile öteki yargılama makamları arasında herhangi bir yetki uyuşmazlığı çıkmaz. Örneğin Yüce Divan ağır ceza mahkemesinde muhakeme edilmekte olan bir uyuşmazlığı bakmakta olduğu işle bağlantılı olduğunu tespit eder ve birleştirmede de yarar görürse, birleştirme kararını kendisi verir. Bu karar, ağır ceza mahkemesini bağlar. Çünkü, Yüce Divan’ın her türlü kararı yargıdır. Anayasa’ya ve AYMKYUHK ya göre Yüce Divan kararları kesindir (m.148/5 AY; m.35/2 AYMKYUHK).

V. Yüce Divanda Yapılan Ceza Muhakemesinin Yürüyüşü

1. Hazırlık Soruşturması

Bilindiği gibi, bir ceza mahkemesi olan Yüce Divan, Anayasa ve kuruluş kanununda hüküm bulunmayan hallerde CMUK nu uygulayacaktır. Uyuş-

(30) KUNTER, no. 223.

(31) ÖZTÜRK, no. 170.

mazlıkların kendisine intikalinde de CMUK da öngörülen usule uyulacak; önce, kural olarak, söz konusu kanun hükümlerine, göre bir hazırlık soruşturması yapılacaktır; sanıklar belirlenip, savunmaları alındıktan ve deliller toplanıp sair işlemler tamamlanarak dosya tekemmül ettirildikten sonra kamu davası açılacak ve bu suretle iş Yüce Divan’a intikal etmiş olacaktır. Yüce Divan’ın yetkisinde bulunan işlerin hazırlık soruşturması faile göre farklılıklar göstermektedir. Şimdi kısaca bu durumları ele alalım.

Eğer görev suçu işlediği ileri sürülen Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Bakan ise hazırlık soruşturmasını TBMM yapmaktadır. Yukarıda gördüğümüz gibi, Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten dolayı TBMM üye tam sayısının en az 1/3 ünün teklifi üzerine, 3/4 ünün kararı ile **suçlandırılır** (m. 105/son AY).

TBMM nin burada yaptığı iş İDDİA FAALİYETİDİR; KAMU DAVASI AÇMAKTIR. Başbakan ve bakanlar hakkında TBMM üye tam sayısının en az 1/10’unun vereceği önerge ile, soruşturma açılması istenebilir; soruşturma komisyonunun raporu Meclis’te görüşülür ve Yüce Divana sevk kararı üye tam sayısının salt çoğunluğu ile alınır (m. 100 AY). TBMM nin burada yaptığı iş de yine “iddia faaliyeti”dir; kamu davası açmaktır. (32). O halde TBMM, söz konusu işi yaparken hukuk düzenimizin iddia faaliyeti ile ilgili olarak öngörmüş bulunduğu esaslara, özellikle de CMUK da öngörülen kurallara uygun davranmak durumundadır. Burada, özellikle komisyon teşkilinde TBMM üyelerinden hukukçu, tercihan ceza hukukçusu olanlardan yararlanma cihtine gidilmelidir.

Kolluğun ve sair koğuşturma makamlarının da yardımıyla deliller toplanıp dosya tekemmül ettirildikten sonra, suç şüpheleri kuvvetlenir, daha doğrusu başlangıç şüphesi yeterli veya kuvvetli şüphe (33) haline gelirse kamu davası açılır; gelmezse takipsizlik kararı verilir.

Toplanan deliller kamu davasının açılması için yeterli ise, bir fezleke hazırlanır. Bu hazırlanan **fezleke iddianame yerine geçmektedir** ve söz konusu fezleke CMUK m. 163 hükmüne uygun olarak iddianamede yer alan hususların gösterilmesi gerekir. O halde burada: 1. **SANIĞIN AÇIK KİMLİĞİ**, 2. **İSNAD EDELİN SUÇUN NEDEN İBARET OLDUĞU**, 3. **SUÇUN KANUNİ UNSURLARI (Kanunî, maddî, manevî ve hukuka aykırılık unsurları)**,

(32) ÖZTÜRK, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti (Hazırlık Soruşturması), Ankara 1991, s. 135.

(33) Ceza Muhakemesi Hukukunda ŞÜPHE delillerle tarif edilir. Basit şüphe, dayandığı deliller basit, yetersiz ve/veya sayıca az olan şüphedir. Hazırlık soruşturmasına başlanabilmesi için, belli ve yaşanmış somut olayların, en azından belirti (iz) şeklinde ortada bulunan delillerin belli bir suçun işlendiği yolunda bir şüphe ortaya koyması şarttır. Eldeki delillere nazaran, yapılacak bir duruşmada sanığın mahkûm olması ihtimali beraat etmesi ihtimalinden daha kuvvetli ise yeterli şüphe var demektir. CMUK, kamu davasının açılabilmesi için yeterli şüphenin bulunmasını aramıştır, (m. 163/1 CMUK). Eldeki delillere nazaran, yapılacak bir duruşmada sanığın mahkûm olması kuvvetle muhtemel ise, kuvvetli şüphe var demektir. Örneğin suçüstü halinde kuvvetli şüphe vardır (ÖZTÜRK, uygulamalı, s.433 vd.

4. UYGULANMASI GEREKEN KANUN MADDELERİ, 5. DELİLLER ve nihayet 6. DURUŞMANIN YAPILACAĞI MAHKEME gösterilir.

Uygulamada CMUK m. 163 hükmüne titizlikle riayet edilmemektedir. Bazı durumlarda delillerin gösterilmediğine veya genel olarak gösterildiğine; suçun neden ibaret olduğunun ve kanuni unsurlarının olayda gerçekleşmiş bulunup bulunmadığının gösterilmediğine, veya bu hususta genel ibarelerle yetinildiğine tanık olunmaktadır ki, bir hukuk devletinde böyle bir uygulamanın kabul edilmesi mümkün değildir.

Yüksek Mahkemelerin başkan ve üyeleri hakkında görev suçundan dolayı yapılan hazırlık soruşturması konusunda ciddi sakıncalar taşıyan düzenlemeler mutlaka düzeltilmelidir.

2. Sonsoruşturma

Yukarıda da açıkladığımız gibi, Anayasa Mahkemesi’nin Yüce Divan sıfatı ile bakacağı işlerde takip edeceği usûl 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun’un yedinci bölümünde gösterilmiştir (m. 35 vd. AYMKYUHK). Buna göre, Anayasa Mahkemesi Yüce Divan sıfatıyla çalışırken yürürlükteki kanunlara göre duruşma yapar ve hüküm verir (m. 35 AYMKYUHK). Yüce Divan başkan ve on asıl üye ile toplanır.

Kararlar salt çoğunlukla verilir. Yüce Divan kararları kesindir (m. 148/5 AY.m. 35/son AYMKYUHK).

Yüce Divan’da iddia faaliyetini Cumhuriyet Başsavcısı ya da onun vekili yapar. Ancak Başsavcı yardımcılarında bir veya birkaçı Başsavcı veya vekili ile birlikte duruşmaya katılabilirler (m. 148/4 AY, m. 36 AYMKYUHK). Savunma makamında sanık ve müdafii vardır. AYMKYUHK m. 37 de, müdafinin her zaman duruşmada hazır .bulunabileceği açıklanmıştır. Yargılama makamı, yani **Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi, her şeyden önce açılan davanın kabule şayan olup olmadığını inceleyecek, yetkisi dahilinde olmayan konulara ilişkin davalarla yetkisi dahilinde olup da CMUK’da öngörülen şartları taşımayan davaları kabule şayan bulunmadığı gerekçeyle reddedecek, aksi takdirde duruşmaya geçilecektir. Bu suretle, beraatle sonuçlanacak işlerin yıllarca Mahkemeyi meşgul etmesi önleneceği gibi; böyle bir muhakeme ile fertlerin temel hak ve hürriyetlerine gereksiz yere müdahale edilmesi de önlenmiş olacaktır.**

Görev yasakları ve hâkimin reddi muhakemesi AYMKYUHK’nın 46 ilâ 50. maddelerinde gösterilmiştir. Kanunun 46. maddesinde görev yasakları CMUK m.21’e benzer bir şekilde gösterildikten sonra, 47. maddede, Anayasa Mahkemesi Başkan ve üyeleri tarafsız hareket edemeyecekleri kanısını haklı kılan hallerin dava açılmasından veya iş mahkemeye gelmeden önce mevcut olduğu iddiası ile reddolunabileceği açıklanmıştır. Bu durumda. Anayasa Mahkemesi, reddedilen üye katılmaksızın ret konusu hakkında karar verir.

Tekrardan kaçınmak için burada yukarıda yapılan açıklamalara gönderme yapmakla yetinmek istiyoruz.

Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi’nce yapılan duruşmada sanık hazır bulunmalıdır. Ancak, sorgusu yapılmış olan sanığın sonraki oturumlara gelmemesi ve Yüce Divan’ca da duruşmada hazır bulunmasına gerek görülmemesi durumunda duruşmadan varestede tutulma istemi bulunmasa dahi yokluğunda duruşmaya devam edilerek muhakeme sonuçlandırılabilir. Müdafî de her zaman duruşmada hazır bulunabilir (m. 37 AYMKYUHK).

Yüce Divan’da, sanığın sorgusu sırasında, üyeler ve Başsavcı veya onun vekili başkanın izni ile sanığa soru sorabilirler (m.38 AYMKYUHK). Bilgisine başvurulabilir bilirkişi veya tanığın dinlenmesi, usûl kanunları gereğince resmi bir makamın iznine bağlı bulunup da Devlet menfaatlerine zararlı olacağı mülahazasıyla izin verilmediği takdirde, mahkeme izin vermeye yetkili kimenin sözlü veya yazılı mütalaasını aldıktan sonra, izin vermemenin yetersizliğine üçte iki çoğunlukla karar verirse bilirkişi veya tanık sır saklamak ödevine dayanamaz. Ancak, izin vermeme keyfiyeti, açıklanmasında mahzur bulunan sırrın Türkiye Cumhuriyeti’nin güvenliği ve yüksek menfaatleri ile birlikte yabancı devletlere de ilişkin bulunması sebebine dayanıyorsa, yetkili makamın bu husustaki kararı kesindir.

Başkan Yüce Divan’daki duruşmanın gerekli kıldığı durumlarda Devlet kurum ve kuruluşlarına ait araç, gereç, stenograf ve teknik personelden yararlanmak için istemde bulunabilir. Bu istemler, ilgili makamlarca hemen yerine getirilir. Bundan başka, duruşmanın safahatı, başkanın uygun göreceği teknik araçlarla kaydolunabilir. Bu kayda dayanılarak düzenlenen duruşma tutanaklarının her sayfası başkan ve zabıtkâtibi tarafından imzalanır. Bu tutanakların, duruşmanın safahatına uygun olmadığı yolundaki iddialar, Yüce Divan’da incelenip karara bağlanır. (m. 39, 40 AYMKYUHK). Bu hükümlerin dışında, Yüce Divan’da CMUK’da düzenlenmiş bulunan genel kurallara göre muhakeme yapılacaktır.

3. Denetim Muhakemesi

Yukarıda da ifade edildiği gibi, Yüce Divan’ın her türlü kararı yargıdır. Çünkü, Anayasa’ya ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılanma Usulleri Hakkında Kanun’a göre Yüce Divan kararları kesindir (m. 148/5 AY; m.35/2 AYMKYUHK). Bu durumda Yüce Divan’ın kararlarına karşı herhangi bir denetim muhakemesi yoluna gidebilmek mümkün değildir.

Ancak bütün bunlara rağmen, Yüce Divan kararlarına karşı yine de bir denetim yolunun var olduğu söylenebilir. O da İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin (İHAS) 25 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan ve Türkiye tarafından 1987 yılında tanınan bireysel başvuru hakkıdır.

Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi “Yüce Divan”

Her ne kadar Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divanı, Temyiz Mahkemesi gibi bir denetim muhakemesi mercii olmadığını ifade emekte ise de, bir ceza muhakemesi sırasında, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nde düzenlenmiş bulunan insan haklarının ihlâl edilmesi halinde; iç yollar tüketmek kaydıyla bireysel başvuru hakkını kullanmak suretiyle iş söz konusu mercilerin önüne geldiğinde, ister istemez, insan hakları açısından yani dolaylı da olsa bir denetim söz konusu olmaktadır. Yüce Divan’ın kararlarının kesin olması sebebiyle tüketilecek bir iç yol bulunmadığından, karardan itibaren altı ay içinde (m.26 İHAS) bu yola gidilebilir.

Kaldı ki, Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına göre, “usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir; hatta bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi de böyle bir milletlerarası sözleşme olduğuna ve Türkiye Bireysel Başvuru hakkını da tanıdığına göre. Yüce Divan’ın veya bu Divanın yetkisine giren işlerin hazırlık soruşturması sırasında insan haklarını ihlâl etmesi halinde bireysel başvuru hakkının kullanılması mümkündür.

Sonuç

Yaptığımız bu çalışmadan çıkan en önemli sonuç şudur:

Yüce Divan teşkilinde amaç ADİL BİR YARGILAMA yapmaktır. İddiayı veya savunmayı kayırmadan maddî gerçeği araştırmaktır. Hukuk devleti ilkesinin gereği de budur. Bilindiği gibi, ülkesinde insan haklarını ve güvenliği gerçekleştirmiş bulunan adil devlete hukuk devleti denilmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa ve mevzuatta öngörüldüğü şekilde teşkili, daha doğrusu bu mahkemeye üye seçimi esasları hukuk devleti ilkesine ve bunun tabii sonucu olarak da tabii hakim ilkesine uygun değildir. Mukayeseli hukuka ilişkin açıklamalar bunu kanıtlamaya yetmelidir.

Bu suretle kurulan bir Anayasa Mahkemesi’nin kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin Anayasaya uygunluğunu denetleyebilmesi bir ölçüde mümkün bulunsun bile Yüce Divan sıfatıyla ceza muhakemesi yapabilmesi son derece zordur. Gerçekten, bırakınız ceza hukukçusunu düz hukukçuların bile azınlıkta kalmasına müsait bulunan böyle bir sistem ceza ve ceza muhakemesi hukukunun amacına ulaşmasına müsait bulunduğunu söylemek mümkün değildir.

Belli ölçüde örnek aldığımız İtalya’da da Yüce Divan görevi Anayasa Mahkemesi’ne verilmiştir; ancak, orada iktisatçılar, maliyeciler, valiler veya generaller vs. değil yalnızca **ADLİ VE İDARÎ YARGIYA MENSUP HAKİMLER, HUKUK FAKÜLTESİ PROFESÖRLERİ VE EN AZ 20 YIL MESLEKTE FİİLİ ÇALIŞMIŞ AVUKATLAR** Anayasa Mahkemesi’ne seçilebilmektedir (m. 135/2 İtalyan Anayasası)

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Bize göre yeni bir Anayasa yapılırken, Yüce Divan görevi Anayasa Mahkemesi’ne değil; Yargıtay’a verilmelidir. Bu mahkemenin vereceği kararlar kesin olmamalı ve mutlaka bir denetim muhakemesi sistemi kurulmalıdır. örneğin, bir Ceza Dairesi veya birkaç ceza dairesinin oluşturacağı büyük bir kurul bi-dayet mahkemesi olarak çalışmalı. Ceza Genel Kurulu da temyiz incelemesi yapmalıdır; veya Yargıtay içinde buna benzer bir başka sistem kurulmalıdır. Bize göre hukuk devleti ilkesine en uygun sistem budur.

(35. Makale - 1996)

Necmi YÜZBAŞIOĞLU

*Türkiye’de Uygulanan Seçim Sistemleri
ve Bunlara İlişkin Anayasa Mahkemesi
Kararlarına Göre Nasıl Bir
Seçim Sistemi **

* Necmi Yüzbaşıoğlu, “Türkiye’de Uygulanan Seçim Sistemleri ve Bunlara İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Nasıl Bir Seçim Sistemi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 55, S. 1-2, 1995-1996, s. 103-150.

TÜRKİYE'DE UYGULANAN SEÇİM SİSTEMLERİ VE BUNLARA İLİŞKİN ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINA GÖRE NASIL BİR SEÇİM SİSTEMİ

NECMİ YÜZBAŞIOĞLU*

Giriş

Çok partili siyasi hayata geçildiği 1946'dan bu yana, seçim hukukuna ilişkin sorunlar Türkiye'de en çok tartışılan konulardan biridir. Seçim hukukuna ilişkin birçok sorun içinde de, sonuca en çok etkili olmak bakımından, en fazla gündemde olanı ve tartışılanı da, kuşkusuz seçim sistemidir. Türkiye'de, 1968'de Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) yürürlükteki seçim sisteminin öngördüğü "seçim çevresi barajını" iptal kararı¹ üzerine, AYM de seçim sistemi tartışmaları içine çekildi. Mahkeme'nin bu iptal kararından sonra, parlamentonun seçim sistemi ile ilgili yeni bir kanun çıkarmaması nedeniyle, 12 Eylül 1980'e kadar 1969, 1973 ve 1977 Milletvekili seçimleri, AYM'nin bu kararı uyarınca nisbî temsilin barajsız d'Hondt sistemine göre yapıldı. Böylece, 12 Eylül 1980 öncesi üç dönem uygulanan seçim sisteminin belirleyicisi, parlamentonun yanında son irade olarak AYM olmuştur.

12 Eylül 1980'den sonra, demokratik düzene yeniden geçildiği 1983 T. B.M.M. seçimlerinden itibaren de seçim sistemi hep tartışma konusu oldu. Bu dönemde en çok ve sık mevzuat değişikliği seçim sistemi ve genelde seçim hukuku üzerinde yapıldı. Ancak, AYM, biraz da 1961 Anayasası dönemindeki kararına karşı gösterilen tepkilerden de etkilenecek olacak ki, uzunca bir süre, Anayasa'nın seçim sistemini Meclis'in siyasi takdirine bıraktığı gerekçesiyle, Meclis'teki çoğunlukların tercih ettiği seçim sistemlerine uzun süre müdahale etmedi. Fakat, AYM, 1995'de, 23/7/1995 tarih ve 4121 sayılı kanunla² yapılan Anayasa değişikliğinden sonra, "seçim kanunları temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak şekilde düzenlenir", hükmünün, Anayasa kuralı haline getirilmesinden sonra, 27/10/1995 tarih ve 4125 sayılı³, içinde seçim sisteminin de yer aldığı seçim mevzuatına ilişkin Kanun'u

* Doç. Dr. İ. Ü. Hukuk Fak. Anayasa Hukuku Öğr. Üyesi

1. AYM. E. 1968/15. K. 1968/13, KT. 3,4 ve 6/5/1968, AYMKD. Sy. 6. Sh. 149-152.

2. RG. 26/7/1995, Sy. 22355.

3. RG. 28/10/1995. Sy. 22447.4.

denetlerken, son Anayasa değişikliğine dayanarak, bu Kanun’da öngörülen «ülke seçim çevresini» ve «seçim çevresi barajını» iptal ederek⁴, 1982 Anayasası döneminde ilk defa, Meclis çoğunluğunun seçim sistemi tercihinine müdahale etmiştir. Mahkeme’nin bu kararı üzerine, Meclis’in, 23/11/1995 gün ve 4138 sayılı Kanunla⁵ oranı düşürerek, bu kez “bütün seçim çevreleri için % 10 çevre barajı” öngören Kanun hükmünü de iptal etmesi üzerine⁶, erkene alınarak 24/12/1995’de yapılan 20. dönem milletvekili seçimleri nisbi temsilin barajsız d’Hondt sistemi ile yapılmıştır. Böylece, tarih tekrerrür etmiş, 1968’de olduğu gibi, 1995’de de seçim sistemini belirleyen son irade yine AYM’nin iradesi olmuştur.

Bu arada, AYM, yine 1982 Anayasası döneminde, seçimlerin erkene alınarak, 18. dönem Milletvekili seçimlerinin, 1 Kasım 1987 günü yapılmasını düzenleyen, 10/9/1987 tarih ve 3403 sayılı Kanun’un⁷, “siyasi partilere önseçim yasağı getiren” 8. maddesini iptal etmek⁸ suretiyle de, seçimlerin tesbit edilen günde yapılamayacak olması nedeniyle, yaklaşık bir ay ertelenerek, 29 Kasım 1987’de⁹ yapılmasına yol açmıştır. Aynı şekilde, AYM, 28/9/1994 tarih ve 4044 sayılı, Milletvekili Ara Seçimlerinin 4 Aralık 1994’de yapılmasına ilişkin Kanun’un¹⁰ “seçmen kütüklerinin güncelleştirilmesine” ilişkin 2. madde hükmünü iptal etmek suretiyle¹¹, yine seçimlerin Kanun’da öngörülen 4 Aralık 1994 gününe yetiştirilememesi nedeniyle, ara seçim işlemlerinin Yüksek Seçim Kurulu tarafından durdurulmasına¹² gerekçe olmuştur. Daha sonra da T.B.M.M. yeni bir ara seçim günü kararlaştırmadığından ara seçimler yapılamamıştır.

Bütün bu tarihi süreç bize, “Türkiye’de Nasıl Bir Seçim Sistemi” sorusuna cevap ararken, soruna salt Meclis’teki eğilimlerin ya da çoğunlukların tercihi açısından yaklaşmanın yetersiz olduğunu, doğru cevabın, konuyu AYM’nin içtihadı ile birlikte düşünüldüğünde bulunabileceğini göstermektedir. Bunun içindir ki, 24 Aralık 1995’de yapılan 20. dönem Milletvekili Genel Seçimlerinden sonra ortaya çıkan, hiçbir partiye tek başına hükümet kurma imkanı vermemek bir yana, oyların partiler arasında eşit denebilecek yakınlıkta dağılımı nedeniyle, İkiliden öteye üçlü koalisyonlara ve belki de bunda da başarılı olunamayarak yeni bir erken seçime gebe olan bu tablo karşısında, kuşkusuz daha da artacak olan, “Türkiye’de Nasıl Bir Seçim Sistemi” tartışması ya da sorununa katkıda bulunmak amacıyla, Türkiye’de, bugüne kadar uygulanan

4. AYM. E. 1995/54. K. 1995/59, KT. 18/11/1995 RG. 21/11/1995, Sy. 22470.

5. RG. 24/11/1995, Sy. 22473 Mükerrer.

6. AYM, E. 1995/56, K. 1995/60, KT. 1/12/1995, RG. 7/12/1995, Sy. 22486.

7. RG. 11/9/1987, Sy. 19571 Mükerrer.

8. AYM. E. 1987/23, K. 1987/27. KT. 9/10/1987, AYMKD. Sy 23, Sh. 381-390.

9. Kanun No: 3404. Kabul Tarihi: 17/10/1987, RG. 19/10/1987, Sy. 19609.

10. RG. 1/10/1994. Sy. 22068.

11. AYM. E. 1994/83, K. 1994/78, KT. 16/11/1994, RG. 18/11/1994, Sy. 22115.

12. Yüksek Seçim Kurulu Kararı, Karar No: 1982, RG. 1994/11/20, Sy. 22117.

Türkiyede Uygulanan Seçim Sistemleri

seçim sistemleri ve bunlara ilişkin AYM'nin içtihadını ortaya koyan bir çalışma yapmayı uygun gördük.

Asıl konumuz bu olmakla birlikte, Türkiye'de uygulanan seçim sistemleri dışında, alternatif seçim sistemleri yönünden de düşünmek ve mukayese edebilmek amacıyla, demokratik yönden gelişmiş batı demokrasilerinde uygulanan bellibaşlı seçim sistemlerini, bunların yarar ve sakıncaları ile birlikte, çok ana hatları ile ele alarak konuya girmeyi uygun bulduk.

A- Genel Olarak Seçim Sistemleri

Demokratik rejimlerde yönetenler (iktidar, muhalefet) yetkilerini seçimlerde halkın oyundan alırlar. Bu nedenle, seçimler ve seçim sistemleri demokrasilerde rejimin ve yönetenlerin meşruiyet temelidir. Bu bağlamda seçimler toplum-devlet ilişkisini sağlayan araçlardan en önemlisidir.

Temsilcilerin belirlenmesinde uygulanan teknik bir usul olarak tanımlanan¹ seçim sistemlerinin iki temel işlevi vardır². Bunlardan ilki, parlamentoda bir çoğunluğun oluşturularak, ülkeyi yönetecek olan hükümetin belirlenmesidir. Seçimlerin bu işlevi seçim hukukunda "istikrar ilkesi" ile anılmaktadır. Seçimlerin ikinci işlevi ise toplumdaki değişik görüşlerin parlamentoya yansımalarını sağlamaktır. Halkın çoğulcu biçimde katılımını sağlayan bu ilke de "adil temsil" ya da "demokratik temsil" ilkesi ile anılmaktadır.

Özünde bu iki ilke, birbirinin karşıtı nitelikte ters yönde işleyen ilkelerdir. Dolayısıyla, bunlardan birine öncelik ve ağırlık verildiğinde diğeri zarar görür. Adil temsile ağırlık verdiğimizde hükümet istikarsızlığı gündeme gelebilir. İstikrarı ön plâna aldığınızda da bu kez demokratik temsil ya da temsilde adalet bozulur, bu da yönetenlerin meşruiyeti tartışmasını gündeme getirir. Başka bir anlatımla, istikrarı sağlamaya çalıştığımız ölçüde adalet ilkesinden, temsilde adaleti sağlamaya çalıştığımız ölçüde de istikrar ilkesinden ödün vermemiz zorunludur. Dolayısıyla, gerçekte iki ilkeyi bağdaştırmaktan değil, iki ilkedeki de belli ölçüde ödün vererek ortalama bir yol bulmaktan söz etmek daha doğru olur. Hangi ilkedeki ne ölçüde ödün verilmesi gerektiği ise, ülkeden ülkeye ve dönemden döneme değişen siyasal bir tercihtir³. Bu nedenle, demokratik rejimle yönetilen ülkelerde, bu iki ilke arasında ülke koşullarına uygun, halkın benimseyebileceği, makul, sentezci, dengeyi kuran seçim sistemini bulmak ülkelerin en önemli sorunlarından biridir. Günümüzde çok sayıda seçim sistemleri ve karma sistemler bu nedenle ortaya çıkmıştır.

1. TEZİÇ, Erdoğan.. "Anayasa Hukuku", Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul, 1991. Sh. 274.
2. TÜRK. Hikmet Sami., "Nasıl Bir Seçim Sistemi", Türk Hukukçu Kadınlar Demeği Yayınları 3, İstanbul, 1994, Sh. 9.
DAUBLER, Herta., "Demokrasi ve Seçim Sistemleri" konulu TUSES tarafından 9/6/1995'de İstanbul, The Marmara'da Düzenlenen Uluslararası Sempozyum'daki Bildiri.
CABCASSONE, Guy., "Demokrasi ve Seçim Sistemleri", aynı Uluslararası Sempozyum'daki Bildiri.
3. ÖZBUDUN. Ergun., "Türkiye İçin Nasıl Bir Seçim Sistemi", Bülten. Türk Demokrasi Vakfı Yayın Organı. Sy. 16, Aralık 1993, Sh. 7.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Çok sayıda seçim sistemine rağmen, uygulamada ve öğretide⁴ yaygın olarak kullanıldığı şekli ile seçim sistemleri başlıca iki ana gruba ayrılır.

1- Çoğunluk Sistemi

2- Nisbi (Orantılı) Temsil Sistemi

Kural olarak çoğunluk sistemlerinde istikrar, nisbi temsil sistemlerinde de demokratik temsil ön plândadır.

1- Çoğunluk Sistemi

Çoğunluk sisteminin yaygın olan üç tür uygulaması vardır.

a) Tek İsimli (Dar Bölge) Tek Turlu Çoğunluk Sistemi

b) Tek isimli (Dar Bölge) İki Turlu Çoğunluk Sistemi

c) Listeli (Geniş Bölge) Çoğunluk Sistemi

a) *Tek isimli Tek Turlu Çoğunluk Sistemi*

Bu sistemde ülke milletvekili sayısına göre seçim çevrelerine bölünür. Başka bir anlatımla, milletvekili sayısı kadar seçim çevresi belirlenir. Esas olan seçim çevrelerindeki seçmen sayısının eşit olmasıdır. Tarihi, coğrafi, mülki sınırlar, göç ya da nüfus artışı gibi nedenlerle seçmen sayısında küçük oranlı sapmalar makul karşılanabiliyor. Bu sistemde, bir seçim çevresinde kullanılan geçerli oyların basit çoğunluğunu elde eden aday seçilmiş oluyor.

aa) *Sistemin Faydaları:*

- Seçmen ve temsilci birbirini daha yakından tanır, sorunlarını bilirler. Temsilci ile seçmen arasındaki ilişki ve bağlılık artar.

- Bu sistemde, seçim sonucu, genellikle bir partinin parlamentoda çoğunluk sağlaması kolaylaştığından istikrar ön plândadır. Bu nedenle, çok istisnalar dışında parlamentoda (İngiltere’de 1974’de İşçi Partisi önce azınlık hükümeti kurmuş, sonra arkadan tekrar yapılan seçimde bir oy farkla çoğunluğu sağlamıştır) hükümeti kuracak bir çoğunluk oluşur. Böylece, bu sistemin istikrar yönünden garantici bir sistem olduğu söylenebilir.

- Seçmenler oylarının boşa gitmemesi için, iki büyük partiden birine oy verdiklerinden sistem doğal olarak iki partili siyasi hayata yol açar. İngiltere ve ABD örneklerinde olduğu gibi iki parti nöbetleşe iktidarı kullanırlar. Her iki partinin aldıkları oylar birbirine yakındır ve seçim sonuçlarını “yüzen oylar” belirler⁵.

4. TEZİÇ, Erdoğan., “Anayasa Hukuku” Sh. 275 vd.

TÜRK, Hikmet Sami., “Nasıl Bir Seçim Sistemi” Sh. 9 vd.

ATAR, Yavuz., “Türkiye’de Seçim Sistemlerinin Gelişimi ve Siyasi Hayat Üzerindeki Etkileri”, Doktora Tezi, Konya, 1990 Sh. Sh. 36 vd.

5. TEZİÇ, Erdoğan., “Anayasa Hukuku” Sh. 276.

Türkiyede Uygulanan Seçim Sistemleri

bb) Sistemin Sakıncaları

- Seçmen-temsilci yakınlığı yarar yanında sakıncalı sonuçlar da doğurabilir. Milletvekilleri seçmenlerin yerel, hatta şahsi sorunlarını çözmeye çalışan iş takipçisi duruma düşebilirler.

- Parlamentoda yerel, bölgesel sorunlar ülke sorunlarının önüne geçer; yerel baskı ve etkiler artar, bölgeciliği teşvik eder.

- Mezhep, etnik ayrılıklar, feodal yapı, kişisel ya da ekonomik nüfuz adayların seçiminde etken olur. Bunlardan destek alan kişi ve aileler için "seçim kaleleri", "seçim hanedanları" oluşur.

- Seçim kampanyaları belirli görüş ya da programın tanıtılması ve yarışmasından çok, İngiltere'de «gladyatörler savaşı» diye nitelendiği şekliyle kişilik yıpratma mücadelesine dönüşür.

- Seçimi kazananlar, kendi güç ve gayretleri ile seçimi kazandıklarına inandıkları için ve siyasi partilerden çok adayların ön plâna çıkması nedeniyle, parti disiplini zayıflar, ABD'de olduğu gibi parlamentoda "kaygan çoğunluklar" ortaya çıkabilir.

- Seçim çevrelerini eşit olarak belirlemede büyük zorluklar vardır. Nitekim, bu eşitsizlikten doğan haksız, adil olmayan sonuçlar da zaman zaman ortaya çıkmaktadır. Örneğin, İngiltere'de 1951'de İşçi Partisi oyların % 48,8'ini kazandığı halde, Avam kamarasında 295 sandalye elde ederken, Muhafazakâr parti % 48 oyla 321 sandalye elde edebilmiştir. 1974'de de bunun tersi bir sonuç yaşanmıştır. İngiltere gibi sanayileşmiş, kentleşmiş, göç ve nüfus artışı stabilize olmuş bir ülkede bu zorluklar ve bundan kaynaklanan seçim adaletsizlikleri yaşanabildiğine göre, bu sorunları da yaşayan gelişmemiş ülkelerde olumsuzluk ve adaletsizliğin daha da çok olacağı aşikârdır.

- Sistem giderek siyasal hayata iki büyük partinin egemen olmasına yol açtığından ve iktidarın bu iki parti tarafından el değiştirerek nöbetleşe kullanılmasından dolayı, üçüncü bir partinin iktidar yarışına ağırlığını koyabilmesi mümkün olamamaktadır.

- Sistem bütünü itibarıyla, iktidar ve muhalefet partilerinin aldıkları oylarla, kazandıkları milletvekilliği sayısı arasında oransızlık yaratmaya elverişli olduğundan (küp yasası) oldukça büyük adaletsizliklere yol açabilir⁶.

Tek turlu tek isimli çoğunluk sisteminin anayurdu İngiltere'dir. Bu sistem öteden beri ABD'de de uygulandığı gibi bugün halen Almanya ve Rusya Fe-

TÜRK, Hikmet Sami., "Nasıl Bir Seçim Sistemi" Sh. 13.

ATAR, Yavuz., "Türkiye'de Seçim Sistemlerinin...." Sh. 40-43.

6. TÜRK, Hikmet Sami., «Nasıl Bir Seçim Sistemi» Sh. 15-14.

TEZİÇ, Erdoğan., "Anayasa Hukuku" Sh. 277-278.

ATAR, Yavuz, "Türkiye'de Seçim Sistemlerinin...." Sh. 40-41.

derasyonu’nda nisbi temsil sistemi ile yarıyarıya bir arada; İtalya’da 1993’den bu yana, milletvekili ve senatörlerin 1/4’i nisbi temsil, 3/4’ü tek turlu çoğunluk sistemiyle seçilmek suretiyle yine nisbi temsille bir arada uygulanmaktadır⁷.

b) Tek isimli iki Turlu Çoğunluk Sistemi

Bu sistemde de tek turlu çoğunluk sistemindeki bütün unsurlar, fayda ve sakıncalar mevcuttur. Aralarındaki fark, sistemin beşiği olan Fransa’da uygulandığı şekliyle, ilk turda oyların basit çoğunluğunu alan adayın değil, o seçim çevresinde kayıtlı seçmen sayısının 1/4’ni de aşan oy almış olmak koşuluyla, oyların % 50’sini aşan yanı salt çoğunluğunu alan aday seçilmiş sayılır. İlk turda bu yeterli sayılara ulaşamayan seçim çevrelerinde, bu turda oyların en az % 12,5’ünü alan adayların katılabileceği ikinci tur seçim yapılır. İkinci turda bu kez oyların basit çoğunluğunu alan aday seçilmiş olur⁸.

aa) Sistemin Faydalan

- Tek isimli tek turlu çoğunluk sisteminin yararları genel olarak bu sistemde de vardır. Ek olarak;

- % 50’yi aşan ya da ona yaklaşan oyla seçilebildiği için milletvekillerinin seçmen desteği, dolayısıyla da parlamentonun ve parlamentodaki çoğunluğun demokratik meşruiyeti artar.

- Birbirine yakın görüşleri savunan partiler arasında işbirliğini, dolayısıyla sağ ve sol partilerin kendi aralarında bütünleşmelerini, sağ ve sol bloklaşmayı sağlar. Bu da hem hükümet kurulmasını ve istikrarını kolaylaştırır, hem de sağ ve solda bloklaşabilen çok partili siyasi hayata yol açar. Başka bir anlatımla, tek turlu çoğunluk sisteminin istikrar ilkesiyle, nisbi temsil sisteminin adil temsil ilkesini birlikte gerçekleştirir⁹.

bb) Sistemin Sakıncaları

- Tek isimli, tek turlu çoğunluk sisteminin bütün sakıncaları dozu azalmış biçimde bunda da vardır. Ek olarak;

- İkinci tur temelde partiler arası anlaşma ve pazarlığa dayanır. Bu turda partiler zayıf oldukları yerde ittifak ettikleri partileri desteklerken, kuvvetli oldukları yerde destek alırlar. Seçmenler partilerinin bu pazarlık ve anlaşmaları doğrultusunda oy kullanırlar. Sadece “yüzen oylar” dediğimiz kararsız oylar ikinci turda yeniden tavır belirlerler. Dolayısıyla seçmen ikinci turda serbest oy kullanma durumunda değildir.

7. TÜRK, Hikmet Sami., «Nasıl Bir Seçim Sistemi» Sh. 13.

8. TEZİÇ, Erdoğan., “Anayasa Hukuku” Sh. 279.

BATUM, Süheyl., “Nasıl Bir Seçim Sistemi”, Türk Hukukçu Kadınlar Demeği. Yayınları: 3, İstanbul, 1994, Sh. 24.

ATAR. Yavuz., “Türkiye’de Seçim Sistemlerinin ” Sh. 47-51.

9. TÜRK, Hikmet Sami., «Nasıl Bir Seçim Sistemi» Sh. 17.

TEZİÇ, Erdoğan., “Anayasa Hukuku” Sh. 280.

Türkiyede Uygulanan Seçim Sistemleri

- İkinci turun yarattığı sağ ve sol bloklaşma, merkez sağ ve merkez sol partilerin, sağ ve sol kutup partilerine aşırı ödün vermelerine ve giderek sağ ve sol bloklaşmanın, kutuplaşmaya dönüşmesine yol açabilir. Hatta bu bloklaşma zorunluluğu, beklenmedik olağandışı ittifaklar da yaratabilir. İkinci turda diğer adaylar lehine çekilme ve feragatlerde siyasi ahlâkı rencide eden menfaatler, pazarlıklar, satışlar ortaya çıkabilir.

- Bu sistem, uç partilerin ekarte edilmesini sağlayamayabileceği gibi, bir partinin parlamentoda çoğunluk oluşturarak hükümet kurmasına da her zaman elverişli olamamaktadır. Örneğin, Fransa'da Üçüncü Cumhuriyet döneminde bu sistem uygulandığı halde (ikinci tura katılma barajı olmaksızın), hükümet istikrarı sağlanamamış, 70 yılda 104 hükümet kurulmuştur. Yine, Fransa'da Beşinci Cumhuriyet döneminde de, ikinci turdaki baraja rağmen, dokuz genel seçimin beşinde hiçbir parti tek başına hükümet kurabilecek bir parlamento çoğunluğu elde edememiş, koalisyonlara gidilmek zorunda kalmıştır.

- Bu sistem de, tek isimli tek turlu çoğunluk sistemi gibi, sağ ve solda bloklaşma yoluyla, bir blokun bütün ülkedeki seçim çevrelerinde çok az oy farkı ile seçim kazanması durumunda, alınan oy oranı ile parlamentodaki temsil arasında büyük adaletsizliğe yol açabilmektedir. Nitekim, Fransa'da bu yaşanmış, 1958, 1968, 1981 ve 1993 parlamentolarına "bulunmayan Meclisler" adı verilerek, istikrar uğruna ortaya çıkan son derece adaletsiz temsil vurgulanmıştır. Bunlardan 1993 seçimlerinde ilk turda oyların % 40'ını alan sağ blok, ikinci tur sonunda Meclis'te sandalyelerin % 85'ini kazanmıştır.

- Yine, bu bloklaşma yüzünden, partiler ilk turda aldıkları oy oranının, ikinci turdaki ittifaklar nedeniyle, çok altında milletvekilliği ile temsil edilebilmektedirler. Örneğin, 1993 seçimlerinde Sosyalist Parti ilk turda % 29,79'la en fazla oy almışken, ikinci tur sonunda sadece 53 milletvekili çıkarabilmiştir.

- Nihayet, iki turlu çoğunluk sistemi her zaman sağ ve sol bloklaşmayı da sağlayamayabilmektedir. Nitekim, Fransa'da Üçüncü Cumhuriyet döneminde sağlayamamış; bu dönem, Fransa'da en istikrarsız dönem olarak tarihe geçmiştir. Beşinci Cumhuriyet'de bloklaşmayı sağlayan ise % 12,5'luk ikinci tura katılma barajının yanında De Gaulle'nin şahsiyetidir. Fransa'da bloklaşma önce De Gaulle'yi destekleyenler - desteklemeyenler olarak oluşmuş, sonra da sağ ve sol bloklar olarak devam etmiştir¹⁰.

c) Listeli Çoğunluk Sistemi

Çoğunluk sistemi, tek isimli olarak (dar bölge) uygulanabildiği gibi; listeli olarak, geniş bölge seçim çevresinde de uygulanabilmektedir. Doğal olarak bu sistemde, partiler her seçim çevresinde seçilecek milletvekili sayısı kadar

10. BATUM, Süheyl, "Nasıl Bir Seçim Sistemi" Sh. 24-27.
TÜRK, Hikmet Sami., "Nasıl Bir Seçim Sistemi" Sh. 18-19.

aday gösterirler. Bu bakımdan, seçmen, oy pusulasını liste halinde kullandığı için buna “Üsteli seçim”, birden çok adaya oy verdiği için de “çok isimli” seçim usulü denir¹¹.

Listeli çoğunluk sistemi iki ya da tek turlu olabilmektedir. Bunlardan iki turlu listeli çoğunluk sistemi Fransa’da Üçüncü Cumhuriyet döneminde 1885 seçimlerinde uygulanmıştır. Tek turlu listeli çoğunluk sistemi ise Türkiye’de 1946-1960 yılları arasında uygulanmıştır.

Listeli çoğunluk sistemi “artık temsil” ya da “eksik temsil” yönünden tek isimli çoğunluk sisteminden çok daha adaletsiz sonuçlar doğurmaktadır. Bir örnek vermek gerekirse, Türkiye’de, Demokrat Parti, 1957 seçimlerinde oyların yaklaşık % 48’ini aldığı halde, Meclis’de yaklaşık % 69 (424 milletvekili) ile temsil edilirken; muhalefet partileri (CHP-CMP-Hür P) oyların % 52’sini almalarına rağmen, Meclis’de ancak % 31 (186 milletvekili) ile temsil edilebilmişlerdir¹². Bu adaletsiz sonuçlarından dolayıdır ki, demokratik ülkelerde bu sistem, günümüzde hemen hemen terkedilmiş durumdadır.

2- Nisbi Temsil Sistemi

Bu sistemde ilk plânda tutulan amaç siyasal partilerin güçleri oranında parlamentoda temsil edilmeleridir. Yani, toplumdaki siyasal görüşler parlamentoya da güçleri oranında yansiyacaktır. Dolayısıyla, nisbi (orantılı) temsil sistemi, seçim sisteminin işlevlerinden adil (demokratik) temsile öncelik veren bir sistemdir. Bu sistem doğal olarak geniş bölge seçim çevreleri gerektirir.

Bu sistemde temel sorun, partilerin aldıkları oyların parlamentoya nasıl yansıtılacağıdır. Bunu sağlamak için birçok teknik yöntemler ve hesaplamalar türetilmiş, bu da nisbi temsil sisteminin çok sayıda değişik uygulamalarına yol açmıştır. Hatta, nisbi temsil-çoğunluk sistemi birleşmesinden oluşan karma sistemler de türetilmiştir. Yaygın olarak kullanılan hesaplama yöntemlerine göre:

a) Çevre Seçim Sayısı İle Orantılı Temsil Sistemi

Bu sistemde her partinin aldığı oy, o seçim çevresinde çıkarılacak milletvekili sayısına bölünür. Bu sayı her partide kaç defa varsa, o parti o kadar milletvekili çıkarır. Ama çoğu kez iş bu aşamada bitmez; artık oylar ve bu oyların karşılığı milletvekilliklerin paylaşılması sorunu ortaya çıkar. Artık oylar nasıl değerlendirilecektir? Bunun için de. «tam olarak uygulanan, nisbi temsil sistemi» ve «yaklaştırmalı nisbi temsil sistemi» gibi yöntemler üretilmiştir. Tam olarak uygulanan nisbi temsil sisteminin en yaygın olan uygulanan, «milli bakiye» ya da «ulusal artık» sistemidir. Bu sistem seçim sistemleri içinde en adil olanıdır ve siyasi partiler aldıkları oy oranı ile eşit oranda parlamentoda milletvekilliği kazanırlar. Yaklaştırmalı nisbi temsil sisteminin en yaygın

11. TEZİÇ, Erdoğan., “Anayasa Hukuku” Sh. 281-282.

ATAR, Yavuz., “Türkiye’de Seçim Sistemlerinin.....” Sh. 44-46.

12. TEZİÇ, Erdoğan.. “Anayasa Hukuku” Sh. 284.

Türkiyede Uygulanan Seçim Sistemleri

uygulamaları ise “en yüksek kalan” ve “en yüksek ortalama” sistemleridir. Bu sistemler de, partilerin aldıkları oy oram ile orantılı olarak parlamentoda temsil edilmeleri yönünden, milli bakiye sistemine en yakın sistemlerdir¹³.

b) d'Hondt Sistemi

Nisbi temsil sisteminin, başta birçok Avrupa ülkesi olmak üzere en yaygın uygulananı d'Hondt sistemidir. Bu sistemde siyasal partilerin aldıkları oylar, partilerin o seçim çevresinde çıkaracakları milletvekili sayısına ulaşıncaya kadar (1, 2, 3, 4, 5-vd.) sırayla bölünür. Bu bölme sonucu ortaya çıkan paydalar büyüklük sırasına göre, o seçim çevresinde çıkarılacak milletvekili sayısına kadar dizilir. Bu dizimde paydalar hangi partilere aitse, o partilerin adayları kendi sıralamalarına göre seçilmiş sayılır. Bu sistemin büyük partiler lehine % 5-10 avantaj sağlayabileceği söylenebilir.

Nisbi temsilin, d'Hondt sisteminin mantığından esinlenerek uyarlanan, İskandinav ülkelerinin uyguladığı “Sainte Leque” Sistemi adı verilen, birer atlayarak (1'e, 3'e, 7'ye-vd.) bölme sistemi de vardır. Kuşkusuz bölen büyüdükçe küçük partilerin lehinedir. Bölen küçüldükçe ise büyük partilere avantaj sağlar.

Bu formüllerin yanında, Hikmet Sami Türk'ün de, yine d'Hondt sisteminin esinlenip uyarlayarak, Türkiye için önerdiği, siyasi partilerin aldıkları oyları yarımsar puan büyüterek (1, 1,5, 2, 2,5, 3, 3,5-vd.) bölme işlemi ile hesaplama önerisi vardır. Bu sistemin büyük partilere % 10-15 avantaj sağlayacağı ileri sürülmektedir. Hikmet Sami Türk'ün, bir de, partilerin aldıkları oylan, o seçim çevresinde çıkarılacak milletvekili sayısından başlayarak (... 5, 4, 3, 2, 1) çarpma ve bunları büyüklük sırasına dizerek, milletvekillerini partilere dağıtma önerisi vardır ki; bunun da büyük partilere % 12-15 arasında bir avantaj sağlayacağı ileri sürülmüştür¹⁴.

B- Türkiye'de Uygulanan Seçim Sistemleri ve Bunlara ilişkin Anayasa Mahkemesi Kararları

1- 1982 Anayasası'ndan Önceki Dönem

a) 1946-1960 Dönemi

Kuşkusuz, Türkiye'de milletvekili seçimleri ilk defa 1946'da yapılmış değildir. Ancak, Türkiye'de çok partili siyasi hayata 1946'da geçilmiş; böylece yarışmacı seçimler de 1946'da yapılmaya başlanmıştır. Türkiye'de 1946-1960 yılları arasında yapılan 1946, 1950, 1954 ve 1957 seçimleri “listeli basit çoğunluk sistemine” göre yapılmıştır.

13. TEZİÇ, Erdoğan.. “Anayasa Hukuku” Sh. 284-290.

ATAR, Yavuz., “Türkiye'de Seçim Sistemlerinin....” Sh. 66 vd.

14. TÜRK, Hikmet Sami., «Nasıl Bir Seçim Sistemi» Sh. 48.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Bunlardan, çok partinin katıldığı ilk seçimler olan 1946 seçimlerinde CHP: 396, DP: 62 ve Bağımsızlar da 7 milletvekilliği kazanmış; Milli Kalkınma Partisi ise hiç milletvekilliği kazanamamıştır. Bu seçimlerde yeni kurulduğu ve henüz yeterince örgütlenemediğinden, 465 milletvekilliği için ancak 273 aday gösterebilen DP, 62 milletvekili çıkarınca, bir yandan seçimlerin dürüst yapılmadığını ileri sürerek seçimin güvenceye kavuşturulmasını isterken; diğer yandan, bu seçim sisteminin yapay çoğunluklar yarattığını ileri sürerek, değiştirilmesini talep etmiştir¹.

Oysa, bundan sonra yapılacak üç seçimde de, aynı seçim sisteminin uygulanması sonucu, aşağıdaki tablolarda da görüleceği üzere, bu kez DP lehine parlamentoda yapay, haksız çoğunluklar oluşmasına karşın, muhalefetin itirazlarına rağmen DP seçim sistemini değiştirmeye yanaşmayacaktır. Bu dönem, seçim sistemi konusunda, özellikle iktidar partilerinin objektif olamayacakları ve iktidarlarını devam ettirebilmek için, her zaman kendilerine avantaj sağlayan sistemi en iyi seçim sistemi olarak görme tutkularından kolay kolay vazgeçemeyeceklerinin tipik örneklerinden biridir.

1950 ile 1960 arasında yapılan seçim sonuçlarına ilişkin bu üç tablo bize, listeli çoğunluk sisteminin, en büyük parti lehine temsil adaleti bakımından ne kadar büyük haksızlık ve adaletsizliklere yol açtığını ve bu sistemin küçük partilere siyasal hayatta yaşama şansını hemen hemen hiç tanımadığını açıkça göstermektedir. Bu dönemin noktalanmasında ve 27 Mayıs 1960 ihtilâli ile demokrasiye bir süre ara verilmesinde, bu son derecede adaletsiz seçim sisteminin yarattığı, siyasal iktidarın demokratik meşruluğu sorununun da payı olabileceğini gözönünde bulundurmak gerekir.

1950-1960 Dönemi Milletvekili Seçim Sonuçlarını Gösteren Tablolar²

TABLO 1:

Yıl	Partiler	Oy oranı	M.V.	Temsil	Seçim sistemi
		%	Sayısı	Oranı%	
1950	D.P.	53.35	408	83.57	Listeli Çoğunluk
	C.H.P.	39.78	69	14.40	
	M.P.	3.02	1	0.20	
	Bağımsız	3.85	9	1.83	
Toplam			487	99.80	Seçime Katılma Oranı: % 89.3

1. ATAR, Yavuz., “Türkiye’de Seçim Sistemlerinin Gelişimi” Sh. 128.
2. Bu konuda yapılan değişik tablolarda oranlarla ilgili % l’i aşmayan çok küçük farklılıklar vardır. Bu farklılıklar, bu tabloların buradaki konu amaçına zarar verir nitelikte değildir. Bu çalışmada koyduğumuz yukarıdaki tablo Oya Araslı’nın bir çalışmasından alınmıştır. ARASLI, Oya., “Türkiye’de Seçim Sistemlerinin Getirdikleri”, Prof. Dr. Bülent Nuri Esen’e Armağan, AÜHF Yayınları, No: 417, Ankara 1977 Sh. 11. Bu konuda farklı tablo ve kaynaklar için ayrıca bkz. ATAR, Yavuz., “Türkiye’de Seçim Sistemlerinin Gelişimi....” Sh. 130 vd.

Türkiyede Uygulanan Seçim Sistemleri

TABLO 2:

		Oy oranı	M.V.	Temsil	
1954	D.P.	56.61	503	92.98	Listeli Çoğunluk
	C.H.P.	34.78	31	5.52	
	C.M.P.	4.69	5	0.90	
	Bağımsız	2.49	2	0.33	
Toplam			541	99.77	Seçime Katılma

TABLO 3:

		Oy oranı	M.V.	Temsil	
1957	D.P.	47.70	424	69.50	Listeli Çoğunluk
	C.H.P.	40.82	178	29.18	
	C.M.P.	7.19	4	0.66	
	H.P.	3.86	4	0.66	
Toplam			610	100.00	Seçime Katılma Oranı %76.6

b) 1961-1980 Dönemi

1961 Anayasası da, 1924 Anayasası gibi, bir seçim sistemi yine öngörmüyordu; ama, Anayasa'nın 55. maddesindeki "Seçimler, serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre yapılır" hükmü ile, seçim hukukunun temel ilkelerini Anayasa kuralı haline getirmiştir. Aynı şekilde, milletvekili sayısı ve seçimle belirlenen senatör sayısı bakımından "sabit sayı" tercihini yapmış; buna göre de milletvekili sayısını 450 (AY. Md. 67), Cumhuriyet Senatosu'nun seçimle belirlenen üye sayısını ise 150 (AY. Md. 70) olarak tesbit etmiştir.

27 Mayıs 1960 ihtilalinden sonra, 13 Aralık 1960 tarih ve 157 sayılı Kanunla³ oluşturulan Kurucu Meclis'e seçim kanunlarını hazırlama görevi de verilmişti. Kurucu Meclis çalışmalarında sıra seçim kanununa geldiğinde, hangi seçim sisteminin abul edileceği doktrinde ve Temsilciler Meclisi'nde oldukça uzun tartışılmıştır⁴. Kuşkusuz, 1960 öncesinde uygulanmış olan seçim sistemi ve doğurduğu sonuçlar da yeni seçim kanununun hazırlanmasında etkili olmuştur. Kurucu Meclis'in seçim hukukuna ilişkin çalışmaları sonunda üç ayrı kanun kabul edilmiştir. Bunlar: 304 sayılı Cumhuriyet Senatosu Üyeleri-

3. RG. 16/12/1960, Sy. 10682.

4. Bu dönemde seçim sistemiyle ilgili tartışmalar ve öneriler için bkz. "SBF İdari İlimler Enstitüsü'nün Gerekçeli Anayasa Tasarısı ve Seçim Sistemi Hakkındaki Görüşü", Ankara, 1960, Sh. 88-102. Konuya ilişkin Kurucu Meclis'teki tartışmalar için bkz. ÖZTÜRK. Kazım., "İzahlı, Gerekçeli, Ana Belgeli ve Maddelere Göre Tasnifli Bütün Tutanakları ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası" Ankara, 1966.

nin Seçimi Hakkında Kanun⁵, 306 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu⁶ ve bugün halen değişiklikleri ile birlikte yürürlükte olan ve seçim hukuku ile ilgili genel hükümleri içeren 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun’dur⁷.

306 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu seçim sistemi olarak nisbi temsilin “seçim çevresi barajlı d’Hondt” sistemini tercih etmişti. Bu sisteme göre, bir seçim çevresinde geçerli oyların toplamı, o seçim çevresinden çıkacak olan milletvekili sayısına bölünerek o seçim çevresindeki seçim sayısı bulunacak ve bu sayı baraj kabul edilerek, bu sayının altında oy alan partiler ya da adaylar o seçim çevresindeki milletvekili paylaşımına katılmayacaklardır. Bir seçim çevresinde barajı aşan partiler ya da adaylar arasında, o seçim çevresinde çıkarılacak olan milletvekilleri, d’Hondt sistemine göre paylaşılacaktır. 306 sayılı Kanun’un getirdiği bir diğer yenilik de milletvekillerinin parti listeleri içindeki dağılımında, “tercihli liste” usulünü benimsemiş olmasıdır. Bu usulle de seçmenler, siyasi partilerin sıralanının belirlediği liste içindeki adayları kendi tercihinin göre sıralayabilecek; böylece, bir parti listesi içinde seçmenlerin en çok tercih ettikleri adaylar, o partinin o seçim çevresindeki milletvekili paylaşımında elde ettiği sayı kadar, tercih sırasına göre seçilmiş olacaklardır. Ayrıca, bu Kanun’la milletvekili seçiminde “her il bir seçim çevresi” olarak kabul edilmiştir. 1961 Milletvekili Seçimi “seçim çevresi barajlı d’Hondt” sistemiyle yapılmıştır.

304 sayılı Cumhuriyet Senatosu Üyeleri Seçimi Kanunu ise, seçimle belirlenen 150 senatörün seçiminde, 1960 öncesi uygulanan “listeli basit çoğunluk” sistemini öngörmüştü. Cumhuriyet Senatosu ve Millet Meclisi için farklı seçim sistemleri öngörülmesinin amacı, her iki Meclis’in siyasi güçler dengesi bakımından farklı ağırlıkta oluşmalarını sağlamaktır. Ancak, sonradan çıkarılan 1964 tarih ve 447 sayılı Kanun’la⁸ Cumhuriyet Senatosu üyelerinin seçiminde de milletvekili seçimlerinde olduğu gibi, nisbi temsil sisteminin d’Hondt uygulamasına geçilmiştir.

Ancak, her iki Meclis seçimlerinde de d’Hondt sistemi uygulaması, parlamentoya iki büyük partinin hâkim olmasını sağladığı ve küçük partilerin parlamentoda aldıkları oy oranında temsil edilmelerini engellediği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁹. Bunun üzerine, 306 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu’nda değişiklik yapılarak, d’Hondt istemi terkedilmiş; yerine 1965 tarih ve 533 sayılı Kanunla¹⁰ tam olarak uygulanan nisbi temsil sisteminin “milli bakiye” ya da “ulusal artık” usulü kabul edilmiştir.

5. RG. 30/5/1961, Sy. 10815.

6. RG. 30/5/1961, Sy. 10815.

7. RG. 2/5/1961, Sy. 10793.

8. RG. 22/4/1964, Sy. 11689.

9. ATAR, Yavuz.. “Türkiye’de Seçim Sistemlerinin Gelişimi” Sh. 140.

10. RG. 20/2/1965. Sy. 11934.

Türkiyede Uygulanan Seçim Sistemleri

Ulusal artık sistemine göre, her seçim çevresinde kullanılan geçerli oyların toplamı, o çevreden seçilecek milletvekili sayısına bölünerek, bulunan seçim sayısına göre, milletvekilleri partilere ve bağımsız adaylara dağıtıldıktan sonra, partilerin artık oyları ile açıkta kalan milletvekilleri ulusal seçim çevresinde toplanmaktadır. Daha sonra, artık oyların ve açıkta kalan milletvekilleri ulusal plânda değerlendirilmesinde ise, her partinin ülke düzeyindeki artık oylarının toplamı, ülke çapındaki açık milletvekilliği sayısına bölünerek bir "ulusal seçim sayısı" bulunur. Bu ulusal seçim sayısı, her partinin ülke çapındaki artık oyunda kaç defa varsa, o parti artık oylarıyla o kadar daha milletvekilliği kazanmış olur. Bu işlemler sonunda yine artık oy ve açık milletvekilleri kalacak olursa, bu kez partilerin artık oylarının büyüklük sırasına göre, kalan milletvekillikleri paylaştırılır¹¹.

Kuşkusuz, ulusal artık sistemi her oyu değerlendiren, dolayısıyla da, partilere aldıkları oy oranında parlamentoda temsil edilme olanağı veren, bu yönüyle de demokratik temsil ilkesi yönünden en adil olan bir seçim sistemidir. Temsilde adalet ilkesini esas aldığından, büyük partilere hiç avantaj sağlamayan ve dolayısıyla da yönetimde istikrarı öngörmeyen bir sistemdir. Bu yönüyle de, genel olarak çok partili siyasi hayata ve koalisyon hükümetlerine yol açar. Türkiye’de o zaman bu sistemin tercih edilmesinde, yapılacak seçimlerde, Adalet Partisi’nin tek başına iktidar olma ihtimalini önleme amacının da rol oynadığı söylenebilir.

Ulusal artık sistemi, 1965 seçimlerinde uygulandıktan sonra, bu sistemle tek başına iktidar olmuş A.P çoğunluğu tarafından, bu kez tek başına iktidarını sürdürmek amacıyla, 306 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu’nda, 20/3/1968 tarih ve 1036 sayılı Kanun’la¹² yapılan yeni bir değişiklik sonucu kaldırılarak, tekrar Kanun’un 1961 metninin benimsediği, "seçim çevresi barajlı d’Hondt" sistemine dönmüştür. Ancak, bu değişiklik hakkında AYM’ne iptal davası açılması üzerine, AYM, 1036 sayılı Kanun’un "baraja ilişkin hükmünü" (Ek. m. 32. f. 4) Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir. AYM, 1968/13 karar sayılı tarihi kararında¹³, "seçim çevresi barajlı d’Hondt" sistemi ile ilgili özetle şu değerlendirmeyi yapmıştır: ".... Engelli (barajlı) seçim düzeni, seçmen azınlığına dayanan temsilcilerin Meclis’te çoğunluk sağlayarak yurt yönetiminin başına geçmelerine yol açabileceğinden -demokratik hukuk devleti ilkesine- ... seçmene kendisiyle aynı doğrultuda kullanılan oyların belli bir sayıyı doldurmaması halinde, bu oyların tümünün nazara alınmayacağını önceden bildirmekte ve seçmeni daha başlangıçta bir ruhi baskı altına ve tereddüt içine düşürmektedir. Bu nedenle -serbest oy ilkesine-; bir bölüm siyasi partilerin

11. TEZİÇ, Erdoğan., "Anayasa Hukuku", Sh. 289, ATAR, Yavuz., "Türkiye’de Seçim Sistemlerinin Gelişimi..." Sh. 141.

12. RG. 23/3/1968, Sy. 12880.

13. AYM. E. 1968/15, K. 1968/13, KT. 3.4 ve 6/5/1968, AYMKD Sy. 6, Sh. 149-152.

topladığı oylan nazara almamak ve onların payına düşen milletvekillerini öteki partiler arasında bölüştürerek, bir bölüm siyasi partilerin demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsuru sayılması sonucu doğurduğundan -siyasi partilerin demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları olduğu ilkesine-;.... seçim sonuçlarının değerlendirilmesini, olağan koşullardan başka bir de tamamen yasa koyucunun takdiri ile yaratılmış yapay bir koşulun gerçekleşmesine bağlamıştır ve böylece (Anayasa’daki) seçilme yeterliğine ilişkin kurallara yasa ile yeni bir sınır konulmuş olmakla -Anayasa’daki seçilme yeterliğine ilişkin ilkelere- aykırıdır.” Özetle, AYM, seçim sistemini değerlendirirken, 1961 Anayasası döneminde yönetilebilirlik ya da istikrar ilkesi ile demokratik ya da adil temsil ilkesi dengesinde, istikrar değil, demokratik ya da adil temsili tercih eden bir tavır almıştır.

Mahkeme’nin bu kararı uyarınca, 1036 sayılı Kanun’un baraja ilişkin hükmünün iptali ile seçim sistemi kendiliğinden yalın haliyle d’Hondt sistemine dönüşmüş oldu. Kuşkusuz, bu sistem kanun koyucunun amaçladığı bir sistem değildir. Başka bir ifadeyle AYM’nin iptal kararıyla, kanun koyucunun öngörmediği bir seçim sistemi ortaya çıkmıştır.

AYM’nin bu kararını öğretide destekleyenler de çıkmışsa da¹⁴, kararın gerekçeleri ve sonuçları siyasi çevreler ve öğretide daha çok yoğun bir şekilde eleştirilmiştir. Bu eleştirilere göre¹⁵, 1961 Anayasası belli bir seçim sistemi öngörmemiş, demokratik devlet ilkesi ve Anayasa’nın seçimlerle ilgili diğer hükümlerine uygun olmak şartıyla, yasama organının dilediği seçim sistemini kabul etmesini onun takdir alanına bırakmıştır. Bir demokratik rejimde seçime katılan herkesin parlamentoya girmesi şart değildir. Demokratik rejimin belirgin özelliği, çoğunluğun azınlığı ezememesi ve muhalefet olanağının tehdit edilmemesidir. Bu eleştirilere göre, AYM bu kararında, demokrasiyi nisbi temsille, hatta nisbi temsilin saf şekliyle özdeşleştirme hatasına düşmüştür.

AYM’nin bu kararından sonra kanun koyucunun seçim sistemi ile ilgili bir değişiklik ya da yeni bir düzenleme yapmaması nedeniyle, bu tarihten sonra 12 Eylül 1980’e kadar Türkiye’de yapılan 1969, 1973 ve 1977 Milletvekili Genel Seçimleri “d’Hondt” sistemiyle yapılmıştır. Dolayısıyla, bu üç dönemde uygulanan seçim sisteminin belirleyicisi de AYM olmuştur. Bu dönemde Cumhuriyet Senatosu seçimlerinde de 304 sayılı Kanun’un öngördüğü yine “d’Hondt” sistemi uygulanmıştır.

14. ATAR. Yavuz.. “Türkiye’de Seçim Sistemlerinin Gelişimi” Sh. 144-145.

15. ÖZBUDUN, Ergun.. “Türk Anayasa Hukuku”, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara, 1995, Sh. 235. ARASLI. Oya., “Türkiye’de Seçim Sisteminin Getirdikleri” Sh. 24.

Türkiyede Uygulanan Seçim Sistemleri

1961-1980 Dönemi Milletvekili Seçim Sonuçlarını Gösteren Tablolar¹⁶

TABLO 1

Yıl	Partiler	Oy oranı %	M.V. Sayısı	Temsil Oranı %	Seçim sistemi
1961	A.P.	34.79	156	34.66	Barajlı D'Hondt
	C.H.P.	36.79	173	38.44	
	Y.T.P.	13.72	65	14.22	
	C.K.M.P.	13.96	54	12.00	
	Bağımsız	0.8	2	0.44	
Toplam			450	99.76	Seçime Katılma Oranı %81

TABLO 2

Yıl	Partiler	Oy oranı %	M.V. Sayısı	Temsil Oranı %	Seçim sistemi
1965	A.P.	52.87	240	49.77	Milli Bakiye (Ulusal Altık)
	C.H.P.	28.75	134	29.77	
	C.K.M.P.	2.24	11	2.4	
	M.P.	6.26	31	6.83	
	T.İ.P.	2.97	15	3.31	
	Y.T.P.	3.72	19	4.22	
	C.K.M.P.	13.96	54	12.00	
	Bağımsız	3.19	-	-	
Toplam			450	99.31	Seçime Katılma Oranı: % 71.3

TABLO 3

Yıl	Partiler	Oy oranı %	M.V. Sayısı	Temsil Oranı %	Seçim sistemi
1969	A.P.	46.5	256	56.81	Barajsız D'hondt
	C.H.P.	27.4	143	31.77	
	C.G.P.	6.6	15	3.33	
	M.P.	3.2	6	1.33	
	M.H.P.	3.0	1	0.22	
	T.B.P.	2.8	8	1.77	
	T.İ.P.	2.7	2	0.44	
	Y.T.P.	2.2	6	1.33	
	Bağımsız	5.6	13	2.88	
Toplam			450	99.98	Seçime Katılma Oranı: % 64.3

16. Bu tablolar Devlet İstatistik Entitüsü'nün Yayınları dikkate alınarak Oya Araslı'nın yaptığı bir çalışmadan alınmıştır. Bkz. ARASLI Oya., "Türkiye'de Seçim Sisteminin Getirdikleri" Sh 11-12. 1950-1965 seçimleri için ayrıca bkz. ABADAN, Nermin.. "Anayasa Hukuku ve Siyasal Bilim Açısından 1965 Seçimlerinin Tahlili", Ankara, 1966, Tablolar ve tablolarla ilgili kaynaklar için bkz. ATAR, Yavuz., "Türkiye'de Seçim Sistemlerinin Gelişimi" Sh. 146 vd.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

TABLO 4

Yıl	Partiler	Oy oranı %	M.V. Sayısı	Temsil Oranı %	Seçim sistemi
1973	A.P.	29.8	149	33.11	Barajsız
	C.H.P.	33.3	185	41.11	D'hondt
	C.G.P.	5.3	13	2.8	
	D.P.	11.9	45	10.00	
	M.P.	0.6	-	-	
	M.H.P.	3.4	3	0.66	
	M.S.P.	11.8	48	10.66	
	T.B.P.	1.1	1	0.22	
	Bağımsız	2.8	6	1.33	
Toplam			450	99.83	Seçime Katılma Oranı: % 66.8

TABLO 5

Yıl	Partiler	Oy oranı %	M.V. Sayısı	Temsil Oranı %	Seçim sistemi
1977	C.H.P.	41.4	213	47.3	Barajsız
	A.P.	36.9	189	42.0	D'hondt
	M.S.P.	8.6	24	5.3	
	M.H.P.	6.4	16	3.6	
	C.G.P.	1.9	3	0.7	
	D.P.	1.9	1	0.2	
	T.B.P.	0.4	-	-	
	T.İ.P.	0.1	-	-	
	Bağımsız	2.5	4	0.9	
Toplam			450	100	Seçime Katılma Oranı: % 72.4

1961-1980 döneminde yapılan beş Milletvekili Genel Seçim sonuçlarına ilişkin bu tablolar, seçim hukukuna ilişkin olarak çok yönlü tahlil konusu olabilir. Kuşkusuz, biz burada, bu tabloları bu çok yönleriyle değil, sadece konumuz olan seçim sistemine ilişkin yönüyle değerlendireceğiz.

Konuya seçim sistemleri yönünden baktığımızda da bu tablolardan yine birçok tesbitler yapılabilir. İlk olarak, bu dönemdeki beş seçimden biri barajlı d'Hondt, biri milli bakiye ve üçü de barajsız d'Hondt sistemi ile yapılmış olup, bunların hepsi nisbi temsil sisteminin değişik uygulamalarıdır. Diğer bir tesbit, bu beş seçimden ikisinde bir partinin (AP) tek başına hükümet kurabileceği bir çoğunluk elde edebilmesine karşın, üçünde hiçbir partinin böyle bir çoğunluk elde edememesi; ama, en çok oy alan partinin, küçük bir ortakla koalisyon kurabileceği bir tablonun ortaya çıkmış olmasıdır. (Uygulamada, 1973 seçimlerinden sonra kurulan CHP-MSP koalisyonu dışındaki hükümetlerin,

Türkiyede Uygulanan Seçim Sistemleri

bu doğrultuda kurulmamış olması, seçim sistemi ile ilgili olmayıp; başta henüz sağ ve sol partiler arasında uzlaşma geleneğinin olmaması gibi başkaca zorlayıcı etkenlerle ilgilidir.) Bu dönemde daha da ilginç olan bir tesbit de, nisbi temsil sisteminin tam uygulaması olan milli bakiye sisteminin uygulandığı 1965 seçimlerinde, AP'nin tek başına iktidar olacak bir çoğunluğu rahatlıkla elde etmiş olmasıdır. Yine, milli bakiye sisteminden sonra en adil seçim sistemlerinden biri olarak kabul edilen, nisbi temsilin bir başka uygulaması olan, barajsız d'Hondt sisteminin uygulandığı 1969 seçimlerinde de, AP yine tek başına iktidar olduğu bir çoğunluğu rahatlıkla elde edebilmiştir. Bu sonuçlara göre, özetle, 1961-1980 döneminde uygulanan seçim sistemlerinin ve ortaya çıkan seçim sonuçlarının "istikrar ilkesi" yönünden, çok da olumsuz sonuçlar doğurmadığı; hatta, eğer siyasi partiler arasında uzlaşma geleneği oluşturulabilseydi, son tahlilde olumlu nitelendirilebileceği dahi söylenebilir.

Çoğunluk sisteminden nisbi temsil sistemine geçildiği ve bu doğrultuda çevre barajlı d'Hondt sisteminin uygulandığı 1961 seçimlerinde, ilginç olan tesbitler de, dört partinin Meclis'e girmesine karşın, hiçbir partinin tek başına iktidar olacak bir çoğunluk elde edememesi; iki büyük parti olan CHP ile AP'nin ve iki küçük parti olan CKMP ile YTP'nin birbirine çok yakın oranda oy almalarıdır. Yine, bu seçimlerde ilginç olan bir başka sonuç da, d'Hondt uygulamasına rağmen, bütün partilerin aldıkları oy oranı ile elde ettikleri milletvekili sayısı arasında, çok yakın bir orantılılık olmasıdır. Başka bir ifadeyle, artık ya da eksik temsil olmamasıdır.

Milli bakiye (ulusal artık) sisteminin uygulandığı 1965 seçimlerinde, bu sistem özelliğini göstermiş, bir yandan partiler aldıkları oy oranında milletvekili çıkarırken; diğer yandan Meclis'e giren parti sayısı altıya çıkmıştır. Bu seçimlerde AP 36, CHP 32, CKMP 11, MP 25, TİP 13 ve YTP de 16 milletvekilliğini¹⁷ artık oyların değerlendirildiği ulusal seçim çevresinden elde etmişlerdir.

Bu tablolardan çıkan bir başka sonuç da, d'Hondt sisteminin, büyük partilere, aldıkları oy oranına göre çıkardıkları milletvekili oranı bakımından, % 5-10 arasında avantaj sağlamasına karşın; küçük partilerin de ters yönde aleyhinde sonuçlar doğurmasıdır. Bu doğrultuda, AP 1969 seçimlerinde % 10,3'le en fazla artık temsil elde ederek, bu sayede tek başına iktidar olma çoğunluğunu yakalamıştır. AP, 1973 seçimlerinde % 3,3, 1977 seçimlerinde ise % 5,1 artık temsil elde edebilmiştir. Aynı şekilde, diğer büyük parti olan CHP, 1969 seçimlerinde % 4,3, 1973 seçimlerinde % 7,8 ve 1977 seçimlerinde % 6 artık temsil elde etmiştir. Buna karşın, d'Hondt sisteminin, bu d önemde, küçük partileri maruz bıraktığı en fazla eksik temsil oranı ise % 3,3'tür. Gerek artık temsil, gerekse eksik temsil yönünden, bu oranların makul, kabul edilebilir ve ölçülü olduğu açıktır. Bu arada barajsız d'Hondt sistemi küçük partileri

17. ATAR, Yavuz., "Türkiye'de Seçim Sistemlerinin Gelişimi..." Sh. 147.

koruyucu etkisini de göstermiş, 1969, 1973 ve 1977 seçimlerinde sekiz siyasi parti Meclis’e girebilmiştir. Özetle, bu sonuçlar da bize, 1961-1980 döneminde uygulanan seçim sistemlerinin ortaya çıkardığı sonuçların, “demokratik ya da adil temsil ilkesi” yönünden son derecede doyurucu olduğunu göstermektedir. Bu nedenle, bu dönemde uygulanan seçim sistemleri demokratik çoğulculuğu ve siyasal katılmayı teşvik ettiği, ideoloji, program ve sayılan bakımından, siyasi partilerin gelişmesini ve seçim yarışına etkili bir şekilde katılmasını sağladığı için, 1961 Anayasası’nın seçim ilkeleri, siyasi partiler, ideolojik ve kurumsal çoğulculuk alanındaki demokratik düzenlemelerine de uygun düşmüştür.

Konuya demokratik meşruiyet açısından bakıldığında da, bu dönemde oluşturulan hükümetlerin çok kuvvetli oy desteğini de arkalarına aldıkları, bu anlamda sadece hükümet istikrarını değil, daha da önemli olan siyasal istikrarı da öngördüklerini görüyoruz. Nitekim, bu dönemde, 1977 seçimlerinden sonra kurulan ve güvenoyu alamayan CHP azınlık hükümetinin arkasında bile % 41,4 oy desteği vardır. AP’nin 1965-1969 dönemindeki tek başına iktidarında arkasında % 52,87; 1969 seçimleri sonrasındaki tek başına iktidarında ise arkasında % 46,5 oy desteği vardır. 1961 seçimlerinden sonra oluşturulan CHP-AP koalisyon hükümetlerinin arkasında % 71,5, CHP-MSP koalisyonunun arkasında % 45; yine bu dönemde kurulan Milliyetçi Cephe Koalisyon Hükümetlerinin arkasında da % 50-60’ın üzerinde oy desteği vardır.

Ancak, son iki dönemde koalisyon hükümetleri kurmak ve kurulan hükümetleri çalıştırmaktaki, koalisyonların olmazsa olmaz şartı olan uzlaşma anlayışı, erdemi, özverisi ve geleneğinin yokluğu yüzünden; hükümet kurmak ve hükümet etmekteki başarısızlıkların, mevcut seçim sisteminden kaynaklandığı ileri sürülerek, çoğunluk sisteminin ya da büyük partilere daha fazla avantaj sağlayan bir seçim sisteminin benimsenmesi, siyasi partilere seçimlere ortak liste ile katılma imkânı tanınması ve hükümet krizlerinin uzamasını önlemek için Cumhurbaşkanı’nın seçimleri yenileme yetkisinin genişletilmesi gibi görüş ve öneriler¹⁸ ortamında 12 Eylül 1980’e gelinmiştir.

2- 1982 Anayasası Dönemi

a) 1980-1983 Dönemi

12 Eylül 1980 tarihinde demokrasiye bir kez daha ara verilmesinden iki yıl iki ay sonra yürürlüğe giren 1982 Anayasası ile Türkiye’de yeniden demokrasiye geçiş süreci başlatılmıştır. 1982 Anayasası da, ilk metninde, 1961 Anayasası gibi seçim sistemi konusunda suskun kalarak herhangi bir seçim sistemi öngörmemiş ve yine 1961 Anayasası’nın 55. maddesinde olduğu gibi, 1982 Anayasası da 67. maddesinde, “Seçimler ve halkoylaması serbest, eşit, gizli,

18. Bu tartışmalar ve öneriler için bkz. Tercüman, "Anayasa ve Seçim Sistemi Semineri", İstanbul, 1980 ARASLI, Oya., "Seçim Sistemlerinin Getirdikleri" Sh. 23-27.

tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre yargı yönetimi ve denetimi altında yapılır” hükmünü düzenleyerek, seçim hukukunun temel ilkelerinin bir Anayasa kuralı olarak devamını sürdürmüştür. Ancak, 23/7/1995 tarih ve 4121 sayılı Kanun’la yapılan Anayasa değişikliği¹ ile, Anayasa’nın 67. maddesine eklenen “Seçim kanunları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenir” şeklindeki 6. fıkra ile, seçimin iki temel işlevi ve aynı zamanda seçim sistemlerinin iki temel ilkesi, ilk kez bir Anayasa kuralı haline getirilmiştir.

1982 Anayasası, 1961 Anayasası’ndan farklı olarak tek Meclis’li bir parlamento öngörmüş ve ilk metninde 75. maddesiyle milletvekili sayısını 400 sabit sayısı olarak belirlemiştir. Ancak, Anayasa’da 17/5/1987 tarih ve 3361 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle² bu sayı önce 450 sabit sayısına; yukarıda sözü-nü ettiğimiz son Anayasa değişikliği ile de 550 sabit sayısına yükseltilmiştir.

12 Eylül 1980 döneminde, 29 Haziran 1981 tarih ve 2485 sayılı Kanun’la³ oluşturulan Kurucu Meclis’in görevleri arasında seçim kanununu hazırlamak da sayılmıştı. Bu dönemde, Kurucu Meclis’in sivil kanadı olan Danışma Meclisi, seçim kanununu hazırlarken, 12 Eylül 1980 öncesinde özellikle 1970’li yıllarda yaşanan hükümet krizlerinin, zayıf koalisyon hükümetlerinin ve bu doğrultuda kamuoyundaki bazı çevrelerin eleştiri ve beklentilerinin etkisi altında kalarak, bu sıkıntıları tekrar yaşamayı önlemek amacıyla, birçok değişiklik yapılmakla birlikte, bugün halen yürürlükte olan, 10/6/1983 tarih ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu’nu hazırlamıştır. Kurucu Meclis’in asker kanadı olan Milli Güvenlik Konseyi’nin de kabulüyle yürürlüğe konan⁴, 2839 sayılı Kanun’un, Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu tasarısı metnine ilişkin rapordaki ifadeler, bu Kanun’un hangi etkiler altında ve hangi amaçla düzenlendiğini açıkça ortaya koymaktadır. Söz konusu rapora göre⁵, “Bilindiği ve yaşandığı gibi 12 Eylül öncesi, istikrarsız koalisyon hükümetleri devri olmuş, koalisyonların kurulması ve devamında üzüntü veren olaylara şahit olunmuştur. Bundan dolayı da, yeni konacak seçim sisteminin herşeyden önce mümkün olduğu ölçüde istikrar sağlamaya elverişli olması fikri benimsenmiş, bu hedefe yönelik kurallar araştırılmıştır... Çoğunluk sistemi ile nisbi temsil sistemi karşılaştırılmış ve nisbi temsilin d’Hondt türü benimsenmiştir. Ancak, ufak partilerin yasama meclisinde temsilini önlemek için, baraj konması gerekli görülmüş ve araştırmalardan sonra yurt genelinde % 10 oranında bir baraj benimsenmiştir. Diğer taraftan illerde de geçerli oy sayısını, çıkması gereken milletvekili sayısına bölmekle elde edilen seçim sayısını aşamayan partilerin paylaşmaya katılmaması (seçim çevresi barajı), adalete uygun görülerek sisteme konulmuştur.”

1. RG. 26/7/1995, Sy. 22355.

2. RG. 18/5/1987, Sy. 19464.

3. RG. 30/6/1981. Sy. 17386 (Mükerrer).

4. RG. 13/6/1983. Sy. 18076.

5. Bkz. "Milletvekili Seçimi Kanunu Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu" (1/672), Danışma Meclisi, S Sayısı 388.

Seçim sistemlerinin, iki temel ilkesinden “istikrar ilkesine” öncelik veren bir görüş ve yaklaşımla kabul edildiği açıkça ifade edilen, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu, bu anlayış çerçevesinde, getirdiği düzenleme ile, seçim sistemi olarak, “çifte barajlı d’Hondt sistemini” öngörmüştür. Bu çerçevede, yeni seçim kanunu da, yine nisbi temsilin d’Hondt usulünü benimsemiş olmakla beraber, buna iki türlü baraj hükmü eklemiştir. Bunlardan birincisi ve yeni olanı, Kanun’un 33. maddesiyle öngörülen, “ülke genelinde geçerli oyların % 10’unu geçemeyen siyasi partilerin milletvekili çıkaramayacaklarını” öngören “ülke barajıdır. İkincisi ise, Türkiye’de daha önce 1961 seçimlerinde uygulanan, 1965 seçimlerinde terkedilen, 1968’de 1036 sayılı Kanun’la tekrar benimsenen, ancak aynı yıl AYM’nce iptal edilmiş olan “seçim çevresi” barajının yeniden benimsenmesidir. Kanun’un 34. maddesiyle yeniden öngörülen “seçim çevresi barajına” göre, “bir seçim çevresinde, kullanılan geçerli oylar toplamının, o çevrede çıkarılacak milletvekili sayısına bölünmesiyle elde edilecek sayıdan az oy alan siyasi partilere ve bağımsız adaylara milletvekili tahsis edilemez.” Aynı maddenin son fıkrası ile de, seçime katılan siyasi partilerin hiçbirinin seçim çevresi barajını aşamaması halinde, milletvekilliklerinin barajsız d’Hondt sistemi uyarınca paylaştırılacağını hükme bağlamaktadır.

Yeni seçim sisteminin öngördüğü çifte barajlı d’Hondt uygulamasındaki, seçim çevresi barajı ve özellikle genel barajın büyük partiler yararına ve küçük partiler zararına çok güçlü bir faktör oluşturduğu kuşkusuzdur. Bu iki faktörün yanına d’Hondt sisteminin temelinde var olan yine büyük partilerin yararına ve küçük partilerin zararına işleyiş de üçüncü faktör olarak eklendiğinde, sistemin bütünüyle üç yönden büyük partilerin yararına, küçük partilerin zararına çalıştığı söylenebilir.

2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu, seçim sistemi dışında da, yine büyük partilere avantaj sağlar nitelikte başkaca hükümler de getirmiştir. Bunlardan seçim sonuçları bakımından en etkili ve seçim sistemi ile en ilişkili olanı seçim çevreleri ile ilgili yeni düzenlemedir. 1983 Milletvekili Seçimi Kanunu’na gelinceye kadar Türkiye’de her il bir seçim çevresi sayılmıştır. Bu kanun ise, fazla nüfuslu illerin, her biri en çok yedi milletvekilliğini aşmayacak şekilde, birden fazla seçim çevresine bölünmesi ilkesini getirerek, fazla nüfuslu illerin geniş olan seçim çevrelerini daraltmıştır. Buna göre en geniş seçim çevresi yedi milletvekili çıkarabilecektir. Bilindiği gibi, nisbi temsil sisteminde, dar seçim çevreleri daha çok yine büyük partiler yararına, küçük partiler zararına sonuçlar doğurmaktadır. Çünkü, seçim çevresi ne kadar genişse, yani ne kadar milletvekili çıkarıyorsa, seçim çevresi barajı o kadar küçüleceğinden küçük partilerin çevre barajını aşma şansları artar; seçim çevrelerinin daralması ise tersine çevre barajını yükselteceğinden, küçük partilerin barajı aşma şansları azalır ve bundan da büyük partiler yararlanır. Aynı şekilde, seçim çevrelerinin belirlenmesine ilişkin kurallar arasında, her il nüfusuna bakılmaksızın önce birer milletvekili tahsis edilmesi ve nüfus esasının ancak

Türkiyede Uygulanan Seçim Sistemleri

geri kalan milletvekilleri için uygulanması ilkesi de, az nüfuslu kırsal illeri, çok nüfuslu şehirleşmiş iller aleyhine yararlandıracak niteliktedir⁶. Çünkü, yine burada da, az nüfuslu, dolayısıyla az sayıda milletvekili çıkaran illerde seçim çevresi barajı daha yüksek olacağından, küçük partilerin seçim çevresi barajım aşma şansları azalacaktır. Dolayısıyla bu düzenlemenin de büyük partilerin yararına, küçük partilerin zararına işlediği söylenebilir.

Böylece, 1982 Anayasası'nı yapan Kurucu Meclis, Anayasa ile öngördüğü "yönetilebilir demokrasi"⁷ anlayışını, yine kendisinin yaptığı 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu ile öngördüğü, "geniş seçim çevreleri daraltılmış", "% 10 genel barajlı" ve "seçim çevresi barajlı" olmak üzere oluşturduğu "çifte barajlı d'Hondt sistemi" ile de, "istikrar ilkesini ön plâna çekerek; yönetilebilir demokrasiyi adeta garanti edercesine, yönetilebilirliği seçim sistemi ile de takviye ihtiyacı duymuştur⁸.

12 Eylül 1980'den sonra, yeniden demokratik rejime geçiş sürecinin en önemli aşaması olan ve Milli Güvenlik Konseyi'nin vetoları nedeniyle ancak üç partinin katılabildiği 6 Kasım 1983 seçimleri bu sistemle yapılmış; ileride 1982 Anayasası döneminde yapılan seçimleri tablolar halinde bütünüyle tahlil ederken değerdendirceğimiz üzere, seçim sisteminden beklenen sonuçlar da elde edilmiştir.

2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nun öngördüğü seçim sistemi, adil temsil ilkesini adeta gözdardı edercesine istikrar ilkesini ön plânda tuttuğu gerekçesiyle eleştirilmiş ve özellikle de % 10 ülke barajının çok yüksek olduğundan küçük partiler sıkça yakınmışlardır⁹. Ancak, bu Kanun 1982 Anayasası'nın Geçici 15. maddesi ile "Anayasa'ya aykırılığı iddia edilemeyen" kanunlar arasında sayılarak korumaya alındığı için AYM'nin önüne getirilememiştir. Bu nedenle AYM, 1982 Anayasası döneminde, seçim sistemi ile ilgili ilk denetimini ve değerdendirmesini, % 10 ülke barajının benzer versiyonunu öngören 18/1/1984 tarih ve 2972 sayılı Mahalli İdareler Seçimi Kanunu'nun¹⁰ öngördüğü "geçerli oylardan 1/10 indirimli d'Hondt sistemi" üzerinde yapmıştır. Seçim sistemi ile ilgili önemi nedeniyle, Mahkeme'nin konuya ilişkin olarak vermiş olduğu 1984/2 karar sayılı kararındaki¹¹ değerdendirmelerinden geniş bir özet vermeyi uygun bulduk. AYM'ne göre:

"2972 sayılı kanundaki onda bir indirimli baraj uygulamalı nisbi temsil sis-

6. ÖZBUDUN, Ergun., "Türk Anayasa Hukuku" Sh. 240.

7. ÇAĞLAR, Bakır.. "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi", Anayasa Yargısı, Ankara. 1990, Sh 77-78.

8. YÜZBAŞIOĞLU, Necmi., "Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku" İstanbul. 1993, Sh. 164.

9. Bu eleştiriler ve değerdendirmeler için bkz. ARASLI, Oya.. "Seçim Sistemleri Kavramı ve Türkiye'de Uygulanan Seçim Sistemleri (1876-1987)", Ankara, 1989.

10. RG. 18/1/1984, Sy. 18235, Mükerrer.

11. AYM. E. 1984/1, K. 1984/2, KT. 1/3/1984, AYMKD. Sy. 20, Sh. 184-190.

teminin kabulü ile siyasi eğilimlerin temsili kadar istikrarın sağlanması da amaçlanmıştır... Seçimden bir çoğunluğun çıkmasının sağlanması amacıyla bir baraj konulmuş olması, uygulamada çoğunluk karşısında karşıt görüşü temsil edenlerin de seçilmesine engel olmamaktadır. Baraj uygulamasının yurt düzeyinde yalnız bir parti yararına işlediği söylenemez... Siyasi partiler seçimlerde objektif olarak düzenlenmiş baraj uygulamasını kendi yararlarına kullanabilme olanağına sahip bulunmaktadırlar... Anayasamız seçim sisteminin ne olacağı konusunda bir hüküm içermediğine göre, Anayasanın seçimler ve siyasi partilere ilişkin özel hükümlerini ihlâl etmeyen yasa koyucunun siyasi tercihlerine müdahale edilemez... Onda bir indirimli baraj uygulamalı nisbi temsil sisteminin demokratik toplum düzeninin gereklerine ters düşen bir yönü bulunmamaktadır. Hukuka bağlı batı demokrasilerinde, seçim sistemlerinin ülkenin şartlarına ve gereklerine göre çoğunluk veya nisbi temsil ya da her ikisi arasında yer alan sistemlerden birinin tercih edildiği ve bunların aynı derecede demokratik sayıldığı görülmektedir. Sistemin partiler arasında eşitsizliğe yol açtığı düşünülebilir. Ancak, bu eşitsizlik haklı bir nedene dayanmakta ise eşitlik ilkesinin çiğnenmiş olduğundan söz edilemez. Nisbi temsil sistemi yönünden ‘temsil ve adalet’ olan haklı neden; çoğunluk sistemi yönünden ‘istikrardır’... Bir seçim sisteminin eşitliğe, dolayısıyla adalet ilkesine ağırlık vermesi, istikrarsızlığa neden olduğu; istikrara ağırlık vermesi de eşitliği, adaleti zedelediği gerekçesiyle eleştirilmektedir... Bunun takdirinin ise yasa koyucuya ait olduğu açıktır... Anayasanın ‘siyasi partiler demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır’ ilkesi ile birden çok, başka bir anlamla en az iki siyasi partinin kastedildiği anlaşılmaktadır... Sistemin küçük partiler yönünden özendirici olmadığı açıktır. Esasen sistem bu amaca hizmet etmek için getirilmiştir.”

Görüldüğü gibi AYM, seçim sistemine ilişkin değer yargılarında, 1968/13 karar sayılı kararından tamamen dönmüştür. Öngörülen baraj 1961 dönemindekinden çok daha yüksek olmasına rağmen, bu kez istikrar ile adil temsil dengesinde istikrar tercih etmiştir. Üstelik, kararında dengenin bozulduğunu, partiler arasında eşitsizliğe yol açtığını da kabul etmiş; ancak, istikrar tercihinin eşitliğin bozulmasında haklı neden olarak görmüştür. İstikrara öylesine öncelik ve ağırlık vermiştir ki, adeta adil temsil ilkesini unutmuş, çok partililik anlayışını iki partililiğe kadar indirgeyebilmiştir. Neredeyse, sorunu tümüyle yasa koyucunun takdirine bırakarak kendi kendini yetkisizleştirmiştir. Aslında istikrarın değil, adil temsilin esas alınması gereken mahalli seçimlerde istikrara bu kadar önem verilmesi sorunun bir başka yönüdür¹².

b- 1984-1987 Dönemi

2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu daha sonraki yıllarda çok değişikliğe uğramıştır. Bu bağlamda belki de en çok değiştirilen kanunlardan biri

12. YÜZBAŞIOĞLU. Necmi., "Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku" Sh. 166.

Türkiyede Uygulanan Seçim Sistemleri

olmuştur. Bu değişikliklerin çoğu da 1987 Milletvekili Genel Seçimleri öncesinde yapılmıştır. Yapılan bu değişikliklerle seçim sisteminin büyük partilere avantaj sağlayan niteliği daha da güçlendirilmiştir. Seçim sistemi ile ilgili yapılan değişiklikler, kontenjan adaylığı, seçim çevrelerinin küçültülmesi ve altı milletvekili çıkaran seçim çevrelerinde, seçim çevresi barajını saptamak için, yapılacak olan bölme işleminin bir eksiği ile yapılmasıdır.

Bu doğrultuda, 2839 sayılı Kanun'da öngörülen seçim sistemini ilgilendiren ilk değişiklik, 15/4/1986 tarih ve 3270 sayılı Kanun'la¹³ kontenjan adaylığı gösterilme zorunluluğu şeklinde olmuştur. Bu Kanun'la, Siyasi Partiler Kanunu'nun 38. maddesinde yapılan değişikliğe göre, "Siyasi partiler, 6 ve daha fazla milletvekili çıkaracak olan illerin 5, 6 ve 7 milletvekili çıkaracak seçim çevrelerinde birer kontenjan aday gösterir." 3270 sayılı Kanun'un 2839 sayılı Kanun'un 34. maddesini değiştiren hükmüne göre, "Kontenjan aday gösterilen seçim çevrelerinde, geçerli oyların en çoğunu almış siyasi partinin kontenjan aday, seçim çevresi barajını aşp aşmadığına bakılmaksızın milletvekilliğini kazanmış olur." Böylece, 3270 sayılı Kanun'la, daha önceden öngörülen "% 10 ülke barajlı" ve "seçim çevresi barajlı" d'Hondt sistemine, bir de "kontenjan adaylarının" "çoğunluk sistemi" ile seçilmesi eklenmiştir. Buna göre, bir kısım seçim çevreleri bakımından, nisbi temsilin "çifte barajlı d'Hondt" yöntemi uygulamasıyla, çoğunluk sistemini birleştiren karma bir sistem benimsenmiştir. Ayrıca, yine aynı maddede yapılan değişiklikle, "kontenjan aday gösterilen seçim çevrelerinde bölme işlemi bir eksiği ile yapılır" hükmü getirilerek, kontenjan aday gösterilecek 5, 6 ve 7 milletvekili çıkaran nisbeten geniş seçim çevrelerinde, seçim çevresi barajı yükseltilmiş olmaktadır. Buna göre, 3270 sayılı Kanun'la seçim sistemi ile ilgili yapılan değişiklikler bütünüyle ele alındığında, artık seçim sistemini klâsik tiplerle belirlemek mümkün olmayıp, karma sistem olarak nitelendirmek¹⁴ gerekmektedir. Bu sistemde, kontenjan adayları için çoğunluk sistemi uygulanacak ve o seçim çevresinde en çok oy almış olan siyasal partinin kontenjan aday milletvekili seçilmiş sayılacaktır. Çevrenin geri kalan milletvekilleri, yani o seçim çevresinin çıkaracağı milletvekili sayısının bir eksiği sayıdaki milletvekili ise, diğer seçim çevrelerinde olduğu gibi, d'Hondt sistemine göre dağıtılacaktır. Çoğunluk sisteminin, tüm seçim çevrelerinde değil, sadece bir bölümünde¹⁵ve

13. Rg. 15/4/1986, y. 19079.

14. TEZİÇ, Erdoğan, "Anayasa Hukuku" Sh. 293,297

ÖZBUDUN, Ergun., "Türk Anayasa Hukuku" Sh. 237.

ATAR, Yavuz., "Türkiye'de Seçim Sistemlerinin Gelişimi" Sh. 157 vd.

TUNÇ, Hasan, "Anayasa ve Seçim Sistemi", Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi, Y. 1, Sy. 1, Aralık 1995, Sh 14 vd.

TANÖR, Bülent., "Siyasal Tarih (1980-1995)" Türkiye Tarihi 5, Bugünkü Türkiye 1980-1995, Cem Yayınevi, İstanbul, 1995, Sh. 70.

15. Kontenjan adaylığı gösterilecek 34 seçim çevresinde bkz. TUNÇ, Hasan.. "Anayasa ve Seçim Sistemi" Sh. 18.

tek bir milletvekilliği için uygulanıyor olmasına rağmen, gene de bu değişikliğin büyük partiler yaranna olduğu kuşkusuzdur¹⁶.

Bu dönemde, seçim hukuku ile ilgili ikinci önemli değişiklik, 23/5/1987 tarih ve 3377 sayılı Kanun’la¹⁷ yapılmıştır. Bu Kanun’la bir yandan, 17/5/1987 tarih ve 3361 sayılı Kanun’la Anayasa’da yapılan değişikliklere paralel olarak, “milletvekili sayısını 450”ye yükselten ve seçme yaşını “21 yaşa girme”ye indiren düzenlemeler getirilirken; diğer yandan, seçim sistemi ile ilgili olarak da seçim çevrelerini biraz daha daraltan düzenleme getirilmiştir. 3377 sayılı Kanun’la 2839 sayılı Kanun’un 4. maddesi değiştirilip, “Çıkaracağı milletvekili sayısı altıya kadar olan iller bir seçim çevresi sayılır. Çıkaracağı milletvekili altıdan fazla olan iller, birden fazla seçim çevresine bölünür”, hükmü getirilerek; en geniş seçim çevresi yedi milletvekilliğinden altı milletvekilliğine düşürülüp, seçim çevreleri daraltılmıştır. Bu düzenlemeye paralel olarak, yine bu Kanun’la 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu’nun 38. maddesi tekrar değiştirilerek, kontenjan adayı gösterilecek seçim çevreleri, 4, 5 ve 6 milletvekili çıkaracak seçim çevreleri olarak belirlenmek suretiyle, çoğunluk sistemi ile belirlenen kontenjan milletvekilliği sayısı artırılmıştır¹⁸. 3377 sayılı Kanun’la yapılan bu değişikliklerin de yine büyük partilere avantaj sağlayacağı açıktır.

Bu dönemde, seçim sistemine ilişkin olarak en son yapılan iki küçük değişiklikten biri, seçim çevresi barajına; diğeri de, kontenjan adayının seçimine açıklık getiren bir düzeltmeye ilişkindir. Bunlardan, 10/9/1987 tarih ve 3403 sayılı Kanun’la¹⁹, 2839 sayılı Kanun’un 34. maddesinde yapılan üçüncü değişiklik, “altı milletvekili çıkaracak seçim çevrelerinde, (seçim çevresi barajının saptanması için yapılacak) bölme işlemi bir eksiği ile yapılır” kuralı ile, en düşük seçim çevresi barajı % 16,6’dan % 20’ye yükseltilmiştir. Bu değişikliğin de yine büyük partilere yarar sağlayacağı kuşkusuzdur. Bu dönemde, 17/10/1987 tarih ve 3404 sayılı Kanunla kontenjan adayının seçimine açıklık getiren düzeltme ise. Yüksek Seçim Kurulu’nun kontenjan adaylığına ilişkin yorumlu bir kararı üzerine yapılmıştır. Yüksek Seçim Kurulu bu kararında²⁰, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu’ndaki, bu konuda pek de açık olmayan düzenlemelerden de dayanak alarak, kontenjan adaylığını, eski merkez adaylığı kavramına benzetmek suretiyle, “kontenjan adayı gösterilen bir seçim çevresinde, kontenjan adayı gösterilmesinin, bu çevrede en çok oy alan partinin çoğunluk sistemiyle milletvekilliklerinden birini çıkaracağı anlamına gelmeyeceği; en çok oy alan partinin kontenjan adayının, o partinin milletvekili adayları listesinde birinci sıradaymış gibi işlem göreceği” yorumunu yapmıştır. Oysa, kanun koyucunun amacı

16. ÖZBUDUN, Ergun, “Türk Anayasa Hukuku” Sh. 237.

17. RG. 3/6/1987. Sy! 19476.

18. Kontenjan adaylığı gösterilecek seçim çevresi sayısı 46’ya yükselmiştir. Bkz. TUNÇ, Hasan., “Anayasa ve Seçim Sistemi” Sh. 18.

19. RG 11/9/1987. Sy. 19571 (Mükerrer)

20. Y.S.K. Karar No: 443 RG. 6/10/1987. Sy. 19596.

bu değil, kontenjan adayının çoğunluk sistemiyle seçilmesidir. Buna açıklık getirmek içindir ki, 17/10/1987 tarih ve 3404 sayılı Kanun'la²¹, 2839 sayılı Kanun'un 34. maddesi dördüncü defa değiştirilerek, "Kontenjan adayı gösterilen seçim çevrelerinde (seçim çevresi barajının saptanması için yapılacak) bölme işlemi ve milletvekili dağılımı, o seçim çevrelerinin çıkaracağı milletvekili sayısının bir eksiği ile yapılır" hükmü getirilmiştir.

Anayasa'ya göre Milletvekili Genel Seçimlerinin Kasım 1988'de yapılması gerekiyordu. Ancak, 6 Eylül 1987'de Anayasa'nın Geçici 4. maddesinde öngörülen siyasi yasakların kaldırılmasına ilişkin halkoylamasının % 50,15²² gibi çok küçük bir oranla kabul edilmesini, kendi partisi lehine adeta bir güvenoylaması gibi algılayan iktidar partisi ANAP, bu ortamdan yararlanmak için baskın bir erken seçim kararını açıkladı²³. Bu doğrultuda iktidar partisnin desteği ile kabul edilen 10/9/1987 tarih ve 3403 sayılı Kanun'la²⁴ seçimler bir yıl erkene alınarak, 1 Kasım 1987 günü Milletvekili Erken Genel Seçim tarihi olarak tesbit edildi. Ancak, 3403 sayılı Kanun'un "siyasi partilere ön seçim yasağı" getiren 8. maddesinin, AYM tarafından iptal edilmesi üzerine²⁵, seçimlerin belirlenen günde yapılamayacak olması nedeniyle, yine iktidar partisnin desteği ile kabul edilen 17/10/1987 tarih ve 3404 sayılı Kanun'la²⁶, erken seçim tarihi 29 Kasım 1987 olarak tesbit edildi.

12 Eylül 1980'den sonra siyasi partilerin serbestçe katılabildiği 29 Kasım 1987'de yapılan 18. Dönem Milletvekili Genel Seçimleri, % 10 ülke barajı ve seçim çevresi barajından oluşan çifte barajlı d'Hondt sistemine eklenen kontenjan milletvekillerinin çoğunluk sistemiyle seçildiği, "karma sistem"le yapılmıştır. İleride değerlendireceğimiz üzere, bu sistem de yapıcısı olan iktidar partisnin amaçladığı sonuçları fazlasıyla vermiştir.

1984-1987 döneminde seçim sistemine ilişkin olarak yapılan değişikliklerin bazıları AYM'nin denetiminden de geçmiştir. Bu dönemde seçim sistemine ilişkin AYM'nin ilk denetimi, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nu değiştirerek, % 10 genel baraj ve seçim çevresi barajından oluşan çifte barajlı d'Hondt sistemine, 28.3.1986 günlü ve 3270 sayılı Kanun'la getirilen, 5, 6 ve 7 milletvekili seçilen seçim çevrelerinde bir milletvekilinin "kontenjan" adayı olarak, "çoğunluk sistemi" ile seçileceğini öngören ek düzenleme ile oluşan "karma seçim sistemi" üzerinde olmuştur. Mahkeme konuya ilişkin olarak vermiş olduğu 1987/11 karar sayılı kararında²⁷, "Getirilen sistem, büyük partilere yarar sağlayacaktır. Ne var ki, yalnızca çoğunluk sisteminin kabulü du-

21. RG. 19/10/1987, Sy. 19609.

22. RG. 12/9/1987, Sy. 19572.

23. TANÖR. Bülent., "Siyasal Tarih (1980-1995)", Sh. 69-70.

24. RG. 11/9/1987, Sy. 19571 (Mükerrer).

25. AYM. E. 1987/23, K. 1987/27, KT. 9/10/1987, AYMKD. Sy. 23. Sh. 381-390.

26. RG. 19/10/1987, Sy. 19609.

27. AYM. E. 1986/17, K. 1987/11, KT. 22/5/1987, AYMKD. Sy. 23, Sh. 231.

rumunda, küçük partilerle büyük partiler arasında doğacak fark daha büyük olacaktır. Anayasa seçim sistemleri arasında bir ayırım yapmamış, güvenceye aldığı ilkelere aykırı olmamak koşuluyla sistemin türünü yasa koyucuya bırakmıştır”, diyerek; açıkça, seçim istemi tercihini yasa koyucunun takdirine bırakarak kendisini tümüyle yetkisizleştirmiştir.

AYM’nin, bu dönemde seçim sistemine ilişkin son değerlendirmesi 1987/27 karar sayılı kararında olmuştur. Bu kararda denetim konusu düzenleme, yukarıda açıkladığımız 2839 sayılı Milletvekili Seçim Kanunu’nu değiştirerek, karma seçim sistemi öngören 3270 sayılı Kanun’un oluşturduğu sistem içinde “çevre barajını” yükselten, “Altı milletvekili çıkarılacak seçim çevrelerinde bölme işlemi bir eksiği ile yapılır” şeklindeki, 10/9/1987 tarih ve 3403 sayılı Kanun’un 5. maddesi hükmüdür. Mahkeme söz konusu kuralı denetlerken vermiş olduğu kararında²⁸, “... Anayasa seçim sistemi ile ilgili bir açıklık taşımamakta, tercihi yasa koyucuya bırakmaktadır. Takdir yetkisine sahip olduğu bir konuda, Anayasa sınırların aşmadıkça, yasa koyucunun takdirini uygunlukla kullanmadığı ileri sürülemez. Sistemlerden birinin tercihi siyasi amaçla geniş ölçüde ilgilidir. Seçim yasaları, siyasi tercihlerin somutlaşmış belgeleridir. Sistemlerden birisi hakkında iyi ya da kötü yargısına varmak uygunluk denetiminin amacı dışına çıkılmasına neden olur. Yasa koyucu... nisbi temsil sisteminin temelini oluşturan adalet ilkesi yerine çoğunluk sisteminin dayandığı istikrar ilkesine ağırlık vermiş olsa da, Anayasa’da güvence altına alınan ilkelere çiğnenmedikçe herhangi birisini seçebileceğinden bir aykırılık doğmamaktadır”, diyerek; daha önce vermiş olduğu 1984/2 ve 1987/11 karar sayılı kararlarındaki içtihadını sürdürmüştür. Hatta, bu kararında istikrar tercihinin tümüyle yasa koyucunun takdir yetkisi içinde kaldığını da vurgulamış; kendisini yetkisizleştirme nedenini, seçim sisteminin bir “siyasi sorun” olması olarak göstermiştir.

Özetle AYM, seçim sistemi konusunda 1961 Anayasası döneminde “judicial activism” anlayışı içinde iken, 1982 Anayasası döneminde “judicial self-restraint” anlayışına geçmiştir²⁹. Bu iki farklı yaklaşımının doğal sonucu olarak da, 1961 Anayasası döneminde demokrasinin “adil temsil” yönüne ağırlık verirken, 1982 Anayasası döneminde “yönetilebilirlik” yönüne ağırlık vermiştir. Bunda AYM’nin 1961 Anayasası döneminde verdiği kararın sonuçlarına yönelik yoğun eleştirilerin de kuşkusuz rolü vardır. Ancak, AYM’nin bu tutumu, parlamentodaki çoğunluğun, kanunların istikrar ve güvenilirliğinin esas olması gereken bir hukuk devletinde, yapılmaması gereken sıklıkta kendi lehine seçim kanunlarında ve Siyasi Partiler Kanunu’nda değişiklik yapmasına cesaret vermiş, zemin hazırlamıştır. Sonuçta, kendine özgü özellikleri ve koşulları olan çoğunluk sisteminden de farklı, hükümet istikrarı uğruna

28. AYM. E. 1987/23, K. 1987/27, KT. 9/10/1987, AYMKD. Sy. 23, Sh. 380-381.

29. ÇAĞLAR. Bakır.. ‘Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi’ Sh. 81.

Türkiyede Uygulanan Seçim Sistemleri

demokrasinin özü olan adil temsilin ve siyasi istikrarın unutulduğu haksız bir seçim sistemi ortaya çıkmıştır³⁰.

c- 1988-1991 Dönemi

Seçim hukuku ve seçim sistemine ilişkin mevzuat değişikliği bakımından bu dönem, 1982 Anayasası yürürlüğe girdiğinden bugüne kadarki en sakin dönemdir. Bu dönemde, yine seçimlerin hemen öncesinde, fakat sadece 19. Dönem Milletvekili Genel Seçimlerinde uygulanmak üzere ve bu kez küçük partilerin yararına olarak, seçim çevresi barajına ilişkin bazı yenilikler getirilmiştir.

Aynı zamanda, Anayasa'ya göre Kasım 1992'de yapılması gereken Milletvekili Genel Seçimlerini, yine bir yıl erkene alarak, 20 Ekim 1991 günü yapılmasını tesbit eden, 24/8/1991 tarih ve 3757 sayılı Kanun'un³¹ 7. maddesiyle, "XIX. Dönem Milletvekili Genel Seçimlerinde; iki, üç milletvekili çıkaracak seçim çevreleri ile kontenjan adayı gösterilen dört milletvekili çıkaracak seçim çevrelerinde, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 34. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen seçim çevresi barajı % 25, kontenjan adayı gösterilen beş milletvekili çıkaracak seçim çevrelerinde çevre barajı % 20 olarak uygulanır" düzenlemesi getirilerek; iki ve üç milletvekili çıkaracak seçim çevrelerinde seçim çevresi barajı düşürülmüştür. Böylece, sadece 19. Dönem Milletvekili Seçimleri için de olsa, seçim sistemi ile ilgili olarak, 1982 Anayasası döneminde, ilk defa küçük partiler yararına düzenleme yapılmıştır.

Seçim sistemi ile ilgili olarak, 3757 sayılı Kanun'un, yine sadece 19. Dönem Milletvekili Genel Seçimleri için getirdiği bir başka yenilik de, seçmenlerin parti listelerindeki milletvekili aday sıralamasını değiştirme amacına yönelik olarak, parti listesindeki adaylar için tercihli oy kullanabilmelerindeki değişikliktir. Gerçi, tercihli oy sistemi 2839 sayılı Kanun'un ilk metninde vardı; ancak işlemesi zordu. Bu kanun'la yapılan değişiklikle tercihli oy sistemi işler hale getirildi. Kanun'un 10. maddesine göre, "Listedeki adaylardan herhangi birinin aldığı geçerli tercih sayısı, siyasi partinin o seçim çevresinde aldığı tüm geçerli oyların % 15 oranını aştığı takdirde; bu oranı aşanlar itibarıyla en çok tercih sayısı alandan başlamak üzere, sırasıyla o partiden milletvekilliğine seçilenler tesbit edilir." Böylece, işler hale getirilen bu tercihli oy sistemi ile, seçmenlere, partinin belirlediği milletvekili aday sıralamasını değiştirerek, bu listede alt sırada olduğu için seçilemeyecek olan milletvekili adaylarını seçtirme olanağı tanınarak, demokrasi bir ölçüde de olsa tabana indirilmiştir. Nitekim, yapılan seçimlerde³² tercihli oy sistemi hiç umulmadığı ölçüde başarılı olmuştur.

30. YÜZBAŞIOĞLU. Necmi., "Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku" Sh. 168.

31. RG. 26/8/1991. Sy. 20972.

32. Seçim sonuçları ve tercihle kazanan milletvekilleri. Yüksek Seçim Kurulu'nun RG. 1/11/1991. Sy. 21038 mükerrer de yayınlanan duyurusunda yer almaktadır.

20 Ekim 1991 tarihinde yapılan XIX. Dönem Milletvekili Genel Seçimleri, seçim çevresi barajı biraz düşürülmekle birlikte, esas itibarıyla 1987 seçimlerinde uygulanan “karma sistemle” yapılmıştır. Bunun içindir ki, 1987 seçimlerinde % 10 ülke barajına takılan bazı küçük partiler, bu seçimlerde de tekrar aynı akıbete uğramamak için seçim ittifakları oluşturdular. Bu doğrultuda IDP ve MÇP Refah Partisi ile birlikte üçlü ittifak oluşturarak, Refah Partisi’nin listesinden seçimlere katılırlarken; HEP de SHP’nin listelerinden seçimlere girmiştir. MDP ise seçimlerden önce DYP’ye katılmıştır. Ancak, ileride daha geniş olarak değerlendireceğimiz üzere, bu ittifaklara rağmen, 20 Ekim 1991 Milletvekili Genel Seçimleri, hiçbir parti ve ittifaka tek başına iktidar olma çoğunluğu vermemiştir. Böylece, Türkiye’de 1970’li yıllardaki gibi koalisyonlar dönemi yeniden başlamıştır.

d- 1992-1995 Dönemi

Bu dönem, Türkiye’de seçim hukuku yönünden önemli sorunların yaşandığı çetin bir dönem olmuştur. Bu sorunlardan ilki, Anayasanın 78. maddesi uyarınca, seçim döneminin sona ermesine en geç bir yıl kala yapılması zorunlu olan, milletvekili ara seçimleri ile ilgili olarak yaşanmıştır. T.B.M.M., Anayasa’nın milletvekili ara seçimi için öngördüğü takvimin üçüncü yılında, 28/9/1994 tarih ve 4044 sayılı Kanun’la³³, milletvekili ara seçimlerinin 4 Aralık 1994 tarihinde yapılmasını tesbit etmiştir. Ancak, AYM, iptal başvurusu üzerine, 4044 sayılı Kanun’un “sandık seçmen listelerinin güncelleştirilmesine” ilişkin ikinci maddesi hükmünü, Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir³⁴. AYM’nin bu iptal kararı üzerine, sandık seçmen listelerinin yeniden güncelleştirilmesi gerektiğinden ve bu işlerin de oy verme günü olarak tesbit edilen 4 Aralık 1994 gününe yetiştirilemeyeceğini tesbit eden Yüksek Seçim Kurulu, “seçim iş ve işlemlerinin yürütülmesinin, yeni bir yasal düzenleme yapıp yürürlüğe girinceye kadar durdurulmasına” karar vermiştir³⁵. Fakat, Yüksek Seçim Kurulu’nun ara seçimlerin yapılabilmesi için öngördüğü yasal düzenlemeyi T.B.M.M.’nin yapmaması nedeniyle, ara seçim yapılamadan, 24 Aralık 1995 Milletvekili Erken Genel Seçimlerine gelinmiştir.

Bu dönemde, seçim sistemi ve bütünüyle seçim hukuku ile ilgili ikinci sorun, 20. Dönem Milletvekili Genel Seçimleri öncesi ve iki aşamalı olarak yaşanmıştır. Bu aşamalardan ilki, Anayasa’ya göre Kasım 1996’da yapılması gereken Milletvekili Genel Seçimlerini, 1982 Anayasası döneminde üçüncü kez bir yıl erkene alan, T.B.M.M.’nin, 27/10/1995 tarih ve 384 sayılı, “T.B.M.M. Genel Seçimlerinin Yenilenmesine ve Seçimlerin 24 Aralık 1995 Pazar günü yapılmasına” ilişkin Kararı’yla³⁶ başlamıştır.

33. RG. 1/10/1994. Sy. 22068.

34. AYM. E. 1994/83, K. 1994/78, KT. 16/11/1994 RG. 18/11/1994, Sy. 22115.

35. Y.S.K. Karar No: 1982 RG. 20/11/1994. Sy. 22117.

36. RG. 31/10/1995, Sy. 22449.

T.B.M.M. 1987 ve 1995’de yapılan 18. ve 19. Dönem Milletvekili Genel Seçimlerini de, daha

Türkiyede Uygulanan Seçim Sistemleri

Meclis aynı gün kabul etmiş olduğu 27/10/1995 tarih ve 4125 sayılı Kanun³⁷la seçim mevzuatına ilişkin önemli değişiklikler yaptı. 4125 sayılı Kanun³⁷la yapılan değişikliklerden ilk grubu, 23/7/1995 tarih ve 4121 sayılı Kanun³⁷la Anayasa'da yapılan değişikliklere paralel olarak yapılan zorunlu değişikliklerdir. Bu doğrultudaki değişiklikler olarak, "onsekiz yaşını dolduran her Türk vatandaşına seçme ve halkoylamasına katılma hakkını düzenleyen", 298 sayılı Kanun'un 6. ve 34. maddelerinde değişiklik yapan 4125 sayılı Kanun'un birinci ve üçüncü maddeleri; milletvekili sayısını 550 olarak belirleyen 283.9 sayılı Kanun'un üçüncü maddesini değiştiren 4125 sayılı Kanun'un 8. maddesi; tutukluların oy kullanmalarını düzenleyen, 298 sayılı Kanun'a 85/A ek hükmünü getiren 4125 sayılı Kanun'un 6. maddesi ve yurt dışında bulunan vatandaşların oy hakkını kullanabilmelerini düzenleyen 4125 sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesi, sayılabilir.

4125 sayılı Kanun, seçim hukukuna ilişkin başkaca değişiklikler ve yeni düzenlemeler de getirmişse de, konumuz için önemlileri seçim sistemine ilişkin olanlardır. Seçim sistemine ilişkin yapılan en önemli değişikliklerden birisi, Kanun'un 21. maddesiyle, kontenjan adaylığının, seçimlere ilişkin mevzuattan tümüyle ayıklanması ve böylece milletvekillerinin bir kısmının çoğunluk usulüyle seçildiği karma seçim sisteminin de terkedilmiş olmasıdır. Aynı şekilde, Kanun'un 18. ve 21. maddeleriyle, 20. dönem Milletvekili Genel Seçim-

önce incelediğimiz gibi, Anayasa'nın 77. maddesinin ikinci fıkrası hükmünün, kendisine verdiği, beş yıllık seçim dönemi dolmadan "seçimlerin yenilenmesine karar verme" yetkisini kullanarak birer yıl erkene almıştı Ancak, Meclis bu yetkisini kararla değil kanunla kullanmıştı. Nitekim. Meclis, 18. Dönem Milletvekili Genel Seçimlerinin yapıldığı tarihi, önce 10/9/1987 tarih ve 3403, daha sonra da 17/10/1987 tarih ve 3404 sayılı Kanunlar'ın 18. maddesi hükmü ile 29 Kasım 1987 Pazar günü olarak belirlemiştir. Aynı şekilde, Meclis, 19. Dönem Milletvekili Genel Seçimlerinin yapıldığı, 20 Ekim 1991 Pazar gününü de yine 24/8/1991 tarih ve 3757 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle belirlemiştir. T.B.M.M.'nin, bu Kanunlar'ın sözünü ettiğimiz hükümlerinden başka, seçimlerin yenilenmesine ilişkin kararla verdiği bir irade açıklaması olmamıştır. AYM. konuya ilişkin olarak, bu Kanunlar'dan 3403 sayılı Kanunu denetlerken vermiş olduğu 1987/27 karar sayılı kararında (RG. 14/10/1987. Sy. 19604), "...Yasama organı, Anayasa'nın kararla düzenleneceğini öngördüğü konularda dahi kanunla düzenleme yapabilir. Buna Anayasa açısından bir engel yoktur. Karar konusunun kanunla düzenlenmesi Anayasa'ya aykırılık veya yasamanın o konuda yetkisizliği sonucunu doğurmaz" diyerek; Meclis'in seçimleri yenileme yetkisini kanunla kullanmasını Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Oysa, kuvvetler ayrılığı ve yetkilerin paylaşılmasını benimsemiş olan Anayasamız'da, Meclis'in münhasıran kendisinin yaptığı işlemlerden olan seçimleri yenileme yetkisini yine münhasıran kendisinin yaptığı işlemlerden olan kararla kullanması gerekirken; kanunla kullanıp, yürütme organını da devreye sokarak onunla paylaşması, kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğu gibi Meclis'in özerkliği ile de çelişir ve dolayısıyla da yetki unsuru bakımından sakat bir işlemdir. (Aynı görüşte, TEZİÇ, Erdoğan.. "Parlamento Kararı ve Kanun", Anayasa Yargısı, Ankara, 1989, Sh. 125). Bu nedenle, bu konuda Anayasa'ya uygun ve doğru olanı, en son yapılan 20. Dönem Milletvekili Genel Seçimlerinin erkene alınmasında olduğu gibi, Meclis'in en azından seçimleri yenileme iradesini kararla açıklamasıdır Kuşkusuz, seçim gününün de, seçimlerin yenilenmesi iradesiyle birlikte kararda belirlenmesi en olağan ve doğal olanı ise de; Meclis'in seçimleri yenileme iradesini mutlaka kararla açıklaması koşuluyla, seçim gününün daha sonra kanunla düzenlenmesinde bir sakınca görülmebilir.

37. RG. 28/10/1995, Sy. 22447 (Mükerrer).

lerinde başarıyla uygulanan tercihli oy sistemi de tümüyle seçim mevzuatından çıkarılmıştır.

4125 sayılı Kanun’la seçim sistemine ilişkin olarak getirilen diğer önemli değişiklik, seçim çevrelerine ilişkin yeniliklerdir. Her şeyden önce, bu Kanun’la, 550 milletvekilinden 100 milletvekilinin “ülke seçim çevresinden seçilmeleri” öngörülerek, “ülke seçim çevresi” oluşturulmuştur. Kanun’un 17. maddesiyle, 2839 sayılı Kanun’a eklenen 34/A maddesi uyarınca, ülke seçim çevresinden seçilecek 100 milletvekilinin partiler arasındaki paylaşımının % 10 ülke barajını aşan partiler hesaba katılarak, d’Hondt sistemiyle yapılması öngörülmüştür. Başka bir anlatımla, ülke seçim çevresinden çıkacak 100 milletvekilinin partiler arasındaki paylaşımında “% 10 ülke barajlı d’Hondt sistemi” uygulanacaktır.

Kanun’un, 2839 sayılı Kanun’un 4. maddesini değiştiren 9. maddesiyle de, geriye kalan 450 milletvekilinin illere dağıtılması öngörülmüştür. Bu dağıtımda, önce her il bir milletvekili veren, geriye kalan milletvekillerini de illerin nüfuslarına göre dağıtan eski sistem tercih edilmiştir. Ancak, Kanun’da seçim çevrelerine ilişkin değişiklik yapılarak; kural olarak her il bir seçim çevresi olmakla birlikte, milletvekili sayısı 18’i aşan iller kendi içinde seçim çevrelerine bölünmüştür. Bu konuda Kanun’un öngördüğü düzenlemeye göre, “çıkarcacağı milletvekili sayısı 18’e kadar olan iller bir seçim çevresi sayılır. Çıkarcacağı milletvekili sayısı 19’dan 35’e kadar olan iller iki; 36 ve daha fazla olan iller üç seçim çevresine bölünür. Bu seçim çevreleri numara esasına göre adlandırılır.

4125 sayılı Kanun’un 16. maddesiyle de, 2839 sayılı Kanun’un 34. maddesinde değişiklik yapılarak, “seçim çevre barajı” yeniden düzenlenmiştir. Seçim çevresi barajına ilişkin olarak getirilen bu yeni düzenlemeye göre, “bir seçim çevresinde kullanılan geçerli oyların toplamının, o çevreden çıkacak milletvekili sayısına bölünmesiyle elde edilecek sayıdan az oy alan siyasi partilere ve bağımsız adaylara milletvekili tahsis edilmez. Ancak, iki ve üç milletvekili çıkaran seçim çevrelerinde bu oran % 25 olarak uygulanır ve bu seçim çevrelerinde kullanılan geçerli oyların yukarıda belirtilen oranlardan azını alan siyasi partilere ve bağımsız adaylara milletvekilliği tahsis edilmez.” Böylece getirilen bu yeni düzenleme ile hem seçim çevreleri genişletilmiş, hem de seçim çevresi barajı düşürülmüştür.

Seçim çevrelerinden çıkacak milletvekillerinin partiler arasındaki paylaşımında, ülke seçim çevresi milletvekillerinin paylaşımında olduğu gibi d’Hondt sistemi uygulanacaktır. Ancak, % 10 ülke barajı devam etmekte olduğundan, siyasi partilerin seçim çevrelerindeki milletvekili paylaşımına katılabilmeleri için, hem % 10 ülke barajını, hem de seçim çevresi barajını aşmaları zorunludur. Başka bir anlatımla, seçim çevrelerinden çıkacak 450 milletvekilinin partiler arasındaki paylaşımında, “% 10 ülke barajı” ve “seçim çevresi barajından” oluşan “çifte barajlı d’Hondt sistemi” uygulanacaktır.

Türkiyede Uygulanan Seçim Sistemleri

Böylece, 4125 sayılı Kanun, 550 milletvekilinden, 100 milletvekilinin “% 10 ülke barajlı d’Hondt” sistemiyle, 450 milletvekilinin de “% 10 ülke barajlı ve seçim çevresi barajlı d’Hondt” sistemiyle seçilmesini öngörmüş olmaktadır. Getirilen bu sistemin, seçim sisteminin ilkelerinden istikrar ilkesinin yanında temsilde adalet ilkesine de önem verdiği ve 1982 Anayasası döneminde uygulanan seçim sistemlerinin en adili olduğu kuşkusuzdur.

4125 sayılı Kanun’un, içinde seçim sistemine ilişkin düzenlemelerin bulunduğu bazı hükümlerinin iptali için AYM’ne iptal davası açılması üzerine Mahkeme, 1995/59 karar sayılı kararında³⁸ Kanun’un aralarında “ülke seçim çevresi milletvekilliği” ve “seçim çevresi barajının” da olduğu bazı hükümlerini iptal etmiştir.

AYM, 2839 sayılı Kanun’un 3. maddesini değiştirerek, 550 milletvekilinden 100’ünün “ülke seçim çevresi milletvekili” olarak seçilmesini öngören, 4125 sayılı Kanun’un 8. maddesini iptal gerekçesinde bazı değerlendirmeler yapmıştır.

Mahkeme’ye göre, “Anayasa’nın 80. maddesinde, T.B.M.M. üyelerinin seçildikleri bölgeyi ya da kendilerini seçenleri değil, tüm milleti temsil edeceği açıklığı bulunmaktadır. Maddede, milletvekillerinin bölgelerinden seçilecekleri, seçim bölgesinin milletvekili olarak yasama organı üyeliğine gelecekleri, ancak, yere ve seçmene bağımlı olmadan tüm ulusu temsil edecekleri belirtilmektedir. Seçimde aranan bölge ve seçmen ölçüsü, seçim sonrasında ulus boyutuna dönüşmektedir. Bu açılım temsil ilkesine uygun bir oluşumdur... Bu durum, seçimde bölge bağı, seçildiği bölge milletvekili olarak çağrılmasını etkilememekte ve engellememektedir.” Yine, Mahkemeye göre, “Bir seçim bölgesinden seçilmemiş bir kişinin, partisinin aldığı oylara dayanarak, seçmenin istenci dışında partisinin yetkili kurulları kararıyla bir ille ilişkilendirilmesi Anayasa dışı bağın kurulmasıdır. Milletvekili, ancak bölgesinden aldığı oylarla seçilir ve bölgesiyle ilişkili olur.” Aynı şekilde, Mahkeme’ye göre, “Anayasa’nın 75. maddesi milletvekillerini sınıflandırıp, değişik biçimde adlandırmaya elverişli değildir. Milletvekillerinin bir ya da birkaçını bir başka adla seçmek ve ayırmak Anayasa katında geçerli olamaz. Anayasa’nın başka bir maddesinde de 550 milletvekilinin kendi içinde ayırımına ilişkin hiçbir açıklık yoktur.”

Mahkeme’nin ülke seçim çevresi kavramını Anayasa’nın 80. maddesine aykırı bulan bu değerlendirmeleri, öğretide haklı olarak³⁹, temsili demokrasinin temel kavramlarıyla bağdaşmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Gerçekten, Anayasa’nın 80. maddesinin öngördüğü “temsili vekâlet” ilişkisi esasında, milletvekilini seçildiği bölge ile ilişkilendiren değil, tam aksine onu seçildiği bölgeyle ilişkilerinden koparmaya çalışarak, milletin tümüyle kaynaştıran bir

38. AYM. E. 1995/54, K. 1995/59, KT. 18/11/1995, RG. 21/11/1995, Sy. 22470 (Mükerrer).

39. KIRCA, Coşkun, “Karar-2 Barajlar”, Yeni Yüzyıl, 22 Kasım 1995.

ilişkidir. Dolayısıyla, ülke seçim çevresi uygulaması, aslında temsili demokrasi ve temsili vekâlet ilişkisiyle daha bağdaşır bir uygulamadır. Kaldı ki, milletvekillerinin tümü için, mutlaka dar ya da geniş çevrede ve aynı seçim sistemiyle seçilmelerini gerektiren bir zorunluluk da yoktur. Nitekim, Almanya ve Rusya Federasyonunda tek turlu çoğunluk sistemi ile nisbi temsil sistemi yarı yarıya bir arada uygulanmaktadır. Yine, İtalya’da 1993’den bu yana, milletvekili ve senatörlerin 1/4’ü nisbi temsil, 3/4’ü tek turlu çoğunluk sistemiyle seçilmektedir. Bunun doğal gereği olarak da, tek turlu çoğunluk sistemiyle seçilen milletvekilleri dar bölgeden, nisbi temsil sistemiyle seçilen milletvekilleri geniş bölgeden seçilmektedir. Bu ülkelerde bu uygulama ve farklı seçim çevrelerinin oluşu, milletvekillerini sınıflandırma, ayırım yapma ya da farklı adlandırma olarak algılanmamaktadır. Kaldı ki, en adil seçim sistemi olarak bilinen ve Türkiye’de de 1965 seçimlerinde uygulanan nisbi temsilin milli bakiye türüne göre, artık oyların değerlendirilmesi nedeniyle, partilerin “ülke artık oylarıyla seçilen” milletvekilleri de bir tür ülke seçim çevresinden seçilmiş sayılırlar. Bütün bu uygulamalar karşısında,

AYM’nin “ülke seçim çevresi milletvekillerine” ilişkin iptal kararının gerekçelerine katılmak mümkün değildir.

AYM. 4125 sayılı Kanun’un 16. maddesiyle, 2839 sayılı Kanun’un 34. maddesindeki, seçim çevresi barajlarını yeniden belirleyen düzenlemeyi iptal gerekçesinde de, “istikrar” ve “temsilde adalet” ilkelerine ilişkin değerlendirmeler yapmıştır. Mahkeme’ye göre, “Anayasa’nın 67. maddesinin değişik 6. fıkrası, seçim yasalarının temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenleneceğini öngörmektedir. Amaç, seçmen istencinin yasama organına olabildiğince uygun yansmasıdır... Seçimlerde ideal bir sistem bulunmamış olmakla birlikte, ülke koşullarına göre Anayasa’ya en uygununu almak gerekir. Az oyla çok temsilci getiren, böylece sağladığı fazla milletvekilleriyle aşırı temsil durumunu getiren sistem, Anayasa’nın temsilde adalet ilkesiyle bağdaşmaz... İstikrar sağlayacağı sanılarak getirilen adaletsiz sistemlerin, toplumsal gelişmeleri önemli ölçüde engelleyen sonuçları olduğu bilimsel araştırmalarla açıklanmaktadır.” Hatta Mahkeme’ye göre, “temsilde adaletin ağırlığı, yönetimde istikrarın temel koşuludur. Adalet istikrar sağlar. Yalnızca istikrar düşüncesi, adalet olmayınca istikarsızlık yaratır. Anayasa’nın gözetilmesini istediği temsilde adalet ilkesi oyla orantılı temsilci sayısı ile yaşama geçirilmedir. Yönetimde istikrar ilkesi ise, yürütmenin güçlü olmasını sağlayacak biçimde oyları yasama organına yansıtacak yöntemler olarak algılanmaktadır... Kimi durumlarda birbirinin karşısı gibi görünen bu iki ilkenin, demokrasinin doğal aracı sayılan seçimlerde birbirini dengeleyecek ve tümleyecek biçimde birlikteliğine önem verilmelidir. Bunun için en az yakınılan seçim sisteminin uygulanması gerekmektedir. Bu iki ilkeyi her yönüyle olmasa da genelde bağdaştırmak, ülkelere göre değişmesi olağan bir durumdur.” Bu çerçevede AYM, denetlediği 4125 sayılı Kanun’un 16. maddesinin öngördüğü seçim çevresi

Türkiyede Uygulanan Seçim Sistemleri

barajını, “temsilde adaleti sağlamaktan uzak” bulduğu gibi, kendi içinde de “seçim çevreleri arasında adaletsizliğe” yol açtığını ileri sürmüştür. Bu değerlendirmeleri çerçevesinde Mahkeme’ye göre, “yönetimde istikrar ilkesi için, bir ülke barajı öngörülmüşken, ayrıca her seçim çevresi için yeni bir barajın getirilmesi temsilde adalet ilkesiyle de bağdaşmaz. Kaldı ki, uygulanmakta olan nisbi temsil sisteminin bir türü olan d’Hondt sistemi de kendi içinde bir baraj taşımaktadır.”

Mahkeme bu kararıyla, 1982 Anayasası dönemindeki, seçim sistemlerinde yönetimde istikrar ilkesini ön plânda tutan ve Anayasa’nın seçim sistem tercihini yasama organına bıraktığı gerekçesiyle çekingen davranıp, seçim sistemi konusunda adeta kendisini yetkisizleştiren içtihadından tümüyle vazgeçerek; çok açık biçimde, 1968 yılında vermiş olduğu kararındaki temsilde adalet ilkesine öncelik veren içtihadına geri dönmüştür. Bunda, 1982 Anayasası döneminde, temsilde adalet ilkesini adeta unutturmasına istikrara öncelik veren seçim sistemlerinin yarattığı çok adaletsiz sonuçlara kamuoyunca duyulan tepkilerin payı olsa da; kuşkusuz asıl etken, Anayasa’nın 67. maddesine yapılan ekle, “seçim kanunları temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenir”, şeklinde Anayasa’ya hüküm konulmuş olmasıdır. Bu hüküm sayesinde AYM, Anayasa’nın seçim sistemi tercihini tümüyle yasama organının takdirine bıraktığı içtihadından dönerek, bu kural çerçevesinde, yasama organının tercih ettiği seçim sistemine müdahale etme yetkisini kendisinde görmüştür. Bununla birlikte AYM, aynı kararında, ülke barajını uygulayan diğer ülkelerdeki oranın çok üstünde olan % 10 ülke barajını “ölçülü, yönetimde istikrar ilkesine uygun ve temsilde adalet ilkesiyle bağdaşır” bulmuştur.

AYM’nin, 4125 sayılı Kanun’un, “ülke seçim çevresi milletvekili” ve “seçim çevresi barajına” ilişkin hükümlerini iptali üzerine, T.B.M.M. 23/11/1995 tarih ve 4138 sayılı Kanun’la⁴⁰ yeni düzenleme yapmak yoluna gitmiştir. Bu doğrultuda, 4138 sayılı Kanun’un birinci maddesiyle, 550 milletvekilinin tümünün 2839 sayılı Kanun’un 4. maddesinde belirlenen ilkeler çerçevesinde illere dağıtılması öngörülmüşken; 2839 sayılı Kanun’a Geçici 14. Madde eklenerek, sadece 20. Dönem Milletvekili Genel Seçimlerinde uygulanmak üzere, “bir seçim çevresinde kullanılan geçerli oyların toplamının % 10’undan az oy alan siyasi partilere ve bağımsız adaylara milletvekilliği tahsis edilmez” hükmü konulmuştur. Böylece, 20. Dönem Milletvekili Genel Seçimleri için, bütün seçim çevrelerinde geçerli % 10 seçim çevresi barajı öngörülmüştür. Dolayısıyla, seçim sistemi de “% 10 ülke barajlı ve % 10 seçim çevresi barajlı d’Hondt” sistemi olmuştur.

Ancak, 4138 sayılı Kanun’la öngörülen % 10 seçim çevresi barajı da, AYM’nin 1995/60 Karar sayılı kararıyla⁴¹ iptal edilmiştir. Mahkeme söz konusu kararında, önceki kararını gerekçe göstererek, “iptal kararında, yüzdeler ya da başka sayı-

40. RG. 24/11/1995. Sy. 22473 (Mükerrer).

41. AYM. E. 1995/56, K. 1995/60, KT. 1/12/1995, RG. 7/12/1995, Sy. 22486.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

sal ölçülerle anlatılan oranlar nedeniyle değil, oran ne olursa olsun, ülke barajı varken ayrı bir çevre barajı Anayasa’ya aykırı bulunmuştur”, demek suretiyle, Anayasa’nın 153. maddesine dayanarak % 10 seçim çevresi barajını iptal etmiştir.

AYM’nin son iptal kararı üzerine, yürürlükteki seçim sistemi % 10 ülke barajlı d’Hondt sistemi olmuş; böylece AYM’nin 1968’de verdiği kararında olduğu gibi, yine yasama organının öngörmediği bir seçim sistemi ortaya çıkmıştır. Bu şekilde tarih tekerrür etmiş; 1969, 1973 ve 1977 Milletvekili Genel Seçimlerinde olduğu gibi, 24 Aralık 1995’de yapılan Milletvekili Genel Seçimlerinde uygulanan seçim sisteminin belirleyicisi de AYM olmuştur.

e) 1980-1995 Dönemi Milletvekili Seçim Sonuçlarını Gösteren Tablolar⁴² ve Değerlendirmesi

TABLO 1 ⁴³ :

Yıl	Partiler	Oy Oranı %	M.V. Sayısı	Temsil Oranı %	Seçim Sistemi
1983	ANAP	45.15	211	52.75	% 10 ülke barajlı
	HP	30.46	117	29.25	ve seçim çevresi
	MDP	23.27	71	17.75	barajlı d'Hondt
	Bağımsızlar	1.12	-	-	sistemi
Toplam			399	99.75	Seçime Katılma Oranı: % 92.27

TABLO 2 ⁴⁴ :

Yıl	Partiler	Oy Oranı %	M.V. Sayısı	Temsil Oranı %	Seçim Sistemi
1987	ANAP	36.31	292	64.89	Karma Sistem
	SHP	24.75	99	22.00	
	DYP	19.14	59	13.11	
	DSP	8.53	-	-	
	RP	7.16	—	—	
	MÇP	2.93	-	-	
	IDP	0.82	-	-	
	Bağımsızlar	0.37	-	-	
Toplam			450	100	Seçime Katılma Oranı: % 91.82

42. Bu tablolar YSK’nun RG’de ilan ettiği seçim sonuçları esas alınarak hazırlanmıştır.

43. RG. 14/11/1983, Sy. 18221.

44. RG. 9/12/1987, Sy. 19659.

Türkiyede Uygulanan Seçim Sistemleri

TABLO 3 ⁴⁵ :

Yıl	Partiler	Oy Oranı %	M.V. Sayısı	Temsil Oranı %	Seçim Sistemi
1991	DYP	27.03	178	39.56	Karma Sistem
	ANAP	24.01	115	25.56	
	SHP	20.75	88	19.56	
	RP	16.88	62	13.78	
	DSP	10.75	7	1.54	
	SP	0.44	-	-	
	Bağımsızlar	0.14	-	-	
Toplam			450	100	Seçime Katılma Oranı: % 83.92

TABLO 4 ⁴⁶ :

Yıl	Partiler	Oy Oranı %	M.V. Sayısı	Temsil Oranı %	Seçim Sistemi
1995	RP	21.38	158	28.73	% 10 ülke barajlı d'Hondt sistemi
	DYP	19.18	135	24.55	
	ANAP	19.65	132	24	
	DSP	14.64	76	13.82	
	CHP	10.71	49	8.90	
	MHP	8.18	-	-	
	HDP	4.17	-	-	
	YDH	0.48	-	-	
	MP	0.45	-	-	
	YDP	0.34	-	-	
	İP	0.22	-	-	
	YP	0.13	-	-	
	Bağımsızlar	0.48	-	-	
Toplam			550	100	Seçime Katılma Oranı: % 85.20

1983-1995 döneminde yapılan dört Milletvekili Genel Seçim Sonuçlarına ilişkin bu tablolardaki veriler kuşkusuz çok yönlü tahlil edilip değerlendirilebilir. Biz burada bunları seçim sistemine ilişkin yönü ve sonuçlarıyla değerlendireceğiz.

45. RG. 1/11/1991, Sy. 21038 (Mükerrer).

46. RG. 3/1/1996, Sy. 22512 (Mükerrer).

Konuya seçim sistemi yönünden baktığımızda da bu tablolardan birçok tesbitler ve sonuçlar çıkarmak mümkündür. İlk göze çarpan tesbit, bu dönemdeki dört seçimin her birinde farklı seçim sistemlerinin uygulandığıdır. Bu bağlamda, 1987 ve 1991’de yapılan seçimlerde uygulanan karma sistemler arasında da seçim çevrelerinde uygulanan baraj oranları bakımından az da olsa farklılıklar vardır. Diğer bir tesbit, bu dört seçimden ilk ikisinde bir partinin (ANAP) tek başına hükümet kurabilecek bir çoğunluk elde edebilmesine karşın, son ikisinde hiçbir partinin böyle bir sonuç elde edememesi ve iki dönem sonra tekrar koalisyonların ortaya çıkmasıdır. Üstelik, 1991 seçimlerinde istikrar ön plânda tutan karma sistem uygulanmasına rağmen koalisyon ortaya çıkmıştır. Esasen her iki seçimde de koalisyonun ortaya çıkması seçim sistemiyle ilgili de değildir. Asıl sebep oyların 5-6 parti arasında birbirine yakın oranlarda dağılmış olmasıdır. Öyle ki, 1991 seçimlerinde, en yüksek oy alan birinci parti durumundaki DYP’nin oyu % 27 iken, beşinci parti durumundaki DSP’nin oyu yaklaşık % 11’dir. Yani, birinci parti ile beşinci arasında % 16’lık bir oy farkı vardır. Oyların partiler arasında birbirine yakın oranlarda dağılımı 1995 seçimlerinde daha da belirgindir. Bu seçimlerde birinci parti olarak çıkan RP’nin oy oranı % 21 iken, beşinci parti durumundaki CHP’nin oyu ise % 11’dir. Bu kez birinci parti ile beşinci parti arasındaki oy farkı sadece % 10’dur. Oyların son iki seçimdeki gibi dağılımı durumunda, hiçbir seçim sisteminin hiçbir partiyi tek başına iktidara getirmesi olanaklı değildir. Kaldı ki, % 27 ve % 21 gibi oy oranlarıyla bir partinin tek başına iktidar olması son derece haksız ve adaletsiz olmaktan öteye, hiç kuşkusuz demokratik meşruiyet sorununu gündeme getirir. Nitekim, 1987’de uygulanan karma seçim sisteminin, aldığı % 36 oya karşılık Meclis’de % 65’le temsil edilme imkânıyla, ANAP’a ezici çoğunlukla tek başına iktidar olanağı vermesi, bu dönemde Türkiye’de sık sık demokratik meşruiyet tartışmalarını gündeme getirmiştir.

Bu dönemde dikkati çeken bir başka tesbit de dört seçimde de uygulanan % 10 ülke barajının yarattığı haksızlıklar ve Meclis’de temsil edilmeyen oy oranlarıdır. % 10 ülke barajının seçim sonuçlarına etkili olmadığı tek seçim, 1983’de yapılan ilk seçimlerdir. Demokratik rejime geçiş sürecinin önemli bir aşaması olan ve 12 Eylül rejiminin etkisi altında yapılan⁴⁷ bu seçimlerde. Milli Güvenlik Konseyi’nin sadece üç partiye seçimlere katılma hakkı tanınması nedeniyle, bu seçimler üç parti arasındaki yarışa dönüşmüş, her üç parti de ülke barajını rahatlıkla geçtiğinden, boşa giden ya da temsil edilmeyen oy sorunu yaşanmamıştır. Sadece, Bingöl seçim çevresinden ANAP’ın bir adayının MGK’nin son andaki vetosuna maruz kalması nedeniyle⁴⁸, bir milletvekilliği

47. 12 Eylül sonrası siyasi partilerin önce faaliyetlerinin durdurulup arkasından feshedilmelelerinden sonra siyasal partili hayata yeniden dönüş 12 Eylül rejiminin güdümü altında olmuştur. Bu doğrultuda 1983 seçimlerine katılan her üç parti ve bu partilerin milletvekili adayları MGK’nden icazet almışlardır. Bkz. TANÖR. Bülent., “Siyasal Tarih (1980-1995)” Sh. 26-57.

48. ATAR, Yavuz., “Türkiye’de Seçim Sistemlerinin Gelişimi” Sh. 187.

Türkiyede Uygulanan Seçim Sistemleri

boş kalmıştır. Bu dönemde partilerin aldıkları oy oranları ile Meclis’de temsil edilme oranları arasında da, daha sonra yapılan seçimlere göre nisbeten daha makul bir denge vardır.

Bu doğrultuda, d’Hondt sisteminin büyük partilerin yararına, küçük partilerin zararına işlevi nedeniyle, 1983 seçimlerinde ANAP yaklaşık % 8 artırı temsil elde ederken, MDP % 5,5 eksik temsile maruz kalmıştır. HP’nin oy oranı ile elde ettiği temsilcilik oranı ise hemen hemen aynı oranda olmuştur.

Bu dönemde % 10 ülke barajının olumsuz etkilerinin en fazla olduğu seçimler 1987 seçimleridir. Bu seçimlerde % 10 ülke barajını aşamayan dört partinin toplam oy oranı yaklaşık % 20’dir. Bunun anlamı seçmenlerin % 20’si ya da beşte birinin oylarının yok sayılarak parlamentoda temsil edilmemesidir. Üstelik, DSP % 8,53 ve RP de % 7,16 gibi çok yüksek bir oy oranlarıyla baraja takılmışlardır. Küçük partiler aleyhine bu haksızlık, bu seçimden birinci parti olarak çıkan ANAP’a yaramıştır. Nitekim, ANAP, % 36.31 oy almasına karşın, Meclis’de % 64,89 oranda milletvekilliği elde etmiştir. Bu yaklaşık % 29 artırı temsil demektir. Bu ölçüde bir adaletsizlik, Türkiye’de 1950-1960 döneminde uygulandığı ve ortaya çıktığı gibi sadece listeli çoğunluk sistemlerinde görülebilmektedir. Dolayısıyla, 1987’de uygulanan karma seçim sistemi adaletsiz temsil yönünden listeli çoğunluk sistemini aratmamıştır. Bunun dışında, tek ya da iki turlu olsun, dar bölge çoğunluk sistemlerinde böylesi adaletsizliğe pek rastlanmamaktadır. Türkiye’de çok partili siyasi hayata geçildiği 1950’den bu yana, 1987 seçimleri, % 36.31 gibi en düşük oy oranı ile, bir partiye, üstelik ezici bir çoğunlukla tek başına iktidar imkânı veren ve dolayısıyla en adaletsiz ve demokratik meşruiyeti en çok tartışma götüren seçimlerdir. Yedi partinin seçimlere katıldığı, bunlardan dördünün baraja takılıp üçünün Meclis’e girebildiği 1987 seçimlerinde ikinci parti olan SHP % 2,75, üçüncü parti olan DYP ise % 6 eksik temsile maruz kalmışlardır.

1987 seçimlerinde % 10 ülke barajını aşamayarak haksızlığa uğrayan küçük partilerin bazıları, hemen hemen yine aynı karma sistemin uygulanacağı 1991 seçimlerinde, aynı baraja takılmamak ve tekrar mağdur olmamak için, bu kez seçim ittifakları oluşturmuşlardır. Bu doğrultuda IDP ve MÇP RP ile seçim ittifakı oluşturarak RP listelerinden seçimlere katılmak; HEP de SHP’nin listelerinden seçimlere girmek suretiyle baraja takılmaktan kurtulmuşlardır. Bu çerçevede seçimlere katılan altı partiden sadece % 0.44 gibi çok düşük oy alan SP dışındaki beş parti barajı aşarak Meclis’e girmişlerdir. Seçimlerden sonra ittifakların bozulmasıyla Meclis’de temsil edilen parti sayısı sekiz olmuştur. 1991 seçimlerinde seçim ittifakları sayesinde boşa giden ya da temsil edilmeyen oy olmamakla birlikte, karma seçim sisteminin doğurduğu adaletsiz temsil, 1987 seçimlerindeki kadar olmasa bile yine de çarpıcı şekilde kendisini göstermiştir. Nitekim, seçimlerde birinci parti olan DYP, % 27 gibi birinci parti konumu için düşük sayılabilecek oy oranı ile Meclis’de %

39,56 oranla temsil edilerek, % 12,5 oranında artık temsil elde ederken; barajı aşan en küçük parti konumundaki DSP % 10,75 oy almasına rağmen, Meclis’de % 1,54 oranla temsil edilerek % 9,21 gibi son derecede haksız bir eksik temsile maruz kalmıştır. Bunun sonucu olarak DYP yaklaşık 37.000 oyla bir milletvekili çıkarırken⁴⁹, DSP bunun on katını aşan 374.000 oyla bir milletvekili çıkararak temsil ilkesini temelinden sarsan bir durum ortaya çıkmıştır. Bu seçimlerde ANAP % 1,55 artık temsil elde ederken, RP ittifakı % 3,10 eksik temsile maruz kalmıştır. Seçimlerde, Güneydoğu’daki seçim çevrelerindeki listelerinde HEP adaylarına da yer veren SHP’nin aldığı oy oranı ile elde ettiği temsil oranı hemen hemen eşit çıkmıştır.

1980-1995 döneminde, kendisinden önce yapılan üç seçimden farklı olarak, istikrara değil temsilde adalete öncelik verdiğinden, bu dönemde yapılan seçimler içinde en adili olmasına rağmen, 1995 seçimleri de makul karşılanamayacak bazı haksız sonuçlar doğurmaktan geri kalmamıştır. Nitekim, 1995 seçimlerine katılan 12 partiden yedisi % 10 ülke barajını aşamadıklarından Meclis’e girememişlerdir. Bu partilerin aldıkları temsil edilemeyen ve dolayısıyla boşa giden toplam oy oranı % 14’dür. Bu oran, 1987 seçimlerinde aynı nedenle temsil edilemeyen orandan bir hayli düşüktür, ancak yine de küçümsenemeyecek bir orandır. Üstelik, BBP ANAP listelerinden, DP de RP listelerinden seçime katılarak bu oranın muhtemelen birkaç puan daha artmasını önlemişlerdir. Orta Anadolu’daki seçim çevrelerinde yüksek oranda destek alan parti olan⁵⁰ ve % 8.18 gibi hiç de düşük sayılamayacak bir oranla ülke barajını aşamayan MHP’nin Meclis’de temsil edilememesi, demokratik temsile öncelik veren d’Hondt sisteminin uygulandığı bir seçimde yadırganması gereken bir eksikliktir. Aynı şekilde, Güneydoğu’daki seçim çevrelerinin genelinde yüksek oy alan bir kısmından da birinci parti olarak çıkan⁵¹ HDP’nin, % 4,17 gibi yadırganacak yükseklikte olmayan bir oranla da olsa barajı aşamayıp, Meclis’de temsil edilememesi de kuşkusuz bir eksikliktir. 1995 seçimlerinin, barajı aşan partiler için, artık ya da eksik temsil yönünden ise, d’Hondt sisteminin temelinde var olan, nisbi ve makul oranda büyük partilerin yararına, küçük partilerin zararına sonuçlar doğurduğu söylenebilir. Nitekim, bu seçimlerde birinci parti olan RP % 7,35, ikinci parti olan DYP % 5,37, üçüncü parti olan ANAP % 4,35 oranında artık temsil elde ederlerken; Meclis’de temsil edilen en küçük parti olarak çıkan CHP % 1,81, dördüncü parti konumundaki DSP de % 0,82 eksik temsile maruz kalmışlardır.

Son olarak, 1980-1995 döneminde dikkati çeken ve demokrasi bilinci yönünden son derece olumlu bir nokta da, bu dönemde yapılan seçimlere ka

49. TANÖR. Bülent., “Siyasal Tarih (1980-1995)” Sh. 87.

50. MHP Adana, Afyon, İçel, Kayseri, Kırşehir, Nevşehir, Niğde, Tokat, Yozgat ve Kırıkkale’de yüksek oranda oy almış olup, bunların bazılarında 2. ya da 3. parti konumundadır. Bkz. RG. 3/1/1996, Sy. 22512 (Mükerrer).

51. HDP Batman, Diyarbakır, Hakkâri, Van illerinde birinci parti durumundadır. Bkz. RG. 3/1/1996, Sy. 22512 (Mükerrer).

Türkiyede Uygulanan Seçim Sistemleri

tilma oranının oldukça yüksek olmasıdır. Nitekim, 1960-1980 döneminde yapılan beş Milletvekili Genel Seçiminde seçimlere katılma ortalaması % 71,16 iken; 1980- 1995 döneminde yapılan dört Milletvekili Genel Seçiminde seçimlere katılma ortalaması % 88,30'dur. Bu yüksek katılma oranında, bu dönemde mazeretsiz olarak seçime katılmayan seçmenlere kanunla öngörülen fakat uygulanmayan para cezasının ne ölçüde rol oynadığı ilgi çekicidir.

SONUÇ: Türkiye’de Nasıl Bir Seçim Sistemi

Türkiye çok partili siyasi hayata geçtiği 1946’dan bu yana, çeşitli seçim sistemleri uygulamış olup; bu konuda 50 yıllık deneyim birikimi vardır. Bu nedenle, kanımızca bu deneyim birikimini bir yana bırakarak, yeni ve bilinmeyen maceralara atılmak yerine, İngiliz muhafazakârlığı ve temkinliliği ile bu birikimi değerlendirmek ve mevcut sistemin aksaklıklarını düzeltmek daha doğru ve akılcı olacaktır.

Türkiye’de 1993’den, hatta 1988’den bu yana, hükümet istikran arayışı içinde, iki turlu çoğunluk sistemi önerilmektedir¹. Bu öneri, 1994 Mahalli İdareler seçiminden bu yana daha da ciddiyet kazanmıştır. Konuya ilişkin olarak, bu dönemde küçük parti konumunda olan RP, DSP ve MHP her zaman iki turlu çoğunluk sistemine karşı çıkmışlar; küçük partiler zararına son derece adaletsiz sonuçlar doğuran mevcut karma seçim sisteminin de değiştirilerek, demokratik temsil ilkesine biraz daha öncelik ve ağırlık veren nisbi temsil sistemini istemişlerdir. ANAP, DYP ve CHP, kamuoyu yoklamalarındaki sonuçlara göre tavır sergilemiş olmakla birlikte; son aşamada ANAP ve DYP iki turlu çoğunluk sistemini ister görünürlerken, CHP nisbi temsil sisteminden yana görünmüştür. Özetle, Türkiye’de Nasıl Bir Seçim Sistemi konusunda mevcut siyasi partiler seçim sistemlerinin iki türü üzerinde durmaktadırlar. Biraz da işin doğası gereği, kendilerini büyük parti konumunda gören partiler Fransız modeli dediğimiz “iki turlu dar bölge” seçim sistemim isterlerken, küçük parti konumunda olanlar nisbi temsil sistemini istemektedirler.

Öğretideki tartışmalar da bu iki sistem üzerinde yoğunlaşmakta ve bu aşamada nisbi temsil sistemini savunanlar çoğunlukta görünmektedir². Bu arada, bu iki sistem dışında, Türkiye için, Prof. Dr. Murat Sertel ve Prof. Dr. Ersin Kalaycıoğlu’nun birlikte önerdikleri³, “çoğunlukçu uzlaş” ara formülü de, biraz denenmiş örneği olmadığından, biraz iyi anlaşılamadığından ve biraz da çok yeni olduğundan yeterince ilgi görmüş görünmemektedir.

1. EKŞİ, Oktay., "Nasıl Bir Seçim Sistemi" Sh. 7.

2. Bu konudaki görüş ve tartışmalar için bkz. "Nasıl Bir Seçim Sistemi", Türk Hukukçu Kadınlar Demeği Yayınları: 3, İstanbul, 1994; "Demokrasi ve Seçim Sistemleri" konulu TÜSES tarafından, 9/6/1995’de, İstanbul, The Marmara’da düzenlenen Uluslararası Sempozyum’daki bildiri, görüş ve tartışmalar.

3. KALAYCIOĞLU, Ersin, "Nasıl Bir Seçim Sistemi" Sh. 36-37.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Kuşkusuz, seçim sistemlerinin, gerek siyasal hayatta etkili siyasal parti sayıları ile, gerekse bütünüyle siyasal parti sistemleriyle kaçınılmaz ve yakından ilgisi vardır. Bu doğrultuda, siyasal parti sistemi ve sayılarını yönlendirmek bakımından, seçim sistemlerinin de bir hukuki teknik olarak kullanıldığı, bugüne kadar dünyadaki çok sayıda örnekleri ve uygulamalarından bilinmektedir. Ancak, kanımızca, seçim sistemi, belli bir dönemin kısa vadeli siyasi hesapları ile ve yine bu çerçevede şu ya da bu partileri siyasal hayatta etkisizleştirmek amacıyla kullanılmamalıdır. Bu tür siyasi hesaplar, özellikle tarihimize, daha çok geri tepmiş, tersi sonuçlar doğurmuştur. Nitekim; 1965’de AP’nin tek başına iktidarını engellemek için kabul edilen milli bakiye sistemine karşı, seçmenin AP’ye % 53 oyla destek vererek tek başına iktidara getirişi; siyasi partilerin sosyolojik birer olgu oldukları ve Birinci Meşrutiyet dönemine kadar uzanan kökleri unutulurken, yeni parti yapılanması oluşturmak ve seçmene iktidar partisi empoze etmek için 1961’de Yeni Türkiye Partisi ve 1982’de Milliyetçi Demokrasi Partisi girişimlerinin geri tepiş; 1983 seçimlerinde, 12 Eylül rejiminin lideri Kenan Evren’in, iktidar için açıkça MDP’ne destek vermesine karşın seçmenin ANAP’ı tercih etmesi; 1982 Anayasasındaki siyasi ahlâkı hukukla sağlama formülünün ifadelerinden biri olan Anayasa’nın 84. maddesinin 400 defa civarında ihlâl edildiği⁴, kısa vadeli siyasi hesapların geri tepen, hüsrana uğrayan ilk akla gelen örnekleridir.

Bu nedenle, bazı partileri, seçim sistemini alet ederek siyasal hayattan su ni yollarla etkisizleştirmek ya da ekarte etmek yerine, uzun vadeli, sağlıklı çözümler arayarak bu partilerin güçlenme kaynaklarına inmek gerekir. Kısa vadede ise ancak, 1945 sonrasında Avrupa’da komünist partilere yapıldığı gibi⁵, sistemdeki diğer partilerin, sisteme uymakta zorlanan bu partileri koalisyonla almayarak yönetimden uzak tutma yöntemi uygulanabilir.

Öte yandan, çoğunluk sisteminin daha önce açıkladığımız sakıncaları Türkiye için de kuşkusuz tümüyle geçerlidir. Özellikle de, henüz hızlı nüfus artışı ve göç sorunu devam etmekte olan ülkemizde, dar bölgeler oluşturulmasındaki güçlükler açıktır. Buna, etnik köken ve mezhep sorunları ile Güneydoğu’da halen yaşanmakta olan feodal yapı sorununun olumsuzluklarını da eklemek gerekir. Kuşkusuz, dar bölgeli tek ya da iki turlu çoğunluk sistemleri de demokratik seçim sistemleridir ve başta anayurtları olan İngiltere ve Fransa olmak üzere, demokratik yönden gelişmiş birçok ülkede uygulanmış ve halen de uygulanmaktadır. Ancak, bu ülkeler, en azından mezhep ve feodal sorunlarını çok önceden aşmış ve toplumda bireyi temel unsur olarak alan demokratik seviyeye çoktan ulaşmış ülkeler oldukları gibi; nüfus, göç ve bununla da bağlı kentleşme sorunlarını da stabilize edebilmiş ülkelerdir. Kaldı ki, bu ülkelerde

4. 84. maddenin partisinden istifa edip başka partiye seçmek şeklindeki ihlalleri için bkz. TANNÖR. Bülent., “Siyasal Tarih (1980-1995)” Sh. 63 vd.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi., “Anayasa MADDE 83”, Hukukçu Dergisi, Nisan, Mayıs 1994.

5. KALAYCIOĞLU, Ersin., “Nasıl Bir Seçim Sistemi” Sh. 36.

Türkiyede Uygulanan Seçim Sistemleri

de bu seçim sistemlerine, bir anda yapılan değişikliklerle değil, tarihi süreç içinde, sancılarını çekilerek, mücadelesi verilerek, aşama aşama, yavaş yavaş geçilmiştir.

Ayrıca, Türkiye için alternatif seçim sistemi olarak öngörülen iki turlu dar bölge seçim sisteminin, Fransız modelinde olduğu gibi, siyasi partilerin, bu sistemin tercih edilmesindeki sağ ve sol bloklar oluşturabilmesi için, güçlü merkez sağ ve merkez sol partilerin olması gerekir. Oysa, Türkiye’de merkez sağ ve merkez sol partiler şu aşamada bölünmüş ve dağınık durumdadırlar. Esasen Türkiye’de hükümet istikrarsızlığının temel nedeni de seçim sistemi değil, merkez sağ ve sol partilerdeki bu bölünmüşlük ve dağınıklıktır. Bunu gidermeden hiçbir seçim sisteminin, hükümet istikrarını demokratik meşruiyet içinde sağlayabilmesi olası görülmemektedir. Hatta, son genel seçim sonuçlarına göre, şu aşamada benimsenecek iki turlu dar bölge seçim sisteminin, radikal sağ partileri daha da güçlendirebileceği kuvvetle muhtemel olduğu gibi; bunun sol partiler için daha da öteye bir hezimet olacağı aşîkârdır. Parlamentosunda solun olmadığı bir ülkenin, bırakın Avrupa ile bütünleşmeyi ve diğer sorunlarını, bu çağdaki siyasal konjonktür ortamında, bunu dünyaya nasıl izah edebileceği oldukça düşündürücüdür. Bu nedenle de, merkez sağ ve merkez solu birleştirmeden, iki turlu dar bölge çoğunluk sistemine geçilmesi Türkiye’nin yararına görünmemektedir.⁶ Kaldı ki, çoğunluk sisteminin çok daha adaletsiz olan üsteli çoğunluk sistemi yukarıda incelediğimiz üzere Türkiye’de daha önce 1946-1950 döneminde uygulanmış; son derecede adaletsiz sonuçları ile Türk kamuoyunun vicdanında unutulmaz, derin yaralar açıp, 1960 ihtilâline yol açan nedenler arasına da girerek mahkum olmuştur. Bu sistemin daha az adaletsiz olanını tercih etmenin, bu derin yaraları, mahkumiyeti giderebileceğini beklemek kolay da değildir. Bu nedenle de, kanımızca, iki turlu çoğunluk sistemi, Türkiye’de şu aşamada sadece Belediye Başkanı seçiminde çözüm olarak düşünülebilir.

Öte yandan, yukarıda açıkladığımız gibi, son seçimler kısmen dışarıda tutulabilirse de, Türkiye’de 1983-1995 döneminde uygulanan seçim sistemleri de, adaletsiz sonuçları ile siyasi iktidarın meşruiyeti tartışmalarına kadar varan ölçüde hırpalanmış ve öyle sanıyoruz ki, kamuoyu vicdanında da mahkum olmuştur.

Çoğunluk sisteminin hiçbir türünü Türkiye için yararlı görmediğimize ve yeni bir macerayı da doğru bulmayıp, 50 yıllık deneyim ve birikimden yararlanılması gerektiğini savunduğumuza göre, yapılması gereken şey mevcut seçim sisteminde ve seçim hukukunda bazı düzeltmeler yaparak, mevcut sistemin adil temsil yönünü güçlendirip, istikrar yönünü zayıflatarak adil temsille istikrar arasında daha makul, kabul edilebilir, kanıksanabilir bir denge kurmaktır. Bunun için de, Türkiye’de 35 yıldır, en adil olanından, çoğunluk

6. KIRCA, Coşkun., "Taktikler ve Ahmaklıklar", 4 Ocak 1996, Milliyet.

sisteminin adaletsizliklerini dahi gölgede bırakan yozlaştırılmış nisbi temsile kadar uyguladığı nisbi temsilin değişik türlerinden, hem adil temsili, hem de istikrarı gözeten d’Hondt sistemi esas alınmalıdır.

Bu noktada, hükümet istikrarı kadar siyasal istikrarın da önemine değinmek gerekiyor. Geçtiğimiz yıllarda İtalya’da hükümet istikrarı yoktu, ama siyasal istikrar vardı. Yine, Japonya’da 1945’den sonra hükümet istikrarı yoktu ama siyasal istikrarı olan ve Japonların hızla kalkınabildikleri yerleşmiş, oturmuş bir rejimi vardı⁷. AYM’nin, son seçimlerin yapılmasına esas olan 4125 sayılı Kanunu denetlerken vermiş olduğu, 1995/59 karar sayılı kararında⁸ da ifade ettiği gibi, aslolan adil temsil ve siyasal istikrar içinde hükümet istikrarıdır. Bu çerçevede, başta İskandinav ülkeleri ve İsrail örnekleri olmak üzere birçok Avrupa ülkeleri gibi Türkiye de koalisyon hükümetlerine alışmalıdır. 1970’li yıllardaki koalisyonlar bir yana, geçtiğimiz dönemdeki, üstelik merkez sağ ve merkez sol partiler arasındaki 4 yıllık koalisyon deneyimi ve ülkeyi genel seçime getirme başarısı, bu yolda atılmış çok önemli adımlar ve kazanımlardır. % 20’lerdeki, % 30’lardaki oy desteğiyle, toplumsal tabanı dar ve bu nedenle de her zaman demokratik meşruiyeti tartışma konusu yapılabilecek, görünüşte güçlü tek parti hükümetleri yerine; % 50’ler civarında oy desteğiyle, geniş bir toplumsal tabana dayanan, bu nedenle de gerçekte güçlü koalisyon hükümetleri tercih edilmelidir.

Öte yandan, Meclis’deki partiler konjonktürü ve gücü itibarıyla da, Türkiye, kanımca, adil temsil ve istikrar ilkelerini dengeleyecek bir seçim sistemi benimseme yönünden de, iyi bir ortam yakalamıştır. Çünkü, yapılan son seçimde, altı siyasal partinin aldıkları oylar birkaç puanlık farklarla % 21 ile % 8 arasında sıralanmıştır. Partiler arasındaki oy farkı, yeni seçimde yapılacak bir atak ya da gösterilecek bir performansla kapatılabilecek, hatta öne geçilecek düzeydedir. Partilerin eşit ya da birbirine yakın düzeyde oy alacakla beklentisi, onları çoğunluk sisteminin büyük partilere sağladığı avantajlardan yararlanma isteğinden alıkoyacak, hatta ne olur ne olmaz düşüncesiyle, garantici bir yaklaşımla nisbi temsil sistemini benimseme davranışı içine itecek elverişli bir ortamdır. Kaldı ki, Anayasa’nın 67. maddesindeki son değişiklikle, “seçim kanunları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkeleri ile bağdaşır biçimde düzenlenir” hükmünün eklenmesi ile artık kanımızca seçim sistemi tercihi tümüyle Meclis’e bırakılmış da değildir. Bu değişiklikle, artık Meclisi bağlayan ve AYM’nin seçim sistemine ilişkin olarak son iki kararında da⁹ temel ölçü norm olarak kullandığı, bir temel seçim hukuku ilkesi, pozitif kural olarak Anayasa hukukumuzda girmiştir.

O halde, adil temsil ile hükümet istikrarını bağdaştıracak, dengeleyecek bir seçim sistemi öngörme gereği vardır. Günümüz parlamenter rejimlerin-

7. KALAYCIOĞLU, Ersin.. "Nasıl Bir Seçim Sistemi" Sh. 35.

8. AYM. E. 1995/54, K. 1995/59, KT. 18/11/1995, RG. 21/11/1995, Sy. 22460 (Mükerrer).

9. AYM. E. 1995/54, K. 1995/59, KT. 18/11/1995, RG. 21/11/1995, Sy. 22470 (Mükerrer).
AYM. E. 1995/56, K. 1995/60, KT. 1/12/1995, RG. 7/12/1995. Sy. 22486.

Türkiyede Uygulanan Seçim Sistemleri

de % 50'yi aşan bir oyla parlamentoda çoğunluk sağlamak bir hayli zordur. Bunun içindir ki, günümüzde parlamenter rejimlerle yönetilen demokratik ülkelerde % 41¹⁰ ve üstündeki oy oranı ile, bir partinin tek başına hükümet kurmasını sağlayacak % 51 çoğunlukla parlamentoda temsil edilmesi makul ve meşru kabul edilmektedir. Uygulamada bu konuda, hükümet istikran için demokratik temsilden % 10 feragat etmek benimsenebilmekte, adil temsille istikrar bağdaşır ve dengeli kabul edilmektedir. Nisbi temsil uygulamalarından d'Hondt sisteminin büyük partiler lehine % 5-10 temsil avantajı sağladığı Türkiye'deki uygulamalardan da görülmüştür. Kaldı ki, AYM de, yukarıda sözünü ettiğimiz son iki kararında, % 10 ülke barajlı d'Hondt sistemini temsilde adaletle istikran bağdaştıran bir seçim sistemi olarak değerlendirmiştir. Ancak, son seçimlerde, MHP'nin aldığı % 8,18 oranında oyla baraja takılması ve bunun sonucu olarak da 2 milyon 300 bin gibi neredeyse küçük bir devlet seçmeni kadar oyun Meclis'de temsil edilmemesi, kamuoyu vicdanını oldukça rahatsız etmiş ve % 10 ülke barajının çok yüksek olduğu bir kez daha görülmüştür.

Seçimlerde ülke barajı uygulayan ülkelerde, bu oran en yüksek seviyeler olarak İspanya'da % 3, İsveç'te % 4 ve Almanya'da % 5'dir¹¹. Bu doğrultuda Türkiye'de % 10 ülke barajının makul bir seviye olarak % 5'e ve nihayet en fazla % 7'ye çekilmesi gerekmektedir.

Bütün bu değerlendirmeler doğrultusunda Türkiye'de seçim sistemi olarak özetle;

1- Mevcut seçim sisteminde olduğu gibi, nisbi temsil sisteminin d'Hondt uygulaması temel alınmalıdır.

2- Ülke barajı % 5'e, en fazla % 7'ye çekilmelidir.

3- Seçim çevreleri yine mevcut sistemde olduğu gibi korunmalıdır. Ancak, milletvekillerinin seçim çevrelerine dağıtımında, şimdiki öncelikle her ile bir milletvekili tahsis ettikten sonra, kalan milletvekillerini nüfusa göre paylaş-tırma sisteminden vazgeçilerek, doğrudan nüfusa göre dağıtım yapılmalıdır.

4- Siyasi partilerin seçim ittifakları oluşturmaları engellenmemelidir. Bu sayede birbirine yakın partiler arasında bloklaşmalar teşvik edilerek, hem muhtemel koalisyonlara hazırlık olacak, hem bu koalisyonlar seçimde halka sunulacak halkın desteği sağlanacak ve hem de bir partinin tek başına iktidar olamadığı hallerde, seçim sonrası koalisyon hükümetleri kurulması kolaylaşacaktır.

Türkiye'de seçim sisteminin yanında, onun kadar önemli olan ve seçimleri çok yakından ilgilendiren seçim hukuku ve siyasi partiler düzeninde de çok temel bazı değişikliklere ihtiyaç vardır. Bunlar da şöyle özetlenebilir;

10. ÇAĞLAR, Bakır., "Anayasa Bilimi" İstanbul, 1989, Sh. 209.

11. ÇAĞLAR, Bakır., "Anayasa Bilimi" Sh. 209.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

1- Türkiye’de 1924 Anayasası’ndan 1982 Anayasası’na kadar, seçim dönemi dört yıl olarak kabul edilmiştir. Bu doğrultuda, 1957 seçimleri hariç seçimler dört yılda bir yapılmıştır. 1982 Anayasası ise seçim dönemini beş yıl olarak kabul etmiştir. Ancak, son genel seçimler dahil, bu dönemde yapılan üç milletvekili genel seçimi de, bir yıl erkene alınarak dört yılda bir yapılmıştır. Bu da, Türk siyasal hayatının dört yılda bir genel seçime alıştığını ya da uyarlandığını açıkça göstermektedir.

2- Siyasetten uzak kalmış uzman kişilerden yararlanmak için kontenjan milletvekilleri merkez yoklaması ile belirlenmeli; parti tabanını rahatsız etmek ve adayı yıpratmamak için parti listesindeki yeri de ön seçimlerden önce belirlenmelidir. Ayrıca, kontenjan milletvekilliği için üye tam sayısının % 10’u gibi bir kota ve sınır konulmalıdır.

3- Siyasi partilerde parti içi demokrasiye özen gösterilmeli, Kumcu Meclis’in yaptığı Siyasi Partiler Kanunu’nun ilk metnindeki ön seçim sistemine geri dönülerek, demokrasi tabana indirilmelidir.

4- Seçimlere katılan bütün partilere güçleri oranında değil, eşit oranda TV ve radyodan propaganda imkânı sağlanmalıdır.

5- Siyasi partilere hazine yardımı parlamentodaki temsil ediliş oranlarına göre değil, aldıkları oy oranında yapılmalıdır.

6- Milletvekillerinin iş takipçiliğini bırakıp, yasama faaliyetleri ile uğraşabilmeleri için patronaj sistemi uygulamadan kaldırılmalıdır.

7- Partilerin ekonomik (finans) kaynaklarında şeffaflık, saydamlık getirilmeli, seçim harcamaları kontrol altına alınmalı ve sınırlanmalıdır. Bu konudaki yasal boşluklar giderilmeli, Siyasi Partiler Kanunu’na bunları sağlayan daha açık ve somut hükümler konulmalıdır.

(36. Makale - 1997)

Erdal ONAR

*1982 Anayasasında
Milletvekilliğinin Düşmesi **

* Erdal Onar, "1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi", **Anayasa Yargısı**, C.14, 1997, s. 387-465.

1982 ANAYASASINDA MİLLETVEKİLLİĞİNİN DÜŞMESİ

Doç. Dr. Erdal ONAR (*)

I. GENEL OLARAK

1. Milletvekilliğinin düşmesi terimi

Yasama meclisleri, günümüzde sayıları çok azalan bazı istisnalar dışında, halk tarafından belirli bir süre için seçilen temsilcilerden oluşmaktadır. Ülkeden ülkeye değişen bu sürenin sonunda¹, yeni seçimlere katılmayan, ya da katıldığı halde seçilemeyen temsilcilerin üyelikleri sona ermekte; yeniden seçilenlerin ise devam etmektedir. İşte, iki genel seçim arasında kalan bu süreye dönem adı verilmektedir ve bilindiği gibi ülkemizde Anayasa uyarınca uzatılmadığı veya daha önce seçimlerin yenilenmesine gidilmediği takdirde, bir dönem beş yıllık bir süreden oluşmaktadır.² Kural olarak, yasama meclisi üyelerinin, seçilmiş oldukları dönem bitip yenileri seçilene kadar üyeliklerinin sürmesi beklenir. Ancak, hemen her ülkede, değişik nedenlerle bazı üyelerin üyeliklerinin, seçilmiş oldukları dönem henüz bitmeden ve diğer üyelerin üyelikleri devam ederken sona erebildiğini görmekteyiz ki, bu duruma, yasama meclisi üyeliğinin düşmesi adı verilmektedir.

Her ne kadar kimi zaman gerek doktrinde, gerek uygulamada bir ayrıma gidilmekte ve üyeliğin meclis kararı ile sona erdirilmesine “düşme”, böyle bir kararın gerekmediği durumlara “sona erme” denilmekteyse de;³ biz ayrıncı

(*) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

1 Çeşitli ülkelere baktığımızda, yasama meclislerinin görev sürelerinin birbirlerinden farklı olduğu görülmektedir. Örneğin, A.B.D.’nde Temsilciler Meclisi 2 yıllığına; İsveç’te Riksdag, Avustralya’da Temsilciler Meclisi, Yeni Zelanda’da Temsilciler Meclisi 3’er yıllığına; Avusturya’da Milli Meclis. Danimarka’da Folketing, Federal Almanya’da Bundestag, Finlandiya’da Eduskunta, İsrail’de Knesset, Norveç’te Storting, Yunanistan’da Temsilciler Meclisi, Kanada’da Avam Kamarası, Malta’da Temsilciler Meclisi 5’er yıllığına; A.B.D.’de Senato 6 yıllığına; Fransa’da Senato 9 yıllığına seçilmektedir (*Parliaments of the World*, Volüme i, Second Edition, Inter Parliamentary Union, 1986. s. 24-63).

2 Bilindiği gibi, Anayasanın 77., 116. ve 102. maddeleri uyarınca beş yıllık süre dolmadan seçime gidebilmek mümkündür. Buna karşılık, Anayasanın 78. maddesinde, beş yıllık sürenin dolmasına rağmen seçimlerin ertelenebilme durumu düzenlenmektedir.

3 Örneğin, Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasasının milletvekilliğinin düşmesini düzenleyen 84. maddesinin 1995 yılındaki değişiklikten önceki şekliyle ilgili olarak, “... Anayasa’nın 84.

ölçüt olarak milletvekilliğinin, herhangi bir nedenden ötürü dönem sürerken mi, yoksa dönem bittiği ve ilgili yeniden seçilmediği için mi son bulduğunu dikkate alıyoruz ve dönem içinde, diğer milletvekillerinin görevi devam ederken milletvekilliğinin ister meclis kararı ile, ister kendiliğinden sona erdiği her duruma “düşme” demeyi tercih ediyoruz. Nitekim, hem 1961, hem 1982 Anayasalarında, dönem içinde ortaya çıkan sona erme nedenlerinden meclis kararını gerektirenler de, gerektirmeyenler de, “Milletvekilliğinin düşmesi” (1961 Anayasasında ve 1982 Anayasasının 1995 yılındaki değişikliğinden önce üyeliğin düşmesi) kenar başlıklı madde içinde toplanmış bulunmaktadır. Kaldı ki, zaman zaman aynı neden için düşme ve sona erme terimlerinin birlikte kullanıldığı da görülmektedir. Örneğin, TBMM İçtüzüğü’nün 16.05.1996 tarihinde değişikliğe uğramış 135. maddesinde “seçilmeye engel bir suçtan hüküm giyme” bir “düşme” nedeni olarak öngörülürken, hemen bir sonraki 136. maddesinde yine aynı neden için bu kez “sona erme” sözcükleri kullanılmaktadır.⁴

2. Çeşitli ülkelerde görülen düşme nedenleri

Çeşitli ülkelere bakıldığında, yasama meclisi üyeliğinin düşmesi nedenlerinin ve bu nedenlerin ortaya çıkması durumunda izlenmesi gereken yöntemlerin ülkeden ülkeye değişen önemli farklar içerdiği görülmektedir.

Örneğin, kimi ülkelerde bir yasama meclisi üyesi dilediği zaman üyelikten istifa edebilirken ve istifası meclisin kabulüne bağlı değilken, kimilerinde istifa meclisin kabulüne bağlanmıştır.⁵ Bu bağlamda, Finlandiya’da bir parlamenter, Finlandiya’nın yasama organı Eduskunta’dan ancak üyeliğin devamı-

maddesinin birinci fıkrasındaki ‘üyeliğin düşmesi’ ile üçüncü fıkrasındaki ‘üyeliğin sona ermesi’ birbirinden ayrı durumlardır. Düşme kararını TBMM verir. Anayasa Mahkemesi böyle bir karar veremez. Ancak, bir siyasal parti kapatılınca, sözleri ve eylemleriyle buna neden olan milletvekilinin üyeliği. Anayasa Mahkemesi’nin partiyi kapatma kararını TBMM’ne tebliğ etmesiyle kendiliğinden sona erer. Bunun için Anayasa Mahkemesi’nin niri ya da TBMM’nin ayn bir kararına ve işlemine gerek yoktur» demektedir (Bkz. 14.7.1993 gün ve E. 1992/1-Siyasi Parti Kapatma-, K. 1993/1 sayılı Karar. AMKD, Sayı 29, 2. Cilt, s. 1180).

GÖZÜBÜYÜK de benzer bir ayırım yapmakta ve milletvekilliğinin sona ermesini, düşme yoluyla sona erme ve diğer sona erme nedenleri olarak iki başlık altında ele almaktadır. Ancak, bir milletvekilinin partisinin temelli kapatılmasına neden olma durumunu, yazar hem düşme nedenleri, hem de diğer nedenler içinde görmektedir (GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: **Anayasa Hukuku**, 6. Baskı, Ankara 1997, s. 178-181).

DAL da, üyelik sıfatının kendiliğinden sona ermesi ve TBMM kararı ile düşmesi ayırımını yapmaktadır (DAL, Kemal: **Türk Esas Teşkilât Hukuku**, Ankara 1984, s. 239-241).

4 Anayasada 1995 yılında yapılan değişiklik teklifini inceleyen TBMM Anayasa Komisyonu’nun 5.6.1995 tarihli Raporunda da, “sona erme” ve “düşme” terimlerinin birbirinin yerine kullanıldığı görülmektedir. Gerçekten, Komisyon, milletvekili üzerinde aynı etkiyi doğuracak olan kısıtlılık durumunda “sona erme”den; seçilmeye engel bir suçtan hüküm giyme durumunda ise “düşme”den söz etmektedir. Aynı şekilde, yine Komisyon, kendiliğinden üyeliği sona erdiren, bir partinin Anayasa Mahkemesince kapatılmasına neden olma durumunu da “düşme” olarak adlandırmaktadır (TBMM’rin 14.6.1995 tarihli 123. Birleşim Tutanağı sonuna ekli S. Sayısı 861, s. 37-38, TBMMTD, Dönem 19, C. 88).

5 **Parliaments of the World** (1996): s. 105-106.

nı engelleyen hukukî veya kabule değer başka bir nedenin varlığı durumunda istifa edebilir.⁶ Fonksiyonel temsilin görüldüğü eski Yugoslavya'da ise, istifa üyeyi yasama meclisine seçmiş olan meslekî kuruluşun kabulüne bağlıdır. İstifa konusunda daha çarpıcı bir örnek İngiltere'den getirilebilir. Gerçekten, bu ülkede Avam Kamarası üyeliğinden istifa mümkün değildir. Avam Kamarasının her üyesi, seçildiği dönem sona erene kadar görevi sürdürmek zorundadır. Ancak, uygulamada Avam Kamarasından ayrılmak isteyen üye, Taç'a bağlı bir görev kabul etmekte ve Yasama meclisi üyeliği ile bağdaşmayan bu görevden ötürü milletvekilliği sona ermektedir.⁷

Seçilmeye engel bir suçtan hüküm giyme, sık görülen bir başka düşme nedenidir. Ancak, böyle bir hüküm giyme, kimi ülkelerde kendiliğinden düşmeye yol açarken, kimilerinde yasama meclisinin kararı gerekmektedir.⁸ Örneğin, Finlandiya'da bir üyenin bu tür mahkûmiyetten ötürü üyeliğinin düşmesi için, Meclisin (Eduskunta) 5/6 çoğunlukla karar vermesi gerekir.⁹

Rastlanabilecek bir başka düşme nedeni, akıl hastalığıdır. Örneğin, İngiltere'de bir parlamenterin, akıl hastalığı nedeniyle hastaneye yatması gerektiğinde, bu durum meclisi başkanına bildirilir ve altı ay sonra parlamenter aynı hastalıktan ötürü hâlâ hastanede kalmak mecburiyetinde ise, üyeliği düşmüş olur.¹⁰

Yasama meclisi çalışmalarına izinsiz veya özürsüz katılmamak da üyeliğin düşme nedenleri arasındadır. Düşmeye yol açacak olan devamsızlık süresi, kuşku yok ki, ülkeden ülkeye değişmektedir. Bu süre, Avustralya'da 2 ay iken, Avusturya'da 30 gün, Tanzanya'da ise 3 birleşimdir.¹¹

Yasama meclisi üyeliği ile bağdaşmayan bir başka görevde bulunmak da sık görülen düşme nedenleri arasında yer alır. Bağdaşmayan görev kavramı, herşeyden önce kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir sonucu olarak değerlendirilebilir. Gerçekten, yasama meclisi üyelerinin, yürütme organı içinde bir görev almaları, onları hem ekonomik, hem idari açıdan hükümete bağımlı hale getirebilir ki; bunun yasama meclislerinin yürütme organını denetleme işlevini olumsuz bir biçimde etkileyeceği açıktır.¹² Bir başka deyişle, bağdaşmazlık ilkesi ile, yasama meclisi üyelerinin işlevlerini yerine getirirken bağımsızlıklarının korunması amaçlanmaktadır. Bu bağlamda, yasama meclisi üyelerinin yürütme organı içindeki herhangi bir idarî birimde veya yargı organında görev almamaları istenmektedir.¹³ Ancak, bazı ülkelerde yasama meclisi üyeliği

6 **Parliaments of the World (1986):** s. 106.

7 BOULTON, C.J. (Editör): **Ersine May's Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament**, Twenty-first Ed., London 1989, s. 50-52; TEZİÇ, Erdoğan: **Anayasa Hukuku**, İstanbul 1996, s. 224, dipnot 8.

8 **Parliaments of the World (1986):** s. 104-105.

9 **Parliaments of the World (1986):** s. 116-117.

10 DE SMITH, S.A.: **Constitutional and Administrative Law**, Third Ed., Penguin Books, Middlesex 1978, s. 242.

11 **Parliaments of the World (1986):** s. 104, 108-109.

12 **Parliaments of the World (1986):** s. 67.

13 Çeşitli ülkelerde hangi işlerin yasama meclisi üyeliği ile bağdaşmadığını gösterir bir tablo

ile yerel yönetim temsilciliğinin bağdaşabildiğini görüyoruz.¹⁴ Buna karşılık, kimi ülkelerde ise yasama meclisi üyeliği, bakanlar kurulu üyeliğiyle bile bağdaşmamaktadır. Bu tür bir bağdaşmazlık, Amerika Birleşik Devletleri gibi başkanlık sisteminin söz konusu olduğu bir ülkede, sistemin doğal bir sonucu olarak değerlendirilebilir de; aynı değerlendirmeyi, benzer bağdaşmazlığın görüldüğü, parlamenter sistemle yönetilen ülkeler için yapabilmek kolay değildir. Örneğin, parlamenter sisteme sahip olan Hollanda, Norveç ve İsveç’te parlamenterlik ile bakanlık bağdaşmamaktadır.¹⁵ Buna karşılık, parlamenter sistemin tipik örneğini oluşturan İngiltere’de ise gelenekler uyarınca, başbakan ve bakanların mutlaka parlamenter olmaları gerekmektedir.¹⁶ Bir yarı-başkanlık sistemi örneği olan Fransa’ya gelince, bu ülkede de bir parlamenterin, bakan olduğu takdirde parlamenteliği sona ermektedir.¹⁷ Nihayet, daha farklı bir bağdaşmazlık nedeni, çift meclis sisteminin bulunduğu ülkelerde görülmektedir. Bu ülkelerde, 1961 Anayasası döneminde bizde de görüldüğü gibi,¹⁸ bir kişi aynı anda iki meclis üyeliğine birden sahip olamamaktadır.¹⁹

Ülkelerin çoğunda rastlanan bu düşme nedenlerinin yanında, daha az karşılaşılan başka bazı düşme nedenleri de söz konusu olabilir. Örneğin, Portekiz’de bir milletvekilinin partisinden istifa ederek başka bir partiye geçmesi, milletvekilliğinin düşmesi nedeni olarak öngörülmüştür.²⁰ Tayland’da ise, bir milletvekilinin, mensup olduğu siyasal parti üyeliğini herhangi bir nedenle

için, bkz. **Parliaments of the World** (1986): s. 68, 70-101. Ayrıca, İngiltere’de Avam Kamarası üyeliğiyle bağdaşmayan işler için. bkz. House of Commons Disqualification Act 1975; POLLARD, David-HUGHES, David: **Constitutional and Administrative Law, Text and Materials**, Butterworths, 1990, s. 159-161.

14 **Parliaments of the World** (1986): s. 69.

15 **Parliaments of the World** (1986): s. 69.

16 DE SMITH (1978): S. 243.

17 1958 tarihli Beşinci Fransız Cumhuriyeti Anayasası, Madde 23.

18 1961 Anayasanın, üyelikle bağdaşmayan işleri düzenleyen 78. maddesinin ilk fıkrasında, iki meclis üyeliğinin bir kişide birleşmeyeceği öngörülmüyordu. Bu nedenle, milletvekili iken senatör, senatör iken milletvekili olanların eski görevlerinden istifa etmeleri gerekiyordu. Örneğin, Malatya Milletvekili İsmet İnönü, 1961 Anayasasının 70. maddesinin verdiği hakkı kullanıp eski Cumhurbaşkanı sıfatıyla Cumhuriyet Senatosu üyeliğine geçince, 15. 11. 1972 tarihinde milletvekilliğinden istifa etmişti (MMTD; Dönem 3, C. 29, s. 40-41). Aynı şekilde, Cumhuriyet Senatosunun Cumhurbaşkanı seçilen üyelerinden Sadı Koçş, 12 Ekim 1969 tarihinde Konya’da milletvekili seçilince, Cumhuriyet Senatosu’ndan istifa etmişti (CSTD, 1969, C. 53, s. 606).

19 Bu tür bağdaşmazlık, yakın zamana kadar İngiltere’de ciddi bir soruna yol açabilmekteydi. Gerçekten, babası Lordlar Kamarası üyesi olan bir milletvekili, babasının ölümü ile otomatik bir biçimde Lord ünvanını kazanınca, Avam Kamarası o kişinin milletvekilliğini düşürüyordu. Bu nedenle, bu tür babadan çocuğa geçen Lordluk ünvanını reddetmenin mümkün olmadığı yıllarda, Lord olmak istemediği halde babasının ölümüyle Lord olan bir milletvekili için yapacak bir şey kalmıyordu. Nitekim, böyle bir durumla karşı karşıya kalınca milletvekilliği düşürülen, fakat katıldığı ara seçimde yeniden seçilen Bristol Milletvekili Anthony Wedgwood Benn, ancak isteyene Lordluk ünvanını reddetme hakkını tanıyan 1963 tarihli bir Kanunun (Peerage Act) kabul edilmesinden sonradır ki, bu Kanunun getirdiği söz konusu yeni imkânı kullanmış ve Avam Kamarası üyeliğini koruyabilmiştir (DE SMITH-1978- : s. 346, dipnot 52).

20 Bkz. Portekiz Anayasasının 163. maddesinin I. fıkrasının (C) bendi.

1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi

kaybetmesi ve 60 gün içinde yeni bir parti üyeliğine sahip olamaması durumunda milletvekilliği düşmektedir.²¹ Federal Almanya'da Anayasa Mahkemesince kapatılan bir siyasal parti üyesi olmak, milletvekilliğinin düşmesine yol açmaktadır.²² Yeni seçilen bir yasama meclisi üyesinin göreve başlarken usulüne uygun ant içmemesi veya içtiği anda bağlı kalmaması da bazı ülkelerde üyeliğin düşmesi nedenleri arasında yer almıştır.²³ Nihayet, Japonya'da yasama meclisinin çalışma düzenini bozma da bir düşme nedeni olarak öngörülmüştür.²⁴

Buraya kadar değinilen değişik düşme nedenlerinin ortaya çıkması durumunda izlenecek yöntem de, doğaldır ki ülkeden ülkeye değişen bir nitelik göstermektedir. Milletvekilinin seçilmeye engel bir suçtan hüküm giymesi veya kısıtlanması gibi bazı nedenler, kimi ülkelerde kendiliğinden milletvekilliğinin düşmesine yol açarken, kimilerinde üyeliğin düşmesi için her durumda mutlaka bir meclis kararı gerekmektedir. Meclis kararının gerektiği durumlarda, üyeliğin düşmesi için aranan yeter sayı da ülkeden ülkeye değişmektedir. Örneğin, bu yetersayı, Finlandiya'da 5/6, Amerika Birleşik Devletleri, İsrail, Japonya ve Filipinler'de 2/3'dir. Üyeliğin düşürülmesinde daha farklı bir yöntem örneği Avusturya'dan getirilebilir. Gerçekten, bu ülkede bir parlamenterin düşürülmesini yasama organı basit çoğunlukla karara bağlarsa da, bu kararın Anayasa Mahkemesi'nce onanması gerekir.²⁵ Federal Almanya'da da nisbeten farklı bir yöntemin uygulandığı söylenebilir. Çünkü Almanya'da yasama meclisi üyeliğinin düşürülmesine Federal Meclis Bundestag'm bir organı olan Yaşlılar Konseyi (Aeltestenrat) karar vermektedir.²⁶ Bu Konsey, Meclis Başkanı, Başkan Vekilleri ve Federal Meclisin 23 üyesinden oluşan sürekli bir organ olup, Federal Meclis Başkanı ile parti grupları arasında bir tür iletişimi sağlar. Meclis çalışmalarında ortaya çıkan, özellikle usule ilişkin çekişmeleri de çözüme kavuşturur.

II. 1982 ANAYASASININ İLK ŞEKLİNE GÖRE MİLLETVEKİLLİĞİNİN DÜŞMESİ

Çeşitli ülkelerde görülen ve yukarıda değindiğimiz düşme nedenlerinin çoğuna 1982 Anayasasında da yer verilmiştir. Ancak, 1982 Anayasasında 23.7.1995 tarih ve 4121 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler sırasında, milletvekilliğinin düşmesini düzenleyen 84. maddede de geniş ölçüde değişikliğe

21 **Parliaments of the World** (1986): s. 105, 130-131

22 Federal Almanya Cumhuriyeti Seçim Kanununun 46/4 maddesi uyarınca, Federal Anayasa Mahkemesince kapatılan bir siyasal partinin, kapatma davasının açıldığı tarihle, kapatma kararının açıklandığı tarihler arasında üyesi olan milletvekillerinin milletvekillikleri kendiliğinden sona erer.

23 Örneğin, Avusturya'da andiçme töreninde yer almayan, Kanada'da içtiği anda sadık kalmayan bir üyenin üyeliği düşürülebilmektedir (**Parliaments of the World**-1986-: s. 108-109, 110-111).

24 **Parliaments of the World** (1986): s. 120-121.

25 **Parliaments of the World** (1986): s. 105, 108-109, 118-119.

26 **Parliaments of the World** (1986): s. 105, 108-109, 118-119.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

gidilerek, bazı düşme nedenleri Anayasadan tümüyle çıkarılmış, bazılarının ise düşmeye yol açma yöntemi değiştirilmiştir. Gerçekten, 1982 Anayasasının milletvekilliğinin düşmesini düzenleyen 84. maddesinde, söz konusu değişiklikten önce,

“İstifa eden, Türkiye Büyük Millet Meclisine seçilmeye engel bir suçtan dolayı hüküm giyen, kısıtlanan, partisinden istifa ederek; başka bir partiye giren veya seçim hükümetleri hariç Bakanlar Kurulunda görev alan, üyelikle bağdaşmayan bir hizmet kabul eden, Meclis çalışmalarına özürsüz olarak bir ay içinde toplam beş birleşim günü katılmayanların üyeliğinin düşmesine, üye tam sayısının salt çoğunluğu ile karar verilir.

Partisinden istifa eden milletvekili bir sonraki seçimde, istifa tarihinde mevcut herhangi bir partinin genel merkez organlarınca aday gösterilemez.

Anayasa Mahkemesinin kararında partinin kapatılmasına eylem ve sözleri ile sebebiyet verdiği belirtilen milletvekilinin üyeliği ile temelli olarak kapatılan siyasi partinin, kapatılmasına ilişkin davanın açıldığı tarihte, parti üyesi olan diğer milletvekillerinin üyeliği, kapatma, kararının Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına tebliğ edildiği tarihte sona erer”

denilmektedir.

Sözü edilen değişiklikle, “bir milletvekilinin partisinden istifa ederek, başka bir partiye girmesi veya seçim hükümetleri hariç Bakanlar Kurulunda görev alması” durumu, milletvekilliğinin düşmesi nedenleri arasından çıkarılmıştır. Böylece, Anayasanın çok eleştirilen noktalarından birine son verilmiş bulunmaktadır.

1982 Anayasasının ilk şeklinde yer alan bu düşme nedeni ile, Anayasa koyucunun, yasama dönemi içinde milletvekillerinin çeşitli nedenlerle parti değiştirmeleri yüzünden iktidardaki partinin çoğunluğu kaybetmesini ve buna bağlı olarak hükümet krizlerinin ortaya çıkmasını önlemek istediği anlaşılmaktadır. Nitekim maddenin gerekçesinde,

“Ayrıca 1961 Anayasasının 1980 yıllarından önceki uygulamalarında topluca bir partiden istifa ederek bir başka partiye girme ve bu suretle iktidar değişikliklerine neden olma göz önünde bulundurularak bu gibi dalgalanmaların önlenmesi için partisinden istifa eden milletvekilinin üyeliklerini bağımsız sürdürebilecekleri esası getirilmiştir”

denerek, bu husus açıkça belirtilmekteydi.²⁷ Madde metninin Danışma Meclisinde görüşülmesi sırasında bazı üyelerin daha da katı bir düzenleme istediklerini ve partisinden istifa etmiş olan milletvekillerinin başka bir partiye girmemiş olsalar bile, milletvekilliklerinin düşmesini önerdiklerini görüyoruz.²⁸

27 Danışma Meclisi Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu, 1/463, s. 84.

28 Bu konudaki öneriler için, bkz. Danışma Meclisinin 31.8.1982 tarihli 139. Birleşim Tutanağı,

1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi

Ancak, Danışma Meclisi, istifa eden üyenin başka partiye girmesini veya Bakanlar Kurulunda görev almasını yasaklamakla yetinmiş ve

“Partisinden istifa eden milletvekili, o seçim dönemi içinde ancak bağımsız olarak üyeliğini sürdürebilir; bir başka partiye girmesi veya Bakanlar Kurulunda görev alması hallerinde üyeliği sona erer”

hükmünü getirmişti.²⁹ Daha sonra Millî Güvenlik Konseyinin madde metninde yaptığı değişiklik üzerine, 1982 Anayasasının ilk şeklindeki düzenleme ortaya çıkmış oluyordu. Böylece, partisinden istifa eden milletvekili başka bir partiye girer veya seçim hükümetleri hariç, Bakanlar Kurulunda görev alırsa,³⁰ milletvekilliği TBMM’nin kararıyla düşürülebilecek demektir.

Kanımızca, 1982 Anayasasında böyle bir düşme nedeninin yer alması isabetli olmamıştır. Her ne kadar, günümüzde özellikle parlamenter sistemin söz konusu olduğu ülkelerde siyasal partilerin önemi inkâr edilemez ve seçmenlerin oylarını adaylardan çok, onların listesinde yer almış oldukları siyasal partilere verdikleri bilinen bir gerçek ise de; bu durum, milletvekillerinin, partinin bir neferi oldukları, her koşulda seçildikleri partide kalmaları ve bir başka partiye geçememeleri anlamına gelmemelidir. Gerçekten, bir milletvekili zaman içinde, partisinden izlediği politikayı beğenmeyebilir ve ortaya çıkan çeşitli olaylardan sonra kendi düşüncelerinin bir başka partiye daha yakın olduğunu farkedebilir. Böyle bir durumda, milletvekilinin partisinden istifa edip, düşüncelerine daha yakın bulduğu o siyasal partiye geçmesini yasaklamanın, demokratik olmayacağı açıktır. Ayrıca, unutulmamalıdır ki, Anayasanın 80. maddesi uyarınca “milletvekilleri, seçildikleri bölgeyi veya kendilerini seçenleri değil, bütün Milleti temsil ederler.” Bu nedenle, bir milletvekilinin partisinden istifa edip başka bir partiye geçtiği zaman üyeliğinin düşürülmesini, kendisine oy vermiş olan seçmenlere karşı vefasızlığının bir yaptırımını olarak açıklayabilmek de mümkün değildir.

Kaldı ki, sözkonusu düzenleme, ister daha önceki düşünceleri değiştirdiği için, ister daha iyi bir politik gelecek beklediği için, ister partisinden izlediği politikayı benimsemediği için, hatta isterse bazı menfaatler sağlandığı için olsun, partisinden ayrılıp başka partiye geçmeye kararlı milletvekillerinin, bu kararlarını gerçekleştirmelerini önlemeye yeterli de değildi. Herşeyden önce, bir milletvekilinin bir başka parti ile birlikte hareket edebilmesi için, mutlaka o partinin üyesi olmasına gerek yoktu. ÖZBUDUN’un da işaret ettiği gibi,

DMTD, C. 9, s. 205-222.

29 Bkz. Danışma Meclisinin kabul ettiği Anayasa Metni, madde 92, **Danışma Meclisi Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu**, 1/463, s. 131-132.

30 1982 Anayasasında böyle bir kurala yer verilmesi, büyük ölçüde, 1977 yılının sonlarında Adalet Partisinden ayrılan 11 milletvekilinin, Demirel Hükümetinin 31.12.1977 tarihinde gensoru sonucu 218’e karşı 228 oyla düşürülmesinde dönemin Anamuhalefet Partisi CHP ile birlikte hareket etmeleri ve daha sonra biri hariç hepsinin Ecevit tarafından kurulan Hükümette bakan olmalarına karşı Anayasa Koyucunun bir tepkisi olarak değerlendirilebilir.

bu işbirliğini, pekala kendi partisinden ayrılmadan veya ayrılıp bağımsız bir milletvekili olarak da sürdürülebilirdi.³¹ Ayrılmadan başka bir parti ile söz konusu olabilecek böyle bir işbirliği üzerine, partinin yapabileceği en ağır uygulama, o milletvekilini ihraç etmektir.³² Ne var ki, bu yaptırım, bir bakıma milletvekilinin işine yaracaktı; çünkü, Anayasanın 84. maddesinde, partisinden ihraç edilmiş bir milletvekilinin başka bir partiye girmesini engelleyen hiç bir hüküm yoktu.³³ Aynı şekilde, partisinden ayrılan ve hukuken bağımsız olan bir milletvekilinin, fiilen bir başka partinin üyesiymiş gibi, her oylamada o partiyle birlikte hareket etmesini engelleyecek bir hüküm de mevcut değildi.³⁴

Anayasa, “partisinden istifa ederek” dediğine göre, partinin kendisini feshetmesi (22.4.1983 tarih ve 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanununun 109. maddesindeki ifade ile “kapanması”na karar vermesi) durumunda, bir istifa söz konusu olmayacaktı ve bu nedenle, kapanma kararı almış olan bir partiye mensup milletvekillerinin başka bir siyasal partiye geçmelerine de engel kalmayacaktı. Nitekim, T.B.M.M.’nin 17. Döneminde mevcut siyasal partilerden Milliyetçi Demokrasi Partisi (MDP), 4.5.1986 tarihinde kapanma kararı aldığı için hukukî varlığı sona erince, bu partiye mensup olan bazı milletvekilleri, başka siyasal partilere geçmişlerdi.³⁵ Aynı şekilde, MDP’nin kapanması üzerine bazı milletvekillerinin 9.5.1986 tarihinde kurdukları Hür Demokrat Parti

31 ÖZBUDUN, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 1993, s. 254.

32 Bir milletvekilinin partisinden istifa etmediği halde bir başka partiyi destekleme durumuna, Anayasa Tasarısının Danışma Meclisinde görüşülmesi sırasında Anayasa Komisyonu adına konuşan Kemal Dal da değiniyor ve

“Bir partiye mensup olup da bir başka partiyi devamlı destekleyen, mecliste onun lehine oy kullanan milletvekili için parti içi bir disiplin vardır. Kendi partisi gerekli disiplin kovuşturmasını yapacaktır...” diyordu (DMTD, C. 9, s. 218).

33 Nitekim, TBMM Başkanlık Divanı ve TBMM Anayasa ve Adalet Komisyonu Üyelerinden Kurulu Karma Komisyon, 1.11.1985 tarihinde Halkçı Parti’den kesin ihraç edilmiş olan Kırklareli Milletvekili Şükrü Babacan’ın 20.1.1986 tarihinde DSP’ye üye olmasının 84. madde kapsamına girmediğine karar vermişlerdir (bkz. TBMM Dönem 17, S. Sayısı 546, s. 10. -Komisyon Raporu TBMM Genel Kurulunda görüşülmediği için, adı geçen S. Sayısı 546, Tutanak Dergisinde yer almamıştır-).

34 Partisinden istifa edip bağımsız olan bir milletvekilinin, başka bir partiyi desteklemesini önlemek amacıyla. Anayasa Tasarısının Danışma Meclisinde görüşülmesi sırasında, üyelerden Kâzım Öztürk

“Partisinden istifa eden milletvekili, o seçim dönemi içinde ancak, bağımsız olarak ve bütün oylamalarda çekimser oy kullanması şartıyla üyeliğini sürdürebilir...” şeklinde bir değişiklik önermekteydi (DMTD, C.9, s. 206). Ancak, milletvekilinin oyuna bu tür bir ipotek koyup, onun işlevini sınırlandırmanın, temsili sistemle bağdaşmayacağı açıktı. Nitekim, Anayasa Komisyonu da bu gerekçeyle, söz konusu önergeye katılmamıştı (DMTD, C. 9, s. 218).

35 T.B.M.M. Başkanlık Divanı ve TBMM Anayasa ve Adalet Komisyonu Üyelerinden Kurulu Karma Komisyon, kapanma kararı alan MDP’nin bağımsız hale gelen üyelerinin, partilerinden istifa etmeleri söz konusu olmadığından, 84. madde kapsamına girmediklerine karar vermişlerdir (bkz. TBMM Dönem 17, S. Sayısı 547, s. 2, 20-23. -Komisyon Raporu üzerinde TBMM Genel Kurulunda görüşme açılmadığı için, adı geçen S. Sayısı 547, Tutanak Dergisinde yer almamıştır-).

(HDP) de 30.11.1986 tarihinde kapanma kararı alınca, bu partiye mensup milletvekillerinin bir kısmı da başka siyasal partilere girmişlerdi.

84. maddede dikkat çeken bir başka husus, üyeliğin düşmesine yol açan olayın, bir milletvekilinin partisinden istifa edip başka bir partiye girmesidir. Böyle olunca, istifa etmiş olan milletvekili (veya milletvekilleri) mevcut bir başka partiye girmiyor da, yeni bir parti kuruyorsa, bu durumun üyeliği düşürmemesi gerekirdi. Gerçekten, bu söylediğimizde, bir partinin, şu veya bu nedenlerle bir başka partiye mensup milletvekillerini kendi saflarına çekme çabası değil; siyasal hayatta o ana kadar mevcut olmayan yepyeni bir partinin kurulması söz konusudur. Bu nedenle, bir partinin başka bir partinin milletvekillerini kendi partisine çekmesini önleme amacını güden 84. madde hükmünden, bir partiden ayrılmış olan milletvekillerinin yeni bir parti de kuramayacakları anlamını çıkarabilmemiz mümkün değildi.³⁶

84. maddenin, bir siyasal partinin bir başka partiye katılmasını veya iki siyasal partinin birleşerek yeni bir parti oluşturmalarını da engellememesi gerekirdi. Çünkü, böyle bir durumda, bir partinin bazı milletvekilleri partilerinin hukukî varlığı devam ettiği halde, ondan ayrılıp başka bir partiye geçmemekte; aksine, partinin yetkili organları kendi varlıklarına son verip, başka bir partiye katılma kararı almaktaydı. İki partinin birleşip, yeni bir parti oluşturmaları halinde de aynı şey söz konusuydu. Nitekim, TBMM'nin 17. Döneminde mevcut siyasal partilerden Halkçı Parti'nin, tüzük, program, isim ve amblem değiştirerek, kendisine Sosyal Demokrat Parti (SODEP)'in de katılımıyla 3.11.1985 tarihinde Sosyaldemokrat Halkçı Parti (SHP) haline dönüşmesini, TBMM Başkanlık Divanı, TBMM Anayasa ve Adalet Komisyonları Üyelerinden Kurulu Karma Komisyon ve Genel Kurulu, Anayasanın 84. maddesinin kapsamı içinde görmemişlerdi.³⁷

Partisinden ayrılan milletvekillerinin yeni bir parti kurması, kapanma kararı alan bir partiye mensup milletvekillerinin başka bir partiye girmesi ve bir

36 Nitekim, bu sorun Anayasa Tasarısının Danışma Meclisinde görüşülmesi sırasında üyelerden Salih İnal ve A. Avni Şahin tarafından dile getirildiğinde, Anayasa Komisyonu adına konuşan Kemal Dal da,

"Kapatılmayan bir partinin milletvekili istifa ettiği takdirde, bizim getirdiğimiz düzenlemeye göre, sadece milletvekili olduğu dönemde bir başka partiye girdiği takdirde milletvekili sıfatı ortadan kalkar. Bakan olduğu takdirde milletvekili sıfatı ortadan kalkacaktır; ama yeni parti kurmasıyla ilgili bizim getirdiğimiz düzenlemede bir önlem yoktur" diyordu (DMTD. C.9, s. 214-215).

TBMM Anayasa ve Adalet Komisyonları Üyelerinden Kurulu Karma Komisyon da. Halkçı Parti'den istifa ederek Demokratik Sol Parti (DSP)'nin kurucuları arasında yer alan milletvekillerinin 84. madde kapsamına girmediklerine karar vermişti (bkz. TBMM Dönem 17. S. Sayısı 546, s. 4-9. -Komisyon Raporu üzerinde TBMM Genel Kurulunda görüşme açılmadığı için, adı geçen S. Sayısı 546, Tutanak Dergisinde yer almamıştır-).

37 Bkz. TBMMTD, Dönem 17, C. 32, s. 538-543 ve 543. sahifenin sonuna ekli S. Sayısı 472. SHP'nin oluşumuna 84. maddenin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin TBMM Genel Kurulunda daha önce yapılan görüşmeler için bkz. TBMMTD, Dönem 17, C. 20. s. 135-136; TBMMTD, Dönem 17, C. 25, s. 12-13; TBMMTD, Dönem 17, C. 27, s. 24-26.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

partinin başka bir partiyle birleşmesi, 84. madde kapsamında görülme- yince; partilerinden ayrılıp mevcut başka bir partiye girmekte kararlı olan milletve- killerinin, 84. madde kapsamı içinde görülmeyen bu yolları izleyerek, iste- dikleri sonuca ulaşabilmeleri de mümkün olabilmekteydi. Gerçekten, uygula- mada parti değiştirmek isteyen milletvekillerinin, partilerinden ayrılıp, önce bir “ara-parti” kurdukları; çok kısa bir süre sonra da, ya bu partiyi feshedip bağımsız milletvekili sıfatıyla istedikleri partiye girdikleri, ya da kurdukları ara-partinin girmek istedikleri partiyle birleşmesine karar verdikleri göröl- mekteydi. Örneğin, TBMM’nin 17. Döneminde, aralarında SHP’den ayrılan 20 milletvekilinin de bulunduğu 36 kurucu üye, 26.12.1986 tarihinde “Halk Par- tisi” adında yeni bir parti kurmuşlar, 29.12.1986 tarihinde ise söz konusu ku- rucular, partinin kapanmasına karar verince, kapanan partinin bağımsız hale gelen milletvekilleri, 30.12.1986 tarihinde DSP’e katılmışlardı.³⁸ Gerek mil- letvekillerinin partilerinden ayrılıp yeni bir parti kurmaları, gerek kapanan partinin milletvekillerinin başka bir partiye girmeleri, 84. madde kapsamında sayılmadığından, bu olayda herşey görünüşte yasalara uygun bir biçimde ge- lişmişti. Her ne kadar, Cumhuriyet Başsavcılığı bu olayda kanuna karşı hile olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurup, söz konusu ara-parti ko- numundaki Halk Partisi’nin tüzel kişilik kazanmamış sayılmasının tesbitini istemişse de; Anayasa Mahkemesi,

“...partilerin kurulma ve kapatılma esaslarının Anayasa ve kanunlarla belir- tilmiş olması, Anayasa’nın parti kuruluşunda bildirim sistemini benimse- mesi, belli objektif koşulların gerçekleşmesi durumu gözönüne alındığında kurucularının, kuruluş bildirisini İçişleri Bakanlığı’na verdikleri 26.12.1986 gününde Halk Partisi tüzel kişilik kazanmıştır”

gerekçesiyle, bu İstemi reddetmişti.³⁹ Basında “hülle partisi” denen⁴⁰ bu tür ara-partiler kurmak yoluyla milletvekillerinin parti değiştirmeleri sonraki yıl- larda da, artarak devam etmişti.⁴¹

38 AMKD, Sayı 23, s. 454-455.

39 Anayasa Mahkemesinin, 2.6.1987 gün ve E. 1987/1 (Müteferrik), K. 1987/2 sayılı Kararı, AMKD, Sayı 23, s. 444-461.

40 Bu konuda bkz. Milliyet Gazetesi köşe yazarlarından Yavuz DONAT’ın “Anayasal Zorunluluk Partisi (AZAP)” başlıklı yazısı. Milliyet Gazetesi, 26 Eylül 1992, s. 2. SOYSAL, Mümtaz: 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 10. Baskı için 1995 Anayasa Değişikliklerine İlişkin Parasız Ek, s. 13.

41 Örneğin, 18. Dönemde, Anavatan Partisinden çeşitli tarihlerde ayrılmış olan 5 milletvekili 14.11.1990 tarihinde kurulan Demokratik Mücadele Partisinin kurucuları arasında yer almış ve bu milletvekilleri, 7.12.1990 tarihinde Demokratik Mücadele Partisinin, Doğru Yol Parti- sine katılma kararı alması üzerine, tarihinde DYP’e girmişlerdi.

19. Dönemde, 15.11.1991 tarihinde Refah Partisinden istifa eden 19 milletvekili 25.12.1991 tarihinde Demokratik Hareket Partisini kurmuşlar, 27.12.1991 tarihinde bu partinin kapan- ma kararı alması üzerine 19 milletvekili Milliyetçi Çalışma Partisine geçmişlerdi. 24.1.1993 tarihinde de MÇP, Milliyetçi Hareket Partisi (MHP) adını almıştır. MÇP’den ayrılan 6 mil- letvekili bağımsız olmuşlar; tarihinde de Büyük Birlik Partisinin kurucuları arasında yer almışlardı.

1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi

Bir milletvekilinin partisinden istifa ederek başka bir partiye girmesi ile ilgili son bir soruna gelince; 84 maddede, böyle bir durumda TBMM'nin üyeliğinin düşmesine üye tam sayısının salt çoğunluğu ile karar verebileceği öngörüldüğünden, yasama çoğunluğunu elinde bulunduran bir partiden ayrılıp başka bir partiye geçen milletvekili için bu karar kolaylıkla verilebilecek; buna karşılık, çoğunluk partisine geçen bir milletvekili söz konusu olduğunda, düşme kararı büyük bir ihtimalle verilmeyecekti.⁴²

ÖZBUDUN'un da dediği gibi, bu tür bir uygulama, kuşkusuz ki demokratik rejimin saygınlığına milletvekili transferlerinden çok daha fazla gölge düşürecekti.⁴³ Benzer sakınca, partisinden istifa edip, Bakanlar Kurulunda görev alan milletvekilleri için de geçerli olabilirdi. Kaldı ki, TEZİÇ'in de işaret ettiği gibi, maddede "*partisinden istifa edip*" dendiğine göre, partisinden istifa etmeden Bakanlar Kurulunda görev alan bir milletvekili için bu maddeyi işletebilmek zaten mümkün olamayacaktı.⁴⁴

Değinen bütün bu sakıncalardan ve söz konusu düzenlemenin parti değiştirmeyi engelleyemediğini de gördükten sonra, 1995 yılında Anayasada yapılan değişiklikler sırasında, bu düşme nedeninin Anayasadan çıkarılması yerinde olmuştur diyebiliriz.⁴⁵

84. maddenin ilk şeklinde yer alan, ancak 23.7.1995 tarih ve 4121 sayılı Ka-

SHP'den ayrılan bazı milletvekilleri 26.6.1992 tarihinde Özgürlük ve Eşitlik Partisini kurmuşlar, 4.7.1992 tarihinde bu partinin kapanma kararı alması üzerine, 18 milletvekili 7.7.1992'de Halkın Emek Partisine katılmışlardı.

Refah Partisinden istifa eden 3 milletvekili 5.6.1992 tarihinde Birlik ve Barış Partisini kurmuşlar, daha sonra bu parti, Bayrak Partisi ve İslahatçı Demokrasi Partisi, "Millet Partisi" adı altında birleşmişlerdi. SHP'den ve DSP'den ayrılan milletvekili 24.9.1992 tarihinde Bütünleşme Partisini kurmuşlar, 25.9.1992 tarihinde Bütünleşme Partisini kurmuşlar, 25.9.1992 tarihinde bu partinin kapanma kararı alması üzerine aynı gün Cumhuriyet Halk Partisine (CHP) geçmişlerdi.

DSP'den ve ANAP'tan ayrılan iki milletvekili 5.3.1993 tarihinde Demokratik Katılım Partisini kurmuşlar, bu partinin 15.3.1993 tarihinde kapanma kararı alması üzerine SHP'e girmişlerdi. Doğru Yol Partisinden istifa eden bazı milletvekilleri 5.1.1994 tarihinde Türkiye İçin Birlik Partisini kurmuşlar; 6.1.1994'te bu Partinin kendini feshetmesiyle, ANAP'a katılmışlardı.

CHP'den istifa eden bazı milletvekilleri 18.3.1994 tarihinde Sosyal Demokrat Partiyi kurmuşlar; 19.3.1994'te bu Parti fesholununca, SHP'ye katılmışlardı. ANAP'tan istifa eden 1 milletvekili, 14.6.1994 tarihinde Demokratik Hedef Partisinin kurucu üyesi oldu. 15.6.1994'te bu Parti kendisini feshedince, milletvekili MHP'ye katıldı.

SHP'den istifa eden bazı milletvekilleri 27.9.1994 tarihinde Solda Katılım Partisini kurdular; 29.9.1994'te bu Parti kendini feshedince, DSP'ye katıldılar. ANAP'tan ve SHP'den istifa eden birer milletvekili, 10.10.1994'te Millî İrade Partisini kurdular. Bu Parti aynı gün kendini kapatıp DYP'ye katılma kararı aldı (Kaynak: TBMM kayıtları).

42 Böyle bir ihtimale, anılarında EVKEN de işaret etmekteydi. Bkz. Kenan Evren'in Anıları, Milliyet Gazetesi, 10 Ocak 1991, s. 7.

43 ÖZBUDUN (1993): s. 255.

44 TEZİÇ, Erdoğan: **Anayasa Hukuku**, İstanbul 1991, s. 99, dipnot 1.

45 Aynı görüş için bkz. ÖZBUDUN, Ergim: **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, Ankara 1995, s. 253; SABUNCU, Yavuz: **Anayasa'ya Giriş**, Ankara 1996, s. 121.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

nunla geniş ölçüde değişikliğe uğrayan bir başka düşme nedeni ise, Anayasa Mahkemesince kapatılmış bir siyasal partiye mensup olan milletvekilleri ile ilgilidir. Maddenin değişiklikten önceki şeklinin son fıkrasında,

“Anayasa Mahkemesinin kararında partinin kapatılmasına eylem ve sözleri ile sebebiyet verdiği belirtilen milletvekilinin üyeliği ile temelli olarak kapatılan siyasi partinin, kapatılmasına ilişkin davanın açıldığı tarihte, parti üyesi olan diğer milletvekillerinin üyeliği, kapatma kararının Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına tebliğ edildiği tarihte sona erer”

denilmekteydi. Maddenin, yukarıda sözü geçen karnınla değiştirildikten sonra halen yürürlükte olan yeni şeklinde, bu düşme nedeninin, sadece partisinin temelli kapatılmasına beyan ve eylemleriyle sebep olduğu, Anayasa Mahkemesinin temelli kapatmaya ilişkin kesin kararında belirtilen milletvekilleriyle sınırlandırıldığı dikkate alındığında; eski düzenlemede yer alan düşme nedeninin, yenisine göre çok daha geniş olduğu açıktır. Gerçekten, eski düzenlemeye göre bir siyasal partinin kapatılmasına ilişkin karar TBMM Başkanlığına tebliğ edildiği tarihte, sadece eylem ve sözleriyle partinin kapatılmasına neden olan milletvekilinin veya milletvekillerinin değil, Anayasa Mahkemesinde kapatılmaya ilişkin davanın açıldığı tarihte parti üyesi olan bütün milletvekillerinin milletvekilliği kendiliğinden düşüyordu.⁴⁶ Oysa, 1982 Anayasası hazırlanırken Danışma Meclisinin kabul ettiği metinde, Anayasa Mahkemesince kapatılan bir partinin, sadece, eylem ve sözleriyle partinin kapatılmasına neden olan milletvekillerinin milletvekilliklerinin düşeceği; partinin kapatılmasında sorumluluğu bulunmayan milletvekillerinin ise, bağımsız olarak TBMM üyeliğini sürdürebilecekleri öngörülmüştü.⁴⁷ Ancak, Milli Güvenlik Konseyince maddenin kapsamı genişletilmiş ve kapatılan bir partinin, kapatılmaya ilişkin davanın açıldığı tarihte üyesi olan milletvekillerinin de milletvekilliklerinin sona ereceği hükme bağlanmıştı. Kanımızca, maddenin kapsamının Millî Güvenlik Konseyince genişletilmesi ve Anayasa Mahkemesince kapatılan bir siyasal partinin, sadece kapatılmada sorumluluğu bulunan milletvekillerinin değil; kapatılmaya ilişkin davanın açıldığı ta-

46 Yukarıda, çeşitli ülkelerdeki düşme nedenlerine değinilirken işaret edildiği gibi, 1982 Anayasasının değişiklikten önceki şeklinde öngörülen bu düşme nedeni, Federal Almanya’da halen mevcuttur. Bkz. yukarıda, dipnot 22.

47 Danışma Meclisinin kabul ettiği Anayasa metnin “üyeliğin düşmesi”ni düzenleyen 92. maddesinin son fıkrasında,

“Anayasa Mahkemesince kapatılan partinin, eylem ve sözleriyle kapatma kararında sorumlu görülen milletvekillerinin de üyelikleri, kapatma kararının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte sona erer: sorumlu görülmeyen milletvekilleri hakkında ikinci fıkra hükmü uygulanır”

denilmekteydi. Maddenin yollama yapılan ikinci fıkrasında ise,

“Partisinden istifa eden milletvekili, o seçim dönemi içinde ancak, bağımsız olarak üyeliğini sürdürebilir; bir başka partiye girmesi veya Bakanlar Kurulunda görev alması hallerinde üyeliği sona erer” hükmü yer almıştı (Danışma Meclisi Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu, 1/463. s. 132).

rihte üyesi olan diğer milletvekillerinin de milletvekilliklerinin düşeceğinin öngörülmesi isabetli olmamıştı. Her ne kadar, milletvekillerinin partilerine sahip çıkıp onun faaliyetlerini yakından izlemeleri, kapatılmasına yol açacak tutumlardan kaçınılmasını sağlamaya çalışmaları, eğer sağlayamıyorlarsa partiden ayrılmaları, aksi halde sorumluluğu paylaşmaları gerekeceği ileri sürülebilirse de;⁴⁸ bir siyasal partinin kapatılmasına yol açabilecek nedenleri dikkate aldığımızda, bu düşüncenin her zaman doğru olmayacağı ortaya çıkacaktır. Gerçekten, 22.4.1983 tarih ve 2820 sayılı “Siyasî Partiler Kanunu” incelendiğinde, bir partinin kapatılması hakkında dava açılmasına neden olabilecek olayların tümünün milletvekilleriince daha önceden bilinmesinin beklenemeyeceği görülecektir. Örneğin, bu Kanunun 102. maddesinde

“Siyasî partilerin denetimi ve faaliyetlerinin takibi hususlarında Cumhuriyet Başsavcılığının istediği bilgi ve belgeleri, belli edilen süre veya belli edilmemesi halinde makul süre içinde vermeyen siyasî partiye Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından ikinci bir yazı tebliğ olunur... Bu tebliğde bildirilecek süre içinde yine istek yerine getirilmez veya cevap verilmezse Cumhuriyet Başsavcılığı o siyasî partinin kapatılması için Anayasa Mahkemesinde resen dava açabilir”

denilmektedir. Parti yönetiminde yer almayan milletvekillerinin, Cumhuriyet Başsavcılığının partiden bazı bilgi veya belgeleri istediğini ve parti yetkililerinin bu isteği karşılamakta geciktiklerini mutlaka bilmeleri gerekeceği, sanırız savunulamaz. Buna rağmen, böyle bir durumda Anayasa Mahkemesi bu partinin kapatılmasına karar verirse, bu yazışmalardan hiç haberi olmayan milletvekillerinin de, dava açıldığı anda parti üyesi oldukları için, milletvekillikleri düşecek demektir. Aynı şekilde, Siyasî Partiler Kanununun 101. maddesinin I. fıkrasının 28.3.1986 tarih ve 3270 sayılı Kanunla değişik (d) bendinde, siyasal partinin bir üyesinin Siyasî Partiler Kanununun 4. Kısmında yer alan maddeler hükümlerine aykırı fiil ve konuşmalarından dolayı hüküm giymesi halinde Cumhuriyet Başsavcısının o üyenin partiden kesin olarak çıkarılmasını isteyebileceği; bu istek yerine getirilmezse, Cumhuriyet Başsavcısının söz konusu siyasal partinin kapatılması için dava açacağı öngörülmektedir. Parti yönetiminde yer almayan milletvekillerinin, partinin binlerce üyesinden birisi hakkında bu tür bir mahkûmiyet kararı verildiğini ve bunun üzerine Cumhuriyet Başsavcısının o üyenin partiden kesin ihracını istediğini mutlaka bilmeleri gerekeceği de sanırız ileri sürülemezdi.

48 Nitekim, Millî Güvenlik Konseyinin, maddede, kapatılan siyasal partiye kayıtlı milletvekillerinin de TBMM üyeliklerinin düşmesi yönünde yaptığı değişikliğin gerekçesinde, “... Anayasa Mahkemesince kapatılmasına karar verilen siyasî parti üyesi olan milletvekillerinin de üyeliğinin düşeceği hükmü getirilmek suretiyle parti üyesi olan milletvekillerinin parti yönetimi ile görevli olanlara, partinin kapatılmasına neden olabilecek davranışlarından kaçınmaları için uyarıda bulunmaları ve bu yönde daha dikkatli ve titiz davranmaları amaçlanmıştır”

denilmektedir (bkz. M.G.K.’nin 18.10.1982 tarihli 118. Birleşim Tutanağı sonuna ekli, S. Sayısı 450, s. 78, MGKTD, C. 7).

Kaldı ki, parti yönetiminin partinin kapatılmasına yol açabilecek olan tutumlarından haberdar olsalar bile, milletvekillerinin, partide kalmakla mutlaka bu tutumları benimsedikleri anlamını çıkarabilmek de kanımızca kolay değildir. Bazı milletvekillerinin, parti yönetiminin faaliyetlerini benimsemedikleri halde, partiden hemen istifa etmek yerine, yönetimi değiştirmek için çaba harcamak yolunu tercih edebileceklerini de gözden uzak tutmamak gerekir.⁴⁹

Ayrıca, GÖZÜBÜYÜK’ün de değindiği gibi, Anayasanın 84. maddesinin bir yandan milletvekillerinin parti değiştirmelerini yasaklıyor olması, öte yandan kapatılan bir siyasal partinin milletvekillerinin, partinin kapatılmasında sorumlulukları bulunmadığı halde, sadece dava açılmadan önce partiden ayrılmadıkları için milletvekilliklerinin düşeceğini öngörmesi, bir tür çelişkiye yol açmaktaydı.⁵⁰

Milletvekilliğinin bir partinin Anayasa Mahkemesince kapatılması nedeniyle düşmesi, süreç açısından da bazı sorunları davet eder nitelikteydi. Gerçekten, maddede, kapatma davasının açıldığı tarihte partisi üyesi olan bütün milletvekillerinin milletvekilliklerinin kapatma kararının TBMM Başkanlığına tebliğ edildiği tarihte sona ereceği öngörülmüştü. Bu durumda, milletvekilliğinin düşmesi için Meclisin bir karar almasına gerek olmadığı, yani üyeliğin kendiliğinden düşeceği, tartışmaya yer vermeyecek bir şekilde açıldı.⁵¹ Ancak, TBMM Başkanlığına tebliğ edilecek olan kapatma kararının niteliği tartışmaya yol açabilirdi. Bir başka deyişle, üyeliğin düşmesi için Meclis Başkanlığına gerekçeli kararın mı tebliğ edilmesi beklenenecekti, yoksa sadece hükmü içeren bir kısa karar da bu sonucu doğurabilecek miydi? Anayasanın 141. maddesinin üçüncü fıkrasında, bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olacağı belirtildiğinden, Meclis Başkanlığına tebliğ edilecek parti kapatma kararının da gerekçeli karar olması ve üyeliğin ancak bu tür bir karar üzerine düşebilmesi gerekir. Anayasanın 84. maddesinin incelediğimiz eski şeklinde, kararın Resmî Gazetede yayımlanmasından söz edilmediğine

49 GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: **Anayasa Hukuku**. Ankara 1991, s. 184.

50 GÖZÜBÜYÜK (1991): s. 184. Aynı doğrultuda ÖZBUDUN (1993): s. 256.

51 Ancak, Anayasa Mahkemesinin 14.07.1993 tarihinde Halkın Emek Partisini kapatmasından sonra. TBMM Başkanı Cindoruk, Anayasa Mahkemesinin kararında. eylem ve sözleriyle partinin kapatılmasına neden olduğu bildirilen Fehmi Işıklar’ın milletvekilliğinin kendiliğinden düşmeyeceğini, buna Meclisin karar vermesi gerektiğini savunuyordu (Bkz. Milliyet Gazetesi, 3 Eylül 1993, s. 9; Milliyet Gazetesi 3 Ekim 1993, s. 17). TBMM Başkanı Cindoruk, aynı doğrultuda 17.09.1993 tarih ve A.01 /635 sayılı Başkanlık yazısı ile mukteza tayini İçin Anayasa Komisyonuna başvurmuştu. Buna karşılık, Anayasa Komisyonu 11. M .1993 tarih ve A.01 /635-66 E., 1 K. sayılı Raporu ile “Anayasa’nın 84 ncü maddesinin son fıkrası gereğince Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı’nın sözü edilen Anayasa hükmü çerçevesinde, kendisine tebliğ edilen muhkem kaziye niteliğindeki Anayasa Mahkemesi kararlarının tenfizinde, takdir yetkisine değil sadece bağlı bir yetkiye sahip olduğu cihetle; böyle bir kararla milletvekilliği sona eren kişinin, milletvekilliği sıfatından doğan hak ve yetkilerinin ortadan kalkmasını sağlayıcı bütün işlemleri... Anayasa Mahkemesi kararı kendisine tebliğ edilir edilmez derhal yapmak zorunda olduğuna, bu konuda Anayasa Komisyonunun herhangi bir mukteza tayin etmesinin de... mümkün olmayacağına” karar vermişti.

1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi

göre, kanımızca böyle bir şartın aranması da gerekmeyecek, henüz Resmî Gazetede yayımlanmamış olsa bile, gerekçeli karar Meclis Başkanlığına tebliğ edildiğinde milletvekilliği kendiliğinden düşecekti.⁵² Ancak, kısa kararın bu tür bir sonuç doğuramaması gerekirdi.

Maddedeki “*davanın açıldığı tarihte, parti üyesi olan... milletvekilleri*” ibaresi de bazı sorunlara yol açabilecek nitelikteydi. Gerçekten, hakkında kapatma davası açılan siyasal partinin, davanın açılmasından bir iki gün gibi çok kısa bir süre önce istifa etmiş bazı milletvekillerinin istifalarını işleme sokmakta gecikmesi veya tam aksine siyasal partinin dava açıldıktan sonra yapılan bazı istifaları eski tarihle işleme koyup, kapatılma kararı verildiği takdirde o milletvekillerinin milletvekilliklerinin düşmesinin önüne geçebilmesi mümkün olabilirdi. İlk ihtimal milletvekillerinin çok olumsuz bir duruma sokulmasına, ikincisi ise kayırlmalarına yol açabilir, en azından tartışma nedeni olabilirdi.⁵³ Ayrıca, maddede, “*partinin kapatılmasına ilişkin davanın açıldığı tarihte parti üyesi olan diğer milletvekilleri*” dendiğine göre; davanın açılmasından sonra bazı milletvekillerinin partiden istifa etmeleri durumu değiştirmeyecek ve parti kapatılırsa, onların da milletvekilliği düşecekti.

Nihayet, 84. maddede kapatılan bir siyasal partinin, kapatılma davasının açıldığı tarihte üyesi olan bütün milletvekillerinin milletvekilliklerinin sona ereceği öngörüldüğü halde; 22.4.1983 tarih ve 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanununun 95. maddesinde, temelli kapatılan siyasal partilerin, kapatılma tarihinde üyeliği devam eden milletvekillerinin başka bir siyasal partinin kurucusu, yöneticisi ve denetçisi olamayacakları belirtilmekteydi.⁵⁴ Böylece, kapatılma davası açıldığı tarihte parti üyesi olan, ancak daha sonra partiden istifa eden bir milletvekilinin Anayasa uyarınca milletvekilliği yine de sona ereceği halde; aynı kişi, kapatılma tarihinden önce partiden istifa ettiği ve bu nedenle kapatılma tarihinde parti üyesi olmadığı için, Siyasî Partiler Kanununa göre başka bir partinin kurucusu, yöneticisi ve denetçisi olabilecekti. Böylece, Anayasanın öngördüğü yaptırım, kapatılma davasının açıldığı tarihte parti üyesi olan millet-

52 TBMM Başkanı Cindoruk, bu tür bir kararın Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra kesinlik kazanabileceğini (Milliyet Gazetesi, 25.07.1993, s. 11) ve ondan sonra üyeliğin düşmesine Meclis'in karar vereceğini savunuyordu (Milliyet Gazetesi 3.09.1993, s. 9). Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi Başkanı Özden ise, kısa kararın yeterli olduğunu belirtmekteydi (Cumhuriyet Gazetesi, 05.07.1994, s. 13).

53 Bu tür bir tartışma için bkz. Anayasa Mahkemesinin, Demokrasi Partisinin kapatılmasına ilişkin 16.6.1994 gün ve E. 1993/3 (Siyasî Parti Kapatma), K. 1994/2 sayılı Kararında yer alan, iki milletvekilinin dava açılmadan partiden istifa ettikleri, iki milletvekilinin de partiye kayıtlı olmadıkları tespitine karşı, H. Kılıç'ın Karşıoy Gerekçesi (AMKD, Sayı 30, 2. Cilt, s. 1215, 1227-1229).

54 22.4.1983 tarih ve 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanununun 95. maddesinin birinci fıkrasında, “*Temelli kapatılan siyasî partilerin kapatılma tarihinde üyeliği devam eden; kurucuları, genel başkanı, merkez karar ve yönetim kurulu ile her kademedeki yönetim ve disiplin kurulu üyeleri ve Türkiye Büyük Millet Meclisi siyasî parti grubu üyeleri başka bir siyasî partinin kurucusu, yöneticisi ve denetçisi olamazlar...*” denilmektedir.

vekillerine uygulandığı halde; Siyasî Partiler Kanununun öngördüğü yaptırım, kapatılma kararının verildiği tarihte parti üyeliği devam eden milletvekillerine uygulanıyor demektir. Bunun da çelişkili bir durum yaratacağı açıktır.

İşte, bütün bu hususlar dikkate alındığında, 84. maddenin eski şekline göre bir siyasal partinin kapatılması durumunda, sadece kapatılmaya neden olanların değil, partiye kayıtlı bütün milletvekillerinin milletvekilliklerinin düşüyor olması, kanımızca isabetli bir düzenleme değildi. Bu nedenle, söz konusu duruma son veren ve sadece beyan ve eylemleriyle partinin kapatılmasına neden olan milletvekillerinin milletvekilliklerinin düşeceğini öngören 1995 değişikliğini yerinde buluyoruz.

84. maddenin ilk şeklinde yer alan diğer düşme nedenlerine gelince, bunların “*istifa*”, “*Türkiye Büyük Millet Meclisine seçilmeye engel bir suçtan hüküm giyme*”, “*kısıtlanma*”, “*üyelikle bağdaşmayan bir hizmet kabul etme*” ve “*devamsızlık*” olduklarını görüyoruz. Ancak, Anayasa uyarınca, anılan nedenlerden ötürü bir milletvekilinin milletvekilliğinin düşmesine, TBMM’nin, üye tamsayısının salt çoğunluğuyla karar vermesi gerekiyordu ki, bu yetersayının sağlanabilmesinin kolay olmadığı açıktır. Aynı düşme nedenlerine 84. maddenin yeni şeklinde de yer verilmişse de, hemen aşağıda görüleceği gibi, bunların milletvekilliğinin düşmesine yol açma yönteminde eskisine göre önemli değişikliklere gidilmiş bulunmaktadır.

III. 1982 ANAYASASININ YENİ ŞEKLİNE GÖRE MİLLETVEKİLLİĞİNİN DÜŞMESİ

1982 Anayasasında milletvekilliğinin düşme nedenleri, esas itibarıyla 84. maddede düzenlenmektedir. Bu maddenin 23.7.1995 tarih ve 4121 sayılı kanunla yapılan değişiklikten sonraki şeklinde,

“İstifa eden milletvekilinin milletvekilliğinin düşmesi, istifanın geçerli olduğu Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlık Divanınca tespit edildikten sonra, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunca kararlaştırılır.

Milletvekilliğinin kesin hüküm giyme veya kısıtlanma halinde düşmesi, bu husustaki kesin mahkeme kararının Genel Kurula bildirilmesiyle olur.

82 nci maddeye göre milletvekilliğiyle bağdaşmayan bir görev veya hizmeti sürdürmekte ısrar eden milletvekilinin milletvekilliğinin düşmesine, yetkili komisyonun bu durumu tespit eden raporu üzerine Genel Kurul gizli oyla karar verir.

Meclis çalışmalarına özürsüz veya izinsiz olarak bir ay içerisinde toplam beş birleşim günü katılmayan milletvekilinin milletvekilliğinin düşmesine, durumun Meclis Başkanlık Divanınca tespit edilmesi üzerine, Genel Kurulca üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyuyla karar verilebilir.

1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi

Partisinin temelli kapatılmasına beyan ve eylemleriyle sebep olduğu Anayasa Mahkemesinin temelli kapatmaya ilişkin kesin kararında belirtilen milletvekilliğinin milletvekilliği, bu kararın Resmî Gazetede gerekçeli olarak yayımlandığı tarihte sona erer. Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı bu kararın gereğini derhal yerine getirip Genel Kurula bilgi sunar”.

denilmektedir.

Görüldüğü gibi, maddede, istifa, kesin hüküm giyme, kısıtlanma, milletvekilliğiyle bağdaşmayan bir görev veya hizmeti sürdürmekte ısrar etme, devamsızlık ve partisinin temelli kapatılmasına beyan ve eylemleriyle sebep olma, milletvekilliğinin düşme nedenleri olarak öngörülmektedir. Ayrıca, Cumhurbaşkanı seçilmek, Anayasanın 101. maddesi uyarınca milletvekilliğinin bir başka düşme nedenini oluşturmaktadır. Nihayet, düşme nedenleri arasında yer almasa da, milletvekili seçilme yeterliğini düzenleyen 76. maddede öngörülen Türk vatandaşı olma koşulundan hareketle, bu koşulun milletvekiliyken sona ermesi durumunun da, milletvekilliğinin sona erme nedeni olarak değerlendirilmesi gerekir.

Şimdi bu nedenleri ayrı ayrı ele alalım:

1) İstifa

Bir milletvekili, bazı kişisel veya siyasal nedenlerden ötürü milletvekilliğinden istifa etmek isteyebilir.⁵⁵ 1982 Anayasasından önce bir milletvekilinin

55 Örneğin, Seyhan Milletvekili S. Çam, “sıhhi durumunun yüksek yerlerde ve bu meyanda Ankara’da otumaklığına icabettirnesi yüzünden” 12 Aralık 1945 tarihinde milletvekilliğinden istifa etmişti (TBMMTD, Dönem VII, C. 20, s. 125). Edirne Milletvekili Mustafa Harmancı, “Üniversitedeki öğretim üyeliği görevine dönmeyi uygun bulduğu” için 31 Ağustos 1970 tarihinden geçerli olmak üzere milletvekilliğinden istifa ettiğini bildiriyordu (MMTD, Dönem 3, C. 9, s. 4). Siyasal tarihimizde «Dörtlü önerge» olarak anılan ve 7 Haziran 1945 tarihinde CHP Meclis Grubu Başkanlığına sunulan önergede imzası bulunanlardan, Adnan Menderes, Refik Koraltan ve Fuat Köprülü’nün Meclisteki tutum, davranış ve konuşmalarından ötürü CHP’den çıkarılmaları üzerine, önergeyi imzalayan dördüncü kişi olan İzmir Milletvekili Celal Bayar, milletvekilliğinden istifa ediyordu (TOKER, Metin: **Tek Partiden Çok Partiye 1944-1950**, Üçüncü Basım, Ankara 1990, s. 74-66; GOLOGLU, Mahmut: **Demokrasiye Geçiş 1946-1950**, İstanbul 1982, s. 34-36).

1961 Anayasası yürürlüğe girdikten sonra yapılan ilk Cumhurbaşkanlığı seçimi öncesinde, adı Cumhurbaşkanı adayları arasında geçen Samsun Senatörü Ali Fuat Başgil, gerekçe göstermesizin senatörlükten istifa ettiğini bildiriyordu (TBMM Birleşik Toplantı Tutanak Dergisi, C. 1, s. 3). Bu istifanın arkasında, kendisine Cumhurbaşkanı adayı olmaması için yapılan telkinlerin yer aldığı savunulmaktaydı (ŞENER, Erman: Çankaya’ya Çıkan Yol, Milliyet Gazetesi, 16 Ekim 1986, s. 10).

Urfa Milletvekili Necati Aksoy, “gerek Hükümetin güvenoyu alabilmesi için Hükümeti oluşturan milliyetçi cephe partilerinin, gerekse Hükümetin güvenoyu alamaması için diğer partilerin girişimleri milletvekili transferi kamuoyunda bu müesseseye karşı duyulan saygınlığı tamamen sarsmıştır” gerekçesiyle 16 Nisan 1975 tarihinde milletvekilliğinden istifa ediyordu (MMTD, Dönem 4, C. 11, s. 476). 18. Dönem Hatay Milletvekili Murat Sökmenoğlu, Özal’ın Cumhurbaşkanı seçilmesini protesto etmek için milletvekilliğinden istifa etmekteydi (TBMMTD, Dönem 18, C. 38, s. 506-508. Ayrıca bkz., TBMMTD, Dönem 18, C. 33, s. 12-14; Milliyet Gazetesi, 1 Kasım 1988, s. 12).

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

istifası kendiliğinden sonuç doğururken, bir başka deyişle Meclisin istifayı kabul etmesi gibi bir koşul aranmazken;⁵⁶ 1982 Anayasası ile birlikte farklı bir düzenlemeye gidilmiş ve istifa nedeniyle milletvekilliğinin düşmesi, o istifayı TBMM Genel Kurulunun kabul etmesi koşuluna bağlanmıştır. Üstelik, 1982 Anayasasının ilk şeklinde bu yetersayı, TBMM üye tamsayısının salt çoğunluğu gibi, sağlanması kolay olmayan bir nitelik göstermekteydi. 84. maddenin yeni şeklinde “*istifa eden milletvekilinin milletvekilliğinin düşmesi, istifanın geçerli olduğu TBMM Başkanlık Divanınca tesbit edildikten sonra, TBMM Genel Kurulunca kararlaştırılır*” dendiğine ve nitelikli bir yetersayıdan söz edilmediğine göre, istifanın kabulü için, Anayasanın 96. maddesinde öngörülen basit karar yetersayısı, yeterli olacaktır.⁵⁷

84. maddenin yeni şeklinde, milletvekilliğinden istifanın kabulü için eski düzenlemenin aradığı TBMM üye tamsayısının salt çoğunluğundan vazgeçilip, basit karar yetarsayısı ile yetinilmekle kısmî bir kolaylık sağlanmış bulunmaktadır. Ancak, istifa yine de kendiliğinden sonuç doğurmayacak ve meclisin kabulü gerekecektir. Her ne kadar, maddeye ilişkin değişiklik teklifinde meclisin kabulü koşulu kaldırılmakta ve istifanın Meclis Başkanlığınca Genel Kurulun bilgisine sunulduğu anda milletvekilliğinin son bulması öngörülmekte idiye de⁵⁸ Anayasa Komisyonu bu öneriyi benimsememiş ve Sadece

56 1961 Anayasasının 80. maddesinde,

“Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği bir üyenin üye seçilmeye engel bir suçtan dolayı kesin hüküm giymesi, çekilmesi, kısıtlanması, üyelikle bağdaşmayan bir hizmet kabul etmesi veya Meclis çalışmalarına izinsiz veya özürsüz ve aralıksız olarak bir ay katılmaması yüzünden üyeliğinin düştüğünün kendi Meclisince karara bağlanması hallerinde sona erer”

denilmekteydi. Bu ifadeden, Meclislerce karara bağlanmanın, maddede belirtilen nedenlerin hepsi için gerektiği anlamı çıkarılabilirse de; Meclislerin kararının, sadece devamsızlıktan ötürü üyeliğin düşmesinin söz konusu olduğu hallerde aranacağı da ileri sürülebilir (bkz. Cumhuriyet Senatosunun 14.12.1961 tarihli 14. Birleşiminde, üyelerden Amil Artus’un konuşması, CSTD, Toplantı 1, C. 1, s. 193-194). Nitekim, maddenin Temsilciler Meclisinde görüşülmesi sırasında. Anayasa Komisyonu Sözcüsü Turan Güneş, Meclislerin sadece üyenin iki ay devam etmemiş olduğunu karara bağlayacaklarını, diğer nedenlerden ötürü üyeliğin düşmesi için Meclislerin kararının gerekmediğini bildiriyordu (ÖZTÜRK, Kâzım: **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası**, C. III, Ankara 1966, s. 2529). 1961 Anayasasının yürürlüğe girmesinden çok kısa bir süre sonra istifa eden iki senatörün (C. Madanoğlu ve A.F. Başgil) istifalarının sonuç doğurabilmesi için, Anayasanın 80. maddesi uyarınca Cumhuriyet Senatosuna karara bağlanması gerektiği ileri sürülmüşse de; Cumhuriyet Senatosu Genel Kurulu, 80. maddedeki karara bağlama gereğinin, istifa halini kapsamadığına karar vermişti (bkz. CSTD, Toplantı 1, C. 1, s. 185-194).

Nitekim, daha sonra 27 Aralık 1963 tarihli Cumhuriyet Senatosu İçtüzüğü’nün 161., 5 Mart 1973 tarihli Millet Meclisi İçtüzüğü’nün ise 112. maddelerinde, istifanın Başkanlıkça Genel Kurula bildirildiği tarihte üyeliğin sona ereceği öngörülmüştü. Bu konuda ayrıca bkz. ÖZBUDUN (1993): s. 253.

57 96. maddenin I. fıkrasında

“Anayasada başkaca bir hüküm yoksa, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının en az üçte biri ile toplanır ve toplanıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz” denilmektedir.

58 Anayasanın 84. maddesinin değiştirilmesine ilişkin teklifte,

daha önce istifanın Genel Kurulca kabulü için aranan TBMM üye tamsayısının salt çoğunluğunu, basit karar yeter sayısına düşürmekle yetinmiştir.⁵⁹ Anayasa Komisyonunca yapılan bu değişiklik, TBMM Genel Kurulu tarafından da kabul edildiğinden,⁶⁰ 84. maddenin istifaya ilişkin bugünkü düzenlemesi gerçekleşmiştir.

Anayasada 1995 yılında yapılan değişiklikten sonra, istifanın yine Meclisin kabulüne bağlı tutulması, kanımızca isabetli olmamıştır. İstifanın tek taraflı bir irade açıklaması olduğunu dikkate aldığımızda, Meclisin onu kabul etmeme gibi bir yetkiye sahip olmaması gerekirdi.⁶¹ Her ne kadar Anayasa Komisyonunun gerekçesinde, sistemin muhafaza edilmesi, “*gereksiz ve yüzeysel tarzda*” ara seçim yapılması ihtimallerinin önüne geçilmesi lüzumuna dayanılmakta idiye de⁶² biz bu görüşe katılmıyoruz. Bilindiği gibi, Anayasanın 78. maddesi uyarınca TBMM’nde boşalan üyeliklerin sayısı, üye tamsayısının yüzde beşini bulduğu hallerde, üç ay içinde ara seçim yapılması zorunludur ve kimi durumlarda bazı milletvekillerinin sırf söz konusu yüzde beş oranında boşalmayı sağlayabilmek için istifa etmeleri öngörülebilecek bir ihtimaldir. Ancak, bunun tam aksi bir durumla karşılaşabilme ihtimalini de gözden uzak tutmamak gerekir. Gerçekten, Meclis çoğunluğu herhangi bir nedenle ara seçime gitmek istemiyorsa, boşalan üyeliklerin sayısını yüzde beşe çıkarma amacına yönelik olmayıp, bambaşka nedenlere dayanan bir istifayı dahi, sırf boşalan üyeliklerin sayısını yüzde beşe çıkarmamak için reddedebilir. Böyle bir tutumun ise yasama organının saygınlığını zedeleyeceği açıktır. Kaldı ki, hangi istifanın sadece boşalan üyeliklerin sayısını Meclis üye tamsayısının yüzde beşine ulaştırma amacına yönelik olduğunu saptayabilmek de kolay değildir. Öte yandan, böyle bir amacın güdüldüğü sezilse bile, bu nedenden ötürü istifanın niçin reddedilmesi gerekeceği sorusunun da sanırsız

“İstifa eden milletvekilinin üyeliği, Meclis Başkanlık Divanınca bu hususun Genel Kurulun bilgisine sunulduğu tarihte düşer.”

denilmekteydi (TBMM’nin 3 4.6.1995 tarihli 123. Birleşim Tutanağı sonuna ekli S. Sayısı 861, s. 56, TBMMTD, Dönem 19, C. 88).

59 25 Nisan 1995 tarihli Anayasa Komisyonu Alt Komisyon Raporu, s. 39. Alt Komisyonun görüşünü benimseyen Anayasa Komisyonu Raporu için bkz. TBMM’nin 14.6.1995 tarihli 123. Birleşim Tutanağı sonuna ekli S. Sayısı 861, s. 37 (TBMMTD, Dönem 19, C. 88).

60 TBMMTD, Dönem 19, C. 89, s. 564, 600; TBMMTD, Dönem 19, C. 93, s. 247, 253.

61 ÖZBUDUN (1993): s. 253.

62 Anayasa Komisyonunun Raporunda bu konuda,

“Teklif, istifanın Başkanlık Divanınca Genel Kurulun bilgisine sunulduğu anda milletvekilliğinin son bulmasını öngörmüştür. Komisyonumuz, istifanın önce - tabiatıyla hukukun genel ilkelerine göre- geçerlilik açısından Başkanlık Divanınca incelenmesi zorunluluğunu getirmekte ve istifa işleminin yine de Genel Kurulca kabul edilmesini şart koşturmaktadır. Bu sistemin muhafaza edilmesinin gerekçesi, gereksiz ve yüzeysel tarzda ara seçim yapılması ihtimallerini kapatmak lüzumudur. Bununla beraber, istifanın Genel Kurulca kabulü basit çoğunlukla olacak ve şimdi olduğunun aksine üye tamsayısının salt çoğunluğu aranmayacaktır”

denilmekteydi (TBMM’nin 14.6.1995 tarihli 123. Birleşim Tutanağı sonuna ekli S. Sayısı 861, s. 37, TBMMTD, Dönem 19, C. 88).

sorulması icabeder. Gerçekten, ortaya çıkan bir siyasal sorunun çözümünü yapılacak ara seçimde bulan bir milletvekili, yasama çoğunluğunun bir türlü ara seçim kararı almadığını görüp, boşalan üyeliklerin sayısını yüzde beşe çıkararak Meclisi Anayasa uyarınca bu kararı almak zorunda bırakmak için istifa etme özverisini gösterirse, bu davranış “gereksiz ve yüzeysel” olarak mı değerlendirilmelidir?

84. maddeye ilişkin değişiklik teklifinin TBMM’nde görüşülmesi sırasında, istifanın Meclisçe kabul edilmesi koşulunun korunmasının gerektiği, çünkü böylece baskı altında yapılmış olan istifaların engellenebileceği de savunulmuştur.⁶³ Ancak, biz bu görüşe pek katılamıyoruz. Herşeyden önce, yasama meclisi üyeliği gibi çok önemli bir görevi sürdüren milletvekillerinin, kendileri istemedikleri halde sadece baskı altında bırakıldıkları için istifa edebilecekleri bize inandırıcı gelmiyor. Eğer daha önce kendilerinden alınmış tarihsiz istifa dilekçelerinin işleme konmasının söz konusu olabileceği düşünülüyorsa,⁶⁴ sanırsız istifanın geçerli olduğunun Başkanlık Divanınca saptanması yoluyla böyle bir olasılığın önüne geçilebilir. Yok eğer, kendisi istemediği halde baskı altında bırakıldığı için istifa dilekçesi veren bir milletvekili, istifanın geçerli olup olmadığının Başkanlık Divanınca soruşturulması sırasında da görüşünü değiştirmiyor, bir başka deyişle, istifadan vazgeçtiğini söylemiyorsa, Meclisin istifayı kabul etmeyip o kişinin milletvekilliğini sürdürmesini sağlamasında ne gibi bir kamu yararının söz konusu olabileceğini de düşünmek gerekir. İstifa etmesini isteyenlere direnemeyen bir parlamenterin, yasama meclisinde başka konularda izlemesi gereken tutuma yönelik istemlere hiç direnemeyeceği açıktır. Böyle olunca, bu karakterde bir milletvekilinin istifa etmesinde herhalde yasama meclisinin kaybedeceği bir şey yoktur diye düşünmek gerekir.

Milletvekilinin istifasını meclisin kabul etmesi koşuluna bağlamanın bir başka sakıncası da, milletvekillerinin samimi olmayan, göstermelik istifalara yönelmelerini cesaretlendirmesidir. Gerçekten, istifam nasıl olsa Meclise kabul edilmez diye düşünen bir milletvekili, böyle bir koşul aranmasaydı cesaret edemeyeceği bir istifaya, bu durumda daha rahat kalkışabilecektir.

Nihayet, milletvekilliğinden istifa etmeye kararlı olan bir parlamenterin istifasının Meclisçe kabul edilmemesinden ne gibi bir yarar sağlanabileceği de sanırsız sorgulanmaya değer. İstemeyen bir kişiyi, bu isteksizliğine rağmen milletvekilliği görevini sürdürmeye zorlamanın isabetli olacağını söyleye-

63 Örneğin, değişiklik teklifinin TBMM’nde görüşülmesi sırasında CHP Grubu adına konuşan Mümtaz Soysal,

“... kişi iradesi bazen ve politikada biraz sıkça bazı tazyikler altındadır ve milletvekillerinin istifaya zorlandığı durumlar olabilir... Genel Kurul, bu durumu, istifayı, gerçekten geçerli nedenlere dayanıyor mu, yoksa bir baskı sonucunda mı oluyor diye tartmak, milletvekilini dinlemek ve ondan sonra karar vermek durumunda olursa, o milletvekili daha iyi korunmuş olur diye düşünüyorum”

diyordu (TBMMTD, Dönem 19, C. 89, s. 571-572).

64 TEZİÇ (1996): s. 223-224, dipnot 8.

bilmek kanımızda güçtür.⁶⁵ Kaldı ki, böyle bir zorlamanın sonuç vermesi de beklenemez.⁶⁶ Gerçekten, istifa etmeye kararlı bir milletvekilini zorla yasama organı toplantılarına getirebilmek mümkün olmadığına ve aşağıda ayrıca ele alınacağı gibi, belirli bir süre devamsızlık, zaten milletvekilliğinin düşmesinin bir başka nedenini oluşturduğuna göre; istifası kabul edilmese bile, bir milletvekili, Türkiye Büyük Millet Meclisinin birleşimlerine belli bir süre katılmayınca, Meclis, bu defa devamsızlığından ötürü bu üyenin üyeliğinin düşmesine karar vermek durumunda kalacaktır, Bunun da çelişkili bir sonuca yol açacağına kuşku yoktur. Bu nedenle istifanın, Meclisin kabulüne gerek kalmadan, kendiliğinden milletvekilliğini sona erdirebilmesi, kanımızca daha uygun olurdu.

84. maddenin istifaya ilişkin birinci fıkrası düzenlemesinden anlaşılacağı gibi, bir milletvekilinin istifası durumunda TBMM Genel Kurulunun yapacağı şey, istifanın geçerli olup olmadığını saptamak değil; geçerliliği Başkanlık Divanınca saptanmış olan⁶⁷ istifayı kabul edip etmemektir.⁶⁸ Bu nedenle, yasama organının söz konusu işlemi, kurucu bir nitelik taşımaktadır. Böyle olunca da, bir istifa, hukukî sonuçlarını, istifa dilekçesinin TBMM Başkanlığına verildiği tarihten değil, onun Genel Kurulca kabul edildiği tarihten itibaren göstermeye başlar. Bir başka deyişle, istifa etmiş olan bir milletvekili, istifası kabul edilinceye kadar yasama meclisi üyelerine tanınan tüm yetkileri kullanmaya devam edebilecektir. İstifa, hukukî sonuçlarını TBMM Genel Kurulunca kabul edildiği tarihten itibaren göstermeye başladığına göre, istifa eden bir milletvekilinin Meclisçe karara bağlanana kadarki süre içinde istifasını geri

65 ÜSKÜL, Zafer: *Türkiye'nin Anayasa Sorunu*, İstanbul 1991, s. 67.

66 Örneğin, 27 Mart 1994 tarihinde yapılan yerel yönetim seçimlerinde İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığına aday olan ancak seçilemeyen İstanbul Milletvekili Bedrettin Dalan, söz konusu seçimden sonra milletvekilliğinden istifa etmek istemişse de, TBMM Genel Kurulu 28 Nisan 1994 tarihli 97. Birleşiminde Dalan'ın istifasını kabul etmemiştir (TBMMTD, Dönem 19, C. 59, s. 160-161, 268-272). Buna rağmen Dalan, Meclis çalışmalarına genellikle katılmamış ve milletvekili maaşını Mehmetçik Vakfına bağışlamıştır. Bu konuda Dalan, istifasının kabul edilmemesini ima ederek "benim bağışım bir anlamda protestodur" demektedir (Milliyet Gazetesi, 15 Eylül 1995, s. 12). Yine, bir başka gazeteci ile yaptığı söyleşide Dalan, "Cindoruk, 6 aydır Meclis'e gelmeyen milletvekilleri olduğunu da söylüyor. Onlardan biri de benim. İstifa ettik, Meclis kabul etmedi. Bir daha edeceğiz, bir daha kabul etmeyecek. Anayasaya göre angarya suçtur. Daha doğrusu hiç kimseye angarya yaptırılmazlar. Öbür tarafta 'Mecburi, gel çalış diyorlar. Bu da bir zulüm. Ya Anayasanın 84. maddesi değiştirilmeli ya da beni salıvermeliler. Beni salıverin artık kardeşim. Meclis'de aradığım atmosferi çalışma ortamını bulamadım. Niye beni zorluyorsun kardeşim" şeklinde yakınmaktaydı (Milliyet Gazetesi, 29 Ağustos 1994, s. 14).

İstifası kabul edilmeyen Dalan'ın Meclis çalışmalarına katılmaması ile ilgili olarak, bkz. TBMM'nin 24.6.1995 tarihli 129. Birleşiminde İstanbul Milletvekili Ergüder'in konuşması (TBMMTD, Dönem 19, C. 89, s. 566-568).

67 TBMM İçtüzüğü'nün 16.5.1996 tarihinde yapılan değişiklikten sonraki 136. maddesinde,

"Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden istifa eden milletvekilinin istifa yazısının gerçeği Başkanlık Divanınca yedi gün içinde incelenip tespit edildikten sonra üyeliğin düşmesine Genel Kurulca görüşmesiz karar verilir"

denilmektedir.

68 Bu konuda bkz. GÖZÜBÜYÜK (1997): s. 179.

alabilmesini de mümkün görmek gerekir.⁶⁹ Nitekim, istifanın kabulü için meclisin kararının gerekmediği, sadece Meclis Başkanlığınca Genel Kurula bilgi verilmekle yetinildiği 1961 Anayasası döneminde bile, henüz Genel Kurula bilgi verilmemişse, istifanın geri alınabilmesi mümkün olabilmekteydi.⁷⁰

2) Milletvekili seçilmeye engel bir suçtan kesin hüküm giyme

a. Milletvekili seçilmeye engel olan hüküm giyme halleri ve bu tür bir hüküm giymeden ötürü milletvekilliğinin düşürülmesinin yöntemi

Anayasanın 84. maddesinde yer alan bir başka düşme nedeni, “kesin hüküm giyme”dir. Kuşku yok ki, söz konusu kesin hükümden, milletvekili seçilmeye engel olacak bir hükmü anlamak gerekir.⁷¹ Başka bir deyişle, herhangi bir mahkûmiyet milletvekili seçilmeye engel olmuyorsa, milletvekilliğinin düşmesine de yol açmayacak demektir. Bu nedenle, milletvekilliğinin düşmesine yol açan hüküm giyme hallerinin neler olduğunu belirleyebilmek için, konunun düzenlendiği 1982 Anayasasının 76. maddesine başvurmamız gerekecektir. 1982 Anayasasının, “milletvekili seçilme yeterliliği” kenar başlığını taşıyan 76. maddesinde,

“taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar; zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma, ideolojik veya anarşik eylemlere katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymiş olanlar, affa uğramış olsalar bile milletvekili seçilemezler”

denilmektedir.

69 Örneğin, Denizli Milletvekili Nabi Sabuncu 6 Eylül 1994 tarihinde milletvekilliğinden istifa ettiğini TBMM Başkanlığına bildirmiş, ancak Genel Kurulca oylanacağı gün, istifasını geri almıştır (Konuya ilişkin olarak TBMM Başkanlığının Genel Kurula yaptığı açıklama için bkz. TBMMTD, Dönem 19, C. 66, s. 279- 280).

70 Kütahya Milletvekili S. Sarpaşar’ın, Meclis Başkanlığına sunduğu istifa mektubu henüz TBMM Genel Kuruluna okunmadan istifadan vazgeçmesi üzerine; Başkan. 3.4.1963 tarihli 66. Birleşimde, Millet Meclisi Genel Kuruluna şu açıklamayı yapmıştı:

“Sayın arkadaşlar, Sayın Sezai Sarpaşar, milletvekilliğinden istifa ettiği hakkında beyanını Riyasete yaptıktan sonra, istifadan vazgeçtiğine dair bir önerge ile Riyasete tekrar müracaat etmiştir.

Durumu âriz amik inceleyen Riyaset Divanımız, ekseriyetle vermiş olduğu bir karar gereğince, geçmişte buna uygun bir emsal bulunmadığından istifa mektubunun okunmasından vazgeçilmesi kararma varmıştır...”

(MMTD, Dönem 1, 1963, C. 15, s. 135).

71 Nitekim, 84. maddenin ilk şeklinde “Türkiye Büyük Millet Meclisine seçilmeye engel bir suçtan dolayı hüküm giyen” denerek, bu husus açıkça öngörülmekteydi. Aynı şekilde, maddeye yönelik değişiklik teklifinde de “Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğine seçilmeye engel bir suçtan dolayı hüküm giyen” deniyordu (Değişiklik teklifinin metni için bkz. TBMM’nin 14.6.1995 tarihli 123. Birleşim Tutanağı sonuna ekli S. Sayısı 861, s. 56. TBMMTD, Dönem 19, C. 88). Teklif metni üzerinde Anayasa Komisyonunda yapılan ve anlamda farklılığa yol açmayan bu değişikliğe ilişkin olarak Anayasa Komisyonunun Raporunda bir açıklama yer almamaktadır (Bkz. S. Sayısı 861, s. 37).

1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi

Madde hükümünden de anlaşılacağı gibi. Anayasa koyucu, milletvekili seçilmeye engel olan hüküm giyme hallerini iki grupta düzenlemiştir. Birinci grupta, hükmolunan ceza; ikinci grupta, suçun türü dikkate alınmaktadır. Bu bağlamda, taksirli suçlar hariç olmak üzere, toplam bir yıl veya daha fazla hapis cezası ile, süresi ne olursa olsun ağır hapis cezası⁷² milletvekili seçilmeye engel olmaktadır. Aynı şekilde, maddede tek tek sayılan suçlardan⁷³ hüküm giymek de, verilen cezanın türüne ve süresine bakılmaksızın, milletvekili seçilmeyi engellemektedir. Öyleyse, maddede belirtilen sürede hapis cezası ile süresi ne olursa olsun ağır hapis cezasına hüküm giyen veya yine maddede ismen sayılan suçlardan biriyle mahkûm olan bir milletvekilinin milletvekilliği düşürülecek demektir.

Kuşkusuz ki, bir milletvekilinin milletvekilliği sürerken yargılanıp, hüküm giyebilmesi için, Anayasanın 83. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca dokunulmazlığının kaldırılması gerekir. Ancak, yine 83. maddenin ikinci fıkrasına göre, ağır cezayı gerektiren suçüstü halinde veya milletvekili seçilmeden önce soruşturmasına başlanılmış olması şartıyla Anayasanın 14. maddesinde belirtilen fiillerden birinin işlenmesi durumunda, dokunulmazlığının kaldırılmasına gerek olmadan da bir milletvekili hakkında yargılamanın sürdürülüp hüküm verilebilmesi mümkündür.

1982 Anayasasında, milletvekili seçilmeye engel olan hapis cezası süresinin, 1961 Anayasasındakine göre çok düşürüldüğü gözlenmektedir. Gerçekten, 1961 Anayasası döneminde beş yıldan fazla hapis cezası milletvekili seçilmeye engel olmakta iken,⁷⁴ 1982 Anayasasında bu süre, toplam bir yıla indirilmiş bulunmaktadır.⁷⁵

Anayasada “*toplam bir yıl veya daha fazla hapis cezası*” dendiğine göre, bu cezanın bir defada verilmiş olması gerekmeyecektir. Bir başka deyişle, bir kişi aleyhine farklı suçlardan, farklı tarihlerde hükmolunmuş hapis cezalarının toplamı bir yılı buluyorsa, bu durumda da, o kişinin milletvekili seçilebilmesi mümkün olmayacak; eğer milletvekili ise, milletvekilliği düşürülecek demektir. Bu yeni düzenlemenin isabetli olduğunu söyleyebilmek kanımızca güçtür. Her ne kadar, Anayasa koyucunun tekerrür haline önem verip, birden fazla mahkûmiyeti olan kişilerin milletvekilliklerini engellemek istemiş olabileceği

72 Ağır hapis cezasında sürenin dikkate alınmayacağı, 10.6.1983 tarih ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununda daha açık bir biçimde ifade edilmektedir. Gerçekten, söz konusu Kanunun 11. maddesinde “*Taksirli suçlar hariç, toplam bir yıl veya daha fazla hapis veya süresi ne olursa olsun ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar*” denilmektedir.

73 Maddede yer alan “*ideolojik veya anarşik eylemlere katılma*” sözcüklerinden hangi somut suçların anlaşılması gerektiği hakkında, bkz. 10.6.1983 tarih ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu, Madde 11 /f, 2,3,4.

74 bkz. 1961 Anayasası, madde 68.

75 Danışma Meclisinin kabul ettiği Anayasa metninde, iki yıllık hapis cezasının milletvekilliğine engel olacağı öngörülmekteydi (bkz. Danışma Meclisinin kabul ettiği Anayasa metni, madde 84).

düşünülebilirse de; madde düzenlemesinin, bu amaca ulaşmayı sağlayabilmesi de mümkün değildir. Gerçekten, Anayasaya göre sadece toplam bir yıl hapis cezası dikkate alınabileceğinden, onbir kez suç işlemiş ve her birinden birer ay hapis cezası almış bir milletvekilinin milletvekilliğinin düşürülebilmesi, bu kişinin ancak onikinci bir suç işlemesi ve bu suçundan ötürü de bir ay hapis cezası ile hüküm giymesi halinde söz konusu olabilecek; bu sonuncu suçu işlemezse, milletvekilliği düşürülemez. Buna karşılık, iki suç işleyen ve birinden yedi ay, diğerinden beş ay hüküm giyen bir milletvekilinin milletvekilliği düşürülebilecektir. Görüldüğü gibi, Anayasadaki bu düzenlemenin, tekerrüre engel olabilmesi mümkün değildir ve madde hükmü bu şekilde bir takım adaletsizliklere yol açmaktadır. Bu nedenle, maddedeki “toplam” sözcüğünün yer almaması ve milletvekilliğini, sadece bir defada en az bir yıl hapis cezasına mahkûm olma durumunun engellemesi, kanımızca daha isabetli olurdu.⁷⁶ Her ne kadar, 1995 yılında Anayasada yapılan değişiklikler sırasında bu konuya eğilinmiş ve 76. maddeye yönelik yeni düzenleme teklifinde “toplam” sözcüğüne yer verilmemişse de,⁷⁷ bu maddeye ilişkin değişiklik teklifi TBMM Genel Kurulunda kabul edilmediği için, söz konusu düzenleme gerçekleşmemiştir.⁷⁸

84. maddenin yeni şekline göre, milletvekili seçilmeye engel bir suçtan kesin hüküm giyen milletvekilinin milletvekilliği, bu husustaki mahkeme kararının Genel Kurula bildirilmesiyle düşecektir.

Bu nedenle, artık maddenin eski düzenlemesinde öngörüldüğü gibi, kesin hüküm giyen bir milletvekilinin milletvekilliğinin düşürülmesi için TBMM Genel Kurulunun karar vermesi gerekmektedir. Yeni düzenlemenin isabetli olduğunda kuşku yoktur. Gerçekten, eski düzenleme sürseydi, milletvekili seçilmeye engel bir suçtan kesin hüküm giyen bir milletvekilinin milletvekilliğini, TBMM isterse bu kesin hükme rağmen düşürmeyebilecek demektir. Bu ise, yargı organınca verilen ve kesinleşen bir hükmü yasama organının dikkate almadığı anlamına gelecekti. Böyle bir sakıncaya maddede yapılan değişikliğin gerekçesinde de, “... *yargısal bir kararın Meclisin onayına sunulması gibi kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı bir usul ortadan kaldırılmış olmaktadır*” sözleriyle dikkat çekilmekteydi.⁷⁹

Gerek 84. maddenin yeni düzenlemesinde, gerek TBMM İçtüzüğü’nün 136.

76 Nitekim, 14.7.1965 tarih ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun, 10.1.1991 tarih ve 3697 sayılı Kanunla değiştirilmiş olan 48. maddesinde “... 6 aydan fazla hapis” cezasının devlet memurluğuna engel olacağı öngörülürken, “toplam” sözcüğüne yer verilmemiştir. Bu nedenle, 6 aydan daha az hapis cezaları -toplamı 6 ayı geçse bile- devlet memurluğuna engel olmamaktadır.

77 TBMM’nin 14.6.1995 tarihli 123. Birleşim Tutanağı sonuna ekli S. Sayısı 861, s. 56 (TBMMTD, Dönem 19, C. 88).

78 TBMMTD, Dönem 19, C. 89, s. 550; TBMMTD, Dönem 19, C. 93, s. 244.

79 TBMM’nin 14.6.1995 tarihli 123. Birleşim Tutanağı sonuna ekli S. Sayısı 861, s. 37 (TBMMTD, Dönem 19, C. 88).

maddesinin 16.5.1996 tarihinde yapılan değişikliklerden sonraki metninde,⁸⁰ kesin hüküm giyen bir milletvekilinin milletvekilliğinin bu husustaki mahkeme kararının Genel Kurula bildirilmesiyle düşeceği öngörüldüğüne göre; milletvekilliği, mahkûmiyetin kesinleştiği tarihte değil, bu hükmün TBMM Başkanlığınca Genel Kurula bildirildiği tarihte son bulacaktır.⁸¹ Bir başka deyişle, üyeliğin düşmesi hukukî sonucunun doğması için hükmün kesinleşmesi yetmemekte, TBMM Başkanlığının bu hükmü TBMM Genel Kuruluna bildirmesi, yani bir tamamlayıcı işlem yapması gerekmektedir.

b. Milletvekili seçilmeye engel bir suçtan hüküm giyme durumuna ilişkin bazı sorunlar

Görüldüğü gibi, 84. maddenin yeni şekli, kesin hüküm giyen bir milletvekilinin milletvekilliğinin düşmesini Meclis kararına bağlı olmaktan çıkarak olumlu bir düzenleme getirmiştir. Ancak, yine de, kendisine bildirilen bir mahkûmiyet hükmünün, milletvekilliğinin düşmesini gerektirip gerektirmeyeceği hususunda, Meclis Başkanlığının kuşkuya düşebileceği haller olabilir. Bu tür, sorun doğurabilecek hususları şöyle sıralayabiliriz:

aa) Anayasada yüz kızartıcı olarak nitelenen suçların, ismen sayılanlarla sınırlı olup olmadığı

Anayasanın 76. maddesinde ismen sayılan suçlardan “yüz kızartıcı” olarak nitelenenlerin bir takım sorunlara yol açacak şekilde kaleme alındığı görülmektedir. Gerçekten, maddede bu suçlar,

“Zimmet, ihtilâs, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflâs gibi yüz kızartıcı suçlar...”

şeklinde ifade edilmiştir. Böyle olunca, ilk bakışta, buradaki “gibi” sözcüğünü dikkate alıp, maddede sayılanlar örnek. türündendir, bunlara yüz kızartıcı nitelikte olması koşuluyla yeni suçlar da eklenebilir diye düşünülebilir. Nitekim, gerek Milletvekili Seçimi Kanununda ve bu konuda söz konusu Kanuna

80 TBMM İçtüzüğü'nün 136. maddesinde “Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğine seçilmeye engel bir suçtan dolayı kesin hüküm giyen ... milletvekili hakkındaki kesinleşmiş mahkeme kararının Genel Kurulun bilgisine sunulmasıyla üyelik sıfatı sona erer” denmektedir.

81 Oysa, bir mahkûmiyet halinde milletvekilliğinin düşmesi için yine Meclis kararının gerekmediği 1961 Anayasası döneminde, 1973 tarihli Millet Meclisi İçtüzüğü uyarınca milletvekilliği sıfatı hükmün kesinleştiği tarihte son buluyordu. Gerçekten, 5.3.1973 tarihli Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 112. maddesinde,

“Bir milletvekili Anayasanın 68 inci maddesinde yazılı suçlardan biri ile cezalandırılmış olursa, hükmün kesinleşmesi tarihinde milletvekilliği sıfatı düşer” denilmekteydi. Ancak bu düzenleme bazı sorunlara yol açabilirdi. Örneğin, bir milletvekili milletvekilliğinin düşmesine neden olacak bir kesin hükme rağmen, bu mahkûmiyet kararının Meclis Başkanlığına bildirildiği tarihten önce bazı Meclis çalışmalarına katılırsa, bu çalışmalarda alınan kararların hukukî geçerliliği tartışılır hale gelecekti.

1961 Anayasasında milletvekili seçilmeye engel olan bir suçtan hüküm giyme nedeniyle milletvekilliğinin düşmesi hakkında, bkz. TEZİÇ, Erdoğan: **Türk Parlamento Hukukunun Kaynakları ve İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları**, İstanbul 1980, s. 127, dipnot 25.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

yollama yaptığı için Mahallî İdareler ve Mahalle Muhtarlıkları Seçimi Hakkında Kanunda, gerek Devlet Memurları Kanununda da aynı ifade kullanıldığından,⁸² bu sorun zaman zaman çeşitli yargı organlarının önüne gelmekte ve yargı organlarının bazı kararlarında bu tür genişletici bir yoruma gidildiği görülmektedir. Örneğin, Danıştay 5. Dairesi, 17.3.1986 gün ve E. 1985/953, K. 1986/308 sayılı Kararında, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunun 48. maddesinde yer alan aynı türdeki bir düzenlemeyle ilgili olarak,

“Kanun koyucu bu düzenleme ile yalnız unsurları ve oluş biçimleri yönünden benzeyen suçları değil, niteliği itibarıyla yüz kısaltıcı olan bütün suçları amaçlamaktadır”

demektedir.⁸³ Benzer şekilde, 10. Dairenin 29.12.1986 gün ve E. 1986/1946, K. 1986/2547 sayılı Kararında da, söz konusu “gibi” sözcüğünün, maddede sayılan suçlardan başka, zina, iffete saldırı, küçükleri baştan çıkarma, fuhuşa tahrik gibi suçları da yüz kısaltıcı suç saymaya imkân verdiğine işaret edilmektedir.⁸⁴ Yüksek Seçim Kurulunun da uzun yıllar, yüz kısaltıcı suçları sadece kanunda belirtilenlerle sınırlı tutmadığına ve “gibi” sözcüğünden ötürü bunlara başkalarının da eklenebileceği görüşünü benimsediğine tanık oluyoruz. Gerçekten, Yüksek Seçim Kurulu, 28.2.1984 gün ve 1984/ 114 sayılı Kararında, 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 11. maddesinde yer alan aynı ifade ile ilgili olarak

“...maddedeki gibi sözcüğünün tadadı mi yoksa tahdidi mi olduğunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Hemen ilave edelim ki Kanunlarımızda yüz kısaltıcı mahiyetteki bütün suçların bir madde içinde gösterilmesi, gerek kanun tekniği bakımından, gerekse suçlar objektif ölçüler karşısında değişik değerlendirmelere konu olabileceklerinden mümkün değildir. O sebeple gibi sözcüğü konularak maddeye geniş bir uygulama alanı bırakılmak istenmiştir. Nitekim Kurulumuzun 26.11.1963 gün ve 458, 24.12.1973 gün ve 2461, 1.1.1974 gün ve 391 sayılı kararlarında da (gibi) sözcüğünün tahdidi olmadığı ciheti vurgulandıktan sonra ‘bir suçun yüz kısaltıcı olup olmadığı belli etmede kullanılacak ölçü, o suçun kendi unsurları bakımından yüz kısaltıcı olup olmadığıdır’ denilmiştir. Yine Kurulumuz geçmişte zina suçunu da yüz kısaltıcı bir suç olarak kabul etmiştir. O halde bütün bunlardan çıkartılacak sonuç maddedeki gibi sözcüğünün tadadı mahiyette bulunduğudır”

demekteydi.⁸⁵ TBMM de, 1924 Anayasası dönemindeki bir yorum kararında,

82 10.6.1983 tarih ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu, madde 11-f; 18.1.1984 tarih ve 2972 sayılı Mahallî İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun, madde 9; 14.7.1965 tarih ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 10.1.1991 tarih ve 3697 sayılı Kanunla değiştirilmiş 48. maddesinin (A) bendinin 5. fıkrası.

83 TOROSLU, Nevzat: “Ertelenmiş Mahkûmiyetin Memuriyete Etkisi”, Prof. Dr. Jale G. Akipek’e Armağan, Konya 1991, s. 99.

84 TOROSLU (1991) s. 99-100.

85 Yüksek Seçim Kurulu Kararları, 1984 Yılı, Ankara 1985, s. 36-37. Karar içinde künyeleri ve-

o zamanki terimlerle, *Kanunda sayılan cürümlerin muhilli haysiyet ve namus olduğunun kabulü zaruri olsa dahi bu kanunda tatat edilmeyen diğer ceraim ve efal muhilli haysiyet ve namus mefhumu içerisine girebileceğinden muhilli haysiyet ve namus efaflar yalnız bu cürümlere inhisar ettirilemeyeceği tabî bulunduğuna* diyordu.⁸⁶ Nihayet, kısa bir süre önce, Yargıtay Ceza Kurulu da, “gibi” edatından hareketle, yüz kızartıcı suç kavramının kanunlarda sayılı olanlarla sınırlı bulunmadığına karar vermiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2.7.1996 tarih ve E. 1996/3-144, K. 1996/171 sayılı bu Kararında,

“...GİBİ sözcüğü, benzetme edatı olup maddede örnek olarak sayılan suçların dışındaki yüz kızartıcı suçların da, sayılan suçlara ilavesi gerektiğini belirtmek amacıyla kullanılmıştır... ‘gibi yüz kızartıcı suçlar’ denildiğinde maddede sayılmamış olan diğer yüz kızartıcı suçların neler olduğu yasaları uygulamakla görevli yargı organlarınca saptanacak ve Yargıtay tarafından uygulamada birlik sağlanacak biçimde denetlenecektir. Aksi halde; yani hükmün maddede sayılı suçlarla sınırlı tutulması halinde metne aykırı olarak hem yasanın tek tek sayma yöntemini yeğlediği gibi yerinde olmayan bir sonucuna ulaşılacak, hem de tüm metinlerde yer alan GİBİ sözcüğünü yasa koyucunun yersiz ve anlamsız tekrarladığı belirlenmiş olacaktır ki, buna yasal ve hukuksal imkân görülmemiştir...

‘Yüz kızartıcı suç’, yasalarda tanımlanmamış ve tek tek sayılmamıştır. Toplumun yapısına göre zaman zaman değişikliğe uğrayan bu suçların tek tek sayılması da olanaksızdır. Yasalarda, birtakım suçlar sayıldıktan sonra ‘gibi’ denilmek suretiyle diğer yüz kızartıcı suçların neler olduğu uygulamaya bırakılmıştır.

Yüz kızartıcı suç, kişiyi toplum nazarında küçük düşüren suçlardır. Küçük düşme, utanma, kişiden kişiye değişmektedir. Toplumların değer yargıları da farklıdır. Değerlendirmede sübjektif değil objektif ölçüler dikkate alınmalıdır. Suçun niteliği, saik ve sonucu, suçun işlenme koşulları ve zamanı değerlendirilmelidir. Yüz kızartıcı suçlar, ahlâk düzeninin çok şiddetle reddettiği toplumun çok büyük ahlâki tepkiler gösterdiği suçlardır...”

demektedir.⁸⁷ Oysa, TOROSLU’nun da işaret ettiği gibi, Ceza Kanununda yüz kızartıcı suçlar diye bir ayırım yoktur ve hemen her suç -taksirli suçlar ile siyaset suçları ve bir kısım kabahatler hariç- zaten gayri ahlâki bir nitelik taşıdığından, bunları bir de yüz kızartıcı olan ve olmayan diye ayırma tâbi tutmak, bu ayırımda objektif ölçüler koymak mümkün değildir.⁸⁸ “Gibi” sözcüğünden

rilen diğer Kararlar için bkz. sırasıyla, **Yüksek Seçim Kurulu İlke Kararları, Kasım 1962-Şubat 1964 Dönemi**, Ankara 1964, s. 139- 140; **Yüksek Seçim Kurulu Kararları, 1973 Yılı**, Ankara 1974, s. 502-503; **Yüksek Seçim Kurulu Kararları, 1974 Yılı**, Ankara 1976, s. 12-14, 91-93.

86 TBMM’nin 12.5.1937 gün ve 991 sayılı yorum kararı için bkz. TBMMZC, Devre V, C. 18, s. 81 ve bu Tutanağın sonuna ekli S. Sayısı 159.

87 **Yargıtay Kararlar Dergisi**, C. 22, Ekim 1996, Sayı 10, s. 1633-1639.

88 TOROSLU (1991): s. 97. Yüz kızartıcı suçlarla ilgili olarak ayrıca bkz. TOROSLU, Nevzat: “Yüz Kızartıcı Suçlar”. **Denetim**, Yıl 6, Sayı 73, Ocak-Şubat 1992, s. 20-22.

hareket edip, maddede ismen sayılmayan başka suçları da yüz kızartıcı olarak nitelemenin (Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararında her ne kadar “*değerlendirmede subjektif değil objektif ölçüler dikkate alınmalıdır*” dense de) subjektif olma ihtimali gözden uzak tutulamaz. Bu nedenle, biz bu konuda TOROSLU’ya katılıyoruz ve çeşitli kanunlarda yer alan “*gibi yüz kızartıcı suçlar*” ibaresini, “*ve benzeri yüz kızartıcı suçlar*” şeklinde değil; “*sadece bu nevi yüz kızartıcı suçlar*” şeklinde anlamayı tercih ediyoruz.⁸⁹ Unutulmamalıdır ki, TBMM’nin değinilen 12.5.1937 tarihli yorumundan sonra çıkarılan birçok kanunda hep aynı suçların adı geçmektedir. Bunun ise bir anlamının olması gerekir. Eğer kanun koyucu bu konuda genişletici bir yorum yapılmasını isteseydi, hep sayageldiği aynı suçları tekrarlamaz, yalnızca “yüz kızartıcı suçlar” demekle yetinir; böylece yüz kızartıcı suçların değerlendirmesini tümüyle yargı organının takdirine bırakabilirdi.⁹⁰ Bu suçların, “gibi” sözcüğüne rağmen tahdidi olduğu, bir başka deyişle, kanunda belirtilenlerle sınırlandırıldığı, çeşitli yargı kararlarında da savunulmaktadır. Örneğin, Danıştay 1. Dairenin 9.11.1983 gün ve E. 1983/220, K. 1983/260 sayılı Kararında, çeşitli kanunlarda hep aynı suçların ismen sayıldığına değinilmekte ve,

“Bunun bir rastlantı sonucu olmadığı kuşku götürmez; öyleyse bu, yasa koyucunun yüz kızartıcı suçları bunlardan ibaret kabul ettiğini, hükümlerde yer alan ‘gibi’ sözcüğünü ‘sayılan suçlardan biri’ anlamında kullandığını ortaya koymaktadır...”

denilmektedir.⁹¹ Aynı şekilde, Yargıtay 4. Ceza Dairesi de 8.1.1966 gün ve 7051 /5781 sayılı Kararında, “*gibi edadı, sözü geçen bentte yazılı suçlara maksur ve münhasırdır*” demektedir.⁹²

Yüksek Seçim Kurulunun da, 1985 yılından beri eski içtihadını değiştirdiğine ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 11. maddesinde belirtilen yüz kızartıcı suçların, bu maddede ismen sayılanlarla sınırlı olduğu, “gibi” sözcüğünden hareketle bunlara yenilerinin eklenemeyeceği görüşünü benimsediğine tanık oluyoruz. Gerçekten, 12.2.1985 gün ve 76 sayılı Kararında, Yüksek Seçim Kurulu,

“... ne Türk Ceza Kanunu ne de ceza doktrini, suçları ‘yüz kızartıcı olanlar’ ve ‘yüz kızartıcı olmayanlar’ biçiminde değerlendirmeye ve tasnife tabi tutmuştur. 2839 sayılı Kanun da dahil bir çok yasada rastlanan bu tür değerlendirme, yasa koyucunun, o yasanın düzenleme alanına giren konunun hususiyeti itibariyle bazı suçlara atfettiği özel önemden ve gösterdiği duyarlılıktan ileri gelmektedir.

89 TOROSLU (1991): s. 100-101.

90 Bu konuda bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun değinilen 2.7.1996 gün ve E. 1996/3-144, K. 1996/171 sayılı Kararma katılmayan üyelerden Türkan GÜVEN’in karşı oy gerekçesi, **Yargıtay Kararları Dergisi**, C. 22, Ekim 1996, Sayı 10, s. 1638.

91 TOROSLU (1991): s. 99.

92 **Yüksek Seçim Kurulu Kararları, 1985 Yılı**, Ankara 1986, s. 24.

1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi

Bir suçun yüz kızartıcı olup olmaması zamana, topluma ve kişisel telâkkilere göre değişen ve tamamen sübjektif ölçüler içinde kalan bir keyfiyettir. Aslında Devlet ve Millet iradesine, yasal düzene ve uyulması zorunlu kurallara karşı direnişi ifade eden her suçun, az ya da çok bir yüz kızartıcı vasfı vardır.

O halde, belli ve bilimsel kritere dayanmayan ve bu denli değişkenlik arzeden, tamamen izafi ölçüler içinde kalan ve fertlerin hukukuna geniş ölçüde etkili olan bir konuda yasa koyucunun, uygulamaya geniş değerlendirme ve takdir hakkı tanıdığını kabule imkan yoktur”

demektedir.⁹³

Görüldüğü gibi, konu son derece tartışmalıdır ve bu tartışmalı konu karşısında TBMM Başkanlığının tutumu önem kazanacaktır. Gerçekten, Anayasanın 76. maddesinde açıkça belirlenen suçlardan olmadığı ve 1 yıldan az bir hapis cezası verildiği halde, milletvekilinin mahkûm olduğu suç TBMM Başkanlığınca yüz kızartıcı suç olarak nitelendirilip, bu mahkûmiyet Genel Kurulun bilgisine sunulursa, milletvekilliği düşecek; yok eğer yüz kızartıcı suç olarak nitelendirilmezse, milletvekilliği sürecektir. Bir milletvekilinin hukukunu bu denli farklı ölçüde etkileyecek bir hususun yorumu, herhalde kişiden kişiye değişecek sübjektif değerlendirmelere bırakılamaz.⁹⁴ Bu nedenle, Meclis Başkanlığınca sadece maddede ismen belirlenen suçların yüz kızartıcı suç olarak nitelendirilmesi, bunlara yorumla başkalarının eklenememesi gerekir.⁹⁵

93 **Yüksek Seçim Kurulu Kararları, 1985 Yılı**, Ankara 1986, s. 23-24.

Yüksek Seçim Kurulu bu görüşünü daha sonraki kararlarında da korumuştur. Örnek için bkz. 14.3.1987 gün ve 109 sayılı Karar, **Yüksek Seçim Kurulu Kararları, 1986-1987 Yılları**, Ankara 1989, s. 156-158; 19.5.1990 gün ve 141 sayılı Karar, **Yüksek Seçim Kurulu İlke Kararları, 1988-1989-1990 Yılları**, Ankara 1991, s. 326-327.

94 Bu husus, 1995 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri sırasında TBMM Anayasa Komisyonunun da dikkatini çekmişti. Gerçekten, söz konusu değişiklikler sırasında 76. maddeye yönelik değişiklik teklifini de inceleyen Anayasa Alt Komisyonu, maddeye “*Bu fıkırdaki açıkça belirlenmiş olanlar dışında hangi suçların yüz kızartıcı olduğu kanunla tespit edilir*” hükmünün eklenmesini öngörmüştü (bkz. TBMM Anayasa Komisyonu Alt Komisyonunun 25 Nisan 1995 tarihli Raporu, s. 38). Alt Komisyonunun önerisini benimseyen Anayasa Komisyonunun konuya ilişkin değişiklik gerekçesinde,

“Komisyonumuz, yüz kızartıcı suçları metinde açık biçimde belirlerken Anayasanın bu maddesinde yüz kızartıcı suçlardan sadece bazılarının yazılı olduğunu ve metinde mevcut ‘gibi’ ibaresinin başka yüz kızartıcı suçların da mevcut olduğu anlamına geldiğini müşahade ederek, çeşitli karışıklıkları önlemek amacıyla metinde yazılı olmayan diğer yüz kızartıcı suçların kanunla tespit edileceğine dair bir hüküm metne ilave etmiştir”

deniyordu (TBMM’nin 14.6.1995 tarihli 123. Birleşim Tutanağı sonuna ekli S. Sayısı 861. s. 35. TBMMTD, Dönem 19, C. 88). Ancak, 76. maddeye yönelik değişiklik teklifi, TBMM Genel Kurulunda iki görüşme sonunda da Anayasanın aradığı kabul yetersayısını sağlayamadığı için, bu düzenleme gerçekleşmemiştir (TBMMTD, Dönem 19, C. 89, s. 550; C. 93, s. 244). Eğer söz konusu değişiklik kabul edilseydi, yüz kızartıcı suçlara ilişkin bu sorun çözülmüş olacaktı.

95 Ancak, yine de Meclis Başkanlığı yüz kızartıcı suç kavramının maddede belirtilenlerle sınırlı olmadığı yolundaki görüşlere katılır ve bir milletvekilinin mahkûmiyetine yol açan suçun yüz kızartıcı suç sayılması gerekip gerekmediği hakkında kuşkuya düşerse, re’sen hareket

bb) Hükmolunan hapis cezasının, para cezasına çevrilmiş olması

Anayasa uyarınca, milletvekili seçilmeye engel olan ceza, hapis veya ağır hapis cezasıdır. Bu durumda, para cezasının -ağır veya hafif-, milletvekili seçilmeye engel olmaması gerekir. Ancak, hükmolunan hapis cezasının, 13.7.1965 tarih ve 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun uyarınca para cezasına çevrilmesi durumunda, kişinin mahkûm olduğu ceza olarak, hapis cezasının mı, yoksa para cezasının mı dikkate alınacağı bir sorun doğurabilir. 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 7.12.1988 tarih ve 3506 sayılı Kanunla değiştirilmiş olan 4. maddesi, ağır hapis cezalarının para cezasına çevrilemeyeceğini öngördüğünden, böyle bir sorun sadece hapis cezaları için söz konusu olabilir. 647 sayılı Kanunun yukarıda değindiğimiz değişik 4. maddesinin dördüncü fıkrası, bu sorunu çözmektedir. Gerçekten, anılan fıkra hükmünde,

“Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen para cezası veya tedbirdir...”

denildiğini görüyoruz. Bu fıkra uyarınca, böyle bir çevirmenin söz konusu olduğu durumlarda, esas mahkûmiyet olarak, çevrilmeye tâbi tutulan hapis cezası değil, onun çevrildiği para cezası dikkate alınacak demektir.⁹⁶ Ancak, bu söylediğimiz, sadece herhangi bir suçtan ötürü verilmiş olup, para cezasına çevrilmiş olan hapis cezaları için geçerlidir. Yoksa, Anayasada milletvekili seçilmeye engel olduğu öngörülen ve İsmen sayılan suçlardan ötürü verilen hapis cezası, daha sonra para cezasına çevrilse bile, milletvekilliğini engellemeye devam edecektir. Çünkü, Anayasanın 76. maddesinde, alınan cezanın türüne değinilmeden, bu suçlardan biriyle hüküm giymiş olmanın, milletvekili seçilmeye engel olacağı öngörülmektedir. Bir başka deyişle, bu suçlar söz konusu olduğunda, dikkate alınacak husus, cezasının türü veya miktarı değil; onlardan biriyle hüküm giymiş olup olmamaktır.⁹⁷

etmemesi ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 402. maddesi uyarınca, hükmü veren mahkemeden bu hususun açıklanmasını istemesi düşünülebilir. Zaten. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun yukarıda değinilen 2.7.1996 gün ve E. 1996/3-144, K. 1996/171 sayılı Kararında da, “... maddede sayılmamış olan diğer yüz kızartıcı suçların neler olduğu yasaları uygulamakla görevli yargı organlarınınca saptanacak” denilmektedir (Yargıtay Kararlar Dergisi, C. 22, Ekim 1996, Sayı 10, s. 1636).

96 13.7.1965 tarih ve 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 4. maddesinin IV. fıkrası, 7.12.1988 tarih ve 3506 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce, tam aksi bir düzenleme söz konusuydu ve fıkra hükmünde,

“Uygulamada asıl ceza, bu madde hükümlerine göre para cezasına veya tedbirlere çevrilen hürriyeti bağlayıcı cezadır”

deniliyordu.

97 Nitekim, Yüksek seçim Kurulu da, daha sonra para cezasına çevrilmiş olsa bile, bu tür suçlardan hüküm giymeyi, seçilmeye engel görmektedir. Bkz. Yüksek Seçim Kurulunun 7.6.1989 gün ve 1206 sayılı Kararı, Yüksek Seçim Kurulu İlke Kararları, 1988-1989-1990 Yılları, Ankara 1991, s. 194-196.

cc) Hükmolunan cezanın ertelenmiş (tecil edilmiş) olması

Bir milletvekilinin, milletvekili seçilmeye engel olan bir suçtan aldığı cezanın ertelenmesi durumunda, milletvekilliğinin yine düşürülüp düşürülmeyeceği de bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Türk Ceza Kanununun 89-95. maddeleriyle hukukumuzda giren tecil kurumu, bugün 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun 7.12.1988 tarih ve 3506 sayılı Kanunla değiştirilmiş olan 6. maddesi uyarınca, sınırları daha da genişletilerek uygulanmaktadır. 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunun söz konusu 6. maddesinde,

“Adliye mahkemelerince para cezasından başka bir ceza ile mahkûm olmayan kimse, işlediği bir suçtan dolayı ağır veya hafif para veya bir yıla kadar (bir yıl dahil) ağır hapis veya iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis veya hafif hapis cezalarından biriyle mahkûm olur ve geçmişteki hali ve suç işleme hususunda eğilimine göre cezanın ertelenmesi ileride suç işlemekten çekinmesine sebep olacağı hakkında mahkemece kanaat edinilirse, bu cezanın ertelenmesine hükmolunabilir...”

denildiğini görüyoruz. Türk Ceza Kanununun 95. maddesinde de,

“I. Kabahat ile mahkûm olan kimse hüküm tarihinden itibaren bir sene içinde bir cürümden veya evvelki hükümün verildiği Asliye mahkemesinin kazası dairesinde diğer bir kabahatten dolayı aynı cinsten veya daha ağır cezaya,

II. Cürüm ile mahkûm olan kimse hüküm tarihinden itibaren beş sene içinde işlediği diğer bir cürümden dolayı evvelce verilen ceza cinsinden bir cezaya yahut hapis veya ağır hapis cezasına mahkûm olmazsa, cezası tecil edilmiş olan mahkûmiyeti esasen vâki olmamış sayılır. Aksi takdirde her iki ceza ayrı ayrı tenfiz olunur”

hükmü yer almaktadır. Bu hükümden anlaşılacağı gibi, kabahatten mahkûm olan bir kimse, mahkûmiyetten itibaren bir yıl içinde cürümden veya aynı yargı çevresinde kabahatten; cürümden mahkûm olan bir kimse ise beş yıl içinde bir başka cürümden mahkûm olmazsa, cezası ertelenmiş olan mahkûmiyet “vâki olmamış” sayılacaktır. Bu durumda, bir milletvekili, örneğin bir yıl ağır hapis veya iki yıl hapis cezası ile mahkûm olmuş; ancak, bu cezası ertelenmişse ne yapılacağı sorusu akla gelebilir.

Soruna, memur hukukundaki benzer, düzenleme⁹⁸ nedeniyle yaklaşan Danıştay’ın, önceleri, ertelenmiş olsa dahi, devlet memurluğuna engel bir suçtan giyilen mahkûmiyetin, memurluğa devamı önleyeceği görüşünde iken;⁹⁹

98 657 sayılı Devlet Memurları Kanunun 48. maddesinin (A) bendi, taksirli suçlar hariç ağır hapis veya 6 aydan fazla hapis ile maddede ismen sayılan suçlardan mahkûmiyeti memurluğa engel görmekteydi.

99 Danıştay 2. Mürettep Dairesinin 26.5.1981 gün ve E. 1980/6091. K. 1981/2407 sayılı Kararı; Danıştay 5. Dairesinin 8.2.1985 gün ve E. 1982/6095, K. 1985/297 sayılı Kararı.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

daha sonra bu görüşünü değiştirdiğini¹⁰⁰ ve İçtihatları Birleştirme Kurulunun 15.11.1990 gün ve E. 1990/2, K. 1990/2 sayılı Kararıyla “Ertelenmiş bulunan bir mahkûmiyet hükmü nedeniyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu... uyarınca devlet memurunun görevine son verilemeyeceğine...” hükmettiğine¹⁰¹ tanık oluyoruz. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun bu Kararında,

“... tecil miessesesinde esas, kişiyi cezaevine sokmadan bir süre cemiyet içinde, ailesinden ve işinden koparmadan denemek, iyi hal gösterdiği takdirde mahkûmiyetini yok saymaktır... Tecil edilmiş mahkûmiyeti bulunan memur kişi için de aynı durum söz konusudur...”

İkinci olarak eşitliğe aykırı olur. Zira Türk Ceza Kanunun 95. maddesi uyarınca, deneme süresi geçmiş ve böylece mahkûmiyeti ortadan kalkmış bir memuru, idarenin sonradan farketmesi halinde artık görevine son verilemeyeceği Danıştay Beşinci Dairesinin müstakar kararlarıyla da kabul edilmekte bulunmasına göre, deneme süresinin bitmesine az bir süre kalan memurun görevine son verilmesi, bir süre sonra aynı hukukî statüde olacak kişiler arasındaki eşitliği bozar...

Ve nihayet, böyle bir işlemde kamu yararından da söz etmek mümkün değildir... görevini başarıyla sürdürmekte olan kişinin sırf mahkûmiyeti nedeniyle, bu mahkûmiyetin tecil edilmiş olduğu ve bir süre sonra büyük bir ihtimalle yok sayılacağı gözardı edilerek, görevine son verilmesinde kamu yararından söz edilemez”

gerekçesine dayanılmaktaydı.¹⁰² Bu Karardan kısa bir süre sonra, kanun koyucu da, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48. maddesini değiştirerek, “Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla, zimmet, ihtilâs, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlâk kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmî satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından” giyilen hükümler hariç, memuriyete engel olan diğer mahkûmiyet hallerinin, tecil edilmiş olmaları durumunda memurluğun devamını etkilemeyeceğini öngörmüştür.¹⁰³

Kanımızca, söz konusu İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararından esinlenip, üyeliğin düşmesine neden olan bir suçtan hüküm giyen, fakat cezası ertelenmiş olan milletvekilleri için de aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Gerçekten, öngörülen deneme süresi geçtikten sonra, cezası ertelenmiş olan mahkûmiyet, Türk Ceza Kanunun 95. maddesindeki ifade ile “*esasen vâki*

100 Danıştay 5. Dairesinin 20.4.1989 gün ve E. 1987/2477, K. 1989/698 sayılı Kararı; Danıştay 5. Dairesinin 3.5.1989 gün ve E. 1988/1903, K. 1989/777 sayılı Kararı.

101 **Resmî Gazete**, 25 Ocak 1991, Sayı 20766, s. 25 vd.

102 **Resmî Gazete**, 25 Ocak 1991, Sayı 20766, s. 31.

103 Bkz. 10.1.1991 tarih ve 3697 sayılı Kanunun 1. maddesi, **Resmî Gazete**. 18 Ocak 1991, Sayı 20759, s. 2.

olmamış" sayılacağına göre; TOROSLU'nun da işaret ettiği gibi, "erteleme ile mahkûmiyetin varlığı şarta bağlanmış, bir başka deyişle askıya alınmış" olmaktadır.¹⁰⁴ Bu durumda, "böyle bir mahkûmiyetin... diğer hukuk alanlarında... sonuçlar doğurması da mümkün değildir",¹⁰⁵ diye düşünülebilir. Bu nedenle, ertelenmiş bir mahkûmiyet, kanımızca milletvekilliğinin düşmesine yol açmamalıdır. Ancak, burada Anayasada ismen sayılan suçlardan mahkûmiyet durumunun ayrıca ele alınmasının gerekip gerekmediği sorusu akla gelebilir. Hatırlanacağı gibi, Anayasanın 76. maddesinde ismen sayılan suçlardan mahkûmiyet de milletvekilliğini engellemekte ve gerek Anayasanın 76. maddesinde, gerek onu izleyen 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun 11. maddesinin (f) bendinde, bu suçlardan mahkûm olanların, affa uğrasalar bile milletvekili seçilemeyecekleri öngörülmektedir. Söz konusu düzenleme ile Anayasa koyucunun ismen belirlediği bu suçlara ayrı bir önem verdiği ve bu yüzden bunları işleyenlerin, mahkûmiyeti bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran genel affa uğrasalar bile milletvekili seçilmelerini istemediği anlaşılmaktadır. Ancak, "erteleme", "af"tan farklı bir kurumdur.¹⁰⁶ Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun anılan Kararında belirtildiği üzere,

"...maddede sayıları suçlardan biri ile mahkûm olup, affa uğramış kişi ile, aynı suçtan mahkûm olup cezası tecil edilmiş kişi arasında fark olduğu açıktır. Bu fark, kişilere uygulanan (af) ve (tecil) müesseseleri arasındaki farktan doğmaktadır.

*Af... gerçi mahkûmiyeti, onun neticelerim hatta suç vasfını kaldırır ama affa nazara alınan, fail değil (suç) tur. Kanunla bazı suçlar ve bunlara ilişkin mahkûmiyetler ve sonuçları bir atıfet olarak affedilmiş tir. Tecilde ise esas olan kişidir. Hâkim, tecil kararı verirken, fail hakkındaki sübjektif şartları incelemiş, yani faili incelemiş, onun tesadüfi suçlu olduğunu tesbit etmiş... ve cezasını tecil etmiştir.*¹⁰⁷

Bu nedenle, ismen sayılan suçlardan biriyle mahkûm olup cezası ertelenen bir milletvekilinin de milletvekilliğinin düşürülemeyeceği savunulabilir.¹⁰⁸ Bu

104 TOROSLU (1991): s. 95.

105 TOROSLU (1991): s. 95.

106 EREM, Faruk: **Türk Ceza Hukuku, Cilt II, Genel Hükümler**, Onikinci Baskı, Ankara 1985, s. 284-285.

107 **Resmî Gazete**, 25 Ocak 1991, Sayı 20766, s. 32. Bu Kararla ilgili olarak, ayrıca bkz. TOROSLU (1991): s. 94-95.

108 DÖNMEZER ve ERMAN da, erteleme, mahkûmiyetin diğer kanunlar gereği husule getireceği başka ehliyetizlikleri önlemesi gerektiğini ileri sürmekte ve «Söz gelimi, 1580 sayılı Belediye Kanununun 24. maddesinde belediye meclisine üye seçilmeye engel bazı suçlar gösterilmiştir. Bizce bu suçlardan dolayı ertelenen mahkûmiyet seçilmeğe engel etki yapmamak gerekir» demektedirler (DÖNMEZER-ERMAN: **Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. III**, İstanbul 1983, s. 29, dipnot 51). Belediye Kanununun, söz konusu 24. maddesinin, 18.1.1984 tarih ve 2972 sayılı Kanunla kaldırılmadan önceki hükmü uyarınca, Belediye Meclisine üye seçilebilmek için, "ağır hapis cezasına mahkûm olmamak, hırsızlık, dolandırıcılık, emniyeti suistimal, iflâs gibi muhelli haysiyet suçlarla mahkûm bulunmamak" gerekiyordu. Buna karşılık, Yüksek Seçim Kurulu, ismen sayılan bu suçların birinden mahkûm olan ve cezası ertelenen bir belediye baş-

suçlardan mahkûmiyetin, ertelemeye rağmen milletvekilliğine son verebilmesi için, kanımızca 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun ilgili maddesine bir fıkra eklenerek, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48. maddesinin 10.1.1991 tarih ve 3697 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonraki şeklinde olduğu gibi, açık bir hükme yer verilmesi gerekir.

dd) Yabancı bir ülke mahkemesi tarafından verilen ceza mahkûmiyetlerinin etkisi

Bir milletvekili hakkında yabancı bir ülke mahkemesi tarafından verilmiş olan mahkûmiyet kararının bu milletvekilinin milletvekilliğinin düşmesine yol açıp açmayacağı da bir sorun doğurabilir. Bu sorunun çözümü için, öncelikle yabancı ülke mahkemelerince verilen mahkûmiyet kararlarına Türkiye Cumhuriyeti tarafından hukukî değer tanınıp tanınmayacağı hususuna bakmamız gerekir.

Doktrinde ifade edilen şekliyle, bir mahkûmiyet kararına değer tanıma iki biçimde gerçekleşir: i) yerine getirme, ii) gözönünde tutma.¹⁰⁹ Yerine getirmede, yabancı bir ülke mahkemesince verilen bir mahkûmiyet kararının Türkiye’de infazı söz konusu olmaktadır. Bu bağlamda, verilen ceza hapis ise çektirilmekte, para cezası ile ödetilmektedir. Gözönünde tutma dendiğinde de, bir yargı kararma, ondan ayrı bazı sonuçların bağlanması anlaşılmaktadır. Bir mahkûmiyetin tekrerrü’e esas alınması, gözönünde tutmanın bir örneğini oluşturur.¹¹⁰ Yeni bir olay ve ona ilişkin yargılama yapılmaksızın, bir mahkûmiyet kararına bağlanan sonuçlar şeklinde tanımlanabilen “ekleme sonuçlar” da; KUNTER’in belirttiği gibi, bir yabancı mahkeme kararma değer tanıma söz konusu olduğunda, “gözönünde tutma”nın bir türü olarak ele alınmaktadır.¹¹¹ Bu bağlamda, bir ceza mahkûmiyetinin milletvekilliğinin düşmesine yol açması, bu yargı kararının “ekleme sonucu” dur ve söz konusu mahkûmiyet yabancı bir ülke mahkemesince verilmişse bu ekleme sonucu, gözönünde tutma olarak görmek gerekir. Öyleyse sorun, bu tür ekleme sonuçların gözönünde tutulup tutulmayacağı; bir başka deyişle, yabancı mahkemelerce verilen mahkûmiyet kararlarına hukukî değer tanınıp tanınmayacağıdır.

kan adayının adaylığını, söz konusu kişi, ertelenen cezasının deneme süresini suç işlemeden geçirdiği halde kabul etmemiştir. Yüksek Seçim Kurulu, 16.6.1987 gün ve 235 sayılı bu Kararına gerekçe olarak, anılan suçlardan mahkûm olanların, affa uğramış olsalar bile seçilme yeterliklerinin bulunmamasını göstermekteydi (bkz. **Yüksek Seçim Kurulu Kararları, 1986-1987 Yılları**, Ankara 1989, s. 186-188).

109 KUNTER. Nurullah: **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Sekizinci Bası, İstanbul 1986, s. 272-273; YENİSEY, Feridun: **Milletlerarası Ceza Hukuku: Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri ve Mevzuat**, İstanbul 1988, s. 78-77.

110 KUNTER (1986): s. 273; YENİSEY (1988): s. 77-78.

111 KUNTER (1986): s. 272-273. Ancak, KUNTER, yabancı devlet bakımından ekleme sonuç olanların, aynı devlet bakımından “yerine getirme” sayılacağına dikkat çekmektedir. Bir başka deyişle, yabancı bir ülke mahkemesince değil, millî bir mahkemece verilen ceza mahkûmiyetinde, ekleme sonuçlar “gözönünde tutma” olarak görülemez (KUNTER-1986: s. 273).

1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi

Sorunu, bu konuya ilişkin kanunlar ve milletlerarası sözleşmeler açısından ele almamız gerekir. Türk vatandaşları hakkında yabancı mahkemelerce verilen ceza mahkûmiyetlerinin yerine getirilmesi, 8.5.1984 tarih ve 3002 sayılı “Türk Vatandaşları Hakkında Yabancı Ülke Mahkemelerinden ve Yabancılar Hakkında Türk Mahkemelerinden Verilen Ceza Mahkûmiyetlerinin İnfazına Dair Kanun”la düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu Kanunda, yabancı bir mahkemece verilen ceza mahkûmiyetinin Türkiye’de yerine getirilmesini söz konusu yabancı ülke talep ederse, bu talebin Adalet Bakanlığınca inceleneceği ve yerine getirilmesine Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından karar verilebileceği; yabancı mahkeme ceza ilâmına Türkiye’de uygulanacak müeyyidenin tayin edilmesi konusunda karar vermeye, yabancı mahkûmiyet ilâmına esas teşkil eden suçun niteliği veya cezanın miktar ve mahiyetine göre görev yönünden tekabül eden Ankara mahkemesinin yetkili olduğu öngörülmektedir. Ayrıca yine Kanuna göre, yabancı mahkeme kararında sübutu kabul edilen suça, Türk kanunlarına göre verilmesi gereken ceza müeyyidesi veya bu suça en yakın ceza müeyyidesi tayin olunacaktır. Ancak, bu suretle tayin edilecek ceza miktarı yabancı mahkeme kararındaki ceza süresini geçemeyeceği gibi, fiilin Türk hukukuna göre daha hafif cezayı gerektirdiği hallerde, müeyyide buna göre belirlenecektir. Bir milletvekili hakkında yabancı bir ülke mahkemesince verilen ceza mahkûmiyetinin anılan Kanun uyarınca Türkiye’de “yerine getirilmesine” karar verilirse, aynı hükmün “gözönünde tutulmasına” da karar vermek gerekir. Bir başka deyişle bu hükmün “ekleme sonuçlarının” da dikkate alınması icabeder. Ancak, ekleme sonuçlarından dikkate alınması gereken ceza, yabancı mahkeme kararında sübutu kabul edilen suça, sözü geçen Kanun uyarınca Türk adli makamlarınca tayin edilecek ceza olmalıdır.

Bir yabancı ülke mahkemesince hükmolunan ceza mahkûmiyetinin, milletvekilliğinin düşmesine yol açmasında dikkate alınabilecek bir başka yasal dayanak “Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi”dir. Ülkemizce de onaylanmış olan¹¹² bu sözleşme ile, taraf devletlerden birince hükmolunan bir ceza mahkûmiyetinin, sözleşmenin tarafı bir diğer devletçe yerine getirilmesi ve gözönünde tutulması düzenlenmektedir. Bu bağlamda, gözönünde tutulmaya ilişkin olarak, sözleşmenin 57. maddesinde,

“Sözleşen Devletler, yüze karşı yapılan muhakeme sonunda verilen Avrupa ceza yargılarını gözönünde tutup kendi kanunlarının kendi ülkelerinde verilen

112 Türkiye Cumhuriyeti tarafından 26.6.1974 tarihinde imzalanan ve 1.3.1977 tarih ve 2081 sayılı Kanunla onaylanması uygun görülen bu sözleşme. Bakanlar Kurulunca 19.9.1977 gün ve 7/14157 sayılı Kararname ile onaylanarak, Onay Belgesinin, Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine tevdi edilmesi üzerine Türkiye Cumhuriyeti için 16.1.1979 tarihinde yürürlüğe girmiştir (bkz. YENİSEY-1988: s. 69-70. Bu sözleşme ile ilgili olarak ayrıca bkz. KUNTER, Nurullah: “Ana Çizgileriyle Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi”, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.XXXVI, Sayı 1-4, 1971, s. 79-92). Sözleşme metni için bkz. Resmî Gazete, 14.12.1977, Sayı 16139; YENİSEY (1988): s. 768-789.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

yargılara bağladıkları yasaklamaların hepsini veya bir kısmını onlara bağlayabilmelerini sağlayacak uygun tedbirleri alacaklar ve bu yargıların hangi şartlarla gözönünde tutulacağını tayin edeceklerdir”

denilmektedir. Ülkemiz, Sözleşme ile yüklendiği bu görevi, 1.3.1977 gün ve 2081 sayılı “Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesinin Onaylanması ve Uygulanması Hakkında Kanun” ile yerine getirmiş bulunmaktadır. Anılan Kanunun 7. maddesinde,

“Türk mahkemeleri tarafından verilen hükümlerin sonucu olan yasaklamalar, sözleşen devletlerin ceza mahkemeleri hükümlerine de uygulanır”

düzenlemesi yer almaktadır. Böylece, sözleşen devletlerden birince yüze karşı yapılan yargılama sonunda verilen bir ceza mahkûmiyeti kararına, yeni bir olay yargılaması yapmadan, yurt içinde “ekleme sonuçlar” bağlanabilecektir.¹¹³ Bu nedenle, sözleşen devletlerden birince bir milletvekili hakkında verilen ceza mahkûmiyeti, milletvekilliğinin düşmesine yol açacak nitelikte ise, yeni bir olay yargılaması yapmadan, söz konusu yabancı hükme ekleme sonuç bağlanabilecek, yani üyelik düşürülebilecek demektir. Ayrıca, işaret etmek isteriz ki, ekleme sonuç bağlamada yeni bir olay yargılaması yapılmayacağından, bu tür bir uyarlamaya milletvekili dokunulmazlığının da engel olamaması gerekir.

Avrupa Sözleşmesi dışında, başka ülkelerle yapılan ceza mahkûmiyetlerinin yerine getirilmesine ilişkin ikili sözleşmeler varsa; bu sözleşmelerin tarafı diğer ülke yargı organlarıncaya verilecek hükümlere de, ekleme sonuç bağlanacağı, bir başka deyişle, bu tür hükümlerin de milletvekilliğinin düşmesinde dikkate alınacağı doğardır.

Yabancı ülke mahkemelerince verilen ceza mahkûmiyeti kararlarına hukukî değer tanımaya dolaylı bir biçimde de olsa izin verir gibi görünen bir diğer yasal dayanağı, Türk Ceza Kanunun 87. maddesinin 4. fıkrasında bulabileceğimiz düşünülebilir. Gerçekten, anılan hükümde,

“Bu kanunun 6 rıncı babının birinci faslındaki 316,317,318,319,320,321 ve 331 inci maddeleri ile ikinci faslındaki 332 ve 333 üncü ve 7 inci babın üçüncü faslındaki 403 ve 404 üncü maddelerde yazılı hususlardan dolayı verileri hükümler müstesna olmak üzere yabancı memleket mahkemelerinde verilen hükümler; tekrerrüre esas olamaz”

denilmektedir. Anlaşılabileceği gibi, fıkranın öngördüğü ana kural, yabancı memleket mahkemelerince verilen hükümlerin tekrerrüre esas olamayacağıdır. Ancak, görüldüğü gibi düzenleme, bu kurala bazı istisnalar getirmiştir. Türk Ceza Kanununun söz konusu fıkrada tek tek sayılan maddelerinde yazılı hususlardan dolayı verilen hükümler, yabancı memleket mahkemelerince verilmiş olmasına rağmen, tekrerrüre esas alınabilecektir. Böylece, değinilen

113 Bu konuda bkz. YENİSEY (1998): S. 251-254

düzenleme, Ceza Kanununun tek tek sayılan maddelerinde belirtilen suçlara ilişkin olarak verilen yabancı mahkeme hükümlerinin gözönünde tutulacağını, yani bu hükümlere hukukî değer tanınacağı öngörmektedir. Buradan bir adım ileri gidip, Türk Ceza Kanununun 87. maddesinin 4. fıkrası, gözönünde tutmanın, doktrinde *“rastlantılı sonuçlar”* olarak adlandırılan bu türünü¹¹⁴ benimsediğine göre, aynı suçlar için yabancı mahkemelerce verilen ceza hükümlerine, gözönünde tutmanın diğer türünü oluşturan *“ekleme sonuçlar”* bağlamaya da izin vermektedir, diye düşünülebilir. Bu durumda, bir milletvekili aleyhine Türk Ceza Kanununun 87. maddesinin 4. fıkrasında sayılan maddelerin düzenlediği suçlardan ötürü verilmiş yabancı bir mahkeme hükmü söz konusu olursa, bu hükmün, milletvekilliğinin düşmesine yol açabileceği savunulabilir. Nitekim, İtalya’dan Fransa’ya geçerken özel otomobilinde baz morfin bulunduğu için Fransız mahkemelerince onbeş yıl hapis cezasına mahkûm olan Niğde Senatörü Kudret Bayhan’ın üyeliğini, Cumhuriyet Senatosu 11.7.1974 tarihinde söz konusu yabancı mahkeme hükmünden ötürü düşürürken,¹¹⁵ bir bakıma bu tür bir gerekçeye de dayanmıştı. Gerçekten, konuya ilişkin olarak Cumhuriyet Senatosu Başkanlığının Genel Kurulun bilgisine sunduğu Adalet Bakanlığı yazısında, baz morfin ihraç etmek suçunun Türk Ceza Kanununun 403. maddesinde düzenlendiğine ve Türk Ceza Kanununun 87/4. maddesinde yabancı memleket mahkemelerinden verilen hükümlerin tekerrüre esas olamayacağı kuralı konurken, başka suçlarla birlikte 403. maddede yazılı suçtan dolayı da yabancı mahkemelerden verilmiş mahkûmiyet hükümlerinin tekerrüre esas tutulacağını istisna olarak kabul edildiğine dikkat çekilmekteydi.¹¹⁶ Cumhuriyet Senatosu Başkanlık Divanının, üyeliğin düşmesi eğiliminin işlendiği görüşünde de, Adalet Bakanlığının söz konusu yazısına yer verilmişti.¹¹⁷

Yabancı bir mahkemece hükmolunan ceza mahkûmiyetine hukukî değer tanımakla ilgili bir başka düzenleme, 22.1.1990 tarih ve 3682 sayılı Adli Sicil Kanununda yer almaktadır. Bu Kanunun, adli sicile geçirilecek bilgileri belirleyen 4. maddesinin C bendinde,

“Yabancı ülke mahkemelerince verilip, kesinleşen ve Türk Hükümetine bildirilen;

a) Türk kanunlarına göre suç sayılan fiillerden dolayı, Türk vatandaşları hakkında tesis olunan,

b) Türk Devletinin şahsiyetine karşı işlenen bir cürümden veya milletlerarası anlaşmaların kapsamına giren suçlardan dolayı hükmolunan,

mahkûmiyet kararları;”

114 KUNTER (1986): s. 272-273; YENİSEY (1988): s. 255-256.

115 CSTD, 1974, C. 17, s. 399-416.

116 CSTD, 1974, C. 17, s. 418-419.

117 CSTD, 1974, C. 17, s. 401.

denilmektedir. Görüldüğü gibi, söz konusu madde düzenlemesine göre, yabancı ülke mahkemelerince Türk vatandaşları hakkında verilen ve Türk hükümetine bildirilen hükümler, Türk kanunlarına göre de suç sayılan bir fiil nedeniyle tesis olunmuşsa, başka hiç bir incelemeye gerek kalmadan, örneğin bir adli otorite tarafından uyarlaması yapılmadan, doğrudan adli sicile geçirilecektir.¹¹⁸ Bu kadar geniş bir uygulama alanı getiren söz konusu düzenlemeden, Türk Devletin, vatandaşları hakkında Türk kanunlarına göre de suç sayılan fiillerden ötürü verilen bütün yabancı ülke mahkemelerinin kararlarına hukukî değer tanımayı kabul ettiği anlamını çıkaramayız. Aksi düşünce, bütün yabancı mahkeme kararlarının gözönünde tutulacağı anlamına gelir ki; bunun, böyle bir gözönünde tutmayı bir çeşit ayrıcalık olarak sağlayan uluslararası sözleşmeleri ve belirli suçlar dışında yabancı mahkemelerce verilen ceza hükümlerinin tekerrürde dikkate alınmayacağı öngören Türk Ceza Kanununun 87/4 maddesi hükmünü anlamsız kılacağı açıktır. Bu nedenle, Adli Sicil Kanununun 4. maddesinin değinilen C bendini, bir bilgi kaydı amacıyla yönelik düzenleme olarak değerlendirmek gerektiğini düşünüyoruz.¹¹⁹ Böyle olunca, eğer bir başka kanunda veya bir uluslararası sözleşmede, gözönünde tutulacağına ilişkin açık bir düzenleme yoksa, bir yabancı mahkeme hükmünün, yalnızca adli sicile işlenmiş olması nedeniyle milletvekilliğinin düşmesinde dikkate alınamaması gerekir.

Nihayet, yabancı mahkeme kararlarının gözönünde tutulması ile ilgili olarak, Türk Ceza Kanununun 8. maddesine de değinmek gerekir. Söz konusu madde uyarınca, Ceza Kanunun 3., 4. ve 5. maddelerinde öngörülen durumlardan ötürü yabancı mahkemelerce verilen ve Türk kanunlarına uygun olan hükümler, Türk kanunlarıncada gerek aslî, gerek fer'î olarak kamu hizmetlerinden yasaklanmayı veya bir başka ehliyetsizliği kapsıyorsa, Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine bu hukuku bağlayıcı ceza ve sonuçlarının Türkiye’de de geçerli olmasına Türk mahkemesince karar verilebilecektir.¹²⁰ DÖNMEZER ve ERMAN’ın da belirttikleri gibi, burada hâkime bir takdir hakkı ta-

118 Nitekim, 13 Kasım 1991 tarih ve 21050 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmış olan Adli Sicil Yönetmeliğinin 6. maddesinin 2. fıkrasında,

“(C) bendinde belirtilen, yabancı ülke mahkemelerince verilip kesinleşen ve Türk Hükümetine bildirilen mahkûmiyet kararları ilgili makamlarca, doğrudan Merkezî Adli Sicile ... gönderilir” denilmektedir.

119 Buna karşılık, Yüksek Seçim Kurulu 6.1.1990 gün ve 7 sayılı Kararıyla, bir belediye başkanının tutanağını, bu kişi hakkında Danimarka’nın Kopenhag şehri Bölge Mahkemesi tarafından verilmiş ve T.C. Adalet Bakanlığına bildirilerek adli sicile işlenmiş olan iki yıllık mahkûmiyet kararı nedeniyle iptal etmiştir (**Yüksek Seçim Kurulu İlke Kararları, 1988-1989-1990 Yılları**, Ankara 1991, s. 290-292). Her ne kadar, Danimarka daha önce sözü edilen “Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi”ni imzalayan devletlerden olduğu için, bu yargı kararı ülkemizde gözönünde tutulacak ve ona eklemeye sonuç bağlanacak ise de. Yüksek Seçim Kurulunun Kararında bu noktaya değinilmesi ve gerekçenin yalnızca söz konusu mahkûmiyetin adli sicile işlenmiş olmasına dayandırılmaması gerekirdi.

120 EREM, Faruk - DANIŞMAN, Ahmet - ARTUK, Mehmet Emin: **Hümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara 1997, s. 191.

nınmıştır ve hâkim, yabancı mahkemece verilen hükmün siyasal nedenlere dayandığına kanaat getirirse, bu hükmün Türkiye’de geçerli olmasına karar vermeyecektir.¹²¹ EREM, DANIŞMAN ve ARTUK’un da işaret ettikleri gibi, 8. madde uyarınca verilecek hüküm sonuçta bir Türk mahkemesinin kararıdır ve bunu yabancı bir mahkeme kararı olarak değerlendirmemek gerekir.¹²² Bu nedenle, söz konusu hükmü milletvekilliğinin düşmesinde dikkate almada bir sorun olmayacaktır.

ee) Milletvekili seçilmeye engel olan bir suçtan mahkûmiyetin, ilgilinin milletvekili seçilmesinden sonra ortaya çıkması

Milletvekili seçilmeye engel olan bir suçtan mahkûmiyete ilişkin son bir sorun da, bir kişinin milletvekili seçilmesinden önce mevcut bu tür bir mahkûmiyetin, o kişinin milletvekili seçilmesinden sonra ortaya çıkması durumunda ne yapılacağıdır. Bir başka deyişle, böyle bir durumda Yüksek Seçim Kurulu tarafından o kişinin milletvekili seçildiğine ilişkin tutanağın iptali yoluna mı gidilecektir; yoksa, Türkiye Büyük Millet Meclisinin söz konusu milletvekillinin üyeliğinin düşmesine mi karar vermesi gerekecektir?

Bilindiği gibi, Anayasanın 79. maddesinde, seçimlerin yargı organlarının genel yönetim ve denetimi altında yapılacağı öngörüldükten sonra, ikinci fıkrasında,

“Seçimlerin başlamasından bitimine kadar, seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapma ve yaptırma, seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikâyet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin seçim tutanaklarını kabul etme görevi Yüksek Seçim Kurulundur...”

denilmektedir. Bu denetimin milletvekili adaylığı şartlarına ilişkin kısmının ne şekilde yerine getirileceği ise, 2839 sayılı “Milletvekili Seçimi Kanunu” ile 298 sayılı “Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun” da düzenlenmiş bulunmaktadır. Gerçekten, 2839 sayılı Kanunun 20. ve 21. maddeleri uyarınca partili veya bağımsız adaylar Yüksek Seçim Kurulu ve il seçim kurullarınca geçici olarak ilân edilmektedir. Söz konusu Kanunun 22. maddesi, geçici olarak ilân edilen adaylara karşı itirazların il seçim kurullarına yapılacağını, il seçim kurullarının kararlarına karşı da Yüksek Seçim Kuruluna başvurulabileceğini öngörmektedir. Ayrıca 23. maddede de, il seçim kurullarının kendi seçim çevrelerindeki adayların adaylık şartlarını taşıyıp taşımadıklarını re’sen inceleyebilecekleri, bir noksanlık veya aykırılık bulunursa, durumun il seçim kurulunca Yüksek Seçim Kuruluna bildirileceği hükme bağlanmaktadır. 24. maddede ise, kesinleşen adayların Yüksek Seçim Kurulu tarafından Resmî Gazete ve radyo ile ilân edileceği öngörülmektedir. 298 sa-

121 DÖNMEZER-ERMAN (1983): s. 641-640.

122 EREM-DANIŞMAN-ARTUK (1997): s. 191.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

yılı Kanuna gelince; bu Kanunun 130. maddesinin I. fıkrasının (6) numaralı bendinde, başka konulardaki itirazların yanısıra, “seçilme yeterliliğine” ilişkin itirazların da, seçilen kişiye verilecek tutanağın düzenlenmesinden sonraki üç gün içinde, Yüksek Seçim Kuruluna yapılabileceği belirtilmektedir. Aynı maddenin II. fıkrasında da, siyasî partilerin il başkanlarıyla genel merkezleri veya bağımsız adaylar tarafından, “seçimin neticesine müessir olaylar ve haller sebebiyle”, tutanağın düzenlenmesinden sonra yedi gün içinde itiraz edilebileceği öngörülmüştür. Nihayet, 298 sayılı Kanuna 17.5.1979 tarih ve 234 sayılı Kanunla eklenen IV. fıkra da,

“... adaylığın kesinleşmesinden sonra, adayın Türk olmadığına, yaşının kanunda gösterilenden küçük olduğuna, okur-yazar olmadığı veya seçilme yeterliliğini kaybettiiren bir mahkûmiyeti bulunduğuna ilişkin iddialar dışındaki nedenlerle adaylara itiraz olunamaz. Bu hüküm olağanüstü itirazlar için de geçerlidir”

denilmektedir.

Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı gibi, seçimin yapılıp, seçilen kişiye verilecek tutanağın düzenlenmesinden sonra; Kanunda, adaylık şartlarına ilişkin olarak biri üç gün içinde yapılabilecek olan olağan, diğeri yedi gün içinde yapılabilecek olan olağanüstü itiraz yolları öngörülmüştür. Bu süreler içinde adaylık şartlarına ilişkin bir itiraz yapılmışsa,¹²³ itirazda ileri sürülen hususların kanıtlanması üzerine, Yüksek Seçim Kurulunca ilgili milletvekilinin tutanağının iptaline karar verilebileceğinden kuşku duymamak gerekir.¹²⁴ Buna karşılık, önceden mevcut olduğu halde seçimin yapılıp, kazananın tutanağının düzenlenmesinden ve hem olağan, hem olağanüstü itiraz yollarının da süresi geçtikten sonra ortaya çıkacak olan bir mahkûmiyet durumunda ne yapılacağı daha tartışmalı bir soruna yol açmaktadır. Bu konuda ne 2839 sayılı Kanunda, ne de 238 sayılı Kanunda bir hüküm yer almaktadır. Uygulamada, Yüksek Seçim Kurulu, 1961 Anayasası dönemindeki ilk kararlarında, seçilen bir kimsenin seçilmeye engel bir suçtan mahkûmiyeti olduğuna ilişkin itirazların süresi içinde yapılıp yapılmadığına baktığı halde;¹²⁵ daha sonra Yüksek Kurulun, kanunlardaki adaylık şartlarına ilişkin emredici hükümleri

123 298 sayılı Kanuna 17.5.1979 tarih ve 2234 sayılı Kanunla eklenen IV. fıkranın açık hükmü karşısında, adaylık şartlarına ilişkin olağan ve olağanüstü itirazlarda, sadece söz konusu fıkra da yer alan dört husus ileri sürülebilecektir.

124 Nitekim, 15.10.1961 günü yapılan milletvekili genel seçiminde Muş Milletvekili seçilen K.A. hakkında milletvekili seçilmeye engel bir suçtan mahkûmiyeti olduğuna ilişkin, süresi içinde yapılan bir itiraz üzerine; Yüksek Seçim Kurulu, adı geçen milletvekilinin -Anayasa uyarınca andını içip görevine başladıktan sonra- tutanağının iptaline karar vermiştir (Yüksek Seçim Kurulunun 11.11.1961 gün ve 390 sayılı Kararı, Resmi Gazete, 18 Kasım 1961, Sayı 10961, s. 5839; MMTD, Dönem 1, C.I, s. 90-92. Bu milletvekili ve diğerlerinin and içtiği tarih için bkz. TBMMTD -Birleşik Toplantı- 1961, C. 1, s. 2-3.

125 Bkz. Yüksek Seçim Kurulunun 23.1.1964 gün ve 1188 sayılı Kararı, **Yüksek Seçim Kurulu İlke Kararları, Kasım 1962-Şubat 1964 Dönemi**, Ankara 1964, s. 245; 4.5.1967 gün ve 85 sayılı Karar, **Yüksek Seçim Kurulu İlke Kararları, 1967 Yılı**, Ankara 1968, s. 42-43.

her zaman dikkate alabileceğine, “tam kanunsuzluk” olarak adlandırdığı bu koşulların varlığını itiraz ve şikayet sürelerine bağlı kalmaksızın inceleyebileceğine ve gerekiyorsa tutanağın iptali yoluna gidebileceğine karar verdiğine ve bu yöndeki görüşünün yerleştiğine tanık oluyoruz.¹²⁶ Böylece, Yüksek Seçim Kurulu, seçimden önce mevcut olduğu halde, seçimden sonra anlaşılan ve seçilmeye engel olan bir mahkûmiyetin varlığını da -bu durumu “tam kanunsuzluk” olarak nitelendirdiği için- herhangi bir süreye bağlı kalmaksızın incelemektedir.

Ancak, 1988 yılındaki bir Kararında, Yüksek Seçim Kurulunun o güne kadarki bu yerleşik içtihadını değiştirdiğini görüyoruz.¹²⁷ Gerçekten, Yüksek Seçim Kurulu, Adalet Bakanlığının 18. Dönem Bursa Milletvekili A.F.I.’nın seçilmeye engel mahkûmiyeti bulunduğu dair başvurusu üzerine verdiği kararda, geçmişte bu konudaki kararlarının biri hariç¹²⁸ hepsinin yerel yönetim seçimlerine ilişkin olduğuna, milletvekillerinin ise Anayasada başka hiçbir seçilmiş birimin üyelerine tanınmayan şekilde koruma altına alındıklarına ve dokunulmazlıklarının bulunduğu dikkat çekmekte; ayrıca, seçilmeye engel mahkûmiyetinin bulunduğu sonradan anlaşılan bir milletvekilinin tutanağının iptali yoluna gidilmekle onun milletvekili sıfatının ortadan kaldırılacağını ve böylece Türkiye Millet Meclisi üyeliğinin düşürülmüş olacağını, oysa Anayasanın 84. maddesi uyarınca üyeliğin düşürülmesi yetkisinin sadece Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğunu belirterek,

“...bir milletvekilinin Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeliğinin düşmesine yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisince karar verilebileceğinden, seçimden önce mevcut veya sonradan vaki mahkûmiyetine dayanılarak onun üyelik sıfatının ortadan kalkması ile sonuçlanacak hiç bir uygulama yapılamaz”

demektedir.¹²⁹ Böylece, Yüksek Seçim Kurulu, bu kararıyla, yerel yönetim birimleri seçilenleriyle, TBMM üyeleri arasında bir ayırım yapmakta ve birincilerin seçimden önce mevcut mahkûmiyetlerine dayanarak tutanaklarının iptali yoluna giderken,¹³⁰ İkinciler için böyle bir yetkisinin olmadığını ileri

126 3.3.1969 gün ve 52 sayılı Karar, **Yüksek Seçim Kurulu İlke Kararları**, 1969 Yılı, Ankara 1970, s. 27-30; 3.2.1971 gün ve 19 sayılı Karar, **Yüksek Seçim Kurulu İlke Kararları**, 1971 Yılı, Ankara 1972, s. 14-16; 29.6.1972 gün ve 194 sayılı Karar, **R’şmî Gazete**, 17 Temmuz 1972, Sayı 14248, s. 5; 14.11.1975 gün ve 489 sayılı Karar, **Resmî Gazete**, 8 Aralık 1975, Sayı 15436, s. 12-13; 19.11.1983 gün ve 555 sayılı Karar, **Resmî Gazete**, 30 Kasım 1983, Sayı 18237, s. 24-25.

127 26.12.1988 gün ve 311 sayılı Karar, **Resmî Gazete**, 1 Ocak 1989, Sayı 20046, s. 31-38.

128 Yüksek Seçim Kurulu, 17. Dönem Amasya Milletvekili A.S.A. hakkında, tutanağının kesinleşmesinden sonra yapılan, seçilmeye engel mahkûmiyeti bulunduğu ilişkin ihbar üzerine işin esasına girmiş; ancak, söz konusu mahkûmiyetin seçilmeye engel olmadığını belirlediği için, tutanağın iptali istemini reddetmiştir (19.11.1983 gün ve 555 sayılı Karar, **Resmî Gazete**, 30 Kasım 1983, Sayı 18237, s. 24-25).

129 **Resmî Gazete**, 11 Ocak 1989, Sayı 20046, s. 36.

130 Nitekim, Yüksek Seçim Kurulu 6.7.1989 tarihli daha yeni bir kararında, bir il genel meclisi üyesinin tutanağını, ilgilinin seçilmeye engel mahkûmiyeti olduğu ilişkin bir ihbar üzerine, bu tutanak kesinleşmiş olduğu halde incelemeye almıştır (bkz. 6.7.1989 gün ve 1382 sayılı Karar, **Resmî Gazete**, 12 Temmuz 1989, Sayı 20223, s. 26-28).

sürmektedir. Bu tutumunun gerekçesini açıklarken, milletvekillerinin dokunulmazlıklarının bulunduğunu, bu nedenle açık bir yasal kural da mevcut olmadığı için, kesinleşmelerinden sonra seçimden önce mevcut bir mahkûmiyete dayanarak tutanakları iptal edemeyeceğini, üyeliğin düşmesine yol açacak bu yetkinin sadece TBMM tarafından kullanılabileceğini belirtmektedir.

Biz, Yüksek Seçim Kurulunun bu kararına katılamıyoruz. Her şeyden önce işaret etmeliyiz ki, Anayasanın 84. maddesi uyarınca seçilmeye engel bir suçtan hüküm giyildiği için TBMM tarafından üyeliğin düşürülmesi, sadece milletvekili iken kesinleşen bir mahkûmiyetten ötürü mümkün olabilir. Milletvekili seçilmeden önce seçilmeye engel bir durumun olup olmadığının denetlenmesi, Anayasanın 79. maddesi uyarınca Yüksek Seçim Kuruluna aittir. Aksi düşünce, bizi seçim tutanaklarının TBMM tarafından denetlenmesine götürür ki; Anayasa hukukumuzda daha önce mevcut olan ancak, 17.2.1954 tarih ve 6272 sayılı Kanunla kaldırılan bu sistemin¹³¹ yeniden canlandırılması anlamına gelecek uygulamaların savunulması, 1961 ve 1982 Anayasalarında, seçimlerin yargı organlarının yönetim ve denetimi altında yapılacağını ve TBMM üyelerinin seçim tutanaklarının Yüksek Seçim Kuruluna kabul edileceğini belirten açık kurallar karşısında mümkün değildir. Milletvekillerinin dokunulmazlığa sahip olmalarının da, tutanaklarının Yüksek Seçim Kurulu tarafından incelenip, gerekiyorsa, iptal edilebilmesini engelleyememesi gerekir. Çünkü bilindiği gibi, dokunulmazlık, milletvekillerini ceza soruşturması veya kovuşturmasına karşı koruyan bir kurumdur. Ayrıca, burada ilgilinin milletvekilliğini kazanmış olup olmadığının incelenmesi söz konusudur. Bir sıfatın kazanılmış olup olmadığının incelenmesi sırasında, o sıfata ait bazı güvencelerin, böyle bir incelemeye engel olamaması gerekir. Bu nedenlerle, Yüksek Seçim Kurulu, yerel yönetim birimleri seçilenlerinin tutanaklarını, kesinleşmelerinden sonra, bu kişilerin seçimden önce mevcut mahkûmiyetlerinden ötürü iptal etme yetkisini kendisinde buluyorsa, aynı yetkiyi benzer durumdaki milletvekilleri üzerinde de kullanabilmesi gerekir. Yok eğer, yasalar kendisine tutanakların kesinleşmesinden sonra bu tür bir denetim yapma yetkisi vermiyor diye düşünüyorsa, o zaman aynı yetkisizliğin yerel yönetim seçimleri için de geçerli olacağından kuşku duymamak gerekir. Kanımızca, bu sorunu tümüyle çözmek için, 298 sayılı “Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun’a bir hüküm eklenerek, diğer tam kanunsuzluk halleriyle birlikte, kişinin seçilme yeterliğini kaybettiren bir mahkûmiyeti bulunduğuna ilişkin iddiaların, ilgilinin tutanağının kesinleşmesinden sonra da ileri sürülebileceğinin açıkça öngörülmesi yerinde olacaktır.

131 TEZİÇ (1996): s. 268-269.

Seçim tutanaklarının yasama organlarının incelenmesi hakkında genel bilgi için, ayrıca bkz. ONAR, Erdal: **Meclis Araştırması**, Ankara 1977, s. 9-10, ARASLI, Oya: **Seçim Sistemi Kavramı ve Türkiye’de Uygulanan Seçim Sistemleri (1876-1987)**, Ankara 1989, s. 133-134.

3) Kısıtlanma

Kısıtlanma, milletvekilliğinin düşmesine yol açan nedenlerden bir diğerini oluşturmaktadır. Bir kişinin kısıtlanmasına yol açan nedenler ve kısıtlılık kararının alınışı Türk Medenî Kanununda düzenlendiği için, bu konuda bizim de Medenî Kanuna başvurmamız gerekmektedir.

Kısıtlılık kurumu, Türk Medenî Kanununun 355-360. maddelerinde düzenlenmiş bulunmaktadır. 355-358. maddeler kısıtlılığın nedenlerine ayrılmış ve “akıl hastalığı veya akıl zayıflığı”, “israf, ayyaşlık, suihal ve suidare”, “bir sene veya daha fazla hapis cezası” kısıtlılık nedenleri olarak öngörülmüştür.¹³² Ayrıca, “ihtiyarlığı, malûliyeti veya tecrübesizliği sebebi ile işlerini gereği gibi görmekten âciz olduğunu isbat eden her reşit, vesayet altına alınmasını talep edebilir” denerek, bir ihtiyar kısıtlılık kurumuna da yer verilmiştir. Bu sayılanlardan, “bir sene veya daha fazla hapis cezası” zaten milletvekilliğinin düşmesine yol açan bir başka neden olduğu için, bu nedenden ötürü milletvekilliğinin düşürülmesinde mahkûmiyet kararı yetecek, kısıtlılık kararının dikkate alınmasına gerek kalmayacaktır. Buna karşılık, milletvekilliğinin kısıtlanmaya yol açan diğer nedenlerden ötürü düşürülebilmesi için, milletvekilinin kısıtlandığına ilişkin kesin mahkeme kararı gerekecektir. Bunun yöntemi de, Medenî Kanunun 359. ve 360. maddelerinde öngörülmüştür. Bunlardan, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle kısıtlanma kararının verilebilmesi için, bilirkişi raporu gerekmektedir. Kuşku yok ki, bir milletvekilinin milletvekilliğinin düşürtebilmesinde, tek başına böyle bir bilirkişi raporu yeterli olmayıp; bu rapor üzerine yargı organınca verilmiş ve kesinleşmiş bir kısıtlanma kararının bulunması gerekir.¹³³ Bu nedenle, bir milletvekilinin akıl hastanesinde yatıyor olması, akıl hastalığı nedeniyle kısıtlanmadığı sürece, milletvekilliğinin düşmesine yol açmayacaktır.

Anayasanın 84. maddesinin yeni düzenlemesi, tıpkı kesin hüküm giyme halinde olduğu gibi, kısıtlılık halinde de bu husustaki kesin mahkeme kararının TBMM Başkanlığınca Genel Kurulun bilgisine sunulduğunda milletvekilliğinin düşeceğini öngörmektedir. Oysa, maddenin eski şekline göre, bu tür bir mahkeme kararının Genel Kurulun bilgisine sunulması yeterli olmayıp, ayrıca ilgili milletvekilinin milletvekilliğinin düşürülmesine TBMM Genel Kurulunun üye tamsayısının salt çoğunluğu ile karar vermesi gerekmektedir. Eski düzenlemenin son derece sakıncalı olduğu açıktır. Gerçekten düşmeye yol açacak olan kısıtlanma durumu gerçekleştiği halde, henüz Meclisçe ka-

132 ÖZTAN, Bilge: **Şahsın Hukuku, Hakikî Şahıslar**, 5. Baskı, Ankara 1993, s. 77-78.

133 Nitekim, Yüksek Seçim Kurulu da, ... Kasabası Merkez Mahallesi Muhtarlığına seçilen (...)’ın aklın malûl olduğu için tutanağının iptali istemine karşı, 4.6.1984 gün ve 1839 sayılı Kararında, “(...)’ın kısıtlılığına dair yetkili Mahkemelerce verilmiş bir karar mevcut olmadığı anlaşıldığından itirazın reddine... oybirliğiyle karar verildi” demektedir (**Yüksek Seçim Kurulu Kararları, 1984 Yılı**, Ankara 1985, s. 199).

rar alınmadığı için ilgilinin milletvekilliği devam ediyor olacak ve hakkında düşme kararı verilmesi beklenen milletvekili, dilerse Meclis toplantılarına ve oylamalara katılabilecekti. Bu durumun ise, ciddi tartışmalara yol açacağından kuşku duymamak gerekir. Örneğin, Medenî Kanunun 355. maddesi uyarınca akli hastalığı nedeniyle kısıtlanmış olan bir milletvekilinin, yine Medenî Kanunun 14. maddesine göre fiil ehliyeti bulunmadığı halde, milletvekilliği (hem de üye tamsayısının salt çoğunluğu gibi kolay sağlanamayacak olan nitelikli bir yetersayı ile) düşürülene kadar meclis çalışmalarına katılması, başlı başına bir sorun doğurabilirdi. Bu nedenle, maddenin getirdiği yeni düzenlemenin çok isabetli olduğuna inanıyoruz.

4) Milletvekilliğiyle bağdaşmayan bir görev veya hizmeti sürdürmekte ısrar etmek

a) Milletvekilliğiyle bağdaşmayan görev veya hizmetler

Yasama meclisi üyelerinin devletin diğer organlarında görev almaları, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir uzantısı olarak, çeşitli ülkelerin anayasalarında olduğu gibi,¹³⁴ 1982 Anayasasında da yasaklanmış ve bu yasağa rağmen böyle bir görev veya hizmeti sürdürmekte ısrar eden üyenin, üyeliğinin düşürüleceği öngörülmüş bulunmaktadır. Böylece, milletvekillerinin özellikle denetlemek durumunda oldukları yürütme organına karşı fıkri bağımsızlıklarının sağlanmasına çalışılmaktadır.¹³⁵ SOYSAL’ın dediği gibi, “... yürütme-yi denetleyecek olanlar, milletvekilleridir ve denetleyen denetlenenin emrine girince, olmayacak yoktur.”¹³⁶

Hukukumuzda, yasama meclisi üyeliği ile bağdaşmayan işlerin bir kısmı doğrudan Anayasada, bir kısmı ise 31 Ekim 1984 tarih ve 3069 sayılı “Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeliği İle Bağdaşmayan İşler Hakkında Kanun”da düzenlenmiştir.

Anayasadaki düzenleme 82. maddede yer almakta ve bu maddede,

“Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinde ve bunlara bağlı kuruluşlarda; Devletin veya diğer kamu tüzel kişilerinin doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak katıldığı teşebbüs ve ortaklıklarda; özel gelir kaynakları ve özel imkânları kanunla sağlanmış kamu yararına çalışan derneklerin ve Devletten yardım sağlayan ve vergi muafiyeti olan vakıfların, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sendikalar ve bunların üst

134 Bkz. yukarıda, “1.2. Çeşitli ülkelerde görülen düşme nedenleri” başlığı altındaki açıklamalar.

135 ÖZBUDUN’un da belirttiği gibi, her ne kadar günümüz parlamenter sistemlerinde yasama çoğunluğuna sahip olan siyasal parti ile hükümet arasındaki bağın varlığı tartışma götürmezse de, bağdaşmazlık ilkesine çağdaş anayasalarda yine de yer verilmektedir. (ÖZBUDUN-1995-: s. 248). Bu yasaklama ile, yasama çoğunluğu ve hükümet arasında siyasal parti aracılığıyla zaten kurulmuş olan bağın, bir de yürütme organı içindeki herhangi bir idarî birimde doğrudan görev alıp, daha da kuvvetli hale gelmesinin önüne geçilmesi amaçlanmış olabilir.

136 SOYSAL, Mümtaz: **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, İstanbul 1990, s. 301.

1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi

kuruluşlarının ve katıldıkları teşebbüs veya ortaklıkların yönetim ve denetim kurullarında görev alamazlar, vekili olamazlar, herhangi bir taahhüt işini doğrudan veya dolaylı olarak kabul edemezler, temsilcilik ve hakemlik yapamazlar, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, yürütme organının teklif, inha, atama veya onamasına bağlı resmî veya özel herhangi bir işle görevlendirilemezler. Bir üyenin belli konuda ve altı ayı aşmamak üzere Bakanlar Kurulunca verilecek geçici bir görevi kabul etmesi, Meclisin kararına bağlıdır”

denilmektedir. Görüldüğü gibi, bu düzenleme ile yasama meclisi üyelerinin gerek merkezî, gerek yerinden yönetim idarelerinde görev alabilmeleri yasaklanmıştır. Ayrıca, aynı yasak, Devletten destek gören dernekler ve vakıflarla, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve sendikaların ve bunların üst kuruluşlarının ve katıldıkları teşebbüs veya ortaklıkların yönetim ve denetim kurullarında görev almaları için de getirilmiştir. Kanımızca, milletvekillerinin siyasal sistemin çoğulcu yapısında belirli bir yeri olan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile sendikalarda yönetim ve denetim görevi almalarının yasaklanması isabetli olmamıştır. Gerçekten, milletvekilleri avukat, doktor, mühendis, tacir olabildiklerine göre, bu meslek mensuplarının kuruluşları olan baroların, tabip, mühendis veya ticaret odalarının yönetim ve denetiminde görev almalarının da yasaklanmaması gerekirdi.¹³⁷ Aynı eleştiri, işçi kökenli milletvekillerinin, üyesi oldukları sendikaların yönetim ve denetim kurullarında görev almalarının yasaklanmış olması için de getirilebilir. Her ne kadar, 1995 yılında Anayasada yapılan değişiklikler sırasında, özel gelir kaynakları ve özel imkânları kanunla sağlanmış kamu yararına çalışan derneklerin ve Devletten yardım sağlayan ve vergi muafiyeti olan vakıfların, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile bunların üst kuruluşları ve katıldıkları teşebbüs ve ortaklıkların yönetim ve denetim kurullarındaki görevlerin, söz konusu 82. madde kapsamından çıkarılması teklif edilmiş ve bu teklife önce karşı çıkan Anayasa Komisyonu da daha sonra kısmen katılmışsa da;¹³⁸ Genel Kurulda reddedildiğinden, 82. maddeye yönelik bu olumlu de-ği-

137 KUMAŞ, Rahmi: **Parlamentonun Boyutları**, İstanbul 1985, s. 28-29.

138 Teklifte, Anayasanın 82. maddesinin birinci fıkrasının aşağıdaki şekilde değiştirilmesi önerilmektedir:

“Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Devlet ve diğer kamu tüzelkişilerinde ve bunlara bağlı kuruluşlarda. Devletin veya diğer kamu tüzelkişilerinin doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak katıldığı teşebbüs ve ortaklıklarda görev alamazlar, vekili olamazlar, herhangi bir taahhüt işini doğrudan veya dolaylı olarak kabul edemezler, temsilcilik ve hakemlik yapamazlar.”

(TBMM’nin 14.6.1995 tarihli 123. Birleşim Tutanağı sonuna ekli S. Sayısı 861, s. 56. TBMMTD, Dönem 19, C. 88). Ancak, Anayasa Komisyonu, bu değişiklik istemine önce katılmamış ve maddenin eski şeklinde mevcut bütün bağdaşmazlık nedenlerini koruyarak, sadece bazı yazım düzeltmeleri yapmakla yetinmiştir. (TBMMTD, Dönem 19, C. 89, s. 564). Fakat, daha sonra Komisyon da değişiklik isteminin bir kısmına katılarak, sendikalar ve üst kuruluşlarını, bağdaşmazlık kapsamından çıkarmıştır (Anayasa Komisyonunun kabul ettiği yeni metin için, bkz. TBMMTD, Dönem 19, C. 90, s. 137-138). Maddenin TBMM Genel Kurulundaki ikinci görüşülmesi sırasında ise, Komisyon, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının da yasak kapsamından çıkarılması yönündeki önerilere katılmıştır (TBMMTD, Dönem 19, C. 93, s. 242-244).

şiklik istemi gerçekleşmemiştir.¹³⁹ Özellikle, 1995 yılında Anayasada yapılan değişikliklerle siyasal partilerin, dernekler, sendikalar, vakıflar, kooperatifler ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile siyasal ilişki ve işbirliği içinde bulunmalarına yönelik yasağın kaldırılmasından sonra, anılan yerlerde görev almanın milletvekilliğiyle hâlâ bağdaşmıyor olması, daha da dikkat çekici bir hale gelmiştir. Bize göre, sendikalar ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında görev alma, milletvekilliğiyle bağdaşmayan işler kapsamından çıkarılmalıdır. Nitekim, 1961 Anayasası döneminde, anılan işler, bağdaşmazlık içinde yer almıyordu¹⁴⁰ ve KIRCA’nın da işaret ettiği gibi, bu konuda 1961 Anayasası döneminde bir rahatsızlık söz konusu olmamıştı.¹⁴¹

Anayasada, milletvekillerinin, görev almaları yasaklanmış olan Devlet ve diğer kamu tüzel kişileriyle öteki kuruluşların herhangi bir taahhüt işini doğrudan veya dolaylı olarak kabul edemeyecekleri öngörülmektedir. Kanımızca, buradaki ‘dolaylı’ sözcüğü çeşitli anlamlara çekilebilmeye müsaittir. Gerçekten, örneğin bir milletvekilinin bir yakını bu tür taahhüt işini kabul edemeyecek midir? Edemeyecekse, bu yakını kimdir? Hangi derecedeki kan veya sıhrî hısımlı yakını kabul edilecektir? 3069 sayılı Kanunda da bu konuda Anayasadaki hüküm aynen tekrarlandığı ve bir açıklık getirilmediği için, söz konusu belirsizlik, varlığını sürdürmektedir.

Anayasanın 82. maddesinin ikinci fıkrasında milletvekillerinin yürütme organının teklif, inha, atama veya onamasına bağlı resmî veya özel herhangi bir işle görevlendirilemeyecekleri belirtilmektedir. Ancak, aynı fıkrada bu hükme bir istisna getirilmekte ve Meclisin uygun bulması şartıyla bir milletvekilinin altı ayı aşmamak üzere Bakanlar Kurulunca verilecek geçici bir görevi kabul etmesine imkân tanınmaktadır.

Görüldüğü gibi 1982 Anayasası, çok geniş kapsamlı bir bağdaşmazlık alanı öngörmüş bulunmaktadır. Ne var ki, Anayasa koyucu bununla da yetinmemiş, 82. maddenin son fıkrasında, milletvekilliğiyle bağdaşmayan diğer görev ve işlerin kanunla düzenleneceğini belirtmiştir. Böylece Anayasada yer almadığı halde, sonradan düşünülen bir görev veya işi, Anayasa değişikliğine kalkışmadan, kanunla, milletvekilliğiyle bağdaşmayan işler arasına sokabilmek mümkün olacaktır. Bu doğrultuda çıkarılan 31 Ekim 1984 tarih ve 3069 sayılı Kanunun 2. maddesinin, Anayasanın 82. maddesinin I. ve II. fıkralarını aynen tekrarladığı görülmektedir. Sonraki maddeler ise, milletvekillerinin görev alamayacakları belirtilmiş olan kurum ve kuruluşlarda ücret karşılığı

139 TBMMTD, Dönem 19, C. 90, s. 150; C. 93, s. 246.

140 1961 Anayasası Md. 78. Ülkemizde, çeşitli dönemlerde milletvekilliğiyle bağdaşmayan işlere yönelik bir yazı dizisi için, bkz. ÖYMEN, Altan: “Milletvekillerinin ‘iş’leri”. Milliyet Gazetesi, 26-29 Mart 1996.

141 1995 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri sırasında, dönemin Anayasa Komisyonu Sözcüsü Coşkun KIRCA’nın Anayasa Komisyonu Raporuna ekli “Görüş Açıklaması” için. bkz. TBMM’nin 14.6.1995 tarihli 123. Birleşim Tutanağı sonunda S. Sayısı 861, s. 42.

1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi

iş takipçiliği, komisyonculuk, müşavirlik yapamayacakları; buralarda, genel sekreter, sekreter veya benzeri herhangi bir nam altında hiçbir yönetim görevinde bulunamayacakları öngörülmektedir. Kanun, milletvekillerinin, “Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlar ile zimmet, ihtilâs, irtikâp, kaçakçılık ve döviz suçları gibi Devletin maddî çıkarlarıyla ilgili davalarda Devlet aleyhine vekil olamayacaklarını” hükme bağlamıştır. Bu konuda daha farklı bir yasak, 19.3.1969 tarih ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunun 22.1.1986 tarih ve 3256 sayılı Kanunla değiştirilmesinden önceki şeklinde öngörülmüyordu. Gerçekten 1136 sayılı Kanunun 12. maddesinde,

“Milletvekilleri... Hâzinenin, belediye ve özel idarelerin, il ve belediyelerin yönetim ve denetimi altında bulunan daire ve kurumların, köy tüzel kişiliklerinin ve sermayesinin yarısından fazlası devlete ait Şirket ve kuruluşların aleyhinde... dava ve işleri takip etmeleri yasaktır”

denilmekteydi. 22.1.1986 tarih ve 3256 sayılı Kanunla bu hüküm çıkarılmış ve yerine,

“Milletvekilleri hakkında, 3069 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeliği ile Bağdaşmayan İşler Hakkında Kanun hükümleri saklıdır”

diyen fıkra getirilmiştir. Her ne kadar, bu değişikliğin gerekçesinde,

“3069 sayılı Kanunda milletvekilliği ile bağdaşmayan işler ayrıntılı şekilde belirtildiğinden söz konusu Kanuna atıfta bulunulmuş(tur)”

denilmekte ise de;¹⁴² bu konuda yeni düzenlemenin çok açık ve ayrıntılı olduğu söylenemez. Gerçekten, 3069 sayılı Kanunda yer alan,

“Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlar ile zimmet, ihtilâs, irtikâp, kaçakçılık ve döviz suçları gibi Devletin maddî çıkarlarıyla ilgili davalarda Devlet aleyhine vekil olamazlar”

hükümünün, milletvekillerinin Devletin maddî çıkarının söz konusu olduğu her türlü davada vekil olmalarını engelleyip engellemeyeceği sorulabilir. Kanımızca, Devlete karşı özel hukuk hükümlerine göre açılmış bir alacak davası veya idarî yargıda görülmekte olan bir tam yargı davasında da Devletin maddî çıkarı bulunuyorsa da; bu sonuncuların, Kanunda belirtilen suçlarla hiç ilgisi olmadığını dikkate aldığımızda, bu tip ceza davaları dışında kalan davalarda, Devlet aleyhine olsa bile bir milletvekilinin avukatlık yapabileceği söylenebilir. Ayrıca, 3069 sayılı Kanunda sadece “Devlet” denildiğini, diğer kamu tüzelkişilerinden söz edilmediğini de gözden uzak tutmamak gerekir.

Kanun, milletvekili seçilmeden önce bu kanunla yasaklanan bir yükümlülük üstlenmiş olan milletvekillerine, durumlarını kanuna uygun hale getirebilmeleri için seçilmelerinden sonra altı aylık bir süre tanımaktadır.

142 Bkz. TBMM'nin 21.1.1986 tarihli 62. Birleşim Tutanağı sonuna ekli S. Sayısı 393. s. 2, TBMMTD, Dönem 17, C. 24.

Nihayet, Kanunda milletvekillerinin yabancı bir devlet veya milletlerarası bir kuruluş tarafından verilen idarî ve siyasî ücretli herhangi bir işi Meclisin kararı olmadıkça kabul edemeyecekleri de öngörülmüş bulunmaktadır.

b) Milletvekilliğiyle bağdaşmayan bir görev veya hizmetten ötürü milletvekilliğinin düşürülmesinin yöntemi

1982 Anayasasının 84. maddesinin yeni düzenlemesinden milletvekilliğiyle bağdaşmayan bir görev veya hizmeti sürdürmekte ısrar eden milletvekilinin milletvekilliğinin düşmesine, yetkili komisyonun bu durumu tespit eden raporu üzerine Genel Kurulun gizli oyla karar vereceği öngörülmektedir. Söz konusu maddenin eski şeklinde ise, üyelikle bağdaşmayan bir hizmet kabul eden milletvekilinin milletvekilliğinin düşürülmesine, Genel Kurulun TBMM üye tamsayısının salt çoğunluğu ile karar vereceği belirtilmekte idi. Görülmektedir ki, eski ve yeni düzenleme arasında önemli farklar vardır. Herşeyden önce, yeni düzenlemede, eskisinde olduğu gibi, milletvekilliğiyle bağdaşmayan bir hizmeti “*kabul eden*” milletvekilinden değil; bu tür bir görev veya hizmeti “*sürdürmekte ısrar eden*” milletvekilinden söz edilmektedir. İki ifade arasında anlam farkı olduğu açıktır. Gerçekten, birinci ifade dikkate alındığında milletvekilliğiyle bağdaşmayan bir hizmeti kabul etmiş, örneğin böyle bir işte çok kısa bir süre çalışmış ancak daha sonra hemen ayrılmış olan bir milletvekilinin milletvekilliği düşürülebilecekken; ikinci ifadeye göre bu mümkün olamayacak, milletvekilliğinin düşürülebilmesi için, milletvekilinin bu tür bir görev veya hizmeti sürdürmekte ısrar etmesi gerekecektir. Bir milletvekilinin milletvekilliğiyle bağdaşmayan bir görev veya hizmeti sürdürmekte ısrar ediyor olduğunu saptamanın yöntemi ise, beraberinde bir çok tartışmayı getirecektir. Gerçekten, böyle bir saptama için, milletvekiline önce bir uyarıda mı bulunmak gerekecektir? Eğer öyle ise, o zaman bu uyarıyı kim yapacaktır? Meclis Başkanı mı, Başkanlık Divanı mı, yoksa 84. madde uyarınca düşme durumunu saptayacak olan yetkili komisyon mu? Bu tür bir uyarı gerekir dersek, milletvekiline, milletvekilliğiyle bağdaşmayan işi bırakması için bir sürenin de tanınması lâzım gelir ki; böyle bir yorumun, milletvekillerini milletvekilliğiyle bağdaşmayan bir iş kabul etmeye cesaretlendirmesi, en azından üyeliğin düşmesi yaptırımından çekinmemeleri sonucuna yol açması kaçınılmaz olacaktır. Uyarıya gerek yoktur diye düşünürsek, bu takdirde de karşımıza, milletvekilinin, bağdaşmayan bir görev veya hizmeti sürdürmekte ısrar ettiği sonucuna varılabilmesi için, o milletvekilinin bu işte ne süre çalışmış olması aranmalıdır sorusu çıkacaktır. 1 gün mü, 1 hafta mı, 1 ay mı veya 1 yıl mı?

Görüldüğü gibi, konu tartışmalıdır¹⁴³ ve bu tartışmalı konuya TBMM İçtü-

143 Söz konusu Anayasa değişikliğinin Anayasa Komisyonunda görüşülmesi sırasında, Komisyon üyelerinden İstanbul Milletvekili Ali Oğuz ile Erzurum Milletvekili Lütfü Esengün, çoğunluk görüşüne karşı çıkmakta ve “... ‘ısrar eden’ ibaresi uygulamada tartışmalara yol açabilecektir. İsrarın ölçüsünü tespit ihtilaflara yol açabilecektir” demektedirler (Bkz.

1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi

züğünde de bir çözüm getirilmemiştir.¹⁴⁴ Bize göre, bir milletvekilinin milletvekilliğiyle bağdaşmayan bir görev veya hizmeti sürdürmekte ısrar ettiğini saptamak için, önce o milletvekiline bir uyarıda bulunmaya, söz konusu işi bırakması için bir süre vermeye gerek yoktur. Böyle bir yöntem izleyebilmek için, Anayasada veya İçtüzükte açık bir düzenleme bulunması gerekirdi. Biz, bir görev veya hizmeti sürdürmekte ısrar etmekten, o görev veya hizmeti, tesadüfi olmayan bir biçimde, bilinçli ve kararlı bir şekilde kabul etmiş ve bir süre de sürdürmüş olmayı anlıyoruz. Bir başka deyişle, yeni düzenleme, milletvekillerini, bağdaşmayan bir görev veya hizmeti, belki de bu tür bir iş olduğunu tam anlayamadan kabul ettiklerinde, hemen milletvekilliklerinin düşürülmesi tehlikesi ile karşı karşıya bırakmamayı amaçlamaktadır diye düşünüyoruz. Nitekim, teklifte olmadığı halde, bu ibareyi Anayasaya eklemiş olan Anayasa Komisyonunun gerekçesinde de,

“Komisyonumuz, ... böyle bir iş veya görevin kabulünü milletvekilliğinin düşmesi için yeterli görmemiş ve bu iş veya görevin sürdürülmesini şart koşmuştur”

denilmektedir.¹⁴⁵ Böylece, milletvekilliğiyle bağdaşmayan bir görev veya hizmet kabul etmiş olan milletvekilinin durumunun, bu işi sürdürmekte ısrar ettiği anlamına gelip gelmediğini, her olayın kendine özgü somut koşullarını da dikkate alarak, önce Anayasa ve Adalet Komisyonlarından oluşan karma Komisyon, sonra da bu Komisyonun hazırlayacağı Raporu görüşecek olan Genel Kurul değerlendirecektir.¹⁴⁶ İlgili milletvekilinin, İçtüzüğün değindi-

TBMM'nin 14.6.1995 tarihli 123. Birleşim Tutanağı sonuna ekli S. Sayısı 861, s. 47. TBMMTD, Dönem 19, C. 88).

144 Gerçekten, TBMM İçtüzüğü'nün konuya yönelik düzenlemesinde, bağdaşmayan bir hizmeti veya görevi sürdürmekte ısrar eden üyenin durumunun Başkanlık Divanınca inceleneceği ve sonucun Anayasa ve Adalet Komisyonlarından kurulu Karma Komisyona gönderileceği. Karma Komisyonun hazırlayacağı rapor üzerine Genel Kurulun karar vereceği öngörülmektedir. İçtüzüğün, 16.05.1996 tarihinde yapılan değişikliklerden sonraki 135. maddesinde,

“Anayasanın 82 nci maddesinde ve kanunlarda milletvekilliği ile bağdaşamayacağı belirtilen herhangi bir hizmeti veya görevi sürdürmekte ısrar eden üyelerin durumu Başkanlık Divanınca incelenir. Sonuç, Başkanlık Divanı kararı olarak Anayasa ve Adalet Komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyona gönderilir.

Karma Komisyon, yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasındaki usullere göre durumu inceleyerek bir rapor hazırlar.

Bu rapor, Genel Kurulda görüşülür. Üyelik sıfatının düşmesi söz konusu olan milletvekili, isterse Karma Komisyonunda ve Genel Kurulda kendisini savunur veya bir üyeye savundurur. Son söz her halde savunmanınadır.

Üyeliğin düşmesi Genel Kurulda gizli oyla kararı bağlanır. Oylama, Karma Komisyon raporu üzerindeki görüşmelerin tamamlanmasından itibaren yirmidört saat geçmeden yapılamaz” denilmektedir.

145 TBMM'nin 14.6.1995 tarihli 123. Birleşim Tutanağı sonuna ekli S. Sayısı 861, s. 37. TBMMTD, Dönem 19, C. 88.

146 Bu değerlendirmede, nisbeten tartışmalı olan bir bağdaşmazlık nedeni ile, bu konuda hiçbir tartışılacak tarafı olmayan bir bağdaşmazlık nedeninin farklı ele alınacağı doğaldır. Eğer, bağdaşmaz işlerden sayılıp sayılmadığı tartışmalı olan bir işi milletvekili bu aşamada bira-

ğimiz 135. maddesi uyarınca, istediği takdirde kendisini hem Komisyonunda, hem Genel Kurulda savunabilmesi ve son sözün savunmaya ait olması, âdil bir karar verilmesine yardımcı olacaktır.¹⁴⁷

84. maddenin bağdaşmazlık nedeniyle milletvekilliğinin düşürülmesinde, eski düzenlemeye göre getirdiği bir başka yenilik, TBMM Genel Kurulunda yapılacak oylamanın gizli olmasıdır. Bu düzenlemeyi, milletvekillerinin parti disiplininden uzak, tümüyle kendi vicdanları doğrultusunda oy kullanmalarını sağlayacağı için olumlu bulmaktayız. Böylece, yasama organında muhalefete mensup bir milletvekilinin herhangi bir bağdaşmazlık nedeniyle milletvekilliğinin dürüşülmesinin daha kolay; iktidar partisine mensup bir milletvekilinin milletvekilliğinin düşürülmesinin ise daha zor (hatta imkânsız) olması gibi, ikili bir uygulamadan uzaklaşabilme imkânı sağlanmıştı diye düşünebiliriz.

Nihayet, eski düzenlemenin tüm düşme nedenleri için aradığı TBMM üye tamsayısının salt çoğunluğundan; yeni düzenleme, istifa yanında bu düşme nedeni için de vazgeçmiş ve basit karar yetersayısı ile yetinmiş bulunmaktadır.

c) Bağdaşmazlık konusunda yeni bir sorun: Yerel yönetim organlarına seçilen milletvekillerinin durumu

18.1.1984 tarih ve 2972 sayılı Mahallî İdareler İle Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanunun 28.12.1993 tarih ve 3959 sayılı Kanunla değiştirilen 17. maddesinde,

“Milletvekilleri, belediye başkanları, il genel meclisi ve belediye meclisi üyeleri ile muhtarlar mahallî idareler seçimlerinde adaylıklarını koyabilmek veya aday gösterilebilmek için görevlerinden istifa etmek zorunda değildirler. Milletvekilliği, belediye başkanlığı, il genel meclisi ve belediye meclisi üyeliği ile muhtarlık bir şahıs uhdesinde birleşemez. Bu görevlerin birisinde bulunanlardan bir diğerine seçilenler, seçim sonuçlarının kendilerine tebliğ edildiği tarihten itibaren 15 gün içinde tercih haklarını kullanırlar. Bu süre içinde tercih haklarını kullanmayanlar seçildikleri yeni görevi reddetmiş sayılırlar. ”

kırsa, muhtemeldir ki milletvekilliği düşürülmeyecek; buna karşılık üzerinde hiç bir tartışma olmayan biri işi sonradan bıraksa dahi, milletvekilliği düşürülecektir. 3069 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeliği ile Bağdaşmayan İşler Hakkında Kanunun, milletvekili seçilmeden önce, bu Kanunla yasaklanan bir yükümlülük üstlenmiş olan milletvekillerine durumlarını Kanuna uygun hale getirmeleri için seçilmelerinden itibaren tanınan 6 aylık süre sonunda hâlâ aynı yükümlülükleri taşıyor olmaları, ısrarın, tartışmayı gerektirmeyecek bir örneği olarak gösterilebilir.

147 Anayasa değişikliğinin TBMM Genel Kurulunda görüşülmesi sırasında, bazı milletvekillerini, özellikle bağdaşmayan bir iş kabul eden milletvekilinin milletvekilliğinin kendiliğinden düşmesini önermeleri üzerine, CHP Grubu adına konuşan Ankara Milletvekili Mümtaz Soysal,

“Bir takım suçlamalarla ya da yanıltmalarla, milletvekili, kendisini o duruma düşmüş görebilir. Bunu sadece Başkanlığın bir saptamasına bırakmak yanlış olabilir. Milletvekili, o duruma niçin girdiğini, niçin bazı yasak sayıları şeyleri yapar durumda gözüktüğünü Genel Kurul önünde açıklayabilen, kendisinin durumunu ortaya koyabilmeli ve bunun takdirini Genel Kurula bırakabilmelidir” demektedir (TBMMTD, Dönem 19, C. 89, s. 572).

denilmektedir. Görüldüğü gibi, söz konusu kural uyarınca, bir milletvekili, istifa etmeden yerel yönetim seçimlerinde aday olabilecek ve seçildiği takdirde 15 gün içinde tercih hakkını kullanacak, aksi halde seçildiği yeni görevi reddetmiş sayılacaktır.¹⁴⁸

Bu düzenleme ile, bağdaşmazlık konusunda karşımıza bir sorun çıkmaktadır. Bu bağlamda, yerel yönetim seçimlerinde, aday olduğu yerel yönetim organına seçilen ve Kanunun öngördüğü süre içinde tercih hakkını kullanıp seçildiği yeni göreve başlayan bir milletvekilinin milletvekilliği, kendiliğinden mi sona erecektir; yoksa, bağdaşmazlık ilkesi gereği TBMM’nce mi düşürülecektir? Uygulamada bu soruya, milletvekilliği kendiliğinden düşmüştür, cevabı verilmiştir. Gerçekten, TBMM Başkanlık Divanı, 27.3.1994 tarihinde yapılan yerel yönetim seçimlerinde Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığına seçilen Ankara Milletvekili Melih Gökçek’in milletvekilliğinin, ilgilinin tercih hakkını belediye başkanlığından yana kullanması ile¹⁴⁹ kendiliğinden düşmüş bulunduğu karar vermiştir.¹⁵⁰ Bizce, bu uygulamanın, Anayasanın 84. maddesinin o tarihteki düzenlemesiyle de, şimdiki düzenlemesiyle de uyum içinde olduğu söylenemez. Çünkü, 84. maddenin o zamanki metninde, üyelikle bağdaşmayan bir hizmet kabul eden milletvekilinin milletvekilliğinin düşürülmesine TBMM’nin üye tıyiasının salt çoğunluğu ile karar verileceği öngörülmekteydi. Milletvekilliğiyle bağdaşmayan işleri düzenleyen 82. maddede ise, TBMM üyeleri Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinde görev alamazlar dendiğine ve belediyeler bir kamu tüzel kişisi olduğuna göre, be-

148 TBMM’nin 19. Döneminde, Ankara Milletvekili Melih Gökçek, İstanbul Milletvekili Bedrettin Dalan ve İzmir Milletvekili Işın Çelebi, söz konusu kural uyarınca, milletvekili iken 27.3.1994 tarihinde yapılan yerel yönetim seçimlerine katılmışlar ve sırasıyla Ankara, İstanbul ve İzmir Büyükşehir Belediye Başkanlıklarına aday olmuşlardır. Bu milletvekillerinden. Gökçek seçimi kazanmış, diğerleri kazanamamıştır. Ancak, buna rağmen hem Dalan, hem Çelebi milletvekilliğinden istifa etmişlerse de, TBMM her iki istifayı da reddetmiştir (TBMMTD. Dönem 19, C. 56, s. 227-238; C. 59, s. 160-161).

149 Ankara Milletvekili Melih Gökçek, 22.4.1994 tarih ve 1218 sayılı dilekçesiyle, 2972 sayılı Kanunun 17. maddesine göre tercihini Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı için kullandığını, milletvekilliği maaşının ödenmemesi gerektiğini, bu nedenle hesabına aktarılan parayı kabul etmediğini, bundan böyle de hiçbir ödemenin yapılmamasını istediğini TBMM Saymanlığına bildirilmişti (Bkz. Anayasa ve Adalet Komisyonları Üyelerinden Kurulu Karma Komisyonun 2.5.1994 tarih ve 192 sayılı Raporu, TBMMTD, Dönem 19, C. 65, s. 316).

150 TBMM Başkanlık Divanı 7.9.1994 tarih ve 77 sayılı Kararıyla, Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığına seçilen Ankara Milletvekili Melih Gökçek’in durumunun, İktidârının milletvekilliğiyle bağdaşmayan bir iş kabul etme konusunu düzenleyen maddesi kapsamında olmadığını; ancak, adı geçen milletvekilinin dokunulmazlığının kaldırılması istemini inceleyen Anayasa ve Adalet Komisyonlarından Kurulu Karma Komisyonun Meclis Başkanlığına sunduğu 2.5.1994 tarih ve 192 sayılı Raporunda belirtilen görüşlerin hukukî durumu açıklığa kavuşturduğunu ve başka bir işlem yapmaya gerek kalmadan Melih Gökçek’in milletvekilliğinin kendiliğinden düşmüş bulunduğunu hükme bağlamıştı. Gökçek’in dokunulmazlığının kaldırılması istemini inceleyen Karma Komisyonun Raporunda ise, ilgilinin 2972 sayılı Kanunun 3959 sayılı Kanunla değişik 17. maddesi uyarınca, seçildiği Belediye Başkanlığını kabul etmesiyle ortaya çıkan ilili durum karşısında, yasama dokunulmazlığının söz konusu olamayacağı ve dosyanın TBMM Başkanlığına iadesi kararlaştırılıyordu (TBMMTD, Dönem 19, C. 65, s. 313-316).

diye başkanlığının milletvekilliğiyle bağdaşmayacağı açıktır. Bu nedenle belediye başkanlığına seçilen ve tercih hakkını seçildiği bu yeni görevden yana kullanan bir milletvekilinin milletvekilliğini TBMM’nin düşürmesi gerekir.¹⁵¹ 2972 sayılı Kanunun değinilen 17. maddesindeki “*tercih haklarını kullanırlar*” sözlerinden, milletvekilliğinin kendiliğinden düşeceğini değil; milletvekilinin seçildiği yeni göreve başlamaya yetkili olduğu anlamını çıkarmak gerekir.¹⁵² Kanunun, milletvekilinin başlamasına yetki verdiği yeni görev, milletvekilliğiyle bağdaşmıyorsa, bunun gereğini yasama organı yerine getirecek, yani o milletvekilinin milletvekilliğini düşürecek. Bizce, Anayasanın 84. maddesinin yeni düzenlemesine göre de durum değişmemiştir. Yerel yönetim organlarından birine seçilen bir milletvekilinin, seçim sonucunun kendisine tebliğ edildiği tarihten başlayarak 2972 sayılı Kanunun tanıdığı 15 günlük süre içinde, tercihinin seçildiği yeni görevden yana yapmış olmasından, o milletvekilinin milletvekilliğiyle bağdaşmayan bir görevi sürdürmekte ısrar ettiği anlamı çıkarmak gerekir.

5) Devamsızlık

Milletvekilliğinin düşmesine yol açan bir başka neden, milletvekilinin Meclis çalışmalarına belirli bir süre katılmamasıdır. 1982 Anayasası, bu süreyi “bir ay içinde toplam beş birleşim günü” olarak belirlemiştir. 1961 Anayasası ile karşılaştırıldığında, 1982 Anayasasında üyeliğinin düşmesine yol açan devamsızlık süresinin çok kısaltılmış olduğu görülür. Gerçekten, 1961 Anayasasında TBMM üyeliğinin düşürülebilmesi için bir milletvekili veya senatörün

151 Nitekim, TBMM Başkanvekili Kamer Genç, TBMM Başkanlık Divanının söz konusu Kararına muhalif kalmıştı. Genç, karşılık gerekçesinde, Belediye Başkanlığına seçilen bir milletvekilinin milletvekilliğinin kendiliğinden düşmeyeceğine, milletvekilliğiyle bağdaşmayan görev kabul eden veya istifa eden üyenin üyeliğini TBMM’nin düşürmesine işaret etmekte ve adı geçen milletvekilinin yeni seçildiği göreve başlayabilmesi için önce istifasının TBMM’nce usulü dairesinde kabulü gerektiğini savunmaktaydı (TBMMTD, Dönem 19, C. 65, s. 314-315). Biz, Genç’le milletvekilliğinin bu somut durumda kendiliğinden düşmeyeceğinde mutabık olduğumuz halde, milletvekilinin göreve başlayabilmesi için önce istifasının TBMM’nce kabul edilmesinin gerektiğini düşünmüyoruz. Bizce, Kanunun kendisine verdiği bu hakkı kullanıp Belediye Başkanlığı görevine başlayan Gökçek’in milletvekilliğini usulüne göre TBMM düşürmeliydi.

Kamer Genç, daha sonra TBMM Genel Kurulu, Başkanlık Divanının bu tutumuna karşı sessiz kalmakla zımnî bir meclis kararı oluşturmuştur diyerek, Anayasanın 84. maddesine aykırı oluşan bu zımnî meclis kararının iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Ancak, Anayasa Mahkemesi, ortada alınmış veya alınmış sayılacak bir meclis kararı olmadığı. Başkanlık Divanı kararlarının da Anayasa Mahkemesince denetlenemeyeceği gerekçesiyle, bu iptal istemini, esasa girmeden ilk inceleme evresinde reddetmiştir (Anayasa Mahkemesinin 20.9.1994 gün ve E. 1994/72, K. 1994/68 sayılı Kararı için, bkz. AMKD, Sayı 30, 2. Cilt, s. 729-740).

152 Nitekim, Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı seçimini kazanan Melih Gökçek’in milletvekilliği TBMM’nce usulüne uygun bir şekilde düşürülmedikçe, kendisine Belediye Başkanlığını kazandığını gösterir tutanağın verilemeyeceğine yönelik itirazları, 2.4.1994 tarih ve 151 sayılı Kararı ile Ankara İl Seçim Kurulu ve 12.4.1994 tarih ve 917 sayılı Kararı ile de Yüksek Seçim Kurul reddetmiştir (Bkz. TBMM Anayasa ve Adalet Komisyonları Üyelerinden Kurulu Karma Komisyon’un 2.5.1994 tarih ve 192 sayılı Raporu, TBMMTD, Dönem 19, C. 65, s. 315-316).

1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi

Meclis çalışmalarına aralıksız olarak bir ay katılmaması gerekmektedir. Oysa 1982 Anayasasında bir ay içinde beş birleşim yeterli görülmüştür ve dikkat edileceği gibi, bu beş birleşimin birbirini izlemesine, bir başka deyişle aralıksız olmasına da gerek yoktur.¹⁵³ Bu durumda, bir ay içinde önce iki, sonra bir ve daha sonra iki birleşim Meclis çalışmalarına katılmayan bir milletvekilinin, diğer birleşimlere katılmış olsa bile milletvekilliği düşürülecek demektir.

84. maddenin yeni şekli uyarınca, devamsızlıktan ötürü milletvekilliğinin düşürülebilmesi için, TBMM üye tamsayısının salt çoğunluğunun bu doğrultuda karar vermesi gerekmektedir. TBMM'nin kararını gerektiren diğer düşme nedenlerinde basit çoğunlukla karar alınabilirken, burada daha nitelikli bir çoğunluk aranmaktadır. Her ne kadar 1995 değişikliği sırasında, bazı üyeler, devamsızlığın bir karara gerek olmadan kendilisinden milletvekilliğinin düşmesine yol açmasını önermişlerse de,¹⁵⁴ bu öneriler kabul edilmemiş, tam aksine, basit çoğunlukla bile yetinilmeyerek, üye tamsayısının salt çoğunluğunun kararı şart koşulmuştur. Böylece, bu konuda TBMM'ne daha geniş bir takdir yetkisi tanınmış, milletvekilleri bir güvence getirilmiş olmaktadır.¹⁵⁵ Gerçekten, bir milletvekilinin devamsızlığı, Anayasada öngörülen sayıya ulaştığı halde, milletvekilliğinin düşmesi için yapılan oylamada kabul oyları üye tamsayısının salt çoğunluğunu sağlayamazsa; bu sonuç, yasama organının o milletvekilinin devamsızlığını meşru bulduğu anlamına gelecektir.

153 Esasında Danışma Meclisinin kabul ettiği Anayasa metninde daha uzun bir süre öngörülmüştü. Gerçekten, bu metinde bir milletvekilinin milletvekilliğinin düşürülebilmesi için, bir yasama yılı içinde izinsiz ve özürsüz olarak kırk beş gün Meclis çalışmalarına katılmaması gerekiyordu. Daha sonra Millî Güvenlik Konseyince yapılan değişiklikler sırasında, üyeliğin düşürülebilmesi için, bir ay içinde beş birleşime katılmama yeterli görülmüştür. Bu değişikliğin gerekçesinde, «Bir yasama yılı içinde... kırkbeş gün katılmama hükmü Meclis çalışmalarını aksatacak nitelikte görüldüğünden...» denilmektedir (M.G.K. Anayasa Komisyonu Raporu, M.G.K.'nin 18.10.1982 tarihli 118. Birleşim Tutanağı sonuna ekli S.Sayısı 450, s. 78, MGKTD, C. 7).

154 84. maddeye yönelik değişiklik teklifinin TBMM'nde görüşülmesi sırasında. Anavatan Partisi Grubu adına konuşan İstanbul Milletvekili Halil Orhan Ergüder, bu doğrultudaki konuşmasında,

“...Meclis Başkanı olarak tahkikatımı yaparım... Düştü... Bilgi veririm Meclise; Orhan Ergüder 7 gün üst üste gelmediğinden müstafi addedilmiştir... Ben, böyle bir Parlamento istiyorum...” diyordu (TBMMTD, Dönem 19, C. 89, s. 568). Yine aynı yönde, bkz. Van Milletvekili Fethullah Erbaş ve arkadaşlarının önergesi (TBMMTD, Dönem 19, C. 89, s. 585).

155 Örneğin, Anayasa değişikliği teklifinin TBMM'nde görüşülmesi sırasında, Anayasa Komisyonu sözcüsü Coşkun Kırca,

“Burada herkes bir görev yapıyor, bu görevin icapları var. Bu görevin icapları, bazı devamsızlıkları gerektirdiği zaman, bunu, Meclisin takdirine bağlamak ve bu takdiri de partizan fikirlerin ortaya çıkmasını önleyecek kadar yüksek bir çoğunlukla yapmak lâzımdır”

demektedir (TBMMTD, Dönem 19, C. 89, s. 575). Aynı konuda, CHP Grubu adına konuşan Ankara Milletvekili Mümtaz Soysal da,

“... Aynı şey, izinsiz olarak belli3 sayıda birleşime katılmamış milletvekilleri için de söz konusudur; çünkü, böyle durumlar, belki, milletvekilinin. Başkanlığa, Meclisin yönetimine iyice anlatamadığı zorunluluklar dolayısıyla ortaya çıkmış olabilir. Bu zorunlulukların ve koşulların, burada izah edilmesi, milletvekilinin kendi durumunu bir çeşit açıklayabilmesi gerekir; bu da bir güvencedir” diyordu (TBMMTD, Dönem 19, C. 89, s. 572).

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Bir milletvekilinin bir birleşimde Meclis çalışmalarına katılmadığını belirlerken, onun sadece Genel Kurulda hazır bulunmadığını saptamak yeterli değildir. Komisyonlardaki çalışmalar da Meclis çalışmalarının bir parçası olduğundan, Genel Kurulda hazır bulunmayan, ancak o sırada bir komisyon çalışmasına katılmış olan bir milletvekilinin o birleşimde yok sayılmayacağı doğaldır. Nitekim, 1961 Anayasası döneminde Millet Meclisinin aldığı bir kararda, hangi hallerde komisyonlardaki milletvekillerinin Genel Kurula çağrılmalarının gerektiği belirlenirken

“Komisyonlarda çalışan milletvekillerinin, oylama zamanında memuru mahsusa komisyona haber gönderilmek suretiyle oylamaya katılmalarının sağlanması; böyle bir davet halinde komisyonda çalışmalarında zaruret görülen milletvekillerinin adlarının komisyon başkanlığınca riyasete yazılı olarak bildirilmesi; nisabın teessüsü için bu milletvekillerinin de iltihakı gerektiğine Başkanlıkça karar verilerek ikinci bir davet yapıldığı takdirde bütün komisyon üyelerinin oylamaya iştirak için Genel Kurul salonuna gelmeleri”

denilmekteydi.¹⁵⁶ Aynı şekilde, İçtüzüğün 151. maddesinde de.

“Genel Kurulda veya komisyonlarda yapılan yoklama veya açık oylamalarda özürsüz ve izinsiz olarak bulunmayan milletvekili o birleşimde yok sayılır”

denerek, bir birleşimde milletvekilinin yok sayılabilmesi için, Genel Kurulda da, komisyonda da hazır bulunmaması gerektiğine işaret edilmektedir.

İçtüzüğün 1. maddesinde, birleşim “Genel Kurulun belli bir gününde açılan toplantısıdır” diye tanımlanmaktadır. Yine aynı maddede, “oturum, bir birleşimin ara ile bölünen kısımlarından her biridir” denerek, birleşimin, oturumlara ayrılacağı belirtilmektedir. Böyle olunca, bir birleşimin bir oturumunda hazır bulunan, fakat öteki oturumuna katılmayan milletvekilinin durumunun ne olacağı sorusu akla gelebilir. Anayasa, üyeliğin düşürülmesi için “oturum” a değil, “birleşim” e katılmamayı şart koştuğuna göre; kanımızca bir milletvekilinin “birleşim” e katılmadığını söyleyebilmemiz için, o birleşimin hiç bir oturumunda hazır bulunmaması gerekir. Bir başka deyişle, birinci oturma katıldığı ad okunmak suretiyle yapılan yoklama ile belirlenmiş olan bir milletvekili, aynı oturumda veya sonraki oturumlarda çoğunluğun kalmadığı iddiası üzerine yapılan yoklamalarda hazır bulunmasa bile, o günkü birleşimde yok sayılmamalıdır. Her ne kadar İçtüzüğün 151. maddesinde hemen yukarıda gördüğümüz gibi,

“Genel Kurulda veya komisyonlarda yapılan yoklama veya açık oylamalarda ... bulunmayan milletvekili o birleşimde yok sayılır”

denmekteyse de; kanımızca bu hükmün Anayasanın 84. maddesinin uygulanmasında dikkate alınabilmesi için, ilgili milletvekilinin birleşim başın-

¹⁵⁶ MMTD, Dönem 1, C. 11, s. 251.

1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi

da yapılan yoklamada da hazır bulunmaması gerekir. Nitekim, TBMM'nin 14.6.1985 tarihli 114. Birleşiminde bu konuda usul hakkında yapılan bir görüşmede, Başkanlığın da aynı eğilimde olduğu anlaşılmaktaydı. Gerçekten, Aydın Milletvekili İskender Cenap Ege'nin konuşmasındaki

"Şimdi efendim, biliyorsunuz Anayasamızın 84 üncü maddesinde yoklamayla ilgili bir husus var... 84 üncü maddede 'Beş birleşim' diye bir ifade vardır. Şimdi buradaki yoklamaların her birinin birleşimin başında yapılan yoklama gibi kabulüne imkan yok... Benim anlayışıma göre sabahleyin yapılan ilk yoklama birleşim yoklamasıdır. Ondan sonra yapılan yoklamalar arızî yoklamalardır..."

sözlerine karşı, oturumu yöneten Başkan,

"Efendim, biz de öyle telakki ediyoruz..."

diye cevap vermekteydi.¹⁵⁷ Bu noktada biz bir adım daha ileri gidiyoruz ve bir birleşimin başında yapılan yoklamada bulunmadığı halde, o birleşimde daha sonra herhangi bir nedenle yapılan yoklama veya açık oylamalarda bulunan milletvekillerinin de, söz konusu birleşimde var sayılmaları gerekir diye düşünüyoruz.¹⁵⁸

Bir milletvekilinin devamsız sayılabilmesi için, Meclis çalışmalarına izinsiz ve özürsüz olarak katılmaması gerekir. Kuşku yok ki, daha önceden izin almış olan bir milletvekili, izinli olduğu sürede katılmadığı birleşimlerde yok sayılmayacaktır.

Nihayet, kanımızca Anayasanın 81. maddesinde öngörülen şekilde andıçmeyen milletvekillerinin durumu ile devamsızlık arasında bir ilişki de kurulabilir. Gerçekten, Anayasanın 81. maddesinde milletvekillerinin göreve başlarken içecekleri anttan söz edildiğine göre, bu andı içmeyen bir milletvekilinin göreve başlayabilmesine de imkân yoktur. Bu nedenle, bir mazereti olmadığı halde and içmeye gelmeyen veya gelip te Anayasada öngörüldüğü şekilde andıçmeyen bir milletvekili göreve başlamamış demektir ve bu durum 5 birleşim sürdüğünde, o milletvekilinin devamsızlıktan ötürü milletvekilliğinin düşürülebilmesi gerekir.

6) Partisinin Anayasa Mahkemesince kapatılmasına sebep olma

1982 Anayasasının 84. maddesinin son fıkrasında, partisinin temelli kapatılmasına beyan ve eylemleriyle sebep olduğu Anayasa Mahkemesinin temelli kapatmaya ilişkin kesin kararında belirtilen milletvekilinin milletvekilliğinin, bu kararın Resmî Gazetede gerekçeli olarak yayımlandığı tarihte sona erece-

¹⁵⁷ TBMMTD, Dönem 17, C. 18, s. 521-522.

¹⁵⁸ Millet Meclisinin 1973 tarihli İçtüzüğünden önce, milletvekillerinin yoklamalardan birinde hazır bulunmaları halinde o birleşimde var sayılacaklarına ilişkin Millet Meclisi Başkanlık Divanının iki ayrı kararı için, bkz. MMTD, Dönem 1, C. 11, s. 251; MMTD, Dönem 2, C. i, s. 565-566.

ği öngörülmüştür. Maddenin bu yeni düzenlemesi, eski şekline göre önemli farklar içermektedir. Gerçekten, 84. maddenin eski metninde, bir siyasal parti Anayasa Mahkemesince kapatıldığında, kapatma davasının açıldığı tarihte o partiye üye olan bütün milletvekillerinin milletvekillikleri düşerken; yeni düzenlemede sadece beyan ve eylemleriyle partinin kapatılmasına neden olan milletvekilinin milletvekilliğinin düşmesi söz konusudur. Böylece, yeni düzenleme ile milletvekilliği düşecek olanların kapsamı daraltılmış bulunmaktadır. Eski düzenlemeye yönelik daha önce getirdiğimiz eleştirileri dikkate aldığımız da,¹⁵⁹ yeni düzenleme ile, kapatılan bir siyasal partiye mensup bütün milletvekillerinin değil, sadece beyan ve eylemleriyle partinin kapatılmasına neden olan milletvekillerinin milletvekilliklerinin düşmesinin öngörülmesinin çok yerinde olduğunu düşünüyoruz.¹⁶⁰

Maddede, Anayasa Mahkemesinin bir partinin kapatılmasına ilişkin kararında adları belirtilen milletvekillerinin milletvekilliklerinin, bu kararın Resmî Gazetede gerekçeli olarak yayımlandığı tarihte sona ereceği hükme bağlanmıştır. Böylece, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği kısa bir karar, milletvekilliğinin düşmesi için yeterli olmayacak, mutlaka gerekçeli karar beklenecektir.¹⁶¹ Ayrıca bir siyasal partinin Anayasa Mahkemesince kapatılmış olduğuna ilişkin yapılacak açıklamalar (Anayasa Mahkemesince yapılmış da olsa) yine milletvekilliğinin düşmesine yol açmayacak, bu kararın Resmî Gazetede yayımlanması gerekecektir. Nihayet, Resmî Gazetede yayımlanan kapatma kararında, partinin kapatılmasına beyan ve eylemleriyle neden olanlar arasında isimleri yer alan milletvekillerinin milletvekilliklerinin düşürülmesi için TBMM’nde bir karar alınmayacak; Anayasa Mahkemesinin kararı Resmî Gazetede yayımlandığı gün milletvekillikleri kendiliğinden düşmüş olan milletvekilleri hakkında, Meclis Başkanlığı TBMM Genel Kuruluna yalnızca bilgi sunacaktır. Anayasada, milletvekilliğinin partinin kapatılma

159 Bkz. yukarıda, “II-1982 ANAYASANIN İLK ŞEKLİNE GÖRE MİLLETVEKİLLİĞİNİN DÜŞMESİ”.

160 Bu yeni düzenlemeden sonra Anayasa Mahkemesince, 84. maddenin eski şekli yürürlükteyken kapatılmış olan Demokrasi Partisinin, kapatma kararında isimleri, kapatılmaya neden olanlar arasında yer almayan; ancak, maddenin o zamanki hükmü uyarınca, yine de milletvekillikleri düşmüş olan bazı milletvekilleri, Anayasa Mahkemesine müracaatla, Anayasa’daki bu yeni düzenleme karşısında TBMM üyeliği sıfatını yeniden kazandıklarına karar verilmesini istemişlerdi. Söz konusu milletvekilleri, iddialarında yeni düzenlemenin lehlerine bir sonuç doğurduğunu, Türk Ceza Kanununun 2. maddesi uyarınca, lehe sonuç doğuran bu yeni düzenlemenin kendilerine de uygulanması gerektiğini ileri sürmekteydiler. Ancak, Anayasa Mahkemesi, parti kapatma davasının, bir ceza davası değil, kendine özgü ayrı bir dava türü olduğu, milletvekilliklerinin sona ermesinin bir ceza değil, bir anayasal sonuç olduğu ve Anayasa uyarınca Anayasa Mahkemesinin kararlarının kesin olduğu gerekçeleriyle, bu istemi reddetmişti (Anayasa Mahkemesinin, 12.9.1995 gün, E. 1995/4-Değişik İşler,- K. 1995/5 sayılı Kararı. Bu Karar Resmî Gazetede yayımlanmamış, taraflara tebliğ edilmiştir). Bu konuda biz de Anayasa Mahkemesi gibi düşünüyoruz. Karşı görüş için bkz. ALİFEN-Dİ- OĞLU, Yılmaz: **Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi**, Ankara 1996, s. 231-233.

161 bkz. yukarıda, II-1982 ANAYASANIN İLK ŞEKLİNE GÖRE MİLLETVEKİLLİĞİNİN DÜŞMESİ”.

kararının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte sona ereceği açık bir şekilde öngörüldüğüne göre; Meclis Başkanının bu konuda Genel Kurula bilgi sunmasının, kurucu değil, bildirici bir işlem olduğunda kuşku yoktur.

22.4.1983 tarih ve 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanununun, temelli kapatılan siyasal partinin mensuplarının durumunu düzenleyen 95. maddesinde, eylemleriyle bir siyasal partinin kapatılmasına neden olanların 10 yıl süreyle başka bir siyasal partiye alınamayacakları ve milletvekilliği için aday olamayacakları öngörülmüş bulunmaktadır. Buna karşılık, 1982 Anayasasının 23.7.1995 tarih ve 4121 sayılı Kanunla değişik 69. maddesinde, bir siyasal partinin temelli kapatılmasına beyan ve faaliyetleriyle sebep olan üyelerinin 5 yıl süreyle bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve deneticisi olamayacakları hükme bağlanmıştır. Görüldüğü gibi, bir siyasal partinin kapatılmasına neden olanlar, 1983 tarihli Siyasî Partiler kanunu uyarınca 10 yıl süreyle bir başka partiye alınamayacaklar ve milletvekili adayı olamayacaklarken; 1995 tarihinde değiştirilen Anayasa uyarınca, 5 yıl süreyle bir başka partinin üyesi olamayacaklardır. Burada, yeni tarihli Anayasa kuralı ile, eski tarihli kanun kuralı, bir siyasal partinin kapatılmasına neden olanların, yeni bir partiye üye olmalarını yasaklayan süre açısından çatışmaktadır. Bu konuda çok açık ve somut bir düzenleme getirdiği için, yeni Anayasa Kuralı, “*lex posterior derogat priori*” ilkesi gereği, eski tarihli Siyasî Partiler Kanunundaki kuralı değiştirmiştir diyebiliriz. Ancak, yeni tarihli Anayasa kuralında, bu kişilerin milletvekili adayı olmalarını yasaklayan süreye yönelik bir düzenleme yer olmadığından, bu noktada bir değişiklik söz konusu olmayacak demektir. Bu nedenle, bir partinin temelli kapatılmasına neden olan milletvekilleri, milletvekilliklerinin düşmesinin yanı sıra, Anayasanın yeni 69. maddesi uyarınca 5 yıl süreyle bir başka siyasal partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve deneticisi; buna karşılık, 22.4.1983 tarih ve 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanununun 95. maddesi uyarınca da, 10 yıl süreyle milletvekili adayı olamayacaklardır.

Anayasanın 84. maddesinin yeni şeklinde, partisinin “*temelli*” kapatılmasına neden olan milletvekillerinin milletvekilliklerinin düşeceğinden söz edilmektedir. Buna karşılık, aynı maddenin eski metninde, bazen “*temelli kapatılma*”, bazen “*kapatılma*” terimlerinin kullanıldığı görülmekteydi. Gerçekten, maddenin söz konusu eski şeklinde, bir partinin *kapatılmasına* neden olan milletvekillerinin üyeliği ile *temelli olarak kapatılan* siyasal partinin, kapatılmasına ilişkin davanın açıldığı tarihte parti üyesi olan diğer milletvekillerinin üyeliğinin, kapatma kararının TBMM Başkanlığına tebliğ edildiği tarihte sona ereceği hükme bağlanmıştı. Aynı şekilde, 22.4.1983 tarih ve 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanununda da, partilerin *kapatılma* nedenlerinin ayrı ayrı belirlendiği Beşinci Kısımda, partilerin yalnızca *kapatılmasından* söz edilmiş, *temelli kapatılma* terimi hiç yer almamıştır. Buna karşılık, yine aynı Kanun, 95. maddesinde *temelli kapatılma* kavramını kullanmaktadır. Bu maddede, *temelli kapatılan* siyasal partiler mensuplarının durumu düzenlenmiştir. Anayasanın, siyasal

partilerin uyacakları esasları düzenleyen 69. maddesinin hem eski, hem yeni şeklinde ise, siyasal partilerin, o maddede öngörülen nedenlerden ötürü *temelli kapatılacağı* hükme bağlanmış, kapatılma diye ayrı bir yaptırım belirtilmemiştir. Nihayet, Anayasanın 149. maddesinin yeni şeklinde de bu iki faiklî terime yer verilmiş bulunmaktadır. Gerçekten, söz konusu maddenin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesinin, “*Siyasî partilerin temelli kapatılması veya kapatılmasına ilişkin davalarda*”, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısından sonra kapatılması istenen siyasî partinin genel başkanlığının veya tayin edeceği bir vekilin savunmasını dinleyeceği hükme bağlanmıştır. Bütün bu kurallar dikkate alındığında, bizim sistemimizde siyasal partiler için biri “*temelli kapatılma*”, diğeri “*kapatılma*” diye adlandırılan iki farklı yaptırımın olup olmadığı sorusu akla gelebilir. En son değinilen 149. madde hariç, kanımızca böyle bir farkın varlığı savunulamaz. Gerek Anayasada, gerek Siyasî Partiler Kanununda bu iki kavramın birbirinin yerine kullanıldığı, bir başka deyişle kapatılan bir partiden söz edildiğinde, bunun o partinin temelli kapatılmış olduğu anlamına geleceği ileri sürülebilir. Nitekim bazı kararlarından, Anayasa Mahkemesinin de bu şekilde düşündüğü anlaşılmaktadır. Yüce Mahkeme, 16.6.1994 tarihinde, E. 1993/3, K. 1994/2 sayılı Kararıyla, Anayasanın 84. maddesinin o zaman yürürlükte olan düzenlemesi uyarınca Demokrasi Partisinin KAPATILMASINA karar verdiğinde, aynı maddenin son fıkrası gereği, davanın açıldığı tarihte bu partiye üye olan milletvekillerinin milletvekilliklerinin düştüğünü de kararlaştırmıştı.¹⁶² Eğer Anayasa Mahkemesi, Anayasanın, kapatılma ile temelli kapatılmayı birbirinden farklı iki yaptırım olarak öngördüğünü düşünseydi, söz konusu partinin TEMELLİ KAPATILMASINA karar vermeden, ona üye olan milletvekillerinin milletvekilliklerinin düştüğünü kararlaştırmazdı. Çünkü, yukarıda değindiğimiz gibi, 84. maddenin son fıkrasının o zaman yürürlükte olan metninde, üye milletvekilleri için bu tür bir sonuç, parti temelli kapatıldığında söz konusu olmaktadır. Bu nedenle, bize göre Anayasada veya Siyasî Partiler Kanununda açıkça “*belirli bir süre için kapatılma*” yaptırımı öngörülmedikçe, bir siyasal partinin Anayasa Mahkemesince kapatılmasından, temelli kapatılmayı anlamak gerekir. Zaten, Anayasanın 69. maddesinde de, yalnızca *temelli kapatılmadan* söz edilmiştir. Bu nedenle, şimdiki mevzuatımızda, siyasal partilerin Anayasa Mahkemesince belirli bir süre kapatılmasına yetki veren bir düzenleme olmadığından, “*temelli*” teriminin önem taşımadığını ileri sürebiliriz. Ancak, ileride bir yasal düzenleme yapılır ve siyasal partilere karşı bazı durumlarda “*belirli bir süre kapatılma*” yaptırımının uygulanabilmesi mümkün olursa, o zaman “*temelli kapatılma terimi*” önem kazanabilir. Anayasanın 149. maddesinin yeni şeklinde, değindiğimiz, “*siyasî partilerin temelli kapatılması veya kapatılmasına ilişkin davalar*” ayrımı da; ancak, ileride temelli kapatılma dışında, belirli bir süre kapatılma yaptırımı öngörülürse anlam kazanabilir. Böyle bir ihtimal gerçekleşirse, beyan ve eylemleriyle,

162 AMKD, Sayı 30, 2. cilt s. 1216

1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi

üyeleri bulunduğu partinin bir süre kapatılmasına neden olmuş bir milletvekilinin milletvekilliği, Anayasa böyle bir yaptırımını yalnızca temelli kapatılmaya neden olan milletvekillerine öngördüğü için, düşmeyecek demektir.

7) Cumhurbaşkanı seçilmek

Milletvekilinin Cumhurbaşkanı seçilmesi, 1982 Anayasasında milletvekilliğini kendiliğinden sona erdiren bir başka neden olarak öngörülmüştür. Anayasanın, Cumhurbaşkanı'nın niteliklerini ve tarafsızlığını düzenleyen 101. maddesinin son fıkrasında,

“Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişkisi kesilir ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeliği sona erer”

denilmektedir. Madde hükmünden de anlaşılacağı gibi, ilgili milletvekilinin TBMM üyeliğinin sona ermesi için, Cumhurbaşkanı seçimine ilişkin oylama sonunda Cumhurbaşkanı seçilmiş olduğunun anlaşılması yeterlidir. Gerçekten, Anayasanın 102. maddesi uyarınca, mevcut Cumhurbaşkanı'nın görev süresinin dolmasından otuz gün önce Cumhurbaşkanlığı seçimine başlanacağına ve bu sürenin ilk on günü aday belirlemeye, sonraki yirmi günü de seçime ayrılacağına göre, seçim için ayrılan yirmi günlük sürenin hemen başında seçilen bir Cumhurbaşkanı'nın, göreve başlaması için bir müddet bekleyecek olmasına rağmen, Cumhurbaşkanı seçimi tamamlandığı ve ilgili milletvekilinin Cumhurbaşkanı seçilmiş olduğu anlaşıldığı için, milletvekilliği o an kendiliğinden sona erecektir.¹⁶³ Bunun için ilgili milletvekilinin istifasına da, yasama organının üyeliğin düştüğüne ilişkin bir karar almasına da gerek yoktur.

8) Türk vatandaşlığının kaybı

Anayasanın 84. maddesinde sayılan TBMM üyeliğinin düşmesi nedenleri arasında yer almamış olsa da, bir milletvekilinin Türk vatandaşlığını kaybetmesi halinde, milletvekilliğinin de sona ermesi gerekir. Gerçekten, Anayasanın milletvekili seçilme yeterliğini düzenleyen 76. maddesinin birinci fıkrasında, *“Otuz yaşını dolduran her Türk milletvekili seçilebilir”* denilmekle, milletvekilliği için Türk vatandaşı olmak şart koşulmuştur. Kuşku yok ki, milletvekili seçilebilmek için aranan bu nitelik, milletvekilliği süresince de korunmalıdır. Bu nedenle, seçildiği zaman Türk vatandaşı olan bir milletvekili, daha sonra 11.2.1964 tarih ve 403 sayılı *“Türk Vatandaşlığı Kanunu”* nun 19-26. maddelerinde öngörülen nedenlerden herhangi biri uyarınca Türk vatandaşlığını kay-

163 Nitekim, Evren'in görev süresinin sona ermesinden otuz gün önce başlayan seçimin üçüncü turunun yapıldığı 31.10.1989'da Cumhurbaşkanı seçilen İstanbul Milletvekili Turgut Özal'ın o gün milletvekilliği sona ermiş; ancak, Özal göreve Evren'in süresinin tamamlandığı 9.11.1989'da başlamıştır (TBMMTD, Dönem 18, C. 33, s. 128-129, 302).

Cumhurbaşkanı Özal'ın vefatı üzerine yapılan Cumhurbaşkanlığı seçiminin 16.5.1993 tarihindeki üçüncü turunda Cumhurbaşkanı seçilen Isparta Milletvekili Süleyman Demirel'in milletvekilliği de kendiliğinden sonra ermiş ve Cumhurbaşkanlığı makamı zaten boş olduğu için Demirel aynı gün göreve başlamıştır (TBMMTD, Dönem 19, C. 35, s. 506-508).

betmişse, milletvekilliğinin de düşmesi gerekir. Milletvekilliğinin, Türk vatandaşlığını kaybetme nedeniyle düşmesinde, TBMM’nin bir kararına gerek olmadığı; Meclis Başkanlığının, durumu Genel Kurulun bilgisine sunmasıyla milletvekilliğinin düşeceği savunulabilir. Çünkü, milletvekilliğinin düşmesi için TBMM’nde oylama yapılan bütün durumlarda, oy veren her milletvekilinin bir takdir hakkının olacağı doğaldır. Oysa, Türk vatandaşlığını kaybeden bir kişinin buna rağmen milletvekilliğine devam etmesine izin verilemeyeceğine göre, milletvekillerine bu konuda bir takdir hakkının da tanınamaması gerekir. Bu nedenle, söz konusu durumda, bir oylamaya gerek kalmadan, TBMM Başkanlığının Genel Kurula konuya ilişkin bilgi vermesiyle birlikte, milletvekilliğinin de düşmesi icabeder.

Buna karşılık, çifte vatandaşlık durumunda kişinin Türk vatandaşlığı korunduğuna göre, milletvekilliğinin düşürülmesine de gerek kalmayacaktır. Gerçekten, 20.5.1982 tarih ve 2675 sayılı “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun”un 4. maddesinin (b) bendinde

“Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları halinde Türk Hukuku... uygulanır”

denmekle; Türk hukukunda bu gibi kişilerin sadece Türk vatandaşlığının dikkate alınacağına işaret edilmektedir.¹⁶⁴ Aynı şekilde, kamu hukuku ilişkilerinde de, Türk vatandaşlığının yanısıra başka devlet vatandaşlığına da sahip olan bir kişinin, sadece Türk vatandaşlığının dikkate alınması gerekir. Nitekim NOMER de

“... gerek kamu hukuku gerekse devletler hususi hukuku alanında sahip oldukları herhangi bir yabancı devlet vatandaşlığı sebebiyle bir Türk vatandaşının diğer Türk vatandaşlarından farklı bir muameleye tâbi tutulması mümkün değildir”

demektedir.¹⁶⁵ Bu nedenle, çifte vatandaşlık durumunda, milletvekilliğinin düşürülmesi söz konusu olamaz.

IV. MİLLETVEKİLLİĞİNİN DÜŞMESİ KARARININ YARGISAL DENETİMİ

Milletvekilliğinin düşmesi kararının yargısal denetimi, Anayasanın 85. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu maddede,

“... milletvekilliğinin düşmesine 84 üncü maddenin birinci, üçüncü veya dördüncü fıkralarına göre karar verilmiş olması hallerinde, Meclis Genel Kurulu kararının alındığı tarihten başlayarak yedi gün içerisinde ilgili milletvekili veya bir diğer milletvekili, kararın. Anayasaya, kanuna veya İçtüzüğe aykırılığı iddiasıyla iptali için Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Anayasa Mahkemesi, iptal istemini onbeş gün içerisinde kesin karara bağlar”

164 NOMER, Ergin: **Devletler Hususî Hukuku**, 6. Bası, İstanbul 1990, s. 126.

165 NOMER, Ergin: **Vatandaşlık Hukuku**, 9. Bası, İstanbul 1993, s. 35.

denilmektedir. Madde hükmünden de anlaşılacağı gibi, iptal istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulabilir, 84. maddede öngörülen bütün düşme nedenleri için değil; milletvekilliğinin düşmesine Anayasanın 84. maddesinin, birinci, üçüncü veya dördüncü fıkralarına göre Meclisçe karar verildiği hal-ler için mümkündür. Bilindiği gibi, 84. maddenin birinci fıkrasında bir mil-letvekilinin istilası, üçüncü fıkrasında bağdaşmayan bir görev veya hizmeti sürdürmekte ısrar etmesi, dördüncü fıkrasında ise devamsızlığı nedeniyle milletvekilliğinin düşürülmesi söz konusudur. Bu durumda, 84. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen, milletvekilliğinin milletvekili seçilmeye engel bir suçtan kesin hüküm giyme veya kısıtlanma nedenleriyle düşmesi ile; 84. maddenin son fıkrasında düzenlenen, milletvekilliğinin, beyan ve eylemle-riyle üyesi bulunduğu siyasal partinin Anayasa Mahkemesince temelli kapa-tılmasına neden olma yüzünden düşmesi, Anayasa Mahkemesinin denetimi dışında kalmaktadır.

Bunlardan, bir siyasal partinin temelli kapatılmasına neden olma yüzünden milletvekilliğinin düşmesi halinin, yargı denetimi dışında kalması doğaldır. Çünkü, bu nedenden ötürü milletvekilliğinin düşmesi için, o milletvekilinin adının, Anayasa Mahkemesinin bir siyasal partiyi temelli kapatan kararında yer alması gerekir. Bir bakıma, o milletvekilinin milletvekilliğinin sona erme-sine zaten Anayasa Mahkemesi karar vermektedir. Anayasa Mahkemesine, kendi kararını denetletmek, Anayasanın 153. maddesinde öngörülen Anayasa Mahkemesinin kararlarının kesinliği ilkesine de ters düşerdi.

Ancak, aynı şeyi, milletvekilliğinin, kesin hüküm giyme nedeniyle düş-mesi için söyleyemeyiz. Bilindiği gibi, 84. maddenin ikinci fıkrası uyarınca, milletvekilliğinin kesin hüküm giyme veya kısıtlanma halinde düşmesi, bu husustaki kesin mahkeme kararının Genel Kurula bildirilmesiyle olmaktadır. İlk bakışta, milletvekilliğinin düşürülmesinin kesin bir yargı kararma dayan-dığı ve bu nedenle ortada Anayasa Mahkemesinin denetimini gerektirecek bir hususun bulunmadığı ileri sürülebilirse de; bu düşünce her zaman doğru olmayabilir. Gerçekten, hatırlanacağı gibi, kesinleşmiş olmalarına rağmen, bazı yargı kararlarının, milletvekilliğinin düşmesine yol açıp açmayacağı ko-nusunda kuşku duyulabilir.¹⁶⁶ Örneğin, ertelenmiş bir mahkûmiyet veya ya-bancı bir ülke mahkemesi tarafından verilmiş bir mahkûmiyet hükmünün, bir milletvekilinin milletvekilliğini düşürmek için Meclis Başkanlığınca TBMM Genel Kurulunun bilgisine sunulmasının gerekip gerekmediğine ilişkin tak-dir, kişiden kişiye değişebilir. Milletvekilliğinin düşmesine yol açmaması gerektiği düşünülen bu tür bir mahkeme kararı. Meclis Başkanlığınca farklı değerlendirilip, Genel Kurulun bilgisine sunulur ve bu nedenle bir milletve-kilinin milletvekilliği düşürse, bu tartışmalı düşme durumunun doğurabile-ceği haksızlığı gidermek için, Anayasa Mahkemesine başvurabilmek yerinde olurdu. Nitekim, Anayasa değişikliğine yönelik teklifte, bu düşme nedeninin

166 Bkz. yukarıda, "III-2-b Milletvekili seçilmeye engel bir suçtan hüküm giyme durumuna ilişkin bazı sorunlar".

de Anayasa Mahkemesince denetlenebilmesi önerilmişse de;¹⁶⁷ Anayasa Komisyonu bu öneriye katılmamış ve söz konusu denetim imkânı Anayasada yer almamıştır. Anayasa Komisyonunun, bu düşme nedeninin yargı denetimine tâbi tutulmasına karşı çıkış gerekçesine katılabilmemiz mümkün değildir. Çünkü, Komisyon, bu denetim yolu ile, Anayasa Mahkemesinin bir milletvekili hakkında mahkemelerce verilen ve Yargıtaydan geçerek kesinleşen bir hükmü denetleyeceğini ve bunun sakıncalı olacağını ileri sürüyordu ki;¹⁶⁸ bizce teklifte önerilen düzenlemenin bu tür bir sakıncaya yol açabilmesi mümkün değildi. Zira, böyle bir denetim imkânı kabul edilseydi, Anayasa Mahkemesi, mahkemelerce verilen ve kesinleşen ceza mahkûmiyetlerinin yerinde olup olmadığını değil; bu mahkûmiyetlerin, milletvekilliğini düşürüp düşürmeyeceğini denetleyebilecekti.

Anayasada, milletvekilliğinin düşmesi kararma karşı, kararın alındığı tarihten başlayarak 7 gün içinde, ilgili milletvekili veya bir başka milletvekilinin, bu kararın Anayasaya, kanuna veya İktüzüğe aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurup, iptalini isteyebilecekleri öngörülmektedir. Maddede, açıkça kararın alındığı tarihten başlayarak dendiğine göre, söz konusu 7 günlük süre, milletvekilliğinin düşmesine ilişkin Meclis kararının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihten değil; Meclisin bu kararı aldığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.¹⁶⁹ Ancak, ilgili üyenin, kendisi hakkındaki düşme kararının alındığı oturumda Mecliste hazır bulunmayabileceğini düşünürsek; kanımızca, bu sürenin, düşme kararının Resmî Gazetede yayımlandığı talihten itibaren işlemeye başlaması, daha isabetli olurdu.

167 85. maddeye yönelik değişiklik teklifinde

“... üyeliğin düştüğüne Meclisce karar verilmesi veya üyeliğin düştüğü hususunun Genel Kurula sunulması hallerinde, karar veya Genel Kurula sunma tarihinden başlayarak bir hafta içinde ilgili üye veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinden herhangi biri bu karar veya işlemin... iptali için Anayasa Mahkemesine başvurabilir” deniyordu (TBMM’nin 14.6.1995 tarihli 123. Birleşim Tutanağı sonuna ekli S. Sayısı 861, s. 57. TBMMTD. Dönem 19, C. 88).

168 Anayasa Komisyonunun gerekçesinde,

“Anayasa Mahkemesinin bu gibi kesinleşmiş yargı kararlarının hukukiliğini incelemeye davet edilmesi, onun uzmanlık alanının ziyadesiyle dışında kalan bir hal olacaktır... Komisyonumuz başta Yargıtay olmak üzere bağımsız mahkemelerimizin milletvekili hakkında hüküm verir ve karar alırken tarafsız ve nesnel davranmayabileceği kuşkusunu ön plana alan böyle bir sistemi uygun görmemiş ve ayrıca çoğu hallerde Anayasa Mahkemesi ile Yargıtay’ı karşı karşıya getirebilecek bir yöntemden kaçınmak gerektiğini düşünmüştür...” demektedir (TBMM’nin 14.6.1995 tarihli 123. Birleşim Tutanağı sonuna ekli 3. Sayısı 861, s. 38. TBMMTD. Dönem 19, C. 88).

169 Nitekim, üyeliğin düşmesine ilişkin kararların Anayasa Mahkemesince denetimi hakkında 1982 Anayasasındaki düzenlemenin aynısının yer aldığı 1961 Anayasası döneminde, Anayasa Mahkemesi, devamsızlıktan ötürü Cumhuriyet Senatosunca üyeliği düşürülmüş olan Bitlis Senatörü Z.N.Ş.’nin iptal istemini, başvuru, söz konusu kararın alınmasından itibaren bir hafta içinde yapılmadığı için ilk inceleme evresinde reddetmiştir (bkz. Anayasa Mahkemesinin 3.8.1967 gün ve E. 1967/25, K. 1967/25 sayılı Kararı, AMKD, Sayı 5, s. 176-178). Anayasa Mahkemesi, aynı kişinin, iptal için başvuru süresinin, üyeliğin düşmesi kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra başlaması gerektiğine dayanarak yaptığı ikinci başvuruyu da, ilk Kararındaki gerekçeyle reddetmiştir (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 12.9.1967 gün ve E. 1967/26, K. 1967/26 sayılı Kararı, AMKD, Sayı 5, s. 179-180).

1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi

Milletvekilliği, TBMM'nin bu yönde karar verdiği an düşeceği için,¹⁷⁰ Anayasa Mahkemesi bu kararı iptal ederse; söz konusu milletvekili, milletvekilliğini yeniden kazanmış olacaktır. 84. maddeye yönelik değişiklik sırasında, bu konuda Anayasa Komisyonunca daha farklı bir düzenleme önerilmişti.

Bu öneride,

“Anayasa Mahkemesi, iptal istemini onbeş gün içerisinde kesin karara bağlar; aksi takdirde, Meclis kararı yürürlüğe girmez”

deniyordu.¹⁷¹ Böylece, milletvekilliğinin düşmesine yönelik Meclis kararının yürürlüğe girip girmemesi, bu karara karşı Anayasa Mahkemesine yapılacak başvurunun sonuçlanmasına erteleniyor demektir. Bu durumda, milletvekilliğinin düşmesi, iptal için Anayasa Mahkemesine başvurulmazsa, başvuru için tanınan 7 günlük sürenin sonunda; Anayasa Mahkemesine başvurulursa, Anayasa Mahkemesinin bu istemi reddettiği tarihte yürürlüğe girecekti. Eğer, Anayasa Mahkemesi iptal istemini kabul eder veya 15 günlük sürede hiç bir karar vermezse, milletvekilliğinin düşmesi kararı, yürürlüğe hiç girmemiş olacaktı. Bu düzenlemenin, yasama organınca alınacak bir milletvekilliğinin düşmesi kararının yürürlüğe girmesini geciktirmesi; özellikle Anayasa Mahkemesinin süresi içinde karar vermediği zaman kendiliğinden yürürlükten kalkmasıyla da, TBMM'nin kararının geçerliğini Anayasa Mahkemesinin çalışma hızına bağlaması gibi sakıncalı sonuçları olacağı açıktı.¹⁷² Bu nedenle, maddenin TBMM'nde ikinci görüşmesi yapılırken, söz konusu düzenlemenin metinden çıkarılmasına yönelik önerilere Komisyonun da katılmasıyla, maddenin şimdiki şekliyle kabul edilmesini yerinde buluyoruz.¹⁷³

Anayasa koyucu, üyeliğin düşmesi kararının Anayasa veya İçtüzük hükümlerine aykırı olduğuna ilişkin iddiaların, sürüncemede kalmayıp, bir an önce çözümlenmesi için, Anayasa Mahkemesinin bu konuda yapılmış iptal istemini onbeş gün içinde karara bağlayacağını öngörmüştür. Ancak, bu hükümden, söz konusu onbeş günlük süre geçerse, Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin karar verme yetkisinin kalmayacağını anlamamak gerekir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi de 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararında, bu konuda,

“Anayasa Mahkemesine tanınan onbeş günlük sürenin, bu türlü işlerin en kısa bir zamanda ve süratle çözümlenmelerini gerekli kılan özel nitelikleri gözönünde tutularak konulduğu ortadadır. Bu sürenin dolmuş olması halinin Ana-

170 Bu konuda GÖZÜBÜYÜK, aksi bir görüş ileri sürmekte ve düşme kararının, Anayasa Mahkemesi iptal başvurusunu karara bağlayıncaya kadar yürürlüğe girmeyeceğini savunmaktadır (GÖZÜBÜYÜK-1997-: s. 180-181).

171 TBMMTD, Dönem 19, C. 89, s. 592. Ayrıca bkz. TBMM'nin 14.6.1995 tarihli 123. Birleşim Tutanağı sonuna ekli S. Sayısı 861, s. 38.

172 Maddenin, TBMM'nde görüşülmesi sırasında, bu düzenlemeye yönelik bazı eleştiriler için, bkz. Nevşehir Milletvekili Mehmet Elkatmış ve Kahramanmaraş Milletvekili Ökkeş Şendiller'in konuşmaları. TBMMTD, Dönem 19, C. 89, s. 595-596.

173 TBMMTD, Dönem 19, C. 93, s. 252-253.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

yasa Mahkemesinin işi inceleme yetkisini ortadan kaldıracacağı veya ilgilinin durumuna olumlu veya olumsuz bir etkide bulunabileceği tasavvur dahi edilemez”

demektedir.¹⁷⁴

Anayasanın 85. maddesinde, sadece milletvekilliğinin düşmesine yönelik Meclis kararları için Anayasa Mahkemesine başvurulabileceği öngörüldüğüne göre; yasama organının, bazı düşme nedenlerinin varlığına karşın, milletvekilliğinin düşmesini reddettiği durumlarda, bu ret kararına karşı Anayasa Mahkemesine gidebilmek mümkün olamayacaktır.

Anayasa Mahkemesi, yasama organının, milletvekili dokunulmazlığının kaldırılmasına veya TBMM üyeliğinin düşmesine ilişkin kararlarını denetlerken, kendisini Anayasanın 152. maddesi anlamında bir “mahkeme” olarak görmekte ve bu nedenle, üyeliğin düşmesi kararında uygulanmış bir kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı söz konusu olduğunda, bunu bir bekletici sorun olarak ele alıp, gerekiyorsa o kanun hükmünü iptal edemeyeceğini, ancak, bu kuralı ihmal edip, doğrudan konuya ilişkin Anayasa kuralını uygulayabileceğini belirtmektedir.¹⁷⁵ Nitekim, 10.1.1983 tarih ve 2949 sayılı ‘Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini belirleyen 18. maddesinin 2. bendinde,

“Mahkemelerce kendisine Anayasanın 152 nci maddesine göre intikal ettirilen işleri ve Yüce Divan sıfatıyla çalışırken veya siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalarda aynı madde gereğince ön mesele olarak bakması gereken işleri karara bağlamak”

denerek; Anayasa Mahkemesinin, uygulamakta olduğu bir kanun hükmünün Anayasaya aykırılığına, sadece Yüce Divan sıfatıyla çalışırken veya siyasal partilerin kapatılmasına ilişkin davalara bakarken karar verebileceği öngörülmektedir. Ancak, kanımızca, dokunulmazlığın kaldırılması veya üyeliğin düşmesi kararlarını denetlerken de, ortada bir çekişme olduğu ve bu çekişme gözlem sonrasında kesin hükümle karara bağlandığı için; Anayasa Mahkemesi, bu işlevi sırasında da bir mahkeme olarak kabul edilmeli ve uyguladığı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığını bekletici bir sorun¹⁷⁶ olarak ortaya koyup, o hükmü gerekiyorsa iptal edebilmeliydi.¹⁷⁷

174 Anayasa Mahkemesinin 14.11.1968 gün ve E. 1968/58, K. 1968/53 sayılı Kararı, AMKD, Sayı 6, s. 321.

175 Bkz. Anayasa Mahkemesinin 17-19.8.1971 gün ve E. 1971/41, K. 1971/67 sayılı Kararı, AMKD, Sayı 11, s. 67.

176 Her ne kadar, bu konudaki kararı yine Anayasa Mahkemesi vereceğinden burada “ön sorun” teriminin kullanılmasının gerekeceği düşünülebilirse de; Anayasa Mahkemesinin, üyeliğin düşmesi kararını denetleme işlevi ile normların Anayasaya uygunluğunu denetleme işlevlerinin birbirlerinden farklı olduğunu ve Anayasa Mahkemesinin bu sorunu ayrı bir oturumunda, norm denetimini yerine getirirken izlediği yöntem içinde çözeceğini dikkate aldığımızda, biz “bekletici sorun” terimini kullanmayı tercih ediyoruz.

177 Bu konuda bkz. ÖZEK, Çetin: “Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması Kararlarının Anayasa Mahkemesince İncelenmesi Konusuyla İlgili Bazı Sorunlar”, **Onar Armağanı**, İstanbul 1977, s. 742-739; YAYLA, Yıldızhan: “Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özünü”, **Hıfzı Timur’un Anısına Armağan**, İstanbul 1979, s. 995-997.

(37. Makale - 1998)

Sami SELÇUK

*Düşün Özgürlüğü **

* Sami Selçuk, “Düşün Özgürlüğü”, *Düşünce Özgürlüğü* (Haz.: H. Ökçesiz), AFA Yayıncılık, İstanbul, 1998, s. 293-314

DÜŞÜN ÖZGÜRLÜĞÜ

“Eğer aramızda birliğimizi bozmak ve Cumhuriyetimizi değiştirmek/yık-
mak isteyenler varsa, onları rahatsız etmeden kendi hallerine bırakalım”.

Jefferson

Neden düşünce özgürlüğü değil de düşün (fikir) özgürlüğü? Düşün öz-
gürlüğü; düşünme, düşünce, düşünceyi açıklama özgürlüklerini içerir de
ondan. Bu doğruysa -ki bence öyledir- düşünce özgürlüğü, düşün özgürlü-
ğünün yalnızca bir bölümüdür. O yüzden, kanımca, düşünce özgürlüğü de-
mek yetersizdir. Doğrusu, daha kavrayıcı ve kapsayıcı bir anlatım olan düşün
özgürlüğüdür.

Gerçi, düşünme, düşünce, düşünceyi açıklama özgürlükleri, döngüsel bi-
çimde birbirine bağlı, iç içedirler. Ne var ki sorunu saydamlaştırmak için böy-
le bir ayırım zorunludur, bence.

A) Düşünme Özgürlüğü

İlkin düşünme özgürlüğünden başlayalım.

Düşünme bir etkinliktir. Beynin işlevidir. Gözümüzle görür, kulağımızla
işitiriz, midemizle sindirir, beynimizle düşünürüz. İsteriz ki bu etkinliklerin
hepsi gönlümüzce olsun. Deniz kıyısındaki evimizin önü bir gökdelenle ka-
patılmışsa, denizi istediğimiz gibi görme özgürlüğümüz sınırlanır. Dolmuş-
taki müzik aygıtı sonuna dek açılmışsa, o artık bizim için bir gürültüdür. Bu
bir de hoşlanmadığımız bir müzik türü ise, işitme organımız bize dayanılmaz
bir işkenceyi iletmek, biz de onu dinlemek zorundayız demektir. Sağlık ya da
bir başka nedenle belli ölçüde ve belli besinleri almak zorundaysak, midemiz
yalnızca verileni sindirmeye yargılı olacaktır.

Yaşamımız bu tür sınırlamalarla doludur hep.

Örnekleri uzatmadan beynimize gelelim. İnsan beyni dış dünyanın sun-
duğu algılamalara göre düşünür. Bu girdiler sınırlıysa düşünme etkinliği de
sınırlı; oluşacak düşüncede de yanılığ payı o denli yüksek olacak demektir.

Beyin dış dünyadaki gözlemlerini sözcüklere dönüştürerek algılar. Dildeki sözcük dağarcığı ince ayırmaları sergileyecek düzeyde değilse, beynin düşünme ufku ister istemez daralacaktır. Bir insanın dünyası, bir yerde diliyle sınırlıdır. Anadili birkaç yüz sözcükten oluşan biriyle, binlerce sözcükten oluşan bir başkasının düşünce oluşturma olanakları arasında dağlar vardır. Tek dil bilenle birden çok dile bilen kişilerin bilgi edinme kanalları elbette özdeş değildir.

Demek, beynin düşünme yetisi, dildeki sözcük zenginliğiyle doğru orantılıdır. O yüzden gelişmiş dillerdeki sözcük sayısı bilimsel etkinlikleri yanıtlayacak düzeydedir.

Beynin algılama, bilgi edinme kanallarını tıkayan etkenler elbette pek çoktur. Ancak bunun en tehlikelisi devlet etkenidir. Eğer devlet, sözgelimi bir dini, inancı ya da görüşü benimsemişse; onu sokakta, okulda, her yerde beynlere dolduracak; onun dışındaki bütün inançları, görüşleri ve de onları benimseyenleri önceden mahkûm edecektir. Varlık nedenini belli bir inancın/görüşün yaşamasına bağlayan böyle bir devlet, daha doğarken insanların kafalarına usavurma polisleri yerleştirir. İnsanların beyinlerini kendi çarklarıyla biçimlendirir. Gözeleri resmi klişelerle/sloganlarla/ önyargılarla tıka basa dolu bir beyindir bu. Evet, İdeolojik banyodan geçmiş bir beyin. Böyle bir beyinse devletin ideolojisi dışında kalan her inancı/görüşü sürgit geri püskürten hasta bir organdır. Onu yaratan devlete gelince; o, artık Nietzsche’nin deyişiyle “çaldığı dişlerle ısırın hain bir yaratıktır”. Böyle bir devlette insanlar düşünmezler, düşünemezler. Düşünemedikleri için de tartışmazlar. Yalnızca ezberlerler. Ezberlenen inançları kimse sorgulayamaz, ilışemez. Yine de zaman zaman karşıt inancı ya da görüşü benimseyenler ortaya çıkar. Çıkacaktır. Ama artık ortada “tartışın iki yan değil, çarpışın iki ordu vardır” (Russell).

14. Louis’nin “Tek kral, tek yasa, tek inanç” deyişinde özetlenen tümelci zorba devletler, zorbalıklarını sürdürmek için kullandıkları baskı tekniğine eninde sonunda yenik düşmeye yargılıdırlar. Çünkü insanın doğası ve onuru, tek biçimlilikle çatışır durur. Devlet ister istemez militanlaşır. Karşıt görüşlerin boşalma olanakları bir rejimin güvenlik sigortasıdır. Tümelci devlet bu kanalları kapattığı için, tartışma rejimin içinde değil, üzerindedir. Kutuplaşmalar ve patlamalar kaçınılmazdır. Resmi görüş de, karşıtı olmadığı için bir süre sonra içine büzülüp kapanacak, sloganlaşıp dogmalaşacaktır. Böyle bir görüş, belli bir zaman dilimine hapsedildiğinden gelecek boyutundan yoksun kalacak; güdük ve melankolik her ideolojinin başına gelen onun da başına gelecek, tükenip gidecektir. Newton’ın “atalet yasasının, toplumsal düzlemdeki yansımasıdır, izdüşümüdür bu. O yüzden doğayla ters düşme pahasına, kafaca, hatta bedence tek biçimli insan yetiştirme saviyle ortaya çıkan ve insanlığın başına bela kesilen bu tür tümelci rejimler, tarihin her döneminde kan ve gözyaşı bırakarak çökmüşlerdir.

“Tarih yinelenmemeli” dileğinde birleşenler, tümelci rejimlerin karşısına

Düşün Özgürlüğü

özgürlükçü ve çoğulcu demokrasiyi çıkarmışlardır. Tümelci rejimler, aslında her şeyin sorgulanabildiği, hiç bir şeyin kutsanıp yasaklanmadığı, her bireyin kendisi olduğu özgürlükçü çoğulculuğun düşmanıdır. İnsan beyni ancak çoğulcu bir ortamda özgürce düşünebilir, gelişebilir.

Anayasamızın 5. maddesine göre “...kişinin temel hak ve özgürlüklerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak”la yükümlüdür devlet. Böyle bir devletin, her şeyden önce düşünce üreten beynin özgürce düşünme özgürlüğünü sağlayacak ortamı yaratması gerekmez mi? İnsan hak ve özgürlüklerine inanan, hukuka bağlı ve yansız olması gerekmez mi? Düşünme etkinliğini örseleyen yasaklar, ilişilmez tabular, önyargılar çoğulcu bir ortamda elbette yeşeremezler.

Unutmayalım. Düşünme özgürlüğü devlet gibi düşünmeme özgürlüğüdür, “kurulu düzeni sorgulamayı, gerektiğinde kınamayı, mahkûm etmeyi de içerir” (Laski). Bunun doğal sonucu şudur: Demokrasi, kendine karşıt olan inançlara/görüşlere de yaşama hakkını tanıyan bir rejimdir. Onun sağlıklılık koşulu budur. Ancak böyle bir demokrasidir ki, onu yıkmayı amaçlayan akımlara karşı bağışıklık kazanabilir. Eğer, demokrasi, bu hoşgörüden yoksunsa, bağışıklık kazanamaz. Tersine, reddettiği tümelci rejimlerle benzeşmeye, eninde sonunda yıkılmaya yargılı olur. Tıpkı, insan doğası pahasına bir resmi görüşü benimseyen; çoğulculuğu yadsıyan, o yüzden de tek biçimlilik ekmeye yeltendiğinden yıkım biçen yanlı/tümelci devlet gibi. Yeryüzünde devleti ve insanlığı canavarlaştıran böyle rejimler olduğu sürece “Nazi ideolojisine karşı yazma özgürlüğünü savunanlar” -ki Sartre söylüyordu bunu- hep çıkacaktır. Ancak Sartre’lar, yalnız bu tür rejimler için değil, yörüngesinden sapma gizini bağrında taşıyan demokrasiler için de gereklidir.

Çağcıl demokrasi, çoğulculuktan vazgeçemez. Vazgeçtiği anda kendini öldürmüş olur. Çünkü demokrasi, tümelciliğin de bütün tohumlarını kendi bağrında yaşatır. Hoşgörüsü onun yaşama koşuludur. Ancak tümelci tohumlar demokrasiye bu hoşgörüsü nedeniyle egemen olamazlar. Bunun temel nedeni de şudur: Demokratik hoşgörü bu tümelci tohumları da yapısal çoğulculuğa zorlayarak evcilleştirir, etkisizleştirir. Demokrasinin dehası da işte bu noktada ortaya çıkar. Demokrasiye gerçekten bağlı olanlar, bu noktayı göz ardı ederlerse, tümelciliğin tuzağına düşerler. Tarih bilincinden yoksun siyasetçilerle sözlüm ona düşünürlerin sık sık bunu gözden kaçırdıkları, ürkek yaklaşımlarla demokrasinin tehlikeye düşeceği kaygılarına kapıldıkları çok görülmüştür.

Varsayalım ki özgürlükçü/çoğulcu demokrasiyi yansız devleti oluşturduk. Düşünme özgürlüğü için bu yeterli mi? Elbette değil. Beynin özgürce düşünebilmesi için, kimi etkenlerle, kolaycı yöntemlerle oluşan önyargılardan da temizlenmesi gerekir. Sağlıklı bir beyin, bu önyargıları, dikkatli bir iz sürücü gibi, sorgulayarak, eşleyerek, kör noktaları ısıtıp yeniden yaparak, gerektiğinde

yıkarak ilerlemesini bilmelidir. O yüzden 1898’de Spencer, eğitim, sınıf, ulusçuluk, politika ve dinin insan beynini önyargılarla doldurduğunu uzun uzun irdemişti. Sokrates ömrü boyunca önyargılarla çarpışıp durmuştu. Descartes “tabula rasa”dan söz etmişti. Durkheim onları silip atmak için “bilinçli bilmezlik kuralı”nı orataya atmış, Husserl ayraca almayı önermişti. Bachelard, önyargılarla dolu bir beynin, doğruları bulmak için çok yaşlı olduğunu söylemişti.

Demek, “düşünme insanın bir yetisidir. Buna eskiden bizde “meleke” denirdi (faculte). Bundan bilinçli ruhsal olayların bütünü anlaşılır. “Tefekkür melekesi”nden söz edilirdi eskiden. Kişinin dolaysız farkında olduğu bir zihinsel bölgedir bilinç ve önemli olan bu alanın doğumla başlayarak sürekli genişlemesidir. Bu genişleme ise bir seçme süreci ile gerçekleşir; düşünme, duyma, sezme işlevlerinin sürekli uygulanması ile sağlanan bir süreç. Demek, yineleyelim, kendiliğinden olan bir iş değil bu; bilincin yapısında bir seçme süreci var. Bu ise özgürlüğü sürekli kılar. Böylece özgürlük, kendi başına değil, düşünmenin önkoşulu olarak istenmelidir. Başka bir deyişle, özgürlükle düşünmeyi ayrı ayrı ele almaya olanak yoktur (...) Burada önemli olan, özgür düşünmenin niteliğini oluşturan ortamdır. Düşünce kendiliğinden var edilemediğine göre, kişinin dil içinde sürekli seçme, sürekli karşılaştırma ve kavram bulma eyleminde bulunması gerekir”¹. Görülüyor ki, hiç de kolay değil, düşünme özgürlüğünü gerçekleştirmek. Önce yasaksız, cam gibi saydam bir ülke/devlet gerek. Sonra da her şeyi yöntemsel kuşkuyla irdelleyen önyargısız bir beyin. Ne birincisi düş bir ülke, ne de ikincisi bulunmaz bir Hint kumaşı. Yeter ki, yonteme ve ilkelere bağlı insanlar olalım. Bu bir nefis eğitimidir. Zaten, kendisine karşı gerçeği savunacak oranda sağlam ve sağlıklı olanlar, derinlemesine inceleme yapmadan yargı/oy oluşturmayacak oranda yiğittirler. Çünkü özgürdürler. Kafaları özgür olanlar, ister istemez yiğit olurlar.

Deyim yerindeyse duygu-yoğun toplumdan, akıl-yoğun toplum ancak böyle bir ortamda geçilebilir. Tam bu noktada Mme de Tencin’in, Fontenelle’in yüreğini göstererek ve kendi göğsünü yumruklayarak “Siz orada bir yürek değil, beyin taşıyorsunuz” sözlerini anımsadım. Kuşkusuz yüreklerimiz sevgilerle dolu olmalı. Değerlerimizi ona gömelim. Ama beyinlerimiz, özgür ve sağlıklı olmalı her zaman.

B) Düşünce Özgürlüğü

Varsayalım ki, sağlıklı bir düşünme ortamındayız. Devlet yansız. Her şeyi bilimsel bir merakla ve yöntemsel bir kuşkuyla irdeliyoruz. Doğru düşünmenin kurallarına uyarak düşünce, beynimizin sınırlarını aşan konularda da inanç oluşturuyoruz.

İşte bu noktada düşün özgürlüğünün bir alt başlığı çıkacaktır karşımıza.

1 Melih Cevdet Anday, Hiç, Cumhuriyet, 12.3.1982. Düşün özgürlüğü konusundaki bu önemli yazıya, aşağıda da görüleceği üzere, sık sık yollamada bulunmak gereğini duydum.

Düşün Özgürlüğü

Bireyin oluşturduğu düşünceyi/inancı beyrinde tutma, dış dünyaya yansıt-mama özgürlüğü.

Düşün özgürlüğünün durağan (statik) aşamasıdır “düşünce özgürlüğü”.

Türk Anayasasının “din ve vicdan özgürlüğü”nü düzenleyen 24. madde-sinde “kimse, (...) dini inanç ve kanatlerini açıklamaya zorlanamaz”; “düşün-ce ve kanı özgürlüğü”nü sergileyen 25. maddesinde, hem de daha geniş bir biçimde “Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz” denilerek, yineleme pahasına, bu özgürlük vurgu-lanmıştır.

Ne var ki, bu özgürlük, ülkemizde bir türlü somut yaşama kavuşamamış-tır. Daha doğarken kimlik cüzdanı alacaksanız, ceza mahkemesinde tanıklık edecekseniz (C.Y.Y. md. 61), dininizi açıklamak zorundasınız. Devlette görev alacaksanız, siyasal görüşleriniz, gizlice araştırılır. Devlet görevlisi iseniz, de-netmenler² (müfettiş), inancınızı, dünya görüşünüzü gizli sicilinize işlerler.

Böyle bir devletin yansız olduğu söylenebilir mi?

Yansız devlette görevli de kuşkusuz yansız olmalıdır. Ama görevini yapar-ken. İnançlarını, görüşlerini görevine yansıtan, karıştıran bir görevli karşısın-da yansız devlet elbette hareketsiz kalamaz. Onu yansız devletin bir görevlisi olmaya; inançlar ve görüşler karşısında yansız davranmaya zorlayacaktır. Ancak, görevli yansız kaldığı sürece, onun inançlarıyla, görüşleriyle. eğilim-leriyle uğraşmayacaktır.

Türk yargısı, kısa bir süre önce, inançlar karşısında devleti yansız kalmaya zorlayacak bir fırsatı yakalamış, ancak onu iyi kullanamamıştır.

Kısaca anlatayım:

Bir yurttaşımız, nüfus kütüğündeki “İslâm” sözcüğünün silinerek yerine “Bahai” sözcüğünün yazılması isteğiyle Asliye Hukuk Mahkemesine dava açar. Mahkeme “İslâm” kaydının silinmesine; ancak “Bahai” sözcüğünün yö-netsel bir işlemle yazılabileceğine, adli yargının bu konuda yetkili olmadığına karar verir. Nüfus müdürlüğü de, “Bahai” sözcüğünün kütüğe geçirilmesi isteğini; kütüklerde mezhep anlatan sözcüklerin yazılmadığı gerekçesiyle reddedince, ilgili İdare Mahkemesinden işlemin iptalini ister. Mahkeme, “... bir tarikatten ibaret bulunduğu anlaşılan Bahailiğin” aile kütüğünü “dini” bö-lümüne yazılmamasını yazılı hukuka uygun bulur. Davacı Danıştaya başvuru-r. Danıştay, ilgilinin isteğine katılarak, Nüfus Yasasının 43. maddesinde yer alan “dini” sözcüğünün, Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptalini ister.

2 Ali Püsküllüoğlu, Türkçe Sözlük, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1995, s. 1125. Bu güzel sözcüğü değerli dost Sayın Püsküllüoğlu’nun, anıt yapıtından aldım. Türkçemize uzun ve yorucu bir çalışmanın ürünü olan böyle bir sözlüğü kazandırdığı için, bir Türk ve “Türkçe vurgunu” olarak, buracıkta kendisine gönül borcumu ödüyor ve değerli yazarımızı kutlu-yorum.

Danıştaya göre, inanç özgürlüğü bir dine katılmakla inançsızlık arasında seçim yapabilmeyi içerir. Dinsel inancı açıklamama özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğünün korunabilmesinin koşuludur. Açıklama zorunluluğu ise bu özgürlüğün özünü örseler. Din ve inançlar karşısında yansız kalması gereken laik devlet ilkesiyle böyle bir durum bağdaşmaz. Bireyin özel ve kişiye özgü durumunu sergileyen inancını, dinini saklı tutma hakkı vardır. Bireyin dinini öğrenmesinin devlet yaşamı yönünden bir değeri de yoktur. Bu nedenlerle, Anayasanın 2. ve 24. maddelerine aykırı olan Nüfus Yasasındaki “dini” sözcüğüyle ilgili bölümün iptali gerekir.

Gerçekten, Nüfus Yasasının 43. maddesine göre kütükler, bireylerin “dini” içerecek; 47. maddesine göre de, “din” değişiklikleri kütüklere işlenecektir.

Gelin görün ki, Anayasa Mahkemesinin çoğunluğuna göre, bu maddeler, özellikle incelenen 43. madde, Anayasanın 2. ve 24. maddelerine aykırı değildir³.

Bu kararın gerekçesindeki nedenceleri (argüman), geliniz, bir bir irdeleyelim:

1- Nüfus Yasasının 43. maddesinde yer alan bilgiler, ad, soyad, cinsiyet, doğum tarihi ve yeri gibi bireye özgü bilgilerdir ve “din” de bunlardan biridir.

Bu çıkış noktası yanlıştır. Çünkü, bireye özgü öbür bilgiler, bireyin zaten dış dünyaya kendiliğinden yansıyan ya da yansıtılması kendi yararına olan türden oldukları halde, din/inanç öyle değildir. Çünkü bu yansıtılması gereken değil, çoğu kez yansıtılmamasında bireyin yararı olan bir özelliktir. Yansız bir devlet bu konuda bireyi ne sorgular, ne de açıklamaya çağırır.

2- Çoğunluğa göre, yurttaşların özellikleri ve ulusun demografik dokusunu bilmekte devlet açısından kamu yararı varmış. Peki dini bilme açısından neymiş bu kamu yararı? Tam tersine, bence bilmemekte kamu yararı var. Çünkü dinle ilgilenmeyen bir devlet, yansızlığını kanıtlar; saygınlığını artırır. Ama yurttaşların dinini merak eden bir devletin böyle olduğu söylenebilir mi?

Karara göre, dini bilmek kamu düzeni, ekonomik, siyasal, toplumsal gerekler için zorunluymuş. Peki niçin? Yoksa devlet, dinini saklayanlardan ya da kimi dinlerden korkuyor da önlem mi almak istiyor? Yasadaki öbür bilgilerin askerlik, vergi, seçme, seçilme, evlenme açısından önemleri elbette yadsınamaz. Ama “dini” bilmenin devletin hangi yetkisini belirlemede yararı, Danıştayın deyimiyle değeri vardır ki? Hele laiklik iddiasını taşıyan bir devlette.

3- Çoğunluğa göre, devlet değişik dinlere aynı yakınlıktadır (“aynı uzaklıkta” demek daha doğru olurdu). İyi de, ister aynı yakınlıkta, ister aynı uzaklıkta olsun, dinin ne olduğunu bilince bunlar değişmeyeceğine göre, bu

3 Anayasa Mahkemesi, 21.6.1995 tarih ve 17/16 sayılı karar, Resmi Gazete, 14.10.1995.

Düşün Özgürlüğü

nedenceyle ne amaçlanmıştır? Yoksa bu dekoratif ve fazladan (redon- dant) bir nedence olarak mı bu kararda yer almıştır? Eğer böyleyse hiç de yerinde olmamıştır. Çünkü, yılda belli sayıda karar veren bir yüce mahkeme kararı, çapaklı biçimle (üslupla) kaleme alınmamak gerekir.

4- Laikliği, bir ölçüde başarıyla özetledikten sonra, anlaşılmaz bir biçimde 1. ve 2. nedencelere dönen Yüce Mahkemeye göre:

a) Anayasada yasaklanan husus, kişinin dininin bir ayırım ve eşitsizlik ögesi olarak kullanılmamasıdır. Çünkü laik devlet, dinler karşısında yansızdır, bütün inançları eşdeğerde görür; benimsenen ve benimsenmeyen din ayırımı yapmaz. Evet, son tümceler doğru, ama birincinin dayanağı değil. Tersine karşıtı. Yansız bir devlet, nasıl oluyor da, bireyin dininin ardına düşüyor ve onu öğrenmek suretiyle ayırımsızlığı (doğrusu ayrıcalıksızlığı) ve eşitliği koruyor? Anlamak olanaksız.

b) Olanaksız ama, Yüce Mahkemeye göre, bunun yanıtı şudur: “Kişinin dini ile ilgili bilginin, belirli bir dine mensup olanlardan sorulup da, diğer bir dine mensup planlardan sorulmayarak ayırım yapılmaması”, laiklik ilkesinin gereğidir. Bu kural geneldir, herkes için geçerlidir (s. 13).

Bu nedenceyi tırnak içinde ve özellikle Resmi Gazetede ki sayfasını göstererek alıntılardım. Çünkü; sıradan bir yurttaşın bahanesi değil, yüksek yargı organlarından birinin kararında yer alan bir nedencedir. Öyle ki, mantık bilimi kitaplarına, paralojizmin çarpıcı bir örneği olarak geçecek ve, bırakınız düşünmeyi, insanın düşleyemeyeceği ölçüde bir yanılgıdır bu.

Tartışılan nedir? Devletin kişinin dinini sormasının laik ve yansız devlet ilkesine ters düştüğü değil mi? Evet. Öyleyse, nasıl oluyor da, bu konunun tartışıldığı bir kararda, devletin bunu sormasının doğallığından yola çıkılarak kimilerinden sorulmamasının bireyler arasında ayırıma ve eşitsizliğe yol açacağı sonucuna varılıyor? Dini sormanın Anayasaya aykırılığını ileri süren bir sav, sormanın doğal, sormamanınsa doğal olmadığı savıyla nasıl çürütülebilir ki?! Kanıtlanması gereken bir sav/önerme, kanıtlanmaya muhtaç bir savla/önermeyle kanıtlanmaya kalkışılırsa, bunun adına mantık biliminde savı kanıtsama (petition de principe: müsadere al-el matlup) denir ve bir yanıltmaca yöntemidir. Soru sorma bir bilimdir. Soruları ters yüz etmekse, bir aldatmacadır.

Keşke bu dehşet verici savı kanıtsama örneği, kararda yer almasaydı da, ben bunları yazmak ve sizler de, Melih Cevdet’in diliyle “Donakalmanın koskoca gözleri”yle öylece çakılıp kalmasaydınız. Neyleyim ki yer almış. Yansız bir incelemecinin bunu görmezlikten gelmesi elbette olanaksızdır.

Ama biz burada duralım. Durmazsak, Tanrı korusun, Guy de Maupassant’la buluşabiliriz. O şöyle diyordu; “Devlet öldürebilir. Çünkü onun nüfus kütüğüne kayıt düşürme hakkı vardır (Seçilmiş Hikâyeler, MEB. s. 268).

5- Anayasa Mahkemesine göre, Anayasanın 24. maddesi dini/inancı açıklamaya zorlamayı yasaklamıştır. Nüfus Yasası ise, “demografik bilgi” olarak seçilen dinin kütükte yer almasını öngörmektedir; bireyi açıklamaya zorlamamaktadır. Nitekim gerekçede, bu maddenin bireylerin “varsa vücutlarındaki arızalar, dini, okur-yazar olup olmadıkları, medeni halleri ve diğer şahsi hal değişikliklerine dair hükümleri kapsayacağı” belirtilmiştir. Dahası, T.B.M.Meclisindeki tartışmada Meclis Başkanının “yani okur-yazarsa yazılsın, cahilse o yazılmayacak, boş bırakılacak öyle mi?” diye sorması üzerine, geçici komisyon sözcüsünün “Evet efendim, o yazılmayacak, boş bırakılacak” biçimindeki yanıtının da bu hükmün zorlayıcı olmadığını kanıtladığı ileri sürülmüştür.

Bu nedence, yanılırlarla yüklüdür:

a) Yasada “varsa” denmiyor. “Dinini” içerir deniyor. Öyleyse, “din” yazılmadıkça nüfus kütüğü eksik olacak, bireye kimlik belgesi verilmeyecektir. Bu zorlamanın ta kendisidir.

b) Kaldı ki, olayda güçlü devletle güçsüz birey karşı karşıyadır. Soru-yanıt ilişkisi eşitler arasında değildir. Özgürlükler ve haklar, devlete karşı bireyin donanımlarıdır ve bunu Anayasalar sağlar. Devlet soracak da birey yanıtlamayacak öyle mi? Can Yücel’in “Taş ve Köpek” şiiridir bunun en güzel yanıtı: “Köpek var, taş yok/ Taş var, köpek yok/ Köpek var, Taş var/Ama Kralın köpek/Sıkıysa at taşı”.

c) Meclis Başkanının sorusuna dayanılması da yerinde olmamıştır. Zira, Başkan, “cahil” sözcüğünün kütüğe yazılmasının insan onurunu örseleyeceği kaygısıyla bu soruyu sormuş, yanıt da bu soruya verilmiştir. “Din” sözcüğü için böyle bir kaygı söz konusu değildir. O yüzden yanıt bu sözcüğü kapsamamaktadır. Dahası, gerekçede altı çizilen “varsa” sözcüğü, “yoksa”nın tersidir. Demek varsa yazılacak, yoksa yazılmayacak. Olur mu öyle şey? Elbette olmaz. “İsterse” denseydi ve bu yasal metne yansısaydı gerekçe bir oranda yerinde olabilirdi.

d) Burada en önemli noktaya sözü getirmek istiyorum. O da şudur: Yasa gerekçelerinin ve hazırlık çalışmalarıyla yasama organındaki görüşmelerin yorumunda ne ölçüde gözetileceği sorunudur.

Çağcıl yorum anlayışında, gerekçe ve hazırlık çalışmaları yasal metne yansımaları takdirde bir değer taşımazlar.

Bunun çeşitli nedenleri vardır. Birincisi, yasama organının kesin görüşünü ve yargısını Resmi Gazetede yayımlanan metin belirler; oylanmayan gerekçe ve hazırlık çalışmaları değil. Hukukta yasallık ilkesinin konusu ve muhatabı yayımlanan metindir. Yurttaşlar yalnızca bu metni bilmekle yükümlüdür; gerekçe ve hazırlık çalışmalarını bilmekle yükümlü değildirler.

İkinci neden yasama organlarının yapısından kaynaklanmaktadır. T.B.Mil-

Düşün Özgürlüğü

let Meclisi komisyon ve genel kurullarındaki milletvekillerinin aynı sözcüklerle, kavramlara başka başka anlamlar yükledikleri, metinlerin önerenlerin ve değiştirenleri görüşlerini yansıtmadığı deneyimlerle saptanmıştır. Böyle bir süreçte, gerekçe ve hazırlık çalışmalarından hangisini ne oranda gözetileceğini, bunlara dayanarak yorum yapmanın ne denli sağlıklı olacağını kestirmek olanaksızdır. O yüzden, Anglo-Sakson hukukunda, bunlara dayanılarak yorum yapılması yasaktır. 1885'te Binding ve daha sonra V. Lizst Almanya'da, aynı yıllarda Helie, Geny ve Beaupre Fransa'da, Coviello, Ferrara, Grispigni, Antolisei İtalya'da buna değinmişler ve yorumcunun özgörevinin yalnızca yasal metne yansıyan amacı saptamak bulunduğunu, saklı ve varsayılan amacı keşfetmek olmadığını vurgulamışlardır.

Buradan yola çıkılarak, yasal metnin yasa koyucunun istencinden bağımsız ve özerk olduğu, Calamandrei'nin deyişiyle baba evinden çıkan bir çocuk gibi bağımsız bir varlık kazandığı, o yüzden de yorumcunun yasal metni, yasal metinde yer alan nesnel istenci gözeterek yorumlayacağı, yasa koyucunun onu yasalaştırırken dayandığı istence bağlı olmadığı sonucuna varılmış ve Radbruch'un deyişiyle "yasa (metin), yasa koyucudan akıllıdır" denmiştir. Yorumda bir devrim olan ve yargı organının bağımsızlığıyla at başı giden bu anlayışa çağcıl hukukta, ereksel (teleolojik) yorum denmiştir. Bu yorum anlayışına göre yargıç, yasal metne dayanarak uzak amacı/ereği saptayarak metni; dar, geniş ya da düzelterek yorumlayacak; ancak yasa koyucunun yasayı kotarıırken gerekçe ve hazırlık çalışmalarında sergilediği öznel istencilere dayanmayacaktır. Dayanırsa, anakronizme düşer ve geçen yüzyılın yorum anlayışıyla bütünleşir.

Anayasa Mahkemesi kararının bu açıdan çağcıl bir yorum anlayışını sergilemediği açıktır.

6- Karşıoylarda yer alan ve laiklik kavramını "toplumsal kargaşa, tepki, kavgâ" olguları üzerinde temellendiren görüşlere de katılmak olanaksızdır. Anayasa Mahkemesi bir yargı organıdır. Yargı organı bir yasayı kargaşa ölçütüne göre değerlendiremez. Ülkeyi kurtarma kaygısıyla yorum yapamaz. Bu onun işi değildir. Yargının işi, yasaları hukuka uygun biçimde yorumlamak ve uygulamaktır. Anayasa Mahkemesinin görevi, bir yasa normunun, Anayasa normlarıyla çatışıp çatışmadığını saptamaktır, o kadar. Ülkeyi kurtaracak düzenlemeler siyasal organların işidir⁴.

Eğer, Anayasa Mahkemesi bugüne değin bir yorum paradigması belirleyebilseydi, elbette böyle bir karar çıkmazdı.

Geçelim.

4 Yüce Mahkeme, halk arasında "türban kararı" diye bilinen kararda da aynı yanılığa düşmüştür. Bakınız: Sami Selçuk, Anayasa Yargısı, T. Barolar Birliği Dergisi, 1991, say:3, sayfa: 266-277.

C) Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü

Düşün özgürlüğünün en etkin (dinamik) ve dolayısıyla en önemli kesimi düşünceyi açıklama özgürlüğüdür. Devleti ve bireyleri karşı karşıya getiren aşamadır bu. Tarihin verdiği derslerle de doludur o yüzden.

Birey inançlarını (md. 25) ve düşüncelerini (md 26) dış dünyaya yansıtma hakkına sahiptir. Bu hak verilmezse, özgür beynin ürününden ne bireyler, ne de toplum yararlanamaz. Düşünme özgürlüğü anlamsızlaşır. Düşünme özgürlüğünü benimse, düşünce açıklanmasını yasakla. Ağzları kapat. Kalemleri kır. “Kenetlenmiş dişlerle özgürlük türküsü söylenmez” der ozan Alfonso Reyes.

Düşünmenin, soluklama gibi, kendiliğinden ve sürekli bir işlev olmadığı açıktır. “Düşünmenin ortaya çıkması için, önce düşünen özne, sonra da onun ruhsal (zihinsel) düşünme eylemi gerekiyor demektir. Bununla da bitmez; düşünülmüş olan düşüncenin içeriği ile dile getirilme biçimi de onlara eklenecektir. Daha açığı, deyiş biçimine kavuşmamış bir düşünme, tamamlanmış değildir. Ancak, bu bir iç-deyiş biçimi de olabilir. İsteme ve yaratıcılıkla gerçekleşen düşüncenin, demek, bir bilinç olayı olduğu ortaya çıkıyor. (...) Düşünme yasaklarının, bir bilinç bölgesini kilitleyerek, düşünmeyen bir toplumu koşullandırıldığını da unutmayalım. Böyle bir toplumun yönetimi kuşkusuz kolaydır, ama ona tam anlamı ile insan toplumu denemez artık (...) Tek başına düşünce, hiç bir zorunlu sınıra rastlanmayan bir bulutsuyu andırır. (...) düşünmeye konulan yasak bütün süreci kapsar (...) (Düşünme) ortamı(nı) yok ederek “içinden düşün” demenin, “düşünme” demekten bir ayrımı yoktur. İnsanlar bu buyruğa uyabilirler, hatta bundan bir tür rahatlık da duyarlar. Çünkü; düşünme, seçme, karar verme işini başkasına, başkalarına bırakmışlardır, kendilerinde hiç bir sorumluluk yoktur. Burada karar verenle o kararı uygulayan arasında, (buyurgan ile kul arasında) öyle bir uyum doğurur ki, sadikle mazoşist arasındaki ilişkiye benzer bu, biri ötekini yaratmıştır. Rahatlık dediğim, faşist buyurganlığın, yasakçılığın yarattığı sessizlik, çıt yok”⁵.

Alman Anayasa Mahkemesi, çeşitli kararlarında, düşünceyi açıklama özgürlüğünün, özgürlükçü çoğulcu demokratik düzenin kurucu/vazgeçilmez bir ögesi olduğunu, çünkü bu düzenin yaşamsal ögesi olan “sürekli düşünsel hesaplaşmayı”, “düşünceler savaşımları/tartışmaları” bu özgürlüğün olanaklı kıldığını belirtmiştir.

Kanada Yüksek Mahkemesi, Yargıç McIntyre’in 1986’da kaleme aldığı bir kararda şöyle diyor: “Düşünceyi açıklama özgürlüğü, Batı toplumunun siyasal, toplumsal, eğitsel kuramlarının tarihsel gelişiminin üzerine oturduğu temel kavramlardan biridir. Karşıt görüşleri açıklama ve tartışmanın ürünü olan temsili demokrasinin varlığı, bu özgürlüğün korunmasına ve sürdürülmesine bağlıdır”.

5 Melih Cevdet Anday, Hiç, Cumhuriyet, 12.3.1982.

Düşün Özgürlüğü

Bu görüşler, insan kanı ve yakılan insan eti kokan, cezaevlerine düşünürleri tıkan tarihsel ve de toplumsal deneyimlerin sonucudur.

1) Her şeyden önce düşünce sınırlamaya elverişli değildir. O nedenle, Mevlana, “İnsan düşüncelerinden ötürü cezalandırılmaz. İnsanın içi özgürdür, düşünceleri özgürdür. Düşünceler havada uçan kuşlar gibidir, tutulup hapsedilemez” der. Zira, “Düşündüğünün söylenmemesi, düşündüğü şeyi açıklayamama, onun tartışılmasına ve savunulmasına izin verilmemesi, aklın küresi dışına itilmesi demektir”⁶.

Dahası açıklanan düşünceden bir iki dengesiz/çılgın/deli etkilenip onu yürürlüğe soktu diye, düşünceye açıklama yasağı koymak anlamsızdır. Çünkü toplumda herkesi iyiyi/kötüden ayırma gücüne (farik mümeyyizliğe) sahip olmayan kişiler gibi, kendinizi de, onlara yol yöntem gösteren bir vasi gibi görmek demektir bu. Bu ise paranoya ile karışık bir megalomanidir. Vesayetçi/tümelci devletler böyle bela olmuşlardır insanlığın başına.

Seçim hakkını yapabilen biridir insan. Ancak böyle insanlaşır, insan düzeyine ulaşabilir. Özerk/bağımsız olur. Ama kimileri, ahlaksızlığı, ahlaklılığı, doğruyu, yanlış “yalnızca ben bilirim” derse toplumun geri kalan kesimi, bön, alık yerine konmuş olmaz mı? Ne o? Yoksa siz de B. Le Bouvier de Fontenelle gibi “Avuçlarım gerçeklerle dolu olsaydı onları halk için açmazdım” diyen vasilerden misiniz? Ama şunu hiç unutmayın. Halka karşın halkı düşünen vesayetçilere demokrasilerde yer yoktur.

O yüzden, uygar bir toplumda, kimin daha iyi düşündüğüne, tartışılan düşünceleri tartarak hangisinin doğru olduğuna halk karar verir. Herkes bir Voltaire’dir orada. Karşıt görüşlerin de sergilenmesini savunan bir Voltaire.

Öyleyse akli başında bir devlet, önce “düşünmekte özgürsün” deyip, sonra da “devletin izni olmadan sakın düşünceni açıklama” demez, diyemez. Tersini söyler. Çünkü yanlış belirlemenin biricik yolu budur.

Bu yüzden ben, demokrasi, demokrasiyi yok etmek isteyen görüşlere hoşgörüyle bakacak kadar cömert ve hoşgörülü olmalı mıdır sorusuna “evet” diyenlerdenim. Nedenim iki. İlkin, yüzme denizde öğrenilir. Ötekiler, berikiler, hepimiz, demokrasiyi demokrasi içinde öğreneceğiz, dışında değil. Ne kadar gecikilirse, o kadar geç öğrenilir bu. İkinci olarak, bu hoşgörü gösterilmezse, o akımlar yer altına itilir, tehlikeli olurlar. Birazdan buna yine değineceğim. O nedenle ben, yineliyorum, belli bir düzeye gelmeden bu görüşler yasaklanmalı diyenlere karşıyım. Çünkü bu vesayetçiliktir. O yüzden “Saltanatçılık, komünizm ve faşizm tehdit olmaktan çıktı. Cezalandırabilme olanağı elde kalmalı, ama cezalandırılmamalı. Buna karşılık, laiklik tehdit ediliyor. Öyleyse yaptırımı olmalı”⁷ diyen görüşlere katılmıyorum. Dahası bunları tehlikeli/

6 Turhan Ilgaz, Kapatmaya Dair, Kitaplık (Dergisi), YKY., Haz-Temmuz 1994.

7 Coşkun Kırca, Milliyet 29.8.1994.

zararlı buluyorum. Demokratik kültür tekelciliği reddeder. Çünkü onun özü çoğulcudur, bütün görüşlere/akımlara açık uçludur. Eğer bu açık uçluluk sağlanmazsa, uçların rejim dışına kayması ve gelişmesi kaçınılmaz olur. Bunun sorumlusu, toplum değil, devlettir.

Özgürlüğü kötüye kullanacakları bahanesiyle karşıt görüşleri susturmak, kötü ve yanlış bir nedendir. Çoğulculuğa aykırıdır, başkalarının dinleme özgürlüğüne de bir saldıridır bu. Çünkü ötekilerin dinleme özgürlüğünün varlığı için, berikilerin söz/düşünceyi açıklama özgürlüğü bulunmalıdır. Ötekinin demokrasiyi yıkma amacı varsa, bırakalım konuşsun. Konuşsun ki, demokrasi içinde yapayalnız kalsın. O susturulursa, ona karşı en güvenilir bir savunma aracından halkı ve kendimizi yoksun bırakmış oluruz. Bu savunma aracı da şudur: Aşırı uçları savunan kaba görüşleri akılcı yöntemlerle reddetme hakkını halkın elinden almak. Demokrasi böyle bir tuzağa düşmemelidir. Düşerse, demokrasiyi demokratik ilkeler değil, demokrasi düşmanlarının sindirme yöntemleri yönlendirmiş olur (Cohen). Yoğun vurguda bulunarak yinelemek istiyorum. Çağımızın ruhu çoğulculuktur. Bunu iyi okumak zorundayız.

2) Düşünceyi sınırlandırmanın, yasaklamanın tehlikesi bu kadarla sınırlı değildir:

a) Toplumun/bireylerin gelişme dinamizmi yok olur. 1988 Kanada Yüksek Mahkemesinin bir kararında şöyle deniyor: Halkın gerçeği araması ve bulması, toplumsal ve siyasal kararlara katılması, kişisel, siyasal, ekonomik. her türlü zenginleşmeyi ve gelişmeyi yakalaması için düşünceyi açıklama özgürlüğü zorunludur.

“Bir düşüncenin susturulmasındaki asıl kötülük, onun insan soyuna karşı, yaşayan kuşaklara olduğu kadar gelecek kuşaklara karşı da bir haydutluk olmasıdır. O düşünceyi paylaşanlardan daha çok ona katılmayanlara karşı da bir haydutluk, soygunculuktur bu. Eğer o düşünce doğru ise, insanlar yanlış olanı doğru olanla değiştirmek olanağından yoksun kınırlar. Yanlış ise, onlar hem aynı oranda büyük bir yararı, yani gerçeğin batıl ile çarpışması sonucunda onun daha apaçık/saydam biçimde anlaşılmasını, daha canlı olarak etkilemesini elden geçirirler” “Düşünce özgürlüğü insan mutluluğu için de zorunludur. Kesin olarak yanlış sandığımız şey doğru olabilir. Susturmakla kendimizi kandırmış oluruz (Devletin bir ahmaklığıdır bu. S. S.). Susturulan düşünce yanlış görülebilir. Ama bu durumda bile onun bir kesimi doğru olabilir. Her düşünce kimileyin bütünüyle, kimileyin de kısmen yanlış olur. Eğer susturursak, öbürünün yanlışını kaldırıp doğrunun tamamlanmasını önleriz. Bundan toplum zarar görür” (Mill).

Yanlış düşünceyi halkın öğrenmemesi, değerlendirememesi ya da doğruların topluma kırılmalarla yansıtılması her zaman tehlikeli olmuştur. Yapay öcülerle yaratılan paranoyak toplumlarda hasta kişilikler çoğalır.

Düşün Özgürlüğü

Bu yüzden Batı toplumundaki gelişme dinamizminin iki temeli vardır: Birincisi, diyalojik ilke, çokseslilik, çokmantıklılık ilkesi. Her şey tartışmaya açıktır. İkincisi, dönüşümlülük (recursion) ilkesi. Durmadan sentezler, tezler ve yeni sentezler oluşur ve toplum ilerler. Çoğulculuğa böyle ulaşılmıştır (Morin). Bunun ayırdına varan Hz. Muhammed “Ümmetin arasında düşünsel uyuşmazlık, büyük rahmettir” demiştir.

Luther Calvin’e, Calvin Voltaire’e, Voltaire, Renan’a, Renan Cuchoud’ya yol açmıştır (Bayet).

“Sessizlikte, suskunlukta görülen uyum, aldatıcıdır. Çünkü bu kürek çeken forsaların sessizliğidir” (Voltaire). İlk fırsatta bir başkaldırma yaşanacaktır.

Evet, sessizliğe zorlanan bir toplum, gelişmez. Dilsizdir ve felce uğratılmıştır. Kendi bindiği dalı kesen, hatta kendi elleriyle oksijen tüpünü çeken bir toplumdur bu. O yüzden de bencilliğini kendine karşı safdillikle kullanmaktır. Özetle “İçimden düşünsem de, düşüncem için gerekli biçim toplumca bilinir olmalıdır. Bunun yolunu kesmek toplumu dilsiz bırakmakla eşanlamalıdır ki, böylece insanın başlangıcından daha öncesine dönmüş olur. Ama olanaksızdır”⁸.

b) Zorla kabul ettirilen bir düşünce, önyargıya dönüşür. İnanca dönüşür. Sorgulanamaz. Ezberlenerek kuşaklara aktarılır. Toplum durağanlaşır. İlerlemez. Böyle bir düşüncede kimsenin payı olmadığından çokluk, düşünce bir çırpıda çürüyüp gider. Tıpkı putkırıcılığın büyük ustası Pir Sultan Abdal’ın dediği gibi: «Sana kutsal gelen bin yıllık çınar/ Bir fiske vuruşuyla yıkılır bir gün». «İmparatorluklar sonsuza değin yaşarlar” diye bir yasa yoktur (P. F. Drucker).

c) Neden yıkılır? Dişler kenetlenince özgürlük türküleri yer altına inecekler de ondan. Gerçekten devlet halkın yerine geçerek, bir düşünceyi yanlış/zararlı diye değerlendirir ve yasaklarsa o düşünce güçlenir. Çünkü çekiciliği artar. Psikolojik özlem, merak kamçılanır. Devletin yasağı bu duyguları yok etmiyor. Tersine güçlendiriyor. ABD Gümrük İdaresi “Candide”i yasaklayınca herkes meraklandı. Rousseau sürgün edilince tehlikeli oldu. Lenin, Duma’da muhalefet lideri olsa, onca etkili olamazdı. Ama sürgün edilince devrim yapma gücü arttı. “Tolstoy, Thoreau, B. Shaw’un yeri hapisanedir diyen düzen yanlısı ahmaklar, onları hep güçlü kıldılar” (Laski). Unutmayalım ki, insanlığın bu konudaki düşgücü sınırsızdır. Söylenceler bundan doğar. Gılgamış Destanının temeli; doğanın sınırlarını araştırıp Tanrı’ya kafa tutması, düşünce özgürlüğünü savunmasıdır. Prometheus, “Zeus tahtından indirilmedikçe işkenceler acılar bitmez” der ve Olympos dağındaki ateşi (yani, bilim, sanat ve yaratıcılığın simgesi ateşi) çalar. Söylence binlerce yıllıktır. Aykırı düşüncelere geçit vermeyenler, Cicero’nun gücünü katlarlar. Bruno’ya, Lut-

8 Melih Cevdet Anday, aynı yazı.

her’e, Hallac-ı Mansur’a, Galilei’ye ağlamayı durduramazlar. Sokrates 2400 yıllık bir delikanlıdır ve bugün daha da güçlüdür. Çünkü “Sanık Sokrates hâlâ kendini savunurken”, Atina lanetlenir de lanetlenir. Nazım hapislerde çürütülmüştür, ama T. Cumhuriyeti güçlenmemiş, tersine gücünü yitirmiştir.

Bir şey daha olmuştur. İnsanlık onları söylenceleştirmemiş, ağlamamış yalnızca. Pascal, “İsa skandal taşıdır” der. Evet, Erasmus, Luther, Calvin, Rabelais, Voltaire, Diderot, Rousseau, Renan, Comte, hepsi birer skandaldır. Ama insanlık ilerlemesini bu skandallara ve “gerçeğin hiç bir zaman galip gelmediğini, yalnızca ona saldıranların soylarının tükendiğini” (M. Planok) bilen bu sabırlı skandal kahramanlarına borçludur. Hepimiz onların önünde saygıyla eğiliyoruz.

Ya yakılan ve yasaklanan kitapların çekiciliği ve etkileri? Bunu yapanlar, hep tuzağa düştüler.

1644’te John Milton “Bir insan öldüren, diyordu, Tanrı’nın aynasını, akıl sahibi bir yaratığı öldürmüş olur. Ama aklın ürünü olan bir kitabı yok eden, aklın kendisini, göz göre göre Tanrının örneğini yok etmiş olur”. Ancak bu katliam Milton’dan önce de sonra da sürdü. Bugün de sürüyor. M.Ö. 387’de Platon, gençler için Homeros’ta ayıklamalar yaptı. Yine M.Ö. 35’te Caligula Odysseia’yı yasakladı. Çin’de de Konfüçyüs’ün yapıtları yakılmıştı (M.Ö. 250’de). Aristophanes, Ovid, Dante, Boccaccio, Machiavelli, Tasso, Servantes, Descartes, Pascal, Lafontaine, Voltaire, Rousseau, Paine, Goethe, Heine, Balzac, Hugo, Marx, Baudelaire, Flaubert, Tolstoy, Zola, Gide, London, Sinclair, Joyce, Huxley, Faulkner, Hemingway, Remarque, Sartre ve daha niceleri yasaklandı, kitapları yakıldı. Ya sonuç? Konfüçyüs de, Homeros da hala konuşuyorlar.

Kitap kaygısı (book anxiety), gerçeklerle karşılaşma korkusuyla at başı giden bir koşullu reflekstir. Ama hastalıktır iktidar sahiplerinin. Kitap görünce ürkerler, zora başvurma refleksi gösterirler. Gösterirler ama, hangi hastalık sağlığı sürgit yenmiştir ki? Bertolt Brecht bir şiirinde bu hastalığa tutulan iktidar sahiplerine şöyle haykırır: “Hep gerçeği söylemedim mi kitaplarımda? / Şimdiyse bir yalancıymışım gibi davranıyorsunuz bana/ Emrediyorum size:/ Yakın beni!”

3) Düşünce ve onun sergilenmesini yasaklamak yalnız elverirsiz değil, olanaksızdırda.

a) İlkin, düşünce, ele avuca sığmaz ki, öldürülsün, yok edilsin. “Ölürse tenler ölür/canlar ölesi değil” (Y. Emre). Su, hava gibidir, düşünce. Boşlukları hemen doldurur. Kovarsınız, yerini bir başkası alır görünüşte. Ama gerçekte o dönmek üzere şimdilik bir başka yere sığınmıştır. Dahası hiç bir Proküst yatağına sığmaz.

b) İkinci olarak, iletişim olanakları sayesinde gittikçe küreselleşen ve kü-

Düşün Özgürlüğü

çülen bir dünyada, düşüncenin ne girmesi, ne de kovulması önlenemez. Bu kendini aldatmadır. Nasrettin Hoca'nın türbesine dönmüş bir dünyada, yasaklar artık yalnızca telefonlarla değil, televizyolarla, fakslarla, bilgisayarlarla kolayca deliniyor.

4) Düşünce ve onun sergilenmesini cezalandırmak da ilke olarak olanaksızdır. "Böyle bir cezayı insanoğluna ancak Tanrı ya da şeytan verebilir. Çünkü bu kozmik bir cezadır"⁹. Tanrı'nın gücü bile şeylerin nesnel koşullarıyla sınırlıdır (St. Thomas d' Aquin).

Tanrı'nın gücü böyleyse, devletin gücü de elbette kendi mantığının sınırları içindedir (Geny).

İlke olarak olanaksızdır demenin nedeni şudur. Düşünce ile onun ortaya atıldığı eylem arasında nedensellik bağı kurmak kolay değildir. Sözgelimi ötanaziden yana görüşler ileri süren bir yazı ile aynı görüşü paylaşarak, yasalar yasakladığı halde, onu gerçekleştiren bir kimsenin eylemi arasında nedensellik bağı kurmak hemen hemen olanaksızdır. Zorlama yoluyla kurulacak bir nedensellik bağı hakkın özünü örseler. Ceza yasalarında azmettirme, özendirme gibi suça manevi katılmanın koşulları özenle saptanmış; nedensellik bağı kesinkes aranmıştır.

Kanada Yüksek Mahkemesi, cinsiyet eşitliği ve çokkültürlülük gerekçesiyle ikinci propaganda ve açıklıkça bile korumuştur (1987 Taylor, 1988 Keegstra, 1989 Andrews kararları). Fuhuş buna ayırıktır (1987 Zundel, 1988 Jahelka kararı). Yüksek Mahkemeye göre, mahkemeyi aşağılamak savunma hakkına girmektedir (1989 Kopyto kararı). Bir iletiyi aktarma (edebiyat, müzik, resim, heykel, sinema, dans vb. bilgi edinme), susma hakkı, ticari bilgi, kimliği belirlediğinden konuşacağı dili, giysisini, parasını seçme, Yüksek Mahkemeye göre, düşün özgürlüğünün bir parçasıdır (1984, 1986, 1989 kararları).

Tolstoy'un anarşist düşüncelerini öğrenmek ve yaymak için bir dernek kurmak hakkı vardır. Bunu yasaklayamayız. Bu hak, ancak dernek üyelerinin barışçı propagandayı aşarak toplum düzenini zor kullanarak yıkmak istediklerinde eyleme dönüşür ve cezalandırma hakkı doğar (Laski). Ya da bir zor eylemine açıkça kışkırtma ve bu kışkırtma ile zor eylemi arasında nedensellik bağı kurulduğunda ceza hukuku çevrime girebilir. Sözgelimi, Tanin gazetesinde H. Cahit Yalçın "Kalkın ey ehl-i vatan" diyerek komünizm tehlikesine karşı gençliği eyleme çağırmış, ertesi gün 4.12.1945'te Tan Basımevi basılmıştır. Zor eylemiyle kışkırtıcı yazı arasındaki nedensellik bağı belirgindir. Suça böylesine bir kışkırtma, elbette düşün özgürlüğü bahanesiyle yasak dışında kalmaz. İnsan onuruna sövme de böyledir. Eleştiri başkadır, bir insan hakkında aşağılayıcı değer yargısı başkadır.

Burada düşün özgürlüğüyle hukukun ilişkisine sözü getirmiş oluyorum.

9 Turhan Ilgaz, aynı yazı.

Çağcıl/yansız devlette hukuk insanı ölçüt alır. İnsanı devletleştirmez, ama devleti insancılaştırır. Düşünceler arasında barışı sağlayan tekniğin adı hukuktur. Hukuk, adalet; devlet, hukuk süzgecinden geçer Ve ortaya hukuk devleti çıkar.

Böyle bir hukuk gerçekçi olmak zorundadır. Hukuktan olanaksız istenebilir. Hukuk, düşsel çılgınlıkların aracı olamaz. Olursa hukuk olma özünden yoksun kalır. Kişilere ve onlara saldırı, suça katılma dışında kalan her görüşe hukuk saygılı olmak ve bunu sağlamakla yükümlüdür.

Ç) Terörle Savaşım Yasasının 8. Maddesi

Gelelim Terörle Savaşım Yasasının 8. maddesine. Bu madde yasa yapma tekniği açısından, birçok sakatlıklar sergilemektedir.

İlkin suçu adlandırma yanlışdır ve madde gereksiz sözcüklerle doludur.

Suçun adı “devlet bütünlüğüne karşı propaganda, toplantı, gösteri” olmalıydı. Çünkü korunan değer, devletin bölünmezliği değil, bütünlüğüdür. Yasa koyucu, başlıkta, “bölünmezlik” diye olumsuz bir sözcük kullanmakla ve madde içinde de “bütünlük” sözcüğünün önüne “bölünmez” nitemini yerleştirmekle, sanki bütünlüğün bölünebilirliğini çağrıştırmak ve tartışmaya açarak, yasakladığı davranışı bizzat kendisi yapmış ve bilmeden hükmü çiğnemiştir. Bu yalnız bir anlatım beceriksizliği değil, aynı zamanda bir yasalaştırma skandalıdır.

Hangi yöntem, maksat ve düşünceyle olursa olsun” sözcükleri de gereksizdir. Ceza hukukunda “amaç/güdü”, kural olarak, gözetilmez. Eğer, bunlar, suç kalıbında gerekli görülmüş ve yer almışlarsa, o cürmün oluşması için “özgül kasıt” aranıyor demektir. Özgül kasıt aranmıyorsa, ayrıca “hangi maksat ve düşünceyle olursa olsun” demeye gerek yoktur. Ne var ki, yasa koyucu, anılan maddede, bir yandan “hangi maksat ve düşünceyle olursa olsun” demiş, öte yandan da, propaganda, toplantı, gösteri ya da yürüyüşün devletin bütünlüğünü bozmayı “hedef almasını”, yani “amaçlamasını” vurgulayarak, başta “özgül kasıt” aramadığını belirttiği halde, madde ortasında bunu aramış ve böylece çarpık bir mantık sergilemiştir.

Ayrıca “yöntem” sözcüğü de gereksizdir ve bence bu terim aslında hukuksal bir kavram değildir. Bundan, suçun maddi ögesi ve/ya kullanılan araç amaçlanıyorsa, bu husus, maddede “yazılı ve sözlü propaganda, toplantı, gösteri ya da yürüyüş” olarak esasen açıklanmıştır ve “hangi yöntemle olursa olsun” sözcükleri bu kesimle çelişmektedir.

Hemen belirteyim ki, bu suç bir cürümdür ve eylemi bilinçle ve iradeyle işlemek, suçun oluşması için yeterlidir. Bunun adı da kasıttır. Kasıtsız cürüm olmaz. O nedenle bu suçta kasıt aranmayacağını ileri sürenler ağır bir yanlışlığı içindedirler.

Düşün Özgürlüğü

Bundan başka, “maksat/düşünce”, “ülke/ulus”, “gösteri/yürüyüş” sözcükleri arasındaki bağlaçlar, “ve” değil, “veya” olmalıydı.

Bu durumda metin “Devlet bütünlüğüne karşı propaganda ya da gösteri” başlığı altında şöyle düzenlenmeliydi: “Türkiye Cumhuriyeti devletinin ülke ya da ulus bütünlüğünü bozmak amacıyla sözlü ya da yazılı propaganda yahut da toplantı ya da gösteri yapanlar (...) ile cezalandırılır”.

Böylece hem yasalaştırma kurallarına uyulmuş ve hem de özgül kasıt aranmış olurdu.

Peki böyle bir metin gereksinmeye yanıt verebilir miydi? Bir ölçüde belki. Ama bence tartışma götürür. Maddi öge, bir suçun belkemiğidir ve tartışılmayacak oranda belirgin/saydam olmalıdır. Suçlarda yasallık ilkesinin kaçınılmaz sonucudur, bu. Yazılı ya da sözlü propaganda, toplantı ya da gösteri-ki yürüyüş gösterinin içindedir- ise, her zaman bir düşünceyi sergilemek için kullanılan araçlardır. Zor kullanmamak koşuluyla bunları yasaklamak ise, iletişim araçlarının denetlemez ölçüde ilerlediği bir dünyada, olsa olsa yeldeğirmenleriyle savaşmaktır ve boş bir çabadır. Çünkü bu tür propagandaları, insanlar, sınırımızın bir metre ötesindeki bir vericiden evde, sokakta, her yerde dinleyeceklerdir. Esasen, yasaklama yanlıları bile, bu görüşlerini açıklarken, ayırdına varmadan, her gün bölünürlük propagandasını ve onun nasıl yapılacağı belirtmekte ve bölünme gibi bir yanlış düşünceyi değerlendirip reddetme hakkını halkın elinden almak istemektedirler. Bu ise, insanları ya yer altına inmeye ya da dağa çıkmaya zorlayarak, onların bölücülerle kenetlenmelerine yol açma tehlikesini doğurmaktadır.

27.10.1995 tarihli ve 4126 sayılı Yasayla yapılan değişiklikle, Terörle Mücadele Yasasında yer alan cezalar biraz indirilmiş, özgürlüğü bağlayıcı cezanın paraya çevrilmesi ve tüm cezaların ertelenmesi olanakları yaratılmıştır. O kadar. “Hangi yöntem, maksat ve düşünceyle olursa olsun” sözcüklerinin çıkarılması, düşünceyi açıklama özgürlüğünün önündeki engeli kaldırmamıştır. Yukarıda da belirtildiği gibi, metnin içinde esasen özgül kasıt öngörülmüştü. Eski metnin başındaki ilk sözcüklerdeki “yöntem, maksat ve düşünce” sözcükleri zaten birer fazlalıktı. Metin içinde kullanılacak yöntem de, propagandanın “amacı ve düşüncesi” de belliydi. Yalnızca fazlalıklar atılmış ve metindeki çelişki düzeltilmiştir.

Değişiklik, büyük çizgi ustası Timur Selçuk’un bir karikatüründe sergilediği gibi, 8. maddenin biri küçük, biri büyük iki sıfırın birleşmesinden oluşan yuvarlaklarındaki yer değiştirmiştir. Ama sonuç aynıdır.

Özetle, maddeye zor ögesi sokulmadığı sürece, düşünceyi açıklama özgürlüğü, yer altına sığınmasını sürdürecektir.

Benim önerim şudur: Bu madde kalkmalıdır. Hukuk adına hukuktan özveride buluna buluna hukuksallıktan çıkmış yasalarla sağlıklı düzenlemeler

yapılamaz. T.C. Yasasının 311. ve özellikle 312. maddeleri, yukarıdaki gereksinimleri karşılayacak yeterlidir.

Sık sık yollama yaptığım o güzel denemesinde Melih Cevdet Anday, şöyle diyor: “Gracchus Babeuf’ten çevrilen “Devrim Yazıları” kitabının toplatılmasını protesto etmekten mahkemeye verilmişim. Suçumun ne olduğunu açıklığa kavuşturmak için düşünme özgürlüğümün olduğunu savunduğum sırada yargıç, “İstediginizi düşünmekte özgürsünüz, ama içinizden” demişti bana. Bu anlayışa göre, kısıtlanamayacak bir özgürlük alanı içinde bulunuyorduk; ancak çok sessiz, ölüm sezsizliği içinde bir alandı bu, çıt çıkmıyordu. Öyle ki, kimin ne düşündüğü değil, düşünülüp düşünülmediği bile belli değildi ve hapisaneler bu özgürlükten ötürü sessizce doluyordu. Düşünmenin sadece bir içeylem olmadığı bilincine o gün varmışımdır. Özgür düşünme, “düşünme özyetisi”nin ürünü olan “düşünce”nin özgürce açıklanması demekti çünkü”¹⁰.

Ünlü 8. madde böyle kaldığı sürece cezaevleri düşün suçlularıyla bundan sonra da dolup dolup boşalacak. Ama, sanıyorum ki bu, Anday’ın dediği gibi sessiz olamayacak. Üstelik gürültüsü, yalnız Türkiye’de değil, dünyada da duyulacak. Ozan da “Şeb-i yeldayı münecimle muvakkit ne bilir/Müptela-yı gama sor kim geceler kaç saat” demeyi sürdürecektir.

Yıllarca T. Ceza Yasasının 141, 142, 163. maddelerinden ulusça yakındık durduk. Nice Nazım Hikmetleri, Necip Fazılları hapislerde çürüttük. Şimdi onlardan özür diler gibiyiz. Oysa hukuk, bu insanları bir barış kaldırıcı olarak yan yana yaşatabilmeliydi. İşlevi buydu hukukun. Olmadı. Yapamadık. Diyorduk ki, “Bu maddeler günün birinde kalkacak. Onları kaldıran Meclis ne iyi Meclistir, milletvekilleri ne iyi vekillerdir”. O gün geldi. Üç madde de kaldırıldı. Ama o ne? “Ehl-i vatan” uyandı. Bir de baktık ki bu kez 8. madde gelmiş. Şimdi aynı sözleri yineliyoruz” “8. madde bir gün kalkacak. Onu kaldıran Meclis ne iyi Meclis, milletvekilleri ne iyi vekillerdir”.

Ülkesinin/ulusunun bölünmesini hangi Türk ister ki! Ancak, durum, tuzak sorularla, ucuz ve yüzeysel hortlak masalları ve vatan hainliği suçlamalarıyla yaklaşılacak ölçüde ciddidir.

İnsanlarımızı ürkütmeyelim. Kundaklamaya elverişli ve duyarlı konularda ulusal duyguları kıskırtmadan yürekli ve gerçekçi yaklaşımlarla çözümler arayalım.

Demokrasi, halkın değerlendirme gücüne inanma ilkesine dayanır. Yeter ki, bilgilendirme doğru ve tam olsun. Sapmalar olmasın. Esasen, böyle bir ortamda insanlar arasında sağduyu eşit paylaşılacağından, halka güvenmek, bence bir sorun yaratmayacaktır. Halka bakalım. “Gözlerin/ Ne güzeldir halka bakınca” der ozan İ. Özel. Güzelleştirelim gözlerimizi. Hem halka gü-

10 Hiç, Cumhuriyet, 12.3.1982.

Düşün Özgürlüğü

venmeyeceğiz, hem de ona “Sen bozacaksın oyununu bezirganın/ Yalanın, dolanın, paranın/ Üstüne oynanan kumarın/ Biraz daha doğrulsan yerinden/ Evinden çıkıp yürüsen/ Üstüne üstüne karanlığın”¹¹ diyeceğiz. Hangi hakla, hangi mantıkla? Karanlığı, aydınlığı tanıyıp karşılaştırmadan halk nasıl yürüyecek karanlığın üzerine?

Gerçekçi ve kendimize karşı dürüst olalım. İnsanların “ne derler”, “bana vatan haini derler mi?” kaygısıyla düşüncelerini sergileyemedikleri bir ülkede, düşün özgürlüğünden söz etmek olanaksızdır. “En küçük gerçek bile, en kutsal yalandan daha değerlidir” (U. Nutku). “Gerçeği bulan, başkaları ayrı düşünüyorlar diye onu haykırmaktan çekiniyorsa, hem budala, hem de alçaktır. Bir adamın “benden başka herkes aldaniyor” demesi zor kuşkusuz. Ama gerçekten aldaniyorsa o ne yapsın?” (D. de Foe). Ne yapacak? Ya bırakacağız, konuşacak, yazacak. Ya da bırakmayacağız, susacak; ikiyüzlüler çoğalacak. Başka seçenek yok ki!

1930 İtalyan Ceza Yasasının 272/2. maddesinde yer alan “Ulusal duyguyu yıkmak ya da yok etmek için yapılan propagandayı” yasaklamıştır. Ancak, İtalyan Anayasa Mahkemesi 6.7.1966’da Anayasada güvence altına alınan haklardan olmadığı ve düşünce özgürlüğünü sınırladığı gerekçesiyle “ulusal duygu” sözcüklerini iptal etti. Yukarıdaki kaygılardan, kaygıların yarattığı önyargılardan kurtulacak kadar yürekli ve gerçekçi olalım. Kendimize çeki düzen verelim.

Bunun için de, bireyler olarak ilkin; şu ünlü Voltaire bilincini kazanalım. Neydi o? Rousseau, “Eşitsizliğin Kökeni Üzerine Deneme”sinin bir nüshasını Voltaire’e yollar. 20.8.1755’te Voltaire kendisine şöyle yanıt verir mektubunda: “Bizi hayvan durumuna düşüren olmadı hiç bir zaman. Yapıtınız okunduğunda dört ayağı üzerine yürüyesi geliyor insanın”. “Toplumsal Sözleşme” yapıtındaki “doğal durum” hakkında dostu Bordes’e Mart 1765’te “... bir maymun insana ne denli benziyorsa, Rousseau da bir düşünüre o denli benziyor. Diyojen’in kudurmuş köpeğidir o” diye yazar. Ancak, kitabı yakılıp Rousseau kaçmak zorunda kalınca, onu yanına çağırır ve çağrı mektubunda der ki: “Söylediklerinizin hiç birine katılmıyorum. Ama onları söyleme hakkınızı ölünceye değin savunacağım”.

İşte “Voltaire bilinci” dediğim bu.

Bireyleri bu biçimde olan bir devlet düşünceye elbette yasak koyamaz. Ama böyle olmaz ve bu bilinci kazanamazsak Voltaire’in bir başka dediğini yaşamayı sürdürürüz: “Çoğunluğu yanlış düşünür. Bir bölümü hiç düşünmez. Geri kalanı düşününlere söver”.

Gerisi vanitas vanitatum.

11 Berin Taşan, Biraz Daha, Çağdaş Türk Dili, Nisan 1993.

(38. Makale - 1999)

Seyfettin GÜRSEL

*Toplumsal Tercih Kuramı Çerçevesinde
Anayasa'nın 67. Maddesinde Yer Alan
Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar
İlkelerinin Değerlendirilmesi **

* Seyfettin Gürsel, "Toplumsal Tercih Kuramı Çerçevesinde Anayasa'nın 67. Maddesinde Yer Alan Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar İlkelerinin Değerlendirilmesi", **Anayasa Yargısı**, C.16, 1999, s. 46-68.

TOPLUMSAL TERCİH KURAMI ÇERÇEVESİNDE ANAYASA’NIN 67. MADDESİNDE YER ALAN TEMSİLDE ADALET VE YÖNETİMDE İSTİKRAR İLKELERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Seyfettin GÜRSEL (*)

18. yüzyılın son çeyreğinden günümüze, yani Marquis de Condorcet ve Charles Borda’dan günümüze, toplumsal tercih kuramı alanında çalışan bilim adamları herhangi bir seçici Kitlenin verili seçenekler kümesi içinden en çok tercih edilen seçeneği belirlemenin etkin yöntemlerini araştırıyorlar Arrowv teoremi sayesinde (J.K. Arrowv, *Social Choice and individual Values*, Yale UN. Press, 1963) biliyoruz ki “en çok tercih edilen” seçeneği belirleyecek bir tercih fonksiyonu mekanizması oluşturmak, eğer esas olarak demokrasi amaç ise, olanaksızdır. Yine de 200 küsur yıllık kuramsal çalışma ve zengin demokratik seçim deneyi birikimi, çok sayıda tercih fonksiyonu yani seçim sistemi tasarlanabileceğini ve seçimin amaçları ile seçmen kitlesinin özellikleri bir arada dikkate alınarak, ideal olmasa bile belirlenen amaçlara uygun bir sistemin bulunabileceğini gösterdi. Ama aynı zamanda demokratik rejimlerin “uygun” sistemi tasarımlarının ve benimsemelerinin bir garantisinin olmadığını da tarihsel deneyim kanıtlamış bulunuyor.

Parlamentar rejimlerde parlamento seçimi iki işlevi birden sağlamak durumundadır: Temsilciler yani milletvekilleri belirlemek, aynı zamanda da yönetim yani hükümet oluşturmak. Parlamentar rejimde bu iki işlevin sağlanması tek seçimle yapılmak istenir.¹ İlk güçlük de kendini burada gösterir. Genelde tek araçla iki hedefe birden ulaşmak zordur. İktisat politikaları dersinde öğrencilere öğretilen kurallardan birisi, iki hedefe ulaşmak için mutlaka iki İktisat politikası aracının kullanılması gerektiği şeklindedir. Temsili demokraside bu kuralın mutlak bir geçerliliği olmasa da etkisi önemlidir. Parlamentar rejimlerde siyasal partilerin bünyesinde seçilen milletvekili gruplarının ikinci bir aşamada yönetimi / hükümeti belirlemeleri beklenir. Bu dolaylı belirleme süreci, seçmen kitlesinin siyasal özelliklerine ve uygulanan seçim sistemine göre çok sorunlu da olabilir, olmayabilir.

* Galatasaray Üniversitesi Ekonomi Bölümü Başkanı

1 Başkanlık rejimlerinde temsilcileri belirlemek ile yönetimi belirlemek iki ayrı seçimle yapılır: Parlamento seçimi ve başkanlık seçimi. Dolayısıyla, bu rejimlerde amaca göre çok farklı iki seçim sistemi tasarlamak olanaklıdır

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Çok genel ve özet bir şekilde tanımladığımız toplumsal tercih - seçim sistemi sorunsalını Türkiye bağlamında ele aldığımızda şu gözlemleri yapabiliriz:

1- Seçmen kitlesi siyaseten oldukça bölünmüştür; % 5 ile % 25 arasında oy potansiyeline sahip 7 parti mevcuttur.

2- Bu parçalanmışlık nisbi karakterli seçim sistemi ile birleştiğinde koalisyon hükümetlerini kaçınılmaz kılmış, bu hükümetler kısa ömürlü olmuş ve yönetim istikrarsızlığı ciddi bir sorun olarak Türkiye’nin gündemine girmiştir.

Bu ortamda Anayasa’nın 67. Maddesine 1995 yılında seçim sisteminin genel amacını tanımlayan bir ek yapıldı. Buna göre seçim sisteminin “Temsilde adalet” ile “Yönetimde istikrarı” bir arada gözetmesi ilkesi kabul edildi. Parçalanmış siyaset ortamında ve klasik parlamenter rejimde bu iki ilkeyi birden ideal bir şekilde bağdaştıracak bir seçim sistemi tasarlanmanın olanaksızlığını konunun uzmanı olmayan okuyucular da kolaylıkla tahmin edebilir. Konuyu uzatmamak için kısaca belirtmek gerekirse: Temsilde adalet ne kadar ideale yakın ölçüde sağlanırsa, 7 parti arasındaki oy dağılımı da parlamentoda sandalye dağılımına o ölçüde yakın gerçekleşecek, dolayısıyla da üçlü koalisyon zorunluluğu bir yana, zaman içinde parçalanmışlık artabileceğinden, dörtlü koalisyonlar da gündeme gelecektir. Türkiye demokrasisinin geçmiş deneyimleri ise, koalisyon hükümetlerinin hem kaçınılmaz reformları yapmakta aciz kaldıklarını ve popülizme esir olduklarını, hem de kısa ömürlü olduklarını gösteriyor. Yönetim istikrarsızlığı da bu unsurlardan kaynaklanıyor. Yönetim istikrarsızlığının en olumsuz sonucu ise, gerek ekonomik alanda gerek demokratik ve idari alanda zorunlu gelen yapısal reformların sürekli ertelenmesi şeklinde kendini gösteriyor.

Mevcut seçim sistemine bu açıdan yaklaşıldığında şu genel gözlemleri yapmak olanaklı: d’Hondt sayım usulünü kabul ettiğinden sistem nisbi özelliklere sahip. Ancak % 10 gibi çok yüksek ülke barajı ile bu özellik ciddi aksaklıklar yaratıyor. Ayrıca seçim çevrelerine (çoğunlukla iller) sandalye dağılım esasları ek bir temsil adaletsizliği yaratma potansiyeli taşıyor. Yasa yapıcının gözünde d’Hondt sayım sistemi temsilde adaleti sağlamaya yönelirken, yüksek ülke barajı da yönetim istikrarı hedefini gözetiyor. Bu yazının birinci amacı da mevcut seçim sisteminin 67. Maddede vaaz edilen ilkeleri gerçekleştirmekte çok başarısız olduğunu kanıtlamaya yöneliktir. İkinci amacı ise, hedeflere yaklaşma açısından sistemi reforme etmenin olanaklı olup olmadığı, olanaklıysa seçeneklerin neler olabileceğini tartışmaktır.

Birinci bölümde basit nesnel ölçütler kullanarak başta mevcut seçim sistemi olmak üzere Türkiye’de daha önce uygulanan seçim sistemlerinin temsil adaletini ve yönetim istikrarını ne ölçüde gerçekleştirdiği incelenecek, ikinci bölümde ise sistemin ne yönde değiştirilebileceği tartışılacaktır.

I- Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar Açısından Türkiye Seçim Deneyimi

Temsilde Adaletin Ölçütleri

Temsilde adaletin ya da adaletsizliğin seçimler sonucunda ne ölçüde gerçekleştiğini belirlemek amacıyla iki nesnel ölçüt önerebiliriz:

a- Ülke genelinde partiler arasında oy sıralaması parlamentoda sandalye adeti sıralaması ile çelişik olmasın.

b- Partilerin ülke genelindeki oy oranları ile parlamentoda sandalye payları arasındaki farkların toplamının aldığı değer adalet- adaletsizliğin derecesinin göstergesi olsun.

Birinci ölçütü şöyle yazabiliriz:

Oy sıralaması $\equiv$ Sandalye sıralaması

Ölçütü basit bir örnekle açıklayabiliriz. Seçimlere 3 partinin (**A**, **B** ve **C**) girdiğini kabul edelim. Partilerin ülke genelindeki oy oranları itibariyle büyükten küçüğe sıralama **A > B > C** şeklinde olsun. Parlamentoda sandalye sayısı itibariyle sıralama **B > A > C** şeklinde ise yukarıdaki özdeşlik çiğnenmiş demektir. Bu sonucun aynı zamanda *Temsilde Adalet* ilkesini de çiğnediğini kabul ediyoruz.

Mevcut sistemle yapılan ilk seçim olan 1995 genel seçimlerinde bu durumun ortaya çıktığını biliyoruz. Bu seçimlerde % 19.2 oranında oy alan DYP 135 sandalye kazanırken, % 19.7 oranında oy alan

ANAP 132 sandalye elde edebilmişti. Her ne kadar mutlak olarak temsilde adalet çiğnenmiş olsa da, aradaki farkların düşük olması (0.5 puan ve 3 sandalye) ve daha önemlisi bir diğer partinin birinci gelmesi (Refah Partisi % 21.3 ve 158 sandalye) ölçütü belli bir tolerans sınırın içinde dikkate almayı gerektiriyor. Tolerans sınırını iki boyutlu düşünmek gerekir. Birincisi, ölçütün öngördüğü sıralama özdeşliğinin çiğnenmesinin oy oranları itibariyle birinci ve ikinci gelen partiler arasında ortaya çıkması. İkincisi, bu durumun dikkate değer bir oy farkına rağmen gerçekleşmesi. “Dikkate değer oy farkı” için nesnel bir ölçüt koymak elbette güç. örneğin 1 puan (geçerli oy olarak 300.000 küsur oy) alt sınır olarak düşünülebilir.

Böyle bir sonucun Temsilde Adalet ilkesinin çiğnenmesinin ötesinde siyasal istikrara olumsuz etki yapacağı açıktır. Parlamenter rejimlerde genel eğitim Cumhurbaşkanı'nın hükümeti kurma görevini parlamentoda en çok sandalyeye sahip partinin genel başkanına vermesi şeklindedir. Cumhurbaşkanı ya bu eğilme göre hareket edecek ve en çok oy alan partinin değil, ikinci gelen

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

partinin liderini görevlendirecek ya da genel eğilimin aksine hareket edecektir. Her iki durumda da siyasal tartışma ve polemikler kaçınılmazdır.

Mevcut seçim sistemi birinci ölçütümüzü çiğneme potansiyeline fazlasıyla sahiptir. Dolayısıyla da genel anlamda bir siyasal istikrarsızlık yaratmaya son derece açıktır. 1995 ve 1999 seçimlerinde böyle bir durumla karşılaşılmamış olması, gelecekte de karşılaşılmayacağını garantisini vermez. Kaldı ki, 18 Nisan 1999 seçimlerinde söz konusu duruma teğet geçildiğini hatırlamakta yarar var. Nitekim, DSP’nin MHP’den 4.2 puan farkla birinci gelmesine karşın (% 22.2 ve % 18.0) DSP parlamentoya sadece 6 milletvekili daha fazla sokabildi.

İddiamızı kanıtlamak için mevcut seçim sistemini simüle eden bir modeli (benzetim modeli) kullanacağız. Bu tür modeller partiler arasında dışardan verilen bir oy dağılımını, seçim sisteminin sayım kurallarını belirli varsayımlar altında uygulayarak sandalye sayılarına dönüştürür. Kısacası, bu tür modeller aracılığı ile seçim sisteminin veri bir oy dağılımında hangi sonuçları vereceği araştırılabilir. Burada kullanılan simülasyon modelinin güvenilirliği ve teknik özellikleri için okuyucu Ek-1’e başvurabilir.

Yazıyı uzatmamak için iki oy dağılım senaryosu ile yetinmek istiyorum:

Senaryo -1						
	FP	DYP	ANAP	DSP	CHP	MHP
Oy Oranı	15.1	12.3	13.3	21.0	9.7	18.0
Sandalye Sayısı	116	81	87	132	-	134

Bu senaryoda dikkate alınan oy dağılımı 18 Nisan seçimlerinin oy dağılımına çok yakındır. Sadece DSP’nin biraz daha az oy aldığı (% 21), CHP’nin ise bu sayede daha çok oy aldığı ama yine de barajın altında kaldığı kabul edilmiştir. Sonuçta DSP’nin oy oranının MHP’nin oy oranından 3 puan daha fazla olmasına rağmen MHP 2 sandalye farkla parlamentoda birinci parti olmaktadır. Bu sonuç bu iki parti arasında oy oranı farkının 3 puan civarından itibaren parlamentoda sıralamayı değiştirebileceğini gösteriyor. Eğer bu fark 2 puandan ibaret olsaydı model MHP’nin DSP’ye 20 ! sandalye fark atacağını gösteriyor. 2 puan 700.000’e yakın oy demektir. Gelecek bir seçimde DSP ülke genelinde açık farkla birinci olmasına rağmen parlamentoda önemli sandalye farkıyla ikinci gelen partinin gerisinde kalabilir. Bu olasılık sadece DSP ile MHP arasında söz konusu değildir. Aynı durumun DSP ile FP arasında da , üstelik daha açık farkla, mümkün olduğunu gösterebiliriz.

Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar

Senaryo -2

	FP	DYP	ANAP	DSP	CHP	MHP
Oy Oranı	18.0	12.3	13.3	22.0	9.5	15
Sandalye Sayısı	141	77	85	136	-	111

Bu senaryoda ikinci parti FP'dir. DSP 4 puan farkla FP'nin önünde olması- na rağmen parlamentoda 5 sandalye farkıyla ikincidir. Seçimlerden böyle bir sonuç çıktığı takdirde temsil adaletsizliğinin yanı sıra başbakanın seçmen çoğunluğunun tercihi yönünde belirlenip belirlenmediği de belli olmayacaktır.

Sıralama özdeşliğinin çiğnenmesinin bu üç parti ile sınırlı olmadığını da belirtmek istiyorum. Aynı nitelikteki sonuçlar, DYP-ANAP ile DSP, FP ile CHP arasında da mümkündür, örneğin, simülasyon modeli, FP'nin CHP'nin 2.5 puan gerisinde olmasına rağmen, CHP'den 4 milletvekili daha fazla çıkarabileceğini gösteriyor.

Vahim istikrarsızlık durumları

Gelecekte yapılacak bir genel seçimin, yukarıdaki iki senaryoya benzer. Bir sonuç çıkardığında yeterince vahim siyasal sorunlarla karşılaşılacağını tahmin edebiliriz. Ama siyasal istikrarsızlığa katkı yapacak daha vahim sonuçların da mümkün olduğunu göstermek istiyorum. Senaryo -3 ve Senaryo - 4 bizzat seçim sisteminin meşruiyetinin sorgulanacağı durumların da olası olduğunu gösteriyor.

Senaryo -3

	FP	DYP	ANAP	DSP	CHP	MHP
Oy Oranı	16.0	9.5	15.0	23.0	8.7	18.0
Sandalye Sayısı	131	-	110	159	-	150

Oyların senaryo-3'deki gibi dağıldığı bir seçim sonucunda (DYP ve CHP barajın altında) MHP, burada tartışılması konu dışı olan nedenlerle başbakanlığı alarak FP ile bir koalisyon kurmak isteyebilir. MHP-FP koalisyonu parlamentoda 281 sandalye ile çoğunluğa sahiptir ama seçmen kitlesinde toplam % 34 oyla azınlıktadır. Buna karşın hükümeti kurmaya talip olan ve seçmenin % 38'i tarafından desteklenen DSP-ANAP İkilisi muhalefette kalmak zorundadır. Böyle bir seçimin sonucunda Seçim sisteminin temel işlevi olan toplumun çoğunluk tercihini yönetime yansıtma işlevi felç olmuş demektir. Bu durumda ciddi bir meşruiyet sorunu ile karşı karşıya kalınacağı açıktır. Bu koşullarda yönetim istikrarı olanaksızdır.

Senaryo -4

	FP	DYP	ANAP	DSP	CHP	MHP
Oy Oranı	15.5	10.5	17.0	25.0	8.0	16.0
Sandalye Sayısı	114	54	115	154	-	113

Senaryo-4, 18 nisan seçimlerine kıyasla DYP’nin ANAP lehine gerilediğini ama barajın üzerinde kaldığını, ANAP’ın DYP oylarının yanı sıra MHP’ye giden oylarını da kısmen geri aldığını, DSP’nin ise %10 civarında bir oy artışı sağladığını varsaymaktadır. ANAP’ın yine DSP ile hükümet kurmayı tercih ettiğini varsayalım. Bu bloğun toplam oy oranı % 42, toplam sandalye sayısı ise 269’dur. Yani çoğunluğa sahip değildirler. Eğer MHP, FP ve DYP ile hükümet kurmayı tercih ederse bu blok 281 sandalye ile çoğunluğa sahiptir ve hükümeti kurabilir. Bu bloğun toplam oy oranı da % 42’dir. Bu durumda toplumsal tercihin çoğunlukla ne yönde olabileceğini kestirmek için % 8’lik paya sahip olan CHP seçmenine dönmek gerekir. Sanırım CHP seçmenlerinin DSP-ANAP ve MHP-FP-DYP şeklindeki koalisyon hükümeti seçenekleri arasında hangisini tercih edecekleri tartışılmayacak kadar açıktır. Görüldüğü gibi bir kez daha seçmen çoğunluğu tarafından reddedilen bir hükümetin kurulması parlamento aritmetiği açısından olanaklıdır.

Özetleyecek olursak, *Oy sıralaması özdeştir sandalye sıralaması şeklinde tanımladığımız birinci ölçütün sağlanmasını mevcut seçim sistemi garanti etmemektedir. Bu özdeşliğin çiğnenmesi kabul edilemez bir temsil adaletsizliğini doğurduğu gibi vahim bir yönetim istikrarsızlığı yaratabilecek koşulların da zeminini oluşturmaya açıktır.*

Seçim sisteminde bu riskleri yaratan etken illere yapılan sandalye dağılımından kaynaklanmaktadır. Bilindiği gibi illere önce birer sandalye verilmekte, kalan miktar nüfusa göre dağıtılmaktadır. Ayrıca, nüfus değişimleri de oldukça geç yansıtılmaktadır. Bu alanda son 10 yılda marjinal düzeltmeler dışında yeni nüfus dağılımını dikkate alarak yeni bir sandalye dağıtımına gidilmemiştir, örneğin, İstanbul 75 civarında sandalyeye sahip olması gerekirken sahip olduğu sandalye sayısı halen 61’dir. Bu eşitsiz dağılım partilerin coğrafi oy dağılımlarındaki dengesizliklerle birleşince yukarıda sergilenen paradoksal sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Sistem en çok DSP’nin aleyhine işlemektedir. Bu parti özellikle nüfusun yoğun olduğu Batı illerinde güçlü olduğundan, sandalye dağılımı ise bu illerin aleyhine yapıldığından, DSP ülke genelinde birinci gelse bile, parlamentoda da birinci parti olabilmesi için ardından gelen partiye 2- 4 puan fark atması gerekmektedir. Aynı nedenle sistemin en çok kayırdığı partiler ise FP, MHP ve DYP’dir.

Temsilde adaletin niceliksel ölçütü ve siyasal parçalanmışlık göstergesi

Yukarıda yapılan değerlendirmede kullanılan ölçüt daha çok niteliksel özellikteydi. Temsilde adaletin ya da adaletsizliğin düzeyini niceliksel olarak ölçen standart bir ölçüt tanımlayabiliriz:

$$\alpha = 1 - \sum |O_i - S_i|$$

Burada α sayısal olarak temsilde adalet düzeyini, O_i, i partisinin ülke genelinde aldığı oy oranını, S_i, i partisinin parlamentodaki payını göstermektedir:

$S_i - SA_i$ / SAT, SA_i, i partisinin sandalye sayısı, SAT parlamentoda toplam sandalye sayısı.

Doğal olarak O_i ve S_i , 0 ile 1 arasında değişecektir.

Her partinin ülke genelinde aldığı oy oranıyla parlamentodaki sandalye payı arasındaki farkın mutlak değer olarak toplamları 1'den çıkartıldığında a bulunmaktadır. Dolayısıyla α ne kadar yüksek olursa (1'e yakın olursa) temsilde adalet de o kadar yüksek düzeyde sağlanmış olmaktadır.

Bu ölçüte ek olarak bir de siyasal parçalanmışlık düzeyini ifade eden bir ölçüt tanımlayabiliriz. Bu ölçüt siyaset bilimcilerinin de bu amaçla kullandığı İktisatçıların piyasalarda rekabet yoğunluğunu ölçmek için başvurdukları endekstir.

$$\beta = 1 - \sum S_i^2$$

Parlamentoda ne kadar çok parti temsil edilirse ve sandalyeler bu partiler arasında ne kadar çok dağılım gösterirse $\sum S_i^2$ o ölçüde küçülecek, dolayısıyla β da o ölçüde 1'e yaklaşacaktır. Kısacası β ne kadar yüksek olursa siyasal parçalanmışlık da o ölçüde yüksek olacaktır. Siyasal parçalanmışlığın yüksekliği arttıkça istikrarsız koalisyon hükümetlerinin kurulması riski artacağından, yönetimde istikrarsızlık riskinin de artacağını kabul edebiliriz.

Temsilde adalet ölçütü ile siyasal parçalanmışlık ölçütünü demokrasiye geçişten bu yana yapılmış olan başlıca parlamento seçimleri için hesapladık. Sonuçlar Tablo 1'de gösterilmektedir. Bu seçimlere ek olarak 1995 ve 1999'da uygulanan ve halen yürürlükte olan mevcut seçim sistemini daha iyi değerlendirmek için üç adet seçim senaryosunun (Senaryo A, B ve C) simülasyon sonuçlarını ekledik. Bu eklemenin amacı, mevcut seçim sistemi uygulandığında parlamentoda 6 ve 4 partinin temsil edildiği durumları da değerlendirmeye alabilmektir. Hatırlanacağı gibi 1995 ve 1996 seçimleri sonucunda parlamentoda 5 parti temsil edilme hakkını kazanmıştı.

TABLO -1
TÜRKİYE PARLAMENTO SEÇİMLERİNDE TEMSİLDE ADALET VE
SİYASAL PARÇALANMIŞLIK ENDEKSLERİ

Genel Secimler		Efektif Parti Savısı	Parlamentoda Temsil Edilen Parti Savısı	Temsilde Adalet	Siyasal Parçalanmışlık
Çoğunlukçu	1954	2(+1)	2(+1)	0.37	0.18
	1957	4	4	0.57	0.44
Nisbi	1965	6	6	0.97	0.62
	1969	4	4	0.82	0.57
	1973	6	6	0.81	0.70
	1977	6	6	0.80	0.60
Çifte Barajlı	1983	3	3	0.86	0.60
Nisbi	1987	6	3	0.44	0.51
(RP+MHP) SHP+DEP)	1991	5	5	0.73	0.72
Ülke Barajlı	1995	7	5	0.68	0.77
Nisbi	1999	7	5	0.68	0.79
Sen.	A	7	6	0.80	0.80
Sen.	B	7	6	0.79	0.82
Sen.	C	7	4	0.49	0.74

EK SENARYOLAR

Senaryo - A

(Parlamentoda 6 parti temsil ediliyor)

	FP	DYP	ANAP	DSP	CHP	MHP
Oy Oranı	21.0	19.0	19.6	14.7	10.7	10.0
Sandalye Sayısı	142	119	124	71	46	48

Senaryo - B

(Parlamentoda 6 parti temsil ediliyor)

	FP	DYP	ANAP	DSP	CHP	MHP
Oy Oranı	15.4	12.0	13.0	22.2	10.0	18.0
Sandalye Sayısı	112	70	75	125	42	126

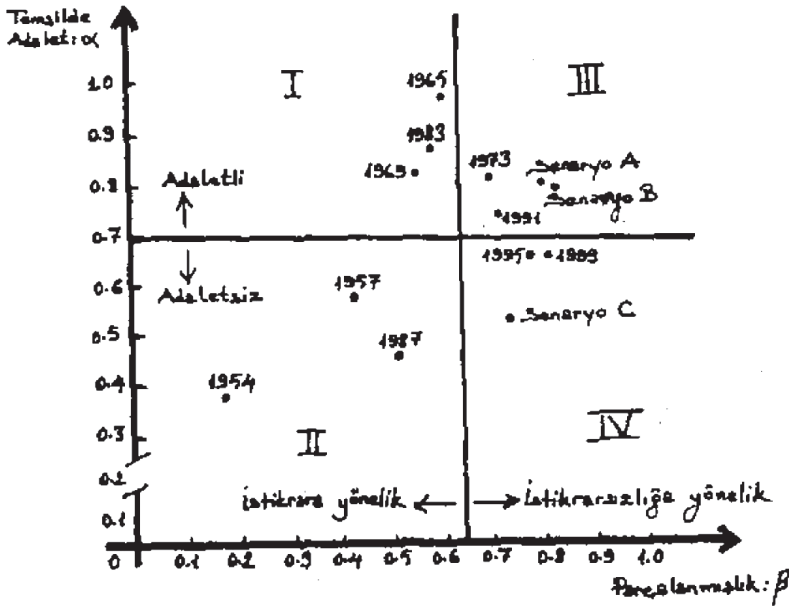
Senaryo - C
(Parlamentoda 4 parti temsil ediliyor)

	FP	DYP	ANAP	DSP	CHP	MHP
Oy Oranı	16.5	9.5	14.0	22.0	8.7	19.0
Sandalye Sayısı	139	-	102	151	-	158

Tablo 1'de yeralan α ve β endekslerini iki boyutlu bir düzeleme taşıyarak bugüne kadar uygulanan seçim sistemlerinin *Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar* hedeflerini ne ölçüde gerçekleştirdiklerini araştırabiliriz..

Bu yaklaşımda çözümlenmesi gereken sorun gerek temsil adaleti gerek yönetim istikrarı konusunda sınır çizgisinin hangi α ve β değerlerinden geçirileceğidir. Bu sorunun nesnel ve tartışmasız bir çözümü olduğunu söyleyemeyiz. Yine de durumun ümitsiz olmadığını belirtmeliyim. Söz konusu değerler her seçim için iki boyutlu düzleme yerleştirildiğinde (**Grafik 1**), temsilde adalet ile adaletsizliği oluşturan sınırın bir bakıma kendiliğinden oluştuğu söylenebilir. Kamuoyunun ve siyaset bilimcilerin 1957, 1995 ve 1999 seçimlerinin daha çok adaletsiz sonuçlar verdiğini kabul ettiklerini, buna karşın, 1991 seçimlerinin partiler arası örtülü ittifaklar (RP - MHP ile SHP - DEP ittifakları) sayesinde parlamentoda nisbeten adil bir temsilin gerçekleştiğini dikkate alırsak, temsilde adalet ile adaletsizliği ayıran sınırı $\alpha = 0.7$ 'den geçirebiliriz.

GRAFİK 1



Parçalanmışlık endeksinde istikrar ile istikrarsızlığın sınırını oluşturan değeri yaklaşık olarak belirlemek için ise diğer ülkelerle kıyaslamalara başvurulabilir. Yönetim istikrarsızlığına en çok örnek olarak gösterilen İtalya’da parçalanmışlık endeksinin 0.76 civarında, buna karşın Türkiye’dekine benzer bir d’Hondt sistemi uygulayan, ancak iki büyük partinin varlığı nedeniyle istikrarlı hükümetlerin çıktığı İspanya’da aynı endeksin 0.63 civarında olduğunu düşünürsek ü’nün sınır değeri olarak 0.65’i kabul etmek makul olabilir. Elbette, bu sınır değerlerinin mutlak anlamda algılanmaması gerekir. Bu değerlerin hemen altında ve üstünde yer alan alanın bir belirsizlik alanı (gri alan) oluşturduğu düşünülebilir.

Bu sınırlar **Grafik 1**’de gösterildiği gibi çizildiğinde iki boyutlu düzlem dört alt alana bölünmektedir. Bu alanları konumuz açısından aşağıdaki gibi tanımlayabiliriz:

I: Adaletli ve İstikrara yönelik

II: Adaletsiz ama istikrara yönelik

III: Adaletli ama İstikrarsızlığa yönelik

IV: Hem Adaletsiz hem İstikrarsızlığa yönelik

I nolu alan ideal alandır. Bu alanda 3 seçimin yer aldığını görüyoruz: 1965, 1969 ve 1983 seçimleri. 1965 ve 1969 seçimlerinde partiler rejiminin özelliği, seçmenin yaklaşık yarısının desteğini alan egemen bir partinin varlığıdır. Hatırlanacağı gibi bu parti Adalet Partisi’ydi ve tek başına iktidara gelmesi çok doğaldı. 1983 seçimleri ise, 1970’lerde merkez sağda başlayan parçalanmışlığın, 12 Eylül rejimi tarafından 3 büyük partiye yapay bir şekilde indirgenmesi nedeniyle bu ideal alanda yer almıştır. Yine hatırlanacağı gibi bu seçimlerde % 40’ın üzerinde oy alan ve ardından gelen Halkçı Partiye 10 puana yakın fark atan Anavatan Partisi tek başına iktidar olmuştu.

II nolu alanda da 3 seçim yer alıyor: 1954, 1957 ve 1987 seçimleri. Bilindiği gibi 1946-1957 arasında uygulanan seçim sistemi, illerle özdeşleşen geniş seçim çevrelerinde tek turlu basit çoğunluk uygulaması şeklindeydi. Bu sistem, birinci partinin (Demokrat Parti) parlamentoda aşırı biçimde temsiline, ikinci büyük partinin ise (Cumhuriyet Halk Partisi) tersine aşırı şekilde düşük temsil edilmesine yol açıp bir yandan tek parti iktidarını garantilerken, diğer yandan da temsil adaletsizliğini yüksek düzeylere taşımıştır. Demokrat Parti’nin iktidar deneyimi ve bu iktidarın 1960 darbesi ile yıkılması, temsilde aşın adaletsizliklerin sonucunda oluşan tek parti iktidarlarının genel anlamda siyasal istikrarı garanti etmediğini kanıtladığını da hatırlatmak istiyorum. 1987 seçimleri ise, parçalanmış partiler rejiminin tekrar su yüzüne çıktığı koşullarda, seçim sistemine adaletsizliği artırıcı unsurların eklenmesi ile yapılmış ve sonucunda ANAP % 36 oy almasına rağmen zorlamalı bir şekilde tek başına iktidar olabilmıştır.

III nolu alanda 2 seçim (1973 ve 1991) ile mevcut sistemi simüle eden 2 senaryo (A ve B) yer alıyor. 1973 seçimleri barajsız d'Hondt sistemi sayesinde 1969 seçimleri düzeyinde temsil adaleti sağlarken, Adalet Partisi'nin gerilemeye başlaması ve bu sürece paralel olarak Milli Selamet Partisi İle Milliyetçi Hareket Partisi'nin siyaset sahnesine çıkmaları sonucunda yüksek bir parçalanmışlık düzeyi ortaya çıkarmıştır. 1973 seçimlerini izleyen Milliyetçi Cephe Hükümetleri ile birlikte Türkiye'de *Yönetimde İstikrar* sorunun da başladığı söylenebilir. 1991 seçimlerinde ise, adaletsizliği arttıran ülke ve bölge barajları, kontenjan gibi unsurları içeren seçim sisteminin güçlüklerinin örtülü ittifaklar sayesinde aşılması sonucunda parlamentoda nisbeten adil bir temsil sağlanmış, ancak parçalanmışlık düzeyi de yüksek olmuştur. Bu seçimlerin sonucunda bilindiği gibi DYP-SHP koalisyonu kurulmuştur. Bu koalisyonun ekonomik alanda yüksek dozlu popülizm uygulaması 1994 krizine neden olmuş, parlamento da 5 yıllık yasal ömrünü tamamlayamadan erken seçime gidilmiştir.

A ve B senaryoları, mevcut seçim sisteminde HADEP dışında 6 efektif partinin de % 10'luk ülke barajını aştığı oy dağılımlarının parlamento yansımalarını veriyor. Bu senaryolardaki oy dağılımlarının verdiği parlamento bileşimleri temsilde adaleti sağlamakta, ancak istikrarsızlığa yönelik düzeyde parçalanmışlık göstermektedir (Grafik 1). Beklendiği gibi 6 partinin de parlamentoda temsil edildiği bu senaryolarda hükümet ancak üç partili koalisyon şeklinde kurulmaktadır. Bu sonuç % 10 barajının gereksizliğini açıkça ortaya çıkarmaktadır. Eğer baraj % 5 olsaydı. 1995 seçimlerinde MHP, 1999 seçimlerinde de CHP parlamento girebilecek ama istikrarsız yönetim riski daha yüksek olmayacaktı.

Senaryo A'daki oy dağılımı 1995 seçimlerine çok yakın bir oy dağılımını dikkate almakta, sadece MHP temsilinin parlamento bileşimine etkisini göstermek için bu partinin barajı kıl payı geçtiğini kabul etmektedir. 1995 seçimlerinde baraj % 5 olsaydı, Senaryo A'daki bileşime çok yakın bir bileşim gerçekleşecekti. Bu durumda kesin olarak söylenebilecek tek şey, RP ve DYP çoğunluğa sahip olmadığından Refahyol hükümetinin kurulamayacağıdır. Bu sonucun da herhalde daha fazla istikrarsızlık anlamına gelmeyeceği açıktır. Aksine, Türkiye'nin daha az istikrarsızlığa muhatap olabileceği pekala savunulabilir. Ama bu tartışma konumuzun dışında kalıyor, ikinci olarak da, MHP'nin dahil olacağı üç partili koalisyon hükümetlerinin 1995-1999 döneminde yaşanan istikrarsızlığa kıyasla daha fazla istikrarsızlık yaratmayacakları ileri sürülebilir.

Senaryo B'de ise 1999 seçimlerine çok yakın bir oy dağılımı dikkate alınıyor. Bu kez farklılık, CHP'nin kılpayı barajı geçtiğinin kabul edilmesi şeklindedir. Bu tablo da barajın % 5 olduğu durumda 18 Nisan 1999 seçimlerinin ortaya çıkaracağı tabloya çok yakın bir tablodur. Görüldüğü gibi DSP-MHP-ANAP

koalisyonu parlamento aritmetiği açısından yine mümkün olacaktı. Ama en azından CHP de parlamentoda temsil edilecek ve böylelikle daha dengeli bir muhalefet oluşabilecekti.

IV nolu alan en kötü alanı temsil ediyor; hem adaletsizlik var hem de istikrarsızlığa yönelik. Anayasa’nın 67. Maddesine *Temsilde Adalet ve Yönetim İstikrar* ilkeleri konulduktan sonra yapılan her iki seçim de bu alanda yer alıyorlar. 1995 seçimlerinin sonuçlarının adaletsiz olduğu açıktır. Yönetimde istikrar konusundaki başarısızlığı ise yaşanarak tescil edildi. 1999 seçimlerinin de adaletsiz olduğu açık. Yönetimde istikrarın sağlanıp sağlanamayacağı ise henüz bilinmiyor. Bununla birlikte, toplumsal açıdan büyük duyarlılık taşıyan kritik kararlar (gerek siyasal gerek ekonomik) gündeme geldikçe, ideolojik ve kültürel açılardan birbirine zıt tabanlara sahip DSP ve MHP ekseninde kurulan 57 hükümetin, seçmen çoğunluğundan açık bir onay almamış programı ile istikrarı yakalama şansının çok yüksek olmadığını düşünüyorum. Gelişmeler beni yanılttığı takdirde, Türkiye demokrasisinin parlamenter rejimin kuralları içinde, aşırı siyasal parçalanmışlığa rağmen yönetim istikrarını gerçekleştirebildiği anlaşılabacaktır. O zaman, seçim sisteminin nisbi karakterini koruyarak daha adil sonuçlar verecek yönde değiştirilmesinin de bir mahsurunun olmadığı kanıtlanmış olacaktır.

Senaryo C’ye gelince. Bu senaryoda 18 Nisan seçimlerinde baraja en yakın parti olan DYP’nin oylarının bir kısmını FP’ye, MHP’ye ve ANAP’a kaptırarak barajın altında kaldığı varsayılmaktadır. CHP de barajın altında oy almaktadır. Yapılacak muhtemel bir erken seçimde böyle bir tablo ile karşılaşılmayacağını hiç bir garantisi yoktur. Dolayısıyla parlamentoda bu kez sadece dört parti temsil edilebilmektedir. Böyle bir oy dağılımının gerçekleştiği seçim de, adalet ve istikrar ölçütlerimiz açısından IV nolu alan da yer alıyor. Ancak Grafik 1’de görülemeyen vahim istikrarsızlık unsurları taşıdığını da belirtmek gerekiyor. Senaryo C’nin ortaya çıkardığı parlamento bileşiminde DSP-MHP hükümeti kurulabilmekte. Bu iki partili koalisyonun oy tabanı ise % 41’den ibarettir ve ANAP’sız böyle bir hükümetin 57. Hükümetten daha istikrarlı olması için bir neden yoktur. Ama bu senaryoda esas vahim olan DSP’nin 3 puan farkla seçimlerden birinci parti olarak çıkmasına rağmen parlamentoda ikinci parti olmasıdır. Bu durumu daha önce tartışmıştık. MHP genel başkanının hükümeti kurmakla görevlendirildiği koşullarda pekala, en azından aritmetik olarak, MHP-FP hükümeti de mümkündür. Bu ikili koalisyonun oy tabanı ise sadece % 35.5’tur. Kısacası, % 10’luk aşırı yüksek ülke barajı parlamentoda temsil edilen parti sayısını azalttıkça, yönetim istikrarının gerçekleşeceğini beklemek abestir.

Buraya kadar yapılan değerlendirmeler mevcut seçim sisteminin günümüz siyasal koşullarında Anayasa’nın 67. Maddesinin iki temel ilkesini sağlamadığını gösteriyor. 1995 seçimlerinin sonuçları itibarıyla Anayasa’nın bariz

biçimde çiğnendiğini, 1999 seçimlerinin sonuçları itibariyle de bu çiğnenmenin ikinci kez gerçekleşme olasılığının küçümsenemeyeceğini söyleyebiliriz. Mevcut seçim sistemini reforme etme zorunluluğu açıkça kendini göstermektedir. Bu zorunlu reform esas olarak iki farklı yönde düşünülebilir.

II - Seçim sistemi reformunun iki yönü

Esas amaç Temsilde Adalet olursa

Birinci yön sistemi *Temsilde adaleti* garanti edecek şekilde değiştirmektir. Değişiklik iki konuda yapılmak zorundadır:

a- Ülke barajının düşürülmesi

b- Sandalye dağıtımının yeni esaslara bağlanması

a- Ülke barajı, nisbi karakterli seçim sistemi uygulayan pek çok ülkede mevcuttur. Uygulamalarda ülke barajı % 1.5 (Hollanda, İsrail) ile % 5 (Almanya) arasında değişmektedir. Baraj düşürülmeye karar verildiğinde Türkiye açısından tartışma, seçmen tabanı çok büyük ölçüde bir kısım kürt seçmenlerden oluşan HADEP ya da benzer bir başka partinin parlamentoda temsil edilip edilmemesi noktasında odaklaşacaktır. Bu tartışmanın siyasal boyutu tebliğin konusunun dışındadır. Seçmen tercihi - demokratik temsil boyutu açısından ise şunu söyleyebiliriz. HADEP'in oyları Güney Doğu seçim çevrelerinde ülke ortalamasının (18 Nisan 1999 seçimlerinde % 4.9) çok üzerindedir. Kimi seçim çevrelerinde birinci, bir bölümünde ikinci gelen bir partinin temsilden yoksun bırakılması, demokratik seçim sistemlerinin temel işlevlerinden olan seçmenin temsili ilkesini açıkça çiğner.

Genelde bu tür partilerin ülke barajı altında kaldıklarında yine de parlamentoda temsil edilmeleri, ülke barajına ek olarak getirilen kurallarla sağlanır. Bunun tipik örneği Almanya'dır. Bu ülkede uygulanan seçim sistemi oy dağılımı - sandalye dağılımı ilişkisi açısından tam nisbi karakterli olmasına karşın, tek turlu çoğunluk usulü dar bölge (tek sandalye) seçim sistemi ile geniş çevre liste usulü d'Hondt sisteminin bir arada uygulandığı karma bir sistemdir. Sistemde % 5'lik ülke genel barajının yanı sıra, dar bölgelerden 3 milletvekili seçtirmeyi başaran bir partinin parlamentoda temsil edileceği kuralı vardır. Nitekim, Doğu Almanya Komünist Partisinin devamı addedilen Demokratik Sosyalist Parti, ülke barajının bir hayli altında kalmasına rağmen bu kural sayesinde temsil edilebilmektedir. Nedeni de söz konusu partinin eski Doğu Almanya'da yer alan kimi dar bölgelerde birinci parti olmasıdır. Bizdeki % 10'luk ülke barajı düşürülmeye karar verildiğinde, barajın kaçta düşürülmesinin uygun olacağı, ek kuralların getirilip getirilmeyeceği çok yönlü olarak tartışılmalıdır.

b- Sandalye dağılımının yeni esaslara bağlanması konusunda en kestirme çözüm, her ilin 2 yerine en az 1 milletvekiline sahip olması şeklindedir.

Bu ilke kabul edildiğinde de sandalye başına düşen seçmen sayısı itibariyle büyük dengesizlikler olacaktır. Ancak mevcut duruma oranla bu dengesizliklerin birinci bölümde açıklanan, **Oy sıralaması** $\equiv$ **Sandalye sıralaması** ölçütünün çiğnenme ihtimali ihmal edilebilir düzeylere inecektir. Türkiye’de yerleşmiş kabuller nedeniyle iki küçük ili birleştirerek tek milletvekili çıkaran seçim çevreleri oluşturmak gerçekçi olmayacağından bu değişiklikle yetinmek bir bakıma zorunludur. Ayrıca belirtmek gerekir ki, sandalye dağıtım kuralı bu şekilde değiştirilmediği takdirde, yeni iller oluşturma eğilimi, aynı zamanda yeni küçük seçim çevreleri oluşturmak anlamına geldiğinden, temsil adaletsizliğini ve siyasal istikrarsızlığı arttırma riskini de beraberinde getirmektedir.

Sonuç olarak mevcut seçim sisteminde temsilde adaleti garantileyecek kolay ve anlaşılır değişiklikler yapmak olanaklıdır. Ancak, bu değişikliklerin yönetim istikrarına olumlu bir katkı yapmayacakları açıktır. Barajın düşürülmesi sonucu zaman içinde efektif parti sayısı da artabilir. Böyle bir gelişme koalisyon pazarlıklarını daha da güçleştirecek, küçük partilerin artan pazarlık gücü hükümetlerin etkin icraat yeteneğini daha da zayıflatacaktır.

Esas amaç Yönetimde İstikrar olursa

Seçim sistemi reformunda tercih edilebilecek ikinci yön, bir miktar temsil adaletsizliğini göze alarak, yönetim istikrarını sağlamayı başlıca hedef olarak belirlemektir. Bu yönde yapılacak bir reformun seçim sisteminde köklü bir değişiklik gerektireceğini belirtmek istiyorum. Benim önerim *Nisbi Takviyeli İki Turlu Dar Bölge* sistemidir. Bu tebliğin sınırları içinde söz konusu seçim sistemi kapsamlı ve ayrıntılı bir şekilde tanıtmak ve önerilmesinin gerekçelerini tartışmak elbette olanaksız. Daha geniş bilgi için bu konuda yapmış olduğum çalışmalara başvurulabilir². Burada önce önerilen sistemi kısaca açıklamak, ardından da Türkiye için geliştirmiş olduğumuz söz konusu sistemin simülasyon modeli aracılığı yapılacak bir değerlendirme ile yetinmek istiyorum.

Önerilen seçim sisteminde 550 sandalyeli parlamentonun 50 sandalyesi partilerin ülke genelinde aldıkları oylara tam nisbi sayım kuralının uygulanması ile, kalan 500 sandalye ise, oluşturulan 500 seçim çevresinde (dar bölge) iki turlu çoğunluk esasına göre belirlenmektedir. İki turlu sistemde, birinci turda % 50+1 oy alan aday seçilmekte, aksi takdirde en çok oy alan iki aday ya da belli bir barajı aşmış olan adaylar ikinci turda yarışmakta ve en çok oy alan aday seçilmiş olmaktadır:

Bu sistemde nisbi usülle belirlenen 50 sandalye, bir yandan % 2 civarında oy alan bir partiye en asgari düzeyde de olsa temsil olanağı sağlarken, diğer

2 Seçim Sistemi Tartışması ve İki Turlu Sistem, TÜSİAD, 1996. Siyasal istikrar ve iki turlu dar bölge seçim sistemi simülasyon modeli, TÜSİAD, 1998

yandan da, partilerin coğrafi oy dağılımlarının çok dengesiz olduğu Türkiye koşullarında, partileri kazanma şanslarının olmadığı bölgelerde de aktif seçim kampanyası yapmaya teşvik etmektedir. Ancak esas vurgu, iki turlu seçimle tek tek belirlenen 500 sandalyededir Partiler rejimimizde halen geçerli olan ve görülebilir gelecekte de geçerli olacağı anlaşılan parçalanmışlık koşullarında simülasyon modeli, 500 sandalyenin büyük çoğunluğunun (yaklaşık 485 tanesi) ikinci turun sonucunda belirleneceğini gösteriyor Bu sistemde partilerin seçimlere aralarında ittifaklar oluşturarak girmeleri nesnel olarak çıkarlarıdır. İttifaklar da siyaseten hükümet seçenekleri anlamına geldiğinden, seçmenler oy kararlarını sadece en çok tercih ettikleri partiye göre değil, aynı zamanda seçim öncesinde belirginleşen koalisyon seçeneklerine göre de vermektedirler Sonuçta, garanti olmasa da, ittifak bloğu- koalisyon hükümeti seçeneklerinden bir tanesinin seçimlerde çoğunluğunun desteğini alma ihtimali son derece yüksek olmaktadır. Bu süreç sonucu oluşan bir hükümetin temel politikalarının seçim öncesi bilinmesi ve çoğunlukça onaylanması, aynı zamanda da ittifak partilerinin seçmenlerinin ikinci turda önemli ölçüde ortaklaşması - kaynaşması, hükümetin uzun ömürlü olmasına olumlu katkı yapacağından, Yönetim İstikrarının sağlanması büyük ölçüde kolaylaşmaktadır.

Nisbi Takviyeli İki Turlu sistemin Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar kriterleri açısından performansını değerlendirmek amacıyla 3 farklı senaryo denenebileceğini düşünüyorum. Bu senaryoların ortak özelliği her üçünün de 18 Nisan 1999 seçimlerindeki oy dağılımını esas almasıdır.

Farklılıkları ise, partilerin seçimlere farklı ittifaklarla gidebileceklerinin dikkate alınması gereğinden kaynaklanmaktadır. Siyaseten makul olduğunu düşündüğüm üç farklı ittifak senaryosu öngörebiliriz:

DSP-ANAP ile FP-DYP (Senaryo 1), DSP-ANAP ile FP-DYP- MHP (Senaryo 2), ve nihayet ANAP-DYP-MHP ile DSP-CHP (Senaryo 3). Bu senaryoların sonucunda oluşan sandalye dağılımları ile α ve β değerleri Nisbi Takviyeli İki Turlu Sistem Simülasyonlan tablosunda verilmektedir.

NİSBİ TAKVİYELİ İKİ TURLU SİSTEM SİMÜLASYONLARI

Ülke genelinde oy dağılımı: 1999 seçimleri

	FP	DYP	ANAP	DSP	CHP	MHP	HADEP
Oy Oranı	15.3	12.0	13.2	22.2	8.8	18.0	4.7

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Senaryo 1

İttifaklar: DSP-ANAP, FP-DYP

	FP	DYP	ANAP	DSP	CHP	MHP	HADEP
Sandalye Sayısı	70	45	51	235	11	124	14

DSP + ANAP = 286 (İktidar)

1. Tur oy oranı: % 35.4

2. Tur oy oranı: % 45.0³

$\alpha = 0.56$ $\beta = 0.63$

Senaryo 2

İttifaklar: DSP-ANAP, FP-DYP-MHP

	FP	DYP	ANAP	DSP	CHP	MHP	HADEP
Sandalye Sayısı	69	51	48	195	8	166	13

FP + DYP + MHP = 286 (İktidar)

1. Tur oy oranı: % 45.3

2. Tur oy oranı: % 52.2

$\alpha = 0.55$ $\beta = 0.53$

Senaryo 3

İttifaklar: MHP-DYP-ANAP, DSP-CHP

	FP	DYP	ANAP	DSP	CHP	MHP	HADEP
Sandalye Sayısı	45	54	59	199	13	165	15

MHP + DYP + ANAP = 312 (İktidar)

1. Tur oy oranı: % 43.2

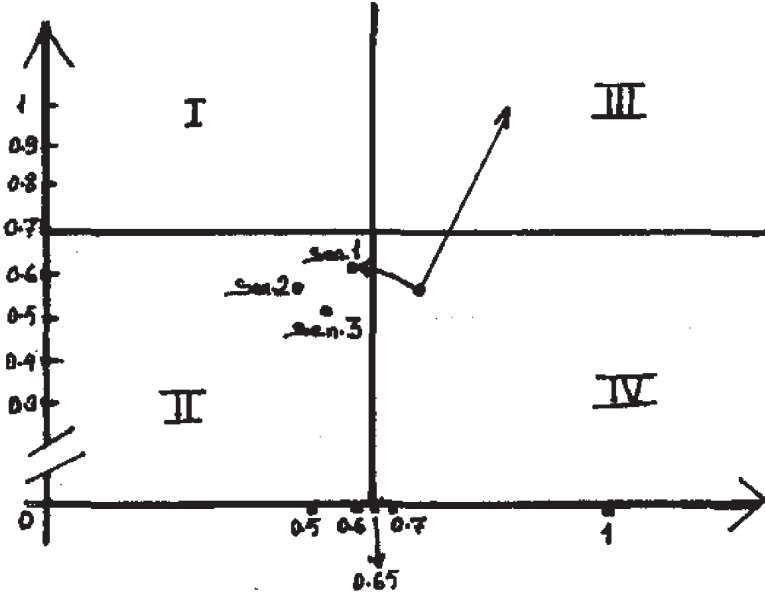
2. Tur oy oranı: % 44.0

$\alpha = 0.54$ $\beta = 0.59$

3 2.Tur oy oranları simülasyon modeli tarafından hesaplanmaktadır. Burada belirtilen toplam 2.Tur oy oranları, seçimi kazanan ittifak bloğunu oluşturan partilerin ikinci turda yarıştıkları seçim çevrelerinde aldıkları varsayılan oyların toplamıdır.

Tabloda görüldüğü gibi aynı oy dağılımı, ittifaklara göre farklı hükümetler çıkarmaktadır. Burada önemli olan her üç senaryoda da ittifak bloğu - hükümet seçeneklerinden biri parlamentoda hükümeti kuracak çoğunluğu sağlayabilmesidir. Simülasyon modelinin sonuçlarına göre, 18 Nisan seçimleri *Nisbi Takviyeli İki Turlu* seçim sistemi altında yapılmış olsaydı, DSP-MHP-ANAP koalisyonundan farklı bir hükümet oluşacaktı. Bu farklı hükümet almasıklarının yönetim istikrarını daha kolay sağlayıp sağlamayacağı konusunda çok özetle şunlar söylenebilir. Her şeyden önce seçim kampanyası sırasında ittifaklar belli olacağından ve temel politikalar konusunda ittifak bloklarının görüşleri açıklanmış olacağından, seçimleri kazanan ittifakın kuracağı hükümetin politikası da ana hatları itibariyle seçmen çoğunluğu tarafından onaylanmış olacaktı. İkincisi, daha önce de belirtildiği gibi, 2.Turda ittifak bloklarının seçmenleri kaynaştığından, koalisyon hükümetinin uzun ömürlü olması ihtimali artmış olacaktı. Sonuç olarak, bu koşullarda istikrarı yakalama şansının, gergin pazarlıklar sonucu kurulan DSP-MHP-ANAP koalisyonundan daha yüksek olacağını düşünüyorum.

GRAFİK 2



Senaryoları *Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar* ölçütlerimiz açısından da değerlendirebiliriz. Her senaryonun α ve β değerlerini grafiğimize yerleştirdiğimizde (Grafik 2), sonuçların II nolu alanda yer aldıklarını görüyoruz. İki Turlu sistem nisbeten adaletsiz ama istikrara yönelik sonuçlar vermektedir.

Bununla birlikte, niceliksel temsilde adalet Ölçütümüzün sorunun son derece Önemli niteliksel bir boyutunu içermediğini belirtmek gerekiyor. İki turlu sistemde, HADEP dahil mevcut 7 efektif partinin de parlamentoda temsili garanti altındadır. Bir başka deyişle, “ya hep ya hiç” gibi kumar nitelikli oyun yerine, küçük partilerin oy oranının epey altında sandalyeye sahip olsa da, parlamentoda temsil edilmeleri, temsil adaletine kuşkusuz daha uygundur.

Son olarak şu soru sorulabilir: Temsilde adaleti arttıran bir sistem reformu, kaçınılmaz olarak III nolu alana (Grafik 2), yönetim istikrarı şansını arttıran reform ise II nolu Seçim alana yöneldiğine göre, acaba sistemi I nolu ideal alana taşıyacak bir seçim sistemi yok mudur? Yukarıda geliştirilen çok boyutlu kıstaslar açısından bu soruya “hayır yoktur” yanıtının verilmesi gerekiyor. Siyasal parçalanma mevcut düzeyini koruduğu sürece, hem adaletli hem de istikrara yönelik bir seçim sistemi tasarlamak olanaksızdır. Ancak, kimi olgun demokrasilere sahip ülkelerde (Danimarka, Hollanda gibi) son derece adaletli sistemler sonucunda 3-4-5 partili koalisyonlar kurulsa, üstelik koalisyonların ömürleri de çok uzun olmasa bile, yani dar anlamda yönetim istikrarı olmasa bile, geniş anlamda siyasal istikrar sağlanabilmekte ve ekonomik sosyal alanlarda kritik reformlar yapılabilir.

Bu da gösteriyor ki, sorunun bu tebliğde hiç deyilmeyen bir boyutu da demokratik kültürün olgunluğu ve uzlaşma geleneğidir. Eğer önümüzdeki yıllarda Türkiye’de bu boyutun yeterince geliştiğini olgular kanıtlarsa, seçim sistemi reformunu III nolu alana yönelinerek yapmak daha doğru olacaktır. Eğer aksi kanıtlanırsa, Türkiye’nin II nolu alana yönelen bir seçim sistemi reformuna acilen ihtiyacı var demektir.

Son olarak 67. Maddeye gelince. Maddede yer alan ilkelerin geçmişte çiğnendiği, gelecekte de çiğnenebileceği açıktır. Ancak Anayasa’nın çiğnendiği iddiası, özellikle yönetim istikrarı ilkesi bakımından hem çok gecikmeli olarak ileri sürülebilir hem de oldukça öznel nitelikte bir iddiadır. Bu durumda da söz konusu Anayasa ilkeleri sahipsiz kalmaktadır. Çözüm İki şekilde olabilir: Ya bu iki ilke Anayasa’dan çıkarılır, ki bence en doğru ve kestirme çözüm budur, ya da seçim sistemi reformu ile birlikte ilkeler ve ölçütleri birlikte yeniden tanımlanır.

EK 1

SİMÜLASYON MODELİ

Simülasyon ya da Türkçe adıyla benzetim modelleri adlı teknik aracı seçim sistemlerine de uygulamak olanaklıdır. En basit anlatımla, sayım kuralları, diğer bir deyişle partilerin aldıkları oylarla kazandıkları sandalyeleri belirleyen kurallar her seçim sisteminde belirli olduğuna göre, bu kuralları bir algoritma

Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar

şeklinde ifade etmek, ardın da bu algoritmayı özgün bir bilgisayar programı şeklinde yazmak mümkündür. Dolayısıyla, seçime katılan ve sandalye kazanması söz konusu olan partilerin ülke genelinde aldıkları varsayılan oy oranlarını algoritmayı izleyerek sandalye dağılımına dönüştürmek mümkündür. Bu işlemde kritik olan kimi teknik varsayımların gereğidir.

Türkiye’de halen uygulanmakta olan d’Hondt sistemi için gereken tek varsayım, partilerin bölgesel oy dağılımlarının seçimden seçime değişmediği şeklindedir. Bu varsayım elbette mutlak olarak geçerli değildir. Bununla birlikte, partilerin bölgesel oy dağılımının çok yavaş değiştiği de gerçektir. Küçük farklılaşmalar, özellikle de birkaç bölgede aynı zamanda oluşan farklılaşmalar toplamda birbirlerini karşıladıklarından, bölgesel oy dağılımı değişim gösteren bir partinin bölgesel sandalye sayıları değişse de, toplam sandalye sayısı önemli bir değişiklik göstermemektedir.

Bu tebliğde mevcut seçim sistemi için kullanılan simülasyon modeli yazar ile birlikte Dr. Erhan Bozdağ (İTÜ, Endüstri Mühendisliği) tarafından 25 Aralık 1995 seçimlerinden önce geliştirildi. Bu seçimler için partilerin bölgesel oy dağılımı, 1994 yerel seçimlerinde partilerin il Genel Meclisleri seçimlerinde aldıkları oy oranlarıyla özdeş kabul edildi. 18 Nisan 1999 seçimleri için ise bölgesel dağılım, 1995 seçimlerindeki dağılım ile özdeş kabul edildi.

Aşağıda yer alan iki tabloda 1995 ve 1999 seçimlerinde simülasyon modelinin öngördüğü sandalye dağılımı ile fiilen seçimin sonucunda gerçekleşen sandalye dağılımı karşılaştırılmaktadır.

MEVCUT SEÇİM SİSTEMİ SİMÜLASYON MODELİNİN SINANMASI

1995

	RP	DYP	ANAP	DSP	CHP	MHP	DİĞER
Oy Oranı (%)	21.3	19.2	19.7	14.7	10.7	8.2	6.4
Sandalye Sayısı (MODEL)	156	132	134	74	54	-	-
Sandalye Sayısı (SEÇİM)	158	135	132	76	49	-	-
Hata (%)	1.3	2.2	1.5	2.6	10.2	-	-

ORT. HATA= % 3.6

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

1999

	RP	DYP	ANAP	DSP	CHP	MHP	DİĞER
Oy Oranı (%)	15.3	12.0	13.2	22.2	8.8	18.0	10.5
Sandalye Sayısı (MODEL)	117	74	84	140	-	135	-
Sandalye Sayısı (SEÇİM)	111	85	86	136	-	129	3
Hata (%)	5.4	12.9	2.3	2.9	-	4.5	-

ORT. HATA= % 5.6

Karşılaştırmalar, modelin oldukça güvenilir olduğunu sanırım kanıtlamaktadır. Genelde, her partinin seçim sonucunda elde ettiği sandalye sayısı ile modelin öngördüğü sandalye sayısı arasındaki fark % 5’i geçmiyor. Bunun iki istisnası söz konusu. 1995 seçimlerinde CHP için bu fark % 10.2’ye, 1999 seçimlerinde de DYP için fark % 12.9’a çıkıyor. Gerçi her seçimde sadece bir partide nisbeten yüksek bir hata payının ortaya çıkması, seçim sistemi ni değerlendirmek amacıyla modelin kullanılmasında bir sakınca yaratmasa da, bu istisnai durumlarla ilgili kısa bir açıklama yararlı olacaktır. Yukarıda da belirtildiği gibi sözkonusu iki partide hata payının yüksekliğinin nedeni, bu partilerin bir önceki seçimdeki bölgesel oy dağılımlarının (CHP için 1994, DYP için 1995) bir sonraki seçimde (CHP için 1995, DYP için 1999) tek yönlü olarak önemli bir değişim göstermesidir. Bu durum özellikle DYP için son derece barizdir. Nitekim, bu parti 1999 seçimlerinde 1995 seçimlerine kıyasla kentlerde ve Batı’da büyük gerileme gösterirken, diğer bölgelerde oylarını daha iyi korumuştur. Seçim çevresi sandalye dağılımı Kentlerin ve Batı’nın aleyhine olduğundan, DYP 13 Nisan seçimlerinde 85 sandalye kazanırken, simülasyon modeli DYP’nin 1995’deki bölgesel oy dağılımının değişmediğini varsaydığından bu partiye 74 sandalye vermektedir.

(39. Makale - 2000)

Oktay UYGUN

*Siyasi Partilerin Kapatılması Rejiminin
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Çerçevesinde Değerlendirilmesi **

* Oktay Uygun, “Siyasi Partilerin Kapatılması Rejiminin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **Anayasa Yargısı**, C. 17, 2000, s. 256-272.

SİYASİ PARTİLERİN KAPATILMASI REJİMİNİN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Oktay UYGUN (*)

I - Giriş: Siyasal Partilerin Önemi ve İşlevi

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, siyasal partileri *demokratik siyasal hayatın vazgeçilmez unsurları* olarak tanımlamıştır. Günümüzde, partilerin serbestçe kurularak iktidar yarışına katılmadıkları bir düzen demokrasi olarak nitelendirilemez. Demokratik rejimin işleyişi bakımından taşıdığı önem nedeniyle, siyasal partiler bazı güvencelerle donatılmıştır. Bu güvencelerin bir kısmı siyasal partilerin kapatılması ile ilgilidir. Siyasal partilerin hangi hallerde kapatılabileceği Anayasa'da belirtilmiştir. Kapatma yetkisi Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir.

Siyasî Partiler Kanunu (SPK)'na baktığımızda ise daha farklı bir tablo görüyoruz. Kanun, getirdiği son derece ayrıntılı ve kısıtlayıcı hükümlerle, siyasal partilerin demokratik siyasal hayatın vazgeçilmez unsurları olma özelliğini ortadan kaldırmış görünüyor. Bu durum, özellikle kapatma rejimi açısından son derece belirgindir. Siyasal partilerin ancak Anayasa'da belirtilen nedenlerle Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılabilmesi esası, SPK hükümleri dikkate alındığında, partiler bakımından bir güvence olarak nitelendirilemez. Bugün için, siyasal partilerin kapatılması rejiminin, bazı bakımlardan partileri derneklerden bile daha güvencesiz hâle getirdiğini söylemek mümkündür. Bunun bir kanıtı, parti başkanlarının daha önce Devlet Güvenlik Mahkemeleri ve temyiz mercii olarak Yargıtay tarafından incelenmiş ve suç unsuru bulunmamış sözlerinin Anayasa Mahkemesi'nce kapatma gerekçesi yapılmasıdır. Burada asıl sorun, ceza yargısı ile anayasa yargısının iki ayrı paralel süreçler olmasından çok, parti kapatma rejimini düzenleyen hükümlerin demokrasi ve insan hakları konularındaki standartlarının ceza yargısına göre daha geri düzeyde olmasıdır.

Türkiye'nin siyasal partilere ilişkin mevzuat ve uygulamasının, partilerin demokrasilerdeki işlevini tersine çevirdiği görülüyor. Özellikle Siyasî Partiler Kanunu, partilerin oluşturacakları politikaların temel ilkelerini, yönünü,

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

hatta bazen ayrıntılarını resmi ideoloji doğrultusunda tespit etmiş, aykırı davranışları kapatma nedeni saymıştır. Bu anlayış, açık bir şekilde, siyasal çoğulculuğun reddedilmesidir. Türkiye’de birden çok parti kurulabilecek, fakat tümü aynı ideolojiye göre biçimlenen politikaları savunacaktır. Siyasî Partiler Kanunu’nda Partiler, adeta bir devlet kurumu gibi algılanmıştır.

Bu yaklaşımın izlerini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önündeki yargılamada görmek mümkündür. Siyasal partilerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)’nin 11. maddesinde düzenlenen örgütlenme özgürlüğünden yararlanamayacakları Türk Hükümeti adına Strasbourg’da savunulmuştur.¹ Hükümet, Sözleşme’nin siyasal partiler bakımından, bireylere devlet için yükümlülük yaratacak herhangi bir hak tanımadığını, partilerin temel hak ve özgürlüklerden çok devletin temel örgütlenişi ile ilgili kurumlar olduğunu kanıtlama çabası içine girmiştir.

Buna karşılık Komisyon ve Mahkeme, siyasal partilerin Sözleşme’nin 11. maddesinin koruduğu en önemli örgütlerden biri olduğunu, partilerin demokrasinin işleyişi açısından taşıdığı önem nedeniyle aksi bir görüşün savunulmasının mümkün olamayacağını belirtmişlerdir. Ayrıca, partiler söz konusu olduğunda, örgütlenme özgürlüğü için Sözleşme’de öngörülen sınırlamaların (m.11/2) çok daha dar anlamda yorumlanması gerektiği vurgulanmıştır.² Aşağıda, siyasal partilerin kapatılması rejimi bakımından Türk Hukuku ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, özellikle farklılıkların bulunduğu bazı noktalar yönünden karşılaştırılacaktır.

II- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasal Parti Özgürlüğü

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde siyasal partilere ilişkin özel bir madde bulunmamaktadır. Siyasal partiler, genel olarak örgütlenme özgürlüğünü düzenleyen 11. maddenin kapsamı içinde değerlendiriliyor.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, siyasal partileri demokrasinin işleyişi açısından vazgeçilmez kurumlar olarak görmektedir. Partiler, ülke sorunlarının çözümü konusunda farklı görüşler üreten, farklı toplum kesimlerinin taleplerini devlete yansıtan kuruluşlardır. Bu bağlamda, kuruluş ve faaliyetleri bakımından geniş güvencelerden yararlanmalı, ciddi bir zorunluluk olmadıkça özgürlükleri kısıtlanmamalıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi çeşitli kararlarıyla, hangi hallerde siyasal partilerin yasaklanmasının ya da kapatılmasının Sözleşme’ye aykırılık oluşturmayacağını belirlemiştir. Mahkeme’nin bu konudaki yaklaşımının

¹ Case of United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, par. 19; Case of the Socialist Party and Others v. Turkey, par. 26 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye ile ilgili kararlarına internet üzerinden şu adresten ulaşılabilir: www.dhdirhr.coe.fr

² Case of United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, par. 23, 24, 25, 46; Case of the Socialist Party and Others v. Turkey, par. 28, 29, 50

Siyasi Partilerin Kapatılması Rejimi

özlü bir anlatımı, Venedik Komisyonu'nun raporunda bulunabilir.³ Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğinin isteği üzerine hazırlanan *Siyasal Partilerin Yasaklanması, Kapatılması ve Benzer Önlemler Hakkında Temel İlkeler* adlı söz konusu raporda usule ve esasa ilişkin yedi ilke belirlenmiştir. Bunların çoğunluğu Türk Hukukunda da geçerli olan ilkelerdir. Bununla birlikte, esasa ilişkin bazı ilkeler bakımından Türk Hukuku ile Sözleşme'nin öngördüğü sistem arasında çok büyük farklılıkların bulunduğu görülüyor. Venedik Komisyonu raporunu izleyerek bu farklılıkları şöyle özetleyebiliriz:

Siyasal Partilerin yasaklanması ya da kapatılması, ancak partilerin anayasa ile güvence altına alınan hak ve özgürlükleri ortadan kaldıracak şekilde, demokratik anayasal düzeni yıkmak için şiddet kullanılmasını savunması ya da şiddeti politik bir araç olarak kullanması durumunda haklılaştırılabilir. Bir partinin anayasanın barışçıl yollarla değişmesini savunması, tek başına, o partinin yasaklanması ya da kapatılması için yeterli gerekçe oluşturmaz. Partilerin yasaklanması ya da kapatılması önlemine çok istisnâî durumlarda başvurulabilir. Hükümetler ya da devletin diğer organları, yetkili yargı organından bir partinin yasaklanmasını ya da kapatılmasını istemeden önce, ülkenin durumunu dikkate alarak, söz konusu partinin özgür ve demokratik siyasal düzen için gerçek bir tehlike oluşturup oluşturmadığını, bu tehlikenin daha hafif önlemlerle engellenip engellenemeyeceğini değerlendirmelidirler.⁴

Venedik Komisyonu'nun tespit ettiği ilkelerden, Türk Hukuku bakımından dikkate alınması gereken şu sonuç çıkıyor. AİHS çerçevesinde siyasal partilerin kapatılması için iki koşulun varlığı gereklidir. Bunlar:

1) Siyasal partiler yalnızca *şiddet kullanılmasını savunması ya da şiddeti politik bir araç olarak kullanması* durumunda kapatılabilir. *Irkçılık, yabancı düşmanlığı ve hoşgörüsüzlük* şiddet savunusunun belirli görünüşleri olarak kabul edilmektedir.

2) Bir siyasal partinin kapatılması için, kapatma önlemi demokratik düzeni korumak bakımından başvurulacak son çare olmalıdır. Kapatılmak istenen parti demokratik düzen için gerçek bir tehlike oluşturmali ve bu tehlikenin daha hafif önlemlerle giderilmesi mümkün olmamalıdır. Bu yaklaşım, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin *clear and present danger* (açık ve mevcut tehlike) kriteri ile benzerdir. Bu bağlamda, bir partinin demokratik düzene aykırı görüş ve eylemlerinin tespiti yeterli değildir. Bu aykırılığın demokratik düzen için mevcut durumda ya da çok yakın gelecekte bir tehlike arzemesi

³ "Guidelines on Prohibition and Dissolution of Political Parties and Analogous Measures" CDL-INF (2000)1 Raporun metnine internet üzerinden şu adresten ulaşılabilir: www.coe.fr/venice

⁴ Bak: Venedik Komisyonu raporunda belirtilen 3 ve 5 numaralı ilkeler ile bu ilkeleri açıklayan aynı raporun III / 10, 11, 12, 14 ve 15 numaralı başlıkları

gerekecektir. Aksi halde, bir yaptırım uygulanmayacak ya da kapatma dışında kalan daha hafif önlemlerle yetinilecektir.⁵

Avrupa Konseyi ülkelerindeki uygulamanın bu doğrultuda olduğu görülüyor. Fransız Komünist Partisi, Yunan (Dış) Komünist Partisi, Portekiz Komünist Partisi gibi çeşitli Avrupa ülkelerinin komünist partileri programlarında “proletarya diktatörlüğü” amacını belirtmiş ya da iktidardan seçimle uzaklaşmayacaklarını açıklamışlardır. Buna rağmen, kapatma yaptırımı ya da herhangi bir cezaî yaptırımla karşılaşmadıkları gibi parlamentoya da girebilmişlerdir. Söz konusu partilerin daha sonra “proletarya diktatörlüğü” hedefinden vazgeçmeleri herhangi bir yasal zorlamadan ötürü olmamıştır.⁶

III- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Türkiye’den Yapılan Siyasal Partilerle ilgili Başvurular Hakkındaki Kararları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bugüne kadar siyasal partilerin kapatılması ile ilgili Türkiye’den yapılan üç başvuruyu sonuçlandırmıştır. Venedik Komisyonu’nun tespit ettiği ilkeleri, bu üç karardan çıkarmak mümkündür. Bunlar, 30 Ocak 1998 tarihli *Türkiye Birleşik Komünist Partisi*, 25 Mayıs 1998 tarihli *Sosyalist Parti* ve 8 Aralık 2000 tarihli *Özgürlük ve Demokrasi Partisi* kararlarıdır. Türk siyasal sisteminde ciddi sonuçlar doğurabilecek söz konusu kararlar, Türkiye’nin demokrasi ve insan hakları politikasının Avrupa’da oluşturulan ortak politika ile ne denli farklılaştığını göz önüne sermiştir.

Kararların incelenmesine geçmeden önce, Mahkeme’nin karar alma sürecine ilişkin kısa bir açıklama yararlı olacaktır. Mahkeme, ele aldığı davaları, önce Sözleşme’de düzenlenen haklardan herhangi birine bir müdahale olup olmadığı, sonra, bu müdahalenin yine Sözleşme’de öngörülen amaçlar (sınırlama nedenleri) bakımından haklılaştırılmasının mümkün olup olmadığı açısından incelemektedir.

1) **Müdahalenin varlığı:** Her üç davada da başvuruçular, Türk Hükümeti, Komisyon ve Mahkeme, partilerin kapatılmasının örgütlenme özgürlüğüne bir müdahale olduğu konusunda hemfikirdirler.

2) **Müdahalenin haklılaştırılması:** Bir müdahale *yasallık ilkesine* uygun, 11. maddenin 2. paragrafındaki *meşru amaçlara yönelik* ve *demokratik toplumda zorunlu* önlem niteliğinde olmadıkça haklılaştırılmaz. Bu durumda, söz

⁵ Bu noktada, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun 20 Temmuz 1957 tarihli *Alman Komünist Partisi* kararının “açık ve mevcut tehlike” kriterinden çok “zararlı eğilim” kriterine daha yakın olduğunu vurgulamak gerekir. Başvurunun yapıldığı tarihte, Alman Komünist Partisi’nin demokratik düzen için ciddi bir tehlike oluşturmadığı açıktı. Bu konuda bak: Oktay UYGUN, 1982 *Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi* (Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992) s. 182-183. AİHM’nin son içtihatları, siyasal parti özgürlüğüne ilişkin ortak Avrupa standartlarının yükseldiğini göstermektedir.

⁶ Bülent TANÖR, *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu* (BDS, İstanbul, 1994) s. 135 vd.

Siyasi Partilerin Kapatılması Rejimi

konusu müdahale Sözleşme'nin ilgili maddesinin ihlâli sayılır. Mahkeme, kararlarında bu üç noktayı ayrı ayrı ele almaktadır:

a) *Yasallık ilkesine uygunluk*: Mahkeme, parti kapatma şeklindeki müdahalenin, Anayasa ve yasa hükümlerine dayanarak Anayasa Mahkemesi tarafından yapılması nedeniyle, yasallık ilkesine aykırılığın söz konusu olmadığını tespit etmiştir.

b) *Müdahalenin meşru bir amaca yönelik olması*: Mahkeme, her üç partinin kapatılmasının, 11/2. maddede sayılan meşru amaçlardan “millî güvenlik”in korunması ile irtibatlandırılabilirliğini belirtir. Bununla birlikte, TBKP'nin kapatılma gerekçelerinden biri, bu partinin kanunen yasaklanmış olan “komünist” sözcüğüne adında yer vermiş olmasıdır. Mahkeme, bu noktadaki şekli yasağın ve kapatma nedeninin Sözleşme’de öngörülen meşru amaçlardan hiç birinin kapsamı içinde değerlendirilemeyeceğini vurgular.

c) *Müdahalenin demokratik bir toplumda zorunlu olması*: Mahkeme, bu aşamada, hakları sınırlayıcı önlem ile meşru sınırlama amaçları arasındaki ilişkiyi ele almakta ve ölçüsüz bir sınırlamaya olur vermemektedir. Mahkeme’ye göre, siyasal partiler söz konusu olduğunda, Sözleşme’de güvence altına alınan örgütlenme özgürlüğünün sınırlanmasında, sınırlama nedenleri çok daha dar yorumlanmalıdır.⁷ Kapatma kararlarının bu ilkeye uygunluğu açısından, üç davayı ayrı ayrı değerlendirmek yararlı olacaktır.

Türkiye Birleşik Komünist Partisi Davası

Türkiye Birleşik Komünist Partisi 4 Haziran 1990’da kuruldu. On gün sonra, kapatılması istemiyle Anayasa Mahkemesi’nde dava açıldı. Anayasa Mahkemesi, 16 Temmuz 1991’de TBKP’yi kapattı. 7 Ocak 1992’de, Sözleşme’nin çeşitli maddelerinin ihlâl edildiği gerekçesiyle, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na başvuruda bulunuldu. Komisyon, 6 Aralık 1994 tarihli kısmi görülebilirlik kararının ardından, 3 Eylül 1996 tarihli raporunda, oybirliği ile, Sözleşme’nin 11. maddesinin ihlâl edildiği yönünde görüş bildirdi. Dava, 28 Ekim 1996’da, Komisyon tarafından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne iletildi.

TBKP kararında, bir partinin adıyla ilgili seçiminin, kural olarak, yeterli düzeyde başka gerekçelerle desteklenmedikçe, onun kapatılması şeklindeki ağır bir müdahaleyi haklılaştıramayacağı belirtilir. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi’nin TBKP’nin bir sınıfın diğer sınıflar üzerinde egemenlik sağlama amacını taşımadığı tespitine ve TCK’nın 141-142. maddelerinin kaldırılmış olduğuna dikkat çekilmiştir. Mahkeme’ye göre, bu özellikler, TBKP’yi

⁷ Case of United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, par. 46; Case of the Socialist Party and Others v. Turkey, par. 50; Case of Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey, par.44

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

kapatılan Alman Komünist Partisi’nden farklı kılmakta ve yalnızca adındaki “komünist” sözcüğüne bakarak kapatılmasını haklılaştırmamaktadır.⁸

Anayasa Mahkemesi, kapatma kararına diğer bir gerekçe olarak, Partinin tüzük ve programındaki “Türk ve Kürt ulusu”, “Kürtlerin kendi kaderini tayin hakkı” ifadelerinden hareketle, partinin ayrılıkçı amaçlar taşıdığını, ülkede azınlıklar yaratmayı hedeflediğini ve bu yolla devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı amaçladığını göstermişti.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, tüzük ve programdaki ifadelerin, Kürtleri bir “azınlık” olarak tanımlamadığını, varlığının tanınmasının ötesinde onlara ayrıcalıklar vermeyi amaçlamadığını ve Türklerden ayrılmalarını savunmadığını belirtir. Tam tersine, programda, “TBKP, Kürt sorununun adil, demokratik ve barışçı bir çözüme kavuşturulması, Türk ve Kürt halkının Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde gönüllülük ve eşit haklılık temelinde birlikte yaşamaları ve ortak çıkarlar temelinde demokratik yeniden yapılanması için çalışacaktır” denmektedir.⁹

Programda, kendi kaderini tayin hakkı ile ilgili olarak, Kürt sorununun baskı ve şiddetle çözülemeyeceği, şiddetin kendi kaderini tayin hakkının ayrılık biçiminde tek yönlü kullanılmasına yol açabileceğinin belirtilmesi dışında bir görüş ifade edilmemiştir. TBKP’ye göre, “sorunun çözümü politiktir. Kürt halkı üzerindeki baskı ve eşitsizliğin ortadan kalkması için, Türk ve Kürtlerin birliğine ihtiyaç vardır. Kürt sorunu, ancak bütün tarafların görüşlerini özgürce açıklayabildiği ve sorunun çözümünde her türlü şiddet kullanımının reddi konusunda mutabakat sağlandığı, kendi ulusal kimlikleriyle politik yaşama katılabildikleri koşullarda çözülebilir.”¹⁰

Mahkeme, siyasî bir grubun, yalnızca, halkın bir kesiminin durumunun açıkça tartışılmasını istediği ve bu kesimin, ilgili herkesi tatmin edecek çözümlere demokratik usullerle ulaşmak amacıyla politik yaşama katılmasını savunduğu için kapatılmasını demokrasi ile bağdaşmaz bulmuştur: “Rahatsız edici nitelikte olsalar bile, bir ülkenin sorunlarının diyalog yoluyla, şiddete başvurmaksızın çözümü için öneriler getirilmesine imkan vermesi demokrasinin temel özelliklerinden biridir”. Bu doğrultuda, şiddeti reddeden, demokratik esaslara bağlılığını belirten bir parti hakkında süresiz kapatma ve liderlerine siyaset yasağı getiren bir önlem, hedeflenen millî güvenliğin korunması amacı ile orantısız, dolayısıyla, demokratik bir toplumda zorunlu değildir. Sözleşme’nin 11. maddesi ihlâl edilmiştir.¹¹

⁸ Case of United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, par. 54

⁹ Case of United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, par. 56

¹⁰ Case of United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, par. 56

¹¹ Case of United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, par. 57, 61

Siyasi Partilerin Kapatılması Rejimi

Sosyalist Parti Davası

Sosyalist Parti 1 Şubat 1988'de kuruldu. Kurulduktan 14 gün sonra açılan kapatma davasını, Anayasa Mahkemesi 8 Aralık 1988'de reddetti. 14 Kasım 1991'de ikinci kez kapatma davası açıldı. Anayasa Mahkemesi, bu kez, 10 Temmuz 1992 tarihli kararıyla Sosyalist Parti'nin kapatılmasına karar verdi. 31 Aralık 1992'de, Sözleşme'nin ihlâl edildiği gerekçesiyle, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvuruda bulunuldu. Başvuru üzerine, 6 Aralık 1994'te kısmi görülebilirlik kararı verildi. Komisyon, 26 Kasım 1991'de, oybirliğiyle 11. maddenin ihlâl edildiğini açıkladı. Davayı, 27 Ocak 1997'de Mahkeme'ye iletti.

Anayasa Mahkemesi, Sosyalist Partinin kapatılması ile ilgili kararında, bu partinin “Türk ulusu” ve “Kürt ulusu” ayrımı yaparak azınlık yaratmayı hedeflediğini, “Kürt-Türk federasyonu” kurarak devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı amaçladığını, Türkiye Cumhuriyeti'nin temel ilkesi olan Atatürk milliyetçiliğine karşı çıktığını ve halkı ayaklanmaya çağırıldığını belirtmiştir.

Şiddete çağrı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, şiddete çağrı olarak gösterilen “karpuz değil cesaret ekin”, “Kürt halkı ayağa kalkıyor” gibi ifadeleri, Kürtlerin haklarına sahip çıkmaları yönünde bir çağrı olarak değerlendirmiş, fakat herhangi bir şekilde şiddeti destekler nitelikte bulmamıştır : “*Mahkeme, Bay Perinçek'in ifadelerini incelediğinde, şiddet kullanımına, ayaklanmaya veya demokratik ilkeleri ret eden başka bir eyleme çağrı olarak kabul edilebilecek herhangi bir şey bulmamıştır. Tam tersine, (Perinçek) önerilen siyasal reformun seçim sandığı ve referandum yoluyla, demokratik kurallara uygun olarak gerçekleştirilmesi ihtiyacını bir kaç kez vurgulamıştır. Aynı zamanda, uluslar arasında ve toplumdaki sorunların çözümünü için şiddete tapınan ve güç kullanımını savunan eski kültürün aleyhinde konuşmuştur.*”¹²

Ayrılcılık ve kendi kaderini tayin hakkı

Parti Genel Merkezince yayımlanan Serhildan Çağrıları adlı yayında “Kürt milleti, kendi kaderini tayin hakkına kayıtsız şartsız sahiptir. Eğer isterse ayrı bir devlet kurabilir...Ayrılma hakkı, gönüllü birliğin her zaman vazgeçilmez koşuludur”, ifadelerine yer verilmiştir. Mahkeme, bu ifadelerin, yayının bütünü içinde değerlendirildiğinde, ayrılcılığın savunusu anlamına gelmediğini tespit etmiştir. Sosyalist Parti, Kürtler ve Türklerin eşit haklara sahip olarak bir federasyon kurmalarını, Kürtlerin özgür bir referandum sonucunda bu birliğe katılması gerektiğini, Kürtlerin ve Türklerin ortak çıkarının özgür iradeleriyle *birleşmek* olduğunu savunmuştur. Mahkeme'ye göre, bu görüşlerin ayrılcılığı teşvik eden bir yönü yoktur.¹³

¹² Case of the Socialist Party and Others v. Turkey, par. 46

¹³ Case of the Socialist Party and Others v. Turkey, par. 47

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Partinin genel başkanı, partisinin kapatılmasına neden olan sözleri nedeniyle Devlet Güvenlik Mahkemesinde yargılanmış ve beraat etmiştir. Türk Hükümeti, ceza yargısıyla anayasa yargısının tamamen farklı prosedürler olduğunu belirterek bu durumun partinin kapatılması bakımından bir önemi olmadığını savunmuştur. Mahkeme ise, ceza yargılaması sonucunda verilen beraat kararını, Parti genel başkanının sözlerinin etkisi konusunda Türk mahkemelerinin görüşlerinin farklı olduğuna işaret etmesi bakımından dikkate almıştır.¹⁴

Türkiye Cumhuriyetinin temel ilkelerine aykırılık

Kapatma kararında Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde Türk Hükümeti, Sosyalist Parti’nin görüşlerinin Türkiye Cumhuriyeti’nin temel ilkelerine aykırı olduğunu belirtmişlerdir. Sosyalist Parti, üniter devlet ilkesini ve Atatürk milliyetçiliğini reddetmektedir. AİHM’ne göre, **bir siyasal programın devletin temel ilkelerine ve örgütleniş biçimine aykırı olması, onun demokrasi ile bağdaşmaz olduğu anlamına gelmez:** “Demokrasinin kendisine zarar vermemek koşuluyla, bir devletin mevcut örgütlenme biçiminin doğruluğu hakkında kuşku doğuracak nitelikteki de dahil olmak üzere, farklı siyasal programların önerilmesi ve tartışılabilmesi demokrasinin özüdür.”¹⁵

AİHM, bu görüşler doğrultusunda, TBKP kararında olduğu gibi, parti kapatma gibi ancak çok ciddi durumlarda uygulanabilecek radikal bir önlemler millî güvenliğin korunması amacı bakımından orantısız bulmuş, demokratik bir toplumda söz konusu müdahalenin zorunlu olmadığına karar vermiştir. Sözleşme’nin 11. maddesi ihlâl edilmiştir.¹⁶

Özgürlük ve Demokrasi Partisi Davası

ÖZDEP, 19 Ekim 1992’de kuruldu. 29 Ocak 1993 tarihinde aleyhinde kapatma davası açıldı. Parti, dava devam ederken, olası bir kapatma kararının bazı sonuçlarından etkilenmemek için yetkili organı tarafından feshedildi (30 Nisan 1993). Anayasa Mahkemesi, 14 Temmuz 1993’te kapatma kararı verdi. ÖZDEP, 21 Mart 1994’te Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na başvurdu. 12 Mart 1998’de Sözleşme’nin 11. maddesinin ihlâl edildiğine karar veren Komisyon davayı 24 Eylül 1998’de Mahkeme’ye iletti.

ÖZDEP davasında, AİHM, önce Türk Hükümetinin partinin kapatma kararından önce kendisini feshettiğini, dolayısıyla kapatma kararının mağduru olamayacağı yönündeki *ilk itirazını* inceledi. Mahkeme, fesih kararının kapatma davasının olası sonuçlarından kaçınmak için yapıldığının açık olması nedeniyle “özgürce alınmış bir karar” olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna

¹⁴ Case of the Socialist Party and Others v. Turkey, par. 49

¹⁵ Case of the Socialist Party and Others v. Turkey, par. 47/3

¹⁶ Case of the Socialist Party and Others v. Turkey, par. 51, 54

Siyasi Partilerin Kapatılması Rejimi

vardı. Ayrıca, Siyasî Partiler Kanunu'nun 108. maddesinde, kapatma davası açıldıktan sonra partinin yetkili organı tarafından verilen kapanma kararının davanın sonucunu etkilemeyeceğinin belirtildiğini, bu nedenle, kararın verildiği tarihte partinin varlığını sürdürmediğinin ileri sürülemeyeceğini belirtti. Bu gerekçelerle Hükümetin ilk itirazını reddetti.¹⁷

Hükümet, ÖZDEP davasının TBKP ve Sosyalist Parti davalarından farklı bir özellik gösterdiğini ileri sürdü. Hükümete göre, ÖZDEP, programında silahlı mücadeleyi desteklediğini belirterek, terör örgütünün mücadelesini alkışlayarak, halkı ayaklanmaya teşvik ederek amacına ulaşmak için demokratik olmayan yolları kullanacağını ilân etmiş olmaktadır.¹⁸

Mahkeme, ÖZDEP'in programında şiddete çağrı, halkı ayaklanmaya teşvik ya da demokratik ilkelerin reddi anlamına gelen herhangi bir ifadeye rastlanılmadığını belirtmiştir. Kapatma gerekçesi olarak kullanılan ifadelerin benzerleri, Avrupa Konseyi üyesi devletlerde faaliyet gösteren partilerin programlarında vardır. Partinin Kürtlere ve Diyanet İşleri Başkanlığının statüsüne ilişkin görüşlerinin Türk devletinin temel ilkelerine aykırı olması, demokratik ilkelerin ihlâli anlamına gelmez. ÖZDEP sırf ifade özgürlüğünü kullandığı için kapatılmıştır. Demokrasi düşünce özgürlüğüne dayanır. Mahkeme, TBKP ve Sosyalist Parti kararlarındaki içtihadına paralel şekilde, ÖZDEP'in kapatılmasının Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlâli olduğu sonucuna vardı.¹⁹

IV- TBKP, SP ve ÖZDEP Kararlarında Öne Çıkan Bazı Noktalar

Söz konusu üç dava, partilerin kapatılması rejimi bakımından AİHS ile Türk Hukuku arasında ciddi farklılıklar bulunduğunu ortaya koyuyor. İki hukuk sistemi arasındaki bağdaşmazlığın nedeninin, büyük ölçüde demokrasi ve insan hakları anlayışındaki farklılığa dayandığı söylenebilir. Demokrasi ve insan hakları alanında, Türkiye'nin standardı ile Avrupa standardının önemli ölçüde farklılaştığı yeni anlaşılan bir konu değildir. Bu farklılığı, Strasbourg organlarının yetkisini tanıırken ileri sürdüğümüz çekinceye resmen belirttik. Taraf ülkeler arasında ortak bir demokrasi ve insan hakları anlayışı oluşturmayı hedef alan Sözleşme'de geçen *demokratik toplum* kavramının, Türk Anayasası'ndaki ilkelere ve özellikle başlangıç kısmı ile 13. maddeye uygun yorumlanması koşuluyla Komisyon'un yetkisini kabul ettiğimizi ifade ettik. Sözleşme'yi imzalayan ülkeler arasındaki ortak demokrasi ve insan hakları anlayışını benimsemek istemediğimiz anlamına gelen bu garip çekince kabul edilmedi.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Türk Hukuku arasında siyasal partilerin kapatılması rejimi açısından mevcut farklılığın giderilmesi için

¹⁷ Case of Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey, par.22-26

¹⁸ Case of Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey, par. 35

¹⁹ Case of Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey, par.40-48

Anayasa ve Siyasî Partiler Kanunu’nda köklü değişiklikler yapılması gerekmektedir. Burada, kapsamlı bir değişiklik bakımından bir kaç önemli noktanın altını çizmek yararlı olacaktır.

1) Siyasal partiler için öngörülen yaptırımların kademelendirilmesi

Siyasî Partiler Kanunu’nda partiler için öngörülen yaptırımlar kademelendirilmelidir. Anayasa Mahkemesi, önüne gelen davanın özelliğine göre, seçimlere katılmanın önlenmesi, geçici olarak faaliyetin durdurulması, hazine yardımının ve diğer devlet yardımlarının kesilmesi gibi farklı yaptırımlara hükmedebilmelidir. Kapatma, yalnızca şiddeti savunan ya da şiddeti bir araç olarak kullanan partiler için öngörülen istisnâî bir yaptırım olmalıdır.

2) Özgürlükçü demokratik rejimin gerekleriyle bağdaşmayan yaptırımların kaldırılması

Siyasî Partiler Kanunu’nda özgürlükçü demokratik rejimin niteliğiyle bağdaşmayan çok sayıda yasak bulunmaktadır. SPK bu tür yasaklardan bütünüyle arındırılmalıdır. Bu yasakların bazılarında, amaç ile araç arasındaki bağ sağlıklı bir şekilde kurulmamıştır. Örneğin, 81 ve 89. maddeler bu niteliktedir.

Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü korumayı amaçlayan 81. madde, Anayasa Mahkemesi’ne, davalı partinin bu amaca aykırı amaçlar taşıyıp taşımadığını takdir ederek karar verme olanağı tanımamaktadır. Çünkü söz konusu madde, ülkede azınlıklar bulunduğunun ileri sürülmesini, Türk dilinden ve kültüründen başka dil ve kültürlerin korunması, geliştirilmesi ya da yayılmasını ve parti faaliyetlerinde Türkçe’den başka dil kullanılmasını bölünmezlik ilkesine aykırı bir tutum olarak nitelemiştir. Anayasa Mahkemesi’nin bu yasal varsayımları tartışma olanağı yoktur.²⁰

Siyasî Partiler Kanunu’nun 81 a, b ve c fıkralarında belirtilen tutum ve davranışları benimseyen partilerin, mutlaka devletin bölünmesini de amaçladığını söylemek mümkün değildir. “Çünkü bir siyasal parti, ülkede azınlık bulunduğunu bir sosyal olgu olarak belirleyebilir ve bu olguyu ülkede sosyal bütünlüğü sağlayacağına inandığı önlemlere ve politikalara mesnet yapabilir. Bu önlemler ya da politikalar, 81. maddede öngörülen varsayımlardan farklı olabilir. Ulus içinde yer alan farklı dil ve kültürlerin ya da başka etnik özelliklerin korunmasını ve serbestçe varolmasını ulusal bütünlüğü sağlayacak bir politika olarak görebilir. Bu görüşler, toplum içindeki başka siyasal parti ya da gruplarca yanlış bulunabilir. Ancak ülke gerçeğini yanlış değerlendirme olasılığına yasak koymak, demokratik bir devlet ve toplum düzeni içinde yeterli bir gerekçe olamaz. Siyasal düzlemde

²⁰ Bak: Oktay UYGUN, 1982 Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi (Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992) s. 74-75

Siyasi Partilerin Kapatılması Rejimi

çeşitli görüşlerin yanlış da olsa kendini ifade edebilmeleri ve olabildiğince eşit koşullarla yarışabilmeleri, demokratik bir düzenin temel ilkelerinden biridir. Bu nedenle önerilen siyasal önlemlerin yasal varsayımlarla birörnek olmaya zorlanması, totaliter bir yaklaşım olup, özgürlükçü, çoğulcu demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırıdır.”²¹

Anayasa Mahkemesi, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesine aykırılık tespit ettiği kararlarında Fransız Anayasa Mahkemesi’nin Korsika’nın statüsüne ilişkin 9 Mayıs 1991 tarihli kararına atıf yapmaktadır. Hükümetin de aynı görüşü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde savunduğu görülüyor.²² Fransız Anayasa Mahkemesi’nin, söz konusu kararda, ilgili yasada geçen *Fransız halkının unsuru Korsika halkı* ifadesini anayasal açıdan olanaksız bir nitelendirme olarak gördüğü doğrudur. “Korsika halkı” deyiimi köken, ırk veya din farkı gözetmeksizin bütün Fransız yurttaşlarından oluşan Fransız halkından başkasını tanımayan Anayasaya aykırı bulunmuştur. Fakat gözden kaçırılan nokta, Fransa’nın Korsika gibi dil, kültür ya da etnisite açısından farklılaşan bölgelere belirli ölçüde özerklik tanımış olmasıdır. Mahkeme, Korsika’ya ilişkin yasanın bazı hükümlerini iptal etmiş ama Korsika halkının kültürel kimliğini koruyan diğer hükümlere dokunmamıştır.

Fransa, ülkedeki Brittany, Alsace, Occitane gibi bölge sakinleri için hiçbir zaman “etnik grup” ya da “azınlık” kavramlarını kullanmamakla birlikte, söz konusu bölgesel dilleri tanımıştır. 1925 yılında dönemin millî eğitim bakanı, *Fransa’nın tarihsel birliği için Brötonca’nın ortadan kaldırılması gerekir* tespitinde bulunmuştu. Daha sonra, 1951’de beş bölgesel dilin korunmasını amaçlayan yasa çıkartılmıştır. Bugün, okullarda Brötonca öğretilmekte ve Brötonca yerel radyo televizyon yayını yapılmaktadır. Türkiye ile karşılaştırıldığında, Fransa’nın izlediği bu politikanın Siyasî Partiler Kanunu’nun 81. maddesindeki yasal varsayımlarla bağdaşmazlığı açıktır. O nedenle, Anayasa Mahkemesi’nin Korsika kararını 81. madde için bir dayanak olarak kullanması yerinde değildir.²³

3) Cumhuriyetin temel ilkelerine aykırılık sorunu

TBKP, Sosyalist Parti ve ÖZDEP kararları ile düşünce ve örgütlenme özgürlüğünün Sözleşme çerçevesindeki sınırlarına ilişkin önemli tespitler yapılmıştır. AİHM’ne göre, barışçıl ve demokratik yöntemleri benimsemek koşuluyla, partiler her tür görüşü savunabilecekler, devletin temel ilkelerini ve örgütlenme şeklini tartışabileceklerdir. Türkiye bağlamında, üniter devlet yerine federal devlet, bugünkü milliyetçilik anlayışı yerine başka bir ideoloji

²¹ Fazıl SAGLAM, *Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları* (Beta, İstanbul, 1999) s. 123

²² Bak: Case of United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, par. 21; Case of the Socialist Party and Others v. Turkey, par. 27

²³ Bu konuda bak: Oktay UYGUN, “Üniter ve Federal Devlet Açısından Egemenliğin Bölünmezliği İlkesi” *Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı* (İÜHF Yayını, İstanbul, 1999) s. 419-421

savunulabilecektir. Bilindiği gibi, bu esaslar Anayasamızda değiştirilemeyecek hükümler olarak düzenlenmiştir.

İlk bakışta, mevzuatımızı AİHM kararlarına ve dolayısıyla Sözleşme’ye uygun hale getirmek için, Anayasadaki değiştirilemezlik yasağının kaldırılmasının gerekli olduğu izlenimi doğabilir. Mahkeme’nin söz konusu kararları, Türkiye’ye bu yönde bir yükümlülük getirmiyor. *Yükümlülüğümüz, devletin temel ilkeleri olarak kabul ettiğimiz esaslara aykırı görüşleri, parti kapatma nedeni olmaktan çıkarmakla sınırlıdır.* Demokrasiyle ne ölçüde bağdaştığı ayrı bir tartışma konusu olmakla birlikte, bu esaslar yine Anayasa’nın değiştirilemeyecek hükümleri olarak kalabilirler. Bu durumda, örneğin, bir parti üniter devlet yerine federal devlet modelini savunabilecek, fakat Anayasa’yı değiştirecek bir halk desteğiyle iktidara gelse bile, söz konusu değişikliği yapamayacaktır.²⁴

Benzer bir paradoks, Alman Anayasası’nda da vardır. Anayasa’da düzenlenen hak ve özgürlüklere ilişkin maddeler ile, federal devlet modelini kurumsallaştıran hükümlerin değiştirilemeyeceği esası kabul edilmiştir.²⁵ Türkiye’de üniter, Almanya’da federal siyasal modelin değişmezliği esası, doğrudan Sözleşme’de güvence altına alınan hiç bir hakkın kapsamı içinde olmadığından, bu konunun Strasbourg organlarının yetkisi dışında kaldığı söylenebilir.

Türk Anayasası ile Alman Anayasası arasındaki benzerlik bununla sınırlı değildir. Alman Anayasası’nın 21. maddesinde “Federal Alman Cumhuriyeti’nin varlığını tehlikeye düşürmeye yönelik partiler”in kapatılabileceği belirtilmektedir. Alman Anayasa Mahkemesi önüne bu yönde bir dava gelmediği için, söz konusu hüküm üzerinde yeterince durulmamıştır. Bir görüşe göre, “nasıl ki Federal Almanya’da bir siyasal partinin devletin federal yapısını değiştirip üniter bir yapı kurmak amacıyla Federal Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmeye yönelmesi bir parti kapatma nedeniyse, Türkiye’de bir siyasal partinin, federal bir devlet kurma amacıyla devletin üniter yapısını tehlikeye düşürecek bir eylem içine girmesi de aynı şekilde bir parti kapatma nedenidir. Bunun AİHS’nin 11. maddesiyle bağdaşmaz bir yönünün bulunmaması gerekir.”²⁶

Alman Anayasası’nda devletin federal niteliğini koruyan bir hükmün parti kapatma nedeni olarak öngörülmesi, bu yöndeki bir yasağın AİHS ile bağdaştığını kanıtlamak için yeterli gerekçe oluşturmaz. Yukarıda da belirtildiği gibi, Sözleşme çerçevesinde, siyasal partiler yalnızca *şiddet kullanılmasını savunması ya da şiddeti politik bir araç olarak kullanması* durumunda kapatılabilir. Alman Anayasası’ndaki bu hükmün somut bir uygulaması

²⁴ Bak: Oktay UYGUN, “Türk Tipi Demokrasi v. Avrupa Demokrasi” *Açık Sayfa: Aylık Aktüel Hukuk Dergisi*, Haziran 1998, Sayı 15, s.6-9

²⁵ Alman Anayasası m. 79/3

²⁶ Fazıl SAĞLAM, *Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları* (Beta, İstanbul, 1999) s. 161

Siyasi Partilerin Kapatılması Rejimi

olmadığından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu konuda bir içtihadı bulunmamaktadır. Fakat, söz konusu hükmün Siyasî Partiler Kanunu'nun üniter devlet yapısını koruyan 80. ve diğer bazı maddeleriyle hem nitelik hem de nicelik yönünden farklı olduğu söylenebilir.

Nitelik yönünden farklılık şu şekilde açıklanabilir: Alman Anayasası'nın 21. maddesinin federal siyasal yapıyı koruyan hükmü, nasyonal sosyalist rejime bir tepkinin ifadesidir. Almanya'da 1933'te iktidara gelen Hitler'in ilk icraatlarından biri, Weimar Anayasası'nın öngördüğü federal sistemi kaldırmak olmuştur. Hitler, tüm yetkilerin tek bir merkezde, kendi şahsında toplandığı otoriter ve totaliter nitelikte bir üniter yapı kurmuştur. O nedenle, Almanya'da üniter devlet modelini benimseyen bir partinin aynı zamanda bir diktatörlük kurmayı amaçlayacağı varsayımından hareket edilmektedir.

Üniter siyasal yapı hem diktatörlükle hem de demokrasi ile bağdaşır. Otoriter ve totaliter rejimler, tek parti diktatörlükleri ve askeri yönetimler için üniter yapı, yetkilerin tek merkezde toplanmasının ve ülkenin otokratik kontrolünün ideal biçimidir. Buna karşılık, federalizm ancak demokratik bir rejim ile birlikte uygulanabilir. Federal sistemin ayırddedici özelliği olan *iktidarın bölünmesi* ve *ulusaltı iktidar merkezlerinin ulusal karar alma sürecine katılması* ilkelerinin temel güvencesi demokratik anayasal kurumların ve siyasal geleneklerin varlığıdır. Federalizm ile demokrasi arasındaki ilişki iki boyutludur: Federalizm yaşayabilmek için demokratik bir ortama gereksinim duyarken, demokrasi de federal ilke ve kurumlar sayesinde gelişir ve güçlenir. Yetkisini halktan alan çok sayıda iktidar merkezi içermesi nedeniyle, federal siyasal sistem iktidarın tek elde toplanmasını, merkezileşmesini ve kötüye kullanılmasını önlemek bakımından üniter sisteme göre bazı üstünlüklere sahiptir. Karar alma sürecinde, ulusal çoğunluğun iradesini ulusaltı birimlerde oluşan çoğunlukların iradeleri ile dengeleyerek demokratik rejimin *çoğunluğun despotizmine dönüşmesine* izin vermez.²⁷

Bu özelliği nedeniyle, Almanya'da federal yapıyı değiştirmeyi amaçladığı için hakkında kapatma davası açılacak bir partinin, aynı zamanda demokrasiyi de ortadan kaldırmak amacını taşıma olasılığı yüksektir. Üniter yapıyı değiştirerek federal bir sistem kurmak isteyen bir partinin ise demokrasi karşıtlığı ile suçlanması zordur. AİHM, partilerin üniter ya da federal yapıyı savunup savunmadıklarına değil, demokrasi karşıtı amaçlar taşıyıp taşımadıklarına dikkat etmektedir.

Türk ve Alman hukuklarındaki yasağın nicelik yönünden de farklı olduğu görülüyor. Alman Anayasası, partilerin "Federal Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmeye yönelmesinden söz etmektedir. Bu ifade, federalizme karşı olan partilerin kapatılmasında, rejim için belirli ölçüde bir tehlike ve tehdit oluşturma koşulunun gerçekleşmesini şart koşuyor. Oysa, Türk Hukukunda

²⁷ Bak: Oktay UYGUN, *Federal Devlet* (Çınar Yayınları, İstanbul, 1996) s. 311 vd.

bir partinin tüzük, program ya da eyleminin üniter devlet ilkesine aykırı olması kapatılması için yeterlidir. Rejim için gerçek bir tehlike oluşturup oluşturmadığına bakılmamaktadır.²⁸

Sonuç Yerine

Siyasal partilerin yasaklanması rejimini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyumlu hale getirmek için, SPK’nın getirmiş olduğu yasaklar zinciri kırılmalıdır. 1995 Anayasa değişikliği bu yönde atılmış olumlu bir adımdır. Daha ileri bir adım, parti kapatma nedenlerini bütünüyle yasakoyucunun takdir alanı dışına çıkararak, Anayasa Mahkemesi’nin doğrudan Anayasa hükümlerine dayanarak karar vermesini sağlamaktır. Almanya’nın benimsemiş olduğu bu yaklaşımın Türkiye’de de benimsenmesi için yasal ya da anayasal bir düzenleme yapma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu yapıldığında,

Türk Hukuku ile Sözleşme arasındaki büyük farklılığın azaltılması mümkün olabilecektir.

Anayasa Mahkemesi’nin, Siyasî Partiler Kanunu’nun hükümlerini gözar-
dı ederek AİHM’nin içtihadını uygulaması bakımından elverişli bir yol, 1995 Anayasa değişikliğinden hareketle bulunabilir.²⁸ Bu tarihte gerçekleştirilen değişikliklerin bir kısmı siyasal partiler ile ilgilidir. Anayasa’nın 68 ve 69. maddeleri değiştirilerek parti kapatma rejimi yeni esaslara bağlanmıştır. Söz konusu değişiklik yalnızca maddi hukuk bakımından değil, usul açısından da önemli bir yenilik getirmiştir. Şöyle ki:

1995 Anayasa değişikliği ile parti kapatma nedenleri tahdidi olarak sayılar-
larak, bu konu yasakoyucunun takdir yetkisi dışına çıkartılmıştır. Anayasa Mahkemesi, bundan böyle, kapatma davalarında doğrudan Anayasa kurallarını uygulamakla yetkili ve görevlidir. 1995 değişikliği, SPK’nın parti kapatma nedenlerini düzenleyen hükümlerini yürürlükten kaldırmıştır.

Bu görüş kabul edildiğinde, Anayasa Mahkemesi, SPK’nın öngördüğü çok sayıda anti-demokratik yasaktan kurtulacak ve Anayasa’da belirtilen genel ilkeleri daha liberal bir şekilde yorumlama olanağına kavuşacaktır. İşte bu noktada, Strasbourg organlarının içtihatları Mahkeme’ye ışık tutabilir. Bu yolun benimsenmesi, Mahkeme’nin kendisine yürütmeyi durdurma yetkisi tanınmasından daha radikal bir çözüm değildir.

²⁸ Fazıl Sağlam, Türk ve Alman Hukukları arasındaki bu farklılığın yorum yoluyla büyük ölçüde giderilebileceği kanısındadır. Bak: Fazıl SAĞLAM, *Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları* (Beta, İstanbul, 1999) s. 162

²⁸ Bak: Oktay UYGUN, “Türk Tipi Demokrasi v. Avrupa Demokrasisi” *Açık Sayfa: Aylık Aktüel Hukuk Dergisi*, Haziran 1998, Sayı 15, s.9

(40. Makale - 2001)

Merih ÖDEN
Mustafa AKKAYA

*“Hayat Standardı Esası”nın
Anayasaya Uygunluğu Sorunu **

* Merih ÖDEN, Mustafa AKKAYA, “ “Hayat Standardı Esası”nın Anayasaya Uygunluğu Sorunu” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.50, S. 2, 2001, s. 1-35.

“HAYAT STANDARDI ESASI”NIN ANAYASAYA UYGUNLUĞU SORUNU

*Doç. Dr. Merih ÖDEN**
*Yrd. Doç. Dr. Mustafa AKKAYA***

Hayat standardı esası, 1982 yılında 2772 sayılı Kanunla 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununa eklenerek benimsenmiştir. Hayat standardı esası, Gelir Vergisi Kanuna ilişkin çeşitli kanunlarla da bir çok kez düzenlenmiştir. Bu kanun hükümleri, özellikle Anayasaya uygunluk yönünden sürekli olarak eleştirilip tartışılmış ve Anayasa Mahkemesinin kararlarına konu olmuştur. Hayat standardı esası, 4369 sayılı Kanunla 1.1.1999 gününden başlayarak yürürlükten kaldırılmışsa da, 4605 sayılı Kanunla 1.1.2000 gününden geçerli olmak üzere yeniden benimsenmiştir. Bu araştırmada, önce hayat standardı esasına ilişkin kanunî düzenlemeler tarihsel gelişim içinde genel çizgileriyle gözden geçirilecek, sonra bu esasın Anayasaya uygunluğu Anayasa Mahkemesinin kararları ışığında çeşitli yönleriyle incelenecek, son olarak da genel bir değerlendirme yapılarak 4605 sayılı Kanundaki hayat standardı esasının Anayasaya uygunluğu tartışılacaktır.

I. GENEL ÇİZGİLERİYLE HAYAT STANDARDI ESASINA İLİŞKİN KANUNÎ DÜZENLEMELERİN GELİŞİMİ

Hayat standardı esası, ilk kez 31.12.1982 günlü 2772 sayılı Kanunla (m. 15) 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununa eklenen mükerrer 116. maddeyle benimsenmiştir. Mükerrer 116. maddenin 1. fıkrasında, gerçek usûlde gelir vergisine tâbi ticarî, ziraî ve meslekî kazanç sahibi yükümlülerin yıl sonunda beyan ettikleri gelirlerin (zarar beyan edilmesi hali dahil) hayat standardı esası gereğince temel ve ek gösterge miktarlarının uygulanmasıyla belirlenecek tutardan düşük olması halinde, vergi tarhına hayat standardı esasına göre saptanan tutardan 31. maddedeki indirimler yapıldıktan sonra kalan miktarın esas alınması öngörülmüştür. Bu maddede, yükümlülerin kendilerine, eşlerine, çocuklarına ve bakmakla yükümlü bulundukları diğer kişilere ait yıllık beyannamede toplanması zorunlu olmayan vergiye tâbi gelirleri bulunduğunu belgelendirmeleri halinde, bu esasa göre yapılan tarhiyatın Vergi Usul Kanununun düzeltme

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

hükümleri çerçevesinde düzeltileceği, ayrıca 88. maddeye göre yapılacak zarar mahsubunun yalnızca bu madde gereğince saptanacak geliri aşan gelir kısmı için olanaklı olduğu belirtilmiştir. Yine mükerrer 116. maddede, Bakanlar Kuruluna hayat standardı esasına temel oluşturan tutarları beş katını aşmamak şartıyla her yıl % 25’ine kadar arttırma yetkisi tanınmıştır.¹

Hayat standardı esasının getiriliş nedenleri ve bu esasla güdülen amaçlar, madde gerekçesinde şöyle açıklanmıştır:

“Bu madde ile, Kanuna 2361 sayılı Kanunla eklenen ve gerçek usulde gelir vergisine tabi ticarî kazanç sahipleri ile serbest meslek erbabının cari vergilendirme döneminin gelir vergisine mahsup edilmek üzere getirilen peşin ödeme esası, bugüne kadar geçen süre içerisinde beklenen vergi emniyeti ve fiskal amacı yeterince sağlayamadığından, peşin ödemeye ilişkin hüküm yürürlükten kaldırılmış ve madde “hayat standardı esası” başlığı altında yeniden düzenlenmiştir.

Bilindiği gibi, mevcut belge düzeninin tam olarak uygulanamadığı alanlarda gerçek gelire yaklaşmak amacıyla gelirle servet ve gider ilişkisini düzenleyen müesseselere gelir vergisi sisteminde “otokontrol müesseseleri” veya “otokontrol araçları” denilmekte ve mevcut Gelir Vergisi Kanunu’muzda bunlardan “ortalama kâr haddi ve asgarî gayrî safî hâsîlat esası”, “asgarî ziraî kazanç”, “gider” ve “servet beyanı” esasları yer almaktadır.

Bu madde ile, otokontrol araçlarına benzer bir müessese olarak “hayat standardı esası” adı altında yeni bir otokontrol aracı geliştirilmiştir. Geliştirilen bu yöntem gerçek usulde gelir vergisine tabi bulunan ticarî, ziraî ve meslekî kazanç sahiplerini kapsamaktadır. Söz konusu kişilerin, elde ettikleri gelirlerin asgarî ücret düzeyinin altında kalamayacağı varsayımına dayanan bu yöntem, hayat standardı göstergelerinin de nazara alınması suretiyle yaşam düzeyi, beyan edilen gelirin sağlayabileceğinin çok üstünde olan mükelleflerin gerçek gelirlerine vergi incelemeleri dışında da yaklaşılabilmesi imkânı sağlanmış olmaktadır.

Şu kadar ki bu müessese geçmiş yıl zararlarının mahsubunu engellemediği gibi beyan dönemine ilişkin zararın da kaldırılması anlamını taşımamaktadır.”²

4.12.1985 günlü 3239 sayılı Kanunla (m. 68) Gelir Vergisi Kanununun mükerrer 116. maddesindeki gösterge tutarları yükseltilmiş, hayat standardı esasına göre vergi tarhına esas alınacak gelirin gösterge tutarlarının altında olmayacağı öngörülmüş ve Bakanlar Kuruluna bu tutarları on katını aşmamak

- 1 2772 sayılı Kanun (m.21) 1.1.1983 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir (RG, 31.12.1982, Sayı 2. Mükerrer 17915). Ancak, Kanunun Geçici 6. maddesinde, mükerrer 116. madde hükmünün 1982 yılı kazançları için de uygulanması öngörülmüştür.
- 2 2772 sayılı Kanuna ilişkin tasarının gerekçesi, Danışma Meclisinin 29.12.1982 günlü 36. Birleşim tutanağının sonuna ekli S. Sayısı: 276, s. 3-4, **DMTD**, Cilt 13. Aynı yönde, Danışma Meclisi Bütçe - Plan Komisyonu Raporu, S. Sayısı: 276, s. 6; Millî Güvenlik Konseyi Bütçe - Plan Komisyonu Raporu, Millî Güvenlik Konseyinin 31.12.1982 günlü 126. Birleşim tutanağının sonuna ekli S. Sayısı: 518, s. 6-7, **MGKTD**, Cilt 8.

“Hayat Standardı Esası”nın Anayasaya Uygunluğu Sorunu

şartıyla ayrı ayrı veya topluca her yıl arttırabilme yetkisi tanınmıştır.³ 3239 sayılı Kanunla mükerrer 116. maddede yapılan bu değişikliğin iptali isteğiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmuş; ancak Mahkeme, söz konusu hükmü Anayasa aykırı görmeyerek davayı reddetmiştir.⁴

3.12.1988 günlü 3505 sayılı Kanunla (m. 18) Gelir Vergisi Kanununa Geçici 32. madde eklenmiştir. Geçici 32. maddede, 1.1.1988 - 31.12.1997 tarihleri arasında mükerrer 116. maddenin 1. fıkrasındaki hayat standardı temel ve ek göstergelerinin dört kat arttırılarak dikkate alınması ve gerçek usûlde gelir vergisine tâbi ticarî ve serbest meslek kazançlarının vergilendirilmesinde mükerrer 116. maddenin birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve yedinci fıkraları yerine bu maddedeki hükümlerin uygulanması öngörülmüştür. Başka bir deyişle, Geçici 32. maddede yeniden düzenlenen hayat standardı esasıyla mükerrer 116. maddenin bazı hükümlerinin uygulanmasına devam edilirken bazı hükümleri bir süre askıya alınmıştır. Öte yandan, 3505 sayılı Kanunun 34/b maddesi ile mükerrer 116. maddenin 7. fıkrasındaki yükümlülerin kendilerine, eşlerine, çocuklarına ve bakmakla yükümlü bulundukları diğer kişilere ait olup yıllık beyannameye toplanması zorunlu olmayan vergiye tâbi gelirlerin belgelendirilmesi koşuluyla hayat standardı esasına göre yeniden vergilendirmesini önleyen hüküm yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece 1.1.1988 - 31.12.1997 tarihleri arasında uygulanacak hayat standardı esasında, ziraî kazançların bu esasın kapsamı dışında bırakıldığı; bazı gelirlerin hayat standardı esasına temel oluşturan göstergelere göre saptanan gelirden düşülmesine, dolayısıyla bu esas gereğince saptanan gelirle beyan edilen gelir arasındaki farkın diğer gelirlerle açıklanmasının kabul edilmediği, ayrıca Bakanlar Kurulunun yeniden saptanan temel gösterge tutarları ile hayat standardı gösterge tutarlarını yarısına kadar indirmeye veya on katına kadar arttırmaya ve kazanç ve faaliyet konularıyla kalkınmada öncelikli yörelerde farklı miktarlar saptamaya yetkili kılındığı görülmektedir.⁵

Kanun koyucunun hayat standardı esasını, yalnızca mükerrer 116. maddede ihtiyaç duyulan değişiklikleri yaparak veya bu maddeyi yürürlükten kaldırıp Geçici 32. maddede on yıl süreyle uygulanmak üzere her yönüyle yeniden düzenlemek yerine, bir yandan mükerrer 116. maddeyi koruyup, diğer yandan “Geçici” 32. maddede bazı yönleriyle özel olarak düzenlemesinin ne-

3 3239 sayılı Kanunun 144/5. maddesinde hayat standardı esasına ilişkin 68. maddenin de diğer bazı hükümlerle birlikte 1.1.1986 tarihinde yürürlüğe girmesi öngörülmüştür (RG, 11.12.1985, Sayı 18955), Ancak anılan Kanunun Geçici 1/e maddesinde, değişik mükerrer 116. madde hükmünün 1985 yılında gerçek usûlde vergilendirilen yükümlüler hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir.

4 E. 1986/5, K. 1987/7, k.t. 19.3.1987, **AYMKD** Sayı 23, s. 133 -178.

5 3505 sayılı Kanun 3.12.1988 tarihinde kabul edilmişse de, bu Kanunla (m. 18) Gelir vergisi Kanununa eklenen Geçici 32. maddede düzenlenen hayat standardı esasının 1.1.1988 tarihinden başlayarak uygulanması öngörülmüştür (RG, 10.12.1988, Sayı 20015).

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

denleri, 3505 sayılı Kanunun gerekçesinden anlaşılamamaktadır.⁶ Burada hayat standardı esasının sürekli tartışma konusu olması, buna karşılık mükerrer 116. maddenin 3239 sayılı Kanunla değişiklik geçirmeyen hükümlerinin Anayasanın Geçici 15/3. maddesinin kapsamında bulunması, yani bu hükümlerin Anayasaya aykırılığının ileri sürülememesi dikkate değer. Öte yandan Anayasa Mahkemesi, Gelir Vergisi Kanununa 3505 sayılı Kanunla eklenen Geçici 32. maddeyi Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.⁷

Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararından sonra, 15.12.1990 günlü 3689 sayılı Kanunla (m. 7) Gelir Vergisi Kanununa Geçici 35. madde eklenerek, 1.1.1990 - 31.12.1999 tarihleri arasında gerçek usûlde gelir vergisine tâbi ticarî ve serbest meslek kazançları için geçerli olacak hayat standardı esası yeniden düzenlenmiştir. Geçici 35. maddede, hayat standardı temel göstergeleri sanayi kesiminde çalışan işçiler için geçerli olan asgarî ücretin yıllık brüt tutarıyla ilişkilendirilmiş; hayat standardı gösterge tutarları arttırılmış; temel ve ek gösterge tutarlarından belgelendirilmesi koşuluyla düşülecek, yani açıklama nedeni kabul edilen gelirler sayılmış, ayrıca söz konusu tarihler arasında mükerrer 116. maddenin bu maddeye aykırı düşen hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Böylece 3689 sayılı Kanun da, 3505 sayılı Kanun gibi, hayat standardı esasını Geçici 35. maddeyle yeniden düzenleyerek Gelir Vergisi Kanununun mükerrer 116. maddesinin bazı hükümlerini bir süre askıya almıştır.⁸ Anayasa Mahkemesi, 3689 sayılı Kanunla Gelir Vergisi Kanununa ek-

6 3505 sayılı Kanuna ilişkin tasarının genel gerekçesinde, “(g)etirilen değişikliklerle vergide verim, etkenlik, adalet ve vergi güvenlik ve denetimine ilişkin müessese ve kurallarda göze çarpan eksiklikler giderilmekte bunların sonucu olarak da vergi kayıp ve kaçığının önlenmesinde daha çok etkili olunması hedeflenmektedir” denilmiştir (TBMM’nin 17.11. 1988 tarihli 27. Birleşim tutanağının sonuna ekli S. Sayısı 115, s. 2, **TBMMTD**, Dönem 18, Cilt 17). 3505 sayılı Kanunun 18. maddesinin gerekçesinde de, “... Bu düzenleme ile Gelir vergisi Kanununun mükerrer 116 ncı maddesinde yer alan hayat standardı esası için on yıllık geçici bir uygulama dönemi öngörülmektedir ...

Ayrıca, hayat standardı temel gösterge tutarları ve hayat standardı gösterge tutarları günün şartlarına uygun seviyeye getirilmekte, ticari kazanç sahipleri ile serbest meslek erbabının, bu faaliyetlerinin her biri için beyan ettikleri kazançlarının hayat standardı esasına göre tespit edilen tutardan daha düşük olması halinde, hayat standardı esasına göre bulunacak tutarın vergi tarhına esas alınması öngörülmektedir.

Hayat standardı esası uygulamasında geçici dönem için yapılan bir başka düzenleme ise, bu esasa göre tespit edilen gelirle, beyan edilen gelir arasındaki farkın diğer gelirlerle izahının kabul edilmemesidir. Bu suretle, aynı işi yapanlar arasındaki eşitsizlik giderilmekte, izah sebebi geliri olmayanların aleyhine ve bunların haklı sızlanmalarına neden olan uygulama ortadan kaldırılmaktadır...” denilmiştir (TBMM’nin 17.11.1988 tarihli 27. Birleşim tutanağının sonuna ekli S. Sayısı 115, s. 10, **TBMMTD**, Dönem 18, Cilt 17),

7 E. 1989/6, K. 1989/42. k.t. 7.11.1989, **AYMKD** Sayı 25, s. 387-419, Mahkeme, 3505 sayılı Kanunun bazı hükümlerinin iptalinin kamu yararını olumsuz yönde etkileyecek nitelikte hukukî boşluk doğuracağı gerekçesiyle Anayasanın 153/3 ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri hakkında Kanunun 53/4 -5 maddeleri gereğince iptal hükmünün bu kararın Resmi Gazetede yayımlanmasından başlayarak (**RG**, 6.4.1990, Sayı 20484) altı ay sonra yürürlüğe girmesini kararlaştırmıştır.

8 3689 sayılı Kanunun 13/a maddesinde, söz konusu 7. maddeyle Gelir Vergisi Kanununa eklenen Geçici 35. maddenin 1.1.1990 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe girmesi öngörülmüştür (**RG**, 20.12.1990, Sayı 20731),

“Hayat Standardı Esası”nın Anayasaya Uygunluğu Sorunu

lenen Geçici 35. maddenin hayat standardı temel ve ek gösterge tutarlarından düşülecek gelirlere ilişkin 3. fıkrasını Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.⁹

Anayasa Mahkemesinin ikinci iptal kararından sonra çeşitli Kanunlarla Gelir Vergisi Kanununun Geçici 35. maddesinde değişiklikler yapılmış ve bu maddeye bazı hükümler eklenmiştir. Bunlardan konumuz bakımından en önemlisi, 26.12.1993 günlü ve 3946 sayılı Kanunla (m.27) Geçici 35. maddeye 7. fıkra olarak eklenen¹⁰ “(m)ükellefler; kendilerine, eşlerine ve çocuklarına ait ve üzerinden gelir vergisi ödenen gelirleri (hamiline yazılı mevduat ve hamiline yazılı menkul kıymetlerden elde edilen gelirler hariç) ile kendilerine ve eşlerine ait emekli, maluliyet, dul ve yetim aylığı bulunduğunu belgelendirdikleri takdirde, bu gelirler, hayat standardı esasına göre kazancın tespitinde izah nedeni gelir olarak kabul edilir” hükmüdür.”¹¹ Bu fıkra da yer alan “... üzerinden gelir vergisi ödenen...” ibaresinin Anayasaya aykırılığı ileri sürülerek Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Ancak Mahkeme, söz konusu hükmü Anayasaya aykırı bulmamış ve itirazı reddetmiştir.¹²

22.7.1998 günlü 4369 sayılı Kanunla Gelir Vergisi Kanununun bir yandan Geçici 35. maddesinin 1. fıkrasında yer alan “1.1.1990 - 31.12.1999” ibaresi “1.1.1990 - 31.12.1998” şeklinde değiştirilerek (m. 81/C-13), diğer yandan da mükerrer 116. maddesi yürürlükten kaldırılarak (m. 82/3-0), 1.1.1999 tarihine

9 E. 1991/7, K. 1991/43, k.t. 12.11.1991, **AYMKD** Sayı 27 Cilt 2, s. 645-56. Burada belirtmek gerekir ki, Mahkeme bu kararında söz konusu fıkra da yer alan “hamiline yazılı mevduatlardan ve menkul kıymetlerden elde edilen gelirler hariç” şeklindeki hükmü Anayasaya aykırı bulmamış (**AYMKD** Sayı 27 Cilt 2, s. 650, 651), ancak sonuçta fıkranın Anayasaya aykırı gördüğü diğer kısımlarıyla birlikte iptal etmiştir (**AYMKD** Sayı 27 Cilt 2, s. 655). Öte yandan Mahkeme, Anayasanın 153/3. ve 2949 sayılı Kanunun 53/4-5. maddeleri gereğince söz konusu hükmün iptalinin doğuracağı boşluğun niteliğini gözeterek iptal hükmünün bu kararın Resmi Gazetede yayımlanmasından başlayarak (**RG**, 23.7.1992, Sayı 21293) altı ay sonra yürürlüğe girmesini kararlaştırmıştır,

10 3946 sayılı Kanunda (m. 39/la) bu Kanunla 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun Geçici 35. maddesine eklenen 7. fıkra hükmünün 1993 takvim yılı gelirlerine de uygulanmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği öngörülmüştür (**RG**, 30.12.1993 Sayı Mükerrer 21804). Gelir Vergisi Kanununun Geçici 35. maddesinde, yine 3946 sayılı Kanunun 27. maddesiyle, ayrıca 4108 sayılı Kanunun 27. ve 4325 sayılı Kanunun 9. maddeleriyle başka bazı değişiklikler yapılmıştır.

11 3946 sayılı Kanunun 27. maddede ilişkin gerekçesi şöyledir:

“...Bilindiği gibi, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununa 3689 sayılı Kanunla eklenen geçici 35 inci madde ile ... ilgili olarak Anayasa Mahkemesince verilen kararda hayat standardı esasına göre tespit edilen kazançtaki düşüklüğün izahına ilişkin hüküm, dar kapsamlı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir.

Geçici 35 inci maddeye eklenen 7 numaralı fıkra da hayat standardı esasına izah uygulaması Anayasa Mahkemesinin iptal kararı da dikkate alınarak, daha geniş kapsamlı olarak düzenlenmektedir. Bu düzenleme ile hayat standardı esasına göre tespit edilen gelirdeki düşüklük, mükellefin kendisi, eşi ve çocuklarına ait gelir vergisine tabi ve üzerinden gelir vergisi ödenen veya ödenecek olan gelirleri ve mükellefin kendisi ve eşine ait emekli, maluliyet, dul ve yetim aylıkları ile izah edilebilecektir. Hamiline yazılı menkul kıymetlerin iratları ile hamiline açılan mevduat hesaplarının faizleri ve geliri vergisi konusuna girmekle birlikte üzerinden vergi Ödenmeyecek olan kazanç ve iratlar, izah uygulamasına konu edilmeyecektir.” (TBMM’nin 17.12.1993 tarihli 47. Birleşim tutanağının sonuna ekli S. Sayısı 403, s. 15, **TBMMTD**, Dönem 19, Cilt 48)..

12 E. 1996/43. K. 1998/13, k.t. 5.5.1998, **AYMKD** Sayı 34 Cilt 1, s. 286-299.

den geçerli olmak üzere (m.86/c) hayat standardı esasının uygulanmasına son verilmiştir.

Hayat standardı esası, 2772 sayılı Kanuna ilişkin tasarıya girişinden başlayarak özellikle yükümlülerin gerçek gelirleri yerine kazanılmamış gelirler üzerinden vergilendirilmesine yol açtığı ve götürü vergi niteliğini taşıdığı, dolayısıyla malî güce göre vergilendirme ve vergide adalet ilkeleriyle bağdaşmadığı yolunda yoğun eleştirilere uğramıştır.¹³ Bu eleştiri ve yakınmaların Gelir Vergisi Kanununda kapsamlı değişiklikler yapan 4369 sayılı Kanunla hayat standardı esasının yürürlükten kaldırılmasında önemli bir rol oynadığı görülmektedir. Nitekim, 4369 sayılı Kanunun gerekçesinde, Türk vergi sisteminde *gerçek gelir yerine kazanılmayan gelirlerin hayat standardı esası gibi tahmini yöntemlerle vergilendirildiği*, bu Kanunla hayat standardı esası tamamen yürürlükten kaldırılmakla *gelir vergisinde kazanılmamış gelirin vergilenmesine son verilerek yükümlülerin gerçek gelirlerinin vergilenmesi uygulamasına geçildiği* ifade edilmiştir.¹⁴

23.11.2000 günlü 4605 sayılı Kanunla (m. 5) Gelir Vergisi Kanuna eklenen Geçici 58. maddede, 1.1.2000 - 31.12.2001 tarihleri arasında gelir vergisine tâbi ticarî ve serbest meslek kazançları için geçerli olmak üzere hayat standardı esası yeniden benimsenmiştir. Geçici 58. maddede, ticarî kazanç sahipleri ile serbest meslek erbabının zarar beyanı da dahil olmak üzere bu faaliyetleri dolayısıyla beyan edecekleri kazançlarının temel gösterge tutarlarına hayat standardı göstergelerine göre belirlenen eklemeler yapılarak saptanacak tutardan düşük olması halinde, vergi tarhına hayat standardı esasına göre saptanan tutarın esas alınacağı; yükümlülerin kendilerine, eşlerine ve çocuklarına ait

13 Hayat standardı esasına yönelik eleştiriler konusunda bkz. Danışma Meclisi Bütçe - Plan Komisyonu Raporu Karşı Oy Yazısı, Danışma Meclisinin 29.12.1982 günlü 36. Birleşim tutanağının sonuna ekli S. Sayısı: 276, s. 8, *DMTD*, Cilt 13; *DMTD*, Cilt 13, s. 253-63, 271-79, 299-318; *MGKTD* Cilt 8, s. 49-54; *TBMMTD*, Dönem 18, Cilt 18, s. 345-69, 388-89; TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, TBMM'nin 15.12.1990 tarihli 49. Birleşim tutanağının sonuna ekli S. Sayısı 496, s. 6-7, 11-12, *TBMMTD*, Dönem 18. Cilt 53; *TBMMTD*, Dönem 18, Cilt 53, s. 395-97, 400, 418-23; *TBMMTD*, Dönem 19. Cilt 50, s. 194-200.

14 Kanun tasarısının genel gerekçesi, TBMM'nin 17.6.1998 tarihli 103. Birleşim tutanağının sonuna ekli S. Sayısı 626, s. 3-5, *TBMMTD*, Dönem 20, Cilt 55. Bkz. aynı yolda TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu ile çeşitli kanun teklifleri, S. Sayısı 626, s. 96-97; 63-64; 73-75. 4369 sayılı Kanuna ilişkin tasarının TBMM Genel Kurulunda görüşülmesi sırasında Maliye Bakanı da görüşlerini açıklarken “... Türk Halkı, hayat standardı uygulamasıyla kazanılmayan gelirlerin vergisini ödemekten artık bıktı; kazanılmayan gelirlerin, müteakip yılda, yüzde 50'sini, her ay tıkrı tıkrı, hatta sıftah bile etmeden, dükkânını bile açmadan ödemekten bıktı. Böyle bir sistemi daha düzgün ve daha iyi göstermeye imkân var mı?!”

Burada yapılan düzenleme, çok net bir şekilde “eğer kazanç varsa vergi vardır, kazanç yoksa vergi yoktur” esasına dayanmaktadır. Böyle bir sistemi getirirken, elbette ki, bazı yükümlülükler gelir; zaten, vergi sistemleri yükümlülük getirir. Ancak, hiç hak etmeyen insanlara yükümlülük yüklemek yerine, gerçekten yükümlülük üstlenmesi gerekene yükümlülük yüklemek, bu Parlamentonun görevidir, çağdaş devletin görevidir. Aksi takdirde, salmalar salarak, insanlardan, kazanmadıkları kazançların vergisini alarak, çağdaş devleti de kuramazsınız, çağdaşlıktan da, kesin olarak, bahsedemezsiniz” dediği görülmektedir (*TBMMTD*, Dönem 20, Cilt 55, s. 78). Bu konuda ayrıca bkz. *TBMMTD*, Dönem 20. Cilt 55. s. 43,47-51, 67-68, 79-80, 83; *TBMMTD*, Dönem 20, Cilt 59, s.416- 417/49.

“Hayat Standardı Esası”nın Anayasaya Uygunluğu Sorunu

ve üzerinden gelir vergisi ödenen gelirleri (hamiline yazılı menkul kıymetlerden elde edilen gelirler hariç) ile kendilerine ve eşlerine ait emekli, maluliyet, dul ve yetim aylığı bulunduğunu belgelendirdikleri takdirde, bu gelirlerin hayat standardı esasına göre kazancın saptanmasında açıklama nedeni (izah nedeni) gelir olarak kabul edileceği; 88. maddeye göre yapılacak zarar mahsubunun yalnızca bu madde gereğince saptanacak geliri aşan gelir kısmı için olanaklı olduğu; hayat standardı temel ve ek gösterge tutarlarının faaliyetinde bulunulan yıl için Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre belirlenen yeniden değerlendirme oranında arttırılarak saptanacağı belirtilmiş ve Bakanlar Kurulu bu şekilde saptanacak hayat standardı gösterge tutarlarını %50 fazlasına kadar arttırmaya veya yarısına kadar indirmeye yetkili kılınmıştır.¹⁵

Geçici 58. madde, Gelir Vergisi Kanununa, 4605 sayılı Kanuna ilişkin tasarıya TBMM Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında verilen bir Önergeyle eklenmiştir.¹⁶ Hayat standardı esasının yeniden benimsenmesine neden ihtiyaç duyulduğu ise, Maliye Bakanı tarafından şöyle açıklanmıştır;

“Hayat standardı müessesesi ... 1982’de vergi sistemimize girmiş ve 2000 yılına kadar da uygulamada kalmış; hiç kaldırılmamış veya kaldırılmaya da teşebbüs edilmemiş bir müessese. Ancak, 1998 yılında çıkarılan kanunla, bu, kaldırıldı ve ilk 2000 yılında verilen beyannamelerde hayat standardı müessesesi uygulanmadı ... İlke olarak, gerçek usulde bir Gelir Vergisinin içinde, bir nevi götürü nitelikte olan hayat standardı benimsenecek bir müessese değil; ama, vergi idaresinin etkin hale gelmesi, vergi idarelerinin otomasyonla, bilgisayarla bütün bilgilere, bütün işlemlere hâkim olduğu zaman bütün incelemeler yapılır; ama, bizim vergi sistemimize baktığımız zaman, vergi mükelleflerinin ancak yüzde 2 ile 3’ü arasındakilerin incelemesi yapılmakta; geri kalanın incelemesi yapılmamaktadır.

Şimdi, 2000 yılındaki bu uygulamayla şöyle bir tabloyla karşılaştık: Bizim, halen 1,5 milyon civarında beyannameli mükellefimiz var. Bu uygulama başladıktan sonra, 2000 yılı mart ayında verilen beyannamelerde, 500 000’in üzerinde mükellef -ticarî kazanç ve serbest meslek kazancı mükellefi- gelir beyan etmediler ve vergi Ödenmedi. Şimdi, ülkemizde, bu kadar büyük bir kesimin vergi ödememiş olması, vergi adaletine de uyan bir tablo değil. Şimdi, bir asgarî ücretli, yılda, aşağı yukarı 146 milyon lira vergi Ödüyor ve imalat sanayii işçisinin ödediği de 686 milyon lira. Bu durumu da dikkate alarak, program süresince -iki yıl süreyle- ta 1982’den beri uygulanmakta olup gelen, bir tek bu yıl uygulanmayan bu sistem ... adalet yönü ve bir miktar da finans yönü ... dikkate alınarak, iki yıl için biraz daha yumuşatılmış olarak getirilmektedir...

(G)elir vergisi mükellef sayısı esas itibariyle 1 milyon 980 bin kişidir; ama, ticarî ve serbest meslek kazancı dolayısıyla beyanda bulunan 1 milyon 557 bin kişidir. Bu

15 4605 sayılı Kanunun 12/a maddesinde Gelir Vergisi Kanununa Geçici 58. maddeyi ekleyen 5. maddenin 2000 yılı gelirlerine de uygulanmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiştir (RG, 30.11.2000, Sayı Mükerrer 24246).

16 Bu önerge ve üzerindeki tartışmalar için bkz. TBMMTD, Dönem 21, Cilt 45 (Birleşim 19. 22.11.2000)<<http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem21/yil3/bas/b019m.htm>>.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

mükellef grubu, 2000 yılına kadar hayat standardı esasına göre vergi vermiştir; yani, 2000 yılına kadar bu devam etmiştir. 2000 yılında, 500 000 gelir vergisi mükellefi, gelir beyan etmemiş ve vergi ödememiştir....

(B)irkısım mükellef yüksek beyan ederken, diğer birkısım mükellef ya hiç ya da düşük beyan ederek vergi ödemekten kaçınmışlardır; birkısım mükellefin asgarî ücretli düzeyinde bile vergi ödemedikleri de, ... ifade ettiğim rakamlarda vardır.

Hayat standardıyla hiç vergi ödemeyen mükelleflerin de vergi ödemesi sağlanarak, sistem daha adaletli hale getirilmektedir. Vergisini, hayat standardıyla belirtilen tutarın üzerinde beyan edenlerin, buna göre tekrar vergi ödemesi söz konusu değildir. Zaten, hayat standardına göre tespit edilmiş rakamın üzerinde beyanda bulunuyorsa, onun yeniden bu müesseseden etkilenmesi, kesinlikle söz konusu değildir. Yani, ilave bir şey yoktur, bu ölçütlerin üzerinde beyan edenlerde herhangi bir durum yok.

Uygulama sürekli değil, program süresince, geçici bir şekilde olacaktır...

(T)abiî, esasında, hayat standardı olmayıp, bütün mükellefler vergi idaresince incelenebilse ve ödemesi gereken gelirin ödenmesi sağlatılmış olsa, hiç mesele yok; ama, vergi idaresi bugün -yıllardan beri böyle geliyor- yüzde 2, yüzde 3 bir inceleme kapasitesine sahiptir. 4369 sayılı Kanunun gelir azaltan tedbirleri hemen etkisini göstermiş, ciddi gelir azalmasına sebebiyet verilmiştir. Onun için, burada böyle bir düzenleme getirilmektedir. Bu düzenlemeyle, sadece gelir amaçlanmamakta, aynı zamanda da vergi adaleti sağlanmaktadır...”¹⁷

II. ANAYASA MAHKEMESİNE GÖRE HAYAT STANDARDI ESASININ NİTELİĞİ VE ANAYASAYA UYGUNLUĞU

Hayat standardı esasıyla ilgili düzenlemeler, yukarıda belirtildiği gibi, Gelir Vergisi Kanununda 3239, 3505, 3689 ve 3946 sayılı Kanunlarla yapılan değişiklikler dolayısıyla dört kez Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu başvurularda hayat standardı esasının Anayasaya uygunluğunu incelerken üzerinde durduğu konular, başlıca dört noktada toplanabilir: 1) Hayat standardı esasının niteliği ve ilke olarak Anayasaya uygunluğu; 2) Hayat standardı temel ve ek göstergelerine göre belirlenen tutarın altında gelir beyan eden yükümlünün gerçek gelirini açıklama ve kanıtlama hakkı (izah nedenleri); 3) Hayat standardı esasının geçmişe yürütülmesi; 4) Hayat standardı temel ve ek gösterge tutarlarının kanunla belirlenmesi ve bu konuda Bakanlar Kurulunun yetkilendirilmesi.

1) Hayat standardı esasının niteliği ve ilke olarak Anayasaya uygunluğu

Anayasa Mahkemesi bir kararında, hayat standardı esasının niteliği konusundaki görüşünü şöyle açıklamıştır:

¹⁷ TBMMTD, Dönem 21, Cilt 45 (Birleşim 19, 22.11.2000)
<[http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem21/yil3/bas/b019m .htm](http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem21/yil3/bas/b019m.htm)>.

“Hayat Standardı Esası”nın Anayasaya Uygunluğu Sorunu

“Hayat Standardı Esası”, vergi gelirlerinin güvencesi sayılan bir önlem türüdür. Yükümlünün istencine bağlı bildirim yöntemi gerçek gelirin saptanmasına yetmediğinden, matrah farklılıklarını ortaya çıkarmak için bildirilen gelirle ilgili araştırma ve karşılaştırmalara olanak veren bir yöntem biçimidir. Vergi güvenlik kurumlarından dolayı olanları(n) içinde yer alan, denetim aracı niteliğinde, vergi mevzuatında önceleri uygulanan “gider esası”, “servet beyanı esası”, “ortalama kâr haddi esası”, “asgarî gayrisafi hâsılat esası” gibi kurumların yeni örneği olan “hayat standardı esası” (gerçek usûlde gelir vergisi kapsamındaki meslekî, ticarî ve tarımsal kazanç sahiplerinin bildirdikleri gelirlerin yasal verilere göre hesaplanacak matrahlardan düşük olması durumunda dış belirtilere göre düzeltilip yükseltilmesini sağlayan bir vergi salma yöntemidir. Yükümlüleri gerçek gelirlerinin vergisini ödemeye zorlayan kendiliğinden denetim kurumu niteliği ağır basmaktadır. Tüketim ve artırımın toplamını oluşturan gelir, Yasa koyucunun hayat standardı için kabul ettiği dayanaktır. Tüketimi denetleyip izleyerek gelirleri saptama yollarından biridir. Yükümlünün yaşam düzeyi ve tüketim gücüyle vergi ödeme oranı arasındaki tutarsızlığın belirlenip verginin gerçek gelire uygun düzeye getirilmesi aracıdır.”¹⁸

Mahkeme, aynı görüşü bir kararında da şöyle ifade etmiştir:

“Hayat Standardı Esası” vergi yükümlüsünün ulaştığı yaşam düzeyini sağlayabilmesi için yaptığı gideri karşılayan bir gelirin olabileceğini varsayarak gerçek gelire ulaşabilmek amacıyla getirilmiş bir vergi kontrol sistemidir. Diğer bir anlatımla, yükümlünün yaşam ve harcama düzeyi yüksek, yıl sonunda beyan ettiği geliri hayat standardı esası gereğince bulunacak miktardan düşük ise, ödemesi gereken vergi bu sistem ile gerçek gelirine uygun duruma getirilmektedir. Hayat standardı esası vergi gelirlerinin güvencesi olup, gelir beyanı belli miktardan düşük olursa vergi matrahının saptanmasında ölçü olarak kullanılmaktadır.”¹⁹

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi bu konuya ilişkin kararlarında, hayat standardı için “vergi gelirlerinin güvencesi sayılan bir önlem”, “vergi denetim aracı” (“vergi kontrol sistemi”), “matrah farklılıklarını ortaya çıkarmak bir yöntem”, “vergi matrahının saptanmasında bir ölçü”²⁰, “vergi salma yöntemi” veya “vergileştirme esası”²¹ gibi farklı anlamlar çağrıştıran nitelendirmelerde bulunmaktadır. Bu bağlamda, Mahkemenin 3239 sayılı Kanunla ilgili kararında, “hayat standardı esasını belirleyen tutarlar; vergi matrahının tesbitinde etkili olmakla birlikte, matrah olarak kabul edilemezler” demesi de dikkate değer.²² Yine Mahkemenin bazı kararlarında, hayat standardı esasını bir “vergi güvenlik önlemi” olarak nitelendirdiğini de eklemek gerekir.²³ Kanımız-

18 E. 1989/6, K. 1989/42, k.t. 7.11.1989, AYMKD Sayı 25, s.406-407,

19 E. 1991/7, K. 1991/43, k.t. 12.11.1991, AYMKD Sayı 27 Cilt 2, s, 650. Aynı yönde bkz. E. 1996/43, K. 1998/13, k.t. 5.5.1998, AYMKD Sayı 34 Cilt 1, s. 292.

20 Ayrıca bkz. E. 1989/6, K. 1989/42, k.t. 7.11.1989, AYMKD Sayı 25, s. 411.

21 Bkz. E. 1996/43, K. 1998/53, k.t. 5.5.1998, AYMKD Sayı 34 Cilt 1, s. 293.

22 E. 1986/5, K. 1987/7, k.t. 19.3.1987, AYMKD Sayı 23, s. 161.

23 Bkz. E. 1989/6, K. 1989/42, k.t. 7.11.1989, AYMKD Sayı 25, s. 412; E. 1991/7, K. 1991/43, k.t. 12.11.1991, AYMKD Sayı 27 Cilt 2, s. 651.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

ca, hayat standardı esasını vergi güvenlik önlemi olarak nitelendirmek daha isabetlidir.²⁴

Anayasa Mahkemesi sözü edilen 3239 sayılı Kanunla ilgili kararında, 2772 sayılı Kanunun gerekçesine de işaretlerle hayat standardı esasını *ilke olarak* Anayasaya aykırı görmemiştir. Mahkemeye göre,

“...Hayat Standardı Esası; mükellefin gerçek gelirine ulaşmak ve böylece Anayasa’da öngörülen “mali güce göre vergileme” ilkesini gerçekleştirmek amacına yönelik bir düzenlemedir. Madde ile ilgili ... gerekçenin de açıklıkla ortaya koyduğu gibi Hayat Standardı Esası ve bu esasa temel teşkil eden miktarların Kanun Koyucu tarafından tesbitinde Anayasa’nın 73. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan “verginin mali güce göre ödenmesi” ve “vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı” ilkelerine aykırı bir yönü yoktur.”²⁵

Anayasa Mahkemesi, ilke olarak Anayasaya uygunluğunu tartışmadığı diğer kararlarında da, hayat standardı esasının varlık nedenini gerçek gelirin bulunmasına yardımcı bir yönetime duyulan ihtiyaçla açıklamıştır.²⁶ Mahkemenin söz konusu kararlarında, açıkça dile getirmemekle beraber, hayat standardı esasını tek başına değil, Gelir Vergisi Kanununun gelirin vergilendirilmesinde kabul ettiği sistemi dikkate alarak, yani bu sistem çerçevesinde değerlendirdiği söylenebilir. Kanımızca, hayat standardı esasının kişiyi yalnızca bu sıfatıyla vergi yükümlüsü kılan bir tür asgarî götürü vergi değil, gelir vergisinde gerçek usûlde vergilendirmede vergi matrahının gerçeğe yaklaşılarak saptanması amacıyla öngörülmüş bir vergi güvenlik önlemi oluşu, bu esasın Anayasaya uygunluğu sorununa gelir vergisi sistemini, dolayısıyla bu sistemin temel ilkelerini, başka bir deyişle sistemi taşıyan ilkeleri göz önünde tutarak yaklaşmayı zorunlu kılmaktadır.²⁷ Bilindiği gibi, Gelir Vergisi Kanu-

24 Vergi güvenliği kavramı, vergilerin konuluş amacına uygun olarak, düzenli ve en yüksek hasılayı sağlayan önlemleri ifade etmektedir. Bu önlemlerin, genel güvenlik önlemleri ve özel güvenlik önlemleri olmak üzere başlıca iki türü olduğu söylenebilir. Genel güvenlik önlemleri, vergi usûl hukukuna ve vergi tekniğine ilişkindir. Vergi cezaları, bilgi alma, belge düzeni, vergilerin açıklanması vb. önlemler genel vergi önlemlerine örnek olarak gösterilebilir. Özel güvenlik önlemleri ise, vergi yükümlülerinin doğru, yani gerçeğe uygun beyanda bulunmalarını sağlamaya yönelik önlemlerdir. Hayat standardı esasının da bu tür bir güvenlik önlemi olduğuna kuşku yoktur. Ayrıca, Türk vergi sisteminde geçmişte uygulanan servet beyanı, gider bildirimi, ortalama kar haddi ve asgarî gayri safi hasılat esasları ile asgarî zira kazanç vb. önlemler de özel güvenlik önlemlerine örnek gösterilebilir. Bu konuda bkz. Şerafettin Aksoy, Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi, Filiz Kitabevi, İstanbul 1999, s. 262 vd. .

25 E. 1986/5, K. 1987/7, k.t. 19.3.1987, **AYMKD** Sayı 23, s. 160-61.

26 Bkz. E. 1989/6, K. 1989/42, k.t. 7.11.1989, **AYMKD** Sayı 25, s. 412; E. 1991/7, K. 1991/43, k.t. 12.11.1991, **AYMKD** Sayı 27 Cilt 2, s. 654; E. 1996/43, K. 1998/13, k.t. 5.5.1998, **AYMKD** Sayı 34 Cilt 1, s. 293.

27 Alman vergi öğretisinde de tüm vergi hukuku sisteminin dayandığı ilkeler (Systemtragende Prinzipien des Steuerrechts) salt anayasal vergileme ilkeleri ile sınırlı tutulmamakta, özel vergi kanunlarına renk veren, onların yorumlanmasında daima göz önünde bulundurulmuş ilkeler de bu kapsamda değerlendirilmektedir (bkz. Klaus Tipke - Klaus Lang, **Steuerrecht**, 14. B., Köln 1994, s. 63 ve 215). Bu tür ilkelere Türk vergi sisteminde de *gelirin elde edilen gerçek miktarının vergilendirilmesi, vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin vergilemede esas tutulması. İktisadî ve teknik icaplara aykırı durumu iddia edenin ispat etmek zorunda olması (VUK. m. 3) ve vergi suç ve cezalarının şahsiliği* örnek gösterilebilir.

“Hayat Standardı Esası”nın Anayasaya Uygunluğu Sorunu

nunun 1. maddesi uyarınca, vergilemede gelirin gerçek miktarının esas alınması, gelir vergisinin temel ilkelerindendir. Başka bir deyişle gelir, esas olarak, gerçek miktarı üzerinden vergilendirilir.²⁸ Gelir Vergisi Kanununa göre, vergi matrahı gelirin gerçek miktarıdır. Gelirin gerçek miktarının vergilendirilmesinin, Anayasanın 73/1. maddesindeki malî güce göre vergileme ilkesinin bir gereği olduğu kuşkusuzdur. Nitekim Anayasa Mahkemesi de 3689 sayılı Kanunla ilgili kararında, vergi yükümlüsünün malî gücüne göre vergilendirilbilmesi için, gerçek gelirin saptanması gerektiğini açıkça belirtmiştir.²⁹ Şu halde, gelir vergisi sisteminde gelirin gerçek miktarının vergilendirilmesinin Anayasaya uygunluğunu varsayarak, bir vergi güvenlik önlemi niteliğiyle hayat standardı esasının gelirin “gerçek miktarının vergilendirilmesi ilkesi”ne, dolayısıyla malî güce göre vergilendirme ilkesine aykırı düşmediğini kabul etmek gerekir. Bu nedenlerle, Anayasa Mahkemesinin hayat standardı esasının ilke olarak Anayasaya aykırı düşmediği yolundaki görüşü isabetlidir.

2. Hayat standardı göstergelerine göre belirlenen tutarın altında gelir beyan eden yükümlünün gerçek gelirini açıklama ve kanıtlama hakkı (izah nedenleri)

Hayat standardı esası ilk kez, 3239 sayılı Kanunla (m. 68) Gelir Vergisi Kanununun mükerrer 116. maddesinde yapılan değişiklikle Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiştir. Bu değişiklikle, hayat standardı esasına ilişkin temel gösterge tutarlarının yükseltilmesinin ve yükümlünün zarar etse de bu gösterge üzerinden vergi ödemek zorunda bırakılmasının Anayasanın 73. maddesindeki malî güce göre vergilendirme ilkesine aykırı düştüğü öne sürülmüştür.³⁰ Anayasa Mahkemesi ise,

“(b)u iddiayı doğru kabul etmek mümkün değildir. Aksine, Hayat Standardı Esası; mükellefin gerçek gelirine ulaşmak ve böylece Anayasa’da öngörülen “mali güce göre vergileme” ilkesini gerçekleştirmek amacına yönelik bir düzenlemedir ”

dedikten sonra, 2772 sayılı Kanunun gerekçesine işaretleyerek,

“(b)u gerekçenin de açıklıkla ortaya koyduğu gibi Hayat Standardı Esası ve bu esasa temel teşkil eden miktarların Kanun Koyucu tarafından tesbitinde Anayasa’nın 73. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan “verginin mali güce göre ödenmesi” ve “vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı” ilkelerine aykırı bir yön” olmadığı sonucuna varmıştır.³¹ Ayrıca Mahkemenin, Bakanlar Kurulunun hayat standardı göstergelerine ilişkin tutarları arttırmaya yetkili kılınmasıyla ilgili Anayasaya aykırılık iddiasını incelerken “hayat standardı esasını belirleyen tutarlar; vergi matrahının tesbitinde etkili olmakla birlikte, matrah olarak kabul edilemezler” demesi de kayda değer.³²

28 Muallâ Öncel - Ahmet Kumrulu - Nami Çağan, **Vergi Hukuku**, Gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 7. B.,Turhan Kitabevi, Ankara 2000, s. 249.

29 E. 1991/7, K. 1991/43. k.t. 12.11.1991, **AYMKD** Sayı 27 Cilt 2, s. 654.

30 Bkz. E. 1986/5, K. 1987/7, k.t. 19.3.1987, **AYMKD** Sayı 23, s. 140,160.

31 **AYMKD** Sayı 23, s. 160-61.

32 **AYMKD** Sayı 23, s. 161.

Anayasa Mahkemesinin, 2772 sayılı Kanunun gerekçesinde “bu müessese geçmiş yıl zararlarının mahsubunu engellemediği gibi beyan dönemine ilişkin zararın da kaldırılması anlamını taşımamaktadır” denilmesine işaretle, hayat standardı esasının zarar beyanı ve zarar mahsubunu engellemediği yolundaki görüşüne katılmaya olanak yoktur. Çünkü, 2772 sayılı Kanunla Gelir Vergisi Kanununa eklenen mükerrer 116. maddenin 1. fıkrasında gerçek usûlde gelir vergisine tâbi ticarî, zirai ve meslekî kazanç sahibi yükümlülerin yıl sonunda beyan ettikleri gelirlerin (*zarar beyan edilmesi hali dahil*) hayat standardı esas gereğince temel ve ek gösterge miktarlarının uygulanmasıyla belirlenecek tutardan düşük olması halinde, vergi tarhına hayat standardı esasına göre saptanan tutardan 31. maddedeki indirimler yapıldıktan sonra kalan miktarın esas alınması öngörülmüştü. Maddenin 7. fıkrasında da, Gelir Vergisi Kanununun 88. maddesine göre yapılacak zarar mahsubunun yalnızca mükerrer 116. madde gereğince saptanacak geliri aşan gelir kısmı için olanaklı olduğu açıkça belirtilmişti. Bunlardan başka, 3239 sayılı Kanunla mükerrer 116. maddenin 1. fıkrasına da “(ş)u kadar ki; ticarî, zirai ve meslekî kazanç sahiplerinin bu faaliyetleri dolayısıyla hayat standardı esasına göre vergi tarhına esas alınacak geliri, yukarıda yazılı tutarlardan aşağı olamaz” hükmü eklenmişti. Görüldüğü gibi, zarar beyanı ve zarar mahsubu yalnızca hayat standardı temel ve ek göstergelerine göre hesaplanan tutarların üstündeki gelir beyanları için geçerlidir. Hayat standardı göstergelerine göre hesaplanan tutarların altında kalan gelir beyanlarında ise, zarar beyanına veya mahsubuna olanak tanınmamıştır. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesinin söz konusu mükerrer 116. madde hükmünü göz önünde tutarak 3239 sayılı Kanunun 68. maddesiyle yapılan değişikliğin ortaya çıkardığı hayat standardı esasının malî güce göre vergilendirme ilkesine uygun düşüp düşmediğini incelemesi gerekirdi.

3505, 3689 ve 3946 sayılı Kanunların hayat standardı esasıyla ilgili düzenlemeleri, özellikle hayat standardı esasının gelir açıklamasına (izah nedenlerine) yer verip vermemesi yönünden Anayasaya uygunluk denetimine konu olmuştur. Anayasa Mahkemesi, 3505 ve 3689 sayılı Kanunlarla ilgili kararlarında konuyu vergi kanunlarının Anayasaya uygunluk koşulları üzerinde durarak incelemiştir. Mahkeme özetle, *hukuk devleti ilkesinin* yönetilenlerin hukukî güvenliğinin ve devlet organlarının eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun sağlanmasını zorunlu kıldığını, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmadığı. Anayasa ve hukukun evrensel kurallarına saygı gösterilmediği ve adaletli bir düzen gerçekleşmediği takdirde hukuk devletinden söz edilemeyeceğini, devletin vergilendirme yetkisini kullanırken gelir elde etmek amacıyla da olsa hukuk devleti niteliklerinden vazgeçemeyeceğini, ayrıca *sosyal devlet ilkesinin* bireyin doğuştan sahip bulunduğu onurlu bir yaşam sürdürme, maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisini kullanabilmesi için sosyal adaleti, sosyal refahı ve sosyal güvenliği sağlamayı amaçladığını, Anayasanın 73. maddesindeki malî güce göre vergilendirme il-

“Hayat Standardı Esası”nın Anayasaya Uygunluğu Sorunu

kesinin sosyal devletin vergi adaleti ile ilgili bulunduğunu ve vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımını öngörerek sosyal devlet ilkesini vergilendirme alanında somutlaştırdığını, kanun koyucunun vergi kanunlarını bu ilkelere uygun olarak düzenlemesi gerektiğini belirtmiştir.³³ Mahkeme, 3505 sayılı Kanunla ilgili kararında, vergi kanunlarının temel hak ve özgürlükleri ilgilendirip etkilediklerine dikkat çekerek, devletin vergilendirme yetkisini kullanırken Anayasanın 13. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasıyla ilgili ilkeleri de gözardı edemeyeceğini vurgulamıştır. Mahkemeye göre, vergilendirme yetkisinin kanunilik ve belirlilik ilkelerine uygun olarak kullanılması ve güdülen amaç ne olursa olsun hak ve özgürlükleri ortadan kaldıracı nitelikteki, aşırı veya ölçsüz, dolayısıyla demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayan sınırlamalardan kaçınılması zorunludur.³⁴

Anayasa Mahkemesi, Gelir Vergisi Kanununa 3505 sayılı Kanunun 18. maddesiyle eklenen Geçici 32. maddeyi, yani bu maddeyle getirilen hayat standardı esasını anılan Anayasa ilkelerine aykırı bularak iptal etmiştir. Burada iptal kararının gerekçesine geçmeden önce, Geçici 32. maddedeki hayat standardı esasının özelliklerine değinmek yararlı olur. Yukarıda açıklandığı gibi, 3505 sayılı Kanunla (m. 18), Gelir Vergisi Kanununa eklenen Geçici 32. maddeyle hayat standardı esas 1.1.1988 - 31.12.1997 tarihleri arasında gerçek usulde gelir vergisine tâbi ticarî ve serbest meslek kazançları için yeniden düzenlenmiştir. Böylece, Geçici 32. maddede düzenlenen hayat standardı esasıyla mükerrer 116. maddenin bazı hükümlerinin uygulanmasına devam edilirken, bazı hükümleri bir süre askıya alınmıştır. Bu arada, 3505 sayılı Kanunun 34/b maddesi ile mükerrer 116. maddenin 8. fıkrasındaki yükümlülerin kendilerine, eşlerine, çocuklarına ve bakmakla yükümlü bulundukları diğer kişilere ait olup yıllık beyannameye toplanması zorunlu olmayan vergiye tâbi gelirlerin belgelendirilmesi koşuluyla hayat standardı esasına göre yeniden vergilendirilmesini önleyen hüküm yürürlükten kaldırılmıştır. Anayasa Mahkemesinde açılan iptal davasının gerekçesinde de, 3505 sayılı Kanunun 18. maddesinin ortaya çıkardığı hayat standardı esasının, özellikle yükümlüyü zarar etse de hayat standardı göstergelerine göre hesaplanan miktarın altında kâr elde etse de bu maddede gösterilen meblâğ üzerinden vergi ödemek zorunda bırakmakla ve mükerrer 116. maddenin 7. fıkrasının yürürlükten kaldırılmasından sonra vergi denetim aracı olmaktan çıkıp baş vergisine dönüştürmekle Anayasanın 73. maddesine aykırı düştüğü öne sürülmüştür.³⁵ Anayasa Mahkemesi anılan maddeyi, her şeyden önce, sosyal devlet ve malî güce göre vergilendirme ilkelerine (AY m. 2 ve 73) aykırı bulmuştur.³⁶ Mahkemeye göre,

33 E. 1989/6, K. 1989/42, k.t. 7.11.1989, **AYMKD** Sayı 25, s. 408-409; E. 1991/7, K. 1991/43, k.t. 12.11.1991, **AYMKD** Sayı 27 Cilt 2, s. 652-53,654.

34 **AYMKD** Sayı 25, s. 409-10.

35 Bkz. **AYMKD** Sayı 25, s. 389-93.

36 Mahkeme, Anayasanın 10. ve 173. maddelerine dayandırılan aykırılık savlarını konunun bu maddelerle “doğrudan bir ilişkisi saptanamadığı” ve “çelişen bir yanı görülmediği” gerekçesiyle incelememiştir. (**AYMKD** Sayı 25, s. 415)

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

“... kendilerine, eşlerine, çocuklarına ya da bakmakla yükümlü oldukları öbür kimselere ilişkin vergilendirilmiş veya vergi dışı bırakılmış gelirleri olan kişilerin bu gelirlere katkı olmak veya başka nedenle, serbest meslek ya da ticaret yoluyla bir gelir sağlamaları durumunda, bu gelirlerin, diğer gelirler hiç yokmuşçasına, hayat standardı çerçevesinde vergilendirilmeleri, bunların kendi malî güçlerini aşan vergi yükümüyle karşı karşıya bırakılmaları, sosyal devlet ilkesi açısından savunulamaz.

Öte yandan böyle bir durum, sosyal güvenlik kurumlarının ödediği ve her türlü vergiden bağışık tuttuğu bir gelirin vergilendirilmesi ya da daha önce vergiye bağlı tutulan gelirlerin yeniden, yinelenen biçimde vergilendirilmeleri sonucunu doğurur. Özellikle, toplumun “entellektüel” olarak nitelenen kesiminde bu durum kendisini daha açık biçimde gösterir. Kazanç amaçlamaksızın, meslekî uğraşını sürdürmek ya da topluma hizmet verme için çalışmak, çalışanları bedensel olmaktan çok, meslek bilgi ve deneyimine dayanan emekli uzman memur, yargıç, avukat, hekim, diş hekimi, mühendis, maliyeci gibi kişiler, böyle bir vergilendirme ortamı içerisinde, ancak, emekli gelirlerinden vergi borçlarını ödeyerek çalışmalarını sürdürebilirler.

Toplumun bir kesimi yönünden, bu tür bir vergilendirme getiren bir yöntem, Anayasa’nın sosyal devlet ilkesiyle bağdaşmaz ve malî güce göre vergilendirme ilkesine de ters düşer.³⁷

Yine Mahkemeye göre,

“... Hayat standardı esası ...“yapılan gideri karşılayan bir gelir olmalı ki yaşam düzeyi sağlanabilsin” varsayımına dayanan “görürü asgarî vergi” görünümündedir. Vergi düzenimizde kazançları vergilendirme yöntemlerinden “götürü yöntem” zorunluluklara dayanmakta, “beyanname yöntemi” ise öznel bir sistem olup yükümlünün bildirimine bağlanmaktadır. Gerçek usulde beyanname yöntemine bağlı yükümlülere uygulanan “hayat standardı esası”, bir tür götürü vergi niteliğiyle kazançların gerçek yöntemde beyannameye bağlı olarak vergilendirilme ilkesine ters düşmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin ... 1987/7 sayılı kararıyla ... belirtilen nitelikleri önemli ölçüde değişen hayat standardı esasını, bugünkü yapısıyla Anayasa’yla bağdaştırmak güçtür. Elde edilen gelirlerin asgarî gider düzeyinin altında kalamayacağı varsayımından kalkan düzenleme, sert ve tüm gelir açıklamalarına kapalı uygulama biçimiyle gerçek gelire yaklaşma olanağını, uzaklaştırmaya çevirerek haksızlık aracı durumuna düşmüştür. Çağdaş aygıtlarla donanan, değişik konumda ve ek ödemelerle akçalı güçleri desteklenen denetim elemanlarına sahip Maliye ve Gümrük Bakanlığı’nın gerçek geliri saptayıp vergisini tam olarak salıp toplamada uygar, hukuksal ve demokratik çözümlere yönelmesi gerekir. Vergi ödeme, bir yakınma değil, yurttaşlık niteliğini dokuyan, kıvanç duyuran bir görev nedeni olmalıdır. Yükümlüyü bıkıtırıp soğutan, çalışmaktan vazgeçiren, ödeme güçlükleri ve eşitsizliklerle üzen uygulamalardan kaçınılarak malî güce uygun vergiyi saptama, modern yöntemlerle toplama olanakları, hukuk içinde ulaşılabilecek bir aşamadır. Yükümlünün malî gücünü gözardı ederek, hayat standardı esasını belirleyen tutarları, vergi matrahının saptanmasında

37 AYMKD Sayı 25, s. 409.

“Hayat Standardı Esası”nın Anayasaya Uygunluğu Sorunu

ölçü olmaktan çıkarıp matrah düzeyine getiren değişiklik yerinde değildir. Anayasa Mahkemesi’nin önceki kararına konu olan hayat standardı esaslarıyla dava konusu düzenleme arasında gözlenen bu farklılık, yeni düzenlemedeki katılığı açıklamaktadır, önceki durumda, yükümlülerin gerçek kazancının ortaya çıkarılması ve gerçek gelirin vergilendirilmesi ilkesinden kalkarak varsayıma dayandığı için, gerçek gelirin saptanmasında vergilendirilmiş başka gelirler ya da vergiye bağlı olmayan gelirlerin bulunması durumunda hayat standardı esası uygulanmayarak gerçek gelirle vergi arasındaki bağ koparılmazken, şimdiki durumuyla bu ilkeden vazgeçilerek gerçeğin bulunması yolu kapatılmış ve hayat standardı esası, vergilendirilmiş başka gelirleri ya da vergiye bağlı olmayan gelirleri gözetmeyen, yükümlüye açıklama ve kanıtlama hakkı tanımayan bir nitelik almıştır.

Gerçekten yeni uygulama ile, yukarıda değinildiği gibi, kendisine, eşine, çocuğuna ya da bakmakla yükümlü olduğu öbür kimselere ilişkin veya sosyal güvenlik kurumlarından elde ettiği vergisi ödenmiş ya da vergiden bağımsık bir geliri olduğunu kanıtlayan yükümlünün bu durumuna bakılmadan, sanki başka hiç geliri yokmuş ve vergisi ödenmemiş gibi, beyan ettiği gelir üzerinden değil, yasanın koyduğu “götürü gelirler” üzerinden yeniden vergilendirilmesi öngörülmektedir.

Ayrıca, hayat standardı göstergelerinin Bakanlar Kurulu’nca, artırılarak uygulanabileceği olasılığı gözönüne alınırsa, varsayıma dayanan “götürü gelirlerin” yüksek boyutlara ulaşacağı, verginin gerçek gelirle olan ilişkisinin büsbütün yiticeği kendiliğinden ortaya çıkar.³⁸

Mahkeme bu nedenlerle ve “varsayım yoluyla sonuç alınmak istenerek gerçek gelir-gerçek vergi amacından uzaklaşıldığını” vurgulayarak, 3505 sayılı Kanunun 18. maddesinin ortaya çıkardığı hayat standardı esasının malî güce göre vergilendirme ilkesine de aykırı düştüğü sonucuna varmıştır.³⁹

Anayasa Mahkemesi hayat standardı esasıyla ilgili yeni düzenlemeyi iki yönden hukuk devleti ilkesine de aykırı görmüştür. Mahkeme, önce hukukî güvenlik ve bu bağlamda vergilendirmede belirlilik ilkesi üzerinde durmuştur. Mahkemeye göre,

“... yeni vergi düzenlemesinin, hukuk devleti ilkesi açısından ortaya çıkardığı iki sonuçtan ilki, kimi gelirlerin kanıtlanması yolunun kapatılması bir yana; gerçek belli iken varsayıma dayanan bir sistem olmasıdır.

Oysa; “hayat standardı esası” ve kurumun varlık nedeni, Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere, gerçeğin bulunmasına yardımcı yöntem olarak kabul edilmesidir. Bu tür bir yöntemle, gerçeğe ulaşmaya, yükümlülerin gerçek kazançlarına yaklaşmaya çalışılır. Yoksa, gerçek kazanç belli iken, bir varsayıma ya da belirtiye değer verilemez.

Kaldı ki, vergi alacağı da, kamusal niteliğine karşın bir borç-alacak ilişkisi ortaya

38 AYMKD Sayı 25, s. 410-11.

39 AYMKD Sayı 25, s. 413.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

çıkartır ve her borç-alacak ilişkisinde olduğu gibi gerçek alacağın ya da borcun saptanmasını gerektirir.

Nitekim, Vergi Usul Yasası da gerçeğin ortaya çıkarılmasını amaçlayan kimi kurallar öngörmüş ... gerçek vergi alacağının belirlenmesindeki önem vurgulanmıştır.

Yeni biçim ise, gelirle-vergi arasında bulunması zorunlu bağı koparmak ve gerçeği gözardı eden bir yöntemi yeğlemekle, “vergideki belirlilik ilkesi”ni yok etmiştir. Bir güvenlik önlemi olarak öngörülen sistem, güvensizliğe dönüşmüş, “karine” veya “varsayım” gerçeğe üstün tutulmuştur. Oysa, olağan yasal belirtiler, aksi kanıtlanuncaya kadar doğru kabul edilen varsayımlardır. Aksi kanıtlanabilecek bu tür belirtilere, gerçeğe karşın geçerlilik tanımak, sistemi kendi içerisinde çelişkiye düşürür ve hukuk devletinin öngördüğü hukuk güvenliği ile bağdaşmaz.”⁴⁰

Anayasa Mahkemesi, daha sonra, hayat standardı esasının Anayasaya uygunluğunu Anayasanın 49. maddesindeki çalışma hakkı açısından incelemiştir. Mahkemeye göre, hayat standardı esasına ilişkin yeni düzenleme karşısında,

“... şimdiki vergilendirilmiş gelirleri ya da vergi dışı bırakılan gelirleri ile geçinemeyen ve yaşantılarını sürdürebilmek için ek gelir elde etmek veya başka amaçlarla mesleklerini yapmak isteyen serbest meslek mensupları; emekli memur, doktor, diş hekimi, mühendis, avukat ve malî müşavir gibi kimseleri, ya güçleri ötesinde vergi ödemek ya da meslek yaşamlarına son vermek gibi bir seçimle karşı karşıya bırakmış olacaktır.

Böylece, ... (s)istemin ortaya çıkardığı ikinci sonuç ... kişilerin kazanmadıkları gelirler üzerinden ağır biçimde vergilendirilmeleriyle, mesleklerinden ayrılmak zorunda bırakılmalarıdır.

Oysa, Anayasa’nın 49. maddesinde öngörülen çalışma hakkı, bir temel hak ve özgürlük olarak anayasal güvenceye bağlıdır. Devlet, çalışanların yaşam düzeyini yükseltmek, çalışma yaşamını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı desteklemekle yükümlüdür. Sözü edilen maddenin gerekçesinde “(ç)alışmanın hak ve ödev olması, sadece ulusal plânda Devletin çalışmak isteyenlere iş temin etmek için gereken tedbirleri alacağını ve çalışanların da ancak çalışmak suretiyle gelir temin edeceklerini ifade etmekle kalmaz; ferdî planda da çalışmanın bir hak ve ödev olarak telâkki edilmesini gerektirir... Devletin çalışma imkânlarının, başka deyişle iş alanlarının dengeli gelişmesi için gerekleri tedbirleri alması temel ödevleri cümlesindendir...” denilmesi bu olguyu hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek biçimde açıklamaktadır.

Ağır vergi koşulları, kişileri, temel hak ve özgürlüklerden birini oluşturan çalışma hakkından yoksun kılacak bu tür bir yasal düzenleme, hukuk devleti ilkesine ters düşer ve Anayasa’nın 13. maddesinde öngörülen demokratik toplum düzeninin gerekleriyle de bağdaşmaz. Bu nedenlerle, ... yeni düzenleme, Anayasa’nın 2., 13. ve 49. maddelerine aykırı bulunmuştur.”⁴¹

⁴⁰ AYMKD Sayı 25, s. 412.

⁴¹ AYMKD Sayı 25, s. 412-13.

“Hayat Standardı Esası”nın Anayasaya Uygunluğu Sorunu

Mahkeme, bu düzenlemenin ayrıca Devletin Anayasasının 5. maddesinde belirtilen temel amaç ve görevleriyle de çeliştiği sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre,

“Anayasa’nın Başlangıç bölümüyle 5. maddesinde insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli koşulları hazırlamakla yükümlü kılınan devletin, bu tür vergiyi salmak ve uygulamakla temel amaç ve görevini bağdaştırmak güçtür. Toplumsal gelişmeleri izleyip güçlendirmek, giderek hızlandırarak her kesime yaygınlaştırmak, bireylerin ekonomik ve toplumsal yönden yaşam düzeylerini daha iyi duruma getirmek, bilgi ve becerisini yarara sunarak çalışmak isteyenlerin karşılaştıkları engelleri kaldırmak görevine ters düşen düzenlemenin özetlenen anayasal erek ve ilkelele aykırılığı açıktır.”⁴²

Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararından sonra, 3689 sayılı Kanunla (m. 7) Gelir Vergisi Kanununa eklenen Geçici 35. maddede 1.1.1990 - 31.12.1999 tarihleri arasında gerçek usûlde gelir vergisine tâbi ticarî ve serbest meslek kazançları için geçerli olacak hayat standardı esasları yeniden düzenlenmiştir. 3689 sayılı Kanun da, mükerrer 116. maddenin bazı hükümlerini bir süre askıya almıştır. Geçici 35. maddenin temel ve ek gösterge tutarlarından belgelendirilmesi koşuluyla düşülecek, yani açıklama nedeni kabul edilecek gelirlere ilişkin 3. fıkrasının açıklama-kanıtlama hakkına kısmen yer vermesi ve gelirin söz konusu olmadığı hallerde bile yükümlülere vergi ödemeye zorlaması nedeniyle özellikle Anayasasının 2., 13., 49. ve 73. maddelerine aykırı düştüğü öne sürülmüştür.⁴³ Anayasa Mahkemesi bu kararında, konuya yaklaşımını, hayat standardı esasları hakkında daha önce verdiği iki kararı da yorumlayarak şöyle açıklamıştır:

“... Hayat standardı esasları bir ölçüde varsayıma dayandığından haksızlık aracı olmaması için yükümlünün gerçek gelirine yaklaştırılması gerekir, Bunun için de gelirin açıklanıp kanıtlanması yöntemi kullanılmak suretiyle yükümlü, belli bir gelirin karinesi sayılan giderleri, vergilendirilmiş ya da vergiye tâbi olmayan başka gelirlerle karşıladığını belgelendirirse kanıtladığı miktar kadar sorumluluktan kurtulmuş olacaktır. Hayat standardı esasının Anayasa’ya uygun olabilmesi için belirtilen gelir açıklanması ya da kanıtlanmasına mutlaka yer verilmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi kararlarında bu ilkeyi gözeterek gelir açıklamasına tam olarak yer veren yasal düzenlemeleri Anayasa’ya aykırı bulmamış, gelir açıklama hakkına yer vermeyen yasal düzenlemeleri ise iptal etmiştir.

42 AYMKD Sayı 25, s. 413.

43 E.1991/7, K. 1991/43, k.t. 12.11.1991, AYMKD Sayı 27 Cilt 2, s. 645-47. İptal isteminin gerekçesinde, 3986 sayılı Kanunun 7. maddesinin öncelikle Anayasa Mahkemesinin 3505 sayılı Kanunla ilgili kararıyla iptal ettiği hükümlerin yeniden yürürlüğe konulması nedeniyle Anayasasının 153. maddesine aykırı düştüğü öne sürülmüşse de; Anayasa Mahkemesi bu savı, 3505 sayılı Kanunun öngördüğü hayat standardı esasında açıklama hakkına hiç yer verilmediği halde, 3689 sayılı Kanunla yapılan düzenlemede kısmen açıklama-kanıtlama hakkına yer verildiği, yani bazı gelirler için açıklama olanağı tanındığı, böylece iki hüküm arasında içerik ve kapsam bakımından bir özdeşlik bulunmadığı gerekçesiyle benimsenmemiştir. Bkz. AYMKD Sayı 27 Cilt 2, s. 652.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Yükümlülerin ticarî ya da serbest meslek kazançlarının, vergilendirilmiş ya da vergi dışı bırakılmış bir kısım gelirlerinin hayat standardı çerçevesinde tekrar vergilendirilmesi bunların malî güçlerini aşan vergi yükümüyle karşı karşı karşıya bırakılmaları sonucunu doğurur ki, bu sosyal devlet ilkesi açısından savunulamaz.

Açıklama hakkına kısmen yer verilmesi de daha önce vergilendirilen bir gelirin yeniden vergilendirilmesi, vergi dışı bırakılan gelirin ise dolaylı yoldan vergilendirilmesi sonucunu doğurur.

Bir kısım gelir açıklamalarına kapalı hayat standardı esas, gerçek gelire yaklaşma olanağını kaldıracak bir haksızlık aracı durumuna düşer. Böylece gerçek gelirle vergi arasındaki bağ koparılmış olur. Oysa hayat standardı esasının varlık nedeni, gerçeğin bulunmasına yardımcı olmasıdır. Gerçeğin bulunması olanaklı iken varsayıma dayanılmaz.

Vergi güvenlik önlemi olarak öngörülen hayat standardı esas açıklama hakkına kısmen yer vermekle güvensiz bir sisteme dönüşür. Gerçeğe karşın aksi kanıtlanılabilecek karinelere geçerlik tanımak, hukuk devletinin öngördüğü hukuk güvenliği ile bağdaşmaz.”⁴⁴

Anayasa Mahkemesi, Geçici 35. maddenin dava konusu fıkrasını da, sosyal devlet ve malî güce göre vergilendirme, hukuk devleti ve çalışma hakkı olmak üzere üç yönden Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.⁴⁵ Mahkeme, malî güce göre vergilendirme ilkesine aykırılığın nedenlerini şöyle açıklamıştır:

“... Kişiler, yaptıkları iş sonunda bir gelir elde ediyorlarsa bunun vergilendirilmesi doğaldır. Gelire dayanmayan bir vergilendirme yöntemi ise Anayasa’ya aykırılık oluşturur.

...Vergide asıl olan, ödeme gücüdür. Malî güç de ödeme gücünü belirler. Vergilendirmede “hayat standardı esas...” gibi çeşitli yöntemlerle güvencesi sağlanmaya ve yükümlünün gerçek malî gücüne ulaşılmaya çalışılır.

Vergi yükümlüsünün mali gücüne göre vergilendirilebilmesi için, gerçek gelirinin saptanması gerekir. Hayat standardı esasının temel nedeni, gerçek gelirin bulunmasına yardımcı yöntem olmasıdır. Bu yöntemle göre saptanan tutarın gerçek gelire (malî güce) olabildiğince yaklaştırılabilmesi için yükümlünün belli bir gelir tutarının karinesi sayılan “yaşam düzeyi”ni başka gelirlerle sağladığının kanıtlanmasına olanak

⁴⁴ AYMKD Sayı 27 Cilt 2, s. 650-51.

⁴⁵ Daha önce de belirttiğimiz gibi, Mahkeme bu kararında dava konusu fıkra da yer alan “hamiline yazılı mevduatlardan ve menkul kıymetlerden elde edilen gelirler hariç” şeklindeki hükmü Anayasaya aykırı bulmamışsa da, sonuçta fıkranın Anayasaya aykırı gördüğü diğer kısımlarıyla birlikte iptal etmiştir. (Bkz. AYMKD Sayı 27 Cilt 2, s. 650-51,655). İptal karar, 10-1 oyçokluğuyla verilmiştir. Karşıoy gerekçesi için bkz. AYMKD Sayı 27 Cilt 2, s. 656.

“Hayat Standardı Esası”nın Anayasaya Uygunluğu Sorunu

vermesi gerekir. Oysa dava konusu kural vergilendirilmiş ya da vergi dışı bırakılmış bir çok geliri açıklama nedeni olarak kabul etmemektedir. Bu nedenle yükümlünün kendisine, eşine ve çocuklarına ilişkin vergilendirilmiş gelirin yalnız hayat standardı ek gösterge tutarının açıklanmasında kullanılması, temel göstergelerin açıklanmasında kullanılamaması ve yine yükümlünün kendisine ait emekli, dul ve yetim aylıklarının temel gösterge tutarının açıklanmasında kullanılabilmesi, eşine ve çocuklarına ilişkin bu gelirlerin temel göstergelerin açıklanmasında kullanılamaması, vergiye tâbi olmayan bu gelirlerin dolaylı olarak yeniden vergilendirilmesi sonucunu da doğurmaktadır. Açıklama ve kanıtlama olanağına tam olarak yer vermeyen bu kural “malî güce göre vergi ödeme” ilkesine aykırı düşmektedir. Fıkranın bu durumuyla, Anayasa’nın 73. maddesinde belirtilen malî güce göre vergilendirme amacına ulaşılması mümkün değildir. Öte yandan, bir kısım gelirleri açıklama nedeni olarak kabul edip aynı nitelikteki diğer gelirleri açıklama nedeni saymamak “vergide adalet” ilkesine de ters düşer. Gerçekten, iptali istenen fıkra, yükümlünün emekli, maluliyet, dul ya da yetim aylığı dışında hiçbir gelirinin temel gösterge tutarından düşülmesine olanak vermemekte, ayrıca eşine, çocuklarına ya da bakmakla yükümlü olduğu kişilere ilişkin çeşitli gelirlerin gerek temel gerekse ek gösterge tutarlarından düş(ül)mesini engellemektedir. Açıklama olanağına tümüyle değil, kısmen yer veren bu biçimdeki “hayat standardı esası” Anayasa’nın 73. maddesine de aykırıdır.”⁴⁶

Anayasa Mahkemesi, sosyal devlet ve hukuk devleti ilkelerine aykırılık konusunda ise,

“... İptali istenen fıkra da olduğu gibi, vergi yükümlülerinin kendilerine, eşlerine, çocuklarına ya da bakmakla yükümlü oldukları kimselere ilişkin vergilendirilmiş ya da vergi dışı bırakılmış kimi gelirlerine açıklama - kanıtlama olanağı tanınmaması kişilerin malt güçlerini aşan vergi yükümüyle karşı karşıya bırakılması sonucunu doğurur ki, bunun da sosyal devlet İlke(si)yle bağdaştığı söylenemez.

...“Hayat standardı esası” gerçeğin bulunmasına yardımcı bir yöntem olarak kabul edilebilir. Bu yöntemle gerçeğe ulaşmaya, yükümlünün gerçek kazancına yaklaşılmaya çalışılır. Aksi kanıtlanması ve saptanması olanağı varken varsayıma geçerlilik tanımak hukuk devletin öngördüğü hukuk güvenliği ile bağdaşmaz ”

demıştır.⁴⁷ Mahkeme bu olayda da, hayat standardı esasına ilişkin düzenlemenin Anayasa’nın çalışma hakkına ilişkin 49. maddesine aykırı düştüğü sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre,

“Anayasa’nın 49. maddesinde, çalışmanın herkesin hakkı ve ödevi olduğu belirtilmiş, devlete çalışanların yaşam düzeylerini yükseltmek, çalışma yaşamını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı denetlemek ve işsizliği gidermeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak için gerekli önlemleri almak ödevi verilmiştir.

46 AYMKD Sayı 27 Cilt 2, s. 654-55.

47 AYMKD Sayı 27 Cilt 2, s. 653.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Devlet, kişinin çalışma hakkını kullanabilmesi için iş alanında gerekli önlemleri alacak ve sınırlamaları kaldırarak görevini yerine getirecek, birey de çalışarak topluma yük olmaktan kurtulacaktır.

Vergi ödeme, kişiyi çalışmaktan vazgeçiren bir yakınma nedeni olmamalıdır. Tersine durumda yükümlüyü çalışmaktan alıkoyan vergiler çalışma hak ve özgürlüğünü ortadan kaldırır. Yaşadığı hayat düzeyini sağlayan açıklanabilir-kanıtlanabilir başka geliri bulunmasına karşın bu gelirlerin bir kısmını gözönüne almayan “hayat standardı esası” yükümlülere güçleri dışında vergi ödemek bu sebeple de meslek yaşamlarına son vermek gibi bir sonuca götürür. Bu nedenle dava konusu ftkra, Anayasa’nın 49. maddesine aykırıdır.”⁴⁸

Bununla beraber Mahkeme, önceki iptal kararından farklı olarak, bu kez Anayasanın 13. maddesine yönelik aykırılık savını dava konusu kural ile Anayasanın 13. maddesi arasında “doğrudan bir bağlantı kurulamadığı” gerekçesiyle benimsememiştir.⁴⁹

Anayasa Mahkemesi, 3505 ve 3689 sayılı Kanunlarla ilgili kararlarında, hayat standardı esasının Anayasaya uygunluğunu Gelir Vergisi Kanununun gelirin vergilendirilmesinde kurduğu sistemi taşıyan ve Anayasaya uygunluk açısından da desteklenebilen temel ilkeyi, yani gerçek gelirin vergilendirilmesini esas alarak incelemiştir. Mahkeme, hayat standardı esasının Anayasaya uygunluğunu incelerken, bu esasın yalnızca gerçek gelire ulaşmak amacına dayalı olmasını yeterli bulmamış, aynı zamanda gerek hayat standardı esasında gerekse temel ilke de somutlaşan gerçek gelirin vergilendirilmesi amacına göre amaç-araç ilişkisini de denetlemiştir. Öte yandan Mahkeme, hayat standardı esasının Anayasaya uygunluğu için yalnızca malî güce göre vergilendirme ilkesine değil, ayrıca hukuk devleti ilkesine ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin ilkelere de aykırı düşmemesi gerektiğini belirtmiştir. Bu yaklaşım, hayat standardı esasının başlı başına bir vergi değil, gelirin gerçek miktarı üzerinden vergilendirilmesi için başvurulacak bir yardımcı yöntem oluşu kadar, gelir vergisi sistemi içinde yükümlülerin hukukî güvenlikleri göz ardı edilerek malî güçlerini aşan ölçüde vergilendirilmelerine karşı etkili bir güvence olması bakımından da yerindedir. Başka bir deyişle, Mahkeme bu iki olayda da hayat standardı esasının Anayasaya uygunluğunu, gelir vergisi sisteminin temel ilkelerine ve hayat standardı esasının niteliğine, kısaca konunun mahiyetine uygun bir yaklaşımla veya teknikle incelemiştir.

Anayasa Mahkemesinin, yükümlüye açıklama-kanıtlama hakkı tanınmadığı, yani gerçek gelir göz ardı edildiği takdirde, hayat standardı esasının gerçek gelire ulaşmayı amaçlayan vergi güvenlik önlemi olma niteliğini kaybederek bir tür götürü vergiye dönüşeceği ve bu durumun gelirin gerçek miktarı üzerinden, dolayısıyla malî güce göre vergilendirilmesi ilkesine aykırı düşeceği gibi, vergide adalet ve hukukî güvenlik ilkeleriyle de çelişeceği

⁴⁸ AYMKD Sayı 27 Cilt 2, s. 653-54

⁴⁹ AYMKD Sayı 27 Cilt 2, s. 653.

“Hayat Standardı Esası”nın Anayasaya Uygunluğu Sorunu

yolundaki içtihadı kanımızca yerindedir.⁵⁰

Ancak 3505 sayılı Kanunla ilgili kararda, Geçici 32. maddenin ortaya çıkardığı hayat standardı esasında göstergelere göre hesaplanan tutarların altında kalan gelir beyanlarında zarar beyanına veya mahsubuna da izin verilmemesine hiç değinilmemesi eleştiriye açıktır.⁵¹

Anayasa Mahkemesi, söz konusu kararlarında, hayat standardı esasıyla ilgili hükümlerin Anayasanın 49. maddesine de aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Bu kararlarda dikkat çeken bir nokta, Mahkemenin konuya Anayasanın “çalışma özgürlüğü”ne ilişkin 48. maddesi yerine, “çalışma hakkı”na ilişkin 49. maddesi açısından yaklaşmış olmasıdır. 3505 ve 3689 sayılı Kanunlarla Gelir Vergisi Kanununa eklenen Geçici 32. ve Geçici 35. maddelere göre, hayat standardı esası “ticarî kazanç sahipleri” ile “serbest meslek erbabı”nın gelirleri için geçerlidir. O halde, hayat standardı esasının çalışma hakkıyla değil, tüccarların ve serbest meslek mensuplarının çalışma özgürlükleriyle ilgili olduğunu kabul etmek gerekir.

Öte yandan Anayasa Mahkemesinin, 3505 sayılı Kanunla ilgili kararında, vergilendirmenin caydırıcı ve önleyici etkisini dikkate alarak konuyu Anayasanın 13. maddesindeki demokratik toplum düzeninin gerekleri açısından da incelemiş olması isabetlidir. Ancak Mahkeme, 3689 sayılı Kanunla ilgili kararında, “yükümlüyü çalışmaktan alıkoyan vergiler çalışma hak ve özgürlüğünü ortadan kaldırır. Yaşadığı hayat düzeyini sağlayan açıklanabilir-kantılanabilir başka geliri bulunmasına karşın bu gelirlerin bir kısmını gözönüne almayan “hayat standardı esası” yükümlülere güçleri dışında vergi ödemek bu sebeple de meslek yaşamlarına son vermek gibi bir sonuca götürür” diyerek dava konusu hükmü Anayasanın 49. maddesine aykırı görmüşse de, konunun Anayasanın temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin 13. maddesiyle ilişkisi bulunmadığına karar vermiştir. Kanımızca, bu olayda da Mahkemenin, çalışma özgürlüğünün demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olarak sınırlandırılıp sınırlandırılmadığını incelemesi gerekirdi.

Anayasa Mahkemesinin ikinci iptal kararından sonra, 3946 sayılı Kanunla (m .27) Gelir Vergisi Kanununun Geçici 35, maddesine eklenen 7, fıkrada yükümlülerin kendilerine, eşlerine ve çocuklarına ait *ve üzerinden gelir vergisi*

50 Anayasa Mahkemesinin bu kararlarından sonra, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun verdiği bir kararda da "... (h)ayat standardı temel göstergesinin, asgari bir vergi kabul edilerek ticari, zirai ve mesleki kazancı bulunan her bir aile bireyi için ayrı ayrı uygulanması; kanun hükümlerine uyarlık göstermediği gibi hiçbir açıklamaya yer vermemesi ve ek gelir elde etmek veya mesleki amaçlarını tatmin etmek isteyen serbest meslek mensubu eşlerin varlığı nedeniyle aile birliğini mali gücü ötesinde vergi ödemeye zorlaması, ya da eşin bu yükten kurtulmak için çalışmamayı tercih etmesi sonucu doğurması yönünden açıkça Anayasanın mali güce göre vergilendirme, çalışma özgürlüğü, sosyal devlet ilkelerine de aykırı olacaktır..." denildiği görülmektedir. (DİBKK, E. 1990/4, K. 1993/1, k.t. 25.2.1993. DD Sayı 88, s. 59)

51 Geçici 32. maddede de, ticarî ve meslekî kazanç sahiplerinin *zarar beyanı da dahil olmak üzere* bu faaliyetleri dolayısıyla beyan ettikleri kazançlarının hayat standardı esasına gereğince belirlenecek tutardan düşük olması halinde, verginin bu esasa göre belirlenen tutar üzerinden tarhedilmesi öngörülmekteydi.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

ödenen gelirleri ile kendilerine ve eşlerine ait emekli, maluliyet, dul ve yetim aylığı bulunduğunu belgelendirdikleri takdirde, bu gelirlerin, hayat standardı esasına göre kazancın saptanmasında açıklama nedeni gelir olarak kabul edileceği hükmüne yer verilmiştir. Bu fıkradaki üzerinden gelir vergisi ödenen...”ibaresinin Anayasa Mahkemesinin 3689 sayılı Kanunla ilgili iptal kararının gerekçesinde belirtilen nedenlerle Anayasaya aykırılığı ileri sürülerek iptali istenmiştir.⁵² Ancak Anayasa Mahkemesi,

“... İtiraz konusu düzenleme ile benimsenen “Hayat Standardı Esası”, vergi yükümlüsünün ulaştığı yaşam düzeyini sağlayabilmesi için yaptığı gideri karşılayan bir gelirinin olması gerektiği varsayımına dayanarak, vergi incelemeleri dışında da, gerçek gelire ulaşabilmeyi sağlamak için getirilmiş bir vergi kontrol sistemidir. Mükellefin yaşam ve harcama düzeyi yüksek, buna karşın yıl sonunda beyan ettiği gelir, hayat standardı esasına göre bulunacak miktardan düşük ise, bu sistemle, ödenmesi gereken verginin, gerçek gelire uygun hale getirilmesi amaçlanmaktadır. Bu amacı gerçekleştirmeye yönelik olarak, hayat standardı esasının tanımına uygun bir düzenleme getiren maddenin ikinci fıkrasının (b) bendine göre, “Ticari kazanç sahipleri ile serbest meslek erbabının zarar beyanı da dahil olmak üzere, bu faaliyetleri ile ilgili olarak beyan edecekleri kazançları, temel gösterge tutarlarına, hayat standardı göstergelerine göre belirlenen ilavelerin yapılması suretiyle bulunacak tutardan düşük olduğu takdirde, bu maddeye göre belirlenen tutar, vergi tarhına esas gelirin hesaplanmasında ilgili kazanç tutarı olarak dikkate alınır.

Başvuru kararına esas olan “üzerinden gelir vergisi ödenen” sözcüklerinin yer aldığı yedinci fıkra gerçek gelire ulaşmak amacıyla mükelleflerin hayat standardı esasına göre kazançlarının tespitinde, fıkra sayılan gelirler ayrı tutularak, kendilerine, eşlerine ve çocuklarına ait üzerinden gelir vergisi ödenen gelirleri ile kendilerine ve eşlerine ait emekli, maluliyet, dul ve yetim aylığını belgelendirmeleri durumunda bu gelirlerin açıklama nedeni olarak kabul edileceği öngörülmüştür.

Anayasa’nın 73. maddesinin ilk fıkrasında ... “verginin malî güce göre ödenmesi” ve “ vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı” ilkelerine yer verilmiştir.

Gerçek gelire ulaşılabilmesi amacıyla benimsenen hayat standardı esasının uygulanmasında, açıklama nedenleri arasında itiraz konusu “üzerinden gelir vergisi ödenen ” sözcükleriyle belirtilen gelirlere de yer verilmesinde, “verginin malî güce göre ödenmesi” ve “vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı ” ilkelerine aykırılık yoktur.

Anayasa’nın 49 maddesi uyarınca çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Ancak, bu çalışma sonucunda elde edilen gelirin de malî güce göre vergilendirilmesi Anayasa’nın 73. maddesi gereğidir. Bu bağlamda, vergi yükümlülüğünün çalışma hak ve ödevini engellediğinden söz edilemez.

52 Bkz E. 1996/43, K. 1998/13, k.t. 5.5.1998, AYMKD Sayı 34 Cilt 1, s. 286-88. Geçici 35. maddeye eklenen söz konusu fıkra hükmünün gerekçesi için bkz. yukarıda 11 no’lu dipnotu.

“Hayat Standardı Esası”nın Anayasaya Uygunluğu Sorunu

Bu nedenlerle, vergi hukukunda başvurulacak vergilendirme esaslarından biri olan “hayat standardı” esasının uygulanmasında gerçek gelire ulaşmak amacıyla getirilen açıklama nedenlerine ilişkin itiraz konusu düzenlemenin Anayasa’ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır” diyerek başvuruyu 6-5 oyçokluğuyla reddetmiştir.⁵³ Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi bu kararında, hayat standardı esasını yalnızca gerçek gelire ulaşma amacının güdülmesiyle Anayasaya uygun bulmuştur. Böylece Mahkeme, vergi dışı veya daha önce vergilendirilmiş gelirler yönünden içtihadını değiştirmiştir. Ancak karar gerekçesinde, içtihat değişikliğinin nedenleri açıklanmamış, hatta 3505 ve 3689 sayılı Kanunlarla ilgili iptal kararlarının gerekçesinde dile getirilen ve bu olayda Anayasaya aykırılık itirazının gerekçesinde tekrarlandığı gibi, karara muhalif olan üyelerce de savunulan görüşler hiç tartışılmamıştır.⁵⁴ Kanımızca bu içtihat değişikliği, yukarıda 3505 ve 3689 sayılı Kanunlarla ilgili iptal kararları dolayısıyla açıklanan nedenlerle doğru da olmamıştır.⁵⁵

3) Hayat standardı esasının geçmişe yürütülmesi

Anayasa Mahkemesinin 3505 sayılı Kanunla ilgili kararı, aynı zamanda Mahkemenin hayat standardı esasının geçmişe yürütülmesinin hukuk devleti ilkesi yönünden Anayasaya uygunluğu konusundaki yaklaşımını da ortaya koymaktadır. 10.12.1988 günlü Resmî Gazetede yayımlanan 3.12.1988 günlü ve 3505 sayılı Kanunla (m. 18) Gelir Vergisi Kanununa eklenen Geçici 32. maddede düzenlenen hayat standardı esasının, 1.1.1988’den başlayarak geçerli sayılmasının Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Mahkeme, “kanunların geriye yürümezliği” ilkesine dayandırılan bu iddiayı⁵⁶ şu nedenlerle benimsememiştir:

“...Vergi alanındaki düzenlemeler de yasalarla gerçekleştirildiğinden geriye yürümezlik, vergi yasaları için de doğal bir zorunluluktur. Bu zorunluluğu kaçınılmaz kılan görüşler öğretide çoğunluk kazanmıştır. Devlete ve hukuk düzenine güven noktasında yoğunlaşan bu görüşler genelde (yöntem yasalarındaki zorunluluklar dışında) tüm yasalar için geçerli olan bir durumdur. Ayırıklık koşulları bir yana bırakıldığında, genel kural, geriye yürümezliğin her yasa için egemen bir özellik olduğudur. Zorun-

53 AYMKD Sayı 34 Cilt 1, s. 292-93.

54 Bu içtihat değişikliğine muhalif olan üyeler ise, karşıoy yazılarında, daha önce verilmiş olan iptal kararlarındaki gerekçeleri tekrarlayarak itiraz konusu hükmün Anayasanın 2 ve 73. maddelerindeki hukuk devleti, sosyal devlet, sosyal adalet, malî güce göre vergilendirme ve vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı ilkelerine, ayrıca Anayasanın 49. maddesindeki çalışma hakkına aykırı olduğu görüşünü savunmuşlardır. Bkz, AYMKD Sayı 34 Cilt 1, s. 294-99,

55 Mahkemenin 3689 sayılı Kanunla ilgili iptal kararı ile 3946 sayılı Kanunla ilgili ret kararı karşılaştırıldığında, bu içtihat değişikliğinde daha önce “iptal” oyu kullanan üyelerden A. Necdet Sezer ile Haşım Kılıç’ın görüşlerini değiştirerek 3946 sayılı Kanunla ilgili kararda “ret” oyu kullanmalarının, ayrıca 3689 sayılı Kanunla ilgili kararda “iptal” oyu kullanan üyelerden yedisinin yerine 3946 sayılı Kanunla ilgili kararda oylamaya katılan bir yedek üye ile altı yeni asıl üyeden üçünün “ret” görüşünü benimsemelerinin rol oynadığı görülmektedir.

56 Bkz. E. 1989/6, K. 1989/42, k.t. 7.11.1989, AYMKD Sayı 25, s. 392. ~

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

lu nedenlerle (örneğin kamu yararı gibi) geriye yürüme durumunda önceki etkileme söz konusu olabilir. Yükümlüler arasında eşitsizliğe yol açmayacak düzenlemeler, üstelik yükümlülerin yararına olunca, geriye yürütülmekle hukuksal güvenlik ilkesini çiğnemiş sayılamaz. Türk hukukunda da, enflasyona, ekonomik buhranlar ve haksız kazançlara karşı uygulamalar nedeniyle geriye yürütülen vergi yasaları çıkarılmıştır. Kurumlar vergisiyle ilgili 30.12.1960 günlü, 192 sayılı ve 27.3.1969 günlü, 1137 sayılı (Y)asalarla 24.2.1980 günlü, 2362 sayılı (Y)asa bu uygulamaların örneklerindendir. 1.1.1961’de yürürlüğe giren 213 sayılı Vergi Usul Yasası’nın tahakkuk zamanasını süresini artırarak önceki yasa zamanında üç yıllık süreyi doldurmeyen vergi alacaklarına uygulanması da böyledir.

Geriye yürümezlik ilkesi hakkında Anayasa’da açık bir kural bulunmamasına karşın, Anayasa Mahkemesi, hukuk devleti ilkesi ve ölçülülük yönlerinden yargısal denetim yapar. Vergilendirme işleminin ögesini oluşturan vergiyi doğuran olaydan sonraki artışları içeren düzenlemeler geriye yürümeyi kapsarsa uygunluk denetimine bağlı tutulabilir.

3505 sayılı Yasa’nın iptali istenilen 18. maddesi yönünden durum incelendiğinde, bu maddenin 3.12.1988’de kabul edilmiş olmasına karşın, Yasa’nın kimi maddelerinin 10.12.1988 ve 1.1.1989 günlerinde, hayat standardına ilişkin esasın da 1.1.1988’de başlayarak uygulanacağını öngörüldüğü saptanmıştır. Bir yıllık geriye yürütme açıkça bellidir. Bu durumda göstergeler, 1988 yılı için, aynı yılın sonunda saptanacak miktarlara göre uygulanacaktır. Gerçek anlamda geriye yürüme, içinde bulunulan yıl vergilendirmelerinde ayrı yıllar sonunda saptanan göstergelerin esas alınmasıyla belirginleşmektedir. Yasanın amacı, öngördüğü düzenleme, kamu yararı, ölçülülük ve yükümlülerin hukuksal güvenlikleri yönlerinden gözetilince, bu tür vergi güvenlik önlemi sayılan, içerisinde bulunulan malî yıl bitmeden önce tüm bilgi ve verilerin elde edilerek gerçekçi bir güvenlik önlemi uygulamasına zaman açısından olanak veren bir yöntemin, kamu yararına uygun düşeceği, yükümlülerin hukuksal güvenliklerini sarsmayacağı da düşünülürse Anayasa’ya aykırı bir geriye yürüme olarak değerlendirilemeyeceği ağırlık kazanmaktadır.⁵⁷

Hayat standardı esasının geçmişe yürümezlik ilkesi yönünden Anayasaya uygunluğu, her şeyden önce, bu esasın vergi güvenlik önlemi niteliğini korumasına bağlı bulunmaktadır. Şöyle ki, hayat standardı esası gelir vergisi sisteminde gelirin gerçek miktarı üzerinden vergilendirilmesini sağlamaya yönelik bir vergi güvenlik önlemi olarak yer aldığı, dolayısıyla vergilendirmenin tekniğine veya usûlüne ilişkin bir araç niteliğini koruduğu takdirde, bu esasın malî yükümlülük getirerek vergi yükünü arttırdığı söylenemez. Bu durumda, hayat standardı esasının henüz kapanmamış vergilendirme döneminin başından başlayarak geçerli sayılmasının hukukî güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırı düşmeyeceğini kabul etmek gerekir.

57 AYMKD Sayı 25. s. 414-15.

“Hayat Standardı Esası”nın Anayasaya Uygunluğu Sorunu

Buna karşılık hayat standardı esası, gösterge tutarlarının altında gelir elde edenler bakımından matrah etkisi yarattığı ve böylece vergilemenin temel öğelerine ilişkin bir düzenlemeye, daha doğrusu bir tür asgari götürü vergiye dönüştüğü takdirde, bu esasın kapanmamış dönemin başından başlayarak geçerli sayılmasının geçmişe yürüme olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğini tartışmak gerekir. Öğretide, kural olarak, kapanmış ve hukukî sonuçlarını doğurmuş bir vergilendirme dönemini etkileyen düzenlemeler, yani gerçek geçmişe yürüme geçersiz; henüz kapanmamış bir dönemi dönem başından başlayarak etkileyen düzenlemeler, yani gerçek olmayan geçmişe yürüme ise geçerli sayılmaktadır. Ancak hemen eklemek gerekir ki, hukukî güvenlik ilkesi ile bağdaşmayan ve yükümlülerce öngörülenmeyen gerçek olmayan geçmişe yürümlerin de geçersizliği kabul edilmektedir.⁵⁸ Yukarıda gördüğümüz gibi, Anayasa Mahkemesi 3505 sayılı Kanunla ilgili kararında hayat standardı esasının *gerçek gelirle vergi arasında bulunması zorunlu bağı kopartarak bir vergi güvenlik önlemi olmaktan uzaklaştığını ve vergi matrahının saptanmasında ölçü olmaktan çıkarak bir tür götürü matraha dönüştüğünü* saptamıştır. O halde, Mahkemenin bu olayda konuyu geçmişe yürüme ilkesi açısından da incelemesi isabetlidir. Ancak Mahkeme bu kararında, daha önce bir tür götürü matraha veya asgari götürü vergiye dönüştüğünden söz ettiği hayat standardı esasını, geçmişe yürümezlik ilkesi yönünden incelemede çelişkili bir tutumla vergi güvenlik önlemi olarak değerlendirmiştir. Bu nedenle, Mahkemenin 3505 sayılı Kanundaki hayat standardı esasının geçmişe yürümezlik ilkesi yönünden Anayasaya aykırı düşmediği yolundaki görüşüne katılmaya olanak yoktur.

4) Hayat standardı temel ve ek gösterge tutarlarının kanunla belirlenmesi ve bu konuda Bakanlar Kurulunun yetkilendirilmesi

Hayat standardı esasına temel oluşturan gösterge tutarlarının saptanması konusu, Anayasa Mahkemesinin Ölüme ilk kez 3239 sayılı Kanunla (m. 68) Gelir Vergisi Kanununun mükerrer 116. maddesindeki gösterge tutarlarının yükseltilmesi ve Bakanlar Kuruluna bu tutarları azamî hadleri aşmamak şartıyla ayrı ayrı veya topluca arttırabilme yetkisinin tanınması dolayısıyla gelmiştir. 3239 sayılı Kanunla hayat standardı esasına ilişkin temel gösterge tutarlarının yükseltilmesinin malî güce göre vergilendirme ilkesiyle çeliştiği öne sürülmüşse de; Anayasa Mahkemesi, “*Hayat Standardı Esası(na) ... temel teşkil eden miktarların Kanun Koyucu tarafından tesbitinde Anayasa’nın 73. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan “verginin malî güce göre ödenmesi” ve “vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı” ilkelerine aykırı bir yön*” görmemiştir.⁵⁹ Aynı olayda, Bakanlar Kurulunun hayat standardına esas olan tutarları arttırma-

58 Nami Çağan, **Vergilendirme Yetkisi**, Kazancı Yayınları, İstanbul 1982. s. 179 vd.; Öncel - Kumrulu - Çağan, **Vergi Hukuku**, s. 17; Gülsen Güneş, **Vergilerin Yasallığı İlkesi**. Alfa, İstanbul 1998. s. 140; Tipke - Lang, **Steuerrecht**, s. 102.

59 E. 1986/5, K. 1987/7, k.t. 19.3.1987, AYMKD Sayı 23, s. 140, 161.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

sının “asgarî vergi matrahı”nın saptanması anlamına geldiği ve Anayasanın 73/4. maddesine aykırı düştüğü öne sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi ise,

“...Hayat standardı esasını belirleyen tutarlar; vergi matrahının tesbitinde etkili olmakla birlikte, matrah olarak kabul edilemezler. Yasa Koyucu tutarların, matrah tesbitindeki önemini dikkate alarak, bunların asgari ve azami hadlerini kanunla belirlemiştir. İptal istemine konu olan madde ile yapılan, bu tutarların günün ekonomik koşullarına göre düzenlenmesini sağlamak ve ekonomiye çabuk ve etkili bir müdahalede bulunmak imkanını vermektir”

diyerek söz konusu hükmün Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır,⁶⁰ Bu konu, Gelir Vergisi Kanununa 3505 sayılı Kanunun 18. maddesiyle eklenen Geçici 32/4. maddede yer alan “Bakanlar Kurulu, bu maddede yeniden tespit edilen temel gösterge tutarları ile hayat standardı gösterge tutarlarını yarısına kadar indirmeye veya on katına kadar artırmaya, kazanç ve faaliyet konuları ile birinci ve ikinci derecede kalkınmada öncelikli yörelerde farklı miktarlar tespit etmeye yetkilidir” şeklindeki hükme yönelik Anayasaya aykırılık itirazıyla da Mahkemenin önüne gelmiştir.⁶¹ Anayasa Mahkemesi, bu hükmü de Anayasaya aykırı bulmamıştır. Mahkemeye göre,

“Anayasa’nın 73. maddesinin son fıkrasına aykırılık savı, anılan fıkra ile Bakanlar Kurulu’na vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin bağışıklık, ayrıklık ve indirimleriyle oranlarına ilişkin kurallarında Yasanın belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi verildiği gözetildiğinde dayanaksız kalmaktadır. Düzenleme, bu yönden anayasal koşullara aykırı sayılamaz.”⁶²

Anayasanın 73. maddesinin 3. fıkrasında, vergilerin kanunla konulacağı, değiştirileceği veya kaldırılacağı belirtilerek vergilemede kanunilik (yasallık) ilkesi öngörülmüştür. Aynı maddenin 4. fıkrasında ise, Bakanlar Kuruluna vergilerin muaflık, istisna ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisinin verilmesine olanak tanınmıştır. Bu bağlamda, hayat standardı temel ve ek göstergelerinde değişiklik yapmak konusunda kanunla Bakanlar Kuruluna yetki verilmesinin Anayasaya uygunluğundan söz edebilmek için, bu esasın vergi güvenlik önlemi niteliğini koruması gerekir. Hayat standardı esası, gelir vergisinde gerçek gelirin vergilendirilmesinde bir vergi güvenlik önlemi olma niteliğini koruduğu sürece, Bakanlar Kurulunun bu esasa temel oluşturan gösterge tutarlarında değişiklik yapma yetkisi, Anayasanın 73. maddesinin 4. fıkrasında sözü edilen konuların dışında kaldığı gibi, vergilemenin temel öğelerine değil, tekniğine veya usûlüne ilişkin bir düzenleme yetkisi niteliğini taşımaktadır. Vergi kanunlarıyla vergilendirmenin temel öğelerine değil de, tekniğine ve usûlüne ilişkin konularda Bakanlar Kuruluna düzenleyici

⁶⁰ AYMKD Sayı 23, s. 140,161.

⁶¹ Bkz. E. 1989/6, K. 1989/42, k.t. 7.11.1989, AYMKD Sayı 25, s. 392. ayrıca 389.

⁶² AYMKD Sayı 25, s. 413-14, Ayrıca bkz AYMKD Sayı 25, s. 405.

“Hayat Standardı Esası”nın Anayasaya Uygunluğu Sorunu

idari öşlem yapma yetkisinin verilebileceğine kuşku yoktur.⁶³ Bu durumda. Bakanlar Kurulunun hayat standardı gösterge tutarlarında değişiklik yapma konusunda kanunla yetkilendirilmesinin Anayasanın 73. maddesine aykırılığını düşünmek zordur.

Ancak eklemek gerekir ki, Bakanlar Kuruluna hayat standardı göstergelerinde değişiklik yapmak konusunda yetki veren kanun hükmünün Anayasaya uygun olabilmesi için hukuk devleti ilkesiyle de çelişmemesi şarttır. Söz gelimi, Bakanlar Kuruluna hayat standardı göstergeleri konusunda tanınan takdir yetkisi de keyfi ve ölçüsüz uygulamalara yol açabilecek genişlikte olmamalıdır.⁶⁴ Anayasa Mahkemesinin 3239 ve 3505 sayılı Kanunlarla ilgili kararlarında hayat standardı göstergeleri üzerinde Bakanlar Kuruluna tanınan takdir yetkisinin Anayasaya uygunluğunu bu yönleriyle tartışmamış olması eleştiriye açıktır.

Buna karşılık, hayat standardı esası matrah etkisi yaratarak bir tür asgarî götürü vergiye dönüşürse, göstergelerde değişiklik yapma konusunda yetkilendirme, Bakanlar Kuruluna vergilemenin temel öğelerinden matraha ilişkin düzenleme yetkisi tanınması anlamına gelecektir. Anayasanın 73. maddesine göre, yasama organı Bakanlar Kuruluna vergilerin muaflık, istisna ve indirimleriyle oranları gibi temel öğeleri konusunda ve kanunî sınırlar altında düzenleme yetkisi verebilmekte; ancak vergilendirme işleminin diğer temel öğelerinin (verginin konusu, yükümlüsü, matrahı ve vergiyi doğuran olay) saptanmasında “münhasır yetki”ye sahip bulunmaktadır. Başka bir deyişle, kanun ile Bakanlar Kuruluna verginin konusu, yükümlüsü, matrahı ve vergiyi doğuran olay gibi temel öğelerinde değişiklik yapmak yetkisi verilemez.⁶⁵

Yukarıda belirtildiği gibi, Anayasa Mahkemesi 3505 sayılı Kanunla ilgili kararında, hayat standardı esasının bir güvenlik önlemi olmaktan uzaklaştığını ve vergi matrahının saptanmasında bir ölçü olmaktan çıkarak bir tür götürü matraha dönüştüğünü saptamıştır. Gerçekten de, hayat standardı esasında yükümlüye gelir açıklama ve kanıtlama hakkı tanınmazsa, bu esasa temel olan gösterge tutarları geliri gösterge tutarlarının altında kalanlar için matrah etkisi yaratmakta, dolayısıyla göstergelerin saptanması da vergi matrahının saptanması anlamını taşımaktadır. Bu durumda, alt ve üst sınırları kanunla belirtilmiş olsa da, Bakanlar Kuruluna gelir vergisi matrahında değişiklik yapmak olanağını veren bir kanun hükmü, Anayasanın 73. maddesine açıkça aykırı düşer. Böyle bir yetki devri, aynı zamanda Anayasanın 7. maddesinin yasakladığı anlamda yasama yetkisinin devri niteliğindedir. Açıklanan nedenlerle, Anayasa Mahkemesinin 3505 sayılı Kanunla ilgili kararında, hayat standardı esasının matrah etkisi yaratarak asgarî götürü vergiye dönüştüğü-

63 Çağan, *Vergilendirme Yetkisi*, s. 130

64 Bkz. Çağan, *Vergilendirme Yetkisi*, s. 136; Nami Çağan. *Türk Anayasası Açısından Vergileme Yetkisi*, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara 1984, s. 174 vd.

65 Çağan, *Vergilendirme Yetkisi*, s. 126-27; Çağan. *Türk Anayasası Açısından Vergileme Yetkisi*, s. 174.

nü saptamasına karşın, bu esasa temel olan göstergelerde değişiklik yapmak konusunda Bakanlar Kurulunun yetki lendirilmesinde Anayasanın 73. maddesine aykırılık bulunmadığı sonucuna varması, kanımızca, isabetli değildir.

III. DEĞERLENDİRME VE 4605 SAYILI KANUNDAKİ HAYAT STANDARDI ESASININ ANAYASAYA UYGUNLUĞU

2772 sayılı Kanunun gerekçesinde açıklandığı üzere, hayat standardı esası gelir vergisinde vergi matrahının gerçeğe, yani gelirin gerçek miktarına yaklaşılarak saptanmasını sağlayacak bir vergi güvenlik önlemi olarak öngörülmüştür. Yasama organı vergilendirme yetkisini kullanarak vergi koyma gibi, vergi güvenliğini sağlayacak önlemler alma konusunda da, geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Ancak bu takdir yetkisinin, Anayasanın doğrudan doğruya vergilendirmeye ilişkin ilkeleri kadar, hukuk devleti, sosyal devlet ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin diğer ilkeleriyle de sınırlı olduğuna kuşku yoktur.

Hayat standardı esasının vergi güvenlik önlemi niteliğiyle, ilke olarak, gelir vergisi sisteminin temelini oluşturan gelirin “gerçek miktarının vergilendirilmesi ilkesi”ne, dolayısıyla Anayasanın 73. maddesindeki malî güce göre vergilendirme ilkesine aykırı düşmediğini belirtmiştik. Ancak, hayat standardı esasının Anayasaya uygunluğundan söz edebilmek için, bu esasın yalnızca gerçek gelire ulaşmak amacıyla öngörülmesi yeterli değildir; aynı zamanda, vergi güvenlik önlemi niteliğine, dolayısıyla gelirin gerçek miktarı üzerinden vergilendirilmesi amacına uygun olarak düzenlenmesi de şarttır. Bunun, kanunlarda *akla uygunluğun (rasyonelliğin)* asgarî ölçüsü olduğu söylenebilir.

Konuya bu açıdan yaklaşıldığında, hayat standardı esasının Anayasaya uygunluğunun, yükümlülere yaşam düzeyleri ve tüketim güçleri ile beyan ettikleri gelir arasındaki tutarsızlığı açıklama ve kanıtlama hakkının, yani bazı gelirleri hayat standardı temel ve ek göstergelerine göre belirlenen tutarlardan düşebilme olanağının tanınmasına bağlı bulunduğunu söylemek gerekir. Çünkü, açıklama veya kanıtlama yoluyla bazı gelirlerin hayat standardı esasına temel oluşturan göstergelere göre belirlenen tutarlardan düşülmesine izin verilmeyişi, başka bir deyişle göstergelere göre belirlenen tutarların aksi kanıtlanamayan kanunî karineler olarak kabul edilmesi, gösterge tutarlarının altında gelir elde edenler için gerçek gelir ile vergi arasındaki bağı kopartır ve bu esasın gerçek gelire yaklaşma amacından uzaklaşarak matrah etkisi doğurmasına, böylece vergi matrahının saptanmasında bir ölçü olmaktan çıkıp götürü matraha, daha doğrusu asgarî götürü vergiye dönüşmesine yol açar. Bu durumda hayat standardı esası, 3505 ve 3689 sayılı Kanunlarla ilgili kararlarında Anayasa Mahkemesinin de belirttiği üzere, gelirin gerçek miktarı üzerinden malî güce göre vergilendirilmesi ilkesine aykırı olacağı gibi, vergide adalet ve hukukî güvenlik ilkeleriyle de çelişir. Ayrıca, bu esasın çalışma özgürlüğüne getirdiği sınırlama da, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı düşer.

Bu bağlamda, açıklama ve kanıtlama hakkının kapsamı üzerinde de durul-

“Hayat Standardı Esası”nın Anayasaya Uygunluğu Sorunu

malıdır. Yukarıda gördüğümüz gibi, Anayasa Mahkemesi, 3505 ve 3689 sayılı Kanunlarla ilgili kararlarında, yükümlülerin kendilerine, eşlerine, çocuklarına ya da bakmakla yükümlü oldukları diğer kişilere ilişkin vergilendirilmemiş veya vergi dışı bırakılmış gelirlerin hayat standardı esas çerçevesinde açıklama nedeni olarak kabul edilmemesinin Anayasaya aykırı düştüğü sonucuna varmışsa da, 3946 sayılı Kanunla ilgili kararında bu görüşünü değiştirerek yükümlülerin kendilerine, eşlerine ve çocuklarına ait ve üzerinden gelir vergisi ödenmemiş gelirlerin açıklama hakkı kapsamı dışında bırakılmasının Anayasaya aykırı bir yönü olmadığını kabul etmiştir. Mahkemenin bu kararını Anayasaya uygunluk denetiminde benimsenen yaklaşım veya kullanılan teknik bakımından olduğu kadar, varılan sonuç bakımından da doğru bulmadığımızı belirtmiştik. Kanımızca, hayat standardı esasında açıklama hakkı, yükümlülerin kendilerine, eşlerine, çocuklarına ya da bakmakla yükümlü oldukları diğer kişilere ilişkin vergilendirilmemiş veya vergi dışı bırakılmış tüm gelirleri kapsamadığı takdirde, bu esas bir vergi güvenlik önlemi olma niteliğini kaybeder.

Aynı şekilde, iktisadî ve hukukî anlamda gelirin varlığından söz edilemeyecek zarar edilmesi veya harcamaların borçlanmayla karşılanması gibi hallerde de, yükümlülere bu durumu açıklama ve kanıtlama yolunun açık tutulması, örneğin zarar halinde hem geçmiş yıl zararlarının, hem de beyan dönemine ilişkin zararın vergilendirme ilişkisinde dikkate alınmasına olanak tanınması gerekir. Anayasa Mahkemesinin, hayat standardı esasına ilişkin kararlarında, hayat standardı göstergelerine göre hesaplanan tutarların üstündeki gelir beyanlarında zarar mahsubuna olanak tanınmasını yeterli bulduğu görülmektedir. Kanımızca, hayat standardı esasını bir vergi güvenlik önlemi nitelendirebilmek için zarar mahsubunun yalnızca hayat standardı temel ve ek göstergelerine göre hesaplanan tutarların üstündeki gelir beyanlarında değil, söz konusu göstergelere göre hesaplanan tutarların altında kalan gelir beyanlarında da geçerli olması şarttır.

Öte yandan, hayat standardı esasında açıklama ve kanıtlama hakkının bir anlam taşıyabilmesi için, bu esasa temel oluşturan gösterge tutarlarının da aşırı ölçüde yüksek tutulmaması gerekmektedir. Başka bir deyişle, hayat standardı gösterge tutarları da yükümlülerin gelir açıklama ve kanıtlama hakkını etkisiz bırakacak ölçüde aşırı yüksek olmamalıdır.

Bu durumda, 4605 sayılı Kanunla (m. 5) Gelir Vergisi Kanununa eklenen Geçici 58. maddedeki hayat standardı esasının Anayasaya uygunluğunu inceleyen her şeyden önce, bu maddenin yükümlülerin açıklama ve kanıtlama hakkıyla ilgili hükümleri üzerinde durmak gerekir. Geçici 58. maddenin 5. fıkrası, Gelir Vergisi Kanununun Geçici 35. maddesine 3946 sayılı Kanunla eklenen 7. fıkra hükmünü tekrarlayarak, yükümlülerin kendilerine, eşlerine ve çocuklarına ait ve üzerinden gelir vergisi ödenmemiş gelirleri açıklama hakkının kapsamı dışında bırakmaktadır. Geçici 58. maddenin 2. fıkrasının b bendi ile 6. fıkrasında ise, hayat standardı esasına ilişkin daha önceki Ka-

nunlarda da görüldüğü gibi, zarar beyanı ve zarar mahsubunun yalnızca bu madde gereğince, yani hayat standardı göstergelerine göre saptanacak gelir aşan gelir kısmı için geçerli olduğu açıkça belirtilmektedir. Bu hükümler, Geçici 58. maddedeki hayat standardı esasını gösterge tutarlarının altında gelir elde edenler bakımından asgarî götürü vergiye dönüştürmekte, böylece gelirin gerçek miktarı üzerinden malî güce göre vergilendirilmesi ilkesine olduğu kadar, vergide adalet, belirlilik ve hukukî güvenlik ilkelerine de (AY m, 2 ve 73) aykırı hale getirmektedir. Nihayet Geçici 58. maddedeki hayat standardı esası, bu esasa tâbi gelir vergisi yükümlülerinin çalışma özgürlüğünü de, bu özgürlüğün amacına uygun olarak kullanılmasını ciddi ölçüde güçleştirerek, hatta önleyerek, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı şekilde sınırlandırmaktadır (AY m. 48 ve 13).

O halde kanun koyucunun, hayat standardı esasını gelir vergisi sistemi içinde bir vergi güvenlik önlemi olarak korumak istediği takdirde, Geçici 58. maddenin 2/b, 5 ve 6. fıkralarında değişiklik yaparak yükümlülerin kendilerine, eşlerine ve çocuklarına ait ve üzerinden gelir vergisi ödenmemiş gelirleri ve zarar açıklamalarını engelleyen hükümleri madde metninden çıkarması gerekmektedir. Geçici 58. maddede sözü edilen değişiklikler yapılmaz ve madde bu şekliyle Anayasa Mahkemesinde dava konusu olursa, böyle bir başvuru, hiç kuşkusuz, Mahkemeye de 3505 ve 3689 sayılı Kanunlarla ilgili kararlarında benimsediği çok isabetli bulduğumuz içtihadı dönme fırsatını verecektir.

4605 sayılı Kanunun Gelir Vergisi Kanununa eklediği Geçici 58. maddedeki hayat standardı esasının Anayasaya uygunluğunu incelerken, bu esasın niteliğine bağlı olarak tartışılabilir iki soruna daha değinmek gerekir. Bunlardan ilki, hayat standardı esasına ilişkin hükümlerin geçmişe yürütülmesinden kaynaklanmaktadır. Şöyle ki, 4605 sayılı Kanunun 12/a maddesinde, Gelir Vergisi Kanununa hayat standardı esasına ilişkin Geçici 58. maddeyi ekleyen 5. maddenin 2000 yılı gelirlerine de uygulanmak üzere bu Kanunun yayımı tarihinde yürürlüğe girmesi öngörülmüştür. Esasen Geçici 58. maddede de, hayat standardı esasının 1.1.2000 - 31.12.2001 tarihleri arasında gelir vergisine tâbi ticarî ve serbest meslek kazançları için geçerli olduğu belirtilmiştir. 4605 sayılı Kanun 30.11.2000 günlü Resmî Gazetede yayımlandığından, Geçici 58. maddedeki hayat standardı esasının henüz kapanmamış bir dönemi dönem başından başlayarak etkilemesi gerçek olmayan geçmişe yürüme olarak nitelenebilir. Ancak, hayat standardı esasının 23.11.2000 günlü 4605 sayılı Kanunla yeniden kabul edilmeden önce sürekli ve yaygın eleştiriler sonucu 4365 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmış olduğu, hatta 4605 sayılı Kanuna ilişkin tasarıda da yer almadığı halde TBMM Genel Kurulunda 22.11.2000⁶⁶ günlü görüşmeler sırasında verilen bir önergeyle metne eklendiği dikkate alınırsa, Geçici 58. maddenin kapanmamış dönemi dönem başından başlayarak etkile-

⁶⁶Bkz, yukarıda 16 no’lu dipnotuna ilişkin metin.

“Hayat Standardı Esası”nın Anayasaya Uygunluğu Sorunu

mesinin hukukî güvenlik ve belirlilik ilkeleriyle bağdaşmadığı kanısındayız.⁶⁷

Bununla beraber, Anayasa Mahkemesinin 3505 sayılı Kanunla ilgili kararını incelerken açıkladığımız gibi, hayat standardı esasında geçmişe yürütme sorunu, ancak bu esasın gösterge tutarlarının altında gelir elde edenler bakımından matrah etkisi yarattığı hallerde tartışılabilir. Bu nedenle, Geçici 58. maddedeki hayat standardı esasını asgarî götürü vergiye dönüştüren hükümlerin kanun koyucu tarafından metinden çıkartılması veya Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi halinde, bu esasın henüz kapanmamış vergilendirme döneminin başından başlayarak geçerli sayılmasının hukukî güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırı düşmeyeceğini kabul etmek gerekir.

Diğer sorun ise, Geçici 58. maddeyle Bakanlar Kurulunun, faaliyette bulunan yıl için Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre belirlenen yeniden değerlendirme oranında arttırılarak saptanacak hayat standardı gösterge tutarlarını % 50 fazlasına kadar arttırmaya veya yarısına kadar indirmeye yetkili kılınmış olmasıyla ilgilidir (m. 58/4). Hayat standardı esası matrah etkisi yaratarak bir tür asgarî götürü vergiye dönüşürse, göstergelerde değişiklik yapma konusunda yetkilendirmenin, Bakanlar Kuruluna vergilemenin temel öğelerinden matraha ilişkin düzenleme yetkisi tanınması anlamına geleceğini ve Anayasanın 73. maddesine, ayrıca 7. maddesindeki yetki devri yasağına açıkça aykırı düşeceğini de yukarıda belirtmiştik. O halde, Geçici 58. maddenin Bakanlar Kuruluna gelir vergisi matrahında değişiklik yapmak olanağını veren söz konusu hükmü de Anayasaya aykırı düşmektedir.

Öte yandan, Geçici 58. maddeyle, Bakanlar Kuruluna her yıl yeniden değerlendirme oranında artacak hayat standardı gösterge tutarlarını bir kez daha artırma yetkisi tanınmaktadır. Bu yetkinin keyfî uygulamalara, daha doğrusu ölçsüz arttırmalara yol açabilecek genişlikte olup olmadığı da, hukuk devleti ilkesi açısından her zaman tartışılacak bir konudur.

Burada şunu da belirtmek gerekir ki, Geçici 58. maddedeki hayat standardı esasını asgarî götürü vergiye dönüştüren hükümlerin kanun koyucu tarafından metinden çıkartılması veya Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi halinde, Bakanlar Kurulunun bu esasa temel oluşturan gösterge tutarlarında değişiklik yapma yetkisi, Anayasanın 73. maddesinin 4. fıkrasında sözü edilen konuların dışında kalacağı gibi, vergilemenin temel öğelerine değil, tekniğine veya usûlüne ilişkin bir düzenleme yetkisi niteliğini taşıyacaktır. Dolayısıyla, Bakanlar Kurulunun vergi güvenlik önlemi olarak hayat standardı esasına temel oluşturan gösterge tutarlarında değişiklik yapma konusunda kanunla yetkilendirilmesi, Anayasanın 73. maddesine aykırı düşmeyecektir.

⁶⁷ Hayat standardı esasına ilişkin tüm kanunî düzenlemelerin yılın son aylarında, özellikle de Aralık ayında yapılması ve içinde bulunulan yılın başından itibaren geçerli sayılması dikkat çekicidir. Bkz. yukarıda 1,3,5,8,10 no’lu dipnotlardaki açıklamalar.

(41. Makale - 2002)

Abdurrahman EREN

*2001 Anayasa Değişiklikleri Kapsamında
13. Maddeye İlave Edilen “Laik
Cumhuriyetin Gerekleri” Yönündeki
Değişikliğin Anlamı ve Sonuçları **

* Abdurrahman Eren, “2001 Anayasa Değişiklikleri Kapsamında 13. Maddeye İlave Edilen “Laik Cumhuriyetin Gerekleri” Yönündeki - Değişikliğin Anlamı ve Sonuçları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.2002/3, 2002, s. 37-69.

**2001 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ KAPSAMINDA
13. MADDEYE İLAVE EDİLEN “LAİK CUMHURİYETİN
GEREKLERİ” YÖNÜNDEKİ DEĞİŞİKLİĞİN
ANLAMI VE SONUÇLARI**

Dr. Abdurrahman EREN*

Giriş

2001 Anayasa değişiklikleri ile 1982 Anayasası’nın “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması” kenar başlıklı 13. maddesi değiştirilmiştir. Genel sınırlama nedenleri kaldırılarak madde yalnızca sınırlamada uyulacak ilkeleri gösteren “genel güvence maddesi” haline dönüştürülmüştür. Maddenin sağladığı güvence sistemini güçlendirmek amacıyla “öz” ve “ölçülülük” ilkeleri de maddede açıkça yer almıştır. Bu değişikliklerle birlikte anlamı ve sonuçları üzerinde yeni tartışmaların doğabileceği bir değişiklik daha yapılmıştır: Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırını gösteren, “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ilkesine “laik cumhuriyetin” gerekleri kavramı ilave edilmiştir. Öncelikle sorulması gereken soru şudur: “Genel güvence maddesi” haline dönüştürülen 13/maddede demokratik toplum düzeninin gerekleri ilkesine, “laik Cumhuriyetin gerekleri” kavramının ilave edilmesinin anlamı nedir? Bu değişiklikle 13. maddedeki güvence sistemi güçlenmiş midir? Bu değişikliğin “demokratik, toplum düzeninin gerekleri” ilkesinin uygulanmasına ne gibi bir katkısı ya da etkisi olacaktır? Son olarak da şu sorulabilir: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne uyum açısından bu yönde bir değişikliğe gerek var mıydı? Sözleşme’nin öngördüğü ortak güvence sistemi açısından “demokratik toplum düzeni” ile çatışan bir “laik Cumhuriyet” gereği, uygulamada sorunlara yol açabilir mi?

Laik Cumhuriyetin gerekleri yönünde yapılan değişikliğin, yeni tartışmalara yol açabileceğinin ilk sinyali, Meclis Genel Kurulunda “laik toplum mu? laik Cumhuriyet mi?” tartışmasıyla verilmiştir. Bu nedenle, Türkiye’de farklı kesimlerce farklı anlamlarda kullanılan laiklik ilkesinin “özgürlüklerin güvence sistemine” dahil edilmesinin, 13. maddenin uygulanmasında yeni so-

* Araştırma Görevlisi M.Ü. Hukuk Fakültesi

runlara yol açabileceği söylenebilir. Kısaca bu makalede, 13. maddede “laik Cumhuriyetin gerekleri” yönünde yapılan değişikliğin anlamı ve yol açacağı sorunlar üzerinde durularak, uygulamada doğabilecek tikanıklıklara ışık tutmak amaçlanmaktadır.

Bu kapsamda öncelikle 13. maddede yapılan bu değişikliğin temel hak ve özgürlüklere ilişkin güvence açısından ne anlama geldiği ele alınacaktır. İkinci olarak, değişiklik gerçekleşirken Meclis Genel Kurulunda görüşmeler sırasında yaşanan laik toplum-laik Cumhuriyet tartışmaları ortaya konacaktır. Üçüncü olarak, hangi laik Cumhuriyetin gerekleri başlığıyla Türk Anayasa Doktrinde yer alan laiklik anlayışları üzerinde durulacak ve değişiklik bu yönüyle anlamlandırılacaktır. Daha sonra da Anayasa Mahkemesinin laik Cumhuriyetin gereklerini, önceki kararlarında nasıl ele aldığı incelenerek bundan sonraki uygulama açısından Anayasa Mahkemesinin tavrı belirlenmeye çalışılacaktır. Sonuçta, yapılan bu değişikliğin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne uyum açısından gerekli olup olmadığı üzerinde durulacaktır.

I. “Laik Cumhuriyetin Gerekleri” Yönünde Yapılan Değişikliğin Anlamı

1982 Anayasası’nın 13. maddesi “Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması” kenar başlığını taşımaktadır. Madde Anayasa’nın “Temel Hak ve Ödevler” başlıklı İkinci Kısımın Birinci Bölümünde “Genel Hüküm” niteliğindedir. Bunun anlamı, Anayasa’da yer alan tüm temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamalarda 13. maddede yer alan ilkelerin geçerli olduğudur. Dolayısıyla, “**laik Cumhuriyetin gerekleri**”, Anayasada yer alan tüm temel hak ve özgürlükler açısından demokratik toplum kavramı ile birlikte **sınırlamanın sınırını gösteren genel ilke** niteliğindedir. Bu nedenle, yasama organı temel hak ve özgürlükleri sınırlarken 13. maddeye uygun davranarak sınırlamaların demokratik toplum düzeni yanında laik Cumhuriyetin gereklerine de aykırı olmamasına özen gösterecektir. Aynı şekilde, Anayasa Mahkemesi de yasama organını denetlerken yapılan sınırlamaların demokratik toplum düzeni yanında laik Cumhuriyetin gereklerine uygun olup olmadığını birlikte değerlendirecektir.

3.10.2001 tarihinde 4709 sayılı yasanın 2. maddesiyle yapılan değişiklik sonrası 13. maddede yer alan ilkeler şöyle sayılmaktadır:

- “Temel hak ve hürriyetler,
- özlerine dokunulmaksızın
 - yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak
 - ve ancak kanunla sınırlanabilir.
 - Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna
 - demokratik toplum düzeninin **ve laik Cumhuriyetin** gereklerine
 - ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

Laik Cumhuriyetin Gerekleri

Maddede açıkça görüldüğü gibi temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların “demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine” aykırı olamayacağı ifade edilmektedir. Bu hükmün öncelikli muhatabı yasama organıdır. Çünkü maddenin birinci cümlesinde, temel hak ve özgürlüklerin “ancak kanunla” sınırlanabileceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla yasama organı açısından, “demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gerekleri” temel hak ve özgürlüklere ilişkin “sınırlamanın **sınırını**” göstermektedir. **Böylece, temel hak ve özgürlükleri sınırlarken, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine uygunluğunu göz önünde bulundurma, yasama organı için Anayasal bir zorunluluktur.**

Yasama organınca demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine uygun bir sınırlama yapıp yapılmadığını denetleme ise Anayasa Mahkemesi tarafından yerine getirilmektedir. Dolayısıyla 13. maddenin ikinci muhatabı Anayasa Mahkemesidir. Anayasa Mahkemesi yasaların Anayasa-ya uygunluğu denetimi kapsamında, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olup olmadığını araştıracaktır.

Görüldüğü gibi demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gerekleri ilkesi hem yasama organı hem de Anayasa Mahkemesi tarafından kullanılan bir “ölçü norm” niteliğindedir. Başka bir ifade ile ilke, yasayla temel hak ve özgürlükler sınırlarken sınırlamaların demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmama ölçüsünü ifade etmektedir. Bu ölçü demokratik toplum ve laik Cumhuriyet kavramlarına dayanmaktadır. Yasama organınca temel hak ve özgürlükleri sınırlamayı haklı kılacak gereklilik hem demokratik toplum düzenine hem de laik Cumhuriyete aykırı olmamalıdır. Çünkü bu iki kavram “ve” bağlayıcıyla doğrudan “gereklilik”, sözcüğüne bağlanmıştır. Dolayısıyla demokratik toplum-laik Cumhuriyet arasında zorunlu bir ilişki kurulmuştur. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi ilkeye uygunluğu belirlerken, yapılan sınırlamanın demokratik toplum düzenine uygun ama laik Cumhuriyete aykırı olup olmadığını ya da tersi durumu göz önünde bulundurabilecektir.

Maddenin ilk şeklinde yalnızca “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ifadesi yer almakta idi. Maddenin gerekçesinde de, “uluslararası sözleşme veya bildiriler de bu kıtas kabul edilmiştir” denilmektedir (1). Gerçekten de İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 30., Ekonomik ve Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin 4., Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleş- meşinin 18, 21,22. ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8-11. maddelerinde sınırlamanın sınırı olarak “demokratik bir toplumda gerekli olma” ölçüsüne yer verildiği görülmektedir (2).

(1) Madde gerekçesi için bk. KUZU, Burhan, Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999, s. 34.

(2) Adı geçen Sözleşmelerin İngilizce ve Türkçe metinleri için bk. DOĞRU, Osman, Internatio-

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Anayasanın ilk şeklinde uluslararası sözleşmelere uyum sağlanmış olduğuna göre 2001 Anayasa değişiklikleri kapsamında ilkeye “laik Cumhuriyet” kavramının ilave edilmesi, değişikliğin başka bir amaca dayandığını düşündürmektedir. Bu amacı ortaya koyabilmek için öncelikle değişikliğin gerçekleşme evrelerinde Meclis görüşmelerinde yaşanan tartışmalara bakmak gerekmektedir.

II. 2001 Anayasa Değişiklikleri Sırasında Meclis Genel Kurulunda Yaşanan “Laik Toplum-Laik Cumhuriyet” Tartışması

2001 Anayasa değişiklikleri kapsamında 13. madde hakkında, “Partilerarası Uzlaşma Komisyonu” nca hazırlanan teklifin çerçeve 2. maddesinde, demokratik toplum düzeninin gerekleri ilkesi aynen korunmuştur. Ancak teklif, Anayasa Komisyonunda değiştirilerek, demokratik ibaresinden sonra gelmek üzere “ve laik” ibaresi eklenmesine karar verilmiştir. Böylece “laik toplum” ifadesi maddeye ilave edilmiştir. Ancak Komisyonca yapılan bu değişiklik Meclis görüşmeleri sırasında laik toplum-laik Cumhuriyet tartışmasına yol açmıştır. Yaşanan, tartışmalardan sonra “laik toplum” ifadesi yerine “laik Cumhuriyet” ifadesi önerilmiş ve 13. maddedeki değişiklik, **“demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine”** şeklinde gerçekleşmiştir.

TBMM’de 24.9.2001 günü yapılan 2. oturumda, Samsun Milletvekili Musa Uzunkaya, “laik toplum” yönündeki değişikliğin nedenini Anayasa Komisyonu başkanına sormuştur:

“Uyum Komisyonundan sonra Anayasa Komisyonunda ‘Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik ve laik toplum düzeni kavramı’ denilerek ‘laik toplum’ kavramı getirilmiştir. Laik toplum, gerek 61 Anayasasında gerekse 82 Anayasasında, devletin nitelikleri sayılırken ‘laik devlet’ kavramı konmuştur; ancak, ilk defa bir ‘laik toplum’ niteliği getirilmek isteniyor. Bundan neyi kastediyorsunuz? Buna bir açılım getirilecek mi?.. (3)”

Anayasa Komisyonu Başkan Turhan Tayan, bu soruya şu yanıtı vermiştir:

“Sayın Uzunkaya, 13 üncü maddede öngörülen değişiklikle ilgili bir hususu sormaktadır. Biliyorsunuz, 13 üncü maddede, cumhuriyetin temel nitelikleri sayıldıktan sonra, laiklik, bu temel niteliklerin başında gelir; o bakımdan, bir ilave olarak görmemek lazımdır; cumhuriyetin temel nitelikleri arasında temel bir unsur olarak tekrarlanmıştır. (4)”

Sayın Tayan’ın verdiği yanıt, neden “laik toplum” yönündeki değişiklik

nal Human Rights Instrument/İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı, Beta Yayınları, İstanbul 1998.

(3) TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 21, Cilt 70, Yasama Yılı 3, 131. Bileşim (Olağanüstü), 24.9.2001, s. 43.

(4) TBMM Tutanak Dergisi, B. 131, O. 2, 24.9.2001, s. 44.

Laik Cumhuriyetin Gerekleri

sorusuna bir yanıt getirmemektedir. Daha çok laiklik ilkesinin cumhuriyetin nitelikleri arasında yer aldığına vurgu çekilmiştir. Oysa buradaki soru neden laik cumhuriyet değil de laik toplum yönünde bir değişiklik yapıldığıdır.

Uzunkaya 25.9.2001 günü maddeler üzerindeki görüşmelerde 13. madde de yapılan laik toplum yönündeki değişikliğin laik cumhuriyet şeklinde değiştirilmesini şu gerekçeyle istemiştir:

“Değerli arkadaşlar, burada bir değerli profesörümüzün toplumun laik olma kavramıyla ilgili değerlendirmesiyle sözümü bitirmek istiyorum. Değerli. Anayasa Profesörü Mustafa Erdoğan diyor ki: ‘Laiklik, sekülerizimden farklı olarak, devletin nasıl örgütlenebileceği ve hukukun nasıl oluşturulacağıyla ilgili bir ilkedir. Daha açık bir deyişle, laiklik ilkesi, toplumsal yapıyla değil, siyasal, hukuki yapıyla ilgilidir; laiklik, toplumun değil, şayet istenirse, devletin ve hukukun bir vasfı olabilir. Bu ise, toplumun sekülerleşmiş olup olmamasından bağımsız bir meseledir. Yani toplumun dindarlığı, devletin laik olmasına engel değildir.’

Değerli arkadaşlar, zannediyorum, bu metinde bir değişiklik konusunda da bir konsensüs oluşmuştur; yani, laik devlet yerine laik cumhuriyet, laik toplum yerine cumhuriyet kavramı. Böyle bir değişikliğin oluşu, AGİK sürecinde bize daha olumlu bir görüntü verecektir temennimi ifade ediyor, Yüce Heyetinizi saygıyla selamlıyorum. (5)”

ANAP grubu adına konuşan Yaşar Topçu, laik toplum ifadesinin laik cumhuriyet yönünde değiştirilmesi hakkında şu açıklamalarda bulunmuştur:

“Burada yanlış olan bir cümle var: Arkadaşlarımızda ona temas ettiler. ‘Laik toplum düzeninin gerekleri’ deyimi yanlıştır.

Arkadaşlar, bir şeyde anlaşalım. Din insanlar içindir. Bizim anlayışımıza göre biz Allah’a inanırız, kul içindir; devlet ve tüzelkişi Allah’ın kulu değildir, kulun kuludur, kulun yarattığı bir varsayımdır. Devlet laik olabilir, laik olmalıdır, laik kalmalıdır, buna hiç kimsenin itirazı olmamalıdır; ama, kişileri laik kalmaya zorlayacak ya da o anlamlara gelecek ifadelerden dikkatle kaçınmak lazım.

Onun için, bu değişiklik yapılarak bu maddenin kabulünü, biz hem parti olarak hem bendeniz, ondokuz sene evvel bu Anayasaya ret oyu vermiş bir arkadaşınız olarak büyük bir memnuniyetle karşılıyorum, getirenlere teşekkür ediyorum. (6)”

DYP grubu adına söz alan Ahmet İyimaya, 13. madde üzerindeki görüşlerini aktarırken, laik toplum yönünde yapılan değişikliği şu sözlerle eleştirmiştir:

(5) TBMM Tutanak Dergisi, B. 133, O. 2, 25.9.2001, s. 86.

(6) TBMM Tutanak Dergisi, B. 133, O. 2, 25.9.2001, s. 87.

“Burada, **her nereden geldiyse** Anayasa Komisyonuna, laik toplum kriteri geldi. Bir defa, laiklik, rejimlerin, devletlerin, modern devletlerin, tartışılmaz, değiştirilmez temel niteliğidir. Bunda ittifak var; ama, laiklik, anayasa tekniği bakımından, bakın, şu anda mesela, şu andaki Anayasada - ‘13 tane’ diye Sayın Topçu ifade ettiler- sınırlama sebepleri içerisinde, cumhuriyetin değişmezleri içerisinde 2 inci madde yoluyla. Yani, laiklik, özgürlüğü sınırlamanın bir metodu değildir, bir usulü değildir. Burada yapılan, özgürlükleri sınırlama metodudur. Nedir; ölçülük. Nedir; kanunla sınırlamak. Nedir; demokratik toplum gereklerine aykırı olmamak. Nedir; diğer, işte, sözüne ve ruhuna uygun olmak... Laiklik, özgürlüğü kısıtlama sebebi; yönetime getirirseniz, anayasa hukukçuları güler, anayasacılar güler. Devleti ve anayasa koyucuyu bu denli bir vehm içerisine düşürmememiz gerekir.

Yine, bilimsel olarak, **laiklik ile demokrasi arasında bir korelasyon ilişkili yoktur**. Laiklik, demokrasinin önkoşulu değildir. Bugün, İsrail laik değildir; ama demokrattır; Yunanistan laik değildir, ama, demokrattır; İngiltere laik değildir; ama, demokrattır.

‘Laik Cumhuriyet’ kavramı da büyük bir yanıltır; çünkü, Anayasa, cumhuriyeti, 2 nci maddesinde tarif etmiştir ve laikliği, onun asli şartı olarak görmüştür. Asli şartı, onun kavram kuşağını oluşturan bir kavrama bir isim tamamlamasıyla intizam ettirmek bir dil yanıltı değil bir anayasa yanıltıdır. Bundan, aslında bu kavramı buradan çıkararak zaten, Anayasa Komisyonu aktardı ilgili yerlere; en doğru şey budur. Yoksa, ‘laik cumhuriyet’ düzeltmesi doğru değildir, yanıltır;

Değerli Arkadaşlar, bir de, burada önemli olan demokratik toplum düzeni kavramı, bu Anayasanın tarif ettiği demokrasi değil, Anayasa Mahkememizin de tefsir ettiği gibi, katıldığımız uluslararası Sözleşmelerin tarif ettiği küresel demokrasidir... (7)”

TBMM’de öneriyi getiren Anayasa Komisyonu, “demokratik ve laik toplum” yönündeki değişikliği savunmamış, yukarıda yapılan alıntılardaki eleştiriler sonrası, “demokratik ve laik toplum düzeninin” ibaresinin “demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin” olarak değiştirilmesi yönünde önerge verilmiştir. Değişiklik gerekçesinde, “Laiklik,, Türkiye Cumhuriyetinin değiştirilemez bir niteliğidir. Bu düzenleme, Anayasanın 14 üncü maddesindeki düzenleme ile paralellik arz etmektedir.” denilmiştir. Anayasanın 14. maddesine göre de, “Anayasa da yer alan hak ve hürriyetlerden hiç biri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan *demokratik ve laik Cumhuriyeti* ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.” denilmektedir.

Dolayısıyla TBMM’de neden “demokratik ve laik toplum” düzeninin gerekleri yönünde bir değişiklik önerildiği açıklanmamıştır.

(7) TBMM Tutanak Dergisi, B. 133, O. 2, 25.9.2001, s. 88-89.

Laik Cumhuriyetin Gerekleri

Öneri sahipleri bu yöndeki değişikliği hangi amaçla yaptıkları konusunda bir açıklama yapmamışlardır. “Demokratik ve laik toplum” yönündeki değişildik teklifinin amacını, laiklik ilkesinin Türkiye için taşıdığı özel anlamda aramak gerekmektedir. Laikliğin Türkiye Cumhuriyeti’nin temel niteliği olmasına karşın, Türk toplumunun yapısı ve özellikle toplumun büyük kesimince benimsenen İslam dininin özellikleri toplumun da laik olması sorununu gündeme getirmektedir. Bu özel koşullar, Türkiye için devletin lâikliği yanında toplumunda laik olması ya da laikleştirilmesi anlayışına yol açmaktadır. Özellikle toplumun laikleştirilmesinde hukuku bir araç olarak kullanma laiklik ilkesinin uygulanmasında sorunların kaynağını oluşturmaktadır. Bu nedenle laik toplumla laik Cumhuriyet tartışmasının arkasında, Türkiye Cumhuriyeti için hangi laiklik anlayışının geçerli olduğu sorununun yattığını söylemek yanlış olmaz.

III. “Hangi Laik Cumhuriyet”in Gerekleri

Türkiye’de çok farklı laiklik anlayışları bulunmasına karşın temelde bu anlayışları iki doktrin etrafında toplamak mümkündür:(8) Bir yanda, laik ahlaka dayalı bir toplum kurmayı amaçlayan “Cumhuriyetçi doktrin”; diğer yanda çoğulculuk, hoşgörü ve özerklik ilkelerini esas alan “liberal-demokratik doktrin” (9).

Laiklik konusunda Cumhuriyetçi doktrin, öncelikle Fransa’da ortaya çıkmış, Türkiye ise Fransa modelini örnek almıştır. Fransa’da 19 yüzyıl sonunda 1880’lerden itibaren, Türkiye’de 1920’li yıllardan itibaren “Cumhuriyetçi laik proje” uygulamaya konmuştur. Bu anlayış temelde, devletin dini meşruiyet temeli olarak kullanmaktan vazgeçmesi esasına dayanmaktadır. Cumhuriyetçi laik proje bunu sağlayabilmek için iki yöntem izlemiştir. Biri, dinin devlet ve toplum arasındaki etkisini azaltmak amacıyla laik eğitim sistemini benimsemektir. Diğeri ise, dinin kolektif vicdan ve kimlik düzeyinde oynadığı rolü ikame etmek amacıyla laik ahlaka dayanmaktır. Bu projenin gerçekleşmesi için de hem Fransa da hem de Türkiye’de jakoben geleneklere başvurulmuştur. Jakoben geleneğin özelliği, otoriter, merkeziyetçi ve güçlü bir devlet isteğidir (10).

Türkiye’de Cumhuriyetçi laik projeyi savunanlar, dini “laik Cumhuriyet” açısından canlı bir tehdit saymaktadırlar. Bu tehdit algılaması, özellikle siyasal özgürlükler (siyasi partilerin kapatılması), din özgürlüğü (başörtüsü yasağı), eğitim özgürlüğü (kamu eğitiminin tekeli), ifade özgürlüğü (laikliğe

(8) Laiklik ve Demokrasi ilişkisinin geniş boyutlarda ele alındığı, İbrahim Kaboğlu tarafından yapılan derlemede konu karşılaştırmalı hukuk ve iç . hukuk açısından tartışılmaktadır. Konu hakkında geniş bilgi için bu derlemeye bakılabilir. Bk. KABOĞLU, İbrahim Ö., Derleyen, Laiklik ve Demokrasi, İmge Kitabevi, Ağustos 2001.

(9) BOCKEL, Alain, “Laiklik ve Anayasa”, Laiklik ve Demokrasi, s. 49-50.

(10) BOCKEL, a.g.e. s. 51.

karşı düşüncelere cezai yaptırımlar) alanlarında sınırlamalara yol açmaktadır(11). Ayrıca, Türkiye’de laik Cumhuriyet projesinin tam olarak gerçekleşme yolunun, “toplumun laikleşmesi” ile mümkün olacağı düşünülmektedir. Toplumun laikleşmesi ise, bu projenin gerçekleşmesinde iki temel koşul olan, “laik eğitim” ve “laik ahlak” anlayışlarının topluma egemen olmasına bağlanmaktadır. Ancak bu koşulların yerine gelmesi halinde laikliğin batıda olduğu gibi uygulanabileceği kabul edilmektedir(12). Bu nedenle dinin kamusal alanlardan mümkün olduğunca uzak tutulması ve kişilerin vicdanlarıyla sınırlı kalması, laik Cumhuriyetçi doktrinin temel düşüncesini oluşturmaktadır.

Liberal demokratik doktrin ise Fransız laiklik anlayışı yerine Avrupa’nın geneline hakim olan Anglosakson seküler anlayışı esas almaktadır. Sekülerizm din ile daha uyumlu ve uzlaşmacı bir modeldir. Sekülerizm modelinde Fransız laiklik anlayışından farklı olarak, kiliselerle anlaşmalar yapılmış (konkordatolar) “Ben sana karışmıyorum sen de bana karışma” anlayışı hakim kılınmıştır. Oysa Fransız jakoben laiklik anlayışında 1905 tarihine kadar, “din işlerini kendime karıştırmam ama ben karışıyorum” denilmiştir(13). Nitekim Türkiye’de de laikliğin bir yönünü oluşturan “din devlet işlerine karışamaz” ilkesi çok sıkı uygulanırken, “devlet din işlerine karışamaz” ilkesi büyük oranda uygulanmamıştır. Diyanet İşleri Başkanlığının varlığı bu anlayışın en önemli kanıtı olarak görülmektedir. Avrupa’nın genelinde liberal demokratik doktrinin önem kazanması, cumhuriyetçi laiklik anlayışına karşı, farklı dinlerin kamusal alanı nasıl paylaşabileceği soruna daha iyi yanıt bulabilmesiyle açıklanmaktadır. Çoğulculuk ve hoşgörü ilkelerine dayanan liberal doktrin, daha militan bir tavır sergileyen Cumhuriyetçi doktrine karşı farklı dinlerin çoğulculuğuna daha iyi çözümler üretebilmektedir(14). Günümüz laiklik anlayışı, çeşitli dinlerin kamusal alanda, kamusal düzenin bozulmasına yol açmadan yüz yüze gelme olanakları olarak açıklanmaktadır. Laikliğin koruyucu fonksiyonu, belli bir dinin diğer dinlere baskı uygulamasının önlenmesi ve kamusal aygıtın belli bir bölümünün belli bir dinin eline geçmesinin önlenmesi şeklinde gerçekleşmektedir(15).

Türkiye’de hangi laiklik anlayışı sorusuna verilecek yanıt genelde bu iki doktrin etrafında şekillenmekte ve sorunun yanıtı laiklik ve demokrasi arasındaki ilişkide kilitlenmektedir. Bu ilişkinin odak noktasında çoğulculuk ilkesi yer almaktadır. Türk anayasa doktrininde hakim görüş, laiklik ve demokrasi arasında doğrudan bir ilişkinin olduğu yönündedir. Buna karşın bazı yazarlar laiklikle demokrasi arasında doğrudan bir ilişki olmadığını savunurken,

(11) BOCKEL, *a.g.e.*, s. 54.

(12) Laik ahlak kavramı hakkında bk: ALİFENDİOĞLU, Yılmaz, “Laiklik ve Laik Devlet”, Laiklik ve Demokrasi, s. 84-85.

(13) TANÖR, Bülent, “Laiklik, Cumhuriyet ve Demokrasi”, Laiklik ve Demokrasi, s. 27.

(14) BOCKEL, “Laiklik ve Anayasa”, Laiklik ve Demokrasi, s. 54.

(15) BELORGEY, Jean-Michei, “Laiklik ve Demokrasi Açık Bir Toplumda Demokrasi”, Laiklik ve Demokrasi, s. 38-39.

Laik Cumhuriyetin Gerekleri

bazıları ise hiçbir ilişki olmadığını söylemektedir. Bu tartışmanın arkasında yatan neden, devletin laikliği yanında toplumun da laik olmasının gerekip gerekmediğidir. Başka bir deyişle “laik Cumhuriyetin” gerekleri kavramından, yalnızca devlet laisizminin mi anlaşılması gerekmektedir? .

İbrahim Kaboğlu, laik toplum düzeni kavramını tanımladıktan sonra, devlet laisizminin yeterli olmadığını, toplumunda laikleştirilmesi gerektiğini söylerken laiklik ve demokrasi arasındaki ilişkiye deyinmektedir:

“Laik toplum düzeni, bütün din ve inançtan insanların eşit koşullarda aynı kurallara uymak durumunda bulundukları, hiç kimseye dinsel ayrıcalık ve üstünlük tanımayan bir toplum düzenidir.

(...)

Laiklik ilkesi, içiçe geçmiş bulunan (hukuki açıdan) özgürlükler ve (siyasal açıdan) demokrasi kavramları bağlamında anlamlandırılmalıdır. Laiklik ilkesinin sadece hukuk kuralları ile uygulamaya geçirilmeye çalışılması, belli ölçülerde devlet laisizmini sağlayabilir. Oysa toplumun da laikleştirilmesi gerekir. Toplumumuzda laiklik ilkesinin temellendirilmesi, büyük ölçüde toplum üyelerinin kendi çabalarıyla, bu hedefe ulaşmak için Örgütlenmesiyle gerçekleşebilir” (16).

Kaboğlu, laik toplum düzenini, eşitlik ve ayrımcılık ilkeleriyle açıklamakta ve bu çerçevede laiklikle demokrasi arasındaki yakın ilişkiye değinmektedir. Kaboğlu toplumun laikleşmesini savunurken, bunun hukuk kurallarından çok toplum üyelerinin çabalarıyla gerçekleşmesi gerektiğine değinmektedir.

Tanör, laiklik ve demokrasi ilişkisini şu şekilde açıklamaktadır:

“Bütün laik sistemler demokratik ve liberal değildir, ama bütün çağdaş demokrasiler ya da çoğulcu, ve özgürlükçü sistemler fiilen laik ya da seklilerdir. Devletin ve hukukun dine dayanmaması ya da din-devlet ayrılığı ilkesi pratikte genel-geçer olgudur...” (17).

Mustafa Erdoğan ise, laikliği demokrasinin gerekli şartı olarak görürken yeterli şart olmadığını ifade etmektedir:

“Tarihsel olarak demokrasi siyasal iktidarın laikleşmesi doğrultusundaki gelişmenin tamamlanmasının doğrudan bir sonucu olarak ortaya çıkmış olmadığı için, günümüzde de laiklik kendi başına demokrasinin varlığının bir kanıtı değildir. Laiklik hukuk düzeninin dine dayandırılmaması ve devletin dinler (ve mezhepler) karşısında tarafsız olması anlamına gelirken, demokrasi yönetimin halkın rıza ve onayına dayanmasını ifade eder. Bu nedenle

(16) KABOĞLU, İbrahim ö., Özgürlükler Hukuku, AFA Yayıncılık, 5. Bası, İstanbul, 1999, s. 242-243.

(17) TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, YKY, İstanbul, 2002, s. 93.

dine dayanmayan (laik) bir devlet pekala otoriter nitelikte olabilir. Başka bir ifade ile, laiklikle demokrasi arasında, birincisinden ikincisine doğru giden zorunlu bir ilişki bulunmamaktadır. Nitekim günümüz dünyasında da laik esaslar üzerine kurulu pek çok siyasal sistem demokratik değildir. Bunun tipik örneğini hepsi de laik olduğu halde totaliter özellik gösteren eski sosyalist ülkelerin rejimleri oluşturmaktadır.

Buna karşılık aralarında din-devlet ilişkilerinin yapısı bakımından önemli farklar bulunmakla birlikte, demokratik siyasal sistemlerin hepsinde, siyasal iktidarın meşruluğunun dinden kaynaklanmadığı ve hukukun, dinden bağımsız olarak oluşturulduğu gözlenmektedir. Yani demokratik rejimler aynı zamanda laik sistemlerdir. Öyleyse, laiklik demokrasinin gerekli şartı olmakla beraber, yeterli şartı değildir. Bu durumda laiklik olmadan demokrasi olmayacağını söylemek doğrudur, fakat demokrasisiz bir laiklik de hiçbir ahlaki değer taşımaz.” (18)

Kemal Gözler, demokrasi ile laiklik arasında hiçbir ilişkinin olmadığını savunmaktadır:

“Kanımızca Mustafa Erdoğan’dan daha ileriye gitmek ve laiklik ile demokrasi arasında hiçbir ilişkinin olmadığını söylemek gerekir. Laik bir devlet, demokratik olabileceği gibi, anti-demokratik de olabilir. Örneğin Fransa laik ve demokratik; eski Sovyetler Birliği ise laik, ama anti-demokratik bir devlettir. Demokratik bir devlet de, laik olabileceği gibi lâik olmayabilir de. Örneğin Fransa, demokratik ve laik bir devlettir. Buna karşılık İsrail demokratik, ama laik olmayan bir devlettir...”

O halde laik olmak, demokratik olmak anlamına gelmediği gibi, laik olmak da, demokrasiye engel değildir. Laiklik ve demokrasi birbirinden farklı kavramdır. Ne birincisi ikincisini, ne de ikincisi birincisini gerektirir.” (19)

Gözler, demokrasi ile laiklik, arasında hiçbir ilişkinin olmadığını savunurken, örneklerden hareket etmekte ve anayasal ilke olarak laikliği benimsemeyi ölçü kabul etmiş görünmektedir. Ancak Tanör’e göre, çoğulcu-özgürlükçü demokratik ülkelerde din-devlet ilişkilerinde, ister laiklik, ister sekülerizm, isterse dine bağlı devlet söylemi benimsemiş olsun, bütün bu sistemlerde din ve kilise, devlet ve kamu alanından büyük çapta uzaklaşmış, bireyselleşmiştir. Dindışlaşma ya da dünyevileşme hukuk hayatına, meşruluk anlayışına, iktidarın oluşumuna ve kullanımına, siyasal ve kamusal yaşam üslubuna damgasını vurmuştur (20).

Konuya Atatürk’ün laiklik devriminin özellikleri açısından yaklaşan Metin Günday, Türkiye Cumhuriyeti için geçerli olan laiklik anlayışının batılı laiklik

(18) ERDOĞAN, Mustafa, Anayasal Demokrasi, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1999, s. 240-241.

(19) GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000, s. 153-154.

(20) TANÖR, a.g.e., s. 93.

Laik Cumhuriyetin Gerekleri

anlayışından farklı olduğunu belirtirken, laikliği daha çok tarihsel ve toplumsal temelleriyle ele almaktadır:

“Atatürk devrimlerinin temelini oluşturan laiklik, insanların çok büyük bir kısmı müslüman olan ve asırlardır teokratik bir devlet düzeninde yaşayan bir toplumda gerçekleşmiştir. Bu nedenle, Atatürk laikliğinin amacı, İslam dinini toplumsal işlevinden soyutlamak, kişilerin iç dünyalarına, vicdanlarına sokmak ve kişilerin iç dünyalarından dışa yansımalarını önlemek olmuştur. Bir başka anlatımla, Atatürk laikliğinin özü, İslam dininin kişiselleştirilmesidir.” (21)

Benzer görüşü Mümtaz Soysal da dile getirmekte, dinin toplumsal olmaktan çıkarılması ve kişiselleştirilmesi gereğini vurgularken, Türk toplumunun özel durumuna işaret etmektedir:

“Türk toplumunun özel durumu ve Kurtuluş Savaşından sonra geçirdiği devrim, laiklik ilkesine, sayılanlar dışında değişik bir unsurun daha eklenmesini zorunlu kılıyor. Bu da dinin toplum işlerinden, toplumsal görevlerden sıyrılıp ‘vicdanlara itilmesi’ kişilerin iç dünyalarından dışarıya taşmayan bir inançlar bütünü sayılabilesi.” (22)

Yılmaz Aliefendioğlu ise, laiklik ve demokrasi arasındaki ilişkiyi demokrasi teorisi çerçevesinde “çoğulculuk” kavramıyla açıklamaktadır:

“Laiklik, demokratik çoğulculuğun dayandığı ‘farklı olabilmek’ ve ‘farklılığı ifade edebilmek’ özgürlüğünün bir sonucudur. Çoğulcu demokraside, hiçbir düşünsel ya da dinsel başkalık yok edilemez. Demokrasiyle çoğulculuk, çoğulculukla laiklik arasında vazgeçilmez bir bağlantı (korelasyon) vardır. Laiklik demokrasiyle bağlantılı olduğu kadar, ekonomik, kültürel ve sosyolojik temelde toplumsal yapıyla da yakından bağlantılıdır; bu nedenle eğitim temeline dayanmalıdır.” (23)

Kısacası laik Cumhuriyetin gerekleri belirlenirken hangi laiklik anlayışının geçerli olacağı, temelde Cumhuriyetçi doktrin ile liberal doktrin arasındaki laiklik anlayışları ile açıklanabilir. Cumhuriyetçi doktrin özellikle Türkiye’ye özgü koşullar nedeniyle demokrasi ile laiklik arasında olmazsa olmaz bir ilişkinin bulunduğunu, dolayısıyla Türkiye için geçerli olan laiklik anlayışının yalnızca devlet laisizmi ile sınırlı olmayacağı üzerinde durmaktadırlar. Buna karşın liberaller ise, laiklikle demokrasi arasında olmazsa olmaz bir ilişkinin bulunmadığını, toplumun değil devletin laik olacağını dolayısıyla, laik toplum değil laik devlet ilkesinin geçerli olacağını vurgulamaktadırlar.

Bu nedenle yapılan bu değişiklik, Cumhuriyetçi laik doktrinle, liberal-de-

(21) GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İmaj Yayıncılık, Ankara, 1997, s. 36.

(22) SOYSAL, Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1993, s. 165.

(23) ALİEFENDİOĞLU, “Laiklik ve Laik Devlet”, Laiklik ve Demokrasi, s. 79.

mokratik doktrinin bir “uzlaşma formülü” olarak değerlendirilebilir. Bu yeni formül “demokrasiyle uzlaştırılmış cumhuriyetçi laiklik” anlayışı şeklinde ifade edilebilir. Ancak bulunan bu formülün işleyebilmesi, demokrasi ile laiklik arasındaki ilişkinin uygulamada nasıl belirleneceği soruna bağlı görülmektedir. Dolayısıyla laiklik ve demokrasi arasındaki ilişkinin Anayasa Mahkemesi kararlarında nasıl belirlendiği; “demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gerekleri” ölçütünün uygulanmasında da belirleyici olacağı söylenebilir.

IV. Anayasa Mahkemesine göre Laik Cumhuriyetin Gerekleri

Anayasa Mahkemesi kurulduğu günden beri temel hakların sınırlandırılmasında Türkiye Cumhuriyeti için laikliğin Özel yerine sürekli ve istikrarlı bir şekilde vurgu yapmış, demokratik toplum ve laik Cumhuriyet ilişkisini sürekli işlemiştir. Dolayısıyla önceki kararlarda yapılacak bir inceleme, Anayasa Mahkemesi’ne göre laik Cumhuriyetin gereklerinin nasıl belirleneceği hakkında bir fikir verebilir.

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde Devlet memurları yasasında “din hizmetleri sınıfının ihdası”na karşı açılan davada verdiği kararda hangi laiklik anlayışını benimsediğini ortaya koymuştur:

“...Hukuki yönden klasik anlamda laiklik, din ve Devlet işlerinin birbirinden ayrılması anlamına gelmektedir. Ayrılık dinin Devlet işlerine karışmaması biçimindedir ki, bu anlayışa göre, kilise tüm anlamı ile bağımsızdır. Bu durum, Hristiyan dinine bağlı milletlerde bir çok tarihi olguların, gereksinme ve zorunlulukların sonucu olduğu kadar bu sonuçta kilisenin dini bir kuruluş bulunmasının, Hristiyanlıkta, ruhani bir sınıfın, bir din hizmetinin varlığının ve Papanın kutsal nitelikte dini bir başkan olarak kabul edilmesinin de etkisi çoktur.

İslamîlikte ise, bir ruhban sınıfı bulunmadığı gibi, mabetlerde görevli kimseler de kutsal nitelikte değildir. Şu halde, her iki dinin koşulları aynı olmadığı gibi din işleriyle uğraşan kimselerin bağımsızlığı veya özerkliği anlayışının gerek ülkemizde gerekse batı devletlerinde oluşturacağı sonuçlar da birbirinden aynı değildir.

...laiklik, din ve devlet ilişkilerini düzenleyen bir ilke olduğuna göre dini anlayış yönünden benzer koşulları bulunmayan bir ülkenin, Batı hukukundaki anlamı ve biçimiyle laiklik ilkesini benimsememesini koşullardaki ayrılığın sonucu olarak görmek gerekir.”(24)

Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi, ilk kararlarında itibaren hangi laiklik anlayışı sorusuna, “Türkiye’ye özgü laiklik” anlayışı yanıtını vermiştir. Türkiye’ye özgü laiklik anlayışı da hiç şüphesiz Anayasası’nın laiklikle ilgili hü-

(24) AYM. E. 1970/53, K. 1971776, KT. 21.10.1971, AYMKD, Sayı 10, s. 61-62.

Laik Cumhuriyetin Gerekleri

kümleri çerçevesinde oluşmaktadır. Mahkeme aynı kararda temel hakların hiç birinin Anayasa’da benimsenmiş laik düzenin gereklerine aykırı şekilde kullanılabileceği şeklinde yorumlanamayacağını belirtmiştir:

“Anayasa koyucu, mabedin ve din işleriyle uğraşan kimselerin özerkliği veya bağımsızlığı biçiminde sınırsız ve Devlet denetimi dışında kalan bir din hürriyeti anlayışını **Anayasa’da kabul edilen laiklik düzeni ve ilkelerine** uygun görmemiştir.”

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde verdiği bir başka kararda “Türkiye’ye özgü laiklik” anlayışının özelliklerini şöyle saymaktadır:

“Dinin Devlet işlerinde egemen ve etkili olmaması esasını benimseme,

Dinin, bireylerin manevi hayatına ilişkin olan dini inanç bölümünde aralarında ayırım gözetilmeksizin, sınırsız bir hürriyet tanımak suretiyle dini Anayasa inancası altına alma,

Dinin, bireyin manevi hayatını aşarak, toplumsal hayatı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin bölümlerinde, kamu düzenini, güvenini ve çıkarlarını korumak amacıyla, sınırlamalar kabul etme ve dinin kötüye kullanılmasını ve sömürülmesini yasaklama,

Devlete, kamu düzenini ve haklarının koruyucu sıfatıyla dini. hak ve hürriyetler üzerinde denetim yetkisi tanıma niteliklerinden oluşmuş bir ilkedir” (25).

Kararda da görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi dinin devlet işlerine karışmaması ilkesini vurgularken devletin de din işlerine karışmama ilkesine değinmemekte, tam tersine devletin din işleri üzerindeki denetiminden söz etmektedir.

Anayasa Mahkemesi’nin 1982 Anayasası döneminde laiklikle ilgili ilk kararı, Huzur Partisi karardır. Mahkeme bu kararında da, 1961 Anayasası dönemindeki anlayışını sürdürdüğünü ortaya koyarak, “Türkiye’deki laiklik ilkesinin” sosyalist ülkelerdeki ve Hristiyan ülkelerdeki laiklik anlayışından farklı bir yapı ve düşünce biçimine sahip olduğunu ifade etmiştir:

“Yapılan araştırma ve incelemelerin ortaya koyduğu veriler Türkiye’deki laiklik ilkesinin anlamıyla uygulanmasının hiçbir sosyalist ülkedeki laiklik anlayışı ile ilgili ve ilişkili olmadığını, batıdaki Hristiyan ülkelerin laiklik anlayışından da farklı bir yapı ve düşünce biçimine sahip olduğunu açıklamaktadır.

Laikliğin, dinle devlet ilişkilerini düzenleyen bir ilke olması nedeniyle, her ülkenin içinde bulunduğu ve her dinin bünyesini oluşturan koşullardan esinleneceği, bu koşullar arasındaki uyum ya da uyumsuzluğun laiklik anlayışına

(25) AYM. E. 1970/53, K. 1971/76, KT. 21.10.1971, AYMKD, Sayı 10, s. 66.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

da yansıyarak farklı ve değişik modelleri ortaya çıkarması doğal sayılmalıdır.” (26)

Anayasa Mahkemesi her ülkenin içinde bulunduğu koşullar nedeniyle farklı laiklik anlayışlarının olacağı ifade ettikten sonra, klasik laiklik anlayışının hukuki yönden dinle devlet işlerinin birbirinden ayrılması anlamına geldiğini ve Türkiye’deki laiklik anlayışının klasik modelden farklılıklarını açıklamaya çalışmıştır:

“Hukuki yönden ve klasik anlamda laiklik, dinle devlet işlerinin birbirinden ayrılması anlamına gelmektedir. Buna rağmen, Hristiyan ve İslam dinlerinin koşulları, inanç ve gerekleri aynı olmadığından, ülkemizde ve batı ülkelerinde oluşan durumlar ve ortaya çıkan sonuçlar birbirinin aynı olmamış, aksine büyük farklılıklar göstermiştir. Dini ve din anlayışı tamamen farklı olan bir ülkenin laikliği, o ülke batı medeniyetine açık olsa dahi batı ülkelerindeki anlayış içinde benimsemesi esasen düşünülemez ve beklenemez. Bu durum, koşullar ve kurallar arasındaki farklılıkların doğal bir sonucu olarak görülmelidir. Kaldı ki, aynı dini benimseyen batı ülkelerinde dahi devletlerin laiklik anlayışı birbirinden aynı olmamıştır.” (27)

Anayasa Mahkemesi Batı laiklik anlayışından farklı olarak, Türkiye’deki laiklik anlayışının kendine özgü koşulları olduğunu dolayısıyla “hukuki laiklik” anlayışının değil, “toplumun da laikleşmesi” gereğini izah etmektedir:

“Osmanlı İmparatorluğu, temeli dine dayanan bir devlet düzeni öngörülerek kurulmuştur. Bu nedenle İslam kuralları, yalnız fertlerin manevi hayatını, yani inanç alanını değil, aynı zamanda toplum ilişkilerini, devlet faaliyetlerini ve hukuku da düzenlemiştir. Laiklik ilkesinin kabul edilmediği devirlerde din, toplum hayatının bütün alanlarına, devletin karar ve hareketlerine daima müdahale ederek egemen olmak istemiş, din sömürüsü ve onun kötüye kullanılması, bu alanda son derece katı bir taassuba neden olmuş ve bu yüzden medeniyetin ilerleme aşamalarında ortaya çıkan her icat ve yeni buluş dine aykırıdır fetvalarıyla karşılaşmış, hatta bu fetvalar düşman istilasına uğrayan vatanımızı kurtarma çabalarını dahi engellemek için pervasızca kullanılmıştır. Bu yüzden toplumumuzun gelişmesi için en lüzumlu olan buluşlar ülkemize girememiş, bunun doğal sonucu olarak da medeniyetin ilerleyişine ayak uydurulamamış, böylece devlet zaafa ve gerilemeğe uğratarak parçalanmaya kadar sürüklenmiştir.” (28)

Kararda da açıkça ifade edildiği gibi, tarihi nedenler ve İslam dininin gereği olarak, Türkiye’deki laiklik anlayışının klasik batı laiklik anlayışından farklı olarak, hukuki laikliğin dışında toplumunda laikleştirilmesi amaçlanmakta-

(26) AYM E. 1983/2, K. 1983/2, KT. 25.10.1983, AMKD, Sy. 20, s.358.

(27) AYM E. 1983/2, K. 1983/2, KT. 25.10.1983, AMKD, Sy.20, s.358.

(28) AYM E. 1983/2, K. 1983/2, KT. 25.10.1983, AMKD, Sy. 20; s. 358.

Laik Cumhuriyetin Gerekleri

dır. Anayasa Mahkemesine göre, Türkiye Cumhuriyeti ile kabul edilen laiklik ilkesi geçirilen, tarihi tecrübelerle, devrimlere, ulusun dini ve siyasi özelliklerine ve yurdumuz koşullarına uygun bir anlam taşımaktadır (29).

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında, Cumhuriyetin diğer özellikleri açısından da laikliğin özel bir anlam taşıdığını vurgulayarak laikliğin Türkiye açısından taşıdığı özel öneme vurgu yapmıştır:

“Atatürk ilkelerinin en önemlisi laikliktir... Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü ilkesi gücünü laiklikten almış, milliyetçilik ilkesi laiklikle tamamlanmış, Türk Devrimi laiklikten anlam kazanmıştır. Bu ilkenin Anayasa’dan çıkarılması da olanaksızdır. Boyutları daha büyük, alanı daha geniş bir uygarlık, özgürlük ve çağdaşlık ortamıdır. Türkiye’nin modernleşme felsefesi, insanca yaşama yöntemidir. İnsanlık idealidir... Demokrasiye geçişin de aracı olan laiklik, Türkiye’nin yaşam felsefesidir.”(30)

Anayasa Mahkemesi bu kararında Türkiye’ye özgü laikliğin hukuki ve toplumsal boyutu dışında felsefi yönünde işaret etmektedir. Dolayısıyla laiklik Türkiye açısından yalnızca devletin hukuki laikliğini değil aynı zamanda bir devlet ideolojisini de ifade etmektedir.

Anayasa Mahkemesi aynı kararda Türkiye’ye özgü laikliğin koşullarını tekrarladıktan sonra 1982 Anayasası için geçerli olan laikliğin Anayasayla benimsenen ve korunan laiklik olduğunu belirtmektedir:

“...Dini ve dini anlayışı tümüyle farklı ülkelerde laiklik uygulamasını, aynı anlam ve düzeyde benimsenmesi beklenemez. Bu durum, koşullar ve kurallar arasındaki ayrılığın olağan sonucudur. Kaldı ki, ayrı dini benimseyen batılı ülkelerde de laiklik anlayışı ayrılıklar göstermiştir. Laiklik kavramı,, değişik ülkelerde ayrı ayrı yorumlandığı gibi, farklı dönemlerde, kimi kesimlerce de kendi anlayışları ve siyasal tercihleri gereği değişik biçimde yorumlanabilmiştir. Yalnızca felsefi bir kavram olmayıp yasalarla yaşama geçirilecek hukuksal bir kurum niteliğini kazanan laiklik, uygulandığı ülkenin, dinsel, sosyal ve siyasal koşullarından etkilenmektedir. Tarihsel gelişimin farklılığı nedeniyle Türkiye için özellik taşıyan laiklik, Anayasa ile benimsenen ve korunan bir ilkedir.” (31)

Anayasa Mahkemesi, ilk kararından bu güne kadar, laikliğin Türkiye’ye özgü niteliğini sürekli işlemiştir. Laiklik ilkesinin Türkiye’ye özgü yönlerinin olması, kararlarda da ifade edildiği gibi, Avrupa ile paylaşılan farklı din ve kültürlerden kaynaklanmaktadır. Ancak sorun farklı laiklik anlayışlarının bulunması değil, farklı laiklik anlayışına dayanılarak, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi kapsamında ortak miras olarak değerlendirilen demokrasinin ge-

(29) Bk aynı karar, AYM E. 1983/2, K. 1983/2, KT. 25.10.1983, AMKD, Sy. 20, s.359.

(30) AYM. E. 1989/1, K. 1989/12, KT. 7.3.1989, AMKD, Sy. 25, s.143-158

(31) AYM. E. 1997/1, K. 1998/1, KT. 16.1.1998, RG. 22.2.1998-23266, s. 31

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

reklerinden sapma yapıp yapılamayacağıdır. Çünkü Sözleşme kapsamında, demokratik toplum düzeninin gereklerinden sapmayacak hiçbir gereklilik haklı görülmecektir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin, demokratik toplum düzeni ve laik Cumhuriyet ilişkisini nasıl açıkladığı da konu açısından önem taşımaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasası döneminde verdiği ve “Türban kararı” olarak bilinen 7.3.1989 tarihli kararda laiklik ve demokrasi ilişkisi açık bir şekilde işlenmektedir. Davanın konusu, Resmi Gazete’nin 27 Aralık 1988 günlü, 20032 sayısında yayımlanan 10.12.988 günlü, 3511 sayılı “2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununun 44 üncü maddesinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bir Ek ve Dört Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanunun” 2. maddesiyle 2547 sayılı Yasa’ya eklenen “Ek Madde 16”nın, Anayasanın Başlangıç Kısmı ile, 2., 10., 24., 174. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptalidir. Söz konusu yasayla, yükseköğretim kurumlarında, dinsel inanç sebebiyle, boyun ve saçların örtü ya da türbanla kapatılması serbestisi getirilmektedir (32).

Anayasa Mahkemesi kararda laik toplum kavramını kullanırken, Cumhuriyet ve demokrasiyi şeriat düzeninin karştı olarak nitellemektedir:

“...Laik bir toplumda bireyin istediğı dine ve inanca sahip olması, yasa-koyucunun her türlü etki ve elatmasının dışındadır. Devletin dinlerden birini tercih fikri, ayrı dinlere bağı yurttaşların yasa önünde eşitliğine de aykırı düşer....Çağdaşlaşmayı hızlandıran ve Türk Devrimi’nin kaynağı, olan laiklik ilkesi toplumun akıl ve bilim dışı düşüncelerle yargılardan uzak kalmasını amaçlar....Cumhuriyet ve demokrasi, şeriat düzeninin karştıdır. Genelde bir tür düşün ve anlayış biçimi, dünya görüşü sayılan bu ilke, ‘ümme’ten, ‘ulus’a geçmenin itici gücü olmuştur.” (33)

Anayasa Mahkemesinin demokrasinin şeriat düzeninin karştı olduğu yönündeki görüşü İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nce Refah Partisi kararında paylaşıldığı görülmektedir. Dolayısıyla «şeriat düzeninin» demokratik rejim açısından kapalı politik alanı oluşturduğu hem Anayasa hem de İHAS açısından geçerli olduğu söylenebilir. Anayasa Mahkemesi, aynı kararda laik Cumhuriyetin gerekleri dolayısıyla yapılacak bir sınırlamanın, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı sayılamayacağı anlamına gelen şu açıklamada da bulunmaktadır:

“Devlete, dinsel konularda denetim ve gözetim hakkı tanınması, din ve vicdan özgürlüğünün demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bir sınırlama sayılamaz. Devlet-din özdeşliğinin yolaçtığı zararlar laiklikle önlenmiş çağdaş uygarlık yolu laiklik ilkesiyle açılmış bağımsız bir hukuk kurumu olarak yeni yapısına kavuşmuştur. Demokrasiye geçisin de aracı olan laiklik

(32) AYM. E. 1989/1, K. 1989/12, KT. 7.3.1989, AYMKD, Sayı 25, s. 133.

(33) AYM. E. 1989/1, K. 1989/12, KT. 7.3.1989, AYMKD, Sayı 25, s. 147.

Laik Cumhuriyetin Gerekleri

Türkiye'nin yaşam felsefesidir. Laik devlette, kutsal din duyguları politikaya, dünya işlerine, hukuksal düzenlemelere kesinlikle karıştırılmaz. Bu tür düzenlemeler, dinsel gerekler ve düşüncelerle değil, bilimsel verilerden yararlanılarak kişi ve toplum gereksinimlerine göre yapılır. Bireyin özgür iradesine bağlı din duygularının zorlamadan korunması da bu biçimde sağlanmış olmaktadır. Eğitsel ve kültürel yaşantıyı yönlendirmek amacıyla lâikliğe aykırı eğitim ve öğretim de gerçekleştirilemez." (34)

Anayasa Mahkemesi kararında, laikliğe aykırı eylemlerin demokratik bir hak olamayacağını ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında demokratik toplum düzeninin yanında laiklik ilkesinin gereklerinin de temel alınması gerektiğine işaret etmektedir:

"Laikliğin, Türk Devrimi'nin, Cumhuriyetin özü ve ulusal yaşamın temeli olduğu bir gerçektir. 'Dinsel inanç gereği' sözcükleri kullanılsa da Cumhuriyetin niteliklerine yönelik, bu amaç ve anlamdaki dinsel kaynaklı düzenlemeler girişimler Anayasa karşısında geçerli olamaz. Özgürlükler Anayasa ile sınırlıdır. **Anayasa'daki laiklik ilkesine ve laik eğitim kuralına karşı eylemlerin demokratik bir hak olduğu savunulamaz. Anayasal ayrıcalığa sahip laiklik ilkesi; demokrasiye aykırı olmadığı gibi tüm hak ve özgürlüklerin de bu ilke temel alınarak değerlendirilmesi zorunludur.**" (35)

Kararda da görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi demokratik toplum ilkesinin laiklik ilkesi ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği yorumunu yapmaktadır. Anayasa Mahkemesi, ayrıca Anayasanın 2. maddesinde Cumhuriyetin temel nitelikleri yönünden yaptığı incelemede, laikliği demokrasinin olmazsa olmaz koşulu olarak kabul etmiştir:

"Dava konusu madde 'Dinsel inanç sebebiyle...' ibaresini taşıdığından demokratiklik ilkesine ters düşmektedir. Ulusal egemenlik kavramı, demokratik yapının temelidir. Demokratik düzen ise, dinsel gerekleri egemen kılmayı amaçlayan şeriat düzeninin karşıtıdır. Dinsel gerekçelere yönetimde ağırlık veren bir düzenleme demokratik olamaz. **Demokratik devlet, ancak laik devlettir.** Dinsel gerekli düzenlemeler dinsel çabaları, zorlamaları, bunlar da dinsel ayrılıkları getirir. Sonuçta demokrasinin özgürlükçü, çoğulcu, hoşgörücü niteliği kalmaz." (36)

Anayasa Mahkemesinin yukarıda açıklanan Türkiye'ye özgü laiklik anlayışını ilk kararından son kararına kadar bir istikrar içerdiği görülmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi en son verdiği Fazilet Partisi kapatma kararında da, bir önceki Refah Partisi kararına da gönderme yaparak benzer görüşlere yer vermiştir. Mahkeme bu kararda laiklik gereği yapılacak sınırlamaların de-

(34) AYM. E. 1989/1, K. 1989/12, KT.7.3.1989, AYMKD, Sayı 25, s. 148.

(35) AYM. E. 1989/1, K. 1989/12, KT. 7.3.1989, AYMKD, Sayı 25, s. 150.

(36) AYM. E. 1989/1, K. 1989/12, KT. 7.3.1989, AMKD, Sy. 25, s.143-158

mokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir:

“Devlete, dinsel konularda denetim ve gözetim hakkı tanınması, din ve vicdan özgürlüğünün, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bir sınırlama sayılamaz. Devlet-din özdeşliğinin yol açtığı zararlar laiklikle önlenmiş, çağdaş uygarlık yolu laiklik ilkesiyle açılmış, bağımsız bir hukuk kurumu olarak yeni yapısına kavuşmuştur. Demokrasiye geçisin de aracı olan laiklik, Türkiye’nin yaşam felsefesidir. Laik devlette, kutsal din duyguları politikaya, dünya işlerine, hukuksal düzenlemelere kesinlikle karıştırılamaz. Bu tür düzenlemeler, dinsel gerekler ve düşüncelerle değil, bilimsel verilerden yararlanılarak kişi ve toplum gereksinimlerine göre yapılır.” (37)

Fazilet parti kararında çoğunluğun görüşü olarak yer verilen yukarıdaki görüş, bir üyenin karşı oy yazısında eleştirilmiştir. Yapılan eleştiride Anayasa Mahkemesinin laiklik ilkesin genişleterek, “din işleri ile dünya işlerinin birbirinden ayrılması” şekline dönüştürüldüğü ifade edilmektedir:

“Anayasa Mahkemesi kararlarında önceleri laiklik ‘din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılması’ olarak nitelenirken son zamanlarda bu tanım daha da genişletilerek ‘din işleriyle dünya işlerinin birbirinden ayrılması’ şekline dönüştürülmüştür. **Endişe verici bu tanım ‘demokratik laiklik’ biçiminde algılamak çağdaş bir anlayışın gereği olarak kabul edilmez.** Dinlerin dünya ile ilgilerinin görüş ve beklentilerinin olmadığını söylemek mümkün değildir. Bireyin ve toplumların yaşamlarını ciddi biçimde etkileyen dinlerin dünya ile ilgisin kesmek ancak o dinin yok edilmesiyle olanaklıdır. Oysa dinler bireyin diğer insanlarla münasebetlerini, aile hayatını, sosyal yaşamını az ya da çok etkiler ve yönlendirir. Bu etki ve yönlendirmelerden birey çoğu kez farkında bile olmayabilir. İnsanların hayatlarını bu derece etkileyen dinlerin, dünya ile değil devletle olan ilgisinin denetim altına alınması bilimin ve aklın gereğidir.” (38)

Bu karşı oy yazısı göstermektedir ki, laiklikle demokrasi arasındaki ilişki doktrinde olduğu gibi Anayasa Mahkemesi üyeleri arasında da farklı yorumlanmaktadır. Nitekim aynı karşı oy yazısında şu açıklamalar bu farklılığı açıkça ortaya koymaktadır:

“Laiklik esas itibarıyla devleti sınırlayan onun nasıl hareket etmeyeceğini gösteren bir ilkedir. Laik devlet belli bir dini ya da seküler görüşü vatandaşlarına dayatamayacağı gibi, din ve vicdan özgürlüğünün kullanılmasını güvence altına almak zorundadır. Laikliğe aykırı olan, devlet yetkisi kullananların belli bir dini görüşü yasa, tüzük ve yönetmelik gibi uygulamalarla devlet kurallı şekline dönüştürmesi ve böylece devletin tarafsızlığının bozulmasına yol açmasıdır.

(37) AYM. E. 1999/2, K. 2001/2, KT. 22.6.2001, RG. 5 Ocak 2002 (Mükerrer), s.569.

(38) AYM. E. 1999/2, K. 2001/2, KT. 22.6.2001, RG. 5 Ocak 2002 (Mükerrer), s.594

Laik Cumhuriyetin Gerekleri

Bir başka anlatımla, hukuk düzeninin dine dayanmaması, devletin dinler karşısında tarafsız kalmasıdır. Laiklik, kimi kişi veya grupların aykırı, hoşagitmeyen fikirlerinin açıklanmasının değil, bu gibi görüşlerin hukuk kuralları haline dönüştürülmesini engelleyen çağdaş bir devlet anlayışının niteliğidir. Bu nitelik aynı zamanda hukuk kurallarının tarafsızlığını gösteren bir anlayıştır. Laikliğin bireylerin iç dünyalarına hapsedilmiş bir din anlayışıyla tanımlanması dinin Diinya'ya ilişkin her türlü talebinin 'istismar' olarak yorumlanmasına yol açar. Laiklik, dinsizlik olarak algılanamayacağı gibi toplumda yoğunlaşan her dinsel talep laiklik karşıtı olarakta nitelendirilemez. Anayasa'nın 2. maddesinde devletin niteliklerinden biri de 'Demokratik' olması biçiminde yer almıştır. **Demokratik olmanın temel unsurları ise, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ince çoğulculuk, hoşgörü, farklılığa saygı olarak ifade edilmekte, devletin yalnız başına laik niteliğiyle değil demokratik laik yapısıyla çağdaş dünya da yerini alabileceği kabul görmektedir.**"(39)

Kararlarda da görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi hangi laiklik sorusuna açıkça Türkiye'ye özgü laiklik anlayışı ile yanıt vermektedir. Mahkeme özellikle klasik laiklik anlayışından farklı olarak devlet laisizminin yeterli olmadığı toplumunda laikleşmesi gerektiği görüşüne paylaşmaktadır. Dolayısıyla Mahkeme Cumhuriyetçi laik doktrini esas almakta ve militan laiklik anlayışına dayanmaktadır. Bu çerçevede Mahkeme laikliği demokrasinin olmazsa olmaz koşulu görmekte, laikliğe aykırı bir uygulamayı demokratik bir hak olarak görmemektedir. Bu da açıkça göstermektedir ki, Mahkeme demokratik toplum düzeni ile laik Cumhuriyetin gereklerini bir birini tamamlayan olmazsa olmaz koşullar olarak kabul etmektedir.

V. Sonuç Yerine: Laik Cumhuriyetin Gerekleri Yönündeki Değişikliğin İnsan Hakları Avrupa Sözleşme'sine Uyum Açısından Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesinin laiklik hakkında verdiği kararlarda açıkça ortaya konduğu gibi, laikliğin Türkiye Cumhuriyetine özgü anlam ve nitelikleri vardır. Laikliğin Türkiye Cumhuriyeti açısından taşıdığı özel önem nedeniyle, onu Türk demokrasisinin olmazsa olmaz koşulu haline getirmektedir. Dolayısıyla kararlardan çıkan sonuç, laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı her sınırlama aynı zamanda demokratik toplum düzeninin gereklerine de aykırı kabul edilecektir. Başka bir deyişle laik Cumhuriyetin gereği yapılan her sınırlama, demokratik toplum düzeninin gereklerine de uygun kabul edilecektir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında ortaya konan, Türkiye'ye özgü laiklik anlayışı çerçevesinde uygulanacak olan laik Cumhuriyetin gerekleri ilkesinin, Sözleşme'ye uyum açısından bir sorun doğurup doğurmayacağı, demokratik toplum kavramı ile birlikte nasıl yorumlanacağına bağlı görülmektedir. Türkiye'ye özgü laiklik anlayışının gereklerini, Sözleşme'yle ortaya konan ortak demokratik toplum anlayışının dışında değerlendirilmesi bir sorunun doğ-

(39) AYM. E. 1999/2, K. 2001/2, KT. 22.6.2001, RG. 5 Ocak 2002 (Mükerrer), s.595.

masına yol açabilir. Başka bir deyişle Sözleşme’yle güvence altına alınan hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamalar, Sözleşme’yle ortaya konan demokratik toplum anlayışı dışında, Türkiye’ye, özgü laik Cumhuriyetin gereklerine dayandırılması halinde Sözleşme’ye aykırılık söz konusu olabilir.

Ancak Anayasa Mahkemesi kararlarında ortaya konan laiklik- demokrasi ilişkisi çerçevesinde böyle bir sorunun doğacağını söylemek zordur. Çünkü Anayasa Mahkemesi laik Cumhuriyetin gereklerini demokratik toplum düzeninin gerekleri içinde değerlendirmektedir. Ayrıca İHAM’ın Türkiye hakkında verdiği 9, 10 ve 11. maddelere ilişkin kararlarda Anayasa Mahkemesinin laik-demokrasi ilişkisine yönelik saptamalarının büyük oranda paylaşıldığı görülmektedir. Özellikle Refah partisi kararında Anayasa Mahkemesinin ortaya koyduğu laikliğin Türk demokrasinin olmazsa olmaz koşuluna ilişkin içtihadının İnsan Hakları Avrupa Mahkemesince benimsendiği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesi gibi İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de, ilahi kural ve sadakatle inanılan doğmalardan oluşan şeriatın, sabit ve değişmez oluşunu düşünmektedir. Şeriat düzeni içinde, politik alanın çoğulculuğu ya da kamu özgürlüklerinin sürekli gelişimi gibi ilkeler yer almaz. Mahkemeye göre, şeriatı yerleştirmeye açıkça referans yapan ifadeler birlikte okunduğu zaman, bir bütün olarak Sözleşme’de tasarlanan demokratik ilkelerle uzlaştıramaz. Bir kişinin insan hak ve özgürlüklerini savunduğunu söylerken aynı zamanda Sözleşme’deki değerlerle açıkça ayrılan şeriat rejimini de savunması zordur. Çünkü şeriat düzeni, özellikle, ceza hukuku ve ceza usul hukuku, kadınların yasal statüsü ve din buyruklarının kamu ve özel tüm alanlara karışması yönüyle Sözleşme’deki değerlerle örtüşmemektedir. Üstelik, “adil düzen” ya da “adalet düzeni” ya da “Tanrısal düzen” kurmayla ilgili ifadeler bir bütün içinde okunduğu zaman ve onlar çeşitli şekillerde yorumlanmaya müsait olabilirler, kullanılan ifadelerin ortak paydası, ifadelerde geçen politik rejimi tanımlamak için dini ya da ilahi kurallara referans yapmasıdır. Mahkemeye göre Sözleşme’ye taraf bir devlette, eylemleri ile şeriat düzeni kurmayı amaçladığını gösteren bir siyasi partinin, Sözleşme’nin bütününde yer alan demokratik ideale uygun olarak davrandığı kabul edilemez. (40)

Bu çerçevede temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların “laik Cumhuriyetin” gereklerine de uygun olacağı yönünde yapılan değişikliğin Sözleşme’ye uyum açısından bir yenilik getirmediği gibi uygulama açısından da bir gereklilik taşımadığı görülmektedir. Ancak ölçütün uygulanmasında, demokratik toplum düzeninin gerekleri dışında bazı gereklilikler aranması, Anayasaya uyum açısından sorun yaratmasa bile Sözleşme’ye uyum açısından sorun yaratabilir. Dolayısıyla ölçütün doğru kullanımı, Anayasa Mahkemesinin öz ölçütünde yaptığı gibi, laik Cumhuriyetin gereklerini demokratik toplum düzeninin gerekleri içinde değerlendirmesinde görülmektedir.

(40) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararı, Refah Partisi ve Diğerleri- Türkiye, 31.7.2001, (Applications nos. 41342/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98) <http://www.echr.coe.int>.

KAYNAKÇA

DOĞRU, Osman (1998), **International Human Rights Instrument/İnsan Hakları Uluslararası Mevzuatı**, Beta Yayınları, İstanbul.

ERDOĞAN, Mustafa (1999), **Anayasal Demokrasi**, Siyasal Kitabevi, Ankara.

GÖZLER, Kemal (2000), **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa.

GÜNDAY, Metin (1997), idare **Hukuku**, Gözden geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. baskı, imaj yayıncılık, Anakara.

KABOĞLU, İbrahim Ö. (2001), (Derleyen) **Laiklik ve Demokrasi**, İmge Kitabevi.

KABOĞLU, İbrahim Ö. (1999), **Özgürlükler Hukuku**, Genişletilmiş 5. Baskı, AFA Yayıncılık, İstanbul.

KUZU, Burhan (1999), **Türk Anayasa Metinleri ye İlgili Mevzuat**, Filiz Kitabevi, İstanbul.

SOYSAL, Mümtaz (1993), **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, 10. Baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul.

TANÖR, Bülent; YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2002), **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku** (2001 Anayasa Değişikliklerine Göre), 3. Bası, Yapı Kredi Yayınları (YKY), İstanbul.

TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 21, Cilt 70, Yasama Yılı 3, 131. Bileşim (Olağanüstü), 24.9.2001.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, Türkiye Barolar Birliği, II. Basım, Ankara, 2001.

AYM E. 1983/2, K. 1983/2 KT. 25.10.1983, AMKD, Sy. 20, s.358.

AYM. E. 1970/53, K. 1971/76, KT. 21.10.1971, AYMKD, Sayı 10, s. 61-62

AYM. E. 1989/1, K. 1989/12, KT. 7.3.1989, AMKD, Sy. 25, s.143-158

AYM. E. 1989/1, K 1989/12, KT. 7.3.1989, AYMKD, Sayı 25, s. 133.

AYM. E. 1997/1, K. 1998/1, KT. 16.1.1998, RG. 22.2.1998-23266, s. 31

AYM. E. 1999/2, K. 2001/2, KT. 22.6.2001, RG. 5 Ocak 2002 (Mükerrer), s. 569.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararı, Refah Partisi ve Diğerleri- Türkiye, 31.7.2001, (Applications nos. 41342/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98) [http: www.echr. coe .int](http://www.echr.coe.int).

(42. Makale - 2003)

Yılmaz ALİEFENDİOĞLU

*Türk Anayasası Açısından
Vergilendirmenin Sınırları **

* Yılmaz Aliefendioğlu, "Türk Anayasası Açısından Vergilendirmenin Sınırları", **Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan**, C. III, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s.221-244.

Türk Anayasası Açısından Vergilendirmenin Sınırları (Vergilendirmenin yasallığı ve vergilendirmede adalet ilkesi)

Yılmaz Aliefendioğlu*

GİRİŞ

Vergi ile hukuk arasında tarihsel süreçte gelişen ve vergilendirme yetkisinin, giderek ulusal istence (iradeye) dayandırılması ve hukuka bağlı kınlanmasıyla sonuçlanan güçlü bir ilişki vardır

Vergi, devletin tek yönlü istenciyle, egemenlik gücüne dayanarak vatandaşlar üzerine yüklediği bir kamu alacağıdır; Devlet, kamu giderlerini karşılamak amacıyla vergileme yetkisini kullanarak bu yolla kamu kesimine, piyasa ekonomisinden kaynak aktarır. Vergileme, böylece, kişilerin ceplerine uzanan devlet eli olması yönüyle kamusal; ancak, etkisini ekonomik yaşamda göstermesi yönüyle kişiseldir. Vergilendirme yetkisi, bu nedenle kaynağını kamu hukukunda bulmakta, etkisini ise özel ekonomik yaşamda göstermektedir.

Devletin egemenlik hakkına dayanarak kişilerin gelirlerine paydaş olma durumuna gelmesi, vergilendirmenin ulusal istence dayanmasının ve hukuk yoluyla sınırlandırılmasının önemini arttırmıştır.

Vergilendirme yetkisinin ulusal istence dayanılarak kullanılması ve verginin ulusun istemine göre alındığı varsayımı vergilendirmeye meşruiyet sağlar. Hukuk ise, Devletin tek yönlü istenciyle kullandığı vergilendirme yetkisinin, haksız, adaletsiz ve mali gücü aşan uygulamalarla keyfileşmesini ve bir zulüm aracına dönüşmesini önler. Hukuk, vergi adaleti, eşitlik, verginin malî güce göre alınması, kamu gideri karşılığı olması, yasallık gibi kimi ilkelerle vergilendirme yetkisinin kullanılmasını sınırlar ve temel hak ve özgürlükleri güvence altına alır; siyasal güç, vergilendirme yetkisini, ancak, hukukun belirlediği sınırlar içinde kullanmalıdır. Vergilendirme yetkisi, hukukla sınırlı alanda kullanıldığı oranda hukuksallaşır ve meşrulaşır. Vergilendirme yetkisinin kullanılmasının hukuksal alandaki temel dayanağı ise kuşkusuz Anayasadır.

* Prof. Dr. Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Tarihsel Süreçte Vergi - Hukuk İlişkisi

Tarihsel süreçte ve sosyolojik anlamda vergi ile hukuk arasındaki ilişki, bir yandan giderek artan kamu giderlerinin vergi yoluyla karşılanması gereksinimi; öte yandan, kişisel gelir ve servetin keyfi ya da ağır vergilendirmeler karşısında normlar ve yaptırımlara dayalı hukukla korunması çabaları, toplumun gelişim sürecinde birbirini tamamlayan iki unsur olmuştur. Tarihsel süreçte verginin, “yardım”, soylulara karşı “ödev” ya da Roma’daki deyimiyile, mağlupların yaşamlarının bağışlanması karşısında galiplere ödedikleri «haraç» görünümünden, «cebri» niteliğe dönüşmesi ve devletin egemenlik hakkına dayanarak kişilerin gelirine paydaş olması, devletin vergilendirme yetkisinin sınırlandırılması sorununa önem kazandırmıştır. Verginin, giderek, “cebrilik” unsurunun ağırlık kazanması, hukuksallaşması, ya da hukukla sınırlandırılması sürecini başlatmıştır.

Batı’da Magna Carta Libertatum (1215) (Büyük Özgürlük fermanı)’yla başlayan anayasal hareketlerin temelinde vergi yükünün halkın istencine ve oluru-na bağlı olarak yükletilmesi gayreti bulunmaktadır. İngiltere’de Magna Carta’yı takiben, Haklar Dilekçesi (Petition of Rights) (1628), Haklar Bildirgesi (Bili of Rights) (1688) ile devam eden gelişmeler kralın kimi vergilendirme yetkilerinin Parlamente’ye devri ile sonuçlanmıştır. Böylece vergilendirmenin ulusal istence ve kamusal gereklere dayanması ilkesi keyfiliğin yerini almaya başlamıştır. Amerikan Ayaklanması’nın temel nedenlerinden biri ağır ve adil olmayan vergiler olmuştur. 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş hakları Bildirisinde, vergi özgürlüğün ve yurttaşlığın simgesi olarak kabul edilmiş; vergi yükünün bütün yurttaşlar arasında eşit olarak dağıtılması gerektiği belirtilmiştir (m. 13). Aynı Bildiride “yurttaşların kamu giderlerine katılmanın zorunluluğunu saptamak ve bu katılmaya özgür iradeleriyle rıza göstermek, toplanan vergilerin nasıl kullanılacağını izlemek... hakkıdır.” (m. 14) denilmektedir.

Böylece, Batı’da parlamenter demokrasinin gelişmesiyle birlikte sanayi devriminin, sosyal devlet, eşitlik ve adalet kavramları bağlamında eriştiği yeni boyut; vergilendirmede keyfiliğin yerini, “ulusal istence ve hukuka bağlı olma” ilkesinin almasını sağlamıştır. Verginin hukuksallaşması süreci, kamu hukuku ve özellikle Anayasa Hukuku ilkelerinin oluşumuna koşut bir gelişim göstermiştir.

Vergilendirme, kişilerin ekonomik hak ve özgürlük alanına Devletin yönelttiği en etkili müdahale aracı olması, kişinin devlet karşısında korunmasının gerekliliğini ortaya çıkarmıştır. Vergilendirme, bu bağlamda, koşulları ve sınırları Anayasa ve yasalarda gösterilen esaslara göre kullanılan bir yetkidir.

Türk Anayasal Belgelerinde Vergilendirme İle İlgili Kurallar

Türk Anayasa belgelerinde vergi ile ilgili ilk kural, 1839 Gülhane Hattı Hümayunu’nda vergi yasalarının çıkarılacağına ilişkin Padişah tarafından verilmiş

Türk Anayasası Açısından Vergilendirmenin Sınırları

“söz” dür. İslahat Fermain’nda (1856), vergi tarh edilirken sınıf ve mezhep ayırımı yapılmayacağı kurala bağlanmıştır. 1876 tarihli Kanun-ı Esasi, bir yasaya dayanmadıkça vergi alınamaz (m.25) kuralını öngörmüştür. 1924 Anayasasında, vergi Devletin genel harcamalarına halkın katılması olarak tanımlanmış, ayrıca, verginin ancak bir yasayla alınacağı ilkesi yinelenmiştir (“Vergiler ancak bir kanun ile tarh ve cibayet olunabilir” (m.85).

1961 Anayasasında, vergi ile ilgili kurallar, temel hak ve özgürlükler kesiminin, “siyasi haklar ve ödevler” bölümünde “vergi ödevi” başlıklı 61. maddede toplanmıştır.

Bu madde hükmüne göre:

- Herkes vergi ödeyecektir;
- Vergi malî güce göre ödenecektir;
- Vergi, ancak, kamu giderlerini karşılamak üzere alınabilir;
- Vergi, resim, harçlar ve benzeri malî yükümler ancak yasayla konulabilir;

Maddede 1971 yılında yapılan değişikliğe göre ise;

- Bakanlar Kurulu, yasal sınırlar içinde kalmak, yasal ölçü ve esaslara uymak kaydıyla vergi resim ve harçların muafiyet ve istisnalarıyla nispet ve hadlerinde, kararnamelerle değişiklik yapmaya bir yasayla yetkili kılınabilir.

1982 Anayasasının 73. maddesinde aynı ilkeler, genelde, korunmakla beraber, ayrıca;

“Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır” hükmü eklenmiştir.

Vergilendirmenin Yasallığı İlkesi

Kavram

Günümüzde vergi politikaları, kamu harcamaları için gerekli gelirin sağlanması yanında, gelirin yeniden bölüşümünü belirleyen siyasal tercihe göre ekonomik kaynakların kimin elinde bulunacağını saptar. Vergi, ayrıca, ekonomik dalgalanmaların durdurulması, enflasyonun önlenmesi, tedavüldeki paranın ve buna bağlı talebin ayarlanması, ihracatın özendirilmesi, ulusal sanayiinin korunması, içki ve sigara tüketiminin azaltılması, belirli enerji türlerinin kullanılmasının özendirilmesi vb. gibi ikincil derecede amaçlarla kullanıldığında, malî politikanın etkili bir aracı durumuna gelir. Ancak, hükümetler malî ve vergi politikalarını belirlerken ya da vergilendirme yetkilerini kullanırken yasal ve ekonomik sınırlarla bağlıdırlar. Hukuk devleti ilkesini benimsemiş bir devlette vergilendirme yetkisi Anayasa ve yasalara uygun olarak kullanılmalıdır.

Anayasaya göre, Türkiye Cumhuriyeti demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devletidir (m.2); yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasa ve yasalara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir (m.8); idare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür, yasayla düzenlenir (m. 123); idarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolu açıktır (m. 125). Bu hükümlere göre, yürütme, hukukla sınırlı bir alanda, yasalara uygun, Anayasa ve yasalar uyarınca görev yapacak ve işlemleri yargı denetimine bağlı olacaktır (yürütmenin yasallığı ilkesi).

Anayasada, vergilendirmenin yasallığı ilkesi, genelde, yürütmenin yasallığı ilkesi kapsamında (m.8, 123/1); özelde, “vergi ödevi” başlıklı maddede düzenlenmiştir (Vergilendirmenin yasallığı ilkesi) (m.73).

Anayasaya göre, vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler yasayla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.

Vergilendirme işlemleri, yürütmenin yasallığı ilkesi uyarınca, yasalara uygun olmalı, vergi idaresi ve görevleri yasayla düzenlenmeli ve bu işlemlere karşı yargı yolu açık olmalıdır. Böylece, yürütmenin vergi uygulaması, Anayasa ve yasalara bağlı kılınarak kişilere, hak ve özgürlükleri yönünden Anayasal ve yasal güvence sağlanmıştır. Vergilendirme yetkisinin, ulusa ait egemenliğin temsilcisi durumunda bulunan yasama organının istencine ve bu bağlamda ulusun olurlarına bağlı olarak kullanılması, demokratik devlet anlayışına gereğidir.

Yasallığın Kapsamı

1961 Anayasasına göre, “Vergi, resim ve harçlar ve benzeri mali yükümler ancak kanunla konulur.” 1961 Anayasası, “ancak” sözcüğünün vurgulaması ile vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlerin istisnasız yasayla konulması ilkesini öngörmüştü. Bu Anayasada, yasayla konulan vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlerin nasıl değiştirileceği ya da kaldırılacağı konusunda bir kural bulunmamakta idi. Doğal olarak, yasayla konulan yükümlerin “eş kuralla” yani yasayla değiştirilmesi ya da kaldırılması gerektiği düşünülmüştü.

1961 Anayasasında, 20.9.1971 günlü, 1488 sayılı yasayla yapılan değişiklik sırasında 61. maddenin son fıkrasına “ Kanunun belli ettiği yukarı ve aşağı hadler içinde kalmak, ölçü ve esaslara uygun olmak şartıyla, vergi, resim ve harçların muafiyet ve istisnalarıyla, nispet ve hadlerine ilişkin hükümlerde değişiklik yapmaya, Bakanlar Kurulu yetkili kılınabilir.” hükmü eklenmiş; böylece, vergilendirme yetkisinin kullanılmasında, 1971 değişikliğiyle, Bakanlar kuruluna, yasayla yetkilendirilmek koşuluyla bir düzenleme alanı bırakılmıştı. 1961 Anayasasında “yürütmenin nasıl yetkili kılınacağı” belirtilmemişse de, yürütmenin, “kanunlar çerçevesinde” görevini yerine getirecek olması (m.6), yetkilendirmenin yasayla yapılmasını gerekli kılmaktaydı.

Türk Anayasası Açısından Vergilendirmenin Sınırları

1982 Anayasasında, vergilendirmede yasallık ilkesi, 73. Maddede, saklı tutulmakla beraber, ufak değişikliklere uğramış, fıkra, “Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.” biçimini almıştır. Dikkat edilirse, fıkradan “ancak” sözcüğü çıkarılmış, yasallık ilkesinin istisnaları olabileceği izlenimi verilmiştir. Ayrıca kural olarak yasayla konulan vergilerin, değiştirilip kaldırılabilmesinin de yasayla yapılabileceği vurgulanmıştır.

Maddenin son fıkrasında, yasayla yetkilendirilmek koşuluyla¹ yürütmeye, vergilendirmeyle ilgili olarak bırakılabilecek alan, genel olarak 1961 Anayasasının öngördüğü esaslarla saklı tutulmuştur. Bu Maddeye göre, “Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirlediği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir.”(m.73/son).

Bu hükümlere göre, Yasallık ilkesine anlam kazandırılabilmesi için her iki Anayasada yer alan “kanunla konulur”, hükmünün kapsamının belirlenmesi gerekmektedir..

Bu kavram geniş ve dar anlamda yorumlanabilir. Geniş anlamda yorum, “verginin konusu, vergi matrahı, uygulanacak oran, muafiyet ve istisna halleri, verginin alınma biçimi gibi unsurları vergilendirmenin önemli bölümlerini oluştururlar, bu nedenle tümüyle yasayla düzenlenmelidir” görüşüne dayanmaktadır. Bu görüşe göre, verginin, sadece, konusunu yasayla düzenlemek, öteki unsurlarına ilişkin düzenlemeyi yürütmeye bırakmak yasallık ilkesiyle bağdaşmaz.

Daha dar kapsamlı yoruma göre ise, “vergi, devletin ekonomi politikasının en önemli malî aracıdır. Hükümetler, ekonomik koşulların gerektirdiği vergisel önlemleri hızla ve etkinlikle alabilmelidirler. Vergilerin, bu bağlamda ve özellikle yerel yönetimlerle ilgili alanda, konularının yasayla belirlenmesi, öteki unsurların düzenlenmesi işinin ise, ilgili yönetimlere bırakılması vergilemenin etkinliğini artırır».

Yasallık ilkesinin “geniş” yorumlanması vergilendirmede keyfiliğe kaçılmasını önlemek ve yükümlüye daha çok yasal güvence sağlamak; dar yorum ise, değişen ekonomik durumlar karşısında yürütmenin karar almasını hızlandırmak amacını güder.

Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde verdiği kararlarda “yasallık ilkesinin” kapsamını geniş yorumlayarak, salt vergi konusunun yasayla konulmasını yeterli bulmamış, verginin matrahının ve oranının da yasayla belirlenmesi gerektiğini hükme bağlamıştır². Anayasa Mahkemesi (AYM),

1 1982 Anayasası m.8, “Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.

2 AYM’nin 24.3.1970 günlü, E1969/65, K.1970/16 sayılı kararı: “Kanun koyucunun, yalnızca

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

yerel yönetimlerin alması gereken reklam resmiyle ilgili kararında da, aynı görüşle, vergi konusunun ve yükümün yasayla gösterilmesine karşın; reklam resminin belediye meclislerince düzenlenecek esas ve tarife göre alınmasını yasallık ilkesiyle bağdaşır bulmamıştır. Mahkemeye göre, “Bu, malî yüküm kavramıyla bağdaşmayacak sınırsız bir yetkidir³. Ancak, Anayasa Mahkemesi, bu dönemde, Köy Yasasının imece ve salma’ya ilişkin maddelerini, farklı bir görüşle, en yüksek haddin yasayla belirlenmesiyle yetinilmesini, köyün özel durumunu dikkate alarak, yasallık ilkesine aykırı bulmamıştır⁴. Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde, Anayasanın 61. Maddesinde yapılan değişiklik öncesinde verdiği kararlarda, “...vergi nispet ve hadlerinde değişiklik yapmak kanunun değiştirilmesi anlamına gelir. Kanunu değiştirmek ise Büyük Millet Meclisine ait olup bu yetkinin Bakanlar Kuruluna verilmesi”, Anayasanın yasama yetkisini TBMM’ne veren hükümlerine ve bu yetkinin devredilmezliği kuralına aykırı düşeceği yönünde kararlar vermiştir⁵. Mahkeme bu kararında, vergi oranlarında değişiklik yapmanın, vergi koyma kavramının kapsamı içersinde düşünülmesi gerektiğini söylemektedir.

Bir başka kararında da, vergiden indirim yapmanın, muaf veya ayrı tutmanın “vergi koymak” kadar önemli işlerden olduğu ve yasayla düzenlemesi gerektiğine karar vermiştir⁶.

Anayasa Mahkemesi, 1981 yılında 1961 Anayasasına göre verdiği bir başka kararında, “Ticaret borsalarının, belediye hudutları içinde işlem gören borsaya kayıtlı malların tescili karşılığı, borsalarca yerel özelliklere göre düzenlenen ve Ticaret Bakanlığınca onanan tarife uyarınca aldığı ücreti, 5590 sayılı yasada konusu belirtilmekle beraber, matrahın, alt ve üst sınırın ve uygulanacak oranın belirtilmemesi” yönünden yasallık ilkesine aykırı bulmuştur⁷. AYM, yasaya göre alınan ve konusu yasada geçen ücreti “vergi benzeri malî yüküm” olarak kabul etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin yasallık ilkesinin kapsamını belirleyen kararlarının, 1961 Anayasası döneminde, genelde, geniş yorum yönünde olmasına karşın; 1982 Anayasası döneminde, dar yorumdan yana değişim gösterdiği gözlenmektedir.

Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası döneminde, peşin (geçici) vergiyle ilgili

konusunu belli ederek bir malî yükümün ilgililere yükletilmesine izin vermesi, bunun yasayla konulmuş sayılabilmesi için yeter neden olamaz. Malî yükümlerin, yükümlüleri, matrah ve oranları, tarh ve tahakkuku, tahsil usulleri, müeyyideleri, zaman aşımı gibi çeşitli yönleri vardır. AYM’nin 26.12.1972 günlü, E1972/40, K1972/61: “...kanun koyucunun yalnızca konusunu belli ederek bir akçalı yükümün ilgililere yükletilmesine izin vermesi bunun bir kanunla kurulmuş sayılabilmesi için yeterli değildir...” AYMKD sayı 10, S. 589

3 AYM’nin 22.12.1970 günlü, E1970 /29, K1970/48 sayılı kararı, AYMKD sayı 8, S. 493

4 AYM’nin 5.1.1965 günlü, 1963/18, K1965/1 sayılı kararı, AYMKD sayı 3, S.1 1

5 AYM’nin 15.06.1971 günlü, E1970/55, 1971/57 sayılı kararı, AYMKD, sayı 9, S.538

6 AYM’nin 25.10.1969 günlü, E1967/41, K1969/57 sayılı kararı, AYMKD sayı 8, S.49

7 AYMKD’nin 27.1.1981 günlü, E1980/27, K1981/9 sayılı kararı.

Türk Anayasası Açısından Vergilendirmenin Sınırları

kararında, “Dayanağı yasa olan geçici vergi yönteminin tüm koşulları yine bu yasada” gösterildiğinden söz edilerek, “Yükümlünün önceki yıla ilişkin olarak kendi bildirdiği kazançla göre belirlenen peşin verginin ödeme zamanları da açıkça belli olduğundan bu konuda” verginin yasallığı ilkesine aykırılık söz konusu olmadığı yönünde karar vermiştir⁸.

AYM, talih oyunları işletmeleri nedeniyle kurumlar vergisi yükümlüsü olanlarla ilgili kararında, asgari verginin alt sınırının yasada gösterilmesini, mak-tu olarak saptanan bu tutarların değerlendirilmesiyle bulunacak miktarın Bakanlar kurulunca on katına kadar yükseltilecek asgari verginin üst sınırının oluşturulmasını (Gelir vergisi Y. /Mükerrer 111. madde) yasallık ilkesine aykırı görmemiş, Anayasanın 73. maddenin son fıkrasının uygulanması ile ilgili bulmuştur⁹.

Anayasa Mahkemesi, 213 sayılı yasanın 11. maddesine 24.3.1988 günlü, 3418 sayılı yasayla eklenen fıkra ile Maliye Bakanlığının, zirai ürünlerin alım ve satımlarına aracılık eden kuruluşlar ile Ticaret Borsalarını, bu mahsullerin satın alınması sırasında yapılacak vergi tevkifatından müteselsilen sorumlu tutmaya ve tevkifatın hangi safhada yapılacağını ayrı ayrı belirlemeye yetkili kılınmasının Anayasaya aykırı olduğu yönünde yapılan başvuruyu, “İtiraz konusu fıkra ile Bakanlığa verilen düzenleme yetkisi, malî mükellefiyet tesis edecek bir yetki olmayıp, sınırlı ve vergi idaresinin uygulayacağı ikincil bir düzenleme alanıdır.” gerekçesiyle yasallık ilkesine aykırı bulmamıştır¹⁰.

Bize göre, verginin konusu, yükümlüsü, matrah ve vergi oranı gibi tüm unsurlarının düzenlenmesine ilişkin yetkinin sadece yasama organına ait olması, başka bir deyişle vergilemede yasallık ilkesinin geniş anlamda anlaşılması, vergi yükümlüleri açısından daha güvenceli olduğu savunulabilir ise de, kamu yararı açısından her zaman daha isabetli bir çözüm olduğu söylene-mez. Özellikle, verginin, mali politikanın etkin bir aracı olarak kullanıldığı durumlarda, tüm düzenlemenin yasayla kısa sürede yapılması, ekonomik sorunlara hızlı çözüm getirilebilmesi ve etkinliğin sağlanması güçleşir; yönetimde esneklik azalır. Anayasaya göre, yerel ortak ihtiyaçları karşılamak için kurulan yerel yönetimlere, verginin konusunun yasayla belirtilmesi koşuluyla, vergilemenin öteki unsurlarını düzenleme yetkisinin verilmesinin daha uygun düşer. Yerel yönetimlerin, yerel durumu ve gereksinimleri daha iyi bildikleri kabul edilmelidir.

Yürütme organının, ekonomik değişimler ve ani düzenlemeler gereksinmesi karşısında vergi oranlarında süratli değişiklikler yapabilmesi Devletin ekonomiyi düzeltmek yolundaki çabalarında etkinliğini artırır. Yürütme organına bu bağlamda, bazı koşullarla vergileme ile ilgili sınırlı yetkiler verilmesi “ver-

8 Aym’nin 7.11.1989 günlü, E1989/6, K1989/42 sayılı kararı, AYMKD sayı25, S.405

9 AYM’nin 11.12.1996 günlü, E1996/49, K1996/46 sayılı kararı, AYMKD sayı 36/1, S.48

10 AYM’nin, 18.7.1994 günlü, 1994/46, 1994/57 sayılı kararı, AYMK.D sayı 31/1, S.380

ginin yasallığı” ilkesinin dar yorumu olur, vergi yasalarının uygulanmasında elastikiyet sağlar.

1961 Anayasasında, 29.9.1971 günlü, 1488 sayılı yasayla yapılan değişiklikle kısmen bu yola gidilerek, 61. Maddeye, “Kanunun belli ettiği yukarı ve aşağı hadler içinde kalmak, ölçü ve esaslara uygun olmak şartıyla, vergi, resim ve harçların muafiyet ve istisnalarıyla nispet ve hadlerine ilişkin hükümlerde değişiklik yapmaya, Bakanlar Kurulu yetkili kılınabilir.» hükmü eklenmiştir. Bu kural, 1982 Anayasasının 73. Maddesinde, benzer biçimiyle “Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muafık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir.” biçimiyle yer almıştır. Madde gerekçesine göre, Bakanlar Kuruluna bu yetki, “Vergi yükünün, muafığın ve istisnaların zamanla artan oranda düşmesini engellemek üzere” verilmiştir. Bakanlar Kurulu, uygulamada, yasaların verdiği yetkilere dayanarak, malî yükümlülüklerin muafık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde yasanın belirlediği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmaktadır¹¹.

Anayasa Mahkemesi, peşin vergiyle ilgili kararında, “Peşin ödemeye esas alınacak oranlar konusunda, belirli sınırlar arasında değişiklik için Bakanlar Kuruluna yetki verilmesini” Anayasaya ayırı bulmamıştır¹².

Bakanlar Kurulu Para ile Ödenecek “Vergi Cezalarının” Nispet ve Hadlerinde Değişiklik Yapabilecek midir?

Bakanlar Kurulu, Vergi Usul Yasasının 3239 sayılı yasayla değişik 414. maddesinin (b) bendiyle, Vergi Usul Yasasında yer alan maktu hadler ile asgari ve azami miktarları belirtilmiş para ile ödenecek ceza miktarlarını on katına, nispi hadleri ise iki katma kadar ayrı ayrı arttırmaya ve bunları yasal seviyesine indirmeye yetkili kılınmıştır.

Anayasa Mahkemesi, bu bendin iptali istemiyle açılan davada, öncelikle, Anayasasının 73. maddesinin son fıkrasına göre Bakanlar Kurulunun, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muafık ve istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde yasanın belirlediği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapabilmek yetkisi olduğunu, ancak, bu fıkrada vergi cezalarına yer verilmediğini belirlemesine karşın; dava konusu yapılan fıkranın, Anayasasının 73. maddesinin son fıkrasıyla Bakanlar Kuruluna verilen yetki kapsamı içinde olduğu yönünde karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi’nin bu

11 Bir örnek: Bakanlar Kurulu 30.11.2000 günlü, 2000/ 1689 kararla, Gelir Vergisi Yasasının 94. Maddesinin 94/6-b-ii alt bendinde değişiklik yapan 4605 yasaya dayanarak “yatırım indiriminden yararlanan kazançlar üzerinden yapılacak tevkifat oranını %18 olarak belirlemiştir. Danıştay Dördüncü Dairesi, bu karara karşı açılan davanın reddi yönünde karar vermiştir. (6.6.2001 günlü, E2000/6359, K2001/2482 sayılı karar)

12 AYM’nin 7.11.1989 günlü, E1989/6, K1989/42 sayılı kararı, AYMKD sayı 25, S.405

Türk Anayasası Açısından Vergilendirmenin Sınırları

kararına göre, «Bakanlar Kurulu'na verilen, <Vergi Usul Kanununda yer alan maktu hadler ile asgari ve azami miktarları belirtilmiş para ile ödenecek ceza miktarlarını on katına, nispi hadleri ise iki katına kadar ayrı ayrı arttırmak ve bunları kanuni seviyesine indirmek> yetkisidir. ...Para cezalarının zaman içinde, enflasyon nedeniyle, önemini ve ceza niteliğini kaybettiği bilinmektedir. Bu düzenleme ile para cezalarının caydırıcı niteliğini koruması da sağlanmış olmaktadır ki, bunda önemli bir kamu yararı olduğu açıktır.”¹³ yönünde karar vermiştir. Aynı kararda, bizim de katıldığımız karşı oya göre ise, Anayasa, 73. maddesinin son fıkrasıyla, verginin geniş anlamda yasallığı ilkesine istisna getirmiştir. Bu fıkra, vergi oranlarında yasanın belirlediği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisinin Bakanlar kuruluna bırakılmasını öngörmekte ise de, vergi cezaları hakkında benzer bir yetkiyi içermemektedir. Anayasa'nın, vergi ödeviyle ilgili olarak öngördüğü vergilemenin yasallığı kuralına, kendi düzenlemesi ile getirdiği <istisnanın>; vergi cezalarında da, benzer bir uygulamaya gidilecek şekilde genişletilerek uygulanması, suç ve cezanın ve verginin yasallığı ilkesiyle bağdaşmaz. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi kararının “kamu yararına” dayandırılmasında da kanımca isabet bulunmamaktadır. Bu durum, Mahkemenin yaptığı denetimi, hukuksallıktan çok, yerindelik denetimine yaklaştıır.

Kararnameyle Vergi Konabilir mi?

1982 Anayasasının 167. maddesi, Bakanlar Kurulunun, dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına düzenlenmesi amacıyla dışalım, dışsatım ve öteki ticaret işlemleri üzerine ek malî yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya “bir yasayla yetkili kılınabileceği, hükmünü içermektedir. Maddede, her ne kadar, ek malî yükümlerin “vergi ve benzeri malî yükümlülüklerin” dışında olacağı belirtilmekte ise de, kamusal bir alanda bir yaptırıma bağlı olarak getirilen bir malî yüküm, vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlerin dışında kalmaz. Böylece Anayasasının, 73. maddesinin vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlerin konulmasında öngördüğü “yasallık” ilkesini, 167. maddede aramadığı gözlenmektedir. Yetki yasasına da dayansa Bakanlar Kurulunun “ek malî yükümlülükler koyabilmesi” verginin yasallığı ilkesiyle çatışmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, “üretilen tütün mamullerinde kullanılan tütün cinslerine göre (ithal tütünden) fon alınması” yönünde Bakanlar Kurulunca verilen karara karşı açılan davada itiraz yoluyla yapılan başvuru nedeniyle verdiği kararda¹⁴, Anayasasının 73. maddesi ile 167. maddesinin ek malî yükümlü ilgili kural koyan ikinci fıkrası arasında karşılaştırma yapmıştır. Anayasa Mahkemesine göre, “Anayasasının 73. maddesi uyarınca vergi resim harç ve benzeri malî yükümlülükler yasayla konulur, değiştirilir ya da kaldırılır. Bunlardan

13 AYM'nin 19.3.1987 günlü, E1986/5, K1987/7 sayılı kararı, AYMKD 23, S.153-154

14 Bakanlar Kurulunun, 28.5.1986 günlü, 3291 sayılı kararına dayanarak verdiği 2.5.1991 günlü, 91/1755 sayılı kararı

muaflik, istisnalar ve indirimler ile oranlarına ilişkin hükümlerde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kurulu’na verilebilir. Oysa, Anayasanın 167. maddesinin ikinci fıkrası ile, sözü edilen “ek mali yükümlülükler”in konulması ve kaldırılmasında Bakanlar Kurulu’na yasayla yetki verilmesi söz konusudur. Bir “ek mali yükümlülüğün konulması” onun nevinin ve miktarının saptanması demektir...Bakanlar Kurulu, ülke ekonomisi ne gibi ek mali yükümlülükler konulmasını gerektiriyorsa bunun türünü ve oranını saptamada serbest olacaktır.¹⁵ Kararda karşı oy kullanan üyeler, 167/2 maddenin, “mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır (73/2) ilkesinin dışında ve buna tümüyle ayrıklı bir oluşumun amaçlandığı düşünülemez...yalnızca “Ek” sözcüğünün bulunmasının (167. maddede) yürütmeye görevli Bakanlar Kurulu’na (vergi) “koyma ve kaldırma” zamanını, gereğini belirleme yetkisini verir; ancak, ilkeleri de yasa düzeyinde saptama yetkisine olanak vermez”. Karşı oy kullananlara göre yürütme, “Fonların kaynaklarını, türünü ve alt-üst sınırını yasa belirledikten sonra, ilkeleri koyacak; yürütme ancak ve ancak “fon uygulamasını”nın başlayış ve sona erişini saptayarak işleyişi gerçekleştirecektir”.

Vergi Yasalarında Yasa Hükümünde Kararnameyle Değişiklik Yapılabilir mi?

TBMM, Anayasaya göre, Bakanlar Kuruluna yasa hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir (m.87, 91). Bakanlar Kurulu, bir yetki yasasına dayanarak çıkardığı yasa hükmünde kararnamelerle yasalarda değişiklik yapabilir. Bu arada yasa hükmünde kararnamelerle vergi ödevine ilişkin yasalarda değişiklik yapılabilir mi? sorusu akla gelmektedir. Bu sorunun yanıtı olumsuzdur. Çünkü, Anayasanın 91. Maddesi, Anayasanın temel hak ve özgürlüklerle ilgili ikinci kısmının, vergi ödevini de içeren, siyasi haklar ve ödevlerle ilgili dördüncü bölümünde yer alan konuların yasa hükmünde kararname ile düzenlenmesi yasağını getirmiştir. Bu durumda, Bakanlar Kurulu, Anayasanın 73. Maddesinin son fıkrasına göre aldığı yetkiyle, vergi yasalarının, muaflik, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde yasanın belirlediği yukarı ve aşağı sınırlar içersinde değişiklik yapabilmesine karşın aynı şeyi yasa hükmünde kararname ile yapamamaktadır.

Örf ve Teamüle Dayanarak Vergi Konabilir mi?

Ödenecek vergiyi örf ve teamüle göre saptamanın yasallık ilkesiyle bağdaşırılığı tartışılabilir. Anayasa Mahkemesi, Çarşı ve Mahallât Bekçileri ile ilgili davada, bekçilere ödenecek ücretlerin örf ve teamüle göre saptanmasını, malî gücün yasal olarak saptanmadığı, örf ve teamülün yer ve bölgeler itibariyle değişik olabileceği gerekçesiyle Anayasaya aykırı bulmuştur¹⁶.

15 AYM’nin 12.6.1996 günlü, 1995/50. 1996/19 sayılı kararı, AYMKD sayı 36/1, S.33 ; Karşıoy kullananlar: Yekta Güngör Özden, Fulya Kantarcioğlu.

16 AYM’nin 26.10.1965 günlü, E1965/25, K1965/57 sayılı kararı, AYMKD Sayı 3, S.270

Vergilendirmede Adalet İlkesi

Kavram

Vergilendirmede adalet ilkesi;

- Herkes vergi verecektir (Genellik),
- Vergi yükü “eşit” olarak paylaştırılacaktır (eşitlik),
- Vergi malî güce göre ödenecektir (adalet), ilkelerini içerir.

Herkesin Vergi Ödemesi İlkesi

Bir toplumda gelir elde eden ya da servet sahibi olan herkesin ayrımsız vergi ödemesi anlamına gelir. Vergi yükünün dağıtımında kişilerin kamu hizmetlerinden yararlanma oranı ile salınan vergi arasında bir bağlantı kurulmaması bu ilkenin bir başka yönüdür. Vergi yasaları genel olmalı, biçimsel ya da özel yasalarla kimi kişilere göre vergi yükümü getirilmemelidir. Anayasa Mahkemesi, bir kararında, genellik ilkesini, “ sosyal sınıf farkı gözetilmeksizin herkesin elde ettiği gelir, servet ya da harcamalar üzerinden vergi ödemesini amaçlar.”¹⁷ biçiminde tanımlamıştır.

Eşitlik İlkesi

Vergi yükünün, yükümlülerin kamu hizmetlerinden yararlanma oranlarına bakılmaksızın kişilerin malî güçlerine göre paylaştırılmasıdır. Eşitlik ilkesinin uygulanmasının araçları, artan oranlı vergilendirme, en az geçim indirimi, özel indirim vb. dir. Vergilendirmede eşitlik ilkesi, aynı zamanda adalet ilkesi, anlamında algılanır. Eşitlik ilkesi, yatay adalet (horizontal equity), dikey adalet (vertical equity) olarak ikiye ayrılır. Yatay adalet, benzer durumda olanların eşit biçimde vergilendirilmesi; dikey adalet ise, farklı malî güce sahip kişilerin ayrı oranda vergilendirilmeleri anlamına gelmektedir. Yatay eşitlik, hukuk devleti kavramının yasa önünde eşitlik ilkesine; dikey eşitlik ise, Cumhuriyetin sosyal devlet niteliğine uygun düşer. Dikey adalet, vergi yoluyla servetin yeniden bölüşümünü ve gelir grupları arasındaki farklılaşmayı azaltmayı amaçlar.

Anayasa Mahkemesi, vergide eşitlik ilkesini, “yükümlülerin, vergi ödeme güçleri dikkate alınmak suretiyle vergilendirmeleri” biçiminde algılamaktadır. Bu anlamda eşitlik, kişilerin, genel vergi yüküne kendi ödeme güçleri oranında katılmalarıdır. Bu durumda, Anayasa’da öngörülen “verginin malî güce göre ödenmesi”, “herkesin vergi ödemesi” ilkesiyle birlikte vergilendirmede adalet ve eşitlik ilkesine uygunluk gösterir ve sosyal devletin en etkin uygulama aracını oluşturur. Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı bu

17 AYM’nin 6.7.1995 günlü, E1995/4, K1995/28 sayılı karar, AYMKD sayı 32/1, S. 197

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

ilkelere uyularak sağlanır. Mahkeme, vergide eşitlik ilkesi, malî gücü aynı olanların aynı, mali gücü farklı olanların ise ayrı oranda vergilendirilmesidir.¹⁸ biçiminde, mali güç ilkesiyle birlikte açıklamıştır.

Malî Güce Göre Vergilendirme İlkesi

Verginin mali güce göre alınması, kişilerin ekonomik ve kişisel durumlarına göre vergilendirilmesidir. Malî güce göre vergilendirme, sosyal devlet anlayışına ve vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı ilkelerine uygun düşmekte, toplumdaki gelir grupları arasındaki farklılaşmayı azaltmakta ve vergi adaletinin gerçekleşmesine yardımcı olmaktadır. Verginin mali güce göre alınması ilkesinin uygulama araçları, artan oranlı vergiler, en az geçim indirimi, emek gelirlerinin sermaye gelirlerine göre daha hafif vergilendirilmesi (ayırma ilkesi), ücretlilere uygulanan özel indirimler, sosyal amaçlı vergi muafiyet ve istisnaları, veraset ve intikal ve emlak vergisi oranlarının yüksekliği, lüks tüketimin yüksek oranda vergilendirilmesi gibi unsurlardır. Anayasa Mahkemesi, Ekonomik Denge vergilerine itiraz yoluyla yapılan başvuru nedeniyle verdiği kararda, malî güce göre vergilendirmeyi tanımlamış ve önemli oranda açıklamıştır. AYM’ye göre, malî güce göre vergilendirme, “verginin kişilerin ekonomik ve kişisel durumlarına göre alınmasıdır. Bu ilke, mali gücü fazla olanın, malî gücü az olana oranla daha fazla vergi ödemesi gerektiğini belirler. Malî gücün tanımı, Anayasa’da bulunmamakla birlikte, genellikle, ödeme gücü anlamında kullanılmakta, kamu mâliyesi yönünden ise, gelir, servet ve harcamalar malî gücün göstergeleridir. Verginin malî güce göre alınması, aynı zamanda, vergide eşitlik ilkesinin uygulama aracıdır... Sermaye iratlarının ücretlere göre farklı vergilendirilmesi, en az geçim indirimi, artan oranlı (müterakki) vergilendirme gibi uygulamalar, vergi yükünün adalete uygun ve sosyal amaçlı dağıtımının araçlarıdır”¹⁹.

Anayasaya Göre Vergilendirmede Adalet İlkesi

Sosyal Devlet

1982 Anayasası, 1961 Anayasasındaki gibi, Türkiye Cumhuriyetini, öteki nitelikleri arasında “sosyal bir hukuk devleti” niteliğiyle birlikte vurgulamıştır.

Anayasaya göre, Sosyal hukuk devletinin temel amacı, ülkenin bağımsızlığını, bütünlüğünü, bölünmezliğini, cumhuriyeti ve demokrasiyi korumanın yanında; kişinin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve özgürlüklerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli koşulları hazırlamaya çalışmaktır (m.5). Bu amaçlar içersinde hukuk devletine düşen

18 Aynı karar, S. 197

19 Aynı karar, S. 197, 198

Türk Anayasası Açısından Vergilendirmenin Sınırları

görev, hukuksal statüyü oluşturmak, temel hak ve özgürlükleri demokrasinin evrensel kurallarına uygun biçimde kurmak, korumak ve hukuksal güvence sağlamaktır. Sosyal devletin görevi ise, sosyal adaleti, toplumun refahını ve sosyal güvenliği sağlamaktır. Sosyal devlet, bu amaçla, ekonomik kalkınma gayretlerini devam ettirirken, aynı zamanda, zayıfları korumak, sosyal farklılıkları azaltmak ve sosyal güvenliği sağlamak durumundadır.

Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü, yürütmenin hukukla bağlı olması, yasa önünde eşitlik (yatay adalet), hukuksal güvence sağlanması gibi kavramları benimserken; sosyal devlet, ekonomik durumları açısından farklı durumda olanların farklı vergilendirilmeleri, başka bir deyişle dikey adalet sorunuyla ilgilenir²⁰.

Sosyal Amaç

1982 Anayasası, maliye politikasının sosyal amacını belirlemiştir. Bu amaç, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımını sağlamaktır. 1982 Anayasasının 73. Maddesiyle getirilen “Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır.” biçimindeki ikinci fıkra ile de, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı ile sosyal amaç arasındaki bağlantı vurgulanmıştır. Madde gerekçesinde de aynı görüş tekrarlanmıştır. Anayasaya göre bu amaç, bu doğrultudaki maliye politikaları ile gerçekleştirilecektir. Maliye politikasının sosyal amacı, sosyal devlet ilkesiyle örtüşmektedir. Vergi yükü, sosyal devlet anlayışıyla oluşan “sosyal amaca” uygun biçimde dağıtılacaktır.

Anayasa Mahkemesi, Hayat Standardı Esası ile ilgili kararında, farklı vergilendirme ile getirilen vergi yükünü, “toplumun bir kesimi yönünden, bu tür bir vergilendirme ile getiren bir yöntem, Anayasanın sosyal devlet ilkesiyle bağdaşmaz ve malî güce göre vergilendirme ilkesine de ters düşer.”²¹ gerekçesiyle Anayasaya aykırı bulmuştur.

Vergilendirmede Adalet İlkesi Kapsamında “Vergi Ödevi”

1961 ve 1982 Anayasalarına göre “Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzer, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür”, (m.61; m.73).

Malî güç, eşitlik ilkesini de içermektedir. 1982 Anayasasının 73. Maddesinin gerekçesine göre, bu maddeyle, “Vergi ve benzeri malî yükümlülüklerin adaletli ve dengeli dağılımı” ilkesi getirilmiştir. 1982 Anayasasının 73. maddesinin ikinci fıkrası da aynı kurala koşut, “Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır.” hükmünü getirmiştir.

Anayasanın bu maddesine göre ;

20 Bkz. *Öncel Muallâ, Kumrulu Ahmet, Çağan Nami*, Vergi Hukuku, S.52-56 Turhan Kitapevi. 8. Bası, Ankara, 2000,

21 AYM'nin 7.11.1989 günlü, 1989/6, 1989/42 sayılı kararı, AYMKD sayı25, S.409

• **Herkes vergi ödeyecektir**

“Herkes” deyiimiyle ülkede yaşayan tüm insan değil, vergi yasalarının vergi-yi bağladıkları olayla veya hukuksal durumla doğrudan ilişki kuran kişiler anlaşılır. Anayasa Mahkemesi bu ilkeyi, “Vergide genellik ilkesi, ayırım gözetilmeksizin herkesin elde ettiği gelir, servet ya da harcamalar üzerinden vergi ödemesidir.”²² biçiminde tanımlamıştır.

Vergi yasalarındaki muafiyet ve kimi gelirlerin ya da gelirlerin bir bölümünün vergiden istisna edilmesi “ herkesin vergi ödemekle yükümlü olması” genel kuralına aykırı düşüp düşmeyeceği tartışılır. Örneğin Gelir Vergisi Yasasındaki “esnaf muafılığı” (m.9), “çiftçi muafılığı (m. 10), “diplomat muafılığı” (m. 15) ve ücret istisnası (m. 16), “serbest meslek kazançları istisnası” (m. 18), sermaye iratlarında istisnalar (m.21) kimi kişileri gelir elde etmelerine karşın vergi yükümlüsü olmaktan kurtarır. Bu muafiyet ve istisnalar, Cumhuriyetin “sosyal devlet” niteliğinin uygulama aracı oldukları ve “verginin malî güce göre ödenmesi” ilkesine aykırı düşmedikleri sürece “herkes vergi ödemelidir” kuralına aykırılık oluşturmaz.

• **Vergi malî güce göre ödenecektir**

Verginin malî güce göre ödenmesi sosyal devlet olmanın gereğidir. Anayasa Mahkemesi, bir kararında, “...verginin vatandaşların malî gücüne göre alınması, maliye ilminin prensiplerine ve sosyal adalete uygun bir esastır.” biçimindeki görüşüyle mali güce göre vergi alınması ile sosyal adalet arasında bağlantı kurmuştur²³. Bir başka kararında da, malî güç ile sosyal devlet arasındaki bağlantıyı vurgulamıştır. Mahkemeye göre, “...malî güce göre vergilendirme ilkesi, sosyal devletin, vergi adaleti ile ilgili ilkesidir. Bu ilkeye uyulmakla, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı da sağlanır. Anayasa, malî güce göre vergilendirme ilkesini kabul etmekle, 2. maddesinde genel bir ilke olan “sosyal devlet” ilkesini vergilendirme alanında, daha somut duruma dönüştürmüştür²⁴.

Verginin malî güce göre ödenmesi, vergilendirmede eşitlik ve adalet ilkelere ve sosyal devlet anlayışına dayanmaktadır. Eşit malî güce sahip kişilerin aynı miktar vergi ödemesi, farklı ödeme güçlerine sahip kişilerin farklı oranlarla vergilendirilmeleri mali güç, eşitlik ve adalet ilkelerine uygundur. Anayasa Mahkemesi, vergilemede eşitlik ilkesini, “malî gücü aynı olanların aynı, malî gücü farklı olanların ayrı oranda vergilendirilmesidir.”²⁵ biçiminde tanımlamıştır. Eşitlik ilkesi, vergi yükünün, kişilerin, kamu hizmetlerinden yararlanma oranıyla ilgi kurulmaksızın ödeme güçleriyle orantılı paylaşılma-

22 AYM’nin 11.12.1996 günlü, E1996/49, K1996/46 sayılı kararı, AYMKD sayı 36/1, S.48

23 AYM’nin 26.10.1965 günlü, E1965/25, K1965/57 sayılı kararı, AYMKD sayı 3, S.271

24 AYM’nin 7.11.1989 günlü, E1989/6, K1989/42 sayılı kararı, AYMKD sayı 25, S. 408

25 AYM’nin 6.7.1995 günlü, E1994 /80, K1995 /27 sayılı kararı, AYMKD sayı 32/1 S. 197

Türk Anayasası Açısından Vergilendirmenin Sınırları

sını gerektirir. Eşitlik ilkesinin temel uygulama aracı ise artan oranlı vergi tarifeleri ve özel indirimle sağlanan “ayırma” yöntemidir.

Anayasa malî güç kavramına tanım getirmemiştir. Anayasa Mahkemesi de, 1961 Anayasası döneminde, tanım getirmek yerine yol göstermek ve tanımın yasa koyucu tarafından yapılmasını belirtmekle yetinmiştir²⁶. Mahkeme, 1982 Anayasası döneminde verdiği Ekonomik Denge Vergisi ile ilgili kararında malî güce tanım ve konuya açıklık getirmiştir²⁷.

Malî güç, kişilerin sadece gelire bağlı ödeme güçlerini değil, aynı zamanda servet unsurlarını da içerir²⁸. Kişinin, elinde yeterince nakit parası olmasa da, taşınır, taşınmaz serveti olan kişinin malî gücünün olduğu kabul edilir. Her ne kadar, Anayasa Mahkemesi bir kararında, malî gücün ölçüdü olarak, “gelir sağlayacak araçlardan söz etmiş ise de, bu kararın olayına özgü olduğu, karar tümüyle okunduğunda, malî gücün servet unsurlarını da içerecek biçimde benimsendiği anlaşılmaktadır²⁹.

Anayasa Mahkemesi, “...bir bölüm kamu giderinin yalnızca yurttaşların bir kısmına yükletilmesini” vergide eşitlik ve adalet ilkelerine uygun bulmamıştır³⁰. Bir başka kararında, “kamu giderlerinin, malî güç dikkate alınmadan bir kesime daha fazla yükletilmesini eşitlik ilkesine ve anayasaya aykırı bulmuştur³¹.

Malî Gücün Ölçütleri

Anayasada malî gücün tanımı yapılmadığı gibi ölçütleri de gösterilmemiştir. Anayasa Mahkemesinin bir kararında, “Anayasa’ya uygunluğu sağlamak için malî güç konusunun kanunla düzenlenmesi zorunludur”³² denilerek, malî gücün somut ölçütlerinin yasayla düzenlenmesi gerekliliği vurgulanmıştır. Ancak, Mahkeme, Salma ile ilgili kararında, bu kez, “...malî gücü belirtecek ölçütlerin ayrıca kanunda gösterilmemiş olmasının uygulama bakımından bir eşitsizlik doğurmayacağı”³³ yönünde karar vermiştir.

Kişilerin, tüm gelirleri yanında, menkul ve gayrimenkul servetleri, tüketim harcamaları malî gücün göstergeleridir. Ayrıca, vergi yükümlüsünün yaşı, geçiminden sorumlu olduğu aile bireylerinin sayısı, kişinin sağlık durumu

26 AYM’nin 5.1.1965 günlü, E1965/198, K1965/1 sayılı kararı, AYMKD sayı 3, S.11,12

27 AYM’nin 26.10.1965 günlü, E1965/25, K1965/57 sayılı kararı, AYMKD sayı 3, S. 272

AYM’nin 6.7.1995 günlü, E1995/4, K1995/28 sayılı kararı, AYMKD sayı32/I, S. 197

28 Nitekim, 1961 Anayasasının görüşülmesi sırasında malî güç kavramı tartışma konusu olmuş, kimi milletvekillerince malî güç yerine “ödeme gücü” deyiminin kullanılması önerilmiştir. Anayasa komisyonu sözcüsü bu görüşü, “...bir şahıs bütün parasını gayrimenkule yatırır ve parasız kalırsa, ödeme gücünün pek az olduğu ileri sürülebilir. Amma, malî gücü yüksektir”, (*Öztürk Kâzım*, T.C. Anayasası, C2, S.2207) karşılığı ile öneri reddedilmiştir.

29 AYM’nin 5.1.1965 günlü, E1963/198, K1965/1 sayılı kararı, AYMKD sayı 11, S.3

30 AYM’nin 29.6.1971 günlü, E1971/19, K1971/61 sayılı kararı, AYMKD sayı 9, S. 566

31 AYM’nin 6.6.1972 günlü, E1971/44, K1972/29 sayılı kararı, AYMKD sayı 10, S.441

32 AYM’nin 26.10.1965 günlü, E1965/25, K1965/57 sayılı kararı, AYMKD sayı 3, S.272

33 AYM’nin 5.1.1965 günlü, E1963/198, K1965/1 sayılı karar, AYMKD sayı 3, S. 11

mali gücü etkileyen unsurlardır. Anayasa Mahkemesi talih oyunu salonlarını işletenlerin, asgari vergi beyannamesi üzerinden tahsil edilen verginin iadesi için açtıkları davada, itiraz yoluyla yapılan başvuruyu incelerken “Vergilendirilecek alanların seçimi ve vergi yükünün adaletli ve dengeli biçimde dağıtımı için yükümlülerin kişisel durumlarının gözetilmesi gerekir. Sermaye iratlarının ücretlere göre farklı vergilendirilmesi, en az geçim indirimi, artan oranlı (müterakki) vergilendirme, çeşitli ayrıklık (istisna) durumları ve bağışıklık (muafiyet) uygulamaları, vergi yükünün adalete uygun dağılımı ile malî güce göre vergilendirmenin araçlarıdır.”³⁴ demek suretiyle, vergi yükünün adalete uygun dağılımı ile mali güç ve araçları arasında bağlantı kurmuştur. Bu bağlamda, gelir, servet ve harcama üzerinden alınan vergilerin toplumun değişik kesimleri üzerindeki yükleri eşit ve malî güçle dengeli olmalıdır.

Malî Güç ile “Muafiyet”, “istisna” ve “Uzlaşma” Kavramları Arasında İlişki

Yükümlü, vergi yasalarına göre üzerine vergi borcu düşen gerçek veya tüzel kişidir, verginin konusu ise, üzerinden vergi alınan ekonomik değerdir. Vergi alacağının doğması için, vergi yasalarının vergiyi bağladıkları olayın meydana gelmesi, başka bir deyişle verginin yükümlüsü ile konusu arasında vergi alacağını doğuran bağın kurulması gerekir. Vergi konusu olan bir ekonomik değer, örneğin bir ücret gelirinin ya da bir bölümünün, vergilendirme kapsamı dışında bırakılmasına istisna; öte yandan, kimi kişilerin özel nedenlerinden dolayı vergilendirilmemesine muafiyet denilmektedir. Vergilendirme açısından istisnanın verginin konusuna bağlı olması nedeniyle nesnel, muafiyetin ise, kişilerin özel durumuna bağlı olması nedeniyle öznel olduğu söylenebilir³⁵.

Aralarında farklılıklar olmasına karşın her iki kavramın vergilendirme açısından karşılığı, kimi ekonomik değerlerin vergilendirme dışında bırakılmasıdır.

İstisna ve muafiyetler, sosyal ve ekonomik amaçlı, genel nitelikli ve iyi niyet kurallarına uygun olduğu ve dar kapsamlı tutulduğu sürece mali güç ilkesiyle bağdaşır. Kimi istisnalar ve muafiyetler, sosyal devlet ilkesinin gereği ve Anayasanın sosyal ve ekonomik içerikli kimi hükümlerinin uygulanmasının aracı durumundadırlar. Örneğin, Anayasadaki, ailenin korunması (m.41), tarım, hayvancılık ve üretim alanında çalışanların korunması (45), çalışanların hayat seviyesinin yükseltilmesi, korunması ve desteklenmesi (m.49), ücrette adalet sağlanması (m.55), yatırım ve istihdamı geliştirici tedbirler (m. 166), tüketicilerin korunması (m. 172) gibi hükümler³⁶ bu türdendir

34 AYM’nin 11.12.1996 günlü, 1996/49, 1996/46 sayılı kararı, AYMKD sayı 36/1, S.48

35 *Aliefendioğlu Yılmaz*, Türk Anayasası Açısından Vergilendirmenin Sınırları, Danıştay Dergisi, Atatürk’ün Doğumunun 100. Yılı Özel sayısı, S.76

36 Bkz. AYM’nin 7.11.1989 günlü, E1989/6, K1989/42 sayılı kararı :“Vergilendirme yetkisi konusıyla ilgili olan “Ailenin korunması” başlıklı 41. ve “Çalışma ve sözleşme hürriyeti” başlıklı

Vergide Uzlaşma (213 Sayılı Yasa/Ek Madde 1-12) - Malî Güç

Bilindiği gibi, uzlaşma, vergi uyumsuzluklarının, yargıya götürülmeden, yükümlü veya ceza muhatabı ile vergi yönetimi arasında çözümlenmesidir. Uzlaşma, tarh edilen verginin veya kesilen cezanın (kaçakçılık suçu cezası hariç) bir bölümünün alınmasından yönetsel bir kararla vazgeçilmesidir. Bu durumda, verginin mali güce göre ödenmesi ve vergilendirmede eşitlik ilkeleriyle bağdaşırılığı tartışılabilir. Ancak, vergi uyumsuzluklarını azaltmadaki ve makul vergi ya da cezanın bir an önce alınmasındaki kamu yararı düşünüldüğünde uzlaşma kurumunun, aşırılığa gitmedikçe, malî güç ilkesiyle temelde çatışmadığı söylenebilir.

Ancak, verginin aslında uzlaşmaya gidilmesi, “verginin yasayla alınması” ilkesiyle de bağdaşmaz. Verginin yasayla alınması ilkesi, vergi aslından vazgeçmenin de yasayla yapılmasını gerektirir.

Enflasyon - Malî Güç

Gelir vergisinin artan oranlılığı, malî gücü farklı olanların farklı oran üzerinden vergilendirilmelerini sağlar; gelir grupları arasında farklılığı azaltır ve bu özelliğiyle, dikey adaletin sağlanmasında başvurulabilecek en etkin araçlardan birisidir. Ancak, ekonomide yüksek enflasyon egemen olduğunda artan oranlılık ters yönlü etki yapar. Yüksek enflasyonda para hızla değer kaybeder ve bunun sonucunda küçük gelir grupları dahi üst vergi oranları ile vergilendirilir duruma gelir; tarifelerdeki dikliğin fazla olması durumunda, artan oranlılık nedeniyle vergideki artış enflasyon hızından fazla olabilir.

Böylece hızlı enflasyon, maktu vergileri hariç tutarsak, vergi kaçırmayan ya da kaçırabilen vergi yükümlülerinin, özellikle ücretlilerin, vergi yüklerinin, dik tarife nedeniyle, yükselmelerine neden olur. Tarifelerdeki dikliğin azaltılması durumunda da düz oranlı görünüm ortaya çıkar, dikey adalet sağlanamaz.

Bu durum malî güç ilkesi ve vergileme yoluyla dikey adaleti sağlama amacıyla bağdaşmaz. Her ne kadar, ücret gelirlerine uygulanan özel indirim, düşük ücret gruplarında sınırlı bir iyileşme sağlasa da; genelde sonuç değişmemekte ve ücret gelirlerine uygulanması düşünülen “ayırma” ilkesi etkinliğini yitirmektedir.

Özendirme Önlemleri (Teşvikler) - Malî Güç

1961 Anayasasında, ekonomik sosyal ve kültürel kalkınmanın plana bağlanmasını (m. 129) takiben, planlı döneme geçişle birlikte özendirme ve yöneltme, kalkınmanın etkin uygulama araçları olarak benimsenmiştir.

48. maddeleri yanında sosyal güvenlik haklarına ilişkin 60. maddesiyle Anayasa, “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” konusunda devletin kimi yükümlülüklerini düzenlerken sınırlandırmayı değil, gerekli önlemlerle hak ve özgürlükleri güçlendirmeyi amaçlamıştır.” AYMKD sayı 25, S.409

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

1982 anayasasının 166. Maddesi, ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, özellikle sanayi ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızla gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirilmesi yaparak verimli biçimde kullanılmasını planlamayı Devlete görev olarak vermiştir.

Anayasaya göre, Planda, millî tasarrufu ve üretimi arttırıcı, fiyatlarda istikrar ve dış ödemelerde dengeyi sağlayıcı, yatırım ve istihdamı geliştirici tedbirler öngörülecek; yatırımlarda toplum yararları ve gerekleri gözetilecektir.

Planın özel sektör yönünden yol gösterici olma özelliği, kimi özendirme önlemlerinin alınmasını gerekli kılmaktadır. Anayasanın öngördüğü bu amaçlar doğrultusunda uygulanan vergi muafiyetleri (bağışlıkları), yatırım indirimi ve vergi iadesi gibi önlemler, “verginin malî güce göre alınması ve vergi adaleti” ilkesiyle çatışmaktadır.

Vergi Kaçakçılığı - Malî Güç

Vergi kaçakçılığının önemli boyutlara ulaşması, naylon fatura uygulamaları, verginin malî güce göre ödenmesi ve vergilendirmede adalet ilkelerini zedeleyen en önemli etkenlerden birisidir. Vergi uygulamasının Anayasaya uydurulması yönünde yapılacak her çalışmada “vergi kaçakçılığının azaltılması” yolları öncelikle dikkate alınmalıdır.

Vergi Affı - Malî Güç

Anayasada vergi affıyla ilgili açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Anayasada, ormanların korunması ve gelişmesiyle ilgili 169. maddede olduğu gibi affı yasaklayıcı ya da Cumhurbaşkanının özel af yetkisini, 104. maddedeki biçimiyle kendi içinde sınırlayıcı özel bir kural da yer almamıştır. Vergi affıyla ilgili yasalar, bu nedenle ve genellikle, “af” sözcüğü dışında başka başlıklarla çıkarılmaktadır³⁷.

Vergi affıyla ilgili yasaların, Anayasal dayanağı, 87. maddedeki TBMM’nin yasa koymak ve genel ve özel af ilânı yetkisi içinde ve 73. maddedeki “Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.” hükmü kapsamında bulunabilir.

Anayasa Mahkemesi vergi aslı ile yönetsel nitelikli vergi cezalarının ve gecikme zamlarının affına ilişkin bu tür yasaları, genellikle eşitlik ilkesine aykırı görmemektedir. Anayasa Mahkemesine göre, bir yasayla vergi ve cezalarına af getirilmesinde “Kanun koyucunun amacı(nın), ayırım yapmak veya imti-

37 *Nihal Saban*, “Vergi Suçlarında Affı Anayasa ile Sorunsallaştırmak”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayını: 48, Ankara, 2001, S.455 : 281 sayılı, “Bir Kısım Vergi Cezaları ile Gecikme Zamlarının Tecil ve Tasfiyesine Dair Kanun” (RG. 3.3.1961/10748); 2431 sayılı, “Tahsilatın Hızlandırılması Hakkında Kanun” (RG. 22.3.1981/17287); 2801 sayılı, “Bazı Kamu Alacaklarının Özel Uzlaşma Yolu ile Tahsili Hakkında Kanun” (24.2.1983/17669) ya da 3239 sayılı (RG. 11.12.1985/18955), 3505 sayılı (RG. 10.12.1988/20015), 3571 sayılı (RG. 20.6.1989/20201), 3787 sayılı (RG.3.4.1992/21191), 4369 sayılı (4369 sayılı (RG. 29.7.1998/23417), 4444 sayılı (RG. 14.8.1999/ 23786) yasalarda olduğu gibi.

Türk Anayasası Açısından Vergilendirmenin Sınırları

yaz tanımak olmayıp, sınırlı bir aflu ... kamu yararını sağlayıcı sonuçlar elde etmektedir”³⁸

Mahkemeye göre bu tür yasalarla beklenen kamu yararı, vergi uyumsuzluklarını azaltmak, tahsilatın hızlandırılmasıdır.

Anayasa Mahkemesi, 3787 sayılı, “Bazı Kamu Alacaklarının Hızlandırılması ve Matrah Artırımı Hakkındaki Kanun”a karşı açılan dava ile ilgili kararında, “Aynı hukuksal konumda olmalarına karşın vergi borcunu veya diğer yükümlülüklerini zamanında yerine getirenlerle, getirmeyenlerin kamu yararı amacıyla farklı kurallara bağlı tutuldukları anlaşıldığı”³⁹ gerekçesiyle iptali istenen kuralları eşitlik ilkesine aykırı görmemiştir. Anayasa mahkemesinin, bu kararında aynı hukuksal konumda olanların, kamu yararı amacıyla, farklı kurallara bağlı kılınabileceğini söylemektedir. Başka bir deyişle Mahkeme, “haklı neden ölçütünü” uygulayarak, kimi durumlarda, vergi atfındaki eşitsizliği, Anayasaya aykırı bulmamaktadır. Bu durum, Anayasa Mahkemesinin, hukuksal mı yoksa yerindelik denetimi mi yapması gerektiği sorunsalına neden olmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, aynı kararında, gecikme zammı, gecikme faizi ile vergi cezalarının bir bölümünden vazgeçilmesi ile “mali güç” arasındaki bağlantıyı da tartışılmıştır. Mahkeme, bu kararında, “Vergi cezaları, mükelleflerin ya da sorumluların yasalarda belirtilen suçları işlemeleri durumunda uygulanması gereken yaptırımlardır. Gecikme zammı ve gecikme faizinin amacı, kamu alacaklarının zamanında ödenmemesinden dolayı hâzinenin uğradığı zararı karşılamak iken, vergi cezalarının amacı vergi suçlarını işleyenleri cezalandırmaktır. Bu cezalar, vergi idareleri tarafından idari usullerle ve yargı kararı gerekmesizin uygulanan malî ve idari nitelikli yaptırımlar olabileceği gibi, yargı organlarınca ceza yargılamaları usulleri uygulanarak hürriyeti bağlayıcı ceza niteliğindeki yaptırımlar da olabilir.” belirlemesini yaptıktan sonra, dava konusu “maddelerde vazgeçilen kamu alacağına ilişkin düzenlemeler verginin aslıyla ilgili olmayıp bunun fer’i nitelikteki uzantıları olan gecikme zammı, gecikme faizi ve vergi cezalarıyla ilgilidir. Belirlenen kamu alacağında indirim yapılabilmesi, vergi aslının tamamen ödenmesi koşuluna bağlanmıştır. Başka bir anlatımla, malî güce göre alman vergi aslının, bir bölümünden vazgeçilmesi ya da affedilmesi söz konusu değildir... “İptali istenen maddelerde vergi aslında bir indirim öngörülmemekte, aksine tamamının ödenmesi koşuluyla gecikme zammı, gecikme faizi ve vergi cezalarının bir bölümünden vazgeçilmektedir.” gerekçesiyle malî güç ile gecikme zammının, gecikme faizinin ve vergi cezalarının bir bölümünün affı arasında bir ilgi bulunmadığını belirtmiştir⁴⁰.

38 AYM’nin 19.3.1987 günlü, E1986/5, K1987/7 sayılı kararı, AYMKD sayı 23, S.164

39 AYM’nin 24.6.1993 günlü, E1992/29, K1993/23 sayılı kararı, AYMKD sayı 35/1, S.53

40 AYM’nin 24.6.1993 günlü, E1992/29, K1993/23 sayılı kararı, AYMKD sayı35/1, S.53-55

Mahkemenin bu kararma göre, gecikme zammı, gecikme faizi ve vergi cezaları, mali güce göre tahakkuk ettirilen vergi asıllarının türevsel uzantılarıdır. Vergi aslından vazgeçme olmadıkça, malî güç ilkesini zedelemekten cezaların tümünün ya da bir bölümünün alınmasından vazgeçilebilir. Bu durum eşitlik ilkesine aykırı düşmez, tahsilatın hızlandırılması yönünden bu uygulamalar da kamu yararı da vardır.

Bu görüşe, özellikle, kamu alacaklarının zamanında ödenmemesinden dolayı uğranılan zararı karşılamak amacıyla olan gecikme zammı ve faizi açısından katılmakta güçlük duymaktayız. Mali gücü değerlendirirken, vergisini zamanında ödeyen ile ödemeyen arasındaki farkın karşılaştırılması gerekir.

“gecikme zammı ve gecikme faizi ile vergi cezalar, verginin zamanında ödenmesini sağlayan yaptırımlardır, iptali istenen maddelerde vergi aslında her hangi bir indirim öngörülmemekte aksine tamamının ödenmesi koşuluyla gecikme zammı, gecikme faizi ve vergi cezalarının bir bölümünden vazgeçilmektedir. İptali istenen kurullarla Anayasa’nın 73. maddesinde belirtilen malî güç ilkesi ile yürütme yetkisi ve görevine ilişkin 8. madde ve TBMM’nin görev ve yetkilerine ilişkin 87. maddesi arasında bir ilgi kurulamamıştır.” demek suretiyle, vergi affıyla ilgili değerlendirmede vergi aslı ile vergi cezalarının farklı konumda olduklarını belirtmiş, cezaların kamu yararı nedeniyle af kapsamına alınmasını mali güç ve eşitlik ilkesine aykırı bulmamıştır..

Vergi Yasalarında Verginin Malî Güce Göre Ödenmesi - Eşitlik ve Vergi Adaleti İlkeleriyle Bağdaşmayan Kurallar

- Tahakkuk ve tahsil zamanaşımaları, verginin malî güce göre alınması, vergilemede eşitlik ve adalet ilkeleriyle bağdaşmaz. Ancak belirli bir zaman dilimi içerisinde takip edilmeyen ya da aranmayan tahakkuk işlemlerinin ya da tahsil edilemeyen vergi alacaklarının unutulmasında, özellikle yüksek enflasyon dönemlerinde, kamu yararı olduğu söylenebilir.
- Verginin, gelirin kaynağında kesilmesi ile takip eden yılda beyan usulüyle taksitlendirilerek ödenmesi arasındaki fark, eşitsizlik oluşturmaktadır.
- Vergi bağışıklığı getirilirken aynı durumdaki kişiler arasında elde ettikleri gelir unsuruna göre bir ayırım yapılması vergilemede eşitlik ve adalet ilkeleleriyle bağdaşmamaktadır. Örneğin, Gelir Vergisi yasası, “sakatlık indirimini”, sadece, ücret geliri elde eden hizmet erbabı ile bir kısım küçük ticaret ve meslek sahipleri için kabul etmiştir (m.31/2, 89/3). Öteki unsurlardan kazanç ya da irat elde eden sakatlar bu indirimden yararlanamamaktadırlar.
- Konutlarda ve ticaret mahalli olmayan yerlerde çalıştırılan kapıcılar vergiden bağışık tutulmuş (Gelir VK. m.23/6); işhanı gibi ticari işletmelerde aynı işi daha güç koşullarda yapan kapıcılar kapsam dışında kalmıştır⁴¹.

41 Öncel Muallâ ve arkadaşları, a.g.y. S.42

Türk Anayasası Açısından Vergilendirmenin Sınırları

• Öte yandan, aynı işi yapan gelir ve kurumlar vergisi yükümlülerini farklı vergilendirilmesi «eşitlik» ilkesi yönünden tartışma konusu olmuştur: Danıştay'da açılan bir davada⁴², aynı işi yapan gelir ve kurumlar vergisi yükümlülerinin vergilendirilmelerinde farklılık olduğu; kurumlar vergisi yükümlülerini sabit oran üzerinden vergilendirilirken gerçek kişilerin artan oranlı vergiye tabi tutulduklarını bu durumun vergilemede adalet ve eşitlik ilkelerine ve Anayasanın 73. maddesine aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüş; bu sav, Danıştay Dördüncü Dairesince ciddi bulunmayarak konu Anayasa Mahkemesine intikal ettirilmemiştir.

Sonuç

Devlet, vergi yoluyla kamu harcamaları için gerekli parasal kaynağı sağlar, ayrıca ulusal gelirin toplumdaki bölüşümünü yapar, ekonomik kaynakların kimin elinde bulunacağını saptar; mali politikaya yön verir. Verginin kimlerden alındığı ve ne oranda alındığı ya da alınabildiği, vergi yoluyla toplanan kaynağın harcanma, başka bir deyişle yeniden piyasaya sunulmuş biçimi devletlerin ekonomik ve sosyal yapılarını ortaya koyar ve etkiler. Devlet, vergilendirme yetkisini kullanarak bir yönüyle devlet harcamaları için kaynak yaratır ve programlarını uygulamaya çalışırken; öte yandan kişilerin ceplerine uzanır, etkisini kişilerin özel yaşamında gösterir. Bu iki yönlü etkileşim devletin vergilendirme yetkisinin, hukukla ve Anayasanın belirlediği ilkelerle ve siyasal, ekonomik ve sosyal politikayla sınırlı kullanılmasını gerektirir.

1982 Anayasası, sosyal hukuk devleti niteliği yanında, açık yönleri olmasına karşın genelde öngördüğü verginin yasallığı, vergi adaleti, vergilendirmede eşitlik, verginin malî güce göre alınması, verginin kamu gideri karşılığı olması gibi temel ilkelerle vergilendirmenin çerçevesini belirlemiş ve sınırlarını çizmiş; vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımını, maliye politikasının sosyal amacı kabul etmiştir. Böylece Anayasa, vergi ödevinin esaslarını, vergilendirme yoluyla toplanan kaynağın kullanılma biçimini ve çizdiği temel politikanın esaslarını genel ilke ve kurallarla belirlemiştir. Kişinin ekonomik özgürlüğü Anayasayla güvenceye alınmıştır. Anayasanın öngördüğü sosyal devlet ilkesi, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyacak, ülkenin refah düzeyini yükseltecek bir vergilendirme politikasının uygulanmasını; gelirler, servet ve harcamalar üzerinden alınacak vergilerin, toplumun farklı gelir grupları üzerindeki yüklerinin, eşit ve mali güçle dengeli olmasını gerektirir.

42 Danıştay Dördüncü Dairesinin 6.6.2001 günlü, 2000/6359, K2001/2482 sayılı kararı: Gelir Vergisi Yasasının 94. maddesinin 4605 sayılı yasayla değişik 6.b.ii bendinde yer alan, dağıtılın dağıtılmasın kurumlar vergisine tabi kurumların, Kurumlar Vergisi Yasasının 8. maddesinin 1 numaralı dışında kalan "yatırım istisnasından yararlanan kazançlar dahil olmak üzere" kurumlar vergisinden müstesna kazanç ve iratlardan vergi tevkifatı yapılmasına ilişkin kuralın uygulanmasına ilişkin Bakanlar Kurulu kararına karşı açılan dava.

(43. Makale - 2004)

M. Yavuz SABUNCU

Dr. Selin Esen ARNWINE

*Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli
Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu **

* Yavuz Sabuncu, Selin Esen Arnwine, “Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli
- Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu”, **Anayasa Yargısı**, C.21, 2004, s. 229-246.

TÜRKİYE İÇİN ANAYASA ŞİKAYETİ MODELİ TÜRKİYE'DE BİREYSEL BAŞVURU YOLU

Prof. Dr. M. Yavuz SABUNÇU^()
Dr. Selin ESEN ARNWINE^(**)*

Günümüzde, temel hakların korunması amacıyla bireysel başvuru yolu, pek çok uygar ülkede Anayasa Yargısının ayrılmaz bir parçası kabul edilmektedir. Bu yol, hukuk devleti ilkesinin daha mükemmel bir biçimde gerçekleştirilmesine ve bunun en önemli unsurlarından biri olan devlet organlarının yaptığı temel hak ihlallerine karşı bireyin korunmasına yardımcı olmaktadır.

Türkiye'nin konumuna baktığımızda, ülkemizin bireysel başvuru hakkını ve zorunlu yargılama yetkisini tanıyarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yoluyla, iç hukukta halledilemeyen temel hak ihlallerine ilişkin şikayetlerin ulusalüstü düzeyde ele alınmasını kabul ettiğini görüyoruz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde her yıl Türkiye'ye karşı onlarca dava açılmakta ve Türkiye pek çok davada tazminata mahkum edilmektedir. Yeni bir gelişme olarak, AİHM'nin ihlal kararlarının, yasal düzenleme aracılığıyla Türkiye'de yargılamanın yeniden yapılması nedeni olduğunu da görüyoruz.

Bilindiği gibi, AİHM iç hukuk yollarının tüketilmiş olup olmadığını araştırırken, ilgili ülkede Anayasa Şikayeti kurumunun bulunup bulunmadığını da dikkate almakta ve bu yolu hak ihlallerinin ortadan kaldırılmasında etkili bir hukuk yolu saymaktadır. Bu nedenle, hak ihlallerine maruz kaldığını iddia edenlerin önemli bir bölümünün bireysel başvuru aşamasında, yani AİHM'ye gitmeden tatmin edilebilmesinin mümkün olabileceğini düşünmek ve böylece Türkiye aleyhine açılacak dava ve aleyhte alınacak kararlarda azalma olacağını ummak herhalde yanlış değildir.

Biz Anayasa Mahkemesinde yeni bir yapılanmanın tartışıldığı bu toplantıda, konuyu Anayasa Mahkemesi'nin geliştirdiği "Anayasa Şikayeti"ne, ilişkin Anayasa değişikliği önerisi çerçevesinde ele alacağız. Bunu yaparken, daha

* Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi

** Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

önceki sunuşlarda yer alan bazı bilgileri kısa da olsa tekrarlamak zorunda kalsak bile, asıl ağırlığı mevcut anayasal düzen içinde bu kurumun işleyişinin nasıl olabileceğine vermeye çalışacağız.

Anayasa Şikayeti'nin Hukuki Niteliği

Anayasa şikayeti dendiği zaman, kamu gücünün bir temel hakkı ihlal ettiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru anlaşılmaktadır. Bu kurumun temel amacı, olağan kanun yollarının bunu gerçekleştiremediği durumlarda hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamaktır.

Anayasa şikayeti, başka yollarla giderilemeyen temel hak ihlallerini ortadan kaldırmaya yönelik istisnai ve ikincil nitelikte bir başvuru yoludur. Yani Anayasa şikayeti ne mevcut kanun yollarının devamı, ne de hukuk düzeni içinde görülen uygulama hatalarının düzeltilebileceği bir olağanüstü kanun yoludur. Bu yol, yalnızca spesifik bir temel hak ihlalinin denetlenebileceği istisnai bir hukuk yolu, olağanüstü bir hukuki çaredir.

Öteki ülke raporlarında da belirtildiği gibi, anayasa şikayeti'nin ikili bir işlevi vardır. Birinci işlevi, kişilerin sübjektif haklarını koruması, ikinci işlevi ise kararlar aracılığıyla kimi anayasal sorunlara açıklık getirilmesi, anayasa düzeninin korunmasına, yorumlanmasına ve geliştirilmesine katkıda bulunmasıdır.

Anayasa şikayeti için;

1) Bir temel hakkın kamu gücü tarafından ihlal edildiğine yönelik bir iddianın varlığı gerekir.

2) Bu iddia Anayasada sayılan temel haklardan birinin ihlal edildiğine yönelik olmalıdır. Dolayısıyla, bu yolun işletilebilmesi tüm haklar bakımından değil, yalnızca bu haklar bakımından söz konusu olacaktır.

Başvuru Hakkı

Başvuru hakkı, kamu gücü tarafından bir anayasal hakkı ihlal edilen -yabancılar ve vatansızlar dahil- herkese tanınmalıdır. Özel hukuk tüzel kişileri de bireysel başvuru yolundan yararlanır. Dernek, sendika, vakıf ve benzeri tüzel kişiler de anayasa şikayetinde bulunabilmelidir. Ancak söz konusu tüzel kişiler, üyelerinin çıkarlarını korumak için değil, kendileri açısından güvenceye alınmış bir hakkın çiğnenmesi ve bundan başvuran olarak doğrudan zarar görmüş olmaları durumunda başvurabilir. Ülke dışı tüzel kişiler ise etkili başvuru hakkı; adil yargılama hakkı; mülkiyet hakkı gibi kendileriyle doğrudan ilgili olan hakların ihlali gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmelidir. Kamu hukuku tüzel kişileri, kamu gücünün taşıyıcısı oldukları için kural olarak anayasa şikayetinde bulunma hakkına sahip değildir. Ancak bu kuralın, hem Anayasa'dan hem de kamu

Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli

tüzel kişilerinin bazı niteliklerinden kaynaklanan (Almanya’da olduğu gibi, belediyeler, üniversiteler, meslek kuruluşları vb.) bazı istisnalar öngörülebilir. İspanya’da meslek örgütleri, parlamento grupları, sendikalar, üniversiteler, siyasal partiler, belediyeler, özerk topluluklar gibi bazı kamu hukuku tüzel kişileri bireysel başvuru yolunu kullanılabilmektedir.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi’ne göre, siyasal partiler temel hakların taşıyıcıları oldukları ölçüde haklarla ilgili olan konularda anayasa şikayetinde bulunabilir. Türkiye’de de siyasal partilerin kendi temel haklarına ilişkin bir ihlalin söz konusu olması durumunda anayasa şikayetinde bulunabilmeleri öngörülmelidir. Bir siyasal partinin bireysel başvuruda bulunmasının, AİHS’de tanınan hak ve özgürlükler bağlamında adil yargılanma hakkı, suç ve cezaların yasallığı, örgütlenme ve toplantı özgürlüğü, etkili başvuru hakkı; ayrımcılık yasası gibi nedenlere dayanabileceği düşünülebilir.

Vatansızlar ve yabancılar, münhasıran Türk vatandaşlarına tanınan haklar açısından anayasa şikayetinde bulunamazlar.

Bir gerçek ya da tüzel kişinin anayasa şikayetinde bulunabilmesi için,

1) Başvuruda bulunacak kişinin bizzat, başvuruya konu olan kamu gücü işleminden etkilenmiş olması aranacaktır. Yani henüz anayasal hak ihlali doğurmamış bir kamu gücü işleminden (örn. bir idari düzenleme) etkilenecek olmak yeterli görülmez.

2) Başvuran, söz konusu kamu gücünden güncel olarak, yani o anda etkilenmiş olmalıdır. Gelecekte etkilenecek olmak başvuru için yeterli değildir.

Kanun Yollarının Tüketilmiş Olması

Anayasa şikayeti için bir hukuki koruma gereksiniminin, bir hukuki yararın varlığı gerekir. Eğer başvuranın hak ihlalini genel mahkemeler aracılığıyla ortadan kaldırabilme olanağı varsa, böyle bir hukuki yarar yok demektir. Bu kural, Anayasa şikayetinin ikincil (subsidiar) karakteriyle yakından ilgilidir. Anayasa Şikayeti yoluna, ancak bu yolla elde edilmek istenen amaca başka bir biçimde ulaşılamayacaksa başvurulabilir. Yasaların tanıdığı hak arama olanaklarının birey tarafından kullanılmamış olması ya da usule ilişkin nedenlerle başvurunun reddedilmiş olması durumlarında yargı yolunun tüketilmediği kabul edilecektir.

Olağanüstü kanun yollarına başvurmamış olmanın anayasa şikayetinde bulunmayı engelleyip engellemeyeceği ayrıca düşünülmelidir. Örneğin İspanya’da bu şart değildir. Ancak orada eğer bu yola başvurulmuşsa, işin sonuçlanmasının beklenmesi Anayasa Mahkemesi’ne başvuru için gerekli görülmektedir. Kanımızca Türkiye’de de benzer bir düzenleme yerinde olacaktır.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Almanya örneğinde, içtihat yoluyla geliştirilmiş üç koşuldan birinin varlığı halinde Mahkemenin, başvurunun kabulü için yargı yolunun tüketilmesi koşulunu aramayabildiği görülmektedir. Bunlar:

- 1) Kanun yollarının tüketilmesinden bir sonuç alınması beklenmemesi ;
- 2) Kanun yollarının tüketilmesinin beklenmesi, başvuran açısından ağır ve telafisi olanaksız bir zarara yol açacak olması;
- 3) Anayasa şikayetinin karara bağlanması, tüm toplumu ilgilendirecek, genel öneme sahip bir soruna ışık tutacak olması durumlarıdır.

Bu konuda benzer bir esneklik sağlayıp sağlamayacağı Anayasa Mahkemesi’nin takdir etmesi gereken bir konudur.

Başvuruya Konu Olabilecek İşlemler

Bir temel hakkı ihlal eden kamu güçlerinin eylem veya işlemleri anayasa şikayetinin konusu olacaktır. Bu, aynı zamanda kamu güçlerinin ihmalinden kaynaklanan hak ihlallerini de içerir. Kamu gücünden anlaşılması gereken yasama, yürütme ve yargı organlarıdır.

a) Yasama Erkinden Kaynaklanan İşlemler/Kararlar

Uygulanması için bir idari işleme gerek olmayan, doğrudan birey üzerinde etki doğuran yasalar için, bunların bir temel hakkı doğrudan zedelemesi durumunda bireysel başvuru yolu tanınmalıdır. Bir mesleğe hak kazanmayı düzenleyen, bir birliğin adını kaldıran, seçme ve seçilme hakkını ya da memurların özlük haklarını düzenleyen yasalar birey üzerinde doğrudan etki doğurabilecek yasalara örnek verilebilir.

Bir yasa nedeniyle temel hak ihlali iddiasıyla anayasa şikayetinde bulunabilmek için, temel hak ihlalinin başvuran için araya kanun yollarına başvurulabilecek başka bir işlem girmeksizin doğrudan ve güncel olarak mevcut olması aranacaktır.

Meclis kararlarına karşı ise, bunların kişilerin haklarını ihlal etmeleri söz konusu olamayacağına göre, anayasa şikayeti yolu kuşkusuz kapalı olacaktır.

Yasa koyucunun (eksik düzenleme dahil) ihmalinden kaynaklanan temel hak ihlallerine karşı anayasa şikayeti de mümkün olmalıdır. Böyle bir ihlalin var olup olmadığı belirlemek için, kural olarak, Alman hukukunda olduğu gibi, anayasa şikayetine konu olabilecek hak ve özgürlüklere ilişkin olarak yasa koyucunun düzenleme yapması için açık bir anayasa direktifinin bulunması koşulu aranmalıdır. Çünkü yasamanın ihmali, genel olarak yapmama değil, anayasanın yapılmasını istediği, beklediği bir düzenlemeyi yapmama anlamına gelir. Aynı zamanda şikayetçinin, yasa koyucunun yapacağı yasada subjektif bir hakkı ve çıkarı olduğunu da kanıtlaması gereklidir. Negatif statü hakları olarak adlandırılan, devletin bireyin hak ve özgürlük alanına

Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli

karışmamasını gerekli kılan anayasal düzenlemelerin, doğaları gereği ilke olarak yasama organının ihmaline konu olamayacağı düşünülebilir. (Örn. md. 18/1: zorla çalıştırma yasağı; md. 21: konut dokunulmazlığı; md. 24/3: din ve vicdan özgürlüğü). Ancak, pek çok durumda bu hakların (maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, düzeltme ve cevap hakkı, hak arama özgürlüğü, mülkiyet hakkı vb.) kullanımını mümkün kılacak zorunlu düzenlemelerin yapılmamasının yasama organının ihmali ortaya çıkarabileceği de düşünülebilir.

Anayasa'nın yasa koyucuya açıkça yasal düzenleme yapmasını emrettiği (yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının seçme hakkı, ispat hakkı, devletin işlemlerinde ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtme yükümlülüğü vb.) maddelerde bu çok açıktır. Ancak örtülü olarak yasa koyucuya böyle bir yükümlülüğün verildiği durumlar yoruma açık olacaktır. Genellikle “kanunla düzenlenir”, “tedbirleri alır”, “teşkilatı kurar”, “devletin ödevidir” gibi ifadelerin kullanıldığı düzenlemeler (ailenin korunması, yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının çocuklarının eğitimi vb.) kesin bir anayasa emrine işaret etmemektedir. Bu konuda yasama organına takdir hakkı bırakılmıştır. Bu düzenlemelerle ilgili olarak hangi ihmalin anayasal hak ihlali oluşturacağı Anayasa Mahkemesince her tekil olayda ayrıca araştırılacaktır.

Bu noktada sorulması gereken bir soru da, Anayasa'nın 152. maddenin son fıkrasında yer alan ve değişiklik önerisinde “iptal davası” da dahil edilerek genişletilen “Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararı”ndan sonra -on yerine- “beş yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla” tekrar başvuruda bulunulamayacağına ilişkin hükmün Anayasa Şikayeti bakımından etkisinin ne olacağıdır. Maddenin bu yeni biçiminin, Mahkemenin norm denetimi yetkisini sınırladığını, ancak Anayasa Şikayetleri ele almasına ve ihlal kararı vermesine engel olmadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi'nin daha önce “anayasaya aykırı” bulmadığı bir norma dayalı hukuki işlemlere karşı başarı şansının düşük olacağını söyleyebilirsek bile, olayla sınırlı ihlal kararı vermesine herhangi bir engel oluşturmayacağına kuşku yoktur.

b) Yürütme Erkinden Kaynaklanan İşlemler/Kararlar

İdarenin her türlü eylem ve işlemi bireysel başvuru yolunun konusu olabilir. Kuşkusuz anayasa şikayetine konu olabilecek idari bir işlemin uygulanması gerekli işlemlerden (örn. bilirkişi raporları, tavsiyeler vb. bu nitelikte değildir) olması gerekir.

İdarenin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolu açık olduğuna göre, idari işlemlere karşı kanun yolları tüketilmeden doğrudan Anayasa Şikayeti başvurusu yapılması söz konusu olmayacak, böyle bir durum ancak kanun yollarının tüketilmesi aranmayan istisna hallerinde söz konusu olabilecektir.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Kanun hükmünde kararnamelere karşı Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru için, yasalarda olduğu gibi doğrudan hak ihlali iddiasında bulunmak gerekecektir. Olağanüstü yönetim dönemlerinde (olağanüstü haller ve sıkıyönetim) çıkarılacak KHK’ler bakımından ise, Anayasa’nın 148/1 maddesi uyarınca soyut ve somut norm denetimi yolu kapalı olmakla birlikte, Anayasa Şikayeti yolunun kapatılmamış olduğunu söyleyebiliriz. Ancak, Anayasa’nın 13/1 ve 121 ve 122 maddeleri gereği temel haklar ve özgürlükler bakımından ilgili yasalarda (Olağanüstü Hal Kanunu ve Sıkıyönetim Kanunu) yer alandan öteye gidecek ek sınırlamalar getiremeyecek olan bu kararnamelere karşı, Anayasa’nın 15/1 maddesi hükümleri (“Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler” alma) çerçevesinde, yalnızca bu maddenin ikinci fıkrasında belirtilen istisnaların ihlali iddiasının ileri sürülebileceğini söylemek mümkündür.

Anayasa, Cumhurbaşkanı’nın tek başına alacağı kararlara karşı “Anayasa Mahkemesi dahil yargı mercilerine başvurulamayacağını” söylediğine göre, bu kararlara karşı bireysel başvuru yolu da mümkün olamayacaktır. Buna karşılık HSYK (“yargı mercilerine başvurulamaz”) ve YAŞ (“yargı denetimi dışıdır”) kararlarına karşı böyle bir başvurunun yapıp yapılamayacağını, Anayasaya eklenmesi düşünülen Anayasa Şikayetine ilişkin hükmün bu iki hükme kıyasla “özel hüküm” olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine bağlı olacağı söylenebilir. Buna herhalde yasada bir açıklık getirilecek ya da konu Anayasa Mahkemesi’nin yorumuna bırakılacaktır.

Öte yandan, Anayasada açıkça öngörülmemekle birlikte, Anayasa’nın verdiği yetkiye dayanarak yasalar yoluyla yargı denetimi dışında bırakılan idari kararlara (uyarı ve kınama cezaları, sıkıyönetim komutanının kararları vb) karşı Anayasa Şikayetinin mümkün olup olmayacağı ilgili yasa ile belirlenmelidir.

Bir hakkın ihlalinin, eksik düzenleme dahil idarenin ihmalinden kaynaklanması durumunda da anayasa şikayeti mümkün olacaktır. Bu durumda öncelikle yargı organına başvurulacak ve kanun yolları tüketilecektir. Bu durumda, davanın konusu idarenin ihmali değil, ihlali gidermeyen yargı kararı olacaktır.

c) Yargı Erkinden Kaynaklanan İşlemler/Kararlar

İhlalin bir yargı organı kararı ya da ihmalinden kaynaklanması durumunda da bireysel başvuru yolu söz konusu olacaktır. Bu, adli, idari, askeri ve uyuşmazlık yargısının tüm kesinleşmiş kararlarını kapsayacaktır. Anayasa, Sayıştay kararlarına karşı yalnızca “idari yargıya başvurulamayacağını” (Any. m. 160) söylediğine göre, bu organın kararlarına karşı da Anayasa Şikayeti yolu açık kalmaktadır. Seçim yargısının en üst mercii olan Yüksek Seçim Kurulu’nun kararlarına karşı başka bir mercie başvurulamayacak

Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli

olması, yukarda belirtildiği gibi, Anayasa Şikayeti ile ilgili olarak Anayasa'ya eklenecek hükmün “özel hüküm” olarak görülüp görülmeyeceğine göre çözülecektir.

Anayasa Şikayetinde denetim spesifik anayasa hukukunun ihlali ile sınırlandırılmıştır. Almanya raporunda da açıkça belirtildiği gibi, “yargı kararını veren görevli mahkemedeki usulün biçimlendirilmesi, nesnel durumun tespiti ve değerlendirilmesi, anayasa altı hukukun yorumu ve tekil olaya uygulaması bu konuda görevli ve yetkili olan mahkemenin işi olup, AYM denetimi dışındadır”. Eğer böyle olmasaydı, Anayasa'nın öngördüğü yüksek mahkemelerin son merci olmalarına aykırı bir durum ortaya çıkar ve Anayasa Mahkemesi bir “süper” temyiz mahkemesi durumuna dönüşürdü.

Anayasa hukuku, salt bir kararın anayasa altı normlar açısından hatalı olması ile ihlal edilmiş olmaz. Örneğin bir mahkeme kararının yasanın yanlış uygulanmasına dayalı hatalı bir karar olması, olağan kanun yolları aracılığıyla düzeltilmesi gereken bir durumdur. Anayasa Mahkemesi bir Anayasa Şikayetini değerlendirirken spesifik Anayasa Hukukunu (anayasal hakları) uygulayacaktır, Şikayetin başarılı olması için, hatanın temel hakların gözden kaçırılmış, ya da yanlış uygulanmış olmasından kaynaklanması gerekir. Kuşkusuz hiç de kolay olmayan bu ayırım ancak Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarıyla belirginleşebilir.

Yargı organının kararının bireysel başvuru konusu olmasının istisnası Anayasa Mahkemesi kararları olacaktır. Anayasa Mahkemesinin siyasi parti kapatma ve siyasi partilerin mali denetimine ilişkin kararları da dahil olmak üzere hiçbir kararı bireysel başvuru konusu olamayacaktır.

Başvuruya Konu olan Hak ve Özgürlükler

Anayasa Şikayetine konu olabilecek hak ve özgürlüklerin neler olabileceği Anayasa (ya da yasa) ile belirlenmiş olmalıdır. Bu hak ve özgürlüklerin ilke olarak “klasik” haklarla sınırlı tutulması doğru bir yaklaşımdır. Türkiye açısından bu bakımdan ortaya çıkan temel sorun, Anayasa'da yer alan ve “temel hak” olarak adlandırılan hakların tümünün Anayasa Şikayetine konu oluşturmamaya olacağı ve Anayasa Mahkemesi'nin yükünü azaltmak bakımından bir sınırlamaya gitmenin zorunlu olmasıdır. Anayasa Şikayeti hakkının bu Kısımın ikinci ve dördüncü bölümleriyle sınırlanması düşünülebilecek olmakla birlikte, bunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye'nin taraf olduğu ek protokoller çerçevesinde “eksik” (ve kısmen “fazla”) olacağı söylenebilir. Bu durumda, bu hakları Anayasa Mahkemesi'ne ilişkin Anayasa değişikliği önerisinde yer alan ve AİHS'ne atıfla sınırlayan ve böylece AİHM ile paralellik kurmayı amaçlayan formül uygun gözükmemektedir. Ancak, Anayasamızda yer alan bazı hak ve özgürlüklerin AİHS'ne göre daha kapsamlı olarak düzenlendiği (örn. seçme hakkı, düzeltme ve cevap hakkı

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

gibi) görülmektedir. Öte taraftan Türkiye AİHS’nin tüm ek protokollerine (4.,7. ve 13. protokoller) taraf olmadığı gibi, Anayasa değişikliği önerisinde yer alan düzenleme taraf olmayı öngörmeksizin geleceğe yönelik bir yükümlülük de kurmaktadır.

Bu durumda, bizim önerimiz bu sınırlamanın “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve sözleşmenin Türkiye’nin taraf olduğu ek protokolleri kapsamında yer alan bu Anayasa tarafından tanınmış hak ve özgürlükler” biçiminde ifade edilmesidir. Bir başka olasılık da, sakıncalı olmakla birlikte, 148. maddede Anayasa Şikayetine yer verirken, hangi hakların bu şikayete konu olabileceğini ilgili yasaya bırakmaktır.

AİHS’ne yukarda öngörülen biçimde atıf yapılması durumunda, bireysel başvuru yoluna konu olabilecek temel hak ve özgürlükler şöyle sıralanabilir:

AİHS, Türkiye’nin taraf olduğu ek protokoller ve Anayasada yer alan temel hak ve özgürlükler:

- 1) Yaşam hakkı (AİHS md.2): An. m. 15/2 (savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümlerle, ölüm cezalarının infazı dışında, kişinin yaşama hakkına ... dokunulamaz); 17/1 (herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir); m. 38/9 (savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları dışında ölüm cezasını yasaklayan hüküm)
- 2) İşkence ve benzeri kötü ya da onur kırıcı muamele yasağı (AİHS md.3): An. m. 17.
- 3) Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (AİHS md.4): An. md. 18.
- 4) Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı (AİHS md.5): kişilerin keyfi olarak yakalanamamasını ve tutuklanamamasını ifade eden söz konusu hak, An. md. 19 ile güvenceye alınmıştır.
- 5) Adil yargılanma hakkı (AİHS md.6): “Herkesin ... adil yargılanma hakkına sahip” olması ilkesi, 2001 yılında Anayasada yapılan değişiklikle 36. md.ye eklenmiştir. Adil yargılanma hakkı, başvurana uyuşmazlığının çözümü için bir yargı yerine başvurabilme hakkını ve bu başvurunun etkin olması kuralını; davanın hakkaniyete uygun olarak dinlenmesi hakkını (sanığın, suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa zamanda ve anladığı dilde, ayrıntılı olarak haberdar edilmesi; sanığın savunmasını hazırlamak için gerekli süre ve kolaylığa sahip olması; bazı durumlarda sanığın re’sen tayin olunan bir avukatın yardımından yararlanabilmesi; sanığın kendisini bizzat ya da seçeceği bir avukat yardımıyla savunabilmesi; sanığın yargılamaya katılma olanağına ve duruşmada dinlenen tanığa soru sorma olanağına sahip olması; yargılamada ya da yargılama dışında kullanılan dili anlayamayan ya da konuşamayan sanığa ücretsiz olarak bir çevirmen sağlanması ve sanığı suçlayan tüm belgelerin çevrilerek sanığa verilmesi

Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli

davanın hakkaniyete uygun olarak dinlenmesi hakkı içinde yer alır.); makul sürede yargılanma hakkını da içerir.

Ayrıca, suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen An. md. 38'de adil yargılanma hakkı ile doğrudan bağlantılı bazı güvenceler bulunmaktadır. Bunların dışında mahkemelerin bağımsızlığını düzenleyen An. md. 138; hakimlik ve savcılık teminatını düzenleyen An. md. 139; hakimlik ve savcılık mesleğini düzenleyen An. md. 140; duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olmasını hükme bağlayan An. md. 141; mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin yasayla düzenleneceğini belirten An. md. 142 de adil yargılama hakkının içinde yer almaktadır.

6) Suç ve cezaların yasallığı (AİHS md.7): An. md. 15/2 (...suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanınca kadar kimse suçlu sayılamaz.) ve 38/1'de güvenceye alınmıştır.

7) Özel yaşama, aile yaşantısına, konut ve haberleşme özgürlüğüne saygı (AİHS md.8): Anayasada özel ve aile yaşamın gizliliği ve buna saygı gösterilmesi md.20'de; konut dokunulmazlığı md. 21'de; ve haberleşme özgürlüğü md. 22'de düzenlenmiştir. Ayrıca md. 26/2, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılmasının, başkalarının şöhret ve haklarının, özel ve aile hayatlarının ... korunması amacıyla sınırlanabileceğini belirtmektedir.

8) Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (AİHS md.9) ile düşünceyi ifade özgürlüğü (AİHS md.10): Düşünce ve kanaat özgürlüğü An. md. 25'te; din ve vicdan özgürlüğü An. md.24'te; düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü de An. md. 15/2; 25; ve 26'da düzenlenmiştir.

AİHM, bir çok kararında devlet organlarının, dinsel inancı farklı kişilere yönelik ayrımcılık yapamayacağı sonucuna varmıştır. Dolayısıyla An. md. 10'da düzenlenen eşitlik ilkesi de din ve vicdan özgürlüğü ile bağlantılıdır. Düşünceyi ifade özgürlüğü AİHM tarafından geniş olarak yorumlanmakta ve sanat eserleri ya da filmler gibi konuların da söz konusu maddenin korumasından yararlandığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla düşünceyi ifade özgürlüğünün uzantısı niteliğinde olan birtakım haklar vardır. Örneğin, AİHS tarafından açıkça korunmamasına karşın basın özgürlüğü ile sanat ve bilim özgürlüğü düşünceyi ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmektedir. Özel radyo ve televizyon istasyonları kurmak ve işletmek de AİHM kararlarına göre haberleşme özgürlüğünün bir parçasıdır. Bu doğrultuda, bilim ve sanat özgürlüğünü (md. 27), basın özgürlüğünü (md. 28), süreli ve süresiz yayın hakkını (md. 29), basın araçlarının korunmasını (md. 30), kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkını (md. 31); özel radyo ve televizyonların kurulmasını ve işletilmesini olanaklı kılan (md. 133) ve düzeltme ile cevap hakkını (md. 32)

düzenleyen Anayasa hükümlerine aykırılıkların de bireysel başvuru konusu olabilmesi gerekmektedir.

9) Örgütlenme ve toplantı özgürlüğü (AİHS md. 11): Sözleşme, söz konusu düzenleme çerçevesinde sendika ve dernek ile toplantı kurma, bunlara üye olma özgürlüklerini güvenceye almaktadır. Siyasi partiler de AİHM kararlarında öteden beri örgütlenme özgürlüğünün içinde değerlendirilmektedir. Anayasanın dernek kurma özgürlüğünü (md. 33); toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını (md. 34); sendika kurma hakkını (md. 51); toplu iş sözleşmesi yapma hakkını (md. 53); grev hakkını ve lokavtı (md. 54); siyasi parti kurma, partilere üye olma ve üyelikten çıkma hakkını (md. 68) ve siyasi partilerin uyacakları esasları (md.69) düzenleyen maddelerinin ihlali gerekçesiyle anayasa şikayetinde bulunulabilecektir.

10) Evlenme ve aile kurma hakkı (AİHS md. 12): Söz konusu düzenleme farklı biyolojik cinsiyete sahip kişilerin geleneksel evliliğini esas almakta; ailenin “kurulması”nı değil, mevcut aileyi korumaktadır. Bu çerçevede, “ailenin korunması” başlığını taşıyan An. md. 41 de anayasa şikayetinin konusu olabilecektir. Evlenme hakkı ise Anayasamızda düzenlenmemiştir.

11) Etkili başvuru hakkı (AİHS md. 13): söz konusu düzenleme bir yargılama güvencesi içermekte ve Sözleşmenin ihlal edildiği iddiasıyla birlikte, yani Sözleşmenin başka hükümlerinin ihlal edilmesi halinde ileri sürülebilmektedir. Anayasanın hak arama özgürlüğünü düzenleyen 36. ve 40. md.leri etkili başvuru hakkına ilişkin bir düzenlemedir.

12) Ayrımcılık yasağı (AİHS md.14 ve Ek 12 no.lu protokol): An. md. 10’da düzenlenen eşitlik ilkesine karşılık gelmektedir. Öğretide, AİHS’de yer alan ayrımcılık yasağının, bağımsız bir ilke olmayıp Sözleşmenin ve ek protokollerin diğer hükümleriyle birlikte yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir. Bu nedenle ayrımcılık yapıldığı ileri sürülen konunun mutlaka sözleşme ve ek protokollerde güvence altına alınan bir hakka ilişkin olması gerekir. Ancak, 14. md.nin ihlal edilmiş sayılabilmesi için, aynı zamanda ilgili olduğu hakkın da ihlal edilmiş olmasına gerek yoktur. Anayasanın 10. md.sine dayanan anayasa şikayetleri de bu biçimde değerlendirilebilir.

13) Mülkiyet hakkı (AİHS Ek 1 no.lu protokol md. 1); An. md. 35’te düzenlenmiştir. AİHM kamulaştırma bedellerinin geç ödenmesini de mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirmektedir. Dolayısıyla Anayasanın kamulaştırma ve devletleştirme ilişkin düzenlemeleri (md. 46 ve 47) de bu bağlamda önem taşımaktadır.

14) Eğitim ve öğrenim hakkı (AİHS Ek 1 no.lu protokol md.2): Söz konusu hüküm birinci cümlesi eğitim hakkını güvenceye almaktadır. AİHM kararına göre ilgili hüküm aynı zamanda ailenin çocuğu yetiştirme hakkını ve devletin, ailenin çocuğun nasıl yetiştirilmesi ve ne tür eğitim verilmesine

Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli

ilişkin düşüncelerine saygı duyması zorunluğunu da içermektedir. İkinci cümle: “ebeveynin bu eğitimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre temin etme” hakkından söz etmektedir. Anayasanın 174. md.si uyarınca, Tevhid-i Tedrisat Kanununun hiçbir hükmü Anayasaya aykırı olarak anlaşılamaz ve yorumlanamaz. Türkiye, söz konusu protokolü Tevhid-i Tedrisat Kanunu hükümlerini saklı tutarak onaylamıştır.

15) Serbest seçim hakkı (AİHS Ek 1 no.lu protokol md.3): Sözleşmenin ilgili maddesine göre, “Yüksek akid taraflar, teşrii organının intihabı hususunda halkın kanaatinin serbest olarak izharını sağlayan şerait dahilinde uygun sürelerle gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler”. Buna göre, uygun sürelerle, serbest ve gizli oyla seçim yapılması ile bireysel seçim hakkı söz konusu maddede güvenceye alınmıştır. Anayasanın seçme ve seçilme hakkını (67. md.); TBMM’nin kuruluşunu (md. 75); milletvekili seçilme yeterliğini (md. 76); TBMM’nin seçim dönemini (md. 77); seçimlerin geriye bırakılmasını ve ara seçim usulünü (md. 78); seçimlerin genel yönetimine (md.79); TBMM başkanlık divanının kuruluşu ve işleyişine (md. 94); Cumhurbaşkanı seçilme yeterliğini (md. 101); seçimini (md. 102); görev ve yetkilerini (md.104); yapılacak genel seçimler öncesinde geçici bakanlar kurulu oluşturulmasını (md. 114); ve TBMM seçimlerinin Cumhurbaşkanı’nca yenilenmesini (md.116) düzenleyen hükümleri söz konusu serbest seçim hakkına ilişkindir. Anayasanın 67/2 maddesi AİHS’ni aşar biçimde “yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının” oy hakkını garanti etmektedir.

Türkiye’nin henüz taraf olmadığı 4. ve 7. protokollerde yer alan, aynı zamanda Anayasada da yer alan hak ve özgürlükler

1) Sözleşmeden doğan bir yükümlülük nedeniyle kişi özgürlüğünü kısıtlama yasağı (AİHS Ek 4 no.lu protokol md.1): An. md. 38/8.

2) Seyahat ve yerleşme özgürlüğü (AİHS Ek 4 no.lu protokol md.2): An. md.23.

3) Vatandaşların sınır dışı edilmesi ve ülkeye girmelerinin engellenmesi yasağı (AİHS Ek 4 no.lu protokol md.3): An. md.23/6.

4) Eşler arasında eşitlik (AİHS Ek 7 no.lu protokol md.5): An. md. 41/1.

5) Yabancıların toplu olarak sınır dışı edilmeleri yasağı ile; Meşru yollardan ülkede bulunan yabancıların keyfi olarak sınır dışı edilmesi yasağı (AİHS Ek 4 no.lu protokol md.4; AİHS Ek 7 no.lu protokol md.1): An. md. 16 (milletlerarası hukuka uygun olma koşulu)

6) Bir suçtan hüküm giyen kişinin üst mahkemeye başvurma hakkı (AİHS Ek 7 no.lu protokol md.2): An. md.36/1 ve 40/1 (hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma)

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

7) Haksız hüküm giyen kişiye tazminat hakkı (AİHS Ek 7 no.lu protokol md.3): An. md.40.

8) Aynı suçtan iki kere yargılanamama ve cezalandırılmama (AİHS Ek 7 no.lu protokol md.4): an. md. 36/1; md. 38.

Yukarıda sayılanlar dışında kalan anayasal haklar için ise bireysel başvuru yolu mümkün olamayacaktır. Dolayısıyla, örneğin “evlenme hakkı”nda olduğu gibi, AİHS’de düzenlenip bizim anayasamızda yer almayan hak ve özgürlükler için Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunma hakkı söz konusu olamayacaktır. Kuşkusuz her hangi bir hak, Anayasa tarafından korunan ve anayasa şikayetine konu olabilen başka bir hakkın içinde yer alıyorsa, bireysel başvuru yolundan yararlanabilecektir.

Başvurunun Süresi

Anayasa Şikayeti ile ilgili yasa başvurunun süresini belirtmek durumundadır. Bu sürelerin kısa tutulması, hızlı bir denetimin gerçekleşmesi açısından yerinde olacaktır. Yasalar açısından bu sürenin somut norm denetimi için öngörülen 60 günlük süreden bir miktar daha uzun olması doğru olacaktır. İdari işlem ve yargı kararlarına karşı ise, Almanya’da olduğu gibi, ihlalin kaynağını oluşturan işlemin başvuru hakkı sahibine bildiriminden başlayarak 30 gün içinde yapılmasının öngörülmesi yerinde olur.

İhmal yoluyla ihmalde başvurunun, ihmal devam ettiği sürece yapılabileceği kabul edilmelidir. Kamu gücünün ne kadar süreyle hareketsiz kalması ihmal olarak değerlendirilebilir? Kamu gücünün belli bir işlemi yapması bakımından süreye ilişkin herhangi bir düzenleme varsa sorun yoktur. Böyle olmayan durumlarda, her somut durumda, kamu gücünün hareketsizliğinin “makul süreyi aşan bir süreden beri” devam ediyor olması koşulu aranacaktır.

Anayasa Şikayetinin Görüşülmesi

Anayasa değişikliği önerisinde de belirtildiği gibi, bireysel başvuru yolunun tanınmasıyla Anayasa Mahkemesi’nin iş yükü çok artacaktır. Bu nedenle Mahkemenin Almanya ve İspanya’da olduğu gibi dairelere bölünerek çalışması, iş yükünün paylaşılmasını ve davaların daha hızlı bir biçimde sonuçlanmasını sağlayıcı bir çözüm yolu olacaktır. Anayasa değişikliği önerisine göre, mahkeme iki daireden oluşacak ve iki daire de anayasa şikayeti davalarına bakacaktır. Ancak, yasa ile -uzmanlığı geliştirmek amacıyla- daireler arasında Anayasa şikayetine konu olabilecek haklar bakımından bir paylaşım öngörülmesi de düşünülebilir.

Anayasa Şikayeti Başvurusunun Görüşülebilirlik (Kabul) Koşulları

Anayasa Şikayetinin temel sorunu, temel hakların etkili bir biçimde korunmasının sağlanması ile, Anayasa Mahkemesi’nin bu başvuru yolunun kabulü ile üstlenmek zorunda kalacağı ağır iş yükü arasındaki dengeyi

Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli

kurma noktasında ortaya çıkmaktadır. Bu yükü azaltmak ve etkili bir denetim yapabilmek için, genel bir yeniden yapılanma çerçevesinde, şikayetin Mahkeme kararına konu olmadan önce bir “ön inceleme”ye tabi tutulması kaçınılmazdır.

Anayasa değişikliği önerisi bunun bir “ön inceleme komisyonu” tarafından yapılmasını öngörmektedir. Anayasa Şikayeti'nin Mahkeme kararına konu olması için, şikayetleri görüşecek her iki dairede (en fazla üç) yargıçlardan oluşacak bir ön inceleme komisyonunun oy birliği ya da oy çokluğu alacağı bir karar aranabilir. Ya da tersine oy birliği ile reddedilmeyen anayasa şikayetlerinin ilgili daireye intikali sağlanabilir. Değişiklik önerisinin öngördüğü gibi bu konular yasa ile düzenlenecektir.

Komisyonun ön incelemesi, öncelikle başvurunun ilgili yasa ile ayrıntılandırılacak başvuru koşullarını (süre; dava ehliyeti; yazılı başvuru koşulu; ihlal edildiği ileri sürülen temel hakkın anayasa şikayeti'nin konusu olup olamayacağı; kanun yollarının tüketilip tüketilmediği gibi) taşıyıp taşımadığına yönelik olacaktır.

Komisyonun ön incelemede ikinci bakacağı husus şikayeti'nin içeriği olacaktır. İlgili yasanın buna ilişkin ilkeleri açıkça belirtmesi doğru olur. Başvurunun başarı şansı olup olmadığı, davanın anayasa hukuku açısından önemi, karar alınmamasının başvuran açısından ağır bir zarar doğurup doğurmadığı, mahkemenin şikayete konu olan anayasal sorunu daha önce çözüp çözmediği, somut olayı çözmenin benzer pek çok durumu açıklığa kavuşturup kavuşturmayacağı gibi ilkelerin öngörülmesi, bu kurumun işletilebilmesi ve kendinden beklenen işlevi yerine getirebilmesi için gereklidir.

Ön inceleme komisyonuna, Almanya'da olduğu gibi, mahkeme içtihadı ile daha önce karara bağlanmış konularda -yasaların iptali dışında- doğrudan Anayasa Şikayeti'ni haklı bulma yetkisi verilip verilemeyeceği de düşünülmelidir.

Anayasa Şikayeti'nin Haklı Bulunmasının Sonuçları

Ön inceleme aşamasından geçen başvurular, ilk incelemeyi yapan komisyonun bağlı bulunduğu daire tarafından esastan incelenecektir.

Daire bir Anayasa Şikayeti'ni haklı bulduğu zaman, hangi işlemin ya da ihmalin Anayasasının temel haklara ilişkin hangi hükmüne aykırı düştüğünü belirtmelidir.

Anayasa Şikayeti'nin bir yasa ya da KHK hükmünün Anayasaya aykırılığına dayanması durumunda, ilgili hüküm daire tarafından iptal edilecektir. Bir idari ya da yargısal işlemin Anayasaya aykırı bir yasaya dayanması durumunda da Mahkeme ilgili yasayı talep olmasa bile iptal edebilecektir.

Bir idari işlem ya da yargı kararına karşı yapılan Anayasa Şikayeti'nin

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

haklı bulunması durumunda mahkeme bu işlemi kaldıracaktır. Kaldırılacak işlemler hak ihlalinin ortaya çıktığı noktaya kadar geri gidecektir.

Bir yargı kararına karşı yöneltilen Anayasa Şikayetinin haklı bulunması durumunda, Mahkeme konuyu yetkili yargı organına geri gönderecektir.

Anayasa şikayeti başvurusunun temel hakkı ihlal ettiği ileri sürülen bir kamu gücü işleminin/kararının uygulanmasını durdurucu etkisi olmaz. Ancak, davaya konu olan işlemin/kararın uygulanması, “başvurunun amacını kaldıracak ölçüde bir zarara neden olma olasılığı taşıyorsa” ya da (“başka bir nedenle kamu yararı için ivedi olarak gerekliyse”) Anayasa Mahkemesi geçici tedbir kararı alarak davaya konu olan işlemin/kararın uygulanmasını dava sonuçlanuncaya kadar askıya alabilmelidir. Geçici tedbir kararı hem İspanya’da hem de Almanya’da Anayasa Mahkemesi’ne tanınmış bir yetkidir. Anayasa değişikliği teklifinde “yürürlüğün durdurulması” olarak adlandırılan bir tür tedbir kararının yalnızca somut norm denetimi davaları bakımından öngörülmüş olması kanımızca önemli bir eksikliktir. Tam tersine, böyle bir geçici tedbir kararının tam da bireysel başvurular bakımından gerekli olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Kamu gücünün bir ihmali sonucu hak ihlali ortaya çıktığına ilişkin başvurularda Anayasa Mahkemesi ancak temel hakkın zedelendiğini tespit edebilecektir. Bu durum özellikle yasamanın ihmali bakımından ortaya çıkabilecektir. Mahkemenin, yasama organını yasa yapmaya zorlayıcı bir karar alması kuşkusuz söz konusu olamaz. Bu, güçler ayrılığı ilkesinin bir gereği ve sonucudur. Ancak ihmalin anayasaya aykırı olduğunun saptanması, yasa koyucuya düzenleme yapması gereğini de içerecektir.

Sonuç:

Anayasa yargısı sistemimize bireysel başvuru yolunun getirilmesi, kamu güçlerinin AİHS’de güvenceye alınan temel hak ihlallerini önlemek için öngörülen bir hukuki yol olacaktır. Bu yol, Almanya raporunda belirtildiği gibi, temel hakların anayasa altı normlara yansımaları sağlayacaktır.

Bireysel başvuru yolunun tanındığı ülkelerde, başvuruların çok sıkı bir ön elemeden geçirilmesi ve başarı oranlarının genellikle çok düşük olması, bizde bu kurumun önemsiz olduğu yolunda bir izlenim yaratmamalıdır. İlgili literatürde sıkça belirtildiği gibi, yalnızca haklı bulunan başvurular değil haklı bulunmayan başvurular da, temel haklar hukukunun gelişmesine katkıda bulunacaktır.

Ancak, Anayasa Şikayetinin AİHM’ye başvuruyu geciktirici bir etki yapmamasını sağlayacak yöntemlerin iyice düşünülp gerçekleştirilmesi büyük önem taşımaktadır. Bu yolun işletilişi, AİHS’nin 6. maddesinde yer alan yargılamanın “makul sürede” bitirilmesine ilişkin kural, AİHM içtihatları ve Anayasanın 141/4 maddesindeki (“mümkün olan süratle sonuçlandırma”)

Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli

çerçevesinde düşünülmelidir. Bir başka deyişle bu kurumun kabulü, kişilerin ulusalüstü hukukun bir süjesi olarak hak arama özgürlüğünü geciktirici ve zorlaştırıcı bir etki yapmamalıdır.

Düşünülmesi gereken ve bizim bu bağlamda ortaya atmak istediğimiz bir soru da, Anayasa Şikayeti kurumunun kabulü halinde, AİHM kararlarına bağlı olarak yasayla öngörülen “yargılamanın yenilenmesi”ne gerek kalıp kalmayacağıdır. Çünkü, bunun muhafaza edilmesi Anayasa Şikayeti yolu sonucunda da haklı bulunmayan bir ihlal iddiasının, AİHM’de kabul görmesi durumunda, yeni bir yargılamanın başlayacak olması nedeniyle bir fasit dairenin oluşması anlamına gelebilecektir. Bu durumda yürütülecek bir yargılama “hak ihlali olmadığı” yolundaki bir Anayasa Mahkemesi kararı ile bundan farklı bir AİHM kararı arasında sıkışacak, yeniden verilecek kararın bir kez daha Anayasa Şikayeti yoluyla Anayasa Mahkemesi’ne gidebilecek olması durumu iyice karıştıracaktır.

(44. Makale - 2005)

Fazıl Hüsnü ERDEM

*Türkiye’de “İdeolojik Devlet” Gölgesinde
Yargı ve Bağımsızlığı Sorunu **

* Fazıl Hüsnü Erdem, “Türkiye’de ‘İdeolojik Devlet’ Gölgesinde Yargı ve Bağımsızlığı Sorunu”, **Demokrasi Platformu**, Yıl: 1, S.2, 2005, s. 51-69.

TÜRKİYE'DE "İDEOLOJİK DEVLET" GÖLGESİNDE YARGI ve BAĞIMSIZLIĞI SORUNU

Fazıl Hüsnü ERDEM*

1. Yargı Bağımsızlığı Sorununa Bütüncül Bakabilmek

Anayasacılık düşüncesine göre, insan haklarına dayalı demokratik devlet, öncelikle hukuk devleti olmak zorundadır. Buna göre, hukukun üstünlüğünün sağlanamadığı bir toplumda, demokrasiden ve insan haklarından söz edilemez. Hukukun üstünlüğünü sağlamak ise, -başka unsurların yanı sıra- bağımsız ve tarafsız bir yargının varlığıyla mümkündür. Dolayısıyla, yargı bağımsızlığı ilkesi, insan haklarına dayalı demokratik bir hukuk devletinin onusuz olmaz koşullarından birini oluşturmaktadır.

Çağdaş yönetim anlayışının temellerini oluşturan demokrasi, insan hakları ve hukukun üstünlüğü kavramlarının yaşama geçirilmesinde önemli bir yere sahip olan yargı bağımsızlığı ilkesi, anayasacılık tarihimiz boyunca hep tartışma konusu edilmiş ve söz konusu ilkenin pratik değeri sorgulanmıştır. Yaklaşık yüz elli yıllık anayasacılık tarihimizde kabul edilen bütün anayasalarda (1876, 1921, 1924, 1961, 1982 Anayasalarında) yargının bağımsız olduğu hususu anayasal bir ilke olarak güvence altına alınmış olmasına rağmen, o günden bugüne tartışma ve arayışlar bir türlü sona ermemiştir. Başta yüksek yargı mensupları olmak üzere hemen hiç kimse, yargının gerçekten bağımsız olduğuna inanmamış; anayasa ve yasalarda ifadesini bulan bu ilkenin, somut gerçekliği olmayan teorik bir temenniden ibaret olduğu kabul edilmiştir.

Toplumsal yaşamın her alanını ve herkesi yakından ilgilendiren bir konu oluşu dolayısıyla, yargı bağımsızlığı sorunu, çeşitli vesilelerle ülke gündemine gelmekte; başta medya olmak üzere, yargı mensupları, siyasiler, sivil toplum kuruluşları ve akademisyenler sorunun önemini vurgulamakta ve çözümüne ilişkin çeşitli öneriler sunmaktadırlar. Özellikle adli yıl açılışlarında, Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş yıldönümü toplantılarında ve avukatlar günü vesilesiyle yapılan çeşitli etkinliklerde hararetli konuşmalar yapılmakta, siyasi karar merciinde olanlar uyarılmakta, dilek ve temenniler dile getiril-

* Prof. Dr. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

mektedir. Son 60 yıl içinde Yargıtay Başkanlarının adli yıl açılış konuşmalarına göz atıldığında, bunların, aynı sorunları dile getirip, benzer temennilerde bulunulan “tip metin”lerden oluştuğu görülecektir.

Türkiye’de “yargı bağımsızlığı” başlığı altında bugüne kadar yapılan tartışma, konuşma, inceleme ve araştırmalara bakıldığında, hemen hepsinde benzer tespit ve önerilerin yer aldığı gözlenmektedir. Gerçekten, yargı bağımsızlığına ilişkin ileri sürülen görüşler genel olarak değerlendirildiğinde, bunların, yargının yasama ve yürütme organı ile medya ve diğer güç odakları karşısında bağımsız bir duruşa sahip olabilmesinin hukuki ve hukuk- ötesi gerekleri üzerinde odaklaştığı görülmektedir. Ayrıca bu görüşlerde, yargının, hızlı, etkin ve verimli çalışabilmesinin önündeki engellere ve bunlara ilişkin çözüm önerilerine yer verildiği de bilinmektedir.

Yargı bağımsızlığı ve bununla bağlantılı olan yargının etkin ve sağlıklı çalışması sorununa ilişkin olarak yapılan tespitler şu noktalarda odaklaşmaktadır: Hukuk fakültelerinde verilen öğretimin yetersiz oluşu; hakim ve savcı adaylarının sınav ve seçiminin Adalet Bakanlığınca yapılıyor olması; Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu başkanının Adalet Bakanı olması; Adalet Bakanlığı müsteşarının Kurulun doğal üyesi olması; Kurulun bağımsız bina, personel ve bütçesinin bulunmaması; Kurul gündeminin bakanlıkça tespit edilmesi; Kurulun hakimlerden oluşan beş üyesinin Cumhurbaşkanınca belirlenmesi; Kurul kararlarının yargı denetimi dışında tutulması; adliye teşkilatının kuruluş yetkisinin Adalet Bakanlığı’na ait olması; hakim ve savcıların özlük işlerini yürüten Personel Genel Müdürlüğü’nün Adalet Bakanlığı’na bağlı olması; hakim ve savcılar hakkında inceleme, denetleme ve soruşturmanın Adalet Bakanlığı müfettişlerince yapılması; hakim ve savcılarını idari görevleri bakımından Adalet Bakanlığı’na bağlı tutulmaları; kalem işlerinin yürütülmesi ve personelin yönetilmesi gibi idari işlemlerin düzenlenmesinde, Adalet Bakanlığı’nın mahkemelere genelge gönderebilmesi; ara temyiz makamlarının oluşturulmaması; hakim ve savcılarının yer ve kürsü güvencelerinin bulunmaması; adli kolluk teşkilatının kurulmaması; adalet dağıtan mekânların teknik donanımının eksik olması; genel bütçeden yargıya ayrılan payın düşük olması; hakimlerin terfi sisteminin bir türlü düzeltilememesi; yargı mensuplarının maaşlarının düşük olması...

Yukarıda sıralanan tespitlerin önemli bir kısmı Türkiye-Avrupa Birliği (AB) ilişkilerinde de gündeme gelmiştir. Her ne kadar yargı konusu, Türkiye’nin AB ile olan ilişkilerinde en az sorun teşkil eden bir alan olmuş ise de, AB’nin Türkiye’den beklentilerine yer veren yenilenmiş Katılım Ortaklığı Belgesi’nde (2003), özetle; yargı bağımsızlığı ile etkinliğinin güçlendirilmesi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin yasal düzenlemelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne uygun olarak yorumlanması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının dikkate alınması ve ara temyiz makamlarının oluşturulması gibi

Türkiye’de “İdeolojik Devlet” Gölgesinde Yargı ve Bağımsızlığı Sorunu

beklentilere yer verilmiştir¹. Öte yandan, geçen yıl AB Komisyonu tarafından hazırlanan “Düzenli İlerleme Raporunun (2003) “yargı” alt başlığında, önce yargı alanında atılan olumlu adımlardan söz edilmiş; daha sonra, yargının işleyişinde yaşanan kimi aksaklık ve eksikliklerle, yargı bağımsızlığı ilkesinin önündeki bazı engellere değinilmiştir².

Yargı bağımsızlığı, yargıçlık güvencesi ve yargının etkinliği konusunda yapılan bütün bu tespitler doğru olmakla birlikte eksiktir. Zira, bu tespitlerin hiçbirinde “yargının devletten bağımsızlığı” konusuna ve buna ilişkin çözüm önerilerine yer verilmemekte; böyle bir sorun yokmuş gibi davranılmaktadır. Tespit edilen eksiklik ya da yanlışlıklar ağırlıklı olarak yargının hükümetten bağımsızlığı noktasında odaklanmaktadır. Oysa, en az bunun kadar ve hatta bundan daha önemli olmak üzere, yargının devletten bağımsızlığı sorunu vardır. Çağdaş demokratik toplumlar açısından anlaşılması güç olan bu sorun, maalesef Türkiye açısından ciddi bir problem olarak varlığını devam ettirmektedir.

İleri demokratik toplumların en azından bir kısmında da -Türkiye özelinde eksiklik ve/veya yanlışlık olarak değerlendirilen- benzeri düzenleme ve uygulamaların varlığına rağmen, bunların bir sorun olarak algılanmaması ve yargının bağımsız olduğu hususunda genel bir mutabakatın olması, Türkiye de yargının gerçek anlamıyla bağımsız bir erk olamamasının başka nedenlerinin de bulunduğunu ortaya koymaktadır. Türkiye’de yargı bağımsızlığına

¹ Bkz. www.abhaber.com.

² Konuya ilişkin İlerleme Raporu’nda yer alan değerlendirmeler şu şekildedir: “Yargının işleyişine ilişkin olarak, hem hakim hem de savcılarının ağır bir dava yükü bulunmaktadır. Devlet Güvenlik Mahkemelerindeki yargılama süresinde az bir artış olmuştur. Çocuk mahkemelerindeki ortalama yargılama süresi, hâlâ diğer ceza mahkemelerindeki süreden uzun olsa da, azalmıştır. Mahkemelerin mevcut ağır dava yükü, savunma hakkı bakımından önem arz eden duruşmalara yeterli vakit ayrılmamasına ve dava dosyalarının yeterli ölçüde incelenmemesine neden olmaktadır (...) Yargı organlarının her zaman bağımsız ve tutarlı biçimde hareket etmediği yönünde bilgiler alınmaya devam etmektedir. Yargı bağımsızlığı ilkesine Türk Anayasasında yer verilmiştir. Bununla birlikte, Anayasanın yargı ile yürütme arasında organik bir bağ kuran diğer bazı hükümleri söz konusu bağımsızlığı zedelemektedir. Anayasada, idari görevleri bakımından hakim ve savcılarının Adalet Bakanlığına bağlı olması öngörülmektedir. Ayrıca, hakim ve savcılarının atama, görevde yükselme, sicil ve genel anlamda kariyerlerine ait kararlar, Adalet Bakanının başkanlık ettiği ve Bakanlık Müsteşarının üyesi olduğu Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından verilmektedir. Kurul tarafından Türkiye’nin daha az cazip bölgelerine tayin edilme ihtimali, hakimlerin tutum ve kararlarını etkileyebilmektedir. Kurulun yapısı dışında, kendi sekreteryasına sahip olmaması ve Adalet Bakanlığına ait binada yerleşik olması, yürütmenin etkisini daha da artırmaktadır. Kurul, idari görevlerini yerine getirme konusunda, tümüyle Bakanlığın Personel Genel Müdürlüğü ile Teftiş Kurulu Başkanlığına bağımlıdır (...) Savcılarının hazırlık soruşturması sırasında daha sıkı bir denetim uygulaması gerekmektedir (...) Devlet Güvenlik Mahkemelerinin görev, yetki ve işleyişlerinin, savunma hakkı başta olmak üzere, temel hak ve özgürlüklerin korunması bağlamında Avrupa standartlarına yaklaştırılması gerekliliği devam etmektedir. Bu mahkemelerin kaldırılmasının gerekliliği, yüksek yargı organı mensuplarının kamuoyu önünde dile getirilmiş ve hatta Türk hükümetinin bakanları bu yönde beyanda bulunmuştur” (Bkz. Türkiye’nin Avrupa Birliğine Katılım Sürecine İlişkin 2003 Yılı İlerleme Raporu, Devlet Planlama Teşkilatı Yayını, Ankara, 2003, s. 17-19).

ilişkin yapılan çalışmalarda ve bu konuya ilişkin çeşitli platformlarda ileri sürülen görüşlerde sürekli olarak ihmal edilen ve/veya görmezlikten gelinen bu nedenler, kültürel/zihinsel nedenler ile siyasal sistemin ideolojik niteliğinden kaynaklanan nedenlerdir.

Esas itibarıyla birbirleriyle doğrudan bağlantılı olan bu nedenler, “yargının devletten bağımsızlığı” sorununu açıklayıcı faktörlerdir. Türkiye’de yargı bağımsızlığı konusuna ilişkin yapılan çalışmalarda hep ihmal edilen bu faktörler, yukarıda sıralanan ve özellikle yargının hükümetler karşısında bağımsız bir duruşa sahip olabilmesinin önündeki engellerle de ilintilidir. Daha doğrusu, yürürlükteki ideolojik siyasal sistem ve bunu besleyen kültürel/zihinsel arkaplan, hem yargı bağımsızlığının önündeki engellerden birini oluşturmaktadır hem de diğer engelleri/sorunları üreten birer faktör olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu çalışmada, yargının devletten bağımsızlığı konusuyla ilintili olarak -ayrı bir çalışmanın konusunu teşkil ettiği için- kültürel/zihinsel sorunları bir tarafa bırakarak, yalnızca mevcut siyasal sistemden kaynaklanan sorunlara kısaca değinmeye çalışacağız. Bunu yaparken, önce, Türkiye’de cari siyasal sistemin kısa bir analizi yapılacaktır. Daha sonra ise, bu sistemin hangi özelliklerinin yargının bağımsız ve tarafsız hareket etmesine engel olduğunu somut örneklerle ortaya koymaya çalışacağız.

2. Devlet İktidarı-Siyasi İktidar Ayrımında Yargının Bağımsızlığını Düşünmek

Türkiye’de yargının devletten bağımsızlığı sorunu, esas itibarıyla, parlamento ve hükümetin devlet iktidarı karşısındaki türev konumları ve bağımlı yapılarıyla ilintili bir sorundur. Daha açık bir ifadeyle, -Türkiye’de cari vesa-yetçi demokrasi anlayışı gereği- parlamento ve hükümetin yanı sıra yargının bağımsız hareket etme kapasitesi de, sınırları devletçi seçkinlerce belirlenmiş resmi ideolojiyle kayıtlanmış bulunmaktadır. Buna göre, nasıl ki parlamento ve hükümet sınırlı bir alanda politika üretip uygulamak zorunda ise, yine aynı şekilde yargılama makamları da bu mahfuz ve mahrem alanın gereklerine uygun faaliyette bulunmak durumundadırlar³.

³ Bu tespiti ilişkin yüzlerce somut örnek vermek mümkündür. Bu çalışmanın kaleme alındığı 2005 Nisan ayı içerisinde askeri ve yargı bürokrasisinin en üst mevkiinde bulunan üç şahsiyetin yapmış oldukları açıklamalar, bilinen gerçeği teyit açısından yeterli bir veri oluşturmaktadır. Yargıtay Başkanı Osman Arslan’ın, Ceza Muhakemesi Kanunu ve Türk Ceza Kanunu konulu sempozyumdaki konuşmasında, Yargıtay’ın, Anayasanın 2. maddesinde sayılan Cumhuriyet’i ve niteliklerini korumak ve sürdürmek görevini bugüne kadar özenle yaptığını ve yapmaya devam edeceğini belirtmesi (bkz. **Radikal**, 8 Nisan 2005); Genelkurmay Başkanı Orgeneral Hilmi Özkök’ün, Harp Akademilerinde yaptığı siyasi manifesto niteliğindeki konuşmasında, irtica tehlikesinden Türkçe’nin düzgün kullanılmamasına varıncaya kadar birçok konuda başta hükümet olmak üzere çeşitli çevreleri uyarıcı mahiyette görüş bildirmesi (bkz. **Radikal**, 21 Nisan 2005); Anayasa Mahkemesi Başkanı Mustafa Bumin’in Anayasa Mahkemesinin kuruluş yıldönümü vesilesiyle yaptığı konuşmada, Anayasa’daki

Türkiye’de “İdeolojik Devlet” Gölgesinde Yargı ve Bağımsızlığı Sorunu

Demek ki, Türkiye’de yargının devletten bağımsızlığı sorunu, özü itibariyle bir siyasal sistem sorunudur. Gerçekten, Türkiye’de devletin klasik fonksiyonlarını yerine getiren her üç erki de içine alan ve adeta onları kuşatan mevcut siyasal sistem; yapısı, doğası ve ideolojik niteliğiyle bir “üst- belirleyen” olarak söz konusu organların tutum ve pozisyonlarının genel çerçevesini çizmektedir. Dolayısıyla, Türkiye’deki cari siyasal sistemin analizi yapılmadan bu organların bağımlı yapıları ve işleyişlerini değerlendirmek mümkün değildir.

Bilindiği üzere, -son yıllarda demokratikleşme yolunda atılan olumlu adımlara rağmen- Türkiye’nin mevcut siyasal sistemi, demokratik kurumlar ile bürokratik kurumların birbirinden ayrılığı; İkincisinin birincisi üzerinde sürekli vesayetini öngören bir anlayış ve yapılanma üzerine kuruludur. Türk modernleşme projesinin kendine özgü yapısının doğal ve kaçınılmaz bir sonucu olarak ortaya çıkan bu yapılanma, “merkez-çevre”, “devlet iktidarı- siyasi iktidar”, “devletçi seçkinler-siyasal seçkinler”, ve “devlet politikaları- hükümet politikaları” gibi ayrıştırmalarda kendini göstermektedir⁴. Türk siyasetini anlamada anahtar bir model olarak kabul edilen bu ayrım çizgisi, “ideolojik” nitelikli olup “hiyerarşik” bir ilişkiyi resmetmektedir. Bu ayrım çizgisinin bir tarafında, meşruiyetini devletin gerçek sahibi olma iddiasından alan ve toplum adına “ortak iyi”nin ideolojik çerçevesini çizen, bu ideolojik çerçeve doğrultusunda toplumun yönetilmesini ve yönlendirilmesini gözetleyen ve denetleyen “devletçi seçkinler” bulunmaktadır⁵. Sivil-asker bürokratlar ile bunlara eşlik eden aydınlardan oluşan ve devlet iktidarını elinde bulunduran devletçi seçkinlerin kendilerine biçtikleri rol; merkeziyetçi, vesayetçi ve bürokratik nitelikli resmi ideoloji doğrultusunda toplumun şekillendirilmesidir. Ayrım çizgisinin karşı tarafında ise, resmi ideolojinin sınırları dahilinde, yani sınırlı bir alan içinde siyaset yapma yetkisine sahip kılınan ve çevresel güçleri temsil eden “siyasal seçkinler” yer almaktadır.

laik düzenlemeler var olduğu müddetçe türbanlı kızların üniversiteye girmeleri için yapılacak yasaların Anayasaya, hatta bu konuya ilişkin Anayasaya kural konulsa bile bu kez Anayasanın bu yeni kuralının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne aykırı olacağı iddiasında bulunması (bkz. **Yeni Şafak**, 26 Nisan 2005).

⁴ Demokratik kuramla bağdaştırılması mümkün olmayan böyle bir ayrımın varlığını, -sayısız emarenin yanı sıra-son iki yıl içinde YÖK ile hükümet arasında yaşanan gerginlikte görmek mümkün olmuştur. YÖK ve üniversite rektörlerinin tutum ve davranışları ile bizzat YÖK Başkanı Erdoğan Teziç’in yaptığı açıklamalar, bu tür bir ayrımın fiili bir gerçeklik olduğunu açıkça ortaya koymuştur. TBMM’ye sunulan yüksek öğretim tasarısıyla ilgili olarak gazetecilere yaptığı bir açıklamada, üniversitelerin, -tıpkı yargı organları gibi- siyaset dışı kurumlar olarak devlet iktidarını oluşturduğunu savunan Teziç, “tüm anayasal düzenlerde, devlet iktidarı ile parti iktidarları farklı tutulur. Amaç, parti iktidarlarının, halktan aldıkları desteği devlet iktidarının değerlerini sarsmadan kullanabilmesini sağlamaktır” diyerek, bu ayrımı doğrulamaya ve meşrulaştırmaya çalışmıştır (Teziç’in açıklaması için bkz. **Radikal**, 3 Nisan 2004).

⁵ ERDEM, Fazıl Hüsnü: “Türkiye’de Devlet-Üniversite İlişkinin Tarihsel-Siyasal Analizi”, **Muhafazakâr Düşünce**, Sayı 1 (Yaz 2004), s. 199.

Bürokratik ve seçkinci niteliği ağır basan cari resmi ideoloji açısından “Devlet” merkezi bir öneme sahiptir. Bireylerden ve toplumdan ayrı, bağımsız bir iradeye sahip bir varlık olarak tasavvur edilen Devlet, “kutsal”dır; vatandaşların hizmetinde bir “araç” değil, başlıbaşına bir “amaç”tır. Devletin güvenliği, vatandaşların güvenliğinin, Devletin çıkarları vatandaşların çıkarlarının önündedir. Devlet, vatandaşlar için değil, vatandaşlar bürokratik- seçkinci Devlet içindir.

Görüldüğü gibi, resmi ideoloji, devletin bekası üzerine kuruludur. Böyle bir algılama biçimi, devletin, “iç” ve “dış” tehditler/tehlikeler karşısında korunması işlevine birincil önem verir. Devletin bekasının muhafazasında büyük önem taşıyan iç tehdit algılaması, sınırları ve çerçevesi cumhuriyetçi elitlerce çizilen resmi ideolojinin iki kurucu unsuru (milliyetçilik ve laiklik) referans alınarak şekillendirilir. Buna göre, resmi ideolojinin kurucu unsurlarıyla bağdaşmayan farklılıklar ve bunlardan kaynaklanan talepler, devletin bekası açısından tehlikeli görülür; -bölücülük ve irtica yaftasıyla- gayri meşru ilan edilerek bastırılmaya çalışılır. Homojen bir toplum yaratma tasarımıyla uyuşmayan bu türden farklılıklarla mücadele etmek, herkesten önce devlet iktidarını kullanan bürokratik-seçkinci zümrenin temel görevi olarak kabul edilir. Aynı ölçüde olmasa da, benzeri hassasiyet, siyasal seçkinlerden ve hatta sivil toplum örgütlerinden de beklenir. Bu görevi ifade aymazlık göstermek ya da resmi ideolojinin sınırlarını taştan bir tutum içinde bulunmak, kimi zaman cezalandırılmayı kimi zaman da en iyimser yaklaşımla uyarılmayı gerektirir. Türk demokrasi tarihi bunun sayısız örnekleriyle doludur.

Türkiye’nin Avrupa Birliği’ne tam üyelik sürecinde gerçekleştirilen bir dizi anayasal ve yasal reformlarla, resmi ideoloji yüklü “vesayetçi” sistem belirli bir ölçüde törpülenmiş görünmektedir. Ancak, toplumun ve siyasetin resmi ideoloji doğrultusunda vesayet altında tutulmasını öngören yerleşik anlayış, gerek pozitif hukukta var olan kalıntıları ve gerekse söz konusu sistemi ayakta tutan ve besleyen “zihinsel” yapı nedeniyle hâlâ hayatiniyetini devam ettirmektedir.

Kabaca tasvir edilmeye çalışılan bu sistemin sacayaklarından birini de, kurum ve işlev olarak yargı oluşturmaktadır. Şöyle ki; devletin bekasını ve güvenliğini sağlama görevinin yerine getirilmesinde, başka tedbirlerin yanı sıra, yasal/yargısal tedbirlere de ihtiyaç duyulmaktadır. Bu amaçla, devletin, özellikle içeriden gelebilecek tehditler karşısında korunması ve onun güvenliğinin sağlanması işlevine yasal/yargısal bir temel de kazandırılmaktadır. Buna göre, mevcut yasalar doğrultusunda devletin bekasını koruma işlevi, yargı kurumu tarafından yerine getirilecektir. Burada yargıya biçilen rol, tıpkı devletin diğer bürokratik kurumları gibi, resmi ideolojinin sınırları dahilinde bir tutum geliştirmek ve fonksiyon icra etmektir. Kuşkusuz, bu rol, siyasal içerikli davalarda ve siyasal ortamın gergin olduğu dönemlerde belirginleşmektedir.

Türkiye’de “İdeolojik Devlet” Gölgesinde Yargı ve Bağımsızlığı Sorunu

Demek ki, devletin bekasının hukukun üstünlüğü ilkesine karşı normatif ve siyasal öncüllüğünün kabul edildiği bir toplumsal-siyasal ortamda⁶, pozitif hukuka ve yargıya düşen görev, devleti korumak ve kollamaktır. Türkiye’de ideolojik devlet, bir taraftan pozitif hukuk kuralları, diğer taraftan da bu kuralları pozitivist bir anlayış çerçevesinde yorumlayıp uygulayan yargıçlar vasıtasıyla korunmaya çalışılmaktadır. Bunun yetersiz olduğuna inanıldığı durumlarda ise, başka tedbirler geliştirme yoluna gidilmektedir.

Nitekim, ideolojik devlet, kendisine yönelik tehdidin yoğun olduğu ve bu tehdidi olağan hukuk ve olağan mahkemelerle gideremeyeceğini düşündüğü durumlarda, olağanüstü hukuk ve olağanüstü mahkemeleri devreye sokmakta hiçbir zaman tereddüt göstermemiştir. Cumhuriyetin ilk yıllarında kurulan “İstiklâl Mahkemeleri”, 27 Mayıs 1960 askeri darbesinden sonra, “Yassıada sanıkları”nı yargılamak üzere kurulan “Yüksek Adalet Divanı” ve Cumhuriyet tarihinin yaklaşık üçte birlik bir zaman diliminde faaliyet gösteren “Sıkıyönetim Mahkemeleri”⁷, hep aynı amaçlarla kurulmuş ve görev ifa etmişlerdir.

Denilebilir ki, devletin ve onun yüce menfaatlerinin her türlü mülahazanın üstünde tutulduğu Türkiye gerçekliğinde, yargının, başta yüksek mahkemeler olmak üzere ana kütlesinin, ağırlıklı olarak “Devlet”le uyum içinde hareket etmeye büyük özen göstermektedir. Her ne kadar Anayasa tarafından, yargı yetkisinin “Türk milleti adına” kullanılacağı hüküm altına alınmışsa da, yargıçlarımızın bir bölümü, esas itibarıyla “millet adına” değil, “Devlet adına” yetki kullandıkları izlenimi vermektedirler⁸. Bunda, tıpkı vatandaş kütlesinin büyük çoğunluğunda olduğu gibi yargı mensuplarının da devleti siyasal açıdan nötr bir kurumsal yapı ya da bir hizmet organizasyonu olarak değil de, daha çok varlıklarını borçlu oldukları yüce bir değer olarak görmelerinin payı büyüktür. Böyle bir bakış açısı içerisinde olan yargıçlar, doğaldır ki, kendilerini “Devletin memurları” olarak görecekle ve bu doğrultuda hareket edeceklerdir.

Zaten vatandaşların algılaması da bu yöndedir. Gerçekten, halk arasında yaygın olarak kullanılan “devletin mahkemesi” ve “devletin hakimisi” deyimleri bu tespitimizi doğrulamaktadır. Oysa, demokrasi anlayışı ve anayasanın sözel vurgusu gereği, parlamento nasıl devletin değil de “halkın parlamentosu” ise, yargı ya da mahkemeler de devletin değil “halkın, milletin mahkemeleri”dir⁹. Aynı şekilde hakimler de devletin değil, “halkın, milletin hakimleri”dir.

⁶ KEYMAN, E. Fuat: “Devlet Bekası-Hukukun Üstünlüğü Karşıtlığı: Türkiye’de Devlet Sorunu ve Demokratikleşme Olasılığı”, **Doğu-Batı**, Sayı 13 (Kasım, Aralık, Ocak 2000-01), s.140.

⁷ Bkz. TANÖR, Bülent: **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 3. Baskı, BDS Yayınları, İstanbul, 1994, s.222-223.

⁸ ERDOĞAN, Mustafa: “Yargıya dair”, **D.B.Tercüman**, 22 Ocak 2004.

⁹ BERZEG, Kazım: “Yargı halka dayanırsa güçlü ve bağımsız olabilir”, **Radikal**, 11 Haziran 1997.

3. Yargının, İdeolojik Devletin Etkisinde Olduğunu Gösteren Somut Birkaç Örnek

Yargı mercilerinin özellikle siyasi içerikli davalara ilişkin verdikleri kararlar incelendiğinde, bu kararların önemli bir kısmında, devletçi bir refleksle hareket edildiği, “devleti korumak” ve “devletin çıkarlarını gözetmek” gibi çabaların var olduğu görülecektir. Aynı çaba ve gayretlere, yüksek yargı organı başkanı sıfatıyla yapılan konuşma ve açıklamalarda da rastlanmaktadır. Özellikle resmi ideolojinin tahammül sınırlarını aşan toplumsal talep ve hareketliliklerin yaşandığı dönemlerde “durumdan vazife” çıkaran yüksek yargı organı başkanları, tıpkı bir komutan ya da bir eğitmen edasıyla uyarıcı mahiyette açıklamalar yapmaktan çekinmemektedirler.

Yargıçların, ideolojik devletin hassasiyetlerini dikkate alma eğilimi içinde olduklarının en açık örneğini, Yüksek Seçim Kurulu’nun vereceği bir karar arafesinde, Kurul Başkanının basına yapmış olduğu açıklamalarda görmek mümkündür. Başta Tayyip Erdoğan olmak üzere, Akın Birdal ve Necmettin Erbakan gibi adaylığına tereddütle bakılan kişilerin de içinde bulunduğu yaklaşık on bin milletvekili adayının akıbetini belirleyecek Yüksek Seçim Kurulu kararının verilmesinden kısa bir süre önce yaptığı basın açıklamasında, Kurul Başkanı, verecekleri karara esas teşkil edecek kriterleri şu şekilde sıralamıştır: “Atatürk’ün sözlerine, 30 Ağustos’a, Çanakkale’ye bakarız. Ülkeyi zarara uğratıp uğratmadığımızı düşünürüz (...) Yargı, önüne gelen dosyaya bakar, hukuka bakar, memleketin menfaatlerine bakar. Çanakkale’ye bakar, 26 Ağustos’taki Büyük Taarruz’a bakar, 30 Ağustos Başkomutanlık Muharebesi’ne bakar (...) Yargıç olarak ülkeyi zarara uğratıp uğratmadığını da düşüneceksin. Bir şeyi daha düşüneceksin. Üç yüz bin insanımız, Çanakkale’de ne uğruna şehit oldu?”¹⁰. Ülkenin siyasi geleceği hakkında önemli sonuçlar doğuracak olan bir kararın verilmesinde başrol oynayan bir hukuk adamının “ihzas-ı rey” sayılabilecek bir beyanda bulunması ve böyle bir kararın alınmasında objektif nitelikli hukuk kriterlerinin değil de, tamamen subjektif içerikli kriterlerin esas alınacağının açıkça bildirilmiş olması, yargının “tarafsız hakem” rolüne gölge düşürmüştür.

Aynı hassasiyetle hareket eden Anayasa Mahkemesi de, parlamentoda uzlaşmaya varılan parti kapatmanın zorlaştırılması yönündeki Anayasa değişikliğine, kurum tarihinde ilk kez yapılan bir basın duyurusu ile karşı çıkmış ve bildirisinde, “değişikliğin, devam eden bir davayı etkileme amacının kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olduğunu ve parti kapatmayı olanaksız hale getirmenin demokratik cumhuriyeti korumasız bırakacağı” görüşüne yer vermiştir¹¹. Bu davranışıyla Anayasa Mahkemesi, hem görülmekte olan bir siyasi parti kapatma davasına ilişkin “ihzas-ı rey”de bulunmuş ve hem de parlamentonun Anayasayı değiştirme yetkisine açıkça müdahale etmiştir¹².

¹⁰ Bkz. *Sabah*, 20 Eylül 2002.

¹¹ Bkz. *Milliyet*, 23 Ocak 2001.

¹² ERDOĞAN, Mustafa: *Anayasa ve Özgürlük*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2002, s.208.

Türkiye’de “İdeolojik Devlet” Gölgesinde Yargı ve Bağımsızlığı Sorunu

Benzeri bir müdahale, Anayasa Mahkemesi’nin 43. yıldönümü töreninde Yüksek Mahkeme Başkanı’nın yaptığı konuşmayla gerçekleşmiştir. Başkan Mustafa Bumin, parlamento ve hükümete muhtıra niteliğindeki açış konuşmasında¹³, türban yasağının kaldırılmasını savunan siyasal partilerin geçmişte kapatıldığı uyarısında bulunarak, AK Parti iktidarına aba altından sopa göstermiştir. Türban serbestliğini savunmayı “siyasi avantaj sağlamaya yönelik bir davranış” olarak değerlendiren Bumin, böyle bir serbestliği gerçekleştirmeye yönelik yasal düzenlemelerin Anayasa’ya aykırı olacağını ifade ederek, Meclis iradesine ipotek koymuştur.

Anayasa Mahkemesi Başkanı’nın, bir yüksek yargı mensubu olmaktan çok, bir siyasi aktör gibi davranması, demokratik hukuk devleti ilkesi açısından kabul edilemez bir durumdur. Teorik olarak kabul edilemez görülen bu türden çıkışlara Türkiye’de sıklıkla rastlanması, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesinin, resmi ideolojiyle sınırlı bir anlam ve işleve sahip olduğunu göstermektedir. Nitekim, Yüksek Mahkeme Başkanı’nu yargıçlık sıfatına yakışmayacak -demokratik teamüllere ve insan hakları anlayışına aykırı- böyle bir tutum içine girmeye iten saik de, devletin ideolojik önceliklerini koruma ve kollama kaygısı olmuştur.

Bu kaygının, Anayasa Mahkemesi’nin temel hak ve özgürlüklere ilişkin vermiş olduğu kararlarda belirgin olduğu görülmektedir. Özellikle, düşünce özgürlüğü ve siyasi parti kapatma davalarına ilişkin verdiği kararlar incelendiğinde, genel olarak Yüksek Mahkeme’nin, anayasa yargısının evrensel var oluş sebebine aykırı bir biçimde davrandığı anlaşılmaktadır.

¹³ Açış konuşmasının “Laiklik İlkesinin Türkiye İçin Önemi” başlıklı bölümünde şu görüşlere yer verilmiştir: “Türkiye’de din ve din duyguları ile dince kutsal sayılan şeylerin istismar edilerek oya çevrilmesi batı ülkelerine göre çok daha kolay ve olağan olduğundan, geçmişte bu yola başvuran partiler laiklik karşıtı bu eylemleri nedeniyle Anayasa Mahkemesince kapatılmış bu karara karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne yaptıkları başvurular da reddedilmiştir.

Ülkemizde zaman zaman kimi parti yetkilileri, bayanların inançları gereği türban takabilecekleri, bu tür bir giysi ile yükseköğretim kurumlarına devama engel olunmasının; Anayasa ile tanınan temel haklardan olan “**eğitim ve öğrenim hakkı**” ile “**inanç özgürlüğü**”ne müdahale olduğu yolunda savlar ileri sürmüşlerdir.

Oysa bu konuda Danıştay, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilmiş pek çok kararlar vardır (...) Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin başörtüsüne ilişkin istikrar bulmuş kararları varken, kimi yazılı ve görsel yayın organlarıncı bu konunun gündemde tutulmaya çalışılması, kimi siyasal partiler yetkililerince de, yasal düzenlemeler yapılarak, türbanla öğrenim yapma olanağının tanınacağı yolunda beyanlarda bulunulması, bu konudaki yargı içtihatlarını bilmemekten kaynaklanmıyorsa, din duygularını kullanarak siyasi avantaj sağlamaya yöneliktir.

Anayasa’daki laik düzenlemeler kaldığı sürece, türbanlı kızların yükseköğretim kurumlarına öğrenci sıfatıyla, öğrenimlerinden sonra da resmi dairelere kamu görevlisi olarak girmelerini sağlayacak tüm yasal düzenlemeler Anayasa’ya aykırı olacaktır. Hatta bu konuda Anayasa’ya kural konulsa bile bu kez, Anayasa’nın bu yeni kuralı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygun olmayacaktır” (bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/ydonum/kur43.htm>).

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Anayasa Mahkemesi’nin 1962 yılından bugüne kadar düşünce özgürlüğüne ilişkin verdiği kararlar okunduğunda, söz konusu özgürlüğü, yürürlükteki düzene ve mevcut Anayasaya uygun düşüncelerin açıklanması biçiminde değerlendirildiği görülmektedir. Özgürlükçü, çoğulcu ve demokratik bir toplum yapısının vazgeçilmez unsurlarından biri olan düşünce özgürlüğüne ilişkin olarak, Anayasa Mahkemesi, koruyucu ve genişletici bir tutum içinde bulunması gerekirken, cari siyasal rejimin ideolojik tercihlerine paralel bir yaklaşım içinde bulunmaktadır¹⁴.

Düşünce özgürlüğünün bir uzantısı niteliğinde olan ve çoğulcu demokrasi açısından yaşamsal öneme sahip olan siyasal partilerin faaliyet özgürlüğü konusunda da Anayasa Mahkemesi’nin benzer bir tutum içinde olduğu bilinmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin siyasal parti kapatma kararları incelendiğinde, siyasal parti özgürlüğünden ziyade, “ideoloji eksenli paradigma”ya sürekli vurgu yaptığını görmekteyiz¹⁵. Anayasa Mahkemesi, parti kapatma kararlarında, “Anayasa ideolojisi” ile sınırlı bir çoğulculuk anlayışından hareketle, mevcut anayasal düzenin sorgulanmasını kapatma sebebi olarak görmektedir. Anayasal düzene uygun davranma zorunluluğunu, anayasal düzene uygun düşünme zorunluluğuna dönüştürmektedir. Böylelikle, siyasal partilerin anayasal düzenle bağdaşmayan soyut öneri ve projeleri - bunlarla bağlantılı eylemlerin olup olmadığına ve bu eylemlerin şiddete çağrı içerip içermediğine bakılmaksızın- tek başına kapatma kararına esas alınmaktadır. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak, siyasal partiler açısından güvence olsun diye kapatma davalarına bakmakla yetkili kılınan Anayasa Mahkemesi, siyasal partiler için bir güvence olmaktan çıkıp bir tehdit unsuru haline gelmiş bulunmaktadır¹⁶.

Anayasa Mahkemesi açısından daha da ilginç olanı, kanunla getirilmiş olan bir serbestiyeti yasaklama yoluna gitmiş olmasıdır. Gerçekten, Yüksek Öğretim Kanunu’na 10.12.1988 tarih ve 3511 sayılı Kanun’la eklenen, “Yüksek Öğretim Kurumları’nda, dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafette bulunmak zorunludur. Dini inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü ve türbanla kapatılması serbesttir” şeklindeki Ek 16. madde, Anayasa Mahkemesi’nce 07.03.1989 tarihinde iptal edilmiştir¹⁷. Bu karar sonrasında, Yüksek Öğretim Kanunu’na 25.10.1990 tarih ve 3670 sayılı Kanun’la “Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile; yükseköğretim kurum-

¹⁴ SUNAY, Reyhan: **Anayasa Mahkemesi Kararlarında İfade Hürriyeti**, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003, s.30-32. Anayasa Mahkemesi’nin düşünce özgürlüğüne ilişkin 1961 ve 1982 Anayasaları döneminde vermiş olduğu kararların özet metinleri için bkz. SUNAY: s.-33 338.

¹⁵ ARSLAN, Zühtü: **Anayasa Teorisi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s.242.

¹⁶ ERDEM, Fazıl Hüsnü: “Türk Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Siyasal Partilerin Kapatılması: Karşılaştırmalı Bir Analiz”, **Adalet ve Hukuk**, Sayı 4 (Ekim- Aralık 2004), s. 297-298.

¹⁷ E. 1989/1, K.1989/12, k.t. 7.3.1989 (**Resmi Gazete**, 5.7.1989-20216).

larında kıyafet serbesttir” (Ek 17. madde) hükmü eklenmiştir. İlgili Kanun hükmünün iptali için açılan dava sonucunda Anayasa Mahkemesi, 1989’da verdiği iptal kararına atıfla, “Yüksek Öğretim Kanunu’na eklenen ve içeriği bakımından dini inanç ve gereklere dayalı bulunmayan, Anayasa Mahkemesi’nin 07.03.1989 tarihli kararına aykırı olmayan, üniversitelerde, çağdaş kıyafete ters düşen dini nitelikli kılık ve kıyafetin serbest bırakılmasını öngörmeyen Ek 17. madde, Anayasaya aykırı değildir” diyerek, iptal istemini reddetmiştir¹⁸. Böylece, Anayasa Mahkemesi, Ek 17. maddeyi iptal etmemiş; ancak, kanun koyucunun iradesine ters düşen bir yorum yaparak, Ek 17. maddenin “dini nitelikli kılık ve kıyafetin serbest bırakılmasını öngörmediğini” belirtmiştir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi kanun tarafından açıkça tanınan bir özgürlüğün kapsamını yorum yoluyla daraltma yoluna gitmiştir¹⁹.

Her açıdan sorunlu ve tartışmalı olan bu karar da göstermektedir ki²⁰, Yüksek Mahkeme’nin kuruluş amaç ve işlevi -Batılı demokrasilerdeki benzerlerinin kuruluş amaç ve işlevlerinden farklı olarak- temel hak ve özgürlükleri çoğunluk iktidarı karşısında güvence altına almak değil, anayasada içkin olan ideolojik tercihlerle uyuşmayan yasama organı tasarruflarını denetim altına almaktır. Genel olarak değerlendirildiğinde, sivil toplum mekânının temsilcisi olarak özgürlükleri korumakla görevli olması gereken Yüksek Mahkeme, devlet iktidarını kullanan bir cihaz gibi hareket etmektedir. Oysa, çağdaş demokratik toplumlarda anayasa yargısının temel işlevi bireylerin hak ve özgürlüklerini yasama organının tecavüzlerinden korumaktır. Tersinden ifade edilecek olursa, yasama çoğunluğunun keyfiliğe kaçmasını önlemenin, siyasal çoğulculuğu ve özgürlükleri güvence altına almanın en önemli kurumsal gereklerinden biri, anayasa yargısına yer vermek ve onu etkin kılmaktır.

Yargı makamları, kimi zaman, devleti koruma ve kollama adına işlenen suçlar karşısında kayıtsız kalmak suretiyle de ideolojik devlete destek vermektedirler. Hiç kuşkusuz, bu türden tutumlar yaygın olmamakla birlikte var olduğu da bilinen bir gerçektir. Örneğin, Trabzon’da görülen ve “Gazi davası” olarak bilinen polislerin adam öldürmekten yargılandığı davada, mahkeme başkanı, tarafsız olamayacağını, güvenlik güçlerini yargılayamayacağını belirterek davadan çekilmiştir. Benzer gerekçelerle davadan çekilme olaylarına, sahte yeşil pasaport ve ruhsatsız silahlarla yakalanan bir polis şefinin, dönemin Emniyet Genel Müdürü’nün talimatıyla serbest bıraktıkları gerekçeyle dört polis müdürünün yargılandığı dava ile bir gazeteciyi öldürdükleri iddiasıyla yargılanan polislerin davasında da rastlanmıştır²¹.

¹⁸ E. 1990/36, K. 1991/8, k.t. 9.4.1991, AMKD Sayı 27/1, s.285 vd.

¹⁹ ERDOĞAN: *Anayasa ve Özgürlük*, s. 119.

²⁰ Kararın tartışmalı noktaları için bkz. TANÖR: s. 57; ERDOĞAN: *Anayasa ve Özgürlük*, s. 119-121.

²¹ Bkz. SANCAR, Mithat: “Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, *Çağdaş Hukuk*, Sayı 60, 1998/1, s.26.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Devletin ideolojik angajmanının dışında kalıp onun tabularının üzerine gitmeye çalışanlar ise, bir bedel ödemek durumunda bırakılmışlardır. Cumhuriyet Savcılığı görevini yürüten ve Kenan Evren hakkında “darbe yaparak anayasal düzeni bozduğu” gerekçesiyle bir iddianame tanzim eden bir yargı mensubunun başına gelenleri buna örnek göstermek mümkündür. Bu girişimi engellenmesin diye önce vatandaş kimliğiyle suç duyurusunda bulunan savcının hazırladığı iddianamesi işleme konulmadığı gibi, tanzim ettiği bu iddianame nedeniyle hakkında “görevi kötüye kullanmaktan” dava açılmış ve mahkum edilmiştir. Bununla da yetinilmemiş; aynı iddianamede “Silahlı Kuvvetlere hakaret ettiği” ileri sürülerek, tekrar cezalandırılmıştır. Bu da yeterli olmamış, iddianameyi tanzim ettikten sonra açığa alınmış ve bu nedenle de terfi edememiştir²². Bir başka örnek olay, Olağanüstü Hal Bölgesindeki bir DGM yargıcının, gözaltı süresi uzatılmak istenen bir sanığın gözaltı süresini -elinde yeterli kanıt olmadığı için- uzatmaması üzerine yaşanmıştır. Gözaltı süresinin uzatılması talebini reddeden bu yargıç hakkında Adalet Bakanlığı soruşturma başlatmıştır²³.

Gerek darbeci generallerin yargılanma sürecinin başlatılması girişiminde ve gerekse yukarıda verilen diğer örnek olayda yaşananlar göstermektedir ki, Türkiye’de yargı makamları “muktedirleri” yargılama konusunda ürkek ve çekingen bir tavır içinde bulunmaktadırlar. Oysa, bilinmelidir ki, yargının gerçek anlamıyla bağımsız bir erk olup olmadığının tespitinde kullanılan mihenk taşı, yargının muktedirleri yargılayabilip yargılayamadığıdır. Zira, muktedirleri yargılamaktan kaçınan yargı, bağımsız bir erk olmaktan çıkar, iktidar sahiplerine tabi “ikincil” bir güç haline gelir. Böyle bir tutum, yargı bağımsızlığı ilkesine aykırı olduğu gibi, yurttaşların yasalar karşısında eşit olduğunu söyleyen anayasa hükmüne de aykırılık oluşturur. Ayrıca, bu tür tutumların yaygınlaşması, yurttaşların hukuka, yargıya ve adalete olan güvenlerini ve inançlarını yok eder.

Bütün bunların dışında, devletçi seçkinler bloku, -özellikle kriz dönemlerinde- devletin ideolojik önceliklerini ve hassasiyetlerini yargı mensuplarına bildirmekten çekinmemiştir. Bunun en açık örneği, 28 Şubat sürecinde yargı mensuplarına verilen ve onlara bu blok içindeki misyonlarını hatırlatan “briefing”lerde yaşanmıştır²⁴. Anayasanın 138. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen, “Hiçbir organ, makam, merci veya kişi yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz” amir hükmüne açıkça aykırı olarak Genelkurmay Başkanlığı’nca düzenlenen bu briefinglerde, devletin tehdit algılaması

²² Bkz. EKİNCİ, Adnan: “Yargıtay’da adaminiz var mı?”, **Radikal**, 29 Nisan 2003.

²³ Bkz. **Radikal**, 27 Mayıs 2002.

²⁴ Bu dönemde Genelkurmay Başkanlığı’nın üst düzey bürokratlara, yargı mensuplarına ve gazetecilere verdiği “irtica briefing”nin içeriği için bkz. ŞAHİN, Muzaffer: **MGK 28 Şubat Öncesi ve Sonrası**, Ufuk Kitabevi, Ankara, (t.y), s. 111-124.

Türkiye’de “İdeolojik Devlet” Gölgesinde Yargı ve Bağımsızlığı Sorunu

ve bu algılamadaki değişiklikler etrafıca anlatılmış ve yargı mensuplarından adeta “durumdan vazife” çıkarmaları istenmiştir.

Genelkurmay Başkanlığı’nın anayasaya aykırı bir biçimde devletin diğer güç odaklarını kendi politik çizgisine çekme amacıyla brifingler düzenlemesinin yanlışlığı bir yana, burada esas düşündürücü olan, söz konusu brifinglere kendi istekleriyle katılıp yapılan konuşmaları hararetle alkışlayan yargıçların varlığıdır. Siyasi içerikli mesajların verildiği bir toplantıya katılıp, söylenenleri destekler mahiyette alkışlayan yargıçların tarafsızlıklarına gölge düştüğünde kuşku yoktur²⁵.

Öyle anlaşıyor ki, 28 Şubat post-modern darbesinin demokratik siyasete yaptığı balans ayarını koruma görevi, bu brifinglerle yargıya bırakılmak istenmiştir. Nitekim bu dönemde kimi yargı mensuplarının, kendilerine yüklenen bu misyonu yerine getirme çabası içinde oldukları gözlenmiştir. 28 Şubat sürecinde, siyasetçi gibi beyanat veren yargıç ve savcılara sık rastlanır olmuştur. Bunun tipik örneklerinden birini, “militan hukukçu” kimliğiyle tanınan dönemin Cumhuriyet Başsavcısı oluşturmuştur. “Rejimi koruma ve kollama” kaygısıyla yaptığı açıklamalar ve sergilediği davranış biçimiyle dikkatleri üzerine çeken Başsavcı, kendisini bu göreve atayan Cumhurbaşkanının beklentilerine (!) yeterince cevap vermiştir²⁶.

Öte yandan, söz konusu brifinglerden birine, iktidarda bulunan bir siyasi partinin kapatılması hakkındaki davada karar verme merciinde olan Anayasa Mahkemesi üyelerinin de katıldığı dikkate alındığında, yargının ne denli siyasal etkilemelere açık tutulduğu daha iyi anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi üyelerinin, hakkında kapatma davası açılan bir siyasi partinin savunduğu görüşlerin tehdit sıralamasının birinci basamağına oturtulduğunun deklare edildiği bir brifing sonrasında bağımsız hareket etmelerini ve tarafsız bir tutum içinde bulunmalarını ummak gerçekçi bir beklenti olamaz. Nitekim bu husus, TBMM’ye taşınmış ve yapılan çeşitli konuşmalarda eleştiriye tabi tutulmuştur²⁷.

Yargının, devletçi seçkinlerce üretilen resmi söylemden etkilendiği gerçeği, “Devlet aleyhine işlenen cürümler” ve “kamu düzeni aleyhine işlenen cürümler”de gözlenen “katı” yaklaşım ile “kamu görevlilerinin işledikleri suçlar”a

²⁵ ERDOĞAN, Mustafa: **28 Şubat Süreci**, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara. 1999, s.101.

²⁶ Dönemin Cumhurbaşkanı’nın, atadığı Cumhuriyet Başsavcısından beklentilerinin ne olduğu yaptığı şu açıklamasından açıkça anlaşılmaktadır: “Rejim kendini koruyacak güce sahip. Devlet her şeyi izliyor. Merak etmeyin. Yargıtay’a öyle bir başsavcı atadım ki, ateş ateş...” (Aktaran, İLİCAK, Nazlı: “28 Şubat ve Demirel”, **Yeni Şafak**, 29 Mart 2002).

²⁷ O dönemin milletvekillerinden biri bu gelişmelere ilişkin olarak şu değerlendirmede bulunmuştur: “Adalet mülkün temelidir. Her şeyin temeli olan hukuk siyasallaştırılmıştır bugün Türkiye’de. Niçin mi; misal vereyim, siz, bana, hür, demokratik bir ülke gösterin ki, o ülkenin Anayasa Mahkemesinin üyeleri, o ülkenin yüksek yargı organlarının üyeleri Genelkurmay Karargahına gidip brifing alsınlar ve aldıkları brifing üzerine de davalar görsünler!” (Bkz. **TBMM Tutanak Dergisi**, 31.3.1998, 73.Birleşim, s.255).

ilişkin açılan davaların bir kısmındaki “hoşgörülü” tutumda da belirginleşmektedir²⁸.

Gerçekten, özellikle devlet ve kamu düzeni aleyhine işlenen cürümlere ilişkin yaklaşımı incelendiğinde, yargının, otorite-özgürlük ikileminde genellikle otoriteden yana bir tavır içinde olduğu görülmektedir. Her ne kadar son yıllarda yargının, otorite yanlısı genel eğiliminden uzaklaşma çabası içinde olduğunu gösteren kimi kararlara imza attığı sabit ise de, bugüne kadarki genel tutumunun özgürlük lehine olduğunu söylemek güçtür. Yalnızca Türk Ceza Kanunu’nun 159 ve 312. maddelerine ilişkin yargı pratiği dahi bu konuda yeterli bir veri oluşturmaktadır²⁹.

Ayrıca, kimi kamu görevlilerinin, “devletin yüce menfaatleri” paravanının arkasına gizlenerek işledikleri suçlara ilişkin de yargı organlarında nisbi bir hoşgörü anlayışının ya da en azından bir “atalet”in var olduğu gözlenmektedir. Hemen her ay gazetelerde çıkan bu türden haberler, vatandaş nezdinde böyle bir izlenimin doğmasına sebebiyet vermektedir. Gözaltına aldıkları sanıklara işkence yaptıkları Adli Tıp raporuyla belirlenen üç polis hakkında açılan davanın, delil yetersizliği gerekçesiyle beraatla sonuçlandırılması³⁰; gözaltına aldıkları 15 kişiye işkence yaptıkları iddiasıyla yargılanan dokuz polisin davasının zamanaşımından dolayı düşürülmesi³¹; Batmanda ortaya çıkarılan “kayıp silahlar”la ilgili davanın zamanaşımı nedeniyle cezasız sonuçlandırılması³²; Gazi Mahallesi olaylarıyla ilgili müzekkerenin kaybolmasından sorumlu tutulan zabıt katibi hakkında açılan davanın beraatla sonuçlanması³³; dokuz yıl önce Diyarbakır E Tipi Cezaevi’nde 10 tutuklunun ölümüyle sonuçlanan olaylara ilişkin 72 sanıklı davada, 15 sanık hakkındaki davanın zamanaşımından dolayı düşme durumuna gelinmesi³⁴ ve bunlara benzer çok sayıdaki karar ve tutum örneklerinin gazetelerde sıklıkla haber şeklinde verilmesi; vatandaşlarda haklı olarak, yargının bu tür davalarda bağımsız olduğuna ve tarafsız davrandığına ilişkin kuşkuların doğmasına yol açmaktadır.

Nitekim, Başbakanlığa bağlı “İnsan Hakları Danışma Kulunu”nun hazırladığı “İnsan Hakları 2004 Raporu”nda da aynı kuşkuların paylaşıldığı görülmektedir. Kurul Raporu’nda, işkence iddiaları karşısında cumhuriyet savcılarının yeterli duyarlılığı göstermediği, işkence iddiasıyla açılan davalarda

²⁸ SANCAR: s.27.

²⁹ Bu tespiti doğrulayan çalışmalar için bkz. GÖKÇEN, Ahmet: **Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Cürmü**, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2001; ERDEM, Fazıl Hüsnü: “Devlet Çıkarı- İnsan Hakları Çatışma Ekseninde TCK 159’u Düşünmek”, **Toplum ve Hukuk**, Sayı 7 (Yaz 2003), s.3-20; ERDEM, Fazıl Hüsnü: “TCK’un 312. Maddesinin Koruduğu Hukuksal Değerin Kısa Bir Analizi: Türk Devlet Düzeni ve Demokratik Kamu Düzeni”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 52, Sayı 1, 2003, s.37-62.

³⁰ Bkz. **Radikal**, 19 Ekim 2004.

³¹ Bkz. **Radikal**, 12 Kasım 2004.

³² Bkz. **Radikal**, 24 Mart 2005.

³³ Bkz. **Radikal**, 18 Mart 2005.

³⁴ Bkz. **Radikal**, 27 Ocak 2005.

genellikle TCK’nın 245. maddesinde yer alan “kötü muamele” düzenlemesine dayanıldığı, davaların zamanaşımına uğrama olasılığının büyük ölçüde devam ettiği, sanıklara uygun cezaların verilmediği, sanıkların tutuksuz yargılanıp mümkün olan en az ceza ile cezalandırıldığı, davaları dikkatle izleyen bazı yargıçlara yönelik baskıların olduğu bildirilmektedir³⁵.

Hiç kuşkusuz, bir bütün olarak yargı makamlarının siyasal içerikli davalara ilişkin verdikleri bu türden kararlarda -özellikle AB’ye uyum yasalarının çıkarılmasından önceki döneme ait- yazılı hukukun yasakçı niteliği etkili olmuştur. Yazılı hukuktan kaynaklanan kısıtlamalar karşısında yargının hareket alanının daraldığı, kabul edilmesi gereken bir gerçekliktir. Ancak, bunun etkisini -iki nedenden ötürü- çok fazla abartmamak gerekir. Bunlardan birincisi, birçok ülkede anayasa ve yasalar insan hakları açısından yetersiz olmalarına karşın, yargının yasakçı olmadığı görülmektedir³⁶. Yerleşik demokrasilerin birçoğunda, yargı, geliştirdiği “hak-eksenli” yorum metoduyla, yasakçı yazılı hukuk metinlerinden belli ölçülerde uzaklaşma yetkisini kendisinde bulmuş ve tıkanan özgürlüklerin önünü açabilmiştir. Oysa Türkiye’deki yargı kararlarına bakıldığında, yargıçların, yasanın sözel ifadesine sıkı sıkıya bağlı oldukları görülmektedir. Hukuk öğretiminin ve egemen hukuk kültürünün “pozitivist” niteliği, “yargıç yasayı yasa koyucunun iradesine uygun bir biçimde uygular” şeklinde özetlenebilecek bir yargıç tutumunun yerleşmesine yol açmaktadır³⁷. Resmi ideolojiyle uyumlu olan bu hukuki yaklaşım, özgürlükler lehine açılımların yapılmasının önünde ciddi bir engel olarak durmaktadır.

İkinci neden ise, Avrupa Birliği normlarına uyum sürecinde yasaların büyük bir kısmında önemli ölçüde iyileştirmeler gerçekleştirilmiş olmasına rağmen, yargının bu değişime tam anlamıyla ayak uyduramamasıdır. Gerçekten, 2001 Anayasa değişikliğiyle başlayıp uyum yasalarıyla devam eden kısmi demokratikleşme ve liberalleşme sürecinde yargının ikircikli bir tavır içinde bulunması, bu konudaki -yargının tutumunun, tek başına pozitif hukukun yasakçı niteliğiyle açıklanamayacağına ilişkin- tezimizi destekler niteliktedir.

Gerçi, özellikle son iki yıl içerisinde gerek ilk derece mahkemelerin, gerekse yüksek mahkemelerin verdikleri kimi kararlar incelendiğinde, yargının tutumunda önemli değişikliklerin olduğu görülmektedir. Sözgelimi, 2004 Temmuz ayı içinde Yargıtay 8. Ceza Dairesi’nde süren iki temyiz incelemesi sonucu verilen kararları, yargının, Avrupa standartlarına uyum doğrultusunda attığı önemli adımlar olarak değerlendirmek gerekir. Bu kararların ilkinde, Daire, AİHM’nin ifade özgürlüğüne ilişkin 1976 yılında ünlü Handyside davasında ilk kez verdiği ve daha sonraki davalarda da sürdürerek istikrar

³⁵ Bkz. **Radikal**, 31 Ekim 2004.

³⁶ TANÖR: s.253.

³⁷ TANÖR: s.239.

kazandırdığı içtihadına benzer bir karar vermiştir. Daire, kararında, ifade özgürlüğüne ilişkin şu çarpıcı açıklamalarda bulunmuştur: “Esasen çağımızın ruhu çoğulculuk, yani çok seslilik. Çoğulculuk ise birden çok düşüncenin varlığı ve bunların açıklanması temelinde kurulabilir (...) Düşüncenin çokluğu ve çeşitliliği, bir ülkenin zenginliği ve ilerlemesinin itici gücüdür (...) İfade özgürlüğü, her bireyin kendisini gerçekleştirmesinin de temel koşullarından biridir. İnsan, ifade özgürlüğü sayesinde kendisini tanımlar, başkalarını algılar ve yaşamını anlamlı hale sokar. (...) Eğer demokratik bir süreç ve her bireyin gelişmesi isteniyorsa, anlatım özgürlüğünün korunması, hayati önem taşır. Serbest bir kamuoyu oluşturmak, tüm seçeneklerin tartışılması en geniş anlamda halkın yönetime katılım ve denetimini gerçekleştirmek, ancak bu sayede mümkün olabilir (...) İfade özgürlüğü, çoğunluk gibi düşünmeme, kurulu düzeni sorgulama, hatta eleştirme hakkını da kapsar. Dahası, sarsıcı nitelik taşıyan, toplumun çoğunluğunu kızdıran ve tartışmaya yönelten fikirler de ifade özgürlüğünün koruması altındadır”³⁸.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi’nin ikinci kararı ise, bir doktorun, “Pis Kürtler, hepinizi öldürmek lazım. Şerefsiz Kürtler, hepiniz öldürülmeye layıksınız” sözleri üzerine, “halkı sınıf, ırk, mezhep ve bölge farkı gözeterek kin ve düşmanlığa tahrik etme suçu”nun (TCK m.312/2) işlendiği iddiasıyla açılan dava sonucu verilen mahkumiyet kararının sanık tarafından temyizi neticesinde verilmiştir. 8. Ceza Dairesi, kararında, sanığın ifadesinin Kürt kimlikli hastaları aşağıladığını ve halkın bir bölümünü diğerine karşı düşmanlığa kışkırttığını söyleyerek, sanığa verilen cezayı oybirliğiyle onaylamıştır³⁹. Böylece ilk kez, “ayrımcılık yasağının” her kişi ve gruba eşit uygulanması gerektiği ilkesine bir anlam kazandırılmıştır. Bu davada hükme esas teşkil eden TCK’nın 312. maddesi, bugüne kadar, etnik ayrılıkçılık ve laiklik karşıtı kabul edilen düşünce açıklamalarını cezalandırmada işletilmişken, bu kez ayrımcılık yasasına aykırı düşünce açıklamasını cezalandırmada işletilmiştir. Bu kararla, ilgili maddenin, özgürlükleri sınırlandırmanın bir aracı olarak değil, fakat özgürlükleri korumanın bir aracı olarak yorumlanabileceği hukuken vurgulanmış olmaktadır.

Bu iki önemli kararın yanı sıra, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun, basında “devrim gibi karar” başlığıyla duyurulan ve demokratik kamuoyunda büyük ümit ve sevinç yaratan 23.11.2004 tarihli kararını da⁴⁰, yargıdaki olumlu gelişmenin bir işareti olarak değerlendirmek mümkündür. 13’e karşı 14 oyla “bıçak sırtında” alınan bu kararda şu görüşlere yer verilmiştir: “İfade hürriyeti kapsamının genişletildiği uygar dünyada, bir sosyolojik gerçeği hatırlamakta da yarar vardır; söyleyeni hapsedilmekle dillendirilmesinden vazgeçilen

³⁸ Bkz. **Radikal**, 16 Temmuz 2004.

³⁹ Bkz. **Radikal**, 17 Temmuz 2004.

⁴⁰ Karar için bkz. E.2004/8-130, K.2004/206, K.T. 23.11.2004, **Yargıtay Kararlar Dergisi**, Cilt 31, Sayı 3, (Mart 2005), s. 404-465.

hiçbir düşünceye tarihin tanıklığı olmamıştır. Aksine, en zararlı düşünceler dahi, söyleyeni mahkum edildiğinde, ya merak saiki ya da acıma duyguları-yla yandaş bulmuş veya çoğu kez illegalite karanlığına inerek kontrolsüz bir gelişime kavuşmuştur. Açıkça söylenebilenler ise, karşı görüşün yenilgisiyle etkisizleşmiş, demokrasilerin çoğulculuğu ortamında zararlılık ölçüsünü yitirmiştir. Dava konusu yazının toplumun vazgeçilmez değerleri düzeyine ulaşmış laikliği zedelemeye bu itibarla yetmeyeceği, kendi içindeki yetersizlik, ölçüsüzlük ve ifade zafiyeti nedeniyle yandaş bulamayacağı açıktır (...) Artık bundan böyle, halkın ve o halkı oluşturan laik demokrasi sevdalılarının, benimsemediği fikirler karşısında, şiddet ve kavga içgüdüsüne kapılacağı görüşü terk edilmeli ve farklılıkların kavgasızlığı deneyerek, hoşgörü duygularını arttırmalarına ve karşı söylemle yekdiğerini iknaya yönelmelerine olanak sağlanmak suretiyle, birlikteliğe dayalı bir ‘kamu düzeni’ yaratılmalıdır (...) Düşünceleri mahkûmiyetlerle durdurarak korunmayı yeğleyen bir ‘kamu düzeni’nin, çelişen düşünceleri bir arada yaşatmaya ve hoşgörü ile değerlendirmeye çalışan ‘kamu düzeni’nden üstün olamayacağı ve tercih edilemeyeceği, zihinlere nakşedilmelidir. Yönetenlerce önerilen kurallar dizesinin her zaman ve her koşulda ‘kamu düzeni’ kavramıyla birebir örtüşeceği yanlışına düşülmemelidir. Çoğu kez, devletin yönetim gücünü yedinde bulunduran ve bu yetkiyle ‘resmi ideoloji’ adı altında bir çok düzenlemeyi ‘uyulması zorunlu kurallar bütünü’ olarak halka dayatıp ‘korunması gereken düzen’ namıyla hukukun himayesi altına aldırması olanların, halkını ya durağanlığa, ya da geri kalmışlığa mahkum ettiği gerçeği hatırlanmalıdır (...) ‘Devlet düzeni’ tanımının TCY’nın 312/2. maddesindeki ‘kamu düzeni’ idealiyle her zaman tam bir örtüşme halinde olamayabileceği fikri netleştirilmelidir” .

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun yukarıda anılan kararının yankıları sürerken, aynı Kurulun benzer bir olaya ilişkin 15 Mart 2005 günü verdiği yeni bir karar⁴¹, yargının, AB sürecine ve bunun gereği olan özgürlüklerinin sınırını genişletme çabalarına uyum sağlama noktasındaki kararsızlığını ortaya koymaktadır. Gerçekten, henüz gerekçesi yazılmamış olan bu yeni kararıyla Yargıtay Ceza Genel Kurulu, laiklik karşıtı düşünce açıklamasını 4’e karşı 24 oyla düşünce özgürlüğü kapsamı dışında tutmak suretiyle, adeta çok kısa bir süre önce vermiş olduğu kararının rövanşını almak istemektedir. Yargıya olan güveni sarsıcı nitelikteki bu gelişme, yargının temel probleminin yasakçı mevzuat olmadığını ortaya koyması açısından önem taşımaktadır. Değişen yasalar karşısında yargının buna paralel bir değişim sürecine bir türlü girememesi, problemin kaynağının başka yerlerde aranması gerektiğini göstermektedir. Temelde tüm sorunların merkezinde yatan o yer, içine yargıyı da alan “ideolojik devlet” sarmalından başka bir şey değildir.

⁴¹ Bkz. *Sabah*, 16 Mart 2005.

4. Sonuç Yerine Genel Bir Değerlendirme

Türkiye’de, yargının bağımsızlığı ve bunun nihai hedefi olan tarafsızlığı ilkesinden yalnızca, yargının yasama ve yürütme organları karşısında bağımsız ve tarafsız olması gerektiği anlaşılmaktadır. Oysa, Türkiye’nin siyasi gerçekliği dikkate alındığında, bu yaklaşımın eksik olduğu görülecektir. Zira, devlet iktidarı-siyasi iktidar ayrımının kendisini her düzlemde hissettirdiği; bürokratik, seçkin, vesayetçi ve tekçi bir resmi ideolojiyle tanımlanan ve tahkim edilen devlet iktidarının, siyasi iktidar karşısında “hegemonik” bir güç olarak konumlandığı bir toplumsal-siyasal ortamda, esas önemli olan, yargının böyle bir iktidar karşısında bağımsız ve tarafsız olabilmesidir. Ancak, ideolojik devlet olgusunun var olduğu ve yargının da buna eklemelenmeye çalışıldığı bir toplumda, bunun pek de mümkün olmadığı bilinmektedir. Gerçekten, bütün kurum ve kuruluşlar gibi yargının da resmi ideolojinin önceliklerini dikkate alma zorunluluğunun mevcut olduğu bir ortamda, bağımsızlık ve tarafsızlık gibi ilkelerden söz etmek, abesle iştigal etmek olacaktır. Özellikle, resmi ideolojinin aynı zamanda kültürel bakımdan da “hegemonik” bir konumda olduğu; bu ideolojinin yalnızca eğitim-öğretim kurumları ve propaganda mekanizmalarıyla değil, aynı zamanda kültürel kurumlar, araçlar ve iletişim ağlarıyla da yayıldığı ve buna bağlı olarak da yargı mensuplarının hukuk formasyonlarının da bu ideolojik-kültürel kuşatılmışlık içinde olduğu bir atmosfer içerisinde⁴², yargının tam bağımsız ve tarafsız olmasını ummak gerçekçi bir beklenti değildir.

Nitekim, Türkiye’deki yargı pratiği de bu beklentinin doğru olmadığını ortaya koymaktadır. Yargının devletten bağımsızlığının ölçümünde turnusol kâğıdı işlevi gören siyasi içerikli davalara ilişkin verilen kararlarla, devletin bekasına yönelik iç tehdit algılamasının yoğunlaştığı dönemlerde yüksek yargı mensuplarının durumdan vazife çıkararak yaptıkları uyarıcı nitelikteki açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde, yargıda, devletin ideolojik önceliklerini dikkate alma eğiliminin var olduğu görülmektedir.

Hemen belirtmek gerekir ki, yukarıdaki tespitten, bütün yargı kararlarının devletin ideolojik önceliklerini dikkate aldığı ve bütün yargı mensuplarının açıklamalarının devletçi bir refleksle yapıldığı şeklinde bir sonuç çıkarılamaz. Böyle bir genelleme yapmanın yanlış olacağı açıktır. Burada vurgulanmak istenen, devletin -toplumsal yaşamın hemen her alanına müdahale edip bu alanları tanzim etmek isteyen ve bu nedenle de kuşatıcı olan- resmi bir ideolojiyle tanımlandığı bir ortamda her zaman için yargının devletten bağımsızlığı açısından potansiyel bir tehdidin var olduğu gerçeğidir. Böyle bir tehdit altındaki yargıdan, hukukun üstünlüğünü sağlamasını ve özgürlükleri güvence altına almasını beklemek mesnetsiz ve aşırı bir iyimserlik olur. Bu türden bir beklenti, ideolojik devletin “bekçi-yargıç” nosyonuna ters düş-

⁴² ERDOĞAN, Mustafa: “İfade özgürlüğü genişliyor mu?”, **D.B.Tercüman**, 7 Şubat 2005.

mektedir. Zira “bekçi-yargıç”, kararlarında hukuku değil, devletin ideolojik önceliklerini esas alacak; hukuku, devletin ideolojik kalıplarına uydurmaya çabalayacaktır. Türkiye özelinden konuşacak olursak, “ölçü, ülkenin, milletin bölünmezliği, toplumun birliği, güveni ve Atatürk ilkeleridir. Ölçü, bireyin hak ve özgürlükleri, hukukun güvenliği değildir”⁴³. Bu yargıç tipi, kararlarında “hukukun üstünlüğü”nü değil, “devletin üstünlüğünü ön plana çıkaracak; bu da, hiç kuşkusuz özgürlüklerin tahribiyle sonuçlanacaktır.

Kendini bu şekilde herhangi bir politik ideolojinin “bekçisi” sayan bir yargı, siyasallaşmış bir yargıdır. Yargının siyasallaşması ise karşımıza iki ciddi sorun çıkarır. Bunlardan birincisi, siyasallaşan yargının güvenilirliğini kaybetmesidir. Böyle bir yargı, kamuoyunda “tarafsızlık” konusunda güven uyandırmaz. Yargının “tarafsız hakem” olması konusunda kuşkuların yaygınlaşması, her şeyden önce adalet sisteminin çöküşünü hızlandırır. Bu da “mülk”ün (devletin) temellerinin sarsılması anlamına gelir. Yargının siyasallaşmasının doğuracağı ikinci sorun, yargının siyasete müdahalesiyle ortaya çıkan “siyasetin yargısallaşması” sorunudur. Her iki durumda da, çoğulcu ve özgürlükçü bir demokratik toplumda kendinden beklenen, “iktidarı denetleyerek özgürlükleri güvence altına alma” işlevini yerine getiremeyen yargı meşruluk krizine girmiş olacaktır. Bu durum ise, kaçınılmaz bir şekilde toplumu yeni “açmazlara” sürükleyecektir.

Özetle ifade etmek gerekirse; Türkiye’de yargının bağımsız ve tarafsız hareket etmesinin önündeki en büyük engellerden biri, içinde yargının da bulunduğu siyasal sistem bütünüünün ideolojik niteliğe sahip olmasıdır. Gücünü, Anayasa ve yasalardaki ilgili düzenlemeler ile buna ilişkin gerek devlet ve gerekse toplum katında yaygın olan zihniyetten alan bu yapı değiştirilmediği müddetçe, sorunları çözebilme imkânsızdır. Unutmamak gerekir ki, yargı, ancak devletin ideolojik açıdan nötr kılındığı çoğulcu ve özgürlükçü bir demokratik siyasal sistem içerisinde tam olarak bağımsız ve tarafsız olabilir. Devletin resmi bir ideolojiyle tanımlandığı, ideolojik çoğulculuğun bulunmadığı bir toplumsal-siyasal ortamda, esas itibarıyla, gerçek anlamda bir demokrasiden ve hukukun üstünlüğünden söz etmek mümkün olmadığı gibi, yargının böylesi bir devletten bağımsız olması da mümkün olmayacaktır.

⁴³ DÜZEL, Neşe: Ümit Kardaş İle Söyleşi, **Radikal**, 9 Mayıs 2005.

(45. Makale - 2006)

Levent KÖKER

*Seçim Sistemleri ve Siyasî Çoğulculuk
Demokratik Meşruluk Açısından Bir
Değerlendirme **

* Levent Köker, “Seçim Sistemleri ve Siyasî Çoğulculuk Demokratik Meşruluk Açısından Bir Değerlendirme”, **Anayasa Yargısı**, C. 23, 2006, s. 199-210.

Seçim Sistemleri ve Siyasî Çoğulculuk

Demokratik Meşruluk Açısından Bir Değerlendirme

Prof. Dr. Levent KÖKER*

I

Modern devlet düzeninde, devletin hem örgütlenme ve işleyiş tarzını belirleyen ve hem de, kapsamı ve biçimleri benimsenen anayasal hukuk düzeninin niteliğine bağlı olarak değişebilmekle birlikte, yerine getirmesi gerektiği kabul edilmiş olan işlevlerini meşrû bir temel üzerinde gerçekleştirmesini sağlayan temel yönetim biçimi demokrasidir. Demokrasinin modern biçimlerinin ise, “halkın, halk tarafından, halk için yönetimi” diye bilinen klâsik formülünde içkin olan “özgürlük, eşitlik, katılımcılık” değerlerini, halkın doğrudan doğruya değil de, kendi belirlediği “temsilciler” aracılığıyla, dolaylı olarak gerçekleştirebildiği bir yönetim tarzı olduğu sıkça vurgulanmış bir tesbittir.¹

Siyâset teorisinin önde gelen bâzı isimlerini, demokrasiyi basitçe bir yönetim tekniğine indirgeyip, “demokrasi halk tarafından onaylanan yönetimdir” türünde “gerçekçi” bir gözlemi takdim ediyormuşçasına “bilimsel” açıklamalara² yönelten bu durum, yâni modern demokrasinin dolaylı, temsiliî olma zorunluluğu, bir önemli hususu ihmâl etmemize yol açmaktadır. Bu husus, modern devlet yönetiminde demokrasinin, bir meşrûluk temeli oluşturmak bakımından zorunlu olduğudur. Şöyle ki: (1) Modern devlet düzeninde bireyler, insan olarak dokunulmaz temel haklarla güvence altına alınmış kendi özerk alanlarını diledikleri gibi düzenleme serbestliğine sâhiptirler. (2) Bu serbestliği gerçek kılabilmek için de, bireylerin yuraş olma sıfatıyla siyâsî karar alma süreçlerini belirlemeleri, yâni öncelik yasamada olmak üzere, yürütme yargı da dâhil, devlet yönetimini kendi kamusal belirleyiciliklerine tâbi kılabilmeleri gerekmektedir.³

* Prof. Dr. Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

1 Bkz. Robert Dahl, *Demokrasi ve Eleştirileri* (çev. Levent Köker), Ankara: Türk Siyasi İlimler Dreneği ve Türk Demokrasi Vakfı yay., 1993.

2 Örneğin Joseph Schumpeter'in, *Kapitalizm, Sosyalizm ve Demokrasi* adlı ünlü eserinde savunduğu bu yaklaşım ve eleştirisi için bkz. Levent Köker, *Modernleşme, Kemalizm ve Demokrasi*, İstanbul: İletişim yay., 2005.

3 İnsanın birey olarak kendi özel alanındaki özerkliği ile yurttaş olarak sâhip bulunduğu siyâsî özerklik arasındaki ayrım ve aynı zamanda da zorunlu brlikteliğin demokratik meşrûluk bakımından taşıdığı anlam ile ilgili olarak bkz. Jürgen Habermas, “Postscript (1994)”,

Kısaca belirtmek gerekirse: Modern devletin meşrû yönetim tarzı demokrasi, demokrasinin modern versiyonu ise zorunlu olarak doğrudan değil, dolaylıdır. Dolaylı demokrasinin bilinen biçimi ise “temsili” olduğuna göre, seçim, çoğu kez sanıldığı ve bilinçsizce kabûllenildiği üzere, sâdece yöneticileri tercih etme veya yönetime onay verme eyleminden ibâret sayılamaz. Seçimin sahici bir seçim olması, demokrasinin varlığı açısından elzemdir ki böylece devlet (ve dolayısıyla hukuk) düzeni de meşrû olabilmektedir⁴.

Modern demokratik devlet düzeni açısından seçimin kaçınılmazlığı ve aynı zamanda da sahiciliği böylece ortaya konulduktan sonra, şimdi, seçimin modern demokrasilerdeki anlaşılış biçimlerine geçebiliriz. Genel olarak siyâset bilimi ve kamu hukuku, daha özel olarak da anayasa hukuku alanında, modern demokrasilerdeki seçim olgusu ile ilgili gözlem, değerlendirme ve düzenlemeler, “seçim sistemleri” başlığı altında ele alınmakta; seçim sistemleri de biri dar, diğeri geniş iki anlamda ortaya konulmaktadır: *Geniş anlamda seçim sistemi*, seçme ve seçilme yeterliliği, adaylık, oy verme ve oy sayım usûlleri, seçimlerin yönetimi ve denetimi gibi doğrudan doğruya seçimlerle ilgili hemen her hususu kapsamaktadır. *Dar anlamda seçim sistemi* ise, seçmen oylarını parlâmento sandalyelerine dönüştürme usûlünü anlatmaktadır ki, çoğunlukçu ve nisbî temsil gibi ve bunların değişik, basit veya karmaşık, barajlı veya barajlı olmayan gibi, çok sayıda türlerini kapsamaktadır.⁵

II

Hangi anlamda alınırsa alınsın, seçim sistemleri ile siyâsî çoğulculuk arasında da yakın bir ilişki bulunmaktadır. Demokratik temsilin gereği gibi gerçekleşebilmesi, yani yurttaşların demokratik kararların üretilmesine aktif ve belirleyici bir biçimde katılabilmelerinin sağlanması, seçim sisteminin geniş ve dar anlamlarıyla, çoğulcu bir oluşuma izin vermesini gerektirmektedir. Seçme ve seçilme yeterliliği, seçimlerin hangi dönemlerde yapılacağı, seçimlerin genel yönetim ve denetimi ile ilgili hususlar, seçimlerin tâbi olduğu, serbestlik, genel ve eşit oy, tek derecelilik, oyların gizli, sayımın alenî olması, adaylık kavramı ve daha spesifik olarak seçimlerde kullanılan oyların geçerli ve parlâmento sandalyelerinin siyâsî partilere nasıl bölüştürüleceğinin belirlenmesinde hangi usûllerin izleneceği gibi hususlar, siyâsî çoğulculuğun da niteliğini belirlemektedir.

Çoğulculuk kavramına gelince: Medenî (bir devlet düzenine) toplumların hemen hemen hepsi, aynı zamanda karmaşık toplumlardır. Karmaşıklık, top-

Between Facts and Norms, Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy, Boston, Mass.: The MIT Press, 1996 içinde, s.447-462.

4 Modern devlet düzeninin hukukla olan zorunlu bağlantısı hakkında doyurucu bir izâh için bkz. Gianfranco Poggi, *Modern Devletin Gelişimi, Sosyolojik Bir Yaklaşım*, 2. baskı (çev. Binnaz Toprak ve Şule Kut), İstanbul: Bilgi Üniv. Yay., 2002, s. 116-129.

5 Bkz. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 5. baskı, Ankara: Yetkin yay., 1998, s. 230244. Ayrıca bkz. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Kitabevi yay., 2000, s. 215-236, özellikle 8.232, dipnotu 47’de belirtilen kaynaklar.

lumsal cinsiyete, işbölümü esasına göre belirlenen statülere, üretim araçlarına göre tâyin edilen sınıf esasına, etnik veyâ dinî kimlik mensûbiyetlerine, bu farklılıkların yalın yâhut birbirini kesen, birbirleriyle örtüşen dinamik bileşkeleri temeline dayanan çoklu toplumsal katmanlaşmanın ifâdesidir ve modern toplumlarda târihî olarak en üst seviyesine vardığı söylenebilir. “Çoğulculuk,” modern toplumun bu çoklu karmaşık yapısı içinde oluşan farklı çıkar ve dolayısıyla taleplerin kamusal ifâdesine, buradan da siyâsî karar alma süreçlerine aktarılmasına imkân veren (ve bu imkânın verilmesi gerektiğini, devlet ve hukuk düzeninin normatif ilkesi olarak kabûl eden) bir kavramdır. Târihî olarak kent-devletleri, imparatorluklar, ulus-devletler de, dâhil, bir çok toplumda bir “vakâa” olan “çokluk” (*plurality*) ile “çoğulculuk” (*pluralism*) farkı bu noktada, yani farklılıkların kamusal-siyâsî ifadesinin mümkün olması gerektiğinin kabûlünde karşımıza çıkmaktadır.

Böyle anlaşıldığında da, çoğulculuk, siyâsî sistemin kuruluşunda ve işleyişinde muhalefetin varlığı ve niteliği ile yakından ilgili olmaktadır. Çünkü muhalefet, iktidar sâhiplerinden farklı bir kamusal ifâdelendirme imkânının somutlaşması demektir. Farklılık olmada çoğulculuk olmayacağına göre, muhalefetin varlığı, çoğulculuğun varlığı için, çoğulculuğun varlığı da seçimin ve dolayısıyla siyâsî sistemin demokratikliği, bu da devlet düzeninin meşrûluğu için zorunlu olmaktadır. Bu akıl yürütme tarzı geçerliyse, o zaman, seçim sistemi ile çoğulculuk ilişkisini kavramsal düzeyde kurmak ve buradan somut bir durumun değerlendirmesine geçmek gerekmektedir. Birinciye. Yâni seçim sistemi ile çoğulculuk ilişkisini kavramsal düzeyde kurabilmek için de, muhalefet nosyonunu açıklamak gerekmektedir.

Bu yazının başında değinildiği üzere, demokrasiyi basitçe bir yasama-yürütme-yargı fonksiyonlarını yerine getirmek üzere kullanılan bir teknik diye anlayan, bu anlayış içinde de demokrasiyi “halk tarafından onaylanan yönetim” diye gören yaklaşım, muhalefeti, çok dar bir anlamda, toplumda fiilen yönetim erkini elinde tutan grubun dışında kalan ve yönetim erkini ele geçirmeye aday bir veyâ birden fazla siyâsî grupla sınırlı tutmaktadır. Siyâset bilimi literatüründe “demokratik elitizm” diye adlandırılan bu yaklaşım⁶, muhalefeti de dar bir kavrayış içinde, “mutlak iktidarı sınırlandırma” fonksiyonundan ibâret bir nosyona indirgemektedir ki, böyle bir daraltma içinde anlaşıldığı takdirde muhalefetin varlığı, çoğulculuğu ve dolayısıyla demokratikliği gerektirmemekte, pekâlâ bir demokratik olmayan düzenlerde de görülebilen bir durum olmaktadır.⁷

Buna karşılık, daha geniş ve demokratik siyâsî düzenler bakımından bir

6 Bkz. Münci Kapani, *Politika Bilimine Giriş*, Ankara: Bilgi yay., 16. basım, 2004, s. 119123. Bu yaklaşımın muteber bir örneği için ise bkz. Giovanni Sartori, *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş* (çev. Turçer Karamustafaoğlu ve Mehmet Turhan), Ankara: Türk Siyasî İlimler Derneği yay., 1993.

7 Muhalefet kavramının bu dar ve diğer, daha geniş anlamları hakkında bkz. Şerif Mardin, “Türkiye’de Muhalefet ve Kontrol,” M. Türköne (der.), *Türk Modernleşmesi, Makaleler 4*, İstanbul: İletişim yay., 1991, s. 176-193.

normatif meşrûluk ilkesi olarak çoğulculuğun gerçekleşebilmesi bakımından zorunlu olan muhalefet ise, sahici siyaset alternatifleri ortaya koymak demektir ki, bu imkânın varlığı da çoğulculuğun varlığının bir ölçüsü olmaktadır. Böyle yaklaşıldığında, sahici siyâsî alternatif ortaya koyabilme imkânı olarak muhalefetin varlığı, seçim sistemlerinin yanısıra, toplumun sosyo-ekonomik yapı özelliklerine ve “siyâsî kültür”ün niteliklerine de bağlı bulunmaktadır. Siyâsî sistemin istikrarına önem veren yaklaşımlar bakımından, demokratik siyâsî kültürün yeterince gelişkin olmadığı toplumlarda muhalefet, toplumun sistemi yıkıcı taleplerinin ifâdesi olabildiği oranda sınırlandırılmalı; demokratik sistemin yerleşiklik kazandığı düşünülen toplumlarda da muhalefet (ve dolayısıyla çoğulculuk), ekonomik çıkar ve baskı grupları arasındaki bir “pazarlık süreci”ne çekilerek siyâsî sistem içinde tutulabilmelidir.⁸

Bu durum göstermektedir ki, muhalefetin ve çoğulculuğun varlığı, seçimin gerçekliği ve böylece siyâsî sistemin demokratikliği ile devletin meşruluğu, siyâsî sistemin bir ögesi olarak seçimlerin düzenlenişine ilişkin tercihleri yönlendiren anlayışlara tâbî ve bunlarla sınırlı bulunmaktadır. Bir diğer deyişle, geniş ve dar anlamlarıyla seçim sistemlerinin nasıl bir düzenlemeye tâbi kılınacakları konusunda, seçim sistemlerinin nasıl bir siyâsî iktidar-muhalefet örüntüsüyle neticelenmesi gerektiğine dâir tercihler belirleyici olmaktadır. Bu tercihler de, aslında, siyâset kavramının nasıl anlaşıldığına bağlı bir biçimde, sâdece geniş anlamda muhalif alternatiflerin varlığının sınırlarını değil, daha dar anlamda yasama organındaki sandalye dağılımlarına da etki edecek düzenlemeler yoluyla siyâsî temsilin sınırlarını da belirlemektedir.

III

Modern devletin bur demokratik hukuk devleti olma süreci içinde, siyâset kavramının iki farklı anlaşılış biçiminin etkili olduğu, Poggi tarafından gâyet açık ve iknâ edici bir biçimde gösterilmektedir. Buna göre, modern devletin târihî gelişim süreçlerini anlamamızı mümkün kılan bir kavramsal araç olarak siyâsetin iki farklı anlaşılış biçimini dikkâte almak gerekmektedir.

Modern devletin târihi gelişiminin belirli evrelerini izâh edebilecek olan siyâset kavramının bir anlaşılış biçimi, Carl Schmitt’e âittir.⁹ Bu siyâset ve hukuk felsefecisine göre siyâset, “siyasal içerikli karar verme” süreçlerini anlatmaktadır. Siyâsetin anlaşılması için, dolayısıyla, hangi kararların siyâsî

8 Modern toplumlardaki demokrasi kavrayışının liberal-demokrasiyi bir tür korporatizme dönüştüren, bu bağlamda modern olmayan (geçiş) toplumlarındaki demokrasiyi (veyâ demokratikleşme sürecini) de siyâsî sistemin istikrarı ile sınırlandırmaya çalışan gizil otoriter-yanizminin iliştileri hakkında bkz. Köker, *Modernleşme, Kemalizm ve Demokrasi*, s. 34 vd. Ve Levent Köker, “Liberal Demokrasi ve Eleştirileri,” L. Köker, *Demokrasi Üzerine Yazılar*, Ankara: İmge Kit. yay., 1992.

9 Carl Schmitt’in görüşleri burada Poggi, *Modern Devletin Gelişimi*, s. 19-23’ten özetlenmiştir. Konuyla ilgili bir inceleme için bkz. Bünyamin Bezci, *Carl Schmitt’in Politik Felsefesi, Modern Devletin Savunusu*, İstanbul: Paradigma yay., 2006.

olduğunu bilmemizi mümkün kılacak olan bir kritere ihtiyacımız vardır. Bir karar, örneğin ahlâkî olması hâlinde “iyi-kötü”, estetik ile ilgili olması hâlinde “güzel-çirkin”, ekonomik olması hâlinde ise “kârlı-kârsız”, hukukî olması hâlinde “yasal-yasal olmayan” ayrımlarınca belirlenmektedir. O hâlde, siyâseti anlayabilmek için de siyâsî olanı belirleyen kriteri ortaya koymamız gerekmektedir. Bu kriter de, Schmitt’e göre, “biz-onlar” ayrımı üzerine inşâ edilen “dost-düşman” kriteridir.

Burada dikkâat edilmesi gereken husus, Schmitt’in siyâsî olanla ilgili kriteri, bir “topluluk” temeline dayandırmasıdır. “Biz” bir topluluktur, “biz”in dışındakiler de “teki” topluluklardır ve öteki topluluklar “biz”in düşmanı veya dostu olabilirler. İşte siyâsî karar, “biz” ve dolayısıyla “onlar” ın (tekilerin) kimliğini belirleme anlamında bir topluluk sınırı çizme ve bu sınırı muhafaza etme, onu “düşman”dan koruma, bunun için de dostları tâyin etme kararıdır. Yine Schmitt’e göre, böyle bir siyâsî karar olmadan, herhangi bir hukuk düzeni de olamayacaktır. Dolayısıyla, bir hukuk düzenini var eden, bu nedenle de onun yapıcısı olan “devlet,” önce kendisini var eden bir siyâsî karara, bu kararın oluşturduğu bir topluluğa (yâni, modern dünyâda, “ulus”a) ihtiyaç duyacak ve onunla zdeşleşecektir. Bu bakımdan da siyasi karar, çoğulcu değil, tekçi (*monist*) bir temelde alınacaktır. Bu siyâset anlayışı uyarınca, (1) ya muhalefete hiç yer yoktur; (2) ya da ancak modern ulus-devletin temel siyâsî kararının belirleyiciliği içinde muhalefet olabilir.

Nazi Almanyası dönemine denk gelen bu görüşleri, kendisinin Nazi yönetimiyle işbirliği yapmasına da bağlı olarak sonradan itibar kaybetmesine bağlı bir biçimde gözden düşmüşse de, Schmitt’in temel siyâset anlayışının 1949 Bonn Anayasası’nda dikkate alınmış olduğu söylenebilmektedir. şöyle ki, anılan siyâsî karar formlâsyonu üzerinde, bir anayasal devlet düzeninin temelini belirleyen niteliklerin “meşrû” değişiklik imkânının dışına itmiş olan Schmitt’in görüşlerinin 1949 Anayasası’nda değiştirilemez nitelikte hükümler getirilmesinde etkili olduğu kabl edilmektedir.¹⁰ Böylece, bu kavrayış uyarınca siyâsî çoğulculuk, devletin hukuk sistemini önceleyen temel siyâsî kararın nitelikleri ile sınırlı olmaktadır. Buna göre de, geniş ve dar anlamlarıyla seçim sistemini ve dolayısıyla muhalefetin siyâsî ifâde imkânım, siyâsî-hukukî sistemin bağlı bulunduğu devleti muhafaza etme sınırı belirlemektedir.

Siyâsetin ikinci anlaşılış biçimi ise, ağdaş siyâset bilimi literatüründe daha sık olarak ve yaygın kabl görmeye devâm eden bir yaklaşım olarak, siyâsî davranış ve siyâsî sistem teorisinin kurucusu olan David Easton’dan hareketle ortaya konulmaktadır. Buna göre siyâset, toplumdaki değerlerin otoriteye dayalı olarak dağıtılması sürecini anlatan bir kavramdır. Bu kavram açısından bakıldığında siyâset, değerlerin dağıtılması sürecinde otoriteyi eline geçirmek

10 Bu yorum için bkz. Karl Doehring, *Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)* (ev. Ahmet Mumcu), İstanbül: İnkılâp kit., 2002, s. 157-162.

veyâ etkilemek suretiyle kendi çıkarını gerçekleştirmeye çalışan ve bu yüzden de birbirleriyle çatışmacı bir ilişki içinde bulunan toplumsal gruplar arasında bir pazarlık (çatışma ve uzlaşma) sürecini anlatmaktadır. Siyâset, “belli bir coğrafyada” bu pazarlık mekanizmasını kurumsallaştırmakla belirlenmektedir ki, modern devlet bağlamında bunu, bir ulus devletin ülkesi içinde varolan toplumsal grupların çatışan taleplerinin ifâdesine ve gerçekleşmesine, siyâsî sistemi kalıcı (istikrarlı) kılacak biçimde imkân verebilmek olarak da özetlenebilir.¹¹ Easton’ın siyâset tanımı bağlamında muhalefet ve çoğulculuk da “siyâsî sistem içi” taleplerin örgütlenmesi, ifâde edilmesi, karşılanması, bu bağlamda çatışma-uzlaşma dinamiğinin sistemin istikrarı ile birlikte gerçekleşmesinin sağlanması gibi hedeflere bağlı olarak belirlenmektedir.

Özetle, Carl Schmitt’e âit birinci siyâset yaklaşımı ulus-devletin varlığını korumayı, Easton yaklaşımı ile bildiğimiz ikinci siyâset tanımı ise, verili ulus-devletin siyâsî sisteminin istikrarı içinde değerlerin dağıtılmasına ilişkin bir çatışma-uzlaşmayı öngörmekte olup, muhalefet dolayısıyla çoğulculuk için mümkün siyâsî ifâde ortamını yaratacak olan seçim sistemi dolayısıyla demokratik devlet düzeninin meşrûluğunun da sınırlarını çizmiş olmaktadır.¹²

IV

Bu bağlam içinde, Türkiye’deki seçim sistemleri ile siyâsî çoğulculuk arasındaki ilişkiye gelirsek, şu tesbitlerde ve değerlendirmelerde bulunabiliriz. Önce tesbitler: *Birinci tesbit*, Türkiye’de siyâsî hayatın çoğulcu demokrasinin erensel ilke ve özelliklerine uygun dönemler (örneğin 1908-1913; 1919-1923; 1950-1957; 1961-1971 gibi¹³) geçirmiş olmasına rağmen, nitelik itibâriyle çoğulculuğu istemeyen bir zihniyet örüntüsü ile belirlenmiş olduğudur. Çoğulculuğu kabûl etmeyen zihniyetin genel bir kültürel öge olmanın ötesine geçerek, Cumhuriyet’in temel bir ilkesine neredeyse dönüştürüldüğünü dahi söyleyebiliriz. Nitekim, (1) farklı siyâsî partilerin Batı dünyasındaki varlığını sınıfların varlığına dayandıran; (2) Türkiye’de sınıfların olmadığı bir toplumsal yapının bulunduğunu ileri süren; (3) bu yapıya uygun sistemin “imtiyazsız ve sınıfsız, kaynaşmış bir kitle” olarak halkın tek-partide temsil edileceğini öngören; (4) nihâyet bunu, “bu milletin siyâsî fırkalardan çok canı yanmıştır”¹⁴ yargısıyla takviye eden, devletin kurucu ideolojisi Kemalizm ile çoğulcu demokrasiyi bağdaştırmak da pek mümkün görünmemektedir. Pek mümkün

11 Poggi, *Modern Devletin Gelişimi*, s. 15-19. Yeni politika biliminin oluşmasında, siyâsî iktidarın toplumsal değerlerin bölüşümü ile ilgili bir biçimde anlaşılmasının rolü ve bu bağlamda David Easton ile ilgili olarak ayrıca bkz. Kapanı, *Politika Bilimine Giriş*, s. 24-32.

12 Birbiriyle çatışır gibi görünen bu iki siyâset kavramının uyumlaştırılması hakkında ayrıca bkz. Poggi, *Modern Devletin Gelişimi*, s. 25-27.

13 Türkiye’deki siyâsî hayatın demokratik çoğulculuk açısından değerlendirilmesi ile ilgili olarak bkz. Mete Tunçay, “Siyasal Gelişimin Evreleri,” *Eleştirel Tarihî Yazıları*, Ankara: Liberte yay., 2005, s. 52-98.

14 *Atatürk’ün Söyle ve Demeçleri*, Cilt II (1906-1938), Ankara: Türk İnkılâp Tarihi Enstitüsü yay.:1, 1952, s. 96-97’den aktaran Köker, *Modernleşme, Kemalizm ve Demokrasi*, s. 146.

değildir çünkü, bâzı yorumlara göre Kemalizm, demokratik çoğulculuğu nihâi olarak reddetmeyen bir ideolojidir. Ancak, bu yorumlara göre bile burada bir “vesâyet” söz konusudur ki bunun da, Türk siyâsî hayatının tek-parti döneminden sonraki evrelerde çoğulculuk üzerinde ne denli demokratik olmayan sınırlamalara müncer olduğu bilinmektedir.¹⁵

İkinci tesbit, birinci tesbitteki çoğulculuğu reddeden anlayışın 12 Eylül 1980 askerî darbesinden sonraki siyâsî-hukukî örgütlenmeye de damgasını urmuş olduğudur. 1982 Anayasası’nda öngörülen (ve Anayasa Mahkemesi tarafından daha sonra iptâl edilen) seçim çevresi barajı ile genel ülke barajının arkasındaki gerekçe, siyâsî çoğulculuğu, biri iktidar diğeri muhalefet olan, biri biraz devletçi, diğeri biraz liberal (yani serbest piyasa ekonomisinden yana), yâni aralarındaki farklılıklar ekonomik politika tercihlerine inhisar ettirilmek istenilen sınırlar içinde tutmaktır. “Bu milletin siyâsî fırkalarından çok canı yanımuştır” ifâdesinin 1980’lerdeki ifâdesi gibi de okunabilecek olan ve bu kez “koalisyonlardan çok çıktık, bize iki parti yeter” diye özetlenen bu gerekçe, aslında siyâsî çoğulculuğun nasıl istenmeyen bir şey olduğunu da açıkça göstermektedir.

Üçüncü tesbit, temel siyâsî özgürlüklerin ve dolayısıyla siyâsî muhalefet imkânı düzerinde çoğulculuğun ve demokratik düzenin yargısal güvence makamı olarak kavranan Anayasa Mahkemesi’nin de “siyasal alanı Anayasa ideolojisi-ne aykırı akımlara kapatma”, devleti ve anayasal düzeni koruma teorisini Anayasa ile kurmak suretiyle Schmittçi bir “politik anayasa” anlayışına dayanarak bu çoğulculuğu istemeyen zihniyetle özdeş bir yaklaşım içine girdiğidir.¹⁶

Dördüncü tesbit, 12 Eylül 1980 askerî darbesinin ardından gelen Anayasa yapımı süreci ile yeni dönemdeki siyâsî hayâtı çerçeveyeleyen kuralların oluşturulmasında, aslında 1970’lerin sonlarındaki seçim sistemi tartışmalarında dile getirilen görüşlerden birinin belirleyici olduğudur. 1961 Anayasası’nın getirdiği özgürlükçü düzenin Türkiye’nin toplumsal bünyesine uymadığı, “bu Anayasa ile devlet yönetilmez” görüşünün ağırlık kazandığı çevreler, 1971-1973 Anayasa değişikliklerini dahi yeterli bulmamışlardır ve Türkiye’nin yeni ve anılan değerlendirmeler uyarınca daha otoriter bir anayasaya ihtiyacı olduğunu kamusal tartışma gündemine taşımışlardır. Bu sürecin önemli aktörlerinden biri olan Tercüman Gazetesi’nin düzenlediği *Anayasa ve Seçim*

15 Kemalizmin vesâyetçi ideoloji ve pratik olarak yorumları ve eleştirileri için bkz. Köker, *Modernleşme, Kemalizm ve Demokrasi*, s. 11-23 ve 211-229.

16 Bu tesbitin ana dayanağı için bkz. Bakır Çağlar, “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri. Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi. Sentetik Bir Deneme İçin Notlar,” *Anayasa Yargısı*, Cilt: 3, 1986, s. 165 ve 166. Anayasa Mahkemesi’nin bu tarz bir “politik anayasa” değerlendirmesine bağlı kalmayıp, “parti politikası” karşısında ‘judicial self-restraint’ in örneklerini vermesi” (aynı kaynak, s.168) Anayasa Mahkemesi’nin konjonktürel değişimlere açık olarak karar ürettiği yargısına temel oluşturmaktadır. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi’nin çoğulculuğu kabul etmeme yönündeki devlet felsefesinden ayrıldığını söylemek de mümkün görünmemektedir.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Sistemi Seminerinde “Yaşadığımız Kriz ve Anayasanın Değiştirilmesi” konulu bir konuşma yapan, 1982 Anayasası’nın mimarlarından Orhan Aldıkaçtı, seçim sistemi ile ilgili değerlendirmelerinde, siyâsî çoğulculuğun önüne siyâsî istikrarı geçirecek bir konuşma yapmıştır:¹⁷

“...ne olursa olsun seçimlerde bir partinin parlamentonun salt çoğunluğunu elde ederek bir seçim devresi iktidarda kalmasının büyük yararları olduğu da tartışılmaz. Böyle bir çoğunluğun sağlanamadığı hallerde koalisyonlar oluşturulur. Eğer koalisyon kurulması çok güçleşiyor, mümkün olamıyorsa, durum *toplumda devlet birliğine olan inancın sarsıldığını, toplumun kaderde, tasada ve kıvançta ortak bir bütün olmaktan çıktığını gösterir; yani toplum hastalanmıştır*. Bu durumda temsilcilerden kurulu *parlamentonun toplumun minyatür bir örneğini teşkil etmelidir* diye savunmuş olduğum fikir önemini yitirir. Herşeyden önce *Anayasanın çizdiği sınırlar içinde bir iktidar oluşturacak bir seçim sisteminin kurulması zorunluluğu belirir*.”¹⁸

Şimdi bir *ara değerlendirme* yaparak diyebiliriz ki, Türkiye Cumhuriyeti’ni kuran temel felsefe siyasal çoğulculuğu makbûl görmemekte; Cumhuriyet’in son “kurucu iktidarı” da aynı ölçü içinde ama biraz daha esnek olarak sınırlı bir çok partili hayatı kabûllebilmekte; devletin temel faaliyeti olan yasa- ma faaliyetinin Anayasa’ya uygunluğunu sağlama fonksiyonunu üstlenmiş bağımsız Anayasa yargısı da aynı yaklaşımı — konjonktürel dalgalanmalara bağlı da olsa — paylaşmakta; Cumhuriyet’in son dönem anayasal ve siyasal hukuk düzeninin mimarları da aynı yönde tercih yapmış olmaktadırlar. Böylece, Türkiye’de seçim sistemi ile siyasal çoğulculuk arasındaki ilişkinin birinci biçimi, Schmittçi bir siyaset anlayışına kolayca eklenilen, çoğulculuktan önce devletin varlığını koruma ilkesine bağlanan siyâsî istikrar hedefine kilitlenmiş bir tercih ortaya koymaktadır.

Şimdi *beşinci tesbit*: 1982 Anayasası ile getirilen siyâsî-hukukî düzen içinde demokratik çoğulculuğun tamamen yokedilmesi bile, son derece dar sınırlar içine hapsedilmesi, birçok rahatsızlıklara neden olmuş, bunun bir neticesi olarak da, 1982 Anayasası’nın 67. maddesine, 1995 yılındaki değişikliklerle eklenen bir fıkra ile, “Seçim kanunları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkele- rini bağdaştıracak biçimde düzenlenir” hükmü getirilmiştir. Bu değişikliğin siyâsî parti politikasında varolan ve partilerin siyâsî iktidarı ele geçirme ve elde tutma kaygılarıyla mı yoksa siyâsî çoğulculuğa daha geniş bir yer açmak amacıyla mı yapıldığının ayrıntılarına girmeksizin söyleyelim ki, Türkiye

17 Orhan Aldıkaçtı, *Yaşadığımız Kriz ve Anayasanın Değiştirilmesi*,” *Tercüman Anayasa ve Seçim Sistemi Semineri* (Tarabya, 19 Nisan 1980) İstanbul: Tercüman Gazetesi yay., 1980, s. 19 (İtalikler eklenmiştir-LK).

18 Anayasa Hukuku Profesörü Orhan Aldıkaçtı, bu konuşmadan bir süre önce yayınlanan kitabında da Alman meslekdaşı Carl Schmitt’in yukarıda özetlenen siyâset kavramını çağrıştıran bir yaklaşım sergilemektedir: Orhan Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İstanbul: İÜHF yay., 1978, 297-299.

Cumhuriyeti Anayasası'nda ilk defa seçim kanunları ile ilgili bir ilkenin by-
lece yerleştirilmiş olması, seçim sistemleri-siyasî çoğulculuk ilişkisine ilişkin
yeni yaklaşımların daha açıkça ortaya konulmasını sağlayan bir kamusal tar-
tışma sürecini de başlatmış bulunmaktadır.

Bu tartışmalara katılanlardan biri olan Seyfettin Grsel, Schmittçi değil,
Eastoncu diyebileceğimiz bir siyaset anlayışı ekseninde değerlendirmeler yap-
maktadır. "Toplumsal tercih Kuramı erevesinde Anayasa'nın 67. Madde-
sinde Yer Alan Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar İlkelerinin Değerlen-
dirilmesi" başlıklı incelemesinde Grsel'in yaklaşımı, "pazarlık gücü," "etkin
icraat yeteneği," "ittifak bloğu," seçmen desteğinin alınma-sürdürülme "ihtim-
alleri," gibi, David Easton'ın siyaseti toplumsal kesimlerin otoriteye dayalı
değer dağıtım sürecindeki çatışma-pazarlık-uzlaşma terimleriyle belirlenen
sisteme ilişkin bir nitelik olarak belirlemesinin terimleriyle büyük ölçüde
uyuşmaktadır.

Grsel'in yaklaşımında, "mevcut seçim sisteminde *temsilde adaleti garantile-
yecek kolay ve anlaşılır değişiklikler yapmak olanaklıdır. Ancak, bu değişikliklerin
yönetim istikrarına olumlu bir katkı yapmayacakları açıktır....* [K]k partilerin
artan pazarlık gücü, hükümetlerin etkin icraat yeteneğini daha da zayıflatacaktır."

Burada, görüldüğü gibi, yönetimde istikrar için, yani sistemin ve dolayı-
sıyla devlet düzeninin varlığının korunması için çoğulculuğu ve dolayısıyla
gerçek anlamda bir çok partililiği siyasî sistemden dışlamaya yönelen 1982
Anayasası ile bu anayasayı vcoda etiren devlet felsefesinden farklı olarak,
daha adaletli bir siyasî sistem arayan Grsel, toplumsal tercih kuramı içinde,
pazarlık ve etkin icraat terimlerinin oluşturduğu bir zeminde yönetimde ist-
ikrar arayışına yönelmiş olmaktadır. Grsel'in bu incelemesinde "yönetimde
istikrar" hedefini ne çıkardığı başka değerlendirmeleri de bulunmaktadır.
Örneğin, toplumsal tercih kuramının kurucu isimlerinden Arrow'a atfen, "bi-
liyoruz ki, 'en çok tercih edilen' seçeneği belirleyecek bir tercih fonksiyonu
mekanizması oluşturmak, eğer *esas olarak demokrasi amaç ise olanaksızdır*" de-
dikten²⁰ sonra, "nisbî takviyeli iki turlu dar bölge önerisini" savunusunu "y-
netimin istikrarının sağlanması büyük ölçüde kolaylaşmaktadır" gerekçesine
dayandırmaktadır²¹

Grsel'in, Aldıkat'dan ve 1982 Anayasası'nı yapan irâdenin sâhip olduğu
devlet felsefesinden ve buna bağlı olarak Schmittçi olarak nitelendirilmesinde
isabet bulunan siyaset anlayışından farkı, yönetimde istikrarı temellendirir-
ken Easton tarafından formüle edilen ve siyasî bir anlamda bir "işletme y-

19 Seyfettin Grsel, "Toplumsal Tercih Kuramı erevesinde Anayasa'nın 67. Maddesinde Yer
Alan Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar İlkelerinin Değerlendirilmesi," *Anayasa Yargısı*,
Cilt: 16, 1999, s. 46.

20 Aynı kaynak, s. 46 — italikler eklenmiştir.

21 Aynı kaynak, s. 62.

netimi işi”ne, bir “pazarlık (*negtiation*)” sürecine, bu sürecin terimleri içinde yer bulduğu biçimiyle istikrar yönelimine ve bu temelde siyâseti sosyo-ekonomik reformlara yönelik, adetâ bir sosyal devlet pratiği ile birlikte düşünme eğilimi içinde düşünülmektedir. Schmittçi ve Eastoncu siyaset kavrayışlarının, demokratik siyaseti “ulus-devletin bütünlüğü içinde bir çatışma uzlaşma sistemi” anlamında sentezlenebileceğini öngören Poggi’nin modern devlet izahı ile bu sentezlenmenin de en iyi bir biçimde yerleşik demokrasilerde ortaya konulduğunu, Türkiye’nin henüz bu gelişmişlik düzeyinde olmadığını kabul eden modernleşmeci paradigmanın temel öncüllerini imâ edercesine değerlendirmelerde bulunan Gürsel, Türkiye’deki siyasal parçalanma düzeyinden duyduğu rahatsızlığı istikrar arayışına gerekçe yapmak suretiyle, Aldıkaçtı ve 12 Eylülcü devletin bütünlüğünün önceliği felsefesine yakınlaşmış olmaktadır. Gürsel’e göre

“[s]iyasal parçalanma mevcut düzeyini koruduğu sürece, hem adaletli hem de istikrara yönelik bir seçim sistemi tasarlamak imkânsızdır. Ancak, kimi olgun demokrasilere sahip ülkelerde (Danimarka, Hollanda gibi) son derece adaletli sistemler sonucunda 3-4-5 partili koalisyonlar kurulsa, üstelik koalisyonların ömürleri çok uzun olmasa bile, yani dar anlamda yönetim istikrarı olmasa bile, geniş anlamda siyasal istikrar sağlanabilmekte ve ekonomik ve sosyal alanlarda kritik reformlar yapılabilmektedir.”²²

V

Toparlayıcı bir değerlendirme ile belirtmek gerekirse Türkiye’de seçim sistemleri ile siyâsî çoğulculuk arasındaki ilişki, biri tümüyle Schmittçi siyâset anlayışını temsil eden ulus-devleti korumacı, diğeri Eastoncu siyâset anlayışını temsil eden ve fakat bunu modernleşmeci bir paradigma içinde Schmittçi öğelerden çok da uzaklaşmayarak ortaya koyan, siyâsî istikrar hedefinin belirleyiciliği altındadır. Bu durumda, siyâsî istikrar kaygısı, zâten târihî müktesebâtı ve Cumhuriyet’in siyâsî çoğulculuğa kapalı kurucu felsefesi itibâriyle demokratikleşmekte önemli handikaplarla karşı karşıya bulunan Türkiye’nin, meşrû demokratik siyâsetin kurucu değerlerini konjonktürel dalgalanmalara terkeden otoriteryanizmini ortadan kaldırma imkânı bulunmayacaktır.

Bu bağlamda, modern demokrasinin temelinde yer alan değerleri ve ilkeleri yeniden inşâ etmeye yönelen farklı bir siyâset anlayışının öne çıktığı bir yeni paradigmatic çerçeveyi diktâte almak gerekmektedir. Öncülüğünü Jürgen Habermas’ın yaptığı bu çerçevenin mantığı şöyle özetlenebilir: (1) Modern devlet iktidarı, her iktidar gibi meşrûluk ihtiyacı duymaktadır. (2) Modern devlet iktidarının meşruluğu, bu iktidarın buyrukları olarak hukuk kurallarının özerk birey-yurttaşlar tarafından yapılmasını gerektirir. (3) Modern devlette insanlar, devlet iktidarının tecavüz edemeyeceği, hukuken gü-

22 Aynı kaynak, s. 66.

Seçim Sistemleri ve Siyâsi oğulculuk

vence altına alınmış özerklik alanlarında kendi kaderlerini kendilerini tâyin etme özgürlüğüne sâhip bireyler olarak ve bu anlamda eşitlik içinde varolurlar. (4) Bu birey olma özerkliğinin güvencesi ise, bu özerkliği temin edecek hukuk kurallarının yapıcısı olma anlamında bireylerin yurttaş olabilmeleri, yâni siyâsi özerkliğe de eşit biçimde ve birlikte, bir irâdî yurttaşlar topluluğunun mensupları olarak siyâsi alanda yer alabilmeleridir. (5) Birey-yurttaşların, kendi tâbi oldukları hukuku kendileri yapan öznelere olarak özgürleşmeleri ise, engellenmemiş, çarpıtılmamış ve farklılıkları dışlamayan, kapsayıcı ve eşitlikçi bir siyâsi kamu alanının oluşturulmasını gerektirmektedir.²³

Egemen ulus-devletlere dayalı bir sistem olarak uluslararası ilişkilerin ve uluslararası hukukun bireyleri ve devle-dışı örgüleri de hukuk öznesi olarak kabûl etmeye yöneldiğı bir dünyada, özellikle de Avrupa Birliğı gibi ulus-devlet üstü bir yeni oluşumun eşiğinde bulunan bir dönemde, siyâsi çoğulculuğun Scmhittçi ulus-devlet ve Eastoncu pazarlıkçı siyaset mantığı ile düşünölüp kurumsallaştırılması, modern demokratik devletin meşrûluk ihtiyacını karşılayamaz. Dolayısıyla, devletin bütünlüklü varlığı ile istikrarlı yönetim değerlerine uyarlanmış sınırlı çoğulculuğun terkedilerek, sahici siyâsi alternatifler üretebilen muhalefetin varolabildiğı meşrû demokratik süreci pekiştirecek olan açılımlara yönelmek, bunun için de, sınırlandırılmamış bir siyâsi kamu alanı ile barajsız ve tam temsil adâleti sağlayan bir seçim sistemi benimsenerek, sahici demokratik çoğulculuğun gerçekleştirilmesini amaçlamak gerekmektedir.

23 Bu görüşlerin ayrıntılı izahı ve temellendirilmesi, Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms, Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (Boston, Mass.: The MIT Press, 1996) adlı eserde yer almaktadır.

(46. Makale - 2007)

Ergun ÖZBUDUN

*Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal
Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi **

* Ergun Özbudun, “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**: Prof. Dr. Yavuz Sabuncu’ya Armağan, C.62, S. 3, 2007, 257-268.

TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN YARGISAL AKTİVİZMİ VE SİYASAL ELİTLERİN TEPKİSİ

Prof. Dr. Ergun Özbudun
Bilkent Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Özet

Bu makale, tarihsel bir perspektifte, Türk Anayasa Mahkemesi'nin yargısal aktivizm alanında atmış olduğu adımları eleştirmekte ve bu tutuma ilişkin siyasal elitlerin verdiği tepkiyi örneklendirmektedir. Türkiye'de devlet elitleri ve siyasal elitler arasında süregelen çatışmayı göz önünde tutarak yargısal aktivizmi Türk modernleşmesinin bir sonucu olarak değerlendiren metin, yakın dönemdeki Cumhurbaşkanlığı seçimini de yine bu bakış açısıyla incelemektedir.

Anahtar Kelimeler: Yargısal aktivizm, Anayasa Mahkemesi, siyasal elitler, yargı iktidarı, cumhurbaşkanlığı seçimi.

Judicial Activism of the Turkish Constitutional Court and the Reaction of Political Elites

Abstract

This article is criticising the judicial activism of the Turkish Constitutional Court from an historical perspective and exemplifying the reaction of political elites to this stance. Regarding the ongoing confrontation between the state elites and political elites in Turkey, the text considers judicial activism as a culmination of Turkish modernization and scrutinizes the recent presidential election from this viewpoint.

Keywords: Judicial activism, the Turkish Constitutional Court, political elites, juristocracy, presidential elections.

Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi

“Yargısal aktivizm” (judicial activism) ve yargının kendi kendini sınırlandırması (judicial restraint) anayasa yargısını benimsemiş hemen tüm ülkelerde sıklıkla gündeme gelen kavramlardır. Anayasa mahkemelerinin önüne gelen birçok sorunun siyasi niteliği, bu mahkemelerle parlâmentolar arasında zaman zaman çatışmalar görülmesini hemen hemen kaçınılmaz kılmaktadır. Amerika Birleşik Devletlerinde Yüksek Mahkeme hâkimi Frankfurter’in şu düşünceleri, yargının kendi kendini sınırlandırması lehinde sık sık örnek gösterilmektedir:

“Bu kanun, Anayasa ile kendisine yasama yetkisi verilen Kongrenin bu yetkiyi kullanmasını ve Başkanın teklifi onaylamak ve böylece onu ‘bir kanun’ haline getirmek yönündeki anayasal yetkisini kullanmasının sonucudur. Onu onaylamak, hükümetimizin halk iradesine karşı doğrudan doğruya sorumlu olan ve Anayasa gereğince kanunun isabetliliğini tayin yetkisine sahip bulunan iki dalının işlemine saygı göstermek demektir. Bu mahkemenin, böyle bir kanunu geçersiz kılma konusundaki müthiş (awesome) yetkisi, azamî ihtiyatla kullanılmalıdır; çünkü pratikte Mahkeme, kendi anayasal fonksiyonunun sınırlarını belirlemede, sadece kendi basiretimizle bağlıdır” (Koopmans, 2003: 51-52’den naklen).

Hâkim Frankfurter, başka bir vesile ile de, yargı organını halk siyasetine karıştırmamanın “demokratik bir sisteme düşman” olacağını belirtmiş ve “mahkemeler bu siyasi çalıışa girmemelidir” diye eklemiştir (Koopmans, 2003: 52). Gerçekten A.B.D. Yüksek Mahkemesinin tarihi, gerek yargısal aktivizm, gerek yargısal kendi kendini sınırlandırma dönemlerine tanıklık etmiştir. Bunun belki de en iyi bilinen örneği, 1930’larda Başkan Franklin D. Roosevelt ile Yüksek Mahkeme arasında ortaya çıkan çatışmadır. Roosevelt, 1932 yılında “Yeni Dağıtım” (New Deal) adını verdiği bir programla seçilmiştir. Bu program, ekonomik depresyonu sona erdirmek ve kitlesel işsizlikle mücadele etmek yönünde, ılımlı sosyal demokratik olarak vasıflandırılabilir tedbirleri içeriyordu. Bu amaçla çıkarılan birçok kanunun Yüksek Mahkemece anayasaya aykırı bulunması karşısında hiddete kapılan Roosevelt, “milletçe öyle bir noktaya geldik ki, Anayasayı Mahkemeden kurtarmak için harekete geçmek zorundayız” diyordu. 1936 seçimlerinden de ezici bir zaferle çıkan Roosevelt, Yüksek Mahkemenin yapısını değiştirecek bir plan ortaya attı. Buna göre, Mahkemenin yetmiş yaşını aşmış üyelerine (altı üye bu durumdaydı) oy hakkına sahip olacak yardımcı hâkimler verilecekti. Bu planın Kongrede görüşülmesi sırasında Yüksek Mahkeme içtihadını değiştirdi ve bazı “Yeni Dağıtım” kanunlarını onayladı. Böylece çatışma, Roosevelt’in planının yürürlüğe girmesine gerek kalmadan çözüldü (Koopmans, 2003: 5960).

Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi

1982 T.C. Anayasası, yargısal aktivizme çok elverişli hükümler ihtiva etmektedir. Anayasanın devletin temel niteliklerini tanımlayan ve değiştirilmesi mümkün olmayan ilk üç maddesinde toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet gibi fevkalâde geniş ve tanımlanması imkânsız kavramlar yer aldığı gibi, ikinci maddede sayılan Atatürk milliyetçiliği, insan haklarına saygı, hukuk devleti, demokratik devlet, lâik devlet, sosyal devlet gibi kavramların hayli değişik şekillerde tanımlanabileceği açıktır. Anayasanın 176'ncı maddesi gereği Anayasa metnine dahil sayılan Başlangıç bölümü ise "Türk millî menfaatleri", "Türklüğün tarihi ve manevî değerleri", "Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâpları ve medeniyetçiliği" gibi, daha da müphem ve tanımlanması imkânsız kavramları ihtiva etmektedir. Bu tür geniş ve belirsiz kavramların Anayasa Mahkemesine, aktivist bir tutum izleme yolunda büyük imkânlar sağladığı açıktır.

Türk Anayasa Mahkemesinin aktivist tutumu, gerek 1961, gerek 1982 Anayasaları dönemlerinde gözlemlenebilir. 1961 Anayasası dönemine ait en iyi örnek, muhtemelen Mahkemenin bazı anayasa değişikliklerini iptal etmiş olmasıdır. 1961 Anayasasında anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi konusunda açık bir hüküm yoktu. Teorik olarak, böyle bir denetimin gerçekleştirilebilmesi için, ya anayasa üstü birtakım "süpra-pozitif" normların, veya anayasa hükümleri arasında bir hiyerarşinin varlığının kabul edilmesi gerekirdi. Oysa Anayasada böyle bir hiyerarşinin varlığına dair hiçbir işaret bulunmadığı gibi, anayasa hukuku literatüründe de bütün anayasal normların eşit hukukî değerde olduğu görüşü hâkimdi. Sadece, Anayasanın 9'uncu maddesi, devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmünün değiştirilemeyeceğini ve değiştirilmesinin teklif edilemeyeceğini öngörüyordu. Anayasa Mahkemesi, 1970 yılında verdiği bir kararda (E.1970/1, K.1970/31, 16.6.1970 AMKD, Sayı 8, s. 323), Anayasanın 2'nci maddesinde sayılan Cumhuriyetin niteliklerinin, değiştirilemez nitelikteki Cumhuriyet ilkesine dahil olduğunu ileri sürerek, bir anayasa değişikliğini iptal etmiştir. Mahkemeye göre, 2'nci maddede sayılan niteliklerden (insan haklarına ve Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, millî, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti) herhangi birine aykırı bir anayasa değişikliği, Cumhuriyet ilkesinin değişmezliği kuralına da aykırı olacaktır. Mahkeme, bu görüşünü şu sözlerle ifade etmektedir:

"Buradaki değişmezlik ilkesinin sadece (Cumhuriyet) sözcüğünü hedef almadığını söylemek bile fazladır. Yani Anayasada sadece (Cumhuriyet) sözcüğünün değişmezliğini kabul ederek onun dışındaki bütün ilke ve kuralların değişebileceğini düşünmenin Anayasanın bu ilkesi ile bağdaştırılması mümkün değildir. Zira 9. maddedeki değişmezlik ilkesinin amacı, Anayasanın 1., 2. maddelerinde ve 2. maddenin gönderme yaptığı, başlangıç bölümünde yer alan temel ilkelerle niteliği belirtilmiş Cumhuriyet sözcüğü ile ifade edilen Devlet sistemidir. Bir başka deyimle,

9. madde ile değişmezlik ilkesine bağlanan Cumhuriyet sözcüğü değil, yukarıda gösterilen Anayasa maddelerinde nitelikleri belirtilmiş olan Cumhuriyet rejimidir. Şu halde, sadece Cumhuriyet sözcüğünü saklı tutup, bütün bu nitelikleri, hangi istikamette olursa olsun, tamamen veya kısmen değiştirmek veya kaldırmak suretiyle, 1961 Anayasasının ilkeleriyle bağdaşması mümkün olmayan bir başka rejimi meydana getirecek bir Anayasa değişikliğinin teklif ve kabul edilmesinin Anayasaya aykırı düşeceğinin, tartışmayı gerektirmeyecek derecede açık olduğu ortadadır.”

Anayasa Mahkemesi, bu gerekçelerle, anayasa değişikliklerini gerek şekil, gerekse esas yönünden denetleyebileceği sonucuna varmıştır. Bu yorumun, Anayasa Mahkemesine hemen hemen tüm anayasa değişikliklerini denetleme yetkisi verdiğinde kuşku yoktur; çünkü 2’nci maddede sayılan niteliklerden biriyle ilgili olmayan bir anayasa değişikliğini tasavvur etmek güçtür.

Siyasal elitlerin bu karara tepkisi, 1971 Anayasa değişiklikleri ile, Mahkemenin anayasa değişiklikleri üzerindeki denetim yetkisini, sadece şekil yönünden denetimle sınırlandırmak suretiyle gerçekleşti. Anayasanın 147’nci maddesinde yapılan değişiklikle, Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerinin “Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler” hükmü getirildi. Buna rağmen Mahkeme, 1975, 1976 ve 1977 yıllarında dört anayasa değişikliğini daha iptal etti. Bu sefer Anayasa Mahkemesinin gerekçesi, Cumhuriyet ilkesinin değişmezliği kuralının, sadece bir maddî hukuk normu değil, aynı zamanda bir şekil kuralı olduğu yolundaydı. Dolayısıyla, 2’nci maddede sayılan niteliklere aykırı bir anayasa değişikliği, şekil yönünden Anayasaya aykırı idi. Anayasa Mahkemesi, bu görüşünü şöyle ifade etmiştir:

“Kanun ve o nitelikte bulunan Anayasa değişikliklerini teklif etmeyi düzenleyen Anayasa hükümleri birer biçim kuralı olduklarına göre, bunu yasaklayan bir kuralın dahi bir biçim kuralı olduğunda hiç kuşku yoktur. Çünkü bu yasak, belli sayıdaki Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin esasında kendileri için bir hak teşkil eden ve niteliği bakımından da bir yasama işlemi olan Anayasa değişikliği teklif etmelerini önlemektedir. Başka bir deyimle, değişiklik teklifi, değişmezlik ilkesiyle çatışmıyorsa, Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygun olarak yöntemi içinde yürüyecek ve şayet çatışmıyorsa, hiç yapılamayacak, yapılmış ise yöntemi içinde yürütülemeyecek, yürütülmüş ise kabul edilip kanunlaşmayacaktır...9’uncu maddede yer alan yasak kuralı bir şekil şartı olduğundan” dâva konusu olan Anayasa değişikliği, “diğer şekil şartları arasında bu yasak açısından da Anayasaya uygunluk denetiminden geçirilmelidir” (E. 1973/19, K. 1975/87, 15.4.1975, AMKD, Sayı 13, s. 430-21. Aynı mahiyette, E. 1976/38, K. 1976/38, K. 1976/46, 12.10.1976, AMKD, Sayı 14, s. 252-86; E. 1976/43, K. 1977/4, 27.1.1977, AMKD, Sayı 15, s. 10631; E. 1977/82, K. 1977/117, 27.9.1977, AMKD, Sayı 15, s. 444-64).

Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi

Bu kararlara karşı tepki, 1982 Anayasası ile gerçekleşti. Anayasa, Anayasa Mahkemesinin anayasa değişiklikleri üzerindeki şekil denetimini muhafaza etmekle birlikte, bunun içeriğini tanımlayarak sınırlandırdı. Anayasanın 148'inci maddesine göre bu denetim, "teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır." 149'uncu madde ile de, Anayasa Mahkemesinin, anayasa değişikliklerinin iptaline karar verebilmesi için üçte iki çoğunluk şart koşulmuştur. 2001 Anayasa değişikliği ile bu nitelikli çoğunluk, beşte üçe indirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi ile siyasal elitler arasında başka bir çatışma noktası, siyasî partilerin yasaklanması ile ilgilidir. Anayasanın 69'uncu maddesi, siyasî partilerin kapatılmasına şu iki durumda cevaz vermektedir: (a) bir siyasî partinin tüzüğü ve programının, 68'inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı bulunması halinde; (b) bir siyasî partinin, 68'inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı nitelikteki fiillerin işlendiği bir odak haline gelmesi durumunda. 1986 yılında 3270 sayılı Kanunla değiştirilen Siyasî Partiler Kanununun 103'üncü maddesi ve onun yollamada bulunduğu 101'inci maddeye göre, parti üyelerinin parti yasaklarına aykırı eylemlerinden dolayı parti kapatma yoluna gidilebilmesi için, önce ilgili kişilerin bu eylemlerinden dolayı hüküm giymeleri, daha sonra Cumhuriyet Başsavcılığının bu kişilerin partiden kesin olarak çıkarılmasını istemesi ve siyasî partinin otuz gün içinde bu istemi yerine getirmemiş olması gerekiyordu. Kapatma dâvası açıldığında da o parti üyelikten çıkarma istemini yerine getirdiği takdirde dâva düşüyordu. Anayasa Mahkemesi, Refah Partisi dâvasında Siyasî Partiler Kanununun bu hükmünü ön mesele olarak incelemiş ve önce onun iptaline, daha sonra da bu iptal hükmüne dayanarak Refah Partisinin kapatılmasına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin gerekçesi, Türk Ceza Kanununun 141, 142 ve 163'üncü maddelerinin kaldırılmış olması nedeniyle, bu maddelerden hüküm giymenin mümkün olmadığı, dolayısıyla bir partinin yasak eylemlerin mihrakı (odağı) haline gelmiş olup olmadığının saptanmasında, 103'üncü maddenin uygulanma olanağının kalmadığıdır (E. 1998/2, K. 1998/1, 9.1.1998, *AMKD*, Sayı 34, Cilt 1, s. 241-42. Bu kararın kapsamlı bir tahlili için, bk. Öden, 2003: 63/74). Bu karar Mahkemeye, bir siyasî partinin Anayasaya aykırı eylemlerin "işlendiği odak haline gelmiş olup olmadığını kanunla belirlenmiş herhangi bir ölçüte bağlı kalmadan doğrudan doğruya Anayasaya dayanarak serbestçe takdir etme olanağını sağlamıştır" (Öden, 2003: 71).

Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararından sonra 12.8.1999 tarihli ve 4495 sayılı Kanunla, Siyasî Partiler Kanununun 101 ve 103'üncü maddelerinde değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerle, odak olma durumu şu şekilde tanımlanmıştır: "Bir siyasî parti, birinci fıkra yazılı fiiller o partinin üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre, merkez karar ve yönetim kurulu veya Türkiye Büyük Millet Meclisindeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zımnen veya açıkça benimsendiği

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

yahut bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarının kararlılık içinde işlendiği takdirde, söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır.” Değişikliğin amacının, Anayasa Mahkemesinin odak halinin mevcudiyetini tesbitteki takdir yetkisini bir ölçüde sınırlandırmak olduğu açıktır.

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi, Fazilet Partisi dâvasında, Siyasî Partiler Kanununun değişik 103’üncü maddesinin Anayasaya uygunluğunu ön- mesele olarak incelemiş ve sonuçta maddeyi iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesinin gerekçesi özetle şöyledir:

“Siyasi partilerin Anayasa ile belirlenmiş demokratik temel düzeni yıkmaya veya önemli ölçüde tehlikeye düşürmeye yönelmeleri söz konusu olduğunda yaptırım uygulanmasını engellemek ya da önemli ölçüde zorlaştırmak demokratik sistemin özüyle bağdaşmaz... Kapatılma tehdidi altında bulunan bir siyasî partinin fıkra da sayılan organlarından, üyelerinin Anayasa ve Yasa’ya aykırı eylemlerine açıkça veya sessiz kalarak zımnen onay vermeleri beklenemez...Bu durumda, 103. maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye göre, Anayasa’nın 69’uncu maddesinin altıncı fıkrası uyarınca bir siyasi partinin 68. maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı fiillerin işlendiği odak haline geldiğinin saptanması olanaksızlığa varan bir zorluk içermektedir” (E. 2000/86, K. 2000/50, 12.12.2000, AMKD, Sayı 36, Cilt 2, s. 900902. Bu Kararın tahlili için bk. Öden, 2003: 79/84. Öden, isabetli olarak, bu kararın “mücadeleci demokrasi” anlayışına uygun düşüğünü belirtmektedir. Öden, 2003: 81).

Siyasal elitlerin bu karara karşı nihaî tepkisi, 2001 anayasa değişikliği ile, iptal edilen 103’üncü maddenin ikinci fıkrasının hemen hemen aynı şekilde Anayasanın 69’uncu maddesine monte edilmiş olmasıdır. İptal edilen hükümle yeni Anayasa hükmü arasındaki tek fark, yeni metinde genel başkanın da ilgili parti organları arasında sayılmış olmasıdır. Böylece, Anayasanın 69’uncu maddesinin altıncı fıkrası şu şekli almıştır:

“Bir siyasî partinin 68’inci maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerinden ötürü temelli kapatılmasına, ancak, onun bu nitelikteki fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespit edilmesi halinde karar verilir. Bir siyasî parti, bu nitelikteki fiiller o partinin üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisindeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zımnen veya açıkça benimsendiği yahut bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarının kararlılık içinde işlendiği takdirde söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır.”

Böylece, Anayasa Mahkemesi ile yasama organı arasında uzun süre devam eden çekişme, neticede yasama organının tercihi yönünde sonuçlanmıştır. 2001 Anayasa değişikliklerinde ayrıca, 149’uncu maddede yapılan değişikliklerle

parti kapatma dâvalarında salt çoğunluk yerine beşte üç çoğunlukla karar verilmesi şartı getirilmiştir. Her iki değişikliğin amacının partilerin kapatılmasını güçleştirmek ve Anayasa Mahkemesinin bu konudaki takdir yetkisini bir ölçüde sınırlandırmak olduğu açıktır.

Anayasa Mahkemesi ile siyasal elitler arasındaki çatışmanın, bir anayasa değişikliği yolu ile, siyasal elitlerin tercihleri doğrultusunda sonuçlandığı üçüncü bir alan, özelleştirme konusu ile ilgilidir. Anayasa Mahkemesinin özelleştirmeye soğuk bakan ve bazı özelleştirme kanunlarını iptal eden tutumu (Özbudun, 2006: 319-32) karşısında, 1999 yılında 4446 sayılı Kanunla yapılan anayasa değişikliği, özelleştirmeye açıkça yer vermek suretiyle, çıkarılacak özelleştirme kanunlarını daha sağlam bir hukukî zemine oturtmuştur. 47'nci maddeye eklenen 3'üncü ve 4'üncü fıkralara göre, "Devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir. Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilir veya devredilebileceği kanunla belirlenir." Aynı anayasa değişikliği ile, gene serbest piyasa ekonomisinin hukukî altyapısını güçlendirmek amacıyla, 155'inci maddede yapılan değişiklik, Danıştayın "imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek" görevi, "imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek" şeklinde değiştirilmiş, böylece Danıştayın görüşü bağlayıcı olmaktan çıkarılmıştır. Gene aynı amaçla, 125'inci maddeye, "kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların millî ve milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir" hükmü eklenmiştir.

Şüphesiz, Anayasa Mahkemesinin aktivist tutumunun örnekleri bunlardan ibaret değildir. Bunların yanında Mahkemenin, açık bir anayasal temele dayanmadığı halde kendisinde yürürlüğü durdurma yetkisi görmesi, kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisini Anayasada yer almayan önemlilik, zorunluluk, ivedilik, kısa sürelilik gibi şartlara bağlaması, Anayasada denetlenmesi yasaklanan sıkıyönetim ve olağanüstü hal kararnamelerini Anayasaya uygunluğu şüpheli bir yorumla denetim kapsamına alması, siyasi parti kapatma dâvalarında Anayasa ve Siyasî Partiler Kanunu hükümlerini aşırı bir katılıkla yorumlayarak siyaset alanını büyük ölçüde daraltması, Mahkemenin aktivist yaklaşımının en çarpıcı örnekleri olarak gösterilebilir. Ancak bunlar, şu ana kadar siyasal elitlerin anayasa değişikliği yoluyla ifade edilen tepkisine neden olmadıkları için, bu yazının kapsamı dışında kalmaktadır.

Anayasa yargısını benimsemiş ülkelerde yargısal aktivizm oldukça sık rastlanılan bir durum olmakla beraber sorun, Türkiye'de özel bir ağırlık kazanmaktadır. Çünkü Türk Anayasa Mahkemesinin aktivizmi, temel hakların genişletilmesi ve güçlendirilmesi yolunda bir aktivizm değil, devletin temel

değerlerini ve çıkarlarını korumaya yönelik bir aktivizmdir. Mahkeme, temel ve siyasi haklara ilişkin kararlarında aşırı derecede ihtiyatlı ve muhafazakâr bir tutum sergilemesine karşılık, üniter, milli ve lâik olarak tanımlanabilecek Cumhuriyetin temel değerlerinin korunmasına özel bir önem atfetmiştir. 1982 Anayasasının devletçi nitelikteki genel felsefesi ve Anayasa Mahkemesinin onu kuvvetle destekleyen yorumları, birçok gözlemciyi, 1982 Anayasasının resmî bir ideolojisi olduğu sonucuna götürmüştür (Erdoğan, 2000: 128-129; Erdem, 2005: 51-69). Benzer şekilde, Anayasa Mahkemesinin özellikle parti kapatma dâvalarındaki yasakçı tutumunu bir anayasa hukukçumuz, “hak-eksenli” değil, “ideoloji-eksenli” bir paradigma olarak nitelendirmiştir (Arslan, 2005: 238-54; Özbudun, 2005: 83-106). Yukarıda değinildiği gibi, 1982 Anayasasının özellikle Başlangıç bölümünün, çok geniş, belirsiz ve ideolojik değer yargıları içeren hükümler ihtiva ettiği ve bunun Anayasa Mahkemesine yargısal denetimde geniş bir takdir alanı tanıdığı doğrudur. Ancak sorunun kökleri, Anayasa metninin çok ötesinde, Türkiye’nin kendisine özgü siyasal gelişme çizgisinin yarattığı özelliklerde aranmalıdır.

Bu özelliklerin ayrıntılı bir tahlili, bu yazının kapsamı dışındadır. Ancak şu kadarını belirtelim ki, Türkiye’nin modernleşmesinin, çoğu Batı ülkesinde olduğu gibi bujuva sınıfının değil, askerî ve bürokratik devlet elitlerinin öncülüğünde gerçekleşmiş olması, demokratik siyasal hayata geçilmesinden sonra da, bu elitlere devlet hayatında belirleyici bir rol kazandırmıştır. Siyasal elitlerle devlet elitleri arasındaki çatışma, bir bakıma, çok-partili siyasal hayatımızın sıklet merkezini oluşturmuştur (Heper, 1985; Özbudun, 1996: 13539). Devlet elitleri, kendilerini “devletin muhafızı”, Devletin sürekli menfaatlerinin koruyucusu bir vesayet makamı olarak algılamışlar; kısmî, özel ve gelip geçici menfaatlerin oportünist temsilcileri olarak gördükleri seçilmiş siyasal elitlere daima şüphe ile bakmışlardır (Özbudun, 1983: 247-68). 1982 Anayasasında bu anlayışın birçok işaretini görmek mümkündür. Bu vesayetçi zihniyet, güçlü sosyalleştirme mekanizmalarının etkisiyle, bugün dahi devlet elitlerinin önemli bir kesimine hâkim olmaya devam etmektedir. Genel olarak yargı organının, özel olarak da Anayasa Mahkemesinin, bu zihniyetin etkisinden kendilerini kurtarabildiklerini söylemek güçtür. Bunun izlerini Anayasa Mahkemesinin siyasi parti kapatma dâvalarında verdiği kararlarda ve türbana ilişkin kararlarında görmek mümkündür. Her iki durumda da Mahkeme, Kemalist düşünce sisteminin iki temel direği olan üniter millî devlet ve lâiklik ilkelerini, mümkün olan en katı şekilde yorumlamıştır.

Anayasa Mahkemesinin türbanla ilgili kararı, lâikliğin genellikle benimsenen bilimsel yorumunu aşmakta ve onu, devlet yönetimine hâkim bir ilkenin ötesinde bir çeşit mutlak pozitivist ideoloji olarak takdim etmektedir. Eğer okuyabilseydi, Auguste Comte’un ruhunu şâd edeceği kuşkusuz olan şu pasajlar, özellikle ilginçtir: “Lâiklik, dar anlamda, devlet işleriyle din işlerinin birbirinden ayrılması olarak tanımlansa, değişik tanım ve yorumları yapılsa da,

gerçekte, toplumların düşünsel ve örgütsel evrimlerinin son aşaması olduğu görüşü, öğretilerde de paylaşılmaktadır. Lâiklik; egemenliğe, demokrasiyle özgürlüğe ve bilgi bileşimine dayanan toplumsal bir atılım; siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisidir...Lâik düzende din, siyasallaşmadan kurtarılır, yönetim aracı olmaktan çıkarılır, gerçek, saygın yerinde tutularak kişilerin vicdanlarına bırakılır. Böylece, siyasal yaşamın dayanağı, bilim ve hukuk olur... Dini ve din anlayışı tümüyle farklı bir ülkede lâiklik uygulamasının...batı ülkelerindeki gibi olması...beklenemez...Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü ilkesi gücünü lâiklikten almış, milliyetçilik ilkesi lâiklikle tamamlanmış, Türk Devrimi lâiklikle anlam kazanmıştır...Lâiklik, dinselikle bilimselliği birbirinden ayırmış, özellikle dinin, bilimin yerine geçmesini önleyerek uygarlık yürüyüşünü hızlandırmıştır. Gerçekte lâiklik din-devlet işleri ayrılığı biçiminde daraltılamaz. Boyutları daha büyük, alanı daha geniş bir uygarlık, özgürlük ve çağdaşlık ortamıdır. Türkiye'nin modernleşme felsefesi, insanca yaşama yöntemidir. İnsanlık idealidir...Devlete egemen ve etkin güç, dinsel kurallar ve gerekler değil, akıl ve bilimdir. Din, kendi alanında, vicdanlardaki yerinde, Tanrı-insan arasındaki inanış olgusudur. Kişinin iç-inanç dünyasının düzenleyicisi olan dinin, devlet işlerinde söz sahibi ve çağdaş değerlerle, hukukun yerine geçerek yasal düzenlemelerin kaynağı olması düşünülemez" (E. 1989/1, K. 1989/12, 7.3.1989, AMKD, Sayı 25, s. K 17-48. Bu kararın eleştirileri için, bk. Erdoğan, 2000: 188-97; Ulusoy, 2004: 197-251).

Anayasa Mahkemesi ile seçilmiş siyasal elitler arasındaki çatışma, Anayasa Mahkemesinin 2007 ilkbaharında, Cumhurbaşkanlığı seçimi konusunda verdiği kararla, zirve noktasına ulaşmıştır. Anayasa Mahkemesi, 1.5.2007 tarihli ve E.2007/45, K.2007/54 sayılı kararı ile, Anayasanın Cumhurbaşkanı seçimine ilişkin 102'nci maddesini yorumlamış ve bu maddede zikredilen "üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu" ibaresinin, sadece karar yeter sayısını değil, aynı zamanda toplantı yeter sayısını da ifade ettiği sonucuna varmıştır. Bu gerekçe ile Mahkeme, TBMM'nin 27.04.2007 günlü, 96. Birleşiminde Başkan'ın 184 milletvekilinin Genel Kurulda bulunmasının yeterli bulunduğu yolundaki görüşünün kabulüne ilişkin TBMM Kararını, eylemli bir İçtüzük değişikliği niteliğinde görerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin bu kararının, çeşitli açılardan, kendi anayasal yetki sınırlarını aşmış olduğu açıktır. Herşeyden önce görev yönünden, Anayasa Mahkemesinin konuyu ele alabilmesi için, ortada gerçekten eylemli (fiilî, de facto) bir İçtüzük düzenlemesi veya yeni bir İçtüzük hükmü ihdasının söz konusu olması gerekir. Yürürlükteki İçtüzüğün 121'inci maddesi, Anayasanın 101 ve 102'nci maddelerine atıfta bulunmaktan başka bir şey yapmadığına göre, söz konusu TBMM kararının nasıl olup da eylemli bir İçtüzük düzenlemesi sayıldığını anlamak gerçekten güçtür. Esas yönünden ise Mahkeme, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu olan 367 sayısının aynı zamanda toplantı yetersayısı olduğuna, üstelik bu sayının "yalnız birinci oylamada değil, fakat dört oylamanın her birisinde de aranması gerektiği"ne

karar vermiştir. Oysa, 102’nci maddede üçte iki çoğunluğun aynı zamanda toplantı yeter sayısı olduğu anlamına gelen en ufak bir işaret bulunmadığı gibi Mahkemenin yorumu, üçüncü ve dördüncü oylamalarda Cumhurbaşkanının üye tamsayısının salt çoğunluğu ile seçilmesine imkân veren, 102’nci maddenin üçüncü fıkrasını fiilen uygulanamaz hale getirmiş, yani bir anlamda iptal etmiş olmaktadır. Çünkü bu yoruma göre, Cumhurbaşkanı seçimlerini kilitlemeye kararlı üçte birlik bir azınlık, toplantılara katılmamak suretiyle, Cumhurbaşkanının salt çoğunlukla seçilmesini fiilen imkânsızlaştırabilecektir. Böyle bir sonucun, 1982 Anayasasının ne lâfzî, ne amaçsal, ne de tarihsel yorumuyla bağdaştığı açıktır. Anayasa Mahkemesi, bu kararını haklı gösterebilmek için, Cumhurbaşkanı seçiminde “olabildiğince nitelikli bir uzlaşma sağlanmasının amaçlandığı” ve Cumhurbaşkanının “ulusun önemli bir çoğunluğunu yansıtan temsilcilerin katılımı ve iradeleri ile seçilmesi” gerektiği gibi, ancak bir siyasal temenni mahiyeti taşıyan ve hiçbir pozitif hukuk temeline dayanmayan bir gerekçe ileri sürmüştür. Bu anlamda Anayasa Mahkemesinin, Anayasada mevcut olmayan bir “nitelikli uzlaşma” kuralı yaratmak, ve 102’nci maddenin üçüncü fıkrasını fiilen iptal etmek suretiyle, Anayasa koyucu gibi davrandığı söylenebilir. Son olarak Mahkeme, Anayasada yer almayan ve kanunlar konusunda dahi kullanılmasının meşruluğu çok tartışmalı olan yürürlüğü durdurma yetkisini, uygulanma sürekliliği olmayan, dolayısıyla yürürlüğünün durdurulmasının ne anlam ifade ettiği açık olmayan bir TBMM kararı hakkında kullanmakla, başka bir hataya daha düşmüştür. Bu kararın hukukî ve siyasal yansımaları uzun süre devam edecek gibi görünmektedir. Toplumun önemli kesimlerince hukukî değil, siyasal saiklere dayandığı ve normal demokratik süreçlerin önünü tıkadığı düşünülen bu karar, Anayasa Mahkemesinin 45 yıllık tarihinde belki ilk defa bu Mahkemenin meşruluğunun, oluşum tarzının ve yetkilerinin ciddi şekilde sorgulanmasına yol açmıştır.

Parlâmentonun bu karara karşı tepkisi, bir anayasa değişikliği ile, Cumhurbaşkanının halk tarafından beş yıllık bir dönem için ve azamî iki dönem seçilmesi yönteminin kabulü olmuştur. Aynı anayasa değişikliği paketinde yer alan diğer bir hüküm de, toplantı yetersayısı üzerindeki tartışmaları sona erdirmeyi amaçlamaktadır. Bu hükme göre, TBMM “yapacağı seçimler dahil bütün işlerinde üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır.” Böylece, Anayasa Mahkemesinin kararı sonucunda Cumhurbaşkanı seçim sürecinde yaşanan tikanıklığın tekrarlanması önlenmiş olmaktadır. Bu anayasa değişikliği teklifi üçte iki çoğunlukla kabul edildikten sonra Cumhurbaşkanı Sezer tarafından tekrar görüşülmek üzere Meclise iade edilmiş ve 31 Mayıs tarihinde aynı çoğunlukla yeniden kabul olunmuştur (5678 sayılı Kanun). Bu sefer Sezer, bir yandan kabul edilen metni halkoylamasına sunarken, öte yandan tüm anayasa değişikliği kanununun yoklukla mâlûl olduğunu iddia ederek, Anayasa Mahkemesinde iptal dâvası açmıştır. Anayasa Mahkemesi bu talebi, 5 Temmuz tarihinde beşe karşı altı oyla reddederek, 21 Ekimde yapılacak olan

halkoymasının önünü açmıştır. Bu değişiklik kesinleştiği takdirde, siyasal elitlerle Anayasa Mahkemesi arasında, birincilerin zaferiyle sonuçlanan çatışmaların yeni ve önemli bir örneğini oluşturacaktır. Günümüzde anayasa yargısı yerleşik demokrasilerin büyük çoğunluğunda hukuk devletinin vazgeçilmez bir kurumu olarak görülmektedir. Türkiye’de de elbette böyle görülmeye devam edecektir. Ancak hiçbir işleyen, sağlıklı, pekişmiş demokrasi, halk iktidarının yargı iktidarına (juristocracy) ya da hâkimler hükümetine dönüşmesine uzun vâdede kayıtsız kalmaz. Önümüzdeki dönemde Ak Partinin sivil anayasa girişimi çerçevesinde, Anayasa Mahkemesinin oluşum tarzı ve yetkileri konusunda ciddi tartışmalar cereyan edeceğe benzemektedir.

Kaynakça

- ARSLAN, Zühtü (2005), *Anayasa Teorisi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık).
- ERDEN, Fazıl Hüsnü (2005), “Türkiye’de ‘İdeolojik Devlet’ Gölgesinde Yerli Bağımsızlığı Sorunu,” *Demokrasi Platformu*, Yıl 1, Sayı 2: 51-69.
- ERDOĞAN, Mustafa (2000), *Anayasa ve Özgürlük* (Ankara: Yetkin Yayınları).
- HEPER, Metin (1985), *The State Tradition in Turkey* (Walkington: Eothen).
- KOOPMANS, Tim (2003), *Counts and Political Institutions: A Comparative View* (Cambridge: Cambridge University Press).
- ÖDEN, Merih (2003), *Türk Anayasa Hukukunda Siyasi Partilerin Anayasaya Aykırı Eylemleri Nedeniyle Kapatılmaları* (Ankara: Yetkin Yayınları).
- ÖZBUDUN, Ergun (1983), “State Elities and Democratic Political Culture in Turkey,” DIAMOND, Larry (ed.), *Political Culture and Democracy in Developing Countries* (Boulder: Lynee Reiner).
- ÖZBUDUN, Ergun (1996), “Continuing Otoman Legacy and the State Tradition in the Middle East,” BROWN, I. Carl (ed.), *The Ottoman Imprint on the Balkans and the Middle East* (New York: Colombia University Press).
- ÖZBUDUN, Ergun (2005), “Siyasi Parti Kapatma Davalarında Türk Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Arasındaki Yaklaşım Farkı,” *Siyasi Partiler ve Demokrasi* (Ankara: Türkiye Barolar Birliği ve Ankara Barosu).
- ÖZBUDUN, Ergun (2006), “Anayasa Mahkemesi ve Ekonomik Politika,” *Fazıl Sağlam 65. Yaş Armağanı* (Ankara: İmaj Yayınevi).
- ULUSOY, Ali (2004), *Kamu Hizmeti İncelemeleri* (Ankara: Ülkü Kitapları).

(47. Makale - 2008)

Osman CAN

*Anayasa Yargısında Yokluk **

* Osman Can “Anayasa Yargısında Yokluk”, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, C. II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s. 175-215.

ANAYASA YARGISINDA YOKLUK

Osman Can*

Kendisi uluslararası üne sahip bir siyaset bilimcimiz olduğu halde, siyaset bilimi ile Anayasa hukuku disiplini birbirinden ayırarak Anayasa hukukunun öncelikle bir pozitif hukuk disiplini olduğunu hatırlatması, Özbudun’u geleneksel Türk Anayasa Hukukçularından ayıran en önemli özellik olsa gerek. Daha ilginç olanı da Germanofon olmadığı halde 20. yüzyılın en büyük Anayasa Hukukçusu olan Avusturyalı Hans Kelsen’i “örtülü” biçimde de olsa Anayasa hukuku disiplinine aktararak bir çelişkiyi gün ışığına çıkarmasıdır: 1961 Anayasası normlar hiyerarşisi ve bunun güvencesi olan Anayasa Mahkemesini kabul ederek Kelsen’in görüşlerini esas aldığı halde, bu Anayasa, ağırlıklı olarak idealizmi pozitif hukuka egemen kılmaya öncelik veren Anayasa Hukukçularının yorumuna ve kritik alanlarda bu gelenekten hiç ayrılmayan Anayasa Mahkemesinin uygulamasına terkedilmişti. Bu bakımdan Türk hukukçusunun bu çelişkiyi görmesini sağlayan Ergun Özbudun’un adı, kanımca, Anayasa hukuku doktrininde ideolojik tutumdan profesyonelliğe, geleneksellikten modernliğe, yerelliğe mahkûm siyasal misyonerlikten, norm dilini esas alan küresel hukukçuluğa geçişin sembolü olmayı hak etmiştir. Bu nedenle 2007 Anayasa Taslağının Mimarı olması yadırganmamalı... Doçentlik jürisinin başkanı olarak büyük hukukçu Bülent Nuri Esen’in cübbesini kendi eliyle bana giydirmesi onun alçak gönüllüğüne ve bilime sağladığı katkıdan duyduğu hazzı, ancak benim için de paha biçilmez bir onura kanıttır.

Türkiye’nin yeni bir döneme girdiği bu günlerde, Anayasa yargısının tartışılan bir sorunu olan yokluk konusunu incelediğim yazıyla Ergun Özbudun Armağanı’na katkı sunmaktan ayrıca onur duymaktayım.

A. Giriş ve Süreç

Türkiye’de “yokluk” tartışmaları 1970’ li yıllarda yargısal aktivizmi ortaya çıkaran siyasal koşullar ve aktörlere koşut biçimde yeniden alevlenmektedir. Devlet yönetimine ve idari yapılanmaya ilişkin hukuk, konjonktürel nedenlerle siyasal mücadelenin yalın bir aracına dönüşebilmektedir. “Hukuk” ile başlayan söylem ve gerekçelendirmelerin yalın siyasal mücadelelerin hukuksal kavramlar ve kurumlarla yürütülmesi ve siyasal tutumu her halükarda

* Doç. Dr. Anayasa Mahkemesi Raportörü, Ankara

haklılaştıracak “hukuksal” yorum yöntemlerinin tercih edilmesi bu tablonun ana rengini oluşturmaktadır. “Yokluk” tartışmalarını bu tablodan bağımsız olarak nitelendirmek olası değildir. 2002 öncesi dönemde Anayasa Mahkemesine denetimi yasaklama eğilimindeki akademik/hukuksal aktörlerin, sonrasında ve özellikle 2007’den itibaren basit hukuksal sorunlarda dahi “yokluk” tartışmalarını gündeme getirmesi herhalde başka türlü açıklanamaz.

Bu çalışma genel anlamda bir yokluk tartışmasından çok, Anayasa yargısında, özellikle Anayasa değişikliklerinde yokluk yaptırımı ve bunun anayasallık denetimindeki işlevselliği üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Anayasa değişikliklerine ilişkin yokluk tartışmaları belirli bir siyasal sürece bağlı olduğuna göre, bu süreci özetlemekte yarar vardır.

Bilindiği gibi, 2006 yılının son haftalarında ortaya atılan “Cumhurbaşkanı seçiminde ayrı bir toplantı yeter sayısının gerektiği ve bunun da Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu yani 367 olduğu” iddiasının bir siyasal parti adayının Cumhurbaşkanı seçilmesini engelleme potansiyelinin keşfedilmesiyle, bazı akademisyenlerce “hukuksal kılıf’a büründürülerek savunulması siyasal bir krizi tetiklemişti.¹ Bu iddianın darbe tehdidi gölgesinde hukuksal etkinliğe kavuşturulabiliyor olması ise Carl Schmitt’in “gerçek egemen”in kim olduğuna dönük “kararcılık/decisionism” tezinin kanıtlanmasından başka bir şey olmayacaktı.² Carl Schmitt “Her bir düzen bir karara dayanmaktadır... Her bir düzen gibi, hukuk düzeni de bir karara dayanmaktadır, ‘Kural’a değil” (Schmitt 1979, 16) önermesindeki “karar” tabii ki “istisnaya/olağanüstü hale karar verecek” organ/iktidar iradesinden başka bir şeyi anlatmamaktadır. Her bir hukuksal istisna durumunun doğası gereği devletin bekası için hukukun geri çekileceği, egemenin ise “istisna durumuna karar veren” olduğu biçimindeki temel önermeler herhalde yalnızca 1922 ve sonrası Weimar Almanya’sı için değil, bu günler için de söylenmiştir. Bu nedenle 367 kararının bu istisna durumuna ilişkin bir karar olma niteliği açıkken, hukuksal yönden analizi ya da hukuksak isabeti hakkındaki görüşler üzerinde durulmasına gerek yoktur. Süreç bir bütün olarak siyaset bilimi ve siyasi tarihin ilgi alanına girmektedir.

1 Bu iddia üzerine, iddianın hukuksal yönden geçersizliğine ve siyasal yönden doğurabileceği sakıncalara dikkat çeken ilk yazı için bkz. Osman Can. “Cumhurbaşkanlığı Seçimi” *Radikal* 2(31.12.2006). http://www.radikal.com.tr/ek_haber.php?ek=r2&haberno=6577.

2 Bu iddia hakkındaki bilimsel değerlendirmelerden bazıları için. (Eroğul 2007. 167; Turhan 2007, 379; Özbudun 2007-b. 236; Gözler ,2007, 17; Uluşahin Hazır 2007. 18; İyimaya 2007. 511; Batum 2007. 245; Yüzbaşıoğlu 2007-a, 259). Kararı olumlayan örnek bir yazı için bkz. (Sağlam 2007, 227). Yazar kendi pür siyasal duruşunu “‘hukuksal” biçimle savunurken, çalışmasında, kendi görüşleri karşısındaki tüm görüşleri açık ya da örtülü biçimde “*hukuk prof anlığı*” “*siyasal ve ideolojik*” tutum olarak nitelendirmektedir. Daha ilginç. Anayasa Mahkemesi kendi kararını dahi hukuksal argümandan çok siyasal kaygıyla gerekçelendirme yolunu seçtiği halde, yazar “367 eleştirimizi” değerlendirirken, “*Can’ın eleştirdiği görüşün daha sonra, raportör yargıç olarak çalıştığı Mahkemece benimsenmesi bu konuda kendisine anlamlı bir uyarı olmalıdır*” ifadeleriyle (s. 246) bizi - akademik bir yazıya kişisel tutumları yansıtmayı da göze alarak - uyarma görevini ihmal etmemektedir.

Anayasa Yargısında Yokluk

Türk Anayasa sisteminde yapısal bir değişiklik anlamına gelen Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi doğrudan doğruya 2007 yılının ilk yarısında yaşadığımız sistem tartışmalarının bir ürünü olsa da, bu tartışmaların yalnızca seçim prosedüründe yapılacak kısmi düzenlemelerle yetinmeyerek sistem değişikliğiyle sonuçlanması, yukarıda kısmen değinilen tarihsel ve siyasal nedenlere dayandırılabilir (Özbudun 2007-a, 267). Bu sonucun ortaya çıkmasında 1980 yılında Cumhurbaşkanının bir türlü seçilememesinin yarattığı sonuçların olumsuz etkisi önemli bir rol oynadığı gibi, Cumhurbaşkanının bürokratik etki alanından çıkarıp “siyaset”in etki alanına çekme yönünde güçlü bir siyasal eğilimin belirleyici olduğu, süreçteki kamuoyu tartışmaları ile Meclis tutanaklarından okunabilmektedir. Bu durumun farklı siyasal ve ideolojik duruşlara göre olumlu veya olumsuz olarak nitelendirildiğine rastlanmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 1.5.2007 tarihli meşhur “367-Kararı”nın³ ardından Cumhurbaşkanı seçiminin olanaksızlaştığı yönündeki siyasal görüşün ege-men olması üzerine türev kurucu iktidar TBMM’nin görev süresi ve Meclis toplantı yeter sayısına ilişkin düzenlemelerin yanında esas olarak Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesine olanak tanıyan bir Anayasa değişikliği sürecini başlattı.

10.05.2007 tarihinde bu değişiklik teklifi yasalaşarak esasen görev süresi dolan Cumhurbaşkanı Sezer’e gönderilmiştir. Yasanın Sezer tarafından 15 gün sonra iadesi üzerine TBMM değişiklik yasasını 31.05.2007 tarihinde ve 5678 sayılı Yasa olarak aynen kabul etmiştir. 15.06.2007 tarihinde Sezer tarafından imzalanan 5678 sayılı Yasa 16.06.2007 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Ancak Resmi Gazetede “halkoyuna sunulmak üzere” yayımlandığından, Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girmesi için referandumda kabul edilmesi gerekmiştir.

Bu Anayasa değişikliğinin erken genel seçimle aynı tarihte yapılabilmesi için 02.06.2007 gün ve 5682 sayılı Yasa ile 3376 sayılı Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanuna Geçici 6. madde eklenmiştir. Bu madde ile 5678 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında Yasanın referanduma sunulması durumunda, bu referandumun, yasanın yayımı tarihinden itibaren 120 gün yerine 45 gün sonra yapılması, sınır kapılarındaki oylamanın da 40 gün yerine 10 gün öncesinden başlaması öngörülmüştü.

Cumhurbaşkanı Sezer bu yasayı da 18.06.2007 tarihinde Meclise iade etmiştir. Bunun üzerine 22 Temmuzda iki sandık olanağı kalmadığı gibi, 5678 sayılı Yasanın bu sonucu sağlamaya dönük olduğu yasama belgelerinden anlaşılan (Çerçeve 6. Maddesinde düzenlenen) geçici maddeleri de tartışmalı hale gelmişti.

3 E. 2007/45, K. 2007/54. Kt. 1.5.2007. <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2007/K2007-54.htm>

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

5678 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkındaki Yasaya karşı gerek Cumhurbaşkanı Sezer, gerekse TBMM üyeleri (CHP) Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmıştır. Aynı TBMM üyeleri tarafından, yasa Resmi Gazetede yayımlanmadan “eylemli içtüzük ihdası” iddiasıyla iptal davası açılmıştır.

Anayasa Mahkemesinin 05.07.2007 tarihli kararıyla 5678 sayılı Yasaya karşı açılan iptal davası reddedilmiş, eylemli içtüzük değişikliğine karşı açılan iptal davası da “görevsizlik” nedeniyle reddedilmiştir. 5678 sayılı Yasanın 6. maddesiyle Anayasaya eklenen “11. Cumhurbaşkanının seçimine dair” Geçici 19. maddeye yönelik “yokluk” ve “iptal” istemleri de reddedilmiştir.

Anayasa Mahkemesi “yokluk” hakkında şu ifadeleri kullanmıştır: “Yokluk, bir normun var olmadığının ifadesidir. Yasalar bakımından, parlamento iradesinin olmaması, Cumhurbaşkanının yayımlama iradesinin bulunmaması, resmi gazetede yayımlanmaması gibi bir normun varlığının zorunlu koşulları bulunmadığı sürece «var» lıktan söz etmek olanaksızdır. Ancak, bunun dışındaki sakatlıklar, denetime tabi oldukları sürece, Anayasal denetimin konusunu oluşturabilirler.” Mahkeme yokluğu bir hukuka aykırılık sorunu olarak değil, aksine bir maddi varlık sorunu olarak ele almış, onun dışındaki tüm hukuka aykırılık iddialarını Anayasanın 148. maddesinde sınırlı sayıdaki iptal nedenleri kapsamına girmediği sürece reddedileceğini belirtmiştir.⁴

5678 sayılı Anayasa Değişikliğine İlişkin Yasa’nın 6. maddesiyle Anayasaya eklenen Geçici Madde 18 ve 19, 22 Temmuz seçimlerinden sonra da tartışma konusu olmaya devam etmiştir. Tartışma başlıklarını şu şekilde özetlemek olasıdır:

- Yeni Meclis seçildiğine göre Anayasa değişiklik paketi kadük olmuş mudur? (Lehte Yüzbaşıoğlu, 2007-b, 32; aleyhte Can 2007-a, 28.)
- Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesine dair bir Anayasa değişikliği halkoyuna sunulmuşken, TBMM’nin 11. Cumhurbaşkanını seçmesi olanaklı mıdır?
- Değişiklik paketinin referandumda kabul edilmesinin ardından Geçici Madde 19 nedeniyle mevcut Cumhurbaşkanının görev süresi sona erer mi?
- Anayasa değişikliğine ilişkin yasadan yalnızca iki geçici maddenin çıkarılmasıyla Cumhurbaşkanının görev süresiyle ilgili tartışma sona erer mi?

Son olarak geçici 19. maddenin 5678 sayılı Yasa metninden çıkarılmasıyla tartışmaların son bulacağına yönelik görüşler ortaya atılmış, aksi takdirde bir hukuk krizinin çıkacağına yönelik uyarılar yapılmıştır.⁵

4 E. 2007/72. K. 2007/68. Kt. 5.7.2007 <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2007/K.2007-68.htm>

5 CHP Genel Başkanı. 03.10.2007 tarihli Parti Meclisi Toplantısında yaptığı konuşmayla hukuk krizinin önüne geçmek için Referandum öncesi değişiklik yapılması gerektiğini söyleyerek iktidar partisine yeşil ışık yaktığına yönelik ifadeler basında yer almıştır. Aynı uyarı

Anayasa Yargısında Yokluk

Bir ölçüde bu uyarıların da etkisiyle 5697 sayılı Yasa ile 5678 sayılı Yasanın 6. maddesiyle Anayasaya eklenen Geçici 18. ve 19. maddeler çıkarılmış, ancak bu son yasama faaliyeti dahi CHP ve DSP'den oluşan 110 Milletvekilinin Anayasa Mahkemesinde dava açmasına ve “yokluğun saptanması”, kabul edilmezse “iptal” istemini ileri sürmesine engel oluşturamamıştır.

Bu başvurudaki esas istem, 5697 sayılı Yasanın “yok hükmünde” sayılmasıydı. Ancak dava dilekçesinin dayandığı görüşlere ve bu görüşlerin siyasal beklentilerine bakıldığında, siyasal kurgunun, verilebilecek bir “yokluk” kararıyla, referandumun iptalinin ya da geçersizliğinin sağlanması yoluyla, Cumhurbaşkanlığı seçim sürecini yenilemek olduğu anlaşılmaktadır.

Buna karşın Anayasa Mahkemesi 27.11.2007 tarihli kararında “yokluk” ya da “iptal” istemlerini büyük bir çoğunlukla reddetmiş, yokluk kavramını daha da somutlaştırma çabası içine girmiştir.⁶

B. Yasama ve Yokluk

Geleneksel kamu hukuku doktrininde, bir hukuksal işlemin, “çok ağır bir sakatlık” ile malûl olması durumunda, işlemin yok hükmünde olduğu kabul edilir (Gözler 2000, 949). Çok ağır sakatlık, işlemin ancak kurucu unsurların eksikliği durumunda ortaya çıkabilecektir (Aliefendioğlu 1997, 315). Yokluk, yasama, yürütme ya da yargı organlarının biri diğerinin yetki alanına tecavüz etmesi durumunda; Anayasadaki temel biçim ve düzenlemelerin tamamen göz ardı edilmesi yoluyla gerçekleşen biçimsel sakatlıklar durumunda tartışılabilir (Aliefendioğlu 1997, 314 vd.). Ancak Türk idare hukuku uygulamalarında yokluk yaptırımını herhangi bir pozitif-hukuksal temeli olmaksızın öğreti tarafından geliştirilip içtihatlarla yerleşmiştir. Dolayısıyla tamamen soyut ve sübjektif niteliğe sahiptir (Şahbaz 1999, 25). Doktrinde işlemin “geçerlilik” ile “varlık” koşulları arasında ayırım yapılmakta; geçerlilik koşullarının yokluğunun “iptal edilebilirliğe”, varlık koşullarının yokluğunun ise işlemin yokluğuna örnek verildiği (Erkut 1988, 71); fonksiyon gaspı, yetki gaspı, ağır ve bariz yetki tecavüzü ile sakat işlemler ile emredici şekil kurallarına uyulmadan yapılan işlemlerin yok hükmünde oldukları kabul edilmektedir (Günday 2002, 152). Ancak yokluk ile hukuksal bir incelmeyi gerektiren “yok hükmünde sayılma” durumları arasında ayırım yapılmadığı gözlemlenmektedir (istisna için Gözler 2003, 879, 897 özellikle 898). Danıştay’ın yok hükmünde olduğuna karar verdiği durumda dahi idari işlemi iptal etme yolunu tercih etmesi bu gerçeğe işaret eder (Gözler 2003, 902 vd.).

Anayasa yargısında da işlemi ortaya çıkaran iradenin yokluğu gibi varlık koşullarının bulunmaması anlamında “yokluk” dışında, işlemin varlık koşul-

MHP tarafından da dile getirilmiştir. Bkz.. 04.10.2007 günlü Gazeteler.

6 E. 2007/99. K. 2007/86. Kt. 27.11.2007. <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2008/K.2007-86.htm>

ları ve onu ortaya çıkaran irade bulunmasına rağmen, bazı biçim eksiklikleri nedeniyle var olan işlemin “yok hükmünde” sayılması gerektiği görüşleri dile getirilmektedir. Bu görüşte olanlar, daha çok idare hukukunun ilke ve esaslarından yararlanarak, Anayasaya aykırılığın açık ve ağır olması halinde “yok hükmünde sayma” yaptırımının uygulanması gerektiği görüşünü benimsemekte, Gözler’in ifadesiyle “*yokluk denetimi*” görüntüsü altında hukuka uygunluk denetimi yapılmamasını” savunmaktadırlar (Gözler 2003, 909).

Anayasa Mahkemesi de 17.09.1992 tarihli kararında “*Yönetim hukukunda yokluk, bir hukuksal işlemin hiç doğmamış, hukuk alemine çıkmamış sayılması sonucunu doğurur. Bu bağlamda, Anayasa yargısında yasama işlemlerinin yok sayılabilmesi ancak yetki ve görev gaspı ya da çok ağır biçim eksikliği durumlarında söz konusu olabilir*” ifadeleriyle⁷ idare hukukunda yürütülen tartışmaları, herhangi bir analitik incelemeye ve filtrelemeye tabi tutmaksızın, ayrıca yokluk ile yok hükmünde sayma arasında bir ayırım yapmaksızın doğrudan doğruya Anayasa yargısına aktardığı izlenimini vermiştir. Böyle olmakla birlikte, yokluğun saptanması istemlerine herhangi bir geçerlilik alanı da tanımamıştır. Yukarıda belirttiğimiz 07.05.2007 tarihli kararıyla olası yokluk nedenlerinin kapsamını önemli ölçüde daraltmıştır.

Gerek doktrindeki görüşler, gerekse 17.09.1992 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı “açık ve ağır anayasaya aykırılık” ölçütünün belirlenmesindeki güçlüğü aşamamaktadır.

Yasama yetkisinin genelliği yalnızca *intra constitutionem* (Anayasa çerçevesinde) konumu karşısında, ancak yasal yetkiyle var olan ve yasaların uygulanmasıyla sınırlı *secundum legem* ve *intra legem* (yasaya bağlı ve yasa çerçevesinde) bir disiplin olan idare hukukunda geçerliliği tartışılan bir kurumun, yasaların Anayasaya uygunluğunun denetlendiği bir alana aktarılması olanaklı mıdır? Kendisi yürütme ve yargı organları için “yetki” yaratan organ olan yasama organı için “idari merci”ye atfedilebilecek hukuksal sakatlıklar geçerli mi ya da ne oranda geçerli olacaktır? Her şeyden önce Anayasa değişikliklerinin denetiminde uygulanma yeteneği olabilir mi? Bu sorulara aşağıda değinilecektir.

Kıta Avrupası Anayasal sistemleri anayasallık denetiminde yaptırım olarak yokluk ya da yok hükmünde sayılma değil, iptal kurumu kabul edilmektedir (Gözler 2000, 951). Normlar için Anayasaya aykırılığın başlı başına “ağır” bir ihlal olmaları nedeniyle baştan itibaren geçersizlikleri, dolayısıyla “yok hükmünde”⁸ oldukları görüşünün yansıma bulduğu tek Anayasa Mahkeme-

7 E. 1992/26, K. 1992/48, Kt. 17.09.1992. <http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1992/K1992-48.htm>

8 Alman Anayasa yargısında “Nichtigkeit” kavramı maddi yokluğun ifadesi olan “yokluk” kavramının karşılığı değil, normun ya da (Anayasa şikâyetine konu ise) idari işlemin baştan itibaren geçersiz olduğu saptamasını içeren “yok hükmünde” kavramının karşılığı olarak anlaşılabilir. Bu şekilde *sonuçları itibarıyla* esasen geriye etkili bir iptal kuruntuna benzemektedir.

Anayasa Yargısında Yokluk

si -saptadığımız kadarıyla- Alman Anayasa Mahkemesidir. Alman Anayasa Mahkemesi yokluğa hükmederken, “yasa Anayasaya aykırıdır, o halde yok hükmündedir”⁹ ifadesini kullanarak, söz konusu yasanın baştan itibaren (ex tunc) ve herhangi bir işleme gerek kalmaksızın (ipso iure) geçersiz olduğu saptamasını yapmaktadır (Schlaich 1997, 262). Ancak bu yetki hukuk genel teorisinden doğan bir yetki olmayıp, doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesi Yasasının 78., 79. ve 100. maddelerinde pozitif hukuksal temellere dayanan bir yetki niteliğindedir. Bu yetki Anayasaya aykırılığı saptanan bir normun “yok hükmünde sayılması” ya da “yok edilmesi” biçiminde inşai/kurucu yetki olmayıp, yalnızca “yokluğun saptanması” biçiminde ihzari/açıklayıcı bir yetkidir (Schlaich 1997, 262).

Bu yetkiye rağmen, “yokluk” kurumunun ağır sonuçlarını gören Alman Anayasa Mahkemesi önce içtihat yoluyla, anayasaya aykırı gördüğü bir yasanın yokluğunu saptamadan, “aykırılığın saptanması” ile yetinen karar biçimini türetmiştir. Bu yaklaşım uygulamada ve anayasa doktrininde kabul edilmiştir (Schlaich 1997, 270 vd.) Yokluk kavramının “iptal” nedenlerinden daha ağır bir hukuka aykırılık olarak tasarlanmadığı, başka bir anlatımla “iptal” kurumuna alternatif olarak düşünülmediği, aksine Anayasaya aykırılığın genel yaptırımı olarak kabul edildiği açıktır.

Anayasa Mahkememizin de dâhil bulunduğu Avrupa’daki egemen sistemde (Brunner 2001), Hans Kelsen’in görüşleri çerçevesinde yalnızca iptal kurumu benimsenmiştir. Kelsen’e göre anayasaya aykırı normlar daima anayasaya uygun, ancak özel bir usulle kaldırılabilir normlardır (Kelsen 1960, 278). Bu yaklaşım tabii ki anayasaya aykırı bir normun ve bu norma dayanılarak yaratılan hukuksal ilişkinin genel olarak değil, yalnızca istisnai olarak geçersiz ve iptal edilebilir olmaları gerektiğine ilişkin pratik akla da uygundur (Brunner 1993, 849). Bu nedenle Anayasaya aykırılıkları özel yetkili bir Anayasa Mahkemesi tarafından saptanmadığı süreçte, yasaların anayasaya uygunluğu karinesi geçerlidir. İptal karineyi ortadan kaldırır ve hukuk düzenine güven ilkesi gereği olarak da geleceğe doğru (*pro futuro*) etkili olur. Bunun tek istisnası ceza hukuku alanında söz konusudur. Bazı ülkeler bu istisnayı pozitif-hukuksal bir temele kavuştururken (Brunner 1993, 849), ülkemizde bu istisna ceza hukukunun genel ilkelerine göre geçerli kabul edilmektedir. Bunun nedeni hukuksal güvenliğin ceza adaleti karşısında geçerliliğinin olamayacağı düşüncesidir.

Normlar hiyerarşisini benimseyen Türk Anayasa Hukuku geleneğinde Anayasanın bağlayıcılığını belirleyen 11. maddenin yaptırımı “iptal” olarak belirlenmiştir. Bir Anayasaya aykırılık yaptırımı olarak yokluk 1961 Anayasasında kabul edilmemiştir. Bu dönemde doktrinde ileri sürülmüş olmasına (Aksoy 1975, 1232)¹⁰ ve Anayasa Mahkemesince bir kararda kabul edilmiş

9 Örneğin BVerfGE 1, 14 (37): 61, 149(151).

10 Yazar 1971 değişiklikleriyle Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliklerini denetleme yetkisinin kısıtlanmasını, değişiklik önerisinin Yürütme organından gelmesini, bir bakı-

olmasına rağmen,¹¹ 1982 Anayasasında da kabul edilmemiştir. Aksine bir tutumla Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisi daha da daraltılarak üç temel biçim aykırılığının denetimine indirgenmiştir. Bu açıdan bakıldığında Türk Anayasa hukuku sisteminde, ancak işin esasının incelenmesi yoluyla ulaşılabilecek inşai/kurucu nitelikteki “yok hükmünde sayılma” kurumunun Anayasaya aykırılığın herhangi bir yaptırımı olarak kabul edilmediği, böyle bir kurumun olabilirliğine ilişkin ayrıca bir tartışma yapılmasının abesle iştigalden öte bir anlam taşımayacağı açıktır.

Anayasa Mahkemesi yasaların Anayasaya uygunluğunu denetlerken “yok hükmünde sayılma” kurumuna başvurulmasına yönelik önerilerin kimi mahkeme üyeleri tarafından seslendirildiği ve iptal kararlarında karşı oy olarak etkinlik kazandıkları bilinmektedir.¹² Ağırlıklı olarak kamuoyunda “kıyak emeklilik” olarak bilinen milletvekillerine kolay ve ayrıcalıklı emek-

ma dikte edilmesini ve mecliste bağlayıcı grup kararının alınmasını yetki gaspı olarak nitelendirmekte ve yokluk yaptırımını önermektedir. Anayasa Mahkemesinin Anayasa değişikliklerini denetleme yetkisinin ilk defa 1971 değişiklikleriyle pozitif hukuksal dayanağa kavuşturulduğunu belirtmekle yetinelim.

- 11 E. 1970/40. K. 1971/73. Kt. 19.10.1971, AYMKD 10, 36 (43 vd.). DP’li siyasetçilere getirilmiş bulunan siyaset yasağını kaldıran 1188 sayılı Yasanın iptali ardından (E. 1970/1. K. 1970/31. Kt. 16.6.1970, AYMKD 8, 313) bu değişikliklere uygunluk sağlamak amacıyla Milletvekili Seçim Yasasında 1249 sayılı Yasa ile yapılan değişikliklerin de iptali için dava açılmıştır. Bu davada Mahkeme, 1249 sayılı Yasa Anayasa değişikliği iptal kararından önce yürürlüğe girdiğinden ve Anayasanın 152. maddesinde 1971 yılında yapılan değişiklikle iptal kararlarının yürürlüğe girmesi için Resmi Gazetede yayım koşulu getirildiğinden yeni bir formül geliştirmiştir. Önceki kararında *Anayasa değişikliklerini* de “yasa” olduklarından denetleyebileceği gerekçesiyle inceleyip iptal ederek olağan “iptal” kurumunu kabul eden Mahkeme, “olağan yasa” niteliğindeki Seçim Yasasını incelediği kararda, karara bağladığından dolayı artık derdest olmayan Anayasa değişikliği hakkında yeniden karar verme yolunu seçerek, daha önce iptal ettiği Anayasa değişikliğinin aslında «yok hükmünde» olduğunu karara bağlamıştır. Bu formülle Anayasa değişikliklerini baştan itibaren hükümsüz kılarak, elindeki yasaı iptal edebilme olanağını kendisi yaratabilmiştir. Bu kararda Anayasanın şekil açısından denetimin yaptırımının ne olduğu konusunda bir boşluk bulunduğu saptamasının (s. 43) ardından kendisi medeni hukuk ile idare hukukundaki kesin butlan kavramını kıyas yoluyla Anayasa yargısına uygulamıştır. Ancak Anayasanın 147. maddesindeki “Anayasaya aykırılığın” yaptırımının 149. madde açıkça “iptal” olarak düzenlendiği ve “iptal edilen” yasama tasarıflarının 152. maddedeki açık hüküm gereği ancak “iptal kararı tarihinde”, bu maddede 1971 yılında yapılan değişikliğin ardından “iptal kararının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte” yürürlükten kalkacağı açıkken, Mahkemenin bu kararla birkaç açıdan Anayasa ihlali gerçekleştirdiği ortaya çıkmaktadır. İlk olarak elinde derdest olmayan bir konuda hüküm vermiştir. İkinci olarak Anayasanın ihlal yaptırımı olarak öngördüğü kuramları bir kenara iterek, bunlara aykırı yeni yaptırım mekanizmaları yaratmıştır. Bu yeni kurumu yaratırken, yine “*Anayasanın ruhu ve özü*” kavramlarına dayanmıştır. Dolayısıyla bu kavramların Mahkemenin Anayasayı ihlal etmesinin gerekçesi olarak işlev gördüklerini söylemek olasıdır.
- 12 Muammer Turan’ın karşıoyu, E. 1988/11. K. 1988/11, Kt. 24.5.1988, AYMKD 24. 138 (170 vd.); Mustafa Bumin’in karşı oyu, E. 1996/4, K. 1996/39, Kt. 17.10.1996, AYMKD 32/2, s. 825 (844 vd.); Yalçın Acargün, Mustafa Yakuboğlu, Fulya Kantarcıoğlu ve Mustafa Bumin’in karşıoyları E. 1996/51. K. 1998/17, Kt. 13.5.1998, AYMKD 35/1. s. 168 (175 vd.); Mustafa Bumin ve Fulya Kantarcıoğlu’nun karşı oyları E. 1998/58, K. 1999/19, Kt. 27.5.1999, AYMKD 36/1, s. 436 (485 vd.) ve son olarak Fazıl Sağlam’ın biçim yönünden iptal edilen 5272 sayılı Belediye Kanununun henüz varlık kazanmaması temelinde yok hükmünde olduğuna ilişkin karşıoyu E. 118/2004. K. 8/2005, Kt. 18.1.2005, AYMKD 41. s. 391) 383 vd.).

lilik olanağı getiren yasaların iptal edildiği kararlarda bu görüşler savunulmuştur.¹³ Ancak idare hukuku doktrininin ödünç alınarak oluşturulan bu görüşlerde yokluk iddiasının dayandığı “yetki” ya da “fonksiyon gaspı” ile “ağır aykırılık” ölçütleri oldukça sorunludur. Bir kere “ağır ya da hafif” ayırımı yapmaksızın anayasaya aykırılığın yaptırımı Anayasada açıkça “iptal” olarak belirlenmiştir. İkinci olarak yasama organının nasıl ve hangi organın yetkisini/fonksiyonu gasp ettiği açık bir şekilde ortaya konmamakta ancak 153. maddeye aykırılıkla temellendirildiği anlaşılmaktadır. Son olarak apriori denetim dışında herhangi bir denetim olanağı tanımayan Fransa Anayasa hukuku doktrininde yapılan bir tartışmanın, bu sistemle hiçbir paralellik taşımayan Türk Anayasa hukuku uygulamasına aktarma çabasının sakıncaları dikkatlerden kaçmaktadır. Fransız Anayasa Sisteminin a posteriori denetim aracı olan “iptal” kurumunu tanımaması¹⁴ ve organik yasalar dışında anayasal denetime elverişli tüm yasaların Anayasa Konseyine intikal zorunluluğu bulunmaması (Kaboğlu 1994, 42, Dipnot 3) nedeniyle “ağır fonksiyon ya da yetki gaspı” durumunda bir şekilde hukukun üstünlüğüne geçerlilik tanımak kaygısıyla üretilen bir teorinin, bir yorum yöntemi olarak karşılaştırmalı hukuktan yararlanma koşullarına uyulmaksızın birebir Türk Anayasa hukukuna aktarılması, Anayasanın öngördüğü sistemleri işlemez hale getirmek gibi oldukça tehlikeli sonuçlar yaratabilecektir.¹⁵

Aynı sakıncalar idare hukuku doktrininde ileri sürülen görüşlerin Anayasa yargısına aktarılmasıyla da ortaya çıkabilir. *Azrak*’ın görüşlerini esas alarak açıklarsak; bir Yasama Meclisinin yasama süreci içinde uyacağı usuller ve Cumhurbaşkanının yasayı inceleme ve yayımlama yetki ve usulü göz önünde tutulursa, bu konuda idare hukuku ile paralellikler kurarak oradaki yaptırımları Anayasa yargısına aktarmağa kalkışmanın, teorik ve pratik açıdan pek isabetli olmayacağı anlaşılar. Bir idare ajanının yapacağı idari işlemle, parlamentonun yapacağı bir yasama işlemini aynı güçte ve düzeyde düşünmek doğru olmaz. Hele, tümüyle ayırık ve olağandışı Anayasaya aykırılık hallerini, yokluk yaptırımının genel ve yaygın bir biçimde uygulanması için bir çıkış noktası olarak almak isabetli görünmemektedir. Esasen Anayasaya aykırılığın, yasanın baştan beri “ipso iure” yok sayılmasına yol açacağı kabul edi-

13 3430 sayılı Yasa iptal davasına konu olduğu halde, 4049 sayılı Yasa “itiraz” yoluyla Anayasa Mahkemesine gelmiştir. Milletvekillerinin emekliliklerine ilişkin bir kuralın, bir Emekli Sandığı iştirakçisinin açtığı davada uygulanacak kural olarak kabul edilmesiyle, denetim olanağının yaratılması ayrı bir tartışmanın konusunu oluşturmaktadır. Aynı durum 4104 sayılı Yasa ile 4234 sayılı Yasaların iptal edildiği kararlarda da söz konusudur.

14 Fransız Anayasa Konseyi yasaların denetiminde yalnızca Anayasaya uygunlukları hakkında bir karara varıp “anayasaya uygun olup olmadığını” açıklıyor (Şahbaz 1999, 31).

15 Anayasa yargısında yokluk tartışmasının Frankofon Anayasa ve idare hukuku geleneğine referansla savunuluyor olması ve aynı ekole mensup ya da yalnızca bu görüşlere referans veren anayasa yargıçlarının yukarıda değinilen karşı oyları dikkate alındığında, bu tartışmanın esasen bir “Türk Anayasa Hukuku tartışması” olmadığı rahatlıkla anlaşılabılır. Bu çalışmalara örnek olarak (Yüzbaşıoğlu 1996, 188; Aliefendioğlu 1997, 313; Şahbaz 1999, 31; Yıldırım 1994, 19; Sarica 1944, 1191; Tandoğan 1976, 33; Erkut 1988, 69).

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

lirse, o takdirde Anayasaya uygunluk denetimi yapacak ve bu konuda karar verme tekeliyle donatılmış Anayasa Mahkemesine de ihtiyaç kalmayacaktır. Çünkü yokluk, bütün mahkemelerin bir kararla saptayabileceği bir hüküm-süzlük halidir (Azrak 1984, 156).

Anayasa yargısında yokluk tartışması, Anayasa Mahkemesince iptal edilen düzenlemenin yeniden kabul edilmesi karşısında Anayasanın 153. maddesine aykırılık ile de temellendirilmektedir. Bu görüşe göre Anayasanın 6. maddesi gereği hiçbir organ kaynağını Anayasadan almayan bir yetkiyi kullanamaz. Anayasanın 153. maddesinin 2. fıkrası uyarınca Anayasa Mahkemesince iptal edilen bir düzenlemenin yasama organınca yeniden kabul edilmesinin egemenliğin kullanılmasının hukukla sınırlı olduğunu belirten 11. maddesine de aykırılık oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi kararlarına karşın aynı içerikli yasama faaliyeti. Mahkeme kararının etkisizleştirilmesine yol açtığından bir yetki gaspı niteliğindedir. Yasamanın hukukun mutlak egemenliğine tabi olması hukuk devletinin bir gereğidir (Karşı oylara atfen Şahbaz 1999,39).

Birinci olarak hukukun mutlak egemenliği, sosyolojik bir olgu olan hukukun ancak toplumsal taleplerce ortaya çıkabileceği, hukuk idesinin toplumsal diyalektik sonucunda toplumsal gerçeklikçe belirleneceği gerçeği karşısında oldukça metafizik ve tanrısal bir söylemi çağrıştırdığından dolayı kabul edilemez. Egemenlik özgür bireylerin özgür seçimiyle ortaya çıkan toplum ve ulusun olup, kullanımı yine toplumsal/ulusal katılım yoluyla, yani demokratik kuramlarla sağlanabilir. Hukuk ise bu süreçte ortaya çıkan normlar sistemidir. Herhangi bir mutlaklığı yoktur, dogmatik değildir, tarihsel, ekonomik ve siyasal koşullara göre değişkendir/değişken olması gerekir.

İkinci olarak hukukun üstünlüğü, yargıcın ya da heyet halinde çalışan bir mahkemedeki çoğunluğun kararının üstünlüğüne indirgenemez. Hukukun üstünlüğü yukarıda belirtildiği gibi toplumsal talep ve çıkar çatışmalarının belirli bir demokratik katılım yoluyla ortaya çıkan rasyonel normların herkesi bağlayıcılığı anlamına gelir. Bu bağlayıcılık evleviyetle yargıyı ve yargıcı bağlayıcıdır. Hukuku yaratan ve ne olduğunu belirleyen aktörler yalnızca yargıçlar ve mahkemeler değil, öncelikle yasama organı ve düzenleyicilik işleviyle yürütme organıdır. Hukuk kaynağını tanrıdan almayıp toplumsallık ilişkisinden aldığına ve bu ilişkinin doğrudan yansıması demokratik katılımlı yasama iktidarı olduğuna göre hukuksal bağlayıcılık ve emrediciliğin kaynağı toplumdur. Yargıç/mahkeme toplumsallık ilişkisi kopmuş yersel ya da gök-sel tanrılar adına hükmeden bir Şeyhülislam değil, adaleti toplumsal direktif gereği tesis etmekle memur bir merciidir. Hukukun üstünlüğü metafizik bir söylem, mutlak yetkiler sunan bir irade değil, yaşama geçirilmesi zorunlu ağır bir sorumluluktur.

Üçüncü olarak 153. maddesindeki “Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama organını bağlayıcılığı” gerçekte, Anayasa Mahkemesince ya da doktrinde anlaşıldığı biçimde bir geçerliliğe sahip değildir.

Anayasa Yargısında Yokluk

Anayasalar ilkesel nitelikte olup, bu nitelikleriyle, yorum yoluyla sosyal ve siyasal gerçekliklere paralel gelişim sağlarlar. Yorum, Anayasaların bu gerçekliklerin gerisinde kalarak “Anayasa krizlerine” yol açmasını engelleyici bir pozitif hukuksal işlevdir. Anayasalar, olağan normlardan bu nitelikleriyle ileri düzeyde ayrılırlar. Başka bir anlatımla, olağan yasalar daha kolay değiştirilebildiklerinden, özellikle bireysel özgürlüklere güvence sunma ereğine uygun olarak somut ve kesin hukuksal veriler içerebilirler. Özgürlük ve güvenlik gereksinimi yoruma öncelik kazanabilir. Siyasal ve sosyal gerçekliklerdeki dönüşüm hızlı yasa değişiklikleriyle karşılanmış olur. Ancak Anayasalar aynı zamanda siyasal düzenin normatif meşruiyetini de sağladıklarından hızlı değişimlere açık değildirler. Bununla birlikte toplumsal dinamizme yanıt verebilmesi için de ilkesel nitelikte kurallar içermektedir. İlkesellik, Anayasanın Anayasa Mahkemesi yorumuyla toplumsal ve siyasal gerçekliklerin dinamizmine uydurulmasını olanaklı kılarken, diğer yandan da, demokratik siyasal iktidarların programlarını katı Anayasa kurallarıyla karşılaşmaksızın, Anayasanın sunduğu normatif *çerçeve* içinde gerçekleştirebilmelerini sağlar. Buna *siyasal karar organların toplumsal talepleri karşılama işlevi* diyebiliriz. Ayrıca ilkesellik Anayasa Mahkemesine yorum yoluyla Anayasanın geliştirilmesine olanak tanırken, diğer yandan yasa koyucunun Anayasanın yasalarla somutlaştırıp yaşama geçirmesine de olanak tanır. *Bu da Anayasayı somutlaştırma işlevi* olarak tanımlanabilir. Anayasa Mahkemesi her iki demokratik işlev karşısında yalnızca Anayasanın normatif çerçevesini koruma işlevi üstlenir. Bu düzenek Anayasal düzenin ve bu anayasal düzen üzerine kurgulanmış siyasal düzenin demokratik meşruiyetini de sağlar. Demokratik denetim yoluyla halkın siyasal iktidarı denetleyebilmesi, ancak bu iktidarların ilkesel nitelikteki Anayasalar çerçevesinde kendi siyasal, ekonomik ve sosyal programlarını gerçekleştirebilmelerine bağlıdır. Bu hareket alanına sahip olmayan siyasal iktidarların halka hesap vermeleri de anlamsız kalmaktadır. Uygulayacakları programlar konusundaki hareketsizliklerinin nedenleri olarak yargı organlarının gösterilmesinin, ülkeyi daha farklı krizlerle karşı karşıya getirebileceği, özellikle halk ile yargı arasında bir gerilime yol açabileceği de dile getirilebilir.

Anayasalar doğaları gereği ilkesel nitelikte olduklarına göre, Anayasayı yorumlayan organların ulaştıkları Anayasaya aykırılık yargılarının da bu ilkesellik çerçevesinde meşrulaştırma zorunluluğu doğmaktadır. Anayasaların kendileri mutlak hakikat kategorileri içermezken, onu uygulayan organların mutlak ve değişmez hakikat kategorileri türetmeleri haydi haydi olanaksız olmak gerekir. Anayasa Mahkemelerinin ulaşacakları *yargısal* sonuçlar, belirli bir dönemin sosyal ve siyasal gerçekliklerince belirlenen ve bu gerçeklikler üzerine kurgulanan normatif analizlerden oluşmaktadır/oluşmak zorundadır. (Rousseau 1992, 110’a atfen Şahbaz 1999, 44). Bu gerçekliklerde toplumsal ve siyasal dinamizmin zorunlu sonucu olarak yaşanacak değişimler, Anayasal normların içeriklerinin yorumlanmasında da değişimleri zorunlu kılar. Anayasanın ilkesel direktifleri süreç içinde anlam dönüşümü yaşarlar. Kuşkusuz

bu dönüşüm Anayasadaki somut normlardan soyut ilkelere doğru genişleyen bir eğilim gösterirler. Açık bir ifadeyle temel haklara ilişkin bir normatif veri ile sosyal haklara dönük bir normatif verinin sosyal gerçekliklerden etkilenme ve dönüşme eğilimi birbirinden farklıdır. Özellikle siyasal karar organlarının takdir alanlarına ilişkin bir Anayasal düzenlemenin sosyal ve siyasal gerçeklikteki dönüşümden daha çok etkileneceğini, bunun aynı oranda Anayasa Mahkemesinin denetim olanağını daraltacağını belirtmek gerekir.

Anayasanın ilkesel niteliğinde doğal olarak yaşanan bu dönüşümün, Anayasanın belirli bir zaman dilimindeki anlayışa göre belirlenmiş Anayasa Mahkemesi içtihadını etkilemesi kaçınılmaz olacaktır. Yukarıda ifade edildiği gibi, dinamik Anayasal yapı karşısında Anayasa Mahkemesi içtihatlarının statik olması düşünülemez (Aliefendioğlu 1997, 234). Anayasa Mahkemesinin 1985¹⁶ yılından itibaren yabancılara mülk satışı konusunda ve 1994 yılından itibaren “özelleştirme” konusunda verdiği ve “*adı konulmamış yerindelik denetimi*” olarak nitelendirilen (Özbudun 2006, 331) kararların ekonomik, sosyal ve siyasal niteliği açıktır. Bu nitelikteki anayasal düzenlemelerde olduğu gibi, Anayasa Mahkemesinin bu düzenlemeler temelinde ulaştığı yargısal sonuçlar da süreç içinde dönüşebilir.¹⁷ Anayasal düzenlemeler Siyasal karar mekanizmaları ile Anayasa Mahkemesi arasında birincilerin lehine sonuçlanan çatışmada dinamikliği zorlayıcı bir etkiye sahip olsa da (Özbudun 2007-a, 263) Statikleşmiş Anayasal içtihadın, belirli bir süre içinde istikrara hizmet edeceği düşünülebilir, daha sonra siyasal ve sosyal gerçekliklerce güncellenen anayasal tercihlerin gerisinde kalması ve Anayasa krizine yol açma riski doğabilir. Anayasa Mahkemesinin 153. maddeye dayalı olarak verdiği iptal kararlarının ağırlıklı olarak *ileri düzeyde dinamik olan ekonomik alana ilişkin* olması başlı başına 153. maddenin normatif gücünün zayıflığına ve isabetsiz kullanımına kanıt niteliğindedir. Anayasa Mahkemesinin temel işlevi Anayasayı korumaktır. Anayasanın korunması ise, öncelikle onun geliştirilmesi yoluyla olanaklıdır.

Bu nedenle Anayasanın 153. maddesi, ancak yeniden gerçekleştirilecek bir Anayasallık denetiminin ardından, daha önceki kararlara benzer sonuçlara ulaşılması ve eldeki düzenlemenin aynı nitelikte hükümler içermesi durumunda işlevsellik kazanabilir. Başka bir anlatımla, Anayasaya aykırılığı hakkında yapılacak yeni bir incelemenin ardından,¹⁸ kuralın Anayasaya aykırılığının devam ettiği saptanabiliyorsa, aynı zamanda Anayasanın 153. maddesine aykırılık sonucuna da ulaşılmalıdır. Ancak bu yöndeki bir saptamanın kurucu niteliği bulunmayacaktır. Bu sonuç Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığını ortadan kaldırmamakta, yalnızca Anayasaya aykırılık saptama-

16 E. 1984/14, K. 1985/7, Kt. 13.06.1985. AYMKD 21. 153.

17 1994-2005 döneminde Telekom’un özelleştirilmesine ilişkin kararlarda bu değişim rahatlıkla görülebilir (Can 2008).

18 Hemen belirtmek gerekir ki, bu yeni incelemenin bir Anayasaya uygunluk incelemesi niteliğinde olması, başka bir anlatımla *eski Anayasa Mahkemesi kararlarına uygunluk incelemesi* niteliğinde olmaması gerekir.

Anayasa Yargısında Yokluk

masının “ultima verba” (söylenmiş ve söylenecek son söz!) olmadığına, Anayasal dinamizme paralel olarak Anayasa yargısal dinamizmin gerekliliğine işaret etmektedir. İptal istemi reddedilen bir düzenlemeye karşı yeniden başvuru için 10 yıllık sürenin geçmesini zorunlu kılan 152. maddesini de yasama iradesi ve işlevine verilen önemin ifadesi olarak okumak gerekir.

Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı konusunda öykündüğümüz Alman Federal Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı ilginçtir. Anayasamızın 153. maddesinin 2. fıkrasındaki kuralın benzeri Alman Anayasa Mahkemesi Yasasının 31. maddesinde de yer almaktadır. Alman Anayasa Mahkemesi ilk kararlarının birinde “bir yasayı anayasaya aykırı bulan bir kararın, temel gerekçeleriyle birlikte tüm anayasal organlarının benzer içerikteki yeni yasa girişimlerini yasakladığı” anlamına geleceği görüşünü dile getirmiştir.¹⁹ 2. Dairenin savunduğu bu görüşün, konusu “norm tekrarlama yasağı” ile ilgili olmayan bir davada kullanılan “obiter dictum” niteliğindeki bir açıklama olduğu saptamasını yapan 1. Daire 6.10.1987 tarihinde verdiği kararla bu görüşü çürütmüştür. “Hüküm” ile “bağlama etkisi” arasında ayrım yaparak, bağlama etkisinin ne kendisini ne de yasa koyucuyu bağlayıcı olamayacağını vurgulayan Federal Anayasa Mahkemesinin bu yeni içtihadına göre söz konusu madde, yasa koyucunun düzenleme yetki ve sorumluluğu uyarınca gerekli gördüğü aynı ya da benzer içerikte bir yasayı yeniden kabul etmesine engel değildir. Gerekçede şu görüşler yer almaktadır: “Yasama organı, yürütme ve yargı erkine nazaran 20. maddenin 3. fıkrası uyarınca yasayla değil, o erkleri de bağlayıcı yasama iradesi olarak anayasal düzen ile bağlıdır. Federal Mahkemeyi de bağlayıcı etkiye sahip olmadığı gibi, bu etki, yasa koyucunun gerekli gördüğü takdir yetkisi ve sorumluluğunu benzer içeriğe sahip yeni bir yasal düzenlemeyle yerine getirmesine engel oluşturmaz.”²⁰ Karara göre “Bu değerlendirme, demokratik meşruiyete sahip yasa koyucunun hukuk düzenini değişen sosyal koşullara ve düzen tasavvurlarına uyarlama biçimindeki özel sorumluluğuna da uygun düşer. Bu değerlendirme aynı zamanda Anayasa Mahkemesinin hukuku koruma yetkisinin işlevsel ve kurumsal sınırlarını, yani Anayasa Mahkemesinin yasa koyucu işlemlerinin yalnızca Anayasaya uygunluğunu denetleyeceği ve anayasa yargısal içtihatlarla uygunluğunu denetlemeyeceği, kendi içtihadını da kendi girişimiyle düzeltemeyeceği gerçeğine de uygun düşmektedir; bu değerlendirme Anayasa Mahkemesinin Anayasayı hukuksal yönden bağlayıcı biçimde yorumlama ve hukuksal koruma sağlama ödev ve yetkilerini tehlikeye almaksızın, hukuksal gelişmenin sosyal hukuk devletini esas alan demokrasiyle bağdaşmayacak biçimde dondurulmasına da engel oluşturmaktadır.”²¹

Federal Anayasa Mahkemesi bir Eyalet yasasını incelediği sonraki bir kararında, yasama organının daha önce Anayasaya aykırı görülen bir düzenle-

19 BVerfGE I, 14 (37). Anayasa Mahkemesinin kararında dayandığı Federal Anayasa Mahkemesi Yasasının 31. maddesinin I. fıkrasına göre “Federal Anayasa Mahkemesinin kararları Federasyon ve Eyaletlerin anayasal organları ile tüm mahkemeleri ve idari mercileri bağlar.”

20 BVerfGE 77. 84(103 vd).

21 BVerfGE 77. 84(104).

meyi aynı içerikte düzenleyebileceğini, ancak incelenmiş norma esas teşkil eden olgusal ve hukuksal ilişkiler ve yaklaşımlarda bir değişiklik yaşanmış olmadığı, en azından yasa koyucunun bu konuda bir değerlendirme yaptığı- nın anlaşılamadığı durumda, Mahkemenin aynı hukuksal sorunları yeniden esas almasına bir engel bulunmadığını belirtmiştir.²² Bu karar Federal Anayasa Mahkemesinin aynı normu incelerken “norm tekrarlama yasağı” görüşüne dönüş yaptığı biçimde yorumlanması olanaksızdır (aksi yönde Kanadoğlu 2004, 281). Zaten böyle bir yasağın bulunmadığını kararın kendisinde açıkça vurgulayan Mahkeme, kendisinin hangi koşullarda benzer hukuksal değerlendirmeleri esas alabileceğini açıklayarak, bir bakıma vardığı Anayasaya aykırılık sonucunun 1987 tarihli ilke kararma uygun olduğunu vurgulamıştır.

Anayasal sistemimizde anayasallık denetiminin konusu olan yasaların “yetki ya da fonksiyon gaspı” dâhil olmak üzere tüm Anayasaya aykırılıkların “iptal” yaptırımına tabi olduğu Anayasanın 11., 148. ve devamı maddelerinde açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla yaptırımı öngörülmüş olan bir aykırılığın, Anayasanın bu açık iradesi bir kenara bırakılarak daha ağır bir yaptırım niteliğindeki “yokluk” ile giderilmeye çalışılması Anayasayla bağdaşması olanaksız bir çabadır. Anayasa koyucunun geleceğe etkili (*pro futuro*) bir iptal kurumunu benimseyerek göze aldığı, yürürlük ve iptal kararı arasında geçecek sürede Anayasaya aykırı bazı yasaların etki ve sonuç doğurması gibi, göreceli olarak daha az önemli gördüğü sakıncalar (*collateral damages*) anayasal bir sistemin devre dışı bırakılmasının gerekçesi kılınamaz. Bu hukuksal güvenliğin de zorunlu bir sonucudur. Anayasa Mahkemesi 12.12.1989 tarihli bir kararında “Anayasa’da, iptal kararları idarî davalarda olduğu gibi düşünülmemiş ve iptal edilen kuralın baştan beri geçersiz duruma geldiği esasî benimsenmemiştir. Türk Anayasal sisteminde Devlete güven ilkesini sarsmamak için iptal kararlarının geriye yürümezliği kuralı kabul edilmiştir. Böylece hukuksal ve nesnel alanda etkilerini göstermiş, sonuçlarını doğurmuş bulunan durumların, iptal kararlarının yürürlüğe gireceği güne kadar ki dönemi için geçerli sayılması sağlanmıştır”²³ ifadeleriyle bu gerçeğin altını çizmiştir.

Zaten ait olduğumuz Kıta Avrupası Anayasa sistemlerinde bir normun Anayasa Mahkemesince iptal edildiği ana kadar Anayasaya uygunluk karnesinden yararlandığı, yani “Anayasaya aykırı olmadığı” dikkate alındığında, bu dönem için “zarar, sakınca ve hukuk ihlali” iddialarını ileri sürmenin “hukuksal” bir yönü bulunmadığı anlaşılabılır. *Anayasa yargıçlarının ya da apolitik politik aktörlerin Parlamenteoya kızgınlıkları ve sübjektif yargıları kendilerine Anayasayı ihlal yetkisi. Anayasa Mahkemesine de yeni yetkiler türetme olanağı sunmaz.*

Yasalara karşı yargı içtihatlarının, anayasalara karşı da anayasa yargısı içtihatlarının geçerliliğini savunmanın da olanağı bulunmamaktadır (Röhl 1994, 569).

22 BVerfGE 96. 260(263).

23 E. 1989/11, K. 1989/48. Kt. 12.12.1989, AYMKD 25. 420 (436 vd.)

Anayasa Yargısında Yokluk

Bu açıklamalardan idare hukukunda dahi tartışmalı olan (Gözler 2003, 879) bir yokluk yaptırımının Anayasa altı normların anayasallık denetimlerine aktarılmasının ciddi metodolojik sorunlara ve sistem uyumsuzluğuna yol açacağı, herhalde yanlış sonuçlara götüreceği ortaya çıkmaktadır.

C. Anayasama ve Yokluk

Anayasa değişikliklerinin denetiminde yokluk tartışması yapılabilir mi? Yokluk saptaması yapacak organın (Anayasa Mahkemesi ya da herhangi bir mahkeme) kurulu bir iktidar olduğu ve yaptırımın konusunun bir kurucu iktidar iradesi olduğu dikkate alındığında kurucu-kurulu iktidar ilişkisinin açıklanması gerekmektedir.

1) Kurucu İktidar

Kurucu iktidar diğer iktidarlara yaratır, yani erkler erkidir. Sistem yaratıcı bir kurucu iktidarın (*pouvoir constituant*) yarattığı iktidarlara, organ iktidarı ya da kurulu iktidar (*pouvoir constitué*) olarak tanımlanır. Bu Anayasa çerçevesindeki kurulu iktidarlara meşruiyetleri, kurucu iktidarın yarattığı “hukuksal otorite” sınırları içinde hareket etmeleri koşuluna bağlıdır. Yasama, yürütme, yargı iktidarlara ya da iktidarlara alt birimleri, kurucu iktidarın sistem bütünlüğü içinde tanımladığı yetki alanının dışına çıktıkları anda meşruiyet kaybı yaşarlar. Kurucu iktidar ile ilgili olarak yapılabilecek meşruiyet tartışması yalnızca “etik” bir boyutla sınırlıyken, kurulu iktidarlara meşruiyet kaybı pozitif hukuksal sonuçlar doğurmakta, eylem ve işlemlerinin geçersizliğini ve iptal edilebilirliğini sağlamaktadır. Bu gerçek, sistem dışına taşmanın “saik”lerinin nitelendirmesine göre değişmemektedir. Yine bu gerçek, Anayasamızın 6. maddesinde “hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz” ifadesiyle, herhangi bir istisna tanımsızın kabul edilmektedir. “Hiçbir kimse ya da organ”dan söz edildiğine göre, yasama, yürütme, yargı ya da bu erklerin alt birimleri niteliğindeki tüm organlarının da sistem dışı yetki kullanımının “meşru” olamayacağı anlaşılmaktadır.

Kurucu iktidarın yarattığı kurulu iktidarlara tümü, kurucu iktidarın normatif iradesiyle bağliyken, kendisi kurulu iktidar olmakla birlikte, dönemsel olarak türev kurucu iktidar görev ve yetkisiyle donatılmış iktidarlara Anayasayı değiştirmekle yetkili kılınmaktadır. Anayasa hukuku öğretisinde “türev kurucu iktidar” (*“pouvoir constituant dérive”* ya da Georges Burdeau’nın ifadesiyle *“pouvoir constituant institue”*) (Krüger 1964, 922) olarak nitelendirilen bu iktidar yetkisi, tüm demokratik sistemlerde demokratik ulusal temsilcilere özgülenmiştir. Bu iktidar yetkisi, olağan iktidar kullanımlarına karşı daha üstün ve daha ileri yetkilerle donatılmaktadır.

Demokratik ulusal temsilciler, koşulları gerçekleştiğinde kurucu iktidarın öngördüğü normatif sınırlar çerçevesinde ve usullere uyarak dönemsel

“kurucu iktidar” rolü üstlenebilir. Türev kurucu iktidar denilen bu iktidar herhangi bir kurulu iktidarı ortadan kaldırılabileceği gibi, bu iktidarların görev ve yetki alanlarında değişiklikler, *sistem içi farklılaşmalar yaratabilir, sistem haritasını, asli kurucu iktidarın izin verdiği çerçeve içinde yeniden çizebilir*. Anayasa türev kurucu iktidara içeriksel, zamansal ve biçimsel sınırlar çizebilir (Teziç 2003, 161; Gözler 2001, 35). Ancak bu sınırlar dışında türev kurucu iktidar herhangi bir normatif sınırlamaya tabi değildir.

Türev kurucu iktidarın bu iktidar sınırlarını terk etmesi durumunda herhangi bir yaptırımla karşılaşması, ancak asli kurucu iktidarın bir mekanizma öngörmesiyle pozitif hukuksal temel kazanabilir. Buradan hareketle her bir sınır ihlalinin “mantık gereği” bir sistem içi denetiminin olması gerektiği yönündeki görüşlerde isabet bulunmamaktadır (Onar, 1993, 131 ve 149; Eroğul 1974, 166; Özbudun 2003, 158; Gözler 2000, 1005). Türev kurucu iktidarın iktidar alanını çizen normlara aykırılık, bu aykırılıklara açık bir hukuksal sonuç bağlandığı ve aykırılıkları denetlemekle görevli bir “kurulu iktidar” öngörüldüğü sürece ve ölçüde geçerli olabilir. Bunun dışına taşan bir denetimin kaynağını Anayasadan almayan yetki kullanımı olacağı açıktır. Demokratik hukuk devletlerinde, kamusal yetkiler pozitif hukuksal olarak tanımlı yetkililerdir. Bir organın yöntem aykırılığı başka organların pozitif hukuksal olarak tanınmamış yetki kullanımını meşrulaştırmaz. Cem Eroğul’un ifadesiyle, *Meclisin beceriksizliği, Anayasa Mahkemesini yeni yetkilerle donatmaz* (Eroğul 1974, 167). Anayasa koyucunun Anayasayı değiştirme iktidarını eksik, çelişik ve vizyonsuz biçimde yerine getirmesi, tartışmasız haklı eleştirilere yol açıyorsa da, bu durum Anayasa Mahkemesi lehine bir yetki aktarımını meşrulaştırmaz (*kompetenzdevolution*) ya da Anayasa yargısal yedek bir yetkinin varlığına karine olarak gösterilemez. (Jestaedt 2002. 227).

Batı demokrasilerinde Anayasa değişikliklerinin denetlenebilirliğini öngören Anayasa normlarına rastlanmamaktadır. Türkiye 1971 Anayasa değişikliğiyle bu olanağa kavuşmuştur. Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasasının 167. maddesi (3. fıkranın d bendi) bu olanağı açıkça öngörmektedir. Azerbaycan Anayasası (md. 153),²⁴ Kırgızistan Anayasası (md. 82) ile Moldova Anayasası (md. 135) Anayasa Mahkemesine yalnızca Anayasa değişiklik teklifleri hakkında görüş bildirme yetkisi tanımaktadır.

Türk Anayasal sistemi yalnızca Anayasa değişikliklerini zorlaştırmamış, bu zorlaştırmaya koşut olarak denetimini de esas yönünden yasaklayıp, biçim yönünden ise üç istisnaya indirgeyerek zorlaştırmıştır. Bu gerçek Anayasa Mahkemesinin yakın tarihli bir kararında açık bir şekilde ifade edilmektedir: “...Kabul edilen yasa, Anayasa hükmü haline gelir ve esas yönünden denetimi olanaksız olup, şekil yönünden ise 148. maddede belirtilen çerçeve içinde denetlenebilir. Yapılacak iptal

24 Azerbaycan Anayasasının 154. maddesi yasalaşan değişiklikler hakkında Anayasa Mahkemesinin karar almasını açıkça yasaklamaktadır.

Anayasa Yargısında Yokluk

başvurusu, yasalar ve içtüzük yönünden altmış gün, şekil yönünden ise on günle sınırlı tutulmuştur. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, olağan yasalar ve içtüzük değişikliklerinde salt çoğunlukla karar verebilirken, Anayasa değişikliklerinde iptale karar verebilmesi nitelikli çoğunluk koşuluna bağlanmıştır.”²⁵ Bu temel tercihin aynı zamanda denetim yetkisinin yorumlanmasında da göz önünde bulundurulması zorunludur.

Türk Anayasa Düzeninde Anayasayı değiştirme iktidarı münhasıran Türkiye Büyük Millet Meclisine tanınmıştır. Başkaca hiçbir organın doğrudan ya da dolaylı biçimde bu yetkiyi paylaşma ya da daraltma yetkisi bulunmamaktadır.

İlk dört maddesinin değiştirilemezliği yönündeki yasak alan²⁶ ile birlikte Anayasa değişikliğinin yöntemini belirleyen 175. madde türev kurucu iktidarın sınırını çizmektedir.

Asli kurucu iktidar Anayasa değiştirilirken hangi yönlerden yargısal denetime tabi olunacağını açıkça göstermiştir. Anayasanın 175. maddesinde öngörülen biçim koşullarından yalnızca “teklif ve oylama çoğunluğu” ile “ivedilikle görüşülememe” koşulları anayasallık denetiminin konusunu oluşturabilmektedir. Örneğin teklifin yazılı olma koşulunun ihlali biçim aykırılığı olmasına rağmen, Anayasa Mahkemesinin denetim alanına girmez. Anayasa değişikliklerine yönelik denetimin ancak istisnai ve tüketici (*numerus clausus*) olarak sayılmış olması, bu denetimin kapsamının yorum yoluyla genişletilemeyeceğini göstermektedir.

Anayasa Mahkemesinin de belirttiği gibi, Anayasada denetim olanağı bulunan ve gerçekleşmesi durumunda uygulanacak yaptırımında yine Anayasada “iptal” olarak belirlenen bir sakatlığın, anayasal sistemimizde uyuşması olanaksız yabancı bir kurumun yaratılması yoluyla giderilmesi hukuken kabul edilebilir bir yol değildir.²⁷

2) Anayasama İradesi

Türev kurucu iktidara ilişkin açıklamalarda değinildiği gibi, Anayasanın ilk dört maddesi dışında hiçbir hukuk kuralı ile bağlı olmayan ve esasa ilişkin bir denetim olanağı da bulunmayan türev kurucu iktidar iradesinin yokluğuna ilişkin tartışmanın “yetki gaspı” ya da “ağır biçim aykırılıkları” ekseninde yürütülmesi olanaksızdır. Yetki-yetkisine, başka bir anlatımla Anayasa Mahkemesi dâhil olmak üzere tüm kurulu iktidarlar için yetki ihdası yetkisine sahip olan türev kurucu iktidar hakkında “yetki gaspı” tartışmasının yapılması abesle iş-tigal olur. Biçimsel yönden denetimi Anayasanın 148. maddesinin 2. fıkrasında sınırlı üç hal dışında yasaklanmış bulunan kurucu iktidar için “biçim aykırılıkları” temelinde bir yokluk tartışması aynı ölçüde abesle iş-tigal olur.

25 E. 2007/62. K. 2007/66. Kt. 5.7.2007. <http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2008/K.2007-66.htm>

26 “Yasak elma” metaforu kullanılarak, bu alanların hukukta “tabu” olgusunun varlığına işaret ettiği görüşlerine rastlanmaktadır (Isense 2003, 115)

27 E. 2007/72. K. 2007/68. Kt. 5.7.2008. <http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2007/K.2007-68.htm>

Bu nedenle “yokluk” tartışmasının yalnızca anayasama işleminin maddi varlık koşulları üzerinden yürütülmesi seçeneği kalmaktadır. Ancak burada yanıtlanması gereken soru, anayasama sürecinde yokluk tartışmasına olanak sağlayacak maddi varlık koşullarının neler olduğu sorusudur.

a) Anayasama Yetkisi ve Yetki Gaspı

Anayasanın 87. maddesi geniş anlamda yasama yetkisinin ne olduğunu açıklamaktadır. 175. maddeye göre Anayasa değişikliği yapma TBMM’ye verilmiştir. Bu görevin yerine getirilmesinin koşulları yine 175. maddede sayılmıştır.

Anayasanın 175. maddesinin birinci fıkrasına göre, Anayasanın değiştirilmesi süreci TBMM üye tamsayısının en az üçte birinin yazılı teklifiyle başlatılır. Burada karşımıza çıkan *ilk irade* “*teklif iradesi*”dir. Tekliflerin Genel Kurulda iki defa görüşülmesi zorunludur. İki defa görüşülmesinin amacı, Anayasa değişikliklerinin aceleye getirilmemesi, üzerinde titizlikle durulması ve iki görüşme arasında kamuoyunun çeşitli yollardan bilgilenmesine ve tartışmasına olanak sağlanmasıdır. Fıkra da tekliflerin Genel Kurulda iki defa görüşülmesi öngörülürken, tüm görüşmelerin oylamayla sonuçlanması gerektiğine yönelik açık bir ifade yer almamaktadır. Değişiklik teklifinin kabulü, Meclisin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğun oyu ile mümkündür. Anayasama sürecinde karşımıza çıkan *ikinci irade* ise “*kabul iradesi*”dir.

Yasama yetkisi yasa yapma, yasayı yürürlükten kaldırma ve yasada değişiklik yapma yetkisini içermektedir. Anayasa hukuku sistemimizde yasalaşma Genel Kurulun “kabul” iradesiyle gerçekleşmektedir (Tanör/Yüzbaşıoğlu 2002, 289).-Genel Kurulda kabul edilme, yani “yasa”laşma öncesi aşamada yasa *tasarısı* ya da *tekliflerinden* söz edilir. Bu aşama Meclis İçtüzüğü hükümleri çerçevesinde yasama çalışmalarına katılan kurul ve organların tasarrufundadır.

Yasalaşma gerçekleştiği anda henüz yürürlüğe girmemiş olsa dahi bir “yasaldan söz edilir. Cumhurbaşkanı Anayasada öngörülen süre içinde bu yasaları imzalayıp yayımlamakla yükümlüdür. Cumhurbaşkanının bu işlemi, doğası gereği bir “yasama işlemi” niteliğinde değildir. *Teziç* yayımlama işlemini “idari işlem” olarak nitelendirmektedir (Teziç 1972, 139). Aşağıda da görüleceği üzere gerek Cumhurbaşkanının yayımlama iradesi, gerekse referandumda kabul iradesi, “yasalaşma” aşamasına ait iradeler değildir. Dolayısıyla “yasa”nın varlık koşulunu oluşturmamaktadırlar. Anayasanın 89. ve 175. maddelerinden anlaşılacağı üzere Anayasa değişikliğine ilişkin yasalar Genel Kurul iradesiyle varlık kazanır ve Cumhurbaşkanının yayım iradesiyle de yürürlüğe girer. Yürürlük koşulu kimi durumlarda Cumhurbaşkanı ile halk arasında paylaştırılmıştır. Dolayısıyla her iki irade Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girmesinin ön koşulunu oluşturmamaktadırlar.

Anayasa Yargısında Yokluk

Demokratik siyasal sistemlerde, her bir yetki hukuksal olarak tanımlanmış otoritelerce (auctoritas) kullanılır. Güç ya da buyurma gücü, hukuksal olarak tanınmadığı ve çerçevesi çizilmediği sürece otoriteye dönüşemez.

Başka bir anlatımla otorite hukuk yoluyla meşrulaşmış yetkiyi tanımlar. Dolayısıyla her otorite kurulu bir anayasal düzende “kurulu iktidardır. Demokratik meşruiyet açısından her biri bir üst normdan geçerliliğini aldığı zincirleme normlar hiyerarşisi sistemi geçerlidir. Aynı sistem yetkiler ve bu yetkilerden ayrılması düşünülemeyecek işlemler bakımından da söz konusudur. Her bir siyasal işlem zorunlu olarak bir yetki alanına dâhildir. Yetki alanından bağımsız işlem düşüncesi, demokratik meşruiyet boşluğu (vakum) anlamına gelir, ki bunu tanımlayacak tek durum “anarşi”dir. Bu nedenle üzerinde tasarrufta bulunulamayacak bir idari işlem, yargı ya da yasama işlemi düşünülemez. Özellikle tüm kurumları, yetkileri ve normları yaratan, dolayısıyla erkler erki olarak tanımlanan kurucu iktidar iradesinin tasarrufta bulunamayacağı bir alan düşüncesi, siyasal sistem teorisine yabancıdır.

Anayasanın 7, 87 ve 175. maddelerinin birlikte değerlendirilmesiyle, “yasa” kapsamına giren her bir tasarrufun TBMM’nin yetki alanına girdiği açıktır (Özbudun 2003, 187; Tanör/Yüzbaşıoğlu 2002, 268; Gözler 2000, 399). Anayasa bu maddelerde TBMM’nin yasama yetkisini “yürürlük” koşullarını “yerine getiren ya da getirmeyen yasa”lar bakımından herhangi bir ayrıma tabi tutmadan “yasa koyma değiştirme ve kaldırma” olarak tanımlamaktadır. Dolayısıyla “yasa” biçiminde varlık kazanan her bir işlem, yürürlüğe girip girmediğine bakılmaksızın, TBMM’nin görev ve yetki alanına girmektedir. 5510 sayılı Sosyal Güvenlik Yasası, 5237 sayılı yeni TCY ve 5231 sayılı CMY bu konuya verilebilecek en yeni örneklerdir. Yapılan Anayasa değişikliğinin referanduma sunulması nedeniyle artık referandumda halkın oy kullanma hakkı/yetkisi kapsamına girdiği ya da aynı gerekçeyle “referanduma sunma” biçimindeki Cumhurbaşkanlığı yetkisinin gasp edildiği görüşlerinde isabet bulunmamaktadır. Anayasal bir yetkinin kullanılmasıyla ancak etkinlik kazanan ikinci yetkiler, söz konusu anayasal yetkinin ikinci defa kullanılmasından etkilenecek olması, asli yetkinin kullanılmasına engel olarak değerlendirilemez. Nitekim 31.5.2007 günlü, 5678 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun henüz referandumda kabul edilip yürürlüğe girilmeden 16.10.2007 günlü, 5697 sayılı Yasayla değişikliğe uğramasına karşı aynı gerekçeyle Anayasa Mahkemesine yapılan “yokluk” ya da “iptal” başvuruları da reddedilmiştir.²⁸

Bu açıklamalar ışığında Anayasama sürecinde Parlamento aşamasında “teklif” ve “oylama/kabul” iradesinin kurucu niteliği ortaya çıkmaktadır.

28 E. 2007/99, K. 2007/86. K.t. 27.11.2007. <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K.2007-86.htm>

b) Halkoyu ya da Cumhurbaşkanı Kurucu İrade mi?

Halkoyu ve Cumhurbaşkanının iradesinin bağımsız bir irade mi, yoksa TBMM iradesine bağlı ve Anayasa değişikliğinin başlatılmasından yürürlüğe girmesi anına kadar gerçekleşmesi gereken iradeler zincirinin bir halkası mı olduğunun kısaca irdelenmesi gerekir. Halkoyunun bağımsız ve halkın önüne gelen bir metne “yasallık” ve “varlık” kazandıran bir irade olduğunun, dolayısıyla kurucu iktidar iradesi olduğunun kabulü durumunda, Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisi ortadan kalkar. Çünkü ulusun kendisinin karar verdiği yerde, kendi iradesiyle yarattığı ve kendi adına karar verme yetkisini tanıdığı organların iradelerinin geçerliliği söz konusu olamaz. Ancak halkoyu bağıl irade üretiyorsa sonuç değişir. Halkoyu yalnızca kurucu iktidar iradesinin aldığı biçime göre ve ona bağlı bir irade olarak değerlendirildiğinde, bu iradenin “kurucu iktidar” iradesi olmadığını, yalnızca kurucu iktidar iradesinin “yürürlüğe girmesini sağlayıcı” ek, bağıl/türev bir irade olduğunun kabul edilmesi gerekir. Bu durumda geçerliliği ve etkisi, kendisine sunulan herhangi bir metnin yürürlüğe “girip-girmemesini sağlamak” ile sınırlı olur.

Halkoyulamasında kabul edilmiş Anayasa değişikliklerin denetlenemeyeceği görüşünde olanlar en üstün irade olan halkın iradesinin kabulüyle biçim eksikliğinin giderilmiş olduğu, en azından tartışma dışı kaldığını savunmaktadır. Bu görüş ile Anayasanın 148. maddesinin gerekçesiyle belirli bir paralellik göstermektedir. Doktrinde egemen olan bu görüş, Ergun Özbudun (Özbudun 2003, 165), Lütfi Duran (Duran 1984, 62), Yıldızhan Yayla (Yayla 1983, 142), Erdal Onar (Onar 1993, 174), Zafer Gören (Gören 1997, 344) ve Erdoğan Teziç (Teziç 1986, 354) tarafından savunulmuştur.

Ancak bu görüşe katılmıyoruz. Bu görüşler ilk olarak, referandumda karar veren halk iradesinin “asli kurucu iktidar iradesi” olduğuna, ikinci olarak da Anayasal düzenimizde “onay” kurumunun varlığından hareket etmektedirler.

Birinci kabulü irdelersek:

“Kurucu iktidar olarak halk” ile “halkoyulamasında iradesine başvurulacak halk” kavramları hem anayasa teorisi, hem de pozitif hukuksal açıdan farklı kavramlardır. Kurucu iktidar ulusal egemenlik ilkesi gereği halka aittir; bu iktidar Anayasa dışı ya da Anayasa öncesidir (*extra constitutionnel* ya da *preconstituted*). Diğer iktidarlara, kurucu iktidar iradesinin Anayasadaki pozitif hukuksal tercihlerine paralel olarak halktan alınan yetkiyle ve halk adına kullanılır. 1982 Anayasası da Avrupa Anayasa kültürüne paralel biçimde, “kurucu iktidar olarak halk” ile “halkoyulamasında iradesine başvurulacak, dolayısıyla bir kurucu iktidar olarak halk” arasında ayırım yapmıştır. Başlangıçta Anayasanın “Türk Milleti tarafından... emanet ve tevdi olun”duğu ifade edilmekle kurucu iktidar olarak halka işaret edilmektedir. Ancak gerek Anayasanın 6. maddesinde yer alan “tanımlı” “egemenliğin sahibi olan halk” ile 175. maddesinde yer alan “halkoyulamasında ira-

desine başvurulacak halk”, Anayasanın normatif düzenlemelerinin yarattığı, biçimlendirdiği ve iradesine sonuç bağladığı hukuksal kurumlardır (*inIra constituti-onnel*). Bu bakımdan 6. ve 175. maddede ifade bulan iradeler “kurulu’ (*constitue*) organ iradeleri olup, Anayasaya bağlıdır. Hukuksal etkileri ve değerleri Anayasanın pozitif düzenlemeleriyle sınırlı ve tanımlıdır. Anayasanın 175. maddesinde Anayasayı değiştirme yetkisi münhasıran TBMM’ne tanınmıştır. Halkın oyuna başvurma, ancak ya belirli bir oranının altında (3/5-2/3) kabul edilmenin sonucu olarak zorunlu ya da 2/3 oranının üstünde kabul edilmiş olmasına rağmen ihtiyari olarak gerçekleşmektedir. Anayasa değişikliğinde iradesine başvurulması zorunlu bile değilken, referandumda oy kullanan halkın “kurucu iktidar” olduğu, dolayısıyla “asli irade” sahibi olarak tüm biçim noksanlıklarını giderdiği görüşü tutarlı değildir. “Kurucu iktidar” olduğu kabul edildiğinde, halkoyuna sunulmadan kabul edilen Anayasa değişikliklerinin geçersiz sayılması gerekir. Geçersiz sayılamayacak ise, bu durumda halk oyunun “kurucu iktidar iradesi” değil, “kurucu iktidarın” tanımladığı ve yetkilendirdiği ölçüde geçerli olabilen bir “yarı doğrudan demokratik usul” olarak kabulü zorunludur (Can 2007-b, 109).

Anayasanın 175. maddesi Anayasa değişikliğine ilişkin teklifin TBMM’de kabul edilmesiyle yasalaştığını, halkoyuna sunulması durumunda yürürlüğe girmesi için de halkoyunda kabul edilmesi gerektiğini öngörmektedir. Anayasanın 175. maddesinin açık ifadesine göre halkoyunda kabul, Anayasa değişikliklerin “yürürlük” koşuludur. Anayasanın 148. maddesi ise Anayasa Mahkemesine TBMM’de gerçekleşen biçim eksikliklerini denetleme yetkisi vermektedir. Bu eksiklikler yürürlüğe ilişkin olmayıp TBMM’de yasalaşma safihasına ilişkin eksikliklerdir. Anayasa, Anayasa değişikliğine ilişkin yasaların denetiminden söz ettiğine göre ve denetimi de yalnızca TBMM safhasında sınırlı sayıdaki birkaç eksikliğe özgülediğine göre, yürürlük koşulunun gerçekleşmesi nedeniyle bu Anayasal yetkinin kullanılamayacağı görüşü geçersizdir.

İkinci kabulden hareket edersek;

Onay ile yayımlama birbirinden farklı kavramlardır. Onaylama yasa tasarısının “yasalaşması” için zorunlu koşuldur. Onaylamanın kabul edildiği sistemlerde Devlet başkanına gönderilen metin “yasa tasarısı” niteliğinde olup, onaylama işlemi ile “yasa” niteliğini kazanır. Yani metnin yasalaşması için parlamentonun ve devlet başkanının iradeleri zorunludur (Teziç 2003, 47).

Türk Anayasa dokümanlarında onaylama aşamasının öngörüldüğü tek Anayasa 1876 Anayasasıdır. Padişahın onayına sunulan metin “yasa” değil “yasa tasarısıdır. Padişah onayı yasalaşmanın önkoşuludur.

Bu yaklaşımın bugünkü Anayasa bakımından kabul edilmesi durumunda, “Anayasa değişikliği hakkında bir kanunun” varlığından söz etmek için ya Cumhurbaşkanının “onaylamasını” ya da “halkoyulamasında kabul edilmesini

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

beklemek gerekecektir. “Yasa” yoksa buna karşı iptal davası da açılmaz. Bu görüşün kabul edilmesi durumunda, halkoyuna sunulan bir Anayasa değişikliğine karşı Cumhurbaşkanı ya da Meclis üye tamsayısının 1/5’inin açacağı iptal davasının yetkisizlik yönünden reddedilmesi gerekecektir. Ancak Anayasa Mahkemesi 05.07.2007 tarihli kararıyla bu görüşe geçerlilik tanımamıştır.²⁹

Dolayısıyla Cumhurbaşkanının gerek yasa gerekse Anayasa değişiklikleri çalışmalarındaki yetkisi “yayımlamak”, “tekrar görüşülmek üzere Meclise geri göndermek” ya da “halkoyuna sunulmak üzere yayımlamak” ibarettir. Cumhurbaşkanının bu “yayımlama” işlemi, “yasama” işlemi değil, işlevsel olarak bir “idari” işlem niteliğindedir. Anayasanın ilgili maddelerinde “TBMM’ce kabul edilen kanunlardan” söz edilmektedir. Cumhurbaşkanının iradesi yasama işlemi niteliğinde olsaydı, “yasa tasarısı ya da tekliflerinden söz edilmesi gerekirdi (Teziç 1972, 139). 1921 Anayasasında mutlak olarak kabul edilen Meclisin egemenliği ilkesi, 1924 Anayasası döneminde yürütme ve yargılama bakımlarından zayıflatılmış olsa da yasama bakımından değişmeden devam ettiği ortadadır. 1961 Anayasasıyla başlayan süreçte yürürlük ve geçerlilik bakımından kimi meclis dışı denetim mekanizmaları eklenmiş olsa da, “parlamento iradesi”nin tesis edilmesi aşamasına değil, tesisten sonraki aşamaya eklenmeden söz edilebilir. Anayasalık denetimiyle birlikte Cumhurbaşkanınca iade yetkisini de bu bağlamda değerlendirmek gerekir. Ayrıca anayasallık denetiminin “a posteriori” denetim olarak öngörülmüş olması da “yasama hâkimiyeti” bakımından görüşümüzü desteklemektedir. Bu nedenle Anayasa Hukuku doktrininde görüş birliği içinde dile getirilen “onay aşaması” ifadesinin herhangi bir geçerliliği bulunmamaktadır (Can 2007-b, 126).

Anayasa Mahkemesi Anayasa değişikliğine ilişkin son kararında bu görüşü paylaşmaktadır. Mahkemeye göre “Anayasanın 7. maddesine göre yasama yetkisi TBMM’ye aittir. Anayasanın 87. maddesinde TBMM’ye ait yetkilerin kapsamı belirlenmekte, 175. maddesinde ise Anayasa değişikliğine ilişkin yöntem ve izlenecek süreç düzenlenmektedir. Bu süreç, yasalarda olduğu gibi, Genel Kurulun ‘kabul’ iradesiyle tamamlanır.

Anayasa değişikliklerinin Cumhurbaşkanınca yayımlanması ya da halkoyuna sunulması işlemi, doğası gereği Anayasanın değiştirilmesine ilişkin yasanın varlık koşulu niteliğinde değildir. Anayasanın 89. ve 175. maddelerinden anlaşılabileceği üzere Anayasa değişikliğine ilişkin yasalar Genel Kurul iradesiyle varlık kazanır ve halkoyuna sunulmaması durumunda Cumhurbaşkanınca yayımlanmakla yürürlüğe girer. Anayasa değişikliklerinde yürürlük koşulu kimi durumlarda Cumhurbaşkanı ile halk arasında paylaştırılmıştır. Bu hallerde her iki irade Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girmesinin ön koşulunu oluşturmaktadır.

29 Anayasa Mahkemesinin 05.07.2007 tarihli E. 2007/72. K. 2007/68 sayılı kararında, bu doğrultuda savunulan görüşlere itibar edilmemiş ve işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

Anayasa Yargısında Yokluk

Anayasanın 7,87 ve 175. maddeleri uyarınca, olağan yasa ya da Anayasa değişikliği niteliğindeki her bir tasarrufun TBMM'nin yetki alanına girdiği açıktır. Anayasa TBMM'nin bu yetkisini yürürlük koşullarını yerine getiren ya da getirmeyen yasalar bakımından herhangi bir ayırım yapmaksızın tanımaktadır.”³⁰

Bu kararda halkoylaması sürecinin başlaması nedeniyle ulusun kurucu iktidar yetkisini kullanmaya başlamış olduğu, dolayısıyla TBMM'nin 5697 sayılı Anayasa değişikliği yasasıyla bu yetkiyi gasp etmesi nedeniyle yasanın yokluğunun saptanması istemleri de yerinde görülmeyerek reddedilmiştir.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, halkoyu kurucu iktidar iradesi olmadığı gibi, kurucu iktidar iradesini “onaylayan” bağımsız bir irade niteliğine de sahip değildir. Halkoylaması kurucu iktidar iradesiyle bağlı, onun iradesinin ortaya çıkışıyla güncellik kazanan ve ona hukuk dünyasında geçerlilik kazandıran yürürlük koşulu niteliğindeki türev bir iradedir.

Yürürlük koşulu biçiminde tasarlanmış kurulu iktidar iradeleri kurucu iktidar iradesinin asli ya da tamamlayıcı bir unsuru değildirler. Normların yürürlük koşulları ile varlık koşulları farklıdır. Varlık koşulu bir normu var eden, ona vücut veren irade ya da iradeleri anlatır. Anayasal düzenimizde yasaların varlık koşulu, Bakanlar Kurulu ya da Milletvekillerince önerilmesi ve Genel Kurulda kabul edilmiş olmasıdır. “Önerme” ile “kabul” arasında yer alan ara iradeler yasanın varlık koşulu olmadığı gibi, eksiklikleri hukuksal açıdan denetlenmeye değer görülmeyen iradelerdir. Örneğin. Meclis Başkanının komisyona havale iradesi, yetkili olmayan komisyonda kabul iradesi ya da herhangi bir komisyona havale edilmeksizin doğrudan Genel Kurul’a havale iradesi bu kapsamda değerlendirilebilir.

Buna karşın Bakanlar Kurulunun ya da Milletvekilinin yasa önerisi olmaksızın, bir biçimde Genel Kurula sunulmuş bir metnin, Genel Kurulda kabul edilmesiyle “yasalaşma” sağlanmaz. Çünkü Genel Kurul iradesinin önkoşulu, Anayasanın yetkili kıldığı organlar tarafından hazırlanmış bir yasa önerisinin (tasarı ya da teklif) varlığıdır. Bakanlar Kurulu tasarısının ya da Milletvekili teklifinin Genel Kurulda kabul edilmesiyle yasa varlık kazanmış olur. Bu şekilde Anayasanın 6. ve 7. maddesinde öngörüldüğü gibi “yasama” biçiminde bir ulusal irade ortaya çıkmış olur.

Ancak bu iradenin hukuk düzeninde etki doğurabilmesi ve bağlayıcı olabilmesi için yürürlük koşulunun yerine getirilmesi gerekir. Yasaları yürürlüğe koyma yetkisi münhasıran Cumhurbaşkanıya aittir. Cumhurbaşkanı “yasa”nın yürürlüğe girmesi için imzalayıp Resmi Gazetede yayımlar. Bu yetki ihtiyari bir yetki olmayıp kullanılması zorunlu bir yetkidir. Cumhurbaşkanı yasanın yürürlüğe girmesini, TBMM’ye iade etmekle yalnızca bir defa geciktirebilir. Ancak Cumhurbaşkanı’nın yasa koyucunun iradesine direnme olanağı yoktur.

30 E. 2007/99, K. 2007/86. K.t. 27.11.2007. [http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/ KARARLAR/ IPTALITIRAZ/K2008/K.2007-86.htm](http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2008/K.2007-86.htm)

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Cumhurbaşkanı yasaları yürürlüğe koyma yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetki yürürlüğe girme tarihini belirlemeyi kapsamamaktadır. Yasaların yürürlüğe girme tarihini belirleme yetkisi yine TBMM’dedir.

Anayasa değişiklikleri bakımından da aynı saptamalar geçerlidir. Anayasanın 175. maddesi uyarınca Anayasayı değiştirmek, yeni bir Anayasa kuralı koyma ya da kaldırma yetkisi TBMM’ye ait bir yetkidir. TBMM bu yetkiyi Anayasanın 175. maddesindeki usullere uygun olarak kullanır. TBMM Genel Kurulunda Anayasa değişikliğine ilişkin yasa teklifi kabul edildiği andan itibaren varlık koşulu sağlandığından “Anayasanın değiştirilmesi hakkında yasa” niteliğini kazanır. Yasanın Cumhurbaşkanınca Resmi Gazetede yayımlanması ya da halkoyunda kabul edilmesi, Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesi, dolayısıyla bağlayıcılık kazanmasının ön koşuludur. Cumhurbaşkanının ya da halkın referandumda kullandığı irade, Anayasa değişikliklerinin yürürlük koşulu olmakla birlikte, değişikliklerin ne zaman yürürlüğe gireceği konusu yine Anayasa koyucu organ olan TBMM’ye aittir. Örneğin TBMM’de kabul edilen bir Anayasa değişikliğinin referandumda kabul edilmesinden 1 yıl sonra yürürlüğe gireceği öngörülmüşse, halkın kabul oyuyla bu iradenin ortadan kalkması söz konusu olamayacaktır.

Öte yandan değişiklik teklifinin Genel Kurulda kabul edilmiş olması, teklif çoğunluğunda ortaya çıkabilecek sakatlıkları ortadan kaldırmamaktadır. Örneğin değişiklik Genel Kurulda 500 milletvekiliyle kabul edilmiş olsa dahi, teklif çoğunluğu Anayasanın öngördüğü 1/3 oranının altında ise, değişikliğin Genel Kurulda kabul edilmiş olması biçim yönünden iptalini engelleyemeyecektir.

Anayasa Mahkemesinin yasaları ya da Anayasa değişikliklerini biçim yönünden denetimi, söz konusu normların yürürlük koşullarına bağlı değildir. Kuşkusuz Resmi Gazetede yayımlanmayan bir Yasanın Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi olduğu düşünülemez. Ancak Resmi Gazetede yayımlanmakla birlikte yürürlüğe girmemiş bir yasanın denetiminin, yalnızca yürürlüğe girmesi iradi olarak ya da yasa gereği ileri bir tarihe ertelendiğinden dolayı yapılamayacağı görüşü anayasal sistemimizde kabul edilebilir bir görüş değildir. Anayasa Mahkemesi, 5510 sayılı Sosyal Güvenlik Yasasını yürürlüğe girmemekle birlikte, Resmi Gazetede yayımıyla birlikte denetlemiştir. 5678 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında Yasa da Referanduma sunulduğundan henüz yürürlüğe girmemesine rağmen denetlenmiştir.

Anlaşılabileceği üzere Cumhurbaşkanı iradesi ile referandumda oyuna başvuru halk iradesinin Anayasa değişikliğinin varlık koşulu niteliği bulunmaktadır.

3) Yokluğun Saptanması ve Anayasal Pratik

Esas yönünden denetlenemez, biçim yönünden ise sınırlı nedenler dışında yine denetlenemez olarak kabul edilen bir kurucu iktidar iradesinin denet-

Anayasa Yargısında Yokluk

lenmesinde, idare hukuku verileri kullanılarak yokluk tartışması yürütülmesi Anayasa koyucunun açık tercihleriyle çatışma anlamına gelir. Belirli bir idari işlemin yokluğunun saptanması için üst yasal düzenlemelerden; bir yasal düzenlemenin yokluğunun saptanması için ise Anayasal normlardan gerekli teorik desteğin sağlanabileceği varsayılabilir.³¹ Bu teorik desteği yine Anayasal normların yarattığı ve yetkilendirdiği kurumlar olarak yargı mekanizmaları kullanabilir. Ancak Anayasa koyucu iradeyi, bu iradenin esasında hiçbir teorik ve pozitif hukuksal desteğe gereksinim duymaksızın saptanabilecek “yokluğu” dışında, hangi üst normlara dayanarak ortadan kaldırılabileceğinin yanıtı bulunmamaktadır. Anayasanın ilk dört maddesinin değiştirilemezliği dışında hiçbir iktidar, norm ve değer ile bağlı olmayan, dolayısıyla tüm alt iktidarlara, yetki ve görevleri, alt hukuk disiplinlerini, organlar için asli referans normları ve değerleri üreten kurucu iktidar iradesinin, hangi üst yetki, norm veya değer referans alınarak denetlenebileceği yanıtsız kalmaktadır. Böyle bir referans normun varlığı, Anayasa maddelerinin birbirlerine ya da daha üstte olduğu *varsayılan* soyut bir değere aykırılığı nedeniyle iptal edilmeleri ya da yok sayılmaları sonucunu doğurabilecektir. Böyle bir akıl yürütmenin sonucu, kurucu iktidar iradesinin bir ürünü, dolayısıyla kurulu bir iktidar olan Anayasa Mahkemesinin siyasal düzenin “asli kurucu iktidarı” olarak kabulüdür. Üstelik olağan kurucu iktidarlara Anayasa yaptıktan sonra sosyolojik bir olgu ve tarihsel bir vaka olarak işlevlerini tamamlayıp tarihe karıştırlarken, bir asli kurucu iktidara dönüşecek olan Anayasa Mahkemesi, kuruculuk yetkisini sürekli kullanan güncel olağanüstü bir iktidar olarak, asli kuruculuğu da aşan “*süper kurucu/supreme constituent*” ya da “*Anayasa üstü/supra-constitutional*” iktidara dönüşmüş olur. *Kurucu iktidar yetkisinin gasp edilmesi* (*Usurpation of constituent power*) anlamına gelecek bu yaklaşım demokratik bir hukuk devletinde düşünülebilir bir yaklaşım değildir.³²

Öte yandan belki yasama, yürütme veya yargı organları bakımından düşünülebilecek olan “yetki gaspı” tartışmasının, tüm bu organlara yetki veren,

31 Nitekim bu teorik desteğin, kamuoyunda “Kıyak Emeklilik” olarak adlandırılan yasa değişikliklerinin denetimine ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarında karşı oy yazılarında etkin biçimde kullanıldığı görülmektedir, bkz., E. 1988/11. K. 1988/11, Kt. 24.05.1988 ve E. 1996/51, K. 1998/17. Kt. 13.5.1998.

32 Buna karşın Anayasa Mahkemesinin 1971 yılında bu yola başvurduğunu söylemek zorundayız. Yukarıda 11 nolu Dipnotta yorumladığımız kararda (E. 1970/40, K. 1970/73, Kt. 19.10.1971, AYMKD 10. 36) Mahkeme, karara bağlandığından artık derdest olmayan bir Anayasa değişikliğine ilişkin iptal kararını, *yasa incelemesi* yaptığı sonraki bir kararında “yokluk” kararına dönüştürebilmiş. ardından eldeki yasayı da “yokluk kararı üzerine kurguladığı hukuksal duruma” göre çözebilmiştir. Karar ile iki farklı gerekçeyle birlikte Anayasa değişikliğinden önceki durumun kendiliğinden geçerli olduğu belirlendiğinden, başka bir anlatımla tali kurucu iktidarın yürürlükten kaldırdığı Anayasa normu yeniden yürürlüğe sokulduğundan, bir kurucu iktidar yetkisi kullanılmıştır. Aynı kararda “*Yokluk, özellikle yetki gasbında önem kazanmaktadır. Örneğin yargı yetkisini kullanan merci bir yasama tasarrufunda bulunmuşsa, böyle bir işlem yok sayılır ve hiç bir kimsenin, bu tasarrufun koyduğu kurallara uyması veya bu kurallar çerçevesinde hak kazanabilmesi beklenemez*” (s. 44) ifadeleriyle “*yargının yasama yetkisini gaspetmesi*”ni örnek vermesi trajik bir tablo yaratmaktadır.

dolayısıyla yetkilerin sahibi olan kurucu iktidar iradesi bakımından yapılamayacağı açıktır. İdari işlem ya da -sınırı olarak- olağan yasama işlemi bakımından yapılabilecek “yokluk” tartışmalarının kurucu iktidar iradesi bakımından geçerli olamayacağı, yokluğun, yalnızca kurucu iktidar iradesinin maddi varlık koşullarının yokluğu nedeniyle hiç olmadığı durumlara özgü bir geçerliliğinin olabileceğine yukarıda değinilmiştir.

Olmayan bir iradenin Anayasa Mahkemesini bağlaması düşünülemez. Ancak anayasa koyucu iradenin ortaya çıkması durumunda, bu iradeyi “yok sayma” yetkisini doğuran bir hukuksal yetkilendirme, Anayasası bulunan hiçbir hukuk sisteminde söz konusu değildir. Bizim anayasal düzenimizde Anayasa Mahkemesinin *var olan iradeyi* ortadan kaldırma yetkisi tüketici biçimde sayılmış biçim eksiklikleri durumunda ve asli kurucu iktidarın yetkilendirmesiyle olanaklıdır. Bunun dışında var olan iradeyi yok sayma ya da ortadan kaldırma yetkisi olmadığından, böyle bir yetki iddiasının, kaynağını Anayasadan almayan yetki kullanımından öte, Anayasanın yasakladığı bir yetki kullanımı anlamına geleceği açıktır.

Anayasa Mahkemesi Anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetimi yetkisine sahiptir. Bu yetki, Anayasanın 148. maddesinin 2. fıkrasında “referanduma sunulan-sunulmayan” ve “yürürlüğe giren-girmeyen” yönünden herhangi bir ayırım yapmaksızın. Anayasa değişikliğine ilişkin yasanın denetimini kapsamaktadır. “Referanduma sunulan yasaları denetleme” yetkisi Anayasada açıkça ifade edilmese de, “Anayasa değişikliğine ilişkin yasaları denetleme” biçimindeki genel ifadeden bu sonuç çıkmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de aynı yaklaşımdan hareketle 5678 sayılı Yasanın denetimini gerçekleştirmiş bulunmaktadır. Yürürlüğe girmemiş olması yasayı “yasa” olmaktan çıkarmadığı gibi, Anayasa Mahkemesi denetimi de, halko-yuna sunulmuş bir yasayı denetlemekle “yetki gaspı”na dönüşmez. Anayasa Mahkemesinin denetimle yetkili olduğu her bir yasama tasarrufu evleviyetle TBMM’nin yetki ve görev alanına girer. Çünkü TBMM’nin iktidar alanı, Anayasa Mahkemesinin iktidar alanından geniştir. Bu sonuca yalnızca biçimsel denetimde sınırlılık ve yasamanın genelliği ilkesinden ulaşılabilir.

Anayasa Mahkemesinin bir kural hakkındaki iptal kararı, o kurala ilişkin yasama iradesi ile Cumhurbaşkanının yürürlüğe koyma iradesini ortadan kaldırmaktadır. Her bir yasa kuralı, bu kurala dayalı yürütme ya da yargı faaliyetinin yasal zeminini yarattığından, bu yasa kuralı üzerinde “kaldırma ya da değiştirme/başkalaştırma” biçimindeki yasama tasarrufu yürütme ve yargının o kuralın yürütülmesi ve uygulanmasına ilişkin iradesini sonlandırmaktadır. Ancak hukuk düzeninin tanıdığı yetkilerin kullanılması, sırf sonraki iradeler üzerinde etki doğuruyor diye “yetki gaspı” olarak nitelendirilemez. Anayasa Mahkemesinin yasayı iptal etmesi, halkın oy verme yetkisinin gaspı anlamına gelemmez. Anayasanın bir veya birkaç maddesinin değişikliğine ilişkin halk iradesi, Anayasanın Anayasal denetimle ilgili maddelerini

Anayasa Yargısında Yokluk

bertaraf edemez. Aksi halde, Anayasanın tümünün kabulüne ilişkin kurucu iktidar iradesi bir kenara itilmiş olur (Aliefendioğlu 1984, 1 12).

Yargılamaya ya da idari işleme kaynaklık eden yasalar ve Anayasa normları üzerinde değişiklik faaliyetinin “yetki gaspı” olacağı iddiası, bilimsel açıdan üzerinde durulacak bir iddia değildir. Örneğin, referanduma sunulan ya da kabul edilen Anayasa değişikliklerinin geri alınmasının hem halk iradesinin, hem YSK, hem de Cumhurbaşkanı yetkisinin gaspı; yönetmeliklerin dayandığı yasaların yürürlükten kaldırılmasının da yürütme alanında yetki gaspı olarak nitelendirilmesini hukuk sistemi içinde anlamlandırmak “fanilerin” üstesinden gelebileceği bir iş değildir. Ayrıca görülmekte olan davalarda uygulanan kuralların değiştirilmesinin ya da yürürlükten kaldırılmasının yargı alanında yetki gaspı olarak nitelendirilmesi de farklı değildir. Çünkü bu iddialarla birlikte Anayasayı, erkler ayrılığını ve ulusal egemenlik ilkesiyle yasama erkinin gerekliliğini açıklamak olanaksızlaşır. Artık ülke bir kere kurulduktan sonra yapılacak ilk Anayasa ve çıkarılacak ilk yasalardan sonra Yasama organı görevini tamamlamış olacaktır. Çünkü yapacağı her bir Anayasa değişikliği, Anayasaya tabi organları etkileyecek, her bir yasama faaliyeti de görülmekte olan bir dava ya da idari tasarrufa etkili olabilecektir. Temel Anayasa hukuku bilgilerine göre, yasanın olmadığı yerde, yargı ve yürütme yoktur. Anayasa koyucu iradenin olmadığı yerde Cumhurbaşkanı, Anayasa Mahkemesi iradesi, daha açık bir ifadeyle aslında hiçbir hukuksal irade yoktur.

Anayasa Mahkemesinin 18.6.1970 tarihli bir kararı bu farklılığa yaptığı vurgu bakımından çok önemli ifadeler içermektedir: “Anayasa, uyumlu bir bütündür. Bir bölüm hükümlerinin, öteki hükümlerini işlemez duruma getirmesi veya işlemelerini aksatması düşünülemez. Mahkemelerin bağımsızlığını korumak üzere konulmuş bir hükmün Türkiye Büyük Millet Meclisinin bir anayasal denetim yetkisini ve adli görevini engelleyebileceği hukukça savunulabilir bir görüş değildir.”³³

Anayasanın ilk dört maddesi dışında içeriksel olarak hiçbir sınırlamaya tabi olmayan, Anayasanın 175. maddesindeki usule uymak koşuluyla ilk dört madde dışında Anayasanın tüm maddelerini değiştirebilen, dolayısıyla bu kurallarla bağlı olmayan, son olarak 148. madde uyarınca yalnızca sınırlı biçimsel denetime tabi olan Anayasama iradesinin, bunun dışındaki usul kurallarına aykırılık nedeniyle geçersiz kılınması olanaksızdır. Usulü yaratan iradenin, usule aykırılık nedeniyle ortadan kaldırılabilmesi eşyanın doğasına aykırıdır. Kurulu organları yaratan, bu organları kendi tayin ettiği yetkilerle donatan ve bu yetkilerin sınırını çizen kurucu iktidar iradesini, kendi iradesine tabi olan kurulu organ iradeleriyle bağlı kılmak olanaksızdır. Sistemi belirleyen, dolayısıyla sistem üstü bir irade olan kurucu iktidar iradesinin,

33 E. 1970/25-26, K. 1970/32. K.t. 18.6.1970, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1970/K.1970-32.htm>

sistemin parçası niteliğindeki iradelerle bağlı olması tutarlı değildir. Kıta Avrupası demokratik hukuk sistemlerinde tüm iradelerin aynı hukuksal zemin üzerinde cereyan ettikleri ve işledikleri varsayılır. Buna karşın “yetki”, “yasak”, “izin” ve “emir” biçiminde somutlaşma zorunluluğu bulunan iradelerin geçerliliği ancak hiyerarşik bir yapının sağladığı dikey meşruiyet koşuluyla olanaklıdır. Alt irade (norm) üst iradenin izin verdiği ve ona aykırı olmadığı sürece geçerlidir. Tersine üst irade (norm), geçerliliğini alt iradeden almaz.

Anayasa koyucu anayasa değişikliklerinin esas yönünden denetimini yasaklamıştır. Biçim denetimini ise üç nedenle sınırlamıştır. Bu sistemin tutarlı sonucu, asli kurucu iktidarın türev kurucu iktidar iradesinin denetlenmesini istemediği biçimde ortaya çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi “*Anayasanın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerinde Anayasa Mahkemesine tanınan denetim yetkisi, teklif, oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartlarına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlanmıştır*” ifadeleriyle başkaca bir denetim yetkisinin olmadığı altını çizmiştir.³⁴ Anayasa değişikliğine ilişkin önceki bir kararında da “*Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini belirleyen Anayasanın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların esas yönünden denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetimleri de, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmuştur. İptali istenen bu sınırlı sebeplerden herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenmesi olanağı yoktur. Dava dilekçesinde ileri sürülen hususlar Anayasanın 148. ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 21. maddelerinde sayılı ve sınırlı olarak belirlenen şekil bozukluklarından değildir. Bu itibarla işin esasına girilmeden yetkisizlik nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekir.*”³⁵

Genel olarak denetimi yasaklanmış, sınırlı biçim eksikliği durumunda ise yalnızca iptal yaptırımı öngörülen türev kurucu iktidar iradesinin geçerliliği üzerinde daha ileri bir tartışma yapmak için iptal nedenlerinden daha ağır bir aykırılığın varlığı zorunludur. Bu aykırılık, bu çalışma çerçevesinde ortaya çıktığı gibi, ancak “*teklif*” ve “*kabul iradesi*”nin yokluğu ile sınırlı olarak kabul edilebilir.

Anayasa, Anayasa değişikliğine ilişkin yasanın iki varlık koşulundaki eksikliği iptal nedeni saymıştır. Dolayısıyla teklifte ya da genel kuruldaki kabulde gerekli sayının yetersizliği bu iradenin yokluğu olarak değil, eksikliği olarak kabul edilmiştir. Bu eksiklik iptal nedenidir. Örneğin TBMM üye tamsayısının 1/3’üne denk gelen 184 Milletvekili yerine 1 (bir) Milletvekilinin teklifiyle başlatılan Anayasama süreci, yokluk nedeni değil, “*teklif çoğunluğunu karşılamadığından iptale konu olabilir. Aynı şekilde TBMM Genel Kurulunda 10 Milletvekilinin iradesiyle kabul edilen bir Anayasa değişikliği, yokluk değil, iptal nedeni olacaktır. Yokluktan söz etmek için TBMM üye*

34 E. 2007/72. K. 2007/68. Kt. 07.05.2007, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2007/K.2007-68.htm>

35 E. 1987/9. K. 1987/15, Kt. 16.6.1987, AYMKD 23. 282 (294).

Anayasa Yargısında Yokluk

tamsayısının beşte biri yerine teklif yerine Bakanlar Kurulu tasarısı ile sürecin başlatılması ya da teklifin Genel Kurula sunulmaksızın Cumhurbaşkanınca yayımlanması yokluk sonucunu doğurur.

Bir Milletvekilinin teklifi ve beş Milletvekilinin kabulünün ardından Cumhurbaşkanınca yayımlanarak yürürlüğe giren Anayasa değişikliğinin yaratacağı sakıncalar söz edilerek, bu durumda yokluk tespitinin gerekliliği savunulabilir. Hemen belirtmek gerekir ki, bu kadar düşük düzeyde teklif ve kabul iradelerinin ortaya çıkışı, Anayasama süresindeki aşamalara bakıldığında olası gözükmemektedir. Özellikle 10 gün içinde iptal davasının açılacağı ve şekil bozukluklarına karşı açılacak davaların öncelikle karara bağlanacağı dikkate alındığında, çok kısa sürede karara bağlanacak bir hukuka aykırılık tartışmasının, büyük zararlara yol açması da pek gerçekçi görünmemektedir.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılabileceği üzere, Anayasanın bir normun varlığını, bu normu ortaya çıkaran belirli bir iradenin varlığına bağladığı durumlarda, bu iradenin yokluğunun normun yokluğu anlamına geleceği de açıktır. Burada iradelerdeki herhangi bir sakatlıktan değil, iradenin yokluğundan söz edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa değişikliklerinde yokluğu tartıştığı ilk kararında³⁶ “Yokluk, bir normun var olmadığının ifadesidir. Yasalar bakımından, parlamento iradesinin olmaması, Cumhurbaşkanının yayımlama iradesinin bulunmaması, resmi gazetede yayımlanmaması gibi bir normun varlığının zorunlu koşulları bulunmadığı sürece <var>lıktan söz etmek olanaksızdır. Ancak, bunun dışındaki sakatlıklar, denetime tabi oldukları sürece. Anayasal denetimin konusunu oluşturabilirler” ifadesini kullanarak, yokluğu ancak Anayasa normunu ortaya çıkaran ya da yürürlüğe koyan iradelerin “yokluğu” hususlarıyla sınırlı olarak kabul etmiştir.

Hemen belirtmemiz gerekir ki, Resmi Gazetede yayımlanmamış olma, normun yokluğunun saptanmasına yol açacak bir sorun değildir. Resmi Gazetede henüz yayımlanmamış bir kurucu iktidar iradesinin bağlayıcılık kazanmaması, onun yokluğunu temellendirmez. Resmi Gazetede yayınlanmamış ve yürürlüğe girmemiş Anayasa değişiklikleri, bireyler ve diğer devlet organları için herhangi bir bağlayıcı etkiye sahip olamayacağından, bunların yalnızca muhatapları nezdinde yokluğundan söz edilebilir. Anayasa değişikliğinin bir organ için yetki içermesi durumunda, yürürlüğe girmesi beklenmeksizin bu yetkiye dayanılarak yapılan bir idari işlem yetkisizlik nedeniyle iptal edilebilse ya da yokluğuna hükmedilebilse de, buradan hareketle anayasal yetkiyi doğuran anayasama iradesinin yokluğunu ileri sürmek olanaksızdır. Resmi Gazetede yayımlanmakla birlikte referanduma sunulduğundan henüz yürürlüğe girmemiş olması, Anayasa değişikliğinin yokluğuna hükmedilmesi ne olanak vermez. Çünkü yasaların Resmi Gazetede yayımlanması yasama faaliyetine girmez; Resmi Gazetede yayımlanması, onun varlığı için gerekli

36 E. 2007/72. K. 2007/68. Kt. 07.05.2007, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K.2007/K.2007-68.htm>

bir koşul olmayıp, vatandaşlara duyurulmasını ifade eder (Teziç 2003, 47). Dolayısıyla yayımlanma yasaların içe dönük varlık şartı olmayıp, dışa dönük uygulama şartıdır. Yayımlama var olan bir yasayı devletin yetkili organlarına, makamlarına ve idareye onu uygulama yetkisi ve kişilere de buna uyma yükümlülüğü getirir (Tanör/Yüzbaşıoğlu 2002, 292).

Zaten Anayasa Mahkemesi Resmi Gazetede yayımlanmak koşuluyla Anayasa değişikliklerini incelediğinden, bu gerekçeyle yokluk tartışması anlamsızdır. Resmi Gazetede yayımlanmayan bir Anayasa değişikliği henüz dış dünyada vücut bulmadığından dolayı Anayasallık denetiminin konusunu oluşturamayacaktır; ancak hiçbir biçimde değişikliğin “yok edilmesine” neden olamaz. Anayasa Mahkemesi henüz Resmi Gazetede yayımlanmayan 5678 sayılı Anayasa değişikliklerini içtüzük ihdası iddiası üzerinden iptal edilmesine yönelik açılan davayı “görevsizlik” gerekçesiyle reddetmiştir.³⁷ Gerekçede şu ifadeler kullanılmıştır: “Türkiye Büyük Millet Meclisinde Anayasa değişikliği üzerinde yapılan oylamalar, Anayasanın 175. maddesindeki şekil koşullarına tabidir. Bu niteliğiyle ‘oylama’ Anayasa yapım sürecinin ayrılmaz parçası olup. Anayasanın 148. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca da ayrı ve münhasır bir denetim konusunu oluşturmaktadır.

Anayasa’da açıkça öngörülmüş bir dava yolu kapsamında denetim olanağı bulunan ve özel koşullara tabi tutulan bir şekil aykırılığının, eylemli içtüzük değişikliği veya ihdası niteliğinde olduğu ileri sürülerek iptal istemine konu edilmesi. Anayasanın yasalar ve Anayasa değişiklikleri için öngördüğü şekil denetimine ilişkin sınırlarının aşılması sonucunu doğuracağından kabul edilemez. “ Bu ifadelerden de anlaşılacağı üzere, Mahkeme tutarlı bir şekilde “yokluk” tartışması yapmamış, Anayasa değişikliğinin içtüzük ihdası yolu kullanılarak iptalinin istenmesini örtülü olarak “Anayasayı dolanma” çabası olarak nitelendirmiş,³⁸ Anayasa değişikliği henüz Resmi Gazetede yayımlanmadığından dolayı davayı görevsizlik gerekçesiyle geri çevirmiştir.

Ancak Cumhurbaşkanının yayım iradesinin yokluğunun Anayasa değişikliğinin yokluğuna neden olması tartışmalıdır. Anayasanın 175. maddesi uyarınca Anayasa değişikliklerinin Resmi Gazetede yayımlanmakla ya da re-

37 İçtüzüklerin denetimine yeni bir yaklaşım içeren bu karar için bkz. E. 62/2007. K. 66/2007. Kt. 5.7.2007, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2008/K.2007-66.htm>

38 Mahkemenin içtüzük ihdası içtihadım “Bu istisnai yolun temel gerekçesi, meclis kararlarına karşı denetim olanağının bulunmaması ve Anayasayı dolanma girişimlerinin hukuksal korumaya göremeyeceği düşüncesidir” ifadeleriyle gerekçelendirmesi çok anlamlıdır. Çünkü bir sonraki paragrafta Anayasa değişikliği süreci ve denetim olanağı hakkında bilgi verilmekte, ancak Anayasa değişikliklerinin esas denetimi yasaklanan, başvuru süresi olağan davalara oranla çok kısa olan ve en önemlisi iptali nitelikli çoğunluk gerektiren yasama tasarrufu olduğu açıkça ifade edilmektedir. Henüz Resmi Gazetede yayımlanmayan bu yasama tasarrufuna karşı “eylemli olarak içtüzük ihdas edildiği” gerekçesiyle iptal davasını açan Partinin (CHP) bu davranışının “sınırların aşılması” sonucunu doğuracağını kararda açıkça ifade edilmiş olması. Partinin davranışının “bay-pass” (bkz. yazarın s. 208’deki ifadesi) veya “Anayasayı dolanma girişi” olarak tasnif edildiğini göstermektedir.

feranduma sunulmakla yürürlüğe girebilmesi Cumhurbaşkanının iradesini zorunlu kılmaktadır. Cumhurbaşkanının bay-pass edilerek, bu eksikliğin örneğin Meclis Başkanı'nın imzasıyla tamamlanmaya çalışılması açık bir Anayasa aykırılık içerecektir. Ancak bu aykırılık yokluk tartışmalarına olanak vermez. Çünkü Anayasa değişikliği Cumhurbaşkanına geldiğinde tamamlanmış ve vücut bulmuştur. Yürürlük koşulu olan Cumhurbaşkanı iradesinin eksikliği, olsa olsa değişikliğin yürürlüğe girmediğinin kanıtı olabilir. Yürürlüğe girmemiş bir Anayasa değişikliği bağlayıcı olmaz; değişiklik bir yetki normu içeriyorsa, bu yetkinin kullanılmasıyla ortaya çıkan hukuksal işlemler hukuka aykırı olacaktır.

Peki, Cumhurbaşkanı Anayasanın 89. maddesinde belirtilen 15 günlük süre içinde Anayasa değişikliğini yayımlamadığında, Cumhurbaşkanının iradesini TBMM Başkanının iradesiyle ikame ederek yayımlama yoluna gidilebilir mi? Bu soru yasama yetkisi bağlamında kapsamlı biçimde Kemal Gözler (Gözler 2000, 408) ve Erdoğan Teziç (Teziç 2003, 50) tarafından tartışılmıştır. Gözler'in görüşlerine ek olarak şu noktaya dikkat çekmekte yarar vardır: Cumhurbaşkanı, yukarıda da ifade edildiği gibi, yasama sürecinin bir parçası olmadığından, Cumhurbaşkanının emredici nitelikteki *"75 gün içinde yayımlar"* kuralına uymaması hem doğrudan doğruya bu kuralın ihlali, hem de yasama yetkisinin engellenmesi biçiminde bir Anayasa ihlalidir. Böyle bir durumda Cumhurbaşkanının iradesinin yokluğunu Anayasa değişikliğinin yokluğunun gerekçesi kılmak, ağır bir Anayasa ihlali yoluyla yaratılmış bir *"durumdu, Anayasayı ihlal edenin arzuladığı doğrultuda çözmek, bir bakıma Anayasa ihlalini ödüllendirmek anlamına gelir. Yasalaşma süreci tamamlanmış böyle bir yasanın ancak yürürlüğe girip girmediği konusunda bir tartışma yapılsa da, bu tartışmadan hareketle anayasama iradesinin "yokluğu" ya da "yok edilmesi" sonucuna ulaşılması kabul edilebilir bir sonuç olamaz.*

Bunun dışında yokluğu yalnızca teklif iradesi ya da kabul/oylama iradesinin bulunmaması veya gasp edilmesi durumunda kabul etmek gerekecektir. Başka bir anlatımla Anayasa değişikliğinin Bakanlar Kurulu tasarısı yoluyla TBMM gündemine alınması ya da TBMM Genel Kurulu'nda kabul edilmek sizin Anayasa Komisyonu kararıyla birlikte Cumhurbaşkanına sunulması, referandumda kabul edilmesi benzeri her bir durumda Anayasa değişikliğinin *"varlığı"*nı kabul etmenin olanağı bulunmamaktadır. Aynı şekilde TBMM Genel Kurulu yerine başka bir organın iradesiyle yürürlüğe konulan Anayasa değişikliğinin herhangi bir etki ve sonuç doğurması söz konusu değildir.

Anayasa Mahkemesi Anayasa değişikliklerini incelediği son kararında anayasama sürecinin yürürlük iradeleriyle varlık koşullarını birbirinden ayırarak, Cumhurbaşkanının yetkilerinin ve halkın Anayasa değişikliğini oylama hakkının gaspı gerekçesiyle Anayasa değişikliklerinin yokluğunun saptanması istemini reddetmiştir. Mahkemeye göre *"Anayasa değişikliklerinin Cumhurbaşkanınca yayımlanması ya da halkoyuna sunulması işlemi, doğası gereği*

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Anayasanın değiştirilmesine ilişkin yasanın varlık koşulu niteliğinde değildir. Anayasanın 89. ve 175. maddelerinden anlaşılacağı üzere Anayasa değişikliğine ilişkin yasalar Genel Kurul iradesiyle varlık kazanır ve halkoyuna sunulmaması durumunda Cumhurbaşkanınca yayımlanmakla yürürlüğe girer. Anayasa değişikliklerinde yürürlük koşulu kimi durumlarda Cumhurbaşkanı ile halk arasında paylaştırılmıştır. Bu hallerde her iki irade Anayasa değişikliklerinin yürürlüğe girmesinin ön koşulunu oluşturmaktadır.³⁹ Normun varlık koşullarını “teklif” ve “kabul” iradelerinin varlığıyla sınırlayan Mahkeme, sonraki “Yokluğun Saptanması İsteminin İncelenmesi” başlığında ilk bakışta karmaşaya yol açabilecek ifadeler de kullanmıştır. Örneğin ilk paragraftaki “Yaptırımın iptal olarak belirlenmiş bu hususlar dışında denetim olanağı bulunmayan tali kurucu iktidar iradesinin hukuksal geçerliliği üzerinde daha ileri bir tartışma yapmak için iptal nedenlerinden daha ağır bir hukuka aykırılığın varlığı zorunludur” ifadeleri, adeta “ağır hukuka aykırılık” durumunda “yokluk” yaptırımına başvurabileceği izlenimini verebilmektedir. Ancak bu izlenimin herhangi bir geçerliliği bulunmamaktadır.

Çünkü ilk olarak bu ifadelerin yalnızca biçim tartışmalarıyla ilgili olduğu paragrafın ilk tümcelerinden rahatlıkla anlaşılabilir. Mahkeme bu tümcelerde esas denetimin olanaklılığını, biçim denetiminin ancak sınırlı nedenlerle yapılabileceğini belirtmektedir. Yasak olan alanda herhangi bir tartışma yapılamaz. İzin verilen biçim alanında daha ileri bir tartışmanın yine biçime ilişkin ağır nedenlere bağlı olacağı mantık gereğidir.

İkinci olarak, bu ifadelerin nasıl anlaşılması gerektiği hem “Anayasa Değişikliğinde Yetki” başlığında, hem de tartışmalı ifadeleri takip eden paragrafta bütün açıklığıyla ortaya konmuştur: “Anayasanın norm olarak tanımadığı bir tasarrufu norm olarak var kabul etmek olanaksızdır. Anayasa bir normun varlığını, bu normu ortaya çıkaran belirli bir iradenin varlığına bağladığı durumlarda, bu iradenin yokluğunun normun yokluğu anlamına geleceği açıktır”. Yukarıda Anayasama sürecinde “normu ortaya çıkaran iradelerin” ne olduğu açıklanmıştı. Hem kararın önceki başlıklarında hem de yukarıdaki açıklamalarımızda bunun “teklif” ve “kabul” iradeleri olduğu belirtilmişti. Ayrıca bu paragrafın son tümcesindeki “...yokluğu ancak bir norma vücut veren ya da yürürlüğe koyan iradelerin yokluğu hususlarıyla sınırlı olarak kabul etmiştir” ifadesinin yine önceki başlıklardaki açıklamalarla birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Bir yaptırım olarak “yok hükmünde sayılma” durumunun ancak “norma vücut veren” “teklif” ve “kabul” iradelerinin yokluğuyla sınırlı olduğu, “yürürlüğe koyan” iradenin yokluğunun, normun “yok edilmesi”ne olanak vermediği, yalnızca norma tabi olan kişiler üzerinde bağlayıcılığına engel oluşturduğu yukarıda açıklanmıştı.

39 E. 2007/99. K. 2007/86. Kt. 27.11.2007, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K.2008/K..2007-86.htm>

Anayasa Yargısında Yokluk

TBMM'nin teklif ve kabul iradelerinin "tehdit" ve "cebir" yoluyla sakatlandığı durumda Anayasa değişikliği hakkındaki yokluk tartışması oldukça sorunludur.⁴⁰ 12 Mart 1971 tarihli Muhtıranın ardından gerçekleştirilen Anayasa değişikliklerinin yok hükmünde olabileceği görüşü dile getirilmişti (Aksoy 1975, 1232). Tehdidin siyasal bir faktör olarak Anayasama organını siyasal tutum alışı sevk ettiği her durumda iradenin yokluğundan söz etmek güç olmakla birlikte, Anayasa değişikliğinin yalnızca tehdit nedeniyle ve tehdit eden odaklar doğrultusunda gerçekleşmiş olması durumunda anayasama organının teklif ve kabul iradelerinin yokluğunu kabul etmek gerekecektir. Cebir durumunda irade yokluğu açıktır.

Vurgulanması gereken diğer bir nokta da tehdit ve cebir'in yalnızca kurucu iktidar iradesi bakımından değil. Anayasa Mahkemesi dâhil olmak üzere tüm kurulu iktidar iradeleri bakımından aynı sonucu doğuracak olmasıdır.

KAYNAKÇA:

- Aksoy, Muammer. 1975. *Devrimci Öğretmenin Kıyımı ve Mücadelesi, C. II. Ankara: Orsel Matbaası.*
- Aliefendioğlu, Yılmaz. 1997. *Anayasa Yargısı.* Ankara: Yetkin Yayınevi.
- Aliefendioğlu, Yılmaz. 1984. "Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu", *Anayasa Yargısı* 1. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları. 101-137.
- Azrak, A. Ülkü. 1984. "Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği", *Anayasa Yargısı* I. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları. 151-168.
- Brunner, Georg. 2001. "Der Zugang des Einzelnen zur Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Raum", *Report for European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission)*, [http://www.venice.coe.int/docs/2001/CDL-JU\(200n022-ger.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2001/CDL-JU(200n022-ger.asp) (8.4.2008).
- Brunner, Georg. 1993. "Die neue Verfassungsgerichtsbarkeit in Osteuropa", *Za-öRV* 53. 819-870.
- Can, Osman. 2007-a. "Anayasa Değişikliklerinin Yokluğu ya da Kadüklüğü Üzerine", *Güncel Hukuk Dergisi*, Eylül 9-45. 28-33.
- Can, Osman. 2007-b. "Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetimi Sorunu", *AÜSBFD* 62/3, Temmuz-Eylül, Yavuz Sabuncu 'ya Armağan. 101-139.
- Can, Osman. 2006. "Cumhurbaşkanlığı Seçimi", *Radikal* 2, Aralık 31.
- Can, Osman. 2008. "Özelleştirmeler ve Anayasa: Bir Liberal Dönüşüm Serüveni", *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2008.* Ankara: Ankara Barosu Yayınları.
- Duran, Lütfi. 1984. "Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu", *Anayasa Yargısı* I. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları. 57-87.

40 Bu noktaya dikkatimi çeken Anayasa Mahkemesi Raportörü Ahmet Kırtepe'ye teşekkür ediyorum.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

- Erkut, Celal. 1988. “İdare Hukukunda Yokluk Teorisi”, *İdare Hukuku ve İdari İlimleri Dergisi (İHİD)*, Sayı 1-3, Yıl 9: Lütü Duran’a Armağan. 69-91.
- Eroğul, Cem. 2007. “2007 Cumhurbaşkanlığı Seçimi Bunalımından Çıkarılabilecek Dersler”, *SBFD 62/3 Yavuz Sabuncu ‘ya Armağan*. 167-181.
- Eroğul, Cem. 1974. *Anayasayı Değiştirme Sorunu*. Ankara: AÜSBF Yayınları.
- Gören, Zafer. 1997. *Anayasa Hukukuna Giriş*. İzmir: Barış Yayınları - Fakülteler Kitabevi.
- Gözler, Kemal. 2003. *İdare Hukuku Cilt I*. Bursa: Ekin Yayınları.
- Gözler, Kemal. 2000. *Türk Anayasa Hukuku*. Bursa: Ekin Yayınları.
- Gözler, Kemal. 2001. *Anayasa Hukukuna Giriş*. Bursa: Ekin Yayınları.
- Günday, Metin. 2002. *İdare Hukuku Dersleri*. Ankara: İmaj Yayınları: 6. Bası.
- Isensee, Josef. 2003. “Verbotene Bäume im Garten der Freiheit- Das Tabu im Verfassungstaat”: *Recht und Tabu*, ed. Depenheuer, Otto, 115-140. Wiesbaden: Westdeutscher Verlag.
- İyimaya, Ahmet. 2007. “Cumhurbaşkanlığı Seçiminde Yeter Sayılar ve Yargısal Denetim”. *Siyaset Hukuku Sorunları*. Ankara. 511-522.
- Jestaedt, Matthias, (2002), “Verfassungsgerichtspositivismus, Die Ohnmacht des Verfassungsgesetzgebers im verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionstaat”: *Ethos und Nomos, Hoinmage an Josef Isensee zum 65. Geburtstag*, ed. Depenheuer/Heintzen/Jestaedt/Axer. 183-228. Berlin: Duncker& Humblot.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. 1994. *Anayasa Yargısı*. Ankara: İmge Yayınları.
- Kelsen, Hans. 1960. *Reine Rechtslehre*. Wien: Franz Deuticke Vlg.: 2. Aufl.
- Krüger, Herbert. 1964. *Allgemeine Staatslehre*. Stuttgart: Kohlhammer.
- Onar, Erdal. 1993 *Anayasayı Değiştirme Sorunu*. Ankara.
- Özbudun, Ergun. 2003. *Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yay. 7. Baskı.
- Özbudun, Ergun. 2006. “Anayasa Mahkemesi ve Ekonomik Politika”, *Özgürlükler Düzeni Olarak Anayasa, Verfassung als Freiheitsordnung, Fazıl Sağlam 65. Yaş Armağanı*, Ed. Osman Can/Ülkü Azrak/Yavuz Sabuncu/Otto Depenheuer/Michael Sachs, 319-332. Ankara: İmaj Yayınları.
- Özbudun, Ergun. 2007-b. “Cumhurbaşkanının Yetkileri ve Seçilme Yöntemi”, *Cumhurbaşkanlığı Seçimi Öncesi Cumhurbaşkanlığı*. Ankara: TBB Yayını. 236-245.
- Özbudun, Ergun. 2007-a. “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, *SBFD 62/3 Yavuz Sabuncu ‘ya Armağan*. 257-268.
- Rousseau, Dominique. 1992. *La Justice Constitutionnelle en Europe*. Paris: Montchrestien, E. J. A.
- Röhl, Klaus F. 1994. *Allgemeine Rechtslehre*. Köln: Cari Heymanns Verlag.

Anayasa Yargısında Yokluk

- Sağlam, Fazıl. 2007. "2007 Cumhurbaşkanlığı Seçimi Üzerine Sürdürülen Yorum Tartışmalarının Hukuksal Analizi", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2007/2, *Aydın Aybay Armağanı*. 227-254.
- Sarıca, Ragıp. 1944. "İdare Hukukunda Yokluk ve Butlan", *Ebul'ula Mardin'e Armağan*. İstanbul: İstanbul Hukuk Fakültesi Yayını. 1191-1279.
- Schlaich, Klaus. 1997. *Das Bundesverfassungsgericht*. München: C.H. Beck. 4. Aufl.
- Schmitt, Cari. 1979. *Politische Theologie*. Berlin, Duncker& Humblot.
- Şahbaz, İbrahim. 1999. Anayasa Yargısında Yokluk, *Ankara Barosu Dergisi* 1999/4. 23-48.
- Şahbaz, İbrahim. 2006. Yarı Doğrudan Demokrasi Kurumu Olarak Referandum ve Türkiye. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Tandoğan, Sabri. 1976. "Objektif ve Sübjektif Tasarruflarda Yokluk", *İdare Hukuku ve İdari Yargı İle İlgili İncelemeler I*. Ankara: Danıştay Yayını No. 21. 82-106.
- Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu. 2002. 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku. İstanbul: YKY. 3. Baskı.
- Teziç, Erdoğan. 2003. *Anayasa Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınları. 8. Baskı.
- Teziç, Erdoğan. 1986. "Cumhurbaşkanının Geri Gönderme Yetkisi", *Anayasa Yargısı* 3. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları. 83-94.
- Teziç, Erdoğan. 1972. *Türkiye'de 1961 Anayasasına göre Kanun Kavramı*. İstanbul: İÜHF Yayınları No 384.
- Turhan, Mehmet. 2007. "Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı", *SBFD* 62/3 *Yavuz Sabuncu 'ya Armağan*. 379-404.
- Uluşahin Nur. 2007. "Cumhurbaşkanı Seçiminin Düşündürdükleri ya da Hukukun Siyasallaşması", *Ankara Barosu Dergisi* 65/2 *Bahar*. 18-30.
- Yayla, Yıldızhan. 1983. "1982 Anayasasına Göre Devletin Özünü", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (İHİD)*, Yıl 4, Sayı 1-3. 133-149.
- Yıldırım, Turan. 1994. "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı", *İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Cilt II, Sayı 1, Mayıs 1994*. 19-25.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi. 1996. *Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi. 2007-b. "Anayasa Değişikliği Neden Kadük Kalmıştır?" *Güncel Hukuk Dergisi*, Ağustos 8-44. 32-38.
- Yüzbaşıoğlu, Nemci. 2007-a. "Nisan-Mayıs 2007'de Yapılacak Olan Cumhurbaşkanlığı Seçiminin Meşruiyet ve Hukukilik Yönleriyle İrdelenmesi", *Cumhurbaşkanlığı Seçimi Öncesi Cumhurbaşkanlığı*. Ankara: TBB Yayınları. 259-275

(48. Makale - 2009)

Ayhan DÖNER

*Geçmişten Günümüze Türk Hukukunda
Kamu Görevlilerinin Seçimlerde Adaylığı **

* Ayhan Döner “Geçmişten Günümüze Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Seçimlerde Adaylığı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 58, S. 4, 2009, s. 737-776.

GEÇMİŞTEN GÜNÜMÜZE TÜRK HUKUKUNDA KAMU GÖREVLİLERİNİN SEÇİMLERDE ADAYLIĞI

*Candidacy of Public Officers according to Turkish Law from the Past to
the Present*

Yrd. Doç. Dr. Ayhan DÖNER*

GİRİŞ, I- 1876 KANUN-U ESASİ DÖNEMİ, A) 1876 Tarihli Talimat-ı Muvakkate, B) 1908 Tarihli İntihab-ı Mebusan Kanunu, II- KURTULUŞ SAVAŞI VE 1921 ANAYASASI DÖNEMİ, A) Kurtuluş Mücadelesi ve Birinci Meclis Seçimleri, B) 320 Sayılı Kanun, III- 1924 ANAYASASI DÖNEMİ, A) 4320 Sayılı Mebus Seçimi Kanunu, B) 5545 Sayılı Tarihli Milletvekili Seçimi Kanunu, C) Mahalli İdareler Seçimlerindeki Durum, IV- 1961 ANAYASASI DÖNEMİ, A) 306 Sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu, B) 304 Sayılı Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimi Kanunu, C) Mahalli İdareler Seçimlerindeki Durum, V- 1982 ANAYASASI DÖNEMİ, A) 2839 Sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu, 1) Seçim Kurullarında Görevli Hakimlerin Adaylığı, 2) Diğer Kamu Görevlileri, Siyasi Parti Yöneticileri ve Türk Silahlı Kuvvetleri Mensuplarının Adaylığı, B) 2972 Sayılı Mahalli İdareler İle Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun, C) Görevden Çekilme ve Göreve Dönme, 1) Görevden Çekilme, 2) Göreve Dönme, a) 298 Sayılı Kanun, **SONUÇ**

ÖZET

Seçim hukukunun en önemli kavramlarından biri adaylık kavramıdır. Yapılacak seçimlerde aday olmak isteyen kişiler hakkında olumlu ve olumsuz olmak üzere bazı şartlar aranmakta ve bunlara seçilebilme yeterliliği adı verilmektedir. Ancak seçilebilme yeterliliğine sahip olan fakat uğraştıkları iş ve görevleri sebebiyle görevlerinden ayrılmadıkça seçilme imkanı tanınmayan bazı kişiler bulunmaktadır. Bunlar arasında en önemli grubu, devlet memurları, hakimler, savcılar, ordu mensupları gibi kendilerine genel olarak kamu görevlileri adı verilen kişiler oluşturmaktadır. Türk Hukukunda 1876 Kanunu Esası'den başlayarak günümüze kadar kamu görevlilerinin seçimlerde adaylığı konusunda kamu görevlilerinin lehine ve aleyhine olmak

* Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

üzere inişli çıkışlı bir süreç yaşanmıştır. 1982 Anayasası, toplumu depolitize etme mantığına paralel olarak, daha önceki anayasalarımızda görülmedik bir şekilde seçimlerde adaylık konusunda durumu kamu görevlilerinin aleyhine çevirmiştir. 1982 Anayasası kamu görevlilerinin demokratik hakkı olan seçilme hakkını gereksiz bir şekilde sınırlandırmaktadır. Bunun yanında, seçmenler açısından daha nitelikli ve çeşitli adaylar arasında seçimde bulunabilme imkânı da ellerinden alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Adaylık, kamu görevlisi, Anayasa, Seçim Kanunu, görevden ayrılma

ABSTRACT

One of the most important subjects of election law is the notion of candidacy. Some affirmative and negative clauses, called eligibility requirements, are applied to those who want to become a candidate. However, there are someone who do not have any right to be selected because of their jobs and these people cannot be selected until after these departure from the work. The most important group of these are public officers, composed of civil servants, judges, prosecutors, and military men. In Turkish Law, beginning from 1876 the Kanunu Esasi until recently, an undulate process has been conducted about the candidacy of the public officers with ever-changing provisions that have alternatively worked to their advantage and disadvantage. The 1982 Constitution, in the parallel with the thought to depoliticize society, turned the situation against these public officers. The 1982 Constitution unnecessarily limits the democratic right of public officers to be selected. Besides, from the voters point of the view, their right of selecting the best one among the more qualified and various candidates is being denied.

Keyword: Candidacy, public officer, Constitution, Election Act, retire

GİRİŞ

Seçim hukukunun en önemli kavramlarından biri adaylık kavramıdır. Aday, yapılan bir seçimde seçilmeyi isteyen ve belirli nitelikleri haiz olup, seçmen kitlesinin oyuna sunulan kişilere denilmektedir. Seçim hukukunda seçmenler açısından fazlaca şart aranmazken adaylar açısından daha fazla ve nitelikli şartlar aranmaktadır. Seçilebilme yeterliliği adı verilen bu şartlar olumlu ve olumsuz olmak üzere iki grupta toplanmakta ve bu şartları taşımayan kişiler aday olamamaktadır¹. Durum böyle olmakla birlikte uğraştıkları iş ve görevleri sebebiyle seçilme yeterliliğine sahip olup da görevlerinden ayrılmadıkça seçilme imkanı tanınmayan bazı kişiler bulunmaktadır. Bunlar arasında en

1 Adaylığın tanımı ve şartları konusunda bkz., Araslı, Oya, **Adaylık Kavramı ve Türkiye’de Milletvekilliği Adaylığı**, Ankara, 1972, s.41 vd.; Armağan, Servet, **Memleketimizde Anayasa, Seçimler ve Anayasa Mahkemesi**, İstanbul, 1975, s.88 vd.; Teziç, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, İstanbul, 2007, s.265 vd.

Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Seçimlerde Adaylığı

önemli grubu, devlet memurları, hakimler, savcılar, ordu mensupları gibi kendilerine genel olarak kamu görevlileri adı verilen kişiler oluşturmaktadır.

Kamu görevlilerine seçimlerde aday olma dolayısıyla da seçilebilme imkanının tanınıp tanınmaması sorunu, bir taraftan anayasalarca vatandaşlara tanınmış olan seçilme hakkının kamu görevlilerine hangi ölçüde tanınacağı, diğer taraftan da seçimlerin güvenliği ve serbestliğinin sağlanması amacı arasında bir dengenin kurulmasını gerektirmektedir.

Kamu görevlilerine veya daha doğru bir ifadeyle kamu görevlilerinin bir kısmına seçimlerde en azından görevlerinden çekilmedikçe aday olma imkanı verilmemesindeki temel düşünce, bunların kamu adına kendilerine verilmiş olan devlet yetki ve imkanlarını seçim sürecinde kendi lehlerine kullanabilme ihtimalleri veya yürüttükleri görevlerin, niteliği gereği siyasi bir kimlik kaldıramamasıdır.

Çalışmamızda ilk yazılı anayasamız olan Kanun-u Esasiden başlayarak kamu görevlilerinin seçimlerde adaylığı konusunda nasıl bir seyir izlendiği ve günümüzdeki durum ele alınacaktır. Burada hemen şunu belirtelim ki, 1982 Anayasasına gelinceye kadar kamuda çalışanların seçimlerde adaylığına yönelik düzenlemelerde genel olarak memur kavramı ön plana çıkmışken, 1982 Anayasasıyla birlikte memurları da içine alan ve daha kapsamlı bir kavram olan kamu görevlileri kavramı kullanılmaya başlanmıştır. Bu sebeple çalışmamızda geçmiş dönemlerdeki düzenlemeler incelenirken kamu görevlisi kavramından çok memur kavramı kullanılacaktır.

I- 1876 KANUN-U ESASÎ DÖNEMİ

1876 Kanun-u Esasisinin 8 ilâ 26'ncı maddelerinde Osmanlı tebaasının temel hak ve özgürlükleri düzenlenmiştir. "Tebaa-i Devlet-i Osmaniye'nin Hukuk-u Umumîyesi" başlıklı bu bölüme baktığımızda seçme ve seçilme hakkının burada öngörülmediğini; ancak, Heyet-i Mebusanın düzenlendiği 65 ila 80. maddeler arasındaki "Heyet-i Mebusan" başlıklı bölümde, Heyet-i Mebusanın azalarının müntehipler tarafından seçileceğinin öngörüldüğünü, bu şekilde seçme seçilme hakkının Kanun-u Esasî tarafından dolaylı olarak tanındığını görmekteyiz².

1876 Kanun-u Esasisinin 67, 68 ve 72 maddelerinde seçilme yeterliliğine ilişkin şartlar sayılmaktadır. Bunlardan 67. maddede memurların durumu düzenlenmiş ve memurlukla Heyet-i Mebusan azalığının aynı kişide birleşmeyeceği öngörülmüştür. Bununla birlikte 67. madde aday olmayı memuriyetten çekilme şartına bağlamamış; seçime girerek Heyet-i Mebusan azalığını kazanan memurlara azalık ile memurluk arasında bir seçimde bulunabilme hakkı tanımıştır. Ancak, Padişah tarafından tayin edilen

2 Tanör, Bülent, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, İstanbul, 1999, s. 146; Gözler, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa, 2000, s.28.

vekiller bunun dışında tutulmuştur. Maddeye göre, vükeladan seçilenlerin görevlerinden çekilme zorunluluğu bulunmamaktadır. Memurların seçilmelerine ilişkin bu hükümler dışında, hakimler ile asker ve subayların Heyet-i Mebusan azalığına seçilebilmelerine yönelik herhangi bir özel düzenlemeye rastlanmamaktadır³.

A) 1876 Tarihli Talimat-ı Muvakkate

Ülkemizde ilk milletvekilliği seçimleri 1876 Kanun-u Esasi hükümlerine göre değil, 1876 tarihli Talimat-ı Muvakkate hükümlerine göre yapılmıştır⁴. Kanun-u Esasinin 66. maddesi seçimin nasıl yapılacağını “*kanun-ı mahsus ile tayin olunaca*”ğını belirtmektedir. Ancak kanun yapabilmek için Heyet-i Mebusan üyelerinin seçilmiş olması gerektiğinden Kanun-u Esasi hazırlanırken bir sene süreyle yürürlükte kalacak ve seçimin nasıl yapılacağını gösteren “Talimat-ı Muvakkate”⁵ ismini taşıyan bir talimat 28 Ekim 1876 (10 Şevval 1293)’da yürürlüğe konmuştur⁶.

Adından da anlaşılacağı üzere geçici nitelik taşıyan fakat uzunca bir süre uygulanan bu talimat, seçilme yeterliliğine ilişkin şartları Kanun-u Esasiden farklı düzenlemekle birlikte, memurlar açısından Kanun-u Esasiye paralel hükümler taşımaktadır. Talimat 3. maddesiyle, aynen Kanun-u Esaside olduğu gibi Heyet-i Mebusan üyeliğine adaylık için, memuriyetten ayrılmayı bir şart olarak öngörmemiştir. Ancak seçilen memur, Heyet-i Mebusan üyeliği ile memuriyet arasında bir tercihte bulunması gerekmektedir. Heyet-i Mebusan üyeliğini tercih etmesi halinde memuriyetten ayrılması şarttır (m.3).

B) 1908 Tarihli İntihab-ı Mebusan Kanunu

19 Mart 1877 tarihinde toplanarak çalışmalarına başlayan Meclis-i Umumi, 14 Şubat 1878’de II. Abdulhamit tarafından, Rusya ile yapılan “93 Harbi” gerekçe gösterilerek tatil edilmiş ve 23 Temmuz 1908 tarihine kadar bir daha toplantıya çağırılmamıştır. Bu tarihte toplantıya çağırılan Meclis-i Umuminin toplanabilmesi için yeni seçimlerin yapılması gerektiğinden, birinci dönem

3 Araslı, age, s.91; Armağan, age, s.143-144.

4 Arsel, İlhan, *Büyük Millet Meclisinin Teşkili ve Azalarının Seçimi*, AÜHF, C.12, S.1- 2, Y.1955, s. 100; Araslı, age, s. 91; Armağan, age, s.145. Ülkemizde ilk milletvekilliği seçimleri 1876 Anayasasının kabulüyle gerçekleşmiş olmakla birlikte, bu tarihten önce de mahalli idareler düzeyinde sınırlı da olsa seçimlerin yapıldığı görülmektedir. Bu konuda bkz., Alkan, Mehmet Ö., *Türkiye’de Seçim Sistemi Tercihinin Misyon Boyutu ve Demokratik Gelişime Etkileri*, *Anayasa Yargısı* 23, Ankara, 2006, s.137 vd.; Savcı, Bahri, *Seçmenlik Şartları Bakımından Seçim Rejimi*, AÜSBFD, C.II, S.3-4, Y. 1947, s.217 vd.; Tanör, age, s.109.

5 Talimat-ı Muvakkatenin metni için bkz., *Türkiyede ve Yabancı Memleketlerde Seçim Mevzuatı*, (Yazar Yok), Ankara, 1949, s.3 vd.

6 Aldıkaçtı, Orhan, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İstanbul, 1978, s.61. 1876 Anayasası da 119. maddesindeki “Meclis-i Umumiye dair olan fi 10 Şevval sene 93 tarihli Talimat-ı Muvakkatenin cereyanı ahkâmı yalnız birinci defa içtima edecek Meclis-i Umuminin müddeti inikadiyesi hitamına kadar olup andan sonra hükmü carî değildir. ” hükmü ile Talimat-ı Muvakkate’ye atıfta bulunmuştur.

Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Seçimlerde Adaylığı

Meclis-i Umumisinin kısa çalışma döneminde kabul ettiği, fakat Padişah tarafından onaylanmayan “İntihab-ı Mebusan Kanunu”⁷ onaylanarak yürürlüğe konulmuştur⁸.

1908 yılından 1942’ye kadar gerçekleşen bütün seçimlerde “İntihab-ı Mebusan Kanunu” uygulanmıştır⁹. Daha sonra birçok değişikliğe uğrayan bu Kanunun ilk şeklinde memurların durumu, Kanun-u Esasi ve Talimat-ı Muvakkateye paralel bir şekilde düzenlenmektedir¹⁰. Aynen bunlarda olduğu gibi, İntihab-ı Mebusan Kanununun 17. maddesinin ilk şeklinde de, Padişah tarafından tayin edilen vekiller hariç, Heyet-i Mebusan üyeliği ile memuriyetin bir kişide birleşemeyeceği, memur olan bir kişinin mebusluğa seçilmesi halinde bu iki görevden birini tercih etmesinin zorunlu olduğu öngörülmüştür. Kanunda memurların seçilmelerine ilişkin bu hükümler dışında, hakimler ve ordu mensuplarına yönelik herhangi bir özel düzenlemeye rastlanmamaktadır.

1876 Kanun-u Esasisi dönemine baktığımızda, gerek Anayasa gerekse bu dönemde uygulanan Talimat-ı Muvakkate ve İntihab-ı

Mebusan Kanununda memurların seçimlerde aday olabilmeleri için görevlerinden çekilme şartı getirilmediği görülmektedir. Ancak memurun Heyet-i Mebusan üyeliğine seçilmesi halinde ona mebusluk ile memuriyet arasında tercihte bulunması zorunluluğu getirilmiştir. Ordu mensupları açısından ise diğer memurlardan farklı bir özel düzenleme bulunmamaktadır.

Ordu mensupları dahil memuriyetten çekilme şartının 1876 Kanun-u Esasi döneminde getirilmemiş olması durumunu, o dönemde genel oy ilkesinin henüz kabul edilmemiş dolayısıyla seçimlere katılacak memur sınıfının etkileyebileceği kişilerin az olması, memur sınıfının günümüzle karşılaştırıldığında daha sınırlı olması veya henüz seçim ve buna ilişkin sorunların o dönem itibarıyla bu kadar karmaşıklaşmamış olması gibi nedenlere bağlayabiliriz.

II- KURTULUŞ SAVAŞI VE 1921 ANAYASASI DÖNEMİ

A) Kurtuluş Mücadelesi ve Birinci Meclis Seçimleri

Bilindiği üzere 30 Ekim 1919 tarihli Mondros Mütarekesinden sonra Birinci Dünya Savaşının galip devletleri tarafından ülkenin önemli bir kısmı işgal edilmiş; bu işgale karşı Anadolu ve Rumeli’de direnişler başlamıştır¹¹. Mustafa Kemal dağınık ve birbirinden kopuk olan bu direnişleri birleştirmek

7 Kanun metni için bkz., *Türkiyede ve Yabancı Memleketlerde Seçim Mevzuatı*, s.7 vd.

8 Aldıkaçtı, age, s.69; Gözler, age, s.37; Armağan, age, s.154.

9 Arsel, age, s.100; Alkan, agm, s.142.

10 Armağan, age, s.156.

11 Bu dönemdeki anayasal gelişmeler hakkında bkz., Tanör, age, s.225 vd.; Döner, Ayhan, *Atatürk Dönemi Anayasal Gelişmelere Genel Bir Bakış: 1921-1924 Anayasaları*,

Erzincan Ü. Hukuk Fakültesi Atatürk’ün 125. Doğum Yılına Armağan, Erzincan, 2007, s.87 vd.

ve onlara yön verebilmek amacıyla 19 Mayıs 1919’da Samsun’a çıkmıştır. Bu tarihten itibaren meydana gelen bir dizi olay sonucunda İstanbul’un işgal edilmesi üzerine Mustafa Kemal Heyeti Temsiliye adına yayımladığı bir tamimle “*selahiyeti fevkaladeyi haiz bir meclis*”i Ankara’da toplantıya çağırması ve toplantıya çağrılan meclisin oluşum şeklini gösteren bir “İntihabat Tebliği” yayımlamıştır (19 Mart 1920)¹². Tebliğ, Meclise gelecek mebuslar hakkında esas itibarıyla İntihab-ı Mebusan Kanunun istediği şartları aramaktadır¹³.

Meclis kuruluşundan kısa bir süre sonra 20 Ocak 1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanununu kabul etmiştir. Kurtuluş savaşının olağanüstü şartları altında kabul edilen 23 maddelik oldukça kısa olan bu anayasada seçilme şartları dolayısıyla kamu görevlilerinin seçimlerdeki adaylığına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

B) 320 Sayılı Kanun

Kurtuluş Savaşının başarı ile tamamlanmasının ardında Birinci Meclis 1 Nisan 1923 tarihinde seçimlerin yenilenmesi kararını almış ve ardından da 3 Nisan 1923 tarihinde konumuzla ilgili 320 sayılı Kanunu kabul etmiştir¹⁴. 320 sayılı Kanunla İntihab-ı Mebusan Kanununda önemli değişiklikler yapılmış; bu arada memurların seçilme yeterliliği ile ilgili de yenilikler getirilmiştir. Kanunda ilk göze çarpan adaylık konusunda silahlı kuvvetler mensuplarıyla diğer memurlar arasında ikili bir ayırımın yapıldığıdır.

320 sayılı Kanunun 3. maddesine göre, öğretmenler hariç, merkezden atanan bütün memurlar, hakimler, savcılar, müftüler ve belediye başkanları, seçimlerin başlamasından iki ay önce görevlerinden istifa etmedikçe, görevlerini yerine getirdikleri seçim çevresinden mebus adayı olamazlar. Kanunda, görevli bulundukları seçim çevresi dışında mebus adayı olacaklar için herhangi bir sınırlama yapılmadığı için, bu kişilerin görevli bulundukları seçim çevresi dışındaki seçim çevrelerinde görevlerinden istifa etmeden adaylıklarını koyabilecekleri ve mebus seçilebilecekleri sonucu çıkmaktadır¹⁵.

320 sayılı Kanunun 3. maddesi, ordu, kolordu, fırka kumandanları ile bütün asker alma şube ve kalem başkanları, jandarma alay, tabur ve bölük kumandanlarının hiçbir şekilde görevlerini yerine getirdikleri seçim çevresinden mebus adayı olamayacaklarını öngörmektedir. Buradan çıkan sonuca göre, söz konusu silahlı kuvvetler mensuplarının, görevlerinden istifa etseler dahi, görevli bulundukları seçim çevresinden mebus adayı olmaları mümkün değildir¹⁶.

12 Tebliğ metni için bkz., Atatürk, M. Kemal, **Nutuk (1919-1927)**, (Yayına Hazırlayan: Zeynep Korkmaz), Atatürk Kültür Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara, 1994, s.288.

13 Armağan, age, s.161.

14 Kanun metni için bkz., **Türkiyede ve Yabancı Memleketlerde Seçim Mevzuatı**, s.28-29.

15 Araslı, age, s.93.

16 Araslı, age, s.93.

III- 1924 ANAYASASI DÖNEMİ

1924 Anayasasının 11, 12 ve 23. maddelerinde milletvekilli seçilme yeterliliğine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlardan 23. madde hükmü “*Meb’ûsluk ile Hükûmet memûriyeti bir zat uhdesinde içtimâ edemez*” şeklindedir. 1876 Anayasasında da bulunan bu hükmün 1924 Anayasası açısından özel bir anlamı vardır. Kurtuluş Savaşının olağanüstü şartları birçok komutanın milletvekilliği sıfatını da üstlenmesi zorunluluğunu doğurmuştu. Fakat savaş sonrası böyle bir zorunluluk ortadan kalktığı için artık asker-sivil memurluk ile milletvekilliği arasında seçim yapma gereği bulunmaktaydı¹⁷. Nitekim bu hükme rağmen Anayasaya geçici madde eklenerek ordu mensuplarının görev yaptıkları seçim çevrelerinden görevlerinden ayrılırlar dahi milletvekili seçilemeyeceklerine dair yukarıda bahsettiğimiz 320 sayılı Kanuna atıfta bulunulmuş ve bu kişiler hakkında 320 sayılı Kanunun hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Anayasada memurların seçimlerde adaylığına ilişkin bahsettiğimiz hükümler dışında başkaca bir hükme rastlanmamaktadır. Gerçi 23. maddenin görüşmeleri sırasında üniversite öğretim üyelerinin istifa etmeksizin milletvekili olabilmelerine dair bir önerge verilmiş; ancak bu önerge kabul görmemiştir¹⁸. Yukarıda belirtildiği üzere 1942 yılına kadar yapılan milletvekili seçimlerinde İntihab-ı Mebusan Kanunu uygulanmıştır. Dolayısıyla bu tarihe kadar milletvekili seçimine ilişkin genel olarak memurların durumu İntihab-ı Mebusan Kanununa göre belirlenmiştir.

A) 4320 Sayılı Mebus Seçimi Kanunu

1942 yılı seçim hukukumuz açısından önemli bir yıldır. Bu yıl içerisinde, Osmanlı döneminden kalan ve birçok değişiklikler geçiren, ekler yapılan İntihab-ı Mebusan Kanunu ile ek ve tadillerini yürürlükten kaldıran 4320 sayılı ve 14.12.1942 tarihli Mebus Seçimi Kanunu çıkartılmıştır¹⁹. Bu şekilde dağınık durumda bulunan seçim mevzuatı derlenerek tek bir kanunda toplanmıştır²⁰.

4320 sayılı Kanunun 11. maddesi memurların adaylığına ilişkin durumu düzenlemektedir. Maddenin memurları ordu mensubu olan ve olmayan şeklinde ikili bir ayrıma tabi tuttuğu görülmektedir²¹. Kanun, ordu mensubu olmayan memurlara ilişkin 320 sayılı Kanunun öngördüğü düzenlemeyi esas alırken, ordu mensupları hakkında 320 sayılı Kanunundan farklı bir düzenleme öngörmüştür.

17 Tanör, age, s.298.

18 Madde hakkındaki görüşme ve önergeler için bkz., Gözübüyük, A. Şeref/Sezgin, Zekai, **1924 Anayasası Hakkındaki Meclis Görüşmeleri**, Ankara, 1957, s.171 vd.

19 Düstur 3. Tertip, C.24, s. 105. Kanun metni için ayrıca bkz., **Türkiyede ve Yabancı Memleketlerde Seçim Mevzuatı**, s.35 vd.

20 Armağan, age, s.172.

21 Araslı, age, s.95.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Kanunun, 320 sayılı Kanunun 3. maddesine paralel 11. maddesine göre, öğretmenler hariç, merkezden atanan bütün memurlar, hakimler, savcılar, müftüler ve belediye başkanları, seçimlerin başlamasından iki ay önce, seçimin yenilenmesi halinde ise, yenilenmenin ilanından itibaren üç gün içinde görevlerinden istifa etmedikçe, görevlerini yerine getirdikleri seçim çevresinden mebus adayı olamazlar.

Kanuna göre, kara, deniz, hava ve jandarma sınıflarına mensup subaylarla, askeri memur ve hakimlerden istifa ve emeklilik hakkına sahip olanların, gerek görevli bulundukları seçim bölgesinden gerekse bunun dışındaki seçim bölgelerinden mebus adayı olabilmeleri için, seçimlerin ilanından itibaren en çok 10 gün, ara seçimlerde ise, seçim gününden önce istifa etmiş veya emekliliklerini talep etmiş bulunmaları gerekmektedir. İstifa veya emekliliği talep hakkını haiz olmayanların ise hiçbir şekilde milletvekili adayı olmaları mümkün değildir²².

Dikkat edilecek olursa, ordu mensupları açısından 4320 sayılı Kanun, 320 sayılı Kanundan farklı bir düzenleme öngörmektedir. 320 sayılı Kanun ordu mensuplarının görevli oldukları yerlerden görevlerinden ayrılışları dahi milletvekili adayı olamayacaklarını öngörürken, 4320 sayılı Kanun bunlara seçimlerden belli bir süre önce istifa etmek kaydıyla aday olabileme ve seçilebilme imkanı vermektedir.

B) 5545 Sayılı Tarihli Milletvekili Seçimi Kanunu

1924 Anayasası döneminde çıkartılan ve 4320 sayılı Kanunla memurların adaylığı konusunda aynı hükümleri içeren 4918 sayılı ve 05.06.1946 tarihli Milletvekilleri Seçimi Kanunu²³ bir kenara bırakacak olursak, bu dönemde çıkartılan en son kanun 5545 sayılı ve 16.02.1950 tarihli Milletvekili Seçimi Kanunudur²⁴. Bu Kanunun seçim hukukumuz açısından getirmiş olduğu en önemli yeniliklerden biri, seçim işlerinin yürütülmesi konusunda ortaya çıkacak itirazları karara bağlamak üzere yetkilendirilen ve üyelerinin Yargıtay ve Danıştaydan seçildiği Yüksek Seçim Kurulunun kurulmuş olmasıdır.

Kanunun 35. maddesi kamu görevlilerinin adaylıklarını düzenlemektedir. Madde kamu görevlileri arasında, öncelikle, seçimlerde mutlak surette adaylığını koyamayacaklar ile diğerleri arasında ayırım yapmakta; daha sonra da, adaylığını koyabilecek memurlar arasında da ordu mensupları ile memurlar ve belediye başkanlarının durumlarını ayrı ayrı düzenlemektedir. Bu düzenlemelere göre, kamu görevlilerinin adaylık durumu şu şekildedir:

22 Araslı, age, s.95-96.

23 Kanun metni için bkz., *Türkiyede ve Yabancı Memleketlerde Seçim Mevzuatı*, s.3 vd. 4918 sayılı Milletvekilleri Seçimi Kanununda kamu görevlilerinin seçimlerde adaylığına yönelik olarak 4320 sayılı Mebus Seçimi Kanunundan farklı esasa ilişkin herhangi bir yenilik bulunmamakta, sadece kanunun dilinin sadeleştirildiği görülmektedir. Fakat bu Kanunun seçim tarihimiz açısından önemi ilk defa bu Kanunla birlikte ülkemizde tek dereceli seçim getirilmiştir. (Bu konuda bkz., Armağan, age, s.173).

24 Düstur 3. Tertip, C.31, s.847.

Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Seçimlerde Adaylığı

A) Kanunda il ve ilçe seçim kurulu başkanı olan hakimlerle, Yüksek Seçim Kurulu başkan ve üyeliklerini kabul eden Yargıtay ve Danıştay üyeleri, seçimde adaylığını mutlak surette koyamayacak olanlar olarak düzenlenmiştir. Bu kişiler ülkenin hiçbir bölgesinde adaylıklarını koyamazlar. Ancak bu kişilere, görevin kabulünden önce görevlerinden istinkaf etmek (görevi kabul etmemek) ve diğer memurların tabi olduğu şartlar altında adaylıklarını koyabilmek hakkı verilmiştir. Fakat görevin kabulünden sonra adaylığı tercih etme hakkı kullanılamamaktadır²⁵.

B) 30.06.1954 tarih ve 6428 sayılı Kanunla değiştirilen 35. maddenin son şekline göre, devlet, vilayet, özel idare ve belediyelerde ve iktisadi devlet teşekküllerinde memur veya hizmetli olarak çalışanlar ile hakim ve hakim sınıfından sayılanların milletvekili adayı olabilmeleri için, genel ve ara seçimlerin başlangıcından altı ay önce, erken seçime karar verilmesi halinde ise, kararın ilanından itibaren 7 gün içerisinde istifa etmiş olmaları gerekmektedir. Maddenin ilk halinde altı aylık süre belediye başkanları dahil kapsam dahilindeki tüm kamu görevlileri açısından iki ay olarak öngörülmüş iken, yapılan bir değişiklikle belediye başkanları diğerlerinden ayrılarak onlar açısından iki aylık süre muhafaza edilmiş, ancak diğer kamu görevlileri açısından altı ay önce istifa etmek şartı getirilerek kamu görevlilerinin seçimlerde aday olması, dolayısıyla seçilme hakları büyük ölçüde zorlaştırılmıştır²⁶.

C) Maddede, ordu mensuplarından subay, askeri memur, askeri hakim ve gedikli subay ve erbaşların yalnızca istifa etmek ve emekliliğini istemek hakkını haiz olanların milletvekili adayı olabilecekleri kabul edilmiş; fakat bunların aday olabilmeleri için 6428 sayılı Kanunla değişik maddenin son şekline göre, genel ve ara seçimlerden altı ay önce, seçimlerin erken yapılması halinde de, seçim kararının verilmesinden itibaren yedi gün içinde görevlerinden ayrılma talebinde bulunmaları şart koşulmuştur. Maddenin ilk halinde iki ay olan süre, altı aya çıkartılmak suretiyle, aynen diğer memurlarda olduğu gibi ordu mensuplarının da milletvekili seçilme hakları zorlaştırılmıştır²⁷. Ayrıca, diğer kamu görevlilerinden farklı olarak, milletvekili adayı olmak üzere ayrılma istekleri kabul edilen ordu mensuplarının milletvekili seçilememeleri halinde yeniden göreve dönebilme imkanları da kabul edilmemiştir²⁸.

C) Mahalli İdareler Seçimlerindeki Durum

Kamu görevlilerinin milletvekilliği adaylığına ilişkin yukarıda incelenen kanunlardaki hükümlerden başka seçimlerde adaylığına ilişkin 18.03.1924

25 Arsel, agm, s.110; Araslı, age, s.97.

26 Araslı, age, s.98-99; Arsel, agm, s.110.

27 Araslı, age, s.97-98.

28 Arsel, agm, s.112.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

tarikh 442 sayılı Köy Kanunu²⁹ ve 03.04.1930 tarih 1580 sayılı Belediye Kanununda³⁰ da hükümler bulunmaktadır.

Bu konuda ilk olarak 442 sayılı Köy Kanunun 25 ve 33. maddelerindeki düzenlemeler göze çarpmaktadır. Kanunun 25. maddesinde, hükümet, vilayet ve köyün aylıklı memuru olanlar ile milletvekilleri, il genel meclisi, il ve kaza idare meclisi ve nahiye meclisi üyelerinin köy muhtarlığı ve ihtiyar meclisi üyeliğine aday olamayacakları düzenlenmiştir.

442 sayılı Köy Kanununun 33. maddenin konumuza ilişkin hükümleri ise şu şekildedir, “a) Köy muhtarlığına ve ihtiyar meclisi üyeliğine seçildikten sonra: ...Devletin, katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin, köylerin, İktisadi Devlet Teşekküllerinin veya bunlara bağlı daire ve müesseselerle ortaklarının ve imtiyazlı şirketlerin memur ve müstahdemi olanlar, ...milletvekili, il genel meclisi üyesi, belediye meclisi üyesi, belediye başkanı olanlar,. muhtar ve ihtiyar meclisi üyeliğinden, il veya ilçe idare kurulunca çıkarılırlar,”

Hükümlerden de anlaşılacağı üzere Köy Kanunu belirli kamu görevleri ile köy muhtarlığı ve ihtiyar meclisi üyeliğinin bağdaşmayacağını kabul etmektedir. Kanunda köy muhtarı ve ihtiyar meclisi üyesi iken bu görevlere gelen kişilerin muhtarlık ve ihtiyar meclisi üyeliklerinden çıkarılacakları öngörülmekle birlikte, bu görevlerde bulunan kişilerin nasıl aday olacakları, aday olurken istifalarının gerekip gerekmeyeceğine yönelik bir hüküm bulunmamaktadır.

Benzer yönde diğer bir hüküm, 2005 yılına kadar birçok değişiklikle yürürlükte kalan 1580 sayılı Belediye Kanununda bulunmaktadır. 1580 sayılı Belediye Kanununun 24, 25 ve 26. maddeleri seçilme ehliyetine ilişkindir. Kanun kamu görevlilerini üç ayrı grupta ele alarak düzenlemiştir. Kanunun 25. maddesi, devlet memurları ile belediye memur ve müstahdemlerinin görevli bulundukları yerlerde belediye meclis üyeliğine seçilemeyeceklerini, dolayısıyla, adaylıklarını koyamayacaklarını öngörmektedir. Kanunun 24. maddesinde ise, güvenlik güçlerinin durumu ele alınmıştır. Maddenin yedinci fıkrasında, silah altında bulunan askerler, jandarmalar, zabıtlar, askeri memurlar ve polislerin belediye meclislerine üye aday olamayacakları düzenlenmektedir.

24 ve 25. maddedeki kamu görevlilerinin belediye meclis üyeliğine seçilemeyecekleri düzenlenmekle birlikte, bunların aday olmayı istemeleri halinde ne yapmaları gerektiği konusunda herhangi bir hüküm öngörülmemiştir. Her ne kadar Kanuna 07.07.1950 tarih 5669 sayılı Kanunla ilave edilen ek 2. madde ile belirli konularda Kanunda seçime ilişkin boşluklar olması halinde Milletvekilli Seçimi Kanununun ilgili maddelerinin

29 RG, 07.04.1924, S.68.

30 RG, 14.04.1930, S.1471.

Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Seçimlerde Adaylığı

uygulanacağı belirtilmiş ise de, atıf yapılan konular arasında seçimlerde aday olabilmek için memurların istifasına ilişkin hükümler bulunmamaktadır. Nitekim bu dönemde Yüksek Seçim Kurulu da aynı yönde içtihat geliştirmiştir³¹.

Nihayet Kanun 26. maddesiyle de milletvekilliği, daimi vilayet azalığı ile belediye meclisi üyeliğinin aynı kişinin uhdesinde birleşmeyeceği hükmünü getirmekte, ancak bu nitelikteki kişilere bir tercih hakkı sunmaktadır. Buna göre, milletvekili veya daimi vilayet azası olan bir kişinin, belediye meclis üyeliğine, belediye meclis üyesi olan kişinin de, milletvekilliği veya daimi vilayet azalığına seçilmesi halinde, seçim sonuçlarının kendilerine tebliğ edilmesinden itibaren üç gün içerisinde bu görevlerden biri hakkında tercih haklarını kullanmaları gerekmekte; aksi halde her iki durumda da belediye meclis üyeliğinden istifa etmiş sayılmaktadırlar. Görüleceği üzere, milletvekilleri ve daimi vilayet üyelerinin belediye meclisi üyesi adayı olabilmeleri veya bunların milletvekili ve daimi vilayet üyesi adayı olabilmeleri için görevlerinden çekilmelerine gerek bulunmamaktadır.

IV- 1961 ANAYASASI DÖNEMİ

1961 Anayasasında Türkiye Büyük Millet Meclisi Cumhuriyet Senatosu ve Millet Meclisinden oluşan iki meclisli bir parlamento olarak öngörüldüğünden, seçilme yeterliliğine ilişkin hükümler de Millet

Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu üyeleri açısından iki ayrı şekilde düzenlenmiştir³².

1961 Anayasasının 68. ve 72. maddeleri, kamu görevlilerinin Millet Meclisi ve Cumhuriyet Senatosu üyeliklerine adaylığına ilişkindir. Esas itibarıyla 68. madde milletvekilliğine seçilebilmenin şartlarını düzenlemiş olmakla birlikte, 72. maddede “milletvekili seçilmeye engel bir durumu olmayan her Türk, Cumhuriyet Senatosuna seçilebilir” denilmek suretiyle özellikle kamu görevlilerinin milletvekili adayı olabilmeleri için gerekli olan şartların Cumhuriyet Senatosu adayı olmaları için de geçerli olacağı öngörülmüştür.

68. madde kamu görevlilerini iki grupta ele almıştır. Maddenin 3. fıkrasında genel olarak memurların durumu düzenlenmiş ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğine aday olmanın memurluktan çekilme şartına bağlanamayacağı kabul edilmiştir. Bundan başka memurlar için seçim güvenliği bakımından hangi şartların aranması gerektiğinin kanunla düzenleneceği hükmüne yer

31 YSK'ye göre, “Belediye kanunu, belediye reislerinin adaylıklarını koyabilmeleri için önceden istifa mecburiyetini koymadığına ve 5669 sayılı kanunda da bunun hilafına bir hüküm bulunmadığına göre, 5545 sayılı seçim kanununun 35 inci maddesindeki istifa etmek mecburiyeti belediye başkanları için yalnız mebus seçimlerinde mevzu bahistir. Ve bunun kıyas yoluyla belediye seçimlerine teşmiline imkan yoktur.” YSK, Karar No: 120, KT.16.10.1950, Erdoğan, Fuat, **Türk Seçim Mevzuatı ve Tatbikatı**, Ankara, 1960, s.15.

32 Araslı, age, s.99.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

verilmiştir. 3. fıkranın metni şu şekildedir: “Aday olmak, memurluktan çekilme şartına bağlanamaz. Seçim güvenliği bakımından hangi memurların ne gibi şartlarla aday olabilecekleri kanunla düzenlenir.”

Maddenin gerekçesinde aday olmanın memurluktan çekilme şartına bağlanamayacağı şu şekilde açıklanmıştır³³: “Memurların aday olmalarını yok eden hükümleri önlemek ve parlamento hayatımızda Devlet hizmetlerinde edinilen tecrübelerin yer alabilmesini sağlamak için, bunların memurluktan mutlak olarak istifa mecburiyeti Anayasa ile önlenmiştir. Ancak muayyen memuriyet vazifeleri, seçmenler üzerinde müessir olabileceğinden kanunla bu haller için hükümler konulması caiz görülmüştür.”

Maddenin son fıkrasında ikinci grubu oluşturan hakimler ile silahlı kuvvetler mensuplarının durumu ele alınmıştır. Buna göre “Hakimler ile subay, askeri memur ve astsubaylar, mesleklerinden çekilmedikçe, aday olamazlar ve seçilemezler”³⁴.

1961 Anayasasının memurların seçimlerde adaylığına ilişkin bakış açısı, 1924 Anayasası ve o dönemde yürürlüğe konulan seçim kanunlarının memurların seçimlerde adaylığına bakış açısından oldukça farklıdır. Yukarıda incelendiği üzere, 1924 Anayasası döneminde memurların seçimlere katılıp aday olması konusunda zorlaştırmacı düzenlemeler mevcut iken, 1961 Anayasasıyla bunun aksine memurların siyasi faaliyetlerinin önünün açılması, bu şekilde de, devlet hayatında edindikleri tecrübelerin parlamento ya yansımalarının yararları göz önünde bulundurulmuştur.

A) 306 Sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu

306 sayılı ve 25.05.1961 tarihli Milletvekili Seçimi Kanunu³⁵ seçilme yeterliliğine ilişkin şartları; 9, 10, 16, 17 ve 18. maddelerinde düzenlemiştir. Konumuzla ilgili maddeler 16, 17 ve 18. maddelerdir. Maddelerde kamu görevlileri, 1924 Anayasası dönemindeki 5545 sayılı Kanuna benzer bir şekilde üçlü bir tasnife tabi tutularak ele alınmıştır:

A) Kanunun 16. maddesine göre, Yüksek Seçim Kurulu başkan ve üyeleri, il seçim kurulu başkan ve üyeleri ile ilçe seçim kurulu başkanları ülkenin hiçbir seçim çevresinde aday olamaz ve seçilemezler. Ancak bu kişilerin adaylıklarını koymak istemeleri halinde, görevlerinden çekilme hakları bulunmaktadır. Fakat aynen 5545 sayılı Kanunda olduğu gibi, 306 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununda da bu kişilerin görev kabul etmelerinden sonra çekilme hakkını kullanamayacakları kabul edilmiştir.

33 Gerekçe için bkz., Öztürk, Kazım, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, C. II*, Ankara, 1966, s.2362.

34 Araslı'ya göre, buradaki çekilme ifadesi çekilme konusundaki başvuruyu değil, çekilme işleminin tamamlanmasını ifade etmektedir (Araslı, age, s.101).

35 RG, 30.05.1961, S.10815.

Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Seçimlerde Adaylığı

B) Kanunun 17. maddesinde genel olarak memurların adaylıklarını koyabilmeleri için gerekli şartlar düzenlenmiştir. Madde, memurların görev yaptıkları seçim çevresinden aday olabilmeleri ile diğer seçim çevrelerinden aday olabilmelerinin şartlarını birbirinden ayırmıştır. Memurların görevli bulundukları seçim çevrelerinden aday olabilmeleri istifa etmek şartına bağlanırken, diğer seçim çevrelerinden adaylık için böyle bir şart aranmamıştır. Buradaki temel düşünce, memurların görevli bulundukları seçim çevrelerinde istifa etmeksizin adaylık imkanının verilmesi halinde memuriyet yetki ve sıfatlarını seçimlerde lehlerine kullanabilme ihtimalini ortadan kaldırmaktır.

17. maddeye göre, devlet, katma bütçeli idareler, il özel idareleri, belediyelerle, bunlara bağlı kuruluşlar, iktisadi devlet teşekkülleri ve bunların kurdukları kuruluşlar, ortaklıklar ile kamu tüzel kişiliklerinde memur ve hizmetli olarak çalışanlar ve belediye başkanları, aday olmak için istifa etmek zorunda değildir. Ancak bunların görevli bulundukları seçim çevresinden aday olabilmeleri için, genel veya ara seçimlerin başlangıcından 2 ay önce, seçimin yenilenmesine karar verilmesi durumunda da, yenileme kararının ilanından başlayarak 7 gün içerisinde istifa etmeleri zorunludur.

Görüldüğü üzere 17. madde ilke olarak, seçimlerde aday olmak isteyen kamu görevlileri açısından görevlerinden istifa etmek şartını aramamaktadır. İlke bu olmakla birlikte, kamu görevlilerinin görev yaptıkları yerlerde aday olmaları halinde istifa şartı getirilmek suretiyle, seçim güvenliği bakımından, devlet imkanlarını ve sıfatlarını seçimlerde kendi lehlerine kullanmaları önlenerek, seçimlerin güvenliği ve adaylar arasındaki yarışın adilliği sağlanmaya çalışılmıştır.

Hakimlerin adaylığı konusunda ise, 17. maddede seçim çevresi ayırımı yapılmaksızın mesleklerinden her halükarda çekilme şartı kabul edilmiştir. Savcılar konusunda, gerek 1961 Anayasası gerekse 306 sayılı Kanununda özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Özel bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasından savcıların diğer memurlarla adaylık bakımından aynı statüye tabi olacağı sonucuna varmak mümkün ise de, Yüksek Seçim Kurulu aksi yönde bir karar vermiştir. YSK'nin 135 nolu ve 23.08.1961 tarihli konuya ilişkin kararı şu şekildedir³⁶: *“Hakimler Kanununun hakim ve savcılar hakkındaki hükümleri, Cumhuriyet savcılarının Anayasanın yargı bölümü içine alınmış bulunması ve hakimlerin adaylık ve seçilebilme şartlarını gösteren hükmün kanuna konuluş sebepleri göz önünde tutulduğu takdirde Cumhuriyet savcılarının da bu hükmün şümulü içinde bulunduğu kabulü gerekir. Sadece kanun metnindeki ifadeye bakılarak C.savcılarının bu hükmün dışında bırakılmış olduğu yolu düşünce*

36 YSK Karar No: 135 Kt. 23.08.1961. Kararda YSK her ne kadar cumhuriyet savcılarının hakimlerden farklı bir statüye tabi tutulmasının “kanun koyucunun maksadına aykırı” olacağı gerekçesine dayanmış olsa da, Anayasanın ilgili hükmünün ortaya çıkışındaki süreçte baktığımızda, oradan özellikle ve sadece hakimlerin kastedildiği sonucu çıkmaktadır. Maddenin oluşum sürecindeki tartışmalar için bkz., Öztürk, age, s.2361 vd.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

kanunların gayesine ve ruhuna göre yorumlanması prensibine ve kanun koyucunun maksadına aykırı bulunduğundan böyle bir düşüncenin benimsenmesi hukuken mümkün değildir.”

C) Silahlı kuvvetler mensuplarının durumuna gelince, konu 306 sayılı Kanunun 18. maddesinde düzenlenmiştir. Silahlı kuvvetler mensupları açısından da, memurlarda olduğu gibi görevli oldukları veya emirleri altındaki askeri birlik ve kuruluşların bulunduğu seçim çevreleri ile diğerleri arasında adaylık konusunda ayırım yapılmıştır. Fakat diğer memurlardan farklı olarak görevli oldukları seçim çevreleri dışında da aday olmaları halinde görevlerinden ayrılma şartı getirilmiş; sadece iki seçim çevresi arasında adaylık öncesi görevden ayrılma sürelerinde farklılık oluşturulmuştur. Ayrıca önceki seçim kanunlarında olduğu gibi, ancak ordudan ayrılmak hakkını kazanmış olanların seçimlerde aday olabilecekleri düzenlenmiştir.

Maddeye göre, her sınıftan muvazzaf subaylarla, askeri memur, askeri hakim ve astsubaylardan, ordudan ayrılmak hakkını kazanmış olanların görevli oldukları veya emirleri altındaki askeri birlik ve kuruluşların bulunduğu seçim çevrelerinden adaylıklarını koyabilmeleri için; genel ve ara seçimlerin başlangıcından 2 ay önce, seçimin yenilenmesine karar verilmesi halinde ise, yenileme kararının ilanından itibaren 7 gün içerisinde, görevlerinden ayrılma isteminde bulunmuş olmaları gerekmektedir.

Bu gibi kişilerin, görevli oldukları seçim çevresi dışındaki seçim çevrelerinden adaylıklarını koyabilmeleri ise, oy verme gününden en az 40 gün önce ayrılma isteminde bulunmaları şartına bağlanmıştır. Bu maddede, 14.07.1965 tarih ve 656 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, bu 40 günlük süre, 60 güne çıkarılmıştır³⁷.

B) 304 Sayılı Cumhuriyet Senatosu Üyelerinin Seçimi Kanunu

24.05.1961 tarih ve 304 sayılı Kanun³⁸, kamu görevlilerinin Cumhuriyet Senatosu üyeliğine adaylıkları konusunda özel bir düzenlemeye yer vermeyerek 9. maddesiyle bu konuda 306 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununa atıfta bulunmuştur. Bu durumda hakimler, silahlı kuvvetler mensupları, seçim kurulları başkan ve üyeleri ile memurların Cumhuriyet Senatosu üyeliğine adaylık şartları açısından 306 sayılı Kanunun 16, 17, ve 18. maddelerdeki esasların geçerliliği kabul edilmiştir.

C) Mahalli İdareler Seçimlerindeki Durum

1961 Anayasası döneminde kamu görevlilerinin mahalli seçimlerde adaylığına ilişkin olarak, esas itibariyle, yukarıda değindiğimiz Köy ve Belediye Kanunlarının ilgili hükümleri ile yapılan atıflara³⁹ paralel olarak,

³⁷ Arash, age, s.103.

³⁸ RG, 30.05.1961, S.10815.

³⁹ 19.07.1963 tarih ve 307 sayılı Kanunun Ek 5. maddesiyle belediye seçimlerinde 306 sayılı

Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Seçimlerde Adaylığı

306 sayılı Kanunun 16, 17, ve 18. maddeleri ve 1982 Anayasası döneminde de yürürlüğünü sürdüren aşağıda ele alacağımız 298 sayılı Kanunun ilgili hükümleri uygulanmıştır. Bu sebeple, burada mahalli idareler seçimlerinde kamu görevlilerinin adaylığı konusunun ayrıntılarına girilmeyecektir⁴⁰.

V- 1982 ANAYASASI DÖNEMİ

Bilindiği üzere 1982 Anayasasının özelliklerinden biri toplumda belli ölçüde depolitizasyonu, diğer bir ifadeyle siyasetten uzaklaşmayı sağlamayı amaçlamış olmasıdır. Anayasanın bu eğilimi çeşitli hükümlerine yansımıştır⁴¹. Tabii ki toplumda belli ölçüde depolitizasyonu amaç edinen bir anayasanın kamu görevlileri açısından da aynı amacı gözetmemesi düşünülemez. İşte bu amaçla da, 1982 Anayasasında, kamu görevlilerinin siyasi partilere üyeliği (m.68) ve bunların seçimlerde aday olmaları konusunda (m.76) önceki anayasalarımızla mukayese edildiğinde kapsamlı bir yasaklama rejimi benimsendiği görülmektedir.

Nitekim, milletvekili seçilme yeterliliğini ve bu arada da kamu görevlilerinin milletvekili seçimlerinde adaylık şartlarının düzenlendiği 76. maddede de bunun yansımalarını görmemiz mümkündür. Maddeye göre, *“Hâkimler ve savcılar, yüksek yargı organları mensupları, yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanları, Yükseköğretim Kurulu üyeleri, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri ve Silahlı Kuvvetler mensupları, görevlerinden çekilmedikçe, aday olamazlar ve milletvekili seçilemezler.”*

Madde oldukça kapsamlı bir liste ihtiva etmektedir. Buna göre şu kişiler görevlerinden çekilmedikçe milletvekili aday olamamaktadır:

- 1) Hâkimler ve savcılar,
- 2) Yüksek yargı organları mensupları,
- 3) Yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanları,
- 4) Yükseköğretim Kurulu üyeleri,
- 5) Kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri,
- 6) Yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri,
- 7) Silahlı Kuvvetler mensupları,

Kanunun adaylığa ilişkin hükümlerinin uygulanması hususunda atıfta bulunulmuş; Ek 5. maddenin Anayasaya aykırılığı ileri sürülerek konu Anayasa Mahkemesinin önüne getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi oy çokluğuyla maddenin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir (AYM, E.1963/339, K.1964/61, KT. 15.09.1964, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1964/K1964-61.htm>, ET.02.02.2009).

40 Bu konuda bkz., Artukmaç, Sadık, **Mahalli Seçim Hukuku**, Ankara, 1963.

41 Özbudun, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, 2008, s.69; Kuzu, Burhan, 1982 **Anayasa-sının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler**, İstanbul, 1990, s.37; Gözler, age, s.102.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Dikkat edilecek olursa, seçimlerde milletvekili aday olamayacakların listesi, önceki anayasalarımızla mukayese edildiğinde oldukça kabardır. Aslında 1982 Anayasasının hazırlık aşamasında, Danışma Meclisi metninde, kamu hizmetinde görev alanların milletvekili aday olabilmeleri şartlarının nasıl düzenleneceği kanuna bırakılmış, sadece hakimler ve silahlı kuvvetler mensuplarının görevlerinden çekilmedikçe aday olamayacakları belirtilmişti⁴². Ancak Milli Güvenlik Konseyi tarafından madde değiştirilmiş, kamu görevlileri bakımından daha kapsamlı bir düzenleme getirilerek sadece hakimler ile silahlı kuvvetler mensupları değil, maddede sayılan bütün kamu görevlilerinin görevlerinden çekilmedikçe aday olamayacakları ve milletvekili olamayacakları öngörülmüştür⁴³.

Yukarıda belirtildiği üzere, 1961 Anayasasının 68. maddesinde “*aday olmak, memurluktan çekilme şartına bağlanamaz*” hükmü yer almakta ve seçim güvenliği bakımından hangi memurların ne gibi şartlarla aday olabileceklerinin kanunla düzenleneceği öngörülmekte idi. Bu düzenlemeye paralel olarak çıkartılan 306 sayılı Kanunla da memurların ancak kendi görevli bulundukları yerlerden aday olmaları halinde istifa etmeleri gerektiği belirtilmekteydi. 1982 Anayasası bu çözümü depolitizasyon mantığına paralel olarak benimsememiş; bununla da kalmayarak milletvekili aday olabilmek için görevinden ayrılma zorunluluğu olanları içeren kapsamlı bir kamu görevlisi listesini kabul etmiştir. Maddede, hakimler, savcılar, silahlı kuvvetler mensupları gibi ismen sayılan görevlerde çalışanların yanında, *memurlar ve yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlilerinden* de bahsedilmektedir. Anayasanın 128. maddesinde de kamu görevlileri, *memurlar ve diğer kamu görevlileri* olarak ikiye ayrılmakta fakat diğer kamu görevlilerinin kimler olduğu belirtilmemektedir. Kamu görevlilerinin kimler olduğu 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4. maddesinde sayılmaktadır. Buna göre kamu görevlileri; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler olmak üzere dörde ayrılmaktadır. Bu durumda, 76. madde kapsamında aday olmak istemeleri halinde görevlerinden çekilmesi gereken grupları *memurlar, sözleşmeli personel ve geçici personel* olarak sayabiliriz⁴⁴.

42 **MGK Tutanak Dergisi**, 118. Birleşim, C.7, s.130-131.

43 Kuzu, age, s.47-48. Maddenin Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonunun pek de doyurucu olmayan gerekçesi şu şekildedir: “*Danışma Meclisince kabul edilen maddenin son iki fıkrası birleştirilip kamu görevlileri bakımından daha kapsamlı bir düzenleme yapmak suretiyle yalnız hakimlerle silahlı kuvvetler mensupları değil yeni düzenlemede gösterilen tüm kamu görevlilerinin görevlerinden çekilmedikçe aday olamayacakları ve milletvekili seçilemeyecekleri hükmü getirilmiştir.*” Konu MGK’nın Anayasa Tasarısı üzerinde yaptığı görüşmelerde de tartışılmamıştır. Bu yüzden kapsamın hangi sebeplerle genişletildiği anlaşılamamaktadır. Muhtemelen 1982 Anayasasının depolitizasyon mantığının bir ürünüdür. Gerekçe ve madde üzerindeki görüşmeler için bkz. **MGK Tutanak Dergisi**, 118. Birleşim C.7, s.360-362.

44 Kamu görevlisi kavramı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Gözler, İdare Hukuku, s.553 vd.

Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Seçimlerde Adaylığı

Kanaatimizce, adaylık için görevden çekilmesi gerekli kamu çalışanlarının kapsamının bu kadar geniş tutulması yerinde değildir⁴⁵. Zira devlet adına yetki kullanan belirli kamu görevlilerinin görevlerinden çekilmedikçe aday olamamasının altında yatan mantık, bu gibi kimselerin görevlerinden kaynaklanan yetki ve imkanlarını kullanarak seçim sürecini kendi lehlerine etkilemelerinin önüne geçmek ve hakimler ve silahlı kuvvetler mensupları gibi bazı kamu görevlilerinin mesleki niteliklerinden kaynaklanan sebeplerle siyasi kimliklerinin ön plana çıkmasının sakıncalarını ortadan kaldırmaktır. Halbuki 76. maddede belirtilen tüm kamu görevlilerinin böyle bir imkan ve sakıncaları bulunmamaktadır.

Ayrıca doktrinde bazı yazarlar tarafından haklı olarak belirtildiği üzere, bu durum Anayasanın eşitlik ilkesine de aykırıdır. Çünkü kamu görevlisi olmayan adaylar işlerini bırakmaksızın aday olabilmekte, bu şekilde de maddi kayba uğramamaktadır. Halbuki aday olan kamu görevlileri adaylıkları süresince maddi kayba uğradıkları gibi, seçilememeleri halinde de görevlerine dönme konusunda ciddi sıkıntılar çekmektedir⁴⁶. Kaldı ki, bu düzenleme, kamu görevlileri arasında da ciddi bir eşitsizliğe yol açmaktadır. Zira bilindiği üzere kamu personel rejimimizin karmaşıklığı ve çarpıklığı nedeniyle birçok kamu kurum ve kuruluşunda aynı işi yapan görevlilerden biri memur statüsünde görev yaparken, bir başkası işçi statüsüyle aynı görevi yerine getirmektedir. Bu durumda aynı işi yapmakla birlikte işçiler ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri arasında eşitliğe aykırı bir sonuç çıkmaktadır.

Şunu da belirtmek gerekir ki, Anayasanın siyasi partilere üye olma yasağı getirilen kişileri sayan 68. maddesi ile 76. maddesini bir arada değerlendirdiğimizde, kamu kesiminde görev yapan neredeyse bütün grupların fiilen siyasete katılmalarına imkan verilmediği görülmektedir. Bu da, uzun yıllar kamu görevlerinde çalışarak bilgi ve birikim sahibi olan kamu görevlilerinin bu bilgi ve birikimlerini seçimlerde aday olmak suretiyle seçimle iş başına gelen görevlerde kullanamamaları ve seçmenin daha çok ve nitelikli adaylar arasında seçimde bulunabilme imkanından mahrum bırakılması gibi olumsuz sonuçlara yol açmaktadır.

Anayasada yerel yönetimlere yönelik seçimlerde kamu görevlilerinin adaylığına ilişkin herhangi bir hükme rastlanmamaktadır. Yerel yönetimlerin kuruluşunun düzenlendiği 127. maddede sadece bunların seçimle kurulacağı belirtilmekle yetinilmiş, buralara seçilecek kişilerin seçimle yeterliliği konusunda herhangi bir düzenleme öngörülmemiş, bu konuda milletvekili seçilme yeterliliğine de atıfta bulunulmamıştır. Bu durumda, seçilme

45 Aynı yönde bkz., Sabuncu, Yavuz, **Seçim Sistemi/Adalet ve İstikrar**, Türkiye Barolar Birliği Anayasa Hukuku Kurultayı, 9-13 Ocak 2001, Ankara 2001, s.525.

46 Atar, Yavuz, **Seçim Hukukunun Güncel Sorunları**, **Anayasa Yargısı** 23, Ankara, 2006, s.226; Bilir, Faruk, **Türkiye’de Milletvekilliği ve Milletvekilliğinin Sona Ermesi**, Ankara, 2001, s.64.

yeterliliğine ve dolayısıyla kamu görevlilerinin seçimlerde adaylığına ilişkin şartların kanunla belirleneceği açıktır.

A) 2839 Sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu

2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu seçilme yeterliliğine ilişkin şartları 10, 11, 17 ve 18. maddelerinde düzenlemiştir. Konumuzla ilgili maddeler 17 ve 18. maddelerdir. 17. maddede seçim kurullarında görevli hakimlerin seçimlerde adaylığı düzenlenirken, 18. maddede de uzun bir liste halinde diğer kamu görevlilerinin durumu ele alınmıştır.

1) Seçim Kurullarında Görevli Hakimlerin Adaylığı

Kanunun 17. maddesinde seçim kurullarında görevli hakimlerin durumu hakkında önceki dönem kanunlarından farklı bir düzenleme öngörülmemiştir. Madde düzenlemesi şu şekildedir: *“Yüksek Seçim Kurulu ve il seçim kurulu başkan ve üyeleri ile ilçe seçim kurulu başkanları, bu görevlerinden ancak adaylıklarını koymaları halinde çekilebilirler. Adaylığı tercih edenler, bu tercih haklarını genel ve ara seçimlerin başlangıcından bir ay önce, seçimin yenilenmesine karar verilmesi halinde yenileme kararının ilanından başlayarak yedi gün içinde kullanabilirler. Adaylığı tercih edenler, 18 ve 19. maddelerde, memurlar hakkında konulan kayıtlara tabi olurlar.”*

2) Diğer Kamu Görevlileri, Siyasi Parti Yöneticileri ve Türk Silahlı Kuvvetleri Mensuplarının Adaylığı

18. maddede seçim kurullarında görev alacak hakimlerin dışındaki kamu görevlilerinin kimler olduğu ve bunların hangi şartlarla seçimlerde aday olabilecekleri düzenlenmektedir. İlk haliyle bile görevlerinden ayrılmadıkça milletvekili adayı olamayacakların uzun bir listesini ihtiva eden madde, daha sonra 1995 yılında 4125 sayılı Kanunla⁴⁷ değiştirilerek listenin kapsamı daha da genişletilmiştir. Kenar başlığı *“Kamu Görevlileri, Siyasi Parti Yöneticileri ve Türk Silahlı Kuvvetleri Mensuplarının Adaylığı”* olan madde şu şekildedir: *“Hakimler ve savcılar, yüksek yargı organları mensupları, yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanları, Yükseköğretim Kurulu, Radyo Televizyon Üst Kurulu üyeleri, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri aday olmak isteyen belediye başkanları ve subaylar ile astsubaylar, aday olmak isteyen siyasi partilerin il ve ilçe yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile belediye meclisi üyeleri, il genel meclisi üyeleri, genel ve ara seçimlerin başlangıcından bir ay önce seçimin yenilenmesine karar verilmesi halinde yenileme kararının ilanından başlayarak yedi gün içinde görevlerinden ayrılma isteğinde bulunmadıkça adaylıklarını koyamazlar ve aday gösterilemezler.”*

Maddede sayılan ve görevlerinden ayrılmadıkça aday olamayacak olanların bir listesini yapacak olursak oldukça uzun bir listenin ortaya

47 RG, 28.10.1995, S.22447 Mükerrer.

Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Seçimlerde Adaylığı

çıktığı görülecektir. Buna göre aşağıdaki kişiler genel ve ara seçimlerin başlangıcından bir ay önce, seçimin yenilenmesine karar verilmesi halinde yenileme kararının ilanından başlayarak yedi gün içinde görevlerinden ayrılma isteğinde bulunmadıkça milletvekilliğine adaylıklarını koyamazlar ve aday gösterilemezler:

- 1) Hakimler ve savcılar,
- 2) Yüksek yargı organları mensupları,
- 3) Yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanları,
- 4) Yükseköğretim Kurulu üyeleri,
- 5) Radyo Televizyon Üst Kurulu üyeleri,
- 6) Kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri,
- 7) Yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri,
- 8) Belediye başkanları,
- 9) Subaylar ile astsubaylar,
- 10) Siyasi partilerin il yönetim kurulu başkan ve üyeleri
- 11) Siyasi partilerin ilçe yönetim kurulu başkan ve üyeleri
- 12) Belediye meclisi üyeleri,
- 13) İl genel meclisi üyeleri.

Yukarıda belirtildiği üzere, ilk haliyle bile görevlerinden ayrılmadıkça milletvekili adayı olamayacakların uzun bir listesini ihtiva eden madde, daha sonra 1995 yılında değiştirilerek; *Radyo Televizyon Üst Kurulu üyeleri, siyasi partilerin il ve ilçe yönetim kurulu başkan ve üyeleri, belediye başkanları ile belediye meclisi üyeleri, il genel meclisi üyeleri* maddenin kapsamına dahil edilmiştir.

Bunlardan RTÜK üyelerinin görevlerinin niteliği gereği madde kapsamına alınmasını anlamak mümkün iken, özellikle bir siyasi partinin il ve ilçe yönetim kurulu başkan ve üyelerinin aday olabilmek için görevlerinden çekilme zorunda bırakılmasını anlamak mümkün değildir. Birincisi, bu gibi kişiler devlet adına bir yetki kullanmamakta, dolayısıyla, devlet gücünü ve imkanlarını seçimlerde kendi lehlerine kullanamamaktadır. İkincisi, bu gibi kimseler zaten bir siyasi partinin desteğiyle aday olmakta; yine aday oldukları seçim çevresinden istifa etmek zorunda bırakıldıkları siyasi partinin il ve ilçe örgütünün çalışmalarıyla milletvekili seçilmeye çalışmaktadırlar. O halde, devlet adına yetki kullanmayan, dolayısıyla devletin gücünü ve imkanlarını seçimlerde kendi lehlerine kullanamayan ve istifa etmek zorunda oldukları il

ve ilçe örgütünün faaliyetleriyle seçilmek durumunda olan bu kimseler neden istifa etmek zorunda bırakılmaktadır bunun mantığı anlaşılamamaktadır. Halbuki maddenin genel olarak düzenleniş amacı, devlet yetki ve imkanlarını adayların lehlerine kullanmalarının önüne geçmek ve belirli mesleklerin tarafsızlık görüntüsünü yıpratmamak gibi görünmektedir⁴⁸. Bahse konu kişilerin ise bu amaçlarla hiçbir bağı bulunmamaktadır.

B) 2972 Sayılı Mahalli İdareler İle Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun

2972 sayılı Mahalli İdareler İle Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun (Mahalli İdareler Seçimi Kanunu) seçilme yeterliliğine ilişkin şartları 9, 17 ve 31. maddelerinde düzenlemiştir. Maddelere bakıldığında mahalli idareler seçiminde aday olmak isteyen kamu görevlilerinin görevlerinden çekilmek zorunda olup olmadığına ilişkin bir hükme rastlanmamakla birlikte Kanunun 36. maddesinde “*Bu Kanunda özel hüküm bulunmayan hallerde 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun ve... ek ve değişikliklerinin bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır*” demek suretiyle Milletvekili Seçimi Kanununa atıfta bulunulmuştur.

Kanunun 9. maddesiyle, seçilme yeterliliğine ilişkin genel şartlar konusunda Milletvekili Seçimi Kanununa atıfta bulunulmakta, 17. maddesiyle de, seçimlerde aday olmak için görevlerinden istifa etmeleri gerekmeyen bazı kamu görevlileri sayılmaktadır. Buna göre, milletvekilleri, belediye başkanları, il genel meclesi ve belediye meclisi üyeleri ile muhtarlar yerel yönetimler seçimlerinde adaylıklarını koyabilmek veya aday gösterilebilmek için görevlerinden istifa etmek zorunda değildir.

Maddede sayılan bu istisnalar dışında, diğer kamu görevlileri ile, hakimler, savcılar ve silahlı kuvvetler mensuplarının yerel seçimlerde adaylığına ilişkin herhangi bir hükme rastlanmamaktadır. Bu durumda maddedeki bu boşluğun 36. maddedeki atıf doğrultusunda Milletvekili Seçimi Kanununun ilgili maddelerine göre doldurulması gerekmektedir. Nitekim Yüksek

48 Burada “*gibi görünmektedir*” ifadesini bilinçli olarak kullanmaktayız. Çünkü düzenlemenin konuluş mantığı maddeyi değiştiren 4125 sayılı Kanunun gerekçesinden de anlaşılamamaktadır. Bahse konu Kanunla, Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun, Siyasi Partiler Kanunu ile Milletvekili Seçimi Kanununda çeşitli değişiklikler yapılırken bu arada konumuzla ilgili Milletvekili Seçimi Kanununun 18. maddesine yukarıda izah ettiğimiz eklemelerin yanında bir de ikinci fıkra eklenmeye çalışılmıştır. Ancak Kanun teklifinde mevcut bulunan bu ikinci fıkra, Anayasa Komisyonu tarafından Anayasaya aykırı olacağı gerekçesiyle metinden çıkarılmış ve Genel Kurulda da yeniden gündeme gelmemiştir. Fakat maddenin gerekçesi sadece bu ikinci fıkra hakkında olduğu ve gerekçe değiştirilmediği için, Genel Kurul tarafından kabul edilen değişikliklerin sebebi anlaşılamamaktadır. Aynı şekilde Genel Kuruldaki madde hakkındaki görüşmelerden de maddenin ne amaçla düzenlendiği tespit edilememektedir. (Kanunun gerekçesi için bkz., **TBMM Tutanak Dergisi**, Dönem 19, Yasama Yılı:5, C.95, 15. Birleşim Eki, s.31 vd.; madde hakkındaki görüşmeler için bkz. aynı yerde, s.65 vd.).

Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Seçimlerde Adaylığı

Seçim Kurulu da bu doğrultuda hareket ederek maddedeki boşluğu doldurmaktadır⁴⁹.

Yüksek Seçim Kurulunun bu konudaki, 29 Mart 2009 tarihinde yapılacak seçimlere yönelik olarak da tekrar ettiği, yerleşik içtihadı şu şekildedir⁵⁰: “2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun’un 17. maddesinde; milletvekilleri, belediye başkanları, il genel meclisi ve belediye meclisi üyeleri ile muhtarların mahalli idareler seçimlerinde adaylıklarını koyabilmeleri veya aday gösterilebilmeleri için görevlerinden istifa etmek zorunda olmadıkları belirtilmiş, ancak kamu görevlileri, siyasi parti yöneticileri ve Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarının adaylığı konusunda bir hükme yer verilmemiştir. Bu durumda kamu görevlilerinin, siyasi parti yöneticileri ile Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarının adaylığı konusunda 2972 sayılı Kanun’un 36. maddesi ile atıf yapılan 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu’nun 18., 19. ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu’nun 40. maddelerinin uygulanması gerekmektedir.”

Yüksek Seçim Kurulunun bu içtihadı mevcut pozitif düzenleme karşısında yerinde olmakla birlikte, Mahalli İdareler Seçim Kanununun 17. maddesinde düzenlenen istisnalar sebebiyle, milletvekili seçimlerinde görevlerinden ayrılmak zorunda bırakılan bazı kamu görevlilerinin mahalli idareler seçimlerinde istifa etmemesi, buna karşılık kamu görevlisi olmamasına rağmen siyasi parti il ilçe yöneticilerinin her iki seçimde de istifa etmek zorunda bırakılması gibi garip bir durum ortaya çıkmaktadır. Buna göre, milletvekilleri, belediye başkanları, il genel meclisi ve belediye meclisi üyeleri ile muhtarların mahalli idareler seçimlerinde adaylıklarını koyabilmeleri veya aday gösterilebilmeleri için görevlerinden istifa etmeleri gerekmemektedir. Buna karşılık bu gibi kimseler (milletvekilleri hariç) milletvekili seçimlerinde görevlerinden ayrılmak zorundadır.

17. madde ile değinilmesi gereken diğer bir konu da, maddede sayılan kamu görevlileri, mahalli idareler seçimlerinde adaylıklarını koyabilmek veya aday gösterilebilmek için görevlerinden istifa etmek zorunda olmamakla birlikte, maddeye göre, “milletvekilliği, belediye başkanlığı, il genel meclisi ve

49 Maddedeki boşluk 1994 ve 1999 yıllarında yapılan yerel yönetimler seçimlerinde Yüksek Seçim Kurulunca değil, doğrudan yasama organı tarafından doldurulmuştur. 27 Mart 1994 tarihinde yapılan yerel yönetimler seçimi için 2972 sayılı Kanuna 28.12.1993 tarih ve 3959 sayılı Kanunla geçici bir madde eklenerek maddede sayılan kamu görevlilerinin 30.01.1994 tarihine kadar görevden ayrılma isteğinde bulunmadıkça adaylıklarını koyamayacakları ve aday gösterilemeyecekleri düzenlenmiştir. 1999 Mart ayında yapılması gereken yerel yönetimler seçimlerinin 21. dönem milletvekili genel seçimleriyle birleştirilerek 18.04.1999 tarihinde yapılmasına karar verilmiştir. Bu doğrultuda çıkarılan 31.07.1998 tarih ve 4381 sayılı Kanunun 2. maddesinde seçimlerde aday olabilmek için kanunen istifaları veya görevlerinden ayrılmaları gerekenlerin 11.01.1999 günü mesai bitimine kadar görevlerinden ayrılma isteğinde bulunmadıkça aday olamayacakları ve aday gösterilemeyecekleri düzenlenmiştir. Bu konuda bkz., Kaya, Cemil, *Kamu Görevlilerinin Seçime Katılmak Üzere Görevden Çekilmesi ve Göreve Dönmesi*, GÜHFD, C.VIII, Y.2004, S.1-2, s.314.

50 YSK, Karar No: 276, KT.15.11.2008, <http://www.ysk.gov.tr/ysk/index.html>, ET.03.02.2009.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

belediye meclisi üyeliği ile muhtarlık bir şahıs uhdesinde birleşemez. Bu görevlerin birisinde bulunanlardan bir diğerine seçilenler, seçim sonuçlarının kendilerine tebliği edildiği tarihten itibaren 15 gün içinde tercih haklarını kullanırlar. Bu süre içinde tercih haklarını kullanmayanlar seçtikleri yeni görevi reddetmiş sayılırlar.”

Düzenleme basit ve demokratik bir çözüm getirmiş gibi görünmekle birlikte, 17. maddenin bu düzenlemesini Anayasanın 82 ve 84. maddeleri ile bir arada değerlendirdiğimizde bünyesinde önemli bir sorunu da ihtiva ettiği görülmektedir⁵¹. Bilindiği üzere, Anayasanın 82. maddesi, milletvekilliği ile bağdaşmayan işleri, 84. madde ise milletvekilliğinin düşmesi durumlarını düzenlemektedir.

Gerek 17. madde gerekse Anayasanın 82. maddesi milletvekilliği ile belediye başkanlığının bir kişide birleşemeyeceğini öngörmekte; 17. madde milletvekili iken belediye başkanlığına seçilen kişiye 15 gün içerisinde bu iki görevden birini tercih etme imkanı tanımaktadır. Ancak Anayasanın 84. maddesi ise, bir milletvekiline tek yanlı iradesiyle milletvekilliği görevinden ayrılma imkanı vermemektedir. Bu durumda 17. madde ile Anayasanın 84. maddesi arasında çelişkili bir durum ortaya çıkmaktadır. Acaba milletvekili iken belediye başkanlığına seçilen ve tercihini belediye başkanlığından yana kullanan ve fakat Türkiye Büyük Millet Meclisince bu tercihi, yani, istifası kabul edilmeyen bir milletvekilinin durumu ne olacaktır⁵²? Nitekim milletvekili iken belediye başkanlığına seçilen bir kişinin siyasi nedenlerle milletvekilliği sıfatının Meclisçe sona erdirilmemesi her zaman için mümkündür⁵³. Bu düzenlemeler karşısında bir çözüm bulmak oldukça güçtür. Bu durumda düşünülebilecek çözüm yollarından biri, Anayasaya bu gibi durumlarda milletvekilinin tercihinin esas olacağına ilişkin bir hüküm eklemektir.

2972 sayılı Kanunun 31. maddesine göre, köy muhtarlığı ve köy ihtiyar meclisi üyeliği, mahalle muhtarlığı ve mahalle ihtiyar heyeti üyeliği seçimlerinde adaylık usulü bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu görevlere seçilme konusunda aday olmak isteyen kamu görevlilerinin seçimden önce

51 Ekşioğlu, Kani, **Yerel Yönetimler Seçim Hukuku**, İstanbul, 1994, s.39.

52 Uygulamada 1994 mahalli idareler seçimlerinde milletvekili iken Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığına seçilen milletvekili, tercihini belediye başkanlığından yana kullanmış ve TBMM Başkanlık Divanı toplanarak üyeliğinin kendiliğinden düştüğünü tespit etmiş ve durum hakkında TBMM Genel Kuruluna sadece bilgi vermiştir. Bu şekilde bir milletvekilinin üyeliğinin düştüğüne karar verilmesinin Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi “dokunulmazlığın kaldırılmasına ya da üyeliğin düştüğüne ilişkin TBMM Genel Kurul kararlarına yapılan iptal istemlerini inceleyebileceği, ortada bir Meclis Genel Kurul kararı bulunmadığı” gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir (AYM, E. 1994/72, K. 1994/68, KT.20.09.1994, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALTITIRAZ/K1994/K1994-68.htm> ET 02.02.2009). Anayasa Mahkemesinin bu kararı tartışmaya açık bir karar olmakla birlikte, bizim burada değindiğimiz husus, bu durum değil, Meclisin toplanıp belediye başkanı seçilen bir milletvekilinin istifasını kabul etmeme yönünde bir karar vermesi durumudur.

53 Ekşioğlu, age, s.39-40.

Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Seçimlerde Adaylığı

kamudaki görevlerinden istifa etmeleri gerekmemektedir. Buraya kadar sorun bulunmamaktadır. Ancak görevinden istifa etmeden aday olan ve seçilen bir kamu görevlisinin durumu ne olacaktır?

Yüksek Seçim Kurulu, bu sorunun kendisine ait bir sorun olmadığını, ilgili idari mercilere ait bir sorun olduğunu şu şekilde ifade etmektedir⁵⁴: “2972 sayılı Kanunda muhtar, ihtiyar heyeti ve ihtiyar meclisi üyeliği seçiminde adaylık öngörülmediğinden muhtarlığa ve üyeliğe seçilenin seçimden önce çalıştığı kamu kuruluşundaki görevinden istifa etmiş olması gerekmez. Bir kamu kurumunda çalışmakta iken mahalle muhtarlığına ya da ihtiyar heyeti üyeliğine seçilen kişinin iki görevi birlikte yürütmesinin mümkün olup olmadığına karar verme yetkisi, ortada seçilme yeterliliğine ilişkin bir durum bulunmadığından Yüksek Seçim Kuruluna değil, ilgili idari mercilere aittir.”

Bu durumda sorunun Köy Kanununun 33/6. maddesine göre çözülmesi gerekir. Köy muhtarlığı, köy ihtiyar meclisi üyeliği, mahalle muhtarlığı ve mahalle ihtiyar heyeti üyeliği görevlerine seçilen kişilerin, kamu kurum ve kuruluşlarındaki görevleri devam ediyorsa, il veya ilçe idare kurullarınca, Köy Kanununun 33. maddesinin 6. fıkrasında yer alan “devletin, katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin köylerin, iktisadi Devlet Teşekküllerinin veya bunlara bağlı daire ve müesseselerle ortaklarının ve imtiyazlı şirketlerin memur ve müstahdemi olanlar... muhtarlık ve ihtiyar meclisi üyeliğinden çıkarılırlar” hükmüne dayanarak seçimle elde ettikleri görevlerinden il veya ilçe idare kurulu kararıyla çıkartılmaları gerekmektedir⁵⁵. Nitekim Yüksek Seçim Kurulu da aynı yönde bir çözümü kabul ettiği kararı şu yöndedir⁵⁶: “Bilindiği üzere muhtarlık seçimlerinde adaylık usulü yoktur. 2972 sayılı Kanunun 31. maddesinde memuriyet seçilmeyi engel hallerden sayılmamıştır. Adaylığın söz konusu olduğu seçimlerde memuriyet adaylığa engel ise de, seçilmeye engel değildir. Adaylığın söz konusu olmadığı muhtar seçimlerinde, memuriyet görevinin seçimi yapılan görev için yasal bir engel oluşturup; oluşturmadığının saptanması ise seçim kurullarının görevi dışındadır. Nitekim Köy Kanunun 33. maddesinde, ‘köy muhtarlığına ve ihtiyar meclisi üyeliğine seçildikten sonra’ maddede sayılan 8 hal kapsamında bulunanların (bunların arasında memur olma durumu da vardır) muhtar ve ihtiyar meclisi üyeliğinden il veya ilçe idare kurulunca çıkarılacakları hükme bağlanmıştır.

54 YSK, Karar No: 36, KT.10.02.1990, Yılmaz, Zekeriya, **Seçim Hukukunda Seçme ve Seçilme Ehliyeti**, Ankara, 1999, s.461. Aynı Yönde bkz., YSK, Karar No: 19,

KT. 13.01.2001, <http://www.ysk.gov.tr/ysk/IlkeKararlari/2001/Kararlar/2001-19-karar.htm>, ET.03.02.2009; YSK, Karar No: 867, KT.01.04.2004, <http://www.ysk.gov.tr/ysk/IlkeKararlari/2004/Kararlar/2004-867-karar.htm>, ET.03.02.2009; YSK, Karar No: 2486, KT.10.08.2004, <http://www.ysk.gov.tr/ysk/IlkeKararlari/2004/Kararlar/2004-2486-karar.htm>, ET.03. 02. 2009.

55 Kaya, agm, s.313-314.

56 YSK, Karar No: 290, KT.05.09.1990, Yılmaz, age, s.468-469. Aynı yönde YSK, Karar No: 84, KT.17.03.1990, Yılmaz, age, s.462 vd.

C) Görevden Çekilme ve Göreve Dönme

1) Görevden Çekilme

Anayasanın 76. maddesinde, kamu görevlilerinin görevlerinden “çekilmedikçe” aday olamayacakları ve milletvekili seçilemeyecekleri, Milletvekili Seçimi Kanununun 18. maddesinde ise, kamu görevlilerinin görevlerinden “ayrılma isteğinde bulunmadıkça” milletvekilliğine adaylıklarını koyamayacakları ve aday gösterilemeyecekleri belirtilmektedir⁵⁷. Gerek Anayasadaki çekilme gerekse Milletvekili Seçimi Kanununun 18. maddesindeki ayrılma isteği, ifadeleri kamu personel hukukundaki kamu görevlisinin kamu görevliliği statüsünü sona erdiren *istifa ve emeklilik* durumunu kapsamaktadır. Bu durumda bir kamu görevlisinin milletvekilli adaylığı veya mahalli idareler seçimlerinde adaylık gerektiren görevlere aday olabilmesi için, Milletvekili Seçimi Kanununun 18. maddesi gereğince, genel ve ara seçimlerin başlangıcından bir ay önce, seçimin yenilenmesine karar verilmesi halinde ise yenileme kararının ilanından başlayarak yedi gün içinde görevlerinden istifa etmeleri veya emekliliklerini talep etmeleri gerekmektedir.

Yüksek Seçim Kurulu da “2839 sayılı Yasanın 18. maddesinde; aday aday olabilmek için belirli bir tarihte “görevden ayrılma isteğinde bulunma” koşulu getirilmiş, bu koşulun istifa şeklinde ayrılma ile sınırlı olduğu, emeklilik suretiyle daha sonra vaki olacak ayrılmalarda bu tarihin aranmayacağı yolunda bir hükme yer verilmemiştir. Başka bir anlatımla, istifa veya emeklilik suretiyle ayrılma arasında fark aranmadan, “görevden ayrılma” biçiminde kapsayıcı bir ifade kullanılmıştır” demek suretiyle istifa ile emekliliğin, seçimlerde adaylık için görevden ayrılma ifadesinin kapsamı içerisinde olduğunu benimsemektedir⁵⁸.

Görevden çekilmeye ilişkin usul Milletvekili Seçimi Kanununun 19. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, ayrılma talepleri en yakın amire verilecek bir dilekçeyle yapılır. Amir bu dilekçeyi derhal ilgili bakanlığa veya kuruma gönderir. Dilekçenin bakanlığa veya kuruma geldiği tarihten itibaren, on gün içinde ayrılma isteğinin kabul edildiği dilekçe sahibi ve amirlerine bildirilmek zorundadır.

Subay ve astsubayların savaş ve seferberlik hallerindeki ayrılma talepleri hariç, ayrılma hakkını kazanmış olan kamu görevlilerinin ayrılma talepleri reddedilemez (m.19/3).

57 “Çekilme” ve “ayrılma isteğinde bulunma” ifadelerinden hangisinin daha yerinde olduğu konusunda bkz., Kaya, agm, s.310-311.

58 YSK, Karar No: 276, KT. 15.11.2008, <http://www.ysk.gov.tr/ysk/index.html>, ET.03.02.2009; Aynı yönde bkz.,YSK, Karar No: 196, KT.26.09.1961, YSK İlke Kararları, 1961-1962 Yılları, Ankara, 1967, s.105-106.

Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Seçimlerde Adaylığı

Çekilme, çekilme konusunda yapılan müracaatla değil, işlemin tamamlanmasıyla sonuç doğurur⁵⁹. Kanunun öngördüğü sürelerde görevlerinden çekilmeyenlerin, seçimlerde aday olamamaları, dolayısıyla, seçilememeleri esastır.

2) Göreve Dönme

a) 298 Sayılı Kanun

298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun⁶⁰ Ek 7. maddesi milletvekili ve mahalli idareler seçimlerini kaybeden kamu görevlilerinin yeniden görevlerine dönmeleri konusunda şu hükmü ihtiva etmektedir: *“Yüksek mahkeme üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar ile Subay ve Astsubaylar hariç olmak üzere; milletvekili ve mahalli idareler genel ve ara seçimlerinde aday ve aday adayı olan Devlet memurları ve diğer kamu görevlileri, adaylığı veya seçimi kaybetmeleri halinde, Yüksek Seçim Kurulunca seçim sonuçlarının ilanını takip eden bir ay içinde müracaat etmeleri kaydıyla eski görevlerine veya kazanılmış hak aylık derecelerindeki başka bir göreve dönebilirler”*.

Kanun koyucu bu düzenlemeyle, seçimlerde aday olmaları halinde görevlerinden çekilmek zorunda bırakılan ve yukarıda izah edildiği üzere anlamsız bir şekilde kapsamı geniş tutulan kamu görevlilerine, seçimlerden sonra tekrar görevlerine dönebilme imkanı vererek, bunların seçimlere daha fazla sayıda katılmalarının önünü açmaya çalışmıştır⁶¹.

Fakat bu ön açma çabası uygulamada birçok kamu görevlisinin seçimlerde aday olma konusundaki çekingenliğini tamamen sona erdirecek gibi gözükmemektedir. Bilindiği üzere, kamuda çalışanların büyük bir

59 Kaya, agm, s.308.Aksi yönde Gözler, age, s.272.

60 RG, 02.05.1961, S.10796.

61 Kaya, agm, s.315. Danıştay da aynı yönde bir kanaate sahiptir. Bkz. Danıştay 5. D., E. 1992/5077, K. 1993/2127, KT.20.05.1993, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, ET.04.02.2009; Danıştay 5. D., E. 1989/1350, K. 1992/849, KT.09.04.1992, http://www.danistay.gov.tr/kerisim/kelime_ozet.jsp?kelimeler=gorevedonme&ozet=metin&dokid=7355; Danıştay 5. D., E.1988/494, K.1988/2216, KT. 12.10.1988, http://www.danistay.gov.tr/kerisim/kelime_ozet.jsp?kelimeler=milletvekilligi&ozet=metin&dokid=7063, ET.04.02.2009; Danıştay seçimle gelinen belediye başkanlığı, dekanlık gibi görevlerden milletvekilliği veya mahalli idareler seçimleri için çekilen kişilerin seçilememesi halinde tekrar eski görevlerine dönebilmesini haklı olarak kabul etmemektedir (Kaya, agm, s.318-319; Taşkın, Ahmet, **Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku**, Ankara, 2006, s.108). Seçimlere katılmak üzere dekanlık görevinden çekilen fakat seçilemediği için tekrar dekanlık görevine dönmek isteyen bir dekanın talebinin şu gerekçelerle kabul etmemiştir: *“Davacının asıl görevi öğretim üyeliği olup, istifa etmeden önce yürüttüğü Dekanlık görevi ise, seçimle gelinen ve belli bir süre ile sınırlı olan ikinci bir görevdir. Belirli bir süre için seçimle gelinen bir görevin istifa yoluyla boşalması durumunda, ilgilinin yarım kalan görev süresini tamamlamak üzere doğrudan ayrıldığı görevine atanması mümkün değildir. Aynı göreve yeniden atanmasının ilk atanmasındaki usule göre yapılacağı, atanma şansının aynı görev için yeterliliğe sahip, diğer adaylarla eşit olduğu ve atanıp atanmamasının, bu konuda takdir yetkisi verilmiş olan makam ve organların takdirine bağlı bulunduğu açıktır.”* (Danıştay 8. D. E.1996/5080, K.1997/874, KT.14.03.1997, http://www.danistay.gov.tr/kerisim/kelime_ozet.jsp?kelimeler=mahalliidarelerseçimi&ozet=metin&dokid=13017, ET.04.02.2009).

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

çoğunluğu sadece maaşlarıyla geçinmekte olan kişilerdir. Dolayısıyla bu gibi kimselere seçimlerden sonra göreve dönme imkanı verilse dahi, adaylık için istifa etmeleri gereken zaman ile tekrar göreve dönebilmeleri için gerekli zaman arasındaki sürenin uzunluğundan dolayı, uzunca bir süre geçimini sağlayacak maaştan mahrum edilen bir kamu görevlisinin bunu göze alması zor görünmektedir.

2005 yılına kadar sadece subay ve astsubaylar seçimlerde aday veya aday adayı olmak üzere istifa etmeleri halinde görevlerine dönememekteydi. Kapsam, 2005 yılında 22.12.2005 tarih ve 5435 sayılı Kanunla⁶² genişletilmiş ve “yüksek mahkeme üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar” da görevlerine yeniden dönemeyecek olanların kapsamına dahil edilmiştir. Buna göre, yüksek mahkeme üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar ile subay ve astsubaylar milletvekili ve mahalli idareler genel ve ara seçimlerinde aday olmak için istifa ettiğinde madde ile tanınan göreve dönme imkanından yararlanamamaktadır.

Madde kapsamındaki kamu görevlilerinin göreve dönebilmeleri için her şeyden önce belli bir süre içerisinde çekilme talebinde bulundukları mercie göreve dönmek üzere başvuruda bulunmaları gerekmektedir. Başvuruda bulunma süresi, Yüksek Seçim Kurulunca seçim sonuçlarının ilanını takip eden bir aylık süredir. Bu süre hem adaylığı hem de seçimi kaybeden kamu görevlileri açısından geçerlidir. Yoksa adaylığı kaybeden kamu görevlilerinin Yüksek Seçim Kurulunun kesin aday listelerini ilanından itibaren bir ay içinde göreve dönmek üzere başvuruda bulunma yükümlülükleri bulunmamaktadır⁶³. Nitekim Danıştay da, seçim sonuçlarının Yüksek Seçim Kurulu tarafından ilanını takip eden bir ay içinde göreve dönmek amacıyla ilgili mercie başvuran kişinin göreve dönme talebinin Yüksek Seçim Kurulunun kesin aday listelerini ilan ettiği tarihten itibaren bir ay içinde başvuruda bulunmadığı gerekçesiyle reddedilemeyeceğine karar vermiştir⁶⁴.

Burada ele alınması gereken diğer bir sorun da adaylığı veya seçimi kaybeden bir kamu görevlisinin seçim sonuçları henüz Yüksek Seçim Kurulunca ilan edilmeden göreve dönüp dönemeyeceği konusudur⁶⁵. Danıştay’ın bu konudaki görüşü adaylığı veya seçimi kaybeden kamu görevlisinin seçim sonuçlarının Yüksek Seçim Kurulunca ilanını beklemeden görevine dönebileceği yönündedir⁶⁶. Danıştay’ın bu görüşü yerinde bir görüştür. Çünkü kamu

62 RG.24.12.2005, S.26033.

63 Kaya, agm, s.316.

64 Danıştay 5. D., E.1989/1350, K.1992/849, KT.09.04.1992, http://www.danistay.gov.tr/kerisim/kelime_ozet.jsp?kelimeler=gorevedonme&ozet=metin&dokid=7355, ET.04.02.2009.

65 Bu konuda bkz., Kaya, agm, s.316.

66 Danıştay 12. D., E.1999/1057, K.2001/678, KT.27.02.2001, http://www.danistay.gov.tr/kerisim/kelime_ozet.jsp?kelimeler=mahalliidarelerseçimi&ozet=ozet&dokid=21594, ET.04.02.2009; Danıştay 12. D., E.1995/9351, K.1997/1986, KT.06.10.1997, http://www.danistay.gov.tr/kerisim/kelime_ozet.jsp?kelimeler=mahalliidarelerseçimi&ozet=ozet&dokid=2246,

Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Seçimlerde Adaylığı

görevlisine seçimlerde görevlerinden çekilme yükümlülüğü getirilmesinin temel mantığı bu gibi kimselerin seçimlerde görevlerinden kaynaklanan imkanları kendi lehlerine kullanmaları ihtimalinin önüne geçmektir. Halbuki adaylığı veya seçimi kaybeden bir kişinin artık bu imkanları kendi lehlerine kullanma ihtimalleri ortadan kalkmış bulunmaktadır.

Maddede seçimlere katılmak üzere görevlerinden çekilen kamu görevlilerinin hangi süre içinde göreve dönme başvurusunda bulunmaları gerektiği belirtilmekle birlikte, başvuruda bulunanların ne kadar sürede göreve başlatılması gerektiği konusunda belirli bir süre öngörülmemiştir. Danıştay çeşitli kararlarında⁶⁷ idareye atama konusunda işlemin tekemmül ettirilmesi bakımından makul bir sürenin tanınması gerektiğini ve İdari Yargılama Usulü Kanununda öngörülen 60 günlük dava açma süresinin de makul bir süre olarak kabul edilebileceğini belirtmektedir⁶⁸.

b) 2927 Sayılı Kanun

298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun Ek 7. maddesi, milletvekili ve mahalli idareler seçimlerini kaybeden kamu görevlilerinin yeniden görevlerine dönmeleri konusunu düzenlemektedir. Bir de, seçimi kazanıp da belli bir süre seçildiği görevi icra eden, daha sonra da tekrar önceki görevlerine dönmek isteyen kamu görevlilerinin durumu vardır ki, bunların da önceki görevlerine dönebilme imkanları bulunmaktadır. Kamu görevlilerinin seçilip belli bir süre görev yaptıktan sonra tekrar önceki görevlerine dönebilme hakları, her bir kamu görevlisinin ilgili olduğu mevzuatta düzenlenmektedir⁶⁹. Biz burada bu konuyla ilgili 2972 sayılı kanunun Ek 3. maddesi üzerinde durmaya çalışacağız.

2972 sayılı Kanunun Ek 3. madde hükmü şu şekildedir: “*Subaylar, astsubaylar, hakimler ve savcılar ile yüksek yargı organları mensupları hariç olmak üzere, kamu kurumları ile kamu kurumu niteliğinde bir kuruluşta memur veya kadrolu işçi olarak çalışmakta iken bu görevinden ayrılarak Belediye Başkanı seçilmiş olup da yeniden aday olamayan veya seçilemeyenler, hizmet süreleri itibarıyla veya yaş haddi nedeniyle emekliliğe hak kazanamamış olmaları kaydıyla, seçimlerin kesin*

ET.04.02.2009.

67 Danıştay İDDGK, E.1997/726, K.1999/525, KT.07.05.1999, http://www.danistay.gov.tr/kerisim/kelime_ozet.jsp?kelimeler=mahalliidarelerseçimi&ozet=metin&dokid=15957, ET.04.02.2009; Danıştay 5. D., E.1988/494, K.1988/2216, KT. 12.10.1988, http://www.danistay.gov.tr/kerisim/kelime_ozet.jsp?kelimeler=mületvekilliği&ozet=metin&dokid=7063, ET.04.02.2009; Danıştay 12. D., E.2000/1231, K.2000/3283, KT.09.10.2000, http://www.danistay.gov.tr/kerisim/kelime_ozet.jsp?kelimeler=milletvekilliği&ozet=metin&dokid=2305, ET.04.02.2009; Danıştay 12. D., E.2003/4641, K.2006/972, KT.17.03.2006, http://www.danistay.gov.tr/kerisim/kelime_ozet.jsp?kelimeler=mahalliidarelerseçimi&ozet=metin&dokid=26811; Danıştay 12. D., E.1999/1057, K.2001/678, KT.27.02.2001, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, ET.04.02.2009.

68 Kaya, agm, s.317-318.

69 Bazı kamu görevlilerinin göreve dönmeleri hakkında bkz., Kaya, agm, s.321 vd.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

sonuçlarının Yüksek Seçim Kurulunca ilanını takip eden iki ay içinde daha önceki kurumlarının bağlı bulunduğu bakanlığa başvurmaları halinde eski görevlerine veya istifa ettikleri tarihteki kurumun özelliği ve niteliğine uygun eşdeğer bir göreve atanabilirler. Ancak yargı kararı ile belediye başkanlığı görevi sona erenler ve istifa edenler hakkında bu hüküm uygulanmaz.”

Madde, anlaşılabacağı üzere belli bir kamu görevliliği statüsünde iken belediye başkanı seçilmiş olup, daha sonra tekrar aday olmayan veya seçilemeyen kişilere, belediye başkanı seçilmeden önceki görevlerine yeniden dönme imkanı vermektedir. Madde genel mantığı itibarıyla yerinde olmakla birlikte, maddenin kapsamına sadece belediye başkanlığının alınmış olması yerinde değildir. Bunun yerine milletvekilliği dahil mahalli idare seçimleriyle iş başına geline diğer bütün görevleri kapsayacak şekilde bir düzenleme yapılışaydı daha uygun olurdu⁷⁰.

Gerçekten henüz genç yaşlarında seçime girip kazanan ve dört beş yıl gibi kısa bir süre seçildiği görevde hizmet eden, daha sonra gerek kendi isteğiyle gerekse diğer sebeplerle seçimlere girmeyen veya girip de seçilemeyen birinin tekrar eski görevine dönememesi, kamu sektörünün bu gibi kimselerin yeteneklerinden faydalanamaması; dahası, genç yaştaki kamu görevlilerinin ileride eski görevlerine dönememe ihtimaline binaen seçimle gelinen bu görevlere talip olma konusunda tereddüt etmesi sonucunu doğurur. Hele hele, milletvekili seçilme yaşının 25 yaşına düşürüldüğü günümüzde bu durumun ortaya çıkması evleviyetle söz konusu olacaktır.

SONUÇ

Ülkemizde yaşanan anayasal süreç içerisinde kamu görevlilerinin seçimlerde aday olmak için görevlerinden çekilmeleri gerekip gerekmediği konusunda kamu görevlilerinin lehine ve aleyhine olmak üzere inişli çıkışlı bir süreç yaşanmıştır. 1876 Kanun-u Esasi döneminde kamu görevlilerinin seçimlerde aday olmak için görevlerinden ayrılmaları gerektiği yönünde bir şart aranmamıştır. 1924 Anayasası döneminde ise, tedrici bir şekilde başta ordu mensupları olmak üzere kamu görevlilerinin seçimlerde adaylığı zor şartlara bağlanmaya başlanmıştır. 1961 Anayasası ise istisnai durumlar hariç durumu tersine çevirerek seçimlerde aday olmanın memuriyetten ayrılma şartına bağlanamayacağını öngörmüştür.

1982 Anayasası ise, toplumu depolitize etme mantığına paralel olarak daha önceki anayasalarımızda görülmedik bir şekilde durumu kamu görevlilerinin aleyhine çevirmiştir. Anayasa, hem ismen saydığı kamu görevlileri listesi, hem de “memurlar ve işçi niteliğinde olmayan diğer kamu görevlileri” gibi oldukça genel

⁷⁰ Danıştay’ın milletvekilliği yaptıktan sonra tekrar göreve dönmek isteyen kamu görevlisinin idarece göreve başlatılmak zorunda olmadığına dair kararı için bkz., Danıştay 8. D., E.2003/3651, K.2004/991, KT.02.03.2004, http://www.danistay.gov.tr/kerisim/kelime_ozet.jsp?kelimeler=göreve_dönme&ozet=metin&dokid=22451, ET.04.02.2009.

Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Seçimlerde Adaylığı

ve kapsamlı ifadelerle kamu görevlilerinin önemli bir bölümüne hem siyasete katılma hem de seçimlerde aday olmaları konusunda oldukça sınırlandırıcı bir rejim benimsemiştir. Ara rejim döneminde çıkartılan Milletvekili ve Mahalli İdareler Seçim Kanunlarında da aynı mantık görülmektedir. Hatta Milletvekili Seçimi Kanununda, amacı aşan ve Anayasaya da aykırı bir şekilde siyasi partilerin il, ilçe başkan ve yönetim kurulu üyelerine de kamu görevlisi olmamalarına rağmen seçimlerde aday olabilmeleri için görevlerinden çekilme zorunluluğu getirilmiştir.

Anayasa ve ilgili kanunlarda kamu görevlilerinin seçimlerde adaylığına yönelik benimsenmiş olan bu rejim, kamu görevlileri ile diğer kişiler arasında adil olmayan bir sonuç doğurduğu gibi, kamu personel rejimimizin çarpıklığı sebebiyle aynı işi yapmakla birlikte biri işçi biri memur statüsünde olan görevliler açısından da adil olmayan sonuçlara yol açmaktadır. Gerçi her ne kadar, seçimlerden sonra silahlı kuvvetler mensupları ile hakim ve savcılar hariç, yeniden kamu görevlilerine eski görevlerine veya bununla eşdeğerde bir başka göreve dönebilme imkanı tanınmış olsa da, seçilip seçilmeyeceği meçhul olan kamu görevlisinin bu riski göze alarak seçimlerde aday olması oldukça zordur.

Bu durum kamu görevlilerinin demokratik hakkı olan seçilme hakkının gereksiz bir şekilde sınırlandırılmış olmasının yanında, seçmenler açısından daha nitelikli ve çeşitli adaylar arasında seçimde bulunabilme imkanının ortadan kalkması gibi olumsuz sonuçlara yol açmaktadır. Ayrıca bu gibi kişilerin, yıllarca kamu görevlerinde elde ettikleri birikimlerinin başta parlamento olmak üzere diğer seçimle gelinen makamlara aktarılamaması gibi kamu yararına aykırı bir durum da söz konusudur.

Tüm bu olumsuz durumları sona erdirmek amacıyla, gerçekten seçimlerde görevinden çekilmemesi halinde kamu adına kendisine verilmiş olan devlet yetki ve imkanlarını seçimlerde kendi lehlerine kullanma ihtimali bulunan veya ordu mensupları ile hakim ve savcılar gibi görevlerinin niteliği gereği siyasi kimliklerinin ön plana çıkmaması gereken dar bir kamu görevlisi çevresine seçimlerde görevlerinden çekilmedikçe aday olamama zorunluluğu getirilmesi uygun olacaktır.

KAYNAKÇA

- Aldıkaçtı, Orhan, **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, İstanbul, 1978.
- Alkan, Mehmet Ö., *Türkiye 'de Seçim Sistemi Tercihinin Misyona Boyutu ve Demokratik Gelişime Etkileri*, **Anayasa Yargısı** 23, Ankara, 2006, s.133-165.
- Araslı, Oya, **Adaylık Kavramı ve Türkiye’de Milletvekilliği Adaylığı**, Ankara, 1972.
- Armağan, Servet, **Memleketimizde Anayasa, Seçimler ve Anayasa Mahkemesi**, İstanbul, 1975.
- Arsel, İlhan, *Büyük Millet Meclisinin Teşkili ve Azalarının Seçimi*, **AÜHFİM**, C.12, S.1-2, Y.1955, s.97-151.
- Artukmaç, Sadık, **Mahalli Seçim Hukuku**, Ankara, 1963.
- Atar, Yavuz, *Seçim Hukukunun Güncel Sorunları*, **Anayasa Yargısı** 23, Ankara, 2006, s.211-235.
- Atatürk, M. Kemal, **Nutuk (1919-1927)**, (Yayına Hazırlayan: Zeynep Korkmaz), Atatürk Kültür Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara, 1994.
- Bilir, Faruk, **Türkiye’de Milletvekilliği ve Milletvekilliğinin Sona Ermesi**, Ankara, 2001.
- Döner, Ayhan, **Atatürk Dönemi Anayasal Gelişmelere Genel Bir Bakış: 1921-1924 Anayasaları**, Erzincan Ü. Hukuk Fakültesi Atatürk’ün 125. Doğum Yılına Armağan, Erzincan, 2007, s.87-122.
- Ekşioğlu, Kani, **Yerel Yönetimler Seçim Hukuku**, İstanbul, 1994.
- Erdoğan, Fuat, **Türk Seçim Mevzuatı ve Tatbikatı**, Ankara, 1960.
- Gözler, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa, 2000.
- Gözübüyük, A. Şeref/Sezgin, Zekai, **1924 Anayasası Hakkındaki Meclis Görüşmeleri**, Ankara, 1957.
- Kaya, Cemil, *Kamu Görevlilerinin Seçime Katılmak Üzere Görevden Çekilmesi ve Göreve Dönmesi*, **GÜHFD**, C.VIII, Y.2004, S. 1-2, s.307-324.
- Kuzu, Burhan, **1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler**, İstanbul, 1990.
- Özbudun, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, 2008.
- Öztürk, Kazım, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası**, C. II, Ankara, 1966.
- Sabuncu, Yavuz, **Seçim Sistemi/Adalet ve İstikrar**, Türkiye Barolar Birliği Anayasa Hukuku Kurultayı, 9-13 Ocak 2001, Ankara 2001.

Türk Hukukunda Kamu Görevlilerinin Seçimlerde Adaylığı

Savcı, Bahri, *Seçmenlik Şartları Bakımından Seçim Rejimi*, AÜSBFD, C.II, S.3-4, Y.1947, s.217-234.

Tanör, Bülent, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, İstanbul, 1999.

Taşkın, Ahmet, **Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku**, Ankara, 2006.

Teziç, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, İstanbul, 2007.

Yılmaz, Zekeriya, **Seçim Hukukunda Seçme ve Seçilme Ehliyeti**, Ankara, 1999.

----- , **Türkiyede ve Yabancı Memleketlerde Seçim Mevzuatı**, (Yazar Yok), Ankara, 1949.

DİĞER KAYNAKLAR

Düştur, 3. Tertip, C.24, s.105.

Düştur, 3. Tertip, C.31, s.847.

<http://www.anayasa.gov.tr>.

<http://www.danistay.gov.tr>.

<http://www.ysk.gov.tr>.

MGK Tutanak Dergisi, 118. Birleşim C.7, s.360-362.

MGK Tutanak Dergisi, 118. Birleşim, C.7, s.130-131.

Resmi Gazete.

TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 19, Yasama Yılı:5, C.95, 15. Birleşim Eki.

(49. Makale - 2010)

Mustafa ERDOĞAN

*Hukuk ve Siyaset İlişkisi Bağlamında
Türk Anayasa Mahkemesi'nin
Laiklik Politikası **

* Mustafa Erdoğan, “Hukuk ve Siyaset İlişkisi Bağlamında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Lâiklik Politikası”, **Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 59-76.

HUKUK VE SİYASET İLİŞKİSİ BAĞLAMINDA TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ'NİN LAİKLİK POLİTİKASI

*Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN**

A. GİRİŞ

Hukukla siyaset arasındaki ilişkiyi incelemek hem kolay hem de zor bir iştir. Yaygın görüşe göre, normatif bir disiplin olarak hukuk esas olarak iktidar mücadelesiyle ilgili olan siyasetten niteliği bakımından farklıdır. Bu paradigma, mahkemeleri, iktidar siyasetinden bağımsız bir çevrede faaliyet gösteren ve görevleri hukuku/yasayı uygulamaktan ibaret olan araçlar olarak görür. Buna göre, mahkemelerin işi belirli bir hukuk sistemi içinde “adalet dağıtmak”tır; onlar hukukdışı, özellikle de siyasi mülâhazalarla ilgilenmezler. Adalet tanrıçasının gözleri bağlıdır ve bağlı olması gerekir.

Ne var ki, gerçek bu kadar basit değildir. Her şeyden önce, Montesquieu'nün “hukuku dillendirmek”ten başka bir işlevi olamayan klâsik yargıç imajı aldatıcıdır. Gerçekte, politik bakımdan tamamen tarafsız olması şöyle dursun, hukukun kendisi siyasi bir olgudur. Hukuk, Martin Loughlin'in ifadesiyle, “siyaset dediğimiz etkinliğin ayrılmaz bir parçasıdır.” Siyasi iktidar hukuk aracılığıyla da kullanılır (Loughlin 2000: 6, 17.) Her yerde siyaset hukuku biçimlendirmeye ve onun uygulanmasını denetlemeye çalışır. Çünkü, her şey bir yana, hukuk, toplumu kontrol etmeye yarar. Yeryüzünde toplumsal ve siyasi gerçeklerin dışında veya üstünde duran bir hukuk sistemi bulabileceğimiz hiçbir yer yoktur. Her yerde hukukun muhtevasına en azından kısmen siyasi faaliyet tarafından karar verilir ve birçok yerde hukuk siyasi amaçlarla manipüle edilir. Hukukun dili genel olarak siyasi dengeleri ve uzlaşmaları yansıtır.

Öte yandan, esas olarak hukukun uygulanmasının asli araçları olmakla beraber, mahkemeler siyasi ilgiler, kaygılar ve çıkarlardan soyutlanmış bir çevrede faaliyet göstermezler. Tarafsız hukuk-uygulayıcısı şeklindeki geleksel imaj yargıcın sadece bir ideal tipidir. Aslında, kendilerine diğer siyasi

*Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Öğretim Üyesi.

aktörlerden bağımsız bir statü tanınmış olsa bile, yargıçlar hem iktidar ilişkilerinin, hem de topluma hâkim olan iktidarla ilgili kavram ve kanaatlerin etkisi altında işlev görürler.

Ayrıca, yargıçların adaletin, hakkın ve iyunin ne olduğu hakkında kendi görüşleri vardır ve bunların onların kanunları okuma-anlama tarzını etkilemesi kaçınılmazdır. Böyle olmakla beraber, David Robertson’ın dediği gibi, “mahkemeler (kanunları) yorumlama yetkilerini kendi siyaset tercihlerini topluma dayatacak şekilde kullandıkları zaman problem çıkar.” (Robertson 2009: 177). Bu, Mark Tushnet’in Amerika’daki yargı denetimi uygulamasıyla ilgili olarak belirttiği gibi, “yargıçlar(ın) gitmek istedikleri yere kendilerini götürecek teorileri seç(meleri), (...) ve kendilerini kabul edilemez sonuçlara götürecek gibi olan bir teoriyi hemen bırakıver(meleri)” (Tushnet 1999: 156) durumunda olan şeydir. Kısaca, hukuki muhakeme büsbütün teknik bir iş değildir, o “başkaları tarafından yapılan siyaset tercihlerini veya siyaset tercihlerinin eleştirisini gizleyebilir.” (Koopmans 2003: 282).

B. HUKUK, MAHKEMELER VE SİYASET

Bu bakımdan hukuku ve mahkemeleri aynı zamanda siyasi kurumlar olarak da görmek yanlış olmayacaktır. Dar anlamdaki siyasi kurumlarla birlikte onlar da siyasi sistemin tahkim edilmesine çeşitli şekillerde yardım ederler. Herbert Jacob, modern bir devlette hukuk ve mahkemelerin yerine getirdikleri belli başlı siyasi işlevleri şu şekilde belirtmektedir: siyaset- yapımı, toplumsal denetim ve rejimin meşrulaştırılması (Jacob 1996: 3).

İlk olarak, hemen hemen her yerde mahkemeler daima siyaset- oluşturma ile meşgul olmuşlardır. Bununla beraber, yargının siyaset-yapımı sürecine karışması son zamanlarda belirgin bir şekilde artmıştır. «Yargısal rolün geçen yarım yüzyılda hem ulusal hem de uluslararası düzeyde önemli ölçüde genişlemiş olduğu» siyaset bilimcileri arasında genel kabul gören bir görüştür (Woods & Hilbink 2009: 745). Bu kısmen yargısal işlevin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Mahkemeler siyaset-oluşturma işlevine özgül durumlarda «hukuk»un son sözünü söyleme yetkileriyle katılmaktadırlar. En başta yorum işlevi mahkemeleri siyaset-yapıcı organlara yaklaştırmaktadır; çünkü, hukuku yeni durumlara uygulamanın ayrılmaz bir parçası olan yorum etkinliği, başka şeyler yanında, yasanın metninin inşasını gerektirmektedir. Bu ise yargıçların önceden mevcut olan ve çok kere siyasi veya ideolojik olan kavram ve fikirlerine başvurmaksızın gerçekleştirilemez.

Bazı durumlarda, yasanın belirsizliği yargıçların onun anlamını inşa etme çabalarına katkı yapar ki bu da yargıyı güçlendirir. Gerçekten de, yasalar hiçbir zaman yeterince açık ve kesin değildirler. “Mahkemeler yetkilerini öncelikle yasanın... belirli bir bağlamda fiilen ne anlama geldiğini yorumlama otoritesine sahip bir organa olan ihtiyaçtan alırlar. Sonuçta, mahkeme eğer yasayı

yorumluyorsa, yasanın fiilen ne anlama geldiği konusunda son söze sahip demektir.” (Robertson 2009: 177). Michael Perry'nin sözleriyle (1994: 8), “belirsiz bir normu ‘belirli’ hale getirmek (...) normu biçimlendirmektir; norma ilgili fakat belirsiz olduğu bir ihtilâf bağlamında belirlilik kazandırmaktır.” Belirsizliğin başka bir türü ise somut bir olaya hangi kuralın uygulanacağı veya belli bir kuralın nasıl yorumlanacağı açık olmadığı zaman ortaya çıkar. “Kısaca, kuralların özgül durumlara uygulanması daha fazla söz konusu oldukça, hukuk sisteminin de daha fazla takdir yetkisine sahip olduğu söylenebilir.” (Blichner & Molander 2008: 45). Martin Shapiro'nun mahkemeler hakkındaki klâsik eserinde söylediği gibi, “çoğu yargıç tamamen ‘tarafsız’ üçüncü kişiler durumunda olmaktan çok, kararları aracılığıyla (davadaki) üçlemeye uygulamak istedikleri ayrı kamu siyaseti tercihleri getirirler.” (Shapiro 1981: 29). Ayrıca, kendileri ve başka mahkemeler kendi önceki yorumlarına veya daha yetkili mahkemelerin yorumlarına atıfta bulundukça, mahkemelerin kararları siyaset ifadeleri halini alır (Jacob 1996:11).

Mahkemelerin yasaları, kendisi öncelikle siyasi bir belge olan anayasaya uygunlukları bakımından değerlendirdikleri “anayasa yargısı”nda siyaset-oluşturma sorunu daha da belirgindir. Esasen, anayasa yargısı “hem hukuk hem de siyasettir” (Perry 1994: 204). Aslında, “anayasa mahkemeleri ve onların içtihadı daha geniş bir siyasi düzenin/kurgunun oluşturucu unsurlarıdır ve ondan ayrı düşünülemezler.” (Hirschl 2008: 97). Çünkü, mahkemeler kanunların anayasaya uygunluğunu incelerken, yöneten çoğunlukların kanunlarda ifadesini bulan siyaset tercihleri hakkında değerlendirmeler yapar ve çok kere kendi tercihlerini yasa koyucuların veya hükümetlerin tercihlerinin yerine geçirirler. Meselâ, Alman Anayasa Mahkemesi vicdani ret, partilerin finansmanı ve çocuk düşürme hakkındaki bazı kararlarıyla “gelecekte belirlenecek siyasetlerin esaslarını ayrıntılı olarak belirlemiştir.” (Blankenburg 1996: 310-311). Herbert Jacob’a göre (1996b: 18), bazı örneklerde “mahkemelerin (yorumlarının) yerleşik siyasetlerden ayrılması o kadar büyüktür ki, mahkemenin kararının yasa koyucular yerine yargıçlar tarafından tasarlanan yeni bir siyaset oluşturduğu yaygın olarak düşünülmektedir.”

C. SİYASETİN HUKUKİLEŞMESİ

Aslına bakılırsa, anayasa mahkemeleri bütün dünyada gitgide siyasi sorunlarla ilgilenen ve devlet organları veya siyasi partiler arasındaki uyuşmazlıkları çözmekle uğraşan etkin siyasi aktörler haline gelmektedirler; oysa bunlar bir zamanlar saf siyasi sorunlar sayılıyorlardı. (Koopmans 2003: 268). Toplumsal hayatın hukukileşmesiyle ilgili olan bu gelişme “toplumdaki çatışmaların gitgide hukuka atıfla çözüldüğü anlamına gelmektedir.” (Blichner & Molander 2008: 44). Siyasetin hukukileşmesinin özel bir görünümü oluşturduğu bu süreç “bellibaşlı ahlâki zorluklar, kamu siyaseti sorunları ve siyasi çatışmaların ele alınmasında mahkemeler ve hukuki araçlara gitgide daha

fazla güvenilmesi” anlamına gelmektedir (Hirschl 2008: 94). Hirschl başka bir yerde demokratik yönetim perspektifi açısından siyasetin hukukileşmesinden duyduğu kaygıları dile getirmiştir: “Tartışmalı siyasi sorunlar hukuki sorunlara dönüştürüldüğünde... (ne yargıç ne de hukukçu olan) yurttaşlar, kamu siyaseti çıktılarını anlamlı bir şekilde biçimlendirme fırsatından yoksun kalmakta ve kendilerini bölen sorunların makul ve karşılıklı olarak kabul edilebilir çözümlerini geliştirme sorumluluklarından vazgeçmeye zorlanmaktadır” (Hirschl 2008: 186-187).

Siyasetin hukukileşmesi esas olarak yargı denetiminin dünya çapında yaygınlaşmasından dolayı hemen hemen evrensel bir olgu haline gelmektedir. Bu süreç bazen anayasal yorumda yargı üstünlüğü görüşüyle paralel gitmektedir. Bu bağlamda yargı üstünlüğü, bir hukuk sistemi içinde devlet faaliyetlerinin yargısal denetimiyle görevli olan organın, esas olarak anayasa mahkemesinin, anayasanın anlamını belirlemede münhasır otoriteye sahip olmasını ima etmektedir. Başka bir anlatımla, yargı üstünlüğü anayasanın ne olduğunun, zorunlu olarak, anayasa mahkemesinin olduğunu söylediği şey olması demektir. Bu anlayış yasama organı dâhil olmak üzere diğer devlet organlarını anayasayı yorumlama ve kendi yorumunu izlemede devre dışı bırakmaktadır. Birçok örnekte bu anlayışın destekçisi olmak, bir siyasi grubun doğrudan siyasi araçlarla garanti edemedikleri kendileri bakımından istenir sonuçları elde etme iradesinin bir sonucu olarak ortaya çıkabilmektedir. Meselâ, Mark Tushnet “liberaller”in “Yüksek Mahkeme’nin onlara siyasi alanda kazanamadıkları zaferleri vereceği”ni ümit ettiği Amerikan örneğini zikretmektedir. Tushnet şöyle devam ediyor: «Öyle görünüyor ki, liberaller bugün seçimlerden kökleri derin olan korkuları var. Onlar yargı denetimi hakkında yakın tecrübenin haklı gösterdiğinden daha heyecanlıdır, çünkü halkın ne yapacağından korkuyorlar.”. Ayrıca, beklenebileceği gibi, yargıçlar genellikle bu anlayışı desteklemektedirler, çünkü “bu onların işini, daha önemli hale getirmektedir.” (Tushnet 1999: 177, 7).

Zaman zaman siyasetin hukukileşmesinin mahkemelerin siyasi sorunlara el atma konusundaki isteklilikleriyle açıklanabileceği ileri sürülmektedir. Başka bir anlatımla, bu gelişmenin arkasındaki ana itici güç, “mahkemelerin kamu otoriteleriyle ilgili şikâyetleri çözme tarzı, özel olarak da bu otoritelerin yaptıkları değerlendirmelere saygılarının azalması”dır (Koopmans 2003: 269). Bu ise mahkemelerin “hiçbir şeyin yargı denetiminin alanının dışında kalmadığı” (Hirschl 2008: 95) görüşünü kabul etmelerinden kaynaklanıyor olabilir. Bu eğilim zaman zaman da anayasaları daha yeni olan ülkelerde yaygın olarak paylaşılan anayasalar hakkındaki özel bir görüşten kaynaklanmaktadır. “Bu, anayasaların kurumsal tasarım şemalarından ibaret olmayıp, bir toplumun değerlerini yansıttığı ve mahkemelerin de bunları geliştirmek ve uygulamak için var oldukları düşüncesidir.” (Robertson 2009: 196-197).

Ulusal düzeyde siyasetin hukukileşmesinin yolunu açmış olan yargının yetki alanının son zamanlardaki genişlemesinin, kısmen, haklar söyleminin özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında yükselmesinin bir ürünü olduğu genellikle kabul edilmektedir. Loughlin'in anlatımıyla (2000: 209), "haklar hareketinin gelişmesi siyasetin hukukileşmesine yol açmaktadır.". Gerçekten de politik otoriteler karşısında varsayılan tarafsızlıkları nedeniyle geleneksel olarak hakların adil bekçileri olarak görüldükleri için, insan haklarını hukuki olarak güvence altına alma çabası mahkemeleri güçlendirmektedir. Başka bir ifadeyle, "bu tür hukukileşme yargısal sürecin nispi açıklık ve dürüstlüğü ile siyasi pazarlıkçılığın yozlaşmışlığı arasında var olduğu düşünülen bir karşıtlığa dayanmaktadır." (Hirschl 2008: 96).

Bununla beraber, paradoksal olarak bu nokta mahkemeleri daha tartışmalı hale getirebilir. Çünkü, Ergun Özbudun'un belirttiği gibi (2006: 220), "temel haklarla ilgili yargı kararlarının büyük bir çoğunluğu süreçlerle olmaktan çok siyasi değerler ve tercihlerle ilgilidir". Mahkemeler değişen siyasi ideolojilere göre hakların kapsamını hem genişletmeleri (örn. ABD'deki gibi) hem de daraltmaları (örn. Türkiye'deki gibi) bakımından tartışma konusu olabilirler. Böyle olmasında şaşılacak bir şey yoktur; çünkü, Jeremy Waldron'un belirttiği gibi, "haklar üzerindeki mutabakat, modern toplumlarda gördüğümüz bütün büyük siyasi sorunlar hakkındaki genel anlaşmazlık oranından muaf değildir." (Waldron 2006: 1365-1366)¹. Dolayısıyla, "eğer yargıçların benimstedikleri (haklara ilişkin-M.E.) farklı siyasi teorilerden kaynaklanan takdir yetkileri varsa, o zaman yargı denetimine nadiren demokrasiyi geliştirmek için düzenlenmiş kolektif kendini bağlamanın bir uygulaması olarak bakılabilir." (Loughlin 2000: 213).

Ran Hirschl dikkatimizi sorunun başka bir yanına, "mega-siyasetin yargısallaşmasına çekmektedir. Hirschl'e göre, "son yıllarda siyasetin hukukileşmesi haklarla ilgili meselelerin veya ulusaşırı işbirliğinin ötesine geçerek (...) mega-siyaseti, -genellikle bütün siyasi sistemleri tanımlayan ve bölen doğrudan doğruya ve yüksek siyasi önemi haiz meseleleri- kuşatmıştır.". Genellikle iyi gözle bakılan "yargının yasama ve yürütmenin yetki alanlarına gitgide artan tecavüzü ve sonuç olarak siyasi gündemlerin yargısallaşmasının hızlanması" anlamına gelen bu gelişme, Hirschl'e göre, "ulusal yüksek mahkemeleleri temel siyasi karar-verici organlara dönüştürmüştür." (Hirschl 2008: 94, 95).

Önemli olan, siyasetin, özel olarak da mega-siyasetin, yargısallaşmasının "yargıçlar yönetimi" kaygılarını artırmasıdır. Ran Hirschl bu konuda gayet açıktır: Mega-siyasetin yargısallaşması "jüristokrasi"ye geçişe işaret etmektedir (Hirschl 2004; Hirschl 2008: 112). Bu kaygı, mahkemelerin "rejimin meşruluğu, ulusun kolektif kimliği veya sistemin geçmişindeki kötü hatıralarla

1 Waldron'un burada atf verilen makalesi yargı denetiminin insan haklarının korunmasıyla meşrulaştıran yaklaşımların bir eleştirisini de içermektedir.

yüzleşmesi” gibi mega-siyaset sorunlarıyla uğraştıkları liberal rejimlerin demokratik geleceğinden endişe duymakla yakından ilgilidir. Oysa bu meselelerin “prensip olarak, seçilmiş ve sorumlu temsilcileri marifetiyle bizatihi halk tarafından tezekkür edilip kararlaştırılması gerekir.” (Hirschl 2008: 99). Haklar söylemi bile sözkonusu yargısallaşma sürecine hizmet edebilir. Nitekim, Loughlin “yirminci yüzyılın haklar devrimi sayesinde (mahkemelerin) gücünün dramatik olarak artmış ve bir yargıçlar hükümeti sisteminin ortaya çıktığına ilişkin kaygıların dile getirilmiş” olduğunu hatırlatmaktadır (Loughlin 2000: 212).

Bazı durumlarda, yargısal aktivizmin sonuçları “yargısal bir hükümet darbesi” ölçüsüne varabilir. “Yargısal hükümet darbesi”, kavramın mucidi olan Alec Stone Sweet’e göre, “bir mahkemenin anayasal hukuk-yaratmak yoluyla bir hukuk sisteminin normatif temellerinde meydana getirdiği köklü bir değişiklik” (Sweet 2007: 915) anlamına gelmektedir. Bu tür bir dönüşüm, aktörü kim veya ne olursa olsun, şüphesiz siyasi bir girişimdir. Aşağıda göreceğimiz gibi, Türk Anayasa Mahkemesi “lâiklik” hakkındaki yerleşik içtihadıyla olduğu kadar, 2008 yılındaki anayasa değişikliklerini esastan denetleyen kararıyla böyle bir değişiklik yaratmıştır.

D. TOPLUMSAL KONTROL VE REJİM MEŞRULAŞTIRMA

Mahkemelerin bir siyasi sistemdeki ikinci işlevi, hükümetin/devletin toplumu kontrol etme veya kontrol altında tutma amacına hizmet etmektir. Her şeyden önce, bir hukuk sistemi hâkim siyasi değerleri somutlaştırır. “Hâkimler her yerde devletin temsilcileri oldukları ve rejimin normlarını desteklemek durumunda bulundukları” için, uyumsuzlukları çözerken “mahkemeler ulusal hukuka içkin olan toplumsal olarak onaylanmış değerleri dayatırlar. Böylece onlar bir toplum için mevcut olan kontrol araçlarından biri ve hükümetin sosyal kontrolünün belirgin bir aracısı olarak hareket ederler.” (Jacob 1996a: 19, 17). Martin Shapiro bize yargısal davranışın ulusal siyasi kültürde bulunanlarla aşağı yukarı aynı ideolojik kalıpları yansıttığını hatırlatmaktadır. Aslında, “bizatihi taraflarca oluşturulmuş olmayan önceden mevcut kuralları kullandığı ölçüde, yargıç bağımsız olarak değil fakat onun çıkarlarını davanın taraflarına dayatmak suretiyle rejimin bir hizmetçisi olarak hareket eder.” (Shapiro 1981: 28-29, 26). Toplumsal hayatın hemen hemen her yönünü hukuki düzenlemeye tabi kılma şeklindeki günümüzün genel eğilimi de mahkemeler aracılığıyla toplumu kontrol etmeyi kolaylaştırmaktadır. Bu eğilimin başka bir sonucuna Blichner ve Molander dikkat çekmektedir. Onlara göre, eğer hukukun genişlemesi ve farklılaşması çok ileri götürülürse, bu “hukukun koruyacağı varsayılan özgürlüklerin kendisini tahrir edecektir.” (Blichner & Molander 2008: 54).

Özel olarak, toplumsal dönüşüm peşinde olan otoriter rejimlerde «hukuki formlar baskının meşrulaştırılmasına hizmet edebilirler.” Nitekim, “Nazi Al-

manyası ve Stalin Rusya'sı dâhil olmak üzere en baskıcı rejimler sıklıkla (bu amaçla) hukuku ve mahkemeleri kullanmayı tercih ederler... Sovyet tarihi, Şili veya Nazi Almanyasınınkinden de daha fazla, otoriter rejimlerin siyasi düşmanlarla baş etme biçiminin ve bu süreçte mahkemelerin oynadıkları rolün zamanla değişme potansiyeline sahip olduğunu göstermektedir. Sovyet liderleri her dönemde mahkemeleri ve yargıçları kullanmaya hazırldılar, ama yüksek öncelikli meseleler için özellikle devrimci değişim dönemlerinde daha doğrudan baskı biçimlerine güvenme eğiliminde olmuşlardır. Rejim muhafazakârlaştıkça hukuki normlara ve mahkemelerin kullanılmasının sağladığı meşruluğa daha fazla dikkat etmiştir." (Solomon 2007: 129, 132). Zühtü Arslan bu bağlamda, Cumhuriyet'in kuruluşundan beri "hukuki sistemin baskıcı ve ideolojik devlet aygıtının parçası olarak işlediği" Türkiye örneğini zikretmektedir. Ona göre, "(m)erkezinde yargının yer aldığı Türk hukuk sistemi sürekli olarak Cumhuriyetin egemen zümresinin, yani askeriye ile sivil bürokrasinin safında yer almıştır." (Arslan 2007: 223). Türk Anayasa Mahkemesi elbette bu yargının dışında değildir. Aslına bakılırsa, Özbudun'un doğru olarak gözlediği gibi (2006: 218), Anayasa Mahkemesi şimdiye kadar devlet seçkinlerinin ideoloji ve çıkarlarının kararlı bir muhafızı olarak davranmıştır.

Bu arada, rejim meşrulaştırması da bir hukuk sisteminin mahkemeler eliyle icra ettiği işlevlerden biridir. Aslında, rejime destek devşirmek toplumsal kontrolün özgül bir biçimidir (Shapiro 1981: 22). Herbert Jacob mahkemelerin rejimi meşrulaştırma işlevini şöyle açıklamaktadır (1996: 13, 14): "Pek az rejim sırf kaba güçle uzun süre ayakta kalabilir. Rejimlerin rızaya ve muvafakata ihtiyaçları vardır; çünkü onlar, büyük ölçüde, hukuka riayet etmenin doğru olduğuna ilişkin yaygın bir mutabakattan kaynaklanan gönüllü itaate güvenirler. (...) Hukuka uyma sadece hukukun maddi emirlerinin adil oldukları değil, fakat aynı zamanda mahkemelerin onları adil olarak da uyguladıkları duygusuna bağlıdır. Usul önemlidir. Hukuk, mahkemeler ve siyaset sürekli olarak rejimi ya takviye eder ya da zayıflatırlar. (...) (M)ahkemeler ve hukuk rejimin meşruluğunu artırabilir veya azaltabilirler. Haksız veya adaletsiz görünen mahkeme kararlarının siyasi sonuçları vardır."

E. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ VE "LAİKLİK POLİTİKASI"

Şu evrensel bir gerçektir ki, devletler genel olarak siyasi sistemin meşruluğunu desteklemek için, mahkemelerin siyasetin dışında oldukları ve uyguladıkları yöntemlerin tarafsız olduğu inancının yaygınlığı dolayısıyla, yargısal yolların en uygun olduğunu düşünürler. Meşruluğun bu şekilde desteklenmesinin yollarından biri, mahkemelerin verdikleri kararlar ve oluşturdukları içtihatlarla rejimin temel normlarını takviye etmeleridir. Türkiye'de başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere yüksek mahkemeler bu modele çok uygun düşmektedirler. Nitekim, özellikle Anayasa Mahkemesi cari rejimin dayandığı Kemalist-ideolojik esasları kararlı biçimde desteklemesiyle bilinmektedir.

Türk Anayasa Mahkemesi’nin gerek “parlamentoya meydan okuma istekliliği” gerekse “hiperaktivizm”i (Shambayati & Kirdiş 2009: 776) esas olarak onun bu ideolojik tutumundan kaynaklanmaktadır. Bu ideolojik tutumu yüzünden Mahkeme, özellikle siyasi partilerin kapatılmasıyla ve başörtüsünün yasaklanmasıyla ilgili birçok davada ısrarla hem «lâiklik» hem de «ülkenin ve ulusun birliği» gibi anayasal ilkelerin otoriter bir yorumunu onaylamıştır. Anayasa Mahkemesi’nin kararları arasında en çok tartışma yaratanlar da, onun «siyasi partilerin gözetim ve denetimi ile lâikliğin savunulması»-na ilişkin kararlarıdır ki bunlar mahkemenin «siyasi arenayı düzenleme ve devletin uygarlaştırıcı misyonunu izleme rolüyle» ilgilidirler (Shambayati & Kirdiş 2009: 776). Dahası, Mahkeme, bazı kararlarında resmi ideolojinin «olması gereken» etki alanını devlet düzeninin de ötesine taşıyarak, bu ideolojinin gereklerini yurttaşların sivil hayat alanındaki etkinlikleri için de bağlayıcı sayacak kadar ileri gitmiştir².

1. Hegemonyanın Korunması ve Uygarlaştırma Misyonu

Türk Anayasa Mahkemesi’nin ideolojik kaygılarla hareket eden güçlü bir siyasi aktör olarak ortaya çıkması, aslında onun kuruluş amacıyla doğrudan doğruya bağlantılıdır. Bunu, birçok ülkede yargı denetiminin ortaya çıkışını hegemonik elitlerin kendi konumlarını koruma kaygısına bağlayan Ran Hirschl’in tezinden yararlanarak açıklayabiliriz. Hirschl bu konuda şöyle diyor: “Bir hâkim partinin iktidarda kalacağına ilişkin beklentisi düşük olduğu zaman, yönetime gelecek partinin kendi siyaset hedeflerini gerçekleştirmek için yargıyı kullanamayacağını garanti etmek üzere bağımsız bir yargıyı desteklemesi güçlü ihtimaldir. (...) Anayasa yapımı sürecine hâkim olan siyasi aktörler, gelecekteki yasama organları üzerinde denetime sahip olmayacaklarını tahmin ettiklerinde, kanunların yargısal denetimi onların kendi çıkarlarını korumak için tasarlanan bir kurum olarak doğabilir.” (Hirschl 2004: 41). Nitekim Türkiye’de de Anayasa Mahkemesi’ni kuran 1961 Anayasası yapımcılarını harekete geçiren, insan hakları ve sınırlı devlet ilkesine bağlılıklarından çok böyle bir stratejik kaygıydı. Yine Hirschl’e göre, hegemonik siyasî elitlerin kendilerinden yana olan statükonun devamını sağlayabilmeleri, yargısal atama süreçlerinin büyük ölçüde kendileri tarafından kontrol edildiği ve yargının anayasal içtihadının onların kültürel eğilimlerini ve siyaset tercihlerini yansıttığı durumlarda daha kolaydır. Bu şartlar altında, yargının güçlendirilmesi, çoğunlukçu karar verme süreçlerinin kendi yararlarına işlemediği durumlara karşı hegemonik seçkinlerin kendi siyasî tercihlerine kalıcı bir güvence sağlamaktadır (Hirschl 2004: 44). Hirschl’nin bu analizi Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’nin kurulmasını ve 1982 Anayasasıyla korunmasını olduğu kadar, yargının sistem içinde özerk bir güç yapısı olarak tesisini ve bu arada hâlihazırdaki yapısıyla Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nu da anlamamızı kolaylaştırmaktadır.

2 Bu konuda bkz. Erdoğan 2002:134-136, 185-197; Arslan 2002.

Türk Anayasa Mahkemesi'nin Laiklik Politikası

Daha önce Ergun Özbudun da 1961 Anayasasıyla Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasının açıklanmasında bu tezin büyük bir ikna ediciliği bulunduğuna dikkat çekmiştir. Ona göre, “merkez”i temsil eden askeri- bürokratik elitlerin yasama organında çoğunluğu elde tutabildikleri tek parti döneminde anayasa yargısının ve yargı bağımsızlığının olmayışı kendi siyasi programlarını yasalaştırma ve uygulamaya geçirmede onlara büyük bir avantaj sağlıyordu. Ne var ki, “çevre güçleri”ni iktidara getiren 1950 seçimleri bu durumu kökten değiştirdi. Onun içindir ki, bu tarihten itibaren, askeri-bürokratik elitlerin temsilcisi olan Cumhuriyet Halk Partisi hem anayasa yargısının kabul edilmesini hem de yargı bağımsızlığın savunmaya başladı ve CHP 1957 seçimlerinde bir anayasa mahkemesinin kurulmasını “İlk hedefler”i arasına aldı. Onun için, Demokrat Parti’yi deviren 27 Mayıs darbesinden sonra oluşturulan ve büyük ölçüde devlet elitlerinin ve CHP’nin kontrolünde olan Kurucu Meclis’in anayasa yargısını pek tartışmadan kabul etmiş ve yargı bağımsızlığını güçlendirmiş olması şaşırtıcı değildir (Özbudun 2006: 217).

Kanaatimce, “hegemonyanın korunması”na ilişkin Hirschl tezinin, özellikle 1982 Anayasası açısından başka bir açıklamayla tamamlanmasına ihtiyaç vardır. Bu açıklamayı da bize Shambayati ve Kirdiş sağlamaktadır. Shambayati ve Kirdiş, Anayasa Mahkemesi’nin Türkiye’nin siyasal sistemi içindeki güçlü konumunu onun devletin “uygarlaştırma misyonu”na bağlılığıyla açıklamaktadırlar. Onlara göre, 1982 Anayasasının yapıcıları “bilinçli olarak güçlü yargısal kurumlar yaratmış ve toplumu ‘çağdaş uygarlık düzeyine’ çıkarmak için onlara seçilmiş kurumlar üstünde geniş yetkiler vermişlerdir.” (Shambayati & Kirdiş 2009: 778). İşte bu çerçevede Türk Anayasa Mahkemesi’nin asli işlevi de devletin yetkilerini sınırlamak değil fakat onun uygarlaştırma, yani toplumu çağdaş uygarlık seviyesine çıkarma amacının gerçekleşmesine yardım etmektir (Shambayati & Kirdiş 2009: 775). Cumhuriyetin “çağdaşlaştırma misyonu” çerçevesinde “Türk Anayasa Mahkemesi ve diğer yüksek mahkemeler, rolleri siyasi arenayı düzenlemek ve toplumun devlet faaliyeti aracılığıyla dönüştürülmesini kolaylaştırmak olan idari ajanlardır.”. Bu bakımdan, Türkiye’de yargının güçlendirilmesi fiilen devlet gücünü artırmaya hizmet etmektedir. Özellikle 1982’den sonra Türk Anayasa Mahkemesi ve diğer yüksek mahkemeler “uygarlaştırma misyonunun gerçekleştirilmesinde güçlü bir aktörün (yani, ordunun) idari ajanları olarak işlev görmüşlerdir.” (Shambayati & Kirdiş 2009: 767, 770). Bu dönemde Türk Anayasa Mahkemesi “hem siyasal toplumu düzenleme hem de ulusu dönüştürmede askeriye yardımı eden bir idare ajanı olarak görülmelidir.” (Shambayati & Kirdiş 2009: 789)³.

2. Anayasa Mahkemesi’nin Lâiklik “Politikası”

İşte resmi ideolojiye ve onun “çağdaş uygarlık” hedefine bağlılığı Türk Anayasa Mahkemesi’nin “lâiklik” anlayışını belirleyen ana etken olmuştur.

3 Shambayati ve Kirdiş (2009: 774) bu bağlamda Marcie J. Patton’ın Türk yargısı için kullandığı “ordunun sivil muadili” (Patton 2007: 349) terimine atıfta bulunmaktadır.

Hatta denebilir ki, Anayasa Mahkemesi lâikliği Türkiye toplumunu bu hedefe götürecek temel yolgösterici olarak görmektedir. Bu yaklaşım Mahkeme’nin bu ilkeyi onun özgürlük ve haklarla ilişkisini neredeyse tamamen koparacak şekilde yorumlamasına yol açmaktadır. Kısaca, Türk Anayasa Mahkemesi’nin lâiklik anlayışı “Türkiye’ye özgü demokrasi” bağlamında şaşırtıcı değildir. Türk tarzı demokrasi Batılı liberal demokrasilerdeki olağan anlayış ve uygulamadan bazı önemli noktalarda ayrılmaktadır ve onun lâiklik anlayışı bu “ulusal” modelin önde gelen bir unsurunu oluşturmaktadır. Bu konuda Danıştay’ın da hakkını teslim etmek gerekirse de, Türkiye’ye özgü bu “lâiklik” anlayışının başlıca işleyicisi Anayasa Mahkemesi olmuştur.

Batılı bir kavram olarak lâiklik, devletin dini inançlar karşısındaki tarafsızlığını ve din ve devlet arasındaki ayrılığı garanti eden siyasi-hukuki bir ilkeyi ifade etmektedir. Lâiklik böylece amacı özgürlüğe ve toplumsal barışa hizmet etmek olan bir ilkedir. Ne var ki, Türkiye’deki resmi söylem, lâikliği siyasi alanla sınırlı bir ilke olmak yerine, bütün toplumsal hayatı, yurttaşların toplumsal varoluşa ilişkin genel anlayışlarını ve gündelik faaliyetlerini yönetmesi gereken bir dünya görüşü, bir “hayat felsefesi” olarak kurgulamaktadır. Bu anlayış tabiatıyla devletin dini hayatın özerkliğini tanımamasını meşrulaştırmaktadır. Bu aynı zamanda sektiller değerler lehine dini inancı zayıflatmayı ve dini sadece siyasi ve kamusal alanlardan değil fakat kısmen sivil hayat alanından da uzaklaştırmayı amaçlayan bir kavrayıştır.

Bu anlayışın yürürlükteki 1982 Anayasasındaki karşılığı veya normatif dayanağı 24. maddenin son fıkrasıdır. Bu hüküm şöyle diyor: “Kimse Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırmak veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlamak amacıyla her ne suretle olursa olsun dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.” Bu hüküm en temelde toplum hayatının tamamına egemen olmak iddiası güden bir devlet anlayışını yansıtmaktadır. Bunun pratik sonuçlarından biri, “dindar Müslümanların siyasi ilgilerini yasaklamak ve onları kendi inançlarıyla sosyo-politik düzen arasında herhangi bir uyum arayışından alıkoymak” tır (Erdoğan 1999: 384).

Bununla tutarlı olarak Türkiye’nin devlet seçkinleri, lâikliği, dini hayat üzerindeki devlet kontrolü yanında seküler yasalar ve başka araçlarla toplumu modernleştirmek için bir toplumsal proje olarak görmüşlerdir. Niki R. Keddi’nin işaret ettiği gibi (2003:16), Türkiye “lâikliğin din ile devletin ayrılığı yerine din ve dini kurumlar üzerinde mütecaviz bir devlet denetimini meşrulaştırmak ve uygulamak için kullanıldığı” ülkeler arasındadır. Bu toplumsal proje Türkiye’nin resmi ideolojisinin bir parçasıdır. Böylece, “haklar ve özgürlükler... çok kere resmi ideoloji uğruna inkâr edilmektedir. Haklar ancak bu ideolojiyle çatışmadıkları veya onu zayıflatmadıkları ölçüde tanınmaktadır.” (Arslan 2002: 5).

Türk Anayasa Mahkemesi'nin Laiklik Politikası

Bu lâiklik anlayışı Ahmet Kuru'nun terminolojisinde “aşırı lâiklik”e (“*asertive secularism*”) karşılık gelmektedir. Kuru, “aşırı lâiklik”i “devletin dini kamusal alandan dışlamasını ve dini özel alana hapseden bir toplumsal mühendislik projesinin icracısı şeklinde “aşırı” bir rol oynamasını gerektiren” bir doktrin olarak tanımlamaktadır. Bu doktrin “lâik devletin resmi din kurmaktan kaçınmak ve dinin kamusal görünürlüğüne izin vermek şeklinde ‘pasif’ bir rol oynaması”nı öngören “pasif lâiklik”in karşısında yer almaktadır. “Aşırı lâiklik” dini kamu alanından atmayı amaçlayan ‘kapsayıcı bir doktrin’ iken, pasif lâiklik “devletin muhtelif dinler karşısında tarafsızlığını korumaya çalışır.» (Kuru 2007: 571)⁴.

Anayasa Mahkemesi şimdiye kadar bu doktrine tutarlı olarak sadık kalmıştır⁵. Mahkemeye göre, lâikliği din ile devletin ayrılmasına ilişkin bir ilke-den ibaret görmek yanlıştır. Aksine, Türkiye bağlamında lâiklik devletin dini kontrol etmesini gerektirmektedir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi başörtüsüyle ilgili 1989 tarihli ilk kararında «lâikliğin sırf din ile devletin ayrılığını ifade eder şekilde daraltılamayacağı”na hükmetmiştir. Mahkemeye göre, lâiklik “anayasal ayrıcalığa sahip olan ilke”dir.”⁶. Mahkeme başka bir davada “toplumsal ve kültürel hayatın düzenleyici ilkesi (olarak)... lâikliğin) Türkiye’nin hayat felsefesi”olduğuna karar vermiştir⁷. Bu şekilde anlaşılan lâiklik, “kutsal din duygularının sadece “siyaset”e değil fakat “dünya işleri”ne de kesinlikle karıştırılamayacağı anlamına gelmektedir. Mahkemeye göre, “(Anayasa) bu ilkeyi (lâikliği) özgürlüklere feda etmez.” Görülüyor ki, Anayasa Mahkemesi “lâik bir devletin seküler bir toplum görüşünü ima etmediği” (Dane 1996: 120) düşüncesini paylaşmamaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin lâikliği toplumu “çağdaştırma” hedefine götürecek en sağlam dinamik olarak gören “misyoner” tutumu zaten böyle olmasını gerektirmektedir.

Fransız modelinden esinlenen bu “militan lâiklik” (Keddi 2003: 23) dini inanca ilişkin bir hak talebini anayasal koruma altında bir hak olarak ileri sürmeyi bile engellemektedir. Nitekim, Fazilet Partisi’nin 2001 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılmasının nedenlerinden biri bazı milletvekillerinin ve partinin başka üyelerinin başörtüsü yasağını insan hakları gerekçesiyle eleştirmeleriydi (bkz. Turhan 2002). Mahkeme daha önce de⁸ Erbakan’ın “başörtüsü üniversitelerde serbest olmalıdır” şeklindeki ifadesini onun lâiklik karşıtlığının bir kanıtı olarak görmüştü. Benzer şekilde, Fazilet Partisi davasında Mahkeme partinin parlamento grubunda başörtülü bir milletvekilinin bulunmasını lâikliğe aykırı bulmuştur. Başka bir ifadeyle, Anayasa Mahkemesi için anayasal bir ilke olarak lâikliğin Anayasanın başka bir temel ilkesi

4 Kuru’nun lâiklik kavramsallaştırması hakkında daha geniş bilgi için bkz. Kuru 2009.

5 Bu konuda ayrıca bkz. Erdoğan 1999.

6 Anayasa Mahkemesi’nin 7 Mart 1989 tarihli kararı, Resmi gazete, 5 Temmuz 1989. Bu kararın erken bir eleştirisi için bkz. Erdoğan 1989.

7 Anayasa Mahkemesi’nin 16 Ocak 1998 tarihli kararı, Resmi Gazete, 22 Şubat 1998.

8 Anayasa Mahkemesi’nin 16 Ocak 1998 tarihli kararı, Resmi Gazete, 22 Şubat 1998.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

olan demokrasiye önceliği vardır. Arslan’ın anlatımıyla (2002: 16-17), “Mahkeme lâikliği hakların sınırlarını belirleyen bir ‘ultra- anayasal norm’ olarak görmektedir.”.

Anayasa Mahkemesi’nin üniversite öğrencilerinin başlarını örtmelerini lâikliğe aykırı bulmasının hiçbir hukuki dayanağı olmadığına şüphe yoktur. Cecile Laborde’nin de işaret ettiği gibi, yüksek öğretim kurumlarına başörtülü olarak devam etmek “din özgürlüğünün bir sınırı değil garantisi olan” lâikliğe aykırı değildir. Sadece öğrenciler değil, öğretmenler dâhil olmak üzere kamu görevlileri, lâikliğin gerektirdiği tarafsızlığa uymak durumunda dırlar. Ayrıca, lâiklik eşitliğin sağlanmasıyla ilgili olduğundan, başörtüsü yasağının dolaylı bir ayrımcılık oluşturduğu da söylenebilir (Laborde 2005: 328-29). Buna rağmen Anayasa Mahkemesi’nin başörtüsü yasağında ısrarlı olması ancak onun “çağdaşlık”la örtünme arasında kurduğu ilişkiyle açıklanabilir. Shambayati ve Kirdiş’in (2009: 777) Nilüfer Göl’den de yararlanarak tespit ettikleri gibi: “Kemalist seçkinler için örtünmeyen kadınlar, Cumhuriyetin ilk günlerinden bu yana ilerlemenin ve modernliğin sembolleri olmuştur ve bu görüşe herhangi bir itiraz, bütünüyle modernleşme projesi için bir tehdit sayılmaktadır. Anayasa Mahkemesi üniversitelerde örtünmeyi, bu, seçkinlerin maddi çıkarlarına meydan okuduğu için değil fakat ilerlemenin sembollerine ve devlet seçkinlerinin çağdaş uygarlık anlayışına meydan okuduğu için kabul edilemez bulmaktadır.”.

Anayasa Mahkemesi lâikliği bu şekilde yorumlayan tutumunu daha sonra da sürdürmüştür. Söz gelişi, başlarını örten üniversite öğrencilerinin eşit eğitim hakkını teyit eden anayasa değişikliğini iptal ettiği 2008 tarihli kararında Mahkeme, kamu makamlarının eğitim hakkını kısıtlamalarını yasaklayan bu değişikliğin “hem dini siyasi amaçlarla istismar ettiği hem de başkalarının haklarını ihlâl ettiği ve kamu düzenini bozduğu” gerekçesiyle lâiklik ilkesine aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Aynı zamanda, “bütün öğrencilerin bir arada olmak durumunda olduğu sınıflarda ve laboratuvarlarda dini bir sembol (başörtüsü-M.E.) kullanmak görünüşte bir tercih ve bir özgürlük kullanımı iken, farklı inançlar, siyasi görüşler ve hayat tarzlarına sahip insanlar üzerinde dini bir baskı aracı olabilir.”⁹. Aslına bakılırsa Anayasa Mahkemesi’nin temel ideolojisi ve görev algısı göz önünde bulundurulduğunda, hukuk mantığının bu kadar zorlanması şaşırtıcı bir yan yoktur. Aksine, Mahkeme’nin yetkisini aşarak anayasa değişikliğini bile iptal etmesi, Türkiye’nin siyasi rejiminin mahiyeti karşısında anlaşılabilir bir durumdur. Bir kere daha Shambayati ve Kirdiş’e (2009: 777) başvurursak: “Ulus uygarlaştırma misyonu bazen hukuki metinlerin ve anayasal sınırların ötesine geçmeyi (...) gerektirmektedir.”.

Adalet ve Kalkınma Partisi’nin kapatılması için açılan davada da Anayasa Mahkemesi lâiklikle ilgili olarak aynı görüşünü sürdürmüş ve lâikliğin ko-

9 Anayasa Mahkemesi’nin 5 Haziran 2008 tarihli kararı, Resmi Gazete, 22 Ekim 2008.

runması için siyasi ifade ve faaliyet özgürlüğünün sınırlı olması gerektiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, «Türkiye'ye özgü şartlar nedeniyle», bizatihi Anayasanın siyasi kazanç amacıyla dini veya din duygularını yahut dinen kutsal sayılan şeyleri “istismar etme”yi yasaklaması gayet yerindedir. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, Anayasa Mahkemesi lâiklik ilkesinin kamu alanında dine atfı vermemeyi zorunlu kıldığı anlayışında Anayasanın kendisiyle mutabıktır, aksi halde din özgürlüğü kötüye kullanılmış olur. Şu halde, kamu makamları dine atfı yapan her talebi, sahici bir toplumsal ihtiyaca dayansa bile, lâikliğe aykırı sayıp göz ardı etmek zorundadırlar. Ne var ki bu akıl yürütmede lâiklik demokrasiye öncelik kazanmaktadır.

Daha ilginç olan, Mahkemenin AKP'nin Türkiye'nin siyasal sistemini “çağdaştırma ve demokratikleştirme”de önemli bir ilerleme sağladığını kabul etmesine rağmen parlamentonun kabul ettiği bir anayasa değişikliğini bu partinin lâiklik karşıtı bir girişimi olarak yorumlamış olmasıdır. Anayasayı değiştirme yetkisi yasama meclisine ait olmasına rağmen, Mahkemeye göre anayasa değişikliğinin asıl desteğinin iktidar partisinden geldiği gerçeği parlamentonun bu işlemini AKP'nin lâiklik karşıtı olarak mahkûm edilmesini haklı gösteren bir faaliyeti haline getirmektedir.

F. SONUÇ

Hukuk ve siyaset şüphesiz birbiriyle ilgisiz, apayrı iki disiplin değildir. Hukuk siyaseti etkilediği kadar siyaset de hukuku etkilemekte, hatta bazen onu biçimlendirmektedir. Ancak, bu ikisi arasındaki ilişkiyi hukukun ve mahkemelerin siyasete bağımlılığı veya siyasetin basit bir araçından ibaret görmek de yanlıştır. Öte yandan, yukarıda gösterildiği gibi, siyasetin büsbütün dışında bir hukuk tasavvuru da gerçeklerden aynı derecede uzaktır. Hukukun yapısından kaynaklanan kısmi bir özerkliği bulunduğu açıktır. Aynı şekilde, hem hukuki muhakemenin hem de yargıların formasyonunun özelliğinden dolayı mahkemeleri de sırf politik araçlar olarak görmek doğru değildir.

Bu çerçevede mahkemeler, özellikle de yüksek mahkemeler kısmen politik kurumlardır. Mahkemelerin politik rolleri bakımından en dikkati çeken kurum anayasa yargısıdır. Anayasa yargısı organları dünyanın her yerinde şu veya bu ölçüde siyasetin içindedirler. Anayasa Mahkemeleri kararlarıyla siyasal sistem içindeki güç dengesini etkiledikleri gibi, zaman zaman doğrudan doğruya politika oluşturma sürecine müdahil de olmaktadır. Bu bakımdan anayasa mahkemeleri hukuki olduğu kadar, belki ondan da çok, siyasi birer organdırlar¹⁰.

Türk Anayasa Mahkemesi anayasa yargısına yer veren diğer ülkelerdeki benzerleri arasında gücü ve siyasi etkisi bakımından en fazla öne çıkarlar-

10 Birer örnek olarak Polonya, Macaristan ve Çek Cumhuriyeti anayasa mahkemelerinin bu ülkelerde demokrasinin pekişmesindeki rolleri için bkz. Erdoğan 2005.

dan biridir. Türk Anayasa Mahkemesi’nin güçlü bir siyasi aktör olarak ortaya çıkmasının bazı özel nedenleri vardır. İster Ran Hirschl’nin ileri sürdüğü -ve Özbudun’un da katıldığı- gibi devlet elitlerinin kendi hegemonik konumlarını koruma kaygısı gibi stratejik bir mülâhazadan, isterse Shambayati ve Kirdiş’in öne sürdükleri gibi devletin “uygarlaştırma misyonu”na bağlılığından kaynaklansın -ki bana göre, her iki açıklama birbirini tamamlamaktadır-, Anayasa Mahkemesi’nin aşırı politize olmasının Türkiye’nin demokrasi çabasına hatırı sayılır bir maliyet yüklediği açıktır. Çünkü onun bu tutumu, kamusal siyasetlerin, kısmen de olsa halk ve halkın temsilcileri dâhil olmaksızın, siyasi sorumluluğu olmayan profesyonellerce belirlenmesine yol açmaktadır. Hirschl’in dediği gibi, bu sürecin sonunda, “siyasi tartışmanın sınırları, halkın ve temsilcilerinin çerçevesini belirlediği açık kamusal müzakere aracılığıyla değil de dar bir profesyoneller sınıfı -genellikle hukukçular, akademisyenler, hâkimler ile teknik jargonu ve hukukî muhakemeyi kullanan diğerleri- tarafından çizilir.”¹¹.

Anayasa Mahkemesi’nin demokrasi açısından istenir bir durum olmadığı açık olan bu tutumunun en belirgin olarak gözlendiği alanlardan biri onun lâiklikle ilgi içtihatıdır. Mahkemenin “halk”ın ve temsilcilerinin kamu politikalarını belirleme yetkisine tecavüz etmesine yol açan bu lâiklik yorumu demokrasi için olduğu kadar, devletin dindarların sivil hayat alanını kuşatmasına cevaz veren yönüyle sivil haklar için de olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. Sorun bu haliyle dar anlamda “din özgürlüğü” sorunundan ibaret değildir. Türk Anayasa Mahkemesi’yle ilgili sorun, kısaca onun, sivil ve bireysel olan karşısında devleti güçlendirmesidir.

Atıf Yapılan Kaynaklar

- Arslan, Zühtü (2007), “Reluctantly Sailing Towards Political Liberalism: The Political Role of the Judiciary in Turkey”, Holliday, T. C., Karpik, L., Fealey, M. (ed.), *Fighting for Political Freedom: Comparative Studies of the Legal Complex and Political Liberalism* (Oxford and Portland/Oregon: Hart Publishing, 2007), s. 219-245.
- Arslan, Zühtü (2002), ‘Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court’, *Critique:: Critical Middle Eastern Studies* (Spring), s. 9-25.
- Blankenburg, Erhard (1996), “Changes in Political Regimes and Continuity of the Rule of Law in Germany”, pp. 249- 314.
- Blichner, Lars CHR. & Molander, Anders (2008), “Mapping juridification”, *European Law Journal*, V. 14, pp. 36-54.

11 Ibid., 186-87.

Türk Anayasa Mahkemesi'nin Laiklik Politikası

- Dane, Perry (1996), "Constitutional Law and Religion", Patterson, Dennis (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Blackwell), pp. 113-25.
- Erdoğan, Mustafa (2005), "Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir? Orta Avrupa'da Anayasa Yargısı ve Demokrasinin Pekişmesi", *AÜHFD*, Cilt 54, Sayı 3, s. 1-22.
- Erdoğan, Mustafa (2002), *Anayasa ve Özgürlük* (Ankara: Yetkin).
- Erdoğan, Mustafa (1999), "Religious Freedom in the Turkish Constitution", *The Muslim Review*, Vol. LXXXIX, No. 3-4 (July-October), pp. 377- 388.
- Hirschl, Ran (2008), "The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts", *Annual Review of Political Science*, 2008/11, pp. 93- 118.
- Hirschl, Ran (2004), *Towards juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Harvard University Press).
- Jacob, Herbert (1996), "Introduction", H. Jacob, Erhard Blankenburg, Herbert M. Kritzer, D. Marie Provine, Joseph Sanders, *Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective*, (New Haven and London: Yale University Press) içinde, pp. 1-15.
- Jacob, Herbert (1996a), "Courts and Politics in the United States", H. Jacob, Erhard Blankenburg, Herbert M. Kritzer, D. Marie Provine, Joseph Sanders, *Courts, Law, and Politics in Comparative Perspective* (New Haven and London: Yale University Press) içinde, pp. 16-80.
- Keddie, Nikki R. (2003), "Secularism and Its Discontents", *Daedalus*, Summer, pp. 14-30.
- Koopmans, Tim (2003), *Courts and Political Institutions: A Comparative View* (Cambridge University Press).
- Kuru, Ahmet T. (2009), *Secularism and State Policies toward Religion: The United States, France, and Turkey* (New York: Cambridge University Press).
- Kuru, Ahmet T. (2007), "Passive and Assertive Secularism: Historical Conditions, Ideological Struggles and State Policies toward Religion", *World Politics*, No. 4 (July), pp. 568-94.
- Laborde, Cecil (2005), "Secular Philosophy and Muslim Headscarves in Schools", *The Journal of Political Philosophy*, n. 13/5, pp. 305-329.
- Loughlin, Martin (2000), *Stoord and Scales: An Examination of the Relationship Between Law and Politics* (Oxford and Portland/Oregon: Hart Publishing).
- Özbudun, Ergun (2006), «Political Origins of the Turkish Constitutional Court and the Problem of Democratic Legitimacy», *European Public Law*, Volume 12, Issue 2, 213-223.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

- Patton, Marcie J. (2007), “AKP reform fatigue in Turkey: What has happened to the EU proces?” *Mediterranean Politics* 12 (3), pp. 339- 58.
- Perry, Michael (1994), *The Constitution in the Courts: Law or Politics?* (New York & Oxford: Oxford University Press.
- Robertson, David (2009), “Courts”, Bara, Judith & Pennington, Mark (ed.), *Comparative Politics: Explairing Democratic Systems* (Sage),pp.174-200.
- Shambayati, Hootan & Kirdiş, Esen (2009), “In Pursuit of ‘Contemporary Civilization’: Judicial Empowerment in Turkey”, *Political Research Quarterly*, Vol. 62, No. 4 (December), pp. 767-780.
- Shapiro, Martin (1981), *Courts: A Comparative and Political Analysis* (London & Chicago: University of Chicago Press).
- Solomon, Peter, H. (2007), “Review Article: Courts and Judges in Authoritarian Regimes”, *World Poitics*, 60, pp. 122-145.
- Svveet, Alec Stone (2007), “The Juridical Coup d’Etat and the Problem of Authority” **German Law Journal - Special Issue on Stone Svveet**, 8.10 (2007), pp. 915-928.
- Turhan, Mehmet (2002), “Anayasa Mahkemesi’nin Fazilet Partisi Kararı”, *Liberal Düşünce*, No. 27 (Yaz), s. 31-42.
- Tushnet, Mark (1999), *Taking the Constitution away from the Courts* (Princeton, NJ: Princeton University Press).
- Waldron, Jeremy (2006), “The Core of the Case against Judicial Review”, *The Yale Law Journal* 115, pp. 1346-1406.
- Woods, Patricia J. & Hilbink, Lisa (2009), “Comparative Sources of Judicial Empowerment: Ideas and Interests”, *Political Research Quarterly*, Vol. 62, No. 4 (December), pp. 745-752.

(50. Makale - 2011)

Ece GÖZTEPE

*Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne
Bireysel Başvuru Hakkının
(Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun
Kapsamında Değerlendirilmesi **

* Ece Göztepe, “Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkının (Anayasa Şikâyeti) 6216 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 95, 2011, s. 13-40.

TÜRKİYE'DE ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURU HAKKININ (ANAYASA ŞİKÂYETİ) 6216 SAYILI KANUN KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

AN ASSESSMENT OF THE RIGHT TO CONSTITUTIONAL COMPLAINT IN TURKEY IN LIGHT OF THE LAW NO. 6216

Ece GÖZTEPE*

Özet: 5982 sayılı ve 7 Mayıs 2010 tarihli Anayasa Değişikliği Hakkında Kanunla kabul edilen anayasa şikâyeti kurumu, yeni Anayasa Mahkemesi Kanunuyla somutlaştırılmıştır. Temel hak ve özgürlüklerin özgül bir koruma yöntemi olan bu kurum, Türk anayasa yargısı açısından yepyeni bir dönemin başlangıcını teşkil etmektedir. Makale, yeni kanundaki düzenlemeleri anayasa şikâyetinin özü bağlamında değerlendirmekte ve kurumun başarı şansını artırmak için öneriler getirmektedir.

Anahtar Sözcükler: Anayasa Şikâyeti, anayasa yargısı, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun

Abstract: The amendment of the Constitution from May 7, 2010 (No. 5982) has been introduced the constitutional complaint remedy which has to be concretised by the law on the Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court. Constitutional complaint is one of the most effective remedies to protect the fundamental rights and freedoms. It constitutes a new challenge for the Turkish constitutional review system. The article analyzes the rules on constitutional complaint of the new law on Constitutional Court in a comparative basis and develops some suggestions to advance the chance of success of this new remedy.

Keywords: Constitutional complaint, constitutional review, Law on the Establishment and Rules of Procedure of the Constitutional Court (No. 6216)

* Doç. Dr. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Giriş

7 Mayıs 2010 tarihinde TBMM tarafından kabul edilip 13 Mayıs 2010 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanan, ancak 12 Eylül 2010 tarihli halkoylaması sonucunda yürürlüğe giren 5982 sayılı Anayasa Değişikliği Hakkında Kanun¹, yargı alanında çok kapsamlı değişiklikler öngörmektedir. Bu değişiklikler arasında Anayasa Mahkemesi’nin kuruluşu, üyelerinin görev süresi, Mahkeme’nin görev ve yetkileri ile çalışma ve yargılama usulleri hakkındaki kökten yenilikler de yer almaktadır. Anayasa’nın 148. maddesine eklenen üç, dört ve beşinci fıkralar ile Anayasa Mahkemesi’ne “bireysel başvuruları” inceleme yetkisi verilmiştir². Buna göre,

“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.

Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.

Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir”.

Anayasa değişikliği teklifinin madde gerekçesinde, Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkının tanınmasına gerekçe olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) Türkiye aleyhine her yıl binlerce başvuru yapılması gösterilmiştir. Bu yeni kurumla hedeflenen amaç, bu başvuruların iç hukuk yollarında çözüme bağlanmasıdır. Bu hak doğrultusunda yapılacak insan hakları ihlâl başvurularının incelenmesi ve karara bağlanması, Anayasa Mahkemesince gerçekleştirilecek, böylelikle AİHM’ye yapılacak başvurular azaltılacaktır. Bireysel başvuruda bulunabilmek için, olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.

Her ne kadar gerekçenin devamında, bireysel başvuru yolunun kabul edilmesinin, bireylerin sahip oldukları temel hak ve özgürlüklerin daha iyi korunmasını sağlayacağı ve kamu organlarını, Anayasaya ve kanunlara daha uygun davranma konusunda zorlayacağı belirtilmekteyse de, asıl amaç, AİHM’ye başvuruda Anayasa Mahkemesi’ni bir iç hukuk filtresi haline getirmektir³. Bu asli hedef nedeniyle de, bireysel başvuru konusu

1 Halkoylamasında seçmenlerin %57,88’i “evet”, %42,12’si ise “hayır” oyu kullanmıştır. Resmi sonuçlar için bkz. 23 Eylül 2010 tarih ve 27708 sayılı Resmi Gazete.

2 Türk hukuk literatüründe genellikle “anayasa şikayeti” kavramı kullanılmaktadır. Aşağıdaki ülke örneklerinde de görüldüğü gibi, bazı ülkelerde bireylere de somut herhangi bir dava olmaksızın Anayasa Mahkemesi’ne doğrudan doğruya anayasa aykırılık iddiasında bulunma hakkı tanınabilmektedir. Bu anlamda bireysel başvuru yolu, anayasa şikayeti niteliği taşımaktadır. Bu nedenle Türk anayasa yargı sistemi ve Anayasa Mahkemesi’ne başvuru yolları dikkate alındığında, 148. maddede düzenlenen yeni hakkın, anayasa şikayeti olarak ifade edilmesi daha doğrudur.

3 5 Nisan 2010 tarihli 2/656 numaralı kanun teklifi, s. 10 vd.

yapılabilecek temel hak ve özgürlükler, Anayasa’nın İkinci Kısımının İkinci, Üçüncü ve Dördüncü Bölümlerinde düzenlenen temel hak ve özgürlükler değil, *“Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamındaki herhangi birisidir”*. Dolayısıyla bireysel başvuru hakkının kapsamı, AİHS mekanizmasıyla organik bir bağ içerisinde⁴.

3 Nisan 2011 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile Anayasa’nın 148/V doğrultusunda bireysel başvuruya ilişkin usul ve esasları düzenlendi. Yasakoyucu, anayasa şikâyetini ayrı bir kanunda düzenlemek yerine, 2949 sayılı eski kanunda olduğu gibi, Anayasa Mahkemesi’nin yetki ve görevlerinin neredeyse tamamını tek bir kanunda düzenleme yolunu seçmiştir. Bu çalışmanın amacı, Anayasadaki düzenlemeden başlayarak Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkını düzenleyen kanun hükümlerini, kurumun işlevi doğrultusunda analiz etmektir. Bu nedenle ilk önce, bazı ülkelerdeki Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru türlerine bakılarak, bu kurumun özü hakkında genel bir bilgi verilecektir. Genel anlamda Anayasa Mahkemesi’ne başvuru, özelde de anayasa şikâyeti uygulaması, değişik ülkelerde farklı biçimlerde somutlaştırılmıştır. Kısaca örnek verilen ülkelerin özelliği, gerçek anayasa şikâyetinin en iyi örnekleri olmalarından kaynaklanmaktadır (I). Daha sonra 6216 sayılı kanunun oluşum süreci, hükümet tasarısından başlayarak yasama sürecinin bütün aşamaları incelenerek değerlendirilecektir (II). Çalışmanın ana gövdesini, 6216 sayılı kanunun bireysel başvuruya ilişkin hükümlerinin ayrıntılı bir

4 Anayasa Mahkemesi’nin kendi görev alanıyla ilgili olarak 2004 yılında hazırladığı anayasa değişikliği önerisinde ve Türkiye Barolar Birliği’nin (TBB) hazırladığı 2001 ve 2007 tarihli anayasa önerilerinde AİHS ile ilişkilendirilen anayasa şikâyeti hakkı, bu makalenin yazarının aksine organik bir bağ olarak anlaşılmamaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin önerisinde şu ifade yer almaktadır: *“Anayasa şikâyeti, ilke olarak klasik haklarla sınırlı tutulmaktadır. Ancak, Anayasanın temel haklara ilişkin üçlü sınıflaması içinde bunları ayırmanın zorluğu karşısında Anayasa şikâyeti yoluyla sağlanacak korumanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki anayasal hak ve özgürlüklerle sınırlı tutulması uygun görülmüştür. Böylece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamasıyla da bir paralellik kurulmuştur”*.

Aynı şekilde TBB’nin 2007 yılındaki Anayasa Önerisinde de AİHS ile ilişki organik değil, pratik-işlevsel bir zorunlulukla açıklanmıştır: *“Gerek TOBB’nin ve gerekse TBB’nin 2001 yılında hazırladığı Anayasa tasarılarında Anayasa şikâyeti, AİHS’nin koruduğu hak ve özgürlüklere karşılık olarak Türk Anayasası’nda yer alan temel hak ve özgürlüklerle sınırlı tutulmuş, Anayasa Mahkemesi de sunduğu tasarıda aynı formülü benimsemiştir. Aslında bu formül, Türk Anayasası’nın haklar katalogundaki uyumsuzlukların zorladığı pratik bir çözümdür. Çünkü sosyal ve ekonomik haklardan kullanılmaları devletin olumlu bir edimine bağlı olanlar, ilke olarak Anayasa şikâyeti kurumu ile korunmaya elverişli değildir. Ancak Anayasa’nızın sosyal ve iktisadi haklar bölümünde yer alan sendika, grev ve toplu sözleşme gibi hakların kullanımı ilke olarak devletin olumlu bir edimine bağlı olmayıp, bu tür haklar yapıları itibarıyla klasik haklardan farklıdır. Bu tür hakların ya tek tek sayılması ya da AİHS’deki haklarla paralellik kurularak açıklanması gerekiyordu. Yukarıda anılan tasarıda ikinci yol daha pratik ve esnek olduğu düşüncesiyle tercih edilmiştir. Bu formülle kastedilen AİHS’deki hakların ihlali değil, Türk Anayasası’nda bunlara tekabül eden hak ve özgürlüklerin ihlalidir”*. Krş. Madde 166’nın gerekçesi, s. 292.

analizi oluşturmaktadır (III). Sonuç kısmında ise, kurumun başarıya ulaşması için gerekli görülen yasal düzenleme önerilerine yer verilmiştir.

I. Anayasa Şikâyeti: Kavram ve Farklı Ülke Uygulamaları Üzerine Kısa Bir Değerlendirme

Avrupa Konseyi bünyesinde görev yapan Venedik Komisyonu’nun 2004 tarihli anayasa değişikliği taslağının Anayasa Mahkemesi ile ilgili kısımlarına ilişkin görüşünde⁵ de belirtildiği üzere, Almanya (*Verfassungsbeschwerde*) ve İspanya’da (*recurso de amparo*) en kapsamlı örnekleri görülen anayasa şikâyeti kurumu, Rusya, Çek Cumhuriyeti, Slovakya, Slovenya, Makedonya, Hırvatistan, Macaristan, İsviçre ve Avusturya’da da değişik biçimlerde kabul edilmiştir⁶. Her ülke, anayasa şikâyeti kurumunun kapsamını kendi hukuk sisteminin bütünlüğünü ve iç tutarlılığını gözeterek değişik işlemlere karşı kabul etmekte ve kurumun yapısı temel siyasal tercih doğrultusunda belirlenmektedir. Literatürde genellikle “*gerçek anayasa şikâyeti*” ve “*gerçek olmayan anayasa şikâyeti*”⁷ olmak üzere ikili bir ayrım yapılarak, teknik anlamda anayasa şikâyeti, anayasayla güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerin ihlalinin önlenmesi amacını taşıyan bireysel başvuru hakkı olarak tanımlanmaktadır. Başka bir nedenle kişilere tanınan Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru hakkı ise genel anlamda bireysel başvuru olmakla birlikte, anayasa şikâyeti olarak kabul edilmemektedir⁸.

Yukarıda anılan ülkelerden Almanya’da, anayasa şikâyetinin en kapsamlı biçimlerinden birisi uygulanmaktadır⁹. Yasama, yürütme ve yargı olmak üzere, bütün kamu gücü işlemleri anayasa şikâyeti konusu yapılabilir. Anayasa şikâyeti bu ülkede 1949 Anayasası’yla değil, 1951 yılında federal bir yasayla ilk kez sisteme dahil edilmiş, kurumun başarısı üzerine 1969 yılında Anayasada düzenlenmiştir. Anayasa şikâyeti kurumunun varlığı, Almanya’daki birçok kritik sosyal politika konusunun Mahkeme’nin kararıyla çözüme kavuşturulmasına olanak tanımıştır (kürtaj, vicdani red, ortam dinleme, eşcinsel evlilik vb.)¹⁰. Mahkeme’nin kritik konulardaki

5 Opinion 296/2004, CDL-AD (2004)024 (29.06.2004), s. 6.

6 Venedik Komisyonu’nun 538/2009, CDL-AD (2010)039 sayılı (27.01.2011) “*Study on Individual Access to Constitutional Justice*” çalışmasında, Avrupa dışında diğer ülkelerdeki başvuru yolları da ayrıntılı biçimde ele alınmıştır.

7 Bkz. Georg Brunner, “*Der Zugang des Einzelnen zur Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Raum*”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 50 (2002), s. 191-247; Fazıl Sağlam, “*Anayasa Şikâyeti Kurumunun Türk Hukukuna Kazandırılması ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Olanakları*”, *Anayasa Yargısı İncelemeleri-1*, Editörler: Mehmet Turhan/Hikmet Tülen, Anayasa Mahkemesi Yayınları: Ankara, 2006, s. 101 vd.

8 Krş. Venedik Komisyonu’nun 538/2009, CDL-AD (2010)039 sayılı (27.01.2011) “*Study on Individual Access to Constitutional Justice*” çalışması.

9 Türk hukuk literatüründeki kapsamlı bir çalışma için bkz. Ece Göztepe, *Anayasa Şikâyeti*, AÜHF Yayınları: Ankara, 1998.

10 Rudolf Mellinghof, “*Federal Almanya Cumhuriyetinde Anayasa Şikâyeti*”, *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26 (2009), s. 32.

kararları, temel hak ve özgürlüklerin alanını genişletmesi nedeniyle tatmin edici bulunmaktadır. Anayasa şikâyeti, kamu organlarından kaynaklanması muhtemel her türlü ihlale karşı yurttaşlara temel hak ve özgürlüklerini yargı yoluyla koruma olanağı tanıdığından, hukuk devletinin ve “*yurttaşların anayasayı korumalarının*”¹¹ gelişmiş bir aracı olarak görülmektedir. Diğer anayasal yargı yöntemleri son kertede temel hak ve özgürlüklerin korunmasına hizmet etmekle birlikte, onların temel işlevi anayasal düzeni bir bütün olarak korumaktır; temel haklar öncelikli mesele değildir. Buna karşılık anayasa şikâyeti anayasa hukukunun toplamda gelişmesine de katkıda bulunur; demokratik bilinci geliştirir ve devlet organları üzerinde eğitici ve önleyici bir etkisi vardır¹². Almanya’da anayasa şikâyeti kamu gücünün bütün işlemlerine karşı, ama ancak bütün kanun yolları tüketildikten sonra mümkündür.

Ancak yasalara karşı tanınan anayasa şikâyeti yolunda, acil ve güncel bir hakkın ihlali ya da ihlal tehlikesi karşısında kanun yollarının tüketilmesi koşulu aranmamaktadır. Avrupa hukuk literatüründe büyük yankı uyandıran yakın tarihli bir karar, yasalara karşı anayasa şikâyeti hakkı tanınmasının ne denli önemli olduğunu ortaya koymuştur¹³. 11 Eylül 2001’de New York’taki Dünya Ticaret Merkezi’ne iki uçakla, Pentagon’a ise bir uçakla gerçekleştirilen ve 3000 kişinin ölümüne neden olan saldırılar; bunun yanı sıra 5 Ocak 2003’te Frankfurt’ta tek kişilik bir uçağın pilotunun Avrupa Merkez binasına çarpacağı yönündeki tehditler, sivil havacılığın şiddet eylemlerinin aracı olarak kullanılabileceğini açık bir biçimde göstermişti. Alman hükümeti de bu iki olay sonrasında sivil havacılıktaki olası tehlikelere karşı bir yasal düzenleme yapmış ve Hava Güvenliği Yasasının 14. maddesiyle, sivil uçakların insanların yaşamlarını tehdit edecek biçimde silah olarak kullanılması durumunda, Alman ordusuna Federal Savunma Bakanının ya da vekilinin emriyle bu uçağı düşürme yetkisi vermişti. Bu maddede, alınacak önlemler kademeli bir biçimde sıralanmış ve daha önceki tedbirler uçağın insanların yaşamını tehdit eden bir silah olarak kullanılmasını engelleyemediyse, hava kuvvetlerine uçağı düşürme yetkisi tanınmıştı.

Bu kanun yürürlüğe girdikten hemen sonra üç Alman vatandaşı doğrudan doğruya yasaya karşı anayasa şikâyeti başvurusunda bulunmuşlardır. Başvuranların iddiaları bu yasayla, fail değil, bir suçun mağduru olan insanları kasıtlı biçimde öldürme konusunda devlete yetki verilmesiydi. Bu nedenle de Alman Anayasasında güvence altına alınan insan onurunun korunması ve devletin saygı yükümlülüğünün (madde 1/I), yaşam hakkı ve vücut bütünlüğünün (madde 2/II, birinci cümle), son olarak da temel hakların

11 Mellinghof (2009), a.g.m., s. 33.

12 Mellinghof (2009), a.g.m., s. 33. Anayasa şikâyetinin sübjektif ve objektif fonksiyonu için ayrıca bkz. Rüdiger Zuck, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 3.Auflage, C.H. Beck: München, 2006, s. 28 vd.

13 BVerfGE, 1 BvR 357/05 (15.2.2006).

özüne dokunma yasağının (madde 19/II) ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, dava konusu normun başvuru için kişisel, güncel ve dolaysız (yani araya herhangi bir icrai işlem girmeksizin) bir etkisi olduğunu kabul etmiş; başvuru konusu normun da bütünüyle anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Görüldüğü üzere, kamu gücünün temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale ya da tehdit oluşturan her türden işlemi, Alman Anayasa Mahkemesi’nin denetimine sunulabilmektedir.

Avusturya’da ise Anayasa’nın 144. maddesine göre anayasa şikâyeti (*Beschreibbeschwerde*) yoluna, temel haklarından birinin *idari bir işlemle* ihlal edildiğini ileri süren kişiler başvurabilir. Bu başvuruda hak ihlalinin yasaya aykırı bir kararnameden kaynaklandığı da ileri sürülebilir. Mahkeme’ye başvuru öncesinde *idari* başvuru yollarının tüketilmesi gerekmemektedir. Yani idari yargı denetimi olmaksızın şikâyet, doğrudan Anayasa Mahkemesi’ne getirilmektedir. Bunun sonucunda idari yargı denetimi yoluna başvurulmadan Mahkeme’ye yapılan anayasaya aykırılık başvuruları, hem Mahkeme’nin iş yükünü artırmakta, hem de görece önemsiz konuların Mahkeme önüne gelmesine neden olarak onu asli işlevinden, yani kanunların anayasaya aykırılığını denetlemekten, alıkoymaktadır¹⁴.

Yasaların anayasaya uygunluk denetiminin doğrudan doğruya bireyler tarafından Anayasa Mahkemesi’nin önüne getirilebilmesine ise *bireysel başvuru hakkı* denmektedir. Anayasa’nın 140/I maddesine göre, bir yasa tarafından anayasal haklarının ihlal edildiğini iddia eden kişiler, bu yasa idarenin bir işlemiyle ya da bir yargı kararıyla bireye uygulanmadıysa, doğrudan doğruya anayasaya aykırılık iddiasıyla Mahkeme’ye başvurabilmektedir (ayrıca bkz. madde 89/III)¹⁵. Ancak görülmekte olan bir davada uygulanacak normun anayasaya aykırılığı iddiasını bireyler ileri sürememekte, bu yetki sadece mahkemelerde bulunmaktadır ki, Avusturya anayasa yargısının eksikliklerinden birisinin de bu olduğu belirtilmektedir.

İspanya’ya da esin kaynağı olan ve 5 Şubat 1857 tarihli Federal Anayasa ile kabul edilen Meksika’daki *amparo* kurumu, kamu gücünün temel hak ve özgürlüklere riayet etmesini sağlayan bir araçtır. Bu güvence toplamda, birbirinden son derece farklı birçok hukuki koruma aracını bünyesinde

14 Gerhart Holzinger, “Avusturya Anayasa Anayasa Şikayeti ve Bireysel Başvuru”, *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26 (2009), s. 73 vd. Anayasa Mahkemesi’ne yapılan yıllık başvuruların yaklaşık %80’i reddedilmektedir (s. 65). Ancak Avusturya örneğinde dikkat çekilmesi gereken bir diğer husus, Anayasa’ya göre, Anayasa Mahkemesi’nin esastan incelemeyi reddedebilmesi için söz konusu uyumsuzluğun Danıştay’ın görev sahası dışında bırakılmamış olması gerekmektedir. Bunun anlamı, idari işlemlerin yargısal denetiminde Anayasa Mahkemesi ile Danıştay’ın işlevsel bir işbirliği yapmalarıdır. Anayasa Mahkemesi idari işlemi anayasadaki temel hak ve özgürlüklere uygun yorum ve uygulama açısından denetlerken, Danıştay kanuna uygunluk denetimini üstlenmektedir. Bu işlevsel işbirliği ve Anayasa Mahkemesi’nin iş yüküyle ilgili açıklamalar için bkz. Holzinger (2009), s. 65.

15 Gerhart Holzinger (2009), a.g.m., s. 69. Ayrıca bkz. Ece Göztepe, *Anayasa Şikayeti*, AÜHF Yayınları: Ankara, 1998, s. 28 vd.

Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkı

barındırmakta, bunlar arasında gerçek anlamda anayasa şikâyeti koruma mekanizmasının sadece küçük bir bölümünü teşkil etmektedir¹⁶. İspanya’daki *recurso de amparo* yoluna İspanya Anayasası’ndaki bütün temel hak ve özgürlükler için başvurulamamaktadır (bkz. Anayasa’nın 53/II maddesi¹⁷). Bu nedenle amparonun objektif koruma alanı sınırlıdır¹⁸. Başvuru hakkı madde 162/1b fıkrasıyla “*meşru bir menfaat bağlantısı olan bütün gerçek ya da tüzelkişilere, Kamu Denetçisine ve Savcılık makamına*” tanınmıştır. Dolayısıyla madde 53/II’deki “*vatandaş*” kavramı, Anayasa’nın bir başka maddesinde yabancıları da kapsayacak şekilde genişletilmiştir ve uygulamada da böyledir¹⁹. Başvurunun konusu, kamu güçlerinin işlemleri, eylemleri ya da ihmalleridir. Ama kanunlara karşı bireysel başvuru mümkün değildir. Temel hakların yatay etkisinin bir sonucu olarak, özel kişilerden kaynaklanan hak ihlalleri de başvuru konusu olabilir. Özel hayatın gizliliği, ifade özgürlüğü, bilgi edinme hakkı ve çalışma hayatı bu alanlara örnektir²⁰.

Değişik işlemlere karşı ve değişik usullerle kabul edilen anayasa şikâyetinin temel işlevine bakıldığında, dört ana unsur tesbit edilebilir²¹:

1. Hak ve özgürlüklerin dolaysız kullanımını sağlamak ve korumak (bu da 11. maddede dile getirilen Anayasa’nın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü yatay etki yoluyla hayata geçirilerek gerçekleştirilebilir),
2. Anayasaya uygun yorum ilkesinin kapsamını genişletmek,
3. Yargıda birliği sağlamak,
4. Yurttaşların demokratik bilinçlerinin gelişmesinde katkıda bulunmak.

16 Genaro David Gongora Pimentel, “*Amparo ne içindir?*”, *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26 (2009), s. 163 vd.; Rüdiger Zuck, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 3. Auflage, C.H. Beck: München, 2006, s. 73.

17 Madde 53: (2) Any citizen may assert a claim to protect the freedoms and rights recognized in section 14 and in division 1 of Chapter 2, by means of a preferential and summary procedure before the ordinary courts and, when appropriate, by lodging an individual appeal for protection (*recurso de amparo*) to the Constitutional Court. This latter procedure shall be applicable to conscientious objection as recognized in section 30.

18 Maria Emilia Casas Baamonde, “*Amparo Başvurusu*”, *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26 (2009), s. 102.

19 Vatandaşlık haklarından yabancıların da yararlanması için Maastricht Antlaşması uyarınca yapılan değişiklik için bkz. Anayasa’nın 13/2 maddesi.

20 Maria Emilia Casas Baamonde, “*Amparo Başvurusu*”, *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26 (2009), s. 104. *Recurso de amparo* kurumu için ayrıca bkz. Selin Esen, “*İspanya’da Bireysel Başvuru Yolu*”, *AÜHF Dergisi*, Cilt: 52, Sayı: 4, 2003, s. 249 vd.

21 Fazıl Sağlam’ın giriş ve takdim konuşması, *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26 (2009), s. 27. Ayrıca bkz. Anayasa Şikâyeti Çalıştay Raporu (15.2.2011), İzmir Barosu Başkanlığı (Prof. Dr. Fazıl Sağlam, Doç. Dr. Ece Göztepe, Yrd. Doç. Dr. Kerem Altıparmak, Av. Serkan Cengiz ve Av. Zeynep Sedef Özdoğan İzmir Barosu Başkanlığı’nın daveti üzerine 4 Şubat 2011 tarihinde bir çalıştayda biraraya gelerek, Anayasa Mahkemesi Kanunu tasarısının anayasa şikâyetiyle ilgili bölümlerini, kurumun temel işlevlerini ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarını dikkate alarak tartışmışlar ve çalıştayın sonuçlarını, 15 Şubat 2011 tarihinde bir rapor olarak İzmir Barosu Başkanlığı’na sunmuşlardır. Çalıştay raporu, İzmir Barosu Başkanlığı’ndan edinilebilir).

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Sayılan bu işlevlerin tümü, anayasa şikâyetinin kabul edildiği ülkelerdeki en öz ilkeler olarak karşımıza çıkmaktadır. Başka bir deyişle, anayasa şikâyetinin özü, yukarıda sayılan ilkelerde yoğunlaşmaktadır. Bu nedenle, 6216 sayılı yeni Anayasa Mahkemesi Kanununda düzenlendiği biçimiyle anayasa şikâyetini bu işlevlerin ışığında ele almak yerinde olacaktır.

Anayasa şikâyetinin temel işlevlerine ek olarak bir de, her bir ülkenin kendi ihtiyaçlarının dayattığı saikler vardır; bunların da ayrıca incelenmesi bir zorunluluktur. Ancak çalışmamızda bu kısım ele alınmayacaktır.

II. Tasarıdan Resmi Gazete’ye: 6216 Sayılı Kanunun Oluşum Süreci

Anayasadaki bu yeni yetkinin usul ve esaslarının düzenlenmesinin yanısıra, diğer kapsamlı değişikliklerin kuruluş yasasında düzenlenebilmesi için, yepyeni bir yasa yapılması gereksinimi doğmuştur. Bu doğrultuda 10 Kasım 1983 tarih ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un (bundan sonra AYM Kanunu) yerine geçecek olan 6216 sayılı Kanun çalışmalarına başlanmıştır. 11 Ocak 2011 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından TBMM Başkanlığı’na sunulan tasarı, hem komisyon, hem de Genel Kurul aşamasında iktidar partisi ile muhalefet partileri arasındaki şiddetli tartışmalara neden olmuş ve tasarı, önemli olarak nitelenebilecek değişikliklerle 30 Mart 2011’de TBMM’de kabul edilmiş, 3 Nisan 2011 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Hemen belirtmek gerekir ki, bireysel başvuruların kabulü için gerekli personelin temini, Mahkeme üyelerinin, temel hak ve özgürlüklerin korunmasıyla ilgili bu önemli kurumla ilgili yeterli bilgi edinmelerine zaman tanınması, anılan yasayla Anayasa Mahkemesi İçtüzüğündeki düzenlemelere bırakılan hususların yeni İçtüzük yapılması için öngörülen altı aylık sürede tamamlanacak olması gibi nedenlerle, 6216 sayılı kanunun 76. maddesi uyarınca, bireysel başvuruyu düzenleyen 45 ila 51. maddeler 23 Eylül 2012 tarihinde yürürlüğe girecektir. Kanunun geçici 1. maddesinin 8. bendine göre ise, Mahkeme, ancak bu tarihten sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak başvuruları inceleyebilecektir. Yani geriye dönük bir bireysel başvuru incelemesi mümkün olamayacaktır.

6216 sayılı AYM Kanununun bireysel başvuruyla ilgili hükümlerini daha iyi anlayabilmek ve eksik görülen hususların kaynağını kavrayabilmek için, hükümet tasarısından Genel Kurul’daki görüşmelere kadar uzanan sürece bakmak ve gerek iktidar, gerekse muhalefet partilerinin bu kurumla ilgili görüşlerini, saiklerini, kaygılarını ve yanlış yargılarını ele almak gereklidir.

Genel olarak kanun tasarısıyla ilgili iktidar-muhalefet anlaşmazlığı, 2010 yılındaki anayasa değişikliğinden bu yana muhalefet tarafından dile getirilen, yargının iktidara bağımlı kılınmaya çalışıldığı, Anayasa Mahkemesi’nin de bu yapı içinde yüksek yargı organları arasında daha üst konuma yükseltildiği

Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkı

noktasında düğümlenmektedir. Bu genel eleştiri noktaları, elbette anayasa şikâyeti kurumunun varlığına, usul ve esaslarına bakışı da büyük ölçüde belirlemiştir. Bunun sonucunda da esasa ilişkin bir tartışma neredeyse hiç gerçekleştirilememiş; muhalefetin eleştirisi Anayasa Mahkemesi ile diğer yüksek yargı organları arasında bir hiyerarşi kurulmadığının güvence altına alınması talebiyle sınırlı kalmış; iktidar partisi de en yoğun direncin gösterildiği bu noktada, özellikle Anayasa Mahkemesi’nin anayasa şikâyeti başvurusuyla ilgili kararlarının etkisini düzenleyen 50. maddenin lafzını önemli ölçüde değiştirerek eleştirilere karşılık vermeye çalışmıştır.

Oysa daha Anayasa metninden başlayarak, anayasa şikâyeti kurumunun esasının gerçekten kavranmadığını gösteren ifadeler mevcuttur: Anayasa’nın 148/IV maddesinde *“Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz”* ifadesi yer almaktadır. Oysa anayasa şikâyeti konusu olan uyumsuzluklar, ilke olarak aynı zamanda *“kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlar”*dır. Daha açık bir deyişle, *“kanun yolunda gözetilmesi gereken her husus”* anayasa şikâyeti konusu değildir. Ama anayasa şikâyeti kapsamındaki her hususun aynı zamanda kanun yolunda da gözetilmesi gerekir. Aksi halde kanun yollarının tüketilmesi koşulunun bir anlamı kalmaz. Bu teknik bilgi olmaksızın, anılan kuralın doğru anlaşılması imkansızdır. Çünkü bu formül, salt lafzıyla anlaşılacak olursa, anayasa şikâyetinin konusu kalmayabilir²².

Anayasa şikâyetinin düzenlendiği yedi maddeye bakıldığında göze çarpan ikinci husus, kanunda düzenlenmesi gereken pek çok meselenin AYM İçtüzük düzenlemesine²³ ya da kısa vadede AYM içtihadına bırakılmış olduğudur. Oysa bu hayli açıklanmaya muhtaç ve yer yer anayasayla çelişen hükümler içeren kısa kanun maddeleri yerine, anayasa şikâyeti kurumunun ayrı bir kanunda düzenlenmesi daha yerinde olurdu. Eğer ayrı bir kanun tercih edilmediyse, siyasetteki partiler ve yüksek yargı organları arasında bu denli büyük tartışmaların konusu olan bir kurumun mümkün olan en geniş biçimde kanunda somutlaştırılması ve kurumun ana çerçevesinin bu yolla çizilmesi daha yerinde olurdu. Böylelikle Anayasa Mahkemesi’nin, hem İçtüzük düzenlemesi, hem de içtihatları dolayısıyla daha az eleştiri konusu olması sağlanabilirdi.

Son nokta, yukarıda gösterildiği üzere, anayasa şikâyeti kurumunun temel bir *“sistem”* tercihi olduğu hususunun yasal düzenlemede gözardı edilmiş olmasıdır. Anayasa Mahkemesi raportör ve bazı üyelerinin Almanya, İspanya ve Güney Kore’deki anayasa şikâyeti ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne

22 Anayasa Şikâyeti Çalıştay Raporu (15.2.2011), İzmir Barosu Başkanlığı. Kanun yollarında gözetilmesi gereken hususlarla ilgili saptama için bkz. Rapordaki *“Genel Açıklamalar”* bölümü, III. başlık.

23 Örneğin, Kanunun 2. maddesinde Komisyon *“Bireysel başvuruların kabul edilebilirlik incelemesini yapmak üzere oluşturulan kurullar”* olarak tanımlanırken, bu komisyonların üye sayıları, karar yetersayıları vb. hususlar düzenlenmemiş ve İçtüzük düzenlemesine bırakılmıştır.

bireysel başvuru prosedürü üzerine hazırladıkları bilgilendirme raporları ışığında, “Türkiye’nin ihtiyaçlarına göre” karma bir model oluşturulmuştur. Ancak gözardı edilen şey, her bir ülkedeki ve Strasburg’daki uygulamanın kendi içinde tutarlı bir bütünlük teşkil ettiği, temel hak ve özgürlüklerin korunması amacının temel bir kurumsal tercihten doğduğudur. Dolayısıyla yeni AYM Kanunundaki anayasa şikâyeti düzenlemesinin tek belirlenebilir amacı, 2010 anayasa değişikliğinin gerekçesinde de belirtildiği gibi, Strasburg’a giden davaların sayısını azaltmaktır. Bu amacın gerçekleştirilmesi ile iç hukuktaki temel hak ve özgürlük ihlallerinin engellenmesi arasında bir paralellik sağlanıp sağlanamayacağı sorusunun cevabı ise açık uçludur. Oysa bu ancak ikincil sayılabilecek amacın başarıya ulaşması, sadece ek bir iç hukuk yolunun öngörülmesiyle gerçekleştirilemez. Aynı zamanda Türkiye’nin egemenliği altında yaşayan bireyleri, temel hak ve özgürlüklerinin kapsamlı biçimde korunduğu ve Strasburg’a gitmeye gerek olmadığı konusunda ikna edilecek nitelikte karar veren bir Anayasa Mahkemesi’ne ihtiyaç vardır; bunun Türkiye’de gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini bize ancak zaman gösterecektir.

Almanya ve Çek Cumhuriyeti’ne karşı verilmiş olan, etkili bir başvuru yolu olmakla birlikte, çok uzun dava süreleri nedeniyle ihlal kararları da dikkate alınmalıdır. Eğer Anayasa Mahkemesi somut ve soyut norm denetiminde olduğu gibi aşırı uzun sürelerde karar verirse, anayasa şikâyetinin bir “iç hukuk filtresi” olması söz konusu olmayacaktır²⁴. Bunun yanında temel hak ve özgürlüklerin yorumlanmasında hakları koruyucu ve geliştirici bir içtihat oluşturulamazsa, tıpkı Azerbaycan örneğinde olduğu gibi²⁵, anayasa şikâyetinin etkili bir başvuru yolu olmadığı kabul edilerek, AİHM’ye doğrudan başvuru hakkı tanınması da mümkündür.

III. 6216 Sayılı Kanunun Anayasa Şikâyeti ile İlgili Düzenlemelerinin Genel Bir Değerlendirmesi

6216 sayılı Kanunun anayasa şikâyeti ile ilgili hükümlerinin yer aldığı 45 ila 51. maddelerinin کنار başlıklarıyla sistematik biçimde ele alınması, konunun anlaşılabilirliğine katkıda bulunacaktır. Bu nedenle maddeler ya bütün olarak ya da gerekli olduğu takdirde her bir fıkrası ayrı olarak ele alınmıştır. Ancak elbette bir rapor biçiminde bütün maddelere ilişkin bir değerlendirme yapılmamış, sadece sorunlu görülen maddeler ve fıkraları bir değerlendirmeye tabi tutulmuştur:

a) Bireysel başvuru hakkı (madde 45)

Anayasa’nın 148/III maddesinde sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamındaki haklardan bahsedilirken, kanun bu hükmü

24 *Sürmeli v. Germany* [GC], no. 75529/01, §§ 105, ECHR 8.6.2006; *Hartman v. Czech Republic*, no. 53341/99, §§ 67-83, ECHR 3.12.2003.

25 *İsmayilov v. Azerbaijan*, no. 4439/04, ECHR 17.4.2008.

Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkı

somutlaştırarak, Sözleşmeyle kurulan koruma sisteminin ayrılmaz bir parçası olan ve Sözleşme hükümlerinin kapsamını genişleten Protokolleri de korunan temel hakların kapsamına almıştır. Anayasa Alt Komisyonunda her ne kadar Anayasadaki hükmün kapsamının genişletildiği yönünde itirazlar yer almışsa da²⁶, AİHS’nin koruma sistemi dikkate alındığında, kanundaki bu somutlaştırma yerindedir.

Buna karşılık kanunun 45. maddesinin 2. fıkrasında, Anayasadaki “*olağan kanunyolları*” ifadesinin, “*idari ve yargısal başvuru yolları*” olarak genişletilmesi anayasaya aykırılık teşkil etmektedir. Alt Komiyonda yapılan bu uyarı, çoğunluk tarafından dikkate alınmamıştır. Hükümet tasarısının madde gerekçesinde Anayasadaki “*kanunyollarının tüketilmesi*” ifadesi, “*yargısal ve idari başvuru yollarının tüketilmesi zorunludur*” ifadesine dönüşmüştür. Ancak gerekçedeki “*ve*” bağlacı, önerilen tasarı metninde “*ya da*” ile ikame edilmiş ve Anayasa metnindeki kanunyolu kavramı hem genişletilmiş, hem de yanlış anlamaya açık bir biçimde alternatif başvuru yolları mevcutmuş gibi bir anlam doğurmuştur. Anayasa Alt Komisyonunda tekrar “*ve*” bağlacı eklenerek idari ve yargısal başvuru yollarından birisine başvurmanın ihtiyari olmadığı vurgulanmıştır.

Bunun yanında Anayasa Komisyonu’nda “*idari*” ibaresinden sonra gelmek üzere “*kamu denetçiliği hariç*” ibaresinin eklenmesi önerilmiş, ancak önerge reddedilmiştir. Bu kararın nedeni konusunda Anayasa Komisyonu raporunda bir açıklama yer almamakla birlikte, gelecekte önem arz edecek bir soru ortaya atılmıştır. 2010 yılı anayasa değişikliğiyle Anayasa’nın 74/III vd. maddelerinde düzenlenen kamu denetçiliği kurumunun görevi ve inceleme sonucunda yapacağı işlemlerin niteliği kanuni düzenlemeye bırakılmış ve Haziran 2011 itibarıyla bu kanun henüz çıkarılmamıştır. Kamu denetçiliği makamının anayasa şikâyeti bağlamında bir idari başvuru yolu sayılıp sayılamayacağı kanuni düzenlemenin içeriğiyle daha net biçimde ortaya çıkacaktır. Ancak Kamu Denetçiliği Kurumu’nun Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına bağlı olarak kurulacağı ve Kamu Başdenetçisinin TBMM tarafından seçilecek olmasından hareketle, Kamu Denetçiliği Kurumu’na başvurunun bir idari başvuru yolu olarak kabul edilmemesi gerektiği söylenebilir.

Anayasadaki “*olağan kanunyolu*” kavramının, “*idari ve yargısal başvuru yolları*” biçiminde ifade edilerek anayasaya aykırı biçimde genişletilmesi, medeni, idari ve ceza usul hukukunun en temel kavramlarının bilinmemesinden ya da bilinçli olarak çarpıtılmasından kaynaklanmaktadır. Kanunyolu, davanın taraflarına tanınan ve yanlış olan kararların tekrar incelenmesini ve değiştirilmesini sağlayan hukuki yoldur²⁷. Medeni usul hukukunda

26 Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu, TBMM 23. Dönem, Yasama Yılı: 5, S. Sayısı: 696, s. 19.

27 Baki Kuru, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. baskı, Cilt: V, Demir: İstanbul, 2001, § 60, s. 4483; Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi: Ankara, 2009, s.

temyiz, karar düzeltme (olağan) ve yargılamanın iadesi (olağanüstü); ceza muhakemesinde itiraz, istinaf, temyiz (olağan) ile Yargıtay Cumhuriyet başsavcısının itirazı, kanun yararına bozma ve yargılamanın yenilenmesi (olağanüstü); idari yargılama usulünde ise temyiz, kararın düzeltilmesi (olağan) ve yargılamanın yenilenmesi (olağanüstü) olmak üzere kanun yolları kabul edilmiştir. *Olağan* kanunyolları, kanun yolunun konusunu oluşturan kararın kesinleşmesini engellerken; olağanüstü kanun yolları, olağan kanun yollarından geçerek ya da olağan kanun yoluna başvurulmadığı için kesinleşen kararlara karşı başvurulabilen bir hukuki çaredir. Anayasa’nın 148. maddesinde öngörülen, “*olağan kanunyollarının tüketilmesi*” koşulunun olağanüstü kanun yollarını kapsamadığı kabul edilmelidir. Dikkat çekilmesi gereken en önemli nokta ise, hem medeni, hem ceza, hem de idari usul hukukunda kanun yolu ile kastedilenin, “*yargısal*” bir başvuru yolu olmasıdır²⁸. Dolayısıyla anayasa koyucunun iradesinin aksine, olağan kanun yolu kavramını “*idari ve yargısal başvuru yolları*” olarak düzenleyen yasakoyucu, anayasa şikâyetinin önkoşulunu artırdığı, dolayısıyla hakkın kullanılmasını zorlaştırdığı için anayasaya aykırı bir düzenleme yapmıştır.

Kanunun 45. maddesinin III. fıkrasında ise, Anayasa’nın aynı fıkra da yer alan “*kamu gücü*” kavramını daraltarak, yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler anayasa şikâyetinin kapsamına alınmamıştır. Oysa Anayasadaki kamu gücü kavramı herhangi bir kısıtlama olmaksızın düzenlenmiştir ve bu kavramın yasama, yürütme ve yargı organlarını kapsadığı kuşkusuzdur. Düzenleyici idari işlemlerin bireylere uygulanması halinde idari yargı yolunun açık olduğu ve son inceleme merciinin kararına karşı yine anayasa şikâyeti yolunun açık olduğu düşünülebilirse de, yasalar için aynı şeyi söylemek mümkün değildir.

Bunun yanında aynı fıkradaki “*yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi*” ifadesi, aslında yasakoyucunun son mahkeme kararına karşı yapılan anayasa şikâyetinde, bu mahkeme kararına kaynaklık eden düzenleyici idari işlem ya da yasanın da anayasaya uygunluğunun denetlenmesini olanaklı kılma amacını taşıdığını düşündürmektedir. Öte yandan kanun tasarısının 49. maddesinin 6. fıkrasında “*Bölümler, bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlâlinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varırlarsa iptali istemiyle Genel Kurula başvururlar*” hükmü yer alırken, bu düzenleme Anayasa Alt Komisyonu’nda iktidar ve muhalefet

317 vd.; Nur Centel/Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. bası, Beta: İstanbul, 2008, s. 687 vd.; Şeref Gözübüyük/Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Cilt: 2, *İdari Yargılama Hukuku*, 4. bası, Turhan: Ankara, 2010, s. 1114 vd.

28 Krş. Yavuz Alangoya/Kamil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 7. baskı, Beta: İstanbul, 2009, s. 445 vd.; Hakan Pekcanıtez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku*, 10. bası, Yetkin: Ankara, 2011, s. 583 vd.; Nevzat Toroslu/Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi: Ankara, 2009, s. 318.

Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkı

partisinin oybirliğiyle tasarı metninden çıkarılmıştır²⁹. Yürürlükteki kanunun yorumlanması ve uygulanması sırasında salt tarihsel yorum yöntemine başvurulması düşünülemezse de, yasakoyucunun iradesinin de dikkate alınması gerektiğinden, bu husus Anayasa Mahkemesi açısından önemli bir yetki tartışmasını da içinde barındırmaktadır.

Bunun yanında aynı fıkra da “*Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler aleyhine de bireysel başvuru yoluna başvurulamayacağı*” belirtilmektedir. Akla öncelikle cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler, Yüksek Askerî Şûranın ilişik kesme kararları dışındaki kararları (AY 125/II) ile Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olmayan kararları gelmekle birlikte, Anayasa’nın 79. maddesinde düzenlenen Yüksek Seçim Kurulu’nun (YSK) kararları özel bir önem arz etmektedir. Çünkü 79. maddede “*Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir merciye başvurulama*” yacağı belirtilmektedir. Oysa YSK seçimle ilgili bütün konuları karara bağlama, itirazları inceleme mercii olarak, seçilme hakkının ve siyasal partilerin varlıklarını sürdürmelerinin en önemli kurumlarından birisidir. Bu kurumun kararlarının anayasa şikâyeti konusu yapılamaması, siyasal katılım haklarıyla ilgili çok önemli kamu gücü işlemlerinin temel hak ve özgürlüklere uygunluk bakımından denetlenememesi sonucunu doğuracaktır³⁰.

b) Bireysel başvuru hakkına sahip olanlar (madde 46)

46. maddenin gerekçesinde, “*Bireysel başvurunun kamu gücünün kullanılmasından kaynaklanan hak ihlallerine karşı tanınan bir yol olması nedeniyle, kamu tüzel kişilerine bireysel başvuru hakkı tanınması, bu anayasal kurumun hukukî niteliği ile bağdaşmamaktadır*” denmektedir. Oysa bilindiği üzere, kamu tüzel kişilerinin de kamu gücü kullanmaksızın, tamamen özel hukuk işlemlerine tâbi pek çok işlemi vardır. Bu durumda örneğin, mülkiyet hakkının ihlali sebebiyle kamu tüzel kişilerine kamu gücünü kullanmadığı bir hukuki ilişki dolayısıyla dava hakkı tanımamak, anayasa şikâyetinin objektif hukuk düzenini koruma işlevini yerine getirmesine engel olacaktır.

c) Bireysel başvuru usulü (madde 47)

Tasarıda 47. maddenin III. fıkrasında” olağan kanun yollarının tüketilmesine ilişkin aşamaların ve buna ilişkin *nihaî işlemin tebliğ tarihi*”nin Anayasa Mahkemesi’ne başvuruda belirtilmesi öngörüliyordu. 24 Mart 2011 tarihli birleşimde AKP milletvekilleri tarafından verilen önergeyle bu

²⁹ Bkz. aşağıda d) Esas hakkındaki inceleme (madde 49)

³⁰ Yüksek Seçim Kurulu’nun 12 Haziran 2011 seçimleri öncesinde, 18 Nisan 2011 tarihinde açıkladığı Milletvekili Geçici Aday Listesi’nde Barış ve Demokrasi Partisi’nin (BDP) desteklediği bağımsız adaylardan bazılarının adaylıklarını kabul etmemesiyle ilgili olarak verdiği, ancak daha sonra düzelttiği kararı bu sorunu çok güncel bir biçimde ortaya koymuştur. YSK’nın geri alma kararı, 21.04.2011 tarihli toplantısı sonrasında “*Basın Açıklaması*” başlığı altında kurumun internet sitesinden duyurulmuştur.

düzenleme, “başvuru yollarının tüketildiği (...) tarih” olarak değiştirilmiştir. Bu değişikliğin nedeni, önerge gerekçesinden ve Genel Kurul tartışmalarından anlaşılamamaktadır. Acaba başvuru yolları ne zaman tüketilmiş sayılacaktır? Eğer son yargı merciine bir başvuru yapılmışsa, bu merciin kararının tebliğinin beklenmesi gerektiği açıktır. Bu durumda mevcut kanun metninin, son yargı merciine başvuru tarihi ile birlikte, bu başvurunun sonucu beklenmeksizin, anayasa şikâyeti başvurusu süresinin başladığı şeklinde anlaşılması, anayasa şikâyetinin doğasına aykırıdır. Bu nedenle tasarının lafzını değiştiren yeni hükmün, özde bir değişiklik anlamına gelmediği sonucuna varılmalıdır.

d) Esas hakkındaki inceleme (madde 49)

49/II maddesinin tasarısı metni “Bireysel başvurunun kabul edilebilirliğine karar verilmesi hâlinde, başvurunun bir örneği Adalet Bakanlığına bildirilir” hükmünü içermekteydi. Tasarısı gerekçesinde, kabul edilebilirlik kararı verilen dosyaların Adalet Bakanlığı’na bildirileceği belirtilip “kamu adına yapılması gereken savunmaların Adalet Bakanlığınca koordine edilmesi”nin öngörüldüğü belirtilmektedir. Alt Komisyonunda bu hükme yapılan itiraza da “Adalet Bakanlığının konunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine taşınması durumunda taraf olacağı, bu nedenle konunun öncesini bilerek savunma yapmasını ve gerekli tedbiri almasını sağlamak amacıyla öngörüldüğü” açıklaması yapılmıştır.

Genel Kurul aşamasında bu düzenlemeye bir ek daha yapılarak 49. maddenin 2. fıkrasına şu cümle eklenmiştir: “Adalet Bakanlığı gerekli gördüğü hallerde görüşünü yazılı olarak Mahkemeye bildirir”. Önergenin gerekçesi³¹ açıklayıcı olmaktan uzaktır. Bu düzenlemeyle birlikte artık Alt Komisyondaki gerekçe, fıkra için açıklayıcı olmaktan çıkmıştır, çünkü anayasa şikâyeti davasının yapısı dikkate alındığında, kamuyu temsilen Adalet Bakanlığı’nın davaya ne türden bir savunma ile katılacağı da anlaşılamamaktadır. Bu mantığın tutarlı bir uzantısı, anayasa şikâyeti kurumunun kabulü öncesinde, bütün temyiz mercilerinin nihai kararlarını, aynı gerekçeyle Adalet Bakanlığı’na bildirmeleri yönünde bir yasal düzenleme olmalıydı ki, bu söz konusu değildir. Bunun yanında Anayasa Mahkemesi’nin bir başvuru hakkında kabul edilebilirlik kararı almış olması, başvurunun başarı şansının daha yüksek olduğu yönünde bir karine olarak kabul edilmemeli midir? Yani kanuni düzenlemenin gerekçesinin aksine, başvurucunun AYM’de istediği sonuca ulaşması ve AİHM’ye gitmesine gerek kalmaması daha yüksek bir olasılık değil midir?

En önemlisi, Adalet Bakanlığı’na bildirim dışında, Bakanlıktan görüş alınması erkler ayrılığına aykırılık teşkil etmektedir. Görüş bildirme yetkisinin

31 “Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvuruların Adalet Bakanlığına gönderilerek Bakanlığın bilgilendirilmesini; Adalet Bakanlığının ise her başvuru için değil, yalnızca gerekli gördüğü hallerde görüşünü yazılı olarak Mahkemeye bildirmesini sağlamak amacıyla bu önerge verilmiştir”. TBMM Genel Kurul Tutanakları, 82. Birleşim, Dördüncü Oturum, 24 Mart 2011.

Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkı

aynı fıkra da öngörülen bilgilendirmenin çok ötesine geçtiği açıktır. Bu yolla yürütme organı bir anayasa şikâyeti başvurusunun tarafı yapılmaktadır ki, ne anayasa şikâyetinin yapısı, ne de Anayasa’nın egemenliğini kullanılmasına ve erklerin yetkilerini düzenleyen hükümleri böyle bir yetki verilebilmesine olanak tanımamaktadır.

Tasarı metninin 49/III maddesinde yer alan bilirkişi ve keşif incelemesi yapma yetkisi Alt Komisyon aşamasında kaldırılmıştır. Bu yerinde bir karardır, çünkü anayasa şikâyeti davalarında davanın esası hakkında karar verilmeyeceğinden, bu iki delil elde etme yönteminin Anayasa Mahkemesi’ne tanınması da yersiz ve gereksizdi.

Tasarının 49/VI maddesinde “*Bölümler, bireysel başvuru incelemesi sırasında temel hak ihlâlinin kanun veya kanun hükmünde kararname hükmünden kaynaklandığı kanaatine varırlarsa iptali istemiyle Genel Kurula başvururlar*” düzenlemesi yer almaktaydı. Bu hüküm Anayasa Alt Komisyonunda çıkarılmış, Genel Kurul’da da tekrar gündeme getirilmediğinden yasada yer almamıştır. Alt Komisyon’da Anayasaya aykırı bir şekilde yeni bir iptal davası³² açma imkanı yaratıldığı ileri sürülmüştür. İtirazda bulunan komisyon üyelerine göre, Anayasa Mahkemesi hem hakim, hem savcı durumuna düşürülmemelidir. Komisyon üyesi Ayhan Sefer Üstün Bölümlerde görev yapan üyelerin Genel Kurula da katılacaklarını, bunun sakıncalı olacağını, yasama organının kanundan kaynaklanan ihlallerde *hassasiyet göstererek* yeni düzenlemeyi yapması gerektiğini söylemiştir. İtiraz yolu ile Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerce ileri sürülmesi durumunda vakıa ve delil değerlendirme, hukuku somut olaya uygulama mahkemenin takdir yetkisinde olmakta, itiraz halinde mahkeme aradan çıkmaktadır³³.

1. Muhalefet partisi milletvekillerinin itirazlarını dört noktada toplamak mümkündür:
2. Anayasaya aykırı bir şekilde yeni bir itiraz yolu açma imkanı yaratılmıştır,
3. Bölümlerde görev yapan üyeler Genel Kurula da katılacaklarından, sakıncalı bir durum ortaya çıkacaktır.
4. Bu yolla Anayasa Mahkemesi hem hakim, hem savcı durumuna düşürülecektir. İtiraz yolu ile Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerce ileri sürülmesi durumunda vakıa ve delil değerlendirme, hukuku somut olaya uygulama mahkemenin takdir yetkisinde olmakta, itiraz halinde mahkeme aradan çıkmaktadır.
5. Umut edilen durum, yasama organının kanundan kaynaklanan ihlallerde *hassasiyet göstererek* (abç) yeni düzenlemeyi yapmasıdır.

32 Burada kastedilen “itiraz yolu” olmalı.

33 Bkz. *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu*, TBMM 23. Dönem, Yasama Yılı: 5, S.Sayısı: 696, s. 20.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Bu argümanlara katılmak mümkün değildir. Anayasa şikâyetinin asli işlevi, yasal düzenlemelerin temel hak ve özgürlükleri en geniş biçimde güvence altına alacak biçimde, anayasa uygun olarak yorumlanıp yorumlanmadığını denetlemek olmakla birlikte, ikincil işlevi de, anayasaya uygun bir hukuk düzenini korumak ve tesis etmektir. Bu nedenle anayasaya aykırılığı konusunda ciddi kuşkuların olduğu ve anayasaya uygun yorumun sınırlarına gelindiği noktada, temel hak ve özgürlüklerin anayasaya aykırı biçimde sınırlandırılmasının kaynağını teşkil eden normların anayasaya uygunluk denetiminin yapılabilmesi büyük önem taşımaktadır. Kanunda bu olanağın tanınmamış olması, anayasaya uygun bir kamu düzeninin tesisi açısından büyük bir eksikliktir. Mevcut durumda Anayasa Mahkemesi’nin Bölümleri, bir kanun açıkça anayasaya aykırı olsa bile, bu normun iptali için bir girişimde bulunamayacaklar, sadece ilgili kanun hükmünün bu anayasaya aykırılığı yanında, anayasa şikâyeti konusu olan davada uygulanırken, temel hak ve özgürlüklere aykırı şekilde yorumlandığını tesbitle yetineceklerdir. Bu normun hukuk düzeninden kaldırılmasının tek yolu ise, yeniden yargılama yapan mahkemenin anayasaya aykırılık itirazı ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurmasıdır. Bu dolambaçlı yolun büyük bir zaman israfı oluşturacağı ise açıktır. Anayasa Mahkemesi’nin içtihat yoluyla, anayasaya aykırılık halinin tespiti halinde bunu bir beketici sorun yapıp kanun ya da KHK’nin iptali istemiyle Genel Kurula başvurması da elbette mümkündür. Ancak bu durumda kanunun tarihsel yorumunun tümünden gözardı edilmesi gibi bir sorunla karşı karşıya kalınacaktır ki, bu sorunun nasıl aşılacağı ayrı bir tartışma konusudur.

Tasarının 49/V maddesinde tedbire karar verilmesi halinde esas hakkındaki kararın en geç altı ay içinde Resmi Gazete’de yayımlanmasının gerektiği belirtilirken, Alt Komisyonunda bu hüküm, “*kararın verilmesi*”ni altı ayla sınırlandırmıştır. Gerekçe olarak da, bu hususun (yani gerekçeli kararın altı ayda yazılması) gerçekleştirilmesinin zorluğu gösterilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçesiz yayınlanamayacağı ve ancak Resmi Gazete’de yayımlanmakla yürürlüğe gireceğine ilişkin anayasa hükmünün uygulamada sıklıkla ihlal edildiği, kamuoyunca yakından takip edilen davalara ilişkin kararın önce kamuoyuna duyurulup gerekçeli kararın daha sonra yazıldığı bilinmektedir. Bu uygulamanın anayasaya aykırılığı ve sakıncaları literatürde sıkça dile getirilmiştir. Dolayısıyla bu pratiğin anayasa şikâyeti davalarına da aktarılması ve kararların bağlayıcılık kazanmasının ertelenmesi, kurumun işlevine zarar verici niteliktedir. Bu nedenle tasarıdaki ifadeden vazgeçilmiş olması yerinde değildir. Anayasa Mahkemesi’nin, kendisine sağlanan bu zaman esnekliğine rağmen kararlarını verdiği an ile, kararın gerekçesinin yazıldığı zaman arasındaki süreyi minimuma indirmesi ve bu yönde çaba göstermesi zorunludur.

e) Kararlar (madde 50)

Tasarının 50/III maddesinde “İhlâl, bir kamu gücünün kanunen yapması gereken bir işlemi yapmamasından kaynaklanmışsa, Mahkeme, kararının hangi makam tarafından yerine getirileceğini ve özel durumlarda kararın yerine getiriliş şeklini belirleyebilir” denmekteydi. Ancak Alt Komisyon raporunda çıkarılan bu hüküm, Genel Kurul aşamasında da tekrar tartışılmadan metinden çıkarılmıştır. Kanunun mevcut halinde, ihmalden kaynaklanan hak ihlallerinin nasıl giderileceği hususunda bir boşluk meydana gelmiştir; özellikle makul sürede yargılanma hakkının ihlalinin (yani kamu gücünün bu makul sürece yargılama yükümlülüğünü ihmalden) doğacak anayasa şikâyeti davalarında Anayasa Mahkemesi’nin nasıl bir karar verebileceğine ilişkin bir hüküm yoktur. Anayasa Mahkemesi’nin bu boşluğu içtihat yoluyla doldurması gerekmektedir. Tasarıdaki hüküm doğrultusunda bir içtihat geliştirilmesi en doğru yol olarak görünmektedir.

AYM’nin kararının sonuçlarını düzenleyen 50. madde Alt Komisyonunda kapsamlı biçimde değiştirilmiş, özellikle yüksek yargı organları arasında bir hiyerarşi yaratıldığı itirazlarını ortadan kaldırmak ve Anayasa Mahkemesi’nin yeni yetkileriyle bir süper temyiz mahkemesi yaratılmak istendiği iddialarına karşılık verebilmek için, deyim yerindeyse, tasarının dili yumuşatılmıştır. Öncelik yargılamanın yenilenmesine verilmiş, yeniden yargılamaya rağmen ihlal kalkmamışsa, ihlalin sonuçlarını ortadan kaldırma yetkisi Anayasa Mahkemesi’ne bırakılmıştır. Alt Komisyon metni şöyledir: “Mahkemeler, Anayasa Mahkemesinin ihlâl kararında açıkladığı görüşe uygun karar vermediği takdirde başvuru yeniden Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunabilir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi doğrudan, ihlâli ve sonuçlarını ortadan kaldıracak kararı verebilir”³⁴. Anayasa Komisyonunun da benimsediği bu ifade, Genel Kurul aşamasında metinden çıkarılmıştır. Bu isabetlidir. Çünkü bu ifade, tam da itiraz edilen süper temyiz mercii yaratılması sonucunu doğururdu. Nitekim Almanya örneğinde de görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi birçok anayasaya aykırı yorumu tesbit ettiği kararının hüküm fıkrasında, “bu açıklamalar ışığında dosyanın gönderildiği mahkemenin başka bir sonuca varması mümkündür”³⁵ ifadesiyle, maddi olguların yeniden değerlendirilip ilgili temel hakkın anayasaya uygun yorumu sonucunda da aynı sonuca ulaşma olasılığına işaret etmektedir.

Kanun düzenlemeleri dikkate alındığında üzerinde düşünülmesi gereken bir diğer husus ise, hak ihlali iddiasının hangi aşamalarda ileri sürülmüş olması gerektiği sorusudur. Bu konuda kanunda açık bir düzenleme yoktur. Alt Komisyon çalışmasında sorulan bu soru, Komisyon çalışmalarına katılan

34 Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu, TBMM 23. Dönem, Yasama Yılı: 5, S. Sayısı: 696, s. 42.

35 Yakın tarihli bir karar örneği için bkz. BVerfGE, 1 BvR 1917/04 (23.08.2005), par. 26.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Anayasa Mahkemesi yetkililerince, başvurudan önceki aşamalarda başvuranın temel hak ihlalini ileri sürme şartının aranacağı yönünde yanıtlanmıştır. Ancak bu iddianın ilk dereceden başlayarak her başvuru kademesinde tekrarlanmış olmasının aranması, anayasa şikâyeti hakkını aşırı derecede kısıtlayacaktır. Ya da tam aksine temel hak ihlali, standart gerekçeli bir itiraz haline gelecektir. Bunun da normların temel hakları genişletici şekilde yorumlanmasına ve korunmasına maddi anlamda bir katkıda bulunmayacağı açıktır. Şartın, başvuru yollarından en az birinde yerinde getirilmesi ve itirazın bir başvuru kademesinde ileri sürüldükten sonra son kademeye kadar hep tekrarlanması gerektiği kabul edilmelidir.

IV. Anayasal ve Yasal Düzenlemenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Odaklanmasının Doğuracağı Muhtemel Sorunlar Nelerdir?

Anayasa şikâyetinin konusu Anayasada güvence altına alınmış olan bütün temel hak ve özgürlükler değil, sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu Protokoller kapsamındaki hak ve özgürlükler olabilecektir. İlk bakışta sosyal hakların kapsam dışında bırakılmak istendiği düşünülebilirse de, Anayasa ile AİHS ve Protokollerin sistematik bir karşılaştırması daha vahim sonuçlar ortaya çıkarmaktadır.

İlk olarak Yavuz Sabuncu ve Selin Esen’in yaptığı sistematik çalışmada³⁶, anayasa şikâyetinin kapsamı, AİHS ve Türkiye’nin taraf olduğu Protokoller kapsamında yer alan ve aynı zamanda Anayasa tarafından tanınmış hak ve özgürlüklerle sınırlandırılmaktadır. Çıkarılan listede kapsama alınacak haklar şöyle belirlenmiştir³⁷:

I. AİHS / Türkiye’nin Taraf Olduğu Protokoller (Haziran 2010 sonrası konsolide haliyle)	Anayasa
Yaşam hakkı (md. 2)	Md. 15/2; 17/1; 38/9
İşkence ve kötü muamele yasağı (md. 3)	Md. 17
Kölelik ve zorla çalıştırma yasağı (md. 4)	md. 18
Kişî özgürlüğü ve güvenliği hakkı (md. 5)	md. 19
Adil yargılanma hakkı (md. 6)	md. 36; 38; 138-142
Suç ve cezaların kanuniliği (md. 7)	md. 15/2; 38/1
Özel yaşama, aile yaşantısına, konut ve haberleşme özgürlüğüne saygı (md. 8)	md. 20; 21; 22; 26/2

36 Yavuz Sabuncu/ Selin Esen Arnwine, “Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Model. Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu”, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 21, 2004, s. 229-246.

37 Yazarlar çalışmalarını metin olarak yapmışlardır. Tabloid karşılaştırma, bu makalenin yazarına aittir.

Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkı

Düşünce, din ve vicdan özgürlüğü + ifade özgürlüğü (md. 9 + 10)	md. 15/2; 24; 25; 26 + 10 (eşitlik ilkesi) + 27-31 (bilim ve sanat ile basın ve haberleşme hakkı); + 133 (radyo-televizyon kurulması); + 32 (cevap hakkı)
Örgütlenme ve toplantı özgürlüğü (md. 11)	33, 34, 51, 53, 54, 68, 69
Evlenme ve aile kurma hakkı (md. 12)	md. 41 (ama evlenme hakkı Anayasada düzenlenmemiştir)
Etkili başvuru hakkı (md. 13)	md. 36 ve 40
Ayrımcılık yasağı (AİHS md. 14)	md. 10 (Ayrımcılık yasağı Sözleşmede güvence altına alınan bütün hakların korunmasında gözetilen genel bir ilkedir; bu nedenle ilgili olduğu hakkın ihlali iddiasıyla bağlantılı olarak ileri sürülebilir)

Mülkiyet hakkı (1. Ek Protokol md. 1)	md. 35; 46-47
Eğitim ve öğrenim hakkı (1. Ek Protokol md. 2)	md. 42 (AY 174 uyarınca Tevhid-i Tedrisat Kanunu hükümleri saklı tutularak onaylanmıştır)
Serbest seçim hakkı (md. 1. Ek Protokol md. 3)	md. 67, 75-79; 101-102, 104; 94, 114 ve 116 (aslında bu üç madde yasama organının iç işleyişine ilişkin olup anayasa şikâyeti konusu yapılmaları olanaklı görünmemektedir)

II. AİHS’de Yer Almayan ya da Türkiye’nin Taraf Olmadığı 4, 7 ve 12 nolu Protokollerde Yer Alan Haklar (Dolayısıyla Anayasa Şikâyeti Konusu Yapılamayacak Olan Haklar)

12. Protokol (genel ayrımcılık yasağı)	md. 10
Sözleşmeden doğan yükümlülük nedeniyle kişi özgürlüğünden yoksun bırakılamama (4. Pro. md. 1)	md. 38/8
Seyahat ve yerleşme özgürlüğü (4. Pro. md. 2)	md. 23
Vatandaşların sınırdışı edilememesi ve ülkeye girişlerinin engellenememesi (4. Pro. md. 3)	md. 23/6
Eşler arasında eşitlik (7. Pro. md. 5)	md. 41/1
Yabancıların toplu sınırdışı edilme yasağı (4. Pro. Md. 4; 7. Pro. md. 1)	md. 16

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı (7. Pro. md. 2)	md. 36/1 ve 40/1
Adli hata halinde tazminat hakkı (7. Pro. md. 3)	md. 40/III
Aynı suçtan iki kere yargılanamama ve cezalandırılmama (7. Pro. md. 4)	md. 36/1 ve 38
III. AİHS ya da Protokollerde Yer Almayıp Anayasada Güvence Altına Alınan Hak ve Özgürlükler	
	md. 48+49 (çalışma ve sözleşme hürriyeti ile çalışma hakkı ve ödevi); md. 50 (çalışma şartları ve dinlenme hakkı); md. 60+61 (sosyal güvenlik hakkı); md. 70 (kamu hizmetine girme hakkı)

Görüldüğü üzere, Anayasa ve kanundaki düzenlemenin bir sonucu olarak bazı negatif statü hakları ile büyük ölçüde sosyal haklar, anayasa şikâyeti kapsamının dışında kalmaktadır. Ancak sorunlar bu kadarla bitmemektedir. AİHS’nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağının uygulama alanı, Anayasa’nın 10. maddesindeki genel eşitlik ilkesine göre sınırlıdır. Çünkü yasak yalnızca “*Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma*”da ayırım gözetilmeksizin eşit muamele talep hakkını vermektedir. Dolayısıyla “*bir hak ya da özgürlüğün kullanılmasına dayanmayan ayrımcılıklar da 14. maddenin kapsamında değildir*” ve Mahkeme de bu maddeyi bağımsız bir madde olarak yorumlamamaktadır³⁸. Dolayısıyla Anayasa’nın 10. maddesinde düzenlenen genel eşitlik ilkesinin ihlali halinde, taraf olunmayan 12. Protokolde yer alan genel ayrımcılık yasağının ve Anayasada yer aldığı halde anayasa şikâyeti kapsamında yer almayan bazı hakların bu yolla korunması zor olacaktır. Örneğin, eşler arasındaki eşitlik ilkesi anayasal güvence altında olmakla birlikte, bir yasal düzenlemenin bu eşitlik ilkesine aykırı olduğu/ yorumlandığı gerekçesiyle anayasa şikâyeti yoluna başvurulamayacaktır. Bunun istenmeyen sınırlayıcı etkileri açıktır.

Bunun dışında AİHM 1970’lerin sonundan itibaren AİHS ve Protokollerdeki haklarla bu belgelerde yer almayan, ama Avrupa Konseyi ülkelerinin pekçoğunda yer alan sosyal haklar arasında bağlantı kurmuş, yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü hakkı ile sağlıklı bir çevrede yaşam, sosyal güvenlik, sağlık hakkı vb. sosyal hakların bunların ayrılmaz parçası olduğuna hükmetmiştir³⁹. Bu durumda anayasa şikâyetiyle ilgili anayasa ve

38 Yasemin Özdek (2004), *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, TODAİE: Ankara, s. 288-289.

39 Bkz. *Feldbrugge v. the Netherlands* (Appl. 8562/79) (29.05.1986), par. 37; *Airey v. Ireland* (Appl.6289/73) (9.10.1979), par. 24 and 26; *Sidabras and Dziautas v. Lithuania* (Appl. 55480/00 and 59330/00) (24.10.2004 final), par. 47; *Deumeland v. Germany* (Appl. 9384/81) (29.05.1986); *Salesi v. Italy* (Appl. 13023/87) (26.02.1993); *Guerra and Others v. Italy* (116/1996/735/932) (19.02.1998), par. 58.

Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkı

kanun hükümleri nasıl yorumlanacaktır? Sadece AİHS ve Protokollerinin lafzının esas alınması, yaşayan bir hukuk sistemi olarak adlandırılan AİHM içtihadına aykırılık oluşturacaktır. Bu nedenle AİHM içtihadının genişletici etkisi esas alınmalıdır. Kaldı ki Türk Anayasa Mahkemesi de 17. madde ile sosyal güvenlik hakkı arasında bağlantı kurmuş ve 65. maddenin yorumunun sınırını iki örnek kararında daha 1990’larda göstermiştir⁴⁰.

V. SONUÇ YERİNE

Türkiye’deki tartışmalarda gerek Danıştay, gerekse Yargıtay, Anayasa Mahkemesi’nin bir süper temyiz mahkemesine dönüştürülmesinden ve kendi kararlarının Anayasa Mahkemesi tarafından bozulmasından çekinmektedirler. Bu nedenle anayasa şikâyeti kurumu bu yüksek mahkemeler tarafından kesin bir dille reddedilmektedir. İki yüksek yargı organının yıllardan beri süregelen anayasa şikâyeti kurumuna ilişkin bu reddedici tavırları karşısında, Türkiye’deki meselenin anayasa şikâyetinin maddi boyutunu tartışmaya başlamadan önce, buradaki düğümü çözmekte yattığını söylemek yanlış olmaz. Çünkü Anayasa Mahkemesi’ne anayasa ve yasayla verilen bu yetki, diğer yüksek mahkemeler temel hak ve özgürlüklerin uygulanmasında anayasal düzenlemenin kapsamını, temel hak ve özgürlükler ışığında yorumlanması zorunluluğunu dikkate almayı reddettikleri sürece, amacına ulaşamayacaktır.

Oysa bu çatışmanın, Federal Anayasa Mahkemesi’nin ilk yıllarında yoğun biçimde yaşandığı Almanya örneğinde Anayasa Mahkemesi, diğer yüksek mahkemelerin kararlarının hukuka uygunluğunu, yani kanunların uyumsuzluk konusuna doğru uygulanıp uygulanmadığını denetlemeyi reddetmektedir. Dolayısıyla yapılan denetim, mahkemelerin bir anayasa normunun kapsam ve sınırını yanlış yorumlamalarından kaynaklanan bir hak ihlali olup olmadığının, yani “*özü (spesifik) anayasa hukukunun*” (*spezifisches Verfassungsrecht*) yanlış uygulanıp uygulanmadığının denetimiyle sınırlıdır⁴¹. Bu nedenle anayasa şikâyeti bağlamında kurumların birbirine üstünlüğü gibi bir tartışmayı yürütmek yerine, yerine getirilen yargı hizmetinin anayasayı hayata geçirmenin, bunun günlük hayata nüfuz etmesini sağlamanın bir aracı olduğuna odaklanmak en doğru yol olacaktır.

Bunun yanında yasakoyucunun, anayasa şikâyetinin işlevi ve amacıyla ilgili görüşünü gözden geçirmesi, kurumun başarı şansı açısından zorunlu görünmektedir. Salt Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi odaklı bir temel hak ve özgürlükleri koruma anlayışı, uzun vadede dahi iç hukuk sisteminde etkin bir temel hak ve özgürlük koruma sistemi kurmaya yetmeyecektir.

40 AYMK E. 1990/27, K. 1991/2, k.t. 17.1.1991; E. 1996/17, K. 1996/38, k.t. 16.10.1996;

E. 1998/38, K. 1998/70, k.t. 17.11.1998.

41 Krş .BVerfGE 108, 282 (294) (Fall Ludin). Ayrıca bkz. Volker Epping, *Grundrechte*, Springer: Berlin, 2005, s. 74.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Anayasa Mahkemesi’nin anayasa şikâyetini etkili bir başvuru aracı olarak kullanabilmesi içinse, her derecedeki yargı organlarının işbirliği kadar, üniversitelerin de desteğine ihtiyacı vardır. Karşılaştırmalı ülke örneklerinin incelendiği toplantılar ve üniversiteler ile yargı arasındaki yapıcı diyaloglar, önümüzdeki sürecin kaçınılmaz unsurları olarak görünmektedir.

KAYNAKLAR

Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren Yıldırım, Nevhis, *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 7. baskı, Beta: İstanbul, 2009.

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu, TBMM 23. Dönem, Yasama Yılı: 5. Sayısı: 696.

Anayasa Şikâyeti Çalıştay Raporu (15.2.2011), İzmir Barosu Başkanlığı. Brunner, Georg, “Der Zugang des Einzelnen zur Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Raum”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 50 (2002), s. 191-247. Casas Baamonde, Maria Emilia, “Amparo Başvurusu”, *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26 (2009), s. 101-110.

Centel, Nur/Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. bası, Beta: İstanbul, 2008.

Epping, Volker, *Grundrechte*, Springer: Berlin, 2005.

Esen, Selin, “İspanya’da Bireysel Başvuru Yolu”, *AÜHF Dergisi*, Cilt: 52, Sayı: 4 2003, s. 249-271.

Gongora Pimentel, Genaro David, “Amparo ne içindir?”, *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26 (2009), s. 163-220.

Göztepe, Ece, *Anayasa Şikayeti*, AÜHF Yayınları: Ankara, 1998. Gözübüyük, Şeref/Tan, Turgut, *İdare Hukuku*, Cilt: 2, *İdari Yargılama Hukuku*, 4. bası, Turhan: Ankara, 2010.

Holzinger, Gerhart, “Avusturya Anayasa Anayasa Şikayeti ve Bireysel Başvuru”, *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26 (2009), s. 61-79.

Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, 6. baskı, Cilt: V, Demir: İstanbul, 2001.

Mellinghof, Rudolf, “Federal Almanya Cumhuriyeti’nde Anayasa Şikayeti”, *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26 (2009), s. 31-44.

Özdek, Yasemin, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, TODAİE: Ankara, 2004.

Pekcanıtez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, 10. bası, Yetkin: Ankara, 2011.

Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Hakkı

- Sabuncu, Yavuz/Esen Arnwine, Selin, “*Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Model. Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu*”, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 21, 2004, s. 229-246.
- Sağlam, Fazıl, “*Anayasa Şikayeti Kurumunun Türk Hukukuna Kazandırılması ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Olanakları*”, *Anayasa Yargısı İncelemeleri-1*, Editörler: Mehmet Turhan/Hikmet Tülen, *Anayasa Mahkemesi Yayınları*: Ankara, 2006, s. 71-111.
- Sağlam, Fazıl, “*Giriş ve takdim konuşması*”, *Anayasa Yargısı*, Sayı: 26 (2009), s. 27-29.
- Toroslu, Nevzat/Feyzioğlu, Metin, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Savaş Yayınevi: Ankara, 2009.
- Venice Commission, “*Opinion on the Draft Constitutional Amendments with regard to the Constitutional Court of Turkey*”, No. 296/2004, CDL-AD (2004)024 (29.06.2004).
- Venice Commission, “*Study on Individual Access to Constitutional Justice*”, No. 538/2009, CDL-AD (2010)039 (27.01.2011).
- Zuck, Rüdiger, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 3. Auflage, C.H. Beck: München, 2006.

Mahkeme Kararları

- BVerfGE 108, 282 (294) (Fall Ludin).
- BVerfGE, 1 BvR 357/05 (15.2.2006) (Luftsicherheitsgesetz).
- AYMK E. 1990/27, K. 1991/2, k.t. 17.1.1991.
- AYMK E. 1996/17, K. 1996/38, k.t. 16.10.1996.
- AYMK E. 1998/38, K. 1998/70, k.t. 17.11.1998.
- ECHR, *Airey v. Irland* (no. 6289/73) (9.10.1979).
- ECHR, *Deumeland v. Germany* (no. 9384/81) (29.05.1986).
- ECHR, *Feldbrugge v. the Netherlands* (no. 8562/79) (29.05.1986).
- ECHR, *Guerra and Others v. Italy* (116/1996/735/932) (19.02.1998).
- ECHR, *Hartman v. Czech Republic* (no. 53341/99) 3.12.2003.
- ECHR, *İsmayilov v. Azerbaijan* (no. 4439/04) 17.4.2008.
- ECHR, *Salesi v. Italy* (no. 13023/87) (26.02.1993).
- ECHR, *Sidabras and Dziautas v. Lithuania* (no. 55480/00 and 59330/00) (24.10.2004 final).
- ECHR, *Sürmeli v. Germany* (no. 75529/01), ECHR 8.6.2006.

(51. Makale - 2012)

Nihat BULUT

*Sahte Bir Karşıtlığın Çözümü
Hukuk Devletinde Özgürlük
Güvenlik İlişkisi **

* Nihat Bulut; "Sahte Bir Karşıtlığın Çözümü Hukuk Devletinde Özgürlük Güvenlik İlişkisi", **Prof. Dr. Mehmet Akad'a Armağan**, Der Yayınları, İstanbul, 2012, s. 297-318.

SAHTE BİR KARŞITLIĞIN ÇÖZÜMÜ HUKUK DEVLETİNDE ÖZGÜRLÜK GÜVENLİK İLİŞKİSİ

PROF. DR. NİHAT BULUT*

I-GİRİŞ

Özgürlük ile güvenlik arasındaki ilişkinin mahiyetine dair tartışmaları çok eskilere götürmek mümkündür. Modern çağın başında ve modern devletin oluşum sürecinin ilk aşamasında Hobbes tarafından dile getirilen, “güvenlik için özgürlükten vazgeçme” ve dolayısıyla “bu ikisini birbirine karşıt olarak görme” yaklaşımının, günümüzde, özellikle 11 Eylül 2001 saldırılarından başlayarak, hemen her terör saldırısı veya şiddet olayında tekrar gündeme geldiği görülmektedir.

Gerçekten 11 Eylül saldırılarının ardından güvenlik paradigmlarında radikal değişim yaşanmış, güvenliğin daha militarize edildiği bir süreç başlamış ve bu süreçte güvenlik uğruna temel hak ve özgürlüklerden vazgeçilebileceği inancı yaygınlaşmıştır.¹ Aslında bu, yukarıda zikredilen Hobbseyen bakış açısının evrensel düzeyde popülerite kazanması anlamına gelmektedir².

Esasında siyasal şiddet ve terörizm, demokrasilerde istikrarsızlık yaratan etkenler olarak her zaman varlık bulmuş ve demokrasiler de, doğal olarak, kendilerini savunmak için, silahlı güç kullanmak dahil, çeşitli önlemler almışlardır³. Ancak kabul etmek gerekir ki, 11 Eylül sonrası süreç olağanın çok ötesine geçmiş ve adeta bir “güvenlik fetişizmi”ne dönüşmüştür. Aşırı güvenlikçi anlayış o kadar ön plana çıkmıştır ki, bu süreçte, mutlak bir hak olan “işkence yasağı” veya “işkenceden özgürlük” bile tartışılır hale gelmiş, terörle mücadele eden devlet otoritelerinin, terör vahşetini önleyecek bilgileri elde etmek için şüphelilere işkence edip edemeyecekleri sorusu dahi sorulur olmuştur⁴.

* İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

** Bu makale hakem değerlendirmesinden geçmiştir.

1 Zühtü Arslan, “11 Eylül Sonrasında Yeni Güvenlik Anlayışı, İnsan Hakları ve Demokratik Kolluk”, **Polis Bilimleri Dergisi**, Cilt: 8(2), s. 121.

2 Vahap Coşkun, “Güvenliği Özgürlükte Aramak”, <http://www.dicle.edu.tr/bolum/hukuk/dergi/2003-2004/1-10.pdf>, (Erişim tarihi: 05.10.2011), s.5.

3 Hayati Hazır, **Demokrasilerde İstikrarsızlığın Sebebi Olarak Siyasal Şiddet ve Terörizm**, Nobel y., Ankara 2001, s.5.

4 Bkz. Ian Turner, “Freedom from Torture in the War on Terror: Is it Absolute”, **Terrorism and Political Violence**, 23, s. 419 vd.

Kuşkusuz günümüzde terör ve şiddetin kazandığı boyut ve bunun üstesinden gelme sorunu, derin siyasal analiz gerektiren ve çalışmamızın kapsamını aşan bir konudur. Ancak konuya ilişkin çalışmalarda özellikle belli noktaların ön plana çıktığı görülmektedir. Buna göre, güvenliğimiz, organize suç örgütleri ve terörist gruplar gibi, devlet dışı aktörler tarafından tehdit edilmektedir. Bu grupların elinde pek çok imkan vardır ve bunlarla mücadelenin eski yöntemlerle yapılması imkansızdır. Dahası, tek bir devletin de bunlarla başa çıkma şansı yoktur. Tehdit uluslararası olduğuna göre cevabın da aynı düzeyde olması gerekir⁵.

Görünen o ki, 11 Eylül sonrasında özgürlük güvenlik ilişkisi, daha ziyade, azgınlaşan ve küresel bir hal alan terör üzerinden yapılmaya başlanmış ve bu ikisi arasında doğal bir karşıtlık bulunduğu şeklinde *sahte bir intiba* yaratılmıştır. Bu çerçevede insanlar, daha çok özgürlüğün daha az güvenlik olduğuna ya da daha fazla güvenliğin daha az özgürlüğe tekabül ettiğine inanır hale getirilmişlerdir. Böyle bir yaklaşımın, “özgürlük içinde güvenli olmak mümkün değildir” savından hareketle, özgürlükten kaçış anlamına gelebileceğini ya da böyle bir sonuca yol açabileceğini kabul etmek ve bu tuzağa düşmemek gerekir.

Aslında terör ve şiddetle mücadele etmek çok doğal ve gerekli bir uğraştır, devletlerin de en önemli görevidir. Buradaki temel sorun, gittikçe sofistike hale gelen ve önceki dönemlere göre daha tehlikeli bir meydan okumayı ifade eden terör ve şiddetin bertaraf edilmesi mücadelesinde özgürlüklerimizin durumunun ne olacağı sorunudur. Başka bir deyişle, hükümetlerin terörle mücadeleye yönelik çabalarının özgürlüklerimizi ihlal edici etkisidir⁶.

Bu çalışmada özgürlük güvenlik ilişkisine dair temel yaklaşımlar ele alındıktan sonra, konuya hukuki açıdan bakılmakta ve bu çerçevede hukuk devleti ilkesi bağlamında güvenliğin vazgeçilmez bir toplumsal ihtiyaç, özgürlüğün ise insan için en önemli değer olduğu gerçeğinden hareket edilerek, bu ikisi arasında bir karşıtlığın bulunmadığı savma dayanılmaktadır.

Hukuk devleti bireyi ve onun özgürlüğünü esas alır. Ancak özgürlük için düzen şarttır ve düzen içinde özgürlük sınırlı bir özgürlüktür. Şüphesiz güvenlik, bazı hak ve özgürlükler bakımından bir sınırlama nedeni olabilir. Yani güvenlik gerekçesiyle kimi hak ve özgürlükler sınırlandırılabilir. Ancak söz konusu sınırlamalar da keyfi olamaz, bir takım koşullara bağlanmak zorundadır. Öte yandan güvenlik nedeniyle de olsa sınırlandırılmaz haklar bulunmaktadır. Ayrıca güvenlik nedeniyle yapılan sınırlandırmalar, özellikle bağımsız yargının denetimine açıktır.

5 Istvan Gyannati, “how to Ensure Security and Freedom in the New, Post Westphalian World (Dis)order”, **Security and Human Rights**, 2010, n.1, s.40-44

6 David D. Cole, “Security and Freedom: Are the Governments’ Efforts to Deal With Terrorism Violative of Our Freedoms”, **Canada-United States Law Journal**, Vol:29, 2003, s.339 vd.

II- ÖZGÜRLÜK - GÜVENLİK İLİŞKİSİ KONUSUNDAKİ TEMEL YAKLAŞIMLAR

A- Genel Olarak

Güvenlik, özgürlük ve bu iki kavram arasındaki ilişki, farklı düşünce çizgileri bağlamında, değişik şekillerde analiz edilmektedir⁷. Bu konuda anarşist yaklaşımdan başlayıp, faşist bakış açısına kadar giden geniş bir yelpazeden söz etmek mümkündür.

Konuya ilişkin ilk yaklaşımı ifade eden anarşist görüşe göre özgürlük, hiçbir biçimde sınırlandırılmayacak bir prensiptir. İkinci yaklaşım ise, özgürlüğün temel ilke olarak alıp, her türlü sınırlamayı istisna olarak gören ve bu bağlamda güvenliği, anarşi riski ile özgürlük arasındaki etkileşimi düzenlemenin bir yolu olarak gören anlayıştır. Libertaryen yaklaşım olarak adlandırılan bu görüş, güvenliğe anarşiyi önleyen bir araç olarak bakar ve onun sınırlı olduğunu özellikle vurgular. Güvenlik özgürlük ilişkisi konusundaki üçüncü yaklaşım, biraz daha dengeci olan ve ikisi arasındaki karşıtlığın az olduğunu savunan *constitutionalist* görüştür. Güvenliği bireysel bir özgürlük olarak ele alan bu yaklaşım, özgürlüğün, doğal olarak güvenliği de içerdiğini vurgular⁸.

Özgürlük ile güvenlik arasındaki ilişkiyi güvenlik lehine biraz daha dengeleyen yaklaşım, bu konudaki dördüncü yaklaşım olarak ifade edilebilecek olan *exceptionalist* bakış açısıdır. Buna göre güvenlik, ölmek ya da hayatta kalmakla da bağlantılı olarak, sahip olunan ilk özgürlüktür. Kişi ölüm riski halinde ise, özgürlük mümkün değildir. Özgürlükler, güvenlik gerçekleştikten sonra doğarlar. Elbette onlar hayatın merkezinde yer alan değerlerdir. Güvenlik, bireysel özgürlük ihlallerini frenlemek veya durdurmak için kullanılan zorlama kapasitesiyle ilgilidir. Güvenlik, sonradan olmasa bile, başlangıçta özgürlüğü içerir⁹.

Konuya ilişkin beşinci yaklaşım, ilişkide açık bir biçimde güvenliği ön plana çıkaran, *sürekli tehlike (the permanent emergency)* yaklaşımıdır. Bu görüş çerçevesinde güvenlik, kolektif bir değer, ortak bir iyiliktir ve ilk özgürlüktür. Çünkü hayat, canlılığımız sürüyorsa var olan bir şeydir. Güvenlik, bir hak ve özgürlüktür. Çünkü o, şiddet ve tehlikeden korunmanın bir yoludur. Esas olan güvenliktir, özgürlük ise istisnadır¹⁰. Korku ve tehlike halini özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda yeterli bulan bu yaklaşım, aşırı güvenlikçi bir bakış açısını ifade etmektedir. Bu yaklaşımın bir adım ilerisinde ise, güvenliği mutlak olarak gören, demokrasiyi bu açıdan zayıf bulan ve düzen ile itaati üstün de-

7 Didier Bigo, "Liberty, Whose Liberty? The Hauge Programme and the Conception of Freedom", *Security Versus Freedom?: A Challenge for Europe's Future*, Edited by Thierry Balzacq/Sergio Carrera, Ashgate Publishing, 2006, s.38.

8 Bigo, s.39.

9 Bigo, s.39

10 Bigo, s.39.

ğerler olarak tanımlayan altıncı yaklaşım yer almaktadır. Totaliter yaklaşım da denilebilecek olan bu görüş, güvenliğin sınırsız olduğu savına dayanmaktadır.

Doğrusu özgüllük ve güvenlik kavramları, hukuk ve özellikle devlet felsefesi açısından hep merkeze oturan kavramlar olmuştur. Bunu da çok doğal karşılamak gerekir. Çünkü güvenlik, öteden beri, siyasal iktidarın ya da devletin karşılaması gereken en önemli ihtiyaçlardan birisi olmuştur. Özgürlük de öyle. Bu iki kavramın önemi konusunda, kimi marjinal yaklaşımlar dışarıda bırakılırsa, insanlar arasında bir mutabakatın varlığından söz edilebilir. Fakat bu iki kavramın hukuk tarafından nasıl düzenleneceği, özellikle güvenliğin nasıl tesis edileceği ve özgürlüklerin bu noktada nerede duracağı söz konusu olunca tartışma başlamaktadır.

Bu noktada, marjinal yaklaşımlar olarak nitelendirilebileceğimiz anarşist ve totaliter bakış açılarını bir yana bırakacak olursak, yukarıda değindiğimiz altı yaklaşımın geriye kalan dördünü iki öbekte toplayabiliriz. Birincisi, şu ya da bu şekilde güvenliğin ancak bireylerin özgürlüklerini alabildiğince sınırlama gücüyle donatılmış, bireyleri kuşatma bağlamında güçlü bir devlet yapısıyla mümkün olabileceğini savunan yaklaşımdır. İkincisi ise, güvenlik için tercihe şayan yolun hak ve özgürlükler alanını olabildiğince genişletmek ve devleti de buna saygı duyar hale getirmek olduğunu kabul eden görüştür¹¹.

B- Tehdit ve Korku Odaklı Güvenlikçi Devlet Anlayışı

Bu anlayışın temellerini Thomas Hobbes’a dayandırmak mümkündür. İnsanların, siyasal bir toplum haline gelmeden önce, her düzeyine çatışma ve şiddetin egemen olduğu bir doğal yaşam sürdürdüklerini söyleyen Hobbes, herkesin mutlak anlamda özgür ve eşit olduğu bu dönemi, özü itibarıyla bir “**savaş dönemi**” olarak tasavvur etmiş¹² ve buradan yola çıkarak, barış adına, yurttaşları çepeçevre kuşatan, haklara değil de ödevlere vurgu yapan bir siyaset anlayışına ulaşmıştır.

Hobbes, Aristo ve ondan esinlenen pek çok düşünürün aksine, insanın doğuştan toplumsal olduğunu kabul etmez ve zorlayıcı bir erk, yani devlet olmaksızın toplumsal yaşamın söz konusu olamayacağını belirtir¹³. **Leviathan** adlı eserine, bütün insanların eskiden doğa durumunda yaşadıklarını kabul ederek başlar. Bu, bir kargaşa dönemidir ve Hobbes’un buradaki en önemli savı, doğanın insanları beden ve zihin yeteneğinde eşit yaratmış olduğu savıdır. Bunu ikinci tür eşitlik izler Bu da, arzulara ulaşma beklentisinde eşitlik tir¹⁴. Bu iki eşitlik türü insanın bencilliği ile birleşince, sonucun kaos olacağını kestirmek hiç de zor değildir.

11 Coşkun, s.2.

12 Hobbes’un doğa durumu varsayımı için bkz. Thomas Hobbes, **Leviathan**, Çev: Semih Lim, YKY, İstanbul, 2001, s.92 vd.

13 Hobbes, s. 129.

14 C.B. Macpherson, **The Political Theory of Possessive Individualism Hobbes to Locke**, Oford at the Cleradon Press, London, 1962, s.74.

Önemle vurgulamak gerekir ki Hobbes'da doğa durumu, sadece insanların eşit olduğu bir durumu yansıtmaz. Aynı zamanda tam bir özgürlük haline de işaret eder. Çünkü Hobbes, insanlar arasında var olduğunu düşündüğü iki eşitliğin hak eşitliğini gerektirdiği görüşündedir¹⁵. Otoritenin bulunmadığı doğa durumunda her insan kendi yaşamını korumak, kendi aklıyla bu amaçla ulaşmaya uygun saydığı her şeyi yapmak için kendi gücünü dilediği gibi kullanmak özgürlüğüne sahiptir. Hobbes buna "doğal hak" adını vermekte ve herkesin herkesle savaş halinde olduğu doğa durumunda, insanın kendi yaşamını düşmanına karşı korumak amacıyla, her şeyi kullanabileceğini söylemektedir¹⁶. Yani Hobbes'a göre doğa hali, aynı zamanda insanların mutlak olarak özgür oldukları bir haldir. Bu durum, insanların kendilerini korumak için savaşın yardım ve yararlarını arayıp kullanabilecekleri anlamına gelmektedir.

Kuşkusuz bu akıl yürütmeye Hobbes, otorite olmadığı zaman özgürlüğün nasıl savaş ve karmaşa anlamına geldiğini ya da gelebileceğini göstermek istemekte ve dikkatleri otoritenin önemine çekmektedir¹⁷.

Esasen Hobbes'un doğa durumu tasviri de bu eksen üzerine kurulmuştur. Hobbes'a göre, eşitlik ve özgürlükten doğan güvensizlik ortamında, birisinin diğerlerine karşı güvensizlikten kurtulabilmesi için, kendisine tehlikeli olabilecek büyüklükte başka bir kuvvet kalmayınca kadar, zorla ya da kurnazlıkla, elinden geldiği ölçüde çok sayıda insana hakim olmaktan başka akla yatkın bir yol yoktur¹⁸. İnsanlar, hepsini birden korku altında tutacak genel bir güç olmadan yaşadıkça, savaş durumundadırlar. Bu, herkesin herkese karşı savaşıdır ve buradaki savaş, fiili mücadeleden ibaret değildir, her an savaşmaya hazır olunduğunun bilinmesi halini de içermektedir¹⁹.

Kısacası, otoritenin olmadığı yerde eşitlik ve özgürlük kargaşadan başka bir şey değildir. Sürekli bir savaşın hüküm sürdüğü bu dönemde hiçbir şeyin önemi yoktur. Söz konusu olan öyle bir savaş ortamıdır ki, burada neyin adil olup olmadığının tespiti olanaksızdır. Hile ve güç, en büyük iki erdemdir. Aynı şekilde mülkiyetten, egemenlikten ve "benim" "senin" ayırımından söz etmek de mümkün değildir. Hepsinden kötüsü, hep şiddetli ölüm korkusu ve tehlikesi vardır; insan hayatı, yoksul, kötü, vahşi ve kısadır²⁰.

Elbette hiç kimsenin ne can ne de mal emniyetinin bulunduğu bu kargaşa manzarasının sonsuza dek sürmesi düşünülemezdi. Nitekim Hobbes, akıl

15 Macpherson, s.75.

16 Hobbes, s.96

17 Nihat Bulut, "ölümüne rekabetten barış İçinde Yarışa: Hobbes'un Eşitlik Anlayışı" Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C:II, Beta y., İstanbul, 2002, s. 1384.

18 Hobbes, s.93.

19 Bulut, s. 1385.

20 Hobbes, s.94.

sahibi insanların bencil tutkularının harap edici etkilerinden kurtulmak için, özellikle de ölüm korkusuyla, aralarında bir sözleşme yaparak egemen gücü (devleti) kurduklarını ve tüm yetkilerini ona devrederek, artık çekilmez bir hal alan doğal yaşamdan kurtulduklarını söyler²¹.

İnsanların, kural olarak, doğal yaşama dönemindeki haklarını karşılıklı olarak devrettikleri egemen bir **Leviathan’dır**. O, sözleşmenin tarafı değildir ve büyük bir yetkiler demetiyle donatılmıştır. Neden? Barış ve güvenliğimizi sağlasın diye.

Eşsizliği ve sınırsız her şeye kadir gücü nedeniyle Hobbes tarafından Leviathan olarak adlandırılan devlet; mutlak, ebedi ve bölünmez yetkilerle donatılmıştır. Devlet artık ölümlü de olsa tanrı mesabesindedir²². O, yargılama, anlaşmazlıkları çözme, barışa veya savaşa karar verme, ödüllendirme veya cezalandırma, şeref veya paye ihsan etme, insanlara nelerin öğretileceğini ve onlara nasıl davranılması gerektiğini belirleme gibi hakların tek sahibidir. Buna karşın uyrukların, yönetim seklinin değişmesini talep etmeleri, egemene karşı durmaları, hiçbir surette egemeni eleştirmeleri veya cezalandırmaları mümkün değildir. Egemenin devasa gücü karşısında, buyruklara bir tek egemene boyun eğmek kalır²³. Tekrar vurgulayalım, halkın bu yeryüzü tanrısı formundaki devlete itaat etmesinin nedeni, devletin, sivil barışı ve insanların güvenliğini sağlamasıdır.

Hobbes’un güvenliği esas alan ve kendisine konu olarak, daha ziyade uyrukların ödevlerini seçen yaklaşımının, güvenliği, özgürlükleri mümkün olduğunca sınırlamada ve iktidarı bireye karşı güçlendirmede arayan modern anlayışlara kaynaklık ettiğini söyleyebiliriz. Ancak bu konudaki modern yaklaşımların Hobbes’un ötesine geçtiğini de vurgulamak gerekir. Çünkü Hobbes her şeye sözleşme olgusu çerçevesinde bakmaktadır ve sorunun bir de egemenin yükümlülükleri açısından irdelenmesi mümkündür. Kuşkusuz egemen sözleşmenin tarafı değildir. Ama sözleşmenin ürünüdür ve bizim sözleşmeyle vazgeçmediğimiz veya doğası gereği vazgeçemeyeceğimiz haklar da söz konusu olabilir. Hobbes, bu noktada da güvenlik olgusundan hareket eder. Bireyin yaşamının korunmasını devredilmez bir hak olarak görür ve herkesin yaşamını korumak için direnme hakkı ya da itaatsizlik özgürlüğü olduğunu belirtir. Gemalmaz, buradan yola çıkarak, Hobbes’un vazgeçilmez hak kavramını ortaya atarak, insan hakları tarihinde yerini aldığını söyler²⁴.

Sonuçta Hobbes’un maksadını biraz aşmış olsa da, korku odaklı güvenlikçi devlet anlayışının, güvenlikle özgürlük arasında ters bir orantının bulunduğu savma dayandığını ve daha çok özgürlüğün daha az güvenlik anlamına

21 Bkz. Hobbes, s. 127

22 Hobbes, s. 130.

23 Devletin yetkileri içinbkz. Hobbes, 131-138.

24 Mehmet Semih Gemalmaz, **Devlet, Birey ve Özgürlük**, Legal Y, İstanbul, 2010, s.93.

geleceğini zihinlere yerleştirdiğini kabul etmek gerekir. Elbette böyle bir akıl yürütmenin doğal sonucu, güvenliği esas alan bir devlet modeli olacaktır. Çünkü insan tehlikeyi sevmez, ondan kaçır. Bir tercih yapmak zorunda bırakılırsa, güvenliği seçer.

Hemen vurgulamak gerekir ki, bu anlayış çerçevesinde güvenlik, bireyin güvenliği kavramı etrafında değil, devletin ve kamunun güvenliği çerçevesinde ele alınır ve bir anlamda bireyin korkutularak sindirilmesi esasına dayanır. Bütün totaliter ve otoriter rejimlerin bu esaslardan yola çıkarak, kuşkusuz Hobbes'un görüşlerini aşan bir biçimde, özgürlük ortamını tahrip ettikleri söylenebilir.

C- Liberal Yaklaşım: Güvenliği Özgürlükte Aramak

Güvenlik ve özgürlük arasındaki ilişki konusundaki ikinci yaklaşım, yukarıda da belirtildiği gibi, güvenlik için tercihe şayan yolun hak ve özgürlükler alanını genişletmek ve devleti de buna saygı duyar hale getirmek olduğunu kabul eden görüştür. Bu görüş, devletin ve kamunun güvenliği kavramı yerine, insanın güvenliği kavramı etrafında gelişir ve daha çok özgürlüğün daha güvenceli bir hayat olduğu savına dayanır. Özgürlükle güvenlik arasında doğrusal bir ilişki bulan bu bakış açısı, özgürlüğü, güvenliği imkansız kılan bir unsur olarak görmez; tersine, güvenliği özgürlüğün içinde aramak ve onunla temellendirmek gerektiğine inanır²⁵.

Esin kaynağını liberal düşünceden alan bu anlayış, bireyi ve onun özgürlüğünü esas alır. Devlet, düzen ve güvenlik gibi kavramları amaç olarak değil, özgürlüğü ve mutluluğu sağlayan araçlar olarak görür. Dolayısıyla düzen ve güvenlik gibi kavramların önemini yadsımaz. Gerçekten, liberal toplum sözleşmesi geleneğine bakıldığında, hakların korunması hedefinin yanı sıra, güvenliğin sağlanmasının da, aynı değere olmasa bile, devletin varlık nedenleri arasına sokulduğu görülür²⁶. John Locke'un teorisi bunu açıkça kanıtlamaktadır.

Yönetenlerin iktidarının sınırlandırıldığı ve egemenliğin halkın bütününe ait olduğu bir siyasal toplumun mümkün olduğunu savunan²⁷ Locke, görüşlerini haklılaştırmak için, tıpkı Hobbes gibi, doğa durumu kavramından yola çıkar. Fakat Locke, Hobbes'dan farklı olarak, doğal yaşama dönemini bir kaos ortamı olarak değil, barış ortamı olarak görür. Çünkü Locke'da doğa durumu, insanların başkalarının isteklerine bağlı olmaksızın, doğa yasasının sınırları içinde, kendi eylemlerini düzenlemek ve kendi mallarını ve kişiliklerini dile-dikleri gibi kullanmak konusunda mükemmel bir özgürlük durumudur. Bu, aynı zamanda hiç kimsenin diğeri üzerinde iktidara sahip olmadığı bir eşitlik halidir²⁸.

25 Coşkun, s.6.

26 Arslan, s. 123.

27 Richard I. Aaron, **John Locke**, Oxford at the Clarendon Press, 1955, s.270-271.

28 John Locke, **Concerning Civil Government, Second Essay an Concerning the True Original**

Locke, bu dönemde insanların, tam bir özgürlük ve eşitlik içinde yaşadıklarını söylese de, onu bir başıboşluk düzeni olarak telakki etmez. Doğal yaşama döneminin insanı, haklarını, akıl aracılığı ile neyin doğru neyin yanlış olduğunu tanımlayan doğa yasasının sınırları içinde kullanacaktır. Doğa yasasının kaynağını oluşturan akıl, insanlara, kendileri gibi eşit ve özgür olan öteki insanların yaşamına, sağlığına, özgürlüğüne ve mallarına zarar vermemesi gerektiğini söyler. Bu, açıkça, mutlu ve barış içinde bir yaşama işaret eder. Fakat bu, “güvenilmez bir barış durumudur”²⁹. Çünkü doğa durumunda, doğa yasasını çiğneyene karşı, bu davranıştan zarar gören herkesin saldırganı cezalandırmaya hakkı vardır ve iktidarın bulunmadığı yerde bu hakkın kullanılmasının sonucu, savaş halidir³⁰.

Dolayısıyla, Locke’da iyi bir dönem olarak başlayan doğal yaşama dönemi cezalandırma yetkisi dolayısıyla savaş durumuna dönüşmektedir. İnsanları siyasal bir toplum düzeni kurmaya iten neden, bu durumdan kurtulma isteğidir. Bu istek insanların, doğal hukuku uygulama iktidarını bırakmak ve bu gücü kamuya vermek için bir toplum içinde birleşmelerine ve böylece sivil ya da siyasal toplumu oluşturmalarına neden olur³¹. Böylece Locke da, tıpkı Hobbes gibi, insanların devlet düzeni içinde yaşamalarını, bir anlamda güvenlik ihtiyacına bağlamaktadır. Fakat Locke, Hobbes’dan farklı olarak, insanların bütün haklarını egemen güce bıraktıklarını düşünmez. Yönetici güce devredilen şey, cezalandırma yetkisidir. Bunun dışında, insan doğal yaşama dönemindeki haklarını kendinde saklı tutmaktadır. Böylece Locke, düzeni ve güvenliği sağlayan devleti insan haklarıyla sınırlar.

Locke’un sosyal sözleşme kuramını ile devleti sınırlamak istediği, onu toplumu oluşturan bireylerin iradesine bağlamayı hedeflediği açıktır. Ancak açık olan bir şey daha vardır ki, o da, güvenlik eksikliğinin hak ve özgürlüklere zarar verdiği ve devletin güvenliği sağlayıcı bir aygıt olduğudur.

Hobbes’da olduğu gibi Locke’da da siyasal düzen, son tahlilde, doğal arzu ve isteklerin gerçekleştirilmesi için bir araçtır. İnsan doğası gereği güveni, refahı, konforu, kısacası mutluluğu isteyen bir varlıktır. Hobbes, egemen güç olmaksızın bu amacın gerçekleşmesinin imkansız olduğunu ortaya koymuş ve devleti, hatta bir bütün olarak siyaseti, mutluluğun aracı yapmıştı. Fakat, bu amaca rağmen, kendisine konu olarak, daha çok uyrukların ödevlerini seçen Hobbes’un öğretisi, kabul etmek için hala gereğinden fazla gözü kara ve bu yüzden de hafifletilmeye muhtaç bir öğretilerdir. Locke’la başlayan liberal düşüncenin yaptığı şey, bu eksikliği gidermek ve güvenliği sağlamakla görevli devleti insan haklarıyla sınırlamak olmuştur.

Extent and Civil Government, Chap. II, 4, <http://www.libertyl.org.2dtreat.htm> (24.12.2002).

29 Aaron, s.276.

30 Locke, Chap. III, 16-20.

31 Locke, Chap.VII, 89.

III- HUKUK DEVLETİ: DÜZENLENMİŞ ÖZGÜRLÜK VE HUKUKUN ÜS-TÜNLÜĞÜNDE GÜVENLİK

A- Genel Olarak

Vatandaşların hukuk güvenliği içinde bulundukları, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi ifade eden hukuk devleti³², yetkili organlar eliyle oluşturulan bir hukuk düzeni çerçevesinde, insanın özgürlük, eşitlik ve güvenlik ihtiyacını karşılamayı amaçlar. İnsan onurunu esas alması ve bu çerçevede bireye ve onun özgürlüğüne vurgu yapması, hukuk devletinin konuya ilişkin yaklaşımını liberal görüşe yakın kılar.

Hukuk devletinde özgürlük ve eşitlik gibi, düzen ve güvenlik de hukukun semsiyesi altındadır, onun parçaları, unsurlarıdır. Dolayısıyla özgürlüğün de güvenliğin de üstünde hukuk devleti ilkesi vardır ve bu ikisi arasında bir çatışmanın bulunduğundan söz edilemez. Edilirse, bütünlük bozulur, hukuk devleti ilkesi zedelenir.

Gerçi hukuk devletinde güvenlik politikasının özgürlükler lehine bir işlevi olduğunu kabul etmekle beraber, tecrübelerden yola çıkarak, güvenlik politikası ile ilgili önlemlerin özgürlükleri koruma yanında, belirli hak ve özgürlüklerle somut olarak çatışabileceği düşüncesini dile getirmek de mümkündür³³. Ancak buradan hareketle bir genelleme yapmak ve özgürlük ve güvenliği birbirinin karşıtı olarak görmek doğru değildir.

Hukuk devletinde güvenlik, hukuk düzeninin bir unsuru olarak, özgürlüklerimizin zeminini oluşturur. Çünkü, düzen ve güvenlik olmadan özgürlük olmaz. Bu bağlamda düzen, özgürlüğün şartıdır. Özgürlüğe gelince, hukuk devletinde özgürlüğün doğal değil, düzenlenmiş bir durumu ifade ettiğini belirtmek gerekir. Yine hukuk devleti ilkesi çerçevesinde özgürlüklere düzen bozucu ve güvenliğe zarar verici unsurlar olarak bakılamaz. Güvenliği ortadan kaldıran veya zarar veren şey, özgürlüklerin kötüye kullanılması, kişilerin özgürlükleri kalkan yaparak başkalarına zarar vermeleridir. Bu konuda insanların kafalarını karıştıran husus, anayasalarda ve uluslararası insan hakları belgelerinde, güvenlik ve düzen gibi kavramların, ilgili ya da ilgisiz, pek çok hak ve özgürlük için sınırlama nedeni yapılmasıdır.

1982 Anayasası, özellikle ilk şekliyle bunun tipik bir örneğidir. Anayasa, 12 Eylül rejiminin hedefleri doğrultusunda, güvenliği ön plana çıkarılarak özgürlük ve demokrasiyi feda edilmiş, aradan geçen zaman içinde, yapılan pek çok değişikliğe rağmen durumun düzeltilmesi sağlanamamıştır. Bu arada özgürlükler aleyhine yapılan fedakarlığın, güvenlik lehine sonuç do-

32 Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin y., Ankara, 2010, s. 123.

33 Heiner Bielefeld, "Demokratik Hukuk Devletinde Özgürlük ve Güvenlik", **Hukuk Devleti** Hukuki Bir İlke Siyasi Bir İdeal, Editörler: Ali Rıza Çoban/Bilal Canatan/Adnan Küçük, Adres y., Ankara, 2008, s.283.

ğurmadığını da vurgulamak gerekli. Yapılacak şey özgürlük ve güvenlikten vazgeçilemeyeceğini kabul etmek ve birini diğerine feda etmemektir. Hukuk devleti ilkesinin öngörmüş olduğu “düzen içinde özgürlük” prosedürü bunu sağlamanın yoludur.

B- Hukuk Devletinde Hak ve Özgürlüklerin Önemi

Hukuk devleti, bir anlamda insan hakları devleti demektir. Sahip olduğu imkanlar ve canlılar arasındaki özel yeri dolayısıyla insan, onur sahibi bir varlık olarak kabul edilir. Onur, çok değerli kılınmış bir şeyin özelliğidir ve onur sahibi olmak, bir takım haklara ulaşmakla mümkündür³⁴. Esasen, temel hakların anayasal düzeyde tanınıp güvence altına alınmasının nedeni de insan onurunun korunmasıdır³⁵.

İnsan onuru, insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun, sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu, öyle bir davranış çizgisidir ki, ondan aşağı düşünce, muamele ona muhatap olan insanı, insan olmaktan çıkarır³⁶. Örneğin birisine işkence edilmesi, birisinin zulme uğraması, aşağılayıcı cezalara maruz kalması veya kişisel dünyasına saygı gösterilmemesi insanı insanlıktan çıkaran muamelelerdir. Kuşkusuz insan onurunun korunması, insan haklarını ayırım gözetmeksizin uygulamaya taşımakla, insanı toplumsal koşulların meydana getirdiği her türlü baskıdan kurtarmakla, dahası, ona kendini geliştirme fırsatı vermekle mümkündür.

Çağdaş insan hakları belgeleri bu amaçla, hak ve özgürlükleri fonksiyonlarına göre tasnif etmişler ve her bir kategoriye insanın bir yönünü korumayı hedeflemişlerdir. Amaç, insanın korunması ve kendini geliştirmesi amacına hizmet etmektir. Böyle bir amaç, her şeyden önce, siyasal iktidarın sınırlandırılmasını gerektirir. Konuya tarihsel açıdan yaklaşıldığında, insan hakları doktrininin, insanın değerinden yola çıktığı, bu değer özgür olmayı gerektirdiğini vurguladığı ve bu uğurda siyasal iktidarın sınırlandırılmasını esas aldığı görülür. Amaç, bireyin seçtiği amaçlar doğrultusunda, kendi yargısına göre eylemde bulunmasını sağlamaktır³⁷. Devlet ise, bu amacı sağlamaya yönelik bir araçtır. Dolayısıyla, birey devlet ilişkisinde önceliği alması gereken unsur birey ve onun özgürlüğüdür.

34 Andre Mercier, “İnsan Haklarının Temelleri”, **İnsan Haklarının Felsefi Temelleri**, (Yayıma Hazırlayan: İoanna Kuçuradi), Hacettepe Üniversitesi Türkiye ve Orta Doğu Araştırmaları Enstitüsü, Ankara, 1982, s. 15.

35 İnsan hakları ve insan onuru ilişkisi için bkz. Mehmet Akad, **Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10. Maddesi**, 1ÜHF y., İstanbul, 1984, s.24 vd.

36 Anayasa Mahkemesi Kararı, E: 63/132, K: 66/29, KT: 28.6.1966, **AMKD**, sy.4, s. 187.

37 Elbette insan haklarıyla iktidar arasındaki ilişki sadece iktidarın sınırlandırılmasından ibaret değildir. Çağdaş insan hakları anlayışı çerçevesinde siyasal iktidar, insan haklarının gerçekleştirilmesi ve böylece özgürlüğün sağlanması yönünde görevler üstlenmiştir. (Bkz. Bahri Savcı, “İktidarla Münasebeti Bakımından Hürriyet Problemi”, **AÜSBFD**, C.XIX, sy.,2, 1964, s. 157.)

C- Hak ve Özgürlükleri Sınırlamanın Doğallığı

Ne var ki, özgür insan, aynı zamanda sorumluluk sahibi bir varlıktır. İnsanın bu yönü, ödevli kılınması sonucunu doğurmuş ve temel insan hakları belgelerinde insanın haklarıyla beraber ödevlerine de işaret edilmiştir³⁸. Evrensel İnsan Hakları Bildirisinin, herkesin topluma karşı ödevleri olduğunu belirten 29. maddesi ile 1982 Anayasasının, temel hak ve hürriyetlerin, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva ettiğini vurgulayan 12. maddesi bunun en açık örnekleridir.

Öte yandan, insanın toplum içinde yaşaması başkalarının haklarına saygı göstermesini gerektirir. Bir kere, toplumsal yaşam içinde, bir insanın haklarının başka birisinin haklarıyla çatışması kaçınılmazdır. Bu durum bir dengeleme yapmayı ve birey haklarını sınırlandırmayı gerektirir³⁹. Öte yandan kamu düzeninin sağlanması ve korunması da hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını zorunlu kılar. Çünkü toplumsal yaşamın bulunduğu yerde, sınırsız özgürlükten söz etmek, kargaşadan söz etmek demektir ve bunu istemek de mantıklı olmasa gerekir. Kısacası, özgürlük ancak düzen içinde mümkündür. Düzen içinde özgürlük ise sınırlı bir özgürlüktür. Sonuç itibarıyla, toplumsal yaşam hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını zorunlu kılmaktadır.

Hak ve özgürlükleri sınırlandırmanın pek çok nedeni vardır. Bu nedenler hak ve özgürlüğün özelliğine göre farklılık göstermektedir. Bunlardan birisi de kamu düzeninin sağlanması ve bu çerçevede güvenliğin garanti altına alınmasıdır. Gerçekten, uluslararası insan hakları belgeleri ve anayasalarda pek çok hak ve özgürlüğün güvenlik nedeniyle sınırlandırıldığı görülmektedir.

D- Sınırın sınırı

1- Genel Olarak

Fakat bu zorunluluğa karşın, yapılacak sınırlamalarda bazı önemli ilkele-
rin hesaba katılması gereği de kabul edilmelidir. Bu ilkelerden en önemlisi, özgüllük güvenlik ilişkisinde dengeyi iyi kurmak ve özgürlüğü güvenliğe feda etmemektir. Yukarıda da vurgulandığı gibi, ilk bakışta, düzen ya da güvenlik ile özgürlük birbiriyle çatışır gibi gözükmektedir. Fakat gerçekte bunların birbirine ait olan iki şeyin parçası sayılmaları gerekir⁴⁰. Bu bağlamda, güvenlik ya da onu sağlamakla yükümlü olan otorite, özgürlüğün düşmanı değil, şartıdır.

38 Hak-ödev ilişkisi için bkz. Akad, s.46 vd.

39 Kuşkusuz böyle bir tespit, hak ve özgürlükler bir bütün olarak değerlendirildiğinde doğrudur. Yoksa, tek tek hak ve özgürlükler söz konusu edildiğinde, bazılarının sınırlandırılmaz olduğu görülür. Sözgelimi, işkence ve diğer zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da ceza yasağı, kölelik ve kulluk yasağı, suç ve cezada yasallık ve geriye yürümezlik gibi haklar hiçbir biçimde ve yerde sınırlamaya tabi tutulamayacak tür ve nitelikte haklardır.

40 Maurice Groston, İnsan Hakları Nelerdir?", *Sosyal ve Siyasal Teori*, Atilla Yayla, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1999, s. 311.

Özgürlük güvenlik ilişkisinde özgürlüğü ön plana çıkarmak, devlet birey ilişkisinde bireyi ön sıraya almak demektir. Dolayısıyla, oluşturulacak sınırlama rejiminde bu gerçeği dikkate almak ve devleti bireye yeğlememek gerekir. Çünkü özgürlüğün şartı olan devlet, başlı başına bir amaç değildir. Amaç, insanın seçmiş olduğu gaye doğrultusunda kendisini geliştirme imkanına sahip olmasıdır. Bu durum dikkate alındığında, özgürlüğün ancak toplum düzeninin sürmesini sağlamak ve herkesin ondan güven içinde yararlanmasını olanaklı kılmak için sınırlanabileceği yargısına varılır⁴¹.

Bütün bu tespitler, sınırlama yapılırken uyulması gereken bir başka ilkenin gündeme getirilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu, “özgürlük kural sınırlama istisna” ilkesidir. Bu ilke, sınırlamanın ancak istisnai hallerde, düzenin bozulmasının ve güvenliğin ortadan kalkmasının kuvvetle muhtemel olduğu durumlarda söz konusu olabileceğini ifade eder. Aksi bir tutum, yani bu ilkeyi tersine çeviren bir anlayış, insan haklarının yönelmiş olduğu amaçla bağdaşmaz.

Bu temel ilkelerle birlikte, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında belli somut şartların bulunmasının bir gereklilik olduğunu da vurgulamak lazımdır. Sınırlamanın yasa ile yapılması, sınırlamada nedene bağlılık ilkesi, ölçülülük, demokratik toplum düzeni bakımından zorunlu olma, öze dokunma yasağı gibi şartlar hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda uyulacak koşulları ifade etmektedir.

2. Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Sınırın Sınırı Olarak Yasallık ve Ölçülülük

a) Sınırlamayı Yasayla Yapmak

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırmasının ilk şartı, bunun *yasa* ile yapılabilecek olmasıdır. Kuşkusuz bu durum, bireyleri iktidar karşısında güvenceli bir konumda tutmak açısından son derece önemlidir. Esasen demokratik hukuk devleti de bu gerçekten hareketle, sınırlamanın yasa ile yapılması anlayışını benimsemiştir⁴². Dolayısıyla, yürütme organının düzenleyici işlemler aracılığı ile temel hak ve özgürlükleri sınırlandırması, kural olarak, mümkün değildir. Elbette, sınırlamanın yasa kaydına bağlanması tek başına yeterli olmayacaktır. Yasal sınırlama hükümlerinin açık ve kesin olması da şarttır⁴³. Bu, hukuk devletinin bir gereğidir ve amaç, bireyin yasanın emrini önceden görebilmesini ve hesaba katabilmesini sağlamaktır.

b) Ölçülülük İlkesi

Yasama organının sınırlama yaparken uyacağı bir başka ilke *ölçülülük* ilkesidir. Bu ilke, sınırlamanın amacı ile sınırlamada kullanılan araç arasındaki

41 İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, İmge y., İstanbul, 2002, s.93.

42 Yasa kaydıyla sınırlamanın bireyler açısından taşıdığı güvenceler için bkz. Oktay Uygun, *1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., İstanbul, 1992, s.90.

43 Uygun, s.96.

ilişki noktasında önem kazanmakta ve bir hakkı sınırlayan önlemlerin etkisi ile, bu önlemlerin yöneldiği amaç arasında bir orantı bulunması gerektiğine işaret etmektedir⁴⁴. Hukukun pek çok alanı için önemli olan⁴⁵ ve değişik düzenleri⁴⁶ ile uluslararası insan hakları belgelerinde⁴⁷ yer alan bu ilke, güvenlik özgürlük ilişkisinde, özgürlüğün gereğinden fazla sınırlandırılmasının önüne geçmek için kullanılmaktadır.

Ölçülülük ilkesinin üç alt ilkeden oluştuğu kabul edilmektedir. Bunlar, elverişlilik, gereklilik ve oranlilik ilkeleridir⁴⁸. Bir hak ve özgürlüğü sınırlamak için kullanılan aracın, yani yasanın, sınırlama amacını gerçekleştirmek bakımından uygun olması *elverişlilik* ilkesini; yasa koyucunun öngörülen amacı gerçekleştirebilmek için temel haklara getireceği sınırlamanın zorunlu olması *gereklilik* ilkesini; amaç ile aracın birbirine karşı ölçüsüz olmaması gereği de, *oranlilik* ilkesini ifade eder.

Hukuk devletinde tercihe şayan yol, güvenlik amacıyla özgürlüğe müdahalenin, mümkün olduğu kadar yumuşak ve makul olmasıdır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, içinde ulusal güvenlik, kamu güvenliği, suçların önlenmesi gibi nedenlerin de bulunduğu bir dizi meşru amaçla hak ve özgürlüklerin sınırlanabileceğini hükme bağlamakta; ancak yapılacak sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olmasına da vurgu yapmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de vermiş olduğu kararlarda, yapılan sınırlamaların demokratik toplum için zorunlu bir önlem olması koşulunu aramaktadır. Bu, sınırlamada zorunlu bir toplumsal ihtiyacın varlığına işaret etmektedir⁴⁹.

E- Denetim

Yasa koyucunun hak ve özgürlükleri sınırlarken, yukarıda ele alınan ilkelere uyup uymadığının denetlenmesi konusu son derece önemlidir. Ancak, belki de daha önemlisi, bu denetimin bağımsız yargı tarafından yapılmasının sağlanmasıdır⁵⁰. Hukuk devletinde bu ihtiyaç, yasaların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi ve bunun bağımsız yargı tarafından yapılması ilkeleriyle karşılanmaktadır. Gerek yasaların anayasaya uygunluğu ve gerekse yargı

44 Kavram için bkz. Yusuf Şevki Hakyemez, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Ölçülülük İlkesi", Prof. Dr. Hayri Domanic'e 80. Yaş Günü Armağanı, C.II, İstanbul, 2001, s. 1289-1290; Uygun, s. 161 -162.

45 Örneğin ilke idare hukukunda, kolluk faaliyetlerinin sınırları, ve takdir yetkisi başta olmak üzere, idari faaliyetlerin denetlenmesinde kullanılmaktadır. (Yücel Oğurlu, "İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetlerin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme", AÜEHFD, C.IV, sy.,1-2, 2000, s. 147.)

46 Bkz. İlkenin Almanya ve Fransa uygulamaları için bkz. Hakyemez, s. 1293-1298.

47 Bkz. İlkenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde uygulaması için bkz. Hakyemez, s.1298-1305,

48 Bkz. Hakyemez, s. 1316 vd; Uygun, s. 161 -162.

49 Kaboğlu, s.92-93.

50 Bielefeld, s.285.

bağımsızlığı hukuk devletinin zorunlu koşulları arasında sayılmaktadır⁵¹. Dolayısıyla hak ve özgürlüklerin, güvenlik gerekçe gösterilerek sınırlandırılmasında, güvence mekanizması olarak bağımsız yargı devreye girebilecek ve yapılan sınırlamanın hukuksal denetimini yapacaktır.

Diğer taraftan yasaların uygulanması sırasında yapılan hak ihlalleri de, “idarenin her türlü eylem ve işlemi yargı denetimine açıktır” ilkesi gereği, bağımsız yargı tarafından denetlenecektir. Bundan başka, hak ihlallerinin, anayasa şikayeti aracılığıyla veya siyasi enstümanlarla yahut bir takım idari başvuru araçları kullanarak ya da kamu denetçiliği aracılığıyla denetlenmesi mümkündür. Ayrıca ülke içinde yapılan ihlallerin, belli şartlarda, uluslararası mekanizmalar devreye sokularak denetlenmesi de imkan dahilindedir⁵².

F- Çekirdek Haklar

İster güvenlik nedeniyle, isterse başka bir sebebe bağlı olarak yapılsın, özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda önemli bir nokta da, “çekirdek haklar” alanıdır. Bilindiği gibi hem uluslararası insan hakları belgeleri, örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (md.15)ve BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (md.4), hem de anayasalar halkın yaşamını tehdit eden durumlarda, hak ve özgürlükleri normal durumlara göre daha fazla sınırlandırılmasına, hatta bunların askıya alınmasına izin vermektedirler.

Gerçekten, savaş, seferberlik, ayaklanma, deprem ve çok ağır ekonomik bunalım gibi durumlarda olağan hukuk düzeni, toplumun varlığı ve esenliği için yeterli olmayabilir. Bu durumda toplumsal ihtiyaçlar karşısında özgürlüklerden ödün vermek söz konusudur. Olağanüstü rejim denilen yeni rejim, özgürlük ve otorite arasındaki dengeyi otorite lehine bozar⁵³. Ancak bu rejim geçicidir ve hem ilanı hem de geçerliliği bir takım şartların varlığına bağlıdır. Söz gelimi bizim anayasamıza göre, savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerden biri mevcut olacak; milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmeyecek; Ölçülülük ilkesine uyulacak; ve çekirdek haklar alanına dokunulmayacaktır⁵⁴.

Hukuk devleti ilkesi çerçevesinde olağanüstü rejimlerin en önemli özelliklerinden birisi, bu hali ilan etme yetkisinin yasama onayına bağlı olarak yürütme organına verilmesi; bir diğeri istisnai oluşu; bir başka özelliği orantılı olma zorunluluğu; ama en önemlisi, bunların bir toplamı olarak “keyfi” değil “hukuki” oluşudur⁵⁵.

Olağanüstü rejimlerin konumuz açısından en önemli yanı, böyle bir durumda temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılması, hatta

51 Hukuk devletinin gerekleri için bkz. Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin y., Bursa, 2009s.93 vd.

52 Temel hak ve özgürlüklerin korunması konusunda bkz. Gözler, s.155-173.

53 Kaboğlu, s.l 10.

54 Gözler, s. 151-152.

55 Kaboğlu, s.l 12.

durdurulabilmesi hususudur. Ancak böyle bir durumda bile sınırlanamayacak haklar alanı vardır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, yaşama hakkı, işkence yasağı, kulluk ve kölelik yasağı ve ceza yasalarının geçmişe yürümezliği ilkesini bu kategoride ele almıştır. BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ise, bu konuda daha geniş bir alanı kapsamaktadır: Yaşama hakkı, işkence yasağı, kulluk-kölelik yasağı, borç nedeniyle hapis yasağı, kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibi, kişi olarak tanınma hakkı, düşünce ve din özgürlüğü⁵⁶.

1982 Anayasası ise, yaşam hakkı ve işkence yasağı ile birlikte, kimsenin din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı ve bunlardan dolayı suçlanamayacağı ilkesini, suç ve cezaların geçmişe yürütülemeyeceği prensibini ve masumiyet karinesini çekirdek haklar alanına dahil etmiş ve olağanüstü hallerde dahi bu haklara dokunulamayacağı hükme bağlamıştır. Ancak ne yazık ki 1982 Anayasası, olağanüstü hallerde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa mahkemesinde dava açılmaması (md.148) hükmünü getirerek, bu güvencelerin pratik değerini azaltmıştır⁵⁷.

IV- TÜRKİYE'DEKİ DURUM: GÜVENLİĞE ODAKLI DEVLET ANLAYIŞINDAN OLAĞAN BİR HUKUK DEVLETİNE GEÇİŞ ARAYIŞLARI

1982 Anayasasının temelde güvenlikçi bir devlet anlayışına dayandığını söylemek hiç de yanıltıcı olmasa gerektir. Bunu anlayabilmek için 12 Eylül rejiminin mantığına bakmak gerekir. Kuşkusuz, kendini ülkenin yeniden yapılandırılmasına adan 12 Eylül rejiminin en önemli hedeflerinden biri, *sarsıldığı varsayılan* “devlet otoritesini” yeniden güçlü bir biçimde tesis etmektir.

12 Eylül rejiminin bu yaklaşımı, onun, devleti, birey ve topluma karşı kuruma güdüsü ile hareket etmesi sonucunu doğurmuştur. Kişilere tanınan hak ve özgürlüklerin düzeni bozduğuna inanan ve özgürlükle güvenlik arasında karşılık olduğu anlayışını benimseyen 12 Eylül rejimi, 1982 Anayasası marifetiyle, devleti bir güvenlik devleti olarak şekillendirme yoluna gitmiştir.

Bunu yaparken de neredeyse herkesin herkesle savaştığı, otoritenin olabildiğince silikleştiği ya da kaybolduğu, kimsenin kimseye güveninin kalmadığı bir “12 Eylül Öncesi Durum” tasavvurundan yola çıkmıştır. Gerçek ya da kurgu, 12 Eylül öncesi için öyle bir resim çizilmiş ve belleklere yerleştirilmiştir ki, bu dönemde ne can emniyeti söz konusudur ne de mal emniyeti.

Bu durum bize, tam da Hobbes’un, insanların devleti kurmadan önce içinde bulunduklarını söylediği “doğa hali” varsayımını hatırlatmaktadır. Elbette kurgu, korku ve güvenlik endişesine dayandığında, sonucun da aynı şekilde güvenliğe odaklanması ve özgürlüklere cephe alması kaçınılmaz olmuştur.

56 Bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları*, Beta y., İstanbul, 1994, s.53-58.

57 Özbudun, s. 123.

Gerçekten 1982 Anayasası, başlangıç itibarıyla, 12 Eylül darbesinin gerekçesi ve mantığı bağlamında, güvenliği esas alan ve devlet teşkilatını buna göre şekillendirmeyi seçen, özgürlükleri düzeni bozması muhtemel unsurlar olarak görüp kuşkuyla bakan, kutsal olarak nitelediği devleti bireye yeğleyen bir felsefeye sahip olmuştur. Yukarıda da vurgulandığı gibi, “12 Eylül öncesi koşullar” gerekçesiyle meşrulaştırılmaya çalışılan bu anlayış, demokratik yaşam olgunlaştıkça etkisini kaybetmeye başlamış ve 1982 Anayasasında belli aralıklarla önemli değişiklikler yapılmıştır.

Kuşkusuz bu değişiklikler son derece önemli olmuştur. Ancak, değişikliklerin boyutu ve önemi ne olursa olsun, 1982 Anayasasının temel felsefesinin bütünüyle aşılabildiği söylenemez. 1982 Anayasası, darbenin mantığı gereği, farklılıkları dikkate almayan ve bireyi ikinci plana iten bir anlayışa sahip olmuş ve bunu hükümlerinin bütününe yaymıştır.

Örneğin, başlangıç hükmünde bugünkü haliyle yer alan, “*Hiçbir faaliyetin Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında koruma göremeyeceği...*” ibaresi bunlardan bir tanesidir. Elbette burada sayılan değerler önemlidir. Ancak bu değer ya da ilkeler son derece geniş ve belirsizdir. Unutmamak gerekir ki, 1982 Anayasası başlangıç kısmını anayasaya dahil saymaktadır. Dolayısıyla yapılacak bir anayasaya uygunluk denetimine dayanak olmaları durumunda, denetimin yerindeliğe kayması kuvvetle muhtemeldir⁵⁸.

Yine Anayasanın 17. Maddesinin ilk fıkrasında yer alan, “*Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*» ibaresinden sonra, “*bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme filleri, birinci fıkra hükmü dışındadır*” şeklindeki düzenleme, anayasaya damgasını vuran güvenlikçi yaklaşımın bir yansımasıdır. Ölüm cezası kaldırılmışken böyle bir hükmü muhafaza etmek hiç de mantıklı değildir.

Olağanüstü hal ve sıkıyönetim dönemlerinde çıkarılmış olan kanun hükmünde kararnamelerin yargı denetimi dışında bırakılması da 1982 Anayasasına sinmiş olan güvenlik endişesinin bir göstergesidir.

Askeri bürokrasinin sistem içindeki konumuna ilişkin önemli değişiklikler yapılmış olmasına rağmen, 108. Maddede yer alan “*Silahlı Kuvvetler, Devlet Denetleme Kurulunun görev alcım dışındadır*” hükmünü muhafaza etmek de aynı doğrultuda değerlendirilebilir.

Bütün bu değerlendirmelerden sonra denilebilir ki, bulunabilecek en sağlıklı çözüm, doğrulan ve yanlışlarıyla, 19. Yüzyılda başlayan ve günümüze

58 Özbudun, s.76.

Hukuk Devletinde Özgürlük Güvenlik İlişkisi

kadar gelen Türk anayasacılık deneyimlerinden de yararlanarak, bireyin ve toplumun güvenliğini sağlama yeterliliğine sahip olan, ancak bunu yaparken otoriter rejimlerin sonu gelmez güvenlik çıkarlarına dayanmayan, tersine hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların demokratik toplum modelini oluşturan standartlara uygun olan bir anlayışı hakim kılmaktır.

V- SONUÇ

Hukuk devletinde özgürlük ve güvenlik, temelde birbirinin karşısı değildir. Çünkü hukuk devletinde hem özgürlük hem de güvenlik, hukukun üstünlüğü ilkesi çerçevesinde, onun şemsiyesi altındadır. Her ikisi de hukuk devletinin parçası, vazgeçilmezidir.

Hukuk devletinde güvenlik, özgürlüklerin zeminini oluşturur. Özgürlüklerin düşmanı değil, şartıdır. Bununla birlikte, somut bazı durumlara, güvenliği sağlayıcı önlemlerin özgürlüklerle çatışmasının muhtemel olduğu söylenebilir. Bu noktada unutulmaması gereken husus, hukuk devletinde güvenliğin, *ne pahasına olursa olsun* sağlanması gereken bir durum olmadığıdır. Hukuk devletinde güvenlik keyfi önlemlerle sağlanamaz; tersine, yetkili organlar eliyle çıkarılan, kesin ölçüler içeren, açık ve anlaşılabilir hukuk kuralları aracılığıyla tesis edilir.

Öte yandan güvenliği sağlayan kuralların ya da güvenlik için özgürlüklere müdahale niteliği taşıyan düzenlemelerin uyması gereken prensipler bulunmaktadır. Bu prensipler demokratik toplumun temelini oluşturan standartlardır. Bu çerçevede özgürlüklere güvenlik nedeniyle getirilen sınırlamaların, otoriter rejimlerin sonu gelmez güvenlik çıkarlarına dayanamayacağını özelikle vurgulamak gerekir.

Gerek uluslararası insan hakları belgelerinde ve gerekse anayasalarda pek çok hak ve özgürlüğün güvenlik nedeniyle sınırlandırıldığı görülmektedir. Bunun bir zorunluluk olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak bu zorunluluğa rağmen, yapılacak sınırlamalarda bazı ilkelerin hesaba katılmasının ve bazı şartların bulunmasının gereği de ortadadır. Özgürlüğü düzen ya da güvenliğe feda etmemek, sınırlamaları istisna olarak görmek bu bağlamda önemlidir. Sınırlamaların yasa ile yapılabilmesi ve ölçülülük başta olmak üzere diğer sınırlama şartlarına uyulması hukuk devletinin zorunlu koşullarındandır.

Hukuk devletinde ayrıca, çekirdek haklar ya da insan haklarının sert çekirdeği denilen bir özgürlükler alanı vardır. Yaşam hakkı, işkence yasağı, kanaat özgürlüğü, suç ve cezaların geçmişe yürütülmemesi ve masumluk karinesi gibi haklar, güvenlik amacının üst düzeyde olduğu ve genelde devletin özelde ise kolluğun yetkilerinin arttığı olağanüstü yönetim usullerinde bile sınırlandırılmayacak hakları ifade etmektedir. Dolayısıyla bu haklar savaş halinde bile güvenlik gerekçesiyle dokunulamayacak haklardır.

Bu konuda dikkate değer bir konu da, güvenlik de dahil, hangi nedene

dayanılarak yapılırsa yapılsın, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına yönelik düzenlemelerin denetime tabi olduğu gerçeğidir. Hukuk devletinde bu denetimin çeşitli yolları mevcutsa da en etkilisi, hiç kuşkusuz, bağımsız yargı tarafından yapılan denetimdir.

Görüldüğü gibi hukuk devletinde güvenlik gerekçe gösterilerek yapılan sınırlamalar sıkı bir güvence mekanizmasına tabi tutulmuştur. Çünkü hukuk devletinde özgürlük, sınırlı da olsa, esastır. Güvenlik nedeniyle de olsa özgürlüğe müdahale, ancak mutlak zorunluluk hallerinde söz konusudur. Ayrıca, mümkün olduğu kadar yumuşak ve makul olmak mecburiyetindedir.

Sonuç olarak, hukuk devleti ilkesi çerçevesinde, özgürlük ve güvenlik arasında yaratılmaya çalışılan sahte karşıtlığın yeri yoktur. Böyle bir karşıtlıktan söz etmek iki amaca hizmet eder. Bir kere, güvenliği özgürlüğün düşmanı olarak görmek, sonuçta onun değerini azaltır ve bu da güvenlik zaafı tehlikesi yaratır. İkinci olarak, özgürlüğü güvenliğin düşmanı olarak değerlendirmek, özgürlükten kaçışa yol açar. 11 Eylül sonrası insanlığın içine düşürülmek istendiği durum budur ve belki de her terör olayı bu duygunun tazelenmesine yöneliktir.

(52. Makale - 2013)

Yavuz ATAR

*Anayasa Mahkemesinin Yargısal
Aktivizmi **

* Yavuz Atar, “Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi”, **Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan**, C. II, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 2013, s. 857-896.

ANAYASA MAHKEMESİNİN YARGISAL AKTİVİZMİ¹

Prof Dr. Yavuz Atar*

I. GİRİŞ

İki yüzyılı aşkın bir zaman önce Alexander Hamilton yargının devlet erkleri içindeki rolü hakkında şöyle demişti²:

“Yargı, yerine getirdiği fonksiyonun doğası gereği, Anayasal haklar için daima en az tehlikeli erk olacaktır. Çünkü hakları ihlal etme ya da zedeleme kapasitesi en az olan organ yargıdır...”

Ne var ki, aradan geçen zaman zarfında yaşananlar, Hamilton’un bu öngörüsünün gerçekleşmediğini göstermiştir. Amerikan Yüksek Mahkemesinin başlattığı yargısal aktivizm dalgası giderek birçok Avrupa mahkemesini de etkisi altına almıştır. Yargısal aktivizm, yargıçların kamu politikalarını etkilemek için baktıkları davalarda hukuk kurallarının dışına çıkarak kişisel politik görüşlerine dayanan karar verme isteklerini ifade etmektedir.³ Yargıçların kamu politikalarının belirlemesine katılması, yargının siyasi bir role sahip olması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle, politikaları belirleme yetkisinin seçilmiş yöneticilere ait olduğu demokratik sistemlerde yargının siyasi role sahip olması, *yargıçlar hükümetine* yol açma potansiyeli nedeniyle eleştirilmektedir.⁴ Yargısal aktivizmin ortaya çıktığı Amerika Birleşik Devletlerinde Ana-

¹ Bu çalışmada Anayasa Mahkemesinin 2010 öncesi kararları incelenmiştir.

* Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi

² Maidment, Richard: “The Least Dangerous Branch no longer: A Reflection on the United States Supreme Court”, Richard Maidment and John Zvesper, eds., *Reflections on the Constitution: The American Constitution After Two Hundred Years*, (Manchester University Press: Manchester and New York, 1989), s.97.

³ Hague, Rod- Martin Harrop: *Comparative Government and Politics: An Introduction*, (Palgrave: Hampshire & New York, 2001), s.193.

⁴ Bkz. Tushnet, Mark: *Taking the Constitution Away From the Courts* (Princeton University Press: Princeton, 1999); Colantuono, Michael G.: “The Revision of American State Constitutions: Legislative Power, Popular Sovereignty, and Constitutional Change”, *California Law Review*, Vol. 75, No. 4, July 1987, s.1473-1512; Maidment (1989): s.97-115; Hodder- Williams, Richard: “The Constitution (1787) and Modern American Government”, Vernon Bogdanor, ed., *Constitutions in Democratic Politics*, (Aldershot, 1988), s.79; Currie, David P.: *The Constitution of the United States*, (Chicago and London, 1988), s.86-88.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

yasanın “Biz, Birleşik Devletler Halkı”⁵ şeklindeki girişiyle, anayasa yapım-cısı olarak doğrudan halkın gösterilmiş bulunması karşısında, seçilmemiş ve siyasi sorumluluğu bulunmayan yargıçların, anayasanın anlamını değiştiren kararlar veremeyeceği görüşü oldukça yaygındır.

ABD’de Yüksek Mahkemenin yargısal aktivizmini sert şekilde eleştiren anayasa hukukçularının başında gelen Mark Tushnet’e göre⁶:

“Kanunkoyucular Yüksek Mahkemeye değil, Anayasaya bağlı kalmak için yemin etmişlerdir. Anayasanın anlamı Yüksek Mahkemenin ona verdiği anlam ile aynı olmak zorunda değildir.”

Bununla birlikte, yargısal aktivizmin, insan haklarının genişletilmesi ve hukukun üstünlüğünün etkin bir şekilde korunmasıyla sınırlı kalmak kaydıyla, anayasal demokrasinin pekişmesine katkıda bulunabileceği yönünde görüşler de bulunmaktadır.

Belli dönemlerde kamu politikalarını ciddi şekilde etkileyen Amerikan Yüksek Mahkemesi gibi birkaç mahkeme dışında, Batı ülkelerindeki anayasa mahkemelerinin yargısal aktivizmi, genellikle insan hakları ve hukuk devletin korunması ve genişletilmesi amacına yöneliktir. Esasen, birey haklarının çoğunluk yönetimi karşısında güvence altına alınması, Amerikan Yüksek Mahkemesinin de başlıca amacı olmuştur. Bu nedenle bu ülkelerde anayasa mahkemelerinin aktivist eğilimleri meşru görülebilmektedir.

Türk Anayasa Mahkemesinin sergilediği yargısal aktivizm ise, insan hakları ve hukuk devletinin korunması ve geliştirilmesi amacından ciddi şekilde sapmaktadır. Mahkemenin yargısal aktivizmi, birey özgürlüklerini çoğunluk karşısında güvence altına almaktan çok, devletin ideolojik önceliklerini koruma amacı etrafında yoğunlaşmaktadır.⁷ Bunun nedeni bir ölçüde Anayasanın bu nitelikte bir aktivizme elverişli düzenlemelere sahip olmasıdır. Ancak asıl neden Mahkemenin, Anayasa hükümlerini yorumlama anlayışıdır. Esasen Türkiye’de ilk defa Anayasa Mahkemesini ihdas eden 1961 Anayasası, siyasi iktidara karşı oluşturduğu bütün kurum ve mekanizmalara bakıldığında “bürokrasinin rövanşı” olarak kabul edilebilir.⁸ Mustafa Erdoğan’ın işaret ettiği gibi, 1961 Anayasası ile kurulan Anayasa Mahkemesinin, özellikle bu Anayasayı yapanların siyasi tercihleriyle uyuşmayan siyasi iktidarlara karşı bir kontrol aracı olarak öngörüldüğü söylenebilir⁹. Siyasi iktidara karşı özel bir misyonla kurulmuş olması nedeniyle Türk Anayasa Mahkemesinin 1961

⁵ “We, the People of the United States” ifadesinin, Anayasa içindeki anlamı ve önemi hakkında bkz. Hardin, Charles M.: *Constitutional Reform in America: Essays on the Separation of Powers*, Ames (Iowa) 1989, s.57-73.

⁶ Tushnet, Mark: *Taking the Constitution Away From the Courts* (Princeton University Press: Princeton, 1999), s.6.

⁷ Erdoğan, Mustafa: “Anayasa Mahkemesi Neye Yerar”, *Radikal Gazetesi*, 13 Mayıs 2003.

⁸ Ünsal, Artun: *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi*, (AÜ SBF Yayını: Ankara 1980), s.103.

⁹ Erdoğan, Mustafa: *Anayasa Hukuku*, (Orion: Ankara, 2005), s. 157-161.

ve 1982 Anayasaları döneminde sergilediği aktivizm, yargısal aktivizm kavramının sınırlarını zorlayacak bir nitelik taşımaktadır. Bu yargısal aktivizm türünü, Batı demokrasilerindeki yargısal aktivizmden ayırmak üzere, *devletçi ve ideolojik bir yargısal aktivizm* olarak nitelendirmek mümkündür.

Bu çalışmada Anayasa Mahkemesinin devletin ideolojik temellerini korumaya yönelik *kendine özgü* yargısal aktivizmi, Batı demokrasilerindeki yüksek mahkemelerin yargısal aktivizminden sapan boyutları da ortaya konulmak suretiyle incelenmektedir.

II. TARİHSEL ARKAPLAN: Anayasanın Yargısal Aktivizme Elverişli Düzenlemeleri

1982 Anayasası, anarşi, terör, bölücülük faaliyetleri ile ekonomik bakımdan kötüye gidiş ve bunlar karşısında sivil yönetimin başarısız kaldığı gerekçeleriyle Türk Silahlı Kuvvetlerinin 12 Eylül 1980’de gerçekleştirdiği askeri darbenin ardından yapılmıştır. Bu anayasanın yapılmasında askeri darbenin gerekçeleri olarak gösterilen bu sorunların çözümü için devlet otoritesi olabildiğince güçlendirilirken özgürlükler ciddi şekilde sınırlandırılmıştır. Siyasi partilere ve sivil yönetimlere olan güvensizlik nedeniyle, seçimle oluşan anayasal organların askeri, idari ve yargısal organlarca denetlenmesi ya da frenlenmesi amaçlanmıştır. Böylece seçilmişler üzerinde anayasal bir askeri ve yargısal vesayet oluşturulmuştur. Anayasanın Anayasa Mahkemesine yüklediği başlıca işlev de, bu Anayasaları yapan güçlerin Anayasaya yerleştirdiği devlet ideolojisini seçilmişlere karşı korumaktır. Bu nedenle Anayasa, devletçi yargısal aktivizme oldukça elverişli bir dayanak sağlayan düzenlemeler getirmektedir.

Mustafa Erdoğan’ın belirttiği gibi, Anayasanın bütününe devletçi, toplumcu ve ideolojik olarak taraflı, bireysellik ve özgürlük karşıtı bir felsefe egemendir. Batı demokrasilerinde devletin sınırlandırılması anlamına gelen anayasacılığın tam tersi olarak Türkiye’de Anayasa devlet merkezli bir toplum ve siyaset anlayışı öngörmektedir. Anayasacılığın özünde insan hakları ve hukukun üstünlüğü ilkesi bulunurken, devletçilik devleti hukuktan uzaklaştıran ve sorgulamaz kılan “hikmet-i hükümet” anlayışına dayanır.¹⁰ Erdoğan¹¹ hikmet-i hükümet terimini “siyasetin devlet merkezli kavranması”, “siyasette devletçilik” ya da “devletçi siyasi felsefe” şeklinde tanımlamaktadır. Yazara göre, Türkiye’de kullanılan “devletin âli menfaatleri”, “milli menfaat”, “devletin korunması”, “Devlet politikası” gibi kavramlar hikmet-i hükümeti ifade etmektedir. Hikmet-i hükümet felsefesine göre de, “devletin ve devletluların yaptıklarının hikmetinden sual olunmaz, devlet katından sadır olan her türlü iş ve eylemde -çok kere vatandaşların idrak edemeyecekleri- bir hikmet saklıdır... Bu çerçevede, devlet toplumun (bir aygıtı) değildir, aksine toplum veya millet Devletidir. Hatta, toplum devletin malıdır, onun üstünde dilediği gibi

¹⁰ Erdoğan (2005): s.173.

¹¹ Erdoğan, Mustafa: *Dersimiz Özgürlük*, (İstanbul, 2001), s.23-40.

tasarruf edebilir. Devlet toplumun üstündedir; çünkü o kutsaldır, yücedir”¹². Kısaca, devletin hikmeti, ahlak, adalet, insan hakları ve hukuktan bağımsızdır ve onlardan önce gelir. Devletin varlık ve bekası asıldır. Bütün diğer amaçlar, bu büyük amaca hizmet eder¹³.

1982 Anayasası ilk düzenlemesinde Başlangıç kısmında “devletin kutsallığı”nı vurguladıktan sonra, “hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği”ni belirtmiştir. Bülent Tanör’ün işaret ettiği gibi, liberal anayasacılığın sadece bireye ve insan haklarına layık gördüğü “kutsallık” sıfatı, 1982 Anayasasında devleti taçlandırmak için kullanılmıştır. Anayasa açıkça bireyi ve sivil toplumu devlete tâbi tutmak istemiştir¹⁴.

Anayasanın Başlangıcında yer alan “kutsal devlet” deyimini 1995 değişikliğiyle “yüce devlet” biçimine dönüştürülmüştür. Ancak bu sözcük değişikliğinin bir anlayış farklılığı meydana getirdiğini söylemek oldukça zordur. Başlangıcına bakıldığında Anayasanın amacının devlet iktidarını insan haklarıyla sınırlamak değil, “kutsal” ya da “yüce” devletin, insan hakları ve hukuk devletinden feragat pahasına da olsa, üstünlüğünü sağlamak olduğu sonucu çıkmaktadır. Anayasadaki bu üstün devlet anlayışı, devletin bireylere ve topluma karşı korunmasını, varlık ve bekasının sağlanmasını gerektirmektedir. Bu koruma için gerekli mekanizmalar da hukuk ve yargı düzeni içinde öngörülmüş bulunmaktadır¹⁵. Türk anayasal sisteminde devletin resmi bir ideolojisinin bulunması, düşünce özgürlüğü temeline dayalı demokratik bir sistemde siyasi açıdan tarafsız olması gereken devletin üstünlüğü anlayışını daha da sakıncalı hale getirmektedir.

Başlangıç dışında da Anayasada devletçi, toplumcu ve ideolojik yorumlara elverişli hükümler ve kavramlara yer verilmiştir. Cumhuriyetin niteliklerini düzenleyen 2.maddedeki “toplumun huzuru, milli dayanışma” kavramları ile 174.maddedeki “Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesine çıkarma ve Türkiye Cumhuriyetinin laiklik niteliğini korumak” şeklindeki hükümler bunlardan bazılarıdır.

Anayasa ideolojik karakterine uygun olarak siyasi partilere demokrasilerde görülmeyen türde yasaklar getirmiştir. Bu yasaklar incelendiğinde, siyasetin alanının oldukça daraltmış olduğu ve siyasi partilerin, çerçevesini resmi ideolojinin belirlediği sınırlı bir politik alanda siyaset yapmalarının istendiği görülmektedir.¹⁶

¹² Erdoğan (2001): *Dersimiz Özgürlük*, s.37.

¹³ Erdoğan, Mustafa: *Anayasal Demokrasi*, (Siyasal Kitabevi: Ankara, 2001), s.95.

¹⁴ Tanör, Bülent: *İki Anayasa 1961-1982*, (Beta: İstanbul, 1986), s.133-134.

¹⁵ Erdoğan, Mustafa: *Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset*, (Ankara, 2001), s.121.

¹⁶ Erdem, Fazıl Hüsnü: “Türkiye’de Sistemsel Kriz ve Siyasal Yansımanın Analizi”, *Liberal Düşünce*, Sayı 22, 2001, s.104-106.

Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi

1982 Anayasasının en belirgin özelliklerinden birisi, seçilmiş iktidarlar dışındaki devlet otoritesini güçlendirmesi ve devleti birey karşısında korumaya çalışmış olmasıdır. Gerçekten de, 1982 Anayasası, hak ve özgürlükleri düzenlemiş, ancak getirdiği sınırlamalarla hak ve özgürlüklerin alanını oldukça daraltmıştır. Anayasanın bütününde devletin üstünlüğü ve otoritenin korunmasına vurgu yapan hükümler, bireylere hak ve özgürlük tanıyan hükümlerden az değildir. 1995, 2001 ve 2004 yıllarında yapılan değişiklikler ile temel hak ve özgürlüklerin güvenceleri ve sınırlanması konusunda uluslararası sözleşmelere paralel düzenlemeler yapılarak 1982 Anayasasındaki otorite-özgürlük dengesizliği kısmen düzeltilmiştir.

1982 Anayasasının yapımcıları evrensel standartlarla bağdaşmayan bir anayasa yapmakla yetinmeyerek, insan hakları ve siyasi sistemin işleyişi alanındaki temel kanunları da tümüyle otoriter bir yaklaşımla değiştirmişlerdir. İlginçtir ki, askeri darbe sürecinde Anayasayı da temel kanunları da aynı güçler yapmış olmasına rağmen, bu kanunların kendi yaptıkları Anayasaya uygunluğunun denetlenmesini bile kabul etmemişlerdir. Darbe dönemi kanunlarının anayasallık denetimi üzerindeki yasağın (Anayasa geçici m.15) kaldırıldığı 2001 yılına kadar bu düzenlemeler hakkında hukuka uygunluk denetimi yapılamamıştır.

Türkiye’de demokratikleşme sürecinde önemli ancak yetersiz bazı değişiklikler yapılmış olmakla birlikte, mevcut Anayasa, çağdaş toplumun gereklerini karşılayamaz ve sosyal değişmeye ayak uyduramaz hale gelmiştir. Yapılan tüm değişikliklere rağmen 1982 Anayasasının ideolojik bir Anayasa olma niteliği değişmemiştir.

Anayasal ve siyasi sorunların köklü olarak çözümü her halde “devletçi yargısal aktivizme temel oluşturmayacak” yeni bir anayasanın yapılmasını gerekli kılmaktadır. Temel felsefesi bireyin özgürlüğü ve korunması olan, yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlamaya yönelik kurumsal güvenceleri içeren ve aynı zamanda da siyasi sistemin işleyişindeki belirsizlikleri ortadan kaldıran yeni bir anayasanın yapılması Türkiye’de demokrasi, insan hakları ve hukukun üstünlüğünün kökleşmesi bakımından önemli bir aşama olabilir. Yeni bir anayasanın yapılması, askeri bir darbe döneminde kabul edilmiş olan 1982 Anayasası üzerindeki meşruluk tartışmasını da ortadan kaldırarak, sadece hukuki ve siyasi açıdan değil, sosyolojik ve psikolojik bakımlardan da Türkiye’nin demokratikleşme sürecine çok olumlu katkılarda bulunabilir. Ancak şunu da unutmamak gerekir ki, dünyanın en kusursuz anayasası bile yapılmış olsa, sonuçta bu anayasanın başarısı, onu uygulayacak ve yorumlayacak olanların, özellikle bu konuda son sözü söylemeye yetkili olan Anayasa Mahkemesinin, nitelikli ve tarafsız olmasına bağlıdır.

III. ANAYASA MAHKEMESİNİN YAPISI VE YETKİLERİ

İlk olarak 1961 Anayasası ile getirilen Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasası ile de benimsenmiştir. 1982 Anayasasının ilk düzenlemesinde Anayasa Mahkemesi, onbir asıl ve dört yedek üyeden oluşmakta iken, 2010 değişikliğiyle yedek üyelik kaldırılmış, üye sayısı onyedi olarak belirlenmiş, emeklilik yaşına kadar olan görev süresi oniki yıl olarak kısaltılmış, Mahkemenin yapısı ve üyelerin seçilmesi yönteminde de bazı değişiklikler yapılmıştır.

Anayasanın 146.maddesine göre:

“Anayasa Mahkemesi onyedi üyeden kurulur.

Türkiye Büyük Millet Meclisi; iki üyeyi Sayıştay Genel Kurulunun kendi başkan ve üyeleri arasından, her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden, bir üyeyi ise baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday içinden yapacağı gizli oylamayla seçer. Türkiye Büyük Millet Meclisinde yapılacak bu seçimde, her boş üyelik için ilk oylamada üye tam sayısının üçte iki ve ikinci oylamada üye tam sayısının salt çoğunluğu aranır. İkinci oylamada salt çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamada en çok oy alan iki aday için üçüncü oylama yapılır; üçüncü oylamada en fazla oy alan aday üye seçilmiş olur.

Cumhurbaşkanı; üç üyeyi Yargıtay, iki üyeyi Danıştay, bir üyeyi Askerî Yargıtay, bir üyeyi Askerî Yüksek İdare Mahkemesi genel kurullarınca kendi başkan ve üyeleri arasından her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden; en az ikisi hukukçu olmak üzere üç üyeyi Yükseköğretim Kurulunun kendi üyesi olmayan yükseköğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri arasından göstereceği üçer aday içinden; dört üyeyi üst kademe yöneticileri, serbest avukatlar, birinci sınıf hâkim ve savcılar ile en az beş yıl raportörlük yapmış Anayasa Mahkemesi raportörleri arasından seçer.

Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve Sayıştay genel kurulları ile Yükseköğretim Kurulundan Anayasa Mahkemesi üyeliğine aday göstermek için yapılacak seçimlerde, her boş üyelik için, en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılır. Baro başkanlarının serbest avukatlar arasından gösterecekleri üç aday için yapılacak seçimde en fazla oy alan üç kişi aday gösterilmiş sayılır.

Anayasa Mahkemesine üye seçilebilmek için, kırkbeş yaşın doldurulmuş olması kaydıyla; yükseköğretim kurumları öğretim üyelerinin profesör veya doçent unvanını kazanmış, avukatların en az yirmi yıl fiilen avukatlık yapmış, üst kademe yöneticilerinin yükseköğrenim görmüş ve en az yirmi yıl kamu hizmetinde fiilen çalışmış, birinci sınıf hâkim ve savcılarının adaylık dahil en az yirmi yıl çalışmış olması şarttır.”

Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi

Anayasanın ilk düzenlemesinde Anayasa Mahkemesi üyelerinin emeklilik yaşına kadar çalışması öngörülmüş iken, 2010 değişikliğiyle görev süresi oniki yıla düşürülmüştür. Ancak üyelerin bu süre dolmadan emeklilik yaşı olan altmışbeş yaşı doldurmaları halinde görevleri sona erer ve emekliye ayrılırlar (AY.m. 147,f. 1).

Anayasa Mahkemesi üyelerinin hangi organ tarafından seçilmesinin daha uygun olacağı sorunu, üzerinde farklı görüşlerin bulunduğu oldukça tartışmalı bir konudur. Anayasa mahkemesi üyelerinin belirlenmesi konusunda genel olarak, üyelerin yasama organınca seçilmesi veya seçme yetkisinin yasama, yargı, hükümet ve devlet başkanı arasında paylaştırılması gibi yöntemler bulunmaktadır.

Türkiye’de Anayasa Mahkemesi üyelerinin belirlenmesi yöntemi, Avrupa ülkelerinin ortak uygulamasından uzak ve demokratik olmayan bir niteliğe sahiptir¹⁷. Her ne kadar 2010 değişikliğiyle üç üyenin Meclis tarafından seçilmesi kabul edilmişse de, Avrupa ülkeleriyle karşılaştırıldığında bunun yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu nedenle, Meclisin seçeceği üye sayısı artırılmalıdır. Üyelerinin, Batı demokrasilerindeki ortak uygulamadan ayrılan atanma usulü de Mahkemenin *kendine özgü* yargısal aktivizmine elverişli bir yapı ortaya çıkarmaktadır Öte yandan Anayasa Mahkemesine seçilecek üyelere aranacak nitelikler demokratik ülkelerdeki düzenlemelere paralel olarak yeniden belirlenmelidir.

Anayasa Mahkemesi kanunların Anayasaya uygunluğunu denetlemek; temek hak ve hürriyetlerin ihlal edildiği iddiasıyla yapılan bireysel başvuruları incelemek, Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu üyeleri ve diğer bazı görevlileri görevleriyle ilgili suçlardan dolayı yargılamak; ve siyasi partilerin kapatılması dâvalarına bakmak gibi yetkilere sahiptir.

Norm denetimi için Anayasa Mahkemesine iptal davası ve itiraz yoluyla başvurulabilmektedir. İptal davasını açmaya Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisinin en az beşte biri tutarındaki milletvekilleri, iktidar ve anamuhalefet partisi meclis grupları yetkilidir. İtiraz başvurusu ise genel mahkemeler aracılığıyla yapılabilmektedir.

IV. ANAYASA MAHKEMESİNİN AKTİVİST İÇTİHADI

Anayasa Mahkemesi, Anayasanın bu elverişli düzenlemelerinin de yardımıyla, *devletçi ve ideolojik bir yargısal aktivizm* ortaya koymuştur. Mahkemenin, iç hukukumuzun bir parçası sayılan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin özgürlükçü içtihadını göz önüne almadan, siyasi niteliği ağır basan kararlar vermiştir. Mahkemenin bu nitelikteki kararları, özellikle partilerin yasaklanması, başta din özgürlüğü olmak üzere insan haklarının uygulama alanının daraltılması, hükümetlerin

¹⁷ Kaboğlu, İbrahim Ö.: *Anayasa Yargısı*, (Ankara, 1994), s.26-27.

özeleştirme ve ekonomik politikalarına müdahale edilmesi biçiminde kendini göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi, din ve vicdan özgürlüğü alanını ilgilendiren kararlarda bu özgürlüğün hukuki güvencesi olan laiklik ilkesini, ibadet özgürlüğünü oldukça daraltacak şekilde yorumlamıştır.

Yine Anayasa Mahkemesi, hükümetlerin özeleştirme düzenlemelerinin önemli bir kısmını iptal etmek suretiyle, Anayasada belli bir ekonomik model öngörülmemesine rağmen, *devletçi bir ekonomik modeli* siyasi iktidarlara empoze etmiştir. Bu nedenle hükümetlerin bazı ekonomik konularda kendi programlarını uygulamaları yargı kararıyla engellemiştir. Bu kararlarda Mahkeme hukukilik denetimini aşarak *yerindelik denetimi* yapmıştır. Mahkemenin bu tür kararlarının gerekçeleri hukuk dışı mülahazalarla oluşturulmuştur.

1.Anayasa Mahkemesinin Demokrasi, Özgürlük ve Laiklik Anlayışı

Anayasa Mahkemesinin demokrasi, özgürlük ve laiklik anlayışını, başörtüsü yasağı kararı ile çok sayıdaki parti kapatma kararlarından çıkarmak mümkündür. Mahkemenin “laiklik” ve “ülke bütünlüğü” kavramlarıyla ilgili yorumu, devletçi ve ideolojik aktivizminin temelini oluşturmaktadır.

Laikliği kesin bir kararlilikla “mutlak pozitivist bir ideoloji” olarak anlayan Anayasa Mahkemesi yargıçlarının “demokrasinin ne anlama geldiği” konusunda ise kafalarının oldukça karışık olduğu görülmektedir. Mahkeme 1982 Anayasasının kabulünden bir süre sonra verdiği bir kararda, demokratik toplum düzeninin gerekleri konusunda esas alınacak demokrasi anlayışının “hiç kuşkusuz Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi” olduğunu belirtmiştir¹⁸. Ancak, aradan sadece üç ay geçtikten sonra verdiği başka bir kararında¹⁹ ise, “[k]lasik demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde güvence altına alındığı rejimlerdir” demek suretiyle, esas alınacak demokrasi anlayışının “hürriyetçi Batı demokrasileri” olduğunu ima etmiştir. Ne var ki, Mahkemenin ikinci kararındaki yaklaşımı kararlarının geneline egemen olmamıştır. Mahkeme, kendi laiklik anlayışına aykırı bularak kararlı bir şekilde bazı partileri kapatmakla kalmamış, çok sayıda partiyi de “bölücü” ya da “komünist” olduğu gerekçesiyle kapatarak Avrupa’da Nazizm sonrasında ortaya atılan “militan demokrasi” anlayışının çok katı bir yorumunu benimsediğini göstermiştir. Anayasa Mahkemesi kapattığı partilerle Türk parti sistemini adeta bir “partiler mezarlığı”na çevirmiştir. Biri dışında tüm parti kapatma kararlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Sözleşmenin ihlali olarak kabul edilmiş olması, Türk Anayasa Mahkemesinin “katı militan demokrasi” anlayışının Avrupa Mahkemesince mahkûm edildiğini göstermektedir.

¹⁸ E.1985/21, K.1986/23, K.T. 6.9.1986.

¹⁹ E.1985/8, K.1986/27, K.T. 26.11.1986.

1.1 Mahkemenin laiklik anlayışı ve başörtüsü yasağı²⁰

Türkiye’de üniversitede okuyan kız öğrencilerin başörtü takması, “devletçi elitlerin” dinin vicdanlardan çıkıp toplum ve giderek devlet hayatında etkili olacağı korkuları nedeniyle, bir özgürlük sorunu olarak değil, adeta bir rejim sorunu olarak görülmektedir. Bu korkularla, yürürlükteki Anayasaya bile aykırı olarak üniversitelerde keyfi bir şekilde “başörtüsü” yasaklanmıştır. Yasaklar ve özgürlük kısıtlamalarıyla dolu 1982 Anayasasında bile başörtüsü yasağına bir dayanak bulmak mümkün değildir²¹. Özgürlük ihlallerinin kaynağı, devletçi elitlerin “özgürlük korkusu” olmuştur. Siyasi iktidarların bu fiili yasağı kaldırmaya yönelik düzenlemeleri ise sürekli olarak devletçi elitlerin önemli kurumlarından olan yüksek mahkemeler tarafından iptal edilmiş ve yasağa yargısal bir dayanak oluşturulmuştur. Anayasa Mahkemesinin bilimsel görüşlere aykırı, evrensel anlamından sapan kendine özgü “özgürlük ve laiklik anlayışını” sergilediği tipik kararlarından biri de “başörtüsü” hakkındadır. Mahkeme, üniversite öğrencilerinin başörtüsü takmasının Anayasaya aykırı olduğuna karar verirken dayandığı gerekçelerin başında laiklik ilkesi gelmektedir. Mahkeme “başörtüsü serbestliği” getiren kanunu iptal ederken laiklikten ne anladığını şöyle ifade etmiştir²²:

²⁰ Anayasa Mahkemesi, 6287 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun bazı hükümlerinin iptal istemini reddettiği kararında laiklik içtihadını kökten değiştirmiştir. Mahkemenin yeni kararına göre, “Laikliğin tarihsel gelişimi incelendiğinde, din olgusuna yönelik yaklaşım farklılıklarına bağlı olarak, kavramın iki farklı yorumu ve uygulamasının bulunduğu görülmektedir. Bunlardan, katı laiklik anlayışına göre din, bireyin sadece vicdanında yer bulan, bunun dışına çıkarak toplumsal ve kamusal alana kesinlikle yansımaması gereken bir olgudur... Laikliğin daha esnek ya da özgürlükçü yorumu ise dinin bireysel boyutunun yanında aynı zamanda toplumsal bir olgu olduğu tespitinden yola çıkmaktadır. Bu laiklik anlayışı, dini sadece bireyin iç dünyasına hapsedmemekte, onu bireysel ve kolektif kimliğin önemli bir unsuru olarak görmekte, toplumsal görünürlüğüne imkân tanımaktadır. Laik bir siyasal sistemde, dini konulardaki bireysel tercihler ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzı devletin müdahalesi dışında ancak, koruması altındadır. Bu anlamda laiklik ilkesi din ve vicdan özgürlüğünün güvencesidir. Dinler ve inançlar, mensuplarının yaşam biçimlerini, kimliklerini ve diğer insanlarla ilişkilerini etkiler. Din ve inanç yönünden toplumların çeşitlilik arzettiği, toplumda farklı dinlerin, inançların ya da inançsızlıkların bulunduğu da tarihsel ve sosyolojik bir gerçekliktir. Bu nedenle, demokratik ve laik devletin temel amaçlarından biri, toplumsal çeşitliliği koruyarak, bireylerin sahip oldukları inançlarıyla barış içinde bir arada yaşayabilecekleri siyasal düzenleri inşa etmektir. Laiklik, devletin din ve inançlar karşısında tarafsızlığını sağlayan, devletin din ve inançlar karşısındaki hukuki konumunu, görev ve yetkileri ile sınırlarını belirleyen anayasal bir ilkedir. Laik devlet, resmî bir dine sahip olmayan, din ve inançlar karşısında eşit mesafede duran, bireylerin dini inançlarını barış içerisinde serbestçe öğrenebilecekleri ve yaşayabilecekleri bir hukuki düzeni tesis eden, din ve vicdan hürriyetini güvence altına alan devlettir.” (E. 2012/65, K. 2012/128, K.T. 20.9.2012).

²¹ Tanör, Bülent: *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, (BDS Yayınları: İstanbul 1991), s.74.

²² E. 1989/1, K. 1989/12, K.T. 7.3.1989. Anayasa Mahkemesi, 2008 yılında başörtüsünün üniversitelerde serbest bırakılması amacıyla Parlamentonun büyük bir çoğunlukla (550 milletvekilinin 411’inin oyuyla) kabul ettiği anayasa değişikliğini de, yetkisini aşarak, esastan iptal etmiştir (E. 2008/16, K.2008/116, K.T. 5.6.2008).

“Lâiklik, ortaçağ dogmatizmini yıkarak aklın öncülüğü, bilimin aydınlığı ile gelişen özgürlük ve demokrasi anlayışını, uluslaşmanın, bağımsızlığın, ulusal egemenliğin ve insanlık idealinin temeli kılan bir **uygar yaşam biçimidir**. Çağdaş bilim, skolâstik düşünce tarzının yıkılmasıyla doğmuş ve gelişmiştir. Dar anlamda, devlet işleriyle din işlerinin birbirinden ayrılması olarak tanımlansa, değişik tanım ve yorumlar yapılsa da, gerçekte, **toplumların düşünsel ve örgütsel evrimlerinin son aşaması** olduğu görüşü, öğretilerde de paylaşılmaktadır. Lâiklik; egemenliğe, demokrasiyle özgürlüğe ve bilgi bileşimine dayanan toplumsal bir atılım; siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisidir. Onurunu üstün tutarak bireye kişilik ve özgür düşünce olanaklarını veren, bu yolla siyaset- vicdan ayrımını gerekli kılarak vicdan ve dinsel inanç özgürlüğünü sağlayan ilkedir. Dinsel düşünce ve değerlendirmelerin geçerli olduğu dine dayalı toplumlarda siyasal örgütlenme ve düzenlemeler dinsel niteliklidir. 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 birisidir.

Türkiye’de lâiklik ilkesinin uygulanması, rejimleri değişik kimi batılı ülkelerdeki lâiklik uygulamalarından farklıdır. Lâiklik ilkesinin, her ülkenin içinde bulunduğu koşullarla her dinin özelliklerinden esinlenmesi, bu koşullarla özellikler arasındaki uyum ya da uyumsuzlukların lâiklik anlayışına da yansarak değişik nitelikleri ve uygulamaları ortaya çıkarması doğaldır. Klâsik anlamda, dinle devlet işlerinin birbirinden ayrılması tanımına karşın, İslâm ve Hristiyan dinlerinin özelliklerindeki ayrılıklar gereği, ülkemizde ve batı ülkelerinde oluşan durumlar ve ortaya çıkan sonuçlar da ayrı olmuştur. Dini ve din anlayışı tümüyle farklı bir ülkede lâiklik uygulamasının, batıyla geniş ilişkiler içinde bulunulsa da batı ülkelerindeki gibi olması, lâikliğin aynı anlam ve düzeyde benimsenmesi beklenemez. Bu durum, koşullar ve kurallar arasındaki ayrılığın olağan karşılanması gereken sonucudur. Türkiye için lâiklik anlayışı, tarihsel gelişimi nedeniyle özellik taşımakta, Anayasa ile benimsenen yapısıyla, batıdan ayrı biçimde ele alınsa da, özenle korunması zorunlu bir ilke olarak yaşatılmaktadır... Türk Ulusu’nun yücelmesi bakımından lâikliğin Anayasa’da öngörülen kimi sınırlamaları zorunlu kılan bir neden, Anayasa’da benimsenmiş **bütün temel ilkelere egemen bir düşünce** olduğu yinelenerek ortaya konulmuştur. ..

Çağdaşlaşmayı hızlandıran ve Türk Devrimi’nin kaynağı olan lâiklik ilkesi toplumun akıl ve bilim dışı düşüncelerle yargılardan uzak kalmasını amaçlar... lâiklik, ulusal birliği sağlamıştır. bu ilke, “ümme”ten, “ulus”a geçmenin itici gücü olmuştur...

Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü ilkesi gücünü lâiklikten almış, milliyetçilik ilkesi lâiklikle tamamlanmış, Türk Devrimi lâiklikle anlam kazanmıştır. Bu ilkenin Anayasa'dan çıkarılması da olanaksızdır. Lâiklik, dinselikle bilimselliği birbirinden ayırmış, özellikle dinin, bilimin yerine geçmesini önleyerek uygarlık yürüyüşünü hızlandırmıştır. Gerçekte lâiklik din-devlet işleri ayrılığı biçiminde daraltılamaz. Boyutları daha büyük, alanı daha geniş bir uygarlık, özgürlük ve çağdaşlık ortamıdır. **Türkiye'nin modernleşme felsefesi, insanca yaşama yöntemidir, insanlık idealidir.** Lâik düzende özgün bir sosyal kurum olan din, devlet kuruluşuna ve yönetimine egemen olamaz. Devlete egemen ve etkin güç, dinsel kurallar ve gerekler değil, akıl ve bilimdir. Din, kendi alanında, vicdanlardaki yerinde, Tanrı-insan arasındaki inanış olgusudur. Kişinin iç-inanç dünyasının düzenleyicisi olan dinin, devlet işlerinde söz sahibi ve çağdaş değerlerle, hukukun yerine geçerek yasal düzenlemelerin kaynağı ve dayanağı olması düşünülemez...

Gerçekten lâiklik, kurtuluş, kuruluş ve yeniden doğuş evrelerini kapsayan, insan haklarına dayalı olarak geleceğe uzanan bağımsızlık, özgürlük, uygarlık ve barış yürüyüşünü, ulusal gücü özetleyen **Türk Devrimi'nin kaynağı ve temelidir.** Lâiklik, bireysel, toplumsal düzeyde ve devlet işlerinde metafizik dışında özgür düşünce gereklerine bağlanır. Kişisel ve toplumsal yaşamın siyasal yönden düzenlenmesinde aklın ve bilimin gereklerini zorunlu kılar. Herhangi bir dinin teolojik baskısına uyulmasını önler. Bu nedenlerle, incelenen kural, lâiklik ilkesiyle uyuşmamaktadır." (vurgu eklenmiştir)

Mahkeme bu yorumuyla laikliği, "devlet yönetimine hakim bir ilkenin ötesinde bir çeşit mutlak pozitivist ideoloji"²³ ve tüm Anayasal ilke ve değerlerin üstünde bir norm²⁴ olarak kabul etmektedir. Oysa Anayasanın hiçbir yerinde laikliğin "bütün temel ilkelere egemen bir düşünce olduğu"na dair bir hüküm bulunmamaktadır. Öte yandan Mahkeme, ortaya koyduğu bu laiklik anlayışının batıdaki anlayıştan saptığını da, "batı ülkelerindeki gibi olması, lâikliğin aynı anlam ve düzeyde benimsenmesi beklenemez" diyerek itiraf etmektedir.

Mahkemeye göre, "Anayasa'nın öngördüğü sınırlamaları, lâikliğin korunması için getirilen kuralları hiçe saymak olanaksızdır. Dava konusu somut olayı soyutlaştırarak sınırsız bir demokrasi anlayışıyla açıklanan görüşler Anayasa ile çatışır. Herkesin her istediğini yapması en eski ve en yeni demokrasilerde bile söz konusu değildir. Özgürlükleri yıkmak için özgürlüklerden yararlanılması da düşünülemez. Özelde korunması gerekli görülen lâiklikle bağdaşmayan özgürlük savunulamaz ve korunulamaz." Görüldüğü üzere Mahkeme,

²³ Özbudun, Ergun: "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", Prof.Dr. Yavuz Sabuncu 'ya Armağan, (AÜ SBF Dergisi: Ankara, 2007), s.265.

²⁴ Arslan, Zühtü: "Anayasa Mahkemesi'nin Siyasal Partiler Politikası: 'Ve çağı'nda 'Ya-ya da'cı Yaklaşımın Anakronizmi Üzerine Bir Deneme", *Liberal Düşünce*, Sayı 22, 2001, s.10.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

başörtüsünü “laiklikle bağdaşmayan özgürlük” olarak kabul etmekte, ancak neden bu özgürlüğün laikliğe aykırı olduğunu açıklayamamaktadır.

Yine Mahkemeye göre, kanunun “dini inanç sebebiyle” başörtüsü serbestliği getirmesi Anayasada yer alan Atatürk milliyetçiliği, demokrasi, hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine de aykırıdır:

“Türkiye Cumhuriyetini kuran Türkiye halkına Türk ulusu diyerek başka ayrımlara yer vermeyen Atatürk milliyetçiliğinde dinsel öge esas alınmamıştır. Lâiklik, devlet ve toplumun karşılıklı lâik tutumunu da içerir. Bu da birleştiricilikle sonuçlanır. Birleştiricilik dinsel bağda değil, Atatürk milliyetçiliğinde, ulus bağında, ulusal değerlerdedir, incelenen Yasa maddesi ise dinsel inanç gereğine yer vererek Atatürk milliyetçiliği ilkesiyle çelişmektedir... Dava konusu madde ‘Dini inanç sebebiyle.’ ibaresini taşıdığından demokratiklik ilkesine ters düşmektedir. Yasalar dine dayanamaz ve bağlanamaz. Yasalar ilkelerini dinden değil, yaşamdan ve hukuktan almazlarsa hukuk devleti niteliği zedelenir. Dine dayanan yasalar, vicdan özgürlüğünü benimsemediğinden, her din için ayrı yasa gereğini ortaya çıkarır; ulusal bir devlette bu tür bir düzenleme olamaz. Böyle düzenlemeler din kurallarını benimsemeyenler için baskı aracı sayılabileceği gibi ayrı dinler için de ayrılık aracı olur. Gelişmek ve ilerlemek için durağan din kurallarına değil insanlığa ayak uydurmak, akla ve bilime öncülük tanımak gerekir. Siyasal düzenlemelerin kaynağı hukuk, dayanağı Anayasa’dır. Başka kaynak ve dayanak aranamaz. Hukuksal düzenlemeler dünya işidir, din işi değildir. Bu nedenle incelenen madde, içeriği bakımından hukuk devleti ilkesine bağdaşmamaktadır. Yasalar dinsel temele oturtulamaz...

Dava konusu kural ise, giyim konusunda İslâmî olduğu ileri sürülen başörtüsüne ayrıcalık tanımakla eşitlik ilkesine biçimsel yönden ters düşmektedir... Dinsel nedenle başörtüsü ve türbanla boyun ve saçların örtülmesine serbestlik tanınması, bu tür yönlendirme, bir anlamda zorlamadır. Kişileri şu ya da bu yönde giyinip başını örtmeye zorlamak, ayrı ve hattâ aynı dinlerden olanlar bakımından ayrılık yaratacaktır.”

Mahkemenin üniversitelerde dini inanç sebebiyle başörtüsü takmaya izin veren bir hükmü, kanunların dine dayandırılması şeklinde yorumlaması, kılık ve kıyafet serbestliği de dahil birey özgürlüklerini güvence altına alan demokrasiye ve hukuk devleti ilkesine aykırı görmesi ciddi bir çelişkidir. Söz konusu kanun hükmünün Atatürk milliyetçiliği ile de hiçbir ilişkisi bulunmamaktadır. Son olarak, başörtüsü serbestliğini kabul etmenin bir ayrıcalık yarattığı ve kişileri başını örtmeye zorlayacağı gibi gerekçelerle başörtüsü takma hakkının eşitlik ilkesine aykırı olduğunu söylemek, “mantığın temel kurallarını” ters yüz eden²⁵ bir yorum biçimidir. Başörtüsü taktığı için eğitim

²⁵ Erdoğan, Mustafa: *Anayasa ve Özgürlük*, (Seçkin: Ankara, 2002), s.192.

hakkından yararlanamayan öğrencilerin önündeki bu engeli kaldırmak eşitlik ilkesine aykırı değildir, aksine bu ilkenin gereğidir.

Mahkemenin başörtüsü kararına muhalif kalan tek üye Mustafa Çınarlı'nın tarihi önemdeki karşıoy yazısında isabetli olarak, başörtüsü serbestliğinin değil, yasağının Anayasaya aykırı olduğuna işaret edilmiştir:

“Dinî inanç sebebiyle boyun ve saçların örtüyle kapatılmasını serbest bırakmanın Anayasa'nın Başlangıcında yer alan “hürriyetçi demokrasi”nin icaplarından biri olduğu şüphe götürmez. Dinî inanç ve kanaat hürriyeti kişinin mensup olduğu dinin emrettiğine inandığı bir başörtüsü veya türban kullanarak saçlarını ve boynunu kapatmasına da izin verilmesini gerektirir. Anayasa'ya aykırı olan bu “kapatma” hakkını tanımak değil; başörtüsü veya türban kullanan öğrencileri hor görmek, tedirgin etmek, derse veya sınava sokmamaktır. Çünkü, Anayasa “Kimse... dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz” demektedir... Kanun Koyucu'nun bu konuda yasaklamaya gitmeyip serbestlik tanımmasının Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürmek de imkânsız olur. Devletin temel düzeninin din kurallarına dayandırıldığı da ileri sürülemez. **Başın örtülmesi veya açılması Devletin temel düzeniyle değil, kişinin zevki ve inancıyla ilgilidir. Bu kadar ilgisiz metinlerin kıyas yoluyla kadın giyimine de uygulanarak, türban veya başörtüsü yasağına dayanak gösterilmesi hukuken mümkün olamaz.**”(vurgu eklenmiştir)

Anayasa Mahkemesi bazı parti kapatma davalarında (Refah Partisi ve Fazilet Partisi davaları) verdiği kararlarda da başörtüsü takan öğrencilerin “Atatürk devrimleri ile lâik Cumhuriyet ilkelerine aykırı davrandıkları ve dine dayalı devlet düzenini benimsedikleri”nin Danıştay kararıyla “kabul edilmiş” olduğunu ve başörtüsü serbestliğini savunan partilerin laikliğe aykırılık nedeniyle kapatılması gerektiğine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi kararında geçen Danıştay kararıyla ilgili sözler aynen şöyledir: “Danıştay... kararlarında da, Yüksek Öğretim Kurumlarında başörtüsü ve türban takan öğrencilerin Atatürk devrimleri ile lâik Cumhuriyet ilkelerine aykırı davrandıkları ve **dine dayalı devlet düzenini benimsedikleri** kabul edilmiştir.” (vurgu eklenmiştir)

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın hukuk devleti, ifade ve inanç özgürlüğü bakımından oldukça problemli olan bu ilginç yaklaşımı karşısında şu sorular akla gelmektedir: 1) Yüksek Öğretim Kurumlarında başörtüsü takan binlerce öğrencinin “Atatürk devrimleri ile lâik Cumhuriyet ilkelerine aykırı davrandıkları ve dine dayalı devlet düzenini benimsedikleri” nasıl tespit edilmiştir? 2) Öğrenci olmayan ancak başörtüsü takan diğer vatandaşların da Atatürk devrimleri ile lâik Cumhuriyet ilkelerine aykırı davrandıkları ve dine dayalı devlet düzenini benimseyip benimsemediklerine dair bu mahkemelelerin bir tespiti var mıdır? 3) Bir hukuk devletinde mahkemelerin öğrencilerin görüşlerini tespit etme ve onları Anayasa-dışı ilan etme yetkisi var mıdır?

4) Başörtüsü takan bir öğrenci Danıştayın iddia ettiği şekilde düşünmediğini ispat etmekle yükümlümüdür? 5) Öğrenciler, vatandaşlar ya da politikacılar insan haklarına dayalı demokratik bir hukuk devletinde farklı görüşleri benimseyemezler mi?

1.2 Siyasi partilerin yasaklanması

Anayasa Mahkemesinin siyasi parti kapatma kararlarıyla²⁶ oluşturduğu içtihadın temel özelliği Anayasa ideolojisini katı bir şekilde yorumlayarak kurulu düzene yönelik “tehditleri” bertaraf etmektir. Mahkemenin parti kapatma kararları, devletin bölünmez bütünlüğü ve laikliğin korunması amacı üzerinde yoğunlaşmaktadır²⁷.

Anayasa Mahkemesi, Özgürlük ve Demokrasi Partisi’nin programında yer alan “Türk ve Kürt halkı ile azınlıkların demokratik, özgür bir ortam içinde kendi dil, kültür, gelenek, felsefi ve dinî inanç ve ibadetlerini özgürce yerine getirmeleri ve geliştirmeleri”, “halkların temel eğitimini kendi ana dilleriyle yapmaları”, “Türk ve Kürt halklarının ve bütün azınlıkların çıkarları”nın temsili, “bütün ezilen, sömürülen halkların kendi kaderlerini tayin hakkı”, “Kürt sorununun çözüme kavuşturulması” ve “Türk ve Kürt halklarının ve azınlıkların kendi ulusal kültürlerini özgürce geliştirme ve sahiplenme”si gibi ifadeleri bölünmez bütünlüğe aykırı bularak partinin kapatılmasına karar vermiştir.

Mahkeme kararında şu gerekçelere dayanmıştır²⁸:

“Etnik ve dinsel esasa dayanan topluluklar, “ulus” kavramının dayandığı geniş ögelere göre basit, ilkel ve tek yönlü yapılardır. Bu esaslar içinde “Türk Ulusu” ve “Atatürk milliyetçiliği” kavramlarında aşağıdaki tarihsel ve toplumsal gerçekler vardır.

Atatürk Milliyetçiliği, ülke ve ulus bütünlüğünü koruyan temel ilkedir. Türkiye Cumhuriyeti, Atatürk Milliyetçiliğine içtenlikte bağlıdır. Eşitlikçi ve birleştirici içeriğiyle çağdaş anlayışı yansıtan Atatürk Milliyetçiliği toplumsal dayanışmanın güvencesidir. **Atatürk Milliyetçiliği, yaşamsal ve bilimsel gerçek olarak benimsenmiştir...**

²⁶ Anayasa Mahkemesi tarafından bugüne kadar yirmidört siyasi parti kapatılmıştır. Adalet ve Kalkınma Partisi hakkında (2008) laikliğe aykırı eylemlerin odağı olduğu gerekçesiyle açılan kapatma davasında ise Mahkeme devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımını uygulanmasına karar vermiştir [E. 2008/1 (Siyasî Parti Kapatma), K. 2008/2, K.T. 30.7.2008].

²⁷ Anayasa Mahkemesinin siyasi parti kapatma kararlarındaki yaklaşımı için genel olarak bkz. Arslan (2001): s.7-11; Can, Osman: *Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasi Partilerin Kapatılması*, (Seçkin: Ankara, 2005), s.89-177; Hakyemez, Yusuf Şevki: *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, (Seçkin Yayıncılık: Ankara, 2000), s.224-258; Turhan, Mehmet: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları”, *Liberal Düşünce*, Sayı 22, 2001, s.16-21; Erdoğan, Mustafa: “Fazilet Partisi’ni kapatma Kararı Işığında Türkiye’nin Anayasa Mahkemesi Sorunu”, *Liberal Düşünce*, Sayı 23, 2001, s.36-40; Anayurt, Ömer: “Türk Hukukunda Siyasal Partilerin Kapatılması Rejimi: Ulusal Demokrasinin Strasbourg Demokrasisi Karşısında Hükmen Yenilgisi”, *Liberal Düşünce*, Sayı 23, 2001, s. 22-27.

²⁸ E. 1993/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1993/2, K.T. 23.11.1993.

Kimi siyasal nedenlerle dış etkenlerden kaynaklanan, kimi varsayım, yorum ve bahanelere dayanan, insan hakları ve özgürlük savlarıyla yoğunlaştırılan sakıncalı amaçlara geçerlik tanınmaz. **Devlet “TEK”dir, ülke “TÜM”dür, ulus “BİR”dir.** Ulusal birlik; devleti kuran, ulusu oluşturan toplulukların ya da bireylerin, etnik kökeni ne olursa olsun, yurttaşlık kurumu içinde ayrımsız birliktelikleriyle gerçekleşir... Ulusal ve tekil devlet etnik ayrılıklarla tartışılmaz. Herkesin, her zaman karşılaşabileceği ve giderek hukuk devletinde giderilip karşılığı istenebilecek aykırılık, çelişki, haksızlık ve yanlışlıklar, insan hakları alanında sömürü nedeni yapılarak, gerçekler saptırılıp çarpıtılarak, üstü kapalı biçimde, ayrı ulus yoluyla ayrı devlet amaçlanamaz. Tartışılmaz kavramlar ve değerlerle, ödün verilmesi olanaksız ilke ve niteliklerin kaynağı Türkiye Cumhuriyeti’dir... Eğer bir soy, vatandaşlık bağlamındaki insan hakları dışında özel haklara sahip olmak isterse bu, onun ulus bütünlüğü içinde yalnız bir köken değil, aynı zamanda ayrı ulusal bir topluluk olması anlamına gelir. Bu ise, ulus bütünlüğü ilkesiyle bağdaşmaz...

ÖZDEP Programında her ne kadar “kardeşlik” ve “birlik” sözcüklerini sık sık kullanmaktaysa da bunu gerçek amacını gizlemek için yaptığı anlaşılmaktadır. Davalı partinin programı vatandaşlar arasında kin, husumet ve ayrılık duyguları yaratmaktadır. Zira Parti programı Türk Ulusunun bütünlüğünü ırka dayalı bir görüşle Türk ve Kürt olarak ikiye ayırmayı öngörmektedir. Bu tür program hükümlerinin ülke ve millet bütünlüğünü yıkmayı amaçladığı açıktır...

Davalı Partinin programında Türk ve Kürt ulusları biçiminde bir ayırımın yapılması ve Kürt halkının kendi kaderini belirleme hakkını özgür iradesiyle kullanması; bir başka deyişle, ülkede yaşayan ve Kürt olarak ayırdıkları bir kısım yurttaşların Türkiye Cumhuriyetinden kopmasının amaçlanması... “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü” ilkesine açıkça aykırıdır.” (vurgu eklenmiştir)

Mahkeme, adında “komünist” kelimesine yer veren Türkiye Birleşik Komünist Partisi ile programında “federatif bir devlet yapısı” öneren ve “Atatürk milliyetçiliğine karşı çıkan” Sosyalist Parti’nin de “bölünmez bütünlüğe aykırılık” nedeniyle kapatılmasına karar vermiştir²⁹.

Bu kararlarda görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi, devletin yapısı ve toplumsal sorunlarla ilgili farklı görüşleri, kararlarında bir arada tekrarladığı “Devletin tekliği, ülkenin tümlüğü ve ulusun birliği” kavramları ile bağdaşmaz sayarak “bölünmez bütünlüğe” aykırı bulmaktadır. Mahkemenin salt parti programında yer alan ifadeler nedeniyle bölünmez bütünlüğün ihlal edildiğine karar vermesi ve bunu yaparken de “tartışılmaz kavramlar ve de-

²⁹ E. 1990/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1991/1, K.T. 16.7.1991; E. 1991/2 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1992/1, K.T. 10.7.1992.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

ğerler” den söz etmesi, demokratik devletin temellerinden olan ifade ve örgütlenme özgürlükleri ile bağdaşmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi birçok siyasi partiyi de, başörtüsü kararında ayrıntılı olarak açıkladığımız laiklik anlayışına aykırılık nedeniyle kapatmıştır. “Laikliğe aykırı eylemlerin odağı haline geldiği” gerekçesiyle kapatılan Refah Partisi ve Fazilet Partisi’nin kapatılmasının başlıca nedeni bu partilerin “başörtüsü” konusunda Mahkemeden farklı olan görüşleridir. Mahkeme Refah Partisi davasında³⁰, parti yetkililerinin kamu kuruluşları ve üniversitelerde başörtüsü takmanın serbest olması gerektiği şeklindeki “konuşmaları”nı, Cuma günlerinin tatil olmasının daha yerinde olacağı şeklindeki temennilerini, Parti Genel Başkanı ve Başbakan Necmettin Erbakan’ın verdiği iftar yemeğine dinsel cemaat önderlerinin katılmasını, bir partili belediye başkanının resmi bir törene istemeyerek katılmasından duyduğu memnuniyetsizliği dile getirmesini, Atatürk ilkeleri ve lâiklik karşıtı olduğu ileri sürülen bir kişinin partiden aday gösterilmesini, partili Adalet Bakanının şeriatçı olduğu söylenen tutuklu bir belediye başkanını ziyaret etmesini ve Ramazan ayında çalışma saatlerinin yeniden düzenlenmesini başlıca laiklik karşıtı söz ve faaliyetler olarak nitelendirmiştir.

Anayasa Mahkemesi bu davada Siyasi Partiler Kanununun bir partinin kapatılması için “partililerin Anayasaya aykırı faaliyetlerinin kesin mahkeme kararlarıyla sübut bulması” gerektiğine ilişkin hükmünü (m.103/2), “partinin kapatılmasını imkansızlaştırdığı” şeklindeki hukuk dışı bir gerekçeyle iptal etmiş ve daha sonra da partinin kapatılmasına karar vermiştir. Ayrıca Mahkeme kanun hükmünün iptaline ilişkin, özünde de hukuka aykırı olan, kendi kararı Resmi Gazetede henüz yayımlanmadığı halde, yürürlüğe girmeyen bu kararını kapatma davasında esas olarak hukuki güvenlik ilkesini ihlal etmiştir³¹. Anayasa Mahkemesinin Siyasi Partiler Kanununun partilerin Anayasaya aykırı eylemlerin odağı olmasında dikkate alınacak eylemlerin kesin mahkeme kararlarıyla tespitini şart koşan hükmünü iptal etmesi, partilerin kapatılması gibi ağır bir yaptırıma karşı öngörülen bu önemli güvenceyi ortadan kaldırmıştır. Bu hüküm, Anayasa mahkemesinin ileri sürdüğü gibi partilerin kapatılmasını imkansız hale de getirmemekteydi. Bir partiye mensup kişilerin yoğun şekilde suç işledikleri ceza mahkemeleri tarafından verilen mahkumiyet kararları ile ortaya konulduğunda o partinin kapatılabilmesi pekala

³⁰ E. 1997/1 (Siyasî Parti Kapatma), K. 1998/1, K.T. 16.1.1998.

³¹ Bu karara muhalif kalan üye Haşım Kılıç karşıoy yazısında şu görüşlere yer vermiştir: “[İ]ptal edilen kural Resmi Gazete’de yayımlanmadığından Partinin kapatıldığı gün halen yürürlükte dir. Yürürlükte olan bu kuralı yok sayarak buna dayalı hüküm vermek Anayasa’nın 153. maddesinin olmadığı anlamını taşır. İptal kararı hukuksal boşluk doğurduğundan, TBMM’ne iptal edilen kuralın yerine yenisini koyma olanağı da verilmemiştir. Anayasa’nın 69. maddesi çerçevesinde parti kapatılma usul ve esaslarının mutlaka “KANUNDA” düzenlenmesi gerekirken, bu usul ve esaslar Anayasa Mahkemesi kararıyla belirlenmiştir.”

mümkündü. Mahkemenin hukuka aykırı bu kararı, siyasi partilerin kapatılmasını bütünüyle Mahkemenin takdirine bırakmıştır.

Anayasa Mahkemesi Fazilet Partisinin kapatılması için, parti mensuplarının başörtüsü takmanın serbest olması gerektiği yönündeki açıklamaları ile partili bir kadın milletvekilinin parlamentoya başörtü takarak gelmiş olmasını yeterli görmüştür. Bu nedenlerle bir partinin “laikliğe aykırı eylemlerin odağı haline geldiğine” karar verilerek yasaklanması, ifade ve örgütlenme özgürlüklerinin yanı sıra mantık kurallarını da yerlebir etmektedir.

Mahkemenin, kendi laiklik yorumunun bütün partilerce benimsenmesini istediği bu kararları, ifade ve örgütlenme özgürlüklerinin yanı sıra, laiklik ilkesinin çağdaş anlamına da açık bir şekilde ters düşmektedir.

Anayasa Mahkemesinin Huzur Partisi davasında kapatma için kullandığı argümanlardan birisi ise oldukça ilginçtir. Huzur Partisi programında yer alan hususlardan birisi şöyledir: “Dil çalışmaları için Çağatay, Azeri, Uygur ve Oğuz olmak üzere dört ana Türk lehçesinin ve bu lehçelerdeki kelime köklerinin incelenmesine taraftarız. Keza tekamülü için önce alfabenin geliştirilmesinde zaruret görüyoruz. Dokuz heceli olan Türk alfabesine dokuzuncu sesli harfi koymak istiyoruz. Eski Türk alfabelerinin neden otuzbeş harfli olduğunu yeni baştan ve Atatürkçü bir ruh ve anlayışla araştıracağız.” Anayasa Mahkemesi bu partinin kapatılmasına karar verirken şu gerekçelere dayanmıştır³²:

“Dokuz heceli olan Türk alfabesi sözü ile ne kastedildiğini, hangi ‘Eski Türk alfabesinin otuzbeş harfli’ olduğunu, ne program ne de savunmalar açıklamış değildir. **Yapılan araştırma ve incelemeler sonunda: Dokuz heceli ve otuzbeş harfli olan bir eski Türk alfabesinin varlığı saptanamamıştır.** Huzur Partisi, *programındaki gerçeğe aykırı bu metinlerle*, Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyetinin lâiklik niteliğini koruma amacını güden inkılap kanunlarından birisi olan... Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun[a]... dolayısıyla Anayasanın 174 ve Siyasi Partiler Kanunu’nun 84. maddesi hükümlerine aykırı tutum ve davranış içerisinde olduğunu burada da göstermiş; bu nedenle de kapatılması gerekmiştir.” (vurgu eklenmiştir).

Acaba “dokuz heceli ve otuzbeş harfli olan bir eski Türk alfabesinin varlığı” saptanabilmiş olsaydı sonuç değişir miydi? Anayasa Mahkemesi *bu kararıyla* partilerin programlarında yer alan iddia ve görüşlerin “gerçeğe aykırı ” olması şartını da oldukça kapsamlı olan “siyasi partiler içtihadına” dâhil etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, Saadet Partisi’nin kısa adı olan SP rumuzunun kullanılmasını, kapatılan Sosyalist Parti’nin rumuzu olduğu gerekçesiyle Siyasi

³² E. 1983/2 (Parti Kapatma), K. 1983/2, K.T. 25.10.1983.

Partiler Kanununa aykırı bularak, bu partiye SP rumuzunu kullanmaması için ihtarla bulunmuştur³³. Böylece Mahkeme, adları ve programları birbiriy-
le tamamen ilgisiz olsa bile, partilerin kısa adlarında kapatılan partilerle “harf
benzerliği” (!) olmasını da sakıncalı bulduğunu ortaya koymuştur.

2. Anayasa Mahkemesinin Devlet Anlayışı

Anayasa Mahkemesinin birçok kararında ortaya koyduğu devlet anlayışı,
hukuk devleti ilkesi ve bireysel özgürlüklerle taban tabana zıttır.

Mahkemenin devlet anlayışı, çağdaş hukuk devletlerinde aşılmış bulunan
Bodin’in anlayışı ile aynı özelliklere sahiptir. Mahkeme bu konudaki görüşü-
nü bir kararında şöyle ifade etmiştir³⁴:

“Çağdaş toplum düzeninde, devlet tüzelkişiliğine, gerçek kişilere veril-
meyen üç temel yetki verilmiştir. Bunlar vergi salma yetkisi, zor kullanma
yetkisi ve para basma yetkisidir. Bu üç yetki sayesinde “devlet egemenliği”
veya “devletin üstün iradesi” gerçekleşmektedir. Toplumsal yaşamı; ada-
let ve istikrar içinde mümkün kılan unsur, devletin bu üstün iradesidir.
Vatandaşlara yüklenen çeşitli yükümlülüklerin devlet tüzelkişiliğine de
aynen yüklenmesini istemek, yukarıda açıklanan nedenlerle eşitlik ilkesi
ile bağdaşmadığı gibi; toplumsal yaşamın adalet ve istikrar içinde devamı-
nı mümkün kılan “**devlet**” kavramının üstün anlamı ile de bağdaşmaz.”
(vurgu eklenmiştir)

Mahkeme, devlet mallarının haczedilemeyeceğine karar verirken de, libe-
ral demokrasilerdeki “birey” kavramıyla bağdaşmayan şu gerekçelere dayan-
mıştır³⁵:

“Devlet mallarının haczedilmeyeceğine ilişkin kural, Devletin borçlarını
kendiliğinden ödeyeceği ve bunun hukuk devletinin gereği olduğu esasına
dayanır. Devlet mallarının haczi, bu malların kullanma biçimini değiştire-
ceğinden, devletin malvarlığında ve mali hukukta sürekliliğe engel olarak,
kamu yararına zarar verir. Devletin etkinliklerinde kamu hizmeti ve do-
layısıyla kamu yararı önde geldiğine göre, **bir alacaklının kişisel çıkarı
için** devlet mallarının haczi, diğer bir deyişle, özel yararın kamu yararına
yeğlenmesi (tercih edilmesi) söz konusu olamaz.

İtiraz yoluna başvuran mahkeme, dava konusu maddenin, devletin
borçlarını kendiliğinden ödeyeceği varsayıldığı için yürürlüğe konulduğunu,
oysa, dava konusu olayda görüldüğü gibi bunun gerçekleşmediğini,
devleti temsil edenlerin borcu ödemediklerini, isterlerse ilamlı borcu zama-
naşımına uğratabileceklerini hukuk devletinde bu tür bir kamu yararının

³³ E. 2004/1 (SPİ), K. 2005/1, K.T. 10.2.2004.

³⁴ E. 1988/7, K. 1988/27, K.T. 27.9.1988.

³⁵ E.1992/13, K. 1992/50, K.T. 21.10.1992.

özel yarara tercih edilemeyeceğini bu nedenle bu hükmün Anayasa'nın 10. maddesinin üçüncü fıkrasına aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesinde, eşitlik ilkesinin zedelendiği sonucu çıkarılmaz. Kimi kişileri konum farkı nedeniyle, belli bir konuda öbürlerinden ayrı tutmak, ayrı düzenlemeye bağlı kılmak ya da genel bir düzenlemenin kapsamı dışında bırakmak, onlara ayrıcalık tanımak olmayıp durumlarındaki değişikliğin gereği olan bir uygulamadır.

Yasayla getirilen kısıtlamanın topluma sağlayacağı yarar, kişilerin uğrayacağı zarara göre ağır bastığından burada kamu yararının varlığını kabul etmek gerekir. Bu konuda da bireyle toplum yararının karşılaştığı durumlarda toplum yararının üstün tutulması doğaldır. Ayrıca kamu yararına dayanılarak, ayırım yapılmasının eşitlik ilkesini zedelemeyeceği ve kamu yararının, "kişinin ve toplumun huzur ve refahını sağlamak" anlamına geldiği Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında yinelenmiştir...

Toplumsal yaşamın adalet ve kararlılık içinde oluşmasını sağlayan öge, devletin, gerçek kişilere tanınmayan üstün iradesidir. Kişilere getirilen kimi yükümlülüklerin devlete yüklenmesini istemek, eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı gibi, toplumsal yaşamın dengeli ve sağlıklı biçimde sürdürülmesine olanak veren "devlet" kavramının üstün anlamı ile de bağdaşmaz.

Devlete karşı icra kovuşturması yapılabilirse de **Devlet mallarının haczedilmesi devlet kavramı ve işlevleri karşısında olanaksızdır.**" (vurgu eklenmiştir)

Anayasa Mahkemesi başka bir kararında ise, liberal demokrasilerde sadece bireye atfen kullanılan "doğal hak" kavramını devleti özne yaparak kullanmıştır. Başörtüsü kararında bu kavramı kullanan Mahkemeye göre³⁶, "Devletin kendi kurumlarında düzenleme yapması en **doğal hakkıdır.**" Mustafa Erdoğan haklı olarak, "özensi devlet olan yeni bir doğal haklar doktrini" oluşturma'nın faşizmi çağrıştırdığına işaret etmektedir³⁷. Mahkemenin "devletin doğal hakkı" kavramını bilinçli olarak mı kullandığı tam anlaşılamamakla birlikte, bireysel özgürlükleri korumakla yükümlü bir yüksek mahkemenin kararlarında kullanılan kavramların özenle seçilmesi gerektiği kuşkusuzdur.

3. Mahkemenin Yabancı Korkusu

Anayasa Mahkemesinin eski Türk Ceza Kanununun yurtdışındaki derneklerin Türkiye'deki faaliyetlerini cezalandıran 143.maddesinin Anayasaya aykırılığı itirazını şu ilginç gerekçeyle reddetmiştir:

³⁶ E. 1989/1, K. 1989/12, K.T. 7.3.1989.

³⁷ Erdoğan (2002): s.196.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

“Kökü dışarıda olan derneklerin kurulmalarının izne bağlı tutulmaması halinde memleketin düzeni için zararlı dış faaliyetlerin yurt içinde kolaylıkla yayılmalarına yer verilmiş olur. Böylece Türkiye’nin siyasal yapısını bozmak, Türk Ulusunu veya yurt bütünlüğünü parçalamak amacıyla memleket dışında kurulmuş olan dernek ve kurumların, hatta ilmî veya insanî görünüşler altında sosyal veya siyasal varlığımızı sarsmak konusunda çaba gösteren ideolojilerin tam bir serbestlik içinde yurdumuza sızması mümkün olabilir.

Bunun gibi, memlekette oturan vatandaşların yurt dışındaki derneklere Hükümetin izni dışında katılmaları halinde de aynı zararlı sonuçlar meydana gelebilir. Zira bu takdirde de, memleket zararına çaba göstermek amacıyla dışarda kurulmuş bulunan dernek ve kurumların, üye adı altında yurt içine yerleştireceği elemanları ve bazan da ilk bakışta zararsız, hatta faydalı olduğu duygusunu veren dış görünüşlerine samimi olarak aldanıp üye yazılacak kimselerin aracılığı ile memleket içinde çalışma ortamı kurabilmeleri kolaylaştırılmış olur.

Bu faaliyetlerden Hükümetin haberi olup da gerekli tedbirleri alıncaya kadar geçecek süre içinde memleket zarar görebilir.”

Mahkeme bu kararıyla, bir yandan “kökü dışarıda olan” derneklerin “yurt bütünlüğü” açısından tehlikeli olduğunu peşinen kabul ederken, diğer yandan da saf vatandaşların “aldatılabileceği” gibi bir kuşkuyla bireylerin zeka ve ferasetine güvensizliğini ortaya koymaktadır.

4. Mahkemenin Hükümetlerin Ekonomik Politikalarına Müdahalesi

Anayasa Mahkemesi aktivizminin en yoğun olduğu alanlardan birisi hükümetlerin ekonomik politikalarıdır. Anayasada ekonomik ve sosyal hayata ilişkin bazı düzenlemeler bulunmakla birlikte, siyasi iktidarlara belli bir ekonomik model empoze edilmemektedir³⁸. Dolayısıyla hükümetler farklı ekonomik politikaları izleyebilirler. Anayasa Mahkemesi de bir kararında bu noktaya şöyle işaret etmiştir³⁹: “[Ç]ok partili demokratik rejimi benimseyen Anayasamızda, Anayasa ilkelerine ters düşmemek koşuluyla iktidarların ekonomi alanında müdahaleci veya liberal bir politika izlemelerine bir engel bulunmamaktadır.” Bununla birlikte Mahkemenin ekonomik konulardaki kararlarının önemli bir kısmı müdahaleci bir yaklaşımı yansıtmaktadır. Mahkeme, *devletçi ekonomik model* olarak nitelendirilebilecek olan bu temel içtihadına uymayan birçok düzenlemeyi iptal etmiştir.

4.1 Özelleştirme düzenlemelerinin iptali

Anayasa Mahkemesi hükümetlerin kamu iktisadi teşebbüsleri (KİT)’nin

³⁸ Özbudun, Ergun: “Anayasa Mahkemesi ve Ekonomik Politika”, *Fazıl Sağlam’a 65. Yaş Armağanı*, (İmaj Yayınevi: Ankara, 2006), s.320.

³⁹ E. 1984/9, K. 1985/4, K.T. 18.2.1985.

özelleştirilmesiyle ilgili düzenlemelerini iptal ederken hukukilik denetimini aşarak yerindelik denetimi yapmıştır.

Mahkeme, 5.5.1994 tarih ve 3987 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesi ile Özelleştirme Sonucunda Doğabilecek İstihdamla İlgili Sorunların Çözümlemesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnameler Çıkarılması Amacıyla Yetki Verilmesine Dair Kanunu Anayasaya aykırı olduğu gerekçeyle iptal etmiştir⁴⁰.

Mahkemenin özelleştirme konusundaki temel içtihadını belirlediği bu kararda dayandığı gerekçelerden ilki, “Anayasada özel mülkiyet için öngörülen güvencelerin kamu mülkiyeti için de geçerli olması gerektiği” şeklindedir:

“Anayasa’nın 35. maddesindeki mülkiyet hakkıyla ilgili korumanın, kamu mülkiyeti için de özel mülkiyetle eşit biçimde değerlendirip düzenlenmesi kaçınılmazdır. Bu nedenle, özel teşebbüslerin devletleştirilmesinde olduğu gibi kamu varlıklarının özelleştirilmesinde de yetki, yasama organınınır. Bu yetki, yasama organının kamu mülkiyetinin de koruyucusu olmasının doğal sonucudur. Özelleştirme Anayasa’da yasaklanmadığına göre yasama organı, yararlı, gerekli ya da uygun gördüğü kamu varlıklarının özelleştirilmesini Anayasa’nın 11. maddesi gereğince Anayasa’nın ilkelerine ve kurallarına bağlı kalarak, yasayla belirleyebilir. Devletleştirmede olduğu gibi özelleştirmede de esas ve yöntemlere ilişkin bir düzenlemenin yasayla yapılması zorunluluğu açıktır. Özelleştirmeyi genelde düzenleyen böyle bir yasanın varlığı, özelleştirilecek her KİT için yasama organının olurunı öngören özel bir yasa çıkarılması gereksinimini ortadan kaldırmaz. Çünkü, yasama organı özelleştirilecek KİT için anayasal ilkelere aykırı olmamak üzere çerçeve yasaya ayrıntı biçimde özelleştirme koşullarında değişiklik yapma yetkisine sahip bulunmaktadır. Özel mülkiyet için Anayasa’nın getirdiği koruma ve güvence kamu mülkiyeti için de geçerli olduğundan, özel mülkiyet konusundaki özenin kamu mülkiyeti konusunda öncelikle düşünüleceğinde duraksanamaz... Kamu mülkiyeti de kamu yararı amacıyla sınırlanabilir ve toplum yararına aykırı biçimde kullanılmaz.”

Mahkemenin bu yaklaşımı doğru değildir. Çünkü korunması gereken bir hak olarak mülkiyet ancak özel nitelikte olabilir. Anayasanın 35.maddesiyle getirilen “kanunla sınırlama” güvencesi özel mülkiyet için geçerli olup devletin mülkiyetindeki kaynaklar için geçerli değildir. Devletleştirme, kişi haklarını sınırlayıcı bir işlem olduğundan kanunla yapılması zorunludur. Özelleştirmede ise birey haklarının sınırlandırılması söz konusu olmadığından kanun yerine kanun hükmünde kararname ile de yapılması mümkündür⁴¹.

⁴⁰ E. 1994/49, K. 1994/45-2, K.T. 7.7.1994.

⁴¹ Erdoğan (2002): s.203-204.

Mahkemenin kararını dayandırdığı diğer önemli gerekçe, “özelleştirme düzenlemelerinde yabancıların ağırlığını önleyici kuralların getirilmesinin Anayasal bir zorunluluk olduğu” şeklindedir:

“Devletin geleceği üzerinde doğrudan etkisi olan yaşamsal önemdeki konularda, yabancıların ağırlığını önleyici kuralların getirilmesi, bağımsızlığın korunması yönünden zorunludur. Kalkınmayı hızlandırmak için elbette dış borçlanma, yabancı sermaye, yabancı ortaklıklardan yararlanmak gerekir. Ancak, özelleştirme yoluyla giderek yabancıların nüfuzuna yol açılması, ülke bağımsızlığı yönünden kabul edilemez... Türk Ulusu’nun çıkarlarının, ülke bağımsızlığının ve güvenliğinin gözetilmesi özelleştirmenin yabancılaştırmaya dönüşmemesi yönünden getirilecek kuralların önemi büyüktür. Uygulamaların karşılıklılık ilkesi gözetilerek yapılması gerekir. Telekomünikasyon, elektrik üretim, iletim ve dağıtım gibi stratejik önemi olan alanlara yabancıların girmesinin ötesinde, egemen olması, güvenlik, bağımsızlık ve ekonomik yönlerden çok sakıncalı olabilir. Çünkü, bu tür kamu hizmetleri ülke güvenliği ile çok yakından ilgilidir. Halka ya da çalışana satılsa bile yasada önlem getirilmedikçe payların hızla el değiştirmesi her zaman için olanaklıdır. Özelleştirilen ve ilk aşamada halka satılan kuruluşların sonradan yerli ya da yabancı sermaye gruplarının eline geçme olasılığı fazladır. Düzenlemelerin bu tür durumları önleyecek biçimde yapılması gerekir... Bu nedenlerle özelleştirme ile ilgili yasalarda yabancılarla ilgili kimi sınırlamalar getirilmesi **ülkenin bağımsızlığı ve ulusun güvenliği** ile doğrudan ilgilidir. Böyle bir düzenlemenin bulunmaması, uygulamanın, anılan ilkeleri zedeleyici sonuç doğurmasına neden olabilir. Yabancı egemenliğine yolaçmayacak yöntemlerle özelleştirme gerçekleştirilebilir. Özelleştirmeyle KİT’lerin arazi, arsa, bina, makina gibi tüm varlığı satılabilecektir. Türkiye’de kamu işletmelerinin bir çoğunun taşınmaz mal varlıkları çok değerlidir. Bu nedenle yerli ve yabancı özel sektöre çoğu kuruluş çekici gelmektedir. Önemli olan KİT’lere ilişkin araç ve gereçlerle birlikte taşınmaz malların da satılmasıdır. Bu yöntemle, Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa’ya aykırı bularak kapatmış olduğu yabancılara taşınmaz mal satışı yolu, bu konuda dolaylı olarak yeniden açılmış olacaktır ki, bu da Anayasa Mahkemesi kararlarını etkisiz kılma anlamına gelir. Bu kararlar ve karşılıklılık ilkesi gözetilmeden yapılacak özelleştirme Anayasa’ya aykırı olur... Telekomünikasyon ve elektrik gibi stratejik öneme sahip kamu hizmetlerinin yabancılaşması, ülke savunması, güvenliği ve bağımsızlığı yönünden sakıncalıdır. Bu nedenlerle, dava konusu Yasa, herhangi bir sınır getirmeden KİT’lerin müessese, bağlı ortaklık, iştirak, işletme ve işletme birimlerinin yabancılara satılmasına olanak sağlayan niteliğiyle, Anayasa’nın Başlangıç’ının yedinci paragrafındaki ‘Türk Millî Menfaatleri’nin korunması ve 5. maddesindeki devletin, ‘Türk Milletinin Bağımsızlığı’nı ve ‘kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğu’nu sağlama ilkelerine aykırıdır.” (vurgu eklenmiştir)

Mahkemenin, tıpkı yabancılara mülk satışı kararında olduğu gibi, “Türk milli menfaatleri”, “ülke güvenliği” ve “Türk milletinin bağımsızlığı” kavramlarını kullanarak özelleştirme düzenlemesini iptal etmesi, hukukilik denetiminin yerindelik denetimine dönüşmesine yol açar. Bu ise, Mahkemenin bu konulardaki kendi sübjektif anlayışını seçilmiş yöneticilerin tercihlerinin üstüne çıkarması sonucunu doğuracağından demokrasiyle bağdaşmaz⁴².

Mahkemenin bir diğer gerekçesi ise tekel niteliği taşıyan işletmelerin özelleştirilmesinin özel tekel oluşturacağı ve bunun da Anayasaya aykırı olduğu şeklindedir:

“Özelleştirilecek kuruluş tekel konumunda ise, kamu tekelinin yerini özel tekelin alması kaçınılmazdır. Kamu tekelinde durumunda, mal ya da hizmet üretimine Devlet’in doğrudan karışması olanağı varken özel tekel durumunda, bu olanak sözkonusu olmayacak, mal ve hizmet fiyatları kamu tekelinde olduğundan daha yüksekte belirleneceği gibi kalite de olumsuz etkilenecektir. Elektrik, su, telekomünikasyon gibi temel kamu hizmeti üreten ve doğal tekel niteliği taşıyan ve stratejik yönden önemli olan kamu iktisadî teşebbüslerinin özelleştirilmesi önlem alınmadığında özel tekelleşme olanağı sağlanması, başka bir anlatımla kamu görevlerinin özel sektöre devri anlamına gelir. Bu durumda gerçek ve tüzel kişilerin uyacağı koşullar ile devletçe yapılacak gözetim ve denetimin ilke ve yöntemleriyle uygulanacak yaptırımların gösterilmesi zorunludur. Bu nedenle, Özelleştirme Yasası’nda mal ya da hizmet üretiminin belirli sermaye gruplarının elinde toplanmasını, tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önleyecek önlemlerin alınması gerekir”

Mahkemenin bu argümanı da yerinde değildir. Anayasa (m.167), Devlete “piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi” önleme görevini vermiştir. Özelleştirme sonucunda tekelleşme ya da kartelleşme olması halinde bunu önleyici tedbirleri almak zaten hükümetlerin görevidir. Henüz tekelleşme oluşmadan, oluşabileceği endişesiyle hükümetin özelleştirme kararını iptal etmek Anayasanın amacına aykırıdır.

Anayasa Mahkemesinin hükümetlerin ekonomik politikalarına müdahale anlamına gelen bu tür kararlarında kamu yararı, kamu malı, milli yarar, bağımsızlık ve egemenlik gibi bazı temel kavramları oldukça farklı anladığı ya da yorumladığı görülmektedir. Mustafa Erdoğan’a göre çağdışı olan ve demokrasilerde hiçbir geçerliliği bulunmayan Mahkemenin bu yaklaşımının nedenleri, üyelerinin çoğunun “devletin ekonomik teorisi”nden haberdar olmaması, Bodinvari sınırsız egemenlik anlayışını benimsemesi ve sömürge geçmişinden sıyrılmak isteyen ülkelerdeki psikoloji ile davranmasıdır⁴³.

⁴² Özbudun (2006): s.330.

⁴³ Erdoğan (2002): s.202-205.

4.2 Yabancılar mülk satışı düzenlemelerinin iptali

Mahkeme, yabancılar mülk satışıyla ilgili olarak “karşılıklılık şartının aranmaması” ve “yabancıların edinebilecekleri taşınmazların oranının tespiti” konularında Bakanlar Kurulunu yetkilendiren kanuni düzenlemeleri iptal ederken mülk satışı ile milli menfaatler ve egemenlik arasında ilişki kurarak ilginç yorumlar yapmıştır. Mahkeme 1984 tarihli bir kararında şu görüşlere yer vermiştir⁴⁴:

“Yabancıya satılmış toprakların yasal yollardan yerine göre geri alınabilmesi olanağının varlığına güvenilemez. Yabancıların her an kendi devletin himayesinde olduğu dikkate alındığında böyle bir yola başvurma devletlerarası çetin sorunları davet etmesi kaçınılmazdır... Ülkede yabancıların arazi ve emlak edinmesi salt bir mülkiyet sorunu gibi değerlendirilemez.”

Mahkeme 2007 tarihli yeni bir kararında ise aynı konuda görüşlerini şöyle açıklamıştır⁴⁵:

“Anayasa’nın Başlangıç kısmında ‘hiçbir faaliyetin Türk milli menfaatlerinin, ... karşısında koruma göremeyeceği’, 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti’nin başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu belirtilmiş, 5. maddesinde de kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak Devletin amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Anayasa’nın 35. maddesinde de, herkesin mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu ve bu hakların ancak kamu yaran amacıyla kanunla sınırlanabileceği öngörülmüştür. **Devletin en önemli unsurlarından biri ülkedir ve ülkede yabancıların arazi ve emlak edinmesi salt bir mülkiyet sorunu gibi değerlendirilemez.** Toprak, devletin vazgeçilmesi olanaksız temel unsuru, egemenlik ve bağımsızlığının simgesidir. Yabancıların taşınmaz ediniminin önemi ülkemiz açısından da yadsınamaz. Ülke bütünlüğü ve egemenliği ile doğrudan ilgili olduğunda duraksama bulunmayan yabancıların taşınmaz edinimi konusunda, yasaların açık, anlaşılabilir ve sınırları belirli kuralları içermesi gerekir.” (vurgu eklenmiştir)

Mahkemeye göre, yabancılar belli sınırları aşan mülk satışı Türk milli menfaatlerine aykırıdır ve egemenliğe yönelik bir tehdittir. Gerektiğinde vatandaşlarla aynı hukuki şartlarda mülkiyet hakkı sınırlanabilecek olan yabancıların mülk sahibi olmasının neden egemenliği ihlal ettiği belirsizdir. Öte yandan, demokrasilerde milli menfaate uygun ya da aykırı olan hususları hükümetin yerine geçerek tespit eden Mahkemenin bu girişimiyle hukukilik denetimini aşarak yerindelik denetimine kaydı da açıktır.

⁴⁴ E. 1984/14, K. 1985/7, K.T. 13.6.1985.

⁴⁵ E. 2006/35, K. 2007/48, K.T. 11.4.2007.

4.3 Sosyal güvenlik reformuna ilişkin kanunun iptali

Anayasa mahkemesi bütün çalışanların aynı sosyal güvenlik sistemine tabi tutan kanuni düzenlemeyi iptal ederken, “Devletin en temel işlevlerinden olan kamu hizmetinin görülmesindeki yeri tartışmasız olan kamu görevlileri” için özel hükümler getirilmesi gerektiği gerekçesine dayanmıştır. Mahkeme görüşlerini şöyle ifade etmiştir⁴⁶:

“İşçi statüsündeki sigortalılar çalışmalarında İş Kanunu’na, kendi nam ve hesabına çalışanlar ise 1479 sayılı Yasa’ya tabi oldukları için, bunların sosyal güvenlik haklarındaki prime dayalı sigorta esası, özel sigortaya benzer bir nitelik de taşımaktadır... Devletin en temel işlevlerinden olan kamu hizmetinin görülmesindeki yeri tartışmasız olan kamu görevlileri için statülerine, yaptıkları görevin gereklerine uygun, emeklileri için de önceki statüleri ile uyumlu ayrı yasal düzenleme yapılmasını gerekli kılmaktadır... [A]ynı hukuksal konumda bulunmayan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile bunlar dışında kalan sigortalıların yukarıda belirtilen özellikleri gözetilmeksizin aynı sisteme bağlı tutulması”, Anayasaya aykırıdır. “Dava konusu düzenlemelerin memurlar ve diğer kamu görevlileri yönünden iptali gerekir.”

Böylece Anayasa Mahkemesi çalışanları “devlet için çalışanlar” ve “diğer çalışanlar” şeklinde ikiye ayırmış, devlet için çalışanların daha imtiyazlı olması gerektiğine karar vermiştir.

5.Mahkemenin Kendi Yetki Alanını Genişletmesi

5.1 Anayasa değişikliklerinin iptali

Anayasa değişikliklerinin yargısal denetimi konusunda açık bir düzenleme öngörmeyen 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi kendini bu konuda yetkili sayarak bazı anayasa değişikliklerini iptal etmiştir. Bu denetimin yapılabilmesi için anayasa normları arasında bir hiyerarşinin bulunduğu dair Anayasada bir hüküm bulunması gerekirdi. Anayasada böyle bir hüküm bulunmadığı gibi, doktrinde de anayasal normların eşit hukuki değerde olduğu görüşü egemendi.⁴⁷ Anayasa Mahkemesi 1970 yılında verdiği bir kararla, Anayasada yapılan bir değişikliği, Anayasanın Cumhuriyetin niteliklerini düzenleyen 2.maddesine aykırı bularak iptal etmiştir. Mahkeme bu kararında, Anayasanın 9.maddesinde yer alan “Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez” kuralına dayanmıştır. Mahkeme zorlama bir yorumla, Cumhuriyet hükmünün değişmezliğinin 2.maddedeki Cumhuriyetin niteliklerini de içerdiğini ileri sürmüştür. Mahkemeye göre⁴⁸:

⁴⁶ E. 2006/111, K. 2006/112, K.T. 15.12.2006.

⁴⁷ Özbudun (2007): s.259.

⁴⁸ E. 1970/1, K. 1970/31, K.T. 16.6.1970.

“Buradaki değişmezlik ilkesinin sadece (Cumhuriyet) sözcüğünü hedef almadığını söylemek bile fazladır. Yani Anayasada sadece (Cumhuriyet) sözcüğünün değişmezliğini kabul ederek, onun dışındaki bütün ilke ve kuralların değiştirilebileceğini düşünmenin Anayasanın bu ilkesi ile bağdaştırılması mümkün değildir. Zira 9.maddedeki değişmezlik ilkesinin amacı, Anayasa’nın 1., 2. maddelerinde ve 2. maddenin gönderme yaptığı, başlangıç bölümünde yer alan temel ilkelerle niteliği belirtilmiş Cumhuriyet sözcüğü ile ifade edilen Devlet sistemidir. Bir başka deyimle, 9. madde ile değişmezlik ilkesine bağlanan Cumhuriyet sözcüğü değil, yukarıda gösterilen Anayasa maddelerinde nitelikleri belirtilmiş olan Cumhuriyet rejimidir. Şu halde, sadece Cumhuriyet sözcüğünü saklı tutup, bütün bu nitelikleri, hangi istikamette olursa olsun, tamamen veya kısmen değiştirmek veya kaldırmak suretiyle, 1961 Anayasasının ilkeleriyle bağdaşması mümkün olmayan bir başka rejimi meydana getirecek bir Anayasa değişikliğinin teklif ve kabul edilmesinin Anayasaya aykırı düşeceğinin, tartışmayı gerektirmeyecek derecede açık olduğu ortadadır.”

Bu yoruma göre, 2.maddede sayılan “insan haklarına ve Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, milli, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti” niteliklerinden herhangi birine aykırı bir anayasa değişikliği, Cumhuriyet ilkesinin değişmezliği kuralına da aykırı olacağından iptal edilebilecektir. Anayasanın 2.maddesinde sayılan ve çok geniş kapsamı olan niteliklerle ilgisi olmayan bir anayasa değişikliği düşünmek neredeyse mümkün olmadığına göre, Mahkemenin bu yorumla kendisine tüm anayasa değişikliklerini denetleyebilme yetkisi tanıdığı ortadadır.⁴⁹

1971 yılında, Mahkemenin anayasa değişikliklerini denetleme yetkisinin sadece şekil denetiyle sınırlandırılmasına rağmen, Mahkeme izleyen yıllarda anayasa değişikliklerini iptal etmeyi sürdürmüştür. Mahkeme bu iptal kararlarında, Cumhuriyetin değişmezliği kuralının sadece bir maddi hukuk kuralı değil, aynı zamanda bir şekil kuralı olduğu yorumunu geliştirmiştir. Bu yoruma göre 2.maddedeki niteliklere aykırı anayasa değişiklikleri şekil yönünden anayasaya aykırıdır. Mahkemeye göre⁵⁰:

“Kanun ve o nitelikte bulunan Anayasa değişikliklerini teklif etmeyi düzenleyen Anayasa hükümleri birer biçim kuralı olduklarına göre, bunu yasaklayan bir kuralın da bir biçim kuralı olduğunda hiç kuşku yoktur. Çünkü bu yasak, belli sayıdaki Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin esasında kendileri için bir hak teşkil eden ve niteliği bakımından da bir yasama işlemi olan Anayasa değişikliği teklif etmelerini önlemektedir. Başka bir deyimle değişiklik teklifi, değişmezlik ilkesiyle çatışmıyorsa, Anaya-

⁴⁹ Özbudun (2007): s.260.

⁵⁰ E. 1973/19, K. 1975/87, K.T. 15.4.1975. Benzer kararlar için bkz. E. 1976/38, K. 1976/46, K.T. 12.10.1976; E. 1976/43, K. 1977/4, K.T. 27.1.1977.

sa'da gösterilen şekil şartlarına uygun olarak yöntemi içinde yürüyecek ve şayet çatışıyorsa, hiç yapılamayacak, yapılmış ise yöntemi içinde yürütüle-miyecek, yürütülmüş ise kabul edilip kanunlaşamayacaktır... [D]ava konu-su hükümlerin biçim bakımından anayasal denetimi yapılırken, bir biçim koşulu olduğunda kuşkuya yer bırakmayan 9. maddenin öngördüğü yasak kural açısından da inceleme yapılması zorunludur.”

Mahkemenin Anayasaya aykırı yorumlarla anayasa değişikliklerini iptal etmesine bir tepki olarak 1982 Anayasası ile anayasa değişikliklerinin şekil bakımından denetimi, “teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşüle-meceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile” sınırlandırılmıştır. Mahkeme, bu dönemde yapılan Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesine ilişkin Anayasa değişikliğinin iptali için açılan davayı, Anayasanın esas denetimine izin vermediği, şekil bakımından da Anayasada belirtilen aykırılıkların bu-lunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Mahkeme bu davada şekil denetimine ilişkin şartları geniş yorumlamaktan kaçınmıştır⁵¹. Ancak kısa bir süre sonra Mahkeme, üniversitelerde kılık ve kıyafetin serbest bırakılmasına ilişkin 2008 tarihli Anayasa değişikliği hakkında açılan iptal davasında yetkisini aşarak esastan iptal kararı vermiştir⁵². Mahkeme bu kararıyla, anayasa değişiklikleri-nin denetlenmesinde 148.maddedeki açık yasağa rağmen geleneksel aktivist tutumuna geri dönmekle kalmamış, Meclisin anayasa değişikliği yapma yet-kisini de fiilen kullanılamaz hale getirmiştir.

5.2 Mahkemenin yürürlüğü durdurma kararı verme konusunda kendini yetkilendirmesi

Anayasa Mahkemesinin, Anayasaya aykırılığı iddia edilen normların yü-rürlüğünün durdurulmasına Anayasada ve Anayasa Mahkemesinin Kuru-luşu ve Yargılama Usûlü Hakkında Kanunda izin veren bir hüküm bulun-mamaktadır. Mahkeme de, 1993 yılına kadar kendisine yapılan yürürlüğün durdurulması istemlerini “Anayasa ile kendisine bu yetkinin verilmemiş olduğu” gerekçesiyle reddetmiştir⁵³. Ancak Mahkeme, 1993 yılında özelleş-tirmeyle ilgili bir kanun hükmünde kararnamenin iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle önüne gelen bir davada ilk defa yürürlüğü durdur-ma kararı vermiştir. Bu davada⁵⁴ Mahkeme, yargı yetkisinin etkinliği, karar verme aracının özgürce ve eksiksiz kullanılmasının gerekliliği, dâva kavra-mının içinde yürütmenin durdurulmasının da bulunduğu, yasalarda açıkça bulunmasa bile tedbir yetkisinin varsayılmasının bir zorunluluk olduğu, yü-rürlüğün durdurulması yetkisinin kullanılması hakkında Anayasada boşluk bulunduğu ve Mahkemenin bu konuda hukuk yaratabileceği gerekçelerine

⁵¹ E.1987/9, K. 1987/15, K.T. 18.6.1987; E.2007/72, K.2007/68, K.T. 5.7.2007; E.2007/99, K.2007/86, K.T. 27.11.2007.

⁵² E. 2008/16, K.2008/116, K.T. 5.6.2008.

⁵³ E.1972/13, K.1972/18, K.T. 6.4.1972; E.1985/659, K.1985/4 (müteferrik karar), K.T. 1.8.1985.

⁵⁴ E.1993/33, K. 1993/40-1, K.T. 21.10.1993.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

dayanmıştır. Böylece Mahkeme, Anayasanın vermediği bu yürürlüğün durdurulması yetkisini 1993 yılından itibaren verdiği yürürlüğü durdurma kararlarıyla kendisine tanımıştır. Üstelik de Mahkeme Anayasal dayanağı olmayan yürürlüğü durdurma kararlarını vermekte oldukça cömert davranmaktadır. Anayasa Mahkemesinin Anayasada düzenlenmeyen bu yetkiyi içtihat yoluyla kendisine tanınması ciddi tartışmalara yol açmıştır. Mahkemenin bu içtihadı Anayasaya aykırıdır. Çünkü alt derece mahkemeleri bakımından ihtiyati tedbir kararını düzenleyen yasa koyucunun⁵⁵ ve Anayasada açıkça idari yargılama usulünde yürütmeyi durdurma kararını düzenleyen (m.125/6) Anayasa koyucunun, Anayasa yargısında bu konuyu düzenlemeyi unuttuğu ya da özensiz davrandığı söylenemez. Mahkemenin dayandığı bir başka gerekçe de yürürlükten kaldırılan eski Kuruluş Kanununun gerekçesidir. Söz konusu kanunun gerekçesinde ise genel olarak yargılama usulünden bahsedilmekle birlikte, Mahkemenin böyle bir yetkiye sahip olduğuna dair açık bir ibare bulunmamaktadır. Mahkemenin otuz yılı aşkın bir süre sonra yürürlükte bile olmayan bir kanunun gerekçesine dayanması, bu yetkiyi kendine tanırken ne kadar zorlandığını göstermesi bakımından ilginçtir.

5.3 Bakanlar Kurulunun kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin daraltılması

Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 91. maddesinde yer almamakla birlikte, yetki kanunu ile Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin verilebilmesi için “önemlilik”, “ivedilik”, “kısa sürelilik” ve “zorunluluk” gibi şartların da bulunması ve “sık sık bu yola başvurulmaması” gerektiği yolunda bir içtihat geliştirmiş⁵⁶ ve bu şartlara uymayan yetki kanunlarını iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi bu içtihadıyla, yetki kanunu için Anayasada olmayan ek şartlar getirmektedir. Mahkemenin bu konudaki diğer bir kararında ortaya koyduğu şu görüş ilginçtir: “(B)ir yetki yasasının Anayasa’ya uygun görülebilmesi Anayasa’daki öge ve ölçütlere Anayasa Mahkemesi kararlarıyla getirilen yorumlar çerçevesinde uygun olmasıyla olanaklıdır.”⁵⁷

5.4 Parlamento kararlarının denetlenmesinde yetki aşımı

Anayasa Mahkemesi, Mayıs 2007’de verdiği bir kararla Cumhurbaşkanı seçimini düzenleyen Anayasanın 102.maddesindeki “üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu” ibaresinin hem toplantı hem de karar yeter sayısı olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme, TBMM’nin 27.4.2007 günü yapılan Cumhurbaşkanlığı seçiminin ilk oylamasında toplantı yeter sayısının “üye tamsayısının üçte biri” olduğuna ilişkin kararını “eylemlî içtüzük değişikliği” olarak nitelen-

⁵⁵ Hukuk Muhakemeleri Kanunu, m.389 vd.

⁵⁶ Bkz. E.1988/64, K.1990/2, K.T.1.2.1990. Aynı nitelikte, E. 1994/49, K. 1994/45-2, K.T. 7.7.1994; E. 1993/26, K. 1993/28, K.T. 16.09.1993.

⁵⁷ E. 1993/26, K. 1993/28, K.T. 16.9.1993. Benzer bir karar için bkz. E. 1997/3, K. 1997/2, K. T. 15.1.1997.

dirmiş ve Meclis kararının iptaline karar vermiştir⁵⁸. Anayasa Mahkemesinin bu kararı birçok bakımdan Anayasaya aykırı olup, bir Meclis kararı olması nedeniyle yargı denetimi dışında tutulan seçim işine doğrudan yapılmış bir müdahaledir. Mahkemenin Meclisin bu kararını “eylemli içtüzük” olarak nitelendirmesi yanlıştır. Çünkü ortada ne bir içtüzük değişikliği ne de eylemli içtüzük düzenlemesi vardır. TBMM İçtüzüğü’nün Cumhurbaşkanı seçimine ilişkin hükmü, Anayasanın 102.maddesindeki düzenlemeyi aynen tekrarlamaktadır. Mahkeme kararındaki diğer bir usul sorunu, ortada yürürlüğe konulmuş “olumlu” bir yasama işlemi olmadığı halde “yürürlüğü durdurma” kararı vermiş olmasıdır.

Mahkemenin kararı esas bakımından incelendiğinde yapılan hukuki hatalar daha da bariz hale gelmektedir. Her şeyden önce Anayasanın 102.maddesinde toplantı yeter sayısı için bir düzenleme bulunmayıp, sadece karar yeter sayısına yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre, “oylamaların ilk ikisinde üye tamsayısının üçte iki çoğunluk oyu sağlanamazsa üçüncü oylamaya geçilir, üçüncü oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğunu sağlayan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olur. Bu oylamada üye tamsayısının salt çoğunluğu sağlanamadığı takdirde üçüncü oylamada en çok oy almış bulunan iki aday arasında dördüncü oylama yapılır, bu oylamada da üye tamsayısının salt çoğunluğu ile Cumhurbaşkanı seçilemediği takdirde derhal Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimleri yenilenir.” Görüldüğü üzere bu düzenlemede ilk iki oylamada Cumhurbaşkanının seçilebilmesi için üçte iki, sonraki oylamalarda ise salt çoğunluk aranmaktadır. Bu oy oranlarının karar yeter sayısını ifade ettiği, metindeki “seçilmiş olur” ibaresinden anlaşılmaktadır. Zira “seçme” toplanmayı değil “karar vermeyi” ifade eder. Öte yandan Mahkemenin dört oylama için de “üçte ikilik” bir toplantı yeter sayısını şart koşması, 102.maddedeki 3. ve 4. oylamaları fiilen yapılamaz hale getirmektedir. Böylece Mahkeme 102. maddenin son iki oylamayla ilgili kısmını fiilen geçersiz kılmış olmaktadır. Son olarak Mahkemenin, Anayasanın Cumhurbaşkanı seçimi için nitelikli bir uzlaşmayı şart koştuğuna dair gerekçesi de tamamen hukuki dayanaktan yoksundur. Anayasa bu konuda nitelikli çoğunlukla uzlaşmayı aramış olsaydı, son iki oylamada salt çoğunlukla seçebilmeye izin vermezdi.

Anayasa Mahkemesinin bu kararı, Türk anayasal sisteminde ciddi bir tıkanmaya yol açmış ve aylarca yeni Cumhurbaşkanı seçilememiştir. Anayasa Mahkemesinin yetkilerini aşarak verdiği bu keyfi karardan sonra TBMM Anayasanın toplantı yeter sayısı (m.96) ve Cumhurbaşkanı seçimine (m.102) ilişkin hükümlerinde değişiklik yapmış ve bu değişiklikler yapılan referandumda da halk tarafından kabul edilmiştir.

⁵⁸ E. 2007/45, K. 2007/54, K.T. 1.5.2007.

V. SONUÇ

Bugün Hamilton yaşıyor olsaydı -özellikle de Türkiye’deki uygulamayı görseydi- hala yargının “en az tehlikeli erk” olduğunu söylemiydi bilinmez ama, günümüzde birçok anayasa hukukçusu böyle düşünmemektedir. Richard Maidment’e göre, Yüksek Mahkeme “artık en az tehlikeli erk” olmaktan çıkmıştır.⁵⁹ Anayasa yargısına karşı görüşleriyle tanınan anayasa hukukçusu Mark Tushnet de Yüksek Mahkemenin anayasallık denetimi yapmasının sonlandırılması gerektiği fikrini savunmaktadır⁶⁰.

Türk Anayasa Mahkemesinin “farklı” yargısal aktivizmi ise Hamilton’un kemiklerini sızlatacak türden bir aktivizm örneğidir. Türkiye’de Yargıtay ve Danıştay kararlarına da egemen olan bu ideolojik aktivizm karşısında şunu söylemek pekala mümkündür: İnsan hakları ve hukukun üstünlüğü bakımından yargı *en az diğer erkler kadar ve hatta daha tehlikeli* bir hale gelmiştir. Bu tür bir yargısal aktivizm hukuk devleti ve insan haklarının korunmasına hizmet etmeyip, aksine insan haklarının korunmasını ve demokrasinin pekişmesini engelleyici bir işleve sahiptir.

Bülent Tanör’ün işaret ettiği gibi, ülkemizde otoriter rejim dönemlerinde devleti ve toplumu dönüştürme çabasında hukuk kuralları ve buna bağlı olarak yargı önemli bir rol oynamıştır. Bu nedenle Türk yargıcının hukuku yorumlama, doktrinin de “ideal hukuku” arama konusunda çekingenlikleri olmuştur.⁶¹ Türkiye’de Anayasa ve kanunlarla getirilen kısıtlamalara özellikle yüksek mahkeme yargıçlarının “devletçi” yaklaşımları da eklendiğinde ortaya çıkan sonuç “devletçi ve ideolojik” içerikli ve “seçici” bir yargısal aktivizm olmaktadır.

Özellikle devletin taraf olduğu ya da siyasi niteliği olan davalarda, yargıçların, evrensel adalet ilkelerini göz önünde tutarak kuralları insan hakları lehine yorumlamak bir yana, belli davalarda mevcut kurallarla tanınan hak ve özgürlükleri daha da kısıtlayıcı bir tutum içine girebildikleri gözlemlenmektedir. Anayasa Mahkemesi için hak ve özgürlüklerin korunması, ancak bunların Anayasa ideolojisiyle bağdaşmasıyla mümkündür.⁶² Mahkeme, kendi yorumuyla daha da katı hale getirdiği Anayasa ideolojisinin, partilerin ve hatta bireylerin de ideolojisi olmasını istemektedir. Açıkça devletçi ve ideolojik bir yaklaşımı ifade eden bu tutum, sadece anayasa yargısında değil, özellikle temyiz mahkemeleri bakımından idari yargı ve ceza yargılaması alanlarında da belirgindir.

Türk Anayasa Mahkemesi örneğinde olduğu gibi yargısal aktivizm, özgürlüklerin korunması alanından uzaklaşıp seçilmiş çoğunluğun politika tercih-

⁵⁹ Maidment (1989): s.97-115.

⁶⁰ Tushnet (1999): s.154.

⁶¹ Tanör (1991): s.336-337.

⁶² Arslan (2001): s. 8.

lerini engelleme ya da onaylama mekanizmasına dönüşürse, bu durum yargının meşruiyetini de zedeler. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi ancak insan haklarını korumaya odaklandığı ölçüde meşruiyetini güçlendirebilecektir.⁶³

Öte yandan, bazı durumlarda yargısal yorum anayasa yapmaya dönüşebilir ve parlamentoların yetkisi elinden alınmış olur.⁶⁴ Anayasa Mahkemesi siyasi alanla ilgili konularda da kararını hukukilik denetimiyle sınırlı tutmak zorundadır. Zira siyasi olgular da hukukla düzenlendiğinde hukukileşir ve bu çerçevede yargısal denetim yapılabilir. Mahkeme, hukuki çözümün mümkün olmadığı durumlarda iptal kararı verebilmek için hukukun ötesine geçmemelidir. Anayasa Mahkemesi ne ikinci bir meclis ne de siyasi danışma organıdır.⁶⁵ Anayasal yorum da, “anayasa yargıcının olmayan bir şeyi yaratması ve iktidar ilişkilerini tümüyle yeniden kurmasıyla aynı şey değildir... [A]nayasal yorumda yargıcın takdir yetkisi anayasayı yeniden yazmaya kadar ileri götürülemez.”⁶⁶ Aksi halde, Anayasa Mahkemesi aşırı bir yargısal aktivizm ortaya koymuş olur. ABD Yüksek Mahkemesi yargıçlarından Cordozo’nun ifadesiyle, yargıçlar “kişisel güzellik veya iyilik ideali peşinde dolaşan gezginci şövalyeler değillerdir.”⁶⁷

Halk iktidarının hâkimler yönetimine dönüşmesine yol açabilecek olan yargısal aktivizme karşı siyasi iktidarlar kayıtsız kalmamaktadırlar.⁶⁸ Amerikan başkanlarından Roosevelt, çıkardığı sosyal reform kanunları sürekli olarak Yüksek Mahkeme tarafından anayasaya aykırı bulununca, “*Anayasayı Mahkemeden kurtarmak için harekete geçmek zorundayız*” şeklindeki ünlü sözünü söyleyerek, Mahkemenin yapısını değiştirmek için bir anayasa değişikliği girişiminde bulunmuş, ancak mahkemenin tutumunu değiştirmesi üzerine anayasa değişikliğinden vazgeçilmiştir.⁶⁹ Türkiye’de de yakın zamanda Anayasa Mahkemesinin yetkisini aştığı kararlara bir tepki olarak 2007 ve 2010 Anayasa değişiklikleri yapılmıştır.

⁶³ Turhan, Mehmet: “Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletindeki İşlevi ve Meşruluğu”, *Anayasa Yargısı İncelemeleri 1*, Editörler: Mehmet Turhan - Hikmet Tülen, (Anayasa Mahkemesi Yayınları: Ankara, 2006), s.66; Arslan, Zühtü: *Anayasa Teorisi*, (Seçkin: Ankara, 2005), s.52-54; Gülsoy, Mehmet Tevfik: *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, (Yetkin Yayınları: Ankara, 2007), s.255. Anayasa mahkemelerinin gelişen demokrasilerdeki rolünü inceleyen Mustafa Erdoğan, aktivist yargının parlamentoların “otorite ve meşruluğunun kurumsallaşmasını baltalama tehlikesi”ne de dikkat çekmektedir (Erdoğan, Mustafa: “Anayasa Mahkemeleri Önemli midir? Orta Avrupa’da Anayasa Yargısı ve Demokrasinin Pekişmesi”, *AÜ HFD*, Cilt 54, Sayı 3, 2005, s.3).

⁶⁴ Erdoğan (2001): *Anayasal Demokrasi*, s.77.

⁶⁵ Erdoğan (2002): s.186.

⁶⁶ Erdoğan, Mustafa: Prof. Roussillon’un “Fransız Anayasa Konseyi: Tehditler Zamanı” Başlıklı Tebliğinin Yorumu, *Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı*, (Türkiye Barolar Birliği Yayınları: Ankara, 2001), s.845-847.

⁶⁷ Ünsal (1980): s.28.

⁶⁸ Özbudun (2007): s.267-268.

⁶⁹ Özbudun (2007): s.259. 894

KAYNAKÇA

- Anayurt, Ömer: “Türk Hukukunda Siyasal Partilerin Kapatılması Rejimi: Ulusal Demokrasinin Strasbourg Demokrasisi Karşısında Hükmen Yenilgisi”, *Liberal Düşünce*, Sayı 23, 2001.
- Arslan, Zühtü: “Anayasa Mahkemesi’nin Siyasal Partiler Politikası: ‘Ve çağı’nda ‘Ya-ya da’cı Yaklaşımın Anakronizmi Üzerine Bir Deneme”, *Liberal Düşünce*, Sayı 22, 2001.
- Arslan, Zühtü: *Anayasa Teorisi*, (Seçkin: Ankara, 2005).
- Can, Osman: *Demokratikleşme Serüveninde Anayasa ve Siyasal Partilerin Kapatılması*, (Seçkin: Ankara, 2005).
- Colantuono, Michael G.: “The Revision of American State Constitutions: Legislative Power, Popular Sovereignty, and Constitutional Change”, *California Law Review*, Vol. 75, No. 4, July 1987.
- Currie, David P.: *The Constitution of the United States*, (Chicago and London, 1988).
- Erdem, Fazıl Hüsni: “Türkiye’de Sistemsel Kriz ve Siyasal Yansımanın Analizi”, *Liberal Düşünce*, Sayı 22, 2001.
- Erdoğan, Mustafa: *Anayasa Hukuku*, (Orion: Ankara, 2005).
- Erdoğan, Mustafa: “Anayasa Mahkemeleri Önemli midir? Orta Avrupa’da Anayasa Yargısı ve Demokrasinin Pekışmesi”, *AÜHFD*, Cilt 54, Sayı 3, 2005.
- Erdoğan, Mustafa: “Anayasa Mahkemesi Neye Yarar”, *Radikal Gazetesi*, 13 Mayıs 2003.
- Erdoğan, Mustafa: *Anayasa ve Özgürlük*, (Seçkin: Ankara, 2002).
- Erdoğan, Mustafa: *Anayasal Demokrasi*, (Siyasal Kitabevi: Ankara, 2001).
- Erdoğan, Mustafa: *Dersimiz Özgürlük*, (İstanbul, 2001).
- Erdoğan, Mustafa: “Fazilet Partisi’ni kapatma Kararı Işığında Türkiye’nin Anayasa Mahkemesi Sorunu”, *Liberal Düşünce*, Sayı 23, 2001.
- Erdoğan, Mustafa: Prof. Roussillon’un “Fransız Anayasa Konseyi: Tehditler Zamanı” Başlıklı Tebliğinin Yorumu, *Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı*, (Türkiye Barolar Birliği Yayınları: Ankara, 2001).
- Erdoğan, Mustafa: *Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset*, (Ankara, 2001).
- Gülsoy, Mehmet Tevfik: *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*, (Yetkin Yayınları: Ankara, 2007).
- Hague, Rod- Martin Harrop: *Comparative Government and Politics: An Introduction*, (Palgrave: Hampshire & New York, 2001).

Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi

- Hakyemez, Yusuf Şevki: *Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası*, (Seçkin Yayıncılık: Ankara, 2000).
- Hardin, Charles M.: *Constitutional Reform in America: Essays on the Separation of Powers*, Ames (Iowa) 1989.
- Hodder-Williams, Richard: "The Constitution (1787) and Modern American Government", Vernon Bogdanor, ed., *Constitutions in Democratic Politics*, (Aldershot, 1988).
- Kaboğlu, İbrahim Ö.: *Anayasa Yargısı*, (Ankara, 1994).
- Maidment, Richard: "The Least Dangerous Branch no longer: A Reflection on the United States Supreme Court", Richard Maidment and John Zvesper, eds., *Reflections on the Constitution: The American Constitution After Two Hundred Years*, (Manchester University Press: Manchester and New York, 1989).
- Özbudun, Ergun: "Anayasa Mahkemesi ve Ekonomik Politika", *Fazıl Sağlam'a 65.Yaş Armağanı*, (İmaj Yayınevi: Ankara, 2006).
- Özbudun, Ergun: "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", *Prof.Dr. Yavuz Sabuncu 'ya Armağan*, (AÜ SBF Dergisi: Ankara, 2007).
- Tanör, Bülent: *İki Anayasa 1961-1982*, (Beta: İstanbul, 1986).
- Tanör, Bülent: *Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, (BDS Yayınları: İstanbul 1991).
- Turhan, Mehmet: "Anayasa Yargısının Demokratik Hukuk Devletindeki İşlevi ve Meşruluğu", *Anayasa Yargısı İncelemeleri 1*, Editörler: Mehmet Turhan - Hikmet Tülen, (Anayasa Mahkemesi Yayınları: Ankara, 2006).
- Turhan, Mehmet: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Siyasi Parti Kapatma Davaları", *Liberal Düşünce*, Sayı 22, 2001.
- Tushnet, Mark: *Taking the Constitution Away From the Courts* (Princeton University Press: Princeton, 1999).
- Ünsal, Artun: *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi*, (AÜ SBF Yayını: Ankara 1980).

(53. Makale - 2014)

Levent KORKUT

*Siyasi Kimlik Olarak Vatandaşlık:
Türkiye’de ve Dünya Devletlerinde
Anayasal Vatandaşlık Tanımları **

* Levent Korkut “Siyasi Kimlik Olarak Vatandaşlık: Türkiye’de ve Dünya Devletlerinde Anayasal Vatandaşlık Tanımları”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 2, 2014, s. 5-41.

Siyasi Kimlik Olarak Vatandaşlık: Türkiye’de ve Dünya Devletlerinde Anayasal Vatandaşlık Tanımları

Citizenship As Political Identity: Definitions Of Citizenship In The Constitutions Of Turkey And World States

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ABSTRACT

The relation between individual and state is called citizenship in modern states. In the age of nation states, citizenship has been a major topics of constitutionalist movement. The contemporary constitutions regulate basic principles and rules on citizenship and stipulate sections and provisions on political identity, legal status, right ownership, social and cultural identity and participatory capacity of citizens. In this article, after focusing on the formation of citizenship as political identity in the constitutions of Turkey and other countries, ethnicity and equality based approaches for the construction of citizen identity will be examined and Constitution Reconciliation Commission’s work on definition of citizenship be evaluated.

Keywords: Citizenship, constitution, constitutional reform, political identity, constitution making.

GİRİŞ

Vatandaşlık, hukuk öznesinin özel bir görünüş biçimidir. Romalı hukukçu Gaius, hukukun ya kişilere ya şeylere ya da eylemlere ait olduğu tespitinde bulunarak, hukukun öznesini “kişi” (person) olarak belirlemiştir. Kişi, günümüz hukukunda hak ve yükümlülüklerin öznesi olarak tanımlanmaktadır. Kişiler, tasarrufta bulunma, hak ve fiil ehliyetine sahip olma yetkileri ile donatılmıştır. Kişiliğin kazanılması ise gerçek kişiler bakımından sağ olarak dünyaya gelme şartına bağlanmıştır. Hukuk tarihinde hak ve yükümlülüklerle sahip olabilen kişiler ile devlet arasındaki ilişki ise farklı şekillerde düzenlenmiştir.

Kişi-devlet ilişkisi, yöneten-yönetilen ilişkisidir. Bu nedenle de kişi ile siyasi iktidar arasındaki tüm ilişki biçimlerini içerir. Acaba, tasarrufta bulunma yetkisine sahip kılınan hukuk öznesi, siyasi iktidarla ilişkilerinde benzer bir yetkiye sahip midir? Eğer sahipse bu tasarruf yetkisi neleri içermektedir?

Hukuk öznesinin siyasi iktidarla olan ilişkisi günümüze kadar ortaya çıkan devlet sistemlerinde pasif ilişki ve aktif ilişki olmak üzere iki şekilde düzenlenmiştir. Pasif ilişki, kişinin siyasi iktidara karşı edilgen bir konumda bulunduğu, siyasi iktidarı belirleme, ona müdahale etme ve hak ve özgürlüklerini siyasi iktidara karşı ileri sürme şansına sahip olmadığı devlet düzenlerinde gözlemleyebileceğimiz bir tabiiyet ilişkisidir. Aktif ilişki ise, kişinin siyasi iktidarla ilişkilerinde siyasi iktidarı belirleme, yönlendirme, değiştirme amacıyla tasarrufta bulunabildiği, hak ve özgürlükleri temelinde siyasi iktidarla eşit bir ilişkiye girebildiği vatandaşlık ilişkisini ifade eder. Delanty’e göre vatandaşlık bir siyasi topluluğa üye olmayı ifade eder. Bu bağlamda, hukuk öznesi olarak vatandaşlığın çerçevesini haklar, sorumluluklar, katılım ve kimlik ve bunlar arasındaki karşılıklı ilişkiler oluşturur.¹ Vatandaşlık, hukukun öznesi olan kişinin sahip olduğu tasarruflar evreninin, siyasi toplulukla olan ilişkiler alanına doğru genişlemesidir. Hukuk öznesi kişi, vatandaşlık kimliği ile siyasi toplulukla olan ilişkilerinde de aktif özne sıfatını kazanır. Vatandaşlığa yer vermeyen bir siyasi sistemde kişiler başka kişiler ve insan dışı dünya ile ilişkilerinde özgür bir şekilde tasarruflarda bulunabilse dahi devlet ile kişiler arasındaki ilişkiler tek yönlüdür ve kişiler edilgin bir konumdadır.

I- Vatandaşlık Kavramının Tarihsel Gelişimi

Vatandaşlık kavramının tarihine baktığımızda, kavramın ilk olarak antik çağda Yunan ve Roma uygarlıklarında kullanıldığını görmekteyiz. Modern vatandaşlık ise ulus devletin temel yapı taşı olarak önem kazanmış bir kavramdır. Antik dönemde, Yunan şehir devletleri ve Roma İmparatorluğunda olmak üzere iki Vatandaşlık anlayışının geliştiğini söyleyebiliriz. Antik Yunan vatandaşlığı, vatandaşın kural koyucu ve yönetici rolünü vurgular. Aristo, insanı “politik hayvan” (*zoon politicon*) olarak tanımlar. Çünkü insan doğası gereği siyasi toplum içinde yaşayan bir canlıdır. Siyasi toplum ise doğal bir kategoridir. Siyasi toplum doğanın bir ürünüdür Dolayısıyla, sadece şehir devlette (*polis*) insanın potansiyeli tam olarak ortaya çıkar. Ancak, şehir devletin insanının kural koyucu ve yönetici olabilmesi için belli niteliklere sahip olması gerekir. 20 yaşının üzerinde olmak, erkek olmak, aile reisi olmak, savaşı olmak, köle sahibi olmak vatandaşlığı hak etmenin ön koşullarıdır. Özetle, antik Yunan’da vatandaşlık, kurallarını koyarken ve yönetirken doğrudan demokrasi ve eşitlik temelinde hareket eden ve belli bir homojen kültüre sahip topluluğun üyesi olmaktır. Vatandaş, sınıf farklılıkları ile değil şehrin geleceği için erdemle hareket eder².

Antik Roma ise, Atina örneğiyle benzeşen yönleri olsa da farklı bir vatandaşlık kurgusunu hayata geçirmiştir. Başlangıçta Yunan şehir devletleri gibi Roma Devleti de şehre aidiyeti esas almışsa da, zaman içinde iki önemli

- 1) G. DELANTY, (2000), *Citizenship in a Global Age*, Society, Culture, Politics, Open University Press, Buckingham.
- 2) J. G. A. POCOCC, (1995), “The Ideal of Citizenship since Classical Times”, *Theorizing Citizenship*, Suny Press, New York, s. 29-52.

farklılık ortaya çıkmıştır. Bunlardan ilki Roma'nın İmparatorluk döneminde vatandaşlığın İmparatorluğun Avrupa, Asya ve Afrika'daki tüm yayılım alanlarında yaşayanlara genişletilmesidir. Böylece vatandaşlık “şehre aidiyeti” ifade eden siyasi bir kavram olmaktan çıkarak “yasal statü” konumuna gelmiştir. İkinci olarak, Roma vatandaşlığı süreç içinde artan bir şekilde kural koyan ve yönetici olan vatandaş olmaktan çıkmıştır. Roma vatandaşlığı, oy kullanmayan vatandaş (*civitas sine suffragio*), ya da siyasi katılımcı rolü olmayan vatandaş olarak adlandırılabilir. Roma vatandaşlığı, hukukun üstünlüğü içinde özgürlük ve mülkiyet hakkı doğal hukuk anlayışı içinde korunan, hak ve çıkar sahibi sivil kişiyi ifade eder³.

Quentin Skinner antik dönemde Yunan şehir devletleri ile Roma İmparatorluğunu karşılaştırarak bu iki devlet yapısının farklı cumhuriyetlere karşılık geldiğini ileri sürmüştür. Skinner, Yunan şehir devletlerinde etik bir öze dayalı homojen toplum yapısının komüniteryan anlayışa vücut verdiğini oysa Roma'da temel olanın toplulukla bütünleşmiş erdemli vatandaş değil, hak özneliği olduğu görüşündedir. Roma İmparatorluğunun vatandaşlara tanıdığı haklar günümüze göre çok kısıtlıdır. Ancak, vatandaşlığın çerçevesini belli bir kültürel topluluğun üyeliği ile değil, İmparatorluk egemenliğinde yaşayan insanların hak sahipliği oluşturmaktadır. Geçen yüzyılda, kökenlerini Yunan şehir devletlerine kadar geri götürebileceğimiz anlayışın organik ve etnik homojenleştirmeye yönelen, yine kökenlerini Roma İmparatorluğunda bulacağımız yaklaşımın da coğrafya temelinde hak özneliğini esas alan bir cumhuriyetçiliğe yöneldiğini söyleyebiliriz⁴.

Modern vatandaşlık anlayışı, 1776 Amerikan Bağımsızlık Savaşı ile 1789 Fransız Devrimi'nden sonra ortaya çıkan anayasacılık hareketi ile şekillenmiştir. Bu erken dönem vatandaşlık kurgusunun en önemli özelliği antik Yunan ve Roma anlayışlarını birleştirerek, “yasal vatandaşlık” ile “siyasi vatandaşlık” modellerini bir araya getirmesidir⁵. Modern vatandaşlığın dört temel direği bulunmaktadır. Bunlardan ilki eşitliktir. Bir devletin ülkesinde yaşayan ve hukuki olarak yabancı sayılmayan herkes eşit bir şekilde vatandaşlık statüsüne sahiptir. İkinci olarak, tüm vatandaşlar negatif özgürlüklere sahiptir. ABD'de kabul edilen Virginia Bildirgesi ile Fransız Devrimi sonrasında ilan edilen Vatandaş Hakları Bildirgesi bu hak ve özgürlükleri çerçeveleyen ilk yazılı anayasal dokümanlardır. Üçüncü olarak, vatandaşların siyasi yaşama katılımını sağlamaya yönelik siyasi hak ve özgürlükler de anayasal belgelerle garanti altına alınmıştır. Vatandaşların siyasi yönetime katılım hakları demokrasinin modern anayasal devletlerin ayrılmaz bir özelliği haline gelmesine önayak olmuştur. Son olarak, sosyal ve kültürel haklar vatandaşların refah devletinde sahip olduğu haklar arasına dahil edilmiştir. İmparatorlukla şehir

3) POCOCK, a.g.e., s.40-45.

4) Bkz. Quentin SKINNER, (1998), *Liberty Before Liberalism*, Cambridge University Press, Cambridge.

5) Richard BELLAMY, (2008), *Citizenship, A very Short Introduction*, Oxford University Press, New York.

devlet arasında bir boyuta sahip olan ulus devlet hem şehir devlet sisteminin, hem de imparatorluk geleneğinin vatandaşlık yaklaşımlarını birleştirmiştir.

Günümüze gelecek olursak, insan hakları alanında son iki yüzyılda görülen gelişmeler sonucunda, temel hak ve özgürlüklerin sadece vatandaşlar için değil, devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olmayan fakat devletin egemenlik alanında yaşayan tüm bireylerin hak ve özgürlükleri olduğu ilkesi tüm anayasal demokrasilerde kabul edilmiştir. Bununla birlikte, siyasi katılım haklarının sadece vatandaşlara tanınan haklar kategorisi olarak düzenlenmesi uygulamasına devam edilmektedir. Siyasi katılım hakkı ve hukuk önünde eşitlik günümüzde de vatandaşlığın temel özellikleridir. Avrupa Birliği üyesi devletlerin düzenlemelerinde ise Birlik üyesi devletlerin vatandaşlarının diğer üye devletlerin ülkelerinin yerel yönetimlerinde seçme ve seçilme haklarına sahip olması ilkesi benimsenmiştir. Bu ilke ile birlikte siyasi hakların vatandaşlara münhasır haklar olma özelliği, yerel yönetimlerle sınırlı olmak üzere, Birlik üyesi devletlerin vatandaşları bakımından terkedilmiştir diyebiliriz. Modern devlet sistemlerinde siyasi haklar alanı dışında eşitlik ilkesi de yabancıları içine alacak şekilde bireysel haklar alanına ilişkin bir ilke halini almaktadır. Tüm bu gelişmeler vatandaşlarla, vatandaş olmayanlar arasındaki uçurumun giderek kapandığına ve çağımız ulus devletlerinin bireylerin hak ve özgürlüklerinden hareketle anayasal sistemlerini şekillendirdiklerine işaret etmektedir. Ancak, günümüz devletlerinde de vatandaşlık, devlet ile birey arasındaki siyasi ilişkinin oluşturulması bakımından önemini korumakta, vatandaşlar siyasi haklarını bu statü ile kullanmakta ve kendi ülkeleri dışında vatandaşı oldukları devletlerin korumasından yararlanmaktadır. Daha da önemlisi, günümüz dünyasında bireyle devletler ya da devlet-üstü siyasi yapılar arasında vatandaşlık dışında bir bağ bulunmamaktadır. Avrupa Birliği alanında dahi, bireyler ulus-üstü siyasi haklardan ancak belli bir üye devletin vatandaşı olmaları nedeniyle yararlanabilir.

Günümüz demokratik toplumlarında, sadece vatandaşların sahip olduğu hakların -ya da bunların bir kısmının- vatandaş olmayan, ancak ikametgâh sahibi olan, hatta kalıcı ikametgâhı dahi bulunmayan kişilere doğru genişletilmesi küreselleşme ile birlikte düşünüldüğünde devam edecek bir eğilim olarak görülebilir. Artık yabancı kişiler ikametgâh izni ile vatandaşların sahip olduğuna benzer haklara erişebilecekleri bir devlet sistemi içinde yaşamaya başlamışlardır. Göçler ile ulus devletlerin görece homojen ve istikrarlı olan nüfus yapıları hızla değişmekte, birden fazla vatandaşlığa sahip olabilme konusunda “tek vatandaşlık” yaklaşımından “çoklu vatandaşlık” uygulamasına geçilmektedir⁶.

6) David OWEN, (2010), “Resident Aliens, Non-State Resident Citizens and Voting Rights: Towards a Pluralist Theory of Transnational Political Equality and Modes of Political Belonging”, Citizenship Acquisition and National Belonging: Membership, Belonging and Liberal Democratic State (Der. Gideon Calder, Phillip Cole ve Jonathan Seglow) içinde, Palgrave MacMillan, New York ss.55-57; Aleksandra MAATSCH, (2011), Ethnic Citizenship Regimes, Europeanization, Post-War Migration and Redressing Past Wrongs, Palgrave MacMillan, New York, s. 41-43.

Siyasi Kimlik Olarak Vatandaşlık

Anayasacılık hareketi tarihi boyunca vatandaşlık anayasalarda hukuki bir statü, siyasi kimlik, hak öznesi, sosyal ve kültürel kimlik ve demokratik karar alma mekanizmalarına katılım yönleriyle düzenlenmiştir. Siyasi kimlik olarak vatandaşlık, bireyin vatandaşlık statüsünü neye dayanarak kazandığını ifade eder. Siyasi kimlik anlamında vatandaşlığı bir millet, etnik ya da sosyal grup, ırk, coğrafya ve devletle doğrudan ilişkilendirerek tanımlayabiliriz. Ya da böyle bir tanım yapmaksızın vatandaşlığı hukuki statü ile ilişkilendirebiliriz. Hukuki statü anlamında vatandaşlık, vatandaşlığın hukuken nasıl kazanıldığı ve kaybedildiğine ilişkin hukuki ilke ve kurallar bütünüdür. Vatandaşlığın kazanılmasında iki ana ilke doğumla kazanma (*ius sanguinis*) ve doğum yeri (*ius soli*) olarak adlandırılır. Bunlardan ilki kişinin ana ve babasının vatandaşlığını ya da bir gruba mensubiyetini esas alırken, ikincisi sadece coğrafya ile vatandaşlığın kazanılmasına olanak tanır. Anayasalar ayrıca sonradan vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin kurallara da yer verir. Vatandaşlığın kazanılması konusunda anayasalar genellikle ilkelere yer verip detaylara ilişkin düzenlemeleri yasalara bırakırlar⁷. Vatandaşlığın siyasi kimlik ile hukuki statü boyutları arasında da bir ilişki bulunmaktadır. Örneğin, doğumla kazanma ilkesinin katı bir şekilde uygulanması vatandaşlık etnik kökenle tanımlanmasa dahi, etnik homojenliği olan toplumlarda bu yapının korunmasına hizmet edebilir.

Vatandaşların hak ve sorumlulukları da anayasalarda düzenlenir. Genelde anayasalar hangi hakların genel olarak bireylere, hangi hakların sadece vatandaşlara ait olduğuna ilişkin hükümler içerir ve başta seçme ve seçilme olmak üzere siyasi haklar ile sosyal hakların bir kısmının kullanımını salt vatandaşlara özgüler. Ancak yukarıda değindiğimiz gibi, bazı devletler bu hakların kullanımını yabancılara doğru genişletebilmektedir. Anayasalar ayrıca askerlik ödevi gibi vatandaşların temel sorumluluklarını da düzenleyebilmektedir⁸.

Anayasalarda başka bir düzenleme alanı sosyal ve kültürel kimliktir. Sosyal ve kültürel kimlik, bir kişinin üyesi bulunduğu sosyal ve kültürel gruptan kaynaklanan özelliklerinin bir bütünüdür. Sosyal ve kültürel kimliklerin anayasal düzeyde tanınması kişilerin sosyal ve kültürel özelliklerini yaşama geçirebilecek hareket alanını genişletir. Anadilini kullanma, anadilinde eğitim, dini ve kültürel gelişim hakkı gibi çok-kültürlüğe dayalı ve çoğulcu uygulama-

7) Harald WALDRAUCH, (2005), "Acquisition of Nationality", Acquisition and Loss of Nationality: Policies and Trends in 15 European States Vol 1. Comparative Analyses, (Der. Rainer Bauböck, Eva Ersboll, Kees Groenendijk ve Harald Waldrauch) içinde, Amsterdam University Press, Amsterdam, ss. 121-175

8) Bu konuda küresel ölçekte kapsamlı bir çalışma için Bkz. Rita J. SIMON ve Alison BROOKS, (2009) Rights and Responsibilities of Citizenship the World Over, Lexington Books, Lanham.

malar demokratik devletlerin anayasalarında yer almaktadır⁹. Vatandaşların sosyal ve kültürel kimliği ile siyasi kimlik arasında bir ilişki kurulabilir. Siyasi kimliğin kan ve soy bağı ile etnik kökene bağlı kılındığı sistemlerde sosyal ve kültürel kimlikle ilgili çoğulcu düzenlemelere yer verilmeme olasılığı yüksektir.

Katılımcılık, vatandaşın demokratik rejimlerdeki rolünün seçmen olmanın ötesinde, ister ulusal ister yerel düzeyde olsun günlük siyasi karar alma mekanizmalarına doğrudan etkide bulunabilmesidir. Böylece, katılımcı demokrasilerde vatandaşın toplumun siyasi yaşamına temsilcileri ile katılması dışında yeni ve doğrudan katılımı sağlayacak kanallar oluşturulmuş olur. E-demokrasi, yerel yönetimlere sivil katılımı sağlayacak ara kademeler, yerel ve ulusal düzeyde referandumlar, sivil toplum örgütlerinin siyasi karar alma mekanizmaları ile işbirliği yapması, belli bir sayıda katılımı milletvekillerinin geri çağırılması ya da yasa teklifi verilmesi, katılımcı bütçe yapımı gibi yöntemler günümüz demokrasilerinin bir kısmında başvurulmuş katılımcı vatandaşlık örnekleridir¹⁰.

II- Siyasi Kimlik Olarak Vatandaşlık

A- Avrupa'dan Örnekler

Vatandaşlığın siyasi kimlik boyutunu kişi ile devlet arasında kurulan ilişki oluşturur. Bu ilişki bir kültüre ya da medeniyete, coğrafyaya, halka, etnik ya da ırksal gruba referans verilerek kurulabilir. Ulus devletin şekillenmesi ile birlikte, ulusun yapı taşı olarak görülen vatandaş bu devlet yapısının kurucu unsuru haline gelmiştir. Ancak bu yapı taşını niteleyen ve ulusa aitliğinin tespitine yarayacak ölçütün ne olduğu konusunda farklı yaklaşımlar ortaya çıkmıştır. Kimin vatandaş olduğunun saptanmasında farklı ölçütler kullanılmıştır. Söz konusu farklılıklar toplumun sosyolojik, iktisadi ve siyasi yapısı ile tarihsel koşullarından kaynaklanmaktadır. Onsekiz ve ondokuzuncu yüzyıllarda vatandaşlık sınıfsal farklılıklar temelinde sosyo-ekonomik statü esas alınarak kurgulanmıştır. Kültürel ya da iktisadi anlamda burjuva sınıftan olanlar vatandaş olarak görülmüş, toplumun geriye kalan yoksul kesimleri ise devletin uyrukları olarak algılanmıştır. Fransa'da vatandaş kelimesi yerine kullanılan “*citoyen*” “şehirli”, “şehre ait olan” gibi anlamlar içermektedir. Britanya'da üst sınıf üyesi erkekler, özellikle de siyasi haklar bakımından

9) Will KYMLICKA, (2001), *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism and Citizenship*, Oxford University Press, New York. Will KYMLICKA ve Wayne NORMAN, (2003), *Citizenship in Diverse Societies*, Oxford University Press, New York.

10) Katılımcılık türleri için Bkz. Smith GRAHAM, (2009), *Democratic Innovations: Designing Institutions for Citizen Participation*, Cambridge University Press, New York; Archon FUNG, (2004) *Empowered Participation*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey; Terry F. BUSS ve F. Stevens REDBURN ve Kristina GUO, (2006), *Modernizing Democracy: Innovations in Citizen Participation*, M. E. Sharpe Publications, Armonk, New York; Shah, Anwar (2007), *Participatory Budgeting*, World Bank Publications, Washington D.C.; Giovanni MORO, (2009) *Citizens in Europe: Civic Activism and the Community Democratic Experiment*, Springer, New York.

vatandaş olarak kabul edilmişlerdir. Yoksullar ve kadınlar ise bu haklardan mahrum bırakılmıştır¹¹. Ondokuzuncu yüzyılın sonundan itibaren vatandaşın kimliğini tayinde kültürel özellikler varlığını korumaya devam ederken sınıfsal bakış terkedilmiştir. Vatandaşlığın siyasi kimliği fiziksel görünüş, coğrafi paylaşım, etnik farklılık, dini ayrımlar ve siyasi değerler esas alınarak şekillenmeye başlamıştır. Bu ölçütler, içeridekiler-dışarıdakiler, bizden olanlar-yabancılar ayrımlarına dayalı bir kategorileştirmeye dayandırılmıştır.

Fransa'da 1789 Devrimi sonrasında bireyin otonomisine dayalı liberal bir yaklaşımla vatandaş tüm etnik ve soy bağlarından bağımsız bir şekilde ulusun kurucu unsuru olarak kabul edilmiştir. Ulus ise aynı yasama organında temsil edilen ve aynı yasalara tabi olan vatandaşlar topluluğu şeklinde tanımlandığından, etnik temeli değil, devlet sınırları içinde yaşayanları kapsayan coğrafyayı esas alan bir vatandaşlık anlayışı kabul görmüştür. Bireyin ve ulusun geleceği bakımından güçlü ve merkeziyetçi bir devlet anlayışı 3. Cumhuriyet döneminde en olgun düzeyine erişmiştir. Yirminci yüzyılın sonlarına doğru Fransa'da otonom bireyi daha az vurgulayan, ulusu ve kültürü daha ön plana çıkaran, çok kültürlülüğe karşı entegrasyonu temel alan bir kamu hukuku yaklaşımı güç kazanmaktadır. Bu gelişmeler vatandaşlıkla etnik köken ve diğer grup kimlikleri arasındaki mesafenin korunduğunu göstermektedir. Ancak Fransa vatandaşlık ile kültür arasındaki bağı güçlü bir şekilde muhafaza etmeye devam etmektedir. Dil ve kültür Fransız vatandaşını belirleyen önemli unsurlar arasındadır. Kültürün ön plana çıkması, Fransız Anayasa geleneğinde etnik kimliği temel alan bir vatandaşlık tanımına gidilmemesinin temel nedenidir¹²

Almanya, vatandaşlık konusunda Fransa'dan oldukça farklı bir çerçeve geliştirmiştir. Alman birliği sağlanmadan önce çok sayıda prenslikten oluşan alman devletlerinde ortak birleştirici unsur Alman halkına aidiyettir. Çok sayıda küçük devletin yayıldığı bir coğrafyayı birleştirmekte zorlanan Almanlar, birliklerini ortak kültüre dayanan Alman halkını esas alarak gerçekleştirmiştir. Kant, Fransızca *citoyen* kelimesine benzeterek vatandaş karşılığı şehirli *staatsbürger* teriminin kullanılmasını önermişse de, bu önerinin pek rağbet görmediğini, vatandaşın Almanca karşılığı olarak iki farklı terimin ön plana çıktığını görmekteyiz: *staatsangehörigkeit* (devlete aidiyet) ve *volksangehörigkeit* (halka aidiyet). Günümüz Alman Anayasasında bu iki terim kullanılmaktadır. Her iki terimde de vatandaş pasif bir şekilde, "aidiyet" kavramı ile ifade edilmektedir. Alman birliğinin, kültürü temsil eden bireylerin değil, farklı Al-

11) Örneğin ABD, İngiltere ve Latin Amerika devletlerinde vatandaşlığa bağlı siyasi haklar mali güce ve cinsiyete göre belirlenmekteydi. Bkz. Francisco Ibarra PALAFOX, (2011), "Constitutionalism and Citizenship: Facing Multicultural Challenge" Mexican Law Review, Cilt: 4, Sayı: 1, s. 59-76.

12) Cécile LABORDE, (2004), "Republican Citizenship and the Crisis of Integration in France", Lineages of European Citizenship: Rights, Belonging and Participation in Eleven Nation-States (Der. Richard Bellamy, Dario Castiglione ve Emilio Santoro) içinde, Palgrave MacMillan, New York, s. 46-73.

man gruplarının bir araya gelmesiyle sağlanması, Alman anayasacılık geleneğini kimlik ağırlıklı, pasifleştirilmiş bir vatandaşlık kurgusuna itmiştir. Etnik grup ya da milliyet-devlet-pasif birey üçlemesi Alman vatandaşlık kurgusunun temeline yerleştirilmiştir. Vatandaşın kimliğinin tasarımı birey-devlet ilişkisi pasif, halk-devlet ve millet-devlet ilişkileri aktif bir rol oynamıştır. Bunun bir sonucu olarak günümüz Alman Anayasası vatandaşlığı ulus üzerinden tanımlarken etnik yapıya da yer veren bir ifade biçimini korumaktadır. Son yıllarda Habermas tarafından tanıtılan, ülkemizde “anayasal vatandaşlık” olarak adlandırılan, “anayasal vatanseverlik” (*verfassungspatriotismus*) kavramlaştırması özü itibarıyla kimlikleri homojenleştirici Alman anayasal yaklaşımını değiştirmeye yöneliktir¹³

Siyasi kimlik olarak vatandaşlığın tarihi bakımından en ilginç örnek Britanya’dır. Diğer birçok kamu hukuku alanında olduğu gibi vatandaşlıkla ilgili düzenlemeler bakımından da Britanya kendine özgü geleneksel yaklaşımlarını muhafaza etmiştir. Yazılı bir anayasası bulunmayan Britanya’da vatandaşlık feodal dönemlerden beri kullanılan tebaa terimi ile birlikte kullanılmıştır. Onsekizinci yüzyılda İngiltere ve İskoçya krallıklarında yaşayan Protestan nüfusu kapsayan vatandaşlık 1707 tarihli Birlik Yasası ile düzenlenmiş, bu tarihten itibaren çıkarılan çok sayıda kanunla kapsamı genişletilmiştir. Önce ülke dışından gelen Protestan ve Musevi göçmenlerin vatandaş olarak kabul edilmesi, daha sonra deniz aşırı ülkelerde yaşayanlara tanınan özel statülü vatandaşlık hakları ve 1870 yılında neredeyse isteyen herkesin Britanya tebaası olabilmesine olanak veren yasal düzenleme, Britanya vatandaşlık sistemine esneklik kazandırmıştır. Sürekli değişen iktisadi ve sosyal koşullar içinde bireylerin kendi şahsi çıkarlarına göre bir vatandaşlık tercihinde bulunabilmelerine olanak tanıyacak kadar esnek bir vatandaşlık sistemi içinde, vatandaş herhangi bir grup aidiyeti ile sınırlandırılmamak zorundadır. Britanya vatandaşlık sistemi son dönemlerde küresel göç nedeniyle bu esnekliğini yitirmiştir. Bununla birlikte vatandaşlığa kabulün sınırlandırılması siyasi kimlik tanımıyla değil, teknik hukuki araçlarla gerçekleştirilmektedir. Britanya’daki bu uygulamalar Amerika Birleşik Devletlerini de etkilemiştir. Bireyin hak ve özgürlüklerini esas alan aktif vatandaşlık anlayışının, etnik yönü bulunmayan bir ulus tanımıyla birlikte uygulandığı Anglo-Amerikan sistemi vatandaşlığı esas olarak birey-devlet arasında hukuki bir bağ olarak görmektedir. Vatandaşın sosyal aidiyetleri, toplumun siyasi ve sosyal kültüründe etkili olsa dahi vatandaşlık bağının oluşmasında önem taşımaz¹⁴.

13) Ulrich K. PREUß, (2004), “Citizenship and the German Nation”, *Lineages of European Citizenship: Rights, Belonging and Participation in Eleven Nation-States* (Der. Richard Bellamy, Dario Castiglione ve Emilio Santoro) içinde, Palgrave MacMillan, New York, s. 22-45.

14) Jose HARRIS, (2004), “Nationality, Rights and Virtue: Some Approaches to Citizenship in Great Britain”, *Lineages of European Citizenship: Rights, Belonging and Participation in Eleven Nation-States* (Der. Richard Bellamy, Dario Castiglione ve Emilio Santoro) içinde, Palgrave- ve MacMillan, New York, s. 73-91.

Siyasi kimliğin tanımlanması bakımından hukuk sistemlerinin gösterdiği çeşitlilik ve farklı modeller ışığında, vatandaşlığın anayasal tasarımının yapılmasında belirleyici olan unsur ya da unsurların neler olduğu araştırma konusu olmuştur. Bu konuda Avrupa devletlerini içeren yeni bir ampirik çalışma, erken dönemlerde demokratikleşen ve imparatorluk ya da kolonyal bir geçmişe sahip ülkeler olan Britanya, Fransa ve Belçika'da vatandaşlıkla ilgili politikaların oluşturulmasında katı ve dar çerçeveli olmayan bir anlayışla hareket edildiği; buna karşın demokratikleşmesi geç dönemlere rastlayan ve imparatorluk geçmişi olmayan ülkelerde daha katı ve daraltıcı politikaların ve buna uygun bir hukuki yaklaşımın egemen olduğu görülmektedir. Bu grupta Federal Almanya, İtalya, Yunanistan yer almaktadır¹⁵. Aynı çalışmada vatandaşlık düzenlemelerin katılığı veya esnekliğinde nüfus ve ülke büyüklüğünün bir önem taşımadığı saptanmıştır.

B- Dünya Anayasalarında Durum

Aşağıda Tablo 1'de görüleceği üzere günümüz anayasalarının önemli bir kısmı vatandaşlığı normatif düzeyde salt hukuki statü üzerinden kurmaktadır. Vatandaşlığın hukuki statü üzerinden kurulması devletle kişi arasındaki siyasi bağın oluşturulmasında vatandaşlığın kazanılması yöntemleri dışında bir tanımlama yapılmaması anlamına gelir. Kan esası, doğum yeri ve sonradan kazanılma yöntemlerinden biriyle ya da bu ilkelerin birlikte uygulanmasıyla vatandaş olan ya da vatandaşlığa kabul edilenler artık o devletle siyasi olarak ilişkilendirilmiş kişilerdir. Bu ilişkilendirme biçimi normatiftir ve tek başına ülkenin kültüründe ulus, etnik köken ve soy temelli bir yaklaşımın olmadığını göstermez. Ancak siyasi kimliğin oluşumunda normatif bir nitelendirmenin yapılmadığına işaret eder. Vatandaşlık tanımının yer almadığı anayasalar kişileri normatif ve şekli anlamda belli bir sosyal ya da etnik grubun üyesi haline getirmezler.

Tablo 2'de ise kişi ile devlet arasındaki ilişkiyi etnik kimlikle kurmayan, ancak tüm etnik grupları sayma yoluna giderek bu grupların kültürel çeşitliliğini eşitlik temelinde normatif bir ifadeye kavuşturan anayasalar bulunmaktadır. Etnik çeşitliliği ve eşitliği normatif bir dile dönüştüren bu anayasalarda tek bir etnik gruptan hareket edilmemesi vatandaşın siyasi kimliğinin belirlenmesinde etnik kökene dayanılmadığı duygusunu uyandırmaktadır. Ancak bu düzenlemelerde, kişilerin anayasa metninde sayılan her bir etnik grubun üyesi olarak nitelendirildiklerini ve dolayısıyla da mikro düzeyde etnik kimliğe yer verildiğini görmekteyiz. Bu nedenle Vatandaşların etnik gruba aidiyetleri bu anayasalarda da gözetilmekte, fakat baskın etnik grupla diğerleri arasında bir eşitlik olduğu vurgulanmaktadır. Vatandaş baskın etnik grubun üyesi olmaya normatif anlamda zorlanmamakta, ancak ülkedeki etnik grup-

15) Marc Morjé HOWARD, (2009), The Politics of Citizenship in Europe, Cambridge University Press, New York, s. 43-51.

lardan birinin üyesi olarak nitelendirilmektedir. Ülkelerindeki etnik yapıları anayasalarında sayma yoluyla düzenleyen devletlere baktığımızda, bu sistemlerin özellikle ortak kimlik sorunu yaşayan, ülkedeki farklı sosyal grupların daha önceki dönemlerde çatışma içinde oldukları, savaş ya da iç savaş geçmişi olan siyasi yapılar (Afganistan, Hırvatistan, Makedonya ve Karadağ) olduklarını gözlemlemek mümkündür.

Vatandaşlığın siyasi kimliğinin belirlenmesinde kullanılan bir başka yöntem Tablo 3’te görüldüğü gibi etnik kökene atıf yapmayan nötr bir vatandaşlık tanımının oluşturulmasıdır. (Amerika Birleşik Devletleri, Azerbaycan, Bangladeş, Çin, Endonezya, Fiji, Irak, İran, İsviçre, Kongo, Portekiz, Vietnam). Bu anayasalarda vatandaşlığın devletle kişi arasındaki ilişki olduğunun anayasa metnine yazılması “malumun ilanı” olarak değerlendirilebilir. Vatandaşlığın bir etnik ya da benzeri grup aidiyetiyle ilişkilendirilmediği bir sistemde tanım yapılması ihtiyacı da ortadan kalkmaktadır. Totolojik niteliklerine rağmen bu tanımların kullanılması, devletle birey arasındaki ilişkinin kurulmasında başkaca bir aidiyetin bulunmadığının normatif ifadeye kavuşturulma ihtiyacı ile açıklanabilir.

Tablo 4’de vatandaşlığı etnik kökenle tanımlamayan, ancak anayasa metninde etnik kökenle ilişkili ifadelerle yer veren anayasalar bulunmaktadır. Bu anayasalarda devletle kişi arasındaki vatandaşlık ilişkisi ırk, kavim ya da etnik aidiyet üzerinden kurulmasa da anayasa metninde söz konusu yapılara ait terimler kullanılmaktadır.

Tablo 5’te vatandaşlığı ırk, soy ya da etnik aidiyetine göre tanımlayan ya da böyle bir tanımlama yoluna gitmese dahi anayasanın başlangıç kısmında veya metnin bölümlerinde söz konusu aidiyetleri düzenleyen anayasalar yer almaktadır. Bahreyn, Fas, Federal Almanya, Kuveyt, Liberya, Lübnan, Tunus ve Ürdün anayasaları bu gruba girmektedir. Vatandaşlığın ırka aidiyetle ifade edildiği tek örnek 1986 tarihli Liberya Anayasasıdır. Bunun dışında kalan anayasaların tümünde aidiyet etnik köken üzerinden kurulmuştur.

III- Türkiye’de Vatandaşlık: Anayasacılık Tarihine Bir Bakış

A- Osmanlı Dönemi Gelişmeleri (1839-1909)

Hukuk tarihimiz bakımından vatandaşlık kavramının tartışılmaya başlanması ve ilk hukuki düzenlemelerin ortaya çıkışı on dokuzuncu yüzyıla rastlar. Modern vatandaşlık anlayışının Amerikan Bağımsızlık Savaşı ile Fransız Devriminden sonra yayılmaya başladığı dikkate alınacak olursa 1800’lerin ortalarından itibaren Osmanlı Devletinde vatandaşlığın konuşulması yeni gelişmelerin Osmanlıya çok da geç ulaşmadığının bir kanıtıdır. Bu yüzyıla kadar, Osmanlı Devleti kendine özgü siyasi sistemi olan bir imparatorluk yapısına sahipti. Bu sistemin kamu hukuku bakımından özgünlüğünü kazandıran iki kurumu Osmanlı millet sistemi ve reaya adı verilen tüm Osmanlı tebaasının sahip olduğu hukuki statü ya da statülerdir.

Osmanlı Devleti sınırları içinde yaşayan topluluklar “millet sistemi” içinde otonom niteliğe sahip gruplara dönüşmüşlerdir. Bu grupların millet olarak adlandırılması, modern devletin oluşması döneminde ortaya çıkan millet ve milliyetçilik terimleri ile karıştırılmasına neden olabilmektedir. Osmanlı Devletinde millet denince ortak kültürel miras ya da etnik köken değil kişilerin ait oldukları dinler esas alınmaktaydı. Tüm Müslümanlardan oluşan hakim millet yanında, Ortodoks Hristiyanlar (Yunan, Bulgar, Sırp, Romen, Arap ve Bizans Ortodoks Hristiyan ahalisi) Rum milleti olarak adlandırılmıştır. Yahudiler ve Ermeniler de din bazında millet olarak kabul edilmişlerdir. Gayrimüslimlere tanınan otonomi tarihi süreç içinde ortaya çıkmıştır. Bu süreç dış baskıların değil iç dinamiklerin etkisi altındadır¹⁶.

Osmanlı Devletinde yönetici konumundaki askeri tabaka ile ulema dışında kalan vergi mükellefi halkı ifade eden bir terim olarak “reaya” terimi kullanılmıştır. Kısaca Osmanlı tebaasına verilen isim olan reaya Arapçada “birinin çıkarlarını gözetmek, bakmak, mukayyet olmak, gütmek” anlamlarına gelir¹⁷. Osmanlı Devletinde reaya terimi “vergi ödemekle yükümlü, yönetilen tabaka” anlamında kullanılmıştır. Reayanın Sultana şikâyetlerini iletebilmesi ve refahının devletin geleceği bakımından önemsenmesi çağın diğer devletlerinin halklarına göre yaşantısının daha iyi olmasına neden olmuştur. Ayrıca her ne kadar Müslüman olan ve olmayan reaya arasında bazı farklar konulmuşsa da yine dönemin diğer devletlerine göre herkesin can ve mal güvenliği daha iyi sağlanmaktaydı. Bununla birlikte reaya siyasi haklara sahip değildi.

Osmanlı Devletinin on dokuzuncu yüzyılda gerçekleştirdiği reformlar reaya statüsünü de sona erdirmiştir. 1839 tarihli Tanzimat Fermanı ile 1856 tarihli Islahat Fermanları Osmanlı tebaasını vergi ve askerlik yükümlülükleri bakımından yeniden düzenlemiştir. Böylece, vergi ödeme yükümlülüğü reayayı tanımlama gücünü kaybetmiş, din ve sınıf farkı gözetmeksizin tüm Osmanlı tebaasının eşit kılınması yeni bir siyasi düzenin habercisi olmuştur¹⁸.

Osmanlı Devletinde vatandaşlık ile ilgili ilk düzenleme büyük ölçüde 1851 tarihli Fransız Vatandaşlık Kanunundan esinlenerek hazırlanan 1869 tarihli Tabiiyet-i Osmanlı Kanunnamesidir. Bu kanunname 9 maddede Osmanlı uyrukluğunun kazanılması ve kaybedilmesi koşullarını düzenlemektedir. Kanunname, vatandaşlığın siyasi boyutuna yönelik bir hüküm içermez, sadece vatandaşlığın kazanılması ve kaybedilmesi ile ilgili hükümler içerir. Bu düzenlemenin gelecekte nasıl bir vatandaşlık anlayışının egemen olacağına ilişkin bir ipucu içermediğini söyleyebiliriz¹⁹.

1876 Anayasası, hiç kuşkusuz, vatandaşlıkla ilgili hukuki düzenlemeler

16) Mehmet Akif AYDIN, (2014), Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınları, 12. Baskı, s. 144-150.

17) İslam Ansiklopedisi (2007), Reaya maddesi, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Cilt 34, s. 490.

18) Suna KİLİ ve Şeref GÖZÜBÜYÜK, (2000), Türk Anayasa Metinleri, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, s. 21-23; Türkiye Diyanet Vakfı, a.g.e., s. 492.

19) Rona AYBAY, “Tebaa-i Osmanî’den T.C. Yurttaşına Geçişin Neresindeyiz?”, 75 Yılda Tebaadan Yurttaş Doğru, içinde, (Der. Artun Ünsal), Tarih Vakfı Yayınları, İstanbul, 1998.

içinde klasikten moderne geçişi güçlü bir şekilde yansıtan ilk belgedir. 1876 Anayasasının 8inci maddesi, “Devleti Osmaniye tabiiyetinde bulunan efradın cümlesine her hangi din veya mezhepten olursa olsun bilâ istisna Osmanlı tabir olunur ve Osmanlı sıfatı kanunen muayyen olan ahvale göre istihsal ve ize edilirdi” hükmünü içerir. 1876 Anayasası ile birlikte Osmanlı tebaası vatandaş kimliğini kazanmıştır. 1876 Anayasasında, bireyi temel alan, eşitliğe dayalı, kapsayıcı vatandaşlık tanımı, klasik Osmanlı anlayışını modernleştirirken Osmanlı İmparatorluğu yapısı içinde oluşmuş çeşitliliğin devamını sağlamaya elverişli bir toplum yapısını hedeflemiştir. Bu tanım, her ulus ve dinden, Osmanlı coğrafyasında devletin egemenliği altında yaşayan herkesi içeriyordu.

1876 Anayasası vatandaşlığı eşitliğe dayalı ve kapsayıcı bir şekilde tanımlamakla birlikte, vatandaşın siyasi yaşama katılması konusunda sınırlandırıcı bir yaklaşımı benimsemiştir. 1876 Anayasasının ilk haline vatandaşın siyasi yaşama katılımını sağlayan dernek kurma ve toplantı ve gösteri yürüyüşü hakları dâhil edilmemiştir. Ancak, 1909 yılında yapılan değişikliklerle bu haklar da anayasanın kapsamına alınmıştır²⁰.

B- Cumhuriyet Dönemi Gelişmeleri

Henüz Cumhuriyet ilan edilmeden ve Osmanlı Devleti varlığını sürdürürken, Kurtuluş Savaşı sırasında kabul edilen 1921 Anayasasında vatandaşlığı tanımlayan bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte, 1921 Anayasasının 3. Maddesinde “Türkiye Devleti, Büyük Millet Meclisi tarafından idare olunur” şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Anayasa, yeni kurulan Türkiye Devleti ile Misak-ı Milli adı verilen bir siyasi coğrafya üzerinde yaşayan kökenleri ne olursa olsun tüm insanların siyasi birliğini ifade etmiştir. Ayrıca, bu anayasada etnik kimlik ifadesi anlamına gelebilecek herhangi bir ibare kullanılmamıştır²¹. 1921 Anayasası üzerine çalışan anayasa hukukçuları, anayasanın siyasi birlik ve bağımsızlık temelinde tüm toplumu siyasi ve coğrafi bir şekilde tanımlama eğiliminde olduğu konusunda birleşmektedir²².

Cumhuriyet döneminin ilk anayasası olan 1924 Anayasası vatandaşlık konusunda 1876 ve 1921 Anayasaları ile oluşturulan kapsayıcı ve coğrafya esasına dayalı vatandaşlık anlayışını daraltıcı bir yaklaşım sergiler. 1924 Anayasası vatandaşlığı “Türklerin Kamu Hakları” başlığı altında Anayasanın

20) Nihat BULUT, (2008), “Türkiye’de Temel Hak ve Özgürlüklerin Gelişimi Açısından 1909 Anayasa Değişikliklerinin Önemi”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XII, Sayı: 1-2, s. 1-15.

21) Vahap COŞKUN, (2009) “Cumhuriyet Anayasalarında Vatandaşlık”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 16-19, Yıl: 2007-2008, Diyarbakır, s. 9; Bülent TANÖR, (2004), Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 10. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, s. 253-255.

22) Ergun ÖZBUDUN, (1992), 1921 Anayasası, Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara, s. 23; Osman CAN, (2011), “Türk Anayasal Düzeninde İktidar Haritası, Felaketler ve Dersler”, Uluslararası Anayasa Kongresi, Memur Sendikaları Konfederasyonu, Ankara s. 131; COŞKUN, “Cumhuriyet Anayasalarında...”, s.11; TANÖR, a.g.e., s. 247.

88inci maddesinde düzenler. Bu düzenlemeye göre, “Türkiye ahalisine din ve ırk farkı olmaksızın vatandaşlık itibarıyla Türk ıtlak olunur (denir)”. 1924 Anayasasının oylanması sırasında yapılan tartışmalar bu maddede yer alan “Türk” kelimesinin referansı üzerine yoğunlaşmıştır. Eskişehir milletvekili Abdullah Azmi Efendi Meclis Genel Kuruluna Türk kelimesinin tabiiyete mi yoksa milliyete mi referans verdiğini sormuştur. Gelibolu milletvekili Celal Nuri Beyin önerilen metinde yer alan Türk ibaresinin milliyete değil tabiiyete karşılık geldiğini ifade etmesi üzerine söz alan Bozok milletvekili Ahmet Hamdi Bey, “Efendim, buyuruyorsunuz ki, bu tabiiyeti tespit etmiyor, milliyeti tespit ediyor. Hâlbuki madde Türkiye ahalisine din, ırk farkı gözetmeksizin Türk deyince nasıl olur da milliyeti tayin etmiyor da tabiiyeti tayin ediyor buyuruyorsunuz? Milliyeti tayin ediyor” şeklinde cevap vermiştir. Hamdulah Suphi Bey ise “Siz lisan ayrılığı, mektep ayrılığı, devlet ayrılığı güdünüz. Ondan sonra geliniz bana deyin ki bizi Türk telakki et. Eğer böyle muhalif iseniz elimden gelmez. Çünkü ruhumun inanmasına imkân yoktur” diyerek azınlıkların Türk olarak nitelenmelerine karşı çıkmıştır. Tartışmaya katılan Konya milletvekili Naim Hazım “Türk” kelimesinin “Türkiyeli” şeklinde tadilini istemişse de bu öneri benimsenmeyerek madde yukarıdaki şekliyle kabul olunmuştur²³.

1924 Anayasasının vatandaşlık tanımının içeriği konusunda günümüze kadar uzanan bir tartışma başlamıştır. Acaba 1924 Anayasasındaki vatandaşlık tanımıyla etnik olarak “Türk” olmasa da vatandaş olarak herkesin Türk olduğu mu kastedilmektedir? Yoksa ülkede yaşayan herkes Türk etnik kimliğinin bir parçası mı yapılmaktadır?

Günümüzde bazı yazarlar 1924 Anayasasındaki “Türk” teriminin etnik kökene gönderme yaptığını iddia etmektedir. Diğer bir grup yazar ise terimin etnik kökenle ilgili olmadığı görüşündedir. Terimi etnik kökenle ilişkilendiren yazarlar, tanımın kimliklerin geliştirilmesine izin vermediğini²⁴, azınlıklara hiçbir gönderme yapılmadan herkesin “Türk” olarak nitelendirildiğini²⁵, Türkleştirme politikalarının anahtarı olarak kullanıldığını²⁶ ifade etmişlerdir. Terimi etnik kökenle ilişkili olmadığı görüşünde olan yazarlar ise 1924 Anayasasındaki vatandaşlık tanımının kapsayıcı olduğunu²⁷, coğrafi vatandaşlık bağını vurguladığını²⁸, Türklerden kastın etnik olarak Türkler olmadığını²⁹ ve

23) TBMM Zabıt Ceridesi (1924), Cilt 8/1, s. 908-911.

24) COŞKUN, “Cumhuriyet Anayasalarında...”, s. 13

25) Taha PARLA, (1995), Türkiye’deki Siyasi Kültürün Resmi Kaynakları: Cilt 3 -Kemalist Tek Parti İdeolojisi ve CHP’nin Altı Oku, İletişim Yayınları, İstanbul, s. 209.

26) Suavi AYDIN, (2009), “Amacımız Devletin Bekaası”, Demokratikleşme Sürecinde Devlet ve Yurttaşlar içinde, TESEV Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, s. 31.

27) Mehmet Merdan HEKİMOĞLU, (2007), Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Açısından Azınlık Hakları ve Türkiye, Detay yayıncılık, Ankara, s. 45.

28) TANÖR, a.g.e., s.309.

29) Şafak EVRAN TOPUZKANAMIŞ, (2013), Vatandaşlık Üzerine bir Tez, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 246.

terimin milliyeti ifade etmediğini³⁰ ileri sürmüşlerdir.

1924 Anayasasındaki vatandaşlık düzenlemesinin Osmanlı dönemi yaklaşımdan farkı coğrafya esasından uzaklaşmasıdır. Osmanlı Devleti ya da Fransız anayasacılık tarihinde olduğu gibi etnik kimlikler üstü bir terim çerçevesinde vatandaşlık tanımlanmış olsaydı 1924 Anayasası döneminden günümüze kadar uzanan bir tartışma da ortaya çıkmayacaktı. Anayasada farklı kimliklerin haklarının düzenlenmemiş olması, Lozan Antlaşması ile kabul edilmiş olan azınlıklara ilişkin hakların anayasa metnine aktarılmamış olması da 1924 Anayasasının kapsayıcı bir yaklaşım geliştirmedığının bir göstergesidir. 1924 Anayasasını yapan Meclisin toplumun tümünü temsil edecek şekilde demokratik bir anlayışla oluşturulmaması ve 1876 Anayasasının kurucusu olduğu Osmanlı vatandaşlık sistemi ve meşruti monarşinin İmparatorluğun dağılmasını önleyememesi 1924 Anayasasının yönelimini tayin eden önemli faktörlerdir. Cumhuriyet döneminde Osmanlı döneminin iyi bir muhasebesinin yapılamaması ve tepkisel bir tutum takınılması da bu yaklaşım değişikliğinin nedenleri arasındadır. Toplumsal dokusu bakımından Osmanlı Devletinin mirasını devralan Türkiye Cumhuriyeti, anayasal kurumları, dayandığı felsefe bakımından radikal bir kopuş içindedir³¹.

Bu kopuşun modernleşme modelleri ile ilgisi üzerinde duran yazarlar Cumhuriyet modernleşmesinin toplumsal katılıma açık olmayan, tepeden inmesi ve seçkinli özelliğine dikkat çekerler. Toplumun kendi tarihi, kültürel özellikleri ve geçmiş tecrübelerini görmezden gelen bir yaklaşımın toplumu yukarıdan değiştirmeye yönelmiş olması, toplumsal dönüşüm ve değişimin, olumlu sonuçları ile birlikte geleceğe önemli sorunlar bırakmıştır³². Seçkinli Cumhuriyet eliti aynı zamanda “Batılılaşma” hedefine sahiptir. Batının oldukça öykünmecili bir bakış açısıyla ve toplumsal katmanların talepleri dikkate alınmadan referans alınması sonucunda ne Batı tam olarak analiz edilebilmiş ne de toplumun gerçek ihtiyaçları belirlenebilmiştir. Batıda vatandaşlık ve birey-devlet ilişkilerinin her devlette ayrı bir gelişim çizgisi oluşturması ve anayasacılık hareketlerinin birbirinden farklı modeller geliştirmesi gerçeğine bakılmadan hareket edilmiş olması, Britanya, Fransız ve Alman sistemlerinin temel özelliklerinin tam olarak anlaşılamamasına neden olmuştur. Osmanlı Devletinin son dönemlerinden itibaren başlayan Batılılaşma hareketi Fransa model alınarak gerçekleştirilmiştir. Ancak, Osmanlı Devletinde hakim olan mevcut toplumsal yapıyla Batıdan alınan yeni kurumları uyumlaştırma ve birleştirme düşüncesi, Cumhuriyetin ilk döneminde tamamen terk edilerek

30) Hicri FİŞEK, (1961), Anayasa ve Vatandaşlık, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ajans Türk Matbaası, Ankara, s. 23.

31) CAN, a.g.e., ss. 128-130; Meltem Dikmen Caniklioğlu (1996), Sivil Toplum ve Türkiye’deki İzdüşümleri, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 118.

32) Bkz. Levent KÖKER, (2007), Modernleşme, Kemalizm ve Demokrasi, 10. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul.

tarihsel bağ kopartılmaya çalışılmıştır. Bu bakış açısı farklılığı vatandaşlık ile ilgili anayasal düzenlemelere de yansımıştır.

1961 ve 1982 Anayasaları, vatandaşlıkla ilgili düzenlemelerde 1924 Anayasasından da katı bir tutum içindedir. 1961 Anayasasında vatandaşlık, Anayasanın “Türk vatandaşlığı” kenar başlığını taşıyan 54üncü maddesinin ilk fıkrasında, “Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür” şeklinde tanımlanmıştır. 1982 Anayasası 1961 Anayasasındaki tanımı 66ıncı maddenin ilk fıkrasında olduğu gibi korumuştur. Madde kenar başlığı da 1961 Anayasasındaki halini muhafaza etmiştir. 1924 Anayasasında Türklük sadece vatandaşlık bağı bakımından düzenlenirken 1961 ve 1982 Anayasalarında vatandaşların tümünün “Türk” olduğu kuralı kabul edilmiştir. Her iki anayasanın hazırlık aşamasında “Türk” terimini vatandaşlıkla özdeşleştiren bu düzenlemeye karşı çıkanlar olmuştur. 1961 Anayasası hazırlık döneminde Siyasal Bilgiler Fakültesi tarafından hazırlanan tasarıda “Türk vatandaşlığı” tanımının belirsizlik oluşturabileceği ve sadece belli bir ırka mensup olanları ifade etmek için kullanılabileceği ileri sürülmüştür. Ayrıca, 1982 Anayasası yapım sürecinde Danışma Meclisi üyesi olan İhsan Göksel “Türk” ve “Türk vatandaşı” terimleri arasında fark olduğunu ileri sürmüştür. Göksel’e göre, “Vatandaş bir devletin ahalisinden ve tebaasından olan kişidir. Türk kelimesi ise aynı kültüre mensup, dil, kültür ve ülkü birliğiyle birbirine bağlı olan Türklerin oluşturduğu sosyal topluluğa denir. (...) Bunların Türke has olanlarını üzerinde taşımayan kimse ise Türk olamaz. Bu manevi değerler arasına soy ve tarih birliğini de katabiliriz. İnsanların gönlüne, kafasına, kanına ve ruhuna sinen bu hasletleri, vatandaşlığa kabul edilen birisinin kafasına, kanına ve ruhuna sindirmek mümkün değildir. (...) Türkiye’de yaşayan her Türk vatandaştır ama her vatandaş Türk değildir”³³.

C- Yeni Anayasa Yapım Süreçlerinde Vatandaşlık

1-Ergun Özbudun Başkanlığında Hazırlanan Öneri

2007 yılında Adalet ve Kalkınma Partisi Hükümeti tarafından oluşturulan Ergun Özbudun başkanlığında bir komisyon³⁴ yeni anayasa taslağı çalışmalarında bulunmuş ve çalışmaları sonucunda ortaya çıkan öneriyi toplumla paylaşmışlardır. Bu öneri hukuki süreçlerde kullanılmamışsa da sonraki tartışmalarda referans verilen bir çalışma olmuştur. Önerinin vatandaşlıkla ilgili kısmına bakıldığında tek bir öneri yapılmadığı, alternatifli üç önerinin hazırlandığı görülmektedir. Bu üç öneri aşağıdaki gibidir:

Alternatif 1- Devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türkiye Cumhuriyeti vatandaşıdır.

33) Danışma Meclisi Tutanakları, Dönem 2, Cilt: 9, Birleşim: 137, s. 41.

34) Grup Prof. Dr. Ergun Özbudun, Prof. Dr. Zühtü Arslan, Prof. Dr. Yavuz Atar, Prof. Dr. Levent Köker, Prof. Dr. Serap Yazıcı ve Prof. Dr. Fazıl Hüznü Erdem’den oluşmaktaydı.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Alternatif 2- Türkiye Cumhuriyetine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes, din ve ırk farkı gözetmeksizin Türk denir.

Alternatif 3- Vatandaşlık temel bir haktır. Kanunun öngördüğü esaslara uygun olarak bu statüyü kazanan herkes Türkiye Cumhuriyeti vatandaşıdır.

2- TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu Çalışmaları

12 Haziran 2011’de gerçekleşen genel seçimler öncesinde öne çıkan tartışma konusu yeni bir anayasaya olan ihtiyaçtı. Tüm siyasi partilerin seçim öncesi faaliyetlerinde bu konuyu öne çıkartmaları ve vaatlerde bulunmaları, seçim sonrasında yeni anayasanın yapımı için TBMM içinde bir komisyonun oluşturulması fikrini güçlendirdi. AKP, Anayasa Uzlaşma Komisyonu kurulması fikrini öne çıkararak, TBMM’de temsil edilen dört partiden, 10 Ekim 2011 tarihine kadar üçer milletvekilinin adını belirlemesini istedi. TBMM’de temsil edilen dört siyasi partinin, üçer üye ile eşit biçimde temsil edileceği bir komisyonun kurulmasında uzlaşıldı. Bu çerçevede, yeni anayasayı yazmak üzere TBMM’de, “Anayasa Uzlaşma Komisyonu” kuruldu. Uzlaşma Komisyonu ilk toplantısını 19 Ekim 2011’de yaptı. Anayasa Uzlaşma Komisyonu, TBMM’nin İç Tüzüğü’nde belirtilen Komisyonlardan ayrı bir *ad hoc* Komisyon olarak kuruldu. Komisyon’un yetkileri, çalışma aşamaları ile süresi, teknik destek ve danışman desteği ile Komisyon’un hangi koşullarda dağılabileceği 15 maddelik bir Çalışma Esasları metninde belirtildi³⁵.

Komisyon’da yazım süreci başlamadan önce, vatandaşlar ile sivil toplum kuruluşlarına bir çağrı yapıldı. Bu çağrının amacı TBMM Başkanı Cemil Çiçek tarafından “toplumun bütün kesimlerince benimsenecek daha katılımcı, şeffaf ve demokratik bir anayasa” oluşturmak olarak belirtildi. Komisyon, 4 Mayıs 2012’ye kadar, 42 siyasi partiyi, 39 meslek örgütü ve sendikayı, 79 dernek, vakıf ve platformdan oluşan sivil toplum kuruluşlarını üniversiteler ile çeşitli kurumları dinledi. Anayasa Uzlaşma Komisyonu’na, çeşitli iletişim kanallarıyla 64 bin kişi tarafından görüş bildirildi. Bu görüşlerin 440’ı sivil toplum kuruluşlarından geldi. Komisyon çalışmaları, 2013 Kasım ayında bir ortak uzlaşma metni ortaya çıkmadan sona erdi. Üzerinde uzlaşılan maddelerin mevcut anayasaya eklenmesi önerisi ise kabul görmedi.

Anayasa Uzlaşma Komisyonu çalışmaları çerçevesinde her partinin temsilcileri kendi önerilerini hazırlayarak Komisyona sunmuşlardır. Bu öneriler aşağıdaki gibidir:

Adalet ve Kalkınma Partisi (AKP)

Vatandaşlık

35) Bkz. TESEV (2012), Yeni Anayasa Sürecini İzleme Raporu 1 (Ekim 2001-Ocak 2012), (Der. Ferhat Kentel, Levent Köker ve Özge Genç), TESEV Demokratikleşme Programı, TESEV Yayınları, İstanbul; TESEV (2012) Yeni Anayasa Sürecini İzleme Raporu 2 (Şubat 2012-Haziran 2012), (Der. Mehmet Uçum ve Özge Genç), TESEV Demokratikleşme Programı, TESEV Yayınları, İstanbul.

Siyasi Kimlik Olarak Vatandaşlık

(1) Vatandaşlık temel bir haktır; kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir.

(2) Hiç kimse vatandaşlıktan çıkarılamaz.

Cumhuriyet Halk Partisi (CHP)

Vatandaşlık (Türk Vatandaşlığı) (Türkiye Vatandaşlığı)

Not: Vatandaşlık maddesinin, Anayasa'nın başlangıç bölümü ve Cumhuriyet'in temel nitelikleri ile birlikte tartışılması gereklidir. Zira vatandaşlık kavramı ulus kavramı ile yakın ilişki içindedir.

Vatandaşlığın ırk, dil ya da din birliği olmayıp; bireyi "bir arada yaşama arzusuna dayalı olarak" devlete bağlayan hukuksal bir ilişki olduğu göz önüne alınarak bu konular düzenlenmelidir.

Milliyetçi Hareket Partisi (MHP)

Türk Vatandaşlığı

Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk'tür.

Türk babanın veya Türk ananın çocuğu Türk'tür.

Vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir.

Hiç bir Türk, vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylemde bulunmadıkça vatandaşlıktan çıkarılamaz.

Vatandaşlıktan çıkarma ile ilgili karar ve işlemlere karşı yargı yolu kapatılmaz.

Barış ve Demokrasi Partisi (BDP)

Vatandaşlık

Türkiye vatandaşlığının kazanılmasında, kullanılmasında ve kaybedilmesinde, dil, din, ırk, etnik köken, kültür, cinsiyet, cinsel yönelim ve benzeri farklılıklar gözetilemez. Vatandaşlığa ilişkin esaslar kanunla düzenlenir.

(2) Hiç kimse kendi isteği dışında vatandaşlıktan çıkartılamaz.

Vatandaşlık tanımı konusunda siyasi partilerin farklı önerilerde bulunmaları bu önerilerin uzlaştırılarak ortak bir ifadenin oluşturulmasını zorunlu kılmıştır. Bununla birlikte Komisyon çalışmaları boyunca siyasi partiler bu uzlaşmaya ulaşamamıştır. Vatandaşlık ile ilgili madde Komisyon'un uzlaşmaya varamadığı konular arasında yer almaktadır³⁶. Komisyonda siyasi partiler

36) Bu konuda sivil toplum örgütlerinde de tam bir uzlaşma olmamakla birlikte, etnik temele dayanmayan bir tanım yapma çabasının hakim olduğu görülmektedir. Komisyon'a gönderilen sivil toplum önerilerine bakıldığında, az sayıda sivil toplum örgütünün, 1982 Anayasası'nın 66. maddesindeki vatandaşlık tanımının aynen muhafaza edilmesi gerektiği görüşünde olduğu, daha geniş olan ikinci grupta yer alan sivil toplum kuruluşlarının, mevcut anayasa-

arasındaki uzlaşmayı sağlamak üzere gerçekleştirilen faaliyetler sonucunda ortaya çıkarılan birleşik metin aşağıdaki gibidir:

Vatandaşlık (AK Parti ve BDP) / Türk Vatandaşlığı (MHP) / Vatandaşlık-Türk Vatandaşlığı (CHP)

(AK Parti) (1) Devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türkiye Cumhuriyeti vatandaşıdır.

(2) Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı ana veya babanın çocuğu doğumla vatandaşlık kazanır.

(3) Vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir.

(4) Hiç kimse vatandaşlıktan çıkarılamaz.

(CHP) (1) “Türk vatandaşlığı” dil, din, ırk, cinsiyet, etnik köken, siyasi düşünce, felsefi inanç, mezhep ve benzeri sebeplere bağlı olmaksızın herkesin “eşitlik” temelinde Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması anlamına gelir.

(2) Vatandaşlığın kazanılması ve kaybedilmesine dair usul ve esaslar kanunla düzenlenir. Vatana bağlılık ile bağdaşmayan eylemlerin mutlak biçimde zorunlu kıldığı haklı nedenler bulunmadıkça kimse vatandaşlıktan çıkarılamaz.

(MHP) (1) Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk’tür.

(2) Türk vatandaşı babanın veya Türk vatandaşı ananın çocuğu Türk vatandaşıdır.

(3) Vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir.

(4) Hiçbir Türk, vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylemde bulunmadıkça vatandaşlıktan çıkarılamaz.

(5) Vatandaşlıktan çıkarma ile ilgili karar ve işlemlere karşı yargı yolu kapatılamaz.

Not: Vatandaşlığı edinme ve vatandaşlıktan çıkarılma konusu üst komisyonda değerlendirilebilir.

(BDP) (1) Türkiye vatandaşlığının kazanılmasında, kullanılmasında ve kaybedilmesinde, dil, din, ırk, etnik köken, kültür, cinsiyet, cinsel yönelim ve benzeri farklılıklar gözetilemez. Vatandaşlığa ilişkin esaslar kanunla düzenlenir.

daki tanımda kısmî değişiklik yapılmasını talep ettiği görülmektedir. Üçüncü grupta yer alan önerilerde ise hiçbir etnik kimliğin anayasada yer almaması gerektiği savunulmaktadır. Bu son gruba ait önerilerde siyasi kimliğin, etnik bir kimlik olarak değil, daha soyut ilkeler temelinde yansız bir şekilde düzenlenmesi talep edilmektedir. Bkz. TESEV, I, II, III.

(2) Hiç kimse kendi isteği dışında vatandaşlıktan çıkartılamaz³⁷.

Yukarıda görüleceği gibi, birleşik metinde vatandaşlık tanımı konusunda bir uzlaşma bulunmamaktadır. Komisyon birleşik metninde iki parti (MHP ve BDP) ilk önerilerini aynen muhafaza etmiş, diğer iki parti ise (AKP ve CHP) önerilerinde değişikliğe gitmiştir. AKP ilk sunmuş olduğu vatandaşlık tanımı içermeyen ilk önerisini, vatandaşlığın aidiyet temelinde tanımlanmadığı, sadece birey ile devlet arasındaki hukuki bağın ifade edildiği öneri ile değiştirmiştir. Bu yeni öneri partinin anlayışında esaslı bir değişiklik oluşturmamış, etnik temele ya da aidiyete dayalı olmayan bir bakış açısıyla hareket edilmiştir. Değişikliğin nedeni Komisyon çalışmalarında uzlaşmayı sağlama umudu ile açıklanabilir. Böylece AKP, tanım yapılmaması ya da etnik aidiyete bağlı olmayan bir nötr tanım yapılması seçeneklerini alternatifli olarak CHP ise ilk önerisinde tam olarak düzenlemediği madde içeriğini Komisyon çalışmaları sırasında geliştirmiştir. CHP'nin ilk önerisinde ve Komisyon birleşik metnine sunduğu taslakta partinin kendi içinde de bazı konularda net bir sonuca ulaşmadığı gözlemlenmektedir. Madde kenar başlığı için farklı önerilerin ("vatandaşlık", "Türk vatandaşlığı" ve "Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığı") sunulmuş olması ve bu başlıkların aidiyet bakımından oldukça farklı anlamlar içermesi parti içinde de bir uzlaşma olmadığının işaret etmektedir. Bu farklılıklar CHP tarafından yapılan tanıma da yansımış, tanım içinde hem "Türk vatandaşlığı" hem de "Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığı" ibareleri birlikte kullanılmıştır.

IV-Yeni Anayasa Çalışmalarının Değerlendirilmesi

Tümüyle yeni bir anayasanın yapılmasına yönelik çalışmalar 2007 tarihinden sonra gündeme gelmiş ve yaygın toplumsal destek bulmuştur. Yukarıda özetlediğimiz geçmiş çalışmaların sonuç vermemiş olması bu konudaki güçlü isteği sonlandırmamıştır. Önümüzdeki dönemlerde de bu çalışmalar devam edecektir. Çok sayıda değişiklik geçirmesine rağmen 1982 Anayasasının günümüz toplum ihtiyaçlarını karşılayamaması, toplumun farklı kesimlerinin anayasa değişikliği taleplerini sürdürmesi, değişiklikler sonucunda anayasanın mantıksal bütünlüğünün bozulmuş olması ve askeri müdahale döneminde yapılan bir anayasanın demokratik açılımların önünde engel oluşturması yeni anayasa talebinin temel dinamiklerini oluşturmaktadır.

Anayasa Uzlaşma Komisyonu çalışmaları gelecekte gerçekleşecek anayasa yapım çalışmaları için değerli bir zemin oluşturmaktadır. Bu nedenle bu çalışmanın sonuçlarını değerlendirmek toplumun ortak isteği olan yeni anayasa yapımını kolaylaştıracaktır.

37) Taylan BARIN, (2014), Türkiye'nin Yeni Anayasa Arayışı: 2011-2013 TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu Tecrübesi, AKP, CHP, MHP ve BDP'nin Anayasa Önerileri, XII Levha Yayınları, İstanbul, s. 181-184.

1- Madde Kenar Başlığı

1961 ve 1982 Anayasalarında vatandaşlığın düzenlendiği Maddelerin kenar başlığı “Türk vatandaşlığı” olarak belirlenmişti. Uzlaşma Komisyonu bu konuda bir uzlaşmaya varamamıştır. Adalet ve Kalkınma Partisi ile Barış ve Demokrasi Partisi “vatandaşlık”, Milliyetçi Hareket Partisi “Türk vatandaşlığı” önerilerinde bulunurken Cumhuriyet Halk Partisi önerisinde “vatandaşlık”, “Türk vatandaşlığı” alternatifleri birlikte yer almıştır.

“Vatan” terimi Arapça kökenlidir. Arapçada ikamet yeri, ortak yer, ülke anlamına gelen vatandan türetilen vatandaş, İngilizce, Fransızca, İspanyolca, İtalyanca gibi dillerde kullanılan terimlere (*citizen, citoyen, ciudades, cittadino*) anlam bakımından hem benzerlik gösterir, hem de farklılıklar içerir. Vatandaş, bu dillerdeki muadilleri gibi belli bir coğrafyadan olmaya işaret eder, ancak Latince kökenli dillerde terimin anlam içeriğinde bulunan “şehirli” ve “burjuva” gibi alt anlamlar vatandaş teriminde bulunmaz. Bu çerçevede, vatandaş, anlam içeriği bakımından, belki de dünya dillerinde sosyal ve iktisadi gruplara aidiyete en az yer veren terimdir. Madde kenar başlığının vatandaşlık olarak düzenlenmesi Madde kenar başlığında “Türk vatandaşlığı” yerine sadece “vatandaşlık” teriminin kullanılması konusunda MHP dışından kalan üç partinin uzlaşma olasılığı bulunmaktadır.

2- 1961 Ve 1982 Anayasalarında Yer Verilen “Türk Devleti” İbares

1961 ve 1982 Anayasalarındaki vatandaşlık düzenlemesine yönelik eleştirilerden biri de anayasa metinlerinde bulunan “Türk devleti” ibaresinden kaynaklanmaktadır. Her iki anayasada da devletin adında bir uyum sağlanamamış ve “Türkiye Devleti”, “Türkiye Cumhuriyeti” ve “Türk Devleti” ibareleri birlikte kullanılmıştır. Oysa Anayasanın değiştirilmesi yasaklanan linci maddesi devletin adını “Türkiye Cumhuriyeti” olarak belirlemiştir. Bu ifadenin tüm anayasa metninde standart olarak kullanılması gerekir. Bir devletin birden fazla resmi adı olacaksa bu durum Anayasa’da belirtilmeli ve hangi adın ne maksatla kullanıldığı açıklanmalıdır³⁸. Yeni anayasa önerilerinde 1961 ve 1982 Anayasalarındaki “Türk devleti” ibaresine MHP dışındaki partiler yer vermemişlerdir. 1982 Anayasasında madde içinde kullanılan “Türk Devleti” ibaresi “Türkiye Cumhuriyeti Devleti” şeklinde düzenlenmiştir. Önerilen bu düzenleme biçimi devlet adının anayasa metninde standart bir şekilde kullanılmasını sağlayacağı gibi Anayasanın başka hiçbir maddesinde yer verilmeyen bir ifadenin yorumlanmasındaki güçlüklerle de son verecektir.

3- Vatandaşlık Tanımı

Diğer devletlerin anayasalarına bakıldığında ulusal ya da etnik köken ve soy esas alınarak vatandaşlığın normatif tanıma kavuşturulduğu örneklerin

38) 1982 Anayasası Danışma Meclisi faaliyetleri sırasında bu farklılığın nedeni sorulmuş, Meclis üyesi Kemal Dal “Türkiye Cumhuriyeti Devleti” ile “Türk Devleti” ibarelerinin eşit anlamda kullanıldığını ileri sürmüştür. Bkz. Danışma Meclisi Tutanakları, Dönem 2, Cilt 9, Birleşim 137, s. 39 .

son derecede az sayıda olduğunu görmekteyiz. Anayasaların büyük bir çoğunluğu vatandaşlığı ayrıca tanımlama ihtiyacı duymamıştır. Bu anayasalardan bazıları vatandaşlığın kazanılmasına ilişkin genel ilkeleri hüküm altına almış, bazıları ise buna dahi gerek duymadan vatandaşlığın kazanılması ve kaybedilmesi konusunun yasalarla düzenleneceği kuralı ile yetinmiştir. İncelenen 112 anayasadan 79'u bu kategoride yer almaktadır. Vatandaşlık tanımı yapan anayasalarda ise ikili bir yapı görmekteyiz. Bazı anayasalarda vatandaşlık tanımı herhangi bir etnik referans içermeyecek şekilde yapılırken, diğerlerinde etnik referans tanımın unsuru haline getirilmiştir. İncelenen 112 anayasanın içinde sadece 15 anayasada vatandaşlık etnik temelle tanımlanmış ya da vatandaşlık dışında etnik temele referans verilmiştir. 12 devlet anayasasında ise bir vatandaşlık tanımı yaparken, tanımın etnik bir referans içermemesine dikkat edilmiştir. 4 örnekte ise vatandaşlık tanımı yapılmamakla birlikte ülkede yaşayan tüm etnik yapılara atıfta bulunulmuştur.

Cumhuriyet tarihi boyunca yürürlükte olan anayasaların vatandaşlık tanımında yer verdiği "Türk" terimi, hukuki statü ile etnik aidiyet yaklaşımlarını birlikte içeren bir çerçeve içinde formüle edilmiştir. Bu anayasalarda yapılan vatandaşlık tanımları hukuki bir bağa işaret etse de etnik imadan kurtulamamıştır³⁹. Vatandaşlık tanımları, bireyle devlet arasındaki bağı ya da hukuki statüyü doğrudan Türklük ile kurmamakta ve doğrudan etnik temeli esas almamaktadır. Bununla birlikte, önce bireyle devlet arasındaki hukuki bağ kurulmakta, sonra da bu bağa sahip herkesin Türk sayılacağı (1924 Anayasası) ya da Türk olduğu (1961 ve 1982 Anayasaları) hüküm altına alınmak suretiyle dolaylı bir etnik referans kullanılmaktadır. Bu düzenleme biçimiyle Cumhuriyet anayasacılığının günümüze kadar Fransız evrenselci vatandaş modeli ile kan bağı ve etnik kökeni öne çıkaran Alman modelinin bir karışımını ürettiğini söyleyebiliriz. Kaya ve Tarhanlı'nın belirttiği gibi, bu yaklaşım tarzı kimliğin oluşturulmasında kaygan bir zeminin oluşmasına olanak tanımıştır⁴⁰. Tarihi geçmişi ve kültürel mirasları çok farklı ve birbirine zıtlıklar içeren iki geleneğin vatandaşlık bakışını birleştirmeye çalışan, aynı zamanda da o toplumlardan önemli farklılıklar içeren üçüncü bir sosyal yapıya aktaran böyle bir tanımlama çabası sorunsuz olmayacaktır.

Yeni anayasa önerilerinde ve Anayasa Uzlaşma Komisyonu çalışmalarında 1982 Anayasasındaki düzenlemeye alternatif olarak tanımın hiçbir etnik referans içermeyecek şekilde yapılması ya da tanım yapılmaması önerileri mevcuttur. Anayasa Uzlaşma Komisyonuna katılan siyasi partilerden sadece MHP, 1982 Anayasasında yapılan vatandaşlık tanımının aynen korunmasını savunmuştur. CHP, "Türk vatandaşlığı" ibaresini muhafaza ederken, yeni bir tanımla vatandaşların eşitliğini vurgulamıştır. AKP ve BDP ise etnik referans

39) Mustafa ERDOĞAN, (2003), Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset, 4, Baskı, Liberte Yayınları, Ankara, s. 142.

40) Ayhan KAYA ve Turgut TARHANLI, (2005), "Türkiye'de azınlıklar ve Anayasal Yurttaşlık", Türkiye'de Çoğunluk ve Azınlık Politikaları: AB Sürecinde Yurttaşlık Tartışmaları (Der. Ayhan Kaya ve Turgut Tarhanlı) içinde, TESEV Yayınları, İstanbul, s. 15.

içermeyen bir tanım yapılmasını ya da tanım yapılmaksızın vatandaşlığın düzenlenmesini önermektedir.

Özbudun, 1961 ve 1982 Anayasalarındaki Türklük tanımının etnik ve ırki bir temeli olmadığını, Cumhuriyetin ilk dönemindeki uygulamalardan kaynaklanan sapmalar nedeniyle bu ifadenin asıl anlamının bulanıklaştığını ileri sürmüştür⁴¹. Buna karşın, her iki anayasadaki tanımın vatandaşlığı etnik kökene dayandığını ya da en azından toplumda farklı kökenden gelen insanlarda bu hissiyatı uyandırdığı iddia edilmektedir⁴². Özbudun’un bakış açısı yürürlükteki bir anayasal hükümden ne anlamamız gerektiğine ilişkin bir yorum olarak değer taşımaktadır. Böylece, vatandaşlık tanımı yorum yoluyla etnik etkilerden uzak bir anlama kavuşturulmak istenmiştir. Ancak, bu yorumun uygulamaya hâkim olmadığı görülmektedir.

1961 ve 1982 Anayasaları, 1924 Anayasasından farklı olarak vatandaşlığa esas olan Türklüğü tüm vatandaşların ortak bir niteleyicisi olarak ele almaktadır. Dolayısıyla, toplumun tümü normatif bir zorlama ile belli bir grubun üyesi olarak gösterilmektedir. Bu yönüyle iki anayasanın da 1924 Anayasasına göre grup aidiyetini daha fazla vurguladığı ve kişilerin kimliklerini daha sert bir şekilde tayin ettikleri söylenebilir. Üstelik yukarıda görüldüğü gibi bu anayasaların hazırlık çalışmalarında ileri sürülen görüşler de “Türk” kavramının etnik içeriğinden bağımsız ele alınmadığını ortaya koymaktadır.

Öte yandan, bu anayasalarda yer alan “Türk” kavramının toplum tarafından kapsayıcı bir anlamda algılanmadığını ve değiştirilmesi gerektiğini savunan önemli bir toplumsal grubun bulunduğuna işaret etmek gerekir. Memur-Sen tarafından elli bin kişilik bir ankette sorulan “Yeni anayasanın etnik kimliklerden arındırılması gerektiğini düşünüyor musunuz?” sorusuna cevap verenlerin %34’ü Anayasa kesinlikle etnik kimlikten arındırılmalıdır şeklinde olumlu cevap vermiş, %26.5’i arındırılması gerektiğini, % 17.5’i ise etnik kimliklerden arındırılması görüşüne kısmen katıldığını beyan etmiştir⁴³.

1961 ve 1982 Anayasalarının yürürlükte olduğu dönemlerde çıkarılan yasalarda ve mahkeme kararlarında “Türk” terimi etnik köken ve soy anlamında kullanılmıştır. 2009 yılında yürürlüğe giren 5901 sayılı Vatandaşlık Kanununun geçici 1inci maddesinin başlığında “Türk soylu yabancılar” ifadesi kullanılmıştır. 2006 tarihli 5543 sayılı İskân Kanununun 3üncü maddesinde, göçmen, “Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, yerleşmek amacıyla tek başına ve toplu halde Türkiye’ye gelip bu kanun gereğince kabul olu-

41) Ergun ÖZBUDUN, (1997) “Millî Mücadele Cumhuriyetin Resmi Belgelerinde Yurttaşlık ve Kimlik Sorunu”, Cumhuriyet, Demokrasi ve Kimlik (Der. Bilgin, Nuri) Bağlam Yayıncılık, s. 70.

42) Naz ÇAVUŞOĞLU, (2012), “Yeni Bir Anayasa için Somut Öneriler: ‘Yurttaşlık’/‘Vatandaşlık’” Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt:1, Sayı: 1, İstanbul, s. 414; Vahap COŞKUN (2009) “Anayasal Vatandaşlık”, Toplumsal Barışın İnşası Sivil Bir Anayasa Arayışı, Heinrich Böll Stiftung Derneği, İstanbul, s. 85; Fazıl Hüsnü ERDEM,

43) Memur-Sen, (2011), Yeni Anayasa Araştırması, Algı, Beklenti ve Talepler, Yayın No. 13, Ankara, s. 95.

nanlardır” şeklinde tanımlanmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da, bir kararında Türklüğü “insani, dini, tarihi değerler ile milli dil, milli duygular ve milli geleneklerden oluşan milli ve manevi değerler bütünü” olarak tanımlamıştır⁴⁴. Bu yasalarda ve yargı kararlarında geçen “Türk”ten devletle vatandaşlık arasındaki bağı oluşturan kapsayıcı bir terim değil, “soy” ve “etnik grup” anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Türklük konusunda Özbudun tarafından yapılan yorumun genel kabul görmediği ortadadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de, Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından yapılan tanımlamanın uluslararası antlaşmalar ile tanınmış ya da tanınmamış dini, dilsel ya da etnik azınlık grupları dışladığı görüşündedir⁴⁵. AİHM ayrıca Türk Ceza Kanununun 301inci maddesinde yer alan “Türklük” ibaresinin “Türk Milleti” ile değiştirilmesinin de bu kavramların yorumunda büyük bir anlam değişikliğine neden olmadığını düşünmektedir⁴⁶.

1982 Anayasasındaki vatandaşlıkla ilgili hükmün yeni anayasaya aynen aktarılmasının konuyla ilgili tartışmaları sonlandırmayacağı açıktır. Bu tanımda kullanılan terimlerin anlamıyla ilgili hukuki sorunlar ve belirsizlikler de farklı yorumlara zemin oluşturmaya devam edecektir.

3- Yeni Anayasa Önerilerinde Alternatif Bir Kimliğe Yer Verilmemesi

Önerilerin hiç birinde “Türk” kelimesinin alternatifi olacak şekilde kimlik içerikli bir ibare kullanılmamıştır. Geçmiş dönemlerde geliştirilen önerilerde “Türk” terimine alternatif olarak sunulan “Türkiyeli” ibaresi, Özbudun başkanlığındaki komisyon çalışması ve Anayasa Uzlaşma Komisyonu önerilerinde bulunmamaktadır. Köker, “Türkiyeli” teriminin daha kapsayıcı olduğu, ancak en doğru çözümün tüm etnik, dinsel, kültürel ve ırki kimliklerden uzak, vatandaşlığın hak olduğunu ve bireylerin kendi istekleri dışında bu haktan mahrum bırakılmayacaklarını belirten bir düzenlemenin kabul edilmesi olduğu görüşündedir⁴⁷. Uzlaşma Komisyonu çalışmalarında “Türk” terimine başvurulmamasını savunan önerilerde alternatif bir ifadenin ikame edilmemiş olması yerindedir. “Türk” yerine “Türkiyeli” ya da benzeri bir kavramın kullanılması bu konuda yeni bir tartışma başlatacaktır. Daha da önemlisi vatandaşların bu kimliği geniş bir uzlaşma içinde benimseyecekleri konusunda herhangi bir netlik de bulunmamaktadır.

SONUÇ

Modern ulus devletin ortaya çıkması uluslaşma hareketlerini başlatmış ve birey bir siyasi süje olarak ortaya çıkmıştır. Osmanlı anayasacılık hareketi çeşitliliği içeren Osmanlı toplumunu bu gelişmelerle uyumlu hale getirmeye çalışmıştır. 1876 Anayasasındaki vatandaşlık tanımı kapsayıcı bir şekilde bi-

44) Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11 Temmuz 2006, E. 2006/9-169, K. 2006/184.

45) AİHM, İkinci Daire, *Dink-Türkiye Davası*, Karar Tarihi:14 Eylül 2010.

46) AİHM, İkinci Daire, *Altuğ Taner Akçam-Türkiye Davası*, Karar Tarihi: 25 Ekim 2011.

47) Levent KÖKER, (2009), “Kültürel Çoğulculuk ve Anayasa”, Toplumsal Barışın İnşası Sivil Bir Anayasa Arayışı içinde, Heinrich Böll Stiftung Derneği Türkiye Temsilciliği, İstanbul.

reyin siyasi kimliğini düzenlemiştir. 1924 Anayasası bu çizgiden uzaklaşmış, 1961 ve 1982 Anayasaları ise vatandaş tanımını yaparken aidiyeti daha güçlü vurgulamıştır. Türkiye’de son dönemlerde yapılan tartışmalar bu mirası tekrar hatırlayan ve dünyadaki gelişmeleri dikkate alan bir seyir izlemektedir. Kapsayıcı vatandaşlık yaklaşımı toplumda ve siyasi partilerde oldukça güçlü sayılabilecek bir destek bulmaktadır.

Türkiye’de anayasacılık hareketi yeni bir sürece girmiştir. Bu süreç henüz yeterli bir berraklık ve ortak anlayış oluşturmamış olsa dahi yeni anayasa için önerilerin tarihi tecrübeler, toplumsal miras ve küreselleşen dünyadaki gelişmeler dikkate alınarak yapılması, değişim ve reform taleplerinin daha köklü ve kalıcı bir anayasal düzenlemeyle sonuçlanmasına neden olacaktır. Tüm vatandaşların kendilerini dışlanmaksızın içinde bulabilecekleri bir anayasal çerçevenin oluşturulması ve vatandaşlık gibi bireyleri doğrudan ilgilendiren bir konuda geçmiş tartışmaların tekrar etmemesinin sağlanması yeni anayasa çalışmalarında vatandaşlık düzenlemesine ilişkin önerilerin temel hareket noktası olmalıdır. Dünya anayasalarındaki örnekler vatandaşlıkla ilgili farklı düzenleme biçimleri olduğunu göstermektedir. Bu konudaki genel eğilim bir vatandaşlık tanımına anayasa metninde yer verilmemesi şeklindedir. Eğer bu seçenek genel kabul görmezse vatandaşlığın etnik kimlik imasına neden olmayacak şekilde tanımlandığı örneklerden de yararlanılabilir. TBMM Uzlaşma Komisyonu çalışmalarında söz konusu seçeneklerin tartışılmış olması, henüz hangi seçeneğin benimseneceği konusunda yeterli bir uzlaşa sağlanamamış olmakla birlikte, yeni bir düzenlemenin yapılması gerektiğine işaret etmektedir. Gelecekteki anayasa yapım çalışmalarında bu tecrübe yol gösterici olacaktır.

Tablo 1- Vatandaşlık Tanımı İçermeyen Anayasalar

1992 tarihli Angola Anayasası⁴⁸, 1994 tarihli Arjantin Anayasası⁴⁹, 1998 tarihli Arnavutluk Anayasası⁵⁰, 1993 tarihli Andorra Anayasası⁵¹, 1920 tarihli Avusturya Anayasası⁵², 1994 tarihli Beyaz Rusya Anayasası⁵³, 1981 tarihli Belize Anayasası⁵⁴, 1970 tarihli Belçika Anayasası⁵⁵, 1990 tarihli Benin Anayasası⁵⁶, 1966 tarihli Botsvana Anayasası⁵⁷, Britanya hukuk sistemi⁵⁸, 1991 tarihli Bulgaristan

48) http://www.servat.unibe.ch/icl/ao00000_.html (16 Eylül 2014).

49) http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Argentina/argen94_e.html (16 Eylül 2014).

50) http://president.al/?page_id=663&lang=en (16 Eylül 2014).

51) http://www.andorramania.com/constit_gb.htm (16 Eylül 2014).

52) <http://www.verfassungen.de/at/indexheute.htm> (16 Eylül 2014).

53) http://www.president.gov.by/ru/constitution_ru/ (16 Eylül 2014).

54) <http://www.nationalassembly.gov.bz/index.php/constitution-belize> (16 Eylül 2014).

55) <http://legislationline.org/documents/action/popup/id/6353> (16 Eylül 2014).

56) <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/Benin1990English.pdf> (16 Eylül 2014).

57) http://www.chr.up.ac.za/undp/domestic/docs/c_Botswana.pdf (16 Eylül 2014).

58) Yazılı bir anayasası bulunmayan Britanya’da vatandaşlık sistemi oldukça karmaşık olmakla birlikte kanunlarda etnik ya da sosyal kökene dayalı bir vatandaşlık tanımı bulunmamaktadır. 1983 yılında yürürlüğe giren ve tabiiyeti düzenleyen yasa, kapsamı oldukça geniş bir tabiiyet sistemi kurmuştur.

Siyasi Kimlik Olarak Vatandaşlık

Anayasası⁵⁹, 1992 tarihli Cibuti Anayasası⁶⁰, 1996 tarihli Çad Anayasası⁶¹, 1992 tarihli Çek Cumhuriyeti Anayasası⁶², 1849 tarihli Danimarka Anayasası⁶³, 1991 tarihli Ekvator Ginesi Anayasası⁶⁴, 1983 tarihli El Salvador Anayasası⁶⁵, 1997 tarihli Eritre Anayasası⁶⁶, 2005 tarihli Ermenistan Anayasası⁶⁷, 1992 tarihli Estonya Anayasası⁶⁸, 1955 tarihli Etiyopya Anayasası⁶⁹, 1987 tarihli Filipinler Anayasası⁷⁰, 1999 tarihli Finlandiya Anayasası⁷¹, 1958 tarihli Fransa Anayasası⁷², 1991 tarihli Gabon Anayasası⁷³, 1997 tarihli Gambiya Anayasası⁷⁴, 1992 tarihli Gana Anayasası⁷⁵, 1985 tarihli Guatemala Anayasası⁷⁶, 1980 tarihli Guyana Anayasası⁷⁷,

1996 tarihli Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası⁷⁸, 1948 tarihli Güney Kore Anayasası⁷⁹,

1995 tarihli Gürcistan Anayasası⁸⁰, 1987 tarihli Haiti Anayasası⁸¹, 1949 tarihli Hindistan Anayasası⁸², 2002 tarihli Hollanda Anayasası⁸³, 1982 tarihli Honduras Anayasası⁸⁴, 1978 tarihli İspanya Anayasası⁸⁵, 1974 tarihli İsveç Anayasası⁸⁶, 1947 tarihli İtalya Anayasası⁸⁷, 1944 tarihli İzlanda Anayasası⁸⁸, 1962 tarihli Jamaika

59) <http://www.constitutionnet.org/files/Djibouti%20Constitution.pdf> (16 Eylül 2014).

60) <http://www.constitutionnet.org/files/Djibouti%20Constitution.pdf> (16 Eylül 2014).

61) <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/Chad1995English.pdf> (16 Eylül 2014).

62) <http://www.hrad.cz/en/cezech-republic/constitution-of-the-cr.shtml> (16 Eylül 2014).

63) http://www.thedanishparliament.dk/Publications/The_Constitutional_Act_of_Denmark.aspx (16 Eylül 2014).

64) <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/EquatorialGuinea1991English.pdf> (16 Eylül 2014).

65) <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/ElSalvador1983English.pdf> (16 Eylül 2014).

66) <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/Eritrea1997English.pdf> (16 Eylül 2014).

67) www.president.am/en/constitution/ (16 Eylül 2014).

68) <http://legislationline.org/documents/action/popup/id/5674> (16 Eylül 2014).

69) <http://www.angelfire.com/ny/ethiocrown/Constitution.html> (16 Eylül 2014).

70) <http://www.chanrobles.com/philsupremelaw2.html#.VHIK0PmsVS0> (16 Eylül 2014).

71) <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1999/en19990731.pdf> (16 Eylül 2014).

72) <http://www2.assemblee-nationale.fr/> (16 Eylül 2014).

73) <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/Gabon1991English.pdf> (16 Eylül 2014).

74) <http://www1.umn.edu/humanrts/research/gambia-constitution.pdf> (16 Eylül 2014).

75) http://www.judicial.gov.gh/constitution/second_schedule/home.htm (16 Eylül 2014).

76) <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Guate/guate85.html> (16 Eylül 2014).

77) <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Guyana/guyana96.html> (16 Eylül 2014).

78) <http://www.thehda.co.za/uploads/images/unpan005172.pdf> (16 Eylül 2014).

79) http://www.court.go.kr/home/att_file/download/Constitution_of_the_Republic_of_Korea.pdf (16 Eylül 2014).

80) <http://www.parliament.ge/en/kanonmdebloba/constitution-of-georgia-68> (16 Eylül 2014).

81) <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Haiti/haiti1987.html> (16 Eylül 2014).

82) <http://lawmin.nic.in/coi/coiason29july08.pdf> (16 Eylül 2014).

83) <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/brochures/2008/10/20/theconstitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008.html> (16 Eylül 2014).

84) <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Honduras/hond82.html> (16 Eylül 2014).

85) http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/Norm/const_espa_texto_ingles_0.pdf (16 Eylül 2014).

86) <http://www.riksdagen.se/en/Documents-and-laws/Laws/The-Constitution/> (16 Eylül 2014).

87) http://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf (16 Eylül 2014).

88) <http://www.government.is/constitution/> (16 Eylül 2014).

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Anayasası⁸⁹, 1947 tarihli Japon Anayasası⁹⁰, 1972 tarihli Kamerun Anayasası⁹¹, 1982 tarihli Kanada Anayasal Kanunu⁹², 1995 tarihli Kazakistan Anayasası⁹³, 2010 tarihli Kenya Anayasası⁹⁴, 2007 tarihli Kırgızistan Anayasası⁹⁵, 1991 tarihli Kolombiya Anayasası⁹⁶, 2006 tarihli Kongo (Demokratik Kongo Cumhuriyeti) Anayasası⁹⁷, 1949 tarihli Kosta Rika Anayasası⁹⁸, 1976 tarihli Küba Anayasası⁹⁹, 1993 tarihli Lesoto Anayasası¹⁰⁰, 1922 tarihli Letonya Anayasası¹⁰¹, 1992 tarihli Litvanya Anayasası¹⁰², 1868 tarihli Lüksemburg Anayasası¹⁰³, 2010 tarihli Madagaskar Anayasası¹⁰⁴, 1994 tarihli Malavi Anayasası¹⁰⁵, 1992 tarihli Mali Anayasası¹⁰⁶, 1992 tarihli Moğolistan Anayasası¹⁰⁷, 1994 tarihli Moldova Anayasası¹⁰⁸,

1991 tarihli Moritanya Anayasası¹⁰⁹, 2004 tarihli Mozambik Anayasası¹¹⁰, 1990 tarihli Namibya Anayasası¹¹¹, 1999 tarihli Nijerya Anayasası¹¹², 1814 tarihli Norveç Anayasası¹¹³, 1995 tarihli Orta Afrika Cumhuriyeti Anayasası¹¹⁴, 1973 tarihli Pakistan Anayasası¹¹⁵,

1992 tarihli Paraguay Anayasası¹¹⁶, 1993 tarihli Peru Anayasası¹¹⁷, 1997 tarihli Polonya Anayasası¹¹⁸, 1991 tarihli Romanya Anayasası¹¹⁹, 2003 tarihli Ruanda

-
- 89) <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Jamaica/jam62.html> (16 Eylül 2014).
90) http://japan.kantei.go.jp/constitution_and_government_of_japan/constitution_e.html (16 Eylül 2014).
91) http://cambodia.ohchr.org/klc_pages/KLC_files/section_001/section_01_01_ENG.pdf (16 Eylül 2014).
92) <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html> (16 Eylül 2014).
93) <http://www.parlam.kz/en/constitution> (16 Eylül 2014).
94) <http://www.kenyaembassy.com/pdfs/The%20Constitution%20of%20Kenya.pdf> (16 Eylül 2014).
95) http://confinder.richmond.edu/admin/docs/kyrgyz_const.pdf (16 Eylül 2014).
96) http://confinder.richmond.edu/admin/docs/colombia_const2.pdf (16 Eylül 2014).
97) www.servat.unibe.ch/icl/afoooooo_.html (16 Eylül 2014).
98) <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Costa/costa2.html> (16 Eylül 2014).
99) <http://www.constitutionnet.org/files/Cuba%20Constitution.pdf> (16 Eylül 2014).
100) http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=216171 (16 Eylül 2014).
101) <http://www.saeima.lv/en/legislation/constitution> (16 Eylül 2014).
102) http://www.servat.unibe.ch/icl/lhooooo_.html (16 Eylül 2014).
103) http://www.servat.unibe.ch/icl/luooooo_.html (16 Eylül 2014).
104) https://www.constituteproject.org/constitution/Madagascar_2010.pdf (16 Eylül 2014).
105) http://www.africa.upenn.edu/Govern_Political/mlwi_const.html (16 Eylül 2014).
106) <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/Mali.pdf> (16 Eylül 2014).
107) http://www.servat.unibe.ch/icl/mgooooo_.html (16 Eylül 2014).
108) <http://www.presedinte.md/eng/constitution> (16 Eylül 2014).
109) http://www.servat.unibe.ch/icl/mrooooo_.html (16 Eylül 2014).
110) http://confinder.richmond.edu/admin/docs/Constitution_28%in_force_21_01_05%29%28English%29-Mozlegal.pdf (16 Eylül 2014).
111) http://www.servat.unibe.ch/icl/waooooo_.html (16 Eylül 2014).
112) <http://www.nigeria-law.org/ConstitutionOfTheFederalRepublicOfNigeria.htm> (16 Eylül 2014).
113) <https://www.stortinget.no/Global/pdf/Constitutionenglish.pdf?epslanguage=no> (16 Eylül 2014).
114) [http://confinder.richmond.edu/admin/docs/CentralAfricanRepublic1995English\(Summary\).pdf](http://confinder.richmond.edu/admin/docs/CentralAfricanRepublic1995English(Summary).pdf) (16 Eylül 2014).
115) http://www.na.gov.pk/uploads/documents/1333523681_951.pdf (16 Eylül 2014).
116) http://www.servat.unibe.ch/icl/paooooo_.html (16 Eylül 2014).
117) <http://www.icla.up.ac.za/images/un/use-of-force/latin-america-caribbean/Peru/Constitution%20Peru.pdf> (16 Eylül 2014).
118) http://www.servat.unibe.ch/icl/plooooo_.html (16 Eylül 2014).
119) <http://www.cdep.ro/pls/dic/site.page?id=371> (16 Eylül 2014).

Anayasası¹²⁰, 1993 tarihli Rusya Anayasası¹²¹, 2006 tarihli Sırbistan Anayasası¹²², 1991 tarihli Sierra Leone Anayasası¹²³, 1980 tarihli Şili Anayasası¹²⁴, 1995 tarihli Uganda Anayasası¹²⁵, 1996 tarihli Ukrayna Anayasası¹²⁶ ve 1996 tarihli Umman Anayasası¹²⁷

Tablo 2- Ulusal Ve Etnik Kimliğe Eşitlik Temelinde Yer Veren Anayasalar
Afganistan¹²⁸

2004 tarihli Anayasa madde 4:

(2) Afganistan milleti Afganistan vatandaşlığına sahip olan tüm bireylerden oluşur.

(3) Afganistan milleti aşağıdaki etnik gruplardır: Peştun, Tacik, Hazara, Özbek, Türkmen, Beluci, Paşai, Nuristani, Aymak, Arap, Kırgız, Kızılbaş, Gucur, Barahvui ve diğerleri.

Hırvatistan¹²⁹

1990 tarihli Anayasa

Hırvatistan Anayasası vatandaşlığı tanımlayan özel bir madde içermemekle birlikte Anayasanın Başlangıç kısmında “Hırvatistan Cumhuriyetinin Hırvat ulusu ile vatandaşlık bağı olan Sırp, Çek, Slovak, İtalyan, Macar, Alman, Avusturyalı, Ukraynalı, Ruthenyalı, Yahudi ve diğer yerleşik ulusal azınlıklardan oluştuğu” ifadesine yer vermiştir.

Makedonya¹³⁰

1991 tarihli Anayasa

Başlangıç: Makedonya sınırları içinde yaşayan Arnavut, Türk, Sırp, Vlač, Roma ve Boşnak ve diğer halkların üyeleri Makedonya Cumhuriyeti vatandaşları ve Makedonya halkıdır.

Madde 4: Makedonya Cumhuriyeti vatandaşları Makedonya Cumhuriyeti vatandaşlığına sahiptir.

Karadağ¹³¹

2007 tarihli Karadağ Anayasası,

120) http://www.servat.unibe.ch/icl/rw00000_.html (16 Eylül 2014).

121) <http://archive.kremlin.ru/eng/articles/ConstMain.shtml> (16 Eylül 2014).

122) <http://aceproject.org/ero-en/regions/europe/RS/constitution-of-the-republic-of-serbia-2006/view> (16 Eylül 2006).

123) <http://www.sierra-leone.org/Laws/constitution1991.pdf> (16 Eylül 2014).

124) <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/Chile.pdf> (16 Eylül 2014).

125) http://www.parliament.go.ug/new/images/stories/constitution/Constitution_of_Uganda_1995.pdf (16 Eylül 2014).

126) http://www.justice.gov/eoir/vll/country/foreign_law/ukraine/constitution.pdf (16 Eylül 2014).

127) http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=180952 (16 Eylül 2014).

128) http://www.servat.unibe.ch/icl/af00000_.html (16 Eylül 2014).

129) http://www.servat.unibe.ch/icl/hr00000_.html (16 Eylül 2014).

130) http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=239363 (16 Eylül 2014).

131) <http://www.skupstina.me/images/documents/constitution-of-montenegro.pdf> (16 Eylül 2014).

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Anayasada vatandaşlığı tanımlayan bir maddeye yer verilmemiştir. Anayasanın “Başlangıç” kısmında, “Karadağlılar, Sırlar, Boşnaklar, Arnavutlar, Müslümanlar, (...) bu anayasayı kabul Hırvatlar ve diğer halklardan oluşan Karadağ’ın özgür ve eşit vatandaşlarının ettikleri” ifade edilmiştir.

Tablo 3- Etnik Referansı Olmayan Vatandaşlık Tanımlarını İçeren Anayasalar:

Amerika Birleşik Devletleri¹³²

1787 tarihli Anayasa 14üncü değişiklik:

Birleşik Devletlerde doğan veya onun vatandaşlığına geçip yetki alanına tabi olan herkes Birleşik Devletlerin ve ikamet etmekte olduğu eyaletin vatandaşdır.

Azerbaycan¹³³

1995 tarihli Anayasa madde 1:

(2) Azerbaycan Cumhuriyetinin ülkesinde ve Azerbaycan devletine bağlı yerlerde yaşayan Azerbaycan halkı Azerbaycan Cumhuriyetinin vatandaşlarından oluşur.

Bangladeş¹³⁴

1972 tarihli Anayasa madde 9:

Vatandaşlık

(2) (...) Bangladeş vatandaşları Bangladeşli olarak adlandırılır.

Çin¹³⁵

1982 tarihli Anayasa madde 33:

Çin Halk Cumhuriyeti uyruğunda olan herkes Çin Halk Cumhuriyeti vatandaşdır.

Endonezya¹³⁶

1945 tarihli Anayasa madde 26:

(1) Vatandaşlar, Endonezyalı yerliler ile kanunlar çerçevesinde vatandaşlığa kabul edilen yabancı kökenli kişilerden oluşur.

Fiji¹³⁷

2013 tarihli Anayasa madde 5:

(1) Tüm Fiji vatandaşları Fijili olarak adlandırılır.

132) http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html (16 Eylül 2014).

133) <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/Azerbaijan1978Azerbaijani.pdf> (16 Eylül 2014).

134) <http://www1.umn.edu/humanrts/research/bangladesh-constitution.pdf> (16 Eylül 2014).

135) <http://english.people.com.cn/constitution/constitution.html> (16 Eylül 2014).

136) http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=181087 (16 Eylül 2014).

137) <http://www.fiji.gov.fj/getattachment/8e981ca2-1757-4e27-88e0-f87e3b3b844e/Click-here-to-download-the-Fiji-Constitution.aspx> (16 Eylül 2014).

Siyasi Kimlik Olarak Vatandaşlık

Irak¹³⁸

2005 tarihli Anayasa madde 18:

Irak vatandaşlığı her Iraklının hakkıdır ve Iraklı uyruğunun temelidir.

İran¹³⁹

1979 tarihli Anayasa madde 41:

(1) İran vatandaşlığı, her İranlının tartışılmaz hakkıdır (...).

İsviçre¹⁴⁰

(1) 1999 tarihli Anayasa Madde 37:

Bir komün ve o komünün bağlı olduğu Kanton vatandaşlığına sahip olan herkes İsviçre vatandaşıdır.

Kongo (Brazzaville)¹⁴¹

1992 tarihli Anayasa madde 21:

Her Kongolu, Kongo vatandaşlığı hakkına sahiptir.

Portekiz¹⁴²

1976 tarihli Anayasa madde 4:

Kanunların veya uluslararası sözleşmelerin Portekiz vatandaşı olarak gördüğü herkes vatandaştır.

Vietnam¹⁴³

2013 tarihli Anayasa madde 47:

Vietnam Sosyalist Cumhuriyeti vatandaşı Vietnam uyruğunda olan kişidir.

Tablo 4- Ulus ya da Etnik Temele Referans Veren Anayasalar

İrlanda¹⁴⁴

1937 tarihli Anayasa madde 9 ve “Başlangıç” kısmı:

Anayasanın 9uncu maddesinde anayasanın yürürlüğe girmesinden önce İrlanda Devleti vatandaşı olan kişilerin anayasanın yürürlüğe girmesiyle İrlanda vatandaşı (Anayasa’da kullanılan Eire etnik grubu ifade eder) olacağı hükmü bulunmaktadır. Anayasada ayrıca İrlanda milleti (Irish nation) ve İrlanda halkı (The people of Eire) ifadelerine yer verilmiştir.

138) <http://gipi.org/library/primary/iraqi-constitution/> (16 Eylül 2014).

139) http://www.servat.unibe.ch/icl/irooooo_.html (16 Eylül 2014).

140) http://www.servat.unibe.ch/icl/szooooo_.html (16 Eylül 2014).

141) http://www.servat.unibe.ch/icl/cfooooo_.html (16 Eylül 2014).

142) http://www.servat.unibe.ch/icl/pooooo_.html (16 Eylül 2014).

143) <http://www.na.gov.vn/htx/English/C1479/#CFC0GV3XSuoO> (16 Eylül 2014).

144) http://www.taoiseach.gov.ie/eng/Publications/Publications_Archive/Publications_2012/Bunrecht_na_h%C3%89ireann-March2012.pdf (16 Eylül 2014).

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Kamboçya¹⁴⁵

1993 tarihli Anayasada bir vatandaşlık tanımı bulunmamakla birlikte, metinde pek çok maddede “Khmer vatandaşı” ibaresi kullanılmaktadır.

Laos¹⁴⁶

1991 tarihli Anayasada bir vatandaşlık tanımına yer verilmemiştir. Bununla birlikte “Lao vatandaşı” ve “Lao uyrukluğu” ibarelerine Anayasada yer verilmiştir.

Macaristan¹⁴⁷

2011 tarihli Anayasada bir vatandaşlık tanımı bulunmamakla birlikte, anayasanın çeşitli maddelerinde “Macaristan Cumhuriyeti vatandaşları” ve “Macar vatandaşlar” ibareleri birlikte kullanılmaktadır.

Slovakya¹⁴⁸

1992 tarihli Anayasa

Anayasada bir vatandaşlık tanımı bulunmamakla birlikte “Başlangıç” kısmında “Biz Slovak milleti” şeklinde bir ibare yer almakta ve anayasanın “Slovak milleti” tarafından yapıldığı vurgulanmaktadır.

Slovenya¹⁴⁹

1991 tarihli Anayasa

Anayasa vatandaşlık tanımı içermez. Anayasada vatandaşlık, “Sloven vatandaşlığı” olarak ifade edilmiştir. Çoğunluğu Roman, Sırp, Hırvat ve Boşnaklardan oluşan ve eski Yugoslavya vatandaşı olan gruplara vatandaşlık hakkı verilmemiş olması etnik temelli bir ayrımcılığa neden olmaktadır.

Yunanistan¹⁵⁰

1975 tarihli Anayasa madde 4/3:

Kanunla belirlenen vatandaşlık niteliklerini taşıyan herkes Yunan vatandaşdır. Ayrıca, hak ve özgürlüklere ilişkin anayasa maddelerinde “herkes” gibi kapsayıcı bir ifade yerine “Yunan vatandaşları” ibaresi kullanılmaktadır.

Tablo 5- Vatandaşlığı Etnik Temelle Tanımlayan ya da Etnik Temele Yer Veren Anayasalar

145) http://cambodia.ohchr.org/klc_pages/KLC_files/section_001/section_01_01_ENG.pdf (16 Eylül 2014).

146) <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/laos.pdf> (16 Eylül 2014).

147) <http://www.kormany.hu/download/e/02/00/000/The%20New%20Fundamental%20Law%20of%20Hungary.pdf> (16 Eylül 2014).

148) http://www.concourt.sk/en/A_ustava/ustava_a.pdf (16 Eylül 2014).

149) <http://www.seepag.info/download/slovenia/The%20Constitution%20of%20the%20Republic%20of%20Slovenia%20-%20bilingual.pdf> (16 Eylül 2014).

150) <http://www.hellenicparliament.gr/UserFiles/f3c70a23-7696-49db-9148-f24dce6a27c8/001-156%20aggluko.pdf> (16 Eylül 2014).

Bahreyn¹⁵¹

1973 tarihli Anayasa

Bahreyn Anayasasında etnik temelli ayrı bir vatandaşlık tanımı bulunmamakla birlikte Anayasanın “Başlangıç” kısmında “vatandaşların büyük Arap toplumuna karşı sorumluluğu olduğu” ifade edilmektedir. Anayasanın 7. Maddesinde ise “eğitimin değişik kademelerinde vatandaşların Araplıklarıyla gurur duyacak şekilde yetiştirilecekleri” kural altına alınmıştır.

Fas¹⁵²

1996 tarihli Anayasa

Anayasada vatandaşlık tanımı bulunmamaktadır. Anayasanın “Başlangıç” kısmında Fas Krallığının Büyük Arap Magrebi’nin bir parçası olduğu ifade edilmiştir.

Federal Almanya¹⁵³

1949 tarihli Anayasa

Madde 116. Alman vatandaşlığı

(1) Bu Anayasadaki anlamda Alman, diğer yasal düzenlemeler saklı kalmak üzere, Alman vatandaşlığına sahip olanlar veya Alman soyundan olup 31 Aralık 1937 tarihindeki Alman İmparatorluğu sınırları içinde kabul edilmiş olan mülteci veya sürgün edilenler ile bunların eşi veya fûru.

(2) 30 Ocak 1933 ve 8 Mayıs 1945 tarihleri arasında siyasi, ırkî veya dinî nedenlerle vatandaşlıktan çıkarılanlar ve bunların fûru, başvuruları üzerine tekrar vatandaşlığa alınırlar. Bunlar, 8 Mayıs 1945’den sonra Almanya’da yerleştikleri ve aksine bir istekte bulunmadıkları takdirde vatandaşlıktan çıkarılmış sayılmazlar.

Kuveyt¹⁵⁴

1962 tarihli Anayasa

Anayasada vatandaşlık tanımına yer verilmemiştir. Ancak Anayasanın “Başlangıç” kısmında “Kuveyt devletinin Arap milliyetçiliğini, dünya barışını ve medeniyeti geliştirme rolü” olduğu vurgulanmıştır.

Liberya¹⁵⁵

1986 tarihli Liberya Anayasası

Anayasanın 27. Maddesinin “b” fıkrası sadece siyahların ve siyah kökenlilerin doğuştan ya da sonradan Liberya vatandaşı olabileceği kuralını içermektedir. Böylece vatandaşlık ırksal renk unsuru ile çerçevelenmiştir.

151) <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/Bahrain.pdf> (16 Eylül 2014).

152) <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/Morocco.PDF> (16 Eylül 2014).

153) <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf> (16 Eylül 2014).

154) http://www.servat.unibe.ch/icl/kuooooo_.html (16 Eylül 2014).

155) <http://confinder.richmond.edu/admin/docs/liberia.pdf> (16 Eylül 2014).

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Lübnan¹⁵⁶

1926 tarihli Anayasa

Anayasada vatandaşlık tanımına yer verilmemiştir. Anayasanın 1inci maddesinde “Lübnan’ın Arap kökenli ve kimlikli” olduğu hüküm altına alınmıştır.

Tunus¹⁵⁷

2014 tarihli Anayasa madde 4:

Tunus Cumhuriyeti Arap Magrebinin bir parçasıdır (...).

Ürdün¹⁵⁸

1952 tarihli Anayasa

Anayasada bir vatandaşlık tanımı bulunmamakla birlikte, Anayasanın “Başlangıç” kısmında “Ürdün halkının Arap milletinin bir parçasını oluşturduğu” ifade edilmiştir.

KAYNAKLAR

- Aybay, Rona, “Tebaa-i Osmani’den T.C. Yurttaşına Geçişin Neresindeyiz?”, 75 Yılda Tebaadan Yurttaş Doğru, içinde, der. Artun Ünsal, Tarih Vakfı Yayınları, İstanbul, 1998.
- Aydın, Mehmet Akif (2014), Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınları, 12. Baskı.
- Aydın, Suavi (2009), “Amacımız Devletin Bekaası”, Demokratikleşme Sürecinde Devlet ve Yurttaşlar içinde, TESEV Yayınları, 3. Baskı, İstanbul.
- Barın, Taylan (2014), Türkiye’nin Yeni Anayasa Arayışı: 2011-2013 TBMM Anayasa Uzlaşma Komisyonu Tecrübesi, AKP, CHP, MHP ve BDP’nin Anayasa Önerileri, XII Levha Yayınları, İstanbul.
- Bellamy, Richard (2008), Citizenship, A very Short Introduction, Oxford University Press.
- Bulut, Nihat (2008), “Türkiye’de Temel Hak ve Özgürlüklerin Gelişimi Açısından 1909 Anayasa Değişikliklerinin Önemi”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XII, Sayı: 1-2, ss. 1-15.
- Buss, Terry F., Redburn, F. Stevens ve Guo, Kristina (2006) Modernizing Democracy: Innovations in Citizen Participation, M. E. Sharpe Publications, Armonk, New York.
- Can, Osman (2011), “Türk Anayasal Düzeninde İktidar Haritası, Felaketler ve Dersler”, Uluslararası Anayasa Kongresi, Memur Sendikaları Konfederasyonu, Ankara.
- Caniklioğlu, Meltem Dikmen (1996), Sivil Toplum ve Türkiye’deki İzdüşümleri, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Çavuşoğlu, Naz (2012), “Yeni Bir Anayasa için Somut Öneriler: ‘Yurttaşlık’/‘Vatandaşlık’” Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt:1, Sayı: 1, İstanbul, ss. 405-429.
- Çoşkun, Vahap (2009) “Cumhuriyet Anayasalarında Vatandaşlık”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 16-19, Yıl: 2007-2008, Diyarbakır, ss. 1-21.
- Çoşkun, Vahap (2009) “Anayasal Vatandaşlık”, Toplumsal Barışın İnşası Sivil Bir Anayasa Arayışı, Heinrich Böll Stiftung Derneği, İstanbul, ss. 81-87.

156) http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=184204 (16 Eylül 2014).

157) http://confinder.richmond.edu/admin/docs/Tunisia_2014_EN.pdf (16 Eylül 2014).

158) http://www.kinghussein.gov.jo/constitution_jo.html (16 Eylül 2014).

Siyasi Kimlik Olarak Vatandaşlık

- Delanty, G. (2000), *Citizenship in a Global Age, Society, Culture, Politics*, Open University Press, Buckingham.
- Erdoğan, Mustafa (2003), *Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset*, 4. Baskı, Liberte Yayınları, Ankara.
- Fişek, Hicri (1961), *Anayasa ve Vatandaşlık*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ajans Türk Matbaası, Ankara.
- Fung, Archon (2004) *Empowered Participation*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey.
- Harris, Jose (2004), “Nationality, Rights and Virtue: Some Approaches to Citizenship in Great Britain”, *Lineages of European Citizenship: Rights, Belonging and Participation in Eleven Nation-States* (Der. Richard Bellamy, Dario Castiglione ve Emilio Santoro) içinde, Palgrave MacMillan, New York, ss. 73-91.
- Hekimoğlu, Mehmet Merdan (2007), *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Açısından Azınlık Hakları ve Türkiye*, Detay yayıncılık, Ankara.
- Howard, Marc Morjé (2009), *The Politics of Citizenship in Europe*, Cambridge University Press, New York.
- Kaya, Ayhan ve Tarhanlı, Turgut (2005), “Türkiye’de azınlıklar ve Anayasal Yurttaşlık”, *Türkiye’de Çoğunluk ve Azınlık Politikaları: AB Sürecinde Yurttaşlık Tartışmaları* (Der. Ayhan Kaya ve Turgut Tarhanlı) içinde, TESEV Yayınları, İstanbul.
- Kili, Suna ve Gözübüyük, Şeref (2000), *Türk Anayasa Metinleri*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- Köker, Levent (2007), *Modernleşme, Kemalizm ve Demokrasi*, 10. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul.
- Köker, Levent (2009), “Kültürel Çoğulculuk ve Anayasa”, *Toplumsal Barışın İnşası Sivil Bir Anayasa Arayışı* içinde, Heinrich Böll Stiftung Derneği Türkiye Temsilciliği, İstanbul.
- Kymlicka, Will (2001) *Politics in the Vernacular: Nationalism, Multiculturalism and Citizenship*, Oxford University Press, New York.
- Kymlicka, Will ve Norman, Wayne (2003), *Citizenship in Diverse Societies*, Oxford University Press, New York.
- Laborde, Cécile (2004) “Republican Citizenship and the Crisis of Integration in France”, *Lineages of European Citizenship: Rights, Belonging and Participation in Eleven Nation-States* (Der. Richard Bellamy, Dario Castiglione ve Emilio Santoro) içinde, Palgrave MacMillan, New York, ss. 46-73.
- Maatsch, Aleksandra (2011), *Ethnic Citizenship Regimes, Europeanization, Post-War Migration and Redressing Past Wrongs*, Palgrave MacMillan, New York.
- Memur-Sen, (2011), *Yeni Anayasa Araştırması, Algı, Beklenti ve Talepler*, Yayın No. 13, Ankara.
- Moro, Giovanni (2009) *Citizens in Europe: Civic Activism and the Community Democratic Experiment*, Springer, New York.
- Owen, David (2010), “Resident Aliens, Non-State Resident Citizens and Voting Rights: Towards a Pluralist Theory of Transnational Political Equality and Modes of Political Belonging”, *Citizenship Acquisition and National Belonging: Membership, Belonging and Liberal Democratic State* (Der. Gideon Calder, Phillip Cole ve Jonathan Seglow) içinde, Palgrave MacMillan, New York ss.52-74).
- Özbudun, Ergun (1992), *1921 Anayasası*, Atatürk Araştırma Merkezi, Ankara. Can, Osman (2011), “Türk Anayasal Düzeninde İktidar Haritası, Felaketler ve Dersler”, *Uluslararası Anayasa Kongresi*, Memur Sendikaları Konfederasyonu, Ankara.
- Özbudun, Ergun (1997) “Milli Mücadele Cumhuriyetin Resmi Belgelerinde Yurttaşlık ve Kimlik Sorunu”, *Cumhuriyet, Demokrasi ve Kimlik* (Der. Nuri Bilgin) Bağlam Yayıncılık, ss. 63-70.
- Parla, Taha (1995), *Türkiye’deki Siyasi Kültürün Resmi Kaynakları: Cilt 3 -Kemalist Tek Parti İdeolojisi ve CHP’nin Altı Oku*, İletişim Yayınları, İstanbul.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

- Palafox, Francisco Ibarra (2011), “Constitutionalism and Citizenship: Facing Multicultural Challenge”, Mexican Law Review, Cilt: 4, Sayı: 1, ss. 59-76.
- Pocock, J. G. A. (1995), “The Ideal of Citizenship since Classical Times”, Theorizing Citizenship, Suny Press, New York.
- Preuß, Ulrich K. (2004) “Citizenship and the German Nation”, Lineages of European Citizenship: Rights, Belonging and Participation in Eleven Nation-States (Der. Richard Bellamy, Dario Castiglione ve Emilio Santoro) içinde, Palgrave MacMillan, New York, ss. 22-45.
- Shah, Anwar (2007), Participatory Budgeting, World Bank Publications, Washington D.C..
- Simon, Rita, J. ve Brooks, Alison (2009) Rights and Responsibilities of Citizenship the World Over, Lexington Books, Lanham.
- Smith Graham (2009), Democratic Innovations: Designing Institutions for Citizen Participation, Cambridge University Press, New York.
- Skinner, Quentin (1998), Liberty Before Liberalism, Cambridge University Press, Cambridge.
- Tanör, Bülent (2004), Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 10. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul.
- TESEV (2012) Yeni Anayasa Sürecini İzleme Raporu 1 (Ekim 2001-Ocak 2012), (Ed. Ferhat Kentel, Levent Köker ve Özge Genç), TESEV Demokratikleşme Programı, TESEV Yayınları, İstanbul.
- TESEV (2012) Yeni Anayasa Sürecini İzleme Raporu 2 (Şubat 2012-Haziran 2012), (Ed. Mehmet Uçum ve Özge Genç), TESEV Demokratikleşme Programı, TESEV Yayınları, İstanbul.
- Topuzkanamış, Şafak Evran (2013), Vatandaşlık Üzerine bir Tez, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- TBMM Zabıt Ceridesi, (1924) Cilt 8/1.
- Türkiye Diyanet Vakfı (2007), İslam Ansiklopedisi, Cilt 34, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul.
- Waldrauch, Harald (2005), “Acquisition of Nationality”, Acquisition and Loss of Nationality: Policies and Trends in 15 European States Vol. 1. Comparative Analyses, (Der. Bauböck, Rainer, Eva Ersboll, Kees Groenendijk ve Harald Waldrauch) içinde, Amsterdam University Press, Amsterdam, ss. 121-175.

ÖZET

Modern devletlerde bireyle devlet arasındaki ilişki vatandaşlık olarak adlandırılır. Ulus devletler çağında vatandaş anayasacılık hareketinin temel konularından biri olmuştur. Vatandaşlığa ilişkin temel ilke ve kurallar anayasal hükümlerle düzenlenmiştir. Günümüze gelinceye kadar anayasalar vatandaşlığı siyasi kimlik, hukuki statü, hak sahipliği, sosyal ve kültürel kimlik, katılımcılık boyutlarıyla düzenlemiştir. Bu makalede vatandaşlığın siyasi kimlik boyutunun nasıl şekillendiğini, Türkiye’nin ve diğer devletlerin anayasalarında nasıl bir içeriğe kavuşturulduğu ele alınacaktır. Son yıllarda gündeme gelen demokratik yöntemlerle yeni bir anayasa yapmaya yönelik çalışmalar TBMM içinde kurulan Anayasa Uzlaşma Komisyonu ile sonuçlandırılmak istenmişse de 2011-2013 yılları arasında faaliyet gösteren Komisyon faaliyetleri bir uzlaşma metni ortaya çıkmadan sona ermiştir.

Anahtar kelimeler: Vatandaşlık, anayasa, anayasal reform, siyasi kimlik, anayasa yapımı.

(54. Makale - 2015)

Serap YAZICI

*Kuruluşundan Bu Yana Türk Anayasa
Mahkemesinin Değişen Rolü **

* Serap Yazıcı, "Kuruluşundan Bu Yana Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü", **Haşim Kılıç'a Armağan**, C. I, Kalkan Matbaacılık, Ankara, 2015, s. 387-413.

KURULUŞUNDAN BU YANA TÜRK ANAYASA MAHKEMESİNİN DEĞİŞEN ROLÜ

GİRİŞ

18. yüzyılda, yazılı anayasaların kabul edilmesiyle başlayan süreç, siyasal gücün sınırlanmasında ve bireyin hak ve özgürlüklerinin tanınması ve korunmasında, ilk aşamayı oluşturmuştur. Anayasa yargısının ortaya çıkması ise, siyasal gücün özgürlükler lehine sınırlanmasının en az ilki kadar önemli olan ikinci aşamasını ifade etmektedir. Tıpkı yazılı anayasaların kabulünde olduğu gibi, anayasa yargısının ortaya çıkmasında da Birleşik Devletler, öncü bir role sahip olmuştur. Nitekim, dünyada kanunların Anayasa'ya uygunluk yönünden yargısal bir denetime tabi olmasının ilk uygulamasını, *Marbury v. Madison* davası dolayısıyla, Amerikan Yüksek Mahkemesi gerçekleştirmiştir. Böyle olmakla beraber, anayasa yargısı, ancak 2. Dünya Savaşı'ndan sonra, Almanya ve İtalya'da özel yetkili anayasa mahkemelerinin kurulmalarıyla yaygınlaşmaya başlamıştır. 1980'lerin sonunda, Doğu Bloğunun dağılmasıyla beraber demokrasiye geçen, Bulgaristan, Polonya ve Macaristan gibi devletler ise, ancak bu geçiş sürecinin anayasal reformları çerçevesinde, anayasa yargısını kabul etmişlerdir. Türkiye ise, 2. Dünya Savaşı'ndan sonra, demokratikleşmenin ikinci dalgasında, 1961 Anayasası'yla beraber, tıpkı Almanya ve İtalya'da olduğu gibi, özel yetkili bir anayasa mahkemesi yaratmak suretiyle anayasa yargısının yolunu açmıştır.

Anayasa Mahkemesinin kurulmasını, Türkiye'nin anayasal gelişmeleri içerisinde değerlendirdiğimizde, Yüksek Mahkemenin, çoğunlukçu demokrasi-den çoğulcu demokrasiye geçişi sağlayacak yeniliklerden biri olarak tasavvur edildiği anlaşılmaktadır.¹ Böyle olmakla beraber, Anayasa Mahkemesinin kurulduğu tarihten günümüze kadar uzanan yarım asırlık süreçte, verdiği kararlardan bir kısmı, akademik ve siyasi çevrelerde önemli tartışmalara ve eleştirilere konu olmuştur. Yüksek Mahkemenin, anayasa değişikliklerini esas yönünden denetlediği, yürürlüğün durdurulmasına hükmettiği, kanun koyucunun takdirine müdahale ettiği, kanun koyucu gibi hüküm ihdas ettiği kararları bu niteliktedir. Kimi kararları nedeniyle ise Mahkeme, dünyadaki emsallerinin aksine, özgürlükler lehinde değil, yasaklardan yana karar verdi-

1 Türk Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasını farklı bir teoriyle ele alan açıklamaları için bknz. Ergun Özbudun, "Anayasa yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu", **Demokrasi ve Yargı**, der. Ozan Ergül (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2005), s. 336-351.

ği eleştirilerine yol açmıştır. Nihayet, Mahkemenin siyasal partilerin kapatılması talebiyle açılan davalarda verdiği kararlar da, akademik ve siyasal eleştirilere konu oluşturmak yanında, bu kararların önemli bir kısmı, Türkiye’nin bireysel başvuru hakkını tanıdığı 1987’den itibaren, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin ihlal edildiği biçiminde yorumlanarak, Türkiye tazminata mahkûm edilmiştir.

Bu çalışmada, Anayasa Mahkemesinin, akademik çevrelerde olduğu kadar, siyasal çevrelerde de eleştirilere konu olan kararlarından bir bölümü ele alınacak, bunlar üzerinde, Yüksek Mahkemenin, değişen perspektifi incelenecektir. Mahkemenin, 50 yılı aşkın bir süreden beri, Anayasa’ya uygunluk denetimi yaptığı düşünüldüğünde, Yüksek Mahkeme’nin, şu ana kadar pek çok konuda onlarca, yüzlerce içtihadı imza attığı da görülecektir. Bu ise, -kitap hacminde dahi olsa- Mahkeme’nin geçirdiği dönüşümü konu alan bir çalışmada, kararların tümünün incelenemeyeceği anlamına gelmektedir. Bu yüzden, Mahkeme’nin, kuruluşundan bu yana değişen tutumu, bir armağan yazısının sınırları çerçevesinde tematik yönden seçilmiş belirli kararlar esas alınarak ortaya konacaktır. Böylece, çalışmamız, Yüksek Mahkeme’nin, bir kısmı kamuoyunda ses getiren kararlarından hareketle, dört başlık altında ele alınmıştır. Bunlar, Mahkemenin, anayasa değişikliklerine ilişkin kararları, laiklik ekseninde verdiği kararlar, kamu yararı kavramı çerçevesinde, kanunların, amaç unsuru yönünden yaptığı incelemelerle, kanun hükmünde karnamelere ilişkin olarak verdiği kararlardır. Anayasa Mahkemesinin, 2010 Anayasa değişikliği ile, bu değişikliği uygulanır kılan 30.03.2011 tarih, 6216 sayılı Kanun’un, yürürlüğe girmesinden sonra incelemeye başladığı, bireysel başvurulara ilişkin kararları, Yüksek Mahkemenin, özgürlükler karşısında değişen tutumunu sergilemek bakımından önemli olmakla beraber, çalışmamıza dâhil edilmemiştir. Bunun nedeni, bireysel başvuru hakkının yeni bir hak olması, bu yönde Yüksek Mahkemenin, tutumunun değişip değişmediğini ortaya koyacak, karşılaştırmaya elverişli kararlarının bulunmamasıdır. Bu tür bir çalışma, ancak, Mahkeme’nin, karşılaştırmalı bir incelemeye imkân sağlayacak makul sayıda içtihat üretmesinden sonra yapılabilir.

1. Yüksek Mahkemenin Anayasa Değişikliklerinin Esas Yönünden Denetimine İlişkin Tutumu

Anayasa Mahkemesi’nin, kuruluşunu izleyen yıllardan itibaren, anayasal yetkilerini genişletme eğiliminde olması, Yüksek Mahkeme’nin, dikkat çeken özelliklerinden biri olmuştur. Mahkemenin, anayasal yetkilerini içtihatları yoluyla genişletmesi, özellikle, anayasa değişikliklerini, esas yönünden denetlediği kararlarında ortaya çıkmaktadır. Mahkeme, bu konudaki ilk kararını, 1188 sayılı Kanun’un, Anayasa’nın 68. Maddesinde yaptığı değişiklik dolayısıyla vermiştir. Sözü geçen kararında Mahkeme, 1188 sayılı Kanun’u şekil bozukluğu gerekçesiyle iptal etmiş, ancak aynı kararda, geleceğe

dönük olarak anayasa değişikliklerini esas yönünden denetleyebileceğine de hükmetmiştir. Mahkemeye göre,

“Buradaki değişmezlik ilkesinin sadece (Cumhuriyet) sözcüğünü hedef almadığını söylemek bile fazladır. Yani Anayasada sadece (Cumhuriyet) sözcüğünün değişmezliğini kabul ederek onun dışındaki bütün ilke ve kuralların değişebileceğini düşünmenin Anayasa’nın bu ilkesi ile bağdaştırılması mümkün değildir. Zira 9. maddedeki değişmezlik ilkesinin amacı(...), Anayasa’nın 1., 2. maddelerinde ve 2. maddenin gönderme yaptığı başlangıç bölümünde yer alan temel ilkelerle niteliği belirtilmiş, “Cumhuriyet” sözcüğü ile ifade edilen Devlet sistemidir. Bir başka deyimle, 9. madde ile değişmezlik ilkesine bağlanan “Cumhuriyet” sözcüğü değil, yukarıda gösterilen Anayasa maddelerinde nitelikleri belirtilmiş olan Cumhuriyet rejimidir. Şu halde, sadece “Cumhuriyet” sözcüğünü saklı tutup, bütün bu nitelikleri, hangi istikamette olursa olsun, tamamen veya kısmen değiştirme veya kaldırmak suretiyle 1961 Anayasasının ilkeleriyle bağdaşması mümkün olmayan bir başka rejimi meydana getirecek bir Anayasa değişikliğinin teklif ve kabul edilmesinin Anayasa’ya aykırı düşeceğinin, tartışmayı gerektirmeyecek derecede açık olduğu ortadadır. Bu bakımdan bu ilkelerde değişmeyi öngören veya Anayasa’nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bu ilkeleri değiştirme amacı güden herhangi bir kanun teklif ve kabul olunamaz. Bu esaslara aykırı olarak çıkarılmış bulunan bir kanunun Anayasa’nın mevcut hükümlerinde en küçük bir etki ve değişme yapması veya yeni bir Anayasa kuralı koyması mümkün değildir. Görülüyor ki Anayasa değişikliğini öngören kanunlar üzerinde, Anayasa’nın 147. maddesi gereğince, Anayasa Mahkemesine esas yönünden de denetim görevi düştüğü meydandadır. Bu nedenlerle söz konusu kanun, gerek biçim, gerekse esas yönünden Anayasa Mahkemesince denetlenebilirliktir.” (E.1970/1, K.1970/31, k.t. 16.6.1970)

Daha önceki çalışmalarımda belirttiğim gibi, Anayasa Mahkemesinin, anayasa değişikliklerini esas yönünden denetleyebileceğine hükmettiği bu kararın, o tarihte yürürlükte olan, 1961 Anayasası’na uygun olduğu fevkalade şüphelidir. Gerçekten, Anayasanın, Anayasa Mahkemesi’nin yetkilerini düzenleyen 147. maddesi, “Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasa’ya uygunluğunu denetler.” hükmüne yer vermektedir. Bu madde karşısında, Anayasa Mahkemesi’nin, bir anayasa değişikliğini esas yönünden denetlemesi, Yüksek Mahkemenin, anayasal yetkilerini, fiilen genişletmesi anlamına gelmektedir. Böyle bir tutum ise, hukuk devleti ilkesiyle ve bu ilkenin bir unsuru olan, Anayasa’nın üstünlüğü kuralıyla bağdaşmamaktadır. Çünkü hukuk devleti ilkesine dayanan bir anayasa düzeninde, kamu organ ve makamlarının yetkisizlikleri asıl, yetkileri ise istisna oluşturmaktadır. Diğer bir deyişle, bir hukuk devletinde, kamu gücü kullanan bütün organ ve makamlar, ancak Anayasa ve kanunların kendilerine tanıdığı açık yetkileri kullanabilirler. Bu organ ve makamların, Anayasayla ve kanunlarla kendilerine verilmeyen bir yetkiyi fiilen kullanmaları, hukuk devleti ilkesinin özüyle bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, bir anayasa değişikliğinin, Anayasa’ya uygunluğunun esas yönünden denetlenmesi, hukukun genel ilkelerine de aykırıdır. Bir normun, esas yönünden hukuka uygunluk denetimine tabi olması, normlar hiyerarşisinde, o norm üzerinde yer alan üst bir normun varlığını gerektirmektedir. Oysa, usulüne göre yürürlüğe giren, anayasa değişikliği hakkındaki bir kanun, yürürlüğe girdiği andan itibaren, yeni bir anayasa normu yaratmıştır. Bu norm ise, Anayasanın, evvelce mevcut olan normlarıyla aynı statüde yer almaktadır. Dolayısıyla, Anayasa’nın herhangi bir hükmünü değiştiren kanunun, Anayasa’ya eklediği yeni norm ile Anayasa’nın önceki normları arasında, içerik yönünden bir çelişki mevcut olsa da, bu çelişki, Anayasa’ya aykırılık sorunu olarak nitelendirilemeyecektir.

Nitekim, Yüksek Mahkemenin yukarıda aktardığımız kararı, öğretilerde ciddi eleştirilere konu olmuştur.² Bu eleştiriler neticesinde, Anayasa’nın 147. maddesi, 1971’de, 1488 sayılı kanunla değiştirilerek, Yüksek Mahkeme’nin, anayasa değişiklikleri üzerindeki yetkisinin, şekil denetimiyle sınırlı olduğu, açıkça hükme bağlanmıştır. Değişik 147. maddeye göre, “Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasa’ya, Anayasa değişikliklerinin de Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler.” Ne var ki, Yüksek Mahkeme, bu değişiklikten sonra da, Anayasa değişikliklerini, şekil yönünden denetlediği gerekçesiyle, esas yönünden denetlemeye devam etmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin, bu yöndeki ilk kararının gerekçesi şöyledir:

“...burada değişmezlik ilkesine bağlanmak yoluyla güvence altına alınan “Cumhuriyet” sözcüğü değil (...) 2. madde ile Başlangıç bölümünde nitelikleri belirtilmiş olan Cumhuriyet rejimidir. Şu halde, yalnız “Cumhuriyet” sözcüğünü saklı tutup, Cumhuriyeti oluşturan bütün bu nitelikleri, hangi doğrultuda olursa olsun, tümünü veya bir bölümünü değiştirmek veya kaldırmak yoluyla, 1961 Anayasasının ilkeleriyle bağdaşması olanağı bulunmayan bir başka rejimi meydana getirecek nitelikteki Anayasa değişikliğinin teklif ve kabul edilmesinin, Anayasa’ya aykırı düşeceğinin, tartışmayı gerektirmeyecek derecede açık olduğu ortadadır. (...) Kanun ve o nitelikte bulunan Anayasa değişikliklerini teklif etmeyi düzenleyen Anayasa hükümleri birer biçim kuralı olduklarına göre, bunu yasaklayan bir kuralın dahi bir biçim kuralı olduğunda hiç kuşku yoktur. Çünkü bu yasak, belli sayıdaki Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin esasında kendileri için bir hak teşkil eden ve niteliği bakımından da bir yasama işlemi olan Anayasa değişikliği teklif etmelerini önlemektedir. Başka bir deyimle, değişiklik teklifi, değişmezlik ilkesiyle çatışmıyorsa, Anayasada gösterilen şekil şartlarına uygun olarak yöntemi içinde yürüyecek ve şayet çatışıyorsa, hiç yapılamayacak, yapılmış ise yöntemi içinde yürütülemeyecek, yürütülmüş ise kabul edilip kanunlaşamayacaktır. (...) 9. maddede yer alan yasak kuralı da bir şekil şartı olduğundan, 1699 sayılı Kanunun dava

2 Bu konudaki eleştirel görüşleri için bkz. Mümtaz Soysal, 100 Soruda Anayasa’nın Anlamı, İstanbul, Gerçek Yayınevi, 1976, s. 218-219.

konusu maddeleri, diğer şekil şartları arasında bu yasak açısından da Anayasa'ya uygunluk denetiminden geçirilmelidir." (E. 1973/19, K. 1975/87, k.t. 15.4.1975)

Anayasa Mahkemesinin, 147. Maddede yapılan değişikliğe rağmen, Anayasa değişikliklerini esas yönünden denetlemeye devam etmesi, akademik çevrelerde haklı eleştirilere konu olmuştur.³ Böylece 1982 Anayasası, 148. maddesiyle, Yüksek Mahkeme'nin anayasa değişiklikleri üzerindeki yetkisini, şekil denetimi ile sınırlamak yanında, şekil denetiminin de, ancak üç unsura ilişkin olabileceğini hükme bağlamıştır. 148. maddeye göre, "Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. (...) Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır." Anayasa'nın bu açık düzenlemesi karşısında, Yüksek Mahkeme'nin anayasa değişikliklerini 1971'den sonra olduğu gibi, şekil yönünden denetlediği gerekçesiyle, esas yönünden denetleme olanağı kalmamıştır. Nitekim, Yüksek Mahkeme, 1982 Anayasa'sı döneminde, Anayasa değişikliklerinin esas yönünden denetlenmesi talebiyle yapılan ilk üç başvuruda, bu talepleri, yetkisizliği gerekçesiyle reddetmiştir.

Mahkemenin, 1982 Anayasa'sı döneminde, anayasa değişikliklerini esas yönünden denetleme yetkisinin mevcut olmadığına hükmettiği, ilk kararının gerekçesi şöyledir: "Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini belirleyen Anayasa'nın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların esas yönünden denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetimleri de, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmuştur. İptali istenen bu sınırlı sebeplerden herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenmesi olanağı yoktur. Dava dilekçesinde ileri sürülen hususlar Anayasa'nın 148. ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 21. maddelerinde sayılı ve sınırlı olarak belirlenen şekil bozukluklarından değildir. Bu itibarla işin esasına girilmeden yetkisizlik nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekir." (E. 1987/9, K.1987/15, k.t. 18.6.1987)

Yüksek Mahkeme, 5678 sayılı, Anayasa değişikliği hakkında Kanunun, esas yönünden denetlenmesi talebiyle yapılan başvuruyu da, yetkisizliği gerekçesiyle reddetmiştir. Mahkemeye göre, "Anayasanın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerinde Anayasa Mahkemesine tanınan denetim yetkisi, teklif, oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartlarına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlanmıştır. Esas yönünden denetime olanak tanınmadığı gibi,

3 Bu eleştirilere yer veren açıklamalar için bkzn. Serap Yazıcı, Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye: Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011, s. 215-218.

148. maddede tüketici biçimde sayılan koşulların dışında şekil yönünden denetim yapılması olanaksızdır. (...) Açıklanan nedenlerle 5678 sayılı Yasanın 6. maddesiyle Anayasa’ya eklenen Geçici Madde 19’un iptal isteminin, yetkisizlik nedeniyle reddi gerekir.” (E. 2007/72, K. 2007/68, k.t. 5.7.2007)

Mahkeme, 5697 sayılı, Anayasa Değişikliği Hakkında Kanuna ilişkin, esas yönünden denetim talebini de, benzer gerekçelerle reddetmiştir. Mahkemeye göre, “Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerini belirleyen Anayasa’nın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların esas yönünden denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetimleri de, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmuştur.” (E. 2007/99, K. 2007/86, k.t. 27.11.2007)

Ne var ki, Anayasa Mahkemesi, 5735 Sayılı Kanunun, Anayasa’nın 10. ve 42. maddelerinde yaptığı değişikliğin, esas yönünden Anayasa’ya aykırı olduğu iddiasıyla açılan davada, 148. maddenin açık hükmüne ve önceki içtihatlarına rağmen, bu değişikliği, esas yönünden denetleyerek iptal etmiştir. Daha önceki bir çalışmamda belirttiğim gibi, “Mahkeme, bu sonuca ulaşabilmek için üç aşamalı bir yöntem izlemiştir. İlk aşamada, Anayasa’nın, şekil denetimini sınırlayan 148. Maddesine, yeni bir unsur olarak “teklif edilebilirlik” şartını eklemiştir. Bu suretle Mahkeme, Anayasa değişikliğini esas yönünden denetleyebilmesinin zeminini hazırlamıştır.”⁴

Anayasa Mahkemesinin bu kararının, Türk Anayasa yargısı’nın tarihi seyrinde, iki önemli sonucu olduğunu belirtmek gerekir. Bunlardan biri, Anayasa Mahkemesi’nin, 1982 Anayasası’nın 148. maddesinin açık hükmüne ve kendisinin bu hükmü isabetle yorumlayan, yukarıda değindiğimiz, önceki üç içtihadına rağmen, anayasal yetkilerini genişletmekte, hiçbir tereddüt göstermemesidir. Nitekim, Yüksek Mahkeme’nin bu tutumu, öğretide çok ciddi eleştirilere konu olmuştur.⁵ 2008 içtihadının diğer önemli sonucu ise, bu kararıyla Yüksek Mahkeme’nin, 4. maddedeki değişmezlik yasağının alanını genişleterek, bu yasağı, Anayasa’nın diğer maddelerinde yapılan ve ilk üç maddeyle şu veya bu ölçüde ilişkili olan tüm değişikliklere, teşmil etmiş olmasıdır. Mahkemeye göre,

“Anayasa’nın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle Anayasa’nın 4. maddesinin yasama organı için çizdiği sınırların aşılma olasılığı göz ardı edilemez. Dolayısıyla Anayasa’nın ilk üç maddesinde değişiklik öngören veya Anayasa’nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak aynı sonucu doğuran herhangi bir yasama tasarrufunun da hukuksal geçerlilik kazanması müm-

4 Yazıcı, a.g.e., 2011, s. 220

5 Bu eleştiriler için bkz. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 187-188, 86-87; Zühtü Arslan, *Başörtüsü, AK Parti ve Laiklik: Anayasa Mahkemesinden İki Karar Bir Gerekçe*, Seta Analiz, Sayı 2, Ocak 2009.

kün olmadığından, bu doğrultudaki tekliflerin sayısal yönden Anayasa'ya uygun olması tasarrufun geçersizliğine engel oluşturmayacaktır.” (E. 2008/16, K. 2008/ 116, k.t. 5.6.2008) Böylece, Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan, hukuk devleti ilkesine; 6. maddesinde yer alan, “Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.” kuralına; 11. maddesinde yer alan, Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı hükmüne; ve 148. maddesinde yer alan kurala aykırı olarak, kendisini, anayasa değişikliklerinin nihai onay makamına dönüştürmüştür.

Anayasa Mahkemesi, 2008 tarihli içtihadına yöneltilen eleştirilere rağmen, 2010'da, 5982 sayılı Kanun'un, Anayasa Mahkemesi'yle, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na, üye seçme usulünü değiştiren hükümleri üzerinde de, esas yönünden denetim yaparak iptal kararı vermiştir. 5982 sayılı Kanun, gerek Anayasa Mahkemesi, gerek Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na, üye seçme yetkisine sahip olan kişilere, tek bir oy hakkı kullanma olanağını sunmaktadır. Yüksek Mahkeme ise, gerek Anayasa Mahkemesi'ne, gerekse Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na, üye seçiminde oy verme hakkına sahip olanların, tek bir oy kullanabilmelerini, aynı gerekçelerle, Anayasa'ya aykırı bularak, iptal sonucuna ulaşmıştır. Mahkemeye göre,

“Bazı adaylar açısından seçmenlere oy kullanma hakkı tanınmayarak sonuçları seçmen iradesini yansıtmaktan uzak olan bir seçim usulünün demokratik olmadığında kuşku yoktur. Seçmen iradesinin gerçek anlamda oya yansımaları sınırlandıran, böylece oy kullananların iradesini olumsuz yönde etkileyen bu düzenlemenin hukuk devletinin temel ögesi olan bağımsız ve tarafsız bir yargının oluşmasını da engelleyeceği açıktır.” (E. 2010/49, K. 2010/87, k.t. 7.7.2010)

Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa değişikliklerinin esas yönünden denetimi konusunda, ilk kez bu yönde bir denetim yetkisinin varlığına hükmettiği, 1970'den bu yana, tutumu değişmemiştir. 1982 Anayasası 148. maddesiyle, Anayasa Mahkemesi'ne, Anayasa değişiklikleri üzerinde, sadece şekil denetimi yetkisi tanıdığı, şekil denetimini ise üç hususla sınırladığı halde, Mahkeme, bu hükmün gereğini, biri 1987'de ve ikisi 2007'de olmak üzere üç kararında dikkate almış, 2008'de ise, Anayasa değişikliklerini esas yönünden denetleyeceği şeklindeki eski içtihatlarına, geri dönmüştür. Üstelik, 2008 tarihli kararı, yukarıda ifade ettiğimiz gibi, Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın herhangi bir maddesinde yapılan en küçük bir değişikliği dahi, ilk üç maddeyle ilişkili görerek denetleyebileceğini göstermektedir. Bu ise, geçmiş tecrübeler dikkate alındığında, Anayasa Mahkemesi'nin yetkileri üzerinde, daha da sınırlayıcı anayasa değişiklikleri yapılabileceği endişesini uyandırmaktadır. Gerçekten, 1961 Anayasası döneminde, Yüksek Mahkeme'nin anayasa değişikliklerini, esas yönünden denetleyebileceği yönündeki, 1970 tarihli içtihadı, 1971'de, Mahkeme'nin anayasal yetkilerinin sınırlandırıldığı bir değişiklikle sonuçlanmıştır. Bu değişikliğe rağmen, Mahkeme'nin tutumunu sürdürmesi, 1982 Anayasası'nın 148. maddesiyle, yetkilerin daha

da açık olarak sınırlanması sonucuna yol açmıştır. 1982 Anayasası’nın 148. maddesinin açık hükmü karşısında, 2008 ve 2010’da, anayasa değişikliklerinin esas yönünden denetlenmesi, gelecekte Mahkeme’nin yetkileri üzerinde, daha da sınırlayıcı değişikliklerin olabileceğini akla getirmektedir ki, böyle bir senaryo, Anayasa yargısı’nın, kendisinden beklenen işlevi yerine getirmesini engelleyecek, olumsuz sonuçlara yol açabilecektir.

2. Yüksek Mahkeme’nin Laiklik İlkesinin Tanımı Yönünden Değişen Tutumu

Anayasa Mahkemesi’nin, kuruluşundan başlayarak, yarım asır boyunca, laiklik ekseninde verdiği kararların önemli bir kısmı, hukuka uygunlukları yönünden, tereddüt uyandırmaktadır. Bu nedenle, Yüksek Mahkeme’nin laiklik ilkesi temelinde verdiği kararlar, akademik ve siyasi çevrelerde güçlü eleştirilere konu olmuştur. Mahkemenin laiklik ilkesi bağlamında verdiği kararların, tartışma yaratmasındaki asıl faktör, bu ilkenin dayatmacı modelinin, kararlara hakim olmasıdır.

Öğretide, laikliğin dayatmacı ve pasif olmak üzere, iki modelinin mevcut olduğu kabul edilmektedir.⁶ Ergun Özbudun’un ifade ettiği gibi, dayatmacı laiklik anlayışı, “kökleri aydınlanmacı ve pozitivist felsefede olan, devlete toplumu laikleştirme misyonunu yükleyen, dinin kamusal görünürlüğünü (public visibility) bireysel vicdanlar ve mabetlerle sınırlandırmayı amaçlayan kapsayıcı bir ideoloji, adeta sivil bir din” olarak tanımlanabilir. Pasif laiklik anlayışının temeli ise, “devletin din olgusu karşısında tarafsız bir konum alması, değişik inanç grupları karşısında eşit mesafede durması ve ayırım yapmaması, belli bir dinin kurallarını kamu gücünü ve kamu kaynaklarını kullanarak toplumun tümüne dayatmaya kalkışmaması ve kamu düzenini koruma amacı dışında dinin kamusal görünürlüğüne müdahale etmemesidir.”⁷

Anayasa Mahkemesi’nin, gerek norm denetimi yaptığı kararlarında, gerekse siyasi partilerin kapatılması istemiyle açılan davalarda, dayatmacı laiklik anlayışını, oldukça katı bir biçimde benimsediği görülmektedir. Örneğin Mahkeme, Yüksek Öğretim Kurumlarında başörtüsüne serbesti tanımak üzere, 2547 sayılı kanuna eklenen Ek 16. madde’yi, Anayasa’nın 2. Maddesinde yer alan laiklik ilkesine aykırı görerek iptal ettiği kararında, bu dayatmacı laiklik anlayışından esinlenmiştir.⁸ Mahkemeye göre,

“Lâiklik, ortaçağ dogmatizmini yıkarak aklın öncülüğü, bilimin aydınlığı ile gelişen özgürlük ve demokrasi anlayışını, uluslaşmanın, bağımsızlığın, ulusal ege-

6 Uygulamadaki örnekler üzerinde yaptığı karşılaştırmalı incelemeler sonucunda, laikliğin, farklı iki modeli olduğu tezini ilk kez savunan görüşleri için bkz. Ahmet T. Kuru, *Pasif ve Dışlayıcı Laiklik: ABD, Fransa ve Türkiye*, İstanbul, 2011, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.

7 Ergun Özbudun, “Laiklik ve Din Hürriyeti”, *Demokratik Anayasa Görüşler ve Öneriler*, Der. Ece Göztepe, Aykut Çelebi, İstanbul, 2012, Metis Yayınları, s. 172.

8 2547 sayılı Kanuna 3511 sayılı kanunla eklenen Ek 16. Madde şöyledir: “Yükseköğretim kurumlarında, dersane, laboratuvar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak zorunludur. Dinî inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir.”

Kuruluşundan Bu Yana Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü

menliğin ve insanlık idealinin temeli kılan bir uygar yaşam biçimidir. (...) Dar anlamda, devlet işleriyle din işlerinin birbirinden ayrılması olarak tanımlansa, değişik tanım ve yorumları yapılsa da, gerçekte, toplumların düşünsel ve örgütsel evrimlerinin son aşaması olduğu görüşü, öğretide de paylaşılmaktadır. Lâiklik; egemenliğe, demokrasiyle özgürlüğe ve bilgi bileşimine dayanan toplumsal bir atılım; siyasal, sosyal ve kültürel yaşamın çağdaş düzenleyicisidir. (...) 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 birisidir.” (AYM E. 1989-1, K. 1989-12, t. 7.3.1989)

Aynı kararında mahkeme, 1961 Anayasası’nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, laiklik temelinde verdiği önceki kararlarına atıfla, bu ilkenin dayandığı esasları aşağıdaki gibi özetlemiştir. Mahkemeye göre,

“a) Dinin devlet işlerinde etkili ve egemen olmaması,

b) Dinin, bireyin manevî yaşamına ilişkin olan dini inanç bölümünde, aralarında ayırım gözetilmeksizin, sınırsız bir özgürlük tanınarak dinlerin anayasal güvence altına alınması,

c) Dinin, bireyin manevî yaşamını aşarak toplumsal yaşamı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin bölümlerinde, kamu düzenini, güvenliğini ve yararını korumak amacıyla sınırlamalar yapılması ve dinin kötüye kullanılmasının ve sömürülmesinin yasaklanması,

ç) Kamu düzeninin ve haklarının koruyucusu sıfatıyla, dinsel hak ve özgürlükler konusunda devlete denetim yetkisi tanınması, lâiklik ilkesinin gereği olarak anlaşılmaktadır.” (AYM E. 1989-1, K. 1989-12, t. 7.3.1989)

Mahkemenin, laikliğin dayatmacı modelini benimsemesi, pek şaşırtıcı değildir. Çünkü bu anlayış, özünde, cumhuriyetin kuruluş sürecine de hâkim olan, aydınlanmacı/pozitivist modernleşme düşüncesiyle, birebir örtüşmektedir. Mahkemenin, 2547 Sayılı Kanuna Eklenen Ek 16. maddeye ilişkin kararından aktaracağımız ve pek çok kararında da tekrarlanan kısa bölüm, bu tespiti doğrulamaktadır. Mahkemeye göre,

“Çağdaşlaşmayı hızlandıran ve Türk Devrimi’nin kaynağı olan lâiklik ilkesi toplumun akıl ve bilim dışı düşüncelerle yargılardan uzak kalmasını amaçlar. Böylece Devlet, bilimsel gereklere uygun biçimde, kurumlaşmış, hukukla düzenlenmiş, karşılıklı saygı, hoşgörü ve anlayışa katkıda bulunan lâiklik, ulusal birliği sağlamıştır. Düşünce ve inanç özgürlüğü, kişileri ve toplum kesimlerini birbirine güvenle bağlayan uluslaşmayı sağlayan, ulusal dayanışmayı da güçlendiren özgür düşünce, özgür inanç, çağdaş uygarlığa yönelik ulusal yaşamda önemli bir aşama-

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

dır. Lâikliğin, insana, dine saygısı, dini kendi yerinde tutan anlayışı, akla, bilime, sanata, çağdaş yönetim biçimine ve tüm uygar gereklere kapıyı açmıştır. (...) Genelde bir tür düşün ve anlayış biçimi, dünya görüşü sayılan bu ilke, “ümme”ten, “ulus”a geçmenin itici gücü olmuştur. Bu yolla dogmatik değerlerin yerine akılcı ve insancıl değerler geçmiş, dinsel duygular sahibinin vicdanında dokunulmaz yerini almıştır. (...) Böylece bölünmeler durmuş, iç barış sağlanmış, yurttaşlar, ulus bilinciyle, Türkiye Cumhuriyetini kuran Türk Uulusu’nun bireyleri olmuşlardır. Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü ilkesi gücünü lâiklikten almış, milliyetçilik ilkesi lâiklikle tamamlanmış, Türk Devrimi lâiklikle anlam kazanmıştır. (...) Lâiklik, dinselikle bilimselliği birbirinden ayırmış, özellikle dinin, bilimin yerine geçmesini önleyerek uygarlık yürüyüşünü hızlandırmıştır. Gerçekte lâiklik din-devlet işleri ayrılığı biçiminde daraltılamaz. Boyutları daha büyük, alanı daha geniş bir uygarlık, özgürlük ve çağdaşlık ortamıdır. Türkiye’nin modernleşme felsefesi, insanca yaşama yöntemidir, insanlık idealidir. (...) Lâik devlette, kutsal din duyguları politikaya, dünya işlerine, hukuksal düzenlemelere kesinlikle karıştırılmaz. Bu tür düzenlemeler, dinsel gerekler ve düşüncelerle değil, bilimsel verilerden yararlanarak kişi ve toplum gereksinimlerine göre yapılır.”

Bu uzun tespitlerin ardından Mahkeme, Yükseköğretim kurumlarında başörtüsüne serbestlik tanıyan kuralın, Anayasa’ya aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır. Mahkemeye göre,

“...incelenen kural, kamu kuruluşlarından sayılan yükseköğretim kurumlarındaki bayanların giyimlerini düzenlerken, dinsel gereklere uygunluğu nasıl olursa olsun, başörtüsü kullanımına dinsel inanç nedeniyle geçerlik tanımakla, kamu hukuku alanındaki bir düzenlemeyi dinsel esaslara dayandırmak suretiyle lâiklik ilkesine aykırılık oluşturmuştur. Dinsel kurallardan arındırılmış, akla ve bilime dayanan, dinsel inancı kişilerin vicdanlarına bırakan lâik devlette, hukuk düzeninin dinsel gereklerle sağlanıp sürdürülmesibenimsenemez.” (AYM E. 1989-1, K. 1989-12, t. 7.3.1989)

Anayasa Mahkemesinin, bu laiklik anlayışı, Yüksek Mahkemenin, norm denetimi yaptığı çeşitli kararlarında⁹ ve laiklik ilkesinin ihlaline dayanan, siyasi partilerin kapatılması davalarında,¹⁰ tekrarlanmıştır. Yüksek Mahkeme-

9 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun kimi maddelerini değiştiren ve kimi maddeler ekleyen 1327 sayılı Kanun’un 9. maddesinin din hizmetlerine ilişkin II. bendinin iptali isteminin reddine ilişkin 21.10.1971 günlü, 53/76 sayılı (E. 1970/53, K. 1971/76, 21/10/1971); Türk Ceza Kanununun 163. maddesinin iptaline ilişkin istemi reddeden 3.7.1980 günlü, 19/48 sayılı (E. 1980/19, K. 1980/48, 3/7/1980); Türk Ceza Kanunu’nun değişik 175 ve 176. maddelerinin iptaline ilişkin 4.11.1986 günlü, 11/26 sayılı (E.1986/11, K. 1986/26, 4/11/1986); Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun 61. maddesindeki “...dini...” sözcüğünün iptaline ilişkin 2.2.1996 günlü, 15/5 sayılı kararlar (E. 1995/25, K. 1996/5, 2/2/1996).

10 Milli Nizam Partisi’nin kapatılmasına ilişkin karar (E.1971/1, K. 1971/1, 20.5.1971); Huzur Partisi’nin kapatılmasına ilişkin karar (E.1983/2, K. 1983/2, 25.10.1983); Refah Partisi’nin kapatılmasına ilişkin karar (E.1997/1, K.1998/1, 16.1.1998), Fazilet Partisi’nin kapatılmasına ilişkin karar (E.1999/2, K. 2001/2, 22.6.2001); AKP’nin kapatılması istemiyle açılan davada

Kuruluşundan Bu Yana Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü

nin bu tutumu, Ergun Özbudun tarafından haklı olarak, yargısal aktivizm örnekleri şeklinde değerlendirilmiştir.¹¹

Anayasa Mahkemesi, bu dayatmacı laiklik anlayışını, yükseköğretim kurumlarında türbana serbestlik tanımak amacıyla, Anayasa'nın 10. ve 42. Maddelerini değiştiren, 5735 sayılı kanunu, esas yönünden denetlediği kararında da, muhafaza etmiştir. Mahkemeye göre,

“Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen laik Cumhuriyet ilkesi, egemenliğin ulusa ait olduğu, ulusal irade dışında herhangi bir dogmanın siyasi düzene yön vermesine olanak bulunmadığı, hukuksal kuralların dinsel buyruklar yerine demokratik ulusal talepler esas alınarak aklın ve bilimin öncülüğünde kabul edildiği, çoğunluk ya da azınlık dinine, felsefi inançlara veya dünya görüşlerine mensup olup olmadıklarına bakılmaksızın, din ve vicdan özgürlüğünün ayrımsız ve önkoşulsuz olarak herkese tanındığı ve anayasada öngörülenin ötesinde herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmadığı, dini veya din duygularının kötüye kullanılmasının ve sömürülmesinin yasaklandığı, devletin tüm işlem ve eylemlerinde dinler ve inançlar karşısında eşit ve tarafsız davrandığı bir cumhuriyeti öngörmektedir. (...) Anayasa Mahkemesi’nin birçok kararında ayrıntılı olarak açıklanan laiklik ilkesi düşünsel temellerini Rönesans, Reformasyon ve Aydınlanma dönemlerinden alır. Çağdaş demokrasilerin ortak değeri olan bu ilkeye göre, siyasi ve hukuksal yapı, dogmalardan arındırılarak akılcılığı ve bilimsel yöntemleri esas alan katılımcı demokratik süreçlerin ürünü olan ulusal tercihlere dayanır. Bireylerin anayasal özgürlüklerinden inanç, din, mezhep veya felsefi tutum nedeniyle ayrımsız yararlandığı, akılcılığı esas alan bir süreç olan aydınlanma koşullarının sağlandığı toplumlarda laik ve demokratik değerler özümseir, siyasi, sosyal ve kültürel yaşam da buna bağlı olarak evrensel değerlerin egemen olduğu çağdaş bir görünüm kazanır. Laikliğin bu işleviyle toplumsal ve siyasi barışı sağlayan ortak bir değer olduğu açıktır. Bireylerin özgür vicdani tercihlerine dayanan ve sosyal bir kurum olan dinler, siyasi yapıya egemen olmaya başladıkları veya ulusal irade yerinesiyasal yapının hukuksal kurallarının meşruiyet temelini oluşturdukları anda toplumsal ve siyasi barışın korunması olanaksızlaşır. Hukuksal düzenlemelerin katılımcı demokratik süreçle ortaya çıkan ulusal irade yerine dinsel buyruklara dayandırılması, birey özgürlüğünü ve bu temelde yükselen demokratik işleyişi olanaksız kılar. Siyasi yapıya egemen dogmalar öncelikle özgürlükleri ortadan kaldırır. Bu nedenle çağdaş demokrasiler, mutlak hakikat iddialarını reddeder, dogmalara karşı akılcılıkla durur, dünyayı dünyanın bilgisiyle açıklayabilecek toplumsal ve düşünsel temelleri yaratır, din ve devlet işlerini birbirinden ayırarak, dini siyasallaştırmaktan ve yönetim aracı olmaktan çıkarır.” (AYM E. 2008-16, K. 2008-116, t. 5.6.2008)

Mahkeme, bu açıklamaların ardından, 5735 sayılı kanunun Anayasa'nın 10. ve 42. Maddelerinde yaptığı değişiklik, yükseköğretim kurumlarında

verilen karar (E. 2008/1, K. 2008/2, 30.7.2008).

11 Özbudun, a.g.e, 2012, s. 190-191.

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

türbana serbestlik tanıyan kuralı, Anayasa’nın laiklik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. Mahkeme’nin laiklik temelinde verdiği önceki kararlar dikkate alındığında, 5735 sayılı kanun hakkında verdiği bu karar, pek şaşırtıcı olmamıştır. Bu karar açısından eleştiriye değer asıl husus, yukarıda değindiğimiz gibi, Yüksek Mahkeme’nin Anayasa’nın 148. Maddesinde yer alan açık kurala rağmen, bir Anayasa değişikliğini, esas yönünden denetlemiş olmasıdır. Bu karar yönünden, üzerinde durulması gereken bir başka önemli husus ise, Mahkemenin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, *Leyla Şahin-Türkiye* ve *Refah Partisi-Türkiye* kararlarıyla, *Dablah-İsviçre* gibi kararlarına atıfta bulunmasıdır.¹² Böylece Mahkeme, laiklik temelinde verdiği bu kararın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına uygun olduğu mesajını vermektedir. Anayasa Mahkemesi’nin bu kararının, AİHM içtihadlarına atıfta bulunduğu bölüm şöyledir:

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 4. Dairesinin 29.6.2004 tarihli ve Büyük Dairenin 10.11.2005 tarihli *Leyla Şahin* kararlarında, sözleşmecî devletlerin dinsel sembollerin kullanımına ilişkin düzenlemeleri söz konusu olduğunda takdir hakkının geniş olduğunu, bu konuyla ilgili kuralların ulusal geleneklere bağlı olarak bir ülkeden diğerine değişiklik arz etmesi ve “başkalarının haklarını koruma”nın ve “kamu düzeni”nin gerekleri konusunda Avrupa’nın ortak bir anlayışı bulunmamasının bunu zorunlu kıldığını, başörtüsünün yasaklanmasının Türkiye’nin koşulları dikkate alındığında “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” ile “kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması” bakımından demokratik bir toplumda zorunlu bir tedbir niteliğinde olduğunu kabul etmiştir. 15.2.2001 tarihli *Dahlab-İsviçre* kararında türban taktığı için ilköğretim kurumlarında öğretmenlik yapması engellenen öğretmenin başvurusunu reddederken, türbanın cinsiyetler arası eşitlik ilkesiyle bağdaşması güç olan dini bir simge olduğunu, buna izin verilmesinin diğer dinlerin giyim sembollerinin de kullanımını beraberinde getireceğini, okullarda devletin tarafsızlığını tehlikeye düşüreceğini ve yasaklamanın altında önemli bir kamu yararının bulunduğunu, sonuç olarak öğretim faaliyetinde başörtüsü takma yasağının başkalarının hak ve özgürlüklerinin, kamu güvenliğinin ve kamu düzeninin korunması amacıyla orantılı ve demokratik bir tedbir olduğunu ifade etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 3. Dairesinin 31.7.2001 ve Büyük Dairenin 13.2.2003 tarihli *Refah Partisi* kararlarında da başörtüsü takma özgürlüğünün başkalarının hak ve özgürlüklerinin, kamu düzeni ve güvenliğinin korunması gereğiyle çatışması durumunda sınırlandırabileceğini, laiklik ilkesine saygı gösterilmemesi şeklindeki bir tutumun sözleşmeden yararlanamayacağı, üniversitelerde çoğunluğa mensup dinin gereklerini yerine getirmeyen ya da başka dinlere mensup öğrenciler üzerinde baskı kurulmasını engelleyecek önlemlerin sözleşmeye uygun olduğu, laik üniversitelerde çeşitli inançlara mensup öğrencilerin barış içinde bir arada yaşamalarını ve dolayısıyla da kamu düzeni ve başkalarının

12 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin din hürriyeti temelinde verdiği kararlara ilişkin ayrıntılı bir çalışma için bkz. Zühtü Arslan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü*, Ankara, LDT & Avrupa Komisyonu, 2005.

Kuruluşundan Bu Yana Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü

inançlarının korunmasını teminen söz konusu dine ilişkin ritüel ve simgeleri sergilemenin yeri ve şeklini belirleme hususunda sınırlamalar öngörülebileceği kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları gözetildiğinde, Anayasa'nın 10. ve 42. maddelerinde yapılan düzenlemenin, yöntem bakımından dini siyasete alet etmesi, içerik yönünden de başkalarının haklarını ihlale ve kamu düzeninin bozulmasına yol açması nedeniyle laiklik ilkesine açıkça aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.” (AYM E. 2008-16, K. 2008-116, t. 5.6.2008)

Anayasa Mahkemesinin verdiği kararı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla gerekçelendirmesi, Türkiye'nin 1954'ten itibaren sözleşmeye taraf olduğu, 1987'de bireysel başvuru hakkını tanıdığı, 1989'da ise, AİHM içtihatlarının bağlayıcılığını kabul ettiği düşünüldüğünde, hukuken doğru bir tutumdur. Üstelik, Anayasanın, uluslararası antlaşmaların hukuki statüsünü düzenleyen 90. Maddesinde, 2004'te yapılan değişiklik, Anayasa Mahkemesi dahil olmak üzere, tüm mahkemelere, AİHM içtihatlarına uygun karar verme yükümlüğünü yüklemektedir. Bu değişikliğe göre, “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” Burada, üzerinde durulması gereken önemli bir husus, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmalarla, AİHM içtihatlarının, sadece özgürlükleri sınırlayan yargı kararlarını meşrulaştırmak için değil, aynı zamanda özgürlük alanlarını genişleten, bunların güvencelerini güçlendiren kararlara da, gerekçe oluşturabilmesidir. Nitekim, aşağıda görüleceği gibi, Anayasa Mahkemesi, 6287 Sayılı Kanunun çeşitli hükümlerini laiklik ilkesi yönünden incelediği 2012 tarihli kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına, özgürlüklerin alanını genişletmek amacıyla atıfta bulunmuştur. Benzer şekilde, Mahkeme, Anayasa'nın 148. Maddesinde, 2010'da yapılan değişiklikle bireysel başvuru hakkının tanınmasından sonra, bu çerçevede yapılan başvurular üzerine, AİHS hükümlerini ve AİHM içtihatlarını titizlikle uygulamıştır. Böylece Mahkeme, bu kararlarıyla başta AİHS hükümleri ve AİHM içtihatları olmak üzere, insan haklarını koruyan uluslararası düzenlemelerin, kararlarına esas oluşturacağı konusunda, geleceğe dönük bir umut uyandırmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, uzun yıllar boyunca muhafaza ettiği dayatmacı laiklik anlayışını, 2012 yılında -kamuoyunda 4+4+4 olarak adlandırılan- 6287 Sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'a ilişkin olarak verdiği kararında, önemli ölçüde değiştirmiştir. Yüksek Mahkeme, sözü geçen kanunun, çeşitli hükümlerinin, laiklik ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle açılan davada, iptal istemini reddederken, bundan böyle, pasif laiklik anlayışını benimsemekte olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Mahkemeye göre,

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

“Laiklik, bireyin ya da toplumun değil, devletin bir niteliğidir. Laikliğin tarihsel gelişimi incelendiğinde, din olgusuna yönelik yaklaşım farklılıklarına bağlı olarak, kavramın iki farklı yorumu ve uygulamasının bulunduğu görülmektedir. Bunlardan, katı laiklik anlayışına göre din, bireyin sadece vicdanında yer bulan, bunun dışına çıkarak toplumsal ve kamusal alana kesinlikle yansımaması gereken bir olgudur. Laikliğin daha esnek ya da özgürlükçü yorumu ise dinin bireysel boyutunun yanında aynı zamanda toplumsal bir olgu olduğu tespitinden yola çıkmaktadır. Bu laiklik anlayışı, dini sadece bireyin iç dünyasına hapsedmemekte, onu bireysel ve kolektif kimliğin önemli bir unsuru olarak görmekte, toplumsal görünürlüğüne imkân tanımaktadır. Laik bir siyasal sistemde, dini konulardaki bireysel tercihler ve bunların şekillendirdiği yaşam tarzı devletin müdahalesi dışında ancak, koruması altındadır. Bu anlamda laiklik ilkesi din ve vicdan özgürlüğünün güvencesidir. (...)

Demokratik ve laik devletin temel amaçlarından biri, toplumsal çeşitliliği koruyarak, bireylerin sahip oldukları inançlarıyla barış içinde bir arada yaşayabilecekleri siyasal düzenleri inşa etmektir. Laiklik, devletin din ve inançlar karşısında tarafsızlığını sağlayan, devletin din ve inançlar karşısındaki hukuki konumunu, görev ve yetkileri ile sınırlarını belirleyen anayasal bir ilkedir. Laik devlet, resmî bir dine sahip olmayan, din ve inançlar karşısında eşit mesafede duran, bireylerin dini inançlarını barış içerisinde serbestçe öğrenebilecekleri ve yaşayabilecekleri bir hukuki düzeni tesis eden, din ve vicdan hürriyetini güvence altına alan devlettir. Devletin dinin ayrılığı, din ve vicdan hürriyetinin bir gereği olmanın yanında, dinin siyasi müdahalelerden korunması ve bağımsızlığını sürdürmesi için de gereklidir. Farklı dini inançlara sahip olanlar ya da herhangi bir inanca sahip olmayanlar laik devletin koruması altındadır. (...) Devlet, din ve vicdan özgürlüğünün gerçekleşebileceği ortamı hazırlamak için gerekli önlemleri almak zorundadır. Bu anlamda laiklik, devlete negatif ve pozitif yükümlülükler yüklemektedir. Negatif yükümlülük, devletin bir dini ya da inancı resmî olarak benimsememesini ve bireylerin din ve vicdan hürriyetine zorunlu nedenler olmadıkça müdahale etmemesini gerektirmektedir. Pozitif yükümlülük ise devletin, din ve vicdan hürriyetinin önündeki engelleri kaldırması, kişilerin inandıkları gibi yaşayabileceği uygun bir ortamı ve bunun için gerekli imkânları sağlaması ödevini beraberinde getirmektedir.”

Böylece Anayasa Mahkemesi, kurulduğu tarihten bu yana, kararlılıkla sürdürdüğü dayatmacı laiklik anlayışını geride bırakarak, laikliğin daha özgürlükçü yorumunu içeren, pasif laiklik anlayışını kabul etmiş olmaktadır. Öte yandan Mahkeme, bu kararında, uluslararası hukuka, önceki kararlarından farklı olarak, din hürriyeti ile bu hürriyetten mülhem olan hakların alanını genişletmek amacıyla atıf vererek, bir yeniliğe daha imza atmıştır. Mahkemeye göre,

“AİHM’nin tespitlerine göre, Avrupa Konseyine üye inceleme konusu 46 ülkeden 43’ü devlet okullarında öğrencilere din dersleri sunmaktadır. 46 ülkeden 26’sında bu eğitim zorunlu dersler arasındadır. Ancak, bu zorunluluğun biçim ve

derecesi ülkelere göre değişmektedir. Bazı ülkeler, din derslerini mutlak olarak zorunlu tutarken, diğerleri ise bu derslerden muafiyetlere ve alternatif derslerin alınmasına imkân tanımaktadır. (Hasan ve Eylem Zengin/ TÜRKİYE, Başvuru No: 1448/04, K.T: 09.10.2007, par. 30'34) (...) Buna göre, dava konusu kural, devletin din eğitimi konusunda üstlendiği pozitif yükümlülüğünün bir gereğidir. Kuralla getirilen isteğe bağlı seçmeli derslerin, kişilerin kendi isteği ve küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebi kapsamında sağlanacak olan din eğitim ve öğretiminin gereği olduğu açıktır. (...) Sonuç olarak, Anayasa, dini hizmetleri toplumsal bir ihtiyaç olarak görmekte ve devlete bu ihtiyaçların karşılanması yönünde yükümlülükler yüklemektedir. Anayasa'nın 24. maddesinde din eğitimi ve öğretiminin devletin gözetim ve denetimi altında yapılmasına dair düzenleme de bunu göstermektedir. (AYM E. 2012-65, K. 2012-128, t. 20.9.2012)

Bu açıklamalar, Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşundan başlayarak, 2012 yılına gelinceye kadar, laikliğin dayatmacı anlayışını benimsediğini göstermektedir. Böylece Mahkeme, yarım asır boyunca, gerek norm denetimi yaptığı, gerekse siyasi partilerin kapatılmasına hükmettiği kararlarında, dayatmacı laiklik anlayışından hareketle, doğal olarak, yasakçı bir zihniyete yönelmiştir. 2012'de verdiği kararında ise Mahkeme, laikliğin pasif modelini esas almak suretiyle, bunun doğal sonucu olarak, özgürlükçü bir zihniyete yönelmiştir. Yüksek Mahkeme'nin bu içtihat değişikliğinde, laiklik ekseninde verdiği önceki kararlara, akademik çevrelerden yükselen eleştirilerle, bu kararların, ülkenin sosyolojik gerçekleriyle bağdaşmamasının rol oynadığı söylenebilir. Şüphesiz, Yüksek Mahkeme'nin üye kompozisyonunda ortaya çıkan değişiklik de, laikliği esas alan kararlardaki bakış açısının değişmesinde, önemli bir etkiye sahip olmuştur. Mahkeme'nin, gelecekteki kararlarında, laikliğin liberal yorumunu benimseyeceğini iddia etmek içinse henüz erken olup, Yüksek Mahkeme'nin bu yönde birkaç karar daha vermesini beklemek gerekecektir.

3. Yüksek Mahkeme'nin Kamu Yararı Kavramı Yönünden Değişen Tutumu

Kanunların Anayasa'ya uygunluk denetiminde, en problematik alanlardan biri, amaç unsuru yönünden yapılan denetimdir. Kural olarak, bütün kamu hukuku işlemlerinin, kamu yararı amacına yönelmesi gerekir. Bu nedenle, kanunların da, kamu yararı amacıyla yapılması zorunludur. Ne var ki, bir kanunun, hangi hallerde kamu yararı amacına yöneldiğini veya bu amaçtan saptığını tespit etmek, kolay değildir. Bu nedenle, kanunların, aksi kanıtlanmadıkça, kamu yararına yöneldiği karinesinden hareket etmek gerektiği söylenebilir. Ancak, kanunun içeriğinden, gerekçesinden, meclis görüşmelerinden, o kanunun özel bir amaçla, duygusal nedenlerle yahut sadece belirli bir kesime menfaat temini amacıyla çıkarıldığı anlaşılıyorsa, o takdirde, amaç unsuru yönünden kamu yararına yönelmediği gerekçesiyle, iptal hükmü verilebilecektir. Buna karşılık, yasama organının kamu yararı anlayışı ile Anayasa Mahkemesi'nin kamu yararı anlayışının farklı olması nedeniyle kanunun,

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

amaç unsuru yönünden iptal edilmesi, Anayasa Mahkemesi’nin kendi kamu yararı anlayışını, yasama organına dayatması ve onun takdir yetkisine müdahale etmesi anlamına gelecektir.¹³

Konunun hassasiyetine değinen Erdoğan Teziç de kanunun, kamu yararına yönelik yönelmediği yönünden yapılacak denetimin, yol açabileceği tehlikelere işaret etmektedir. Yazara göre, “Kanunun amacı, Anayasada belirtilen amaçlara uygun olup, kısaca, “Kamu Yararı” olmalıdır. Yasama organındaki çoğunluk, bir kanunu, sadece kendi politik çıkarlarını korumak amacıyla yapmamalıdır. Ne var ki, kanunların Anayasa’ya uygunluğunda amaç unsurunun değerlendirilmesi, “Yargıçlar hükümetine” yol açabilecek en elverişli unsur oluyor. (...) Kamu yararı kavramının, hukuki olmaktan çok, siyasi ve ideolojik bir niteliği vardır. (...) Kanaatimizce, Mahkemenin, kanunda kamu yararı olup olmadığını denetlemesi, Anayasa yargısı yla bağdaşmamaktadır. Zira, kanun koyucunun politik tercihlerini değerlendirmek, Anayasa Mahkemesinin görevi dışındadır. (...) Anayasa Mahkemesi, amaç unsurunu değerlendirirken, “Kamu yararı” kavramına, ancak, kanun koyucunun bir kanunu kamu yararı amacıyla mı yoksa başka bir amaçla mı yaptığı konusunda başvurmalıdır. Anayasa Mahkemesi, “Kamu yararı” kavramına başvururken çok hassas ve dikkatli davranmalıdır. Aksi halde, yerindelik (opportunité) denetimi yapan bir organ durumuna düşebilir.”¹⁴

Türk Anayasa Mahkemesi, kanunları kamu yararı unsuru yönünden denetlediği kararlarının bir kısmında, yasama organının takdir yetkisine müdahale ettiği izlenimini uyandırarak, yerindelik denetimi yaptığı tartışmalarına yol açmıştır. Böyle olmakla beraber, Mahkemenin kamu yararı unsuru yönünden açılan davalarda, - iptal hükmü verirken de, iptal istemini reddederken de- denetime konu olan kanunun gerekçelerini inceleme titizliğini sergilediği de görülmektedir. Mahkemeye göre, “Anayasa’nın 2 nci maddesinde tanımlandığı üzere Devletimiz bir hukuk devletidir. (...) Anayasa’nın hukuk devleti ilkesinin öğeleri arasında yasaların kamu yararına dayanması ilkesi vardır. Bu ilkenin anlamı kamu yararı düşüncesi olmaksızın başka deyimle yalnızca özel çıkarlar veya yalnızca belli kişilerin yararına olarak her hangi bir yasa kuralının konulamayacağıdır. Buna göre çıkarılması için kamu yararı bulunmayan bir yasa kuralı, Anayasa’nın 2 nci maddesine aykırı nitelikte olur ve dâva açıldığında iptali gerekir.” Kanunların, özel veya duygusal nedenlerle, belli bir kişiye veya gruba menfaat temini amacıyla çıkarılması, elbette, hukuk devletin gereği olan kamu yararı amacına aykırılık oluşturacaktır. Ne var ki, münferit bir kanunla, kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği yolunda yapılacak bir denetim, kaçınılmaz olarak, yasama organının takdir yetkisine müdahale anlamına gelecektir ki, bu tür bir yaklaşım, hukukilik denetiminin sınırlarını aşarak, yerindelik denetimine yol açacaktır. Aynı kararında mah-

13 Özbudun, a.g.e. 2014, s.427-428

14 Erdoğan Teziç, Türkiye’de 1961 Anayasası’na Göre Kanun Kavramı, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1972, s. 114-115.

keme, çıkarıldığı tarihte kamu yararına yönelik, ancak, daha sonra bu vasfını kaybeden bir kanunu denetleyerek, iptal edebileceğini de vurgulamıştır. Mahkemeye göre, “...çıkarıldığı zaman için kamu yararına dayanan bir kuralın, koşulların değişmesi sonucunda, kamu yararını karşılayamaz duruma geldiğinde dahi iptali gerekir.” Böylece mahkeme, denetlemekte olduğu normun da, kamu yararına yönelik olma vasfını kaybettiğinden bahisle, iptali gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkemeye göre, “...kuralın konulduğu gündeki kamu yararı düşüncesi artık geçerli bulunmadığından bu kural Anayasa’nın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine dahi aykırı bir duruma girmiştir ve bundan ötürü de iptali gerekir.” (E. 1972-14, K. 1972-34, t. 22.6.1972)

Anayasa Mahkemesi’nin bu düşüncesi, ilk bakışta, yerindelik denetimine olanak tanıdığı izlenimini uyandırabilir. Ne var ki, çıkarıldığı tarihte kamu yararı amacına yönelik bir kanunun, sonradan bu vasfını kaybedebileceği görüşünde, gerçeklik payının olduğu da kabul edilmelidir. Nitekim, soyut norm denetiminden farklı olarak, somut norm denetimi, bir uyumsuzluğa uygulanacak kanunların, Anayasa Mahkemesi tarafından herhangi bir süreyle sınırlı olmaksızın, her zaman için denetlenmesine olanak tanımaktadır. Öğretide de kabul edildiği gibi, bu, somut norm denetiminin, soyut norm denetimine kıyasla, sahip olduğu bir avantajı ifade etmektedir. Böylece, çıkarıldığı tarihte Anayasa’ya aykırı olmayan veya soyut norm denetiminin yapılabileceği hak düşürücü süre içerisinde Anayasa’ya aykırılığı fark edilmeyen, ancak, zaman içinde, uygulamada Anayasa’ya aykırılığı ortaya çıkan normların, Anayasa’ya uygunluk denetimi yapılmaktadır. Bu durum, bir kanunun kamu yararı unsuru yönünden de geçerli olabilir. Diğer bir deyişle, kabul edildiği tarihte kamu yararına yönelik, zamanla bu vasfını kaybeden bir kanun da, somut norm denetimine konu olabilir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi’nin, bir normun kamu yararı vasfını kaybettiği yönündeki tespitlerinin, hukukilik denetiminin sınırları içinde mi olduğu, yoksa yerindelik denetimine mi yöneldiği, her karar bakımından münferit olarak araştırılmalıdır.

Anayasa Mahkemesi, 3194 sayılı kanunu, kamu yararı unsuru yönünden denetlediği kararında, önceki kararlarına atıfla, kamu yararının hukuk devleti ilkesinin ayrılmaz bir parçası olduğunu belirtmiş, sözü geçen kanunun, 47. Maddesinin, kamu yararına aykırı olduğunu tespitle, Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesiyle çeliştiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkemeye göre,

“3194 sayılı Yasa ile getirilen değişiklikte ise; 2960 sayılı Yasadaki düzenlemede yer alan kıyı ve sahil şeritlerinden söz edilmemekte, öngörünüm bölgesi; orman, koru, ağaçlandırma ve yeşil alanlar da dahil olmak üzere bazı sınırlandırmalarla özel yapılanmaya açılmaktadır. 2960 sayılı Yasanın 5. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, Boğaziçi alanında orman sayılmayan kamu kurum ve kuruluşlarına veya özel mülkiyete ait koru, koruya katılacak alan, çayır, mesire yeri, bostan ve benzeri alanların yeşil alan sayılacağı ve bitki varlıklarının geliştirilerek muhafaza

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

edileceği, bu alanlardaki bitki varlıklarının yok edilmesi veya tahrip edilmesinin yasak olduğu belirtilmektedir. Yapılan değişiklikle öngörünüm bölgesi yönünden bu yasaklama da etkisiz hâle getirilmektedir. Bu koşullarda, 3194 sayılı Yasa ile getirilen değişikliğin “kamu yararını” gerçekleştirmek amacına yönelik olduğu kabul edilemez. (...) Yeni düzenlemenin, ne ölçüde kamu yararını gerçekleştirmeğe yönelik olduğu meselesi Anayasa yargısının ilgi alanı dışında kalmakta ise de; Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında belirtildiği gibi; sözü edilen hükmün kamu yararına dayanmadığının saptanması halinde, ortaya haklı bir iptal nedeni çıkmış olacaktır. Boğaziçi Yasası ile ilgili hükümler tasarıya komisyon aşamasında eklenmiş olduğundan, bu konuda yasanın gerekçesinden yararlanmak mümkün olmamaktadır. (...) 3194 sayılı Yasanın 47. maddesi (g) fıkrasının getirdiği değişiklik; önceden ancak toplumun yararlanmasına açık yapılar yapılmasına izin verilen Boğaziçi öngörünüm bölgesi, belli koşullarla da olsa sonuç olarak, yeşil alanları da kapsar biçimde konut inşaatına açılmış bulunmaktadır. Bu sonuç, yasa koyucunun amacının, Boğaziçi öngörünüm bölgesini kamu yararını gözönünde tutarak korumak değil, buna yeşil alanları da dahil etmek suretiyle özel yapılanmaya açmak olduğunu göstermektedir.” (E. 1985-1, K. 1986-29, t.11.12.1986) Böylece Mahkeme, 3194 sayılı Kanunun 47. Maddesini, Anayasa’nın 2. Maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.

Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi, -23 Mart 1879 günlü, “İhtira Beratı Kanunu”nun 3. maddesinde yer alan “... terkiyatı saydelaniyeye ve her nevi edviye ve mualecata ... dair layihalar için berat itası caiz olmaz” kuralının Anayasa’nın 2., 5., 10. ve 27. maddelerine aykırılığı- iddiasıyla açılan davada, kamu yararı unsuru yönünden denetim yapmayı reddetmiştir. Mahkemeye göre, “Yasa ile kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini denetlemek anayasa yargısıyla bağdaşmaz. Çünkü, bir yasanın kamu yararını gerçekleştirip, gerçekleştirmediği veya ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı bir siyasî tercih sorunudur ve yasakoyucunun takdirine aittir. Bu nedenle, Anayasa’nın 2. maddesine aykırılık savı yerinde değildir. İptal isteminin bu yönden de reddi gerekir.” (E. 1994-77, K. 1995-24, t. 28.6.1995)

Benzer şekilde Mahkeme, 2012’de verdiği bir kararında da, bir kanun ile kamu yararına ulaşıp ulaşılamayacağını denetlemenin, Anayasa yargısı’nın işleviyle bağdaşmayacağını belirterek, iptal istemini reddetmiştir. Mahkemeye göre, “Anayasa’nın 2. maddesindeki ‘hukuk devleti’ ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur. Bir kuralın Anayasa’ya aykırılık sorunu çözümlenirken ‘kamu yararı’ konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme yalnızca kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığı ile sınırlıdır. Kanun ile kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini denetlemenin anayasa yargısıyla bağdaşmayacağı, bunun kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır.” (E. 2011-100, K. 2012-191, t. 29.11.2012) Bu saptama neticesinde Mahkeme, iptal istemini reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin aynı yöndeki bir başka kararı ise şöyledir:

“‘Hukuk devleti’ ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur. Kamu yararı kavramı, genel bir ifadeyle, bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir. Bütün kamusal işlemler, nihai olarak kamu yararını gerçekleştirmek hedefine yönelmek durumundadır. Bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu çözümlenirken ‘kamu yararı’ konusunda Anayasa Mahkemesi'nin yapacağı inceleme yalnızca kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığı ile sınırlıdır. Kanun koyucunun kamu yararı amacıyla hareket edip etmediği ancak ilgili yasama belgeleri incelenerek ve kuralın objektif anlamına bakılarak tespit edilebilir. Dolayısıyla, dava konusu kuralların kamu yararı amacı gözetilmeden çıkarılmış olduğu iddiasını ispatlamaya elverişli nitelikteki kanıtların varlığından söz edilemediğinden kanun koyucunun amacının kamu yararını sağlamaya dönük olduğu anlaşılmaktadır. Somut düzenlemelerin bu amaçları etkin bir şekilde gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığı yönündeki bir değerlendirme ise anayasallık denetiminin kapsamı dışındadır.” (E. 2011-142, K. 2013-52, t. 3.4.2013)

Benzer şekilde, Anayasa Mahkemesi, geçtiğimiz aylarda verdiği bir kararda da, kanunların kamu yararı amacına yönelmesinin, hukuk devleti yönünden taşıdığı önemi vurgulamakla beraber, kanunun kamu yararını gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığının, kanun koyucunun takdirinde olduğunu vurgulamıştır. Mahkemeye göre, “Kanunların, kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi ve kazanılmış hakları ihlâl etmemesi Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. (...) Anayasa'nın 2. maddesindeki ‘hukuk devleti’ ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur. Bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu çözümlenirken ‘kamu yararı’ konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme, yalnızca kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığı ile sınırlıdır. Kanun ile kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini denetlemenin anayasa yargısıyla bağdaşmayacağı, bunun kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır. Kanun'un 1. maddesinden ve genel gerekçesinden, Kanunla, riskli yapılar fen ve sanat norm ve standartlarına uygun hâle getirilip bunların maliklerine sağlıklı ve güvenli yaşama çevreleri teşkil etmek üzere iyileştirme, tasfiye ve yenileme uygulamaları yapılarak Anayasa'nın 5. ve 56. maddelerinde Devlete yüklenen ödevlerin yerine getirilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Dava konusu kural da bu kapsamda değerlendirilmelidir.” (E. 2012-87, K. 2014-41, t. 27.2.2014) Böylece Mahkeme, iptal istemini reddetmiştir.

Yukarıda ele aldığımız kararlar, Anayasa Mahkemesi'nin kanunların amaç unsuru yönünden yaptığı incelemelerde, yargısal aktivizmden kendini sınır-

lama (self-restraint)¹⁵ yönünde, önemli bir değişim geçirdiğini göstermektedir. Şüphesiz, hukuk devleti ilkesinin ayrılmaz unsurlarından biri, kanunların kamu yararına yönelmesi, belirli kişilere, gruplara menfaat temin etmek amacıyla, kişisel ve duygusal saiklerle, çıkarılmamasıdır. Bu nedenle, bir kanunun, kamu yararına yönelmemesi, hukuk devleti ilkesi yönünden, normun denetimini ve iptalini gerektirebilir. Ancak bu noktada, anayasa yargısı yetkisini kullananların yapacakları inceleme, kanunun, kamu yararı amacına yönelik yönelmediğinin tespitinden ibaret kalmalı, diğer bir deyişle, Anayasa Mahkemesi hakimleri, kendi kamu yararı anlayışlarını, kanun koyucu organa dayatmaktan kaçınmalıdırlar. Bu yapılmadığı takdirde, Anayasa Mahkemesi’nin kamu yararı anlayışı, kanun koyucunun iradesi yerine geçecek, böylece bir yandan temsili demokrasi zaafa uğrayacak, diğer yandan da, yukarıda değindiğimiz gibi, yargıçlar hükümeti tehlikesi belirecektir. Anayasa Mahkemesi’nin, geçmişten günümüze kadar gelen kararları incelendiğinde, yukarıdaki birkaç örneğin de gösterdiği gibi, Yüksek Mahkeme, kamu yararı unsuru yönünden kendisinin yetkili olduğu ince sınırı tespit, önemli bir merhale kaydederek, hukuk devletinin gerekleriyle kendini sınırlama ilkesini birleştirmeyi başarmıştır.

4. Yüksek Mahkeme’nin Kanun Hükmünde Kararname Yetkisi Yönünden Değişen Tutumu

Anayasa Mahkemesi’nin, kanun hükmünde kararnamelerin, Anayasa’ya uygunluklarını denetlediği kararlarının bir kısmı da, Yüksek Mahkeme’nin, yetkilerini, anayasal sınırlar içinde kullanmadığı tartışmalarına yol açmıştır. Mahkeme’nin, bu yönde en bilinen kararlarından biri, kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin, ancak, önemli, ivedi ve zorunlu hallere hasredileceği biçimindedir.

Mahkeme’nin, kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin sınırlarının ne olduğu konusunda, 1989’da verdiği bir karar, bir yönüyle önemli tespitler içermekte, diğer yönüyle de Anayasa’ya uygunluğu şüpheli ifadelerle yer vermektedir. Bu karara göre,

“Anayasa’nın, bir konunun yasayla düzenleneceğini öngördüğü durumlarda, o konu KHK ile ilgili özel hüküm olan 91. maddesinin sınırlaması dışında kalmadıkça ya da 163. maddede olduğu gibi kanun hükmünde kararname çıkarılamayacağı açıkça belirtilmedikçe KHK ile düzenlenebilir. Anayasa’nın genelde yasayla düzenlemeyi öngörmesi, ayrık kural olan 91. maddeyi gereksiz ve geçersiz kılamaz. Yasa ile KHK’nin hukuksal yapıları, nitelik ve oluşum yöntemleri ayrı

15 Yargılama hukukunun iki uç örneğini oluşturan yargısal aktivizm ve kendini sınırlama kavramları konusundaki açıklamaları için bkz. Ece Göztepe, “Muhakeme Etmek ya da Karar Vermek: Anayasa Mahkemesi’nin “367 Kararı” için Kavramsal Bir Çerçeve Denemesi”, Prof. Dr. Ergun Özbudun’a Armağan, Cilt: II. (Editörler: Serap Yazıcı/Kemal Gözler/Ece Göztepe). Ankara: Yetkin Yayınları, 2008, s. 339-363.

olsa da Anayasa, 91. maddesiyle açıkça KHK ile düzenlemeye olur vermiştir. Anayasa'nın 12-40. maddeleriyle 66-74. maddelerinin öngördüğü yasayla düzenleme yolu, 91. maddeyle korunarak bu konularda KHK de çıkarılamayacağı kolaylığı getirilmiştir. Bu durum karşısında, Anayasa'nın yasayla düzenleme yapılacağını öngören her maddesini, mutlak ve yalnız yasa çıkarılmasını gerektiren bir zorunluluk sayıp KHK'yi sakıncalı bulmak, 91. maddeyi bunlar dışında geçerli görmek olanaksızdır. (...) Anayasa'nın bir maddesinin yasayla düzenleneceğini öngördüğü bir konunun, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasının açıkça yasakladığı hükümler ile ilgili olmadıkça, ya da KHK ile düzenlenemeyeceği Anayasada özel olarak belirtilmedikçe KHK ile düzenlenmesi Anayasa'ya aykırı değildir." Kararın bu kısmı, gerçekten, Yüksek Mahkeme'nin, kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin sınırlarının ne olduğunu, Anayasa'nın çeşitli hükümlerini bütüncül bir yaklaşımla doğru olarak yorumladığını göstermesi bakımından, önemlidir. Ne var ki Mahkeme, bu tespitler yanında, aynı kararında şu ifadelere de yer vermektedir: "TBMM tarafından Bakanlar Kurulu'na KHK çıkarma yetkisinin ancak önemli, zorunlu ve ivedi durumlarda verilmesi, yasama yetkisinin devri anlamına gelecek ya da bu izlenimi verecek biçimde güncelleştirip sık sık bu yola başvurulmaması Anayasa koyucunun amacına, kuşkusuz, daha uygundur." (E. 1989-4, K. 1989-23, t. 16.5.1989)

Görüldüğü gibi Mahkeme, bu kararında, kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin, ancak, önemli, ivedi ve zorunlu hallerde kullanılması gerektiğine hükmetmiştir. Mahkeme, bu tespitlerini, daha sonraki kararlarında da tekrarlamıştır. Mahkemeye göre,

"Anayasaca verilen KHK çıkarabilme yetkisinin; kendine özgü ve ayrık bir yetki olduğu anlaşılmaktadır. Bu yetki kullanılırken yasama yetkisinin devri anlamına gelecek ya da bu izlenimi verecek biçimde güncelleştirilip sık sık bu yola başvurulmamalıdır. Anayasa'nın 87. ve 91. maddelerinde "yetkinin devrinden" değil, verilmesinden söz edilmektedir. Ayrıca, 91. maddenin sekizinci fıkrasına göre, 'yetki yasaları ve bunlara dayanan kanun hükmünde kararnameler, TBMM Komisyonları ve Genel Kurulunda öncelik ve ivedilikle görüşülecektir. Anayasanın, görüşülmesinde bile "öncelik ve ivedilik" aradığı KHK çıkarma yetkisinin, Anayasa'nın yukarıda açıklanan kuralları dikkate alınarak yerine getirilmesinde zorunlu bulunan, belli usullere göre yasa çıkarmaya zamanın elvermemesi gibi ivedi durumlarda kullanılması gerekir. Sonuç olarak, yasama yetkisi genel ve aslibir yetkidir, bu yetki TBMM'ne aittir, devredilemez. KHK'ler, unsurları Anayasada belirlenen yetki yasalarına göre çıkarılır ve işlem görürler, ayrık durumlar içindirler ve bağlı bir yetkinin kullanılması yoluyla hukuksal yaşamı etkilerler. Bu kararnameler, ancak, ivedilik isteyen belli konularda, kısa süreli yetkili yasalarına dayanılarak çıkarılabilirler. (...) KHK uygulamasının yaygınlaştırılması, yetki yasalarına, kullanılma süreleri uzatılarak süreklilik kazandırılması ve hemen her konuda KHK'lerle yeni düzenlemelere gidilmesi, ivedilik koşuluna uyulmaması yasama yetkisinin devri anlamına gelir. Böylece, üç kamu erki arasındaki denge bozulur, yürütme organı

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

yasama organına karşı üstün bir duruma gelir. Bu durum Anayasa’nın yukarıda açıklanan maddelerine aykırı düşer. (...) Uzun bir süre için yürütmeye, kesintisiz yetki verilmesi, yasama yetkisinin devri niteliğindedir. Bu uygulama Anayasa’nın 7. maddesiyle bağdaşmaz. Kaldı ki, Anayasa’nın 91. maddesinde öngörülen, yetki yasalarının ve bunlara dayanan KHK’lerin TBMM Komisyonları ve Genel Kurulu’nda öncelikle ve ivedilikle görüşülmesi kuralı, bu yetkinin, ancak öncelikle ve ivedi işlerde ve belirli bir sürede kullanılmasını gerekli kılar. Yetki süresinin sürekli uzatılması Anayasa’nın 91. maddesine de uygun düşmez.” (E. 1988/64, K. 1990/2, t. 1.2.1990)

Mahkeme’nin, benzer nitelikteki bir başka kararı ise şöyledir: “Anayasa Mahkemesi’ninkonuya ilişkin kararlarında da vurgulandığı gibi TBMM tarafından önemli, zorunlu ve ivedi durumlar dışında ve yasama yetkisinin devri niteliğinde Bakanlar Kurulu’nun yetkilendirilmemesi gerekir. Yasama yetkisinin herhangi bir nedenle ve sınırlı da olsa devri olanaksızdır.” Öte yandan Mahkeme, aynı kararında, KHK çıkarma yetkisinin, çok uzun bir süre için verilmesini de, yasama yetkisinin devredilmezliği kuralına aykırı bulmaktadır. Mahkeme’ye göre,

“Anayasa’ya göre yetki yasası, Bakanlar Kurulu’na verilen yetkinin süresini de göstermek zorundadır. Bu zorunluluk TBMM’nin yetkilerini çok uzun bir süre yürütme organına vermekten alıkoymaktadır. Ancak bu sürenin ne kadar olacağı Anayasada belirtilmemiştir. Fakat sürenin, KHK kurumunun Anayasa’-sahukukuna getiriliş gerekçesine uygun olarak kısa olması gerekir. Bakanlar Kurulu’na çok uzun süreli yetki verilmesi, koşullu ve süreli bir yetki verilmesine olanak tanıyan Anayasa’nın aşılıarak yasama yetkisinin devri anlamına gelebilir. Bakanlar Kurulu’na uzun süreli bir yetki verilmesi istisnanın olağan duruma dönüşmesine ve yasama yetkisinin devrine yol açar ki, Anayasa’nın 7. maddesi ise buna olanak vermez. (...) yürütme organına KHK çıkarma yetkisinin verilmesi sınırlar aşıldığında yasama yetkisinin devri niteliğindedir. (...) ayrıca yetki, KHK kurumunun Anayasa’ya getiriliş amacına uygun olarak önemli, zorunlu ve ivedi durumlara ilişkin bulunmadığı ve uzun süreli olduğu takdirde 7. madde ile çelişir ve yasama yetkisinin devri sonucunu doğurur.” (E. 1988/62, K. 1990/3, t. 6.2.1990)

Anayasa Mahkemesi, kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin sınırlarının ne olduğu konusunda, 20 yılı aşkın bir süre boyunca muhafaza ettiği, önemlilik, ivedilik, zorunluluk kavramlarına dayanan içtihadını da değiştirmiş, 2012’de verdiği bir kararıyla, kanun hükmünde kararnameler üzerindeki denetim yetkisinin sınırlarını, yeniden tayin etmiştir. Mahkemeye göre,

“Bir başka Anayasa’ya aykırılık iddiası ise, yetki yasası ve buna bağlı olarak KHK’ler çıkarılmasını gerektiren acil, ivedi, önemli ve zorunlu bir durumun bulunmadığına ilişkindir. Dava konusu yetki yasasıyla çıkarılması için izin verilen KHK’ler olağan kanun hükmünde kararnamelerdir. Bu tür KHK’lerin çıkarılabil-

Kuruluşundan Bu Yana Türk Anayasa Mahkemesinin Değişen Rolü

mesi için acil, ivedi, önemli ve zorunlu bir durumun olması gerektiğine dair Anayasa'da herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Bu itibarla, yetki kanunlarının ve KHK'lerin Anayasa'ya uygunluğunun incelenmesinde Anayasa'da öngörülmemeyen yeni şartlar ihdas edilmesi mümkün olmadığı gibi, neyin "önemli", "ivedi" ve "zorunlu" olduğuna Anayasa'ya uygunluk denetimi yapan yargı organının karar vermesi de bu organın işlevine uygun değildir. Ayrıca bu kavramların sübjektif nitelik taşıdığı ve göreceli olduğu da açıktır. Bu nedenle, yetki yasası ve buna bağlı olarak KHK çıkarılmasını gerektiren acil, ivedi, önemli ve zorunlu bir durumun olup olmadığının incelenmesi, Anayasada öngörülen çerçevenin dışına taşacak ölçüde bir denetim yapılması anlamına gelebilecektir. Oysa yetki yasaları üzerindeki denetimin, Anayasada öngörülen çerçevenin sınırları içinde kalması gerekir. Bu nedenle, KHK çıkarılması için yetki verilen konunun acil, ivedi, önemli ve zorunlu olup olmadığının incelenmesine gerek görülmemiştir." (E. 2011/60, K. 2011/147, k.t. 27.10.2011)

Görüldüğü gibi Mahkeme, yukarıda aktardığımız kararlarında, kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin, sık sık kullanılmaması gerektiği, ancak, önemli, ivedi ve zorunlu hallerde özgü olduğu sonucuna ulaşmıştır. Oysa, Anayasa'nın 91. Maddesi incelendiğinde, bu maddede, Anayasa Mahkemesi'nin, kararlarında tespit ettiği kavramların, yer olmadığı görülmektedir. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi, kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin sınırlarını tespit ederken, 91. Maddeye, içtihat yoluyla yeni kavramlar eklemiş olmaktadır. Bu ise, daha önceki çalışmalarında belirttiğim gibi, Anayasa'nın üstünlüğü ilkesiyle bağdaşmayan bir tutum olmak yanında, 1982 Anayasasının 153. Maddesinin 2. Fıkrasına da aykırıdır.¹⁶ Bu hükme göre, "Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez." Bu hüküm dikkate alındığında, Anayasa Mahkemesi, kanun hükmünde kararnamelerin, önemli, ivedi ve zorunlu hallerde çıkarılabileceğini, bu yetkinin, sık sık kullanılmaması gerektiğini tespit eden kararlarında, Anayasa koyucu gibi davranmış olmaktadır.

Ne var ki, parlamento çoğunluğunun, kanuni düzenleme yapmak yerine, sürekli olarak kanun hükmünde kararname çıkarmayı tercih etmesi, parlamentar demokrasinin gerekleri düşünüldüğünde, savunulabilecek veya desteklenebilecek bir tutum da değildir. Gerçekten, bir konuyu kanunla değil de kanun hükmünde kararnameyle düzenlemek ve bu tutumu asıl kural haline getirmek, özünde yasama organını etkisiz kılmak, bu suretle muhalefeti bypass etmek anlamına gelecektir. Bilindiği gibi, kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi, Anayasa'nın ve yetki kanunun ön gördüğü sınırlar içerisinde Bakanlar Kurulu tarafından kullanılmakta, bu süreç, doğası gereği olarak, kamuya açık olmaksızın cereyan etmektedir. Buna karşılık, kanun yapma

¹⁶ Yazıcı, a.g.e 2011, s. 233-234.

yetkisi, gerek komisyonlarda gerekse Genel Kurul’da muhalefet partilerinin katılımıyla kamuya açık olarak gerçekleşmektedir. Böylece, kanunun yapımı süreci, hükümet tasarılarıyla başlasa dahi, bu süreçte, muhalefet partileri belirli ölçülerde yer alabilmekte, aleniyet unsuru dolayısıyla, kamuoyu ve tüm ilgililer, kanunun içeriği konusunda, görüş ve eleştirilerini dile getirebilmektedir. Bu sayede, kanunun yapımı sürecinde, parlamento çoğunluğu ve onun içinden çıkan hükümet, tek başına tayin edici bir faktör olmamaktadır. Bütün bu nedenlerle, parlamento çoğunluğunun, yürürlükteki kanunları, kanunlarla değiştirmek veya kaldırmak yerine, kanun hükmünde kararname yolunu tercih etmesi, her şeyden önce, parlamenter demokrasiyle ve onun ayrılmaz unsurlarından olan etkin bir muhalefetin varlığı unsurlarıyla bağdaşmayacaktır. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi’nin, kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin sınırlarını tespit eden kararlarında, bu yetkinin kullanımına, Anayasada yer almayan kavramları eklemesi, hukuken eleştirilecek bir tutum olmakla birlikte, Yüksek Mahkeme’nin, yasama yetkisinin asli bir yetki olduğu ve bu yetkinin devredilmezliği ilkesine izafe ettiği önem konusunda, haklılık payı vardır. Aksi halde, KHK çıkarma yetkisi, yasama yetkisinin yerine geçtiğinde, çoğulcu demokrasinin, çoğunlukçu demokrasiye veya

O’donnell’ın vurguladığı türden delegasyoncu demokrasiye¹⁷ dönüşme riski olacaktır.

SONUÇ

Bu açıklamalar, Anayasa Mahkemesi’nin, kuruluşundan bu yana verdiği, siyasal etkileri görece önemli olan bazı kararlarında, yargısal aktivizmden, kendini sınırlama ilkesi yönünde tedrici bir değişim sergilediğini göstermektedir. Özellikle, son yıllarda verilen kararlar, Mahkeme’nin, yerindelik denetimine yönelmekten imtina ettiği, hukukilik denetiminin sınırları içinde kalmaya özen gösterdiği biçiminde yorumlanabilir. Yüksek Mahkeme’nin tutumundaki bu değişiklik, birkaç faktörle açıklanabilir.

Bunlardan biri, kamuoyunda “367 Kararı” olarak adlandırılan içtihadın, Mahkeme’nin meşruiyetini ve itibarını aşındıracak güçlü eleştirilere konu olmasıdır. 2007’de verilen bu karardan sonra, Mahkeme’nin, meşruiyetini sorgulanır kılan, itibarını zedeleyen tartışmalara son vermek amacıyla, hukukiliğin sınırları içinde kalmak konusunda, daha dikkatli bir tutum sergilediği söylenebilir. Bu bakımdan, “367 Kararı”, sadece Türkiye siyaseti yönünden

17 Guillermo O’Donnell, “Delegative Democracy”, Journal of Democracy 1 (Ocak 1994); Delegasyoncu demokrasinin, sadece başkanlık sistemine özgü olmadığı, parlamenter demokrasilerde de görülebileceği konusundaki tespitleri için bkz. Ergun Özbudun, Contemporary Turkish Politics Challenges to Democratic Consolidation (Boulder ve Londra: Lynne Rienner Publishers, 2000), s. 151-152; Kanun hükmünde kararname ile yönetme geleneğinin delegasyoncu demokrasiye yol açtığı konusundaki açıklamaları için bkz. Serap Yazıcı, Başkanlık ve Yarı-Başkanlık Sistemleri Türkiye İçin Bir Değerlendirme (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011), s. 85-90.

değil, aynı zamanda, Mahkeme'nin, hukukun üstünlüğünün bekçisi olmak istikametinde geçirdiği değişim yönünden de adeta bir dönüm noktasını oluşturmuştur.

İkinci faktör, 2010 Anayasa değişikliği ile, bireysel başvuruları inceleme yetkisinin Mahkeme'ye tanınmasıdır. Bu değişiklik üzerine, bizzat Mahkeme Başkanı ve üyelerin girişimleriyle, bireysel başvuruların, AİHS hükümleri ve AİHM içtihatlarına uygun olarak karara bağlanmasını amaçlayan, özel çalışmalar yapılmıştır. Böylece, Mahkeme üyeleri, çeşitli konuları, AİHM hâkimleri ile yerli ve yabancı akademisyenlerle tartışarak, değerlendirme fırsatını bulmuşlardır. Yürütülen bu çalışmalar, kitap olarak yayınlanmıştır.¹⁸ Bu çalışmaların da etkisiyle, Mahkeme'nin, anayasa hükümlerini, daha özgürlükçü bir zihniyetle yorumlamaya yöneldiği söylenebilir. Nihayet, Mahkeme'nin üye kompozisyonunda ortaya çıkan nispi değişikliğin, sadece kararların içeriğinde değil, aynı zamanda, bu kararların yazım biçiminde de etkili olduğunubelirtmek gerekir.

Siyasal kutuplaşmaların derinleştiği, hukukun üstünlüğü, özgürlük ve demokrasi değerlerinin bir çırpıda feda edildiği son yıllarda ise Anayasa Mahkemesi, ülkenin otoritarizme savrulmasındaki tek engelleyici güç haline gelmiştir. Yüksek Mahkeme'nin, hukukun üstünlüğü, demokrasi ve insan haklarının korunmasında üstlendiği bu rolü, istikrarla sürdürmesi, ülkemizin demokratik çevrelerinin en önemli temennilerinden birini oluşturmaktadır.

18 AİHM ve Türkiye, 10 Aralık 2010 Uluslararası Sempozyum, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara, 2010.

(55. Makale - 2016)

Burcu DÖNMEZ

*AIHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları
Işığında Gizli Tanıklara Soru Sorma
Hakkının Kullanılması **

* Burcu Dönmez, "AIHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Gizli Tanıklara Soru Sorma Hakkının Kullanılması", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 127, 2016, s. 121-156.

AIHM VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA GİZLİ TANIKLARA SORU SORMA HAKKININ KULLANILMASI

ENJOYING THE RIGHT TO EXAMINE ANONYMOUS WITNESSES IN THE LIGHT OF THE DECISIONS OF ECHR AND CONSTITUTIONAL COURT

Burcu DÖNMEZ*

Özet: Ceza muhakemesi hukukunda tanık, önemli bir ispat aracıdır. Tanığın güvenilirliğinin sınanması, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından çok önemlidir; zira adil bir yargılama yapılmasının da gereğidir. Bununla birlikte özellikle nitelikli suçlar bakımından tanığın ve yakınlarının korunması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bu çalışmada AIHM ve Anayasa Mahkemesi'nin gizli tanıkların beyanlarının delil olarak kullanılabilmesi için aradığı koşullar ve mevzuat değerlendirilmiştir.

Anahtar Sözcükler: Çapraz Sorgu, Tanık, Gizli Tanık, Adil Yargılanma Hakkı, Anayasa Mahkemesi, AIHM

Abstract: Witness evidence is a vital evidence in criminal procedure law. Examination of witness' credibility is very important for detection of the truth and also a necessity for fair trial. Nonetheless, it brings out the necessity of protection of witness and his relatives, especially in the extent of indictable offences. In this article, an assesment on the statute and the conditions which the ECHR and Constitutional Court searching for on the anonymous witness state- ments as evidence has been made.

Keywords: Cross-Examination, Witness, Anonymous Witness, Right to Fair Trial, Constitutional Court, ECHR

GİRİŞ

Tanık beyanı, ceza muhakemesi hukukunda halen oldukça önemli bir delildir. Ancak adil bir yargılanmanın yapılabilmesi için güvenilirliğinin sınanması gerekir. Tanıklık, ülkemizde genellikle bir külfet olarak görülmekte ve insanlar tanık oldukları olaylarda tanıklık yapmamak için her türlü yolu

* Doç. Dr., Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

denemektedir. Özellikle ağır cezayı gerektiren suçlara ilişkin tanıklık, aynı zamanda cesaret isteyen bir iş haline gelmiştir. Bu nedenle, tanığın korunması için hemen hemen bütün Dünya ülkelerinde çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Nitekim 2005 yılında yürürlüğe giren 5271 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 58. maddesinde ve takiben 2008 yılında yürürlüğe giren 27.12.2007 tarih ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu kapsamında bir taraftan tanığın korunmasına ilişkin adli ve idari çeşitli düzenlemeler yapılmış diğer taraftan savunma haklarının korunması bakımından CMK m. 58 ve TKK m. 9’da tanığa soru sorma hakkına ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir. Zira amaç bir taraftan maddi gerçeğe hukuka uygun yollardan ulaşmak ve bunun için tanıktan faydalanmak, tanığı korumak; diğer yandan ise savunma haklarını korumak ve adil bir yargılama yapmaktır.

Bu çalışmanın amacı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 6/3-d kapsamında tanığa soru sorma hakkının gizli tanıklar bakımından uygulanması noktasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında belirtilen ölçütleri ifade edip, son zamanlarda Anayasa Mahkemesi’nin konuya ilişkin vermiş olduğu kararlar eşliğinde uygulamayı tartışmaktır.

I- Mevcut Düzenleme

Tanık, ilgili olay hakkında beş duyusu aracılığıyla öğrendiklerini aktaran üçüncü kişidir¹ ve sanıktan farklı olarak; usulüne uygun olarak hakim, mahkeme veya savcı tarafından çağırıldığında gelip bildiklerini doğru olarak anlatmakla yükümlüdür. Diğer bir ifade ile CMK’nın 45, 46, 47 ve 48. maddelerinde yer alan sebeplerin varlığı dışında kişi, tanıklık yapmaktan çekinemez.

Tanık ifadesi, beyan delili kapsamında değerlendirilir ve mutlaka güvenilirliğinin sınanması gerekir. Çünkü güvenilirliği denetlenmeden elde edilen bilgiler maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından sıkıntılara neden olabilir.² Günümüz uygulamasında tanık beyanı, halen önemli bir ispat vasıtasıdır.³

1 Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin Kırıt, Özdem Özaydın, Esra Akcan, Efser Erden, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9.bası, Ankara 2015, s.298; Nur Centel, Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2015, s.242; Cumhur Şahin, Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 4. Bası, 2015, Ankara, s.31; Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3.bası, Ankara 2015, s.511; Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7.bası, Ankara 2015, s.675; Yener Ünver, Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku 2.cilt, Ankara 2013, s.122

2 Mustafa T. Yücel, “Ceza Adaletinde Sapmalar”, *TBB Dergisi*, 2013 (105), s.26

3 Caner Yenidünya, “Ceza Yargılamasında Gizli Tanık”, 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Uluslararası Sempozyum, 4 Aralık 2009, Ankara, s.80; Yusuf Yaşar, “Ceza Muhakemesinde Gizli Tanıklık”, e-akademi (Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi) Ekim 2013 , sayı 133, s.4;

<http://www.e-akademi.org/makaleler/cezamuh.pdf> ; erişim tarihi 21.01.2016; Mustafa Pınarcı, Kürşat Çevik , “Tanık Koruma Mevzuatı ve Uygulamalarının Suç Soruşturması Bakımından Değerlendirilmesi”, *EÜHFD*, C. XVIII, S. 1-2 (2014), s. 120

Delillerin esas itibariyle tartışılacağı yer duruşma evresidir ve tanıkların duruşmada dinlenmesi gereği, duruşmanın doğrudan doğruyalığı ilkesinin doğal sonucudur.⁴ İddia makamı ile eşit koşullar altında tanık gösterip, tanıklara soru sorabilmek çekişmeli muhakemenin, bu işlemi iddia makamı ile eşit koşullar altında gerçekleştirebilmek ise silahların eşitliği ilkesinin gereğidir.⁵

Bu noktada özellikle tanığın korunması ceza muhakemesinin işleyişi bakımından önemli sorunlardan bir tanesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü bir tarafta tanığın veya yakınlarının korunması ihtiyacı diğer tarafta ise adil bir yargılamanın yapılabilmesi için sanık haklarının korunması ihtiyacı karşı karşıya gelmektedir.⁶ Bu nedenle tanığın korunması için tanık veya yakınları bakımından gerçek bir tehlike bulunmalıdır. Hakimin tanığın kimliğini gizli tutma veya diğer tanık koruma tedbirlerine karar vermeden önce somut bir tehlikenin olup olmadığını incelemesi ve bulunduğuna kanaat getirmesi halinde kararında bunu gerekçeli olarak açıklaması gerekir.⁷

Tanığın korunması ihtiyacı iki noktada önem taşır. Bunlardan ilki, tanıklık dolayısıyla, hayati tehlike içermeyen fakat tanığın bir takım ek mağduriyetlere ve travmalara maruz kaldığı durumlardır. Aslında bunlar teknik anlamda tanık da değildirler, olayın mağduru⁸ olarak tanıklığa ilişkin hükümler uygulanarak bilgilerine başvuru kişilerdir ve CMK m. 236/2-3 ve 52/2 deki düzenlemelerle daha fazla mağdur edilmemek üzere koruma altına alınmışlardır.⁹

Konumuzu ilgilendiren esas korunma ihtiyacı ise, tanığın bildiklerini anlatmasının kendisi veya yakınları bakımından ciddi bir tehlike oluşturduğu durumlardır.¹⁰ Nitekim bu gibi durumları dikkate alarak yeni CMK, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda yer almayan¹¹ yeni düzenlemeler getirmiştir. CMK m. 58/2'de, tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması kendileri veya yakınları açısından *ağır bir tehlike* oluştura-

4 Ayrıca bkz. Hakan Karakuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Karşı Oylarında Türkiye, İstanbul 2001, s.178

5 Hakan Karakehya, "Sanığın İddia Tanıklarının Beyanlarının Doğruluğunu Test Etme Hakkı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuku Araştırmaları Dergisi* Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, yıl 2013 cilt 19, sayı 2, s. 717

6 Candaş Gürol, "Sanığın Korunması Müessesesi ve Adil Yargılama Hakkı", *TBB Dergisi* sayı 60, 2005 s.49

7 Yenisey / Nuhoglu, s.529

8 Mağdurun katılan olarak davaya katıldığı hallerde tanıklıktan çekinme hakkını kullanıp kullanamayacağı sorunu hakkında bkz. Fatih Selami Mahmutoglu, " Ceza Yargılamasında Katılanın, Aynı Zamanda CMK 45. maddede Öngörülen Kişilerden Biri Olması Halinde, Tanıklıktan Çekinme Hakkını Kullanıp Kullanamayacağı Sorunu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan 2013 c.19, sayı 2, s.191-210

9 Şahin/Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku II, s.49-52

10 Şahin/Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku II, s.49

11 2005 yılından önce tanıkların korunmasına ilişkin düzenlemeler, sınırlı olarak 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanunu ile Terörle Mücadele Kanunu'nda bulunuyordu. Ancak bu tedbirler yetersizdi. Zira bu eksikliklerin tamamlanması amacıyla CMK m. 58 ve Tanık Koruma Kanunu ile detaylı düzenlemeler yapılmıştır.

caksa, kimliklerinin saklı tutulması için gerekli önlemlerin alınacağını hükme bağlanmış; kimliğinin saklı tutulması için tanığa ait kişisel bilgilerin Cumhuriyet Savcısı, hakim veya mahkeme tarafından muhafaza edileceği düzenlenmiştir. Hemen devamında 3. fıkrada, tanığın hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi tanık için ağır bir tehlike oluşturacak ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa; hâkimin hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan tanığı dinleyebilmesi mümkün hale getirilmiştir. Tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılır. Ve soru sorma hakkı saklı tutulmuştur. Soru sorma sırasında tanık duruşma salonunda bulunmayacak, başka bir salondan ses ve görüntüsü aktarılarak soruları yanıtlayacaktır. İlgili düzenlemede tanığın ses ve görüntüsünün tanınmayacak şekilde değiştirilmesinden bahsedilmemiştir. Bu düzenleme ile kanun koyucu, bir taraftan tanığa ilişkin menfaatlerin korunmasını gözetmekte, diğer taraftan da adil bir yargılanmanın yapılması için savunma haklarını korumakta ve tanığın güvenilirliğinin sınanabilmesi imkânı sağlamaktadır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, CMK m. 58’de iki tür tanık koruma tedbirine yer vermiş olduğunu görmekteyiz. Bunlardan ilki tanığın kimliğinin gizli tutulması, diğeri ise tanığın hakim tarafından hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesidir. Ancak her halde, gizli tanığın¹² kimliğinin hakim tarafından bilinmesi gerekir.¹³ CMK m. 58/4’te tanıkların kimliklerinin saklı tutulması ve fiziki güvenliklerinin sağlanması yönündeki idari (kolluk) tedbirlerinin ise, çıkarılacak bir yasa ile düzenlenmesi öngörülmüştür.¹⁴

2008 tarihinde yürürlüğe giren 27.12.2007 tarih ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu (TTK), CMK’daki düzenlemeleri esas almak suretiyle, içeriğinde bir taraftan tanığın korunması için gerekli düzenlemeleri yapmış diğer taraftan ise tanığa soru sorma hakkını “haklarında koruma tedbiri alınan tanıkların dinlenmelerinde uygulanacak usuller” başlığı altında 9. maddesinde açıkça düzenlemiştir.

Bu Kanun kapsamında tanığın korunmayı hak etmesi için cezanın ağırlığının belirli bir düzeyde olması aranmaktadır. TTK, CMK m. 58/5 (bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar/deki kapsamdan daha geniş bir düzenleme yapmıştır. TTK m. 3’e göre TCK ve ceza hükmü içeren kanunlarda yer alan ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve alt sınırı on yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar; kanunun suç saydığı fiilleri işlemek

12 Gizli tanığın ihbarcı olması halinde dinlenmesine ilişkin esaslar için bkz. Hüsamettin Uğur, “Suçların İhbarı ve İhbarcılarının Korunması”, *TBB Dergisi* 2013(108), s.396-397

13 Ersan Şen, Yasemin Yurttaş “Gizli Tanık, X Muhbir, Gizli Soruşturmacı, Ajan Provokatör”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2008, sayı 6 , s. 33

14 Faruk Turhan, “Tanık Koruma Tedbirleri ve Sanığın Adil Yargılanma Hakkı/Tanık Koruma Kanununa göre Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması ve Sanığın İddia Tanıklarına Soru Sorma ve Sorgulama Hakkının AİHM Kararları Işığında Değerlendirilmesi”; 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Hukuk Devletinde Suç Yarartılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık , 2009, s.385

amacıyla kurulan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen alt sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar ile terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçların tümünün tanıkları, tanık olarak dinlenen suç mağdurları ve yakınları korunma hakkı kapsamında tutulmuştur.

Aslında Tanık Koruma Kanunu ilk başta, sadece tanığın kimliğinin gizli tutulması ve güvenliğinin sağlanması amacıyla tasarlanmıştı; ancak tasarımı hazırlayanlar CMK m. 58'deki koruma tedbirlerini yetersiz görerek, tanığın ceza muhakemesi tedbirleriyle de korunmasına ilişkin tedbirlere yer vermiştir.¹⁵ İlgili hükme göre, haklarında tedbir kararı alınan tanıkların duruşmada dinlenmesi sırasında CMK m. 58/2-3 uygulanacak (m. 9/1); tanığın CMK m. 58/3'ün uygulanmasına mahkemece karar verilmesi halinde, dinleme sırasında tanığın görüntü veya sesi değiştirilerek tanınması engellenebilecek (m.9/2);¹⁶ tanığın duruşma salonunda fiziksel görünümünü engelleyecek tarzda mahkemece tayin ve tespit edilecek bir usule göre dinlenmesine de karar verilebilecek (m. 9/3); duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlar bulunmadan tanığın dinlenmesi halinde, tanık tarafından verilen beyanlar, hâkim tarafından CMK m. 58 de belirtilen sınırlamalara uymak koşuluyla, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlara açıklanacaktır (m. 9/4). Tanığın dinlenmesi halinde, CMK m. 201 uygulanacak ancak tanığa sorulacak soruların Tanık Koruma Kanunu kapsamında tanık hakkında uygulanan tedbirlerle orantılı ve amaca uygun olması gerekir. Bu amaçla hâkim, sorulan soruların tanığa sorulmamasına karar verebilir veya tanığı dinlerken dolaylı dahi olsa tanığın kimliğini ortaya çıkaracak soruların sorulmasına izin vermez (m. 9/5). Bazı yazarlara göre, kimliği gizli tutularak korunan tanıklara soru sorulması söz konusu olduğunda, bu soruların eski sistemdeki gibi, önce hakime yöneltilmesi, hakimnin de bu soruları gizli tanığa sorması uygulanması yapılacaktır.¹⁷

Bu madde hükmüne göre alınan tanık ifadeleri CMK hükümlerine göre duruşma sırasında hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade hükmündedir (m. 9/7). Ancak hakkında tedbir uygulanan tanığın beyanı, tek başına hükme esas teşkil etmez (m. 9/8).

15 Turhan , s.386

16 Olgun Değirmenci, "Ceza Muhakemesinde Tehlike İçinde Bulunan Tanığın Korunması", *TBB Dergisi*, sayı 83, 2009 s.102 "Yazara göre, tanığın hem ses hem de görüntüsünün aynı anda değiştirilip değiştirilmeyeceği tartışmalı bir husustur. Tanık Koruma Kanunu "veya" bağlacını kullanmak suretiyle ikisinden birinin değiştirilmesi gerektiği gibi bir ifade kullanmışken, Yönetmelik uyarınca her ikisinin de değiştirilmesi mümkün hale getirilmiştir. Kanun'da yer alan "veya" bağlacı, tanık koruma tedbirlerinin amacı dikkate alındığında uygun şekilde kullanılmıştır. Söz konusu bağlacın, Yönetmelikte olduğu gibi hem görüntü hem de sesin değiştirilmesine imkân verecek şekilde "ve" olarak anlaşılması gereklidir." Ancak biz bu değerlendirmenin yerinde olmadığını düşünmekteyiz. Zira burada amaç bir taraftan tanığın korunmasının sağlanması diğer taraftan ise beyanının sınanmasıdır. Hem görüntüsünün hem de sesinin birlikte değiştirilmesine gerek bulunmamaktadır. Ayrıca orantılılık ilkesi bakımından da sıkıntılıdır.

17 Feridun Yenisey, "Örgüt Suçu, Muhakemesi ve Gizli Tanık", *Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi* Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, 2010/1,c.1, s.415

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

Özetlemek gerekirse Tanık Koruma Kanunu madde 9’da adil yargılanma ilkesi ve savunma hakkı ile bağlantılı olarak aşağıdaki şu temel hususlar düzenlenmiştir:

- a- Tanığın kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulması
- b- Tanığın duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi
- c- Tanığın ses veya görüntüsünün değiştirilerek dinlenmesi
- d- Tanığa soru sorma hakkının kullandırılması
- e- Tanığın beyanlarının tek başına hükme esas olmaması

Tanıkların korunmasına ilişkin düzenlemelerin yapıldığı diğer bir kanun da Terörle Mücadele Kanunudur (TMK). Aslında Terörle Mücadele Kanunu CMK ve Tanık Koruma Kanunundan önce konuya ilişkin düzenlemeler getirmiştir. Ancak gerek CMK ve TTK kapsamında yapılan düzenlemeler gerekse Terörle Mücadele Kanunundaki değişiklikler sonucu adli kapsamdaki önemini kaybetmiştir. Mevcut düzenlemelere bakıldığında TMK kapsamında yer alan düzenlemelerin adli amaçtan (tanık olarak dinlenmeden) ziyade idari amaçlı koruma tedbirleri niteliğinde olduğunu ifade edebiliriz. Zira TMK’da yer alan “tanık olarak dinlenme”ye ilişkin hükümler, aşağıda da belirteceğimiz üzere kaldırılmıştır. Bununla birlikte, konuya ilişkin olduğu gerekçesiyle ilgili hükümler hakkında kısaca bilgi vermeye çalışacağız.

TMK m. 20’de terörle mücadelede görev alan adli, istihbari, idari, askeri görevliler ile kolluk görevlileri ve yargı görevlileri ve kanunda sayılmış kamu görevlileri ile suçların aydınlatılmasına yardımcı olanlar hakkında gerekli koruma tedbirlerinin Devlet tarafından alınması düzenlenmiştir. Bu kapsamda, estetik cerrahi yoluyla fizyolojik görünüm değiştirilmesi dâhil nüfus kaydı, ehliyet ve benzeri belgelerin değiştirilmesi, malvarlıkları ile ilgili haklar ve sosyal güvenlik hakları ve diğer haklarının korunması gibi hususlarda düzenleme yapma yetkisi verilmiş (m. 20/3), ilgili tedbirlerin uygulanmasında İçişleri Bakanlığı ile ilgili diğer kurum ve kuruluşlar gizlilik kurallarına uygun olarak (m. 20/4) hareket etmekle yükümlü kılınmışlardır. Bu madde kapsamında sayılan kamu görevlilerine, görevlerinden ayrılmış olsalar dahi terör suçluları tarafından kendilerine, eş veya çocuklarının canına vuku bulan bir taarruzu savmak için silah kullanma yetkisi de verilmiştir (m. 20/6). İlgili koruma tedbirleriyle ilgili esas ve usullerin Başbakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelik ile belirlenmesi de 20. maddenin 5. fıkrasıyla düzenlenmiştir.

Terör suçlarının soruşturulması sırasında tanık ifadesi alan kolluk memurlarının zaruret görülmesi halinde duruşmada tanık olarak gizli celsede dinlenmelerine izin veren TMK 12. maddenin ikinci cümlesi 1992 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Maddenin geri kalanı da 29.6.2006 tarih ve 5532 sayılı Kanun’la m.17 ile yürürlükten kaldırılmıştır.

II- AİHM'nin Yaklaşımı

Kural olarak AİHM, delillerin kabul edilebilirliğinin ulusal hukuk kuralları kapsamında ulusal mahkemelerin takdir yetkisinde olduğunu kabul eder.¹⁸ Bu kapsamda Mahkeme, Sözleşme kapsamında yaptığı değerlendirmede, bir delilin nasıl değerlendirileceğinden ziyade delillerin elde edilmesi ve kullanılması da dahil olmak üzere yürütülen muhakemenin bir bütün olarak adil olup olmadığını denetlemektedir.¹⁹

AİHM, gizli tanık dinleme ve bu yolla elde edilen delillerin ceza muhakemesinde delil olarak kullanılmasını çeşitli kararlarında irdelemiştir.²⁰ Belli ölçütler esas alınmak ve güvenceler oluşturmak suretiyle gizli tanık dinlemenin ve bu tanık beyanlarının delil olma özelliklerini kabul etmiştir. Kural olarak, bir delilin hükme esas teşkil edebilmesi için açık duruşmada ve sanık önünde ortaya konulmuş ve değerlendirilmiş olması gerekir;²¹ ancak bu kurala bazı istisnalar getirilmesi Mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Ancak bunun için sanığa muhakemenin başında veya sonrasında tanığın güvenilirliğini sorgulayabileceği yeterli ve belirli imkânların tanınması gerekir.²²

Sözleşme sadece sanık bakımından değil, tanıklık yapacak kişiler bakımından da güvenceler getirmektedir. AİHM, sanığın savunma hakkı ile tanığın

- 18 Detaylı bilgi için bkz. Şeref Gözübüyük/ Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 10.bası, Ankara 2013, s.306
- 19 Doorson/Hollanda kararı, Başvuru no. 20524/92, tarih 26.3.1996 , §67; Van Mechelen ve Diğerleri/Hollanda kararı, Başvuru no. 21363/93; tarih. 23.4.1997,§50; Trofimov/Rusya kararı, Başvuru no.1111/02, karar tarihi 04.12.2008, §32; ; Balta ve Demir /Türkiye kararı, Başvuru No.48628/12, tarih 23.06.2015, §36
- 20 Kotovski/Hollanda kararı, Başvuru No.11454/85, tarih 20.11.1989; Windish/Avusturya kararı Başvuru No.12489/86, tarih 28.06.1993; Doorson/Hollanda kararı, Başvuru no. 20524/92, tarih 26.3.1996; Van Mechelen ve Diğerleri/Hollanda kararı, Başvuru no. 21363/93; tarih. 23.4.1997; Visser/Hollanda kararı, Başvuru No.26668/95, tarih.14.02.2002; Krasniki/Çek Cumhuriyeti kararı, Başvuru No.51277/99, tarih 28.02.2006; Pello/Estonya kararı, Başvuru no. 11423/03, tarih 12.04.2007; Trofimov/Rusya kararı, Başvuru no.1111/02, tarih. 04.12.2008; Tseber/Çek Cumhuriyeti kararı, Başvuru No.46203/08, tarih. 22.11.2012; Ellis ve Simms ve Martin/Birleşik Krallık Başvuru No.46099/06 ve 46699/06, tarih.10.04.2012; Yevgeniy Ivanov/Rusya kararı, Başvuru no.27100/03, tarih. 25.04.2013; Prajina/Romanya kararı, Başvuru no.5592/05, tarih. 07.01.2014; Balta ve Demir/Türkiye kararı, Başvuru No.48628/12, tarih 23.06.2015
- 21 Yargıtay 6. Ceza Dairesi E.2015/6838, K.2016/765, tarih 11.02.2016 tarihinde vermiş olduğu kararında “ 5271 sayılı CMK’nın 210. maddesinde, “Olayın delili, bir tanığın açıklamalarından ibaret ise, bu tanık duruşmada mutlaka dinlenir. Daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunması dinleme yerine geçmez.” hükmü yer almaktadır. Bu açıklama ışığında somut olayda izlenen güvenlik kamera görüntülerine göre tanık’nın, müştekinin işyerine girdiğinde, yağma olayını gerçekleştiren kişinin dışarıya doğru çıktığı sırada karşılaşması ve olayın tek tanığı konumunda olması nedeniyle, olayla ilgili görgüsü, bilgisi ve hazırlıkta anlatımı bulunan adı geçen mahkemeye çağrılarak dinlenilmesi; tutuklu sanığın da cezaevinden getirilerek fiziki yapısı ve ses tonu itibarıyla teşhisi amacıyla tanık ile yüzleştirilmesi ve kamera kayıtları ile karşılaştırılarak sanık ...’un eyleminin duraksamaya yer bırakmayacak şekilde tespit edilmesinden sonra hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği düşünülmeden, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulmasını” bozma nedeni olarak kabul etmiştir. [http:// www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm](http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm), erişim tarihi 14.10.2016
- 22 Trofimov/Rusya kararı, §33

yaşama, vücut dokunulmazlığı ve kişi hürriyeti hakları arasında dengeli bir yaklaşım sergilemektedir.

Bu dengeyi sağlamak amacıyla AİHM, gizli tanık ifadelerinin delil olarak kullanılmasını AİHS m. 6/1-3(d) (adil yargılanma hakkı ve iddia tanıklarına soru sorma hakkı) kapsamında ihlal oluşturmaması için aşağıdaki koşulları aramaktadır.²³

1- Tanığın kimliğinin gizlenebilmesi için, mahkeme öncelikle gereklilik incelemesi yapmalıdır. Bu amaçla tanığın veya yakınının hayat, vücut bütünlüğü veya kişi özgürlüğüne yönelik ciddi bir tehlike olduğuna ilişkin yeterli somut deliller tespit etmeli ve bu nedenleri gerekçeli olarak hükümde açıklamalıdır.²⁴ Ayrıca mahkeme, ilgili tehlikenin tanık üzerinde yarattığı korkuyu da değerlendirmeli, objektif verilere dayalı olarak tespit etmeli ve gerekçelendirmelidir. Ancak bu işlemten sonra tanığı hazır bulunmaktan muaf edebilir.²⁵

2- Hükmü verecek olan mahkeme tanığın kimliğinin gizlenmesini gerektiren haklı sebepleri tespit edip gerekçelendirdikten sonra huzurda bulunması gerekenler olmadan tanığı bizzat kendisi dinlemeli ve güvenilirliğini sınamalıdır. Nitekim *Balta ve Demir /Türkiye* kararında²⁶ AİHM, tanığın huzurda bulunması gerekli olanlar olmadan istinabe suretiyle ifadesinin dinlenmesini, gizli tanığın ifadesinin güvenilirliğinin sınanması bakımından yeterli görmemiş; yerel mahkemenin yeterli özeni göstermediğine karar vermiştir.

3- Tanığa soru sorma hakkı, mevcut olduğu ileri sürülen tehlike ile orantılı sınırlandırılmalıdır. Diğer bir ifade ile tanığın menfaatleri korunmakla birlikte savunma haklarına daha az zarar verecek başka bir yöntem kullanma imkânı varsa öncelikle bu yol tercih edilmelidir.²⁷ *Balta ve Demir /Türkiye* kararında (§ 58) AİHM, tanığın duruşma salonundan başka bir salonda dinlenmesi ve sanıkların görüntülü ve sesli aktarma sistemi aracılığıyla soru sorma haklarını kullanabilmesi imkânı yasal olarak bulunduğu halde, Ağır Ceza Mahkemesinin iç hukukta öngörülen bu yöntemi gerekçesiz olarak uygulamış olmasını, ihlal nedeni olarak kabul etmiştir. Ayrıca yine aynı kararda²⁸ AİHM, ulusal mahkeme tarafından verilen karar gerekçesinde, sanığın haklarını daha az kısıtlayacak tedbirlerin tanığı koruma amacına yeterli olup olmadığını tartışmadığını ifade etmiştir. Kısaca AİHM, yapılan kısıtlamanın gerekli ve yeterli olduğunun gerekçeli kararda mutlaka tartışılması gerektiğini ifade etmektedir.

23 Turhan , s.398

24 Balta ve Demir/Türkiye kararı §39-41 vd.

25 Balta ve Demir /Türkiye kararı §44; Visser /Hollanda kararı, §47-48; Krasniki/Çek Cumhuriyeti kararı, §80-83

26 Balta ve Demir /Türkiye kararı §57

27 Van Mechelen ve Diğerleri/Hollanda kararı §58; Yevgeniy Ivanov/Rusya kararında §49, tanığa soru sorma hakkının tanık bulunmadığı için kullandırılmaması alınacak diğer tedbirler ile dengelenmesi gerektiğinin özellikle altı çizilmiştir.

28 Balta ve Demir /Türkiye kararı §59

4- Tanığa soru sorma hakkının muhakemenin herhangi bir aşamasında en az bir kez kullanılmış olması ve güvenilirliğinin sorgulanabilmesi için savunma makamına yeterli imkânların sağlanmış olması gereklidir.²⁹ Ancak AİHM, bu kurala istisna kabul etmektedir. *Al-Khawaja et Tahery* kararında³⁰ Büyük Daire, tanığın duyduğu korku sebebiyle duruşmada hazır bulunmamasını incelemiştir. Mahkeme iki tür korkunun söz konusu olabileceğini ifade etmiştir. Bunlardan ilki, sanığın ya da sanık hesabına çalışan kişilerin tehditlerine veya diğer hilelerine bağlı olarak duyulan korkudur; diğeri ise duruşmada sorgulama olayının meydana getirebileceği sonuçlara dayalı olarak gelişen genel bir korkudur. Tanığın hissettiği korku sanıktan ya da sanık hesabına çalışan kişilerden kaynaklandığında, hâkimin sanığa ya da temsilcilerine, tanığa karşı çapraz sorgu uygulama imkânı vermeksizin, tanığı şahsen huzura çıkmaya zorlamaksızın ve söz konusu ifadenin sanık aleyhine yegâne ve belirleyici delil teşkil etme ihtimali olsa bile duruşma sırasında tanığın ifadesinin okunmasına izin verilebileceği ifade edilmiştir. Ayrıca tanığın hazır bulunmaktan muaf tutulması için korkusunun doğrudan sanığın tehditlerinden kaynaklanması da gerekli görülmemiştir. Burada önemli olan hakim, öncelikle tanığın hissettiği korkunun objektif gerekçelere dayanıp dayanmadığını; ikinci olarak da bu objektif gerekçelerin somut unsurlara dayanıp dayanmadığını tespit etmek amacıyla uygun araştırmaları yürütmesidir. Zira tanık tarafından duyulan her türlü korku tanığın duruşmada hazır bulunmaktan muaf tutulması için yeterli değildir.³¹

5- Mahkûmiyet hükmü tek başına veya belirleyici³² ölçüde gizli tanık ifadesine dayanmamalıdır.³³ Delilin önemini değerlendirmek için mahkemeler

29 Van Mechelen ve Diğerleri/Hollanda kararı §51; Kotovski/Hollanda kararı §42-43; Taal/Estonya kararı §35; Yevgeniy Ivanov/Rusya kararı §47; Trampevski/Makedonya Eski Yugoslavya Cumhuriyeti kararı, başvuru no 4570/07, tarih 10.07.2012 §44-45 “Üye Devletler adil yargılama ilkesinin gereklerini yerine getirmek amacıyla açık duruşmada sanık aleyhine olan tanıkları bulundurmamak ve sanığın aleyhe olan tanığın güvenilirliğini sınaama hakkını kullandırmakla yükümlüdür, bunun yapılamaması halinde durum gerekçeli olarak açıklanmalı ve bu delil tek başına hükme esas teşkil etmemelidir.”

30 Al-Khawaja et Tahery/Birleşik Krallık kararı, Başvuru No. 26766/05 ve 22228/06, tarih.15.12.2011

31 Al-Khawaja et Tahery kararı, §122-124; Balta ve Demir /Türkiye kararı §44

32 AİHM , Al-Khawaja et Tahery kararında, “belirleyici delil” kavramının ispatlayıcı delil ifadesinden daha güçlü bir anlam taşıdığını ifade etmiştir. Buna göre, ilgili delil olmaksızın mahkum edilme ihtimalinin beraat edilme ihtimalinden daha düşük olmasının süreklilik arz etmesi yeterli değildir. Gerçekte belirleyici kelimesi, dava hakkında karar verilmesini sağlayacak derecede önemli bulunan bir delile işaret ederek dar anlamda kullanılmalıdır. Şayet duruşmada hazır bulunmayan tanığın ifadesi diğer unsurlarla desteklenirse bu ifadenin belirleyici niteliğine ilişkin değerlendirme, söz konusu diğer unsurların ispat gücüne bağlı olacaktır (§131).

33 Van Mechelen ve Diğerleri/Hollanda kararı §63; Doorson/Hollanda kararı § 76; Taal/Estonya kararı Başvuru no. 13249/02, tarih 22.11.2005 §33; Pello/Estonya kararı, §25; “hüküm soru sorma imkanı tanınmayan tanığın ifadesine dayanmamalıdır” Yevgeniy Ivanov/ Rusya kararı §48-50; Balta ve Demir/Türkiye kararı §39; Ayrıca bkz. Osman Doğru/Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1.cilt 2012, s.651

tarafından incelenen delillerin tamamının dikkate alınması yeterli değildir, mahkûmiyet kararının fiilen hangi delillere dayandırıldığını ve dolayısıyla sanığın mahkum edildiği suçu ve sanığın cezai sorumluluğunu oluşturan farklı unsurların neler olduğunu da araştırmak gerekir.³⁴ Gizli tanık ifadesi, ancak diğer delillerle doğrulanması halinde hükümde kullanılabilir hale gelebilir ve diğer deliller de başka bir gizli tanık ifadesi olamaz. Diğer bir ifade ile diğer delillerle³⁵ doğrulanması ve yukarıdaki güvenceler sağlanmak koşulu ile başvuru gizli tanık ifadesi, ancak mahkûmiyet kararını kuvvetlendirmek için kullanılan yan bir delil olabilir, tek başına delil olmayacağı gibi mahkûmiyet kararında ağırlığı olan bir delil de olamaz.³⁶ Bununla birlikte, savunma makamının sorgulama imkânı bulamadığı bir tanığın aleyhte tek veya belirleyici unsur teşkil eden ifadesinin delil olarak kabul edilmesi, kendiliğinden Sözleşme’nin 6. maddesinin 1. fıkrasını ihlal etmemektedir; bu tür bir delilin güvenilirliğine ilişkin doğru ve adil bir değerlendirme yapabilmek için söz konusu delilin kabul edilmesine bağlı sakıncaları giderebilecek yeterli unsurların bulunması halinde, dava bir bütün olarak, hakkaniyete uygun olarak değerlendirilebilmektedir.³⁷

Yukarıdaki koşullara ek olarak AİHM, savunma makamı tarafından da bazı yükümlülüklerin yerine getirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Mahkeme başvuranların sadece soru sorma hakkının kullanılmamış olması nedeniyle m. 6/1-3 (d)’nin ihlal edildiğini ileri sürmelerinin yeterli olmadığını, tanığa soru sorma hakkının kullanılmamış olmasının maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından öneminin de savunma makamı tarafından hem ulusal mahkeme önünde hem de başvuruda tartışılması gerektiğini ifade etmektedir.³⁸ Bu gerekçeler savunma makamı tarafından ortaya konulduğu halde, üye Devlet yargılama makamları, soru sorma hakkını kullanırmak (tanıkla yüzleşme hakkını sağlamak) için gerekli tedbirleri almaz ve koşulları sağlamaz ise, Sözleşme m. 6/1-3(d)’de düzenlenen hakları ihlal etmiş olur.³⁹

III- Anayasa Mahkemesinin Bakış Açısı

Anayasa Mahkemesi, “tanıklara soru sormahakkının kullanılması”na ilişkin 9 ihlal iddiası başvurusunu değerlendirmiştir. Bu kararlardan sadece bir tanesi gizli tanık beyanına ilişkindir ancak biz bu başlık altında yol göstermesi amacıyla Anayasa Mahkemesinin tanıklara soru sorma hakkı bakımından

34 Tseber/Çek Cumhuriyeti kararı §54-55; Balta ve Demir /Türkiye kararı §50

35 Ancak bu doğrulayıcı delillerin de ispat kuvveti olmalıdır, diğer delillerin ispat gücü yeterli değilse AİHM sadece gizli tanık ifadesinin esas alındığını kabul etmektedir. Balta ve Demir /Türkiye kararı §52

36 Turhan , s.398

37 Balta ve Demir /Türkiye kararı §39; ayrıca bkz. Tanyar Ziya Çağa, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Gizli Tanıklık ve Adil Yargılanma Hakkı”, *LHD*, Cilt 10, Sayı 114, 2012 s.59; Şeref Gözübüyük/ Feyyaz Gölcüklü, s.308-309-310

38 Pello/Estonya kararı, §26; Yevgeniy Ivanov/Rusya kararı §50

39 Pello/Estonya kararı, §34-35

inceleme yaptığı tüm kararları değerlendirmeyi uygun gördük. Gizli tanığa soru sorma hakkı kapsamındaki karar (Baran Karadağ başvurusu) ise en son değerlendirilecektir.

1- Tanıklara Soru Sorma Hakkı Bakımından Yaptığı Genel Değerlendirme

Konuya ilişkin ilk karar, *Erol Aydeğer*⁴⁰ başvurusudur. Başvurucu, yargılandığı ceza davasında savunma hakkının kısıtlanması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, ailevi sebeplerle asker kaçağı olarak yaşadığını bu nedenle duruşmalara katılamadığını, yalnızca iki kez duruşmaya katıldığını ve bir kez kendisini savunabildiğini; ayrıca özel avukat tutamadığını, kendisini Baro tarafından tayin edilen avukatın savunduğunu ve ilk derece mahkemesi kararını bu avukatın temyiz ettiğini belirtmiştir. Başvurucu, kendisini yeterince savunamamış olması nedeniyle savunma hakkının kısıtlandığını ileri sürmüştür (§24).

Anayasa Mahkemesi değerlendirmesinde , sanığın kendini savunma hakkından faydalanmasının ilk koşulunun sanığın savunmasını yapabilmesi için mahkeme önünde hazır bulunma olduğunu; her ne kadar AİHS'in 6. maddesinde açıkça belirtilmemiş olsa da duruşmada hazır bulunma hakkının AİHS'in 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki adil muhakeme hakkının bir parçası olduğunu; sanığın aleyhine açılan ceza davasında duruşmada hazır bulunmasının genel bir hak olduğunu ve AİHS'in 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan (c), (d) ve (e) bentlerinde yer alan hakların bir parçası olduğunu *Sejdovic/ İtalya*, B. No: 56581/00 , 1/3/2006, § 81 kararlarına atıf yapmak suretiyle ifade etmiştir. Ayrıca, duruşmada hazır bulunma hakkının bir sonucu olarak, 5271 sayılı Kanun'un 193. maddesinin (1) numaralı fıkrasında istisnalar saklı kalmak üzere, hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılamayacağının hükme bağlanmış olduğunu belirtmiştir (§41).

Somut olayda başvurunun cezalandırılması için ceza davası açıldığı halde, duruşmalardan kaçması nedeniyle başvuru hakkında duruşma yapılamadığı ve ancak yakalandığı tarihte ilk kez duruşmaya çıkartılarak mahkeme önünde hazır bulunma hakkından faydalandırıldığı (§42) ; ayrıca somut olayda isnat edilen suçun kanunda öngörülen cezasının alt sınırının beş yıldan fazla olması ve başvurunun kendisinin bir müdafii seçmemiş olması nedeniyle başvurucuya re'sen müdafii tayin edildiği; her ne kadar başvuru, kendisinin avukat seçmemesi nedeniyle savunma hakkını tam olarak kullanamadığını ileri sürmüş olsa bile, ilk derece mahkemesince re'sen tayin edilen müdafinin müdafilik görevlerini yerine getirmediğini ileri sürmediği ve müdafinin yardımından etkili bir biçimde yararlanamamasının sebeplerini bildirmediği belirtilmiştir (§43).

Somut olayda başvurucuya atanan ilk iki müdafinin duruşmalarda hazır bulunmaması üzerine Barodan yeni müdafii talep edildiği ve başvurunun son

40 Erol Aydeğer Başvurusu, başvuru numarası 2013/7582; karar tarihi 07.03.2014

celse atanan müdafii ile savunma hakkını kullandığı ve son atanan müdafinin ilk derece mahkemesinin kararını temyiz ettiği; başvurunun da, kendisine atanan müdafilerin görevini yerine getirmediği yönünde, derece mahkemele-ri önünde bir şikâyetinin olmadığı ifade edilmiştir (§43).

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, somut olayda başvurunun suçlama-nın nedenleri ve niteliği hakkında bilgilendirildiği, duruşmada hazır bulun-masının sağlandığı, savunmasını hazırlaması için gerekli zaman ve kolaylık-lardan faydalandırıldığı, kendisine ve müdafine verilen süre dışında ilave süre istemediği, bir müdafinin yardımından faydalanmak suretiyle savunma hakkını kullandığı ve başvurunun adil yargılanma hakkını sınırlandırdığı iddiasıyla başka bir işlem hakkında da şikâyetçi olmadığı; ayrıca dava dosyası ve yargılama süreci bir bütün olarak incelendiğinde başvurunun savunma haklarından yararlandırılmadığını gösteren bir bulguya da rastlanılmadığından, başvurunun savunma hakkının kısıtlandığını ileri sürdüğü yargılama işlemlerinde açık ve görünür bir ihlal saptanmadığına, başvurunun, diğer ka-bul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin “açıkça dayanaktan yoksun olması” nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir (§46,47).

Bu kararda Anayasa Mahkemesi, adil yargılanma hakkı kapsamında sa-vunma hakkının bir gereği olan tanıklara soru sorma hakkına ilişkin doğ-rudan bir değerlendirme içine girmemiş; genel bir değerlendirme içerisinde olayı değerlendirmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki; Anayasa Mahkemesi başvuru-cuların ihlal iddiası kapsamında ortaya koydukları konularda, dere-ce mahkemesi önünde de bu ihlal iddialarının gündeme getirilmesi gereğini aramakta, bu hakları kullanmak için talepte bulunmamış olmaları halinde id-diaları kabul edilebilir bulmamaktadır.

Konuya ilişkin ikinci karar *Atilla Oğuz Boyalı*⁴¹ kararıdır. Başvurunun iddi-ası doğrudan tanık dinlenmediğine ilişkindir. Söz konusu davada başvuru-cu, dava dosyası kapsamında verilen birleştirme kararından sonra tanıkların din-lenmediğini ve yargılamasının makul olmayan bir süre içerisinde tamamlandı-ğını ileri sürerek Anayasa’nın 36. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir (§1).

“Somut olayda başvuru-cu hakkındaki dava, başvurunun eşinin yargı-landığı Ankara 2. Ağır Ceza Mahkemesi’ndeki dava ile birleştirilmiştir. Birleş-tirme sonrasında yapılan ikinci celsede, başvurunun yokluğunda yapılan muameleler ve tanık beyanları Mahkeme huzurunda ve başvuru-cu mevcut-ken okunmuştur. Başvurunun yokluğunda yapılan muameleler ve tanık beyanlarının okunmasının ardından başvuru-cudan herhangi bir diyeceğinin olup olmadığı sorulmuş ve başvuru-cu aleyhe olan tanık anlatımlarını kabul etmediğini beyan etmiştir. Başvuru-cu vekili de bu beyanlara katıldığını ifade etmiştir (bkz § 49) “.

41 Atilla Oğuz Boyalı Başvurusu, başvuru numarası 2013/99, karar tarihi 20.03.2014

Gizli Tanıklara Soru Sorma Hakkı

Başvuru dosyası incelendiğinde Anayasa Mahkemesi, tanık ifadelerinin Mahkeme huzurunda alındığını, başvurucunun duruşmalarda ve temyiz dilekçelerinde tanıklara soru sorma veya tanık sorgulama talebinde bulunmadığını tespit etmiştir. Ayrıca başvurucunun, hakkında verilen hüküm, temyiz incelemesi aşamasında Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin ilgili kararı ile bozulduktan sonra bozma kararı üzerine Mahkemece yapılan duruşmaya katılmadığı, bunun üzerine başvurucunun Mahkemeye zorla getirilmesine karar verildiği tespit edilmiştir (§52).

Anayasa Mahkemesi, tanıkların dinlenmek üzere çağırılmasının uygun olup olmadığının kural olarak derece mahkemelerinin takdir yetkisi dâhilinde olduğunu, dolayısıyla bir sanığın bazı tanıkları dinletemediğinden şikayet etmesinin yeterli olmayıp ayrıca bu tanıkların dinlenmesinin niçin önemli olduğunu ve gerçeğin ortaya çıkması için niçin gerekli olduğunu açıklamak suretiyle tanık dinletme talebini desteklemesi gerektiği belirtmiştir. İlgili davada derece mahkemesi mahkûmiyet kararı verirken başvuru tarafından tekrar dinlenmesi talep edilmeyen tanıkların beyanlarına ve bilirkişi raporuna dayanmıştır. Ayrıca ne başvuru ne de avukatı tanık beyanlarının gerçeği yansıtmadığını göstermek için Mahkemeden tanıkların dinlenmesini talep etmiştir. Söz konusu yargılamada başvuru hakkında verilen mahkûmiyet kararı, sadece dinlenmeyen bir tanığın beyanlarına dayanılarak da verilmemiştir. Bu nedenlerle başvurucunun "birleştirme kararı sonrasında tanık dinletme taleplerinin kabul edilmediği" yönündeki iddiası açıkça dayanaktan yoksun bulunmuştur (§ 55).

Bu kararda Anayasa Mahkemesi iki hususu birlikte vurgulamıştır. Birincisi dinlenmeyen tanıkların dinlenmesinin neden önemli olduğu ve maddi gerçeğin ortaya çıkması bakımından değerinin savunma makamı tarafından belirtilmesi gereği (ki bu husus çeşitli AİHM kararlarında da sıkça gerekçe olarak ifade edilmektedir); ikinci olarak da bu tanıkların dinlenmesinin gerekçeli olarak ilk derece mahkemesi önünde talep edilmiş olmasıdır.

Üçüncü karar *Sencer Başat ve Diğerleri*⁴² kararıdır. Bu karar Anayasa Mahkemesi Genel Kurul kararıdır ve özellikle tanıklara soru sorma hakkı bakımından dönüm noktası olmuştur. Bu karar basında Balyoz davası olarak adlandırılan davaya ilişkindir. Başvurucuların çeşitli noktalardan ihlal iddiaları söz konusudur; ancak biz burada sadece tanıklara sorma hakkı bakımından Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmesi üzerinde durmaya çalışacağız.

Olay, "20-21 Ocak 2010 tarihinde ulusal yayın yapan günlük bir gazete-
de "Fatih Camii Bombalanacaktı- İki Yüz Bin Kişiye Tututklama" başlıklı haberlerin yayınlanması haberinden sonra, haberi yapan gazeteci tarafından 21.01. 2010 tarihinde habere dayanak teşkil eden 3 adet DVD ve 1 adet CD, 29.01.2010 tarihinde de 19 adet CD, 10 adet ses kaseti ve 2229 sayfalık belge-

42 Sencer Başat ve Diğerleri Başvurusu, Başvuru no: 2013/7800, karar tarihi 18.06.2014

nin İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı’na teslimi ile başlamıştır. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığınca soruşturma kapsamında el konulan 11 nolu CD’de 1. Ordu, 2,3,5 ve 15. Kolardular, Donanma Harp Akademileri, Bursa ve İstanbul Jandarma Bölge Komutanlıklarınca hazırlanan hareket ve tedhiş planları, listeler ile 2003 yılı plan seminerine ait bir kısım yazışmalar 16 nolu CD’de Adalet ve Kalkınma Partisi Hükümetince yapılan bazı atamalar hakkında bilgiler, 17 nolu CD’de ise 11 nolu CD’de bulunan hareket ve tedhiş planlarının bulunduğu değerlendirilmiştir. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı’nın 2.7.2010 tarih ve 2010/420 sayılı iddianamesiyle 196 sanık hakkında 765 sayılı Kanun’un 147, 61.1.31.33.40.maddeleri kapsamında kamu davası açılmıştır. İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesinin 23.7.2010 tarihli iddianamenin kabulü ve tensip kararı sonrası 16.12.2010 tarihli duruşmayla yargılama başlamıştır. Yargılama sürecinde İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı’nın 16.06.2011 tarih ve 2011/288 sayılı iddianamesiyle 28 sanık hakkında, 11.11.2011 tarih ve 2011/554 sayılı iddianamesiyle 143 sanık hakkında Türkiye Cumhuriyeti İcra Vekilleri Heyetini cebren ıskat veya vazife görmekten men etmeye teşebbüs suçundan açılan davalar, İstanbul 10. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2010/283 Esas sayılı dosyasında birleştirilmiştir. Üç ayrı iddianameyle açılan ve birleştirilen dava kapsamında 367 sanık hakkında yargılama yapılmıştır. 36 sanık hakkında beraat, başvuruçuların da aralarında olduğu 325 sanık hakkında ise Türkiye Cumhuriyeti İcra Vekilleri Heyetini cebren ıskat veya vazife görmekten men etmeye teşebbüs suçundan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 147 ve 61. maddeleri gereğince mahkûmiyet kararı verilmiştir (§ 8.9.10.11.12)”

Başvuruçular çeşitli gerekçelerle Anayasanın ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Bu iddialardan bir tanesi de “ kendilerine isnat edilen suçun işlenmesine anılan tarihte görevde olan Genelkurmay Başkanı ve Kara Kuvvetleri Komutanı tarafından engel olunduğunun kabul edilmesi nedeniyle bu kişilerin tanıklık yapmak üzere davet edilmeleri taleplerinin reddedildiği ve delillerin ortaya konulması ve tartışılması safhasının usulünce yerine getirilmediği (§17)” dir. Anayasa Mahkemesi tutukluluğa ilişkin şikayetlerin, zaman bakımından kabul edilmez olduğuna karar vermiş; ancak tanık dinlenmesi talepleri ve dijital delillerin değerlendirilmesine ilişkin şikayetlerin kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir (§26). Tanık dinlenmesi taleplerinin reddi nedeniyle adil yargılanma haklarının ihlal edildiği yönündeki iddiayı yerinde bulmuş, dönemin Genelkurmay Başkanı Hilmi Özkök ve Kara Kuvvetleri Komutanı Aytaç Yalman’ın tanık olarak dinlenmesi taleplerinin reddi nedeniyle tanık dinletme hakkına ilişkin şikayetlerin kabul edilebilir olduğuna ve Anayasa’nın 36.maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi bu kararını, AİHS m.6/3-d bendinde düzenlenen “sanığın iddia tanıklarını sorguya çekme veya çektirme hakkı” na atıf yaparak AİHM’nin kararlarını referans göstermek suretiyle gerekçelendirmiştir. Bu çerçevede mahkemelerin somut davadaki maddi gerçeğin ortaya

çıkmasına yardımcı olmayacağını değerlendirdiği savunma tanıklarının dinlenmesi talebini reddedebileceğini (§76) (*Hüseyn ve diğerleri/Azərbaycan B.No.35485/05,45553/05, 35680/05 ve 36085,26/7/2011 § 196*); kural olarak tanıkların dinlenmesinin uygun olup olmadığını değerlendirmesini ilk derece mahkemesinin takdir yetkisi dâhilinde olacağı dolayısıyla bir sanığın bazı tanıkları dinletemediğinden şikayet etmesinin yeterli olmadığı ayrıca bu tanıkların dinlenmesinin niçin önemli olduğunu açıklamak suretiyle tanık dinletme talebini desteklemesi gerektiği (§77); adil yargılanma hakkının bireylere dava sonucu verilen kararın değil, yargılanma sürecinin ve usulünün adil olup olmadığını denetleme imkânı verdiğini ve bireysel başvuruda adil yargılanmaya ilişkin şikayetlerin incelenebilmesi için başvurusunun yargılama sürecinde haklarına saygı gösterilmediğine, yargılama sürecinde iddia makamının sunduğu deliller ve görüşlerden bilgi sahibi olamadığı veya bunlara etkili bir şekilde itiraz etme fırsatı bulamadığı, kendi delillerini ve iddialarını sunamadığı ya da uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasıyla ilgili iddialarının derece mahkemesi tarafından dinlenmediği veya kararın gerekçesiz olduğu gibi mahkeme kararının oluşumuna sebep olan unsurlardan değerlendirmeye alınmamış eksiklik, ihmal ya da açık keyfiliğe ilişkin bir iddianın dayanaklarıyla ileri sürülmüş olması gerekeceği belirtilmiştir (§79). Mevcut yargılamada geçerli olan delil sunma ve inceleme yöntemlerinin adil yargılanma hakkına uygun olup olmadığını denetlemenin Anayasa Mahkemesi'nin görevi kapsamında olmayıp, Mahkemenin görevinin başvuru konusu yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığının değerlendirilmesi olduğu ifade edilmiştir. Taraflara tanık delili de dâhil olmak üzere delillerini sunma ve inceletme noktasında uygun imkânların tanınması gerektiği; delillere ilişkin dengesizlik veya hakkaniyetsizlik iddialarının yargılamanın bütünü ışığında değerlendirilmesi gerektiği (§80) belirtilmiştir.

Söz konusu başvuru kapsamında yapılan inceleme sonucunda Anayasa Mahkemesi yukarıda belirtilen esaslardan hareket ederek aşağıdaki gerekçelerle ihlal kararı vermiştir:

1- İlk derece mahkemesinin isnat edilen darbe suçunun yapılanmanın lideri kabul edilen Çetin Doğan'ın sağlık durumu, bazı sanıkların tayin edilmeleri yanında Genelkurmay Karargâhı'nın öncelikle muhtemel darbeye karşı çıkması, sonrasında da da günün şartlarının elverdiği ölçüde engellemek için çaba göstermesi nedeniyle işlenemediğinin belirtilmesine karşın, suçun niteliği gözönüne alınarak toplanan delillere göre Genelkurmay Başkanı ve Kara Kuvvetleri Komutanı'nın tanıklıklarının karara etkisi bulunmadığının belirtilmesi (§84);

2- Sanıklara isnat edilen suç fiillerinin esaslı biçimde bilgisayar programlarıyla oluşturulmuş belgelere dayandığı, bu belgelerin içeriklerinin maddi olay ve olguları yansıttığı ve gerçek olduklarının ilk derece mahkemesince kabul edildiği; ancak bilirkişi raporlarında/uzman görüşlerinde bu verilerin

müdahale edilebilir nitelikte olduğu ve bu verilerin teknik bilgileri ile içeriklerinin uyumsuzluğu belirtildiği halde, tanık olarak dinlenmesi talep edilen ilgili kişilerin beyanlarının maddi gerçeğe ulaşma bakımından önemsiz kabul edilemeyeceğini (§85);

3- 1. Ordu Komutanlığı merkezli bir yapılanmanın darbe amacına yönelik faaliyetlerinin Genelkurmay Başkanlığı ve Kara Kuvvetleri Komutanlığı’na öğrenildiği ve teşebbüs edilen suça engel olunduğu kabul edilirken, toplanan kanıtlara göre tanık olarak dinlenmesi talep edilen anılan görevdeki kişilerin beyanlarının karara etkisi bulunmadığı gerekçesinin makul olmadığı (§86);

4- Tanık dinletme taleplerinin kamuoyu nezdinde başkısı oluşturmak amacıyla yapıldığı ek gerekçesiyle reddedildiği, başka amaçla yapıldığı ve karara etkisi bulunmadığı kabul edilen bu taleplerin yalnızca objektif olarak yargılamaya etkisi dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiği (§87);

5- Dinlenmesi reddedilen tanık beyanlarının sadece sanıklar lehine sonuç doğuracak tanık beyanı olmasının ötesinde delil niteliği taşıdığı ve bu nitelikteki delilin yargılama bakımından belirleyici özelliği dikkate alındığında aleni bir duruşmada sanıkların huzurunda ortaya konulması gerektiği (§88);

6- Delilleri değerlendirme yetkisi kural olarak derece mahkemesine ait olsa da, somut olayda yargılama konusu suç, sanıkların durumu, isnat edilen suçun işleniş biçimi, suç eylemleri, tanıkların konumu ve diğer delillerin niteliği dikkate alındığında, dönemin Genelkurmay Başkanı Hilmi Özkök ve Kara Kuvvetleri Komutanı Aytaç Yalman’ın tanık olarak dinlenme taleplerinin reddi, yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte bulunmuştur (§89).

Mahkeme, ilgili tanıkların isnat edilen suçun sübutu bakımından objektif olarak esaslı olduğu gözetilmeden reddini, çelişmeli yargılama ilkesine ve savunma tanıklarının davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanması hakkına aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir (§90). Anayasa Mahkemesi yukarıda incelediğimiz kararlarda belirtilen hususlardan yine yola çıkmış; ilk derece mahkemesine yapılan itirazların red gerekçelerini yerinde bulmamış ve ihlal kararı vermiştir. Diğer bir ifade ile, söz konusu başvuruda, başvuranlar ilk derece mahkemesi önünde haklarını kullanmak için yasal tüm gayreti göstermiş ancak mahkeme bu talepleri yerinde olmayan gerekçeler ile reddetmiştir.

Dördüncü karar Selim Berna Altay⁴³ başvurusudur. Söz konusu olayda başvuru, delillerin eksik ve hatalı değerlendirilmesi sonucu mahkûmiyetine karar verilmesi, tanık dinletme taleplerinin kabul edilmemesi ve mahkeme kararının gerekçesiz olması nedenleriyle Anayasa’nın 36. maddesinde belirtilen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür (§1).

43 Selim Berna Altay Başvurusu, Başvuru No. 2013/8397, 16.10.2014

Başvurucu, ilk derece mahkemesi tarafından, özel yetkili mahkeme uygulamaları ile ilgili olarak anlatımda bulunmak üzere, o dönemde görevli teknik personel ile yetkili Cumhuriyet Başsavcısı ve vekillerinin tanıklıklarına ilişkin talebinin değerlendirilmemesi nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür(§ 33).

Söz konusu olay bakımından yapılan inceleme kapsamında Anayasa Mahkemesi, tanıkların dinlenmek üzere çağırılmasının uygun olup olmadığına karar vermenin kural olarak derece mahkemelerinin takdir yetkisine dahil olduğunu; bir sanığın bazı tanıkları dinletemediğinden şikâyet etmesinin yeterli olmayıp, ayrıca bu tanıkların dinlenmesinin niçin önemli olduğunu ve gerçeğin ortaya çıkması için niçin gerekli olduğunu açıklamak suretiyle tanık dinletme talebini desteklemesi gerektiğini; 5271 sayılı Kanun'un 178. maddesine göre, mahkeme başkanı veya hâkim, sanığın (başvurucunun) gösterdiği tanık veya uzman kişinin çağırılması hakkındaki dilekçeyi reddettiğinde, sanığın o kişileri mahkemeye getirebileceğini ve bu kişilerin duruşmada dinlenebileceğini ifade etmiştir (§43). AİHM'nin kararlarına atıf yaparak⁴⁴ mahkemelerin, somut davadaki maddi gerçeğin ortaya çıkmasına yardımcı olmayacağını değerlendirdiği savunma tanıklarının dinlenmesi talebini reddedebileceğini; derece mahkemesi sıfatıyla davaya bakan Yargıtay 5. Ceza Dairesinin, mahkûmiyet kararı verirken olayla ilgili doğrudan bilgi sahibi olan tanıkların beyanlarına ve yukarıda bahsi geçen delillere dayandığını; başvuru, savunmasına itibar edilmemesi halinde dilekçesinde belirttiği tanıkların dinlenmelerini talep ettiği, mahkemenin, davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirerek, gösterilen tanıkların davayla ilgisini takdir ettiğini; ancak taleple ilgili olarak açık bir karar vermemiş olduğunu, bu tanıkları dinlemeyerek talebi örtülü olarak reddettiğini ; başvurucunun bu örtülü ret kararına rağmen gösterdiği tanıkları mahkemede hazır etmediğini belirtmiştir(§45).

Anayasa Mahkemesi başvuru formu ve eklerini incelediğinde, başvuru- cunun ayrıca tanıkların dinlenmesinin niçin önemli olduğunu ve gerçeğin ortaya çıkması için niçin gerekli olduğunu açıklamak suretiyle tanık dinletme talebinde bulunmadığını tespit etmiştir. Bu nedenle başvuru hakkında verilen mahkûmiyet kararının, sanık savunmalarına, diğer tanık beyanlarına ve maddi delillere dayanılarak verildiği gözetilerek, yargılamanın bir bütün olarak adil olmadığına ilişkin bir bulguya rastlanmadığını ifade etmiş ve açıklanan nedenlerle, başvuru- cunun yargılandığı davada tanık dinletme talebinin kabul edilmediği yönündeki iddialarının "açıkça dayanaktan yoksun" olduğuna karar vermiştir(§46-47). Bu olayda da benzer sebeplerden dolayı red kararı verilmiştir. Zira başvuran ilk derece yargılamasında kendisine tanınan yasal hakları tam anlamıyla kullanmamıştır.

44 Huseyin ve diğerleri/Azərbaycan, B. No:35485/05, 45553/05, 35680/05 ve 36085/05, 26/7/2011, § 196.

Beşinci değerlendirme, İsmet Özkorul⁴⁵ başvurusudur. Bu başvuru da açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle reddedilmiştir. Başvurucu, Rize Cumhuriyet Başsavcısı olarak görev yaptığı döneme ilişkin şikâyetler üzerine hakkında başlatılan idari soruşturmada özel hayatı ihlal edilerek deliller toplandığını, görevi kötüye kullanma suçundan yargılandığı davada ise, tanık beyanlarındaki çelişkiler giderilmeden, tanıklarla yüzleştirilmeden ve savunma hakkı kısıtlanarak mahkûmiyetine karar verildiğini belirterek, Anayasa’nın 20. ve 36. maddelerinde belirtilen özel hayatın gizliliği ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür (§1).

İlk derece mahkemesi sıfatıyla Yargıtay, konutları yargı çevresi dışında bulunan ve olayla ilgili bilgileri bulunduğunu değerlendirdiği tanıkların, olayla ilgili bilgi ve görgülerinin istinabe yoluyla alınmasına tensiben karar vermiştir (§15). Yargıtay Ceza Dairesi, başvurucuyu 5 ay hapis cezasına mahkum etmiş ve verilen hükmün açıklanmasının geriye bırakılmasına karar vermiştir. Mahkeme; sanığın kovuşturma evresindeki savunmasına, tanık beyanlarına, soruşturma raporuna, Rize İcra Dairesinden temin edilen belgelere, tutuklama ve tahliye kararlarına ilişkin belge örneklerine, HSYK İkinci Dairesinin kovuşturma izni verilmesine dair kararına dayanarak söz konusu kararı vermiştir (§16).

Anayasa Mahkemesi önceki kararlarında olduğu gibi, konuyu AİHS’nin 6/3-d bendi kapsamında yargılamanın tümünü gözetererek değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesi, AİHM’nin kararlarına atıf yaparak yargılamanın herhangi bir aşamasında sanık veya müdafii tarafından sorgulanmamış olan iddia tanığının ifadelerine dayanılarak mahkûmiyet hükmünün verilebilmesi için iki koşulun birlikte bulunması gerektiğini belirtmiştir. Bu koşullar, tanığın bulunmaması nedeniyle yüzleştirmenin yapılamadığı hallerde yetkili makamların yüzleştirme yapabilmek için aktif olarak çaba sarf etmiş olduklarını kanıtlanmış olması ve söz konusu tanık anlatımının mahkûmiyetin dayanacağı tek delil olmamasıdır. (§43)

Başvurucu asıl yargılamayı yapan mahkemenin bütün oturumlarına katılmış, aleyhindeki bilgi, belge ve beyanlara itiraz etme imkânlarından yararlanmıştır. Yargılamanın birinci celsesinde, Rize Ağır Mahkemesi’nce istinabe suretiyle dinlenen tanık beyanları, hükme dayanak oluşturabilecek tüm kayıt ve belgeler başvuru Mahkeme huzurundayken okunmuştur. Başvurucu, okunan kayıt ve belgelerin aleyhe olan kısımlarını kabul etmediğini bildirmiştir. Diğer taraftan başvuru, yargılamanın ikinci celsesinde, esas hakkındaki savunmalarını sunmak ve soruşturmanın genişletilmesi taleplerini bildirmek üzere Mahkemeden süre talebinde bulunmuştur (§48).

Başvurucu, yargılamanın üçüncü celsesinde esas hakkındaki savunma dilekçesi ibraz etmiştir. Mahkeme, bu dilekçeyi ayrıntılı şekilde incelenmiş, başvuru, savunma hakkının kısıtlandığı, usul kurallarının ihlal edildi-

45 İsmet Özkorul Başvurusu, Başvuru No.2013/7582, Karar tarihi: 11/12/2014

ği, istinabe mahkemesince kendisine davetiye gönderilmediği, eksik inceleme yapıldığı yönündeki talepleri 29.5.2013 tarihli oturumda verilen ara kararıyla ve her bir talep gerekçesiyle karşılanacak biçimde, toplanan delillerin yeterli olduğu, tam bir vicdani kanaat oluştuğu, taleplerin işin esasına etki etmeyeceği, dava ve usul ekonomisine aykırı biçimde gereksiz zaman ve masraf kaybına yol açacağı gerekçesiyle reddedilmiştir (§49).

Anayasa Mahkemesi, başvuru formu ve ekli belgelerden edindiği kanaat kapsamında; başvurunun, suçlamanın nedenleri ve niteliği hakkında bilgilendirildiği, duruşmada hazır bulunmasının sağlandığı, savunmasını hazırlaması için gerekli zaman ve kolaylıklardan faydalandırıldığı, savunma yapmak için süre talebinin kabul edildiği, kendisini mahkeme huzurunda bizzat savunduğu halde; katıldığı oturumlarda veya dilekçelerinde istinabe yoluyla dinlenen tanıklarla yüzleşmek istediği yönünde bir talebi olmadığını tespit etmiştir (§50). Ayrıca başvurunun huzurunda aleyhindeki tanık beyanlarının okunduğu, tanık beyanlarına sanığın (başvurucunun) itiraz etmesi veya soracağı sorular varsa tanıkların yeniden dinlenilmesi yönünde taleplerde bulunması için yeterli ve düzgün fırsatlar verildiğini belirtmiştir. Başvurucunun, eğer tanıklar esas mahkemece dinlenmiş olsaydı mahkeme önünde dile getiremediği hangi ilave tezleri ileri süreceğine veya tanıklara hangi soruları soracağına ilişkin olarak herhangi bir açıklamada bulunmamış olduğunu, tanık beyanlarından aleyhe olan kısımları kabul etmediğine ve bazı tanık beyanlarının hangi gerekçe ile hükme esas alınmayacağına dair açıklamalarda bulunduğu işaret etmiştir. Esas mahkeme huzurunda savunmasını yapan başvurunun, duruşmalarda ve dilekçelerinde tanıklara soru sorma veya tanık sorgulama talebinde de bulunmadığını ifade etmiştir. Söz konusu yargılamada başvurunun hakkında verilen kararın, sadece tanık beyanlarına dayanılarak vermediğini de tespit etmiştir (§53). Bu gerekçelerle başvurunun yargılandığı davada aleyhinde beyanda bulunan tanıkları sorguya çekme hakkının ihlal edildiği iddiasını “açıkça dayanaktan yoksun” olduğuna karar vermiştir.

Konuya ilişkin altıncı karar, Ali Rıza Telek⁴⁶ başvurusudur. Bu başvuruda Anayasa Mahkemesi ihlal kararı vermiştir. Başvurucu, “silahlı terör örgütü üyesi olmak” suçu nedeniyle hakkında yürütülen yargılamada, başka suçlardan başka dosyalarda yargılanan kişilerin kolluk beyanlarına dayanılarak hakkında mahkûmiyet hükmü kurulduğunu, bu kişilerle yüzleştirilmediğini, bu kişilere soru sormadığını, bu kişilerin beyanlarının yasak sorgu yöntemleriyle alınıp alınmadığının araştırılmadığını belirterek Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınmış olan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür (§1).

Başvuruda başvurunun cezalandırılmasına dayanak yapılan tek delil tanık delilidir. Söz konusu beyanlar, başka davalarda yargılanan bazı sanıkların

46 Ali Rıza Telek, Başvuru No.2013/2630, karar tarihi: 30.12.2014

soruşturma aşamasında polis nezdinde sanık sıfatı ile verdiği beyanlardır. İlk Derece Mahkemesi, bu tanıkları duruşmaya çağırarak dinlemek yerine, bu kişilerin ifadelerinin dosya içerisine getirilmesi ile yetinmiştir. Söz konusu tanıklar yargılandıkları mahkemelerde yaptıkları savunmalarda hazırlık beyanlarının baskı ve zorlama altında alındığını ileri sürerek kabul etmemişlerdir (§45).

Kural olarak Anayasa Mahkemesi, ihlale konu olan şikâyetlerin ilk derece yargılaması sırasında ileri sürülmesi gerektiğinin altını çizer. Bu olayda başvuru, bireysel başvuruda ileri sürdüğü şikâyetlerinden hiçbirini İlk Derece Mahkemesinde ileri sürmemiştir (§46); ancak temyiz dilekçesinde, mahkûmiyetine dayanak yapılan beyanların yalnızca ilgili mahkeme dosyalarından getirilmekle yetinildiğini, bu beyanların yasak sorgu yöntemleriyle elde edildiğine dair iddialar bulunduğu halde, bu yönde herhangi bir araştırma yapmadan hükme esas aldığını ileri sürmüştür. Yargıtay, başvuruçunun temyiz dilekçesinde bildirdiği bu şikâyetlerle ilgili bir değerlendirme yapmaksızın yerel mahkeme kararını onamıştır (§47). Anayasa Mahkemesi bu iddiaların temyiz aşamasında ileri sürülmüş olması ancak dikkate alınmamış olmasını, başvuruyu değerlendirmek için yeterli görmüştür. Sanığın aleyhine olan tanıkları çapraz sorguya tabi tutabilmesi, Sözleşme’nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (d) bendinin kilit unsurlarından biri olduğunu; bu sebeple tanık çağırma ya da sorgulama hakkından feragat edilebilirse de feragatin geri dönülmez bir biçimde ve kesin olarak yapılması ve herhangi bir kamu yararına aykırılık taşımaması gerektiğini belirtmiştir (§48).

Anayasa Mahkemesi’ne göre; ancak CMK m. 211’de açıkça sayılan istisnai hallerde, hükme esas alınacak olan tanıkların daha önceki beyanlarının duruşmada okunması ile yetinilebilir. Kanun’da yazılı istisnai haller dışında tanıkların önceki beyanlarının duruşmada okunması ile yetinilmesi ise, ancak sanığın açık muvafakatı ile mümkündür (§49, 50).

Somut olayda İlk Derece Mahkemesi, hükme esas aldığı beyanların sahipleri olan tanıkların duruşmada dinlenmesi için hiçbir girişimde bulunmamıştır. Dolayısıyla bu tanıkların CMK’nın 211. maddesinin (1) numaralı fıkrasında sayılan ve duruşmada dinlenmesi yerine önceki beyanlarının okunması ile yetinilebilecek tanıklar olup olmadığı araştırılmamıştır. Bu beyanların önem dereceleri itibarıyla de duruşmada okunmakla yetinilecek beyanlardan olmadığı görülmüştür. Başvuruçucu veya müdafiinin de hükme esas alınan tanıkların beyanlarının duruşmada okunmakla yetinilmesine açık muvafakatleri bulunmamaktadır. Savunmanın çapraz sorguya tabi tutmadığı tanıkların yazılı ifadelerinin dosyaya girmesine itiraz etmediği; ancak eğer itiraz edilmiş olsaydı, çok büyük ihtimalle kabul edileceği bir davada feragatin gerçekleşmediği kabul edilmiştir (§51).

Somut olayda başvuruçunun tanıkları sorgulama imkânının hayati önemde olmasının sebebi yalnızca başvuruçunun ağır bir ceza alması değil; duruş-

mada dinlenmeyen ve yalnızca başka davaların hazırlık soruşturmalarında verdikleri ifadelerle yetinilen tanıkların beyanlarının olayın aydınlatılması açısından ağırlığının çok ciddi olmasıdır (§52).

İlk Derece Mahkemesi yalnızca başka davaların hazırlık soruşturması sırasında dinlenen ve başvuru ile yüzleşmesi olanağı olup olmadığı araştırılmamış olan sanıkların beyanlarına dayanarak başvuru cezalandırmasına karar vermiş olduğu ve mahkûmiyet sadece başvuru soruşturma veya yargılama aşamasında sorgulama veya sorgulatma imkânı bulamadığı kimseler tarafından verilen ifadelerle dayandırılmış olduğundan bahisle Anayasa Mahkemesi, savunma haklarının korunması için hiçbir tedbir alınmadığını başvuru haklarının Anayasa'nın 36. maddesindeki güvencelerle bağdaşmayacak ölçüde kısıtlanmış olduğu (§53), bu nedenle de Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (§54). Bu başvuruda mahkeme önünde dinlenmeyen tanıkların önemi, tanığın önceki ifadesi ile yetinilmesi için kanunda düzenlenen istisnalar kapsamında yer almaması ve ayrıca başvuru tarafından temyiz aşamasında bu hususların dile getirilmesine rağmen Yargıtayca herhangi bir değerlendirmeye konu olmaması, adil yargılanma hakkının ihlali olarak kabul edilmiştir.

Yedinci karar Cihan Yeşil⁴⁷ başvurusudur. Bu karar özellikle disiplin hukuğu kapsamında uygulanan disiplin cezaları bakımından önemlidir. Zira Anayasa Mahkemesi, AİHS'nin 6/3-d kapsamında düzenlenen hakkın disiplin suçlarında da kıyasen uygulanması gerektiğini ifade etmiştir (§65). Bu kurallarıyet etmemenin de Anayasanın 36.maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında tanık dinletme hakkının ihlali olduğuna karar vermiştir (§ 66).

Olayda “başvuru, hükümlü olarak bulunduğu Bolu F Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda infaz koruma memurlarının saldırısına maruz kalarak hayatı tehlike geçirecek şekilde yaralanmasının, bu olay nedeniyle Disiplin Kurulu tarafından kendisine verilen iki ayrı 20 gün süreli hücreye koyma cezasına karşı yaptığı itirazda avukatı huzurunda savunma yapmak için kendisine makul süre verilmemesinin ve üç ayrı cezaevine sevkinin yapılarak avukatı ile görüşmesinin kısıtlanmasının kötü muamele yasağını ve adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüş, disiplin cezalarının sonuçları itibarıyla kaldırılması ve tazminat talebinde bulunmuştur (§1).”

Anayasa Mahkemesi, ceza yargılaması temelinde tanık dinletme hakkının ve bu bağlamda Sözleşme'nin 6/3-d bendinin “hakkaniyete uygun yargılanma” kavramına uygun düştüğü ölçüde disiplin suçlarına kıyasen uygulanabileceğini ve ceza yargılaması temelinde belirlenen ilkelerin uygun düştüğü ölçüde başvuru iddiaları açısından değerlendirilmesinin mümkün olduğuna karar vermiştir (§63). Buna göre, başvuru konusu olaya ilişkin olarak

47 Cihan Yeşil Başvurusu, Başvuru No 2013/8635, karar tarihi 6/5/2015

4675 sayılı Kanun’un 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasına eklenen cümleye göre disiplin cezasına karşı yapılan şikâyeti inceleyen infaz hâkiminin talep edilen delilleri toplayıp değerlendirdikten sonra kararını vermesi gerekir. Nitekim başvuru disiplin cezasına konu olan olaya doğrudan tanık olduklarını iddia ettiği ve aynı koşutta bulunan isimlerini de verdiği bazı hükümlülerin dinlenmesini talep etmiştir (§ 14). Ancak Bolu İnfaz Hâkimliği, başvuru itiraz dilekçesinde dinlenmesini talep ettiği ve başvuru iddiaları kapsamında olaya doğrudan şahitlik ettiği ileri sürülen tanıkları dinlemediği gibi, dinlememesinin gerekçesini de belirtmemiştir (§65).

Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan tanık dinletme hakkının ihlaline karar vermiştir (§ 66). Bu karar özellikle disiplin hukuku bakımından oldukça önemlidir. Tanık dinletme hakkının disiplin hukuku bakımından da önemi ve etkisi ortaya konulmuştur.

Sekizinci karar, başvuru ünlü kimliği nedeniyle kamuoyunu meşgul eden Deniz Seki⁴⁸ başvurusudur. Bu karar aslında, konuya ilişkin en son verilen karardır; ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere gizli tanıklığa ilişkin karar en son değerlendirileceği için kriminolojik sıradan ayrılarak daha önce bilgi veriyoruz. İlgili davada başvuru mahkûmiyetin hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillere dayandırılması, delillerin eksik ve hatalı değerlendirilmesi ve ayrıca kovuşturmanın kaldırılan mahkemelerce yapılması nedenleriyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür (§1).

Anayasa Mahkemesi, tanık sorgulatma hakkı ihlali iddiası kapsamındaki değerlendirmesinde; başvuru aracılık ettiği iddia edilen tanıklar N. Ü., H. Ş. ve İ. T.’nin tanık sıfatıyla dinlenilmesini talep ettiğini; ilk derece mahkemesinin, davaya ilişkin delilleri değerlendirerek gösterilen tanıkların davayla ilgisini takdir ettiğini ve taleple ilgili açık bir karar vermediğini, ancak bu tanıkları dinlemeyerek talebi örtülü olarak reddettiğini belirtmiştir. Bu örtülü ret kararına rağmen başvuru gösterdiği tanıkları mahkemede hazır etmediği ve başvuru formu ve ekleri incelendiğinde, başvuru ilgili tanıkların dinlenmesinin niçin önemli olduğunu ve gerçeğin ortaya çıkması için niçin gerekli olduğunu açıklamak suretiyle tanık dinletme talebinde bulunmadığı anlaşılmadığı ve verilen mahkûmiyet kararı tek tanık anlatımı üzerine inşa edilmediği; kararın sanık savunmalarına, diğer tanık anlatımlarına, arama tutanağına, aramada ele geçirilen delillere, kayda alınan iletişim içeriklerine, Adli Tıp Kurumu raporuna, ekspertiz raporlarına ve diğer delillere dayanılarak verildiği gözetildiğinden, yargılamanın bir bütün olarak adil olmadığına ilişkin bir bulguya rastlanmadığına karar vermiştir (§84). Bu gerekçelerle tanık sorgulatma hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir (§85).

Yukarıdaki kararlardan da anlaşıldığı üzere Anayasa Mahkemesi, tanıklara soru sorma hakkı bakımından yaptığı değerlendirmelerde, AİHM ölçütle-

48 Deniz Seki Başvurusu, Başvuru No. 2014/5170, karar tarihi 19.9.2015

rinden hareket etmekte ve ilgili kararlara atıf yaparak, aşağıda belirteceğimiz esaslardan hareket ederek incelemesini yapmaktadır:

a- Öncelikle Anayasa Mahkemesi, delilleri kabul etme ve takdir etme yetkisinin kural olarak ilk derece mahkemelerine ait olduğunu ifade etmektedir.

b- Tanıklara soru sorma imkânının sağlanmamasını, yargılamanın bütünü kaspamında değerlendirir ve adil yargılanma hakkının ihlal edip etmediğini incelemektedir. Bu kapsamda gerçekleştirilen yargılamalarda savunma makamına delillerin güvenilirliğinin sınanması için gerekli ve yeterli imkânların mahkemelerce tanınması gerektiğini ifade etmektedir.

c- Anayasa Mahkemesi, CMK kapsamında düzenlenmiş savunma haklarının da savunma makamı tarafından kullanılması ve talep edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Zira savunma makamının dinlenmek üzere çağrılmasını talep ettiği tanıkların mahkemece çağrılmaması veya ilgili dilekçenin reddedilmesi halinde, tanıkların savunma makamı tarafından (CMK m. 178) duruşmaya getirilebileceği ve bu kişilerin duruşmada dinleneceğini belirtmektedir. Bu kapsamda tanıkların çağrılmamış olması tek başına tanıklara soru sorma hakkının ihlali olarak değerlendirilmemektedir.

d- Diğer bir aranan koşul, savunma makamının ilgili tanıkların dinlenmesinin niçin önemli olduğunu ve gerçeğin ortaya çıkması için niçin gerekli olduğunu açıklaması gerekliliğidir.⁴⁹ Zira CMK m. 177/1'de de, ilgili delillerin ilişkin olduğu olayların, delil toplanma talep dilekçesinde belirtilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi muhakemenin herhangi bir aşamasında (duruşmaya hazırlık, duruşma ve hatta üst denetim aşamasında) ilgili tanık beyanının maddi gerçeğe olan katkısının öneminin savunma makamı tarafından gerekçeli ve somut verilere dayalı olarak bildirilmesi gerektiğini belirtmektedir. İnceleme kapsamında, savunma makamının bu hususa özen göstermediğini tespit etmiş ise, sadece bu sebebe dayalı olarak ihlal kararı vermemektedir. Eğer savunma makamı bu yükümlülüğü yerine getirmiş; ancak buna rağmen mahkeme ilgili tanıkların dinlenmesini reddetmişse, mahkeme diğer her kararında da olması gerektiği gibi, bu hususu somut verilere dayalı olarak gerekçelendirmek mecburiyetindedir. Temyiz aşamasında da ileri sürülen ihlal iddialarının

Yargıtay tarafından değerlendirilmesi, kabul görmemesi halinde gerekçelendirmesi gereklidir.

e- Son olarak üzerinde durduğu husus, ilgili tanık beyanının tek başına hükme esas teşkil edip etmediğidir. Zira mahkûmiyet kararı tek başına veya önemli ölçüde ilgili tanık ifadesine dayalı olarak verilmişse, bu tanığın güve-

49 Durmuş Tezcan/M.Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/R. Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara 2011, s.267

nilirliğinin soruşturma veya kovuşturma aşamasında en az bir kere savunma makamı tarafından sorgulanması imkânının sağlanmış olması gereklidir.⁵⁰

Yukarıda belirtilen esaslar, yürütülecek olan yargılamalarda gerek ilgilî makamlar tarafından dikkate alındığı takdirde, adil yargılanma hakkı bakımından sıkıntıların doğması engellenmiş olacaktır.

2- Gizli Tanıklara Soru Sorma Hakkı Bakımından

Gizli tanık ifadeleri kapsamında üzerinde duracağımız karar, Baran Karadağ⁵³ başvurusudur. Bu karar, özellikle gizli tanık beyanlarına uygulamada sıkça başvurduğumuz bu günlerde, oldukça önemli ve yol gösterici niteliktedir.

Söz konusu davada başvuru, yargılandığı ceza davasında, mahkemeye savunmasını Kürtçe yapmak istediğini bildirmesine rağmen kendisine tercüman tayin edilmediğini, kendisine isnat edilen suçlara ilişkin tek delilin gizli tanık ifadeleri olduğunu ve bu gizli tanığa soru soramadığını belirterek, Anayasa’nın 36. maddesinde tanımlanan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür (§1).

Başvuru, Cumhuriyet Başsavcılığı’ndaki ifadesinde, sorguda ve yargılamanın ilk iki celsesinde Türkçe savunma yapmıştır (§ 11). İlk Derece Mahkemesi, soruşturma evresinde dinlenen gizli tanığın beyanlarını sanık ve müdafinin bulunmadığı bir ortamda, günü ve saati savunma tarafına bildirilmeyen bir tarihte (celse arasında) tespit etmiştir. Tanığın neden bu şekilde dinlenmesi gerektiği hususunda tutanaklarda bir gerekçeye yer verilmemiştir. Ancak yargılamanın 3. celsesinde, başvuru ve müdafine, gizli tanığa soru sormak istedikleri hususları bildirmesi için yedi günlük bir süre vermiştir. Sanık müdafinin dilekçe sunduğuna dair bir bilgi duruşma tutanaklarına geçmemiştir (§12). Mahkeme tarafından gizli tanığın beyanları 20/6/2012 tarihinde alınmıştır. Tanığın kimliğinin gizlenmesi hususunda gerekçe gösterilmemiş ve karara dayanak olabilecek hukukî ve fiilî nedenlere yer verilmemiştir. Gizli

50 Nitekim Yargıtay 23.CD, E. 2015/1720, K.2015/162, 30.3.2015 tarihli kararında “Hükmü temiz eden sanık E. D.’nin savunmasıyla soruşturma aşamasında beyanları alınan tanık İ. Ş. beyanları geliştikten, gerçeğin kuşkuyla yer bırakmaksızın tespiti amacıyla CMK’nın 210/1 maddesi gereği olayın tek tanığı olduğundan duruşmada mutlaka dinlenmesi gereken tanık İ. Ş.’in duruşmada dinlenmeden soruşturma sırasında alınmış beyanlarıyla yetinilerek eksik araştırmayla yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması,” bozmayı gerektirmiştir.; YCGK. E. 2013/4-242, K. 2014/79, 18.2.2014 tarihli kararında “ Suçun sübutuna ilişkin olarak, katılanın beyanı, olay tutanağı, adli raporlar, sanığın Amerika Birleşik Devletlerinde öğrenim gördüğüne ilişkin açık beyanı ve öğrenim belgesi gibi başka deliller de mevcut olduğundan, olayın uyuşmazlıkla ilgili kısmının tek tanığı olan ve kovuşturma aşamasında tüm aramalara rağmen hazır edilemeyen O.M’nin soruşturma aşamasında alınan ifadesinin CMK’nın 211. maddesi uyarınca okunması ile yetinilerek, sanığın görevli memura direnme ve hakaret suçlarından mahkûmiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, yerel mahkemece soruşturmada dinlenen tanık beyanına göre mahkûmiyet kararı verilmesinin CMK’nın 210. maddesine uygun olmayacağının kabulü ile beraatine hükmolunması isabetsizdir.”

tanığın beyanlarının alındığı celsede Cumhuriyet savcısı da hazır bulunmuştur (§13). Yargılamanın 5. celsesinde, celse arasında mahkemece tespit olunan gizli tanık beyanları okunmuş ve başvuru müdafii gizli tanık beyanlarını kabul etmediğini bildirmiştir. Başvurucunun beyanları ise “*Kürtçe konuştuğu görüldü, anlaşılamadı.*” şeklinde zapta geçmiştir (§14). Başvurucu hakkında bazı suçlardan mahkûmiyet kararı verilmiş ancak Yargıtay bazı suçlar bakımından kararı, itiraz kanunu yoluna başvurulması gerektiği, terör örgütüne üye olmak ve patlayıcı madde bulundurma suçlarından dolayı kurulan hükmün yeterli delil bulunmamakla birlikte 6352 sayılı kanunun 85.maddesiyle TCK m.220/6’daki değişikliğin dikkate alınarak sanığın hukuki durumunun takdir ve tayininde zorunluluk bulunması gerekçeleri ile bozmuştur (§16). Gizli tanık ifadesinin esas alınmasına ilişkin herhangi bir inceleme yapılmıştır. İlk derece mahkemesi, Yargıtay kararında belirtilen bozma nedenlerini gözeterek yeni bir yargılama yapmış ve mahkûmiyet kararı vermiş ve bu karar da Yargıtay tarafından onanmıştır (§20).

Anayasa Mahkemesi tanık sorgulama hakkının ihlal edildiği iddiasını kabul edilebilir bulmuştur (§50). Yargılamayı bir bütün olarak değerlendirmiştir (§51). Sözleşmenin 6.maddesine atıf yaparak, adil yargılanma hakkının hakkında suç isnadı olan kişiye iki hak sağlandığını; bunlardan ilkinin aleyhe olan tanıkları çapraz sorgulama hakkı olduğu, diğerinin de kendi tanıklarının da iddia tanıkları ile eşit şartlar altında davet edilmesi ve dinlenmesi ve silahların eşitliğinin sağlanması hakkı olduğunu belirtmiştir (§54).

AIHM’nin gizli tanık anlatımlarının hükme esas alınmış olmasını her koşulda Sözleşmeyle bağdaşmaz nitelikte bulmadığını; zira Sözleşmenin 6. maddesinin, her ne kadar tanıkların ve özel olarak tanıklık için çağrılan mağdurların menfaatlerinin dikkate alınmasını açıkça gerektirmese de, bu kişilerin yaşamları, özgürlük ve güvenlikleri gibi, genel olarak Sözleşmenin 8. maddesi kapsamına giren birçok menfaatleri de tehlikeye girebileceğini kabul ettiğini ve tanıkların ve mağdurların da bu tür menfaatlerinin, Sözleşmenin maddi hükümleri tarafından korunduğunu belirttiğini ifade etmiştir. Bu gibi durumlarda AIHM’nin, Sözleşme’nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (d) bendi ile 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birlikte ele alınması suretiyle, sanık menfaatleri ile tanık menfaatlerinin, yargı makamları tarafından uygulanan usullerle yeterince dengelenmesi gerektiğine karar verdiğini (Do- orson/Hollanda, B. No: 20524/92, 26/03/1996, § 6970, 72) belirtmiştir (§59).

Anayasa Mahkemesi 5271 sayılı CMK’nın 58. maddesinde iki tür tanık korumaya tedbirinin öngörüldüğünü; bunlardan ilkinin tanığın kimliğinin gizli tutulması, ikincisinin ise tanığın hakim tarafından hazır bulunma hakkına sahip kişiler olmaksızın dinlenmesi olduğunu; 5726 sayılı Kanun’un 5. maddesinde ise, tanığın kimlik ve adres bilgilerinin kayda alınarak gizli tutulması ve kendisine yapılacak tebligata ilişkin ayrı bir adres tespit edilmesi, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi ya da

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

ses veya görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi gibi tedbirlerin düzenlendiğini (§ 61); yine 5726 sayılı Kanun uyarınca tedbir uygulanacak kişinin tanık veya yakınlarından biri olması, kişinin hayatı, beden bütünlüğü ve malvarlığı için ağır ve ciddi bir tehlike bulunması, tedbirin ölçülü olması ve yetkili mercilerin kararının bulunması gerektiği belirtilmiştir (§62).

Anayasa Mahkemesi, AİHM’nin yargılamanın adillliğini değerlendirirken, tanığın kimliğini gizlemek için makul gerekçelerin olup olmadığını ve gizli tanık ifadesinin verilecek hükmün dayandığı tek ve belirleyici temel olup olmadığını ve hükmün büyük ölçüde ve yalnızca gizli tanığın ifadesine dayanıp dayanmadığını incelediğini belirtmiştir (§63).

“Anayasa Mahkemesi, somut norm denetimi kapsamında AİHM kararlarına da yollamada bulunmak suretiyle verdiği bir kararında; muhakemenin bir bütün olarak adil olması şartıyla sanıktan gelecek haksız müdahalelerden korunması için yeterli sebep mevcutsa tanığın kimliğinin gizli tutulmasının mümkün olabileceğini, mahkûmiyet kararının yalnızca kimliği açıklanmayan tanığın ifadesine dayandırılmayacağı gibi bu ifadenin ağırlıklı rol oynayan delil konumunda da olamayacağını, açık celse dışında verilen bu tarz ifadelerin ancak savunma için, tanığın ve ifadesinin inanılabilirliğini ve güvenilirliğini sorgulama fırsatını teminat altına alan telafi edici önlemlerin sağlanması gerektiğini, savunma hakkı üzerindeki kısıtlamaların asgaride tutulmuş olması ve bu kısıtlamaların tanığın korunmasını sağlamak için gerekli olması gerektiğini, sanığın çıkarlarının ona karşı ifade veren tanığın çıkarlarıyla dengelenmesinin zorunlu olduğunu belirtmiştir (AYM, E. 2008/12, K.2011/104, K.T. 16.6.2011) (§66).”

Anayasa Mahkemesi, CMK m. 58/3’te tanıklara soru sorma hakkının saklı tutulduğunu, bu kapsamda Tanık Koruma Kanunu m. 9/5’te tanıklara soru sorma hakkının usulünün düzenlendiği ve m. 9/8’de tedbir uygulanan tanığın beyanının tek başına hükme esas teşkil edemeyeceği; m. 9/10 fıkrasında madde hükümlerinin savunma hakkını kısıtlayacak şekilde uygulanamayacağı; CMK m. 58/2’de kimliği gizli tutulan tanığın tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile ile öğrendiğini açıklamakla yükümlü olduğunun düzenlendiği; ancak bu kurallara uygun olarak alınmış tanık ifadelerinin CMK hükümlerine göre duruşma sırasında hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade hükmünde olacağını; ancak bu şekilde sanığın adil yargılanma hakkı ile tanığın ve yakınlarının korunması haklarının dengelenebileceğini ifade etmiştir (§67).

Anayasa Mahkemesi AİHM’nin belirlediği ölçütlerden hareket ederek 4 noktadan değerlendirme yapmıştır (§68).

1- Önce tanığın kimliğini gizlemek için makul gerekçeler olup olmadığını incelemiştir bu kapsamda; başvuru formu ve ekli belgelerden tanığın kimliğinin neden gizlendiği hususunda gerekçe gösterilmediğini, tanığın saygınlığı,

sabıka kaydı ve güvenilirliği hususunda dosyada mevcut bir bilgi bulunmadığı tespit etmiştir (§69).

2- İkinci olarak tanığın ifadesi üzerinde değerlendirme yapmıştır. Somut olayda, gizli tanığın beyanları soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı tarafından, kovuşturma aşamasında ise mahkeme tarafından alındığı tespit edilmiş; mahkeme tarafından yapılan dinlemenin celse arasında başvuruca ya haber verilmeksizin yapıldığı; bununla birlikte, ilk derece mahkemesinin, dinlemeden önceki bir aşamada 3. celsede başvuru ve müdafine, gizli tanığa sormak istedikleri hususları bildirmesi için yedi günlük süre verdiğini ve 5. celsede, mahkemece tespit olunan gizli tanık beyanlarını okuduğunu; başvuruğun müdafii gizli tanık beyanlarını kabul etmediğini bildirdiğini fakat başvuruğun beyanlarının “kürtçe konuştuğu görüldü, anlaşılmadı” şeklinde, zapta geçirildiğini ifade etmiştir (§70).

3- Başvuruda, Çay Bahçesinde meydana gelen patlama olayları ile bombalı saldırı sonucu belediye otoparkında belediyeye ait bir aracın camlarının kırılması olayına ilişkin olarak, olay tutanakları ile gizli tanık beyanının mahkûmiyet hükmüne esas alındığı, hükmün esas olarak gizli tanığın anlatımına dayandığı gözlemlenmiştir. Anayasa Mahkemesi, gizli tanık anlatımının belirleyici delil olduğunu, çünkü gizli tanık ifadesine kadar, bu olaylarla ilgili olarak hiç kimseye bir isnatta bulunulmadığını; meydana gelmiş olan maddi vakıalar ile başvuru arasında bağlantının, gizli tanık beyanı dikkate alınarak kurulduğunu tespit etmiştir (§71).

4- Bu tespitten sonra Anayasa Mahkemesi son olarak savunma tarafına dengeleyici güvenceler sağlayan bir usulün yürütülüp yürütülmediğini değerlendirmiştir. Yargılamayı yapan mahkemenin, savunma tarafının haklarını korumak amacıyla sanık ve müdafine, gizli tanığa sormak istedikleri hususları bildirmesi için yedi gün süre verdiğini ve 5. celsede, gizli tanık beyanlarının tarafların huzurunda okunduğunu, tanığın, mahkeme heyeti tarafından dinlendiğini ve heyetin tüm üyelerinin tanığın reaksiyonlarını doğrudan gözlemleyebildiğini (§72); ancak , başvuru ve müdafii, gizli tanığın beyanlarının tespiti sırasında hazır bulunmadığından, ses bağlantısı yoluyla da olsa onu sorgulayamadığını, sorulan sorulara verdiği cevaplar hakkında kişisel izlenim edinme fırsatı elde edemediğini ve tanığın beyanları arasındaki çelişkilere Mahkemenin dikkatinin çekilemediği belirtilmiştir. Bu nedenle, savunma tarafının sorgulama yoluyla gizli tanığın güvenilirliğini test edemediğini kabul etmiştir. Söz konusu tanığın beyanlarının daha sonra İlk Derece Mahkemesince sanık (başvuru) ve müdafinin huzurunda okunmuş olmasını ve başvurucuya tanık beyanlarına karşı diyecekleri sorulmuş olmasını ise yeterli bir itiraz imkânı olarak değerlendirmemiştir (§73).

Tanığın soruşturma evresindeki ifadesi ile kovuşturma evresindeki ifadelerinin çelişmesi; mahkemece değişen beyanlar arasındaki çelişkilerin gideril-

memiş olması; tanığın açıklamalarının önceden bilinmesi mümkün olmadığından savunma tarafından, tanığın güvenilirliğini sınamaya yönelik soruların mahkemeye önceden bildirilmesinin istenmesi, bu sakıncaları gidermek için yeterli bulunmamıştır (§74).

Bu değerlendirmelerin sonucunda Anayasa Mahkemesi, tanığın kimliğinin neden gizlendiği hususunda bir gerekçeye yer verilmediği, hükmün belirleyici ölçüde gizli tanığın ifadesine dayandırıldığı ve sanık (başvurucu) lehine alınan teminatlar gözetildiğinde, tanığın menfaatleri ile sanığın adil yargılanma ölçütleri içerisinde yer alan haklarının adil bir şekilde dengelenmediğini tespit etmiş ve Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan aleyhinde beyanda bulunan tanığı sorguya çekme hakkının ihal edildiğine karar vermiştir (§75,76).

İlgili kararda da belirtildiği üzere Anayasa Mahkemesi, AİHM’nin gizli tanık beyanlarının Sözleşme’nin 6/3-d kapsamında adil yargılanma ilkesi kapsamında ihlal oluşturmaması için aradığı somut koşullardan hareket ederek değerlendirmesini yapmaktadır. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesinin gizli tanık beyanlarını değerlendirirken aşağıdaki ölçütler çerçevesinde inceleme yaptığını ifade edebiliriz:

1- Gizli tanık dinlenmesini gerekli kılacak nedenler somut verilere dayalı olarak gerekçelendirilecek

2- Gizli tanığın ifadesi usulüne uygun olarak ilk derece mahkemesince dinlenecek, bu kapsamda gizli tanık mahkemeye dava konusu olayları hangi sebep ve vesile ile öğrendiğini açıklayacak

3- Tanığın menfaatleri ile sanığın menfaatleri yargı makamları tarafından uygulanacak usullerce yeterince dengelenecek; savunma haklarına getirilen kısıtlama asgari düzeyde tutulacak ve tanığın güvenliği için gerekli olacak, yüzyüzelik olmasa bile tanığa soru sorma imkânı sağlanacak

4- Hüküm tek başına veya büyük ölçüde gizli tanık ifadesine dayanmayacak.

Bu koşulların yargı makamları tarafından sağlanması halinde, gizli tanığın verdiği ifadelerin hükümde kullanılması adil yargılanma ilkesi kapsamında Anayasanın 36.maddesi bakımından bir ihlal oluşturmayacaktır.

Sonuç

Yukarıdaki açıklamaların neticesinde, mevzuatımızdaki düzenlemelerin Anayasa Mahkemesi ve AİHM ölçütleri esas alınarak uygulanması halinde gizli tanık beyanlarının ceza mahkûmiyet hükmünde kullanılması bakımından sıkıntıların çıkmasının önüne geçilebileceğini ifade edebiliriz. Sahip olduğumuz düzenlemeler, getiriliş amacına uygun kullanıldıkları takdirde, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında faydalı olacak ve adil yargılanma hakkı kapsamında sorunların çıkmasını engelleyecektir. Her zaman ifade ettiğimiz

üzere, ceza muhakemesi orantılılık üzerine kuruludur. Gizli tanık ifadelerinin kullanılması ihtiyaç olması ve makul gerekçelerle desteklenmesi halinde mümkündür. Bu kapsamda gerçekleştirilen işlemlerde kullanılacak yöntemler, sanığın menfaatlerini gerektiğinden fazla kısıtlamamalıdır, tanığın veya yakınlarının güvenliklerini de tehlikeye atmamalıdır. Orantılı ve amaca uygun bir uygulama ile ceza muhakemesinden istenilen sonuçların alınması mümkündür.

Kaynakça

- Centel Nur, Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2015
- Değirmenci Olgun, “Ceza Muhakemesinde Tehlike İçinde Bulunan Tanığın Korunması”, *TBB Dergisi*, sayı 83, 2009 s.73-122
- Doğru Osman/Nalbant Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1.cilt 2012
- Gürol Candaş, “Sanığın Korunması Müessesesi ve Adil Yargılanma Hakkı”, *TBB Dergisi* sayı 60, 2005 s.44-53
- Gözübüyük Şeref/ Gölçüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 10.bası, Ankara 2013
- Karakehya Hakan, “Sanığın İddia Tanıklarının Beyanlarının Doğruluğunu Test Etme Hakkı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuku Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan*, yıl 2013 cilt 19, sayı 2, s.715-734
- Hakan Karakuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Karşı Oylarında Türkiye, İstanbul 2001
- Mahmutoğlu F. S., “Ceza Yargılamasında Katılanın, Aynı Zamanda CMK 45. maddede Öngörülen Kişilerden Biri Olması Halinde, Tanıklıktan Çekilme Hakkını Kullanıp Kullanamayacağı Sorunu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan* 2013 c.19, sayı 2, s.191-210
- Özbek Veli Özer, Kanbur Mehmet Nihat, Doğan Koray, Bacaksız Pınar, Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7.bası, Ankara 2015
- Öztürk Bahri, Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Sırma Özge, Kırıt Yase-min, Özaydın Özdem, Akcan Esra, Erden Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9.bası, Ankara 2015
- Pıncarcı Mustafa, Çevik Kürşat, “Tanık Koruma Mevzuatı ve Uygulamalarının Suç Soruşturması Bakımından Değerlendirilmesi”, *EÜHFD*, C. XVIII, S. 1-2 (2014), s.99-125

“Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 55. Yılı Anısına”

- Şahin Cumhuriyet, Göktürk Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 4. Bası, Ankara 2015
- Şen Ersan, Yurttaş Yasemin, “Gizli Tanık, X Muhabir, Gizli Soruşturmacı, Ajan Provokatör”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2008, sayı 6. , s.21-50
- Tanyar Ziya Çağa, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Gizli Tanıklık ve Adil Yargılanma Hakkı”, *Legal Hukuk Dergisi (LHD)*, Cilt 10, Sayı 114, 2012
- Tezcan Durmuş/ Erdem Mustafa Ruhan/Sancaktar Oğuz/Önok R. Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara 2011
- Turhan Faruk, “Tanık Koruma Tedbirleri ve Sanığın Adil Yargılanma Hakkı/ Tanık Koruma Kanununa göre Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması ve Sanığın İddia Tanıklarına Soru Sorma ve Sorgulama Hakkının AİHM Kararları Işığında Değerlendirilmesi”; 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Hukuk Devletinde Suç Yarartılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, Seçkin Yayıncılık, 2009, s.383-408
- Uğur Hüsamettin, “Suçların İhbarı ve İhbarcılarının Korunması”, *TBB Dergisi* 2013(108), s.383-406
- Ünver Yener, Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku 2.cilt, Ankara 2013
- Yaşar Yusuf, “Ceza Muhakemesinde Gizli Tanıklık”, *e-akademi Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi* Ekim 2013 , sayı 133, s.1-42;
- <http://www.e-akademi.org/makaleler/cezamuh.pdf> ; erişim tarihi 21.01.2016
- Yenidünya Caner, “Ceza Yargılamasında Gizli Tanık”, 50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, Uluslararası Sempozyum, 4 Aralık 2009, Ankara
- Yenisey Feridun, “Örgüt Suçu, Muhakemesi ve Gizli Tanık”, *Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan*, 2010/1, c.1, s.397-420
- Yenisey Feridun, Nuhoğlu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3.bası, Ankara 2015 Yücel Mustafa T., “Ceza Adaletinde Sapmalar”, *TBB Dergisi*, 2013 (105), s.11-34



İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı No:4
06805 Çankaya / Ankara
Telefon:(312) 463 73 00 Faks: (312) 463 74 00