

## ANAYASA : ÖZGÜRLÜKLER ve İDARİ KOLLUK ETKİNLİKLERİ\*\*

*İl Han ÖZAY\**

**Anayasaların tek fonksiyonu,herkese rezil olma hakkı vermesidir. John CIARDI**

Kuşkusuz, Anayasaların tek fonksiyonu bu değildir ama, kimliği hakkında hiç bir bilgin olmayan bu zat, “**rezil olma**”yı olumlu bir anlamda kullanmış ve çağımızda, bireylerle topluluklarına olabildiğince sınırsız hak ve özgürlükler sağlanması zorunluluğunu ironik bir dille vurgulamak istemiştir. Öyle değilse bile, en azından ben, böyle olmasını isterim.

Hal böyle olunca “**kamu gücü**”nün kendini en somut bir biçimde gösterdiği, yani İdarenin neredeyse her eylem ve işlemleriyle yararlananların hak ve özgürlükleri üzerinde etki yapmaya olanak sağlayan “**kolluk**” alanı özel bir önem kazanmaktadır.

Anayasa değişikliklerinin hak ve özgürlüklere yansımaları konusunu, özellikle idarî kolluk etkinlikleri açısından ele aldığımızda, bunun iki boyutlu bir sorun olduğu görülür. Zira, Anayasa hükümlerinin “**doğrudan uygulanabilir**” nitelikte olup olmadığı, hak ve özgürlüklerin gerçek koruyucusu olan “**İdarî Yargı**”nın yetkileri ile İdarenin uygulaması, yani eylem ve işlemleri yönlerinden ayrı ayrı ele alınması ve değerlendirilmesi gereken konulardır.

Fransız öğretisinin önde gelen isimleri <sup>1</sup> ile bizde de Sarıca ve Duran <sup>2</sup> gibi bilim adamları, İdarenin kolluk alanındaki etkinliklerinin bir “**kamu hizmeti**” olmadığı görüşündedirler. Buna karşılık, Türkiye’de “**Kamu Hizmeti Okulu**”nun kurucusu olan ONAR aynı kanıda değildir.<sup>3</sup>

\*\* Anayasa Mahkemesinin “**Kuruluş Günü**” olarak 25-28 Nisan 2002 tarihinde Antalya’da gerçekleştirilen “**2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Hak ve Özgürlüklere Yansımaları**” konulu bilimsel toplantıya sunulan bildiri.

\* Prof. Dr. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku öğretim üyesi.

<sup>1</sup> VEDEL George-DELVOLVE Pierre, Droit Administratif, Presses Universitaires de France, Paris, 1984(9e édition)p. 1062. Aynı yerde (p.1063) Kamu hizmeti-kolluk etkinlikleri ayırımının mutlak olmadığı da vurgulanmaktadır.

<sup>2</sup> DURAN Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, İstanbul 1982, s. 303.

<sup>3</sup> Ben de kolluk alanındaki etkinliklerin, çok özel usullerle yürütülen bir kamu hizmeti olduğu kanısındayım. (Gün ışığında Yönetim, İstanbul 2002,4’üncü bası, s. 489 ve devamı.)

<sup>66</sup> DURAN, a.g.e. , s. 263.

İdarenin tüm etkinliklerinin bir **“kamu hizmeti”** olup olmadığı tartışmaları bir yana, öğretide genel kabul görmüş bir husus, **“kolluk”**un çok özel ve salt **“kamusal usuller”**le yürütülen bir faaliyet olduğudur.

Buna karşılık, **“ . . . idarî zabıta yetkileri(...) önemli ve değerli kabul edilen temel hak ve hürriyetler üzerinde daha az ve çok sıkı kayıt ve şartlarla kullanılabilir, düzenlenmemiş serbestliklere ise, geniş ve takdirî olarak uygulanabilir.”**<sup>4</sup> İşte bu nedendir ki, **“Anayasa değişikliklerinin hak ve özgürlüklere yansması”**, üzerinde çok büyük bir dikkatle durulması gereken bir konudur.

Sorunun, İdarenin eylem ve işlemleri üzerindeki yargısal denetim bakımından irdelenmesi, göreceli olarak daha kolaydır. Zira, yürürlükteki İdarî Yargılama Usulü Kanunu, eski Danıştay Kanunu'ndan farklı olarak, **işlemlerin “kanun”a değil “hukuk”a uygun olup olmadıklarından** söz etmektedir. Kuşkusuz ki, **“hukuk”** **“kanun”**dan çok daha geniş bir kavram olup, **Anayasayı ve giderek “genel ilkeler”i de** içermektedir.<sup>5</sup> Şu halde İdarî Yargı yerleri, araya herhangi bir yasal düzenleme girmeden, Anayasa hükümlerini önlerindeki somut olaya doğrudan doğruya uygulayarak karar verebilirler.<sup>6</sup>

Öte yandan, yine aynı Usul Yasası, İdarî Yargı yerlerinin **“yerindelik”** denetimi yapamayacaklarını amir bulunsa bile, bu yasa **“kolluk etkinlikleri”** bakımından geçerli değildir. **“(İ)darî yargı yerleri, zabıta tedbir ve kararlarını denetleyebilmek için, bunların alınmasını gerektiren durum ve olguları araştırmak ve değerlendirmek zorundadır. . . . Çünkü, zabıta tedbir ve kararlarının hukuka uygunluğu, (bunların) yerindeliğ(in)e sık(ı) sıkıya bağlıdır.”**<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> DURAN, a.g.e. , s. 263.

<sup>5</sup> Örneğin, işlem ve eylemlerin **“maksat unsuru”**nu anlatan **“kamu yararı”** kavramı, Yargı yerleri tarafından her somut olayda ayrı tanımlanan **“hukukun genel ilkeleri”**den biridir.

<sup>6</sup> Nitekim Danıştay Dava Daireleri Kurulu, bir belediye başkanının Devlet Memurları Kanununda öngörülmüş bulunan **“tedavi yardımı”**ndan yararlanabileceğine hükmeden **“KİBAR”** kararında **“yasal temelin değiştirilmesi”** ya da **“ikamesi”** konusundaki yetkisini kullanmıştır. (ÖZAY, a.g.e., s. 406-408)

<sup>7</sup> DURAN, a.g.e., s. 261-262.

Buna karşılık, Anayasa hükümlerinin, İdare tarafından doğrudan uygulanabilirliği sorunu, Yargı yerlerinin bu konudaki **serbest davranabilme yeteneğine oranla, daha sınırlı** sayılabilir. Bu yüzden, konu ve sorunu, Anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanabilirliği ile daha önceden var olan yasal düzenlemeler üzerindeki etkileri yönlerinden ayrı ayrı irdelemek gerekmektedir.

Bu noktada, zevkine hiçbir zaman varamadığım, “**İdare bir yetki mi yoksa görev mi ?**” tartışmalarını bir yana bırakarak, pragmatik sayılabilecek bir yaklaşımla, sorunu, İtalyan Kamu Hukuku öğretisi ve Yüksek Mahkemeler içtihadı ışığında ele almak istiyorum. Konuya ilişkin olarak, pek tabiidir ki bizde önerilen çözümler ve uygulamaya da değineceğim. Ancak bunların, bu topluluk tarafından, benden çok daha iyi bilindiği gerçeğinden hareketle, asıl anlatımım İtalya'ya ilişkin olacaktır. Üstelik, bu ülkede sorun, zaman süreci içinde, yukarıda değindiği gibi, önce Anayasanın doğrudan uygulanabilirliği, sonra da 1948 öncesi, yani Krallık ve özellikle Faşist rejimin yasal düzenlemeleri üzerindeki etkileri bakımından, ayrı ayrı ele alınmış ve çözümlenmiştir.

Konunun İtalya'da gösterdiği gelişim, Anayasa Hukukunun en gözde isimlerinden Paladin tarafından, büyük bir açıklık ve anlaşılabilirlikle şöyle sergilenmektedir :<sup>8</sup>

*“ Anayasa Mahkemesi, (1948 ocağında) yürürlüğe girişini hemen izleyen dönemde, Anayasa hükümlerinin <bazılarının derhal uygulanabilir, bazılarının da ‘program’ niteliğinde> olduğuna, yani bunların yasa koyucuya ‘uyum’ konusunda bir ödev verdiği hükmetmiştir.\* Bunun gibi, öğretilerde de (halen yaşayan ünlü bir İdare Hukuku üstadı) Virga, giderek Anayasanın başlıca muhatabının Yasama organı olduğunu ileri sürmektedir. (Yine çok ünlü bir kamu hukukçusu olan Azzariti gibi) bazıları ise, daha ayrıntılı bir iç ayırma dayanarak Anayasanın **amir** hükümlerinden bazılarının doğrudan ve derhal uygulanabilir olduğunu bazılarının da, uygulanmaları için yasal düzenlemeler yapma zorunluluğu nedeniyle, zaman içine yayılacağını*

<sup>8</sup> 71 PALADIN Livio, Diritto Costituzionale, CEDAM, Seconda Edizione, 1995, pp. 155-156.

\* Bu açıklama, Yüksek Temyiz Mahkemesi Ceza Daireleri Genel Kurulunun 7 şubat 1948 tarihli bir kararından alınmıştır. Bu karar o kadar yaygın bir gelişme göstermiştir ki, düşüncenin özgürce açıklanabileceğine ilişkin Anayasanın 21'inci maddesinin bile bir “**program**” niteliğinde olduğu iddia edilmiştir.

\* Bu açıklama, Yüksek Temyiz Mahkemesi Ceza Daireleri Genel Kurulunun 7 şubat 1948 tarihli bir kararından alınmıştır. Bu karar o kadar yaygın bir gelişme göstermiştir ki, düşüncenin özgürce açıklanabileceğine ilişkin Anayasanın 21'inci maddesinin bile bir “**program**” niteliğinde olduğu iddia edilmiştir.

düşünmektedirler. Bu düşüncede olanlar herhalde amir olan hükümler yanında salt direktif niteliğinde ve istikbaldeki yasa koyucu için bir program sayılanların onu yönlendirişi ve bu nedenle de <gerçek birer hüküm> sayılamayacağını ileri sürmektedirler.

Bu gibi düşünceler en az üç yönden kısa sürede aşıldı. Her şeyden önce, Anayasanın tüm hükümlerinin amir niteliği (ve) bunlarla çelişen tüm yasal düzenlemelerin **sakat** olduğunun kabul edildiği görüldü. Bu sakatlığın, sözkonusu hükümlerin öngördüğü <programlar>ın engellenmesi ya da uygulanmalarının geciktirilmesi şeklinde de olabileceği kabul edildi. (İtalyan) Anayasa Mahkemesinin 14 haziran 1956 tarihinde verdiği 1 numaralı kararda, adlı adınca, < amir hükümlerle program hükümleri arasında yapılan ünlü ayırım . . . Anayasaya aykırılık nedeniyle verilecek iptal kararlarında belirleyici değildir , çünkü bir yasanın sakat olması Anayasanın program niteliğinde olduğu söylenen hükümleriyle çelişmesi halinde de söz konusudur> denilmekteydi. İkinci olarak, Anayasa hükümleri özgül yasalarla uygulamaya geçirilmeden ya da entegre edilmeden de, atmışlı yılların sonundan başlayarak, özel bir sıklıkla Anayasadan önceki yasal düzenlemelerin **yorumu için ölçüt** olarak kullanılmıştır. Anayasanın kabulünden başlayarak kırk yılı aşkın bir süre içinde metnin hemen hemen tümü yasal düzenlemelerle yaşama geçirildikten sonra ve o andan itibaren, yasa koyucunun, ulaşılan noktayı gözden kaçırıp geriye doğru bir gidişin varlığını gösterecek düzenlemeler yapması ve böylece gerçekleştirilmiş bulunan hükümleri işlemez bir hale getirmesi yolu, iptal yaptırımını ile kapatılmış bulunmaktadır. Böylece Anayasa ve ona uygun tüm yasal düzenlemeler **tek vücut** halini almış ve salt <program> ya da <direktif> hükmü kavramı hukuksal olarak ve fiilen ortadan kalkmıştır.

Bununla beraber, yine de bazı hükümler hakkında, yasa koyucu için bir direktif niteliği taşıdıkları söylenebilir. Örnek olarak da, yeniden bazı idarî birimlerin kurulması veya reforma tabi tutulması, bazı kamu harcamaları gibi, özel yasal düzenlemeler gerektiren Anayasa hükümleri gösterilebilir. (Sonradan Anayasa Mahkemesi üyeliğinde de bulunmuş, Roma “La Sapienza Üniversitesi Anayasa Hukuku Kürsüsü Başkanı Profesör) CRISAFULLI <program hükümlerinin> de <**kesin bir uygulama zorunluluğu**>nu içlerinde sakladıklarını düşünmektedir. (Yine çok ünlü bir Anayasa-Kamu hukukçusu olan Profesör) LAVAGNA da, yasa koyucunun, Anayasanın gösterdiği hedefler arasında bir öncelik sıralaması konusundaki takdir yetkisinin, (daha doğrusu ‘yerindelik’ tercihinin) de belli bir ölçüde rolü

*bulduğuna işaretle, aradaki tek farkın , <yasalaşma istidadı> olduğunu vurgulamaktadır.*

Anayasa hükümlerinin araya bir yasal düzenleme girmeden doğrudan uygulanıp uygulanamayacağı konusu, Türk öğretisi ve Anayasa Mahkemesi kararlarında da tartışılmış ve çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Bu konu ve soruna ilişkin olarak, öğretilerde, doğrudan uygulanmanın mümkün olup olmadığı, eğer olası ise bunu kimlerin, yani Yargının mı, Yürütme ve İdarenin mi yapabileceği ve yine bu hükümlerin kendinden önceki yasal düzenlemeleri zımnen ilga etmiş olup olmadığı soruları akla gelmiş ve bunlara yanıt aranmıştır.

Fransızca "**application immediate**" denilen "**doğrudan uygulanma**", bir hukuk normunun, araya başka bir düzenlemenin girmesine gerek olmaksızın, etkili olması ve öngördüğü sonuçları doğurabilmesidir.

*"Soyut ve genel hukuk kurallarının yürürlüğe girmiş olmalarına karşın çoğu zaman uygulanabilmeleri için düzenleme yapılmasına gereksinim duyulur. Anayasa ve yasalar arasında bu tür bir ilişki vardır: yasalar anayasa kurallarının uygulanmasını sağlar. Yönetimce yapılan düzenleyici işlemler yasa-altı kural koyma anlamını taşır. . . Doğrudan uygulanır nitelik her hukuk kuralında bulunmaz. Açık, ayrıntılı ve kesin hükümler içeren kurallar doğrudan uygulanabilir. Anayasa kurallarının doğrudan uygulanmaları ayrık bir durumdur. Anayasa yasalarla uygulanır. Kuralların üstünlük sıralaması ile uygulama sıralaması ters orantılıdır."<sup>9</sup>*

Bir İtalyan bilim adamınının bu konudaki görüşleri ise şöyledir:

*"Üstün kural en sonda uygulanır. Anayasa'nın üstünlüğü ve kamu düzeni niteliğinde oluşu derhal etki göstermesini gerektirirse de bu doğrudan uygulama anlamına gelmez. Anayasa'nın doğrudan uygulanması bazı koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Başlıca koşulları sıralamak gerekirse; anayasa kuralının yasalar gibi uygulanması, bu alanda yasa bulunmamasına bağlıdır. İlgili Anayasa kuralının ayrıca bir uygulama yasasına gerek göstermeyecek ölçüde açık, kesin ve ayrıntılı bir kural olması aranır. Kısaca, arada yasa*

---

<sup>9</sup> AKILLIOĞLU Tekin, İnsan Hakları I, İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995, s.53 ve devamı.

*yoksa, anayasa kuralı da uygulamaya elverişli açıklık taşıyorsa doğrudan uygulama olanaklıdır. . .*<sup>10</sup>

Anayasa hukukçuları ise, konuyu başka bir açıdan ele almakta ve ortada bir yasa olmakla birlikte, bunun sözkonusu alanı eksik düzenlemesi durumunu tartışmakta ve şu soruyu sormaktadırlar : **“Anayasa’da öngörülen bir konunun, kanun koyucu tarafından eksik düzenlenmesi anayasaya aykırılık yaratır mı?”**.

Bu soruya verilen cevap ise, **“kanun koyucunun bir konuyu eksik düzenlemesi durumunda, yani Anayasa’da o konu için öngörülen esasların bir bölümüne kanunda yer verilmiş ve bunlarda Anayasa’ya aykırılık yoksa, kanun bütünüyle Anayasa’ya uygun değil, fakat aykırı da değildir. Kanun koyucunun bir konuyu eksik düzenlemesini Anayasa Mahkemesi Anayasaya aykırılık saymamaktadır.”**<sup>11</sup>

Bu noktada bir çözüm yolu olarak, **konunun düzenlenmeyen, eksik yönü bakımından Anayasa kuralının doğrudan uygulanmasının düşünülebileceği** de ifade edilmektedir.<sup>12</sup>

Anayasa kurallarının doğrudan uygulanma yeteneği konusunda bir başka görüş de şudur : <sup>13</sup>

**“...Bir Anayasa kuralının kendiliğinden ve doğrudan uygulanabilmesi için ‘net’ olması gerektiği belirtilmekte, Anayasadaki yasaklar somut ve soyut olmak üzere gruplandırılmaktadır. “Soyut yasaklar” ya da yasaklamalar, içerikleri tam olarak belirlenmemiş olanlardır. Bu düşüncede olanlara göre Yasama organı bunları somutlaştırmak ve Anayasa buyruğu yerine getirmek zorundadır, bunu yapmayacak olursa görevini savsaklamış olur. Soyut yasaklar yasama organınca somutlaştırılmadıkça idare ve yargı tarafından doğrudan**

<sup>10</sup>CARBONE Carmelo, I Doveri Pubblici Individuali Nella Costituzione, Milano Giuffrè 1968, s. 19 ve devamı. Nitekim, Statuto dei Lavoratori denilen, göreceli olarak yakın tarihli, İş Yasası çıkmadan da, İtalya’da, Anayasa bütün çalışanlar için öngörmüş bulunduğu için, kamu personeli dahil, herkes grev hakkına sahip idi.

<sup>11</sup> TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul 2001, 7’nci Bası, BETA, s. 193-194.

<sup>12</sup> TEZİÇ, ibid. Bu durumda, biraz önce aktarılan görüşteki, Anayasanın doğrudan uygulanabilmesi için gerekli **“ortada bir yasa olmaması şartı”**na, yasa olmakla birlikte eksik düzenlenmiş bulunma, yeni bir olasılık şeklinde düşünülmektedir. Görüldüğü gibi, Teziç bu yargıya varırken, Akıllıoğlundan farklı olarak, doğrudan uygulanma için açıklık , kesinlik, ayrıntılı olma gibi şartlardan söz etmemektedir.

**uygulanamazlar.** Somut yasaklamalar ise, **doğrudan uygulanabilecek kadar net olanlardır**<sup>14</sup>.”

Konuyu, kişiler yönünden Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı başlığı altında ele alan bir yazar da şöyle demektedir :

“Anayasa hükümleri kişileri bağlayıcı bir muhtevaya sahip ise Yasama, Yürütme ve Yargı organları gibi doğrudan doğruya kişileri de bağlar. Örneğin : özel hayatın gizliliğine dokunulamayacağına, ücretli hafta tatiline ilişkin Anayasa hükümleri. Gene aynı ilkenin bir sonucu olarak bir sözleşmenin doğrudan Anayasaya aykırılığı nedeniyle geçersizliği ileri sürülebileceği gibi, idare eylem ve işlemlerinin iptali için Danıştay’a açılacak davalarda da Anayasaya aykırılık gerekçesine dayanılabilir.”<sup>15</sup>

Doktrinde, üzerinde durulan noktalardan biri de, yasanın Anayasaya aykırı olması durumunda **“ihmal” edilerek** ilgili Anayasa hükmünün doğrudan uygulanmasıdır.

Bu konuda ikili bir ayırım yapılmaktadır; yargıçlar ve İdare. Yargıç açısından, durum özellik arz etmemektedir. Yargıç önündeki işi **“Anayasaya uygun yorum”** yöntemi ile çözümlenebilir.<sup>16</sup> Uygun yorum bulunmadığı takdirde Anayasaya aykırılık sorunu var demektir. Bu durum ise, yargıç tarafından ya kendiliğinden göz önüne alınır ya da taraf itirazının ciddi bulunması ile ortaya çıkar.

İdare açısından ise, durum, yukarıda da değindiğim gibi, bu kadar kolay değildir. **İnsan hakları açısından, İdarenin aykırı bulunduğu normu ihmal edip doğrudan Anayasa hükmünü uygulayabileceği**<sup>17</sup> ileri sürüldüğü gibi, **Anayasa’nın doğrudan uygulanabilmesinin, sadece arada bir yasa yoksa mümkün olacağını düşünenler** de vardır.<sup>18</sup>

Federal Alman Anayasası temel haklar bakımından doğrudan uygulanabilirliği öngörmüştür. Anayasanın bir maddesi, **temel**

<sup>14</sup>TANÖR Bülent, Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, İstanbul 1991, s.261, 262’den aktaran GÖREN Zafer, Anayasa Hukukuna Giriş, İzmir 1999, s.318-319

<sup>15</sup> OCAKÇIOĞLU İsmet, “Kurallar Zinciri İle İlgili Bazı Sorunlar”,ın Onar Armağanı, İstanbul 1977, s. 512

<sup>16</sup> Öte yandan yukarıda 2nci sayfa ve 5 numaralı dipnotunda da bu konuya değinmişim.

<sup>17</sup> AKILLIOĞLU, a.g.e.

<sup>18</sup> DURAN Lûtfi, “Anayasa, Kanun ve Hakimler”, Özel Galatasaray Yüksek İktisat ve Ticaret Okulu Dergisi, 1970, S.4, s.274.

**hakların Yasama Yürütme ve Yargıyı geçerli hukuk olarak doğrudan bağlayacağını** öngörmektedir.<sup>19</sup>

Anayasa hükümlerinin “doğrudan uygulanıp uygulanamayacağı” ile ilgili temel sorunlardan biri de, Anayasanın kanun hükümlerini üstü kapalı olarak ilga<sup>20</sup> edip edemeyeceğidir. Anayasa Mahkemesi'nin konu hakkındaki görüşü 1961 ve 1982 Anayasalarına göre farklılık göstermektedir. Ayrıca Yüksek Mahkemenin aynı Anayasa dönemi içinde birbirinin tam tersi kararları da olmuştur.

Temsilciler Meclisi Anayasa Tasarısında, 1961 metnindeki bağlayıcılık ve üstünlüğe ilişkin 8'inci maddeye, Anayasa hükümlerinin “**doğrudan doğruya uygulanması gereken temel hukuk kuralları**” olduğu ibaresi konulmuşken, bu daha sonra metinden çıkarılmıştır.<sup>21</sup>

Bundan önceki 1961 Anayasası döneminde **Yüksek Mahkemenin temel görüşü, Anayasanın önceki kanunu doğrudan doğruya ilga etmesinin mümkün olmadığı** yolundadır. Örneğin, Yüksek Mahkeme bir kararında şu görüşlere yer vermiştir:

*“Anayasa hükümleri, ister yalnız ilkeleri ana çizgileriyle ve kısaca, ister ele aldığı konuyu bütün ayrıntılarıyla tam olarak belirtmiş bulunsun, etki ve değer bakımından hep aynı niteliktedir. Yani bunlar, üstün, bağlayıcı temel hukuk kurallarıdır. Hiçbir kanunun hiçbir hükmü bu kurallara aykırı olamaz. Ancak uyumsuzluk ve çelişme durumlarında sonraki kanunun bazı hallerde önceki kanunun aykırı hükümlerini dolayısıyla kendiliğinden yürürlükten kaldırışı gibi, temel hukuk kuralının uyumsuzluğu ve çelişmeyi meydana getiren kanun hükmünü kendiliğinden kaldırarak onun yerine geçmesi mümkün değildir. Aykırılığın giderilmesi için mutlaka bir eylem ve işlem gerekir ki, bu da ya yasama yoluyla yahut iptal müessesesinin işletilmesiyle olur. Eğer Anayasanın, yürürlüğe girdiği tarihte var olan kanunlardaki aykırı hükümleri kendiliğinden kaldıracağını düşünmek mümkün ve caiz bulunsaydı, bu çeşit hükümlerin ayrıca iptali için bir yolun öngörülmesi hiç de gerekmezdi. Oysa, Anayasanın geçici 9'uncu maddesine<sup>22</sup>, Anayasa Mahkemesinin görevine başladığı günde*

<sup>19</sup> GÖREN, a.g.e., s. 318

<sup>20</sup> Üstü kapalı ilga, önceki ve sonraki kanun hükümleri arasında bir çatışmanın olduğu ve kanun koyucunun sonraki kanun metninde, ilga ile ilgili bir kural koymadığı durumlarda söz konusudur.

( TEZİÇ, a.g.e., s.51

<sup>21</sup> Gören, ibid,

<sup>22</sup>1961 Anayasası geçici 9'uncu madde: “**Anayasa Mahkemesinin görevine başladığı tarihte yürürlükte olan her hangi bir kanun hakkında bu Anayasaya aykırılığı iddiasıyla iptal**



*yürürlükte olan kanunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla iptal davası açılabilmesini sağlayacak özel bir hüküm konulmuş; bu da Anayasadaki temel hukuk kurallarının aykırı hükümleri kendiliğinden ortadan kaldıramayacağını ayrıca ve açıkça göstermekte bulunmuştur.*<sup>23</sup>

Anayasa Mahkemesi daha sonraki bir kararında ise bu görüşünü değiştirmiş, **Anayasanın, daha önceki bir kanunun aykırı hükümlerini zımnen ilga edebileceğine** hükmetmiştir.

Bu karara göre:

*“Anayasa Koyucu TCK’nun... ispat hakkı ile ilgili hükümlerini bir yana bırakarak, 34. madde ile ispat hakkını ayrıntılı bir surette bizzat düzenlemiş ve artık bu konuda öteki yasaların değil, Anayasanın bu hükmüne göre hareket edilmesini istemiştir. Bilindiği gibi, Anayasada sadece özü belirlenmiş temel hukuk kurallarına değil, kimi konuları ayrıntıları ile doğrudan doğruya düzenleyen hükümlere de yer verilmiştir. İspat hakkına ilişkin 34. madde bu ikinci tür hükümlerdendir... Geçici 9. madde, Anayasanın belirli konuları ayrıntıları ile ele alıp düzenleyen hükümleri kendiliğinden yürürlükten kaldırdığı hususundaki görüşün aksini kanıtlamaz... Bir yasanın tümünün ya da yalnız bir hükmünün sonradan yürürlüğe konan bir yasa ile açıkça kaldırılabilirliği veya değiştirilebileceği gibi, sonradan çıkan yasanın, önceki bir yasaya aykırı kurallar koymak sureti ile önceki kanunun o hükümlerini zımni, başka bir deyişle dolaylı olarak kaldıracağı veya değiştireceği yukarıda açıklanmıştı. İşte Anayasanın 34. maddesindeki ispat hakkı ile ilgili ayrıntılı özel hüküm de, bu niteliktedir.”*<sup>24</sup>

Bu kararlar, 1982 Anayasasında geçici 9’uncu madde benzeri bir hüküm olmadığı için geçerliliğini yitirmiştir. Öte yandan, 1982 Anayasasında konuyu doğrudan ve olumlu yönde düzenleyen bir hüküm de bulunmaktadır.<sup>25</sup>

---

**davası açılabilir. Bu halde iptal davası açma hakkı, Anayasa mahkemesinin görevine başladığının Resmi Gazete ile yayımlandığı tarihten itibaren altı ay sonra düşer.”**

<sup>23</sup>E.1963/106, K.1963/270, 11.11.1963, AMKD, S:I, s.382 , aynı yönde E.1963/205, K.1963/123, 22.5.1963, AMKD, S;2, s. 16.

<sup>24</sup> ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1998, Yetkin Yayınevi, s. 404. ( E. 1976/13, K.1976/31, 3.6.1976, AMKD, S: 14, s.217-18)

<sup>25</sup> Söz konusu 177’nci maddedeki düzenleme, 1982 Anayasası yürürlüğe girdikten sonra, buna aykırı önceki yasaların yürürlükte kalıp kalmayacakları ile de ilgilidir.

Nitekim, yürürlükteki 1982 Anayasası, “**doğrudan uygulanabilirlik**”e ilişkin açık bir kural öngörmektedir ve bu da 177/ence maddesidir.

**“Anayasanın halk oylaması sonucu kabulünün ilanıyla birlikte yürürlüğe girecek hükümleri ve mevcut ve kurulacak kurum, kuruluş ve kurallar için yeniden kanun yapılması veya mevcut kanunlarda değişiklik yapılması gerekiyorsa bunlara ilişkin işlemler mevcut kanunların Anayasaya aykırı olmayan hükümleri veya doğrudan Anayasa hükümleri, Anayasanın 11’inci maddesi gereğince uygulanır.”**

demektedir.

Anayasanın 11’inci maddesi ise :

**“Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, İdare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz”** şeklindedir.

Bu hüküm, Anayasanın bir konuyu açık seçik düzenlediği durumlarda, aynı konuyu düzenlemiş olan önceki kanunla çatışmasında, hükmün doğrudan uygulanıp uygulanmayacağı konusundaki tereddütleri ortadan kaldırma amacını gütmektedir.<sup>26</sup>

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun da aynı yönde bir kararı olmuştur. Karara göre :

**“Anayasa bu hükmü ile, 1961 Anayasası’ndan ayrılmış, kanunlardaki Anayasaya aykırı hükümlerin çözümü için öngörülmüş prosedüre başvurulmaksızın doğrudan ve tereddütsüz Anayasa hükümlerinin uygulanması zorunluluğunu getirmiştir.”<sup>27</sup>**

Öğretide, bazı bilim adamları,<sup>28</sup> Anayasanın, kendisinden önceki kanunun aykırı hükümlerini zımnen yürürlükten kaldırabileceği görüşünü isabetli bulmamaktadır. Bunlara göre :

<sup>26</sup>Teziç, a.g.e., s.52

<sup>27</sup> E.1980/4-1714, K.1983/803, YKD, C: 9, S:11, Kasım 1983, s.1589-1590

<sup>28</sup> ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1998, s.404-405

“...(B)öyle bir yorumun pozitif hukuka uygunluğu şüphelidir. Anayasa, kanunların Anayasaya aykırılığı halinde, bu aykırılığın iptal yoluyla giderilmesini öngörmüştür. Üstelik, Anayasanın kendisinden önceki kanunu zımnen ilga edebileceği kabul edildiği takdirde, bunu saptama yetkisini sadece Anayasa Mahkemesine değil, bütün mahkemelere tanımak gerekir Çünkü bakılmakta olan davada uygulanacak hukuk kurallarının yürürlükte olup olmadıklarını saptamak, yargı yetkisinin doğal bir unsurudur. Eğer genel mahkemeler bir kanunun sonraki bir Anayasa hükmü ile yürürlükten kalkıp kalkmadığını inceleyebilirlerse, dolaylı yoldan Anayasaya uygunluk denetimi yapmış olurlar.”<sup>29</sup>

Bazıları ise :

“Anayasa da bir kanun olduğuna göre, bir konuyu açık ve ayrıntılı düzenlediği durumlarda aynı konuyu düzenlemiş olan kanunları üstü kapalı olarak ilga ettiğini kabul etmek gerekir.”

Yazar, bir ön koşul olarak, Anayasadaki hükmün açık ve ayrıntılı olmasını aramaktadır.

“Şayet, Anayasa açık, ayrıntılı doğrudan uygulanabilecek bir kural içermiyorsa, ortaya bir Anayasaya aykırılık sorunu çıkararak çözüm yoluna gidilmelidir.”

Yazar devamında,

“Şu halde, Anayasanın bir konuyu açık, ayrıntılı ve doğrudan uygulanabilir nitelikte düzenlediği durumda, buna aykırı kanunları üstü kapalı (zımnen) ilga ettiğini, buna karşılık, Anayasanın genel nitelikte kuralları ile aynı konuyu düzenleyen önceki kanun arasında bir çatışma bulunuyorsa, üstü kapalı ilga sözkonusu olmaması gerekir. Bu durumda, ileri sürülen aykırılığın mevcut olup olmadığı ancak Anayasa Mahkemesince karara bağlanmalıdır. Anayasanın 177. maddesinin (e) bendi bu çerçevede yorumlanmalıdır.”<sup>30</sup>

**S O N U Ç** olarak ve özetle, Anayasada yer alan, yapılan ve bundan sonra da yapılması düşünülen **değişikliklerden, konusu**

<sup>29</sup>Federal Alman Anayasa Mahkemesi Anayasa yürürlüğe girmeden önce vazedilmiş bir kanunun Anayasa ile bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda her mahkemenin bağımsız olarak karar verebileceği görüşündedir.(GÖREN.Zafer, Anayasa Hukukuna Giriş, İzmir, 1999, s.320

<sup>30</sup> TEZİÇ, a.g.e., s.52

**özgürlüklere ilişkin olanların, İdarenin kolluk etkinlikleri alanında etkili olabilmesi için mutlaka “uyum yasaları” ile bütünleştirilmesi gerekir.<sup>31</sup>**

Hemen bir örnek vermek gerekirse Anayasanın 33'üncü maddesi “**dernek kurma**” özgürlüğünden söz etmektedir. Ama aynı madde, silahlı kuvvetler,<sup>32</sup> kolluk kuvvetleri mensupları ve **görevlerinin gerektirdiği ölçüde Devlet memurları** için, yasayla konulacak sınırlamalar da öngörmektedir. Bu tür sınırlamalar birçok başka maddede de vardır. Onun için, bazı yasalara ilişkin “paket” içinde yer alan ve İdarenin kolluk etkinliklerine ilişkin düzenlemeler nasıl “Anayasaya uyumlu” hale getirilebilecek, bilemiyorum ama, çok da merak ediyorum. Kanımca, asıl Anayasanın üstün hukuk ilkeleriyle “uyumlu” hale getirilmesi gerekir.

Üniversite, 29 Mart 2002

---

<sup>31</sup> Nitekim, çok doğru ve yerinde olarak, öyle de yapılmaya (!) çalışılmaktadır

<sup>32</sup> Bu tamlamanın baş harflerinin neden **büyük** yazılmış olduğunu anlayamadım