

**«ANAYASA MAHKEMESİ KANUN KOYUCU GİBİ HAREKETLE,
YENİ BİR UYGULAMAYA YOL AÇACAK BİÇİMDE HÜKÜM TESİS
EDEMEZ» KURALINA NASIL GELİNDİ? BU KURAL NEDİR,
NE DEĞİLDİR?**

Yekta Güngör ÖZDEN*

Gerçeği aramak, en kutsal çabadır. Bu yoldaki uğraş, kişiyi saygın, toplumu güçlü kılar. Aramakla bulmanın mutluluğu yalnız gerçok konusunda —gerçekten— eşdeğerdir. Anayasaya uygunluk denetimi, Anayasa yargısının başlıca işlevidir. Amacı, Anayasa'nın üstünlüğü, doyuruculuğu, etkinliği ve demokrasinin geçerliğidir. Bunun için görüşler açıklamak, tartışmak, boşluk bırakmamak, uygulanabilirliği artırmak, değişikliklere uygun önerileri hazır bulundurmak, hiç değilse başarılı kuralları düşündürmek yararlıdır. Sakınca, suskunluktur. Aramayan-arastırmayan, daha iyiye yönelmeyen toplum giderek güçsüzleşir, geride kalır. Gereksinimleri karşılamakta yetersiz kalan düzenlemeler eskir, değerini yitirir. Anayasa'yı tartışmak, karşı çıkmak, yadsımak değildir. Eleştirmek, karalayıp kötülemek hiç değildir. Yanlışlıkları, eksiklikleri, gereksizleri saptamak, duraksamaları gidermek, gerekliyi edinmeyi, doğru uygulayıp başarmayı sağlar. İnsanlığın uygarlık koşusu barış, sağlık, mutluluk içindir. Özgür, bağımsız yaşamak, insana yaraşır onurla yaşamaktır. Anayasalar bu temel koşulların, evrensel ilkelerin, ulusal güvence belgeleridir. Hukuk devletinin devlet olarak varlığı ve geçerliği anayasasıyla, anayasasının değeri de öz, içerik, anlam ve yapı yönünden çağdaş niteliği ile kanıtlanır. Her alana yansıyan, tüm ilişkileri etkileyen bilim, teknik ve sanattaki gelişmeler anayasa düzenlemelerine ulaşmaktadır. Daha doyurucu, daha güçlü, daha iyi anayasa, kazanılincaya değin, her ulusun her zaman gündeminde olur. Yapıcı değişiklik istekleri, ülke koşulları ölçüsünde, hattâ koşulları daha iyiye getirecek becerilerle değerlendirilir. Toplantılar, tartışmalar, yazılar, yaptılar anayasanın ulusal bilinç düzeyine gelmesine en yararlı kat-

(*) Anayasa Mahkemesi Üyesi.

kılarıdır. Gözardı edilemeyecek bir olgu da, düzenlenmesinden önemli olan uygulanması, yorumudur. Anayasalara etkinlik veren de budur. Anlayışta, yorumda birleşmek, uygulamanın verimli olmasını sağlar. Değişmesini istemek (değişmezliği istenmiyecek kural dışında) suç değildir. Zorla değiştirmeye kalkışmak suçtur. Değişinceye değin uygulamamak ya da istediği gibi anlayıp uygulamaya çalışmak aykırılık oluşturur, sakıncalıdır. Anayasa saygısı, anayasa düşüncesini benimsemekten, en güçlüsünü edinmeyi, koruyup savunmayı, uygulayıp sürekli üstün tutmayı, içtenlikli ve özenli olmayı kapsar. Bu yolda bir yurttaş olarak görev yapmanın kıvancıyla konuyu incelemeye geçiyorum.

ANAYASA MAHKEMESİ

1960 Devrimi'nin hukuksal damgası diyebileceğim 1961 Anayasası'nın ülkemize kazandırdığı, 1982 Anayasası'nın da, ülkesini, ulusunu, devletini değil kendini düşünen, hukuka saygısı olmayan değişik kesimlerdeki birçok kışkırtıcıya karşın beğenilir bir gerçekçilikle yerini koruduğu Anayasa Mahkemesi, dünyada, bu özgün adla ve özellikle yasaların anayasaya uygunluğunu denetleyen 8 mahkemeden biridir (*). Anayasalarında yasaların yargısal denetimini kabul eden devletlerin sayısı çok olmakla birlikte bunu siyasal denetim niteliğinde yapan, genel yargılama yanında ikinci görev olarak ve öndenetim biçiminde yapan değişik yapıda, değişik adlarda organlar vardır. Türkiye'mizde Anayasa Mahkemesi 1960 Devrimin nedeni ve 1950 - 1960 arası gözetilirse gerekçesidir, sonucudur. Anayasa'nın 146 - 153. maddelerinde belirtilen görev ve yetkileriyle, yasaların, yasa hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün biçim ve öz, Anayasa değişikliklerinin ise yalnızca biçim bakımından Anayasaya uygunluğunu inceler ve denetler (mad. 148/1). Yüce Divan sıfatıyla çalışması (mad. 148/3), siyasal partilerin kapatılması davalarına bakması (mad. 69/6), akçalı denetimlerini yapması (mad. 69/4), yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ve üyeliğin düşmesine ilişkin TBMM. kararlarının iptali istemini karara bağlaması (mad. 85) yan görevleridir. Öz görevi, «Anayasaya uygunluk denetimi»dir. Adında «Mahkeme» sözüğü bulunmakla birlikte, genel anlamda bir mahkeme değildir. Siyasal içerikli işlevinin niteliği, sonuçları yö-

(*) Öbürleri; Federal Almanya, Avusturya, İtalya, Yugoslavya, İspanya, Portekiz, Kıbrıs, Tayland Anayasa Mahkemeleridir.

nünden, hukuksallığın tam ve yargısallığın ağır basması yönünden denetiminin yargısal olduğu benimsenmiştir. Yüksek Mahkeme olarak sayılması, özelliğini, görev ve yetkisinin niteliğini, yapısını, konumunu değiştiremez. Yasama organıyla eşdüzey, onunla eşdeğer, yargısal denetim yapan anayasal bir organdır. Negatif ve pozitif anlamda yasa koyucu gibi işlem yapsa da ikinci bir yasakoyucu sayılmaz. Kararları, Anayasa kurallarıyla eşdüzeydir. Yasaların iptali bunu gösterir.

Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı denetim «uygunluk denetimi» dir. Daha açık bir anlatımla «yasaların uygunluğunun denetimi» dir, yasaların «Anayasaya uygunluğunun denetimi» dir. Denetlenen yasa, kendisine uygunluğu gözetilip aranan, ölçü olarak alınan da Anayasa'dır. Uygunluktan amaç, tüm hukuk kurallarının Anayasa'ya, Anayasa'daki kurallara, temel kurallara aykırı olmamasıdır. Hem doğuşu - düzenlenmesi yönünden Anayasa'nın öngördüğü yöntemlere uygunluğu (biçimsel uygunluk), hem de Anayasa'nın içeriğine uygunluk (özde uygunluk - somut uygunluk) koşuldur. Bu çok önemli denetimin, yönetim - yürütme, hattâ yasama karşısında bağımsız bir yargı organınca yapılması düşüncesi yüzyıllar sonra benimsenebilmiştir. Nice güçlüklerden, nice evrelerden sonra gerçekleşme aşamasına gelebilmiştir. Denetim, siyasal konuda olmakla birlikte, siyasal bir organ yapmadığı için «siyasal denetim» değildir. Yargı organı yaptığı için «yargısal denetim» dir. Ancak, genel bir yargı organı tarafından yapılmadığı, genel bir yargılama işlemi olmadığından özel bir yargılama, «yasaların uygunluğunun denetimi» dir. Denetimin amacı, «yerinde» denilen, denetime sunulan bir kuralın zamanında, yerinde, yararlı, olup olmadığının incelenmesi değil, «norm denetimi» denilen, anayasa kurallarına, üst kurala uygun olup olmadığının incelenmesidir. «Yerinde» incelemesi, yasakoyucunun yetki - görevine, özgürsüne (takdirine) karışmak, ona ilişkin bir hakkı kullanmak olur. «Uygunluk» incelemesi ise, yasakoyucunun da bağlı bulunduğu üst kurallara Anayasa kurallarına aykırılık bulunup bulunmadığının saptanmasıyla, varsa, sonuçta aykırı olan yasa kuralının yürürlükten kaldırılmasıdır. «Aykırılık» hukuksal sorununun yargısal denetimle giderilmesi yargının bağımsız, özgür yapısı, yansız tutumu ve anayasal konumu nedeniyle en sağlıklı güvenceyi oluşturmaktadır. Yönetimin hukuka bağlılık ve saygısı, tüm işlem ve eylemlerin hukuka uygunluğu ölçüsü yanında, hukukun başlıca güvence bilindiği devlet düzeni, «hukukun üstünlüğü» ilkesini benimsemiş, kimliğinde «hukuk devleti» yazılı olan devlettir. Temel haklar ve özgürlükler anayasal gü-

vencelerle tanınmış ve korunmuş, erkler ayırımı, yasal - yansız yönetim, yönetimin ve yasaların yargısal denetimi benimsenmiş, demokratik düzen her alanda, tüm gerekleriyle gerçekleşmişse «hukuk devleti» de gerçekleşmiş, kâğıttan yaşama geçmiş demektir. Anayasa Mahkemesi, günümüzde hukuk devletinin ve bağımsız yargının simgesi niteliğindedir. Rejimin gerçek koruyucusu, kollayıcısı Anayasa Mahkemesi'dir. Düzenin temel öğelerinden biridir. Yasaların uygunluğunu denetleyecek bir yüksek mahkeme 1922 lerde istenmiştir (1).

Anayasa Mahkemelerinin konumuna ilişkin görüşler değişik olmakla birlikte genelde yargılama niteliğinde işlevi de bulunduğu için karma görevli bir yargı organı sayılmaktadır. P. CALAMANDREI ve KELSEN'in, Anayasa Mahkemesi'ni «yasama üstü bir organ» gibi nitelendirmelerine koşut biçimde yine bir İtalyan hukukcusu olan G. AZZARITI «olağan yasama işlevi dışında kurucu yasama işleriyle devlet hiyerarşisinin hiçbir denetimle bağlı olmayan, gerçek, tek egemen işlevini yapan organ» olarak değerlendirmiş, C. CERETI «yasama düzeyinde işlevi» bulunduğunu, P. BARILE «anayasal yön verme işlevini yüklediğini» JARGER, CAPPALLETI, PIERANDREI «geleneksel adli yargı - idari yargı ayırımına anayasa yargısının eklenerek, mahkemenin bunun organı olduğunu», SANDULLI ve REDENTI «yasama ve yargı erkleri dışında ve üstünde bulunduğunu» savunmuşlardır. BARIL de «Öbür anayasa organlarıncı kurulmayan, onlarla eşdüzey, yalnız anayasanın öngördüğü yapısı olan ve hukuk düzeninin zorunlu bir ögesi bulunan kuruluş» olarak tanımlamıştır (2). Ulusal egemenlik ve ulusal istenç kavramlarını gereğiyle kavrayanlar, yasama organının yargılama işlevi bulunamayacağını bilirler, bağımsız mahkemeleri yadsıyamazlar, yarı yargısal bir işlev de olan uygunluk denetiminin yargı eliyle yapılmasına karşı çıkmazlar. Yürütme - yönetim organının değişik denetleme yöntemleriyle kolaylıkla sınırlandırılmasına karşın, yasama organının denetimini sağlayarak anayasal sınırlar dışına çıkmasını engelleyecek önlemlerin alınması yoğun çabaları gerektirmiştir. Değişik görünüm ve değişik kökenli engeller uzun zaman almıştır. Siyasal önlemlerin yetersiz ve sakıncalı bulunması, hukuksal - yargısal önlemlerde birleştirtince XIX. yüzyılda A.B.D.'de yasaların yargı organlarıncı denetlenmesinden sonra 2. Dünya Savaşı sonrasında Avrupa'da

(1) GÖKALP, Ziya; «Yüce Mahkeme», Küçük Mecmua, 18.12.1922 (Reşit ÖLKER, Anayasa Mahkemesi Kanunu Şerhi, İstanbul, 1962, s. 5-6.

(2) KIRATLI, Metin; Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz Yolu), Anayasa 1966, s. 41-42.

da bu yolda adımlar atıldı. Çoğunluğu, yasama çoğunluğunu ulusal istençle eş tutup özdeşleştiren görüş, kişi hak ve özgürlüklerini çoğunluğa karşı güvenceye alma görüşünün gerisinde kaldı. Klâsik demokrasi, yasama organının özgür seçimlerle oluşmasıyla birlikte denetimini de öngören modern demokrasiye dönüşmeye başlamıştır. Anayasa Mahkemeleri bu gelişmenin kanıtlarıdır. Yasama organının egemenliği, yerini, gerçek ulusal egemenliğe bırakmaktadır. Azınlık, çoğunluğa karşı korunarak gerçek demokrasi kurulmaktadır. Mahkemenin yargısal işlevine, siyasal işlevin de katılması özelliğini oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesinin temel görevi «anayasa yargısı»dır. Kararlarının «yasa gücü»nde olmaktan ilerde, yasayı kaldırıcı etkinlikte olması, «anayasal güç» taşıdığını göstermektedir. Uygulamayı, yerine getirilmeyi sağlamak gücünün tanınması, yaptırım belirleme yetkisinin verilmesi ve bu çalışmamızda ancak birisini inceliyeceğimiz kısıtlama-yasaklamaların kaldırılmasıyla gerçek niteliğine kavuşacak, görevini daha doyurucu biçimde yapacaktır. Hukuktan uzak görüşler ve basit protokol değerlendirmeleriyle konuyu yozlaştırıp Anayasa Mahkemesi'ni yasama organının hiyerarşik üstü sanmak yanlıştır. Anayasa Mahkemesi'nin böyle bir görüşü yoktur. Böyle bir kurntuya neden olacak tutum ve davranışı da yoktur. Yasama organının ne üstünde, ne karşısındadır, ne de yanındadır. Kendi anayasal yerinde, görevinin başındadır. Bu söylenti ve yakıştırmalara burada değiniyorum ki, ilerde, kısıtlama ve yasaklamalarla 153/2. maddeye gelişin nedenleri daha iyi açıklanmış olsun. Mahkemenin bağımsızlığını kendisinin koruması yetmez. Ulusal egemenlik, ulusal istenç, erkler ayırımı ve uyumu, yargı bağımsızlığı, anayasanın üstünlüğü, demokratik düzen kavramlarını yeterince anlamış, içine sindirmiş, kişisel kaygılardan arınmış yönetim - yürütmenin sınırlarına bağlı yöneticilerin, yasama organı üyelerinin, devlete saygılı partilerin, bilinçli, korkusuz hukukçuların, hak ve özgürlüklerini yaşam nedeni ve onur koşulu bilen yurttaşların katkısı da zorunludur. Geniş kapsamlı bir yenileme, düzenleme (teknik yönlerden öze değin) Anayasa değişikliklerinin ilk sırasını almalıdır. Böylece «toplumsal bütünleşme»yi sağlamada (3) Anayasa daha başarılı olacaktır. Anayasal güvencenin etkinliği, yasamanın, yürütme ve yönetimin daha uygun çalışmasını, daha düzenli gidişini getirecektir.

(3) SAN, Coşkun; Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri, Ankara 1974, s. 131 ad.

ANAYASAL YARGI DENETİMİ

Anayasal güvencelerin, tümüyle Anayasa'nın geçerlik koşulu sayılan yargı denetimi, hak ve özgürlüklerin korunup güçlenmesini, ödünsüz yaşama geçmesini, Devletin daha iyi işlemlerini, özetle, Anayasa'ya, hattâ Anayasa'nın, üstün hukuk kurallarına uygunluğunu arar ve amaçlar. Anayasaya aykırı anayasa normlarının denetlenmesindeki neden budur. Ülkemizde bu konuda 1971 değişiklikleriyle başlatılan, 1982 Anayasası'yla da benimsenin kısıtlama, denetimin etkinliğini azaltmaktadır. Anayasal ilkeleri korumak yetkisizlikle olmaz. Yalnızca çok iyi hazırlanmış olması Anayasa'nın etkinliği için yetmez. Uygunluk denetimi sonunda Anayasa Mahkemesi'nin katkılarıyla güçlenir. Bu katkı, daha çok «yorum»la olur. Denetimin sonucunda beliren görüş kimi yasayı yürürlükten kaldırırken kimi ölçüleri koyar ama yorumlar, Anayasanın nasıl anlaşılıp nasıl uygulanacağı konusunda, duraksamaları, çekilmeleri de gideren anayasal katkılardır. Yorumların ışığında, karanlık azalır ve kalkar. Anayasa Mahkemesi, «Anayasa koruyuculuğu» görevini yalnız soyut ve somut norm denetimi yapmakla değil, yorumlarıyla Anayasayı açarak yerine getirir. Bu yol, ayrıca aykırılığın tek yaptırımının iptal olmasını da önler ve Anayasanın içeriğini daha doyurucu kılar. Böylece Anayasa Mahkemesi Anayasa'daki hukuku güncelleştirecektir. Anayasal gelişmelerin, hukuka yansıyan öncülüğü de üstlenilmiş olacak, Mahkeme etkinliğini içerden artıracaktır. Uygunluk denetiminin sonuçları İPTAL, RED ve İKİSİ kapsamında YORUM olarak karşımıza çıkmaktadır. Mahkemenin anayasal yorumu, 1924 Anayasası'nın 26. maddesinden kaynaklanan «Teşriî tefsir (yasama yorumu)» in 1961 ve 1982 Anayasası'yla benimsenmeyerek uygunluk denetiminin getirilmesinin doğal sonucudur. Yasama anlayışının, yasama buyruğuna dönüşmesi önlenerek, bağımsız anlayış egemen kılınmıştır. Yargısal yorumla, yasama organının, geçmişi kapsayacak yorumlarla, yasaların anlamını değiştirme, amacını saptırma ve kazanılmış hakların çiğnenmesi olasılığını önlemiştir (4).

Yargı denetiminin ikili yararı tartışmasızdır. Denetim ürünü kararlarıyla, etkilendiği bilimi ve öbür yargı çalışmalarını etkilemektedir. Aykırılık ve uygunluk belirlemeleri, «karşıoy gerekçeleri»yle tümlenen kararlar demokrasinin gelişip güçlenmesini de sağlamak-

(4) AKSOY, Muammer; Anayasa Mahkemesi Üyelerinin Seçimi Konusundaki Tartışma (Ve bunun ortaya çıkardığı kamu hukuku meseleleri) Ankara 1962, s. 21.

tadır. Politikanın, hukukun üstünlük ve öncülüğünde, çıkar dalaşlarına girmesi engellenecek, din, inanç, ölkü sömürüsüyle çelmelenen atılımlar, gerçekleşebilecektir. Mahkemenin, günün koşullarına değil, yarının gereklerine yönelik biçimde Anayasa uygulamalarına destek olması konumunun, ulusal istencin bir kurumu, ulusal egemenliğin yargı yetkisini kullanma hakkı bulunan bir bölümü ve demokratik yaşamın temel bir ögesi olmasının gereğidir. Anayasa Mahkemesi, uygunluk denetimiyle, kurucu güçle yasama organı, ulusun Anayasa'ya yansıyan istenci ile çoğunluğun yasaya yansıyan istenci arasındaki uyumsuzluğu, kurucu gücün istek ve amacı doğrultusunda çözer. Denetim, Anayasa'ya göre ve Anayasa uyarınca yapılır. Uygunluk denetimi yasamaya olur veren bir işlem değil, olura bağlı olmayan yasama işlemine yönelik aykırılık savının incelenmesi, sonucun Anayasa'ya göre ve herkesi (yasama, yürütme, yargı organlarını, yönetim katlarını gerçek ve tüzel kişileri) Anayasa uyarınca bağlayacak biçimde (mad. 153/son) belirlenmesidir. Böylesine yansız, bilinçli, üstün ve onurlu bir görevin yerine getirilmesinden gocunulmaz, güven duyulur. Yargı erkinin, anayasal düzeni sarsacağı, bozacağı, kötüye götüreceği kuşku ve suçlamalarına katılmak olanaksızdır. Hak ve özgürlüklerin, yargı erkinin saldırısı, sömürüsü ve kısıncı altında bulunduğunu sanmak bile us dışıdır. Koruyucunun, koruduğunu yakıp yakması, yaralayıp yoketmesi düşünülemediği gibi, bir yüksek yargı organının, Anayasa Mahkemesini bırakalım, bir yerel mahkemenin bile düzen için tehlike oluşturacağı varsayılmaz. Üstelik seçkin, özel yeri bulunan, düzeyi belli Anayasa Mahkemesi'nden asla beklenemez. Mahkemenin, denetim yoluyla öbür devlet organlarının üstüne çıkması da söz konusu edilemez. Yorumlama yetkisine, kural koyma, kurma ve uygulatma (yaptırım belirleme) yetkisi eklense bile yine yasama gücüne (yasamanın bilinen yetkileri karşısında) elatması olanaksızdır. Mahkemenin böyle bir girişimi, özeni, özlemi bulunmadığı gibi yasamanın düzenlediği yasalara, düzenliyeceği Anayasa'ya göre çalışma zorunluluğu, hukuksal gerçeği açıklar. Uygunluk denetimiyle, Anayasa Mahkemesi, yasamayı Anayasa doğrultusunda tutmakta, onu tamamlamaktadır. İkisinin de yapıları, işlevleri ayrı; doğuşları, kaynakları bir, amaçları ortaktır. Bir «kamu organı olan Anayasa Mahkemesi», hukuk, ceza, yönetim gibi öbür hukuk dalları dışında kalan, siyasal bir sorundan ya da olgudan çıkan anlaşmazlıklarla uğraşır (5). Siyasal bir konuyu inceleyip denetlemesi, karar konusunun siyasal ol-

(5) KARAMUSTAFAOĞLU, M. Tuncer; Anayasa Yargısının Önemli Sorunları, AÜHFD. 1986, Sayı 3-4, s. 91 vd.

masını, denetim işlerini salt siyasal kılmaz. Anayasa hukuku, siyasal hukukun kaynağı; siyasal hukuk, anayasal hukukunun bir başka adı da olsa, işlev hukuksal ve yargısal bir denetimdir. Siyasal konuları, dışlayan denetim asla yasama denetimi, uygunluk denetimi olmaz, sözde denetim ya da denetimsizlik olur. Sosyopolitik sonuçlar yönünden hukuksal ve siyasal sorunlar arasında varlığı savunulan iç gerginlik (siyasal çatışma), devingen siyasal alandaki etkin güçleri durağan hukukun denetlenmesinden kaynaklanmaktadır (6). Siyasal konunun incelenmesi, norm denetimini etkilemez. Etkileme, çekinmeyi, bu da yetersizliği ve yozlaşmayı getirir. İptalden kaçınmaya varacak çekinmeler Anayasa'nın geleceğini tehlikeye düşürür. Federal Alman Anayasa Mahkemesi, «Yokluk ya da geçerlik gibi ikili birimden kalkarak aykırılığın tek yaptırımını olarak öngörülen «İptal»ı korumak bir hukuk düzeninin sürekliliği ve çok sayıda özel normun yenilenmesi ya da uygulanmasını gerektiren bir toplum ve devlet yapısı ile bağdaşmayan hukuk şebekesindeki kesiklikleri önlemek için, yeni bir içerik veren karar tipi, Anayasa'ya uygunluk yorumla kurumsal ve hukuksal bedeli daha düşük yaptırım tekniklerini» iptalden sakınma formülleri olarak geliştirmiştir (7). Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin yetkileri ve bu tutumu olumlu gelişmelere neden görülebilir ama bizim Anayasa Mahkememiznin dar yetkileriyle birleşecek çekinme güçsüzlüğe düşürür. Denetim amacından uzaklaşmak, sınır aşmak, «uygunluk» yerine «yerindelik» incelenmesine kalkışmak, yerindelik incelemesini, uygunluk incelemesi adıyla gerçekleştirmek, denetimin kötüye kullanılması, görev ve yetkinin yapılmamasıdır. Öğretide, kuralların şöyle ya da böyle anlaşılması —uygulanması konusunda, Anayasa Mahkemesi'nin görüş belirtemeyeceği, bunun yetkisi içinde olmadığı, böyle davranmasının sonradan, doğrudan görüş bildirmek anlamına geldiğini ileri sürenlere de rastlanmaktadır (8).

ANAYASA MAHKEMESİNİN KARARLARI

Anayasa Mahkemesi, Anayasa Yargısı kurumudur. Anayasal organdır. Anayasa düzenini korumak amacını güttüğünden, uygunluk denetimi sonunda vereceği kararın etkisini gözetemez. Gözeteceği tek

(6) LEIBHOLZ'dan, KARAMUSTAFAOĞLU, M. Tuncer, a.g. İnceleme, s. 94.

(7) ÇAĞLAR, Bakır; Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları 1984, s. 296.

(8) ARMAĞAN, Servet; Anayasa Mahkememizdeki Kazal Murakabe Sistemi (Doktora Tezi), İstanbul 1967, s. 160.

yön, Anayasa'ya uygunluktur. Ölçütü de Anayasa ve üstün hukuk kurallarıdır. Yasa'nın, incelenen kural ya da kararın (dokunulmazlıkta olduğu gibi) aykırılığını saptarsa, sonuçlarını düşünerek iptal karar vermekten kaçınmaz. İncelediği her işlem - düzenleme, Mahkeme katında eşdeğerdir. Konuyu eşitlikle ele alır. 1961 Anayasası'nın 152/4. maddesi «Anayasa Mahkemesi, diğer mahkemelerden gelen Anayasaya aykırılık iddiaları üzerine verdiği hükümlerin olayla sınırlı ve yalnız taraftan bağlayıcı olacağına da karar verebilir» açıklığını taşı-maktaydı. 1982 Anayasası'nda böyle bir kural yer almamıştır. Ancak, 153. maddenin üçüncü fıkrasının ikinci tümcesi «Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir» dedikten sonra, üçüncü tümcesi «Bu tarih, kararın kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak bir yılı ge-çemez» sınırını getirmiştir. İptal durumunda doğacak boşluğun, ka-mu düzenini ve kamu yararını sarsıcı nitelikte, olumsuz yönde, etkile-mesi olasılığında bu yola gidilebilmektedir (2949 nolu yasa mad. 53/5). Böylece kararın kapsamı sınırlanarak ayırık durumlar, kazanılmış hak ilkesi gözetilmekte idi. Olayların özelliği, genel kuralı yalnız o olayda aykırı duruma düşürebilirse, ilgili davayla sınırlı olacak ka-rar, sakıncaları giderebilirdi. Bu kuralın kaldırılması Mahkemenin ça-lışmalarına güçlük getirecek, 153/2. maddeyi daha sık tartışma ko-nusu yapacaktır. Oysa Anayasa Mahkemesi, olayla ve yanlarla bağ-layıcı olmak sınırı için gözettiği nedenlerden başka hiçbir neden gö-zetemez ve yasalar arasında «Daha yararlı, daha önemli» gibi ayırım yapamaz. Kimi yasa için, sonuçlarının kapsamı, etkisi, ilgilileri, akça-lı tutarı, devlete neye mal olacağı, kişi ve kesimlere göre değişen «yurt gerçekleri», ölçü olarak alınamaz. Soyut, esnek, hukuksal olma-yan nedenler, ekonomik, toplumsal, siyasal öğeler denetlemeyle, yo-rumla bağdaşamaz. Kararları bu kişisel, siyasal ya da başka ölçüler-le değerlendirmek yanılığa götürür.

Anayasa Mahkemesi kararlarının niteliği açıktır: Yeni bir yasa-ma işlemini gerektirse de, kendisi eski ya da yeni bir yasama işle-mi değildir. Yasayı kaldıran, durduran bir karar da olsa yasa değil-dir. Yasama organının bir yasayı kaldırmasıyla aynı sonuçlar verse de (her iki organın kararı da Resmi Gazete'de yayımlanınca yürürlüğe gi-rer) aynı nitelikte değildir. Yasanın, belli kural ya da kuralların yürür-lükten kaldırılmasının birçok nedeni olabilmesine karşın, iptal ka-rarının tek nedeni «Anayasa'ya aykırılıktır. Bu, Mahkemenin başka ne-den üzerinde duramayacağını, aykırılığı incelerken hukuksal olanlar-dan başka görüşlere dayanamayacağını, onları gözetemeyeceğini, on-

lardan etkilenmeyeceğini gösterir. Yasama organının yürürlükten kaldırma işlemine eski dilde «ilga» denilir. Anayasa Mahkemesi'nin bu yoldaki kararına «iptal» denilmektedir. Bu kararlar kesindir, bağlayıcıdır, geriye yürümez (mad. 153). Anayasa Mahkemesi'ni bir hüküm iptal etmekten yasaklayan, alıkoyan bir kural bulunmadığı için, açık yetki aramanın aşırı biçimcilik olup Mahkemenin kuruluş amacına aykırı düştüğü, ilke kararları veremediği, ilkeleri yorumlamadığı, «biraz çekingen» davrandığı öne sürülerek, uygunluk sorununun sonucu hiç çekinmeden belirtmesi önerisiyle birlikte iktidar partisinin eğiliminden etkilenme durumunda Anayasa koruyuculuğu görevini yapamayacağı görüşü açıklanmıştır (9, 9/a). Siyasal içerikli yasalara ilişkin sonuçların siyasal olması doğallığı, Mahkemenin siyasal işlerle yükümlü olduğu, siyasal uğraşlar içinde bulunduğu, siyasal kimlik taşıdığı anlamına gelemez. Olaylara özgü karar almak zorunluluğu, ilke kararlarını engellediği gibi ayrıntıda çok değişik yönleri bulunan olayların doğasına, yapısına da aykırı düşer. Ayrıca, önyargı kuşkusunu getirebilir. Kaldık, temel konularda (insan hakları, özgürlükler, hukuk devleti, yargı bağımsızlığı, yargı güvencesi, lâiklik gibi) kararlarındaki denge, görüşlerindeki sağlamlık, beğeni toplamıştır. Prof. Dr. İlhan ARSEL, Anayasa Mahkemesi'nin kendisini saygıya değer durumu getirecek davranışlara yönelmesini bildiğini, bir yandan Batı'da aynı görevi yapan kuruluşların seçkin niteliklerine ve geleneklerine koşut yolu seçtiğini, öbür yandan da fikirleriyle ve görüşleriyle bu kuruluşlara rehberlik etmiş düşünürlerin önerileri gereğince «particiliğe karşı bağımsız, iktidara karşı bağımsız, çekicilik ve öne karşı bağımsız kalma» sağgörüsüyle davrandığını, basın, hukukçuların ve bilim adamlarının yol göstericiliklerinden yararlanmayı bildiğini, kendini frenleme ussalığını gösterip yetkilerinin ne gibi sorunları kapsadığını, nerelere yayılabileceğini, sınırlarının neler olduğunu, oldukça uygun ölçülere dayanıp saptadığını, siyasal düşüncelere olabildiğince yer vermeyip önüne getirilen davaları «hukuksallık» yönünden ele aldığını, böylece saygı, güven, yetke kazandığını, Anayasa'nın getirdiği temel ve üstün bir kuruluş olarak, kuruluşundan bu yana çalışmalarıyla «ne yergiye muhatap, ne övgüye muhtaç» olmadığını gösterdiğini içtenlikle açıkladığını belirtmiştir (10). Bu olumlu kanılarına

(9) ARMAĞAN, Servet; adı geçen yapıt, s. 181.

(10) ARSEL, İlhan; Anayasa Mahkemesinin Bazı Eğilimleri Üzerine Görüşler ve Anayasa Mahkemesinin Kararlarından Özetler; Ankara 1970, s. 4 vd.

karşın, kendi yetkilerini genişletmek ya da geniş sınırlar içerisinde korumak yönünde ciddi denilebilecek bir çaba ve davranış göstermediğini, ancak Anayasa hükümlerinin soyut ve son derece genel nitelikte olduğundan gereksinim durumunda zaman zaman ve pek az böyle bir çaba gösterdiğini, Cumhuriyetin siyasal, sosyal ve ekonomik yaşamı bakımından yönverici, yükseltici, ileriye götürücü bir görevi bulunduğunu yeterince duymadığını, genelde çekingen ve ürkek davranışını, yasama organının istenciyle kendini bağlı saydığını, özgürlükleri korumak amacıyla yetki atılımlarına girmekten kaçındığı izlenimini uyandırdığını ileri sürmüş, «Türkiye'nin içinde bulunduğu koşullara göre değil, fakat içinde bulunması gereken koşullara göre Anayasa denetimi yapması gerektiğini» vurgulamıştır (11).

ANAYASA MAHKEMESİNE VE KARARLARINA YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER, SUÇLAMALAR :

Yetkiyi ya da gücü yitiriyormuş sanarak, yetki ve gücü paylaşmığa katılamayanlar, hukuku, hukuk devletini, anayasayı, yargıyı, bağımsız yargıyı, yargı denetimini, ulusal egemenliği ve ulusal istenci yeterince kavrayamayanlar, siyasal yönleri konumuz dışında kalan 1960 Devrimi'ne karşı çıktıkları için onun getirdiği her şeye karşı çıkmayı da zorunlu sayanlar, bunu işbilenler, yanlış değerlendirip yanılanlar Anayasa Mahkemesi'nin varlığına karşı çıkmışlardır. Kurucu Meclis'in oluşması, Anayasa yapımı da konumuz dışındadır. Duygusalıktan kaynaklanan, bilgisizlik ürünü olan karşı çıkışlar kimi gün «Demokrasi, ulusal egemenlik» adına yapılabilmektedir. Bunların gerçekle ilgisi olmadığından üzerinde durulmayacak, çirkin sataşmaya, karalamaya değin giden bu sakıncalı tutumun ibret örnekleri belirtilecektir. Kimi yüksek yargı organı üyelerinden (üstelik bu göreve Anayasa Mahkemesi'nce seçilmiş) gelen dayanaksız, haksız, yıkıcı eleştiriler, hukuksal içerikten yoksun görüşler, öneriler demokrasi ve hukuk tarihimizde buruklukla anılacaktır. Genelde, kuruluştaki her Anayasa Mahkemesi yadırganmıştır. Yargı denetiminden yana olanlarla yargı denetimine karşı çıkanların çatışan görüşleri Anayasa Mahkemeleri'nin yolunu açmıştır. Ulusu, temsilcilerinin işlemlerine karşı koruyup, ulusal istencin egemenliğini sağlamak, kişisel hak ve özgürlükleri yargı güvencesine bağlamak düşüncesi Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş nedenidir. Yasama organının üstüne çıkıp, dar anlamdaki ulusal

(11) ARSEL, İlhan, a.g.y., s. 4 vd.

egemenliğı zedeleyeceği görüşüyle, yasama yetkisini paylaşmamak tutkusu karşı çıkışların odağıdır. Genelde tüm Anayasa Mahkemelerinin yazgısında bu çizgiler vardır, az ya da çok. Hiçbir utku gibi hukukun utkusu da kolay olmamıştır, hattâ çok güç olmuştur. Değişik biçimde sürdürülen, bilimde savunucuları bulunan eleştiriler durmayacaktır, durmamalıdır da. Bunların yararı çoktur. Demokrasi suskunluk, durgunluk düzeni değildir. Çoğulcu düzende eleştirinin özel değeri, büyük bir yeri vardır. Kamuoyu, kamu organlarının tüm işlem ve eylemlerini gözetir, sesli ya da sessiz denetler. Kararlar nedeniyle tüm Anayasa Mahkemeleri eleştirilmiştir ve eleştirilmektedir. Bunların hepsine değinmek zaman ve yer alacaktır. Anayasa Mahkemesi'ne özelde yönelik eleştirilere şimdiki 153/2. maddeye neden olaylar, durumlar olarak değinmeden önce ilginç bulduğumuz bir görüşü aktarmak istiyoruz : «Yüksek Mahkemeleri eleştiril dışında tutmak bu organlara ne onur ne de gurur sağlar. Tersine, yargıçların yaşam ve kişiliklerini, mahkemelerin verdikleri kararları halkın sürekli gözetimine ve özgür eleştirilerine açık tutmakta fayda vardır. Gerçi bu eleştirilerin çoğu, bunların sahipleri kadar tatsız - tuzsuz, yavan şeylerdir. Ama her türlü eleştiri, hiç eleştiri olmamasından daha iyidir. Ancak partizanca duygulara kapılarak eleştirmek ve Anayasa yargıçlarını partizanlıkla suçlamak, hem bu güvence organının ve hem de anayasa üstünlüğü ilkesinin geleceğini tehlikeye düşürür» (12).

Eleştirilerin bilimsel dayanaklarının bulunması, duygusalıktan uzak yapılması eleştiril olması için zorunlu koşuldur. Yararlı olması da buna bağlıdır. Oysa, siyasal olaylar içinde kendinden söz ettirmek isteyenlerden, hukuka karşı çıkmakla ün yapacağını sananlara değin nice kimse, bilgisi olsun olmasın, bulunsun bulunmasın Anayasa'yı, Anayasa Mahkemesi eleştirmeyi bir hüner saymışlardır. Kaldırılmasına, yetkilerinin daraltılmasına yönelik bu çabaların yanında, hukuk yönünden yanlışlık ve boşluklarını gidermeyi amaçlayan eleştiriler de olmuştur. İşlevi bırakıp yapıyla uğraşmak anlam taşımaz. İşlev üzerinde durulmalı ki olumlu sonuç alınabilsin. Bu görüşe uygun bir eleştirinin ilgili bölümlerinden birkaç tümceyi örnek olarak aktarıyorum : «...iktidar partisi ve bazı aydınlarımız tarafından Anayasa Mahkemesi'nin «Parlamentodan da üstün» bir yer işgal ettiği, bu durumun «millî irade ve millî iradenin üstünlüğü» prensibi ile çatıştığını beyan etmektedirler. Anayasa Mahkemesi kabul edildikten sonra, onun Meclisten üstün olduğu, Parlamentonun kabul ettiği kararları da iptal ede-

(12) KARAMUSTAFAOĞLU, M. Tuncer; adı geçen inceleme, s. 83.

bileceği de kabul edilmiş olmaktadır. Bu hususta herhangi bir tenkidin veya itirazın, artık mesnedi olmamak icabeder.— Anayasa Mahkemesi, idare edenlerin, kanunlar yoluyla, ferdi hakları çiğnemesine ve Anayasaya aykırı tasarruflarda bulunmasına engel olmak için kurulmuştur.— Anayasa Mahkemesini kaldırmak, mutlakla siyasi iktidarın Anayasaya aykırı tasarruflarda bulunacağı ve ferdi hakları ihlalle başlayacağı anlamına gelemaz. Anayasa Mahkemesi olmayan ülkelerde hukuk devletinin olmadığı söylenemez.— Anayasa Mahkemesi kalkınmakta olan memleketimizin hızını kesen kararlar almıştır»(12/a). Yazar, bununla birlikte, bilimsel eleştirinin yararları üzerinde durmuş, bunun dışındaki çabaların gereksizliğini belirtmeye çalışmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin yürütmeye engel saymak bir kuruntudur. Hukuka uygunluğu sağlamakla görevli bir mahkemenin, olağan yetki sınırları içindeki olağan iptal kararlarının başka amaca bağlanması gereksizdir. Hukuku engel görenlerin, hukukun gereklerini bağ sayacaklarından, bu gerekleri gösteren Anayasa Mahkemesi'ni engel saymaları yadırganamaz. Hukuka uymaya çağrılan, elbet hukuka açıkça çatmayıp hukukçuya çatacaktır. Hangi nedenle olursa olsun.

Anayasa Mahkemesi, yasama organının yetkisindeki genişlik ve serbestliğe dokunulmayacağını, özgörü (takdir) hakkına saygılı bulunduğunu birçok kararında belirtmiş, ancak özgürünün sınırsız olmadığını, Anayasa ile sınırlı olduğunu da unutulmayacak biçimde açıklamıştır. Mahkemenin bu anlayışına, salt siyasi konulardaki yansız-özgür tutumuna karşın, Anayasa'nın yasamayı denetleme yetki-görevini yüklemesi, alışılmış yargı sınırlarını aşan bir güçle donanılı olduğu izlenimi vermiş olacak ki, uygun bulmadıkları Anayasa kuralı yerlerine Anayasa Mahkemesi'ni eleştirmeyi yeğlemişlerdir. Almanya'da da «Üstün bir siyasi-yargısal mahkeme» olarak görülmüştür (13).

Anayasa yargısının özel işlevi gözetildiğinde, çalışmalarıyla yasama organının siyasi uğraşlarının ürünü olan yasaları denetliyerek, Anayasa dışındaki pozitif hukuk normlarının üstüne çıkarak siyasi alana da girebildiği saptanmaktadır (14). Bu durumda elbet eleştirilecektir. Eleştiri olunca, doğru-yanlış, iyi kötü, haklı-haksız, yerli-yersiz olabilecektir. Eleştirileri abartmadan değerlendirmek gerekir.

(12/a) ARMAĞAN, Servet; «Cumhuriyet Devrinde Anayasa Mahkemesinin Bazı Kararları», İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, 1973, s. 109-137.

(13) KIRATLI, Metin; adı geçen yapıt, s. 65.

(14) AZRAK, Ölkü; Türk Anayasa Mahkemesi, İÜHF, Cilt XXVIII, 1962, Sayı 3-4, s. 652.

Demokrasilerde her konu, herşey konuşulacağından bunlar hoşgörüy-
le karşılanmalıdır. Demokratik kamuoyu, baskı gruplarının gücüyle
etkinliğini sürdürür. Kararlarını uygun karşılayanlar olabileceği gibi,
aykırı bulanlar da olacaktır. Yargının yazgısı budur. Bir yan sevinir,
bir yan üzülür. Karar bırakılır, karar veren eleştirilir. Yasaları denet-
lemekle yasamanın üstüne çıkılmaz. Siyasal konuları denetlediğin-
den karşıtı çoktur ama Anayasa Mahkemesi kimseye karşı değildir,
olamaz. Siyasal kökenli eleştirilerin zararı, kuruma, Anayasa'yadır.
Siyasal konuların denetiminde ister - istemez, zorunlulukla bu konuda
görüşler kararda yer alacaktır. Konu siyasi olsa, sonuç siyasi ola-
nı etkilerse de işler siyasi değildir, Anayasa Mahkemesi siyaset dı-
şındadır.

«Bir anlamda Anayasa'yı yeniden yapma yetkisi Anayasa Mah-
kemesi üyelerininindir» (15) ve «Anayasa hükmü, Anayasa Mahkemesi-
ne göre belli bir zamanda ne anlamda geliyorsa odur» (16) görüşleriyle
özetlenen üstün ve özel işlev kurumunun eleştirisiz kalması ola-
naksızdır. Hans KELSEN'in «Bir yasayı iptal etmek, genel bir norm
kurmaktır. Çünkü, bir yasanın iptali, onu yapmak niteliğinde aynı ka-
rakteri taşımaktadır. Bu, benzetilmesi uygunsa, negatif bir işlemle
yasa yapmaktır ki, yasama işlerinin bir evresidir. Bu durumda, yasa-
ları iptal etmek yetkisi olan bir mahkeme, sonuç yönünden, yasama
yetkisi olan bir organdır» (17) değerlendirmesindeki bilimsel, hukuk-
sal görüşlerin bilim dışı yorumlanmasından kaynaklanan soğukluk ve
uzaklık, Anayasa Mahkemeleri karşıtlarının dayanağıdır. Gerçekte,
Anayasa Mahkemesi bir hukuk kaynağı, bir ulusal - anayasal güvence,
bir yüksek mahkemeler üstü yargı organıdır. Ülkemizde Anayasa Mah-
kemesi'nin kuruluşu, kanımca, başlıbaşına büyük bir olay, Devlet ya-
şamında önemli bir gelişmedir. Yalnız hukuk tarihimiz için değil, de-
mokrasi tarihimiz için de bir dönüm noktasıdır. Anayasa Mahkeme-
si'nin birkaç kez büyük bunalım ve buhranı önlediği bir gerçektir
(18). Her kişi yanılabilir, her kuruluş yanlış yapabilir. Önemli olan,
özel amaçla, bilinçle «yanlıştan» kural yapmamaktır. Anayasa Mah-
kemesi'nin kararları beğenilmeyebilir. Şöyle ya da böyle olması iste-
nebilir. Aykırı, sakıncalı gelebilir. Hukuksal niteliği, yapısı, içeriği za-
yif, düzeyi aşağı görülebilir. Bunlara karşın, siyasi ağırlığı olmadık-
ça, yasakoyucu yerine geçme amacı güdülmedikçe, Anayasa değişik-
liği eğilimi bulunmadıkça böyle gözetilip eleştirilemez, karşı çıkıla-
maz. 1792 karar içinde 1984 yılı sonuna göre 5 - 6 tanesinin «gürültü»

(15) SOYSAL, Mümtaz; Dinamik Anayasa Anlayışı, Anayasa Dialektiği Üzerine
Bir Deneme, Ank. 1966, s. 99, ayrıca «Günah Kesici» Milliyet, 15.2.1977..

kopartmış olması da olumsuz düzenlemelere dayanak yapılamaz. Anayasal geleneğimiz durumuna gelen hukuk devletinін yüceliğı yargı erkine saygıyla kutsallaşır.

HANGİ KARARLAR İÇİN NELER DENİLMİŞTİR?

Burada kimi kararlar nedeniyle sırf Anayasa Mahkemesi'ni karalamak için yapılan eleştirilere (19, 19/a, b, c, d, e, f), red kararları hakkında, süre, oy sayısı, inceleme yöntemi, anlayış ve değerlendirme biçimine yönelik olumlu ya da olumsuz görüşlere (20) değinecek değilim. 153/2. maddenin evrimsel niteliğinde bir inceleme yaptığımdan, yalnızca, üzerinde çok tartışılan birkaç iptal kararını ele alacağım. Makaleler, seminerler, demeçler bir gerçeğı ortaya koymuştur : Gerçek kusurlu ve suçlu bırakılmış, uygulanmayan Anayasa'nın değışikliği kampanyası, 1965 lerden başlayarak belli kişiler, belli kuruluşlar, belli organlarca, yeni bir Anayasa yapıncaya değin, öğütlenme görünümünde yürütölmüş olup özlemlerine uygun biçim alınmaya dek de sürdürölecektir.

Şimdi bahane yapılan konulara geçiyorum :

- (19) KABAKLI, Ahmet; «Ters düşmek», Tercüman 9.12.1980.
- (19/a) DÖNMEZER, Sulhi; «Tartışma konusu Anayasa», Hür Anadolu - 6.6.1980, «İleri derecede hürryetçil karakterdeki 1961 Anayasası'nın millî bütönlük ruhunu tahrir ettiğini...» İleri sürdüğü «Cumhuriyetimiz ve Millî Bütönlük Ruhu» başlıklı yazısı, İÖHFM. Çift L (1984, Sayı 1-4, s. 323, «Siyasal meclisler yanında, İktidarın kullanılmasına bir ölçüde İştirak eden özgür Anayasal kuruluşlar, özellikle, yargı mercileri görevlerini yerine getirirken mutlaka esas fonksiyonu içinde kalmalı...» dediğı «Devletin Ülkesi Ve Milleti İle Bütönlüğü ve Bölünmezliğı İlkesi» başlıklı yazısı, İstanbul Üniverstesi Hukuk Fakölte'si'nin 50. Yıl Armağanı, İstanbul 1973, sayfa 2.
- (19/b) ALDIKAÇTI, Orhan; «142. Madde Hakkında Anayasa Mahkemesinin Son Kararı», Tercüman 14 - 15.2.1981.
- (19/c) ÖZYÖRÖK, Mukbil; «Anayasada Değışiklik Zarureti», Tercüman 28.4.1980 - «Yargıya Saygı», Tercüman 16.10.1980 - Geçmişte Anayasa Mahkememiz», Tercüman, 13.2. 1982.
- (19/d) İLİCAK, Nazlı; «Nerde O Dernek Şakşakçıları», Tercüman - 26.12.1979 ve sonraları.
- (19/e) ERER, Tekin; «Anayasa Mahkemesi'nin Ters Kararı», Son Havadis - 8.12.1980.
- (19/f) GÖRKAN, Ahmet; «En Büyük Tasamız, Bugünkü Anayasamız», Son Havadis - 12.3.1981.
- (20) SUNAR, Kemal Şehir; Anayasa İle Anayasa Mahkemesi Üzerine Düşünceler ve Eleştiri, İstanbul 1978, s. 135, 203, 265, 287.

I — Kamulaştırma konusunda;

1. Kamulaştırma karşılığının arazi vergisine matrah olan değerin dört katı ile sınırlanmasına ilişkin 4753 no. lu Çiftçiyi Topraklandırma Yasası'nın 21. maddesindeki kuralın iptali kararı (21),

2 — İmar Yasası'na göre şuyûlandırılan taşınmazların gerçek karşılığı verilmeksizin yüzde yirmibeşi kadar noksanı ile sahiplerine dağıtılabilmekesine ilişkin 6785 no. lu İmar Yasası'nın 42. maddesindeki kuralın iptali kararı (22),

3 — Kamulaştırma karşılığının vergi değerinin onbeş katını geçmeyeceğine ilişkin 6746 no. lu yasanın 6. maddesindeki kuralın iptali kararı (23),

4 — Devletleştirilen ormanların karşılığının arazi vergisine matrah olan değere göre ödenmesini öngören 4785 no. lu yasanın 3. maddesindeki kuralın biçim koşuluna aykırılık savıyla iptali kararı (24),

5 — 9.7.1961 günlü, 334 no. lu T.C. Anayasası'nın 20.9.1971 günlü, 1488 no. lu yasa ile değişik 38/2-3. maddesinin Anayasa'nın 9. maddesine aykırılığı nedeniyle iptali kararı (25).

Bu kararlarıyla AYM. nin, ancak mülkiyet ve özel girişim haklarının sınırlanması yönünden, Anayasa'nın 36. ve 46. maddeleriyle getirilmiş belirsiz bir kıstas olan «kamu yararı» kavramını ekonomik ve sosyal özgürlükler dışında kişi hakları ve özgürlükleri yönünden de büyük rahatlıkla kullanmasının «yargıç devleti»ne götürebileceği endişesine neden olduğu, herşeyi topluma feda etmenin faşizme kadar

(21) 18.3.1963 günlü, E. 1963/10, K. 1963/61 sayılı, AKD. Sayı 1, Sayfa 142-144.

(22) 22.11.1963 günlü, E. 1963/85, K. 1963/278 sayılı AKD. Sayı 1, Sayfa 501-510.

(23) 31.3.1963 günlü, E. 1963/102, K. 1963/25 sayılı, AKD. Sayı 2, Sayfa 105-107.

(24) 23.6.1964 günlü, E. 1963/141, K. 1964/50 sayılı, AKD. Sayı 2, Sayfa 196-204.

(25) 12.10.1976 günlü, E. 1976/38, K. 1976/46 sayılı, AKD. Sayı 14, Sayfa 252-286.

Bu kararlar, biçim denetimi yoluyla öz yönünden iptale gidilmiştir. Eleştiri konusu yapılan da budur. Oysa, önemli bir sorun Mahkemenin özenli, duyarlı davranışıyla, hukukta önemli bir aşama sayılan tutumuyla sorunu çözmüştür. Anayasa'nın 9. maddesindeki değışmezlik ilkesinin asıl amacının, tüm nitelik ve ilkeleriyle Cumhuriyet sözcülüğüyle adlandırılan devlet sistemi olduğu, güvence altına alınan «Cumhuriyet» sözcüğü değil, «cumhuriyet rejimi» bulunduğu, cumhuriyet sözcüğü saklı tutularak, rejimin niteliklerini değıştirecek bir «teklif»in Anayasa'ya aykırı düşeceği görüşünden kalkılarak «Cumhuriyetin niteliklerinden bir bölümünü bozucu ve zedeleyici etki taşıyan, böylece 9. maddede yer alan teklif edilemezlik ve değıştirilemezlik ilkelerine aykırı» görüldüğü gerekçesiyle iptal kararı verilmiştir.

varmasına nasıl engel olunabileceğinin belli olmadığı, siyasal bir tercih olan «kamu yararı»nın ne olduğunun takdir yetkisinin yargıçlara bırakılmasıyla «yargıçlar devleti» tehlikesinin başlayacağına değinilmiştir (26). Yine kamulaştırmaya ilişkin kararları nedeniyle, Anayasa Mahkemesi'nin tam anlamıyla başarılı olduğunun söylenemeyeceği, olumsuz izlenime yol açan tutumlarının başında «kamulaştırmada gerçek karşılık» konusuyla ilgili kararlar dizisinin geldiği, Mahkemenin «gerçek karşılık» temini belli bir zamandaki piyasa değerine yani râyîç bedele eşit sayarak mülkiyetin değerlendirilmesini kurulu düzenin piyasa mekanizmasına terkettiği ileri sürülmüştür (27). Anayasa'nın 38. maddesine aykırı bulurken, kamulaştırma ile vergilendirme arasında bağlantı kuran sistemi büsbütün çürütmekten kaçınacağı yerde doğrudan doğruya «râyîç bedel» kıstasına sığradığı, böylece, ileride yapılabilecek tutarlı sistem denemelerinin olanaklarını büyük ölçüde kaldırdığı belirtildikten (28) sonra ileriye dönük ve kendi dayanaklarını yığınlarda aramaya yönelmiş bir anayasa anlayışının kurulu düzeni donduracak yorumlardan kaçınması gerektiği, Anayasa Mahkemesi'nin sınıfsal etkilerden, önyargılardan ve değerlerden tam anlamıyla uzaklaşarak karar vermesi, kuruluşun «sosyal adalet ve mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olmasını önleme ilkesi»nin gerçek dayanaklarını yaratacak yapısal çözüm yollarını tıkayıp tıkamadığına göre değerlendirilmesi üzerinde durulmuştur (29). Mümtaz SOYSAL, Anayasa Mahkemesi'nin, anayasa değişikliklerinin Anayasa'ya uygunluğunu öz yönünden denetleme hakkını kendinde görerek biçim incelemesiyle cumhuriyetin temel ilkelerini yorumlayarak Anayasa'nın özüne, temel ilkelerine aykırı bulup iptal etmesinin «yargıçlar devletine gidiliyor mu, siyasal kadrolar büsbütün etkisiz bırakılmak isteniyor mu?», endişelerini yaygınlaştırdığını, Anayasa değişikliği ve yeni bir Anayasa getirilmesi kıpırdanmalarıyla beklentilerine biraz daha ağırlık eklediğini, başlangıçtaki «zikzaklı ve biraz tutuk tutum»dan sonraki bu kararlarıyla «sonucunun nerele-re kadar varabileceği pek kolay kestirilemeyen yeni bir çığır içine girmekle kendi durumunu tehlikeye soktuğunu» söylemiştir (30).

II — Seçim yöntemi konusunda : 1306 no. lu yasanın 1. maddesiyle 306 no. lu yasaya eklenen 32. maddenin dördüncü ve beşinci fık-

(26) SOYSAL, Mümtaz; a.g.y., s. 96.

(27) SOYSAL, Mümtaz; a.g.y., s. 101.

(28) SOYSAL, Mümtaz; a.g.y., s. 102.

(29) (29) SOYSAL, Mümtaz; a.g.y., s. 102.

(30) SOYSAL, Mümtaz; Anayasa Yargısı, AYM, yayını, s. 91-92.

ralarını, Anayasa'nın 55. maddesine öz yönünden aykırı bularak iptal eden karar, en çok tartışılan kararlarından (31). Küçük partilere temsil olanağını sağlayan «ulusal artık - kalıntı» (millî bakiye) sistemini kaldırıp «baraj sistemi»ni getiren değişikliğin iptalidir. Kararda kullanılan karşıoylar, Anayasa koyucusunun uygulanacak seçim sisteminin belirlenmesini Anayasa'nın 55. maddesinde gösterilen ilkelere ayrılmamak koşuluyla yasakoyucuya bıraktığı, çoğunluğun bu ilkedan ayrılarak 55. madde dışındaki ilkelerin de seçim yasasında gözetilmesi gerektiğini kabul ettiği, oysa seçme hakkının yasakoyucu tarafından yansız ve objektif biçimde düzenlendiği, Anayasa'nın 55/1. maddesinin yasakoyucuya verdiği özgörüye dayanan engelin seçme ve seçilme hakkına elatma (müdahale) olmayıp geçerli bir işlem bulunduğuna gerekçelerine dayandırılmıştır.

1961 seçimleri sistemine dönüşü engelleyen iptal kararı, sonuçta, dolaylı da olsa «Barajlı D'Hondt Sistemi»ni getirmiştir. Kararın gerekçesi iyi incelendiğinde saptanacaktır ki «... Demokratik hukuk devleti ve seçim serbestliği ilkelerine, seçme ve seçilme hakkına, Anayasa'daki çok partililik görüşüne» aykırı bulunmuştur. Bu kararla, Anayasa Mahkemesi'nin eski sisteme dönüşü değil, «Barajsız D'Hondt sistemi» diye yeni bir sistem getirdiği ileri sürülmüştür. Bir yasama organı gibi yeni bir seçim sistemi getireceğine, ulusal kalıntı sistemine dönüşmesini sağlamanın daha uygun olacağı belirtilmiştir. Görünüm, biçimsel bakımdan, yasakoyucu yerine geçme gibiyse de gerçekte böyle bir çaba, bu amaçla verilmiş bir karar yoktur. Sınır çizmek oldukça güçtür. Mahkemenin bu amaçla değil, hukuksal görüşü nedeniyle sonuca varması, duruma açıklık getirir. Dava konusu yasanın iptal edilmeyen kuralları yürürlüktedir, yasama organı da, karardan sonra istediği sistemi kabul etmekte serbesttir. Elinde alınan, ona bırakılmayan bir şey yoktur. Nitekim, genelde Anayasa Mahkemesi'ne karşı görülen bir yazar şunları söylemiştir :

«... Anayasa Mahkemesi, baraj usulünü, sadece bu baraj kaydını, Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Baraj kaydı, kanun metninin çıkarıldıktan sonra, geri kalan hükümler müstakillen yürüye bilme imkânı gösterdikleri ve Anayasaya aykırı olmadıkları için iptal edilmemişlerdir. Bu suretle, baraj kaydı kaldırılınca, bızatılı kanun, klâsik d'Hondt sistemini ifade eder olmuştur. Bu tahavvülü, Anayasa Mahkemesinin iki sistem arasında bir tercih yaptığı ve yasama orga-

(31) 3, 4, 6 Mayıs 1968 günü, E. 1968/15, K. 1968/13 sayılı, AKD. 8, Sayfa 141-226, (Resmî Gazete 24.10.1968, 13035).

nının yetkisini kullandığı anlamına almak, Anayasa Mahkemesindeki iptal usûlünü, sayın hukuk danışmanlarının bilmemelerinden ileri gelmektedir. Anayasa Mahkemesi, bir kanun hükmünü iptal için, onun Anayasaya aykırı olup olmadığına bakar; aykırı ise iptal eder. Ancak bunu müteakiptir ki, Anayasaya aykırı olmayan fakat aykırı hükmün iptaliyle kendi yürürlükteki kabiliyetini kaybeden hükümler de iptal edilir; fakat bu hâl yoksa, yani diğer hükümler müstakillen mer'î olabilecekse, bunların iptali söz konusu olamaz. Anayasaya aykırı olmayan ve yürürlük kabiliyeti gösteren hüküm, ne sebeple iptal edilecektir?» (32).

Anayasa Mahkemesi'nin kararı «ulusal kalıntı» sistemine dönüşü getirmemiştir. Bu nedenle eleştirilebileceği söylenmişse de kararın önemli olan yanının «toplum içindeki yeni güçlerin oluşmasını, örgütlenmesini ve kendileri için elverişli koşullar ortasında siyasal yarışmaya katılmasını 1961 Anayasasının gereklerinden biri saymış olması» gösterilmiştir (33). Böylece, oyların etkisiz kalmasının sırf yasama organının özgürsüne bırakılan nedenlerle ortaya konulmuş yapay engel sonucu olmadığı vurgulanmış, özgürünün sınırsızlığının savunulamayacağı doğrulanmıştır. Bir milletvekili çıkaracak kadar oy toplamamış siyasal partilerin Meclis'te temsilini önlemekle birlikte, bir milletvekili çıkaracak kadar oy kazanmış bir siyasal partiye de o çarenin tüm milletvekilliklerinin verilmesine yolaçan nitelikteki değişikliğin iptaliyle, engel ve beraat kalkmıştır.

Anayasa Mahkemesi, daha önceki iki kararda temel ilkeyi şöyle açıklamıştı «T.C. Anayasası vatandaşlara seçme ve seçilme hakkına kayıtsız ve şartsız olarak vermiş değildir. Tam tersine, bu hakkı ancak kanunda uygun bulunması hâlinde tanımıştır (mad. 55). Seçimlerin serbest, eşit gizli, tek dereceli ve genel oy ve açık sayım ve dö-küm esasları dışında kalan bütün şartları ve nitelikleri kanunkoyucunun takdirine bırakılmıştır (34, 35). Açıkça saptanacağı üzere, yasakoyucunun sınırlı özgürsüne bırakılan düzenleme işini Mahkemenin üzerine alması durumu yoktur. Yasakoyucuya bıraktığını söylerken görüşüyle tutumu da doğrulanmıştır. Bu karar için «Yasama yetkisini adeta bizzat kullanır davranışlarda bulunduğu» (36) savında bulunul-

(32) ÖZYÖRÜK, Mukbil; «Anayasa Mahkemesinin Son Kararı Üzerine», Cumhuriyet, 22.5. 1968.

(33) SOYSAL, Mümtaz; a.g.y., s. 84.

(34) 5.3.1965 günlü, E. 1963/171, K. 1965/13 sayılı, AKD. 3, sayfa 83-104.

(35) 13.1.1966 günlü, E. 1964/26, K. 1966/1 sayılı, AKD. 4, sayfa 19-39.

(36) ARSEL, İlhan; a.g.y., s. 6.

muşsa da, «Mahkeme, sanıldığı gibi seçim sistemleri arasında bir tercih yapmamıştır. Kendi fonksiyonlarını aşarak yasama organının yetki alanına giren bir konuya elattığı ve böylece yetki gasbında bulunduğu kesinlikle söylenemez. Çünkü, Mahkeme, yasama organının takdirini büsbütün değiştirmiş veya onun yerine yeni bir kural ya da seçim sistemi koymuş değildir. Ortada iptal tekniği ile ilgili bir durum vardır. Doğan boşluğu doldurmak yasama organının elindedir, Mahkeme bunu engellemiş değildir» (37) görüşüyle savunanlar da olmuştur. Gerçekten Mahkeme, istese de yasama organını engelleyemez ya da çok güç engelleyebilir. Zamanın Başbakanı bu karar üzerine, «Kanun yapma yetkisi Meclis'te kalmalıdır» (39) demiştir. Meclis'te bir çabaya tanık olunmamış, bir yasama işlemine girilmemiştir. Hukuksal eleştiril yerine, gereksiz yakınma ve suçlama yeğlenmiştir (40). Kararlarını eleştirmekle birlikte varlığını savunan çağdaş görüşe az rastlanmıştır (41).

Anayasa Mahkemesi'nin «hukuk dışı»na düşmesini önleyen, sağlıklı ölçütleri, onu «keyfîlik»ten de alıkoyar :

- a — Anayasa kuralları,
- b — Bunların dayandığı hukukun genel ilkeleri,
- c — Anayasa'nın «Başlangıç»ı,
- d — Devrim yasaları,
- e — Devletler hukuku kuralları,
- f — Mahkemenin kendi kararları.

Uygunluk denetimini içine sindiremeyenlerin, hem özgürlükçü olduklarını söyleyip hem devlet baskısına (kişisel hak özgürlüklerin güvencesiz kalmasına) gidecek düzenlemelere önayak olanların, çelişkileri, iki yanlı aktarılan eleştirilerle kanıtlanmaktadır.

III — Siyasal Partilere Hazinece yardımda ayırma ilişkin, 648 no. lu Siyasal Partiler Yasası'nın 22.2.1968 günü, 1017 no. lu yasayla değişik 74. maddesinin, Anayasa'nın 56. ve 61. maddelerine aykırı bu-

(37) KARAMUSTAFAOĞLU, M. Tuncer; a.g. inceleme, s. 99-100.

(38) Adalet Gazetesi 9.5.1968.

(39) DEMİREL, Süleyman; Cumhuriyet 24.1.1976, 16.12.1976, Milliyet, 12.2.1978 ve 28.5.1977.

(40) BAYAR, Celal; Tercüman 22-24.8.1978.

(41) İNAN, Şefik; «Anayasa Mahkemesi Kararı», Milliyet, Haziran 1971.

lunarak oyçokluğuyla iptali (42) ile Siyasal Partiler Yasası'nın 74. maddesini partilere Hazine yardımı için yeniden düzenleyen 2.2.1970 günlü, 1219 no. lu yasanın bu kez ilke olarak Anayasa'nın 56. ve 61. maddelerine aykırı bulunarak oyçokluğuyla iptali kararı (43) demokratlaşmayanlarla Anayasa Mahkemesi'nin arasındaki soğukluğu artırmıştır.

IV — TBMM. üyelerinin ödenek ve yolluklarında, 657 no. lu yasanın, 31.7.1970 günlü, 1327 no. lu yasa ile değiştirilmesiyle yapılan artırma ve eklerin Anayasa'nın 82. maddesine aykırı bulunarak oyçokluğuyla iptaline ilişkin karar (44) birçok politikacıyla Anayasa Mahkemesi'nin arasının açılmasına yetmiştir.

Bu konuda benzer bir karar (45) da, Anayasa'nın 82/1. maddesindeki «aylık ve ödenek» deyimlerinden «ödenek» sözcüğünün, «yolluk» olarak anlamak gerektiğini belirten karardır. Böylece Anayasa'nın dışına taşarak oldukça geniş ve serbest bir yorum örneği vermekle eleştirilen Anayasa Mahkemesi (46) daha sonra TBMM. eski üyelerine ayrıcalıklar sağlayan 25.12.1979 günlü, 2254 no. lu yasaı iptal eden 1.7.1980 günlü, 6. 1980/28, K. 1980/45 sayılı kararı için övülerek kutlanmıştır (47).

Bir yaşam gerçeği, çok doğal bir durumdur ki, kişi, kendine karşı saydığı, kendini dışarda bırakan, sınırlayan oluşumlara düşmanlık ölçüsünde karşı çıkmaktan kendini alamıyor. Anayasa'yı istemeyenlerin, gidişlerine engel sayanların, onun kurduğu Anayasa Mahkemesi'ne katlanmaları çok zaman alacaktır.

V — Saldırı nedeni yapılan, Mahkemenin varlığını tehlikeye düşürecek ölçüde sömürülen bir karar da 15.5.1974 günlü, 1803 no. lu Cumhuriyetin 50 nci Yılı Nedeniyle Bazı Suç ve Cezaların Affı Hakkında Kanun'un 5. maddesinin (A) bendinin biçim yönünden oyçokluğuyla iptale ilişkin olandır (48).

(42) 18-19.2.1969 günlü, E. 1968/26, K. 1969/14 sayılı, AKD. 7, sayfa 244-268.

(43) 2.2.1971 günlü, E. 1970/12, K. 1971/13 sayılı, AKD. 9, sayfa 281-303.

(44) 28.1.1971 günlü, E. 1970/49, K. 1971/11 sayılı, AKD. 9, sayfa 250-275.

(45) 12.7.1965 günlü, E. 1965/19, K. 1965/42 sayılı, AKD. 3, sayfa 175-200.

(46) ARSEL, İhan; a.g.y., s. 5.

(47) VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Valdet; «Üç Yüksek Mahkeme Kararı», Cumhuriyet 8.7.1980.

(48) 2.7.1974 günlü, E. 1974/19, K. 1974/31 sayılı, AKD. 12, sayfa 262 vd.

(Bu karara övgü, Nadir Nadi, «İptal Kararı Üzerine», Cumhuriyet 5.7.1974.)

Bu konudaki karşıoyların gerekçeleri özetle şöyledir :

1 — Anayasa'ya göre af yetkisi yasa niteliğinde değil karar niteliğinde bir işlemle kullanılır. Anayasa, yasama organının bu nitelikte bir işlemi anayasaya uygunluk denetimine bağlı kılmadığından bu davaya bakmak Anayasa Mahkemesi'nin görevi dışındadır. Af yetkisi ancak, karar biçiminde kullanılır. Denetimle, yasama organının özgörü yetkisine bırakılmış bir konu, Anayasa Mahkemesi'nin özgürüsüne bırakılmış olur. Mahkemenin kararları, denetlemesi, yasama organının mutlak özgürüsüne bağlı bir yetkiye elatması sonucunu verir ki bunun da Anayasa'nın belirlediği görev ve yetki sınırlarıyla bağdaşması olanaksızdır. Mahkeme, denetim dışı kararı denetlemeye girişmekle Anayasa'nın değişik 147. maddesinin birinci fıkrasıyla belirlenmiş «uygunluk denetimi yetki alanı»nı aşmış ve böylece kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet Yetkisini kullanma durumuna gelmiştir. Bu davranış Anayasa'nın 4/son maddesindeki bağlayıcı temel kurallara uyuşmaz.

2 — İptal kararlarının boşluk yaratmaması, kamu düzeninde karışıklık ve duraksama doğurmaması için bunların yürürlüğe gireceği tarihin Anayasa Mahkemesi'nce belirlenmesi Anayasa'nın 152/2 ve 44 no.lu yasanın 5/3-4 maddelerince öngörülmüştür. İptal, yasama organının açıkca belli ettiği istencine aykırı düşen bir kapsam genişlemesine yol açtığından, biçim yönünden aykırı görülen yasama işlemi düzeltilmesi olanağının yasama organına tanınması gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin TBMM'nin yetkisine elatıp yasama organının afı değer bulmadığı suç ve cezaların affını sağlamış olmak gibi bir görüşe neden olacağı muhakkaktır. Yasanın sistematığı yönünden öbür hükümlerinde yaratılabilecek eşitsizlik ve düzensizliğin giderilmesi ne olarak sağlamak amacı ile iptal kararının yürürlüğe gireceği günü saptamak ayrıca yararlı olacaktır. Bu gerekçeler yasa'nın 2/A ve 2/B bendlerinin biçim yönünden iptallerine ilişkin 28.11.1974 günlü kararlarda da yinelenmiştir (49, 49/a).

Görülmektedir ki, karşıoy gerekçelerinde hukuksallıktan asla uzaklaşmadan «yasama organının istencine elatma» durumu söz konusu olmuş, tartışılmıştır. Mahkeme bu uyarı ve önerilere karşın, bunları gözeterek, iptal kararı almakla hukukça uygun bulduğunu yapmıştır. Mahkemenin amacında başka neden yoktur. Yasanın biçim ya da öz yönünden aykırılık taşıması sonucu etkilememektedir. Aykırı-

(49) E. 1974/34, K. 1974/50 sayılı, AKD. 12, sayfa 419-454.

(49/a) E. 1974/39, K. 1974/51 sayılı, AKD. 12, sayfa 455-481.

lık saptanırsa, hangi nedenle olursa olsun, sonucu ne olursa olsun iptal kararı verilir. Koşulları varsa kararın yürürlüğe gireceği tarih ayrıca belli edilir. Karar gerekçesinden, mahkemenin boşluk, düzensizlik bulmadığı anlaşılmaktadır. Yasayı çıkaran organın aykırı davranışı gözardı edilip, sonuçta Mahkemeyi suçlamak haksızlıktır. Affedilenler arasında kimler bulunuyorsa, karardan yararlananlar içinde de bunlar ayırmızsız olarak var. «Yalnız terör suçlularının yararlandığı, affın anarşiyi körüklediği» bir varsayım bile olamaz. Af yasasının zamanı, tekniği, içeriği, kamusal yarar, yasama organının bileceği işler. Sık sık bu yola başvurulup vurulmadığı, bunun yerlindeliği ya da yer-sizliği de ayrı konudur. Mahkemenin, önceki başkanlarından Muhittin TAYLAN, yazılarından birinde, af yasasında öze bile girilmediğini, haksız eleştiri ve dayanaksız görüşler gözetilirse «işlevsiz mahkeme» durumuyla karşılaşılacağını söylemiştir (50). Demeç ve yazıları da bu doğrultudadır (50/a, 50/b).

Anayasa Mahkemesi'nin, af yasasından yararlanmış olanların cezalarının Türk Ceza Yasası'nın 77. maddesi uyarınca birleştirilmesi, uygulanacak cezadan ayrıca 12 yıl indirilmesi (mad. 6/2) ile anılan maddede öngörülen düzeye ulaşmayan cezalardan ayrıca indirim yapılmasına (mad. 6/3) ilişkin kararları da vardır (51, 52).

1803 no. lu Af Yasası'nın 7/A maddesindeki «af yasasından yararlanarak yaşamboyu ağır hapis cezaları 24 yıl ağır hapse çevrilenlerin dışarda geçirecekleri 1/3 sürenin Af Yasası'yla çevrilen ceza üzerinden hesaplanacağını öngören kuralın» Anayasa'nın 12. maddesine aykırı bulunarak iptaline ilişkin karara (53) karşıoy kullanan altı üyeden birisi karşıoy gerekçesinde «Yeni bir af gibi iptal kararı alınmıştır. Yasama organının yerine geçilip karar verme, uygunluk denetimi yaparken yargı yönetimi kurar gibi bir tutum içine girme görünümü verecek nitelikteki kararlardan özenle kaçınmak gerekir.» (54) demiştir. «Yasama erkinin yetki alanını da gözettiğini» belirten bu üyenin, kaçınılmasını istediği tutum, «görünüm»dür. Görünümden bile kaçınılması gereği üzerinde durulmuştur. Gerekçenin anlamı, görünüm aşamasının geçildiği savına elverişli değildir. Mahkeme, bu kanıda

(50) «Yargıya Saygı» Cumhuriyet 13.12.1980.

(50/a) Hürriyet, 25.5.1975.

(50/b) «Anayasa Yargısının Sınırları» Cumhuriyet 18.2.1977.

(51) 24.8.1976 günlü, E. 1967/7, K. 1976/35 sayılı, AKD. 14, sayfa 240-244.

(52) 24.6.1976 günlü, E. 1976/12, K. 1976/38 sayılı, AKD. 14, sayfa 246-251.

(53) 13.3.1979 günlü, E. 1978/67, K. 1979/14 sayılı, AKD. 17, sayfa 100-124.

(54) ÖZDEN, Yekta Güngör; (Resmî Gazete 24.5.1979 - 16646, sayfa 43-44).

olmadığı için kararını vermiştir, verdiği kararı bu aşırılıkta bulmamıştır. Üyeler ve Mahkeme, yasama alanına elatılmamasında özenli ve duyarlıdırlar.

VI — Ölüm cezalarının yerine getirilmesine ilişkin 17.3.1972 günlü, 1576 no. lu yasa (55) yı, Anayasa'nın 147. maddesinde geçen bir yasa kabul ederek verdiği karar (56) nedeniyle de Anayasa Mahkemesi siyasal kesimlerce eleştirilmiştir. Karar gerekçesi en iyi yanıtıdır.

VII — Devlet Güvenlik Mahkemelerinin 20.6.1973 günlü 1773 no. lu yasasının biçim yönünden iptaline ilişkin karar (57) gerekçesinin açıklığıyla, 1699 no. lu yasa ile Anayasa'nın 136. maddesine eklenen Devlet Güvenlik Mahkemeleri kuruluşunu sağlayan kurallara yönelik davaların reddine ilişkin eleştiriler karşılanmıştır. Mahkemenin «dileklere» göre değil, «gereklere» göre karar vereceği herkesçe bilinmelidir.

Kamuoyunda uzun süre sözü edilen ve 1961 Anayasası'nda değişiklik yapılarak girilen düzenlemenin hukuksal yanından çok siyasal yanı üzerinde durulmuştur. Oysa bunun, Anayasa Mahkemesi'yle hiçbir ilgisi yoktur. Mahkemenin biçim yönüyle de olsa hukuka aykırılığı gidermesi, biçim-öz ayırımı götürmemesi, hukukta ödün vermemesi görevini gereğiyle yaptığının güvenliğini duyurmalıdır.

VIII — Önceki Anayasa'nın 68/son maddesindeki «Affa uğramış olsalar da milletvekilli seçilemezler» hükmü, 6.11.1969 günlü, 1188 sayılı yasa ile değiştirilerek eski Demokrat Parti'li parlamenterlerin siyasal hakları geri verilmişti. Anayasa Mahkemesi'nin bu yasayı biçim yönünden iptal etmesi (58) eleştiri konusu oldu. Nedense, hukuksal yönden değil, siyasal yönden tartışma alanına sokulmak istenmiştir. 16 Nisan 1974 günlü, 1801 no.lu yasayla, siyasal bağış yinelemesiyle Mahkemenin kararı geçersiz kılınmıştır.

IX — Sıkıyönetimin sona ermesiyle, Sıkıyönetim Komutanlığı'na bağlı olarak kurulan Askeri Mahkemelerin ve bu mahkemelerdeki savcılarının görevlerinin sona ermiyeceğine ilişkin, 1402 no.lu Sıkıyönetim Yasası'nın 23. maddesindeki kuralı, oyçokluğuyla Anayasa'nın 32., 124. ve 138. maddesine aykırı bulup iptal edince (59) yine sataşmalar

(55) Deniz Gezmiş, Yusuf Aslan ve Hüseyin İnan hakkında.

(56) 6.4.1972 günlü, E. 1972/13, K. 1972/18 sayılı, AKD. 10, sayfa 273-284.

(57) 6.5.1975 günlü, E. 1974/35, K. 1975/128 sayılı, AKD. 13, sayfa 483 vd.

(58) 16.6.1970 günlü, E. 1970/1, K. 1970/31 sayılı, Resmi Gazete 7.6.1971-13858.

duyulmuştur. Sonra 15.3.1973 günlü, 1699 no.lu yasayla Anayasa'ya eklenen Geçici 21. Madde, ellerindeki davaları sonuçlandırıcaya değin anılan mahkemelerin görevlerini sürdürmelerine olanak tanımıştır.

Siyasal kökenli olduğu gözlenen eleştiriler giderek yoğunlaştırılmış, «yasa dışı kuruluşlara üye olunmaması suç sayılan durumlarda, kimi eylemleri işleyenlerin aksini ispat etmedikçe o kuruluşun üyesi sayılmalarına» ilişkin, Ceza Yargılama Yöntemi Yasası'na 5.3.1973 günlü, 1696 no.lu yasayla eklenen «Ek. 2. Madde»nin Anayasa'nın Başlangıcıyla, 2., 12. ve 31. maddesine aykırı bulunup iptal edilmesi de (60) söz konusu yapılmıştır. Oysa, hukuksal gerçek, temel ilkeler bellidir. Olumlu karşılanan nice karar da Mahkeme'yi haksız eleştiriden kurtaramamıştır.

Anayasa'da değişiklik istekleri baskı düzeyine gelince, kamuoyunu aydınlatma çabalarına da rastlanmıştır. Bu arada, Anayasa Mahkemesi'nin önceki üyelerinden Feyzullah USLU, sorumluluğu yöneticilerde, kimi partilerde bulmuş, «yıkıcı olayların sorumlusu vardır, fakat 1961 Anayasası asla!» demiştir (61). Anayasa değişikliğinin gereklerine nedenleri sürekli tartışılmıştır (61/a, b). Prof. Dr. Muammer AKSOY da, «Hükümet bunalımlarını önlemek için Cumhurbaşkanının yetkilerini artırmak amacıyla» değişiklik istemiştir (62).

Milliyet Gazetesi, üç açık oturum düzenliyerek soruna açıklık getirmeye çalışmıştır. 25.7.1971 günlü ilk düzenlemesinde «Anayasa'da Değişiklik» konusunda Prof. Dr. Vakur VERSAN, Prof. Dr. Ümit DOĞANAY ve Doç. Dr. Türker DERELİ; 24.12.1972 günlü ikinci düzenlemede de «Anayasa Değişikliği, Yargılama ve Temel Haklar» konusunda Prof. Dr. Şahir ERMAN, Prof. Dr. Vakur VERSAN ve Prof. Dr. Aydın AYBAY görüşlerini açıklamışlardır.

12 Eylül 1980 öncesinde Tercüman Gazetesi'nin düzenlediği seminerde ilginç, üzerinde günlerce konuşulacak, çok şeyler yazılabilecek görüşler ortaya atılmıştır. Konuşmacılardan Prof. Dr. Yaşar KARAYALÇIN'ın «Anayasa değişirse demokrasi elden gider endişesi ne kadar yresizse, Anayasayı değiştirmekle herşey düzelecek görüşüde

(59) 15-16.2.1972 günlü, E. 1971/31, K. 1972/5 sayılı, AKD. 10, sayfa 155-236.

(60) 29.1.1980 günlü, E. 1979/38, K. 1980/11, AKD. 18, sayfa 87-115.

(61) USLU, Feyzullah; «Anayasa Suçlu Değildir», Milliyet 2.7.1971.

(61/a) GİRİTLİ, İsmet; «Anayasa Neden Değişmeli», Milliyet - 11.6.1971.

(61/b) TAHTAKILIÇ, Ahmet; «Anayasa'ya Dokunmayalım», Akşam - 13-14.8.1971 ve Özel Baskı 1980.

(62) «Anayasa Değişikliği Gerekir», Cumhuriyet - 8.12.1974.

geçerli değildir» diyerek (63), kalkış noktasının yanlışlığını ortaya koymuştur. Seminerdeki görüşler yazılarda incelenerek karşı düşünceler de açıklanmıştır (64).

Milliyet Gazetesi'nin, «İktidar, Parlamento ve Yargı Gücü» konulu üçüncü açık oturumunda (65) İngiltere Lordlar Kamarası Üyesi (yargı yetkili kurulda görevli) Lord DIPLOCK, Prof. Dr. Vakur VERSAN ve Doç. Dr. Erdoğan TEZİÇ görüşlerini açıklamışlardır. Prof. VERSAN «Yargı organlarının yetkilerini, Parlamento gibi asıl kaynaktan ulustan aldıklarını», Lord DIPLOCK «İngiltere'de de parlamentonun çıkaracağı ve çıkarmıyacağı yasalar bulunduğunu, çok ters olanların karşısına doğrudan ulusun çıkacağını», Doç. TEZİÇ de «Anayasa'nın TBMM'ni tek yetkili organ olmaktan çıkardığını, özellikle yasaların Anayasaya uygunluğunu denetleyen Anayasa Mahkemesi'nin egemenliği kullanan yetkili organlardan biri bulunduğunu, Anayasa'nın üstünde, TBMM'nin değiştiremeyeceği Anayasa üstü normların oluşmasına yolaçtığı yasaların bazen parlamentonun tercihiyle Anayasa Mahkemesi kararlarının birleşmesinden oluşabildiğini» söylemiştir.

Prof. Bülent Nuri ESEN'in Anayasa için özenli davranmaya çağırmasının (66) haklılığı doğrulanmış, birkaç yıl sonra da Prof. Dr. Hüseyin Nail KUBALI «Anayasa Mahkemesi'nin kontrolü yerine TBMM'ni kendi fiilinin hâkımı yapmakla Anayasa'nın dayandığı hürriyetçi ve sosyal adaletçi demokrasi, Atatürk ve 27 Mayıs devrimlerinin tehlikeye sokulacağını, böylece yargı yaptırımı yerine eylemli yaptırımı geçerlik kapısı açılacağını, yasama organlarının sınırsız yetkilerinin modası geçmiş millet egemenliği teorisine dayandığını» öne sürmüştür (66/a). Anayasa Mahkemesi'nin önceki üyelerinden Ahmet ERDOĞDU «Amacın, yargısal denetimi kısıtlamak olduğunu» söylerken (67), bir tanınmış hukukçu - yazar konuya yetkiyle eğilmiş (68), Prof. Dr. Necip BİLGE de, Anayasa Mahkemesi'nin kimi kararlarının eleştiril konusu olsa da, «hukuk devleti» ilkesinin tanınmasında önemli görevler yaptığını belirtmiştir (69). Sorunun Anayasa ve Anayasa Mahke-

(63) Tercüman - 25.4.1980.

(64) VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet; Cumhuriyet, 1.6.1980-8.6.1980 ve 22.6.1980.

(65) 20 Nisan 1980.

(66) «27 Mayıs Anayasası Oyuncak Değildir», Milliyet - 10.7.1968, «Anayasa'yı İyl Anlamak», Cumhuriyet - 17.8.1968.

(66/a) «Anayasa Değişikliği», Milliyet - 8.9.1972.

(67) «Suç Anayasa'da Değil», Cumhuriyet - 8.5.1980.

(68) ÖZTURANLI, M. İskender; «Düşmanca Tutum ve Anayasa», Cumhuriyet - 15.7.1980.

(69) «Hukuk Devleti ve Anayasaya Uygunluk», Milliyet - 4.2.1981.

mesi değil, anlayış, politika anlayışı olduğunun giderek açıklık kazanmasına (70) karşın olumsuz tutumda değişiklik görülmemiş, Danışma Meclisi'nde ağır eleştiriler sürdürülmüştür. Anayasa Mahkemesi'nin yeri, özelliği ve önemi, anayasa yargısının anlamı, uygunluk denetiminin değeri konularında yazılarımız içtenlikle ve gerçekçilikle yarara sunulmuştur (71). Şükrü Galip ERKER'in «Yargıyı Yargılamak» başlıklı yazısı (72) haksız ve dayanaksız eleştirilerin sakıncasına değinerek yargıya güven ve saygı duyulması gereğinde birleşmeye çağırmaktadır. Cumhuriyet Gazetesi 25 ve 28.4.1980 de, aralarında Enver Ziya KARAL ile Bahri SAVCI'nın bulunduğu bilim adamlarının olumlu görüşlerini yayımlamıştır. Necmettin ERBAKAN değişiklik istemlerine karşı çıkarken (Cumhuriyet - 25.4.1980), Adnan Başer KAFAOĞLU ile Prof. Dr. Aydın YALÇIN ortak değişiklik tasarılarını açıklamışlardı (Milliyet 15.5.1980).

DANIŞMA MECLİSİ'NDE ELEŞTİRİLER :

7. maddesinde «...Resmî Gazete'de yayımlandığında, 12 Eylül 1980'den itibaren yürürlüğe girer» açıklığı bulunan 27.10.1980 günlü 2324 no.lu «Anayasa Düzeni Hakkında Kanun»un verdiği yetkiyle Millî Güvenlik Konseyi tarafından yürürlüğe konulan 29.6.1981 günlü, 2485 no.lu Kurucu Meclis Hakkında Kanun'un (Resmî Gazete 30.6.1981 / 17386 Mükerrer) yüklediği yeni bir Anayasa hazırlama görevini başarmaya çalışan Danışma Meclisi'nde yadırganacak konuşmalar yapılmıştır.

-
- (70) TOKER, Metin; «Türk Demokrasisinin Dardi Anayasa Değildir», Milliyet - 24.5.1981.
- (71) ÖZDEN, Yekta Güngör; «Anayasa Tasarısı Üzerine», BARIŞ - 10-18.8.1982, «Hukuka Bağlılık Saygının Genelleşmesidir», Milliyet - 16.5.1981. «Yargı Bağımlı Olamaz», Cumhuriyet - 24.5.1981. «Adaletin Aydınlığı», Barış - 1.8.1981. «Hukuk Güvencesi», Barış - 3.6.1981. «Yargının Bağımsızlığı», Barış - 24-25.6.1981. «Anayasa Saygısı», Cumhuriyet - 16.8.1982. «Anayasa Tasarısını Eleştirmek», Barış - 11-14.9.1982. «Demokrasiye Lâik Olmak», Barış - 15.9.1982. «Anayasa Mahkemesi», Milliyet - 3.8.1982. «Güvencelerin Güvencesi Yargı Güvencesi», Milliyet - 22.9.1982. «Anayasa Mahkemesinin 22. Yılı», Milliyet - 26.4.1984. «Hukukumuzun Gündemi», Cumhuriyet - 26.4.1984. «Anayasa Mahkemesi'nin Özelliği», Cumhuriyet - 20.8.1984.
- (72) Barış, 10.9.1982.

Anayasa Komisyonu Başkanı «Anayasa Mahkemesi, Anayasaya uygunluğu denetlemekle yükümlüdür; görevi orayla sınırlıdır. - Fonksiyon itibarıyla, Anayasa Mahkemesi görevini yapamazsa, ANAYASA MAHKEMESİ OLMAZSA, kurduğumuz düzen içinde diğerleri de görev yapamazlar» dedikten (73) sonra «Belki psikolojik bakımdan Anayasa Mahkemesi'ne karşı olanlar var memleketimizde ve oldukça kuvvetli bir gruptur, bunu da biliyorum, belki onları psikolojik açıdan tatmin eder diye kabul ediyoruz, ses çıkartmadan. Ama şimdi, yeniden aynı sorun üzerine geliniyor; onbir üyeyle toplanacak, sekiz üyeyle karar verilecek.. Yani mütemadiyen Anayasa Mahkemesi'nin Anayasaya aykırılık kararı almasını güçleştirecek formüller peşinde koşuyoruz. Eğer bunda biz samimi isek, Anayasa Mahkemesi'ni kaldırırız arkadaşlar, mesele değil; ama...» (74).

Devlet, Millî Güvenlik Konseyi ve Genelkurmay Başkanı sıfatlarıyla Orgeneral Kenan EVREN'in, Anayasa Mahkemesi'nin 20. Kuruluş Yıldönümü töreninde yaptığı konuşma (75) bile kimli Danışma Meclisi üyelerini hukuk çizgisine getirememiştir. Önergelerin Anayasa Mahkemesi'nin kaldırılmasını hedef tuttuğu, konuşmaların da «ilgaya yönelik» olduğu Anayasa Komisyonu adına açıklanmış (76), yüksek mahkeme üyeliklerinden (Üstelik Anayasa Mahkemesi'nce seçilenlerden) Danışma Meclisi üyeliğine geçenlerin kiminin suskunluğu, kiminin üyelik başını sürdüğü organa yaranma ya da yarar düşüncesiyle, düş kırıcı tutumu, sokaktaki adamdan beklenmeyen konuşmalar, aşağılama çabaları, tutanaklarda birer ibret örneği kalacak gelecek kuşaklara (77). Burada, iki konuşmanın konumuzla ilgili bölümlerini olduğu gibi aktarmadan önce Anayasa Mahkemesi konusunda Kâzım ÖZTÜRK, Kamer GENÇ, İsa VARDAL, Şerafettin YARKIN, Özer GÜRBÜZ, Abbas GÖKÇE, M. Fevzi UYGUNER, Necdet GEBELOĞLU, Feridun S. GÜRAY adlı üyelerin tutanaklarda saptanan olumlu çabalarını belirtmek isterim. Hukuk adına umut verici bir görünümü unutamayız.

Danışma Meclisi'nin 10.8.1982 günü, 124. Birleşim, 2. Oturumunda, üyelere Mehmet PAMAK «Anayasa Mahkemesi ve Danıştay; birincisinin parlamento, ikincisinin yürütme üzerindeki tasarrufları kal-

(73) Danışma Meclisi, 10.8.1982, Birleşim 148, Oturum 3, Tutanak Dergisi s. 155, 167.

(74) Danışma Meclisi, 11.9.1982, Birleşim 149, Oturum 1, Tutanak Dergisi s. 209.

(75) 25.4.1982.

(76) Danışma Meclisi, 11.9.1982, Birleşim 149, Oturum 2, Tutanak Dergisi s. 743.

(77) Danışma Meclisi, 8.8.1982, Birleşim 122, Oturum 4, Tutanak Dergisi 157, 162 ve 11.9.1982, Birleşim 149, Oturum 2, s. 227.

dırılarak, sadece hukukiliğin tartışıldığı müesseseler olmalarının sağlanması yerinde olmuştur. Siyaset, politik görüş, şahsî ve müessesesevî endişeler hukukla sınırlandırılmalıdır. Anayasa Mahkemesi'nin yeri korunmakla beraber, yargı alanının kesin sınırlanması, yasama yetkisine dolaylı yollarla müdahalesine imkân verilmemesi doğru olmuştur» (78). Aynı oturumda bir üye de «... Peki bu Anayasa değişikliğini, Anayasanın 147. maddesi bunu yasakladığı halde, sen kanunkoyucu yerine geçemezsin dediği halde, niçin Anayasa Mahkemesi iptal etmiştir? İşte Anayasa Mahkemesi, egemenliği ihlâl etmiştir, yerinde kullanmamıştır ve bizzat Anayasa Mahkemesi, Anayasayı ihlâl etmiştir. Şimdi aynı maksatla kurulan iki organdan Senatoyu kaldırıyoruz, Anayasa Mahkemesi'ni yerinde bırakıyoruz, hattâ onun Anayasayı ihlâl eden üyelerini Danışma Konseyine seçiyoruz. Bu, büyük bir çelişkinin ifadesidir» (79). Böyle değerlendirmeler ve yaklaşımlarla Anayasa Tasarısı hazırlanmıştır.

153/2. MADDENİN EVRİMİ

1961 Anayasası'nın 114. maddesi «yönetimin hiçbir eylem ve işleminin yargı denetimi dışında kalmayacağını» öngörmüştü. Hukuk devleti anlayışının bu çok önemli ilkesi, kimi uygulamalar için Danıştay'ın verdiği yürütmenin durdurulması ve iptal kararlarının yarattığı tepki nedeniyle 20.9.1971 günlü, 1488 no.lu yasayla değiştirildi. Yönetimin-yürütmenin tüm kararları uygunmuş, yürütme, yasalara bağlı, hukuka saygılı imiş de, memurlar aykırılık içindeymiş gibi, Danıştay memurların dava açması için çağrı yapıyormuş gibi yargıya kısıtlama getirilmiş, yönetimin yasalara ve hukuka özen göstermesi için hiçbir gelişimde bulunulmamıştır. 1961 Anayasası'nın 114. maddesi birinci ve ikinci fıkraları değişiklikten sonra : «İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır.

Yargı yetkisi, yürütme görevinin kararlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini sınırlayacak tarzda kullanılamaz. İdarî eylem ve işlem niteliğinde yargı kararı verilemez» biçimini almıştır. Yasallık ilkesi gereği, yürütme de yargı da yetki sınırlarını aşmayacak, yargı, yürütmenin alanına elatmayacaktır. Ancak, yönetimin yasalar uygun çalışması yönetilenler için yeterli güvence oluşturamamaktadır. Bu nedenle yargı denetimi yolu açık tu-

(78) Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, s. 291.

(79) ERYILMAZ, Azmi; Tutanak Dergisi, s. 312.

tolmuştur. Başvuru, özellikle, yönetimin özgörü yetkisinin uygunlukla kullanılıp kullanılamama durumları için düşünölmüştür. Değişiklik, güçler ayrılığı ilkesinin Danıştay'ca çiğnendiğı varsayılarak gerçekleştirilmiştir. Ancak, «Danıştay'ın önceden de yürütmenin yetki alanına el atmadığı, hukuksal niteliğı gereğı iptal kararının bir yönetsel işlemin kaldırılması sonucunu doğurduğu ve yönetimin iptal kararında belirtilen hususlara göre yeni bir işlem kurmak durumunda kaldığı, Danıştay'ın değişikliği benimsediğı, var olan durumu doğrulayan yeni bir fıkranın özgörü yetkisinin yargısal denetimi yönünden bir sınırlamayı taşımadığı» görüşünde olanlar vardır (80). 1982 Anayasası'nın «yargı yolu» başlıklı 125. maddesi, ikinci fıkrasıyla, Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askeri Şura kararlarını yargı denetimi dışında tutmuş, dördüncü fıkraya, ayrıca, «yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimiyle sınırlıdır» diye başlayan birinci tümceden sonra, ikinci tümce olarak önceki 114/2 maddeyi olduğu gibi almıştır.

TASLAK

Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu'nun hazırladığı S. Sayısı 166 ve (1.436) no.lu Anayasa taslağının 187. maddesinin altıncı fıkrası şöyle idi «Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez» (Tutanak Dergisi S. 46). Taslağın gerekçesinde yeterli - doyurucu bir açıklık olmadığı, ayrı kuralların iptalinin istenilmediğı ilerde irdelenecektir. 187/Son fıkra Danışma Meclisi'nden çıkan tasarının 162/2. maddesi oldu. Fıkraların içerikleri hiç değişmedi. Danışma Meclisi'nde yukarda belirtilen genel görüşmedekinden başka bu madde üzerinde konuşma olmadı, değişiklik önergesi de verilmedi (S. Sayısı 166'ya 4. ek). Madde 22.9.1982 de, 155 birleşim, 5. oturumda kabul edildi.

TASARI

Milli Güvenlik Konseyi, konuyu 153/2. madde olarak düzenledi. 153. maddenin gerekçesinde (S. Sayısı 450, Tutanak Dergisi S. 87 ve M.G.K. Anayasa Komisyonu'nun 17.10.1983 günü0 raporu) fıkraya ilişkin hiçbir belirtme yoktur.

(80) BAYRAKTAR, Erman; «Takdir Yetkisi ve Yargı Yoluyla Denetimi». İdare Hukuku ve İdari Yargı ile İlgili İncelemeler I, Danıştay Yayını, Ankara 1978, s. 292.

Böylece son biçimi verilip 24.9.1982 günlü, 2707 no.lu yasa uyarınca 7.11.1982 günü halkoyuna sunulup kabul edilen ve 9.11.1982 günlü, 17863 (mükerrer) Sayılı Resmî Gazete'de 7.11.1982 günlü, 2709 no.lu yasa olarak yayımlanan Anayasa'nın 153/2. maddesi şudur :

«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.»

YAPISI

İlk bakışta olağan görülen kuralın, Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerindeki kısıtlamalarla, bunların önceden değindiğimiz gerçektleştirme nedenleri gözeticilince «yeni bir kısıtlama - sınırlama» amacıyla getirildiğinde duraksanamaz. Fıkra, maddenin birinci fıkrası olsa biçim yönünden daha uygun düşerdi. «İptal kararı» belirtmesi olduktan sonra, ayrıca «kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü» sözcükleri fazla olmuştur. Bunun, dokunulmazlığın kaldırılması ya da üyeliğin düşmesine ilişkin kararları dışarda tutmak için gösterildiği de ileri sürülemez. Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un (81) 53. maddesinin 6. fıkrası, Anayasa'nın bu kuralını olduğu gibi yinelemiştir.

Anayasa'nın 153/2. maddesi «...İptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle...» diyerek yasa koyucu yerine geçmek, onun yetkilerine elatmak gibi davranışlarda bulunulamayacağını, daha sonra «yeni bir uygulamamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez» diyerek yeni bir kural niteliğinde karar verilemeyeceğini öngörmektedir. Gerçekte bir eylem, iptal eylemi vardır, iptal etme işinin sonucu karardır. İkisi birbirine bağlı, biri, öbürünün tamamlayıcısıdır. «Hareketle» sözcüğünün sonundaki «le» bağlacı birleştirilmişse de iki sözcük, virgülle birbirinden ayrılmıştır. İncelememiz, iki yan cümle, iki durum için yürütülecektir. Gerçekte, biri başlangıç, biri sonuç, ikisi bir «bütün»dür. Biri olmayınca öbürü olmaz. Yasa koyucu gibi davranılmazsa, kural konulmaz, kural konulursa yasa koyucu gibi davranılmış olunur.

(81) 10.11.1983 günlü, 2949 no.lu (Resmî Gazete 13.11.1983 - 18220).

A) «KANUN KOYUCU GİBİ HAREKET»

«Yasakoyucu gibi hareket», eleştiriler ve öneriler içinde değişik biçimde söylenmekte (adlandırılmakta) ise de, nitelmesi, tanımı hemen hemen ortaktır: «Yasa koyucu yerine geçmek —kendini yasama organı yerine koyma,— yasa yapmak gibi karar almak— yasama organının üstüne çıkmak». Eleştirinin çoğu denetimin işlevini, amacını, niteliğini yeterince kavramamaktan, demokrasinin ve hukukun yaşamdaki önemini benimsememekten, tüm yetkileri elden bırakmıyarak egemen olmak tutkusundan kaynaklanmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin, önce belirttiğimiz kararlarıyla, «yasa koyucu gibi davrandığını» söylemek güçtür. Öyle bulmak, öyle değerlendirmek, öyle varsaymak, birşey söylemek zorunluluğunu duyup öyle nitelenmek başka, öyle olması başkadır. Hukuksal eleştirilerin karşı eleştirisi de hukuksaldır. Bunların bilimsel temele dayanması, duygusallık ve partizanlıktan arınmış olması konunun yararlı biçimde tartışılmasına kolaylık sağlamaktadır. Amacımız bunlarla yarışmak, bunları tümüyle geçersiz kılmak gibi boş bir çabaya kalkışmak değil, konuya ışık tutan yanlarını alarak katkıda bulunmaktır. Başlangıçta belirttiğimiz ve ülkemizde, örnek bir Anayasa'ya, bu Anayasa'nın getirdiği, egemenliğe az da olsa ortak kıldığı Anayasa Mahkemesi'ne katlanamamakla başlayıp büyütülen tepkiler dışında hukuk alanında önemli tepki olmamıştır. Olanlar, Mahkemeyi uyarıcı, yerini sağlamlaştırıcı, yapısını güçlendirici yöndedir, yararlıdır. Yansızlıkla, yergiye, övgüye de yer verilmiştir. Bunların yanısıra da Mahkemenin kararları, dengeli tutumu, sağlıklı gidişidir. «1961 Anayasası'yla bütün umutların Anayasa Mahkemesi'nin hıza getirme misyonuna yöneltilmesi» (82) unutulamaz. Anayasa Mahkemesi demokrasinin koşulu da değildir, süsü de. Ama onuru, gücü ve güvenesidir. Mahkemeler üzerinde kamunun gözlemi olur ama denetimi ve hele baskısı olamaz. Kamuoyu, Mahkemeyi etkilemiyememeli, onun kararlarına inanıp güvenerek ondan etkilenmelidir. Bu durumlarıyla mahkemeler, hukukun öncüsüdürler. Kararlar düş kırıklığı yaratsa, tepki de uyandırsa varlığı savunulmalı, hangi kararı verse, yakınma ve tepki nedeni olmayacak düzeye getirilmelidir. Kararları «yanlış»ta olsa, «doğru» gibi yerine getirilmeli, eleştirilse de yıpratılmamalıdır. Yanlışlık giderilir, yıkıntı güç kaldırılır.

«Yasakoyucu gibi davranmakla» hükmü, kanımca, Anayasa'da bulunmaması gereken bir hükümdür. Bir Savcı'ya «sakın gereksiz yere

(82) TEZİÇ, Erdoğan; «Türkiye'de 1961 Anayasası'na Göre Kanun Kavramı», İstanbul, 1972.

soruşturma açma, gereksiz yere cezalandırma ya da aklama istemel», bir Yargıca «Sakin gereksiz yere tutuklama, salıverme ya da önlem kararı, ceza ya da aklama verme!», bir Hekime «Ameliyat edeceğin hastayı öldürme, aşıladığını hasta etme, tek başıma kurul yerine geçip rapor düzenleme!», bir Kaymakama «Valilik yapmaya kalkışma!» demekle birdir. Değindiğimiz tepkiler dışında, bilemediğimiz, açıklanmayan bir gerekçesi yoksa başka hiçbir neden haklı gösteremez. Bu hükümde, «Yanlış karar verme, yöneticilik yapma, Belediye Meclisi ya da Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun görevlerini yapmaya kalkışma!» gibi bir güvensizlik, gereksiz bir anımsatma yok mudur? Bir fazlalık mıdır, varlığı ve yeri bakımından uygun mudur? düşünölmeye değer. Mahkeme böyle davranmaz, böyle karar vermez ki, bunların olabileceğini düşünmek, beklemek uygun olabilsin. Anayasa'nın 125. maddesine koşut olan bu kural, yeni bir uygulamaya yol açmak Mahkemenin görevi ya da emekli olmadığına göre, iptal kararı verilmesini engellemek düşünölmüş olamayacağından, açıkta, boşlukta durduğu, yineleme, gereksiz söz (haşiv) olduğu da söylenemeyeceğinden bir uyarı (bir sınır, bir kısıtlama amacı güdülse de) olduğunu kaböl zorunluluğı açıktır. İptal kararı, dava, inceleme - denetleme konusu kuralın ortadan kalkmasını gerektirmektedir. Böylece aykırılık giderilmekte, yürürlükteki durumun yerine, iptal edilen kuralın geçerli olmadığı yeni bir biçim doğmaktadır. Kararın doğal sonucu, kendiliğinden «yeni bir durum»dur. Ama asla «yeni bir kural» değildir, «uygun durum»dur. Bu yeni durum, Anayasa Mahkemesi'ni «yasakovucu» kılmaz. Mahkeme, kararına bağlanarak sıfat değıştirmemez, kazanamaz. 153/2. maddenin getirilmesini, Anayasa Mahkemesi'nin, esasına hiç katılmamakla birlikte çok yanlış yorumlanan seçim yasası kararına tepkiden olduğunun söylenebileceğı görüşünü çıklayan Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN, «Mahkemenin yasanın tümünü değil, yalnızca baraja ilişkin hükümlerini Anayasa'ya aykırı bulunduğunu, buna elbette yetkisi olduğunu, sonuçta yasama organının istencine uymayan bir seçim sistemi çıkmışsa bunu Mahkemenin kendisini yasama organı yerine koyuşu biçiminde yorumlanamayacağını» 25.4.1984 deki «Anayasa Yargısı» konulu sempozyumda söylemiştir (83).

Aynı toplantıda, Prof. Dr. Lütü DURAN, 1961 Anayasası'nın, Mahkemelerden gelen itiraz davalarında «olayla sınırlı ve yalnız yanları bağlayıcı» hüküm verme yetkisini tanıyan 152/4. maddesinin 1982 Anayasası'na alınmadığını vurguladıktan sonra, «Yüksek Mahkeme

[83] Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayını (22. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Sempozyum), Ankara 1984, s. 145.

kararlarının kapsamını ve etkisini sınırlamaya yönelik yeni bir hüküm koyduğunu» belirterek 153/2. madde üzerindeki görüşlerini açıklamıştır (84). «Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu» konulu tebliğine «Anayasa Yargısı denetim yolu, hukuk devleti ilkesinin tümü ile gerçekleştirilmesini amaçlayan bir yaptırım oluşturur» diyerek başlayan konuşmacı, 153/2. maddenin, 1803 no.lu Af Yasası'yla ilgili iptal kararlarının uygulamadaki sonuçlarına karşı açıklanan etkililerden ve kaygılardan kaynaklanmış görüldüğünü söyledikten sonra «Ancak, söz konusu hüküm, bu tür sonuçların doğmasını önliyecek nitelikte olmadığı gibi; iptal kararına, içermediği ve taşıyamıyacağı bir güç yüklemektedir» demiştir. Anayasa Mahkemesi kararları, Anayasa'nın 153/1. maddesine göre kesindir. Bu belirtme, kararlara karşı «itiraz, düzeltme, yenileme» gibi bir yasa yolunun bulunmadığını gösterir. Hiç kimse, hiçbir makam, kararların yerine getirilmesini geciktiremez, bu kararları denetleyemez ve değiştiremez. Nitekim Anayasa'nın 153/Son maddesi, yayımlanınca «..yasama, yürütme yargı organlarıyla, yönetim makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağını» buyurmuştur. Bir kişinin, kurulun ya da organın, iptal kararını geçersiz sayıp, kuralları yürürlükte tutup uygulaması hukuk devletinde düşünülmeli olanaksız, us dışı bir davranış olur. Belki, aynı ya da çok benzeyen kuralları yeniden kabul edip yeni Yasa ya da Yasa Hükmünde Karamame yolu izlenebilir ki, bu da hukuk dışına çıkmanın başka bir türünü oluşturur. Olsa olsa, iptal edilen yasaya olanak verecek Anayasa değişiklikleri izlenebilir ki, bunun da örnekleri görülmüştür. Hukuk alanındaki aykırılıkları siyasal eylem ve düzenlemelerle örtmek geçici ve yanıltıcıdır. Daha az değişen ve daha çok dengeli olan hukuk, sık değişen ve tutarsız da olabilen günlük siyasal gidişin üstünde anlamını korur. Siyaset hukuku, engellemiş ve yıpratmış olursa, ikisi de zarar görür ama sonuçta hukuk egemen olur. Bu nedenle, hukuku, olur olmaz her istemin aracı değil, baştacı yapmak gerekir.

Anayasa Mahkemesi, kendini yasakoyucu yerine koyup karar vermez. Aslolan, böyle karar vermiyeceğini, veremeyeceğini düşündürmektir. Böyle davranacağı varsayılırsa, bunun hukuksal alanda sonucu ancak Anayasa ve ona uygun kuruluş yasası değişiklikleriyle olur. Onlar da çekingenlik, duraksama, giderek iptal kararı vermeme gibi sonuçlar doğurur ki, gereksizdir. Mahkemeye güvenmek, inanmak zorundayız. Mahkeme de, hukuksal gücünü siyasal sonuçlara bırakmamalıdır.

(84) A.g.y., s. 74.

Mahkemenin yasakoyucu gibi davrandığını yasal yünden saptama kolanağı bulunmadığı gibi, iptal kararı, yeni bir duruma yol açsa da yeni bir kural, yeni bir uygulama, yeni bir düzenleme değildir. Yasama organı kararları ve yasalarla, Anayasa Mahkemesi kararları aynı değildir. İptal kararı, yasayı yürürlükten kaldırmakla ondan güçlü ve üstün görünürse de nitelikleri çok farklıdır. Bir yasama, öbür yargısal işlemdir. Mahkeme kararlarının yaptırımı da yoktur. Mahkeme, bırakınız bir Sulh Yargıcının yetkilerini, bir Trafik Polisinin, bir Belediye Zabıta Memurunun yetkilerine bile sahip değildir. Hukuksal gerekleri bilmezlikten gelip duygusal, işlevsel tartışmalarla iki organı ve kararlarını karşılaştırmamak gerekir.

Mahkeme, Anayasa'nın 153/3. maddesinin öngördüğü «Gereken durumlarda, kararın yürürlüğe gireceği tarihi, Resmî Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçmemek üzere belirlemek» yetkisini ve 2949 no.lu Kuruluş Yasası'nın 29/2. maddesinin öngördüğü «...belirli maddelerin iptali, birçok maddenin ya da metnin tamamının uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, durumu gerekçesinde belirtmek koşuluyla metnin öbür maddelerini ve tümünü iptal yetkisini» kullanarak boşluk, karışıklık yeni bir uygulama biçimi doğmasını önlemek duyarlığını gösterir. Bu duyarlığı, Anayasakoyucu yalnız Anayasa, Mahkemesi'nden istemekle kalmamış, 153/4. maddeyle yasama organından beklediğini de açıklamıştır. «İptal kararının yürürlüğe girişinin ertelendiği durumlarda, TBMM., iptal kararının ortaya çıktığı hukuki boşluğu dolduracak kanun tasarı veya teklifini öncelikle görüşüp karara bağlar». Bu yükümlülük boşluk doğma durumuna bağlıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin kararı yeni bir durum getirir, «eskinin yokluğu»nu. Bu, yeni bir uygulama sayılabilir ama yasakoyucunun yerine geçip yeni bir karar vermek değildir. Düzenlemenin amacının sınırlama, kimi yasama işlemlerinin denetim dışı tutulması olabileceğini Prof. Dr. Lutfi DURAN da, «yargı bağımsızlığı» çabasına bağlamış (85), bunun öbür sınırlamalarla doğrulandığını belirtmiştir.

Gerçekte, Anayasakoyucu, Anayasa Mahkemesi'nin yasakoyucuyu denetlemesini istediğine göre buna hiç kimsenin karşı çıkmaması gerekir, hiç değilse, hukuk alanında. Mahkemenin de, yetkilerini olumlu yönde genişletme ve etkinleştirme çabaları doğal karşılanabilir. Ama yasakoyucu yerine geçmek eğilimi, Anayasa'ya aykırı düşer. Bundan kaçınmak gerektiğini duyurmaktan ötede bu kuralın yararı ola-

(85) Anayasa Mahkemesi, a.g.y., s. 76.

çağını sanmıyorum. Mahkeme de, böyle düşündüğünü kararlarında göstermiştir.

«Anayasa Mahkemesi'nin iradesinin, kendisini yaratan anayasal iradenin hiyerarşi bakımından altında olduğunu, ancak anayasal iradenin koyduğu kurallara kanun koyan iradenin uyup uymadığını denetlemekle yükümlü olduğu bulunduğunu, Anayasa değişikliklerini yani anayasal iradeyi denetlemekte ısrar etmekle yetki aşması yapmış olduğunu, anayasal ilkelere yeni bir içerik verebileceğini, fakat ısrarından anlaşıldığına göre, kendini Anayasa'nın da üstünde bir organ olarak görmekte, dolayısıyla anayasal iradeye de egemen olabileceğini düşünmektedir» (86) görüşü de ileri sürülmüştür. Oysa ne eylemlilik olarak yasakoyucu yerine geçilebilir, ne de bunun hukuksal olanağı vardır. Zaten madde «...gibi hareketle» diyerek, bu anlama gelecek bir davranışı yasaklamaktadır. Yargı, yasama olmadığına göre, yargıya yargılığını anımsatmak yararsızdır. «Yerindelik» denetimi yapmamasını istemek, bu konuda uyarmak ta gereksizdir. Yapılan ve yapılacak olan, yalnızca, uygunluk denetimidir. Anayasa bunu öngörmüştür, bilim - öğreti bunu önermektedir. Mahkemenin uygulaması da böyledir.

«Anayasa Mahkemesi, 5 inci maddeye göre, yasama organı yerine geçemez, onun iradesi dışında kendisi hüküm koyamaz. Anayasa Mahkemesi, 18 Mayıs 1974 tarih ve 1803 sayılı kanunu şekil yönünden iptal ederken, TBMM'nin iradesinin dışında, âdeta yeni bir hüküm koyarak söz konusu olan Af Kanunu'nun şumölünü genişletmiştir. Anayasa Mahkemesi bu kararı ile kendisine alt olmıyan bir yetkiyi kullanmıştır» (86/a) görüşü ile.

«1961 Anayasası, 1924 Anayasası'ndan farklı olarak yargı gücünü güçlendirmiş, uygulama Anayasasının bir temel hükmü olan hukuk devletini yargıç devletine dönüştürmüştür. Bunun tabii bir sonucu olarak da, milli egemenlik ilkesi geniş ölçüde zedelenmiştir» görüşü de anlayışları yansıtmaları yönüyle ilginç örnektir (86/b). Bunlara karşı, ulusal egemenliğin yalnızca yasama organına bırakılmadığını, yar-

(86) ALDIKAÇTI, Orhan: Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası, İstanbul 1978, s. 361 - 362.

(86/a) ÖZÇELİK, Selçuk: Anayasasının Yorumlanması Konusunda, İÜHF., C. XLI, 1975, Sayı 3-4, s. 55-56.

(86/b) EROĞLU, Hamza: İdare Hukuku, 3. Basım, Ankara 1978, s. 48-50 ve Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi, Cilt 1, Kasım 1984, Sayı 1, s. 155.

gı yetkisinin egemenliğı zedelediğı görüşleri de vardır (86/c) ve (86/d). Egemenlik ulusundur, TBMM. nin değildir, yasama organı egemenliğı kullanan organlardan birisi, yasamaya yetkili olanıdır.

Yasa hükmündeki yasayı iptal etmek nasıl yürütmenin yerine geçmek sayılmıyorsa, dokunulmazlığı kaldırılması ya da üyeliğın düşmesi kararlarına itirazı karara bağlamak nasıl yaskoyucu yerine geçmek sayılmazsa, yasayı iptal kararı, Anayasa değişiklikleri için de olsa, yasakoyucu yerine geçme sayılmamalıdır. Anayasa, Anayasa değişikliklerine karşı, biçim yönünden iptal davası açılabilceğini öngörmekle bunu doğal karşılamıştır. Anlaşılan, iptal kararı vermek değil, kararı yasama organının amaçladığından başka, daha doğrusu amacına ters düşecek uygulama gerektirecek biçimde karar vermektir. Yasak ya da sınırlama ya da kısıtlama sonuçla ilgilidir. Bunu, süre belirleme olanağı varken ayrıca bir bağ - koşul saymak, karar vermemeyi gerektirir. Bu da Anayasa'ya temelden aykırı olur.

B) «YENİ BİR UYGULAMAYA YOL AÇACAK BİÇİMDE HÜKÜM TESİS EDEMEME»,

Anayasa'nın 153/2. maddesinin 2. maddesinin son yan cümlesi «..yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez»in amacı ve anlamı nedir? Her karar yeni bir durum doğurur. Uygunluk denetimin doğal sonucu olan bu olgu «bir yeni uygulamaya yol açma biçimi»midir? «Anayasa'nın iyi işlemede temel fonksiyonu olan Anayasa Mahkemesi'nin ilk fırsatta Anayasa Hukuku kurallarına dönerek görevini saygınlık içinde ancak bu şekilde yerine getirebilir» umudunu açıklayan bilim adamının görüşlerinin, Anayasa Komisyonu Başkanı olarak Danışma Meclisi'ne sunulan Anayasa Taslağı'na, 1961 Anayasası'nda olmayan ve şimdilik yararı bulunmadığı kanısını taşıdığımız bir kuralın konulmasında herhalde etkili olmuştur. Danışma Meclisi gerekçesinde ki «Öyle haller vardır ki, bir hükmün iptali, uygulanması kanunen gerekmeyen bir başka hükmün uygulanmasını gerekli kılabılır. Örneğin : kanunla getirilen istisnalara ilişkin kanun hükümlerinin iptali, ana kuralın uygulanması sonucunu doğurabilir. Hal-

(86/c) ÖZDEN, Yekta Güngör; «Ulusal Egemenlik ve Yargı Yetkisi», Yasa - Hukuk Dergisi, Haziran 1984, Sayı 6, s. 796 - 800.

(86/d) FEYZİOĞLU, Turhan; «Türk Millî Kurtuluş Mücadelesinin ve Atatürkçülüğün Temel İlkelerinden Biri Olarak Millet Egemenliği», Türk Tarih Kurumu Konferansı, 194.1985.

buki kanunkoyucu böyle bir sonuç çıkmasını arzu etmediği için istisnayı kabul etmiş durumdadır. Bu istisna hükmünün iptali millî iradeye ters düşeceğinden, eşitlik ilkesi gibi temel ilkelere aykırı olmamak koşulu ile, hüküm verirken bu özelliklerin gözönünde bulundurulması zorunludur.» açıklığını kuralla doğrudan ilgili ve yeterli bulmak güçtür. Herşeyin «millî irade»ye bağlandığı, «millî irade»nin sınırsızlığı ve «millî irade»yi neredeyse «öcü» gibi gösterme eğilimine katılmak olanaksızdır. Bu görüşe uyulursa, Anayasa'nın temel ilkelerine aykırı düşenleri dışında hiçbir ayırık kuralı iptal etmemek gerekir. İptalde, ayırık kural lehine bağışıklık, öbür kurallar aleyhine bir uyumsuzluk oluşturur. Ayırık kuralın iptali millî iradeye ters düşerse, ana kuralın iptali de ters düşer, hem daha çok. Bundaki tutarsızlık ve çelişki belirgindir. Ana kuralın yürürlüğe girmesi, ayırık kuralın yürürlüğündeki aykırılığın saptanmasıdır. Ana kuralın varlığı aykırılık oluşturmuyorsa, uygulanması da aykırılık oluşturmaz. Ana kural aykırı, ayırık kural uygun olursa, temelde aykırılık olur. Hukukça saptanan durum, temel kuralın egemenliğidir. Tersini düşünürsek, yürürlüğe giren her kural, dolaylı biçimde ulusal istencin ürünü sayılınca, iptaliyle ulusal istence ters düşülmüş olur. Oysa, Anayasa Mahkemesi yasakoyucu, anayasakoyucu istenciyle denetler, onun istencine uygunluğu arar, istenilen de anayasakoyucunun, anayasanın istencinin gerçekleşmesi, egemen olmasıdır. Kaldıkı yasakoyucu, her zaman, ulusal istenci yansıtmaz. Ulusal istenci azlık oyu da oluşturur ama yasama organı çoğunluk oylarını yansıtır. Gerekli olan, yasama organının ulusal istenç doğrultusunda kural koymasısıdır. Bu gerek «Anayasa yargısı denetimi»yle sağlanır. Zorunlu olan, ödün verilmemesi gereken, ana kurala ayırık kuralı oluşturmamaktır. Böyle kurallar, Anayasa'ya aykırı biçimde yürürlüğe koymak, ulusal istence daha çok ters düşmek olur. Anayasa Mahkemesi de, bir anlamda ulusal istenci temsil ettiğine göre, Anayasa doğrultusundaki karar ağırlık kazanır. Bunu, «uyulması zorunluluğuyla» Anayasa da öngörmüştür. Gerekçenin hiçbir belirtmeye, tanıma girmeden yaptığı «temel ilkeler» ayırımı da yetersizdir. İptalle doğan yeniliğin, uygulanması kaçınılmazlığının sonucu olan gerçek, Anayasa Mahkemesi kararı neyi öngörmüşse onun yerine getirilmesi zorunluluğudur. Bu yeni bir uygulama biçimi görülebilir. Başka düşünce ve yorum, karar vermeme sakıncasını getirir. 153/2. maddenin varlığı, bir maddeden bir bölümünden çok metnin tümünün iptalinde yeni bir uygulama zorunluluğunu ortaya çıkarabilir. Bundan sonrası, kararın gereği, artık yasama organının özgürsüne kalmıştır. Anayasa'nın 153/2. maddesinde, metnin tümünün iptali yetkisi de belirtildiğine göre, buna engel yoktur. Kimi kararlar,

bir ya da birkaç sözcüğün, bir yada birkaç tümceyi iptal etmiştir. 648 no. lu önceki Siyasal Partiler Yasası'nın 2144 no. lu yasa'da değişik 11. maddesinin 3. bendinin (A) fıkrasındaki kimi sözcüklerin iptali kararı örneklerden biridir (87). Yargısal denetim, yeni bir egemenlik kaynağı yaratmak olmayıp, yasamanın yetkilerini Anayasa gereği kullanıp kullanmadığını, sınırlarını aşıp aşmadığını belli etmektir. Son sözün yargıda olması, «yargı» olması gereğine bağlıdır. Kaygı, yargının iç düşmanıdır. Sonuçların olasılığı gözetilirse yargılama ve adalet olamaz. O zaman, kaygılarla verilen karar bir «yerindelik kararı» olur. Anayasal yargı yönetsel değil, denetleyici ve düzenleyicidir.

Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla doğan yeni durum, yasakoyucu yerine geçip yeni bir karar verme değildir. İptal edilen yasadaki gibi uygulamamak, hiçbir uygulama yapmamak olduğu gibi kimi yeni bir uygulama gibi de olabilir. İptal edilen hükümden geriye kalanı uygulamak kiminde yeni bir durum yaratmaz, iptal edilen aykırı ya da fazlalığı giderir; kiminde istenilenden değişiktir. Ama hukukça bu, «uygun» olduğuna göre, «uygulanması gereken», uygulanmasına itiraz edilmemesi beklenendir. Mahkemenin kararı elbet yenidir. Karardır, elbet yürüyecektir. Nitekim 153/5. madde ancak «geriye yürüyemeyeceğini», böylece ileriye dönük olduğunu söylüyor. Bu ileri, 153/3 e göre bir yıla kadar uzayabilmektedir. Aykırılığın kalkması yeni bir durumdur. Bu doğaldır. Aykırı olanla, arındırılmış metin bir olamaz. Ama yeni bir uygulama sayılamaz. Böyle sayılırsa hiçbir iptal kararı alınamaz. Yasakoyucu bunu amaçlamış olamaz. Bunun amaçlanması Mahkemenin varlığıyla bağdaşamaz, görev ve yetkileriyle, hukuksallıkla uyusamaz, hukuk devleti niteliğiyle çelişir. İptal kararı, ancak yasama organının gerekli düzenlemeyi yapmaması durumunun da, doğal nitelikte yeni uygulamaların nedeni olur, kendisi olamaz. Karar, yeni bir düzenleme, Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin yasama organı kararına değin koyduğu kural gibi, yeni bir kural da değildir.

Ne Anayasa Mahkemesi üyeleri kendilerinde saklı düşünce ve kanılarını kararlarında ölçü olarak kullanırlar ne de Anayasa Mahkemesi kendi görüşlerini yargı değeri olarak yasakoyucunun somut düşünceleri yerine koyar. İptal edilen kural öncekine, eskisine göre yenidir. Bunun bir bölümünü iptal etmek, kalan bölümü «eski» yapmaz. O yeni bir hüküm olarak ama denetlenmiş, uygun bir kural olarak yürür. Yürüyen karar değil, hükmün uygun olan bölümü, yasama ürünüdür. 153/2 ile getirilmek istenen sınır, sınırsız düşünülürse karar ve-

(87) 23.5.1978 günlü, E. 1978/28, K. 1978/36 sayılı, AKD. 16, sayfa 121-142.

rilmez. Sanıyorum ki, çok ayırık bir durum olabilecek, «yeni düzenleme yapılmasın, yeni karar verilmesin» anlamındadır.

Tüm yargı kararlarının yeni bir uygulamaya yolaçacağı, uygulamanın yanlış olduğu için bozulacağı, bozmanın yeni uygulamalara yol açacağı, açmamasının olanaksız bulunduğu, kanısını açıklayan Prof. Dr. Mümtaz SOYSAL, direnmenin gereksizliğine değinerek «Bizim hukuk mantığımızda, hukuk tarihimizde bundan daha çelişkili ve anlamsız bir hüküm yoktur» dedikten sonra, yolaçılan yeni uygulamanın yasama ya da yürütme organının istemediği bir uygulama olmasında, Anayasa'ya uygun olarak, sırasıyla, yasama organı ile yürütme organının yeni kurallar getirecekleri biçiminde yorum yapmıştır (88). Yargı organı, «Yeni bir uygulamaya yol açacak!» endişesiyle görevden kaçınıp karar vermeme durumuna giremez. SOYSAL, Anayasa Mahkemesi'nin «siyasî oluşumun, siyasî iradenin yansıması biçiminde olmayan, yargıdan da ötede, yargısal görev yapan bir siyasal organ niteliğindeki özelliğine karşın, Anayasa istencini yerine getiren organ olması bırakılıp yargı başlığı altında görülmekten ötede yargı organları arasında sıralanmaya konulmuş olmasını» da uygun bulmaktadır.

Doç. Dr. Yılmaz ALİFENDİOĞLU; 153/2. maddedeki sınırlamanın, Anayasa'nın 7. maddesindeki «yasama yetkisinin devredilemeyeceği»ni öngördüğü, alana girilmesinin önlenmek istemesine bağlamakta, ayırık kuralı iptalin yasakoyucu yerine geçmek sayılamayacağını, kural koymakla iptal etmek yetkilerinin birbirinin yerine geçmesinin söz konusu olamayacağını, her iptal kararının yeni bir uygulamaya yolaçacağını, yürürlükteki kurallara ya da iptale göre çıkarılacak yeni bir yasaya göre uygulama gerekeceğini savunmaktadır (89). Mahkemenin, yasakoyucu gibi «kural koyarak» yeni bir uygulamaya yolaçmasını önlemeye yönelik bulduğu sınırlamayı gerektirecek bir tutumu olmadığını da söylemiştir. Yasamayla yargının sınırını korumak çok önemlidir. Buna özen zorunludur. Gerçekten, kural koymakla, kural iptal etmek gibi temelde ayrı nitelikli, ayrı yetkili, ayrı kaynaklı iki işlevin yok yere birbiriyle karıştırılması, karşılaştırılması gereksiz olduğu gibi Mahkemenin «kural koymayacağını» bilmemek de kimseden beklenebilir. Böyle sınırlamalar, Mahkemenin özgürüsü (takdiri)ne elatma, mahkemeyi mahkeme olmaktan çıkarak sıkıntıya düşürme, sıkıya sokma, sıkmadır. «Takdirsiz» mahkeme, kararsızlıktır. Bu kuralı sınır

(88) Anayasa Yargısı, AYM. yayımı, s. 95-96.

(89) Anayasal Denetimin Kimi Sorunları, Yargıtay Dergisi, 1983/1-2, s. 64-67.

saymak, işlevle çatışır. Denetim amacı, denetimsizliğe dır. Mahkeme, denetimiyle ulusal istence karşı kendi istencini değil, ulusal istencin en yüksek ve en güçlü anlatımı olan ana yasakoyucunun istencini çıkarmaktadır (90). Mahkemeler siyasal tercihlere karışamazlar. «Bir devlet organının yapmış olduğu işlemin gerçekten konuya yararlı olup olmadığını değil, yalnızca kamu yarar ya da başka bir amaçla mı yapıldığını araştırabilirler. Neyin kamu yararı olup olmadığı bir siyasal tercih meselesidir. Anayasa Mahkemesi, kendi tercihlerini, kamuoyunun, Parlamentonun ve Cumhurbaşkanının da dahil olduğu yürütmenin tercihleri yerine ikame etme yetkisine sahip değildir. Bu nedenle de «kamu yararı» Anayasa'ya uygunluk denetiminde bir kistas olamaz» (91). Mahkeme, konuyu kendi seçimiyle değil, Anayasa'nın özü, sözü, amacı, ereğıyle, yasanın öngördüğünü birlikte ele alır. Örneğın, «Gelir dağılımı çalışanların zararına bozulurken sürekli zam, TL. nın dış değerini düşürmek, yüksek faiz, enflasyonun hızını kesmenin yöntemi olamaz» görüşüyle «dışsatım - dışalım dengesi kurulacak biçimde önlemler almalı» gibi bir seçenek önermeyi, bir yol göstermeyi, bir uygulama türü belirlemeyi hiç düşünmez. Enflasyonu aşağı çekmenin yöntemi, yönetimin özgürsüne bağlıdır. «Vergi bağıışıklığı, indirimi, tutumlu davranışlar ve artırımlar engeldir» diye-
mez.

Bu aşamada, kısıtlamanın amacı, yasa koyucunun istencinden büsbütün ayrı, ama tümüyle ters bir yeri kural ya da metin biçiminde bir kararın oluşmasını önlemektir. Mahkeme, kural koymaz. Sonuçta ki kararla, kural koymaya yetkili yasama organına, teklif ya da tasarı sunacaklara «kural koyulması gereğı»ni duyurmuş olur. Kararın yürürlük tarihinin ayrıca belirlenmesi kuralı, böyle bir sınırlamayı gereksiz kılmakta, kaçınılmaz - doğal «sakınca»nın Mahkemece saptanmasında süre verileceğı açıklığıyla yarsız kalmaktadır. Anayasa Mahkemesi'yle ilgili kuralların güçlük değil, kolaylık vermesi gerekir. Yürütmeyi tümüyle elinde bulunduran yönetimin daha çok güçlendirilmesi yargının zayıflatılmasıyla sağlanmamalıdır. Yargıdan yakınmanın yararı yoktur. Yargı, işlev - karar sırasıyla zaten yönetimin arkasındadır. Yaptırım ve uygulama gücü olan yönetim daha etkindir. Yönetimin hemen uygulanan işlemini, yargı aylar, yıllar sonra durdurup düzelt-bilmekte, yanlışlığın zararlı sonuçlarını çoğu zaman bir bölümüyle gi-

(90) VEDEL, Georges; Manuel élémentaire de Droit Constitutionnel, Paris, 1949, s. 123 vd.

(91) GÖNEŞ, Turan; «Devlet Başkanı - Meclis Çatışması», AÜSBFD., Cilt XIX, Yıl 1984, Sayı 2, s. 185 - 186.

derebilmektedir. Yönetim hukuka saygılı, yasalara bağlı çalışır. «Ben yaptım oldu» demezse yargıya iş de düşmez, yargıdan yakınma da olmaz. Memurun yönetimden yakınmasına kulak tıkayıp, yönetimin yargıdan yakınmasını yargı aleyhine gidermeye kalkışmak, hukuka karşı çıkış olur. Yargıda bir - iki kötü durum olabilir ama «kötü örnek», «örnek» sayılamaz. Hukuk devletinde yönetimin hukuka saygısı önce gelir. Hukuk devleti olmazsa, hiçbir şey olmaz, devlet de değerini, gücünü yitirir. Yönetim, hukuktan uzaklaştıkça, yargının önemi ve değeri anlaşılmakta, artmaktadır. Yasamanın, yürütmenin yargının yetki alanları ayrıdır. Sınırlarını hukuk çizmiştir. Biri, öbürünün yetki ve görevini üstlenemez. Ulusal egemenlik, yasama ve yürütmenin yargıya karşı kalkanı değil, hepsinin kaynağı, varlık nedenidir. Yargının yürütmeye güçlük çıkardığı ya da çıkaracağı düşünülmemeli, yürütmenin kararlarına, özgörü yetkisini nasıl kullandığına bakmalıdır. «Hakimler Devletini - yönetimini - aristokrasisini» hiçbir yargı organı ve üyesi istememiş, düşünmemiş, özlememiştir. Abartılmış sözler, yanlış ve özel amaçlı yorumlar bu yanlış kanıyı vermiştir. Yargı, demokrasiye, hukuka, Anayasa'ya içtenlikle bağlıdır ve sorumluluğunun bilincindedir. Yasamanın yargıya saygısı, kendi saygınlığının koşuludur. Bunu yadsımak ancak tehlikeler getirir. Yasakoyucu, özgörü yetkisinin sınırına, denetim yönünden duyarlık ve incelik taşıyan özgörü yetkisine, özen gösterirse aykırılıklar ve çelişkiler azalır. Nasıl, yöntem dışında, «yasayı şöyle yapacaksın» diye uyarı gereksizse, Mahkemeye uyarı ve öneri de gereksizdir. «Yerindelik» incelemesi olasılığının önlemidir. Demokrasi, hukuk ve yargı kavramlarının toplumsal gelişmeyle ulaştığı anlayış düzeyinin ürünü olan, bu anlayışın sağladığı yargı denetimi, geriye dönülerek ya da yeniden sayılarak gerçekleştirilemez, Anayasa Mahkemesi'ne kuşkulu yaklaşım çok yanlıştır. Belli görevlerden seçilerek gelen üyelerin nitelikleri de gözetilirse sakınca ve engel yaratacakları, rejim için tehlike oluşturmaları düşünülmemelidir.

Anayasa Mahkemesi'nin, iptal üzerine ortada Anayasa'ya uygun kural kalmazsa, sosyal sarsıntıların önlenmesi gereğiyle kararının yürürlük tarihini belirleyerek Meclisi uyarmasının görevi, olduğu görüşü ileri sürülürken, yeni hükümlerin iptaliyle eski hükümlerin yürürlük kazanmasının yeniden ve Anayasa Mahkemesi'nce gerçekleştirilmesi anlamına gelmiyeceği, amacın ve ilkenin bir an önce uygunluğun sağlanması olduğu belirtilmiştir (92).

(92) SEÇKİN, Recal; «Anayasaya Aykırılık Kavramının Tanımlanması Yolunda Bir Deneme», Prof. Dr. Kemal Fikret Arık'a Armağan, AÖSBF. ve TDDAE Ortak yayını, Ankara, 1973, s. 446.

Hukuk devletinin «hukukçular devleti» anlamına gelmediği bilincinde olanlar gerçek güvenceyi oluşturmaktadırlar. 1970 öncesinde başlatılan Anayasa değişikliği istemleri (93) hukuk alanına olağanüstü durumlarla yansımış, olumlu karşılanmıştır. Bilim çevrelerinde de, eleştirilen kararların başlıcası olarak saydıklarımızla Anayasa değişikliklerini öz yönünden inceleme yasağı getiren 1971 Anayasa değişikliğine karşın biçim yoluyla öz konusunu inceleme «bir çeşit yasama işlemi» olarak değerlendirilmiş, 625 no.lu Özel Öğretim Kurumları Yasası'nın kimli bölümlerinin iptaline ilişkin karar (94), «dolaylı yasama» olarak nitelenmiş, kamulaştırmaya ilişkin Anayasa'nın 38. maddesinin iptali kararıyla Anayaskoyucunun istencine ters düşüldüğü görüşü yandaş bulmuştur (95). Değinilen tutumlarıyla Anayasa Mahkemesi'nin kendisine tanınan yetkileri Anayasa'da çerçevesi çizilen demokratik, sosyal hukuk devleti düzenini zorlar biçimde kullanıp kullanmadığı tartışma konusu yapılsa bile kendisini kuran güçlerin bekçilik umutlarını boşa çıkarmadığı belirtilmiş, kişi hak ve özgürlükleri konusunda «olumsuz», ekonomik ve toplumsal hak özgürlükleri konusunda «olumlu» denetim yaptığı, ulusal istencin kullanılmasının paylaşılması ve siyasal iktidarın frenlenmesi yönünden beklentileri karşıladığı kanısına varılmıştır (96). Biçim yoluyla öz denetimine, «15 yargıç, Cumhuriyetin temel niteliklerini belirli bir yönde yorumluyor diye o tutuma aykırı düşen tüm anayasa değişiklikleri iptal edilecek ve bu alanda ulusumuz kendi temsilcileri eliyle de olsa Anayasayı değiştirme yetkisini kullanamayacaktır» diye karşı çıkılıyordu (97). Yargıç Tahsin TÜRKÇAPAR, Anayasa'nın 138/4. maddesindeki 1973 değişikliğini aykırı bulmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin denetim yöntemine katılamadığı görüşünü açıklamıştır (98). Yasama işlemlerinin iptali üzerine Mahkeme ile Yasama organı arasındaki sürtüşme, siyasal alana kaydırılmadıkça giderek hukuksal alanda anlayışa dönüşebilir. Artun ÜNSAL, Anayasa Mahkemesi'nin

(93) KAYALAR, Şeref; «Anayasa Mahkemesinin Anayasayı İptal Eden Kararı», Son Havadis - 24.6/1.7.1970.

PARLAR, Mustafa; «Siyasal Bunalımlar Karşısında Bazı Anayasal Kuruluşlarımızın Tutumları - Anayasa Mahkemesi», Son Havadis - 16.8.1976.

(94) 12.1.1971 günlü, E. 1969/31, K. 1971/3 sayılı, AKD. 9, sayfa 131 - 193.

(95) ÜNSAL, Artun; Siyaset ve Anayasa Mahkemesi, Ankara 1980, s. 272.

(96) ÜNSAL, Artun; a.g.y., sayfa 273 vd.

(97) TURHAN, Mehmet; «Anayasaya Aykırı Anayasa Değişiklikleri», AÜHFD., Cilt XXXIII, 1976, Sayı 1 - 4, Sayfa 100.

(98) «Anayasa Mahkemesinin Anayasada Yapılan Değişiklikleri Denetleme Yetkisi» Yargıtay Dergisi 1975, Sayı 1 - 2, sayfa 33.

varlığını sistem için bir uyumsuzluk ögesi olmak bir yana, tersine sistemi koruyucu bir işlevi bulunduğu, anayasal düzenin bekliliğini yaparak gerektiğinde siyasal iktidarın yetki sınırlarını belirlediğini, ancak bu oranda siyasal iktidarın temel yetkilerini tanıdığını ve onun meşrûluğunu dolaylı biçimde pekiştirdiğini unutmamak gerektiğini, anayasal yargının her şeyden önce sistemin bütünlüğünü korumaya yönelik olduğunu, yargısal denetimin anayasalardaki ideallerin kitleler yararına somutlaştırılması yolundaki aktif çabalarıyla sistemdeki gerilimi azaltıcı bir tür emniyet sübabı görevini yerine getirdiğini, seçimlerde azınlık gruplarının çıkarlarını bir ölçüde koruyup hoşgörü gereğini yayararak, çoğunluk tarafından ezilmelerini hafifleterek otoritelere yönelik destek girdilerinin artmasını sağlayarak, ana siyasal sistemi güçlendireceğini, temele ilişkin görüşleri olarak, dayanaklarıyla birlikte sıralamıştır. Sonra, Yargının işlevinin, değişik isteklerden doğan anlaşılmazlıklara çözüm getirerek, kaba güçten çok, geçerlik (meşruiyet) ögesinin aracılığıyla sistemdeki gerilimi hafifletmek olduğunu anımsatarak, «sosyal, ekonomik, siyasal, kültürel değişmelerin hızlandığı, partilerarası savaşın şiddetlendiği bir ortamda yüksek yargının hakemlik rolünün önem kazandığı»na dikkat çekmiştir (99). Cumhuriyetin ikinci Anayasası'nı yapanların bu kuruluşu güvenceler dizisinin kilit noktasına yerleştirmekle yasama organının ve içinde egemen olan çoğunluğun iktidarı etkili biçimde sınırlamak istedikleri bir gerçektir (100). İşte, sınırlamaya sınırlamayla tepki, yeni düzenlemelerin doğal niteliği durumuna gelmiştir. Oysa, «teпки» yerilirken, yeni bir «teпки» düzenleme nedeni olmamalıydı.

1789 Fransız Devrimi'nden sonra, Siyases'in 1795 de önerdiği «Anayasa Jürisi»nin Napolyon'un oluruyla 1800 de «Koruyucu Senato» adıyla kurulması, yasaların anayasa uygunluğunun denetiminde siyasal ve temsili nitelikte bir organın gerçekleşmesinin ilk örneğini oluşturmuştu. Daha önce, eski Yunan ve Roma'da uygulandığı saptanan «Anayasaya uygunluk denetimi» (101) çağımızda en gelişmiş kuruluşlarını edinmiştir. Avrupa'da ditatörlüğe kapı açan, hukuku yalnızca yasalar sayan pozitivist hukuk anlayışındaki aşırılık, anayasa yargısına karşı çıkışın bir nedeni olarak görülmektedir. Yasama organını ulusun tek temsilcisi sayan Fransız Devrimi, onun üstünde hiçbir kurum kabûl etmiyor, yalnız yasal olanı geçerli sayıyordu. Oysa, yargı organı, erklerin ayrılığı gereği, yasamanın üstünde değil, yanında idi.

(99) ÖNSAL, Artun; a.g.y., s. 29 ve 121.

(100) KAPANİ, Nûci; Kamu Hürriyetleri, 3. Baskı, Ankara 1970, s. 113.

(101) KIRATLI, Metin; Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi, s. 1.

Halk egemenliğini zedelediği için demokratik bulunmaması görüşüne karşın giderek gelişen hukuk anlayışı, uygunluk denetimine geçişi sağlamıştır. Egemenliği paylaşan bir kuruluş olarak ulusal yaşamda yer alan Mahkemeler, yurttaşların ve hukukçuların uyarılarından her zaman yararlanacaklardır. Nitekim, Prof. Dr. Mümtaz SOYSAL «Anayasa Mahkemesi'nin kararlarındaki tutarsızlıkların giderilmesi, yalnız üyelerinin Anayasa'daki diyalektik seçmelerine değil, dışardan, hukukçu çevrelerin ve siyasal güçlerin yapacakları uyarıların ağırlık kazanmasına da bağlı» olduğunu belirtmiş, AYM'nin temel ilkelere dayanarak yapacağı denetimi, anayasa sisteminin işleyişi ve siyasal güçlerin oluşumu noktasında toplamak, öbür noktasında «hukukun temel ilkeleri» gibi pozitivizmden uzaklaştıran kıstaslardan kaçınması gereği üzerinde durmuş, 1961 Anayasası sisteminin en büyük yeniliğinin hiç şüphesiz Anayasa Mahkemesi ve yasaların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemek üzere kurulan yargısal mekanizma olduğunu» yinelemiştir (102).

Denetime katlanmak, siyasal olgunluk ve hukuksal düzey göstergesidir. Kısır düşünülürse, hukuk devletinin demokrasi için sınırlama olduğu görüşü de haksız karşılanamaz. Nitekim, Prof. Dr. Tahsin Bekir BALTA, «Görülüyor ki hukuk devleti anlayışı bir yandan demokrasi için sınırlayıcı bir nitelik taşıyor, öte yandan da tam ve sağlam olarak ancak demokratik bir rejimde gelişebiliyor. Şu halde bir ülkenin mütedil ve dengeli bir devlet düzenine sahip olabilmesi için demokratik rejimle hukuk anlayışının birlikte uygulanması gereklidir» (103) görüşüne, «Temel ilkeleri gözönünde bulundururken Mahkemenin bir hâkimler hükûmetinin çekici zeminine kaymaktan kaçınması temenniye şâyandır» (104) uyarısını da eklemiştir. Yargı organlarında bulunanların kendi güçlerini kat kat aşan ve objektif koşullara dayanan gidişler üzerindeki etkilerinin, «hakemlik» görevini iyi yapmaktan ve Anayasa'nın bu yöndeki açıklığını sağlamaktan öteye geçemeyeceğini bildiren Mümtaz SOYSAL «Anayasa Mahkemesi kendi başına denge hesaplarına girdi mi bunun kimin yanında bir denge olacağı kestirilemez» diyerek sakıncalı olasılıklara parmak basmıştır (105). Büyük tepkiyle karşılanan, büyük sorunları bulunan, güçlük, yoksunluk ve yalnızlık içinde yaşam savaşı veren Anayasa Mahkemelerine baş-

(102) SOYSAL, Mümtaz; a.g.y., sayfa 64, 92, 106.

(103) İdare Hukuku I, Ankara 1970, sayfa 111.

(104) «Anayasa Yargısı», AÜHFD., Cilt XVIII, 1961, Sayı 1-4, sayfa 547-565.

(105) Dinamik Anayasa Anlayışı, 1969, s. 92.

langıçta yüklenecek kusur da yoktu. Yasama organı, egemenliği paylaşmak istemediği için karşı çıkıyordu. Bizdeki haksız eleştirilerin nice örneğinden birisini söylemek isterim : İktidarın Millî Savunma Bakanı, «Anayasa Mahkemesi'nin Bakanlıkla Genel Kurmayı ayırmakla hatâ ettiğinden, iki başlı yönetime neden olduğundan» yakınıyor. Oysa, davayı muhalefette iken kendisi partisi açmıştır.

Anayasayı hazırlayıp yürürlüğe koymak az iş değildir ama yalnızca bunu yapmak çok iş de değildir. Önemli olan onu soyut kalmaktan kurtaracak güvenceleri birliğinde getirmek, iyi niyetle uygulayıp ileri götürmektir. Onu tanımak, etkin kılmak, varlığından da önemlidir. Bu da yansız, bağımsız, güçlü yargı denetimiyle gerçekleştirilir. Eli-kolu bağlı denetimle gerçekleşemez. Yoksa «ismi var, cismi yok» duruma düşerek sözde ve kâğıt üstünde kalır. Demokrasinin en sağlıklı koruyucusu, güçlü, etkin yargıdır. Denetimle aklanan yönetim kararmaz. Denetim yetkisinin kaynağı da Anayasa'dır.

SONUÇ :

Anayasa'nın 152/3. maddesi ve bu nedenle değinilmesi gereken konular üzerinde yeterli bulmadığım sunuşlarımla ilgilileri düşünmeye çağırdım : Anayasa Mahkemesi yasama organı yerine geçmek eğiliminde midir, hukuksal görüşlerinin gereğini mi yerine getiriyor? Yani bir kural koyuyor mu? Siyasal alana kayıyor mu?

Açık yürekle konuşmak, içtenlikli olmak zorunludur, üstelik bilimsel nitelikli toplantıların temel koşuludur. Kimsenin gocunmasının da gereği yoktur. Anayasa Mahkemesi'nin 1982 Anayasası'yla sınırlamalarıyla karşılaştığı bir gerçektir. Önümüze gelecek yasalardan olmadığı için söylemekle sakınca da yoktur. Yargı alanı, denetim alanı, oldukça daraltılmış, yetkileri kısıtlanmış, ağır sayılacak, yetersiz koşullar getirilmiştir. Üye seçimi, Anayasa değişiklikleri denetiminin yalnız biçim yönünden yapılması ve iptalde zorunlu oyçokluğu, biçim yönünden dava süresi ve incelemenin belirli koşullarla sınırlandırılması, biçim yönünden siyasal partilerin bağımsız dava açamamaları, iktidar ve ana muhalefet partisi dışındaki siyasal partilere, belli kurumlara, yüksek mahkemelere ve Türkiye Barolar Birliği'ne kendi varlık ve görev alanlarını ilgilendiren konularda dava hakkı tanınmaması, öze girilerek reddedilen davanın on yıl geçmeden bir daha açılmaması gibi 153/2. madde de bir sınırdır. İtiraz davalarının beş aylık sürede sonuçlandırılması, iptal kararlarının gerekçeleri yazılmadan açık-

lanmaması, olağanüstü durumlarda, sıkıyönetim ve savaş durumlarında çıkarılan yasa hükmündeki kararnamelemlerin (yürütmenin durdurulması yetkisi söz konusu olmamasına karşın) biçim ve öz yönünden aykırılıklar savıyla dava konusu yapılamaması birer sınırlamadır. Yasaların, Anayasa'ya aykırı olamayacağı (Anayasa mad. 11/2) kuralına karşın kimi yasaların yargı denetimi dışında bırakılması da bir sınırdır. 153/2. maddenin evrimi, ilgili sorunlarla konular gözetilince, tepkiden kaynaklanan bir sınırlama amacı anlaşılır. Ama bir sınır ya da engel değildir.

153/2. madde, bir engel - sınır - kısıtlama, yeni bir bağ olarak öngörülmüşse de, uygulamada bu nitelikte, bu etkinlikte bulunmamış, iptal kararına engel görülmemiştir. Öbür sınırlar dava öncesi koşullar, Mahkemenin elinde olmayan sınırlamalardır. 153/2, Mahkemenin çalışmasında gözüteceği, kararı ve tutumuyla yaşam hakkı vereceği bir tür «önlem kuralı»dır, «ölü kural» denilemez. Varlığı, iptal kararı verilememesi koşuludur. Uygulanabilirliği yoktur, ancak somut yapısı, kurallaşma amacını anımsatmakta, anlamı bununla sınırlı kalmaktadır. Bir anayasal «uyarı»dır.

Anayasa Mahkemesi, fıkranın varlığına karşın görevini yapmak, kararını vermek, iptal gerektiğinde «kural koyma» durumuna düşmekteki özenini göstermek, gerekirse, süre vermek durumunu sürdürecektir. Anayasa'daki kuralı «yok» saymak, hukuk dışı değerlendirmek olanaksızdır. Mahkeme, kuralın getiriliş amacını gözütecek ama böyle bir kuralla eli - kolu bağlı, iptal kararı verilemez anlayışıyla davranmayacaktır. Gerekeni yapacaktır.

Bu konuda, yansız bir hukuk kuruluşu olan, savunma mesleğinin üst örgütü Türkiye Barolar Birliği'nin Başkanının görüşü de şöyledir: «İdarî yargının denetim alanını daraltmak, yargının, yürütme ve yasanın yerine geçtiği iddialarını ileri sürmek, hukuk devleti ilkelerine aykırıdır. Anayasa Mahkemesi bir yasama tasarrufunu, İdarî Mahkemeler bir idarî tasarrufu iptal etmişlerse, yüce mahkemeler, yasama erkine de, yürütme erkine de müdahale etmişlerdir. Bunu, Hukuk Devletin ve yargı denetiminin doğal sonucu saymak gerekir. Aksi halde yargı kuruluşları karar vermek olanağını yitirmiş olurlar. Hukuka aykırılık arttıkça, yargının yasama ve yürütme erkinin yerine geçtiği iddiaları yoğunlaşmaktadır» (106). Yargı işlevinin önemini vurgulayan bu görüşler, sonucun sakınca olarak değerlendirilmemesini öner-

(106) EVREN, Teoman; «Hukuk Devleti Savaşçısı», Hukuk Devleti ve Velidedeoğlu, Türk Hukuk Kurumu, Çağdaş Yayınları, İst. 1985, s. 75.

mektedir. Elbet, görünüm «elatma» biçimindedir ama gerçek «denetim» doğa sonucudur, elatma anlamı verilmemelidir. Yargı denetimi, kendinden bekleneni yapacaktır.

Şimdi özetleyebiliriz :

1. Ulusal egemenlik ve ulusal istenç kavramlarını kendi siyasal ve özel amaçlarına uygun biçimde yorumlayarak, ulusun tüm yetkisinin yalnızca TBMM.'nde toplandığı savında bulunarak, kararları gerekçeleri ve hukuksal nitelikleri dışında değerlendirip eleştirerek Anayasa Mahkemesini Anayasa ve hukuk dışında göstermeye çalışanların uğraşları, iyi niyetlilerin (kendilerince) Anayasa'ya aykırılık endişelerinden kaynaklanan eleştirileriyle birleşince, düzenlemelerle «sapmaların (!)» giderilmesinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Mahkemenin usunun köşesinden bile geçmeyen «yasa koyucu yerine geçmek» ve «yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde karar vermek» tutumuna düşmemek için «iki yasak», «bir kural» yapısıyla 1982 Anayasası'nda yer almıştır. Suçlamaların, haksız ve dayanaksız eleştirilerin nedeni olarak Seçim Yasası, Af Yasası, Kamulaştırma Yasası, Anayasa değişikliği yasalarıyla önce belirttiğimiz kimi yasalara ilişkin kararlar incelemelere açıktır. Tarihe emanet edilmiştir. Hiçbir etkiye kapılmadan, «hak» ve «uygunluk»tan başka hiçbir şey gözetmeden çalışmalarını sürdüren Anayasa Mahkemesi'nin, kararları, siyasal konuları işlese, sonuçlarıyla siyasal alanı etkilese de siyasetle hiç bir ilgisi ve ilişkisi yoktur (107). Yasa koyucu gibi davranmak ve yeni bir uygulamaya yol açacak nitelikte kural koymak tutumu asla söz konusu değildir. Anayasa'nın amacını gerçekleştirmekten, aykırılıkları önleyip uygunlukları sağlamaktan, böylece hukuk devletini yüce kılmaktan başka düşüncesi yoktur. Eleştirilen kararları, mahkeme siyasal görüşle, siyasal amaçla vermemiş, içtenlikli kanısı, inancı ve hukuksal görüşü böyle olduğu için vermiştir. İkisini birbirinden ayırmalıdır. Kuruluşun varlığı, yapısının güçlü oluşu ulusal bir gerekse, kişisel ya da başka tür nedenlerle güçsüz duruma düşürmekten, yıpratmaktan kaçınmalıdır. Mahkemenin, Anayasa ve üstün hukuk kurallarından başka ölçüsü yoktur. Siyasal görüşler, herkes için değişen «yurt gerçekleri» yargısal denetimin, uygunluk denetiminin ölçütü olamaz. Bunlar görecelidir, zamana, duruma ve kişilere göre değişen esnek, kaypak kavramlardır.

(107) Özmert, H. Semih; Anayasa Mahkemesinin 23. Kuruluş Günü'nü Açış Konuşması, 25.4.1985.

2. Anayasa'nın 153/2. maddesinin getirilmesinde siyasal, duygusal ve konuyu yeterince bilmemekten kaynaklanan nedenler bulunmaktaysa da fıkranın varlığı, Anayasa uygunluk denetimi için bir uyarı olmaktan ötede bir «engel» değildir. Belki, bir fren olarak yararı umulmuştur ama iptal kararını önleyen işlerliği yoktur. Yalnız hukuk tarihimizde değil, demokrasi tarihimizde de kurulması bir dönüm noktası olan Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya bağlılığı tutku durumuna getirdiğinden gerekli özeni göstermektedir. Avukatlık Yasası'nın 154. maddesinin iptaline ilişkin kararıyla da yasa koyucu yerine geçmemiş, iptal edilmeyen fıkralar yeni bir uygulamayı gerektirecek yapıda bulunmamış, yasanın kimi maddeleri de yasa koyucunun amacını sağlamaya yeterli görülmüştür (108). 153/2. madde Mahkemeyi daha çok özene çağırır. Bir anımsatma, bir uyarıdır. Bunun olmamasının daha uygun düşeceği görüşümü içtenlikle belirtiyorum.

3. Mahkemelerin tepkisi olmaz. Onlar, Anayasa'ya gerçekten bağlı ve gerçekten saygılıdır. Hiçbir şey yokmuş gibi çabalarını sessizce sürdürürler. Hukukun üstün kurallarına, demokrasiye, insan haklarına, ulusal egemenliğe, yargı bağımsızlık ve yansızlığına, denetimin etkinliğine özen gösterirler. Çalışmalarıyla yararlı olmaya, hukukun üstünlüğünü gerçekleştirmeye bakarlar. Bilirler ki, hukuk, her alanda egemen oldukça her türlü yakınma dınecek, her türlü kötülük ve aykırılık son bulacaktır. Kararlarıyla konuşurlar ve kararlarını savunmazlar. Sonucu, ulusal özgüdüye (vicdana), ulusal bilince, sağduyuya bırakırlar.

Yasaların durağanlığını hukukun devingenliğiyle azaltarak topluma öncülük eden Anayasa'yı ulusal yaşama katarken kuralları sınır ve engel olarak düşünmemek gerekir. Denetimin sonucu neyi gerektiriyorsa o yapılır. Anayasa'nın ilkesi, amacı ve buyruğu budur. Kendine güvenmeyen Anayasa Mahkemesi güvence olamaz. 153/2. madde, «önceden yasa koyucu gibi davranıldığı, yeni bir uygulamaya yolaçacak nitelikte karar verildiği» kabul edilerek, böyle sayılarak da getirilmiş sayılmaz. Getirilmesi böyle durumların geçtiğini göstermez. Böyle davranılmaması, böyle durumların olmaması için, kesinlikle önlemek için getirilmiş olabilir. İptal kararı vermeye engel değildir.

Burada şu hususu vurgulamakta sayısız yarar vardır : kaynakta ve doğası gereği Büyük Türk Ulusu'nun olan egemenliği, Ulus adına

(108) Anayasa Mahkemesi'nin 13.1985 günlü, Esas 1984/12, Karar 1985/6 sayılı kararı.

kendi görev alanlarında kullanmaya yetkili yasama, yürütme ve yargı organlarının birbirlerinin işlevlerine elatması ve birbirlerine güçlük çıkarması düşünülemez. Hukuk devletini her alanda gerçekleştirmek, hukuku üstün ve egemen kılmak çabasının öncüsü Anayasa Mahkemesi'dir. Yasaların Anayasa'ya aykırılıklarının yaptırımını oluşturan bu yüce organdan, gereksiz davranışlar, hukuku çiğneme belirtisi beklemek yanlıştır. Kararları, hukukun gereğidir.

Son olarak, Anayasa Mahkemesi üyelerinin konuşma ve demeçlerinin «görüş - oy bildirme» niteliğini taşıyıp taşımadığı üzerinde (bu toplantıyla sınırlı olarak) duracağım. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 36. maddesi «Mahkemeye gelmesi olası konularda sözlü ve yazılı görüş vermeyi» yasaklamıştır. 1982 Anayasası'nın yürürlükteki maddeleri Mahkememizin denetim yetkisi dışındadır. Bu konuda görüş vermenin sakıncası olmadığı gibi toplantı bilimseldir. Yargı işlevi ayrı, bilimsel görüş ayrıdır. Kaldıki, eleştirsem bile, bu maddeyi bir yasa için uygularken olduğu gibi almak, bağlı kalmak zorundayım. Yargı işlevinde bir ölçü olan bu maddeyi benim anlayışımın kararlar için ne olacağını açıklamak anlamında değil, Anayasanın bu maddesini nasıl anladığımı açıklamaktır. Anlayış ise zamanla değişebilir. Kaldı ki ben fıkranın evrimini eleştirdim. Değişik görüşleri yansıttım. Kuralın işlerlik, yeterlik durumlarını gözden geçirdim. Mahkeme çalışmalarında nasıl olacağını da kararlarla yansıyacağını söyleyerek bu konuda bugünden kesin bir görüş açıklamadım. Yürürlükteki Anayasa kuralına, katılmasam da, uymakla, onu uygulamakla yükümlüyüm. Aykırılığı belirtmek sakıncalı olamaz.

Teşekkür eder, saygılar sunarım.

KISALTMALAR

a.g.y.	: Adı geçen yapıt
AKD.	: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD.	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYM.	: Anayasa Mahkemesi
E.	: Esas
İÜHFD.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
TOADİE	: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü.