

**KANUNA AYKIRI TÜZÜKLER KARŞISINDA  
MAHKEMELERİN DURUMU**

Doçent Turhan FEYZİOĞLU

Anayasamızın 52 nci maddesi Bakanlar Kuruluna “kanunların uygulanışını göstermek yahut kanunun emrettiği işleri belirtmek üzere, içinde yeni hükümler bulunmamak ve Danıştayın incelemesinden geçirmek şartıyla” tüzükler yapmak selâhiyetini vermiştir. Yürütme organına böyle bir selâhiyetin tanınmasını gerektiren sebepler malûmdur: Kanun vâzı bilhassa teknik mahiyet arzeden mevzularda ancak ana hükümleri tesbit edebilir; teferruata müteallik noktaların tanzimini yürütme organına bırakmağa mecburdur. Ana prensiplere nisbetle, teferruata müteallik olan bu hükümlerin daha sık değiştirilmesi icab eder. Bazı meselelerin tanziminde büyük bir sür'ate, bazılarında da gizliliğe ihtiyaç duyulur. İşte bütün bu mulâhazalar her memlekette, yürütme uzvuna az çok geniş bir tanzim selâhiyeti tanınmasını zaruri kılmış ve devletçilik cereyanları bu selâhiyetin sınırlarını gitgide genişletmiştir. Bu yazıda, hükûmete tanınmış olan tanzim selâhiyetinin lüzumu, sınırları, mahiyeti uzun uzadıya münakaşa edilecek değildir. Bütün bu noktalar hakkında Ord. Prof. Ali Fuat Başgil'in “Türkiye Teşkilât hukukunda Nizamname mefhumu ve Nizamnamelerin mahiyeti ve tâbi olduğu hukukî rejim” adlı geniş etüdü (1) ile hocam Prof. Ragıp Sarıca'nın “Türkiye'de icra uzvunun tanzim selâhiyeti” adlı kıymetli eserine başvurulabilir. (2) Burada bizim yapmak istediğimiz şey Türk doktrininde ötedenberi çok münakaşalı olan şu meseleyi, bazı mahkeme içtihatlarının da ışığı altında, yeniden ele almaktan ibarettir: Türk mahkemeleri bir tüzüğün kanuna aykırı olup olmadığını tetkik edebilirler mi? Kanuna aykırı bir tüzük karşısında adli ve idarî kazanım durumu nedir?

Hemen şu noktayı belirtelim ki, bu mevzuda, tanınmış hukukçularımız arasında görüş ayrılığı vardır. Anayasamız 52 nci maddesinin son fıkrasında: “Tüzüklerin kanunlara aykırılığı ileri sürüldükte bunu çözüm

(1) *Cemil Bilsele Armağan*, İstanbul, 1939. (Etüdün tamamını Ali Fuat Başgil'in *Hukukun ana mesele ve müesseseleri* adlı eserinde de bulmak kabildir. Hukuki Bilgiler mecmuası tarafından da kısmen iktibas edilmiştir. 1939, sayı 9-117, s. 7046)

(2) Bk. keza, S. S. Onar, *idare Hukuku*, c. 1, ikinci bası, İst. 1945, s. 204 ve müt.

yeri T. B. M. M. dir. ” hükmünü koymuştur. Bu hükmün tefsiri hususunda hukukçularımızın ileri sürdükleri çeşitli fikirleri izah ettikten sonra, kendi düşüncelerimizi açıklayacağız. Fakat, meselenin Türkiyedeki hal şeklini ele almadan önce, kısa ve sathî de olsa, mukayeseli bir tetkik yaparak bazı yabancı memleketlerde kanuna aykırı tüzüklerin tâbi olduğu hukuki rejimi gözden geçirmekte fayda vardır.

Yabancı hukuk nizamlarına bakınca, tüzüklerin kanuna ve Anayasaya uygunluğunu temin etmek için her tarafta kazaî murakabeye yer verildiği göze çarpar. Türkiyedeki durumu incelerken daha etraflı olarak göreceğimiz gibi, kazaî murakabe başlıca iki şekilde tecelli edebilir:

a) Bir tüzüğün kanuna aykırı olduğu ileri sürülerek, bu tüzüğün iptali, ortadan kaldırılması istenebilir. Bu takdirde “dâva yoluyla murakabe” den bahsedilir (*par voie d'action*).

b) Bir kimse, esasen görülmekte olan bir dâva münasebetiyle, hâdiseye tatbik edilmek istenilen bir tüzüğün kanuna aykırı olduğunu ileri sürebilir. Mahkeme, aykırılık iddiasını haklı bulursa, tüzüğü iptal etmemekle berabere o dâvada tüzüğün hükmünü tatbikten imtina eder. Buna da “defi yoluyla murakabe” adı verilir. (*par voie d'exception*).

Yabancı hukuk nizamlarında, “dâva yoluyla murakabe” her zaman kabul edilmese bile, hiç değilse asgarî bir teminat olarak “defi yoluyla murakabe” umumiyetle kabul edilmektedir. Kanunların Anayasaya uygunluğunun kazaî murakabeye tâbi olup olmadığı meselesinin kesin olarak halledilmediği memleketlerde dahi, kanunlar için her türlü kazaî murakabeyi reddeden müellifler bile, tüzüklerin kazaî murakabeden hariç tutulmalarını asla kabul etmemektedirler. Meselâ Fransada ve Weimar Almanyasında durum böyledir. Fransada, tüzüklerin kanuna aykırılığı hem dâva yoluyla, hem de defi yoluyla ileri sürülebilir. (3) Fransa’da bu geniş kazaî murakabe birden bire değil, uzun bir tekâmül neticesinde doğmuştur. Fransız Devlet Şûrası ilk zamanlarda devlet reisi tarafından imza edilen tüzüklerin, kazaî murakabeye tâbi tutulamıyacağı içtihadına sapanmıştır. Fakat 1830 dan itibaren, devlet reisinin siyasî ehemmiyeti azalıp Parlâmentonun mevkiî kuvvetlendikçe, içtihatlarda bir değişme belirmiş ve 1845 yılında devlet reisinin imzasını taşıyan tüzüklerin iptaline müteallik ilk Devlet Şûrası kararları ortaya çıkmıştır.

Fakat “*réglements d'administration publique*” adı verilen ve ancak Devlet Şûrası Umumî Heyetinin mütalâası alınmak suretiyle yapılabilen tüzükler (bizdeki tüzük mefhumuna tekabül edenler asıl bunlardır) 1907

(3) R. Alibert, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Paris, 1926, s. 17.

ylına kadar yasama kuvvetinin delegasyonuna müstenit sayılarak, kazaî murakabeden hariç tutulmuşlardır. Nihayet 6 Ocak 1907 tarihli bir kararlar, Devlet Şûrası, bütün tüzükler aleyhine iptal dâvası açılabilceğini kabul etmiştir. (4) Gerçi ikinci cihan harbini takip eden son intikal yıllarında Fransız Devlet Şûrası, Fransız Millî Kurtuluş Komitesi (CFLN) ve Fransa Cumhuriyeti muvakkat hükümeti (GPRF) tarafından çıkarılan emirnameler aleyhine hiç bir suretle dâva açılmıyacağına karar vermiştir. Fakat unutmamak lâzımdır ki, bunlar icra uzvunun tanzim selâhiyetine giren tasarruflar değil, Şûranın da belirttiği gibi, teşriî mahiyette tasarruflardır. (5)

Fakat Fransa'da, doğrudan doğruya iptal dâvası açmak suretiyle kanuna aykırı bir tüzüğün iptal ettirilebilmesi kâfi görülmemiştir. İptal dâvaları gayet kısa bir müddete tâbidir. Bu müddet geçtikten sonra, kanuna aykırı bir tüzük idarî mahkemeleri olsun, adlî mahkemeleri olsun bağliyacak mıdır? Hayır. Bu takdirde de, kazaî murakabenin ikinci şekli, yani "def'i yoluyla murakabe" imdada yetişmektedir. Gerek idarî, gerek adlî mahkemelerin, görmekte oldukları bir dâva münasebetiyle, kanuna aykırı bir tüzüğü tatbikten imtina edebilecekleri yolunda Fransız mahkemelerinin kökleşmiş içtihatları vardır. Doktrin de bu hususta aşağı yukarı müttefiktir. (6) Mahkemelerin bu selâhiyeti, kaideler hiyerarşisinde kanunun tüzüğe nazaran daha üstün bir yer işgal etmesinin tabii neticesi sayılmaktadır. Ancak, Fransız mahkemelerinin bu selâhiyeti tam bir şekilde kullanmağa başlamaları da

(4) Bu içtihat değişikliğinin nasıl bir tekâmül neticesinde yavaş yavaş hazırlandığını G. Jêze gayet iyi izah etmektedir. Bk. *Les principes généraux du droit administratif*, 3 ème éd., Paris, 1925, T. 1, s. 379 ve müt.; — 6 Ocak 1907 kararı hakkında bütün klâsik eserlerde malûmat vardır. Bk. meselâ H. Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 13 ème éd., Paris, 1933, s. 126. — Bk. keza *Sirey*, 1908. III. 1, Comp. de chemins de fer; *Sirey* 1914. III. 36, Omer Decugis; *Sirey*, 1914. III. 78, Seurin et Lenoir kararları.

(5) Fr. Devlet Şûrası, 22 Şubat 1946, Botton, *Sirey*, 1946, III. 56. — Kararın hûlâsası *Revue de Droit Public*'de de çıkmıştır, avril-juin 1947, s. 205.

(6) Bk. Meselâ Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, 4 ème éd., Paris, 1923, s. 305; Berthélemy, s. g. e., s. 123 ve müt. ve notlar; J. Bonnet, *Introduction à l'étude du droit*, 3 ème éd., Paris, 1939, s. 143 ve müt.; H. Berthélemy, *Défense de quelques vieux principes: la loi et le règlement*, Mélanges Hauriou, s. 821 ve müt.; Waline, *Manuel élémentaire de droit administratif*, 2 ème éd., Paris 1939, s. 318 ve müt.; bilhassa, A. Mestre, *Recherches sur l'exception d'illégalité*, Mélanges Hauriou, s. 567 ve müt.; Ch. Crozat, *Devlet Şûrası: yasaya uygunluk mercii*, Mülkiye mecmuası, 1934, sayı 38, s. 22 - 23; mahkeme içtihatlarının tipik bir örneği olarak, Fransız Temyiz Mahkemesi Hukuk dairesinin 24 ekim 1917 tarihli Guillou kararı gösterilebilir: bk. *Sirey*, 1918.1.193.

uzunca bir tekâmülün eseri olmuştur. Fransa'da idare ile adliyenin ayrılığı gayet barizdir. Adliye idarenin işlerine müdahaleden meneden çok sarih metinler vardır. (16-24 Ağustos 1790 tarihli kanun, m. 13, fasıl II. 1791 Anayasası, m. 3, böl. V, fasıl III; Ceza kanunu, m. 127). Bütün bu hükümlere rağmen, A. Mestre'in sözü geçen etüdünde gayet etraflı bir şekilde anlattığı gibi, adli mahkemeler adım adım bu selâhiyeti elde etmişlerdir.

Fransız mahkemeleri bu murakabeyi fiilen yapmakta oldukları bir sırada, 28 nisan 1832 tarihli kanunla Ceza kanununa ilâve edilen bir hüküm (m. 471, bent 15) mahkemelerin bu içtihadını takviye etmiştir. Bu bentte "kanun dairesinde yapılmış tüzüklere aykırı hareket" edenlerden bahsedilmektedir. Bundan mahkemelerin bir tüzüğün "kanun dairesinde" yapıp yapılmadığını kontrol edebilecekleri neticesi çıkarılmaktadır. Gerçi uyuşmazlık mahkemesinin çok meşhur bir kararı, 16 haziran 1923 tarihli Septfonds kararı fikirlerde biraz tereddüt uyandırmıştır. Bu karara göre adli mahkemeler, yürütme uzvu tarafından yapılan tüzükleri tefsir edebilirler, fakat kanuna uygun olup olmadıklarını murakabe edemezler. Aksi takdirde adliye ile idare arasındaki ayrılık ihlâl edilmiş olur. Müellifler, uyuşmazlık mahkemesinin bu kararına rağmen, Temyiz mahkemesinin, tüzüklerin kanuna uygunluğunu defi yoluyla tetkike devam ettiğini belirtmekte ve Septfonds kararını şiddetle tenkit etmektedirler (7).

Gerçekten, hukuk kaidelerini hâdiselere tatbik etmekle mükellef olan kazai mercilerin, kanunun hükmünü tüzüğe tercih etmelerinden daha tabii ve mantıkî bir şey olamaz. Bu mantıkî kaide, bazan anayasalarda sarahaten yer almıştır, bazan da anayasaların sükûtu karşısında mahkeme içtihatları ve doktrin meseleyi halletmiştir. Meselâ 1831 tarihli Belçika anayasası, mahkemelerin ancak kanunlara uygun olan tüzükleri tatbik edebileceklerini açıkça söylemiştir (m. 107). 1 ekim 1920 tarihli Avusturya anayasası ise, kanunların anayasaya uygunluğunu kontrol etmek üzere kurduğu anayasa mahkemesine (Verfassungsgerichtshof) tüzüklerin kanunlara uygunluğunu murakabe etmek selâhiyetini de sarahaten tanımıştır. Kelsen, Avusturya anayasa mahkemesi

(7) Ch. Crozat, *s. g. e.*, s. 23; Bonnecase, *s. g. e.*, s. 144; Berthélemy, *Traité élémentaire...*, s. 124; *Défense de quelques...*, *Mélanges Hauriou*, s. 825; A. Mestre, *s. g. e.*, *Mélanges Hauriou*, s. 591 - 595; Yalnız Waline, adli mahkemelerin ancak ceza hukuku sahasında, zabıta tüzüklerinin kanuna aykırılığını tesbit edebileceklerini iddia etmekte ve ceza kanununun 471 inci maddesinin 15 inci bendine dayanmaktadır. Diğer sahalarda, *Septfonds* kararı gereğince, murakabeyi ancak idari mahkemeler yapabilecektir (Waline, *s. g. e.*, s. 319 ve s. 66).

hakkında yazdığı bir makalede (8), modern devletlerde tüzüklerin kanunlara uygunluğunu murakabe selâhiyetinin umumiyetle bütün mahkemelere tanınmış olduğunu ve mahkemelerin, rüyet etmekte oldukları hâdisede, kanuna aykırı gördükleri bir tüzüğü tatbikten imtina edebileceklerini belirttikten sonra, Avusturya federal anayasasının, hukuk birliğini ve hukuk emniyetini sağlamak gayesiyle, daha radikal bir hal şekli kabul ettiğini söylüyor: Bir mahkeme, bir tüzüğün kanuna aykırı olduğu kanaatine varırsa (sadece taraflardan birinin aykırılık defini-leri sürmesi kâfi değildir), dâvayı durdurur ve anayasa mahkemesinden tüzüğün iptalini ister. Mahkeme, tüzüğün tamamen mi, yoksa kısmen mi ilgasını istediğini bildirmeğe mecburdur. Anayasa mahkemesi tüzüğü kanuna aykırı görerek iptal ederse mahkeme artık tüzüğü tatbik edemez. Aksi takdirde tüzüğe göre karar verir. Kelsen, bu usulün başka memleketlerde bütün mahkemelere tanınmış olan umumî murakabe selâhiyetine nazaran bir tahdit teşkil ettiğini de ilâve etmektedir (9).

1920 tarihli Çekoslovakya anayasasında ise, kanunların anayasaya uygunluğu hususunda karar vermek üzere hususî bir mahkeme teşkil edilmekle beraber tüzüklerin kanuna uygunluğunu murakabe selâhiyeti umumî mahkemelerden alınmamıştır (10).

(8) Hans Kelsen, *Verfassungs - und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates nach der neuen österreichischen Bundesverfassung vom 1 oktober 1920* (Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge 42, 1923, s. 196 - 197).

(9) Dolfuss rejimi ve Alman işgali altında ortadan kalkmış olan Anayasa Mahkemesi, ikinci dünya harbinden sonra doğan yeni Avusturyada tekrar kurulmuştur. Avusturya anayasa mahkemesine müteallik başlıca hükümler 1920 tarihli Avusturya anayasasının 137 - 148 inci maddeleri ile 1930 tarihli kanunadır. En son metinler ise şunlardır: 9 ekim 1946 tarihli anayasa tadilatı (Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich, 24 aralık 1946, No. 211); Anayasa mahkemesinin kuruluş ve işleyişine dair 1930 tarihli kanunu değiştiren 12 ekim 1945 tarihli muvakkat kanun (Staatsgesetzblatt..., 31 ekim 1945, no. 209), Anayasa mahkemesinin çalışma usul-lerini gösteren tüzük (Bundesgesetzblatt..., 3 aralık 1946, no. 202). (Bu metinleri bize temin etmek lütfunda bulunan değerli hukukçu ve Siyasal Bilgiler Okulu Almanca öğretmeni Dr. Silberknopf'a teşekkürü borç biliriz). İkinci Dünya harbinden sonra yeniden kurulan Anayasa mahkemesinin başkanlığına Viyana Üniversitesi Profesörlerinden Ludwig Adamowich getirilmiştir. Milletlerarası İdari İlimler Enstitüsünün bu yıl yaptığı kongre için profesör tarafından Avusturya Anayasa Mahkemesi hakkında şayanı dikkat bir rapor hazırlanmış ve tevzi edilmiştir. Raporda da ifade edildiği gibi, Avusturya Anayasa Mahkemesinin murakabesi kâğıt üstünde kalmamıştır. Yine sayın Dr. Silberknopf'un getirmek lütfunda bulunduğu "Bundesgesetzblatt'lara göre, kanunlara aykırı tüzükler sık sık iptal edilmektedir. (Bk. meselâ, 7 eylül 1948, no. 181 - 182; 15 ocak 1949, no. 13).

(10) Midhat bey: *Teşkilâtı Esasiye Kanununa münafi ahkâmı ihtiva eden kanunların hakkında kazâi murakabe meselesi*, IHFM, 1927 sene: 4, sayı 28, s. 424.

İsviçrede de, mahkemeler federal kanunların anayasaya uygunluğunu kontrolden anayasanın 113 üncü maddesiyle sarih surette menedilmiş oldukları halde, tüzüklerin kanuna uygunluğunu murakabe edebilmektedirler. Maruf İsviçreli âmmeci Fleiner, bu usulün Fransa ve Almanyada da kabul edildiğini ve böyle bir murakabenin *tabii* olduğunu tasrih etmektedir (11).

Gerçekten Almanyada da, Weimar rejiminde, kanunların anayasaya uygunluğunun kazaî murakabesi meselesi fikir ve içtihat ihtilâflarına yol açtığı halde, tüzüklerin kanuna uygunluğunu murakabe etmek hususunda bütün mahkemelerin selâhiyetli oldukları münakaşasız kabul edilmiştir. Mahkemeler de bu hususta hiç bir tereddüt göstermemişlerdir (12).

Romanyada, 1923 anayasası ile, kanunların anayasaya uygunluğunu kontrol etmek için hususî bir usul ihdas edilerek, bu murakabenin Temyiz Mahkemesi umumî heyetine tevdi edildiği malûmdur. Tüzüklerin kanuna aykırılığını murakabe selâhiyetinin de Umumî Heyete mi, yoksa bütün mahkemelere mi ait olduğu münakaşa edilmiş; bazı tereddütlerden sonra, Temyiz mahkemesi tüzüklerin kanuna ve anayasaya uygunluğunu tetkik selâhiyetinin münhasıran Temyiz Mahkemesi Umumî Heyetine ait olmayıp, bütün kazaî mercilerin bu murakabeyi yapabileceklerine karar vermiştir (13).

Netice olarak diyebiliriz ki, hukuka bağlı devlet fikrinin yerleşmiş olduğu garp memleketlerinde tüzüklerin kazaî murakabesi meselesi münakaşa konusu olmaktan çıkmıştır. Mahkemelerin kanuna aykırı tüzükleri tatbik etmeyecekleri hususunda tam bir fikir birliği, bir "communis opinio" mevcuttur. (Bk. N. Biert, s. g. e., s. 2).

Memleketimize gelince: Anayasamızın 52 nci maddesinin son fık-

(1) F. Fleiner, *Amme hukukunda büyük harpten sonraki istihaleler*, Hukuk İlimini Yayma Konferansları: 9, Ankara 1936, s. 7; Fleiner, *Einzelrecht und Öffentliches Interesse*, Zweiter Abdruck, Tübingen, 1925, s. 17 - 19; İsviçre hakkında bak. keza, Dr. Dietrich Schindler, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Schweiz (Zeitschrift für Schweizerisches Recht)* N. F. 44, s. 47; Claude du Pasquier, *Introduction à la philosophie du Droit*. 2<sup>e</sup> éme éd., s. 48. Nicolo Biert, *Die Prüfung der Verfassungsmaessigkeit der Gesetze durch den Richter*, Bern, 1933, s. 2 ve 56.

(12) Bk. Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11 August 1919*, Achte Auflage, Berlin, 1928, s. 216 - 217.

(13) Tafsilât için bk. Georges Alexiano, *La suprématie de la constitution assurée par les juges en Roumanie*, *Mélanges Paul Negulesco*, Bucureşti 1935, s. 25 - 27.

rası yukarda söylediğimiz gibi bir ihtilâf kaynağı olmaktadır (14). Ele aldığı her mevzuu büyük bir titizlikle ince ince işleyen kıymetli hocam Prof. Ragıp Sarıca, zikrettiğimiz eserinde, Türk hukukçularının bu husustaki fikirlerini birer birer nakletmiş ve bunları tenkit süzgecinden geçirerek kendi düşüncelerini açıklamıştır.

Biz de, yapılmış bir işi tekrarlamak pahasına da olsa, kendi düşüncelerimizi açıklamadan önce, bu mevzuda ileri sürülen başlıca fikirleri tarih sırasıyla nakletmeği, vuzuh bakımından, faydalı görüyoruz. Bu arada muhterem Sarıcanın zikrettiği müelliflerin listesine bir kaçını daha ilâve ederek doktrin tablosunu tamamlamağa çalışacağız.

52 nci maddenin son fıkrasını tefsir eden müelliflerden bazıları, mahkemelere tüzüklerin kanuna uygun olup olmadığını tetkik selâhiyetini asla tanımamaktadırlar. (İstanbul Hukuk Fakültesi eski Profesörlerinden Midhat, Ordinaryüs Profesör Mustafa Reşit, Profesör Charles Crozat ve Prof. Ragıp Sarıca bu fikirdedirler).

Bazılarına göre ise, 52 nci madde mahkemeleri, tüzüklerin kanuna uygunluğunu murakabeden mutlak surette menetmiyor, ancak bu murakabenin “doğrudan doğruya”, “re’sen”, “dâva yoluyla” yapılamıyacağını gösteriyor. ( Profesör Muslihiddin Adil, Talât Kaâmil, Ordinaryüs Profesör Ali Fuat Başgil, Profesör Bülend Nuri Esen, Doçent Bahri Savcı bu fikirdedirler). İstanbul Hukuk Fakültesi idare hukuku Ordinaryüs Profesörü Sıddık Sami Onar, bu iki telâkkinin arasında bir yol tutmaktadır.

Muhtelif guruplara ayırdığımız bu müelliflerin fikirlerini, biz de Sarıca gibi tarih sırasıyla nakledeyim.

1 — İstanbul Hukuk Fakültesinin eski idare hukuku müderrisi Muslihiddin Adil beye göre; “Bu maddenin tefsiri hususunda bir tefrik yapılmalı; meseleyi afâkî olarak düşünecek olursak, yani bir nizamnamenin kanuna muvafakati hususunun anlaşılması için, tefsiri idare makamınca veya eşhas tarafından talep olunduğu takdirde bu hususta cevap vermek selâhiyeti B. M. M. nindir. Fakat mesele enfüsi noktai nazardan ve meselâ mahkeme huzurunda bir dâvanın takibi sırasında mevzuubahis olmuş ise, bu takdirde hâkimin selâhiyeti şüphesizdir. (Meselâ kanuna gayrı muvafık bir nizamname ile tarhedilmiş her hangi bir resmi

(14) Bizim 52 nci maddenin son fıkrasını andıran bir hükme eski Prusya Devletinin 1850 tarihli anayasasının 106 nci maddesinde rastlanmaktadır. (Fleiner, s. g. e., s. 7).

vermediğinden nâşi takibata maruz kalan bir ferdin müracaatı böyledir)" (15).

2 — Ord. Prof. Crozat, sonradan kanaatını değiştirmiş olmakla beraber "kanunların anayasaya uygunluğunu kazaî murakabesi" meselesi üzerinde Midhat beyle aralarında cereyan eden ilmî münakaşa esnasında, Muslihiddin Adil beyin yukardaki mütalâasını naklettikten sonra: "52 nci maddenin tefsiri hususunda bilâ tereddüt Muslihiddin Adil beyin fikrine iştirak ettiğini" söylemiştir (16).

3 — "Kanunların anayasaya uygunluğunun kazaî murakabesi" meselesi etrafında Prof. Crozat ile aralarında cereyan eden münakaşa esnasında müderris Midhat bey aksi tezi tutmuştur: Ona göre, 52 nci maddenin son fıkrası gayet sarîh olup her hangi bir tefrik yapmağa müsait değildir. Fıkranın hükmü mutlakdır. Türk hâkiminin nizamnameleri kanuna muvafakat ve ademi muvafakat noktai nazarından tetkik edemeyeceği muhakkaktır. Şu noktayı belirtelim ki, Midhat bey Meclis müzakerelerinden mâna çıkarmağa kalkışılmasına da taraftar değildir. Böyle bir hareket "aslı bırakıp, fer'e gitmek" olur (17).

4 — Crozat ve Midhat bey tarafından yapılan nakillere nazaran, Ord. Prof. Muammer Raşit Sevig'in de 52 nci maddeyi Midhat bey gibi tefsire mütemayil olduğu anlaşılmaktadır (18). Fakat kendi kaleminden çıkmamış bir yazıda müphem surette yapılan bazı nakillere istinaden muhterem âlimin 52 nci maddeyi Midhat bey gibi anladığına kat'î surette hükmetmek bizce imkânsızdır.

5 — Bu arada, Midhat bey ile Ch. Crozat arasındaki ilmî münakaşaya doğrudan doğruya katılmamış olmakla beraber, sayın Ord. Prof. Mustafa Reşit de, bir yazısında, kanunların anayasaya uygunluğunun kazaî murakabesi meselesine dokunmuştur. Yirmi bir yıl önce (1927 de) kaleme alınmış olan bu yazıdan, sayın ilim adamımızın, o tarihte, 52 nci maddeyi Midhat bey gibi anlamağa mütemayil olduğu anlaşılmaktadır. Sayın M. R. Belgesay, bizde hâkimlerin defi yoluyla kanunların anayasaya uygunluğunu murakabe edemeyeceklerini söyledikten sonra, delil makamında, anayasanın 52 nci maddesini zikretmekte ve *evleviyet* kaidesine dayanmaktadır. "... Kanunu esaside hilâfına sarahat olmasa idi, içti-

(15) Nakleden Charles Crozat, "*Türk hâkimi kavaninin Teşkilâtı Esasiyeye tevafuk veya ademi tevafukunu takdir hakkını haiz midir?..* *IHF*M, 1927, sene 5, sayı 33, s. 980 - 981.

(16) Ch. Crozat, *s. g. e.*, *IHF*M, 1927, sene 5, sayı 33, s. 980.

(17) Midhat, "*Teşkilâtı Esasiye Kanununa münafi ahkâmı ihtiva eden kanunlar üzerinde birde kazaî murakabe meselesi*, *IHF*M, 1928, sene 6, sayı 35, s. 1111-1112.

(18) Ch. Crozat, *s. g. e.*, *IHF*M, 1927, sene 5, sayı 33, s. 971.



hat ile mahkemelerin bu selâhiyetini kabul lâzım gelecek idi. Fakat bize göre 52 nci maddenin delâleti kâfidir" (19).

6 — Prof. Crozat, yukârda izah edilen görüşünü sonradan terketmiştir. 1934 yılında Mülkiye Mecmuasında çıkan bir makalesinde, şu fikirleri ileri sürmektedir:

a) Fransada nizamnameler aleyhine Devlet Şûrasında doğrudan doğruya iptal dâvası açılabilirdiği halde, Türkiyede 52 nci madde buna manidir.

b) Fransada, bundan başka, ikinci bir murakabe mevcuttur: Bütün mahkemeler bir nizamnamenin kanuna aykırılığı yolunda ileri sürülen defileri tetkik edebilirler. Acaba Türkiyede de böyle bir murakabe kabîi midir? "Yoksa, Devlet Şûrası veya hukuk mahkemeleri, yasaya uygunluk meselesi B. M. M. tarafından halledilinceye kadar hükmü tehir mi etmelidirler? Bize öyle geliyor ki, bu ikinci şekil metinlerin hakikî tefsiridir. Vazı kanunun, nizamnamelerin kontrolünü yalnız Büyük Millet Meclisine bırakmak istediği anlaşılmaktadır" (20).

1934, sayı 38, s. 25. - Bk. keza, Sarıca s. g. e., s. 98 - 99.

7 — Prof. Crozat'ın diğer cepheye geçmesinden az sonra, Dr. Talât Kâmil, Muslihiddin Adil beyin tezini benimseyerek, Türk hâkimlerinin tüzükleri iptal edemeyeceklerini, fakat kanunsuzluk defini tetkike pekâlâ selâhiyetli olduklarını ileri sürüyor (21).

8 — Bu iki tez çarpışmakta iken, Ord. Prof. Sıddık Sami Onar, İzmir Baro Dergisinde "Nizamname ve talimatnameler" adlı bir makale neşrederek iki zıt kanaatı telif eder gibi görünen bir fikir ortaya atıyor. "Nizamnamelerin kavanine mugayereti iddia olundukta bunun mercii halli B. M. M. dir. Binaenaleyh nizamnamelere karşı, diğer idarî muamele ve tasarruflar için açık olan itiraz yollarına müracaat edilemez. Mesele Devlet Şûrasında bir iptal dâvası ikame olunamaz. Maddeten teşriî bir tasarruf olan nizamnameleri İcra Vekilleri Heyeti tarafından Meclise vekâlet ve izafet suretiyle yapılmış birer tasarruf saymak mümkündür. Nizamnamelerin bu mahiyeti, 52 nci maddenin 3 üncü fıkrasındaki sarahat, nizamnamelerin kanunlara mugayereti iddiasını ne idare ve ne de adliye mahkemelerinin tetkik edemeyeceğini göstermekle beraber, bu kaidenin iki istisnası mevcuttur" dendiikten sonra, şekli şartları tamam olmayan tüzüklerin mahkemelerce tüzük telâkki edilemeyeceği belirtilmekte ve bizi asıl ilgilendiren "maddî aykırılık" hususunda da şöyle

(19) Mustafa Reşit, *Kuvve-i kazaiye, IHFM*, sene 5, 1927, sayı 32, s. 817 - 818.

(20) Ch. Crozat, *Devlet Şûrası: yasaya uygunluk mercii, Mülkiye Mecmuası*,

(21) Talât Kâmil: *Türkiyede idarî nizamnameler, Siyasal Bilgiler Mecmuası*, sayı 59, s. 46 - 48. - Bk. Keza Sarıca, s. g. e., s. 100 - 101.

söylenmektedir: “Nizamnameler hukuk kaideleri hiyerarşisinde kanunlardan sonra geldikleri ve bir nizamname kanunun hükmünü fesh ve tâdil edemeyeceği cihetle, hâkim bir hâdisede kanunla nizamnamenin taaruz ettiğini görürse, nizamnamenin kanuna mugayeretine karar vermeksizin ve bunu iptal etmeksizin, nizamname ile fesih ve tâdile uğramayan ve kaideler hiyerarşisinde daha evvel gelen kanunu tatbik edebilir. Böyle bir vaziyette, hâkimin kararı nizamnamenin mevcudiyetini müteessir etmez, ancak o hâdiseye tatbik edilecek hukukî hükmün nizamname değil, diğer bir kanun olduğunu göstermiş olur” (22). Birinci istisna olarak ileri sürülen şekil noksanı ile malûl tüzüğü bir tarafa bırakalım. İkinci istisnayı ele alalım. Sayın Ord. Prof. S. S. Onar’a göre, hâkim tüzüğün kanuna aykırılığına karar veremez; fakat kanuna aykırı olduğunu gördüğü tüzüğü ihmal ederek, kanunu tatbik edebilir.

Avukat Gad Franko Milâşlı’nın “Hukukî Bilgiler Mecmuası” nda bu yazıya itiraz etmesi üzerine (23), sayın Profesör, uzun bir cevap vererek (24) tüzüklerin kanuna uygunluğunu mahkemelerin asla tetkik edemeyeceği fikrinde ısrar ediyor ve diyor ki: “Arkadaşım Milâşlı, yalnız kanunla mukayyet olan hâkimin böyle bir nizamnamenin kanuna mugayeretine derhal karar vererek onu iptal edeceği kanaatindedir” (s. 5861). Hâkim nizamnameyi ne iptal edebilir; ne de kanuna aykırılığını tetkik edebilir; ancak “kanunun hükmü ile nizamnamenin hükmü ayrı ayrı olduğu takdirde” kanunu tercih ederek, nizamnameyi ihmal eder (s. 5898).

Ord. Prof. Sıddık Sami Onar, “İdare Hukuku” adlı büyük eserinin her iki basımında da aynı görüşe sadık kalmıştır: “Mahkemeler nizamnamelerin kanuna mugayeretini tetkik edemez. Bir nizamnamenin tetkiki esnasında bunun kanuna mugayir olduğu iddia edilirse, idarî mahkeme de, adlî mahkeme de böyle bir iddiayı tetkike selâhiyettar değildir; olsa olsa bunu bir meselei müstehire sayarak böyle bir iddia dermayan edene, selâhiyettar mercie, yani B. M. M. ne müracaat etmek üzere bir mühlet verir. Fakat doğrudan doğruya böyle bir iddiayı tetkik edemiyen mahkeme, kanunla nizamnamenin hükmü taaruz ettiği zaman kanunu tatbik etmek suretiyle nizamnameyi ihmal edebilir” (25).

(22) S. S. Onar, “Nizamname ve Talimatnameler”, *İzmir Baro Dergisi*, sene 2, sayı 3 - 7, s. 267 - 268.

(23) G. Franko Milâşlı, *Bir tefsir hakkında, Hukukî Bilgiler Mecmuası*, sene 9, 15 temmuz 1938, no. 9 - 105, s. 5755 ve müt.

(24) Sıddık Sami Onar: “Nizamnamelerin kanuna mugayirliği iddiası karşısında hâkimin selâhiyeti” *Hukukî Bilgiler Mecmuası*, sene 9, 15 ekim 1938, no. 12 - 108, s. 5855 ve müt. ve sene 10, 15 Kasım 1938, no. 1 - 109, s. 5888 ve müt.

(25) *İdare Hukuku*, C. I, ikinci bası 1945, s. 209.

Görülüyor ki, Sıddık Sami Onar, kanun ile tüzük çarpıştığı takdirde kanuna itibar olunacağını kabul etmek suretiyle Muslihiddin Âdil beyin tezine yaklaşmaktadır. Fakat G. F. Milâşlı, Sıddık Sami Onar'ın kullandığı şu ibareye haklı olarak takılmıştır: "Hâkim, *nizamnamenin kanuna mugayeretine karar vermeksizin...*" nizamnameyi ihmal edip kanunu tatbik edebilir. G. F. Milâşlı ve Ragıp Sarıca, Sıddık Sami Onar'a şu suali sormakta haklıdır: Hâkim, mugayereti tesbit etmeksizin, hatta sayın Profesörün sık sık tekrarladığı gibi "mugayeret iddiasını tetkik etmeksizin" nasıl olur da, tüzüğü tatbikten imtina edebilir? Tüzüğün kanuna aykırı olup olmadığını asla tetkik etmeden, nasıl olur da kanunla tüzük arasında mübâyenet olduğunu görebilir?... "Hâkimin nizamnameyi tatbikten imtina etmesi için esbabı mucibesini anlatması şarttır". (26). Tüzüğün kanuna aykırı olduğu hiç bir tetkik yapmadan, "gökten inen bir ilham gibi... hâkime malûm ve zahir olamaz" (27). Bu itibarla, Sayın Ord. Prof. Sıddık Sami Onar'ın kullandığı tabirler arasında telifi imkânsız bir tenakuz vardır.

Bu meselede ya Muslihiddin Âdil ve Ali Fuat Başgil gibi hâkimin kanuna aykırılık def'ini tetkik edip ona göre karar vereceğini kabul etmek lâzımdır; yahut da müderris Midhat ve R. Sarıca gibi hâkimin tüzük ile mutlak surette bağlı olduğu, her hangi bir tüzüğü tatbikten asla imtina edemeyeceği fikrini benimsemek gerektir.

Bizce, Sıddık Sami Onar, "tatbik edemez", "mugayerete karar veremez" gibi tâbirler kullanmasına rağmen, esas itibariyle, defi yoluyla kazaî murakabe imkânını kabul edenler arasında sayılmalıdır. Zira, sayın Profesörün, bilhassa G. F. Milâşlıya cevap verirken, "hâkim mugayeret iddiasını tetkik edemez", "mugayerete karar veremez" gibi tabirleri, daha ziyade "hâkim tüzüğü iptal edemez" manasında kullandığını gösteren emareler vardır. Milâşlı'ya verilen cevaptan aldığımız şu parçalar bu fikrimizi teyit etmektedir, sanırız: "...Ancak nizamnamenin kanuna tearuzunu, sakatlığını hangi merci, hangi usul ve şekiller dairesinde tetkik ve tesbit edecek ve ne suretle ortadan kaldıracaktır?. Dr. Milâşlı, yalnız kanunla mukayyet olan hâkimin böyle bir nizamnamenin kanuna mugayeretine derhal karar vererek onu *iptal* edeceği kanaatindedir" (28). (Halbuki, birazdan göreceğimiz gibi, G. F. Milâşlı, hâkimlerin *iptal* selâhiyetine malik olduğu fikrinde değildir ve profesörün *İzmir Baro* dergisinde çıkan ilk makalesine itiraz ederken de iptalden

(26) Gad Franko Milâşlı: *Münakaşalar: Kanun ve nizamname*, Hukuki Bilgiler Mecmuası, 15 aralık 1938, sene 10, sayı 2 - 110, s. 5917.

(27) Ragıp Sarıca, s. g. e., s. 114 - 115.

(28) Hukuki Bilgiler M., sene 9, 15 ekim 1938, no. 12 - 108, s. 5861.

bahsetmemiştir). Yine aynı cevapta, Sıddık Sami Onar şunları yazıyor: “Meslekdaşıma göre, idarenin nizamname şeklinde tecelli eden bir tasarrufunun kanuna mugayereti iddiası da böyle kaza fonksiyonunu harekete getirecek bir iddiadır. Hâkim bu iddia üzerine vazifesini ifa eder ve kanuna mugayir bulduğu tasarrufu *iptal*... eder” (29). Yine bir başka yerde, Medenî Kanun ile tapu sicilli nizamnamesi, Borçlar kanunu ile İcar - Akar nizamnamesi arasında mübâyenet olursa kanunun tercih edileceğini belirterek şunları yazıyor: “Bu takdirde hâkim doğrudan doğruya kanunla hükmedeceğine göre, kaideler hiyerarşisinde nizamnameden evvel gelen kanuna istinad eden tarafa hak verir. Burada bir iptal dâvası ve hükmü bahis mevzuu değildir.” (30)

Görülüyorki, sayın profesörün itiraz ettiği fikir, daha ziyade, kanuna aykırı bir tüzüğün mahkemelerce iptal edilebileceği fikridir. Esasen bunu iddia eden de yoktur.

9 — Gerçekten, G. F. Milâslı da, hâkimin kanuna aykırı bir tüzüğü iptal edemeyeceğini kabul etmektedir. “Zaten hiç bir vakit hâkimin mevzuattan birini iptal etmesi tasavvur edilemez.” demektedir. (31) Esas itibariyle G. F. Milâslı’nın tezi, Muslihiddin Âdil’in, Prof. Başgil’in tezlerinden farklı değildir. Milâslı diyor ki : ((S. S. Onar’a göre ..... hâkim kanuna tevfiakan hareket edecek, fakat .... nizamnamenin kanuna mugayir olduğunu ağzına almayacaktır. Başka sözler ile sayın profesörün fikrini ifade etmek lâzım gelirse, mahkemeler böyle bir ihtimalde mübâyeneti görerek tefsirde bulunacak, fakat tefsir kelimesini kullanmayacak ve tefsirde bulunduğunu söylemeyecektir. Bence bu kaçamaklara lüzum yoktur. Hâkimin önüne bir dâva geliyor. Bir taraf kanuna, diğer taraf nizamnameye dayanıyor; tabiidir ki nizamnameye istinad eden taraf nizamname ahkâmının kanuna uygun ve diğer taraf aykırı olduğunu söylüyor. Hâkim bu münakaşada nasıl bitaraf kalabilir? Mutlaka hakkı takdirini, hakkı tefsir ve muhakemesini kullanarak “ bu nizamname kanunu ihlâl ediyor; kanuna mugayir nizamnamenin tedvin edilemeyeceği Teşkilâtı Esasiyede yazılıdır. Bu nizamnameyi tatbik etmeyeceğim, reddediyorum” diye açıktan açığa bütün istiklâli ile kanaatini söyleyecektir.” (32)

10 — “*Esasiye Hukuku*” adını taşıyan eserinde, Osman Nuri Uman Büyük Millet Meclisinin kanuna aykırı bir tüzüğü ortadan kaldıracabileceğini belirttikten sonra, şu sualî soruyor: “ Acaba mahkemeler de bu

(29) Aynı makale, s. 5861.

(30) Hukukî Bilgiler M., sene 10, 15 kasım 1938, no. 1 - 109, s. 5892.

(31) Hukukî Bilgiler M., sene 10, 15 aralık 1938, no. 2 - 110, s. 5917.

(32) Hukukî Bilgiler M., sene 9, 15 temmuz 1938, No. 9 - 105, s. 5760.

hakka, yani bir nizamnamenin bir kanuna muhalif olduğuna hükmeylemek hakkına mâlik mi? ” Osman Nuri Uman'a göre, “kanunlarımızda bu sorunun sarih bir cevabı yoktur.”; lâkin mahkemelerin kanuna aykırı bir tüzüğü tatbik etmemeleri daha doğrudur: “Bizce, bir kanunumuza konulmamış, fakat o kanunun tatbik suretlerini gösteren nizamnameye girmiş olan cezanın mahkemelerce tatbik edilmemesi doğru olur. Çünkü bir fiile suç vasfını vermek ancak teşri kuvvetinin selâhiyeti dahilinde olduğu gibi o fiil için tatbik olunacak cezayı göstermek, tâyin etmek de bu kuvvete aittir. Mahkemeler kanuna muhalif bir nizamnameyi de tatbik edemezler. Bu hususta kanun ahkâmına tâbidirler.” (33)

11— Muhterem Ord. Prof. Ali Fuat Başgil, “*Nizamname mefhumu*” hakkındaki etüdünde, noktai nazarını hiç bir tereddüde mahal kalmıyacak şekilde, tam bir uzuhla açıklamıştır. Muhterem âlime göre, Anayasamızın 52 nci maddesi sadece “nizamnamelerin kanuniliğinin re'sen takdir ve mürakabesini Meclise bırakmıştır.” Tüzükler bizim hukuk sistemimizde, birer icra tasarrufu olduğuna göre, bunların re'sen takdiri ve mürakabesi de hâkime ait olmak lâzımdır. Fakat kanun vazı, tarihî sebeplerle, 52 nci maddenin son fıkrasındaki hükmü sevk ederek bu yolu kapamıştır. Sayın Profesör, bu fıkranın “hâkime karşı değil, icraî otoriteye karşı ” konmuş bir hüküm olduğunu belirttikten sonra, şunları yazıyor: “Binaenaleyh lâfziyle, ruh ve mânası ile , gaye ve maksadı ile kanunun lâfzına, ruh ve mânasına, gaye ve maksadına aykırı olan bir nizamname hükmü, hâkimi ilzam etmez. Hâkim önündeki bir dâvada tatbiki istenen bir nizamname hükmünün bir kanun hükmüne yahut umumî surette kanunî esaslara aykırı olduğuna kanaat edinirse, o hükmü tatbik etmez, kanunî esaslar dahilinde dâvayı halleder.” (34)

İki faraziyei yekdiğerinden ayırmak lâzımdır:

a — “İdarî veya adlî mahkemede taraflardan biri filân nizamnamenin filân hükmüne istinad etmektedir. Diğer taraf buna, mevzuu bahsolan nizamname hükmünün filân kanununun filân hükmüne yahut 52 nci maddede nizamnamelerin mamulünbih olması için tâyin edilen esas şartta uygun olmadığı yolunda bir defi ile cevap vermektedir. Hâkim meseleyi tetkik eder. (Déni de justice) (35) hatasına düşmemek için tetkike mecburdur. Defi yoluyla vaki olan böyle bir iddia mahkeme için bir meselei müstehire teşkil etmez. Hâkim 52 nci maddenin son fıkrasına binaen,

(33) Osman Nuri Uman, *Esasiye Hukuku*, Ankara 1939, s. 100.

(34) Ali Fuat Başgil, s. g. e., (*Hukukun ana mesele ve müesseseleri*), İst. 1946. s. 191 - 192.

(35) İhkakı haktan imtina.

meselenin B. M. M. tarafından halline talikan hükmünü tehir edemez. B. M. M. hukuken mesul olmayan bir makamdır. Hâkim, hükmünü gayri mesul bir makamın cevabına tâlik edemez... Binaenaleyh hâkim, meseleyi tetkike mecburdur. Neticede mugayerete kani olursa, nizamnameyi iptal etmez, bir tarafa bırakır ve kanunu tatbik eder... Hattâ daha ileriye giderek diyeceğiz ki, hâkim önündeki bir dâvada tatbik edeceği nizamname hükmünün mugayeret iddiasını beklemeksizin bile kanuna uygun olup olmadığına dikkat edecektir." (36)

b — İkinci faraziyede ise, bir dâva dolayısıyla değil, re'sen bir tüzüğün kanuna aykırılığını iddia etmek bahis mevzuudur. "Şûrayı Devlet, nizamnamelerin kanuna mugayereti hakkında re'sen bir müracaat kabul edemez. Benim yapacağım iş , 52 nci maddenin son fıkrasına istisna iddiaların mercii halli T. B. M. M. dir."

tetkikini istemektir. Ne idarî ve ne de adlî mahkeme, nizamnamenin kanuna muageyereti hakkında re'sen bir dâva kabul edemez. Bu yoldaki re'sen iddiaların mercii halli T. B. M. M. dir."

Sayın Profesörün fikirleri fazla izahata ihtiyaç göstermiyecek kadar açıktır.

12 — Türk idare hukukunun kendisine çok şeyler borçlu olduğu muhterem hocam Ragıp Sarıca, Prof. Başgil'in tezine tamamiyle muhaliftir. Sarıca, müderris Midhat beyin görüşüne iltihak etmekte ve gayet kat'î bir ifade ile, Türkiyede tüzüklerin kanuna uygunluğunu hiç bir şekilde kazaî murakabeye tâbi tutmak imkânı olmadığını ileri sürmektedir. 52 nci maddenin sarih olduğunu söyleyen sayın Sarıca şunu ilâve ediyor: "Biz kendi hesabımıza, bu maddeye göre nizamnamelerin kanunlara mugayeretini hiç bir suretle ve hiç bir hal ve vaziyette tetkike selâhiyettar olmadıklarına kani bulunuyoruz." (37) Hattâ, sayın müellife göre, bir tüzüğün kanuna aykırı olduğu iddiası bir meselei müstehire dahi teşkil etmez. (38)

Muhterem hocam R. Sarıca, profesör Crozat gibi, sadece kazaî murakabenin imkânsızlığını ileri sürmekle kalmamış, bu iddiasını isbat yolunda bir çok mühim deliller de göstermiştir. Kendi kanaatımızı açıkladıktan sonra bu delilleri ayrı ayrı münakaşa edeceğimiz için, şimdilik Sarıca'nın fikirleri üzerinde durmayarak doktrinin tetkikine devam edelim.

13 — Ankara Üniversitesi Anayasa Profesörü sayın Bülent Nuri

(36) *Aynı eser*, s. 193.

(37) Ragıp Sarıca, s. g. e., s. 122.

(38) *Aynı eser*, s. 138. - Sarıca bu suretle Prof. Crozat'dan ayrılmış ve daha ileri gitmiş olmaktadır. (bk. yukarda, bent 6).

Esen, defi yoluyla kazaî mürakabenin mümkün olacağına kanidir. Hocamızın görüşünü sadakatle nakletmiş olmak için, ‘*Anayasa Hukuku*’ adlı eserin ilgili satırlarını aynen alıyoruz: “Hükûmetin .....tüzükler çıkarması, yürütme organının hukuk kuralı koyması demektir. Ancak, bu kurallar yeni hükümler şeklinde ortaya çıkamazlar. Bir tüzüğün kanunla yasanmak gereken durumları karşılması caiz görülemez. Şayet bir tüzük kanun hükümlerine .... göre değişik kurallar koymakta ise, yargıçların tüzük hükümlerini uygulamamaları icap edecektir. Gerçi, Anayasanın 52 nci maddesinin son fıkrası, tüzüklerin kanunlara aykırılığı ileri sürüldükte bunun çözüm yeri T. B. M. M. dir, diye bir hüküm koymuş bulunmaktadır. Fakat, bu hükmü yargıcın belli bir dâvada bir tüzüğün uygulanamayacağını karar altına alamıyacağı manasında anlamamalıdır. Buradaki hükümden maksat, belki yargıcın genel kurallar şeklinde iptal kararları veremeyeceğidir.” (39) “Tüzükler olsun, yönetmelikler olsun, hep hükûmetin iradesini anlatırlar. Hükûmetin kanunu ne yolda uygulamak icap edeceği hakkındaki düşüncesi ve görüşü, yine ancak millî iradenin ifadesi olan kanuna uygun bulunmalıdır. Aksi halde, kanunlara göre hüküm vermek görevinde olan mahkemeler kanunu uygulayarak bu kanuna aykırı şekilde çıkarılmış olan tüzükte yazılı hukuk kuralını bir tarafa bırakırlar.” (40)

14 — Kıymetli dostumuz doçent Bahri Savcı da, “ nizamnamelerin kanuniyetini kontrol hususunda Ali Fuat Başgil’in ve Muslihiddin Âdil beyin yaptığı tefriğe uymak gerektiği” fikrindedir. “Vâkıa , 52 nci maddenin son fıkrasının sarahatine göre, idarî ve adlî bir mahkeme önünde, bir nizamnamenin selâhiyet tecavüzünde bulunduğunu, kanunîyetsizlik ile malûl olduğunu, re’sen açılan bir dâva ile ileri sürmek mümkün değildir. Fakat kanunîyetsizlik ile malûl bir nizamname ile, adlî ve idarî bir mahkeme önünde takib edilen bir şahsın, defi yolu ile o nizamnamenin kanunîyetsizliğini iddia etmesi ve bunu hâkime tesbit ettirerek, meşrûiyet prensibine sığmayan o nizamnamenin kendisi hakkında tatbikini bertaraf ettirmesi yolu açıktır.” (41)

15—Ankara Üniversitesi idare hukuku profesörü Süheyp Derbil “İdare Hukuku” adlı eserinde bu konuya temas etmiş, fakat iki tezden birine sarıh olarak iltihak etmemiştir. Sayın Profesör “tüzük kanuna uygun

(39) Bülent Nuri Esen, *Anayasa Hukuku*, 3 üncü basım, Ankara 1948, s. 172 (ikinci basım, s.188).

(40) *Aynı eser*, s. 173 (ikinci basım, s. 189).

(41) Bahri Savcı, *Devletî Hukuka Riayet Ettirme Vasıtaları*, Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi, 1948, C. III, sayı 3 - 4, s. 25.

olmak zaruretindedir. Kanuna aykırı olduğu iddiasını B. M. M. inceler” demekle iktifa etmişlerdir. (42)

16 — Değerli hukukçularımızdan Dr. Halim Tefvik Alyot, 1947 yılında Bern’de toplanan “*Milletlerarası İdarî İlimler Kongresi*” se sunduğu raporda, Türk mahkemelerinin tüzüklerin kanunlara aykırı olup olmadığı meselesini münakaşa edemeyeceklerini, bu selâhiyetin münhasıran Büyük Millet Meclisine ait olduğunu ileri sürmüştür. (43)

Bu suretle, incelemekte olduğumuz mesele hakkında Türk hukuk literatüründe rastlanan başlıca fikirleri hülâsa etmiş bulunuyoruz. Şimdi sıra kendi kanaatımızı ve bu kanaatın dayandığı mucip sebepleri izaha gelmiştir.

Bizce 52 nci maddenin tefsirinde Muslihiddin Âdil, G. F. Milâslı, Talât Kâmil, Prof. Başgil, Prof Esen ve doçent Savcı tarafından yapılan tefriki kabul etmek lâzımdır. 52 nci maddenin son fıkrası bir tüzüğün kanuna aykırı olduğu iddiasıyla doğrudan doğruya Danıştaya başvurarak bu tüzüğün iptalini istemek imkânını ortadan kaldırmaktadır. Fakat idarî veya adlî kaza mercilerinde görülmekte olan bir dâva münasebetiyle, hâdiseye tatbik edilecek bir tüzüğün o kanuna aykırı olduğu taraflarca ileri sürülür veya hâkimin dikkatini çekerse mahkeme bu tüzüğün kanuna aykırı olduğuna pekalâ karar verebilir ve tüzüğü iptal edememekle beraber, o dâvada tüzük hükmünü tatbikten imtina edebilir. Hattâ daha ileri giderek diyebiliriz ki, hâkim, kanuna aykırı olduğuna kanaat getirdiği bir tüzüğü tatbikten imtina etmeğe sadece selâhiyetli değil, mecburdur. Bu iddiamızın dayandığı delilleri sıraladıktan ve aksi tezi en etraflı şekilde müdafaa eden muhterem Sarıca’nın ileri sürdüğü delilleri ayrı ayrı münakaşa ettikten sonra kanaatımızı teyid eden bir kaç Yargıtay içtihadını nakledeceğiz.

Tüzükler hakkında ileri sürülecek kanuna aykırılık definin mahkemeler tarafından kabul edilmesini müsbet hukuk ve mantık prensipleri bakımından zarurî ve hukuk siyaseti bakımından faydalı görüyoruz. Çünkü:

1 — Hukuk kaideleri hiyerarsisinde kanun tüzükten önce gelir ve bir tüzük kanunun hükmünü tâdil edemez. Hattâ 52 nci maddenin sarahatına göre, tüzük, açıktan açığa kanuna aykırı hukuk kaideleri koymak şöyle dursun, kanunun derpiş etmediği yeni hükümler, yeni tahditler getiremez. Bundan başka, anayasamızda ve ceza kanununda tüzük ile

(42) Süheyp Derbil, *İdare Hukuku*, ikinci basım, Ankara 1948, s. 58.

(43) Halim T. Alyot, *Les Tâches incombant à l’Administration au lendemain de la Guerre Mondiale et les enseignements à tirer de l’expérience de cette guerre en matière administrative*, s. 7).



yeni vergi salınamıyacağını, hürriyetlerin daraltılamıyacağını, suç ve ceza ihdas edilemeyeceğini gösteren hükümler mevcuttur.

Bir tüzük Anayasanın 52 nci, 68 inci ve müteakip, 85 inci maddelerine veya Ceza Kanununun birinci maddesine aykırı olarak yeni hükümler ve mükellefiyetler, yeni vergiler, yeni suçlar ve cezalar ihdas edecek olursa, idarî ve adlî mahkemeler bu tüzüğe mutlak surette riayete nasıl mecbur tutulabilirler? Böyle bir durum karşısında, tüzüğe riayet eden bir hâkim, dolayısıyla anayasaya ve tüzüğün ihlâl ettiği kanuna aykırı hareket etmiş olmaz mı? Bir mahkeme yekdiğerine açıktan açığa muhalif iki metin karşısında kalırsa, "ihkakı haktan imtina" edemeyeceğine göre, elbette bunlardan birini tercih ve diğeri - o dâvada - ihmal etmek mecburiyetindedir. Başka çıkar yol yoktur. Şu halde, bütün mesele hangi metnin diğeri tercih edileceği noktasındadır. Çarpışan metinlerden biri kanun, diğeri tüzük olduğu takdirde, hâkimin tüzüğü daha üstün tutarak kanunu ihmal etmesi mümkün müdür? Böyle bir hal tarzı, umumî hukuk ve mantık prensiplerine aykırı olmakla kalmaz, tüzüğü kanuna tâbi kılan anayasamızın sarahatına ve ruhuna da aykırı düşer.

Bir hâdiseye hangi hukuk kaidesinin tatbik edileceğini araştırmak ve tatbiki mümkün olan hukuk prensiplerine göre muhtelif kaideler arasında tercihler yapmak, mahkemelerin tabii ve normal fonksiyonları arasındadır. Meselâ mahkeme yekdiğerini sarahaten ilga etmeyen, fakat birbirine zıt hükümler taşıyan aynı kuvvette iki metinle karşılaşır, bunlardan daha yeni (muahhar) olanı tatbik eder. Bu, hiçbir yazılı metinde yer almasa bile, umumî hukuk prensiplerinden çıkan tabii ve mantıkî bir neticedir: "*Leges posteriores priores contrarias abrogant*".

Yekdiğeriyle çarpışan bir kanun ve bir tüzük karşısında ise, hâkim elbette bunlardan hangisi daha yeni ise onu tercih ve tatbik edemez. Çünkü bir kanun kendinden önceki kanunu zımnen tâdil etmiş sayılabileceği halde, bir tüzüğün kendinden önce çıkmış olan kanunu tâdil edebilmesi mümkün değildir. Bu itibarla, burada "*leges posteriores*" kaidesi aslâ cari olamaz. Bunun yerine hâkime rehberlik edecek ve iki metinden birini elindeki dâvaya tatbik etmesini mümkün kılacak başka bir hukuk prensibi vardır: *daha kuvvetli olan metnin tercihi*. Aksini ileri sürmek, anayasanın sarahatı hilâfına, tüzüğün bir kanunu zımnen tâdil ve ilga edebileceğini kabul etmek demektir.

2 — Bu durum karşısında anayasanın 52 inci maddesinin son fıkrasını nasıl izah ve tefsir etmelidir?.. Kanaatımızca anayasanın 52 nci maddesinin son fıkrası Sarıca'nın anladığı şekilde izah edilince, bu fıkra ile maddenin ilk fıkrası arasında bir tezat husule gelmektedir. Gerçekten, Sarıca'nın izah şekli, mahkemeler bakımından, tüzüğün de kanun ka-

dar kuvvetli olduğunu ve kanuna aykırı bir tüzüğün kanunun hükmünü tâdil etmiş , onun yerine kaim olmuş sayılacağını kabule münced olur.

Halbuki, maddenin ilk fıkrasında kanunun tüzüğe nazaran üstünlüğü ve bir tüzüğün kanunu tâdil etmek şöyle dursun, yeni hükümler getiremeyeceği açıkça ifade olunmuştur.

Bu çıkmazdan kurtulmak için, 52 nci maddenin son fıkrasını yukarıda izah ettiğimiz gibi anlamak ve hâkimlere kanuna aykırı bir tüzüğü tatbikten imtina selâhiyetini tanımak zarurîdir.

3—Prof. Crozat tarafından benimsenen “meselei müstehire” tezi de kabul edilemez. Prof. Başgil’in gayet haklı olarak belirttiği gibi, (44) hâkim, meselenin hallini B. M. M. ne bırakarak hükmünü tehir edemez. B. M. M. nin kararını bekleyemez. Çünkü B. M. M. hukuken gayri mes’ul bir makamdır. Bir dâvanın neticesi, gayri mes’ul bir makamın cevabına tâlik edilemez. Nitekim Sarıca da bu delilin kuvvetini kabul etmekte (s. g. e., s. 135) ve kanuna aykırılık definin meselei müstehire teşkil etmesi fikrini cazip görmemektedir. (45) Fakat unutmamak lâzımdır ki, meselei müstehire yolu da kapalı olunca şu iki şıktan birini tercih etmek zarureti vardır: ya hâkime bizim kabul ettiğimiz ölçüde murakabe selâhiyeti tanımak yahut da tüzüğü kanundan üstün, hiç değilse kanuna eşit saymak.

4 — 52 nci madde ile tüzüklerin kanuna uygunluğunun kazaî murakabesi ancak kısmen daraltılmıştır. Sadece bir tüzüğün kanuna aykırılığını ileri sürerek Danıştayda iptal dâvası açmak imkânı ortadan kaldırılmıştır. Bu maddenin, Danıştay’ın yetkilerini gösteren 51 inci maddenin hemen arkasında yer alması da bu fikri teyid eden bir delil olarak ileri sürülmüştür. (46)

Bazı müellifler, mahkemelerin vazife ve selâhiyetlerinin kanunla gösterileceğini söyleyen 53 üncü madde ile 52 nci maddenin son fıkrası arasında münasebet kurmak fikrindedirler. (47) 53 üncü madde, “Yargı Erki” başlığını taşıyan 4 üncü bölümdedir. 52 nci madde ise daha önceki bölümde, yani “Yürütme Görevi” bölümünde yer almıştır. Bu itibarla 52 nci maddenin, umumî mahkemelerden ziyade, icra uzvuna hitap eden ve onun selâhiyetlerini sınırlandıran bir madde olduğunu kabul etmek doğru olur.

(44) s. g. e., s. 193.

(45) “ .... mugayeret iddiasının mahkeme için bir meselei müstehire teşkil edebileceğine de pek şüpheli nazarla bakıyoruz.” s. g. e., s. 137). ”bu gibi bir iddia ..... bir meselei müstehire teşkil etmemek gerektir.” (s. g. e., s. 138).

(46) Prof. B. N. Esen, s. g. e., s. 172.

(47) S. S. Onar, s. g. e., Hukukî Bilgiler Mecmuası, sene 10, 15 ikinci teğrin 1938, No, No. 109, s. 5899 - ve Sarıca, s. g. e., s. 136 - 137.

Uzvi bakımdan icraî bir karar mahiyetinde olan tüzüklerin, diğer icraî kararlar gibi Danıştay tarafından tetkik ve iptal edilebilmesi daha tabii ve makul olurdu. Yukarıda gördüğümüz gibi, netice itibariyle hâkimlerin kanuna aykırı tüzükleri tatbikten imtina edeceklerini kabul eden S. S. Onar dahi, 52 nci maddenin “nazari bakımdan sert” olduğunu belirtmektedir. (48) Prof. Başgil ise, 52 nci maddedeki hükmün sadece tarihi sebeplere dayandığını izah ettikten sonra, bu fıkranın hâkimlere karşı değil, daha ziyade icra uzvuna karşı itimatsızlık ifade ettiğini söylemektedir. Bu fıkranın mânası, “Teşkilât Kanunu vazının hâkimlere karşı beslediği bir itimatsızlık değil, Türkiye tarihinde hemen daima cebberrutî bir kuvvet gibi hareket etmiş olan icraî makamları bizzat B. M. M. nin yedi zaptında bulundurmak ve hükümetin Meclise tâbi bir organ olduğunu bir kat daha tebarüz ettirmektir.” (49) “Vâzı kanun bu hükmü hâkime karşı değil, icraî otoriteye karşı koymuştur. Hükümeti bizzat kendi eli ve kontrolü altında tutmak istemiştir.” (50)

Demek ki, 52 nci maddenin son fıkrasından, mahkemelerin defi yoluyla mürakabede bulunmalarını dahi önleyen tam ve mutlak bir memnuiyet mânası çıkarmak bu bakımdan da yerinde değildir.

5 — Sayın Sarıca, mahkemelerin, kanuna aykırı olup olmadıklarını tetkik etmeksizin, bütün tüzükleri harfiyen tatbik etmeleri lâzımgeldiği tezini ispat için meseleyi terminoloji cephesinden ele alıyor. Sarıca'ya göre” 52 nci maddenin son fıkrasında mutlak bir ibare kullanılmıştır: “Nizamnamelerin kavanine mugayereti iddia olundukta bunun mercii halli T. B. M. M. dir.” “İddia” kelimesi yalnız re’sen dâva, re’sen iddia, re’sen müracaat mânasına kullanılmaz. Bu kelime hem dâva, hem de defi mânasına kullanılır. Anayasanın ibaresi her iki hale de şâmindir.

Derhal itiraf edelim ki, gerçekten, 52 nci maddenin son fıkrası “iptal dâvası” ile “kanuna aykırılık defi” (exception d’illégalité) arasında açık bir tefrik yapmamıştır. Fakat şunu da ilâve edelim ki Türk Hukuk terminolojisi “iddia” kelimesini mutlak surette şu veya bu mânada tefsir etmeye imkân verecek derecede tebellür etmiş ve kesinleşmiş değildir. Fıkranın mânasını ve şumulünü sadece “iddia” kelimesine dayanarak tâyin etmemize imkân yoktur. Esasen, hukukta “lâfzi tefsir” her zaman doğru neticeye ulaştırmaz. 52 nci maddenin son fıkrasını tefsir ederken yukarıda izaha çalıştığımız hukuk prensiplerini ve maddenin ilk fıkrasını da göz önünde tutmak gerektir. Bu fıkradan, mahkeme-

(48) Hukukî Bilgiler Mecmuası, sene 10, 15 ikinci teşrin 1938 no. 1 - 109, s. 5896.

(49) Ali Fuat Başgil, s. g. e., (Hukukun ana mesele ve müesseseleri), s. 185.

(50) *Aynı eser*, s. 191.

lerin kanuna aykırı tüzükleri dahi tatbik mecbur olduğu neticesini çıkarmak, hem mantığa ve umumî hukuk prensiplerine, hem de maddenin ilk fıkrasına aykırı düşmektedir. Kaldı ki, Anayasayı yapanların iradesini tefsir ederken, Meclis müzakerelerine de bakmak lâzımdır. İlerde göreceğimiz gibi, bu müzakereler, bizim görüşümüzü teyid etmektedir.

6 — Muhterem R. Sarıca, ikinci delil olarak, “mahkemelere bir tüzüğün kanuna aykırı olup olmadığını araştırmak selâhiyetini tanımamız ne hukukî, ne de siyasî bakımdan doğru olmaz” demektedir. (s. 125) “Hukukî bakımdan doğru olmaz” hükmünü teyid için yine bundan önceki bentte bahsettiğimiz terminolojik delili tekrarlamaktadır. Hukuk Siyaseti bakımından böyle bir murakabenin zararlı olacağı yolundaki iddiaya gelince, bunun üzerinde biraz duralım:

Sarıca'ya göre, resen yapılacak aykırılık iddialarını Meclis tetkik edeceğine göre, defi yoluyla tetkik selâhiyeti mahkemelere verilecek olursa, aynı tüzük hakkında Meclis bir türlü, mahkeme başka türlü karar verebilir. Meselâ Ali ile Veli arasındaki bir dâvada, Veli bir tüzüğün kanuna aykırı olduğunu ileri sürüyor. Mahkeme bu iddiayı haklı bularak ve Prof. Başgil'in tezini benimsiyerek, hâdiseye tüzüğü değil, doğrudan doğruya kanunu tatbik ediyor. Aynı mahiyette bir hâdiseden doğan başka bir dâvada ise, aynı tüzüğün kanuna aykırılığı ileri sürülüyor. Bu defa, mahkeme - Prof. Midhat ve Crozat gibi düşünerek - aykırılık iddiasını tetkik etmiyor. Bunu bir meselei müstehire sayarak, aykırılık iddiasını ileri süren tarafa, Meclise müracaat etmesi için mühlet veriyor. Meclis de tüzüğü kanuna uygun buluyor. Bu suretle, aynı mahiyetteki iki hâdisede iki ayrı karara varılmış oluyor. Bu mahzuru belirttikten sonra, Sarıca, aykırılık iddiasının münhasıran bir tek merci tarafından tetkikine taraftar olduğunu söylüyor.

Muhterem Sarıca'nın ileri sürdükleri bu delil şüphesiz hemen yabana atılamaz. Fakat, münhasıran hukuk siyasetine dayanan bu delilin, kendilerinin çok bağlı oldukları ‘pozitif hukuk görüşü’ bakımından büyük bir kıymet taşıdığı şüphelidir. Saniyen, tasavvur edilen mahzur, ilk bakışta zannedilebileceği kadar mühim değildir. Gerçekten, sayın müellifin verdiği misallerde şu esaslardan hareket edilmektedir: birinci mahkeme bizim - Ali Fuat Başgil'i takiben - müdafaa ettiğimiz tezi kabul ediyor ve tüzüğü tatbik etmiyor. İkinci mahkeme ise, Prof. Crozat gibi düşünerek, aykırılık iddiasını “meselei müstehire” sayıyor. Bu suretle iki farklı neticeye varılıyor. Fakat, bizim tezimiz kabul edildiği takdirde Meclisin kararı ile mahkemelerin kararları arasında çatışma olacağını isbat etmek bakımından bu misaller bizi ilzam etmez. Çünkü, biz esasen bu mahkemelerden yalnız birincisine hak veriyoruz. İkinci-

ci mahkemenin tuttuğu yolu hatalı görüyoruz. Aykırılık iddiasının bir "meselei müstehire" sayılmasını ve Büyük Millet Meclisinin kararını beklemek üzere dâvanın tehirini yersiz buluyoruz. Nitekim, Sarıca da aynı şekilde düşünmektedir. (Bk. Sarıca, s. g. e., s. 137 - 138; yukarıda 3 numaralı bende de bakınız).

Demek oluyor ki, Sarıca'nın verdiği misallerin bizim tezimizle doğrudan doğruya alakası yoktur. Fakat aynı itiraz bize karşı da ileri sürülebilir ve denebilir ki: bir "meselei müstehire" bahis mevzuu olmaksızın, doğrudan doğruya, re'sen Büyük Millet Meclisi'nden bir tüzüğün kanuna aykırılığı hakkında karar istenebileceğini kabul ediyorsunuz. Bu takdirde de mahkemenin kararı ile Meclisin kararı arasında çatışma olması mümkün değil midir?

Bir kere, Meclis mahkemeden önce karar vermişse, böyle bir çatışma ihtimali aslâ mevcut değildir. Meclis tüzüğü kanuna aykırı bulunduğu takdirde, tüzük iptal edilmiş ve bağlayıcı kuvvetini kaybetmiş demektir. Mahkemeler artık o tüzüğü tatbik edemezler ve Meclisin kararı ile mahkemelerin kararı arasında bir çatışma olamaz. Aksine, Meclis tüzüğün kanuna uygun olduğu yolunda bir karar ittihaz ettiği takdirde, yine mahkemelerin kararı ile, Meclisin kararı arasında bir çatışma mutasavver değildir. Meclis böyle bir karar vermekle âdeta kanunu tefsir etmiş, "tüzük kanunun mâna ve maksadına uygundur" demiştir.

İkinci ihtimali düşünelim: mahkeme Meclisten önce karar vermiştir. Bir dâvada bir tüzüğün kanuna aykırılığı ileri sürülmüş ve mahkeme tüzüğü kanuna aykırı bularak tatbik etmemiştir. Daha sonra da Meclis aynı tüzüğün kanuna uygun olduğuna karar vermiştir. Böyle bir ihtimalin - zayıf dahi olsa - mevcudiyeti bizim tezimizi çürütmeğe kâfi gelir mi? Hayır... Aynı durum bir kanunun tefsiri halinde de mevcut değil midir? Bir mahkeme, bir kanunun maddesini kendi anlayışına göre tefsir edip, bakmakta olduğu hâdiseye tatbik etmiştir. Daha sonra her hangi bir milletvekilinin talebi üzerine, Meclis aynı maddeyi bambaşka bir şekilde tefsir edemez mi? Buna bakarak, "mahkemeler kanunları tefsir edemezler; aksi halde mahkemelerle Meclis arasında çatışma olur" diyebilir miyiz? Mahkemelerden kanunları tefsir selâhiyetini almak, onların elini kolunu bağlamak neticesini doğurmaz mı?.. Tüzüklerin kanunlara aykırılığını tetkik bahsinde de vaziyet aynıdır. Bu selâhiyeti mahkemelere vermemek, bizi yukarıda izah ettiğimiz gibi çıkmaza sokar, mantıksız neticelere götürür. Aşağıda göreceğimiz başka mahzurlar da doğurur. Anayasa 52 nci maddesinin son fıkrasında "Tüzüklerin kanunlara aykırılığı ileri sürüldükte bunun çözüm yeri Türkiye Büyük Millet Meclisidir" dediği gibi, 26 nci maddesinde de "..... kanunları yorumla-

mak ..... görevini Büyük Millet Meclisi *ancak kendisi* yapar” hükmünü koymuştur. “Kanunların tefsirini bizzat Büyük Millet Meclisi yapar” hükmünden nasıl mahkemelerin bu işi yapamayacakları neticesini çıkarıyorsak, 52 nci maddenin son fıkrasından da mahkemelerin tüzüklerle kanunlar arasındaki mutabakatı tetkik edemeyeceği neticesini çıkaramayız. (51) Ancak, nasıl mahkemelerin tefsirleri - teşriî tefsirden farklı olarak - yalnız baktıkları dâvaya münhasır ise, tüzükler hakkındaki kararlar da - Meclisin kararlarından farklı olarak - sadece o dâvaya, o hâdiseye maksur ve münhasırdır. Kanuna aykırı bulduğu bir tüzüğü tatbikten imtina eden hâkim, normal fonksiyonunu, vazifesini ifa etmiştir. Tüzüğü ihmal etmek suretiyle, kanunu ve en iptidaî hukuk prensiplerini ihlâl etmekten kurtulmuştur.

7 — Sayın Ragıp Sarıca, üçüncü delil olarak, tüzüklerin “hükümet tasarrufları” olduğunu ileri sürüyor. Buradan da, tüzüklerin her türlü kazaî mürakabeden masun kalmaları lâzımgeldiği neticesini çıkarıyor. Sarıca diyor ki: “..... kanunun her hangi idarî bir tasarrufu kazaî murakabe dışında tutması onu bir hükümet tasarrufu telâkki ettiğini gösterir... Binaberin mahkemelerin bir tasarruf üzerinde kontrollerini kullanmadıkları görülürse bu tasarrufun bir hükümet tasarrufu olduğuna tereddütsüz hükmedebiliriz.” (s. g. e. , s. 131). “ Anayasanın nizamnameleri bir hükümet tasarrufu addettiği kuvvetle iddia olunabilir” (s. g. e., s. 131).

Muhterem hocamızın bu fikrine de iştirâk edemeyeceğiz. Bizce, tüzüklerin birer hükümet tasarrufu olduğu iddiası yeni bir delil olmaktan ziyade, daha önce gördüğümüz delillerin bir başka şekilde tekrarından ibarettir. Münakaşa konusu olan nokta zaten şudur: Anayasa kazaî mercileri tüzüklerin kanunlara uygunluğunu tetkikten mutlak surette men’etmiş midir?.. — Evet, diyor, Sarıca, men’etmiştir, çünkü tüzükler birer hükümet tasarrufudur. Fakat tüzüklerin hükümet tasarrufu olduğu hükmü nereden çıkarılıyor? Buna da “tüzükler birer hükümet tasarrufudur, çünkü anayasa bunlar üzerinde kazaî murakabeyi men’etmiştir.” diye cevap veriliyor. Hülâsa burada bir isbat (démonstration) değil, sadece bir iddianın (affirmation) başka şekilde tekrarı bahis mevzuudur; bir fâsid daire vardır.

Muhterem müellif “mahkemelerin bir tasarruf üzerinde kontrollerini kullanmadıkları görülürse, bu tasarrufun bir hükümet tasarrufu ol-

(51) Yirmi altıncı maddenin eski metninde “*bizzat kendisi*” ve yeni metninde “*ancak kendisi*” ibareleri mevcut olduğu halde 52 nci maddede böyle bir kayıt dahi yoktur. Buna rağmen, 26 nci maddeden “kazaî tefsir”in memnu olduğu neticesini çıkarmak kimsenin aklına gelmemiştir.

duğuna tereddütsüz hükmedebiliriz” dediklerine göre, Yargıtayın aşığıda göreceğimiz içtihatları karşısında, tüzükleri birer hükümet tasarrufu saymak hususundaki tereddüdümüzü mazur görecektir.

Kaldı ki, tüzüklerin hükümet tasarrufu sayılması başka bakımlardan da tenkid edilebilir. Tüzükler hiçbir ileri hukuk devletinde kazaî murakabeden tamamiyle ve mutlak surette muaf tutulmuşlardır. Tüzükler mahiyetleri itibariyle kazaî murakabeye elverişli olmayan tasarruflar değildir. Bizdeki “hükümet tasarrufları” mefhumunun beşığı olan Fransada, tüzüklerin kanunlara uygun olup olmadığı hem defi yoluyla, hem de hattâ Devlet Şûrasında doğrudan doğruya iptal dâvası açmak suretiyle murakabe edilir.

Sayın Sarıca buyuruyorlar ki: “Bu pek yabana atılır bir fikir olmaşa gerektir. Çünkü umumiyetle hükümet tasarruflarının çoğı için varit olan bir mülâhaza nizamnameler için de aynen varittir. Filhakika..... hükümet tasarruflarının ekserisi - hükümetin parlâmento ile münasebeti, pârlamentoca tasdik olunan muahedeler, meclisin müdahalesini zarurî rî kılan tasarruflar .... - mahkeme ile meclis (parlâmento) arasında muhtemel fikir ayrılıklarına, mübayin kararlara mani olmak için kazaî murakabeden muaf tutulmuşlardır.” (s. g. e., s. 132 - 133). Hemen söyleyelim ki, hükümet tasarruflarına misal olarak gösterilen sıkıyönetim, yabancı devletlerle yapılan anlaşmalar ve hükümetin parlâmento ile münasebetleri gibi tasarruflarla tüzükler arasında derin farklar vardır. Hükümet sıkıyönetim ilân eder etmez bu kararını Meclisin tasdikine sunmağı mecburdur. Meclis toplantı halinde değılse *hemen* toplanmaya çağrılır ( *Anayasa*, m. 86). Bu itibarla, sıkıyönetim kararı mutlaka ve sarih surette Meclisin murakabesinden geçer. Verilen diğeri misallerde de hal böyledir. Yabancı devletlerle yapılan anlaşmalar da *mutlaka* Meclisin tasdikine sunulur ve sarih bir murakabeye tâbi tutulur. Tüzüklerin Meclis tarafından mutlaka murakabe ve tasdik edileceğine dair anayasamızda bir kayıt olmadığı gibi fiiliyatta da Meclisin 52 nci maddeye göre haiz olduğu murakabe selâhiyeti müessir şekilde kullanılamamaktadır. Vatandaşların, anayasanın 52 nci maddesine dayanarak, bir tüzüğün kanuna aykırılığını tesbit etmesi için Meclise dilekçe ile başvurdıkları görülmemektedir. Şu halde, sıkıyönetimde veya anlaşmaların tasdikinde olduğu gibi, kazaî murakabeyi lüzumsuz ve imkânsız kılan müessir bir Meclis murakabesinden bahsedilemez.

Esasen, sayın Sarıca'nın burada yeniden ileri sürdüğü “Meclisle mahkemelerin çatışması” mahzurunun sanıldığı kadar mühim olmadığını bundan önceki bentte izaha çalışmıştık. “Meclisle çatışmak ihtima-

li mahkemeleri durdurmalıdır” yolunda bir iddia, mahkemeleri - Meclis tarafından belki tasdik edilmez endişesi ile - ölüm cezası vermekten de, hattâ kanunların tefsirinden de alıkoymak neticesine müncer olur. Halbuki bizim hukuk nizamımız hâkimlere yalnız kanunları tefsir etmek değil, kanunlarda boşluk olduğu takdirde kendisi kanun vazı imiş gibi hüküm vermek selâhiyetini bile tanımıştır. (*Medenî Kanun*, m. 1).

Tüzüklerin hükümet tasarrufu sayılması fikri şu bakımdan da tenkide şayandır: hükümet tasarrufları - taraftarlarının iddialarına göre - mahiyetleri itibariyle önceden konmuş hukuk kaidelerine bağlanmaları ve binnetice kazaî mürakabeye tâbi tutulmaları mümkün olmayan tasarruflardır. Bunlara hukuk kaidelerinden ziyade siyasî düşünceler hâkimdir. Tüzüklerin ise mahiyetleri itibariyle hukuk kaidelerine bağlanamayacak tasarruflar olduğu aslâ ileri sürülemez. Bilâkis her tüzük bir kanuna bağlıdır ve bu “kanunun uygulanışını göstermek yahut kanunun emrettiği işleri belirtmek üzere” yapılmıştır. Şu halde tüzük yapılırken bu kanunun koyduğu kaideler göz önünde tutulmalı ve ihlâl edilmemelidir. Halbuki hükümet tasarruflarını kazaî murakabe dışında bırakmak için, bu tasarrufları yaparken *önceden konmuş bir takım kaideleri gözönünde bulundurmağa imkân olmadığı* ileri sürülür. (52)

Hükümet tasarruflarının *hukukî* olmaktan ziyade *siyasî* muhteva taşıyan tasarruflar olduğu hususunda fazla ısrar edecek değiliz. “*Les actes de Gouvernement*” adlı klâsik eserinde, Prof. Paul Duez bu ciheti açıkça göstermiştir. (53)

(52) Nitekim bizzat R. Sarıca da, başka bir kitabında hükümet tasarruflarını tarif ederken aynı kıstası ileri sürmektedir. (*İdari Kaza*, İstanbul 1942, s. 47). Sarıca, (*Türk Devlet Şurası kararlarına göre Hükümet tasarrufları*) başlıklı bir makalesinde (İHFM, 1943, Cilt VIII, sayı 3 - 4, s. 457) bizdeki hükümet tasarruflarının listesini yapmış, fakat tüzükleri bu listeye ithal etmemiştir. Çünkü tüzükleri sarih surette hükümet tasarrufu olarak vasıflandıran içtihatlar mevcut değildir. Sarıca'ya göre, “sırf hukuk tekniği bakımından hangi tasarrufların birer hükümet tasarrufu sayılması lâzımgeldiğini söylemek hukuken imkânsızdır” (s. g. e., s. 472). O halde neye istinaden tüzüklerin birer hükümet tasarrufu olduğu öne sürülüyor?.. Sarıca, hükümet tasarruflarını ayırmağa yarayacak hiç bir kıstas mevcut olmadığı için, hükümet tasarruflarına müteallik mahkeme içtihatlarının hukuken tenkid edilmesi imkânsız, her türlü tenkitten mâsûn içtihatlar olduğuna da kânidir (s. g. e., s. 472). Biz muhterem hocamızın bu fikrine iştirâk etmemekle beraber, tüzükler hakkındaki mahkeme içtihatlarının - yazının sonunda göreceğimiz gibi - bizim tuttuğumuz tezi takviye ettiğini bir kere daha belirtelim.

(53) Bk. Paul Duez, *Les Actes de Gouvernement*, Paris, 1935, s. 23 ve müt.; bk. keza, S. S. Onar, s. g. e., s. 260.-

Esasen Danıştayımızın birçok kararlarında da hükümet tasarrufları “siyasî mahiyet taşıyan” tasarruflar olarak vasıflandırılmıştır. Bk. meselâ *Birinci Dava Dai-*



Son olarak, hukuka bağlı devlet sistemi içinde, hükümet tasarruflarının esasen göze batan bir rahne teşkil ettiğini hatırlatmak isteriz. Hükümet tasarrufları nazariyesinin beşiği sayılan Fransada olsun, bizde olsun, hükümet tasarrufları kategorisinin kalkması ve bu tasarrufların “takdir selâhiyeti” mefhumu içerisinde eriyip kaybolması yolunda bir cereyan vardır. Hocamız Prof. Sıddık Sami Onar, hükümet tasarruflarının takdir selâhiyeti içinde eriyip ortadan kalkmasını hâzretle terviç edenler arasındadır. Hiç bir tasarrufun mutlak surette kazaî murakabe dışında tutulması doğru olmaz. Hattâ muahede akdi gibi tamamiyle siyasî mahiyet taşıyan bir tasarruf bile bazı bakımlardan kazaî murakabeye tâbi tutulabilir. “Hükümet tasarrufları nazariyesi takdir selâhiyetine istinad ettirilince, bir taraftan hükümet faaliyetleri için lâzım gelen serbestî temin edilmekle beraber, diğer taraftan bu nazariyenin kaza sisteminde husule getirdiği karışıklıklar, hukukî tasarruflar nazariyesinde doğurduğu anormal vaziyetler, idare edilenlerin hak ve selâhiyetleri bakımından arzettiği tehlikeler kalkmış olur”. (54). Paul Duez de, adı geçen eserinde, hükümet tasarrufları fikrinin ortadan kalkması icab ettiğini ve takdir selâhiyeti nazariyesinin maksadı temine kâfi olduğunu isbat etmiştir. Profesöre göre, bir hukuk devletinin müesseseleri arasında hükümet tasarruflarına yer yoktur. (55) Şu halde, sayın Sarıca'nın tüzükleri hükümet tasarrufu saymak suretiyle kazaî murakabenin dışında tutmağa çalışması doğru değildir.

8 — Tüzüklerin kanuna uygunluğunun mahkeme tarafından defî yoluyla murakabe edilebileceği tezine karşı ileri sürülen itirazlardan biri de şudur: mahkemeler yüzlerce, binlerce dâvada bir tüzüğü tatbikten imtina ederlerse, tüzük fiilen iptal edilmiş olmaz mı? Bir tüzüğün kanuna aykırı olduğu yolunda müstakar bir içtihat teessüs edince artık o tüzüğün hukukî kıymeti kalır mı?.. “Mahkemeler tüzüğü iptal edemezler, fakat kanuna aykırı görürlerse baktıkları dâvada tatbikten imtina edebilirler” şeklindeki tefrik sun'î bir tefriktir. Tüzüğün iptal olunması ile tatbikinden imtina edilmesi arasında fark yoktur. (56)

Bu itiraz da varit değildir. Bir tüzük aleyhine doğrudan doğruya

---

*resi*, 29/2504, Pavli Naskidof - Maliye Vekâleti, *Kararlar Mecmuası*, sayı 6, s. 122; *Beşinci Daire*, E. 38/6, 39/182, Mansur Karabıyık - Dahiliye ve Sıhhat Vekâletleri, *Kararlar Mecmuası*, sayı 8, sayfa 85 - 86; *Beşinci Daire*, E. 37/2241, K. 39/290, Emin Arslanoğlu - Dahiliye Vekâleti, *Kararlar Mecmuası*, sayı 9, sayfa 70 - 71; *Dâva Daireleri Umumi Heyeti*, E: 40/290, K. 43/83, Tevhidi İçtihat Kararı, *Kararlar Mecmuası*, sayı 24, sayfa 34.

(54) S. S. Onar, s. g. e., s. 262.

(55) Paul Duez, s. g. e., s. 185 - 210.

(56) Sarıca, *İcra uzvunun tanzim selâhiyeti*, s. 134.

iptal dâvası açılması başka şey; yekdiğeri ile çarpışan iki metin karşısında kalan bir mahkemenin bunlardan kuvvetli olanını (yani kanunu) tercih ederek tüzüğü ihmal etmesi başka şeydir. İptal kararı, tüzüğü objektif surette, herkes için ortadan kaldıracığı halde, “tatbikten imtina” sadece o dâvada hüküm ifade eder. Bu farkı inkâr etmek, iptal dâvaları ile tam kaza dâvalarının - doğurdıkları neticeler bakımından farklı olduklarını inkâr etmek gibidir. “İptal” kararı vermekle “tatbikten imtina etmek” arasında, psikolojik bakımdan da fark olduğu ve ikinci şeklin daha az göze battığı birçok müellifler tarafından iddia olunmuştur. (57)

Gerçi, mahkemelerin devamlı ve müstakar içtihatları bir tüzüğü fiilen kıymetsiz bırakabilir. Fakât bundan, iptal etmekle etmemek arasında hiç fark bulunmadığı neticesi çıkarılamaz. Müstakar görünen bir içtihat günün birinde değişebilir.

Medenî kanunumuzun birinci maddesiyle yargıca verilen selâhiyet yalnız bakmakta olduğu dâvada hüküm ifade etmek üzere bir hukuk kaidesi yaratmaktır. Bu kaide ne diğer mahkemeleri, ne de hattâ aynı yargıcı başka dâvalarda bağlamaz. Fakat bütün mahkemelerin mümasil vaziyetlerde hep aynı şekilde karar vermeleri, fiilen müstakar bir kaide tesis etmeleri de kabildir. Buna bakarak, Medenî Kanunun birinci maddesiyle yargıçlara verilen selâhiyetin yasama kuvvetinden farksız olduğu iddia edilebilir mi?..

Esasen, muhterem Sarıca da, “nizamnamenin iptal edilmesiyle iptal olunmaması arasında bir fark müşahede etmek hemen hemen imkânsız olur” (58) demek suretiyle, iki şık arasında cüz’î de olsa bir farkın mevcudiyetini kabul etmektedir. Bu tefrikin amelî kıymeti ne olursa olsun, tüzüklerin kanuna uygun olup olmadıklarının “dâva yoluyla” murakabesi ile “defi yoluyla” murakabesi arasında fark olduğu muhakkaktır.

9 — Sayın R. Sarıca, Prof. Başgil’in delillerini münakaşa ederken, tüzüklerin kanuna aykırılığını tetkikten imtina etmenin “ihkakı haktan imtina” sayılmıyacağını söylüyor. “Mevzuatın, pozitif hukukun sarahaten bir dâva mevzuu teşkil edemeyeceğini belirttiği bir dâvayı dinlemek bir (dêni de justice) telâkki olunamaz” diyor (s.g.e., s.136). Bir tüzüğün kanuna aykırılığı sebebiyle iptalini istemek suretiyle açılan bir dâvayı reddetmek, hiç şüphesiz (ihkakı haktan imtina) sayılamaz. Bu

(57) Bk. meselâ Duguit, *Leçons de droit public général*, Paris, 1926, s. 288-289; *Manuel de droit constitutionnel*, 4 ème éd., Paris 1923, s. 304; C. Al. Viforeano, *Le contrôle constitutionnel des lois*, *Mélanges Negulesco*, Bucureşti 1935, s. 832-833

(58) Ragıp Sarıca, s. g. e., s. 134.

noktada R. Sarıca haklıdır. Fakat esasen biz mahkemelerin iptal dâvalarına bakmaları lâzımgeldiğini ileri sürmüyoruz. Bir mahkeme, bakmakta olduğu bir dâvaya tatbiki icap eden kanunla tüzük arasında mübâyet görürse, tüzüğü tatbikten sarfınazar etmelidir. Zira, mahkeme için şu üç yolun dışında gidilebilecek başka bir yol yoktur:

a) Mahkeme dâvayı tehir edip, Büyük Millet Meclisinden mesele hallini istiyecektir. İşte bu takdirde (ihkakı haktan imtina) durumuna düşebilir. Çünkü Büyük Millet Meclisi mesul olmayan bir makamdır; cevabını alabildiğine geciktirebilir veya hiç cevap vermiyebilir. Esasen, gördüğümüz gibi, R. Sarıca da bu yola gidilmesine taraftar değildir.

b) İkinci yol, R. Sarıca'nın tavsiye ettiği yoldur ki, tüzüğü kanuna tercih etmek; zayıf bir hukuk normunu kaideler hiyerarşisinde kendisinden daha önce gelen hukuk normuna üstün tutmak gibi bir neticeye müncer olmaktadır: bu netice ise kanaatımızca mantıksızdır.

c) Üçüncü yol, burada müdafaa ettiğimiz yoldur: Mahkemenin kanunu tüzüğe tercih ederek, elindeki dâvayı kanun hükümleri dairesinde halletmesidir.

10—Hukuk kaidelerinin tefsiri hususunda, Meclis müzakerelerinden de faydalanmak lâzımdır. 52 nci maddenin müzakeresi sırasında, B.M.M. hassasiyet göstermiştir. Tüzüklerin kanuna aykırı olamayacağı prensibine verilen ehemmiyeti isbat eden sözler sarfedilmiştir.

Tüzüklerin muteber olmaları için gerekli şartları gösteren birinci fıkraya, Mersin mebusu Besim Beyin teklifi ile “ahkâmı cedideyi muhtevi olmamak” kaydı ilâve edilmiştir. (59) Bu ilâve “kanunlara aykırı olmamak” kaydından daha şümulü, daha ağırdır. Diğer bir âzâ (Tevfik Fikret Sılay) mazbata muharririnden şunları sormuştur: “Bu nizam mahakimde mamülünbih midir; bu nizamın herhangi maddesi mucibince mahkeme hükmedebilecek midir?” Mazbata muharriri Celâl Nuri Beyin, gerek sual sahibini, gerekse Meclisi tatmin ettiği anlaşılan cevabı aynen şudur: “*Kanuna mugayir olduğu takdirde hükkâm bununla amel edemez*” (60). Hâkim “nizamname ile âmel edemediğine” göre ne yapacaktır? Elindeki hâdiseye kanun hükümlerini tatbik edecek, kanunu tüzüğe tercih edecektir.

Mazbata muharririnin bu sarîh beyanı karşısında tereddüt caiz değildir. Sayın Ragıp Sarıca, Celâl Nuri Beyin bu sözünü de kendi tezine

(59) *Zabıt Ceridesi*, Cilt 8/II, s. 1007 (Devre II, 42 nci içtima, 20-4-1340. birinci celse).

(60) *Zabıt Ceridesi*, aynı cilt, aynı sayfa.

göre tefsir etmiştir. Muhterem müellife göre, mazbata muharriri bunu söylerken “ağlebi ihtimal B. M. M. si nizamnamenin kanuna mugayir olduğunu tesbit ettiği takdirde artık hâkim bununla âmel edemez demek istiyor.” ( s. g. e., s. 141 ) Bizce Celâl Nuri Beyin beyanatını bu şekilde anlamak doğru değildir. Çünkü Meclis tarafından kanuna aykırılığı tesbit edilen bir tüzük esasen hukukî kıymetini kaybetmiştir, bir tüzük olmaktan çıkmıştır. Celâl Nuri Bey “ kanuna aykırı nizamname” derken , herhalde, B. M. M. tarafından ilga edilmemiş olan, fakat kanuna aykırılığına mahkemece kanaat getirilen tüzükleri kastetmiş olmalıdır.

11 — Sayın Sarıca, hâkimlere isterlerse tüzüğü tatbik etmek, isterlerse tatbik etmemek şeklinde bir hiyar hakkı tanınamayacağını, çünkü böyle bir salâhiyetin tüzüklerin mecburî, emperatif mahiyeti ile telif edilemeyeceğini söylüyor (s. 145 - 146).

Bizce, bu iddia meselenin mihverini değiştirmektedir. Çünkü biz tüzüklerin *prensip itibariyle* mahkemeler için “mamulünbih” olduğunu, tatbiki mecburî, emperatif kaideler ihtiva ettiğini inkâr etmiyoruz. Hâkime “bir nizamnameyi canı isterse tatbik etmek, canı istemezse tatbik etmemek” şeklinde mutlak bir hiyar hakkı tanınması bahis mevzuu değildir. Hâkim 52 inci maddedeki şekle ve esasa müteallik bütün şartlara uygun olarak yapılmış bir tüzüğü tatbik etmeğe mecburdur. Fakat “kanuna aykırı” olduğuna kanaat getirdiği bir tüzüğü ihmal etmek de yine hâkim için vazifedir. Çünkü aksi takdirde kanunu (ve Anayasanın 52 inci maddesinin ilk fıkrasını) ihmal etmiş olacaktır.

Bizim tezimiz şudur ki, kanunla tüzüğün çatıştığını gören bir hâkim için hiyar hakkı yoktur: Kanunu üstün tutacaktır. Halbuki mukabil tez şu neticeye müncer olmaktadır: “Hâkimin hiyar hakkı yoktur; tüzüğü kanuna tercih edecektir.” Bu neticenin mantıksızlığı ise aşikârdır.

12 — Muhterem Ragıp Sarıca'nın ileri sürdüğü başka bir delil de şudur: “Hâkimi bağlamıyan bir nizamnamenin neye yarıyacağı da câyi sualdir..... öyle ise nizamname neye yarar? Hukuk âleminde ne gibi bir rol oynar? Her kanun gibi, her nizamname de tatbik edilmek için tanzim, tedvin olunmaz mı?” (s.g.e, s. 147). Evet, hiç şüphesiz tüzükler tatbik edilmek için tedvin olunur. Yalnız memleketimizde değil, başka memleketlerde de “tüzükler tatbik edilmek için tanzim olunur”. Yazımızın ilk kısmında gördüğümüz gibi, ileri hukuk nizamlarında, mahkemelerin kanuna aykırı tüzükleri tatbikten imtina edebilecekleri münakaşa konusu olmaktan çıkmıştır. Bununla beraber, o memleketlerde hiç kimse “ma-

demki mahkemeler icabında kanuna aykırı bir tüzüğü tatbikten imtina edebiliyorlar, o halde tüzük yapmak neye yarar?" diye sormamıştır. Çünkü, Anayasanın koyduğu esaslı bir şartı yerine getirmemiş olduğu için bir tüzüğün tatbik edilmemesi demek, icra uzvunun tanzim salâhiyetinden beklenen bütün faydanın yok olması demek değildir. Muhterem Sarıca'nın bu mütalâasına iştirak etmek imkânsızdır. Zira, "mademki Dâniştay idarî kararları iptal edebiliyor, o halde idarenin bir takım kararlar ittihaz etmesi neye yarar?" diye sormakla yukardaki delil arasında pek fazla fark yoktur.

13 — Sarıca'ya göre, tüzüğün kanuna uygun olup olmadığı hususunda hâkimin edindiği kanaat hukukî bir kıymet taşımaz: "Hâkimin bu yoldaki kanaati - tıpkı kanunî bir delil ile isbatı lâzımgelen bir hususta olduğu gibi - hukuken rol oynamaz. Hâkim, nizamnamenin kanuna aykırılığına yüzde yüz kanaat getirirse bile bu kanaata hukuken itibar olunmaz. Nasıl bir hâkimin meselâ onbin liralık bir dâvada resmî senet, kaziyei muhkeme, yemin... dışında herhangi bir delil ile kanaat getirmiş olması hiçbir hukukî netice tevhit etmez."

Muhterem hocamın bu görüşüne de hak veremiyorum. İstinat ettiği sebepler tamamıyla başka olan "kanunî delil" usulü ile meselemizin bir ilgisi yoktur. Hâkimin, kanuna aykırı olduğuna yüzde yüz kanaat getirdiği bir tüzüğü tatbik etmesi demek, yalnız şahsî kanaatini feda etmesi demek değildir: kanunu da, Anayasanın 52 nci maddesinin ilk fıkrasını da, hukuk mantığını da, birçok hallerde ferdî hürriyeti de tüzüğe feda etmesi demektir. 52 nci maddenin son fıkrasının, tüzüklere bütün bunların üstünde bir kıymet izafe ettiği iddia olunabilir mi?

14 — Muhterem Sarıca'nın ileri sürdüğü başka bir delil (*s.g.e.*, s. 148 - 151), tüzüğe âdeta kanunun üstünde bir kuvvet bahşeder gibi görünen bundan önceki mütalaalarının menseini ve mesnedini açıklamaktadır. Sarıca'ya göre tüzük, kanunun şerhi, tefsiridir. Tüzük, kanun maddesini "tıpkı bir tefsir kararı gibi" şerh ve izah eder. Bu bakımdan "hâkim nazarında nizamname ile kanunun tearuz etmesi, çarpışması *mutatasavver değildir*" (s. 149). "Nizamnamede yer alan kaideyi âdeta *kanunda yer almış* saymak lâzımdır" (s. 150). "Nizamname kanuna nazaran hem *muahhar* bir hukuk kaidesi vazeder, hem de madde kanuniyenin bir tefsiridir. Bu tefsir bizzat bu *kanun yerine kaim olmaktadır*" (s. 151). "Nizamnamenin kanuna aykırılığı mülâhazası ile hâkimin nizamnameyi ihmal etmesi hukukan mümkün değildir. Nasıl ki hâkim iki kanun karşısında da muhayyer değildir. *Muahhar olanı, diğerini tamamlayıcı tatbik mecburdur*" (s. 151).

Bu sözler her şeyi izah etmektedir. Bundan önceki bendlerde gördüğümüz gibi, kanunu tüzükten üstün, tüzükten önce gelen, tüzükten daha kuvvetli bir hukuk kaidesi olarak nazarı itibara alınca, Sarıca'nın tezi hukuk mantığının kabul edemeyeceği neticelere müncer olmaktadır. Muhterem müellif de bunu çok iyi görmüş olsa gerektir ki, tezini müdafaa edebilmek için, nihayet tüzüğe kanunla müsavi, hattâ kanundan üstün bir kuvvet izafe etmek mecburiyetini duymuştur. Bu iddiasını teyid hususunda da Profesör Başgil'in etüdünden bazı kısımlar nakletmektedir.

Fakat tüzüğün kanuna müsavi ve hattâ muahhar olması dolayısıyla âdeta kanundan üstün bir kuvvet taşıdığı iddiası asla kabul edilemez. Kaideler hiyerarşisinde tüzüğün kanundan sonra gelen bir yer işgal ettiği ve kanuna tâbi olduğu şüphesizdir. Tüzük ne kanun kuvvetini, ne de teşriî bir tefsir kuvvetini haiz olamaz.

İki kanun arasında aykırılık olduğu takdirde, bunlardan daha sonra çıkmış olanı öncekini zımnen ilga veya tâdil etmiş sayılır. Kanuna aykırı bir tüzüğün de - tıpkı muahhar bir kanun gibi - önceki kanunu zımnen ilga veya tâdil ettiği nasıl ileri sürülebilir? Bir kanun tüzük ile ilga edilebilir mi? "Leges posteriores priores contrarias abrogant" kaidesi burada tatbik olunabilir mi? Bunu kimse iddia edemez. Şu halde tüzüğü kanunla müsavi kuvvette saymak, hele "muahhar bir kanuna" benzetmek tamamiyle yersizdir (61).

Tüzüğün kanunla aynı seviyede mütalâa edilmesi nasıl mümkün olabilir ki, yukarda da temas ettiğimiz gibi, Anayasamız birçok maddelerinde kanunla tüzüğü sarahaten ayırmıştır. Anayasanın 85 inci maddesi verginin ancak kanunla salınabileceğini, tüzük ile yeni vergi ihdas edilemeyeceğini gösterir. Hürriyetlerin de tüzük ile daraltılmıyacağı, ancak kanunla sınırlandırılabilceği Anayasada musarrahtır. Tüzük ile suç ve ceza ihdas edilemeyeceği de malûmdur (Türk Ceza Kanunu, madde 1).

"Tüzük ile kanunun çarpışmasının mutasavver olmadığı" yolundaki

(61) Gerçi Duguit başta olduğu halde, bazı müellifler *maddi* bakımdan, muhteva bakımından kanunla tüzük arasında bir mahiyet farkı bulunmadığını iddia etmişlerdir. Hauriou, Berthélemy, Carré de Malberg başta olmak üzere, diğer bazı müellifler de bu teze karşı cephe almışlardır. Fakat bu iddiaların bizim tezimizle alakası yoktur. Çünkü, Duguit de dahil olduğu halde, hiç kimse kanunun tüzükten daha üstün olduğunu, tüzüklerin kanunlara aykırı olamayacağını, kanunların tüzükle tâdil edilemeyeceğini inkâr etmemiştir. Tüzüklerin kanunlara aykırı olup olmadıklarının mahkemelerce murakabesi tezine Duguit de hararetle taraftardır. (Bu münakaşaya dair mücmel malûmat almak için şu eserlere bakılabilir: Bonnacase, (*s.g.e.*, s. 137 - 143; Berthélemy, *La loi et le règlement*, Mélanges Hauriou, s. 821 - 825; Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'état*, cilt I, s. 568).

iddiayı ise, bizzat 52 inci maddenin ilk fıkrası, tüzüğün yeni hükümler getiremeyeceğini söylemek suretiyle, sarahaten tekzip etmektedir. Tüzükleri “tefsir kararı” yla bir tutmak da tamamiyle yersizdir. Tefsir, bir kanunun hükmünün mânasını tayin etmek demektir. Kanuna aykırı olan, meselâ kanunun hiç ihtiva etmediği yeni suçlar, cezalar, vergiler, tahditler ihdas eden, kanunun hükmünü tâdil veya tevsi eden bir tüzük nasıl tefsir kararına benzetilebilir?

Bizce, Muhterem R. Sarıca'nın idarî bir tasarruftan ibaret olan (62) tüzükleri “muahhar bir kanun”, “teşriî bir tefsir” gibi mütalâa etmesi, şuna delâlet eder: Sayın müellif, benimsediği tezin, ancak bu faraziyeyle dayanmak suretiyle müdafaa edilebileceğini, derin görüşü ile herkesten daha iyi kavramıştır.

15 — R. Sarıca, adlî mahkemeler, tüzüklerin kanunlara uygunluğunu murakabe ettikleri takdirde idarî mahkemelerden de bu salâhiyetin esirgenmeyeceğini belirtiyor (s. 152 - 154). Muhterem müellif iddiasında haklıdır. Fakat, idarî mahkemelere de aynı salâhiyetin tanınması zarureti tezimizi çürüten bir delil olamaz. Bunda idare hukukunun umumî prensiplerine aykırı bir cihet de göremiyoruz.

Idarî kaza ile adlî kaza ayrılığının çok kökleşmiş olduğu Fransa'da, tüzüklerin kanuna uygun olup olmadığının gerek adlî, gerek idarî mahkemeler tarafından murakabe edildiğini unutmamak lâzımdır. Fransa hukukçuları ve mahkemeleri bu meselede “kanunun hâkimiyeti” prensibi ile “kuvvetlerin ayrılığı” prensibini bağdaştırmışlardır (63). Bir tüzüğün kanuna aykırılığının Danıştay tarafından defî yoluyla tetkiki evvelemirde o tüzüğün iptalini de icap ettirmez. Fransada, 60 günlük müddet geçtiği için artık aleyhine iptal davası açılmıyan bir tüzüğün kanuna aykırı olduğu, görülmekte olan bir dâva münasebetiyle def'an dermeyan edilebilmekte ve bu suretle iki murakabe şekli yekdiğerini tamamlamaktadır (64).

16 — Muhterem Ragıp Sarıca son delil olarak şunu ileri sürüyor: “Mahkemelerin bir nizamnamenin kanunla tearuz ettiğini gördükleri takdirde... nizamnameyi ihmal edebilmeleri ve kanunu tatbik eyleyebilmeleri

(62) R. Sarıca, eserinin başka bir bahsinde, nizamnamelerin teşriî bir vekâlete dayandıkları tezini kuvvetle tenkid ederek, nizamnamelerin uzvi bakımdan birer *idarî tasarruf* olduklarını fakat sırf “hükümet tasarrufu” sayıldıkları için kazai murakabe dışında kaldıklarını belirtmektedir (s.g.e., s. 250 ve uot).

(63) Bk. Achille Mestre, s.g.e., s. 578 ve müt.

(64) Bk. meselâ; Bonnacase, s.g.e., s. 143; A. Mestre, s.g.e., s. 591.

bizi çok uzaklara götürür. Şöyle ki aynı muhakemeyi kanunların Esas Teşkilât Kanununa aykırılığı hususunda da yürütebiliriz.” “52 inci maddenin... hâkimin bir nizamnameyi bir tarafa bırakıp kanunu tatbik etmesini tecviz ettiğini kabul edersek, bunun aynen kanunlar için de böyle olacağını kabul etmemiz iktiza eder. Yani 52 inci madde mucibince alelâde bir kanunun Anayasa ile çarpıştığını gördüğü takdirde hâkim, kanunu bir tarafa bırakarak doğrudan doğruya Anayasayı tatbik edebilir.”

Hocamızın bu fikrine tamamen iştirak ediyoruz. Gerçekten, kanuna aykırı bir tüzüğün mahkemeler tarafından ihmal edilebileceğini kabul edince, aynı muhakemeyi Anayasaya aykırı kanunlara da teşmil etmek zarurîdir. Fakat bu hakikat, bizim müdafaa ettiğimiz tezi zayıflatamaz. Olsa olsa, kanuna aykırı tüzüklerin ihmalini caiz gördükleri halde Anayasaya aykırı kanunların mahkemeler tarafından ihmali fikrini reddeden müelliflerin tenakuza düştüklerine delâlet eder. Biz, Anayasaya aykırı kanunların defî yoluyla kazaî murakabeye tâbi tutulabileceği fikrinde olduğumuz için sayın Ragıp Sarıca'nın ileri sürdüğü bu delili, tezimizi cerh değil, teyideden bir delil olarak karşıyoruz. “Kanunların Anayasaya uygun olup olmadığının kazaî murakabesi” meselesine dair yakında neşretmeyi umduğumuz bir etüdde bu konuya tekrar döneceğimiz için, şimdilik üzerinde daha fazla durmıyacağız.

Yazımıza son vermeden önce, birkaç Yargıtay içtihadından bahsedelim:

Ceza Umumî Heyetinin 4.11.1935 tarihli bir içtihadı, tezimizi açıkça teyit etmektedir. Bu kararda, Fuhuşla mücadele nizamnamesi ile Ceza Kanunu arasında bir mübâyenet bahis mevzuudur. Karar, Hukukî Bilgiler mecmuasında, Adliye Ceridesinden naklen, hülâsa edilmiştir: “436 ncı maddenin tatbiki o maddede mevcut unsurların tahakkukuna menul olup aksini kabule Ceza Kanununun birinci maddesinin mâni bulunmasına ve nizamnameler, kanun hükümlerine aykırı olarak yeni hükümler vazede-miyecekleri Teşkilâtı Esasiye Kanununun 52 inci maddesi ile müeyyet olmasına ve binaenaleyh işbu nizamnamenin 107 inci maddesinde Ceza Kanununun 436 ncı maddesi hükmüne aykırı suç unsurları ihdas ettiğini kabul etmeğe imkân olmadığına ve bu halde nizamnameye göre yapılan takibat neticesinde sabit olacak fiil hakkında yine taallük ettiği kanun maddeleri mucibince ceza verilmesi hem Teşkilâtı Esasiye, hem Ceza Kanununun kabul ettiği prensiplere uygun olamayacağından yazılı emirle talep edilen nakz talebinin varit olmadığına karar verilmiş ve başmüd-



deiumumilikçe heyeti umumiyeye itiraz edilmiş ise de itirazı vâki de tasvip edilmeyerek reddolunmuştur” (65).

Yine aynı mevzuda, 4 üncü ceza dairesinin 1944 de verdiği başka bir karar, Yargıtayın aradan geçen dokuz yıl zarfında içtihadını değiştirmediğini isbat ediyor: “Kendilerini başkalarının cinsî zevkine, menfaat mukabilinde veya itiyadî bir surette hasretmeği sanat ittihaz eden ve bu suretle müteaddit erkeklerle münasebette bulunan kadınlara fahişe denir. 436 ncı maddede yazılı fuhşa teşvik suçu, yirmi bir yaşını bitirmeyen kadınların fuhuş yapmasını maddî manevî kolaylaştırmaktır. Fuhuş ile meluf “fahişe” olanın fuhşa teşvikinden bahsedilemez. *Fuhuşla mücadele nizamnamesinin Ceza Kanununu tevsî veya tâdil eden hükümleri muteber değildir*” (66).

Bu kararların her ikisinde de, kanuna aykırı bir tüzüğün mahkemece tatbik edilmeyip bir tarafa bırakılacağı prensipi hiçbir şüpheye mahal bırakmayacak şekilde ifade olunmuştur. Fakat her iki kararın da ceza hukukuna müteallik olması bazı kimseleri tereddüde sevkedebilir. Yargıtayın yalnız kanuna aykırı bir şekilde suç ve ceza ihdas eden tüzükleri tatbikden imtina ettiği zehabına düşülebilir. Bu tereddüdü de izale etmek için Ticaret dairesinden çıkan diğer bir kararı da nakledelim:

Bir kimse sahip olduğu bir geminin yüzde elli hissesini satmıştır. Fakat bu satış resmî şekilde yapılmamıştır. Satışın tescili yolunda alıcılar tarafından yapılan talep, İstanbul Liman İdaresi tarafından, “satış, Türk gemilerinin tescili hakkındaki tüzüğün 3 üncü maddesinde tasrih edildiği gibi tescile esas olabilecek resmî şekilde tanzim edilmemiştir” gerekçesi ile reddolunmuştur. Satıcı da bizzat liman idaresine gidip takrir vermeğe yanaşmamıştır. Bidayet mahkemesi, tescilin icrası yolunda alıcılar tarafından açılan davayı, adı geçen tüzüğün 3 ncü maddesine müsteniden reddetmiştir. Yargıtay ticaret dairesi ise, gemi satışının kanunen hiçbir şekilde tâbi tutulmadığını ve sıhhati kanunen muayyen bir şekle bağlanmamış olan bir hukukî muamelenin bir tüzük ile sıhhat noktasından muayyen bir şekle bağlanamayacağını belirterek, kararı bozmuştur. Kararın en özlü kısmını aynen naklediyoruz: “Deniz Ticaret Kanununun 1015, 1016 ncı maddeleri gemi veya payının satışını özel bir şekle tâbi kılmamış olmasına ve Anayasaya göre kanun hükümlerinin uygulanma tarzını gösteren

(65) *Ceza Umumi Heyetinin 4.11.1935 tarihli kararı*, Hukukî Bilgiler mecmuası, 15 haziran 1937, No. 8 - 92, s. 5362, (*Adliye Ceridesi*, No. 12, Ceza kararları s. 56 dan naklen).

(66) *Dördüncü Ceza Dairesi kararı* 4.4.1944, esas: 1894 (bk. Faruk Erem, *Gerekçeli Türk Ceza Kanunu ve meriyet kanunu*, Ankara 1946, m. 436, not 4).

*tüzükler kanun hükümlerini hiçbir suretle takyid edemeyeceğine* ve Borçlar Kanununun 11 nci maddesinde akdin sıhhati kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle tâbi olmadığı beyan olunmasına göre, olayda satış sözleşmesinin noterlikçe yapılmamış ve dâvalı satıcının da liman idaresine gidip takrir vermeyip keyfiyeti bir dilekçe ile bildirmiş olması Deniz Ticaret Kanununun 1015, 1016 ncı maddeleri hükümlerine uygun olarak yapılan ve dâvalı vekili tarafından karşılık dilekçede ve yargılama sırasında da ikrar ve kabul olunan satış bağının hükümsüzlüğünü gerektirmez". (67).

Ankara Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ordinaryüs Profesörü Ernst Hırş de Ticaret Kanunu ile Tescil Nizamnamesi arasındaki mübâyenet karşısında, kanunu tercih etmek lüzumuna kanidir: "... Yukarda belirttiğimiz üzere bir gemi üzerindeki hakkın intikali şekle bağlı değildir... Mazhar Nedim Göknil, resmî şekli akdin bir unsuru saymakta ve bu görüş tarzını Tescil Nizamnamesinin üçüncü maddesine dayandırmaktadır. Ticaret Kanununun 1015 ve 1016 ncı maddeleri çok açık olduğundan ve muamelenin sıhhatine müteallik kanunî bir hüküm nizamnamede bulunan ve yalnız isbata yarayan bir hükme herhalde tekaddüm ettiğinden, adı geçen müellifin görüşü kabul olunamaz" (68).

Kararlar Dergisinde, Danıştayımızın bu konudaki görüşünü vuzuhla açıklayan bir karara rastlamadık. Fakat bugüne kadar yayınlanmamış olan bir beşinci daire kararı, tüzükle kanun çarpıştığı takdirde kanunu tercih etmek fikrine Danıştayımızın da bigâne kalmadığını göstermektedir. Hâdise şudur: Konyada bulunan bir kimseye 7 haziran 1939 tarih ve 3634 sayılı Millî Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu tatbik ediliyor. Bu kanunun birinci maddesi şöyledir: "Umumî veya kısmî seferberlik halinde ve fevkalâde hallerde yapılacak seferberlik hazırlıkları ile kıtaların tecemmüleri esnasında, alelâde vasıtalarla temin edilemeyen bütün askerî ihtiyaçları veya hizmetleri bu kanunun hükümleri dairesinde vermeğe veya yapmağa her şahıs borçludur. Bu mükellefiyetlerin Türk topraklarının tamamı veya bir kısmı üzerinde yapılmasına başlanacağı zamanı *İcra Vekilleri Heyeti tayin eder*". Bu kanunla ilgili olarak 22 haziran 1940 tarihli bir tüzük neşredilmiştir (69). Bu tüzüğün birinci maddesi de aynen şudur: "Umumî veya kısmî seferberlik halinde ve fevkalâde

(67) *Yargıtay Ticaret Dairesi*, Esas 945/2593, Karar 2036. (*Adalet Dergisi*, Şubat 1946 Yargıtay kararları, Hukuk bölümü, s. 19).

(68) E, Hırş, *Ticaret Hukuku Dersleri*, İst. 1946, s. 763 - 764.

(69) Millî Müdafaa Mükellefiyeti Nizamnamesi, Resmî Gazete, sayı 4546, 27 haziran 1940.

hallerde yapılacak seferberlik hazırlıkları ile kıtaların tecemmüleri esnasında, alelâde vasıtalarla temin edilemeyen bütün askerî ihtiyaçları veya hizmetleri Millî Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu ile buna müstenit işbu nizamname hükümleri dairesinde vermeğe ve yapmağa her şahıs borçludur. Millî Müdafaa Mükellefiyetinin tatbikına başlanacağı ve nihayet bulduğu tarihler ve bu mükellefiyetin tatbik sahası *terca Vekilleri Heyeti kararıyle tayin ve ilân olunur*”.

Görülüyor ki, tüzüğün birinci maddesinin ikinci cümlesi kanundan hafifçe farklıdır. Kanunda mükellefiyet sahasının Bakanlar Kurulunca *tayin* olunacağı söylenmekle iktifa edildiği halde, tüzükte ayrıca bir de *ilân*'dan bahsedilmektedir. Konyalı vatandaş, “Millî Müdafaa Mükellefiyetinin Konyada tatbik edileceğine dair Bakanlar Kurulu tarafından bir karar ittihaz edilmiş ise de, bu karar ilân edilmemiştir” diyerek hakkında yapılan muamelenin iptalini istemiştir. Konya Valiliği ise savunmasında kanuna dayanmıştır. Gerçekten, kanun hükmü tatbik edilirse idarenin kararına diyecek yoktur; tüzük tatbik edildiği takdirde ise kararın iptali lâzımdır.

Beşinci dairenin kararında bu mesele şu şekilde halledilmiştir: “... Bakanlar Kurulu kararı ile mükellefiyetin sahası taayyün etmiş olup bunun ilân edilmemiş olması kanunun güttüğü amaca ve hizmetin niteliğine göre kanunun yürürlüğe girmesine engel olacak bir hüküm sayılmıyacağından ilân edilmemek sebebine dayanılarak kanunun yürürlüğe konulmadığı yolunda dâvacı tarafından ileri sürülen defi de varit bulunmamaktadır” (70). Görülüyor ki, Danıştayımız bu hâdisede kanunu tüzüğe tercih ederek tüzüğün hükmünü bir tarafa bırakmıştır.

Netice olarak diyebiliriz ki, Türkiyede tüzüklerin hiçbir kazâî mura-kabeye tâbi olmadığı tezi mahkemeler tarafından da kabul edilmemiştir. Türkiyede, tüzükler aleyhine doğrudan doğruya iptal dâvası açılmaz; fakat Türk mahkemeleri, bakmakta oldukları bir dâvada kanunla tüzüğün çarpıştığını görürlerse, kanunu tatbik edip tüzüğü bir tarafa bırakırlar.

(70) *Beşinci Dairenin E: 44/172, K: 45/385 sayılı ve 7.III.1945 tarihli kararı.*— Mamafih, yine Konyada cereyan eden müşabih bir hâdise dolayısıyla altıncı dairenin aksi istikamette karar vermiş olduğunu da söylemeğe mecburuz: Altıncı Dairenin 23.10.1947 tarihli kararı, E: 46/1530; K: 47/1851, Bilâl Kırmıllılar - Konya Valiliği. - Her ikisi de yayımlanmamış olan bu iki kararı bana vermek iktifunda bulunan çok değerli kanun sözcüsü sayın Mehmet Nomer'e burada teşekkür etmeyi borç bilirim.