

KANUNLARIN ANAYASAYA UYGUNLUĞUNUN "ESAS" AÇISINDAN DENETİMİ (*)

Prof. Dr. Erdoğan TEZİÇ
İ.Ü. Hukuk Fakültesi

GİRİŞ

Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin, günümüz anayasacılık hareketlerinde yer alması artık tepkilere yol açmayan bir konu olma özelliğini taşıyor. Oysa, XIX. yüzyılda, parlamentonun çıkardığı kanunların yargısal denetimi, düşünüle-
bilecek bir konu değildi. Kuşkusuz, anayasa yargılamasının gide-
rek pek çok ülkede benimsenmesinin bir açıklaması olmalıdır.

Bunun başlıca nedenlerinden birinin, federalizm olduğu belir-
tilir¹. Çünkü, anayasaya uygunluğun yargısal denetiminin, ilk kez
federal yapılı ülkelerde ortaya çıkmış olması bir rastlantı değildir.
Örneğin ABD, Avusturya ve daha sonra Almanya gibi. Ancak, fe-
deralizmin oynadığı rol ikinci plandadır. Şöyle ki, II. Dünya şa-
vaşı sonrasında, insan haklarının korunması zorunluluğunun bilin-
cine varılması, anayasa yargılamasını da gündeme getirecektir. Bu
konuda acı deneyler yaşamış Almanya ve İtalyanın, anayasaların-
da, temel hakların yasama organına karşı korunması ile ilgili ola-
rak, ayrıca anayasa yargılamasına yer vermeleri oldukça anlamlı-
dır.

(*) Bu makale, Anayasa Mahkemesinin 23. Kuruluş Yıldönümü do-
layısıyla (25-27 Nisan 1985) düzenlenen sempozyuma sunulan
tebliğ metnidir.

1) CAPELLETTI M., *Nécessité et Légitimité de la Justice Consti-
tutionnelle*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, No. 2,
Avril, Juin 1981, s. 647.

Bir başka etken, kanun kavramındaki değişimdir. XIX. yüzyıl geleneğinde, yasama organının işlemi olarak kanun, “ulusal iradenin açıklanmasıdır”. Fakat siyasi partilerin ortaya çıkışları ile, parlamenter sistemdeki gelişmeler sonucu, çoğunluğu elde eden parti aracılığı ile yasama/yürütme arasındaki nisbî kaynaşma sonucu, kanun, bundan böyle hükümet iradesinin, dayanışma halindeki bir çoğunluk tarafından uygun bulunmasını ifade etmeğe başlayacaktır. Öte yandan, devletin giderek artan görevleri nedeni ile, kanunlar daha teknik konuları içermeye başlayacaktır. Bu durum, parlamentonun etkili bir denetim yapabilmesini güçleştirecektir. Daha açık bir anlatımla, kanunun içeriğini, ancak o konunun teknisyenleri belirleyeceklerdir.

XIX. yüzyılın liberal anlayışına bağlı olan eski Kanun anlayışında, hürriyetlerin en büyük güvencesi, Yasama organınca düzenlenmeleri yani kanunla korunmaları idi. Yaşanılan deneylerden sonra, XX. yüzyılda, yeni bir döneme girilir ve artık, hürriyetlerin güvencesi, bu kez kanuna karşı da korunma olarak ortaya çıkar. Bu gelişme, yasama organının iradesini denetleyecek, onu anayasaya saygıya zorlayacak yüce bir makamın varlığının kabul edilmesine yol açacaktır. Böyle bir gelişme, aslında hukuk devletinin mantığına uygundur. Çünkü hukuk devletinde, normlar piramidinin en üstünde anayasa bulunur ve bütün öteki normlar geçerliliklerini bundan alırlar. Bugün artık, bu gelişme tamamlanmış olup, temel hakların, kanuna karşı, anayasa mahkemelerince korunması konusu, Batı’da, kamu hukukunun ayrılmaz bir parçasını oluşturduğunda bir kuşku kalmamıştır. Bunun son örneği, Batı’da, 1970 li yıllarda, diktatörlükten sıyrılmış olan Portekiz ve İspanya Anayasalarında görülmektedir.

Anayasa yargılamasının benimsenmesi; hukuk kaynakları açısından da önemli bir yeniliğe yol açmıştır. İçtihatların aslî bir kaynak olması, anayasa mahkemesi kararları ile gerçekleşecektir. Hukukî Pozitivizm, uzun yıllar, içtihatların kaynak olmasına karşı koymuştu. Çünkü buna göre, yargıç’ın kural koyması düşünülemezdi. Pozitivizme göre, hukukun kaynakları ancak anayasalarda belirlenebilirdi. Anayasa, yargıca, hukuku yaratma yetkisi vermediği için, yargıç da hukuk kuralları yaratamazdı. Ancak, idare ve adliye yargıcı gibi, Anayasa yargıcı da, uygulamada hukuku yaratmakta-

dırlar. Kaldı ki, anayasa yargıcının hukuku yaratamayacağını ileri sürmek, böyle bir rolü olmayacağını söylemek, aşılması güç bir çelişkidir. Çünkü, anayasa yargılamasının amacı, anayasaya uygunluğu, anayasaya saygıyı gerçekleştirmenin bir güvencesi olunca, bunun kaçınılmaz sonucu İçtihat'dır. Bu içtihat'da bağlayıcı olacağına göre, Anayasa yargılaması sonucu verilen karar da ister istemez içtihadi bir normatif alanın oluşmasını zorunlu kılar. Anayasa yargılamasının hukuku yaratma fonksiyonunu kabul etmemek, temelde anayasa yargılamasına karşı olmakla eş anlamlıdır.

Anayasa yargılamasını benimsemiş bütün ülkelere özgü olarak ortaya çıkan bir sorun, halkın temsilcilerinden oluşan parlamentonun üzerinde, belli sayıdaki yargıçlardan kurulu bir mahkemenin yaptığı denetimin demokratik olup olmadığıdır. Bu, cevaplandırılması hayli nazik bir konudur. Çünkü bu sorun, demokrasinin ve anayasa yargılamasının geleceği bakımından bazı endişeler yaratabilir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, her ikisinin bağdaştırılmasında bir güçlük yoktur. Aslında anayasaya uygunluk denetimi, demokrasinin gelişmesinin bir aşamasıdır. Zira demokrasi yalnızca, iktidarın, oyunun kurallarına göre el değiştirmesi ile ilgili olmayıp, iktidarın kullanılması ile de ilgilidir. Bu bakımdan, temel hakların gelişmesini sağlayan, güçlendiren her husus demokrasinin de gelişimine uygundur. Zaten anayasa yargılaması, ilke olarak, demokratik teoriye ait olmaktan çok, siyasal liberal teoriye aittir.

İnsan haklarına, ancak liberal demokratik bir yönetimde saygı duyulma imkanı vardır. Ekleme gerekir ki, demokrasinin yaşama şansı da insan haklarının etkili bir biçimde korunabileceği toplumlarda mevcut olabilir. Günümüzde demokrasi, yalnızca çoğunluk düşüncesine indirgenemez. Demokrasi aynı zamanda katılma, tolerans ve hürriyet demektir. Bu bakımdan bağımsız bir yargı organı, çoğunluğun kaprislerini ve hoşgörüden uzak tutumlarını frenlemede önemli rol oynayabilir.

Anayasa yargılamasının benimsenmesi ile, hukuksal teknik sorunlar da giderek artmaktadır. Çünkü, parlamentonun, bir anlamda siyasal tercihlerinin anayasaya uygunluğunun denetlenmesi, hukuksal ve siyasal sorunları birbirlerinden kesin çizgilerle ayırmayı hayli güçleştirmektedir.

Kanunların esas ya da içerik açısından denetimi sorununu, 1982 Anayasası uyarınca incelerken, “esas” ile ilgili denetimi, şekil denetiminden tamamen soyutlamak, ayırmak, Anayasadaki ve 10 Kasım 1983 tarihli 2949 sayılı kuruluş kanunundaki düzenlemeye rağmen pek kolay değildir. Onun için konuyu iki ana başlık altında ele almak gerekiyor : Esasa ilişkin şekil denetimi ve esasa ilişkin denetim unsurları.

1 1982 ANAYASASINA GÖRE, ESASA İLİŞKİN ŞEKİL DENETİMİ

Türkiye’de Kanunların Anayasa’ya uygunluğunun denetimi, Anayasa Mahkemesinin göreve başladığı 1962 yılından bu yana, yerleşik yönetimine göre iki açıdan incelenmekteydi: Şekil ve Esas. Ancak 1982 Anayasası, şekil bakımından denetimi, yalnızca “son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı” (m. 148) ölçütüne göre incelenebileceği kuralını getirmektedir. Şekil yönünden denetim ayrıca, kanunun Resmi Gazete yayımlanmasından başlayarak on gün içinde yapılması gerekir (m. 148/2). Nihayet, şekil bozukluğuna dayalı iptal davaları Anayasa Mahkemesince öncelikle incelenip karara bağlanır (m. 149). Bu bakımdan, ilk bakışta, şekil denetimi sonucu bir kanunun iptal edilebilme olasılığının hemen hemen kalmadığı, bu konuda bir sorunun olamayacağı söylenebilir.

Ancak, Anayasanın “iptal davası” kenar başlığını taşıyan kural (m. 150), “Kanunların, kanun hükmündeki kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün veya bunların belirli maddede ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından” (bakımlarından olmalıydı) Anayasaya aykırılığına ilişkin iptal davalarını düzenlerken, *şekil* denetimine de yer vermektedir. Anayasanın 150. maddesindeki bu kurala açıklık getirmeyi amaçlayan 2949 sayılı kuruluş kanunu (m. 22). Kanunların “sadece esas yönlerinden Anayasaya aykırılıkları iddiasıyla doğrudan doğruya iptal davası açma hakkından” söz ediyor. Kuruluş Kanunundaki bu kural, Anayasanın 150. maddesini daralttığı gibi, ortaya çıkabilecek bazı sorunları da cevapsız bıraktığı söylenebilir. Bazı öyle şekil bozuklukları vardır ki, bunlar esasa etkili olacak niteliktedir. Bu nedenle de, içtüzük nite-

liğindeki kimi kurallara Anayasada yer verilmek sureti ile, yasa-meclisinin iradesinin açıklanmasında, bunların ihmal edilme-mesi istenmiştir. Örneğin, TBMM Başkanlık Divanının (m. 94/2), öte yandan İçtüzük hükümlerinin siyasî parti gruplarının meclisin bütün faaliyetlerine üye sayılarının oranlarına göre katılmalarını sağlayacak yolda düzenlenmesi (m. 95/2), Bütçe tasarılarının görü-şüleceği komisyonun kuruluşunda iktidar grubuna veya gruplarına en az yirmi beş üye verilmek şartı ile, siyasi parti gruplarının ve bağımsızların oranlarına göre temsilinin gözönünde tutulması (m. 162/2) gibi.

1982 Anayasasındaki, şekil ve usule ilişkin bu kurallara uyul-madan toplanmış bir meclisin kabul edeceği kanunların, şekil yö-nünden sakatlığının ileri sürülememesi, ya da denetlenememesi, Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü (m. 11) ilkesi ile bağdaşmaz. Kaldı ki, Anayasada yer alan (m. 94/2, 95/2, 162/2) şekil ve usul ile ilgili kuralların kanun koyucu tarafından dikkate alınmaması ya-sama işlemlerinin esasına etkili olacak bir sakatlık doğurur². Biraz önce de belirtildiği gibi, aslında içtüzükte yer alması gereken bu şekil ve usul kurallarına, kurucu iktidar Anayasa'da yer vererek, bunların ihmal edilmesini önlemek istemiştir.

Kanunların oluşmasında, yalnızca “öngörülen çoğunlukla ya-pılıp yapılmadığını” şekil denetiminde ölçüt olarak kabul etmek, parlamentodaki çoğunluğun her zaman “*sürpriz kanunlar*” çıkarma-sına imkân tanımak olur. Oysa, liberal demokratik bir toplumda kanun, parlamentoda iktidar-muhalefet diyaloğu ile aleniyeti sağ-lanan, giderek içeriği kamu oyuna yansiyarak buradan gelebilecek tepkilere, değer yargılarına göre oluşması gereken bir işlemdir. Ek-lemek gerekir ki, kanunun öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığını, şekil denetiminde mutlak bir ölçüt olarak kabul etmek, “si-yasi kararlar sürecinde katılma ve uzlaşmaya yer verilmek isten-mediyi” biçiminde de yorumlanabilir³.

2) Anayasa Koyucu şekil ve usulle ilgili Anayasa kurallarına ver-diği önemi ayrıca Anayasal rejimin geleceği ile ilgili olarak da değerlendirdiği içindir ki, geçici maddelerinde (m. 2, 9, 15) belli sürelerin bitimini ya da başlangıcını TBMM Başkanlık Di-vanının oluşturulmasına bağlamıştır.

3) Bkz. DURAN L., **Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Ko-**

Kanun koyucu gibi, Anayasa koyucu da abesle iştigal etmeyeceğine göre, Anayasanın 150. maddesini yorumlarken, Anayasa Mahkemesinin, bir kanun hakkında şekil (Any. 148/2 deki ölçütü dışında) ve esas bakımlarından açılacak iptal davalarında, şekil yönünden denetimi yaparak aykırılığı saptandığında, ayrıca esasa ilişkin incelemeyi de sürdürerek, davayı bir bütün olarak, sonuçlandırması gerektiği sonucuna varmak gerekir⁴. II. Cumhuriyet döneminde, Anayasa Mahkemesi, şekil yönünden iptal kararı verince, ayrıca esasa ilişkin inceleme yapmamaktaydı. Çünkü Anayasa Mahkemesine göre, böyle bir durumda, esasa ilişkin denetim “kimi kuruluşları uyarma olanağının sağlanması düşüncesine dayandırılması da, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetki alanı ile bağdaştırılmaz”dı⁵. Oysa Yüksek Mahkemenin aksi yönde bir uygulaması da vardır: Şekil yönünden iptal kararı verdikten sonra, ayrıca esasa ilişkin incelemeyi de bir bütün olarak sürdürmüştü⁶. Anayasa Koyucunun 1982 Anayasasındaki düzenleme (m. 150) ile, II. Cumhuriyet döneminde Anayasa Mahkemesinin şekil yönünden aykırılığı saptayarak, bununla yetinmesi yönündeki uygulamaya son vermek istediği söylenebilir.

II. ESASA İLİŞKİN DENETİM UNSURLARI

Esas yönünden denetim, kanunun içeriğinin Anayasaya uygun olup olmadığı ile ilgili olup, buna maddi açıdan denetim ya da “öz” açısından denetim de deniyor. Bu denetim, kanunun Anayasa karşısında hukuksal değerini ölçme anlamını taşır. Anayasa Mahkemesi, Anayasaya uygunluğu denetlerken, hukukilik denetimi yapmakla yetinip, Anayasanın sözünü söylemek gibi bir görevi vardır. Kanun koyucunun bir tür siyasal tercihini yansıtan Kanunun ülke

numu, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, No. 4, Ankara 1984, s. 71.

4) TEZİÇ E., 1982 Anayasasına Göre Anayasaya Uygunluğun Denetimi, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (Sarıca'ya Armağan), yıl 3, sayı 1-3, İstanbul 1982, s. 203.

5) E. 1976/50, K. 1977/13, k.t. 15.2.1977, AMKD. 15, s. 165.

6) E. 1977/6, K. 1977/14, k.t. 22.2.1977, AMKD. 15, s. 195.

koşullarına⁷ uygun olup olmadığını, ya da yerindeliliğini denetlemelidir.

Anayasa yargıcı, anayasaya uygunluk denetimi yaparken, kuşkusuz bunu hukuksal bir sorun olarak değerlendirir. Ancak, anayasanın yorumlanmasının, belli dönemlerin politik dalgalanmalarından soyutlanabilmesi kolay değildir. Çünkü anayasa yargılamasının bulunduğu her ülkede, verilen kararlar özü itibariyle politik niteliktedir. Buradaki politik sözcüğü partizanlık anlamına değil, fakat denetlemeyi yapan kuruluşun bir tür siyaseti kararlaştırmasıdır. Bu da, anayasaya uygunluk denetimi yapan makamları, öteki mahkemelerden ayıran özelliğidir.

Kanunun anayasaya uygunluğunun denetlenmesi aynı zamanda anayasanın da yorumlanması demektir. Bu yorumlama yapılırken kanunun içeriğinin hangi yönlerden anayasaya aykırı olduğunun saptanması çözülmesi gereken temel sorundur. Bu bakımdan ortaya başlıca iki sorun çıkmaktadır. Birincisi, Anayasa yargıcının elindeki ölçüler, ya da ölçü normlar nelerdir? İkincisi de anayasaya aykırılığı saptamaya yarıyacak belli unsurların ortaya konup konamayacağıdır. Çünkü, biraz sonra da değinileceği gibi, kanunun geçerli bir işlem olabilmesi unsurlarının sıhhatine bağlıdır.

A. Anayasaya uygunluğun denetiminde ölçü norm

Anayasa yargıcı, bir aykırılık sorunu ile karşılaştığında, karara varabilmesi için üç aşamalı ya da üç evreli bir faaliyet yapar. Bi-

7) Anayasa Mahkemesi, fiili durumun, "günün koşullarına uygun bir düzeye getirilmemiş bulunmasını Anayasaya aykırılık nedeni saymaya olanak yoktur" diyerek iptal sonucuna varmaktadır. Bkz. E. 1080/2, K. 1980/57, K.t. 18.11.1980, AMKD. 18, s. 329. Federal Almanya'da da Anayasa Mahkemesi "filli durumlar" (situations des faits) gerekçesi ile, bir Kanunun aykırılığı sonucuna varmamakta, ancak, yakın bir gelecekte Anayasaya aykırı olabileceğini belirtmektedir. Başka anlatımla, kanun henüz Anayasaya uygundur, fakat gelecekte Anayasaya aykırılığın giderilmesi için yasama organına gerekli düzenlemeyi yapabilmesi için bir tür direktif verebilmektedir. Bkz. SCHLAICH K., **Prodédures et Techniques de Protection des Droits Fondamentaux**, in *Revue International de Droit Comparé*, No. 2, Avril - Juin 1981, s. 374.

rincisi, cevaplayacağı anayasaya aykırılık sorununu açık seçik ortaya koymak; ikincisi ölçü olarak kullanacağı “referans normu” saptamak, ve nihayet saptadığı referans normu çözeceği soruna uygulamaktır.

Birinci aşamada önemli bir sorun çıkmaz, ancak, Anayasa yargıcı, sorunu hukuksal terimlerle ifade etmek zorundadır. Çünkü, aykırılık iddiasında bulunanlar, çoğu kez sorunu doğru bir biçimde ortaya koyamayabilirler. Bu aşamada ayrıca, anayasa yargıcı, kendisine sunulan ve aykırılığı iddia edilen metni yorumlamak zorundadır. Çünkü, aykırılığı ileri sürülen metne verilen anlama göre, anayasaya uygun, ya da aykırı sonuç ortaya çıkabilecektir. Üçüncü aşama da büyük bir yöntem gücünü yaratmaz. Bu tümden gelim (talil = déduction), yani genelden özele varan bir düşünce yöntemi (syllogisme) ile halledilir. Asıl güçlük ikinci aşamadır.

Bu bir yöntem sorunu ortaya çıkarır. Çünkü, gerçekten de anayasa hukukundaki kaynaklar arasından bütün malzemeyi toplamak ve sonra da metinlerdeki hukuk kuralını yeterli açıklıkla ortaya koymak gerekir. Bunun için de tüme varım (istikra = induction), yani özelden genel varan düşünce yöntemini kullanmak gerekir. Nihayet bazen ölçü normu metinlerin ötesinde de aramak gerekebilir. Bu üçüncü aşamadaki sorunu, “neye uygunluk ya da aykırılık” biçiminde de özetlemek mümkün.

1982 Anayasası uyarınca, Anayasa Mahkemesi, kanunların Anayasaya uygunluğunu denetlerken dayanacağı referans norm, gerek Anayasa (m. 148) gerekse 2949 sayılı Kuruluş Kanununa göre (m. 18) Başlangıç Kısmı dahil olmak üzere (AY m. 176), yalnızca “Anayasa maddelerinden ibaret” olduğu söylenebilir⁸. Ancak Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde “Anayasaya” uygunluk denetimi yaparken yalnızca Anayasa kurları ile yetinmemiş bunun yanısıra uluslararası metinlere ve hukukun genel ilkelerine de atıfta bulunarak bir karara varabilmişti. Belirtmek gerekir ki, uluslararası metinlere atıfta bulunarak verdiği kararlarında⁹, bunları başlı başına bir referans norm olarak değil

8) DURAN L., a.g.m., s. 65.

9) E. 1963/143, K. 1963/167, K.t. 26.6.1963, AMKD. 1, s. 283; E. 1963/207, K. 1963/176, K.t. 1.7.1963, AMKD. 1, s. 296-297; E. 1963/

fakat dayandığı Anayasa kurallarını destekleyici, teyid edici olarak yararlanmıştır. Fakat Hukukun Genel İlkeleri söz konusu olduğunda durum farklıdır ve Yüksek Mahkeme aynen : “Kanunlarımızın, Anayasanın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensiplerine uygun olması şarttır”¹⁰ diyordu. Böylece Hukukun Genel prensiplerinin Anayasadan önce, üstün bir referans norm özelliği taşıdıklarını içtihat yolu ile benimsemiş ve “Anayasa bloku”na ölçü norm olarak dahil etmiştir¹¹.

B. Kanunun esas bakımından Anayasa aykırı olup olmadığı hangi unsurlara göre belirlenebilir?

Kanunların anayasaya uygunluğunun esas, ya da içerik bakımından denetiminde, kamu hukukunda idari işlemlerin hukuka aykırılık nedenleri ile bir koşulluk kurulması düşünülebilir¹² Böylece, esas bakımından aykırılığı sebep, amaç ve konu unsurları dikkate alınarak, parlamentodaki çoğunluğun siyasal tercihlerinin anayasal sınırlarını belirlemede bazı kriterler saptamak mümkün olabilir. Ancak, yasama işlemlerinin siyasal niteliği, takdir yetkisinin geniş olması, bu konuda bazı güçlükleri de beraberinde getirebilir. Bunun açıklığa kavuşması Anayasa Mahkemesinin İçtihatlarıyla sağlanacaktır. “Esasa” ilişkin denetimdeki unsurlar, kanunun sebep, amaç ve konu unsurlarıdır.

Sebep unsuru - Bir kanunun sebep unsuru onun çıkarılmasında rol oynayan etkenler olup, genel olarak da kanun koycunun tak-

124, K. 1963/243, K.t. 11.10.1963, AMKD. 1, s. 349; E. 1967/10, K. 1967/49, K.t. 28.12.1967, AMKD. 6, s. 89; E. 1967/43, K. 1977/4, K.t. 27.1.1977, AMKD. 15, s. 117; E. 1979/1, K. 1980/1, K.t. 8.5.1980, AMKD. 18, s. 31; E. 1979/38, K. 1980/11.

10) E. 1963/166, K. 1964/76, K.t. 22.12.1964, AMKD. 2, s. 237.

11) Fransa’da Anayasa Konseyi, Anayasal değerde bir metinde yer almayan Hukuk Genel İlkelerinin yalnızca yasama değerinde olduklarını, zira kanun koycunun bunları bir kanunla değiştirebileceğini kabul ediyor. Bkz. FAVOREU L./PHILIP L., **Les Grands Décisions du Conseil Constitutionnel**, Sirey, Paris 1979, s. 223 ve devamı.

12) Bu yönde bkz. DURAN L., **Mevzuat Kroniği**, İÜHFM., Cilt XXVIII Sayı 2, (1962), s. 450.

dirine bağlıdır. Ancak, Anayasada, istisnaî olarak, kanun koyucunun “sebeple”le bağlı olarak çıkaracağı kanunlar ya da alacağı kararlar¹³ belirlenmiştir (m. 47, 78, 87). Örneğin, 1982 Anayasasına göre (m. 47) “devletleştirme”ye ilişkin bir kanun yalnızca “özel teşebbüsün kamu hizmeti niteliği taşıması” sebebi ile olabilir. Başka bir sebeple özel teşebbüsler devletleştirilemezler. Devletleştirme, gene Anayasa uyarınca “Kamu yararının zorunlu kıldığı durumlarda kanunla yapılabileceğine göre, bunun takdiri kuşkusuz yasama organına aittir. Öte yandan, ölüm cezalarının yerine getirilmesi ancak “mahkemelerce verilip kesinleşen” (m. 87) bir karara bağlı olarak, yani bu sebebe dayanan bir kanunla yapılabilir. Başka bir sebeple infaza ilişkin kanun çıkarılamaz. Nihayet seçimlerin bir yıl ertelenmesi (m. 78) ancak savaş sebebi ile olabilir, başka bir sebeple yasa koyucu seçimleri bir yıl erteleyemez. Anayasa koyucunun öngördüğü sebeple Kanununun Koyucununun bağlı olması, bu konularda bir düzenleme zorunluluğunu ifade etmez, bunlar birbirlerinden ayrı konulardır, ama Kanun Koyucu takdir yetkisini kullanırken Anayasada öngörülen sebeple bağlıdır.

Amaç unsuru — Sebeple unsur, önde gelen, (yani Kanuna takaddüm eden) bir unsur olmasına karşılık, amaç unsuru, kanunun nihaî bir sonucudur. Bütün kamusal işlemler gibi, Kanunun amacı da kamu yararını gerçekleştirmek olmalıdır. Kanunlar kişisel¹⁴ ve siyasal amaçlarla konmamalıdır. Kanun koyucu, kamu yararını gerçekleştirmek için değişik yollardan birini, siyasal tercihlerine göre belirleyebilir, takdir yetkisi kanun koyucuya aittir. Ancak, kanun koyucu, kişisel, siyasal ya da *saklı bir amaç* güttüğü durum-

13) 1982 Anayasası da, “savaş sebebiyle” TBMM genel seçimlerinin yapılmasına imkân olmadığı takdirde bunun bir yıl ertelenebileceği kuralını koymuştur. 1961 Anayasası (m. 74), ertelemenin açıkça “kanunla” yapılabileceğinden sözediyor. Fakat, TBMM yurttaşlar için uyulması zorunlu işlemleri ancak kanun şeklinde yapabilir, karar şeklinde yapamaz. Başka anlatımla, bireyler için hak doğuran ya da yükümlülük getiren işlemler kanunla yapılabilir. Kararlar parlamentonun iç çalışmaları ve yasama - yürütme ilişkilerinde söz konusu olabilir. Bu bakımdan, 1982 Anayasasındaki (m. 78) ifadeye rağmen seçimlerin ertelenmesi ancak kanunla olabilir.

14) E. 1972/14, K. 1972/34 ,K.t. 22.6.1972, AMKD. 10, s. 487.

larda, yani başka bir amaca ulaşmak için bir konuyu kanunla düzenlediği durumlarda, ortada teknik anlamda bir yetki saptırması (*détournement de pouvoir*) söz konusu olur. Kanun koyucunun saklı amacını ortaya çıkarmak her zaman kolay değildir. Ama, Anayasa Mahkemesi "iptali istenen hükümle açık veya kapalı bir amaç" güdülüp güdülmediğini araştırabileceğini belirtiyor¹⁵. Nitekim, geçmiş yıllarda, Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun saklı (kapalı) amacını saptadığı durumlarda, ortada bir kamu yararı amacı olmadığı sonucuna vararak bazı kanunları iptal edebilmişti¹⁶. Kuşkusuz, kanun koyucu, kendi siyasal tercihine göre neyin kamuya yararlı olup olmadığını takdir etmekte serbesttir. Bu bakımdan kamu yararı, kanunun yöneldiği amacı saptamak açısından ağırlık kazanır. Anayasa Mahkemesi, denetimini yaparken kanunun kamuya yararlı olup olmadığını değil, fakat kanunun gerçekten kamu yararı amacı ile yapılıp yapılmadığını denetleyebilir. Çünkü Kanunun kamuya yararlı olup olmadığı bir siyasal tercih, ya da yukarıda da belirtildiği gibi bir yerindelik (*opportunité*) sorunudur ve Anayasa Mahkemesinin denetimi dışındadır¹⁷.

Kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminde amaç unsuru ve *yasamanın takdir yetkisinin değerlendirilmesi* kilit sorunlardan biridir. Çünkü bu noktada, anayasaya uygunluk denetimi yapan mahkemenin, siyasal hayata yön vermesine yol açabilecek kararları ile, bir tür "yargıçlar hükümetine" yol açma tehlikesi doğabilir. Ancak unutmamak gerekir ki, yasamanın takdirine bırakılmış konularda, kanun koyucu tamamen serbest olmayıp, "Anayasa Kuralları ile kamu yararı ve kamu düzeninin gereklerine bağlı kalmak zorundadır"¹⁸. Fakat kamu yararı ile ilgili olarak Anayasa Mahkeme-

15) E. 1978/31, K. 1978/50, K.t. 2.11.1978, AMKD. 16, s. 268.

16) E. 1963/124, K. 1963/243, K.t. 11.10.1963, AMKD. 1, s. 349-351.
E. 1963/145, K. 1967/20, K.t. 27.6.1967, AMKD. 5, s. 125.

17) Anayasa Mahkemesinin de belirttiği gibi, "Bir kanun hükmünün yurt şartlarına uyarlığı veya uyarsızlığının saptanması ile Anayasaya uygunluk veya aykırılık durumunun belirlenmesinin, birbirleriyle ilgisi bulunmayan değişik sorunlar olduğunda kuşku yoktur", E. 1977/123, K. 1978/16, K.t. 16.2.1978, AMKD. 16, s. 60.

18) E. 1980/1, K. 1980/25, K.t. 29.4.1980, AMKD. 18, s. 162.

si bugüne değin verdiği kararlarında bir tür denge arayışı içinde olmuştur. Özellikle temel haklar ve kamu yararı söz konusu olduğunda, Mahkeme, “yasayla temel hak ve özgürlükler kısıtlamasının topluma sağlayacağı yararın, kişiler için getireceği zarara göre ağır basması durumunda kamu yararının varlığı kabul edilmelidir”¹⁹ diyor. Ancak, kanun koyucunun, temel haklarla ilgili olarak kamu yararını takdir ederken *sınırlamaların sınırı olan ölçütü dikkate almak zorundadır*²⁰. 1961 Anayasasına göre (m. 11/3) bu ölçüt “*hürriyetlerin özüne dokunmama*” iken 1982 Anayasasında “*demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama*”dır (m. 13/2).

1961 Anayasasında (m. 11/2) sınırlamaların sınırı olarak öngörülen “öze dokunmama” ölçütü, Anayasa Mahkemesince şöyle yorumlanmıştı : “... bir hak ve hürriyeti gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara tâbi tutulması halindedir ki o hak ve hürriyetin özüne dokunulmuş olması söz konusu edilebilir”²¹.

1982 Anayasasında, sınırlamaların sınırı ölçütü olarak “demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama” öngörülüyor. Anayasanın Danışma Meclisi Komisyon Gerekçesinde, getirilen kıstasın “1961 Anayasasının kabul ettiği öze dokunmama kıstasından daha belirgin, uygulanması daha kolay olan bir kıstas” olduğu belirtiliyor. Ancak, komisyon sözcüsü, görüşmeler sırasında yaptığı açıklamalarda, sunulan kriterde de yoruma yer olduğunu hatırlatmaktaydı²².

1982 Anayasasında öngörülen “demokratik toplum düzeninin gerekleri”nin, 1961 Anayasasındaki “öze dokunmama” ölçütüne oranla daha belirgin ve uygulanmasının daah kolay olduğunu, gerekçedeki ifadeye rağmen, söylemek pek kolay değil. Şöyle ki, bu ölçüte dayanarak, Anayasa Mahkemesi iki farklı tutum alarak, içtihatlarını oluşturabilir.

19) E. 1978/54, K. 1979/9, K.t. 8.2.1979, AMKD. 17, s. 62.

20) E. 1979/37, K. 1980/26, K.t. 29.4.1980, AMKD. 18, s. 174.

21) E. 1963/16, K. 1963/83, K.t. 8.4.1963, AMKD. 1, s. 166.

22) Bkz. **Danışma Meclisi Tutanak Dergisi**, 130. Birleşim, 19 Ağustos 1982, s. 149.

Birincisi, Anayasa Mahkemesi, "demokratik toplum gereklerinin" ne olduğunu saptayarak kanun koyucunun siyasal tercihlerini buna göre değerlendirip bir sonuca varabilir. Ancak böyle bir durumda, Anayasa Mahkemesinin "demokratik toplum" anlayışını ortaya koyması beraberinde başkaca sorunlar ortaya çıkarabilir. Çünkü demokratik toplum anlayışı çok partili bir düzende en azından mevcut siyasi partilerin sayısı oranında renklilik gösteren bir içeriktedir. Zaten çok partili bir siyasal hayatta, oyunun kurallarına bağlı olarak, iktidar yarışı da, her partinin kendi demokratik toplum anlayışının, bir ölçüde seçmen oyuna sunulmasıdır. Bu bakımdan, Anayasa Mahkemesinin ayrıca, kendi içtihadına göre, demokratik toplum anlayışının içeriğini belirlemesi, gelecekte "Yargıçlar Hükümeti" ne bir zemin hazırlayabilir. Çünkü ortaya çıkabilecek böyle bir içtihat, çok daha serbest bir denetleme yapılmasına yol açabilir. Belirtmek gerekir ki, Yüksek Mahkemenin, böyle bir içtihat oluşturması son derece tehlikeli de olabilir. Zira, çok partili bir siyasal hayatta bu yola gidildi mi o zaman düzenin demokratik olup olmayacağı da tartışma götürür.

İkinci ihtimal, bunun tamamen tersi olabilir. Anayasa Mahkemesinin geçen yıl verdiği bir kararında²³ yaptığı gibi, demokratik toplum gereklerinin ne olduğunu açıklamaksızın, bunu bir "postulat" olarak kabul ederek belli bir sonuca varmasıdır. 1984 Mahalli Seçimlerinde, bütün partilerin T.R.T. den yararlanmalarını yasaklayan kuralı, eşitlik ilkesini zedelediği için, Anayasaya aykırı bulunmamıştır. Bu ikinci tutumun kaçınılmaz sonucu, Anayasa Mahkemesinin "demokratik toplum düzeninin gereklerini" Anayasadaki yalnızca bazı ilkelerle sınırlı tutarak, (örneğin eşitlik gibi) belli bir sonuca varmasıdır ki, bu durumda da, Yüksek Mahkemenin denetim imkânı hayli sınırlı kalacaktır. Oysa eşitlik ilkesi ,demokratik bir toplum için gerekli ama, yeterli bir ilke değildir.

Belirtmek gerekir ki, bu iki tutum da Anayasaya uygunluk denetiminde bir çözüm getirmekten hayli uzak kalacaktır. İleride konu unsuru dolayısı ile ayrıca değinileceği gibi, Anayasa Mahkemesi, uygar ülkelerce benimsenmiş olan hukukun genel ilkeleri-

23) E. 1984/1, K. 1984/2, K.t. 1.3.1984, RG. 1 Mayıs 1984 - 18388, s. 27.

nin yanısıra, zamanla, Anayasadan çıkarabileceği temel ilkelere dayanarak “demokratik toplum düzeni gereklerini” bu çerçevede değerlendirilebilir. Çünkü demokratik bir toplum, bireyin amaç olarak ele alındığı, sosyal bir hukuk devleti olduğu (m. 2) ve devletin temel amaçlarından birinin, bireylerin “maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartların hazırlanması”, bunun için de “siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırması olduğu (m. 5) her zaman gözönünde tutulması gerekir. “Demokratik toplum gerekleri” bu çerçevede değerlendirildiği ölçüdedir ki, kanun koyucunun takdir yetkisinin denetimi bir anlam kazanabilir.

Konu Unsuru — Kanunun konusu, oluşturduğu hukuksal durum ve aynı zamanda içeriğini ifade eder. Kanun Koyucu *kaideten*²⁴ her konuyu anayasaya uygun olmak koşulu ile düzenleyebilir. Konu unsuru ile ilgili olarak başlıca üç sorun belirebilir.

Birincisi, Anayasanın açıkça yasakladığı konularda, kanun koyucunun, buna aykırı bir düzenlemede bulunmasıdır. Örneğin, “Orman suçları için genel ve özel af çıkarılamaz” (m. 169/2), kuralına rağmen, kanun koyucunun aksine bir kanun çıkarması konu unsuru açısından bir sakatlık doğurur²⁵.

İkincisi, Anayasada öngörülen bir konunun, kanun koyucu tarafından eksik düzenlenmesidir. Bu durumda, kanun bütünüyle Anayasaya uygun değil, fakat aykırıda değildir. Kanun koyucunun bir konuyu eksik düzenlemesini, Anayasa Mahkemesi, Anayasaya aykırılık saymamaktadır²⁶. Böyle bir durumda, Anayasadaki kuralın doğrudan uygulanıp uygulanamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

24) Bunun istisnası, Anayasanın 107. maddesinde öngörülmüştür: Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenebilir. Bu konuda Kanunla düzenleme yapılamaz.

25) “Bir nükümün Anayasaya aykırı olduğu sonucuna varılabilmesi için, onun Anayasanın açıkça belirttiği bir hususun aksi istikametinde bir hükmü kapsamaması gerekir”, E. 1965/18, K. 1965/53, K.t. 11.10.1965, AMKD. 3, s. 204.

26) “Anayasa Mahkemesinin iptal yetkisi, ancak var olan bir hüküm dolayısıyla işleyebilir. Hüküm yokluğunun iptal konusu olabilmesi düşünülemez”, E. 1963/144, K. 1963/115, K.t. 20.5.1963, AMKD. 2, s. 6; E. 1963/89, K. 1964/96, K.t. 5.5.1964, AMKD. 2, s. 95.

1961 Anayasa düzeninde bu tartışılabilir olmasına karşılık, Anayasa Mahkemesi, Anayasanın bir konuyu ayrıntılı olarak düzenlediği durumlarda doğrudan uygulanabileceğini kabul ediyordu²⁷. 1982 Anayasa düzeninde, Anayasa kurallarının doğrudan uygulanabilirliğine ilişkin açık bir kural öngörülüyor (m. 177/e)²⁸.

Eksik düzenlemeye bağlı bir başka sorun, bir kuralın uygulama alanının genişletilmesi amacı ile değiştirilmesini sağlamak için iptalinin istenip istenemeyeceğidir. Anayasa Mahkemesine göre²⁹ : “Bir yasanın Anayasaya aykırılığı savı, söz konusu yasanın metin olarak Anayasa ilkelerine aykırı bir kural koyması durumunda ileri sürülebilir. Anayasa Mahkemesinden ancak Anayasaya aykırı olan bir yasa kuralının uygulama alanının genişletilmesi amacıyla değiştirilmesini sağlamak için iptali istenemez. Çünkü böyle bir istemde söz konusu kuralın iptali değil, daha kapsamlı olarak uygulanması amacı bulunmaktadır ki, istemin kendisini bile mevcut kuralda Anayasaya aykırılık değil, ancak bir eksiklik bulunduğunu anlatmış olur”.

Üçüncüsü, kanun koyucunun düzenleyeceği konunun Anayasa da öngörülmemiş olmasıdır. Bu durumda kanun koyucu tarafından düzenleme yapılırken hangi esaslara uyulacaktır?. Bu sorunun ilk bakışta kanun koyucunun takdirine bırakılmış olduğu ve bir “Anayasa sorunu” oluşturmayacağı söylenebilir. Nitekim, Anayasa Mahkemesine göre de, bir kanun hükmünün Anayasaya aykırılığının söz konusu olabilmesi için, onun “Anayasa Meselesi teşkil etmesi”³⁰

27) E. 1963/82, K. 1963/282, K.t. 4.12.1963, RG. 10.3.1964 - 11652; E. 1976/13, K. 1976/31, K.t. 3.6.1976, AMKD. 14, s. 217.

28) Bu konuda ayrıca Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14.9.1983 tarih ve E. 1980/4-1714, K. 1983/803 sayılı kararında “kanunların Anayasaya uygunluğu sağlanıncaya ya da yeni Kanunlar çıkarılınca kadar mevcut kanunların Anayasaya aykırı olmayan hükümlerinin veya doğrudan Anayasa hükümlerinin uygulanacağı çok açık bir biçimde belirtilmiştir” deniyor. Bkz. **Yargıtay Kararlar Dergisi**, Cilt 9, sayı 11, Kasım 1983, s. 1589.

29) Bkz. E. 1963/172, K. 1963/244, K.t. 21.10.1963, AMKD. 1, s. 359; E. 1981/13, E. 1983/8, K.t. 28.4.1983, RG. 9 Nisan 1984 - 18367, s. 16.

30) E. 1963/192, K. 1963/161, K.t. 21.6.1963, AMKD. 1, s. 261; E. 1963/199, K. 1965/16, K.t. 16.3.1965, AMKD. 3, s. 95.

gerekir. Başka anlatımla, bir konunun Anayasaya uygun olup olmadığının incelenebilmesi için o konunun anayasada düzenlenmiş olması gerekir.

Anayasa Mahkemesinin, "Anayasa meselesi" ile ilgili olarak ortaya koyduğu bu anlayış yerinde sayılamaz. Çünkü, anayasalar genellikle soyut kurallar içerirler ve bütün konulara yer vermeleri her zaman mümkün değildir ve doğrusu buna gerek de yoktur. Onun için, Anayasada öngörülmemiş, düzenlenmemiş konularda, kanun koyucunun mutlak bir takdir yetkisinin bulunduğunu ileri sürmek³¹, yukarıda da değinildiği gibi, Devletin temel amaçlarından birinin bireylerin gelişmesini gerçekleştirecek "siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak" (m. 5) ilkesiyle bağdaşmaz.

Anayasa Mahkemesinin takdir yetkisi ile ilgili olarak geçen yıl "seçim sistemine" ilişkin verdiği kararında aynı anlayışı koruduğu dikkati çekiyor. Yüksek Mahkeme aynen "... Kanun Koyucunun takdirine bağlı bir konudaki tercihinin isabet derecesinin tartışılmasına yönelmiş bulunması itibariyle, Anayasaya denetimi bakımından bir önem taşımadığı açıktır"³² diyor. Kuşkusuz Kanun Koyucunun belli bir konuda Anayasal kayıtlamalara bağlı tutulmaması, takdir yetkisinin bulunduğu bir karinedir. Ama, takdir yetkisi değerlendirilirken böyle bir kriterden kaçınmak gerekir. Çünkü bir Kanunun düzenlediği konu, takdir yetkisine bırakılmış olabilir ama, düzenlemenin, amaç unsuru açısından denetimi, soruna daha farklı bir yaklaşım getirerek, kanun koyucunun gizli amacının belirlenmesi ile değişik bir sonuca varılması mümkün olabilir.

Anayasa Mahkemesinin ilke kararında da belirttiği gibi, "... herhangi bir hukuk kuralının tek başına değil, içinde bulunduğu metnin tümü gözönünde tutularak yorumlanmak hukuk bilimine benimsenmiş ilkelerdendir"³³. Bu bakımdan, Anayasa Mahkemesi, Anayasada öngörülmemiş bir konunun kanun koyucu tarafından düzenlenmesi halinde, takdir yetkisinin denetiminde, "Anayasanın açık

31) E. 193/170, K. 1963/178, K.t. 5.7.1983, AMKD. 1, s. 305.

32) E. 1984/1, K. 1984/2, K.t. 1.3.1984, RG. 1 Mayıs 1984 - 18388, s. 21.

33) E. 1984/8, K. 1984/10, K.t. 20.9.1984, RG. 28 Aralık 1984 - 18619, s. 92.

hükümlerinden önce, hukukun bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensipleri”³⁴ ve öte yandan da, İçtihatlarla, Anayasadan çıkarabileceği ilkelerle kayıtlı olacağını kabul etmek gerekir.

Nitekim, ABD’nde, Yüksek Mahkeme, kanunların Anayasaya uygunluğunu denetlerken, Federal Anayasanın XIV. Ek’indeki (1868 tarihli) Uygun hukukî usul (due Process of Law) koşuluna dayanarak zamanla, içtihatlar yolu ile bazı teknik ölçütler oluşturabilmiştir³⁵ : Birey haklarına getirilen kayıtlamaların genel yararı sağlamak için gerekli olup olmadığıdır (rule of expediency). Bir başka ölçüt, bireylerin haklarına Kanunla yapılan müdahale ile Kamuya sağlanan yararlar arasında hakkaniyete uygun ilişki bulunup bulunmadığıdır. (balance of convenience). Bunun gibi, birey haklarını sınırlayan kanunun ölçülü olması, yani amaçlanan kamu yararı ile, kullanılan araçlar arasında akla uygun (makul) bir ilişkinin bulunup bulunmadığıdır (rule of reasonableness). Nihayet, ceza yaptırımları öngören kanunların hangi eylemlere izin verdikleri, hangilerini yasakladıklarını yeterli bir açıklıkla belirtmeleridir (rule of certitude). Bu kavramlar, kanunların Anayasaya uygunluğunun denetiminde, yargıçların oluşturdukları ölçütlerdir. ABD’nde, kanunların Anayasaya uygunluğunu da denetleyen Federal Yüksek Mahkeme, yalnızca Anayasanın pozitif kurallarına değil, fakat bu kuralların oldukça geniş bir biçimde yorumlanması ile ortaya koydukları ilkelere de uygunluğu denetleyebilmişlerdir. Gerçi, ortaya konan bu ölçütlerin, tam anlamı ile hukuksal olmadığı dikkati çekmektedir. Ancak Kanunların anayasaya uygunluğu gibi, hukuksal ve siyasal sorunların birbirlerinden kolaylıkla soyutlanmadığı bir konuda, ABD yargıçlarının hukuk bilgilerinin ötesinde, ekonomi bilgilerin, yaşadıkları toplumla ilgili bilgilerini ve kısmen “sezgilerini” de kullanmak zorunda olduklarına işaret edilmektedir³⁶.

34) E. 1963/166, K. 1964/76, K.t. 22.12.1964, AMKD. 2, s. 237.

35) LAFERRIÈRE J., *Manuel de Droit Constitutionnel*, 2e Ed. Montchrestien, Paris 1947, s. 323-326; FEYZİOĞLU, T., *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi*, SBF. Yayını, Ankara 1951, s. 192-217.

36) FEYZİOĞLU, T., a.g.e., s. 216 .

S O N U Ç

Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi ile bir değerlendirmede şu dört özellik dikkati çekmektedir :

Birincisi, anayasa yargılaması ile, anayasa hukukunda başlamış olan kurumsal değişiklikle, bundan böyle geriye dönülemeyecek bir aşamaya gelinmiştir. Bu aşamada, önemli olan, süratli yol almak, ya da cesur atılımlar yapmak değil, fakat belli bir çizgide, yani birey haklarının korunmasında daha uzağa gidebilmektir³⁷. Bu nokta, anayasa yargılamasını benimsemiş başkaca ülkeler gibi, Türkiye için de geçerlidir. Ancak, Anayasa Mahkemesinin, II. Cumhuriyet döneminde verdiği bazı kararlara karşı tepkiler, 1982 Anayasasında daha kısıtlı bir denetim mekanizmasının düzenlenmesine yol açmıştır. Bunlar içinde, konumuz açısından en anlamlı olanı, Anayasa Mahkemesinin, işin esasına girerek verdiği red kararlarından sonra, aynı Kanun hükmü için on yıl süre ile tekrar Anayasaya aykırılığı iddiası ile başvurunun yapılamamasıdır³⁸. Oysa, Anayasaya uygunluk denetimi yapan Mahkemelerin de, zaman içinde, koşulların değişmesi ile içtihatlarını değiştirmeleri, hukuku statik olmaktan çıkarabilmektedir. İchtihatlar, belli bir toplumda, belli bir dönemdeki hukuk anlayışını yansıtmaları bakımından önemli olup, yaşayan hukuku ortaya koyarlar. İchtihat değişikliklerinin belli bir süre ile kayıtlanmasını "ıchtihadî hukuk" kavramı ile bağdaştırmak hayli zordur. İchtihat değişikliğini, önceden saptanacak bir süre ile kayıtlamak yerine, olayların akışına, toplumsal koşullara bağlı olarak ortaya çıkmalarını ve giderek değişmelerini beklemek, hukuk mantığına daha uygundur. Aslında İchtihadi hukukun oluşma-

37) RIVERO J., *Rapport de Synthèse*, La Protection Des Droits Fondamentaux Par les Juridictions Constitutionnelles en Europe, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, No. 2, Avril - Juin 1982, s. 670.

38) On yıllık süre, 1982 Anayasası hükümlerine göre verilmiş red kararları için bağlayıcı olup, 1961 Anayasası uyarınca verilmiş olanları kapsamamaktadır. Bkz. E. 1983/1, K. 1983/5, K.t. 26.4.1983, RG. 15 Nisan 1984 - 18373, s.; E. 1982/4, K. 1983/17, K.t. 20.12.1983, RG. 13 Aralık 1984 - 18604, s. 26.

sından da bu anlaşılır³⁹. İctihatların değişmesini belli bir süre ile kayıtlamanın en büyük sakıncası, Anayasa Mahkemesini iptal kararı verme yönünde, böyle bir yasağa karşı, daha atak bir tutum olmağa teşvik edebilmesidir. Tabii böyle bir durumda, Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırarak (m. 153/3), yasama organına yeni bir düzenleme yapma imkânı tanıyarak bir çözüm oluşturabilir.

İkincisi, biraz çelişkili bir söyleyişle, Anayasa Yargılamasının, anayasa hukukunu giderek hukukileştirmesidir. Ancak bu hukukileşme, siyaset biliminin, devletlerin siyasal hayatını bütün açıklığı ile ortaya koymağa, açıklamağa başladığı bir döneme rastlamaktadır. II. Dünya savaşı sonrası, anayasa hukuku, siyasal kurumları da kapsamına alarak siyasileşirken, öte yandan da, idare hukuku, medenî hukuk gibi, aynı zamanda içtihadî bir hukuk olmağa başlamıştır. Bu açıdan, anayasa hukuku gerçek bir hukuk olmaktadır⁴⁰. Yakın zamanlara değin, bu disiplinin, ötekiler gibi, yargılama makamları tarafından yaptırıma bağlanan hukuk olup olmadığı tartışmalı idi. Böyle bir oluşum karşısında, Fransız kamu hukukçularından profesör Rivero'nun belirttiği gibi, hukukçu olarak hoşnut olmamak mümkün değil, Ancak bunun ötesinde asıl sevindirici olan, birey haklarının güvenceye kavuşturulması ve çoğunluğun sınırlı yönetimi ile azınlığın korunmasının hukuksal güvenceye kavuşturulmasıdır.

Üçüncüsü, Anayasa yargılamasının, demokratik bir toplumda, siyasal katılmanın bir başka boyutu alması yani yargı yolu ile katılmayı ifade etmesidir. Aslında demokratikleşme sürecinde, anayasa yargılamasının bu işlevi öteki siyasal kurumlardan daha da önemlidir. Yasamaya ve bir ölçüde idareye karşı sorunları dile getirme

39) Anayas Mahkemesinin 1961 Anayasası dönemindeki bu konu ile ilgili görüşü uyarınca: "Bir dava veya itiraz redle sonuçlanırsa aynı konu gelecekte başka davaların ve itirazların incelenemeyeceği yolunda bir görüş, kimi yasa kurallarına dokunulmazlık tanımak, bu kurallar üzerinde özellikle yargı yerlerinin yetkilerini kullanmalarını önlemek, hukukî görüşleri dondurup kalıplaştırmak olur", bkz. E. 1969/24, K. 1965/50, K.t. 30.9.1969, AMKD. 7, s. 405.

40) RIVERO J., *Rapport de Synthèse*, s. 671.

güçlüğü içinde olanlar, bir uyuşmazlığın çıkmasından yararlanarak, itiraz yolu ile, anayasaya aykırılığı ileri sürmek sureti ile, sorunlarını çözümede bir çıkış yolu bulma imkânına kavuşabilirler. Bu bir yandan bireylerin anayasal düzene sahip çıkmaları, giderek demokratik gelişmeyi gerçekleştirme açısından olduğu kadar, gerginlikleri azaltan bir yol olarak da değerlendirilmelidir. Çünkü, bireyler açısından, sorunlara bağımsız bir yargılama organında dile getirerek, bunun vereceği kararları kabullenmek ile, siyasal makamların belli bir bağımlılık içinde verecekleri kararlara karşı tepkileri hayli farklı olacaktır.

Nihayet, kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminde, Anayasa Mahkemesinin, uzunca sayılacak süre sonunda karara varabilmesinin ortaya çıkarabileceği sakıncaları gidermek amacı ile, bir koruma önlemi olarak “*kanunların yürürlüğünün durdurulmasının*” düşünülüp düşünülemeyeceğidir. ABD’nde, bir Kanunun uygulanması ile ortaya çıkabilecek sakıncaları gidermek amacı ile alınan önlemler, içtihat yolu ile geliştirilmiştir. Bunların başında, bir anlamda kanunun yürürlüğünün durdurulması niteliğinde olan “*injunction*” (yargısal emir) gelmektedir. Buna göre bir kimse, kendisine uygulanması muhtemel olan ve uygulandığı takdirde de, sonradan giderilmesi imkânsız zararlar doğuracak bir kanun için, anayasaya aykırılığı iddiası ile mahkemeye başvurarak, bir “*injunction*” isteğinde bulunabilmektedir. Mahkeme bu isteği yerinde görürse, kanunu uygulamakla yükümlü memurlara, ya da makama, uygulanmaması gerektiğini bildirebiliyor⁴¹. Federal Almanya’da da, Anayasa Mahkemesi, gerekli gördüğü durumlarda, yani sonradan giderilmesi olanaksız sonuçlar doğurabilecek bir kanunun yürürlüğe girmesini önleyebilmektedir⁴². Türkiye’de de “uygulanmakla hükmünü icra eden”, ya da “tükenen kanunlar” için (devletleştirme, kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesi gibi), yürürlüğün durdurulması önleminin alınması gerekebilir. Çünkü, bu tür kanunlar, açılacak iptal davası ile, sonradan iptal edilseler de, geri dönülmesi mümkün olmayacak sonuçlar doğururlar. Koruma önlem-

41) TUNC André - Suzanne, **Le Système Constitutionnel des Etats - Unis d’Amerique**, Montchrestien, Cilt II, Paris 1954, s. 304; FEYZİOĞLU, T., a.g.e., s. 186.

42) SCHLAICH K., a.g.m., s. 377.

leri, yargılamanın niteliğinde esasen mevcut olmalıdır. Nitekim, koruma önlemleri, hukukun öteki dallarında da, farklı biçimlerde mevcut olup, yargılamanın özelliklerine göre başvuru zorunlu yollardır (ihtiyati tedbir, müsadere, tehiri icra gibi). Anayasa yargılamasında da, koruma önlemlerine başvurulması, incelenen konuya göre, zorunlu olabilir. Kaldı ki, görülmekte olan bir dava sırasında, itiraz yolu ile Anayasaya aykırılığın ileri sürülmesinde, davanın esasına bakılması, Anayasa Mahkemesinin kararına değin durdurulmakta, geri bırakılmaktadır (Ay. m. 152/1). Her ne kadar, Anayasa ve Kuruluş Kanununda, “yürürlüğün durdurulması” açıkça öngörülüyorsa da, yasaklanmamıştır da; böyle bir yolun içtihatlarla açılması, “sürpriz kanunlar” için, Kanun koyucuya karşı bir koruma oluşturması düşünülebilir.