

## ANAYASANIN ÜSTÜNLÜĞÜ VE SİYASİ REJİMLER

Asistan ALP KURAN

Devlet içinde idare edilenlerin güvenlikle yaşamalarını sağlamak, hükümet edenlerin keyfi hareketlerini ve iktidar suiistimallerini önlemek amacıyla birçok çareler düşünülmüş, birçok tedbirler ileri sürülmüştür. Bunlardan biri de kanunların anayasaya uygunluğunun murakabesidir<sup>1</sup>.

Teşri organının - ve dolayısıyla diğer organların - faaliyetlerini sınırlayıcı ve hukukla bağlayıcı bir çare olarak gözüken "kanunların anayasaya uygunluğunun murakabesi" meselesi, Türk hukukçuları tarafından da en geniş ölçüde incelenmiş, bu konuda değerli eserler verilmiştir<sup>2</sup>. Biz burada aynı konuyu - bilhassa İkinci Dünya Savaşından sonra yapılan anayasaları göz önünde tutmak suretile - biraz daha başka bir açıdan incelemeye çalışacağız: Acaba modern otoriter ve liberal rejimlerde anayasa üstünlüğünün murakabesi hangi şekiller altında yer almaktadır? Anayasalarda, anayasa üstünlüğünün ve murakabesinin tanınması otoriter rejimlere engel olur mu? Olmazsa, otoriter rejimleri önlemenin çareleri nelerdir?

Ancak bu soruların cevaplarını araştırmadan önce, bazı noktalar üzerinde - kısaca da olsa - durmamız gerekir. Çünkü, kanunların anayasaya uygunluğunun murakabesi, tek başına ve bağımsız bir mesele olmayıp, üstünlük, katılık gibi doğrudan doğruya anayasa kavramına bağlanan çeşitli meselelerin bir sonucudur.

---

1) "Anayasa üstünlüğünün murakabesi" deyince, Devlet içi bütün hukukî tasarrufların anayasaya uydurulması anlaşılmakta ve böyle bir murakabe ile bütün Devlet organlarının (teşri, icra ve idare, kaza) anayasaya uygun hareket etmelerini sağlamak amacı güdülmektedir. Biz burada yalnız teşri organının faaliyetleriyle ilgileneceğiz.

2) Bibliyografya için bakınız: T. FEVZİOĞLU, Kanunların anayasaya uygunluğunun kazai murakabesi, Ankara 1951.

## I

## ANAYASA ve ÜSTÜNLÜK

## A. — Anayasa Kavramı

“Anayasa” kavramı ile ilgili bir araştırmada, her şeyden önce, bu terimle ne kastedildiğini belirtmek gerekir. Çünkü “anayasa” kavramına çeşitli anlamlar verilebilmektedir ve bugün bile bütün hukukçular tek bir tarif üzerinde birleşmiş değillerdir.

Anayasa teriminin bugünkü hukuk ve siyaset ilminde merşei batı dilleridir. Anayasalı rejimin ilk vatanları olan İngiliz, Amerikan ve Fransız dillerinde “*constitution*” kelimesi hem “kuruluş” ve “teşkilât” anlamına gelmekte, hem de “Devlet idaresiyle ilgili üst hukuk kaidelerini” ifade etmektedir. Türkçede ise, “*constitution*” karşılığı olarak, bazan “esas teşkilât”, bazan da “anayasa” terimi kullanılmaktadır<sup>3</sup>. Fakat, kanaatimizce, türkçedeki bu iki terimin kesin olarak birbirinden ayırt edilmesi ve değişik anlamlarda kullanılması daha yerinde olur. Biz “esas teşkilât” terimini Devletin daha ziyade maddî yapısına (Devlette siyâsî nizamın dayanağını teşkil eden idarî ve siyâsî personel ile müesseselere) hasrederek; “anayasa” terimi ile de, bu personel ve müesseseleri harekete getiren hukuk kaidelerini ifade etmeği tercih ediyoruz. Kısacası, “esas teşkilât” Devletin maddî, “anayasa” ise hukukî yapısına taallûk eder<sup>4</sup>.

Diğer yandan, “anayasa” terimine çok geniş bir anlam da verilmemelidir. Çünkü, “anayasa” terimini çok geniş anlamda aldığımız takdirde, “*ubi societas ibi ius*” sözü gereğince, en ilkelinden en mütekâmiline kadar, istisnasız her siyâsî cemiyetin bir anayasası bulunduğu kabul etmemiz gerekecektir. Fakat, bu takdirde, “anayasa” sözünün birtakım karşılıklara yol açacağı, ilmî katıyetten uzaklaşacağı, hattâ tarihî vakıalara tamamen aykırı bir durum yaratılacağı da muhakkaktır. Gerçekten, her şeyden önce, “anayasa” terimi ve kavramı tarihin

3) Türkiyede yalnız kavram üzerinde değil, bu konuyla ilgili hukuk dalını ifade edecek terim üzerinde de anlaşılammıştır. (Bak. A. F. BAŞGİL, Türkiye siyâsî rejimi ve anayasa müesseseleri, İstanbul 1957, s. 4).

4) Bir de M. HAJRIOU'dan gelen “*constitution sociale*” ve “*constitution politique*” tefriki vardır. (Précis de droit constitutionnel, 2. éd., Paris 1929, s. 611; G. BURDEAU, Traité de science politique, Cilt III, Paris 1950, s. 12) ki, biz bunun üzerinde durmuyoruz. Yalnız işaret edelim ki, biz “esas teşkilât” terimini “*constitution sociale*” karşılığı kullanmıyoruz.

her çağında mevcut olmuş değildir. Nitekim, “anayasa” kavramına rastlamak için yeni çağlara kadar çıkmak ve hükümdarların sınırsız iktidalarına karşı liberal rejimlerin zuhurunu beklemek gerekmektedir. Tek başına bu durum, - en ilkel bir siyasî cemiyetin bile mutlaka bir esas teşkilâtı ve bunun bağlandığı birtakım dinî-içtimaî-hukukî kaideleri bulacağına nazaran -, “anayasa” ile “esas teşkilât” ı ve “esas teşkilât kaidelerini” birbirinden ayırmağı zarurî kılar<sup>5</sup>.

Şu halde, ilk önce, “anayasasız siyasî cemiyet” ile “anayasalı siyasî cemiyeti” yekdiğerinden ayırmak gerekir. Tarihi incelersek görüyoruz ki, anayasasız topluluklar anayasalı Devletlere tarihen takaddüm etmişlerdir. Durumu daha iyi belirtmek için, sayın Prof. Dr. Hüseyin Nail KUBALI'nın mütalâalarını takiben, bir esas teşkilâta ve kaidelerine dayandıklarında şüphe olmayan, fakat anayasadan mahrum bulunan, monarşinin tarihî tiplerini incelemeyi faydalı buluyoruz<sup>6</sup>:

Monarşilerin ilk merhalesini teşkil eden t e o k r a t i k m o n a r ş i tipinde, “hükümdar bir ilâh veya Allahın bir mümessili telâkki edilmektedir”. Bu sebeple hükümdar, hükmü altındaki topluluğun tamamen dışında ve üstündedir. Gerçi hükümdarın tahta çıkmasını ve halkı idare etmesini sağlayan bir takım din kaideleri vardır. Fakat bu din kaideleri yalnız İlâh-hükümdara veya sadece hükümdarla Tanrı arasındaki münasebetlere taallük etmeleri ve tebaayı kendi dışında bırakmaları sebebiyle, bir anayasa mahiyetinde telâkki edilemezler<sup>7</sup>. Çünkü, “teb'a bir çobanın sevk ve idaresine tâbi bir sürüden ibarettir”. Monarşinin ikinci tarihî tipi olan p a t r i m o n y a l m o n a r ş i'de, Devlet ile tebaa bir hukukî münasebetin konusu haline gelmeğe başlamıştır. Ancak hükümdar Devletin mâlikidir ve ülkenin tamamı üzerinde bir mülkiyet hakkına sahiptir. Görülüyor ki, hükümdar yine Devletin ve insan topluluğunun dışında ve üstünde kalmaktadır. Böyle bir anlayış içinde, şüphesiz ki, bir anayasa tasavvuruna dahi imkân yoktur. Sayın Prof. Dr. Hüseyin Nail KUBALI'nın “M ü t e k â m i l m o n a r ş i” başlığı altında incelediği bir

5) Kaldı ki, “anayasa” terimi ve kavramı yeni çağlarda ortaya çıktıktan sonra da çeşitli anlamlar kazanmıştır. (Bak. M. DÜVERGER, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris 1955, s. 2 vd.). “Droit constitutionnel” teriminin Fransada ortaya çıkış ve gelişme tarihi için bak.: M. PRÉLOT, *Précis de droit constitutionnel*, Paris 1952, s. 2 vd.

6) H. N. KUBALI, *Esas teşkilât hukuku dersleri*, İstanbul 1957, s. 195 vd.

7) Bu din kaideleri belki iktidara geçiş bakımından (veraset kanunları) bir tahdid teşkil ederler, fakat siyasî iktidarın kullanılması bakımından hukukî bir takyid vücuda getirmezler.

sonraki merhalede ise, şahsiyete ve hâkimiyete sahip hukukî bir varlık halini kazanan Devlet, hükümdarın şahsında temerküz etmiş durumdadır. Binaenaleyh, XIV. Louis'nin "Devlet benim!" derken ifade etmek istediği üzere, Devletle hükümdar, hükümdarla halk arasında hukukî bir münasebet (binnetice bir anayasa) aramak beyhudedir.

Yeni çağlarda anayasa kavramı işte bu sonuncu merhalede belirmeğe başlamıştır: Kendi benliğinin şuuruna varan halk, hükümdarın keyfî hareketlerini önlemek maksadile, onu beşerî bir hukukî statüye tâbi kılmak istiyor ve liberal rejim taraftarlarının mutlak monarşilere karşı giriştikleri mücadele sonunda hâkimiyet hükümdarın şahsından alınarak millete veya daha doğrusu Devlete intikal ettiriliyor<sup>8</sup>.

Binaenaleyh, artık - mutlak monarşilerde olduğu gibi - hâkimiyetin sahibi ile siyasi iktidarı kullanan kimse aynı bir şahıs (hükümdar) değildir. Hâkimiyet'in sahibi (Devlet) ile siyasi iktidarı kullanan gerçek kişiler (hükûmet edenler) bu şekilde birbirinden ayrılınca, hükûmet edenler artık kendilerine ait bir hakkı değil, fakat başkasına ait bir yetkiyi kullanacaklardır. Ancak bunun için de, bir "tevkil", "délégation" işlemine ihtiyaç vardır<sup>9</sup>.

İşte bundan birtakım sonuçlar doğuyor: Birincisi, hükûmet edenler beşerî bir hukukî statü (ki biz buna ANAYASA diyoruz) gereğince işbaşına gelmelidirler. İkincisi, hükûmet edenler bütün yetkilerini bu hukukî statüden (anayasadan) aldıklarına göre, bu statüde kendilerine

---

8) Klâsik Alman teorisinde hâkimiyet Devlet hükmi şahsına ait olduğu, millet veya hükümdar bu hükmi şahsın bir organı telâkki edildiği halde, klâsik Fransız teorisinde hâkimiyet doğrudan doğruya millet mânevî şahsına ait bulunmaktadır. Bununla beraber, klâsik Fransız teorisi de, Millet ve Devleti iki ayrı şahıs saydıktan sonra aralarında bir temsil münasebeti kurması, yahut Millet ve Devleti bir şahsın iki ayrı görünüşü olarak kabul etmesi sebebiyle, neticede, hâkimiyeti gene Devlet şahsında temerküz ettirmektedir. Yalnız, Alman teorisi hem monarşik hem de demokratik bir Devlet idaresini mümkün kıldığı ve her ikisi ile de bağdaşabildiği halde, Fransız teorisi münhasıran demokratik bir Devlet şekliyle bağdaşabilir (R. BONNARD, *Le droit et l'Etat dans la doctrine Nationale-Socialiste*, Paris 1936, s. 3).

9) G. BURDEAU, *Droit constitutionnel et institutions politique*, Paris 1957, s. 47; ESMEÏN, *Éléments de droit constitutionnel*, 8. éd., Revue par H. NÉZARD, Paris 1927, s. 607. Aynı izah tarzına anglo-sakson hukukunda da rastlanmaktadır (Bak. M. STEWART, *The British approach to politics*, London 1955, s. 14).

tanınmamış olan bir yetkiyi kullanamazlar. Üçüncüsü, hükûmet edenler faaliyetlerinden ötürü sorumludurlar<sup>10</sup>.

Kısacası, Anayasa beşerî bir hukukî statüdür ki bu kanal ile siyasi iktidar onun aslî sahibi olan Devletten, onu kullanacak olan gerçek kişilere, yani hükûmet edenlere geçmektedir. Anayasa kavramının objektif ve tarafsız (*neutre*) bir tahlili, bize bu gerçeği vermektedir<sup>11</sup>.

Görülüyor ki, tarihî gerçeklere sadık kalmak için, yalnız “esas teşkilât” ile “anayasa” yı birbirinden ayırmakla kalmayıp, “Anayasalı Devlet” ile “Anayasasız Devlet” i de yekdiğerinden tefrik etmek lâzımdır<sup>12</sup>.

### B. — Anayasanın Üstünlüğü

Anayasanın üstünlüğü<sup>13</sup> demek, anayasanın bütün Devlet içi organlara ve hukuk normlarına üstün olması demektir. Anayasanın üstünlüğü *maddî* ve *şekli* olmak üzere iki bakımdan söz konusu olabilir.

10) G. BURDEAU, a.g.e., s. 47 vd.

11) G. BURDEAU, a.g.e. s. 47.

12) “Anayasalı Devlet” ile “Anayasasız Devlet” i birbirinden ayırmak özümünü, yirminci yüzyılın ilk yarısındaki bir tecrübe bir kere daha göstermiştir. Nitekim, Almanya'da Nasyonal-Sosyalist rejim, 1919 Weimar Anayasasını hiçbir zaman açıkça ilga etmemesine rağmen, doktrini ve tatbikatı itibarıyla, “Anayasasız Devlet” (daha doğrusu anayasasız siyasi cemiyet) örneğini vermiştir. Devletin şahsiyeti ile organ fikrini reddeden Nasyonal-Sosyalist doktrini, siyasi hayatını mihrakına **Wolk**'u (bazı arki özelliklere sahip halkı) yerleştirmiş; **Wolk**'un yöneltilmesi imtiyazını da, birtakım şahsî kabiliyetleri dolayısıyla, mürhasıran **Führer**'e vermiştir. Halk ruhunu (*volksgeist*), gerçekleştirebilecek yegâne şahıs olan **Führer**, siyasi iktidarın tamamına **Wolk**'un bir temsilcisi veya organı sıfatıyla değil, bilâkis şahsî kabiliyetleri ve yaratılışı icabı sahiptir. Bu sebeple de **Führer**'in kullandığı siyasi iktidar tamamen şahsî, aslî ve otonomdur. Diğer yandan, *Volksgeist*'in ifadesi olan **Führer**'in iradesi, hukuktur ve her şeyin üstündedir (R. BONNARD, a.g.e.; G. BURDEAU, *Traité de science politique*, Cilt I, s. 285 vd.; M. WALINE *L'individualisme et le droit*, Paris 1945, s. 64 vd.) Böyle bir anlayış içinde “anayasa” kavramının yeri bulunmayacağı aşikârdır.

Kaldı ki, çağımızda, meselâ Afrikada yaşayan ilkel kavimler anayasa kavramına sahip bulunmadıkları gibi, çağımızın mutlak ve teokratik monarşileri de “anayasasız cemiyet” örneğini vermektedirler.

13) Bu konu için bak. T. FEVZİOĞLU, a.g.e. s. 1 vd.; J. LAFERRIÈRE, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris 1947, s. 268 vd.; G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris 1949, s. 112 vd.; G. BURDEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris 1957, s. 63 vd.

### 1) Anayasanın maddî üstünlüğü

Anayasanın maddî üstünlüğü onun mahiyetinden, ilgilendiği ve düzenlediği konudan, özünden ileri gelmektedir. Gerçekten, teşri, icra ve kaza organlarına tanınan iktidar, kendilerine has ve ait bir hak olmayıp, kendilerine anayasa tarafından verilen bir yetkidir.

Binaenaleyh, anayasalı bir Devlette, bütün Devlet organları yetkilerini ve meşruiyetlerini anayasadan aldıklarına göre, anayasa bizatihi - yapısı itibarıyla - bu organlara ve diğer Devlet içi hukuk normlarına üstün durumdadır. Meselâ, kanun yapma yetkisini tanıyan bir hukuk metni (anayasa), elbette ki, bu hukuk metnine dayanılarak yapılan kanunlardan bizatihi üstündür. Bu sebeple, maddî üstünlük bütün anayasalarda - anayasa ister katı, ister yumuşak, ister teamüli olsun - kesin olarak mevcuttur. Bunun bir delili de şudur: Meselâ yumuşak bir anayasa Parlâmentonun ancak muayyen bir mahalde toplanabileceğini tasrih ettiği halde, teşri heyetin bir başka yerde toplanarak kararlar alması, bu kararları hukuken hükümsüz kılar<sup>14</sup>.

Ancak usulünce yapılmış diğer kanunlarla anayasa arasında hukukî bir fark olabilmesi, bu farkın hukukî sonuçlar doğurabilmesi için, bu maddî üstünlük yanında, anayasanın ayrıca şekli üstünlüğe de sahip bulunması gerekir.

### 2) Anayasanın şekli üstünlüğü

Anayasanın şekli üstünlüğü denilince, anayasanın normal teşri organı tarafından yapılan kanunlara hukuken üstün olması anlaşılır. İşte, anayasanın diğer kanunlarla hukuken aynı veya farklı değerlerde olmasıdır ki, yumuşak (*souple*) ve katı (*rigide*) anayasa tefrikine yol açmıştır.

a) Yumuşak anayasalar, normal teşri organı tarafından, hiçbir özel usul ve şekil gözetilmeksizin, alelâde kanunlarla aynı formaliteler dahilinde tâdil edilebilen anayasalardır.

14) Bununla beraber, yumuşak anayasalı bir Devlette, usulüne uygun olarak toplanan ve kararlar alan Parlâmentonun, siyasi iktidarı tek bir şahsın elinde temerküz ettirmesi, hattâ onu Anayasanın üstüne çıkarması, hukuken mümkün ve muteberdir. Nitekim, İtalya'da Musolini'nin diktatörlüğünü sağlayan kanunlar (Bak. DARESTE, *Esas teşkilât kanunları*, çeviren E. MENENCİOĞLU, cilt II, s. 279 vd.) 1848 Anayasası çerçevesi dahilinde yapıldıklarından, faşist rejimi pozitif hukuka uygun olarak teessüs etmiştir.

Bu sistemde, anayasanın tadili ile kanun yapma şartları aynı olduğundan, her ikisi de aynı hukukî değere ve kuvvete sahiptirler. Bunun sonucu, "sonraki kanun önceki kanunu ilga eder" kaidesi gereğince, alelâde bir kanun anayasanın kendisine aykırı hükümlerini - anayasanın ayrıca ve önceden tadiline lüzum olmaksızın - *ipso iure* yürürlükten kaldırır. Esasen, anayasanın yumuşaklığını da bu nokta teşkil eder.

b) **Katı anayasalar** ise, alelâde kanunlardan farklı usuller ve şekiller dahilinde veya farklı bir heyet (meselâ Kurucu Meclis) tarafından **tadil** edilebilen anayasalardır. Anayasanın tadili için gereken bu daha sıkı ve özel şartlardır ki, anayasanın katılımını vücuda getirirler ve onu hukuken diğer kanunlara üstün kılarlar.

Bazı müellifler<sup>15</sup>, anayasanın normal teşri organından farklı bir organ (Kurucu Meclis) tarafından yapılmasını da katılım için kâfi bir sebep telâkki ederler. M. DUVERGER bu görüşe itirazla şu delili ileri sürmektedir: "Aslında hiçbir anayasa alelâde teşri organı tarafından yapılamaz, çünkü ancak anayasa tarafından tesbit edildikten sonradır ki teşri organı ortaya çıkar"<sup>16</sup>. Biz yukandaki anayasa tarifimize uygun olan bu delilin hukuk mantığı bakımından kuvvetini kabul etmekle beraber, aksine tarihî misalleri de göz önünde tutarak<sup>17</sup>, buna şu itirazı da ilâve edebiliriz: Kurucu Meclis yaptığı anayasada, normal teşri organına alelâde kanunlarla anayasayı tadil etmek yetkisini tanırsa, bizzat sözü geçen müellifler tarafından verilen "yumuşak anayasa" tanifi gereğince -, ortada yumuşak bir anayasa vardır. Referandum hakkında da aynı şekilde düşünüyoruz<sup>18</sup>. Bu sebeple, katılımın tayini hususunda ya-

15) L. DUGUÏT, *Traité de droit constitutionnel*, 3. éd., Cilt III, s. 687 vd.; J. LAFERRIÈRE, a.g.e., s. 283; Karş. G. VEDEL, a.g.e., s. 116, 114; G. BURDEAU, a.g.e., s. 51-52.

16) M. DUVERGER, *Manuel de droit constitutionnel et science politique*, paris 1948, s. 194 Ayrıca bak. İ. ARSEL, *Anayasa hukukunun umurî esasları*, Ankara 1955, Birinci Kitap, s. 386 vd.

17) Meselâ Türkiyede şimdiye kadar hiçbir anayasa özel bir Kurucu Meclis tarafından yapılmamıştır.

18) Gerçekten, yapılışında referanduma konan bir anayasanın, tadili için de referanduma konulması şart koşulmamışsa ve normal teşri organına anayasayı normal kanunlarla aynı usuller dahilinde tadil etmek yetkisi tanınmışsa, ortada yumuşak bir anayasa vardır. Diğer yandan, yalnız anayasa tadilinin değil, normal teşri organı tarafından yapılacak bütün kanunların istisnasız referanduma sunulması şart koşulduğu takdirde de, - anayasanın tadili için başkaca özel şart aranmamışsa -, verilen tarif gereğince bu anayasa da yumuşak olacaktır.

pılış şartlarını bir yana bırakarak, yalnız tadil şartlarını nazara almak gerekir kanaatindeyiz.

Aynı şekilde, kanaatimizce, münhasıran “muayyen bir müddet geçmedikçe (meselâ 10 yıl) tadil edilemeyeceğini” şart koşan bir anayasanın kâhlığı da kesin ve daimî değildir. Yürürlüğe girmesini takip eden ilk 10 yıl içinde “katı” olan işbu anayasa, bu müddetin geçmesinden sonra kendiliğinden “yumuşak anayasa” mahiyetini kazanacaktır.

Ayrıca işaret edelim ki, anayasa ne şekilde ve hangi organ tarafından yapılırsa yapılsın, katı olabilmek için, tadil şekli hususunda sarih hükümleri muhtevi bulunması gerekir. Eğer anayasa tadil şekli hususunda meskutsa, ortada yumuşak bir anayasa vardır; bu konuda teşri organının yetkisi bulunduğu kabul edilir<sup>19</sup>. Bundan başka, anayasanın bir kısmının yumuşak, bir kısmının katı olması da mümkündür<sup>20</sup>. Nihayet, bir anayasanın, aynı zamanda hem katı, hem de yumuşak olması da imkân dahilindedir<sup>21</sup>.

İşte, anayasa tadilinin bu şekilde diğer kanunların yapılışından daha sıkı ve özel şartlara ve usullere bağlanmasıdır ki, onu Devlet içi hukuk kaiceleri hiyerarşisinde üstün kılar; alelâde kanunlar ile anayasa arasında bir hukukî değer farkı yaratır. Ancak katı anayasalı bir rejimdedir ki, anayasa aykırı kanunlardan ve bunların murakabesinden söz açılabilir<sup>22</sup>. Bu sebeple biz, bundan sonraki açıklamalarımızda, anayasanın üstünlüğünden bahsederken, daima onun şekli üstünlüğünü, yani katı anayasaları kastedeceğiz.

19) M. DUVERGER, a.g.e., s. 194; T. FEVZİOĞLU, a.g.e., s. 9. Aksi kanaatte olanlar da vardır (Bak. T. FEVZİOĞLU, a.g.e., s. 9).

20) Meselâ İzlanda Anayasasının 58-64 üncü maddeleri yumuşaktır.

21) Meselâ, 31 Ocak 1946 tarihli Yugoslavya Federal Halk Cumhuriyeti Anayasası, aynı zamanda, yem “yumuşak” hem de katı idi. Bak. dip notu 22.

22) Bununla beraber bu kaide sanıldığı kadar kesin değildir. Yumuşak anayasa sisteminde de, anayasaya aykırı kanunlardan söz açılabilir ve bunların murakabesi de mümkün olabilir. Bir kere, kanunların “şekli” bakımından yumuşak anayasaya uygun olup olmadığını mahkemeler daima araştırmak zorundadırlar (Bak. ileride “kanunların şekli murakabesi”, s. 12).

Diğer yandan, yumuşak anayasalı Devlet örneğini veren İngilterede, “*habeas corpus*”, “*ultra vires*” gibi yollardan, vatandaşların temel haklarının kâzâi himayeye mazhar kılındığı da görülmektedir. Nitekim, 1939 tarihli *Emergency power Act* hükûmete çok geniş, fevkalâde yetkiler tanımıştı. Bununla beraber, fevkalâde hal dolayısıyla isdar edilen bu kararnamelerin “*ultra vires*” (yetki tecavüzü) adı verilen bir yoldan faydalanılmak suretile, adalet makamları önüne getirilmesi ve bunların iptali mümkün olmuştur (A. PANCHAUD,



## C. — Katılığın tabii sonucu

Anayasaya katılık, bilhassa, Devlet iktidarı karşısında vatandaş hak ve hürriyetlerini korumak ve teminat altına almak için verilir. Çünkü, bütün tarih ve siyasî hayatın tecrübeleri göstermektedir ki, siyasî iktidara sahip olanlar ve kullananlar daima idare edilenlerin zararına olarak kudretlerinin alanını genişletmek, bu iktidarlarını suiistimal ederek vatandaş hak ve hürriyetlerini çiğnemek temayülündedirler<sup>23</sup>. Bunu önlemek gayesi iledir ki, anayasalarda vatandaş hak ve hürriyetleri ve bunlar karşısında Devlet organlarının yetki sınırları tesbit edilmekte, anayasalara katılık verilmekte, böylece normal teşri organı anayasa ile bağlanarak daima ona uygun kanunlar koymak mükellefiyeti altına sokulmaktadır.

Binaenaleyh, katı anayasalı rejimlerde, teşri organı bütün yetkilerini anayasadan aldığına göre, anayasaya aykırı kanunlar hukuken sakattır. Teşri organının koyacağı kanunların muhtevası anayasanın muhtevasına uygun olmak gerekir. Bu durum, anayasa üstünlüğünü, murakabesini zarurî kılar. Çünkü katılık, anayasaya aykırı kanunların çıkmasını ve tatbik edilmesini önlemek için verilmektedir. Anayasaya aykırı kanunların yapılmasına ve tatbikatına cevaz verecek olduktan sonra, katı anayasa yapının hiçbir faydası ve mantıkla hiçbir ilgisi yoktur<sup>24</sup>. Binaenaleyh, katılığın mantikî sonucu olarak, anayasaya aykırı tasarrufların (kanunların) murakabesi icap eder.

*Les garanties de la constitutionnalité et de la légalité en droit fédéral*, Basei 1950, s. 28a). Ancak, burada dikkat etmek gerekir ki, hâkim doğrudan doğruya kanunu muhakeme etmemekte, fakat hükûmetin bu kanuna dayanarak çıkardığı kararnameleri "yetki tecavüzü" sebeble iptal etmektedir.

31 Ocak 1946 tarihli Yugoslavya Halk Cumhuriyeti Anayasası ise yumuşak bir anayasa olmakla beraber, kanunların federal anayasaya uygun olup olmadığını incelemek yetkisini Halk Meclisi Başkanlık Divanına tanımıştı. Ancak bu siyasî heyet, sadece federe devletler kanunlarının federal anayasaya ve federal kanunlara uygunluğunu murakabe edebiliyordu. (T. FEVZİOĞLU, a.g.e., s. 9 ve s. 26). Binaenaleyh, federal anayasa, federal kanunlara nazaran "yumuşak"; federe devletler anayasalarına ve kanunlarına nazaran "katı" mahiyette idi. 1946 Yugoslav Anayasasının, federasyon Devlet şeklinin tabii bir sonucu olan bu özelliğini gözden kaçırmamak lâzımdır.

23) MONTESQUIEU, L'Esprit des lois, Kitap XI, Fesil 4.

24) L. KOPELMANS, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois (Dans: Refaites une constitution...)*, Paris 1946, s. 276: "Normal teşri organının tasarruflarını murakabe etmeğe imkân bırakmayan bir sistemde, katı anayasa fikrini tamamen bırakmak yerinde olmaz mı?"

## II

## ÜSTÜNLÜK ve MURAKABE

## A. — Genel Olarak

Anayasaya şekli bir üstünlük verilince, ortada katı bir anayasa bulununca, normal teşri organının yapacağı kanunların, muhteva itibariyle de, anayasaya uygun olması gerekir. Bir hukukîlik rejimi, Hukuka bağlı Devlet, ancak bu şekilde gerçekleşebilir. Şu halde, katı anayasalı bir rejimde, anayasaya aykırı kanunların çıkmasını ve uygulanmasını önleyecek birtakım tedbirler almak zarureti vardır<sup>25</sup>.

Kanunların anayasaya uygunluğunu sağlayacak tedbirler üç safhada ortaya çıkabilir: Kanunun hazırlanışında ve yapılışında, kanunun yürürlüğe konuşunda, kanun yürürlüğe konulduktan sonra. Bunlardan ilk ikisi önleyici tedbir mahiyetindedir.

1) *Kanunun hazırlanışında ve yapılışında :*

Anayasaya aykırı kanunların çıkmasını önleyici tedbirleri daha başlangıçta almakta faydalar vardır. Çünkü, böylelikle, hukuka aykırı tasarrufa bir kere daha doğmadan imkân verilmemekte; ikincisi kanunun iptal edilmesi veya uygulanmaması gibi amelî ve siyasî mahzurlar başlangıçta bertaraf edilmektedir.

Kanunun hazırlanış ve yapılış safhasında, aykırılığı önleyici tedbirler olarak, başlıca şu çareler düşünülebilir:

a) *Milletvekili Yemini.* Bazı anayasalarda milletvekillerine “anayasaya riayet yemini” yükletilmek suretiyle, milletvekillerinin gerek anayasaya aykırı kanun teklifinde bulunmamaları, gerekse bu gibi tasarı ve tekliflere oy vermemeleri sağlanmak istenmiştir<sup>26</sup>.

b) *Teşriî meclis encümenleri.* Bazı memleketlerde, teşri organı içinde teşkil olunan encümenlere, bunların kendilerine havale olunan kanun teklif ve tasarılarını her şeyden önce anayasaya uy-

25) Bak. T. FEVZİOĞLU, a.g.e., s. 13 vd.

26) Bununla beraber, milletvekillerinin “anayasaya riayet yeminleri”nin bazan pek müessir olmadıkları, bazan da milletvekillerinin anayasa muhafızlığı rollerini başka başka anlamlarda aldıkları görülmektedir (Bak. A. PANCHAUD, a.g.e., s. 45a). İşaret edelim ki, anayasaya riayet yemininin Devlet Başkanlarına da yükletilmesi mümkündür. Meselâ, 1949 tarihli Bonn Anayasasının 56 ncı, 1948 tarihli İtalyan Anayasasının 91 inci maddelerine bakınız.

gun olup olmadıkları hususunu incelemek ödevi verilir. Encümen tasarını veya teklifi anayasaya aykırı bulursa, başka hususları incelemeden reddeder<sup>27</sup>.

c) Çift meclis usulü'nün de anayasaya aykırı kanunların çıkmasını önleyici bir tedbir olduğu ileri sürülmüştür. Burada, ikinci meclise anayasaya aykırı kanunu red ve diğer meclise iade ödevi yükletilir.

d) İstişarî organlar. Bu şıkta, kanun tasarılarının hazırlanması işi ya bazı kazai organlara (Danıştay, Yargıtay gibi) verilir; ya da bazı ihtisas organlarına danışılır. Bilhassa, kanun tasarılarının anayasaya uygun olup olmadıklarını incelemek yetkisi ve ödevinin bağımsız kaza organlarına verilmesi halinde, bu usulün bazan faydalar sağlaması mümkündür. Çünkü, kaza organının anayasaya aykırı olduğunu bildirdiği bir kanun tasarısını teşri organının kanunlaştırması, efkân umumiyenin muhtemel tepkisi karşısında herhalde biraz daha güç olacaktır.

e) Referandum. Bazı müellifler, referandum usulünün de anayasaya aykırılığı önlemekte çok faydalı olacağını ileri sürerler<sup>28</sup>. Burada işaret edelim ki, referandum usulünde halk kanun tasarısını "anayasaya uygunluk" tan çok, "opportunité" bakımından mütalâa eder. Diğer yandan, anayasaya aykırı bir kanunu, teşri organından geçtikten sonra, halkın da tasvip etmesi mümkündür. Bu takdirde, anayasa aykırılık konusunda bazı hukukî meseleler ortaya çıkabilir.

## 2) Kanunun yürürlüğe konuluşunda :

Kanun teşri organı tarafından kabul edildikten sonra, kanunun yürürlüğe konuşu safhasında da anayasaya aykırılığı önleyici tedbirler almak düşünülebilir. Burada bilhassa *Devlet Başkanlarına* tanınan anayasaya aykırı kanunları teşri organına iade yetkisi veya veto hakkı söz konusu olur. Devlet başkanına ilk önce anayasaya riayet yemini ettirilebilir<sup>29</sup>. Devlet başkanı anayasaya aykırı kanunu imza veya tasdikten imtina ederek, teşri organına iade eder. Müeyyidenin kuvvetine gelince, bunu değişik dozlarda ayarlamak mümkündür. Umumiyetle, teşri organı aynı kanunu - basit veya mevsuf çoğunlukla - ikinci defa kabul ederse,

27) Bak. T.B.M.M. İçtüzüğü mad. 37.

28) T. FEVZİOĞLU, a.g.e., s. 14.

29) Bak. dip notu: 26.

Devlet Başkanına artık bu karara uymak mecburiyeti yüklenmektedir. Fakat, iade edilen kanunun aynı devre veya içtima içinde tekrar müzakere edilmemesi imkânını sağlamak suretile daha müessir bir müeyyide de düşünülebilir<sup>30</sup>.

Ayrıca, teşkil olunacak bazı özel heyetlere de, kanunun neşir ve ilânından önce ,anayasaya uygunluğunu inceleme yetkisi verilebilir<sup>31</sup>.

### 3) Kanun yürürlüğe girdikten sonra :

Tatbikat göstermektedir ki, anayasaya uygunluğu sağlamak bakımından, önleyici tedbirler kâfi gelmemekte, anayasaya aykırı kanunların çıkması gene de mümkün olmaktadır. Bir hukukîlik rejiminde, yürürlüğe sokulan anayasaya aykırı böyle bir kanunun ya ortadan kaldırılması veya uygulanmaması gerekmektedir.

Hukukî bakımdan, bir üst derecedeki hukuk normuna aykırı olan aşağı derecedeki bütün hukukî tasarrufların bâtil olacağında şüphe yoktur. Nitekim bu husus birçok anayasalarda açıkça belirtilmiştir<sup>32</sup>. Esasen, anayasaya aykırı kanun ve tasarrufların keenlemyekûn sayılacaklarının anayasa tarafından bildirilmemiş olması da pek önemli değildir. Çünkü anayasaya aykırı kanun ve tasarrufların *ipso jure* bâtil olması tabiidir ve katı anayasa kavramının bir sonucudur<sup>33</sup>. Zorluk bu bâtiliğin müeyyidesini teşkilâtlandırmakta başlamaktadır<sup>34</sup>.

Bazı müelliflere göre, bu konuda ilk bir zorluk ve mahzur ameli, siyasi ve psikolojik yönden gelmektedir: Demokrasielerde kanun, millet tarafından seçilen şahısların eseridir. Parlâmento, milli isteği ifadelendiren, ortaya koyan bir heyet durumundadır. Bu sebeple, kanunların anayasaya uygunluğunu incelemekle görevlendirilecek olan organ, fiiliyatta, Parlâmentonun yani millî arzusunun murakıbbı gibi gözükecektir<sup>35</sup>.

30) Bak. G. BERLİA, *La Présidence de la République, Magistrature morale du régime*, (R. D. P.; Cilt 64, 1948, s. 56 vd.; M. MAÏER, *Le veto législatif du Chef de l'Etat*, Genève 1948.

31) Bak. ileride s. 40, 2.

32) Bak. 1937 tarihli İrlanda Anayasasının 15 inci. 1945 tarihli Guatemala Anayasasının 50 nci maddeleri.

33) J. LAFERRIERE, a.g.e., s. 309; G. VEDEL, a.g.e., s. 112.

34) L. KOPELMANS, a.g.e., s. 276.

35) G. VEDEL, a.g.e., s. 123. 1946 Fransız Anayasası, kurduğu murakabe cihazı ile, belki de bu düşünceyle, bugünkü kanun koyucunun iradesini dünkü Kurucu Meclisin iradesine üstün tutmuştur (Bak. T. FEVZİOĞLU, a.g.e., s. 148).

Kanaatimizce bu itiraz aslında vârid değildir ve bazan tamamen nazari kalmağa mahkûmdur. Bir kere, anayasanın bir Kurucu Meclis tarafından yapıldığı temsili demokrasilerde, anayasa milletinin en üstün ve birinci derecede iradesini ve isteğini açıklar; böylece - katı anayasa yapılmakla - normal teşri organının ifadelendireceği millî istek önceden şartla bağlanmış olur ve tali mahiyette kalır. Diğer yandan, seçmenler herhangi bir partiye oy verirken daima onun hukuk dışına çıkmıyacağına (binnetice anayasaya uygun hareket edeceğine) inanarak oy verirler. Eğer bir parti anayasaya aykırı düşecek bir hususu gerçekleştirmek tasavvurunda ise, seçimlerden önce, bunu parti programında ve seçim beyannamesinde açıkça belirtmeli, anayasanın bu iş için tadil edileceğini bildirmelidir: önce anayasa tadil edilmeli; ondan sonra düşünülen kanun ve icraat yapılmalıdır. Seçmenlerin en büyük ve ilk ihtiyaç olarak aradıkları Hukuka bağlı Devlet, millî arzu ve irade, ancak bu şekilde gerçekleşebilir. Bundan başka, hükûmet edenlerin alanı boş buldukları takdirde millî isteğe göre değil, kendi düşüncelerine göre hareket etmek temayülünde oldukları da bir vakıadır. Bilhassa otoriter rejimlerde hükûmet edenlerin millî menfaat ve isteğe aykırı olarak, kendi menfaat ve keyiflerine göre hareket ettikleri görülmektedir. Nihayet, kanunların anayasaya uygunluğunu incelemekle görevlendirilecek organın millî arzunun murakibi gibi gözükeceği iddiası da, hem yukarıdaki sebeplerle, hem de - eğer bu organ anayasa tarafından yaratılmışsa - millî arzunun (anayasanın) kendisine yüklediği bir ödevi yerine getiren ve binnetice millî arzuya uygun hareket eden bir organ durumunda bulunacağı için, vârid değildir<sup>36</sup>. Kaldı ki, sözü geçen itiraz sadece ameli ve siyasi yöndendir. Hukukî bakımdan, anayasaya aykırı kanun *ipso jure* hâttir. Hukuka aykırı olan bu durumun düzeltilmesi gerekir. Siyasî iktidarı kullanan bütün organlar (bu arada teşri organı) yetkilerini anayasadan aldıklarına ve bu yetkilerini "*délégation*" yoluyla kullandıklarına nazaran, anayasanın hükümleri ve muhtevasıyla bağlıdırlar. Teşri organı muhteva bakımından anayasayı ihlâl eden bir kanun koyarsa, yetki sınırlarını tecavüz etmiş, hukuka aykırı bir tasarrufta bulunmuş olur. Şu halde, teşri organını yetki sınırları içinde tutacak veya sokacak, hukuka aykırı tasarrufu ortadan kaldıracak bir murakabe cihazına ve müeyyideye ihtiyaç vardır.

Yalnız bu murakabe cihazı ve müeyyide çeşitli anayasalarda deği-

36) Nitekim, murakabe organına, "hâkime bu yetkiyi veren Anayasa da, millî iradenin bir tezahürüdür" (A. F. BASGİL, *Türkiye siyasi rejimi ve anayasa müesseseleri*, Ders takrirleri, teksir, İstanbul 1956, s. 192)

şik şekillerde ve kuvvetlerde ortaya çıkmaktadır. Müellifler bu çeşitli murakabe usullerini, murakabeyi yapan organın mahiyetine göre, iki büyük grup altında incelemektedirler: Siyasî murakabe, kazaî murakabe. Pek tatminkâr bulmamakla beraber, alışılmış olan bu klâsik tasnife biz de uyacağız<sup>37</sup>.

### B. — Siyasî Murakabe

Siyasî murakabe sözüyle siyasî bir organ tarafından yapılan murakabe kastedilmektedir. Fakat, kanaatimizce, kazaî mahiyet arzetmeyen her türlü murakabeyi bu başlık altında toplamak daha doğrudur<sup>38</sup>. Biz bu murakabe şeklini incelerken, önce siyasî murakabe lehine ileri sürülen delilleri belirtmeğe çalışacak, sonra da siyasî murakabenin bazı şekilleri üzerinde duracağız.

#### 1) *Siyasî murakabe lehine ileri sürülen deliller :*

Kanunların anayasaya uygunluğunun incelenmesi yetkisinin kaza organına verilmesini mahzurlu görenler, daha ziyade bu mahzurlar üzerinde durarak, siyasî murakabe lehine deliller çıkarmağa çalışırlar. Bu konuda ileri sürülen başlıca düşünceler şunlardır<sup>39</sup>:

Bir kere, kanunların anayasaya uygunluğunu murakabe edecek olan organ zarurî olarak kanunların üstünde bir yer kazanır. Bu sebeple, murakabe yetkisinin kaza organına verilmesi doğru olmaz. Çünkü, hâkim kanunlara uygun olarak hüküm vermekle mükelleftir, yoksa o kanunları yargılayacak bir kimse değildir<sup>40</sup>.

Diğer yandan, böyle bir murakabe tamamen bağımsız bir organ gerektirir. Oysa hâkimler daima bu karakteri arzetmezler<sup>41</sup>.

37) Bu tasnifi niçin yetersiz bulduğumuz hususundaki gerekçe için, ileride kazaî murakabe kısmına bakınız, s. 42 vd.

38) Bak. ileride s. 42 vd.

39) Bak. M. DUVERGER, a.g.e., s. 197; G. BURDEAU, a.g.e., s. 79.

40) Bu delile şu cevap verilebilir: Hâkim anayasaya aykırı kanunu iptal etmekle veya uygulamamak suretiyle, kanunun dışına ve üstüne çıkmış olmaz, bilâkis, en üstün kanun olan anayasanın kendisine yüklediği bir ödevi yerine getirmiş, anayasayı uygulamış olur.

41) Bu itiraza şu cevap verilebilir: Acaba siyasî organlar daha mı bağımsız olacaklardır? Onların bağımsızlıkları ne şekilde sağlanacaktır? Her halde, hâkimlerin de, en azından, siyasî organlar kadar bağımsız olabileceklerini kabul etmek gerekir. (Kaza fonksiyonunun, teşri ve icradan ayrı, üçün-

Bundan başka, hâkim teşri organının kabul ve icra organının da tasvip ettiği bir kanunu tatbik etmekten çekinir veya onu iptal ederse, bunun sonucu bu iki kuvvet ve organın yetkilerine hürmet etmemiş olur ve ortada kuvvetler ayrılığı diye bir şey kalmaz<sup>42</sup>.

Kaldı ki, anayasanın korunması işini siyasî bir organa vermek mantıken de uygun düşmektedir. Çünkü, kanunların murakabesi objesi bakımından hukukî olsa bile, sonuçları itibariyle siyasîdir. Gerçekten, kanunları yargılayacak organ fiiliyatta Devletin gerçek hâkimi ve sahibi olacaktır: madem ki onun rızası olmadan hiçbir büyük iş yapılamıyacaktır. Şu halde, murakabe siyasî bir organa bırakılmalıdır. Çünkü, memleketin yüksek menfaatlerini takdir etmek ve gereken tedbirleri almak münhasıran bir siyaset işidir<sup>43</sup>.

## 2) Siyasî murakabenin bazı şekilleri :

Siyasî murakabe lehindeki düşünceler bir kere benimsendikten sonra, geriye bu murakabenin teşkilâtlandırılması işi kalmaktadır. Yalnız, işaret edelim ki, siyasî murakabenin çeşitleri incelenirken, daha ilmi olmak için, ya kanunun muayyen bir safhasında (neşir ve ilânından önce veya neşir ve ilânından sonra) ortaya çıkan bütün murakabe şekil ve organlarına yer vermek; ya da yalnız kanunun yürürlüğe sokulmasından sonra ortaya çıkan murakabe şekil ve organları üzerinde durmak gerekir, kanaatindeyiz. Bununla beraber, bazı müellifler<sup>44</sup> "siyasî bir organ tarafından murakabe" başlığı altında, hem kanunun neşir ve ilânından önce ortaya çıkan bazı özel heyetleri (meselâ 1946 Fransız Anayasasının-

---

cü bir kuvvet teşkil edip etmediği ve hâkimlerin bağımsızlığı meseleleri için bk. M. KAPANİ, *İcra organı karşısında hâkimlerin istiklâli*, Ankara 1956).

42) I. ARSEL, *Anayasaya aykırı kanunların kontrolü bakımından mahkemelerin rolü*, Adalet Dergisi, Ocak 1951, s. 45. Bu itirazın cevabı için aynı makaleye bakınız. Gerçekten, bu itiraz da vârid değildir. Çünkü, anayasaya aykırı bir kanun yapmakla, aslında, teşri organı yetkilerini tecavüz etmiştir, böylelikle ihtilâflı bir durumun da doğmasına sebebiyet vermiştir. İhtilâfları halletmek ise, hâkimin tabii bir işidir. Diğer yandan, anayasaya aykırı kanunu tatbik etmeyen veya iptal eden hâkim, teşri ve icranın yetkilerine tecavüz etmiş değil, onları yetki alanları içinde tutmuş olur.

43) Bilhassa bu son delil ve siyasî murakabe lehine varılan bu sonuç da göstermektedir ki, siyasî murakabe altında kanunların anayasaya uygunluğunu sağlayacak bir müessese olamaz. Çünkü, siyasî organ, kanunların anayasaya uygun olup olmadıklarını araştırmaktan ziyade, bu kanunların memleketin yüksek menfaatlerine uygun olup olmadığını araştıracaktır.

44) Meselâ bk. T. FEVZİOĞLU, a.g.e., s. 13, 15 ve 19 vd.

daki "Anayasa Komitesi" ni) incelemekte, hem de gene aynı şekilde kanunun yürürlüğe girmesinden önce ortaya çıkan diğer murakabe şekillerini (meselâ Devlet Başkanının vetosunu) ihmal etmemektedirler. Halbuki, bu özel heyetler ile Devlet Başkanının vetosu arasında, - gerek organ olmak itibarile mahiyetleri ve gerekse tatbik edilen müeyyide bakımından - çoğu kere, bir fark yoktur<sup>45</sup>. Bununla beraber, biz de bundan sonraki açıklamalarımızda, Devlet Başkanının vetosu (ve kanunun hazırlanış ve yapılış safhasında ortaya çıkan murakabe organ ve şekilleri) üzerinde durmayarak, bunun dışında kalan bazı siyasi murakabe şekilleri üzerinde duracağız.

a) Anayasaya uygunluğu inceleyecek özel siyasi heyetler. Bu heyetlere, kanunun neşir ve ilânından önce anayasaya uygunluğunu incelemek yetkisi verilebileceği gibi; kanunun neşir ve ilânından sonra da bu yetki tanınabilir. Bu heyetlerin tereküp tarzı, her iki halde de, değişik usullere bağlanabilir. Anayasa aykırı kanuna tatbik edilecek müeyyidenin kuvveti değişik dozlarda ayarlanabilir. Tatbikatta, murakabeyi kanunun neşir ve ilânından önce yapacak olan özel heyetlere rastlandığı gibi<sup>46</sup>, kanunun neşir ve ilânından sonra anayasaya uygunluğu inceleyecek özel heyetlere de rastlanmaktadır<sup>47</sup>.

b) Presidium. Halkçı demokrasilerde teşri organı içinden çıkan ve Presidium adı verilen bir heyete kanunların anayasaya uygunluğunu incelemek yetkisinin de verildiği görülmektedir. Sırası geldikçe temas edeceğiz.

c) Kazai mercili siyasi murakabe.<sup>48</sup> Bu usulü kabul eden memleketlerde Yargıtay, Danıştay gibi genel kazai organlar kanunların anayasaya uygun olup olmadığı hususunda sadece istişari

45) Nitekim her ikisi de bir anayasa organıdır, tatbik edilen müeyyide ya anayasaya aykırı kanunu teşri organa iade etmekten ibarettir, ya da son karar yine teşri heyete ait bulunmaktadır.

46) Fransa'da VIII. yıl Anayasası ile kurulan "Koruyucu Senato", 1852 Anayasasının meydana getirdiği "Senato", 1946 Anayasasındaki "Anayasa Komitesi".

47) 1948 tarihli Kore Cumhuriyeti Anayasasının 81 inci maddesiyle teşkil olunan "Anayasa Komitesi", kanunların anayasaya aykırı olup olmadığı hakkında, kanunun tatbikinden sonra karar vermektedir.

48) 1948 tarihli Brezilya Anayasası mad. 64; 1948 tarihli Kore Cumhuriyeti Anayasası mad. 81; 1953 tarihli Suriye Cumhuriyeti Anayasası mad. 75.



mütalâada bulunurlar ve son karar gene siyasi bir heyete veya teşri organına ait olur<sup>49</sup>.

### C. Kazai Murakabe

Bazı müellifler, anayasa üstünlüğünün murakabesini, sadece murakabeyi yapan organın mahiyetine bakarak incelemekte ve bu konuyu "siyasi bir organ tarafından murakabe", "kazai bir organ tarafından murakabe" başlıkları altında ikiye ayırarak incelemektedirler. Onlara göre, murakabe siyasi bir organ tarafından yapılıyorsa ortada siyasi bir murakabe, yok eğer anayasaya aykırılık iddiası kazai bir organ tarafından ileri sürülüyorsa, ortada kazai bir murakabe vardır.

Fakat, kanaatimizce, bu tasnif ve bu tarif eksiktir ve yukarıdaki görüşün hatâlı sonuçlara götürmesi mümkündür. Gerçekten, anayasaya aykırılığın kazai bir organ tarafından ileri sürülebilmesi veya incelenmesine rağmen, son bir tahlilde, ortaya gene siyasi murakabenin çıkması mümkündür. Anayasaya aykırılığın kazai bir organ tarafından iddia edilip incelenmesine rağmen, bu husustaki nihaî kararın siyasi bir organa veya heyete ait olması halinde, kanaatimizce, kazai bir murakabeden bahsetmeğe imkân yoktur. Meselâ, 17 Temmuz 1919 tarihli Finlândiya Anayasasına göre, Temyiz Mahkemesi ve yüksek idarî mahkemeler, anayasaya aykırı bir kanuna rastladıklarında, bu kanunun tadiline delâlet etmesi için durumu Cumhurbaşkanına bildirirler; bu hususta karar almak yetkisi ise teşri organına aittir<sup>50</sup>. 24 Eylül 1948 tarihli Brezilya Birleşik Devletleri Anayasasında da buna benzer bir hüküm vardır<sup>51</sup>. Anayasalardaki bu gibi hükümlerle, son karar siyasi bir organ olan teşri organına veya herhangi bir siyasi heyete kalınca, bu karara bazı siyasi mülahazaların müessir olabileceği ve tatbik edilecek olan müeyyidenin kazai olamayacağı ortadadır<sup>52</sup>.

49) Kazai mercili siyasi murakabe de, hem kanunun neşir ve ilânından önce (1953 tarihli Suriye Anayasasında olduğu), hem de sonra (1948 tarihli Brezilya Anayasasında olduğu gibi) ortaya çıkabilir

50) İ. ARSEL, a.g.m., s. 46.

51) "Federal Yüksek Mahkemenin kararıyla anayasaya aykırı olan herhangi bir kanunun veya kararnamenin icrasını kısmen veya tamamen durdurmak yetkisi Fedaral Senatoya aittir" mad. 64.

52) Bu sebeple biz, sayın Dr. İlhan ARSEL'in, yeryüzündeki seksen üç Devletten otuz küsurunun kazai murakabeye yer verdiğine dair olan görüşüne istirak etmiyoruz. (a.g.m., s. 47). Çünkü, bu otuz küsur Devletten bazılarında, yüksek adli ve idarî mahkemeler veya Anayasa Komiteleri sadece istişari mahiyette mütalâalar vermektedirler ve son karar yine siyasi bir heyete kalmaktadır.

Hattâ, kanaatimizce, anayasaya aykırılığın mücerret kazai bir organ tarafından karara bağlanması da, ameli bakımdan, bir memlekette kazai murakabenin mevcudiyetini iddia etmek için kâfi gelmez. Eğer anayasaya aykırılığı inceleyip karara bağlayacak olan mahkeme tamamen siyasî heyetlerin baskısı ve etkisi altında ise, eğer onların arzularına göre kararlar vermek durumunda ise, o memlekette kazai murakabenin değil, bilâkis siyasî murakabenin yürürlükte olduğunu söylemek gerçeğe elbette ki daha yakın olur.

Bu düşüncelerin ışığı altında, biz, kazai murakabeyi şu şekilde tarif edebiliriz: Kazai murakabe, siyasî heyetlerden bağımsız kazai bir organ tarafından ve kazai usullerle yapılan ve kazai bir müeyyidenin tatbikini gerektiren murakabedir.

1) *Kazai murakabe lehine ileri sürülen düşünceler :*

Anayasa üstünlüğünün murakabesini siyasî bir organa verilmesini mahzurlu gören birçok müellifler, siyasî organın yapacağı murakabenin gerçek ve teminatlı bir murakabe olamayacağını ileri sürerek, kazai murakabenin şart olduğunu belirtmektedirler.

Onlara göre, siyasî organ, kanunun anayasaya aykırı olup olmadığını araştırmaktan ziyade, onun faydalı veya zararlı, iyi veya kötü olduğuna bakacaktır. Diğer yandan, anayasaya aykırı bir kanunun, memleketin yüksek menfaatleri için değil de, küçük siyasî ve şahsî menfaatler uğruna tatbikine göz yumulması da mümkündür. Oysa, kanunların anayasaya uygunluğunun murakabesi münhasıran teknik bir iştir ve hukukî bir mahiyet taşımaktadır<sup>53</sup>. Bu sebeple, murakabe işi kaza organına bırakılmalıdır.

Gerçekten, ihtilâflı meseleleri çözmek, hukuka uygun tasarruflarla hukuka aykırı fiil ve tasarrufları<sup>54</sup>, birbirinden ayırmak tamamen kazai mahiyette bir fonksiyondur. Bu işi siyasî bir organ yapmağa ehil değildir.

Böylece, özel şahıslar arasındaki hukukun tabii muhafızı durumunda bulunan hâkim, aynı zamanda, bu kimselerin Devlet karşısında da muhafızı olacak, onların Devlet tarafından ezilmelerini önliyecektir. Kal-

53) J. LAFERRIÈRE, a.g.e., s. 312; VEDEL, a.g.e., s. 125.

54) Burada "hukuk" kelimesi ile "pozitif hukuk", kastedilmektedir. Yoksa, teşri organı da şüphesiz ki çıkaracağı kanunlarla bir dereceye kadar geniş mânâsiyle hukuka uygun olanla olmayanı tesbit etmek durumundadır.

di ki, hâkimin yetişme tarzı, meslekî alışkanlıkları, bağımsızlığı onu bi-  
taraf olmağa sevkeder. Bundan başka, mahkemelerin aleniyeti, iki ta-  
raflı duruşmaları, mahkeme kararlarının gerekçeli olması mecburiyeti gi-  
bi usul hükümleri bu konuda gerçek bir teminat teşkil ederler<sup>55</sup>.

Kanunun milli irade ve isteğin bir eseri olduğu, anayasaya uygun-  
luğu murakabe yetkisini hâkime vermenin, neticede, Parlâmentonun ve  
milli iradenin ve isteğin murakabesine müncer olacağı yolundaki itiraz  
da vârit değildir<sup>56</sup>.

Nihayet, kanunların anayasaya uygunluğunu araştıran hâkim, di-  
ğer iki kuvvetin (teşri ve icra) yetkilerine ve alanlarına tecavüz etmiş  
olmaz. Bilâkis yetkilerini tecavüz etmiş olan bu organlardır. Hâkim, sa-  
dece bu tecavüzü önler, hukuka uygun olanı beyan eder.

## 2) Kazai murakabenin başlıca iki şekli :

Kanunların anayasaya aykırılığının kazai murakabesini çeşitli ba-  
kımlardan tasnif edip incelemek mümkündür. Fakat, kanunların anaya-  
saya aykırılığını, son bir tahlilde, ikiye ayırıp kazai murakabeyi bu yön-  
den incelemek mümkündür.

### a) Kanunların şekli murakabesi<sup>57</sup>.

Anayasalar, teşri organını, kanunların yapılışında birtakım şekil  
şartlarına bağlarlar. Kanunların tatbik edilebilmesi, kaza organını bağ-  
layabilmesi için, kanunların her şeyden önce bu şekil şartlarına uyula-  
rak yapılması lâzımdır. Meselâ kanunun muayyen bir çoğunlukla kabul  
edilmesi, neşir ve ilân olunması vs. gibi anayasalarda yer alan hüküm-  
ler hep birer şekil şartı teşkil ederler. Bu şekil şartlarına riayet edilme-  
mesi halinde, kanunların şekli bakımından anayasaya aykırılığı söz konusu  
olur.

Kanunların şekli bakımından kazai murakabeye tâbi olduğu husu-  
sunda hemen bütün müellifler müttefiktirler. Çünkü, şekil şartlarına uyul-

55) G. BURDEAU, a.g.e., s. 80. Aynı müellif, bu delilleri pek inandırıcı bulmamaktadır. Ona göre, Devletin, yegâne hâkimi kendisi olması gereken bazı yüksek menfaatleri vardır. Bunları Devletin idare ve yönetiminden so-  
rumlu olmayan bir otoritenin takdirine bırakmak doğru olmaz. Diğer yandan, hâkime böyle bir yetki tanınınca, eninde sonunda, o da siyasi bir kuvvet ha-  
line kalacaktır

56) Bak. yukarıda s. 38.

57) Tafsilât için bk. T. FEVZİOĞLU, a.g.e., s. 29 vd.

mayarak yapılan bir hukukî tasarruf (meselâ toplantı günü dışında, Parlâmento binası haricinde, müzakere nisabı bulunmadığı halde kabul edilen bir kanun tasarı) kanun vasfını taşıyamıyacağına göre ve mahkemeler de ancak usulünce yapılan bir kanunu tatbikle mükellef tutulabileceklerine nazaran, “kanunu tatbikle mükellef olan mahkemeler, her şeyden önce bu kanunun mevcudiyeti için gerekli olan bütün şekil şartlarını haiz bulunup bulunmadığını incelemeğe mecburdurlar”<sup>58</sup>. Bununla beraber, bu murakabenin hudutları ve şümulü konusunda çeşitli görüşlerin mevcut olduğuna da işaret etmek gerekir. Umumiyetle, önemsiz sayılan bazı şekil şartlarının kazai murakabeye tâbi olmadığı kabul edilmektedir. Fakat kanun, sıhhat şartı olan şekillere uyulmadan yapılmıssa bu kanunun mahkemeler tarafından tatbik olunamayacağı aşîkârdır ve sıhhat şartı olan bu şekil hükümlerine teşri (veya icra) organı tarafından uyulup uyulmadığını araştırmak mahkemelerin ödevi cümlesindedir.

Bu sebeple, doktrin ve tatbikatta, kanunların şekli bakımından - anayasa ister katı, ister yumuşak olsun - kazai murakabeye tâbi olduğu kabul edilmektedir<sup>59</sup>.

#### b) Kanunların maddî murakabesi<sup>60</sup>.

Kanunların şekli murakabesi hem katı hem de yumuşak anayasalı rejimlerde söz konusu olduğu halde, kanunların maddî murakabesi ancak katı anayasalı Devletlerde söz konusu olabilir<sup>61</sup>. Katı anayasalı rejimlerde, kanunların anayasada gösterilen şekil ve usuller dahilinde yapıp yürürlüğe konması, bir kanunun anayasaya uygun olması için kâfi gelmez. Bu kanunun ihtiva ettiği hükümlerin, meselâ, anayasayla vatandaşlara tanınan hak ve hürriyetlere aykırı olması mümkündür. Bu takdirde, anayasanın muhtevası ile kanunun muhtevası birbirine uymıyacağından, kanunların anayasaya maddî bakımdan aykırılığı söz konusu olur.

Klâsik bir tasnifle, kanunların anayasaya uygunluğunun maddî bakımdan murakabesi, murakabenin işlemeğe başlayış tarzı bakımından,

58) T. FEVZİOĞLU, a.g.e., s. 33.

59) Aykırı tatbikat için bak. 1947 tarihli Bulgaristan Anayasası mad. 25.

60) Tafsilât için bak. T. FEVZİOĞLU, a.g.e., s. 48 vd.

61) Bak. dip notu: 21.

62) Sayın Prof. Dr. T. FEVZİOĞLU, bu tasnifi pek tatminkâr bulmakta, başka ihtimallerin de mevcut olabileceğini belirtmektedir: “Kanunlar üzerinde murakabeyi yapacak organın, yayınlanan her kanunu hiçbir talep ve dâva mevcut değilken, re’sen tetkik etmesi mümkündür” (a.g.e., s. 53).

ikiye tefrik edilerek incelenmektedir<sup>62</sup>. Bu tasnif, kazaî murakabenin doğurduğu sonuçları ve tatbik edilecek müeyyideyi de göstermesi bakımından elverişlidir.

aa) *Dâva yoluyla murakabe*. Bu şıkta, özel kişiler, muayyen topluluklar veya teşekküller veya âmme otoriteleri doğrudan doğruya kanuna karşı bir dâva açarak, kanunun anayasaya aykırı olduğunu ileri sürerler. İddiayı inceleyen kaza organı, kanunu ya bütünüyle veya sadece kanunun anayasaya aykırı hükümlerini iptal eder.

*Dâva yoluyla murakabe* şu özellikleri taşır<sup>63</sup>:

1. Bu husus daha önce Anayasa veya bir kanunla derpiş edilmiş olmalıdır. Çünkü, bir mahkemenin bir dâva hakkında karar verebilmesi için sarîh bir kanunî hükmün ona bu yetkiyi vermesi gerekir

2. Tatbik edilecek müeyyide bakımından, kanunun anayasaya aykırılığı tesbit edildiği takdirde, iptal kararı verilir. Bunun sonucu olarak, iptal kararı yalnız dâvayı açan kimseler hakkında değil, fakat herkes için (*erga omnes*) hüküm ifade eder.

3. Bu şekilde kanun artık mevcut olmayacak, hattâ mâzide hiç mevcut olmamış telâkki edilecektir<sup>64</sup>.

bb) *Def'î yoluyla murakabe*. Burada, görülmekte olan bir dâva sırasında, taraflardan biri kendisine tatbik edilmek istenen kanun hükmünün anayasaya aykırı olduğunu, bu sebeple uygulanamayacağını ileri sürer. Binaenaleyh, burada, doğrudan doğruya kanuna karşı bir dâva açılmamakta, başka bir sebeple daha önce esasen açılmış bulunan bir dâva devam ederken, taraflardan biri anayasaya aykırı kanunun kendisine tatbik edilmemesini istemekte, anayasaya aykırılık meselesi dolayısıyla ortaya çıkmaktadır.

*Def'î yoluyla murakabe*, dâva yoluyla murakabeden farklı olarak, şu özellikleri taşır<sup>65</sup>:

1. Mahkemenin def'î konusu olan kanunun anayasaya aykırı olup

63) G. VEDEL, a.g.e., s. 125.

64) Kanunun yürürlüğe giriş tarihinden itibaren mi, yoksa mahkemenin iptal kararından sonra mı hükümsüz sayılacağı hakkındaki düşünceler için bak, T. FEVZİOĞLU, a.g.e., s. 58 vd.

65) G. VEDEL, a.g.e., s. 125.

olmadığını inceleyebilmesi için, kendisine bu yetkiyi açıkça tanıyan bir hükme ve metne ihtiyaç yoktur. Çünkü, mahkeme esasen yetkisine giren bir dâvaya bakmaktadır. Bu dâva sırasında, tarafların biri bir hukuk kaidesine, diğeri başka bir hukuk kaidesine istinat etmektedir. Bu durum karşısında, mahkemenin bu iki ayrı hukuk kaidesinden hangisinin tatbiki gerektiğini araştırması onun aslî ödevidir. Nasıl yabancı bir kanunla millî kanun veya kanunla nizamname arasında bir çatışma olduğu ileri sürülünce, ikisinden hangisinin tatbiki gerektiği hususunda karar vermek mecburiyetinde ise, çatışan iki hukuk kaidesinin özel bir halini teşkil eden anayasa ile kanunun birbirine aykırılığı iddiasını da incelemek mecburiyetindedir. Binaenaleyh, anayasanın sukutu halinde hâkimin bu iddiayı incelemek yetkisini kabul etmek gerekir<sup>66</sup>. Ancak anayasada sarîh bir hükümlerle aykırılık iddiasının mahkemede dinlenmesi yasaklandığı takdirde ki, def'i yoluyla murakabeye imkân kalmaz.

2. Kanunun anayasaya aykırı olduğu tesbit edilirse, hâkim kanunu iptal edemez: çünkü iptal için, hâkime bu yetkiyi veren sarîh bir hükmün bulunması gerekir. Hâkim yalnız o dâvaya ve o dâvadaki taraflara münhasır kalmak üzere, kanunu o hâdisede tatbik etmez.

3. Bu sebeple, kanunun anayasaya aykırılığı tesbit edildiği takdirde, kanunun tatbikinden sarfnazar edilir. Ancak bunun tesiri artık *erga omnes* değil, fakat o dâvadaki taraflar (*inter partes*) arasındadır. Başka bir dâvada, kanunun anayasaya aykırılığı ileri sürülmediği takdirde, hâkim anayasaya aykırı aynı kanunu tatbik etmek zorundadır.

İşaret edelim ki, def'i yoluyla murakabe şeklinde, dâvadaki taraflardan biri anayasaya aykırılık iddiasında bulunmadıkça, hâkim kendiliğinden kanunun anayasaya aykırı olup olmadığını araştıramaz.

Bir de itiraz yoluyla murakabe söz konusu olabilir. Bu şıkta, görülmekte olan bir dâva sırasında, hâkim kanunun anayasaya aykırı olup olmadığını, taraftardan birinin talebine ihtiyaç olmaksızın re'sen araştırır. Bu bakımdan, teknik olarak, "itiraz" ile "def'i", arasında fark vardır. Fakat, her ikisinin de ortaya çıkışları ve sonuçları aynıdır: Aykırılık iddiası görülmekte olan bir dâva sırasında ortaya çıkar ve ka-

66) Nitekim, meselâ Birleşik Amerika Devletleri, Yunanistan gibi memleketlerde def'i yoluyla murakabe, Anayasanın murakabe hususunda meskut olması sebebiyle mümkün olabilmıştır (T. FEVZİOĞLU, a.g.e., s. 65 vd., s. 155 vd.).

nun iptal olunmayarak sadece tatbikinden sarfınazar edilir. Bu sebeptendir ki, hukuk tekniği bakımından hatalı olmakla beraber, "def'i yoluyla murakabe" adı altında, umumiyetle, her ikisine de yer verilmektedir<sup>67</sup>.

### III

## ÜSTÜNLÜĞÜN MURAKABESİ

ve

## SIYASİ REJİMLER

Anayasa üstünlüğünü ve murakabesini mücerret olarak gördükten sonra, bu murakabenin çeşitli siyasî rejimlerde ne şekiller altında ortaya çıktıklarını incelemekte, - bu murakabenin ne dereceye kadar müessir olduğunu anlayabilmek için -, fayda vardır. Çünkü "anayasalar, altında gerçek siyasî hayatı saklayan resmî kaidelerden başka bir şey değildir"ler<sup>68</sup>. Bu sebeple, anayasalardaki hükümler yanında, gerçek siyasî hayatı da incelemek lâzımdır.

Profesör Duverger'ye göre, siyasî rejimleri, son bir tahlille, ikiye ayırıp incelemek mümkündür: Liberal rejimler, otoriter rejimler. Liberal rejimler, hükümet edilenlerin yararına olarak hükümet edenlerin iktidarını zayıflatmak; otoriter rejimler ise, hükümet edenleri hükümet edilenlerin zararına olarak kuvvetlendirmek temayülüne bağlanan rejimlerdir<sup>69</sup>. Biz de, çeşitli anayasalardaki hükümleri bu tasnifi göz önünde

67) T. FEVZİOĞLU, a.g.e., s. 55 vd.

68) SEİGNOBOS'tan zikreden, MİRKİNE-GUÉTZEVİTCH, Les constitutions Européennes, Paris 1951, Cilt 1, s. 7.

69) M. DUVERGER, *Les Régimes Politiques*, Paris 1948, s. 9.

70) "Siyasî rejimler" çeşitli bakımlardan incelenebilmekte, "siyasî rejim,, terimine çeşitli anlamlar verilebilmektedir (M. DUVERGER, a.g.e., s. 7; G. BURDEAU, *Traité de Science politique*, Cilt IV, Paris 1952, s. 7 vd.). Biz, şahsen, "siyasî rejim" terimiyle muayyen bir zamanda ve muayyen bir Devlette, hâkimiyetin bir tezahür tarzı olan siyasî iktidarın müşahhas kullanılış tarzını anlıyoruz. Fiiliyatta hükümet edenlerin ne suretle işbaşına geçtiği, kullandıkları siyasî iktidarın yapısı ve sınırları incelenirken, umumiyetle yapıldığı üzere, sadece siyasî rejimlerin hukukî şekilleriyle yetinilemeyeceği aşikârdır. Gerçekten en mükemmel hukuk kaidelerinin ve anayasaların, kötü ellerde, içi boş birer kalıp haline geldiği, tatbikatta en müstebit ve keyfî idareleri mümkün kıldığı, birçok tarihî misallerle, müşahade olunmaktadır. Bu sebeple, muayyen bir Devletteki siyasî rejim tesbit edilirken, Anayasa metin ve müesseselerine yer vermekle beraber, psikolojik, sosyolojik, iktisadî, tarihî faktörler de göz önün-

tutarak inceleyeceğiz<sup>70</sup>. Acaba anayasa üstünlüğünün murakabesi sisteminin kabul edilmiş olması otoriter rejimlere engel olur mu? Liberal ve otoriter rejimlerde, siyasi ve kazai murakabe anayasalarda hangi şekiller altında yer almışlardır?

#### A. Liberal Rejimlerde

Liberal rejimli Devletlerden telâkki olunan Fransa'da, ihtilâl adamlarının tesiri altında, kazai murakabe hiçbir zaman revaç bulmamış ve tatbik edilmemiştir. Fransa'da, şimdiye kadar üç defa anayasa üstünlüğünü sağlamak için özel bir heyet teşkil olunmuş, bu iş üç seferinde de siyasi bir heyete bırakılmıştır. İlk tecrübe VIII. yıl anayasası ile yapıldı ve kanunların anayasaya uygunluğunun murakabesi "Koruyucu Senato" ya verildi. Fakat, Koruyucu Senato Napolyonun elinde bir oyuncak haline geldi; Napolyonun bü'ün gaynmeşrû tasarruflarına göz yumdu, bütün arzularını yerine getirdi. Anayasaya aykırı birçok kanunlar ve tasarruflar yapılabildi. Ancak Napolyon düştükten ve Fransa yabancı orduların işgali altına girdikten sonradır ki, Koruyucu Senato ödevini hatırlayabildi ve Napolyonun anayasa dışı bütün hareketlerini sayıp döktü<sup>71</sup>. İkinci tecrübe 1852 yılında yapıldı ve anayasa üstünlüğünü sağlamak ödevi gene siyasi bir organa bırakıldı. Fakat bu organ da, - daha müessir bir rol oynamak imkânına sahip olduğu halde -, birincisi gibi, III. Napolyonun bir âleti haline gelmekte gecikmedi. Keyfi ve hukuk dışı bir idarenin yardımcısı ve yordakçısı oldu<sup>72</sup>. Müell'fler bilhassa bu tecrübeleri örnek göstererek siyasi organ tarafından murakabenin aleyhinde delil çıkarmaktadırlar<sup>73</sup>. Bununla beraber, Fransa'ya 1946 Anayasası ile yapılan üçüncü tecrübe, siyasi bir organ tarafından yapılan murakabenin mutlaka dikta'örlüğü (otoriter bir rejim) gerektirmeyeceğini liberal bir rejimle de pekâlâ bağdaşabileceğini ispatladı<sup>74</sup>.

Bugün Fransa dördüncü bir tecrübenin eşliğinde bulunmaktadır.

de tutulmak. diğer hukuk kaide ve müesseselerinin de işleyiş tarzını tesbit etmek, siyasi iktidarın fiili kul'anılış tarzını araştırmak lâzımdır.

Bununla beraber, biz çeşitli siyasi rejimlerde kanunların anayasaya uygunluğu meselesini incelerken, yalnız Anayasalardaki hükümleri tesbit edecek ve bu rejimlerin otoriter mi yoksa liberal mi olduğuna işaret etmekle yetineceğiz.

71) Tafsilat ve bibliyografya için bak. T. FEVZİOĞLU, a.g.e., s. 20 vd.

72) Tafsilat ve bibliyografya için bak. T. FEVZİOĞLU, a.g.e., s. 20 vd.

73) T. FEVZİOĞLU, a.g.e., s. 25 vd.; G. VEDEL, a.g.e., s. 125.

74) 1946 Fransız Anayasasının vücuda getirdiği "Anayasa Komitesi" nin kuruluşu, işleyişi ve müeyyidesi hakkında bak. T. FEVZİOĞLU, a.g.e. s. 145 vd.



Cezayir olaylarından sonra fevkalâde yetkilerle iktidara getirilen general de Gaulle hükûmeti tarafından hazırlanan ve 28 Eylül 1958 tarihinde referanduma sunulmuş kabul olunan V. Cumhuriyet Anayasası<sup>75</sup>, kanunların anayasaya uygunluğunu murakabe yetkisini gene siyasi bir organa (Anayasa Konseyi) bırakmış bulunmaktadır. Nitekim, 1958 Anayasasının 56 ncı maddesine göre, "Anayasa Konseyi" nin *kuruluşu* şöyledir: "Anayasa Konseyi" dokuz üyeden müteşekkildir; üyelerden üçü Cumhurbaşkanı, üçü Millet Meclisi başkanı, üçü de Senato başkanı tarafından tâyin olunacaktır. Üyelik süresi dokuz yıldır<sup>76</sup>. Her üç yılda bir Konseyin üçte biri yenilenecektir. Bu dokuz üyeden başka, eski Cumhurbaşkanı kaydıhayat şartile Konseyin üyesidirler. Konsey Başkanı, Cumhurbaşkanı tarafından tâyin olunur. Konseyde herhangi bir karar verilirken, oylarda eşitlik olduğu takdirde, Konsey Başkanının bulunduğu taraf kazanır.

Anayasa konseyinin *yetkilerine* gelince: Organik kanunların neşir ve ilânlarından önce ve Millet Meclisi ile Senato İçtüzüklerinin tatbiklerinden önce, Anayasaya aykırı olup olmadıkları incelenmek üzere, Anayasa Konseyine sunulmaları mecburidir<sup>77</sup>. Diğer kanunların Anayasa Konseyine götürülmesi ise ihtiyarîdir. Bu kanunlar, neşir ve ilân olunmadan önce, Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Meclis Başkanı veya Senato Başkanı tarafından Anayasa Konseyine gönderilebilir ve anayasaya aykırı olup olmadıkları hususunda bir karar istenebilir. Her iki şıkta da, Konsey bir ay içinde karar vermek mecburiyetindedir. Ancak müstacelivet halinde, hükûmetin talebi üzerine, bu müddet sekiz gündür. *Müeyyideye* gelince: Sözü geçen kanun ve tüzüklerin Anayasa Konseyine tevdi olunması, bunların neşir ve ilân müddetini tâlik eder<sup>78</sup>. Konsey tarafından anayasaya aykırı olduğu bildirilen kanun ve tüzükler nesretdilemez ve tatbik olunamaz. Konseyin kararları kesindir ve bütün Devlet organlarını bağlar<sup>79</sup>.

Görülüyor ki, Anayasa Konseyinin kuruluşu gibi, kanunların - or-

75) 1958 Anayasasının ön-projesi için bak. *Le Monde*, 30 Temmuz 1958. 4 Ekim 1958 tarihli bu Anayasanın tercümesi için bu mecmuaya bakınız.

76) Anayasanın 57. maddesine göre: "Konsey üyeliği fonksiyonları bakanlık ve Parlâmento üyeliği fonksiyonları ile bağdaşmaz. Diğer bağdaşmazlıklar organik bir kanunla tesbit olunur."

77) mad. 46, 61.

78) mad. 61.

79) mad. 62

ganik olanlar hariç - Konsey huzuruna getirilmesi ve incelenebilmesi de tamamen siyaset adamlarının takdirine bırakılmıştır.

İşaret edelim ki, Konseyin, - kanunların anayasaya uygunluğunu araştırmak yetkisi yanında -, Cumhurbaşkanı seçimlerinin ve referandum işlerinin düzgünlüğüne nezaret etmek; Cumhurbaşkanı, milletvekili ve senatör seçimlerine karşı yapılan itirazları incelemek; fevkalâde hallerde Cumhurbaşkanının alacağı tedbirler hakkında önceden istişari kanaatini bildirmek; teşri konularda hükûmet ile Meclis veya Senato başkanı arasında çıkacak ihtilâflarda - taraflardan birinin talebi üzerine - hakem olmak gibi yetkileri de vardır<sup>80</sup>. Bu arada, Anayasa Konseyinin şu yetkisini de belirtmek yerinde olur: Herhangi bir milletlerarası taahhüd, - Cumhurbaşkanı, Başbakan veya Millet Meclisi ile Senato başkanlarından biri tarafından -, Anayasaya aykırı hükümler ihtiva ettiği iddiası ile Anayasa Konseyinin huzuruna getirildiği ve Konsey de bu iddiayı vârid gördüğü takdirde, anayasa tâdil edilmedikçe tasdik veya tasvip olunamaz<sup>81</sup>.

Kazai murakabeye yer veren İkinci Dünya Savaşı sonrası anayasaların adedi ise biraz fazlacadır. Ancak liberal rejimli bu Devletlerden bazıları, anayasaya aykırılık iddiasını incelemek yetkisini bütün mahkemelere tanıdığı halde, bazıları bu yetkiyi sadece yüksek mahkemelere (Danıştay, Yargıtay) vermişler, bazıları ise özel Anayasa Mahkemeleri kurmuşlardır.

İkinci Dünya Savaşından sonra yeni anayasa yapan Devletlerden Guatemala, Danimarka, İsrail kanunların anayasaya uygunluğunu sağlamak ödevini bütün mahkemelere vermişlerdir. Daimî ihtilâllerden ve diktatörlüklerden sonra, Guatemala, 1945 tarihli anayasası ile, liberal rejimli Devletler arasına katılmıştır<sup>82</sup>. 11 Mart 1945 tarihli Guatemala Anayasasının 170 inci maddesine göre, gerek Yüksek Mahkemelerin gerekse ast dereceli mahkemelerin herhangi bir kanunun anayasaya aykırılığını beyan etmek yetkileri vardır<sup>83</sup>. 5 Haziran 1953 tarihli Danimarka Anayasası da, kamu mercilerinin yetki sınırlarını ilgilendiren bütün hususların mahkemeler tarafından incelenebileceğini bil-

80) mad. 7, 16, 37, 41, 58, 59, 60.

81) mad. 54.

82) İ. LÜTEM, *Yeni Anayasalar*, Cilt II, s. 553-554.

83) İşbu anayasa, 50 nci maddesinde, anayasaya aykırı bütün tasarrufların *ipso iure* keenlemyekûn olduklarını beyan etmekle beraber, bunu sözde bırakmamış, ayrıca bütün mahkemelere bu aykırılığı incelemek yetkisini de vermiştir.

dirmektedir<sup>84</sup>. 17 Şubat 1949 tarihli İ s r a e l Anayasasının 76 ncı maddesi ise, mahkemeler herhangi bir kanunun veya onun bir kısmının Anayasa hükümlerine aykırı olduğunu beyan ederlerse, böyle bir kanunun veya bazı maddelerinin anayasaya aykırılık nispetinde keelenmeye kûn olacağını belirtmektedir<sup>85</sup>.

Kazaî murakabe yetkisini yalnız Yüksek Mahkemeye ve Danışta-ya veren anayasalara gelince: 27 Temmuz 1947 tarihli J a p o n Anayasasına göre, kanunların anayasaya uygunluğunu incelemek yetkisi yanında, bütün tüzük, yönetmelik ve idarî muamelelerin de Anayasaya uygunluğu hakkında karar vermek yetkisi, Yüksek Mahkemeye aittir<sup>86</sup>. 24 Eylül 1947 tarihli B u r m a Birliği Anayasasının 135 inci maddesine göre: "Yüksek Mahkeme, ast dereceli bir mahkemede henüz karara bağlanmamış bir dâvanın işbu anayasanın hükümlerine müteallik bir kanunun muteberliğini esas bakımından ilgilendirdiğine veya ilgilendirmesi muhtemel olduğuna kanaat getirdiği takdirde dâvaya kendisi bakar". 23 Kasım 1945 tarihli B o l i v y a Devleti Anayasasında ise, 143 üncü maddesinde, Yüksek Mahkemenin herhangi bir kanun, kararname ve her neviden emirnamelerin Anayasaya aykırılığı hakkında karar vereceği belirtilmektedir ve bu kararın temyizi kabil değildir<sup>87</sup>. 8 Eylül 1946 da tadil edilen 8 Şubat 1935 tarihli Filipinler Anayasasında ise, bu konuda bir özellik göze çarpmaktadır: "Bir andlaşma veya kanunun anayasaya aykırılığına taallük eden bütün dâvalar *in banc* toplanan Yüksek Mahkeme tarafından muhakeme edilir ve karara bağlanır ve mahkeme üyelerinin üçte ikisinin işbiraki olmaksızın herhangi bir andlaşma veya kanun anayasaya aykırı ilân edilemez<sup>88</sup>. 31 Aralık 1946 tarihli E k u a d o r Cumhuriyeti Anayasası ise, "Anayasaya ve kanunlara riayeti sağlamak, anayasa teminatını korumak, bu teminatın Cum-

84) mad. 63.

85) 1952 tarihli Yunanistan Anayasasına göre de def'i yoluyla murakabeyi men edici hiçbir hüküm bulunmadığı için, bütün mahkemeler kanunların anayasaya uygunluğunu inceleyebilmektedirler (Karş. T. FEVZİOĞLU, a.g.e., s. 66, 314).

86) Japon Anayasası 76 ncı maddesinde "Bütün yargıçlar ödevlerini ifa bakımından bağımsızdırlar ve yalnız Anayasaya ve kanunlara bağlıdır'lar" denilmekle beraber, 81 inci madde ile murakabe yetkisi yalnız Yüksek Mahkemeye tanınmıştır.

87) Bolivya Anayasasının 145 inci maddesine göre, Yüksek Mahkeme hâkimleri, Senatonun teklif ettiği adaylar arasından Milletvekili Meclisi tarafından seçilir.

88) mad. VIII/10.

hurbaşkanı, adalet mahkemeleri ve sair Meclisler tarafından ihlâl edilmesine dikkat etmek" görevini Danıştaya vermiştir (Mad. 146).

Kazaî murakabe yetkisini özel Anayasa Mahkemelerine veren memleketlere gelince: 22 Aralık 1947 tarihli İtalya Anayasası, murakabe işini normel kaza mercilerinden herhangi birine bırakmayarak, özel bir Anayasa mahkemesi kurmuştur<sup>89</sup>. Avusturya'da da özel bir Anayasa Mahkemesi mevcuttur<sup>90</sup>.

Nazi diktatörlüğünün sürüklediği savaştan felâketle çıkan Almanyanın *batı* kısmında ise, hükûmet edenlerin kudretlerini sınırlayıcı, diktatörlüğü önleyici tedbirler alınmış; 8 Mayıs 1949 tarihli Federal Almanya Anayasası, anayasaya aykırı kanunların hem dâva hem de def'i yolu ile incelenmesini kabul etmiş ve bir "Federal Anayasa Mahkemesi" kurmuştur. Federe Devletlerin anayasalarında da, geniş ölçüde kazaî murakabeye yer verilmiş ve bilhassa icra organının kudretini azaltacak hükümler üzerinde durulmuştur<sup>91</sup>.

Modern anayasalarda, siyasi ve kazaî organlar tarafından murakabe usulleri yanında, mutavassıt sistemlere de rastlamak mümkündür. Bu memleketlerde, anayasaya aykırılık iddiası bir kaza organında ortaya çıkıp ileri sürülmekte, fakat nihai karara siyasi mahiyette bir heyet müessir olmaktadır. Bu sebeple, ancak nihai kararın bir önemi ve tesiri (daha doğrusu hukukî sonucu) olduğu kabul edilirse, bu memleketlerde de siyasi murakabenin cari bulunduğunu ileri sürmek yerinde olur. Meselâ, 24 Eylül 1948 tarihli Brezilya Birleşik Devletleri Anayasasının 64 üncü maddesinde "Federal Yüksek Mahkemenin kararı ile anayasaya aykırı olan herhangi bir kanunun veya kararnamenin icrasını tamamen veya kısmen durdurmak Federal Senatoya ait" olacağı belirtilmektedir. Görülüyor ki, anayasaya aykırılık hakkında ahkeme karar verecek, fakat buna rağmen, eğer teşri organının bir parçası olan Federal Senato kanun veya kararnamenin durdurulmasına ayrıca karar vermezse, kanun gene de tatbik olunacaktır. 12 Temmuz 1948 tarihli Kore Cumhuriyeti Anayasasının 77 nci maddesine göre ise:

89) Tafsilât için bak. T. FEVZİOĞLU, a.g.e., s. 107 vd.

90) Bak. T. FEVZİOĞLU, a.g.e., s. 98 vd.

91) Tafsilât için bak. T. FEVZİOĞLU, a.g.e., s. 111 vd.; C.-A. COLLARD, L'organisation des pouvoirs publics dans les constitutions des "Pays" allemands, R.D.P., Cilt 64, 1948, s. 452 vd.; P.M. GAUDEMMENT, Allemagne, Les droits de l'homme dans les constitutions des "pays" allemands, R.D.P., Cilt 64, 1948, s. 204 vd.

“Mahkeme hâkimleri Anayasa ve kanuna uygun olarak bağımsız bir şekilde yargılamada bulunurlar”. Binaenaleyh, hâkimlerin anayasayı ihmal etmek yetkileri yoktur, kanun kadar anayasa ile de bağılıdır. Fakat bu maddeye rağmen Güney Kore Anayasasında, anayasaya aykırılık iddiasını inceleyip karara bağlamak yetkisi hâkimlere bırakılmış değildir. Nitekim aynı anayasanın 81 inci maddesine göre: “Dâvada verilecek kararın, kanunun anayasaya uygunluğunun tesbitini ilgilendirmesi halinde, mahkeme, *Anayasa Komitesi*'nin vereceği karara uygun olarak hareket eder. Anayasa Komitesinin başkanı başkan-yardımcısıdır; Yüksek Mahkemenin başhâkimi ve Millet Meclisinin beş üyesi bu komitenin üyesidirler. Bir kanunun Anayasaya aykırı olduğu hakkında Anayasa Komitesinin üçte iki çoğunluğu ile karar verebilir”. Anayasa Komitesine dâhil yedi üyeden altısının teşri organından çıktığı göz önünde tutulacak olursa, anayasaya aykırılık kararına gene teşri organının, - daha doğrusu Meclisteki çoğunluk partisinin ve nihayet o partinin liderlerinin -, hâkim olduğu söylenebilir. Görülüyor ki, bu memlekette, daha ziyade siyasî bir murakabe vardır.

Liberal rejimlerde anayasa üstünlüğünün murakabesinin hangi şekiller altında ortaya çıktığını özetlemeğe ve göstermeğe yarayacağı için konuya dört klâsik demokrasi örneği ile son vermek yerinde olur. Amerika Birleşik Devletlerinde ve İsviçrede kazai murakabe usulü kabil edilmiştir. Fransada siyasî murakabe usulü tatbik olunmuştur. İngilterede ise, ne siyasî ne de kazai murakabeye yer verilmiştir, hiçbir murakabe cihazı mevcut değildir ve İngiliz Parlamentosu “kadını erkek yapmaktan başka her şeye muktedirdir<sup>92</sup>”.

#### B. Otoriter Rejimlerde

Liberal rejimlerde daha ziyade kazai murakabeye yer verildiği halde, otoriter rejimlerde siyasî murakabenin revaçta olduğu müşahede edilmektedir. Otoriter rejimlerde, siyasî murakabe bilhassa bir zümrenin veya şahsın tahakkümü için bir vasıta olarak kullanılmakta ve hükümet edenlerin kuvvet ve kudretlerini arttırmaktan başka işe yaramamaktadır.

Otoriter rejimin cari bulunduğu Sovyet Rusya'da ve halkçı demok-

92) Bak. T. FEVZİOĞLU, a.g.e., s. 153. Nitekim Fransada da 1875 yılından 1940 yılına kadar ne kazai ne de siyasî bir murakabe cihazı bulunmadığı halde, liberal rejim cari olmuştur.

rasilerde, genel olarak, siyasi murakabenin cari olduğu görülmektedir<sup>93</sup>. Biz, daha ziyade İkinci Dünya Savaşından sonra yapılan anayasalar üzerinde durduğumuz için, Sovyet Rusyayı bir yana bırakarak, halkçı demokrasiler üzerinde kısaca duracağız. Ancak, daha önce, bu anayasaların konumuzu ilgilendiren müşterek çizgilerini belirtmek yerinde olur<sup>94</sup>: Bir kere, bütün halk demokrasilerinde, genel oyla seçilen, tek meclisin mevcudiyeti müşahece edilir. Bu meclis kendi içinden, üye adedi çok, bir Meclis Başkanlık Divanı (*Presidium*) seçer. Meclis Başkanı, bütün ast-başkanlar, bir miktar üyeden tereküp eden Meclis Presidium'unun yetkileri çok geniştir. Meclis Presidium'u *teşri organıdır, icra organıdır, kanunların anayasaya uygunluğunu murakabesi merciidir*. Şu halde, halkçı demokrasilerde teşri organı kendi yaptığı kanunların tek murakibi durumundadır. Nitekim 4 Aralık 1947 tarihli Bulgaristan Anayasasında, mahkemelerin kanunların anayasaya uygunluğunun şekli murakabesini dahi yapamayacakları, şekli murakabeye bile yetkili olmadıkları görülmektedir: "Bir kanunun neşir ve ilânı sırasında anayasanın gerektirdiği bütün şartlara uyulup uyulmadığına ve bu kanunun anayasa hükümlerine aykırı olup olmadığına münhasıran Milli Meclis karar verebilir"<sup>95</sup>. 18 Ağustos 1949 tarihli Macaristan Halkçı Cumhuriyeti Anayasasına göre: "Halkçı Cumhuriyet Presidium'u anayasaya uygun bulunmayan veya işçi menfaatine aykırı olan muhtelif devlet organlarından çıkarılan kaide, karar ve hükümleri iptal ve tâdil eder" (mad. 20/III). Arnavutluk<sup>96</sup>, Çekoslovakya<sup>97</sup>, Yugoslavya<sup>98</sup>

93) Sovyet Rusya ile halkçı demokrasiler arasındaki münasebet ve farklar için bak. G. VEDEL, a.g.e., s. 211 vd., bilhassa s. 225; M. DUVERGER, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris 1955, s. 359 vd.

94) Bak. MİRKİNE-GUÉTZEVİTCH, a.g.e., s. 89 vd.

95) mad. 25. Ayrıca bak. mad. 35/13, 65.

96) Bak. 15 Mart 1946 tarihli Arnavutluk Halkçı Cumhuriyeti Anayasası mad. 54 ve 89.

97) 10 Haziran 1948 tarihli Çekoslovak Cumhuriyeti Anayasası mad. 65. Ayrıca bak. mad. 110/2.

98) 1946 Yugoslavya Halk Cumhuriyeti Anayasası, federe devletler kanunlarının federal anayasaya ve federal kanunlara uygunluğunu murakabe etmek yetkisini Halk Meclisi Başkanlığına verdiği halde (T. FEVZİOĞLU, a.g.e., s. 26), Yugoslavyanın siyasi müesseselerini esaslı surette değiştiren 13 Ocak 1953 tarihli Yugoslav Federatif Halkçı Cumhuriyeti Anayasası (Bak. M. DUVERGER, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris 1955, s. 367 vd.) "Halkçı Cumhuriyet anayasasının ve Halkçı Cumhuriyet kanunu ile federal kanunun, anayasaya aykırı olup olmadıklarını takdir" yetkisini **Federal Halk Asamblesine** tanımıştır (mad. 15/10). Ayrıca bak. mad. 61.

anayasalarında kanunların anayasaya uygunluğunun murakabesi yetkisi Meclis Presidium'una verilmiştir.

Albay Edip Çiçekli'nin diktatörlüğü zamanında<sup>99</sup> kabul edilen, 10 Temmuz 1953 tarihli Suriye Cumhuriyeti Anayasasında siyasî murakabe kabul edilmiştir. Nitekim, bu anayasanın 75 inci maddesine göre: "1) Meclis üyelerinden 1/4 i bir kanunun neşir ve ilânından önce onun anayasaya aykırı olduğunu ileri sürdükleri takdirde veya Cumhurbaşkanı kanunun anayasaya uygun olmadığı mülâhazasıyla onu Yüksek Mahkemeye tevdi ederse, kanunun yayınlanması Yüksek Mahkeme kararını bildirinceye kadar geri bırakılır. 2) Yüksek Mahkeme kanunun anayasaya aykırılığını kabul ederse, kanun, anayasaya aykırı kısmın düzeltilmesini teminen Meclise iade edilir". Görülüyor ki, tahrik siyasî bir organ olan teşri organından gelmekle beraber, kaza organının da bu konuda bir payı vardır. N'haî karar ise gene teşri organa ait bulunmaktadır.

Sivasî murakabenin, böylece, otoriter rejimlere engel olamayacağını ve hattâ bu rejimlerde bir tahakküm vasıtası olarak kullanılabildiklerini tarihî örnekleriyle, tesbit etmiş bulunuyoruz<sup>100</sup>. Fakat, bazı müelliflerin iddia ettikleri gibi, acaba kazaî murakabenin anayasalarda kabul edilmiş olması otoriter rejimlere engel olur mu?

21 Ocak 1948 tarihli N i k a r a g u a Anayasası, bütün mahkemelere ve Yüksek Mahkemeye kanunların anayasaya uygunluğunu araştırmak ve incelemek yetkisini vermiştir<sup>101</sup>. Fakat, buna rağmen, bu memlekette "Tacho" Somoza uzun yıllar diktatörlük yapabilmıştır<sup>102</sup>.

10 Temmuz 1940 tarihli P a r a g u a y Cumhuriyeti Anayasasının 91 inci maddesinde: "Bütün adli kararların işbu anayasaya ve kanunlara dayanması lâzımdır" denilmiş olmasına rağmen, 1950 yılında seçime iktidara gelen Dr. Chavez Paraguay'da Peron'unkine benzer bir diktatörlük kurabilmiştir<sup>103</sup>.

1 Mart 1946 tarihli P a n a m a Cumhuriyeti Anayasasına göre,

99) Bak. İ. LÜTEM, a.g.e., Cilt IV, s. 1330.

100) Bu arada Fransada VIII. yıl'da kurulan "Koruyucu Senato" ile 1852 yılında kurulan "Senato"yu da hatırlamakta fayda vardır.

101) T. FEVZİOĞLU, a.g.e., s. 48, 53, 71.

102) İ. LÜTEM, a.g.e., Cilt IV, s. 1144. Somoza, iktidara 1933 yılında gelmiş, 1956 yılında bir âsi tarafından öldürülmüştür. (VATAN gazetesi, 5 Şubat 1958). Bununla beraber, memleketi gene onun ailesi idare etmektedir.

103) Bak. İ. LÜTEM, a.g.e., Cilt IV, s. 1188.

Yüksek Mahkeme anayasanın bütünlüğünü sağlar ve kanunların anayasaya uygunluğunda nihai mercii teşkil eder (mad. 167). Fakat, bu hükme rağmen, Cumhurbaşkanı *Dr. Arias* ve *Remon* zamanında anayasa teminatı belirsiz bir zaman için kaldırılabilmiş ve birçok keyfi hareketler mümkün olabilmıştır<sup>104</sup>.

16 Mart 1949 tarihli *Arjantin Anayasası*, 95 inci maddesiyle, mahkemelere kanunların anayasaya uygunluğunu murakabe etmek yetkisini açıkça tanıdığı halde<sup>105</sup>, *Peron* bu memlekette diktatörlüğünü yürütebilmiştir<sup>106</sup>.

*Portekiz* ise, 25-30 yıldan beri, Kolombiya Üniversitesi sâbık profesörlerinden *Dr. Olive Salazar*'ın diktatörlüğü altında bulunmaktadır. 1953 tarihinde yapılan *Portekiz Cumhuriyeti Anayasasının* 23. maddesi ise "Mahkemeler, hükümlerine tevdi edilen dâvalarda işbu anayasa hükümlerine ve bu hükümlerin ihtiva ettiği prensiplere aykırı kanunları, kararnameleri ve sair herhangi bir metni tatbik edemezler" demek suretiyle, mahkemelere kanunların anayasaya aykırılığını incelemek yetkisini açıkça tanımıştır. Fakat bu konuda, anayasanın ihtiva ettiği bir paragrafı da göz önünde tutmak gerekir: "... kesinleşmiş hükümlerin doğurduğu durumlara hâlel vermemek üzere anayasaya aykırılığın meydana getirdiği tesirleri de Millî Meclis tâvin eder. Cumhurbaşkanı'nın kararnamelerinin anayasaya aykırı olup olmadığına münhasıran Millî Meclis karar verir.". Bununla beraber, *Portekizde*, muhalefet partilerinin de mevcudiyetine rağmen, âmme hürriyetleri yoktur, diktatörlük rejimi ca-ridir<sup>107</sup>.

*Venezualla*'da ise, 1947 tarihli Anayasa ile kanunların anayasaya aykırılığına karar vermek yetkisi Yüksek Mahkemeye verilmiş, dâva yoluyla murakabe hakkı tanınmıştır<sup>108</sup>. Bununla beraber, *Venezualla*, *Jimenez*'in idaresi altında, anayasasız ve parlâmentosuz yaşayan bir memleket haline sokulabilmıştır<sup>109</sup>.

Görülüyor ki, anayasalarda kazai murakabenin tanınmış olması da, her zaman, liberal bir rejim'in mevcudiyetini sağlayamamaktadır.

104) İ. LÜTEM, a.g.e., Cilt IV, s. 1175; VATAN gazetesi, 5 Şubat 1958.

105) T. FEVZİOĞLU, a.g.e., s. 70.

106) Bak. İ. LÜTEM, a.g.e., Cilt 1, s. 81 vd. *Peron*, iktidara ilk defa 1943 yılında gelmiş, 1946 da Cumhurbaşkanı seçilmiş, kanunların anayasaya uygunluğunu murakabe yetkisini tanıyan 1949 tarihli Anayasa kendisi zamanında yapılmıştır. *Peron*'un diktatörlüğü 1955 yılına kadar sürmüştür.

107) Bak. İ. LÜTEM, a.g.e., Cilt IV, s. 1252 vd.

108) T. FEVZİOĞLU, a.g.e., s. 49, 61, 339.

109) Bak. İ. LÜTEM, a.g.e., Cilt IV, s. 1548 vd. *Jimenez*, iktidardan 1958 yılının Ocak ayında uzaklaştırılmıştır.



## IV

## SONUÇ

Koca bir milletin bunca yıldır birkaç haine esir oluşu o birkaç hainin kuvvetini değil, fakat koca bir milletin zaafını ispat ediyor!

Prens Sabahattin

Şimdiye kadar yaptığımız ampirik araştırmalar, anayasa üstünlüğünün siyasî veya kazaî murakabesinin vatandaş hak ve hürriyetlerinin teminatı olacağı, otoriter rejimlerin önüne geçeceği yolundaki nazariye ve iddiaların pek vârid olmadığını göstermektedir. Bununla beraber, gene ampirik olarak, liberal rejimlerde daha çok kazaî murakabeye, otoriter rejimlerde ise daha çok siyasî murakabeye yer verildiğini de tesbit etmek mümkündür. Fakat bu hususta dahi kesin bir kaide koymak imkânı yoktur. Nitekim, liberal bir rejimin gerçekleşebilmesi için mutlaka şu veya bu anayasa müessesesinin mevcudiyeti gerektiği yolundaki iddiaların isabetli olmadığını, Fransa, Amerika ve bilhassa İngiltere örnekleri bize açıkça anlatmaktadır. İngilterede katı bir anayasa ve anayasanın üstünlüğünü murakabe edecek siyasî veya kazaî hiçbir murakabe cihazı bulunmadığı halde, en liberal demokratik bir rejim pekâla gerçekleşebilmiştir. Fransada da, aynı şekilde, 1875-1940 yılları arasında hiçbir murakabe cihazı mevcut olmamasına rağmen, liberal rejim kurulabilmiş ve Vichy rejimine kadar yaşayabilmiştir.

Fakat, anayasa üstünlüğünün siyasî veya kazaî murakabeye bağlanmış olmasının liberal ve otoriter rejimler üzerinde acaba hiçbir tesiri yok mudur?

Her şeyden önce, siyasî murakabenin gerçek bir murakabe teşkil etmediğine işaret etmek gerekir. Gerçekten, kanunların anayasaya uygun olup olmadıklarını tesbit etmek işi, münhasıran *hukukî* bir iştir. Halbuki, siyasî heyetler, kanunların anayasaya uygun olup olmadıklarını *hukukî bakımdan* araştırmaktan ziyade, kanunların "*opportunité*" sini araştırmakta, meseleleri *siyasî açıdan* mütalâa etmektedirler<sup>110</sup>. Diğer yandan, siyasî heyetlerin, kötü ellerde, otoriter rejimleri büsbütün müm-

110) Bak. yukarıda s. 9; G. VEDEL, a.g.e., s. 125; T. FEVZIOĞLU, a.g.e., s. 24.

kün kıldığını, gayrimeşrû hareketlere “kanunîlik” kisvesi giydirmeye yardım ettiğini, hükûmet edenler tarafından bir tahakküm vasıtası olarak kullanılabilirdiğini, - Fransadaki Koruyucu Senato’lar ile halkçı demokrasiler örnekleri ortaya koymaktadır.

Buna karşılık, kazai murakabenin otoriter rejimleri önlemek hususunda daha şanslı olduğu görülmektedir. Nitekim, bu konuda şu olay ilgi çekici bir örnek vermektedir: *Güney Afrika Birliğinde*, ırkçı hükûmet başkanı Dr. Malan, parlâmentodaki çoğunluğuna dayanarak, 1951 yılında melezlerin ayrı bir temsile tâbi olması hakkında bir kanun çıkardı. Bu kanun, melezlerin Anayasa<sup>111</sup> ile teminat altına alınmış bulunan haklarına bir tecavüz teşkil ediyordu. Bunun üzerine, mesele anayasaya aykırı kanunları incelemekle yetkili Yüksek Mahkeme huzuruna getirildi. Yüksek Mahkeme, sözü geçen kanunu anayasaya aykırı bularak, 1952 yılında iptal etti. O vakit, Dr. Malan gene partisi kanaliyle bir kanun çıkarttı. Bu kanunla, parlâmento üyelerinden müteşekkil bir “Parlâmento Âli Divanı” kuruluyor ve bu Divana Yüksek Mahkemenin kararlarını istinafen muhakeme etmek yetkisi tanınıyordu. Böylece, Yüksek Mahkemenin kararları Âli Divan (daha doğrusu parlâmentodaki çoğunluk partisi) tarafından murakabe altına alınmış oluyor, parlâmento çoğunluğu kendi yaptığı kanunların tek hâkimi haline geliyordu. Fakat, 10 Kasım 1952 tarihinde, Yüksek Mahkeme bu kanunu da anayasaya aykırılık sebebiyle iptal etti. Dr. Malan muvaffak olamamıştı<sup>112</sup>.

Ancak, işaret etmek gerekir ki, kazai murakabenin işliyebilmesi ve vatandaş hak ve hürriyetlerini koruyabilmesi için de bazı şartların gerçekleşmesi zarureti vardır.

Bu şartlardan bazıları, *anayasanın yapısına, metnine* taallük eder. Gerçekten, anayasanın sadece siyasi müesseselere mütaallik hükümleri ihtiva etmesi ve vatandaş hak ve hürriyetleriyle ilgili hükümlere hiç yer vermemesi halinde; kazai murakabe yalnız siyasi müesseselere müteallik kanunlar hakkında işliyebilecek, fakat vatandaş hak ve hürriyetlerini tahrip eden kanunlar kazai murakabenin dışında kalacaktır<sup>113</sup>. Diğer yandan, anayasada vatandaş hak ve hürriyetlerinden bahseden hükümlere yer verilmiş olması da, bunlar için her zaman kâfi bir teminat teşkil edebilir. Nitekim, her hak ve hürriyetin sadece ismini zikretmekle

111) *South Africa Act, 1909*. Güney Afrika Birliği için bak. DARESTE, a.g.e., Cilt V, s. 116 vd.; İ. LÜTEM, a.g.e., Cilt II, s. 578.

112) M. DUVERGER, a.g.e., s. 225.

113) G. VEDEL, a.g.e., s. 125.

yetinen, bunların hiçbir tarifini vermeyen ve sadece “*kanun dairesinde serbest*” olduğunu bildiren anayasa hükümlerinin kazaî murakabeyi pek sağlayamayacağı söylenebilir. Çünkü bu suretle, her hak ve hürriyetin tarifi, tayini ve fiiliyattaki sınırının tesbiti yetkisi doğrudan doğruya aile-âde kanun koyucunun keyif ve takdirine bırakılmış olur<sup>114</sup>. Bunun gibi “*umumî menfaat*”, “*iktisadî güvenlik*” gibi müphem terimlerle teşri organına geniş takdir yetkisi tanıyan anayasa maddelerine dayanılarak çıkarılacak kanunların da kazaî murakabeden kurtulmaları muhtemeldir<sup>115</sup>. Bu sebeple, kazaî murakabenin gerektirdiği gibi işliyebilmesi için, her şeyden önce, vatandaş hak ve hürriyetlerinin anayasalarda açık hükümlerle tarif ve tesbit edilmesi, bu hak ve hürriyetler karşısında âmme otoritelerinin sınırlarının tâyin olunması elzemdir.

Fakat, kazaî murakabenin işliyebilmesi ve keyfî ve otoriter davranışlara engel olabilmesi için, anayasanın yapısına ve metnine müteallik şartların gerçekleşmiş bulunması da her zaman kâfi değildir. Ayrıca, kaza organının *bağımsız* olması, anayasaya aykırı bir tasarrufu iptal etmek veya felce uğratmak imkânını veren bir *müeyyideye* sahip bulunması da gereklidir<sup>116</sup>. Gerçekten, kaza organının (bilhassa özel bir anayasa mahkemesi kurulmuşsa) icra ve teşri organları karşısında bağımsızlığı sağlanmadığı takdirde, murakabe ödevini yapamaması, hattâ müstebit bir idarenin elinde - Fransadaki Koruyucu Senatolar gibi - gayrimeşrû hareketlere “*kanunîlik*” kisvesi giydiren bir âlet ve bir tahakküm vasıtası haline gelmesi mümkündür. Diğer yandan, kaza organının anayasaya aykırı kanuna tatbik edecek herhangi bir müeyyideye sahip olmaması veya bu konuda nihai kararın siyasî bir heyete bırakılması halinde de, anayasanın gerçek bir teminata bağlandığı sövlenemez. Nitekim, Güney Afrika Birliğinde, Dr. Malan eğer teşebbüsünde başarıya ulaşmış olsaydı, anayasanın ihlâlî ve vatandaş hak ve hürriyetlerinin çiğnenmesi geniş ölçüde imkân dahiline girecekti. Şu halde, *anayasanın yapısına müteallik şartların yanında, kaza organına müteallik şartların da gerçekleşmesi zaruridir*<sup>117</sup>.

114) Bak. A.F. BAŞGİL, *Vatandaş hak ve hürriyetlerinin korunması meselesi ve Anayasamız* (Muammer Raşit Seviğ'e Armağan'da), İstanbul 1956, s. 594 vd., s. 602.

115)) Bak. ve karşı. A.F. BAŞGİL, a.g.m., s. 595 vd.; A. PANCHAUD, a.g.e., s. 24a.

116) G. VEDEL a.g.e., s. 122; M. DUVFERGER, a.g.e., s. 221.

117) Kanunimizce, kaza organının anayasaya aykırı kanuna tatbik edecek bir müeyyideye sahip olmaması veya nihai kararın siyasî bir heyete bırakılması halinde, ortada kazaî murakabe yoktur. Bk. yukarıda s. 42 vd.

Bunların dışında, bir memleketteki psikolojik, iktisadî, tarihî vs. gibi faktörlerin de, siyasî rejimler ve kazaî murakabenin işleyişi üzerinde büyük tesirleri olduğunu kabul etmek gerekir<sup>118</sup>. Nitekim, Nikaragua, Panama, Paraguay, Arjantin, Venezuela gibi memleketlerde kazaî murakabenin yürümemesinin ve liberal bir rejim yaratamamasının başlıca âmili bu maddî ve manevî faktörler olmuştur. Bu memleketlerde hükümet darbelerinin bir gelenek haline gelmiş olması, geri iktisadî ve kültürel şartlar, halkın mizacı vs. otoriter rejimleri geniş ölçüde mümkün kılmışlardır.

Bütün bunlar, kazaî murakabenin kabul edilmiş bulunmasının, tek başına, liberal rejimlerin teminatı olamayacağını, otoriter rejimleri önlemeyeceğini açıkça göstermektedir.

Nihayet, âmme otoriteleri karşısında vatandaş hak ve hürriyetlerinin korunması konusunda çareler araştırılırken, modern teknik buluşların ve gelişmelerin hükümet edenlere her gün yeni kudret kaynakları ve baskı vasıtaları kazandırdığını da unutmamak gerekir<sup>119</sup>. Modern teşkilâtçılık ve silâhlar, ulaştırma ve muhabere vasıtaları, radyo, sinema, televizyon gibi yayın cihazları bir yandan hükümet edenleri alabildiğine kuvvetlendirmekte; diğer yandan, hükümet edilenleri iktidar karşısında her gün biraz daha zayıf düşürmekte, ferdi kitle içinde eritmekte ve müşahhas insanı gözden kaybettirmektedir.

Bu durum karşısında, vatandaş hak ve hürriyetlerini koruyacak ve takvî ve edecek birtakım tedbirler almağa zaruret vardır. Bu tedbirlerden bir kısmı siyasî iktidarın (hükümet edenlerin) sınırlandırılmasına taallük eder<sup>120</sup>. Siyasî iktidarın sınırlandırılmasında bu müessese ve usullerin - bu arada anayasa üstünlüğünün kazaî murakabeye bağlanması - lüzum ve faydaları inkâr olunamaz. Fakat, liberal rejimlerin asıl teminatı, kanaatimizce, hükümet edenlerin kudretini azaltacak tedbirler-

118) Meselâ Almanya'da Nasional-Sosyalizm ve İtalya'da Fasizm diktatörlüğünü meydana getiren sebeplerin incelenmesi, bu maddî ve manevî faktörlerin siyasî rejimler üzerinde ne derece müessir olduklarını, onları nasıl tâyin ettiklerini açıkça gösterecektir. Bilhassa Almanya'da 1919 Weimar Anayasası ile en demokratik müessese'ler kabul edildiği halde, bu maddî ve manevî faktörlerin, en otoriter ve totaliter bir rejime vücut verdikleri müşahade olunmaktadır. z

119) M. DUVERGER, a.g.e., s. 196; C.-A. Colliard, *Précis de droit public, Les libertés publiques*, Paris 1955, s. 13.

120) Bak. H. N. KURALLI, a.g.e., s. 161 vd.; B. SAVCI, *İnsan Hakları*, Ankara 1953; M. DUVERGER, a.g.e., s. 213 vd.

den ziyade, hükümet edilenlerin kuvvetlendirilmesindedir<sup>121</sup>. Nitekim, İngiltere örneği bize bu gerçeği tekrar tekrar öğretmektedir.

Kanaatimizce, liberal rejimlerin gerçek ve son teminatı, eğitimidir. Yalnız, eğitimin otoriter ve totaliter rejimler hizmetinde de kullanılabilirdiği gözden kaçmamalıdır<sup>122</sup>. Çağımız, bir bakıma, ideolojiler çağıdır. Bazı memleketlerde, mücerret bir kavram (mefhum) uğruna müşahhas insan varlığı feda edilebilmekte, daimî telkinler altında ve ideolojiler emrinde insanlar insanlıklarından vazgeçebilmektedirler<sup>123</sup>. Şu halde, çağımızda insanların ideolojiler için değil, fakat ideolojilerin insanlar için yapıldığını her an hatırlatacak; müşahhas insan varlığının en üstün değer ve gaye olduğunu ve her şeyden önce geldiğini daima anlatacak; bir zümre veya sınıfın başka bir zümre ve sınıfa tahakküm hakkı olamayacağını durmadan belirtecek bir eğitim sistemi kurmak gerekir<sup>124</sup>.

Binaenaleyh, bir ideal adına da olsa, müşahhas insan varlığına ve hürriyetine karşı hükümet edenler tarafından girişilecek en ufak bir tecavüz teşebbüsü karşısında, hükümet edilenlerin hemen mukabil harekete geçmelerini sağlayacak bir eğitim sistemini gerçekleştirmek ve bunu bütün halk kitlelerine yaymak, otoriter rejimleri önlemenin başlıca çaresidir<sup>125</sup>.

Asistan ALP KURAN

121) Karş. A.F. BAŞGİL, a.g.m., s. 587.

122) K. JASPERS, *La situation spirituelle de notre époque*, 3. éd., Paris 1952, s. 122 vd.

123) Albert CAMUS, *Actuelles*, Paris 1950, s. 252 vd.; G. MARCEL, *Les hommes contre l'humaine*, Paris 1951, s. 36 vd.

124) No. 122 ve 123 de zikredilen eserlere bakınız.

125) Esasen, klâsik demokrasi de, yaşıyan ferde ve yaşanan hürriyete değer veren ve onu en yüksek gaye ve değer bilen bir rejimdir (Bak. A. KURAN, *Fevkalâde haller*, Vatan gazetesi, 9.8.1958).