

DÂVA MAHKEMELERİNDE ANAYASAYA AYKIRILIK DEFİ VE RE'SEN SEVK

Yazan : *Asistan Dr. Servet ARMAĞAN*

PLÂN

GİRİŞ

Birinci Başlık : Defi (Exepcio)

- I — Yetki
- II — Mahkeme
- III — Müddet ve İddianın Zamanı
 - A) Müddet
 - B) İddianın Zamanı
- IV — Konu
- V — Ciddilik
- VI — Aykırılık def'inden sonraki usulî muameleler

İkinci Başlık : Re'sen Sevk (Ex officio)

- I — Sistemin mahiyeti
- II — Sistemin işleyişi

BİBLİYOGRAFYA

KISALTMALAR

- A. : Anayasa
- AD. : Adalet Dergisi
- An. T. : Ankara Tasarısı (Siyasal Bilgiler Fakültesi İdarî İlimler Enstitüsünün Gerekçeli Anayasa Tasarısı ve Seçim Sistemi Hakkındaki Görüşü, Ankara, 1960)
- bkz. : bakınız
- BVG. : Bundesverfassungsgericht (Federal Almanya Anayasa Mahkemesi)
- BVGG. : Gesetz über Bundesverfassungsgericht (Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kanunu)
- EBVG. : Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kararları)
- Gerekçe : Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunun Anayasa Tasarısı ve Gerekçesi
- İHFM. : İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
- İs. T. : İstanbul Tasarısı (İstanbul Üniversitesi Anayasa Komisyonu Ön Tasarısı)

- MM. An. K. : Millet Meclisi Anayasa Komisyonu
 MM. Ad. K. : Millet Meclisi Adalet Komisyonu
 s. K. : sayılı Kanun
 Tasarı : Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu Tasarısı
 TM. An. K. : Temsilciler Anayasa Komisyonu
 TM. Td. : Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi
 44 s. K. : 44 sayılı ve 22/4/1962 tarihli Anayasa Mahkemesinin Kuruluş
 ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun

NOT : Anayasa Mahkememizin kararlarına yapılan atıflar «Esas/Karar numarası, kararın yayınlandığı Resmî Gazetenin tarihi» şeklindedir. Alman Anayasa Mahkemesi kararlarında ise, birinci sayı cilde, ikincisi sahifeye işaret eder.

G İ R İ Ő

Bilindiği gibi 1961 Anayasamız, 145 - 152. maddelerinde bir Anayasa Mahkemesi müessesini düzenlemiş, bunun görev ve yetkilerini ise dağınık bir takım maddelerde (A. m. 57, 81, 140/3, 147/1 - 2) göstermiştir. Bizim bu yazıda üzerinde durmak istediğimiz, Anayasanın 151. maddesinde belirtilen Anayasaya aykırılık iddialarının şekli ve bunları Anayasa Mahkemesine intikal ettirme mekanizmasıdır.

Anayasamızın benimsediği sisteme göre, Anayasaya aykırılık iddialarının Anayasa Mahkemesine gidebilmesi için, iki yol vardır. Diğer bir deyişle, benimsenen sisteme göre, Anayasa Mahkemesi, hiç bir talep olmadan, bir hükmün Anayasaya aykırı olup olmadığını inceleyip karara bağlayamaz. Ancak muayyen yollardan önüne gelen iddiaları karara bağlayacaktır. Bunlardan birincisi, direkt olarak Anayasa Mahkemesine gider ki, Anayasamız buna «iptal dâvası» ismini vermektedir (A. m. 149'un kenar başlığı). İkincisi ise, endirekt olarak Anayasa Mahkemesine çıkan yoldur. Bu yol Anayasamızın 151. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, bir Anayasaya aykırılık iddiasının Anayasa Mahkemesine sunulabilmesi ancak bir mahkeme tarafından ve bir dâva dolayısıyla mümkün olabilmektedir. Yani, ya o dâvada «taraf» olanlardan birinin ileri sürdüğü Anayasaya aykırılık iddiasını mahkemenin «ciddî» görmesi, ya da bir mahkemenin bir dâva dolayısıyla, uygulayacağı bir hükmün Anayasaya aykırı olduğu kanısına varmasıyla mevzuubahis olacaktır. Yani iptal dâvasında, hiçbir dâvaya veya mutavassıt şahsa ihtiyaç olmaksızın Anayasa Mahkemesine başvurma müm-

kün iken, ikinci yolda, Anayasaya aykırılık iddiası ancak bir dâva dolayısıyla ileri sürülebilme ve bir mahkemede tarafından Anayasa Mahkemesine intikal ettirilmektedir.

İşte, bu yazımızın konusu, tatbikî ehemmiyeti büyük olan, bu ikinci yoldur. Acaba dâva mahkemelerinde Anayasaya aykırılık iddiaları ne şekilde ileri sürülecektir? Aynı şekilde, bir dâvaya bakmakta olan mahkeme, kendisi uygulayacağı bir hükmü, re'sen ve Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle ne şekilde Anayasa Mahkemesine gönderecektir. Aşağıdaki kısa izahatta bu ve benzeri soruların cevaplarını vermeye çalışacağız.

Birinci Başlık : Defi (Exepcio)

Kazaî murakabe yolu olarak defiden maksad, «adlî veya idarî bir mahkemede görülmekte olan bir dâva sırasında taraflardan birinin kendisine tatbik edilmek istenen bir kanunun Anayasaya aykırı olması sebebiyle tatbik edilmemesi gerektiğini iddia ederek ileri sürdüğü defi» üzerine yapılan kontroldür¹. Bu yol ile yapılan murakabe (controle par voie d'exception) denir. Dâva yolu ile murakabe (controle par voie d'action) den bariz farkı, burada daha ziyade tedafüî bir durumun bahis konusu olduğudur².

Fakat bizim asıl üzerinde durmak istediğimiz nokta, bu terimlerin hususî hukuktan ayrı mânaya geldiğidir. Bilhassa, «exceptio» terimine verilen mânâ bakımından, böyledir. Gerçekten medenî hukuktaki defide, dâvacının ileri sürdüğü hâdiseyi ve dâva mevzuunu (yani hukukî sebebi) diğer taraf kabul etmekte, fakat edimi yerine getirmekten imtina etmesini haklı gösterecek mukabil sebepler ileri sürmektedir³. Definin en açık misali mürur-u zamandır. İtiraz ise, dâvacının ileri sürdüğü vakıalara karşı dâvalının mukabil hâdiseler dermeyan ederek hakkın mevcut olmadığını iddia etmesidir⁴. Bunun da açık misali sukut-u hak iddiasıdır⁵ ve ikisi arasındaki tefrikin önemi, itirazın, taraflar ileri sürmemiş olsalar bile, hâkim tarafından re'sen nazara alınabileceği, halbuki defi

1) KUBALI, 1964, 236, Esas, 85.

2) FEYZİOĞLU, 52; SAVCI, 125.

3) SAYMEN, 378.

4) İbid. 379.

5) İbid. 378.

için böyle bir imkânın mevcut olmadığı, yani ancak taraflarca ileri sürüldüğü takdirde hâkim tarafından nazara alınacağıdır⁶.

İşte bazı müellifler, iki mefhum arasındaki bu farkı nazara alarak, Amme Hukukunda da «defi» yolu ile kazaî murakabe ve «itiraz» yolu ile kazaî murakabenin mevcut olduğunu⁷ ve her ikisini (defi yolu ile kazaî murakabe) adı altında birleştirmenin kusurlu olduğunu ileri sürmektedirler⁸.

Halbuki kanaatimizce Âmme Hukukunda bu terimlerin ifade ettiği mânayı tâyin için, hususî hukuka başvurmaya hacet yoktur. Şöyle ki; Âmme Hukukunda kazaî murakabe çeşitli yönlerden ayrımlara tâbi tutulmaktadır.

1. Kazaî murakabeyi yapan mahkemeler bakımından, 1 - Âdi Mahkemeler 2 - Yüksek mahkemeler (En yüksek mahkeme - Anayasa Mahkemesi).

2. Kazaî murakabe neticesinde verilen hükmün tesiri bakımından (erga omnes ve inter pares) ve nihayet,

3. Mahkemenin işe el koyması bakımından: Bu da şu şekilleri arzeder.

a. Bir iptal dâvası sebebiyle kazaî murakabe (dâva yolu ile kazaî murakabe),

b. Görülmekte olan bir dâvada, aleyhine tatbik edilen bir kanunun anayasaya aykırı olduğunu taraflardan birinin ileri sürmesi sebebiyle (defi yolu ile kazaî murakabe) ve nihayet,

c. Kanunu tatbik edecek mahkemenin aykırılığı bizzat araştırarak işe el koyması (re'sen kazaî murakabe)⁹.

6) İbid. 378.

7) KÖKSAL, 16; AYBAY, 27 Haziran 1961.

8) FEYZİOĞLU, 56 - 57.

9) Re'sen kazaî murakabe için bkz. FEYZİOĞLU, 53. KURAN, 47. Bazı müellifler Anayasa mahkemesinin iki yol ile işe el koyabileceğini belirtiyorlar. (AYBAY, 17/8/1962). Halbuki ilerdeki izahatımız gösterecektir ki, Anayasa Mahkemesinin işe el koyması iki yol ile değil, üç yol iledir. Üçüncüsü «re'sen sevtir».

Bunlardan birinci ve ikinci gruplara ait, Anayasalara da örnekler her zaman bulunduğu gibi, üçüncü gruba da dünya Anayasalarından örnekler verilebilir¹⁰.

Burada yanlış anlaşılmaya sebep olan hususî hukuktaki itirazın —bünyesi icabı— re'sen nazar-ı itibara alınması ile, âmme hukukunda bir dâvaya bakmakta olan mahkemenin tatbik edeceği kanunun, Anayasaya aykırı olduğunu re'sen tatbik yetkisidir. Halbuki hususî hukuk alanındaki itiraz, karşı tarafın iddia ettiği şekilde bir hakkın mevcut olmadığı iddiasıdır. Hakkın yokluğu sebebiyle «dâva» da olmayacağı için, hâkim tarafından re'sen nazar-ı itibara alınmaktadır ki, mantıkidir. Burada ise, kazaî murakabeyi yapan organa verilmiş bir «yetki» bahis konusudur. Bu yetkinin konusu, tatbik edeceği bir kanunun Anayasaya uygunluğunu veya aykırılığını tesbit etmek ve neticeye göre gerekeni yapmaktır. Taraflara aykırılık iddiasını ileri sürmek yetkisi verildiği gibi, mahkemeye de böyle bir «tetkik yetkisi» verilmiş olmaktadır¹¹.

Diğer taraftan mahkemelerde taraflarca ileri sürülen aykırılık iddiaları «exceptio» için «itiraz» denildiği görülmektedir¹². TM. An. K. da gerekçede (m. 152) «itiraz» «exceptio» yolu demektedir. Anayasanın T. M.nde görüşmelerinde ise, bu yol için komisyon sözcüleri tarafından genellikle «defi» kelimesi kullanılmaktadır¹³.

Netice olarak diyebiliriz ki, işe el koyan mahkeme bakımından iptal yolundan ayrı olarak «defi» ve «itiraz» diye ayrı yollar olmayıp, her iki tâbir de aynı müesseseye işaret etmektedir¹⁴. Re'sen mu-

10) Ezcümle BONN Anayasası, m. 100.; AVUSTURYA (1920), m. 140.; BREZİLYA (1964) m. 101/3-b.; GUATEMALA (1949), m. 170.; PORTEKİZ (1953), m. 123.; URUGUAY (1942 plebisiti ile değiştirilen şekli), m. 230.

11) Bu mefhumların usul hukukundaki özel mânası için bkz. POSTA-CIOĞLU, 200 - 201.

12) AYBAY, 27/6/1961, 20/1/1962, 17/2/1962, 17/8/1962, 25/10/1962, 12/11/1962; BALTA, 560; KUBALI, 1964, 251; KURU, 168; ALDIKAÇTI (1961) II, 189, 195.

13) T.M. Td. c. 4, s. 214, 215, 218, 220 bazan «itiraz» demektedir. (ibid., s. 234, 664).

14) «Defi daha doğrusu itiraz ise», komisyon sözcüsünün konuşmasından... (ibid., s. 234).; TELCHINI, 1018. Hattâ bazılarına göre bu yol için «itiraz» denilmesi hatalıdır. (KUNTER, 390/45 no.lu not). Aynı müellife göre gerek defi ve gerekse re'sen sevk yollarında «dolayısıyla iptal dâvası» söz konusudur (sh. 389 - 390).

rakabe ise ayrı bir yol olarak bazı anayasalarda yer almıştır. Anayasamıza hâkim olan anlayış da keza budur ¹⁵.

I. YETKİ.

Bir kanunun Anayasaya aykırılığını kimler ileri sürebilir? A. m. 151'nin ifadesine göre «... taraflardan birinin ileri» sürmesi gerekecektir. İtalya'da da aynı tâbir kullanılmıştır ¹⁶. Taraf tâbirinin mânasına inmeden yalnız şu kadarını söyleyelim ki, taraf bir olabileceği gibi birden fazla da olabilir. Bu takdirde Anayasaya aykırılık defini ileri sürmek yetkisi hepsine aittir. Yani ister dâvalı taraf, ister dâvacı taraf birden ziyade olsunlar, birlikte hareket edecekleri (HUMK. m. 44) kaidesi burada carî olmamak lâzım gelir. Çünkü aykırılık iddiasının bir neticeye bağlanması esas dâvanın seyirini değiştirebilecek, netice olarak hepsine tesir edecektir. O sebeple her biri yalnız başına ileri sürebilecek ve verilen karar diğerlerine de sirayet edecektir ¹⁷. Nihayet şunu da belirtelim ki «taraf» tâbirine fizik şahıslar girdiği gibi mânevi şahıslar da dahildir ¹⁸.

Şimdi de, özel durumları itibarıyla taraf mefhumuna giren süjeleri görmek icap eder.

Genellikle bir kanunun (dikkat edilirse 151. madde yalnız kanundan bahsetmektedir. İçtüzük dahil değildir), Anayasaya aykırılığı, dâvalı «taraf»ca ileri sürülebilecektir. Çünkü gerek hukuk ve gerekse ceza dâvalarında dâvalı, kaideden, edimle (müsbet veya menfi) mükellef tutulmak ya da muayyen bir cezaya çarptırılmak istenen taraftır. İdarî dâvalarda ise, dâvalı taraf, «idare» dir ¹⁹.

Dâvacı olan taraf da Anayasaya aykırılık definde bulunma yetkisini haizdir. Fakat bu ihtimal evvelkine nazaran zayıftır. Burada daha ziyade kendisi tarafından istinad edilen bir kanun vardır. Hele dâvacı mutazarrır olan bir kimse olduğuna göre, istinad ettiği ve tatbik edilecek kanunun Anayasaya aykırılığını ileri sürme ihtimali zayıftır. Çünkü bu kanunun tatbiki ile ya hakkını elde edecek, ya da

15) Bu madde görüşme yapılmadan kabul edilmiştir (ibid., s. 220, 641).

16) (1948 tarih ve 1 sayılı Anayasal kanun. m. 1, 1953 tarih ve 87 sayılı kanun m. 23) (ALACAKAPTAN, 500, 505).

17) Krş.: POSTACIOĞLU, 213.

18) POSTACIOĞLU, 166.; KUNTER, 214.

19) ONAR, 1380 - 1381, 1407.

karşı tarafın bir cezaya mahkûm olması ile gayesine varmış olacaktır.

Fakat buna rağmen dâvacı tarafından Anayasaya aykırılık definin ileri sürülmesi mümkündür. Hem Anayasa gereğince, hem de genel dâva teorisi icabı: Anayasa bu yetkiyi ayırım yapmaksızın bütün taraflara vermiştir. Diğer taraftan, dâvanın seyri icabı da aleyhine netice doğurabilecek her halûkârda müdafaa imkânına sahip olduğu için aykırılık defini ileri sürebilecektir. Acaba iddiasına dayanak yaptığı bir kanunun Anayasaya aykırılığını ileri sürebilecek midir? Sürebilmesi gerekir. Çünkü ferde böyle bir yetki tanımaktan gaye hak ve hürriyetlerin korunmasına imkân sağlamaktadır. Bunu temin etme imkânı ferdin elindedir: Aykırılık defini ileri sürmek, Tatbik edilecek kanunun kendi aleyhine olacağını sezdiği zaman bu imkânı kullanabilmelidir. Bu kanunun kendisinin dayandığı kanun olması durumu değiştirmemelidir.

Dâva vekilleri genel dâva teorisi itibarıyla «taraf» mefhumuna dahildir. Bu sebeple dâva vekillerinin de aykırılık define bulunabilmelerini kabul etmek gerekir. Ancak verilen vekâlette bu hususta menfi bir şart varsa, ileri süremez. Aksi halde usul hükümlerini ihlâl etmiş oluruz²⁰.

Kayyım, vasi veya bir mümessilin taraf olarak bulunduğu dâvalarda bunların da aykırılık defini ileri sürmesi mümkündür. Keza iflâs masasını da burada «taraf» kabul etmek gerekir. Çünkü dâva açma yetkisi vardır²¹.

Savcının varlığı ile görülen dâvalarda, savcı da Anayasaya aykırılık iddiasında bulunabilir²². Prof. Erem'e göre «Savcı» burada «taraf» tâbirine dahildir²³. Mahkemenin, savcının ileri sürdüğü iddiayı inceliyerek ciddî olduğu kanaatine varırsa, işi Anayasa Mah-

20) Tetkikatta bazan dâvacı tarafından ileri sürülen aykırılık iddiası dâvalı tarafından kabul edilmektedir. (3/67 - 31/5/1963). Bazan da her iki taraf birden ileri sürmektedir (286/53 - 8/6/1963).

21) POSTACIOĞLU, 161, 163.

22) EREM, 7.; BOYACIOĞLU, 718.

23) EREM, 7.

kemesine intikal ettirmesi, kurulan sistemin ruhuna uygun düşen bir hareket olur ²⁴.

Zaten Anayasa Mahkemesi kararlarından anladığımıza göre, savcılar, aykırılık iddiasını ileri sürebilmektedirler ²⁵.

İtalya'da savcılar için böyle bir yetki açıkca tanınmıştır (1953 tarih ve 87 sayılı kanun m. 23/1) ²⁶.

Netice olarak diyebiliriz ki, esas dâvada «taraf» sıfatını haiz olan herkes ve bu arada esas tarafı temsilen bulunan kimselerle «savcı» aykırılık defini ileri sürebilirler ²⁷.

II. MAHKEME.

Anayasa'nın 151. m. sinden çıkan mânaya göre, Anayasaya aykırılık defii ancak bir duruşma esnasında ileri sürülebilir. O sebeple savcılıkta ifade alınırken ileri sürülemediği gibi, sorgu hâkimi huzurunda da ileri sürülemez. Çünkü bunlar muhakeme sayılmazlar. Anayasa m. 151 «Bir dâvaya bakmakta olan mahkeme...» dediğine göre, Anayasaya aykırılık iddiası, ancak bir duruşma esnasında ve mahkemeye karşı ileri sürülebilir.

Burada mahkeme tâbirinden anlaşılması gereken «adlî, askerî veya idarî dâvalara bakan ve bu dâvalarda nihaî hüküm vermek suretiyle anlaşmazlıkları çözmeye yetkili her derecede mahkemeler»dir²⁸. Binaenaleyh âdi mahkemeler buna dahil sayıldığı gibi, dâva mahkemesi olarak faaliyet gösterdiği hallerde ²⁹, temyiz mercileri de da-

24) BOYACIOĞLU, 7 - 8. Bazı müelliflere göre, şahid hakkında doğrudan doğruya uygulanan kanunun Anayasaya aykırılığı bahis konusu ise, şahsı üzerinde bunun direkt etkisini görecektir olan şahide de bu yetkinin tanınması yerinde olur. (AZRAK, 40).

25) Bkz. 198/111 - 24/1/1963, 232/9 - 11/5/1963, 7/72 - 31/10/1963, 16/41 - 4/11/1965. Bazan temyiz safhasında cumhuriyet başsavcısı da ileri sürmektedir: 7/72 - 31/10/1963. Savcının kamu dâvası açmış olması aykırılık iddiasında bulunmasını veya ileri sürülen iddiaya katılmasına mani değildir: 280/51 - 16/5/1963.

26) ALACAKAPTAN, 505.; Ayrıca bkz. TELCHINI, 1019.

27) Taraf mefhumu daha çok teknik bir mefhum olduğundan incelenmesi konumuzun dışında kalır. Bunun hakkında bkz. KURU, 172 ve müt.; POSTACIOĞLU, 160 ve müt.

28) Bkz. 51/3 - 16/10/1965.

29) Bkz. KUNTER, 286 - 287. Yeni Danıştay kanununun 30. m. de Danıştayın ilk derece mahkemesi olarak çalışacağı halleri düzenlemiştir.

hildir. Uyuşmazlık mahkemesinde bu iddia ileri sürülemez³⁰. Çünkü bu mahkeme sadece «adlî, idarî ve askerî yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözümlemeye yetkili» bir mahkemedir.

Bilindiği gibi muayyen kimseleri, belirli suçlardan dolayı yargılama görevi yüce divana verilmiştir. A. m. 147/2 - 44 s. K. m. 34/35). Fakat «Yüce Divan» isminde ayrı bir mahkeme kurulmuş olmayıp, bu görevi Anayasa Mahkemesi yapacaktır. Yani Anayasa Mahkemesi muayyen hallerde yüce divan olarak çalışmaktadır. Bu takdirde yargılanan «Muayyen kişiler» in de kendilerine tatbik edilen kanunun Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürme yetkilerini kabul etmek, Anayasamızın kurduğu kazaî murakabe sistemine uygundur. Aksi halde yürütme organı «Cumhurbaşkanı, bakanlar kurulu üyeleri» ve yüksek yargı organı makamlarını işgal etmiş kimseler, ferd olarak diğer kimselerden müdafaa imkânı bakımından zayıf duruma düşmüş olacaklardır³¹.

Mahkemenin sabit veya geçici olmasının önemi yoktur³².

44 s. K. Hükümet gerekçesine göre (m. 24), dâvaya bakmakta olan mahkeme ibaresi adlî, idarî ve askerî yargıya dahil mahkemeleri ifade ettiği kadar, Derece Mahkemelerini de ifade etmektedir. Yalnız şu kadarını söyleyelim ki, bir derece mahkemesi olan Yargıtay, dâvaya bakmakta olan mahkeme tâbirine girmez: Yargıtay kaide-ten³³, muhakeme yaparak ihtilâfın esasına karar veremez. Dâva mahkemeleri tarafından verilen kararların mevzuata uygunluğunu inceler. Bozarsa, kendisi yine işin esasına karar veremeyecektir. Ancak CMUK m. 322'de sayılan hallerde dâvanın esasına hükmedileceği için, şayet tetkikât duruşmalı yapılıyorsa, aykırılık defii ileri sürülebilir. Danıştay K. m. 85'de aynı durum vardır. Bunun dışında şayet taraflar temyiz layihâlarında ileri sürmemişlerse, temyiz saf-

30) Bkz. GÜRAN, 24.

31) Ancak belki tartışılacak nokta ileri sürülen aykırılık iddiasının kesin bir şekilde halledileceği merciin, yine aynı mahkeme olmasıdır. Fakat Yüce Divan zaten nihai merci olarak vazife görmektedir.

32) Meselâ geçici arazi kadastro mahkemelerinin de bizzat kendileri «re'sen sevk» kararı vererek, işi Anayasa mahkemesine intikal ettirebilmektedirler. Bkz. 211/121 - 6/3/1963, 28/66 - 20/5/1963. Aynı şekilde defii olarak ileri sürülen iddiaları da Anayasa mahkemesine intikal ettirmek yetkileri vardır.

33) Bkz. KUNTER, 752.

hası duruşmalı olan incelemelerde (CMUK. m. 318), böyle bir imkânın tanınması, ferdî hakların korunması lehinedir. Yok eğer zaten dâva mahkemesi olarak faaliyet göstermekte ise, bu durumu ile A. m. 151'e gireceği için, muhakeme esnasında aykırılık defii ileri sürülebilecektir.

Hâkem mahkemeleri «dâvaya bakmakta olan mahkeme» tâbirine girer mi? Anayasa Mahkemesi bir kararında buna menfi cevap vermiştir. «Ancak bu mahkemelerin aynı zamanda hâkim oluşları bu dâvaların bir mahkemede görüldüğünü kabule elverişli değildir». Çünkü bir uyuşmazlığı «kanun hükümleri uyarınca halledecek hakemlere ne Anayasada ve ne de 22/4/1962 gün ve 44 sayılı kanunda uygulanacak kanun hükümlerinden ötürü Anayasa Mahkemesine başvurma hakkı tanınmadığından ve olayda İstanbul yüksek dereceli hâkimi de genel hükümler uyarınca mahkemeye ait bir vazife görmekte olmayıp, elindeki dâvayı hakem sıfatıyla halletmek mevkiinde bulunduğundan, itirazın yetki yönünden reddi gerekir»³⁴.

Kanaatimizce «mahkeme» tâbirini yalnız «resmî mahkemeler» şeklinde kabul etmek isabetli bir anlayış değildir. Hakemlerin hallettikleri ihtilâf hakkında verdikleri kararlar kabil-i icra olduğuna göre (HUMK. m. 536), ferdî hakların korunması için onları da «mahkeme» tâbirine sokmak gerekir. Hakemlerin hukukî durumu, o ihtilâf bakımından âdeta bir mahkemedirler³⁵. Bu sebeple hakemlere Alman dilinde «Hakem mahkemesi» (Schiedsgericht) de denilmektedir. Binaenaleyh kararları yargıtayca tanınan ve kabil-i icra olan hakem mahkemelerini bunun dışında tutmak herhalde ferdî hakların aleyhinedir.

İtalya'da «mahkeme değil» «kazaî merci» tâbiri kullanıldığından (1953 tarih ve 87 sayılı kanun m. 23)³⁶ hakem mahkemeleri bunun içine girebilir.

Nihayet «mahkeme» tâbirinin yalnız «tek hâkimli» mahkemeler değil, «heyet halindeki mahkemeler» e de şâmil olduğunu belirtmemiz gerekir. Meselâ Danıştay dâva daireleri genel kurulu da (mahkeme) tâbirine girer³⁷.

34) Bkz. 46/43 - 6/4/1963.

35) KURU, 516.

36) ALACAKAPTAN, 505.

37) Bkz. 43/5 - 10/6/1965. Bu nokta hakkında ayrıca bkz. 51/3 - 16/10/1965 ve muhalefet şerhi.

III. MÜDDET VE İDDİANIN ZAMANI.

A) Müddet :

İptal dâvası için müddet bakımından bir ayırım yapılmıştır. Anayasa Mahkemesinin faaliyete geçtiği anda yürürlükte olan kanunlar için altı ay, bunun dışında kalan kanunlar için ise doksan gün. Halbuki burada böyle bir müddet söz konusu değildir. Eski kanunlar içinde olsa, bu yetki her zaman kullanılacaktır³⁸.

Ancak bunun da bir başlangıcı vardır. Diğer bir deyişle Anayasaya aykırılık definin Türkiye'de ilk defa ileri sürülmesi için bir şart vardır. O da Anayasa Mahkemesinin görevine başladığının resmî gazetede yayınlanmasıdır. Bu tarihten önce mahkemelerde kanunların Anayasaya aykırılığı ileri sürülemez ve bu hususta karar verilemez (Geçici dokuzuncu madde/1)³⁹. Bu duruma göre mahkemelerde Anayasaya aykırılık defii, Anayasanın yürürlüğe girmesinden takriben bir sene iki ay sonra fiilen gerçekleşebilmektedir. Bunu da bir bakıma normal görmek lâzımdır: Anayasa yürürlüğe girdiği zaman henüz seçimle gelen bir yasama organı ve faaliyeti yoktur. Ancak 25 Ekim 1961'de T.B.M.M. çalışmaya başlamış ve 44 s. K. hazırlanarak Anayasa Mahkemesinin faaliyete başlaması mümkün olmuştur⁴⁰. Anayasaya aykırılık definin müddet olarak süresi yok-

38) TM. Td. c. 4, sh. 234. Ayrıca ARIK, 847.; TELCHINI, 1020.

39) Bkz. 184/48 - 17/10/1962. Bazı üyeler bu maddenin 44 s.K. dan sonra ve fakat Anayasa Mahkemesinin görevine başlamasından evvel mahkemenin bu yoldaki müracaatlarına mani olmadığını söylüyorlar (Aynı karar, muhalefet) ki doğru değildir. Çünkü A. geçici 9/2. m. böyle bir ayırımı müsait değildir. Ayrıca bkz. 7/72 - 31/10/1963.

40) Anayasa Mahkemesinin faaliyete başladığının ilânı 28/8/1962 tarih ve 11.192 sayılı Resmî Gazetede yayınlandığını burada belirtmemiz lâzımdır. Böyle olmakla beraber yani Anayasa mahkemesi faaliyete başlamış olmasına rağmen yürürlükteki bir kanunun Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürbilmek için o münasebeti düzenliyen kanunun çıkmasını beklemenin şart olduğu söylenemez (280/51 - 16/5/1963 muhalif kalanlar ise aksi kanaattedirler). Çünkü ortada Anayasaya aykırı bir «norm» vardır ve bunun Anayasaya aykırılığını murakabe edecek olan Anayasa mahkemesi faaliyete geçmiştir. Sırf kanun koyucunun ihmali yüzünden ferdi hakların ihlâlüne razı olunamaz. Buna mukabil bazı müellifler, Anayasa Mahkemesi kuruluncaya kadarki zaman için mahkemelere Anayasa m. 151/4 deki yetkinin tanınmamasının mahzurlu olduğunu belirtmektedirler (BALTA, 555); Bu fıkra Anayasa mahkemesi üç ay içinde karar vermediği takdirde dâva mahkemelerinin aykırılık iddialarını kendi kanılarına göre çözebileceğini belirtmektedir.

tur. Fakat yargı fonksiyonunu icabı buna bazı kayıtlar koyma imkânı vardır ve gerekir. Mahkeme sonunda verilecek kararın adalete en akın olması için tarafların bütün iddia ve müdafaalarının dinlenilmesi gerekir. Ancak bu takdirde en az hatalı bir hükümden bahsedilebilir. Fakat bunun da muayyen bir usule bağlanması, adaletin mümkün olan en kısa zamanda sağlanması icabıdır. Şimdi bunları görmek gerekir.

Şunu da söyliyelim ki, bu esaslar Anayasa veya 44 s. K. da düzenlenmiş olmayıp, yargı fonksiyonunun icaplarındandır.

B) İddianın Zamanı :

1. Anayasaya aykırılık idiası duruşma ⁴¹ başlamadan ⁴² ileri sürülemez ⁴³. Aynı zamanda iddianın ileri sürülebilmesi için mahkeme-

41) Temyizin bozmasından sonra yapılan duruşma da buradaki duruşma mefhumuna dahildir. İade-i muhakeme (CMUK, m. 327, 330 - HUMK, m. 445) halinde yapılan duruşma (CMUK, m. 341 - HUMK, m. 450) da keza dahildir. Danıştay K. m. 96'da duruşma yapılması mahkemenin kararına bağlı olduğu için (m. 59/son) iade-i muhakeme talebini ihtiva eden dilekçede ileri sürülmelidir.

42) Duruşma yapılmadan verilen kararlarda (CMUK, m. 386, HUMK, m. 105/2, 371, 372. B.K.m. 92/2. cümle) belirli olan müddetleri içinde (CMUK, m. 386 - HUMK, m. 107 - 108) duruşma yapılmasına ait itiraz (KUNTER, 570) ile birlikte aykırılık, defi ileri sürülebildiği gibi bu müddet içinde yalnız aykırılık defini de bildirebilir. İtiraz üzerine yapılan duruşmada (CMUK, m. 390) ileri sürülmüşse defi de tetkik edilir. Mamafi itiraz üzerine duruşma yapıldığına göre aykırılık defi ilk defa bu sırada da ileri sürülebilir. (CMUK, m. 389 - 391) defi hakkında da tatbik edilir. İtirazdan sonra duruşma yapılması mecburi olduğundan (KUNTER, 570) defi ileri sürme imkânının ortadan kalkması söz konusu değildir. Fakat dediğimiz gibi duruşma isteği ile (KUNTER, 570) birlikte ileri sürülmesinde de hiç bir mani yoktur.

Burada şunu da söyliyelim ki duruşma isteğinin sanık dışında müdafi, kanunî temsilci, koca, gaip, yakınları, hülâsa son kararı temyiz etme yetkisi olan şahıslar tarafından istenebildiği gibi kabul olunmaktadır (KUNTER, 570/571). Kanaatimizce bütün bunların aykırılık defini de ileri sürebilecekleri kabul edilemez. Çünkü bu sayılanlar Anayasada geçen «taraf» mefhumuna dahil değildir. Aykırılık defi ancak dâvada «taraf» olan sujeler tarafından ileri sürülebilir. Bu şahısların duruşma istediği hususda ileri sürülen esbab-ı mucibe (ibid., 571), burada carî değildir. Savcının ise itiraz edip, duruşma istiyemeyeceği kabul edilmektedir (ibid., 571). Zira sulh hâkimi ancak savcı isterse ceza kararnamesi verebilmektedir. (ibid., 571). Şayet sulh hâkiminin verdiği karara dayanak yaptığı kanun anayasaya aykırı olduğu kanaatinde ise, savcıya aykırılık defi ileri sürme yetkisi tanınmalıdır.

nin eksiksiz olarak vazifeye başlaması gerekir: Kamu dâvasının açılmasında veya mahkemenin vazifesinde bir eksikliğin bulunmaması lâzımdır. Bu itibarla, takibi şikâyete bağlı bir suçta, şikâyet olmaksızın dâva açılmış ise, bundan dolayı tatil kararı verilmek gerekirken, bu dâva ile alâkalı hükmün Anayasaya aykırılığı üzerinde durulamaz veya mahkeme esasen o dâvaya bakmaya «vazifeli» değilse, vazife ciheti bilâhare düşünölmek üzere meselenin Anayasa Mahkemesine havalesi yoluna gidilemez⁴⁴.

2. Anayasaya aykırılık iddiası «Ön İtiraz» lardan değildir. Bu sebeple dâvanın her hal ve safhasında yapılabilecektir⁴⁵.

3. Temyiz safhasında da Anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülebilir⁴⁶. Tabiidir ki buraya adlî, askerî ve idarî temyiz dahildir. Her ne kadar daha sonra göreceğimiz gibi Anayasanın 151. maddesi (mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddî görmezse, bu iddia temyiz merciince karara bağlanır) demektedir ise de bunun mânası talebin mahkemece reddine dair olan ara kararına karşı temyiz yoluna gidilemeyeceği olup⁴⁷, yoksa Anayasaya aykırılık iddiasının ilk mahkemede yalnız hüküm verilinceye kadar yapılacağı mânasına değildir⁴⁸. Yani duruşma bittikten sonra ileri sürülemezse de⁴⁹, işin Temyize intikal etmesi halinde Temyiz lâyihasında veya Temyizde yapılan duruşmada ileri sürülebilir.

4. Fakat verilen hüküm kaziyei muhkeme halini aldıktan sonra ileri sürölen aykırılık iddiası dinlenemez⁵⁰.

Danıştay duruşma yapılmadığı takdirde (Danıştay K. m. 78) aykırılık defii nasıl ve ne zaman ileri sürölebilecektir? Dâva dilekçesinde ileri sürölmemesi düşünölebilirşse de Danıştayın tatbik edeceği kanunun önceden bilinmemesi sebebiyle bu yetkinin kullanılması imkânsızlaşabilir.

43) Kanaatimizce hazırlık tahkikatı sırasında ileri sürölen aykırılık definin duruşma sırasında tekrarlanması gerekir. Aksi halde ileri sürölmemiş ad-dolunur. Zira hazırlık tahkikatı yapan makamın mahkeme tâbirine girmediğini daha önce söylemiştik (bkz. sh. 83).

44) EREM, 7.

45) İbid., 12.

46) İbid., 44 s.K. Hükümet gerekçesi, m. 24.

47) Gerekçe m. 152.

48) EREM, 13.

49) Ancak Anayasa Mahkemesinin bir kararındaki muhalefetten anladığımızı göre (274/40 - 2/5/1963 ŞEMSEDDİN AKÇAOĞLU'nun muhalefeti) ceza hâkimi duruşmaya son verdikten sonra hatta hükmü tefhim ettikten sonra Anayasaya aykırılık iddiasını Anayasa Mahkemesine intikal ettirmiş, Anayasa Mahkemesi de bunu kabul etmiştir.

50) Bkz. 274/40 - 2/5/1963 sayılı karar ve muhalefetler.

İtalya'da aykırılık iddiası «muhakemenin müteakip her safhasının başlangıcında tekrar ileri sürülebilir» (1953 tarih ve 87 sayılı K. m. 24/2) ⁵¹.

IV. KONU.

Anayasaya aykırılık def'inin konusu tektir: Kanunun iptali. Burada kanun ve yasama meclisleri içtüzükleri değil, sadece kanunların Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülebilecektir. Anayasa sadece kanundan bahsetmektedir (m. 151).

İtalya'da ise bu imkân, «kanun veya Cumhuriyet kanunu kuvvetindeki bir tasarruf» için tanınmıştır ⁵².

Bu sarahata rağmen, bazı müellifler Yasama Meclisleri İçtüzüklerinin de Anayasaya aykırılıklarının dâva mahkemelerinde ileri sürülebileceğini söylemektedirler ⁵³ ki, yanlıştır. Anayasa ve 44 s. K. 27/1 hiç bir şüpheyeye yer vermeyecek şekilde «kanun» dan bahsetmektedir. Binaenaleyh, Yasama Meclisleri İçtüzükleri Anayasaya aykırılık def'inin konusu olamayacaktır ⁵⁴.

Kanaatimizce kanunun tümü de Anayasaya aykırılık def'inin konusu olabilir. Bir defa, bir kanunun bütün hükümlerinin Anayasaya aykırı olması mümkündür. İkinci olarak, ferdî hakların korunmasına hizmet gayesi ile bahşedilen bu yetkiyi sınırlamak, esas gayeye zıt olur.

Ancak bu kanun hangi kanundur?

151. maddenin ifadesinden çıkan mânaya göre, ancak «uygulanacak» olan kanunlar Anayasaya aykırılık def'inin konusunu teşkil edebilirler: «... uygulanacak bir kanunun hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasını...». Binaenaleyh mahkemede tatbik edilmeyen kanunlar, aykırılık def'inin konusunu teşkil edemeyeceklerdir ⁵⁵. Burada, ferdî hak-

51) ALACAKAPTAN, 505.

52) 1948 tarih ve 1 sayılı Anayasal K. m. 1, 1953 tarih ve 87 s. K. m. 23 (bkz. ALACAKAPTAN, 500, 505).

53) ARIK, 844. 845.

54) Meselâ uygulanan Başbakanlık tezkeresi ise, istem, görev yönünden reddedilecektir (28/66 - 20/5/1963).

55) Bir hükmün def'i olarak ileri sürülebilmesi için «görülmekte olan bir dâvada uygulanacak bir hüküm olması» şarttır (15/45 - 24/10/1964, 36/77 -

ları koruma gayesi, yerini, adlî mercilerin fuzulî yere işgal edilme-
mesi fikrine terketmektedir.

Asıl üzerinde durulacak nokta «uygulanacak kanun» dan ne an-
laşılması gerektiğidir. Federal Alman Anayasasına göre «... mute-
beriyeti mahkemenin kararına esas teşkil edecek olan kanun» na-
zara alınacaktır.

Kanaatimizce, «uygulanacak kanun» ibaresini, taraflardan biri-
ne tatbik edilecek her kanun şeklinde anlamak yerinde olacaktır.
Bir defa Anayasa, hiç bir tahdit getirmeyerek sadece «uygulan-
cak kanun» dan bahsetmektedir. İkinci olarak, gerekçede buna ben-
zer bir ifadeye raslamaktayız: «... bir dâva esnasında, bir kanunun
Anayasaya aykırılığı bahis konusu olduğu takdirde...» (m. 152). Hat-
tâ bu ifade Anayasanın ifadesinden daha geniştir. Üçüncü olarak,
bir kanun, neticede verilecek karar için önemli olmamakla beraber
dâvanın seyrini ve hedefini değiştirebilir ve bu haliyle «esas» değil
de «teferruat» sayılacaktır. Fakat ferde, az da olsa bir zararı do-
kunabilir. Hele dâva esnasında «ehemmiyetsiz» telâkki olunmakla
beraber hüküm verilmesinde ve yazılmasında neticeye esas olan ve
karara tesir eden bir «teferruat kanun» nun varlığı halinde, vaziyet
daha da nazik olur. Bu gibi hallerde, ferdî hak ve hürriyetlerin,

21/4/1965, 25/59, 1/4 - 15/2/1965, 39/72 - 6/3/1965, 28/45 - 4/11/1965. Hat-
tâ, Anayasa Mahkemesi, dâva mahkemesi tarafından bir kaç maddenin aykır-
rılık sebebi ile iptali istenmişse, yalnız uygulanacak olan hükümleri nazara ala-
rak karar vermektedir (198/111 - 24/1/1963, 277/34 - 22/5/1963, 36/77 - 21/
4/1965). Meselâ daha önce idarî makamlar tarafından tatbik edilen kanun hak-
kında böyle bir iddia ileri sürülemez (20/88 - 20/5/1963, 272/204 - 19/10/1963,
330/15 - 14/7/1964).

Fakat bir dâvada, dâvalı vekili bir kimsenin işçi sayılıp, sayılmadığını
bilirkişiye tetkik ettirilmesini istemiş, dâvacı vekilinin de, bir kimsenin işçi
olup olmadığını belli edecek tek ve nihaî merciin Çalışma Bakanlığı olduğunu
ileri sürmesi üzerine, dâvalı vekili, Çalışma Bakanlığına bu yetkiyi veren 4841
sayılı K. nun 9/A maddesinin Anayasaya aykırı olduğunu söylemiştir. Dâva
mahkemesi bu iddianın ciddî olduğu kanısına varmış, Anayasa mahkemesi de
bunu uygulayacak kanunu kabul etmiştir (245/203 - 4/11/1963). Bunun dışında
bazı üyelere göre «uygulanacak kanun» demek hukukî ihtilâfa esas tutularak
onu çözümleyen kanundur (245/203 - 4/11/1963, 3. muhalefet, 12/47 - 21/9/
1964 (re'sen sevk), 2. muhalefet) bazılarına göre ise bu ibareyi geniş anlamak
gerekir (303/277 - 25/12/1963 (re'sen sevk) 1. muhalefet, 328/296 - 24/2/1964
(re'sen sevk) 2. muhalefet). Ayrıca bkz. KUNTER, 389/44 no.lu not. Hattâ tat-
biki muhtemel Kanunları da uygulayacak kanun kabul etmekte zaruret vardır
(277/34 - 22/5/1963 3. muhalefet).

«ehemmiyetsiz» bir kanunla «ehemmiyetli» bir ihlâlâle uğramaları bahis konusudur ki, tecviz edilemez. Nihayet son olarak, şunu da söyleyelim ki, neticeye tesir edecek ehemmiyette olan kanunun tâyini takdire yer verir ve suiistimale müsaittir. Diğer taraftan aynı kanun hakkında çeşitli mahkemelerde, farklı kararların (ehemmiyetli - ehemmiyetsiz) ortaya çıkmasına sebep olacaktır⁵⁶.

Prof. Kunter ise «uygulanacak» tâbirinin, «kullanılacak» olması gerektiğini ileri sürmektedir⁵⁷.

«Uygulanacak bir kanun hükmünün mevcudiyeti şartı iptidaen aranacak bir şart olup intihaen bu şartın devamını aramaya yer olmamak lâzım gelir»⁵⁸.

Diğer taraftan dâva mahkemelerinde, hukukî tavsifte değişme sebebiyle, başka bir kanunun uygulanmasına gidilirse, bu sefer bu kanun hakkında Anayasaya aykırılık ileri sürülecektir. Yoksa artık tatbik edilmeyecek olan ilk kanun hakkında değil⁵⁹.

Demek ki, prensip hukukî ihtilâfı hal zımında uygulanacak ve taraflara tesiri olan her kanun hakkında aykırılık def'inin ileri sürülebilmesidir.

V. CİDDİLİK.

Mahkemede ileri sürülen Anayasaya aykırılık def'inin ciddî olması gerekir (A. m. 151/1, 44. s. K. 27/2). Gayrı ciddî bir takım ta-

56) Mamafih bu durumlarda Anayasa Mahkemesinin işi, biraz artacağından 3 ay içinde karar vermesi zorlaşacaktır (AZRAK, 41). Aksi kanaat için bkz. ARIK, 843/1, no.lu not. Anayasa Mahkemesi kanunun esas olup olmadığını tetkike yetkilidir (ARIK, 843/1 no.lu not).

57) KUNTER, 389/44 no.lu not.

58) 19/86 - 18/7/1963. Yani işin Anayasa Mahkemesine intikalinden sonra meselâ af kanunu ile dâvanın ortadan kalkmış olması incelemeye mani değildir. Ayrıca bkz. 16/83 - 9/7/1963, 17/84 ve 18/84 - 17/7/1963.

59) Yalnız şu var ki, hukukî tavsif değişikliği yepyeni bir olayı ortaya çıkarıyorsa, bu takdirde yeni bir dâva açılması gerekeceğinden (KUNTER, 186) Anayasaya aykırılık ileri sürülemez. Yok eğer yeni bir olay durumu hasilolmuyorsa, yeni tavsife uyacak şekilde olayın teferruatını yani hal ve şartlarını tesbitte mahkeme serbest olduğundan (KUNTER, 186) -ki kanunumuz da buna müsaittir (CMUK. m. 257/2) uygulanacak hüküm hakkında aykırılık def'i ileri sürülebilir.

Medenî Usul Hukukunda hâkim dâvacının bildirdiği hukukî sebep (tavsif) ile bağlı olmadığından (CMUK. m. 258'de olduğu gibi) (KURU, 207, 219) bu gibi durumlar pek zuhur etmezse de yeni bir dâvanın açılmasını gerektiren hallerde aykırılık def'i ileri sürülemez.

leplerin önüne geçmek suretiyle, mahkemelerin kısa zamanda vazifelerini yapabilmelerini temin için konan bu hüküm yerindedir. Ancak «ciddilik» ten ne anlaşılması gerektiği pek açık değildir⁶⁰. Anayasa, buna imkân verecek sarahattan mahrumdur. Gerekçede de aydınlık bir şey yoktur. Bazılarına göre, Anayasadaki ciddilikten maksad, iddianın ileri sürülmesindeki ciddiyettir. Yani dâvayı uzatmak gayesine matuf olmaması şarttır⁶¹. Bu hüküm dâvanın uzamasına sebep olacak taleplere bir yenisini katmamak için konmuştur⁶². Hattâ mahkeme, bir kanunu Anayasaya uygun bulmakla beraber, taraflarca ileri sürülen iddianın ciddiliğine ve «tartışılmaya değer» olduğuna inanıyorsa, dosyayı Anayasa mahkemesine göndermek mecburiyetindedir⁶³. Çünkü ileri sürülen iddianın «haklı» bulunması şart değildir. Hâkimin Anayasaya aykırılık iddiasının, adaletin gerçekleşmesi amacı ile ve samimî olarak ileri sürülmüş bulunduğu inanması kâfidir⁶⁴.

Kanaatimizce, ciddilikten maksad, ileri sürülmesindeki ciddilik değil, o kanunun Anayasaya şekil ve muhteva olarak aykırı olmasındaki isabet derecesidir: İleri sürülen iddialarda yer alan delillerin kuvveti ve o kanunun Anayasaya aykırı olmasındaki ikna ediciliktir.

Bir defa, burada bir farka işaret etmek lâzımdır: Anayasamızın 151/1. maddesi, sadece «... taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa...» dediği halde, 44 s. K. 27/2, mahkeme «taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, tarafların bu konudaki iddia ve savunmalarını ve kendisini bu kanıya götüren görüşünü açıklayan kararı...» Anayasa Mahkemesi başkanlığına göndereceğini söylemektedir. Yani arada bir, «cümle fazlalığı» farkı vardır ve bu fark Anayasaya aykırı olmak şöyle dursun, Anayasadaki hükmün mânasının tavazzuhuna yardımcı olmaktadır. Şöyle ki: Gerek bu farktan ve gerekse A. m. 151/1 den anlaşıldığına göre bir «KANI» söz konusu

60) Hattâ bazı müellifler iddianın ciddiyetinin hukukî mânası olmadığını ve bu itibarla isabetsiz olduğunu söylemektedirler (bkz. EREM, 8). «Anayasamızın, Anayasaya aykırılık gibi bir iddianın ciddiyetini takdiri bir sonuca bağlaması haklı sayılmaz» (EREM, 8).

61) AZRAK, 41.

62) İbid., 41.

63) AYBAY, 12/Kasım/1962, ARZAK, 41.

64) AYBAY, 27/Haziran/1961.

olmaktadır. Bu kanı hem mahkemenin uygulayacağı bir kanun dolayısıyla ve hem de taraflardan birinin ileri sürdüğü ve Anayasaya aykırı olduğunu iddia ettiği kanun sebebiyle ortaya çıkmaktadır. Her iki halde ortaya çıkan kanının müşterek bir bünyesi vardır: Bu bünyenin muhtevası, adı geçen kanunun Anayasaya uygunluk derecesidir. Aykırılık maddî olduğu gibi, şeklî de olabilir. Maddî ve şeklî aykırılık, kanının muhtevasını değiştiremez ve yine her iki kanının menfi veya müsbet yönde olması halinde, yani varılan kanı ister uygulanacak kanunun Anayasaya uygun olduğu, ister aykırı olduğu merkezinde olsun durum aynıdır. Birinci halde mahkeme dâvaya devam edecektir. İkinci halde ise, dosya Anayasa mahkemesine gider.

Bir örnek verirsek, durum daha vazıh bir hal alacaktır. Meselâ, 6570 sayılı kira kanununun tümü veya belirli hükümleri bir dâva dolayısıyla ele alınmış olsun. Mahkeme ilk önce tetkik edecektir ve görecektir ki, uygulayacağı kanun Anayasaya aykırıdır. Yani mahkeme yaptığı tetkik neticesinde 6570 sayılı Kira Kanununun Anayasaya aykırı olduğu kanısına varmıştır. İkinci halde hâkim bidayeten böyle bir tetkik yapmamıştır veya yapmakla beraber o kanunun Anayasaya aykırı olmadığı kanısına varmıştır. Fakat muhakeme esnasında taraflardan biri 6570 sayılı kanunun Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüş, mahkeme bu iddiayı tetkik etmiş ve neticede kendisinde bu kanunun Anayasaya aykırı olduğu kanısı uyanmıştır. Bu ikinci hal her zaman mümkündür. Her iki halde de 6570 sayılı kanunun Anayasaya aykırı olduğu kanısı hâkimdir. İkinci halde mahkeme ya evvelce incelememiş bir kanunu tarafların ileri sürmesi üzerine tetkik ederek ya da evvelce tetkik etmiş ve fakat uygun olduğu neticesine vardığı halde, bu iddia üzerine kanaatını değiştirmiş, 6570 sayılı kanunun Anayasaya aykırı olduğunu kabul etmiştir. Bu mekanizmaya işaret içindir ki, Anayasa «... uygulanacak kanunun hükümlerini Anayasaya aykırı görürse» (birinci hal) «veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa» (ikinci hal) demektedir. 44 s. K. m. 27/1 ise, daha açık olarak «... uygulanacak kanun hükümlerini Anayasaya aykırı görürse» (birinci hal), 27/2 ise, «taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, tarafların bu konudaki iddia ve savunmalarını ve kendisini bu kanıya götüren görüşünü açıklayan kararı...» (ikinci hal) demektedir. O sebeple, ikinci halde ileri sürülen iddianın ciddî görülmesi demek, mahkemece kanunun hakikaten şekil ve muhteva olarak Anayasaya aykırı olduğunun kabul

edilmesi demektir⁶⁵. Diğer taraftan birinci ve ikinci halde ortaya çıkan kanı, o kanunun Anayasaya aykırı olduğu merkezinde ise, yapılacak şey aynıdır: Dâvayı durdurmak, dosyayı Anayasa mahkemesine göndermek. Yok eğer her iki haldeki kanı menfi, yani o kanunun Anayasaya uygunluğu noktasında ise yapılacak şey yine aynıdır: Dâvaya devam etmek. Yoksa bazılarının iddia ettiği gibi, mahkeme uygun olduğu kanısında olmakla beraber (birinci hal), taraflarca ileri sürülen iddianın ciddilik ve samimiliğine rağmen, eski kanaatini (kanısını) değiştirmesi⁶⁶ mümkün değildir. Çünkü ortada «kendisini bu (aynı) kanıya götüren» (44 s.K.m. 27/2 bir durum yoktur. Olmadığı içindir ki, Anayasa mahkemesine dosyayı gönderirken, kendisini bu kanıya (neticeye değil) götüren «görüşünü» açıklayamayacaktır.

İkinci olarak mahkeme, bir kanunun Anayasaya aykırı olduğunu kabul etmekle beraber, iddianın ciddiliğine ve tartışılmaya değer olduğuna inanarak dosyayı Anayasa mahkemesine göndermesi halinde⁶⁷ Anayasa mahkemesi tarafından her zaman reddedilecektir. Mahkemelerin burada vazifesi mahkemeye devam etmektir; mademki uygulayacağı kanunun Anayasaya aykırı değil, bilâkis uygun olduğu kanısındadır, tarafların iddialarını nazara almayacak (çünkü ciddî değildir) dâvaya devam edecektir. Bu iddia temyizde esas hükümle birlikte nazara alınacaktır (A. m. 151/2). Yoksa, uygulayacağı kanunun Anayasaya uygun olduğunu görmekle beraber, sırf «tartışılmaya değer» olduğu için Anayasa mahkemesinden fikir istemek şeklinde⁶⁸, dâvayı durdurup, dosyayı Anayasa mahkemesine göndermesi mantıken izah edilemez. Gerekçede bu fikir hâkim olmuş olacak ki, «ancak böyle bir iddianın bekletici bir mesele olabilmesi için hakikaten ciddî olması gerekir. Aksi halde mahkeme iddiayı red ederek dâvaya devam edecektir.» demektedir. Dâvaya devam etmesi ise, ancak, mahkemenin uygulayacağı kanunun Anayasaya uygun olduğu kanısında olmasıyla mümkündür.

65) Şekli aykırılığın incelenmesinin dâva mahkemelerinin ilkel yetkisine dahil olduğu gerek doktrinde (KUBALI, Esas., 77.; EREM, 16), gerekse mevzuat çalışmalarında (MM. An. K. raporu: 30/3/1962) kabul edilmektedir. (Aksi görüş için bkz. BOYACIOĞLU, 727, 728).

66) AYBAY, 27/Haziran/1961.

67) İbid., 12 Kasım 1962.; AZRAK, 41.

68) KURU, 169.

Nihayet son olarak, savcının ileri sürdüğü iddiadaki ciddiyetin nasıl takdir edileceği sorulabilir. Ciddilik iddianın ileri sürülmesinde değil de, muhtevasında aranırsa, hiç bir müşkile yer vermeyecek şekilde soru cevaplandırılacaktır⁶⁹. Yok eğer «samimiyet» te aranırsa bunu takdir zor olacaktır⁷⁰.

Anayasa Mahkemesi kararlarında, dâva safahatı özetlenirken çıkan mânaya göre, tatbikat ta bu merkezdedir⁷¹.

İtalya'da daha değişik bir sistem kabul edilmiştir. Kazaî merci, hükmünü, Anayasaya aykırılık meselesi halledilmeden veremiyekse veya ortaya atılan meselenin bariz bir şekilde mesnedden mahrum olmadığı kanaatında ise, mes'eleye vücut veren dilekçenin muhtevasını ve mucip sebeplerini de bir kararla dâva evrakının Anayasa Mahkemesine gönderilmesi sağlar ve cereyan etmekte olan mahkemeyi talik eder 1953 tarih ve 87 sayılı K. m. 23/4)⁷². Buradaki «mesnedden mahrum olma» herhalde iddianın muhtevasına ait bir mâna taşır. Bizdeki iddianın ciddiliğine tekabül eden ve taraftar olduğumuz maddî bakımdan «ciddiyet» yerine kullanılan ve bu ifade yanında diğer bir hüküm daha vardır: «Aşikâr surette ehemmiyetsiz veya mesnedsiz olması sebebiyle Anayasaya aykırılık iddiasını reddeden....» (aynı k. m. 24)⁷³. Diğer bir tâbirle hâkimin aykırılık iddiasını reddetmesi, mesnedsiz olduğuna, kabul etmesi ise onun Anayasaya aykırı olduğuna inanması mânasına gelir⁷⁴.

69) Nitekim tatbikatta savcıların ileri sürdüğü iddiaların ciddiliği araştırılıyor, mahkemece ciddî olduğu kanısına varılırsa, dosya Anayasa Mahkemesine gönderiliyor. Örnek olarak bkz. 277/34 - 25/5/1963, 272/204 - 19/10/1963.

70) EREM, 8. Aynı kanaat için ayrıca bkz. BALTA, 564.; AKIN, 149.

71) Anayasa Mahkemesi kararlarında «olay» anlatılırken def'i üzerine (mahkeme de aynı kanaata iştirak ederek), yahut «mahkemece... şeklinde mü-lâhaza ile sürülerek» dosyanın Anayasa mahkemesine gönderildiği belirtilmektedir. Yani bunlardan anlaşılmalıdır ki, dâva mahkemeleri de ileri sürülen iddiaların muhteva olarak ciddiyetini aramakta, ileri sürülen hukukî delillere ya katılmakta, ya da kendileri ona ilâveten yeni deliller ilâve etmektedirler (mese-lâ bkz. 47/8 - 25/6/1965, 28/45 - 4/11/1965).

72) ALACAKAPTAN, 505, ayrıca 1948 tarih ve 1 sayılı Anayasal kanunun 1. maddesi ileri sürülen iddia yargıç tarafından bariz bir şekilde mesnedsiz olduğu sonucuna varılmazsa karar vermesi için işin Anayasa mahkemesine gönderileceğinden bahsetmektedir (ALACAKAPTAN, 500). TELCHINI, 1019.

73) İbid., 505.; TELCHINI, 1019.

74) SANDULLÍ, 303, 307.

Bu konuda son olarak, Anayasaya aykırılık def'inin konusunu teşkil edemeyen «norm» lara temas etmemiz gerekir ⁷⁵.

Bu tasarruflar hakkında, Anayasaya aykırılık def'i ileri sürülemez.

1. Anayasa m. 153 de sıralanan kanunlar (Ayrıca bkz. 44 s. K. m. 24).

2. Anayasa geçici m. 4 de işaret edilen kanunlar (ayrıca bkz. 44 s. K. geçici m. 6 ⁷⁶).

3. Anayasa m. 65/son gereğince, usulüne uygun olarak, yürürlüğe konan Milletlerarası andlaşmalar (Ayrıca bkz. 44 s. K. m. 23).

VI — AYKIRILIK DEF'İNDEN SONRAKİ USULİ MUAMELELER

1. Mahkeme aykırılık iddiasını ciddî görmezse :

a) Bu karara karşı temyiz yoluna baş vurulamaz. Çünkü bu karar bir ara karardır ve müstakilen temyizi kabil değildir ⁷⁷. Aksi halde iyi niyetli olmayan şahıslar tarafından dâvaların uzatılmasına yol açabilir ⁷⁸. Diğer taraftan evvelce iddiayı reddetmiş olan mahkemenin sonradan bu kararı değiştirmesine engel yoktur. Ara kararından dönülebilir ⁷⁹.

Tarafların iddiası üzerine mahkeme bekletici ön mesele kararını vermişse, iddia eden tarafın bunu geri alması, mes'elenin Anayasa mahkemesinden geri alınmasını mümkün kılmaz ⁸⁰. Zira mahkemenin kararı üzerine işe elkoymuş olan Anayasa mahkemesi kararlarına taraf iradesinin tesiri yoktur ⁸¹. Def'i suretiyle gelen aykırılık iddiası yalnız tarafların değil, umumî menfatı ve kamu düzenini de ilgilen-

75) Krş. ARIKAN, 1/3/1962.

76) Bu maddedeki Anayasaya aykırı olan bir hususa ayrı bir yazımızda işaret edeceğiz.

77) ÖZÇELİK, Esas, 222.; BOYACIOĞLU, 722.; EREM, 9.; KURU, 169.

78) ANAYASA gerekçesi m. 152.

79) EREM, 9.

80) Hattâ dosya Anayasa mahkemesine geldikten sonra çıkan af kanunu dolayısıyla dâvanın ortadan kalkmış olması, incelemeye mani değildir (16/83 - 9/7/1963). Bu görüş (A. m. 152/4'ün tatbikini imkânsız kıldığı için tenkidlere uğramıştır). Aynı şekilde bkz. 17/84 ve 18/85 - 17/7/1963, 19/86 - 18/7/1963.

81) EREM, 9.

dirir⁸². Diğer taraftan Anayasa Mahkemesine sevk kararı verilirken, kanun sözcüsünün düşüncesinin alınmamış bulunmasının, iddianın Anayasa Mahkemesince incelenmesi mani teşkil etmez⁸³.

b) Esas hüküm verildikten sonra tarafların kararı temyiz etmemeleri halinde veya temyiz merciinde⁸⁴ tasdik edilmesi, yani temyiz merciinin ileri sürülen iddianın ciddî olmadığı hususundaki dâva mahkemesinin kararına iştirak etmesi halinde, karar kesinleşir⁸⁵. İkinci halde temyiz merciini Anayasaya uygunluk hususunda nihai kararı verdiğini görüyoruz. Böylece Anayasaya aykırılık meselesi, Anayasa mahkemesine intikal etmeden karara bağlanmış olmaktadır. Çünkü temyiz merciinin kararına karşı Anayasa mahkemesine başvurmak imkânı yoktur⁸⁶.

82) ARIK, 845.; AZRAK, 46.

83) 44/2 - 28/4/1965.

84) Anayasa sadece «Temyiz mercii»nden bahsetmektedir. Yoksa bazılarının kabul ettiği gibi YARGITAY (ARIK, 843, 844, 845.; BOYACIOĞLU, 723, 724.; ÖZÇELİK, 223.; EREM, 9) değil. Binaenaleyh yalnız Yargıtay değil, Danıştay ve Askerî Yargıtay da bu mefhumu dahildir. İ. S. T. da «... Temyiz mercilerince...» demektedir.

85) ARIK, 844.; BOYACIOĞLU, 732.; ÖZÇELİK, Esas, 223.

86) Ancak burada bir mesele ortaya çıkmaktadır: CMUK. m. 343'e göre «Hâkim tarafından ve mahkemelerden verilen ve temyiz mahkemesince tetkik edilmeksizin kat'ileşen karar ve hükümlerde kanuna muhalefet edildiğini haber alırsa Adliye vekili o karar ve hükmün bozulması için temyiz mahkemesine müracaat etmesi için Cumhuriyet Baş Müddeiumumiliğine yazılı emir verebilir. Bu emirde bozulmayı müstelzim kanun sebepleri gösterilir.

Cumhuriyet Baş Müddeiumumisi tebliğnamesine yalnız bu sebepleri yazar ve dosyayı temyiz mahkemesine verir.

Temyiz mahkemesi dermeyan olunan sebepleri varid görürse karar ve hükümü bozar» (Fıkra 1 - 3). Acaba aynı şeyleri Anayasaya aykırı olan bir kanunun tatbik edilmesi halinde de söyleyebilir miyiz? Yani Adliye vekili hâkim veya mahkemelerce verilip de temyiz mahkemesince tetkik edilmeksizin kesinleşen karar ve hükümlere esas olan «norm»un Anayasaya aykırı olduğunu görürse Anayasa Mahkemesine müracaat etmesi için Cumhuriyet Baş Müddeiumumisine yazılı emir verebilir mi? Bu hususta ne Anayasada ve ne de 44 s. K. nda hüküm vardır. Doktrinde de herhangi bir fikre rastlanmamaktadır.

Bu soruya yukarıya alınan hükme kıyasen müsbet cevap verilirse, dâva mahkemelerinde ileri sürülüp de ciddî görülmeyen ve esas hüküm temyiz edilmediği için de temyiz mercii tarafından aykırılık iddiasının ciddî olup olmadığı nazara alınamıyan aykırılık iddiaları Anayasa Mahkemesince tetkik edilmiş olacaktır. Aynı şekilde aykırılık def'i ileri sürülmemiş ve fakat uygulanan «norm» Adliye Vekilince Anayasaya aykırı olduğu kabul ediliyorsa, bu normun Anayasa Mahkemesinin tetkikinden geçmesi sağlanacaktır. Birinci halde ferdî hak-

c) Mahkeme kararı aleyhine temyiz yoluna başvurulmuşsa, bu takdirde iki ihtimal düşünülür. Temyiz, dâva mahkemesinin fikrine katılıyorsa (aykırılık iddiasını ciddî görmezse) mes'ele b şikkında olduğu gibidir. Yok eğer aykırılık iddiasını ciddî görürse, bu takdirde dosyayı doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesine göndermesi gerekir⁸⁷. Doktrin de aynı kanaattadır⁸⁸. Bu noktada 44 s. K. nun Gerekçesinin tutumu yerindedir⁸⁹.

ların korunması, ikinci halde ise hukuk devleti için bir imkân söz konusu olmaktadır.

Kanaatimizce ilgili hükümlerde değişiklik yapılmadan, Adliye Vekilinin böyle bir yetkisi yoktur. Müessesenin faydası bizi kanunun istemediği neticelere zoraki tefsirle isal edemez. Anayasa mahkemesinin bir kararına esas olan istemden (bkz. 49/73 - 24/5/1965) anladığımızı göre, Adliye Vekili bir mahkeme kararının bozulması için emir vermiş, temyiz mahkemesi de bunu haklı görerek kararı bozmuş ve ait olduğu dâva mahkemesine iade etmiştir. Bu mahkeme ise, karara esas olan hükümlerin Anayasaya aykırılığını ileri sürerek dosyayı Anayasa mahkemesine göndermiştir. Anayasa mahkemesi ise verdiği kararda temyiz bozması üzerine dâva mahkemesi tarafından CMUK. nun 343. m. sine göre duruşma yapılması lâzım gelirken, duruşma yapılmadan aykırılık talebi ile Anayasa mahkemesine dosyanın intikal ettirilmeyeceği içtihadında bulunmuştur.

Hatıra gelen diğer bir problem de şudur: CMUK. 325/5'e göre «Ceza dairelerinin ve ceza umumî heyetinin kararlarına karşı tashihi karar usulü ancak hükmün ve kararın zat ve mahiyetine doğrudan doğruya müessir olmak üzere temyiz istida ve lâyihasında veya tebliğnamede dermeyan olunan bir hususun ve bunlar haricinde esas hükme müessir noksan ve hataların temyizen nazara alınmayarak meskûtünan kalması hallerinde caridir.». Acaba temyiz isteminde ileri sürülen Anayasaya aykırılık def'i temyizce nazara alınmazsa, tashihi karar yoluna gidilebilir mi? Kanaatimizce bu soruya müsbet cevap vermek gerekir. Çünkü Anayasaya aykırılık def'inin ciddî görüldüğü takdirde hükmün ve kararın zatına doğrudan doğruya müessir bir neticenin husulüne sebep olacaktır. İkinci olarak aykırılık def'inin nazara alınmaması «... ve bunlar haricinde esas hükme müessir noksan ve hatalar...» dan da sayılabilir.

Bu noktada doktrinde herhangi bir fikre tesadüf olunmamaktadır. Problem aynı müesseseyi kabul eden Danıştay k. m. 98 dolayısıyla da mevzu bahistir ve burada da aynı kanaati müdafaa etmek mümkündür.

87) 44 s. K. hükümet gerekçesi m. 24. Bu yolda bir teklif yapılmış da kanun sözcüsü bunun «tabii olduğunu» söylemiştir (MM. Td. c. 4, s. 398). Aksi halde dâva uzayacak, ferdî hakların ihlâli üzerinden zaman geçmiş olacaktır (BOYACIOĞLU, 732).

88) BOYACIOĞLU, 724.; ÖZÇELİK, 223.; ARIKAN, 9/2/1962. Aksi kanaati Prof. F. ARIK temsil ediyor. AD, 845.

89) Bkz. 87. not.

2. Mahkeme aykırılık iddiasını ciddî görürse :

a) Bu karara karşı itiraz edilemez ⁹⁰.

b) Mahkeme ciddilik kanaatı üzerine, tarafların bu konudaki iddia ve savunmalarını ve kendisini bu kanıya götüren görüşünü açıklayan kararı ve dosya muhtevasının mahkemece bu konu ile ilgili görülen tasdikli suretleri ile birlikte Anayasa mahkemesi başkanlığına gönderir (44 s. K. m. 27/2, 3) ⁹¹.

c) Mahkeme, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara resmen ittila kesbedinceye kadar dâvayı ⁹² geri bırakır (151/1-44 s. K. 24/4).

d) Anayasa Mahkemesi için kendisine gelişinden başlamak üzere üç ay içinde kararını verir (A. m. 151/3, 44 s. K. m. 47/5).

e) Bu süre içinde karar verilmezse, mahkeme Anayasaya aykırılık iddiasını kendi kanısına göre çözümliyerek dâvayı yürütür. Ancak Anayasa mahkemesinin kararı esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkemeler buna uymak zorundadırlar (A. m. 151/4).

3. Mahemenin esasa dair verdiği karar usul kanunları gereğince veya hususî kanunlarına tevfikan temyizi mümkün kararlardan değilse, aykırılık iddiasının reddine dair kararın akibeti ne olacaktır? Bazı hukukçulara göre bu iddia müstakilen temyiz edilemez ⁹³.

İkinci Başlık : Re'sen Sevk (Ex officio)

Anayasamız, Anayasa Mahkemesinin kazaî murakabe fonksiyonuna başlangıç olarak diğer iki yoldan (iptal ve def'i) ayrı bir yol

90) EREM, 9.; TELCHINI, 1019.

91) Prof. Duran'ın kanaatine göre, mahkemece Anayasa mahkemesine intikal ettirme zarureti yoktur. Bunun ilgililer tarafından Anayasa mahkemesine intikali mes'eleyi müstehirenin icaplarındandır. Vazife olarak ancak re'sen nazara almada kabul edilebilir (s. 452).

Kanaatimizce böyle bir ayırım yapmak ne mümkün ve ne müfid bir yol olur (bkz. KUNTER, 390.; BALTA, 563).

92) KUNTER'e göre dâvanın değil, «muhakemenin» durdurulmasından bahsetmek daha doğru olur (sh. 390/46 no.lu not).

93) BOYACIOĞLU, 724/725.

daha kabul edilmiştir. Bu şekil, bir dâvaya bakmakta olan mahkemenin uygulayacağı kanunun Anayasaya aykırı olduğunu görerek, dâvayı durdurup, dosyayı bir karar vermek üzere Anayasa mahkemesine yollamasıdır ve diğer iki yoldan tamamen müstakildir⁹⁴. Bu bağımsızlık, gerek kazaî murakabenin genel tatbikatında⁹⁵ ve gerekse Anayasamızda görülür. Yoksa bazılarının kabul ettiği gibi mahkemenin uygulayacağı bir kanunun Anayasaya aykırılığını re'sen nazara alması dolayısıyla bizdeki sisteme «itiraz» denemiyeceği⁹⁶ gibi re'sen nazara almanın tarafların ileri sürme yetkisi ile birlikte düzenlendiğini görerek bu sisteme def'i yolu⁹⁷ da denemez.

İtalya'da da re'sen sevk usulü kabul edilmiştir. 1953 tarih ve 87 sayılı kanunun 23/5. fıkrası gereğince «Anayasaya uygunluk meselesi işe bakmakta olan kaza mercileri tarafından ortaya atılabilir»⁹⁸. Ayrıca 1948 tarih ve 1 sayılı Anayasal kanunun birinci maddesi «.... anayasaya uygunluk meselesi bir muhakeme sırasında re'sen ele alınır...» demektedir⁹⁹.

Fakat sistemimiz bu noktada daha çok Bonn anayasasının sistemine benzemektedir. Bu Anayasanın yüzüncü maddesi «bir mahkeme, muteberiyatı, kararına esas teşkil eden bir kanunu Anayasaya aykırı telâkki ederse, dâvayı bir tarafa bırakır, şayet federe bir devlet Anayasasının ihlâli söz konusu ise, federe devletin Anayasa ihlâfları için yetkili mahkemesinin, işbu Anayasanın ihlâli söz konusu ise Federal Anayasa Mahkemesinin kararını talep eder. Aynı hükümler bu Anayasanın Federe Devlet Hukuku ile ihlâlinde veya bir Federe kanunun Federal bir kanunla bağdaşmadığı halde de tatbik edilir» demektedir.

I. SİSTEMİN MAHİYETİ.

Acaba bu sistemin mahiyeti nedir? Doktrinde bu sistemin mahiyeti hakkında bir münakaşaya rastlanmamaktadır. Gerek 151.

94) Bkz. KUNTER, 390.

95) Bkz. sh. 80, not. 10.

96) KÖKSAL, 16.; KUBALI, 1964, 251.

97) ARIK, 844.

98) ALACAKAPTAN, 505.; TELCHINI, 1019.; SCASIASCIA, 2.; SANDULLI, 302 - 303.

99) ALACAKAPTAN, 500.; TELCHINI, 1019.; SCASIASCIA, 2.; SANDULLI, 302 - 303.

maddenin Tm.nde ve gerekse 44 s. K. nun 27. m. ise MM.ndeki müzakeresinde herhangi bir fikre tesadüf etmek mümkün değildir.

Kanaatimizce burada toplum menfaatlerinin korunması gayesinin matuf bir teminat bahis konusudur. Yargı yetkisini kullanan mahkemelerin (A. m. 7), yargı fonksiyonunun gayesine uygun olarak ek bir yetki ile mücehhez kılındığı müşahede edilmektedir. Yargı fonksiyonu netice itibariyle adalet ve toplum menfaatini sağlamak gayesiyle tesis edilmiştir. Bu gayeye çeşitli yollarla varmak mümkündür (yasama ve yürütme faaliyetleri). Bunlar yanında ortaya çıkacak patolojik durumları tesfiye ederek önceden konulmuş kuralara göre hareket etmek suretiyle de varılır ve belki de bu yol, diğer iki yoldan fiilen adaleti sağladığı ve toplum menfaatini koruduğu içindir ki daha müessirdir. Anayasamızın 151. maddesi ile tesis edilen sistem ve bu sistemin yargı yetkisini kullanan mahkemelere mezkûr selâhiyeti verdiği kabul edilebilir. Burada mahkeme önüne gelen bir dâvada hiçbir talebe ihtiyaç duymaksızın, hukuk düzeninde yer alan ve Anayasaya aykırı olduğu «kanı»sına vardığı bir norm veya normlar manzumesine müşahede ediyor. Bu patolojik bünyeli normun hukuk düzeninden çıkmasını istiyor. Gayesi gayri adil bir neticenin husule gelmesine mani olmak ve sosyal güvenliğe zarar verebilecek nitelikte olan normu ortadan kaldırmaktır. Bunu temin zımında elindeki yetki 151/1'in verdiği yetkidir: Dâvayı durdurup patolojik bünyeli olduğunu kabul ettiği norm hakkında bir karar vermesi için Anayasa mahkemesine intikal ettirmek, bunu da sırf toplum yararına ve adalet uğruna yapmaktır. Adı geçen yetkinin bu vasfı dolayısıyla ki, normal yargı yetkisinin gayesine uygun bir yetki olduğu söylenebilir. Diğer bir deyişle, ferdî hakları koruma gayesiyle konulmuş bir müessesenin varlığını kabul ederek ferdî hakları koruma ve toplumun menfaatlerini siyânet noktasında âmme dâvası açan savcılarının durumuna benzer bir teminatın kurulmuş olduğunu söyleyebiliriz¹⁰⁰. Bu netice, genel olarak yargı yet-

100) Bazı hukukçular mahkemelerin re'sen nazara alma yetkisini «kamu düzeni düşüncesiyle» düzenlendiğini ve tarafların ileri sürdüğü iddianın ciddi olmasıyla re'sen nazara alınması arasında bir uygunluk görmekte dirler (KÖKSAL, 16). Kanaatimizce ciddi görmeyi aynı düşüncenin mahsulünden ziyade, normal usul taleplerinin mahkemece nazara alınmasına benzer bir müessese olarak kabul etmekte daha isabet vardır. Ayrıca bkz. FEYZİOĞLU, 56.

kisinin bünyesine aykırı olmadığı gibi, Anayasanın ruh itibariyle tüm yapısına da uygundur ¹⁰¹.

II. SİSTEMİN İŞLEYİŞİ.

A. m. 151, «bir dâvaya bakmakta olan mahkeme uygulanacak bir kanunun hükümlerini Anayasaya aykırı görürse ... Anayasa mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar dâvayı geri bırakır.» demektedir, 44 s. K. nun 27. m. ise,

«Bir dâvaya bakmakta olan mahkeme :

1. O dâva sebebiyle uygulanacak kanun hükümlerini Anayasaya aykırı görürse...» «Anayasa mahkemesinin bu konuda vereceği karara resmen ittilâ kesbedinceye kadar dâvayı geri bırakır...» (fıkra 1 ve 4.) şeklinde bir ifade kullanmaktadır.

Buradaki mahkeme ¹⁰² tâbirine bütün mahkemeler dahildir. Adlî, idarî ve askerî bütün mahkemeler ¹⁰³. Ancak ortada bir dâva ve buna bakan bir mahkemenin olması gerekir. Ezcümle «... Sorgu hâkimliğince verilmiş olan tutuklama kararının Ceza yargılaması Usulü Kanununun 124. m. uyarınca asliye mahkemesi hâkiminin onayına sunulması işlemi vardır. Bu işlemde mahkemenin bakmakta olduğu dâva kapsamına girmez» ¹⁰⁴. Aynı şekilde Savcılığın veya Temyiz mercii olarak faaliyet gösteren mahkemelerin ¹⁰⁵ bu faaliyetleri sırasında uygulayacakları hükümlerin Anayasaya aykırılığını re'sen nazara alarak Anayasa Mahkemesine sevk etmek yetkileri olmadığı gibi ¹⁰⁶ Uyuşmazlık Mahkemesinin de re'sen nazara alma yetkisi yoktur. Çünkü bütün bunlar «dâvaya bakmakta olan mahkeme» tâbi-

101) «İnsan hak ve hürriyetlerini millî dayanışmayı sosyal adaleti ferdin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi teminat altına almayı mümkün kılacak demokratik hukuk devletini bütün hukukî ve sosyal temelleri ile kurmak için...» (Anayasanın Başlangıç kısmı).

102) Bazıları «hâkim» demektedirler ki, bu doğru değildir (KÖKSAL, 16.; ARIK, 844.; KUNTER, 389/44 no.lu not) Bkz. EBVG. 1, 80.

103) FRIESENHAHN, Verf., 136.; LECHNER, Die Grund: 661.; Bundes, 109.; GIESE/SCHUNCK, 207.; HAMANN, 305.

104) Bkz. 51/3 - 1/10/1965.

105) Aksi kanaat için bkz. ÖZÇELİK, Esas, 224.

106) Ancak CMUK. nun 322. m. ye istinaden faaliyet gösterdiği hallerde sevk yetkisi söz konusu olabilir. Çünkü Temyiz Mahkemesi bu hallerde «biz-zat» dâvanın esasına hükmetmektedir.

rine girmezler¹⁰⁷. Bonn Anayasasında, bizimkine benzer bir tâbir geçip, sadece «mahkeme» denildiği için Temyiz ve Uyuşmazlık Mahkemesi gibi mahkemelerinin re'sen sevk yetkilerini kabul etmek mümkündür¹⁰⁸. Anayasa Mahkemesi, Hakem Mahkemelerinin de böyle bir yetkiyi haiz olmadığını belirtmiştir¹⁰⁹.

Fakat mahkemenin baktığı dâvanın nizalı veya nizasız olmasının tesiri yoktur¹¹⁰.

2. Mahkemenin uygulayacağı kanunun Anayasaya uygunluğunu araştırması sadece bir hak veya yetki değil, aynı zamanda bir vecibedir¹¹¹. Zaten metin bunun bir hak olduğunu anlamağa müsait değildir. Anayasa Mahkemesi Hukuk Devletinin kurulmasında ve ferdî hakların korunmasına hizmet için kurulmuştur. Fakat onun harekete geçebilmesi muayyen muharriklere bağlıdır. İşte bunlardan biri olan re'sen sevk, eğer sadece bir hak telâkki edilirse, bu gayelerin gerçekleşmesine sed çekilmiş olacaktır. Anayasa mahkemesine «Anayasanın korucusu» ismi verilmekle¹¹² vazifesinin önemine işaret edilmek istenmiştir. Dâva mahkemeleri pasif davranışları ile bu önemi hiçe indirebilirler. Diğer taraftan mahkemelerin bu şekilde araştırması, tarafların ileri sürmesinden müstakildir¹¹³.

107) GÜRAN, 24. «Anayasa Mahkemesine yapılacak itirazın mahkemeler tarafından yapılması gerekir. Halbuki olayda itiraz, tutuklama kararını onamaya yetkili merci olan hâkimlikçe yapılmıştır. Ceza Usulü Kanununun 124. maddesinin incelenmesinden de... (başkan) veya (Hâkim) deyimlerinin mahkeme anlamının kapsamı dışında kaldığı anlaşılmaktadır» (25/10 - 25/6/1965).

108) FRIESENHAHN, Verf., 138.; LECHNER, Die Grund., 611.; Bundes, 109.; HAMANN, 350.

109) Bkz. 46/43 - 6/4/1963.

110) EBVG. 4, 45. Bizde de aynı neticeye varmak mümkündür. Doktrinde nizasız kaza hallerinde basit usulü muhakemenin kullanılması fikri hâkim olduğundan (KURU, Nizasız, 119/120) bu usulde de duruşma yapılmaktadır (HUMK. m. 509/KURU, İbid, 121). Diğer taraftan mahkemelerimizde nizasız kaza hallerinde (KURU, ibid, 66 - 113) nizalı kazaya ait usulü tatbik ettiklerinden (KURU, İbid., 119/120) aynı sonuca bizde de varılabilir. Sonra nizasız kaza hallerinde verilen karara karşı kanun yoluna başvurmak mümkün ve özel olarak temyiz yerleştiği için (KURU, ibid, 119.; POSTACIOĞLU, 26) bu kararda uygulanan «norm» un Anayasaya aykırılığını iddia etmek mümkündür.

111) FRIESENHAHN, Verf., 136, 158.; LECHNER, Die Grund 661.; GIESE/SCHUNCK, 207.; ESCHENBURG, 777.; NAWIASKY, Die Grund., 130.

112) MARCIC, 106 ve müt.; ABADAN, 10/7/1963 Milliyet.

113) FRIESENHAHN, Verf., 137.

3. Mahkeme, ancak uygulayacağı kanun hakkında böyle bir araştırmada bulunabilir¹¹⁴. Fakat kanunu uygulayacağı zaman önemi haiz değildir.

Bu kaidenin istisnaları vardır: Bir defa A. m. 153 de sayılan kanunlar için böyle bir şey düşünülemez. Çünkü bunlar Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılabilir ve yorumlanamaz (A. m. 153/1).

Anayasa geçici 4. maddede sayılan, yani 27 Mayıs 1960 devrim tarihinden 6 Ocak 1961 tarihine kadar çıkarılan kanunlar için, mümkün gibi görülüyor. Maddenin 3. fıkrası bu kanunlar için «Anayasa Mahkemesine iptal dâvası açılmayacağı gibi itiraz yoluyla dahi mahkemelerde Anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülemez» demektedir. Re'sen sevk, itiraz (defi'den) ayrı bir yol olduğundan fıkranın şümulüne girmediği söylenebilir. Mamafih bu tarz düşünüşün maddenin sevk gayesine aykırı olduğu da teslim edilmelidir.

Andlaşmalar için 65/son gereğince aynı şey söylenemez. Yani bunlar hakkında re'sen Anayasaya aykırı görülerek Anayasa mahkemesine başvurulamaz. Çünkü bunlar hakkında A. m. 65/son'a göre, A'nın 151. maddesi gereğince Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.

114) LECHNER, Bundes, 109.; Die Grund, 660.; ESCHENBURG, 777. Anayasa mahkemesi «Uygulanacak kanun»u ciddi olarak araştırmaktadır. Fakat «mahkemelerin, bir kanun hükmünün Anayasaya aykırılığını ileri sürerek mahkememize başvurmaları için, bakmakta oldukları bir dâvanın bulunması ve iptali istenen kanun hükmünün de o dâvada uygulanması gerekir» (303/277 - 25/12/1963, 355/297 - 14/2/1964). Meselâ hazırlık tahkikatı sırasında, tatbik edilip de son tahkikat safhasında uygulanamayacak olan kanun hakkında re'sen sevk kararı verilemez (303/277 - 25/12/1963). Ayrıca bkz. 39/72 - 6/3/1965, 49/73, 4/6 - 24/5/1965, 7/10, 50/14 - 25/6/1965. Kunter'e göre bu durumda o normların Anayasaya aykırılığı hiç bir zaman ileri sürülemez demektir. Mahkeme «Anayasaya aykırı kanuna dayanak yapılan bir muameleyi muteber addetmekle o kanunu uygulamış sayılmalıdır (sh. 389 - 44 no.lu not). Aynı şekilde mahkemenin uygulamıyacağı hüküm için Anayasa mahkemesine re'sen sevk kararı verilemez.» CMUK. nun 126. maddesi «ancak dâvadan önce cumhuriyet savcısı tarafından yapılan hazırlık tahkikatı sırasında uygulanabilir» 355/297 - 14/2/1964. Ayrıca bkz. 328/296 - 24/2/1964. Anayasa mahkemesi böylece kazai mürakabe yapabilmek için temyiz merciinin uygulayacağı, kanuna da karışmaktadır. Anayasa mahkemesi bazan, iptali için re'sen sevk kararı verilen maddelerde yalnız, o dâvada tatbik edilebilecek olanları nazara alarak karar veriyor: «... kanunun tümü üzerinde değil, birinci ve ikinci maddelerine hasren inceleme yapılmasına oy birliği ile karar verilmiştir» (330/15 - 14/7/1964). Hüküm af kanununa göre verilmese dahi, dâva ile ilgili olduğu için «Uygulanacak kanun» sayılır.

Bir ayırım yapmadığından A. m. 151/1 de düzenlenen re'sen sevk yoluna da gidilemeyecektir.

4. Mahkeme uygulayacağı kanunun hem şekli bakımından ve hem de maddî bakımdan Anayasaya uygunluğunu inceleyecektir¹¹⁵. Meselâ kanunun çıkışında gerekli usule riayet edildiği gerekli çoğunlukla çıkıp çıkmadığı ve yine usulüne uyularak neşredilip edilmediğini araştırmaya yetkili¹¹⁶ olduğu gibi, muhteva bakımından da Anayasa ile uygunluğunu araştıracaktır ve asıl önemli olan ve daima söz konusu olabilen de budur¹¹⁷. Ferdî hakların korunması bakımından önemli olan bu maddî uygunluk murakabesi, Anayasanın yalnız muayyen bir hükmü ile tahdit edilemez. Uygunluğun Anayasanın bütün muhtevası ile olup, olmadığı araştırılacaktır¹¹⁸. Mahkemenin uygulayacağı normun Anayasaya uygun olmadığındaki şüphesi, Anayasa Mahkemesinin kararını talep etmesi için kâfi değildir. Bilâkis o normun Anayasaya aykırı olduğu neticesine varmalıdır¹¹⁹.

5. Mahkeme böyle bir araştırmayı muhakemenin her safhasında¹²⁰, yapabilir. Yalnız hüküm verdikten sonra böyle bir yetkisi yoktur.

6. Mahkeme uygulayacağı kanunlardan yalnız birisi hakkında bu kanaata varmış olabilir. Aynı şekilde, bir tek kanunun yalnız muayyen hükümlerini olduğu gibi bütününü de Anayasaya uygun veya aykırı bulabilir.

Bu karara karşı itiraz edilemez¹²¹.

7. Mahkeme Anayasaya aykırı olduğu kanısında ise¹²², Anayasa mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar dâvayı geri

115) FRIESENHAHN, Verf, 136.; LECHNER, Die Grund, 664.; Bundes, 114.

116) FRIESENHAHN, Verf, 136.; LECHNER, Die Grund, 664.

117) LECHNER, Die Grund, 664.; FRIESENHAHN, Verf. 136.

118) LECHNER, Die Grund, 664.

119) FRIESENHAHN, Verf., 137.; GIESE/SCHUNCK, 208.; LECHNER, Bundes, 109.; HAMANN, 351.

120) Yalnız yazılı emir üzerine «duruşma tekrarlanmayınca iptali istenen kanun hükmünün mahkemece bu olayda uygulanmasına imkân olmadığından, mahkemenin sözü geçen kanun hükmünün iptalini istemeye yetkisi yoktur» (49/73 - 24/5/1965).

121) EREM, 9.

122) Bu hususa «Mahkeme» in kendisi karar verecektir. Yoksa mahkeme reisi tek başına karar veremez (EBVG, 1, 80).

bırakır (A. 151/1., 44 s. K. m. 27/4) ve bu yoldaki gerekçeli kararı, yani o normun bakmakta olduğu dâvada uygulaması gereken bir norm olduğunu, neden dolayı o normun Anayasaya aykırı olduğu¹²³ ve dosya muhtevasının bu konu ile ilgili görünen tasdikli sureti ile birlikte Anayasa Mahkemesi başkanlığına gönderir (44 s. K. m. 27/1)¹²⁴.

Asistan Dr. Servet ARMAĞAN

123) FRIESENHAHN, Verf, 137. Anayasa Mahkemesi her iki hususu da murakabe edebilmektedir.

124) KUNTER, mahkemenin bu yetkisi ile iptal dâvası açtığını söylemektedir (sh. 390). İlk defa re'sen sevk kararı veren Elâzığ 1. Asliye Hukuk Hâkimliğidir (37/35 - 11/10/1962). Daha sonra sh. 74/1 no.lu notta zikredilen kararlardan başka) şu kararlara esas olan re'sen sevkler görülmüştür: 233/122 - 30/4/1963, 32/63 - 18/12/1964, 39/72 - 6/3/1965, 49/73, 4/6 - 24/5/1965, 7/10, 50/14 - 25/6/1965, 11/31 - 5/10/1965.

BİBLİYOGRAFYA

- AYBAY Rona : Anayasa Mahkemesi, 27/6/1961 Dünya Gazetesi.
- _____ : Partiler ve Anayasaya aykırı Kanunlar, 17/8/1962 Dünya.
- _____ : Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu, 20/1/1962 Dünya.
- _____ : Anayasa Mahkemesi ile ilgili birkaç Sorun, 17/2/1962 Dünya.
- _____ : Anyasaya Aykırı Kanunlar Konusunda, 25/10/1962 Dünya.
- _____ : Anayasaya Aykırılık itirazı, 12/11/1962 Dünya.
- ALDIKAÇTI : Anayasa Hukukumuzdaki son gelişmeler, c. 1-11 İst., 1964.
- ALACAKAPTAN Uğur : İtalyan Anayasa Mahkemesi ile İlgili Hükümler, AHFM. c. XVIII, S. 1-4, Sh. 493-517.
- AZRAK A. Ülkü : Türk Anayasa Mahkemesi, Anayasa Düzenindeki Yeri, Teşkilâtı-Fonksiyonları, İHFM. c. XXVIII, sene s. 3-4 1962'den ayrı bası.
- ARIK FİKRET : Yeni Anayasa Mahkememiz hakkında (Mukayeseli bir inceleme) AD. Yıl. 52, 1961 s. 9-10, sh. 831-849, 1019-1029.
- AKIN İlhan F. : Kamu Özgürlükleri, İst., 1964.
- ARIKAN Baha : Anayasa Mahkemesine başvurulamayacak haller, 1/3/1962 Cumhuriyet Gazetesi.
- _____ : Anayasa Mahkemesinin Yetkileri, 9/2/1962. Cumhuriyet Gazetesi.
- ABADAN Yavuz : Anayasa Mahkemesi ve Kiralar, 10/7/1963 Milliyet Gazetesi.
- BALTA Tahsin Bekir : Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Türkei (Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart - Köln - Berlin 1962, sh. 550-567).
- BOYACIOĞLU Ahmet : Kanunların Anayasaya Uygunluğunun defi yoluyla denetlenmesi, AD. 1962, s. 7-8 sh. 716-730.

- EREM Faruk : Ön Mes'ele (Mesele-i Müstehire) olarak Anayasaya aykırılık iddiası, Ank., 1962.
- ESCHENBURG Theodor : Staat und Gerellschaft in Deutschland, Stuttgart, 1962.
- FEYZİOĞLU Turhan : Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazaf Mura-kabesi, Ank., 1962.
- FRIESENHAHN Ernst : Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland (Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart Köln - Berlin, 1962, sh. 89-197).
- GÜRAN Sait : Uyuşmazlık Mahkemesinin Başkanlığı Mes'elesi, İ.H.F.M. c. XXX, s. 3-4 den ayrı bası.
- GIESE/SCHUNK : Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Vom 23 Mai 1949, Kommentar, sechste Auf. Frankfurt/Main, 1962.
- HAMANN A. : Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutsch-land vom 23 Mai 1949, Kommentar für wissen-schaft auf praxis, Berlin, 1956.
- KUBALI Hüseyin Nail : Anayasa Hukuku, Genel Esaslar ve Siyasî Rejim-ler, İst. 1964.
- _____ : Esas Teşkilât Hukuku Dersleri, İst. 1959.
- KÖKSAL Mehmetcan : Hukukla Bağlı Devlet Kuramı Açısından Kanunla-rın Anayasaya Uygunlukları Denetinde «def'i» İHFM. c. XXVIII, s. 3-4 sene 1962'den ayrı bası.
- KURU Baki : Hukuk Mahakemeleri Usulü, Ankara, 1964.
- KURAN Alp : Anayasanın Üstünlüğü ve Siyasî Rejimler, İHFM. c. XXIV, S. 1-4, sh. 26-62.
- KUNTER Nurullah : Ceza Muhakemesi Hukuku, İst., 1964.
- LÜTEM İlhan : Yeni Anayasalar (4. cilt) Ank., 1953-1954.
- LECHNER Hans : Schutz der Grundrecht durch die Verfassungsgericht des Bundes und Laender (Die Grundrechte, c. II/2 Berlin, 1959, sh. 658-716).
- _____ : Bunderverfassungsgerichtsgesetz: Kotmenter, Mün-chen und Berlin, 1954 Ergaenzungsblat, München un Berlin, 1957.
- MARCIC René : Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, Wien, 1963.

- NAWIASKY Hans : Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart und Köln, 1950.
- ONAR Sıddık Sami : İdare Hukukunun Umumi Esasları, c. 2, 2. Tabı, 1960, İstanbul.
- ÖZÇELİK A. Selçuk : Esas Teşkilât Hukuku Dersleri, c. 1, 2. baskı. Umumi Esaslar, İst. 1963.
- POSTACIOĞLU İlhan : Medenî Usul Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 2. baskı, İst. 1962.
- SAVCI Bahri : İnsan Hakları, Ankara, 1953.
- SAYMEN Ferit Hakkı : Türk Medenî Hukuku, c. 1. Umumi Prensipler, yenilenmiş 2. bası, 1956, İst.
- SANDULLI Aldo M. : Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Italian, (Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart - Köln - Berlin, 1962, sh. 292-325).
- SCIASCIA Geatino : Die Rechtssprechung des Verfassungsgerichtshof der Italienischen (Jahrbuch des Öffentlichen Rechts. band. 6, sh. 1-24).
- TELCHINI Italo : İtalya'da Anayasa Mahkemesi, AD. Yıl: 54, s. 9-10, sh. 1008-1025.
- (Terc. : Orhan Onar)

Asistan Dr. Servet ARMAĞAN