

MAHKEME KARARLARI KRONİĞİ

ANAYASA HUKUKU

İTİRAZ YOLU İLE ANAYASA'YA AYKIRILIK İDDİASI

VE

TEMEL HAK VE ÖDEVLERİN KANUNLA DÜZENLENMESİ

ANAYASA MAHKEMESİ, 25 Aralık 1964, DANIŞTAY 8. DAİRESİ *

İTİRAZ YOLU. — Anayasa'ya aykırılık iddiası, Anayasa m. 151, Anayasa Mahkemesi organik kanunu m. 27, İtiraza yetkili olanlar, Mahkemeler ve dâvanın tarafları, Danıştay 8. Dairesi, Dâvacı, İtirazın konusu, Dâvada uygulanacak hüküm, Anayasa Mahkemesi, İtirazın reddi.

KANUNLA DÜZENLEME. — Temel haklar ve ödevler, Anayasa m. 60, Millî Savunma hak ve ödevi, Askerlik yükümü, Yedek Subay ve Yedek Askerî Memurlar Kanunu, m. 23/E, Yabancı kız veya kadınla evlenmek, Yedek subaylıktan çıkarılma, Anayasa m. 12, Eşitlik ilkesi, Cinsiyet ayırımı, Öğrenim bakımından ayırım, Anayasa m. 35, Evlenme hakkı, Eş seçme serbestliği, Ailenin korunması, Anayasa m. 58, Kamu hizmetlerine girme hakkı, Kanun koyucunun takdiri, Askerlik yükümünün gerekleri, Ödevin gerektirdiği nitelikler.

1° «İtiraz, (Yedek Subay ve Yedek Askerî Memurlar Kanununun 23 üncü) maddenin tümüne karşı olmayıp, sadece E bendini hedef tutmaktadır. — Danıştay 8 inci Dairesi de maddenin E bendini bir bütün olarak söz konusu etmiş ve bir ayırım yapmaksızın bendin tümünün Anayasa'ya aykırı bulunduğunu ileri sürmüştür.»

*) Esas: 1964/36 - Karar: 1964/77 numaralı olan bu karar Resmi Gazetenin 21 Nisan 1965 gün ve 11981 sayılı nüshasında yayınlanmıştır.

2° «Bir dâvaya bakmakta olan mahkemece o dâva sebebiyle uygulanacak olan bir kanun hükmünü Anayasa'ya aykırı görür veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinden, ancak o hükmün iptalini isteyebileceğinden; Danıştay 8. Dairesinin itirazının da, kendisine açılmış olan bu dâvada uygulayacağı, 1076 sayılı kanunun değişik 23 üncü maddesinin E bendinin (Yabancı kız veya kadınla evli olanlar) hükmüne münhasır bulunduğu...»

3° «Bir kanunun, Anayasanın 12 nci maddesinde yazılı olanlar dışında, düzenlemekte olduğu konunun niteliği bakımından bazı kayıt ve şartlar koyarak ayırımlar yapması ve hükümlerinden, bu kayıt ve şartları yerine getirmiş olanların yararlanabileceklerini kabul etmesi, 12 nci maddedeki eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez.»

4° Anayasanın 60 ıncı maddesi hükmüne göre, «Anayasamız askerlik yükümünü düzenleme işini, herhangi bir kayıt ve şart koymaksızın, kanun koyucunun takdirine bırakmıştır.»

5° «Askerlik yükümü konusunda, (Cinsiyet) esasına dayanması bakımından ilk nazarda Anayasanın 12 nci maddesine aykırı sanısını verebilecek bir ayırımın, askerlik yükümünün bir gereği olmak üzere, buna ilişkin kanun hükümlerinin 12 nci maddedeki eşitlik ilkesini zedeleyecek nitelikte olduğunu düşünmeğe yer bırakılmamıştır.»

6° «Kanun, önce yüksek öğrenimlerini yapmış olanları, diğerlerinden ayrı bir işleme bağlı tutmuştur. Ancak bu ayrılık, Anayasa'nın 12 nci maddesinde sayılan özelliklere dayanmayıp kanunun düzenlediği konunun gereklerine dayandığında, ortada Anayasanın 12 nci maddesindeki eşitlik ilkesine de bir aykırılık yoktur.»

7° «Yabancı kız veya kadınlarla evli olmanın yedek subaylık durumuna etki yapması veya yapmaması yolundaki düzenlemelerin, Anayasanın 12 inci maddesinde öngörülmüş bulunan eşitlik ilkesiyle ilgili bir tarafı bulunmadığı meydana çıkmaktadır.»

8° «Yedek subaylık yukarıda da açıklandığı üzere yüksek öğrenim yapmış Türk vatandaşı erkeklerin askerlik yükümlerini yerine getirirken tâbi tutuldukları bir eğitim ve görevlendirme şeklinden ibarettir. Bu duruma göre yedek subaylık, şahsın veya ailenin geçimini sağlayan bir meslek, sanat veya kişinin isteği üzerine atandığı bir kamu hizmeti olmadığından askerlik yükümünün şu

veya bu suretle yaptırılmış olmasında Anayasa'nın 35 inci maddesindeki ilkeye aykırılık sözkonusu olamaz.»

9° «Bu kanunla (1076 sayılı) düzenlenmiş olan yedek subaylık, kişinin kendi isteği ile belirli bir kamu hizmetine girişi olmayıp, zorunlu olarak askerliğe alınması halidir.» — «Bu sebeple konunun, Anayasanın 58 inci maddesinde yer alan hükümlere ve yapılmış olan ayrımların da, maddede öngörülmüş bulunan (Ödevin gerektirdiği niteliklere) dayandığı veya dayanmadığı yolunda belircek olan düşüncelere göre çözümlenmesi mümkün olmadığı...»

Esas No. : 1964/36
Karar No. : 1964/77
Karar tarihi : 25/12/1964

İtirazda bulunan : Danıştay 8 inci Dairesi

İtirazın konusu : 16/6/1927 günlü ve 1076 Yedek Subay ve Yedek Askeri Memurlar Kanununun 18/6/1947 günlü ve 5099 sayılı Kanunla değiştirilen 23 üncü maddesinin E bendi hükmünün, Anayasa'nın 12., 35 ve 60 inci maddelerine aykırı bulunduğundan bahisle yapılmış olan itirazın ciddi olduğu kanısına varıldığı ileri sürülerek Anayasa'nın 151 inci ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri hakkındaki 44 sayılı Kanunun 27 inci maddeleri uyarınca bir karar verilmesi istenilmiştir.

OLAY

Askerlik hizmetini yedek subay olarak yapıp terhis edildikten sonraki bir tarihte yabancı bir kadınla evlenmiş bulunan kişinin yedek subaylık hakkının 1076 sayılı Yedek Subay ve Yedek Askeri Memurlar Kanununun 5099 sayılı Kanunla değişik 23 üncü maddesinin E. bendine dayanılarak kaldırılması üzerine, bu kararın Anayasa'ya ve İnsan Hakları Beyannamesine aykırılığı ileri sürülerek iptali için Danışta'ya dâva açılmıştır. Danıştay Başkanun Sözcülüğü ve dâvalı Milî Savunma Bakanlığı, 1076 sayılı Kanunun değişik 23 üncü maddesinin E. bendinin Anayasa'ya aykırı bulunmadığı düşüncesini savunmuşlardır.

Karşılıklı iddia ve savunmaları inceleyen Danıştay 8 inci Dairesi, 17/6/1964 günlü ve 1963/2299 sayılı kararında:

«1 — Yüksek öğrenim görmüş ve yedek subay olma hakkını kazanmış erkek yurttaşların yabancı bir kadın veya kızla evlenmeleri, kendilerinin yedek subaylıktan çıkarılmalarını intaç ettiğine göre, 1076 sayılı Yasanın değişik 23 üncü maddesinin E. bendi hükmü T. C. Anayasa'sının 12 nci maddesiyle konulan eşitlik ilkesine açıkça aykırı düşmektedir.

Çünkü, yüksek tahsil gören T.C. yurtdaşı kadınlar askerlik mükellefiyetine bağlı olmadıkları için onlar hakkında bu hüküm uygulanamaz. Yüksek tahsil görmemiş yani yedek subay olma niteliğinde bulunmayan erkek ve kadın Türk yurtdaşları da bu müeyyidenin dışında kalmıştır. Böylece bir kısım yurtdaşları yabancı ile evlenme, dolayısıyla yedek subay olma hakkından yoksun kılan, anılan bent hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu yolundaki itirazın ciddi olduğu kanısına varılmıştır.

2 — Yabancı kadın veya kızla evlenen yüksek öğrenim görmüş Türk erkeğinin yedek subaylıktan çıkarılması, o erkeğin kurmuş olduğu ailenin Türk toplumu içinde tedirgin edilmesi sonucunu doğurur. Böyle bir durum T. C. Anayasa'sının 35 inci maddesiyle konulmuş ilkeye aykırı düşer. Bu bakımdan da itiraz ciddi görülmüştür.

3 — Yurt savunmasına yedek subay olarak katılma hakkını ve ödevini kazanmış olan bir Türk erkeğinin yabancı bir kadın veya kızla evlendi diye bu hak ve ödevden yoksun bırakılması T. C. Anayasa'sının 60 inci maddesinde yer alan ilkeye de aykırı düşer. Bu bakımdan 1076 sayılı Yasanın değişik 23 üncü maddesinin E. bendi hükmünün, Anayasaya aykırılığı yolundaki itiraz ciddi görülmüştür.» diyerek kanısını belirtmiş ve Anayasa'nın 151 inci ve 44 sayılı Kanunun 27 nci maddeleri uyarınca bir karar verilmek üzere dâva dilekçesiyle tarafların iddia ve savunmalarının örneklerinin Anayasa Mahkemesine gönderilmesine ve dâvanın olduğu yerde durdurulmasına karar vermiştir.

İNCELEME :

Anayasa Mahkemesi İktüzüğünün 15 inci maddesi uyarınca 11/9/1964 gününde yapılan ilk inceleme sonunda işin esasının incelenmesine karar verilerek 25/12/1964 günü yapılan toplantıda dosyadaki bütün yazılar, hazırlanan rapor, Anayasa'nın ilgili maddeleri ile itiraza konu olan kanun maddesi ve gerekçeleri, Büyük Millet Meclisi ve Temsilciler Meclisi Tutanakları, okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

GEREKÇE :

1076 sayılı Yedek Subay ve Yedek Askerî Memurlar Kanununun 5099 sayılı Kanunla değişik 23 üncü maddesi hükmü şöyledir:

«Madde 23 — Yedek subay ve memurluğundan çıkarılmağı ve yaşlarına göre haklarında Askerlik Kanununun uygulanmasını gerektiren sebepler şunlardır:

A - Ordu dışında şeref ve haysiyet bozucu halleri âdet edindiği bir askerî kurulca yaptırılacak inceleme ile Millî Savunma Bakanlığınca anlaşılanlar,

B - Ordu içinde veya dışında tardı ve ihracı gerektirecek kadar herhangi bir mahkeme tarafından hüküm giymiş olanlar,

C - Ordu dışındaki memuriyetinden müebbeten mahrumiyet cezasına hükümlü olanlar,

D - Hileli müflis olduğu ilân edilenler (Tekrar itibarı iade edildiği takdirde rütbesi geri verilir.)

E - Yabancı kız veya kadınla evli olanlar veya nikâhsız yaşayanlar»

İtiraz, maddenin tümüne karşı olmayıp sadece E bendini hedef tutmaktadır.

Danıştay 8 inci Dairesi de maddenin E bendini bir bütün olarak söz konusu etmiş ve bir ayırım yapmaksızın bendin tümünün Anayasa'ya aykırı bulunduğunu ileri sürmüştür. Halbuki bent hükmünün; birisi yabancı kız veya kadınla evli olanlar, diğeri de yabancı kız veya kadınla nikâhsız yaşayanlar olmak üzere iki konuyu içine aldığı görülmektedir. Bu sebeple öncelikle itirazın kapsamının belirtilmesi gerekli bulunmuştur :

Dâvaya sebep olan olay; yukarıda açıklandığı üzere, bir yedek subayın yabancı kadınla evlenmesinden ibaret olduğuna göre dâvacı hakkında sözü geçen E bendinin sadece (Yabancı kız veya kadınla evli olanlar) hükmü uygulanmış olduğundan Danıştay 8 inci Dairesince iptal dâvasının çözümlenmesinde uygulanacak olan hükmün de bundan ibaret olacağı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 151 inci ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri hakkındaki 44 sayılı Kanunun 27 nci maddelerine göre, bir dâvaya bakmakta olan mahkeme, o dâva sebebiyle uygulanacak bir kanun hükmünü Anayasa'ya aykırı görür veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinden, ancak o hükmün iptalini isteyebileceğinden; Danıştay 8 inci Dairesinin itirazının da, kendisine açılmış olan bu dâvada uygulayacağı, 1076 sayılı Kanunun değişik 23 üncü maddesinin E bendinin (Yabancı kız veya kadınla evli olanlar) hükmüne münhasır olduğuna oybirliği ile karar verilmiştir.

İtirazın esasına gelince :

Danıştay 8 inci Dairesinin kararında; söz konusu hükmün, Anayasa'nın 12., 35., 60 inci maddelerine aykırı bulunduğu açıklanmak suretiyle dâvacının itirazının ciddi olduğu kanısına varıldığı belirtilmekte olduğundan incelemenin de bu maddeler sırasına göre yapılması gerekmektedir :

1 — Danıştay 8 inci Dairesi; yukarıya alınmış bulunan kararında görüldüğü üzere, yüksek öğrenim yapmış olan kadınlarla yüksek öğrenim yapmamış kadın ve erkekler hakkında bu hükmün uygulanmamakta olduğunu öne sürerek bu hali bunlarla yüksek öğrenim yapmış erkekler arasında yaratılan bir eşitsizlik olarak yorumlamakta ve bu bakımdan Anayasa'nın 12 inci maddesine aykırılık bulunduğu kanısında olduğunu açıklamaktadır.

Anayasa'nın 12 inci maddesi hükmü şöyledir:

«Madde 12 — Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir.

Hiç bir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.»

Yürürlükte olan kanunlarımız, kadınları genel olarak askerlik yükümü dışında tutmakta olduğundan, yüksek öğrenim yapmış olsun olmasın, erlik veya yedek subaylıkları söz konusu değildir. Bu sebeple anılan 23 üncü maddenin E bendinin, yabancılarla evlendikleri için yedek subaylık haklarını kayıp eden

erkekleri, kadınlara karşı eşit olmayan bir duruma soktuğu ve böylece Anayasa'nın yukarıda yazılı 12 nci maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı bir hüküm taşıdığı düşüncesi yerinde değildir.

Keza, bu hükmün uygulanması sonucunda; yedek subaylık hakkını kazanmış iken yabancı bir kadınla evlenme sebebiyle er durumuna geçirilen bir kimse ile, yüksek öğrenim yapmamış olduğu için askerliğini er olarak yapmakta olan bir kimse arasında Anayasa'nın 12 nci maddesine aykırı herhangi bir eşitsizlik yaratılmış olduğunu düşünmek de doğru değildir.

Zira bu durumun, Anayasa'nın yukarıda metni yazılı 12 nci maddesinde yer alan özelliklerin herhangi birisine dayanılarak yapılmış bir ayırım olmadığı meydandadır.

Bir kanunun, Anayasa'nın 12 nci maddesinde yazılı olanlar dışında, düzenlemekte olduğu konunun niteliği bakımından bazı kayıt ve şartlar koyarak ayırımlar yapması ve hükümlerinden, bu kayıt ve şartları yerine getirmiş olanların yararlanabileceklerini kabul etmesi, 12 nci maddedeki eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez.

Aksine, Anayasa'nın 12 nci maddesinde öngörülenler dışında kalan ayrı şartların ve vasıfların ayrı hükümleri gerektirmesi doğaldır.

Örneğin Anayasa'nın 60 ıncı maddesinde: «Yurt savunmasına katılma, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu ödev ve askerlik yükümü kanunla düzenlenir.» denilmektedir.

Bu hükme göre Anayasa'mız askerlik yükümünü düzenleme işini, herhangi bir kayıt ve şart koymaksızın, kanun koyucunun takdirine bırakılmıştır.

Bu maddenin, Temsilciler Meclisinde görüşülmesi sırasında ileri sürülen sorular ve verilen önergeler karşısında Anayasa Komisyonu Sözcüsünün cevapları ve komisyonun bunların etkisiyle hazırladığı yeni madde metni, kanun koyucuya bu konuda bırakılan takdir yetkisinin çok geniş olduğunu göstermektedir.

Nitekim bu görüşmelerde bir temsilcinin «Türk kadınları da yurt savunmasına tabi mi?» sorusuna komisyon sözcüsü «Bunun cevabını kanun verecektir.» demek suretiyle kadın ve erkek vatandaşların, hangi şartlar ve ölçüler içerisinde ve hangi safhalarında yurt savunmasına katılacaklarının, gereklere uygun olarak, tâyin ve takdir yetkisinin kanun koyucuya bırakıldığını açıklamış ve erkek vatandaşların askerlik yükümlerini belirtmek amacıyla verilen önergeler gözönünde tutularak madde Temsilciler Meclisi tarafından ilk metinde olmayan; (Askerlik yükümünün kanunla düzenleneceği) hükmü de eklenmek suretiyle kabul olunmuştur.

Görülüyor ki, askerlik yükümü konusunda, «Cinsiyet» esasına dayanması bakımından ilk nazarda Anayasa'nın 12 nci maddesine aykırı sanısını verebilecek bir ayırımın, askerlik yükümünün bir gereği olmak üzere, yapılabileceği, Anayasa koyucu tarafından da öngörülmüş ve böylece buna ilişkin kanun hükümlerinin, 12 nci maddedeki eşitlik ilkesini zedeleyecek nitelikte olduğunu düşünmeğe yer bırakılmamıştır.

Yasama organı, kabul ettiği çeşitli kanunlarla, askerlik yükümünü düzenlemiş olup bu kanunlarda, yirmi yaşına basan bütün sağlam erkeklerin askerlik çağına girmiş oldukları, bunlardan yüksek öğrenim yapmış olanların yedek subay yetiştirilmek suretiyle, geride kalanların da er olarak askerliklerini yapacakları hakkında hükümler yer almaktadır.

Görüldüğü gibi kanun, önce yüksek öğrenimlerini yapmış olanları, diğerlerinden ayrı bir işleme bağlı tutmuştur. Ancak bu ayrılık, Anayasa'nın 12 nci maddesinde sayılan özelliklere dayanmayıp kanunun düzenlediği konunun gereklerine dayandığından ortada Anayasa'nın 12 nci maddesindeki eşitlik ilkesine de bir aykırılık yoktur.

Bundan başka kanunun, yedek subaylık müessesesini bir takım kayıt ve şartlarla birlikte kurduğu, örneğin askere alınan yüksek öğrenim gören erkekleri, belirli bir süre askerlik öğrenim ve eğitiminden geçirdiği, sınavlarda başarı göstermiyenlere bu hakkı vermeyerek er sınıfına geçirdiği görülmektedir. Gerek bu hükümlerin gerekse itirazla ilgili 23 üncü maddenin diğer fıkralarında yer alan ve yedek subaylık hakkını düşürecek yazılı olan sebeplerin hiç birisinin de esasen askerliklerini er olarak yapan yüksek öğrenim yapmamış erkek vatandaşlara uygulanması söz konusu bulunmamaktadır. Nasıl yüksek öğrenimlerini yapmamış olan erkek vatandaşlara uygulanmayan ve hizmetin gereği olan bu hükümlerin hiç birisinin, söz konusu vatandaşlara uygulanmıyor diye Anayasa'nın 12 nci maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı oldukları düşünülemezse; askerlik yükümünü yedek subay olarak yapmak ve sonra da bu sıfatı muhafaza edebilmek için, yabancı kız ve kadınla evli olmamak şartını koymakta Anayasa'nın 12 nci maddesinde öngörülen bir eşitsizlik sayılamaz. Zira bu hüküm de, diğerleri gibi, Anayasa'nın 60 ıncı maddesiyle kanun koyucunun takdirine bırakılmış olan bir konunun, gerektiği şekilde düzenlenmesinden ibarettir.

Diğer taraftan, 5099 sayılı kanunun gerekçesinden de anlaşıldığı üzere evvelce mevcut olmayan bu hükmün; muvazzaf subayların yabancı kız veya kadınlarla evlenmeleri halinde istifa etmiş sayılarak, hatta yedek subaylık hakkı bile verilmeden haklarında yaşlarına göre askerlik kanunu hükümleri uygulanırken aynı ordu içinde vazife gören yedek subayların böyle bir müeyyidenin dışında bırakılmış olmalarının yarattığı farklı durumun giderilmesi düşüncesiyle kabul edilmiş olduğu görülmektedir.

Gerçekten 1950 yılına kadar yürürlükte olan 1683 sayılı Askerî ve Mülkî Tekaüt Kanununun 12. ve 1/1/1950 gününde de bu kanunun yerine geçen 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununun 9/7/1963 günlü ve 266 sayılı kanunla değiştirilen geçici 84 üncü maddeleri gereğince, subay ve askerî memurlardan (Astsubaylar da aynı hükme tabi tutulmuştur.) yabancı uyrukluyla evlenenler veya nikâhsız olarak yaşayanlar istifa etmiş sayılmakta ve bu suretle ordudan çıkanlar hakkında, (Yedek subaylık hakkı dahi tanınmadan) yaşlarına göre askerlik kanunu gereğince işlem yapılmakta iken, 5099 sayılı kanunun yürürlüğe girdiği 25/6/1947 gününe kadar yabancılarla evlenmek veya nikâhsız yaşamak hali, yedek subaylık durumuna herhangi bir etki yapmamakta idi. Bu farklı durum, ordu içinde yabancı kadınlarla evli subay ve askerî memur bulundurulmaması hakkında kanun koyucu tarafından güdülen amacın tam olarak elde edilmesini önlemekte olduğu düşüncesiyle 1076 sayılı kanunun 23 üncü maddesine, itiraza konu olan E bendi hükmünün eklenmesi gerekli görülmüş ve bu maksatla 5099 sayılı kanun kabul edilmiş bulunmaktadır.

Bu suretle, ayrı ayrı zamanlarda ve çeşitli açılardan birer eşitsizlik imiş gibi değerlendirilmiş bulunan konunun, yani yabancı kız veya kadınlarla evli olmanın yedek subaylık durumuna etki yapması veya yapmaması yolundaki

düzenlemelerin, Anayasanın 12 nci maddesinde öngörülmüş bulunan eşitlik ilkesiyle ilgili bir tarafı bulunmadığı meydana çıkmaktadır.

2 — Danıştay 8 inci Dairesi; yabancı kız veya kadınla evlenen yüksek öğrenim görmüş Türk erkeğinin yedek subaylıktan çıkarılması, o erkeğin kurmuş olduğu ailenin Türk toplumu içinde tedirgin edilmesi sonucunu doğuracağından bu durumu yaratan hükmü Anayasa'nın 35 inci maddesiyle konulan ilkeye aykırı görmektedir.

Anayasa'nın 35 inci maddesi hükmü şöyledir:

«Madde 35 — Aile Türk toplumunun temelidir.

Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, ailenin, ananın ve çocuğun korunması için gerekli tedbirleri alır ve teşkilâtı kurar.»

Yedek subaylık, yukarıda da açıklandığı üzere yüksek öğrenim yapmış Türk Vatandaşı erkeklerin, askerlik yükümlerini yerine getirirken tabi tutuldukları bir eğitim ve görevlendirme şeklinden ibarettir. Bu duruma göre yedek subaylık, şahsın veya ailenin geçimini sağlayan bir meslek, sanat veya kişinin isteği üzerine atandığı bir kamu hizmeti olmadığından, askerlik yükümlünün şu veya bu suretle yaptırılmış olmasında Anayasa'nın 35 inci maddesindeki ilkeye aykırılık söz konusu olamaz. Zira kanun koyucu, askerlik yükümlünün yerine getirilmesi şekillerini, günün koşullarına ordunun ihtiyaçlarına göre dilediği şekilde düzenleyebilir. Bu düzenlemenin, ailenin kuruluşunu ve devamını önleyici hükümler taşımadığı müddetçe, Anayasa'nın 35 inci maddesini ilgilendiren bir tarafı da bulunamaz.

Esasen dikkat edilecek olursa sözü edilen hüküm, evlenmeyi doğrudan doğruya veya dolayısıyla kayıtlıyan bir hüküm değildir. Zira bu hüküm var olduğu halde yapılmış olan bir evlenme kanuna uygun bütün diğer evlenmeler gibi hukuk bakımından geçerlidir.

Diğer taraftan bu hüküm, genel olarak evli olmayı, yedek subaylık hakkını düşüren bir sebep olarak da koymamakta, sadece yabancılarla evli olma halini öngörmektedir. Bu halile dahi söz konusu hüküm, evlenmeyi kayıtlayıcı nitelikte olmayıp sadece kendi isteğiyle bu durumu yaratmış olanların, askerlik yükümlerini yerine getirmeleri şeklini değiştirmiş bulunmaktadır. Bu sonuç yurt savunmasının temelini teşkil eden askerlik görevinin bir gereği olmak üzere kanun koyucunun takdirine dayanmaktadır.

Nitekim yine 1076 sayılı kanunun 5099 sayılı kanunla değiştirilmiş bulunan 8 inci maddenin E bendinde de, yedek subay veya yedek askerî memurluğa ayrılmak için lüzumlu bulunan koşullar arasında yabancı kız veya kadınla evli olmamak veya nikâhsız yaşamamak hali de sayılmakta ve askerliğe çağrıldıkları günde bu durumlarda olanlar, daha başlangıçta yedek subay veya yedek askerî memurluğa ayrılmamaktadırlar.

Bu da göstermektedir ki bu hükümler aile müessesesini tedirgin etmek veya Anayasa'nın 35 inci maddesinde yer alan aile ile ilgili diğer kuralları zedelemek amacıyla kabul edilmiş olmayıp, sadece askerik yükümlünün yerine getirilmesinin gerektirdiği koşulların bir sonucu olarak kanun koyucu tarafından takdir edilmiş bulunmaktadır.

Esasen evlenme durumlarını, bu kanun hükümlerini de gözönüne almak suretiyle dilediği şekilde düzenleyerek askerlik yükümünü er veya yedek subay olarak yapmanın, kişilerin iradelerine bağlı bir işlem olduğu düşünülecek olursa söz konusu hükümde Anayasa'nın 35 inci maddesindeki ilkeleri ilgilendiren bir yön bulunmadığı daha açık belirmiş olur.

3 — Danıştay 8 inci Dairesi; yurt savunmasına yedek subay olarak katılma hakkını ve ödevini kazanmış olan bir Türk erkeğinin yabancı bir kadın veya kızla evlendi diye bu hak ve ödevden yoksun bırakılmasını Anayasa'nın 60 inci maddesine de aykırı görmektedir.

Anayasa'nın 60 inci maddesi hükmü şöyledir.

«Madde 60 — Yurt savunmasına katılma, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu ödev ve askerlik yükümü kanunla düzenlenir.»

Madde metninden açıkça anlaşıldığı üzere Anayasamız, askerlik yükümünün ne suretle yerine getirileceğinin düzenlenmesi işini yasama organına bırakmıştır. Yukarıda 1 numaralı fıkra da yapılan açıklamalar sırasında da belirtildiği üzere kanun koyucu bu konuyu kendi takdirine göre düzenlemiştir.

Gerçekten yürürlükteki kanunlarla, yirmi yaşına basan bütün sağlam erkeklerin askerlik çağına girmiş oldukları, bunlardan yüksek öğrenim yapmış olanların yedek subay yetiştirilmek suretiyle askerliklerini yapacakları, ancak bunların belirtilen bazı kayıt ve koşullara uymamaları halinde (Konumuzda olduğu gibi, yabancı kız veya kadınla evlenmeeri halinde) askerlik yükümlerini er olarak yapacakları hükümlere bağlanmış bulunmaktadır.

Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere ortada Danıştay 8 inci Dairesince ileri sürüldüğü gibi bu hak ve ödevden yoksun bırakılma hali bulunmayıp, askerlik yükümünün er olarak yerine getirilmesi durumu vardır.

Bu sebeple 1076 sayılı kanunun 5099 sayılı kanunla değişik 23 üncü maddesinin E bendinin itiraz konusu olan hükmünü, Anayasa'nın 60 inci maddesine de aykırı saymak yerinde değildir.

Danıştay 8 inci Dairesince ileri sürülmemekle beraber, itiraza konu olan hükmün Anayasa'nın 58 inci maddesiyle ilgisi olup olmadığı konusu üzerinde de durulması gerekli görülmüştür:

Anayasa'nın 58 inci maddesi hükmü şöyledir:

«Madde 58 — Her türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir.

Hizmete alınmada, ödevin gerektirdiği niteliklerden başka hiç bir ayırım gözetilemez.»

Görüldüğü gibi bu madde hükmü, kamu hizmetlerine girme hakkı ile ilgili Anayasa kuralını koymaktadır. Maddede ki (Kamu hizmetine girme) deyiimiyle yurttaşların kamu hizmetlerinin her hangi bir dalında kendi istekleriyle görev almaları halinin öngörüldüğü açıktır.

Halbuki itiraz konusu olan kanun hükmü, bir kamu yükümü olan askerlik ödevinin ne suretle yerine getirileceğini düzenlemektedir. Bu kanunla düzenlenmiş olan yedek subaylık, kişinin kendi isteği ile belirli bir kamu hizmetine girişi olmayıp, zorunlu olarak askerliğe alınması halidir. Bu bakımdan 1076 sayılı kanun, Anayasa'nın 58 inci maddesinin kapsamına değil 60 inci maddesinin kapsamına giren bir konuyu düzenlemektedir.

Bu sebeple konunun, Anayasa'nın 58 inci maddesinde yer alan hükümlere ve yapılmış olan ayırımların da, maddede öngörülmüş bulunan (Ödevin gerektirdiği niteliklere) dayandığı veya dayanmadığı yolunda belirecek olan düşüncelere göre çözümlenmesi mümkün olmadığından ayrıca bir de bu madde açısından inceleme yapılmasına yer görülmemiştir.

SONUÇ :

Yukarıda açıklanan nedenlerden ötürü 1076 sayılı kanunun 5099 sayılı kanunla değiştirilen 23 üncü maddesinin E bendindeki yabancı kız veya kadınla evli olanların yedek subaylıktan çıkarılarak yaşlarına göre haklarında Askerlik Kanununun uygulanmasının gerekeceğine ilişkin hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığından itirazın reddine, Üyelerden Şemsettin Akçoğlu'nun muhalefetiyle ve oyçokluğu ile 25/12/1964 gününde karar verildi.

Başkan Lûtfi Akadlı	Üye Cemalettin Köseoğlu	Üye Asım Erkan	Üye Rifat Göksu
Üye İ.Hakkı Ülkmen	Üye Şemsettin Akçoğlu	Üye İbrahim Senil	Üye İhsan Keçecioğlu
Üye A. Şeref Hocaoglu	Üye Salim Başol	Üye Celâlettin Kuralmen	Üye Hakkı Ketenoğlu
Üye Fazıl Uluocak	Üye Muhittin Gürün	Üye Lûtfi Ömerbaş	

MUHALEFET ŞERHİ

1 — Anayasa'nın 60 ıncı maddesi, askerlik yükümlünün kanunla düzenleneceğini göstermektedir. Askerlik de bir kamu hizmeti olduğuna göre, bu düzenleme sırasında, Anayasa'nın 58 inci maddesinde yazılı esasa uyulması, yani, askerlik mükellefiyetine tabi olanlara görev verilirken bunlar arasında (Ödevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilmemesi) şarttır.

Bu konuya kararın sonlarında temas eden Mahkeme, 58 inci maddenin ancak kendi isteğiyle kamu hizmetine girenlere uygulanabileceğini, askerlik gibi mecburi bir hizmette 58 nci madde hükmünün değil sadece 60 ıncı madde hükmünün nazara alınabileceğini mütalâa etmektedir.

Hizmetin ihtiyarî veya mecburî oluşunun bu hizmeti göreceklelerin niteliğinde farklar yaratmasını gerektireceği kanaatine katılmak mümkün değildir. Askerlik mükellefiyetinin düzenlenmesinde kanun koyucuya tanınan geniş takdir hakkının da, 58 inci maddede yazılı esasla sınırlı olduğuna şüphe yoktur. Hizmetin gerekleriyle ilgisi bulunmayan kayıt ve şartlar askerlik mükellefiyetini düzenleyen kanunlara da giremez.

Nitekim, kararın birçok yerlerinde, 58 inci maddedeki esasın askerlik mükellefiyeti kanunlarına da tesirini zaruri gören aşağıdaki mütalâalar yer almaktadır; Mahkeme:

a) Askerlik yükümü konusunda «cinsiyet» esasına dayanan tefrikin (Askerlik yükümünün bir gereği) olmak üzere yapılabileceği;

b) Yüksek öğrenimi yapmış olanların diğerlerinden farklı bir muameleye tabi tutulmasının kanunun düzenlendiği konunun gerektirdiği bir ayırım bulunduğu) sebepleriyle bu gibi ayırımların eşitliği ihlâl etmediği kanaatindedir.

c) Kanun koyucunun, askerlik yükümünün yerine getirilmesi şekillerini, günün şartlarına, (Ordunun ihtiyaçlarına) göre dilediği şekilde düzenlenmesini uygun bulmaktadır.

Vatandaşların askerlik mükellefiyeti bakımından farklı muamelelere tabi tutulmasını - cinsiyet ve tahsil durumu açısından - inceleyen ve tasvip eden çoğunluk bu bahisle (Askerlik yükümünün gereği) veya (Kanunun gerektirdiği ayırım) tâbirleriyle (Hizmetin gerektirdiği nitelikler)e kıymet verirken evlilik, bekârlık, ecnebi kadınla evlilik) esasına dayanan ayırımlarda da (Hizmetin gereği) ne uygunluk olup olmadığını incelemek mevkiindeydi.

Nitekim, evvelce görülen bir dâvada, 788 sayılı Memurin Kanununun 4 üncü maddesinin Z bendinde yer alan (Bu kanunun neşrinden evvel ecnebi kadınlarla tehhül etmiş bulunan memurin, Hariciye, Müdafaa-i Milliye ve Bahriye Vekâletlerinde istihdam edilemezler) hükmünün «Devlet sırlarının saklı kalması» gibi o Vekâletler hizmetlerinin icabı olan bir maksada dayandığına ve bu gerekçeyle Anayasa'ya uygun bulunduğu kanaat getirilerek buna ait iptal talebi reddedilmiştir. (11480 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan 25/5/1963 günlü ve 1963/205 - 123 sayılı karar). Şimdi görülen dâvada ise çoğunluk, Anayasa'nın 58 inci maddesi açısından inceleme yapılmasına mahal görmemektedir.

Memurların ecnebilerle evlenmiyecekleri hakkında Memurin Kanununun 4 üncü maddesinin Z bendinde yazılı hükmün iptalinde de, bu bentte yazılı olan ve yukarıda parantez içinde aynen tekrarlanan hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığı hususunda da 58 inci maddeye dayanılmıştır. İptal talebinin reddinde ele alınan (Devlet sırlarının korunması) gerekçesi veya, ecnebi kadınla evli olmanın yedek subaylık hizmetine tesirini ifade edecek başka bir gerekçe olmadan, sadece Anayasa'nın 60 inci maddesinin çok umumi hükmünden istifade edilerek itirazın reddedilemeyeceği kanaatindeyim.

2 — Diğer taraftan, askerlik hizmetini düzenleyen bir kanuna, yedek subaylığa ayrılmış, bu hizmeti yaparak terhis edilip sivil hayata dönmüş olan kimseleri mükellefiyet çağı sonuna kadar takip eden bir hüküm de konulmuştur. 1076 sayılı kanunun 5099 sayılı kanunla değişik 23 üncü maddesinde konulan E bendinde (Yabancı kız ve kadınlarla evli olanların) (Ordu dışında şeref ve haysiyet kırıcı harekette bulunanlar gibi) yedek subaylıktan çıkarılması kabul edilmiştir. Yapılan itirazla iptali istenen hüküm de budur.

23 üncü maddenin diğer bentleri üzerinde de Anayasa'ya aykırılık bakımından inceleme yapılması bu dâvada mümkün olmadığından sadece (Ecnebi kadınla evlilik) halinin şeref ve haysiyet kırıcı hareketlere benzetilmesindeki yanlışlığa işaret olunması kâfidir. Bu hareketler her memur hakkında işlem yapmayı gerektirdiği halde ecnebi ile evlilik - bugünkü mevzuata göre - her memuriyete engel bir sebep değildir.

Diğer taraftan, memurlar kendi statülerine tabidirler. Sivil bir memura askerlik hizmetine başlamadan veya terhis edilip de tekrar hizmete çağırıl-

madan askerlikle ilgili kanun hükümleri uygulanamaz. Memur olmayanlar ise hiçbir hizmet kanununa uymaya zorlanamaz.

Serbest bir iş sahibini veya ecnebi kadınla evlenmesine kanuni engel bulunmayan bir memuru, böyle bir evlenme yaptı diye, yedek subaylıktan çıkarmanın, günün birinde talim veya manevra için çağırılabilceği ve hizmetini er olarak yapmaya mecbur kalacağı endişesine kapılan bir kimseyi (Dilediği ile evlenme) hakkından mahrum etmenin Anayasa'ya uygun görülmesinin sebepleri de kararda gösterilmemiştir.

Bu sebeplerle, 1076 sayılı kanunun değişik 8 ve 23 üncü maddeleri Anayasa'ya aykırıdır. 23 üncü maddenin isteme uygun olarak, 8 inci maddenin de, 22/4/1962 tarihli ve 44 sayılı kanunun 28 inci maddesi gereğince iptaline karar verilmesi gerektiği kanaatiyle karara muhalifim.

Üye

Şemsettin Akçoğlu

Metni ile muhalefet şerhi tam olarak yukarıya çıkarılan karar¹. Anayasa Mahkemesinin, gerek usul gerek esas bakımından bugüne kadar izlediği muhakeme yöntemi ve içtihad politikasını yansıtan tipik bir örnektir. Gerçekten bu karar, Yüksek Mahkemenin, dâva veya itiraz yolu ile önüne getirilen Anayasaya aykırılık iddialarını, ta baştan usul yönünden bertaraf edip çözümsüz bırakmaması halinde, 1961 Anayasasının hâkimiyeti altında gereken ve beklenen ileri bir anlayışın ve davranışın aksine, genellikle esastan reddetmek eğiliminde olduğunu bir kerre daha ortaya koymaktadır. Bu tutum ve gidişi dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin, yeni toplum düzeninin yerleşmesinde ve gelişmesinde yararlı mı, yoksa engelleyici mi olduğu sorusunu sormak gerekmektedir.

Yüksek Mahkemenin faaliyetini bu açıdan değerlendirebilmek için, sözkonusu kararını evvelâ usul bakımından, bilâhare esas cihtinden ele alıp, incelemek ve tartışmak lâzımdır.

I — USUL BAKIMINDAN

Anayasa Mahkemesinin 25/12/1964 gün ve 36/77 sayılı kararında, usul bakımından, biri dokunulup geçilmiş, diğeri sözkonusu edilip tartışılmış şu iki mesele yer almaktadır:

—Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunmak hakkı, daha doğrusu yetkisi kimlere aittir?

1) Anayasa Mahkemesinin Resmi Gazetede yayımlanan kararlarından sadece iptal hükmü ile sonuçlananlar Düstur ciltlerine geçirilmekte olduğundan; itirazın reddiyle neticelenen bu kararın Mecmuamızda yer alması uygun ve faydalı görülmüştür.

—İtiraz yolu ile iptal veya aykırılığı tesbit ettirilebilecek hükümler nelerdir?

1 — İtiraz yetkisi.

Bilindiği gibi, kanunların veya yasama meclisleri içtüzüklerinin Anayasa'ya aykırı olduğu hakkındaki iddialar, Türk Hukukunda, ya dâva şeklinde belli ve sayılı makam, kurul ve kurumlar tarafından, ya da itiraz yolu ile, bir davaya bakmakta olan mahkemece veya dâvanın taraflarınca Anayasa Mahkemesi önüne götürülebilir.

Burada bizi ilgilendirmekte olan itiraz yolu, Anayasanın 151 inci maddesinde, şöylece tarif edilmiştir: «Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanunun hükümlerini Anayasa aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar dâvayı geri bırakır.». Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri hakkındaki 22 Nisan 1962 tarihli ve 44 numaralı kanunun 27 nci maddesi de; «Bir davaya bakmakta olan mahkeme: 1. O dâva sebebiyle uygulanacak kanun hükümlerini Anayasaya aykırı görürse, bu yoldaki gerekçeli kararı; veya - 2. Taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, tarafların bu konudaki iddia ve savunmalarını ve kendisini bu kanıya götüren görüşünü açıklayan kararı, - Dosya muhtevasının mahkemece bu konu ile ilgili görülen tasdikli suretiyle birlikte Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderir.» diyerek Anayasanın 151 inci maddesi hükmünü tefrik ve tâfsil etmiştir.

Anayasanın ve Yüksek Mahkeme organik kanununun mezkûr maddelerinde açık ve seçik olarak ifade edildiği üzere; itiraz yolu ile aykırılık iddiasında bulunmak yetkisi, bir yanda mahkemelere, öte yanda dâvanın taraflarına tanınmış ve farklı şekilde düzenlenmiştir.

Şöyleki, *mahkemeler*, bakmakta oldukları dâvalarda uygulanacak kanun hükümlerini Anayasa aykırı *görürse*; tarafların ileri sürmesine hacet kalmadan ve hattâ aksini iddia etmelerine rağmen; bu noktayı re'sen nazara alıp, meselenin çözümlenmesini Anayasa Mahkemesinden isteyebilirler.

Buna mukabil, *taraflar*, ileri sürdükleri Anayasaya aykırılık iddialarını, *esas mahkemesinin süzgecinden geçirmeden, doğrudan doğruya Yüksek Mahkemenin önüne götüremezler*. Fakat, *esas mahkemesinin bu haldeki yetkisi*, re'sen iddia şikkindakinden farklıdır

ve tarafların dermeyan ettiği itirazın sadece ciddî olup olmadığını takdir ve tesbit etmekten ibarettir.

Filhakika esas mahkemesi re'sen itirazda bulunduğı zaman, uygulayacağı kanun hükmünün *Anayasaya aykırılığını* bizzat iddia etmekte olduğundan; bunun *gerekçelerini* göstermek zorundadır. Halbuki, dâvanın taraflarından gelen itirazın, münhasıran ciddî olup olmadığı, yani işi uzatmak, savsaklamak, hasmı veya mahkemeyi uğraştırmak gibi Adalete yabancı, aykırı ve zararlı maksatlarla yapıp yapılmadığı ve bir de hakikaten tereddüdü davet edecek nitelikte bulunup bulunmadığı noktasından incelenip değerlendirilmesi gerektiğinden; esas mahkemesi, bu aykırılık iddiasını benimsemek ve mucip sebeplerini ortaya koymak mevkiinde değildir. Bu halde, esas mahkemesi, *itirazın sadece iyi niyetle yapılmış ve aykırılık iddiasının zihinlerde tereddüt doğurmuş olduğunu* müşahade ve tesbit etmekle yetinir ve, şayet tarafların görüşüne tamamen katılmıyorsa bu kadarla yetinmelidir. Aski takdirde, tarafların Anayasaya göre haiz oldukları itiraz hakkı, esas mahkemesinin aykırılığı re'sen nazara alma yetkisi ile kaynaşmış ve birleşmiş olur. Çünkü, esas mahkemesinin tamamen benimsemediğı tarafların itirazları, ciddî olsa bile asla Anayasa Mahkemesi önüne çıkarılamıyacak ve netice itibariyle yalnız mahkemeler itiraz yoluna başvurabilecek demektir.

Nitekim Yüksek Mahkemenin, bugüne kadar yayınlanan kararlarından itiraz yetkisini münhasıran mahkemelerde topladığı ve gördüğü ve tarafları müstakil bir itiraz hakkına sahip saymadığı anlaşılmaktadır. Bu telâkki ve tatbik tarzının belirgin delili, Yüksek Mahkeme kararlarının hiç birinde muteriz mevkiinde davaya taraf olan gerçek veya tüzelkişilerin gösterilmemesi, bu unsurun daima bir mahkeme teşkil etmesidir. Anayasa Mahkemesinin itiraz yolu ile baktığı işlerde, bu bakımdan başlangıçta müteredit ve fakat sonradan kesin bir tutuma vardığı müşahade edilmektedir.

Gerçekten, Danıştay önündeki bir davacının Anayasa'ya aykırılık itirazı üzerine ilk defa el koyduğu böyle bir işte Yüksek Mahkemenin verdiği 14 Kasım 1962 tarihli ve Esas: 1962/221 - Karar: 1962/86 numaralı bir karar (R. G. 8 Aralık 1962 - 11277), müracaatın niteliğini belirten bir hane taşımamakta ve doğrudan doğruya «*İnceleme konusu: 6430 sayılı kanunun 3 üncü maddesinin Anayasaya aykırılığı iddiasıdır.*» diye başlamaktadır. Bunun gibi; Çanak-kale Asliye Ceza Mahkemesi önünde kaçakçılık ithamıyla takip edilen bir sanığın ve aynı zamanda savcının, 1918 - 6829 numaralı kanunların ek 2 inci maddesinin I sayılı fıkrasının Anayasaya aykırı-

lığını iddia etmeleri üzerine, esas mahkemesince Anayasa Mahkemesine intikal ettirilen işe ait 10 Aralık 1962 gün ve Esas: 1962/198—Karar: 1962/111 numaralı kararda (R. G. 24 Ocak 1963— 11293), «istemde bulunan» hanesi mevcut olduğu halde, karşılığı boş bırakılmıştır.

Yüksek Mahkeme, esas mahkemelerinden re'sen vaki olduğu anlaşılan ilk iki aykırılık iddiasından birincisi hakkındaki 26 Aralık 1962 tarihli ve Esas: 1962/211 - Karar: 1962/121 numaralı kararında (R. G. 6 Mart 1963 - 11316), «İstemde bulunan» hanesi karşısına itiraz eden mahkemenin adını koymuş, ikincisine dair olan aynı günlü ve Esas: 1962/223 Karar: 1962/122 numaralı kararında ise (R. G., 30 Nisan 1963 - 11394), muteriz mahkemeyi belirtmek için «İtirazda bulunan» tabirini kullanmıştır.

Oysa, Anayasa Mahkemesi mezkur tarihten önce ve kısmen sonra «istemde bulunan» tabiriyle, «dâva» şeklinde yapılan müracaatlarda baş vuranları tavsif etmiş (9 Kasım 1962, Esas: 1962/227—Karar: 1962/76, R. G. 28 Kasım 1962 - 11268; 14 Mart 1962, Esas: 1963/178 - Karar: 1963/57, R. G. 11 Mayıs 1963 - 11400; 13 Mayıs 1963, Esas: 1963/200 - Karar: 1963/110, R. G., 30 Temmuz 1963 - 11467) ve fakat arada 11 Kasım 1963 tarihli ve Esas: 1963/106 - Karar: 1963/270 numaralı kararında (R. G. 29 Ocak 1964-11619) müracatçıyı «İptâl dâvasını açan» diye tarif etmekle beraber; 29 Nisan 1963 ve Esas: 1963/190 - Karar: 1963/100 sayılı kararından (R. G. 30 Temmuz 1963 - 11467) itibaren «dâva» yolu ile başvuranlara «dâvacı» adını vermeğe başlamış ve devam etmiştir.

Ancak Yüksek Mahkeme, bilâhare tarafların ve savcının itirazı üzerine önüne gelen işlerden birinde, «itiraz yolu ile iptal isteminde bulunan» (23 Temmuz 1963, Esas: 1963/245 - Karar: 1963/203, R. G. 4 Kasım 1963 - 11546) ibaresini, diğerinde «İtiraz eden» (10 Nisan 1963, Esas: 1963/20 - Karar: 1963/88, R. G. 20 Mayıs 1962 - 11407) tâbirini istimal eylemiş ve fakat bu tarihlerden sonra, mahkemelerden re'sen vâki iddialar ile tarafların ileri sürdüğü itirazlar arasında bir ayırım gözetmeden kararlarına hep «itirazda bulunan» hanesini koymuş ve karşılığında, hep davaya bakmakta olan mahkemeyi göstermiştir.

İşte inceleme konumuz olan kararda da Yüksek Mahkeme, «İtirazda bulunan» hanesi karşısına «Danıştay 8 inci Dairesini» yazarken, aynı anlayışla hareket etmekte, yani asıl Anayasaya aykırılık iddiasını ileri süren dâvacıya kendi önünde itiraz eden durumunu tanımadığını açıklamış bulunmaktadır.

Filhakika, «İtiraz konusu» kısmında, ihtilâflı hükmün «Anayasanın 12, 35 ve 60 ıncı maddelerine aykırı bulunduğundan *bahisle yapılmış olan itirazın ciddî olduğu kanısına varıldığı* ileri sürülerek.... bir karar verilmesi istenilmiştir.» denildiğine göre; bu olayda aykırılık iddiasının davacı tarafından dermeyeran edildiği Anayasa Mahkemesince de ifade ve kabul edilmektedir. Ancak bu noktayı iyi-ce aydınlatabilmek için, sözkonusu mesele'i müste'hirenin ortaya konuluşu ile Yüksek Mahkemeye intikal ettirilişi safhalarını gözden geçirmek lâzımdır.

Bu vesile ile önce, daha ilerideki izahlarımıza da ışık tutacak olan, Anayasaya aykırılık iddiasının dermeyeran edildiği esas uyuşmazlığa yol açan olayı hatırlamakta fayda vardır. Gerçi, yukarıdaki karar metninde «OLAY» başlığını taşıyan bir kısım mevcuttur; lâkin buradaki bilgiler, «İtirazın konusu» kısmında yer alanlardan fark-sız şekilde, mes'elei müstehirenin objektif olarak ifadesinden ibaret olup, itiraz yolu ile yapılan müracaatlarda önemli bir unsur teşkil eden asıl olay hakkında müşahhas ve esaslı bir fikir vermemektedir.

Bu itibarla, Danıştay 8. Dairesinin metni incelememizin sonuna dercedilen 8 Nisan 1965 tarihli ve Esas: 1963/2299 - Karar: 1965/1625 numaralı ihtilâfın esası hakkındaki ilâmının «*Dâvanın Özeti*» kısmında hülâsa edilen olayın unsurlarını gözönünde tutmak gerekir.

Davacı Yüksek Mühendis Mithat Esmer, Yedek Subaylık hakkını kaldıran Milli Savunma Bakanlığının 8 Ağustos 1962 tarihli ve 1255 sayılı müşterek kararnamesini usulen tebellüğ ettikten sonra, 5 Nisan 1963 tarihli bir dilekçe ile Danıştay'a başvurarak, mezkûr tasarrufun dayandığı 1076 numaralı Yedek Subay ve Yedek Askerî Memurlar Kanununun 5099 sayılı kanunla değişik 23 üncü maddesinin (E) bendinin Anayasaya aykırılığına binaen iptalini talep etmiştir. Davalı Milli Savunma Bakanlığı, bu dilekçeye karşı verdiği müdafaanamede müşterek kararname muhteviyatını tekrar ile yetine-rek, dâvanın reddini istemiş ve dâvacının cevap lâyihasında Anayasa'ya aykırılık iddiası tafsil ve izah edildiği halde, ikinci savunmada bulunmağa bile lüzum görmemiştir. Ancak, 6 Ocak 1964 günü yapılan duruşma sırasında davacı tarafın aykırılık itirazı hakkında söz ve yazı ile uzun açıklamalar yapması karşısında, davalı Bakanlık bu iddianın vârit olmadığını, binnetice istemin reddine karar verilmesi gerektiğini bildirmiştir.

Yüksek Danıştay 8 inci Dairesi duruşma sonunda, metni aşağıya konulan 6 Ocak 1964 tarihli ve Esas: 1963/2299 numaralı karar-

da ², dâvasının ileri sürdüğü Anayasaya aykırılık iddiasını ciddî gördüğünü tesbit ile, bu meselenin hallin için gerekli evrakın Anayasa Mahkemesine iletilerek başvurulmasını ve davanın olduğu yerde durdurulmasını kabul etmiştir.

Yüksek Mahkeme, bu müracaat üzerine ittihaz ettiği, metni aşağıda bulunan 21 Şubat 1964 tarihli ve Esas: 1964/9 Karar: 1964/16 numaralı kararında ³, 44 sayılı organik kanunun 27 inci maddesinin 2 sayılı bendine dayanarak, Danıştay 8. Dairesinin, Davacı tarafından ileri sürülen iddianın ciddî olduğu kanısına kendisini götüren görüşü açıklamadığı ve davalı Bakanlığın savunmasını da istemediği gerekçesiyle, bu eksiklerin tamamlanması için dosyayı geri çevirmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararı, 44 sayılı kanunun m. 27/2 hükmü muvacehesinde, ilk nazarda doğru ve yerinde görünmekte

2) KARAR. - Mithat Esmer tarafından Yedek Subaylık Hizmetini ifa ettikten sonra yabancı uyruklu bir kadın ile evlenmesi üzerine 1076 sayılı kanunun 5099 sayılı kanunla değiştirilen 23. maddesinin (E) fıkrası gereğince Yedek Subaylık hakkının kaldırılması hakkındaki işlemin iptali talebiyle Milli Savunma Bakanlığı aleyhine açılan dâvaya ait dosya incelendi:

Dâvacı: hakkında tatbik edilen kanun hükmünün, 334 sayılı Anayasanın 13, 35, 60 ıncı maddeleriyle Milletlerarası Hukuk kaidelerine ve temel haklara aykırı olduğunu ileri sürmektedir.

Bu itiraz Hey'etimizce ciddî görüldüğünden Yüksek Anayasa Mahkemesince bu hususta bir karar verilmek üzere, dâva dilekçesi, savunma, dâvacının savunmaya cevaben verdiği dilekçe ile kanun sözcüsünün düşüncesi örnekleri de ilştirilmek suretiyle kararımızın, Anayasanın 151. ve 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ve yargılama usulleri hakkındaki kanunun 27. maddelerine dayanılarak yüce Mahkemeye iletilmesine ve dâvanın olduğu yerde durdurulmasına 6/1/1964 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

Başkan: H. Kümbetlioğlu; Üyeler: S. Çolakoğlu, İ. Arar, C. Göydün İ. Koloğlu. (X).

(X) Muhalefet Şerhi - Dâvacı hakkında uygulanan 1076 sayılı Yedek Subay ve Yedek Askerî Memurlar Kanununun 5099 sayılı kanunla değiştirilen 23. maddesi (E) fıkrasının Anayasaya aykırı olmadığı kanısındayım.

Üye: İ. Koloğlu

3) ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

İtirazdan bulunan : Danıştay 8. Dairesi

İtirazın Konusu : Danıştay 8. Dairesine ait 16.1.1964 gün ve 1963/2299 esas sayılı kararda: Yedek Subay ve Yedek Askerî memurlar hakkındaki 1076 sayılı kanunun 5099 sayılı kanunla değişik 23. maddesinin (E) bendinin, Anayasanın 12, 13, 35, ve 60. maddeleri hükümleriyle Milletlerarası Hukuk kaidelerine ve temel haklara aykırılığı ileri sürülerek iptali istenmiştir.

ise de; gerçekte aşırı bir formalizmin mahsulü ve, daha önemli olarak, tarafların itiraz yetkisini bertaraf eden bir anlayış ve uygulamanın ifadesidir.

Filhakika, Danıştay 8. Dairesinin, 6 Ocak 1964 tarihli kararı ile 44 sayılı kanunun m. 27/2 hükmünü yerine getirmiş olduğu kabul edilmeliydi. Yüksek Daire, «*bu itiraz heyetimizce ciddi görüldü*» derken, gerekçesiz bir kanaat izhar etmiş sayılamaz. Şöyleki, dâvacı taraf, 6 Ocak 1964 günkü duruşmada sözle yaptığı açıklamaları Anayasa Mahkemesine hitaben yazdığı 22 Ocak 1964 tarihli itiraz dilekçesinde tekrar ve tâfsil etmiş, Yüksek Hey'et de bu lâyhada dermeyan edilen itiraz ve mucip sebeplerinin ciddi olduğu kanısına varmış ve kararında keyfiyeti tesbit etmiştir. Kaldı ki yürütmenin durdurulması kararı verilmemiş bir uyuşmazlıkta dâvacının, muhakemenin uzamasında herhangi bir menfaati veya kötü maksadı olamayacağı aşikâr ve ileri sürdüğü aykırılık iddiasının, mümasil bir hüküm olan 78 sayılı Memurin Kanununun m. 4/z bendini iptal eden Anayasa

Anayasa Mahkemesinin, içtüzüğün 15. maddesi uyarınca 21.2.1964 gününde ilk inceleme için yaptığı toplantısında; Danıştay 8. Dairesine ait karar ile ekleri ve rapor okundu gereği görüşülüp düşünüldü:

44 sayılı kanunun 27. maddesinin 2 sayılı bendinde (bir davaya bakmakta olan mahkeme taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, tarafların bu konudaki iddia ve savunmalarını ve kendisini bu kaniya götüren görüşünü açıklayan kararı, Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderir.) diye yazılıdır.

Danıştay 8. Dairesi, kararında, daireyi iddianın ciddi olduğu kanısına götüren görüşü açıklamadığı gibi; karşı tarafın bu konudaki savunmasını da istememiştir. Bu eksiklerin tamamlanması için dosyanın geri çevrilmesi gerekir.

Sonuç: Yukarıda belirtilen eksiklerin tamamlanması için dosyanın Danıştay 8. Dairesine geri çevrilmesine 21.2.1964 gününde oybirliği ile karar verildi.

Başkan Sünuhi Arsan, Üyeler: Lûtfi Akadlı, Rifat Göksu, İsmail Hakkı Ülkmen, İbrahim Senil, İhsan Keçecioglu, A. Şeref Hocaoglu, Salim Başol, Celâlettin kuralmen, Hakkı Ketenoglu, Fazıl Uluocak, Avni Givda, Muhittin Gürün, Lûtfi Ömerbaş, Ekrem Tüzemen.

Anayasanın 152/5 inci ve 44 sayılı organik kanunun 51 inci maddeleri hükmünce Anayasa Mahkemesi kararları derhal Resmî Gazetede yayınlanmak gerektiği, halde, her nedense bu karar şimdiye kadar hiçbir yerde neşredilmemiştir. Ve bunun gibi diğer birçok kararlar da belki yayınlanmamaktadır.

Gerçi Yüksek Mahkeme, yukarıdaki kararın bir nevi ara kararı olduğu düşüncesiyle neşrine lüzum görmemiş olabilir. Lâkin, Anayasa ve kanun Mahkemesinin kararları arasında ara veya son karar diye herhangi bir ayırım yapmaksızın bunların yayınlanmasını emrettiği gibi; bu karar da ilişkin olduğu konuda bizzatihi kesin ve son hükümdür. Kaldı ki, Danıştay 8. Dairesi, dâvacının itiraz sebeplerini benimsememiş olsaydı, iş Anayasa Mahkemesine tekrar gönderilmeyeceğinden, yukarıdaki karar her halde son hüküm niteliğini alacaktı.

Mahkemesinin 22 Mayıs 1963 tarihli ve Esas: 1963/205 - Karar: 1963/123 numaralı kararı (R. G., 14 Ağustos 1963 - 11480) muvacehesinde esaslı şüphe ve tereddüde yol açacağı tabî iken; Danıştay 8. Dairesinin, vaki itirazın ciddiliği hususunda kararında daha fazla açıklama yapmasına ne mahal, ne lüzum vardı. Nitekim bu karara karşı olan bir üyenin muhalefet şerhinde de görüldüğü gibi; 8. Daire davacının itirazı hakkında ancak bir iki kelime ile kanaatini ifade etmek mevkiinde idi. Yok eğer Anayasa Mahkemesi, 21 Şubat 1964 günlü kararındaki gerekçe ile, Danıştay Dairesinin görüşünü açıklamasını istediği husus bizatihî Anayasaya aykırılık meselesi ise; bu takdirde, davacı tarafın ileri sürdüğü itirazın ciddiliği üzerinde değil, aykırılık iddiası hakkında kanısını bildirmesini talep ediyor demektir. İşte bu anlayış ve uygulamann isabetli olmadığını, davalı karşı tarafın savunmasının istenip istenmediği noktasını inceledikten sonra göstermeğe çalışacağız.

Gerçekten, yukarıda izah edildiği veçhile, Danıştay 8. Dairesi önünde cereyan eden muhakeme sırasında, dâvacı tarafın evvel veâ-hir yazılı ve sözlü olarak ileri sürdüğü Anayasaya aykırılık itirazına karşı davalı Bakanlık, kendi irade ve ihtiyariyle savunma yapmıyarak, duruşmada şifahen cevap vermekle iktifa etmiştir. Genel surette muhakeme usulünde ve özellikle idarî muhakeme usulünde, mahkemelerin, tarafları, karşılıklı iddia ve müdafaalar arasında belirli bir husus hakkında savunmaya davet etmesi gerektiğine dair umumî bir hüküm veya prensip bulunmadığına göre, Yüksek 8. Dairenin, dâvalı Bakanlıktan Anayasaya aykırılık iddiası üzerinde savunma yapmasını ayrıca ve açıkça istemesi sözkonusu olamazdı. Her dâvaya taraf olan gibi Bakanlık da, dilekçe ve cevap lâyhalarına karşı, diğer noktalar meyanında, Anayasaya aykırılık iddiası bakımından lüzum görüyorsa kendiliğinden savunmada bulunabilirdi veya bulunmahydı. Şayet karşı taraf, iddiaya muttalî olmasına rağmen, müdafaaa yapmamışsa; bu neticelerine katlanması gereken bir ihmal veya zuhul olmadığı takdirde, müddeinin görüşüne iştiraki tazammun eder. Anayasaya aykırılık itirazı gibi objektif bir meselede davalı İdarenin böylece sükutu veya hareketsizliği ihtiyar etmesi ise, Hukuk Devleti sisteminde gayet normal ve uygun kabul edilmek lâzımdır.

Bu itibarla Yüksek Mahkemenin, dosyayı geri çevirmek için istinad ettiği savunma eksikliği sebebi, ancak karşı tarafın Anayasaya aykırılık iddiasından habersiz olarak usulî muameleler yürütülmüş bulunsaydı vârid ve kabule şayan sayılabilirdi. Danıştay önünde ce-

reyan eden dâvada, Millî Savunma Bakanlığının gıyabında bir itiraz yapılmış ve Hey'etçe ciddî görülmüş olmadığına nazaran, Anayasa Mahkemesine vâki müracaatta bu bakımdan hiçbir noksan yok idi.

Davacının Anayasaya aykırılık iddiası ile karşılaşan 8. Dairenin, bu husustaki görüşünü açıklaması gerekip gerekmediği noktasına gelince; bu mesele, Anayasa Mahkemesinin 21 Şubat 1964 tarihli kararında beliren içtihad dairesinde hal suretine bağlandığı takdirde, dâvaya taraf olanların itiraz haklarının ortadan kalkmasına müncer olur.

Şöyleki, bu anlayış ve uygulamaya göre, davanın tarafları, bir Anayasaya aykırılık iddiasını yetkili Yüksek Mahkemenin önüne çıkarabilmek için, evvelemirde bu baptaki itirazlarını esas mahkemesine kabul ettirmek zorundadırlar. Zira, esas mahkemesinin ileri sürülen itirazın ciddî olduğu görüşünü, yani intibainın edinmesi ve belirtmesi kâfi olmayıp; Anayasaya aykırılık iddiasını benimsemesi ve muterizden müstakil olarak kanaatini gerekçeleriyle birlikte açıklaması gerekmektedir. Böylece esas mahkemesi, tarafların ileri sürdüğü itiraz hakkında ilk bir hüküm vermek mevkiinde bırakılmaktadır. Oysa, gerek Anayasa, gerek 44 sayılı organik kanun, esas mahkemelerine bu yolda bir yetki tanımamış, sadece bir süzgeç ve aracı görevi vermiştir. Esas mahkemesi bu görevini, Anayasaya aykırılık iddiasını, dıştan değil de, Yüksek Mahkemenin istediği gibi, içten bir tetkik ve takdire tâbi tutarak yapacak olursa, kendisinin re'sen nazara alacağı aykırılık ve ileri süreceği itirazla tarafların iddia ve itirazları arasında hiçbir fark kalmaz. Bunun sonucu olarak da, yukarıda belirttiğimiz gibi, mahkemenin re'sen iddiası ile davanın taraflarından gelecek iddia kaynaşmış ve birleşmiş olur ve gerçekte asıl itiraz yolu ile korunması istenen ve gereken ilgililerin itiraz hakkı bertaraf edilmiş bulunur.

Filhakika genel muhakeme usulüne göre itiraz yolu ile aykırılık iddiası, kaideten davanın taraflarına bahşedilen bir yetkidir; esas mahkemesince re'sen nazarı itibara alınabilirse de; re'sen yetkili merci önüne götürülemez. Çünkü mahkemeler, Montesquieu'nün tavsifi gereğince, kendiliğinden hareket etmeyen birer makinaya benzer ve ancak ilgililerin müracaatı üzerine işlem yapabilir. Mahkemeler üstün kaideye aykırılığı re'sen nazara alabildiği zaman, yetkili kılınmış ise meseleyi bizzat çözümler, aksi halde karar almaları için taraflara mehil verir; mâkul bir müddet zarfında karar istihsal ve kendisine ibraz etmedikleri takdirde, davayı görev veya esas noktasından reddeder. Bununla beraber 1961 Anayasası, bazı siyasî ve

pratik mülâhazalarla (tarafların bilgisizliği veya cesaretsizliği, Anayasa Mahkemesinin gereği gibi çalışmaması v. b.) genel usul prensibinden kısmen inhiraf etmek lüzumunu duymuş ve taraflardan başka esas mahkemelerine de re'sen itiraz yetkisini vermiştir. Fakat kurucu erkin itiraz yolunu bu suretle genişletmiş olması, hiçbir zaman asıl haksahibi olan tarafların yetkilerinin kısılmasına veya kaldırılmasına vesile veya sebep teşkil etmemelidir. Aksine, metinlerin tefsir ve tatbikinde, mümkün mertebe umumî kaideyi muhafazaya ve ona yaklaştırmaya gayret ve itina göstermek lâzımdır. İşte Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 1 inci maddesinin 2 nci fıkrasındaki «mahkeme çalışma esasları ve usulleri hakkında kanunlarda ve bu içtüzükte hüküm bulunmayan hallerde *genel hukuk kurallarını uygulayan*.» esası da, bu gibi hallerde başvurulacak yolu göstermektedir.

Türk Hukukunda, 1961 Anayasasına gelinceye kadar, ne teşriî, ne de idarî alanda itiraz yolu ile aykırılık iddiası usulü mevzuatta ve tatbikatta pek görülmediğinden; bu konuda genel hukuk kuralları-mız bulunduğu söylenemez. Ancak bu hususta, Âmme Hukuku sistemimizin en çok mülhem ve müteessir olduğu Fransız Hukukundan istiane ve istifade etmek mümkün ve lâzımdır.

Şöyleki, idarî meseleî müstehire usulünün çok gelişmiş olduğu Fransada, Yüksek Mahkemeler içtihadları ile ortaya çıkan genel kaideler gereğince; havale mahkemesi, kendi usul kurallarına uygun eşkilde yapılan müracaatları, esas mahkemesinin kararında konulan sorunu, görev ve yetkisi içinde görürse, başka hiçbir şeyi araştırıp incelemekten çözümlenmekle yükümlüdür. Havale mahkemesi, esas mahkemesinin bir meseleyi hallettirmek için davayı tâlik etmesinin doğru ve yerinde olup olmadığını incelemeye ve karar bağlamağa yetkili değildir; o sadece vaz'edilen meselenin kendi vazifesine girip girmediğini araştırabilir; görev sahası içinde ise, çözüm şeklini göstermekle yetinir. Esas mahkemesi ise, tarafların ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî ve nazarı itibara alınmağa değer olup olmadığını serbestçe takdir ederek, meseleyi kararında belirtir ve ilgililere yetkili mercie başvurmaları için münasip bir mehil verir. Taraflardan biri veya her ikisi, görevli mahkemeye usulü dairesinde müracaatla, esas mahkemesi kararında formüle edilen mes'eleî müste'hirenin karara bağlanmasını, talep eder; havale mahkemesi de vereceği cevabın asıl davaya yalnızca müessir olup olmayacağına bakmaksızın, sorulan noktayı halleder ve halletmek zorundadır. (Raymond Odent-Contentieux Administratif, 1961 - 1962, fascicule I, Les Cours de Droit, Paris 1962, p. 64-76; J. —M. Auby et R. Dra-

go— *Traité de Contentieux Administratif*, Tome II, Paris 1962, p. 383 - 394, No. 948 - 962).

Diğer taraftan, İtalyan doktrin ve içtihatlarından faydalandığı ve kuvvet aldığı anlaşılan Sayın Prof. Dr. Faruk Erem de bu konu ile ilgili kıymetli etüdünde aynen, «Anayasaya aykırılık iddiasının ciddî olup olmadığını araştırmak Anayasa Mahkemesi için, bu mahkemeye müracaat şartı olarak bidayeten, tetkiki gereken bir şart değildir. Bu itibarla mahkemeden gönderilen Anayasaya aykırılık iddiasının tetkiki ve karara bağlanması zaruridir» demektedir. (Ön-mesele: meselei müstehire olarak Anayasaya aykırılık iddiası, Ankara, 1962, s. 8)

Böyle olunca, Anayasa Mahkemesinin, tarafların aykırılık iddialarını ciddi görerek itiraz yolunu açan esas mahkemelerin bu bap-taki takdirleri üzerinde herhangi bir murakabe icra edememesi gerekir. Gerçekten bu konuya ilişkin kararların denetimi münhasıran esas mahkemesinin tâbi olduğu kaza manzumesinin başında bulunan Yüksek Mahkemenin görev ve yetkisi içine girer. Nitekim esas mahkemesinin taraflarca yapılan aykırılık itirazını ciddi görmemesi halinde, bu husustaki ara kararı, nihaî hükümle birlikte ancak yetkili Yüksek Mahkemede temyizen tetkik olup, nakız veya tasdik edilebilir (Anayasa m. 151/2). Binaenaleyh, itirazın ciddî olduğu hakkındaki kararları Anayasa Mahkemesi kontrole yetkili olmamalıdır.

Gerçi muhakeme usulümüzde, ara kararlarının kabili temyiz olmaması dolayısıyla mahkemelerin ciddi gördüğü itirazları yetkili Yüksek Merciin murakabesinden geçirmek mümkün bulunmadığına göre; bu fonksyonu Anayasa Mahkemesinin yapması gerektiği düşünülebilir. Lâkin görev kurallarının ve usul kaidelerinin kamu düzeniyle ilgili olması bir yana, böyle bir kontrolün nasıl bir fayda sağlayacağı ve ne gibi bir lüzuma dayandırılabilceği sorulmağa değer. Kaldı ki, mahkemelerin re'sen nazara alacağı aykırılıklar ve bunun için yapacağı itirazları, bir ara kararına konu olduğu için, nasıl yetkili Yüksek Mercilerin hiçbir zaman murakabesine tâbi bulunmuyorsa; tarafların ciddi kabul edilen itirazlarının da böyle bir kontrolden geçmemesinde bir noksan ve mahzur görülmemelidir.

Buna mukabil, esas mahkemesinin tarafların aykırılık iddiasını ciddi saymayan kararının Yüksek Mahkemece bozulması üzerine itiraz yoluna başvurulması halinde, Anayasa Mahkemesi, «iddianın ciddî olduğu kanısına götüren görüşü açıklamadığı» gerekçesiyle

dosyanın geri çevrilmesine karar verirse, kendi alanında egemen olan temyiz mercii ile çatışmış bulunur. Çünkü bu takdirde Anayasa Mahkemesi, esas mahkemesinin uyduğu Yüksek Mahkeme kararındaki aykırılık kanısına götüren «görüşü» yeter saymamış demek olur ki, bu durum içinden çıkılmaz meselelere ve ihtilâflara yol açabilir.

Şu da varki, esas mahkemesinin, taraflarca vaki aykırılık iddiasının gerekçelerini de göstermek suretiyle, benimsemeğe zorlanması, gerçekte ciddi bir takım itirazların Anayasa Mahkemesine intikaline engel olduktan başka, esas mahkemesinin müracaatten itibaren üç ay içinde karar gelmemesi üzerine meseleyi kendi kanısına göre çözümlemeğe girişmesi halinde, Anayasaya aykırılığı adetâ kabul burumunda bırakacaktır. Çünkü bu mahkeme, daha önce Anayasa Mahkemesine sevk kararında, iddianın şeklen ciddi olduğu değil, esastan haklı bulunduğu hususunda da oyunu açıklamıştır. Halbuki esas mahkemesi, tarafların ileri sürdüğü itirazın sadece ciddi olduğu hakkındaki intibainı kısaca ifade ile yetinirse, daha sonra aykırılık iddiasının esası üzerinde hüküm verirken kendini hiçbir şeyle bağlı saymaz.

Bütün bu mahzurları önlemek ve Anayasanın gereğine uymak için, Anayasa Mahkemesinin, tarafların itirazı üzerine gönderilen aykırılık iddialarında, mahkemelerin esas hakkındaki görüşünü açıklayan gerekçeleri de kararlarında behemehal irae etmeleri mecburiyetini kaldırması ve bu gibi müracaatlarda, «*itirazda bulunan*» mevkiine, aracılıktan başka birşey yapmayan mahkemeleri değil, asıl ilgili ve haksahibi olan muteriz tarafı koyması lâzımdır.

Filhakika, bu usulî nokta, bir şekil meselesinden ibaret kalmayıp, itirazın esasına da müessir bir unsur mahiyetini taşımaktadır. Şöyleki, Anayasa Mahkemesi, itiraz yolunun her iki şekilde esas mahkemesinin sevk kararı üzerinde işlem yaptığı cihetle, davanın tarafı olan muterizin aykırılık iddiasını ve sebeplerini nazarı itibara alıp, tetkik ve münakaşa etmek ihtiyaç ve lüzumunu duymamakta ve binnetice fertler için gerçek bir teminat müessesesi olmaktan çıkmaktadır.

Nitekim, hâdisemizde Anayasa Mahkemesinin 22 Şubat 1964 tarihli ve Esas: 1964/9 - Karar: 1964/16 numaralı kararını alan Danıştay 8. Dairesi, 26 Mart 1964 günlü ara kararıyla, dâvalı Millî Savunma Bakanlığından aykırılık iddia ve itirazına karşı savunmasını

isteyip elde ettikten sonra verdiği ve metni aşağıya konulan 17 Haziran 1964 tarihli Esas: 1963/2299 numaralı kararında⁴; dâvacının 22 Ocak 1964 günlü itiraz dilekçesindeki sebeplerden başlıcalarını özetleyip gerekçe haline sokmuş ve dosyayı yeniden adı geçen Yüksek Mahkemeye sunmuştur. İnceleme konumuz olan Anayasa Mahkemesi kararında, «OLAY» kısmında tırnak arasında üç madde olarak yer alan 8. Daire kararındaki noktaların dışında davacı tarafından dermeyan edilen itiraz sebeplerinden hiçbirinin incelenip tartışılmamış olduğu görülmektedir. İleride «Esas bakımından» mütalâalarımızı serdederken rücu edeceğimiz bu noksan veya ihmalin sadece müşahede ve tesbit edilmesi, Yüksek Mahkemenin itiraz prosedüründe tuttuğu yolun fertler yönünden ne derece mahzurlu ve tehlikeli olduğunu ortaya koymağa yeter.

4) DANIŞTAY 8. Dairesi Esas: 1963/2299 No. lu KARARI - Mithat Esmer tarafından Yedek Subaylık hizmetini ifa ettikten sonra yabancı uyruklu bir kadın ile evlenmesi üzerine 1076 sayılı yasanın 5099 sayılı yasa ile değiştirilen 23. maddesinin (E) bendi gereğince Yedek Subaylık hakkının kaldırılması hakkındaki işlemin iptali isteğiyle Millî Savunma Bakanlığı aleyhine açılan dâvaya ait dosya incelendi, iddia ve savunmalar tetkik edilerek gereği düşünüldü:

1 — Yüksek öğrenim görmüş ve Yedek Subay olma hakkını kazanmış erkek yurttaşların yabancı bir kadın veya kız ile evlenmeleri kendilerinin Yedek Subaylıktan çıkarılmalarını intaç ettiğine göre, 1076 sayılı Yasanın değişik 23 üncü maddesinin (E) bendi hükmü T.C. Anayasa'sının 12 inci maddesiyle konulan eşitlik ilkesine açıkça aykırı düşmektedir.

Çünkü, Yüksek Tahsil gören T.C. Yurttaşı kadınlar askerlik mükellefiyetine bağlı olmadıkları için onlar hakkında bu hüküm uygulanamaz. Yüksek tahsil görmemiş yani Yedek subay olma niteliğinde bulunmayan erkek ve kadın Türk Yurttaşları da bu müeyyidenin dışında kalmıştır. Böylece bir kısım yurttaşları yabancı ile evlenme, dolayısıyla Yedek Subay olma, hakkından yoksun kılan, anılan bend hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu yolundaki itirazın ciddi olduğu kanısına varılmıştır.

2 — Yabancı kadın veya kız ile evlenen yüksek öğrenim görmüş Türk erkeğinin Yedek Subaylıktan çıkarılması, o erkeğin kurmuş olduğu ailenin Türk toplumu içinde tedirgin edilmesi sonucunu doğurur. Böyle bir durum T.C. Anayasa'sının 35 inci maddesiyle konulmuş ilkeye aykırı düşer. Bu bakımdan da itiraz ciddi görülmüştür.

3 — Yurt Savunmasına Yedek Subay olarak katılma hakkını ve ödevini kazanmış olan bir Türk erkeğinin yabancı bir kadın veya kızla evlendi diye bu hak ve ödevden yoksun bırakılması T. C. Anayasa'sının 60. maddesinde yer alan ilkeye de aykırı düşer. Bu bakımdan da 1076 sayılı Yasanın değişik 23 üncü maddesinin (E) bendi hükmünün Anayasa'ya aykırılığı yolundaki itiraz ciddi görülmüştür.

Ancak, bu mahzurlardan usul ile ilgili olan birini, itirazların geç karara bağlanması hususunu, sırası gelmişken hemen söz konusu etmek lâzımdır. Gerçekten, yukarıda usulî muamelelerin cereyan tarzına dair verilen bilgilerden anlaşılacağı üzere, Danıştay 8. Dairesi önündeki dâvada ileri sürülen aykırılık itirazı, Anayasa Mahkemesinin önce, 21 Şubat 1964 tarihli kararı ile dosyayı geri çevirmesi ve bilâhare kanunca kabul edilmeyen ve fakat fiilen yapılan yaz tatilinin araya girmesi yüzünden, bir yıla yakın bir müddet sonra karara bağlanabilmiştir. Bu iki sebepten ileri gelen uzama nazarı itibara alınmasa dahi, üç aylık süreye riayet edilmemiş olduğu görülür. Oysa, Anayasanın 151/3 ve organik kanunun 27/6 maddeleri hükmü, Yüksek Mahkemeye, itiraz yolu gelen işler hakkında üç ay içinde karar vermek ödevini yüklemiş ve, 151 inci maddenin son fıkrası, bu süre içinde karar verilmediği takdirde esas mahkemesine hareket serbestliği tanımıştır.

Şu kadar ki, 44 sayılı organik kanunun 27 nci maddesi, Anayasanın m. 151/3 hükmünü almayıp, aksine sondan bir evvelki fıkra-

Bu sebeplerle Yüksek Anayasa Mahkemesince bu hususta bir karar vermek üzere, dâva dilekçesi, savunma, davacının savunmaya cevaben verdiği dilekçe 22.1.1964 günlü dâvacı itiraznamesi ve buna verilen cevap ile Kanun sözcüsünün düşüncesi örnekleri de ilştirilmek suretiyle kararımızın, Anayasa'nın 151 ve 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ve yargılama usulleri hakkındaki kanunun 27 inci maddelerine dayanılarak Yüce Mahkemeye iletilmesine ve dâvanın olduğu yerde durdurulmasına 17/6/1964 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

BAŞKAN	ÜYE	ÜYE	ÜYE	ÜYE
H.Kümbetlioğlu	S. Çolakoğlu	İ. Arar	C. Göydün	İ. Koloğlu

MUHALEFET OYU

1076 sayılı kanunun 5099 sayılı kanunla değişik (e) fıkrası hükmünün Anayasa'nın 67 ci maddesinde gösterilen Vatandaşın yurt savunmasına katılma hakkının özüne dokunur bir tarafı yoktur. Bu hüküm sadece yabancı bir kadınla evlenen Yedek Subayların bundan sonra askerlik ödevlerini Yedeksubay olarak değil, er olarak yerine getireceklerini kabul etmektedir.

Anayasa'nın 11 ci maddesinin verdiği yetkiye müsteniden ve sırf kamu yararı ve Milli Güvenlik sebebiyle konulan bu takyidi hüküm Anayasa'nın sözüne ve ruhuna aykırı değildir. Bu sebeple talebin ciddiye alınmaması gerekeceği düşüncesindeyim.

Üye
İ. Koloğlu

sında «*Mahkeme, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara resmen ittilâ kesdebinceye kadar davayı, geri bırakır*» emrini ihtiva etmekte olduğundan; esas mahkemelerinin, mezkûr kanun hükmü tâdil veya iptal edilmedikçe Anayasanın tanıdığı re'sen çözümleme yetkisini kullanabilecekleri kesinlikle söylenemez ve kabul edilemez. (bak. L. Duran, Mevzuat Kroniği, Âmme Hukuku, İst. Ün. Huk. Fak. Mec., 1962, Cilt XXVIII, Sayı: 2, s.). Çünkü, Anayasa, «Genel esaslar»ı arasındaki 8. maddesinde, «Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz. - Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel kurallardır.» demektedir ise de; daha sonra gelen maddeleriyle, bir kanunun Anayasaya aykırı olup olmadığı hususunu hangi merciin nasıl tâyin ve tesbit edeceğini de göstermiş bulunmaktadır. Bu itibarla, mahkemeler de dahil olmak üzere, hiçbir organ, makam ve kişinin Anayasa Mahkemesince iptal edilmedikçe, herhangi bir kanunu veya hükmünü ihmal etmeğe yetkisi ve hakkı yoktur ve olamaz. Aksini mülâhaza ve ifade etmek, herkesin kanunların Anayasaya uygunluğunu kontrole yetkili bulunduğunu kabule müncer olur ki, bu hal düzenli bir toplum hayatına yer ve imkân bırakmaz.

Hukuk tekniği açısından mahkemeler arasındaki görev ayırımı prensibinin bir gereği olan bu mekanizmayı, Yüksek Mahkeme bir kararında, Anayasanın geçici 9 uncu maddesiyle izaha çalışmakla, neticeyi sebep diye kabul etmiş olmasına rağmen, şöylece isabetle açıklamaktadır:

«Anayasa hükümleri, ister ana çizgileriyle ilkeleri kısaca, ister bütün ayrıntılarıyla bazı konuları tam olarak belirtmiş bulunsun etki ve değer bakımından hep aynı niteliktedir. Yani bunlar üstün, bağlayıcı temel hukuk kurallarıdır. Hiçbir kanunun hiçbir hükmü bu kurallara aykırı olamaz. Ancak uyumsuzluk ve çelişme durumlarında, sonraki kanunun bazı hallerde önceki kanunun aykırı hükümlerini dolayısıyla kendiliğinden kaldırılışı gibi, *temel hukuk kuralının uyumsuzluğu ve çelişmeyi meydana getiren kanun hükmünü doğrudan doğruya kaldırarak onun yerine geçmesi mümkün değildir.* Aykırılığın giderilmesi için mutlaka bir eylem ve işlem gerekir ki bu da ya yasama yoluyla yahut iptal müessesesinin işletilmesi ile olur.» (22 Mayıs 1963, *Türkiye İşçi Partisi*, Esas: 1963/205 - Karar: 1963/123, R. G., 14 Ağustos 1963 - 11480)

Binaenaleyh, mahkemeleri, Anayasa mahkemesinin kararına resmen ittilâ kesbedinceye kadar dâvayı geri bırakmaya zorlayan 44 sayılı organik kanunun 27 nci maddesinin sondan bir önceki fık-

rası Anayasa Mahkemesince iptal edilinceye veya Kanun koyucu tarafından değiştirilinceye kadar, esas mahkemesinin «Anayasaya aykırılık iddiasını, kendi kanısına göre çözümliyerek davayı yürüt»ebileceği çok şüphelidir.

Bununla beraber, Anayasanın 155 inci maddesinin son cümlesi hükmünce, «Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkemeler buna uymak zorunda» olduğundan; esasa ilişkin hüküm genellikle temyiz ve tashihi karar taleplerine konu yapılacağı ve dâva bu uzun safhalardan geçinceye dek Yüksek Mahkeme Kararı gelmiş bulunacağı için, esas mahkemesinin aykırılık iddiası hakkındaki kendi çözüm şekline göre dâvayı sonuçlandırması pek az halde görülebilir.

Fakat, Kanun Koyucunun esas mahkemesinden esirgemek istediği aykırılık meselesini bizzat halletmek yetkisinin çok defa müesseyyetten mahrum bulunması, Yüksek Mahkemeye verilen üç aylık sürenin tecavüz edilmesi için bahane ve mazeret sayılmamalıdır.

Zira bu konudaki gecikmeler, sanığın tutuklu olduğu ceza davaları ile yürütmenin durdurulması kararının alınmadığı idarî davalarda, ilgililer için çok ağır, düzeltilmesi ve karşılanması imkânsız durumlara ve zararlara yol açar. Bu bakımdan, Anayasa Mahkemesi, itiraz yolu ile gelen tekmil aykırılık iddialarını en geç üç ayın sonunda herhalde kesin bir karara bağlamalıdır.

2 — İTİRAZ KONUSU

Yetkililerin çoğunluğu, yeni çıkan herhangi bir kanunun ve yasa meclisi içtüzüğünün belirli madde veya hükümlerini olduğu gibi, tümünü de iptal davasına konu yapabildikleri halde (Anayasa m. 149, organik kanun m. 21); mahkemeler ile taraflar, sadece bakılmakta olan *dâvaya uygulanacak kanun hükümlerinin* Anayasaya aykırı olduğu iddiası ile itirazda bulunabilirler (Anayasa m. 151, organik kanun m. 27).

Kurucu erkin ve kanun koyucunun, itiraz konusunu bu suretle sınırlamaktan maksadı, itiraz yolunun dava şekline dönmesini önlemek olmakla beraber; itiraz üzerine verilen iptal kararının, kaide-ten, kaziyei muhakemenin genel ve salt etkisini (erga omnes) taşımasını kabul etmesi dolayısıyla, (Anayasa m. 152/3, organik kanun m. 50/6), sonuç bakımından, dâva neticesinde sadır olan iptal hükümlerinden farksız bulunması karşısında, alınan tedbir kısmen tesirini yitirmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi, itiraz mevzuunu

tahdit eden mezkûr hükümleri o derece dar ve sıkı şekilde tefsir ve tatbik etmektedir ki, bazı eski kanunların Anayasaya aykırılığı iddiası ile iptal edilmesinin itiraz yolu ile dahi istenilmesine imkân bırakmamaktadır.

Yüksek Mahkemenin bu bapta içtihadına gösterilebilecek en belirgin örnek, Memurin Muhakematı Kanunu Muvakkatı hükümlerine karşı yapılan itirazlar üzerine verdiği kararlardır: 23 Temmuz 1963, *Bulancık Asliye Ceza Mahkemesi*, Esas: 1963/272 - Karar: 1963/204 (R. G. 19 Ekim 1963 - 11535); 12 Şubat 1965, *Kozan Asliye Mahkemesi*, Esas: 1965/4 - Karar: 1965/6 (R. G. 24 Mayıs 1965 - 12005). Anayasa Mahkemesi bu kararlarında; Anayasanın 151 ve Organik kanunun 27 nci maddelerinin itiraz yoluna başvurulabilmesi için öngördüğü derdest dava ve uygulanacak kanun şartlarını hatırlattıktan sonra; 4 Şubat 1329 tarihli Memurin Muhakematı Kanununun idarî makamlarca uygulanacak ve uygulanan hükümleri ihtiva ettiği ve bunlar tarafından lüzumu muhakemeye karar verilince, son tahkikatta artık adı geçen kanuna değil, C.U.M.K. ve T.C.K.'na dayanarak muhakeme icra ve hüküm ita edecek mahkemelerin, evvelce tatbik edilmiş olan kanun hükümleri hakkında Anayasaya aykırılık itirazında bulunmağa yetkisi olmadığı gerekçesi ile vâki müracaatleri iptidaen reddetmiştir. Memurin Muhakematı Kanununu uygulamaya yetkili idarî makam ve hey'etler (Danıştay idarî kuruluşları dâhil) mahkeme sıfat ve salâhiyetini haiz olmadıklarından, bu içtihada göre adı geçen kanunun Anayasaya aykırılığı iddiası ile iptali hiçbir zaman ve hiçbir suretle istenemeyecek ve kanun koyucunun keyfince yürürlükte kalacak demektir.

Bunun gibi, Yüksek Mahkeme, mahkeme başkâtiplerinin sorgu hakimliğine vekâlet etmeleri için tâyin yetkisi veren Mehâkim Teşkilâtına ait ahkâmı muadil Kanunun 5 inci maddesine eklenen 7188 sayılı kanunla değişik fıkranın Anayasaya aykırılığını, böyle bir memurdan sâdır olan tevkif kararının tasdik muamelesi vesilesiyle iddia eden bir Asliye Ceza Hâkiminin itirazını da, «Olayda ...hâkimin uygulayacağı kanun hükmü 7188 sayılı kanun hükmü olmayıp Ceza Yargılama Usulü Kanununun 124 üncü maddesidir. O halde asliye ceza hâkimi uygulayamayacağı 7188 sayılı kanunun iptali için itirazda bulunmağa yetkili değildir.» diyerek reddetmiştir. (26 Şubat 1965, *Pozantı Asliye Ceza Hâkimliği*, Esas: 1965/7 - Karar: 1965/10, R. G. 25 Haziran 1965 - 12032). Böylece aynı içtihad, Anayasaya aykırılığı muhakkak ve mutlak olmasına rağmen, Türkiyede başkâtip-

lerin sorgu hakimliği ve tevkif yetkilerinin iptal ettirilmesini imkânsız kılmaktadır.

İnceleme konumuzla doğrudan doğruya ilgili olmıyan bu kararları zikretmekten maksadımız, ihtiva ettikleri içtihadı münakaşa ve tenkid etmekten ziyade, Anayasa Mahkemesinin muhakeme yöntemi ve gidişatının ne kadar yanlış ve zararlı olduğunu belirtmekten ibarettir. Şöyleki, Yüksek Mahkeme kendi fonksiyonunu adeta unutup, üyelerinin eski görevlerini devam ettirircesine, mahkemelerin üst denetim mercii rolünü oynamakta ve aykırılık iddialarını çözümsüz bırakmaktadır.

Gerçekten Anayasa Mahkemesinin bu yoldaki tutum ve davranışı, Düğünlerde İsrafın Men'i hakkındaki Kanunun 1 inci maddesine ilişkin aykırılık itirazı üzerine verdiği yeni yayınlanan bir kararında son haddine çıkmış bulunmaktadır. Adalet Bakanlığının yazılı emri üzerine C. Başsavcılığının verdiği tebliğname yerinde görülerek bozulan kesinleşmiş bir mahkumiyet kararına mevzu teşkil eden olay esas mahkemesince yeniden ele alındığında, mezkûr kanun maddesinin Anayasaya aykırılığı re'sen iddia edilip, iptali istenmiştir. Anayasa Mahkemesi, yine 44 sayılı kanunun m. 27/1 bendini hatırlatarak, re'sen vaki olan itirazı aşağıdaki gerekçe ile iptidaen reddetmiştir.

«Mahkemenin bu madde hükmüne dayanarak iptal isteğinde bulunduğu anlaşılmakta ise de, Ilıç Sulh Ceza Mahkemesince tesis olunan mahkûmiyet ilâmı, yazılı emirle C. Başsavcılığının tebliğnamesi üzerine Yargtay 7. Ceza Dairesince bozulduğuna ve cezanın çektirilmemesine karar verildiğine göre, C.M.U.K. nun değişik 343 üncü maddesi hükmüne göre duruşmanın tekrarlanmaması gerekir. - Duruşma tekrarlanmayınca iptali istenen kanun hükmünün mahkemece bu olayda uygulamasına imkân olmadığından Mahkemenin sözü geçen kanun hükmünün iptalini istemeye yetkisi yoktur» (15 Aralık 1964 *Ilıç Sulh Ceza Mahkemesi*, Esas: 1964/49-Karar: 1964/73, R. G., 24 Mayıs 1965 - 12005) 5.

Yüksek Mahkemenin bu aşırı içtihadı ortada iken, Danıştay 8. Dairesinin, bir yedek subayın yabancı bir kızla evlenmesi sebebiyle Millî Savunma Bakanlığınca bu hakkının kaldırılmasından çıkan dâ-

5) Anayasa Mahkemesinin, esas mahkemesine ait olan dâvada uygulacak kanun hükmünü tâyin ve tesbit hususunda yetkisini açıkça aştığını ve asıl uyuşmazlığı çıkmaza soktuğunu gösteren diğer bir kararı: 20 Aralık 1963, *Arhavi Asliye Hukuk Mahkemesi*, Esas: 1963/328, Karar: 1963/296, R. G., 24 Şubat 1964 - 11639.

vada yaptığı itirazın konusunu, uygulanacak kanun hükmünün asgarî şekline irca ve hasredeceği tabîî ve zarurî idi. Nitekim, Anayasanın 151 ve organik kanunun 27 inci maddelerini zikrettikten sonra, Anayasa Mahkemesi, «Danıştay 8. Dairesinin itirazının da, kendisine açılmış olan bu dâvada uygulayacağı, 1076 sayılı kanunun değişik 23 üncü maddesinin E bendinin (yabancı kız ve kadınla evli olanlar) hükmüne münhasır bulunduğu oybirliği ile karar» vermiştir.

Bu karar, olayın ve ihtilâfın mahiyetlerine göre ve mezkûr maddeler hükmü muvacehesinde yerinde ve doğrudur. Ancak, Danıştay 8. Dairesinin itirazı reddolunmayıp, kabul edilseydi, itiraz konusu 23 üncü maddenin (E) bendi «yabancı kız veya kadınla evli olanlar» hükmü iptal ile ortadan kalkmış bulunacağından, «nikâhsız yaşıyanlar» hükmünden ibaret olarak yürürlükte kalacaktı. Bu takdirde (E) bendi, yabancı olsun vatandaş olsun herhangi bir kız veya kadınla «nikâhsız yaşıyan» yedek subayların bu haklarının kaldırılmasını öngören bir hüküm haline inkilâp edecekti. Gerçi mezkûr bend hükmünü eski şeklinin bünyesi içinde ve maksadına uygun olarak mü-talâa ve tatbik etmek mümkün ve lâzım idi ise de; bu yeni metnin yorumlanmasında veya uygulanmasında bir takım güçlüklerin ve anlaşmazlıkların çıkacağı da muhakkaktı.

Önemli olmıyan bu örnek de gösteriyor ki, itiraz konusunun davada uygulanacak kanun hükmüne hasr ve tahsis edilmesi her zaman kolay ve doğru olmadığı gibi, bazı hallerde karşılıklara da yol açabilir. İtiraz yolu ile vâki kısmî iptallerin doğurabileceği tatbikat müşküllerini, Anayasa Mahkemesi, 44 sayılı organik kanunun 28 inci maddesinin 2 nci fıkrası ile tanınan butlan hükmünü diğer maddelere veya metnin tümüne teşmil yetkisini kullanarak bir dereceye kadar önleyebilir. Fakat, itiraza yol açan bir dâvada uygulanacak kanunun veya kanun hükmünün hangisi ve neden ibaret olduğunu muhakemenin her safhasında kestirmek mümkün bulunmadıktan başka; bu hususta kesin karar vermek yetkisinin Anayasa Mahkemesine tanındığı kabul edilemez.

Filhakika bir davada çok defa davacı veya savcı ile davalı veya sanık, hâdiseye ve ihtilâfa uygulanacak kanun hükmü üzerinde anlaşıp birleşemezler; ittifak etseler de, iradeleriyle mahkemeyi bağlayamazlar. Esas mahkemesi de bu ciheti, tahkikatı tamamlayıp olayı ve uyuşmazlığı tavsif ettikten sonra, nihaî hükmünde açıklayarak tesbit edebilir. Bu itibarla, esas mahkemesi önünde cereyan eden muhakemenin herhangi bir safhasında tarafların ileri sürebileceği Anayasaya aykırılık iddiası üzerine bu mahkeme, itirazın ciddi

olduğu kanısına vardığında, söz konusu olan kanun hükmünün o davada uygulanacak metin olduğunu da kat'i surette kabul etmiş sayılamaz. Zira tahkikatın devamı neticesinde elde edilecek verilere ve düşüncelere göre, hadiseye ve ihtilâfa tatbik olunacak kanun hükmünün evvelce öngörülenden başka ve farklı bulunması mümkün ve muhtemeldir. Bundan başka temyiz mercii, uygulanan kanun hükmünün yerinde ve doğru olmadığı gerekçesiyle kararı bozabileceğine göre; mahkemenin son kararı da bu bakımdan kesin sayılamaz. Fakat Anayasanın 151 ve organik kanunun 27 nci maddeleri hükmü, açık ve seçik olarak, sadece «*bir davaya bakmakta olan mahkeme*» yi Anayasaya aykırılık iddiasını Yüksek Mahkemeye intikal ettirmeğe yetkili kılmış bulduğundan, dâvayı değil, kazaî kararları inceleyen temyiz mercileri, re'sen veya ilk defa önlerinde ileri sürülen aykırılık itirazını nazarı itibara alıp, Anayasa Mahkemesine gönderemez. (Aksine mütalâa için bak.: Erem, op cit., s. 12 - 13). Gerçekten, Anayasaya aykırılık iddiası, kamu düzenine ilişkin bir mesele olmakla beraber, aynı niteliği taşıyan adlî, idarî ve askerî yargı mercileri arasındaki görev ihtilâflarının Uyuşmazlık Mahkemesine gönderilmesi için yapılan vazife itirazı gibi, muhakemenin her safhasında dermeyeran edilemeyen ve ancak esas mahkemesi önünde ileri sürülebilen bir itirazdır. Anayasanın, «Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkemeler buna uymak zorundadır» diyen 151 inci maddesinin son cümlesi hükmü, bu şartı tâdil veya tahfif eder mahiyette değildir. Çünkü, uyuşmazlık sistemimizde olduğu gibi, burada da sadece zamanında vâki olan itirazlar üzerine verilen Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılık kuvveti kabul edilmiştir. Kaldı ki, aynı maddenin mezkûr cümlesinden önce gelen hükümle, üç ay içinde karar verilmemiş olması halinde, esas mahkemesinin Anayasaya aykırılık iddiasını bizzat çözümleyerek dâvayı yürütmesi dâhi öngörülmüştür.

Şu halde Anayasaya aykırılık iddiası, Türk Hukukuna göre, dâvanın esasına taallûk eden bir savunmadır ve ihtilâfa uygulanacak kanun hükmünün tâyin ve tesbiti de esas mahkemesine ait bir yetkidir. Anayasa Mahkemesinin bu konudaki salâhiyeti, İdare hâkiminin iptal dâvasında dâvacının menfaat şartını haiz olup olmadığını araştırması gibi, iptali istenen kanun hükmünün olay ve uyuşmazlıkla yakın veya uzak bir ilgisi bulunup bulunmadığını incelemekten ibarettir. Fakat, belirtmek lâzımdır ki, idarî iptal dâvasında sözkonusu olan münasebet kısmen sübjektif nitelik taşıdığı halde, Anayasaya aykırılık itirazında kanun hükmü ile hâdise ve ihtilâf ara-

sındaki ilgi tamamen objektif mahiyeti haizdir. Bu itibarla Yüksek Mahkeme, vereceği iptal hükmünden muterizin faydalanıp faydalanmayacağını nazara almadan, itirazı objektif bir mesele şeklinde tetkik etmek ve karara bağlamak mevkiindedir. İptal hükmünün dâva üzerindeki tesir ve neticelerini, esas mahkemesi çıkarıp uygulayacaktır.

Anayasa Mahkemesi, iptal davasında ise, esas itibariyle davacının iptalini istediği kanun veya hükmü ile bir ilgisi bulunup bulunmadığını da araştırarak değildir. Ancak, Anayasanın 149 uncu ve organik kanunun 21 inci maddeleri gereğince; Yüksek Hâkimler Kurulu, Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay ve Üniversiteler münhasıran kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda kanunların ve yasama meclisleri iç tüzüklerinin Anayasaya aykırılığını iddia edebileceğinden; adı geçen kurum ve kurullar tarafından açılan iptal davalarında Yüksek Mahkeme, idarî iptal dâvasında olduğu gibi, davacının menfaat şartını gerçekleştirip gerçekleştirmediğini önceden tetkik ve tesbit eder ve etmelidir. Bu halde Anayasa Mahkemesi, davacının, aleyhinde olmayan veya bilâkis lehinde bulunan bir kanun hükmünün iptalini istediğini görürse, dâvayı menfaat fıkdanı sebebiyle iptidaen reddetmek durumundadır. (15 Mayıs 1963, *Yüksek Hâkimler Kurulu*, Esas: 1963/169 - Karar : 1963/113, R. G., 14 Ağustos 1963 - 11480) ⁶

İşbu istisna dışında, Anayasaya aykırılık iddiası, ister dâva şeklinde, ister itiraz yolu ile dermeyan edilsin, tamamen objektif bir mesele olarak ortaya çıktığı ve yetkililerle ilgililerin hak ve menfaatlerinden ziyade, Anayasa düzeninin korunmasını amaç tuttuğu cihetle; Yüksek Mahkeme, vereceği hükmün dâvacı veya muterizlere yararlı mı, yoksa zararlı mı olacağını düşünmeden hareket etmelidir. Sadece itiraz yolu ile vâki aykırılık iddialarını ele alırken, Anayasa Mahkemesi iptali istenen hükmün, uygulanacak kanun maddesi olup olmadığını tesbit edebilmek için, bunun hâdise ve ihtilâfla ilgili bulunup bulunmadığını dıştan ve objektif surette araştırmakla

6) Mahdut dâva hakkına sahip bulunan kurul ve kurumlar, bir kanunda kendi aleyhlerine olan hükmü teşhis ve tâyinde hatâ ederek, lehlerine olan hükme karşı dâva açtıkları takdirde; Anayasa Mahkemesi davacının varlık ve görevlerini ilgilendiren hükmü re'sen nazara alıp inceleyemez. Çünkü, Yüksek Mahkeme, 44 numaralı organik kanuna göre: ileri sürülmeyen Anayasaya aykırılık sebeplerini kendiliğinden sözkonusu edebilirse de; davacı veya muterizin aykırılığını iddia etmediği kanun hükümlerini re'sen tetkik mevzuu yapmağa yetkili değildir. Genel muhakeme usulünün «ultra petita» kaidesi de, böyle olmasını gerektirir.

yetinmelidir. Yüksek Mahkeme, bu noktaya ilişkin inceleme ve de-
neylemesini daha ileri götürdüğü takdirde, esas mahkemesinin ye-
rine geçmiş veya temyiz merciinin yetkisini kullanmış olur. Yuka-
rıda açıklandığı üzere, Anayasa ve Hukukun Genel Prensipleri buna
cevaz ve imkân vermez.

Bununla beraber, Anayasamız, mes'eleyi müste'hire usulünün
umumî esaslarından ayrılarak, itiraz üzerine verilen iptal hüküm-
lerinin kaideten kaziyei muhkemenin genel ve salt (erga omnes) te-
sir ve kuvvetini haiz olacağını kabul ettiği için, Anayasa Mahkeme-
sinin bu husustaki titizliğini anlamak ve ona bir dereceye kadar hak
vermek lâzımdır. Filhakika, bu suretle ittihaz edilen iptal kararının,
esas itibariyle itiraza vesile olan dâvaya münhasır kalmıyacağını
gözönünde tutan Yüksek Mahkemenin, sözkonusu hâdiseye uygulan-
maması gerektiği kanısını taşıdığı ve belki ileride esas mahkemesi-
nin de tatbik etmiyeceği veya temyiz merciinin neticede uygun gör-
miyeceği bir kanun hükmüne dokunmamayı tercih ettiği tahmin olu-
nabilir.

Halbuki, Anayasa Mahkemesi itiraz üzerine vereceği kararlar-
da Anayasanın 152/4 ve organik kanunun 50/5 maddelerine istina-
den, iptal hükmünün olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı (in-
ter partes) olacağını kabul ederse bütün bu endişe ve mahzurları ön-
leyebilir. Çünkü bu takdirde esas mahkemesi ve temyiz mercii, dâ-
vada uygulanacak kanun hükmünün takdir ve tesbiti hususundaki
yetkisini normal olarak kullanır ve Yüksek Mahkemece iptal edilen
hüküm olmadığı neticesine varsa da; bu sonuncu hüküm muteberi-
yet ve mer'iyetini muhafaza eyler. Gerçi bu çeşit nîsbî butlan karar-
ları, Anayasaya aykırılık hallerinin objektif mahiyetiyle pek müte-
nasip değilse de; itiraz yolu ile vaki iddiaların niteliğine en uygun
hal suretidir. Ayrıca, Yüksek Mahkeme, o mesele hakkındaki kesin
içtihadını belirtmek imkânını elde tutmuş olacağı gibi; yasama or-
ganının da dikkatini bir Anayasaya aykırılık noktasına çekmiş ve
muhtemelen düzeltilmesine yol açmış bulunur. Herhalde Anayasa
Mahkemesi, taraflar ile mahkemelerden gelen itirazların hepsinde
değilse bile; dâvaya uygulanacak kanun hükmünü şüphe ve tered-
dütle karşıladığı müracaatlerde vereceği kararın olayla sınırlı ve
yalnız tarafları bağlayıcı olacağını belirtmekle, birçok usulî müş-
külü kaldırmış ve hatta meselenin esası hakkında, ihtilâfı çevreleyen
unsur ve şartlara uygun bir hükmü varmış olur.

Nitekim, aşağıda «Esas bakımından» yapılacak açıklamalarda
görüleceği veçhile, Yüksek Mahkeme karar konusu itiraza vesile

olan hâdisenin özelliğini nazara alarak, Anayasaya aykırılık iddiasını yalnız muteriz hakkında pekâlâ kabul edebilirdi.

II — ESAS BAKIMINDAN

Anayasa Mahkemesi önüne getirilen itirazın esası, kısaca, yabancı kız veya kadınla evlenen yedek subayların bu sebeple yedek subaylıktan çıkarılmalarının Anayasaya aykırı olup olmadığı meselesinden ibarettir.

Danıştay 8. Dairesi, sözkonusu hükmü taşıyan 1076 numaralı Yedek Subay ve Yedek Askerî Memurlar Kanununun 18 Haziran 1947 tarihli ve 5099 sayılı kanunla değişik 23 üncü maddesinin (E) bendinin, Anayasanın eşitlik ilkesini koyan 12 nci, Ailenin korunmasını emreden 35 inci ve Millî Savunma hak ve ödevini belirten 60 inci maddelerine aykırı olduğu kanısına varmıştır. Yüksek Mahkeme, hiç de zaruret yokken ve hattâ kendi «*argumentation*» una göre tersine bir sıra izlemesi daha uygun olmasına rağmen, yukarıdaki gerekçeleri sırasıyla incelemiş ve bunlara re'sen nazara aldığı kamu hizmetlerine girme hakkına ilişkin Anayasanın 58 inci maddesini ekliyerek tartışmış ve neticede aykırılık iddiasını reddetmiştir; fakat bu arada, asıl itirazı ileri süren dâvacının konu ile ilgili dilekçesindeki diğer sebeplere dokunmamıştır.

Şimdi kararda sözkonusu edilen ve edilmeyen iptal sebeplerini bir arada ele alıp tahlil ve tetkike çalışacağız.

1 — Eşitlik ilkesi.

Anayasa Mahkemesine göre, «yabancı kız veya kadınlarla evli olmanın yedek subaylık durumuna etki yapması veya yapmaması yolundaki düzenlemelerin, Anayasanın 12 nci maddesinde öngörülmüş bulunan eşitlik ilkesi ile ilgili bir tarafı» yoktur. Çünkü, Anayasamız 60 inci maddesiyle, «askerlik yükümünü düzenleme işini, herhangi bir kayıt ve şart koymaksızın, kanun koyucunun takdirine bırakmıştır.» . Ve «bir kanunun, Anayasanın 12 nci maddesinde yazılı olanlar dışında, düzenlemekte olduğu konunun niteliği bakımından bazı kayıt ve şartlar koyarak ayırımlar yapması ve hükümlerinden, bu kayıt ve şartları yerine getirmiş olanların yararlanabileceklerini kabul etmesi, 12 nci maddedeki eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez.» Bununla beraber, «askerlik yükümü konusunda, «*Cinsiyet*» esasına dayanması bakımından ilk nazarda Anayasanın 12 nci mad-

desine aykırı kanısını verebilecek bir ayırımın, *askerlik yükümünün bir gereği olmak üzere*, yapılabileceği, Anayasa koyucu tarafından da öngörülmüş ve böylece buna ilişkin kanun hükümlerinin, 12 nci maddedeki eşitlik ilkesini zedeliyecek nitelikte olduğunu düşünmeğe yer bırakılmamıştır» Bu itibarla; yüksek öğrenim yapmış ve yedek subay olmuş Türk erkekleri ile esasen kanunların askerlik yükümü dışında tuttuğu kadınlar ve yüksek öğrenim yapmamış oldukları için askerlik ödevini er olarak ifa etmiş vatandaşlar arasında, yabancı ile evlenmek bakımından mevcut fark, Anayasanın 12 nci maddesine aykırı herhangi bir eşitsizlik sayılmaz.

Yüksek Mahkeme meseleyi, önce teknil unsurları ile bir bütün olarak ortaya koymadığı ve sistematik şekilde ele almadığı için, çeşitli açılardan incelerken ister istemez hep tek yönlü mütalâa etmiş ve doğru sayılamıyacak sonuçlara varmıştır. Gerçekten itiraz konusu, mücerret bir eşitlik prensibine aykırılık iddiası olmayıp, Aile kurma serbestliğinin Millî Savunma hak ve ödevinin yerine getirilmesi vesilesiyle takyid ve tahdit edilerek zedelenmesi keyfiyetidir. Oysa, böylece türlü temel hak ve hürriyetlerin bulunduğu bir Anayasaya aykırılık meselesi, ancak bunlar bir arada gözönüne alınarak, çatışmaları önlenmek suretiyle çözümlenebilirdi.

Nitekim Anayasa Mahkemesi daha önce karara bağladığı iki iptal dâvasında bu metodu uygulamış ve butlana hükmetmiştir. Şöyle ki, Anayasanın 35 inci maddesinin 2 nci fıkrasında yer alan «Eğitim ve öğretim Devletin gözetim ve denetimi altında serbesttir.» hükmüne dayanan «Kanun koyucunun, bu gözetim ve denetim esaslarını düzenlerken, *Anayasa ilkelerine bağlı kalarak* eğitim ve öğretim serbestliğini bozacak herhangi bir hüküm getirmekten kaçınacağı doğaldır. - Şu halde kişilerin bir eğitim ve öğretim konusu niteliğinde olan beden terbiyesi ve spor yapmalarını yüküm ve zorunluk esasına bağlı tutmamak, bunu kendi isteklerine bırakmak gerekir. - Bu sebepler karşısında, 3530 sayılı kanunun 4 üncü maddesinde yer alan ve iptali istenen «Gençler için kulüplere girmek ve boş zamanlarında beden terbiyesine devam etmek mecburidir.» şeklindeki hükmün, Anayasanın 21 inci maddesinin ikinci fıkrasına ve yine Anayasanın teminatı altındaki kişi hürriyetleri ilkelerine aykırı olduğundan iptali gerekir» (3 Kasım 1964, C.H.P. - TBMM. Grubu, Esas: 1963/152 - Karar: 1964/66; R. G., 17 Mart 1965-11955)

Bunun gibi, Anayasanın 117 nci maddesinin 2 nci fıkrası hükmü ile memurlar statüsü hakkında verilmiş olan direktifler arasında emekliliğe ilişkin esasların da düzenlenmesi yer almakta ise de;

«Kanun koyucunun, bu görevi yerine getirirken, sınırsız bir yetkiye sahip olmadığı bütün yasama tasarruflarında olduğu gibi burada da, *genel hukuk esasları ve özellikle Anayasa ilkeleri ile bağli olduğu aşikârdır*. Emeklilik hakkından yoksun bırakmayı öngören söz-konusu hüküm (Kanun No: 4237, m. 13/I), genel hukuk esaslarından ve hatta *hukuk devleti ilkesinin gereklerinden olan kazanılmış hak kavramını zedelemekle birlikte sosyal güvenlik ilkesini de KAYITLAMAKTADIR*. Söz konusu hükümler emeklilik hakkından yoksun bırakılanların devlet veya başka kamu kurumu hizmetinde çalışmakta olmaları, genel hukuk esaslarının ve Anayasa ilkelerinin teminatından yoksun edilmeleri için sebep teşkil etmez. Bu kimse-lerin de, bütün yurttaşlar gibi, bu teminattan yararlanmaya hakları vardır.» (11 Aralık 1964, C.H.P. - TBMM. Grubu, Esas: 1964/138 - Karar: 1964/71; R. G., 2 Nisan 1965 11969).

Yüksek Mahkeme, yukarıda zikredilen kararlarından birincisinde, beden terbiyesi mükellefiyetinin Anayasaya aykırılığını, sadece eğitim ve öğretim serbestliği bakımından değil, onunla birlikte kişi hürriyetlerinin tümü yönünden mütalâa ve kabul etmiş; ikincisinde de, fevkalâde hallerde haksız olarak mal iktisap etmek suçundan mahkûm olan memurların tekaüd hakkından da mahrum edilmele-rini Anayasaya aykırı görürken, müktesep hak mefhumuna olduğu kadar, sosyal güvenlik esasına da dayanmış bulunmaktadır. Kısaca, bu muhakeme tarzında, çok doğru ve yerinde olarak, aykırılık iddia-sı, Anayasanın bir tek hüküm veya ilkesinden ziyade, türlü temel hak ve hürriyetleri ve hattâ bütün metni ve ruhu ve hukukun genel prensipleri topyekûn nazarı itibara alınarak, incelenmekte ve değeri-lendirilmektedir.

İşte Anayasa Mahkemesi söz konusu itirazı da bu muhakeme metodu ile tetkik etmiş olsaydı, «yabancı kız veya kadınla evli ola-nın yedek subaylık durumuna etki yapması veya yapmaması yo-lundaki düzenlemenin (yani 1076 numaralı kanunun 5099 sayılı ka-nunla değişik 23 üncü maddesinin (E) bendinin), Anayasanın 12 nci maddesinde öngörülmüş bulunan eşitlik ilkesi ilgili bir tarafı» olduğunu ve bu prensibi zedelediğini müşahede ve kabul ederdi.

Filhakika bu meselede hareket noktası, Kanun koyucunun, Ana-yasanın 60 ıncı maddesinde belirtilen Millî Savunma hak ve ödevini düzenlerken, yine Anayasanın 35 inci maddesiyle tanınan Evlenme hakkı veya Eş seçme serbestliğini kayıtlayıp kayıtlamıyacağı ol-malı, bunu sınırlayabildiği takdirde, sadece yüksek öğrenim yapmış

erkeklere uygulayıp, diğer vatandaşlar hakkında öngörmemesinin, eşitlik esasını ihlâl edip etmiyeceği araştırılmalıdır.

Anayasa Mahkemesi, önce, mezkûr 60 ıncı maddenin kanun koyucuya mutlak bir takdir yetkisi verdiğini ifade ettiği halde; daha sonra, Anayasanın hazırlık çalışmalarına dayanarak, savunma ödevi ile askerlik yükümünün düzenlenmesinde «*Cinsiyet*» bakımından bir ayırım gözetilmesinin Kurucu erk tarafından kabul edildiğini belirtmek suretiyle «*bu konuda bırakılan takdir yetkisinin çok geniş olduğunu*» söylemekte ve «buna ilişkin kanun hükümlerinin, 12 nci maddedeki eşitlik ilkesini zedeleyecek nitelikte» olamayacağı neticesine varmaktadır. Ancak, dikkat etmek lâzımdır ki, Yüksek Mahkeme, Temsilciler Meclisinin, «yurt savunmasına katılacakları, *gereklere uygun olarak*, tâyin ve takdir yetkisinin kanun koyucuya bırakıldığını açıklamış» bulunduğunu ve «*Cinsiyet*» bakımından olan «*ayrımı, askerlik yükümünün bir gereği olmak üzere, yapabileceği*»ni öngördüğünü tasrih etmektedir. Şu halde Anayasamız, askerlik yükümünü düzenleme işini herhangi bir kayıt ve şartla koymaksızın kanun koyucunun takdirine bırakmamış ve onu savunma ödevi ile askerlik yükümünün nitelik ve gerekleri ile bağlamış bulunmaktadır. Şu da var ki, Anayasa koyucunun cinsiyet bakımından gözettiği ayırım, yalnız savunma ödevinin erkek ve kadınlar tarafından yerine getirilmesi konusunda kabul edildiğine göre, erkeklerin er veya yedek subay olmaları hususunda evlilik münasebetlerinin durumlarına tesir etmemesi gerekir. Esasen, Anayasa Mahkemesinin yukarıda zikredilen 11 Aralık 1964 tarihli ve 138/71 numaralı kararında kabul ettiği veçhile, Anayasanın 117 nci maddesinde bir kelime ile işaret edilen memurların emekliliğine ilişkin kanunu yapacak olan «Kanun Koyucunun, bu görevi yerine getirirken, sınırsız bir yetkiye sahip olmadığı, *bütün yasama tasarruflarında olduğu gibi burada da, genel hukuk esasları ve özellikle Anayasanın ilkeleri ile bağli olduğu aşikârdır.*»

Binaenaleyh, Kanun Koyucu, savunma ödevini ve askerlik yükümünü düzenlemek hususunda ne mutlak bir takdir kudretini haizdir ve ne de çok geniş bir takdir selâhiyetine sahiptir. Bu konuya ilişkin kanun hükümleri, ödev ve yükümün gereklerini takdir ve tâyin yetkisinin kullanılması suretile de, Anayasada teminat altına alınmış bulunan diğer temel hak ve hürriyetleri kayıtlayamaz veya bunların kısılması sonucunu doğuracak nitelikte olamaz. Çünkü, yine Yüksek Mahkemenin ifadesiyle, «bu hak ve hürriyetlerin kanun koyucu tarafından sınırlanmasında gözönünde tutulacak gaye olarak

kaydedilen hususlar yerine göre yine Anayasada belirtildiği ve ayrık bir nitelik arzedecek olan bu kayıtların ancak mevridine münhasır olması gerekeceği cihetle, *kanun koyucunun herhangi bir konuyu düzenlerken bu esaslara bağlı kalması gerekeceği tabiidir.*» (3 Kasım 1964, C.H.P., TBMM Grubu, Esas: 1963/152 - Karar: 1964/66; R. G., 17 Mart 1965, 11955) Aksine bir mülâhaza, kanunun doğrudan doğruya konu yaptığı zaman kayıtlayamadığı bir temel hürriyeti, diğer bir hak ve ödevi düzenlerken, dolambaçlı olarak dilediği gibi sınırlayabileceği sonucuna götürür ki, bu hiç bir suretle izah ve kabul edilemez.

Bununla beraber, yabancı kız veya kadınla evlenmemenin yahut evli bulunmamanın askerlik yükümü bakımından kat'i bir zaruret olduğu bir an için kabul edilse bile; bu baptaki takdir kudreti ancak Anayasanın 35 inci maddesinde ifade edilen aile kurma hürriyetinin sınırlanmasını tazammun edebilir, fakat böyle bir yasağın sadece yüksek öğrenim yapmış erkek vatandaşlara hasır veya tahsisine cevaz ve imkân vermez. Zira, gerek savunma ödevi ile askerlik yükümü, gerek evlenme hakkı ve eş seçme serbestliği erkek olsun, kadın olsun, tek mil vatandaşlar için kabul edilmiş olup; şayet yabancı ile evli bulunmamak ödev ve yüküm bakımından gerekli ise, bunun herkes hakkında öngörülmesi ve uygulanması lâzımdır. Kanun koyucu, Anayasanın 60 ıncı maddesinden aldığı takdir yetkisini bir kere böyle bir hüküm sevk ederek kullanınca; eşitlik ilkesini zedelememek için, bütün ödevli ve yükümlüleri bu yasağın şumulü içinde tutmak mecburiyetindedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 11 Aralık 1964 tarihli ve 138/71 nuamralı kararında, Anayasanın 53 üncü maddesiyle «Devletin iktisadî ve sosyal ödevlerinin sınırı»nı tâyin ve tespit hususunda tanınan takdir salâhiyetinden bahsederken, aynen «Bu hüküm uyarınca kanun koyucu sosyal güvenlik alanında bazı hakları vermemeye veya sadece bir kısmını vermeğe yetkilidir. Fakat ekonomik gelişme ile malî kaynakları yeterli görerek *bir hakkı sağlayınca herkesi bunun kapsamına alması zorunludur.* Belli suçları işlemiş olmak gibi *kişisel durumlar bakımından ilgililer arasında bir ayırım yapamaz...*» demektedir. Kadın veya yüksek tahsilli olmak, kişisel durumlar bulunduğuna göre; kanunların bu yönden ödevli ve yükümlüler arasında bir ayırım gözetmesi ve koyduğu yasağı bir kısmına uygulaması eşitlik esasına aykırı düşmektedir.

Bu bakımdan, «yürürlükte olan kanunlarımız, kadınları genel olarak askerlik yükümü dışında tutmakta olduğundan», bugün ve şimdilik bunların «yüksek öğrenim yapmış olsun olmasın, erlik veya yedek subaylıkları söz konusu değildir.» diye, kanunun koyduğu yabancı ile evlenme yasağı karşısında erkeklerle aralarında mevcut fiilî eşitsizlik inkâr edilemeyeceği gibi; esastaki hukukî müsavatsızlık da ortadan kalkmış olmaz. Hernekadar Kurucu erk, kadınların askerlik yükümüne tâbi tutulup tutulmaması ve bunun şartlarının tâyini hususunda kanun koyucuya bir takdir yetkisi tanımışsa da; savunma ödevi ile birlikte kadınlığın bir niteliği ve gereği olmıyan yabancı ile evlenme keyfiyetinin kadınlarda serbest bırakılıp, erkeklerden esirgenmesi imkânını tazammun ve bahşetmez.

Şu da varki, askerlik yükümüne ötedenberi tâbi bulunan ve bundan sonra da tâbi tutulacak olan erkek vatandaşlar arasında, yabancı ile evlenme bakımından, yüksek öğrenim yapıp yapmadıklarına göre bir ayırım gözetilebilmesi için anayasal hiçbir gerekçe bulunmadığından; yüksek öğrenim yapmamış erkekler gibi kadınların yabancı ile evlenme yasağı dışında kalmaları da, savunma ödevinin bunlara uygulanmamasının ve binnetice niteliğinin ve gereklerinin zorunluğu değil, doğrudan doğruya kanun koyucunun düzenleyici iradesinin eseridir. Gerçi Yüksek Mahkeme, erkek vatandaşlar arasında mevcut bu farklı durumu, yedek subaylık müessesesinin öğretim ve eğitim şartları, sınav sonuçları ve sözkonusu 23 üncü maddenin diğer fıkralarında yer alan yedek subaylık hakkını düşürücü sebeplere kıyasla hizmetin gereği gibi mütalâa ederek, Anayasanın 12 nci maddesinde öngörülen bir eşitsizlik saymamaktadır. Lâkin, dakkat edilirse görülür ki, benzetilen unsur ve sebeplerden hiçbiri itiraz konusu (E) bendiyle kayıtlanan evlenme hakkı veya eş seçme serbestliği gibi, Anayasa teminatı altında olan temel hürriyetlere dokunmamakta ve bunların tümü gerçekten askerlik yükümünün nitelik ve gerekleri ile ilgili bulunmaktadır. Bu itibarla, esasen anlaşılması güç bir mantığın mahsulü olan bu kıyaslamanın yapılması yersiz ve sonuçları aldatıcıdır. Demek oluyor ki kanun yüksek öğrenim yapmış ve yapmamış erkekler arasında aile kurma hakkı bakımından yarattığı bu ayrılık herhangi bir suretle izah edilememekte ve bir eşitsizlik olarak ortaya çıkmaktadır.

Şukadar ki, yabancı kız veya kadınla evlenme yasağının askerlik yükümünün gereklerine dayanıp dayanmadığı meselesini ileride ele almak üzere, burada sadece Anayasa Mahkemesinin, aynı müşahhas nokta ile ilgili olarak kabul ve tatbik ettiği kendine özgü

bir genel prensibi tetkik ve münakaşa etmek mümkün ve lâzımdır.

Filhakika, Yüksek Mahkemeye nazaran, «kanun önce yüksek öğrenimlerini yapmış olanları, diğerlerinden ayrı bir işleme bağlı tutmuştur. Ancak bu ayrılık, Anayasanın 12 nci maddesinde sayılan özelliklere dayanmayıp, kanunun düzenlediği konunun gereklerine dayandığından ortada Anayasanın 12 nci maddesindeki eşitlik ilkesine de bir aykırılık yoktur.» Çünkü, yine Anayasa Mahkemesinin kendi koyduğu bir prensibe göre, «Bir kanunun, Anayasa'nın 12 nci maddesinde yazılı olanlar dışında düzenlemekte olduğu konunun niteliği bakımından bazı kayıt ve şartlar koyarak ayırımlar yapması ve hükümlerinden, bu kayıt ve şartları yerine getirmiş olanların yararlanabileceklerini kabul etmesi, 12 nci maddedeki eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez. - Aksine, Anayasanın 12 nci maddesinde öngörülenler dışında kalan ayrı şartların ve vasıfların ayrı hükümleri gerektirmesi doğaldır.»

Yüksek Mahkeme, askerlik yükümünün bir gereği olarak nazarı itibara alınacak öğrenim durumu, farklı işlemlere esas kabul edildiği takdirde, Anayasanın 12 nci maddesinde sayılan özellikler arasında bulunmadığı için kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılığa yol açmayacağını söylemekle, bir yandan Anayasa te'minatına bağlanmış hürriyet ve haklarla bu niteliği taşımayan vaziyetleri yine karıştırmakta, öte yandan eşitlik prensibini hatalı ölçülerle dar bir çerçeveye sıkıştırmaktadır.

Şöyle ki, bir kanun, ancak fertlerin dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din veya mezhepleri bakımından aralarında bir ayırım gözetirse, Anayasanın 12 nci maddesiyle konulan müsavat esasını ihlâl etmiş olur; bunlar dışında kalan kriterlere göre yapılacak tefrikler, Anayasaya aykırı değil, tabiidir. Şu halde Kanun koyucu, Anayasanın 12 nci maddesinde yer alan mezkûr unsur ve vasıflara ilişkin olmamak kaydıyla, vatandaşlar arasında her türlü eşitsizliği ihdasa yetkili bulunmaktadır. Bugün artık hiçbir kanun koyucu, açıkça ve doğrudan doğruya dil, ırk cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ölçüleriyle insanlar arasında bir ayırım yapmağa kalkışmayacağına göre; Yüksek Mahkemenin bu içtihadında tanınan yetki, eşitlik ilkesini çiğnemek ve hattâ yok etmek tehlikesini taşımaktadır.

Esasen kanun önünde eşitlik ilkesinin bu yorum ve uygulanış şekli, modern Hukuk tekniğine ve politikasına uygun olmadığı gibi; bizzat Anayasa Mahkemesinin daha önceki bir kararında beliren içtihadı ile de bağdaşmamaktadır.

Gerçekten, XVIII. yüzyılın sonlarından beri bildirilerde ve anayasalarda «kanun önünde eşitlik» tâbiri ile yer alan bu prensip, günümüze gelinceye kadar çok gelişmiş ve kamu görevi, kamu hizmeti, kamu yükümü, vergi ve saire gibi çeşitli alanlara yayılarak kısaca «eşitlik ilkesi» şeklinde ifade ve kabul edilmeğe başlanmıştır. Bugün «eşitlik» kavramı, yalnız yukarıda sayılan ölçülere göre fertler arasında ayırım gözetilmemesini değil, daha şümüllü ve genel olarak, *aynı durumda bulunan kimselere aynı şekilde işlem yapılmasını gerektirmektedir*. Binaenaleyh, bir kanun, belli bir hak ve ödevin sahip ve yükümlüsü olan vatandaşlara, şahsi statüleri bakımından, farklı hükümler tertip ederse, müsavat esasını zedelemiş bulunur. Denoît Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la Jurisprudence administrative*, Paris, 1954, s. 7 - 39 - Georges Burdeau, *Les libertés publiques*, 2 ed. Paris, 1961, s. 83 - 88 - R. Odent, op cit., fascicule III, s. 923 - 936 - J. M. Auby et R. Drago, op. cit., Tome III, No. 1146, s. 19 - Marcel Waline, *Traité de Droit Administratif*, 9 éd., Paris 1963, No. 763, s. 465).

Nitekim Yüksek Mahkeme, Leylî Tıp Talebe Yurdunda okuyup mezun olanlardan mecburî hizmeti kabul veya ikmal etmiyenlerin kendilerine Devletçe sarfedilen paranın iki katını ödememeleri halinde hapis cezasına çarptırılmalarını öngören 2000 numaralı kanunun 3 ücü maddesinin 2 nci fıkrası hükmünü, aşağıdaki gerekçe ile Anayasanın 12 nci maddesine aykırı bularak iptal etmiştir.

«Özel hukuk ilişkilerinde uygulanacak hükümleri bir yana bırakarak Devletin özel hukuk alanına giren alacağına üstünlük tanıyan bu kanun hükmü, hukuk prensiplerine aykırı düştüğü gibi, *Devletin diğer bütün borçluları ile Leylî Tıp Talebe Yurdunda kendilerine yapılan giderlerden ötürü borçlu olanlar arasında açık eşitsizlik doğurmakta* ve Borçlar Kanunu, İcra İflâs Kanunu, Ceza Kanunu, Âmme Alacaklarının Tahsili hakkındaki Kanun gibi ana kuralları kapsayan hükümler ile de bağdaşmamaktadır» (22 Aralık 1964. C.H.P. TBMM Grubu, Esas: 1963/166 - Karar: 1964/76, R. G., 28 Nisan 1965 - 11985).

Görülüyor ki Anayasa Mahkemesinin burada mevcudiyetini kabul ettiği eşitsizlik, Anayasanın 12 nci maddesinde yazılı olan unsur veya vasıflardan hiçbirine dayanmayıp, münhasıran aynı neviden borç için alacakların sıfatına göre borçlular hakkında farklı işlemler yapılmasından ileri gelmektedir. Bu bakımdan Yüksek Mahkemenin, Anayasa te'minatı dolayısıyla borç münasebetinden daha kuvvetli bir mahiyeti haiz olan evlilik rabitasına binaen fertler ara-

sında bir ayırım gözeten itiraz konusu 23 üncü maddenin (E) bendi hükmünü, eşitlik ilkesine aykırı görerek, iptal etmesi beklenirdi ve hattâ gerekirdi.

İşte Danıştay 8. Dairesi önünde mezkûr kanun hükmünün Anayasaya aykırılığını iddia eden dâvacı yukarıda belirtilen esas ve mülgazalardan hareketle itirazını şu gerekçelere dayandırmıştır:

a) Bu hüküm yabancı kız veya kadınla evli olanları yedek subay ve memur olmaktan men veya bu haklarının kaldırılmasını derpiş ve emretmekle, yüksek tahsilli vatandaşlar arasında, yurt savunmasına katılma ödev ve hakkı bakımından, yerli veya yabancı ile evli bulunduklarına göre bir ayırım yapmaktadır. Böylece, demokratik hayatın ve Anayasa düzeninin ilk ve en önemli esası olan müsavat prensibi zedelenmiş ve fertlerin temel hak ve hürriyetlerden eşit olarak faydalanmaları önlenmiş bulunmaktadır.

b) Türk kız ve kadınlarının askerlik mükellefiyeti mevcut ve evleviyetle yedek subaylıkları mevzuubahis olmadığından; bunlar herhangi bir hak ve hürriyetleri takyid ve tahdide uğramadan, diledikleri yabancı erkeklerle evlenebilir veya yaşayabilirler. Buna mukabil, itiraz konusu hüküm dolayısıyla, Türk erkekleri eş seçme serbestliğine sahip olmadıkları için, kız ve kadınlara nazaran evlenme hakkından diledikleri gibi faydalanamazlar. Bu da, Anayasanın 12 nci maddesiyle «*Cinsiyet*» farkının eşitliğe engel olamayacağı hakkında konulan esasa aykırı düşmektedir.

c) Anayasanın «Temel Hak ve Ödevler» başlıklı kısmının «Genel Hükümler» bölümünde yer alan 13 üncü maddesi gereğince; «Bu kısımda gösterilen hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak, kanunla sınırlanabilir.» Milletlerarası hukukun bu husustaki genel kaidesi, yabancıların da, vatandaşlar gibi, esaslı insan hak ve hürriyetlerinden istifade etmeleri olmakla beraber; bunların tâli mahiyette olanlardan «*mütekabiliyet esası*» dairesinde faydalanmalarıdır. Aşağıda açıklanacağı veçhile, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi Teşkilât Anayasasının mütemmim cüz'ü olarak, tekmil Birleşmiş Milletlerce, İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair Sözleşme de Avrupa Konseyine dâhil bütün devletler tarafından kabul edilmiş bulunduğuna göre; Türkiye Cumhuriyetinin bu bapta genel kaide gereğince olmasa bile, mütekabiliyet esasına binaen, yabancı uyruklu kız ve kadınlara, hiçbir takyide tâbi olmadan, Türk erkekleriyle aile kurma ve evlenme hakkı tanınması hukukan zarurîdir.

Halbuki, 1076 sayılı kanunun 5099 numaralı kanunla muaddel 23 üncü maddesinin (E) bendi hükmü böyle bir izdivacı yüksek tahsilli erkeklere yasak saymakla, ecnebi kız ve kadınların vatandaşlarımız arasından eş seçmek serbestliklerini takyid ve tahdit etmektedir. Herne kadar mezkûr hükmün, yabancı kız ve kadınları Türk erkekleriyle evlenmekten menetmediği ileri sürülebilirse de; bu müeyyide, gerçekte, onların yüksek tahsilli yurttaşlarımızla aile kurmalarına engel olmakta ve binnetice evlenme haklarını sınırlamakta ve kısmaktadır.

Bu itibarla mezkûr hüküm, Devletimizin milletlerarası teahhüt ve vecibelerine mugayir düşmekte ve insan hak ve hürriyetlerinin evrensel eşitliği ilkesini de zedelemektedir.

Dâvacının ileri sürdüğü itirazda, sözkonusu hükmün, yüksek öğrenim yapmış ve yapmamış olan erkekler arasında da eşitsizlik yarattığı gerekçesiyle Anayasaya aykırılık iddiasında bulunulmadığı, herhalde gözden kaçmamıştır. Bu suretle, Anayasa Mahkemesi önündeki meselede, sadece aynı durumda bulunan kimselere kanunun farklı işlemler uyguladığı şeklinde klâsik bir eşitsizlik iddiası dermeyeran edilmiştir. Fakat Yüksek Mahkeme, Danıştay 8. Dairesinin 17/6/1964 tarihli ve 1963/2299 numaralı kararını tetkikatına esas ittihaz ettiği için, itirazı bu açıdan karşıladığı halde, dâvacının diğer gerekçelerini nazarı itibara dahi almamıştır.

2 — Evlenme hakkı veya eş seçme serbestliği.

Anayasa Mahkemesi, Danıştay 8. Dairesinde itiraz konusu 23 üncü maddenin (E) bendi hükmünün yabancı ile evli bulunan «erkeğin kurmuş olduğu ailenin Türk toplumu içinde tedirgin edilmesi sonucunu doğur»duğu gerekçesiyle Anayasanın 35 inci maddesinde konulan ilkeye aykırı düştüğü yolunda ileri sürülen iddiayı da, esas itibariyle, Kanun Koyucunun takdir yetkisine istinaden:

—Askerlik yükümünün ailenin geçimini sağlayan bir meslek, Sanat veya kişinin isteğiyle atandığı bir kamu hizmeti olmadığından,

—Bu ödevin er veya yedek subay olarak yapılmasının kişilerin iradelerine bağlı bir işlem bulunduğundan,

—Sözkonusu hükmün evlenmeyi doğrudan doğruya veya dolayısıyla kayıtlamadığından,

Ve «aile müessesesini tedirgin etmek veya Anayasa'nın 35 inci maddesinde yer alan aile ile ilgili diğer kuralları zedelemek amacıyla kabul edilme»diğinden

Bahisle reddetmektedir.

Yüksek Mahkemenin dayandığı bu gerekçeleri tartışabilmek için önce Anayasanın 35 inci maddesinde tesbit edilen ilkenin anlam ve kapsamını ve bu prensibin temel yasanın 60 ncı maddesinde belirtilen Millî Savunma hak ve ödeviyle olan münasebetini açıklamak lâzımdır.

Şöyleki, Kanun koyucu, vatandaşların savunma ödevini, aynı zamanda «*siyasî*» mahiyette bir «*temel hak*» olarak kabul eden Anayasanın 60 ıncı maddesine göre tanzim ederken, diğer hak ve hürriyetleri kollamak ve zedelememek zorundadır. Aksi takdirde, Anayasa, bir eliyle verdiği bir hakkı diğer eliyle geri almış sayılır ki, bunu düşünmek bile doğru ve kabil değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, yukarıda (1) numaralı paragrafta zikredilen 11 Aralık 1964 tarihli ve 138/71 numaralı kararında; kanun koyucunun sosyal güvenlik hakkını sağladıktan sonra, kamu güveni, düzeni veya yararı gibi sebep ve mülâhazalarla bazı kimselerden bunu geri almasının Anayasanın 48 inci maddesine aykırı olduğunu tesbit ederek, aynen «Aksi düşünülecek olursa Kanun koyucunun bütün sosyal ve ekonomik haklar için aynı şeyi yapabileceğini de kabul etmek gerekir ki, bu halde yalnız sosyal güvenliğin değil Anayasanın kurduğu sosyal devlet düzeninin de zedelenmesine yol açılmış olur.» (R. G., 2 Nisan 1965 - 11969, S. 3, sütun 2) demektedir. Şu halde, askerlik ödevini düzenleyen kanunlar, Anayasada yer alan hürriyet ve serbestlikleri ihlâl etmeyecek olmalıdır; tâ kî Türklerin savunma hakları bunlarla çatışmasın ve bütün «temel haklar» tam ve ahenkli surette gerçekleşsin!

Anayasanın bu bakımdan meselemizle ilgili hükmü, «Aile Türk toplumunun temelidir. - *Devlet* ve diğer kamu tüzelkişileri, *ailenin*, *ananın* ve *çocuğun korunması için gerekli tedbirleri alır* ve teşkilâtı kurar.» diyen 35 inci maddesidir. Devletimizin imza ve Bakanlar Kurulunun bir kararname ile (R. G., 27 Mayıs 1949 - 7217; Düstur III. 30. 1019) Anayasa seviyesinde ve hattâ daha üstün kaideler alarak İç hukuk Nizamına ithal ettiği 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 16 ncı maddesinin (3) numaralı paragrafından mülhem ve muktebes olan T. C. Anayasasının mezkûr 35 inci maddesi hükmü, evlenme hakkının veya eş seçme serbestliğinin hiçbir kısıntıya ve sınırlamaya tâbi olmamasını mutazammın ve âmirdir. Gerçekten 35 inci madde, Devlete ailenin korunması için gerekli tedbirleri almak ödevini yüklediğine göre; Evrensel Beyannamenin 16 ncı maddesinin (1) numaralı paragrafiyle

ilân edilen, «evlilik çağına varan her erkek ve kadın, ırk, vatandaşlık veya din bakımından hiçbir takyidata tâbi olmaksızın evlenmek ve aile kurmak hakkını» evleviyetle kabul etmiş demektir. Çünkü, ailenin esası olan evlilik bağı ve bunu doğuran erkek ve kadının evlenme hakları daha önce mevcut olmazsa ve kabul edilmezse, Devletin böyle bir müesseseyi korumak için gerekli tedbirleri alması mevzuubahis dahi olamaz.

Bunun gibi. 10 Mart 1954 tarihli ve 6366 numaralı kanunla (R. G., 19 Mart 1954 - 8662, Düstur III, 35. 1567) tasdik ve mer'iyete vaz edilmek suretiyle İç Hukuk Nizamına giren İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair Sözleşme de, 12 nci maddesinde evlenmek ve bir aile kurmak hakkını tanıdıktan sonra, 14 üncü maddesinde bundan ve diğer hak ve hürriyetlerden, *millî veya sosyal menşe ve herhangi diğer bir durum üzerine müesses hiçbir tefriğe tâbi olmaksızın* istifade sağlanmasını emretmektedir.

Demek oluyorki, Anayasamız ile aynı derece ve kuvvette hattâ ondan daha üstün olan millî ve milletlerarası hukuk kaidelerini ihtiva eden Beyanname ve Sözleşme hükümleri, fertlerin evlenme ve eş seçme haklarını kullanmak hususunda vatandaşlık, millî menşe veya buna benzer herhangi durumları dolayısıyla hiçbir tahdit ve takyide tâbi tutulamıyacaklarını ilân ve kabul etmiş bulunmaktadır.

Herne kadar Anayasanın 65 inci maddesinin son fıkrası hükmü, usulüne göre onanmış ve yürürlüğe konmuş milletlerarası anlaşmaların kanun hükmünde olduğunu ifade etmekte ise de; Yüksek Mahkeme, çok doğru ve yerinde olarak, bunların Anayasa seviyesinde ve hattâ daha üstün hukuk kaideleri bulunduğunu içtihad eylemiştir. Filhakika Anayasa Mahkemesi, C.H.P. Meclis grubunun 6195 sayılı kanunun iptali talebiyle açtığı dâvada verdiği 11 Ekim 1963 ve Esas: 1963/124 - Karar: 1963/243 numaralı hükümde (R. G., 4 Aralık 1963 - 11572), Anayasanın mülkiyet hakkına ilişkin 36 nci maddesinden ve müsadereyi yasaklayan 33 üncü maddesinden önce, aynı konuları düzenleyen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 17 nci ve İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesine ek Protokolün 1 inci maddesine dayanmıştır. Keza Yüksek mahkeme, 1631 numaralı Askerî Muhakeme Usulü Kanununun, kadınların ve hukuku âmmeden memnuniyete mahkûm olanların duruşmalarda bulunmalarını men etmek suretiyle muhakemenin aheniliği prensibini ihlâl eden 165 inci maddesinin (1) numaralı bendindeki hükmü iptal etmek için de, Anayasanın 135 nci maddesinden başka, «davanın açık olarak görülmesini kişinin bir hakkı olarak

kabul eden» İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 10 uncu maddesine istinad etmiştir (26 Haziran 1963, *C.H.P., TBMM Grubu, Esas: 1963/143 - Karar: 1963/167, R. G. 12 Kasım 1963 - 11553*). Nihayet Anayasa Mahkemesi, 442 sayılı Köy Kanununun 15 inci maddesi ile konulan «imece» usulünün Anayasaya aykırı olmadığını belirtirken, «Öte yandan Devletimizin de 6366 sayılı kanunla katılmış olduğu İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesinin 4 üncü maddesinin 3 üncü bendinin (d) işaretli paragrafı da askerlik ödevinden başka Normal medenî (civiques - vatanî) mükellefiyetlere giren her türlü çalışma ve hizmetin zorla çalıştırma sayılamıyacağı esasını kabul etmiştir.» şeklinde bir gerekçeye de kararında yer vermiştir. (5 Ocak 1965, *Türkiye İşçi Partisi, Esas: 1963/198 - Kararı: 1965/1, R. G., 24 Mayıs 1965 - 12005, S. 3, sütun 1*).

Bu noktaya doğrudan doğruya ilişkin olmamakla beraber, ilâve edelim ki Yüksek Mahkeme, bu alandaki muhakeme yönteminde daha da ileri giderek, bir kararında, «Devletimiz, Anayasa'nın 2 nci maddesinde ifade edildiği gibi, bir Hukuk Devletidir. *Kanunlarımızın, Anayasanın açık hükümlerinde önce hukukun, bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen, prensiplerine uygun olması şarttır.*» esasını kabul ve tatbik etmiştir. (22 Aralık 1964, *C.H.P. TBMM Grubu, Esas: 1963/166 - Karar: 1964/76; R. G., 28 Nisan 1965 - 11985, S. 5, sütun 1*).

Anayasa Mahkemesinin, milletlerarası andlaşmaların normlar hiyerarşisi içindeki yerine ve kuvvetine ilişkin içtihadı, Hukuk tekniği bakımından doğru ve Anayasa sistemimize uygundur. Çünkü, Anayasanın 65 inci maddesinin son fıkrası hükmünce, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar hakkında dâva ve itiraz yollariyle Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağına göre; bunlar Anayasaya aykırı hüküm ve şartlar ihtiva etse dahi, mabihüttatbik olacaktır. Binaenaleyh, Türkiye Cumhuriyetinin kabul veya iltihak ettiği milletlerarası hukuk kaideleri, yalnız kanunların değil, Anayasanın da üstünde bir kıymet ve kuvveti haizdir.

Şu halde, «yabancı kız veya kadınla evli olanları» yedek subaylık hakkından mahrum eden 1076 sayılı kanunun 5099 numaralı kanunla değişik 23 üncü maddesinin (E) bendi, evlenme hakkını ve eş seçme serbestliğini takyid ve tahdit etmekle, Anayasaya ve ondan önce yer alan Beyanname ve Sözleşmeye aykırı bir hüküm olarak kabul edilmek gerekirdi.

Fakat Yüksek Mahkeme, dâvacının itiraz dilekçesinde ileri sürdüğü Anayasa ve Milletlerarası Hukuk kurallarına dayanan bu sebebi, yukarıda açıklanan yerleşmiş ve kesinleşmiş içtihadına rağmen, hiç nazarı itibara almamış ve aykırılık iddiasını, anlaşılması güç bir takım gerekçelerle reddetmiştir.

Örneğin, Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemenin ailenin kuruluşunu ve devamını önleyici hükümler taşımadığını; «bu hüküm var olduğu halde yapılmış olan bu evlenme(nin) kanuna uygun bütün diğer evlenmeler gibi hukuk bakımından geçerli» bulunduğunu; esasen evlenme durumlarını, bu kanun (?) hükümlerini de gözönüne almak suretiyle dilediği şekilde düzenliyerek askerlik yükümünü er veya yedek subay olarak yapmanın kişilerin iradelerine bağlı bir işlem olduğu düşünülecek olursa, söz konusu hükümde Anayasanın 35 inci maddesindeki ilkeleri ilgilendiren bir yön bulunmadığı(nın) daha açık belirmiş (!)» olduğunu söyleyebilmektedir. Hele bir kanun hükmünün (m. 23/E) Anayasaya aykırı olmadığına, aynı kanunun benzeri bir hükmünün (m. 8/E) delil olarak gösterilmesi, insanı, soluğunu kesercesine hayrette bırakmaktadır.

Bu itibarla, Anayasa Mahkemesinin, itiraz konusu 23 üncü maddenin (E) bendi hükmünün Anayasanın 35 inci maddesiyle ilgili olmadığı veya buna aykırı bulunmadığı yolundaki gerekçeleri üzerinde fazla durmağa mahal ve lüzum görmüyoruz. Ancak, Millî Savunma ödevinin, bir kamu görevi olmayıp, bir kamu yükümü bulunmasından çıkarılması gereken hüküm ve sonucun tamamen aksi yönde belirlediğini müteakip paragrafta göstermek üzere, burada diğer noktalara kısaca değinmekle yetineceğiz.

Bir kerre, askerlik ödevinin er veya yedek subay olarak yapılması, tamamen kişilerin iradelerine bağlı olmadıktan başka; ilgililerin evlilik medenî halini iktisap hususunda haz bulundukları irade serbestlikleri, yedek subay olmak istedikleri takdirde, mezkûr hükümle eş seçmek bakımından kayıtlanmaktadır. Bu durumda, kişilerin erliği veya yedek subaylığı tercih yönünden serbest iradeye sahip bulundukları söylenebilir mi?

Böyle olunca, sözkonusu hükmün evlenmeyi doğrudan doğruya değilse bile, dolayısıyla kayıtlamadığı iddia edilebilir mi Bir kanun hükmünün, Anayasaya aykırı olduğunu kabul etmek için mutlaka temel hak ve hürriyetlerden birini doğrudan doğruya ve tamamen yoketmesi gerektiğine dair bir şart var mıdır? Bizzat Yüksek Mahkemenin, gayrimenkûl kiralarının dondurulmasını mülkiyet hakkının özünü zedelemekten, beden terbiyesi mükellefiyetini kişi hür-

riyetini ihlâl kadar, Anayasa'ya aykırılık sebebiyle, iptal ettiği birçok kanun hükümlerinde sadece dolaylı bir sınırlama ve kısmî bir kısıtlama yok mu idi?

Nihayet, Anayasaya aykırılık hali, ancak kanun koyucunun bir temel hak ve hürriyeti *zedelemek amacıyla* hareket ettiği takdirde mi mevcut olur? Kanun koyucunun iyi niyeti veya asil maksatları, Anayasaya aykırılıkları mazur gösterir veya mubah kılar mı?

Hem sonra Anayasa Mahkemesinin kendisi de, bazı kanun hükümlerinin, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması veya kısılması «sonucunu doğuracağı» (26 Haziran 1963, C.H.P. TBMM Grubu, Esas: 1963/143 - Karar: 1963/167, Paragraf 4; R. G., 12 Kasım 1963 - 11553) gerekçesiyle, iptaline hükmetmemiş midir?

Karşılıkları kendi içinde bulunan bütün bu sorulardan anlaşılacağı üzere, Yüksek Mahkeme Kararının (2) numaralı paragrafında yer alan argümanlar arasında yegâne tartışmağa elverişli ve gerekli olanı, Kanun koyucunun askerlik yükümünü düzenlemek hususunda takdir yetkisine sahip bulunduğu ki, «eşitlik ilkesi»ni incelerken de bu mesele önümüze çıkmış ve onu ilerde ele alacağımızı kaydetmiş idik.

3 — Millî Savunma Ödevi ve hakkı.

Bu paragrafta, Anayasa Mahkemesinin (3) numaralı gerekçesini ve bunun ardından re'sen nazara aldığı sebebi (aralarındaki sıkı ilişki dolayısıyla), birlikte incelemek gerekir.

Filhakika Yüksek Mahkemeye göre, «Anayasamız (60 ncı maddesiyle), askerlik yükümünün ne suretle yerine getirileceğinin düzenlenmesi işini yasama organına bırakmıştır», «Kanun Koyucu (da) bu konuyu kendi takdirine göre düzenlemiştir.» Bu itibarla, «askerlik yükümünün bir gereği olmak üzere», 1076 numaralı kanunun 5099 sayılı kanunla değişik 23 üncü maddesinin (E) bendiyle yedek subaylar hakkında konulan «yabancı kız veya kadınla evli bulunmamak» şartı, ilgilileri, Millî Savunma hak ve ödevinden yoksun bırakmadığından, Anayasanın 60 ıncı maddesi hükmüne aykırı değildir. Öte yandan, «yedek subaylık, kişinin kendi isteği ile belirli bir kamu hizmetine girişi olmayıp, zorunlu olarak askerliğe alınması hali» bulunduğu; itiraz konusu kanun hükmü Anayasanın (kamu hizmetlerine girme) hakkına ilişkin 58 inci maddesinin kapsamına dâhil olmamakla, konulan şartın (ödevin gerektirdiği niteliklere) dayanıp dayanmadığını araştırmaya da imkân ve yer yoktur.

Anayasa Mahkemesinin bu gerekçeleri, Amme Hukuku esaslarına aykırı olduğu gibi; yasama organının takdir yetkisi hakkında daha önce belirmiş bulunan içtihadına da uygun değildir. Çünkü, bu yorum ve uygulamaya göre; Anayasa, temel hak ve hürriyetlerle ilgili hükümlerinde sebep, konu ve amaç bakımından sınırlayıcı veya kısıcı bir kayıt ve işaret ihtiva etmediği hallerde, kanun koyucuya kayıtsız ve şartsız, çok geniş bir takdir kudreti vermiş sayılır ve Yüksek Mahkeme bu yetkinin kullanılmasını denetleyemez.

Oysa, Anayasamızın temel ilkelerinden olan Hukuk Devleti sisteminde, yasama uzvu da dâhil bütün kamu organları, makam ve mercileri, takdir selâhiyeti tanınan konulara ilişkin tasarruflarında da tüm serbest olmayıp, Anayasanın kuralları ve bunların üstünde yer alan Hukukun Genel prensipleri, hakkaniyet ve adalet esasları ile bağılırlar. Aksini düşünmek, takdir kudreti bulunan hususlarda yetkililerin tamamen indî ve keyfî şekilde hareket edebileceklerini kabule müncer olur ki, bu sonuç günümüzün demokratik kamu iktidarı kavramıyla bağdaşamaz⁷.

İşte bu sebeplerledir ki, Yüksek Mahkeme de 21 Ekim 1963 tarihli ve Esas: 1963/172 - Karar: 1963/244 numaralı «Türkiye İşçi Partisi» kararında (R. G., 1 Şubat 1964 - 11622); «Bu konudaki (İş Kanununun kapsamı bakımından) ölçünün belli edilmesi işinin ise, Anayasa'daki temel ilkelere uygun olmak ve belirtilen dengeyi (işçi ve işveren arasındaki) sağlamak kaydıyla kanun koyucunun takdirine bağlı olduğu şüphesizdir. *Kanun Koyucunun bu takdirini, Anayasa hükümlerine uygun olarak kullanıp kullanmadığını da yurkarıda belirtilen esasların (sosyal adalet) ışığı altında incelemek icap eder.*», yukarıda zikredilen 17 Aralık 1964 gün ve 151/75 sayılı kararında; «Devletimiz Anayasanın 2 nci maddesinde ifade edildiği gibi, bir hukuk Devletidir. *Kanunlarımızın, Anayasa'nın açık hükümlerinden önce, hukukun, bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensiplerine uygun olması şarttır.*» ve 11 Aralık 1964 tarihli ve 138/71 numaralı kararında da; «*Kanun koyucunun, bu görevi (düzenleme) yerine getirirken, şuursuz bir yetkiye sahip olmadığı, bütün yasama tasarruflarında olduğu gibi burada da (Anayasada düzenleme için kayıt ve şart bulunmadığı hallerde), genel hukuk esasları ve özellikle Anayasanın ilkeleri ile bağlı olduğu âşikârdır.*» demektedir.

7) Ayni yolda bir düşünce için bak: Prof. Dr. İlhan Arsel, *Yedek Subaylık ve eş*, Cumhuriyet Gazetesi, 21 Haziran 1965, s. 2.

Yukarıda açıklanan Âmme Hukuku esasları ile Anayasa Mahkemesinin kararları muvacehesinde, Kanun koyucunun hiçbir halde, denetimi dışında kalan mutlak bir takdir yetkisinden bahsedilmesi hukukan caiz ve mümkün olmadıktan başka; «*askerlik yükümünün gerekleri*» ile Yüksek Mahkemece bu güne kadar birçok kararlarda tartışılan Anayasanın 11 inci ve çeşitli maddelerinde sınırlama gerekçesi olarak kabul edilen «*kamu yararı*», «*genel ahlâk*», «*kamu düzeni*», «*sosyal adalet*», «*millî güvenlik*» ve daha başka kavramlar ve özellikle kamu hizmetine alınmada gözönünde tutulabilecek «*ödevin gerektirdiği nitelikler*» arasında yargı yolu ile denetleme bakımından, herhangi bir farkın varlığı iddia ve ispat edilemez.

Gerçekten Anayasanın, meselâ mülkiyet hakkı gibi bir temel hürriyetin «*kamu yararı amaciyle*» sınırlanabileceğini öngörmesi (m. 36), Kanun koyucuya kamu yararını belirlemek hususunda takdir yetkisi tanınması demek olduğu halde; Yüksek Mahkeme, Gayrimenkul Kiraları hakkındaki «6570 sayılı kanunun, 2 nci ve 3 üncü maddelerinde öngörülen sınırlamalar,... adalet ve eşitliğe aykırı durumlar doğurduğu ve bu yüzden gayrimenkul sahibi yurttaşlar arasında huzursuzluk yarattığı ve huzursuzluk diğer yurttaşlar üzerinde de etkisini göstermekten geri kalmadığı cihetle, *bunların artık kamu yararını sağladıkları kabul edilemez.*» gerekçesiyle, mezkûr hükümlerin iptaline karar verebilmiştir. (26 Mart 1963, *Mersin Sulh Hukuk Mahkemesi*, Esas: 1963/3 - Karar: 1963/67, R. G., 31 Mayıs 1963 - 11416).

Bunun gibi, Anayasa 58 inci maddesiyle Kanun koyucuya, kamu ödevinin niteliklerini takdir ve tayin yetkisini vermiş olmasına rağmen; Anayasa Mahkemesi, 788 sayılı kanunun «*yabancılarla evli olmamayı*» memurlar için şart koşan hükümlerini, «bütün memurluklara şâmil, genel ve sınırsız bir kayıtlamadır. Aslında bu şart, evlenmeyi değil, sadece memur olmayı sınırlamakla beraber, bu haliyle *kamu hizmetinin gerektirdiği bir nitelik olma hüviyetini yitirmekte* ve Anayasanın Kanun karşısında eşitlik ilkesini zedeleyen, kişiliğe bağlı bir ayırım durumuna düşmektedir.» diye, iptal etmiştir. (22 Mayıs 1963, *Türkiye İşçi Partisi*, Esas: 1963/205 - Karar: 1963/123, R. G., 14 Ağustos 1963 - 11480).

Şu halde Yüksek Mahkeme, aynı şekilde, Anayasanın 60 inci maddesinde Kanun koyucuya askerlik yükümünün gereklerini tâyin ve itiraz hususunda takdir kudreti tanındığını kabul etmekle beraber, itiraz konusu (E) bendiyle konulan «yabancı kız veya kadınla

evli olmama» şartının Millî Savunma ödevinin veya yedek subaylığın gereği sayılıp sayılamıyacağını tartışabilirdi, görevini yapması ve isabetli bir karara varması için de tartışmalıydı.

Nitekim, Danıştay 8 inci Dairesinin Anayasa'ya aykırılık iddiasını Yüksek Mahkemeye sevk kararında değilse bile, dâvacının itiraz dilekçesinde, yabancı ile evli olmanın yedek subaylığın gereklerinden bulunmadığı şöylece münakaşa ve izah edilmiş idi:

a) Yabancı ile evlilik, savunma sırları bakımından, asker kişiler için tehlikeli ve mahzurlu bir hal ise; bu hususta er ve subaylar arasında bir ayırım gözetmeğe; birincilere müsaade edip, diğerlerini yasaklamağa mahal, lüzum ve fayda yoktur. Çünkü erler de, en az yedek subaylar kadar şüphe, vehim ve vesveseleri dâvet edebilirler. Kaldı ki, tatbikatta ordunun en gizli servislerinde, yedek subaylar çalıştırılmadığı halde, erler yardımcı olarak bulunur (Benzer bir argüman için bak.: Anayasa Mahkemesi 7 Mart 1963, *İstanbul Asliye 6 ncı Hukuk Mahkemesi*, Esas: 1962/286 - Karar: 1963/53, R. G., 8 Haziran 1963 - 11423; (1) numaralı paragrafın 2 nci bendi).

b) Devlet ve savunma sırlarının tümüne vâkıf ve hâтта vazî - ülyed olan Devlet ve Hükümet adamları ile bu konularda her zaman bilgi isteyip alabilecek durumda bulunan milletvekili ve senatörlerin yabancılarla evlenmelerine mâni olunmayan bir memlekette ve Hukuk düzeninde, yedek subayların ecneblerle izdivacına yasak koymak, en hafif tabiriyle, bir «paradoxe»tur. Nitekim Yüksek Mahkeme üyelerinden Sayın Şemsettin Akçaoğlu, yukarıda zikredilen 22 Mayıs 1963 gün ve 205/123 sayılı karara verdiği muhalefet şerhinde bu garabeti ve çelişmeyi çok güzel belirtmiştir.

c) Bir yedek subayın muvazzaflık hizmetini ifa ettikten sonra sivil hayatta iken ve askerî görevlerde bulunmadığı bir sırada, sırf ecnebi ile evlilik durumu sebebiyle, bu hakkının elinden alınması, hiçbir gayeye yaramıyan muhayyel bir tedbirden ibaret kalmağa mahkûmdur. Filhakika, Devlet sırlarının ifşa edilmesi ihtimali bakımından, gayri faal bir yedek subayın mahzur ve tehlike arzetmesi, tasavvur dahi edilemez. Şu veya bu sebeple askerlik hizmetinin ifası için davet edildiğinde, yedek subayın yabancı ile evliliği devam ediyorsa, belki o zaman (E) bendi hükmünün öngördüğü tedbirin alınması bir vehmi ve vesveseyi tatmin edebilir.

Oysa, mevzubahis kanun hükmü, yedek subayın silâh altında bulunup bulunmadığını araştırmadan, askerî sırlardan uzak olduğu

esnada da kendisine müeyyide tatbikini veya bu hakkın kaldırılmasını kabul etmektedir. Böyle bir yetki, sadece realiteye karşı gelmekle kalmaz, adalet ve hakkaniyet hislerini de rencide eder.

d) Mezkûr (E) bendi hükmü, vatandaşları «*kanuna karşı hile*» yoluna sevk ve teşvik ederek, almak istediği tedbiri tesirsiz ve hükümsüz bırakacak nitelikte olup, buna elverişli mevzuat sistemi içinde yer almaktadır.

Şöyleki, Sayın Şemsettin Akçaoğlu'nun ifadesiyle, «Vatandaşlık Kanunumuza göre bir ecnebi kadın ile Türk evlenince Türk tabiiyetine geçer. Bu kadın boşanır ve eski tabiiyetine rücu hakkında bir arzu izhar etmezse Türk kalır (1312 sayılı kanunun 13 üncü maddesi). Türk tabiiyetini bu suretle kazanan bir ecnebinin, hangi hizmette bulunursa bulunsun, bir Türk ile evlenmesine kanunî bir mani yoktur.»

İşte, eski İslâm Hukukumuzda «talâki selâse» ile ayrılmış olan karı kocanın tekrar nikâhla birleşebilmeleri için kadının arada başka bir erkeğe nikâhlanıp boşanması lüzumu (hillî nikâh, halk dilinde Hülle) gibi bir hilei şer'îye yoluna sapmak suretiyle, mevzuubahis hükmü bertaraf etmek mümkündür. Bilhassa kötü niyetli kimselerin bu kanunî imkândan faydalanacakları tabiidir. Mamafih bu güne kadar iyi niyetli birçok yüksek tahsilli vatandaşlarımız da, ya memuriyete girebilmek veya vazifelerini muhafaza edebilmek, yahut yedek subaylık hakkından mahrum olmamak için mevzuubahis «kanuna karşı hile» yoluna başvurmak zorunda kalmışlardır.

Bu kabil gayrimeşru ve mahzurlu kombinezonlara mahal, ihtiyaç ve imkân bırakmamak ve dolayısıyla kanunlara saygı ve riyeti sağlamak maksadiyle, (E) bendi hükmünün mevzuatımız arasından çıkarılması lâzımdır.

e) Medenî milletlerden hiç birinde, gerek memurların gerek askerlerin yabancı ile evlenmesine engel olan bir kanun veya tüzük hükmü mevcut değildir. Bilâkis, Fransız ve İngiliz diplomatlarının ecnebi kız veya kadınla evlenmeleri tatbikatta tavsiye ve teşvik edilmektedir; tâki gönderildikleri Devletler nezdinde görevlerini daha iyi görebilsinler... Sadece Amerika Birleşik Devletleri Hariciyesinde câri bir teamüle göre, yabancı ile evlenen bir diplomat usulen istifasını verir; yetkili makam bu izdivacı mahzurlu gördüğü takdirde, müsbet delillere dayanarak, istifayı kabul edebilir.

f) Günümüzde ve Birleşmiş Milletler Anayasası çerçevesinde millî savunma her milletin tek başına yürüttüğü ve yürütebileceği

bir konu ve faaliyet olmaktan çıkmış, kollektif mahiyet almıştır. Çünkü, barış ve güvenliğin ancak toplu müdafaa sistemi ile korunup sağlanabileceği gerçeği kabul edilmektedir. Bu bakımdan, tebaasiyle evlenebilmesi yasak edilen devletin yetkili askerî ve siyasî şahısları memleketin hemen bütün askerî ve siyasî sırlarına vakıf iken, bir yerli yedek subayın o millete mensup bir kız veya kadınla evlenmesini yasak etmek tuhaf olduğu kadar, abestir..

Türkiye Cumhuriyeti NATO ve CENTO müşterek savunma sistemlerine dâhil ve A.B.D. ne sıkı bir askerî ittifakla bağlı bulunduğuna göre; (E) bendinde öngörülen tedbir adetâ yersiz ve boşta kalmaktadır. Bundan başka, para, mal, düşünce ve kişilerin serbestçe tedavül ve mübadelesi esası üzerine kurulu olan Ortak Pazar'a girmeğe hazırlandığımız bir sırada, mevzuatımızda yabancı uyruklulara karşı bu gibi tedbir hükümlerinin mevcudiyeti veya devamı, millî menfaatlerimize hizmet etmese gerektir.

g) Nitekim, hatırlanacağı üzere, bir zamanlar tatbikatta, gayri müslim Türk vatandaşlarından lise veya yüksek tahsilli olanlara da, imtihan veya tezkiye gibi konularda kanunların tanıdığı takdir kudreti istimal edilerek, askerlik hizmetleri er statüsünde yaptırılmakta idi. Hattâ daha önce, gayri müslim kız veya kadınla evli olan Türklerin dahi, subay olmalarına, aynı şekilde, imkân verilmemekte idi.

İkinci Dünya savaşından sonra Batı Demokrasi cephesine katılmamız üzerine, 1946 ve bilhassa 1950 den itibaren bu uygulama tarzı terkedilerek, gayri müslim Türk unsurlar da öğrenim durumları müsait ise askerlik hizmetlerini yedek subay olarak ifaya başladılar.

Bu istihale de açıkça gösteriyor ki, itiraz konusu (E) bendi hükmü, gerçek bir ihtiyacı karşılamaktan ziyade, aşırı bir gelenekçiliğin ve şüpheciliğin ifadesi yersiz bir tedbiridir. Binaenaleyh, milletlerarası hayata açılmak ve girmek istediğimiz bir devirde, bu kabil izah ve kabulü güç ve hatta imkânsız tahdit ve takyidlerin mevzuatımızdan çıkarılması her bakımdan faydalı ve lüzumdur.

İtiraz konusu 1076 numaralı kanunun 5099 sayılı kanunla değişik (E) bendi hükmünün, Anayasanın kamu hizmetlerine girme hakkında bahseden 58 inci maddesiyle olan ilişkisine gelince; herne kadar mezkur hükmün evlenmek ve aile kurmak hakkından ziyade, yedek subay ve yedek askerî memur olmak hakkını sınırladığı ve kısıtıldığı söylenebilirse de; 1076 sayılı kanuna göre, yüksek öğrenimli vatandaşların yedek subay ve memur olmaları, savunma ödevle-

rini yapmak ve haklarını kullanmak yönünden sadece bir imkân ve müsaadeden ibaret değil, hem bir mecburiyet hem de tam manasiyle bir hak teşkil ettiğinden, (E) bendi hükmü gerçekten ve fiilen evlenme hakkını ve eş seçme serbestliğini takyid ve tahdit eylemektedir. Diğer bir ifade ile, Türklerin savunma ödevi, kamu hizmetine girme hakkı gibi, ilgililerin kullanıp kullanmamakta muhayyer bulunduğu bir hak olmayıp, ifası zarurî bir mükellefiyet mahiyetini de taşıdığına ve yüksek tahsilliler için bu hizmetin yedek subay veya memur sıfatıyla yapılması kanunî bir hak şeklinde kabul edildiğine göre; yabancı kız veya kadınla evli olan bu gibilerin vatanî vazifelerini er olarak ifa etmeleri istenemez ve böyle kimselerle evlendikleri sebep gösterilerek evvelce kazandıkları yedek subaylık hakları kaldırılamaz. Aksi takdirde bir mükellefiyet olan askerlik görevleri dolayısıyla vatandaşların evlenmek hakkı ve eş seçmek serbestliği sınırlanmış ve kısılmış bulunur.

Kaldığı, Yüksek Mahkeme, yukarıda zikredilen 22 Mayıs 1963 tarihli ve 205/123 numaralı «*Türkiye İşçi Partisi*» kararında; itiraz konusu 23 üncü maddenin (E) bendine paralel ve benzer bir hükmü ihtiva eden 788 sayılı Memurin Kanununun 4 üncü maddesinin (Z) fıkrası hakkında, «Aslında bu şart, evlenmeyi değil, sadece memur olmayı sınırlamakla beraber, bu haliyle kamu hizmetinin gerektirdiği bir nitelik olma hüviyetini yitirmekte ve Anayasanın kanun karşısında eşitlik ilkesini zedeleyen, kişiliğe bağlı bir ayırım durumuna düşmektedir. O halde hüküm Anayasanın 58 inci maddesine ve eşitlik temel ilkesine aykırıdır; iptali gerekir.» içtihadında bulunmuştur.

Gerçi Anayasa Mahkemesi, aynı kararında, sözkonusu (Z) fıkrasının parantez içindeki, Millî Savunma ve Dışişleri Bakanlıkları memurları ile ilgili muvakkat veya intikalî memuriyet hükmünü, «sözü geçen hizmetlerde memuru önemli devlet sırlarıyla karşı karşıya getiren görevlerin bulunduğu şüphe yoktur. Kamu güvenliğinin ve bu arada devlet sırrının korunması için her türlü sakınganlık tedbirinin alınması gerekir. Şu hale göre, inceleme konusu hükmün koyduğu yasakla beliren nitelik, görevin gerektirdiği bir niteliktir.» gerekçesiyle, Anayasaya aykırı görmemiştir. Ancak, yukarıda açıklandığı üzere, yedek subaylık memuriyet gibi, ihtiyarî ve sürekli bir görev değil, mecburî ve geçici bir ödevdir ve ilgilinin yabancı ile evli olmaması bunun bir gereği değildir. Askerlik görevi,

«şahsın veya ailenin geçimini sağlayan bir meslek, sanat veya kişinin isteğiyle atandığı bir kamu hizmeti» olduğu takdirde; ilgililer hakkında yabancı ile evlenme yasağının tatbiki belki doğru ve yerinde olabilirdi. İşte ancak bu halde, Anayasa'nın 11 inci maddesiyle Kanun koyucuya tanınan bütün temel hak ve hürriyetlerin, özüne dokunmadan, «*millî güvenlik*» sebebiyle sınırlandırılması yetkisinden bahsedilebilirdi. Filhakika, yurt savunmasına katılma hakkı, aynı zamanda herkes için kaçınılmaz bir ödevdir, ve hiç kimse bu mükellefiyetin ifası dolayısıyla daha önemli olan evlenme hakkında ve eş seçme serbestliğinde kısıntıya veya sınırlamaya uğratılamaz.

Bu bakımdan, inceleme konusu kararın (1) numaralı paragrafının sondan bir önceki bendinde, 5099 sayılı kanunun 1947 den itibaren yedek subay ve askerî memurları, muvazzaf subay ve astsubayların daha önce bağlı bulunduğu yasağa tâbi tutmakla güdülen amacın tam olarak elde edildiği yolunda ileri sürülen gerekçe yersiz ve yanlıştır. Çünkü böylece Kanun koyucu, aynı durumda bulunmayan kişileri ve aynı niteliği taşımayan görevleri aynı hükmün kapsamına almakla, eşitliği sağlamak yerine, eşitsizlik yaratmıştır.

Hülâsa Anayasa Mahkemesinin, itiraz konusu 23 üncü maddenin (E) bendiyle konulan yabancı ile evlenme yasağının, askerlik yükümü bakımından gerekli olup olmadığını tartışmaya yanaşmaması ve fakat yukarıda işaret edilen karar bendinde «Kanun koyucu tarafından güdülen amaç»a uygun bulunduğunu açıklayarak, bunu zımnen tasvip eylemesi, sadece kendisinin muhafazakâr eğilimini veya «chauvin» duygularını ortaya koymaktadır⁸. Gerçekten aynı Yüksek Mahkeme, evlenme hakkı ve eş seçme serbestliği yanında bugün artık yer alamıyacak derecede kısıtlanmış ve sınırlandırılmış bulunan sözleşme hürriyetini, aşağıdaki gerekçe ile korumaktan geri kalmamıştır.:

«İstimlâk dâvalarında vekâlet ücreti sözleşmesinin belli bir miktarı kapsamak üzere serbestçe yapılmasının, kamu düzenini bozacak veya genel ahlâk kavramı ile bağdaşmayacak, toplum yara-

8) Bu eğilim ve duyguların artık bizzat Ordu mensupları arasında da kalmadığını göstermesi bakımından, bütün hayatını askerlik mesleğinde geçirmiş ve en yüksek rütbeye kadar çıkmış olan bir gazete okurunun mesele ile ilgili mektubunu aşağıya aynen koyuyorum:

EŞİ YABANCI OLAN YÜKSEK TAHSİLLİLER VE YEDEK SUBAYLAR

Yedek Subayların yabancı eş almalarını yasaklayan Kanun çok eski tarihlidir. (1927)

rına aykırı ve kişi hak ve hürriyetleriyle toplum yararı arasındaki dengeyi sarsacak bir sonuç doğurmayacağı cihetle, bu sınırlamada kamu yararı bulunduğu kabul edilemez. Bu sebeple, sözügeçen (6830 sayılı İstimlâk Kanununun 32 nci maddesinin) (C) bendi hükmü, Anayasa'nın 40 ıncı maddesinde yer alan sözleşme hürriyetine aykırı bulunmuştur.» (7 Mart 1963, *İstanbul Asliye 6. Hukuk Mahkemesi*, Esas: 1962/286 - Karar: 1963/53, R. G., 8 Haziran 1963 - 11423). Oysa Anayasa Mahkemesi, bu kararında daha önce, İstimlâk Kanunu hazırlık çalışmalarına dayanarak,» itiraz konusu 32 nci maddenin (c) ve (d) bentlerindeki yasaklayıcı hükümlerin gerektirici sebepleri(nin) yolsuzluk ve ispekülasyonları önlemek düşüncesi» olduğunu müşahade ve tesbit etmiş bulunuyor.

4 — Diğer itiraz sebepleri:

Danıştay 8 inci Dairesi ,dâvacının ileri sürdüğü itiraz sebeplerinden yalnız üçünü benimseyip, Yüksek Mahkemeye intikal ettirdiği ve bu merci de tarafları muteriz olarak kabul etmediği için,

O tarihlerde Türk Ordusu yalnız başına çalışmak mecburiyetinde idi. Ordumuza ait en ufak bir bilgi de mühim bir sır idi.

Bu gün ise Türk Ordusu NATO'nun bir parçasıdır.

Uluslararası bir Ordunun bir kısmıdır.

Bu gün Türk Ordusunun veya diğer NATO Ordularının sır denilen bilgileri NATO'nun 15 milletine mensup Subayların yani bizim yabancı gelinlerimizin kardeşlerinin veya babalarının, elinde ve gelecek için hazırlanan harekât ve lojistik plânlarına temel olarak kullanılmaktadır.

Pek yeni tarihlerde kabul edilen bir kanunla azınlıklara yedek hatta muvazzaf Subay olma hakkı verilirken neden eşi yabancı olan Türkler düşünülmemiştir?

Acaba Türk oğlu Türkler bu azınlık vatandaşlarımız kadar da mı Subaylık üniformasına lâyık değillerdir?

Anayasamızın eşitlik prensiplerine ve bu günkü Millî Savunma doktrinlerine uymayan bu kanunun değiştirilmesi veya Anayasa'ya aykırılığını kabul etmek bir zarurettir.

Emniyet isteniyorsa, bu durumda olan vatandaşları er yaparak Ordu Evlerinde garson olarak kullanmaktansa onlara yalnızca (Kozmik) belgeler vermemek suretiyle çalışma sahalarını tahdit etmek en doğru bir hareket olur.

Hukuk Devletinde karar verecek durumda olanlar, hâdiseleri dört köşesinden bakarak mütalâa ve şartların değişmesiyle hükümlerin de değişeceğini kabul etmek mecburiyetindedirler.

«Cumhuriyet» Gazetesi, 21.8.1965

1 Eylöl 1965

General İhsan DURAY
EMİNSU'dan

itiraz dilekçesinde yer alan bir kısım aykırılık sebepleri hiç nazara alınmamış bulunmaktadır.

Halbuki Anayasa Mahkemesinin «*Suç ve cezaların kanunîliği*» ilkesi yönünden yapılan itirazı değilse bile, meseleyi, «*kamu hizmetine girme*» yerine, «*Savunma hakkı*» ve «*Tedbirlerin amaca uygunluğu*» bakımından incelemesi beklenir ve gerekirdi. Çünkü, Yüksek Mahkeme, hep Kanun koyucunun takdir yetkisinden bahisle itiraz konusu yasağın, askerlik yükümünün bir gereği olduğunu kaydetmekle beraber, kararın (1) numaralı paragrafının sondan iki ve bir önceki bendinde, bunun açıkça bir «*müeyyide*» teşkil ettiğini ve «*güdülen amacın tam olarak elde edilmesini*» sağlaması itibariyle de zımnen bir «*tedbir*» bulunduğunu ifade ve kabul eylemektedir.

Gerçekten, iptali istenen hüküm, yedek subay ve memurluğundan çıkarılmayı gerektiren sebeplerden biri olduğuna göre, Devlet sırlarını ve askerlik disiplinini korumak için, müeyyide tehdidi altında konulmuş bir tedbirdir. O halde, Kanun koyucunun aldığı bu tedbirin, önce güdülen amaca uygun olup olmadığını, sonra da buna riayeti te'min için yapılan müeyyide tatbikatında savunma hakkı tanınıp tanınmadığının araştırmak ve tesbit etmek lâzımdır.

A — *Tedbirin amaca uygunluğu*: Yedek subayları yabancı kız veya kadınlarla evlenmekten veya yaşamaktan men'eden 1076 numaralı kanunun 5099 sayılı kanunla değişik 23 üncü maddesinin (E) bendi hükmünün, Yüksek Mahkemenin 22 Mayıs 1963 tarihli «*Türkiye İşçi Partisi*» kararındaki ifadesiyle, «....askerlik, Dışişleri, Millî Emniyet ve benzeri hizmetlerde kamu güvenliğinin gereği olarak önemli Devlet sırlarının korunması bakımından *bu türlü bir sakıncalı tedbirine* başvurulması» zaruretinden doğduğu bir an için kabul edilse bile; Anayasanın temel hak ve hürriyetlere ait genel prensipleri ile Âmme Hukuku esaslarına aykırı düştüğü görülür.

Şöyleki, yeni Anayasamız, «*Başlangıç*»ında insan hak ve hürriyetlerini gerçekleştirmeyi ve te'minat altına almayı Türk Milletinin amaçları arasında saydıktan ve 2 nci maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin insan hakları ve «*Başlangıç*»taki temel ilkelerine dayandığını belirttikten sonra, 11 inci maddesinde aynen, «Temel hak ve hürriyetler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir. - Kanun, kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adalet ve millî güvenlik gibi sebeplerle de olsa, bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz.» hükmünü vaz etmektedir. Bu hükümler ile Anayasanın tümünden ve ruhundan çıkan mana şudur

ki, Türk siyasi toplumunda ve hayatında, *kaide ve aslolan hürriyettir ve temel haklar ancak zaruret halinde ve ihtiyaç nisbetinde istisnaen veya muvakkaten kısılabılır ve sınırlanabilir*; fakat hiçbir zaman yok edilemez. Batının modern siyasî demokrasi sistemine ve felsefesine tetabük eden bu anlayış, bütün medeni milletlerin Âmme Hukukunda kabul ve tatbik edilmektedir.

Bu Âmme Hukuku esasları, en fazla uygulanma sahası bulduğu zabıta ve bilhassa güvenlik zabıtası bahsinde, Yasama ve Yürütme organları ile İdarenin polis tasarrufları ile alacakları tedbirlerin, önlemek istedikleri tehlike ve mahzurlarla mütenasip ve ahenkli, güttükleri amaçlara uygun ve neticeye fiilen müessir olmasını gerektirmektedir. Mezkûr vasıf ve şartları haiz olmayan zabıta tedbirleri, sebep, mevzu ve maksat unsurları bakımından Hukuka aykırı ve sakat sayılmaktadır. İşte bu esaslara binaendir ki, Yüksek Mahkeme, 22 Mayıs 1963 tarihli «*Türkiye İşçi Partisi*» kararında, Memurin Kanununun 4 üncü maddesinin «*(Z) fıkrasındaki şart, bütün memurluklara şâmil, genel ve sınırsız bir kayıtlama*» olduğu için, iptal hükmü vermiştir. Polis tedbirlerinin, genel ve sınırsız olması gibi, güvenliği tehdit eden tehlike ve mahzurlara ve varılmak istenen gayeye uygun ve müessir bulunmaması da, butlan sebepleridir. (Bak. Prof. M. WALINE, *Traité de Droit Administratif*, 8 e éd., Paris, Sirey, 1959 sahife 611 - 615, No: 1035 - 1042 ve bilhassa 1042 No. lu paragraf, Prof. A. de Laubadère, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 3. e. éd., Paris, L.G.D.J., 1963 Tome 1, sahife: 511-513, No. 977 - 980). Nitekim Anayasa Mahkemesi, Fevkalâde hallerde haksız olarak mal iktisap eden memurlar hakkındaki 4237 sayılı kanunun 13 üncü maddesinin I numaralı bendinde öngörülen tekaüd hakkından mahrumiyete hüküm verilmesi şeklindeki «*müeyyideden maksat memurları uyarmak ve hizmetin iyi işlemesini sağlamak ise, bunun Hukuka ve Anayasaya uygun başka müeyyidelerle gerçekleştirilmesi mümkündür.*» gerekçesiyle, mezkûr hükmün «*Anayasanın 11 inci maddesiyle bağdaştığı ve bu maddeye aykırı olmadığı söylenemez.*» sonucuna varmaktadır. (11 Aralık 1964, C.H.P., TBMM Grubu, Esas: 1963/138, Karar: 1964/71, R. G., 2 Nisan 1965 - 11969).

Şu halde, zabıta hükümleri vazına salâhiyetli organ ve makamlar, kamu güvenliğini korumak için, genel veya özel yasaklar koymadan önce, mevcut tehlike ve mahzurların fertler için daha hafif, yumuşak ve zararsız tedbirlerle önlenip giderilebileceğini düşünmek ve temel hak ve hürriyetleri kollayan ve zedelemeyen en uygun ted-

birleri almak zorundadır. *Yasağın her çeşidi Devlet, ve İdare için en kolay ve kesin tedbir şekli olmakla beraber, ferdî hak ve hürriyetlerin özüne az veya çok herhalde dokunur. Demokratik rejimde ise, zabıta tedbirlerinin kolaylık ve kesinliği uğruna Âmmeye hak ve hürriyetleri feda edilemez.* Bu sistemde Devlet ile diğer kamu teşkilâtı ve faaliyetleri, Anayasamızın ifadesiyle, «ferdin ve toplumun, huzur ve refahını gerçekleştirmeyi ve teminat altına almayı» istihdaf ettiğinden; pek istisnaî ve fevkalade bir zaruret olmadıkça insan haklarını hiçbir tahdit ve takyide tâbi tutamaz, bilâkis «Devlet kişinin temel hak ve hürriyetlerinin... maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar» (Anayasa, m. 10).

İşte söz konusu (E) bendi hükmü, Anayasa ile Âmmeye Hukuku esaslarına aykırı olarak, yersiz, tesirsiz ve çok ağır bir yasak koyarak, vatandaşların evlenme haklarını ve eş seçme serbestliğini sınırlamış ve kısmıştır. Filhakika, yukarıda (3) numaralı paragrafta belirttiğimiz üzere, bu tedbirlerin alınmasını gerektiren hakiki ve ciddî bir sebep mevcut olmadığı gibi; böyle sert ve mutlak bir yasağı meşru ve zarurî bir vasıta saymağa da imkân yoktur. Üstelik bu tedbir, saklanmak istenen Devletin askeri sırlarını koruyacak ve casusluk hareketlerini önleyecek mahiyet ve tesiri de haiz değildir. Çünkü, yabancı ile evli olan yedek subaylar savunma hizmetlerinin gizli olmayan kısımlarında çalıştırılmak veya şüpheli elemanlar takip ve tarassut altında tutulmak gibi başka türlü tedbirlerle de sakınılan tehlike ve mahzurlar önlenebilir. Kaldı ki, Yüksek Mahkemenin, Memurin Kanununun 4 üncü maddesinin (Z) fıkrası hakkındaki hükmüne verdiği muhalefet şerhinde Sayın Şemsettin Akçaoğlunun dediği gibi; «bir memurun ecnebi olan eşinin tavassutu olmaksızın bir Devlet sırrının ortaya çıkmasının imkânsızlığı iddia edilemez. Böyle de olsa, bazı memurların ecnebilerle evlenmesinin önlenmesiyle bu mahzur bertaraf edilmiş sayılamaz. «Nitekim, Kanun vazının meselemizde önlemek istediği mahzur ve tehlikeyi, aynı mülâhaza ve muhakemeyi sonuna kadar götürdüğümüz takdirde, yalnız subayların ecnebilerle evlenmesini değil, bütün vatandaşların yabancılarla izdivacını ve hattâ tekmil yabancıların memlekete girmesini ve burada ikamet etmesini yasaklamak lâzım gelir.

Bu derece aykırı ve paradoksal neticeleri tazammun eden bir tedbirin, «kişi hak ve hürriyetleri ile toplum yararı arasındaki dengeyi sarsacak nitelikte bir sonuç doğuracağı şüphesiz» (13 Kasım 1963, *Mersin Sulh Hukuk Mahkemesi*, Esas: 1963/301 - Karar: 1963/271, R. G., 4 Şubat 1964 - 11624) bulunmasına ve hattâ hiçbir

şeye yaramamasına rağmen, vatandaşların temel hak ve hürriyetlerini tahdit ve takyid etmesine hukuken cevaz ve imkân olmadığından, butlanına hükmedilmesi gerekirdi.

B — *Müeyyideye karşı savunma hakkı* : Modern Âmme Hukunun, eşitlik prensibi kadar önemli ve aslî bir kaidesi olan savunma hakkı, insanların temel hak ve hürriyetlerindendir. (Anayasa Mahkemesi, 26 Haziran 1963, *Türkiye İşçi Partisi*, Esas: 1963/197 - Karar: 1963/166, paragraf 7, R. G., 7 Kasım 1963 - 11549, - 26 Haziran 1963, *C.H.P.*, *TBMM Grubu*, Esas: 1963/143 - Karar: 1963/167, Paragraf 4, R. G., 12 Kasım 1963 - 11553). Bu hak, fertlerin yargı mercileri nezdinde olduğu gibi; İdare makamları önünde de aynen ve tamamen cârî ve riayetî mecburî bir usuldür. Onun içindir ki, yeni Anayasamız 31 inci maddesiyle mahkemeler nezdinde herkesin dâva ve savunma hakkına sahip olduğunu tesbit ve ilân ettikten sonra, idarî müeyyidelerin tatbikine karşı ilgililerin İdare önünde peşin müdafaa hakkını haiz bulunduklarına mütedair Hukukun bu Genel Prensibini, bir misal kabilinden, 118 inci maddesinde memurlar ile meslekî teşekküller mensupları için etraflı şekilde düzenlemiş bulunmaktadır. Gerçekten, Fransa Devlet Şûrası, Fransız Anayasası ve kanunlarında genel ve açık bir hüküm bulunmadığı halde, müeyyide uygulamak tasavvurunda olan İdarenin ilgililere savunma hakkı tanıması vecibesini, Hukukun bir Genel Prensibi olarak kabul ve tatbik etmektedir. (Bak. Prof. M. WALINE, *Traité de Droit Administratif*, 8 e éd., Paris, Sirey, 1959, No. 425, No. 695 ve 513, No. 870; Prof. A. de Laubadère, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 3 e. éd., Paris, L. G. D. J., 1963, Tome I, p. 199, No. 378 ve p. 247, No. 462). Anglo - Sakson memleketlerinde ise, İdarenin ilgilileri önceden dinlemesi usulü, yalnız müeyyide uygulanması bahiskonusu olan hallerde değil, hemen her mevzuda tatbiki gereken bir garanti olarak kabul edilmektedir.

İşte, 1076 sayılı kanunun 5099 numaralı kanunla değişik 23 üncü maddesinin (A) dan (D) ye kadar (dahil) olan bentlerinde yazılı yedeksubaylıktan çıkarılmayı gerektiren sebepler savunma hakkına yer veren kazaî veya yarı - kazaî inceleme ve kararlara dayandığı halde; iptali istenen (E) bendi hükmü, ilgiliye müdafaa hakkı tanımadan, Millî Savunma Bakanlığına re'sen karar almak hususunda yetki bahşetmektedir. Binnetice, mezkûr hüküm, Anayasa ile te'minat altına alınmış bulunan ve Hukukun Genel Prensiplerinden olan «Savunma hakkı»nı bertaraf ettiğinden, bâtıldır.

Gerçi mevzuubahis çıkarma sebebinin evlilik gibi hukukî ve birlikte yaşama gibi fiilî bir durumdan ibaret olması dolayısıyla, İdarenin bu vaziyetleri re'sen tesbit ederek muamele yapabileceği; bu bakımdan ilgililere savunma hakkı tanınmasına mahal ve lüzum olmadığı hatıra gelebilir. Fakat yabancı kız veya kadınla yaşama keyfiyeti, ilgili tarafından münakaşa ve reddedilebilecek mahiyette olmak itibarıyla, müdafaa imkânının verilmesini istilzam ettiği gibi; evlilik hukukî durumunun zeval bulmuş olması veya buna nihayet verilmesi muhtemel ve mümkün olduğundan, bu halde de ilgiliye savunma hakkı tanınması zarurîdir.

Filhakika, Millî Savunma Bakanlığı, bir ara ecnebi tabiiyette biriyle evli ve fakat bilâhare boşanmış olan bir yedek subayın bu hakkını kaldırmağa tevessül ederken, müdafaasını aldığı takdirde muameleden sarfınazar etmek mevkiinde kalır. Bunun gibi, yabancı ile evli bulunduğu sebebiyle yedek subaylıktan çıkarılmak tehdidi altında olduğuna, savunması istenilmesi vesilesiyle muttali olan kimse de, ayrılmağa teşebbüs ve boşanmayı istihsal ederek, İdarece uygulanması derpiş edilen müeyyideyi önleyebilir. Çünkü bu hallerde, mâni zail olduğundan, memnu avdet eder ve idarî müeyyidenin tatbiki yersiz ve gereksiz olur. Aksi halde, yedek subaylıktan çıkarılma, tedbire riayeti sağlayan idarî bir müeyyide olmaktan çıkar, adlî ceza mahiyetini alır. Nitekim, Danıştay 5. Dairesi, mülga Tekaüt-lük Kanununun itiraz konusu (E) bendine benzer bir hükmün uygulanmasından çıkan bir ithilâfta, çok doğru ve haklı olarak, aynı istikamette içtihadta bulunmuştur:

«Kanun vazıı, *memuriyetten mahrumiyeti, yabancı kadınla evli kalınan zamana hasr ve kasretmiş bulunmasına*; bu hükme göre, yabancı kadından boşanan memurun tekrar ve hiçbir hükme hacet kalmaksızın memur olmak imkânına mâlik olacağı hususunda bir gûna tereddüt bulunmamasına binaen, bununla mütenazır olarak *emeklilik hakkının sukutunun da yabancı kadınla evli kaldığı zamana inhisar etmesi lâzım* geleceğini kabul etmek yine kanun vazınının maksadına ve hakkaniyete uygun düşer.» (16 Haziran 1961 tarihli 1637 numaralı karar, ilmî ve Kazaî İctihatlar Dergisi, Sayı: 15, sahife: 1133).

Binaenaleyh, hiçbir halde ilgiliye savunma hakkı tanımayan ve yedek subaylığını muhafaza etmek imkânını vermeyen 23 üncü maddenin (E) bendi hükmü, Anayasaya ve Hukukun Genel Prensiplerine aykırıdır.

5 — *Nisbî butlan.*

Bütün bu açık ve ağır aykırılıklara rağmen, Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu hükmü, genel ve salt (erga omnes) şekilde iptal etmekte, millî güvenlik bakımından tehlike ve mahzur olduğu kanısında idi ise, mes'elei müste'hireye yol açan olayın özelliğini nazarı itibara alarak, büyük bir haksızlığı ve garabeti önlemek için, bunun yalnız tarafları bağlayıcı (inter partes) olmak üzere butlanına hükmedebilirdi ve etmeliydi.

Gerçekten, bu incelemenin sonuna eklenen Danıştay 8. Dairesinin 8/4/1965 tarihli ve 1625 numaralı kararında açıklandığı üzere, hâdisede yedek subaylık hakkı kaldırılan dâvacı Yüksek Mühendis, muvazzaflık hizmetini yapıp terhis edildikten sonra ve silâh altında bulunmadığı bir sırada İngiliz tabiiyetinde bir kızla evlenmiş, bu izdivaçtan önce ve sonra memleketimizde NATO tesislerini inşa etmekte olan müteahhit firmalar yanında ve gizli askerî işlerde uzun zaman mütehassıs mühendis ve müşavir olarak çalışmış ve çalışmakta devam etmiştir. Bu işlere alınırken, gerek NATO, gerek Türk makamları kendisi hakkında tetkikat ve tahkikat yaparak, çalıştırılmasında hiçbir mahzur ve mâni bulunmadığını tesbit ve kabul etmişlerdir. Hattâ bu yüksek mühendis, yedek subaylığı kaldırıldığı ve dâva açtığı tarihlerde, NATO'nun Türkiyedeki bazı tesislerini yapmakta olan Amerikan - İtalyan ortak firması «Edison - Page» müessesesinde müşavir proje mühendisi olarak çalışmakta idi. Ayrıca Millî Savunma Bakanlığı, dâva konusu olan müşterek kararnameyi tesis etmeden önce, ilgilinin müdafaasını da almamıştı.

Bu durum karşısında, Yüksek Mahkeme, silâh altında bulunmayan ve yabancı ile evli olduğu halde gizli askerî işlerde çalıştırılan bir kimsenin savunması alınmadan yedek subaylık hakkının kaldırılması, millî güvenlik mülâhazasına müstenid bir tedbir veya bunun bir müeyyidesini teşkil edemiyeceği gerekçesiyle, itiraz konusu (E) bendi hükmünün yasa'ya aykırılığına, olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı olmak üzere karar vermeliydi.

Gerçi Anayasa Mahkemesi bu takdirde, 1076 numaralı kanunun 5099 sayılı kanunla değişik (E) bendindeki müeyyidenin, ancak silâh altında bulunan yedek subaylara uygulanabileceği hükmüne varmış görünürdü. Lâkin böyle bir neticenin, nisbî butlan kararlarından istihracı hukuken mümkün ve doğru olmamakla beraber; bu yolda bir içtihadın belirmesi, mezkûr hükmün makûl ve realist bir sınır içinde tutulmasına hizmet bakımından faydalı ve lüzumludur.

Şurası muhakkaktır ki, Yüksek Mahkeme, bu olayda, büyük bir adaletsizliği ve «paradoxale» bir durumu bertaraf etmek için, itiraz konusu (E) bendinin iptaline değilse bile, Anayasanın 152/4 ve organik Kanunun 50/5 maddeleri gereğince, butlanına hükmetmek mevkiinde idi. Bu vesile ile, mezkûr hükümlerin tatbikatı cümlesinden, olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı iptal kararlarına yerinde ve doğru ilk bir örnek verilmiş olurdu.

Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesi aykırılık iddiasını bu müşahhas hâdisede kabul etmiş olsaydı, Danıştay 8.Dairesinin 8/4/1965 tarihli ve 1625 numaralı kararla, «sözü edilen Anayasa Mahkemesi kararı gereğince dâvanın reddine» diyerek, bihakkın kendisine yüklediği sorumluluktan da kurtulmuş bulunurdu. Çünkü, nisbî butlan hükmü üzerine, uyumsuzluğu çevreleyen ahval ve şeraite göre, dâvanın reddi veya kabulü tamamen esas mahkemesinin yetki ve sorumluluğu içinde telâkki edilmek lâzımdır.

ÖZET VE SONUÇ

Bu incelemenin başında, Anayasa Mahkemesi içtihatlarını yansıtan bir «prototype» olduğunu söylediğimiz sözkonusu karar üzerine yukarıda yapılan açıklamalar bu tavsifi doğrulayacak nitelikte ise; aşağıda özetlenen mütalâalar, adı geçen Yüksek merciin şimdiye kadar Anayasaya aykırılık iddiasına ilişkin olarak yayımlanan bütün yargı kararları hakkında geçerli sayılabilir.

1 — Yüksek Mahkeme, dâvanın taraflarına, mahkemelerden müstakil olarak, itiraz yetkisi tanınamakla; Anayasanın açıkça kişilere verdiği bir hakkı yalnız red ve inkâr etmiş olmuyor, Hukuk Devleti ilkesini de amacından saptırmış bulunuyor.

Gerçekten, Hukuk Devleti ilkesinin asıl gayesi, Anayasada belirtilen temel hak ve hürriyetleri, kamu organ, makam ve mercilerinin müdahale ve tecavüzünden korumak olduğu gibi; Anayasaya aykırılık iddialarının Yüksek Mahkemece çözümlenmesi usulü de, bunun bir müeyyidesidir. Anayasamız aykırılık iddialarının dâva yolu ile ileri sürülmesi yetkisini, esasen bazı siyasî kurul, makam ve kurumlara inhisar ettirip, fertlerden esirgemiş bulunduğundan; Yüksek Mahkemenin itiraz yolunu sadece mahkemelere açık tutarak, dâvanın taraflarına kapatması, Hukuk Devleti ilkesinin, vatandaşları değil de, bir takım politikacıları teminat altına almak ve hâkimlerin spekülasyon zevkini karşılamak için vaz ve kabul edildiği sonucuna götürmektedir. Böylece temel hak ve hürriyetlerin

garanti prosedürünün tahriki, ilgililerin iradesi dışında, sırf politikacıların keyfine ve mahkemelerin takdirine terkedilmiş olmaktadır.

2 — Anayasa Mahkemesi, itiraz yolu ile aykırılık iddialarında, «davada uygulanacak kanun hükmü» şartını dar yorumlamak ve yanlış uygulamak suretiyle, esas mahkemesinin yerine geçtikten veya temyiz merciinin yetkilerine karıştıktan ve birçok güçlüklerle yol açtıktan başka; kendi yargı denetimi alanını da sebebsiz ve yersiz olarak daraltmaktadır.

Oysa, bizzat Yüksek Mahkeme, «bütün hukukî düzenin Anayasa düzenine uygun olması gerektiğine göre, *hangi sebep ve gerekçelere dayanırsa dayansın Anayasa düzeni içinde Anayasaya aykırı bir kanun hükmünün yürürlükte kalmasına yer verilemez.*» (3 Kasım 1964, C.H.P. - TBMM Grubu, Esas: 1963/152 - Karar: 1964/66, R. G., 17 Mart 1965 - 11955) ve «4237 sayılı kanunun olağanüstü hallerde uygulanacağı ve emeklilik hakkından yoksun bırakılacakların az sayıda olacağı yolundaki düşünce yukarıda belirtilen sakıncaların yerinde görülmemesini gerektirmez. *Mesele prensibin korunmasında ve sosyal güvenlik sisteminde gedikler açılmasına yer bırakılmamasındadır.*» (11 Aralık 1964, C.H.P. - TBMM Grubu, Esas: 1963/138 - Karar: 1964/71, R. G., 2 Nisan 1965-11969) içtihadında bulunmuştur. Şu halde, esasa ilişkin hiçbir sebep ve mülâhaza, nasıl Yüksek Mahkemeyi Anayasaya aykırı kanun hükmünü iptal etmekten alıkoymamakta ise; çok defa kendisinin ihdas ettiği bir takım şekil ve usul engelleri de, evleviyetle itiraz yolu ile aykırılık iddialarının iptidaen reddine vesile yapılmamak lâzımdır.

3 — Yüksek Mahkeme, itiraz yolu ile önüne gelen aykırılık iddialarını, çok defa, Anayasa ve organik kanun ile verilen üç aylık süre içinde karara bağlamamakla; yalnız âmir bir hükmü ihmal etmiş olmuyor, hak ve adaletin gerçekleşmesinin gecikmesine, dolayısıyla ilgililerin mağdur ve mutazarrır olmalarına ve diğer mahkemeler için kötü örnek verilmesine yol açmış bulunuyor.

İptal davasının açılabilceği doksan günlük müddeti çok sıkı ve hattâ yerleşmiş esas ve içtihatlar dışında kısaltarak uygulayan (3. Temmuz 1964, A. P. Cumhuriyet Senatosu Grubu, Esas: 1964/22-Kararı: 1964/54, R. G., 26 Kasım 1964 - 11866) Anayasa Mahkemesinin, kendisine tanınan üç aylık karar verme süresine daha fazla titizlik ve dikkatle riayet etmesi beklenir ve gerekir.

4 — Anayasa Mahkemesi kararları, genellikle bir hayli uzun olmasına rağmen; aykırılık itirazlarına ilişkin bulunanlar, dâvaya konu teşkil eden olayı, müşahhas surrette belirtmeyip, mücerret ve afakî bir mesele şeklinde aksettirmektedir. Bu yüzden Mahkeme, olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı (inter partes) nisbî butlan hükümleri vermek alternatifini gözden kaçırmakta, hemen daima genel ve salt (erga omnes) iptal kararları almaktadır. Binnetice, dâvanın tarafları, yani Anayasanın asıl korumak istediği kişiler, durumlarının özelliği ve uyumsuzluklarının niteliği çerçevesinde yaptıkları aykırılık iddialarını kabul ettirmek imkânından yoksun bırakıldıkları gibi; Yüksek Mahkeme de, umumî ve mutlak iptal hükmünde sakınca gördüğü için, itirazı tamamen reddetme durumunda kalmaktadır. Böyle red kararları ise, Anayasa Mahkemesinin lehine not kaydettirmese gerek,

5 — Yüksek Mahkeme kararlarının uzunluğu incelenen meseleler sistematik bir şekilde ele alınıp, «rationnel» bir tertip ve sıra dairesinde takdim ve halledilseydi, belki bir mahzur ve tenkidi celbetmezdi. Ancak Anayasa Mahkemesi, dâvacıların dilekçeleri ve itirazda bulunan mahkemelerin kararları mündericatiyle adetâ kendini bağlı saydığı için, bu müracaatlerde sözkonusu olan birçok mesele ve noktaları aynı tertip ve sıra dahilinde mütalâa ederek, gerekçelerini karma karışık sevketmekte ve birçok tekrar ve atıflara sebebiyet vermektedir. Bu tutum ve davranış kararların yalnız açıklık ve kesinlikten yoksun olmasını değil, bazan çelişen fıkra ve beyanları da içinde taşımasını kaçınılmaz hale getirmektedir. Ayrıca bu kararlarda, prensip ifadeleri ile müşahhas meseleye ilişkin gerekçeler her zaman belli bir esas ve sıra gözetilerek yerleştirilmediği için, Yüksek Mahkemenin ileride benzer veya aynı meseleler hakkında vereceği hükümler bakımından bir takım güçlükler doğurabilir ve nitelikte yukarıda işaret ettiğimiz içtihad uyumsuzluk ve çelişmeleri kısmen bu yüzden çıkmış olabilir.

Bu itibarla, Anayasa Mahkemesi, kararlarını belli bir metoda uyarak, sistematik bir şekilde ve mümkün mertebe kısa, veciz ve açık bir ifade ile kaleme almalı tekrar ve atıflardan sakınmalıdır. Aksi takdirde, aydınlatma ve saptama görevi kendisine verilmiş olan Anayasa düzeni, vüruh ve kat'iyet yerine, ipham ve tereddüt içinde kalmış olur.

6 — Anayasa Mahkemesi gibi yüksek içtihat mercileri, fonksiyonları icabı ve haiz oldukları yetkiye binaen, bazı hallerde genel

prensipleri açıklamak ve o meselelere müşahhas surette uygulamak durumundadır. Ancak Yüksek mahkemeler, bu prensipleri ilk defa ortaya atarken çok dikkatli ve ihtiyatlı davranmak zorundadır. Çünkü, bir genel prensip bir kere açıklanınca, artık onu benimseyeni ileride gelecek işlerde bağlar ve, kendi kendisiyle çelişmeye düşmemesi için, bunu mümasil meselelerde uygulaması gerekir.

Yüksek Mahkemenin yukarıda zikredilen bir kısım kararlarında gayet umumî mutlak prensipler ifade edildiği halde; bunları daha sonraki dâva veya itirazlara uygulamadığı izah ve tesbit edilmiş bulunmaktadır. Halbuki Anayasa Mahkemesi, içtihad kudretine dayanarak bu genel prensibi ortaya koyarken, sadece buna vesile teşkil eden meseleyi çözümlemekle kalmaz, daha önemli olarak, Kanun koyucuya yasama görevinde doğru yolu işaret etmiş bulunur.

Binaenaleyh, Anayasa Mahkemesi, sevkedeceği genel ve salt gerekçelerinin bu geniş kapsam ve etkisini gözönünde tutarak, ya prensip beyanlarından kaçınmalı, ya da böylece açıkladığı esaslara sadık kalmalıdır. Mevcut bir prensipten inhirafın zarurî olduğu hallerde bunun çok kuvvetli mucip sebeplere istinad ettirilmesi şarttır.

Aksi takdirde Yüksek Mahkeme, bugünkü tutum ve davranışı ile, Anayasanın verdiği «mission»u yerine getiremeyeceği gibi; kendi otorite ve prestijini yine kendisi sarsmış ve zayıflatmış olur.

7 — Örneğin Anayasa Mahkemesi, 11 Aralık 1964 tarihli ve 138/71 numaralı kararında, Anayasanın 117 nci maddesinde bir kelime ile yer alan memurların «emeklilik» hakkını düzenlerken Kanun koyucunun ilgilileri genel hukuk esaslarının ve Anayasa İlkelерinin te'minatından yoksun bırakamayacağını içtihat ettiği halde; bundan iki hafta sonra 25 Aralık 1964 günü verdiği yukarıdaki kararda, Anayasanın 60 ıncı maddesiyle belirtilen Millî Savunma hak ve ödevinin «düzenleme işi(nin), herhangi bir kayıt ve şart koymasızın, kanun koyucunun takdirine bırakılmış» olduğunu kabul etmekle, açıklanması ve inandırılması çok güç bir hüküm vermiştir.

Kaldı ki Yüksek Mahkeme, Anayasa yargısının niteliği icabı, hemen daima yasama organının takdir yetkisinin bulunduğu kanun hükümlerini denetlemek mevkiinde olacaktır. Gerçekten Anayasa, şahıs hürriyeti ile basın hürriyeti kısmen istisna edilirse, diğer temel hak ve ödevlerin düzenlenmesi hususunda kanun koyucuya geniş veya dar bir takdir yetkisi bırakmıştır. Fakat, buna rağmen, Anayasa Mahkemesi, yalnız kamu yararı, düzeni ve güvenliği ile ge-

nel ahlâk ve sosyal adalet gibi bir bakıma takdiri gerektiren sebepleri değil, Anayasanın hürriyetleri herhangi bir kayıt ve şartla bağlamadığı hallerde tüm takdire dayanan düzenlemeleri dahi, Hukukun Genel Prensipleri ve Anayasa ilkeleri çerçevesinde incelemekte ve denetlemektedir. Hukuk Devleti ilkesinin tabîî ve zarurî bir gereği olan bu kontrol yetkisi, Yüksek Mahkemeyi, fertler arasındaki uyumsuzlukları kanunlar dairesinde çözümlenmekle görevli olan adliye mahkemelerinden ayrılan en önemli noktadır. Bu bakımdan Danıştay Anayasa Mahkemesine benzerse de; Yüksek İdare Mahkemesinin, takdir kudretini murakabe yetkisi, siyasî, iktisadî, sosyal ve kültürel alanlara kadar uzanmaz.

Binaenaleyh, Anayasa Mahkemesi, ya kanun hükümlerinin takdirî gibi görünen ve hattâ sırf takdirî olan unsurlarını da denetliyecek, ya da yargı yetkisini çok dar sınırlar içinde tutmak zorunda kalacaktır. Anayasamız, kanun ve içtüzüklerin kendisine uygunluğunun denetimini hiçbir bakımdan tahdit ve takyid etmediğine göre; Yüksek Mahkeme, görev konusunun mahiyeti icabı takdir kudretini tazammun eden noktaları da *hukukî etki ve sonuçları yönünden* tartışmak ve değerlendirmek yetkisine sahiptir.

8 — Ancak Yüksek Mahkeme, Kanun Koyucunun takdiri yerine ikame edeceği kendi takdirini kullanırken, meselâ temel hak ve hürriyetler konusunda, üyelerin kişisel eğiliminden ziyade, Anayasanın ruhuna ve genel yönüne uygun olan hal suretlerini kabul edebilir ve etmelidir. Şöyleki, 1961 Anayasası, bugünkü anlamında insan haklarına dayandığına ve sosyal adalete yöneldiğine göre; bütün hak ve hürriyetler, bu ışık altında ve yeni verilere göre kıymetlendirilmeli ve düzenlenmelidir.

Oysa Anayasa Mahkemesi - sosyal güvenlik ilkesini üstün tuttuğu 11 Aralık 1964 tarihli ve 138/71 numaralı karar (R. G., 2 Nisan 1965 - 11969) - istisna edilirse, bugüne kadar mülkiyet hakkı, sözleşme hürriyeti gibi hep klâsik liberal hak ve hürriyetlere öncelik tanımış ve bunları, kamu yararı, düzeni ve güvenliği ile sosyal adaletin gereklerine rağmen, muhafazakâr bir zihniyetle korumuş ve pekleştirilmiştir. Buna mukabil, Yüksek Mahkeme, örneğin yukarıdaki kararında, en eski haklardan olduğu halde evlenme hakkı ile eş seçme serbestliğini, 1961 Anayasasının getirdiği yeni esaslar ve anlayış dairesinde mütalâa etmediği için, sözleşme hakkı veya öğretim ve eğitim hürriyeti kadar himayeye lâyık görmemiş ve zamanı geçmiş mütaassıp bir milliyetçilik inancına kurban etmiştir.

Şu halde Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasasının kurulmasını öngördüğü ve hattâ emrettiği yeni siyasî, sosyal ve iktisadî düzenin yerleşmesine hizmet etmek mevkiinde bulunduğuna göre; herşeyden önce, temel hak ve ödevleri, bu yeni zihniyetle ve ona uygun bir metodla ele alarak, bunlar arasında bir hiyerarşi gözetmek, ilişkilerini ayarlamak ve çatışmaları önlemek için denge kurmak zorundadır. Yüksek Mahkeme, bu yolda toplu bir görüşe ve genel bir yönetime sahip olmadıkça, Anayasanın ona verdiği görevi yerine getiremez ve halkın kendisine haklı olarak bağladığı büyük umudu gerçekleştiremez.

1 Eylûl 1965

Lûtfi Duran

DANIŞTAY (8. Daire), 8 Nisan 1965, **ESMER ***

ASKERLİK YÜKÜMÜ. — Yedek subaylık, Erlik, 1076 numaralı kanun m. 23/E, Yabancı kız ve kadınla evlenme, Yedek subaylıktan çıkarılma, Anayasaya aykırılık, Yok ve red.

ANAYASAYA AYKIRILIK. — Temel haklar ve ödevler, Millî savunma hak ve ödevi, Eşitlik ilkesi, Evlenme hakkı, Eş seçme serbestliği, Ailenin korunması, İtiraz yolu ile aykırılık iddiası, Anayasa Mahkemesi, Aykırılık iddiasının reddi, Esas mahkemenin uymak zorunluğu, İptal dâvasının reddi.

Anayasanın 152 nci ve 44 sayılı kanunun «51 inci maddeleri hükümleri karşısında, Anayasa Mahkemesi kararlarına uymak zorunluğu bulunduğundan»; Anayasa Mahkemesinin, 1076 numaralı kanunun değişik «23 üncü maddesinin, E bendindeki yabancı kız veya kadınla evli olanların yedek subaylıktan çıkarılarak yaşlarına göre haklarında askerlik kanununun uygulanmasının gerekeceğine ilişkin» 25.12.1964 gün ve 77 sayılı «kararı gereğince dâvanın reddine...»

Davacı : Mithat Esmer, Maltepe Onur Sok. No. 22/4 Ankara.

Davalı : Milli Savunma Bakanlığı.

Davanın Özeti : 1. Kasım 1953 den 30. Nisan 1955 tarihine kadar muhabere yedek subayı olarak askerlik hizmetini yapıp terhis olduktan sonra 29

*) Esas: 1963/2229 - Karar: 1965/1625 numaralı olan bu ilâm ilk defa yayımlanmaktadır.

Şubat 1956 tarihinde İngiliz tabiyetinde olan bir kızla evlendiğinden ve bu suretle eşinin vatandaşlık kanunumuza göre nüfus siciline Türk vatandaşı olarak kaydedildiğinden, bu durumda ve silâh altında bulunmadığı bir sırada, Milli Savunma Bakanlığınca 1076 sayılı yedek subay ve yedek askeri memurlar kanununun 5099 sayılı kanunla değişik 23 üncü maddesinin (E) bendi gereğince 8.8.1962 gün ve 1255 sayılı müşterek kararname ile yedek subaylık hakkının kaldırılması hakkındaki işlemin, askerlik hizmetini yapmadan önce ve yaptıktan sonra, memlekette Amerikan ve Nato tesislerini inşa etmekte olan müteaddit firmaların yanında ve gizli işlerinde uzun zaman mütehassıs mühendis ve müşavir olarak çalıştığı, bu işlere alınırken gerek Amerikan ve Nato, gerek Türk makamlarınca kendisi hakkında tetkikat ve tahkikat yapılarak çalıştırılmasında bir mahzur ve mani bulunmadığının tesbit edilmiş olduğu, hakkında uygulanan madde hükmünün Anayasa'ya aykırı bulunduğu ileri sürülerek iptali istenmektedir.

Savunmanın Özeti: İngiliz teb'alı kadınla evlenmesi üzerine davacının yedek subaylık hakkının 1076 sayılı kanunun 5099 sayılı kanunla değişik 23 ncü maddesinin (E) fıkrası gereğince kaldırılmasında mevzuata aykırılık olmadığı ve Anayasa'ya aykırılık iddiasının da yersiz bulunduğu ileri sürülerek davanın reddi istenmektedir.

Kanun Sözcüsü Fikret Köksal'ın Düşüncesi: 1076 sayılı yedek subay ve yedek askeri memurları kanununun 5099 sayılı kanunla değiştirilen 23 üncü maddesinin (E) fıkrası Anayasa'ya aykırı olmadığından talebin reddi gerekir.

Yardımcı M. Oğuzutku'nun Düşüncesi: Davacı iddiaları Danıştay Sekizinci Dairesince ciddi görülerek iş Anayasa Mahkemesine intikal ettirilmişse de, 15. 12.1964 gün ve 77 sayılı karar ile iptali istenen madde hükmünün Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verilmiştir. 334 sayılı Anayasa'nın 152 nci ve 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ve yargılama usulleri hakkındaki kanunun 51 inci maddeleri hükümlerine göre verilen karara uymak zorunluğu bulunduğundan davanın reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği düşünüldü :

Davacı, yedek subaylık görevini tamamladıktan sonra yabancı uyruklu bir kadın ile evlenmesi üzerine 1076 sayılı kanunun 5099 sayılı kanun ile değiştirilen 23 üncü maddesinin (E) bendi gereğince yedek subaylık hakkının kaldırılması hakkındaki 8.8.1962 gün ve 1255 sayılı kararname ile uygulanan işlemin iptalini istemiş ve belirtilen madde hükmünün Anayasa'nın 12, 35 ve 60 ncı maddelerinde yer alan ilkelere aykırılığını ileri sürmüştür.

Dairemizce bu istek ve itirazın ciddi olduğu kanısına varılarak bu hususta bir karar verilmek üzere iş, Anayasa'nın 151 ve 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ve yargılama usulleri hakkındaki kanunun 27 nci maddesine dayanılarak yüce mahkemeye iletilmiştir.

Anayasa Mahkemesi 25.12.1964 gün ve 77 sayılı kararı ile 1076 sayılı kanunun 5099 sayılı kanunla değiştirilen 23 üncü maddesinin (E) bendindeki yabancı kız veya kadınla evli olanların yedek subaylıktan çıkarılarak yaşlarına göre haklarında askerlik kanununun uygulanmasının gerekeceğine ilişkin hükmün Anayasa'ya aykırı olmadığından itirazın reddine karar vermiştir.

334 sayılı Anayasa'nın 152 nci maddesi ve 44 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşu ve yargılama usûlîleri hakkındaki kanunun 51 inci maddeleri hükümleri karşısında Anayasa Mahkemesi kararlarına uymak zorunluğu bulunduğundan, sözü edilen Anayasa Mahkemesi kararı gereğince dâvanın reddine ve dökümü aşağıda yazılı 80 kuruş yargılama giderinin davacıdan alınarak davalıya verilmesine oybirliğiyle, ve 800 kuruş ilâm harcından geri kalan 550 kuruşun da davacıdan alınmasına oyçokluğuyla 8.4.1965 gününde karar verildi.

Başkan
Hikmet Kümbetlioğlu

Üye
İhsan Arar

Üye
İbrahim Koloğlu

Üye
İhsan Öralay

Üye
Ahmet Boyacıoğlu

AZLIK OYU

1. Kasım. 1964 gününde yürürlüğe giren 492 sayılı Harçlar Kanunu, 139 uncu maddesinde sayılan kanunları ve özellikle 5887 sayılı Harçlar Kanununu, yürürlükten kaldırılmış ve geçici 2 inci maddesi ile de, 492 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden evvelki zamanlara ait harçlarla ilgili işlemleri eski hükümlere tabi kılmıştır.

Hakkın korunması dileğiyle yargı yerlerine başvurmağı ifade eden dava harç mükellefiyetini doğuran veya böyle bir yüküm tahmil etmiyen müteaddit işlemler topluluğudur. Kanun koyucu sevkettiği geçici 2 nci maddesi ile, 1 Kasım 1964 gününden evvelki zamanlara ait harçla ilgili işlemleri eski hüküm-

lere tabi tutmuş, bu tarihten sonraki harçlarla ilgili işlemlerde ise, yeni kanunun tatbik olunması esasını benimsemiştir.

Hüküm, açılan davanın gayesi bulunan son kazaf işlemi teşkil etmesi ve 1 Kasım 1964 gününden sonra tesis edilmiş bulunması vakıası karşısında, ilâm harcı bakımından yeni kanunun uygulanması tabii ve zaruri bir neticedir.

Geçici 2 inci madde bu konuda eski hükümlerin uygulanmasına imkân vermediğinden, yürürlükten kalkan kanun hükmünü tatbike müncer olan ekseriyet görüşüne karşıyım.

Üye
Ahmet Boyacıoğlu