

## İDARE HUKUKU

### İdarenin malî külfet yüklemesi

DANIŞTAY (Tevhidi İçtihat Umumî Heyeti), 3 Ekim 1964,

Esas No. 964/1138 — Karar : 964/363<sup>1</sup>

**ANAYASA, KANUN, İDARİ KARAR.** — Türk Parası Kıymetini Koruma Kanunu, Millî Korunma Suçları ile ilgili Kanun, MBK Kanunu, Bakanlar Kurulu Kararnamesi, Otomobil primi, İstikrar fonuna katılma payı, Vergi - Resim - Harç ve benzeri malî külfetler, Anayasa Mahkemesi, Danıştay, Yargıtay, Anayasa'ya aykırılık, Zimnen ilga «Caducité», «Lex imperfecta», İçtihadı Birleştirme Kararları, Alınması ve yayınlanması, Etki alanı, Danıştay organları, İdare.

1° «Kararname ile malî külfet yükletilmesinin Anayasa'ya aykırı olduğunu iddia etmek, bunun mesnedi olan kanunların Anayasaya aykırı olduğunu iddia etmek sonucunu doğurmaktadır.»

2° «Anayasa'nın geçici 4 üncü maddesinde yazılı 27 Mayıs 1960 devrim tarihinden 6 Ocak 1961 tarihine kadar çıkarılan kanunlar arasında bulunan 79 sayılı kanunun 9 uncu maddesinde yer alan (hüküm), bahsi geçen 4 üncü madde gereğince, Türkiye Cumhuriyetinin diğer kanunlarının değiştirilmesi ve kaldırılmasında uygulanan kurallara göre değiştirilir veya kaldırılabilir. Ancak bunun hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde iptâl dâvası açılmıyacağı gibi itiraz yolu ile dahi mahkemelerde Anayasa'ya aykırılık iddiası ileri sürülemez.»

3° «Anayasa'nın bu hükmü karşısında 79 sayılı kanunun 9 uncu maddesinin Anayasa'ya aykırı olup olmadığının yargı yerlerince re'sen tetkiki de mümkün değildir. Binaenaleyh 79 sayılı kanunun 9 uncu maddesinin olduğu gibi uygulanması lâzım gelmektedir.»

4° «6/1189 sayılı kararname gereğince ilgililerden alınan istikrar fonuna katılma payının geri verilmesi mümkün değildir.»

Türk Parası Kıymetini Koruma hakkındaki 1567 sayılı kanunun 6258 sayılı kanunla değişik 1 inci ve 16/9/1960 tarihli ve 79 sayılı kanunun 9 uncu maddesi hükümlerine dayanılarak Bakanlar Kurulunca çıkarılan kararnamelerle ithal olunan otomobil ve benzeri araçlardan alınan istikrar fonuna katılma payının geri verilmesi istemi ile açılan dâvalarda, 8. Dairenin Es. 963/12177 - K. 964/4689, Es. 963/531 - K. 964/5338, Es. 963/10139 - K. 964/5659 sayılı kararlariyle, kanuna dayanan bir yetkiye istinat etse dahi, kararname ile malî külfet yüklemenin Anayasa'nın 61 inci maddesinin açık hükmü karşısında mümkün olmadığı gerekçesiyle dâva konusu işlemin iptaline karar verildiği halde D. D. G. Kurulunun Es. 964/405 K. 964/347 sayılı kararı ile, 3/12/1962 tarihli ve 6/1189 sayılı kararnamenin mesnedi bulunan 1567 sayılı kanunun 6258 sayılı kanunla değişik 1 inci maddesine ve 79 sayılı kanunun 9 uncu maddesine

1) Resmî Gazete (R. G.), 9 Ekim 1964 - 11828.

uygun bulunması sebebiyle, bu kararname ile değiştirilen kararın 2 nci maddesinin C fıkrası gereğince alınmış istikrar fonuna katılma payının geri verilmesi isteği reddedilmiş olduğundan Sekizinci Daire kararları ile Dâva Daireleri Genel Kurul kararı arasındaki aykırılığın Danıştay Kanununun 7354 sayılı kanunla değişik 29 uncu maddesi gereğince içtihadın birleştirilmesi yolu ile giderilmesi Danıştay Birinci Başkanlığının 30/9/1964 tarihli derkenar yazısı ile istenilmiş olmakla beraber Tevhidi İctihat Umumi Heyetince işin gereği düşünöldü :

D. D. G. Kurulunun Es. 964/405 - K. 964/347 sayılı kararı ile [Tasarrufun mesnedi olan 3/12/1962 tarihli ve 6/1189 sayılı kararnamenin, 1567 sayılı kanunun 6258 sayılı kanunla değişik 1 inci ve 79 sayılı kanunun 9 uncu maddelerinin Bakanlar Kuruluna verdiği yetkiye dayanılarak ittihaz edildiği, kararname metninin incelenmesinden anlaşılmıştır. Bu itibarla kararname ile malî külfet yükletilmesinin Anayasa'ya aykırı olduğunı iddia etmek sonucunu doğurmaktadır. 1567 sayılı kanunun 6258 sayılı kanunla değişik 1 inci maddesi hükmünün Anayasa'ya aykırı olmadığı hususu, Anayasa Mahkemesinin 28/3/1963 tarihli ve Es. 963/4 ve K. 963/71 sayılı kararıyle kabul edilmiştir. (İthal edilmiş ve edilecek otomobil ve benzeri nakil vasıtalarından (Station Vagon dahil) gerek ithalleri, gerek satışları sırasında prim almağa ve bu prim miktar ve şartlarını tesbit etmeğe hükümet yetkilidir.) yolundaki hüküm, Anayasa'nın geçici 4 üncü maddesinde yazılı 27 Mayıs 1960 devrim tarihinden 6 Ocak 1961 tarihine kadar çıkarılan kanunlar arasında bulunan 79 sayılı kanunun 9 uncu maddesinde yer aldığından, bahsi geçen geçici 4 üncü madde gereğince Türkiye Cumhuriyetinin diğer kanunlarının değiştirilmesi ve kaldırılmasında uygulanan kurallara göre değiştirilir veya kaldırılabilir. Ancak bunun hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde iptâl dâvası açılmıyacağı gibi itiraz yolu ile dahi mahkemelerde Anayasa'ya aykırılık iddiası ileri sürülemez. Anayasa'nın bu hükmü karşısında 79 sayılı kanunun 9 uncu maddesinin Anayasa'ya aykırı olup olmadığıнын yargı yerlerinde re'sen tetkiki de mümkün değildir. Binaenaleyh 79 sayılı kanunun 9 uncu maddesinin olduğu gibi uygulanması lâzım gelmektedir. Dâva konusu kararnamede mesnedi olan 79 sayılı kanun 9 uncu maddesine aykırı bir cihet görülmediği gibi 1567 sayılı kanunun 6258 sayılı kanunla değişik 1 inci maddesine de bir aykırılık yoktur.] gerekçesi ile 2/6/1961 tarih ve 5/1280 sayılı kararname ile yürürlüğe konmuş bulunan «Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası nezdinde istikrar fonu adı altında yeni bir fon tesisi hakkındaki karar»ın 2 nci maddesinin değiştirilmesine dair 3/12/1962 tarih ve 6/1189 sayılı kararnamenin iptali istemi reddedilmiş ve bu gerekçe Kurulumuzca da yerinde görölmüş olduğu gibi Anayasa Mahkemesinin 14/7/1964 tarihli ve Es. 964/33 ve K. 964/55 sayılı kararında (Anayasa'nın geçici 4 üncü maddesinin 3 üncü fıkrası ve 22/4/1962 gün ve 44 sayılı kanunun geçici 6 nci maddesi uyarınca 27 Mayıs 1960 gününden 5 Ocak 1961 gününe kadar kabul edilen kanun niteliğindeki kararlarla kanunların, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemediğinden ve 221 sayılı kanun da bu tarihler arasında kabul edilmiş olduğundan mahkemece yapılan itirazın reddi gereklidir) denilmek suretiyle 79 sayılı kanunun Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülemediği yolundaki görüşümüz de teyit edilmiş olduğundan 6/1189 sayılı kararname gereğince ilgililerden alınan istikrar fonuna katılma payının geri verilmesi mümkün değildir.

Bu itibarla içtihadın D. D. G. Kurulunun Es. 964/405, K. 964/347 sayılı kararı dairesinde birleştirilmesinin uygun olacağına 3/10/1964 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi.

Danıştay Yüksek Hey'eti, metni yukarıya aynen çıkarılan Tevhidi İçtihad Kararı ile, son yıllarda günlük gazetelere de haber konusu olan «otomobil primi» uyuşmazlıklarının kesin çözüm yolunu göstermekle kalmamakta; Türk Âmme Hukukunda bir prensip meselesi ile ilgili eğilimini de belirtmektedir.

Şöyle ki, bu karara göre, Bakanlar Kurulu, bir Kararname ile, otomobil ve benzeri nakil vasıtalarından ithal veya satış sırasında prim almağa yetkili olduğu gibi; T. B. M. M. vergi ve benzeri malî külfetler koymak hususundaki yasama yetkisini, açık bono şeklinde, Bakanlar Kuruluna devredebilir ve böyle bir kanun hükmü Anayasaya aykırı düşmez. İnceleme konusu karar, bu sonuncu kaziyeyi açıkça söylememekle beraber; Anayasa Mahkemesinin, 1567 numaralı Türk Parası Kıymetini Koruma Kanununun 6258 sayılı kanunla değişik 1 inci maddesi hükmünün Anayasa'ya aykırı olmadığı hakkındaki bir kararına dayanmakla, bu içtihadı benimsemekte ve izlemektedir. Her ne kadar, Tevhidi İçtihad Kararı, ayrıca 79 numaralı kanunun 9 uncu maddesini de gerekçe olarak zikretmekte ise de; bu hüküm mükellefiyetin sadece mevzuunu belli etmekte olması bakımından aynı konuda yasama yetkisinin, ancak bir unsurunun kanunla gösterilerek, devredilmesini mümkün kıldığından; kabul ettiği esastan ayrılmış değildir.

Bu prensip anlayışının doğru ve yerinde olup olmadığını tartışabilmek için, içtihad uyuşmazlığına yol açan Danıştay 8 inci Dairesi kararlarından hareketle, Dâva Daireleri Genel Kurulunun Yüksek Hey'etçe benimsenen kararı incelenmek lâzımdır. Daha sonra, bu Tevhidi İçtihad Kararının alınmasında ve yayınlanmasında görülen sür'at ve yeni Danıştay Kanunu karşısındaki sonuçlarını araştırmak yerinde ve faydalı olur.

### I — Vergi ve benzeri malî külfetler hangi tasarruflarla konulabilir?

Danıştay 8. Dairesi, «kanuna dayanan bir yetkiye istinad etse dahi, kararname ile malî külfet yüklemenin Anayasa'nın 61 inci maddesinin açık hükmü karşısında mümkün olmadığı gerekçesiyle», 6/1189 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesine göre yapılan «otomobil primi» tarh veya tahsil muamelelerinin iptaline karar ver-

miştir. Sekizinci Daire içtihadının anlaşılabilmesi için, çok veciz olan bu gerekçeyi tahlil ve tafsil etmek gerekir.

Bir kerre, 8. Daire, Dâva Daireleri Genel Kurulundan farklı olarak, Kararnamenin dayandırıldığı 1567 numaralı kanunun 6258 sayılı kanunla değişik 1 inci maddesi hükmünü nazara almağa bile değer bulmamıştır. Buna mukabil, 79 numaralı kanunun 9 uncu maddesini gözönünde tutmuş ise de; bu hükmü, adetâ Kararnamenin kanunîliği veya hukukan muteberiyeti için kâfi görmemiştir. Yüksek Hey'et, acaba nasıl bir muhakeme ile böyle bir hükme varmıştır?

1 — Bu hususta zihinlerde ilk beliren düşünce, 79 sayılı kanunun 9 uncu maddesinde Hükümete tanınan yetkinin, Anayasa'nın 5 inci maddesiyle yasaklanan yasama yetkisinin devri niteliğini taşıması dolayısıyla, sahîh ve nâfiz olmadığıdır. Ancak, yine Anayasanın geçici 4 üncü ve 44 numaralı kanunun geçici 6 ncı maddeleri kapsamına giren 79 sayılı kanun hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı hiçbir suretle iddia edilemeyeceğine göre; herhangi bir mahkeme ve bu arada Danıştay 8. Dairesi, sözkonusu 9 uncu madde ile Bakanlar Kuruluna verilen yetkinin muteberiyetini münakaşa ve takdir edemezdi. Yüksek Mahkeme Hey'eti, Anayasa ile 44 numaralı kanunun geçici hükümlerinden habersiz sayılamıyacağına ve gerçekte de olmadığına (çünkü Tevhidi İctihad Kararı, 8. Daire Başkan ve üyelerinin katılmasıyla, ancak oyçokluğu ile alınabilmiştir.) nazaran; gerekçesinde başka bir hukukî esastan kuvvet almış olsa gerektir.

Bu hukukî esas, MBK tarafından 10 Eylül 1960 tarihinde çıkarılan 79 sayılı kanunun 9 uncu maddesinin, 9 Temmuz 1961 tarihli T. C. Anayasa'sının yürürlüğe girmesinden sonra 61 inci maddesi hükmü karşısında «*Caduc*», yani sarîh bir iptal veya ilga hükmüne hacet kalmadan, kendiliğinden hükümsüz olduğu ve mer'iyetten düştüğüdür. Nitekim, önce Yargıtay, başkanlarının ve Cumhuriyet Başsavcısının vazifeye getirilmelerinde evvelki kanunun kabul ettiği tâyin usulüne dair hükmünün Anayasa'nın 139 uncu maddesiyle; daha sonra da Danıştay, eski kanununun başkan ve üyeleri ile Başkanun Sözcüsünün intihap ve tâyin tarzlarına ilişkin hükümlerinin, henüz değişmemiş olduğu bir sırada, Anayasa'nın 140 inci maddesiyle *zımnen mülga*, yani kendiliğinden kalkmış olduğunu kabul ederek, yeni seçim usulünü uygulamışlardır.

Anayasa Mahkemesi Kurulup faaliyete geçmeden önce, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 15/1/1962 tarihli A. C. kararında (Esas No : 3/132 - 1, Karar No : 2, İHFM, 1962, Cilt XXVIII, s. 237 - 246, S. Dönmezer'in Notu ile) beliren bu içtihadı göre, «*zımnî olarak kaldırılmış bulunma ancak ve ancak özel kanunun düzenlediği bir konunun Anayasa'nın bir hükmüyle açıkça düzenlenmiş olması halinde kabul edilebilir.*» Yargıtayın bu kriteri meselemize uygulanırsa; Anayasa'da «otomobil primi» hakkında açık bir hüküm bulunmadığından; 79 numaralı özel kanunun 9 uncu maddesinin ancak Anayasa'ya aykırılığı ve binnetice itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesince çözümlenip karara bağlanabilecek bir «*mes'elei müte'hire*» sözkonusu olabilir. Şu da var ki, Ceza Genel Kurulunun kendisi de, «*özel kanunun düzenlediği bir konunun Anayasa'nın açık hükmüyle başka türlü düzenlenmiş olmasına rağmen, kanunun hükmüyle Anayasa'nın bir hükmünün çatışması hallerinde ise, ortada, Anayasa'ya aykırılık durumu vardır....*» dediği zaman, «*zımnî ilga*» nın karşılığını açık ve seçik olarak ortaya koyamamakla, bu tefrikin, imkânsız değilse bile, herhalde çok güç bulunduğunu zımnen kabul etmektedir. Esasen, kanunların Anayasa'ya uygunluğunu dâva ve itiraz yolları ile sağlıyan bir yargı denetimi sisteminde, teşriî hükümlerin «*zımnen mülga*» sayılması mantıkan ve hukukan kabil değildir. Çünkü, «*zımnî ilga*» nın sebebi «*Anayasa'ya aykırılık*» olunca, bunun usulü dairesinde yetkili merci tarafından tesbit edilmesi lâzımdır ve bu ameliye bir tefsir işi sayılamaz. Gerçekten yeni bir kanunun önceki bir hükmü «*zımnen ilga*» edip etmediği mahkemelerce tartışılabilir ve bir neticeye bağlanabilir, fakat bir tanzimî tasarruf hükmünün sonraki teşriî bir kaide ile «*zımnen mülga*» olup olmadığı *idarî bir «mes'elei müste'hire*» teşkil ettiğinden, ceza hâkimleri dışında, ancak yetkili İdare Mahkemesi tarafından halledilebilir.

Bu itibarla, Danıştay 8. Dairesinin 79 numaralı kanununun 9 uncu maddesi hükmünü Anayasa'nın 61 inci maddesine aykırı sayan içtihadını, «*caducité*», yürürlükten düşme nazariyesiyle izah etmek mümkün değildir.

2 — O halde, Yüksek Daire, gerekçesindeki «*kanuna dayanan bir yetkiye istinad etse dahi*» ibaresiyle, 79 sayılı kanunun 9 uncu maddesinin, Anayasa'nın 61 inci maddesine göre vergi ve benzeri malî yükümlerin konulabilmesi için yeterli bir hüküm olmadığını anlatmıştır. Diğer bir ifade ile, sözkonusu 9 uncu madde, «otomobil primi» adlı malî külfetin sadece mevzuunu göstermiş ve fakat

matrahını, nisbet veya miktarını, tarh, itiraz, tahakkuk ve tahsil usullerini tesbit etmemiş olduğundan, «*lex imperfecta*» yani *nâkıs, tatbik kabiliyeti bulunmayan bir hükümden* ibarettir. Böyle bir müşahede, Anayasa'ya aykırılık iddiası niteliğinde olmadığı için, herhangi bir mahkeme tarafından yapılabilir ve buna terettüp eden neticeler istihraç edilebilir. Belki bu hal, bir bakıma Anayasa'ya aykırılık sayılabilir, lâkin klâsik aykırılıktan ziyade bir kanunun mevcudiyet veya ademi mevcudiyeti meselesine benzediği için, herhangi bir mahkeme tarafından re'sen nazara alınıp, karara bağlanabilecek mahiyettedir. Nitekim, bir kanun yasak veya emirler koyup, bunların karşılığında müeyyideler öngörmediği takdirde, ona aykırı hareketler hukukan suç olmaz ve cezalandırılmaz.

İşte 79 sayılı kanunun 9 uncu maddesi de, «otomobil primi» adlı bir malî külfet vazetmiş ise de; bunun Anayasa'ya göre tamam olması için gerekli diğer unsurları belirtmemiş bulunduğu cihetle, Hükümet ve İdarece fertlere uygulanabilecek bir hüküm taşımaktadır. Nitekim, Danıştay'ın İçtihadı Birleştirme kararını savunan bir yazar dahi, «Ancak 79 sayılı kanunun 9 uncu maddesinde ... prim almağa ve bu primin miktar ve şartlarını hükümet tesbit etmeğe yetkilidir» deneceği yerde «*bir sınır çizilmek suretiyle hükümetin takdir yetkisi daraltılmış olsa idi, şüphesiz daha isabetli olurdu.*» demek suretiyle, bilerek veya bilmeyerek, bu gerçeği ifade ve kabul etmek zorunda kalmıştır (Adnan Güriz, Danıştay'ın bir kararı dolayısıyla, Forum, 1 Kasım 1964, Sayı: 254, sayfa 12, sütun 2 - 3; cümlelerin italik olan kısmı tarafımızdan çizilmiştir.) Binaenaleyh, mezkûr maddeye dayanılarak Bakanlar Kurulunca çıkarılan 6/1189 sayılı Kararnameye göre tarh edilen otomobil primi» ne ait idarî tasarruf, Anayasa'nın tarif ettiği bir kanundan kuvvet almadığından, Hukuka aykırıdır ve iptal edilmek lâzımdır.

Danıştay 8. Dairesi, böyle bir muhakeme sonucunda sözkonusu içtihadı varmış bulunuyorsa, kanaatimizce doğru ve yerinde hüküm vermiştir. Gerçekten bu tarzı muhakeme ile D. D. G. Kurulunun dediği gibi, «*Kararname ile malî külfet yükletilmesinin Anayasa'ya aykırı olduğunu iddia etmek, bunun mesnedi olan kanunların Anayasa'ya aykırı olduğunu iddia etmek sonucunu doğurma*»z; sadece «otomobil primi» tarh ve tahsili hususunda ortada tam bir kanun bulunmadığı tesbit edilmiş olur. Esasen, D. D. G. Kurulunun kararında dayanılan Anayasa Mahkemesinin 28/3/1963 tarihli ve 4/71

numaralı kararında, 1567 sayılı kanunun değişik 1 inci maddesine istinaden Bakanlar Kurulunca suç târif ve ihdas edilmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığı içtihad edilmiş; yoksa ne mezkûr kararında, ne de bugüne kadar yayınlanan diğer herhangi bir kararında adıgeçen Mahkeme, Kararname ile vergi vaz' ve tahsil olunabileceğini kabul etmiş değildir.

Kaldı ki, 6/1189 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesinin dayandığı 1567 numaralı Türk Parası Kıymetini Koruma Kanunu'nun 6258 sayılı kanunla değişik 1 inci maddesi, vergi veya benzerî malî külfet yükletilmesi hususunda Hükûmete yetki verildiğini gösteren açık bir hüküm ve hattâ en ufak bir kayıt ve işaret taşımadığı gibi; 79 numaralı kanunun 9 uncu maddesi de, «otomobil primi» mükellefiyetinin sadece mevzu unsurunu belli etmiş olduğu için, uygulama olanağı bulunmayan bir hükümdür. Bu bakımdan 8. Daire kararlarında, «*kararname ile malî külfet yüklemenin Anayasa'nın 61 inci maddesinin açık hükmü karşısında mümkün olmadığı*» nin ifadesi, hakikatı halde, 79 numaralı kanunun değil, sadece 6/1189 sayılı Kararnamenin Anayasa'ya aykırı bulunduğunu beyan ve tesbit etmekten ibarettir. Yüksek İdare Mahkemesi, bir idarî işlem olan kararnamenin, Anayasa'ya uygun olup olmadığı meselesini ise, gerek Anayasa, gerek Devlet Şûrası Kanunu gereğince, incelemeğe ve denetlemeğe yetkilidir.

Bu noktanın biraz daha aydınlanması için, 1567 numaralı kanunun değişik 1 inci maddesi ile 79 sayılı kanunun 9 uncu maddesi üzerinde durmak lâzımdır. Türk Parası Kıymetini Koruma hakkındaki Kanunun sözü edilen 1 inci maddesi aynen şöyledir : «— Kambiyo, nücut, esham ve tahvilât alım ve satımının ve bunlarla kıymetli madenler ve kıymetli taşlarla bunlardan mamul veya bunları muhtevi her nevi eşya ve kıymetlerin ve ticarî senetlerle tediyeyi temine yarayan her türlü vasıta ve vesikaların memlekette ihracı veya memlekete ithalinin tanzim ve tahdidine ve *Türk Parası Kıymetinin Korunması zımında kararlar ittihazına İcra Vekilleri Hey'eti selâhiyetlidir.*» Bu hüküm, iktisadî alanda sadece zabıta tedbir ve kararları almak hususunda Hükûmete yetki vermektedir. Âmme Hukuku esaslarına göre, İcra ve İdare, zabıta yetkilerini asla malî gaye ve mülâhazalarla veya malî neticeler hâsıl edecek yönde kullanamaz. Binnetice Bakanlar Kurulu, 1567 sayılı kanuna dayanarak ittihaz edeceği kararlarla, hiç kimseye herhangi bir vergi veya benzeri malî külfet yükleyemez. Aksine bir mülâhaza, Türkiye'de Hükûmetin, mezkûr hükme istinaden ve başkaca bir kanuna

hacet kalmadan, bütün vergi, resim, harç ve benzeri malî külfetleri vaz'a ve tarha selâhiyetli bulunduğu keyfiyetine müncer olur. Şöyle ki, vergiler ve bütçe, para politikası ile bir bütün teşkil ettiğinden; yürütme organı, Türk Parası Kıymetini Koruma zımında bunlar hakkında da karar ittihazına yetkili sayılmak lâzım gelir. Oysa hiç kimse, 1567 numaralı kanunun bu şekilde yorumlanıp uygulanabileceğini tasavvur ve kabul edemez. Çünkü bu takdirde, vergilerin kanunîliği prensibi ortadan kalkar.

Bu suretle, 79 sayılı kanunun 9 uncu maddesine intikal etmiş oluyoruz. «İthal edilmiş ve edilecek otomobil ve benzeri nakil vasıtalarından (Station Vagon dahil) gerek ithalleri, gerek satışları sırasında prim almağa ve bu primin miktarı ve şartlarını tesbit etmeğe hükümet yetkilidir.» diyen bu madde, acaba vergide kanunîlik prensibinin mevcudiyetini şart kıldığı unsurları ihtiva eden bir hüküm müdür? Gerçi, 1961 Anayasamız, 61 inci maddesinde, kısaca, «Vergi, resim ve harçlar ve benzeri malî yükümler *ancak kanunla konulur.*» demekle yetinmiş ve bunun unsurlarını saymamıştır. Lâkin, Anayasa metninin türkçeleştirilmesi gayretinin kurbanlarından biri olan bu hükmün kaynağına gidildiğinde, «*vergilerin ancak kanunla konulması*» esasının, yukarıda zikredilen bütün unsurların kanunla tayin ve tesbit edilmesini âmir bulunduğu ortaya çıkar.

Filhakika, 1924 Teşkilâtı Esasiye Kanunu'nun, mezkûr 61 inci maddeye tekabül eden, 85 inci maddesi hükmünce; «Vergiler ancak bir kanun ile *tarh ve cibayet* olunur.». Şu halde, «*kanunla konulur*» tâbiri, «*kanun ile tarh ve cibayet olunur*», yani vergilerin mevzuundan başka, matrahı, miktarı veya nisbeti ve tahsil şekil ve şartları da kanunla gösterilir, demektir. Daha geriye gidildiğinde, 1293 Kanunu Esasinin, 96 ncı maddesinde «Tekâlifî Devletin hiçbiri bir kanun ile tâyin olunmadıkça *vaz' ve tevzi ve istihsal olunamaz.*» ve 97 nci maddesinde de, «Devletin bütçesi varidat ve masarifatı takribiyesini mübeyyin kanundur. *Tekâlifî Devletin vaz' ve tevzi ve tahsil emrinde müstenit olacağı kanun budur.*» diye yazılı olduğu görülür.

Diğer taraftan, vergi ve benzeri malî külfetler, Devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin herhangi bir karşılık sağlamadan fertlerden, gerektiğinde zor kullanarak aldığı bir para olduğuna göre; ilgililerin mamelekinde bir eksilmeye yol açan bu istisnaî muamelelerin bütün unsur ve şartlarının kanunda belirtilmesi zarurîdir. Çünkü, Anayasa'nın 38 ve 39 uncu maddelerine göre, hiç kimsenin malı gerçek karşılığı peşin ödenmeden alınamaz ve 36 ncı maddesi hük-



münce de, mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla ve yine kanunla sınırlanabilir, fakat yok edilemez veya eksiltilemez. Nitekim Fransa'nın 1958 tarihli V. Cumhuriyet Anayasası, Cumhurbaşkanı ve Hükûmete her alanda çok geniş tanzim yetkisi tanımış olduğu halde, 34 üncü maddesinde, bilcümle tekâlifin matrah, nisbet ve tahsil usulünün kanunla tayin ve tesbitini emir ve kabul etmiş bulunmaktadır.

Bununla beraber, vergi kanunlarının mükellefiyetin esas unsur ve şartları dışındaki teferruatını tanzim etmesi zarurî değildir. Gerçekten, «Teşkilâtı Esasiye Kanunumuza (T. C. Anayasasına) göre; vergiler, ancak bir kanunla tarh ve cibayet olunabilir. Bu hükmün tazammun ettiği mâna şudur ki, halka malî külfet yüklemeye yalnız T. B. M. M. salâhiyetlidir ve bu maksatla ısdar edilecek *teşriî tasarruflar en azından mükellefiyetin mevzuunu, matrahını, nisbet veya miktarını ve tahsil usulünü tayin ve tesbit etmelidir*. Teşkilâtı Esasiye Kanunu'nun (T. C. Anayasasının), diğer bir hükmüne nazaran; vergi Devletin umumî mesarifine halkın iştiraki demektir ve daha önce anılan hüküm, *verginin tarh ve cibayet esaslarının kanunda gösterilmesini âmirdir*. Bu itibarla, Devletin herhangi bir ihtiyacına sarfedilmek üzere istenen para, vergi, resim, harç, ücret, prim vesair her ne nam altında alınırsa alınsın, mahiyeti itibariyle bir vergi olduğundan, behemehal *bir kanunla derpiş ve tanzim* edilmek lâzımdır. Şu da var ki, kanun vazının öngördüğü *malî mükellefiyetin sadece ismini ve mevzuunu işaret edip, tarh, tahakkuk ve tahsil kaide ve usullerini icra uzvuna bırakması Teşkilâtı Esasiye Kanunu (T. C. Anayasası) emrinin yerine getirilmesi bakımından kâfi değildir.*» (L. Duran, İdare Hukuku Meseleleri, yeni yayın, İstanbul, 1964, s. 439).

Bu itibarla, 79 numaralı kanunun 9 uncu maddesi, mükellefin temerrüdü halinde Âmme Alacaklarının Tahsil Usulü hakkındaki Kanunun uygulanacağını öngörmüş olmasına rağmen, «otomobil primi» adını verdiği malî külfet bakımından vergilerde kanunîlik prensibinin gereklerini karşılayan bütün unsur ve şartları muhtevî bir hüküm olmadığı için, itiraz yolu ile Anayasa'ya aykırılığının Anayasa Mahkemesince tesbitine hacet kalmadan, mahkemelerce ihmal edilebilir ve hattâ edilmelidir.

Binnetice, Danıştay Tevhidi İçtihat Umumî Hey'etince benimsenen D. D. G. Kurulu Kararında söz konusu olan T. C. Anayasa'sının geçici 4 üncü maddesindeki Anayasa Mahkemesinde dâva ve itiraz yolları ile yargı denetimi yasağına dair hüküm, 79 numaralı

kanununun 9 uncu maddesi hakkında açıklanan sebeple kabili tatbik bulunmadığından; Bakanlar Kurulunun 6/1189 sayılı Kararnamesi, mezkûr 9 uncu maddeye dayansa bile, Anayasaya doğrudan doğruya aykırılığı bakımından yargı yerlerince re'sen tetkik ve takdir edilebilir. Aynı gerekçe ile, D. D. G. Kurulunun, «*dâva konusu kararnamede, mesnedi olan 79 sayılı kanununun 9 uncu maddesine aykırı bir cihet görülmediği gibi, 1567 sayılı kanununun 6285 sayılı kanunla değişik 1 inci maddesine de bir aykırılık yoktur.*» demiş olması, mezkûr kanunların maddeleri içinde verginin kanunî unsur ve şartlarından bir çoğunun bulunmaması dolayısıyla, fazla bir mâna ifade ve ciddî bir kazaî murakabe teşkil etmez.

Binaenaleyh, Danıştay 8. Dairesinin, bir «*lex imperfecta*» olan 79 numaralı kanununun 9 uncu maddesini atlıyarak, 6/1189 sayılı Kararnamenin, Anayasa'nın 61 inci maddesi karşısında, İdareye «*otomobil primi*» adı altında fertlere malî külfet yükleme yetkisini vermiş olamayacağını içtihad ve kabul etmesi hukukan isabetlidir.

3 — Yüksek 8. Daire kararları, 1964 Bütçe Kanunu'nun yürürlüğe girmesine kadar, «*otomobil primi*» nin tarh ve tahsili hususunda T. B. M. M. tarafından Bakanlar Kuruluna her yıl izin verilmemiş olması dolayısıyla de, doğru ve yerinde idi.

Filhakika, bu malî külfetin kanunî mesnedi 79 numaralı kanununun 9 uncu maddesinden ibaret kalmakta ve Anayasa'nın 127 nci maddesinin 1 inci fıkrası delâletiyle 126 ncı maddesinin 1 inci fıkrası gereğince, her yılın bütçe kanununda bunun mükelleflerden alınmasına müsaade eden bir hüküm bulunmamakta idi. Vergi Hukukunun önemli ve genel bir prensibine göre, yürütme organı, kanunlarla konulmuş vergi ve benzerî malî külfetleri, yasama meclislerinin her yıl bütçe kanunu ile vereceği açık bir izne dayanmadıkça tarh ve tahsil edemez.

«*Otomobil primi*», ancak 1964 yılı Bütçe Kanunu'na ek vergi, resim, harç vesair tekâlîfe ait cetvelde yer almağa başladığına göre; İcra ve İdare, 1 Mart 1964 tarihinden önce bu malî külfeti fertlere yüklemeğe hukukan yetkili değildi. Ancak Danıştay 8. Dairesinin içtihadını böyle bir aykırılık sebebine dayandırdığını gösteren bir kayıt ve işaret yoktur. Buna rağmen, Tevhidi İctihad Umumî Hey'eti, bu yasama izni yokluğunu re'sen nazara alarak, hiç değilse 1964 den önce alınmış «*istikrar fonuna katılma payının geri verilmesi mümkün*» ve hattâ lâzım olduğunu kabul etmeliydi.

## II — İçtihadı Birleştirme Kararının alınışı ve sonuçları :

1 — «Otomobil primi», türlü adlar altında, ta 1958 de Türk Parası kıymetinin ayarlanmasından beri mevcut olmakla beraber; bunun, 79 numaralı kanuna istinaden alınmağa başlanması, Bakanlar Kurulunun 2/6/1961 tarihli ve 5/1280 sayılı kararnamesi (R. G. 6/6/1961 — 10821) ile dir. Bundan sonra, adı geçen malî külfet, dört defa değişikliğe uğramış ve şu kararnamelere konu olmuştur : 3/12/1962 — 6/1189 (R. G., 20/12/1962 — 11287), 18/3/1963 — 6/1529 (R. G., 2/4/1963 — 11371), 22/6/1963 — 6/1910 (R. G., 22/7/1963 — 11460), 31/8/1964 — 6/3583 (R. G., 16/9/1964 — 11808).

Devlet Şûrası Kanununu değiştiren 12 Haziran 1959 tarihli ve 7354 numaralı kanuna göre, Danıştay'da genel görevli ve yetkili hey'et olarak 1960 yılında teşkil edilen Sekizinci Daire, bu özelliği dolayısıyla, «otomobil primi» konusunda çıkan uyuşmazlıkları, bugüne kadar görüp, çözümlenmektedir. Adı geçen Dairenin içtihad ihtilâfına yol açan kararları, yukarıdaki Karar metninde işaret edilenlerden ibaret olmayıp, bunlardan önce verilmiş bulunanları da vardır. Ezcümle, 5/1280 sayılı Kararnamenin tatbikatı vesilesiyle ittihaz edilen 1/11/1962 tarihli ve Esas : 1962/757 — Karar : 1962/4160 numaralı hüküm aynı içtihadı belirtmektedir. (Akural ve Ziyân, Danıştay Sekizinci Daire Kararları, 1960 - 1963, Ankara, 1963, No. 334, sayfa 234).

Şu hale nazaran, Yüksek Sekizinci Dairenin «otomobil primi» hakkındaki içtihadı iki yıldan beri uygulanmakta devam ederken, bu konuya ilişkin bir dâvanın nasılsa D. D. G. Kuruluna sevk edildiği anlaşılmaktadır. Gerçekten, Tevhidi İçtihadı esas teşkil eden D. D. G. Kurulu kararının, tarihi yukarıdaki metinde zikredilmemiş ise de, Karar numarasından (967/347) İçtihadı Birleştirme Kararının (964/363) alındığı 3/10/1964 gününe çok yakın olduğu tahmin edilebilir. Demek oluyor ki, D. D. G. Kurulunun bu kararı sâdır olur olmaz, 30/9/1964 tarihli derkenarla, içtihad uyuşmazlığının giderilmesi Danıştay Birinci Daire Başkanlığınca istenilmiş bulunmaktadır. Bu tarihten üç gün sonra da, yani 3/10/1964 te Tevhidi İçtihad Umumî Hey'eti hemen toplanıp, D. D. G. Kurulunun kararını bir oturumda benimseyerek meseleyi halledivermiştir. Böylece elde edilen İçtihadı Birleştirme Kararı, Resmî Gazetenin 9 Ekim 1964 tarihli ve 11828 sayılı nüshasında, yani altı gün içinde yayınlanarak, yürürlüğe sokulmak istenmiştir.

Burada önemli olan cihet, inceleme konusu İçtihadı Birleştirme Kararının gerek alınışında, gerek yayınlanmasında mutad olmıyan bir isticalin vuku bulduğudur. Filhakika, dâva daireleri ve Genel Kurulu kararları arasında beliren içtihad ihtilâflarının ilk aksine kararın çıkmasını müteakip derhal Yüksek Hey'ete intikal ettirilmemiş, çok zaman zıd kararların teaddüt etmesinin beklendiği, hele Danıştayda Tevhidî İçtihad taleplerinin Umumî Hey'ette senerce kaldığı ve alınan kararların da Resmî Gazetede bir hayli geç neşredildiği birer gerçektir.

«Otomobil primi» ne ait İçtihadı Birleştirme Kararının çıkarılmasında böylece olağanüstü bir süratle hareket edilmesi, ancak «*Hazine nef'i*» endişesiyle izah olunabilirse; bu konuda dâva açan ilgililerin de, cereyan eden muameleyi günlük gazetelerde izleyerek, Danıştay 8. Dairesinden lehlerinde karar istihali için acele etmeleri meşrû ve mazur görülmelidir. Ancak, bunlardan 79 numaralı kanunu çıkaranların, yukarıda zikredilen kararnameleri bakan sıfatıyla imzalayanların ve bunları yürütmekle görevli yüksek memurların, o sırada şahsen ithal ettikleri veya ithal etmek üzere oldukları otomobiller için tahsil veya tarh edilen primlerin, kanunsuz ve haksızlığından bahsile, iadesi veya terkini hususunda vâki talep ve dâvaları, insanlarımızda ve toplumumuzda mevcut Hukuk buhranının çok kötü ve acı bir tezahürü olmak itibariyle takbih ve reddedilmek lâzımdır.

2 — Danıştay Tevhidî İçtihad Umumî Hey'eti, 3/10/1964 tarihli ve Esas : 964/1138 — Karar : 964/363 kararının sonunda, D. D. G. Kurulu içtihadına ilâveten «*6/1189 sayılı kararname gereğince ilgililerden alınan istikrar fonuna katılma payının geri verilmesi mümkün değildir.*» hükmünü sevketmektedir. Bu esasa göre, İcra ve İdare, «otomobil primi» konusunda yetkisiz olduğunu ve yanlışlıkla fertlere malî külfet yüklediğini idrak ve kabul etse bile, daha önce kanunsuz ve haksız surette tarh ve tahsil ettiği primleri mükelleflere iade edemiyecektir.

Çünkü, 1 Ocak 1965 gününden itibaren yürürlüğe giren 24 Aralık 1964 tarihli ve 521 numaralı yeni Danıştay Kanununun (R. G., 31/12/1964 — 11896) 46 ncı maddesinin son fıkrası hükmünce; İçtihadı Birleştirme Kararlarına, daha önce olduğu gibi, yalnız dâva daireleri ve bunların Genel Kurulu ile bilvâsita diğer idarî yargı mercileri değil, Danıştayın idarî - istişarî hey'etleri de dahil bütün «organları» (!) ve hattâ «İdare» de uymak zorundadır. Bu yeni

hüküm karşısında, İdare gerekli görse ve istese de, «otomobil primi» ödemiş olanlara iadeye mezun değildir.

Mamafih, Danıştayın hâdisevî ve müşahhas kazaî kararlarının ilgili idareler tarafından dahi çok defa uygulanmadığı bir ortamda, Tevhidî İctihad gibi objektif ve mücerret kararlara bütün yürütme ve idare makamlarınca uyulacağını sanmak ve ummak fazla iyimserlik olduktan başka; yukarıdaki misâlde olduğu veçhile, bazan mahzurlu ve genellikle faal İdarede yaratıcılığı ve gelişmeyi önlemesi bakımından tehlikelidir.

Bütün bu sebep ve mülâhazalarla, Danıştay Yüksek Hey'etinin metni yukarıya çıkarılan İctihadı Birleştirme Kararının Anayasa ve mevzuatımız ile İdare Hukuku ve Siyaseti açılarından doğru ve yerinde olmadığı düşüncesindeyiz.

*Prof. Dr. Lûtfî DURAN*

## Uyuşmazlık mahkemesinde başkanvekilliği meselesi

UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ, 29 Şubat 1964, «İLKE KARARI»<sup>1</sup>

**ANAYASA MAHKEMESİ** — U. Mahkemesi Başkanlığı görevi, Ay. Mahkemesi üyesi, Başkanın özürlü bulunması, Başkanvekilliği, U. Mahkemesinin talebi, Ay. Mahkemesinin cevabı, Anayasanın Geçici 8 inci maddesi, Anayasaya tekaddüm eden aykırı kanun hükmü, Ademi ilga esası, 4788'in 4 üncü maddesi, Yürürlük ve uygulamaya devam, En yüksek dereceli (Danıştay veya Yargıtay) üyenin Başkanlık etmesi.

**UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ** — Ay. Mahkemesinin kararını tartışması, Başkanın Sözcüsünün bağlayıcı nitelikte bulunması, Sebebi, Mahkemenin kendisini bağlı sayması, 4788'in 4 üncü maddesini tatbik kararı alması, Anayasa'ya aykırılık meselesi, 44 Sayılı Kanunun 27 nci maddesi, «İtiraz yolu» ile Ay. Mahkemesine müracaat, Hukuken mümkündür, Fakat mahal yoktur, En yüksek dereceli üyenin Başkanlık etmesi, «İlke kararı».

Anayasanın 142 nci maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanlığı için görevlendirilen Anayasa Mahkemesi üyelerinden Osman Yeten'in rahatsızlığı sebebiyle Uyuşmazlık Mahkemesinin belli süre içinde top-

1) UM.: 29 Şubat 1964, K. 3; RG.: 27 Nisan 1964 - 11690; Not: Ayrıca bakınız: Ay. M.: 5 Mayıs 1964; E: 89, K: 36; RG.: 22 Ağustos 1964 - 11787; Bu içtihad kroniğinde, Anayasanın G. 9 uncu maddesindeki süre içinde, bir «iptal dâvası» açılmadığı noktasından harekete geçilmiştir.

lanmaması üzerine bu mahkemenin en kıdemli üyesi tarafından Anayasa Mahkemesi Başkanlığına 18/2/1964 gün ve 520 sayılı yazı ile başvurulmuş ve Uyuşmazlık Mahkemesine Anayasa Mahkemesi üyelerinden birinin Başkanlık etmesi Anayasa'nın 142 nci maddesi hükmü iktizasından bulunduğu Anayasa Mahkemesi üyesi olmıyan bir kimsenin Uyuşmazlık Mahkemesinde Başkanlığa vekâlet edemiyeceği belirtilmiş, Osman Yeten'in hastalığı devam ettiği süre için Uyuşmazlık Mahkemesine Başkanlık edecek Anayasa Mahkemesi üyelerinden diğer bir zatın Anayasa Mahkemesince görevlendirilmesi istenmiştir.

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından alınan 24/2/1964 günlü ve 193 sayılı yazıda Anayasa Mahkemesi Kuruluşu ve Yargılama Usulleri hakkındaki 44 sayılı Kanunun 20 nci maddesiyle 4788 sayılı kanunun Uyuşmazlık Mahkemesine Başkanlık edecek kişilere ilişkin hükmü ortadan kaldırılmış fakat Başkanın bulunmaması halinde en yüksek dereceli üyenin toplantıya Başkanlık edeceğine ilişkin hüküm Anayasanın Geçici maddesi uyarınca yürürlükte bulunmuş olduğu belirtilmiş, bu bakımdan Uyuşmazlık Mahkemeleri toplantılarına geçici olarak Başkanlık etmek üzere Anayasa Mahkemesi üyeleri arasından birinin seçilmesine kanunî imkân görülmediğine Anayasa Mahkemesince 21/2/1964 gününde oy çokluğu ile karar verildiği bildirilmiştir.

Uyuşmazlık Mahkemesi üyeleri 29/2/1964 Cumartesi günü saat 10.00 da Anayasa Mahkemesi binasında toplandılar.

Mütalâası sorulan Başkanın Sözcüsünün, (gerçekten Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 142 nci maddesi, «Uyuşmazlık Mahkemesinin Başkanlığını Anayasa Mahkemesince kendi asil ve yedek üyeleri arasından görevlendirilen bir üyenin yapacağını» açıklamaktadır. Anayasa Mahkemesi de üyelerinden birini de bu görevle görevlendirmiştir. Bu görevlendirme Uyuşmazlık Mahkemesine bir Başkan seçmek demek olup mahkemenin her oturumuna başka üyeleri Başkanlık yapmak üzere yollamak mânasına gelemez. Başkan olarak seçilmiş olan üyelerin hastalık gibi makbul ve meşru bir mazereti halinde ise Başkana vekillik edecek kimse hakkında Anayasa bir hüküm sevketmiş değildir. Anayasanın 142 nci maddesi; adlî, idarî ve askerî yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözümlenmek üzere bir Uyuşmazlık Mahkemesi kurulması ve bunun Başkanı hakkında hüküm koymuş ve bu mahkemenin kuruluş ve işleyişini düzenleyecek hükümlerin de kanunda vaz'edileceğini belirtmiştir. Bir mahkemenin düzeninde işliyebilmesi için de Başkan ve üyelerinin mazeret ve gaybubetleri halinde vekil ve yedeklerinin özel kanunda gösterilmesi lâzım ve zaruridir. Nitekim 4788 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesi Kanunu da bu konuda hükümler sevketmiş bulunmaktadır. Böylece Anayasanın düzenlemediği bir kanun yine Anayasanın verdiği yetkiye dayanarak Mahkemenin Başkanının mazeret ve gaybubeti halinde Başkana vekilliğin mahkemenin en kıdemli üyesi tarafından yerine getirilmesi yolundaki kanun hükmünde Anayasaya bir aykırılık düşünülemez. Diğer taraftan Yeni Anayamızın yürürlüğe girmesi üzerine yeni bir Uyuşmazlık Mahkemesi Kanununun çıkarılması gerekli bulursa da bu konuda yeni kanun çıkıncaya kadar Anayasanın geçici 8 inci maddesi uyarınca mevcut hükümlerin uygulanmasına devam olunması gerekmektedir. Bu itibarla biz yüksek mahkemenin en kıdemli üyesinin Başkanlığı altında toplanıp vazife görmesine hukukî bir mani olmadığı mütalâasındayız. Kaldı ki böylece ortaya çıkmış bulunan olay Anayasanın 142 nci maddesiyle geçici 8 inci maddesinin uygulanması ve mânasının tâyini ko-

nusuna ilişkin bir hususa taallük etmekte bulunmasına göre Anayasa Mahkemesinin bu mevzuda aldığı kararın bağlayıcı hukukî bir nitelik taşımakta olduğuna da inanıyoruz. Bu vaziyette ise Yüksek Mahkemenin en kıdemli üyesinin Başkanlığındaki bu toplantısında birikmiş olan işlerin karara bağlanmasına kanunî bir engel bulunmadığı kanısındayım.) yolundaki düşüncesi dinlendi.

Fiilî ve hukukî durum tartışma konusu yapıldı sonuç olarak:

1) Anayasa Mahkemesinin Uyuşmazlık Mahkemesine Başkan seçmeyecek bu Mahkemenin 4788 sayılı Kanununun 4 üncü maddesi uyarınca üyelere en yüksek derecelisinin toplantıya Başkanlık etmesini öngörmüş olması karşısında Uyuşmazlık Mahkemesinin üyeleriyle toplanmasının uygun olacağına üyelere Feridun Müderrisoğlu, Said Çolakoğlu ve Sait Köksal'ın aykırı oylarına karşı oyçokluğu ile,

2) Uyuşmazlık Mahkemesinin; yukarıda bahsi geçen 44 sayılı Kanununun 27 nci maddesinin birinci bendine dayanarak 4788 sayılı Kanununun 4 üncü maddesinin Başkana vekâlet ile ilişkin hükmü hakkında, bu hükmü Anayasa'ya aykırı gördüğü takdirde, itiraz yoluyla işi Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderebileceğine üyelere Feridun Müderrisoğlu, Said Çolakoğlu ve Sait Köksal'ın aykırı oylarına karşı oyçokluğu ile,

3) İkinci bentte bahsi geçen kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı görülmesi dolayısıyla iptali için Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmemesine, üyelere İmran Öktem, Abdülkadir Özoğuz ve Ziyaettin Dokumacı'nın aykırı oylarına karşı oyçokluğu ile,

4) Bu durum karşısında üyelere en yüksek derecelisi olan İmran Öktem'in Başkanlığı altında toplantı yapılarak gündemdeki işlerin karara bağlanmasına, bu kararın Resmî Gazetede yayınlanmasına 29/2/1964 gününde oybirliğiyle karar verildi.

U. Mahkemesinin, ilgilileri tarafından müracaat olmaksızın, kendiliğinden toplanarak, rahatsız olan Başkan Osman Yeten'e vekâlet meselesi hakkında, 29 Şubat 1964 günü aldığı, esas numarasız, K: 3 sayılı «ilke kararı»<sup>2</sup>, Anayasa, İdare ve Yargılama Usulü Hukuku bakımından, üzerinde durma ve tartışmayı dâvet eden ve fırsat veren bir karardır.

### 1 — Anayasa ve Anayasaya tekaddüm eden kanunlar :

1961 tarihli T.C. Anayasasının, yürürlüğe girmesinden önce yapılmış kanunlar, özellikle yeni getirdiği hükümler karşısında, bunlara aykırı düşen kanunlar ile olan münasebeti, üzerinde tartışmayı gerektirecek, başta gelen Anayasa Hukuku meselelerinden biri ola-

2) Etüd konusu karara «ilke kararı» adı, U. Mahkemesi tarafından verilmiştir «... 3 sayılı ilke kararı uyarınca en yüksek dereceli üyenin başkanlığında toplanan U. Mahkemesince ...» (U.M.: 29 Şubat 1964, E: 38, K: 2; RG.: 21 Nisan 1964 - 11688).

rak ortaya çıkar. 1961 Anayasasının, bu konuda açık ve kesin bir hüküm sevk etmemiş ve bilâkis bu meseleye ait hükümlerin muğlâk, müphem ve hattâ eksik bir şekilde yazılmış olması, esas problemle birlikte, daha bir çok soruya da meydan verir.

a) Teorik olarak, Anayasa, kendisine tekaddüm eden ve aykırı olan kanunların<sup>3</sup> külliye veya ismen zikrettiği bazılarının bundan böyle mülga olduğunu, ya sarih hüküm sevk etmek suretiyle söyler; veya bu esasın «benimsenmediğine» delâlet veya işaret eden hükümler koymamak veya bir sisteme yer vermemek suretiyle «zımnen» ifade eder. Bu tez üzerine kurulmuş anayasaya göre, mütekaddim kanunlar, ya Anayasanın açık ve kesin lâfzına veya zımnî ifadesi ve Anayasanın, kanuna nisbetle, zaman itibariyle daha sonra çıkan ve üstün pozitif hukuk kaidesi olması esasına binaen, Anayasanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren hukukî değer ve hükümden yoksun olurlar. Mezkûr kanunlar, artık, hukuken kabili tatbik pozitif kaideler olmak vasfını kaybederler.

Bu tez, «hukuken» vârit ve kabule şayan olabilirse de; «opportunitate» bakımından pek isabetli sayılamaz. Bilhassa, Anayasanın teferruata yer vermeyip esas prensipleri koymakla yetindiği hallerde, talî derecedeki hususların ve usulî - teknik meselelerin hallinde ve uygulamada, Anayasayı umumî veya ferdî hukukî tasarruflarla tatbik edecek Devlet ajanlarının yetki ve görevlerini nizamlıyan hukuk kaideleri artık mevcut olmadığından, «kanun» seviyesinde bir boşluk ortaya çıkacaktır. Bu boşluğun ve doldurulana kadar geçecek intikal devresinin, cemiyet hayatında yaratacağı düzensizlik sebebiyle, Anayasanın mer'iyete girer girmez, kendisine aykırı kanunları — sarahaten veya zımnen — mülga sayması tezi, bu ciddî ve önemli mahzurdan ötürü, pek iltifata şayan sayılmamak lâzım gelir. Bunun yanında, mutlaka ortaya çıkacak diğer bir aksaklık da, mülga kanunları ismen zikr yerine umumî bir formülün kullanılması halinde, hangi kanunun Anayasaya aykırı olduğu hususudur. Bu mesele, kanunların uygulanmasında, çok sayıda ihtilâf ve münakaşayı dâvet edeceği gibi, kanunu uygulayacak ajanlar da, hangi kanunun aykırı olduğunu takdirde tereddüte düşeceklerdir. Diğer taraftan, Anayasanın mer'iyeti ile birlikte ve o andan itibaren mülga hal alan kanun, hukuk âleminde mevcut olmıyan bir tasarruf sayı-

3) Buradaki «kanun», hem bir kanunun bir hükmü veya hükümleri, hem de tüm olarak bir kanun anlamında kullanılmıştır.



lacağından, meseleleri «yokluk» müessesesine ait hukukî esaslar da-iresinde düşünmek ve hareket etmek gerekecektir.

b) Önceki sistemin toplum hayatında yaratacağı düzensizlik ve hattâ buhranı bertaraf etmek için, Anayasa ile konulan geçici hükümlerle, muayyen veya gayrimuayyen süreli bir «intikal devresi» kabul olunur. Bu takdirde, Anayasaya tekaddüm eden ve aykırı olan kanunlar, Anayasanın yürürlüğe girmesiyle birlikte, mülga duruma düşmez, varsa belirli süre boyunca, bir süre tâyin edilmemişse, kanun vazı tarafından kaldırılana veya yetkili kaza merciince iptal suretiyle hükümden düşürülene kadar, muahhar tarihli Anayasanın kendisine aykırı düşen esaslarına rağmen, tatbik ve riayeti gerekli, muteber pozitif hukuk kaideleri olarak toplum hayatını tanzime devam ederler.

Bu sistem, yukarki, derhal ve kendiliğinden ilga tezinin mahzurlarını ortadan kaldırmakla beraber, kanun vazınının ya süresi içinde intikali gerçekleştirmemesi veya, bilhassa yetkili merciince iptal suretiyle hükmüne son verilen kanunun yerine Anayasaya uygun olan yeni kaideler koymaması halinde, bir evvelki ilga tezinde olduğu gibi, yine kanunla düzenlenmesi gerekli boşluk doğmuş ve bunun mahzurları ortaya çıkmış olur. Bununla beraber, fayda ve sakıncaları karşılaştırıldığı takdirde, ikinci sistemin, hem hukuk tekniği, hem de opportunité bakımından daha yeterli, tatminkâr ve tasvibe müsait olduğunu belirtmek isteriz<sup>4</sup>.

1961 Anayasasının yukardaki bellibaşlı iki sistemden hangisine veya üçüncü bir hal tarzına mı itibar ettiği sorusu, Anayasanın Geçici 7, 8 ve 9. maddeleri incelenmek suretiyle cevaplandırılabilir.

Anayasanın kendisine tekaddüm eden kanunlarla münasebeti meselesine müteallik, sözügeçen maddelere dayanarak: «Anayasanın, yürürlüğe girdiği tarihte mevcut ve kendisine aykırı kanunları otomatikman ve derhal mülga saydığı» söylenemez. Bilâkis, Anayasa, bu kategori kanunların, «bir intikal süresi» boyunca, toplum hayatında düzensizlik meydana gelmemesi için, mer'i bulunacağı esa-

4) Hangi kanunların Anayasaya aykırı olduğu bilinse dahi, bunların yerine yenilerinin ikamesi, en iyi niyetli, çalışkan ve kabiliyetli teşrii uzuvlarda dahi bir zamana ihtiyaç gösterir. Şayet birinci tezi tasvib edersek, bu kaçınılmaz süre içinde toplumsal münasebetleri teferruatıyla düzenleyen kaideler mevcut olmadığından, düzensizlik mecburen ortaya çıkar. İkinci sistem, hiç değilse bu mahzuru bertaraf ettiği için daha uygun gelmektedir. Zira, aynı nitelikteki teşrii uzuv, konulan müsait ve makul süre içinde gerekli ayıklamayı yaparak, yeni Anayasa ve Hukuk düzenine geçişi sağlayacaktır.

sını kabul ve vaz eylemiştir. Bir taraftan, Geçici 7 ve 8. maddeler, madde başlıkları ve gerekçeleri<sup>5</sup>, yazılanların kaynağını teşkil etmekte; diğer taraftan G. 9 uncu madde, önceki iki madde ile konulan esas, bilhassa şimdilik üzerinde durulan, kat'i ve kendiliğinden ilganın kabul edilmediği prensibini ortaya koymaktadır. Nitekim, «A. Mahkemesinin görevine başladığı tarihte yürürlükte olan *herhangi bir* kanun hakkında, bu Anayasaya aykırılığı iddiasıyla iptal dâvası açılabilir.» diyen G. 9 uncu madde metni ve gerekçesi<sup>6</sup>, A. Mahkemesinin kazaî denetiminin ve iptalin sadece 1961 Anayasasından sonra çıkan kanunlar hakkında değil, «*herhangi bir*» kanun üzerinde cereyan ve tatbik edileceği hususunu hükme bağlamış bulunmaktadır.

Ayrıca, devrim kanunlarının korunmasına ilişkin 153. maddede dahi, mezkûr kanunların, meselâ, «yürürlükte kalacağı» şeklinde bir istisna hükmü sevkedilmeyip, «Anayasanın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılmaz ve yorumlanamaz» denmekle bu kanunların Anayasaya aykırı mütalâa olunamayacağı ifade edilmektedir. *Bu istisnaî ve özel madde ile*, sözügeçen kanunlar, yürürlükte kalmakta devam etmek imkânına kavuşmamakta; bu hukukî imkân, *umumî prensip ve kaide ile* zaten mevcut olduğundan, *sadece* Anayasa Mahkemesi önünde, Anayasaya aykırılığı iddia ve iptal edilemez mevzuat haline gelmektedir. Şayet Anayasa, otomatik ilga sistemini benimsemiş olsaydı madde, önce bu kanunların yürürlükte kaldığını, sonra Anayasaya aykırı yorumlanamayacağını beyan ederdi. Bu istisna hükmünün, genel kaideden sıyırmak, dışına çıkarmak istediği husus, bu kanunları mülga saymayıp, yürürlüklerini sağlamak değil; bu zaten mevcut olduğundan, sadece devrim kanunlarının Anayasaya aykırılığı iddiası ile, yasama organı tarafından ilga - tâdil ve A. Mahkemesince iptal müessesesinin bunlar hakkında işlememesini te'min etmekten ibarettir.

Bilhassa, M.B.K. İdaresi tarafından çıkarılan kanunlar hakkındaki G. 4 üncü madde, bu konuda gayet açık, kesin bir ifadeye yer vermektedir. «27 Mayıs 1960 Devrim tarihinden 6 Ocak 1961 tarihine kadar çıkarılan kanunlar ... *değiştirilebilir veya kaldırılabilir.*» diyen G. 4 üncü madde, Anayasaya tekaddüm eden ve aralarında aykırı olduğu muhtemel Devrim kanunlarının, sadece Anayasa-

5) ÜNVER, Hakkı Şinasi : T.C. Anayasası, 1961, Ankara, Sf.: 111.

6) İd, 112.

ya uygunluk konusunda kazaî denetime tâbi tutulamıyacağı istisnasını koyarken, *bunların da, diğer kanunlar gibi*, tâdil edilebileceğini veya kaldırılabilceğini ifade etmektedir. Özellikle «değiştirilebilir veya kaldırılabilir» sözleri, Anayasaya aykırı olması ihtimal dahilinde bulunan *herhangi bir kanun gibi Devrim kanunlarının da* kendiliğinden, Anayasanın yürürlüğe girmesiyle mülga sayılacağını değil, böyle mütalâa olunanları varsa, bunların kazaî denetim ve iptal yolu dışında, kanun vazı tarafından tâdil veya kaldırılmak suretiyle bertaraf edileceğini kabul eylemektedir <sup>6/1</sup>.

## 2 — Anayasa ve intikal devresi :

1961 Anayasasının, kendisine aykırı mütekaddim kanunları, yürürlüğe girdiği andan itibaren mülga addetmeyip, uygulanmalarına devam olunacağını; fakat bunların yine Anayasa ile konulmuş esaslara tevfikân tâdil, ilga veya iptal suretiyle kaldırılacağını öngören bir hal tarzını kabul ve vaz eylediği <sup>6/2</sup> kesinlikle sabit olmakla be-

6/1) Anayasa Mahkemesinin: 221 numaralı kanun hakkındaki 5 Eylül 1962 tarih, K: 13 sayılı kararında (RG.: 10 Ekim 1962 - 11228) S. Başol, S. Arsan, M. Gürün'ün, 195 numaralı kanun hakkındaki aynı günlü, K: 14 sayılı kararında (RG.: 10 Ekim 1962 - 11228) aynı yüksek hâkimlerin, 193 numaralı kanun hakkındaki aynı gün verilen K: 15 sayılı kararında (RG.: 10 Ekim 1962 - 11228) yukarıdaki üçlünün muhalefet şerhleri ile, 221 numaralı kanun hakkındaki 11 Eylül 1962 tarihli K: 35 sayılı kararı (RG.: 10 Ekim 1962 - 11228) ile, 3 Aralık 1962 günlü K: 109 sayılı kararı (RG.: 27 Aralık 1962 - 11293) ve, 232 numaralı kanun hakkındaki 14 Ocak 1965 tarih K: 4 sayılı kararı (RG.: 15 Şubat 1965 - 11929) ... Danıştayın: 79 numaralı kanun hakkındaki 3 Ekim 1964 gün ve K: 363 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı (RG.: 9 Ekim 1964 - 11828).

6/2) 1961 T.C. Anayasasının yürürlüğe girdiği tarihte mevcut olan Anayasaya aykırı mütekaddim kanunların otomatikman, kendiliğinden mülga sayılıp sayılmıyacağı sorusunu: (a) *Anayasa Mahkemesi*, son derecede müstakar ve kesin içtihadı ile, *menfî* cevaplandırırken; (b) *Danıştay*, Beşinci Dairenin K: 1962/838 numaralı kararı (II. HOCAOĞLU - S. KÖKSAL - F. KÖKSAL - KEPEKÇİ: Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi Karar Hülâsaları, 1963, Ankara, Sf.: 329 - 330) ile, yeni Anayasanın yürürlükte bulunduğu ve fakat, 5434 sayılı kanunun 39 uncu maddesinin (b) fıkrası, Anayasa Mahkemesi tarafından henüz iptal edilmeden önce ve böyle bir karar verilmesini beklemeksizin, mezkûr fıkraya istinaden yapılan emekliye sevk işleminin iptaline ilişkin dâvayı, dinleyip, intihaen de kabul etmek suretiyle, *müsbet* cevaplandırmış ise de; aynı dairenin 27.9.1962 günlü (Bakınız: Ay. Mhk.: 14.11.1962; K: 86) ve Dâva Daireleri Genel Kurulunun 5.10.1962 tarihli (Bakınız: Ay. Mhk.: 30.1.1963; K: 21) ara kararları ve, yine Beşinci Dairenin K: 1962/1002 numaralı, «6435 sayılı kanunun 3 üncü maddesinde, kaza mercilerine müracaat

raber, aykırı kanunların hangi süre içinde, ne şekilde yürürlükten kalkacağı, bunun hükümlerinin neler olacağı hususlarına aynı kat'iyet ve kolaylıkla cevap verilemez. Bu noktada Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu ile Anayasa Mahkemesinin farklı görüşlere sahip bulduklarını belirtmek, meselenin ihtilâflı mahiyetini göstermeğe kâfidir.

a) T.C. Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu'nun, 1961 Anayasasına tekaddüm eden aykırı kanunların uygulanmasına müsaade eden «intikal devresi» ile, bu süre içinde ve bitiminde aykırı kanunların tâbi tutulacağı hukukî rejimin ne olacağı konularındaki

edilemeyeceği yolundaki hükmün, 27.5.1961 tarihli T.C. Anayasasının yürürlüğe girmesiyle mülga telâkki edilmesi lâzımgeldiği yolunda ... ileri sürülen def'i(n), mezkûr Anayasanın Geçici 9 uncu maddesi hükmü muvacehesinde vârit görülmediği ...» gerekçesi ile iptal talebinin «tetkik kabiliyeti yoktur» hükmümlü kararında (HOCAOĞLU ve diğerleri: Yukarıdaki derleme, Sf.: 562) «*ademi ilga*» esasını açık ve kesin surette kabul ve uygulamakla, bilâhare, cevabını *menfi* yapmıştır; (c) Bu arada, Anayasanın yürürlüğe girdiği tarihte, ilgili mütekaddim kanunlar henüz Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden önce, Yargıtay Başkanlarının, Cumhuriyet Başsavcısının ve Danıştay Başkan ve üyeleri ile Başkanun Sözcüsünün seçiminde alâkalı kanunlar değil de, «zımnî ilga» tezi kabul edilmek suretiyle Anayasanın 139 ve 140 ıncı maddeleri uygulanmıştır. *Yargıtay*, bu teze, Ceza Genel Kurulu'nun 15 Ocak 1962 tarih ve K: 2 sayılı kararında da (28 İHFM 237 - 239) yer vermiş ve itibar etmiştir. Anayasanın, yürürlüğe girmekle, mütekaddim kanunları mülga addetmediği şeklindeki görüşümüz ve gerekçesine atıf ve, Prof. Dr. Lûtfi Duran'ın «Esasen, kanunların Anayasaya uygunluğunu dâva ve itiraz yolları ile sağlıyan bir yargı denetimi sisteminde, teşrii hükümlerin «zımnen mülga» sayılması mantıken ve hukuken kabil değildir.» mütalâasını da (DURAN, Lûtfi: İdarenin malî külfet yüklemesi (Mahkeme Kararları Kroniği), 30 İHFM) iktibas suretiyle, Yargıtayca ortaya atılıp tatbik edilen bu tezi reddetmekteyiz. Ayrıca, mezkûr C.G.K. kararında yapılan, eski kanunlardan birisinin «Anayasa hükmüyle zımnî olarak kaldırılmış bulunması durumu» ile «Anayasaya aykırılığı durumu» tefrikinin, yine yukarıda izahına çalıştığımız gerekçe ve «ademi ilga» prensibine dayanarak, kabul ve iltifata şayan bulamadığımız gibi; Yargıtay'ın dahi bu ayırımın unsurları hakkında, üzerinde yeteri kadar düşünülmüş, sağlam ve vâzih bir görüşe sahip olmadığı, ve hattâ önce kabul ve tarif ettiği «zımnî ilga» esasını az sonra «Anayasaya aykırılık» ile karıştırarak (Kararın «Bir yandan eski ... » ve hemen sonra gelen «Özel kanunun düzenlediği ...» diye başlayan iki paragrafı) ikili ayırımı uygulanamıyacak derecede müphem ve muğlak bir şekle soktuğu, âdeta bu tefriğe «zımnî ilga» aleyhine son verdiği kanısındayız. ... (Ceza Genel Kurulu'nun kararı hakkında: DÖNMEZER, Sulhi: İcranın tanzim tasarrufları ile suç ihdası, Anayasaya aykırılık iddiası halinde verilmesi icabeden karar (Mahkeme Kararları Kroniği), 28 İHFM 237 - 246, 245 - 246.

görüşü, sözcü M. Aksoy tarafından şu sözlerle açıklanmaktadır<sup>7</sup>: «Bu hak (grev) kanunla düzenlenecektir. ... Evet kanun koyucuyu kanun yapmağa icbar eden bir Anayasa maddesi yoktur. ... Kanun koyucu, grevle ilgili kanunu iki sene sonra bile çıkarmazsa, Anayasaya aykırı hareket etmiş olur. Böyle hareket eden iktidar elbet-teki gereken baskıya maruz kalır. ... Binaenaleyh, iktidarda bulunan bir parti, Anayasaya aykırı olarak kanunu geciktirmekten dolayı her gün hakettiği tenkide maruz kalacak ve kanunu getirmeğe mecbur kalacaktır. Fakat bu kanun düzenleninceye kadar da, grev hakkı bahis konusu olamaz. Ve nihayet iki sene içinde bu müddet sona erecektir »<sup>8</sup>. Sözcü Aksoy'un bu beyanı, Anayasanın G. 7 ve 8 inci maddelerini birlikte mütalâa eden ve birbirini tamamlayan hükümler olarak kabul etmektedir. Bu görüş ve yorumlama, «Anayasaya tekaddüm eden aykırı kanunların hukukî değeri ve uygulanması» konusunda, aşağıdaki esasları koymuştur denebilir.

Yeni kanun çıkana kadar eskisinin tatbikine devam olunacak; yani Anayasaya aykırı kanun bu süre zarfında muteber ve mer'i hukuk kaidesi muamelesi görecektir. Fakat bu uygulama ve muteberiyet de süresiz veya kanun vazınının arzusuna bırakılmış değildir. Vazı kanun, azamî iki yıl içinde gerekli tadilâtı yapmakla vazifelidir. Bu iki yıllık mühlette, Anayasaya aykırı olduğu muhtemel bulunan kanun, *Anayasaya uygun bir kanun farz ve addolunur*. Zira, Anayasa, yeni kanun çıkarılana kadar, bu sahanın hiç nizamlanmamış kalmasını istememiş, bu sebeple eski kanunların uygulanacağını öngörmüştür. Buna göre, yeni kanun ısdar olunana kadar veya azamî iki yıl içinde, eski kanunun Hukuk âleminde kalması ve müna-sebetleri düzenlemesi iktiza eyler. Komisyonun G. 7 ve 8 inci maddelerle kurmak istediği sistem, kısaca, yukarda belirtilen «süre» içinde eski ve Anayasaya aykırı kanunun, pozitif hukuk kaideleri arasında yer almağa devam etmesi ve mer'i olmasıdır. Bu izah tarzı, iki nokta ile çok yakından alâkalıdır. Birincisi, «Anayasaya aykırı kanunların iptali» müessesesinin, bu müddet zarfında işleyip işle-miyeceği meselesidir. Son birkaç cümlede yazılanlara binaen; dene-

7) Bu izahat, Suphi Batur'un, grev hakkı ile ilgili müzakereler sırasında sorduğu, «Bu Anayasaya göre yapılacak kanunlar iki sene içinde yapılacaktır. Bu iki sene içinde grev hakkı ne olacaktır? Bu hak kullanılacak mı, kullanılmıyacak mı?» suali üzerine verilmiştir. ... Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C: 3, 17 Nisan 1961, B: 46, Sf.: 298.

8) Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C: 3, 17 Nisan 1961, B: 46, Sf.: 300.

bilir ki, yeni kanun çıkarılana veya azamî iki yılın sonuna kadar, bu kategori kanunların Anayasaya aykırılığı iddia *ve bilhassa* Anayasa Mahkemesince iptal olunamaz. Aksi halde, Anayasa'nın G. 7 ve 8 inci maddelerle kabul ettiği «*intikal devresi*» müessesesinin kabul sebebine ve fonksiyonuna *pek* uygun düşmiyecek bir şekilde hareket edilmiş olur <sup>8/1</sup>. Ancak, iki yılın geçmesine rağmen, yeni ka-

8/1) Varılan bu sonuca ve bunu kaide kabul etmemize rağmen, şu anda, daha önce yazdıklarımıza ve ileride yazacaklarımıza da şâmil olacak şekilde, bir noktanın üzerinde durarak, hemen, aşağıdaki tefriki, bir istisna vaz'edercesine, yapmak isteriz: Anayasanın G. 7 ve 8 inci maddeleri ile, G. 9 uncu maddenin «Anayasa Mahkemesinin göreve başladığı tarihte yürürlükte olan herhangi bir kanun hakkında, bu Anayasaya aykırılığı iddiasıyla iptal dâvası açılabilir. Bu halde iptal dâvası açma hakkı, Anayasa Mahkemesinin göreve başladığının Resmî Gazeteyle yayınlandığı tarihten itibaren altı ay sonra düşer.» hükmü arasında, ilk bakışta, bir ahenksizlik meydana gelmektedir. Geçici 7. ve 8 inci maddeleri, «azamî iki yıllık mühlette, Anayasaya aykırı mütekaddim kanunların iptali mümkün değildir» şeklinde anlayınca, o zaman, G. 9 uncu maddenin iktibas olunan fıkrası boş, işlemez bir hüküm mevkiine düşmektedir. Çünkü, G. 7 ve 8 inci maddelere verilen işbu anlam ile, «*A. Mahkemesinin göreve başladığı tarihte yürürlükte olan Anayasaya aykırı herhangi bir mütekaddim kanun hakkında, mezkûr 6 ay içinde iptal dâvası açılabilir.*» hükmü aynı konuyu, farklı iki şekilde düzenlemektedir. Geçici 7. ve 8 inci maddeler, kabul ve tesis ettikleri «*intikal devresi*» ile, dâva açılmaz sonucunu tevli ederken, G. 9 uncu madde ise, aynı meseleyi müsbet şekilde halletmektedir. Üç madde arasında mevcut bu ahenksizliğin, Anayasanın hedef ve maksadına uygun bir şekilde telif edilmesi, giderilmesi, Anayasanın sıhhatli ve isabetli surette işlemesi için şarttır. *Anayasa Mahkemesinin*, farklı iki hükümden, *sadece G. 9 uncu maddenin «lâfzına»* itibar ederek, 6 ay içinde açılan iptal dâvalarını, herhangi bir tefrik yapmaksızın, dinleyip karara bağladığını görüyoruz.

Yüksek Mahkemenin, bu uygulama ile, G. 7. ve 8 inci maddeleri, dolayısıyla, Anayasanın gayet isabetli olarak düşündüğü ve koyduğu «*intikal devresi*» ni hiç nazarı itibare almadan hareket eylediğini ve bu ihmalin, *Anayasanın*, geçici maddelerde ifadesini bulan *ruhuna, sistemine aykırı* olduğunu belirtmek isteriz. Böyle bir aykırılığa sebep olmadan, her üç geçici maddeye de değer vererek ve bunların, lâfızlarının ardında, getirdikleri müesseselere de uygun düşen tatbikat şu olmak gerekir: (a) Azamî iki yıllık *intikal devresi* mevcut olduğu gibi; binnetice, bu süre zarfında «iptal dâvası açılmaz» esası da kaideyi teşkil eder. (b) Fakat, bu *intikal devresi* ve iptal dâvası açma yasağı, menşei, G. 7 ve 8 inci maddelerin gerekçesinde ifade olunan, toplumda ve hukuk düzeninde istikrar ve intizam mülâhazalarında bulunduğu için, bu sebep ve maksatla sınırlı şekilde uygulanmak gerekir. (c) Binaenaleyh; Anayasaya aykırı mütekaddim kanunlardan, hangisi iptal edildiği takdirde bir boşluk, düzensizlik, istikrarsızlık yaratmıyorsa, hangi kanunun iptali ile bazı hususlar veya münasebetler kanun ile düzenlenmemiş hal almıyorsa, o kanunun, kroni-

nun halâ çıkarılmamışsa, intikal devresinin dolmasıyla birlikte, G. 7 ve 8 inci maddelerin mutlak tatbik kabiliyeti de sona ereceğinden, artık Anayasaya tekaddüm eden aykırı kanunun, Anayasa Mahkemesi tarafından, Anayasaya aykırılığı tesbit suretiyle, iptal olunamayacağı ileri sürülemez. Zira, mezkûr müddetin dolması, G. 7 ve 8 inci maddelerle Anayasaya aykırı mütekaddim kanun hakkında ihdas olunan «muteberiyet, yürürlük ve uygulanma» *faraziyesinin mutlak vasfını* da ortadan kaldırır. Şu halde, iki yıl, bu kanunların *mutlak bir şekilde* yürürlükte kalması ve uygulanabilmesi konusunda bir «infisahî şart» olarak ortaya çıkar ve dolmakla da, şarta bağlı olan hukukî durum, yani bu tip kanunların bir taraftan mutlak mer'iyeti, diğer taraftan Anayasaya aykırı görülerek iptal edilme-

ğın metninde vardığımız *kaideye* bir *istisna* teşkil etmek üzere, mezkûr 6 ay içinde dâva edilerek iptali, Anayasaya göre, mümkündür. Böylece, hem G. 7 ve 8 inci maddelerin «intikal devresi»ne, ihdas sebep ve maksadına uygun surette, itibar edilmiş, hem de G. 9 uncu madde, Anayasanın diğer bir hükmü ve müessesesi ile tearuz etmeksizin, hemahenk bir tarzda, uygulanmış olur. Yazdıklarımızı şu misal ile aydınlayabiliriz: Muhtelif kanunlardaki idarî tasarruflar aleyhine Danıştaya müracaatı meneden hükümler, Anayasanın 114 ve 140 inci maddelerine aykırıdır. Öte yanda, Devlet Şûrası Kanununun 23 üncü (yeni 30.) maddesi, mevzuatta başka merci gösterilmemiş olan hallerde idarî tasarruflara karşı açılacak dâvaların Danıştay'da rüyet edileceği genel hükmünü koymakla, Anayasanın 136 ncı maddesinin emri de yerine getirilmiştir. Bu verilere göre, Danıştay'a müracaatı önleyen kanun hükmünün iptali 6 ay içinde dâva ve iki yıl dolmadan iptal edilince, ortaya, G. 7 ve 8 inci maddelerin izale ve bertaraf etmek istediği düzensizlik, istikrarsız durum, boşluk çıkmıyacağı için, Anayasaya aykırı maddelerin, «henüz intikal devresi içinde bulunduğu» gerekçeyle yürürlükte tutulmasına sebep yoktur. Binnetice, *bu gibi aykırı maddeler*, intikal süresi dahilinde bile, dâva ve iptal olunabilir. Halbuki, grev, toplantı ve gösteri yürüyüşleri, Belediye ve İl Genel Meclislerinin feshine ilişkin, Anayasaya aykırı maddelerin iptali, kanunla doldurulması şart olan, bir boşluk, bu konuda düzensizlik yaratacağından, G. 9 uncu madde *bu gibi* kanunların iptali için işlememek ve, bunlar hakkındaki iptal dâvası, şayet kanun koyucu aykırılığı gidermemişse, iki senenin hitamını takiben, 26 Ekim 1963 tarihinden itibaren hesaplanacak 6 ay içinde ikame olunmak iktiza eder. (d) Geçici 9 uncu madde, «Anayasa Mahkemesinin göreve başladığı tarihte yürürlükte olan herhangi bir kanun» dediği için, bu maddedeki 6 aylık dâva süresi, (c) bendinde yazdıklarımıza ilâveten ve G. 7 ve 8 inci maddelerle alâkası bulunmaksızın, II. Cumhuriyet'in Birinci T.B.M.M.'nin, 25 Ekim 1961 günü yaptığı ilk toplantısından (Bakınız: Dipnotu 9), Anayasa Mahkemesinin göreve başladığı tarih olan 28 Ağustos 1962 (RG.: 28 Ağustos 1962 - 11192) arasında çıkardığı kanunlar için de uygulanabilir. İkinci Cumhuriyetin başında kabul edilen kanunlar, G. 9 uncu maddeden faydalanılarak, Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla, A. Mahkemesi önünde, zikri geçen 6 ay içinde dâva edilebilir.

mesi durumu sona erer. Bu hitam buluşun, yukarki hukukî vaziyeti yaratmakla kalacağını, fakat mezkûr nitelikteki kanunu kendiliğinden, o anda mülga hale getirmeyeceğini, ilga konusunda evvelce yazdıklarımıza atıfla, ilâve etmek isteriz.

b) Geçici 7 ve 8. maddelerin hükmü ve Anayasaya aykırı mütekaddim kanunlar hakkında, Anayasa Mahkemesi, T.C. Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu'ndan farklı bir görüşü ortaya atmış ve tatbik eylemiştir.

Anayasa Mahkemesi, mezkûr kanunların, 1961 Anayasasının yürürlüğe girmesinden sonra da mer'î kalacağı tezini kabul ederek, Anayasa Komisyonu ile birleşmekle beraber; bu kanunların asgarî yeni kanun çıkarılana, veya azamî T.B.M.M.'nin ilk toplantısından iki yıl sonuna kadar uygulanacağı, yani bunlara bu süre zarfında hukuken mevcut ve kabili tatbik ve sanki Anayasaya uygun kaide-ler şeklinde itibar olunacağı faraziye ve esasında ayrılmaktadır. Yüksek Mahkemenin içtihadı, «*azamî iki yıl*» kaidesini ve bununla birlikte ortaya çıkan bu süre zarfında «*yürürlüğü mutlak muhafaza*» esasını benimsememiş; Anayasanın mezkûr geçici maddelerinin, yukarıda adıgeçen Komisyonun anladığı ve ifade eylediği gibi mâ-nalandırılmıyacağı, tefsir ve tatbik edilmeyeceği şeklinde, farklı bir görüş ortaya atmıştır.

Yüksek Mahkeme, bir çok kararlarında, Anayasaya tekaddüm eden aykırı kanunların iptali taleplerini, T.B.M.M.'nin ilk toplantısından itibaren iki yılın<sup>9</sup> geçmemiş olmasına ve G. 7 nci madde hükmüne rağmen, *herhangi bir tefrik yapmadan*, dinlemiş ve isabetli bulduklarını kabul ile iptal eylemiştir. Mahkemenin bellibaşlı üç kararı, bu konudaki tutumunu ortaya koyabilecek mahiyet ve niteliktedir.

4 Ocak 1963 günü, Anayasa Mahkemesi, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hakkındaki Kanunun bazı maddelerinin Anayasaya aykırılığı iddiası hakkında karar<sup>10</sup> verirken, Anayasanın G. 7 nci maddesindeki iki yılın fonksyonu ve hükmü ile, mühletin dolup dolma-

9) T.B.M.M. ilk toplantısını, 25 Ekim 1961 günü (TBMM Tutanak Dergisi: Dnm: 1, C: 1, Tplnt: 1, 26.10.1961, B: 2, Sf.: 7, 8. Geçen Tutanak Özeti kısmı; M.M. Tutanak Dergisi: Dnm: 1, c: 1, Tplnt: 1, 26.10.1961, B: 1, 0: 3, Sf.: 13; GİRİTLİ, İsmet - BİLGİN, Pertev: Danıştay Kanunu, 1965, İstanbul, Sf.: 3) yapmış olduğundan, mezkûr iki yıllık mühlet de, 1963 yılının 25 Ekim günü sona erer.

10) Ay. M.: 4 Ocak 1963, E: 208, K: 1; RG.: 13 Mart 1963 - 11354.



dığı noktasını nazarı itibare almaksızın hareket ederek, 26 Ekim 1963 tarihinden önce iptal hükmü vermiştir. Bu suretle, Anayasa Mahkemesi üyeleri, Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu'nun bu husustaki görüşünden ayrıldıklarını oybirliği ile beyan etmişlerdir. Bilâhare, «Anayasada mevcut grev hakkının, düzenleyici bir kanun çıkıncaya kadar, geçici bir zaman için kullanılmaması, grevi mutlak surette yasaklıyan İş Kanununun 72. maddesinin Anayasaya aykırılığını incelemeye engel olmaz. Grevi mutlak olarak yasaklıyan ve itiraz konusu İş Kanununun 72. maddesinin, grev hakkını kesin olarak kabul eden Anayasanın 47. maddesinin birinci fıkrasıyla bağdaşmadığı açıktır.»<sup>11</sup> gerekçesi ile İş Kanununun tetkik konusu 72. maddesini iptal ederken, iki yıllık süre yine dolmamışdı. Bu karar, bir evvelkini ve benzerlerini te'yid etmekle beraber, asıl kıymeti iki bakımdan ortaya çıkmaktadır.

Birincisi; A. Mahkemesi, bu defa kanun maddesini iptal etmekle beraber, kararının, Anayasanın 152. maddesinin ikinci fıkrasından yararlanarak<sup>12</sup>, altı ay sonra yürürlüğe gireceğini de hüküm altına almakla, Anayasa Komisyonunun G. 7 ve 8 inci maddelerle takip ettiği maksad ve politikayı benimsemektedir. Mahkeme, G. 7 ve 8 inci maddeler hakkında yaptığı tefsirle, bu maddelerin esas sevk gayesinden uzaklaşır ve bu mekanizmayı işlemez hale getirirken, bu defa, bu «çare» nin isabetini tesbit ve kabul ile, aslında G. 7 ve 8 inci maddelerle yapabileceği ve yapması gereken bir işi, 152. madde marifetiyle yapmak yolunu ihtiyar eylemektedir. Anayasa Mahkemesi, bu kararı ile yasama organına mehil vermekte, ve yeni bir grev kanununun çıkışına kadar — azamî altı ay — eski kanunun tatbikine devam olunacağı esasını kabul etmektedir. Esas itibariyle, G. 7 ve 8 inci maddelerin sevk sebebi, maksadı, politikası ve, Anayasa Komisyonuna göre, hükmü de budur.

Kararın önemli ikinci noktası, üyelerden Muhittin Gürün'ün verdiği muhalefet şerhinde, G. 7 ve 8 inci maddelerin anlam ve hükmü üzerinde ısrarla ve açık bir ifadeyle durmuş olması ve buna rağmen

11) Ay. M.: 6 Mart 1963, E: 280, K: 51; RG.: 16 Mayıs 1963 - 11404.

12) 152 nci maddenin gerekçesi, bu yararlanma ve G. 7 ve 8 inci maddelerle kurulan irtibatı göstermek bakımından iktibasa değer: «Ancak bir kanunun derhal ve umuma şâmil olarak ortadan kalkmasından doğabilecek mahzurları bertaraf etmek ve yasama organının gereken tedbirleri almasını sağlamak maksadiyle, iptal hükmünün yürürlüğe girmesi için, A. Mahkemesince bir tarih tesbit edilebilmesi yolu da açık tutulmuştur.» ... ÜNVER, H.Ş.: op. cit. supra, n: 5; 106.

ekseriyetin bu görüşü red ile eski tefsir ve tutumuna devam etmesidir. Muhalefetine, «Diğer taraftan Anayasanın G. 7 nci maddesinin son fıkrasında (... iki yıl ...) denilmekte olduğundan, 47. madde ile çıkarılması emredilmiş bulunan kanunun yürürlüğe konulması için Anayasanın verdiği mühlet de henüz bitmemiş bulunmaktadır.» diye başlayan M. Gürün, Temsilciler Meclisinde 47. ve G. 7 nci maddeler üzerinde cereyan eden müzakerelere de teması takiben, «Bu durum karşısında, Anayasa ile kabul edilen iki senelik mühlet içinde olmak şartıyla, grevi tanzim edici kanun çıkıncaya kadar, İş Kanununun 72. maddesindeki grevi yasaklayan hükmün Anayasaya aykırı olduğunu iddia etmek mümkün bulunmamaktadır. Zira, bizzat Anayasa, iki senelik mühlet içinde grev hakkının kullanılması kanunla tanzim olununcaya kadar grevin yasak halinin devam etmesini derpiş ve kabul etmiş bulunmaktadır. - Netice olarak, *halen iki senelik mühlet içinde bulunduğumuza* ve Anayasa ile öngörülen kanun da henüz yürürlüğe konulmamış olduğuna göre, İş Kanununun 72. maddesinin grevle ilgili hükmünün, *bugün için Anayasaya aykırı olmadığı düşüncesiyle karara muhalifim.*»<sup>13</sup> sonucuna varmaktadır. Üye M. Gürün, dâvanın görülmesi sırasında yaptığı ve bilâhare muhalefet şerhi ile yazılı hale getirdiği bu mütalâası<sup>13/1</sup> ile, G. 7 ve 8 inci maddeler meselesini Anayasa Mahkemesi önüne getirdiği gibi, üzerinde durmak ve kararında bu muhalefetin ne sebeple vârit olamayacağını belirtmek fırsatını vermiştir. Bununla beraber, Anayasa Mahkemesi, G. 7 ve 8 inci maddeler konusunda doğru ve yerinde olan bu muhalefete rağmen eski içtihadına bağlı kalmış, hattâ daha ileri tarihli kararlarında<sup>14</sup> da aynı görüşü devam ettirmiştir. 6 Mart 1963 günlü mezkûr karardan sonraki kararlarda, M. Gürün, bu noktadaki muhalefetine son vererek çoğunluğa katılmış ve G. 7 ve 8 inci maddeler hakkındaki ekseriyet görüşü, üzerinde ittifakın sağlanmasıyla<sup>15</sup> ,Anayasa Mahkemesinin müstakar, fakat isabetsiz ve hatâlı içtihadı halini almıştır.

13) Ay. M.: 6 Mart 1963, E: 280, K: 51; RG.: 16 Mayıs 1963 - 11404.

13/1) M. Gürün, kanunlar arasında, (8/1) sayılı dipnotunda kaideye istisna sevk etmek suretiyle, iptal imkânı bakımından yaptığımız ikili tefriğe yer vermemekle beraber...

14) Meselâ: Belediye Kanununun 53. maddesi ile ilgili iptal kararında olduğu gibi. Ay. M.: 3 Temmuz 1963, E: 73, K: 177; RG.: 1 Ekim 1963 - 11519.

15) Meselâ; Bakınız: Ay. M.: 3 Temmuz 1963, E: 73, K: 177; RG.: 1 Ekim 1963 - 11519; Başkan Sunuhi Arsan ... Üye M. Gürün; Muhalefet şerhi: Ş. Akçaoğlu; ... M. Gürün'ün, bu defa, 5 Mayıs 1964 tarihli (E: 89, K: 36; RG.:

Binnetice, Anayasa Mahkemesine göre, mütekaddim aykırı kanunların mezkûr iki yıldan sonra olduğu gibi, bu mühlet içinde dahi iptali mümkündür<sup>16</sup>. Üye M. Gürün'ün muhalefet serhinde, Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu'na atıf suretiyle, ifadesini bulan, «halen iki senelik mühlet içinde bulunduğumuza ... göre, ... bugün için Anayasaya aykırı olmadığı» şeklinde kaleme aldığı ve hüküm itibariyle azamî iki yıllık «intikal devresi» koyan ve bu süre dahilinde kanunun iptali hukukî imkânını askıya alan görüş, Yüksek Mahkeme tarafından iltifata ve kabule şayan bulunmamıştır.

c) 1961 tarihli Anayasanın, G. 7 ve 8 inci maddeleriyle, yeni kurum ve hükümlerin tesisi ve getirilmesine kadar, kendisine aykırı da olsa, eski kanunların bir süre için tatbikine cevaz veren bir «intikal devresi» kabul ettiği gayet açıktır<sup>16/1</sup>. Bunun yanında, sözügeçen maddeler, teker teker ve sırf metinleri ile nazarı itibare alındıkta, karışık ifade ve yazılış tarzı sebebiyle bazı noktalarda tereddüt, ipham ve iltibasa yol açan hükümler şeklinde ortaya çıkar<sup>17</sup>. Bununla beraber, bu maddeler, gerekçeleri ve orada verilen izahat ve yapılan açıklamalar tetkik suretiyle tefsir olundukta, ilk bakışta ve metinler seviyesinde, haklı olarak beliren tereddüt, ipham ve iltibas şu suretle bertaraf ve izale olunabilir: Birincisi, G. 7 ve 8 inci maddelerin, mahiyetleri icabı, birlikte ve birbirini tamamlar şekilde tefsir ve tatbik edilmesi gerekir. Buna göre, 1961 Anayasası ile *ilk defa* kabul edilmiş yeni organ, kurum ve kuruluşlar ve işleyişleriyle ilgili (Anayasa Mahkemesi, Yüksek Hâkimler Kurulu gibi, fakat U. Mahkemesi değil) kanunların en geç, T.B.M.M.'nin ilk toplantısını takip eden altı ay (25 Nisan 1962) sonunda çıkarılmış olması lâzımdır. Ayrıca, yeni Anayasa ile konulması emredilen veya ilga - tâdil edilmesi gereken kanunların da isdarı, ilga ve değişik-

22 Ağustos 1964 - 11787) karara yazdığı muhalefet serhinde, muhalefetini «Bu müddetler içinde eski hükümlerin Anayasaya aykırılığı sebebiyle iptalleri de bahis konusu değildir.» şeklinde, birdenbire, devam ettirdiği müşahade olunmaktadır.

16) Bu kanunlar iptale kadar mer'i ve kabili tatbik olmak niteliğini taşımaktadır.

16/1) Bakınız: 8/1 sayılı dipnotuna.

17) Meselâ, G. 8 inci maddenin öznesinin sadece «organ, kurum ve kurulların kuruluş kanunu» mudur? Sair kanunlar da bu hükümden istifade eder mi, etmez mi? G. 7 nci maddedeki iki yıllık süre, G. 8 inci maddeye de kabili tatbik midir? Yoksa, G. 8 inci maddedeki uygulamaya devam, yeni kanun çıkana kadar, gayrimuayyen süreli midir?

liğin yapılması için azamî iki yıllık bir süre tanınmıştır. İkincisi, Anayasa ile ilk defa kabul ve ihdas olunmayan müesseseler ve derpiş edilmeyen kanunların yenileri yapılana veya tâdil yahut ilga edilene kadar kabili tatbik olup olmayacağı meselesi de, «kamu hayatında herhangi bir düzensizliğe meydan vermemek ve kamu hizmetlerinin devamlılığını ve kararlılığını sağlamak»<sup>18</sup> mülâhazasıyla müsbet yönde sonuçlandırılarak, bir «intikal devresi» kabul ile bunların uygulanmasına devam esasını koymuştur.

Yalnız, G. 7 ve 8 inci maddelerin birlikte mütalâasıyla ortaya çıkan bu «intikal devresi» nin hükümlerini de, müessesenin vaz sebebi ve mahiyetini gözönünde bulundurarak, ikili bir ayırımla şöyle ifade edebiliriz :

— İntikal devresinin, T.B.M.M.'nin ilk toplantısını takip eden iki yıllık (25 Ekim 1961 - 1963) kısmında, Anayasaya tekaddüm eden aykırı kanunların uygulanmasına devam olunacağı gibi, evvelce izahına çalıştığımız sebeplerden ötürü, iki senenin sonuna kadar bunlar iptal olunamaz<sup>18/1</sup>. Anayasa koyucusu, yeniden tanzim-tâdil ve ıslâh ameliyesinin zamana mütevakkıf olduğu kanısını taşıdığı ve bu süre zarfında toplum hayatının hukuk kaidesinden yoksun kalmamasını, Anayasaya aykırı her hükmün derhal ve behemahal uygulanmaması gerekir mülâhazasına tercih ettiği için, azamî iki yıl zarfında bu kategori kanunların tatbikine devam olunması esasını koymuştur. Bu prensibe göre, kanun vazı tarafından tâdil veya yenisinin vaz'ı şekli haricinde, eski kanunun tatbikine son verilmemesi lâzım gelir. Bu sebeple, mezkûr müddet içinde, Anayasa Mahkemesi, vaki iptal taleplerini «henüz intikal devresi içinde bulunulduğu»<sup>19</sup> gerekçesiyle ileride, 26 Ekim 1963 den itibaren başlayacak, 6 aylık dâva süresi içinde yenilenmek üzere, reddetmelidir<sup>19/1</sup>.

— Kanun koyucuya tanınan mühlet sona erdikten sonra dahi, Anayasanın kendisine tekaddüm eden aykırı kanunlar hakkında koyduğu sistem icabı, bu kategori kanunlar, ilga/tâdil olunana kadar, tatbik edilebilir. Fakat, birinci şıktan farklı olarak, iki yıldan son-

18) ÜNVER, H. Ş.: op. cit. supra, n: 5; 111.

18/1) Bakınız: 8/1 sayılı dipnotuna.

19) M. Gürün'ün ifade ettiği gibi, «bugün için Anayasaya aykırı olmadığı» (not: 15) düşüncesiyle değil, iki yıl içinde de, muhtevası bakımından Anayasaya aykırı olmasına rağmen, yine Anayasanın G. 7 ve 8 inci maddeleri mucibince, uygulanabilme kabiliyetini, bu açık istisna hükmünden almış bulunmasındandır.

19/1) Bakınız: 8/1 sayılı dipnotuna.

ra <sup>19/2</sup>, artık, bu tip kanunların iptaline hükmolunması hukuken mümkün hal alır. İki yılın içindeyken, «henüz mezkûr mühlet dolmadığından» gerekçesiyle ve ileride, 26 Ekim 1963 den itibaren başlayacak 6 aylık dâva süresi içinde yenilenmek üzere, reddedilecek iptal talebi, bu defa, aynı gerekçeyle değil, ancak «esas» tan reddolunabilir. Binaenaleyh, iki yılın dolmasından, kanun koyucunun ilga - tâdil işlemine kadar gelen intikal devresinde, birinci kısımda olduğu gibi, Anayasaya aykırı mütekaddim kanunun tatbikine devam olunabilirse de, birinciden farklı olarak, bu devrede, Anayasa Mahkemesi, iptal taleplerini dinliyebilir ve vârit ise kanunu iptal edebilir.

Şu halde, G. 7 ve 8 inci maddeler ,Anayasanın, mütekaddim aykırı kanunların yürürlüğü ve uygulanması hakkında, kabul ettiği umumî prensibe sevkettiği bir istisna olmayıp <sup>20</sup>; asıl fark ve özel durum, Anayasa Mahkemesinin, «Anayasa ile konması emredilen veya bu Anayasaya göre kurulacak organ, kurum ve kurulların kuruluş ve işleyiş kanunlarını, müracaat üzerine, Anayasaya aykırı bularak, iki yıl içinde, iptal edememesi» keyfiyetidir <sup>20/1</sup>.

### 3 — Anayasaya aykırılığın bertaraf edilmesi yolları :

1961 Anayasası, özellikle intikal süresinin iki yıllık birinci kısmı geçtikten sonra, kendisine aykırı kanunların, Anayasanın üstünlüğü prensibinin <sup>21</sup> tabî bir neticesi olarak, bertaraf edilmesi için, yasama organına, kaldırma ve değiştirme yetkisini <sup>22</sup>, M.B.K. tarafından «kanun» başlığı altında yapılan tasarruflar da dahil olmak üzere <sup>23</sup>, vermiş bulunmaktadır. Bunun yanında, Anayasa, 1924 Teşkilâtı Esasiye Kanunundan farklı olarak ve I. Cumhuriyet Devrinde müessir bir kontrol <sup>24</sup> ve müeyyideye bağlanmamış olan yasama organının, hem Anayasaya aykırı kanun yapmak, hem de aykırı olanları bertaraf etmemek şeklindeki faaliyetini, «müeyyidelendirmek» amacıyla, bu defa Anayasa Mahkemesini ihdas ve kanunların (M. B.K.'nin kanunları hariç) <sup>25</sup> iptali sistemini kabul etmiştir <sup>26</sup>.

19/2) İbid.

20) Hattâ bu hükümler esas kaideyi te'yid eden maddeler mahiyetindedir.

20/1) Bakınız: 8/1 sayılı dipnotuna.

21) Anayasa: 8.

22) Anayasa: 5 ve 64.

23) Anayasa: Geçici Madde: 4.

24) ÜNVER, H. Ş.: op. cit. supra, n: 5; 24.

25) Anayasa: Geçici Madde 4; Ay. M.: 3 Aralık 1962, E: 264, K. 109.

26) Anayasa: 145 - 152 ve Geçici Madde 9.

Buna göre, Anayasaya aykırı kanunların bertaraf edilmesi için iki «yol» vardır. Birincisi, yasama organı tarafından kanunun tâdili veya kaldırılması; ikincisi ise, Anayasa Mahkemesince iptal edilmesidir. Şu halde, Anayasanın getirdiği yeni sisteme göre, Anayasaya aykırı kanun, iki yoldan biri vasıtası ile behemehal, mutlaka kaldırılacağı gibi, yasama organının hareketsizliği veya menfî yönde hareketi halinde de, Anayasa Mahkemesi tarafından kanunun iptali suretiyle, hem aykırılık bertaraf edilmekte, hem de kanun koyucunun tutumu «müeyyidelendirilmekte» dir. Siyasî yapı ve niteliğe ve ağır işliyen çalışma tarzına sahip bulunması ve I. Cumhuriyet tatbikatı, yasama organını, II. Cumhuriyette, Anayasaya aykırı kanunların bertaraf edilmesinde, aslî organ olmasına rağmen, tek merci halinde kalmaktan çıkarmış ve 1961 Anayasası da daha müessir tarzda çalışacak ikinci bir merci, Anayasa Mahkemesini, ihdas eylemiştir. Binaenaleyh, Anayasaya aykırılığın giderilmesinde, siyasî mercileri tek başına yetkili kılmanın teminatsız ve işlemiyebilen bir usul olması vakıası, aynı konuda kazaî bir merciin de selâhiyetli hale getirilmesini ve — üstelik — kazaî merciin, Anayasa Mahkemesinin, siyasî hey'etin tasarrufları ve tutumu üzerinde müeyyidelendirici bir pozisyonda tutulmasını uygun bulmuştur. Anayasaya aykırı kanunların tasfiyesinde, her ne kadar, T.B.M.M. «aslî» merci ise de, Anayasa Mahkemesi de, haiz olduğu «iptal» yetkisi, işgal ettiği mevki, yapısı ve müracaat usulü, karara bağlama mecburiyeti ve verdiği hükmün hukukî sonuç ve değeri itibariyle, daha müessir ve te'minatlı merci halini almıştır. Yine Anayasaya ve az önceki izahata göre, kanun vazı, Anayasaya aykırı kanunu bertaraf edecek aslî mercidir. Fakat bunu yapıp yapmaması fazla haizi ehemmiyet değildir. Zira, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilme imkânı, hem Anayasaya aykırı kanunun her halükârda bertaraf edilmesini, te'min eylemekte, yani bu «yol» sayesinde Anayasaya aykırı kanun — yasama organının hareketsizliğine veya menfî tutumuna rağmen — mutlaka kalmıyacağı gibi, «iptal» bir müeyyide olarak da tezahür etmektedir. Binaenaleyh, «Anayasa Mahkemesince iptal» yolunun mevcut ve açık olduğu her halde, Anayasanın üstünlüğü prensibi gerçekleşmek ve hilâfına hareket de müeyyidelendirilmek durumdadır. Bilhassa, yasama organının, Anayasaya aykırı kanunların bertaraf edilmesi meselesinde, şu veya bu sebepten, yeteri kadar ilgi, faaliyet ve çalışkanlık göstermemesi halinde, Anayasa Mahkemesi yukarıdaki mevkii ve mutlak-umumî imkânlarıyla müessir olduğu gibi, tatbikatta aslî merci durumunu da alacaktır.

1961 Anayasası, M.B.K. tarafından çıkarılan kanunlar haricinde, herhangi bir kanunun <sup>27</sup> Anayasa Mahkemesi tarafından incelenerek iptal olunabileceğini öngören bir sistem getirmiştir. Bu sistemin gerçekleşmesi ve Yüksek Mahkemenin fonksiyonunu görebilmesi için, «bütün kanunların» <sup>28</sup> Anayasaya uygunluğunu denetlemek yetki ve görevinin verilmesinden başka, bunların yerine getirilebilmesi için de iki «yol» kabul ile vaz edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, kanunların iptaline, ya Anayasanın 149. maddesine göre «dâva yolu» ile, veya 151. maddesinde tanzim olunan «Aykırılık itirazı» usulü vasıtasıyla ulaşmak suretiyle karar verir. Şartları Anayasanın kendisi tarafından tesbit edilmiş bu iki «yol» un dışındaki bir usul, Anayasa Mahkemesini, Anayasaya aykırı kanunları bertaraf edebilecek duruma getiremez; ve binnetice bu mesele artık kanun koyucunun arzu ve iradesine mi kalmış olur? Başka bir ifadeyle, mezkûr «dâva» ve «itiraz» yolları, Anayasa Mahkemesini, «her kanunun Anayasaya aykırı olup olmadığı» ihtilâfına Anayasanın sistemine göre ulaştırmak zorundadır. Fakat bir an için bu iki usulün kifayet etmediği düşünülürse, acaba mesele ne yolda mütalâa ve halledilmek lâzım gelir; veya ne gibi bir çözüm tarzı daha uygun düşer? Yoksa bu iki «yol» o derecede şümüllü, umumî ve mutlaktır ki, hiç bir aykırılık ihtilâfı Anayasa Mahkemesi tarafından ele alınamamasın olamaz mı? Yazımızın bu bölümünde, sadece yukarki izahatı verdikten sonra, soruları tesbitte kalarak muhtemel cevabın ne olabileceğini ilerki bölümlerde ortaya koymağa çalışacağız.

#### 4 — Anayasanın 142. maddesi ve U. Mahkemesi başkanlığı makam ve görevi :

Uyuşmazlık Mahkemesinin 29 Şubat 1964 tarih ve K: 3 sayılı «ilke kararı», Anayasanın G. 8 inci maddesi üzerine bina edilmiş olmakla beraber, konusu Uyuşmazlık Mahkemesi Başkan vekilliği olduğundan, önceki bölümlerde, kararın tenkid ve tahlilinde hem nazarı itibare alınacak esaslar, hem de gerekçe olacağı mülâhazasıyla verilen genel izahat, bu hususa da temas suretiyle tamamlanacaktır.

27) «Anayasa Mahkemesi, *kanunların* ... Anayasaya uygunluğunu denetler.» Anayasa: 147; «Anayasa Mahkemesinin görevine başladığı tarihte yürürlükte olan *herhangi bir kanun* hakkında, ... iptal dâvası açılabilir.» Anayasa: G. M. 9.

28) İbid.

Anayasanın 142. maddesinin ikinci fıkrasında, «*Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanlığı*»nın «*görevlendirilen*» bir Anayasa Mahkemesi üyesi tarafından yapılacağı ifade olunmuş ve 44 sayılı kanunun<sup>29</sup> 20. maddesinin 8. bendinde, Anayasa Mahkemesinin vazife ve selâhiyetleri arasında «U. Mahkemesine başkanlık edecek üyenin seçimi»ni de derpiş suretiyle Anayasanın 142. maddesi hükmünü tekrarlamıştır. Anayasa, 142. maddesi ile, bir taraftan Uyuşmazlık Mahkemesini «Anayasa müessesesi» haline getirirken, diğer taraftan, Uyuşmazlık Mahkemesine 4788 sayılı kanunun kabul etmiş bulunduğu farklı bir «yapı» vermek istemiştir. Bu yapının da, «Başkanlığın» U. Mahkemesi üyelerinin geldiği Yüksek Mahkemelerin dışında kalan A. Mahkemesi üyeleri tarafından işgal edilmesiyle gerçekleşeceği kanısı hâkim olduğundan, 142. madde bu şekilde sevk edilmiştir. Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu Raporunda, U. Mahkemesi Başkanının «A. Mahkemesi üyeleri arasından seçilmesi uygun görülmüştür.»<sup>30</sup> denirken, tartışmalar sırasında da, Komisyon Sözcüsü tarafından, bu sistemin lüzumu üzerinde durulmuş, gerekli izahat verilmiş ve nihayet, Başkanlık görevinin A. Mahkemesi üyelerince yerine getirilmesini öngören tasarı hükmünün kaldırılması konusundaki tavrı de reddolunmuştur<sup>31</sup>. Binaenaleyh, Doktrinde<sup>32</sup> mevcut temayül ve tenkidleri de nazarı itibare alan Komisyon ve Meclisin, eski usul yerine, U. Mahkemesi Başkanlığını, U. Mahkemesi üyelerinden birinin veya bu üyelerin geldikleri Yüksek Mahkeme Birinci Başkanlarının dahi yapmaması esasını, U. Mahkemesinin yapısı konusundaki *temel prensip* olarak kabul eylediği hususu, tartışılmıyacak kadar açıktır.

142. madde, «Bu Mahkemenin (U.M.) *Başkanlığını* ... *görevlendirilen* bir üye yapar.» ifadesiyle; U. Mahkemesi Başkanlığı makam, görev ve yetkilerini kapsıyan «*U. Mahkemesi Başkanlığı müessesesi*»ni derpiş ve tanzim etmektedir. Yani, madde, bu ifade ve sistemi ile, Başkanlığı sadece organik bakımdan ele almamakta, bunu, vazife ve selâhiyetleriyle birlikte mütalâa ederek, «*fonksyonel*» bir mahiyet vermektedir. Bu izah tarzına göre: (a) «U. Mahkemesi Baş-

29) Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun., 22 Nisan 1962 - 44; RG.: 25 Nisan 1962 - 11091.

30) ÜNVER, H. Ş.: op. cit. supra, n: 5; 102.

31) Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C: 4, 25 Nisan 1961, B: 53, Sf.: 181 - 184.

32) II. ONAR, Sıddık Sami: İdare Hukukunun Umumi Esasları, 1960, İstanbul, Sf.: 1457.



kanlığı» makamını işgal eden; (b) bu makama ait görevleri ifa eyliyen; (c) yetkileri kullanan şahsın, A. Mahkemesi üyesi olması şarttır. Binaenaleyh, kim ki — Anayasanın kullandığı kelimelerle — U. Mahkemesi Başkanlığı ile görevlendirilmek suretiyle o fonksyonu görecektir, yani o görevi yerine getirecek ve yetkilerini istimal edecektir, o şahsın A. Mahkemesi üyesi statüsünde bir yüksek hâkim olması iktiza eder.

Yapılan organik - fonksyonel tefriki ve buna dayanılarak bir evvelki paragrafta yazılanlar, mesnedini Anayasanın 142. maddesi ile U. Mahkemesinin yeni yapı ve sisteminde bulan şu *ikili sonuca* müncer olur: (a) U. Mahkemesi Başkanı sıfatını taşımak suretiyle bu makamı işgal eden; (b) U. Mahkemesi Başkanlığı vazifesi ile muvazzaf ve selâhiyetleri ile mücehhez bulunacak, bu fonksyonu görecektir herhangi bir şahsın da, A. Mahkemesi üyesi bir yüksek hâkim olması şarttır.

Binnetice, U. Mahkemesi Başkanlığı meselesinin ve bu hususa ilişkin kanun hükümlerinin, bu Anayasa hükmü ve tefsiri esas ittihaz edilmek suretiyle mânalandırılıp değerlendirilmesi lâzım gelir. Pozitif hukuk kaidelerinden U. Mahkemesi Kurulması Hakkındaki 9 Temmuz 1945 tarih ve 4788 sayılı Kanun, *Başkanlık Müessesine*, iki ve dördüncü maddelerinde temas etmiştir. Kanunun, U. Mahkemesi Başkanlığını birer yıl sıra ile Yargıtay ve Danıştay Birinci Başkanlarına veren 2 nci maddesinin, Anayasanın 142. maddesine aykırı olduğu aşikârdır. Anayasaya tekaddüm eden aykırı kanun hükümlerinin, kanun vazıı tarafından ilga/tâdil veya A. Mahkemesince iptal edilene kadar, yürürlüğünü devam ettireceği esası, yine Anayasa ile kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun<sup>33</sup>, A. Mahkemesinin görev ve yetkilerini sayan 20. maddesinin 8 numaralı bendinin «Anayasanın 142 nci maddesi gereğince kendi asıl ve yedek üyeleri arasından Uyuşmazlık Mahkemesine başkanlık edecek üyeyi seçmek.» hükmü ile, 4788 sayılı kanunun 2. maddesinin U. Mahkemesi Başkanlığı ve işbaşına geliş müteallik kısmını, ilga etmek suretiyle, ortadan kaldırarak, hüküm, uygulanma ve yürürlüğüne son vermiş olduğundan, mezkûr 2. maddenin Anayasaya aykırılığı ve uygulanması meseleleri üzerinde söylenecek söz artık kalmamış ve böylece Anayasanın yürürlüğe girmesi ile ortaya çıkan Anayasaya aykırı bir durum ve kanun, 44 sayılı kanunun ısdarı ve mevkii mer'iyete konma-

33) 22 Nisan 1962 - 44; RG.: 25 Nisan 1962 - 11091.

sı ile birlikte, yasama organı tarafından, iki yıllık intikal devresi dolmadan, bertaraf edilmiştir.

Tetkik konusu kararın esas mevzuunu teşkil eden U. Mahkemesi Başkanlığına vekâlet, 4788 sayılı kanunun 4. maddesinde, o zamanki teorik ve pozitif esas ve hükümlere uygun düşecek tarzda, tanzim edilmiştir. Sözügeçen maddeye göre, U. Mahkemesi Başkanına, sıra kendisine gelecek Yargıtay veya Danıştay Birinci Başkanı, o da özürlü olursa, en yüksek dereceli ve kıdemli üye, vekâlet ile Başkanlık eder. 1961 Anayasasına kadar gelen devrede, U. Mahkemesi Başkanlığı görevinin sıra ile bir yıl Yargıtay, bir yıl Danıştay Birinci Başkanı tarafından görülmesi derpiş edildiğinden ve *Başkanın üyelerin mensubu oldukları Yüksek Mahkemelerden gelmesi esası* carî bulunduğundan, Başkanvekilliği görevinin de 4 üncü maddede belirtilen şekilde halledilmesinde, yani Başkanvekilinin, U. Mahkemesi üyelerinin mensubu bulunduğu Yüksek Mahkemelerden birinin Birinci Başkanı veya üyesi olmasında, «U. Mahkemesinde Başkanlık» konusundaki prensiplere ve sisteme aykırı düşen bir durum mevcut değildir.

Fakat, Anayasanın 142. maddesi, bu madde hakkında verilen izahat, varılan sonuçlar ve özellikle «U. Mahkemesi Başkanının, üyelerinden farklı olarak, Yargıtay ve Danıştaydan değil de, A. Mahkemesinden gelmesi» ve «U. Mahkemesi Başkanlığı vazifesi ile muvazaf, selâhiyetleriyle mücehhez bulunacak ve bu fonksyonu görececek herhangi bir şahsın da, A. Mahkemesi üyesi bir yüksek hâkim olması» esası karşısında: Danıştay veya Yargıtay Birinci Başkanın yahut sırasında en yüksek derece ve kıdemli üyenin, *A. Mahkemesi üyesi statüsünde bulunan Başkana* vekâlet etmesini âmir, 4788 numaralı kanunun 4. maddesi, Anayasaya aykırı bir kanun hükmü olarak kabul edilmek gerekir.

### **5 — 4788/4'ün Anayasa 142'ye aykırılığının bertaraf edilmesi meselesi :**

Bir evvelki bölümde, U. Mahkemesi Kurulması Hakkındaki 4788 sayılı Kanunun Başkanlığa müteallik 2. maddesinin arzettiği aykırılığın, 44 numaralı Kanunun 20/8 inci maddesi ile bertaraf edildiğini; 4788'in Başkanvekilliğine ilişkin 4. maddesinin de Anayasanın 142. maddesine aykırı olduğunu, mucip sebeplerini göstererek, izaha çalıştık. Bu bölümde ise, daha önce yazdıklarımıza istinad ederek, mezkûr 4 üncü maddedeki aykırılığın giderilmesi meselesi üze-

rinde durulacaktır. Bu husus da, üç ihtimale, izah tarzına işaret suretiyle bir sonuca bağlanacaktır.

a) Yasama organının, Anayasanın G. 7 nci maddesindeki iki yıl içinde gerekli kanunları çıkartmaması veya tadilâtı yapmamasının; aykırı kanunların A. Mahkemesince iptali imkânını vereceği ve bu mekanizmanın, yine Anayasa tarafından, kanun vazının kendisine düşen görevi yerine getirmemesinin müeyyidesi olarak mütalâa edilmesi gerektiği ve bu «bir nevi temerrüt» halinde Anayasaya aykırılığı ortadan kaldırııcı hukukî imkânın «iptal» olduğu belirtilmişti.

4788 sayılı kanunun, 4. maddesinin Anayasaya aykırılığı karşısında, 25 Ekim 1963 tarihi de aşıldığına nazaran, «A. Mahkemesi tarafından iptal» yolu işlemek, müeyyidesi tatbik edilmek imkânı mevcut mudur? A. Mahkemesinin bir kanun hükmünün aykırılığını tetkik edebilmesi ve karar verebilmesi için, ilgililer tarafından bir «tahrik» de bulunulması şarttır. Anayasa ve 44 numaralı kanun, «tahrik» in iki şekilde olacağını göstermiş ve esaslarını, usulünü sıkıca tesbit etmiştir.

Birinci tahrik yolu, «iptal dâvası» açmaktır. «Dâva» yolu, Anayasanın 149 uncu (44 sayılı kanun: 20, 21, 27) maddesinde nizamlanırken, dâva açma yetkisi *muayyen* kişi ve gruplara tanınmıştır<sup>33/1</sup>. Bu belirli dâvacılar arasında, kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlara inhisar etmek üzere, bazı müesseseler ile Yüksek Mahkemeler<sup>34</sup> yer almakla beraber, U. Mahkemesi ismen zikredilmiş değildir. Ayrıca, madde, vukuî bir sıralama veya sayma yapmıştır da denemiyeceğinden, U. Mahkemesinin, Anayasanın 149 uncu ve 44 numaralı kanunun 20. ve 21. maddelerine istinaden «dâva» yoluna başvuramayacağı, açık ve kesin olarak söylenebilir<sup>35</sup>.

İkinci tahrik yolu, «itiraz» ile aykırılığın tesbiti de, Anayasanın 151. (44 sayılı kanun: 20, 27) maddesinde, bazı şartlara bağlanmıştır. Bu yola müracaat edilebilmesi için, her şeyden önce ve mutlaka bir «mahkemenin» bir «dâvaya bakmakta olması»<sup>36</sup> şarttır. Şu halde ortada, bir mahkeme önünde açılmış ve yürümekte olan ve

33/1) Bakınız: 38/1 sayılı dipnotuna.

34) Yüksek Hâkimler Kurulu, Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay ve Üniversiteler.

35) Ehliyet meselesi bu şekilde neticeye bağlandığından, ayrıca «süre» bakımından da mütalâaya lüzum kalmamıştır.

36) Dâva mahiyet ve niteliğini taşımayan «ihtilâf» in varlığı kâfi değildir.

Muhakeme Usulü Hukuku Esaslarının kabul ettiği mânada bir *dâva* bulunmadıkça, «itiraz» yolu ile A. Mahkemesine başvurulamaz.

U. Mahkemesinin görev, yetki ve ihtilâfları karara bağlama usulü nazarı itibare alındıkta, icabî olsun, selbî olsun «görev» ihtilâflarını hallederken, bir «mahkeme» mevkiinde bulunmakla beraber, Muhakeme Usulü Hukuku Esaslarının nitelik ve unsurlarını belirttiği «dâva» yı halletmemektedir. U. Mahkemesi, bu halde, teknik anlamıyla bir «ihtilâf» ı çözümlendiğinden, kanundaki ifadesiyle, «bir dâvaya bakmakta olan mahkeme»<sup>37</sup> değildir. Binnetice, görev uyuşmazlıklarında, «itiraz» yolu ile A. Mahkemesine gitmek, ne fert, ne de U. Mahkemesinin kendisi için mümkündür.

Hüküm uyuşmazlıklarında, U. Mahkemesinin bir «dâva» yı görmekte olduğu, binaenaleyh «itiraz» yoluna müracaat için gerekli şartların gerçekleştiği söylenebilirse de, bu husus, hemen aşağıda yazılacak ve dikkate alınması mutlaka lâzım gelen, bazı noktalara bağlıdır. Hüküm uyuşmazlıkları gayet az sayıda meydana gelen ve U. Mahkemesince esasına girilerek halledilen ihtilâf tipi olduğundan, bu uyuşmazlığın çıkması neredeyse tesadüfe bağlıdır. Diğer taraftan, hüküm uyuşmazlığı çıksa bile, taraflar ve sırasında U. Mahkemesi, o ihtilâfa bakılırken Başkanın riyaset edemeyip yerine en yüksek dereceli üyenin geçeceğini pek bilemezler. Bilhassa, A. Mahkemesinin, iptali talep olunan kanunun, itirazın yapıldığı dâva ile yakından münasebetli ve tatbiki gereken kanun olması unsurunu arayarak daha dar tefsir ve uygulamaya gitmesi karşısında, en yüksek dereceli üyenin riyasete geçerek, Anayasaya aykırı bir kanunun tatbik veya tevessül edilmesi durumu, ancak U. Mahkemesinin o hüküm ihtilâfına bakmak üzere toplandığı gün ortaya çıkabilir. Bu gibi kısmen tesadüfe kalan ve tesadüf ettiğinde de gerçekleşmesi diğer tesadüflere bağlı olan bu güç şartlar altında, kitap üzerinde, o da sadece «hüküm uyuşmazlıkları» için var sayılabilecek «itiraz» yolunun, tatbikat da nazarı itibare alınarak dikkatle mütalâa edildikte, Anayasanın işlemlerini emrettiği kolaylıkla işliyemediği, kanun koyucuya karşı bir müeyyide fonksiyonu görmekten uzak kalan bir şekil aldığı, hattâ tahakkuk imkân ve kabiliyeti bakımından yasama organının tadil/ilga etmesinden de geri kaldığı kabul edilmek gerekir.

Binaenaleyh, bu şartlar ile tatbikatın açık ve güvenilebilir verileri karşısında, 4788 numaralı kanunun 4. maddesinin iptali için

37) Anayasa: 151; 44 sayılı kanun: 27, açış cümlesi.

U. Mahkemesi kanalıyla «itiraz» yolu ile A. Mahkemesine başvurmanın, görev uyumsuzluklarında asla mümkün olamayacağı, hüküm ihtilâflarında ise, neredeyse son derecede *imkânsız* bulunduğunu; bu sebeple, «itiraz» yolunun, *bu durumda ve bu kanun hükmü için*, kanun vazını müeyyidelendirici fonksyonu görmesini sağlamaktan uzak ve mahrum bir yol halini aldığı; nihayet, 4788 sayılı kanunun başkanvekilliği hakkındaki 4. maddesinin A. Mahkemesi tarafından iptali için, «dâva» yolu gibi, «itiraz» yolunun da kabili istimal ve müracaat olmadığını, bu kanun hükmü için, Anayasanın kurduğu bu müessir mekanizmanın işlemediğini ifade etmek isteriz.

Bu durumda, kanunun A. Mahkemesince iptal imkânının bulunmaması halinde, Anayasanın, mütekaddim aykırı kanunları bertaraf etmek konusunda, yasama organının Anayasanın 64. maddesinden gelen yetkisinin yanında ve daha müessir bir hukukî çarenin varlığını, «iki yollu» bir sistemi öngörmesi karşısında :

Her ne kadar 1961 Anayasası, yürürlüğe girdiği tarihte ve anda, mütekaddim aykırı kanun hükümlerinin mülga sayılmaması esasını vaz etmişse de, bunların bertaraf edilmesi için, «A. Mahkemesi tarafından iptal» müessesesini, bilhassa bu hukukî imkânın *bütün* aykırı ahkâmı kaldırmak için *açık, yeterli ve şümüllü* olduğu mülâhazasıyla kabul etmiştir. Şimdi, bu müessesenin düşünüldeği derecede şümüllü, yeterli ve açık olmaması vakıası karşısında, yani *ademi ilga esasının* tamamlayıcı bir *unsuru*, parçası olan «A. Mahkemesi tarafından iptal» in işliyemediği durumlarda bu temel prensibe, işliyemediğini belirttiğimiz unsurunun fonksyonunu görecektir, hükümlerini doğurabilecek ve özellikle kanun vazının hareketsizliğine veya menfî hareketine müeyyide olabilecek nitelikte bir izah tarzı veya unsur bulmak zorundayız.

Ademi ilga esası, *ancak* «A. Mahkemesi tarafından iptal» ile birlikte *tam ve mutlak* bir şekilde anlaşılıp tatbik edilmek gerekirse de, «iptal» in imkânsız hal aldığı durumlarda sözkonusu Anayasa Prensibinin, mutlak vasfını kaybedip, bir önceki cümlenin koyduğu şart dairesinde, bir *istisna* alması lâzım gelir. Bu istisna, Anayasanın, mütekaddim aykırı kanunların bertaraf edilmesi hususunda, düşündüğü ve getirmek istediği sisteme aykırı ve bunu ifade için koyduğu prensipleri ihlâl değil, bilâkis bunları, bu gibi durumlarda gerçekleştiremez hale girmiş olan, unsurları ile de tahakkuk ettirmek içindir.

Mahiyet, kapsam ve fonksyonunu bu şekilde arzettiğimiz işbu «istisna» nın ne olduğu meselesine girmeden önce, bu hususta «A.

Mahkemesinin iptal» yetkisi ve müeyyidesi ile tam bir paralellik bulunduğunu belirtmek isteriz. Binaenaleyh: (a) Anayasa, yürürlüğe girmekle, mütekaddim aykırı kanun hükümlerini, *kaideten*, mülga hale getirmese de; (b) A. Mahkemesi tarafından iptal'in işliyemediği durumlarda, bu kategori kanun ahkâmı, A. Mahkemesinde iptalin talep ve tatbik edilmesinin başlangıcı olan mezkûr iki yılın sonunda, 25 Ekim 1963'den sonra, 26 Ekim 1963 günü <sup>37/1</sup>, *istisnaen*, *Anayasa tarafından ilga edilmiş sayılmak* iktiza eder. Bu suretle, bir taraftan yine Anayasanın, G. 7 ve 8 inci maddeleri ile, getirdiği ve kanun vazınının Anayasaya aykırı hükümleri bertaraf edip, yeni kanunları çıkarması için verilen fırsat olan, «intikal devresi» ne itibar olunmuş ve yasama organı bir emrivâki, zaman itibariyle de maddî imkânsızlık karşısında bırakılmamış; diğer taraftan mevzuu-bahis istisna, esas itibariyle, A. Mahkemesince iptal'in yapabileceklerinin ötesine gitmemiş ve yapmak istediklerinin de ardında kalmamış olur; (c) A. Mahkemesi tarafından iptal yolunun açık olmadığı hallerde ise, kanunun Anayasaya tekaddüm etmesine ve aykırılığına rağmen, yukarki müstesna duruma şâmil ve kabili tatbik *istisna değil, ademi ilga kaidesi* tatbik olunur.

Yukarıdaki mülâhazalar muvacehesinde, Anayasaya mütekaddim aykırı hüküm olduğu daha önce belirtilen, 4788 numaralı kanunun 4 üncü maddesi, Anayasaya aykırılığı A. Mahkemesi önünde talep ve iptal olunamayacağı için, sözügeçen *istisna* dahilinde mütalâa suretiyle, 26 Ekim 1963 tarihinden itibaren mülga ve bu sebepten hükümden düşmüş sayılmak gerekir <sup>37/2</sup>.

b) Yukarıda mesele, menşei Anayasa olan bir «Anayasa problemi» olmakla beraber, 4788 sayılı kanunun 4. maddesinin tatbik kabiliyeti, 44 sayılı kanunun yayım ve yürürlüğe girmesi ile 28 inci maddesinin 8. bendinde U. Mahkemesine Başkanlık görevini ifa edecek üyenin seçimini düzenlediğinden ötürü, bir «kanun meselesi» olarak da tartışılabilir. Bu bölümün (a) kısmında serdedilen mütalâalar ve varılan sonuç saklı kalmak kayıt ve şartı ile; 4788'in 4 üncü

37/1) Zira 4788 sayılı kanunun Başkanvekilliğine ilişkin hükmünün iptal edildiği takdirde boşluk yaratacağı ve bu müesseseyi, lâzım olduğu halde, kanunla düzenlenmemiş duruma getireceği düşüncesinde olduğumuz için, (8/1) sayılı dipnotunda yapılan kaide istisna tefriki ile doğan iki dâva süresinden, iki yıllık kaide sürenin uygulanması gerekir.

37/2) Bakınız: (1) numaralı dipnotunun son cümlesine.

maddesinin hukuken kabili tatbik olmadığı, başka bir izah tarzına dayanılarak da, ileri sürülebilir.

44 numaralı kanun, 20. maddesinin 8. bendi ile, 4788 sayılı kanununun 2. maddesini ilga ve U. Mahkemesi Başkanının, A. Mahkemesi üyesi olacağı hükmünü getirmiştir. Kanunlar seviyesinde kalındıkta, ortaya çıkan durum şudur: Anayasanın 142. maddesi, U. Mahkemesi hakkındaki yeni yapı ve sistem icabı, Başkanlık görevinin A. Mahkemesi üyesi tarafından ifasını uygun görmüş ve 44 sayılı kanun, 20/8 ile bunu aynen te'yid etmiştir. Şimdi, 4788 sayılı kanunun 4. maddesi de elan mer'idir tezi kabul edilirse, ortaya son derecede tuhaf, işin mahiyetine, bünyesine, ruhuna aykırı bir durum çıkar. U. Mahkemesinin Başkanlık makamını *asaleten* işgal edecek, yetkilerini istimal ile görevini ifa edecek şahıs, A. Mahkemesi üyesi olacak; fakat aynı makam *vekâleten* işgal edilince, yetki vekâleten kullanılınca, görev yine vekâleten ifa edilince, bu şahıs A. Mahkemesi üyesi olmayacak. 44 sayılı kanun, 20/8 ile, Anayasa 142'yi *tekrarladığına göre*, o da aynı teori, ruh ve prensipler ve muhteva ile sevk edilmiş olmak ve tatbik edilmek gerekir demektir. Buna göre, 142. maddenin, U. Mahkemesi Başkanlığı hakkında sevkettiği hükmün anlam, tefsir ve sonuçları hakkında (4.) bölümde yazılanlara atıf ile: ... 44 sayılı kanunun lâfzı, ruhu ve sistemi ile *koyduğu hüküm*: «(a) U. Mahkemesi Başkanı sıfatını taşımak suretiyle bu makamı işgal eden; (b) U. Mahkemesi Başkanlığı vazifesi ile muvazzaf ve selâhiyetleri ile mücehhez bulunacak, bu fonksiyonu görecek şahsın da A. Mahkemesi üyesi bir yüksek hâkim olması şarttır.» dan ibarettir.

Bu izah tarzını kabul ile bu noktaya geldikten sonra, şu sonuca varılabilir: 44 numaralı kanunun 20. maddesinin 8. bendi, bir önceki paragrafın sonunda tırnak içinde yazılı hükmü tevlid ettiğine göre ve lâfzı ve ruhu ile mütalâa edildikte: (a) 4788 sayılı kanunun U. Mahkemesi Başkanlığına ait 2 nci maddesini *lâfzı ile*; (b) Aynı kanunun Başkanvekilliğine ilişkin 4 üncü maddesini de, bu madde, U. Mahkemesinin yeni şekli, yapısı ve sistemi ile, bu şekil, yapı ve sistemi bozacak ve hattâ bu yeni şeklin bertaraf etmek istediği hususu devam ettirecek tarzda, tearuz halinde bulunduğundan, *ruhu ile* ilga etmiş, yani mezkûr 20/8 inci madde, kendisine lâfzı, ruhu, sistemi ile aykırı olan ahkâmı hükümden düşürmüş, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren uygulanabilir hukuk kaidesi olmaktan çıkartmıştır. Ayrıca, yine bu sonuç sebebiyle, bir an için hukuken imkân olsa bile, 4788 sayılı kanunun 4. maddesinin, A. Mahkemesi tara-

findan iptaline — ve talebine — lüzum da kalmamıştır. Talep halinde, A. Mahkemesinin, mezkûr 4. maddenin *tümünü*, 44 sayılı Kanunun 20/8 inci maddesi ile hükümden düşürüldüğünü ifade suretiyle red kararı vermesi gerekir <sup>37/3</sup>.

c) Son olarak <sup>38</sup>, bir an için, 4788 sayılı kanunun 4. maddesinin *mer'i bulunduğu görüşü kabul edilse* bile, lâfzına değil, ruhuna, yazılı metnin temelini teşkil eden teoriye uygun hareket edildiğinde dahi, Başkanvekilinin A. Mahkemesi üyesi bir yüksek hâkim olması lâzım geldiği noktai nazarı ileri sürülebilir. Zira, 4. maddenin delâlet ettiği bir husus da, U. Mahkemesi Başkanlığı gibi bir makam ve göreve vekâletin de Başkanın bulunduğu statü ve kademeyle eş statü ve kademe bulunan bir «yüksek yargıç» tarafından yapılması esasıdır. Kanun, en yüksek dereceli üyenin vekâletini, ancak, Başkana eş statü ve kademe bulunan diğer Birinci Başkanın da özürlü olması gibi imkânsızlık hali için kabul etmekle, Başkanlık makam ve görevinin, özürlü olmamak imkânı buldukça, herhangi bir yüksek hâkim değil, fakat «Birinci Başkan» mevkiindeki yüksek hâkim tarafından işgal ve ifasında isabet ve uygunluk mülâhaza etmiştir. Başka bir ifadeyle, kanun, U. Mahkemesi Başkanına vekâlet meselesinde, özürlü Birinci Başkanın yerini diğer Birinci Başkanın alabileceği esasını koymakla, Başkanlık makam ve görevinin işgal ve ifasında, asille birlikte vekil için de statüde mutlak ve tam eşitliği şart koşturmuştur.

Dördüncü madde, asil - vekil arasında bu statü ve kademe eşitliğini ararken, Başkan ve vekili ile mahkeme üyeleri arasında bir fark olmasını da istemiştir. U. Mahkemesine üyelerinden en yüksek derecelisinin veya derece ve kıdemlisinin değil, bir Birinci Başkanın başkanlık etmesi kaidelerini koymakla, kanun, başkanı hiç değilse «primus inter pares» mevkie getirmiş ve arada fark olması hakkındaki isteğini de ifade eylemiştir.

Bir taraftan 44 sayılı kanunun yürürlükte bulunmasına ve özürlü Başkanın da A. Mahkemesi üyesi olmasına; diğer taraftan bu fark ile asil - vekil münasebetine dayanarak: K: 3 sayılı «ilke kararı» alınırken, 4 üncü maddenin sadece, lâfzı yerine, metinle U. Mahkemesinin yeni yapısını bağdaştırıp te'lif edebilecek mahiyet ve nitelikte olan, ruhu ve teorisine ehemmiyet verilmek suretiyle; özürlü bulunduğu süre zarfında Başkana vekâleten Başkanlık makamı-

37/3) Bakınız: 38/1 sayılı dipnotuna.

38) Evvelce yazılanlar saklı kalmak üzere.



nı işgal, yetkilerini istimal ve görevini ifa edecek şahsın, A. Mahkemesi üyelerinden biri olması gerektiği sonucuna varılması mümkün idi.

### Sonuç : <sup>39</sup>

Uyuşmazlık Mahkemesinin 29 Şubat 1964 tarih ve 3 sayılı «ilke kararı», evvelce izahına çalıştığımız sebeplerden, hukuken sakat

39) İ.Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuasının XXX. cildinin 3 üncü sayısında neşredilmek amacıyla, Haziran ayında, hazırlanan bu içtihad kroniği, henüz, Mecmua İdare Hey'etine teslim edilmeden önce, 22 Ağustos 1964 tarihli Resmi Gazete'de, esas itibariyle, Uyuşmazlık Mahkemesine ve, bu arada Başkanvekilliğine, müteallik bir Anayasa Mahkemesi kararı çıkmıştır. İlk bakışta, bu karar (Ay. M.: 5 Mayıs 1964; E: 89, K: 36; RG.: 22 Ağustos 1964 - 11787), içtihad kroniğini abesle işgal eder hale getirmiş gibi bir intiba yaratırsa da; kronikte, Başkanvekilliği dışında daha bir kaç noktaya da temas edildiği ve, bunların gerekçe ve delilleri gösterilmek suretiyle izahına çalışıldığı; ve, karara rağmen, hukukî inceleme, tartışma ve izahdan başka, sonuç olarak da yine bazı noktalara ulaşıldığı ve bu hususlarda, A. Mahkemesi kararını, konusuna göre, tamamladığı veya kısmen/tamamen reddettiği için, yayınlanmak üzere takdimde bir sakınca görmedik.

A. Mahkemesinin, 5 Mayıs 1964 günlü kararı, «Gerekçe» başlıklı 7 maddeden ibaret kısmın, konumuzla ilgili olan parçalarının üzerinde durularak tahlil - tenkid edilecektir :

(a) Gerekçenin (1) numaralı maddesinde temas edilen hususlar ile azınlık ve çoğunluk görüşleri hakkındaki mütalâamız şudur: İçtihad notunun (1 ve 2) sayılı bölümlerinde yazılanlara göre, 1961 Anayasası, kendisine tekadüm eden aykırı kanunlar hakkında (A. Mahkemesine başvurma imkânının bulunmadığı pek istisnai hal veya haller hariç), *ademi ilga* esasını, yani bu nitelikteki kanunun, şu veya bu zamanda, otomatikman mülga sayılmaması prensibini vaz'ettiğinden, açık mucip sebepleri de gösterilmeyen, azınlık görüşünün kabulüne imkân yoktur. O itibarla, ademi ilga esasını benimsemek suretiyle, 4788 sayılı kanunu yürürlükte addeden, çoğunluk görüşüne, sırf bu neticeye inhisar etmek üzere, katılıyoruz. Bununla beraber, ekseriyetin de, ekalliyetin ve hattâ başlığı «muhalefet şerhi» olan şerhleri yazan üyelerin yaptığı gibi, Geçici 7 ve 8 inci maddelerin anlamı, fonksyon ve hükmü konusunda, bilhassa bu iki geçici maddenin «intikal devresi» ni düzenlemiş olmaları sebebiyle, aralarındaki münasebeti izahta, gerekçelerini açık ve anlaşılır bir şekilde göstermekte, her zamanki gibi, zayıf kaldığına da, işaret etmek isteriz.

(b) Gerekçenin, U. Mahkemesi Başkanlığı meselesine müteallik, (4) numaralı maddesi, «*Aynı konulara ilişkin olup kanunlarda yer alan hükümlerin, bir birine uymaması halinde sonradan konulan hükümlerin eskilerini yürürlükten kaldıracağı bir hukuk kuralıdır.*» sözleriyle, prensibi koyduktan sonra; müşahhas meseleye inmiş ve, «U. Mahkemesi Başkanlığına kimin seçileceğini Anayasa, hükümlerine uygun olarak ayrıca düzenlemiş» bulunan 44 sayılı kanunun 20/8 inci maddesinin, «Başkanın bulunmadığı toplantılarda Başkanlık görevini

ve hatalı bir karardır. Kararın, «fiilî ve hukukî durum tartışma konusu yapıldı sonuç olarak:» diye başlayan dört maddelik hüküm kısmında varılan neticeler ele alındıkta:

sıra kendisine gelecek olan diğer Başkan görür.» diyen, 4788 sayılı Kanununun 4 üncü maddesinin birinci cümlesini, *yürürlükten kaldırdığını* tesbit ve beyan etmiştir. Bu tesbit ve beyan, iki önemli hüküm doğurmuştur. Birincisi, A. Mahkemesinin, Hukukun yukarıda iktibas edilen prensibini, *geniş tefsir* etmesidir. İkinci hüküm de, birinciye murtabit olarak, U. Mahkemesi Başkanının bulunmadığı hallerde, onun yerine, Başkanlık görevini ifa etmek üzere sıranın kime geleceğini de, 44 sayılı kanununun 20/8 inci maddesine tevfikan halletmiş olmasıdır. A. Mahkemesi, 4788 sayılı kanununun 4 üncü maddesinin ilk cümlesinin, mezkûr 20/8 inci madde ile, yürürlükten kaldırılmış olduğuna hükmederken, içtihad kroniğinin (5/b) bölümündeki izahatla birleşmiştir. Mamafih, aynı sonuca ulaşırken, bunun mucib sebeplerini açık ve seçik bir şekilde vermediği gibi; gerekçenin (5) inci maddesinde yazdıkları da nazarı itibare alınarak mütalâa edilirse, tarafımızdan gösterilen mucib sebep ve izah tarzını da benimsemediği, böylece, neticede mevcut ittifaka rağmen, bu noktada ayrıldığını söyleyebiliriz.

(c) A. Mahkemesi, gerekçenin (5) inci maddesinde, 4788 sayılı kanununun 4 üncü maddesinin ikinci cümlesinin: Anayasanın 142 nci maddesinin, — kendi tâbiriyle — «açık hükmü karşısında» ve, «A. Mahkemesinin seçeceği Başkan katılmadan U. Mahkemesinin görevini yapması söz konusu olamaz. ... - Şu hal U. Mahkemesi Başkanlığının A. Mahkemesince seçilecek bir üye tarafından yapılması gerektiğini açıkça göstermektedir.» sebebiyle, «Anayasaya açıkça aykırı bulunduğundan» *iptaline* hükmetmiştir.

Kararın iki noktasına katılmamak mümkün değildir. Birincisi, U. Mahkemesi Başkanlığının, A. Mahkemesi üyesi yüksek hâkim tarafından yapılacağı; ikincisi de, 4788/4'ün ikinci cümlesini, Anayasanın 142 nci maddesine aykırı bulmasıdır. Bununla beraber, (5) inci maddede varılan «iptal» sonucuna, aşağıdaki ve kroniğin (5/b) bölümündeki sebeplerle iştirak edemiyoruz:

Kroniğin (5/b) bölümündeki izah tarzı ile, 4788 sayılı kanununun 4 üncü maddesinin tümünün, 44 sayılı kanununun 20/8 inci maddesi ile ilga edildiğini belirtmiştik. A. Mahkemesinin de, (4) numaralı maddede, 4788/4'ün birinci cümlesi için hareket ettiği nokta ve vardığı sonuca göre, aynı maddenin ikinci cümlesi için de aynı mucib sebeple, aynı hükmü vermesi iktiza ederdi. Çünkü: A. Mahkemesi, kararının (4) numaralı kısmında, 44 sayılı kanununun 20/8 inci maddesinin, 4788 sayılı kanununun 4 üncü maddesinin birinci cümlesini mülga kıldığına hükmetmiştir. Bu cümle, «Başkanın bulunmadığı toplantılarda Başkanlık görevini sıra kendisine gelecek olan diğer Başkan görür.» demek suretiyle, *U. Mahkemesi Başkanına «vekâlet» meselesini* düzenlemiş demektir. Zaten 4788 sayılı kanununun 2 - 5 inci maddeleri incelendikte görülür ki, 2 nci madde Başkanın kim olacağını tesbit ederken; 4 üncü madde her iki cümlesiyle, ikinci maddeye göre Başkan bulunan şahsın özürlü olduğu hallerde kimin vekâlet edeceği hakkında hüküm koymuştur. Diğer taraftan, 4 üncü maddenin iki cümlesi, aynı konuya, «Başkanlık görevi ve vekâlet» müessesesine (iki ihtimali de nazarı itibare alarak) taallük eden, birbirini hemen tamamlayan, ay-

a) Anayasanın G. 7 ve 8. maddeleri mucibince, 4788 sayılı kanunun 4. maddesinin uygulanması gerektiğini, binnetice en yüksek

rılmaz iki hükümdür.

Bu durum karşısında: A. Mahkemesi, 44 sayılı kanunun 20 nci maddesinin 8 inci bendinin, 4788 numaralı kanunun 4 üncü maddesinin «Başkanlık görevi ve vekâlet» meselesini düzeliyen iki cümlesinden, birincisini ilga ettiği hükmünü verince; ikincisi hakkında da, aralarındaki münasebet, mahiyet ve hükümleri sebebiyle, aynı sonuca varması iktiza eylerdi. Kısaca — tekrar edelim — A. Mahkemesinin, mezkûr ikinci cümlede, birincisi gibi ve aynı hukukî sebepten, mülga olduğunu tesbit ve beyan etmesi şarttı. Yukarda ortaya koymağa çalıştığımız hususlara binaen, A. Mahkemesinin, aynı konuya müteallik, bir bakıma tamamen aynı (ilk cümle, U. Mahkemesi Başkanı özürlüken kimin; sonraki cümle, Başkana vekâlet edecek I. Başkan da özürlüken kimin... Başkanlık görevini vekâleten ifa edeceği meselesini tanzim etmektedir) iki hükümden, benimsediği geniş tefsir tarzına rağmen, birini mülga sayıp, diğerini addetmemesi, hukuken isabetli ve doğru değildir. Bu sebeple, 4 üncü maddenin ikinci cümlesi hakkında verilen karara katılmıyoruz.

(d) A. Mahkemesinin 5 Mayıs 1964 tarihli kararına rağmen, içtihad kroniğinin «sonuç» kısmında yazılanların, elan, kabili dermeyan bulunduğu işaret etmek isteriz. Zira, A. Mahkemesi, 4 üncü maddenin birinci cümlesini mülga saymak; ikincisini de iptal etmekle, hareket noktaları ve ön şartları farklı olduğundan, tarafımızdan başka yollarla ulaşılan sonuca varmıştır. Başka bir ifadeyle, A. Mahkemesi de, bu kararı ile, iptal kararlarının hükmü ve 44 sayılı kanunun 20/8 inci maddesinin metni icabı, mezkûr 4 üncü maddenin hükmüne, hukuk âlemindeki varlığına tamamen son vermiş ve, bununla, U. Mahkemesinin Başkanının ve vekâlet edecek yüksek hâkimin de A. Mahkemesi üyesi olması gerektiği esasını ifade etmiş olmakla beraber; bu üyenin seçim - göreve geliş usulü, süresi gibi, Anayasanın 136 ncı maddesi gereğince, kanunla tanzimi gereken bu konunun esaslarını koyamamış olduğundan ve koyamayacağından yine bir boşluk vardır. Yani, bu karardan sonra, bu gün için, en yüksek dereceli U. Mahkemesi üyesi Başkana vekâlet edemeyecek ise de; A. Mahkemesi de bir üyesini Başkan vekili olarak seçip görevlendiremeyecek demektir. İşte, bu boşluğun doldurulması lâzımdır.

Son olarak bir noktayı daha tebarüz ettirmek isteriz. İchtihad kroniğine konu olan, U. Mahkemesinin 29 Şubat 1964 tarihli ilke kararı, A. Mahkemesinden gelen 24 Şubat 1964 günlü cevabi - karara uyulmak suretiyle verilmiştir. A. Mahkemesinin yeni kararı ise, 5 Mayıs 1964 tarihlidir. Bu kararın verildiği dâva ise, Anayasanın G. 9 uncu maddesine göre, A. Mahkemesinin göreve başladığının Resmî Gazete (RG.: 28 Ağustos 1962 - 11192) ile ilân edildiği 28 Ağustos 1962 den sonraki 6 ay içinde, yani en geç 28 Şubat 1963 günü açılmıştır. Şu halde, A. Mahkemesi, U. Mahkemesine mezkûr cevabi - kararı gönderirken, bu dâva açılmış ve açılalı en az bir yıl geçmiş bulunuyordu.

Buna göre, A. Mahkemesinin dâvayı sürüncemede bırakması ve sonra da ortalama bir buçuk ay ara ile, fikir değiştirerek, zıt kararlar vermesi hoş ve tasvibe şayan bir şey değildir. En isabetli hareket tarzı, A. Mahkemesinin, U. Mahkemesinden Başkan vekilliği konusunda yazı gelince, Adalet Partisi T.B.

dereceli üyenin Başkanlığa vekâlet edeceğini kabul eden (1) numaralı hüküm fıkrası ve gerekçesi, Anayasaya tekaddüm eden aykırı kanunların uygulanması, A. Mahkemesi tarafından iptal ve 4788 sayılı kanunun 4. maddesi ile ademi ilga prensibi ve istisnası hakkında verilen izahat karşısında, hukuken kabule şayan sayılamaz<sup>40</sup>.

b) 44 sayılı kanunun 27. maddesinin birinci bendine dayanarak mezkûr 4. maddenin Başkana vekâlet hükmünün «itiraz» yolu ile A. Mahkemesi Başkanlığına gönderilebileceğini öngören (2) numaralı — umumî ve mücerret mahiyetteki — hüküm fıkrası da, U. Mahkemesi önünde çıkan ihtilâflarda, A. Mahkemesine itiraz yolu ile başvurma konusunda yazılanlar muvacehesinde, hukuken tasvib olunmamak gerekir.

c) Kararın (3) numaralı hüküm fıkrası, yalnız neticesi itibariyle isabetli olmakla beraber; (2) sayılı fıkra ile birlikte mütalâa olundukta ve G. 8 inci maddeye verdiği anlam ve mezkûr 4. maddenin Anayasaya aykırı olmadığı mealindeki düşünüş sebebiyle, A. Mahkemesine müracaata «mahal olmadığı» şeklinde ifade edilebilecek gerekçe hatâlıdır. Zira, 4. madde Anayasaya aykırıdır. Ayrıca gerekçenin de, K: 3 sayılı «ilke kararı» nı, U. Mahkemesinin, 44 sayılı kanunun 27. maddesinde aranan nitelikte bir dâvayı veya hüküm ihtilâfını görmediği, sadece toplantı döneminin başında, Başkana vekâlet konusunda bir toplantı yaptığı ve meselenin bu esnada ortaya atılıp tartışıldığı ve görev uyumsuzluklarının halline ise Başkanvekilliği meselesinde karara varıldıktan sonra girişildiği, binnetice «itiraz» yoluna ait şartların ve hüküm ihtilâfının bulunmadığı olması gerekirdi. Kararın (3) üncü bendi, neticesindeki tasvibe rağmen, bu bakımdan da tenkide şayandır.

d) Diğer taraftan, K: 3 sayılı «ilke kararı» nı U. Mahkemesinin almaması icab ederdi. Zira, U. Mahkemesi, özrü sebebiyle Baş-

---

M.M. Grubu tarafından açılmış ve asgarî bir yıldır bekleyen dâvayı karara bağlamak ve U. Mahkemesinin isteğini de böylece cevaplandırmak olurdu. Mevzuatta bu şekilde hâsıl olan boşluk ile, U. Mahkemesinin toplantı zamanının gelmiş ve işlerin birikmiş olması, yasama organını da derhal harekete geçip, boşluğu doldurucu kanunu çıkarmağa sevkederdi. Ayrıca, U. Mahkemesi de, bir buçuk ay gibi çok kısa bir süre sonra, Anayasaya aykırılığı tesbit ve beyan edilen bir şekilde terekküb ederek toplanmak ve karar almaktan kurtarılırdı.

40) Kararda (Hüküm fıkrası: 1) varılan sonuç, 4. maddenin mülga olmadığı görüşünü, bir an için kabul suretiyle (5.) bölümün (c) kısmında yazılanlara göre dahi, sakattır.

kana vekâlet etmek üzere bir üyesinin görevlendirilmesini, Başkana ait hükümlerden istiane suretiyle, A. Mahkemesinden talep etmiştir. Anayasa Mahkemesi de bu talebi cevaplandırmaya yetkili merci olduğundan, bunun cevabî kararı üzerine, *U. Mahkemesinin* bu meseleyi yeniden ele alarak *tartışıp* karara bağlamaması iktiza ederdi. Zira, Muhakeme Hukuku Esaslarına göre, mahkemelerin kendileri, selâhiyetli merciden sâdır bir tasarrufla görevlendirilen üyelerinin, aslında bu görevi ifa ve makamı işgal edebilecek statü ve durumda bulunup bulunmadığı noktasını tartışamazlar. Bu konuda, yetkili merciin kararını tasvib veya reddeden bir kararı tezekkür ile almağa mezun değildir. Binaenaleyh, K: 3 sayılı «ilke kararı» bu bakımdan da sakattır; U. Mahkemesi tarafından hiç alınmaması icab eden bir karardır. Hâdisede, U. Mahkemesinin, A. Mahkemesinin cevabî - kararına uygun şekilde ve hiç münakaşa etmeksizin hareket etmesi lâzım gelirdi.

e) U. Mahkemesinin işbu kararı, «ilke kararı» başlığını da taşımasına göre, *şayet*, Başkanvekilliği meselesini bir esasa bağliyan, düzenliyen bir karar mahiyetini taşıyorsa, yani Yüksek Mahkeme, bu kararıyla böyle bir iş yapmak istemiş, bu saikle hareket etmişse, aslında kendi yetki, görev ve fonksyon sahasını aşmış demektir. Zira, bu husus mahkemelerin kuruluş, görev, yetki ve işleyişi meselesi olduğundan ve, Anayasanın 136. maddesinin açık hükmü ile, kanunla düzenlenebilecek mevaddan bulunduğundan, bu meselenin kanunla düzenlenmesi gerekir. Şayet 29 Şubat 1964 gün ve K: 3 sayılı karar, Başkanvekilliği hususunun ilkelerini koyan, düzenliyen bir karar<sup>41</sup> ise; aslında Anayasanın, yasama organı tarafından kanunla yapılmasını emrettiği bir husus, U. Mahkemesince alınan bir kararla, yapılmış olur ki, Anayasanın açık hüküm ve emri karşısında, böyle bir hareket ve karar tasvib olunamaz.

Fakat işbu kararın, alınış şekli, mahiyeti ve taşıdığı hükümler üzerinde durarak, «ilke kararı» başlığına rağmen, Devlet Şûrası Dâva Daireleri Genel Kurulu'nun misal olarak gösterilen 25 Haziran 1946 tarihli, numarasız kararından farklı olduğu; bu sebeple de, onun gibi kanunda açıkça mevcut olmıyan ve kanun konusu olan bazı hususları nizamladığı söylenemez. U. Mahkemesinin kararı, adına

41) Meselâ: 25 Haziran 1946 tarihli, numarasız, 4904 sayılı kanunun usule ait hükümlerinden bazılarının ne şekilde uygulanacağına dair Dş. D.D.G.K.'nin prensip kararı gibi (I. DURAN, Lûtfi: Türk İdare Mevzuatı, 1954, İstanbul, Sf.: 503 - 504).

rağmen, taallûk ettiği konuda prensip koymıyan, durumu tesbit ile beyandan ileri gitmiyen ve A. Mahkemesinin cevabî kararını te'yid eden bir karar mahiyetinde olup, bu derecede kalmıştır.

Mamafih, A. Mahkemesinin cevabî - kararı ihmal edilerek, K: 3 sayılı karar üzerinde durulduğu takdirde; mezkûr kararın, üzerinde henüz tereddüt edilen ve pozitif hukuk kaideleriyle kesin ve açık surette ele alınmamış Başkanvekilliği meselesini çözümleyen, düzenliyen bir karar vasfını taşıması sebebiyle, bir «prensip kararı» mahiyetinde olduğu da söylenebilir.

f) Bu içtihad kroniğinin (5.) bölümünün her üç kısmı şu noktada birleşmektedir: «U. Mahkemesi Başkanlığı ile görevlendirilen herhangi bir hâkimin A. Mahkemesi üyesi olması şarttır». Bu üç izah tarzı, U. Mahkemesi Başkanvekilliği konusunda ortaya çıkan Anayasaya aykırı durumu *bertaraf etmekle* beraber, sadece burada kalmakta, meseleyi etraflı bir şekilde nizamlamamaktadır. (5.) bölümün (a) kısmındaki, katıldığımız, izah tarzı sadece 4788/2 ve 4'ü mülga addetmiş olup, onun yerine bir hüküm koymuş değildir. Başkan ve vekilinin A. Mahkemesinden gelmemesini söyleyen bir kanun hükmü kalmadığı gibi, gelmesini ve bilhassa usulünü, süresini belirten bir kanun da yoktur. 44 sayılı kanunun, Başkan ve vekilinin A. Mahkemesi üyesi olacağı hükmünü koyduğu söylenebilirse de, bu kanunun bile, Başkanvekilinin süresi, göreve gelme usulü, kimin tarafından, ne zaman, nasıl seçileceğini ve bunlar gibi, ilişkin soruları cevaplandırmış, düzenlemiş değildir. Binaenaleyh, 44 numaralı kanun, (5.) bölümün (b) kısmındaki izah tarzına rağmen, Başkanvekilliği konusunda noksandır, yetersizdir. Bu sebeple, mezkûr (a) kısmına göre, Anayasanın 142. maddesi gereğince A. Mahkemesi üyesi bulunacak Başkanvekilinin, seçilme zamanı, usulü ve görev süresi ve şartları bakımından yasama organınca düzenlenmesi, doldurulması gereken bir boşluk kalmıştır. Kanun koyucunun, en kısa zamanda, 4788 sayılı kanunu tâdil veya 44 sayılı kanuna madde ilâvesi suretiyle, bu boşluğu doldurması temenni olunur.

44 sayılı kanuna müstenid sözügeçen (b) kısmındaki izah tarzı dahi, Başkanvekilinin A. Mahkemesi üyesi olacağını belirtmekten öteye gitmemekte; seçim usulü, zamanı, görev şartları ve ilgili diğer noktalarda kanunda bir boşluk olduğunu kabul eylemektedir. Binaenaleyh, bir evvelki paragrafta işaret olunan boşluğu 44 numaralı kanun kısmen doldurmuştur denebilirse de, önceki cümlede ya-

zılan noktalarda elan noksan vardır, kanun koyucu tarafından hüküm sevk edilmesi gerekmektedir.

Nihayet, biraz güç olmakla beraber (5.) bölümün (c) kısmı ile ihticac edilse bile, 4788/4, Başkanvekilinin nasıl, kimin tarafından, hangi usulle, ne süre için seçileceği meselesini cevapsız bıraktığından, kanunda mevcut bu boşluklar ve lâfzî aykırılığı gidermek için de, yasama organınının 4788'e madde ilâve etmesi ve tadilât yapması lâzım gelir.

Şu halde, U. Mahkemesi Başkanlığına vekâlet müessesesi, 29 Şubat 1964 gün ve K: 3 sayılı U. Mahkemesi kararından çok farklı şekilde ve esaslar dairesinde mütalâa edilmek, bu kararın verdiği hal tarzından farklı, izahına çalıştığımız, bir görüşü kabul etmek ayrıca işaret olunan bir çok noktalarda mevcut ve uygulanabilir pozitif hukuk kaidelerinin arzettiği boşluklar da, A. Mahkemesi veya U. Mahkemesinin prensip kararlarına bırakılmaksızın, Anayasaya göre de, kanun mevzuu oldukları için, yasama organı tarafından doldurulmak, düzenlenmek gerekmektedir.

*Asistan Sait GÜRAN*

### **Maksat Unsuru, Takdir Yetkisi ve Anayasa Mahkemesi**

T. C.

Anayasa Mahkemesi

Esas No. : 1963/170

Karar No.: 1963/178

Tarih : 5/7/1963

R. G., 4/11/1963

I — Anayasa Mahkemesi, 5680 sayılı Basın Kanunu'nun 31. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı konusunu tartışarak, sözügeçen maddenin, aşağıda özellikle ele alacağımız gerekçelere dayanarak, Anayasa'ya aykırı bulunmadığını 7/8 ekseriyetle kabul etmiştir<sup>1</sup>.

1) E. 1963/170, K. 1963/178 sayılı ve 5/7/1963 tarihli bu karar 4/11/1963 tarihli Resmî Gazetede yayınlanmıştır.

Ayrıca, sözkonusu karar Ord. Prof. Dr. S. Dönmezer'in, meseleye Anayasa Hukuku ve Hürriyetler açısından bakan ve İ.H.F.M. C. XXX, S. 1 - 2. s. 377 de bulunan bir «Mahkeme Kararı Kroniği» vesilesile yine aynı dergide yayınlanmıştır.

İptali istenen madde şudur : «Yabancı memleketlerde çıkan basılmış eser-

Şüphesiz biz burada meselenin Anayasa Hukukunu ilgilendiren tarafından çok, İdare Hukuku ile ilgili cephesini ele alıp değerlendirmeye ve bir sonuca varmaya çalışacağız.

Kararda : «...her ne kadar madde metninde men ve toplatma konusunda idareye verilmiş bulunan yetkinin, bir sınırı yok gibi görülmekte ise de, bir hukuk rejiminde idare, kanunların maksadına ve amacına göre onları uygulamakla görevli olup hiç bir zaman bu maksat ve amaç dışına çıkamaz. Yani idarenin yetkisi, kanunların maksat ve amaçları ile sınırlıdır. Kanunların maksat ve amaçları ise gerekçelerinde gösterilir ve meclislerde geçen görüşmelerle belli olur.» denilmektedir.

Meseleyi İdare Hukuku açısından ve şüpheli bir metodla incelemek istersek, önce maksat unsuru ve daha sonra da takdir yetkisinin maksat yönünden sınırlandırılması keyfiyetini tartışmak, böylece Anayasa Mahkemesinin kolay halledilir gördüğü bu meselenin gerçekten böyle olup olmadığını ortaya koymak gerekmektedir.

II — Maksat unsuru nedir? Fransız içtihatlarının ortaya çıkardığı ve hemen bütün müelliflerce de kabul edilen formül şudur : «tasarrufun, hizmet yararı ve umumî menfaatten başka bir maksatla yapılması», maksat unsurunda sakatlık teşkil eder<sup>2</sup>. Gerçi, Jèze'in de belirttiği gibi<sup>3</sup>, Fransız Devlet Şûrası, ilk kararlarında kullandığı ve kötü ifade ettiği kabul edilen tarifini değiştirmiştir. Ancak, kanaatimizce bu bir ifade başkalığından ayrı bir değişiklik getirmemiştir. Türk idare hukukuna pozitif olarak Devlet Şûrası Kanunu m. 23/3 ile giren maksat unsuru da esas itibarile Fransa'dakine benzer bir şekilde tarif olunmaktadır<sup>4</sup>. Görülüyor ki, bu

lerin Türkiye'ye sokulması ve dağıtılması Bakanlar Kurulu kararıyla menolunabilir.

Bu gibi basılmış eserlerin Bakanlar Kurulundan acele karar alınmak üzere, İçişleri Bakanlığınca karardan evvel dağıtılmaları men olunabileceği gibi dağıtılmış olanlar da toplattırılabilir.

2) *Alibert, R.* : «Le Contrôle Juridictionnel de L'administration» Paris, 1926, s. 236. C. E. 7/7/1916 Moreau kararı.

*Hauriou, M.* : Précis de Droit Administratif et de Droit Public. Paris, 1927, s. 419.

*Wigny, P.* : Droit Administratif, Principes Généraux, Bruxelles, 1962, s. 409.

*Vedel, G.* : Droit Administratif, Paris, 1964, s. 456.

3) *Jèze, G.* : La Jurisprudence Du Conseil D'Etat et Le Détournement de Pouvoir, R. D. P. 1944, s. 62.

4) Bu tarifler ve açıklamalar için bk. *Giritli, İ.* : «Türk Devlet Şûrası içtihatlarına göre İdarenin yetkisini saptırması. Tez. İst. 1957, s. 16 - 19.

Ayrıca yeni Danıştay Kanunu m. 30 ile adı geçen maddenin gerekçesine bk.



konuda Fransa'dakine yakın veya paralel diyebileceğimiz bir düşünüş Türk idare hukukuna hakim olmuştur. Maksat bütün idarî faaliyetlerde nihaî bir gaye olarak aranmakta ve bu sebeptendir ki, idare hukukunun temel prensiplerinden birini meydana getirmektedir. Ancak yukarıda belirttiğimiz ve doktrin ile içtihadın üzerinde tam bir mutabakata varmış görüldüğü kavramın mahiyeti nedir? Bunu üzerinde tartışacağımız mesele bakımından da, kanaatimizce, titizlikle incelemek zarureti vardır.

Hemen belirtelim ki, maksat unsurunu izah konusunda da, doktrinde ittifak vardır denilebilir. Gerçekten, genel olarak; maksat unsurunda sakatlık, hizmetin iyiliğine olmayan sübjektif bir sebebin varlığından doğar<sup>5</sup>. «Maksat tamamen sübjektif bir unsurdur : failin tasarruftan beklediği nihaî netice, gaye, onun kendi zihninde teşekkül eder»<sup>6</sup>. «Maksat derunî, batınî, psikolojik, sübjektif bir mahiyet arzeder. Bu unsuru taharrî ederken, bunu meydana koymak isterken failin zihnindeki tasavvurlarını, niyetlerini araştırmak ve bulmak zorundayız»<sup>7</sup>. «Maksat unsurunda sakatlığın araştırılması, şekil ve salâhiyet gibi dış unsurlarla değil, tasarrufu yapanın psikolojisi incelenmek ve hâkim tarafından değerlendirilmek yoluyla mümkün olabilecektir»<sup>8</sup>, denilmektedir.

Yukarıda belirtmeğe çalıştığımız gibi, Türk ve Fransız doktrininde bu hususta ittifak vardır. Doktrin nazarında maksat unsuru veya yetkinin saptırılması sübjektiftir ve bu sebeple failin niyetinin dahi araştırılması gerekir.

İşte bizim şüpheyile karşıladığımız ilk mesele buradadır. Acaba maksat unsuru gerçekten sübjektif midir?

Önce sübjektifin ne olduğu üzerinde duralım. Şuurlu bir süjenin içinde vuku bulan her türlü olaya sübjektif denir. Objektif ise, bunun tam tersine süjenin, aklın dışında olan gerçektir. Şu halde her şeyden önce şu meselenin çözümlenmesi gerekir : Kimin veya neyin maksadıdır, söz konusu olan? Tasarrufun unsurlarından, özellikle maddî unsurlarından (sebeup, mevzu, maksat) söz edilirken failin sübjektif durumu gözönünde tutuluyor mu? Sebeup unsurunda olduğu gibi, maksat unsuru bakımından da, süjenin dışında bazı

5) *Hauriou, M.* : A. g. e., s. 420 - 421.

6) *Onar, S. S.* : İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. I, 1960, s. 219.

7) *Sarıca, R.* : İdare Hukukunda Yokluk ve Butlan. Ebululâ Mardin'e armağan, s. 1244.

8) *Duez - Debeyre* : Traité De Droit Administratif, 1952, s. 392.

esaslar düşünülebilir. Kanaatimizce, meseleyi şu şekilde açıklamak mümkündür : idareyi belli bir tasarrufu yapmağa iten bir takım sebepler - ki objektifliği konusunda tereddüt edilmemektedir - yanında, fiilen idarî kararı alan idare ajanını tahrik eden başka âmiller de bulunabilir. Şimdi, ajan bakımından sübjektif değer taşıyan bu âmiller (sevgi, kırgınlık doğuran bir olay gibi), idare bakımından, idarî tasarruf bakımından, bir önem taşımaz. İdarî tasarrufta bulunması gereken objektif, hukukî veya fiilî vâkıalar dışarıdan etki yapar ve tasarrufun hukuka uygunluğunu sağlarlar. Şimdi biraz da maksat unsuruna dönelim : sebep unsurunda gördüğümüz ikili durum bu unsur bakımından da varittir. Ajan tamamen şahsî, hukuk dışı bir maksat güdebilir! Fakat hukukun, tasarrufta aradığı bir takım esaslar vardır ki, bunlar idareyi, başka bir deyişle süjeyi sınırlamaktadır. Bu sınırlama dışarıdan bir sınırlamadır. İdare namına irade izhar eden hakikî şahısların beyanları hukuk alemine çıktığında, tasarrufun unsurları dediğimiz kalıplara dökülür ve bu kalıplara uyduğu nisbette tasarruf sahih, uymadığı nisbette sakat olur. İntibaksızlığın söz konusu olduğu unsura da sakat denir. Yukarıda belirtmeğe çalıştığımız gibi, sebep unsuru için nasıl, tasarrufu dışarıdan sınırladığı gerekçesile objektif diyorsak, bizce maksat unsuru için de objektif demeğe bir manî yoktur.

Daha müşahhas bir misâl verelim : Bir sicil âmiri, özel bir münasebet yüzünden kızdığı bir memura, memurun gerçekten görülen devamsızlığını ileri sürerek kötü sicil verebilir. Burada sebep (objektif olarak) devamsızlıktır. Ancak tasarrufu yapanın iradesini tahrik eden saik, sübjektif sebep, memura karşı duyduğu kırgınlıktır. Maksatta da bu ikilik vardır, dikkat edilecek olursa. Devamsızlığın tahakkuku, memur hakkında çalışma şartları v.s. bakımlarından kötü sicil verilmesinin âmme menfaatine uygunluğunu gösterir; bu maksadın yanında, âmir tamamen şahsî olan, «memura zarar verme» gibi bir gaye gütmektedir. Sebep unsuruna objektif dediğimiz halde, maksat unsuruna neden şu halde sübjektif diyoruz? Çünkü, yukarıda izah ettiğimiz gibi, maksat unsurunun fail cephesinden de bir görünüşü vardır. Bu da failin, tasarrufta bulunması gereken maksadın dışında bir gaye gütmesi yüzünden sakat olan sübjektif maksadı bakımından söz konusudur. Nitekim Fransız doktrin ve içtihatları, daima bu sakat olan maksadı, «yetkinin saptırılması» adı altında gözönünde tutmaktadır. Tabiidir ki, bu sakat maksat sübjektiftir. Ancak bizi ilgilendiren tasarrufun maksat unsuru ve bunu tamamlayan esaslar objektiftir. Bu objektif esaslar,

ya açık bir şekilde gösterilir, ya da umumî olarak âmme menfaati şeklinde belirlenir. Açıkça gösterilme haline değinmeden önce umumî olarak âmme menfaati meselesini kısaca açıklamaya çalışalım. Âmme menfaati kıstası genel olarak, bir hukuk prensibi şeklinde İdare Hukuku alanında kabul edilmiştir, tasarrufun maksat unsurunu tanımlamak bakımından. Ancak bu tanımlama ilk bakışta sanılabileceği kadar kolay değildir. Zira bugün âmme hizmetleri o derece genişlemiştir ki, âmme menfaatinin ne yolda gerçekleştirilebileceği, üst hukuk normlarından çıkarılması gereken prensiplerin dikkatli bir hukukî tahlile tâbi tutulması ile ortaya konulabilir. Doktrinde de bu zaruret<sup>9</sup>, ve bunun zorluğu<sup>10</sup> kabul edilmektedir. Ancak, kanaatimizce tasarrufun maksadının âmme menfaati gibi umumî bir esasla sınırlanması hali istisnaîdir. Şöyle ki, genel olarak, tasarrufun maksadı sebebine bağlı ve onun gerçekleşmesiyle, gerçekleşmiş farzolanmaktadır. Gerçi sebebin her zaman kesin olarak varlığı görülmemekte ve bu yüzden âmme menfaati kıstasına gidilmemektedir. Ancak bu herşeyden önce sebep unsuru üzerinde yapılacak denetimin imkân nisbetine bağlıdır. Biraz daha açık olarak meseleyi tartışalım : sebep varsa maksat da elde edilmiştir; sebep yoksa maksat unsuru da, ya nazarî olarak tasarrufu gayesiz kılar, ya da âmme menfaatinin dışına çıkmış olduğu için tasarrufu sakatlar<sup>11</sup>. Bugün artık sebep unsuru da oldukça geniş düşünülmemekte ve idare mahkemesi bu unsurdaki murakabeyi oldukça geniş tutmaktadır. İşte yukarıda belirttiğimiz sebep maksat bağlantısı da gitgide maksat unsurunda yapılan denetimi daraltmakta, önemini azaltmaktadır<sup>12</sup>. Bu düşünüşe misâl olarak bazı kararlar gösterilebilir : idarî kararda, Devletin özel emlâkinin korunması gayesi güdülmüş bile olsa, sahillerin sınırlanmasındaki hukukî sebep gerçekleşmiş bulunduğundan, bu idarî karar aleyhine açılan iptal dâvası reddediliyor<sup>13</sup>. Yine başka bir olayda, idare sakat olan bir tasarrufunu geri alıyor; tasarrufun sebep unsuru, önceki tasarrufun sakatlığıdır. Ve bu gerçekleşince artık idare ajanının veya ajanlarının sübjektif maksatlarıyla ilgilenmeğe lüzum görülmediğini düşündürecek bir sonuca varılmış ve iptal isteği reddedilmiş-

9) *Onar, S. S.* : A. g. e., s. 220.

10) *Sarıca A.* : A. g. m., s. 1248.

11) *Bonnard, R.* : R. D. P., 1938, s. 141 - 142.

12) *Vedel, G.* : A. g. e., s. 457.

13) *C. E.* : Arrêt de la Raudière 25/6/1937, Rec., s. 22,

tir<sup>14</sup>. Danıştayın da bazı kararlarında bu husus yer almaktadır bizce. Nitekim Danıştay, üst derece maaşa liyakat, üstlerin tasdikine vabestedir; sicil dosyası, bir üst derece maaşa lâyük görülmeyerek kıdemin tasdik edilmediğini göstermektedir, diyerek ve gerçekleştiğini kabul ettiği bu sebep karşısında maksat unsuruna gitmeyecek, dâvayı reddetmiştir<sup>15</sup>.

Bu açıklamaların bizi götürdüğü sonuç ortadadır : Maksat unsurunda denetim, ancak sebepte denetimin mümkün olmadığı - yer ve zaman seçme<sup>16</sup> gibi idarenin mutlak olarak serbestçe tayin edebileceği kabul olunan hususlar da dahil olmak üzere - zaman sözkonusu olabilecektir. Bu gerektiği zaman da ancak objektif esaslara göre maksat unsurunun sıhhati denetlenecektir. Şimdi, objektif olduğunu ileri sürdüğümüz maksat unsurunun bu mahiyetinden çıkan sonuçları belirtmeğe çalışalım.

Bizce maksat unsurunun objektifliğinden çıkan sonuçlardan birinci ve belki de en önemlisi şudur: Tasarrufu yapanın özel gayesi ne olursa olsun, objektif olarak tasarrufta aranan maksat gerçekleşmişse artık üzerinde ihtilâfın söz konusu olduğu idarî tasarruf, bu unsur bakımından hiç olmazsa, sıhhatlidir. Nitekim bu konuda Fransız Devlet Şûrası, doktrin tarafından da yerinde görülmüş olan bir karar verilmiştir. Kararı şu şekilde özetlemek mümkündür: bir ticarî firmanın reklâm afişlerini, şehrin ulaştırma hizmetini imtiyaz yoluyla görmekte olan tramvay ve omnibus işletmesi, vasıtalarının camlarına yapıştırmaktadır. O şehrin belediyesi bu mesele üzerinde titizlikle durmakta, yolcuların rahatsız olduklarını ileri sürerek afişlerin indirilmesini işletmeden istemektedir. Ancak adı geçen işletme, hem camların reklâm afişi yapıştırmağa daha müsait hale getirildiğini, hem de belediyenin bu iş üzerinde diğer ticarî firmaların etkisi altında kalarak durduğunu ileri sürüyor. Nihayet şehrin valisi meseleyi ele alarak, İşletmenin bütün vasıtalarında uygulanmak üzere reklâm afişi asılmasını yasaklıyor. Fransız Devlet Şûrası, maksat unsuru bakımından meseleyi inceliyor ve, idarenin münhasıran adı geçen ticarî firmayı hedef tutmadığını - yani muteber bir maksadın varlığını kabul ederek - ileri sürüp dâvayı

14) C. E. : Arrêt Gras. 11/1/1935, Rec., 40. Ayrıca bu kararlar için bk. Bonnard R. D. P. 1938, s. 138 - 144'deki not.

15) Danıştay 8. Daire, E. 960/99, K. 960/2508 T. 19/11/1960 8. Daire Kararları 1960 - 1963, s. 61 - 62.

16) Danıştay 8. Daire, E. 60/11045, K. 62/701 tarih, 14/2/1962, s. 60 - 61.

kabul etmiyor<sup>17</sup>. Türk doktrininde de, idarenin, kanunun maksadına uymakla birlikte başka bir gayeyi de gerçekleştirmiş olması halinde, tasarrufun sakat olmayacağı düşüncesini benimsediği söylenebilir<sup>18</sup>.

Maksat unsurunun objektifliğinin ortaya çıkaracağı ikinci bir husus da, İdare Mahkemesinin yapacağı incelemenin mahiyetiyle ilgilidir. Gerçekten, bu esastan hareket edilince artık tasarrufu yapanın psikolojisini incelemek lüzumu, bizce, yoktur. Gerçi, Fransız Doktrininde tasarrufu yapanın psikolojisi veya niyetlerinin<sup>19</sup> araştırılması gerektiği belirtilmekte, Türk doktrininde ise açıkça, «Maksat batınî, psikolojik, sübjektif bir mahiyet arzeder. Bu unsuru taharri ederken, bunu meydana koymak isterken failin zihnindeki, kalbindeki, derunundaki tasavvurlarını araştırmak ve bulmak zorundayız»<sup>20</sup> denilmek suretiyle Fransız İdare Hukukununkiyle aynı prensiplere varılmaktadır. Bizce buna lüzum yoktur. Zira maksat unsuru İdare namına irade izhar eden hakikî hukuk süjesinin dışındadır ve objektif esaslara göre çerçevesizdir. Esasen failin tutumundaki maksat idare hâkimini ilgilendirecek olursa, failin hata ile âmme menfaatine uygun sandığı bu tasarrufa giriştiği anlaşıldığı takdirde bu hukukî muamele sakat olmayacak mı? Yargı denetimi açısından önemli olan failin niyeti değil, tasarrufun hukuk alanında doğurduğu neticenin âmme menfaatine uygunluğudur. Bu sebeple suale menfi cevap verilemez kanaatindeyiz. Kaldı ki, İdare Mahkemesi failin âmme menfaati maksadı gütmesi halinde dahi, o konudaki tasarrufları için tayin edilmiş ayrı - bazan daha dar fakat bazan, malî ve sıhhî maksatları misalinde olduğu gibi hemen aynı genişlikte - bir maksadın gerçekleşmesini arayabilir ve bulamadığı için de tasarrufu iptal edebilir. Şu halde İdare Mahkemesi, tasarrufun, önceden belirlenmiş maksada uygunluğunu araştırmakla yetinecektir. Nitekim, Fransız doktrininde bir ara - araştırmamanın genişliği meselesi bakımından - bu görüş savunulmuştur<sup>21</sup>.

17) *C. E.* : Compagnie des omnibus et tramways de Lyon. 6 Mayıs 1921, Rec., 456, Hükümet Komiseri Corneille'in düşünceleri : R. D. P. 1921, s. 520. Ayrıca bk. : *C. E.* Syndicat professionnel des marchands forains de Lyon. 2 Aralık 1910, Rec., 861.

18) *Sarıca, R.* : A. g. m., s. 1251 - 1252 ve *Giritli İ.* : A. g. t., s. 39.

19) *Duez - Debeyre* : A. g. m., s. 392, *Vedel* : A. g. e., s. 456.

20) *Sarıca, R.* : A. g. m., s. 1244.

21) *Michoud, Duez - Debeyre* : A. g. e., s. 393 den naklen.

Yukarıdaki açıklamalarımızdan çıkan diğeri bir sonuç da, bir tasarrufun maksat unsurunun üst hukuk normlarının çizdiği sınırlarla tanımlanabilmesidir. Şöyle ki; Meselâ bir idarî tasarrufun dayandığı kanunun maksadı - kanun Anayasa'ya aykırı olamayacağına göre - Anayasa prensiplerine uygun olarak belirlenecek ve idarî tasarrufu denetleyecek olan yargı organı da bu hususu gözönünde tutacaktır. Herhalde maksat unsuru objektif olarak kabul edildikten sonra, bu unsuru tayin edecek nihaî kıstas kanun vazının niyeti olamaz. Daha üst normlara gitmek imkânı mevcuttur daima. Bu konuda, Anayasa Mahkemesi kararına ilişkin düşüncelerimizi biraz daha aşağıda açıklamaya çalışacağız.

Maksat unsurunun «objektif» olarak kabulü, faal idare bakımından da önem arzeder. Şöyle ki, failin niyetlerine kadar inen bir araştırma ve bu araştırmanın sonunda verilebilecek kararlar, kriter yetersizlikleri yüzünden insicamsız ve faal idareyi tereddütler içinde bırakabilecek nitelikte olur. Esasen bizce, bu yüzden ki, maksat sübjektif telâkki edildiği halde, failin kötü niyetine rağmen âmme menfaatinin gerçekleşmesi halinde tasarrufun iptal edilmesi yerinde görülüyordu. Oysa objektif maksadın failin gayesinden ayrı düşünülmesi meseleyi kolayca izah edebilir.

Bir diğeri sonuç da, sebep ile maksadın birleşmesi halini izah edebilmesidir, bu görüşün. Gerçekten, eğer maksat unsuru sübjektif olsaydı nasıl olup da, objektifliği üzerinde tereddüt edilmeyen sebep ile - bazı hallerde - birleşebilecekti? Başka bir deyişle, nasıl olup da failin niyeti, gayesi hiç dikkate alınmaksızın, sebep gerçekleşince maksat da gerçekleşmiş sayılabiliyor? Bizce bunu ancak maksat unsurunun da objektif olması izah edebilir.

Nazarî bakımdan değeri taşıyabilecek ve diğeri sonuçlara göre ikinci derecede sayılabilecek bir husus da, failin güttüğü maksatlara göre yapılacak sınıflandırmaların bir faydasının olmayacağıdır. Failin, siyasî, şahsî, üçüncü şahısları korumak v.s. şeklindeki niyetleri tıpkı hüsnüniyeti kadar idare mahkemesinin denetim alanı dışında kalır. İdare Mahkemesi, objektif hukukun tasarruftan beklediği sonuç elde edilmiş midir, ona bakacaktır sadece. Ve her olay için ayrı ayrı sonuçlara varabilecek araştırmalara girişmiyecektir. Bir ceza dâvası ile iptâl dâvasının temel prensipleri ile gayeleri arasında farklar, faili nazara alan esasların iptâl dâvasında gözetilemeyeceği düşüncesini, bizce haklı kılmağa yeter.

Kanaatimizce, maksat unsuru objektif olarak kabul edilince, idare bakımından, gereken şartlar içinde, bir tasarruf maksat unsurundaki sakatlığı ileri sürülerek geri alınabilir: Öyle sanıyoruz ki, fail, maksat unsuru sübjektif olsa idi, özellikle kötü niyetle hareket ettiği hallerde, bu hususu ileri sürüp tasarrufu geri almaya gidemezdi. Bizce yine aynı sebepledir ki, idarî makamı işgal eden hakikî şahıs gidip, yerine gelen, henüz geri alma müddeti dolmadan eski ajanın bir tasarrufunu, maksat unsurundan sakatlık görek geri alabilir. Maksat unsuru sübjektif telâkki edilecek olursa bunu ancak iptâl dâvası yoluyla yapabilecek demektir. Zira daha önceki ajanın niyetleri, kasdı... sözkonusudur, kendisi tartışamaz. Ancak itiraf etmek gerekir ki, bu husus daha çok nazarî bir önem ifade eder.

Buraya kadarki açıklamalarımızdan sonra varılması gereken genel sonuç şu olacaktır : maksat unsuru objektiftir; failin maksadı sübjektif olmakla beraber, objektif maksattan ayrılması halinde bir önem ifade etmez, yine objektif maksadın gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılır. Maksat unsurunun objektif olması, tatbikî ve nazarî bir takım sonuçlar doğurmaktadır. Maksat unsurunun sebep unsuru ile olan ilişkisi de, sebep unsurunda artan denetim yüzünden, maksat unsurunun önemini azaltmakta ve bizce, yalnız sebepte denetimin kesin olarak imkânsız bulunduğu hallerde denetim aracı olabilmektedir.

Şimdi Anayasa Mahkemesi kararını, idare hukuku açısından değerlendirebilmek için takdir yetkisinin maksat unsuruyla ilişkisi üzerinde biraz durmak gerekmektedir. Zira Anayasa Mahkemesi gerekçesinin bizi ilgilendiren en önemli kısmı bu ilişkiye dayanıyor.

III — Takdir yetkisi idarenin, bir serbestçe karar alma, serbestçe hareket edebilme imkânıdır. Bunun tam tersi bağlı yetki denen haldir. Bağlı yetki, önceden tesbit edilmiş kaidelere göre hareket etme mecburiyetinin yüklenmesidir. Fakat aslolan bu iki uç arasındaki hallerdir. Esasen, doktrinde de bu şematik durum gerçekleri ifade eder addedilmemektedir<sup>22</sup>. Şu halde bağlı yetki vardır denilen yerlerde takdir yetkisi, mutlak takdir yetkisi vardır denilen birçok yerde de yargı denetimi olabilecektir. Ancak kanaatimizce, kısaca da olsa incelenmesi gereken bir mesele karşımıza çıkmaktadır, bu noktada. Bizi yakından ilgilendiren bu mesele şöyle ifade

22) *Waline, M.* : Le Pouvoir Discretionnaire de L'administration Et Sa limitation Par Le Contrôle Juridictionnel, R. D. P., 1930, s. 198, 223.

edilebilir: takdir yetkisinin sınırı olarak gösterilen maksat unsuru gerçekten böyle bir fonksiyon ifa etmekte midir? Bugüne kadar doktrinde kabul edilen görüş budur. Ancak biz, söz konusu meselelerin, bir takım tatbikî sonuçlarını da gözönünde tutarak, bu kadar basit bir şekilde çözümlenebileceğini sanmıyoruz. Önce şu hususun aydınlanması gerekir bizce : maksat unsurunda denetim takdir yetkisinin mi sınırıdır, yoksa takdirî tasarrufun mu? Bizce bu sorunun cevabı önce takdirî tasarruf ile takdirî yetkisi arasındaki fark açısından cevaplandırılmalıdır. Takdirî yetkisi bir tasarrufun, genel olarak belli bir unsurunda, az veya çok bir hareket serbestisidir. Takdirî tasarruf ise kanaatimizce mutlaka bütün unsurların serbest bırakılmış olmasını gerektirmeyen başka bir plânda bir serbestidir. Biraz daha meseleyi açıklamaya çalışırsak; bir tasarrufun sebep unsuru tamamen serbest bırakılmışsa ve - diğer unsurların da sıhhatli olması şartıyla - maksat unsurunda da denetim imkânı yargı organına tanınmamış bulunursa, söz konusu tasarruf, takdirî, keyfî addedilmeyecek mi? Bizce bu hususta tereddüde mahal yoktur. İşte maksat unsurunda denetimin rolü bu noktada ortaya çıkmaktadır. Adı geçen unsur keyfî tasarruf meselesini hukuka bağlı devlet fikri açısından çözümlenmiştir. Demek ki, takdir yetkisi ile maksat unsurunda denetim iki ayrı plânda düşünülmesi gereken meselelerdir. Danıştayın Türk doktrininde de tenkit edilen<sup>23</sup>, bir kararında<sup>24</sup>, kanaatimizce bu nokta yanlış anlaşıldığı için yersiz bir sonuca varılmıştır. Gerçekten bu kararda, «Âmme hizmetlerinin ifa ve icra tarzlarının takdiri bunları ifa ile mükellef makamlara aittir» denilerek yargı denetimi uygulanmamıştır.

Oysa ihtilâf yaratan idarî tasarrufun esas unsurunda bulunabilecek mutlak takdir imkânı, maksat unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği aranmadığı takdirde, bu konuda, keyfî tasarrufa yol açar. Şu halde, maksat unsurunun fonksiyonu, yukarıdaki kararın vardığı sonuçtan da anlaşılacağı üzere, keyfî tasarrufu önlemektir. Takdir yetkisi ise, belli bir unsurda az veya çok bir hareket serbestisini ifade eder. Ancak bu serbestinin sınırları yine yargı organında kaynağını bulan bazı esaslarla çizilmiştir. Önemli olan, belli bir husus için yargı denetimi yapılırken takdir yetkisi ile karşılaşıldı-

23) *Giritli, İ. : A. g. e., s. 49.*

24) Danıştay D. D. G. K. 9/3/1951 tarihli karar. *Giritli : A. g. e., s. 49'dan naklen.*



ğının kabulü bakımından, bu yetkinin yerinde kullanılıp kullanılmadığının yargı organı tarafından araştırılabileceğidir. Bu yüzden ki, idarenin takdir yetkisi yıllarca Fransız doktrinini en çok meşgul eden meselelerden biri olmuştur. Neden bu kadar üzerinde durulmuştur, takdir yetkisinin? çünkü sınırlarını gösterecek kriterleri bulmak zarureti vardır. Çünkü, maksat unsurunun bir sınır olduğunu kabul etmekle iş bitmiyor. Meselâ, sebep olarak bazı vâkıalar örnek kabilinden üst kaide tasarrufta gösterilmiş olsa, ve idare bu esasa uygun gördüğü bir vâkıayı sebep göstererek bir tasarrufta bulunsa bundan doğacak ihtilâfta, yargı organı idarenin bu meselede takdir yetkisini yerinde kullanıp kullanmadığını araştırarak, yerinde kullanılmış görürse, bu unsuru sahih addetmiş olacaktır. Ancak üzerinde dikkatle durulması gereken husus bu unsurdaki bir denetlemenin yapılmış olduğudur. Biz, böyle bir denetimin sonucunda takdir yetkisinin varlığına ve yerinde kullanıldığına hükmedilmesi halinde, artık maksat unsurunda denetimin lüzumlu ve mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Yalnız şunu da hemen belirtmek gerekir ki, eğer herhangi bir unsurdaki denetim imkânı tamamen kalkacak şekilde yetki tanınırsa bu takdirde maksat unsuru, nihaî bir imkân olarak ortaya çıkar. Şu halde takdir yetkisi hangi unsurdaki söz konusu ise o unsur bakımından sınırlar çizilir, hudutlanır. Ve bu unsurdaki, bir denetimden sonra, takdir yetkisinin varlığı, yerinde kullanıldığı kabul edilirse artık o unsur «sakattır» denilemez. İşte bu sebeptir ki, maksat unsurunda denetim bugün artık istisnâî bir hal almış bulunmaktadır. Zira, idarî tasarrufların mantıken sebepsiz olamayacağı kabul edilmiş ve yargı merciinin hiç olmazsa bazı sebeplerin varlığını araştırabileceği kabul olunmuştur<sup>25</sup>. Şimdi bu açıklamalarımızı müşahhas bir misalle biraz daha aydınlatmaya çalışalım : Bakanlık emrine alma tasarrufu, «lüzumu sabit» olduğu takdirde denilmekle idareye sebep unsuru bakımından bir takdir yetkisi bırakmıştır. Ancak takdir yetkisi bir unsurun tamamıyla denetim dışı kalması demek olmadığından, bu lüzumun hangi objektif vâkıalardan doğduğu yargı organınca araştırılabilir. Eğer idare, bazı vâkıalar bildirirse, idare mahkemesi bu vâkıaların varlığını denetler; fakat gösterilen sebeplerin değerlendirilmesine girmezse bu noktada takdir yetkisini kabul etmiş olur ve takdir yetkisinin sınırlarını çizecek amprik bir kriter ortaya koyar. Ve eğer gösterilen sebep gerçekten var ise, maksat da gerçek-

25) *Luran L.* : İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul, 1964, s. 598.

leşmiş olur. Sonuç olarak denilebilir ki, takdir yetkisi belli bir unsurdaki denetimden sonra belirlenen bir yetkidir ve sınırları, kaynağını yargı denetiminde ve gerçeklerde bulabileceğimiz kıstaslarla çizilir. Biz bu açıdan düşünüldüğünde, istisnaî olarak da olsa, maksat unsurunda takdir yetkisinin bulunabileceğini kabul ediyoruz<sup>26</sup>.

Buraya kadar, tartışmak istediğimiz karardan mücerret görünen bazı önemli İdare Hukuku meselelerini, kendi açımızdan incelemeğe çalıştık. Ancak bu incelemelerimiz aslında, yukarıda karardan alınmış satırlardan anlaşılacağı üzere, doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesinin kararıyla ilgilidir. Şimdi hem genel olarak hem de, yukarıdaki düşüncelerimizin ışığı altında özel olarak söz konusu kararı değerlendirmeye çalışalım.

IV — Anayasa Mahkemesi, İdarenin keyfîliğe gidemeyeceğini zira maksat bakımından denetimin daima mümkün bulunduğunu söylemektedir. Bizce bu sırf nazarî bir düşünceden ibarettir. Zira maksat ne türlü düşünülürse düşünülün, hem tesbiti güç bir husustur hem de istisnaî olarak uygulanabilecek bir denetime imkân verir<sup>27</sup>. Bu yüzden Anayasa Mahkemesinin yaptığı gibi, «nasılsa maksat unsurunda denetim vardır» düşüncesi ile hareket etmek yerinde görülemez. Eğer maksat unsurunda denetim böyle genel bir şekilde uygulanabilecek olursa bu seferde faal idarenin tereddütler içinde kalması tehlikesi önlenemez. Anayasa Mahkemesi, bu kararında, yabancı ülkeler yayınları hakkında Anayasa'da bir hüküm bulunmadığı gerekçesiyle «kanun koyucu yabancı memleketlerde basılan gazete, dergi, kitap ve benzeri eserlerin yurdumuza ne suretle ve hangi şartlar altında sokulabileceğini tâyin ederken, Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerle ilgili hükümlerini gözönünde bulundurmak mecburiyetinde olmadığı gibi, Anayasa'nın 11 inci maddesinde yazılı bulunan temel hakların ve hürriyetlerin özünü kanuna karşı dahi muhafaza eden kayıtlarla da bağlı değildir.» sonucuna bağlanmaktadır. Şimdi, bu düşünüş karşısında, belli bir siyasî partinin prensiplerine bağlı bir Bakanlar Kurulu bu prensiplere göre, samimî olarak yabancı yayınlardan bazılarını, Türkiye'ye

26) Nitekim, Prof. Sarıca, genel kanaatin aksine, bu görüşü kabul ve müdafaa etmiştir. Bak. *Giritli* : A. g. e., s. 173, dipnot «10» dan naklen.

27) Nitekim Belçika'da maksat unsurunda denetim, Devlet Şûrası yargı bölümü genel kurulunca yapılabilen (Wigny : A. g. e., s. 410) dir. Fransa'da ise, yetkilerin en ziyade genişlediği 1939 - 1944 devresinde dahi maksat unsurunda denetim uygulaması pek az olabilmıştır. (G. Jèze : A. g. not, 60).

sokmak istemese, bu tasarrufu maksat unsuru açısından - maksat unsuru objektif telâkki edilmediği takdirde - nasıl denetlenebilir? Gerçi karardan aldığımız kısımda belirtildiği üzere, Anayasa prensiplerine dahi gidemiyecektir İdare mahkemesi. Zira Anayasa prensiplerine göre tasarrufun yönelmesi gereken maksat belirlenemiyecaktır. Ancak bu düşünce bizce yerinde görülemez. Aksi halde fiilen maksat unsurunda denetim kalkacaktır. Bu sonuç ise, Anayasa'nın 114 üncü maddesine de bizzat Anayasa Mahkemesi kararına da aykırı olur. Anayasa Mahkemesinin böyle bir sonucu istiyebileceği düşünülemez. O halde, yargı organı Anayasanın temel prensiplerine göre tasarrufun maksat unsurunu değerlendirebilecektir. Meselâ muhafazakâr bir siyasî partinin, Anayasa prensipleri dışına çıkmadan sosyalist eğilimi kuvvetlendiren bazı yayınları - tahmin edilen aksine, çok kere samimî olarak - tehlikeli addetmesi ve bu partiye mensup Bakanlardan kurulu bir hükûmetin de bu düşünüşün aracı olması mümkündür<sup>28</sup>. Tabîî bunun tam aksi hali düşünmek de yanlış olmaz. Bu sonuçlar ise, hiç olmazsa Anayasa'nın siyasî partilerle ilgili 56 ncı maddesi karşısında değerlendirilmeli, objektif olarak partiler arası eşitsizliğe yol açmamalıdır. İdarî tasarrufu denetliyecek yargı organının arayacağı objektif maksat Anayasa'nın hiç olmazsa söylediğimiz prensibinin - kaldı ki, az gelişmiş bir ülkede böyle bir konuda akla gelecek mesele esasen siyasî ve iktisadî prensiplere ilişkindir - ihlâl edilmemiş olmasıdır.

Fakat, ihtilâf konusu kanun idareye keyfî tasarrufa mesnet olacak kadar mutlak takdir imkânı vermiş değildir, ilk bakışta. Zira Anayasa Mahkemesi, bu kararıyla, «men ve toplattırma» işlem ve eylemlerinin muzır ve yıkıcı faaliyetlerle ilgili yayınlar hakkında uygulanacağını, kanunun müzakere zabıtlarına bakarak çıkarıyor. Kararın muhalefet şerhinde de belirtildiği gibi «muzır ve yıkıcı» tabirleri çok geniştir ve yargı organının uygulayacağı hudutlayıcı esaslar belirlenmemiştir. Şu halde İdarenin bu unsurdaki - ki sebep unsuru bu - takdir yetkisi nasıl çerçeveslenecek, ne gibi faaliyetlerin yıkıcı ve muzır telâkki edilmesi gerektiği kabul edilecektir? İşte Anayasa Mahkemesi, bu, halli pek güç ve Anayasa düzeyindeki problemi, İdare Mahkemesine bırakmıştır ki, bizce bu düşünüş yanlıştır. Neyin muzır ve yıkıcı olduğu belirlenmediğine göre, idare mahkemesi kendince bir takım esaslar uygulayacaktır. Bu tarz bir

28) Nitekim yabancı yayınlar konusunda hassasiyet gösteren de, Türkiye'de, iktidara namzet partilerden farklı prensiplere dayanan İşçi Partisi olmuş, meseleyi Anayasa Mahkemesine bu parti götürmüştür.

uygulama ya faal idareyi devamlı olarak yargı organı ile karşı karşıya bırakır, ve kanuna karşı hile veya fiilî durumlar ortaya çıkmaya başlar, ya da yargı denetimi çekingen ve tesirsiz kalır. Özellikle memleketimizin siyasal, sosyal ve iktisadî yapısı yönünden mesele düşünüldüğünde, daha önce de belirttiğimiz gibi, asıl problem siyasî esaslarda temelini bulacaktır. Bu ise Anayasa Mahkemesinin koyacağı prensiplerle düzenlenebilecek, adı geçen mahkemenin görev alanına giren bir iştir. Başka bir deyişle, Anayasa Mahkemesi, kanunun ilgili maddesini iptâl etmeksizin, İdarî tasarrufun sebebini teşkil edecek «muzır ve yıkıcı faaliyetlerin» neler olabileceğini, gerekirse örnekler veya bazı esaslar vererek, belirleyebilirdi. Şimdiki hale göre Bakanlar Kurulunun bu konudaki bir tasarrufu aleyhine Danıştayda bir iptâl dâvası açılrsa, Danıştay tasarrufu sebep unsurunu incelerken «muzır ve yıkıcı bir faaliyetin varlığını kabul ettiği takdirde maksat da gerçekleşmiş olacak, aksi halde - ki bunu Danıştayın değerlendirebilmesi çok güçtür - tasarruf sebep unsuru bakımından sakat kabul edilecektir.

Buraya kadarki açıklamalarımızdan çıkan sonuç şudur : Anayasa Mahkemesi Anayasa hukuku prensipleri bir yana, İdare Hukuku açısından da meseleyi çözümlenmeden, idareyi yargılamak durumunda olan yargı organlarına halli çok güç ve ancak teknik idare konusunda cevaz verilmesi gereken bir cömertliğe dayanan meseleler bırakmıştır.

Anayasa Mahkemesinin bu tutumu, yine İdare Hukuku açısından şu yolda da tenkid edilebilir : Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın yalnız 114/1 inci maddesinin bekçisi olamaz. Şu halde, kanun şeklindeki kaide tasarrufların - ki çoğu yürütme vasıtasıyla uygulanabilecektir - idarî tasarruflarla müşahhaslaşmış veya, genel de olsa daha alt dereceden kaide tasarruflarla belirlenmiş olması halinde «nasılsa idare mahkemesi bu tasarrufları denetliyor» diye Anayasa Mahkemesinin karar vermiş olması doğru görülemez. Daha kesin bir deyişle, Anayasa Mahkemesi, söz konusu kararındaki tutumuyla, fonksiyonunu 114/1 in muhafazasına indirgemiş görünmektedir. Yani adı geçen maddeye aykırı kanun olamayınca özellikle idarî yargı yolları açık demektir. Böyle olunca da - nasılsa maksat unsurunda denetim her zaman mümkün görüldüğünden - idareye çok geniş yetkiler veren bir kanunun Anayasa'ya aykırı olduğunu söylemeye LÜZUM yoktur. O halde sadece Anayasa madde 114/1 e aykırı olan kanunlar iptâl edilsin yeter! Tabiidir ki, böyle düşünül-

memiştir ama, böyle bir neticenin de ortaya çıktığı kabul edilmek gerekir.

Bizim vardığımız sonuç, yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, kanunun, hiçbir yeterli kriter konmaksızın olduğu gibi bırakılması yüzünden Anayasa'ya aykırı neticelere yol açabilecek nitelikte olduğudur. Bu durum fertler için olduğu kadar faal idare için de tehlikelidir. Gerçekten, Anayasa'ya aykırılığın faal idare aleyhine sonuçlar doğurması da pekâlâ mümkündür. Çünkü faal idare ile yargı organı arasında daha önce belirttiğimiz sebepler yüzünden bir takım yıpratıcı çatışmalar meydana gelebilir.

*Asistan Yıldızhan YAYLA*

## MEDENÎ HUKUK

### Zilyetliğe haklılık dâvası ve tapu siciline kayıtsız gayrimenkuller

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

E. : 8/1

K. : 2

Tarih : 6/3/1963

Kızı Cennet'in velisi olan Fatma Ercan ile Halil Şahin avukatı Sıtkı Çörtle aralarındaki müdahalenin önlenmesi dâvasının yapılan yargılanması sonunda; dâva keşif ve tanık deyimleriyle sabit olduğundan, dâva konusu gayrimenkulü dâvalı tarafından vâki müdahalenin önlenmesine dair Sivrihisar Sulh Hukuk Mahkemesinden verilen 21/5/1959 gün ve 130/178 sayılı hükmün incelenmesi dâvalı avukatı tarafından istenilmiş olmakla Yargıtay Sekizinci Hukuk Dairesince : (Medenî Kanununun 897. maddesi gereğince zilyed, gasb ve tecavüz fiillerine ve hakkına tecavüz eden kimse olduğuna vakıf olur olmaz istirdadı veya tecavüzün men'ini iddia etmediği halde dâva hakkından mahrum olur. Mahkemenin sureti kabulüne göre de dâvalı münazaalı yerin 6 seneden beri tarla olarak kullanılmakta ve halen de oraya zilyed bulunmaktadır. Şahitler ise bu müddetin daha da fazla bulunduğunu söylemişlerdir. Medenî Kanununun sözü geçen maddesi hükmü nazara alınmaksızın ilâmda yazılı düşüncelerle istirdada karar verilmesi kanuna aykırı olduğundan hükmün bu sebeple bozulmasına) karar verilip yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; önce verilen hükmün usul ve kanuna uygun olduğundan direnmeye karar verilmiştir.

Temyiz eden : Dâvalı Halil Şahin adına avukat M. Sıtkı Çörtle.

#### Genel Kurul Kararı :

Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnmeyi kapsıyan son hükmün süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

1) Medenî Kanununun 894, 895, 896 ve 897. maddeleri hükümleri, mal üzerinde zilyedlikten başka hiç bir hakkı bulunmayan kimsenin zilyedliğini korumak üzere konulmuşlardır. Halbuki Medenî Kanununun 902, 903 ve 904. madde-

lerinde düzenlenen zilyedliğe istihkak dâvaları, zilyedliği herhangi bir hakka dayanan kimseler tarafından açılabilir dâvalardır. Tapuda yazılı olmayan bir taşınmaz mal üzerinde aralıksız, çekişmesiz ve mâlik gibi, yirmi yıl zilyed bulunmuş kimse, Medenî Kanununun 639. maddesi gereğince o malın kendi malı olarak tescilini isteme yetkisini elde etmiş olduğundan, herhangi bir hakka dayanmayan zilyed durumunda olmayıp, malın kendi malı olarak tescilini isteme yetkisini elde etmiş olduğundan, herhangi bir hakka dayanmayan zilyed durumunda olmayıp, malın kendi malı olarak tescilini isteme hakkına dayanan zilyed durumundadır. O halde onun açacağı (zilyedlik konusu) malın geri alınması dâvası, Medenî Kanununun 895. maddesine dayanan bir yedin geri alınması dâvası değil, fakat sözü edilen kanunun 902 veya 904. maddesine dayanan bir zilyedliğe istihkak dâvasıdır ve bundan dolayı yukarıda anılan 897. maddedeki zamanaşımına bağlı tutulamaz.

2) Diğer yönden kocası ölen ve küçük kızıyla yalnız kalan bir kadının 6 - 7 yıl tarlayı ekmemiş bulunması, zilyedlikten vazgeçme olarak kabul edilemez.

3) Tapusuz ve taşınmaz malın 20 yıl zilyedliği sonunda 639. maddeye göre kendi malı olmak üzere tescilini isteme yetkisini kazanmış bir kimsenin, zilyedlikten vazgeçmiş olduğunu gösteren bir durum gerçekleşmiş olmadıkça kötü niyetle elinde bulunduran herhangi bir kimseden Medenî Kanununun 904. maddesi uyarınca malı her zaman geri isteyebileceğine ve bu dâvada dâvacı yararına tescili isteme yetkisi doğmuş, zilyedlikten vazgeçme durumu ise, gerçekleşmemiş bulunmasına göre direnme kararının sonucu doğru ve Temyiz itirazları ise yersizdir.

Sonuç : İtirazların reddiyle sonucu doğru bulunan direnme kararının onanmasına ve dökümü aşağıda yazılı (1020) kuruş ilâm giderinin temyiz eden tarafa yükletilmesine 6/3/1963 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

### **Kararın incelenmesi :**

Karar, tapu kütüğünde kayıtlı olmayan bir gayrimenkulü uzun bir süredenberi elinde bulunduran kimselerin, gayrimenkul kendilerinden gasbedildikten bir yıldan daha uzun bir zaman parçası geçtikten sonra da onu geri alabilip alamıyacakları sorusunu incelemektedir. Karara göre, böyle bir gayrimenkulde yirmi yıldan uzun bir süre zilyed bulunan kimseler, zilyedlikleri altındaki gayrimenkulün gasbedilmesinden bir yıl ya da daha çok zaman sonra da onun geri verilmesini isteyebilirler. Çünkü, MK. 897'de zilyedlik dâvaları için konulan hak düşümü süreleri (Yargıtay zaman aşımı demektedir) hiçbir hakka dayanmadan sadece zilyed bulunan kimseler için tanınmışlardır. Oysa, yirmi yıldan daha uzun süredenberi gayrimenkulde zilyed olanlar, bunun kendi adlarına tescilini isteyebilme hakkına sahib olduklarından, hakka dayanan bir zilyed durumundadırlar. Bu yüzden de açabilecekleri dâva MK. 895'teki zilyedliğin gasbedilmesi dâvası olmayıp, 902. ve 904. maddelere dayanan bir zilyedliğe istihkak dâvasıdır; olayda dâvalı durumunda bulunan

kimse de gaasıp, dolayısıyla kötü niyetli bulunduğundan - bu dâva kötü niyetli zilyedlere karşı her zaman açılabilir - gayrimenkul herhangi bir süreyle bağlı olmaksızın geri alabilir.

Kararın vardığı sonuç, itiraf etmek gerekir ki âdildir. Bir kimşenin yıllardan beri elinde bulundurduğu, ya da miras yolu ile kendisine kalan gayrimenkulü, gasbedilmesinden sonra bir yıldan daha çok bir zaman geçtiği için geri isteyememesi, şüphesiz ki hiç bir zaman tatmin edici bir sonuç değildir. Bundan başka özellikle olayımızda gayrimenkulleri gasbedilenlerin erkeksiz ve yetim olmaları meseleye bir de melodramatik unsurlar eklemektedir. Bu bakımlardan Yargıtayın bu kararı vardığı sonuç bakımından bu olay için yerindedir. Ancak, bu sonuca varmak için hareket noktası olarak kabul edilen düşünceler ve gerekçeler bizce yanlış ve hukuk sistemimize aykırı olduğu gibi, bu gerekçelerle her olayda haklı ve doğru bir sonuca varmak imkânı da yoktur. Nitekim eğer gayrimenkulü ele geçiren kimse iyi niyetliyse ve bu fiilin üzerinden beş yıldan daha çok bir zaman geçmiş bulunuyorsa eski zilyed Yargıtayın tanıdığı korunmadan yararlanamayacaktır. Bunun gibi gayrimenkuldeki zilyedliği 19 yıldan ibaret olan kimse de bu dâvayı açamayacaktır. Üstelik bütün bunların dışında bu âdil sonuca, hiç değilse kararın incelediği olay bakımından hukukumuzda uygun yollarla da ulaşmak mümkündür. Kaldı ki karar, biraz sonra göreceğimiz gibi Yargıtayın başka kararlarından da bir sapma teşkil etmektedir. Çünkü Yargıtay bazı kararlarında yirmi yılı doldurmuş bulunan zilyedin mülkiyet hakkından doğan müdahalenin önlenmesi dâvasını açabileceğini de kabul etmiş bulunuyordu. Biz şimdi bu yazımızla kararın yanlış olduğunu sandığımız noktalarını ve olayda varılması gereken sonuçları belirtmeğe çalışacağız.

Karar, önce bir gayrimenkul hakkında MK. 902. - 904. te düzenlenen dâvanın açılabileceğini söylemekle yanılmıştır. Çünkü bu dâva - ki bu dâvanın bir adı da menkul dâvasıdır - ancak menkullerin geri alınabilmesi için açılabilir. Hukukumuzda tapu kütüğünde kayıtlı olmayan gayrimenkuller için zilyedliği mülkiyete karine sayıp bu gibi gayrimenkullerin de menkul dâvası ile geri alınabileceğini kabul eden bazı yazarlar vardır<sup>1</sup>. Ancak onlar bile bu dâvanın gay-

1) *Reisoğlu* : La prescription extraordinaire et le transfert des immeubles non immatriculés en Droit suisse et en Droit turc, thèse, Lausanne 1956, s. 86, 93; *Akipek* : Menkul Dâvası, Ankara 1959, s. 24. Aksi ve doğru görüş; *Tekinay* : Eşya Hukuku Dersleri, Birinci Kısım, Giriş - Zilyedlik - Tapu Sicili, İstanbul 1964, s. 108.

rımenkuller için açılabilirliğini kabul ettikten sonra bir de zilyedin daha önce o gayrimenkulde zamanaşımı süresini doldurmuş olması şartını aramamışlardır. Şimdi ilk olarak tapuya kayıtlı da bulunmasa bir gayrimenkul hakkında niçin MK. 902 - 904'teki zilyedliğe haklılık dâvasının açılmıyacağını göstermeğe çalışalım.

Zilyedliğe haklılık dâvası, zilyedliğin gösterdiği hakka karine oluşunun bir sonucudur. Bu dâvada öbür zilyetlik dâvalarından farklı olarak fiilî durum hukuk düzeninin bir parçası olduğu için değil de, arkasındaki hakka karine olduğu ve o hak zilyedlik vesilesiyle korunma istendiği için korunmaktadır. Bunun için de bir şey hakkında söz konusu dâvanın açılabilmesi, ancak o şeyde zilyedliğin mülkiyete karine olabildiği durumlarda mümkündür. Öyleyse şimdi şu soru ile karşılaşırız. Tapu kütüğüne kayıtlı bulunmayan gayrimenkullerde zilyedlik mülkiyete karine olabilir mi? Bu soruyu olumlu cevaplandırabilirsek böyle bir gayrimenkulün zilyedliğe haklılık dâvası ile de geri istenebileceğini de kabul edebiliriz.

Bazı yazarlara göre, ZGB 957/MK. 905 bir karine koyar. Tapu kütüğüne kayıtlı bulunan gayrimenkullerde tescil mülkiyete karinedir. İsviçre Hukukunda eskidenberi bütün kantonlarda tapu kütüğü hemen hemen tamam olduğundan 26 B burada da tapu kütüğüne kayıtlı olmayan gayrimenkullerin durumunun ne olacağını gözönünde bulundurmamış, bunlara dair bir hüküm sevketmemiştir. Bu, bizim hukukumuz bakımından, kanunda büyük bir boşluğun varlığı anlamına gelir. Bu boşluğu yargıç, zilyedliği mülkiyete karine olarak kabul ederek dolduracaktır. Zilyedliğin mülkiyete karine olması ana kaidedir. Kanun, tapu kütüğüne kayıtlı gayrimenkuller bakımından bundan ayrılmış ve tescilin karine teşkil ettiğini söyleyerek bir istisna koymuştur. Tapu kütüğüne kayıtlı olmayan gayrimenkuller bakımından istisna gerçekleşmeyeceğinden yine ana kural uygulanmak, yani zilyedliğin mülkiyete karine teşkil ettiğini kabul etmek gerekmektedir<sup>2</sup>.

Tapu kütüğüne kayıtlı bulunmayan gayrimenkuller konusunda kanunumuzda bir boşluk var mıdır? İncelediğimiz fikirleri tenkide, önce bu soruyu cevaplandırmakla başlayalım. Gerçekten de kanunumuzda b u k o n u d a bir hüküm mevcut değildir. Fakat acaba bu konuda bir hükmün mevcut olmaması muhakkak kanunda bir

2) *Hirsch* : Zilyedliği Gasb ve ona Tecavüzden doğan tazminat talepleri (Madenî Kanununun 15. yıldönümü için armağan), s. 791; *Güral (Akipek)* : Türk Hukukunda Tapuda kayıtlı olmayan Gayrimenkullerin hukukî rejimi ve MK. 639/1 (AUHFD) 1952, N. 3 - 4, s. 86.



boşluğun bulunduğu anlamına gelir mi? Boşluk, kanunda bir meseleye tatbik edilebilecek bir hükmün bulunmaması demektir. Ancak dikkat edilmesi gereken, kanundaki her sükûtin bir boşluk anlamına gelmeyeceğidir. Kanunun bir konuda hüküm ihtiva etmemesi, o meseleyi özel olarak çözmek istemeyip, genel kuralların uygulanmasını derpiş etmesinin sonucu da olabilir<sup>3</sup>. Bu bakımdan kanunumuzun tapu kütüğüne kayıtlı bulunmayan gayrimenkuller konusunda hiçbir hüküm sevketmeyişi boşluk olarak tavsif etmek gerekli değildir. Kanun, böylelikle bunlara tapu kütüğüne kayıtlı bulunan gayrimenkullerin hükümlerinin - bu konuda elverişli oldukları ölçüde - uygulanmasını istemiş olabilir.

Ancak, tapu kütüğünde kayıtlı bulunmayan gayrimenkullerde tescilin mülkiyete karine olabilmesinin mümkün bulunmadığı açıktır. Fakat burada şu soruyu sormak gerekir: bu gibi gayrimenkullerde tescil mülkiyete karine teşkil etmediğine göre, başka bir şeyin karine teşkil etmesi gerekli midir? Gerekliyse bile, zilyedlik, bu rolü oynayabilir mi?

Önce, Hircsh'in menkullerin asıl, gayrimenkullerin ise istisna sayılmasına varan iddiası doğru değildir. Menkul ve gayrimenkuller tamamen ayrı iki kategoridir ve bir gayrimenkul tapu kütüğüne kayıtlı bulunmasa bile menkul addedilemez. Çünkü, onu menkullerden ayıran iktisadî ve sosyal önemi, tapu kütüğünde kayıtlı bulunmasa bile vardır. Bu yüzden de tapu kütüğüne kayıtlı olmayan gayrimenkullerde zilyedliğin, menkullerde olduğu gibi mülkiyete karine teşkil etmesi söz konusu olamaz.

Bundan başka, tapu kütüğüne kayıtlı bulunmayan gayrimenkullerde tapu kütüğündeki tescil mülkiyete karine olamıyor diye muhakkak bir başka şeyin mülkiyete karine olması şart değildir. Mülkiyet karinesi, alenîliğin bir sonucu ve onun sorumluluğudur. Halbuki gayrimenkullerde, mahiyet ve önemleri icabı, alenîlik ancak tapu kütüğü yolu ile gerçekleşebilir. Zilyedlik alenîliği sağlama bakımından çok daha güçsüzdür. Çünkü zilyedliğin - tapu kütüğü ile kıyas edilirse - gerçek hak durumuna uymama, onu aksettirme ihtimali çok daha kuvvetlidir. Bunun sonucu olarak, tapu kütüğündeki tescile b ü t ü n iyiniyetle güvenme durumları korunduğu halde (MK 931), zilyedlikte ancak bu zilyedliğin kurulması mâlike atfedilebiliyorsa (MK 901) bir korunma söz konusu olabilir. Böyle olunca, bu gibi gayrimenkuller üzerinde hak esasen alenîleşmediği

3) *Liver, Meier - Hayoz, Merz, Jaeggi, Huber, Friedrich, Kummer* : Berner Kommentar, Einleitung, Bern 1962, Art 1, N. 255.

için, bu alenîliğin sonucu olan mülkiyet karinesinin de bulunması hem imkânsız hem de anlamsız olur.

Son olarak, mülkiyet karinesi alenîleştirdiği hakkın gerçeğe uymadığı durumlarda, asıl mâliki hakkından mahrum etmemiz sonucunu doğurabileceğinden bununla ilgili hükümleri dar yorumlamak, üstelik onu zilyedlik gibi gerçek hak durumunu göstermesi ihtimali az olan bir duruma bağlamamak menfaatler durumuna daha uygun olur.

Bütün bu sebepler yüzünden gayrimenkuller tapu kütüğünde kayıtlı bulunmasalar bile, zilyedlik bunlarda mülkiyete karine teşkil edemez. Böyle olunca da bunlar hakkında mülkiyet karinesinin bir sonucu olan, zilyedliğe haklılık dâvası açılmaz.

Sadece bu gösterdiklerimiz bile, inceleme konumuz olan kararın niye yanlış olduğunu göstermeğe yeter. Ama bunun dışında kararın yanlış olduğu bir iki nokta daha var ki bunların da doğrularının bilinmesi bu karar için değilse de başka olayların çözülmesi için yararlı olabilir.

Yargıtayın kararına göre, yirmi yıl gayrimenkule zilyed bulunan kimse o gayrimenkulün kendi adına tescilini isteyebilme hakkına sahibolmuştur ve ancak bu durumda söz konusu dâvayı açabilir, çünkü zilyedliğe haklılık dâvasını bir hakka dayanan zilyed açabilir. Bu düşünce birçok açılardan kaabil-i tenkittir. Önce, menkul ya da zilyedliğe haklılık dâvasının açılabilmesi için onu açanın mutlaka aynî bir hakkının bulunması gerekli değildir. Tercihe değer bir zilyedliğin bulunması bu dâvanın açılabilmesi için yeter. Dâvayı açacak kimsenin mutlaka aynî hakka kavuşmuş olmasını ararsak, bu dâvanın sağladığı fayda da çok azalmış olur. Çünkü aynî hakka kavuşmuş bulunan kimse artık zilyedliğe haklılık dâvasını değil de herkese karşı süresiz olarak ileri sürülebilen aynî dâvaları açar. Üstelik karar, kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyetin elde edildiği an hakkında da kesin bir durum almadığından vardığı sonuçta ya yanılmıştır, ya da tutarsızlığa düşmüştür. Eğer, karar zilyedin mülkiyeti sadece yirmi yılın geçmesi ile değil de buna eklenen başka bir şartla - yargıcın kurucu kararı, itiraz süresinin sonuçsuzca geçmesi - kazanabileceğini kabul ediyorsa, ki karardan böyle bir anlam kolayca çıkmaktadır, ileri sürdüğü gerekçe yanlıştır; çünkü zilyed bu şartlar gerçekleşinceye kadar hiçbir hakka sahip değildir, sadece gayrimenkulün kendisi adına yazılmasını isteyebilir. Yok, zilyedin sadece yirmi yılın geçmesi sonunda da mülkiyeti kazandığını, sadece hakkını açıklayacak tescilin yapılmasını is-

pu kütüğü dışında herhangi bir yolla ona mâlik olan kimse, tam olur. Çünkü gayrimenkul tapu kütüğüne kayıtlı bulunmasa bile, tapu kütüğü dışında herhangi bir yolla ona mâlik olan kimse, tam bir mâlikin yetkilerinden faydalanabilir; gayrimenkulü gasbeden kimselere karşı müdahalenin önlenmesi dâvası açıp gayrimenkulü geri alabilir<sup>4</sup>. Artık bu durumda menkul dâvasının tapu kütüğüne kayıtlı olmayan gayrimenkuller için açılabileceğini kabul etsek bile - ki bizce yukarıda anlattığımız nedenler yüzünden mümkün değildir - onu zamanaşımı süresini dolduracak kadar elinde bulunduran kimse çok daha müessir geri alma imkânlarına sahip olduğu için, bu dâva hiçbir fayda temin etmez.

Biz, İsviçre'de ve Türkiye'de artık yerleşmeye başlayan görüşe katılarak yirmi yıllık zamanaşımı süresi sonunda zilyedin mülkiyet hakkına erişmiş bulunduğu inandığımızdan, yirmi yıldan daha uzun bir süreden beri gayrimenkulü elinde bulunduran kimselerin o gayrimenkulün mâliki olduğunu kabul ediyoruz. Bu yüzden de bizce, o, gayrimenkulü eline geçiren kimse iyi niyetli bile bulunsa, hiçbir zamanaşımı ya da hak düşürücü süre söz konusu olmaksızın, müdahalenin önlenmesi dâvası açıp gayrimenkulünü geri alabilir. Meğer ki, gayrimenkulü eline geçirenin lehine yeni bir fevkalâde zamanaşımının şartları gerçekleşsin.

Yargıtayımız da bundan önce bazı kararlarında, bu gibi durumlarda eski zilyedin zamanaşımı sürelerini doldurmuş bulunması hâlinde müdahalenin önlenmesi dâvası açabileceğini kabul ediyordu<sup>5</sup>. İncelediğimiz karar, bu görüşten de bir sapma teşkil etmektedir ve getirdiği sonuç haklı olsa bile gerekçeleri yanlış bulunduğu, ve haklı sonuca doğru yollarla da ulaşmak mümkün olduğu için isabetli değildir.

*Asistan Dr. Kevork ACEMOĞLU*

---

4) *Gloor* : Der aussergrundbuchliche Eigentumserwerb nach Schweizerischem Recht, Dissertation, Zürich 1929, s. 18.

5) Bu konuda iki örnek : VII HD. 7/6/1954, E. : 953/6914, K. : 95/4187; VII HD. 8/1/1954, E. : 53/2223, K. : 54/81.