

HUKUKLA BAĞLI DEVLET KURAMI AÇISINDAN KANUNLARIN ANAYASAYA UYGUNLUKLARI DENETİNDE " D E F İ "

Asistan Mehmedcan KÖKSAL

«Quel rêve, hein? pour un roi:
des bêtes! Ce serait ni simple.»
Antigone (à Créon)
J. Anouilh Antigone

Giriş.

Çağdaş Devleti, çeşitli kayıtlamaların sonucunda, Hukuk Devleti olarak niteliyoruz. Bu nitelemede, en yüksek siyasal kurum olarak Devletin kuruluş kurallarından çok, eylemleri ile işlemlerinin Hukuk açısından bir çerçeveye sığdırılmasının kayguları saklıdır. Yoksa, ap-açık bir gerçektir ki, Devleti Hukuk yaratmış değildir. Hukuk geniş anlamda, tasarımsal bir öncelikle Devletin üstünde bir yere konabilir. Fakat, hiç bir açıklama ile, onun varlık nedeni olamaz. Bundan ötürü de, bir sıralamada Devletle arasındaki ilgi açısından bir değerlendirme ölçütü olabilir. Hattâ Devletle çelişebilir. Aslında, Hukuku Devletin karşısına koyan da budur.

Devlet bugün için, çeşitli nedenlerle kuvvetli bir İcra kuruluşu olarak belirlenmektedir. Bu kuruluş büyük payı ile, İcranın nizamlama yetkisi ile de ortaklaşmıştır. Yönsel örnek, 1936 SSCB. AY. 49. SSCB. Yüksek Sovyet Presidiumu da, 1958 FR. AY. 34. de bu aşamadadırlar. Her iki AY. da İcra kuvvetinin yapıntılarını, kanun alanından daha etken bir alana çekerek, Yasama kuvvetine karşın bir duruma getirmişlerdir. Böyle bir hukuksal düzende, Devlet Kuvvetler Ayırımından kuramsal olarak çıkarıla-gelen nece süreler artığı, denetimsel umutlanmalarla ne derece hukuka bağlı kabul edilebilir? Gerçek hukuk normalarının kanun yazınlarındaki durumları, buna göre değiştirilmek, ya da nizamlanmak gerekmez mi?

Sırf kuramsal alanda kalsa idik, üzerinde çeşitli tartışmalar yapılanPréambule (Başlangıç) Demeçleriyle bile yetinmemiz kolay olacaktır elbet. (Préambule - Başlangıç Demeçleri) hukuksal değerlendirilmesi öncelikle Fransa'da uzun süreler tartışma konusu olmuştur. En yakın tartışma 1958 FR. AY. Başlangıç Demeci üzerinde yapıldı. Kanunların Anayasaya aykırılıkları konusunda, Başlangıç Demecine aykırılığın hukuksal değeri bahis konusu olunca, Anayasa Hazırlık Komitesi, Bşl. Demecinin Anayasaya katılmış olamayacağına, AY. ya aykırılığın da, bu nedenle genişletilemeyeceğine karar verdi. Pernot, bir süre önce Hauriou'nun, yüksek siyasal ilkeler, demesini ansıtacak bir deyişle, Bşl. Demeçlerinin ahlâksal ilkeler olduğunu belirtmektedir. — du Comité constitutionnel au Conseil constitutionnel. *Révue Politique des idées et des Institutions*. 30. Nov. 1958, s. 550.— Berlia ise, aksi kanıdadır. Ancak Berlia, burada açık yazıtlara değil de, 1946 FR. AY. nın özelliğinden aktarmalı düşünülere dayanmaktadır. Unutmamak gerekir ki, Bşl. Demeci bakımından, 1958. FR. AY. için 1946 FR. AY. nın büyük önemi vardır. Berlia'nın ileri sürdüklerinin açıklanışı için — *La Crise Constitutionnel de Mai - Juin 1958*, RDP, Sp-Oct. 1958.— Ayrıca Bşl. Demecinin 1958 FR. AY. için önemi bakımından çeşitli açıklamalar sağlık verilebilir¹.

Devletin, yargısal denetimi yapılabildikçe, ona hukuk niteliği verilebilir. Bunun da, işlemleri ile eylemleri açısından ayrıntılarını ortaya koymak gerekir. Devlet egemen kuvvetleri bakımından, daha yerinde bir hukuksal bir tanı ile görevleri bakımından, iki başlı bir yapı bütünlüğü gösterir: Yasama - İcra. Yargılama, başlıbaşına bağımsız bir olanaklıkla, çok kez siyasal düzenin dışında kalır. Yargılama bağımsız bir kuvvet olmaktan çok, görevlerin ayrılması ile açılan bir alana alınıp açıklanmak istenir. Egemen kuvvetin Devlette toplanması ile, onun bölünme kabul edemezliği yargılamaya bir kuvvet niteliği vermemize engel olur. Tüm bunlar Doktrinde, çeşitli açılardan tartışılmıştır², Montesquieu, bu ayrıntıyı bir güvenlik ögesi görmekle tartışmaların önemli bir yönde geliş-

[1] **Prelot (Marcel)**: *Pour Comprendre La Nouvelle Constitution - Etudes et Documents*, 1959 Paris, s. 53-55.

Georgel (Jacques): *Tableau de la 5. ème République selon la Constitution du 5. Octobre. 1958*, (*La Revue Administrative* 11. ème Année 1958. No. 65.)

[2] Bu konudaki tartışmaları burada özetlemek gerekmeyeceği açıktır. Ancak, Yargılamanın Kuvvetler Ayrımı Kuramlaşması bakımından durumu için 1923 lerde Duguit'nin yaptığı eleştiriler ilginçtir.

Duguit (Léon): *Manuel de Droit Constitutionnel*, 1923 Paris, s. 162 dv.

mesini sağlamıştır. — De l'Esprit des Lois, C. I, Kt. XI. Bl. VI. — TCAY 7. «Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.» demektedir. Aynı AY. 5. Yasama yetkisi'nden, 6. Yürütme görevi'nden bahsetmektedir. Kuvvetler dengesi, deyimlerde yerini bulmamıştır. Bu bakımdan, daha önceki sürelerde nizamlanan yasalarda da, bir uyar-tutarlık yoktur³.

İşte, hukuka bağlı Devletin yargısal denetim açısından kuramlanması da, bu Yasama-Yargı bileşkesinde ortaya çıkar. Kendi aralarında çeşitli farklılaşmalarla, üst-ast ilgisinde hukukun kanunsal düzenini kuran kurallar bakımından, Anayasaya uygunluk denetiminde bunun önemi daha açık olarak belirir. Sırasında, kanunların ya da hükümlerinin bile, bir yargılama konusu olabilmeleri hukuka bağlı Devletin açık niteliğidir.

Kuvvetlerin arasındaki denge ilineği, siyasal düzende çeşitli araçlarla denetimsel olarak kurulagelmektedir. Ancak, bizi burada özel olarak ilgilendiren, kanunların denetimindeki «Defi» yolu ile ortaya çıkan aşamadır⁴.

§ 1. GENEL OLARAK ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİ

I. Anayasanın uygunluk denetiminde yeri:

Bir denetleme, eylemini sağlayabilmek için, herhangi bir soyut normu gerektirir. Aslında bir önermeleşme olayı olan Denet, özellikle

[3] TC. AY. ları bu deyimlerde, asıl olarak kabul edilen kurama uygun deyimleri kullanmış değildir. Nitekim: 20.1.1337 (1921) TEK. 2. de «İcra kudreti ve teşri salâhiyeti» nden, 20.4.1340 (1924) TEK. 5. de «Teşri salâhiyeti ve İcra kudreti...» nden bahsederken, aynı Anayasanın m. 7. de, «... İcra salâhiyeti...» nden bahsettiği görülür. M. 8. ise, «Hakkı kaza...» deyimini kullanmaktadır. Kuvvetleri nizamlayan Fasıllar ise, bu durumla çelişiktir. İkinci Fasil, «Vazife teşriye» den, Üçüncü Fasil, «Vazife İcraye» den, Dördüncü Fasil ise, «Kuvve kazaiye» den doğan bir deyimsel karışıklık icinden 1924 AY. mn 4695 sayılı kanunla yapılan türkçe özleştirilmesi kanunu da böylesine, karışık deyimlidir.

[4] Çağımızın kendisine özne bir düşünüşle savunulmasına tanık olduğu Parlamenter rejim de, hukuka bağlı Devlet görüşünde, bir takım denet ilineklere kurmuştur. Ancak, bunlar, hiçbir zaman yargısal denet değildir. Bilindiğince, yargısal denet, içsel bir rejim deneti olan Yasama - İcra karşılıklarına uygulanamaz. Bütünü ile siyasal nitelikli Parlamenter denetler burada bizi ilgilendirmiyor. Biz, siyasete göre, tümü ile hukuksal bir alanda kahyozuz.

yargısal işlem, bu biçimde bir genel-büyük önermeye dayanmak zorundadır. Bu türlü bir önermeleşme, kanunların Anayasaya uygunluk denetinde, Anayasa büyük önermesinin genelliği açısından karşımıza çıkar. Bunun sonucu olarak da, denetimsel işlem ile somutlaşan işlem, başkaca işlemlerden ayrı bir nitelik kazanır, değiştirilemez. Çünkü böylelikle açıklanan durum, doğrudan doğruya Anayasadır.

Kanunların denetinde soyut norm Anayasa, ya da onun değişik maddeleri, hattâ ilkesel bütünlüğüdür.

Ancak, burada bazı açıklamalarda bulunmak gerekir:

Şu tanımladığımız Denetim işleminde yargıcın, (Anayasa Mahkemesi, Temyiz Mahkemesi, Olay Mahkemesinin) işlemlerinin niteliğinin⁵ yalnızca gösterici olması ile, Anayasanın duruksal (statique) tutumu birleşince, karanlık bir durum ortaya çıkabilir. Bu duruksal nitelik, açıktır ki, Anayasanın genellik yapısından doğar. Kanun, yönetmelik, tüzük... örneği çeşitli kurullarla Anayasanın ilkesel olsun, yapımsal olsun bu genelliği daha az soyut bir çerçeveye indirgenebilir. Fakat kendisi derhal somutlaştırılmaya elverişli değildir. Bu genellik, Anayasa için kolay olmayan değiştirilme, hattâ sırasında bazı konularda hiç değiştirilememe koşullarını da ardı sıra getirir. Bundan doğan bir sonuç da, bir çok Anayasaların, ya da Demeçlerin, sonrasında Anayasa yazınına girmiş de olsalar, geleneksel tutumların bekçiliğini yapmalarıdır. Bunda geçirilmiş sarsıntıların, ileride aynı yapıyı tehlikeye sokmasına karşı bir öngörü saklıdır⁶.

İkinci aşamada, yargısal denetimin de, yalnızca gösterici nitelikte olması dikkate alınır, Anayasa yargısının özel bir yanı ortaya çıkar. Anayasa yargısı, normlar basamağında temel düzenle

[5] Bu konuda Yargılama yollarını çözümlenmek, onların özelliklerini açıklamak gerekirdi. Oysa buna burada yer vermeyi gereksiz buluyoruz. Şu kadarını söyleyelim ki, Yargısal işlemin hukuksal özümlemesi çeşitli kanılara yol açmıştır. Biz, açıklamacı - açıklayıcı kanıyı benimsiyoruz.

[6] Bu bakımdan 1958 FR. AY. ilginçtir. 1946 AY. da bulunan Başlangıç Demeci de, daha çok süreler önce, çeşitli tarihsel sınavlarda ortaya atılmış, Hak Demeçleri de 1958 FR. AY. sınıfı Başlangıç Demecine alınmıştır. 1961 TC. AY. sı da, bir Başlangıç taşımaktadır. Üstelik, AY. 156. «... temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç Kısmı, (derhal belirtelim Anayasa'da Kısmı deyimi yoktur.) Anayasa metnine dahildir.» demekle Demecin hukuksal nitelik sorununu da, çözümlenmiştir.

ilgili kurallar üzerinde somutlaşır. Bunun yanısıra Defi yolu ile denette, doğrudan doğruya bireysel uyarıma bağlı bir yargılama olarak görünür. Ancak gene de, yargılama sonucu bir açıdan (dâvanın reddi dışında) kanun örneği genel bir normun hukuk alanından çekilmesi olarak belirdiğinde, yayılma alanı doğrudan doğruya toplumsal bir yargılamadır⁷.

Bunun sonucunda, Anayasa yargısında denet konusunun özelliği, bize Kesin Hüküm ile birleşerek, daha çevreli bir alanda incelemeler yapmamızı sağlayacaktır. Biz buna, aslında izlenen amacı işaret etmekle bir ara vermeyi düşünüyoruz. Yasama organının işlemlerinin böylesine bir denete konu olmaları demokratik sosyal Devletin başlıca özelliklerinden biri, hattâ başlıcasıdır. Böylece, ulusal egemenlik düşüncesinde kanuna tanınan üstünlük, onun yasama organlarının tekelinde kalması ile doğan sakıncalar açısından, «... bağımsız mahkemelerce» denge sağlayan bir görevle ele alınmış olacaktır. Bir yandan İdarenin bütün işlemleri ile eylemleri yargı denetimi dışında tutulmamakla, İdare Rejimi, yargısal güvenle işletilirken (TC. AY. 114. M.) nasıl genel eğilimle kuvvetli İcracılık hukuksallaştırılıyorsa, yasama açısından da durum, Anayasa deneti ile böyle bir duruma sokulmaktadır. Hukuka bağlı Devlet bu açıdan kuramsal bir kavram olmaktan çıkmakta, gerçek bir Hukuk olayı olmak yörüngesine girmektedir.

II. Anayasaya uygunluk deneti yolları:

Burada bilimsel bir sınıflama yapılabilir. Genel olarak, Anayasa Mahkemesi kurulmuş, ya da kurulmamış ülkeler açısından durum incelenebilir. Özellikle, yargıcın Hukuk yaratması işlemi üzerinde durularak Olay Mahkemelerinin kendi alanlarında bu deneti sağlamak için yaptıkları çeşitli yorumlar çözümlenebilir. Bunun karşısında, esasen Anayasa Mahkemesi kurmamış olan Anayasa koyucunun, ya da özellikle Kanun koyucunun tutumları tartışılabilir. Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi olan ülkelerin durumları ele alınabilir. Bunlar açısından da, değişik nitelermeler yapılabilir. Bu açıdan üstelik Anayasa Mahkemesinin işlemlerini de, incelemeye katıştırmak gerekir. Tüm bunlar konusu, özel olarak Kanunların Anayasaya

[7] Bu bakımdan TC. AY. 152. m. açıktır. Heride tartışılacaktır. Ancak, şunu şimdiden işaretleyelim ki, bu Genel-Özel etki, Anayasa yargılamasında, doğrudan doğruya yargı konusunun niteliğinden çıkmaktadır. (Kanun-İçtüzük tümü ya da, belli bir maddesi açısından hükme bağlanmasında, bu öncelikle gözlemlenebilir.)

uygunlukları denetinde Defi olan bir inceleme için, konunun dışına çıkmak olacaktır. Konumuzun sınırları arasında kalarak bu değişik noktalara ancak, çok gerekirse işaret edeceğiz.

Hukuksal olarak, mahkemelerin, siyasal kurumlara göre, daha güvenli oldukları açıktır. Bunun usal kaynağı, yargıçların yetişme durumlarından, düşünce alışıklıklarından çok, yargılama görevinin özündedir. Yargılamanın, Kanunları açıklamak yolu ile beliren göstericilik niteliğinden bahsederken, bunu da açıklamış idik. Kaldı ki, yargılama yollarındaki kurallar iyi nizamlanmamışlarsa, yargı kurallarının, siyasal kurumların görüşme kurallarına göre, daha da güvenli oldukları açıkça, kuramlar dışında ortadadır. Bunun için birer yönsel dilek olan, Kuvvetler Ayırımı ya da, Görevler Bölüşmesi kuramlamalarına kadar uzanmaya böyle bir nizamlamada gerekçe gösterilemez. Bunun bir yanı, değişmez koşullar oldukça — ceteris paribus — siyasaldır. Kanun sorunudur. Yararlı olan, kanun koyucuyu denetleyebilmektir.

Anayasaya uygunluk Denetini çeşitli bilimsel sınıflamalara göre inceleyebileceğimizi, arz etmiştik. Bunların da konumuzun sınırlarını taşıdığı, bizi ilgilendirmeyeceğini bildirmiştik. İşte, bu sınırlar arasında kalarak gene de, şu sınıflamayı yapmak zorundayız. Bu da, Anayasaya uygunluk Denetinin: Dâva yolu ile yargısal denetim, ya da Defi yolu ile yargısal denetim olduğudur. Böyle bir sınıflama genel olarak, tüm eserlerin gösterdikleri bir yöntemle ortaya çıkıyor. Ancak, genel olmakla yetersizlik kazanan bu sınıflama, tamamlanmak gerekir. Tamamlanma da, üç bakımdan olabilir: Ya, yargısal deneti yapan kurum bakımından, ya bu kurumun uyuşmazlığa el koyması bakımından, ya da yargısal denetin sonucunda verilen hüküm bakımından olacaktır. Bu tamamlayıcı sınıflama da, çeşitli eserlerde yer almış bir takım ayrıntılara dayanmakla, aslında kabul edilmiş bir sınıflama değildir.

1. Yargısal denetimi yapan kurum açısından da, çeşitli durumlar düşünülebilir. Çok çıkıntılı bir sınıflamaya varmak kaygusu, bir an için bir yana bırakılarak, bunu da açıklayalım:

A. Kural dışında bırakılmaksızın, tüm yargı kurumlarına Kanunların Anayasaya uygunluklarının deneti yetkisi verilmiş olabilir. Bu, en genel bir denetleme yolu olacaktır. Tarihsel olarak, Anayasa Mahkemeleri daha kurulmak üzere iken, karşılaştırmalı tartışmalarında Duguit, bunu sağlık veriyordu. (Leçons de Droit Public Général, 1926 Paris. - 15. ème Leçon/Ch: V.) Duguit'ye bakılırsa,

Anayasa ilkelerini, bir yaptırım gücüne bağlamak için, kurulan sistemlerin en iyisi de, en basiti de budur. Kanunların, Anayasaya aykırı olduğu iddiasını ilk olsun, istinaf olsun, hattâ Yargıtay olsun her mahkeme, yargılama konusu olarak kabul edecektir. Bu türlü bir yargısal denetimi yerine getiren ülkelerin sayısı da, bunun ne kadar elverişli bir denetim yolu olduğunu göstermektedir. Bununla, eğer yargı kurumları yasamanın Anayasaya aykırı bir Kanun çıkar-mış olduğunu görürlerse, bunu açıklamak yoluna gideceklerdir. Ayrıca, baktıkları uyuşmazlıkta da o Kanun, ya da kanun hükmünü uygulamayacaklardır. Bu kurumlar Kanunu iptal edemeyeceklerdir amma, tekil olaya o Kanunu uygulamak durumuna varamayacaklardır. Varabilselerdi, Kuvvetler Ayrılığı kuramını çiğnemiş olacaktı. Kanunun Anayasaya aykırılığı iddiası karşısında kalan yargı kurumu, Kanunla bağlı olduğundan, çelişiklik durumunda üstün Kanun olan Anayasayı uygulamak görevindedir. (Duguit: Manuel de Droit Constitutionnel - Paris 1923, S. 304 ile oradan aktarmalı, Lambert: Le Gouvernement des Juges aux Etats-Unies - 1921.). Bunun da elbette, bir takım sonuçları olacaktır. Örneğin, başkaca bir yargısal kurum aynı Kanunun, ya da hükmünün Anayasaya uygun olduğuna karar verecektir, verebilecektir. Bunun için de, aykırılık kararını veren yargı kurumunun yüksek bir kurum olması dilenebilir. Gene bu durumda da, Kuvvetler Ayrılığı ilkesel kuramını çiğnenmiş olmaktan kurtarmış olamayız. Belki yalnızca, eylemsel etkisi bir dereceye kadar daha inandırıcı olur. Gariptir ki, bir Kanunun Anayasaya aykırılığı iddiasını incelemek yetkisini, yargı kurumlarına vermek için Amerikalılar da, Kuvvetler Ayrılığı ilkesel kuramına dayanmışlardır. Amerikan görüşü şöylesine özetlenebilir: Parlâmento, kanun yapar. Yürütme kuvveti, kanunun yürürlüğünü sağlar. Yargı kuvveti, kanunu uygulayarak (biz açıklayarak, anlıyoruz.) yargılamada bulunur. Kaldı ki, Yasama sırasında Kanun koyucu, Anayasayı çiğnemiş ise yargıcı da çiğnemekte onun ortağı yapabilir miyiz? Hayır! Çünkü, yargıcın kendisi de, Anayasa ile bağlıdır. Böylece Anayasa-Kanun çelişmesinde çözümlenme yetkisinin, tüm yargı kurumlarına, hiçbiri kural dışında bırakılmaksızın tanınması somut olarak da, çeşitli yargı kurumları kararlarında görünmektedir (23 Mart 1923 tarihli Anayasa ile kurulan düzene gidilmeden önce Romanya'da, ilk derece yargılama kurullarınca verilen ilginç kararlar için bk. Dalloz. 1912, II. s. 20. Ayrıca, ünlü Ilfov Kararı için öncelikle bk. R.D.P. 1912, s. 153-156. Yargıtay Kararı için bk. R.D.P. 1912, s. 365-368). Bu görüş, ayrıca Fransa'da

da bir takım paydaşlar bulmuştur. Anayasaya aykırı olan bir kanunun uygulanmasının, yargıçlar için hem bir hak, hem bir görev olduğu ileri sürülmüştü. (Barthélemy: Les Limites du Pouvoir législatif, R.P.P. 1925, s. 355.) Bir çok ülkede, hattâ bu arada SSCB. nde de yargı kurumlarının Anayasaya aykırı kanunlar üzerinde takdir yetkisi olduğu kabul edilmiştir. Bunda, Federal Anayasanın, Federe Devlet Kanunlarına olan üstünlüğünün büyük etkisi olduğu söylenebilir. Şunu da ekleyelim ki, gelenekçi hukukçuyu, akım yargı kurumlarında rahatlıkla yenmiştir.

B. Bazı ülkelerde, bu aykırılık kararı çok önemli görüldüğü için, yukarıdaki kural dışı tanımaz genel yol izlenmemiştir. Bu yetki, genel yargı kurumlarından alınıp, oradaki yargı kurumlarının en yükseğine verilmiştir. Burada da, Kanunun aykırılığı, iptal için neden olarak kabul edilmemiştir. Somut norm denetinde, olağanlıkla olaya bakan yargı kurumu değil de, yüksek kurumlar görevlendirilmiştir. Bu yüksek kurum, ast yargı kurumuna o Kanunun Anayasaya aykırı olduğunu bildirmekte, ast yargılama kurumu da, olaya bahis konusu olan kanunu uygulamamaktadır. Yöntemi değerlendirirsek, bu yukarıdaki yöntemle göre, daha tüzel (âdil) değildir. Çünkü yavaşlama getirerek, yargı kurumlarını beklemeler içinde bırakacaktır. Bu, bugün için bizim konumuz Defi yolu ile Kanunların Anayasaya uygunluk denetinde de, var olan bir tehlikedir. Kaldı ki, bu yüksek kurumlar, ast kurumlara kıyasla siyasal koşullara da daha elverişlidir. Çok kez, siyasal, ya da yasma organları ile yakın etkilenme durumları vardır. Burada da, örnek olarak Romanyayı, 1923 tarihli Anayasası ile göstereceğiz. Bu yolun da, Kuvvetler Ayrılığı kuramlarının ilkeleri açısından eleştirilmesi yapılabilir. Çünkü bir yönden yargılamanın sivrilmesi ile, olabilir ki, görevli yüksek kurum, siyasal kurumları, yasamayı denet altında hareketsiz bıraksın.

C. Son olarak da, Kanunların Anayasaya uygunluklarında denet yetkisinin özel bir kuruma verildiği görülmektedir: Anayasa Mahkemesi, bu bakımdan başlıca örnektir. Ancak derhal belirtmeliyiz ki, Anayasa Mahkemeleri yalnızca bu deneti sağlamak için kurulmamışlardır. Daha bir çok, Anayasa güvenliği gerektiren konularda yetkili kılınarak, üstelik varlığının masrafları da fazla yük olmasın diye çeşitli görevler verilmiştir. Netekim TC. AY. Mahkemesi de, sadece Anayasaya uygunluk deneti yapmamaktadır. Gerçekten, Anayasa Mahkemesi aşağıdaki şu görevleri görmekle de yetkili bulunmaktadır: a) Yasama Meclisleri işlemlerinin denetimi,

Anayasa Mahkemesine verilmiş bir görevdir. Örneğin, Meclislerin üyeleri hakkında «yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya üyeliğin düştüğüne» ait kararlar aleyhine açılacak iptal dâvaları. AY. 81. M. b.) Yüce Divan görevinde olarak, bu nitelikte, Cumhurbaşkanı, Hükümet üyeleri, Yüksek Mahkemeler yargıçlarını, kendi üyelerini yargılayacaktır. AY. 147/II-III. c.) Siyasal Partileri denetleyecektir. Burada önceki esasların uygunlanmasını Anayasa Mahkemesi görevinde görüyoruz. AY. 19, 57 M. Bunların yanısıra Anayasa Mahkemesinin, bir de, İdari görevleri vardır. Bunu da Seçim Yetkisi diye adlandırabiliriz. Şöyle ki, Anayasa Mahkemesi, a) Danıştay Başkanı ve üyeleri ile, Başkanın sözcüsünü, b) Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanını seçer. AY. 140/III, 142/II.

Duguit, yukarıda işaretlediğimiz düşüncelerinin ardından, böyle bağımsız bir kuruma da güvenemediğini açıklamaktadır. Duguit, «bu sistemi kötü buluyorum.» diyor. «Ne yapılırsa boşuna olacaktır. Bu Yüksek Mahkeme zorunlu olarak, bir tüze (adalet) kurumu olmaktan çıkacak, siyasal bir Meclis olacaktır.» Hattâ Duguit, Anayasa Mahkemesinin iktidarı bile eline geçirebileceğinden söz etmektedir. Korktuğunu açıklayıp, bu kurulun tehlikeli olduğunu, düşüncelerine ekliyor.

2. Bu konuda yetki tanınmış olan Kurumun uyuşmazlığa el koyması bakımından da, izlenecek yöntem göre yargısal denet bizim konumuzla doğrudan doğruya ilgilidir. Böylesine bir sınıflama ile, yargısal denet ikiye ayrılabilir. Şöyle ki: Burada ya, dâva yolu ile denet bahis konusudur, ya da Defi yolu ile denet bahis konusudur. Kanunların Anayasaya uygunlukları denetinde dâva yolu, defi yolu ile denetle birlikte TC. 1961 AY. nda kabul edilmiş bulunmaktadır. Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu Raporunda dendiğine göre, burada «bilhassa üzerine dayanılan fikir, hürriyetlerin tanzimcisi olan yasama organının, bu tanzim işinde, hürriyetlerin özünü tehlikeye düşürmeyecek bir sınır ile çevrili kalması fikridir. Bahis konusu Anayasa Mahkemesi vasıtasıyla yasama organı, onun içinde hâkim durumda bulunan çoğunlukların iktidarı, başka bir deyimle doğrudan doğruya bizzat siyasi iktidar sınırlanmış olmaktadır.»

Dâva yolu ile yargısal denette, bu uygunluk arama yetkisi özel kişilere, topluluklara, belli kamu erki taşıyan kurumlara verilmiştir. AY. 149. M. bunları işaretlemiştir. Bu kişi ya da, topluluklar ile kurumlar bakımından Anayasa Mahkemesine başvurma, doğrudan

doğrudur. Defi yolu ile yargısal denette ise, «esasen cereyan etmekte olan bir dâva» daha yerinde olarak, AY. 151. M. nin deyimi ile bakılmakta olan bir dâva «dolayısıyla» doğmuş bir durum vardır. Buradaki durumun niteliği, dâvadaki durumun «agressive» olmasına karşılık «défensive» dir⁸.

Ancak, çok kez böylesine denetim yolunu ikiye ayırmanın yeterli olmadığı söylenmiştir⁹. Netekim bunun dışında kalan denetim yollarının da varlığı ortadadır. Örneğin, 1958 FR. AY. böylesine denetim yollarının tümüyle dışında, başkaca bir denetim yolu kabul etmektedir. Fransız Anayasa Konseyi, görevinin yürüncesini yalnızca yasama kuvvetinin yetkilerini sınırlamakta, kuvvetler arasındaki dengeyi korumakta bulmaktadır. Önce de, dediğimizce, 1958 FR. AY. İcranın nizamlama yetkisi karşısında, Yasamanın sınırlandırıldığı bir Anayasadır. Konsey bu yürüngede, denetim görevini üç şekilde yapabilir: a) Kanun yapıldığı sırada denetim: Anayasa ile kanunun alanı belirtildiğinden, bu saklı alanı aşan Kanun ya da, değişiklik teklifi karşısında Başbakan, Milletvekilleri Meclisi Başkanına başvuracaktır. Başkan da aynı kanıda ise, teklif hesaba katılmayacaktır. Aynı kanıda değilse, Başbakan ya da, Meclis Başkanı Anayasa Konseyine başvuracak, Konsey de böylelikle saklı alanın içinde kalıp kalınmadığını Kanun açısından, Anayasa normuna göre denetlemede bulacaktır. b) Kanunun uygulanmasından önce denetim: FR. AY. 61 M. Parlâmentonun İçtüzükleri ile «organique» kanunların mutlak olarak denetime bağlı olduklarını işaretlemektedir. Olağan Kanunlarla, uluslar-arası anlaşmalar bu denetimin dışında bırakılmıştır. Buna karşın gene de, Başbakan ya da, iki Meclisten birinin Başkanı Konseye iletilmelerini yapabilir. Bu durumda Konsey yeni bir denetim görevi kazanmış olur. c) Kanunun uygulanmasından sonra denetim: Artık Kanun hukuk alanında görülmüştür. Parlâmento, 1958 AY. ile geniş bir alan kazanmış olan kararnemelerden birinin konusuna giren bir Kanun yapacak olursa, Hükümet Anayasa Konseyinin görüşünü (mütalâasını) elde ettikten sonra, bir Kararnâme ile bu Kanunu değiştirir. Bunlara, Anayasaya aykırı olan Kanun

[8] Chatelain (Jean): La Nouvelle Constitution Et Le Régime Politique De La France. Paris 1959, s. 167.

Eserde her iki denetim yolunun karşılaştırmalı Hukuk açısından açıklanması yapılmakta, öncelikle de, Türkiyedeki durumdan tümüyle değişik olan Fransa'daki yol anlatılmaktadır.

[9] Feyzioğlu (Turhan): Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazal Mura-kabesi. Ankara 1951, s. 48.

kuvvetindeki Kararnâmelerin de, Konsey tarafından iptal edilebilirliğini eklemek gerekir. (Bilgi için bkz. Chatelain'in adı geçen eseri, s. 172 ile ardı.) Konseyin tutumu bugün için de aynıdır¹⁰.

Defi yolu ile uygunluk deneti ise aşağıda anlatılacaktır.

3. Yargısal denetin sonucunda verilen Hüküm bakımından ise, denet yargısının sınıflaması bahis konusu olacaktır. Bu da, yargının genel olması (erga omnes) olması, ya da ancak tarafların çevresince olması (inter partes) olması şekliyle belirir.

Ancak burada hemen belirtmek gerekir ki, bu yargılar Kanunların iptali, ya da defi yoluyla denetimine paralel değildir. Çünkü olabilir ki, Anayasa Mahkemesi Defi yoluyla denetimde verdiği kararların olayla sınırlı ya da yalnız tarafları bağlayıcı olmayacağına da karar verebilsin. TC. AY. 152 M/4, den aksine yorumla olabileceği gibi.

§ 2. ANAYASAYA UYGUNLUK DENETİNDE DEFİ

I. Defi yolu ile uygunluk denetiminin önemi:

Anayasalar bir yandan İdarenin tüm işlem ve eylemlerini yargısal denete bağlarlarken, (TC. AY. 114 M.) öte yandan da, Yasamayı da yargısal denetim altına almak yoluna gitmişlerdir. Ancak, bunun yalnızca, dâva yolu ile olabilirliliği, bunda da yetkinin yalnızca belli kişi, kurum, topluluklara, çoğunluklara bırakılması, bahis konusu denetim için yetersiz olacaktır. Böylesine bir denette genellik, dâva yolunun yanısıra; Defi yolu ile denetin de kabul edilmesi ile sağlanabilir. Denetin etkenliğini bir «actio popularis» derecesine yaklaştıran da bu yönde bir genellemedir. (TC. AY. 149, 151. AY. Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, 20/Bend 1, 2.)

Bu şekilde bir genellik yoluna gidilmesi, Yasaların denetimi açısından çok etkili olacağı gerçeğini ortaya koyar. Üstelik, Defi yolu ile aykırılığı iddia edilen, ya da mahkeme tarafından re'sen dikkate alınmak ile Anayasa Mahkemesine gelip, orada iptal edilen (AY. 152/4 aksine yorumu ile) bir Kanunun, yürürlükten kalkma-

[10] Duverger (Maurice): Les Institutions Françaises, Paris 1962, s. 142.

[10 bis.] Recueil des Décisions du Conseil Constitutionnel et de la Commission Constitutionnelle Provisoire 1958 - 1959, 1960.

sının doğuracağı toplumsal fayda daha da açıktır. Bu durumda mahkemenin verdiği iptal kararı, defi hakkının kişisel sınırları aşmakta, bundan yararlananların çevresini Kanun koyucunun hitap ettiği sınıra kadar genişletmektedir. Çünkü, «Anayasa Mahkemesi kararları... Devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar.» (AY. 152/son fıkra.)

Kanunların Anayasaya uygunlukları denetinde dâva yolunun, bir takım sakıncalarına işaret edilerek, Defi'nin karşıt yararlarından bahsedilmiştir. Dâva yolu, hukuksal kararlılığı bozar gösterilmiş, bununla da kalınmayarak üstelik yasama kuvvetini küçük düşürücü nitelikte olduğu ileri sürülmüştür. Bir yasama kuralının, iptal yolu ile ortadan kaldırılmasının yanında, onun tek bir olayı içindeleyerek, o olayda bir yana bırakılması daha yerinde görülmemiştir. Duguit, yukarıda andığımız eserinde bu düşüncede görülmekte, bu defi yolu denetin esasen yargıcın olağan yetkisine bağlı olduğunu işaretlemektedir. (Leçons ... 286-289). Hattâ bu yararların yanına, yenilerinin eklendiğini de eklendiği görülmektedir. Örneğin, bir takım içtihad değişiklikleri ile hızlandırılmış bir denet, ancak böylelikle yapılabilir.

Ancak, hemen belirtelim ki, bunlar büyük bir payı ile, TC. 1961 AY. nın kabul ettiği denet yolunun özelliklerine uymamaktadır. Çünkü, 151 M. ye göre defi yolu ile açılan denet, gene Anayasa Mahkemesine götürülmekte, hattâ sırasında Mahkeme bu yoldan da Kanunların üzerinde yargısal denetimini yapabilmek için, onları iptal edebilmektedir. (AY. 152 M.)

Tüm bunlara karşın Defi yolu ile denetin bir takım aksaklıkları olduğu söylenmiştir. Bunlar da, Kanunun yürürlükte kararlılık gösteremeyeceği, Mahkemelerce bir halde kabul edilse bile, diğer olaylara genellenemeyeceği, başkaca organlar açısından da bağlayıcılık kazanamayacağı ileri sürülmektedir. 1961 AY. ile Türk Anayasa Mahkemesi Defi yolu ile denetinde, yukarıdaki hükümler açısından, bu eleştirmelerden uzaktır. Kaldı ki, bu eleştiri Mahkeme kararlarında içtihad kurulduğunda, geleneksel bakımdan gene kabul edilemeyecektir.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, Anayasa Mahkemesinde denet yolları, yargısal dâva yolu ile olsun, defi yolu ile olsun birleştiğine göre, Defi'nin bir denet olarak önemi ancak, daha geniş bir çevreye aksetmiş olmasında toplanır. Böylelikle, tarihsel olarak uygulana-gelen bir çok Kanun açısından, daha genişlemiş bir «iddia» sahibi kitlesi ortaya çıkacak, her Kanun için de bu bir peşin norm olarak

görünecektir. Bu Kanun koyucu için de, kuvvetli bir sınır olarak, Anayasaya uygunluk denetinin unsuru niteliğini taşıyacaktır.

II. Defi yolu ile uygunluk denetinin olağanlığı:

Çeşitli Anayasalara bakıldığında, hattâ Anayasa eserlerine başvurulduğunda görülür ki, Anayasaya uygunluk denetindeki Defi deyimini tam yerine yerleştirilmiş değildir. Durumu bir deyim sorunu olmaktan çıkararak, onun işlerlik özelliklerine bakılacak olursa buna da hak vermek gerekir. Çeşitli Anayasalar, Defi'in işlerliğini başkaca nizamladıktan sonra, onların bu deyimle uyumunu aramak gerek-meyecektir.

Defi yolu ile uygunluk denetinin olağanlığı ile kasıtlanan, bununla kolay genişleyebilen bir denetin elverişlilik niteliğidir. Hattâ, öyle ki bir Devletin Anayasası bu yolu kabul etmese bile, bu yol mahkemelerin işlemleri ile, inatçı içtihatları ile ortaya çıkabilir. Kaldı ki, böyle bir denette mahkemeler, katı Anayasaları bile, buna engel bulamamışlardır.

Anayasa - Kanun çatışması olarak özetlenebilecek durumlarda, yargıç olağan durumdan fazla uzak olmayan bir Kanunlar çatışması olayı karşısındadır. Bunda çözüm yolu bulması, yargıcın görevi içindedir. Üstelik de, aykırık denetini sağlayacak bir yönde olmak üzere. Hukuk kuralları bir üst-ast sıralamasında yer aldıklarına göre, yargıç burada yüksek olan normu, olaya uygulayacak, bununla da, defi ile izlenen amacı gerçekleştirecektir. Aslında, hiç bir Kanun Anayasaya aykırı olamayacağına, yargıç için de Kanunu — olaya uygulanacak Kanunu — bulup uygulamak zorunluluğu varken. Bu açıdan eylemini yerinde yapmayan yargıç, Hukuku yerine getirmekten çekinmekle de sorumlu olacaktır.

Ancak, bu yolun yasama iktidarını ne kadar bağladığı da açıktır. Bu nedenle çeşitli Anayasalar, bir takım yasaklar koyarak, yargıçların elinden böyle bir yetkiyi almak yoluna gitmişlerdir. Bunun yanı sıra kimi Anayasalar da, Anayasa Mahkemeleri kurarak bu durumu aslından çözümlerle sorumu ortadan kaldırmışlardır. İtalyan Anayasası bu açıdan ilginç eğilimin tarihsel sırada başında gelmektedir¹¹.

[11] İtalyan Anayasası için bkz.

Mortati (Constantino): L'évolution Constitutionnelle, s. 25.

Crosa (Emilio): Principes Politique, s. 62.

Her iki yazı da, «La Constitution Italienne de 1948» adlı eserde (Paris: 1950).

TC. 1961. AY. da bu eğilimi izlemektedir. Artık yakın sürelerle değin yalnızca düşünce alanında kalarak, aksine de iddiaların öne sürüldüğü Defi yolu bugün için bir Denet yolu değerinde bulunmaktadır.

III. Türk Hukuku bakımından Anayasaya uygunluk denetinde defi:

Bugün için, AY. ile, Defi artık bir Anayasa kurumu niteliğine ulaşmıştır. Ancak, bunun hukuk tekniği bakımından gerçekten de, bir defi niteliğinde olup olmadığı tartışılabilir. Çok yanları ile, daha çok itiraza benzeyen bir görünüşü vardır. Netekim, Kurucu Meclis Anayasa Komisyonu Tasarısı 152 M. itirazdan bahsetmekte, durumu bu anlayışa göre de açıklamış bulunmaktadır. Ancak Kurucu Meclis tartışmalarından da, bu yolun tipik bir karışım yapılarak meydana getirilmek istendiği gerçeği çıkmaktadır.

Bir dâva sırasında, Mahkemede yalnız taraflardan biri tarafından ileri sürülmekle değil, üstelik Mahkemenin re'sen de işletebileceği bir usul olmakla, aslında genel olarak Defi'den ne kadar ayrıldığı ortadadır. Bu bakımdan, sırasında Anayasa Mahkemesinde iptal hükmüne kadar da gidildiğinde, bunun Kamu itirazı yapısında olabileceği de, açıktır.

Bununla beraber, Anayasaya aykırılık itirazı doğrudan doğruya Anayasa Mahkemesine iddianın ulaşabilmesi için yetersizdir. Mahkeme, (AY. 151 M./1) bunu *ciddi* bulduğundandır ki, iddia bir sonuca bağlanmak için Anayasa Mahkemesine gönderilecektir. Bu da, re'sen aykırılık görülerek, Anayasa Mahkemesine durumun yansıtılmasına göre, işin bir Kamu düzeni düşüncesi ile nizamlanacağını, sınırlandırıldığını göstermektedir. Yargıcın, «ciddi» bulması ile, aslında re'sen de dikkate alması arasında böylesine bir uygunluk vardır¹².

Ancak bu aykırılık iddiasının, ciddi olması ile ne kasıtlandığı aydınlık değildir. Bir sınırlama ögesi kazanılmak gerektiği açık olmasına rağmen, deyim yetersiz olduğu da ortadadır. Bir dâvanın ciddi olmayacak, kanuni işlemleri olabileceği imgelenemez. Bunun anlamı öncelikle, Mahkemenin, Anayasa Mahkemesine açılan yola bir engel koyabilmekte bir yetki ile cihazlanabileceğidir. Cumhuriyet savcıları, ne doğrudan doğruya Mahkeme makamı, ne de taraf

[12] Nitekim, 44. Sa. Anayasa Mahkemesi Kuruluş Kanunu 27. m. «İtiraz yolu ile mahkemelere gönderilen işler» den bahsetmektedir.

olmalarına karşın, gene de Mahkemenin re'sen iletebilmek yetkilerini uyarılmış olabileceklerdir¹³.

Anayasaya aykırılık itirazı durumu doğduğunda, dosyanın tamamının Anayasa Mahkemesine gönderilmesi gerekmeyecektir. Çünkü, Anayasa Mahkemesi üç aylık süre içinde itirazı çözemediğinde, Olay Mahkemesinin durumu çözümlenmek yetkisi geri gelecektir. (AY. 151. M./3). Bunu Anayasadaki hükümlerden çıkarmak mümkün olmadığı açıktır. Kuruluş Kanunu 27. M./3 ile bu konuda ilgili yanların onanmış örneklerinin gönderileceğini açıklamakla durumu belli etmiştir.

Yukarıda işaretlediğimiz, Anayasa Mahkemesinin itirazları çözümlenmesi için tanınmış olan üç aylık sürenin dolması sonunda, itirazın Olay Mahkemesi bakımından geri gelmesi bir sorun ortaya çıkarmaktadır. Olay Mahkemesi bu kez, uyuşmazlığı çözerken itirazı da bir karara bağlayacaktır. Oysa mümkündür ki, bunu üç aylık süreden sonra da incelemelerine devam eden Anayasa Mahkemesi aksine çözümlenmiş olabilsin. AY. 152/son. a göre Anayasa Mahkemesinin kararları genel kesin yargı olup, bağlayıcı bulduklarına göre, bu iki çelişik karar nasıl uyumlandırılabilir? Kaldı ki, Anayasa Mahkemesi, olay ya da, kişilere özne kararlar da verebileceğine göre; tarafların durumu ne olacaktır? Bunlar için, Muhakemenin iadesi, ya da buna göre Muhakeme Usulü Kanunlarını yeniden bir takım hükümlerle düzenlenmesi gerekecektir.

Sonuç:

Çağdaş Devletin nitelenmesindeki hukuksallıktan hareketle onun denetlenmesi yolu olan, Defi ile açılan Anayasa yargılanmasının bir kaç ilginç noktasını incelemiş bulunuyoruz. Tatbikatçı için Anayasa Mahkemesinin Kuruluş Kanunu bir takım çelişiklikler taşımaktadır. Kuramsal bakımdan da her iki metin eleştirilebilir. Tüm bunlar henüz ilk kararları yayınlanan Anayasa Mahkemesi için kaçınılmaz tepkiler olacaktır. Öte yandan denetinde kayırılmalı

[13] Bu şekilde mahkemelerin verecekleri gerekçeli karar, Savcının uyarması bakımından da, taraflar bakımından da bir güvenlik kazanmış olacaktır. Kaldı ki, Anayasaya aykırılık itirazı böylesine Kamu düzeni ya da, yararı ile yakınlık gösterecektir.

sınırlarla Mahkeme, İktidar karşısında tam egemen değildir. Tüm bunlara karşın gene de, Mahkemedен geçmiş süreler Kanunlarının denetlenmesi açısından da, ilerideki denetleri açısından da umutlu olmak emelini korumak isteriz. Bu bakımdan yargıçlarının iktidar karşısındaki kişisel çabalarının da, zamanla bir süreler önceki bir kaç Olay Mahkemesindeki yargıçlar kadar cesaretli olacağından da şüphemiz yoktur. Kaldı ki geleneksel olarak Mahkemenin tutumu açıkça ortaya çıkmış görüleceği, bir süreden sonra, Mahkeme kendi kendini, Yasama organına rahatlıkla etkileyecek, bununla yasalar karşısında, Hukuk güvenliği artabilecektir.

Asistan Mehmedcan KÖKSAL
