

ANAYASAYA AYKIRILIK MESELESİ VE BİR ÖZEL KANUN YOLU İLE DÜZENLENMESİ

Prof. Bahri SAVCI

Parlâmentomuz son yıllarda sahne olduğu sıkı siyasî çatışmalar arasında, bazen, siyasî rejimin temeline dokunan önemli konular üzerinde de durma imkânını bulmak istiyor. Fakat, bizim inancımıza göre, siyaseten kendini inşa devresinde olan partilerin çatışmaları, parti mülâhazalarının üstüne çıkılarak, bu rejim meselelerini, objektif bir plândan mütalâa etmeğe elvermemektedir. Bu yüzden partilerimiz, rejim meselelerinde objektifi yakalama çabasından çok, - her ne bahasına olursa olsun - kendi görüşlerini empoze etme savaşı ilkelerini güdüyorlar. Bu yüzden de verimsizliğe düşüyorlar.

İşte Hatay Mebusu Ahsen Aral (C.H. P.) in; kanunların Anayasaya uygunluğunun tesbiti için yaptığı kanun teklifi dolayısıyla, Anayasa Encümeninin çalışmağa başlaması (11.6.1958), Parlâmentonun rejim meselelerine ilgisiz kalmak istemediğini göstermektedir. Fakat, bu encümen çalışmalarını sırasında ileri sürülen fikirler - anayasaya aykırılığın tetkiki olayının hukukî ve siyasî önemini çok iyi belirtmesine rağmen - bu konuda objektifi çabalama çabası olmağa yaklaşmamıştır. Zira, bu meselede, objektifi yakalama, objektifi bulma, objektif üzerinde kalma demek, sadece, kanunların Anayasaya aykırılığını tesbit yolunun ve mekanizmasının zaruretinden bahsetmek değildir; önce, meselenin Anayasa plânındaki yerini tesbit etmek, bu plâna göre görülecek usûlü bulmak; sonra da, bu usûl içine girerek, Anayasaya uygunluğun kontrolu konusunun ihtiva ettiği çeşitli zorlukları, problemleri çözücü çözüm yolları göstermeğe kalkmıştır. Bize göre görülecek usûl; Anayasaya aykırılığın tesbiti işini, münferit bir kanun ile değil, bizzat Anayasa ile çözme usûlüdür. Bizzat Anayasa ile bu meseleyi çözerken de ortaya çıkacak güçlükleri, gene bizzat Anayasa ile halletmedikçe bu güçlüklerin nelerden ibaret olduklarını bu incelemenin sonlarına doğru ayrıca göstereceğiz.

I — KANUNLARIN ANAYASAYA AYKIRILIĞININ TETKİKİ KONUSU TÜRKİYE'DE ÖTEDENBERİ TARTIŞILMAKTADIR

Türk Âmme hukuku prensipleri, şöyle yukarıdan bir göz geçirilirse görülür ki, «kanunun hakimiyeti prensibi» bunlar arasında önemli bir köşeyi - baş köşeyi - doldurmaktadır. İşte bu prensibe göre : Türk Anayasası, alelâde kanunların üstündedir. Türk âmme hukukunda, kanu-

nun hâkimiyeti prensibi, Anayasanın üstünlüğü prensibine müncer olmaktadır.

Fakat «kanunun hâkimiyeti prensibi» ni mücerret bir prensip olmaktan çıkarıp, ona, bütün otoritelerin - teşamüli otoritenin dahi - mutaiyetini sağlamağa gelince; bu hususta, Türk âmme hukuku müesseselerini biraz noksan görürüz : zira, bütün otoriteleri - teşrii otorite dahil - kanunun hakimiyeti prensibine riayete zorlayacak bir mekanizma mevcut değildir.

Gerçekten, İdarî otoriteleri, kanunun hâkimiyeti prensibine saygı göstermeye zorlayacak bir mekanizma vardır : Danıştay.. Fakat, teşriî otoriteyi, Anayasanın üstünlüğü prensibine uymaya zorlayacak bir özel mekanizma mevcut değildir;

Bununla beraber, kanunun hâkimiyeti prensibini, teşriî alandaki tasarruflara ve hattâ uygulama çabası gösteren gayretler, Türk kanun koyucusunu Anayasanın üstünlüğüne fiilen de riayet zorlayacak bir yolu aramaktan geri durmamıştır. Fakat, itiraf lâzım gelir ki; ne ilmî içtihat, ne de kazaî içtihat, kanunların Anayasaya uygunluğunun tetkikini yapacak bir özel organın var olmayışı olayı karşısında, bu tetkikin alelâde kaza mercilerince yapılabileceği hususunda kesin bir görüşe varabilmişlerdir. İlmî ve kazaî içtihadın önüne, boyuna, Anayasanın 103, 52 ve 53 ncü maddelerinden gelen imkânsızlıklar çıkarılmıştır. Şöyleki : menfi görüşlere göre :

Anayasanın üstünlüğünü ve binaenaleyh, kanunların Anayasaya uygun olması zaruretini koyan 103 ncü madde ancak kanun koyuncaya bir rehberlik edebilir. Fakat hâkime, kanun koyucu üzerinde bir yetki tanımaz. Kanun koyucusu, 103 ncü maddenin bu rehberliğini dinlemez de, Anayasaya aykırı bir hüküm koyarsa, 103 ncü madde, bu hususta hâkime herhangi bir fiilde bulunma imkânını verecek bir tedbiri ihtiva etmemektedir. Anayasayı koyanlar, 103 ncü maddeye dayanmak suretiyle, hâkimin, kanun koyucu karşısına çıkmasına cevaz vermek istememişlerdir ve bu sebeple, maddeye, bu hususta bir tedbir eklememişlerdir.

Bundan başka, Anayasanın 52 nci maddesine göre, mahkemeler, tüzüklerin bile alelâde kanunlara aykırılığını tetkik ve tesbit etmeye yetkili değil iken, kanunların Anayasaya aykırılığını tesbite, evleviyetle yetkili olamazlar, denmektedir.

Nihayet, Anayasanın 53 ncü maddesinden kuvvet alarak çıkan, mahkemelerin kuruluşlarına ve görev ve yetkilerine dair kanunların hiç birinde mahkemelere, kanunların Anayasaya uygunluğunu kontrol yetkisi ve

rilmediğini de, bu menfi görüşler, iddialarının bir dayanağı olarak ileri sürerler.

Buna karşılık gene aynı maddelere dayanan bir müsbet görüş demeti de, kendini şöyle ifade etmektedir :

103 ncü madde, kendini, hâkime de empoze eder. Çünkü, bu maddeye göre, Anayasaya aykırı kanun, artık değersizdir tatbik edilmemesi lâzımdır. Hâkim, bütün kanunların muhafızıdır. Anayasa ile mübâyenet gösteren ve binaenaleyh değersiz hâle düşen bir kanunu değil, 103'e göre en üstün durumda olan kanunu uygulaması gerekir.

Vakıa 52 nci madde, tüzüklerin kanuna aykırılığını tetkik ve tesbit yetkisini Meclise tanımıştır. Fakat, bu madde, hâkimlerin de kanuna aykiri bir tüzüğe karşı «defi yoluyla» yapılan bir müracaatı incelemelerine engel değildir. 52 nci madde, ancak, kanuna aykırı bir tüzüğe karşı «dâva yolu ile» muhasama açmağa engeldir.

Vakıa, 53 ncü madde, kanunların Anayasaya aykırılığını çözüme yetkisini, açıkça hâkimlere tanımamıştır; fakat, gene, açıkça yasaklamamıştır da.. Meseleye hâkimlerin görev ve yetkisi açısından bakınca şunu görürüz : Hâkim, ihtilafları çözümeğe yetkilidir. Anayasaya mübâyenet gösteren bir kanun ile Anayasa arasında da bir ihtilâf var demektir. Hâkim, bunu da çözmeye mecburdur. Sonra hâkimin yetkisi, aynızamanda, onun, kanunların yorumcusu oluşundan da gelir. Binaenaleyh; Anayasa ile bir kanun arasında bir ihtilaf çıkmış ise, ihtilafları çözüme merci olan mahkeme, bu mübâyenet üzerinde bir kazaî yorum yaparak, meseleyi çözer : defi yoluyla ortaya çıkmış bir olayda... burada, teşriî organa bir müdahale bahis konusu olamaz, çünkü, defi yolu ile elkonan bir aykırılık olayında hâkimin, Anayasa lehine, onunla mübâyenet halindeki kanunun aleyhine olarak verdiği hüküm, sadece o olaya şamildir; umumî ve mecburî bir mahiyet kazanmaktan uzaktır.

Bu iki görüş de metinden menfi mahiyette olanı kazaî içtihat üzerinde daha tesirli olmuştur. Bu yüzden de, Türkiye'de, Anayasaya aykırılığı alelâde kaza organının tetkikine imkân yeren bir kazaî içtihat, kesin olarak kurulamamıştır. - bazen - mahkemelerimizin, Anayasaya aykırılık meselesini defi yoluyla inceliyebileceğini kabule meyleden bir görüş belirir gibi olmuşsa da, bazen de aksi görüş kendini duyurtmuştur. Ve neticede, kaza organlarının birleştirici bir içtihadı ulaşmaları mümkün olamamıştır. Kaza organı, bu husustaki çekingen davranışını bir türlü bırakamamıştır.

II — ANAYASAYA AYKIRI MEZVUATIN AYIKLANMASI İHTİYACI
MAHKEMELERİN BÖYLE BİR YETKİSİ OLDUĞUNU BİZZAT PÂRLA-
MENTONUN BİR TEŞEBBÜSÜ İLE TESBİT İHTİYACI

İkinci Dünya Harbinden sonra içine girilen demokratik vetire; siyasi iktidarın bütün icralarının - teşriî plândaki icraları da dahil - hem siyasi, hem de hukukî yönden, hem siyasi hem de hukukî yollarla kontrolünü gerektiriyordu. Bu hayat içinde, hemen ilk anda anlaşıldı ki, siyasi iktidarı kullanmaya âmme otoritelerin - bilhassa hükûmet - birçok icratını, müessir bir kontrolün yapılamadığı ve Anayasalı devlet hayatının demokratik şerait içinde tam gelişemediği devrelerden kalma teşriî mevzuata dayanmaktadır. O halde, önce bunların tesbiti ve Türk siyasi ve sosyal hayatını bunların altında kalmaktan kurtarmak gerekirdi. D. P. nin, 1946 lardan itibaren açtığı hürriyet kampanyasının ışığı altında, siyasi ve sosyal hayatı köstekleyen ve Anayasanın liberal muhtevasına sığmayan bu mevzuatı tesbit işi kolaylaştı. Bunlar «anti demokratik mevzuat» adı altında, - özel bir ilmî dikkat ile - tesbit edildi. Maksat, Anayasanın liberal hürriyetçi muhtevasına sığmamak suretiyle ona aykırı düşen bu mevzuatı, kanun yolu ile ilga veya islâh idi.

Fakat 1946-1950 arasında, o zamanki iktidarın tereddütleri (C. H. P.) cidden ince bir dikkat ile tesbit edilen bu mevzuatın kaldırılmasına imkân vermedi - tereddüt? C. H. P. içindeki geleneksel otoritelerin nüfuzundan geliyordu - ve ayrıca, bundan böyle de antidemokratik kanunların çıkmasını önleyecek Anayasa tedbirlerini almak, gerekli müesseseleri kurmak mümkün olamadı. 1950 den sonraki gelişmeler içinde de bu konuya ciddi olarak dönülemedi: Bir kere, hürriyet telakkisi değişmişti: Az gelişmiş büyük kitlenin bazı moral ihtiyaçlarını tatmin bu kitlenin, faal idarenin günlük icraları karşısında bazı yumuşak davranışlara muhatap olması (jandarmannın, nüfus memurunun, tahsildarın davranışlarının yumuşatılması) yeter sayıldı. Sonra, iktisadî vetire, bizatihi bir gaye olmuştu. Ve geniş bir hürriyet düzeninin, iktisadî vetire içindeki yerini daraltmanın, bir nevi idare tekniği sayılması ceryanı ortaya çıkmıştı.

Bu itibarla, 1946 da, bizzat D. P. nin öncülüğü ile beliren, Anayasaya aykırı mevzuatın temizlenmesi ihtiyacı giderilemediği gibi, daha 1927 lardan beri tartışılan «Türk hâkiminin Anayasaya aykırılığı tetkik yetkisi» de vuzuha ve imkâna kavuşturulamadı. İlmî içtihatla birlik kurulamaması hâli devam etti; kaza mercilerinin, bazen müsbet görüşe, bazen menfi görüşe kaçmağa meyilli içtihatları, bir yüksek içtihat içinde birleştirilemedi; kazaî içtihadın çekingenliği sürdü.

Nihayet, bazı parlamenterler bir özel kanun yolu ile - Anayasa üye-

rinde bir operasyona girişme zorluğuna katlanmadan - kazaî içtihadın bu çekingenliğini giderme ihtiyacını duyduğu ve hâkimlere bu hususta müsbet bir yetki tanımağı öngören bir kanun teklifini yürütmeye teşebbüs ettiler. Haziran 1958 ortalarına doğru Anayasa Encümeninde konuşulan teklif bu mahiyette bir tekliftir; yâni, kanunların Anayasaya uygunluğunu - defî yolu ile - hâkimlerin takdir edebilmesi ihtiyacını tatmine mâtuf bir teşebbüstür.

Bu teşebbüs, şimdiki muhalefet partisi olan C. H. P. çevrelerinden gelmiş ve esas desteğini de muhalefeti teşkil eden C. H. P.; ve Hürriyet Partisi saflarında bulmuştur. Şöyle ki :

1 — C. H. P. nin Görüşü :

a - Anayasa, kanunlar çerçevesi içinde en üst kademeyi teşkil eder. Binaenaleyh mahkemeler, Anayasaya aykırı bir kanunla karşılaştıkları hallerde, bakmakta oldukları dâvaya - Anayasaya aykırı olan o - kanunu tatbik edip, Anayasayı ihmal etmelerinden ise, Anayasayı tatbik etmeleri gerekir. (A. Aral Hatay C. H. P.).

b - Hâkimlere böyle bir yetki tanımak son derece yerindedir. Fakat hâkim teminatı dâvası da birlikte halledilmek şartıyla... Mahkeme müstakil olmadıkça isbat hakkı ve kanunların Anayasaya uygunluğunu mahkemelerin denetlemesinden ciddî bir netice alınamaz. Hâkim teminatı ile birlikte, mahkemelere bu yetki tanınırsa, Anayasanın 103 ncü maddesindeki «hiç bir kanun Anayasaya aykırı olamaz, Anayasanın hiç bir hükmü tatbikten alıkonulamaz, savsaklanamaz», yolundaki kaide, bir müeyyideye bağlanmış olur.

Müstakil bir Anayasa mahkemesi kurularak, bu mahkemeyi, aynı zamanda, Yüksek Seçim Mahkemesi, Yüce Divan ve Uyuşmazlık Mahkemesi yetkilerini de vermek en uygun yol olacaktır. Bunun için, dâvaya taraflı olan her partiden parlamenterler birleşirse, Anayasada böyle bir tâdil yapma nisabı elde edilmiş olur. Bu mümkün olamayacak ise, şimdiki teklifi kabul etmelidir.

Çünkü; bir kanun ile Anayasa karşılaşıncı, burada, - 103 ncü maddenin mantığa göre - mahkemenin Anayasayı tatbik edip kanunu ihmal etmesi gerekir. Böyle yapmayıp da, «mahkeme, Anayasaya aykırı olsa da bir kanunu Anayasaya olan bu aykırılığına rağmen - tatbikten imtinâ edemez» der isek, bu, «mahkeme Anayasayı ihmal ve ihlâl edebilir» demek olur. Oysa ki, mahkemelerin, Anayasaya aykırı kanunları tatbik etmemesi prensibi - daha 1924 Anayasası müzakere edilirken - ortaya konmuş bir bedahat idi. Buna rağmen, bütün mahkemeler, bu hususta bir-

leşik bir içtihadı varamamıştır. O halde, mahkemelere lüzumlu cesareti vermek ve Anayasaya aykırılık def'inin rastgele ortaya sürülmesini önlemek, bu hususta en yüksek kaza organlarının birleştirici içtihatlarını hâkim kılmak bakımından bu teklifi kabul etmek lâzımdır. Bu suretle, siyasi meclislerin, Anayasaya aykırı kanunlar çıkarmak suretiyle hukuk prensiplerinin üstüne çıkmaları önlenmiş olur; âdi bir kanunun Anayasaya tercih edilmesinin Anayasayı ölü metin haline getirmesi ihtimali kaldırılmış olur (T. Feyzioğlu Sivas C. H. P.).

2 — *Hürriyet Partisinin Görüşü :*

103 ncü madde hâkimleri de bağlar. Bunu tasrih etmeye lüzum bile yok. Yalnız Anayasa Komisyonu - şimdi - bir mazbata tanzim eder: Bilcümle mahkemelerin, kanunların Anayasaya aykırılığını kontrola yetkisi olduğunu belirtir. Bunu yapamaz isek, o zaman, bu yeni metni kabul etmek gerekir. (F. Çelikbaş, Burdur Hür. P.).

3 — *D. P. nin Görüşü :*

Kanunların Anayasaya aykırılığını defi yoluyla tetkik yetkisini hâkime tanıyan bu teklif, Anayasaya aykırıdır. (Anayasa Encümeninde ifade edilen bu hükmün izah tarzını gazetelerden öğrenemedik. Fakat şöyle bir izaha dayandığını tahmin etmek mümkündür. «Türk Anayasa sisteminde Meclisten üstün bir organ yoktur. Meclis, bizzat millet itibar olunur. Binaenaleyh, Meclisin tasarruflarını, Meclisten gayri bir de başka organın tasdik, tasvip ve kontroluna arz etmek düşünülemez.

Bu teklif ise, her türlü otoritenin üstünde olan ve tasarrufları da kendisine yabancı hiç bir organın kontroluna tâbi olmayacak şekilde üstün olan Meclisin kanunları kontrol yetkisini hâkime vermek suretiyle Anayasanın bu üstünlüğü prensibini bozmaktadır. Ve binaenaleyh, bizzat bu teklifin kendisi, Anayasaya aykırı düşmektedir.» demek istiyor.) Meclisten Anayasaya aykırı kanun çıkamaz. Bu itibarla teklifin reddi lâzımdır. (Mazlum Kayalar, Bursa, ve Hamdi Sancar, İzmir D. P.).

III — ANAYASAYA AYKIRILIĞI TESBİTTE DÜNYADAKİ DURUM :

Durumun önemini kavramak için, kanunların Anayasaya aykırılığını tesbit etme hususundaki son gelişmelere de bakmak gerekir.

1 — *Gelişmenin Tarihî Seyri :* Bir kere, hemen şunu ilâve edelim ki; Anayasaya aykırı kanunlar karşısında insan-oğlunu korumağa matuf tedbirler, çok eskiden beri hukukçuların ve siyasetçilerin zihnini doldürmüştür.

Daha Fransız İhtilâli zamanında, Sieyes, Anayasaya aykırılığı bir siyasî heyete tetkik ettirmek istemiş ve bu maksatla bir «Anayasa Jürisi» kurulmasını teklif etmişti. Sonradan kurulan bazı Fransız senatoları, böyle bir kontrol vazifesini görmekle de yetkili kılınmışlardı. 1920 Çekoslovakya Anayasası, bir «Anayasa Mahkemesi» kuracak kadar ileri gitmiştir. Bunu Avusturya «Yüksek Anayasa Mahkemesi» ile İspanya'nın «Anayasa Teminatları Mahkemesi» takip etmiştir. Atlantik'in ötesinde ise, Anayasaya aykırı kanunlar karşısında insan oğlunu koruma işi alelâde kaza organına tanınmış yetki halinde gelişmiştir.

2 — *İkinci Dünya Harbinden Sonra*: Fakat, bu mesele, bizce, bilhassa İkinci Dünya Harbinden sonra, tatbikata inme yolunda oldukça büyük bir gelişme kaydetmiştir. O kadar ki, sadece millî plânda değil, milletlerarası plânda dahi, insan haklarının teminatı, kanunların, daha yüksek hukuk normlarına göre ölçülmesinde bulunmuştur.

İkinci Dünya Harbinden sonraki hareketleri, önce, bu harpten sonra ortaya çıkan Alman memleketlerinde görüyoruz: Meselâ Thuninge'de kurulan «Anayasa Komitesi» Anayasaya uygunluğu siyasî yol ile kontrol eden bir organdır. Bu komite, kanun ve kararnamelerin Anayasaya uygunluğu üzerinde karar verir. Fakat bu komite şahsî müracaatları kabul edemez, ancak Diète Meclisinin üyelerinin 1/3 i veya bizzat hükûmetin tahriki ile Anayasaya aykırılık meselesine el koyabilir ve bu haliyle de, daha çok, icra ve teşrî arasında çıkan veya Diète'deki çoğunluk ile azınlık arasında çıkan - Anayasanın mahfuziyeti hususunda - ihtilafları çözmeye yarar.

Bizzat bir mahkeme sıfatı ile Anayasa kontrolü yapan müessese olarak Avusturya, Batı Almanya, İtalya Anayasa Mahkemeleri, dikkate değer birer müessese olmuşlardır.

Burada, bunların tereküp tarzları, yetkileri, verdikleri karar üzerinde duracak değiliz. Yalnız şu hususu belirteceğiz ki: Avusturya, Batı Almanya, İtalya, İkinci Dünya Harbinden önce, totaliteryanizmin tesiri altında yaşamışlardı. Bu devrede, pek kuvvetli vâki olan iktidar temerküzleri, kişi hürriyetlerini kaldırmıştı.

İkinci Dünya Harbinden sonra, bu memleketlerde liberal bir rejim halinde bir Anayasalı demokrasi kurulmuştu. Bu demokrasi içinde, bu üç memleketin bütün partilerinde, şu ana fikir üzerinde ittifak hasıl olmuştur: İnsan Hakları Beyannameleri hazırlamak; kişiyi korumak..

Bunun da en müessir yolu, kazaî fonksiyona önem vermektir. Gerçekten bu üç memlekette, beyannamelerin ve Anayasaların himayesi altında hürriyetlerin, kazaî yol ile korunması hususunda, bütün partiler,

birleşmişti. Vaki bir tartışma vardı; fakat bu, sadece, kanunların Anayasa uygunluğu hususunda bir kontrol yapacak olan kazaî fonksiyonun nasıl teşkilâtlanacağı, hâkimlerin nasıl seçileceği gibi noktalarda yapılıyordu.

Böyle tartışmaları çözdükten sonra her üç ülkede bilhassa, yurddaşların kanun önünde eşitliği prensibinden doğan haklarının, hem teşriî mevzuat, hem de tanzimi ve idarî tasarruflar müvacehesinde himayesi konusu üzerinde hassasiyetle durdular.

Burada bir parantez açarak, şu önemli müşahadeye dikkat nazarını çekmek isteriz : Bu mahkemelerle hükümetler arasındaki münasebetler, daima sempatik bir eda içinde geçmemiştir. Meselâ, Alman Hükûmeti ile Alman Anayasa Mahkemesi arasındaki münasebetler, bilhassa 1952-1953 yıllarında çok gergin olmuştur. Fakat, son yıllarda, Adenover Hükûmeti, bu mahkemeye, artan bir sempati göstermeye başlamıştır.

İtalya'da da, Anayasa Mahkemesi, Komünistler, kilise, aşağı bürokrasi merkezlerinden gelen bazı tenkitlere uğramıştır.

Bununla beraber, Anayasa Mahkemesi, Avusturya'da, büyük tenkitlere uğramamıştır. Sonra, Anayasa mahkemeleri, her üç memlekette; siyasi azınlıkta kalanların hukukunun korunma merkezi sayılmıştır. Bu mahkemeler, genel olarak iyi karşılanmışlardır. Öyle ki, kuruldukları gündən beri bu mahkemelere pek dokunulmamıştır. Vaki Alman Anayasa Mahkemesi üzerinde 1958 ve 1959 yıllarında, bazı küçük operasyonlar yapılmıştır. Fakat bunlar, ancak, mahkemenin tereküp tarzına ve teşkilâtına taalluk etmektedir ve kanunla yapılmışlardır. Ve bilhassa bizzat mahkemenin tahriki ile bu yola gidilmiştir.

Özet olarak diyebiliriz ki : İkinci Dünya Harbinden sonra kurulan bu mahkemeler; hem bir parlamento çoğunluğuna -onun kanun yolu ile Anayasaya aykırı olarak yaptığı icralara -karşı, hem de Hükûmetin icrada yaptığı aşırı veya kanunsuz takdirlere karşı kişi hürriyetlerini ve azınlık haklarını koruyan merkezi sayılmaktadır. Liberal bir siyasî iktidar icrasına kavuşmanın yolu, bu mahkemelerin mevcudiyetinde görülmektedir.

IV — TÜRKİYE'DE DE GÜDÜLMESİ GEREKEN YOL ÜZERİNE DÜŞÜNCELER :

Türkiye, İkinci Dünya Harbinden önce, Fazişm gibi, nasyonal sosyalizm gibi ifadeler altında gözüken bir otoritaryanizmin altında değildi. Bir kere siyasî iktidarın icarsını, millî hakimiyet nazariyesi içinde

öngören bir siyasî felsefeden mülhem olunuyordu. Bu siyasî felsefenin mihrak noktasını da «siyasî iktidarın icrasının kontrolü» fikri teşkil ediyordu. Fakat, «hem Meclis üstünlüğü» esasına dayanan bir siyasî teşkilâtta bu «kontrol» un maddeten taazzuv etmesi kolaylığını bulma zorluğumuz vardı; hem de, zaten, önce Kurtuluş Harbi zaruretleri, sonra da, sosyal reformları gerçekleştirme zaruretleri, «kontrol» u, normal idarî tasarrufların ötesine - tâ teşriî tasarruflara kadar - uzatmayı mümkün kılamıyordu. Bu sebeple, İkinci Dünya Harbinden sonra Batı dünyasında pek belirli olarak ortaya çıkan «iktidarın temerküzü» olayı, Türkiye'de, iktidarın en kuvvetli icra merkezi olan teşriî heyetinin tasarrufları kazaî yolu ile sınırlamağa kesin olarak imkân verememiştir. Daha 1927 lerden beri tartışma konusu olan : «Türk hakiminin, kanunların anayasaya uygunluğunu kontrol yetkisi» problemi bir türlü, müsbet bir içtihat birliği yolu ile çözülememiştir.

İkinci Dünya Harbinden sonraki devreye gelince : bu sefer de siyasî iktidar vetiresi, kitlenin, büyük bir siyasî güç halinde siyaset sahnesine çıkmasının sonucu olarak bir inhiraf göstermiştir : siyasî nazariyecileri, bu devrede, siyasî iktidarın prensibinde zaten mevcut olan demokratik muhteveya uygun olarak, Batılı Parlamanter demokrasi şekillerine göre uygulanacağını sanmışlardı : Eşit şartlar içinde serbest seçimden doğan bir siyasî iktidar teşekkülü vakıası cereyan edecek, ve bu siyasî iktidar, her türlü siyasî ve hukukî kontrol eşkâline tâbi olarak icra edilecekti. Bu hususta gereken «Batılı kontrol müesseseleri» hemen kurulacaktı. Oysaki böyle olamadı : Demokraside «sayı çoğunluğunun tercihlerini yakalama ve icra etme» kaidesi, mevcut siyasî iktidarlara, geniş hürriyet plânından kaydırıldı ; muhafazacı büyük kitlenin istemlerinden ötesini araştırmağa, görmeğe, tatmin etmeğe lüzum hissedilmeyen bir plâna attı : siyasî güç; çoğunluğun mutlak ve inhisarî bir hakkı olarak telakki edildi ve azınlığın ona, mutlak tabiiyeti zarureti ileri sürüldü. Hürriyet; muhafazacı adedi çoğunluğun isteklerini yerine getirme gibi dar bir manâ içine alındı (ki, muhafazacı adedi çoğunluğun istekleri de, moral ihtiyaçlar alanında bazı tatminler ile, vergi memurunun, tahsilatın, jandarmanın yumuşak bir idare uygulamasından öteye geçmiyordu ve binaenalyh, bunların tatmini, hürriyetin gerçekleşmesi sayılıyordu.) Bir kelime ile, hürriyet geleneği gerçekte pek kuvvetli olmayan bu üç memlekette doğan yeni fikir ceryanlarını takip edemedik. Yâni, meselâ, bir İnsan Hakları Beyannamesi fikrine ulaşamadık. Geniş hürriyetli bir anayasa rejimine varmadık; bu anayasa rejiminin temel prensiplerinden biri olacak olan insan haklarının, kazaî fonksiyonunun faaliyeti ile garanti edilmesi fikrine doğru sür'atle akamadık.

Ama, böyle bir ihtiyaç -yâni insan haklarının kazaî yol ile korunması ihtiyacı- kendisini hissettirmekte devam ediyor. İşte; Hatay Mabusu Ahsen Aral'ın teklifi, bu ihtiyacın tatminini amaç edinen bir tekliftir.

Bu teklifin tazammun ettiği esas şudur: Yeni bir anayasa kontrolü organı kurulmamaktadır, anayasa alanı içinde bir operasyona gitme güçlüklerine çarpmadan, münferit bir kanun ile muhakeme, böyle bir yetki verip, Türkiye'de de, anayasa kontrolü yolu açılmaktadır.

1 — *Anayasa Rejimine Dokunan Hususları, Anayasa Dışında Kalan Münferit Kanunlarla Düzenleme Yoluna Gitmemelidir:*

Kazaî içtihat, 1924 Anayasa Hükümlerinden «Türk Hakiminin, kanunların anayasa aykırılığının kontrolü yetkisi» olduğuna dair bir sonuç çıkarıp bunu mûta ve hakim bir düstur haline getirse idi, ortada hiç bir mesele kalmazdı ve bu düstur da, Anayasa rejimimizin bir unsuru haline gelirdi. Fakat, kazaî içtihat böyle teessüs edememiştir. Daha doğrusu bu meselede müstakar ve birleşik bir müsbet içtihat kurulamamıştır.

Aynı hukuk prensibinin veya hukuk normlarının farklı yorumlanmalarından doğan farklı içtihatların, gene yüksek bir içtihat birleştirme ameliyesi içinde bertaraf edilmeleri münasip olur. Fakat, bunun mümkün olmadığı ahvalde, kanun koyucunun müdahalesi ile - bir yorum yaparak veya yeni bir teşri sevk ederek - müstakar ve birleşik bir görüşe varılması mümkündür. Böyle olduğu da vâkidir.

Fakat kanaatımızca, bu yolu, Anayasa rejiminin muhtevasına giren temel müesseseler alanında denememelidir. Bu gibi temel müesseseler, Anayasa içinde ele alınmalıdır, yâni kurulmaları veya kaldırılmaları, Anayasa üzerinde bir operasyon ile gerçekleştirilmelidir.

Bizim Anayasamızın, demokratik fikirler ve bilhassa müesseseler bakımından bazı noksanları olduğu ileri sürülmektedir. Bunlar doğrudan doğruya siyasî iktidarın kuruluşuna, işleyişine, kontrolüne taalluk ediyorlarsa, bizzat Anayasanın muhtevası içine alınarak siyasî realite alanına çıkarılmalıdırlar. Bu, Anayasa tâdili yapmak, hattâ, büsbütün yeni bir Anayasa imâl etmek demektir. Bir Anayasa tâdilinin ve hele yepyeni bir Anayasa yaratmanın güçlükleri büyüktür. Fakat, siyasî iktidarın kuruluşuna, işleyişine, kontrolüne taalluk eden temel demokratik prensiplerle temel müesseseleri, Anayasa dışı operasyonlarla -münferit kanunlarla- kurma, değiştirme, kaldırma yoluna gidersek, parlâmentodaki bir sayı çoğunluğuna, siyasî rejimin temelleri üzerinde spekülasyon yapma imkânını, farkını vermiş oluruz ki, bu hem siyaseten türlü tehlikeler dâ-

vet eder; hem de Anayasa müesseselerinin istikrarı prensibine aykırı sonuçlar doğurabilir.

İkinci Dünya Harbinden sonraki gelişim içinde işaret ettiğimiz Avusturya, Batı Almanya, Avusturya Anayasa Mahkemeleri, bizzat ilgili memleketlerin Anayasaları ile kurulmuşlardır. Bu mahkemeler, mevcudiyetlerini bizzat Anayasa içinde bulmuşlardır. Kuruluş ve teşkilâtlarının madî meseleleri, sonraki alelâde teşri ile düzenlenebilir ve düzenlenmiştir de... Ama, bu müesseseler, var olma sebeplerini, herşeyden önce, bizzat Anayasada bulmalıdırlar.

Türk hâkiminin, Anayasaya uygunluğu kontrol yetkisini kazanması öngören bahis konusu kanun teklifi, bir Anayasa mahkemesi yaratmıyor ama, «kanunların kazaî kontrolü» müessesesini yaratıyor ki, bu müessese de, siyasî iktidarın kontroluna doğrudan doğruya temas eden ve Anayasanın 103, 52, 53 üncü maddeleri ile gayet sıkı bir iltisakı olan bir temel fikir ve müessese teşkil etmektedir. Bu itibarla, alelâde bir kanunun hükümlerinden doğan farklı içtihatları bir kanun yolu ile birleştirme ameliyesine benzer bir ameliyeye mevzu teşkil edemez.

Sonra, mesele, münferit bir kanunla çözülemeyecek kadar da müdildir. Bugün, Parlâmentomuz, bir Meclis çoğunluğunun tesiri altındadır. Adeta Meclis belli bir partinin Meclis çoğunluğu olmuştur. Binaenaleyh, bir Meclis çoğunluğu herhangi bir sosyal kuvvet akımının kendisini zorlaması ile veya bizzat kendi iyi niyeti sonucu, Türk hâkimine böyle bir kontrol yetkisi verse bile, zaman içinde, bizzat kendisi veya bir başka Meclis çoğunluğu, getireceği mevzuat değiştirmeleri ile hâkimlerin, bu işi, kazaî fonksiyonun objektifliği şartları içinde görmelerini engelliyebilir.

O halde ne yapmak mümkündür? Bu sorunun karşılığı çok basittir: Türkiye Amasya Tâmimi, Erzurum ve Sivas Kongreleri kararları ve Müdafaa-i Hukuk Heyeti Temsiliye teşekkülleri zamanından beri, siyasî iktidarın kuruluşu, işleme hususunda demokratik yolu arayan ve bu yolu, siyasî iktidarın kontrolü müesseseleriyle geliştirme amacı güden bir ülkedir. İkinci Dünya Harbinden beri, bilhassa, bu kontrolü kurma savaşı içindedir. Bu savaş, öyle bir olgunluk devresine gelecektir ki orada, onun artık bir anayasa operasyonu ifadelendirecek ve tesbit edecektir. İşte, Türk hâkimlerine böyle bir yetki vermek veya bağımsız bir anayasa mahkemesi kurmak suretiyle bu meseleyi çözmeye işi de, bu anayasa operasyonu ile gerçekleştirilebilecektir. Bu anayasa operasyonu da, anayasanın, şimdiki usûlüne uygun olarak yapılacak alelâde bir tâdilini değil; bir kurucu meclis eli ile yeniden düzenlenmesi gibi mühim bir ameliyeyi ifade edecektir.

2 — *Kanunların Teferruatı Kontrolünü Müessir Bir Şekilde Kurabilmek İçin Bazı Ön Şartları da Gerçekleştirmek Gerekir* : Bir kurucu Meclis eliyle yapılacak bir Anayasanın muhtevası içine, ya hâkimlere Anayasaya aykırılığı tetkik yetkisini tanımak suretiyle veya böyle bir yetki ile teşhiz edilmiş bağımsız bir Anayasa mahkemesi kurmak suretiyle, kontrolü müessesesini yaratmak da tek başına yetmez.

Eğer, Anayasaya uygunluğun kontrolü yetkisi, normal kaza organına tanınacak ise, herşeyden önce, hâkimlerin bağımsızlığını da Anayasanın himayesi altına almak gerekecektir.

Anayasaya uygunluğun kontrolü, bağımsız bir Anayasa mahkemesine verilecekse, bu mahkemenin hâkimlerinin seçimlerinde ve seçildikten sonra da bağımsızlıklarını muhafazada çok hassasiyet göstermek gerekecektir. Bu hususta, zikrettiğimiz üç memleketin tecrübelerinden önemli şekilde ders alınabilir. Burada, gene bir küçük parantez içinde şunu belirtelim ki, bu memleketlerde bile, hâkimlerin seçiminde partizan mülahazaların tesiri olmuştur. Bizde böyle mülahazaların işi karıştırmasından kaçınmak için, üstün derecede iyi niyet ister.

Fakat bunlardan baska, bilhassa şu ön şartların gerçekleştirilmesi lâzımdır :

A — *İnsan Haklarının, Bütün Şumûlü İle, Anayasa Muhtevası İçine Alınması* : İnsan hakları prensibi, Türkiye'de siyâsî iktidarının sınırlanmasına müteallik ilk vesikalarda bile - Tanzimat Fermanı, 1856 İslâhat Fermanı, 1876 Anayasası - zikredilmiştir. Bu zikrin, kendi çağındaki değerini burada tartışacak değiliz. Yalnız, şunu belirteceğiz ki; son Anayasamız, çağımızın insan hakları alanında ulaştığı gelişimi, ne kemmiyet, ne de keyfiyet bakımından kat'ıyyen ifade etmemektedir.

Bir kere, parlamenter demokrasi eşkâlini ve siyâsî hürriyet müesseselerini muhafaza şartı içinde gelişmesi düşünülen sosyal hak ve hürriyetler fikri bakımından, bu Anayasamız yetersizdir. Sonra, bizzat kişi hürriyetleri bakımından da Anayasamızın listesi pek eksiktir. Binaenaleyh, kuracağımız Anayasanın uygunluğunun kontrolü müessesesi içinde, teşriî organın kanunlarının - belki de icra uzvunun bazı tasarruflarının - gerçekten, Anayasa müvacehesindeki kanunî değerlerini neye göre tâyin edeceğimizi, ölçeceğimizi hiç de bilmemekteyiz. Bu gibi hallerde, mücerret «hürriyet», «hak» mefhumları ile kararlarımızı tâyin etmek pek zor olur. Bu itibarla, müşahhas bir hürriyetler beyannamesinin, haklar listesinin, Anayasa içinde yer alması gerekir.

B — *Bir Anayasalı Demokrasinin Türkiye’de yerleşmesine engel olacak akımların bu beyanname ve listeden yararlanmasına imkân verilmesi*: Bugün, genel olarak, batılı parlamenter demokrasi ülkelerinde bile, Anayasalı demokrasiyi yıkmaya matuf faaliyetlerinde, bir hürriyet tanımaz.

Burada Anayasalı demokrasiden kasdolanın, batının geleneksel demokrasi anlayışıdır. Türkiye’de böyle bir anlayışı; batı dünyasının kendisine bir mirası olarak kabul etmiştir. Türk toplumu, bu geleneksel demokrasiyi kendisine içtımâî terakki istikameti olarak almıştır ki onun da temel prensibi şudur :

i — İktidarın halk tercihlerine göre icrası sırasında, laik ve müsbet bilim sonuçlarına uymayan akımların ve istemlerin bir halk tercihi olarak telakki edilmemesi,

ii — Beşerî iradenin muhtariyetine imkân vermeyecek bir otoriteryanizm kaçılması...

Binaenaleyh, Türkiye’de, böyle otoriteryanizmle ve laik ve metinci olmayan akımlar, içtımâî terakki istikametine - Anayasalı demokrasiye - aykırıdır. Bu sebeple, bu akımların, Anayasa bünyesi içindeki hak ve hürriyetler listesinden yararlanması doğru olmaz ve binaenaleyh, laik ve metinci olmayan talep, totaliteryanizmin icaplarını yerleştirmeye uğraşan bir talep, - kendileri bizatihi kanunun himayesinde olmayarak - Anayasanın muhtevası içine giren bir hürriyeti bahis konusu ederek, bir Anayasaya aykırılık iddası ileri süremez.



Bununla şunu demek istiyoruz : açık seçik bir haklar beyannamesi Anayasanın muhtevası içine girmediğçe, neyin Anayasaya aykırı olduğunu tesbit güçlüğünden kurtulamayız ve binaenaleyh, Anayasa aykırılığın tetkiki müessesesi, müessir olarak gerçekleşemez. Kaza; otoriteryanizme dayanan veya Türkiye’yi, laik ve metinci bir sosyete olmaktan harekete geçirerek himaye etmek de mümkün değildir, çünkü, bu gibi talepler, bizatihi Türk demokrasisinin imhasına yol açacaktır.