

H U K U K

UMUMİYET VE MÜCERREDİYET YOLU İLE HÜKÜMLER KOYMA İŞİNDE DEVLETİ HUKUKA RİAYET ETTİRME VASITALARI

Doçent Bahri SAVCI

İnsanlar, uzun bir tarihî oluşun sonucu, bir medeniyete ulaşmışlardır. Bu medeniyet bize bir takım hürriyetler getirmiştir. İnsanın kaderi, medenî hayat çerçevesi içinde bir tecelliye kavuşmuştur. Bugünün insanı, medenî hayat kadrosunun dışında bir hayat düşünemez. Bir başka deyimle göre; bugünün insanı medeniyetin getirdiği hürriyetlerin hiçbirinden feragat edemez. O halde, sosyal hayatı, devlet hayatı yaşayışı şekli içinde bir taazziye kavuştururken bu hürriyetlerimizi korumak dâvası, bütün endişelerimizin mihrakını teşkil edecektir. Hürriyetlerimizi korumak için ise; devleti nizam kurma işinde hukukla bağlamak lâzımdır. Devlet, nizamı, kanun veya nizamname şeklinde, yani, teşriî veya tanzimî bir tarzda, şahıs ve nevi gözetmeksizin, umumiyet ve mücerrediyet yolu ile, hükümler koyarak tesis eder. O halde devleti nizam kurma işinde hukukla bağlama vasıtalarımız; onu, gerek kanun şeklinde teşriî faaliyette bulunurken, gerekse, nizamname şeklinde tanzimi faaliyette bulunurken hukuka riayet ettirecek vasitalardan ibarettir.

Devleti hukuk ile bağlamak için çok gayret sarfedilmiştir. Zira, devlet, her şeyden evvel, bir kuvvettir. Her kuvvet ise, hiç bir engele tahammül etmemeğe meyillidir (1). Bu itibarla, devlet, kolayca, kanunların üstüne çıkabilen bir kuvvet olabilir. Nitekim; XVI. ıncı yüzyılda, devletin hâkimiyeti ilân edildiği zaman, Kral, hemen kanunların üstünde sayılmağa başlanmıştır.

Halbuki, medeniyetin bize getirdiği hürriyetlerin sağlanabilmesi ve devlet hayatını hukukî temele dayanan bir anayasa rejimi ve hukuk devleti kurabilmesi için, bu yanlış telâkkinin yıkılması lâzımdır. Nite-

(1) M. Hauriou: *Precis Elémentaire de Droit Constitutionnel*. 4e. édit. P. 27.

kim, bu telâkki, meşruiyet prensibi, kanuniyet prensibi denen görüşün hâkim olması ile yıkılmıştır.

Kanuniyet prensibi ile, hâkimiyetin her nizamdaki imtiyazlarını kullanan devletin yaptığı fiili, o fiilin doğumuna ve hukuk sahasında tesir husule getirmesine müteallik kanunî şartlara uygun olarak yapması temin edilir. Kanuniyet prensibi; modern devlette kanunun hüküm sürmesi, kanunun üstün tutulması, keyfiliğin reddedilmesi (2) sistemidir. Bu prensip, kanunun üstünlüğünü temin ederek devlet organlarının kanun dışındaki fiil ve hareketlerine imkân bırakmamaktır. (3).

Fakat, bizzat kanun dahi tazyik edici olabilir. Çok eski bir görüşe göre, hürriyet kanunun hüküm sürmesidir. Lâkin, bizzat kanun dahi tazyik edici olabilir, bizzat parlâmento da tazyik edici olabilir. onun yaptığı kanun da despotik olabilir. O zaman, hürriyetten bahsetmeğe imkân yoktur. Bizzat parlâmento dahi, bazan, medeniyetin getirdiği hürriyetleri ihlâl eden kanunlar çıkarabilir. Çünkü, bu kanunlar da nihayet, insanlar tarafından, hukukî şuurun derinliklerinden çıkarılıp meydana konulmakta, ve gene, o insanların dili ile formüle edilmektedir. İnsanlarsa; bir zamanlar Thomas Jefferson'un dediği gibi, kendi haklarının koruyucusu oldukları gibi, kendilerini mahvetmek için kullanılacak vasıtalar da. (4). İşte şimdi bu insanlar, teşriî meclisin çalışmaları ile, umumiyet ve mücerrediyet yolu ile hükümler koyarken, bazan, bilerek veya bilmiyerek, hürriyetleri bozucu kanunlar yapabilir. Hele, nizamname şeklinde, umumiyet ve mücerrediyet yolu ile hükümler koyarken, yani nizamname yaparken; hürriyetleri daha kolayca ihlâl edecek hükümler formüle edebilirler. O halde, medeniyetin hürriyet mirasını bu iki faaliyeti yapan devlete karşı koruyabilmek için, onu bu iki istikametteki faaliyette hukuka riayet ettirecek vasıtaları düşünmemiz lâzımdır. Modern devlet, bütün faaliyetlerinde, hukuk devleti prensiplerine tâbi kılınmıştı (5). O halde, modern devleti; gerek teşriî

(2) J. Barthélemy et Paul Duez: *Traité de Droit Constitutionnel*. P. 192.

(3) Devlet organlarının kanunun kuvveti prensibine mutlak saygı göstermesi, bütün medeni memleketlerde umumî bir kaidedir. Kanun, vatandaşlar gibi, devlet organlarını da bağlar. Ancak böyle bir anlayıştır ki, devlete, hukuk devleti karakterini verir? Bak: Géorge Del Vecchio: *Justice - Droit - Etat*. Etudes de philosophie juridique. P. 141.

(4) Josephe Berthélemy: *Valeur de la liberté et adaptation de la Republique*. P. 10.

(5) André de Laubader: *Manuel de droit administratif*. P. 80.

şekil altında; gerek nizamname şekli altında, umumî ve mücerret hükümler formüle ederken, yani kanun ve nizamname yaparken, hukukla bağlama vasıtalarını temin etmemiz lâzımdır.

İşte bu hususta elimizde mevcut olan prensip şudur: Muhtelif devlet organları tarafından formüle edilen hukuk kaideleri arasında - Anayasa, alelâde kanun, nizamname - sıkı bir mertebeler silsilesi vardır. Bu suretle nizamname kanunla, kanun da Anayasa hükümleri ile hudutlanmıştır. Hiç bir nizamname kanuna, kanun da anayasanın ruhuna ve maksadına aykırı bir hüküm koyamaz.

Teşriî ve tanzimî hükümler koyma işinde devleti hudutlıyan bu prensip, bir başka deyimle, şöyle ifadelenebilir.

A — Parlâmento dahi, anayasanın lâfzına ve ruhuna aykırı düşen kanunlar koyamaz;

B — Hükümet de herhangi bir kanunu ihlâl edici bir nizamname çıkaramaz.

İşte bu prensip sayesinde hürriyetlerin korunması mümkün olur. Şimdi, bütün mesele, bu prensibin pratik müeyyidesini bulmaktır; yani, parlâmentoyu, kanun yaparken; hükümeti, nizamname yaparken üstün hukuk ile bağlı kılma vasıtalarını bizzat ortaya çıkarmak ve bu vasıtaları, gerektiği zaman, hemen, harekete getirmektir. O halde, evvelâ; umumiyet ve mücerrediyet yolu ile hükümler koyucu devletin teşriî organının anayasaya aykırı bir kanun koymasına engel olan ve eğer böyle bir kanun koyarsa, onun hâdiselere tatbikini bertaraf eden tedbirleri; sonra da, devletin icra organının, kanunu ihlâl edici nizamname yapmasına engel olan ve yapılmış olan böyle bir nizamnamenin tatbikini bertaraf eden tedbirleri görelim.

A — *Bizzat teşriî organı, umumiyet ve mücerrediyet yolu ile hükümler koyarken - kanun formüle ederken - hukuka riayet ettiren ve kanunların Anayasaya uygunluğunu temi neden vasıtalar.*

Kanun koyucunun salâhiyeti sahası gittikçe artmaktadır. Zira, parlâmento, Larnaud'un da zikrettiğine göre, üstün bir organ değil, aynı zamanda, hâkim - souverain - bir organdır. (6). Fakat böyle olunca, bu devlet organı, kendisine sınırsız iktidarlar verebilir. (7). O halde

(6) Carré de Malberg: *Contribution à la théorie générale de l'Etat*. 11. P. 616.

(7) Aynı eser: P. 134.

onu çeşitli vasıta ve yollarla sınırlamalıdır. Parlâmento, ne kadar hâkim - souverain - bir organ olursa olsun, onun bu egemenliği mutlak değildir. Zira bu üstün organ, nihayet seçimden çıkmaktadır. Onu meydana getirenlerin hepsi, yenilenen seçimlere tâbi kılınmıştır. Onların iktidarı muvakkattır. Onlar millî iktidarın belli bir zaman için hâmilidir. Seignobos'un dediği gibi, bir meclis seçime bağlı kalınca, mutlak bir iktidara kalbolamaz. Zira bu meclisin iktidarı, seçmenlerin onu yenilemesine bağlıdır.

İşte, esasında, prensibinde, iktidarına bir huclut koymak fikri red edilemiyen parlâmentonun kudretini, realiteler aleminde de sınırlamak için kuvvetli bir anayasa rejimi kurmak lâzımdır. Bu rejim, anayasayı, bizzat parlâmentoya da hâkim olan çok üstün bir kanun haline getirir. Artık parlamento da ona tâbi kalır. Parlâmento dahi onu ihlâl edemez, onu her şeraitte ve istediği anda değiştiremez. Böylece, kanun koyucu organ dahi, kanun yapmak iktidarını, ancak anayasanın çizdiği sınırlar içinde kullanabilir.

Kakat kanun koyucu, tesbit edilmiş bulunan anayasa rejimini ihlâl le her zaman kadir olabilir. O halde bizzat onu anayasaya, hukuka riayet ettirmek icabeder. Kanun koyucuyu hukuka riayete mecbur eden vasıtalar şunlardır:

1 — Anayasaya aykırı olacak bir kanun çıkmadan önce onun çıkmasına mâni olacak tedbirler:

Bu hususta meclis başkanlarının bir rolü olduğu görülmektedir. Parlâmento başkanları böyle bir kanunun münakaşasına; müzakeresine muhalefet edebilirler. Filvaki, parlömanter rejim içinde, meclis reislerinin mühim rolü vardır. Onlar gerek hükümet tarafından, gerek parlâmento âzaları tarafından parlâmentoca müzakere ve kabul edilmek üzere takdim ve arzedilen kanun tasarı ve tekliflerinin, parlâmento huzuruna çıkmasını temin ederler. İşte bu arada parlâmento başkanı bu teklif veya tasarının, anayasaya veya, hukukun yüksek ve umumî prensiplerine muhalif olduğunu görürse, onun parlâmento huzuruna çıkmasına muhalefet edebilir.

Fakat bu zayıf bir tedbirdir. Parlâmento başkanı bu muhalefetini sonuna kadar götürmeğe muktedir değildir. Başkan, şahsî prestiji ile bu hususta bir dereceye kadar müessir olsa bile, bu tedbiri bir anayasa tedbiri olarak mütalâa edemeyiz.

Diğer bir tedbir daha vardır: Devlet başkanı parlâmentonun ana-

yasaya aykırı bir kanun kabul ettiğini görünce, bu kanun neşir ve ilân edilmek üzere, kendisine geldiği zaman, mucip sebep zikrederek onun bir defa daha müzakere edilmesini ister ve bu notkada parlâmentonun dikkat nazarını çeker. (8).

Fakat bunu da kanunların anayasaya uygunluğunu sağlayan kuvvetli bir anayasa tedbiri olarak görmek pek mümkün değildir. Zira parlâmento, yaptığı kanunun anayasaya aykırılığı hususunda devlet başkanınca dikkat nazarı çekilmiş olmasına rağmen, aynı metin üzerinde ısrar edecek olursa devlet başkanı, bu sefer anayasaya muhalif gördüğü o metni neşir ve ilâna mecburdur. Vakıa onu da buna mecbur edecek bir başka müeyyide yoktur. Yani devlet başkanı bir kanunun neşir ve ilânını hudutsuz derecede geriye atabilir. Onu buna mecbur edecek direkt bir müeyyide ve vasıta yoktur. Lâkin devlet başkanının, bir kanunun neşir ve ilânını ilânihaye geciktirmesi, nihayet hükümetin parlâmento önünde siyasî mesuliyetine yol açabilir ki devlet başkanı böyle bir buhrana imkân vermemek için o kanunu neşir ve ilâna, hakikaten, mecbur kalır.

II — Anayasaya aykırı olarak çıkan bir kanunun hâdiselere tatbikini bertaraf eden vasıta ve tedbirler:

Yukarıki tedbirlere rağmen anayasaya aykırı bir kanun çıkarsa, bu sefer de bu kanunun hükümlerinin hâdiselere tatbikine engel olan vasıtalar bulmak lâzımdır. Bunun için de, kanunların anayasaya uygun olup olmadığını kontrola salâhiyetli olan ve hattâ bizzat teşrii heyetten müstakil bulunan bir otorite lâzımdır. Bu hususta kendisine müracaat edilecek vasıtalarından anayasaya aykırılığı tesbit edilecek kanunun hükümsüzlüğünü ilân etmesi istenecektir. Veya bu vasıtalarından alınacak bir hüküm ile anayasaya aykırı olan kanunun tatbik edilmemesi istenir. (9).

Bu suretle üstün hukukun zaferini temin etmek için en emin yola girilmiş olur. İşte bize bunu temin edecek vasıtalar şunlardır :

1 — *Hususî, bitaraf ve müstakil bir mahkeme:*

Bu mahkeme, bizzat teşriî heyeti bile önünde eğen, yapılmış bir kanunun hukuka mugayir veya uygun olduğuna karar verebilen, gayri

(8) Sibert: *Répétions écrites de droit constitutionnel*. 1. ère année. 1938 - 1939. P. 35.

(9) Sibert: *Répétions écrites de droit constitutionnel*. 1. ère année. 1938 - 1939 P. 35.

girilmiş olur. İşte bize bunu temin edecek vasıtalar şunlardır: meşru gördüğü kanunları ilga edebilen yüksek bir mahkemedir. (10).

1920 Çekoslovakya Esas Teşkilât Kanunu böyle bir sistem yaratmış ve bir esas teşkilât mahkemesi kurmuştur. (11). Bunun önüne, Esas Teşkilât Kanununa aykırı olduğu iddia edilebilen hükümler getiriliyordu. Yalnız, bu mahkemenin önüne, bu meseleleri, hususî şahıslar getiremez; bu mahkeme önünde, kanunların Anayasaya uygunluğu iddiasını; Millet Meclisi, Âyan, Divanı Âli, en yüksek idarî mahkeme, aşağı Karpatlar Rusyası diyeti arzedebilir. Eğer mahkeme karar verirse, kanun, bütün memleket hakkında, sarahaten ilga edilmiş olur.

Avusturya'da, buna benzer bir mekanizma ile, Anayasaya muhalif olan idarî kanunun ilga olunduğunu neşir ve ilân ederdi. (12).

Fransa'da da Anayasaya aykırı olarak yapılan, diğer teşriî tasarrufların esas kanuna uygunsuzluğuna karar verebilecek bir teşkilât düşünmüştür.

Bu hususta, evvelâ, Sieyès, konvansiyona, bir jurie constitutionnaire kurulmasını teklif etmişti. Sieyès bu hususta Franklin'den ilham almıştır: Franklin, Pensylvania Anayasası ile, bir sansör heyeti yaratmak istiyordu. Bu heyet, Anayasaya aykırı fiilleri ilga edecekti. (13). Sieyès'in de bundan ilham alarak kuracağı jüri bir mahkeme olmayacaktır. Bu, siyasî ve temsilî, hususî bir heyet olacaktır ve Anayasaya aykırı olan bütün fiil ve kanunları hükümsüz ilân etme hususunda, hususî bir vazifesi olacaktır.

Sieyès'in bu jürisi tahakkuk imkânı bulamadı. Fakat onun bu jüri projesi, modern hukukçular tarafından pek cömert ihtirasla tetkik edilmiştir. Bu suretle, Sieyès, o kadar çok tatbikata ve o kadar çok ilhamlara vasıta olan bu "Anayasaya uygunluğun kontrol" fikrinin başında yer almaktadır.

Esmein'in ifadesine göre, Sieyès'in bu Jurie Canstitutionnaire'i sene VIII Anayasasında Sénat olur. Sénat hükümetinin fiillerini ve teş-

(10) Duguit: *Souveraineté et Liberté*, P. 200.

(11) Mirkine - Guetzévitch; terc A. R. Türel - *Hukuku Esasiyede yeni temayüller* S. 41.

(12) Duguit: Aynı eser: P. 285 - 86.

(13) J. Barthélemy: *Répétitions écrites de Droit Public*, 3 e anné 1938 - 1939. 9.91.

(14) Paul Bastid: *La place de Sieyès dans l'histoire des institutions*. *Revue d'histoire poli. et Const*, 3e année: P. 450.

riî heyetin kanunlarını, Anayasaya uygunluğu bakımından kontrol edebilen bir Anayasa mahkemesi halini aldı. Bu suretle Bonaparte sene VIII Anayasası ile; kendisine, tribunal veya hükümet tarafından esas Anayasaya uygunsuzluğu iddiası serdedilecek olan fiilleri (kanunları) idame veya iptal edecek muhafazakâr bir senaya (15) sahip oldu.

Filhakika, sene VIII Anayasasına göre, Sénat teşriî heyetin ve hükümetin fiillerini, Anayasaya uygunluğu bakımından takdir edebilirdi. Sénat bu kontrolü daha ziyade; kanunların Anayasa prensipleri ve siyasî hürriyetlere uygunluğu bakımından yapardı. Fakat Sena, bu vazifesinde, çok yüksek bir organ sıfatı ile hareket ediyor; hükümetin fiillerini, teşriî heyetin, Anayasaya muhalif kanunlarını, mutlak bir istiklâl içinde feshediyordu. Onun bu mutlak hareket serbestisi sene X da azaltıldı. Sénat'ın bünyesinde yapılan birtakım tâdillerden sonra, Sénat'ın, Anayasaya uygun olmıyan kanunlara karşı hareket imkânı tahdit edildi. Sénat artık teşriî heyet veya hükümet veya tribunal tarafından, bir kanunun Anayasaya uygunsuzluğu beyan edilmeden o kanuna karşı, harekete geçemez.

Ne yapılırsa yapılsın, tecrübe iyi netice vermedi. Sénat, bir Anayasa mahkemesi olma hususundaki vazifesinde geri kaldı. Zira, öyle bir teşkilât kurulmuştu ki, Anayasayı değiştirmek bahis mevzuu olunca, bu, kolaylıkla mümkün oluyordu. Fakat herhangi bir otoritenin herhangi bir fiilini ilga etmek bahis mevzuu olunca, bu, mümkün olamıyordu.

İşte böyle bir devre içinde, Sénat, Anayasa mahkemesi olmaktan ziyade, Anayasayı tâdil etmesi için günün efendileri elinde bir âlet oldu, (16) ve Sénat, büyük muvaffakiyetsizliğe düştü. (17). Fakat Sena, ikinci İmparatorluk zamanında, tekrar canlanmıştı. Louis Napoléon'nun 1851 deki hükümet darbesinden sonra, bir plebisitle vaziyeti meşrulaştırmış ve gene halktan, muayyen esaslara göre, bir Anayasa yapma hususunda selâhiyet almıştı.

Bu kanunu yaparken riayet edeceği şartlar ve meydana getireceği müesseselerden birisi de, memleketin münevverlerinden mürekkep bir Sénat idi. İşte bu suretle 1852 Sénatsı kuruldu. Bu sénat Anayasa-

(15) M. Waline: *Eléments d'une théorie de la juridiction*. Revue: P. 450.

(16) Duguit: *Leçons de Droit Public Général*, P. 285.

(17) Sena'nın bu muvaffakiyetsizliğini; onun esasen sun'î bir müessese olduğunu, esas teşkilât müesseseleri içinde de sun'î olanların muvaffak olamayacağını beyan ederek izah ederler.

nın muhafızı sayılmıştır. Sénat teşriî heyetin içtima akdetmediği devrede meydana çıkan büyük ihtilâfları hal için, Anayasa metinlerini izah ederdi. Keza, Anayasanın idamesi için zarurî olan şeyleri temin için müdahale ederdi. Onun bütün keyfî ve gayri meşru fiilleri lâğvetmek hakkı vardı. Buna rağmen Sénat, ikinci imparatorluğun bütün devamı müddetince, ancak zayıf bir rol oynamış ve kendini daima ihtilâflar içinde bulmuştur.

Bütün noksanına ve gayri mükemmelliğine rağmen, bu Sénat'nın kazaî bir rol oynadığı itiraz götürmez. Muhafazakâr Sénat şüphesiz, sadece, kazaî fonksiyona sahip değildi. Onun teşriî ve esasî vazifeleri de vardı. Fakat o, kanunların Anayasaya uygunluğunu takdir ederken tamamiyle, kazaî bir fiil yapıyordu. (18). Fakat dediğimiz gibi, Sénat, Krallığın siyasetine hizmet etmek için, bu vazifesini suiistimal etti ve kendi salâhiyetini tecavüz etti.

Bir iş görmiyen ikinci İmparatorluk Sénatsı da ortadan kalktıktan sonra, bu mesele hakkında Anayasalar sakit kalmıştır. Yalnız 1903 de Charles Benoist tarafından bir yüksek mahkeme teşkili tavsiye edilmişti. Bu mahkeme âzaları Cumhur Reisi tarafından seçilecektir ve bu mahkeme, ancak, bir ihtilâf dolayısıyla meseleyi ele alacaktır. M. Jules Boche de şöyle bir teklif yapar: 1791 haklar beyannamesi, hali hazırdaki Anayasaya dercedilecek, sonra da, Temyiz Mahkemesi Umumî Heyeti, bunların tatbikatına nezaretle tanzif edilecektir. (19).

Böyle yüksek bir Anayasa mahkemesi fikri cazip olmakla beraber, düşünülürse, üzerinde, tereddüde düşülür. Çünkü:

a — Bu mahkemenin kuruluşunda güçlükler vardır: Bu mahkemenin âzaları nasıl seçilecektir?

1 — Bu mahkemenin âzalarını hükümet veya parlâmento seçerse: O zaman bu âzaların hükümet ve parlâmento karşısında istiklâli olamayacağından korkulabilir.

2 — Âzalar, seçim esasına göre tâyin edilirse: O zaman da, bu mahkeme bir siyasî heyet olacak kendisinden istenen bitarafılığı temin edemeyecek, bir adalet makamı olmaktan çıkacak, bir hukuk meselesini halletmek bahanesiyle kendinde siyasî kuvveti temerküz ettiren yüksek bir meclis olmak gayesini güdecektir.

3 — Bu mahkemenin âzaları, bir tâyin ile iş başına gelirse: O za-

(18) Waline: *Eléments d'une théorie de la juridiction*, Revue: P. 451.

(19) Esmein: *Eléments de Droit Cons. Français et comparé*. I, 864.

man da, Demokrasi ile telif edilemeyen bir Aristokratik heyet meydana gelecektir.

b — Bu mahkemeye, bir meselenin vazedilişi hususunda da güçlükler vardır: Bu mahkemeye meseleyi, hangi şahıs ve makam getirecek, ve bu mahkemeye bu mesele, hangi şekilde gelecek?

1 — Mahkemeye, meseleyi, hükümet getirecek ise: Hükümet, ancak, kendi hoşuna gitmiyen kanunların Anayasaya uygunsuzluğunu iddia ederek, bu mahkemeye getirecektir. Diğer taraftan, ferdî haklar ve beşerî şahsiyetin istiklâl mefhumu ile tezdad halinde olan kanunlar, bu mahkemenin önüne gelmek şansına sahip olamayacaktır.

2 — Mahkeme, meseleye kendi kendiliğinden el koyacak ise: O zaman da, yukarıda söylediğimiz gibi, bu mahkeme, çok kuvvetli bir siyasî organ olur ve bir adalet makamı olmaktan çıkar.

3 — Mahkemeye, meseleyi, bir hususî şahıs getirecek ise: O zaman da, teşriî iş, sektedar edilmiş olacaktır. Hakikaten, hususî bir şahsın teşriî organından, usulüne göre müzakere ve kabul edilerek çıkan bir kanunun ilgası hususundaki mekanizmayı tahrik edebilmesi biraz garip gözükten bir imtiyazdır.

Bu izahattan anlaşılıyor ki: Bu mahkeme, nazari bir cazibeye sahip ise de, tatbikatta, seçilmiş parlâmentonun üstünde hakikî bir kontrol kuvvetine sahip olması dolayısıyla, tehlikeli bir müessesese halini alabilir.

2 — Romanya'nın 1925 Sistemi:

Kanunların Anayasaya uygunluğunu takdir edecek bir sistem olarak, Romanya daha başka bir yol tutmuştur.

Romanya, kanunların Anayasaya uygunsuzluğunu takdir edecek ayrı ve hususî, yüksek bir mahkeme yaratmıyor. Fakat Romanya sistemine göre, bir dâvacı, herhangi bir mahkeme önünde bir kanunun Anayasaya muhalefetini iddia edebiliyor. Böyle bir iddia karşısında kalan mahkeme, o kanunu tatbik etmiyor. O kanuna dayanarak hüküm vermiyor. Bu hususta Temyiz Mahkemesi salâhiyettar kılınmıştır. Temyiz Mahkemesi Umumî Heyeti, o kanunu ilga etmeksizin onun Anayasaya uygunsuz olduğuna ve gayri kabil tatbik bulunduğuna karar verebilir. (20). O zaman madûn mahkeme, üstün mahkemenin bu kararı ile bağlıdır. Esas teşkilâta uygunsuzluğuna karar verilen bu kanunu artık tatbik etmez.

(20) Fritz Fleiner: *Amme hukukunda Büyük Harpten sonraki istihaleler*. s. 8.

Burada da bir takım mahzurlar vardır: Evvelâ; böyle bir ihtilâf çıkması dolayısıyla tatbik edilen bu usül, meselenin hallini geciktiriyor.

Sonra bu usül, küçük mahkemelerin istiklâline aykırıdır. Dâvanın iyi tecellisi için, madûn mahkemelerin de, müstakil olması lâzımdır. Halbuki, şimdi, bu madûn mahkeme, Temyiz Mahkemesinin kararı ile bağlanıyor.

Nihayet, Temyiz Mahkemesine de bu usül dolayısıyla, politika giriyor. O da, kanunların Anayasaya uygun olup olmadığını takdir ederken, teşriî organ üzerine hâkimiyet kurmak vaziyetine girebiliyor; seçilmiş parlâmento üzerinde, bir kontrol hakkını iddia eden bir politik meclis haline geçebiliyor. (21).

3 — Birleşik Amerika Sistemi:

Birleşik Amerika Devleti, kanunların Anayasaya uygunsuzluğunu tetkike mahsus, güzel bir sisteme sahiptir. Amerikalılar kanunların Anayasaya uygunsuzluğunu takdir salâhiyetini adlî nizamla verirler. Birleşik Amerika Devletlerine göre, ferdî hakların muhafazasını temin edecek biricik çare hâkimlere müracaattır. (22). Bunu, siyasî statülerinin esaslı bir müessesesi telâkki ederler.

Bu sistem şu mantikî kaideden çıkmıştır: Anayasa, alelâde kanuna üstün olduğundan, bu esas teşkilât kanununa uygun olmıyan kanun hükümsüz kalmalıdır. (23).

Daha 1787 lerde mevcut olan bu kaide dolayısıyla bahis mevzuu olan bu adlî kontrol 1803 den itibaren fiilen tatbik mevki bulmuş ve bir çok hâdiselerde, bir kanun, adlî nizam tarafından, esas teşkilât kanununa aykırı görülerek hükümsüz bırakılmıştır. (24).

Sistemin esasına gelince: Amerika'da, kanunların Anayasaya uygunsuzluğu, her derecedeki hâkim tarafından takdir edilebilir. Büyük, küçük her mahkeme, bu kanunun, Anayasaya uygunsuzluğunu takdire salâhiyetlidir. Büyük, küçük herhangi bir mahkeme, teşriî makamın

(21) Duguit: Leçons de Droit public général: P. 288.

(22) Ch. Crozat: Türk hâkimi kavanininin teşkilât esasiyeye tevafuk veya ademi tevafukunun takdir hakkını haiz midir? s. 853.

(23) Fakat bu nazariye esas teşkilât kanunu metnine girmemiştir. Lâkin tefsir yolu ile yavaş yavaş teessüs etmiştir. (Ch. Crozat: aynı eser s. 854).

(27) Bu tarihte, Anayasa uygunsuzluğu takdir keyfiyetinin, hâkimlere bırakılması fikri âlî mahmeme reisi Marshal tarafından bir nazariye halinde, katıleştiriliyor.

Anayasaya muhalif bir kanun çıkardığına kani olursa, bunu beyan etmeğe ve bu suretle Anayasaya muhalefeti tesbit edilen bu kanunun, önüne getirilen meseleye tatbikini reddetmeğe mecburdur. (25). Ama bu kanun, hangi halde ise, o şekilde kalır. Diğer bir meselede, aynı mahkeme veya diğer bir mahkeme, meseleye farklı bir görüş getirir ve evvelce, Anayasaya muhalefeti iddia edilmiş olan ve bu sebeple, tatbiki bertaraf edilmiş olan bu aynı kanunu tatbik edebilir.

Eğer, uygunsuzluğa yüksek mahkeme, Amerika Yüksek Adalet Mahkemesi, karar vermişse, parlamento, ekseriya, o kanunu geri alır, lâğveder.

Adlî bir mahkemenin, önüne getirilen bir kanunun, Anayasaya uygun olup olmadığını takdir salâhiyetini alması. Amerikalılarca, kuvvetlerin ayrımı prensibi üzerine dayanmıştır.

Filhakika: 1 — Parlamento kanun yapar; 2 — İcraî kuvvet kanunun tatbikini temin eder; 3 — Adlî kuvvet de, gene kanunu tatbik ederek cürüm ve ihtilâflara hükmeder. İşte adlî kuvvet, bu fonksiyonu ifa ederken kanunlara, tamamiyle bağlıdır. Eğer, Anayasa ile, alelâde kanun mutabakat halinde ise, mesele yok. Hâkim, vicdanına göre, kanunun hudutları içinde, serbestçe hareket eder. Fakat alelâde kanun, Anayasayı ihlâl ederse, hâkim, bu iki hukuktan hangisini tatbik edecektir?

Bu takdirde, hâkim Anayasayı tercih edecektir. Zira, bizzat teşriî kuvvet, üstün kanunu ihlâl etmiş ise, hâkim onu tatbik mecbur değildir. Hamilton'un dediği gibi, iki kanun tearüz ederse; bakılır: biri, diğerinin - Anayasa gibi - fevkinde ise, onunla amel olunur. (26). Bu takdirde hâkim, teşriî kuvvete isyan etmiş ve onu salâhiyetini gasbetmiş değildir: Hâkim yine kanunî bir salâhiyetini kullanmaktadır. Zira, hâkim, kendi hükmü altına konan bir ihtilâfta, hangi kanunun tatbik edileceğini kararlaştırmağa salâhiyettardır. Anayasaya göre; adlî kuvvetin ihtilâfları halletmek salâhiyeti vardır. Böyle bir ihtilâf halinde, hâkim, daha kuvvetle mecburî olan ve memleketin yüksek hukukunu teşkil eden kanunu tatbik eder. (27).

(25) Sadece federe devletlerin kanunları değil federal devletler kanunları da böyle bir takdire mevzu teşkil edebilir. Yalnız federal devletin, kongrenin yaptığı kanunların Anayasaya uygunsuzluğu, daha az iddia ve beyan edilmiştir.

(26) Ch. Crozat: Türk hâkimi kavanininin teşkilâtı esasiyeye tevafuk veya ademî tevafukunu takdir hakkını haiz midir. İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası: 1927, sene 5. sayı 32 - 33. s. 854.

(27) Esmein: *Eléments de Droit constitutionnel français et comparé*, 1. P. 627

İşte, hâkimin Anayasayı tercih etmesi bu sebeplere dayanır. Ve haklı görülür.

İşte, bizzat parlâmentoyu, hukuka riayet ettirme hususunda, Amerika'da bulunan vasıta ve müeyyide budur.

Bu müessesenin kanun koyucuyu, kanunun prensibine tâbi kılma-
da çok müessir bir rolü olmakla beraber, bazı görüşler, bu müessesenin,
hâkimi politik sahaya soktuğunu da iddia eder. Buna göre, mahkeme,
adaletin mekanizması olmaktan ibaret bulunan hakikî rolünün dışına
çıkılmış ve teşriî kuvvetinin kanununu tatbik etmemek ve hattâ onu ge-
ri aldirmekle politik bir iş yapmış olur.

Bu itiraza, Amerikalılar şu cevabı verirler. Bir defa, bir kanunun
Anayasaya uygunsuzluğuna karar vermekle, mahkeme bir kanunu ih-
lâl etmiyor; tahrip etmiyor; onu herkes hakkında hükümsüz ilân etmi-
yor; sadece, bu kanunun kendisine getirilen meselede ve yalnız bu me-
selede tatbikini reddediyor. Sonra, bu hususta adlî kuvvetin kendiliğin-
den teşebbüs kabiliyeti de yoktur; yani adlî kuvvet, kontrol yoluyla ken-
diliğinden bir kanunun Anayasaya uygunluğunu tetkik edemez. Yeter-
ki bir vatandaş o kanunun kendisine tatbikinden şikâyet etmiş olsun.
(28). Binaenaleyh mahkemenin, politik bir rol oynaması bahis mevzuu
değildir. (29). İşte bizzat parlâmentoyu hukuka riayet ettirme hususun-
da Amerika'da bulunan vasıta ve müeyyide budur.

Amerikan ve Fransız ihtilâlleri, ferdî hürriyetleri tesis etmek için
birer beyanname kaleme aldılar. Lâkin, onu teminat altına alacak va-
sıtaları düşünemediler. Zira, o zamanlar âmme iradesinin her zaman
doğru olacağına inanılmıştı. Millî hâkimiyetin her tezahürü; hem ka-
nuna, hem de akla uygun sayılıyordu.

Binaenaleyh millî hâkimiyetin her tezahürü ferdî salâhiyetlere uy-
gun olur, onları ihlâl etmezdi. Zaten kuvvetlerin birbirinden ayrılması

(28) Esmein: s.g.e. I. P. 629.

(29) Mamafih bu usül, gene itirazdan uzak kalmış değildir. Hâkime bu tarz-
da bir salâhiyet tanımının, içtimaî ilerlemeye engel olduğu itirazı da ileri sürülür.
Çıkan kanunlarının hükümlerini tatbik etmemek suretiyle hâkimlerin içtimaî iler-
lemeye engel olmalarından memnun olmıyan halk, hâkimlerin bu vazifesinin tah-
didi yoluna gitti. Bu hususta çok ileri giden ve seçilen bir hâkimin, belli başlı seç-
menlerinin isteği üzerine, azli kabul edildi. (Ch. Crozat s.g. makale. s. 856) Sonra
diğer bir çare daha ileri sürüldü: Anayasaya uygunsuzluğuna bir hâkim tarafın-
dan karar verilen bir kanun, bu sefer de halka arzedilir. Hâkimin bu kararına rağ-
men halk, müsbet rey verirse hâkim bu kanunu tatbik ile mükellef kalır.

millî hâkimiyet prensibinin tatbiki, kanunların hâkim olması prensibi ferdî hürriyetleri kâfi derecede maddeten de temin eder sayılıyordu. Evet, kanunu hâkim kılmak, ferdî hürriyetleri temin ve himaye eder. Fakat kanun, ferdî hürriyetlerin yegâne teminatı değildir. Kanun, ferdî hürriyetleri, ancak icra kuvvetinin keyfilğine karşı koruyabilir. Fakat, vatandaş, beyannamelerin ve esas Anayasanın ilân ve tesbit ettiği ferdî hürriyet prensibine aykırı bir kanun çıkarmağa daima muktedir olan kanun kurucu karşısında, onun keyfî hareketi karşısında müdafaasız kalır. Hauriou'nun da beyan ettiği üzere, bizzat millî hâkimiyet prensibi dahi, lüzumsuz, faydasız, hattâ fena kanunların ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. İşte bu sebeple, bizzat parlâmentonun da, Anayasanın ilân ve tesbit ettiği ferdî hürriyetlere aykırı fena bir kanun çıkarmamasını temin için kontrol vasıtaları bulmak, ferdî salâhiyetlerin teminatını meydana getirmek için zarurî olmuştur.

Bu hususta, kuvvetli bir teminat olmak üzere, kanunların Anayasaya uygunluğunu kontrol meselesini inceledik (30) devletin mesuliyetini en kuvvetli olarak tahakkuk ettiren bir memleket olmasına rağmen, "Fransa'da" kanunların Anayasaya uygunluğunu kontrol imkânını mahkemelere veren bir kaide teessüs etmemiştir. Hattâ, bilâkis, içtihadı muhakim, bu kontrol selâhiyetini mahkemelere vermediğini tasrih bile etmiştir. Fransız Danıştayında hükümet komiseri olan M Lattournerie devlet şûrasının 1936 da verdiği iki karar dolayısıyla bunu açık olarak tesbit etmiştir Şöyle ki:

1 — Anayasaya uygunsuzluğu dolayısıyla bir kanunun lâğvı hususundaki müracaatı, hâkim, - salâhiyet tecavüzü idiası münasebetiyle - kabul edemez.

2 — Hâkim, keza, bir ihtilâf müracaatı dolayısıyla de, bir kanunun esas teşkilâta uygunsuzluğu defini de kabul edemez. (31)

4 — *Türkiye'de kanunların Anayasa kanununa uygunluğunu takdir meselesi:*

Acaba, Türkiye'deki vaziyet neden ibarettir? Türkiyede teşriî kuvvetin çıkardığı kanunların kazaî murakabesi mümkün müdür? Türkiye'de mahkemeler kanunların Anayasaya uygun olup olmadığını takdir-

(30) Bk. evvelki sayfalar.

(31) Notes de jurisprudence: Revue de Dr. Pub et de la science poli. T. 271.

de salâhiyettar mıdır? Bu hususta mevzuat ve doktrin ne merkezdedir?

Bu mesele vaktiyle Türk hâkimlerinin, Anayasaya uygun olmıyan kanunlar üzerinde kazaî murakabesi var mıdır, yok mudur şeklinde İstanbul Üniversitesine mensup profesörler arasında münakaşa edilmiştir. (32). Bu münakaşada her iki tarafın dayandığı, hukukî mütalâalarına mesnet yaptığı kanunî delilleri ve isbat tarzını söyleyecek ve nihayet bazı büyük hukukçuların bu mesele dolayısıyla vazettikleri umumî bir kaidenin, Türkiye'ye tatbik şartlarını arıyarak vardığımız neticeyi izah edeceğiz. Meseleyi basitleştirmek için üzerinde münakaşa geçen kanunî hükümleri kanunun o zaman yürürlükte olan şekline göre yazmak muvafık olur.

Esas Teşkilât Kanunu madde 52: İcra Vekilleri Heyeti, kanunların suveri tatbikiyesini irae veyahut, kanunun emrettiği hususatı tesbit için ahkâmı cedideyi muhtevi olmamak ve Şûrayı Devletin nazarı tetkikinden geçirilmek şartıyla nizamnameler tedvin eder. Nizamname Cumhurbaşkanının imzası ve ilânı ile mamulinbih olur. Nizamnamelerin kavanine mugayereti iddia olundukta, bunun merci halli Türkiye Büyük Millet Meclisidir.

Esas Teşkilât Kanunu madde 53: Mahkemelerin teşkilâtı, vazife ve salâhiyetleri kanunla muayyendir.

Ch. Crozat meseleyi, evvelce Türkiye'de hâkimin esas teşkilâta uygun olmıyan kanunları murakabe salâhiyetine mâni olan esbabı aramak suretiyle açıyor; yani hâkimde murakabe salâhiyetini görmiyenlerin fikirlerini anlatıyor. Buna göre:

Muammer Raşit Bey, 103 üncü maddenin, kanun koyucuya rehberlik etmekten başka bir kıymeti olmadığını iddia ve kanun katî bir müeyyideyi ihtiva etmediğini beyan ediyor. Ona göre; hâkimin bu murakabeyi yapması lehine veya başka bir şekilde derpiş olunmuş bir tedbir yoktur. Teşkilâtı Esasiyenin vazıları bu mesele ile uğraşmamıştır. O halde, bu madde ile; meseleye onların ifade etmek istediklerinden başka bir mâna vermeğe, yani hâkimlere bu murakabe hakkını tanımağa imkân yoktur.

(32) İstanbul Hukuk Fakültesi mecmuası: 1927 sene 4 sayı 28; 1927 sene 5 sayı 32, 33; 1928 sene 6 sayı 35 de Charles Crozat, Mithat Beyin makaleleri ve makalede zikri geçen Muammer Raşit, Muslihiddin Adil Beylerin fikirleri.

Mithat Bey de aynı kanaatı izhar ederek bu maddenin gayesini mürşitlikten ibaret görüyor. Ona göre de: Teşkilâtı Esasiyeye münafi hüküm konamıyacağını gösteren bu madde bir prensibi ihtiva ediyor; fakat kanun, hâkime böyle bir kanunu - yani Teşkilâtı Esasiyeye münafi hükmü ihtiva eden bir kanunu - murakabe salâhiyetini katî bir surette vermemiştir.

52 inci maddeye gelince: Gene bu zatların dayandığı aleyhteki delile göre: mahkemeler, nizamnamelerin kanunlara aykırılığını tetkike salâhiyettar olmayınca, evleviyetle kanunları da, Esas Teşkilât Kanununa uygunsuzluğu bakımından tetkik edemezler.

53 üncü maddeye gelince: mahkemelerin vazife ve salâhiyetlerini kanun tâyin ediyor. Halbuki hiçbir kanun, hâkime, kanunların Esas Teşkilât Kanuna uygun olup olmadığını incelemek salâhiyetini vermemiştir.

İşte yukarıdaki üç maddeyi bu şekilde izah edenler, Türk mahkemelerinin böyle bir murakabe salâhiyetini haiz olmadığı neticesine varırlar. Bu izaha ilâve olarak, hâkimde böyle bir salâhiyeti ref eden diğer bir nokta daha vardır. Bu; Türkiye Büyük Millet Meclisinin ve Esas Teşkilât rejiminin hususiyetidir. Filhakika buna göre de, Türk Esas Teşkilât Kanunu mukavelevî tiptendir. İcra kuvveti, teşriî kuvvetin sadece bir "memuru mahsus" dur. Türkiye Büyük Millet Meclisi bütün kuvveti elinde tutar ve hükümete sadece, esas teşkilâtın sarîh metinleri ile bahşolunan salâhiyetleri tanır. Bütün teşriî selâhiyet ve icra kudreti, Büyük Millet Meclisinde tecelli ve temerküz etmiştir. (Madde: 3) Meclis icra salâhiyetini, kendi tarafından seçilmiş bir reisicumhur ve onun tâyin edeceği bir İcra Vekilleri Heyeti marifetiyle kullanır. Meclis hükümeti, her vakit murakabe ve iskat edebilir. (Madde 7) Cumhurreisi ve Vekiller, Meclis âzası arasında seçilmiştir. Bu suretle "kuvvei teşriîye ile" kuvvei icraiye arasında tedahül vardır; lâkin meclis üstündür. Bu sistemde hükümet bizzat millettir; milletin sinesinden fıskıran bir şahsiyettir. Teşriî kuvvetin eseri olan kanunlar, bizzat halk gibi, en ziyade itibar görmelidir. Çünkü onlar âlî ve lâyetegayyir eserlerdir. Umumî iradenin ifadesi olan kanunun, murakabeye tahammülü yoktur. Bu mukavelevî sisteme göre, muntazam bir surette neşir ve ilân olunmuş kanunların hükümlerinin sıhhatini incelemek, hâkimlerin salâhiyetleri arasına giremez. Kanun koyucuların, hâkimler hakkındaki itimatsızlıkları mutlaktır.

Böylece, evvelâ Türk hâkimlerinin bu tarzda bir murakabe yapmalarına mâni esbap gösterildikten sonra, bilâkis Türk hâkiminin Anayasaya aykırı olmıyan kanunları murakabe edebileceğini izah eden sebeplere sıra geliyor. Crozat'nın bu delillerini, şu tarzda göstermek mümkündür. Şöyle ki:

103 üncü maddenin mânası açıktır. Bütün kanunların müeyyidesi bu maddede mündemiçtir. Bütün kanunlar, muteber olabilmek için, Anayasa kanunu ile mübayenet arzetmemelidir. Aksi takdirde onlar kanun olmayıp, bir ayıp ile mayuptur. (33). Türkiye Meclisinin müzakeratını tetkik ettiğimiz vakit de, bu kanaatımız kuvvet buluyor. Meclis zabıtlarına göre (Resmî Ceride, ikinci devrei içtimaiye, sene 1340 cilt 8, defter 4, sahife 1039) Teşkilâtı Esasiye Encümeninin ekseriyeti tarafından teklif edilen bu maddenin münakaşası sırasında, Mersin Mebusu Besim Bey bu 103 üncü maddenin "Teşkilâtı Esasiyeye muhalif hiç bir kanun tatbik olunamaz" diye tadilini istedi. Teşkilâtı Esasiye mazbata muharriri Celâl Nuri Bey, cevaben, komisyonun arzettiği şekil ile, 103 üncü maddenin ikinci fıkrasından anlaşılması lâzımgelen mânanın da bundan ibaret olduğunu ve binaenaleyh metni tâdile hiç bir sebep bulunmadığını söyledi. Besim Bey de memnun olduğunu söyliyerek tâdil teklifini geri aldı. Demek ki 103 üncü madde, Esas Teşkilât Kanununu, diğer bütün alelâde kanunların üstüne koyuyor; kendisine muhalif hiç bir kanunun kıymeti olmadığını da tesbit ediyor. Charles Crozat, böyle bir kanun bulunmasa bile, hâkimlerin kanunların müfessiri olduklarından onların ictihadı neticesi de böyle bir murakabe koymanın mümkün olacağını ve ayrıca bir metin olmadan da, umumî kaidelerin bu hususu temine kâfi olduğunu, murakabenin mevcut olmaması için, herhalde bir maddenin onu men etmesi lâzımgeldiğini ve Türkiye'de de, böyle bir maddenin olmadığını ilâve ediyor.

52 inci maddenin tetkikine gelince: Bu madde mucibince, mahke-

(33) Bu hakikatı Saint-Thomas dahi beyan etmiştir. O, kanunların tabii hukuku ihtiva etmesini zarurî görüyor ve diyor ki: Yazılı kanun tabii hukuka mugayir bazı hükümleri ihtiva ediyorsa bu takdirde, gayri muhiktir, gayri adildir ve kimseyi icbar edemez. Onlar daha ziyade, kanunların tagyirini ifade ederler. (Crozat Thomas d'Aquin'in hukuk ve devlet nazariyesi mecmua sahife 615) bu ifadedeki tabii hukuk yerine onun gibi hukukun yüksek prensiplerini ifade ve formüle eden esas teşkilât kanununu koyabiliriz. Bu suretle en yüksek hukuku ve prensipleri ihtiva eden bu esas teşkilât kanununa mugayir hükmü ihtiva eden kanunlar da kanun olmak vasfını kaybeder.

melerin, nizamnameleri kontrol edemeyeceğine göre evleviyetle kanunları da kontrol edememesi tabii gözüküyor. Fakat bu maddeyi böyle tefsir etmemek lâzımdır. Muslihittin Adil Beye göre; bu madde hususunda bir tefrik yapılmalıdır. Meseleyi afakî olarak düşünecek olursak, filhakika, bir nizamnamenin kanuna muvafakatinin anlaşılması için tefsiri talebi idarî makamlarca veya eşhas tarafından yapılırsa, bu hususta cevap vermek salâhiyeti - yani nizamnamenin kanuna uygunluğunu tefsir etmek salâhiyeti - Büyük Millet Meclisinindir. Fakat mesele enfüsî noktai nazardan ve meselâ, mahkeme huzurunda bir dâvanın takibi sırasında bahis mevzuu olmuş ise, bu takdirde hâkimin takdir salâhiyeti şüphesizdir. Meselâ, kanuna gayri muvafık bir - nizamname ile tarhedilmiş herhangi bir resmi vermediğinden dolayı, takibata maruz kalan bir fert dolayısıyla bahis mevzuu olan bir dâvada, *hâkim bu nizamnamenin kanuna uygunsuzluğunu takdir edebilir.*

53 üncü maddeye gelince: mahkemelerin teşkilâtı ile vazife ve selâhiyetlerinin kanunla muayyen olduğunu tesbit eden 53 üncü madde, hâkimin, umumî salâhiyetine dair bir prensibi koymaktan başka bir şey ifade etmez. O madde hiç bir tahdidi ifade etmez. Binaenaleyh, hâkime, murakabe salâhiyetini bahşeden bir metne ayrıca ihtiyaç yoktur. Bu, onun kanunları tefsir etme hususunda haiz olduğu umumî bir salâhiyetten pek kolaylıkla anlaşılabilir. Esas Teşkilâtı ihlâl eden herhangi bir metnin kanun olmasına imkân yoktur. Hâkim, bir kanunu esas teşkilâta muhalif sayınca, kanun koyucunun mevkiine çıkmıyor, binnetice onun hâkimiyetini ihlâl etmiyor. Zira hâkimin,, bu husustaki kararı, umumî, mücerret, şahıs ve nevi nazarı itibara alınmadan meydana gelen bir umumî hüküm değildir. Hâkimin vazifesi, sadece, hususî kıymeti haiz bir karar isdar etmekten ibarettir. Kararının mecburî ve umumî bir kıymeti yoktur. Onların bu kararı, ancak, bahis mevzuu olan bu hâdiseye şamildir.

Mithat Bey, bu mülâhazalara, şu şekilde itiraz eder. 103 üncü maddenin ikinci fıkrası bir prensipten bahsediyor (bu prensip mucibince: Esas Teşkilât Kanununun hiç bir maddesi hiç bir sebep ve bahane ile ihmal veya tatil olunamaz. Hiç bir kanun, Teşkilâtı Esasiye Kanununa münafi olamaz). Ancak bu madde, bu prensibin tatbik sureti için bir hüküm ihtiva etmiyor. Esas Teşkilât Kanununun ihlâl edilmemesi, bu kanuna münafi hüküm konamaması nasıl temin edilecektir? Bunu göstermiyor. Kaldı ki, 52 ve 53 üncü maddelerle bu hüküm karşılaşıncı, bu

prensibin hükümlerinin vazife ve selâhiyetlerinin kanunla muayyen olacağını gösteriyor. "muhakimi şeriyenin ilgasına ve muhakimin teşkilâtına ait ahkâmı muaddel kanunun üçüncü maddesi de mahkemelere vazife ve salâhiyetlerini göstermiştir ki, bunların arasında, bu neviden bir kazaî murakabe yoktur. Binaenaleyh hâkimlerin, böylece tesbit edilen vazife ve salâhiyetleri haricinde bir "fili kazaî" yapmaları bir salâhiyet tecavüzü olur."

Bu münakaşa dolayısıyla görülüyor ki; hâkimlerin; kanunların Anayasaya uygunluğunu takdir hususunda elimizde mevcut olan bu kanunî hükümler meseleye, kanunî çerçeve içinde kati bir hal sureti getirmemiştir.

52 inci madde, tamamiyle metnin hudutları içinde kalan bir tefsire tâbi tutulursa; nizamnamelerin kanunlara mugayeretini tetkik edemiyen, mahkemelerin, kanunların Anayasaya uygunsuzluğunu da tetkik edemeyeceği neticesine varılabilir. Fakat 103 üncü maddenin delâlet ettiği mânaya bakınca: Bu sefer de, hâkimlerin bu tarz bir murakabe yapabilecekleri lehinde bir fikir hasıl olur. Zira, bu madde, Anayasanın ve tabîî onun zımında hürriyetlerin - mahfuziyetini en katî bir ifade ile tesbit etmiştir. Hâkim ise, kanunların muhafızı olmaktan daha kuvvetli bir vasfa sahip değildir. Bu itibarla, kanunların kanunu mahiyetinde olan Anayasanın, her şeyden önce, muhafazası icabeder ki, bunun da muhafızı hâkimdir. Zannımızca, 53 üncü madde hâkimden bu salâhiyeti alacak bir tefsire imkân vermez. Zira: Bu madde hâkimlerin vazife ve salâhiyetlerini kanunun tâyin edeceğini söylüyor. Hâkim ve mahkemelerin vazifelerinin başı, hattâ topyekûn ifadesi, adlî ve idarî kaza nizamına giren ihtilâfları halletmektir. Bu ihtilâfları ise, muhakimi şeriyenin ilgasına ve muhakimin teşkilâtına ait ahkâm muaddel kanunun 3 üncü maddesinde gösterilen ihtilâflardan ibaret sanmak, mahkemelerin uğraşacakları meseleleri çok daraltmak olur ki, bu takdirde mahkemeler bazı hususlarda; yegâne vazifeleri olan ihkakı haktan uzak kalmış olurlar. Eğer hâkim, Anayasaya mugayir olan bu kanunla, Anayasa arasındaki bu meseleyi halledip de, Anayasaya mugayeretine karar verdiği kanunun tatbikini bertaraf etmezse, Anayasanın muhafızlığı rolünü oynamamış olur. Zaten mahkemelerin selâhiyeti yalnız mezkûr 3 üncü maddede olduğu gibi, tâdâdî bir şekilde tâyin edilmez. Mahkemelerin, ayrıca, ihtilâflara müteallik kazaî teşkilât olma hususiyetlerinden, ihtilâfları halleden kazaî organ olma mahiyetlerinden çı-

kacak salâhiyetleri de olmak lâzımdır. Mahkemelerin salâhiyetinin şumul ve muhtevası muayyen usullere (34) göre tâyin edilir. Bu usullere göre ise, mahkeme selâhiyetini ya kanundan alır (mezkûr 2 inci madde) yahutta hâdiselerin mahiyet ve bünyeleri icabından alır. Başka bir tâbirle, mahkemelere, salâhiyetlerini veren usül ise, ya kanun, veya bizzat hâdisenin mahiyet ve bünyesinin icabıdır. Öyle ki: bazı hâdiseler, halli icabeden, halli cemiyet hayatının zaruretlerinden olan bir ihtilâf bünyesi ve mahiyeti gösterir. Ve bu ihtilâf, ihtilâfları hal mercii olan mahkeme önüne gelmiş, hattâ bizzat mahkeme önünde meydana çıkmış olabilir. Binaenaleyh, ihtilâfları halletmekle mükellef olan hâkim o ihtilâfı halletmeğe, onun hakkında, hukukun hükmü ne ise onu söylemeğe mezun ve mecburdur. Bir alelâde kanun ile Anayasa arasındaki tearüz da, halli icabeden bir ihtilâf mahiyetindedir. Binaenaleyh hâkim (Türk Hâkimi) bu ihtilâf hakkında, hukukun neden ibaret olduğunu söylemeğe mezundur ki, bu, o kanunun, hâkim tarafından kazaî murakabesini teşkil eder.

Burada şu mesele ile karşılaşırız: Acaba Türkiye de, kazaî makamlara, bu kontrol hakkını verirsek, yaptığı kanunla millî iradeyi tecelli ettiren teşriî kuvvetin, Büyük Millet Meclisinin üstünlüğü ihlâl edilmiş, dolayısıyla de, halkın hâkimiyeti ihlâl edilmiş olmaz mı? Zira, halk hâkimiyetine göre, ve filhakika eğer halk hâkim ise, onun mümessillerinden mürekkep olan meclis üzerinde, hiç bir otorite bulunamaz. Çünkü halkın mümessillerinin iradesi, bizzat halkın iradesi gibidir. Böyle olunca, taraftarlarının görüşüne göre; kanunların Anayasaya uygunluğunu kontrol için, teşriî organdan gayri bir organı vazifeli kılmak, halk hâkimiyetini ortadan kaldırmak, onu parçalamak olur. (35).

Böyle düşünülemediğini sanıyoruz: Zira; iktidarlar mecliste toplandığı halde, kazaî fonksiyon ve iktidar bizzat meclis tarafından değil, fakat millet namına, müstakil mahkemeler tarafından icra edilir. Kaza organı, millet namına sahip olduğu bir salâhiyeti icra etmektedir. Böyle olunca, onun yapacağı bu kontrol da meclise karşı meclise rağmen bir kontrol değil: Binaenaleyh mecliste tecelli eden halk hâkimiyetine ve iradesine karşı ve ona üstün bir kuvvetin icra ve tezahürü değildir.

(34) Roger Bonnard: *Le détournement de pouvoir*, Revue de Dr. et de la science poli. Tome 29e. année. P. 97.

(35) F. Maia de Loureiro: *Inconstitutionnalité des Lois au Portugal*: Revue de Dr. Pub. et de la science poli. Tome. L IIIe. No. 3. 1936. P: 445.

Halk hâkimiyeti, millî hâkimiyet ve millî irade, sadece, meclisin teşriî fonksiyonunda değil, kaza organlarının faaliyetinde de tecelli etmektedir. Millî hâkimiyetin muhtelif imtiyazlarından birisi de kaza fonksiyonunu icradır. Binaeneleyh bütün kuvvetleri kendisinde toplıyan Büyük Millet Meclisinin hâkimiyet ifade ve icra imtiyazı yalnız teşriî faaliyeti değildir. Kaza faaliyeti de hâkimiyetin bir icra ve imtiyazıdır. Bunu bizzat meclisin yapmayıp da müstakil mahkemelerin yapması dolayısıyla millî hâkimiyet ve iradenin ihlâl edildiği söylenemez.

Türkiye'de Anayasaya muhalif kanunların mahkemeler tarafından tetkiki meselesi, görülüyor ki, gayrı mümkün değildir. Doktrin sahasında bu kazaî kontrol hakkında, müsbet bir görüşe varmak için, bazı büyük hukukçuların ortaya koydukları bir kaidenin Türkiyeye tatbik imkânlarını da arıyabiliriz.

Romanya'da, bir kanunun Anayasaya uygunsuzluğu ve bu sebeple reddi dolayısıyla ortaya bir mesele çıkmıştır. Bu mesele dolayısıyla, mahkemelerin kanunların Anayasaya uygunluğunu kontrol salâhiyetini haiz olup olmaması hususunda; J. Barthélemy, G. Jèze, Beauregard, A. Esmein, F. Larnaud, A. Pillet, A. Colin, A. Vahl, N. Politis ilmî reylerini izhar ederek şu kaideyi tesbit etmişlerdir. (36).

I — Âmme ve esas teşkilât hukukunda, bir devlet, rijit anayasa sistemini, yani, anayasa ile, alelâde kanunların ayrımını kabul edince; teşriî, kazaî, icraî kuvvetlerin ayrımı prensibini muhafaza ve devam ettirince; müstakil mahkemeler teşkil edilince; bu devlet, sarîh olarak söylemek ihtiyacını duymaksızın, tabiî ve katî bir netice olarak, mahkemelere, önüne getirilen kanunun anayasaya uygunluğunu tahkik salâhiyet ve vazifesini, anayasaya muhalif kanunların tatbikini reddetmek salâhiyet ve vazifesini verir.

II — Bu tabiî ve mantıkî neticeyi bertaraf etmek için, mahkemelerden anayasaya aykırı kanunları bertaraf etmek salâhiyetini alan formal bir metin lâzımdır; diğer bir deyimle, mahkemelerin anayasaya uygunluğunu tahkik etmek salâhiyet ve vazifesi kaidedir: Bu salâhiyet ve vazifenin bir metin ile sarahaten tanınmasına ihtiyaç yoktur; bilâkis, hâkimlerin, kanunların anayasaya uygunluğunu tahkik salâhiyeti

(36) G. Jèze: *Pouvoir et devoir des tribunaux en général et des tribunaux roumains en particulier de vérifier les constitutionnalités des lois à l'occasion des procès devant eux*: Revue de Dr. pub. et de la science poli. Tome. XXIX. P. 138.

ve vazifesinin olmaması için, sarîh bir metnin onlardan, bu salâhiyeti kaldırması lâzımdır.

Bu iki maddeli kaideyi basite irca ederek tahlil ettiğimiz zaman; mahkemelerin kanunların Anayasaya uygunluğunu tahkik edebilmeleri için, şu hususların bulunması lâzımgeldiğini anlarız:

1 — O memleket rijit sistemi kabul ederse yani esas kanunlarla, alelâde kanunların tefriki sistemini kabul ederse,

2 — Teşriî, kazaî, icraî kuvvetlerin ayrımı prensibi kabul ve devam ettirirse,

3 — Müstakil mahkemeler teşkil ederse:

a) O memleketteki mahkemeler, kanunların anayasaya uygunluğunu tahkike, esas itibariyle, salâhiyetlidir. Bu salâhiyeti, sarîh bir metnin tesbit etmesine lüzum yoktur.

b) Bilâkis, mahkemelerin bu salâhiyeti haiz olmaması için, sarîh bir metnin, bu salâhiyeti mahkemelerden alması lâzımdır.

Şimdi, Türk âmme hukuku sisteminde, yukarıki kaidenin esaslarını arıyalım:

1 — Türk âmme hukuku, rijit sistemi kabul etmiştir. Anayasanın son faslının, son bendinde Anayasanın tâdiline müteallik olarak alelâde teşriî usûlden farklı bir usûl tanzim edilmiş ve Anayasa ile, alelâde kanunların tefriki kabul edilmiştir. (Madde: 102).

Keza, gene bu fasılda, rijit sisteminin mevcudiyetini gösteren bir hüküm daha var ki, bununla Anayasanın, alelâde kanunlardan farklı ve üstün olduğu, kendisini onlara empoze ettiği meydana çıkar. (Madde 103).

Teşriî, kazaî, icraî kuvvetlerin ayrımı prensibinin mevcudiyeti şartına gelince: Teşriî salâhiyet ve icra kudreti, bizzat Büyük Millet Meclisinde tecelli ve temerküz etmektedir. (Madde: 5) Bu suretle, bu iki kuvvet arasında bir ayırım yoktur. Bilâkis bir kuvvetler birliği vardır. Fakat Meclis icra salâhiyetini bizzat kullanmaz. (Madde: 7). Kanunun üçüncü faslında gösterilen usûle göre ayrıca teşkil ve tesis ettiği bir İcra Vekilleri Heyeti marifetiyle kullanır. Bu üçüncü fasılda derpiş edilen icra vazifesi ile mükellef heyetin kanunlarla tâyin edilen ve edilecek olan vazifeleri (Madde: 47) Bu kanun çerçevesi içinde, ona tâbi olarak icra edecektir. Binaenaleyh, bütün, meclisin hukukî bünyesi içine dahil olmakla beraber, faaliyet ve icraatında, kanunla muayyen

sahada kendisine mahsus varlığa sahip bir müessesese, müesseses bir otorite halinde hareket etmektedir. Bu itibarla, beşinci madde mucibince, Büyük Millet Meclisinin bünyesi içine alınan Bakanlar Kurulu, üçüncü fasıldaki ahkâm ile, bir icra kuvveti müessesesi haline giriyor. Büyük Millet Meclisi ile, böyle bir kuvvet olarak münasebete giriyor. (Mesele mesuliyet ve teşriî faaliyete iştirâk münasebetlerinde olduğu gibi) onun, tam parlömanter sistemdeki müstakil icra kuvvetinden farkı şuradadır ki, Türkiye'deki bu icra kuvveti, parlömanter sistemin icra kuvvetinin sahip olduğu meclisi fesih hakkına sahip değildir.

3 — Kaza kuvvetine gelince: Bu da mahkemeler tarafından icra edilen bir kuvvettir. Bu kuvvet, müstakil muhakimden ibarettir. (Madde: 8) Onların bu istiklâli, kanunun dördüncü faslında iyice tahkim edilmiştir.

Hülâsa: Türk Anayasası da devlette, ikisi aynı devlet organının hukuku bünyesi içinde bulunmakla beraber üç ayrı iktidar müşahade ve tespit etmiştir. Bu üç kuvvet, faaliyet hususunda, kendilerine ayrılan sahada, kanunlara göre hareket etmektedir. Binaenaleyh, burada, yukarıda adı geçen müelliflerin koyduğu kaidenin ihlâlini görmek mümkün değildir.

a) Binaenaleyh, mahkemelerin, Anayasaya uygunluğu tahkike esas itibariyle selâhiyetli olması kaidesi, Türkiyede de mevcuttur. Yukarıdaki şartları gözönünde tuttuğumuza göre, bu selâhiyetin, mahkemelere sarîh bir metin ile verilmesine lüzum da yoktur.

b — Esasen, Türk mahkemelerinden, bu salhiyeti alan sarîh bir metin de, hiç bir veçhile mevcut değildir.

Büyük müelliflerin izhar ettikleri ilmî kanaatlarını ifade eden kaideyi, Türkiye'ye, bu suretle tatbik edince, görülüyor ki, Türk mahkemelerine, kanunların Anayasaya uygunluğunu kontrol selâhiyetini red etmek mümkün değildir. Bilâkis, bu doktriner tahlil neticesi, ona bu vazife ve selâhiyeti tanıma hususundaki esbabı daha kuvvetle görüyoruz. Binaenaleyh, mahkemelerin de, doktrinin bu lehdeki tahlilini inkişaf ettirerek, ona göre bir içtihat takip etmeleri fikri çok mülâyim ve caziptir.

5 — Kanunların Anayasaya uygunluğunu bizzat parlâmentoya takdir ettirmek:

Anayasa muhalif bir hükmü ihtiva etmek suretiyle, hak ve hürri-

yetleri ihlâl eden bir kanunun tatbikini bertaraf etmek için, bu kanunun, Anayasaya aykırılığını takdir etmek üzere, bizzat parlâmentoyu salâhiyettar kılma sistemi de düşünülebilir. Bu, Fransa'da müdafaa edilmiştir. Fransa'da 1790 da kabul edilen bir kanun, mahkemeleri teşriî kuvvetin icrasına iştirakten meneder. Mahkemelerin icrayı tehir edemeyeceğini, icraya mâni olamayacağını söyler. Bu kanuna göre, mahkemeler, sadece kanunu tatbik ile mükelleftir. Yoksa, ne Anayasayı, ne de alelâde kanunu kontrol edebilirler. Bu tezin dayandığı 1790 kanunun, hâlâ tatbik mevkiinde kaldığı, J. Berthélemy tarafından ileri sürülmektedir. (27). Bu kanuna göre, mahkemeler, bu kanunun Anayasaya uygun olup olmadığını takdir edemeyince, bu kanunun filhakika, Anayasaya uygun olup olmadığını takdir salâhiyetini ancak, bizzat o kanunu formüle etmiş olan, parlâmentoya bırakmak icabetmektedir. (38).

Evvelce yapılmış bir kanun ile, yüksek hukuk prensiplerinin çizdiği sahadan dışarı çıkarak hürriyetlerin ihlâl edildiğini gören hali hazır teşriî meclis, ikinci bir teşriî tasarruf ile, bu kanunu ortadan kaldırarak, veya onu, evvelce ihlâl ettiği v ehürriyetlerin çerçevesi içinde islâh etmek yoluna gidebilir.

Fakat teşriî meclisin, böyle obpektif bir düşünce ile, bizzat kendi tarafından yapılan tasarrufu, kendi eliyle, ortadan kaldırması şansı çok daha azdır. Parlâmentonun, Anayasaya aykırılığı bahis mevzuu olan bir kanunu, bu noktadan tetkik ederken, onda bu vasfı görmesinden ziyade, eski fikri üzerinde ısrar etmesi, daha çok muhtemeldir.

6 — *Devlet Başkanının, kanunların Anayasaya uygunluğunu kontrolü:*

Kanunların Anayasaya uygunluğunu temin için icabeden kontrolü bizzat Devlet Başkanına yaptırmak da bahis mevzuu olabilir. Filhaki-ka, devlet başkanlarının da, kanuniyet prensibinin muhafızı olmalarını temin etmek düşünülebilir. Nasıl ki Parlâmento başkanları, hukuku ihlâl edici bir kanun tasarı veya teklifinin meclise sevk edilip, müzakere edilmesinde, bu işi işkâl edecek bir tarzda menfi bir role sahip iseler, devlet başkanları da, parlâmentolarca, usulüne göre müzakere ve kabul

(37) Nihat Erim: *Âmme Hukuku Dersleri* s. 296.

(38) Bütün kanunların tefsiri Türkiye Büyük Millet Meclisine aittir. İşte bu noktayı gözönünde tutanlar, bir kanunun Anayasaya uygun olmadığını da, bir tefsir yolu ile, gene, Meclise terketmenin münasip olacağı neticesine varılır.

edilmiş olan, fakat bünyesi ve ihtiva ettiği hükümler itibariyle Anayasaya aykırılık gösteren bir kanun hakkında, veto haklarını kullanarak, onun meriyet kazanmasına mâni olabilirler; hiç olmazsa onu, uzunca bir müddet için, bertaraf etmiş olurlar. Bu, devlet başkanına kanunu kontrol imkânını temin eden bir usuldür. Devlet başkanının, veto hakkını kullanarak icra ettiği bu kontrol tamasıyla siyasî mahiyettedir. (39). Burada devlet başkanı, kendisine verilen kanun metinlerinin Anayasaya uygunluğu bakımından ehemmiyetini takdir etmektedir ki, bu siyasî bir fiildir (40) fakat asıl bahis mevzuu olan mesele bu değildir. Asıl bahis mevzuu olan mesele şudur: Devlet başkanına, kanunları kontrol hususunda bir de, kazaî bir murakabe imkânı verilebilir. Devlet başkanına, sarîh veya zımni bir şekilde tanınmış bir hak halinde, bir teşriî tasarrufun, devlet esas şartına (Charte) esas kanununa uygun olup olmadığını takdir salâhiyeti verilir. O zaman devlet başkanının yaptığı bu kontrol tamamiyle kazaî bir kontrol olur. Devlet başkanı, bu kazaî faaliyeti ile, bir metnin Anayasaya uygunsuzluğunu; salâhiyet, şekil, esas, maksat cihetlerinden tetkike tâbi tutar; bu bakımlardan esas kanunun ihlâlini tesbit eder. Bu sebeptendir ki, bu kazaî kontrol bir meşruiyet kontroldür.

Bu kontrol neticesi, kanunun söylediğimiz bakımlardan gayri meşruiyetine karar verilebilir. O zaman o kanun iptal edilmiş olur. Halbuki devlet başkanının ilk zikrettiğimiz siyasî kontrolü neticesi, bahis mevzuu olan kanun, iptal edilmiş sayılabileceği gibi, muayyen şeraitte islâh edilebilir, başka şekle sokulabilir. Devlet başkanının bu kontrolü: "Anayasanın muhafızı Alman Reich'nin reisi" nazariyesini teşkil eder. Bunu da Carl Schmitt formüle etmiştir (41).

Kanunların anayasaya uygunluğunun bu tarzda murakabesini, hürriyetlerin esash bir himayesi şeklinde göremiyoruz. Zira, bugünün içtimaî hayat zaruretleri, cemiyet hayatını karışık ve mudil meselelerinin süratle halli zarureti, kanunların, daha ziyade, bizzat icra kuvveti tarafından hazırlanmasını ve meclise sevk edilmesini lüzumlu kılmıştır. Bugün, parlömanter rejimde, daha ziyade icra kuvveti kanun-

(39) Ez Gordon et Mouskhéli: **Parlementarisme, démocratie, Dictature**. Revue de Dr. Pub. et de science LV No. 2. P. 281.

(40) Waline: **Eléments d'une théorie de la juridiction constitutionnelle en Droit positif Français**: P. 453.

(41) Ez Gordon et Mouskhéli: Aynı eser P. 282.

ları hazırlar, parlâmento da onları kabul ve tasdik eder. (42). Devlet başkanı, icra kuvvetinin en yüksek uzvu olmak dolayısıyla, bizzat kendisine tâbi bir heyetin hazırladığı ve parlâmentodan geçirdiği kanunlarına, sonradan muhalefeti bahis mevzuu olamaz. Devlet başkanının bu muhalefeti, bizzat parlâmento âzaları tarafından; verilen lâyihaların kanuniyet kazanması halinde - eğer bunlar, esas kanuna muhalif işler - bahis mevzuu olabilir ki, sırf parlâmento âzalarının teşebbüsü ile tekemmül ettirilen kanunlar, çok azalmıştır. Ve her gün de azalmaktadır.

B — Hükümeti, Nizamname Koyarken Hukuka Riayet Ettiren Vasıtalar :

Bunlar, hükümetin de kanunu ihlâl edici nizamname çıkarmamasının müeyyidesidir.

Filhakika, hükümet de kanuniyet prensibine göre; kanunu ihlâl edici mahiyette bir nizamname çıkaramaz. Kaide - muamele "kanun" neşreden idare ediciler (hükümet) bu kaide - muameleleri neşirden sonra, hemen, bu suretle konan kaideler muhalif, nizamnam şeklinde kaide - muamele koyamaz. Meşruiyet kaidesi bu tarzda kaide - muamele koyanlara da (hükümete de) kendini empoze eder. (43). Yani onlar da, nizamname şeklinde tezahür eden fiillerini meşru kılmak için, kendi koydukları kaide - muameleyi ihtiva eden kanuna tâbi kalırlar, onu ihlâl edici tarzda, diğer bir kaide - muamele olan, nizamname çıkaramazlar.

Filhakika, nizamname de kanuna tâbi olduğundan, o da, muhteva ve şekil bakımından, meşruiyet şartlarına tâbidir. Eğer bu meşruiyet şartları ihlâl edilmişse, nizamname gayri meşrudur; binnetice hukukî kıymetten mahrumdur. O halde ilga edilmeli hiç olmazsa, tatbik edilmemelidir.

Demek kanun karşısında nizamnamenin meşruiyeti meselesi, Anayasanın karşısında alelâde kanunun meşruiyeti meselesi gibidir. (44). Alelâde kanun, nasıl anayasaya uygun olmak mecburiyetinde ise, nizamname de şekli ve maddesi itibariyle; kanuna bağlıdır. Prof. Ali Fuat

(42) Bu görüşün esası: Mirkine-Guetzévitch "Hukuku esasiyedeki temayüller" ve Constitutionnalite de décrets - Lois sous le régime parlementaire ve Ali Rıza Türel'in "kanunun hâkimiyeti prensibi" ne bakınız.

(43) M. Guy Debeyre: Le recours pour excès de pouvoir et le contrat. Revue de Dr. Pub. et de la science politique. T. LV. No. 2. P. 233.

(44) Roger Bonnard: Précis de droit public Sixieme édit. 1944. P. 105.

Başgil'e göre, hükümetin yaptığı bir nizamnamenin, yahut daha umumî bir tâbir ile, koyduğu kaide muamelenin, lafzı ile, ruh ve mânası ile, gayesi ve maksadı ile kanuna uygun olması, kanunda mevcut olan bir hükme bağlanması şarttır.

Binaenaleyh, re'sen hüküm koyan nizamname (45) kanunî esaslarla muayyen olan hududunu aşan nizamname, bir kanun hükmünü, vazı kanunun kaydettiği mâna ve gayeden başka bir gaye ve maksada tevcih eden nizamname, vazı kanunun verdiği salâhiyeti normal hedefinden saptıran nizamname, kanuna mugayirdir, hukukî bir kıymeti yoktur. Ne fert, ne memur, ne de hâkim için aslâ bir mecburiyet ifade etmez (46).

Nizamnameleri de kanuniyet prensibine sıkı sıkıya bağlamanın sebebi, onların da hürriyet sahasını daraltabilmelerinin mümkün oluşudur.

Filhakika; hukuk beyannameleri, hukukun esas ve ana prensipleri, anayasalar marifetiyle tanınmış bulunan hürriyetler, alelâde kanunlar yolu ile, realiteler âleminde tanzim edilirken, nasıl fazlaca takyid edilmek tehlikesi ile karşılaşır, aynı hürriyetler nizamname yolu ile tatbikatlar alemine indirilirken, büsbütün takyit edilmek ve adetâ ortadan kaldırılmak tehlikesi ile karşı karşıya kalır. (74). Buna engel olmak için; nizamname, kendisine üstün mertebede bulunan hukukî hükümleri - alelâde kanun ve anayasa - ve bu hükümler vasıtasıyla himaye edilmiş hürriyetleri ihlâl edemez, kaidesi meydana getirilmiştir.

Filhakika; idare otoritelerinin vazifesi, "idare etmek" tir. Binaenaleyh, idarî otoritelerden teşriî iktidar alınmıştır. Fakat şu da bir hakikattir ki: İdarî otorite nizamname yolu ile bazı umumî tedbirler almak iktidarına sahip olmazsa, vazifesini göremez. O halde, cevheri bakımından teşriî mahiyette bile olsa, ona bu tanzimî iktidarı tanımak lâzımdır. (48) Nitekim, hükümetlere, hemen her memlekette, nizamname koymı-

(45) Nizamnamelerin yeni ve resen hüküm koymaları meselesi hakkında: Ragıp Sarıca: *Türkiyede icra uzvunun tanzim selâhiyeti*. Duguit: *Manuel de droit constitutionnel*.

(46) Ali Fuat Başgil: *Türkiye teşkilât hukukunda nizamname mefhumu ve nizamnamelerin mahiyeti ve tâbi olduğu hukukî rejim*. s. 93.

(47) Nizamnamelerin ferdi hürriyetleri tahdit edip edemeyecekleri, veya hangi şartlarla edebilecekleri hususunda: Ragıp Sarıca: *Türkiyede icra uzvunun tanzim selâhiyeti*. Cumhuriyet matbaası. İstanbul. 1943.

(48) Carré de Malberg: *Contribution à la théorie générale de l'Etat*. II. P. 30-31.

ya mahsus bir salâhiyet tanınmıştır. Bu salâhiyet dolayısıyla, hükümet, anayasasının çizdiği hudut içinde, nizamname şekli altında, umumiyet yolu ile hükümler formüle etmektedir. İşte hükümet bu işi yaparken, anayasa ve alelâde kanunlar marifetiyle sağlanan hürriyetleri ihlâl edici bir tavur takınabilir ve tanzim ettiği nizamnameye, kanuna aykırı hükümler koyabilir. Onu bundan menetmek için ise; yukardaki kaide konmuştur.

Fakat, buna rağmen, hükümet, anayasanın kendisine verdiği salâhiyet dışında kalan bir nizamname çıkarırsa, bu nizamname ile, kendisinden üstün mertebede bulunan şekli kanunda yazılı bir hükmü ihlâl ederse, ne yapılabilir? Elimizde, bu gibi ahvalde hükümeti hukuka tâbi kılacak ne gibi tedbirler, vasıtalar vardır?

M. Hauriou'nun da ifadesi ile; nizamname hükmü, gerek bir kanunun ifadesi ile, gerek o kanunun ruhu ile, gerekse bir kanun ile tâyin edilmiş bir hürriyet ile tearuz ettiği zaman, nizamname, kanuna uygunsuzluk ile malûldür. O halde bir kontrole tâbi olmalıdır. Bu ktrol bir kazaî mürakabe teşkil eder. Vakıa, nizamname, maddesi ve muhtevası itibariyle, bir kanun mahiyetindedir. Fakat o, formu itibariyle, tamamıyla icraî bir muameledir. Zira icraî organlardan çıkmaktadır. Binaenaleyh, diğer icraî muameleler gibi, o da, kazaî mürakabeye tâbidir. (49). O halde onun kanuna bu uygunsuzluğunu, kazaî mürakabe teşkilâtı vasıtasıyla tesbit etmek lâzımdır. Bu hususta gidilecek yollar da şunlardır:

1 — Danıştayda nizamnameyi fesih ettirmek: Kanuna uygunsuzluk ile malûl nizamnamenin, kendisine ayrılan salâhiyet sahasını aştığı iddiası ile, Danıştaya müracaat edilebilir ve o nizamnamenin, Danıştay marifetiyle feshi (50) temin edilir.

Fakat bu yolun büyük bir mahzuru vardır: Malûm olduğu üzere, Danıştaya müracaat müddeti, daima kısadır. Bu müddeti aştıktan sonra Danıştaya, herhangi bir müracaat yapmak ve nizamnamenin iptalini elde etmek *mümkün değildir*.

(49) Ali Fuat Başgil: s.g.e. S. 32.

(50) Bir nizamnamenin kanuna aykırılığı hakkında, kendisine, böyle, doğrudan doğruya objektif bir dâva açılacak merci, Fransada, sadece Danıştaydır. (Crosat: Devlet Şûrası yasaya uygunluk mercii. Siyasal Bilgiler Mecmuası. Sayı: 38. den naklen Ragıp Sarıca: Adı geçen eser) Şayet idarî mahkeme nizamnamenin aykırılığına kanaat getirirse, onu iptal eder ve bu iptal herkes için hüküm ifade eder. (Ragıp Sarıca: Adı geçen eser. S. 98).

II — Adlî bir mahkemede nizamnamenin salâhiyet tecavüzünde bulunduğunu tesbit etmek: Herhangi bir dâvacı, adlî nizama tâbi herhangi bir mahkeme ve hâkim önünde, o nizamnamenin, kendisine ayrılan sahayı aşarak bir tanzim ameliyesine giriştiğini, bir selâhiyet tecavüzünde bulunduğunu, binaenaleyh, o nizamnamenin kanuniyetsizliğini dermeyan edebilir.

III — Nizamnamenin tatbikini bertaraf edici defide bulunmak: Herhangi bir nizamnameyi ihlâl ettiğinden bahisle takip edilen bir şahıs, kendisini takip eden o mahkeme önünde, bu nizamnamenin kanuna aykırı olduğunu, ve binaenaleyh, kendisine tatbik edilemeyeceğini iddia edebilir (51). Önüne böyle bir defi getirilmiş olan, kendisine böyle bir iddia arzedilmiş bulunan hâkim, mesele üzerinde durmağa, bahis konusu olan nizamnamenin, kendisinden üstün mertebede bulunan kanuna aykırı bulunup bulunmadığını tetkike, eğer bu aykırılığı tesbit ederse, o nizamnameyi reddetmeğe mecburdur. Çünkü, nizamname, kanuna tâbidir. Onun kanuna tabiiyetini de teyit etmek lâzımdır. Nizamnamenin kanuna tabiiyeti, hukukî bir şekilde, kanunun prensiplerini ve hükümünü ihlâl eden nizamnamenin gayri meşruiyetini temin yolu ile müeyyidelenmiştir. (52) Gayri meşruiyeti de mahkeme tesbit eder. Ve nizamnameyi reddeder. Bu reddediş nizamnameyi ilga etme değildir. Hâkim, ancak, o nizamnamenin kanuniyetsizliğini tesbit etmek ve eğer kanuniyetsizlik mevcut ise, onu tesbit etmek, ve binaenaleyh, o nizamnamenin tatbikini reddetmekle iktifa eder. Fakat bu reddediş üzerine, o nizamname, artık, diğer bir işte, empoze edilemiyen bir karar olur. (53).

Mahkeme içtihatları bu görüşü genişletmiş, hükümetten sadir olan her nizamnameye karşı, böyle bir müracaat yolu açmıştır. Esasen, Almanya, İsviçre ve Fransa'da hukuk ve ceza mahkemeleri ile; idarî mahkemeler, kendilerine arzedilen bir hâdisede, nizamnameyi tatbik etmeden önce, bu nizamnamenin kanunen muayyen çerçeveyi tecavüz edip etmediğini araştırmakla mükelleftir. (54). Bu suretle, hürriyetler, nizamname şeklinde, umumiyet yolu ile hükümler koyan hükümete karşı bir

(51) J. Barthélemy: *Répétitions écrites droit constitutionnel*. 1938-39 P. 78.

(52) J. L. Herzog. *La loi et le règlement d'administration publique*. Revue de droit public et de la science politique. Tome. LV. No: 4. P. 647.

(53) Duguit: *Leçons de droit public général*. P. 293 - 294.

(54) Fritz Fleiner: *Amme hukukunda büyük harpten sonraki istihaleler*. s. 7.

himayeye mazhar kılınmıştır. (55).

Türkiye'deki duruma gelince: Anayasanın 52. inci maddesinin son fıkrası, nizamnamelerin meşruiyeti meselesinin, esas itibariyle, Büyük Millet Meclisinde bahis konusu olabileceğini ifade etmektedir. Buna göre, nizamnamelerin kanuniliğinin takdiri ve mürakabesi Meclise bırakılmış oluyor. O halde; mahkemeler, nizamnamelerin kanuna mugayretini takdir edemez. Fakat, bazı ilmî içtihat, nizamnamelerin meşruiyetinin takdirinde hâkime bir rol verme imkânını görmektedir. Türkiye'de kanunların Anayasaya uygunluğunun takdiri meselesinde kısmen işaret ettiğimiz bu ilmî içtihat münakaşaları, Ragıp Sarıca'nın "Türkiye'de icra uzvunun tanzim salâhiyeti" adlı eserinde iyice aksettirilmiştir. Burada belirtilen fikirlerden Ali Fuat Başgil'in görüşleri caziptir. Ona göre: İdarî veya adlî bir mahkeme önünde bir nizamnameye göre takip edilen bir şahsın, bahis konusu olan nizamnamenin bir kanun hükmüne veya Anayasanın 52. inci maddesinde, nizamnamelerin mamulunbih olması için tâyin edilen esas şarta (nizamnamenin yeni bir

(55) Bu merhaleye Fransada bir asırdan fazla bir zaman evvel gelinmiştir. 1830 tarihlerine kadar, mahkeme içtihatlarında, hâkimlerin, nizamnamelerin kanunî veto gayri kanunî olduklarını tetkike salâhiyetli bulduklarını gösteren bir kayıt yoktur. Bu tarihe kadar, mahkemeler, kuvvetlerin ayrımı prensibinin, kendilerine, her türlü idarî nizamnamelerin meşruiyetini tetkik etmeği menettiğini sanıyorlardı. Nizamnamelere karşı ilk aksülamel, kanunî şekilde yapılmıyan nizamnamelere karşı, defide bulunma yolu ile olmuştur. Sonra anayasaya uygun olmıyan bir kanunun, kanun olamayışı gibi, kanuna uygun olmıyan bir nizamnamenin de nizamname olamayacağı tezi ile, bütün nizamnamelere karşı kaouniyetsizlik definde bulunma imkânı temin edilmiştir. Fakat, adlî mahkemelerin, nizamnamelerin kanunlara aykırılığını defi yolu ile incelemesi meselesi, Fransada ihtilâflıdır. Danıştay ve uyuşmazlık mahkemesine göre; adlî mahkemelerin böyle bir defi incelemeye yetkileri yoktur. Bir nizamnamenin kanuna aykırılığı, adlî mahkemede, defi yolu ile ileri sürülse bile, adlî mahkeme bu hususa karar veremez; bunu bir meselei müstehire halinde idarî mahkeme tetkik eder. Fakat Danıştay ile uyuşmazlık Mahkemesinin bu içtihadına rağmen, Fransa'da adlî mahkeme, bilhassa Yargıtay, bir nizamnamenin kanuna aykırılığı hususunda yapılan defileri incelemeye, adlî mahkemelerin salaâhiyetli olduklarını kabul etmektedir. Adlî mahkemeler bu defi tetkik ve halletmek salâhiyetini kendilerinde göstermektedirler. Lâkin bu inceleme sonunda, o adlî mahkeme, ele aldığı nizamnamenin kanuna aykırılığını tesbit edebilirse, buna kanaat getirirse, o nizamnameyi, bahis konusu olan dâvada ve hâdisede tatbik etmemekle iktifa eder, nizamnameye dokunmaz. Bu suretle mahkemenin kararı, sırf taraflar arasında hüküm ifade eder. (Bu hususta: Crosat. Devlet Şûrası yasaya uygunluk mercii. Siyasal Bilgiler Mecmuası. Sayı 38. ve Ragıp Sarıca. Türkiyede icra uzvunun tanzim salâhiyeti.

hükmü ihtiva etmemek şartı) uygun olmadığı yolunda, bir defide bulunma hakkı vardır. Bu takdirde hâkim meseleyi tetkike mecburdur. Defi yolu ile vâki olan böyle bir iddia, mahkeme için bir meselei müstehire teşkil etmez. Hâkim 52. inci maddenin son fıkrasına binaen meselenin Büyük Millet Meclisi tarafından halline tâliken hükmünü tehir edemez. Büyük Millet Meclisi hukuken mesul olmıyan bir makamdır. Hâkim hükmünü, gayri mesul bir makamın cevabına talik edemez. Aksi takdirde, dâvayı fiilen hükümsüz bırakmış olur. Çünkü Meclis cevap vermezse onu mecbur edecek hukukî bir müeyyide ve bir kuvvet yoktur. Binaenaleyh hâkim meseleyi tetkike mecburdur. Neticede mugayerete kani olursa, nizamnameyi iptal etmez, bir tarafa bırakır ve kanunu tatbik eder. Yahut, meseleye tatbik edilecek bir kanun hükmü bulamazsa; kendisi vazı kanun olsa idi, bu meseleye dair nasıl bir kaide vazedecek idi ise, ona göre hükmeder. Bundan başka; hâkim, böyle bir defi dermeyan edilmese bile, önündeki bir dâvada tatbik edeceği nizamname hükmünün, kanuniyetini kendiliğinden takdir edebilir. O hâdisede o nizamnameyi uygulamaz. Fakat nizamnameyi de ilga etmiş olmaz. Yani hâkim, dâva zımında hâdis olan bir mugayeret meselesini salâhiyetle tetkik eder. (56).

Hakikaten; nizamnamelerin kanuniyetini kontrol hususunda A. Fuat Başgil'in ve Muslihiddin Adil Beyin yaptığı tefriğe uymak gerektir. Filhakika, Anayasanın 52. inci maddesinin son fıkrası, nizamnamelerin kanuna aykırılığı iddiasının Türkiye Büyük Millet Meclisinde çözüleceğini söylemektedir. Fakat bu; meşruiyet kaidelerine sığmıyan ve bizzat 52. inci maddenin, nizamnameler için ileri sürdüğü, yeni bir hükmü ihtiva etmemek şartını ihlâl eden bir nizamname ile, bir adlî veya idarî bir mahkeme önünde takip edilen bir kimsenin kanuniyetsizlik definde bulunmasına mâni değildir. Vakıa, 52. inci maddenin son fıkrasının sarahatina göre; idarî ve adlî bir mahkeme önünde, bir nizamnamenin salâhiyet tecavüzünde bulunduğunu, kanuniyetsizlik ile malûl olduğunu, resen açılan bir dâva ile ileri sürmek mümkün değildir. Fakat kanuniyetsizlik ile malûl bir nizamname ile, adlî veya idarî bir mahkeme önünde takip edilen bir şahsın, defi yolu ile o nizamnamenin kanuniyetsizliğini iddia etmesi, ve bunu hâkime tespit ettirerek, meşruiyet prensibine sığmıyan o nizamnamenin, kendisi hakkında tatbikini bertaraf ettirmesi yolu açıktır. Hattâ daha ileri giderek, diyebiliriz ki; madûn

(56) Ali Fuat Başgil: s. g. e, s. 99.

mahkeme tarafından bu tarzda kanuniyetsizliği tesbit edilen bir nizamnameye ait hüküm, adlî ve idarî kaza nizamlarının en yukarı kademeleri tarafından da tasvip edilince, ve bir kaziyei muhkeme halini alınca, o nizamname, artık, sadece, o hâdise ve taraflara ait işte ve o mahkemede değil, diğer bir işte ve diğer mahkemelerde de - açıkca ilga edilmediği halde - kendini empoze edememelidir. Bu suretle, meşruiyet kaidelerine sığmıyan bir nizamnamenin dâva yolu ile bertaraf edilmesi imkânı kapalı olduğu halde, defi yolu ile bertaraf edilmesi imkânı elde tutulmuş olur. R. Sarıca'nın ifade ettiği gibi, pozitif hukuk karşısında doktrine eğilmek düşer, kaziyesine uyunca; Anayasanın bir mevzu hukuk normu halinde koyduğu 52. inci maddenin üçüncü fıkrasına göre nizamnamelerin meşruiyetinin ancak Büyük Millet Meclisinde tetkiki gerektir. O halde, doktriner temayüllerin ifadesi olmakla beraber, Anayasanın bu müsbet hükmüne sığmıyan yukarki mülâhazalara yer vermemek lâzımgelir.

Evet, pozitif hukuk karşısında doktrine eğilmek düşer. Fakat; pozitif hukukun, hukuk nazariyatı ve yüksek prensipleri ile kucaklaşmağa mütemayil istikametleri bulununca; bu istikametlerin önüne çıkan engelleri ayıklıyan, ve nihayet, pozitif hukukun zatına, bünyesine ağır bir ihlâl getirmiyen, bilâkis, pozitif hukuku ihtiyaçlar âlemine daha iyi intibak ettiren ve onu geliştiren doktrine ve onun tefsirlerine üstün bir kıymet vermek de lâzımdır. Burada, kanunların koyduğu sahayı aşan, binaenaleyh hukuk devletinin filî olmaktan çıkan bir nizamnamenin meşruiyetsizliğini kontrol hususunda mahkemelere, defi yolu ile bir imkân verme fikrine iltihak ettiğimiz zaman, bir pozitif hukuk hükmü olan 52. inci maddenin zatına, bünyesine, pozitif hukuka sığmıyan bir ihlâl değil, onu ihtiyaçlar âlemine daha iyi intibak ettiren, ve hukuk devleti zihniyetine uyan bir tefsir getirildiğine inanıyoruz. Hele 52. inci maddenin müzakeresi sırasında, mazbata muharriri Celâl Nuri Beyin söylediğini hatırlarsak; böyle bir tefsirin sadece doktrin sahasında kalmadığını, pozitif hukuk normunu aydınlatma hususunda ortaya bir ışık serpen bir hukuk mantığı olduğuna, daha fazla inanırız. Zira Celâl Nuri Bey nizamname kanuna aykırı olduğu takdirde hükkâmın onunla amel edemiyeceğini söylemişti. Demek, bu beyanı reddetmiyen Büyük Millet Meclisince, nizamnamenin; - o nizamnameye göre hükkâmın amel etmemesi neticesini doğuran - kanuna mugayereti meselesi derpiş edilmiştir. Buna göre; hükkâm, kanuna mugayeret halinde bulunan nizamnameyi tatbik etmiyecek. Hükkâmın; bu neticeye varabilmesi, ya-

ni, kanuna mugayereti dolayısıyla o nizamnameyi tatbik etmemesi içinde, evvel emirde o nizamnamenin kanuna mugayeretini inceliyebileceğini kabul etmek lâzımdır. Celâl Nuri Beyin beyanını, açık olan bu mânada almayıp da, R. Sarıca'nın anlamak istediği mânada, yani: Celâl Nuri Bey "nizamname kanuna mugayir olduğu takdirde hâkim bununla amel edemez." derken, aglebi ihtimal, "Büyük Millet Meclisi nizamnamenin kanuna mugayir olduğunu tesbit ettiği takdirde hâkim bununla amel edemez." demek istiyor şeklinde anlamak mümkün değildir. Celâl Nuri Beyin bu beyanını; hâkimin kanuna mugayir nizamnameyi tatbik etmemesi sonucuna varabilmesi için; o nizamnamenin kanuna mugayereti meselesine de nüfuz etmesi yolunu açtığı şeklinde kabul etmek lâzımdır.