

MAKALE ÇEVİRİSİ / *Article Translation*

ANAYASANIN YARGISAL TEMİNATI (ANAYASA YARGISI)*

Judicial Assurance of the Constitution (Judicial Review)

Hans KELSEN**

Yasin SÖNMEZ¹

Hans Kelsen tarafından yazılmış olan, “*Anayasanın yargısal teminatı (Anayasa Yargısı)*” başlıklı bu metin, ilk olarak, 23 ve 24 Nisan 1928 tarihinde Viyana’da gerçekleştirilen, 5’nci Alman Kamu Hukuku Profesörleri Toplantısı’nda sunulmuştur. Almanca metnin², Alman akademik camiasının dışında, büyük bir etki yaratmaması üzerine, Kelsen, bu metni çevirmesi amacıyla, Paris’teki öğrencisi Charles Eisenmann’a³ göndermiştir. Eisenmann tarafından Fransızca’ya çevrilen ve “*Revue du Droit Public et de la Science Politique (Kamu Hukuku ve Siyaset Bilimi Dergisi)*” dergisinde yayınlanan metin, ilk metinden farklı olarak, bazı eklemeler içermekte olup, daha iyi bir paragraf düzenine sahiptir. Bunun yanı sıra, Kelsen, 20 Ekim 1928 tarihinde, Paris’te, Gastón Jéze (Enstitü Başkanı), León Duguit, Mirkine-Guetzévitch, Berthélemy gibi hukukçuların da katıldığı, Uluslararası Kamu Hukuku Enstitüsü’nün⁴ toplantısında, sunum için,

* Hans Kelsen Enstitüsü’nün (Viyana/Avusturya) izniyle çevrilmiştir. Hans Kelsen Institut-
<https://www.univie.ac.at/staatsrecht-kelsen/>

¹ Arş. Gör., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, (ysonmez@gmail.com).

² Almanca yayımlanmış ilk metin için, “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 5, W. de Gruyter & Co., Berlin und Leipzig, 1929, s. 30-88.

³ Türkiye’de kamu hukuku doktrininin yakından tanıdığı Charles Eisenmann’ın, Kelsen tarafından yönetilen ve 1928’de yayınlanan doktora tezi “*Anayasa Yargısı ve Avusturya Anayasa Mahkemesi*” başlığını taşır.

⁴ 1927 yılında, Paris Hukuk Fakültesi’nde kurulmuştur.

Eisenmann'ın çevirdiği Fransızca versiyonu kullanmıştır (böylece açık bir biçimde metni onaylamıştır). Fransızca metin, Uluslararası Kamu Hukuku Enstitüsü'nün 1929 tarihli yıllığında, tekrar yayınlanmıştır. İşte tüm bu nedenlerle, Batılı hukuk camiasında sözü geçen versiyon, Fransızca versiyon olmuştur⁵.

Fransızca kaynak metinden başka dillere yapılmış çeviriler arasında, tespit edebildiklerim, İtalyanca⁶, Portekizce⁷, İspanyolca⁸ ve Rusçaya⁹ yapılmış olanlardır. Çeşitli bilimsel eserlerde yapılan alıntılar dışında, tespit ettiğim İngilizce tam metin çeviri, Almanca kaynak metinden yapılmıştır¹⁰.

Son olarak, asıl metne, biçim bakımından da sadık kalmak için, çok uzun cümleleri, sayfa düzenini vs., mümkün olduğu ölçüde, aynen koruduğumu belirtmek isterim.

Fransızcadan çevirdiğim Kelsen'in bu metni ile, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku öğretim üyeleri Prof.Dr. Merih Öden ve Prof.Dr. Selin Esen'in sundukları "Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı" isimli doktora dersi vesilesiyle tanıştım. Prof.Dr. Öden'in cesaretlendirmesi ve sabrı olmasaydı bu metnin sonunu getiremezdim. Ayrıca, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku kürsüsü öğretim üyesi, tez danışmanım Doç.Dr. M.Ayhan Tekinsoy'a, çok değerli değerlendirme ve

⁵ Kelsen'in eserine ilişkin bu bilgiler, "İberoamerikan Anayasa Yargısı Enstitüsü Dergisi" Genel müdürü, Domingo García Belaunde tarafından, metnin İspanyolca çevirisi için yazılan önsözden alınmıştır. Bakınız: Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, Çeviren: Rolando Tamayo y Salmerón, Revize eden : Domingo García Belaunde, s.3-46, sayı.10, Meksiko, 2008

⁶ "La garanzia giurisdizionale della Costituzione (La giustizia costituzionale)", in Hans Kelsen, *La giustizia costituzionale*, a cura di G. Geraci, Giuffrè, Milano, 1981, s.143-206

⁷ "A Garantia Jurisdiccional da Constituição (A Justiça Constitucional)", Hans Kelsen, Çeviren : Jean François Cleaver, Revista Direito Público, Instituto Brasileiro de Direito Público, Cilt. 1, No 1, 2003, s.90-131

⁸ *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, Hans Kelsen, Çeviren: Rolando Tamayo y Salmerón, Revize eden : Domingo García Belaunde, sayı.10, Meksiko, 2008, s.3-46

⁹ СУДЕБНАЯ ГАРАНТИЯ КОНСТИТУЦИИ (КОНСТИТУЦИОННАЯ ЮСТИЦИЯ), Г. КЕЛЬЗЕН, Пер. Д. В. Даниленко ; Ред. пер. А. Е. Николаев., Право и политика", 2006, N 8/

¹⁰ "The Nature and Development of Constitutional Adjudication", Hans Kelsen, in. The Guardian of the Constitution-Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law, Çeviren ve yayıma hazırlayan: Lars VINX, Şubat, 2015, Cambridge University Press, s.22-78

yönlendirmeleri için ve aynı kürsüden hocam Yrd.Doç.Dr. K.Burak Öztürk'e, çevirinin yayımlanmasından önce, değerli zamanını ayırıp, büyük bir özveriyle metni kontrol ettiği için, ne kadar teşekkür etsem azdır. Çeviri sürecinde zevkli ve faydalı tartışmalar yaptığım arkadaşlarım, Araştırma görevlileri Erkan Akdoğan ve Ali Erdem Doğanoglu'na ayrıca teşekkür ederim.

Gösterdiğim tüm özene rağmen, bu metin ile kaynak metin arasında mevcut olabilecek her türlü kusurun sorumluluğu, elbette bana aittir.

Fransızcadan çeviren
Arş. Gör. Yasin SÖNMEZ

İçindekiler

Önsöz

- I. Bir hukuksal sorun olarak hukuka uygunluk.
- II. Anayasa kavramı.
- III. Hukuka uygunluğun teminatları.
- IV. Anayasallığın güvenceleri:
 - 1 *Anayasa yargısı mercii.*
 - 2 *Anayasaya uygunluğun yargısal denetiminin konusu.*
 - 3 *Anayasaya uygunluğun yargısal denetiminin ölçütü.*
 - 4 *Anayasaya uygunluğun yargısal denetiminin sonucu.*
 - 5 *Anayasaya uygunluğun yargısal denetiminin usulü.*
- V. Anayasallığın yargısal denetiminin hukuksal ve siyasal anlamı.

Önsöz

Bu çalışma, genel olarak anayasa yargısı şeklinde ifade edilen anayasanın yargısal teminatı sorununu ikili bir bakış açısıyla ele almaktadır.

Burada, bu metnin yazarının “Devletin Genel Teorisi” (*Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925) adlı eserinde kapsamlı bir şekilde sunduğu sisteme son tahlilde dayanılarak, öncelikle bu teminatın hukuksal niteliği (teorik sorun) ortaya konulmaktadır.

Daha sonra ise, bu teminatın en iyi biçimde gerçekleştirilmesini sağlayabilecek olan araçlar (pratik sorun) araştırılmaktadır: Yazar, bu çerçevede, Avusturya Yüksek Anayasa Mahkemesi daimi üyesi ve daimi raportörü olarak yıllar boyunca edinmiş olduğu deneyimlere dayanmaktadır. Avusturya Hükümeti'nin talebi üzerine kendisi tarafından hazırlanan bir tasarı temelinde, 1920 yılında kabul edilen Avusturya Anayasası, esasen anayasa yargısı kurumuna daha önceki hiç bir anayasanın sağlamamış olduğu tam bir gelişim kazandırmıştır.

I. Hukuksal bir sorun olarak hukuka uygunluk

1. Anayasanın yargısal teminatı, —anayasa yargısı—, devlet fonksiyonlarının hukuka uygun bir şekilde yürütülmesinin sağlanmasını amaçlayan teknik araçlar sisteminin bir unsurudur. Devlet fonksiyonlarının kendileri de hukuksal bir karakter taşırlar: Bu fonksiyonlar, hukuksal işlemlerden oluşurlar. Bu hukuksal işlemler, ya hukuk yaratma işlemleri, diğer bir deyişle hukuk normlarıdır ya da oluşturulmuş hukukun uygulanması işlemleri, diğer bir deyişle yürürlükteki hukuk normlarıdır. Buradan hareketle, hukukun yaratılması ya da üretilmesini, sıradan bir çoğaltma faaliyetinden ibaret olarak görülen hukukun uygulanmasıyla karşılaştırmak suretiyle, devletin fonksiyonlarını geleneksel olarak, yasama ve yürütme biçiminde ayırıyoruz.

Yürütmenin hukuka uygunluğu, yani yasalarla uyum içinde olması sorunu ve buna bağlı olarak, bu hukuka uygunluğu sağlamaya yönelik teminatlar konusu, çok sık bir şekilde ele alınmaktadır. Buna karşılık, yasamanın hukuka uygunluğu konusu, diğer bir ifadeyle, hukukun yaratılması ve yasamanın hukuka uygunluğunu sağlamaya yönelik teminatlara ilişkin düşünce, bazı kuramsal güçlüklerle karşılaşmaktadır. Hukukun yaratılmasını, aslında kendisi de, ancak ölçülecek olan nesne

tarafından oluşturulabilen bir ölçüm modeli aracılığıyla ölçmek istemede bir mantık hatası yok mudur? Hukukun hukuka uygunluğu fikrinde yatan bu çelişki o kadar büyüktür ki, yasanın ve hukukun yaratılmasının ve buna bağlı olarak da, yasanın ve hukukun —geleneksel yaklaşımla— tanımlanmasından öteye gidilmez; o kadar ki, yürütme ve yargı ve özellikle de idare adı altında bir araya toplanmış fonksiyonlar, salt anlamıyla hukuk yaratmamakta, fakat yalnızca, oluşturulması kendilerinden önce tamamlanmış bir hukuku uygulamakta, tekrar üretmiş olmakta ve deyim yerindeyse, hukukun dışında görünmektedirler. Yasanın hukukun tamamı olduğu kabul edilirse, hukuka uygunluk, yasallık ile eş anlamlı olur. Böyle bir durumda ise, hukuka uygunluk kavramının daha fazla genişletilebilip genişletilemeyeceği hususu belirsizlik içerir.

Ancak, yasanın yürütme ile olan ilişkisine dair bu yaklaşım doğru değildir. Bu iki fonksiyon, hukukun yaratılması ile uygulanmasında olduğu gibi mutlak bir şekilde değil, tamamen göreceli bir şekilde birbirine zıttır. Daha yakından bakılacak olursa, bunların her biri aslında hem hukukun oluşturulması ve hem de uygulanması işlemidir. Yasama ve yürütme, eşgüdümlü iki devlet fonksiyonu olmayıp, hukukun oluşturulması sürecinin, hiyerarşi içinde kurgulanmış iki ara aşamasını oluştururlar. Çünkü bu süreç yalnızca yasama ile sınırlı olmayıp, tüm iç hukuk düzenlerinin üstünde bulunan uluslararası hukuk düzeni alanında başlayıp, anayasa ile devam edip, sırayla birbirini izleyen kanun, düzenleyici işlem, yargı kararı ve idari işlem aşamalarından geçerek, nihayet bu son ikisiyle ilgili maddi uygulama işlemleri (*Vollstreckungsakte*) ile son bulur. Bizim burada sadece iç hukuk aşamalarını değerlendirdiğimiz bu sıralama, yalnızca, hukukun kendi oluşumunu düzenlediği ve devletin hukukla birlikte sürekli bir biçimde kendisini tekrar yarattığı bu sürecin temel aşamalarını şematik olarak göstermeyi amaçlamaktadır. Anayasa, kanun, düzenleyici işlem, idari işlem ve yargı kararı, uygulama işlemi, modern bir devlette kolektif iradenin oluşumunun yalnızca tipik aşamalarını oluştururlar. Gerçek durum, bu ideal tipten elbette farklı olabilir. Tipik hukuk yaratma prosedüründe yapılabilecek muhtemel değişiklikler arasında, örneğin bir düzenleyici işlemin, diğer bir ifadeyle idari makamlarca yapılan bir genel normun, kanun ve bireysel işlem arasına girmesine gerek olmayabilir; ya da düzenleyici işlemin, yalnızca herhangi bir yasanın uygulanması kapsamında değil, doğrudan doğruya

anayasaya dayanarak, yürürlüğe girmesi de mümkündür. Ancak burada, prensip olarak, belirttiğimiz tipik varsayımı esas alacağız.

Anayasa, temel olarak yasaların yapımını düzenlediğinden, yasama, anayasa karşısında, hukukun uygulanmasıdır. Buna karşın, düzenleyici işlemler ve yasaya tâbi diğer işlemler karşısında ise, yasama, tam tersine hukukun yaratılmasıdır; aynı şekilde, düzenleyici işlem de, yasa karşısında, hukukun uygulanmasını ve düzenleyici işlemi uygulayan yargı kararı ile idari işlem karşısında ise, hukukun yaratılmasını ifade eder. Yargı kararları ve idari işlemler ise, bunların uygulamaya konulduğu (*vollstreckt*) işlemlere göre, yukarı doğru baktığımızda, hukukun uygulanmasını ve aşağı doğru baktığımızda ise, hukukun yaratılmasını ifade etmektedir.

Hukuk, anayasadan maddi uygulama işlemlerine (*Vollstreckungsakte*) kadar, ilerlediği yolda durmadan, kendisini somutlaştırmaya devam eder. Anayasa, yasa ve düzenleyici işlem, genel hukuksal normları oluşturuyorsa, yargı kararı ve idari işlem de bireysel hukuksal normları oluştururlar.

Yasa koyucunun yalnızca anayasa ile bağlı olan özgürlüğü, sadece nispeten zayıf nitelikteki sınırlamalara tâbidir; yasa koyucunun yaratma gücü, görece olarak geniş kalmaya devam eder. Ancak, hukuk düzeninde aşağı doğru inilen her bir derecede, özgürlük ve sınırlama arasında mevcut olan bu ilişki, ikinci terimin lehine olarak değişiklik gösterir: uygulamanın payı artarken, serbestçe yaratmanın payı azalır.

2. Dolayısıyla, hukuk düzeninin her bir derecesi, bir alt dereceye göre, hukukun yaratılması, bir üst dereceye göre ise, hukukun türetilmesidir.

Hukuka uygunluk fikri, hukuk düzeninin her bir derecesinde, hukukun uygulanmasına ya da türetilmesine karşılık geldiği ölçüde, varlık kazanmaktadır. Çünkü hukuka uygunluk, hukuk düzeninin bir alt derecesinin, bir üst derece ile uygunluğu ilişkisinden başka bir şey değildir. Hukuka uygunluk ve onu güvence altına alan kendisine özgü teknik garantiler, yalnızca maddi uygulama işlemleri (*Vollstreckungsakte*) ile bireysel normlar —idari kararlar ve yargı kararları— arasındaki ilişkide ya da bu iki yürütme işlemi (*Vollziehungsakte*)¹ ile genel yasal normlar veya düzenleyici normlar arasındaki ilişkide aranmayıp, aynı zamanda, düzenleyici işlem ile yasa ve yasa ile anayasa arasındaki ilişkide de aranır. Bu nedenle, düzenleyici işlemlerin yasalara ve yasaların da anayasaya

uygunluğunu sağlamaya ilişkin güvenceler, bireysel hukuksal işlemlerin hukuka uygunluğunu sağlamaya yönelik güvenceler kadar akla yatkındır.

O halde, anayasanın teminatı, anayasaya doğrudan bağlı kuralların hukuka uygunluğunun teminatı, diğer bir ifadeyle, temel olarak, yasaların anayasaya uygunluğunun teminatı anlamına gelmektedir.

3. Anayasanın teminatları konusunun yoğun bir çekim gücüne sahip olması ve bu sorunun bugün dahi —ya da, daha doğru bir ifadeyle, yalnızca günümüzde— bilimsel olarak tartışılıyor olması, hem teorik hem de politik nedenlere dayanmaktadır. Çünkü, bir yandan, hukukun hiyerarşik yapısı ya da aynı anlamda, bütün devlet fonksiyonlarının hukuksal niteliği ve bu devlet fonksiyonlarının karşılıklı ilişkileri fikrinin doktrindeki yerini alması çok eskilere gitmez. Diğer yandan ise, modern devletlerin hukukunun, yürütmenin yasallığını sağlamayı hedefleyen çok sayıda kuruma sahip olmasına rağmen, bunun tersi bir biçimde, yasaların anayasaya uygunluğunu ve düzenleyici işlemlerin yasallığını teminat altına almak için çok kısıtlı önlemler alması, politik nedenlere dayanmaktadır; ve bu nedenler ise, bu tür güvencelerin olasılığı ve gerekliliği hakkında açıklık sağlamada en önde olması gereken doktrinin oluşumu üzerinde etkisiz değildirlir.

Bu husus, özellikle, anayasal monarşiler sonucunda ortaya çıkan Avrupa'nın parlamenter demokrasileri bakımından geçerlidir. Anayasal monarşinin hukuksal teorisi, —bu devlet biçiminin ikinci plana geçme eğilimi göstermeye başlamış olduğu— günümüzde, halen büyük bir etkiye sahiptir. Anayasacılık doktrini, ya bilinçli bir şekilde, —cumhuriyet, monarşi modeli üzerinden, geniş başkanlık yetkileriyle birlikte örgütlenilmek istendiğinde—, ya da, farkında olunmaksızın, devlet teorisini büyük bir ölçüde belirler. Anayasal monarşi, mutlak monarşiden doğduğundan, anayasal monarşinin doktrini, bundan dolayı, pek çok açıdan, eskiden mutlak bir güce sahip olan kralın maruz kalmış olduğu iktidar kaybını mümkün olduğunca küçük ve önemsiz gösterme, hatta tamamen gizleme arzusu tarafından yönlendirilmiştir. Mutlak monarşilerde, anayasanın bulunduğu derece ile yasaların bulunduğu derece arasında bir ayırım yapılması teorik olarak mümkündür, ancak anayasa, hükümdar iradesinin her türlü dışavurumunun birer bağlayıcı hukuk kuralı olduğu biçimindeki tek ilkeye dayandığından, bu ayırım, pratik anlamda herhangi bir rol oynamamaktadır. Dolayısıyla, özel bir anayasal form, diğer bir ifadeyle, yasaların yapılmasını

ve anayasanın değiştirilmesini farklı kurallara tâbi kılan hukuk normları bulunmamaktadır; yasaların anayasaya uygunluğu sorunu burada bir anlam ifade etmemektedir. "Anayasal monarşi" ifadesinde kendisini gayet karakteristik bir şekilde ortaya koyan anayasal monarşiye geçiş, tam da bu bakımdan belirleyici bir değişime yol açmaktadır. Anayasa kavramının gittikçe artan önemi, yani yasaların —ulusal temsilin işbirliği ile birlikte— ancak kendisine uygun bir şekilde yapılabildiği bir kural —ki bu kural tam olarak anayasadır—; bu kuralın diğer genel hukuk kuralları olan —yasalar— kadar kolayca değiştirilememesi gerçeği, yani normal yasal formun yanında daha zor özel bir form olan anayasal formun varlığı —nitelikli çoğunluk, çoklu oylama, özel kurucu meclis—, işte tüm bunlar, belirleyici gücün anayasal monarşide yer değiştirdiğini ortaya koymaktadır. Bu nedenle, anayasal monarşinin, yasaların anayasaya uygunluğu sorununun ve dolayısıyla anayasanın teminatlarının güçlü bir şekilde doğrulanması için ortak bir zemin oluşturması gerektiği düşünebilir. Ancak, bunun tam tersi gerçekleşmiştir. Anayasacı doktrin aslında, hükümdarın iktidarı için tehlike arz etmesinden dolayı, yeni durumu gizlemiştir. Anayasacı doktrin, anayasal gerçekliğe aykırı bir şekilde, yasanın hükümdarın iradesinin bir ifadesi olduğunu, parlamentonun fonksiyonunun ise, az çok gereklilik arz eden bir üyeliğe indirgenmiş, ikincil, temel olmayan bir özellik gösterdiğini belirterek, hükümdarı, yasama faaliyetinin tek faktörü ya da en azından gerçek faktörü olarak sunmaktadır. Örneğin, anayasadan çıkarılamayan ancak anayasanın içinde var olan, anayasayı belirli bir politik anlamda yorumlamak ya da daha doğrusu, pozitif hukuku, kendisine yabancı bir ideoloji yardımıyla deforme etmek için, deyim yerindeyse, dışarıdan eklenmiş olan anayasacı doktrinin malum tezi “monarşik ilke” gibi... Ya da yine, yalnızca hükümdarda kaynağını bulan yasanın emri ile yasanın, hükümdar ve ulusal temsil tarafından üzerinde uzlaşılan içeriği arasındaki bilinen ayrım gibi... Bu yöntemin, anayasanın teknik bir kusuru olarak değil, anayasanın derindeki anlamı biçiminde değerlendirdiğimiz sonucu ise, bir yasanın geçerli kabul edilmesi için, o yasanın kabulüne ilişkin hükümlere parlamento tarafından uyulup uyulmadığına bakılmaksızın, yalnızca hükümdarın imzalaması üzerine, *Resmi Gazete’de* yayımlanmasının yeterli olduğudur. Böylelikle, —en azından teorik olarak—, mutlak monarşiden anayasal monarşiye doğru gerçekleşen temel ilerleme ve özellikle, yasaların anayasaya uygunluğu ve bunu sağlamaya yönelik teminatlar sorunu,

neredeysse, hiçe indirgemiş olur. Hükümdar tarafından imzalanmış bir yasanın anayasaya aykırılığı ve bu nedenle, *a fortiori* iptali, hukuksal sağduyu tarafından, kesinlikle bir pratik fayda sorunu olarak algılanmamaktadır. Ayrıca, —bizim daha önceden atıfta bulunduğumuz ideolojiden çok daha az bir oranda anayasa metnini temel alan— anayasacı doktrin, yalnızca yasa metinlerinin onaylanmasını değil, bunun yanı sıra, onay ile birlikte ve onayın içine dâhil olarak, yasaların münhasır olarak ilanı yetkisini de hükümdar adına ileri sürmektedir. Hükümdar, parlamento tarafından kabul edilen metni imzalayarak, yasanın yapımının anayasallığını tasdik etmiş olmaktadır. Dolayısıyla, bu doktrine göre, yasama usulünün en azından bir bölümü bakımından, belirli bir garanti var olacaktır; ancak, kontrol edilmesi gereken merci, burada tam olarak kontrol fonksiyonunu sahiplenmektedir. Kuşkusuz, karşı imza kuralı, hükümdarın işlemi ile ilgili olarak bir sorumluluk doğurur, ancak, başbakan ve ilgili bakanların sorumluluğunun, anayasal monarşide pratik bir yararı yoktur, çünkü bu sorumluluk, hükümdarın işlemlerine yönelik olup, parlamento tarafından uygulamaya konulduğundan, parlamentodan kaynaklanan yasama usulü aykırılıkları söz konusu olduğu zaman, başbakan ve ilgili bakanların sorumluluğundan bahsedilemez.

Yasaların anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisinin, hukuku uygulayan organlardan alınması gerektiğine; ilanın hukuka uygunluğunun denetiminin ise, olsa olsa, mahkemelere bırakılması gerektiğine; yasaların hazırlanmasının anayasaya uygunluğunun, devlet başkanının yürürlüğe koyma yetkisi aracılığıyla zaten yeterince garanti altına alınmış olduğuna ilişkin, bugün hâlâ oldukça yaygın olan ve çok çeşitli argümanlar aracılığıyla savunulan teori ve hâlihazırdaki cumhuriyetlerin anayasaları da dâhil olmak üzere, bu politik görüşlere pozitif hukukta yer verilmesi hususu, aslında nihai tahlilde, varlıklarını, modern demokrasilerin örgütlenmesini az ya da çok bilinçli olarak fikirleriyle etkilemiş olan anayasal monarşinin doktrinine borçlu değildirler.

II. Anayasa kavramı

4. Anayasanın teminatı ve teminat altına alınmasının yöntemi sorunu, diğer bir ifadeyle, anayasaya doğrudan bağlı hukuk düzeninin derecelerinin hukuka uygunluğu sorunu, çözümlenebilmek amacıyla, anayasaya ilişkin olarak, açık anlamlı bir kavram varsayımında bulunur. Bunu sağlayabilecek

olan ise, yalnızca, hukuk düzeninin hiyerarşik yapısına (*Stufenbau*) ilişkin olarak, burada geliştirilen teoridir. Ayrıca, bu teorinin tek başına, antikite dönemi devlet teorisinin dahi üzerinde düşünmüş olduğu “anayasa” temel kavramına içkin olan anlamı kavramaya imkân verdiğini söylemek, abartı olmayacaktır; çünkü anayasa kavramı, hukuksal formların bir hiyerarşisi fikrine dayanır.

Anayasa kavramı, pek çok değişikliğe uğramış olmakla birlikte, kalıcı bir çekirdeği her zaman korumuştur: bu çekirdek ise, tüm iç hukuk düzenini ve bu düzen tarafından oluşturulan toplumun özünü belirleyen üstün bir ilke fikridir. Anayasayı hangi şekilde tanımlarsak tanımlayalım, kavranılmak istenilen husus, her zaman, hukuk düzeninin esas, devletin temelidir. Anayasa kavramından, öncelikle ve her zaman, anlaşılın (anayasa kavramı, bu kapsamda devlet biçimi kavramı ile örtüşür), bu kavramın, belirli bir zamanda, politik güçler arasındaki dengenin hukuksal olarak kendisini ortaya koyduğu bir ilke; mahkemeler ve idari otoriteler gibi devlet organlarının faaliyetlerinin yürütülmesine esas teşkil eden genel normlar olan yasaların yapımını düzenleyen bir norm olduğudur. Devletin temel hukuksal normlarının yaratılmasına, organlarının ve yasama usulünün belirlenmesine ilişkin bu kural, kelimenin salt, özgün ve dar anlamıyla anayasayı oluşturmaktadır. Anayasa, devletsel birliğin unsurlarının karşılıklı davranışlarını düzenleyen hukuksal normların, aynı zamanda, bu normları uygulamak ve bu normlara uyulmasını sağlamak için gerekli olan organları ve bu organların izleyecekleri yöntemleri belirleyen hukuksal normların vazgeçilmez temeli, diğer bir ifadeyle, kısacası devlet düzeninin temel dayanağıdır.

Dolayısıyla, anayasa için mümkün olan en büyük istikrarı sağlamak, anayasal normları, bir araya getirilmesi daha zor olan birtakım koşulları içeren özel bir değiştirme usulüne tâbi tutarak, yasal normlardan ayırmak düşüncesi de buradan gelmektedir. Anayasal biçim ve olağan yasal biçim ayrımı da, işte bu şekilde ortaya çıkmaktadır. Hatta bir bakıma, kelimenin dar ve birincil anlamıyla, yalnızca anayasa bu özel biçim ile donatılmıştır ya da —doğru bir şekilde, genellikle ifade edildiği üzere— maddi anlamda anayasa, şekli anlamda anayasa ile örtüşür.

Pozitif hukuk tarafından, yasal biçimden ayrı özel bir anayasal biçim kabul edilmekle birlikte, bu özel biçimin, dar anlamda anayasada yer

almayan normlar ve en başta, yasaların oluşturulmasını değil, içeriğini düzenleyen normlar için de kullanılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Geniş anlamda anayasa kavramı buradan doğmaktadır. Bu kavram, modern anayasalar, yalnızca yasama organlarına ve yasama usulüne ilişkin kuralları değil, ayrıca bireylerin temel haklarına ya da bireysel özgürlüklere ilişkin bir katalogu da içerdikleri zaman söz konusu olur. Buradan hareketle, anayasa, —bu pratiğin temel ya da münhasır anlamına uygun bir şekilde— yapılacak yasaların içeriği ile ilgili olarak, ilkeler, ana hatlar ve sınırlar belirler. Anayasa, eşitlik, özgürlük, mülkiyet hakkı gibi alışlagelmiş bir garanti biçimi altında, bireyler lehine olarak, yurttaşların yasa önünde eşitliğini, fikir özgürlüğünü, din ve vicdan özgürlüğünü, mülkiyet hakkının dokunulmazlığını ilan ederek, aslında temelde, yasaların yalnızca kendisinin öngördüğü yöneme göre yapılmaları gerektiğini emretmekle kalmayıp, yasaların ayrıca eşitlik, özgürlük, mülkiyet gibi hakları ihlal edebilecek herhangi bir hüküm içermemelerini de emreder. Anayasa hükmü, bu yüzden sadece bir usul kuralı değil, aynı zamanda maddi bir kuraldır ; ve bu nedenle, bir yasa, ya yapımı sırasında usul kurallarına uyulmaması, ya da yasanın içeriğinin anayasada formüle edilmiş olan ilkelere ve talimatlara aykırı olması nedeniyle, anayasa tarafından belirlenmiş olan sınırları aşarak, anayasaya aykırı hale gelebilir.

Ayrıca, yasaların şekli bakımından anayasaya aykırılığı ile maddi bakımından anayasaya aykırılığı arasında, genellikle bir ayırım yapılmaktadır. Bu ayırım ancak, içeriği anayasaya hükümlerine aykırı bir yasa, bir anayasal yasa olarak parlamento tarafından kabul edildiği takdirde, artık bir anayasaya aykırılıktan söz edilemeyeceğinden, maddi bakımından anayasaya aykırılığın da, son tahlilde, şekli bir aykırılık olduğu koşuluyla kabul edilebilir. Buna bağlı olarak tek sorun, yasal biçim ve anayasal biçimden hangisinin dikkate alınacağını bilmek sorunudur. Pozitif hukuk bu iki biçim arasında bir ayırım yapmadığı takdirde, yasaların içeriği ile ilgili olarak, ilkeler, ana hatlar ve sınırlamalar konulmasının hukuksal bir anlamı olmayacaktır ve elde edilen sonuç, yalnızca, politik nedenlerle gerek duyulan bir görüntüden başka bir şey olmayacaktır. Anayasal biçim altında garanti edilen özgürlükler bakımından, anayasanın, sıradan yasalar aracılığıyla bunları sınırlandırma imkânı tanıdığı en yaygın şekilde karşılaşılan durum, örnek olarak verilebilir.

5. Yasaların usul ve içeriğine ilişkin anayasal hükümler, ancak yasalar ile açıklığa kavuşturulabilir. Dolayısıyla, anayasanın teminatları, yalnızca anayasaya aykırı yasalara karşı birer araç niteliğini taşır; ancak, anayasa kavramı —anayasal biçim düşüncesi aracılığıyla— yasama usulü ve yasaların içeriğinin belirlenmesine ilişkin ilkeler dışındaki diğer konulara doğru genişlediği zaman, anayasanın yasalar dışında başka hukuksal biçimler altında, özellikle düzenleyici işlemler, hatta bireysel hukuksal işlemler altında kendisini somutlaştırması mümkün hale gelir. Aslında, anayasanın içeriği herhangi bir yasayı işlevsiz kılabileceği gibi, bir yasa da, bireysel idari işlemler veya bireysel yargısal işlemler şeklinde uygulanması için, herhangi bir düzenleyici işleme gerek duymayabilir. Anayasa, örneğin genel normların, gayet iyi tanımlanmış koşullar altında olmak kaydıyla, parlamentonun oylaması ile değil, hükümetin bir işlemi ile konulabileceklerini öngörebilir ; bunlar, yasalar ile aynı derecede ve aynı bağlayıcılığa sahip olan ve yasaların yerine geçebilen ve onları değiştirebilen ve tamamlayıcı nitelikteki olağan düzenleyici işlemlerden farklı olarak, anayasa ile doğrudan bağlı olan ve dolayısıyla, tıpkı yasalar gibi anayasaya doğrudan aykırı olabilen ve kendilerine karşı, anayasaya aykırı yasalar için de geçerli olduğu üzere, anayasa'nın teminatlarının işletilmesinin gerektiği, olağanüstü hal düzenleyici işlemleridir.

Sonuç olarak, anayasal bir biçim altında, yapılacak yasaların içeriği için yalnızca ilkeler, ana hatlar ve sınırlar içermekle ve dolayısıyla, yalnızca yasalar tarafından somutlaştırılabilmeyle birlikte, anayasal normların, bunun tersine olarak, aslında belirli bir konuyu, yargısal işlemler ve özellikle idari işlemler aracılığıyla, somut olaylara doğrudan uygulanabilecek kadar kapsamlı olarak düzenleyecek şekilde konulmaları için, herhangi bir engel bulunmamaktadır. Anayasa —bu geniş anlamdan hareketle—, anayasanın doğrudan doğruya uygulanması suretiyle, —yasa ya da düzenleyici işlem gibi— anayasayı tamamlayan hiçbir ayrıntı kuralı devreye girmeksizin —devlet başkanı, bakanlar, yüksek mahkemeler gibi— yasaları uygulayan bazı yüksek organların kurulabilmelerini sağlayacak şekilde, nasıl belirleneceklerini düzenlediği zaman durum böyledir. Bu unsur, aslında, güncel anayasa kavramının içinde yer almış olarak görünmektedir. Genel olarak, —maddi anlamda— anayasa kavramından, yalnızca yasama organlarına ve yasama usulüne ilişkin kuralları değil, ayrıca yasaları uygulayan yüksek organlara ve bunun yanı sıra, kendisi aracılığıyla temel

haklar katalogunun tanımlandığı ya da hukuksal olarak daha doğru bir şekilde ifade etmek gerekirse, yasaların içeriği hakkında bazı ilkelerin ifade edilmek istenildiği, devlet ve vatandaşları arasındaki temel ilişkilerin belirlenmesine ilişkin kuralları da anlıyoruz. Modern devletlerin anayasaları, genel olarak bu üç bölümü de içerdiğinden, bu kavrama uymaktadır.

Yukarıdaki durumda, yalnızca genel kurallar, —yani yasalar ya da düzenleyici işlemler— değil, aynı zamanda bireysel işlemler de anayasa ile doğrudan bağlı olup, bunun sonucu olarak da, doğrudan doğruya anayasaya aykırı olabilirler. Doğal olarak, anayasa ile doğrudan bağlı bireysel işlemlerin sayısı istenildiği kadar artırılabilir; örneğin, dernekler ya da kiliselere ilişkin yasaların, anayasal yasalar biçiminde oylanarak kabul edilmeleri gibi, somut olaylara doğrudan uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının, politik ya da diğer başka nedenlerle anayasal biçime büründürülmesi yeterlidir. Bu yasaları uygulayıcı işlemlerin hukuka uygunluk teminatlarından biri, biçimsel olarak, anayasanın bir teminatı özelliğine sahip olsa da, anayasa kavramı, asıl ya da deyim yerindeyse, —hukukun hiyerarşik yapısının teorisinin bir sonucu olarak—, doğal alanının çok ötesine taşmış olacağından, daha sonra teknik organizasyonunu da (anayasa yargısı) inceleyeceğimiz anayasanın, kendine özgü teminatının burada pek bir yer bulamayacağı açıktır. Çünkü anayasayı ihlal eden işlemin bireysel karakteri, yürütmenin ve özellikle idarenin yasallığını sağlamayı amaçlayan bir tedbirler sistemi olarak idari yargı ile anayasa yargısı arasında bariz bir rekabetin temellerini atacaktır.

6. Buraya kadar değerlendirilen tüm durumlarda, yalnızca anayasa ile doğrudan bağlı işlemler ele alınmış olup, bunun sonucu olarak da, doğrudan anayasaya aykırılık durumları incelenmiştir. Anayasa ile doğrudan bağlı olmayan ve bu nedenle, ancak dolaylı olarak anayasaya aykırı olabilen işlemler ise, bunlardan açık bir şekilde ayrılırlar.

Anayasa, genel olarak, yürütmenin (*Vollziehung*) ve özel olarak ise, düzenleyici işlemlerin yasallığı ilkesini açıkça koyduğu zaman, bu ilkeye uygunluk veya bu ilkenin ihlali, aynı zamanda —dolaylı olarak— anayasaya uygunluk ya da anayasanın ihlali anlamına gelir. Genel normlar niteliğinde olduklarına göre, daha sonradan inceleyeceğimiz nedenlere dayalı olarak, tamamlayıcı düzenleyici işlemlerin yasalara uygun olma ödevinin de, anayasa yargısının görevleri arasında düzenlenebileceğine burada özellikle

değinelim. Diğer yandan, anayasaya doğrudan aykırılığın dolaylı bir şekilde anayasaya aykırılıktan her zaman açıkça ayırt edilemediğini, çünkü bu iki tip aykırılık arasına bazı melez ya da ara formların da girebileceğini vurgulamak gerekmektedir. Bu husus, örneğin, anayasa tarafından derhal, doğrudan bir şekilde, tüm idari otoritelere ya da bunlardan bazılarına, kendi görev alanlarıyla sınırlı olmak ve ilgili yasaların uygulanmasını sağlamak üzere, düzenleyici işlemler çıkarma yetkisi verildiğinde söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla bu otoriteler, düzenleme yapma yetkilerini, doğrudan anayasanın kendisinden alırlar. Ancak, bu otoritelerin yapacakları düzenlemeler, yani düzenleyici işlemlerinin içeriği, bunlar ile anayasa arasında konumlanmış olan yasalar tarafından belirlenir. Bu tamamlayıcı düzenleyici işlemler, yukarıda değindiğimiz, yasalara istisna getiren ya da yasaları ilga eden ve anayasaya ile doğrudan bağlı oldukları için de, yasalara değil, anayasaya aykırı olabilen düzenleyici işlemlerden, özellikle anayasaya yakınlık derecesi bakımından açıkça ayrılmaktadırlar.

Diğer bir durum: Anayasa tarafından, örneğin bir temel haklar katalogunun içine, yasaların içeriği ile ilgili ilkeler konulduğu zaman, bu yasalar uyarınca yapılan idari işlemler, yasaya aykırı herhangi bir idari işlemin anayasaya da aykırı olmasından farklı bir anlamda, anayasaya aykırı olabilirler. Örneğin, anayasa, kamulaştırma işleminin ancak gerçek bedelin tamamının tazmini karşılığında yapılabileceğini öngörüyorsa ve somut bir olayda, anayasaya tamamen uygun olarak çıkarılmış, —yani kendisi de bedelin tamamen tazmini ilkesini öngören— bir yasa temelinde, ancak yasanın hükümlerine aykırı bir şekilde —yani tazminatsız olarak— bir kamulaştırma işlemine girişildiğinde, idari işlemin yasaya aykırılığı veya bunun sonucunda, dolaylı bir biçimde anayasaya aykırılığı, olağan anlamda birer aykırılık değildir. Çünkü, idari işlem, böylelikle yalnızca yasaya ve dolayısıyla yürütmenin yasallığı olarak adlandırdığımız genel anayasal ilkeye aykırı olmakla kalmayıp, aynı zamanda anayasa tarafından açık bir şekilde konulmuş olan özel bir ilke olan —her türlü kamulaştırma işleminin, ancak gerçek bedelin tamamı tazmin edilmek suretiyle yapılabileceği— ilkesine de aykırı olacak ve böylece, anayasanın yasamaya koyduğu bu özel sınırı aşmış olacaktır. Böylece, bu nitelikteki yasaya aykırı işlemlere karşı, anayasa'nın garantisi işlevini gören bir kurumun harekete geçirildiğini görüyoruz.

Yürütmenin yasallığı anayasal ilkesi, yalnızca yürütmenin herhangi bir işleminin yasaya uygun olması gerektiği anlamına gelmeyip, aynı zamanda, temel olarak ancak bir yasa temelinde, bir yasa tarafından müsaade edilmesi kaydıyla, yürütme işlemi yapılabileceğini ifade eder. Dolayısıyla, bir devlet otoritesi —mahkeme ya da idare ajanı— hiçbir yasal dayanağı olmayan bir işlem yaptığında, bu işlem, yasallığını değerlendirmek amacıyla bakılacak herhangi bir yasanın yokluğuna rağmen, aslında belirli bir yasaya aykırı olmayıp, “yasasızdır” ve bu haliyle, doğrudan doğruya anayasaya aykırıdır. Bu “yasasız” işlemin kendisinin herhangi bir yasaya dayanıp dayanmadığının ya da örneğin, idarenin bir tarım reformu kapsamında, kırsal arazilerin kamulaştırılması yetkisini veren bir yasaya dayanarak, kent sınırları içindeki bir taşınmazı kamulaştırması durumunda görüldüğü üzere, bir yasanın belirtilmiş olmasının tamamen kurgusal nitelik taşımasının bir önemi yoktur. Bu durum, yukarıda incelenen ve tazminat içermediği için yasaya aykırı olan kamulaştırma işleminden açık bir şekilde ayrılabilir, “yasasız” ve bunun sonucunda anayasaya doğrudan aykırı olan işlemler ile yasaya aykırı ve bunun sonucunda dolaylı olarak anayasaya aykırı olan işlemler arasındaki sınırın, genel olarak, tamamen net olmadığını görmezden gelmemek gerekir.

7. Yukarıda belirtilen özelliklere sahip yasaların, bazı düzenleyici işlemlerin ve bireysel yürütme işlemlerinin yanı sıra, uluslararası antlaşmalar da, doğrudan doğruya anayasa ile bağlı olan başka bir hukuksal form olarak kabul edilmelidir. Anayasalar genellikle, yürürlüğe konulmaları yönünde, devlet başkanına bir yetki, parlamentoya ise bir onaylama hakkı vererek, iç hukuktaki geçerlilikleri için de, yasalara dönüştürülmelerini ve benzeri hususları zorunlu kılarak, yapılmalarına ilişkin hükümler içerirler. Yasaların içeriğine ilişkin konulan anayasal ilkeler, aynı zamanda uluslararası antlaşmalar bakımından da geçerlidir ya da en azından, pozitif hukuk, bu antlaşmaları bu hükümlerden muaf tutmadıkça, uluslararası anlaşmalar için de geçerli olmaya devam eder. Uluslararası antlaşmalar ve anayasa arasındaki ilişkinin, anayasa ile yasalar arasındaki ilişkinin tam olarak aynı biçimde kabul edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, uluslararası antlaşmalar da, ya —hazırlanmaları yönünden— biçimsel olarak ya da —içerikleri nedeniyle— maddi olarak, doğrudan doğruya anayasaya aykırı olabilir. Uluslararası antlaşmanın, genel veya bireysel bir özellik arz etmesinin ise, bir önemi bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, uluslararası antlaşmanın hukuk düzeninin yapısı içindeki yeri, onun tamamen tek anlamlı olarak belirlenmesine izin vermez. Anayasayı, iç hukukun üstünlüğü kapsamında, bir üst derece biçiminde kabul etmek suretiyle, uluslararası antlaşmayı, doğrudan doğruya anayasa ile bağlı ve anayasa tarafından belirlenen bir norm olarak yorumlayamayız. Bu bakış açısından öteye gittiğimiz, uluslararası hukukun çeşitli iç hukuk düzenlerinin üstünde olduğu, yani uluslararası hukuk düzeninin üstünlüğü fikrinden hareket ettiğimiz zaman, uluslararası antlaşma, sözleşmecî devletlerin üstünde yer alan ve bu devletlerin temsilcilerinden oluşan uluslararası topluluğun münhasır bir organı tarafından, milletlerarası hukukun kurallarına uygun olarak kurulmuş olan bir hukuk düzeni biçiminde kendisini ortaya koyar. Bu münhasır organın üyelerinin (devlet başkanları, dışişleri bakanları, parlamentolar, vb.) belirlenmesine gelince, uluslararası hukuk, farklı iç hukuk düzenlerini veya bunların anayasalarını yetkilendirir. Bu açıdan bakıldığında, sıradan bir yasayı ya da bir anayasal yasayı ilga edebildiği ve bunun tersi ise mümkün olmadığı için, uluslararası antlaşmanın, yasa ve hatta anayasa karşısında bir üstünlüğü vardır. Uluslararası hukuk kurallarına göre, bir uluslararası antlaşma, bağlayıcı gücünü, sözleşmecî taraflardan birinin, yasalar başta olmak üzere, tek taraflı bir işlemi ile değil, ancak başka bir uluslararası antlaşma veya onun tarafından belirlenen diğer bazı olgular kapsamında yitirebilir. Bir uluslararası antlaşmaya aykırı bir yasa, hatta uluslararası antlaşmaya aykırı nitelik taşıyan bir anayasal yasa, hukuka, yani uluslararası hukuka aykırıdır. Böyle bir yasa, uluslararası antlaşmaya doğrudan bir şekilde ve *pacta sunt servanda* ilkesine ise, dolaylı olarak aykırı olacaktır.

Doğal olarak, iç hukukun yasalar dışındaki diğer işlemleri de, ya uluslararası sözleşmelere saygı ilkesini ya da uluslararası genel hukukun diğer kurallarını, ister dolaylı, ister doğrudan bir biçimde ihlal etsinler, uluslararası hukuka aykırı olabilirler. Örneğin, ancak gerçek bedelin tamamının tazmin edilmesi şartıyla yabancıların taşınmazlarının kamulaştırılabileceği biçiminde bir uluslararası hukuk kuralının var olduğunu kabul edersek, bir yabancıya ait taşınmazın bedelsiz kamulaştırılabileceği yönünde hüküm içeren her türlü anayasal yasa, olağan yasa, idari işlem ve yargı kararı, uluslararası hukuka aykırı olacaktır. Ayrıca, uluslararası hukukun, kendisine aykırı iç hukuk kurallarının geçersizliğini öngörmediği ve hukuka aykırı bu işlemlerin uluslararası bir mahkeme

tarafından iptal edileceği bir prosedürü de henüz oluşturmadığı hususları gözden kaçırmamalıdır. Bu nedenle, bu işlemler, iç hukuktaki usuller izlenerek iptal edilmedikçe, geçerli olmaya devam ederler. Uluslararası hukukun, nihai tahlilde, savaş dışında öngördüğü bir yaptırım yoktur ve bu da, uluslararası hukuk kurallarını ihlal eden işlemi ortadan kaldırmamaktadır. Buna rağmen, uluslararası hukukun iç hukukun üstünde yer aldığını varsaydığımızda, uluslararası hukuk, en üstte yer alan anayasa da dâhil olmak üzere, tüm iç hukuk normlarının hukuka uygunluğunun bir ölçüsü olabilir.

III. Hukuka uygunluğun teminatları

8. Anayasa kavramına, ayrıca anayasallığın ve anayasaya aykırılığın niteliklerine yeterince açıklık getirdiğimize göre, şimdi anayasanın korunması için başvurulacak teminatlar konusunu inceleyebiliriz.

Bunlar, genel olarak iç hukuk işlemlerinin hukuka uygunluğu için modern hukuk tekniği tarafından geliştirilmiş olan genel teminatlar olup, önleyici veya bastırıcı, sübjektif veya nesnel bir nitelik taşırlar.

A) Önleyici teminatlar, hukuka aykırı işlemler yapılmasını önlemeyi amaçlar. Bastırıcı teminatlar, hukuka aykırı işlemler yapıldıktan sonra devreye girer; ilgili işlemin gelecekte tekrar ortaya çıkmasını engellemeyi, neden olduğu zararı onarmayı, işlemi ortadan kaldırmayı ve gerekiyorsa, hukuka uygun yeni bir işlem ile değiştirmeyi amaçlar.

Bu iki unsur, doğal olarak, tek ve aynı güvence önlemi içinde bir araya gelebilirler.

Salt önleyici nitelikteki birçok muhtemel güvenceden biri olan ve burada her şeyden önce değerlendirilmesi gereken, hukuku mahkemede yaratan otoritenin örgütlenmesi, diğer bir ifadeyle, bu organın bağımsızlığının, —örneğin hâkimlik teminatı ile— güvence altına alınmasıdır. Bu bağımsızlık, bu organın işlevlerini yürütmesi sırasında, başka bir organa, özellikle de üst bir organa veya başka bir otorite grubuna ait hiçbir bireysel norm (emir) ile hukuksal olarak bağlı olmamayı ve dolayısıyla, yalnızca genel normlara ve temel olarak da, yasalara ve yasalara uygun olarak yapılmış düzenleyici işlemlere bağlılığı ifade etmektedir. Yasaları ve düzenleyici işlemleri denetlemek için mahkemeye tanınan yetki ise, ayrı bir konudur. Yalnızca mahkemelerin hukuka uygunluğunun, bu

şekilde garanti altına alınabileceğine dair, halen yaygın olan fikir, yargı ve idare arasında, hukuksal, yani hukuk teorisi ya da hukuk tekniği bakımından, niteliksel bir farkın var olduğu biçimindeki yanlış varsayıma dayanmaktadır. Hâlbuki üst derecelerdeki normlar ile olan ilişkileri (bu ilişki, fonksiyonun yürütülmesinin hukuka uygunluğu postülası için belirleyici nitelik taşımaktadır) bakımından, idare ve yargı yeri arasında ya da yürütme ve yasama arasında, gerçekte bu tür bir farklılığı gözlemleyemiyoruz. Yargı yeri ve idare arasındaki ayrım, münhasır olarak, mahkemelerin örgütlenme biçiminde yatmaktadır. Bunun kanıtı ise, ya idari işlemlerin, yani normalde idari otoriteler tarafından yapılan işlemlerin, mahkemeler tarafından yapılmasına ya da idari otoriteler tarafından yapılan işlemlerin hukuka uygunluğunun, bir mahkeme tarafından denetlenmesine ve bunun sonucunda, hukuka aykırılıklarının saptandığı durumlarda, iptal edilmelerine ve hatta, gerektiğinde reforme edilmelerine, yani hukuka uygun bir işlem ile değiştirilmelerine dayalı idari yargı kurumudur. Yargı ve idare arasındaki geleneksel karşıtlık ve devletin yürütmeye ilgili otoritelerinden oluşan aygıtın bu karşıtlık üzerine kurulu düalizmi, ancak tarihsel olarak izah edilebilir ve hâlihazırda bu aygıtın birleşmesi yönünde bir eğilim gösteren belirtiler yanıltıcı değil ise, bu karşıtlık ve düalizmin ortadan kalkması gerekir. Aynı şekilde, bir organın bağımsızlığında, başka bir organın emirleri karşısında, fonksiyonlarını düzenli bir şekilde yerine getirmesinin bir garantisini neden gördüğümüzü, ancak tarihsel olarak açıklayabiliriz.

Hukuk yaratma organının mahkeme biçiminde örgütlenmesi, sadece yapılacak işlemlerin hukuka uygunluğunun en tipik önleyici nitelikli garantisi değil, aynı zamanda, sübjektif olarak adlandırdığımız teminatlar grubunun ilkidir. Diğerleri ise, hukuka aykırı bir işlem yapan organın cezai sorumluluğu, disiplin sorumluluğu ve tazminat sorumluluğudur.

B) Aynı zamanda güçlü bir bastırıcı karaktere de sahip olan nesnel teminatlar, hukuka aykırı işlemin, geçersizliği ya da iptal edilebilirliğidir.

Geçersizlik, hukuksal bir işlem ve özel olarak da, bir iç hukuk işlemi olma iddiası taşıyan bir işlemin, nesnel anlamda bu niteliği taşımadığı, çünkü hukuka aykırı olduğu, yani üst derecedeki bir hukuk normu tarafından kendisi için öngörülen koşulları karşılamadığı anlamına gelmektedir. Geçersiz bir işlem, baştan itibaren, her türlü hukuksal nitelikten yoksundur ; bu nedenle, kusurlu bir hukuksal işlem olma vasfını ortadan kaldırmak için,

başka bir hukuksal işleme gerek yoktur. Buna karşılık, yeni bir hukuksal işlemin gerekli olması durumunda, geçersizlik ile değil, iptal edilebilirlik ile karşı karşıya kalınır. İster kamu otoriteleri, ister bireyler olsun, herkes, her halükarda, geçersiz işlemin hukuka uygunluğunu incelemek, o işlemin hukuka aykırı olduğunu beyan etmek ve sonuç olarak da, o işlemi hükümsüz, bağlayıcı olmayan bir işlem olarak değerlendirmek hakkına sahiptir. Bununla birlikte, hukuksal bir işlem niteliğinde olduğunu iddia eden herhangi bir işlemi incelemek ve hukuka uygun olup olmadığına karar vermek yetkisi, pozitif hukuk tarafından, belirli koşullar altında ve yalnızca belirli otoriteler tarafından kullanılacak bir biçimde sınırlandırıldığı ölçüde, herhangi bir hukuka aykırılık ile malûl olan bir işlem, *a priori* geçersiz bir işlem olarak değil de, yalnızca iptal edilebilir nitelikte bir işlem olarak değerlendirilebilir. Benzer bir sınırlama olmadığı takdirde, her türlü sakat hukuksal işlem, geçersiz, yani hukuksal olmayan bir işlem olarak kabul edilmelidir. Aslında, muhtelif pozitif hukuklar, ilke olarak herkesin sahip olduğu, hukuka aykırı işlemleri geçersiz kabul etmek yetkisine, oldukça geniş kısıtlamalar getirmektedir. Bu kapsamda, bireylerin işlemleri ile yetkili otoritelerin işlemleri, genel olarak, farklı şekilde ele alınmaktadır. Genellikle, hukuka aykırı olsalar dahi, başka bir otoriteye ait başka bir işlem ile ortadan kaldırılmadıkları sürece, kamu otoritelerinin işlemlerinin geçerli ve bağlayıcı olarak kabul edilmesi gibi bir eğilim olduğunu gözlemliyoruz. Kamu otoritelerinin işlemlerinin hukuka uygunluğu ya da aykırılığı sorunu, kendilerine uyulmasını talep eden bu işlemlerin, yönelttikleri kişi ya da devlet organı tarafından değil, hukuka aykırılığı ileri sürülen işlemi yapan otoritenin kendisi veya belirli bir prosedür aracılığıyla karar verecek olan başka bir otorite tarafından açıklığa kavuşturulabilir.

Çeşitli hukuk düzenleri tarafından, az veya çok ölçüde kabul gören ve kamu otoritelerinin işlemlerinin kendi kendini meşrulaştırması (*Selbstlegitimation*) ilkesi olarak nitelendirilebileceğimiz bu ilke, bazı sınırlamalar içermektedir. Pozitif hukuk, kendisinin bir kamu otoritesi işlemi olduğunu ileri süren her türlü işlemin, hukuka aykırılık nedeniyle, başka bir otoriteden kaynaklanan bir işlem tarafından iptal edilinceye kadar, herhangi bir ayırım yapılmaksızın, bir kamu otoritesi işlemi olarak kabul edilmesi gerektiğini asla kararlaştıramaz. Doğal olarak, örneğin, hiçbir şekilde bir kamu otoritesi vasfını taşımayan bir birey tarafından yapılan bir işlem için de, benzer bir iptal prosedürünün gerekli olduğunu ileri sürmek ise, absürt

olacaktır. Fakat, diğer yandan, yetkili olmayan veya hukuka aykırı bir şekilde oluşturulmuş bir otorite tarafından yapılan ya da hukuka aykırı bir usul izlenerek yapılan tüm işlemleri, *a priori* olarak geçersiz kabul etmek de, mümkün değildir. Bununla birlikte, teorik olduğu kadar, teknik olarak da, çok güç bir sorun olan mutlak butlan sorunu, —pozitif hukukun asla tamamen göz ardı edemeyeceği— geçersizliğin, yalnızca, anayasa ile doğrudan bağlı olan ve bu nedenle, geçersizlikleri de, bir bakıma, anayasanın bir teminatı olan işlemler bakımından da var olduğunun teyit edildiği ölçüde, anayasanın teminatları konusunu ilgilendirmektedir.

Ne bireyler ne de kamu otoriteleri, herhangi bir işlemi, sırf yasa başlığını taşıyor diye, yasa olarak değerlendirmemelidir. Şüphesiz, aynı görünüme sahip olmak dışında, yasalar ile başka bir ortak noktası olmayan işlemler de olabilir. Fakat, sakat olmakla birlikte, geçerli olmaya devam eden bir yasama işlemine ait yasa-görünümlü *a priori* geçersiz bir işlemi, anayasaya aykırı bir yasadaki ayırıcı sınırı, genel bir teorik formül ile tanımlayamayız. Aslında, yalnızca pozitif hukuk bu görevi üstlenebilir; ama genellikle bunu yapmaz ya da en azından bilinçli olarak veya tam bir şekilde yapmaz. Bir kişi (birey veya devlet organı), bir işlemin aslında görünüşte-bir-yasa niteliğinde olduğunu ileri sürerek, o işleme uymayı reddettiği zaman, pozitif hukuk, bu sorunu çözme işini, sıklıkla, konu hakkında karar vermesi gereken otoriteye bırakmaktadır. Ancak, yine aynı çerçevede, söz konusu işlem, mutlak butlan alanından çıkmış ve iptal edilebilirlik alanına girmiş olmaktadır. Çünkü kendisine uyulmayan işlemin, hukuksal bir işlem olmadığı tespit edildiğinde, otoritenin verebileceği karar, yalnızca, bu işlemin belirli bir oranda geriye dönük bir etki ile birlikte iptal edilmesi biçiminde olacaktır. Pozitif hukuk, hukuksal işlemin *a priori* geçersiz olmaması için, birtakım asgari koşulların bir araya gelmesini zorunlu kıldığı zaman da, durum farklı değildir; buradan hareketle, iptal ile yetkili bir makam tarafından iptal edilmedikçe, taşıdığı diğer hukuka aykırılıklar ne olursa olsun, *Resmi Gazete*'de yasa adı altında yayımlanan her türlü metnin yasa hükmünde olacağına anayasa tarafından kabul edilmesi, örnek olarak gösterilebilir. Çünkü asgari koşulların nihayetinde oluşup oluşmadığını, resmi olarak beyan edecek olan ve yokluğunda ise, herkesin, sadece yasa niteliğini taşımadıklarını ileri sürerek, yasalara itaat etmekten imtina edebileceği otorite, her zaman, bir kamu otoritesidir.

Pozitif hukukun bakış açısından, kendisine itaat edilmesi amacını taşıyan bir işlemin yöneldiği kişinin durumu, istisnasız olarak şu şekildedir : Kişi, işlemin geçersiz olduğunu düşünüyorsa, o işleme itaat etmeyi reddedebilir ; ancak, bu durumda, riskin tamamı kendisine ait olmak üzere davranmış olmakta, diğer bir ifadeyle, gösterdiği itaatsizlik nedeniyle sorumluluğunun doğması riskini üstlenmiş olmaktadır; çünkü, kişinin, bunun üzerine, kendisini önünde bulduğu otorite, işlemin geçersiz olmadığına veya sonradan iptal edilebilme durumu saklı kalmak üzere, o işlemin geçerliliği için pozitif hukuk tarafından konulan minimum koşulların karşılanmış olduğuna karar verebilir. Aksi durumda, otoritenin kararı, işlemin tesis edildiği ana kadar, geriye dönük bir etki ile iptal edilmesi yönünde olacaktır. Bu yorum, kendisini gerekli kılmaktadır, çünkü karar, işlemin geçersizliğinin (geçersizlik, en başta, yalnızca ilgili kişi tarafından ileri sürülmektedir) temel mesele olduğu bir prosedürün sonucudur ve bu nedenle, geçersizliğin mevcut olmadığına da hükmedilebileceğinden yargılama sonuçlanıncaya kadar, hiçbir biçimde geçersizlik vardır denilemez. Bunun yanı sıra, karar, işlemin geçersiz olduğuna hükmetse dahi, kurucu bir niteliğe de sahip olması gerekmektedir. Geçersizlik, yalnızca, iptal edilebilirliğin uç bir durumu (geriye dönük etkili bir iptal biçiminde) olarak kabul edildiği takdirde, pozitif hukukun bakış açısına göre, yani geçersizliği ileri sürülen işlem hakkında karar verecek olan otorite bakımından, sadece iptal edilebilirlik vardır.

Hukuka aykırı işlemin iptal edilebilirliği, o işlemin hukuksal sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırılabilmesi imkânı anlamına gelmektedir. İptal, gerçekte, ya kapsamı ya da zaman içindeki etkisi bakımından, derecelerden oluşmaktadır.

Birinci bakış açısına göre, iptal, somut bir olay ile sınırlı olabilir (bu, birinci çözümdür). Söz konusu olan, bireysel bir işlem ise, durum elbette böyledir. Ancak, genel bir norm söz konusu olduğu zaman, durum farklıdır. Genel bir normu uygulamakla yükümlü otoriteler (mahkemeler ya da idari otoriteler), hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle, o normun somut bir olaya uygulanmasını reddedebiliyor veya reddetmek zorunda iseler ve bunun sonucunda, hiç yürürlükte değilmiş gibi karar vermeleri gerekiyor ise, o normun iptali, ilgili somut olay ile sınırlı kalır ; ancak, bunun dışındaki durumlarda, otoritelerin, o normun hukuka uygunluğunu denetleme ve bir karara bağlama yetkileri yoksa veya aksine, böyle bir yetkileri olup da,

normun hukuka uygun olduğuna karar verebiliyor iseler, ilgili norm yürürlükte kalmaya devam eder ve diğer olaylar için, diğer otoriteler tarafından uygulanması gerekir. Genel bir normu uygulamakla yükümlü olan ve somut bir olay ile ilgili olarak, bir hukuka aykırılık tespit ettiği zaman, o normun geçerliliğine son verebilen otorite, o normu iptal edebilme yetkisine de sahiptir, —çünkü bir normun geçerliliğine son vermek ve o normu iptal etmek, tek ve aynı şeydir—, ancak, iptal yalnızca kısmi olup, somut olay ile sınırlıdır. Birçok modern anayasaya göre, düzenleyici işlemler karşısında, — idari otoritelerden farklı olarak—, mahkemelerin durumu bu şekildedir. Ama yasalar ile ilgili olarak, bu kadar kapsamlı bir denetim yetkisini haiz olmaktan, kural olarak, uzaktırlar. Mahkemeler, genel olarak, hukuka uygunluk denetimini, yani yasaların anayasaya uygunluğunun her bakımdan denetimini gerçekleştiremezler ve bunun yerine, yalnızca, yasanın yayımlanmasının hukuka uygunluğunu denetleyebilirler ve yalnızca, bu yayımlama ile ilgili olarak ortaya çıkan bir hukuka aykırılık nedeniyle, yasanın somut bir olaya uygulanmasını reddedebilirler. Bu şekilde, somut olay ile sınırlı kalan bir iptalin eksiklikleri ve yetersizliği ortadadır. Buna bağlı olarak, en başta, çözümler arasında bir birlik eksikliği ve bir hukuksal güvensizlik ortaya çıkmakta ve bir mahkeme, bir düzenleyici işlemi ve hatta bir yasayı uygulamayı reddederken, diğer bir mahkemenin bunun tam tersini yapması ve müdahale etmeleri için kendilerine başvuru idari otoritelerin ise, ilgili normu uygulamayı reddetmelerinin yasak olması durumunda, kendisini çok can sıkıcı bir şekilde hissettirmektedir. Genel normların hukuka uygunluğunu denetleme yetkisinin merkezileşmesi, her bakımdan, kesinlikle doğrudur. Ancak, bu denetim yetkisini tek bir otoriteye bırakmak ile yetinilirse, tüm iptal sistemini kapsayacak bir şekilde, normun uygulanması gereken bütün olaylar bir kenara bırakılarak, iptal, sadece somut olay ile sınırlandırılmış olacaktır. Bu kadar önemli bir yetkinin, yalnızca, merkezî yüksek bir otoriteye bırakılması gerektiği ise aşikârdır.

Zaman içindeki etkisi bakımından ise, iptal, gelecek ile sınırlı olabilir veya bunun tersine, aynı zamanda geçmişe de uzanabilir, diğer bir deyişle, geriye doğru etkili ya da etkisiz olarak gerçekleşebilir. Bu fark, elbette, yalnızca sürekli hukuksal sonuçları olan işlemler bakımından bir anlam taşır; ve bu nedenle, en başta, genel normların iptalini ilgilendirmektedir. Hukuki güvenlik ideali, genel olarak, hukuka aykırı genel bir normun iptalinin etkisini, yalnızca *pro futuro*, yani, iptal tarihinden itibaren doğurmasını

gerektirir. Hatta belirli bir sürenin sona ermesine kadar, iptalin yürürlüğe girmesinin engellenmesi olasılığının öngörülmesi gerekir. Aynı şekilde, — yasa veya düzenleyici işlem gibi— genel bir norm yürürlüğe konulmadan önce, bir *vacatio legis* konusu olmasını gerektiren geçerli nedenler olabileceği gibi, iptal edilen genel bir normun, iptal kararından sonra, belirli bir sürenin sona ermesini müteakiben yürürlükten kaldırılması için de geçerli nedenler olabilir. Bununla birlikte, bazı koşullar, geriye dönük etkili bir iptali gerekli kılabilir. Yalnızca, yukarıda değerlendirilen ve işlemin iptalinin, onun geçersizliği ile eşdeğer olduğu, sınırsız bir geriye doğru etkiyi haiz sınır durumu düşünmemek gerekir; hukuka aykırı işlemin, iptal ile yetkili otoritenin bağımsız takdirine ya da işlemin geçerliliği için pozitif hukuk tarafından konulan asgari koşullara göre, sadece hukuksal işlem benzeri-bir işlem olarak kabul edilmesi gerekiyorsa; bu doğrultuda, bazı somut olaylar veya belirli bir olay kategorisi ile sınırlı olmak üzere, en başta, istisnai nitelikte bir geriye dönük etkinin öngörülmesi gerekir.

Bir işlemin iptalinin teknik organizasyonu için, yalnızca o işlemi yapmış olan organın mı iptali gerçekleştirilebileceğini, yoksa iptal yetkisinin, başka bir organa mı verileceğini bilmek hususu da, büyük önem taşır. Bahsi geçen bu iki süreçten ilkinin benimsenmesine, her şeyden önce, itibar ile ilgili değerlendirmeler neden olmaktadır. Böylece, hukuka aykırı normu koyan ve yüksek bir organ olarak kabul edilen ya da en azından, yüksek bir organın denetimi ve sorumluluğu altında hareket eden bir organın otoritesinin, başka bir organın, onun işlemlerini iptal etmekle yetkili kılınması ve dolayısıyla, onun daha üstünde bir yerde konumlanması nedeniyle, —söz konusu olan, bilhassa genel bir norm ise—, olumsuz bir şekilde etkilenmesinin önüne geçilmek istenilmektedir. Burada, bir otoritenin işlemlerinin başka bir otorite tarafından iptal edilmesini önlemek amacı doğrultusunda, yalnızca hukuka aykırı işlemi yapmış olan organın “bağımsızlığı” değil, aynı zamanda, kuvvetler ayrılığı dogması da ileri sürülmektedir. Bu nedenle, örneğin, yüksek idari otoritelerin işlemleri bakımından, bu işlemleri gerektiğinde iptal edecek olan makamın, idari örgütlenmenin dışında yer alması ve hem işlevsel, hem de örgütsel anlamda, bağımsız bir yargı organı, yani bir mahkeme niteliğini taşıması gerekmektedir. Yargı ve idare arasındaki ayrımın, problematik olmaktan da öte özelliği nedeniyle, bu durumda, kuvvetler ayrılığı ilkesine atıfta bulunulması, organın “bağımsızlığına” atıfta bulunulması kadar az değer

taşımaktadır. Diğer yandan, her iki argüman da, anayasanın teminatları konusu kapsamında özel bir rol oynamaktadır. Aslında, hukuka aykırı işlemi yapmış olan organın bağımsızlığına saygı veya kuvvetler ayrılığı ilkesine uyma zorunluluğu bahanesiyle, hukuka aykırı işlemin iptal edilmesi, yine o işlemi yapmış olan organın takdirine bırakılmış olmakta; ilgililere ise, yalnızca, sıradan bir “dilekçe hakkı”, bağlayıcılıktan yoksun bir iptal talebinde bulunma hakkı tanınmaktadır. Buna karşılık, aslında, hukuka aykırı işlemin, o işlemi yapan tarafından kaldırılması ile sonuçlanabilecek hukuksal bir prosedür vardır. Bununla birlikte, bu prosedürü başlatma talebi, otoriteyi, yalnızca talebi uygulamaya koymaya zorlamakta, ama belirli bir biçimde sonlandırmaya, diğer bir ifadeyle, itiraz konusu işlemi iptal etmeye zorlamamaktadır. Bu durumda, iptal, yasal olarak bağlı olsa da, hukuka aykırı işlemi yapmış olan ve hiçbir üst organ tarafından denetlenmeyen organın takdir yetkisi kapsamında kalmaktadır. Son olarak, yukarıda belirtilen ikinci tipe doğru bir geçiş oluşturan, üçüncü bir sistemin de değerlendirilmesi gerekmektedir: İşlemin hukuka uygunluğu sorunu, başka bir otorite tarafından karara bağlanmakla birlikte, işlemin iptal edilmesi, o işlemi yapmış olan organın yetkisi dâhilinde olacaktır. Ancak, bu organ, diğer organın, işlemin hukuka aykırı olduğuna ilişkin kararı aracılığıyla, hukuksal olarak, o işlemi iptal etmeye zorlanabilir ; hatta, bu zorunluluğun yerine getirilmesinin, belirli bir süreye bağlanması bile mümkündür. Fakat, bu değişken bile, yeterli bir garanti sağlamadığından, daha ayrıntılı bir şekilde incelenmesi gereksizdir. Aslında bu garanti, yalnızca, hukuka aykırı işlemi yapmış olan organdan tamamen farklı ve bağımsız bir organ tarafından, o işlemin iptaline derhal karar verildiği zaman mevcut olabilir. Devlet fonksiyonlarının, yasama, yargı ve idare temelli geleneksel ayrımı ve bu ayrıma bağlı olarak, devlet otoritelerinin oluşturduğu aygıtın, üç farklı organ grubuna, —yani bir yasama aygıtı, bir yargı aygıtı ve bir idare aygıtına— dayalı ayrımı esas alındığında, hukuka aykırı bir işlemin iptalinin, aynı otoriteleri barındıran bir aygıt dâhilinde gerçekleştiği durum (hukuka aykırı idari işlemlerin ya da yargı kararlarının, yeni bir idari işlem veya yeni bir yargı kararı aracılığıyla, diğer bir ifadeyle, birinci durum için, üst bir idari otorite, ikinci durum için ise, üst bir yargısal otorite olmak üzere, aynı organlar grubuna dâhil bir otoritenin bir işlemi ile iptal edilmesi) ile iptal işlemini gerçekleştiren otoritenin, başka bir organlar grubuna dâhil olduğu durumun, birbirinden ayırt edilmesi gerekmektedir. Hiyerarşik başvuru yolu,

birinci tipe dâhildir; idari yargı ise, ikinci tip durum için bir örnek oluşturmaktadır. Yargısal işlemlerin hukuka uygunluğunun, neredeyse istisnasız bir şekilde, birinci tip duruma özgü araçlar ile sağlanması, modern hukuk sistemlerinin tipik bir özelliğidir. Aslında, mahkemelerin bağımsızlığının, tek başına, mahkemelerin yaptıkları işlemlerin hukuka uygunluğu için, yeterli bir teminat oluşturduğunu görüyoruz.

Hukuka aykırı işlemin iptal edilmesi, o işlemin, hukuka uygun bir işlem ile değiştirilmesi sorunu gündeme getirmektedir. Bu kapsamda iki teknik olanağın ayırt edilmesi gerekmektedir: Yetkili otorite, iptal edilen işlem yerine hukuka uygun yeni bir işlem koymak, dolayısıyla yalnızca iptal değil, aynı zamanda yeniden inşa etmek yetkisine de sahip olabilir. Ancak, hukuka uygun işlemi yapma yetkisi, iptal edilen hukuka aykırı işlemi yapmış olan otoriteye de bırakılabilir. Bu otorite, böylelikle, iptal makamının kararında, —örneğin gerekçeler biçiminde— formüle edilen hukuksal çözüm ile bağlı olduğundan, otoritenin bağımsızlığı bir kısıtlamaya maruz kalmaktadır ve bu da, örneğin, bir yargı kararının iptali söz konusu ise, yargıçların bağımsızlığının, yürütmenin hukuka uygunluğunun spesifik teminatı olarak değerlendirilmesinde ihmal edilmemesi gereken bir husus oluşturmaktadır.

IV. Anayasallığın teminatları

Yukarıda belirtilen ve devlet fonksiyonlarının hukuka uygunluğunu teminat altına almak amaçlı teknik önlemler arasında, anayasanın, temel ve en etkin garantisini, anayasaya aykırı olan işlemin iptal edilmesi oluşturmaktadır. Ancak bu, anayasa ile bağlı işlemlerin hukuka uygunluğunu sağlamak için, başka araçların öngörülemeyeceği anlamına gelmez.

Şüphesiz, önleyici, subjektif garanti (bir mahkeme sıfatıyla işlem yapan organın örgütlenmesi), hemen konu dışında kalmaktadır. Burada, esas olarak söz konusu olan yasama, bir mahkemeye terk edilemez; bunun nedeni ise, yalnızca yasama ve yargı fonksiyonlarının çeşitliliği değil, bundan daha da ağırlıklı olarak, yasama organının örgütlenmesinin, yasama organının işleyişinin anayasallığına ilişkin bakış açısından farklı olarak, temelde başka bakış açılarının hâkimiyeti altında olmasıdır. Burada, demokrasi ve otokrasinin büyük antitezi söz sahibidir.

Buna karşılık, bastırıcı teminatlar (hukuka aykırı işlemleri yapan organların, anayasal sorumluluğu ve tazminat sorumluluğu) gayet

mümkündür; yasama bakımından, şüphesiz bu, parlamentonun kendisinin veya üyelerinin sorumluluğu değildir: Kolektif bir organ, çeşitli nedenlerden ötürü, cezai sorumluluk veya tazminat sorumluluğu için uygun bir özne değildir. Bununla birlikte, anayasa tarafından, —devlet başkanı, bakanlar gibi— yasama ile bağlantılı kişilerin, özellikle, yürürlüğe koyma veya karşı imza kuralı nedeniyle, yasama prosedürünün anayasallığı ile ilgili olarak sorumlu olacakları öngörülmüşse, bu kişiler, yasaların anayasaya aykırılığı nedeniyle sorumlu tutulabilirler. Nitekim çağdaş anayasaların esas unsurlarından biri olan, başbakan ve ilgili bakanların sorumluluğu kurumu, yasaların anayasaya uygunluğunu sağlamaya da hizmet eder; ve organın bu şahsi sorumluluğunun, düzenleyici işlemlerin yasaya uygunluğunu ve özellikle, anayasa ile doğrudan bağlı olan bireysel işlemlerin hukuka uygunluğunu sağlamak için de kullanılabileceği açıktır.

Bu son husus ile ilgili olarak, hukuka aykırı işlemlerden kaynaklanan zararlar için, malî sorumluluk da ayrıca değerlendirilebilir. Ancak, her ne kadar, diğer sübjektif garantiler de, hukuka aykırı işlemin ve özellikle, anayasaya aykırı yasanın bağlayıcılığına dokunma konusunda yetersiz kalsalar da, başbakan ve ilgili bakanların sorumluluğu da, —anayasacılık tarihinin de kanıtladığı üzere—, tek başına çok etkin bir araç değildir. Dolayısıyla, bu durum göz önüne alındığında, anayasanın teminat altına alındığını dahi söylemek zordur; anayasanın garanti altına alınması ancak, anayasaya aykırı işlemlerin iptalinin mümkün olması durumunda, gerçek anlamda mümkün olabilir.

1 Anayasa yargısı mercii.

9. Hukuka uygunluk teminatı, anayasanın teminatı hipotezi karşısında, hukuka aykırı işlemlerin iptalinin, yine, o işlemleri yapmış olan organa bırakılmasının, daha mümkün olduğu şeklinde bir varsayım içermemektedir; ve böyle bir prosedür, gerçekte, hiçbir durumda, önerilebilir bir nitelik taşımayacaktır. Çünkü anayasallığın etkili bir teminatını belirli bir ölçüde görebileceğimiz tek biçim olan —üçüncü bir organın hukuka aykırılık beyanında bulunması ve bunun üzerine, hukuka aykırı işlemi yapmış olan organın, o işlemi iptal etmek zorunda olması—, burada uygulanabilir değildir; zira parlamento, doğası gereği, etkili bir sonuç doğuracak şekilde zorlanamaz. Ayrıca, sırf başka bir makam anayasaya aykırı ilan etmiş olduğu için, kabul etmiş olduğu bir yasayı iptal etmesini parlamentodan beklemek,

siyaseten aşırı iyimser bir davranış olacaktır. Yasama organı, gerçekte, teorik anlamda —nispeten kısıtlı bir ölçüde— anayasa ile bağlı olsa da, kendisini, hukuku uygulayan bir organ olarak değil, bağımsız bir hukuk yaratıcısı olarak görmektedir. İşte bu nedenle, parlamentonun anayasa ile bağlılığını sağlamak için, parlamentonun bizzat kendisine dayanmamaktayız. Parlamentodan farklı, ondan ve dolayısıyla, her türlü iç hukuk otoritesinden bağımsız bir organın, diğer bir ifadeyle, bir yargı merciinin veya bir anayasa mahkemesinin, parlamentonun anayasaya aykırı işlemlerini iptal etmekle görevlendirilmesi gerekmektedir.

Böyle bir sistem, genel olarak, bazı itirazlara konu olmaktadır. Bu itirazlardan ilki, böyle bir kurumun doğal olarak, parlamentonun bağımsızlığı ile uyuşmayacağı yönünde olacaktır. Ancak, —bağımsızlık, olsa olsa, iç hukuk düzeninin kendisine ait olduğundan, belirli bir iç hukuk organının bağımsızlığından söz edilemeyeceği hususu hariç tutulursa—, bu argüman, yasalar, mahkemelerin ve idari otoritelerin usullerini nasıl düzenliyorsa, aynı şekilde anayasanın da, nihayetinde, tamamen benzer bir şekilde, yasama prosedürünü düzenlediğini kabul etmemiz gereği ile çökmektedir; yargı ve idare, yasalar ile nasıl bağlı iseler, yasama da, kesinlikle aynı biçimde, anayasa ile bağlıdır ve dolayısıyla, yasaların anayasallığı temel önermesi, teorik olduğu kadar, teknik olarak da, yargının ve idarenin yasallığı temel önermesi ile kesinlikle özdeştir. Bununla birlikte, bu değerlendirmelerin tersine olarak, anayasa yargısının, yasa koyucunun bağımsızlığı ile uyumsuz olduğu iddia edilmeye devam ederse, bu yalnızca, siyasal iktidarın,—pozitif hukuka açıkça aykırı olarak—, yasama organının şahsında, anayasa normları ile sınırlandırılmamak biçiminde, kendisini ortaya koyan arzusunu gizlemek için olacaktır. Ancak, yerindeliğe dayalı gerekçeler, böyle bir eğilimi savunulur kılsalar da, bu eğilimi destekleyebilecek herhangi bir hukuki argüman yoktur.

Kuvvetler ayrılığı ilkesine dayandırılan ikinci itiraz bakımından da, durum çok farklı değildir. Kuşkusuz, bir yasama işleminin, yasama organının dışında bir organ tarafından iptal edilmesi, genellikle belirtildiği üzere, gerçekten de, "yasama erkinin" yetki alanına bir tecavüz teşkil etmektedir. Fakat, anayasaya aykırı yasaların iptali ile görevli organın, — üyelerinin bağımsızlığı aracılığıyla—, bir mahkeme gibi örgütlenmiş olmasına rağmen, gerçek anlamda yargısal bir fonksiyon gerçekleştirmediği

sonucuna vardığımızda, bu gerekçelendirmenin çok sorunlu doğası ile karşı karşıya kalırız. Yasama fonksiyonu ve yargı fonksiyonu arasındaki fark, bu ikisini birbirinden ayırabildiğimiz kadarıyla, öncelikle, biri, genel normlar yaratırken, diğersinin ise, yalnızca bireysel normlar yaratmasında yatmaktadır¹¹. Hâlbuki, bir yasanı iptal etmek, genel bir norm koymaktır; çünkü bir yasanın iptal edilmesi, o yasanın yapılması ile aynı genellik özelliğini taşımaktadır. Dolayısıyla, bir yasanın iptal edilmesini, esasen bir yasama fonksiyonu ve deyim yerindeyse, olumsuz anlamda bir yasa yapma faaliyeti olarak ifade edersek, yasaları iptal etme yetkisine sahip olan bir mahkeme de, bu nedenle, yasama erkinin bir organı olacaktır. Dolayısıyla, yasaların bir mahkeme tarafından iptal edilmesi hususunu, yasama erkinin iki organ arasında bir dağılımı olarak yorumlayabileceğimiz gibi, yasama erkinin yetki alanına müdahale edilmesi biçiminde de yorumlayabiliriz. Ancak, böyle bir durumda, genellikle, güçler ayrılığı ilkesinin herhangi bir ihlalden söz edilmemektedir. Örneğin, anayasal monarşilerin anayasalarında, yasa yapma yetkisi, prensip olarak, hükümdar ve parlamentoya ait ortak bir yetki olarak düzenlenmekle birlikte, bazı istisnai durumlarda, hükümdar, bakanlar ile birlikte ortak kararnameler düzenlemek suretiyle, yasalara istisna getirmek hakkına sahiptir. Tüm bu güçler ayrılığı doktrininin doğmasına yol açan politik nedenleri tartışmak, güçler ayrılığı ilkesinin, anayasal monarşilerde, siyasi güçler arasında denge oluşturma fonksiyonu şeklindeki gerçek anlamını ortaya çıkarmak için başvurulması gereken tek yol olmasına rağmen, bizi buradan çok uzaklara götürecektir. Bu ilkenin demokratik bir cumhuriyette muhafaza edilmek istenilmesi durumunda, farklı anlamlar arasından, “güçler ayrılığı” ifadesinden daha makul görüneni, “güçlerin bölünmesi”, diğers bir ifadeyle, organların birbirlerini karşılıklı olarak izole etmelerinden çok, birbirleri üzerinde karşılıklı bir denetim gerçekleştirmelerine imkân vermek üzere, erkin farklı organlar arasında dağılımıdır. Ve bu, sadece aşırı bir gücün tek bir organın elinde toplanmasını önlemek için değil (böyle bir güç yoğunlaşması, demokrasi için tehlikeli olacaktır), aynı zamanda, çeşitli organların işleyişinin hukuka uygunluğunu teminat altına almak içindir. Bu nedenle, anayasa yargısı kurumu, güçler ayrılığı ilkesi ile bir zıtlık ilişkisi içinde olmayıp, aksine, bu ilkeyi olumlamaktadır.

¹¹ Burada, bu ayrımın ilkesel bir ayrım olmadığı, özellikle, yasa koyucunun da (hususî olarak parlamento), bireysel normlar koyabileceği gerçeği göz ardı edilebilir.

Anayasaya aykırı yasaları iptal etmekle görevli organın, bir mahkeme olabilip olamayacağı hususu ise, tartışmasızdır.

Böyle bir mahkemenin, hem parlamento, hem de hükümet karşısındaki bağımsızlığı ise, aşikâr bir temel varsayımdır. Çünkü yasama sürecine dâhil organlar oldukları için, anayasa yargısı tarafından denetlenmesi gerekenler, açık bir şekilde parlamento ve hükümettir. Yasaların iptal edilmesi olgusu da, özünde bir yasama fonksiyonu olduğundan, özellikle, bu makamın üyelerinin kompozisyonu ve atanma yöntemi konusunda, bazı hususi sonuçlara neden olup olmayacağının incelenmesi gerekebilir. Ancak durum, gerçekte böyle değildir; çünkü yasaların iptali söz konusu olduğunda, yasama organının oluşumu konusu hakkındaki tüm temel politik yaklaşımlar, neredeyse hiçbir önem taşımamaktadır. Yasaların yapılması ve yalnızca iptal edilmesi arasındaki ayırım, işte burada ortaya çıkmaktadır. Bir yasanın iptal edilmesi, esas olarak, anayasa normlarının uygulanması suretiyle gerçekleştirilir. Yasa yapma faaliyetini karakterize eden serbestçe yaratma pratiği, iptal sırasında neredeyse hiç mevcut değildir. Yasa koyucu, yalnızca izleyeceği usul bakımından ve istisnai olarak da, yapacağı yasaların içeriği ile ilgili olarak ve yalnızca, genel ilkeler ve ana hatlar çerçevesinde anayasa ile bağlı iken, negatif yasa koyucunun, yani anayasa yargısının faaliyeti, bunun tersine, mutlak olarak anayasa tarafından belirlenir. İşte, tam da bu nedenle, anayasa mahkemesinin fonksiyonu, genel olarak, diğer herhangi bir mahkemenin fonksiyonuna benzemektedir: Anayasa mahkemesinin fonksiyonu, temelde hukukun uygulanmasına ve yalnızca düşük bir düzeyde ise, hukukun yaratılmasına ilişkin olup, bu nedenle, gerçekte yargısal bir nitelik taşımaktadır. Dolayısıyla, anayasa mahkemesinin kurulmasında göz önüne alınacak olan temel ilkeler, mahkemelerin veya yürütme organlarının örgütlenmesi için gerekli olan temel ilkeler ile aynıdır.

Bununla birlikte, bu çerçevede, muhtemel tüm anayasalar için geçerli olabilecek tek tip bir çözüm önermek mümkün değildir: Anayasa yargısı merciinin örgütlenmesinin, her bir anayasanın özelliklerine göre kendisini uyarlaması gerekecektir. Ancak, yine de, genel kapsamlı ve genel nitelikli birkaç önerme yapılabilir: Anayasa yargısı makamı, temel olarak, hukuksal sorunlar hakkında karar vereceğinden ve anayasayı, yalnızca hukuksal bakımdan yorumlama misyonu taşıdığından, üye sayısının çok fazla olmaması gerekmektedir. Tipik üye seçme yöntemleri arasından, herhangi

bir çekince koymaksızın, ne sadece parlamento tarafından seçilmeye, ne de devlet başkanı veya hükümet tarafından münhasıran atanmaya bir öncelik tanımak mümkün değildir. Belki de, bu yöntemler, örneğin, her bir üyelik için birden fazla aday öneren hükümetin teklifi üzerine, hâkimlerin parlamento tarafından seçilmesi ya da bunun tam tersi bir biçimde kombine edilebilir. Anayasa yargısı merciinin üye dağılımında, hukukçulara yeterli bir oranda yer vermek büyük önem taşımaktadır. Bu da, örneğin, üyeliklerin en azından bir bölümü için, hukuk fakültelerine veya ülkedeki tüm hukuk fakültelerini temsil eden ortak bir komisyona aday teklif etme hakkı verilmesiyle gerçekleştirilebilir ya da boşalan her bir üyelik için, mahkemenin kendisine aday teklif etme hakkı tanınabileceği gibi, seçimle, yani kooptasyon yoluyla da üye tayin edilebilir. Aslında mahkemenin, en seçkin uzmanları kendisine çekmek suretiyle, otoritesini bizzat kendisinin güçlendirmesinde büyük bir çıkarı vardır. Ayrıca, mahkemenin denetiminin konusunu, parlamentonun veya hükümet üyelerinin işlemleri oluşturduğundan, bu kişilerin anayasa mahkemesinin dışında kalması da önem taşımaktadır. Anayasa mahkemesinin içtihatlarını her türlü siyasi etkiden uzak tutmak, arzu edildiği kadar, zordur da. Dolayısıyla, uzmanların, —bilinçli ya da bilinçsiz olarak—, siyasi düşüncelerin etkisi altında kalarak karar verebildikleri gerçeğini inkâr edemeyiz. Bu, oldukça büyük bir tehlike olsa da, örneğin bazı üyelerin, partilerin görece güçleri temelinde, parlamento tarafından seçilmesi suretiyle, siyasi partilerin gizli ve bu nedenle de kontrol edilemeyen bir etkisinden ziyade, mahkemenin üye dağılımının oluşumuna meşru bir şekilde katılmalarını kabul etmek, neredeyse tercih nedenidir. Geriye kalan üyelikler uzmanlara tahsis edildiği takdirde, bu uzmanlar, yalnızca siyasi nitelikteki çıkarları savunmak amacıyla bir araya gelmiş olan üyelerin işbirliğinden uzakta kaldıklarından, tamamen teknik nitelik taşıyan hususlara daha fazla dikkat edebileceklerdir.

2 Anayasaya uygunluk denetiminin konusu.

10. I. Anayasa yargısının temel konusunu, anayasaya aykırılıkları ileri sürülen yasalar oluşturmaktadır.

Burada, yasadaki anlaşılması gereken, yasama organları, diğer bir deyişle, modern demokrasilerdeki merkezi parlamentolar veya —federal bir devlet söz konusu ise—, yerel parlamentolar tarafından bu ad altında adlandırılan işlemlerdir.

Örneğin, yasa biçiminde olmalarına rağmen, geleneksel doktrin tarafından, herhangi bir nedenle, salt idari işlemler olarak görülen bütçe ya da diğer tüm benzer işlemler için de geçerli olduğu üzere, yasa biçimindeki tüm işlemler, sadece bireysel normlar içerseler dahi, anayasa mahkemesinin incelemesine tâbi olmalıdır. Yasa biçimini taşıyan bu işlemlerin hukuka uygunluk denetimi, anayasa mahkemesinden başka bir merciye bırakılamaz. Ayrıca, parlamentonun, —Resmi Gazete’de (*Bulletin des Lois*) yayımlanmaları gerekmediğinden— yasa şeklini haiz olmayan, fakat anayasaya göre yasa olmak için gerekli olan zorunlu unsurları taşıyan, parlamento içtüzüğü veya bütçenin oylanması (yasa şeklinde olması, doğal olarak beklenemez) gibi diğer işlemlerinin de, anayasaya uygunluklarının anayasa mahkemesi tarafından denetlenebilmesi gerekir.

Yine, aynı şekilde, yasa gücünde olma iddiasını taşıyan, ancak belirli bir temel koşulu karşılayamadıklarından dolayı, yasa niteliği taşımayan tüm işlemler (bu işlemlerin mutlak butlan ile malûl olup olmadıkları, aksi takdirde, denetleme usulüne tâbi olamayacakları hususu elbette göz önüne alınmalıdır) ile anayasaya göre yasa niteliği taşıması gerektiği halde, yasa olma iddiasını taşımayan, —örneğin anayasallık denetiminin dışında bırakma isteği gibi bir nedenle—, parlamento tarafından, yayımlanmayacak kararlar şeklinde kabul edilerek ya da bir düzenleyici işlem biçiminde yayımlanarak, anayasaya aykırı bir şekilde başka bir biçim altında yapılmış olan işlemler de dâhil edilebilir. Örneğin, anayasa mahkemesinin yalnızca yasaların anayasaya uygunluğunu denetlediği bir durumda, belirli bir kanunun kabul edilmesini sağlayamayan hükümet, bunun üzerine, anayasaya göre, yalnızca yasama erki tarafından düzenlenebilecek olan bir konuyu, düzenleyici bir işlem vasıtasıyla düzenlediğinde, bu düzenleyici işlem, anayasaya aykırı olarak bir yasa yerini almış olacağından, anayasa mahkemesinin önüne götürülmesi gerekecektir.

Bu örnekler hayal ürünü değildir: Avusturya’da, yasalar, anayasa mahkemesi tarafından iptal edilebildiğinden, federasyon^{II} üyesi bir devletin parlamentosunun, yayımlanmayan bir parlamento kararı aracılığıyla, belirli bir hususu düzenlemeye çalıştığı görülmüştür. Yargısal denetimden kaçınma olgusu önlenmek isteniyorsa, bu tür işlemlerin anayasa mahkemesi önüne götürülebilmesi gerekmektedir. Bu prensibin, kıyas yoluyla, anayasallık denetiminin diğer tüm konularına uygulanması gerekmektedir.

11. II. Anayasa mahkemesinin yetkisi, yasaların anayasaya uygunluğunu denetlemek ile sınırlı olmamalıdır.

Bu denetimin kapsamı, öncelikle, anayasa ile doğrudan bağlı olan ve bu nedenle, —daha önce de belirttiğimiz üzere—, hukuka uygunlukları, münhasır olarak anayasallıklarıyla aynı olan, yasa hükmündeki düzenleyici işlemleri içerecek biçimde genişletilmelidir. Özellikle, olağanüstü hal dönemi düzenleyici işlemleri bakımından durum böyledir. Bu işlemlerin anayasaya uygunluklarının denetlenmesi o kadar önemlidir ki, bu işlemler vasıtasıyla anayasanın herhangi bir şekilde ihlal edilmesi, hükümet ve parlamentonun yetki alanları arasında bulunan son derece önemli siyasi sınırın zarar görmesi anlamına gelecektir. Anayasa, bu işlemleri düzenleyen hükümler konusunda ne kadar katı davranırsa, anayasanın bu hükümlerinin, anayasaya aykırı olarak uygulanması ihtimali ve bunun sonucunda, bu işlemlerin yargısal denetiminin gerekliliği de, o kadar yüksek olacaktır. Deneyimler, olağanüstü hal dönemi düzenleyici işlemlerine anayasada her yer verilmişinde, bu hükümlerin anayasallığının, her defasında, haklı ya da haksız olarak, tutkulu bir şekilde itiraz konusu edildiğini göstermektedir. Dolayısıyla, bu düzenleyici işlemler, özellikle, —koşullar öyle gerektirdiği için—, hassas konuları düzenlediği zaman, bu işlemlere karşı yapılacak itirazları karara bağlayacak olan ve nesneliliği tartışma konusu yapılmayan yüksek bir mahkemenin varlığı çok önemlidir.

Yürütme organının yasalara istisna getiren/yasaları ilga eden düzenleyici işlemleri, hukuksal fenomenler hiyerarşisinde, yasalar ile aynı derecede olduğundan ve hatta, bazen “yasa” ya da “yasa hükmünde düzenleyici işlemler” biçiminde adlandırıldıklarından, anayasa mahkemesi tarafından anayasaya uygunluklarının denetlenmesi herhangi bir zorluk içermez. Buna ek olarak, yasaları tamamlayıcı nitelikteki düzenleyici işlemlerin anayasaya uygunluk denetiminin de yine anayasa mahkemesi tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Şüphesiz, bu düzenleyici işlemler, yukarıda bahsettiğimiz üzere, anayasaya doğrudan tâbi işlemler değildir; bu işlemlerin hukuka aykırı olması, doğrudan doğruya yasaya aykırılıklarını ve sadece dolaylı bir şekilde, anayasaya aykırılıklarını ifade eder. Buna rağmen, anayasa mahkemesinin inceleme yetkisinin, bu düzenleyici işlemleri de kapsayacak bir şekilde genişletilmesini önermemizin nedeni, daha önce sözünü ettiğimiz, doğrudan anayasallık ve

dolaylı anayasallık arasındaki göreceli karşıtıktan ziyade, genel hukuksal işlemler ve bireysel hukuksal işlemler arasında bulunan doğal sınırdan kaynaklanmaktadır.

Anayasa yargısının yetki alanının belirlenmesiyle ilgili temel nokta, aslında çoğu devlette mevcut olan idari yargı sisteminin yetki alanı karşısında, bu yetkinin uygun bir biçimde sınırlandırılmasında yatmaktadır. Tamamen teorik bir açıdan, doğrudan doğruya anayasa ile bağlı tüm işlemlerin hukuka uygunluğu hakkında karar verme yetkisinin anayasa mahkemesine verilmesi suretiyle, bu iki yetki arasındaki ayırımın, anayasanın teminatı kavramı üzerinde inşa edilebilmesi mümkündür. Buradan hareketle, bugün birçok devlette, idare mahkemelerinin yetki alanına giren konular, örneğin, doğrudan doğruya anayasa ile bağlı olan bireysel idari işlemlerin hukuka uygunluğunun görüldüğü davalar, herhangi bir şüphe olmaksızın, anayasa mahkemesinin yetki alanına sokulabilecektir. Ancak, diğer taraftan, anayasa mahkemesinin yetkisi, günümüzde genellikle idari yargının yetki alanına girmeyen bazı hukuksal işlemlerin, özellikle düzenleyici işlemlerin incelemesini kapsayacak şekilde genişlemeyecektir. Halbuki, hukuka aykırı düzenleyici işlemlerin iptaline karar vermek konusunda en uzmanlaşmış merci, şüphesiz, anayasa mahkemesidir. Bunun nedeni, yalnızca, anayasa mahkemesinin, günümüzde —genel olarak— idare mahkemelerine tanınmış ve prensip olarak, bireysel idari işlemlerin iptali ile sınırlı olan yetki alanı ile bir rekabet ilişkisi içine girmeyişinde değil, fakat özellikle, taşıdıkları genel karakterden dolayı, yasaların anayasaya uygunluğunun ve düzenleyici işlemlerin yasalara uygunluğunun denetimi arasında sıkı bir yakınlık bulunmasında yatmaktadır. Dolayısıyla, anayasa mahkemesinin yetki alanının belirlenmesi konusunda, iki görüş birbiriyle yarışmaktadır: Bir tarafta, yalnızca anayasa ile doğrudan bağlı olan tüm işlemlerin denetlenmesini sağlayacak olan anayasanın teminatı saf kavramı ; diğer tarafta ise, hem yasaların, hem de düzenleyici işlemlerin denetlenmesini sağlayacak olan, genel işlemler ve bireysel işlemler arasındaki karşıtlık ilişkisi. Dolayısıyla, her türlü doktriner önyargıdan uzakta durularak, bu iki prensibin, ilgili anayasanın ihtiyacına göre, kombine edilmesi gerekmektedir.

12. III. Düzenleyici işlemler, anayasa yargısının inceleme alanına sokulduğunda, özellikle belediye meclislerinin kararları veya belediye

aracılığıyla mahalli idare özerkliği kapsamında konulan genel normlar ya da bir kamu otoritesinin onayı ile bağlayıcılık kazanabilen hukuksal işlemlerin içerdiği genel normlar (örneğin, demiryolu şirketlerinin fiyat tarifeleri, anonim şirketlerin ana sözleşmeleri, toplu iş sözleşmeleri, vb) gibi düzenleyici işlemlerden kolayca ayırt edilemeyen bazı genel norm kategorileri mevcut olduğundan, anayasa yargısının inceleme alanının sınırlarının netliği bakımından bazı zorluklarla karşılaşılabilir. Aslında, münhasıran bir idari otorite tarafından konulabilen genel hukuk kuralları, diğer bir deyişle, *stricto sensu* düzenleyici işlemler ile özel hukukun genel hukuksal işlemleri arasında, çok sayıda ara derecenin varlığı mümkündür. Bu işlemlerin arasına konulacak sınır çizgileri, her zaman, az çok keyfi bir nitelik taşıyacaktır. Bu çekince altında, ister merkezi otoriteler, ister taşra otoriteleri (dar anlamda devlet otoriteleri), ister vilayet otoriteleri, hatta ister belediyeler tarafından olsun, yalnızca, idari otoritelerce konulan genel normların anayasa mahkemesinin denetimine tâbi tutulması önerilebilir. Belediyeler de, devletin bir bileşenidir ve belediye organları ise, devletin yerinden yönetim organlarıdır.

13. IV. Daha önce belirttiğimiz üzere, uluslararası anlaşmaların da, iç hukukun üstünlüğü nedeniyle, anayasa ile doğrudan bağlı olan işlemler olarak dikkate alınmaları gerekmektedir. Uluslararası anlaşmalar, normalde, genel kurallar niteliğindedirler. Bu anlaşmalar için bir hukuka uygunluk denetimi mekanizması kurulması gerektiği düşünülürse, bu denetimi yapma yetkisinin anayasa mahkemesine ait olması gerektiği ciddiyle dikkate alınmalıdır. Herhangi bir devletin anayasasının, anayasa mahkemesine, anayasaya aykırı oldukları sonucuna vardığı uluslararası anlaşmaları iptal etmek yetkisini içeren bu tür bir görevi vermesinin önünde hukuksal anlamda hiçbir engel yoktur. Anayasa yargısının görev alanının bu şekilde genişletilmesinin lehine olarak, göz ardı edilemeyecek nitelikte argümanlar ileri sürülebilir. Uluslararası anlaşmalar, yasalar ile eşdeğer bir hukuk kaynağı olduklarından, yasaları ilga edebilirler; bu nedenle, anayasaya ve anayasanın, özellikle yasaların ve uluslararası sözleşmelerin içeriğini belirleyen hükümlerine uygun olmaları, politik bakımdan en yüksek çıkarların bir gereğidir. Uluslararası hukukun hiçbir kuralı, uluslararası anlaşmaların bu şekilde denetlenmesine karşı çıkmamaktadır. Kabul edilmesi gerektiği üzere, uluslararası hukuk, devletlerin, uluslararası sözleşmeleri geçerli olarak, diğer bir deyişle, sözleşmeciler tarafından bağlayıcı

bir biçimde ve münhasır olarak yapabilecek olan organları, kendi anayasalarıyla belirlemelerine imkân tanıyorsa, bu anayasal normların uygulanmasını garanti eden bir kurumun oluşturulmasına da karşı koymayacaktır. Uluslararası sözleşmelerin, sözleşmecî devletlerden birinin tek yanlı iradesiyle ilga edilemeyeceğine ilişkin kuralı burada belirtmemize gerek yoktur; çünkü bu kural, doğal olarak, uluslararası sözleşmenin geçerli bir biçimde yapıldığını varsaymaktadır. Başka bir devlet ile bir sözleşme yapmak isteyen bir devlet, o devletin anayasası hakkında bilgi sahibi olmalıdır. Aynı şekilde, bir devletin yetkisiz bir organı ile sözleşme yapılması durumunda, sözleşmenin, sözleşmeye taraf diğer devletin anayasasına herhangi bir şekilde aykırı olması ve dolayısıyla geçersiz veya iptal edilebilir olması halinde, bunun tek sorumlusu, yetkisiz bir organ ile sözleşme yapmış olan devletin kendisidir. Uluslararası hukukun, devlet başkanının şahsında, uluslararası anlaşmaları yapacak yetkili organı derhal belirlediği ; ayrıca, devletlerin birbirleri ile yapacakları uluslararası anlaşmalar için bir hukuka uygunluk denetimi yapmak zorunda olmadıkları ve buradan hareketle, devletlerin yetkili otoritelerinin, bu anlaşmaları tamamen veya kısmen iptal etmek ile yükümlü olmadıkları biçiminde bir uluslararası hukuk kuralının mevcut olduğu varsayılsa dahi, anayasanın, bunların aksi yöndeki hükümleri geçerli olmaya devam edecektir ; böyle bir durumda, uluslararası anlaşmanın iptal edilmesi, uluslararası hukuka göre, tek başına, savaş yaptırımı ile cezalandırılabilir bir ihlal oluşturacaktır. Devletleri uluslararası anlaşmalar yapmaya sevk eden nedenlerin, onları, anayasa mahkemesi tarafından iptal edilme riski ile karşı karşıya bırakması ise, —siyasi olup, hukuksal nitelik taşımayan— ayrı bir sorundur. Anayasa yargısının uluslararası anlaşmaları da kapsayacak biçimde genişletilmesini teşvik eden iç politik çıkarlar ve bunun tersini savunan dış politik çıkarlar tartışılacak olursa, ikincisinin, daha ağır geleceği aşikârdır. Uluslararası toplumun çıkarları açısından bakıldığında, uluslararası anlaşmaların hukuka uygunluğunu denetleme, aynı zamanda bu anlaşmaların uygulanmasından doğan uyumsuzluklara bakma yetkisini uluslararası bir merciye vermek ve tek taraflılıklarından dolayı, her türlü iç hukuk yargı yerini dışarıda tutmak, hiç şüphesiz tercih edilir bir durumdur. Ancak, bu husus, bu çalışmanın konusunun dışında kalmaktadır ve belki de, uluslararası hukukun günümüz itibarıyla ulaştığı olduğu teknik gelişiminin, henüz imkân tanımadığı bir çözümdür.

14.V. Peki, bireysel hukuki işlemler, anayasa yargısının kapsamına ne ölçüde sokulabilir? Mahkemelerin işlemleri, bu sorunun dışında kalmaktadır. Gerçekten de, hukuksal bir işlemin bir mahkeme tarafından yapılmış olmasının, tek başına, o işlemin hukuka uygunluğu için yeterli bir garanti oluşturduğunu görüyoruz. Bu hukuka uygunluk, ister doğrudan, ister dolaylı olarak bir anayasallığı ifade etsin, genel olarak, bu tür işlemlerin denetiminin genel yetkili mahkemelerden alınarak, bir anayasa mahkemesine verilmesi için yeterli bir gerekçe oluşturmamaktadır. İdari otoriteler tarafından yapılan bireysel işlemler de, anayasa ile doğrudan bağlı olsalar bile, anayasa mahkemesi tarafından denetlenmemeli ve en azından, ilke olarak, idare mahkemeleri tarafından denetlenmelidirler. Bunun nedeni ise, her şeyden önce, doğrudan anayasallık ve dolaylı anayasallık arasındaki karşıtlığın oldukça göreceli doğası nedeniyle, kolayca ortaya çıkabilecek olan olumsuz veya olumlu görev uyuşmazlıklarının önlenilmesi amacıyla, bu iki yargı yerinin görev alanlarının sınırlarının net bir şekilde belirlenmesi gereğinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, anayasa mahkemesine, yalnızca, bir yasa veya bir uluslararası anlaşma biçimi altında, parlamento tarafından kabul edilmiş olan bireysel hukuki işlemler kalmaktadır; bununla birlikte, bu işlemler, yasalar ve düzenleyici işlemler olarak, anayasa mahkemesinin görev alanına girerler. Anayasa mahkemesinin görev alanı, bağlayıcı bir nitelik taşıyor olmaları kaydıyla (bu işlemlerin bağlayıcı karakterde olmamaları halinde, hukuka uygunluklarının denetimi imkânı olmayacaktır), bu işlemlerden, yasa ya da uluslararası anlaşma biçimini taşımayanlar ve anayasa ile dolaylı olarak bağlı olanları da kapsayacak şekilde genişletilebilir. Bu durumda ise, geride çok sınırlı sayıda işlem kalmaktadır. Ayrıca, —genel olarak, yargısal denetime tâbi tutulmalarının istenildiği varsayılırsa—, devlet başkanı veya hükümet tarafından yapılan bireysel işlemlerin denetimi de, doğal olarak, itibar sağlama veya diğer başka nedenlerle, anayasa mahkemesine verilebilir. Son olarak, anayasa mahkemesine, gerektiğinde, suçlanan bakanları yargılamak için Yüce Divan görevinin veya merkezi uyuşmazlık mahkemesi görevinin ya da özel görevli yargı yerlerinin kurulmasından kaçınmak amacıyla, başka görevlerin de yüklenmesi yerinde olacağını belirtelim. Aslında, genel olarak, hukuka uygunluğu incelemekle görevli yüksek mahkemelerin sayısının olabildiğince azaltılması tercih nedenidir.

15. VI. Anayasa mahkemesinin, yalnızca, karar verdiği sırada yürürlükte olan normları denetim konusu yapabileceği hususu barizdir. Artık yürürlükte olmayan bir norm neden iptal edilsin ki? Ancak, daha yakından baktığımızda, yürürlükten kaldırılmış normların da anayasaya uygunluklarının denetiminin mümkün olabileceğini görüyoruz. Gerçekten de, bir genel norm (yalnızca genel normlar dikkate alınmalıdır), bir başka genel normu, geriye yürümeyecek biçimde yürürlükten kaldırdığında, otoritelerin, ilga edilmiş normu, geçmişte yürürlükte olduğu dönemde ortaya çıkan olaylara uygulamaya devam etmeleri gerekmektedir. Mülga normun anayasaya aykırılığından dolayı, hiçbir şekilde uygulanmamasını istiyorsak, —burada, iptal eden mercinin anayasa mahkemesi olmadığını varsayıyoruz—, anayasaya aykırılık kesin bir şekilde tespit edilmeli ve böylece normun taşıdığı son yürürlük kalıntısı da kendisinden alınmalıdır. Fakat bunun için, anayasa mahkemesinin bir kararı gerekmektedir.

Anayasaya aykırı bir normun anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmesi, —burada yine, ağırlıklı olarak genel normları esas alıyoruz—, ancak bu normun anayasadan daha yakın tarihli bir norm olması durumunda söz konusu olabilir. Çünkü anayasadan daha eski ve aynı zamanda anayasaya aykırı olan bir yasa var ise, anayasa, o yasa'yı *lex posterior* ilkesi uyarınca ilga eder; bu nedenle, böyle bir yasanın iptal edilmesi, gereksiz, hatta mantıksal olarak imkânsız görünmektedir. Bu da, mahkemelerin ve idari otoritelerin, —inceleme yetkisinin pozitif hukuk tarafından sınırlandırılması durumu hariç olmak üzere—, anayasa ve anayasadan önce yürürlüğe girmiş olan kanun arasında bir aykırılığın var olup olmadığını incelemeleri ve bu incelemenin sonucuna göre karar vermeleri gerektiği anlamına gelir. Bu kapsamda, özellikle idari otoritelerin konumu, normalde yasalar karşısında buldukları konumdan tamamen farklıdır. Bu durum, bir dizi anayasal değişikliğin gerçekleştirildiği dönemler çerçevesinde, anayasada yapılan değişiklikler, özellikle, Büyük Savaş^{III} sonrasında birçok devlette gerçekleştirilen değişiklikler gibi temel nitelikler taşıyor ise, özel bir önem taşımaktadır. Yeni devletlerin anayasalarının çoğu, örneğin, ülkede eskiden yürürlükte olan eski maddi hukuku (medeni hukuk, ceza hukuku, idare hukuku), yalnızca yeni anayasaya aykırılık içermediği ölçüde kabul etmiştir. Ancak, söz konusu yasalar, genellikle çok eski olduklarından ve birbirinden farklı anayasaların yürürlükte olduğu dönemlerde yapıldıklarından, doğal olarak, bu yasalar ile yeni anayasanın hükümleri

arasında, bu yasaların yapılma yöntemlerinden ziyade, büyük ölçüde içerikleri nedeniyle, sıklıkla aykırılıklar söz konusu olabiliyordu. Anayasa, örneğin, cinsiyet temelli hiçbir ayrıcalık tanınmayacağına ilişkin bir hüküm içerse ve bu hüküm, yalnızca gelecekteki kanunlar için bağlayıcı olarak yorumlanabilip, bu hükümden önceki kanunları veya anayasanın “devralmış” olduğu kanunları ise kapsamadığı biçiminde yorumlanma imkânından mahrum olsa ve bunun yanı sıra, anayasa, hususî bir anayasal yasaya gerek kalmaksızın, kendisinden önceki kanunları derhal ilga etse, bu durumda, eski kanunların anayasa ile uyumluluğu sorunu, hukuksal olarak çözülmesi çok zor ve siyasi olarak ise, büyük önem arz eden bir sorun biçiminde kendisini ortaya koyabilir. Bu husustaki görüşleri çok tereddütlü olabileceğinden, bu konuda karar verme yetkisini, yasaları uygulamakla görevli çeşitli otoritelere bırakmak yanlış bir fikir olabilir. Bu nedenle, bu otoriteleri, açık bir şekilde ilga edilmemiş eski yasaların anayasa ile uyumluluğunu inceleme yetkisinden de alıkoymanın ve bu yetkiyi merkezi anayasa mahkemesine vermenin uygun olup olmayacağı düşünülebilir; bu da, açıkça iptal etmediği eski yasalar ile ilgili ilga etme gücünü, yeni anayasadan geri almak ve bunun yerine, anayasa mahkemesinin iptal etme yetkisini koymak anlamına gelecektir.

3 Anayasaya uygunluk denetiminin ölçütü

Anayasa mahkemesi, denetleme görevini yerine getirirken, hangi kriteri uygulayacaktır? Vereceği kararları, hangi normlara dayandıracaktır? Bu sorunun cevabı, büyük ölçüde, denetimin konusuna bağlıdır.

Anayasa ile doğrudan bağlı işlemler bakımından, bu işlemlerin anayasaya uygunluğunun, anayasa ile dolaylı olarak bağlı işlemler bakımından ise, bu işlemlerin yasallığının, ya da, genel olarak, herhangi bir işlem bakımından, o işlemin kendisinden üst derecede bulunan norma uygunluğunun denetlenmesi gerektiği açıktır. Ayrıca, üst normların bu konuda hususî hükümler öngörmeleri durumunda, denetim faaliyetinin, hem işlemin hazırlanma usulünü, hem de o işlemin içeriğini kapsamaması gerektiği de açıktır.

Ancak, iki hususun daha yakından incelenmesi gerekmektedir.

16. Öncelikle, uluslararası hukuk normları, bir denetim kriteri olarak kullanılabilir mi? Gerçekten de, hukuka uygunluğu denetim konusu yapılan

bir işlem, bir yasanın veya anayasanın hükümleri yerine, uluslararası bir anlaşmanın ya da bir uluslararası genel hukuk kuralının hükümlerine aykırı olabilir. Evvelden kabul edilmiş uluslararası bir anlaşmaya aykırı hükümler içeren alelade bir yasa, anayasaya göre de hukuka aykırıdır; çünkü anayasa, bazı organlara uluslararası anlaşmalar yapma yetkisi vererek, bu organları, devlet iradesinin dışavurum yöntemlerinden biri haline getirmektedir; anayasa, bu nedenle, —benimsediği uluslararası anlaşma kavramına uygun olarak—, uluslararası anlaşmanın olağan bir yasa tarafından ilga edilmesi veya değiştirilmesi imkânını dışarıda tutar. Uluslararası bir anlaşmaya aykırı olan bir yasa, bu nedenle, —en azından dolaylı olarak—, anayasaya da aykırıdır. Bununla birlikte, uluslararası bir anlaşmayı ihlal eden bir anayasal yasanın (*Verfassungsgesetz*) dahi, hukuka aykırı olduğunu gösterebilmek amacıyla, anayasanın üstünde bir konumdan, uluslararası hukuk düzeninin üstünlüğü noktasından bakmak gerekmektedir; çünkü yalnızca bu bakış açısıyla, uluslararası anlaşma, akit devletlerin üstünde yer alan kısmi bir hukuk düzeni olarak ortaya çıkar ve buradan hareketle, özellikle yasalar, düzenleyici işlemler gibi anayasa mahkemesi tarafından denetlenen iç hukuk işlemlerinin, uluslararası bir anlaşmanın belirli kurallarını ihlal etmekle kalmayıp, bunun yanı sıra, dolaylı olarak, uluslararası anlaşmalara saygı ilkesini, ayrıca uluslararası genel hukukun diğer ilkelerini de ihlal edebilmeleri durumu ortaya çıkar.

Kendisinin denetimine tâbi olan iç hukuk işlemlerini, uluslararası hukuka aykırı oldukları gerekçesiyle iptal etme yetkisi de, anayasa mahkemesine verilmeli midir?

Uluslararası anlaşmalara aykırı olan olağan yasaların —veya bu yasalar ile eşdeğerde ya da bu yasalara tâbi işlemlerin— iptal edilmesine karşı herhangi bir ciddi itirazda bulunulamaz. Nitekim bu iptal yetkisi, şüphesiz, anayasa yargısının da dâhil olduğunun unutulmaması gerektiği, anayasanın alanından kaynağını almaktadır. Bir devletler genel hukuku kuralının ihlal edilmesi nedeniyle, yasaların veya yasalar ile eşdeğerde olan ya da yasaların altında yer alan işlemlerin iptali de, anayasanın bu genel kuralları açık bir şekilde kabul ettiği, diğer bir deyişle, bazı yakın tarihli anayasaların yaptığı gibi, bu kuralları uluslararası hukukun "genel kabul gören" kuralları adı altında iç hukuka dâhil ettiği varsayıldığında, yine anayasanın alanından kaynağını almış olur. Bu durumda, anayasanın iradesi, aslında bu normlara

yasa koyucu tarafından da uyulması yönündedir; bu nedenle, uluslararası hukuka aykırı yasaların, tamamen anayasaya aykırı yasalar olarak kabul edilmesi gerekir. Bu normlar, anayasa tarafından, anayasal yasalar ile aynı derecede kabul edilsin veya edilmesin, çözüm aynıdır. Çünkü bu normların kabul edilmiş olmaları, her iki durum bakımından da, olağan bir yasa ile bertaraf edilemeyecekleri anlamına gelir. Bu resmî kabul, uluslararası hukuka uyulmasını sağlama iradesini ifade etmelidir; aksi takdirde, herhangi bir olağan yasa, bu kabule rağmen, anayasaya herhangi bir aykırılık söz konusu olmaksızın, uluslararası hukuku ihlal edebiliyorsa, tam tersi bir çözüme varılmış olur.

Ancak, bir yandan, anayasa, devletler genel hukukunun tanındığına ilişkin hüküm içermediği zaman ve diğer yandan, böyle bir hüküm içerse bile, genel, hatta akdi uluslararası hukuka aykırı anayasal yasalar söz konusu olduğunda, durum farklı olacaktır. Çünkü bir iç hukuk organı olan anayasa mahkemesinin, iç hukuk işlemlerinin denetiminde uygulaması gereken uluslararası normların geçerliliği, bu normların, anayasa mahkemesini yaratmış olan ve onu her zaman ortadan kaldıracabilecek olan anayasa tarafından kabul edilmesine, diğer bir ifadeyle, devletin iç hukukunda yürürlüğe konulmasına bağlıdır. Tüm anayasaların, Alman ve Avusturya anayasalarını örnek alarak, devletler genel hukuku kurallarının bir anayasa mahkemesi tarafından uygulanmasına olanak sağlayacak şekilde, bu kuralları kabul etmeleri arzu edilse de, böyle bir tanıma işlemi olmadığı takdirde, anayasa mahkemesinin, bir yasanın uluslararası hukuka aykırılığı konusunda, hukuksal olarak herhangi bir karar verme yetkisi olmaz. Ayrıca, bu kurallar yürürlüğe konulsa bile, anayasa mahkemesinin yetkisi, anayasada değişiklik yapan bir yasa vasıtasıyla son bulabilir. Aslında, bir anayasa mahkemesinin, her iki varsayımda da, uluslararası hukuk kurallarını uygulaması şüphesiz mümkündür. Ancak, anayasa mahkemesi bunu yapmakla, iç hukuk düzeni çerçevesinde herhangi bir hukuksal dayanağı olmayan bir işlev icra etmiş olacaktır. Böyle bir yetki, bir anayasal yasa aracılığıyla anayasa mahkemesine verilemez; uluslararası hukuk kuralları iç hukukta kabul edilmemiş olmasına rağmen, bir anayasal yasayı, hatta olağan bir yasayı, uluslararası hukuk kurallarına uyulmadığı gerekçesiyle iptal eden bir anayasa mahkemesi, artık, hukuksal olarak, anayasa tarafından kurulmuş bir devlet organı biçiminde değerlendirilemeyip, sadece o devletin üstünde yer alan bir hukuksal topluluğun bir organı olarak ve yalnızca bu yöndeki

niyetiyle değerlendirilebilir; çünkü uluslararası hukuk toplumunun anayasası, devletler genel hukuku kurallarını uygulaması amacıyla, herhangi bir devlet organına yetki veren herhangi bir norm içermemektedir.

17. Uluslararası hukuk normlarının anayasa mahkemesi tarafından uygulanması, yukarıda belirttiğimiz sınırlamalara tâbi iken, hukuksal normların haricindeki "üst pozitif" normların uygulanması, bu sınırlamaların tamamen dışında olarak değerlendirilmelidir. Bazen, hukuku uygulamak ile görevli devlet otoritelerinin de uyması gereken, tüm devletlerin anayasalarının üstünde yer alan, birtakım doğal hukuk kurallarının var olduğu ifade edilir. Bu kurallar, anayasada veya hukuk düzeninin diğer herhangi bir derecesinde yer alan prensipler olup, soyutlama yoluyla, pozitif hukukun içeriğinden çıkarılabiliyorlar ise, bağımsız hukuk kuralları şeklinde formüle edilmeleri gayet sakıncasız bir durumdur. Böylelikle, yalnızca, içinde yer aldıkları hukuk normlarıyla birlikte uygulanırlar. Fakat pozitif hukuk normlarının yalnızca daha adil olmasını sağladıkları için, pozitif hukuk normlarına dönüştürülmeleri gereken ilkeler (bu ilkeler, savunucuları tarafından, az veya çok açık bir şekilde hukuk olarak kabul ediliyor olsalar bile), aslında hukuksal olarak bağlayıcı olmayan, gerçekte bazı grupların çıkarlarını ifade eden ve yalnızca, bu postülaları yaratma yetkisi neredeyse sınırsız olan yasa koyucuya değil, aynı zamanda, hukukun uygulanması büyük oranda görevleri dâhilinde olmakla birlikte, bu yetkiye o denli az oranda sahip olan bağlı organlar da dâhil olmak üzere, hukuku yaratmakla görevli organlara hitaben formüle edilen postülalardan ibarettirler; ancak, bu organlar, yine de, mahkemeler ve idare olarak, mümkün olan birçok yorum arasından bir seçim yapacakları zaman, bir takdir yetkisine sahip oldukları ölçüde, bu yetkiyi haizdirler.

Şimdiye kadar bu yönde gösterdiğimiz tüm çabalara rağmen, kendilerine net bir belirleme kazandıramadığımız bu ilkelerin değerlendirilmesinin veya uygulanmasının, hukukun oluşturulması sürecinde, yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı, teknik anlamda hukukun uygulanması özelliğini taşımadığı ve taşıyamayacağı olgusu, tam da, bu ilkelerin bir anayasa mahkemesi tarafından uygulanabilir olup olmadıkları sorusu ile ilgili olarak bize bir yanıt verir. Bunun yanı sıra, bazen görülebileceği üzere, anayasanın kendisi, ne anlama geldiklerini hiç açıklamaksızın, hakkaniyet, adalet, özgürlük, eşitlik, ahlâk gibi idealleri

belirtmek suretiyle bu ilkelere atıfta bulunduğu zaman ise, yalnızca görünüşte bir farklılık söz konusu olmaktadır. Bu formüller, herhangi bir hukuk düzeninin kendisini donatmak isteyeceği mevcut siyasi ideolojiden başka bir şeyi kapsamasa da, hakkaniyet, özgürlük, eşitlik, adalet, ahlâk gibi ideallere başvurulması hususu, bu değerlerin bir tanımının yapılmaması durumunda, yalnızca, yasa koyucunun ve yasa uygulayıcı organların, anayasa ve yasalar tarafından kendilerine bırakılan alanı takdirsel olarak doldurabilecekleri anlamına gelir. Çünkü adalet, özgürlük, eşitlik, ahlâk gibi kavramlar, ilgililerin bakış açısına göre, o kadar çok değişkenlik göstermektedir ki, pozitif hukuk bunlardan birine yer vermediği takdirde, bir hukuk kuralı, bu kavramların içinden mümkün olan herhangi birisine dayandırılabilir. Fakat söz konusu değerlere başvurulması, pozitif hukukun, özgürlük, eşitlik gibi değerlerin değişkenlik gösteren algılanışları ile olan karşıtlığının, hukuku yaratmakla görevli organları, bu değerleri kullanmaktan hiç bir şekilde muaf tutmayacağı anlamına gelmez ve gelemez. Bu nedenle, söz konusu formüllerin, genel olarak, büyük bir önemi yoktur ve hukukun gerçek durumuna herhangi bir şey eklememektedirler.

Bununla birlikte, bu formüller, tam da anayasa yargısı alanında, son derece tehlikeli bir rol oynayabilirler. Anayasanın, yasa koyucuyu, adalet, hakkaniyet, eşitlik, özgürlük, ahlâk gibi ilkelere uymaya davet eden hükümleri, yasaların içeriği ile ilgili talimatlar biçiminde yorumlanabilir. Fakat bu biçimde yorumlamak, tabii ki yanlış olur; çünkü, bunun mümkün olması için, anayasanın kendisinin belirli bir ana hat tespit etmesi, herhangi bir objektif kriter belirlemiş olması gerekir. Bununla birlikte, anayasanın bu hükümleri ve insan hakları beyannamelerinde yasaların içeriğiyle ilgili olarak yer verilen geleneksel hükümler arasındaki sınır kolayca ortadan kalacaktır ve dolayısıyla, örneğin, adalet kavramı anayasal bir ilke olduğu için anayasa mahkemesi tarafından dikkate alınması gerektiğinden, yasaların anayasaya uygunluğunu denetleyen bir anayasa mahkemesinin, haksız olduğu gerekçesiyle, bir yasayı iptal etmesi imkânsız bir şey değildir. Ancak, böyle bir durumda, anayasa mahkemesinin yetkisi, yalnızca katlanılmaz olarak değerlendirilmesi gereken bir noktaya ulaşır. Bu mahkemenin yargıçlarının çoğunluğunun adalet anlayışı, toplumun çoğunluğunun ve elbette, yasayı kabul eden parlamentonun çoğunluğunun sahip olduğu adalet anlayışıyla tam bir zıtlık oluşturabilir. Bu durumda, anayasanın, adalet veya benzeri gibi, sınırları belirsiz ve muğlâk bir kelimeyi kullanmak suretiyle,

parlamento tarafından kabul edilen herhangi bir yasanın kaderini, anayasa mahkemesi gibi, politik açıdan az çok keyfi bir biçimde bir araya getirilmiş bir heyetin keyfiyetine bırakmayı amaçlamadığı ortadadır. Anayasa, bilhassa, bir anayasa mahkemesi oluşturmuşsa ve yasaların içeriğine ilişkin olarak da, ilkeler koymak ve bu ilkeleri mümkün olduğunca net bir biçimde formüle etmek istiyor ise, parlamentodan, parlamentonun kendisine yabancı olan ve parlamentoda kendisini ifade eden politik güçlerin dışındaki güçlerin bir temsilcisi olabilecek bir makama doğru, benzer bir yetki kaymasını önlemek için (bu, zaten anayasanın kesinlikle istemeyeceği ve politik olarak ise, tamamen uygunsuz bir durumdur), bu tür bir anlatım biçiminden uzak durmalıdır.

4 Anayasaya uygunluk denetiminin sonucu.

18. a) Daha önceki açıklamalarımızdan hareketle, anayasayı etkin bir şekilde garanti altına almak istiyorsak, anayasa mahkemesinin, denetimine tâbi olan bir işlem ile ilgili olarak, hukuka aykırılığı tespit ettiği kararıyla birlikte, o işlemi doğrudan doğruya iptal etmesinin gerekli olduğu sonucuna varıyoruz. Mahkemenin vereceği bu karar, genel normlara dayansa da (genel durum, tam olarak budur), iptal etme gücüne sahip olmalıdır.

b) Genel bir normun ve özellikle bir yasanın iptalinin taşıdığı büyük önemden dolayı, şekil yönünden bir hukuka aykırılığın, diğer bir ifadeyle usul kurallarına aykırılığın, yalnızca, önemli, temel bir aykırılık niteliğini taşıması şartıyla, bir işlemi şekil bakımından iptal etme yetkisinin anayasa mahkemesine verilebilmesi hususu akla gelebilir; genel olarak, anayasanın kendisinin, temel olan ve olmayan hukuka aykırılık durumları arasında ayırım yapmak gibi zor bir işe girişmesi doğru olmadığından, önemli, temel bir şekil aykırılığı taşıma niteliğini en iyi biçimde kendisi değerlendirebileceğinden, bu husus, tamamen mahkemenin özgür iradesine bırakılmalıdır.

c) Ayrıca, hukuki güvenliğin bir gereği olarak, özellikle genel normların ve esas olarak da, yasaların ve uluslararası anlaşmaların iptalinin, örneğin, iptal edilecek normun yürürlüğe girmesinden itibaren, üç ila beş yıl gibi, anayasa tarafından belirlenen bir süre ile sınırlandırılmasının uygun olup olmayacağını incelemesi gerekmektedir. Çünkü bir yasanın ve bilhassa, bir uluslararası anlaşmanın, herhangi bir eleştiri almaksızın, uzun yıllar

boyunca yürürlükte kaldıktan sonra, anayasaya aykırılık gerekçesiyle iptal edilmesi, son derece üzüntü verici bir durum olur.

d) Her halükarda, yine hukuki güvenlik gereği, prensip olarak, genel normların iptaline, hiçbir geriye dönük etki atfetmemek, doğru olacaktır. Bu, en azından, iptalin, ilgili norm temelinde daha önceden yapılan tüm hukuksal işlemleri ayakta tutacağı anlamına gelmelidir. Fakat hukuki güvenliği sağlamaya yönelik bu gereklilik, iptal öncesinde meydana gelmiş ve iptal kararı verildiği sırada, henüz herhangi bir kamu otoritesinin herhangi bir kararına konu olmamış ve iptal kararı geriye dönük her türlü etkiden mahrum kılındığı takdirde, —genel norm, yalnızca *pro futuro* olarak, yani iptalden sonraki olayları kapsamak üzere iptal edildiğinden—, her zaman iptal kararına göre değerlendirilmesi gereken olaylar için geçerli değildir. Aşağıda, bu sınırlı geriye dönük etkinin, aslında belirli bir anayasaya uygunluk denetimi usulü yapılanması dâhilinde gerekli olduğu ortaya konulacaktır.

Genel bir norm, geriye dönük bir etki taşımaksızın ya da en azından, yukarıda belirttiğimiz sınırlı geriye dönük etkiyle iptal edilirse ve bunun sonucunda, iptal edilmesinden önce doğurmuş olduğu hukuksal sonuçlar veya en azından, otoriteler tarafından uygulanmasına bağlı olarak ortaya çıkmış olan hukuksal sonuçlar var olmaya devam ederken, iptal edilen bu normun yürürlüğe girmesinin, kendisinden önce aynı konuyu düzenlemiş olan normlar üzerinde yarattığı etkiler, diğer bir ifadeyle, *lex posterior derogat priori* ilkesi uyarınca, çatışan normların ilga edilmesi, hiçbir şekilde bundan etkilenmez. Bu, bir yasanın, örneğin anayasa mahkemesi tarafından iptal edilmesinin, hiçbir şekilde, o yasanın yürürlüğe girmesinden önceki hukuksal durumu yeniden kuracağı, o yasa tarafından ilga edilen ve aynı konuyu düzenleyen eski yasayı canlandıracağı anlamına gelmez. İptal, bu nedenle, geride, deyim yerindeyse, boş bir hukuksal alan bırakmaktadır. Hukuk kurallarıyla düzenlenmiş bir konu, iptal ile birlikte, hukuk dünyasından silinir; hukuksal yükümlülükler ortadan kalkar; ve bunların yerini, hukuksal serbestlik alır.

Bazen bunu, oldukça üzüntü verici sonuçlar izleyebilir. Özellikle, yasa, içeriğinden dolayı değil de, sadece, yapıldığı sırada meydana gelmiş olan herhangi bir şekil kuralına aykırılıktan dolayı iptal edilmişse ve bilhassa, aynı konuyu düzenleyen bir yasanın hazırlanması oldukça uzun bir süre

gerektiyorsa, böyle bir durum söz konusu olur. Bu sorunu aşmak için, iptal kararının yürürlüğe giriş tarihinin, kararın yayınlanmasından itibaren, belirli bir süre geçene kadar ertelenmesinin öngörülmesi uygun olacaktır.

Anayasa mahkemesinin, genel bir normun iptaline hükmeden kararında, iptal edilen normun yürürlüğe girmesinden önce aynı konuyu düzenlemiş olan genel normların, iptal ile birlikte yeniden yürürlüğe girmesine hükmetme yetkisine sahip olması biçimindeki diğer bir çözüm üzerinde de düşünülebilir. Dolayısıyla, anayasa mahkemesinin eski hukuki durumu yeniden kurmaya ilişkin bu yetkiyi, hangi durumlarda kullanacağını kendisine bırakılması, yerinde olacaktır. Ancak, anayasanın, genel normların iptali sonucunda, eski hukuksal durumun yeniden canlandırılmasını mutlak bir genel kural haline getirmesi, talihsiz bir durum olacaktır.

Belki de, kendisinden önce yürürlükte olan bir yasayı yalnızca ilga etme işlevi görmüş olan bir yasanın iptal edilmesi durumu için bir istisna getirilebilir; böyle bir yasanın iptal edilmesinin yaratacağı tek etki, yürürlüğe girmesinin sonucunda doğurmuş olduğu tek hukuksal sonucun, —yani kendisinden önceki yasanın ilga edilmesinin— ortadan kalkması olacaktır.

Diğer yandan, tasarladığımız bu genel hükme benzer bir hüküm, sadece, çok eski ve güncel koşullara uymayan hukuk normlarının yeniden yürürlüğe girmesini engellemek amacıyla, anayasanın, genel normların yürürlüğe girmelerinden itibaren, ancak belirli bir sürenin sonunda iptal edilebileceklerini düzenlemiş olması halinde öngörülebilir.

Anayasa mahkemesinin, normları pozitif olarak yürürlüğe koyabilmesi anlamına gelen bu yetki, yalnızca olağan yasa koyucu tarafından daha önceden yürürlüğe konulmuş olan normları içerse bile, anayasa mahkemesinin işlevinin yasama karakterini oldukça ön plana taşıyacaktır.

e) Anayasa mahkemesinin kararının hüküm kısmı, ilgili olduğu hukuksal bir işlemin (özellikle, genel bir normun), kararın verildiği tarihte halen yürürlükte olmasına (normal olan da budur) veya bu normun, kararın verildiği tarihte ilga edilmiş olmakla birlikte, eski olaylara uygulanması zorunluluğu nedeniyle, halen uygulanıyor olmasına göre farklılık gösterecektir. Bu ikinci durumda, anayasa mahkemesinin kararı, daha önce de belirttiğimiz üzere, aslında bir geçerlilik kalıntısını iptal etmekten ibaret olacaktır; ancak, yine de, inşaf ve iptal edici bir karar olma vasfı zarar

görmeyecektir. Bu nedenle karar, “ yasa iptal edilmiştir ” ifadesi yerine, “ yasa, anayasaya aykırı olduğundan ” biçiminde formüle edilebilir. Karar, böylelikle, anayasaya aykırı olduğuna hükmedilen yasanın, kararın verilmesinden önceki olaylar da dâhil olmak üzere, hiçbir olaya uygulanamaması gibi bir sonuç doğuracaktır.

Anayasa mahkemesi tarafından denetlenen, anayasaya aykırı norm, ister anayasadan sonra, ister önce kabul edilmiş olsun, anayasa mahkemesi kararının hüküm kısmı aynı olacaktır. Her iki durumda da karar, anayasaya aykırı normun iptal edilmesi yönünde olacaktır.

f) Son olarak, geriye kalan hükümler, iptale rağmen, doğal olarak yürürlükte kalmaya devam edebiliyorsa veya anlamları beklenmedik bir şekilde değişmiyorsa, iptalin, bir yasanın veya bir düzenleyici işlemin tamamını kapsamak zorunda olmadığını, bunların bazı hükümleri ile sınırlı kalabileceğini belirtmek gerekmektedir. Bir yasanın veya bir düzenleyici işlemin tamamını iptal etmek ya da bunların yalnızca bazı hükümlerini iptal etmek hususunu serbestçe değerlendirecek olan anayasa mahkemesidir.

5 Anayasaya uygunluk denetiminin usulü.

19. Anayasaya uygunluk denetimi usulünün temel ilkeleri neler olmalıdır?

a) Anayasa mahkemesi önünde açılacak olan davanın açılması yöntemi sorunu, büyük bir önem taşımaktadır: çünkü anayasa mahkemesinin, anayasanın garantörü sıfatıyla rolünü, hangi ölçüde yerine getirebileceği, bu sorunun çözümüne bağlıdır.

En güçlü garanti şüphesiz, bir *actio popularis* imkânı tanınmasıdır: Anayasa mahkemesi, bu durumda, herhangi bir kişinin talebi üzerine, incelemekle görevli olduğu işlemlerin, özellikle de, kanunların ve düzenleyici işlemlerin hukuka uygunluk denetimini yapmakla yükümlü olacaktır. Tartışmasız bir şekilde, hukuka aykırı işlemlerin ortadan kaldırılmasındaki politik menfaatin ulaşabileceği en radikal memnuniyet bu yolla elde edilebilecektir. Bununla birlikte, ihtiyatsızca açılmış çok sayıda davaya yol açma tehlikesi ve süreçlerin tahammül edilemez bir şekilde tıkanması riski nedeniyle, bu çözümü öneremiyoruz.

Diğer birçok muhtemel çözüm arasından, şunlara değinilebilir: Uygulayacakları belirli bir normun, hukuka uygunluğu hususunda şüpheleri

olan tüm kamu otoritelerinin, o normun incelenmesi ve olası iptali amacıyla, somut olay ile ilgili davaya ara vererek, gerekçeli bir dilekçe vasıtasıyla anayasa mahkemesine başvurularının mümkün ve zorunlu kılınması. Bu yetki, yalnızca bazı üst ya da yüksek otoritelere (bakanlar ve yüksek mahkemeler) verilebileceği gibi, —idari usuller ve yargılama usulü arasında gittikçe artan yakınlaşma sebebiyle—, İdarenin dışarıda tutulması tamamen haklı nedenlere dayandırılmazsa da, yalnızca mahkemelere de bırakılabilir. Anayasa Mahkemesinin itiraz konusu normu iptal etmesi halinde —ve yalnızca bu durumda—, başvuruyu yapan otorite, başvuru yapmasına neden olan somut davada, o normu artık uygulayamayıp, —genel anlamda, yalnızca *pro futuro* olarak iptal edilebilen— o norm, sanki somut davanın temelindeki olay meydana geldiği sırada hiç yürürlükte değilmiş gibi bir hüküm vermek zorundadır. İptalin bu geriye dönük etkisi, teknik bir zorunluluktur, çünkü bu etki olmaksızın, hukuku uygulamakla görevli otoritelerin, anayasa mahkemesinin müdahalesini talep etmelerini sağlayacak kadar doğrudan ve yeterince güçlü bir menfaati bulunmayabilir. Bu müdahale, münhasıran veya esas olarak, adli ve idari otoritelerin başvurusu üzerine gerçekleşmekle birlikte, iptale sınırlı bir geriye yürürlük etkisi tanınarak, bu otoritelerin, bu başvuruları yapmaya teşvik edilmeleri gerekmektedir.

Kamu otoritelerinin işlemlerine (mahkeme kararları ya da idari işlemler) karşı, bu işlemler, kendisine göre yapıldıkları işlemlere aykırı olmasalar da, bizzat kendisi hukuka aykırı olan bir normun, anayasaya aykırı bir yasanın veya yasaya aykırı bir düzenleyici işlemin uygulanması kapsamında yapılmış oldukları gerekçesiyle, adli veya idari bir davanın taraflarına başvuru yapma imkânı tanınarak, anayasa mahkemesine başvurunun, bir *actio popularis'e* yaklaştırılması çok yerinde olacaktır. Burada, bireylerin doğrudan kullanabileceği bir dava hakkı değil, anayasa mahkemesinin devreye sokulması biçiminde, dolaylı bir fiili araç söz konusudur: buna göre, karar verecek olan adli veya idari otorite, ilgili tarafın iddiasına katılmakta ve bunun sonucunda da, iptal başvurusunda bulunmaktadır.

Federal devletlerde, federasyonun yaptığı hukuksal işlemlere karşı, üye devletlerin hükümetlerine ve üye devletlerin işlemlerine karşı ise, federal hükümete başvuru yapma hakkı tanınmalıdır. Bu devletlerde, anayasaya

uygunluk denetimi, aslında, temel olarak, federal anayasalara özgü, federasyon ile üye devletlerin her birinin yetkilerini sınırlayan, esasa ilişkin hükümlerin uygulanmasını içerir.

Ceza muhakemesi hukukundaki savcılık kurumu gibi, hukuka aykırı olduğunu düşündüğü işlemleri, anayasaya uygunluk denetimi kapsamında re'sen dava konusu edebilen bir kurum olan anayasa mahkemesi nezdinde anayasa savcılığı kurumu, tamamen yeni, fakat kendisine büyük bir önem atfedilmesi gereken bir kurumdur. Böyle bir görevi yerine getirecek olan kişinin, hem hükümet, hem de parlamento karşısında, akla gelebilecek bütün bağımsızlık teminatları ile donatılması gerektiği açıktır.

Özellikle yasalara karşı başvuru yapılmasıyla ilgili olarak, başvuru hakkının, aynı zamanda parlamentonun nitelikli bir azınlığına da verilmesi, son derece önemli olacaktır. Bundan daha da önemlisi, daha sonra göstereceğimiz üzere, parlamenter demokrasilerde, anayasa yargısının, azınlıkların korunmasına mutlaka hizmet etmesi gerektiğidir.

Son olarak, anayasa mahkemesi, herhangi bir somut davada uygulaması gereken, ancak hukuka uygunluğu konusunda şüphe duyduğu bir genel norma karşı, denetim usulünü re'sen de devreye sokabilir. Böyle bir durum, yalnızca, bir düzenleyici işlemin yasaya uygunluğunu incelediği sırada, o düzenleyici işlemin çeliştiği yasanın anayasaya aykırı olduğunu gözlemlediği zaman değil, bunun yanı sıra, özellikle, yasallığı doğrudan tartışma konusu iken, anayasallığı ise, sadece dolaylı olarak inceleme konusu olan bazı bireysel hukuki işlemlerin hukuka uygunluğunu incelediği sırada da, ortaya çıkabilir. Buna göre, anayasa mahkemesi de, tıpkı kendisine başvuru yapmakla yetkili otoriteler gibi, somut olay ile ilgili davayı askıda bırakıp, davada uygulaması gereken normun incelemesine bu sefer re'sen girişecektir. Anayasa mahkemesi, ilgili normu iptal ederse, —tıpkı benzer bir davada, itirazda bulunan makamlar gibi—, kendi önünde askıda bekleyen uyumsuzluk ile ilgili olarak, iptal edilen norm, o davada hiç uygulanmamış gibi karar vermelidir.

Anayasa mahkemesinin, bireysel işlemlerin, özellikle, idari otoritelerin yaptıkları işlemlerin de hukuka uygunluğunu denetleyebilmesi durumunda, hukuka aykırı işlem nedeniyle, hukuksal olarak korunan menfaatleri zarar gören kişilerin, doğal olarak, kendisine başvurabilmeleri gerekecektir.

Bireylerin, burada da, kendisine uygun olarak yapıldıkları genel normun hukuka aykırılığı nedeniyle, bireysel hukuki işlemi anayasa mahkemesi önüne götürmeleri yine mümkün olmakla birlikte, adli veya idari bir dava sırasında yapılacak itiraz ile karşılaştırıldığında, çok daha geniş bir ölçekte, genel normları, anayasa mahkemesi önüne dolaylı bir şekilde götürme imkânına sahip olacaklardır.

20. b) Anayasa mahkemesi önündeki muhakeme usulü için, dava, temelde saf hukuksal sorunlardan kaynaklansa da ve dikkate alınması gereken esas unsur, tarafların mahkemeye sunabilecekleri —hatta sunmak zorunda oldukları— yazılı açıklamaları olsa da, genel olarak, aleniyet ilkesine ve sözlü yargılamaya başvurulmalıdır. Anayasa Mahkemesi önündeki davalar, kamu yararı bakımından o kadar büyük bir önem taşımaktadır ki, ilke olarak, yalnızca aleni duruşmalar ile sağlanabilecek olan muhakemenin kamuya açıklığının yokluğu düşünülemez. Hatta verilecek hükmün hâkim heyeti tarafından kararlaştırılması aşamasının, aleni bir duruşma biçiminde gerçekleştirilmesinin gerekip gerekmediği dahi, akla gelmektedir.

Mahkeme önündeki inceleme usulünde, şunlar yer almalıdır : Yaptığı işlemin hukuka uygun olduğunu savunması amacıyla, işlemine karşı dava açılmış olan otorite ; işlemi anayasa mahkemesi önüne götüren makam ; ayrıca, varsa, inceleme usulünün işletilmesini sağlayan mahkeme veya idari otorite önündeki uyuşmazlığın tarafı olan kişi ya da uyuşmazlık konusu işlemi doğrudan doğruya anayasa mahkemesine götürme hakkına sahip olan kişi. İşlemi yapan otorite, mümkünse, hukuk bilgisine sahip olan, hiyerarşik üstü, başkanı ya da memurlarından biri tarafından temsil edilecektir. Bireyler bakımından ise, uyuşmazlığın ziyadesiyle taşıdığı hukuksal özellik nedeniyle, avukat tarafından temsil edilmelerinin zorunlu kılınması yerinde olacaktır.

21. c) Başvurunun haklı görülmesi durumunda, dava konusu işlemin iptalinin, anayasa mahkemesinin vereceği kararın bir sonucuymuş gibi görünecek biçimde verilmesi gerekmektedir.

Yayımlanmaları şartıyla yürürlüğe girebilen normların iptali için, iptal işleminin, yani burada, anayasa mahkemesi kararının, iptal edilen norm nasıl yayımlanmışsa, o şekilde yayımlanması gerekir. İptal kararlarının bağımsız

bir biçimde yayımlanacağı, anayasa mahkemesine özgü bir Resmi Gazete (*Bulletin officiel*) fikrinin, *a priori* olarak dışarıda tutulmaması gerekse de, yasaların ve düzenleyici işlemlerin iptalinin, yine bunların yayımlanmış oldukları organda yayımlanması ve yine aynı otoritenin yetki alanına sokulması daha yerinde olacaktır. Bu nedenle, anayasa mahkemesi kararı, yayımlama işlemini gerçekleştirecek olan otoriteyi de belirterek, bu yayımlama zorunluluğuna yer vermelidir.

İptal, ancak bu yayımlama işlemi ile yürürlüğe girebilecektir. Belirttiğimiz üzere, anayasa mahkemesi, anayasaya aykırı bir yasayı, anayasaya uygun bir yasa ile değiştirmek fırsatını parlamentoya vermek amacıyla ve iptal edilen yasa tarafından düzenlenen konu, nispeten uzun bir süre boyunca düzenlenmemiş olarak kalmayacak şekilde, özellikle yasalar ve uluslararası anlaşmaların iptalinin, bunların yayımlanmasından itibaren, ancak belirli bir süre geçtikten sonra yürürlüğe girmesine karar verebilmelidir.

Yasa, somut bir davada uygulanması vesilesiyle, bir mahkeme veya idari bir otorite tarafından başvuru konusu yapılmışsa, geriye dönük etki sorunu, bir zorluk çıkarabilir. İptal edilen yasa, iptal kararının yayımlanmasından itibaren, belirli bir sürenin sonuna kadar yürürlükte kalmaya devam ediyorsa ve buna bağlı olarak, ilgili otoriteler o yasayı uygulamaya devam etmek zorundaydı, bu durumda, anayasa mahkemesine başvuran otoritenin, itiraza temel oluşturan somut davada, o yasayı uygulamaktan muaf tutulması mümkün değildir; bu da, o otoritenin, anayasaya aykırı yasaları, anayasa mahkemesi önüne götürmedeki ilgisini azaltacaktır. Bu durum, söz konusu yasayı derhal iptal etmek suretiyle, o yasanın yürürlüğe girmesinden önceki hukuksal durumu yeniden kurma yetkisinin anayasa mahkemesine bırakılmasının lehine ek bir argüman oluşturmaktadır. Gerçekten de, bu çözüm, iptal kararının, başvuruya yol açan somut dava bakımından geriye yürümesi yönündeki beklentinin gerçekleşmesini mümkün kılarken, anayasanın gerekliliklerine yanıt veren yeni bir yasa hazırlaması için, yasama organına da, gerekli zamanı sağlar.

V. Anayasa yargısının hukuksal ve siyasal anlamı^{IV}

22. Anayasaya aykırı işlemlerin iptal edilebilirliğini garanti altına almaktan mahrum bir anayasa, teknik anlamda, tamamen bağlayıcı değildir.

Anayasaya aykırı işlemlerin, özellikle de anayasaya aykırı yasaların, — anayasaya aykırı olmaları, iptal edilmelerini sağlamadığı için—, geçerli olmaya devam ettikleri bir anayasa, her ne kadar, genel olarak, bunun bilincinde olunmasa da (çünkü siyasetin hâkimiyeti altındaki hukuksal bir teori, böyle bir bilince varılmasına olanak tanımamaktadır), salt hukuksal bir bakış açısından bakıldığında, hemen hemen, hiçbir bağlayıcılığı olmayan bir temenni ile eşdeğerdir. Herhangi bir yasa, herhangi bir düzenleyici işlem, hatta bireyler tarafından yapılan herhangi bir genel hukuki işlem, kendisine tâbi olmalarına ve geçerliliklerini kendisinden almalarına rağmen, böyle bir anayasanın sahip olduğundan daha büyük bir hukuki güce sahip olacaklardır. Çünkü pozitif hukuk, anayasanın haricindeki bir üst norma aykırı olan her türlü işlemin iptal edilebilir olmasını öngörmektedir. Zayıf derecedeki bu reel bağlayıcılık gücü, anayasa değişikliklerinin tâbi tutulduğu zorlaştırılmış şartlar nedeniyle, anayasaya atfedilen katı görünüm, hatta sabitlik ile tamamen ters düşmektedir. Anayasa normları, neredeyse değiştirilemez olmakla birlikte, aslında, hemen hemen hiçbir bağlayıcı güçleri yok ise, bu kadar çok önleme ne gerek vardır? Kuşkusuz, anayasaya aykırı işlemlerin iptaline karar verecek bir anayasa mahkemesine veya benzeri bir kuruma yer vermemiş bir anayasa bile, hukuksal anlamdan tamamen yoksun değildir. Böyle bir anayasanın ihlal edilmesi, en azından, anayasaya aykırı işlemlerin yapılmasıyla ilişkili bazı organlara karşı yöneltilen bir yaptırım olarak, başbakan ve ilgili bakanların sorumluluğu kurumu var ise, sorumlu olmaları halinde, belirli bir yaptırıma neden olabilir. Fakat anayasaya aykırı olan yasayı yürürlükte bırakmasından dolayı, bu teminatın, —daha önce de dikkat çektiğimiz üzere—, tek başına yeterince etkili olmayışı bir kenara bırakılırsa, anayasanın böyle bir durumda, benzersiz bir yasama usulü belirlediği ve yasaların içeriği ile ilgili olarak ise, gerçek anlamda ilkeler koyduğu söylenemez. Kuşkusuz, anayasa, yasaların, yalnızca kendisinin gösterdiği şekilde yapılabileceğini, ayrıca yasaların içeriğinin ne olup olamayacağını metninde belirtmektedir ; ancak, anayasaya aykırı yasaların da geçerli olacağı kabul edilirse, bu, aslında yasaların farklı bir şekilde de yapılabileceği ve içeriklerinin ise, anayasanın belirlediği sınırlar ile çatışabileceği anlamına gelecektir; çünkü anayasaya aykırı yasalar da, sadece anayasanın belirli bir kuralı uyarınca geçerli olabilirler; dolayısıyla, geçerli olmak için, şu veya bu şekilde anayasaya da uygun olmak zorundadırlar. Fakat bu, anayasada açıkça düzenlenen yasama usulünün ve anayasada yer

alan ana hatların, görünüşe rağmen, münhasır hükümler olmayıp, yalnızca alternatif hükümler oldukları anlamına gelecektir. Anayasaya aykırı işlemlerin iptal edilebilmesi teminatından yoksun anayasaların, gerçekte öyleymiş gibi yorumlanmamaları, daha önce de birçok kere değindiğimiz üzere, tam da, bu tür anayasaların temsil ettiği siyasi çıkarları yeterince karşılamayan siyasi gerekçeler uğruna, hukukun gerçek içeriğini örten bu yöntemin doğurduğu tuhaf etkiden kaynaklanmaktadır.

Bir anayasanın yasamaya ilişkin hükümleri, anayasaya aykırı kanunların iptali yaptırımı ile sonuçlanmaksızın ihlal edilebiliyorsa, o anayasa, iç hukuk düzeninin alt dereceleri karşısında, uluslararası hukukun iç hukuk karşısında sahip olduğu aynı bağlayıcı karaktere sahip olacaktır. Uluslararası hukuka aykırı olan herhangi bir iç hukuk işlemi, aslında, uluslararası hukuktan daha az geçerli değildir. Böyle bir ihlalin doğuracağı tek sonuç ise, bu ihlal nedeniyle menfaatleri zarar gören devletin, son tahlilde, ihlalde bulunan devlete savaş ilan edebilmesidir: İhlal, tamamen cezaî nitelikte bir yaptırıma yol açar. Benzer şekilde, anayasa yargısına yer vermeyen bir anayasanın, kendi hükümlerinin ihlal edilmesine karşı gösterebileceği tek tepki, başbakan ve ilgili bakanların sorumluluğu kurumunun sunduğu cezaî yaptırımdır. Kuşkusuz haksız olarak, birçok yazarı, uluslararası hukukun genel olarak hukuk niteliği taşımadığını ileri sürmeye sevk eden husus, uluslararası hukukun işte bu minimal bağlayıcı gücüdür. Ayrıca, iptal yetkisiyle donatılmış uluslararası bir mahkemenin kurulması suretiyle, uluslararası hukukun teknik anlamda güçlendirilmesinin ve bir anayasa mahkemesinin kurulması suretiyle, anayasanın bağlayıcılığının arttırılmasının karşısına, yine tamamen benzer nitelikteki gerekçeler çıkmaktadır.

Anayasa yargısının organizasyonunun öneminin kavranılabilmesi için, buraya kadar anlatılanların bilinmesi gerekmektedir.

23. Anayasa yargısı, tüm anayasalar için geçerli olan bu genel ortak özelliğin yanı sıra, belirli bir anayasanın karakteristik özelliklerine göre değişkenlik gösteren, özel bir öneme de sahiptir. Bu önem, denetim kurumlarının bir varoluş koşulu oluşturduğu demokratik cumhuriyet bakımından, hayati bir nitelik taşır. Hâlihazırda, demokratik cumhuriyete yöneltilen ve kısmen haklı olan çeşitli saldırılara karşı, bu devlet şekli, kendisini ancak, devlet fonksiyonlarının hukuka uygunluğunu sağlamaya

yönelik, olası tüm garantileri organize etmek suretiyle, en iyi biçimde savunabilir. Bu garantiler demokratikleştikçe, denetimlerinin de aynı ölçüde güçlendirilmesi gerekmektedir. Anayasa yargısının da, bu açıdan değerlendirilmesi gerekmektedir. Anayasa yargısı, yasaların anayasaya uygun olarak yapılmalarını ve özellikle, maddi anlamda anayasallıklarını sağlayarak, çoğunluğun gerçekleştireceği suiistimallere karşı, azınlığın korunmasında etkili bir araç oluşturmaktadır. Çoğunluğun hâkimiyeti, ancak hukuka uygun olarak gerçekleştirildiği takdirde katlanılabilir bir hale gelir. Anayasa değişikliklerinin genel anlamda nitelikli bir çoğunluk gerektirmesine dayalı özel anayasal biçim, bazı temel konuların, ancak azınlık ile ortaklaşa olarak çözümlenebileceğini ifade eder: Basit çoğunluğun, en azından bazı konular bakımından, kendi iradesini azınlığa empoze etme hakkı yoktur. Dolayısıyla, basit bir çoğunlukla kabul edildiğinden, yalnızca, anayasaya aykırı olan bir yasa, azınlığın iradesine rağmen, azınlığın anayasal garanti altındaki menfaatlerinin oluşturduğu alanı ihlal edebilir. Yasaların anayasaya uygunluğu, menfaatleri herhangi bir şekilde anayasa tarafından korunan her türlü —sınıfsal, ulusal veya dinsel— azınlık açısından yüksek bir önem taşır. Bu husus, özellikle, bir çoğunluk değişikliğinin, artık azınlık haline gelmiş olan eski çoğunluğa, yasa aracılığıyla anayasada değişiklik yapılması için gerekli koşulların bir araya gelmesini önleyebilmesi için yeterli bir güç bıraktığı varsayıldığında doğrudur. Demokrasinin özünü, çoğunluğun mutlak kudretinde değil, çoğunluk ve azınlık tarafından parlamentoda temsil edilen gruplar arasında mevcut, daimi bir uzlaşmada ve dolayısıyla, toplumsal barışta görüyorsak, anayasa yargısı, bu fikri gerçekleştirmek için, gayet uygun bir araç olarak karşımıza çıkacaktır. Anayasa mahkemesinde dava açma tehdidi, tek başına, azınlığın hukuksal olarak korunan çıkarlarının, çoğunluk tarafından anayasaya aykırı olarak ihlal edilmesini önlemek ve böylelikle, son tahlilde, toplumsal barış için, azınlığın diktatörlüğünden daha az tehlikeli olmayan çoğunluğun diktatörlüğüne karşı koyması için, azınlığın elinde tutacağı bir araç olabilir.

24. Bununla birlikte, anayasa yargısı, şüphesiz bir federal devlette en büyük öneme sahip olur. Federal devlet siyasi fikrinin, yalnızca bir anayasa mahkemesinin kurulmasıyla, tam olarak gerçekleştirilebileceğini söylemek, abartı olmayacaktır. Federal devletin özü (kendisinde, devletin metafiziğine ait herhangi bir sorunu değil, sadece, tamamen gerçekçi bir yaklaşım

temelinde, devletin teknik bir örgütlenme tipini görüyorsak), devlet —ya da devletin ülkesi— adına, yetkili merkezi organların (federasyon, imparatorluk, devlet) tamamı ve yetkileri, devletin bir alt birimi, devlet topraklarının bir parçası ile sınırlı olan çok sayıdaki yerel organlar (üye devletler, iller, kantonlar, vb) arasında hem yasama, hem de yürütme fonksiyonlarının bir paylaşımına ; devletin bu unsurlarının, merkezi yasama faaliyetine ve muhtemelen de, merkezi yürütme faaliyetine katılan temsilcilerinin, —parlamentolar veya yerel hükümetler tarafından— dolaylı olarak ya da —bir seçim bölgesinde ikamet eden nüfus tarafından— doğrudan bir şekilde belirlenmesine dayanmaktadır. Diğer bir deyişle, federal devlet, yerelleşmenin özel bir halidir. Bu yerelleşmeye ilişkin düzenleme ise, hangi konuların ağırlıklı olarak merkezi yasalar tarafından ve hangi konuların yerel yasalar tarafından düzenleneceğini ve aynı şekilde, hangi konuların federasyonun yürütme yetkisinin kapsamına gireceğini ve hangilerinin üye devletlerin yürütme yetkisinin alanına gireceğini düzenleyen devletin genel anayasasının temel içeriğini oluşturmaktadır. Yetkilerin dağılımı, federalist düşüncenin siyasi çekirdeğini oluşturmaktadır. Bu husus, teknik olarak, federal anayasaların, tıpkı üniter devletlerde olduğu gibi, sadece yasama prosedürünü düzenlemekle ve yasaların içeriği hakkında birtakım ilkeler koymakla kalmayıp, aynı zamanda, federal ve yerel yasama organlarının düzenleyebilecekleri konuları belirlediği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, anayasa tarafından bu şekilde çizilen sınırların her türlü ihlali, federal devletin temel yasasının ihlali demektir; yetki hususunun her zaman tutkulu mücadelelere yol açtığı federal devlette, federasyon ve üye devletler arasında yetki paylaşımına ilişkin bu anayasal sınırın korunması, kendisini bariz bir biçimde hissettiren, hayati öneme sahip, siyasi bir konudur. Bu mücadelelerin, hukuksal sorunlar biçiminde kendisinin önüne götürüleceği ve yine hukuksal sorunlar olarak, karara bağlanacağı bir mahkeme, yani tarafsız bir şekilde bu mücadeleleri çözümleyen objektif bir makam (diğer bir deyişle, bir anayasa mahkemesi) ihtiyacı, kendisini, hiçbir yerde olmadığı kadar çok, federal bir devlette hissettirmektedir; çünkü üye bir devlet tarafından federasyonun yetkilerinin veya federasyon tarafından üye devletlerin yetkilerinin, herhangi bir şekilde ihlal edilmesi, federasyonu ve üye devletleri, global bir ünite olarak bir araya getirmiş olan, federal anayasanın ihlal edilmesi anlamına gelir. Temel olarak yetkilerin dağılımını düzenleyen bu genel anayasa ve bu genel anayasaya tâbi olan, federasyonun kendi anayasasını karıştırmamak gerekmektedir. Çünkü devletin genel anayasasını ve federasyonun anayasasını değiştirecek olan organ, tek ve aynı

organ olsa da, o da, üye devletlerin anayasaları gibi, devletin, yalnızca tek bir bileşenin, tek bir unsurunun anayasasıdır.

Yetki kurallarına aykırı yargısal veya idari işlemlerin varlığı halinde, üye devletlerin veya federasyonun sahip olduğu yargısal ya da idari başvuru yolları, bu işlemlerin hukuka aykırılık gerekçesiyle iptal edilmelerine imkân tanır. Özellikle, bu işlemlerin yetki kurallarına uygunluğunu, diğer bir deyişle, anayasallığını kontrol edecek ve —az çok dolaylı bir biçimde— anayasa mahkemesi işlevi görecektir olan, federasyon ve üye devletler için ortak yüksek bir idare mahkemesinin mevcut olmaması durumunda, bu garantinin, federasyonun idari işlemlerinin, üye devletlerin yetki alanına tecavüzünü veya bunun tam tersi bir durumu etkili bir şekilde önlemede yeterli olup olmayacağı hususunu burada incelemeye gerek yoktur. Bununla birlikte, federal devlete özgü bir husus olarak, federasyon ve üye devletler arasındaki menfaat çatışması, ayrıca federasyon ile üye devletlerin, ilke olarak eşgüdümlü, hukuksal birliklerinden oluşan topluluğun organı sıfatıyla, deyim yerindeyse, bir hakem gibi karar verecek olan objektif bir merciye duyulan büyük ihtiyaç nedeniyle, bir anayasa mahkemesine, bu konuda verilecek yetki ile ilgili sorunun, merkezileşmiş üniter bir devletinki ile tamamen aynı olmadığını gözlemleyebiliriz. Bu nedenle, bireysel idari işlemlerin, münhasır olarak, anayasal yetki kurallarına uygunluklarının denetimi yetkisinin, haklı bir biçimde, bir federal anayasa mahkemesine verilmesi düşünülebilir. Ancak, federasyon ve üye devletlerin yasalarını ve düzenleyici işlemlerini denetleyecek olan anayasa mahkemesinin, eşit temsile dayalı üye kompozisyonu aracılığıyla, yeterli oranda bir nesnellik teminatı sağlamasını ve federasyonun veya üye devletlerin münhasır bir organı olarak değil, aynı zamanda, bunları da kapsayan birliğin, uyulmasını sağlamakla görevli olduğu devletin genel anayasasının, bir organı olarak, kendisini ortaya koymasını, doğal olarak, beklemek gerekmektedir.

Federal devlet teorisinin, federal devletin özünü açıklamak için “İmparatorluğun hukuku, vilayetin hukukunu geçersiz kılar”^V ilkesini sunması ve böylece, yalnızca bununla, federal devlet için bir anayasa yargısı mercii ihtiyacını örtbas etmesi, bu teorisinin paradokslarından biridir. Federal devlet fikrine, üye devletlerin siyasi ve hukuki varlığını federasyonun keyfiyetine bırakan, federasyonun anayasaya aykırı olarak, alelade yasalar ve hatta sıradan düzenleyici işlemler aracılığıyla, üye devletlerin yetki alanlarına müdahale etmesine ve bu şekilde, devletin genel anayasasına

aykırı olarak, üye devletlerin yetkilerini kendisine atfetmesine imkân tanıyan bu ilkedен daha aykırı bir şey olamayacağını kanıtlamak kolaydır. Devletin genel anayasasında ifadesini bulan federalist düşünceye tam olarak uyulması, eyaletin hukuku, devletin hukukunu, ne kadar az bertaraf ediyorsa, devletin hukukunun da, eyaletin hukukunu o denli az bertaraf etmesini ve her ikisinin, yetki alanlarını tanımlayan genel anayasanın belirlemiş olduğu karşılıklı ilişkiler içinde olmalarını gerektirir. Federal devletin, genel anayasa tarafından belirlenmiş olan sınırı aşmak suretiyle, üye devletler için anayasal güvence altına alınmış olan alana müdahale eden, bir hukuksal işlemi, federal devletin yetki alanını ihlal eden, bir üye devlet işleminden daha fazla bir hukuksal değere sahip olmamalıdır. Bu ilke, federal devletin özüne yanıt verebilen tek ilkedir ve yalnızca, bir anayasa mahkemesi tarafından uygulamaya konulabilir. Anayasa mahkemesinin, — federalist fikirden kaynaklanan—, doğal yetkisi, ayrıca, üye devletlerin ve merkezi devletin organlarının görevlerini ifa ettikleri sırada, devletin genel anayasasını ihlal etmelerinin, yani, yükümlülüklerinin, sorumluluklarını doğuracak biçimde, her türlü ihlalinin, yargılamasını da içermelidir. Genel olarak, federal yürütme (*Bundes-Exekution*) olarak nitelendirilen ve federal devletin teorisi ve uygulaması bakımından, oldukça zor bir problem oluşturan husus, — ilgili organın sorumluluğu, ister ilkel bir biçim altında, kolektif ve eski hale getirmeye ilişkin bir sorumluluk (*Erfolgshaftung*) şeklinde, ister teknik olarak daha gelişmiş bir biçim olan, bireysel sorumluluk ve kusur sorumluluğu (*Schuldhaftung*) şeklinde olsun—, kendisini yalnızca, anayasa mahkemesi tarafından verilen ve merkezi devletin ya da üye devletlerden birinin eyleminin, anayasaya aykırı olduğuna hükmeden bir kararın uygulanması biçiminde ortaya koymalıdır.

25. Federal bir devlette, bir anayasa mahkemesinin yerine getireceği görevler, yalnızca, garanti altına almayı üstlendikleri hukuk düzeni dereceleri arasındaki yakınlık nedeniyle olsa dahi, anayasa yargısı ve uluslararası hukukun korunmasını amaçlayan uluslararası yargı arasındaki bağı açık bir biçimde ortaya koymaktadır. Son olarak, uluslararası yargı, halklar arasında savaşı gereksiz kılmayı amaçlarken, anayasa yargısı, — nihai tahlilde—, devlet içinde siyasi barışın bir güvencesi olarak, kendisini ortaya koymaktadır.

HANS KELSEN

Viyana Üniversitesi Kamu Hukuku Profesörü

Çevirenin notları:

^I 1920 tarihli Avusturya Anayasası'nın, "Federasyon'un Yürütme Erki" başlıklı 3'ncü Bölümü'nde, İdare, Federal hükümet, Federal ordu ve Yargı, alt başlıklar halinde düzenlenmiştir. Yargı kararlarının da, yürütme işlemi olarak sayılmasının nedeni, bu olmalıdır. (1920 tarihli Avusturya Anayasası'nın Fransızca çevirisi için bakınız, <http://mjp.univ-perp.fr/constit/at1920.htm>).

^{II} Kaynak metinde "konfederasyon" olarak geçmektedir. Ancak, metnin devamında, bu sözcük, aslında günümüzdeki federasyon tipi devlet örgütlenmesini ifade etmektedir. Bu nedenle, konfederasyon kelimesi, metnin devamında, federasyon kelimesi ile değiştirilmiştir. Fransızca'dan İspanyolca'ya çeviren bir Anayasa Hukuku Profesörü de, aynı yöntemle başvurmuştur. Bakınız, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, Hans Kelsen, *Çeviren: Rolando Tamayo y Salmorán*, in.Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, s. 3-46, sayı. 10, yıl. 2008, Meksiko

^{III} Birinci Dünya Savaşı

^{IV} Fransızca kaynak metinde, bu başlık, içindekiler kısmında ve metinde farklı yazılmıştır. Çeviri metinde de, bu farklılık korunmuştur.

^V 1919 tarihli Weimar Anayasası'nın 13'ncü maddesinde geçmektedir, (Reichsrecht bricht Landrecht).

