

## KİTAP TAHLİLİ

Doçent Dr. Kevork ACEMOĞLU

«ANAYASA MAHKEMESİNİN BAZI EĞİLİMLERİ ÜZERİNE GÖRÜŞLER ve ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDAN ÖZETLER» Yazan: Prof. Dr. İlhan Arsel, Sevinç Matbaası, 1970 - Ankara, 238 sahife.

Arsel, kitabında Anayasa Mahkemesinin belirli bazı sorunlar hakkındaki genel tutumunu belirtmek ve bunlara ilişkin görüşlerini açıklamak amacını güdüyor. Yazarın ikinci amacı ise, Anayasa Mahkemesinin bazı kararlarından özetler vererek, yüksek mahkemenin belirli konular hakkındaki genel tutumunu aydınlığa kavuşturmak. Bu yüzden de kitap iki bölüm. Bölümlerden ilki ilk amaca ayrılmış ve «Anayasa Mahkemesinin bazı eğilimleri konusunda» adını taşıyor. İkinci bölüm ise, «Anayasa Mahkemesi kararlarından derlemeler» adını taşıyor ve yüksek mahkemenin belli başlı kararlarının bir fihristi niteliğinde.

Kuşkusuz, kitabı incelerken üzerinde asıl durulması gereken bölüm birincisi. Yazar, hukuk ve siyaset alanımızda çok önemli bir göreve sahip kılınmış bulunan Anayasa Mahkemesinin belirli sorunlar karşısındaki genel tutumunu yansıtmakla ve değerlendirmekle kalmamış bu konular üzerine kendi kişisel görüşlerini de açıklamış. Bu açıdan, incelememiz aslında iki yönlü olacaktır. Önce, Anayasa Mahkemesinin belli sorunlar karşısındaki tutumunun değerlendirilmesinin incelenmesi, sonra da yazarın bu noktalar üzerine açıkladığı kişisel düşüncelerinin incelenmesi.

### I. ANAYASA MAHKEMEMİZİN GENEL TUTUMU ÜZERİNE

Bir övgüyle başlıyor kitabına Arsel. Önce, Anayasa Mahkemesi-

nin, particiliğe iktidara ve popülerite'ye karşı bağımsız kalabildiğini belirtiyor. Sonra da,

«Yüksek Mahkemeye prestij ve otorite sağlayan diğer faktörlerden birisi de O'nun kendi kendisini frenleme akıllılığını göstermiş olması ve yetkilerinin ne gibi meselelere şamil olduğunu... oldukça isabetli ölçülere dayanarak tesbit etmesidir. Bu cümleden olarak Yüksek Mahkeme, önüne getirilen dâvaları genellikle hukukilik açısından ele almış ve siyasi mülahazalara mümkün olduğu kadar yer vermemeye çalışmıştır» diyor (sahife 1).

*Arsel*'in Anayasa Mahkemesinin tarafsızlığı (ya da *Arsel*'in kullandığı daha isabetli deyimle bağımsızlığı) hakkındaki övgüsüne katılmamak mümkün değil. 1969 - 70 döneminin siyasal açıdan nisbi ölçülülüğünde Anayasa Mahkemesinin tutumunun önemli rolünü inkâr etmek hiçbir Türk aydınının aklından geçmez. Ancak *Arsel*'in ikinci övgüsüne tam olarak katılamadığımız için üzgünüz. Biz önce, bu övgünün, Anayasa Mahkemesinin bazı genel konulardaki tutumunun incelenmesi hakkındaki bir araştırmanın başında değil sonunda yer almasını isterdik. Ayrıca böyle bir övgünün Anayasa Mahkemesinin tutumunu tüm olarak değerlendiren bir araştırmanın sonunda. Oysa adından da belli olduğu gibi *Arsel*'in çalışmasının böyle bir amacı yok. O, sadece Anayasa Mahkemesinin bazı eğilimleri üzerindeki düşüncesini belirtmek istemiş. Böyle sınırlı bir araştırmanın başında, varılan bu yargıyı biraz yadırgadığımızı itiraf edelim.

Bu övgülerden sonra, yazar, Anayasa Mahkemesinin genel tutumu hakkında bazı kuşku ve duraksamalarını açıklıyor. Yazar bu kuşku ve duraksamalarını belirtirken yurttaş olarak kendisine düşen «ikaz» görevini yerine getirdiği inancında. Biz de, Anayasa Mahkemesinin yargı işlemini yerine getirme biçiminde ikazı gerektiren yönlerin bulunduğu görüşüne katılıyor ve *Arsel*'i genel olarak Anayasaya karşı çevrelerin oklarına hedef olan Anayasa Mahkemesini, bu kez Anayasa doğrultusunda eleştirmekte gösterdiği medeni cesaret açısından kutluyoruz.

*Arsel* genellikle Anayasa Mahkemesinin tutumuna yönelttiği eleştirileri üç noktada toplamış..

a) Önce, *Arsel*'e göre, Anayasa Mahkemesi, «kendi yetkilerini genişletmek veya geniş sınırları içerisinde muhafaza etmek yönünde ciddi denebilecek bir gayret ve davranış göstermemiştir» (sahife



3). Bu eleştiri açısından, *Arsel*'e katılmıyor, tersine Anayasa Mahkemesinin yetkisini genellikle geniş sınırlara kavuşturduğuna inanıyoruz. Ama tabii, *Arsel*, «Hiçbirimizin şüphesi olmamak gerekir ki, demokrasiyi bu memlekette yerleştirecek olan kuvvet siyasi partiler değil fakat başta bu yüksek Mahkeme olmak üzere Yargı Organıdır» (sahife 19) görüşünde olursa, Anayasa Mahkemesi kendi yetki sınırlarını ne denli genişletirse genişletsin, yine az bulacaktır (1). Gerçi, yer yer *Arsel*'e hak veririr biçimde Anayasa Mahkemesi yetkilerini normal sınırların da altına düşürmüştür. Ama bu, kanaatimizce Anayasa Mahkemesinin, yetki sınırları hakkında dar bir anlayışa sahip olmasından çok, henüz tutarlı bir yargı anlayışını tam olarak benimseyememesinden ileri gelmektedir. Bu konuya zaten daha ileride daha geniş bir biçimde eğilmek zorunluluğu vardır.

b) *Arsel*'e göre, Anayasa Mahkemesi, «kendi tabii yetkilerini kullanırken kendisine daima Anayasa Koyucunun (Temsilciler Meclisinin ve hatta çoğu zaman bu Meclisteki Anayasa Komisyonu sözcüsünün) iradesini dayanak yapmak arzu ve endişesine kapılmıştır» (sahife 3). *Arsel*'in bu eleştirisi tamamen haklıdır ve Anayasa Mahkemesinin yorum yöntemlerinden en gerisini kabul etmiş olduğunu tesbit açısından da üzücüdür. Anayasa Mahkemesi, artık doğruluğu çok su kaldıran «yasanın objektif gâyesine göre yorum» yöntemini bile (2) değil de, «kanunkoyucunun amacına göre yorum» yöntemini seçmiştir (3). Ama bu yorum yönteminin seçilmesindeki temel yanlışlık, *Arsel*'in ileri sürdüğü gibi (sahife 3-4), Anayasanın halkoyundan geçirilmiş olmasından doğmuyor.

c) *Arsel*'in Anayasa Mahkemesinin genel tutumuna yönelttiği

(1) Ne var ki, *Arsel* Anayasa Mahkemesinin yetkilerini çok genişletmiş bulunduğu, Seçim Kanununun iptali hakkındaki kararını sert bir biçimde eleştirmektedir (sahife 29 is.).

(2) Bu yorum yöntemi bile, yasanın hazırlanmasından sonra belirecek yeni gelişmeleri tam olarak gözönünde tutmaya, menfaatler dengesini en ön plânda göz önünde tutmağa elverişli olmadığından ve son tahlilde kanunkoyucunun soyutlaştırılmış amacına dayandığından eskimiştir, bırakılmalıdır.

(3) Ancak, Anayasa Mahkemesi, yer yer en aşırı gâyeye dayanan yorumları yapmaktan, örneğin, Anayasa'da hiçbir hüküm bulunmamasına rağmen çoğunluk esasına varabilecek seçim sistemlerini Anayasaya aykırı saymaktan kaçınmamıştır. Bu da, Anayasa Mahkemesinin, yargısını tam bir tutarlılığa oturtamamış olmasının bir sonucudur.



son eleştiri en önemlisi ve ağırlı. Yazara göre, Anayasa Mahkemesi «kendisinin ikinci Cumhuriyet devrinin siyasal ve sosyal ve ekonomik hayatı bakımından yönverici, yükseltici, ileriye götürücü bir rol oynamak durumunda bulunduğunu yeteri kadar henüz hissetmemiştir» (sahife 4). Ve anlaşılıyor ki, *Arsel* incelemesini, özellikle Anayasa Mahkemesinin bu tutumunu hissettiren kararları üzerinde düşüncelerini açıklamak için hazırlamıştır. Biz, Anayasa Mahkemesinin bu konudaki tutumu üzerinde en sonra durmak istediğimiz için şimdi, doğrudan doğruya *Arsel*'in Anayasa Mahkemesinin tutumunu gurup gurup ele alan bölümüne geçeceğiz.

## II. ANAYASA MAHKEMESİNİN BELİRLİ SORUNLAR HAKKINDAKİ TUTUMU.

### 1) Devlet - Kişi ilişkileri karşısında Anayasa Mahkemesi.

Yazar bu başlık altındaki açıklamalarına «genellikle» sözcüğüyle nitelendirilebilmek için yeterli olmasa bile, son zamanlarda Anayasa Mahkemesinin geniş yetkiler kullanma yönünde bir eğilim gösterdiğini tesbitle başlamaktadır (sahife 4-5). Gerçekten de, Anayasa Mahkemesinin yazardan farklı olarak, bizim endişeyle izlediğimiz böyle bir tutumu var. Ama, yazarın bu yetki genişlemesi konusunda övünçle verdiği örnekler, doğrusu bizi doyurmuyor. Yazar, bu yetki genişletme eğilimine örnek olarak, Anayasa Mahkemesinin iptal istemine dayatılan Anayasa hükümleri dışındaki maddeler gereğince de sorunları çözmesini, yasama meclislerinin nitelendirmesi ile kendisini bağlı tutmamasını, lafzî yorumun dışına çıkararak hukukun genel prensiplerine göre kararlar vermesini göstermiş. Anayasa Mahkemesinin bu tutumu bir yetki genişletmesi midir? Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 76. maddesi gereğince, yargıç zaten, dâvacının gösterdiği hukukî sebeplerle ve nitelendirmeye bağlı değil. Bu prensibin Anayasa yargısında da uygulanmasından daha tabii ne olabilir.? Anayasanın ruhuna ve hukukun genel prensiplerine göre karar vermek ise, Anayasa Mahkemesinin sadece yetkisi içinde olmakla kalmayıp görevidir de. Bu yüzden bu örneklerle Anayasa Mahkemesini yetkilerini genişletiyor diye eleştirmek mümkün olmadığı gibi, onu kutlamak da düşünülemez. Bunlar gibi, Anayasa Mahkemesinin kanunkoyucunun gerçek niyet ve isteklerinin ne olduğu-



nu tesbit ve onun takdir yetkisini değerlendirmenin de Danıştayın yıllardanberi yaptığı «yetki saptırılması» kontrolünden başka bir şey olmadığı açıktır. Kaldı ki, Anayasa Mahkemesi, buna rağmen yetki saptırılması kontrolüne çok az başvurmakta, incelediği kanunun maksat unsuru açısından kamu yararına aykırı düştüğünün bilincine vardığı durumlarda da büyük bir çekingenlikle, kanunu başka bir unsur açısından iptal etmekte, bazan da şekil yönünden iptalle yetinmektedir. Bunun en parlak örneğini Seçim Kanununun iptali olayı teşkil etmektedir. Anayasa Mahkemesi, bu kararda,

«Seçim kazandırmamak suretiyle partilerin gelişmelerinin önlenmesi ve çoğalmamalarının sağlanması için seçim kanunlarına hükümler koymak yoluyla Anayasa'daki «çok partili siyasi hayat» ve partilerin serbestçe faaliyette bulunması ilkelerine dolaylı olarak karşı çıkılmak istenmiştir».

demekle, Seçim Kanununun maksat unsuru açısından Anayasa'ya aykırı olduğunu çok çekingen bir dille tespit etmiş — zaten kanunu hazırlayanlar, açıkça bu değişiklikle belirli bir partiyi tasfiye etmek istediklerini söylüyorlardı — fakat onu esas yönünden kısmen iptal etmiştir. Üstelik, esas hakkındaki iptâl gerekçesinin çok kuvvetli olmamasına rağmen.

Yazar, Anayasa Mahkemesinin bu yetki genişletmesi saydığı tutumu karşısında duyduğu sevinci belirtmekte (sahife 6) fakat bu genişletmenin objektif ölçülerde yapılmak gereğini de ortaya koymaktadır. Aksi durumda, *Arsel*, Anayasa Mahkemesinin manevî otorite ve prestijini yitirme tehlikesine düşeceğini söylemektedir (sahife 7). Yazarın bu görüşlerine tamamen katılıyoruz. Zaten biz bu yüzden, Anayasa Mahkemesinin yetki sınırları üzerinde oldukça titiz durulması ve yetki genişlemelerinin hem Anayasa Mahkemesini, hem de Anayasayı itibarsız hale getirmekten sakınması gereğine inanıyoruz.

*Arsel*, bundan sonra, Anayasa Mahkemesinin yetkisi sınırları açısından her sorun karşısında aynı tutuma sahip bulunmadığı gerçeğine parmak basıyor. *Arsel*'e göre, bazı kuruluşlara özellikle partilere ve onların çıkarlarına karşı aşırı bir duyarlılık gösteren, bu konuda yetkilerinin sınırlarını genişletmek isteyen Anayasa Mahkemesi, ne yazık ki, aynı duyarlılığı kişilerin hakları açısından göstermemekte ve bu gibi konularda kendisini dar yetki kalıplarına hapsedmektedir (sahife 7). *Arsel*, bu konuda çarpıcı örnekler verdikten sonra sözlerini şöyle bağlıyor:



«Bütün bu tutum ve davranışlar, Anayasa Mahkemesinin farkında olmadan (bilinçaltında) devletin kişi için değil, fakat aksine kişinin devlet için yaratıldığı ve bu itibarla devletin kişiye üstün olduğu kişi hak ve hürriyetlerinin icabında Devlete feda edilebileceği «gizli» fikrinin yattığı zannını bizlerde uyandırmaktadır» (sahife 8).

Bu görüşlerden ötürü yazarı ancak kutlamak gerekir. Gelgelelim, siyasî partilere karşı allerji ve kişilere karşı otoriter eğilim, bürokrasinin resmî ideolojisidir. Yoksa, Anayasa Mahkemesinin yetkisinin sınırları konusundaki çekimserliğinin bir sonucu değil.

## 2) «Kişiye özel haklar konusunda Anayasa Mahkemesi»

*Arsel* bu başlık altında, Anayasa Mahkemesinin kişiye özel haklar konusunda hayli kıskanç ve titiz davrandığını, özellikle kişi dokunulmazlığıyla kişi güvenliği konusunda radikal bir tutum takındığını belirtmekte, sadece bir karar üzerinde durmaktadır. Bu yabancı ile evlenen kişilerin yedek subaylıklarını yitireceklerine ilişkin kanun hükmünün Anayasaya uygunluğunu belirten karardır.

*Arsel*, bu kararın askerlik yükümünü düzenleme işini herhangi bir kayıt ve şart koşmaksızın kanunkoyucunun takdirine bırakmış olduğunu ele alarak, böyle bir tutumun Anayasanın 11. maddesi karşısında savunulamayacağını belirtmektedir. Yazara göre asıl üzücü olan «Anayasa Mahkemesi Anayasanın yasama organına yön tayin ettiği hallerde dahi bu organın takdir hakkını kendi ölçülerine göre değerlendirirken, hâdisemizde olduğu şekilde yasamaya açık kapı bırakır görüldüğü 60. madde vesilesiyle onu keyfi hareketlerinde serbest «bırakmağa çalışmasıdır» (sahife 10). Yazar bu konudaki görüşlerini şöyle sonuçlandırıyor:

«... Muhterem mahkeme asıl görevini sadece yargı yetkisini usulü ve kanunu dairesinde kullanmak olmayıp toplumun sosyal kültürel ıslahat kademesinde şayanı arzu olan noktaya yaklaşmasını sağlamak olduğunu unutmamalı ve insanlık haysiyetini rencide edebilecek her türlü tasarrufun karşısında azimle yer almasını bilmelidir» (sahife 11).

Bu konuda, yukarıda belirttiklerimizi tekrarla yetiniyoruz. Yalnız *Arsel*'in bu aşırı duyarlılığı ve tepkiyi millî güvenlik endişeleriyle hoşgörülebilecek bir konudan çok, ölüm cezası konusunda da göstermesini dilerdik.



### 3) Sosyalizm, Komünizm ve Sosyal Devlet karşısında Anayasa Mahkemesi.

*Arsel*, bu konuda önce «Sosyal Devlet»in Anayasamız tarafından düzenlenişini ve bu düzenlemenin anlamını ele almakta sonra da Anayasa Mahkemesinin bu konular hakkındaki tutumunu incelemektedir. *Arsel*'e göre,

«... Anayasa Mahkemesi, işbu kararında sosyalizmin ne olduğunu veya sosyalizmden ne anlaşılacak icabettiğini açıklamak köyle dursun ve fakat bahis konusu hükümlerin neler olduklarını dahi temas etmemiş ve hattâ sosyalizmin sınırlarının kıstasların belirli bir şekilde zikretmemiştir. Sadece, Anayasanın Kurucu Mecliste hazırlandığı sırada sosyal hukuk ve sosyal devlet kavramlarıyla ilgili hükümlerin görülmesi sırasında ortaya atılan fikirleri ve beyanları kendisine mesnet yapmıştır» (sahife 15).

Anayasa Mahkemesinin meşhur 141-142. maddelere ilişkin kararını böylece değerlendiren *Arsel*, bundan sonra Lokavtı Anayasaya uygun bulan kararını ele almaktadır. Anayasa Mahkemesi bu kararında, anayasada temel haklar arasında yer alan sosyal haklar iktisaden zayıf olanları korumak için konan haklar olarak kabul etmiş bu yüzden de lokavtı ayrıca insan hakları şeklinde ayrıca Anayasada belirtmeğe gerek olmadığı sonucuna varmıştır. Anayasa Mahkemesi, bu sonuca varmak için yine Anayasanın hazırlık çalışmalarına başvurmuştur. İşte *Arsel*, bu kararı değerlendirirken çok haklı bir aydın tepkisiyle, «Her ne kadar hürriyet dışı veya diktacı sosyalizme Anayasamızın yer vermediği görüşünü kıskançlıkla benimsemiş ise de..... sosyal devlet ilkelerinin bekçiliğini yapmak bakımından her zaman aynı kıskançlığı aynı hassasiyeti gösterememiştir» diyor (Sahife 18).

### 4) Siyasî haklar konusunda Anayasa Mahkemesi.

*Arsel*, bu konuya, Anayasa Mahkemesinin seçim kanununun 10. ve 24. maddeler hakkında açılmış iki dâvada verdiği kararları incelemekle başlamıştır. *Arsel*'in görüşüne göre, bu kararlar, çekindir ve demokrasi ilkeleri ile bağdaşmaz (sahife 21). Anayasa Mahkemesi, bu kararlarında nisbî temsil düzeninde esas olan kişilerin değil fakat fikirlerin ve programların oylanması olduğunu, binaenaleyh kanun koyucunun bu yolda tedbirler alabileceğini böyle bir seçim düzeninde, siyasî partilerin kişilere üstünlüğünün kendi-



liğinden ortaya çıktığını belirtmişti. Yazar, bu tutuma şiddetle karşı koymaktadır. Yazara göre, «İnsan değerini her şeyin temeli yapan bir demokratik Anayasa, ... siyasi partileri kişilerin fevkinde bin duruma getirmiş olamaz» (sahife 22). Ayrıca «Şu duruma göre, seçmene arzu ettiği adayların seçiminde etkili olma şansını tanımayan bir seçim usulünü «serbest oy» esasıyla bağdaştırmak mümkün değildir» (sahife 23).

Yazarın bu görüşleriyle birlikte olmadığımızı derhal belirtmek isteriz. Seçim sistemlerinin seçilmesinde Anayasa sınırını geniş tutup, kanunkoyucuya rahat bir tercih imkânı vermek, bütün modern Anayasaların ortak tutumudur. Seçilen sistem, maksat unsuru açısından kamu yararına aykırılıklar taşımadıkça, bu seçimi serbest bırakmak daha doğrudur. Özellikle iki partili demokrasiler dışındaki ülkelerde sürekli olarak bir seçim sistemi arayışı vardır. Anayasamız da bu yüzden, seçim sistemi konusunda bir daraltma getirmemiştir. Böyle olunca, nisbî temsilin kabul edildiği bir ülkede, *Arsel* ne derse desin, kişilerin partilere göre ikinci plâna düştüğünü kabul zorunludur. Üstelik nisbî temsilde de bloke liste usulü kabul edilmişse, artık bu esastan kuşku duymamak gerekir. Kaldı ki, ülkemiz, nisbî temsil sistemine ilâveten bir de önseçim usulünü getirerek kişilerin dilediklerini seçme özgürlüklerini büsbütün daraltmıştır. *Arsel*'in mantığı tam olarak sürdürülecek olursa, hem bloke liste usulünün hem de ön seçim sisteminin öncelikle Anayasaya aykırı olduğu kabul edilmek gerekecektir. Demokrasinin ve seçimin kişiler arasındaki bir yarışma değil de, programlar ve sınıflar arası bir denge rejimi olduğunu kabul ediyorsak, kişinin, üzülerek de olsa, ikinci plâna düştüğünü kabul zorundayız.

*Arsel*, bundan sonra Anayasa Mahkemesinin D'Hondt seçim sistemindeki baraj usulünü iptâl eden kararını ele almaktadır. Yazarın en çok önem verdiği konu budur. Bir bakıma, *Arsel*'in bu incelemeyi sırf bu kararı değerlendirmek için yaptığını bile söyleyebiliriz. Nitekim *Arsel* incelemesinin 1/4'ünü bu karara ayırmıştır. Ama *Arsel* bunda yerden göğe haklıdır. Çünkü bu karar birçok yönlerden üzerinde çok durulmasını gerektiren özellikler taşımaktadır.

Anayasa Mahkemesi bu kararında, baraj usulü ile yapılan seçimlerde, seçmen azınlığının seçtiği milletvekillerinin Mecliste sayı çoğunluğunu elde etmelerinin mümkün olduğunu belirtmektedir. Oysa «... temsili rejimlerde de yine halkın çoğunluğunu temsil edenlerin yönetimin başında bulunmaları gerekmektedir... demokra-



tik idare anlayışı, içinde bulunduğumuz yüzyılda daha da gelişmiş ve toplumda beliren bütün fikir topluluklarının elverdiği oranda meclislerde temsillerine olanak tanınması... demokratik bir idarenin belli başlı nitelikleri arasında sayılmağa başlanmıştır... engelli seçim düzeni seçmen azınlığına dayanan temsilcilerin Meclis'te çoğunluk sağlayarak yurt yönetiminin başına geçmelerine yol açabileceğinden Anayasa'nın 2. maddesindeki demokratik hukuk devleti ilkesine aykırı bulunmaktadır». Ayrıca, «... seçmene kendisiyle aynı doğrultuda kullanılan oyların belli bir sayıyı doldurmaması halinde bu oyların tümünün nazara alınmayacağını önceden bildirmekte ve seçmen daha başlangıçta bir ruhi baskı ve tereddüd içine düşmektedir». Üstelik, bu kanunla, «... seçim kazandırmamak suretiyle partilerin gelişmelerinin önlenmesi ve çoğalmamalarının sağlanması için seçim kanunlarına hükümler koymak yoluyla Anayasadaki çok partili siyasî hayat ve siyasî partilerin serbestçe faaliyette bulunması ilkelerine dolaylı olarak karşı çıkılmak istenmiştir...».

*Arsel*, bu karar karşısında kesin bir tutum almıştır. *Arsel*'e göre, Anayasa Mahkemesinin bu muhakeme tarzını Anayasa Hukukunun genel prensipleriyle ve hele «temsili sistem» nazariyeleriyle bağdaştırmak imkânı yoktur (sahife 25). Kararın öngördüğü ihtimallerin örneğin İngilterede de ortaya çıktığı görülmektedir. Fakat İngiltere, hiçbir zaman seçim düzeninin demokratik olduğundan bahisle değiştirilmesi yoluna gitmemektedir (sahife 26). Anayasa Mahkemesi, nisbi temsil usulünden başka bir sistemin demokrasiyle bağdaşamayacağı kanısındadır (sahife 27). «Halbuki Anayasamız, seçim sisteminin ne olacağı ve ne olması gerektiği konusunda herhangi bir hüküm ihtiva etmemektedir. Etmediği halde Anayasa Mahkemesi, kendisince uygun gördüğü bir seçim düzenini hem kanunkoyucuya ve hem de vatandaşlara tahmil etmektedir. Anayasamıza asıl aykırı olan husus da aslında budur» (sahife 28). «Barajlı D'Hondt sisteminin aslı bir unsuru olan baraj unsuru kaldırılmakla geriye ondan farklı bir sistem kalmış olur... Eğer «barajlı D'Hondt sistemi demokratik değildir, çünkü çok partili siyasî hayatı kösteklemektedir» denecek olursa, bu takdirde barajsız D'Hondt sisteminin de iptali yoluna gidilmek gerekir» (sahife 31). «Temsili sistemde azınlıkta kalanların mutlaka temsil edilmeleri diye bir şey yoktur ve olamazda. Hattâ daha ileri giderek denebilir ki azınlığın kendi kuvveti ile orantılı olacak şekilde kendisini Mecliste temsil ettirmesine de lüzum ve hacet yoktur» (sahife 32). «Şayet... baraj usulünü... hiç



uygulamamak yoluna gidersek, Anayasanın koymadığı ve koymağı da düşünmediği bir yasağı siyasi hayatımızın temeli yapmış oluruz ki buna hiç kimsenin hakkı olamaz» (sahife 34).

Biz de Anayasa Mahkemesinin bu kararını uygun bulanlardan değiliz. Onda, çok tehlikeli bulduğumuz, bir yetki genişlemesi gördüğümüz gibi, bir bakıma da varlığına inandığı bozukluklarda sonuna kadar gidememe çekingenliğini de farkediyoruz. Fakat hemen belirtmemiz gerekir ki, *Arsel*'in seçim sistemleri açısından ileri sürdüğü düşüncelerin tek bir harfini dahi paylaşmak bizim için mümkün değildir. Bunun gibi, *Arsel*'in Anayasa Mahkemesine yönelttiği Anayasada öngörülmemiş bir yasak yaratma eleştirisi de tamamen haksızdır. Anayasa Mahkemesi kuruluşundan bu yana ilk defa serbest bir yorum yapmakta, Anayasanın lafzında bir boşluk tesbit edip, Anayasanın kurmayı amaçladığı siyasal düzenin ışığında bu boşluğu doldurmaya çalışmaktadır. Anayasamızın kanunkoyucuyu seçim sistemi tercihinde serbest bıraktığını yukarıda biz de söylemiştik. Ama, Anayasanın yürürlüğe girmesinden sonraki olaylar - kararda anılan 1961 seçimlerindeki Ağrı örneği gibi - böyle bir seçim serbestisinden doğacak sonuçların, Anayasanın ruhu ile bağdaşmadığını pekâlâ gösterebilir. Vardığı çözüm paylaşılsın paylaşılsın, Anayasa Mahkemesinin bu yöntemi, eleştiriye değil, övgüye lâyıktır. *Arsel*'in, «temsili rejimde azınlıkta kalanların mutlaka temsil edilmeleri diye bir şey yoktur» yolundaki düşüncesi ise bize ancak ürküntü vermektedir. Bu çizgide gelişmiş ve siyasal rejimi yerleşmiş İngiltereden örnek getirilmesi ise anlamsız olmaktan öteye gitmemektedir. Türkiye, bugün az gelişmişlik çemberini kırmak zorundadır ve bunu bugünkü politik kadroyla ve onların yöntemiyle başaramayacağı artık anlaşılmıştır. Böyle bir ülkede sayıca az fakat aydınlara dayandığı ve tarihin akışına uygun düştüğü için etkinlik bakımından önemli akımların temsil edilmemesine göz yummak aslında bu akımların demokratik hayata getireceği dinamizmden onu yoksun kılacağı gibi, bu akımları da demokratik olmayan alternatifler aramaya yöneltebilir.

Biz, Anayasa Mahkemesinin bu kararını başka açılardan eleştirilmek gerektiğine inanıyoruz. Önce, Anayasa Mahkemesinin ileri sürdüğü gerekçeler, *Arsel*'in de belirttiği gibi, barajsız D'Hondt sisteminin değil, milli bakiye sisteminin kabulünü haklı kılardı. Ve bunu yapmak da Anayasa Mahkemesi açısından hem daha kolay hem de daha tutarlı olacaktı. Kolaydı, çünkü barajlı D'Hondt sistemini



getiren kanunu maksat açısından iptal bunun için yeterliydi. Yukarıda da belirttiğimiz gibi olayda bunun şartları da vardı ve Anayasa Mahkemesi de çekingen olmakla birlikte buna dokunmuştu. Anayasa Mahkemesi bunu yapmış olsaydı, belki Anayasayı biraz zorladığı ileri sürülebilirdi ama, yetkisini aşır bir görev yerine getirdiği eleştirisi yapılamazdı. Üstelik daha tutarlı olurdu, çünkü barajsız D'Hondt sisteminin de barajlısı için öngörülen sakıncaları taşıdığı 1969 seçim sonuçları ile ortaya çıkmıştır.

Anayasa Mahkemesi kararının asıl eleştirilmesi gereken yanı, sadece baraj usulünü iptal etmekle, seçim sistemini, kanunkoyucu tarafından öngörülme-yen bir biçimde değiştirmiş olmasıdır. Kanunkoyucu, barajlı D'Hondt usulünü kanunlaştırmıştı. Anayasa Mahkemesi bunu iptâl edebilirdi. Ama, Anayasa Mahkemesi sadece baraj usulünü iptâl ile barajsız D'Hondt usulünü yürürlükte bırakmış, kanunkoyucuya onun düşünmediği bir seçim sistemini empoze etmekle bir bakıma teşrii bir görev yapmıştır. Bunun çok aşırı bir yetki aşması olduğunda kuşku yoktur.

5) Bundan sonraki kısa bölümde, *Arsel* bazı Anayasa kavramları hakkında Anayasa Mahkemesinin görüşlerini, onun kararlarına dayanarak belirtmeye çalışmıştır.

III. Sonuç olarak *Arsel*'in incelemesi için yapılmak gereken en önemli eleştirme onun eksik olmasıdır. Eğer *Arsel* bu araştırma ile ileri sürdüğü gibi bir ikazda bulunmak istemişse, ikazı gereken daha birçok noktalar vardı. Yok eğer Anayasa Mahkemesinin genel bir profili çizilmek istenmişse bu tablonun da tamamlanmamış olduğunu belirtmek gerekir.

#### 1) Anayasa Mahkemesinin eksik kalan profili.

Bu konuda, *Arsel*'in eskizinin oldukça eksik olduğunu itiraf gerekir. Düşünülmelidir ki, *Arsel*, incelemesinde Anayasa Mahkemesinin mülkiyet hakkına ilişkin tutumu üzerinde hiç durmamıştır. 6570 sayılı kanunun 2. ve 3. maddelerini mülkiyet hakkının özünü yaraladığı gerekçesi ile iptal edip, «donmuş kira rejimi» ni kaldıran meşhur kararından, kitabın ilk bölümünde söz bile edilmemiş sadece ikinci bölümünde kısa bir özet sunulmuştur. Yine Anayasa Mahkemesinin mülkiyet ve toprak reformuna ilişkin görüşlerini açıklayan Tapulama Kanununun iptali için açılan dâvanın reddi hakkındaki kararı ise, özet bölümünde bile yer almamaktadır. Bunlar gibi,



Anayasa Mahkemesinin hürriyetler konusundaki tutumu da kitabın ilk bölümünde ele alınmamıştır. Oysa, bütün bunlar da incelenseydi, Anayasa Mahkemesinin tam bir profilini okuyucuya vermek mümkün olabilecekti. Bu profil tamamlanırsa kanaatimizce Anayasa Mahkemesi kararlarını belli bir çizginin ekseninde toplanması başarılabilir. Yoksa ilk bakışta, bu çizgiyi bulma imkânı yoktur. 5680 sayılı Basın kanununun yabancı ülkelerde basılmış kitapların toplatılmasını öngören 31. maddesini, 5682 sayılı Pasaport kanununun seyahat hürriyetini çok daraltan 22. maddesini, Polise sinema filmlerini sansür imkânını tanıyan 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyetleri Kanununun 6. maddesini, evlenmeyi izne bağlayan 3949 sayılı kanun hükümlerini Anayasaya uygun bulan bir Yüksek Mahkeme, Kira kanununun «donmuş kira rejimi» ni öngören 2. ve 3. maddelerini, seçim sistemindeki baraj usulünü, iktidarın kendi kalkınma felsefesini yürürlüğe koymak için hazırladığı Yetki Kanununu ve benzerlerini Anayasa'ya aykırı bulursa, bu çizgiyi bulmak konusunda ciddi güçlükler başgösterir. Ancak, Anayasa Mahkemesinin her konu karşısındaki tutumu teker teker tesbit edilirse, eskiz tamamlanır ve ortaya bir profil çıkar. Anayasa Mahkememiz genel tutumu itibariyle kişi hürriyetleri konusunda otoriter eğilimli, mülkiyet hakkı ve çalışma konularında tutucu, siyasi partilere karşı allerji duyan, iktidarı denetleme ve sınırlama konusunda yetkilerini genişletmek isteyen bir çizgiyi oldukça tutarlı bir biçimde sürdürmektedir. Bu çizgi ise, bürokrasinin resmî ideolojisinin ifadesinden başka bir şey değildir. *Arsel*, kitabında yazık ki, bu çizgiyi yakalayamamış, bu yüzden de, Anayasa Mahkemesinin, bir konuda geniş bir konuda dar yetkiler kullanımının nedenini anlayamamıştır.

2) Anayasa Mahkemesine yapılması gerektiği halde yapılmayan ikazlar.

*Arsel*'in Anayasa Mahkemesine yapmak istediği biricik ikaz, Anayasa Mahkemesinin «.. kendi kendisinin 2. Cumhuriyet devrinin siyasal ve sosyal ve ekonomik hayatı bakımından yönverici, yükseltici, ileriye götürücü bir rol oynamak durumunda bulunduğunu yeteri kadar hissetmemesi» yönündedir (sahife 4). Biz, «Anayasanın vatandaş olarak hepimize yüklediği» ikaz görevlerinin başka konulara da yayılması gerektiğine inanıyoruz.



a) Anayasa Mahkemesinin şekil konusundaki tutumu hakkında. Anayasa Mahkemesi, şekil yönünden iptâl yetkisini oldukça sık sayılacak bir biçimde kullanmaktadır. Bu sorun üzerinde, iki açıdan durulmak gerektiğine inanıyoruz.

aa) Anayasa Mahkemesi, şekil konusundaki her bozukluğun, idari yargı denetiminde olduğu gibi, kanunun iptalini gerektireceği kanaatindedir. Örneğin, başkanlık divanının biçimlendirilmesi, komisyonların kurulması konularındaki bozukluklar, Anayasa Mahkemesine göre, kanunun iptalini gerektirir. Teorik açıdan doğru sayılabilecek bu görüş, gerek yasama meclislerinin itibarlarını sarsıcı, gerekse yasama ekonomisi açısından sakıncalı olması yüzünden bize fazla doğru gibi görünmemektedir. Düşünülmelidir ki, bu denli önemsiz bir şekil bozukluğu yüzünden iptal edilen kanun, yasama meclisleri tarafından derhal aynen kabul ile tekrar kanunlaşabilecektir. Öyleyse, zaten yavaş ve verimsiz çalışan yasama organımızın pahalı işleyişini geciktirmede ve yasama ve yargı organları diyalogunu büsbütün germekte ne gibi bir yarar bulunabilir. Kanaatimizce, şekil bozukluğu, bir kanunun, ancak bu şekil bozukluğu yüzünden başka bozukluklara uğramasının muhtemel olduğu, örneğin, yanlış kurulmuş bulunan başkanlık divanının, bu divanda haksız olarak temsili önlenmiş partilerin söz hakkını kısıtladığı durumlarda iptale dayanmak sayılmalıdır (4).

bb) Anayasa Mahkemesi, diğer yargılarda olduğu gibi, şekil bozukluğunu bir kez tesbit edince, artık esasa girmeden iptal kararını vermektedir. Bu tutumun da Anayasa Yargısı açısından doğru olmadığına inanıyoruz. Anayasa Mahkemesi, şekil bozukluğunu bulsa bile, yeni baştan hazırlanacak kanun hakkında yasamaya ışık tutmak için esasa da girmeli, onu inceleyerek esasta da Anayasaya aykırılık bulunup bulunmadığını belirtmelidir. Bu da, hem yasama ekonomisi, hem de yasama-yargı ilişkileri açısından son derece yararlı olacaktır. Üstelik, Anayasa Mahkemesini de, ikici kez karşısına iptal istemi ile gelen bir kanunu artık iptal etmemek için, kendisini zorlamaktan, inanmadığı gerekçelere sarılmaktan kurtaracaktır.

(4) Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi de, bazı kararlarında, şekil yönünden aykırılığı, başka yollarla, iptal sebebi saymamak çabasına başlamıştır. bkz. Ay. M. 14.10.1969, Esas 34/K. 55.



b) Anayasa Mahkemesinin esas konusundaki tutumu hakkında.

Anayasa Mahkemesinin esas hakkındaki tutumu konusunda eleştirilerimizi genel olarak yukarıdaki bölümlerde belirttik. Burada özellikle üzerinde durmak istediğimiz bir nokta var. O da, Anayasa Mahkemesinin yer yer Anayasa'ya aykırı olduğu su götürmeyen kanunları iptalden kurtarmak için genellikle Anayasa Mahkemelerine tanınan yetkilerin çok ötesine geçip kendi değer yargılarını karara katarak o kanunu «uygun» bulması. Bu tutumun özellikle tesbit ettiğimiz Anayasa Mahkemesinin genel profili ışığında çok tehlikeli olduğuna inananlarıdır. Anayasa Mahkemesi, bir kanunun nedenli uygun olduğuna inanırsa inansın, onun Anayasaya uygun olduğunu ispat edemiyorsa, onu iptalle yükümlüdür. Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya aykırılığı çok su kaldıran kanunları iptale kalkışırsa, hem Anayasa Yargısının itibarını yitirmesine yol açar hem de çok partili siyasi hayat içinde, onunla bağdaşması güç bir siyasi vesayet mekanizması kurmuş olur.

*Arsel*, iyi niyetli ve medeni cesareti yüzünden övgüye değer araştırmalarında bu noktalara da dokunmuş olsaydı, çalışması canıyorus ki daha mükemmel daha kusursuz olurdu.

Not : Yazımız çok uzun bir süre basılmadan beklediği için, içindeki düşüncelerimizden bazıları, Anayasa Mahkemesinin bu aradaki tutumu karşısında mesnetsiz ve haksız kalmıştır. Özür dileriz.