

II. BÖLÜM

TÜRK ANAYASA YARGISINDA “MAHKEME” OLARAK KABUL EDİLMİYEN YARGI MERCİLERİ

2.1. Genel Olarak

1982 Anayasası'nın 152. maddesi, Anayasa Mahkemesi'ne itiraz (*exceptio*) yoluyla başvurabilecek merciin, “mahkeme” olmasını aramaktadır. 152. maddenin kullandığı ifade aynen şu şekildedir: “*Bir davaya bakmakta olan mahkeme*”. Bu maddede geçen “mahkeme” teriminin ne anlama geldiği konusunda gerek 1961 Anayasası'nın aynı maddeye karşılık gelen 151. maddesinin, gerekse 1982 Anayasası'nın 152. maddesinin gerekçelerinde bir bilgiye rastlamak mümkün olmamıştır.²⁸

Delayısıyla, bu kavramın içerisine hangi yargı mercilerinin dahil olduğu –olması gerektiği– büyük ölçüde Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları ile şekillenmiştir.²⁹ Anayasa Mahkemesi, kuruluşunun ilk on yılında (1962-1972) verdiği kararlar ile mahkeme kavramını dar bir şekilde yorumlamış; “mahkeme” kavramına anayasa yargısına özgün bir

²⁸ Anayasalarımız, Anayasa Mahkemesi Yayını, 2000, 356 ve 750.

²⁹ Bunun istisnalarından birisi Danıştay 1. Dairesidir. Daire, kendi içtihadı ile mahkeme (dava dairesi) olmadığını ortaya koymuştur. (Danıştay 1. Daire, 1997/91, 1997/124, Danıştay Dergisi, Yıl: 28, 95, 1998, 37-38, 38.) Buradan hareketle, örneğin Danıştay 1. Dairesinde çözümlenmekte olan kamu tüzel kişileri arasında çıkan bir kamulaştırma sorununda uyuşmazlığın taraflarının Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesinin Anayasa'ya aykırılığını ileri sürmeleri söz konusu olamaz. Danıştay 6. Dairesinin bir kararında da vurgulandığı üzere, Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesi uyarınca Danıştay tarafından verilen idari kararlar kesin olup dava konusu yapılamazlar. (Danıştay 6. Daire, 1993/2684, 1993/3061, 14.9.1993, 369-370: alıntı: Evren ALTAY, “Danıştay'ın İdari Görevleri ve Kararları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı 56, 2005, 189-238, 226.) (2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 42 nci maddesinin (g) bendine göre Kamulaştırma Kanununun otuzuncu maddesinin uygulanmasından çıkan uyuşmazlıkları 1. Daire çözümlemek görevlendirilmiştir). Görüldüğü üzere bazı yasal düzenlemelerin Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesi olasılığı daraltılmıştır.

anlam kazandırmak yerine, adli ve idari yargıda hakim olan yaklaşımı anayasa yargısına aktarmayı tercih etmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin ilk on yılını kapsayan kararlarına bakıldığında, mahkeme kavramının, "bir davaya bakmakta olan, hakim niteliğindeki kişilerden kurulu, yargı yetkisine sahip, taraflar arasında uyuşmazlığın esasını çözümleyen merci"³⁰ şeklinde tanımladığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin "mahkeme" kavramına açıklık getirdiği ilk dönem kararlarında, aşağıdaki unsurların mahkemenin tanımının yapılmasında dikkate alındığı görülmektedir.

1. "Adli, askerî veya idarî dâvalara bakan ve bu dâvalarda nihai hüküm vermek suretiyle anlaşmazlıkları çözümlen her derecede mahkeme"³¹lerden olması,

2. Bir mahkemenin idaresiyle görevli kılınmayan ve dâvaya bakmayan hâkimlerin mahkeme kavramına girmemesi,³²

3. Onaya bağlı karar verme, kararlarının esas yönünden itiraz edilebilir olması, kararların mahkemeleri bağlaması, kararların kazanılmış hak doğurması,³³

4. Yargılama yapıp, uyuşmazlığı kesin olarak çözmesi,³⁴

5. "...Karar organlarının hakimlerden teşekkül etmesi, yargılama tekniklerini uygulayarak ve genelde dava yolu ile uyuşmazlık ve anlaşmazlıkları çözümlenmekle görevli olması ve Anayasa'da sayılan ve başında bir yüksek mahkemenin bulunduğu yargı düzenlerinden birinde yer alması",³⁵

6. "... Kazai bir usul uygulanmasından başka, üyelerin de bağımsız olması ve hakim niteliğini haiz kişilerden oluşması veya hakim statüsünde bulunması",

7. Özel ve genel nitelikte olabileceği gibi,³⁶ sürekli veya geçici nitelikte³⁷ de olabilmesi,

³⁰ E.1967/15, K.1967/15, AMKD, 5, 119.

³¹ (Fethiye Sorgu Hâkimliği Kararı), E.1964/51, K.1965/3, AMKD, 3, 17,

³² *İbid.*

³³ *İbid.*

³⁴ E.1967/4, K.1967/5 (Yayınlanmadı)

³⁵ "İlçe Seçim Kurulu Başkanlığı" kararı, E.1992/12, K.1992/7, AMKD, 28/1, 139.

³⁶ Devlet Güvenlik Mahkemesi, Aile Mahkemesi ve Çocuk Mahkemesi gibi.

8. Yargılama yapması ve uyuşmazlıkları kesin olarak çözümlenmesi,

9. Tek başına yargılama işi yapan hakimlerin bir mahkemenin idaresiyle görevli kılınması,³⁸

10. Görev yapan üyelerin atanmaları, hak ve ödevleri, emekliye ayrılmaları, Anayasa'nın öngördüğü mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim teminatı esaslarına göre düzenlenmiş olması,³⁹

11. Mahkemelerin, kendilerine sunulan şikayet ve itirazları, belli usule uyarak yargılaması ve bu yargılamayı yaparken objektif hukuk kurallarını şikayet ve itiraza uygulaması.⁴⁰

Anayasa Mahkemesi ilk kuruluş yıllarında, yukarıdaki kriterleri uygulayarak, Sayıştay'ı, sorgu yargıçlarını, vergi itiraz ve temyiz komisyonlarını, haysiyet divanını, hakemleri ve iptal davası ve itiraz başvurusu yollarıyla gelen davalara bakarken kendisini mahkeme olarak kabul etmemiştir. Bu mercilerin neden mahkeme olarak kabul edilmediği hakkında ek bilgi verilmesi konunun ayrıntılarının belirginleşmesi açısından yararlı olacaktır.

2.2. Sayıştay'ın Mahkeme Niteliği

Sayıştay'ın mahkeme olarak kabul edilip edilemeyeceği ile ilgili tartışmalar 1924 Anayasası'nın hazırlık çalışmalarına kadar uzanmaktadır. 1924 Anayasası Sayıştay'ı "Maliye İşleri" Bölümünde (m. 100-1001) düzenlemekteydi. 1961 Anayasası'nın hazırlık çalışmaları sırasında Temsilciler Meclisinde Sayıştay Temsilcisi olarak bulunan ve daha sonra Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilen Muhittin Gürün, Sayıştay'ın bir yargı kurumu olması gerektiğini ve mensuplarının atama usulleri ve teminatı gibi hususların diğer yargı kurumlarında olduğu gibi Anayasa'nın Yargı bölümünde yer almasını savunuyordu. Ancak, Muhittin Gürün'ün Kurucu Meclis'te gösterdiği gayretler yeterli olmamış ve

³⁷ Anayasa Mahkemesi, Gezici Arazi Kadastro Mahkemesini, hiç tartışmaksızın davaya bakan mahkeme olarak kabul etmiştir. E.1962/211, K.1962/121, AMKD, 1, 44-63.

³⁸ E.1968/5, K. 1968/6, AMKD, 6, 116-7.

³⁹ E.1966/16, K.1966/28, AMKD, 4, 173.: Verilen karar kazai nitelikte ve kazai usullere uygun olsa da, üyeler bu şartları gerçekleştirmedikçe Komisyon gibi mercileri mahkeme sayılmamıştır.

⁴⁰ "İcra Tetkik Mercileri" kararı, E.1965/25, K. 1965/57, AMKD, 3, 220.

Sayıştay 1961 Anayasası'nda "İktisadi ve Mali Hükümler" bölümünde (m. 127) yer almıştır.

1961-1968 yılları arasında Danıştay'ın Sayıştay'ı bir mahkeme olarak görmemesiyle başlayan iki kurum arasındaki çekişme 1969 yılında Anayasa Mahkemesi önüne taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi 1969'dan itibaren altı yıl boyunca Sayıştay'la ilgili olarak beş "çelişik"⁴¹ karar vermiştir.⁴² Sayıştay'ın mahkeme olarak kabul edilmemesinin "hikayesi" oldukça ilginçtir. Bu ilginç hikayeyi Pertev Bilgen, kendisine has üslubu içerisinde çok güzel anlatmaktadır:⁴³

"Kararları ... okuyunca gördüm ki bu savaş, üstelik Anayasa Mahkemesi arenasında bir yanda Sayıştay ve Muhittin Gürün ve askerleri, öbür yanda Danıştay ve Avni Girda ve askerleri arasında altı yıl sürmüş ve bitmiş.⁴⁴ Savaşı bu safhada Avni Givda ve askerleri kazanmış."

⁴¹ ÖZBUDUN, a.g.e., 379: ESEN, a.g.m., 75.: Bu tür "çelişik" kararlar sadece Türk Anayasa Mahkemesi'ne has bir durum değildir. Örneğin, Litvanya Anayasa Mahkemesi 14 Şubat 1994 tarihli bir kararında, savcılar yargı teşkilatının bir parçası olarak kabul etmiş; 1 Ekim 1997'de, savcılar mahkemelerle özdeşleşmeyeceğini söylemiş; ancak, 5 Şubat 1999'da savcıların tekrar yargı organının bir parçası olduğuna karar vermiş ve 16 gün sonra, yani, 21 Şubat 1999'da, savcılar yargıçlarla aynı statüde olmadığını ve yargının idaresini yürütmediklerine karar vermiştir. KÜRİS, a.g.m., 224-225.

⁴² Bu davalar 1967 (2 dava), 1971, 1972 ve 1973 yıllarında biri Danıştay Başkanlığının açtığı iptal davası, dördü Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulunun Anayasa'ya aykırılık itirazları nedeniyle Anayasa Mahkemesi önüne gelmiştir. E.1967/13, K.1969/5, 14-16.1.1969, AMKD, 7, 154-190: E.1967/19, K.1969/6, 16.1.1969, AMKD, 7, 191-219.

⁴³ Pertev BİLGİN, "Sayıştay'ın Yargı Düzeni İçindeki Yeri (Bir Savaş Hikayesi)", **İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, No:7 (Nisan 1994), 37-54.

⁴⁴ İlk kararda Muhittin Gürün'ün yanında yer alanlar Lütfi Ömerbaş, İhsan Keçecioğlu, Salim Başol, Feyzullah Uslu, Fazlı Öztan, Celâlettin Kuralmen, Fazıl Uluocak, Sait Koçak, İhsan Ecemiş olup, adları anılan üyeler Sayıştay'ın mahkeme olduğunu ileri sürmüşler ve karar bu yönde çıkmıştır. İkinci karar da aynı üyelerin oyları ile Sayıştay lehine sonuçlanmıştır. Bu kararlarda Avni Givda'nın yanında yer alanlar Hakkı Ketenoğlu, Muhittin Taylan, Recai Seçkin ve Ahmet Akar'dır. Üçüncü ve dördüncü kararlarda, emekli olan üç üyenin yerine seçilen Nuri Ülgenalp, Şahap Arıç, Hulki Zarbun, Muhittin Gürün'ün yanında yer almış ve karar 8/7 Sayıştay lehine çıkmıştır. Beşinci ve son kararda Muhittin Gürün'ün yanında yer alanlar koyu yazılarak gösterilmiştir. Muhittin Taylan, Avni Givda, Fazıl Uluocak, Sait Koçak, Şahap Arıç, İhsan Ecemiş, Ahmet Akar, Halit Zarbun, Ziya Ünel, Abdullah Üner, Kâni Vrana, Muhittin Gürün, Lütfi Ömerbaş, Şevket Müftügil, Ahmet H. Boyacıoğlu. "Görüldüğü gibi, Sayıştay ve Muhittin Gürün ekibi

“Kanunu Anayasa’ya uygun bulan ilk dört karar da, Anayasa’ya aykırı bulan ve iptal eden son kararda tüm gerekçeler, (a) Sayıştayın Anayasa sistematiğindeki yeri, (b) kesin hükme bağlamak terimi ve nihayet (c) Sayıştay’ın TBMM adına yetkili kılınmış olması ve bunun kullandığı cümledeki yeri üzerinde düğümleniyor. Savaşın her iki cephesindekiler de bu aynı olgu ve ifadelere kendi görüşlerini destekleyecek anlamlar vererek Kanunun Anayasaya uygun veya aykırı olduğuna karar veriyor, daha sonra da vardıkları sonucu haklı gösterecek başka deliller arıyorlar.”

“Kararların hiç birinde Sayıştayın yaptığı “işler” ve bu işlerin mahiyeti; ... incelenmiyor; ilk bakışta sorumlusu Anayasa Mahkemesi değilmiş gibi görünmesine rağmen, kararlardan sonra hukuki durumun ne olacağı, ortaya çıkacak sorunlar nazarı itibara alınmıyor.”⁴⁵

“1982 Anayasasının hazırlık çalışmalarında Sayıştay, “Anayasa’nın Yargı Bölümünde muhafaza edildi ama Yüksek Mahkemeler arasından çıkarıldı; mahkeme olmadığı açıklandı ama mahkemelerin denetimi dışına çıkartıldı; yeni bir karar düzeltilmesi yolu, bir garip içtihat uyuşmazlığı icad edildi, aşağıdaki şekli aldı ve Milli Güvenlik Konseyince de aynen kabul olundu.”⁴⁶

“Sayıştay Kanunu 3667 Sayılı Kanunla değiştirildi. Kanun Anayasa Mahkemesi önüne gitti. “Sayıştay’ın yargı organı olarak nitelendirilmesi”nin olanaksız olduğuna 1982 Anayasasının 160. maddesine rağmen bir kere daha karar verildi. Sayıştay cephesi savaşı kaybetti.”⁴⁷

“Sayıştay ile adliye mahkemeleri arasında isterseniz içtihat isterseniz hüküm uyuşmazlıkları çıkmaya başladı. Uyuşmazlık Mahkemesi de Sayıştay mahkeme olmadığı için Sayıştay kararları ile adliye mahkemeleri arasında hüküm uyuşmazlığı olamayacağına karar verdi.⁴⁸ Zavallı malmüdürü Sayıştay’da kazandı, adliye mahkemesinde kaybetti. Parayı ödedi, şaşırda kaldı.”⁴⁹

altı yıl içinde vaki üye değişiklikleri ve bir üyenin (=H. Zarbun) cephe değiştirmesi sebebiyle savaşı on +beş yerine dokuz + altı oyla kaybediyor” BİLGİN, a.g.e, 49.

⁴⁵ BİLGİN, a.g.e., 49. (vurgular ihmal edilmiştir).

⁴⁶ *İbid.*, 50.

⁴⁷ *İbid.*, 54.: E.1990/39, K.1991/21, 11.7.1991, AMKD, 27/1, 423-472.

⁴⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi, 1993/46, 1993/43, 15.11.1993, 15.12.1993.

⁴⁹ BİLGİN, a.g.m., 54.

Bilgen'in makalesinde dile getirdiği kararların daha sistematik ve ayrıntılı olarak ele alınması Sayıştay gerçeğini anlamaya yardımcı olacaktır. Sayıştay'ın bir mahkeme olup olmadığı ile ilgili ilk iki dava 1967 yılında Anayasa Mahkemesi önüne birer ay ara ile Danıştay Dâva Daireleri Kurulu ve Danıştay Başkanlığı tarafından getirilmiştir.⁵⁰ Başvurularda, Sayıştay Kanunu'nun 45. maddesinin son fıkrasında yer alan "Sayıştay'ca verilen ilâmlar aleyhine Danıştay'a başvurulamaz" hükmünün iptali istenilmiştir. Anayasa Mahkemesi, 16 Ocak 1969'da yaptığı toplantıda 5'e karşı 10 oyla verdiği kararla iptali istenilen hükmü Anayasa'ya uygun bularak Sayıştay'ın dolaylı olarak verdiği kararın yargısal nitelikte olduğunu kabul etmiş gözükmüştür.⁵¹ Mahkeme'ye göre, kesin hükme bağlama yetkisi, kesin idari karar şeklinde anlaşılabilir. Anayasa Mahkemesi, aynı zamanda bir kurum veya kuruluşun Anayasa'da bulunduğu yerin, onun hukuksal olarak sınıflandırılmasında etkili bir kriter olmadığına karar vermiştir. Daha sonraki yıllarda görülen iki davada Anayasa Mahkemesi'nin tavrında bir değişiklik olmamıştır.⁵²

Anayasa Mahkemesi, Sayıştay konusundaki belirleyici kararını 1973 yılında 4'e karşı 11 oyla vermiştir.⁵³ Gerekçesi oldukça uzun bu kararda, Anayasa Mahkemesi kısaca, Anayasa'nın Sayıştay Başkan ve üyelerine yargıçlık güvencesi tanımadığı; Sayıştay'ın, Anayasa'nın yargı bölümünde yer almadığı, uyumsuzlukları çözümleyen bir yargı yeri niteliği taşımadığı; yaptığı denetlemenin hukuksal açıdan bir yürütme ve yönetim işi olduğu ve bu işle Anayasa gereğince görevlendirilmiş bulunduğu gerekçesi ile Sayıştay'ı bir "mahkeme" niteliğinde görmemiştir. Böyle olunca, Sayıştay davaya bakmakta olan mahkeme niteliğini taşımadığından "Sayıştay'ın Anayasa Mahkemesi'ne

⁵⁰ Başvurular Mayıs ve Haziran 1967'de yapılmıştır.

⁵¹ Gerek bu kararın gerekçesi gerekse karşıoyları oldukça kapsamlı olup buraya alınmamıştır. Konunun ayrıntılarının açıklığa kavuşulması için kararın tam metnine bakınız.

⁵² 832 sayılı Kanununun 45. maddesinin son fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu yolundaki sav, 1971/55 (10.6.1971, R.G. 24.7.1972) ve 1972/55 (17.10.1972) karar sayılı işler dolayısıyla incelenmiş; kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı karara bağlanmıştı. Bu kararlar Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisinde yayımlanmamıştır.

⁵³ E.1972/56, K.1973/11, 6.3.1973, AMKD, 11, 126-179.

başvurmaya ve Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunmaya yetkili olmadığı ortaya çıkmış olmaktadır”⁵⁴

Anayasa Mahkemesi'nin 1970'li yılların başında üye kompozisyonunun (ve bir üyenin kanaatinin) değişmesinden de kaynaklanan nedenlerle oluşturduğu bu yaklaşımı daha sonraki yıllarda da devam etmiştir. 1982 Anayasası'nda Sayıştay'ın Yargı bölümünde yer alması da bu konuda oluşan genel kaniyi değiştirmemiştir.⁵⁵ Anayasa Mahkemesi'ne göre; “Sayıştay'ın gerek iç düzenlemesinde gerekse çalışma yöntemlerinde yüksek yargı organlarına benzer düzenlemeler gözlenmektedir. Bu düzenlemeler Anayasakoyucunun değil Yasakoyucunun tercihinin sonucudur.”⁵⁶

Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin bu tutumu doktrin tarafından eleştirilmektedir.

İlk olarak, Bilgen'in dediği gibi;

“...Anayasa'da bulunan lehte ve aleyhteki deliller ne olursa olsun bunlar üzerinde faydasız tartışmalara girmeden hukuk devleti ilkesini ve Sayıştay'ı kurtarmak amacıyla egemen bir mahkeme olarak kabul edilmelidir. Anayasada bu yolda deliller aranmalı ve bulunmalıdır. Ancak bu takdirde, Sayıştay, Anayasa'nın 138, 139 ve 140. maddelerinin himayesinden yararlanan, başka bir ifade ile ancak bu suretle “bağımsız” ve seçim veya atama usullerinde itibaren “hakimlik formasyonuna ve teminatına sahip üyelerden oluşan bir yüksek denetim ve yargı organına dönüşür. Hukuk devleti ilkesi de Sayıştay da kurtulur.”⁵⁷

Gözler'e göre;

⁵⁴ *İbid.*, 165-176: Gürbüz ÖNBİLGİN ve Muammer OYTAN, *T.C. Anayasasının İlke ve Kuralları ile Anayasa Mahkemesi Kararları Dizini*, Doğan Basımevi, Ankara, 1977, 208.

⁵⁵ Sayıştay, 160. maddenin gerekçesinde “Bir hesap mahkemesi” olarak gösterilmiştir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'ne göre; “Sayıştay'a Anayasa'nın “Yargı” bölümünde yer veren yeni düzenleniş biçimi Sayıştay'ın yüksek yargı yeri olarak nitelendirilmesi için yeterli değildir.”, AMKD, 27/1, 448.

⁵⁶ E.1990/39, K.1991/21, 11.7.1991, AMKD, 27/1, 449. “Sayıştay Yasası'nda, inceleme ve karar yolları için yargı organlarında kullanılan “yargılama”, “hüküm”, “temyiz”, “içtihadı birleştirme” ve “ilam” gibi terimlerin kullanılmış olması Sayıştay'ın işlevinin yargısal nitelikte olduğunu göstermez. Bu isimler altında ve çeşitli aşamalar durumunda yapılan çalışmalar, denetim işlevi olup hâkimler tarafından yargı gücü kullanılarak yapılan bir uyumsuzluğun çözümü niteliğindeki işlerden değildir.”

⁵⁷ BİLGİN, a.g.m., 54.

“...Sayıştay’ın yargısal görevi yerine getiriş usulü, bir yargı organının sahip olması gereken tarafsızlık niteliği ile bağdaşmaz. Zira Sayıştay, saymanların hesaplarını ve işlemlerini bir yandan denetlemekte, diğer yandan da denetim sırasında ortaya çıkan usulsüzlüklerden dolayı saymanları tazmine mahkum etmektedir. Yani Sayıştay hem, tazmini gerektiren durumu saptamakta, hem de bu durumu yargılamaktadır. Böyle bir yöntemin “mahkeme” niteliğinde olan bir kuruluş tarafından izlenmesi uygun değildir. Bir mahkemede davayı açacak makam ile davaya bakacak makâmın birbirinden ayrı olması gerekir. Bu çalışma biçimi eleştiriye açık olsa da, Sayıştay bir yönüyle bir yüksek mahkemedir ve yaptığı faaliyet bir yargı kolunu, hesap yargısını oluşturur.⁵⁸

“...Sayıştayın genel ve katma bütçeli dairelerin gelir ve gider sorumlularının hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlama faaliyetini bir yargı faaliyeti olarak kabul ettiğimize göre bu faaliyeti dolayısıyla Sayıştay’ı da bir mahkeme olarak kabul etmek gerekir. Dolayısıyla Sayıştay da def’i yoluna başvurabilir”⁵⁹

Tanör & Yüzbaşıoğlu da Sayıştay’ın Anayasa’daki yeri, verdiği kesin hüküm oluşturan kararlarına karşı yargı yolunun kapatılmış olmasını dikkate alarak, “Sayıştayın, sorumluların hesap işlemlerini kesin hükme bağlama faaliyeti sırasında mahkeme olduğu kabul edilmelidir” demektedirler⁶⁰

Esen’e göre;

“...Sayıştay’ın inceleme ve denetleme işlerinde “mahkeme” niteliği içine girmediği açıktır. Ancak, 1982 Anayasası’nda Sayıştay’a ilişkin yapılan değişiklikler göz önüne alındığında Sayıştay’ın sorumluları yargılayıp haklarında beraat ya da tazmin hükmü verme yetkisini kullanırken “mahkeme” durumunda olduğunu kabul etmek gerekir...”⁶¹

Öğretide başka yazarlar da burada varılan sonucu desteklemektedirler.⁶²

⁵⁸ (Vurgu eklenmiştir) Kemal GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin Yayınları, Bursa, 2000, 437.

⁵⁹ *İbid.*, 488.

⁶⁰ Bülent TANÖR ve Necmi YÜZBAŞIOĞLU, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, YKY Yayınları, 2001, 493.

⁶¹ ESEN, a.g.e., 77.

⁶² ÖZBUDUN, a.g.e., 379; ALİFENDİOĞLU, a.g.e., 138.

2.3. “Hakem Mahkemesi”nin Niteliği

Anayasa Mahkemesi'nin kırk yılı aşkın içtihatları tarandığında, ihtiyari tahkim gereğince görev ve yetkisini tarafların aralarında akdettikleri sözleşmeden alan bir *ad hoc* hakemin Anayasa Mahkemesi'ne başvurarak, Anayasaya aykırı gördüğü bir hükmün iptalini istediği bir örnek görülememiştir.

Ancak, görev ve yetkisini yasadan alan hakem sıfatıyla (zorunlu tahkim) davaya bakan hakimlerin Anayasa Mahkemesi'ne başvurusu ile ilgili örnekler vardır. Anayasa Mahkemesi, zorunlu tahkimle ilgili görüşlerini açıkladığı üç kararında zorunlu tahkim ve hakem mahkemesi konularına nasıl yaklaştığını genel hatlarıyla ortaya koymuştur. 1963/43, 1969/29 ve 1972/47 nolu kararlar, Yüce Mahkeme'nin kuruluşunun ilk on yılında verilmiş olup; daha sonra gündeme gelen başka uyuşmazlıklar,⁶³ önceki kararların perçinleyicisi olmuştur.

1963/43 sayılı kararında,⁶⁴ Anayasa Mahkemesi oybirliği ile hakem sıfat ve yetkisine sahip “Yüksek Dereceli Hukuk Hakiminin” yaptığı başvuruyu yetkisizlikten reddetmiştir. Bu kararın ayrıntılarına bakıldığında aşağıdaki hususlar dikkati çekmektedir:

- a) Yüksek Dereceli Hukuk Hâkimi (Yargıtay Başkanı veya mahallin yüksek dereceli hukuk hâkimi) 3533 sayılı Kanun uyarınca işe hakim değil, hakem sıfatıyla bakmaktadır.
- b) “Bu hakemlerin aynı zamanda hâkim oluşları bu dâvaların bir mahkemede görüldüğünü kabule elverişli değildir”.
- c) Anayasa Mahkemesi, 3533 sayılı Kanun'un belirttiği hakemlerin yetki sınırlarını tâyin eden ve verecekleri kararların kesin olacağını gösteren özel hükümleri bir kenara bırakmış; bu hakemlerin görevlerini yasadan aldıklarını dikkate almamış; bu hakemlerin kişiler arasındaki uyuşmazlıkları ihtiyari tahkim yoluyla halleden hakemlerden farklı olmadıklarına hükmetmiştir.

1969/29 sayılı kararda⁶⁵, Anayasa Mahkemesi, bu kez 3533 sayılı Kanun⁶⁶ kapsamına giren ve genel, katma ve özel bütçeli kuruluşlarla ilgili

⁶³ E.1988/2, K.1988/4, 4.2.1988 (Yayımlanmamıştır).

⁶⁴ E.1963/46, K.1963/43, AMKD, 1, 113-115.

⁶⁵ E.1968/57, K.1969/29, 13/5/1969 (Yayımlanmamıştır). Bknz. <http://www.-anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1963/K1969-29.htm>

⁶⁶ Yasanın tam adı şu şekildedir: “Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler Ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete Veya Belediye

bir uyuşmazlığa bakmak isteyen bir sulh hukuk mahkemesinin yaptığı başvuru üzerine konuyu ele almış ve yine hakem sıfatıyla davaya bakan hakimin yaptığı işin yargılama olmadığı ve uyuşmazlığın bir mahkemede görülmediğine karar vermiştir. Bu kararın dikkat çeken noktaları şunlardır:

- a) Bu dava kişi hakları ile ilgili değildir. Kişi haklarını korumayı öngören anayasal hükümler kamu tüzel kişileri arasında uygulanmaz.
- b) Kamu tüzel kişileri arasında mecburi tahkimin olması ve tek bir hakemin uyuşmazlığa bakması Anayasa'ya aykırı değildir.

Bu karardaki iki farklı karşıoy yazısında toplam altı üyenin imzası varsa da,⁶⁷ hakem kararının mahkeme kararı olmadığı noktasında bir tartışma bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin 1972/47 sayılı kararı,⁶⁸ hakem kavramının "niteliğinin" tartışılmasından çok, ortada bakılması gereken bir dava olup olmadığına ilişkindir. İlk karardan itibaren aradan on yıl geçmiş olmasına rağmen, o dönem görev yapmış bazı üyeler hâlâ hukuk mahkemelerinden gelen davaların, "bakılmakta olan dava" olmadığını tartışmaktadırlar. Örneğin, Muhittin Gürün şöyle demiştir:

"Kanunun bu derece açık ve kesin hükmü karşısında, Belediyenin söz konusu iş için Kadastro Hâkimliğinde dâva açmasının, kanun dışı bir işlem olması nedeniyle, hukukî bir etki yapması söz konusu değildir; mahkemenin de kanunî değeri olmayan bir işlemi, Anayasanın 151. maddesinde öngörülen nitelikte Anayasa denetimine olanak veren bir (dâva) sayarak itiraz yoluna başvurmaya yetkisi yoktur."⁶⁹

Yukarıdaki üç kararda Anayasa Mahkemesi mahkeme kavramına organik anlamda yaklaşmış; yapılan işin ihtiyari tahkimden farklı olmadığını düşünmüştür. Bu kararlarda, alınan sınırlama kararları nedeniyle, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya aykırı olduğu düşünülen hakem kararlarının temyiz edilmeyişi üzerinde durulmamıştır. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi, atanmışlarla (Hazine, Bakanlar ve çalışan

Veya Hususi İdarelere Ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim Yoluyla Halli Hakkında Kanun 29 Haziran 1938, (R.G. 16 Temmuz 1938 - Sayı: 3961).

⁶⁷ Recai Seçkin'in gerekçenin yazılışına ilişkin karşıoy yazısına aşağıda sayfalarda ayrıca değinilecektir.

⁶⁸ E.1972/19, K.1972/47, AMKD, 10, 520-529.

⁶⁹ *İbid.*, 528-9.

bürokratlar) ile seçilmişler (yerel yönetimler) arasındaki ilişkiyi, sadece tüzel kişilik bağlamında ele almış, seçilmişlerin gerçek kişileri temsil ettikleri ve onların haklarını dolaylı olarak etkileyen işlemler yaptığı gerçeğini dikkate almamıştır. Mahkeme kavramını sadece şekli anlamda ele almış, hakemin yargılama usul ve güvencelerine uygun bir yargılama yapıp yapmadığını, diğer bir deyişle, yargılamanın “maddi anlamda yargısal bir işlem” olup olmadığını gözetmemiştir.

Yukarıdaki davalarda Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlar, bugün bütün hakem mahkemeleri için kullanılamaz. Bunun iki nedeninin olduğu düşünülmektedir: **a-** Burada sözü geçen kararda, gerçek kişiler zorunlu tahkim içerisinde davalı veya davacı olarak bulunmadıklarından, temel hakların doğrudan kısıtlanmasına yönelik bir sonuç ilk planda yoktur. **b-** 3533 sayılı Kanun kapsamında hareket eden “hakem” tektir; bir kurul şeklinde yapılanmamıştır. Diğer bir deyişle, ortada gerçek anlamda kurumsal bir hakem mahkemesi yoktur.

Bu bağlamda Uyuşmazlık Mahkemesi'nin mahkeme kavramına özgün yaklaştığı bir karara atıfta bulunmanın yerinde olacağı düşünülmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin 3533 sayılı Kanun kapsamında görev yapan hakimlerin başvurusunu reddetmesine rağmen, Uyuşmazlık Mahkemesi yakın tarihli bir kararında, hakem tarafından yapılan başvuruyu aşağıdaki gerekçe ile kabul etmiş ve uyuşmazlığı çözümlene yoluna gitmiştir:

“Zeytinburnu 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 3533 sayılı Umumi Mülhak ve Hususi Bütçelerle İdare Edilen Daireler ve Belediyelerle Sermayesinin Tamamı Devlete veya Belediye veya Hususi İdarelere Ait Daire ve Müesseseler Arasındaki İhtilafların Tahkim yoluyla Halli Hakkında Kanun'un 4. maddesine göre açılan davaya "Hakem Sıfatıyla" bakmış bulunması ve aynı Yasanın 6. maddesine göre de verdiği kararların kesin olması; bir başka deyişle, "Hakem Sıfatıyla" verilen kararların temyiz edilmesi olanağının bulunmaması ve davacı tarafın da bu karara itirazında belirttiği üzere davanın adli yargı yerinde görülmesinin gerektiği kanaatini taşıması karşısında, adı geçen Mahkemenin, ... Uyuşmazlık Mahkemesine başvurulmasına olanak tanıyan 2247 sayılı Yasanın 19. maddesi kapsamında başvuruda bulunduğu kabulü gerekeceği, bunun ise, kamu düzenine ilişkin bulunan görev konusunu çözümlenmek ve davaya görevli yargı merciinde bakılmasını sağlamak şeklindeki Uyuşmazlık Mahkemesinin

Kuruluş amacına ve dava ekonomisine uygun düşeceği sonucuna varılarak görev uyumsuzluğunun incelenmesine geçildi.”⁷⁰

Anayasa Mahkemesi'nin aşağıdaki kararına bakmadan “hakem mahkemesi” kavramının tam açıklığa kavuşturulması mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi, 1963/129 sayılı kararında, avukatlar hakkında Baro Haysiyet Divanı'nın verdiği kararların kesin olduğunu gösteren maddenin iptali istemi ile açılan davada, eski Avukatlık Yasasında yer alan “Haysiyet Divanı”nın niteliğini incelemiş, yargı mercii, sadece yaptığı iş itibarıyla değil, niteliği ve kuruluşu itibarıyla de teminata sahip kazai bir merci olarak anlamıştır. Anayasa Mahkemesi, bir kurulun içinde hakimler olsa bile yapılan işin bir yargılama işi olmadığını, bu nedenle bir yargı yoluna başvurmadan söz edilemeyeceğini söylemiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre;

“Başkanı ile üyelerinden üçü hâkimlik teminatına sahip kimseler olan ve duruşmalı olarak incelediği işlerde hazır bulunan C. Başsavcısının mütalâasını alan Haysiyet Divanının, disiplin itirazlarını incelemekle görevli diğer mercilerden ayrı bir özelliği olduğu ve kuruluş tarzına göre bir yargı mercii niteliğinde gözüktüğü düşünülebilir. Fakat aynı heyete üç avukatta üye olarak katılmaktadır. Bu durum, görülen iş bakımından olmasa bile kuruluş bakımından Haysiyet Divanının yargı mercii olarak kabulüne engeldir.”⁷¹

Bu kararı ile Anayasa Mahkemesi'nin mahkeme kavramına maddi ve şekilci açıdan yaklaştığı, yapılan işin niteliğini hiç dikkate almadığı görülmektedir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşık kırk yıl önce vermiş olduğu bu kararı o dönemin kendisine has şartları içerisinde değerlendirmek doğru olur. Anayasa Mahkemesi'nin Haysiyet Divanını bir temyiz mercii olarak görmek istememesinin, Haysiyet Divanının yargı mercii olma niteliğini de derinden etkilediği görülmektedir. Ne var ki, bu davada yazılmış bir karşıoy yazısı, o dönem bile bazı yargıçların çok farklı düşüncülerini göstermesi açısından zikretmeye değer. Bu yazıya, Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımını eleştirdiğimiz dördüncü bölümde değineceğiz.

Hakem Mahkemesi ile ilgili olarak verilecek son örnek 3.3.2004 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından kuruluş şekli ve yargılama

⁷⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi, Hukuk Bölümü, E.1997/13, K.1997/12, 24.3.1997.

⁷¹ E.1963/75, K.1963/129, AMKD, 1, 313.

yöntemleri Anayasa'ya aykırı bulunan Baro Hakem Kurullarıdır.⁷² Anayasa Mahkemesi kararında Baro Hakem Kurullarına şu şekilde yaklaşmıştır:

“İtiraz başvurularında, yargı erkinin yalnızca bağımsız mahkemelerce kullanılabilmesi, avukat ve müvekkil arasındaki hukuksal uyumsuzlukların mahkemeler dışında bir kuruluş tarafından çözümlenmesinin bu kurala aykırılık oluşturduğu, yargı erkini kullanacak olan kişilerin Anayasa, yasa ve hukuka uygun olarak kişisel kanılarına göre karar verecek bağımsız hakimlerden olmaları gerektiği, oysa baro yönetim kurulunca seçilecek iki avukattan oluşan baro hakem kurulunun bağımsız mahkeme olarak kabul edilemeyeceği, meslek kuruluşu olan baroya kayıtlı bir avukatın yine baroya kayıtlı iki avukat tarafından yargılanmasının adalet anlayışına ters düştüğü, baro hakem kurullarının zorunlu yargı yetkisinin kişileri yargı mercilerine başvurmadan men ettiği, hakem kurulunun yargılama usulüne ilişkin ayrıntıların Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanacak yönetmeliğe bırakılmasının aksamalara yol açacağı, hakem kurulu kararlarının sadece şekil yönünden temyiz edilebilmesinin verilen kararların şüphe ile karşılanmasına neden olacağı belirtilerek itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 9., 10., 36., 37. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

...

Avukatlık Kanunu'nun 167. maddesinin incelenmesinden baro hakem kurullarının, yargı işlevi yerine getiren bir kurul olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır. Baro hakem kurullarının verdiği kararlar; taraflar açısından bağlayıcı, kesin hüküm oluşturan, ilam hükmünde kararlardandır. Avukatla müvekkili arasındaki ilişkileri çözmekle görevlendirilen bu kurullarda, avukat üyeler çoğunluğu oluşturmakta ve 167. maddenin son fıkrasıyla yapılan gönderme nedeniyle Baro Hakem Kurulu kararları ancak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 533. maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında yer alan ve esas yönünden denetime olanak vermeyen nedenlerle temyiz edilebilmektedir.

Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı öngörülmüştür. Bu madde uyarınca, yapılacak yargılamanın kişiler yönünden gerçek bir güvence oluşturabilmesi için aranacak nitelikler de 36. maddede belirtilerek "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme,

⁷² E.2003/98, K.2004/31, 3.3.2004, R.G., 10 Temmuz 2004, 25518.

görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz." denilmiştir. Anayasa'nın 141. maddesiyle de davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması görevi yargıya verilmiştir. Bu görevin ağır iş yükü altında yerine getirilmesi zorlaştıkça, uyuşmazlıkların çözümü için alternatif yöntemlerin yaşama geçirilmesi, yargıya ilişkin anayasal kuralların etkililiğinin sağlanması bakımından gerekli görülebilir. Bu durumda yasakoyucu, taraflara görevli ve yetkili mahkemeye başvurmadan önce aralarındaki uyuşmazlığı kısa sürede çözmek üzere baro hakem kuruluna başvurma yükümlülüğünü getirebilir. Ancak bu aşamadan sonra kararı benimsemeyen tarafa ilk derecede ve/veya temyiz aşamasında yargı yolunun açık tutulması, hakem kurullarının oluşumunun ve çalışma yönteminin, uzmanlığın önemi de gözetilerek hukuk devleti ilkeleriyle uyum içinde düzenlenmesi gerekir. Ayrıca hakem kurullarının tarafsızlığı ve bağımsızlığı, uzman niteliği ile bu kurulların alacağı kararların bağlı olacağı usul ve esasların yönetmeliğe bırakılmayıp yasa ile düzenlenmesi de zorunludur.

İtiraz konusu kural, yukarıda açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 9. ve 36. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir."

Bu karardan da görüleceği üzere, Anayasa Mahkemesi baronun bulunduğu yargı çevresinde bulunan en kıdemli Asliye Hukuk Hakimi ile baro yönetim kurulunca seçilecek iki üye avukatın katılımı ile oluşan Baro Hakem Kurulunu bağımsız bir mahkeme olarak görmemiş, bu Kurulun yargılama usul ve güvencesine uygun olarak yargılama yapmadığını tespit etmiştir. Kararın özelliği, Anayasa Mahkemesi bu kararı ile Baro Hakem Kurullarının alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden birisi olarak yeniden yapılanmasına izin vermiştir. Bu nedenle önümüzdeki dönemde Barolar Birliği tarafından hazırlanacak yeni modelde, Baro Hakem Kurulunun bir ilk inceleme mercii olarak avukatların kendi aralarında veya avukatlar ile müvekkileri arasında çıkan uyuşmazlıklarda bir ilk inceleme mercii olarak yapılandırılması olasıdır. Bu takdirde, Baro Hakem Kurullarının önlerine gelen davada Anayasa'ya aykırı olarak gördükleri bir hükmü Anayasa Mahkemesi önüne getirmeleri veya taraflarca ileri sürülen bir Anayasa'ya aykırılık savını Anayasa Mahkemesi'ne sevketmeleri durumunda, Anayasa Mahkemesi'nin muhtemelen bu başvuruyu Baro Hakem Kurulunu "mahkeme" olarak kabul etmeyeceği söylenebilirse de, Anayasa Mahkemesi'nin Baro Hakem Kurulları kararından dört ay sonra verdiği ve aşağıda değinilecek "infaz hakimliği" konusundaki çok önemli bir kararı, bu konunun yeniden ele alınabileceği izlenimini vermektedir.

2.4. Anayasa Mahkemesi'nin “Sorgu Hakimliği” ve “İnfaz Hakimliği”ne Yaklaşımı

16.5.2001 günlü, 4675 sayılı “İnfaz Hâkimliği Kanunu” ile oluşturulmuş infaz hakimliği hakkında Anayasa Mahkemesi'nin 15.7.2004 tarihli yaklaşımını sergilemeden önce, benzeri bir kurum olan “sorgu hakimliği” kavramına 1965-1967 yılları arasındaki tutumu aşağıda özetlenecektir.

2.4.1. Sorgu Hakimliğine Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi'nin 1965 yılındaki içtihadına göre, görevin hakim niteliğinde bir kişi tarafından yapılması, bu yerin mahkeme sayılması için yeterli değildir.⁷³ Anayasa Mahkemesi'ne göre, “yargı işi” ile “yargılama” birbirinden farklı kavramlardır. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi, sorgu hakimliğini "mahkeme" kavramı içinde kabul etmemiştir.⁷⁴ Sorgu hakimliği ile ilgili kararında, Anayasa Mahkemesi, aşağıdaki noktalara vurgu yapmıştır: Ortada bakılmakta ve geri bırakılacak bir dava olmalıdır. Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararında şu sonuca varılmıştır:

“Sulh mahkemelerinin ve bazı asliye mahkemelerinin tek hâkim tarafından idare edildiği düşünülerek (Mahkeme) tabirine (Hâkimler) in girip giremeyeceği ve giriyorsa sorgu hâkimlerinin de bakmakta oldukları işlerden dolayı itirazda bulunup bulunamayacakları görüşme sırasında söze konu edilmiş, bir mahkemenin idaresiyle görevli kılınmayan ve dâvaya bakmayan hâkimlerin ve bu arada sorgu hâkimlerinin mahkeme kavramına girmedikleri ve Anayasa'nın 151. ve 44 sayılı Kanununun 27 nci maddeleri karşısında Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkili bulunmadıkları sonucuna varılmıştır.”⁷⁵

Anayasa Mahkemesi'nin sorgu hakimliği ile ilgili olarak 1967 yılında verdiği bir başka karara göre;

“Sorgu hakimlerinin verdiği, son soruşturmanın açılması kararı, onaya bağlı olmadığı gibi, esas yönünden de itirazı

⁷³ E.1988/2, K.1988/4 (Resmi Gazete'de yayımlanmadı).

⁷⁴ E.1964/51, K.1965/3, (12.1.1965) (R.G. 16.10.1965/12128) AMKD, 3, 19.

⁷⁵ Karar 1'e 14 oyçokluğu ile alınmıştır. Hakkı Ketenoğlu'nun karşıoy yazısına aşağıdaki sayfalarda değinilecektir.

kabil değildir. Bu kararlar, o zamana kadar gıyabi, gizli ve yazılı olarak yapılan ilk soruşturma işlemlerini, mahkemenin açık, yüze karşı yürütülen yargılamalarının aydınlığına çıkarmak gibi önemli bir sonuç verir; uygulamada mahkemeyi bağlamaz. Sanık için kazanılmış hak doğurmaz ve muhkem kaziye olmak niteliğini taşımaz".⁷⁶

1967/34 sayılı kararında Anayasa Mahkemesi sorgu hakimlerinin hukuksal statüsünü incelemiştir:

"A) Sorgu Hâkimlerinin verdikleri son soruşturmanın açılması kararları onanmaya bağlı olmadığı gibi, buna esas yönünden de itiraz edilemez. Bu kararlar o zamana kadar gıyabi, gizli ve yazılı olarak yapılan ilk soruşturma işlemlerini mahkemenin açık, yüze karşı yürütülen yargılamalarının aydınlığa çıkarmak gibi önemli bir sonuç verir; uygulamada mahkemeyi bağlamaz, sanık kazanılmış hak doğurmaz ve kesin hüküm olmak niteliği taşımaz.

B) Sorgu hâkimliğinin muhakemenin men'ine ilişkin kararı:

Bu kararın kesin sonuç doğurmadığı, dolayısıyla kesin hüküm teşkil etmediği, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun yazılı emirle bozmaya ilişkin 343. maddesinin son fıkrasında yer alan "Eğer bozma sorgu hâkimi kararları ile dâvanın esasını halletmeyen mahkeme kararları hakkında ise, yeniden yapılacak tetkik ve tahkik neticesine göre icap eden karar verilir." şeklindeki hükmünden de anlaşılmaktadır. Çünkü madde, yazılı emir yolu ile verilen bu bozma kararının, sanık aleyhine etki yapacağım, duraksamaya yer vermeyecek derecede açıklamış bulunmaktadır. Öte yandan Sorgu Hâkimleri, kamu dâvasının ortadan kaldırılmasına (Af Kanunu veya zaman aşımı hükümlerinin uygulanmasında olduğu gibi) karar verebilirse de bu çeşit "kararlar, kamu dâvasının esasını çözümleyen nitelik taşımazlar.

Bu açıklamalar, sorgu hâkimlerinin, ilk soruşturma evresinde yargılama yapmadıklarını göstermektedir.

⁷⁶ E.1967/4, K:1967/5, Resmi Gazete (2.12.1967, 12766) (nakleden: ESEN, a.g.e., 70).

Ceza yargılaması, ortak bir faaliyeti gerektirir, mahkemelere özgü, herkese açık duruşma (Anayasa Madde : 135) çevresinde gelişir ve uyuşmazlığı çözümleyen hükümle sona erer. Bu bakımdan (Mahkeme)yi, yargılamayı yapan ve uyuşmazlığı kesinlikle çözümleyen organ olarak anlamak zorunluluğu vardır. Bu niteliğe sahip olmayan sorgu hâkimliklerinin ise (Mahkeme) deyimi kapsamına girmedikleri kabul edilmek gerekir.”⁷⁷

Anayasa Mahkemesi'nin çoğunlukta kalan üyeleri bu şekilde karar verirken, karşıoy yazısı yazan üç üye,⁷⁸ diğer üyelerin dikkate almadıkları aşağıdaki hususlara vurgu yapmışlardır:

“I- ... Temsilciler Meclisinde söz alan üyeler ... (Anayasa Mahkemesi, insan haklarını korumak ve kötü niyetli iktidarların baskı rejimi kurmalarını önlemek bakımından pek çok faydalar sağlayacak) (S. 3770) diyerek mahkemenin kuruluş amacını belirtmişlerdir.

...

III- Dâvaya bakmak, onu sonuçlandırmak için incelemek demektir. Yoksa her halde dâvanın esasının karara bağlamak için incelemek değildir. Görevsiz veya yetkisiz bir mahkemede dâva açılmış ise, o mahkemenin görev ve yetki yönünü incelemesi dahi, Türk Hukuk dilinde dâvaya bakmaktır. Dâvayı görmek sözü de yine o anlamda kullanılır.

IV- ...Mahkeme, Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi görmezse, bu iddia esas-hükümle birlikte karara bağlanır) yollu yazılıştan ve hazırlık çalışmalarındaki belgelerden (Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu gerekçesi) (Cilt 3. S. 3787) anlaşıldığı üzere, Anayasa'ya aykırılık iddiasının reddine ilişkin ara kararının son karar beklenmeksizin temyiz edilebilmesini ve böylece dâvaların sürüncemede kalmasını önlemektir. Bundan dolayı, bu hüküm, sorgu hâkimlerini Anayasa Mahkemesine başvurmak yetkisinden yoksun bırakacak biçimde yorumlanamaz.

⁷⁷ E. 1967/31, K. 1967/34, (24.10.1967), AMKD, 5, 181-193.

⁷⁸ Recai Seçkin, Ziya Önel ve Hakkı Ketenoğlu. Karşıoy yazısının tam metni için bknz. <http://www.anayasa.gov.tr/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1967/K1967-34.HTM>.

V- Anayasa'mızda hâkim ve mahkeme sözleri, çoğu kez, eş anlamlı sözler olarak kullanılmıştır; nitekim 32. maddedeki tabîi hâkim tabîi mahkeme, olağan mahkeme; 132/3 teki mahkeme kararları, hâkim kararları; 22/6 daki mahkeme hâkim, geçici 9. maddenin 1. fıkrasındaki mahkeme, hâkim; 14, 15, 16, 17 ve 27. maddelerin 2. fıkralarındaki hâkim, mahkeme; 22/4 deki hâkim tarafından, mahkeme tarafından, 22/5 teki hâkim, mahkeme; 30/1 ve 30/4 teki hâkim, mahkeme ve yine 30/4 teki mahkeme sözcüğü de hâkim anlamına gelmektedir. Buna göre Anayasa'mızın 151. maddesindeki mahkeme sözcüğünün de hâkim yerine kullanıldığı kabul edilebilir. Bu, o denli doğrudur ki maddedeki mahkeme, sözcüklerinin yerine hâkim sözcüğü yazılmış olsaydı metnin anlamında hiç bir değişiklik olmazdı.

...

VI- ... Anayasa'nın 151. maddesi, defi yoluyla Anayasa'ya aykırılığın hâkim önünde ileri sürülmesini sağlamak ereğiyle Anayasa Koyucu tarafından kabul edilmiştir. Sorgu hâkimi, esas hakkında kesin karar verebilen bir hâkim değilse de, kişisel durumu bakımından bir adliye hâkimi olduğu, herkesçe kabul edilmektedir. Sorgu hâkimi ancak kamu dâvasından sonra dâvaya el atan ve ilk soruşturma yaparak dâvayı yürüten bir hâkim olduğu için dâvaya bakan bir hâkimdir. Bu hâkime karşı gerek sanık, gerekse kişisel davacı, her türlü iddia ve savunmada başka deyimle her türlü defi veya itirazda bulunabilirler. Anayasa'ya aykırılık itirazı da bu savunmaların en önemlilerindedir. Buna göre, sorgu hâkimlerine karşı baktıkları dâva dolayısıyla ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık itirazını, öbür itirazlar gibi gözönünde tutmak ve itirazı ciddi görürse dâvayı durdurarak işi Anayasa Mahkemesine ulaştırmak yetkisinin bu hâkimlere tanınması, 151. madde hükmünün konuluş amacına uygun ve bu yetkinin tanınmaması, Anayasa'ya aykırı olur.

VII- Defi veya itiraz yoluyla Anayasaya aykırılık iddiasını hâkime karşı ileri sürme yetkisi, Anayasa'mızda kişilere Anayasa Mahkemesinde iptal dâvası açma yetkisinin tanınmamış olmasına karşılık Anayasa'ya aykırı hükmün kendilerine uygulanmasına engel olmak amacıyla tanınmıştır. Sorgu hâkimi kamu dâvasının açılması sonunda dâvaya

bakmakta olan bir hâkimdir; o halde, Anayasa'ya aykırılık iddiasının ona karşı da ileri sürülmesi ve onun da işi Anayasa Mahkemesine ulaştırarak karar isteyebilmesi, yurttaşın Anayasa ile korunmuş hak ve hürriyetlerinin bir an önce gerçekleştirilmesi bakımından zorunludur.

İlk soruşturma yolu, yurttaşlar bakımından, beraatle sonuçlanabilecek dâvaların açılarak yurttaşların herkese açık duruşmalarda sanık olarak kamuya tanıtılmasını önleme ereğiyle konulmuştur. Yurttaşların haysiyetlerinin korunmasını hak ve hürriyetlerine bir an önce kavuşmalarını ve adaletin gecikmeden ortaya çıkmasını sağlama, Anayasa'nın başlıca temel ilkelerindedir. Anayasa'ya aykırı bir hükme dayanılarak kendisine karşı ilk soruşturma açılmış olan bir yurttaşın Anayasa'ya aykırılık savunmasını sorgu hâkiminin ciddî görmesi veya sorgu hâkiminin dâvaya temel olan ceza hükmünü Anayasa'ya aykırı görmesi durumunda dâvayı durdurarak işi Anayasa Mahkemesine göndermesi, ilk soruşturmanın ve Anayasa'nın yurttaşların haysiyetlerini koruma ve adaleti gecikmeden ortaya çıkarma ereklarının gereği, çoğunluk düşüncesi ise bu ereklere ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırı bulunmaktadır.

VIII- Sorgu hâkimlerinin son soruşturmanın önlenmesine ilişkin kararlarının asliye hâkiminin onamasına bağlı bulunması, bu kararların hâkim kararı sayılmamasını gerektirmez; nitekim, ağır ceza mahkemelerinin ölüm cezasına, veya ölüncüye dek ağır hapse ve belli bir sınırı aşan hapse ilişkin kararları da Yargıtay'ca incelenip onanmadan hiç bir hukukî sonuç doğurmazlar. Bu durum, onların hâkim kararı ve ağır ceza mahkemelerinin başkan ve üyelerinin hâkim sayılmasına hiç bir zaman engel olamaz.

Tekrarlayalım ki bu hâkimler, bir çok kararlariyle dâvayı sonuçlandırmaktadırlar. Sorgu hâkimlerinin yaptıkları ilk soruşturma, ceza dâvasında gerçeğe varılması için zorunlu olduğu gibi bu hâkimler son soruşturmanın açılmasının önlenmesine, zaman aşımı veya af dolayısıyla dâvanın ortadan kaldırılmasına karar vererek dâvayı sonuçlandırma yetkisine de sahiptirler. Verdikleri bu türlü kararlar, son soruşturma sonunda verilen kararlar oranında kesin hüküm değerini kazanmaz ise de, bu kararların dâvaya son verdikleri ve belli bir ölçüde kesin hüküm değerini taşıdıkları da, bir

gerçektir; sorgu hâkimi dahi belli sonuçlara varmak üzere işlemler yapan, yasa ve öbür hukuk kurallarını tıpkı son soruşturma yapan hâkim gibi uygulayan ve dâvanın esasına karar verebilecek mahkemece işin ele alınmasına engel olup dâvayı sonuçlandıran kararlar veren bir hâkim olması dolayısıyla, onun dahi dâvanın sonuçlandırılması için uygulayacağı usule veya esasa ilişkin hükümlerin Anayasa'ya aykırılığını Anayasa Mahkemesine incelettirme yetkisi olmalıdır.

Öğreti alanında, ileri sürüldüğüne göre, son soruşturma açılmaması kararları, uyuşmazlığı dolayısıyla sonuçlandırılır, sorgu hâkimi, eylemin suç olmaması nedeniyle taleptenmenin reddine veya son soruşturmanın açılmamasına karar verdiğinde, bu kararlar işin esasını doğrudan doğruya çözdükleri için taraflar bakımından kesinleşince, kesin hüküm niteliğini alırlar. (Nurullah Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku, İkinci Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul 1964, No. 146/4, No. 454/1), son soruşturmanın açılmaması kararıyla kamu dâvası ortadan kalkar, bu karar ancak "İzafi kesin hüküm" etkisi doğurur, bundan dolayı, kararın kesinleşmesinden sonra "Dâva, ancak yeni vakıaların veya yeni delillerin meydana çıkması halinde açılabilir" (Ceza Yargılama Usulü Kanunu, 204) (Faruk Erem, Ceza Usulü Hukuku Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1964 No. 124)

Son soruşturmanın açılmaması veya dâvanın ortadan kaldırılması gibi kamu dâvasını sona erdiren kararları dahi verebilen bir hâkimin, açılmış dâva üzerinde bir sonuca varabilmek amacıyla o dâvayı incelemesine soruşturma denilmekle yetinilip dâvaya bakma denilmemesi, hukukî gerçeği olduğu gibi değerlendirmek sayılamaz. Ceza Usulü Yasasının değişik 197. maddesindeki (Sorgu hâkimi, maznunun muhakemesinin men'ine karar verirse bu kararında fiilî veya hukukî sebeplerden hangisine istinad ettiğini gösterir.) hükmü, sorgu hâkiminin de son soruşturma sonunda karar verecek olan mahkeme gibi hukuk kurallarını uygulayacağını belirttiği gibi son soruşturmanın açılması kararında sorgu hâkiminin suçun ne olduğunu ve uygulanması gereken kanun maddesinin hangisi olduğunu yazması ödevi de yine onun öbür hâkimler gibi hukuk hükümlerini uygulayacağını anlatmaktadır. Yine Ceza Usulü

Yasasının değişik 204. maddesindeki (Sorgu hâkimi muhakemenin men'ine karar verip de bu karar kat'ileştikten sonra dâva, ancak yeni vakıaların yeni delillerin meydana çıkması halinde tekrar açılabilir.) hükmü de sorgu hâkiminin son soruşturma açılmaması kararı ile ceza dâvasının bittiğini, hiç bir tartışmaya yer bırakmayacak açıklıkta, bildirmektedir. Af ve zaman aşımı yüzünden dâvanın ortadan kaldırılması kararları dahi, kuşkusuz yeni dâvayı sona erdiren nitelikte kararlardır. Şayet hâkimin Anayasa'ya aykırı gördüğü bir ceza hükmü iptal edilirse onun vereceği karar dahi yine dâvayı sonuçlandıracaktır.

Bu açıklamalardan anlaşılıyor ki, son soruşturma yapan bir bakım gibi hukuk kurallarını uygulayan ve yerine göre dâvayı sona erdirecek nitelikte kararlar verebilen sorgu hâkiminin dâvaya baktığını kabul etmemek ve yalnızca son soruşturma yapan hâkimlerin dâvaya baktıkları ilkesini benimsemek, usul kanununun sözüne de, özüne de uygun değildir.

IX- Bir an için Anayasa'nın 151. maddesindeki (Dâvaya bakan mahkeme) sözlerinin (Dâvanın esası üzerinde karar vermek üzere dâvaya bakan mahkeme) anlamına geldiği varsayılsa bile, Anayasa'daki bu yazılış, sorgu hâkimlerinin Anayasa Mahkemesine başvurma yetkisinden yoksun bırakılması amacıyla benimsenmiş sayılamaz; çünkü bir kez yukarıdaki bentlerde açıklanan hazırlık çalışmalarından hiç birinde söz konusu yetkinin yalnızca dâvanın esasına hükmedebilecek hâkimler için tanınmak istendiğini gösteren hiç bir söz yoktur; bütün hazırlık çalışmalarında iptal dâvasının gerek davacılar, gerekse süre bakımından sınırlandırılmış olmasından yurttaşlar için doğan sakıncayı karşılamak ve iptal dâvası açma süresinin geçirilmiş olması yüzünden yürürlükte kalmış bulunan Anayasa'ya aykırı hükmün yürürlükten kaldırılmasını sağlamak için yurttaşa defi veya itiraz yolunu açmak düşüncesi ortaya atılmış ve bunun için (Dâvaya bakan mahkeme) den söz edilmiştir. Gerçekten, yurttaşın hakkının korunmasını istiyebileceği ve yurttaşın Anayasa'ya aykırılık iddiasını tam bir güven içinde ileri sürebileceği resmî bir yer düşünülünce ilk hatıra gelen yer, dâvaya bakacak olan mahkemedir ve bundan dolayı 151. maddede dâvaya bakmakta olan mahkemeden söz edilmiş

olabilir, yoksa sorgu hâkimlerini maddenin kapsamı, dışında tutmak için hiç bir hukukî neden yoktur. 151. maddede, dâvada uygulanacak hüküm sınırlandırmasının konulması da, bir defa veya bir itirazın, hukuk bakımından, ancak dâvada uygulama yeri olabilecek bir hüküm için söz konusu edilebilme sindendir; dâvada uygulama yeri olmayan bir hüküm için Anayasa Mahkemesine başvurma yetkisinin tanınması, bütün mahkemelere hem de doksan günlük süre söz konusu edilmeden, bütün yasalar için iptali isteme yetkisinin tanınması demek olurdu ki, 149 ve 150. maddelerde benimsenen ilkeye aykırı düşerdi. Demek ki dâvaya bakan mahkemeden söz edilmesi, olsa olsa, dâva ile uğrasan hâkimler için en uygun olan durumu anlatmak amacıyla dayanır, yoksa dâvayı sonuçlandırmak üzere dâvanın ortadan kaldırılması veya son soruşturma açılması kararları verebilecek olan sorgu hâkimlerini Anayasa Mahkemesine başvurmadan yoksun bırakmak ve böylece yurttışa son soruşturmaya değin Anayasa'ya aykırı bir hükmün uygulanmasına göz yummak amacıyla değil...

Sonuç : Yukarıda açıklanan nedenlerden ötürü çoğunluk kararına karşıyız.”

2.4.2. İnfaz Hakimliğine Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi'ne 5.7.2004 günü Tekirdağ İnfaz Hakimliği tarafından yapılan başvuru,⁷⁹ Anayasa'nın 152. maddesinde geçen “mahkeme” kavramının yorumlanması açısından sessiz bir devrim olmuştur. Anayasa Mahkemesi, 15.7.2004 gününde dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE karar vermiştir.

Oysa, “sorgu hakimliği” ile “infaz hakimliği” karşılaştırıldığında aralarında Anayasa'nın 152. maddesi bağlamında pek fazla bir fark olmadığı görülmektedir. Şöyle ki, 4675 sayılı İnfaz Hakimliği Kanunu'nun gerekçesinde, hükümlülere tanınan hakların başında “şikâyet hakkı”nın geldiği, bu hakkın yargı organlarına başvurma yetkisini de içerdiği vurgulanmış, konuyla ilgili uluslararası belgelere atıfta bulunulmuştur.⁸⁰ Bu nedenle, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde bulunan hükümlü ve tutukluların, bu kurumlarda

⁷⁹ E.2004/56 (Esas inceleme evresinde olup, henüz karara bağlanmamıştır)

⁸⁰ TBMM Tutanak Dergisi, Dönem 21, Birleşim 104-109, Cilt 64 S.Sayısı 667.

buldukları sürece, haklarında yapılan işlemler veya bunlarla ilgili faaliyetlere yönelik şikâyetleri incelemek ve karara bağlamak ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmek üzere, yargı çevresinde ceza infaz kurumu ve tutukevi bulunan ağır ceza mahkemeleri ile coğrafi durum ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak ilçe asliye ceza mahkemeleri nezdinde infaz hâkimliklerinin kurulmasına karar verilmiştir.

Bu çerçevede içinde hükümlü ve tutukluların ceza infaz kurumları ve tutukevlerine kabul edilmeleri, yerleştirilmeleri, barındırılmaları, ısıtılmaları, giydirilmeleri, beslenmeleri, temizliklerinin sağlanması, bedensel ve ruhsal sağlıklarının korunması amacıyla muayene ve tedavilerinin yaptırılması, dışarıyla ilişkileri, çalıştırılmaları, cezaların infazı, müşahedeye tâbi tutulmaları, açık cezaevine ayrılmaları, disiplin tedbirleri ve cezaları, izin, sevk, nakil gibi kurum idaresince yapılan işlemler veya bunlarla ilgili faaliyetlere karşı infaz hâkimliğine şikâyet yoluyla başvuruda bulunma olanağı tanınarak, infaz veya tutukluluk sırasında yapılan işlem veya faaliyetler⁸¹ üzerinde yargı denetimi getirilmiştir.

İnfaz hâkimliklerinin görevleri 4657 sayılı Yasanın 4. maddesinde sayılmıştır. Buna göre; Kanunlarda başka bir yargı merciine bırakılan konulara ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla;

- Hükümlü ve tutukluların ceza infaz kurumları ve tutukevlerine kabul edilmeleri, yerleştirilmeleri, barındırılmaları, ısıtılmaları ve giydirilmeleri, beslenmeleri, temizliklerinin sağlanması, bedensel ve ruhsal sağlıklarının korunması amacıyla muayene ve tedavilerinin yaptırılması, dışarıyla ilişkileri, çalıştırılmaları gibi işlem veya faaliyetlere ilişkin şikâyetleri incelemek ve karara bağlamak.

- Hükümlülerin cezalarının infazı, müşahedeye tâbi tutulmaları, açık cezaevlerine ayrılmaları, izin, sevk, nakil ve tahliyeleri; tutukluların sevk ve tahliyeleri gibi işlem veya faaliyetlere ilişkin şikâyetleri incelemek ve karara bağlamak.

- Hükümlü ve tutuklular hakkında alınan disiplin tedbirleri ve verilen disiplin cezalarının kanun, tüzük veya yönetmelik hükümleri ile

⁸¹ Kanunun çeşitli maddelerinde geçen "İşlem", hükümlü ve tutuklular hakkında yürürlükteki mevzuat hükümlerine göre hukukî sonuç doğurmaya yönelik her türlü karar, önlem ve irade açıklamalarını ifade etmektedir. "Faaliyet" ise, hükümlü ve tutukluların konularında değişiklik yapan her türlü eylemler ile iyileştirme ve eğitim (tretman) programlarına uygun olarak yapılan çalışmalar anlamına gelmektedir.

genelgelere aykırı olduğu iddiasıyla yapılan şikâyetleri incelemek ve karara bağlamak.

- Ceza infaz kurumları ve tutukevleri izleme kurullarının kendi yetki alanlarına giren ceza infaz kurumları ve tutukevlerindeki tespitleri ile ilgili olarak düzenleyip intikal ettirdikleri raporları inceleyerek, varsa şikâyet niteliğindeki konular hakkında karar vermek.

- Kanunlarla verilen diğer görevleri yapmak,
infaz hakimliklerinin görevi olarak sayılmıştır.

İnfaz hakimliği, şikâyet başvurusu üzerine infaz hâkimi, duruşma yapmaksızın dosya üzerinden bir hafta içinde karar verir; ancak, gerek gördüğünde karar vermeden önce şikâyet konusu işlem veya faaliyet hakkında re'sen araştırma yapabilir ve ilgililerden bilgi ve belge isteyebilir; ayrıca ceza infaz kurumu ve tutukevi ile ilgili Cumhuriyet Savcısının da yazılı görüşünü alır.

Yukarıda anlatılan özellikler, Anayasa Mahkemesi'nin 1960'larda geliştirdiği kriterler çerçevesinde infaz hakimliği kurumunun Anayasa'nın 152. maddesinde yer alan "davaya bakmakta olan mahkeme" terimi içine girmediğini gösterse de, Anayasa Mahkemesi, bu kararında "mahkeme" kavramını geniş yorumlayarak işin esasına girilmesine karar vermiştir.

Bu geniş yorumda iki faktörün etkili olduğu düşünülmektedir. İlk olarak, infaz hakimleri şikâyetleri karara bağladıklarına göre, - geniş bir yorumla şikâyetin de bir tür uyuşmazlık olarak kabulü halinde- uyuşmazlığı çözüm yetkisine sahip olan infaz hakimliklerine mahkeme sıfatının verilmesi doğru bir çıkarımdır. Bu açıdan bakıldığında, infaz hakimliğinin, uyuşmazlığın esasını çözme yetkisi olmayan sorgu hakimlerinden farklı olduğu söylenebilir.⁸²

İkinci faktör, sadece infaz hakimleri tarafından uygulanacak kuralların denetiminin yapılabilmesine kapı açılması olabilir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlüklerin ve hukuk devleti ilkesinin korunması açısından, infaz hakimliğinin mahkeme olarak değerlendirilmesi oldukça yerinde bir adım olarak kabul edilmelidir. Bu kararın Anayasa Mahkemesi'nin geçmiş kararlarından farklı olarak oybirliğiyle alınması ayrı bir sevinç konusudur.

⁸² Bu sonuca ulaşmama yardımcı olan Yargıtay Üyesi Muvaffak Tatar'a teşekkür ederim.

Buradan hareketle, bir uyuşmazlığı çözme kriteri esas alındığı takdirde, seçim uyuşmazlıklarını çözmekle görevli olan il, ilçe ve yüksek seçim kurullarının da Anayasa'nın 152. maddesi anlamında mahkeme olduğunun kabul edilmesi gerekir.

2.5. Anayasa Mahkemesi'nin Kendisine Bakışı

Anayasa Mahkemesi 1960'lı yılların başında ortaya koyduğu kriterleri kendisine uyguladığında, yaptığı bütün işleri yargısal nitelikte görmemiştir. Anayasa Mahkemesi kendisini sadece Yüce Divan sıfatıyla yargılama yaparken ve siyasi partilerin kapatılması davalarında "davaya bakan mahkeme olarak" kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesi, iptal ve itiraz yoluyla önüne gelen bir davada yaptığı denetimi bir yargılama olarak görmediğinden, kendisini mahkeme olarak kabul etmemektedir.

Bu görüşün su yüzüne çıktığı ilk karar 1964/54 sayılı karardır. Cumhuriyet Senatosu İçtüzüğü'nün bazı maddelerinin iptali istemi ile Adalet Partisi Cumhuriyet Senatosu Grubu tarafından yapılan başvuruda, Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasa'sının iptal dâvası açmağa hakkı olanları belirten 149. maddesi ile 44 sayılı Mahkemenin Kuruluş Yasasının bu konuya ilişkin 21. maddesinin 4 sayılı bendi arasındaki farklı ifadeleri bir anlam ve hüküm ayrılığı olarak değerlendirmesine ve "44 sayılı kanunun sözü geçen bendindeki hüküm Anayasa'ya aykırıdır" diye düşünmesine rağmen kendisini davaya bakan mahkeme olarak kabul etmemiş ve şöyle demiştir:

"[Anayasa Mahkemesi] sadece Yüce Divan işlerinde ve siyasi partilerin kapatılması dâvalarında uygulanacak kanun hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse bekletici mesele çıkarmağa ve aykırılığı karara bağlamaya yetkilidir. (44 sayılı kanun - Madde 20/2). Öyle ise Anayasa Mahkemesinin iptal dâvaları, itiraz başvuruları, Yüce Divan işleri ve parti kapatma dâvaları dışında Anayasa'ya aykırı bir kanun hükmünün iptaline karar vermesi mümkün değildir.

Böyle bir durumda Anayasa Mahkemesine düşen nedir? Anayasa Mahkemesinin, yapısının niteliği ve Anayasa'nın. 8 inci maddesinde anlatımını bulan üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi karşısında Anayasa'ya aykırı kanunu bir yana bırakarak doğrudan doğruya Anayasa hükmünü uygulaması gerekir. Nitekim, 44 sayılı kanun tasarı halinde iken Millet Meclisi Anayasa Komisyonunca hazırlanan raporda da bu görüşe açıkça yer verilmiştir."⁸³

⁸³ E.1964/22, K.1964/54, AMKD, 2, 204.

Ne var ki, Anayasa Mahkemesi böyle bir sonuca ulaşırken sorunu derinlemesine incelememiştir. 1964/54 sayılı karara ilişkin ilk inceleme raporunda konu ile ilgili en ufak bir tartışma yapılmaması ve bu konuda bir esas raporun hazırlanmaması bunu göstermektedir. Görüldüğü kadarıyla, Anayasa Mahkemesi'ni böyle bir çözüme iten gerekçe, alıntının son cümlesinde geçen 44 sayılı yasanın hazırlık çalışmalarındaki Anayasa Komisyonu'nun yaklaşımıdır. 1/99 Esas, 2/125 sayılı Millet Meclisi Anayasa Komisyonu raporuna⁸⁴ bakıldığında şu görülmektedir:

“...Anayasa Mahkemesi bir kanun veya içtüzük aleyhinde bir iptal davası açılmamış veya bu konuda itiraz yoluyla bir müracaat yapılmamış olsa bile, eğer bir kanun veya içtüzük hükmünü tatbik etmek veya nazarı itibara almak mevkiinde kalır ve ezcümle, işbu kanunun hükümlerinin tatbik ederken, o kanun veya içtüzük hükmünü Anayasaya aykırı görürse, o kanun veya içtüzükle Anayasa arasındaki ihtilafta Anayasayı kanuna tercih etmek, kanunu ihmal ederek doğrudan Anayasa hükmünü tatbik etmek mecburiyetindedir. Filhakika, Anayasa'nın 8 nci maddesinin 1nci fıkrasında, kanunların Anayasaya aykırı olmayacağı belirtilmekle, Anayasa Mahkemesinin başka türlü hareket edemeyeceği de anlatılmış olmaktadır.

Ancak, Anayasa Mahkemesinin bu şıkta vereceği karar bir iptal hükmü olmayacak; sadece kanun tatbik edilmeyecek; ancak, o kanun hukuki mevcudiyetini devam ettirecektir; böyle bir kanunun, bilfarz, **Anayasanın değiştirilmesi** suretiyle bilâhara Anayasaya uygun hale getirilmesi de mümkündür. Ancak, kanun Anayasaya aykırı iken Anayasa Mahkemesinin o kanunu tatbik etmeyişiinden doğan hukuki neticeler, kanunun Anayasaya uygun hale getirilmesiyle, pek tabii olarak, ortadan kaldırılmış olmayacaktır.”⁸⁵

Yukarıdaki gerekçenin ikinci fıkrasında geçen koyu ile yazılmış ifadeye dikkat edildiğinde garip bir yaklaşım ile karşılaşılmaktadır: Anayasa Komisyonuna göre, bir yasa hükmü ile Anayasa hükmü çatıştığında, ileride Anayasa değişirse, bu kanun Anayasa'ya uygun hale gelebilir. Bu yaklaşıma göre, şayet Parlamento, Anayasa aykırı hükmü

⁸⁴ Millet Meclisi Tutanak Dergisi, cilt 4, 1962, Dönem 1, Toplantı 1, Birleşim 61-80, Anayasa Komisyonu Raporu, Esas no: 1/99, 2/125, Karar no: 15, 30.3.1962, 4. cildin 345. sayfadan sonra gelen raporun 32. sayfasında yer almaktadır.

⁸⁵ *İbid.*, 34-35.

bir şekilde değiştirirse, o takdirde geçmişte yasaya aykırı yapılmış işlemler geçerliliğini koruyacaktır. Ancak, Komisyon, ne Parlamento'nun Anayasa'ya aykırı hükmü değiştireceğinden bahsetmiş; ne de Parlamento'nun uzun bir süre hareketsiz kalması durumunda, sorunun nasıl çözüleceğini düzenlemiştir.

Bir an için bu gerekçeyi tartışmayı bırakıp, ihmal yolunu doğru bir tercih olarak kabul edelim. Bu gerekçe göstermektedir ki, Anayasa Komisyonu iptal ve itiraz davalarında bile Anayasa Mahkemesi'ne Anayasa'ya aykırı gördüğü bir hükmü iptal etme yetkisini vermemektedir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi, iptal ve itiraz davalarındaki görevini bir uygunluk denetimi veya inceleme ve denetleme yetkisi olarak değerlendirmektedir.⁸⁶

Peki, Anayasa Mahkemesi, siyasi parti kapatma ve Yüce Divan davalarında karşısına çıkan Anayasa'ya aykırı bir hükmü iptal edebilir mi? Anayasa Mahkemesi'ne göre bunun cevabı "evet"tir: Bu yanıtı Anayasa Mahkemesi'nin 1971/67 sayılı kararında çok açık bir şekilde görmek mümkündür:

"Anayasa Mahkemesi, Anayasanın 151. maddesinde sözü edilen "mahkeme" niteliği ile bir dāvaya bakmakta iken uygulanacak bir kanun hükmünü Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa bunu bekletici sorun olarak ortaya koyabilir ve sonra kanunların ve Yasama Meclisleri İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetleyen yüksek mahkeme sıfatıyla sorunu çözüme bağlar. 44 sayılı Kanununun 20. maddesinin 2 sayılı bendinde de açıklandığı üzere Anayasa Mahkemesi ancak Yüce Divan sıfatıyla görev yaptığı yahut siyasî partilerin kapatılması dāvalarına baktığı sıralarda Anayasa'nın 151. maddesinde sözü edilen mahkeme durumuna geçer."⁸⁷

Böylece, Anayasa Mahkemesi, iptal ve itiraz yoluyla gelen işlerde uygulayacağı veya gözeteceği bir hükmün Anayasaya aykırı olduğu kanaatine varırsa, bu durumda kendisini mahkeme olarak görmediğinden sorunu bekletici mesele yapamamakta, anayasal denetimi başlatamamaktadır.⁸⁸ Anayasa Mahkemesi'ne göre;

⁸⁶ ESEN, a.g.e., 74.

⁸⁷ E.1971/41, K.1971/67, AMKD, 11, 52.

⁸⁸ *İbid.*, 52. "...Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcı niteliğini açıklayan ... ispat hakkını sınırlayıcı hükümlerinin bir yana bırakılması ve kurallar kademeleşmesinde en üst düzeyde bulunan Anayasanın 34. maddesindeki hükmün doğrudan doğruya

“Anayasa Mahkemesinin, kanunların veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetlerken yahut yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinin düşmesine ilişkin bulunan kararların Anayasanın 81. maddesinde yazılı olduğu üzere denetlenmesi görevini yaparken Anayasanın 151. maddesinde sözü geçen mahkeme durumunda bulunmadığı için, bir hükmün Anayasaya aykırılığı konusunda ortaya bekletici sorun koyması düşünülemez. Bu görevlerin yerine getirilmesi sırasında uygulanacak bir kanun veya Yasama Meclisi İçtüzüğü hükmünü Anayasaya aykırı görürse Anayasa Mahkemesinin başvurabileceği tek yol o hükmü ihmal etmek ve konuya ilişkin Anayasa kuralını uygulamaktır.”

Anayasa Mahkemesi'nin ilk olarak 1964⁸⁹ yılında karşılaştığı, 1968,⁹⁰ 1969⁹¹ ve 1971⁹² yıllarında yenileyerek son şeklini verdiği bu özgün içtihadı, o günden bugüne geçerliliğini korumaya devam etmektedir. Anayasa Mahkemesi, önüne ilk olarak Anayasa'nın Geçici 15. maddesinin son fıkrasının kaldırılmasının ardından itiraz yoluyla gelen davalarda, kaldırılan maddeye koşut bir düzenleme getiren 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 25. maddesini⁹³ mahkeme olmadığı gerekçesiyle iptal etmemiş, ilgili davalarda ihmal ederek esas inceleme safhasına geçmiştir.⁹⁴

uygulanması gerekmektedir” [E.1981/8, K.1982/3, 6.5.1982, R.G., 30.11.1983, 18237)].: Anayasa Mahkemesi'nin ihmalden vazgeçtiği bir karar olan (Geçici 15. Maddenin ihmal edilemeyeceği ile ilgili olarak) (E.1984/1, K.1984/1, 28.9.1984, R.G., 14.2.1985, 18666, 39) teleolojik olarak okunduğunda bir üst normun ihmal edilemeyeceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Diğer bir deyişle, Mahkemenin 1984 tarihli kararı daha önceki kararları ile (1971 ve 1982 tarihli kararlarla) çelişmemektedir.

⁸⁹ E.1964/22, K. 1964/54, AMKD, 2, 203-210, 206.

⁹⁰ E.1967/6, K. 1968/9, AMKD, 6, 113-116.

⁹¹ E.1969/24, K.1969/50, AMKD, 7, 402-403.

⁹² E.1971/41, K.1971/67, AMKD, 11, 67. Bu karar, milletvekili dokunulmazlığının kaldırılması veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinin düşmesine ilişkin yasama meclisi kararları üzerindeki denetimi sırasında almıştır.

⁹³ 12 Eylül 1980 tarihinden ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanı oluşturuluncaya kadar geçecek süre içinde çıkarılan kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasa'ya aykırılığının iddia edilemeyeceği hükme bağlanmıştır.

⁹⁴ 12 Eylül Dönemi Yasalarının iptali istemi ile ilgili olarak gelen ve Anayasa Mahkemesi'nin 2949 sayılı yasayı iptal mi yoksa ihmal mi etmesi gerektiğinin tartışıldığı davalar şunlardır: E.2002/23, K.2002/32, 28.02.2002,

“Siyasi Parti Kapatma Davasına Bakan Mahkeme Sıfatıyla” davaya bakan Anayasa Mahkemesi 2949 sayılı Yasanın 25. maddesini iptal ettiği 9 Temmuz 2002 tarihine kadar, Anayasa ile çatışan söz konusu 25. maddeyi, önüne gelen davalarda kendisini mahkeme olarak kabul etmediğinden, re’sen *iptal* etmemiş; 25. maddeyi *ihmal* ederek inceleme devam etmiştir.⁹⁵

Anayasa Mahkemesi’nin bir mahkeme olup olmadığı ile ilgili tartışmaların uzun bir aradan sonra tekrar gündeme geldiği 2002 Şubat ayından, 25. maddeyi iptal ettiği 2002’nin Temmuz ayına kadar olan dönemde, üç üye,⁹⁶ Şubat-Temmuz dönemi içinde ilk incelemesi yapılan başvurularda, iptal ve itiraz davalarında da Anayasa Mahkemesi’nin bir “mahkeme” olarak davaya baktığını ileri sürmüşlerdir.⁹⁷

Aşağıdaki bölümlerde, Anayasa Mahkemesi’nin mahkeme kavramına bakışı eleştirel bir bakış açısıyla sorgulanacaktır. Üçüncü bölümde, Anayasa Mahkemesi’nin 1962-1973 tarihleri arasında verdiği kararların Avrupa mahkemelerinin yaklaşımı ile uyum içerisinde olmadığı vurgulanacaktır. Dördüncü bölümde, mahkeme kavramının dar yorumlanmasına ilişkin bazı tespitlerde bulunulmaya çalışılacaktır. Beşinci bölümde ise, Anayasa Mahkemesi’nin kendisini bir mahkeme olarak kabul etmemesi ile ilgili içtihadının eleştirisi yapılacaktır.

(Yayınlanmadı): E.2002/33 (henüz esastan görüşülmemiştir): E.2002/38, K.2002/89, 8.10.2002, (R.G. 26.12.2002/24975).

⁹⁵ E. 2002/121, K.2002/62, 9.7.2002, (R.G. 31.08.2002/24862).

⁹⁶ Fulya Kantarcıoğlu, Rüştü Sönmez ve Ertuğrul Ersoy.

⁹⁷ Bknz. E.2002/44, K.2002/90, 8.10.2002 (R.G. 27 Ocak 2004, 25359, 29-32.

BU SAYFA ÇİFT OLDUĞU İÇİN
BOŞ BIRAKILMIŐTIR