

## V. BÖLÜM

### ANAYASA MAHKEMESİ BİR “MAHKEME”DİR

#### 5.1. Bir Karşıoy Yazısı

Anayasa Mahkemesi'nin 2002 yılının ilk yarısında bazı ilk inceleme kararlarında, kendisini mahkeme olarak kabul etmemesine yönelik ilk eleştiri, Anayasa Mahkemesi'nin üç üyesinden gelmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin itiraz başvurularını incelediği durumlarda mahkeme olması gerektiği ile ilgili olarak, karşıoy yazılarında sayın üyeler Fulya Kantarcıoğlu, Rüştü Sönmez ve Ertuğrul Ersoy şöyle demektedirler:<sup>171</sup>

“1982 Anayasası'nın Geçici 15. maddesinin, 12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanını oluşturuncaya (6.12.1983) kadar geçecek süre içinde, çıkarılan kanunların, kanun hükmünde karamameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasa'ya aykırılığının iddia edilemeyeceğine ilişkin son fıkrası 3.10.2001 günlü 4709 sayılı Yasa ile madde metninden çıkarılmış, ancak aynı kurala koşut düzenleme getiren 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Yasanın 25. maddesi değiştirilmemiştir. Bu durumda Anayasa değişikliğine karşı belirtilen dönemde çıkan yasaların Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesini engelleyen 2949 sayılı Yasa'nın 25. maddesinin ihmalinin mi iptalinin mi gerektiğinin tartışılması gerekmiştir.

Anayasa'nın 152. maddesinde “Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde karamamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır” denilmektedir. Maddede “davaya bakmakta olan mahkeme” yönünden bir sınırlandırma getirilmediğinden iptal ve itiraz başvuruları nedeniyle incelediği davalarda Anayasa Mahkemesinin davaya bakmakta olan Mahkeme olduğunda duraksanamaz.

<sup>171</sup> E.2002/44, K.2002/90 8.10.2002 (R.G. 27 Ocak 2004, 25359, 29-32, 31).

2949 sayılı Yasa'nın 18. maddesinin 2. bendinde "Mahkemelerce kendisine Anayasa'nın 152 inci maddesine göre intikal ettirilen işleri ve Yüce Divan sıfatıyla çalışırken veya siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalarda aynı madde gereğince ön mesele olarak bakması gereken işleri karara bağlamak" Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Burada yalnız Yüce Divan sıfatıyla çalışırken veya siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalardan söz edilmesi ise ön mesele olarak kabul edilen işlerin bunlarla sınırlı olduğu anlamına gelmemekte Anayasa Mahkemesinin asıl işlevi olan Anayasa'ya uygunluk denetiminin yanı sıra görevlendirildiği bu iki konuda doğabilecek duraksamaları önleme amacına yönelik bulunmaktadır.

Öte yandan, Anayasa'nın 152. maddesinin "Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi" biçimindeki başlığından yola çıkarak Anayasa Mahkemesinin "diğer mahkemeler" kapsamına girmemesi nedeniyle iptal ve itiraz başvuruları nedeniyle baktığı davalarda uyguladığı bir kuralın Anayasa'ya aykırılığını incelemeyeceği sonucuna varılamaz. Gerçekten böyle düşünüldüğünde, Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan ve Siyasi Parti kapatma davalarında da Anayasa'ya aykırılık sorununu ön mesele olarak inceleyememesi gerekir. Çünkü bu davaların diğer mahkemelerde görülebilecek türden klâsik davalar olması sonuçta bu davalara bakan Mahkemenin Anayasa Mahkemesi olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. Ayrıca Anayasa maddelerinin başlıkları Anayasanın 176. maddesine göre Anayasa metninden sayılmaz.

Öte yandan, Anayasa yargısının kabul edildiği bir hukuk sisteminde, Anayasa'nın üstünlüğünün ve bağlayıcılığının sağlanabilmesi için bir zorunluluk olmadıkça ihmal yoluna gidilmesi olağan ve kabul gören bir yöntem değildir. Bu bağlamda, Anayasa'nın 138. maddesindeki hâkimlerin Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vereceklerine ilişkin kuralla hakimlerin doğrudan Anayasa'yı uygulayabilmeleri değil bakmakta oldukları bir davada uygulayacakları kuralları Anayasa'ya aykırı bulmaları halinde bunların iptalleri için itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurmaları sağlanarak aykırılığın giderilmesi amaçlanmıştır. Mahkemelerin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına vardıkları kuralları ihmal ederek doğrudan Anayasa'yı uygulayabileceklerinin kabulü, Anayasa'ya uygunluk denetiminin Anayasa Mahkemesine verildiği bir hukuk sistemine ve onu yansıtan Anayasa'ya aykırılık oluşturur.

Anayasa'nın Geçici 15. maddesinin son fıkrasının 4709 sayılı Yasa ile kaldırılmasından önceki dönemde, bu fıkra kapsamına

giren kimi yasalardaki kuralların Anayasa’da yapılan değişiklikler sonucu Anayasa’ya aykırı duruma gelmelerine karşın Mahkemelerde görülmekte olan davalarda bunların Anayasa’ya aykırılıklarının ileri sürülebilmesi nedeniyle aradaki aykırılık iptalin imkânsızlığı karşısında zorunlu olarak ihmal yoluyla giderilmeye çalışılmıştır. Bir hukuk karmaşasının yaşandığı tartışmasız olan bu dönem, 4709 sayılı Yasanın getirdiği değişikliklerle sona ermiştir. Artık Türk hukuk sisteminde “ihmal” yöntemini haklı kılacak bir neden kalmamıştır. Ayrıca bu yöntem, ihmal edilmekle dolaylı olarak Anayasa’ya aykırı oldukları saptanan kimi kuralların varlıklarını sürdürmelerine neden olmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2949 sayılı Yasa’nın 25. maddesi iptal edilmeden, bu maddenin ihmal yoluyla esasın incelenmesine geçilemeyeceği gerekçesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.”

## **5.2. Yürürlüğün Durdurulması Kararının Gerekçesi Anayasa Mahkemesi’nin Mahkeme Olduğunu Göstermektedir**

Anayasa Mahkemesi her ne kadar iptal ve itiraz davalarında kendisini “davaya bakan mahkeme” olarak kabul etmese de, yürürlüğün durdurulması konusunu tartıştığı 1993/40-2 sayılı kararında açıkladığı gerekçelerle elinde bakılmakta olan işin bir dava olduğunu, kendisinin de yargılama yapan bir mahkeme olduğunu zımnen kabul etmiştir.<sup>172</sup> Söz konusu kararın gerekçesinde yürürlüğün durdurulması sorunu toplam yedi sayfada anlatılmakla birlikte, konumuzla ilgili kısımlar aşağıda kısaltılarak toplu olarak alınmıştır. Anayasa Mahkemesi’ne göre;<sup>173</sup>

“[sayfa 575]...

Yargı yetkisinin etkinliği, “karar verme” aracının da özgürce ve eksiksiz kullanılmasını gerektirir ki, “yürütmeyi durdurma” önlemi bu “eksiksiz kullanma” kapsamında yer alır.

“Dava” kavramı içinde yürütmenin durdurulması da vardır. Mahkemenin yürütmeyi durdurma yetkisi davayı görüp karara bağlama ödevi ve yetkisi içinde bir aşamadır. Yürütmenin durdurulması kararı, yargı bütünlüğü ilkesinin bir ön

---

<sup>172</sup> E.1993/33, K.1993/40-42, AMKD, 29/1, 564-604.

<sup>173</sup> *İbid.*, 575 vd.

uygulamasıdır. Bu karar, sonuç karardan ayrı ama o davayla ilgili bir bölümdür. Son kararı vermeye yetkili organın, davanın bir başka bölümü için karar veremeyeceğinin kabulü “yargı yetkisinin eksiksiz kullanılması”yla bağdaşmaz.

...

Anayasa'nın üstünlüğü, yasama yetkisinin Anayasa kurallarıyla sınırlandırılmasını gerektirmiştir. Anayasa yargısı, yasamanın “üstün gücüne” karşı “anayasal denge aracı” olarak getirilmiştir. Bu denge işlevinin etkin biçimde yerine getirilmesi, “yargılama kapsamı içinde gerekli önlemleri alma” yetkisinin kullanılmasına bağlıdır. Tersine durumda Anayasa Mahkemesi, anlamsız bir denetim yapma durumuna düşer ki, bu da denetimin “özü”nde kısıntı anlamına gelir. Oysa, bu uygulamayı durdurma, yargısal denetimin etkinliğinin özünde var olan bir araçtır.

... [sayfa 576]

“yürürlüğün durdurulması” yargısal işlev ve yargı yetkisinin bütünü içinde yer alır; yargı yetkisini kullanma araçlarından birini oluşturur.

İster özel hukuk, ister kamu hukuku uyumsuzluklarında olsun, yasalarda açıkça bulunmasa bile “önlem (tedbir)” yetkisinin varsayılması bir zorunluluktur. Gerçekten her iki hukuk alanında da, yargılamanın amacına ulaşabilmesi için farklı adlar altında çeşitli koruma önlemleri getirilmiştir. “İhtiyatî tedbir” (HUMY/m.101 vd.), “İhtiyatî haciz” (İİY/m.257 vd.), “yürütmeyi durdurma” (İYUY/m.27) bu önlemlere örnek gösterilebilir.

Anayasa yargısı yönünden de bunun kabulü kaçınılmazdır. Çünkü alınacak önlem, kişi çıkarının yanında kamu yararının, kamu düzeninin hatta hukuk düzeninin koruyucusu olacaktır...

...[sayfa 577]

Bir yasanın Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal edilmesi gibi çok geniş bir yetkiyi Anayasa Mahkemesi'ne tanıyan Anayasa ve Yasa Koyucunun, daha hafif sonuçlar doğuracak olan uygulamayı durdurma yetkisini öncelikle tanımış olduğunun kabulü gerekir. Çoğun içinde tersine bir hüküm ve neden olmadıkça, az her zaman vardır.

Yürürlüğün durdurulması yetkisinin kullanılabilmesi için kuşkusuz ideal olan bunun Anayasa ya da yasalarda açıkça düzenlenmiş olmasıdır.

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Yasa'da da bu konuda herhangi bir kural

bulunmamaktadır. Bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin uygulamayı durdurma yetkisi konusunda yazılı kurallarda bir boşluk olduğu açıktır.

Yasalarda açık hükümler bulunmaması durumlarında yargıcın hukuk yaratabileceği, çağdaş hukuk sistemlerinde benimsenen bir görüştür.

Anayasa'nın 138. maddesinin birinci fıkrasında, bu görüşe uygun biçimde, yargıçların, Anayasa'ya yasaya ve hukuka uygun olarak "vicdanî kanaatlerine göre" hüküm verecekleri belirtilmiştir.

Genel nitelikte bir yasa olan Medeni Yasa'nın 1. maddesinde hakkında bir hüküm bulunmayan meselelerde hâkim, örf ve âdetâ göre örf ve âdet dahi yoksa kendisi kanun koyucu olsa idi bu meseleye nasıl bir kural koyacak idi ise ona göre hükmeder ilkesi yer almıştır.

Bu kuralın ceza hukuku dışında kamu hukukunun öbür alanlarda da geçerli olduğu görüşünü Anayasa'nın 138. maddesi de desteklemektedir. Anayasa'nın bu maddesine göre, yargıç, yalnız, Anayasa ve yasalara göre değil, "hukuka" da uygun olarak vicdani kanısına göre hüküm verecektir. Buradaki "hukuk", yargıcın genel ilkeler çerçevesinde yasal boşluğu doldurmak üzere oluşturacağı hükmü de içerir.

[sayfa 578]

...

... Öteki yargı organları gibi Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla, (içtihat yoluyla) boşlukları doldurabilmesi gerekir. Anayasa'nın 152. maddesindeki itiraz yoluna ilişkin kural, böyle bir kurum oluşturulması ve bu yola başvurulması için elverişlidir.

Yöntem kurallarının güvence oluşturduğu, söze çok katı bağlı kalınması gerektiği, yasada kural yoksa içtihatla bu yola gidilemeyeceği ileri sürülebilir. Ne var ki, Anayasa yargısındaki özellik bu yolu açık bırakmıştır. Nitekim, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki 44 sayılı önceki Yasa'nın gerekçesinde:

*"...tasarıda usul hükümlerine oldukça geniş bir yer ayrılmıştır. Bununla beraber... konacak usul hükümlerinin ihtiyaca uygunluk derecesini şimdiden kestirmenin güç olacağı, kurulacak Anayasa Mahkemesi'nin, vasfı itibarıyla karşılaştacağı usul meselelerini umumî esaslar dairesinde içtihat yoluyla kolaylıkla çözebileceği düşünülerek bu sahada da kapsayıcı bir düzenlemeden*

kaçınılmıştır”. Ve yine aynı Yasa hakkındaki Karma Komisyon raporunda, “Anayasamız, Anayasa Mahkemesince uygulanacak usul bakımından münferit bazı esaslar koymakla yetinmiş ve öbür esasları kanuna bırakmıştır. Bu nedenle tasarı metninde usul hükümlerine oldukça geniş bir yer verme ihtiyacı duyulmuş ve hüküm sevk olunmayan hususların da içtihadı terk edilmesi uygun görülmüştür”. denilerek, usule ilişkin boşlukların Anayasa Mahkemesi’nce doldurulması kabûl edilmiştir.

Gerçi 2949 sayılı Yasa’nın gerekçesinde ve komisyon raporlarında böyle bir açıklama bulunmamaktadır ama, 44 sayılı Yasa’nın gerekçesine yansıyan ve yönetime ilişkin boşlukları doldurma yönünden Anayasa Mahkemesi’nin özel konumunu belirten görüşün bugün de geçerli olduğu söylenebilir.

Bu gerekçe de göstermektedir ki, Anayasa’nın üstünlüğünü sağlamak için başvurulmasında zorunluluk gördüğü bütün usul kurallarını uygulaması Anayasa Mahkemesi’nin görevinin doğal sonucudur. Anayasa’nın üstünlüğü ve korumasının sağlanabilmesi için bu gereklidir.

...

[sayfa 579]

Anayasa Mahkemesi yazılı kurallarda düzenleme bulunmasa bile, Anayasa’yı yorumlama işlevini anayasal yargı denetiminin isterlerine uygun olarak kullanıp uygulamayı durdurma kararı vermek yükümlülüğündedir. Çünkü, tersi durumda, kişileri olduğu kadar kamu düzenini de “Anayasa koruması”ndan yoksun bırakmış olur. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi kararını verirken, bu yetkinin, kendisine tanınıp tanınmadığını değil, yetkiyi yasaklayan bir kuralın bulunup bulunmadığını araştırmalıdır.

Gerçekten, Anayasakoyucu, yargı yetkisiyle ilgili genel ilkeyi koyduktan sonra tanımak istemediği yetkileri tek tek sayarak belirlemiştir. Örneğin, 125. maddede yönetimin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu ilkesini getirmiş, 105., 125. ve 159. maddelerde bu genel ilkenin ayrıklarını bir bir saymıştır. Anayasa yargısı yönünden de durum aynıdır. 148. maddede yasalar, KHK’ler ve TBMM İçtüzüğü biçim ve öz yönünden anayasa yargısı kapsamına alınmış, bu madde ile 150. ve 151. maddelerde de ayrıklıklar sıralanmıştır. Görüldüğü gibi Anayasa, anayasa yargısı yönünden sınırlayıcı kuralları getirmiş, ancak, uygulamanın durdurulması kararı verilemeyeceğini içeren bir düzenlemeye yer vermemiştir.

...

[sayfa 580]

Anayasa yargısı, yasama organını anayasal sınırlar içerisinde tutarak, demokrasinin sağlıklı işleyişini sağlayacak bir denetim türü olarak öngörülmüştür. Demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü ve bunlara dayanan Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı, Mahkemenin yürürlüğü durdurma yetkisiyle donatılmasını zorunlu kılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, uygunluk denetimleri sırasında insan yaşamının, Devlet'in ve Ulus'un yüksek çıkarlarının söz konusu olduğu durumlarda kararlarıyla gerekli önlemleri alma yükümlülüğündedir. Tersine durumda, kişiler, toplum ve kamu düzeni, Anayasa korumasından yoksun bırakılmış olur. Çünkü, toplumsal yaşamın giderek karmaşıklaşması ve ilgililerin artan olası hukuk dışı davranışları yargının yükünü artırabilir, bu da, karar sürecini uzatabilir. Bu durumun doğuracağı olumsuz sonuçların giderilmesi ise, geçici önlem alınmasını zorunlu kılmaktadır.

...

[sayfa 581]

Ulusal egemenlik kapsamındaki yargılama yetkisini ulus adına kullanan bağımsız mahkemelerin dâvaları çözümlerken durumuna göre zorunlu gördükleri önlemleri alabilmeleri, hem kurumsal yapılarının hem de "İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi" ile "İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına ilişkin Avrupa Sözleşmesi"nin vurguladığı hukukun genel ilkelerinin ve adaletli yargılanmayı da içeren hak arama özgürlüğünün doğal sonucudur. Bu olgular, Anayasa'nın ilgili maddeleriyle kurumlaştırılan hukuksal yöntemlerde dayanağını bulmaktadır."

Bu oldukça uzun gerekçeden alınan bazı paragraflar bir kez daha okunduğunda Anayasa Mahkemesi'nin aşağıdaki hususları açıkça kabul ettiği görülmektedir.

a) Anayasa Mahkemesi "eksiksiz" bir yargı yetkisi kullandığını kabul etmekte ve yaptığı işin bir uygunluk denetimi değil, "karar verme" sürecini içeren yargısal bir işlem olduğunu tasdik etmektedir. Bu kararın "son karar" olduğunu ifade etmektedir.

b) Anayasa Mahkemesi bir "dava"ya bakmaktadır.

c) Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı yargılama “yargısal bir bütünlük” göstermektedir.

d) Anayasa Mahkemesi'nin yargılama kapsamında gerekli önlemleri alma yetkisi vardır. Bu yetki kullanılmadığında anayasal denetim anlamsızlaşmaktadır.

e) Bu tür önlemler yargısal denetimin “özünde” vardır

f) Anayasa yargısı, yasama işlemlerinin Anayasa'ya uygunluğunu etkin bir şekilde kollama amacı gütmektedir. Etkinliği zayıflatan bir sorun ortaya çıktığında (yürürlüğün durdurulması sorunu gibi), yargısal işlev ve yargı bütünlüğünün korunması ve sağlanması “amacı”nı korumak için değişik yargı yetkisinin kullanılması “araçlarından” faydalanabilir.

g) 1961 ve 1982 Anayasaları Anayasa Mahkemesi'ne böyle bir içtihatla bulunmasına olumlu bakmaktadır.

h) Anayasa yargısında yargılamanın amacına ulaşabilmesi için değişik usul yasalarından diğer mahkemelerin kullandığı kavramlardan kıyas yoluyla örnekler alınabilir.

ı) Alınacak önlemin bireysel çıkar ile kamu yararı ve kamu düzenine hizmet edip etmeyeceği dikkate alınmalıdır.

i) Önemli olan Anayasa'ya aykırı olan yasaların bir an önce uygulanmasına son verilmesidir. Aksi takdirde, Anayasa'ya aykırı olan bir hükme dayanarak pek çok işlem yapılabilmesi olasıdır.

j) Anayasa Mahkemesi bir yetkinin kendisine verilip verilmediğini kıyas yoluyla tespit edebilir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi *a fortiori* kuralını uygulayarak şunu söylemektedir: İptale yetkili kılınan bir Mahkemenin daha hafif sonuçları olan uygulamayı durdurma kararı vermesi mümkündür. Kısaca, çoğun içerisinde az her zaman vardır. Buna göre, herhangi bir uyuşmazlıkta hukuk fakültesini yeni bitirmiş bir genç hakim, uyguladığı kuralın Anayasa'ya aykırı olduğuna inanıyorsa, bunun denetimi mümkün olmasına rağmen, mesleki kariyerlerinin doruğunda olan hakimlerin uyguladıkları bir yasa hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğunu gördükleri takdirde, bunu dikkate alamamaları zayıf bir ihtimaldir. Yasa koyucunun ihmali ve unutkanlığından kaynaklanan bir durum, *a fortiori* kuralı gereğince olumsuz bir sonuç çıkarmaya olanak vermemelidir.

k) Bir hukuk boşluğu olduğunda, Anayasa Mahkemesi yargıçları bu boşluğu doldurabilmelidirler. Yargıç, genel hukuk ilkelerine uygun hukuk



yaratabilir. Bu açıdan bakıldığında, Anayasa Mahkemesi'nin baktığı her davada Anayasa'ya aykırı gördüğü bir hükmü re'sen inceleyebilmesi, yargıçlara tanınan boşluk doldurma yetkisinin tabii bir sonucudur. Çünkü, hukukta boşluk (*vacuum iuris*) yoktur.

l) 44 ve 2949 sayılı Kuruluş Yasaları her şeyi ayrıntıları ile düzenlememiştir. Anayasa Mahkemesi'nin karşılaştığı sorunları içtihat yoluyla kapatılmasına Yasa'nın gerekçesi izin vermektedir. Yasa Koyucu karşılaşacak her sorunu tüketici bir şekilde kaleme almaktan kaçınmıştır. İchtihada izin vermiştir. Bu açıdan, bakıldığında, Anayasa Mahkemesi'nin iptal edilmesi gereken Anayasa'ya açıkça aykırı bir hükmü re'sen iptal etmek için yasal bir dayanak aramasına gerek yoktur. Çünkü, hem içtihadın önünün açılması hem de çoğun içinde az da vardır kuralı bunu gerektirmektedir. Şöyle ki, anayasaya uygunluk denetimi ile görevli bir organın, Anayasa'ya aykırı bir hükmün aykırılığını re'sen incelemesi "ister maddi hukuk ister usul hukuku alanına girsin" yaptığı genel işin küçük bir parçası olup anayasal denetim yetkisi kapsamı içerisindedir.

m) Ayrıca yasaklanmamış davranışlara izin verildiği kabul edilmelidir.

n) Anayasa Mahkemesi'nin dediği gibi "Anayasa'nın üstünlüğünü sağlamak için başvurulmasında zorunluluk gördüğü bütün usul kurallarını uygulaması Anayasa Mahkemesi'nin görevinin doğal sonucudur. Anayasa'nın üstünlüğü ve korumasının sağlanabilmesi için bu gereklidir". Re'sen harekete geçmenin temel gerekçesi, burada yatmaktadır.

o) Anayasa Mahkemesi içtihatla bu boşluğu doldurmadiği takdirde, hem bireyler hem de kamu düzeni anayasal korumadan yararlanamaz...Demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü, Mahkemeyi içtihatla bir boşluk doldurmaya sevketmektedir.

ö) Son olarak, Anayasa Mahkemesi, – kararın yayınlandığı derginin 581. sayfada yer alan paragrafta–, yargılama yetkisini ulus adına kullanan bağımsız mahkemelerin duruma göre zorunlu önlemleri alabileceklerini kabul ederken, hak arama özgürlüğünün böyle bir sonucu doğurduğundan bahsetmektedir. Böylece, Anayasa Mahkemesi kendisini iptal ve itiraz davalarında bile bir mahkeme olarak zımnen kabul etmiş, yaptığı işin bir yargılama olduğu, bireysel hakların korunması açısından gerekli önlemleri alabileceğini ifade etmek istemiştir.

Yukarıdaki gerekçelere farklı bir gözle ve bütüncül bir şekilde bakıldığında Anayasa Mahkemesi'nin bir davayı incelerken karşılaştığı

Anayasa'ya aykırı bir hükmü ihmal değil, iptal etmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır. Aslında, bu Anayasa Mahkemesi'nin mahkeme olup olmamasından kaynaklanmamakta, daha ziyade yaptığı işin niteliğinin doğal bir sonucu olmasından kaynaklanmaktadır. Bunu yapmadığı takdirde, Türk mevzuatında Anayasa'ya aykırı hükümlerin kalmasına neden olarak, ya bireylerin aleyhine sonuçlar ortaya çıkmasına neden olacak, veya diğer mahkemelerin Anayasa Mahkemesi hüviyetine girerek, Anayasa'ya aykırı olan hükümleri re'sen gözardı etmelerine yol açacaktır.

### 5.3. Anayasa Mahkemesi “Davaya Bakan” Mahkeme midir?

Anayasa Mahkemesi, HADEP'in kapatılmasıyla ilgili davaya baktığı sırada, 2949 sayılı Yasanın 25. maddesinin “Siyasi Parti Kapatma Davasına Bakan Anayasa Mahkemesi Sıfatıyla” Anayasa'nın 148. ve 2. maddelerine dayanarak iptalini istemiştir. Burada iki noktanın üzerinde durulması gerekmektedir. İlki, Anayasa Mahkemesi, “davaya bakan mahkeme” ifadesine dayanarak bunu nasıl bir “ön sorun” olarak ele almıştır? İkincisi, Anayasa Mahkemesi'nin iptale dayanak olarak kullandığı, Anayasa maddeleri iptale gerekçe olarak gösterilebilir mi?

İlk olarak, Anayasa Mahkemesi'nin , Siyasi Parti Kapatma ve Yüce Divan davalarında kendisini davaya bakan mahkeme olarak nitelendirmesi, 2949 sayılı Yasanın 18/2. maddesinin yaptığı bir atıftan kaynaklanmaktadır. Bu madde aynen şöyle demektedir:

“Mahkemelerce kendisine Anayasanın 152'nci maddesine göre intikal ettirilen işleri ve Yüce Divan sıfatıyla çalışırken veya siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalarda **aynı madde gereğince** ön mesele olarak bakması gereken işleri karara bağlamak;

Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 152. maddesi anlamında mahkeme olması ve bu sıfatla önüne gelen bir davada Anayasa'ya aykırı bir hükmü “davaya bakan mahkeme” sıfatıyla iptal etmesi yukarıdaki iki farklı hükmün incelenmesini gerektirmektedir. Bunlardan ilki, “*aynı madde gereğince*” ifadesidir. İkincisi ise, Siyasi Parti Kapatma ve Yüce Divan davalarında, Anayasa Mahkemesi önüne çıkan aykırılık durumunun bir “ön mesele” olup olmadığıdır.

İlk olarak, bu bendin çok kötü bir şekilde kaleme alındığı belirtilmelidir. Şöyle ki, Anayasa'nın 152. maddesi “itiraz yolu”nu düzenlemektedir. Anayasa Mahkemesi'nin Siyasi Parti Kapatma ve Yüce Divan davalarında Anayasa'ya aykırı gördüğü bir hükmü ele

alması bir “itiraz” (*exceptio*) yolu değil, olsa olsa, re’sen (*ex officio*) dikkate alması gereken bir sorundur. 152. maddenin gerek başlığı, gerekse metni ve ruhu Anayasa Mahkemesini o kadar açık bir şekilde dışlamaktadır ki<sup>174</sup>, bu açık düzenlemeye rağmen, 2949 sayılı Yasanın 18/2. maddesinin, Anayasa’nın 152. maddesine atıf yapması kötü bir yasalaştırma tekniğidir. Böyle bir hükmün yasalaşma sırasındaki gerekçelerine bakıldığında “aynı madde gereğince” ifadesinin hangi gerekçe ile konulduğunu görmek mümkün olmamıştır. Milli Güvenlik Kurulu Tutanak Dergisindeki görüşme kayıtlarında 18. madde ile ilgili herhangi bir kayıt bulmak mümkün olmamıştır. Yasa koyucunun 152. maddeye yanlış bir şekilde gönderme yapması yerine, Anayasa Mahkemesi’ni doğrudan “davaya bakan mahkeme” olarak nitelendirmesi daha doğru bir yaklaşım olurdu. Bunu yapmak hiç de zor olmayan bir değişikliği gerektirmektedir: 18/2. madde şöyle yazılıysaydı daha doğru olurdu: “... Yüce Divan sıfatıyla çalışırken veya siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalarda *davaya bakan mahkeme sıfatıyla ön mesele* olarak bakması gereken işleri karara bağlamak”. Böyle bir dil kullanılması sadece bir kelimelik bir ilaveyi gerektirmektedir.

44 sayılı Yasanın hazırlandığı 1962 yılında yapılan Meclis Görüşmeleri sırasında Anayasa Komisyonu, 2949 sayılı Yasanın 18/2. maddeye karşılık gelen, eski 20/2. maddeyi ilk aşamada şu şekilde ifade etmiştir.

“Anayasa’da başkaca hüküm bulunmayan haller hariç olmak üzere, davaya bakmakta olan mahkeme tarafından ... intikal ettirilen işler ve bu kanunun 20 nci maddesinde gösterilen kurul,

<sup>174</sup> Anayasanın 152. maddesi “Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi” başlığını taşımaktadır. Burada geçen, “diğer” ifadesi açık bir şekilde Anayasa Mahkemesi’ni dışlamaktadır. “Bir davaya bakmakta olan mahkeme” ifadesinin 152. madde bütünlüğü içerisinde ele alınması halinde burada bahsedilen mahkemenin kesinlikle Anayasa Mahkemesi olmadığı sonucuna varmamızı gerektirmektedir. 152. madde “Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden...” diyerek açıkça başvurunun dışarıdan gelmesini aramıştır. “Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse...” ifadesi Anayasa Mahkemesi dışındaki mahkemelere işaret etmektedir. Özetle, 152. maddenin bütün fıkraları Anayasa Mahkemesi’ni 152. maddenin dışında tutmaktadır. Bu nedenle, 2949 sayılı Yasanın 152. maddeye yaptığı atıf gerçek bir atıf değil, örnekseme amacıyla yapılmış bir yorumdur.

makam ve şahıslar tarafından açılan iptal sebebiyle kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemek.”<sup>175</sup>

Görüldüğü üzere, Anayasa Komisyonunun, ilk başta Anayasa Mahkemesi'ni davaya bakan bir mahkeme olarak görme niyeti yoktur. Anayasa Mahkemesi bu metinde Anayasa'nın 151. maddesine de atıf yapmamakta, “sadece davaya bakan mahkeme” ifadesini kullanmaktadır. Anayasa Komisyonu, daha sonra ilgi fıkrayı şu şekilde değiştirmiştir.

“Anayasanın 151. maddesi gereğince mahkemelerce kendisine intikal ettirilen işler ve Yüce Divan sıfatıyla çalışırken Anayasanın aynı maddesi gereğince meselei müsteire olarak bakması gereken işleri karara bağlamak”<sup>176</sup>

Anayasa Komisyonu'nun Bütçe Komisyonuna gönderdiği bu metinde dikkatimizi çeken Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 151. maddesi gereğince ön sorun olarak bakacağı işlerin sadece Yüce Divandan gelecek işlere hasredilmiş olmasıdır. Bu yaklaşımdan hareketle, denilebilir ki, Anayasa Komisyonu, daha sonra yaptığı hazırlıklarda Yüce Divan sıfatıyla görülecek davalarda da yargılanan şahısların kendilerine uygulanacak bir yasa hükmünü Anayasa'ya aykırı olarak ileri sürebilecekleri ihtimalini dikkate alarak, fıkrayı bu şekilde Meclis Genel Kuruluna göndermiştir. 10 Nisan 1962 tarihinde yapılan oturumda 20. madde bu şekilde yasalaşmak üzere iken son anda Anayasa Komisyonu Sözcüsü Coşkun Kırca, 2. fıkranın değişmesi için bir değişiklik önergesi vermiştir. Ve önerge tartışılmadan kabul edilerek, Komisyon sözcüsünün teklif ettiği şekilde yasalaşmıştır. Bu son şekle göre yeni madde koyu yazılan kısmın ilavesiyle şu şekilde son şeklini almıştır:

“... ve Yüce Divan sıfatıyla çalışırken **veya bu kanunun 32. maddesi gereğince bakacağı dâvalarda** Anayasanın aynı maddesi gereğince meselei müsteire olarak bakması gereken işleri karara bağlamak.”<sup>177</sup>

44. sayılı Yasanın 32. maddesi, siyasi parti kapatma davalarını düzenlemektedir. Böylece son andaki düzenleme ile, Anayasa Komisyonu, siyasi parti kapatma davalarında parti yöneticilerinin

<sup>175</sup> 20. madde Anayasa Komisyonunun ilk hazırladığı raporda 19. maddede yer almakla birlikte, daha sonra araya (yeni 19. madde olarak) ilave edilen bir madde dolayısıyla 20. madde olarak yasalaşmıştır.

<sup>176</sup> Millet Meclisi Tutanak Dergisi, cilt 4, 1962, 78-79.

<sup>177</sup> Millet Meclisi Tutanak Dergisi, cilt 4, 1962, B. 72, 10.4.1962, O:2, s. 394

kendilerine uygulanmakta olan bir yasa hükmünün Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmeleri halinde, bu savın Anayasaya aykırılığını Anayasa Mahkemesi'nin incelenmesine kapı açılmıştır.

Bu değişiklik son dakikada yapıldığı için 20/2. maddenin gerekçesinin yer aldığı 30 Mart 1962 tarihli Anayasa Komisyonu Raporunda ne siyasi partilerle ilgili bir ifadeye rastlıyoruz, ne de Siyasi Parti Kapatma ve Yüce Divan davalarında Anayasa Mahkemesini re'sen hareket geçirecek bir ifadeyi görebiliyoruz. Anayasa Komisyonu Raporunda 20/2. maddenin gerekçesi aynen şöyledir:

"Bahis konusu yeni 2 nci bentde, ayrıca, Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan sıfatıyla baktığı işlerde Anayasa'nın 151 nci maddesinin nasıl uygulanması gerektiği tespit edilmiş ve bu takdirde, Yüce Divanın, itiraz konusunu bir mesele müste'hire telakki ederek, dâvaya ara vermesi ve Anayasa Mahkemesi sıfatıyla Anayasaya aykırılık konusunu hallettikten sonra davâya Yüce Divan sıfatıyla bakmaya devam etmesi gerektiği hususu tasrih olunmuştur. Bu tasrihin bir faydası da, Anayasanın 151 nci maddesinin 4 ncü fıkrasında yazılı üç aylık müddetin, bu halde dahi mesele müste'hirenin karara bağlanma süresi olarak tatbik edileceğini sağlamış olmasıdır."<sup>178</sup>

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasaya aykırı gördüğü bir hükmü re'sen ele alıp iptal edebilmesi ile ilgili olarak Anayasa Komisyonunun 1962 yılının Mart ve Nisan aylarında şekillenen yaklaşımı bütüncül olarak şu şekildedir: Yukarıdaki gerekçe de göstermektedir ki, Anayasa Komisyonu, Anayasa Mahkemesini hiç bir durumda önüne gelen bir incelemede bir hükmü re'sen iptal etme konumunda görmemiştir. Yukarıdaki gerekçe, sadece Siyasi Parti Kapatma ve Yüce Divan davalarında taraflardan gelebilecek Anayasaya aykırılık iddiaları düşünülerek kaleme alınmıştır. Komisyon raporuna göre, Anayasa Mahkemesi her dört durumda da (iptal/itiraz/SPK/YD) bir hükmün Anayasaya aykırılığını re'sen inceleyemez. Ancak, ilk şekilde, sadece Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalarda, son anda yapılan değişikliklerle, siyasi parti kapatma davalarında, Anayasa Mahkemesi önünde söz alan şahıslar bir hükmü Anayasaya aykırı olarak değerlendirmişlerse, o takdirde, Anayasa Mahkemesi ancak talep gelirse bu hükmü inceleyebilir.

Anayasa Komisyonu, Anayasa Mahkemesi'ni 151. madde anlamında re'sen bir hükmün anayasallığını inceleyecek bir makam

---

<sup>178</sup> *İbid.*, Anayasa Komisyonu Raporu, s. 37.

olarak görmemiştir. Çünkü, 20. maddenin ilk şeklinde 151. maddeye bir atıf yoktur. Komisyonun ilk teklifinde 19/1. maddenin özgün halinde “davaya bakmakta olan mahkeme tarafından” ibaresi vardı. Ancak, Komisyon daha sonra bu ifadeyi kullanmak yerine bu ifadenin geçtiği 151. maddeye atıfta bulunarak bu bekletici mesele sorununun daha ayrıntılı düzenlenmesini arzu etmiştir. Görülmektedir ki, Komisyonun ilk görüşü, Mahkemeyi 151. madde anlamında bir mahkeme olarak değerlendirmeme şeklindedir. Çünkü, Yüce Divan sıfatı ile davaya bakmakta olduğu bir sırada bir itirazda bulunulduğunda, Anayasa Mahkemesi'nin bunu hangi usule göre çözümleyeceği konusunda boşluk olmasını Komisyon üyeleri istememişlerdir. Hatta 20. maddenin gerekçesinden de görüleceği üzere karşı taraftan çok müşkül bir Anayasaya aykırılık iddiası gelirse ve Anayasa Mahkemesi bunu 151/4. maddede yer alan üç aylık bir süre içerisinde çözmezse kaldığı yerden davaya devam edebilsin diye 151. maddeye atıfta bulunulmuştur.

20/2. maddenin gerek kendisi, gerekse Komisyon raporunda geçen ifadeler, Yüce Divan yargılaması sırasında ortaya çıkabilecek olan problemin bir “meselei müsteire” olduğunu göstermektedir. Bu kavram Türkçe'ye “ön sorun” olarak çevrildiğinde, orijinalde ifade edilmek istenen nüans ve vurgu ortadan kalkmaktadır. Şöyle ki, şayet Anayasa Mahkemesi üyeleri uygulayacakları bir hükmü Anayasaya aykırı bulmuşlar ise, bu durumda bir mesele vardır, ancak bu mesele bekletici bir mesele olamaz. Çünkü, Yüce Divan sıfatıyla yargılarken, Mahkeme re'sen Anayasa'ya aykırı bir şeyi tespit etmişse, bu tespit sonucu Anayasa Mahkemesi'nin yapacağı şey bu konuyu heyet halinde görüşürken müzakere etmek ve iptal etmektir. Bu tür bir sorunu Anayasa Mahkemesi'nin uzun süre bekletmesine, hele üç ay gibi uzun bir süre içerisinde karar bağlayamamasına olanak yoktur.

Komisyon gerekçesinden de görüldüğü üzere 151. maddeye yapılan bilinçsiz atıf, “üç aylık” sürenin hatırına olmuştur. 20/2. maddenin açıklanmasına ilişkin Komisyon Raporu göstermektedir ki, Komisyonun düşüncesi, Yüce Divan sıfatı ile görüşme yaparken sadece ve sadece yargılanan şahıslardan böyle bir talep gelmesi halinde, bunu incelemeye alıp, yargılamayı geciktirme noktasındadır.

Komisyonun, 151/4. maddede yer alan üç aylık sürenin Yüce Divan sırasında da uygulanacağını söylemesi, Komisyon üyelerinin bu Raporu hazırlarken ne kadar ciddi (!) olduklarını gösteren güzel bir örnektir. Anayasa Komisyonu bu gerekçe ile şunu imâ etmektedir: Örneğin, bir bakan yargılandığı sırada kendisine uygulanacak bir

hükmün Anayasaya aykırılığını ileri sürdüğünde, Anayasa Mahkemesi iptali istenen hükmün Anayasaya aykırılığına üç ay (bugün için beş ay) içinde karar veremezse, ilginin talebinin haklılığını ve adil yargılanma ilkelerini bir kenara atarak, kendi kanısına göre davayı sonuçlandırabilir. Bilindiği üzere, 1961 Anayasasında, 1982 Anayasasından farklı olarak, Anayasa Mahkemesi süresi içerisinde karar vermediğinde, davaya bakan mahkeme kendi kanısına göre davayı sonuçlandırabiliyordu. Burada mantığa aykırı olan durum şudur ki, Anayasa Mahkemesi üç aylık bir sürede Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermediği bir hükmü, bu sürenin sonunda kendi kanısına göre Anayasa'ya aykırı görürse uygulamayacaktır; Anayasa'ya uygun görürse uygulayacaktır. Anayasa Mahkemesi üç ay içerisinde iptal veya red konusunda bir kanıya varamamışsa, üçüncü ayın sonunda davayı Anayasa'ya aykırılığında emin olmadığı bir hükme dayanarak veya ihmal ederek nasıl sonuçlandırabilir?<sup>179</sup> Anayasa Mahkemesi'nin üçüncü ay sonundaki kanısı, bir hükmün iptal veya reddini gerektiren bir kanı değil midir? Böyle bir şeyin düşünülüp Komisyon gerekçesine alınması, Anayasa Mahkemesini hafife alma anlamına gelir. Bu tür bir yaklaşım ve mantık tarzı bile Komisyon üyelerinin yaptıkları işe ne kadar vakıf olduklarını gösteren anlamlı bir örnektir!

Ayrıca, Komisyon son dakikaya kadar siyasi parti kapatma davalarında Anayasa Mahkemesi'nin bir mahkeme olduğunu nasıl unutmuş olabilir? Böyle bir unutma gerçek ise, böyle bir komisyonun hazırladığı 44 sayılı Yasaya nasıl itibar edilebilir? Ya son dakika da SPK davalarında da anayasa aykırılık savlarının Anayasa Mahkemesi tarafından inceleneceği ile ilgili olarak bir hüküm olmasaydı, Anayasa Mahkemesi'nin ondan sonraki içtihadı, kendisini sadece Yüce Divan sıfatı ile baktığı davalarda "mahkeme" olarak göreceği şeklinde mi olacaktı?

Komisyonu'nun iptal ve itiraz davalarındaki yaklaşımı çok sert olup, Anayasa Mahkemesi'ne hiç bir sıfatla Anayasaya aykırı bulunduğu bir hükmü re'sen iptal etmesine izin vermemektedir. Komisyon gerekçesine bir kez daha bakalım:

"... Anayasa Mahkemesi bir kanun veya içtüzük aleyhinde bir iptal davası açılmamış veya bu konuda itiraz yoluyla bir müracaat

---

<sup>179</sup> 1982 Anayasası döneminde ise şöyle bir sonuç ortaya çıkmaktadır: Anayasa Mahkemesi beş ay içerisinde Yüce Divan sıfatıyla baktığı bir davada ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık iddiasını çözümleyemezse, o takdirde, iptali istenen hükmü yaptığı yargılamada uygulayarak mahkumiyet veya beraat kararı vermek zorundadır!

yaılmamış olsa bile, eğer bir kanun veya İçtüzük hükmünü tatbik etmek veya nazarı itibara almak mevkiinde kalır ve ezcümle, işbu kanunun hükümlerinin tatbik ederken, o kanun veya İçtüzük hükmünü Anayasaya aykırı görürse, o kanun veya içtüzükle Anayasa arasındaki ihtilafta Anayasayı kanuna tercih etmek, kanunu ihmal ederek doğrudan Anayasa hükmünü tatbik etmek mecburiyetindedir.”

Yukarıdaki ifadede italikle yazılmış kısım bir kez daha okunduğunda şu sonuca varılmaktadır. Komisyon her dört durumda da Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya aykırı gördüğü bir hükmü re'sen iptal etmesini istememiştir. Anayasa Mahkemesi'nin Siyasi Parti Kapatma ve Yüce Divan davalarında re'sen hareket edebileceği, diğer durumlarda re'sen hareket edemeyeceği şeklindeki bir sınıflandırma, anayasa yargısının mantığına uygun değildir.

Bu sonucun tutarlı olduğu şöyle ispatlanabilir. Birincisi, Anayasa Mahkemesi, hangi sıfatla davaya bakarsa baksın, bir hükmü Anayasaya aykırı buluyorsa, bunu re'sen dikkate alması gerekir. Tutarlı olan yorum tarzı budur. Anayasa Mahkemesi, hangi sıfatla bakarsa baksın ne kompozisyonu (oluşum tarzı) farklılaşmakta, ne Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi değişmekte, ne de anayasal denetimde yapacağı yorum tarzı ve anayasal denetim ölçüleri başkalaşmaktadır.

Eğer Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan davalarına bakarken, sadece hukukçu veya yargıç kökenli Anayasa Mahkemesi üyelerinden oluşsaydı, o takdirde, iptal ve itiraz davalarından farklı bir kimlikle oluşan Yüce Divan'ın mahkeme olarak kabul edilip, hukukçu olmayan üyelerle, hakimlik geçmişi olmayan öğretim üyelerinden oluşan Anayasa Mahkemesi'nin mahkeme olarak kabul edilmemesi mantıklı bir gerekçeye dayanabilirdi. Ancak, Yüce Divan durumunda değişen hiç bir şey olmadığı için, Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalarda da Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya aykırı gördüğü bir hükmü re'sen dikkate alması veya alamaması gerekir. Tutarlı olan yaklaşım budur. Anayasa Komisyonunun gerçek amacı, Anayasa Mahkemesini yaptığı işe göre mahkeme olarak görüp görmeme şeklinde olsaydı, Komisyon yazdığı gerekçede kendisini makul bir şekilde bunu açıklamak zorunda hissederdi. “Anayasa Mahkemesi, iptal ve itiraz davalarında gördüğü aykırılığı re'sen dikkate alamaz, Siyasi Parti Kapatma ve Yüce Divan davalarında dikkate alabilir” şeklindeki bir yaklaşım, Komisyonun yaklaşımına ters düşmektedir. SPK davalarında ortaya çıkacak bekletici mesele sorunlarının ilk başta 20/2. madde kapsamına alınmaması, Anayasa Mahkemesi bu sıfatla baktığı davalarda 20/2. madde



anlamında re’sen hareket edebilecek konumda olmadığını göstermektedir.

Özetle, Anayasa Mahkemesi’nin 151. madde anlamında mahkeme olup olmadığı ile ilgili tartışmalar, sorunun temelinde inildiğinde, Komisyonun tutarsız ve anlamsız yaklaşımından kaynaklanmaktadır. 44 sayılı Yasa, çok hızlı bir şekilde meclis gündemine getirilmiş, Bütçe Komisyonuna incelemesi için kısa bir süre tanındığından, Komisyon üyeleri incelemelerini “üç gün üç gece fener ışığında” çalışarak bitirmişler, Meclis Genel Kuruluna 9 Nisan 1962 tarihinde ivedilikle sevk edilmiş ve 25 Nisan 1962’den önce mutlaka yasalaşması gerektiğinden, neyin ne olduğu tam anlaşılamadan ve ciddi bir şekilde tartışılmadan Anayasa Mahkemesi için dar bir kalıp biçilmiştir.

1962-1972 yılları arasında görev yapan yargıçlar, 44 sayılı Yasanın henüz mürekkebinin kurumadığı bir dönemde Anayasa Komisyonunun nasıl bir hata içerisinde olduğunu, kanımızca, sorgulamamışlar ve Anayasa Yapıcı İradeye saygılarının bir göstergesi olarak, Anayasa’yu ve 44 sayılı Yasayı, Komisyonun algıladığı gibi algılamışlardır.

Anayasa Komisyonu sözcüsü sayın Coşkun Kırca ve arkadaşları nerede hata yapmışlardı? Kanımızca, yaptıkları hata 1924 Anayasası döneminde hakim olan anlayış tarzını, 1961 Anayasası döneminde de sürdürmek istemeleri idi. 1924 Anayasası döneminde hakim olan “ihmal” yaklaşımını, üstelik çok tutarsız ve alelacele bir şekilde kaleme almışlardır. Bundan dolayı, ilk günah o dönem hizmet eden yargıçların değil, 1961 Anayasasını Yapan İradeye aittir. Komisyon, Anayasa Mahkemesi’ne yardımcı olacak şekilde Anayasa Mahkemesi ile ilgili hükümleri iyi bir şekilde kaleme almadığı için Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa’ya aykırı gördüğü bir hükmü re’sen iptal etme yetkisini bir içtihatla kendisine vermesi, Anayasa koyucunun unuttuğu veya kendisinden esirgediği bir yetkinin alınmasından ibarettir<sup>180</sup>.

Coşkun Kırca ve arkadaşlarının 1924-1961 arası uygulamayı dikkate alarak, sistemi muhafaza etme adına yaptığı bir yanlışlığa işaret ederek yukarıdaki yargımızı kuvvetlendirelim. Milletlerarası antlaşmaların onaylanmasını düzenleyen 1961 Anayasası’nın 65. maddesi ile maddenin uygulanmasını gösteren 1963 tarihli 244 sayılı Yasanın ne kadar kötü kaleme alındığı ile ilgili verilecek örnek, sanırız,

---

<sup>180</sup> Karş: İl Han ÖZAY, “Günahı ve Sevabıyla Anayasa Mahkemesi”, Anayasa Yargısı, 14, 1997, 337-346, 342-343.

o dönemki Anayasa Komisyonu üyelerinin çok titiz çalışmadıklarını gösterme açısından yeterli olur.

1961 Anayasası, antlaşmaların uygun bulunması konusunda genel bir kural koymaktadır. Buna göre, antlaşmalar onaylanmadan önce Parlamento tarafından uygun bulunur. 65. maddenin 2 ve 3. fıkralarında bazı istisnalar getirilmiştir. Bu istisnalar daha sonra 244 sayılı yasayla genişletilmiş; böylece 244 sayılı Yasa, 1961 Anayasası'nın 65/1. maddesi ile koyduğu ilkeyi yıkarak, adeta istisnayı kural, kuralı istisna yapmış<sup>181</sup> ve özellikle Anayasa'nın 65. maddesinin üçüncü fıkrasında ki hükmün anlamını değiştirerek yürütme organına çok önemli konuları, hatta devletin egemenlik ve bağımsızlık haklarını ilgilendiren antlaşmaları doğrudan yapabilme ve yürürlüğe koyabilme olanağını vermiştir. Bu da, Çelik ve Duran tarafından Anayasaya aykırı olarak görülmüştür.<sup>182</sup> Konu, Anayasa Mahkemesi önüne getirilmiş,<sup>183</sup> ancak Anayasa Mahkemesi 244 sayılı Yasanın hazırlığında çok emeği geçmiş Coşkun Kırca'nın savunduğu görüşlere uygun karar vererek eleştiri oklarına hedef olmuştur.<sup>184</sup> Anayasa Komisyonu Sözcüsü

<sup>181</sup> Muharrem GÜRKAYNAK, , "244 Sayılı Yasanın Anayasaya Aykırılığı İddiaları ve Karşı İddialar", Türk Hukuk Dergisi, Nisan 2003, 15-29, 17.

<sup>182</sup> Edip F. ÇELİK, "1961 Anayasasının Milletlerarası Andlaşmalarla İlgili Hükümleri", İÜHF, 28/2, 1962, 335-348.; Edip F. ÇELİK, "Andlaşmalar Konusundaki Kanun Anayasaya Aykırıdır", Milliyet, 27 Temmuz 1963.; Edip F. ÇELİK, "Andlaşmalar Konusundaki Kanun Anayasaya Açıkça Aykırıdır", Milliyet, 19 Ağustos 1963.; Edip F. ÇELİK, "Andlaşma Yapma Yetkisi", İÜHF, 31/1-4, 1965, 363-369.; Lütfi DURAN, "Dış Münasebetler Anayasa Dışı", Cumhuriyet, 8 Temmuz 1963, 2.; Lütfi DURAN, "Zıtlaşma Zihniyeti Andlaşmalar Kanunu Etrafında", Cumhuriyet, 1 Ekim 1963.

<sup>183</sup> E.1965/311, K.1965/12, AMKD, 3, 67-83.

<sup>184</sup> Kırca'ya göre, 244 sayılı Yasadaki "milletlerarası andlaşmaların onaylanması Bakanlar Kurulu kararnamesiyle olur" hükmünden, Anayasanın Cumhurbaşkanı tarafından verilen onaylama yetkisinin Bakanlar Kuruluna devredildiği anlamını çıkarmak yanlıştır. Çünkü, "Bakanlar Kurulu kararnamesi" terimi idare hukukumuzdaki yerleşik anlamıyla, "Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulunda çıkardığı kararname"dir. Anayasanın 98. maddesine göre, "Cumhurbaşkanının bütün karar/an Başbakan ve ilgili Bakanlarca imzalanır" hükmü gereğince, yasa koyucu, milli hukuk bakımından, Cumhurbaşkanının antlaşmaları onaylama kararının, Cumhurbaşkanından başka, ya Başbakan veya bütün Bakanlarca veya sadece Başbakan, Dışişleri Bakanı ve varsa antlaşmayla ilgili diğer Bakan veya Bakanlarca imzalanması şıklarından birini seçmek zorunda kalmıştır. İkincisine "ortak kararname" denildiğini hatırlatarak, yasa koyucunun, antlaşmaların onaylanmasını önemli bir işlem saymasından dolayı, Cumhurbaşkanının bu işleminin "ortak kararname" şeklinde değil, "Bakanlar Kurulu kararnamesi" şeklinde olmasını daha uygun gördüğünü söylemektedir. Coşkun, KIRCA, "Andlaşmalar Konusundaki Kanun Anayasaya Uyundur", Milliyet, 6 Ağustos 1963.

Kırca'nın hazırlanmasında etkiliği olduğu 65. maddeyi Toluner şöyle eleştirmiştir:

"Anayasanın 65 inci maddesi kötü hazırlanmış bir maddedir: Kendi içinde çelişme halindedir; Anayasanın diğer hükümleriyle bağdaştırılması mümkün olmayan bir düzen getirir. Değiştirilmediği takdirde andlaşma akdetme yetkisi ya, yürütmeye sınırsız yetkilerin tanınması yoluyla biçimlenecek veya dış ilişkilerin yürütülmesini imkansız kılan bir biçim alacaktır. Bunlardan her ikisinin de kabul edilemez bir çözüm olduğu açıktır. Eski düzene ve alışkanlıklara sadakat, öze değinen mahzurlar ortaya çıkıyorsa, yobazlık niteliğini taşır... Milletlerarası ilişkilerin yürütülmesi işinin, niteliği itibarıyla bir yürütme fonksiyonu olduğu göz önünde bulundurularak, yürütmeden hareket eden bir esasın kabulü ve fakat yasama organının vazgeçilmez yetkilerinin açıkça saklı tutulması, hareket etmekte olduğu esası reddeden, bir 65 inci madde düzeninden, daha rasyonel bir çözüm getirir.

Bu yapılmadığı takdirde, bu görev Türk hakimine düşecektir. Bu son derece güç olan görevin, gereği gibi yapılabilmesinde metinlerin kalıpları içinde kalmayıp, öze ve vakıya inilmesi, bu fonksiyonun kurucu niteliği öngörüldüğünde bir zorunluluktur, sanırız.<sup>185</sup>

Son olarak bir kez daha vurgulanmasında yarar görülmektedir ki, 44 sayılı Yasa ile 244 sayılı Yasada da hakim olan yaklaşım aynıdır: Yeni bir kurum ve uygulama getirilmeye çalışılırken, eskinin mirasını tümünden reddedememe alışkanlığı...

Bugün 44 sayılı Yasanın gerekçesi ile 2949 sayılı Yasanın metni arasında bir bağlantının olmaması gerekir.<sup>186</sup> Bugün yapılacak yorumda bundan 40 yıl önce dile getirilmiş düşüncelerin dikkate alınmaması gerekir. Diğer bir deyişle, anayasalar sürekli yaşayan organizmalar olup, gelişmekte ve büyümektedir. Bundan 40 yıl önce Anayasa Mahkemesi için biçilen kaftan, bugün artık küçük gelmektedir.

Anayasa Mahkemesi, bugün Anayasayı yorumlamada tek yetkili otorite olup, geçmişin gerekçeleri ile bağlı değildir. Anayasayı, dogmatik

<sup>185</sup> Sevin TOLUNER, *Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler*, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1973, 397-398.

<sup>186</sup> Karş: Mahmut, BELİK, "Dış Münasebetlerimiz Anayasa Dışında mı Yürütülecek?" Cumhuriyet, 6 Eylül 1963. Belik makalede 65. madde ile gerekçesi arasında fazla bir ilgi kalmadığını söylemektedir. (Gürkaynak'tan atfen, a.g.m.)

bir kalıp olmaktan kurtarıp çağa uyduracak olan Anayasa Mahkemesi'dir. Sanıyoruz ki, bu noktada Litvanya Anayasa Mahkemesi'nin ilk on yılını (1993-2003), Türk Anayasa Mahkemesi'nin ilk on yılı (1962-1972) ile karşılaştırmak, anayasa yargılarının karşılaştırılması açısından faydalı bir örnek olur.

Litvanya'da Anayasa sadece "orijinal" metinden ibaret olmayıp, anayasa yargısı ve bunun içinde formüle edilmiş anayasal ilkelerden oluşur.<sup>187</sup> Ne 1992 Litvanya Anayasasında ne de Anayasa Mahkemesi Yasasında, Anayasa'nın yorumu ile ilgili bir şey olmamasına rağmen, *expresis verbis* (açık bir şekilde) verilmemiş bu yetkiye rağmen, Anayasa Mahkemesi böyle bir münhasır yetkisi olduğunu ileri sürmüştü ve bunu kabul ettirmiştir.<sup>188</sup> 12 Ocak 2000 ve 30 Mayıs 2003 tarihli kararlarında, Anayasa Mahkemesi kararlarının *de facto* olarak Anayasa'nın gücüyle aynı etkide olduğunu söylemiştir.<sup>189</sup> Böylece, on yıl içerisinde Anayasa'nın yorumu ile ilgili olarak, Litvanya Anayasa Mahkemesi'nin otoritesi kabul edilmiştir. Başka devlet organlarının yaptığı yorumların Anayasa Mahkemesi yorumuna aykırı olamayacağı yerleşmiştir.. Ne Anayasa'nın ne de yasama organının kendisine vermediği bir yetkiyi, Anayasa Mahkemesi tıpkı Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin *Marbury v. Madison* kararında olduğu gibi bir "ihtilal" ile kendisi ele geçirmiştir.<sup>190</sup> Aslında bu sadece Litvanya Anayasa Mahkemesi'ne ait bir özellik değildir; diğer Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinde de yaygın olan bir eğilimin yansımasıdır.<sup>191</sup> Böylece, Litvanya Anayasa Mahkemesi'nin kararları, Anayasa'dan sonra anayasa hukukunun kaynakları arasına girmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre, bütün hukuk sisteminin temel belgesi olan Anayasa asla "yasaların yasası" (*code of codes*) veya anayasal niteliği olan kamu ilişkilerinin yer aldığı bir külliyat (*digest of laws*) olmamalıdır. Anayasa Mahkemesi bir maddeyi yorumladığında, bu yorum resmi bir anayasal doktrin olarak kabul edilir.<sup>192</sup>

<sup>187</sup> Egidijus KÜRİS, "The Constitutional Court and Interpretation of the Constitution" in *Constitutional Justice in Lithuania, The Constitutional Court of the Republic of Lithuania*, Vilnius, 2003 205-321, 206.

<sup>188</sup> *İbid.*, 207, 220

<sup>189</sup> *İbid.*, 223.

<sup>190</sup> *İbid.*, 208.

<sup>191</sup> *İbid.*, 210.

<sup>192</sup> *İbid.*, 223.

## 5.4. Anayasa Mahkemesi'nin Re'sen İptal Yetkisinin Dayanağı

Yukarıda, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 152. maddesi anlamında bir mahkeme olmadığı, 152. maddeye atfın yanlış bir atfı olduğu ve 1961 Anayasa'nın hazırlık çalışmalarının Anayasa Mahkemesi'ne Siyasi Parti Kapatma ve Yüce Divan davalarında dahi Anayasa'ya aykırı gördüğü bir hükmü re'sen iptal etme yetkisi vermediğini gördük.

Bu başlık altında Anayasa Mahkemesi'nin dayanabileceği Anayasa maddeleri üzerinde durulacaktır. Anayasa Mahkemesi 2002/62 sayılı kararında, 2949 sayılı Yasanın 25. maddesini iptal ederken, Anayasa'nın 148. ve 2. maddelerine dayanmıştır. 148/1. madde, Anayasa Mahkemesi'nin "Görev ve Yetkileri" başlığını taşımakta olup şöyle demektedir:

"Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde karamamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler..."

Kanımızca, 148. maddenin yalın hali Anayasa Mahkemesi'ne bir yasayı re'sen iptal etme yetkisini vermemektedir. Bu madde Mahkemenin uygunluk denetimini nasıl yapacağını da göstermemektedir. Diğer fıkralara da bakıldığında iptali gereken bir hükmünün iptali konusunda açık bir hüküm mevcut olmadığı gibi, bu tür bir görevi re'sen yapmasına olanak verecek en ufak bir ifade görülmemektedir. 148. madde Anayasa Mahkemesi'nin görevini belirlerken, Anayasa Mahkemesi'ne "mahkeme sıfatı ile bakacağı" ve diğer durumlarda olmak üzere iki farklı görev de vermemiştir. 148. madde görev ve yetkinin sınırını çizerken, bu sınırın diğer bir ifade ile "uygunluk denetiminin" nasıl kullanılacağını söylememiştir. Eğer bir yasayı iptal etmek için sadece Anayasa'nın 148. maddesine dayanılacaksa, o zaman bunun sadece siyasi parti kapatma ve Yüce Divan davalarında değil, bütün davalarda kullanabilmesi gerekir.

148. maddenin Anayasa Mahkemesi'nin vereceği iptal kararlarında tek başına hukuksal bir dayanak olarak kullanılmasının hatalı olduğunu şöyle bir örnekle somutlaştırabiliriz: 148. maddenin 3. fıkrasına göre; "Anayasa Mahkemesi ... Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu üyelerini... görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatı ile yargılar". Bu fıkrayı 148/1'de kullanılan yorum tekniğini kullanarak açıklamaya çalıştığımızda, Anayasa Mahkemesi'nin mahkeme sıfatı ile re'sen verdiği

iptal kararlarına bakarak, şöyle bir yorumda bulunması elbette mümkün olamaz: “Anayasa Mahkemesi Anayasa’ya aykırı gördüğü bir hükmü 148/1’e dayanarak re’sen iptal ederken, “... uygunluğunu denetler” hükmünü esas alarak kendisine özel bir yetki verilmeksizin harekete geçebildiğine göre, örneğin, Telekomünikasyon konusunda bazı maddelerin iptali istemi ile def’i yoluyla önüne gelen bir davada, kesin suçlu olduğuna inandığı Ulaştırma Bakanını “...Yüce Divan sıfatıyla yargılar” hükmüne dayanarak, re’sen yargılayabilir!

Şayet 148. maddenin içerisinde mahkemeye tanınmış bir re’sen hareket etme marjı varsa, bu marjın Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalarda da kullanılmasının olası olması gerekir. 148. maddeyi Anayasa’nın diğer maddelerinden soyutlayarak böyle bir sonuca varmak mümkün olmadığına – ve olamayacağına- göre ve Anayasa’nın 148. maddesinin lafzi yorumu, Anayasa Mahkemesi’ne Yüce Divan sıfatı ile davaya bakarken bir bakanı re’sen yargılama olanağı vermediğine göre, Anayasa Mahkemesi’nin 148. maddeye dayanarak görülmekte olan davada talep edilmeyen bir yasa hükmünü re’sen iptal etme yetkisinin olmaması gerekir. 148. maddenin 1. fıkrasının verdiği re’sen harekete geçme yetkisini, aynı maddenin 3. fıkrasının Anayasa Mahkemesi’ne vermediğini söylemek, 148. maddenin bütüncül yorumuna aykırı, *a la carte* bir yorum tarzı olur.

Farklı bir ifade ile, Anayasa Mahkemesi’nin “davaya bakan mahkeme sıfatı” ile Siyasi Parti Kapatma ve Yüce Divan davalarında re’sen harekete geçerek, Anayasa’ya aykırı gördüğü hükümleri iptal etmesinin Anayasa’nın “açıkça” vermediği bir yetkiden kaynaklandığını düşünüyoruz. Yani, Anayasa Mahkemesi hangi sıfatla bir davaya bakarsa baksın, Anayasa’nın açıkça kendisine vermediği bir yetkiyi kullanmıştır. Ancak, bunu ileri sürerken, Anayasa Mahkemesi’nin bu içtihadının “maddi” anlamda Anayasa’ya aykırı olduğunu ileri sürmek istemiyoruz. Burada, sadece Anayasa Mahkemesi’nin yaklaşımı ve dayandığı Anayasa maddeleri tartışılmaktadır. Burada her ne kadar Anayasa Mahkemesi kaynağını Anayasadan almadığı bir yetkiyi kullanıyor gibi görülse de, aşağıda tartışacağımız gerekçe ile Anayasa Mahkemesi aslında tamamen anayasal bir yetkiyi kullanmış olmaktadır.

Kanımızca, Anayasa Mahkemesi’nin herhangi bir davada karşılaştığı anayasaya aykırılık sorununu re’sen çözerken başvurabileceği temel madde, Anayasa’nın 11. maddesinin 2. fıkrasıdır: Bu fıkra “Kanunlar Anayasaya Aykırı olamaz” demektedir. 148. madde, Anayasa Mahkemesi’ne kanunların Anayasaya uygunluğunu denetleme görevi verirken, Anayasa’nın 11/2. maddesiyle de Anayasa’ya uygunluğunu

re'sen inceleme görevi vermektedir. Anayasa Mahkemesi'nin görülmekte olan bir davada, davaya baktığı andaki statüsü ne olursa olsun, Anayasa'nın 11/2. maddesi, Anayasa Mahkemesini re'sen harekete geçme konusunda zorlamaktadır. Kanımızca, Anayasa'nın 11/2. maddesi, Japon Anayasası'nın 98/1. maddesinin kısaltılmış şeklidir. Japon Anayasasına göre;

"Bu Anayasa ülkenin en üstün yasasıdır ve Anayasa hükümlerine aykırı hiçbir yasa, tüzük, kraliyet emirnamesi veya herhangi bir hükümet tasarrufu veya bunun bir parçası, hukuksal güç ve geçerliliğe sahip değildir."<sup>193</sup>

Anayasa, 11/2. madde hükmüyle, emredici bir hukuk kuralı ortaya koymuştur. Bu ilkeyi tersten okuduğumuzda, "Anayasaya aykırı olan yasama tasarrufları kanun değildir" sonucu çıkmaktadır. Bu ifadeyi 1924 Anayasasında olan "Türkler hür doğarlar, hür yaşarlar" ifadesi gibi klişeleşmiş proklamatif (açıklayıcı) bir şablon olarak görmek doğru değildir.<sup>194</sup> Bu nedenle, Anayasaya aykırı olarak çıkarılmış bir kural, deyim yerindeyse, mutlak butlanla batıl olduğundan zımnen ilga olmuştur. Mutlak butlanla sakat olan bir işlemin geçersizliğini herkes ileri sürebilir. Aslında bireysel başvurunun ruhunda da mutlak butlanla sakat bir işlemin yürürlükten kaldırılması düşüncesi olduğuna inanılmaktadır.

Görülmekte olan bir davada taraflar bunu def'i-itiraz yoluyla gündeme getirmektedirler. Anayasa Mahkemesi dışındaki diğer mahkemelerde bu husus Anayasa'nın 152. maddesi gereğince hakim tarafından ciddi bir aykırılık olduğu kanaati varsa re'sen dikkate alınmaktadır. Bir yasa çıktığı zaman iptal davası açmaya yetkili olan merciler, böyle bir itirazı 60 gün içerisinde gündeme getirilebilirler.

Pekâlâ, Anayasa Mahkemesi yargıcı, uygulamakta olduğu bir kuralı Anayasa'ya aykırı görürse bunu re'sen dikkate alabilir mi? Mutlak butlanla sakat bir işlemin hakimler tarafından re'sen dikkate alınacağı

<sup>193</sup> 3 Kasım 1946 tarihli Japon Anayasası, Madde 98/1: "This Constitution shall be the supreme law of the nation and no law, ordinance, imperial rescript or other act of government, or part thereof, contrary to the provisions hereof, shall have legal force or validity": karşı: Muammer Aksoy, Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, Cilt 3, 41-49, 1961, B.41, 10.4.1961 O:1, 12. Muammer Aksoy, bu maddeye 61 Anayasasının 8. maddesi görüşmelerinde atıf yapmaktadır. Bu madde bugün de yürürlüktedir. Aksoy, maddeyi biraz farklı çevirmiştir: "...onun koyduğu hükümlere aykırı bir kanun... kanun kuvvetini haiz değildir ve yürürlükte telakki edilemez". Bu vurgu daha güçlü olmakla birlikte, biz metne daha çok sadık kalmak istedik.

<sup>194</sup> Karşı: Esat ÇAĞA, Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, *ibid*, 27.

genel bir hukuk ilkesi olduğu için, Anayasa Mahkemesi yargıçlarının da bunu re'sen dikkate almalarının Anayasa'nın 11/2. dalaletiyle görevlerinin zorunlu bir sonucu olduğunu düşünüyoruz.

Anayasamız diğer hakimlerin Anayasaya aykırı bir hükmü kendi başlarına iptal etmelerine izin vermemiştir. Bu iş için özel olarak kurulmuş olan Anayasa Mahkemesi bu konuda Türkiye'de tekel hakkına sahiptir. Anayasa Mahkemesi yargıcı dışında hiç kimse Anayasa'ya aykırı gördüğü bir yasa hükmünü re'sen yürürlükten kaldıramaz. Anayasa Mahkemesi yargıcının Anayasa'ya aykırı gördüğü bir hükmü re'sen iptal etmeyip ihmal etmesi, kendisine verilmiş olan yetkinin sınırlandırılarak, Anayasa'ya aykırı hükümlerin mevzuatta kalarak hukuk düzeninde ve hukuk devletinde görülmemesi gereken uygulamaların yaşanmasına neden olur. Bu anayasa yargısının ruhu ile bağdaşmayan bir yorumdur.

Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararda Anayasa'nın kendisine aykırı bir düzenleme getiren bir hükmü zımnen ilga ettiğini kabul etmiştir:

“Anayasa Koyucu, TCK'nun ... ispat hakkı ile ilgili hükümlerini bir yana bırakarak, 34. madde ile ispat hakkını ayrıntılı bir surette bizzat düzenlemiş ve artık bu konuda öteki yasaların değil, Anayasanın bu hükmüne göre hareket edilmesini istemiştir. Bilindiği gibi, Anayasada sadece özü belirlenmiş temel hukuk kurallarına değil, kimi konuları ayrıntıları ile doğrudan doğruya düzenleyen hükümlere de yer verilmiştir, ispat hakkına ilişkin 34. madde bu ikinci tür hükümlerdendir... Bir yasanın tümünün ya da yalnız bir hükmünün sonradan yürürlüğe konan bir yasa ile açıkça kaldırılabilir veya değiştirilebileceği gibi, sonradan çıkan yasanın, önceki bir yasaya aykırı kurallar koymak sureti ile önceki kanunun o hükümlerini zımnen, başka bir deyişle dolaylı olarak kaldıracağı veya değiştireceği yukarıda açıklanmıştı, işte Anayasanın 34. maddesindeki ispat hakkı ile ilgili ayrıntılı özel hüküm de, bu niteliktedir”<sup>195</sup>

Mutlak butlanla sakat bir hükmü hakimlerin re'sen dikkate alması kamu düzenindedir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa ile çatıştığı için zımnen ilga olmuş bir hükmü iptal ederek yürürlükten kaldırma imkânı varken, neden ihmal etsin? Aslında, Anayasa Mahkemesi yargıcının yapması gereken şey, aslında kanun niteliği taşıması gereken bir maddenin/hükmün, sadece sakat olduğunu “tespit ve tescil” etmekten ibarettir. Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya aykırı bir hükmü bu

---

<sup>195</sup> E.1976/13, K.1976/31, 3.6.1976, AMKD, 14, 217-18).



nedenle iptal etmesine aslında gerek yoktur.<sup>196</sup> Ancak, ne var ki, Anayasa’da Anayasaya aykırı bir hükmün “iptal”den başka bir yaptırımı olmadığı için, Anayasa Mahkemesi’nin bu durumda vereceği karar “iptal” şeklinde ortaya çıkacak ve herkesi bağlayacaktır.

Anayasa’da Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa’ya aykırı bir hükmün iptali için re’sen harekete geçeceği ve bunu iptal edeceği ile ilgili bir hükmün olmaması gayet doğaldır. Çünkü, Anayasa Mahkemesi yargıcı, diğer bütün hakimler gibi, hukukun genel ilkelerini kararlarında kullanmak durumundadır. Bunun için özel bir görevlendirmenin olmasına gerek yoktur.

Ancak, Anayasa Mahkemesi’nin geçmişte konuya bu şekilde yaklaşmadığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin 1962-1972 arasında yaptığı yorumlarda, Anayasa ile çatışan bir hükmü iptal etme yerine ihmal etmesinde, kanımızca, 1924 Anayasası’nın 103. maddesinin büyük etkisi vardır. 1924 Anayasası’nın 103/1. maddesi şöyle demektedir: “Teşkilatı Esasiye Kanununun hiçbir maddesi, hiçbir sebep ve bahane ile **ihmal** ve tatil olunamaz.”<sup>197</sup>

Bize göre, yıllarca bu maddeyi gözönünde bulundurarak<sup>198</sup> değişik mahkemelerde görev yapmış Anayasa Mahkemesi yargıcıları, göreve başladıklarında, 1961 Anayasası’nın 8. maddesinde ihmalden bahsedilmemesine rağmen, 1961 Anayasası’nın 8. maddesini “ihmal”den bahsediyormuş gibi yorumlamışlardır<sup>199</sup>. Buradan hareket

<sup>196</sup> Karş: EREM, a.g.m., 1962, 468.

<sup>197</sup> Anayasaya aykırı kanunların uygulanmasından kaçınılma yetkisinin Türk mahkemelerince kullanıldığına delil olarak İstanbul Dördüncü Hukuk Mahkemesinin 1927 tarihli bir kararı ile Akşehir Hukuk Hakimininin 1950 tarihli kararı örnek olarak gösterilmektedir. Bknz. Turhan FEYZİOĞLU, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi*, AÜSBF Yayınları, Güney Matbaacılık, 1951, 255, 257.

<sup>198</sup> “Crozet’ya göre 103. maddenin hükmü defi yolu ile kazai murakabenin teessüsü için kâfidir”. “... Hakime murakabe salahiyetini bahşeden ayrıca bir metne ihtiyaç yoktur. Bu onun kanunları tefsir hususunda haiz olduğu umumi bir selahiyetten pek kolaylıkla anlaşılabilir”. *ibid.*, 263, bknz. 268. Bu konuda farklı görüşler için bknz. *İbid.*, 269.

<sup>199</sup> Geçmişe bağlı bir yorum tekniğini 1982 Anayasası döneminde de görüyoruz. 1982 Anayasasının 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında “hakkın özüne dokunulmaması” kavramı kaldırılmasına rağmen, 1982-2001 yılları arasında Anayasa Mahkemesi bu ilkeyi kararlarında kullanarak Anayasaya uygunluk denetimi yapmıştır. Kemal Gözler, bu ilkenin pozitif dayanağının olmadığını, mülga bir Anayasanın benimsediği bir ilkenin kullanılmasının komik olduğunu, açıkça yürürlükten kalkan bir hükmü, Anayasa Mahkemesi üyelerinin kullanmalarının, bu

edildiğinde, şöyle bir yorum akıllara gelmiş olabilir: Bir Anayasa hükmü ile bir yasa hükmü çatıştığında, yapılacak şey Anayasa'yı "ihmal" etmek olmayacağına göre, bununla çatışan yasa'yı "ihmal" etmektir. Halbuki, 1961 Anayasası'nın 8. (1982'nin 11/2.) maddesi'nin gerekçesine bakıldığı zaman, Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasıyla Anayasa'ya aykırı kanun çıkarılmasının etkin bir kontrol sağlanarak önlenmesinin düşünüldüğü görülmüştür.

Nitekim, söz konusu 8. maddenin Temsilciler Meclisinde görüşülmesi sırasında, ilk dönem Anayasa Mahkemesi üyelerinden sayın Muhittin Gürün 8. maddenin şu şekilde Anayasa'da yer almasını teklif etmiştir:<sup>200</sup>

"Hiç bir kanun ve işlem Anayasa'ya aykırı olamaz.

Anayasanın hiçbir maddesi hiçbir sebep ve bahane ile savsanamaz ve işlerlikten alıkonulamaz".

Buradaki yaklaşım "ihmal" ve "tatil" kelimelerinin Türkçeleştirilmesi dışında aynıdır. Bu öneri, Millet Meclisinde kabul edilmemiştir. Ancak, sanıyoruz ki, Anayasa'nın "savsanamayacağı", ancak onunla çatışan kanunların "savsanabileceği" yaklaşımı, Anayasa Mahkemesinde 1924 Anayasası'nın bir mirası olarak kalmaya devam etmiştir. Halbuki, Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasından sonra bu tür bir ifadeye gerek yoktu. Çünkü, Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasıyla artık hiçbir hakim Anayasa ile çatışan bir mevzuat karşısında, daha somut normları uygulamak zorunda kalmayacak veya Anayasa'yı ihmal etmeyecek, sorunu Anayasa Mahkemesi'ne havale ederek, çözümünü Anayasa Mahkemesinden isteyecekti.

Anayasa Mahkemesi'nin bir yasa'yı uygulamak durumunda olduğu bir aşamada, Anayasa'ya esas yönünden aykırı gördüğü bir hükmü iptal etmemesi, mutlak butlanla sakat bir işlemin ihmal edilebileceği

---

üyelerin hukuka bağlılık duygularından şüphe edilmesi sonucunu doğurduğunu ifade etmektedir. Kemal GÖZLER, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin yayınları, 2000, 194-195. (Aynı görüş için bkz. Necmi YÜZBAŞIOĞLU, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1993, 316 vd). Bu eleştirilere rağmen, Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasasında olan "öze dokunma yasağı" kavramını, bu ilke kaldırıldıktan sonra kullanması, temel hak ve özgürlüklerin korunması lehinde olmuştur. Hakkın özüne dokunma kavramını Anayasa'da olmadığı halde Anayasallık bloku içerisine alan Anayasa Mahkemesi, açık bir anayasal dayanak olmasa bile, re'sen harekete geçme yetkisini de içtihat yoluyla anayasa yargısına katabilir.

<sup>200</sup> Muhittin Gürün (İhsan Ögat) ile birlikte, Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, 30. (vurgu eklenmiştir)

sonucunu doğurmaktadır. Peki, Anayasa Mahkemesi yoklukla sakat bir işlemi gördüğü takdirde de ihmal edecek midir? Eş bir deyişle, Anayasa Mahkemesi uygulamakta olduğu bir yasa hükmünün, şekil şartlarına uygun olarak çıkarılmadığını farketmesi durumunda, yokluğa (keenlemeyekün) mahkum olan bir hükmü, iptal mi yoksa ihmal mi edecektir?

Kural olarak bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin işi mutlak butlan durumundan daha kolay olmalıdır. Çünkü, butlanla sakat olan bir işlem hakimin iptal kararına kadar uygulanmaya devam eder. Pozitif hukukta normatif bir değeri vardır. Ancak, öngörülen şartlara uymadan çıkarılan bir yasanın hükümleri yok hükmünde olduğundan burada verilecek karar baştan itibaren işlemin yokluğunu gerektirdiğinden burada belki de bir iptal kararı vermesine bile gerek olmayacaktır. Ancak, 1990/24 sayılı karar<sup>201</sup> Anayasa Mahkemesi'nin bu yola da başvurmadan çekindiğini göstermektedir.

Hükümete savaş hali ilânı, silahlı kuvvet kullanılması, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin yabancı ülkelere gönderilmesi ve yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunması konularında hükümete izin veren 107 sayılı TBMM kararı, Anayasa'nın 92/2. maddesinde yer alan ve acil durumlarda Cumhurbaşkanı'na tanınan silahlı kuvvet kullanılmasına karar verme yetkisinin hükümete devredilmesi sonucunu doğurmasına rağmen, Anayasa'nın 92. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına açık bir biçimde aykırı olan ve yoklukla sakat olması gereken bu kararı Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 148. maddesi kapsamında olmadığı için incelememiştir.<sup>202</sup> Türk Silahlı Kuvvetleri'nin yabancı ülkelere gönderilmesi ve yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunması konularında Anayasa'nın 92. maddesi uyarınca hükümete izin verilmesi konusunda bir düzenleme içeren 108 sayılı karar ise aynı 107 sayılı kararda olduğu gibi Anayasa'nın TBMM'ye verdiği yetkinin Anayasaya aykırı bir biçimde hükümete aktarılması sonucunu doğurmasına rağmen anayasal denetime konu olmamıştır.

Uluşahin'e göre, Anayasaya aykırı bir yetki devrini düzenleyen ve ağır ve bariz yetki aşımını öngören 107 ve 108 sayılı Meclis kararları

---

<sup>201</sup> E. 1990/31, K. 1990/24, AMKD, 26, 391-428.

<sup>202</sup> Nur ULUŞAHİN, "Savaş Hali İlânı ve Silahlı Kuvvet Kullanılmasına İzin Verme Yetkisi ve Anayasa Mahkemesi'nin 24.9.1990 Tarihli Kararı", Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Turhan Kitapevi, 2003, 1039-1064, 1053-54. (Not: Yokluk konusunda Uluşahin'in ulaştığı doğru sonuca daha önce varmamıza rağmen, düşüncelerini daha güçlü bir şekilde ifade ettiği için burada konuyu yazarın alıntılarını ile anlatmayı uygun bulduk).

Anayasa Mahkemesi tarafından re'sen denetlenmeliydi. Yazar, bu denetlemede verilecek karar iptal değil, yokluk kararı olmalıydı, dedikten sonra sözlerine şöyle devam etmektedir:

“Önüne dava konusu olarak gelen yasama işlemine verilen ad ve oluşturulmasında başvuru yöntemiyle kendini bağlı saymayarak, işlemin niteliği üzerinde duran Anayasa Mahkemesi'nin amaçsal yorumu üstün tutan yaklaşımı, ağır yetki aşımı içeren yasama işlemlerinin Anayasa'nın 148'inci maddesinde öngörülen işlemlerden olmamaları nedeniyle anayasallık denetimi dışında bırakılması ile bağdaşmamaktadır. Bu ve benzeri durumlarda, Anayasa Mahkemesi'nin yokluk kararı verme yetkisini kendisinde görmemesi sonucunda, zorunlu olarak, anayasallık denetimi dışında kalan “yok” işlemin değer ve etkinlik bakımından kanun ya da içtüzük niteliğinde olduğunu kabul ederek denetim kapsamına alınması yolu benimsenmektedir... Oysa, TBMM'nin anayasanın öngörmediği bir yetki devrini “kanun”la mı, “karar”la mı gerçekleştireceğini tartışmak anlamsızdır. Hukuka aykırılığın bağlı olduğu biçimler değil, olsa olsa çeşitleri ve dereceleri vardır. Bu noktada hukukun işlevi, farklı nitelikteki hukuka aykırılıkları işlemdeki sakatlığın derecesine ve ağırlığına bağlı olarak uygun yaptırımlara bağlamaktır. Başvuru üzerine, işin esasına girerek önüne gelen dava konusu metnin 148'inci maddede denetlenmesi öngörülen metinlerle eş değer ve etkinlikte olup olmadığını inceleyen Anayasa Mahkemesi, bu incelemesi sırasında ağır bir sakatlık taşıdığını saptadığı bir parlamento kararının *-hiçbir dolambaçlı yola başvurmaksızın-* yokluğuna hükmedebilmelidir... Hattâ, Anayasa Mahkemesi'nin dava nedeniyle önüne gelen metnin hukuki niteliğini yaparken, işlemin ağır ve önemli bir hukuka aykırılık nedeniyle ölü doğmuş ya da hiç doğmamış bulunduğunu gördüğünde dava konusu işlemin denetlenemeyeceğine; *zira denetime tâbi bir işlemin hukuk aleminde varlık kazanmadığına ilişkin bir saptamada bulunması yaptığı incelemenin niteliği gereğidir.* Böylece, Mahkeme ağır hukuka aykırılıkla malûl bir tasarrufu hukuk düzeninden ayıklamak suretiyle önemli bir görev etmiş de olacaktır. Aksi halin kabulü, ... Anayasa Mahkemesi'nin, bu incelemesi sırasında görmüş olduğu ağır sakatlığa gözlerini yumması anlamına gelecektir ki; böyle bir yorum anayasaya uygunluk denetiminin işlevi ve bununla hedeflenen gayeye de uygun düşmez.”<sup>203</sup>

---

<sup>203</sup> *İbid.*, 1057-61 (vurgu eklenmiştir)

Konu bu şekilde ortaya koyan Uluşahin, son vurgularını şu şekilde yapmaktadır;

"Dolayısıyla, işlemin hukuki nitelemesini bizzat yapan Anayasa Mahkemesi'nin hiç doğmamış ya da ölü doğmuş işlemin yokluğuna hükmedebilmesi için Anayasa'da bu yetkiden açıkça söz edilmesi gerekmediğini düşünüyoruz. Yani, "yokluk" yaptırımına gerek gösterecek kadar ağır ve bariz bir sakatlığın varlığı halinde Anayasa Mahkemesi açıkça yetkilendirilmemiş olsa dahi yokluk kararı verebilmelidir."<sup>204</sup>

"...Şu halde, anayasaya aykırı bir yetki devrini düzenleyen ve anayasayı tadil niteliği taşıyan 107 ve 108 sayılı kararların anayasaya uygunluk denetimi dışında kalması, Anayasanın ikinci maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmamaktadır. Anayasal düzenin ağır yetki aşımı ile Anayasayı ihlal eden meclis kararlarının hüküm ve sonuç doğurmasına izin vermesi bir bakıma kendi varlığını inkâr etmesi anlamına gelmektedir.

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi'nin ağır ve bariz yetki aşımını içeren 107 ve 108 sayılı TBMM kararlarının yokluğuna hükmetmesi yerinde olurdu. Anayasamız, anayasanın üstünlüğü ilkesini gerçekleştirmek üzere özel bir yargı organı ihdas etmiş olduğuna göre, önüne gelen işlemin hukuki nitelemesini yaparak işlemin anayasaya uygunluk denetimine tâbi normlarla eş değer ve etkinlikte olup olmadığını inceleyen Anayasa Mahkemesinin, bu incelemesi sırasında hiç doğmamış ya da ölü doğmuş olduğunu gördüğü hukuki işlemin yokluğuna ilişkin tespit hükmü verebileceğinin de kabulü gerekir"<sup>205</sup>

Yukarıda anlatılanlar ışığında, Anayasa Mahkemesi'nin yokluk ve butlan durumlarında re'sen müdahale ederek anayasal denetimi geçmişte başlatmaması, kanımızca sorunun yanlış eksene taşınmasından dolayı olmuştur. Bu yanlış eksen, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 152. maddesi anlamında "davaya bakan bir mahkeme" olup olmadığı noktasındadır. Anayasa Mahkemesi ilk yıllarda hem mahkeme kriterini tam olarak ortaya koymadığı hem de bu tür tartışmaları yanlış bir merkezde çözmeye çalıştığı için daha sonraki yıllarda (1973-2004)

---

<sup>204</sup> *İbid.*, 1061 (vurgu orijinaldir)

<sup>205</sup> *İbid.*, 1063.

gelen yargıçlara zor bir görev yüklemiştir. Anayasa Mahkemesi'nin geçmiş içtihadına sadık kalma isteği, *de facto* olarak, Anayasa'ya ve hukuk devletine aykırı hüküm ve uygulamaların Türk pozitif hukukunda var olmasına neden olmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin kendisini tanımlamada ve kendisine bakışta ilk yıllarda yaptığı yanlışlıklar sonucu bu tür çelişkiler kaçınılmaz olarak ortaya çıkmaktadır. Sistemin en başta yanlış formüle edilmesi, Anayasa'nın 148. maddesinin 1. ve 3. fıkralarının (re'sen harekete geçme konusunda) farklı yorumlanmasını kaçınılmaz kılmaktadır. Anayasa Mahkemesi, siyasi parti kapatma ve Yüce Divan sıfatıyla ile yaptığı yargılamalarda, re'sen harekete geçerek, aykırı gördüğü hükümleri iptal yetkisini kendisinde görürken çok doğru bir içtihat geliştirmiştir.<sup>206</sup> Ancak, kanımızca, eksik olan nokta, Anayasa Mahkemesi'nin bu tutumunun sadece siyasi parti kapatma davalarında ve Yüce Divan sıfatı ile baktığı davalarla sınırlı olmasıdır. İkinci olarak, iptal kararına dayanak olarak kullanılan asıl madde Anayasa'nın 11/2. maddesi olmalıydı. Anayasa'nın 148. maddesi ise destekleyici bir gerekçe olarak kullanılmalıydı.

Anayasa Mahkemesi'ne kendisini mahkeme olarak kabul ettiği durumlarda tanınan farklı özellikler, siyasi partilerin kapatılması ve bazı üst düzey devlet adamlarının yargılanması aşamasında yargılamanın adil olması için verilmiş olmalıdır. Bu iki durumda Anayasa Mahkemesi bireylerle karşı karşıya gelmekte onların temel hak ve özgürlüklerini ortadan kaldıracı ve sınırlandırıcı kararlar alabilmektedir. Bu kararlar taraflar arasında (*inter partes*) olduğu için karardan etkilenenlerin sayısı çok fazla değildir. Örneğin, üyesi sayısı bini geçmeyen bir partinin kapatılmasında, Anayasa Mahkemesi kendisini "mahkeme" olarak kabul etmektedir. Partinin kapatılması halinde, bu kişiler yeni bir parti kurarak faaliyetlerine devam etmektedirler.

Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin kendisini mahkeme olarak görmediği iptal ve itiraz başvurularında bir hükmü iptal veya red etmesiyle ortaya çıkan sonuçlar, mahkeme sıfatı ile baktığı davalardan hem daha sık ortaya çıkmakta, hem de verilen kararın *erga omnes* etkisi nedeniyle kararlardan daha çok insan etkilenmektedir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi, 1972 ve 1973 yıllarında 766 sayılı Tapulama

<sup>206</sup> Bir kez daha vurgulamakta yarar var ki, 2949 sayılı Yasa Anayasa Mahkemesi'ne görülmekte olan bir davada sadece taraflardan gelecek aykırılık iddialarını inceleme yetkisini vermektedir. 2949 sayılı Yasanın metinsel okunuşunda re'sen iptal yetkisini görmek mümkün değildir. Bu yetki yorum yoluyla çıkarılmıştır.

Kanununun 31/2. maddesinde öngörülen 10 yıllık hak düşürücü süreyi<sup>207</sup> tapulu ve tapusuz taşınmazlar yönünden Anayasa’ya aykırı görmezken, bu karardan etkilenen insanların sayısı, Anayasa Mahkemesi’nin Yüce Divan veya siyasi parti kapatma davalarında “mahkeme” sıfatıyla verdiği kararlardan etkilenenlerinin sayısından çok fazladır. Kiraların artış oranları, emekli maaşları, ek vergiler gibi konularda Anayasa Mahkemesi’nin mahkeme sıfatını kullanmadan verdiği kararlarda hak ve özgürlüklerin korunması konusunda ortaya çıkan sonuçlar, Anayasa Mahkemesi’nin mahkeme sıfatıyla baktığı davalarda verdiği kararların sonuçlarından daha önemlidir.

Farklı bir şekilde yinelemek gerekirse, Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa’ya aykırı herhangi bir hükmü iptal etmemesi, gerek sonuçları itibariyle gerekse diğer mahkemelerde uygulanabilir olması itibariyle, bireylerin hak ve özgürlükleri açısından Anayasa’ya aykırı sonuçların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin bazen milyonlarca insanı etkileyen kararları aldığı müzakerelerde “mahkeme” sıfatı ile hareket etmesi, verilecek kararın adil yargılanma ilkelerine uygunluğu açısından ayrıca önem arz etmektedir. Çünkü, Anayasa Mahkemesi kararına göre hareket etmekte olan idari ve yargı mercileri dolaylı olarak bireylerin hak ve özgürlükleri veya hukuk devleti ilkesini etkileyen kararlar almaktadır.

İşte bu nedenle olsa gerek, Avrupa Anayasa Mahkemeleri ile Anayasa Mahkemesi görevini üstlenen Yüksek Mahkemelerin çoğunda itiraz yoluyla gelen başvurular, duruşmalı olarak görülmektedir. Anayasa Mahkemesi, Yüce Divan sıfatıyla yargılama yaparken suçlanan kişiyi dinleyerek adil yargılama yapmasına rağmen, TCK’nun bir hükmünü iptal ederken, olayın mağdur ve sanıklarını dinlememektedir. Ancak, Anayasa Mahkemesi’nin hürriyeti bağlayıcı ceza konusunda verdiği bir karardan etkilenenlerin sayısı Yüce Divan sıfatı ile yargıladığı bakanların sayısından daha fazladır.

Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi’nin her durumda “adil yargılama” yapan bir mahkeme olduğunu düşünüyoruz. Yaptığı yargılamada Anayasa’ya aykırı gördüğü bir hükmün iptali konusunda re’sen harekete geçme konusunda özel bir hüküm aramasına gerek olmadığına inanıyoruz. Yapılan işin niteliği, böyle bir görevi *de facto* olarak Anayasa Mahkemesi’ne vermektedir. Böyle bir yetkinin içtihat hukuku ile ortaya çıkmasında Anayasa’ya aykırı hiçbir yön olmadığına

---

<sup>207</sup> E.1972/52, K.1973/5, AMKD, 11, 105-126; E.1973/13, K.1973/23, AMKD, 11, 250-264.

inanılmaktadır. Bu görüşümüzü şöyle bir örnekle pekiştirebiliriz. Türkiye Cumhuriyeti adına devleti temsilen bir antlaşmaya imza atacak olan görevlilere “full powers” denilen bir yetki belgesi verilmesi gerekir. Böyle bir belge olmadan bir temsilcinin devleti bağlayıcı bir belgenin altına imza atması söz konusu değildir. Ancak, Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Dışişleri Bakanı için böyle bir belgenin varlığı aranmaz.<sup>208</sup> Çünkü, onlar yaptıkları iş itibarıyla (*ex officio*) taşıdıkları kimlik ve statü nedeniyle devlet adına her zaman bir belgeye imza atabilirler. Dışişleri Bakanı için yetki belgesi olmadan devleti temsil ve anlaşmalara imza atma işi görevinin ne kadar doğal bir uzantısı ise, Anayasa Mahkemesi yargıcı için de herhangi özel bir yetkilendirme olmadan, uygulamakta olduğu bir kuralı Anayasa’ya aykırı görmesi durumunda re’sen harekete geçerek esas incelemeye geçmesi yapmakta olduğu görevin o ölçüde doğal bir uzantısıdır.

Böyle bir yetki, yürürlüğün durdurulması kararı kadar Anayasa Mahkemesi’nin kendi görev sahasının içerisinde. Yürürlüğün durdurulması kararı anayasal bir dayanağı olmamakla birlikte, Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa’ya uygun bir içtihatla ortaya çıkardığı anayasal bir uygulamadır. Cem Eroğul’un ifade ettiği gibi, böyle bir içtihat ne güzel olmuştur.<sup>209</sup> Anayasa Mahkemesi’nin yürürlüğün durdurulması kararı vermesi, Anayasa Mahkemesi’nin bir “tribunal” olarak sahip olduğu en doğal yetkilerden birisidir. Bunun için anayasal bir dayanak aramaya gerek yoktur. Anayasa yapıcı irade, kazuistik bir şekilde Anayasa yapmadığı için bazı şeyleri düşünememiş veya öngörememiş olabilir. Yürütmenin durdurulması kararı da bunlardan birisidir. Bu içtihat Anayasa Mahkemesi’nin içinde gizli olan gücün bir yanardağ misali yıllarca sıkışarak<sup>210</sup> 1993, 1994 ve 1995’de patlamasıyla<sup>211</sup> ortaya çıkmış “eşyanın tabiatından kaynaklanan” bir sonuçtur.

Aliefendioğlu’nun dediği gibi “Anayasada yasaklayıcı bir kural bulunmadığına göre, Anayasa Mahkemesi, yasaların yürürlüğünün

<sup>208</sup> 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, madde 7/2.

<sup>209</sup> Anayasa Yargısı, 20, 25-26 Nisan 2003, 285 (tartışma bölümünden alınmıştır).

<sup>210</sup> Anayasa Mahkemesi 1970’li yılların başından itibaren bu sorunla yüzleşmiş ancak bunlar aşağıdaki kararlar ile bastırılmıştır: E.1972/13, K.1972/18 (6.4.1972) (AMKD 10): E.1977/60, K. 1977/81, AMKD, 15, 258-382: E.1985/659, K.1985/4, AMKD, 21, 35-83: Öğretide konuyla ilgili tartışılan görüşler için Yılmaz ALİFENDİOĞLU, *Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, 346.

<sup>211</sup> E. 1993/33, K. 1993/40-41, AMKD, 29/1, 564 vd.



durdurulması yetkisine içtihatla sahip olabilir”.<sup>212</sup> Aliefendioğlu, Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin de içtihatla anayasaya uygunluk denetimini kazandığından bahsetmektedir. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı da 1957 tarihli Roma Antlaşması’nda doğrudan uygulanabilirlik ve üstünlük ilkeleri olmamasına rağmen bunları kendi içtihadı ile geliştirmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de içtihat hukukuna başvurarak hukuk yaratmaktadır.

Yürürlüğün durdurulması kurumuna ilişkin yasal bir düzenleme bulunmasa bile, bu yetki Anayasa’yı yorumlama işleminin bir parçasıdır. Bunun gibi, iptali re’sen gereken ve anayasal denetime engel olan bir Anayasa hükmünün iptal edilmesi, Anayasa Mahkemesi’nin üstlendiği denetim görevinin ayrılmaz bir parçası olmalıdır. Bu nedenle, ayrı bir yasal veya anayasal dayanak aranmasına gerek olmamalıdır. Anayasa Yapıcı İradenin böyle bir konuyu düşünmemesinden dolayı, Anayasa metni içerisine almamış olması, bu tür bir yetkinin olmadığı şeklinde yorumlanamaz. Tam tersine, Anayasa’nın ilk derece mahkemelerine verdiği bir yetkinin, Anayasa Mahkemesi yargıçları tarafından re’sen kullanabilmesi, evleviyet (*a fortiori*) kuralının bir gereğidir.

Bu tür bir düzenlemenin 2949 sayılı Yasanın içerisinde yer almaması bu yetkinin olmadığına delalet etmez. Kurucu İktidar, denetleyen bir organ olan Anayasa Mahkemesi’nin kuruluşu, hukuki statüsü, görev ve yetkileri ile ilgili olarak ayrıntılı düzenlemeler yapma yetkisini denetlenen bir organ olan Meclise vermemiştir.<sup>213</sup> Anayasa Mahkemesi’nin çalışma esaslarının içtüzükte düzenlenmesi, Anayasa Mahkemesi’ne yasama organından bağımsız olarak gerekli gördüğü çalışma ilkelerini belirleyebilme yetkisini vermiştir. Anayasa’nın yasaklamadığı ve Mahkemenin görev ve sınırları içinde kalan bir yetkinin kullanılması için özel bir görevlendirme olması gerektiğine inanılmamaktadır. Ayrıca, Siyasi Parti Kapatma ve Yüce Divan sıfatıyla bakılan davalarda tanınan bir yetkinin, Anayasa Mahkemesi’nin aynı nitelikte anayasal denetim yaptığı, iptal ve itiraz davalarında kullanamaması da akılcı değildir.

Anayasa yargısı kendisine özgü bir yargı çeşidi olup, büyük ölçüde Anayasa Mahkemesi içtihatları ile şekillenmektedir. 2949 sayılı Yasa’da yargılama usulü ile ilgili maddelerin sayısının 37 olması “yaşayan bir Anayasanın” varlığı için Anayasa Mahkemesi içtihatlarına açık kapı bırakmıştır.

---

<sup>212</sup> ALİEFENDİOĞLU, a.g.e. 348.

<sup>213</sup> Bülent TANÖR ve Necmi YÜZBAŞIOĞLU, a.g.e. 452.

Bu açıdan bakıldığında, Anayasa Mahkemesi'nin verdiği birleştirme kararları için ayrı bir yasal düzenleme aranmasına gerek olmadığı gibi, tamamen bir usul sorunu olan re'sen harekete geçme konusunda özel bir düzenlemenin olması mutlaka gerekli değildir. Nasıl Anayasa Yapıcı İktidar, yürürlüğün durdurulması gibi önemli bir konuyu Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetki sınırları içinde özel olarak göstermemiş ve Anayasa Mahkemesi böyle bir yetkisinin olması gerektiğini kendi içtihadı ile re'sen ortaya koymuşsa, aynı şekilde, bir davada uygulayacağı kuralın Anayasaya aykırı olduğuna inanan Anayasa Mahkemesi'nin bu hükmün iptali için Anayasa'nın 11. maddesi dışında anayasal ve yasal dayanak aramasına gerek olmadan re'sen iptal etmesi yaptığı işin doğal sonucudur. Aksine bir düşünce, Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerinin ve hareket sahasının bütün ayrıntılarının Anayasa'da var olmasını gerektirir. 1982 Anayasası kazuistik bir metotla hazırlanmadığı için, böyle bir metinsel yaklaşım sadece Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkileri anlamında değil, bir çok kavramın anlamının belirlenmesinde Anayasa'nın çizdiği lafzın dışına çıkılmaması sonucunu doğurur. Böyle bir katı hukuksal pozitivist yaklaşımın, hukukun gelişimine olumsuz yönde etki edeceği aşikârdır.

Bir yetkinin kaynağının mutlaka Anayasa'da olması gerektiği doğru kabul edilirse, Anayasa Mahkemesi'nin tam on yılı aşkın bir zaman dilimi içerisinde verdiği yürürlüğü durdurması kararının sistematik ve eylemli Anayasa ihlali olduğunu kabul etmek gerekir! Oysa, Anayasa'yı koruyacaklarına yemin etmiş Anayasa Mahkemesi üyelerinin böyle eylemsel bir durumla Anayasa'ya aykırı hareket ettikleri akıllardan bile geçirilemez. Bu çalışmanın başında "metinselciliğin" ne kadar tehlikeli olduğu ile ilgili bir örnek vermiştik, anayasa yargısında metinselciliğe ve bundan kaynaklanan dar yorum metoduna yer olmadığını düşünüyoruz. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan "insan haklarına saygılı" bir hukuk devleti ilkesi, Anayasa'nın 11. maddesinde yer alan "kanunlar Anayasaya aykırı olamaz" ilkesi Mahkeme'nin kendi görev ve yetkilerini belirlerken geniş yorum yapmasını sağlayacak ilkelerdir.<sup>214</sup> Türk pozitif

<sup>214</sup> Örneğin, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması ile ilgili olarak 2001 yılında Türk Anayasasında yapılan değişikliklerde, kamu düzeni, kamu yararı, genel ahlak, sosyal adalet, ulusal güvenlik, genel sağlık ve kişilerin can ve mal güvenliğini korumak gibi genel sınırlama nedenleri Anayasası'nın 13. maddesinden kaldırılmıştır. Bu sınırlama nedenlerinin kaldırılmasına rağmen Anayasa Mahkemesinin 13. maddeyi dar yorumlayacağı düşünülmemektedir. Örneğin, 1982 Anayasasının 48. maddesinde çalışma ve sözleşme özgürlüğü sınırsız bir şekilde her alanda tanınmışken, "genel ahlak" gibi özel bir sınırlama nedenine yer verilmemiştir. Bu durumda ahlaka aykırı bir sözleşmenin Anayasa'ya aykırı

hukukunda bir hüküm açıkça anayasaya aykırı ise ve Anayasa Mahkemesi re’sen harekete geçmediği için hukuk devleti ilkesi zarar görüyorsa veya bireylerin çıkarları etkileniyorsa, bu durumda böyle bir eylemsizliğin, Anayasa Mahkemesi’nin varlık nedeni ile çelişeceği söylenebilir. Anayasa Yapıcı İradenin muradının Anayasa Mahkemesi’ne mahkeme niteliği vermek olmadığı söylenemez. Askeri dönemin sıkıntılarından kaynaklanan nedenlerle iyi müzakere edilemediği için şekillenen 1961 ve 1982 Anayasaları bazı durumlarda sessiz kalarak, “*lex imperfecta*” (yetersiz, etkisiz, kusurlu) olduğunu göstermiştir.

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi hangi sıfatla davaya bakıyor olursa olsun uygulamakta olduğu bir yasa hükmünün Anayasaya aykırı olduğu konusunda açık belirtiler varsa, durumu bir ön sorun olarak kabul edip, bir karara vardıldıktan sonra Anayasaya uygunluk denetimine kaldığı yerden devam etmelidir. Burada Mahkemenin 152. maddeye dayanmasına gerek olmadığına inanılmaktadır.

Kaldı ki, Anayasa Mahkemesi kararları incelendiğinde, 152. maddenin aradığı şekle her durumda uyulmadığı görülmektedir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi kendisini mahkeme olarak kabul ettiği 2002/62 sayılı kararında Anayasaya aykırı gördüğü bir hükmün Başvuran Mahkeme olarak «iptaline karar verilmesini istemiştir».<sup>215</sup> Ancak, bu karara yakın tarihli bir başka kararında «re’sen ... incelenmesine...karar vermiştir.»<sup>216</sup> Bu farklı ifadelerden hangisi daha doğrudur? Anayasa’nın 152. maddesinin ruhu dikkate alındığında, Siyasi Parti Kapatma Mahkeme sıfatıyla öncelikle Anayasaya aykırı gördüğü hükmün iptaline karar verilmesini Anayasa Mahkemesinden “istemesi” gerekir. Bunun nedeni 152. maddede iki mahkemeden söz

---

olduğunu ileri sürmek güç hale gelmiştir. Hatta daha da ilginç olanı Anayasa’da öngörülmemiş bir sınırlama nedeninin Borçlar Kanununun 19/2. maddesinde yer alması, Borçlar Kanununun ilgili hükmünü Anayasa’ya aykırı hale getirmiştir. Yeni getirilen düzenlemeler göstermektedir ki, Anayasa yapıcı iktidar bazen bütün olayları ayrıntıları ile değerlendirme şansına sahip olmayabilir. Bu durumlarda dar yorum, Anayasa yargısının genel amacına ters düşer. Bu tür noktaların Anayasa Mahkemesi önüne gelmesi halinde Anayasa Mahkemesi’nin Anayasanın genel ruhunu dikkate almadan karar vereceğini ileri sürmek doğru olmaz. (karş: Kemal GÖZLER, “3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İstigal Örneği”, Anayasa Yargısı, 19, 2002, 326-354, 350-51.

<sup>215</sup> E.2002/121, K.2002/62, Resmi Gazete, 31.08.2002/24862

<sup>216</sup> E.2003/21, K.2003/13, Resmi Gazete Tarih/Sayı: 22.07.2003/25176

açılmasıdır. Bu açıdan bakıldığında 2002/62 sayılı kararda kullanılan ibare daha doğrudur.<sup>217</sup>

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi, 2003/13 sayılı kararında “re’sen incelenmesine karar vererek” bir siyasi parti kapatma davasında Anayasaya aykırı gördüğü bir hükmün iptal istemini ele alırken, ayrı bir Anayasa Mahkemesi, sıfatıyla soruna yaklaşılmasının gerekli olmadığı izlenimini kullandığı ifade ile vermektedir. Kanımızca, bu ikinci yaklaşım, 152. maddenin ifade tarzına uygun olmasa da, Anayasa’nın 11. maddesinin doğal bir yansımasıdır.

Bazı akademisyenler, Anayasa Mahkemesi’ne re’sen iptal yetkisi verilmesine “yargıçlar hükümetine” yol açacağı gerekçesiyle karşı çıkabilirler. Anayasa Mahkemesi’ne bu şekilde bir yetki verilmesi halinde bunun ne zaman ve nasıl kullanılacağı konusunda bazı endişeler olabilir. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi’nin re’sen harekete geçme yetkisine bazı kısıtlamalar getirilebilir. Aşağıdaki ölçütlerin iptal/itiraz davası yoluyla gelen bir incelemede gerçekleşmesi aranabilir:

İptal edilecek hüküm; Anayasa’ya açıkça ve yorum götürmeyecek ölçüde aykırı olmalı, iptali gereken hüküm Anayasa Mahkemesi’nin önündeki uyuşmazlıkta doğrudan uygulanabilir olmalı, Anayasa Mahkemesi, bu sorunun Anayasa’ya aykırı olduğunu salt çoğunlukla ilk aşamada tespit etmeli; bunun üzerine ayrı bir esas numarası verilerek yeni bir dava bekletici mesele olarak görülmeye başlanmalıdır.

## 5.5. Avrupa Anayasa Mahkemelerinin Konuya Yaklaşımı

Bazı ülkelerde re’sen hareket geçme konusunda açık bir hüküm olduğu görülmektedir. Örneğin, *Avusturya Anayasası*’nın 139/1. maddesi ve *Avusturya Anayasa Mahkemesi Yasasının* 61. maddesi, re’sen harekete geçme yetkisini görülmekte olan bir davada anılan Anayasa Mahkemelerine vermektedir. Nitekim, *Avusturya Anayasa Mahkemesinden* Prof. Oberndorfer somut norm denetimi sırasında, *Anayasa Mahkemesi*’nin görülmekte olan bir davada uygulanacak yasa

<sup>217</sup> Bu konuda kullanılan en doğru kalıp için bkz. E.1998/2, K.1998/1, AMKD, 34/1, 236. Burada kullanılan ifade şu şekildedir: “...davaya bakmakta olan Anayasa Mahkemesi, ... davada uygulama durumunda bulunduğu [hükmün Anayasaya] aykırılığı konusunun incelenmesine Anayasa’nın 152. maddesi ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 28. maddesi uyarınca karar vermiştir.”

hükmünün Anayasaya aykırılığı konusunda re’sen inceleme ve araştırmaya başlaması gerektiğini teyid etmektedir.<sup>218</sup>

Ukrayna Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun’un 95/2. maddesi şöyle demektedir: “Şayet bir Ukrayna yasasının (ayrı parçalarının) yorumunda, Ukrayna Anayasası ile uyumsuzluğun varlığı görülürse, o zaman Ukrayna Anayasa Mahkemesi aynı incelemede bu tür bir kanunun anayasaya aykırılığı konusunda karar verir.” Burada, *de jure* bir görevlendirme yapılmıştır. Fıkra dikkati çeken husus, böyle bir görevlendirmenin yasadan kaynaklanmış olmasıdır.

Macaristan Anayasa Mahkemesi Kanun’un 21/7. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi, yasaların uluslararası antlaşmalara uygunluğu (m. 44) ile ihmalen kaynaklanan ve çok bariz olan anayasaya aykırılıkları giderme (m. 49) konularında re’sen harekete geçme yetkisine sahiptir.<sup>219</sup>

Makedonya Anayasa Mahkemesi Kanun’un 9. maddesi Anayasa Mahkemesi yargıçlarının her birine herhangi bir yasa hükmünün anayasallığını değerlendirme konusunda re’sen harekete geçme ve dava açma yetkisini vermektedir.<sup>220</sup>

Bazen böyle bir görevin yasal dayanağı olmayabilir. Anayasa Mahkemelerinin anayasaya aykırı gördükleri bir hükmü iptal ederken yasal bir dayanak aramamaları ile ilgili olarak karşılaştırmalı hukuktan bazı örnekler verilebilir. İlk olarak, Rusya Anayasa Mahkemesi re’sen inceleme yetkisini yasal bir metin olmaksızın *de facto* olarak kullanmaktadır.<sup>221</sup> İtalyan Anayasa Mahkemesi Anayasa’ya aykırılık “def’ini Türk Anayasa Mahkemesi’nin kurulmasından çok önce re’sen

---

<sup>218</sup> Peter OBERNDORFER, “Avusturya Raporu”, Anayasa Yargısı, 1, 1-37, 5 ve 7. sayfadaki metinler birleştirilmiştir.

<sup>219</sup> Anılan Yasanın 44 ve 49. maddeleri, bu yetkinin nasıl kullanılacağını düzenlemektedir.

<sup>220</sup> “A judge of the Constitutional Court ...may initiate proceedings ex officio to assess the constitutionality of a given law or the constitutionality and legality of a certain regulation or a common act”

<sup>221</sup> Khanlar HAJIYEV (Eski Azerbaycan Anayasa Mahkemesi Başkanı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargıcı), (Çev: Rauf Guliyev) *The Interpretation of the Provisions of Constitution and Law by Constitutional Courts*, Bakü, 2002, 105-106.: Bu konuda Nisan 2002’de yazıştığımız Rusya Anayasa Mahkemesi Uluslararası İlişkiler Bölümü Başkanı Prof. Dr. Eugene PYRIKOV’da aynı şeyi ifade etmişti (e-mail:pyri@ksmail.rfnet.ru)

kullanmaya başlamıştır.<sup>222</sup> Örneğin, Ceza Yargılaması Usulü Kanunu'nun 303. maddesine ilişkin incelemesinde bir ara kararı ile söz konusu Yasanın 304-bis maddesinin 1. fıkrasının Anayasaya aykırılığını incelemiş ve bu hükmü iptal etmiştir.<sup>223</sup> 1995 yılında, bu yetkisini "davaya bakan hakim" (*giudice a quo*) sıfatıyla, ilki, cumhurbaşkanının ayrıcalıklarının iptali konusunda<sup>224</sup>, ikincisi ise, suçlu kişilerin aday olamaması ile ilgili bir davada olmak üzere iki kez kullanmıştır.<sup>225</sup> Türk Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşu aşamasında İtalyan Anayasa Mahkemesinden esinlenilmesine rağmen,<sup>226</sup> İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin bu yetkisinin örnek alınmaması kanımızca doğru olmamıştır. O dönem içerisinde, Anayasa Mahkemesi, padişahlık nizamnamelerini Anayasaya uygun bulurken, İtalyan Anayasa Mahkemesi;

"...Anayasa'yı bir «program» olarak kabul etse bile, onun yürürlüğe girmesi ile ortaya çıkmış bulunan ilkelere aykırılık taşıyan önceki yasal düzenlemeleri de denetleme yetkisinin bulunduğunu vurgulayarak önüne yepyeni ufuklar açmış ve bu yolda yürümeye devam etmiştir".<sup>227</sup>

<sup>222</sup> İl Han ÖZAY, "Yargının Sorunlarına Yaklaşımında Bir Örnek Olarak Geçmiş ve Geleceğiyle «İtalyan Anayasa Mahkemesi»", Anayasa Yargısı, 6, 1989, 215-232: Özay, kendiliğinden davranma (re'sen hareket) yetkisi bulunmamakla beraber İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin ayrıca «sonuç olarak aykırılık/illegittimita consequenziale» durumda da önüne getirilmemiş aykırılıkları inceleyebilmekte olduğundan bahsetmektedir. Bu dolaylı aykırılık unsuru 2949 sayılı Yasanın 29. maddesinde yer almaktadır., *id.*, 222.

<sup>223</sup> ÖZAY, "Yargının Sorunlarına Yaklaşımında...", a.g.m., 222.

<sup>224</sup> Ordinanza n. 225, red. Mengoni: art. 9 bis del d.l. 29 marzo 1991, n. 103 aggiunto dalla legge di conversione 1□ giugno 1991, n. 166. (kaynak: La Giustizia Costituzionale Nel 1995, Conferenza Stampa, Del Presidente Mauro Ferri Palazzo della Consulta, 22 gennaio 1996, 4.: [http://wai.cortecostituzionale.it/ita/attivitaacorte/download/pdf/Ferri\\_confstampa-220196.pdf](http://wai.cortecostituzionale.it/ita/attivitaacorte/download/pdf/Ferri_confstampa-220196.pdf))

<sup>225</sup> Ordinanza n. 297, red. Ferri: art. 15, comma 1, lett. e), della legge 19 marzo 1990, n. 55, come sostituito dall'art. 1 della legge 18 gennaio 1992, n. 16 (*ibid.*)

<sup>226</sup> İl Han ÖZAY, "Yeni bir Düzendeki Anayasa Mahkemesinin Kuruluş Görev ve Yetkileri ile Yargılama Usulleri", Anayasa Yargısı, 12, 1995, 45-49. Özay, 1961 Anayasasını hazırlamak üzere görevlendirilen İstanbul Bilim Komisyonunun İtalyan Cumhuriyeti Anayasasından esinlenmiş olduğunu söylemektedir. Aslında, 1960 öncesi Avrupa'da belli başlı sadece dört Anayasa Mahkemesi vardı. Bu açıdan, Alman, Avusturya ve İtalyan sistemlerinin Türk modelinde dikkate alınmış olması gayet normal ve doğru olmalıdır.

<sup>227</sup> *İbid.*, 222.

Özay, İtalyan Anayasa Mahkemesini incelediği çalışmasında daha sonra şunları ilave etmektedir.

“İtalyan Anayasa Mahkemesi yargıçlarının kendi kendilerinin atası olabildiği daha ilk on yılının değerlendirmesi sırasında bile anlaşılmıştı. Mahkeme, herşeye rağmen «kararları ile varlık ve otoritesini kabul ettirmiş, böylece ülkede daha önce olmayan bir anayasa yargısı geleneği kurmuştur ki, bu, zaman içinde mutlaka mükemmelleşip sistem haline dönüşecek ama kesinlikle hiç bir zaman kayıp olmayacaktır»”.<sup>228</sup>

İşte bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin doğasında olan bir yetkiyi kullanma aşamasında, hangi sıfatla bir davaya bakıyor olursa olsun, *re'sen* harekete geçmek için her hangi bir yasal dayanak aramak durumunda olmamalıdır. Böyle bir yetki *ipso facto* (kendiliğinden) ve *ab initio* (başlangıcından itibaren) Anayasa Mahkemesi'ne nev'i şahsına münhasır kişiliğinden dolayı verilmiş olmalıdır. Anayasal denetimin ruhunun bunu gerektirdiğini düşünüyoruz.

İşte bu nedenlerle, Anayasa Mahkemesi'nin “mahkeme” olup olmadığı ile ilgili tartışma da önemini kaybetmektedir. Çünkü, *re'sen* iptal yetkisi, Anayasa Mahkemesi'nin taşıdığı sığata bağlı olmaksızın, yaptığı işin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin her durumda mahkeme olduğu gerçeği ayrı bir konudur. Uyuşmazlık mahkemesi başkanını seçme veya mali denetim gibi görevlerinde mahkeme olmadığı doğrudur. Ancak, bunu telaffuz etmenin bile abes olduğu düşünülmektedir. “Yargıtay'ın bazı idari işleri yaparken mahkeme sıfatıyla hareket etmediği ifadesi ne kadar gereksizse, Anayasa Mahkemesi'nin bazı görevlerinde mahkeme olmadığını söylemek o kadar gereksizdir. Örneğin, “Yargıtay, Anayasa Mahkemesi üyeliği için aday belirleme aşamasında mahkeme olarak hareket etmez” gibi bir ifadeyi kimse özel olarak telaffuz etme gereği duymamaktadır. Uluslararası Adalet Divanı'nın da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de idari anlamda yaptığı işler vardır. Bunları yerine getirirlerken, mahkeme sıfatlarını kullanmamaları gayet doğaldır; bunu ayrıca dile getirmek bir yarar sağlamaz.

Aşağıda verilecek örnekler göstermektedir ki, uluslararası mahkemeler de bazı durumlarda kendi görevlerini kendileri belirlemede veya kendilerine verilmeyen bir yetkiyi “yargısal aktivizm” yoluyla

---

<sup>228</sup> “Cuocolo, F: Corte Costituzional e magistratura..” in Guirispudenza costituzionale, 1976, p. 1740 ve tırnak içindeki ifadeler Crisafulli, V.,'in incelemesinden alınmıştır (Bknz. *İbid.*, 222.)

kullanmaktadırlar. Örneğin, Amerikan Yüksek Mahkemesi 1803 yılında *Marbury v. Madison* davasında kanunların Anayasaya uygunluğunu denetleyebileceğini ve Anayasaya aykırı bulunan kanunun uygulanmayacağını söylerken, bunun için kendisine Amerikan Anayasasında dayanabileceği bir tek madde bulmuş muydu? Bu içtihat Anayasa'nın verdiği yetkilerin aşılması anlamına gelse de, oldukça "anayasal" ve yaratıcı bir içtihattı.

Diğer bir örnek: Avrupa Ekonomik Topluluğu kurulduğunda, Ortak Pazar'ın gerçekleşmesinde çok ciddi sıkıntılar yaşanıyor, Üye Devletler Topluluk hukukuna uymak istemiyorlardı. Fransa'nın Birleşik Krallık'ın üyeliğini reddetmesinden kaynaklanan 1963 Krizinde, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD), Üye Devletlerin karar-alma sürecinin değişik kademelerine müdahale ve diplomatik kontrolleri olabileceği ihtimalini görüp, Komisyon'un Üye Devletlerin ulusal politikaları karşısında tek başına direnecek gücü olmadığını farkına varmıştı. Divan, 1963 yılında *Van Gend en Loos* davasında doğrudan etki ilkesini oluştururken<sup>229</sup> gücünü Roma Antlaşması'ndan almıyordu. Üye Devletler kısa bir süre sonra altına imza atmadıkları bir hukuk oluşum süreci içerisinde kendilerini buldular. Kellerman'a göre, 1957 yılında Roma Antlaşmasına imza atan devletler *Van Gend & Loos* ve *Costa v. ENEL* kararlarının sonuçlarını ve bunların hukuksal yansımalarını ilk aşamada fark edebilselerdi, Roma Antlaşması'nı belki de hiç imzalamayacaklardı.<sup>230</sup>

*Van Gend* davasından sonra ATAD, Üye Ülkelerin daha fazla ekonomik ve politik entegrasyon konusundaki isteksizliklerini izlemeye devam etti. Topluluk Adalet Divanı, 1964 yılında *Costa v. ENEL* davasında ulusal hukuk normlarının anayasal doğası veya sonra vaz'edilmiş olsa bile, Topluluk hukukuyla çatışmasında Topluluk

<sup>229</sup> Bu vesileyle Üye Ülkelerin iç hukuk sistemlerinde Topluluk Hukukunun doğrudan etki doğurduğu hususu açıklanmış oldu *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* (Case 26/62) [1963] ECR 1. *Van Gend* davasından sonra Mahkeme doğrudan etki prensibinin etkisini 1966 yılında Lutticke, 1974 yılında Reyners, Van Binsbergen, Van Duyn davalarında bu genişleme tekrar edildi. Bknz. Lutticke v. Commission, Case 57/67 [1966]: Reyners v Belgian State (Case 2/74) [1974] ECR 631: Van Binsbergen (JHM) v. Bestuur Van de Beroepsvereniging voor de Metaalnijverheid (case 33/74) [1974] ECR 1229: Van Duyn v Home Office (Case 41/74) [1974] ECR 1337.

<sup>230</sup> Alfred, KELLERMAN, "Constitutional Legal Aspects of the Integration Process to the EU", Avrupa Birliği'ne Katılımın Ulusal Hukuk Düzenlerine Etkisi Semineri, Adalet Bakanlığı-Asker Enstitüsü tarafından hazırlanan Seminer Notları, 2-3 Temmuz 2004, Hakimevi, İstanbul, 76.



hukukunun normlarının üstün geleceğini söylemiştir.<sup>231</sup> *Simmenthal* davasında, Divan, üstünlük uygulamasının sadece önceki tarihli değil, sonraki normlar için de geçerli olacağına karar vermiştir. Alman ve İtalyan Anayasa Mahkemeleri doğrudan etkili tüzük ve direktiflerin üstünlüğünü kabul etmek zorunda kalmışlardır.

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, Roma Antlaşması’nda olmayan ilkeleri ortaya koyarken kendisine yasal bir dayanak aramadı; çünkü yoktu. Eğer ATAD, Türk Anayasa Mahkemesi’nin ilk kurulduğu yıllarda yaptığı gibi kendisini sınırlasaydı (judicial self-restraint), diğer bir deyişle 1957 Antlaşması’nın kendisine bahsettiği sınırlar içinde kalsaydı veya Antlaşma’yı dar yorumlasaydı, bugün girmeye çalışacağımız Avrupa Birliği gibi supranasyonal bir örgüt kesinlikle olmayacaktı.<sup>232</sup> ATAD, tesadüf o ki, Türk Anayasa Mahkemesi’nin 1962-1972 tarihleri arasında kendisini sınırlamasına nispet edercesine, yargısal aktivizmini (*judicial activism*) kullanarak birbirinden önemli ve izbirakan kararları ile Topluluk hukukunun çimentosu vazifesi görmüştür.

ATAD’ın hukuk yaratma yetkisi konusunda verilecek son örnek, içtihat hukukunun önemini gösterecek niteliktedir. *Parti Ecologiste (Les Verts)* davasında, Lüksembourg Mahkemesi “zımni yetki ilkesini” (*implied powers principle*) kullandı. Bu davada *Parti Ecologiste* Avrupa Parlamentosu’nun bir kararının iptali amacıyla Lüksembourg Mahkemesi’ne başvurdu.<sup>233</sup> Ancak, bu başvuruda ilginç olan şey, AT Antlaşmasınının 230. maddesinde, aleyhine dava açılabilir Topluluk organları arasında Avrupa Parlamentosunun gösterilmemiş olmasıydı. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı bu durumda, böyle bir başvurunun ilk inceleme aşamasında, Mahkemenin yetkisizliği yönünden reddedilmesi gerektiğini ileri sürebilirdi. Roma Antlaşmasında verilmiş olan yetkiler içerisinde, Parlamento kararlarının incelenmesi olmadığı için, ATAD’ın böyle bir kararı oldukça anlaşılabilir ve “hukuksal” bir karar olacaktı. Ancak, Mahkeme böyle yapmadı. Mahkeme, Roma Antlaşması’nın 230. maddesinde Avrupa Parlamentosu muhtemel bir davalı olarak zikredilmese bile, amaçsal bir yorum yaparak, Topluluk organlarının

<sup>231</sup> *Costa v. ENEL (Case 6/64) [1964] ECR 585.*

<sup>232</sup> Bu iddianın geçerliliği için, Kemal BAŞLAR, “*The European Court of Justice: A Supranational Court*”, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No. 55, Ankara, 2004, 125-177.

<sup>233</sup> *Case 294/83, Parti Ecologiste 'Les Verts' v. European Parliament [1986] ECR 1339, p. 1365.* Bknz. Fusün ARSAVA, “*Avrupa Toplulukları Adalet Divanının Hukuk Yaratma Yetkisi*”, **Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi**, 9/1, 2001, 43-54, 43-44.

denetimden muaf olmayacaklarından hareketle davaya bakması gerektiğini ileri sürerek zımni yetki ilkesini kullanmıştır. ATAD, bu içtihadı ile yeni bir hukuk düzeni yaratmayı amaçlayan Topluluk Antlaşmasını, “anayasal bir şart” a (constitutional charter) dönüştürmüştür.<sup>234</sup>

Yargısal anlamda etkin bir politika izleyen bir başka mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’dir. *Golder v. UK*<sup>235</sup> kararında, adil yargılanma hakkı çerçevesinde, “hak arama hakkı” nı ortaya çıkardı. İngiltere bunun üzerine Sözleşme’yi imzaladığı dönemde olmayan bir hakkın daha sonra yorum yoluyla getirilmesine karşı çıksa da bugün Strasbourg Mahkemesi sayesinde Avrupa’da insan hakları daha etkin bir şekilde korunmaktadır. AİHM’in bunu yaparken Sözleşme’ye dayanması gereksizdi. Çünkü, sahip olduğu gizli güç (implied power), ona adil yargılanma hakkını tanımlarken, bu hakkın doğasında olan bir başka hakkın ortaya çıkarma yetkisini veriyordu.

### **Sonuç Olarak:**

Yukarıda ismi geçen mahkemelerin anılan kararları, bugün en sık atıfta bulunulan kararlar içinde bulunmasına rağmen, bugün kimse bunların meşruiyetlerini sorgulamamaktadır. Bu nedenle, Türk Anayasa Mahkemesi’nin de yetkisinin bütün kaynağını Anayasa ve yasalarda aramasına gerek olmadığına inanıyoruz.

Çünkü, Kaboğlu’nun dediği gibi, “Yasayı “mit” olmaktan çıkaran asıl faktör Anayasa Yargısıdır”.<sup>236</sup> “Anayasaya uygunluk denetimi, meşruiyetini bir yandan yerine getirdiği işlevden alır: Bu, yurttaş hak ve özgürlüklerine saygıyı sağlamaktadır. *Anayasa yargıcısı, insan hakları hazinesinin bekçisidir*”.<sup>237</sup> “Anayasa yargısının meşruluğu büyük ölçüde işlevinden gelir”.<sup>238</sup> Tanör ve Yüzbaşıoğlu da benzeri şeyleri söylemektedir. Yazarlara göre, anayasa yargısının asıl işlevi insan

<sup>234</sup> J.W.R. REED, “Political Review of the European Court of Justice and its Jurisprudence”, dn. 12’ye eşlik eden metin. (1995) <http://www.jeanmonnet-program.org/papers/95/9513ind.html> (erişim tarihi: 3 Ocak 2004); O. SPIERMANN, “The Other Side of the Story: An Unpopular Essay on the Making of the European Community Legal Order”, *European Journal of International Law*, 10/4, 1999, 763-791, 763.

<sup>235</sup> *Golder v UK*, 21.2.1975, Series A, No 18, para. 36.

<sup>236</sup> İbrahim KABOĞLU, *Anayasa Yargısı*, İmge, 3. baskı, İstanbul, 2000, 176.

<sup>237</sup> *İbid.*, 189.

<sup>238</sup> *İbid.*, 191.

haklarının daha güvenceli korunmasıdır<sup>239</sup>. Bunu yaparken Anayasa Mahkemeleri temel hak ve özgürlükler rejimini yorumlar, geliştirir, genişletir, zenginleştirir, böylece uygulanan hukuku âdeta yeniden yaratırlar.<sup>240</sup>

Anayasa Mahkemesi bunu yaparken, Armağan'ın dediği gibi; "... Anayasaya aykırı gördüğü normları iptalden de çekinmeye hakkı yoktur. Bilakis Anayasaya aykırılığı önlemek onun vazifesidir."<sup>241</sup> "Anayasa Mahkemesi yaptığı norm kontrolü sırasında Anayasaya uygun olmayan bir duruma şahit olmuşsa, artık vazifesi, o normu hukuk düzeninden çıkarmaktır."<sup>242</sup>

Armağan, dolaylı aykırılıkta bile Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı vermesi düşüncesindedir. Armağan'a göre;

"...mevcut hüküm dolayısıyla Anayasaya aykırı bir netice husule getiriyorsa, yani ferdi hakları ihlâl edebiliyorsa, o hükmü ortadan kaldırmak, Anayasa Mahkemesinin en normal vazifesidir. Tesis edilen kazai murakabe sisteminin de varmak istediği netice ferdi hakların ihlâl edilmemesi ve Hukuk Devletinin kurulması olduğuna göre, Anayasa Mahkemesi, bu gayeye göre hareket etme mevkiindedir..."<sup>243</sup>

"Nihayet, son olarak, Anayasa Mahkemesinin ... [k.b. bir] hükmü iptal etmekten meneden bir kaide mevcut bulunmamaktadır. Sarih olarak bir yetki aramak fazla formalist davranmak binnetice müessesenin kuruluş gayesine aykırı olur."<sup>244</sup>

Metin Kıratlı'nın görüşü yukarıda ulaşılan sonuçların bir sağlamasını yapar niteliktedir. Kıratlı, 44 sayılı (mülga) Kuruluş Kanunu'nun 21. maddesindeki "Siyasi partilerin Türkiye Büyük Millet Meclisi grupları" deyiminin 1961 Anayasa'nın 149. maddesine aykırılığını tespit

<sup>239</sup> TANÖR ve YÜZBAŞIOĞLU, a.g.e., 449.

<sup>240</sup> Karş: *ibid.* 449.

<sup>241</sup> ARMAĞAN, a.g.e., 166.

<sup>242</sup> *İbid.*, 168.

<sup>243</sup> *İbid.*, 160.

<sup>244</sup> *İbid.*, 161. Armağan bu ifadelerle ilave ettiği dipnotta devamla şöyle demektedir: "Dikkat edilecek nokta, ferdi hakların korunması ve Hukuk Devleti gayelerini mevzuatın verdiği imkânlarla te'lif etmektedir. Ne bu gayeleri unutmak ve ne de mevzuatın verdiği imkânları, sun'i tefsirlerle elde etmeye çalışmak... Burada olduğu gibi mani bir hüküm bulunmadıkça, aykırılık iddialarını bu gayeye göre cevaplandırmak gerekir". *İd.*

etmesine rağmen<sup>245</sup>, bunu re'sen iptal etmeyip ihmal ederek yetinmesini şu şekilde eleştirmektedir:

“Mahkemenin bu hükmünde isabet yoktur. her şeyden önce Mahkemenin görevinin gerekleriyle bağdaşamaz. Anayasayı korumak esas görevi olan Anayasa Mahkemesinin diğer Mahkemelerin uyguladıkları kanunlar hakkında iptal kararı verebildiği halde bizzat kendisinin uyguladığı kanunlar hakkında bu yetkiye sahip olmaması kanunlar hakkında bu yetkiye sahip olmaması hangi mantık ve hukuk kuralı ile izah edilebilir? Mahkeme bu hükmünü 44 sayılı kanunun 20. maddesinin 2. bendine dayandırmaktadır. Fakat, zaten anlamı açık olmaktan uzak bulunan bu bentten Mahkemenin yorumladığı yönde bir anlam zorunlu olarak çıkmadığı gibi, onu kendi uyguladığı kanunlar hakkında re'sen iptal yetkisinden yoksun edici mahiyette değildir. Mahkemenin bu şekilci ve çekingen davranışı terk ederek bu içtihadın değiştirilmesi temenni edilir.”<sup>246</sup>

---

<sup>245</sup> Esas 1964/22, Karar 1964/54, 3.8.1964, AMKD, 2, 204-209.

<sup>246</sup> Metin KIRATLI, *Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi: İtiraz Yolu*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, no: 212-194, Ankara, 1966, 154-155.