

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (ANAYASA HUKUKU)
ANABİLİM DALI

ANAYASA MAHKEMESİNİN NORM DENETİMİ İŞLEVİ

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Prof.Dr.Erdal ONAR

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

Prof.Dr.Erdal ONAR

.....

Prof.Dr.Merih ÖDEN

.....

Prof.Dr.Hasan TUNÇ

.....

Doç.Dr.Selin ESEN

.....

Doç.Dr.Levent GÖNENÇ

.....

Tez Sınavı Tarihi: 10.06.2009

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE**

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(10.06.2009)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin
Adı ve Soyadı

Kazım Gültekin

İmzası

KISALTMALAR CETVELİ

abç	: Altını Ben Çizdim
AÜ	: Ankara Üniversitesi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜSBF	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi
AYMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
C.	: Cilt
DEÜHF	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İÜ	: İstanbul Üniversitesi
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
YÖK	: Yükseköğretim Kurulu

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	
NORM DENETİMİ İÇİN ANAYASA MAHKEMESİNE BAŞVURU YOLLARI	
I. SOMUT NORM DENETİMİ (DEFİ YOLU, İTİRAZ YOLU)	5
A. BAKILMAKTA OLAN BİR DAVANIN VARLIĞI	8
B. DAVANIN BAKILDIĞI MERCİİN MAHKEME OLMASI	10
(1) Anayasa Mahkemesine Göre Mahkeme Kavramı	10
(2) Mahkemenin Görevli Mahkeme Olup Olmadığına Anayasa Mahkemesi mi Karar Vermeli?	20
C. DENETİME KONU NORMUN O DAVADA UYGULANACAK NORM OLMASI	24
D. DAVAYA BAKAN MAHKEME TARAFINDAN KANUN VEYA KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMENİN ANAYASAYA AYKIRI GÖRÜLMESİ VEYA TARAFLARIN ANAYASAYA AYKIRILIK İDDİASININ CİDDİ BULUNMASI	32
II. SOYUT NORM DENETİMİ (DAVA YOLU, İPTAL DAVASI)	36
A. SOYUT NORM DENETİMİNE BAŞVURU HAKKI OLANLAR	36
(1) Cumhurbaşkanı	40
(2) İktidar Partisi ve Anamuhalefet Partisi Meclis Grupları	42
(3) Türkiye Büyük Millet Meclisinin En Az Beşte Bir Tutarındaki Üyeleri	43
B. SOYUT NORM DENETİMİ BAŞVURUSUNDA TEMSİL	45
C. SOYUT NORM DENETİMİ İÇİN BAŞVURU SÜRESİ	48

III. ANAYASA ŞİKAYETİ (BİREYSEL BAŞVURU ÜZERİNE DENETİM)	50
a. ANAYASA ŞİKAYETİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	50
b. ANAYASA ŞİKAYETİ KURUMUNUN OLDUĞU ÜLKELERDEKİ DURUM	52
C. TÜRK ANAYASA YARGISINDA ANAYASA ŞİKAYETİ OLMALI MI?	57

İKİNCİ BÖLÜM

DENETİME TABİ NORMLAR

I. KANUNLAR	65
II. KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER	69
A. OLAĞAN DÖNEM KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERİ	69
B. OLAĞANÜSTÜ HAL KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERİ	79
III. TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ İÇTÜZÜĞÜ	88
IV. ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ	93
V. ULUSLARARASI ANDLAŞMALAR	116

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖLÇÜ NORMLAR

I. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN ANAYASAL DENETİMDE ANAYASA HÜKÜMLERİNİ DİKKATE ALMASI	128
A. ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNDE HANGİ ANAYASANIN DENETİME ESAS ALINACAĞI	129
B. DOKTRİNDE ANAYASAL DENETİM SIRASINDA ANAYASA İLKE VE KURALLARININ BİRBİRİNE GÖRE DURUMU HAKKINDAKİ GÖRÜŞLER	131
C. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINA GÖRE ANAYASAL DENETİM SIRASINDA ANAYASA İLKE VE KURALLARININ BİRBİRİNE GÖRE DURUMU	135
D. ANAYASA MAHKEMESİNİN BAZI KARARLARINDA DENETİMDE KANUNLARI DA ESAS ALMASI	146

II. ULUSLARARASI ANDLAŞMALAR VE ULUSLARARASI HUKUK KURALLARI	152
III. HUKUKUN GENEL İLKELERİ	162
A. KAZANILMIŞ HAKLARA SAYGI	169
B. İYİ NİYET İLKESİ	173
C. AHDE VEFA İLKESİ	175
E. GENEL HÜKÜM-ÖZEL HÜKÜM ÇATIŞMASINDA ÖZEL HÜKMÜN UYGULANACAĞI İLKESİ	176
E. DEVLETE GÜVEN İLKESİ	177
F. KESİN HÜKME SAYGI İLKESİ	180
G. DİĞER İLKELER	181
IV. ATATÜRK İLKE VE İNKILAPLARI	183

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

NORM DENETİMİNİN SAFHALARI

I. İLK İNCELEME	201
II. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA	208
III. İPTAL İSTEMİNİN REDDİ	230
IV. İPTAL KARARI	245
A. İPTAL KARARININ KESİN OLUŞU	253
B. İPTAL KARARININ GERİYE YÜRÜMEMESİ	254
C. İPTAL KARARININ BAĞLAYICILIĞI	280
D. KONUSU KALMAYAN İSTEM HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞI KARARI	292
SONUÇ	294
ÖZET	303
ABSTRACT	305
KAYNAKÇA	307

GİRİŞ

Hukuk düzeninin varlığı, çok eski bir düşünce olan normlar arasındaki hiyerarşiye bağlıdır. İnsanlar gelişip, sosyalleşerek toplu olarak yaşamalarının sonucunda önce devleti kurmuşlar, daha sonra devlet gücünü kullanacak organları, bunların görev ve yetkilerini, vatandaşların ana hak ve hürriyetleri ile ilgili kuralları anayasalar ile belirlemişler ve diğer normların da bu anayasaya uygun olarak yapılması gerektiğini belirtmişlerdir. Ancak, zaman içerisinde anayasalarda belirlenmiş olan bu kurallara aykırı kanunlarla anayasanın delindiği görülmüş ve bu defa kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi gerektiği sonucuna varılarak, önce bu yönde siyasi denetim mekanizmaları kurulmuş, fakat siyasi denetimin işe yaramadığı tecrübelerle ortaya çıkınca yargısal denetim yolları aranmıştır.¹ Yargısal denetimin ilk örneği 19. yüzyılın başlarında Amerikan Federal Yüksek Mahkemesinin bir kanunun anayasa aykırı olması durumunda kanununun hükümsüz olacağını kabulüyle Amerika'da görülmüştür.

Merkezi bir anayasa yargısı ise dünyada yeni denilebilecek bir uygulamadır. Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra Çekoslovakya'da 29 Şubat 1920 tarihli Anayasa ile kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemek üzere yedi üyeden oluşan özel yetkili bir mahkeme kurulmuştur.² Bunun yanında Viyana Üniversitesinde kamu hukuku ve hukuk felsefesi öğretim üyesi olan Hans KELSEN'in esin kaynaklığı etmesiyle 1 Ekim 1920 tarihli Avusturya Anayasası'nda anayasal denetim için

¹ Kanunların anayasaya uygunluğunun siyasi yönden denetimi, kanunlar üzerinde veto yetkisi olan devlet başkanı, ikinci meclis, yasama meclisinin bir komisyonu veya siyasi organlar tarafından seçilen özel bir kurul tarafından yapılabilme ve bu denetim genellikle norm yürürlüğe girmeden önce önleyici denetim olarak yapılmaktadır. Bkz. ÖZBUDUN, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s. 382.

² ROUSSEAU, Dominique: **La Justice Constitutionnelle En Europe**, 3. Bası, Montchrestien, Paris 1998, s. 24.; FEYZİOĞLU, Turhan: **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi**, AÜSBF Yayınları No. 19-1, Ankara 1951, s. 93.; ONAR, Erdal: **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler**, Ankara 2003, s. 120.

Anayasa Mahkemesi kurulması öngörülmüş, KELSEN önce bu Mahkemenin Başraportörlüğünü yapmış ve 1921 yılında üye seçilmesiyle 1929 yılına kadar üyelik görevini sürdürmüştür. Bu Mahkeme 1933 yılında kaldırılmış, 1934 Anayasası'nda Anayasa Mahkemesi ve İdare Mahkemesinin yetkilerinin birleştirildiği Federal Mahkeme adıyla tekrar kurulmuşsa da 13 Mart 1938 tarihinde Avusturya'yı Almanların işgaliyle kapatılmıştır.³ İspanya'da 9 Aralık 1931 Anayasası ile "Anayasal Garantiler Mahkemesi" adı ile oldukça geniş bir gruba başvuru imkanı sağlayan, actio popularis'i de tanıyan özel yetkili anayasa yargısı kabul edilmiş⁴, ancak Anayasal Garantiler Mahkemesi 1936 yılına kadar görev yapabilmiştir.⁵

Anayasaya uygunluk denetimi konusundaki asıl önemli gelişmeler İkinci Dünya Savaşı sonrasındadır.⁶ İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra anayasa yargısı, yasama organının temel hakları ihlal etmesinin önüne geçmenin, yasama çoğunluğunun baskısına karşı azınlık haklarını korumanın tek yolu olarak görülmüş ve 1945 yılında Avusturya, 1947 yılında Japonya⁷, 1948 yılında İtalya⁸ ve 1949 yılında Federal Almanya'da⁹ yeni yapılan anayasalarda özel düzenlenmiş anayasa yargısı kabul edilmiştir. Daha sonraki yıllarda; 1961 yılında Türkiye'de¹⁰, 1975 yılında Yunanistan'da, 1976 yılında Portekiz'de¹¹, 1978 yılında İspanya'da¹² özel yetkili anayasa yargısı kabul edilmiştir. Sovyetler Birliği'nin dağılmasıyla bağımsızlıklarını

³ FAVOREU, Louis: **Les Cours Constitutionnelles**, 3. Bası, Presses Universitaires de France, Paris 1996, s. 31-32.

⁴ FEYZİOĞLU, 1951, s. 95-96.

⁵ FAVOREU, 1996, s. 94.

⁶ ÖZBUDUN, 2008 a, s. 383.

⁷ ROUSSEAU, 1998, s. 24.

⁸ İtalya'da Anayasa Mahkemesi 1948 yılından ancak yedi yıl sonra kurulabilmiş ve Parlamento 30 Kasım 1955 yılında Anayasa Mahkemesinin 5 yargıcını atamış, 23 Nisan 1955'te ilk defa toplanabilen Mahkeme ilk kararını 14 Temmuz 1956'da verebilmiştir. Bkz. FAVOREU, 1996, s. 68.

⁹ Alman Anayasa Mahkemesi 12 Mart 1951 tarihli Kanunla kurulmuş ve aynı yılın Eylül ayında faaliyete geçmiştir. Bkz. FAVOREU, 1996, s. 49.

¹⁰ Anayasa Mahkemesi, 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un hazırlanarak, 22.4.1962 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra 28.8.1962 tarihinde görevine başlayabilmiş ve ilk kararını 5.9.1962 tarihinde vermiştir. Bkz. ARMAĞAN, Servet: **Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi (Doktora Tezi)**, İstanbul 1967, s. 28-29 (1967 a).

¹¹ ROUSSEAU, 1998, s. 25.

¹² İlk üyeleri 15 Şubat 1980 tarihinde atanabilen Mahkeme 15 Temmuz 1980 tarihinde faaliyetine başlayabilmiştir. Bkz. FAVOREU, 1996, s. 94.

kazanan Polonya, Romanya, Çek Cumhuriyeti, Slovakya, Hırvatistan, Slovenya, Macaristan ve Rusya'da merkezi anayasa yargısı kabul edilmiştir.¹³

Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal yönden denetimi için yazılı ve sert bir anayasanın varlığı gerekir. Yumuşak bir anayasa olan 1921 Anayasası'nda kanunların anayasaya uygunluğu konusunda herhangi bir hüküm yer almamıştır.¹⁴ 1924 Anayasası'nın 103. maddesinde "*Teşkilatı Esasiye Kanununun hiçbir maddesi, hiçbir sebep ve bahane ile ihmal ve tadil olunamaz. Hiçbir kanun Teşkilatı Esasiye Kanununa münafi olamaz*"¹⁵ denerek kanunların Anayasa'ya aykırı olamayacağı belirtilmiş, ancak kanunların Anayasa'ya uygunluğunun denetimi konusunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. 1924 Anayasası döneminde yerel mahkemelerin, kanunun Anayasa'ya aykırılığını tespit halinde, o kanunu uygulamaktan kaçınarak, Anayasa'ya uygunluk denetimi yapma girişimleri, yüksek mahkemelerin bu uygulamayı benimsememeleri nedeniyle mümkün olmamıştır.¹⁶ Kanunların Anayasa'ya uygunluğunun yargısal denetiminde, 1961 Anayasası esas itibarıyla¹⁷, 1982 Anayasası tümüyle özel mahkeme

¹³ ROUSSEAU, 1998, s. 29.; GÖNENÇ, Levent: **Prospects for Constitutionalism in Post-Communist Countries**, Kluwer, The Hague 2002, s. 254-259.

¹⁴ <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa21.htm>, 14.11.2008.

¹⁵ <http://www.anayasa.gov.tr/general/icerikler.asp?contID=363&curID=98&menuID=58>, 14.11.2008.

¹⁶ 1924 Anayasası döneminde ilk defa İstanbul 4. Hukuk Mahkemesi 15.1.1927 tarih ve Karar 16 sayılı kararında, kanunların Anayasaya uygun şekilde yorumlanmasının zorunlu olduğunu, kanun yoruma imkan vermeyecek şekilde Anayasaya aykırı ise, bu kanunun uygulanamayacağını belirtmiş, bu karar, Yargıtay tarafından, olayda Anayasaya aykırı bir husus görülmediğinden bozulmuştur. Bu karardan, Yargıtay'ın yerel mahkemenin, kanun Anayasaya aykırı olsaydı uygulamayacağı yönündeki tespitine katıldığı sonucu çıkmakta ise de, daha sonraki yıllarda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir yerel mahkemenin ısrar kararı üzerine açıkça Anayasaya aykırılığa hakimlerin karar veremeyeceğini belirtmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. FEYZİOĞLU, 1951, s. 255-264.; ONAR, 2003, s. 166-167.

¹⁷ 1961 Anayasasının "Anayasaya Aykırılığın Diğer Mahkemelerde İleri Sürülmesi" başlıklı 151. maddesindeki, "...Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere altı ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse, mahkeme, **Anayasaya aykırılık iddiasını, kendi kanusuna göre çözümliyerek dâvayı yürütür (abç)**. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkemeler buna uymak zorundadır." düzenlemesiyle

sistemini benimsemiştir.¹⁸ 1961 Anayasası'nda olduğu gibi, 1982 Anayasası'na göre de, Anayasa Mahkemesi'nin asıl görevi norm denetimidir. Bunun yanında 1961 Anayasası dönemindeki siyasi parti kapatma davaları, siyasi parti mali denetimi, yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasına karşı yapılan itirazları inceleme ve Yüce Divan sıfatıyla ilgilileri yargılama görevleri 1982 Anayasası'nda da yer almaktadır. Biz bu çalışmada, özellikle Anayasa Mahkemesi kararlarını inceleyerek, kararlar üzerinden gitmek suretiyle, Anayasa Mahkemesi'nin norm denetimi işlevini başarılı bir şekilde yerine getirip getirmediğini araştırarak ve eksikliklerinin neler olduğu, kararlarında nasıl bir gelişim/değişim olduğu, norm denetiminin mevcut işleyişi açısından Anayasa'nın ilgili hükümlerinin yeterli olup olmadığı, Anayasa Mahkemesinin norm denetimi işlevini daha iyi yerine getirebilmesi için Anayasa'da değişiklik yapılmasına gereksinim olup olmadığı hususlarını tespit etmeye çalışacağız.

itiraz mahkemelerine, Anayasa Mahkemesinin altı ay içinde karar vermemesi halinde kanunu Anayasaya uygunluk denetimine tabi tutma yetkisi tanınmıştır.

¹⁸ ÖZBUDUN, 2008 a, s. 385.

BİRİNCİ BÖLÜM

NORM DENETİMİ İÇİN ANAYASA MAHKEMESİNE BAŞVURU YOLLARI

II. SOMUT NORM DENETİMİ (DEFİ YOLU, İTİRAZ YOLU)

Somut norm denetimi Amerika'da 19. yüzyılda şekillenmiş ve günümüzde çok sayıda ülkede kabul görmüştür.¹⁹ Bir mahkemede görülmekte olan davanın karara bağlanması, o davada kullanılacak hukuk normunun anayasaya uygun olup olmamasına bağlı olduğunda, bu norm ile ilgili olarak yapılan anayasal denetime somut norm denetimi denir.²⁰ Somut norm denetimi için def'i yolu, itiraz yolu tabirleri de kullanılmaktadır. Somut norm denetiminde derdest bir ceza, hukuk veya idari davada taraflardan biri hakkında uygulanacak kanunun anayasaya aykırı olup olmadığı meselesi ortaya atılır.²¹

Somut norm denetiminde asıl amaç Anayasa'ya aykırı kanunların ayıklanması olmamakla beraber, dolaylı olarak Anayasa'ya aykırı kanunlar da ayıklanmaktadır. 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi'nin olayla sınırlı olarak karar verme yetkisi varken somut norm denetimi için, Anayasa'ya aykırı kanunların ayıklanmasının daha tali bir amaç olarak kaldığı düşünülebilir. Anayasa Mahkemesi bu durumu bir kararında; *"...İptal davasını açmaya hakkı olanların bir kanunun yalnızca Anayasa'ya aykırı bulunduğu yönündeki görüşleri Anayasa'ya uygunluk denetimi düzenini işletmeye yeterken burada böyle bir hükmün ancak belirli bir kişinin belirli haklarını etkileme durumuna geçişi halinde düzen işleme yoluna girebilmektedir. Anayasa'nın 151. maddesinde öngörülen yolun, 149. maddedekinin tersine Anayasa'ya aykırılık konusunun soyut ve genel değil somut ve*

¹⁹ ÇAĞLAR, Bakır: **Anayasa Bilimi**, BFS Yayınları, 1. Bası, İstanbul 1989, s. 193 (1989 a).

²⁰ KIRATLI, Metin: **Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi, İtiraz Yolu**, AÜSBF Yayını, Ankara 1966, s. 35.

²¹ FEYZİOĞLU, 1951, s. 52.

özel bir açıdan ele alındığının ve olayları ve onların taraflarını önalanda tuttuğunun bir başka kanıtı da mahkemelerden gelen Anayasa'ya aykırılık iddiaları üzerine verilmiş hükümlerin olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı olmasını yahut tıpkı bir iptal davası sonunda verilmiş kararlar gibi genel nitelikte etkiler yaratmasını Anayasa'nın, Anayasa Mahkemesi'nin taktirine bırakmış bulunmasıdır (Madde 152/4). Demek ki Anayasa'nın 151. maddesine göre verilen bir hüküm ancak Anayasa Mahkemesi'nce aksine karar alınmadıkça, bir iptal davası sonunda verilmiş hükümlerin etki ve kapsamını edinebilir. O halde Anayasa'ya aykırı kanunların ayıklanması 151. maddede öngörülen düzenin baş ereği ve o düzenle doğrudan doğruya elde edilebilecek bir sonuç değildir. Bunun düzenin dolaylı bir etkisi, bir yan sonucu gibi görülmesi daha yerinde olur...²² diyerek açıklamıştır. Ancak, 1961 Anayasası döneminde, Anayasa Mahkemesi'nin olayla sınırlı verdiği kararların sayısının fazla olmayışı bu dönem için de, somut norm denetiminin Anayasa'ya aykırı kanunların ayıklanması yönünde bir amaç içerdiğini ortaya koymaktadır. 1982 Anayasası'nda Anayasa Mahkemesi'nin olayla sınırlı karar verme yetkisinin kaldırılmış olması ile, somut norm denetiminin de önemli amaç ve sonuçlarından birinin Anayasa'ya aykırı kanunların ayıklanması olduğunu daha açık şekilde söylemek mümkündür.

Anayasaya uygunluk denetiminin somut norm denetimi yoluyla harekete geçirilmesi, anayasa mahkemelerinin toplumun gerçek ve somut problemlerinden kopmasını engellerken, yargı bağımsızlığını sağlayarak anayasa mahkemelerinin siyasi konjonktürden etkilenmeden genel ve kalıcı siyasi- ideolojik tercihleri korumalarını sağlar.²³

²² Anayasa Mahkemesi'nin 11.2.1971 tarih ve Esas 1971/3 Karar 1971/17 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 9, s. 306-307.

²³ ÇAĞLAR, 1989 a, s. 183.

Avusturya'da dava mahkemesi bir anayasaya aykırılık tespit ettiğinde, bu durumu bekletici mesele yaparak somut norm denetimi yolunu işletebilir.²⁴ İtalya'da görülmekte olan dava sırasında taraflar ve yargıç Anayasa Mahkemesi'ne somut norm denetimi başvurusunda bulunabilirler.²⁵ İspanya'da yargıç görülmekte olan bir dava sırasında iki yanlı, makul gerekçe varsa, kendiliğinden veya taraflardan birinin talebi üzerine Anayasa Mahkemesi'ne somut norm denetimi başvurusunda bulunabilir. Aynı modeli içeren Macaristan, Slovenya ve Belçika'da yargıç davada taraflardan birinin ileri sürdüğü anayasaya aykırılık iddiasını makul bulmadığı takdirde Hakem Divanı'na (Cour d'Arbitrage) götürmek zorundadır.²⁶ Almanya'da anayasaya uygunluk şüphesi yeterli değildir. Yargıcın önündeki davanın çözümünün bağlı olduğu kanunun bekletici mesele yapacak şekilde anayasaya aykırı olduğuna karar vermesi gerekir.²⁷ Portekiz'de merkezi anayasal denetimin yanında, tüm mahkemeler normların anayasal denetimine yetkilidir. Anayasa Mahkemesi sadece ilk yargılamaları sonrasında taraflar başvuruda bulunursa somut norm denetimi yapar.²⁸ Rusya'da herhangi bir mahkeme uygulamak durumunda olduğu kanunun anayasaya uygunluğu konusunda şüphe duyarsa Anayasa Mahkemesi'ne somut norm denetimi başvurusunda bulunabilir. Bu yetki davanın taraflarına da tanınmıştır.²⁹

1982 Anayasası'nın "Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi" başlıklı 152. maddesinde somut norm denetimi koşulları; "*Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri*

²⁴ ROUSSEAU, 1998, s. 83-84. Bu başvuru hakkı Yüksek Mahkemeye oranla İdare Mahkemesi tarafından daha çok kullanılmıştır. 1994 Yılında yapılan 92 başvuru içinde Yüksek Mahkemenin hiç başvurusu yokken, 35 başvuru İdare Mahkemesi tarafınan yapılmıştır. Bkz. FAVOREU, 1996, s. 39.

²⁵ ROUSSEAU, 1998, s. 84.; FAVOREU, 1996, s. 75.

²⁶ ROUSSEAU, 1998, s. 84.

²⁷ ROUSSEAU, 1998, s. 84.; FAVOREU, 1996, s. 75.

²⁸ ROUSSEAU, 1998, s. 84.

²⁹ ROUSSEAU, 1998, s. 84.

sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır..." hükmüyle; bakılmakta olan bir davanın varlığı, bu davanın bakıldığı merciin mahkeme olması, denetime konu normun o davada uygulanacak kanun veya kanun hükmünde kararname olması, davaya bakan mahkeme tarafından kanun veya kanun hükmünde kararnamenin Anayasa'ya aykırı görülmesi veya tarafların Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddi bulunması şartlarına bağlanmıştır.

A. BAKILMAKTA OLAN BİR DAVANIN VARLIĞI

Anayasa Mahkemesi, somut norm denetiminde bakılmakta olan bir davanın varlığı koşulunu mutlak olarak aramaktadır. Ancak 5917 sayılı Kanunun Anayasal denetiminde olduğu gibi istisnai olarak bu şartı aramadığı davalar da olmuştur. Anayasa Mahkemesi 5917 sayılı Kanunun Anayasal denetiminde ilk inceleme aşamasında; *"...Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 15. maddesi gereğince yapılan ilk incelemede; başvurma Anayasa'nın 151 ve 44 sayılı kanununun 27. maddelerine uygun görüldüğünden, esasın incelenmesine geçilmiş(tir)..."*³⁰ diyerek "bakılmakta olan dava"nın varlığını kabul ederek davayı esastan incelemiştir. Bu davada üye AKÇOĞLU'nun karşıoy yazısında *"...Duruşma zabıtnamesinde yazılı olduğu gibi Mahkeme şikayetçiyi, sanığı ve şahitleri dinlemiş; (Mucibi tetkik bir husus kalmadı. Duruşmaya son verildi. Ekli karar açıkça tefhim olundu) diyerek davayı bitirmiştir. Bu davaya artık Mahkemenin bakmakta olduğu (Derdest) bir dava denemeyeceğinden hakim, bu dava vesilesiyle ve 5917 sayılı kanunun Anayasa'ya aykırılığının tetkiki talebiyle Mahkememize başvuramaz. Mahkeme, 5917 sayılı kanunun Anayasa'ya aykırılığı hususunda bir kanaate varmakla kalmamış; bunu geciktirici bir mesele olarak kabul edip, Mahkememizden çıkacak karara intizaren,*

³⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 21.2.1963 tarih ve Esas 1962/274 Karar 1963/40 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 1, s. 104-105.

davayı geri bırakmamış; bilakis bu kanaatini hükme esas tutarak 5917 sayılı kanunun maznun Ahmet Gedik hakkında tatbikine mahal olmadığına karar vermiştir. Kanuna ve usule uygun olsa da olmasa da, bu nihai bir karardır. Cumhuriyet savcısı tarafından temyiz edilmeyerek kesinleşmiş, sanık lehine muhkem kaziyeye teşkil etmiştir. 5917 Sayılı Kanun hükümlerinin Anayasa'ya muhalif olmadığına dair kararımıza rağmen Mahkeme bu davayı tekrar ele alamaz..³¹ şeklindeki açıklamasından biz, karar verilerek sonlanan bir dava olduğunu, dolayısıyla bakılmakta olan bir davanın varlığından söz edilemeyeceğini, Anayasa Mahkemesi'nin bu davada "bakılmakta olan bir davanın varlığı" şartını aramaksızın somut norm denetimi yaptığını anlıyoruz.³²

Aktardığımız, bu davadaki bariz olduğunu düşündüğümüz bakılmakta olan bir dava yokluğu halinin dışında, Anayasa Mahkemesi itirazın kendisine ulaşmasından sonra davanın kabulü veya başka yolla dava konusunun kalmaması halinde dahi somut norm denetiminin nihai amacının Anayasa'ya aykırı normların ayıklanması olduğu gerekçesine dayanarak Anayasal denetimini sürdürmektedir. Bu durumu kararlarında; *"...bir aykırılık iddiasının bir mahkemece Anayasa Mahkemesi'ne ulaştırılmasına karar verildiği tarihte mahkemenin belli bir davaya usulünce bakmakta olması yeterlidir. Bu durumun Anayasa Mahkemesi'nin işi incelediği tarihte dahi sürüp gitmesi gerekmez. Çünkü Anayasa Mahkemesi'nin böyle bir işi inceleyip karara varması, kamu düzeni düşüncesine dayanmaktadır. Bundan ötürü mahkemedeki belli dava üzerinde etkili bulunan tarafların ve hatta, kural olarak, af işinde olduğu gibi kanun koyucunun iradesinin dahi, Anayasa Mahkemesi'nin aykırılık konusunu inceleme ödevi üzerinde bir etkisi olmaması*

³¹ Üye Şemsettin OKÇOĞLU'nun karşıoy yazısı için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 21.2.1963 tarih ve Esas 1962/274 Karar 1963/40 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 1, s. 109-111.

³² Aynı yönde tespit için bkz. KIRATLI, 1966, s. 91.

gerekir.³³; "...Anayasa Mahkemesi'nin görevi, Anayasa hukuku bakımından, Yasama Organını denetlemek olduğuna ve 152 nci madde gereğince Anayasa Mahkemesi kararları Devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayıcı nitelikte bulunduğuna ve fert veya mahkeme iradesinin Anayasa Mahkemesi kararlarına etkisi bulunmamasına göre, itirazın Anayasa Mahkemesi'ne intikal ettirilebilmesi için Anayasa'nın 151 ve 44 sayılı kanunun 27 nci maddelerinin öngördüğü 'Bir davaya uygulanacak bir kanun hükmünün mevcudiyeti' şartı ancak iptidaen aranacak bir şart olup İntihaen bu şartın devamını aramaya yer olmamak lazım gelir. Bu itibarla Anayasa Mahkemesi'ne intikal ettirildiği tarihte davaya 38 sayılı kanunun uygulanması mümkün bulunduğuna göre sonradan yürürlüğe girmiş olan 218 sayılı kanunun, davayı ortadan kaldırmış olması, Anayasa Mahkemesi'nce usul ve kanun hükümlerine uygun olarak el konulmuş olan itirazın incelenmesini engelleyici bir tesiri haiz olamayacağı...kararlaştırıl(dı)...³⁴ diyerek açıklamıştır. Ayrıca takibi şikayete bağlı bir suçta, şikayet olunmaksızın dava açılmışsa bundan dolayı tatil kararı verilmesi gerekirken, bu davaya ilişkin kanunun Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesi mümkün değildir.³⁵

B. DAVANIN BAKILDIĞI MERCIİN MAHKEME OLMASI

(1) Anayasa Mahkemesine Göre Mahkeme Kavramı

Anayasa Mahkemesi, Mahkeme tabirini; " 'Bir davaya bakmakta olan mahkeme' ibaresini bir davaya bakmakta olan, hakim niteliğinde kişilerden kurulu yargı yetkisine sahip merci şeklinde anlamak, hukuk dilimize ve

³³ Anayasa Mahkemesi'nin 18.12.1967 tarih ve Esas 1966/31 Karar 1967/45 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 5, s. 248-249.

³⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 8.4.1963 tarih ve Esas 1963/16 Karar 1963/83 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 1, s. 197.

³⁵ EREM, Faruk: **Ön Mesele (Meseli Müstehire) Olarak Anayasaya aykırılık iddiası**, Ankara 1962, s. 7 (1962 a).

Anayasa'(ya)...uygun düşer³⁶ diyerek açıklamakta, tek hakimin mahkeme tabiri içinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine ilişkin tartışmayı yaptığı kararlarında; “...Sulh mahkemelerinin ve bazı asliye mahkemelerinin tek hakim tarafından idare edildiği düşünülerek mahkeme tabirine hakimlerin girip giremeyeceği ve giriyorsa sorgu hakimlerinin de bakmakta oldukları işlerden dolayı itirazda bulunup bulunamayacakları görüşme sırasında söze konu edilmiş, bir mahkemenin idaresiyle görevli kılınmayan ve davaya bakmayan hakimlerin ve bu arada sorgu hakimlerinin mahkeme kavramına girmedikleri... sonucuna varılmıştır.”³⁷; “hakemlerin aynı zamanda hakim oluşları bu davaların bir mahkemede görüldüğünü kabule elverişli değildir. Nitekim, genel bütçe ile idare edilen daireler arasındaki uyumsuzluklarda hakem, bir hakim değil bir Bakan olacaktır. Bu duruma göre mahkemelerce halli lazım gelecek bir uyumsuzluğu...halledecek hakemlere ne Anayasa’da ve ne de 22.4.1962 tarih ve 44 sayılı kanunda uygulanacak kanun hükümlerinden ötürü Anayasa Mahkemesi’ne başvurma hakkı tanınma(maktadır)...”³⁸ diyerek, tek hakimin mahkeme tabiri içinde değerlendirilebilmesi için bir mahkemenin idaresiyle görevli kılınma ve davaya bakma koşullarını aramış, “...(süresinde) Anayasa Mahkemesi’nce karar verilmezse, mahkemenin Anayasa’ya aykırılık iddiasını, kendi kanısına göre çözümlyerek davayı yürüteceğini; ancak Anayasa Mahkemesi’nin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse mahkemelerin buna uymak zorunda olduğunu gösteren hüküm...itiraza yetkili olan mahkemenin, adli, askeri veya idari davalara bakan ve bu davalarda nihai hüküm vermek suretiyle anlaşmazlıkları çözümlleyen her derecede mahkeme olduğu meydana

³⁶ Anayasa Mahkemesi’nin 20.9.1966 tarih ve Esas 1966/15 Karar 1966/33 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 4, s. 228-229.; Anayasa Mahkemesi’nin 30.5.1967 tarih ve Esas 1967/15 Karar 1967/15 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 5, s. 118.

³⁷ Anayasa Mahkemesi’nin 12.1.1965 tarih ve Esas 1964/51 Karar 1965/3 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 3, s. 20.

³⁸ Anayasa Mahkemesi’nin 28.2.1963 tarih ve Esas 1963/46 Karar 1963/43 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 1, s. 114-115.

çıkılmaktadır...³⁹ açıklamasıyla da askeri mahkemeleri de mahkeme tabiri içerisinde gördüğünü belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi, İcra tetkik mercilerini; “...*icra tetkik mercii, mahkeme başkanı veya hakimi ve bulunan yerlerde de icra hakimleri ile yardımcıları yahut da bu görev kendilerine verilen hakimlerdir. Yine aynı maddede bu mercilerin icra ve iflas dairelerinin işlemlerine karşı yapılan şikayetlerle itirazları tetkik ederek karara bağlayacakları gösterilmiştir. İcra hakimleri kendilerine sunulan şikayet ve itirazları, belli usule uyarak yargılamakta ve objektif hukuk kurallarını bu şikayet ve itirazlara uygulamak suretiyle hükme bağlamaktadırlar. Bu görevi yapan icra tetkik mercilerinin, mahkeme olarak kabul edilmeleri gerekir...*”⁴⁰ diyerek mahkeme kavramı içinde kabul etmiştir.

Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde verdiği kararında; “...*Vergiler Temyiz Komisyonu...kazai usullerle karar vermekte ise de...başkan ve üyelerinin atanmaları, hak ve Ödevleri, emekliye ayrılmaları, Anayasa'nın öngördüğü, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim teminatı esaslarına göre düzenlenmiş olmadığından bu başkan ve üyeler memur statüsüne girmektedirler. Şu durum karşısında kazai nitelikte ve kazai usullerle karar verseler dahi Anayasa'nın açık hükümleri önünde kurul mensuplarını hakim ve teşkil ettikleri organı mahkeme niteliğinde görmeye imkan yoktur...*”⁴¹ diyerek vergi itiraz ve temyiz komisyonları, 1982 Anayasası döneminde “...*'yargı mercileri' ile 'yargı yolu' birbirinin aynı olan kavramlar değildir. Bir mercinin yargı mercii sayılabilmesi için yargısal usul uygulaması ve yargısal karar vermesi yeterli olmayıp aynı zamanda bu mercinin bağımsızlığa ve karar verenlerin de 'hakimlik teminatı'na sahip olması*

³⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 12.1.1965 tarih ve Esas 1964/51 Karar 1965/3 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 3, s. 20.

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 30.5.1967 tarih ve Esas 1967/15 Karar 1967/15 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 5, s. 119.

⁴¹ Anayasa Mahkemesi'nin 27.6.1966 tarih ve Esas 1966/16 Karar 1966/28 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 4, s. 173.

gerekmektedir. İl ve ilçe idare kurulları, vergi itiraz ve temyiz komisyonları, Gümrük Hakem Heyeti ve çeşitli disiplin kurulları mahkemeler gibi bağımsız, bu mercilerde karar verenler de 'hakimlik teminatı'na sahip bulunmadıklarından söz konusu merciler 'tam bir yargı organı' sayılamazlar..."⁴² açıklamalarıyla il ve ilçe idari kurullar, gümrük hakem heyeti ve çeşitli disiplin kurullarının mahkeme olarak kabulünün mümkün olmadığını belirtmiştir.

ÖZBUDUN, 1982 Anayasası'nın 160. maddesinde Sayıştay yargı bölümünde düzenlendiğinden ve Sayıştay'ın kesin hükümleri nedeniyle idari yargı yoluna gidilemeyeceğinin belirtilmesi dolayısıyla, sorumluların hesap işlemlerini kesin hükme bağlama faaliyeti sırasında mahkeme olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündedir.⁴³ 1961 ve 1982 Anayasaları, Sayıştay'ı anayasal bir kurum olarak düzenlemişlerdir. 1982 Anayasası'nın Sayıştay konusunda getirdiği yenilik, Sayıştay'ı yargı bölümünde düzenlemesi ve Sayıştay'ca verilen kesin hükümler hakkında idari yargı yoluna başvurulamayacağını öngörmüş olmasıdır. Anayasa Mahkemesi Sayıştay'ın bir mahkeme olmadığı görüşünü; "...Sayıştay'a Anayasa'nın 'Yargı' bölümünde yer veren yeni düzenleniş biçimi Sayıştay'ın yüksek yargı yeri olarak nitelendirilmesi için yeterli değildir. Anayasa'nın 'yargı' bölümünün 'Genel Hükümler' başlığını taşıyan I. ayrımı; mahkemelerin bağımsızlığını, hakimlik ve savcılık güvencesini, hakimlik ve savcılık mesleğini, mahkemelerin kuruluşunu ve türlerini, 'Yüksek Mahkemeler' başlığını taşıyan II. ayrımı da; Anayasa Mahkemesi ile Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi'ni düzenlemektedir Anayasa'da yüksek yargı organları ve yargı düzenleri tek tek sayılmıştır Sayıştay, yüksek yargı organları ve herhangi bir yargı düzeni arasında gösterilmemiştir. Nitekim Sayıştay, yargı bölümünün genel hükümleri ile hakim ve savcılar ve yüksek mahkemeleri düzenleyen ayrımında

⁴² Anayasa Mahkemesi'nin 24.9.1987 tarih ve Esas 1987/8 Karar 1987/23 sayılı kararı, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/kararlar/IPTALITIRAZ/K1987/K1987-23.htm>, 10.4.2008.

⁴³ ÖZBUDUN, 2008 a, s. 416.

değil, idari bir kuruluş olan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'ndan sonra gelen diğer bir ayırmda yer almaktadır. Sayıştay, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu gibi yargı bölümünde yer almasına karşın Anayasa'nın 138-158. maddelerinde belirlenen ve düzenlenen yargı organlarından değildir... Sayıştay'ın yargı organı olarak nitelendirilmesi olanaksızdır...⁴⁴ diyerek ortaya koymuştur.

Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurma yetkisinin, "Bir davaya bakmakta olan Mahkeme"ye tanındığı, davaya bakan mahkemenin, o davaya konu olan uyuşmazlığı bir kararla çözerek sona erdirmek görev ve yetkisini taşıyan yargı mercii olduğunu dikkate alan Anayasa Mahkemesi, asıl muhakeme içinde ayrı bir yargılamayı gerektiren ve bağımsız, organik ayrı bir bünyesi olan tali ceza davalarına, bir suç isnadının araştırılması ve karşılığı müeyyidelerin sanık hakkında uygulanması biçiminde olmaksızın, bir suç dolayısı ile ceza yargılaması makamlarından bir karar alınması için yapılan başvurulara, hakimin reddi müessesesi, hakimin kendiliğinden çekilmesi gibi "hadise muhakemesi" olarak adlandırılan davalara bakan mahkemelerin Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yetkisinin olduğunu kabul etmektedir.⁴⁵

Uyuşmazlık Mahkemesinin bir davanın esası hakkında karar vermediği, adli, idari ve askeri yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını çözdüğü, dolayısıyla somut norm denetimi için Anayasa Mahkemesi'ne başvuru için "mahkeme" tabirine girmediği görüşünde olanlar yanında,⁴⁶ Uyuşmazlık Mahkemesinin hüküm uyuşmazlıklarında davanın esası

⁴⁴ Anayasa Mahkemesinin 11.7.1991 tarih ve Esas 1990/39 Karar 1991/21 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 27, C. 1, s. 448-449.

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 28.4.1983 tarih ve Esas 1983/4 Karar 1983/6 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 20, s. 39-42.; Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1984 tarih ve Esas 1984/17 Karar 1984/12 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 20, s. 328-330.; Anayasa Mahkemesi'nin 13.3.1979 tarih ve Esas 1978/67 Karar 1979/14 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 17, s. 100-124.

⁴⁶ ARMAĞAN, 1967 a, s. 79.; GÜRAN, Sait: "Uyuşmazlık Mahkemesinde Başkanvekilliği Meselesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 30, S. 3-4'den Ayrı Bası, 1964, s. 24.

hakkında karar verdiği, dolayısıyla bu tür uyuşmazlıklarda davaya bakmakta olan mahkeme sayılması gerektiği görüşünde olanlar da vardır.⁴⁷ Biz, hüküm uyuşmazlığını çözerken Uyuşmazlık Mahkemesinin davaya bakmakta olan mahkeme sayılması gerektiği düşüncesine iştirak ediyoruz.

Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri hakkındaki 2949 sayılı Kanun'un 18. maddesinin 2. fıkrasında "*Mahkemelerce kendisine Anayasa'nın 152. 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*" ibaresi, Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan sıfatıyla çalışırken ve siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalarda "davaya bakmakta olan mahkeme" olduğu, diğer durumlarda davaya bakmakta olan mahkeme kabul edilemeyeceği kabulünü doğurmaktadır.⁴⁸ 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi bu yaklaşımı benimsediğini; "*...Anayasa Mahkemesi'nin, kanunların veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüklerinin Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken yahut yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinin düştüğüne ilişkin bulunan kararların Anayasa'nın 81. maddesinde yazılı olduğu üzere denetlenmesi görevini yaparken Anayasa'nın 151. maddesinde sözü geçen mahkeme durumunda bulunmadığı için, bir hükmün Anayasa'ya aykırılığı konusunda ortaya bekletici sorun koyması düşünülemez. Bu görevlerin yerine getirilmesi sırasında uygulanacak bir kanun veya Yasama Meclisi İçtüzüğü hükmünü Anayasa'ya aykırı görürse Anayasa Mahkemesi'nin başvurabileceği tek yol o hükmü ihmal etmek ve konuya ilişkin Anayasa kuralını uygulamaktır...*"⁴⁹ diyerek açıklamıştır. ÖZEK, Anayasa'da kısıtlayıcı bir düzenleme bulunmadığını, Anayasa

⁴⁷ ÖZBUDUN, 2008 a, s. 416-417.

⁴⁸ ÖZBUDUN, 2008 a, s. 417.

⁴⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 17.8.1971 ve 19.8.1971 tarih ve Esas 1971/41 Karar 1971/67 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 11, s. 67.

Mahkemesi'nin Anayasa'da yüksek mahkemeler arasında sayıldığını ve yasama dokunulmazlığının kaldırılması ile ilgili yasama organı kararını denetlerken duruşma yapabildiğini belirterek, yasama dokunulmazlığının kaldırılması usul ve esası ile ilgili olarak uygulanan normun anayasaya aykırılığının, yasama dokunulmazlığının kaldırılması kararının da iptaline yol açacak bir nitelik taşıyabileceğini ve bu açıdan bekletici mesele niteliği olduğunu belirterek yasama organının yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına yönelik kararlarını denetlerken Anayasa Mahkemesi'nin "davaya bakmakta olan mahkeme" olduğu görüşünü dile getirmektedir.⁵⁰ 1982 Anayasası döneminde, Anayasa'nın Geçici 15. maddesinin son fıkrasında belirtilen tarih aralığı içerisinde çıkarılan 2495 sayılı Kanun ile ilgili olarak Danıştay 12. Dairesinin yaptığı iptal başvurusu⁵¹ ve Ankara 9. İdare Mahkemesinin yaptığı iptal başvurusu⁵² sırasında 4709 sayılı Kanun ile Anayasa'nın Geçici 15. maddesinin son fıkrası kaldırılmış olmasına rağmen, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 25. maddesinde, Anayasa'nın Geçici 15. maddesinin son fıkrasına koşut, 12 Eylül 1980 tarihinden ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlık Divanı oluşturuluncaya kadar geçecek süre içinde çıkarılan kanunların Anayasa'ya aykırılığının iddia edilemeyeceğini öngören düzenleme kaldırılmamışken, Anayasa Mahkemesi her iki başvurunun ilk incelemelerinde, 2949 sayılı Kanun'un 25. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğunu gördüğü halde, 1961 Anayasası dönemindeki yaklaşımında olduğu gibi, kendini "davaya bakmakta olan mahkeme" görmediği için, bu durumu bekletici mesele yapma ve Anayasa'ya aykırılık

⁵⁰ ÖZEK, Çetin: "Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması Kararlarının Anayasa Mahkemesince İncelenmesi Konusuyla İlgili Bazı Sorunlar", **Onar Armağanı**, İÜ Yayınları No. 2354/530, İstanbul 1977, s. 739-742.

⁵¹ Anayasa Mahkemesi'nin 8.10.2002 tarih ve Esas 2002/38 Karar 2002/89 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 38, C. 2, s. 725.

⁵² Anayasa Mahkemesi'nin 8.10.2002 tarih ve Esas 2002/44 Karar 2002/90 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 40, C. 1, s. 87-88.

iddiasında bulunma yoluna gitmemiş⁵³, burada ihmal yoluna giderek, doğrudan Anayasa hükmünü baz alarak, 2495 sayılı Kanun'u esastan incelemeye geçmiştir.⁵⁴ Daha sonra bir siyasi parti kapatma davasında, "siyasi parti kapatma davasına bakan mahkeme" sıfatıyla, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 25. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı hususunu ön mesele yaparak iptal yoluna başvurmuş ve "2949 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 25. maddesinin re'sen Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline" karar vermiştir.⁵⁵ Biz, Anayasa'nın 152. maddesindeki "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa,

⁵³ ESEN, sonra yürürlüğe girmiş bir kanunun kendisiyle çelişen önceki bir kanunu yürürlükten kaldırmasının mümkün olduğunu, ancak sonra yürürlüğe girmiş anayasa hükmünün kendisiyle çelişen kanun hükmünü, hüküm bu yüzden geçerliliğini yitirse bile kendiliğinden yürürlükten kaldırıp kaldırmayacağı hususunun tartışmalı olduğunu, böyle bir hükmün, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilene kadar yürürlükte olduğunun savunulabileceğini, yürürlükte bulunan bir hükmün Anayasa Mahkemesi tarafından ihmal edilmesinin de, o hükmün yürürlükten kalktığı anlamına gelmeyeceğini, yalnızca, bahse konu hükmün o olayda ve benzeri durumlarda uygulanabilirliğinin kalmayacağını belirtmektedir. Bkz. ESEN, Selin: **İptal Davası ve İtiraz Yolunda Anayasa Mahkemesi'nin Yaptığı İlk İnceleme**, Mülkeyeliler Birliği Vakfı Yayınları tezler Dizisi, Ankara 1996, s. 111-112.

⁵⁴ Her iki kararda karşıoy kullanan üyeler Fulya KANTARCIÖĞLU, Rüştü SÖNMEZ ve Ertuğrul ERSOY ilk inceleme bölümü ile ilgili olarak; "...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...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 klasik davalar olması sonuçta bu davalara bakan Mahkemenin Anayasa Mahkemesi olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. Ayrıca Anayasa maddelerinin başlıkları Anayasanın 176. maddesine göre Anayasa metninden sayılmaz." diyerek Anayasa Mahkemesi'nin davaya bakan mahkeme sıfatıyla 25. maddeyi anayasaya aykırılığı yönünden incelemesi gerektiğini, ihmal yoluna başvurmanın uygun olmadığını belirtmektedirler. Üyelerin karşıoy yazısı için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 8.10.2002 tarih ve Esas 2002/44 Karar 2002/90 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 40, C. 1, s. 89-91.

⁵⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 9.7.2002 tarih ve Esas 2002/121 Karar 2002/62 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 38, C. 2, s. 678-681.

Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır" düzenlemesinde, "davaya bakmakta olan mahkeme" yönünden bir sınırlandırma getirilmediğinden dolayı, iptal ve itiraz başvurularını incelerken, Anayasa Mahkemesi'nin de davaya bakmakta olan Mahkeme olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Anayasa Mahkemesi 1961 yılında Sayıştay ile ilgili değerlendirme yaptığı bir kararında, "bir kuruluşun tasarruflarının niteliğinin, o kuruluşun Anayasa'daki yerine göre değil, Anayasa hükümlerine göre değerlendirmesi gerektiği açık olarak ortadadır." sonucuna ulaşırken; "...Anayasamızın düzenlenmesinde, benzer kurum ve müesseselerin aynı bölümlerde toplanması için çaba harcandığı, ancak çeşitli sebeplerle bunun eksiksiz olarak yerine getirelemediği görülmektedir. Bu bakımdan bir kurum ve kuruluşun Anayasa'daki yerinin, onun bünyesini gösteren kesin bir ölçü olarak alınması doğru değildir. Anayasa'da bunun en açık örneği Yüksek Seçim Kurulu ile Yüksek Hâkimler Kuruludur. **Yüksek Seçim Kuruluna, yüksek bir yargı organı olduğu ve kararları da kesin nitelikte bulunduğu ve Danıştay'ca da böyle kabul edildiği halde, Anayasa'nın yargı bölümünde değil, görevinin konusu bakımından olan ilgisine göre yasama bölümünde (Madde 75) (abç), tamamiyle idari görev yapan Yüksek Hâkimler Kuruluna da, görevinin çeşidine göre Anayasa'nın yürütme bölümünde değil, hâkimlerle ve yargı organlarıyla yakın ilişkisi nazara alınarak yargı bölümünde (madde 143, 144) yer verilmiştir.**⁵⁶ demektedir. Burada Anayasa Mahkemesi Yüksek Seçim Kurulu'nu açıkça bir mahkeme olarak nitelendirmemekle beraber, yüksek yargı organı olarak kabul ettiğini belirtmektedir.⁵⁷ 1982 Anayasası

⁵⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 14, 15, 16.1.1969 tarih ve Esas 1967/13 Karar 1969/5 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 7, s. 165.

⁵⁷ GÖNENÇ, Levent: **Türkiye'de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 46. BAŞLAR, bu kararda Anayasa Mahkemesi'nin Yüksek Seçim Kurulu'nu mahkeme saydığı görüşündedir bkz. BAŞLAR, Kemal: "Anayasa Yargısında Davaya Bakmakta Olan

döneminde Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası dönemindeki bu kararından farklı bir yaklaşım sergileyerek, Tufanbeyli İlçe Seçim Kurulu'nun yaptığı bir somut norm denetimi başvurusunda; *“...Bir kuruluşun mahkeme sayılabilmesi için, **karar organlarının hakimlerden teşekkül etmesi, yargılama tekniklerini uygulayarak ve genelde dava yolu ile uyuşmazlıktan ve anlaşmazlıkları çözümlenmekle görevli olması ve Anayasa’da sayılan ve başında bir yüksek mahkemenin bulunduğu yargı düzenlerinden birinde yer alması gereklidir (abç)...** Başta Yüksek Seçim Kurulu olmak üzere seçim kurulları Anayasa’nın yargı bölümünde yer almadıkları gibi yargı organlarının sahip olması gerekli olan ve yukarıda sayılan anayasal niteliklerin tümüne de sahip değildiler... Seçimle ilgili uyuşmazlıkları kesin nitelikte olarak çözümlemiş olmaları, Yüksek Seçim Kurulu’nun tümünün yüksek yargıçlardan kurulu bulunması, il ve ilçe seçim kurulu başkanların yargıç olmaları bu kurulların mahkeme olarak nitelendirilmeleri için yeterli değildir. Aynı şekilde ilçe seçim kurulu başkanının bazı cezai yaptırımlar uygulamaya yetkili olması da, bu kurul başkanlığının mahkeme sayılmasını gerektirmez...”⁵⁸* diyerek, Yüksek Seçim Kurulu’nu, Anayasa’da yargı bölümünde yer almadığı ve aradığı şekilde yargı fonksiyonunu yerine getirmediği için Mahkeme saymadığını belirtmektedir. Yüksek Seçim Kurulu’nun “davaya bakmakta olan mahkeme” sayılmaması seçim kanunları açısından sadece soyut norm denetimi yapılabilmesini imkanı kılar, soyut norm denetimi için Anayasa’da öngörülen dava açma süresinin geçmesi halinde ise, fiili bir anayasal denetim engeli yaratılmış olmaktadır.⁵⁹ Bu sorunun aşılması için bizim de katıldığımız üzere, ÜNLÜ ve GÖNENÇ yeni bir anayasa yapımı aşamasında, Yüksek Seçim Kurulu’nun Anayasa’nın yargı bölümde düzenlenmesinin uygun

Mahkeme Kavramı”, **Anayasa Yargısı İncelemeleri 1**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2006, s. 237.

⁵⁸ Anayasa Mahkemesi’nin 18.2.1992 tarih ve Esas 1992/12 Karar 1992/7 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 28, C. 1, s. 139-140.

⁵⁹ GÖNENÇ, 2008, s. 47.

olacağı görüşünü ileri sürmektedirler.⁶⁰ ESEN, bir merciin mahkeme olup olmadığı araştırılırken, dar anlamda yargı işlevini yerine getirip getirmediğine bakılmaması gerektiğini, merciin, kendisine verilen her görevi yerine getirirken, yargılama işi yapmayabileceğini, yalnızca yargılamaya ilişkin işle sınırlı olmak üzere, bir merciin mahkeme olduğunu ve Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yetkisinin olduğunu kabul etmenin anayasal denetimin işlevine ve amacına uygun olacağını belirtmektedir.⁶¹

Türk Anayasa Mahkemesi'nin "mahkeme" kavramında yaptığı dar yorumun tersine bir yorumla, İtalya'da Anayasa Mahkemesi somut norm başvurusunda kullanılan "yargıç" tabirini, yargısal görev icra ettiği şüpheli olsa bile yargı hiyerarşisi içinde yer alan tüm yargıçlar olarak kabul etmekte ve yargı mekanizması dışında yer alan yargısal görev icra eden otoritelerdekileri de yargıç olarak kabul ederek somut norm denetimi başvuru hakkı olanları yorumla oldukça geniş tutmaktadır.⁶²

(2) Mahkemenin Görevli Mahkeme Olup Olmadığına Anayasa Mahkemesi mi Karar Vermeli?

Anayasa Mahkemesi, somut norm denetimi yolunu işleten mahkemenin görevli mahkeme olup olmadığını tespit konusunda kendisini yetkili görmektedir. Anayasa Mahkemesi Danıştay 8. Dairesinin başvurusunda; *"...olayda söz konusu malın mülkiyeti, Vakıflar İdaresine bir idari tasarruf sonucu geçmiş olmayıp, firar ve tegayyübün sonucu olarak ve kanun hükmü ile geçmiş bulunmaktadır...idari dava konusu tasarruflar ise, firar ve tegayyübün tesbiti amacı ile yapılan işlemlerle bu işlemlere dayanan ve ilgilinin (Firari) veya (Mütegayyip) kişi olduğunu belirten karardır. Sözü edilen 13 Eylül 1331 tarihli geçici kanunun 1 ve*

⁶⁰ ÜNLÜ, Ahmet Hamdi: "Yüksek Seçim Kurulunun Niteliği Üzerine", *Danıştay Dergisi*, Yıl 33, S. 105, 2003, s. 2. ; GÖNENÇ, 2008, s. 48.

⁶¹ ESEN, 1996, s. 113.

⁶² FAVOREU, 1996, s. 74.

değişik 2. maddeleri ile 15 Nisan 1339 tarihli kanunun 6. maddesinin, Türk vatandaşı şahısların ne gibi hallerde firari veya mütegayyip sayılacaklarına dair olan hükümlerinde ise Anayasa maddelerine aykırılık arzeden bir husus mevcut değildir. Zira Anayasa'da, yurdu, Birinci Dünya Harbinin buhranlı zamanlarında terketmiş bulunan Türk tebaasının, firari veya mütegayyip şahıs sayılmalarına engel olabilecek herhangi bir hüküm yoktur. Davacının miras bırakanına ait malın mülkiyetinin, Evkaf Hazinesine geçmesi, adı geçenin 6 Ağustos 1340 tarihinden önce firari veya mütegayyip durumda bulunduğu sabit olması şartıyla, firariliğin veya tegayyübün vukuu anında, yukarıda açıklanan kanun hükümleri gereğince başka bir işleme lüzum kalmaksızın tamamlanmış olacağından kanun hükmü ile ve yıllarca önce meydana gelmiş bir hukuki sonucun idari yargıya konu teşkil etmesi mümkün değildir. Bu bakımdan sözü geçen hükümlerde Anayasa'ya aykırılık olup olmadığının araştırılmasına yer bulunmamaktadır...” diyerek başvuru konusu 13 Eylül 1331 tarihli Ahar Mahallere Nakledilen Eşhasın Emval ve Düyun ve Matlubatı Metrukesi Hakkındaki Geçici Kanun'la bu Kanun'un bazı maddelerini ve 20 Nisan 1338 tarihli Emvali Metruke Kanunu'nu değiştiren 15 Nisan 1339 tarihli ve 333 sayılı Kanun uyarınca garimenkul mülkiyetinin Evkaf Hazinesi'ne geçmesinin idari dava konusu olamayacağı gerekçesiyle esasa girmeksizin başvuruyu reddetmiştir.⁶³ Bu kararda karşıoy kullanan üye AKÇAOĞLU karşıoy yazısında; “...Bir mala (Sahibi firaridir) diye vaziyet edilip Hazineleden biri adına tescil yapılmışsa, hakikatta sahibi firari değilse bu tescil haksızdır. Terkini Kanunu medeninin 638. maddesinde yazılı müddet içinde daima istenebilir. Hiçbir mahkeme, mülkiyetin intikali kanunla olmuştur mülahazasıyla, davanın esasını tetkikten imtina edemez. Bu hadisede tescilin iptali, tescile mesnet olan vaziyet kararının iptaline bağlıdır. Bu idari kararın iptali davasının görüleceği yer de Danıştay'dır. Mülkiyetin Vakıflar İdaresi'ne

⁶³ Anayasa Mahkemesi'nin 22.4.1963 tarih ve Esas 1963/41 Karar 1963/94 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 1, s. 236.

*geçmesi keyfiyetinin idari dava konusu olamayacağı gerekçesine dayanılarak Anayasa'ya aykırılık iddiasının tetkik edememesi Danıştay'ı 13 Eylül 1331 ve 15 Nisan 1339 tarihli kanunların davacı hakkında doğru tatbik edilip edilmediğinin tetkikine zorlamış olmaktadır. Halbuki, eğer bu kanunların hükümleri Anayasa'ya aykırı ise esasın incelenmesine lüzum olmadan vaziyet kararının iptali lazım gelecektir...*⁶⁴ diyerek Anayasa Mahkemesi'nce, Danıştay'ın 8. Dairesinin idari yargı olarak görevli olmadığı gerekçesine dayanılmasını eleştirmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin Danıştay'ın üst yargı mercii olmadığı ve görev ile ilgili olarak uyuşmazlıklara bakma görevinin de Uyuşmazlık Mahkemesi'ne ait olduğu dikkate alındığında, Anayasa Mahkemesi'nin burada idari yargı görevli değil demesini hukuki açıdan doğru bulmuyoruz. Anayasa Mahkemesi'nin görev konusunda yaptığı değerlendirmeye Danıştay'ın ilgili Dairesi'nin uymayıp davaya kaldığı yerden devam etmesi halinde çözüme kavuşmamış bir Anayasa'ya aykırılık iddiası olacağı açıktır. Bu durumun da, anayasa yargısının varoluş amacıyla çelişeceği kanısındayız.

Anayasa'nın 158. maddesinin; *"Uyuşmazlık Mahkemesi adli, idari ve askeri yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözümlemeye yetkilidir. Uyuşmazlık Mahkemesinin kuruluşu, üyelerinin nitelikleri ve seçimleri ile işleyişi kanunla düzenlenir..."* hükmü ve 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun hükümleri uyarınca mahkemelerin görev uyuşmazlıkları konusunda Anayasa Mahkemesi'nin karar vermesinin yerinde olmadığı kanısındayız.⁶⁵

KIRATLI, Anayasa Mahkemesi'nin, somut norm denetiminde başvuruda bulunan mahkemenin görevli mahkeme olmadığı gerekçesiyle davayı reddedebilmesi için; dava mahkemesinde süresi içinde ve usulüne uygun olarak görevsizlik itirazında bulunulmuş olması, mahkemenin bunu göz önüne almaksızın

⁶⁴ Üye Şemsettin AKÇAOĞLU'nun karşıoy yazısı için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 22.4.1963 tarih ve Esas 1963/41 Karar 1963/94 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 1, s. 240.

⁶⁵ 1961 Anayasası döneminde aynı yönde düşünce için bkz. KIRATLI, 1966, s. 62-63.

veya daha sonra düşünmek üzere davanın esasına girerek, ilk önce Anayasa'ya aykırılık meselesini Anayasa Mahkemesi'ne göndermesi koşulunun gerçekleşmesi gerektiği düşüncesindedir.⁶⁶ Biz de görev konusu kesinleşmeden mahkemelerin bir kanunun Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvuramayacağı görüşünü paylaşıyoruz.

ESEN, Anayasa Mahkemesi'nce, somut norm denetimi yoluna başvuran mahkemenin, görevli olup olmadığını araştırma yönündeki yetkinin, ancak çok belirgin görevsizlik durumlarında, somut norm denetimi hakkını kötüye kullanma girişimlerini engelleyecek bir kaba süzgeç olarak kullanılması gerektiğini belirtmektedir.⁶⁷ Biz, Anayasa Mahkemesi'nin somut norm denetiminin, soyut norm denetimi gibi kullanılmasını engellemeye yönelik olduğu anlaşılan, görev konusundaki hassasiyetini gidermenin yolunun, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da ve 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun'da yapılacak değişiklik ile somut norm denetimi yoluna başvuran mahkemenin görevli mahkeme olup olmadığı ile ilgili olabilecek tereddütün, konunun Anayasa Mahkemesi'nce Uyuşmazlık Mahkemesi'ne iletilmesi ile Uyuşmazlık Mahkemesinin bu yönde vereceği karar ile çözümlenmesi şeklinde olabileceği kanısındayız. Bu durumda, görev konusunda Uyuşmazlık Mahkemesi'nin vereceği karar tüm yargı yerleri için bağlayıcı olacaktır ve Anayasa Mahkemesi'nin görev konusunda bazen haklı bazen haksız yönde tabi kaldığı eleştirilerde son bulacaktır. Aynı yargı sistemi içerisinde görev ve yetki konularında ise aynı yaklaşımla ilgili yüksek mahkemelerin (adli yargı için Yargıtay, idari yargı için Danıştay) vereceği kararların Anayasa Mahkemesi'nce dikkate alınmasının uygun olacağını değerlendiriyoruz.

⁶⁶ KIRATLI, 1966, s. 65.

⁶⁷ ESEN, 1996, s. 114.

C. DENETİME KONU NORMUN O DAVADA UYGULANACAK NORM OLMASI

Anayasa Mahkemesi kararlarında “davada uygulanacak kural”ı öncelikle kendisi irdelemekte ve kuralın davada uygulanacak kural olmadığı sonucuna varırsa; “...Mahkemesi, baktığı davada uygulama yeri olmayan bir hüküm için Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunmuştur ki buna yetkisi yoktur. İtirazın yetki yönünden reddi gerekir...”⁶⁸ diyerek itirazın yetki yönünden reddine karar vermektedir. Anayasa Mahkemesi; “...davaya bakan mahkemenin herhangi bir kanun hükmü değil, ancak belli bir davada uygulayacağı hüküm bakımından işi Anayasa Mahkemesi'ne getirmesi yolundaki sınırlandırma konulmuş olması, mahkemelere... bütün kanunlar için genel bir iptal davası açma hakkının tanınmamış olmasının sonucudur. Yalnız, dikkat edilmelidir ki, böyle bir sınırlandırma içinde mahkemeye tanınan bu yetkinin ereği, belli bir davada Anayasa'ya uygun bir hukuki durumun gerçekleşmesinin sağlanması ile yetinilmesi değil, belki belli bir dava dolayısıyla Anayasa'ya aykırı olan bir hükmün ayıklanması ve böylece bütün hukuk düzeni bakımından Anayasa'ya uygun bir durumun gerçekleştirilmesinin sağlanmasıdır. Nitekim mahkemelerden gelen Anayasa'ya aykırılık iddialarının doğru olduğunun anlaşılması halinde verilecek iptal kararı ile dahi, iptal konusu olan hüküm, karar verildiği gün yürürlükten kalkar...”⁶⁹ açıklamalarını yaptığı kararında “belli bir davada uygulayacağı hüküm” sınırlamasını kullanmış ve temel amacı Anayasa'ya aykırı kanunun ayıklanması olarak belirterek de, davada uygulanacak her türlü kanunun davada uygulanacak kanun olacağı anlamını doğurmuştur.

⁶⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 7.1.1969 tarih ve Esas 1968/80 Karar 1969/3 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 7, s. 144.

⁶⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 18.12.1967 tarih ve Esas 1966/31 Karar 1967/45 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 5, s. 247-248.

1961 Anayasası döneminde 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 440. ve 441. maddeleri karşısında, zina suçunu, evli olan bir erkekle işleyen evli bir kadın hakkında ancak kocasının dava açması halinde takibata geçilebildiği, buna karşın bu suçun ortağı bulunan evli erkeğin karısının şikayetinin takip için yeter sayılmadığı ve bu suretle aynı suçu işleyen evli erkekle evli kadın hakkında, Ceza Kanununun bu iki maddesiyle, eşit olmayan bir düzenleme yapılmış bulunduğu, bunun da Anayasa'nın 12. maddesine aykırı olduğu iddiasıyla Pötürge Asliye Ceza Mahkemesince yapılan somut norm denetimi başvurusunda, Anayasa Mahkemesi ilk inceleme evresinde Pötürge Asliye Ceza Mahkemesi'nin davada uygulayacağı Türk Ceza Kanununun 441. maddesinin, karının zinasına ilişkin 440. maddesiyle karşılaştırılmasına yer olup olmadığını tartışmış; *"...Kanun koyucu; Türk Ceza Kanununun 440. maddesinde karı ile suç ortağı erkeğin, 441. maddesinde de koca ile suç ortağı kadının zina suçlarının özel unsur ve şartlarını göstererek karı ve kocanın zina fiillerini ayrı hükümlere bağlamıştır. İtiraz konu yapılan bunlardan 441. madde hükmüdür. 440. madde ise itiraz konusu dışında kalan ve başka gerekçelere dayanan bir hükmü kapsamaktadır. Çoğunluk, nitelikleri farklı suçları düzenleyen bu iki maddenin Anayasanın 12. maddesinin öngördüğü eşitlik ilkesi bakımından karşılaştırılmasına yer görmemiş, bu nedenle de ancak sözü geçen 441. maddenin Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunup bulunmadığının araştırılması ile yetinilmesini... gerekli bulmuştur."*⁷⁰ diyerek davanın konusunu çok dar olarak ele almış ve eşitlik ilkesini sadece o madde içinde değerlendirmeye tabi tutmuş, *"...İtiraz konusu 441. madde, zina eden koca hakkında verilecek cezanın, erkeğin evli olduğunu bilerek bu fiilde ortak olan kadına da verileceği hükmünü koymuş ve **suçlu erkek ile kadın arasında bir fark gözetmemiştir** (abç)... Anayasa hükmü ile zina eden kocayı ve suç ortağı kadını aynı cezalarla cezalandıran itiraz konusu 441. madde arasında bir*

⁷⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 28.11.1968 tarih ve Esas 1968/13 Karar 1968/56 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 6, s. 289.

çelişme ve çatışma bulunmadığı herhangi bir açıklamayı gerektirmeyecek derecede meydana gelir. Bu nedenle itirazda bulunan Mahkemenin Türk Ceza Kanununun 441. maddesinin Anayasa'nın 12. maddesine aykırı bulunduğu yolundaki iddiası yersizdir. Sözü geçen 441. maddenin Anayasa'ya başka yönden de bir aykırılığı görülmemiş ve itirazın reddi gerekmiştir.⁷¹ demiştir. İlk inceleme evresinde, Türk Ceza Kanununun 441. maddesinin, karının zinasına ilişkin 440. maddesiyle karşılaştırılmasına yer olmadığı yönünde verilen kararda karşıoy kullanan üye SEÇKİN karşıoy yazısında, bizim de katıldığımız üzere, "Olayda Pötürge Asliye Ceza Mahkemesince uygulanacak ve bu bakımdan Anayasa'ya aykırılığı yönünden iptali istenebilecek hüküm, Ceza Yasasının 441. maddesidir. Ancak bu madde hükmünün Anayasa'nın 12. maddesinde öngörülen yasa önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğunu belirtmek üzere gerek Mahkeme, gerek Anayasa Mahkemesi, Ceza Yasasının veya ceza hükmü kapsayan başka bir yasanın Mahkemenin gördüğü davada uygulanması söz konusu olmayan herhangi bir hükmüne dayanmaları, Anayasa'nın 12. maddesinin uygulanmasının zorunlu kıldığı bir durumdur. Gerçekten sözü edilen eşitlik ilkesi gereğince aynı durumda bulunan kimselerin, haklı bir neden olmaksızın, başka başka hukuk kurallarına (esaslarına) bağlı tutulmaları yasak edilmiştir. Bu demektir ki, bir eşitsizliğin doğması için en az iki yasa hükmünün ortada bulunması, bu hükümlerin aynı durumda bulunan kimseler için konulmuş olması, bu iki hükmün, haklı hiç bir neden bulunmaksızın, başka başka olması koşullarının gerçekleşmesi aranacaktır. Aynı ayrı iki yasa hükmü söz konusu edilmeden eşitsizlik durumu başka deyimle yasa karşısında eşitlik ilkesinin çiğnenmiş bulunması olayı meydana gelmez. Mahkememizce, Ceza Yasasının 440 ve 441 maddeleri karşılaştırılarak aynı ailede karının zina suçunu işlemiş sayılması ile kocanın zina suçunu işlemiş sayılması için konulan hükümlerdeki ayrımların haklı

⁷¹ Anayasa Mahkemesi'nin 28.11.1968 tarih ve Esas 1968/13 Karar 1968/56 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 6, s. 289.

*bir nedene dayanıp dayanmadığını incelemek ve sonuca göre bir karar verilmek gerekirken böyle yapılmamış olması doğru değildir...*⁷² diyerek mahkemenin yaklaşımını eleştirmiştir.

ARIK, Anayasa Mahkemesi'nin soyut olarak danışma mahiyetinde karar veren bir merci olmaması nedeniyle, işin halline esas teşkil etmediğine kanaat getirdiği başvuruları mahkemeye iade etme yetkisi olduğu görüşündedir.⁷³ KIRATLI, davada uygulanacak kanun tabirine ön mesele şartına göre bir anlam vermek gerektiğini, bu durumda davanın esasına etkisi olacak bir Anayasa'ya aykırılık meselesinin ön mesele yapılması gerektiğini belirtmektedir.⁷⁴ Bu yazarların aksine görüşle; KUNTER, "uygulanacak" tabirinin geniş algılanması gerektiğini savunmakta⁷⁵, ARMAĞAN, Anayasa'da sınırlama getirilmeksizin uygulanacak kanundan bahsedildiğine göre, uygulanacak kanun ibaresinden, taraflardan birine tatbik edilecek bütün kanunları anlamak gerektiğini, aksi durumun sonuca tesir edecek önemli kanun, önemsiz kanun ayırımını doğuracağını, bunun ise takdire bağlı olarak değişebileceğini ve suistimale açık olduğunu belirtmektedir.⁷⁶ AZRAK da Anayasa'da sınırlama getirilmediğinden uygulanacak kanun tabirinden davada uygulanacak bütün kanunları anlamanın daha doğru olacağını belirtmekte, ancak, bu durumun davaları geciktirmek için kötü amaçlı olarak kullanılabilmesine ve Anayasa Mahkemesi'nin iş yükünü arttıracığına işaret etmektedir.⁷⁷ BALTA ise, somut norm denetimi yoluna gidilebilmesini, davanın kaderinin anayasaya aykırılık

⁷² Üye Recai SEÇKİN'in karşıoy yazısı için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 28.11.1968 tarih ve Esas 1968/13 Karar 1968/56 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 6, s. 291-292.

⁷³ ARIK, Kemal Fikret: "Yeni Anayasa Mahkememiz Hakkında Mukayeseli Bir İnceleme", **Adalet Dergisi**, Yıl 52, Eylül-Ekim 1961, S. 9-10, s. 843.

⁷⁴ KIRATLI, 1966, s. 80-81.

⁷⁵ KUNTER, Nurullah: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yenileştirilmiş ve Geliştirilmiş 2. Bası, İstanbul 1964, s. 389 Dip Not 44.

⁷⁶ ARMAĞAN, Servet: "Dava Mahkemelerinde Anayasaya Aykırılık Defi ve Re'sen Sevk", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 32, S. 2-4, 1967, s. 729-730 (1967 b).

⁷⁷ AZRAK, Ülkü: "Türk Anayasa Mahkemesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 28, S. 3-4, 1963, s. 686-687.

meselesinin çözümlenmesine bağlı olması ve ilgili kanunu yorum yolu ile anayasa ile bağdaştırmanın mümkün olmaması şartlarına bağlamaktadır.⁷⁸

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesinde “ *Bir davaya bakmakta olan mahkeme: 1. O dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya kanun hükmünde karanamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse, bu yoldaki gerekçeli kararı.... Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderir...*” ibaresiyle o dava sebebiyle uygulanacak tüm kanun ve kanun hükmünde karanamelerin somut norm denetimine konu teşkil edebileceği anlamı çıksa da, dava mahkemesinin kararını o normun anayasaya aykırı olup olmadığı hususu aydınlanmadan verememesinin asıl belirleyici unsur olması gerektiği kanısındayız.

Dava Mahkemesinin kuruluşuna ve yargılama usulüne ilişkin kanun hükümleri de davada uygulanacak kanun kapsamındadır.⁷⁹ Nitekim, Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin, Devlet Güvenlik Mahkemeleri Kuruluş ve Yargılama Usulleri ile ilgili 1773 sayılı Kanunun 1. ve 6. maddelerinin iptali istemi ile açtığı davada Anayasa Mahkemesi, Kuruluş ve Yargılama Usulleri Kanunu'nu davada uygulanacak kural kabul etmiştir.⁸⁰ Üye ÜNER, bu karara katılmadığını belirttiği karşıoy yazısında; “*...Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunun bahsedilen 1. maddesi, bu mahkemelerin kuruluşu ve 6. maddesi de bu mahkemelerin hakim ve savcılarının atanmaları ve göreve başlamaları ile ilgili hükümlerdir. Bu mahkemelerin kuruluşu esasen Anayasa ile öngörülmüştür. Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesinin bu kuruluşu yapmak yani Devlet Güvenlik Mahkemelerini kurmak, kaldırmak gibi bir yetkisi ve bu itibarla bu husustaki Anayasa ve Kanun hükümlerini hiç bir suretle uygulama durumu yoktur. 6.*

⁷⁸ BALTA, Tahsin Bekir: “Türkiye’de Anayasa Yargısı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 18, 1961, S. 1-4, s. 562.

⁷⁹ ÖZBUDUN, 2008 a, s. 418.

⁸⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 6.5.1975 tarih ve Esas 1974/35 Karar 1975/126 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 13, s. 488-489.

madde için de durum aynıdır. Bu madde, açıklandığı gibi hakimlerin ve savcılarının atanmalarını ve göreve başlamalarını düzenleyen hükümleri kapsamaktadır. Hakimlerin atanmaları, Bakanlar Kurulunun göstereceği her boş yer için bir misli aday arasından Yüksek Hakimler Kuruluna, Cumhuriyet Savcı ve Yardımcılarının atanmaları yine Bakanlar Kurulunca, her boş yer için gösterilecek bir misli aday arasından Yüksek Savcılar Kuruluna ve Askeri Hakimlerle Askeri Yedek Üye ve Askeri Savcı Yardımcılarının atanmaları da özel kanunlarındaki mercilere ait bulunmaktadır. Bu atamalarda da Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesinin hiç bir görevi ve yetkisi yoktur ve sözü edilen 6. maddeyi de uygulama durumunda değildir. O halde Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesinin, sözü edilen 1 ve 6. maddelerin Anayasa'ya aykırı olduğundan bahisle Anayasa Mahkemesi'ne başvurma yetkisi mevcut olmadığından itirazın evveleminde bu noktadan reddine karar verilmesi gerekmektedir...⁸¹ diyerek Devlet Güvenlik Mahkemelerinin kurulmasının Anayasa'da öngörülmesi nedeniyle, Devlet Güvenlik Mahkemeleri Kuruluş ve Yargılama Usulleri ile ilgili 1773 sayılı Kanunun 1. ve 6. maddelerinin somut norm denetimine konu teşkil edemeyeceğini belirtmiştir.

Deniz Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesi'nin 357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun 11., 12. ve 16. maddelerinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne yaptığı başvuruda ise Anayasa Mahkemesi "...357 sayılı Askeri Hakimler Kanunu'nun itiraz konusu 11. maddesinde, askeri hakim ve savcılarının yardımcılık statüsünden askeri hakimliğe geçirilmeleri, 12. maddesinde sicil belgeleri ve sicil üstleri, 16. maddesinde de yer değiştirme esasları düzenlenmiştir. Başvuran Mahkeme'de görülmekte olan davanın konusu ise, bir uzman jandarma çavuşun mükerrer firar eylemi nedeniyle cezalandırılması istemidir. Bu durumda itiraz konusu yasa kuralları, açılmış olan ceza davasında uygulanacak

⁸¹ Üye Abdullah ÜNER'in karşıoy yazısı için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 6.5.1975 tarih ve Esas 1974/35 Karar 1975/126 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 13, s. 507.

kurallar değildir. Görülmekte olan davada, hakimlerin atanmaları ve sicil verilmesi gibi kuralların bu davanın olumlu ya da olumsuz yönde sonuçlanmasında etkili olduğundan söz edilemez. Bu nedenlerle itiraz başvurusunun itiraz yoluna başvuran Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir...⁸² şeklinde karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı ile Devlet Güvenlik Mahkemesinin kuruluşuna ve yargılama usulüne ilişkin kanun hükümlerini davada uygulanacak kanun kapsamında gördüğü yukarıda bahsi geçen kararı birbirine ters uygulamalar teşkil etmektedir. Kanımızca, Anayasa Mahkemesi'nin, hakimlik teminatı ve bağımsızlığı ile doğrudan ilgili olan bahse konu maddeleri, davada uygulanacak kural kabul etmesi gerekirdi.

Somut norm denetimiyle Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilmiş olan, davada uygulanacak normun af kanunu kapsamına girmesi, o normun denetimine engel teşkil etmemektedir. Anayasa Mahkemesi bu durumu bir kararında; *"... 'Bir davaya uygulanacak bir kanun hükmünün mevcudiyeti' şartı ancak iptidaen aranacak bir şart olup intihaen bu şartın devamını aramaya yer olmamak lazım gelir. Bu itibarla Anayasa Mahkemesi'ne intikal ettirildiği tarihte davaya 38 sayılı kanunun uygulanması mümkün bulunduğu göre sonradan yürürlüğe girmiş olan 218 sayılı kanunun, davayı ortadan kaldırmış olması, Anayasa Mahkemesi'nce usul ve kanun hükümlerine uygun olarak el konulmuş olan itirazın incelenmesini engelleyici bir tesiri haiz olamayacağı...⁸³* diyerek açıklamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin önünde somut norm denetimi nedeniyle bulunan bir kanun Anayasa Mahkemesi'nin incelemesi aşamasında Yasama Organı'nca değiştirilirse, Yasama Organı bu kanunu yürürlükten kaldırdığında, bu kaldırılma hükmü geriye yürümeyeceğinden ve

⁸² Anayasa Mahkemesi'nin 28.7.2005 tarih ve Esas 2005/82 Karar 2005/45 sayılı kararı, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K2005/K2005-45.htm>, 16.5.2008

⁸³ Anayasa Mahkemesi'nin 8.4.1963 tarih ve Esas 1963/16 Karar 1963/83 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 9, s. 197.

kanunun yürürlükten kaldırıldığı ana kadar doğurduğu bütün sonuçlar geçerli olacağından, Anayasa Mahkemesi'nin denetime devam etmesi gerekir.⁸⁴

Somut norm denetimi ile İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin önüne bir normun getirilebilmesi, 1953 tarihli 87 sayılı Kanununun 23. maddesinin 2. fıkrasında; *“Kazai merci, hüküm, Anayasa'ya uygunluk meselesi halledilmeden verilemeyecekse veya ortaya atılan meselenin bariz bir şekilde mesnedden mahrum olmadığı kanaatindeyse, meseleye vücut veren dilekçenin muhtevasını ve mucip sebeplerini de zikrettiği bir kararla dava evrakının Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesini sağlar ve cereyan etmekte olan muhakemeyi talik eder.”*⁸⁵ denerek, *“...hüküm, Anayasa'ya uygunluk meselesi halledilmeden verilemeyecekse...”* kıstası ile belirlenmiştir. Buna *“rilevenza temel bilgisi (la notion de rilevenza)”* denilmektedir ve Anayasa Mahkemesi *rilevenza* temel bilgisinde hata olduğunu tespit ederse *“kabul edilmezlik”* veya *“açıkça kabul edilmezlik”* kararı vermektedir.⁸⁶ Alman Anayasası'nda somut norm denetimine konu norm Anayasa'nın 100. maddesinin 1. fıkrasında; *“Şayet bir mahkeme kararının geçerliliğine bağlı olduğu kanunun Anayasa'ya aykırı olduğunu düşünürse...”*⁸⁷ ibaresiyle açıklanmıştır. Burada da *“kararının geçerliliğine bağlı olduğu kanun”* kıstasının kullanıldığını görüyoruz. Avusturya Anayasası'nın 140/1. maddesinde *“Anayasa Mahkemesi, önünde görülmekte olan davada uygulanmak zorunda bulunulan bir kanun olması durumunda, İdare Mahkemesinin, Yüksek Mahkemenin, bir istinaf mahkemesinin veya bağımsız bir idari odanın başvurusu ve kendi kararı üzerine, federal bir kanunun veya ülke kanununun anayasallığı konusunda karar verir.”*⁸⁸ denerek *“görülmekte olan davada*

⁸⁴ AZRAK, Ülkü: “Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği”, **Anayasa Yargısı**, 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 4, Ankara 1984, s. 165-166.

⁸⁵ ALACAKAPTAN, Uğur: “İtalyan Anayasa Mahkemesi İle İlgili Hükümler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 18, Yıl 1961, S. 1-4'den ayrı Bası, s. 505.

⁸⁶ FAVOREU, 1996, s. 74.

⁸⁷ http://www.bundestag.de/htdocs_f/parlement/fonctions/cadre/loi_fondamentale.pdf, 16.4.2008.

⁸⁸ <http://mjp.univ-perp.fr/constit/aut1920a.htm#III>, 16.4.2008.

uygulanmak zorunda bulunulan kanun” kıstası kullanılmıştır. İtalya, Almanya ve Avusturya’daki bu kıstaslar, bizdeki “*O dava sebebiyle uygulanacak bir kanun*”⁸⁹ kıstasına göre daha belirgin ifadeler içermektedirler.

D. DAVAYA BAKAN MAHKEME TARAFINDAN KANUN VEYA KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMENİN ANAYASAYA AYKIRI GÖRÜLMESİ VEYA TARAFLARIN ANAYASAYA AYKIRILIK İDDİASININ CİDDİ BULUNMASI

Anayasa’nın 152. maddesindeki; “*Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa’ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesi’nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır...*” hükmünden ve buna paralel olarak 2949 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 28. maddesindeki, “*Bir davaya bakmakta olan mahkeme:... Taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa tarafların bu konudaki iddia ve savunmalarını ve kendisini bu kaniya götüren görüşünü açıklayan kararı; Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderir...*” hükmünden dava mahkemesinin kanun veya kanun hükmünde kararnameyi doğrudan kendisinin Anayasa’ya aykırı bulması veya taraflardan birinin ileri sürdüğü Anayasa’ya aykırılık iddiasını ciddi bulması halinde somut norm denetimi başvurusunda bulunabileceği anlaşılmaktadır. Mevcut düzenlemeden, taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasını dava mahkemesi ciddi bulmaz ise Anayasa Mahkemesi’ne somut norm denetimi başvurusunda bulunmayacağı ve bu hususu bekletici mesele yapmayacağı sonucu

⁸⁹ Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 28. maddesinde “ *Bir davaya bakmakta olan mahkeme ...o dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa’ya aykırı görürse, bu yoldaki gerekçeli kararı...Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderir...*” ibaresi yer almaktadır.

çıkılmaktadır. EREM, “iddianın ciddiliği” tabirini hukuki bir tabir görmemekte ve Anayasa’nın kullandığı bu tabiri isabetsiz bulduğunu belirtmektedir.⁹⁰ AZRAK, “iddianın ciddiliği” şartının, davanın uzamasından menfaat umacakların davayı uzatmak için Anayasa’ya aykırılık iddiasında bulunmalarını önlemeye yönelik olarak Anayasa’ya konmuş, Anayasa’ya aykırılık iddiasının davayı uzatmak amacına dayanmamasını sağlamaya yönelik bir ibare olduğunu belirtmektedir.⁹¹ ARMAĞAN, iddianın ciddiliği ile anlatılmak istenenin, ileri sürülmedeki ciddilikten ziyade, o kanunun Anayasa’ya şekil ve içerik olarak aykırı olmasındaki isabet derecesi ve kanunun Anayasa’ya aykırı olmasındaki ikna edicilik olduğu⁹², mahkemenin sırf tartışmaya değer bularak Anayasa Mahkemesi’nden fikir istemek için, bekletici mesele yaparak dosyayı Anayasa Mahkemesi’ne göndermesinin mantığa uymayacağı, davaya devam etmesiyle ise kanunu Anayasa’ya uygun bulduğunun anlaşılması gerektiği görüşündedir.⁹³ ÖZBUDUN ise, iddianın ciddi bulunması tabirinin, dava mahkemesinin o kanunu Anayasa’ya aykırı bulması anlamına gelmeyeceği, Anayasa’ya aykırılığın hukuki açıdan savunulabilir, tartışılabilir olmasının yeterli olacağı görüşündedir.⁹⁴ ESEN de ÖZBUDUN ile aynı görüşü dile getirmekte ve aksi görüşün “kendiliğinden başvuru” kurumuyla tarafların ileri sürdüğü aykırılık savını “ciddi bularak başvurma” kurumunu birleştireceğini, anayasa ve kanun koyucunun böyle bir amacı olmuş olsa, iki ayrı başvuru yolu koymaya ihtiyaç duymayacağını belirtmektedir.⁹⁵ KIRATLI, her yargılamada dava mahkemesinin takdirinin olduğunu, iddianın ciddiliği konusunda da dava mahkemesinin takdir hakkı olmasına güvensizlikle bakılmaması gerektiğini

⁹⁰ EREM, 1962 a, s. 8.

⁹¹ AZRAK, 1963, s. 687.

⁹² ARMAĞAN, 1967 a, s. 87.

⁹³ ARMAĞAN, 1967 a, s. 90.

⁹⁴ ÖZBUDUN, 2008 a, s. 419.

⁹⁵ ESEN, 1996, s. 115.

belirtmektedir.⁹⁶ Dava mahkemesinin, taraflarca ileri sürülen anayasaya aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varmasının, dava mahkemesinin de anayasaya aykırılığın varlığına inanmasını gerektirmediği görüşünde olan AYBAY, 1961 Anayasası Ön Tasarısı'nı hazırlamakla görevlendirilen Bilim Kurulu'nca Tasarı'nın 178. maddesinde; *“Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanunun veya yasama meclisleri kararlarının herhangi bir hükmünü Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin bu yolda ileri sürdüğü iddianın **ciddi ve haklı olduğu** (abç) kanaatine varırsa, dava Anayasa Mahkemesinin vereceği karara kadar geri bırakılır”⁹⁷ şeklinde düzenleme yapılmış olmasına rağmen, Anayasa'nın 151. maddesine bu düzenleme aktarılırken, “haklı” sözcüğü çıkarılarak “ciddi olduğu kanısına varırsa” olarak değişiklik yapılmasının bir anlamı olması gerektiğini, bunun da, ciddi olduğu kanısına varmanın, haklı bulmaya kadar varmayan bir durum olmasıyla açıklanabileceğini belirtmektedir.⁹⁸ Biz dava mahkemesinin Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varmasını, aykırılığın hukuki açıdan savunulabilir, tartışılabilir olması olarak algılamıyoruz. Anayasa'daki “...kanısına varırsa...” ibaresindeki kanı “inanç, düşünce, kanaat” anlamlarına gelmektedir⁹⁹ ve “ciddi olduğu kanısı”, hukuken savunulabilirliğin ötesinde bir duruşu sergilemekte olup, burada Anayasa'ya aykırılık iddiasına katılma durumu sözkonusudur.*

İtalya'da 1948 tarih ve 1 sayılı Kanun'un 1. maddesi *“Bir kanun veya cumhuriyet kanunu kuvvetindeki bir tasarrufun Anayasa'ya uygunluğu meselesi, bir muhakeme sırasında resen veya taraflardan birinin müracaatı üzerine ele alınır ve yargıç tarafından **bariz bir şekilde mesnedsiz olduğu** (abç) sonucuna varılmazsa,*

⁹⁶ KIRATLI, 1966, s. 70-71.

⁹⁷ AYBAY, Rona: **Karşılaştırmalı 1961 Anayasası Metin Kitabı**, İÜHF Yayınları No. 1038/219, İstanbul 1963, s. 251.

⁹⁸ AYBAY, Rona: “Anayasa'nın 151. Maddesine Göre Taraflarca İleri Sürülen Anayasa'ya Aykırılık İddialarının “Ciddi”liği Sorunu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 33, S. 3-4, 1968, s. 168-171.

⁹⁹ <http://www.tdk.gov.tr>, 16.4.2008.

karar vermesi için Anayasa Mahkemesi'ne tevdi olunur"¹⁰⁰ şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemede "yargıç tarafından bariz bir şekilde mesnedsiz olduğu sonucuna varılmazsa" ibaresi kullanılmakta, yine 1953 tarihli 87 sayılı Kanununun 23. maddesinin 2. fıkrasındaki "*Kazai merci... ortaya atılan meselenin bariz bir şekilde mesnedden mahrum olmadığı kanaatindeyse* (abç), meseleye vücut veren dilekçenin muhtevasını ve mucip sebeplerini de zikrettiği bir kararla dava evrakının Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesini sağlar ve cereyan etmekte olan muhakemeyi talik eder."¹⁰¹ ibaresindeki "ortaya atılan meselenin bariz bir şekilde mesnedden mahrum olmadığı kanaatindeyse" kıstasını kullanmaktadır. Kanımızca, bu ibarelerden mahkemenin anayasaya aykırılık iddiasına katılması gerektiği sonucunu çıkarmak mümkün değildir. Alman Anayasası'nın 100. maddesinin 1. fıkrasında; "...mahkeme... kanununun Anayasa'ya aykırı olduğunu düşünürse..."¹⁰² ibaresiyle mahkemenin de anayasaya aykırılık konusunda bir düşünceye sahip olması gerektiği, dolayısıyla İtalya'daki düzenlemeye oranla daha bir katılık vardır. FAVOREU, Alman ve İtalyan hukukundaki bu iki düzenleme arasındaki farkın, Alman yargıcına yüklenen anayasallık sorununu derinliğine araştırma sorumluluğunun, İtalyan yargıcına verilmemesi ve İtalyan yargıcının sadece "basit bir ciddi görünüm" ve "temelden yoksun olmadığı" sorularını sormakla yetinebilmesi olduğunu belirtmektedir.¹⁰³

¹⁰⁰ ALACAKAPTAN, 1961, s. 500.

¹⁰¹ ALACAKAPTAN, 1961, s. 505.

¹⁰² http://www.bundestag.de/htdocs_f/parlement/fonctions/cadre/loi_fondamentale.pdf, 16.4.2008.

¹⁰³ FAVOREU, 1996, s. 75.

II. SOYUT NORM DENETİMİ (DAVA YOLU, İPTAL DAVASI)

Kanun yürürlüğe girdikten sonra kısa bir süre içinde, belki de hiç uygulama alanı bulmadan soyut olarak gerçekleşen denetim yolu soyut norm denetimidir.¹⁰⁴ Anayasa Mahkemesi soyut norm denetiminin amacını; “...*Bilindiği gibi Anayasa, Anayasa'ya aykırı hükümlerin yürürlükten kaldırılması, başka bir deyimle, ayıklanması için 'iptal davası' müessesesini kurmuştur... Bu müessesenin işleyişi soyut konularda genel nitelikte sonuçlar doğurur...*”¹⁰⁵ diyerek açıklamıştır. Soyut norm denetimi genellikle somut norm denetimi ile birlikte anayasal denetim yolu olarak yer alırken, 23.8.2008 tarihinde Fransız Anayasası'na 61-1. madde ekleninceye kadar sadece önleyici denetim yolunun bulunduğu Fransa'da soyut norm denetimi dışında bir anayasal denetim yolu yoktu¹⁰⁶, 61-1. madde ile “*Bir yargı alanında görülmekte olan bir dava dolayısıyla, bir yasa hükmü Anayasanın garanti altına aldığı hak ve özgürlüklere zarar verdiği takdirde, Danıştay veya Yargıtay tarafından, bu sorunun belirlenen bir süre içinde gönderilmesi üzerine, Anayasa Konseyi sorunu ele alır. Bu maddenin uygulaması bir organik kanunla düzenlenir.*” denmiş, ancak halen bu maddenin uygulanması için çıkarılması gereken organik kanun çıkarılmamıştır.¹⁰⁷

A. SOYUT NORM DENETİMİNE BAŞVURU HAKKI OLANLAR

1961 Anayasası'nda soyut norm denetimi başvurusu hakkı olanlar, Cumhurbaşkanı, son milletvekili genel seçimlerinde muteber oy sayısının en az yüzde onunu alan veya Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde temsil edilen siyasi partiler veya bunların meclis grupları, yasama meclislerinden birinin üye tamsayısının en az

¹⁰⁴ TANÖR, Bülent – YÜZBAŞIOĞLU, Nemci: **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 7. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2005, s. 484.

¹⁰⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 11.2.1971 tarih ve Esas 1971/3 Karar 1971/17 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 9, s. 306.

¹⁰⁶ ROUSSEAU, 1998, s. 80.

¹⁰⁷ ROULHAC, Cédric: “Nouvel Article 61-1 de la Constitution : La Loi Organique Se Fait Attendre...”, http://www.droits-libertes.org/article.php3?id_article=97, 9.2.2009.

altıda biri tutarındaki üyeleri, kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda Yüksek Hakimler Kurulu, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve üniversiteler şeklinde belirlenmişken¹⁰⁸, 1961 Anayasası'nda yapılan 1971 değişikliğinden sonra, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde temsil edilen siyasi partilerin başvuru hakları tırpanlanmış, Cumhuriyet Senatosu'nda, Millet Meclisi'nde veya Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde grubu bulunan partilere bu hak tanınmıştır. Bununla birlikte Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde temsil edilmeyen partilerin son milletvekili genel seçimlerinde geçerli oyların yüzde onunu almaları halinde somut norm denetimine başvuru hakları 1971 değişikliğinden sonra da bulunmaktaydı.¹⁰⁹

Anayasa Mahkemesi'ne soyut norm denetimi başvurusunda bulunma hakkı olanlar 1982 Anayasa'sının 150. maddesinde, Cumhurbaşkanı, İktidar Partisi Meclis Grubu (İktidarda birden fazla siyasi partinin bulunması halinde, iktidar partilerinin dava açma hakkını en fazla üyeye sahip olan parti kullanır) ve Anamuhalefet Partisi Meclis Grubu ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyeleri olarak sayılmıştır.

Anayasa'nın 148. ve 150. maddeleri birlikte okunduğunda anayasa değişiklikleri ve kanunların şekil açısından denetimini sadece Cumhurbaşkanı ve TBMM üye tam sayısının en az beşte biri tutarındaki üyelerinin isteyebileceği, kanun hükmünde kararnameler ve TBMM İçtüzüğü'nün şekil açısından Anayasa'ya aykırılığının denetimini ise 150. maddede belirtilen soyut norm denetimine başvuru hakkı olanların tümünün talep edebileceği görülmektedir. Aynı farkı yaratan düzenleme daha açık bir ifadeyle 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 20. maddesinin son fıkrasında; "...*İktidar ve Anamuhalefet partilerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi grupları Anayasa değişikliklerinin ve kanunların şekil bozuklukları iddiasıyla iptalleri için dava*

¹⁰⁸ AYBAY, 1963, s. 249.

¹⁰⁹ <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm>, 16.5.2008.

açamazlar.” şeklinde yer almıştır. 1982 Anayasası ile anayasa değişikliklerinin şekil açısından denetimi teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı, kanunların şekil açısından denetimi ise son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı hususu ile sınırlandırılmıştır. Bu sınırlama kanun hükmünde kararnameler ve TBMM İçtüzüğü için getirilmemiştir. DURAN, anayasa değişikliği ve kanunlar bakımından şekil denetimi için yapılan bu sınırlamayı siyasi kararlar sürecinde katılma ve uzlaşmaya yer verilmek istenmediği şeklinde yorumlamaktadır.¹¹⁰

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin 2000 yılında hazırladığı Anayasa Önerisi'nin 150. maddesinde Anayasa Mahkemesi'ne soyut norm denetimi başvurusunda bulunacaklara bugünkü Anayasa'da kendilerine bu hak tanınmamış olan “Türkiye Barolar Birliği, kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, yüksek mahkemeler, Sayıştay ve üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki meslek üst kuruluşları”nın ilave edildiği ve Türkiye Büyük Millet Meclisindeki siyasal parti gruplarının sınır getirilmeksizin soyut norm denetimi yoluna başvurabilmesi şeklinde düzenleme yapılmasının öngörüldüğü ve madde gerekçesinde; *“...yapılan değişikliklerle, soyut norm denetimi yolunu işletebilecek organ ve kurumların sayısı arttırılmıştır. Gerçekten de anayasaya uygunluk denetiminin harekete geçirebilme olanağının sınırlandırılması için sağlam bir gerekçe düşünmek zor ve gereksizdir. Normların anayasaya uygunluğunun sağlanmasına yarayacak böyle bir denetimden herhangi bir sakınca ortaya çıkacağını varsaymak, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı fikriyle bağdaşmayacaktır...”* denerek soyut norm denetimi başvurusunda bulunacakların Anayasa'da bu denli kısıtlanması eleştirilmektedir.¹¹¹ Barolar Birliği'nin 2007 Anayasa Önerisi'nin 164. maddesinde de

¹¹⁰ DURAN, Lütfi: “Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu”, **Anayasa Yargısı**, 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 4, Ankara 1984, s. 71.

¹¹¹ **Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi**, Ankara 2000, s. 106-107.

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin 2000 yılı Anayasa Önerisi'nin aynı paralelinde düzenleme yapıldığı¹¹² görülmektedir.

Fransa'da organik kanunlar ve meclis düzenlemeleri hakkında soyut norm denetimi yoluna Cumhurbaşkanı, Başbakan, Ulusal Meclis Başkanı, Senato Başkanı ve 60 senatör veya 60 milletvekili gidebilmektedir.¹¹³ Avusturya'da eyalet (Länder) kanun ve düzenlemelerine karşı Federal Hükümet, Fedaral Devletin kanun ve düzenlemelerine karşı eyalet (Länder) hükümetleri¹¹⁴ ve federal kanunlara karşı Federal Parlamento üyelerinin üçte biri soyut norm denetimi başvurusu hakkına sahiptirler.¹¹⁵ Almanya'da Federal Hükümeti, Land hükümetlerinden biri veya Bundestag üyelerinin üçte biri soyut norm denetimi başvuru hakkına sahiptirler.¹¹⁶ İtalya'da Ulusal Meclis bölgesel kanunların anayasal denetiminin yapılmasını kanunların yayımından (promulgation) önce Anayasa Mahkemesi'nden isteyebilir. Bölgesel hükümetler ise kanunların veya bölgesel kanunların soyut norm denetiminin yapılmasını kanunların yürürlüğe girmesi sonrasında talep edebilirler.¹¹⁷ İspanya'da Başbakan, Kamu Denetçisi (Défenseur du Peuple), 50 milletvekili veya 50 senatör ile özerkliklerine dokunan bir kanun sözkonusu olduğu takdirde idari ve yargısal organlar ile özerk kuruluşlar soyut norm denetimi başvurusunda bulunabilirler.¹¹⁸ Portekiz'de yayımlanan (promulgue edilen) tüm yasal metinler için Cumhurbaşkanı, Meclis Başkanı, Arabulucu (Provedor de Justiça), Cumhuriyet Savcısı, milletvekillerinin onda biri, özerk bölgelerin hakları sözkonusu olduğunda bölgesel meclisler veya bölgesel hükümetlerin başkanları soyut norm denetimi

¹¹² **Türkiye Barolar Birliği Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi**, 4. Bası, Ankara 2007, s. 285-286.

¹¹³ ROUSSEAU, 1998, s. 80.

¹¹⁴ Eyalet hükümetleri bu başvuru haklarını pratikte pek kullanmadıkları görülmektedir. 1980 Yılındaki 106 başvurunun sadece ikisi eyalet hükümetleri tarafından yapılmıştır. Bkz. FAVOREU, 1996, s. 39.

¹¹⁵ ROUSSEAU, 1998, s. 80. 1976'dan 1983 yılına kadar Milli Meclis üyeleri soyut norm denetimi için başvuru hakkını 5 defa kullanmıştır. Eyalet hükümetlerinden de Burgenland bu hakkını bir defa kullanmıştır. Bkz. FAVOREU, 1996, s. 40.

¹¹⁶ ROUSSEAU, 1998, s. 80.

¹¹⁷ ROUSSEAU, 1998, s. 81.

¹¹⁸ ROUSSEAU, 1998, s. 81.

başvurusunda bulunabilirler.¹¹⁹ Polonya’da yayımlanan (promulgue edilen) kanunların soyut denetimi talebinde bulunabilecek olanlar; Diet Meclisi Başkanlık Divanı (Présidium de la Dièt), parlamenterler komisyonları, 50 milletvekili, Devlet Mahkemesi (Tribunal d’Etat) Başkanı, Yüksek Kontrol Meclisi (Chambre Suprême de Contrôle) Başkanı, Arabulucu, Başbakan, Yüksek Mahkemenin Birinci Başkanı, Yüksek İdare Mahkemesi Başkanı ve Başsavcıdır.¹²⁰

(1) Cumhurbaşkanı

Anayasa’nın 104. maddesinde Cumhurbaşkanının görevleri arasında; “...Kanunların, kanun hükmündeki kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün, tümünün veya belirli hükümlerinin Anayasaya şekil veya esas bakımından aykırı oldukları gerekçesi ile Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmak...” şeklinde Cumhurbaşkanının Anayasa Mahkemesi’ne soyut norm denetimi başvuru hakkı olduğu açıklanmıştır. Anayasa’nın 105. maddesindeki; “Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır; bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur.” hükmünden hareketle Anayasa Mahkemesi’ne Cumhurbaşkanının soyut norm denetimi başvurusu yapmasının tek başına kullanabileceği bir yetki olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim, Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanı’nın bütün kararları Başbakan ve ilgili bakan tarafından imzalanır denilen 1961 Anayasası döneminde bile, bu yetkiyi ilk kullanan Cumhurbaşkanı olan KORUTÜRK’ün açtığı bir iptal davasında verdiği kararında; “...Anayasa’nın 6. maddesinde ‘Yürütme görevi, kanunlar çerçevesinde, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar

¹¹⁹ ROUSSEAU, 1998, s. 81-82.

¹²⁰ ROUSSEAU, 1998, s. 82. Polonya’da Anayasa Mahkemesi, yasama organınca kabul edilmiş kanunları, Cumhurbaşkanı’na yayımlanmasından önce Anayasa’ya uygunlukları açısından denetleyebilmektedir. Bkz. TUNÇ, Hasan: **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı (Denetimin Kapsamı ve Organları)**, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s. 57.

Kurulu tarafından yerine getirilir' kuralı getirildikten sonra 97. maddenin birinci fıkrasında 'Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Bu sıfatla, Türkiye Cumhuriyetini ve milletin birliğini temsil eder' kuralına yer verilmiş ikinci fıkrasında da Cumhurbaşkanının Yürütme ile ilgili görev ve yetkileri belirtilmiştir. Anayasa'nın 93 maddesinde yer alan 'Cumhurbaşkanı, görevleriyle ilgili işlemlerinden sorumlu değildir Cumhurbaşkanının bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır. Bu kararlardan Başbakan ile ilgili Bakan sorumludur' yolundaki ilkeyi bu tür görev ve yetkilerle sınırlı olarak ele almak gerekir. Öte yandan Anayasa; Cumhurbaşkanına, yürütme organının başı olması yönünden değil, Devleti ve milletin bölünmez bütünlüğünü temsil eden, insan haklarına dayalı demokratik hukuk devleti ilkelerini korumak ve laik Türkiye Cumhuriyetini yüceltmek ve kollamak görevlerini üstlenen tarafsız bir baş olması yönünden de kimi görevler vermiştir. Bunlardan biri de Anayasa'nın 149. maddesinde belirtilen iptal davası açma yetkisidir. Bu yetkinin kullanılmasını 98. madde çerçevesi içinde görmek olanaksızdır. Çünkü böyle bir durumda, bu yetki, ancak Başbakan veya ilgili Bakanca uygun görülmesi halinde kullanabilecektir. Başka bir deyimle, siyasal iktidarca yasalaştırılan bir metin hakkında Cumhurbaşkanının iptal davası açma yetkisini, Başbakana veya ilgili Bakana devreden veya onları bu yetkiye ortak eden ters bir sonuç ortaya çıkar ki, Anayasa'nın böyle bir sonucu kabul ettiği düşünülemez. Hemen eklemek gerekir ki, Anayasa'nın 149. maddesi iptal davası açacakları göstermiş ve bunlar arasında yürütme organına yer vermemiştir. Yukarıda açıklanan nedenlerle Cumhurbaşkanının, Anayasa'nın 149. maddesine göre, Başbakanla herhangi bir bakanın imzalanmasına gerek olmaksızın, yalnız kendi imzasıyla iptal davası açma yetkisi bulunduğu kabul edilmelidir..."¹²¹ diyerek Cumhurbaşkanının soyut norm denetimi için başvuru hakkını tek başına kullanacağını belirtmiştir. Bu durumda,

¹²¹ Anayasa Mahkemesi'nin 16.3.1976 tarih ve Esas 1975/183 Karar 1976/15 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 14, s. 68.

Cumhurbaşkanının bazı yetkileri tek başına kullanabileceği öngörülen 1982 Anayasası'nda Cumhurbaşkanı'nın bu yetkiyi de tek başına kullanabileceği açıktır. Nitekim, uygulamada da böyle olduğu görülmektedir.

Cumhurbaşkanının, Anayasa'nın 104. maddesindeki hüküm yanında 150. maddesindeki; *"Kanunların, kanun hükmündeki kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, iktidar ve anamuhalefet partisi Meclis grupları ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir..."* hükmü ve 148. maddesindeki; *"...Şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir..."* hükmü uyarınca da gerek şekil ve gerekse esas açısından normların tümü hakkında soyut norm denetimi başvurusu hakkı hiçbir şekilde kısıtlanmamıştır.

(2) İktidar Partisi ve Anamuhalefet Partisi Meclis Grupları

Anayasa'nın 150. maddesindeki düzenleme uyarınca kanunların, kanun hükmündeki kararnamelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla soyut norm denetimine başvuru hakkı iktidar ve anamuhalefet partisi Meclis gruplarına tanınmış ve iktidarda birden fazla siyasi partinin bulunması halinde, iktidar partilerinin dava açma hakkını en fazla üyeye sahip olan partinin kullanacağı, Siyasi Partiler Kanunu'nun 35. maddesinde de muhalefette bulunan en fazla milletvekiline sahip olan, milletvekili sayıları eşit ise son milletvekili seçimlerinde en fazla geçerli oy alan partinin anamuhalefet partisi olarak

kullanacağı¹²² belirtilmişken, Anayasa'nın 148. maddesinde, kanunların şekil bakımından denetlemesi için soyut norm denetimi başvurusu hakkı sadece Cumhurbaşkanına ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte birine tanınmıştır. 2949 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 20. maddesinde de bu husus daha açık bir ifadeyle; “...İktidar ve Anamuhalefet partilerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi grupları Anayasa değişikliklerinin ve kanunların şekil bozuklukları iddiasıyla iptalleri için dava açamazlar...” denerek açıklanmıştır.

(3) Türkiye Büyük Millet Meclisinin En Az Beşte Bir

Tutarındaki Üyeleri

Anayasa'nın 150. maddesinde “...Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyeler..”den bahsederken, 148. maddede “...Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri...” tabiri kullanılmaktadır. Anayasa'nın 75. maddesine göre Türkiye Büyük Millet Meclisi 550 milletvekilinden oluşmaktadır. Anayasa'nın 148. ve 150. maddelerinin ortak anlamıyla en az Türkiye Büyük Millet Meclisinin beşte bir milletvekili (110 milletvekili) soyut norm denetimi için Anayasa Mahkemesi'ne başvuru hakkına sahiptir.

Barolar Birliği'nin 2007 yılında hazırladığı Anayasa Önerisi'nin 164. maddesinde, soyut norm denetimi yapabilecek TBMM üyeleri; “...en az yirmi milletvekili...” olarak ifade edilmiştir.¹²³ Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nin 2000 yılında hazırladığı Anayasa Önerisi'nin 150. maddesinde ise soyut norm denetimi başvurusu yapabilecek TBMM üyeleri “...en az otuz milletvekili...” olarak ifade edilmiştir.¹²⁴ Bu iki Önerinin de ortak noktası Anayasamızdaki “beşte bir”

¹²² YAVUZ, Nihat: **Seçim Kanunları ve Siyasi Partiler Kanunu**, Adil Yayınevi, Ankara 2002, s. 351.

¹²³ **Türkiye Barolar Birliği Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi**, 2007, s. 285-286.

¹²⁴ **Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi**, 2000, s. 106.

milletvekiline denk gelen 110 sayısının fazla bulunmuş olması nedeniyle, düşürülmüş olması ve oran olarak ifade etmek yerine doğrudan milletvekili sayısı olarak ifade edilmesidir. Fransa'da 60 milletvekili veya 60 senatör¹²⁵, soyut norm denetimi için başvuru hakkına sahiptir.¹²⁶ İspanya'da 50 milletvekili¹²⁷ veya 50 senatör¹²⁸ soyut norm denetimi için başvuru hakkına sahiptir.¹²⁹ Portekiz'de milletvekillerinin¹³⁰ onda biri soyut norm denetimi için başvuru hakkına sahiptir.¹³¹ Polonya'da 50 milletvekili¹³² soyut norm denetimi başvurusunda bulunabilirler.¹³³ Almanya'da 614 milletvekilinin¹³⁴ üçte biri olan 204 milletvekili soyut norm denetimi yoluna başvurabilmektedir.¹³⁵ Avusturya'da da federal kanunlara karşı Federal Parlamento üyelerinin üçte biri soyut norm denetimi başvurusu hakkına sahiptirler.¹³⁶

Toplam milletvekili sayısı da dikkate alındığında, bizde de onda bir veya 55 milletvekiline soyut norm denetimi için başvuru hakkı tanınmasının diğer anayasa mahkemelerinde olduğu gibi soyut norm denetimi yoluyla anayasal denetimi yolunun daha rahat işletilebilecek bir yol olması açısından uygun olacağı kanısındayız.¹³⁷

¹²⁵ Fransa'da 577 milletvekili ve 346 senatör mevcuttur. Bkz. http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/elections.asp#art_3, 18.5.2008.

¹²⁶ ROUSSEAU, 1998, s. 80.

¹²⁷ 1978 Tarihli İspanyol Anayasasının 68. maddesinde milletvekili sayısı 300 ile 400 arasında belirlenmiş ve 1985 yılında çıkarılan Seçim Kanunu ile bu sayı 350 olarak belirlenmiştir. Bkz. <http://mjp.univ-perp.fr/constit/es1978.htm>, 18.5.2008.; http://fr.wikipedia.org/wiki/Congr%C3%A8s_des_d%C3%A9put%C3%A9s, 18.5.2008.

¹²⁸ Senatör sayısı sabit olmayıp değişkendir. En son seçimde 208 senatör seçilmiştir. Bkz. http://www.senado.es/legis9/senadores/resul_elecc_200p8.pdf, 18.5.2008.

¹²⁹ ROUSSEAU, 1998, s. 81.

¹³⁰ Portekiz'in milletvekili sayısı 230'dur. Bkz. http://fr.wikipedia.org/wiki/Politique_du_Portugal, 18.5.2008.

¹³¹ ROUSSEAU, 1998, s. 81-82.

¹³² Polonya Anayasasının 96. maddesinde milletvekili sayısı 460 olarak belirtilmiştir. Bkz. <http://mjp.univ-perp.fr/constit/pl1997.htm>, 18.5.2008.

¹³³ ROUSSEAU, 1998, s. 82.

¹³⁴ Milletvekili sayısı için bkz. <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/allemanne.asp>, 18.5.2008.

¹³⁵ ROUSSEAU, 1998, s. 80.

¹³⁶ ROUSSEAU, 1998, s. 80. 1976'dan 1983 yılına kadar Milli Meclis üyeleri soyut norm denetimi için başvuru hakkını 5 defa kullanmıştır. Eyalet hükümetlerinden de Burgenland bu hakkını bir defa kullanmıştır. Bkz. FAVOREU, 1996, s. 40.

¹³⁷ ESEN, benzer görüşle, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne temsilci gönderebilmiş tüm siyasi partilerin, 1961 Anayasası döneminde olduğu gibi, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin makul

B. SOYUT NORM DENETİMİ BAŞVURUSUNDA TEMSİL

Anayasa Mahkemesi'nde soyut norm denetimi sistemi 1920 Anayasası ile Avusturya'da öngörülmüş olup,¹³⁸ günümüzde Kıt'a Avrupası Anayasa Mahkemeleri yanında, Latin Amerika, Afrika anayasalarında ve son dönemlerde bağımsızlığını kazanıp yeni anayasalarını yapmış olan eski sosyalist ülkelerde uygulanmaktadır.

Soyut norm denetimine başvuru hakkı olan İktidar ve Anamuhalefet partilerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi grupları ile Türkiye Büyük Millet Meclisinin en az beşte bir tutarındaki üyelerinin soyut norm denetimi başvurusu için hukuki temsillerinin nasıl olacağı 2949 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 26. maddesinde; *"Kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde veya hükümlerinin Anayasaya aykırılığı sebebiyle açılacak iptal davası... siyasi parti gruplarının genel kurullarının, üye tam sayısının salt çoğunluğu ile alacakları karar üzerine, grup başkanları veya vekilleri tarafından açılır. Dava,... Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri tarafından açıldığı takdirde dilekçede, kendilerine mahkemece tebligat yapılmak üzere, iki üyenin gösterilmesi gereklidir."* şeklinde düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi, siyasi parti gruplarının soyut norm denetimi başvuru yetkisini sorguladığı kararında, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "İptal davasının açılmasında temsil" başlıklı 26. maddesinin ilk fıkrasında, açılacak iptal davasının 20. maddede belirtilen siyasi parti gruplarının genel kurullarının üye tamsayısının salt çoğunluğu ile alacakları karar üzerine grup başkanları veya vekilleri tarafından açılacağı

bir miktarının soyut norm denetimi başvuru hakkının olması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. ESEN, 1996, s. 113.

¹³⁸ ÇAĞLAR, 1989 a, s. 193.

belirtildiğini, bu hüküm karşısında, siyasi parti meclis gruplarının bir kanun hakkında yasalaşma süreci tamamlanmadan, iptal davası açma için verdiği yetki ile dava açılmasının olanaklı olmadığını, bu yetkilendirmenin “öngörüleme” niteliğinde olduğunu belirtmektedir.¹³⁹ Bu kararda karşıoy kullanan üyeler ortak karşıoy yazılarında, *“Anayasa’nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti’nin, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Demokratik hukuk devletinin varlığından söz edebilmek için yasama dahil devletin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi tutulması gerekir. Yargı denetimi hukuk devletinin ‘olmazsa olmaz’ koşulu olup, yargı yerlerinde yargısal denetimi daraltacak tarzda değil aksine genişletecek tarzda yorum yapılması hukuk devleti olmanın gereğidir. 1982 Anayasa’sı Anayasa Mahkemesi’ne doğrudan iptal davası açabilmeyi 1961 Anayasa’sına nazaran daraltmış olup, usul hükümlerini aleyhte yorumlamak suretiyle başvurmaya yetkili olanların da bu olanaklardan yoksun kılınması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz... Grup Başkanı tarafından Anayasa Mahkemesi Başkanlığı’na yapılan iptal başvurusunun, usulüne uygun biçimde alınmış bir Grup kararına dayalı olduğu tartışmasızdır. Parti Grubunca... dava açılmak üzere parti Genel Başkanı’na yetki verilmesinden sonra iptali istenilen maddelerde herhangi bir değişiklik yapılmadığına göre, bu yetkilendirmenin ‘öngörüleme’ niteliğinde olduğu söylenerek iptal başvurusunun reddedilmesinde Anayasa’nın 150. ve 2949 sayılı Yasa’nın 26. maddesine uyarlık yoktur.”¹⁴⁰* diyerek Anayasa Mahkemesi’nin usul hükümlerini dar yorumlamasını eleştirmişlerdir. Anayasa Mahkemesi bir başka kararında, iptal davası açma yetkisi verilirken, iptale konu maddelerin belirtilmesi şeklini ayrıntılı işlerken, Parti Meclis Grubu kararında, iptali istenen kanun, kanun hükmünde kararname, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün veya bunların

¹³⁹ Anayasa Mahkemesi’nin 16.10.1998 tarih ve Esas 1998/42 Karar 1998/65 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 36, C. 1, s. 315-317.

¹⁴⁰ Üyeler Haşim KILIÇ, Samia AKBULUT, Sacit ADALI ve Ali HÜNER’in karşıoy yazıları için bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 16.10.1998 tarih ve Esas 1998/42 Karar 1998/65 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 36, C. 1, s. 318-319.

belirli madde ve hükümlerinin açıkça gösterilmesinin gerektiğini, kanunun hangi maddelerinin iptalinin istendiğinin açıkça belirtilmediği, “bazı maddeler” ifadesi kullanılarak alınmış grup kararının usulüne uygun bir grup kararı sayılamayacağını, “bazı maddeler” ifadesi kullanılarak belirsizliğe yol açıldığından usulüne uygun olarak alınmış bir grup kararının varlığının kabul edilemeyeceğini, bu nedenle yetkisiz başvurunun olduğunu belirtmektedir.¹⁴¹ Bu kararda karşıoy kullanan üyeler, ortak karşıoy yazılarında, *“yetkinin verilmesinde, iptali istenen Yasa maddelerinin tek tek belirlenmesinde zorunluluk bulunmamaktadır. Burada, yetki devri değil, verilen yetkinin kullanılması söz konusudur. Meclis Grubuna ait yetkinin devrinden söz edilemez. Bir an için Parti Meclisi Genel Kurulu’nun verdiği yetkinin, Yasa’nın belirlediği kurallara uygun olmadığı düşünülse bile, bu noksanlığın 2949 sayılı Yasa’nın 27. maddesi uyarınca ve belirli bir süre verilerek tamamlattırılması yoluna gitmek gerekirdi... Asıl olan belirtilen kuralların Anayasal denetiminin yapılmasıdır. Değişik anlayış ve yorumlarla bu denetimin engellenmemesi gerekmektedir.”* diyerek Anayasa Mahkemesi kararının denetimi kısıtlar nitelik taşıdığını belirtmişlerdir.¹⁴² Bir norm, Anayasa Mahkemesi’nin önüne anayasal denetim için ne kadar geç gelirse, Anayasa’ya aykırı olan normun, o kadar daha uzun süre yürürlükte kalması ve bunun da anayasanın üstünlüğü ilkesi ve anayasa yargısının varolması mantığıyla örtüsmeyeceği dikkate alındığında, usul hükümlerinin dar yorumlamaması gerektiğini, aksi yorumun Anayasa Mahkemesi’nin anayasal denetim yapma konusunda isteksiz davrandığı şeklinde bir algılamaya sebebiyet verebileceğini düşünmekteyiz.

¹⁴¹ Anayasa Mahkemesi’nin 3.3.2000 tarih ve Esas 2000/13 Karar 2000/4 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 36, C. 2, s. 683-684.

¹⁴² Başkanvekili Haşim KILIÇ ile üyeler Samia AKBULUT, Sacit ADALI ve Ali HÜNER’in ortak karşıoy yazıları için bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 3.3.2000 tarih ve Esas 2000/13 Karar 2000/4 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 36, C. 2, s. 685-687.

C. SOYUT NORM DENETİMİ İÇİN BAŞVURU SÜRESİ

Kanunlara, kanun hükmünde kararnamelere ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'ne karşı esas açısından iptal davası süresi Anayasa'nın 151. maddesinde altmış gün olarak düzenlenmiştir. Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında "...Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz; def'i yoluyla da ileri sürülemez." denilerek bir kanun olan anayasa değişikliğini de kapsar şekilde kanunlar için şekil açısından soyut norm denetimi başvurusunda bulunma süresi 10 gün olarak belirtilmiştir. Bu açık düzenlemeden, kanun hükmünde kararnameler ile TBMM İçtüzüğü'nün hem esas hem de şekil açısından denetim için başvurma süresinin 60 gün olduğu anlaşılmaktadır. Bu iki maddeden yapılan çıkarım, 2949 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 20. maddesinde daha açık bir şekilde; "*Anayasa değişiklikleri ile kanunların şekil yönünden Anayasaya aykırılıkları iddiası ile doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, bunların Resmi Gazete'de yayımlanmalarından başlayarak on gün; kanun hükmünde kararnamelerle Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belli madde ve hükümlerinin şekil ve esas, kanunların ise sadece esas yönlerinden Anayasa'ya aykırılıkları iddiasıyla doğrudan doğruya iptal davası açma hakkı, bunların Resmi Gazete'de yayımlanmalarından başlayarak altmış gün; sonra düşer.*" şeklinde düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi süre hesabını yaparken "...sürenin tesbitinde Resmi Gazete'de yayımlanma gününün de hesaba katılacağı şüpheye yer vermeyecek şekilde kesin olarak anlaşılmaktadır..."¹⁴³ diyerek kararın Resmi Gazete'de yayımlanma gününü süre tespitinde dikkate almaktadır.

¹⁴³ Anayasa Mahkemesi'nin 3.7.1964 tarih ve Esas 1964/22 Karar 1964/54 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 2, s. 207.; Anayasa Mahkemesi'nin 26.10.1965 tarih ve Esas 1965/39 Karar 1965/56 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 3, s. 264.; Anayasa Mahkemesi'nin 28.9.1999 tarih ve Esas 1999/34 Karar 1999/39 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 35, C. 2, s. 475.

Anayasa'nın 148. maddesinin gerekçesinde; "...1961 Anayasası'ndan farklı olarak getirilen yeni kural, şekil noksanlığına dayalı iptal davasının, kanunun yayımından önce incelenip tamamlanmasıdır. Yani öndenetime tabi tutulmasıdır. Şekil bozuklukları genellikle kanunun yapımı sırasında meydana gelen ve görülmesi, bilinmesi kolay olan bozukluklardır. Bunların Anayasa Mahkemesi'nce süratle incelenmesi ve karara bağlanması mümkündür. Tatbikatta sık sık ileri sürülen iddialara göre bir siyasî parti, görüşülmekte olan bir kanunun çıkmasını istemiyorsa, yasama meclisinin hem toplanma ve hem karar yeter sayılarına etkili olacak harekette bulunmakta ve çıkacak kanunun şeklen bozukluğuna sebebiyet verebilmektedir..."¹⁴⁴ denerek şekil bozukluğuna dayalı soyut norm denetiminin öndenetim olduğu ve süratli şekilde sonuçlanacak bir denetim öngörüldüğü belirtilmiştir. Bir kanunun Yasama Organı'nda kabul edilmesinden sonra, fakat yürürlüğe girmesinden önce yapılan denetim olan¹⁴⁵ önleyici denetimin Anayasa'da sözkonusu olmadığı açık iken, gerekçede öndenetim ile anlatılmak istenenin ne olduğunu anlamak mümkün değildir. Burada önleyici denetim olmadığı, ayrıca süre olarak daha kısa bir başvuru süresinin, bu konudaki denetimin Anayasa Mahkemesi'nce hemen sonuçlandırılacak bir denetim olacağı anlamını da doğurmadığı açıktır. Bizim yaptığımız incelemelerde diğer anayasa mahkemelerinde şekil ve esas yönünden yapılan denetim sürelerinin farklı olarak düzenlendiği bir diğer örneğe rastlayamadık. Doktrinde de, dava açma süresinde şekil açısından başvuru ile esas yönünden başvuru arasında ayırım yapılması belli bir amaca dayanmayan anlamsız bir düzenleme olarak görülmektedir.¹⁴⁶

¹⁴⁴ **Gerekçeli Anayasa, M.G.K. Değişiklik Gerekçeleri ile Birlikte**, Değişim Yayınları, 1. Bası, Ankara 1984, s. 192.

¹⁴⁵ ONAR, 2003, s. 125.

¹⁴⁶ TANÖR – YÜZBAŞIOĞLU, 2005, s. 486.; ONAR, 2003, s. 139-148.; ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: **Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 128, Dipnot 110.

III. BİREYSEL BAŞVURU ÜZERİNE DENETİM (ANAYASAL BAŞVURU)

A. ANAYASA ŞİKAYETİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Kamu gücünün bir temel hakkı ihlal ettiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru olarak tanımlayabileceğimiz anayasa şikayetinin temel amacı, olağan kanun yollarının gerçekleştiremediği durumlarda hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamaktır.¹⁴⁷

Anayasa şikayeti, özel bir hukuksal koruma aracı olmanın yanında hukukun tüm alanları için objektif bir değer düzeni oluşturur, temel hakların içeriğinin açıklanması ve her türlü devlet gücünün denetimi fonksiyonunu görür¹⁴⁸, temel hakların yorumu, uygulanması ve somutlaştırılmasında kamu gücünü kullananlara yol göstericidir¹⁴⁹, anayasa mahkemesi'ne ait olan yetkinin genel sisteminde, anayasanın, belli haklara verdiği özel önemin anlatımıdır.¹⁵⁰ Anayasa şikayeti mantıksal olarak anayasa yargısının bünyesine uymamakla beraber, bireyi anayasa ile canlı bir ilişkiye sokmasıyla anayasa hukukunun gelişmesine ve özellikle temel hakların yorumuna katkıda bulunmaktadır.¹⁵¹

Anayasa şikayeti actio popularis'e (popüler davaya) dönüşebileceği yönünde eleştirilmektedir. Ancak popüler davada objektif nitelik ön plandayken anayasa şikayetinde subjektif nitelik ön plana çıkmakta ve objektif koruma işlevi ikinci planda kalmaktadır.¹⁵² Anayasa şikayetinde Anayasa Mahkemesi hukukun uygulanışının doğru olup olmadığı ile ilgilenmeyip, sadece karar verilirken anayasa

¹⁴⁷ SABUNCU, M. Yavuz – ARNWINE ESEN, Selin: “Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu”, **Anayasa Yargısı**, 21, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 51, Ankara 2004, s. 230.

¹⁴⁸ GÖREN, Zafer: Anayasa Mahkemesi’ne Kişisel Başvuru, **Anayasa Yargısı**, 11, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 30, Ankara 1995, s. 102 (1995 a.); SABUNCU, M.Yavuz: “Federal Almanya’da Anayasa Şikayeti”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 37, S. 3-4, 1982., s. 142-143.; GÖZTEPE, Ece: **Anayasa Şikayeti**, AÜHF Yayınları No. 530, Ankara 1998, s. 17.

¹⁴⁹ GÖZTEPE, 1998, s. 20.

¹⁵⁰ GÖREN, 1995 a, s. 102-103.

¹⁵¹ GÖREN, 1995 a, s. 106.

¹⁵² GÖZTEPE, 1998, s. 21.; GÖREN, 1995 a, s. 103.

hukukunun ihlal edilip edilmediği hususunu denetler.¹⁵³ Anayasa şikayeti bir yardımcı kanun yolu değildir. Tamamen kendine özgü bir hukuki çaredir. Anayasa şikayeti ile aykırılık iddiasına konu karar hakkında yargılama yapılır, bu eski yargılamanın devamı olmayıp¹⁵⁴, başka yollarla giderilmeyen temel hak ihlallerini ortadan kaldırmaya yönelik istisnai ve ikincil nitelikte olağanüstü bir hukuksal çaredir.¹⁵⁵ Görevli mahkemedeki usul kurallarının uygulanması, nesnel durum tespit ve değerlendirmesi, anayasa altı hukukun yorumu ve olaya uygulanması görevli ve yetkili olan mahkemeye ait olup Anayasa Mahkemesi'nin görevi değildir.¹⁵⁶ Anayasa Mahkemesi bu konularda uygulama ve değerlendirme yaptığı takdirde bir süper temyiz mahkemesine dönüşür.¹⁵⁷ Bir mahkeme kararı anayasa şikayeti yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne götürülse bile, bu başvuru söz konusu kararın uygulanmasını kural olarak durdurmaz ve biçimsel, maddi anlamda kesinleşmesini önlemez, sadece geçici tedbir kararı verilmesi talep edilmişse ve Anayasa Mahkemesi bu yönde karar verirse kararın uygulanması durdurulur.¹⁵⁸

Yasama Organı'nın hareketsizliği soyut ve somut norm denetimine konu teşkil etmemektedir. Ancak Yasama Organı'nın hareketsizliği anayasa şikayetine konu teşkil etmektedir. Yasama Organı'nın hareketsizliği anayasanın yapılmasını beklediği bir şeyi yapmama anlamına gelir.¹⁵⁹

Anayasa şikayeti, İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 34. maddesinde "Kişisel başvuru" hakkının tanınmış olması¹⁶⁰

¹⁵³ GÖZTEPE, 1998, s. 23.

¹⁵⁴ PEKCANİTEZ, Hakan: Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti", **Anayasa Yargısı**, 12, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 31, Ankara 1995, s. 261.

¹⁵⁵ SABUNCU – ARNWINE ESEN, 2004, s. 230.; GÖREN, 1995 a, s. 100-101.

¹⁵⁶ HASSEMER, Winfried: "Anayasa Şikayeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Almanya'da Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor)", **Anayasa Yargısı**, 21, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 51, Ankara 2004, s. 168.

¹⁵⁷ SABUNCU – ARNWINE ESEN, 2004, s. 236.

¹⁵⁸ GÖZTEPE, 1998, s. 25.; GÖREN a, 1995, s. 103.

¹⁵⁹ GÖREN, 1995 a, s. 124-126.

¹⁶⁰ Madde 34; "İşbu Sözleşme ve Protokollarında tanınan hakların Yüksek Sözleşmeciler Tarafından biri tarafından ihlalden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek kişi, hükümet dışı her kuruluş veya kişi grupları Mahkeme'ye başvurabilir. Yüksek Sözleşmeciler Tarafından bu hakkın etkin

ve Sözleşmenin 35. maddesinde kişisel başvurunun yapılabilmesi için iç hukuk yollarının tüketilmiş olması şartının aranmasıyla, Sözleşme'yi kabul etmiş olan devletler açısından daha da incelemeye değer bir kurum haline gelmiştir.

B. ANAYASA ŞİKAYETİ KURUMUNUN OLDUĞU ÜLKELERDEKİ DURUM

Türkiye için pek tanınmayan bir kurum olduğundan, bu kurumun Türk anayasa yargısına uygunluğunu değerlendirebilmek için, kısaca diğer ülkelerdeki anayasa şikayeti kurumunun uygulanış şeklini incelemekte fayda olduğu kanısındayız. Anayasa şikayeti kurumunun Almanya'da ilk defa kabul edilmesi Anayasası'ndaki "Anayasa Mahkemesi bundan başka Federal kanun ile öngörülen durumlarda görev yapar." ibaresine dayanılarak, kanunla olmuş¹⁶¹ ve anayasa şikayeti daha sonra 1969 yılında Federal Alman Anayasası'nda yer almıştır.¹⁶² Alman Anayasası'nın 90. maddesine¹⁶³ göre anayasa şikayeti; direnme hakkı, vatandaşlık haklarında eşitlik, seçim ilkeleri, doğal yargıç ilkesi, istisna mahkemelerin kurulması yasağı, adil yargılanma hakkı, aynı suç nedeniyle birden fazla ceza verilmeyeceği ve kanunsuz suç olmaz ilkesi, özgürlüklerin kısıtlanmasında hak güvenceleri konularını kapsamaktadır. Anayasa şikayetine kanun yolları tüketilmeden başvurmak mümkün olmamakla birlikte, Alman Anayasa Mahkemesi Kanununun 90. maddesinin 2. fıkrasına göre; "Eğer dava genel bir öneme sahipse veya davacıdan kanun yollarına başvurusu istendiği takdirde, davacı açısından ağır ve giderilemez bir zarar doğacaksa kanun yolları tüketilmeden yapılmış bir anayasa şikayeti başvurusu hakkında Anayasa Mahkemesi derhal karar

bir şekilde kullanılmasına hiçbir suretle engel olmamayı taahhüt ederler.", Madde 35/1; "Uluslararası Hukukun genel olarak kabul edilen prensiplerine göre, ancak iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve kesin karardan itibaren altı aylık süre içinde Mahkeme'ye başvurulabilir." Bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhak/pdf01/333-348.pdf>, 7.5.2008.

¹⁶¹ GÖREN, 1995 a, s. 135.

¹⁶² GÖREN, 1995 a, s. 98-99.

¹⁶³ http://www.bundestag.de/htdocs_f/parlement/fonctions/cadre/loi_fondamentale.pdf, 12.5.2008.

verir".¹⁶⁴ Anayasa şikayeti başvurusunun çok olması nedeniyle başvurular dairede görüşülmeden önce, mahkemenin üç üyesinden oluşan komitede görüşülmektedir. Bu süzgeci aşabilen başvurular toplam başvurunun % 1'inin altındadır.¹⁶⁵ 2003 Yılına kadar başvuruların büyük bir çoğunluğu ön inceleme süzgecinde olmak üzere % 97,5 kadarı elenmiş, yaklaşık % 2,5 kadarı başarılı olabilmektedir.¹⁶⁶ Başarı oranının düşük olması anayasa şikayetinin önemsiz ve etkisiz bir kurum olduğu anlamına gelmez.¹⁶⁷ Bu durum bir yandan devlet organlarının anayasaya uygun davranmasını, diğer yandan da anayasa şikayetinin işlevinin başvurular tarafından yanlış değerlendirildiğini göstermektedir.¹⁶⁸

Avusturya'da yargı kararları ve doğrudan kanunlara karşı anayasa şikayeti yoluna gidilememekte, sadece idari eylem ve işlemler için anayasa şikayeti yoluna gidilebilmektedir.¹⁶⁹ Avusturya Anayasası'nın 144. maddesi "*Anayasa Mahkemesi, idari otoritelerin ve bağımsız idari odaların kararlarına karşı, şikayetçinin Anayasa tarafından garanti altına alınan bir hakkının ihlali veya kanuna uygun olmayan bir kuralın uygulanması nedeniyle zarara uğradığını ileri sürdüğü müracaatları hakkında karar verir. Şikayetçi olağan kanun yollarını tüketmeden bu yola başvuramaz.*"¹⁷⁰ düzenlemesini içermektedir. Avusturya'da anayasa şikayeti sadece idari eylem ve işlemlere karşı başvuru imkanı olmasıyla Almanya'daki anayasa şikayetine göre daha dar kapsamlıdır. Avusturya'da anayasa şikayeti dilekçesinin bir avukat tarafından imzalanması gerekmekte olup, normalde şikayetin

¹⁶⁴ http://www.bundestag.de/htdocs_f/parlement/fonctions/cadre/loi_fondamentale.pdf,

12.5.2008.; SABUNCU – ARNWINE ESEN, 2004, s. 232.

¹⁶⁵ HASSEMER, 2004, s. 167.

¹⁶⁶ HASSEMER, 2004, s. 164.

¹⁶⁷ SABUNCU, 1982, s. 150.

¹⁶⁸ HASSEMER, 2004, s. 164.

¹⁶⁹ GÖZTEPE, 1998, s. 29.; PEKCANITEZ, 1995, s. 262.

¹⁷⁰ <http://mjp.univ-perp.fr/constit/aut1920a.htm#III>, 3.5.2008.

erteleyici etkisi yoksa da, Anayasa Mahkemesi talep üzerine erteleyici etki tanıyabilir.¹⁷¹

İspanyol Anayasası'nda anayasa şikayeti "recurso de amparo" kurumu olarak düzenlenmiştir.¹⁷² İspanyol Anayasası'nın Fransızca metninde¹⁷³ "Recurso de amparo", "recours en garantie des droits" olarak tercüme edilmiştir. Biz "recours en garantie des droits" tabirini Türkçeye "hakların teminatı başvurusu" olarak çevirebiliriz. İspanyol Anayasası'nın 53. maddenin 2. fıkrası; *"Bütün yurttaşlar olağan mahkemeler önünde 14. maddede ve II. Bölümün birinci kısmında tanınan özgürlüklerin korunmasını öncelikli olarak doğrudan bir dava ile ve gerektiğinde Anayasa Mahkemesi'ne hakların teminatı başvurusu yaparak isteyebilirler. Hakların teminatı başvurusu 30. maddede tanınan vicdani red için de uygulanabilecektir."* şeklindedir. Anayasa'nın 161. maddesinin 1. fıkrasının b bendinde *"Anayasa Mahkemesi yargılama yetkisini bütün İspanyol Topraklarında uygular ve şunları tanımak için yetkilidir; ...b. Anayasa'nın 53. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen hak ve özgürlüklerin yasa tarafından yürürlüğe konulan usul ve durumlarda ihlali nedeniyle hakların teminatı başvurusunda;..."* şeklindedir. Anayasa'nın 53. maddesindeki atıf sadece "Haklar ve özgürlükler" başlıklı II. Bölümün "temel haklar ve özgürlükler" başlıklı birinci kısmına ve ikinci kısımda yer alan 30. maddedeki vicdani red düzenlemesine yapılmıştır. Anayasa'nın Birinci kısmında (15-29. maddeler) yaşam hakkı, düşünce özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü, haberleşme özgürlüğü, seyahat özgürlüğü, toplantı özgürlüğü, dernek kurma, sendikal hak ve özgürlükler... yer alırken, "yurttaşların hak ve ödevleri" başlıklı ikinci kısmında (30-38. maddeler) düzenlenen, mülkiyet hakkı, evlenme hakkı, çalışma

¹⁷¹ HALLER, Herbert (Çev. Fazıl SAĞLAM): Anayasa Şikayeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Avusturya'da Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor)", **Anayasa Yargısı**, 21, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 51, Ankara 2004, s. 184 (2004 a).

¹⁷² "Recurso de amparo" nun kaynağı Aragon Krallığına kadar gitmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz.

ÇAĞLAR, 1989 a, s. 193.

¹⁷³ http://mjp.univ-perp.fr/constit/es1978.htm#1**, 6.5.2008.

hakkı, toplu sözleşme hakkı, angarya yasağı... “recurso de amparo” dışında kalmaktadır. DAZA, “Recurso de amparo”yu beş alanı kapsar şekilde sınıflandırmaktadır, bunlar; haklar ve özgürlükleri koruyan recurso de amparo, kanunlara karşı recurso de amparo, adli alandaki recurso de amparo, idari alandaki recurso de amparo ve tarımsal alandaki recurso de amparo’dur.¹⁷⁴ İspanya’da kanun yollarına başvurmamış olmak anayasa şikayeti yoluna başvurmaya engel teşkil etmez, ancak kanun yoluna başvurulmuşsa, bunun sonlanmasından sonra anayasa şikayeti yoluna başvurulabilir.¹⁷⁵ İspanya’da anayasa şikayetinde Anayasa Mahkemesi geçici tedbir kararı verebilmektedir.¹⁷⁶

Çek Cumhuriyeti’nde anayasal şikayet Anayasa’nın 87. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; “(1) *Anayasa Mahkemesi: a) kanunların ve kanunların bazı düzenlemelerinin Anayasa’ya aykırı olmaları halinde yürürlükten kaldırılmaları; b) diğer hukuki kuralların ve bunların bazı düzenlemelerinin Anayasa’ya ve bir kanuna uygun olmaması halinde iptali; c) özerk bölge toplulukları organlarının devletin yasaya aykırı müdahalelerine karşı anayasa şikayeti; d) kamu otoritesi organlarının anayasal düzeyde teminat altına alınmış temel hak ve özgürlüklerle çelişen kesin bir kararı veya herhangi bir çatışmasına karşı anayasa şikayeti... konularında karar verir.*”¹⁷⁷ şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre kişisel anayasa şikayeti “kamu otoritesi organlarının” tümünü kapsamakta, yargı kararları ve idarenin karar ve işlemlerine karşı yapılabilmektedir. İsviçre Anayasası’nın 113. maddesinin 1. fıkrasında; “*Anayasa Mahkemesi ayrıca... anlaşma ve konkordatoların ihlali halindeki şikayetlerde olduğu gibi bireyin anayasal haklarının ihlali ile ilgili şikayetleri kabul eder.*” denerek anayasa şikayeti kurumu Anayasa’da

¹⁷⁴ DAZA, German Alfonso Lopez: “Constitutionnalisation Et Protection Judiciaire Des Droits Sociaux En Amerique Latine”, <http://www.enelsyn.gr/papers/w13/Paper%20by%20Prof.%20German%20Alfonso%20Lopez%20Daza.pdf>, 9.5.2008.

¹⁷⁵ SABUNCU – ARNWINE ESEN, 2004, s. 232.

¹⁷⁶ SABUNCU – ARNWINE ESEN, 2004, s. 245.

¹⁷⁷ <http://mjp.univ-perp.fr/constit/cz1992.htm>, 7.5.2008.

öngörülmüştür.¹⁷⁸ İsviçre’de, şahsen müracaat hakkı, kendilerini şahsen ilgilendiren veya genel bir kapsam taşıyan kararnameler veya kararlar ile mağdur edilmiş şahıslar veya kuruluşlara tanınmıştır.¹⁷⁹ Meksika Anayasası’nın 103/1, 104 ve 107/2. maddesinde “amparo” olarak oldukça geniş kapsamlı bir anayasa şikayeti kurumu yer almaktadır.¹⁸⁰ Buna göre mahkemelerin kesin hükümlerine karşı ve kesinleşmiş hakem kararlarına karşı taraflar ve kesin hükümden etkilenen üçüncü kişiler anayasa şikayeti yoluna başvurabilmektedir.¹⁸¹ Brezilya’da “mandado de segurança” olarak yer alan anayasa şikayeti Brezilya Anayasası’nın 153. maddesinde düzenlenmiştir. Kanun yollarının tüketilmiş olması şartıyla anayasa şikayetine sadece mahkeme kararlarına karşı başvurulabilir.¹⁸² Kore Anayasası III/1. Bölüm uyarınca diğer kanun yollarından sonuç alamadığı takdirde, temel haklara ilişkin durumlarda sınırlı olmak üzere, idarenin eylem ve işlemleri nedeniyle hakları ihlal edilenler bizzat anayasa şikayeti yoluna mutlak surette bir avukat vasıtasıyla başvurabilirler.¹⁸³ Macaristan’da actio popularis (popüler dava) imkanı vardır ve kişiler herhangi bir kanun veya kanunun hükmü için kişisel bir menfaat aranmaksızın anayasa’ya aykırılık iddiasında bulunabilirler. Bu davalardaki kişisel iddialar soyut norm denetimini doğurmaktadır.¹⁸⁴

¹⁷⁸ <http://mjp.univ-perp.fr/constit/ch1874.htm>, 12.5.2008. Ayrıntılı bilgi için bkz. TUNÇ, 1997, s. 105.

¹⁷⁹ EGLİ, Jean-François: Anayasa Yargılamasına Şahsi Müracaat, **Anayasa Yargısı**, 9, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 27, Ankara 1992, s. 362.

¹⁸⁰ Meksika Anayasası için bkz. <http://www.ilstu.edu/class/hist263/docs/1917const.html>, 12.5.2008.

¹⁸¹ PEKCANITEZ, 1995, s. 265.

¹⁸² PEKCANITEZ, 1995, s. 265.

¹⁸³ KİM, Yang-Kyun: Kore’de Anayasal Başvuru Sistemi, **Anayasa Yargısı**, 12, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 31, Ankara 1995, s. 347-353.

¹⁸⁴ PACZOLAY, Peter: “Anayasa Şikayeti ve Buna İlişkin Sorunlar(Venedik’te Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor)”, **Anayasa Yargısı**, 21, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 51, Ankara 2004, s. 194.

C. TÜRK ANAYASA YARGISINDA ANAYASA ŞİKAYETİ KURUMU OLMALI MI?

1961 Anayasası'nın yapımı aşamasında anayasa şikayeti kurumu tartışılmıştır. Siyasal Bilgiler Fakültesi'nin hazırladığı Tasarıda anayasa şikayetine yer verilmeme sebebi; *"Anayasa Mahkemesi'ne bazı memleketlerde olduğu gibi hemen her anayasa ihtilafı için müracaat edilmesine yol açan şümüllü bir sisteme gitmeyi doğru bulmadık. Grupların ve şahısların müracaatlarını çok mahdut hallere inhisar ettirmeyi ve kanunların Anayasa'ya aykırılığı meselesini de ancak "defi" yoluna ve ilgili yargı mercii tarafından bu defin varit görülmesi haline hasretmeyi uygun gördük. Aksi halde Anayasa Mahkemesi'nin siyasi ve mesleki gruplar arasında çıkacak anayasa ile ilgili ihtilaflarda bir nevi hakem mevkiine geleceğini ve lüzumundan fazla müracaatla çok yüklü bir hale geleceğini ve bu suretle mahkemenin otoritesinin ve işleyişinin sarsılacağını düşündük."*¹⁸⁵ açıklamasıyla Anayasa Mahkemesi'nin iş yükünün artması kaygısı olarak gösterilmiştir. 1961 Anayasası'nın maddeleri ile ilgili Meclis görüşmelerinde BATUR; *"...Memleketimizin gerçeklerine eğilip baktığımız vakit temel hak ve hürriyetleri çiğneyenler daima resmi şahıslar ve resmi organlar olmuşlardır. Hakları çiğnenenler ise kişilerdir. Biz tutuyor, hakları çiğneyen ve zedeleyenlere müracaat hakkını veriyoruz, bu hakkı kişilere tanımıyoruz... Anayasa Mahkemesi'nin işlerinin çokluğundan ötürü kişilere kapılarının kapatılmış olması düşünülmüş olabilir. Terazinin bir kefesine bu iş çokluğunu koyun, diğer kefesine de hürriyetleri koyun, hangisi ağır basar, onun takdirini sizlere bırakıyorum. Diyemezsiniz ki, işlerin çokluğu ağır basar. Elbette ki, temel hürriyetlerimiz ağır basar. Kanaatime göre Anayasa Mahkemesi'ne yalnız mağdur olanlar değil, yalnız şikayetçi olanlar değil, bütün vatandaşların dava açmak zaruretleri olabilir...Anayasa Mahkemesi'ne müracaat için sadece insan olmak şartı*

¹⁸⁵ Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, İdari İlimler Enstitüsü'nün Gerekçeli Anayasa Tasarısı ve Seçim Sistemi Hakkındaki Görüşü, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1960, s. 86.

yeter. Oraya her vatandaş hakkını aramak için gitmelidir...¹⁸⁶ diyerek actio popularis'in kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur. Bu görüşün karşısında BİLGE; "...Anayasa'ya aykırı bir kanun vatandaşa tatbik edilmişse o kişi defi yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne müracaat yapabilir. Onun için defi dışında iptal davası bir istisna olmak gerekir. Bu sebepler dolayısıyla ancak, muayyen müesseselere iptal hususunda hak tanımak, Anayasa Mahkemesi'nin görevini iyi görmesi bakımından zaruridir. İptal davasını açmak hakkını bütün vatandaşlara teşmil etmek doğru olmaz."¹⁸⁷ görüşünü dile getirmiş, Anayasa Komisyonu Sözcüsü AKSOY bu tartışmalara; "...Actio popularis meselesine de kısaca dokunmak isterim: Her vatandaş, "Şu kanun Anayasa'ya aykırıdır." diye dava açma hakkına sahip olursa, dava hastası olan veya reklam gayesi güden bazı şahıslar, durmadan, bütün kanunlara karşı Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla dava ikame edeceklerdir. Anayasa Mahkemesi de, beyhude yere bu davalarla meşgul olacaktır... Bir tarafta, cebinde on altı kuruşluk damga pula olan her şahsın iptal davası açması teklif ediliyor; diğer tarafta da iptal davası açma hakkı herkesten esirgeniyor. Halbuki biz, bu fikirlerin ortasında bir yol tutarak, iptal davası açma hakkını, mahdut şahıslara ve teşekküllere tanıdık. Diğerlerine de, davalarını defi yoluyla her zaman dermeyan etmek imkanını verdik."¹⁸⁸ diyerek cevap vermiştir. Bu görüşmelerden 1961 Anayasası'nın yapımı sürecinde anayasa şikayetinden ziyade actio popularis'in tartışıldığı bu tartışmaların sonunda da Anayasa Mahkemesi'nin iş yükünü arttıracığı hususunun dile getirildiği ve salt anayasa şikayeti üzerinde ciddi bir tartışma olmadığı anlaşılmaktadır.

¹⁸⁶ Suphi BATUR'un konuşma metni için Bkz. **Türkiye Cumhuriyeti Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi**, C. 4, 1961, s. 216-217.

¹⁸⁷ Necip BİLGE'nin konuşma metni için Bkz. **Türkiye Cumhuriyeti Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi**, C. 4, 1961, s. 218.

¹⁸⁸ Muammer AKSOY'un konuşma metni için Bkz. **Türkiye Cumhuriyeti Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi**, C. 4, 1961, s. 218.

Anayasa Mahkemesi'nin ilk kuruluş yıllarında birçok bireysel başvuru yapılmıştır. Bu başvurularda dikkat çeken husus vatandaşların Anayasa Mahkemesi'ni bir ümit kapısı ve dert ortağı olarak görmeleridir.¹⁸⁹ BALTA, 1961 Anayasası döneminde, Anayasa'da düzenlenmiş olmamakla beraber açıkça yasaklanmadığını da belirterek Anayasa'nın 136. maddesindeki, "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir." hükmünden hareketle kanun ile anayasa şikayeti kurumunun düzenlenebileceğini belirtmiştir. Bu düşüncesini Anayasa'nın 147. maddesindeki "*Anayasa Mahkemesi... Anayasa ile verilen diğer görevleri yerine getirir...*" hükmünün Anayasa'da işaret edilen çeşitli görevleri belirttiği, ancak kanunla düzenleme yapmaya engel teşkil etmediği düşüncesine dayandırmıştır.¹⁹⁰ Anayasa şikayeti kurumu norm denetimi davalarına benzemekle birlikte, onlardan esaslı şekilde ayrılan olağanüstü bir hukuksal çaredir. 1961 ve 1982 Anayasalarında sayma yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin kesin olarak belirlenmiş olan görev ve yetkileri arasında anayasa şikayeti yer almamaktadır, dolayısıyla çoğun içerisinde azı da vardır, ya da yasaklayıcı, engelleyici bir kural yok diyerek Anayasa'da yer almayan anayasa şikayeti kurumunun kanun ile kabul edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle BALTA'nın bu görüşü doktrinde kabul görmemiştir.¹⁹¹

Kara Kuvvetleri Komutanlığı 8. Kolordu Komutanlığı Askeri Mahkemesi, ön ödeme kurumundan yararlanmak istediği halde ekonomik imkansızlık nedeniyle yararlanamayan bir kişinin salt bu nedenle aynı suçu işleyen bir başka kişiden daha fazla ceza almasını öngören Türk Ceza Kanunu'nun 119/5. maddesinin Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla iptali istemiyle

¹⁸⁹ ARMAĞAN, Servet: **Anayasa, Seçimler ve Anayasa Mahkemesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1975, s. 232.

¹⁹⁰ BALTA, 1961, s. 557-558.

¹⁹¹ GÖREN, 1995 a, s. 135-136.; AZRAK, 1963, s.661.: ARMAĞAN, Servet: "Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kanunu ve Bazı Özellikleri", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yeniseri, Yıl 1, S. 1, 1967, s. 59 (1967 c).

Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuş, Anayasa Mahkemesi; "...Ön ödeme kapsamına alınan cezaların nevi ve süresine bakıldığında düzenlemenin hafif suçlar için getirildiği, bununla bir yandan ihlal edilen kamu düzeninin hızla ve daha az masrafla düzeltilmesinin, diğer yandan ise kovuşturma makamları ile mahkemelerin işlerinin azaltılarak ağır nitelikteki suçlarla ilgili soruşturma ve davalarda daha fazla zaman ve mesai harcayabilmelerine olanak sağlanmasının hedeflendiği görülmektedir. Nitekim, maddenin ilk kez düzenlendiği günden bu yana kapsamının muhtelif tarihlerde genişletilmesindeki ana gerekçeyi de bu hedef oluşturmuştur... Anayasa'nın 141. maddesinde, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargıya görev olarak yüklenmiştir. İtiraz konusu kuralın, Anayasa'da yer alan bu hükmün gereğini yerine getirmek üzere yasalaştırıldığı dikkate alındığında, düzenlemenin Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır..."¹⁹² diyerek bu iptal istemini reddetmiştir. Bu kararda karşıoy kullanan üyeler TUĞCU ve SAĞLAM birlikte yazdıkları karşıoy yazılarında; "...itiraz konusu kural, yalnızca belli alanlar yönünden Anayasa'ya aykırıdır. Ancak Anayasa şikayetinin yer almadığı ve 1961 Anayasası'nın 152. maddesinin 4. fıkrasında yer alan 'Anayasa Mahkemesi, diğer mahkemelerden gelen aykırılık iddiaları üzerine verdiği hükümlerin, olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı olacağına da karar verebilir.' şeklindeki kuralın 1982 Anayasası'nda benimsenmediği gözönünde tutulursa, anayasa yargısı düzenimizde iptal kararı verme dışında bir seçeneğin bulunmadığı anlaşılır. Bu sorunun aşılması, ancak ilk derece mahkemelerinin ve/veya onların temyiz mercilerinin yöneleceği uygulama ile sağlanabilir. Başka bir deyişle bu mahkemeler, anayasal haklar ve temel ilkeleri esas alarak uygulayacakları normun amacı ve bu amaca uygun spesifik uygulama alanı dışında kalan norm alanında Anayasa'ya uygun yorum yönteminden yararlanarak, sorunun

¹⁹² Anayasa Mahkemesi'nin 31.3.2004 tarih ve Esas 2002/143 Karar 2004/46 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 40, C. 2, s. 681-686.

*Anayasa Mahkemesi önüne gelmesine gerek bırakmayabilirler. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin, uygulamada belli bir anlamla (Anayasa'ya aykırılığı içeren anlamıyla) önüne getirilmiş olan bir konuda yorumlu ret kararı vermesi de mümkündür...*¹⁹³ diyerek anayasa şikayeti kurumunun Türkiye'de kabul edilmemiş olmasının sıkıntısını dile getirmişlerdir.

SAĞLAM, kapsamı içinde yer alan olayların büyük bir çoğunluğu için Anayasa'ya aykırı olmayan bir normun, tek bir olayda dahi kişinin temel hakkının ihlaline sebep olması halinde, o kişinin hakkının korunması gerektiğini belirterek, anayasa şikayeti olmayan bir anayasa yargısının topal olduğunu söylemektedir.¹⁹⁴ GÖREN, anayasa şikayeti kurumunun Anayasa'ya dahil edilmesiyle anayasa hukukunun en geniş kapsamıyla korunacağı, yorumlanacağı ve geliştirilebileceğini belirtmektedir.¹⁹⁵ Anayasa şikayetinin kabulü ile asıl sağlanacak olan Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesinin en iyi şekilde uygulanması olacaktır. Kamu gücünü elinde bulunduranlar, vatandaşa bir normu uygularken, o normu en üstün norm olan Anayasa'ya uygun olarak yorumlamak durumunda kalacaklardır. Bu tarzdaki uygulama ile de anayasa şikayetinin subjektif olma özelliği, objektif hukuk koruması sağlayacaktır. Almanya'da anayasa şikayeti kurumunun uygulamasında olduğu gibi, soyut ve somut norm denetimi yolu ile anayasa yargısına konu teşkil etmeyen, Anayasa'da Yasama Organı'na görev verildiği halde hareketsiz kaldığı, norm koymadığı durumlarda meydana gelen temel hak ihlalleri artık anayasa yargısının denetimi dışında kalmayacaktır.

KABOĞLU, Türkiye'de özgürlükler hukukunun sınırlayıcı ve yasakçı karakterinden arındırılması açısından anayasa şikayeti kurumunun getirilmesi

¹⁹³ Üyeler Tülay TUĞCU ve Fazıl SAĞLAM'ın karşıoy yazıları için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 31.3.2004 tarih ve Esas 2002/143 Karar 2004/46 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 40, C. 2, s. 694..

¹⁹⁴ SAĞLAM, Fazıl: "Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli", **Anayasa Yargısı**, 21, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 51, Ankara 2004, s. 268-269.

¹⁹⁵ GÖREN, 1995 a, s. 132.

gerektiğini savunmaktadır.¹⁹⁶ Anayasa Mahkemesi üyelerince 2004 yılında hazırlanan taslak Anayasa değişikliği önerisinde anayasa şikayeti kurumuna yer verilmiştir. Bu düzenleme; *“Herkes, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki anayasal hak ve özgürlüklerden birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla ve kanun yollarının tüketilmiş olması koşulu ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurabilir. Anayasa şikayeti ile ilgili başvurunun görüşülebilirliği, ön inceleme komisyonunun kuruluş ve yetkileri, Daire kararına ilişkin esas ve usuller, kanunla düzenlenir.”*¹⁹⁷ şeklindedir. SABUNCU ve ARNWINE ESEN anayasa şikayeti kurumunun Anayasa’da düzenlenmesi halinde, anayasa şikayetine konu teşkil edecek hak ve özgürlüklerin *“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sözleşmenin Türkiye’nin taraf olduğu ek protokolleri kapsamında yer alan bu Anayasa tarafından tanınmış hak ve özgürlükler”* şeklinde sınırlanmasının veya 148. maddede hangi hakların bu şikayete konu olabileceğinin kanunla düzenleneceğinin belirtilmesinin uygun olacağı görüşündedirler.¹⁹⁸ İnsan Hakları Sözleşmesini imzalayan devletler, insan haklarının korunması için gereken tedbirleri almak zorundadır. Ancak insan haklarını korumak için anayasa şikayeti kabul edilmesi mutlak olan bir kurum değildir. Bununla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne temel hakların ihlali gerekçesine dayalı olarak yapılan başvuruların sayısının anayasa şikayeti kurumunun kabulüyle oldukça düşeceği açıktır.¹⁹⁹ Anayasa şikayeti kurumunu düzenlerken dikkat edilmesi gereken husus, anayasa şikayetinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinde yer alan makul sürede yargılamanın sonlandırılması ilkesine aykırı olarak hak arama özgürlüğünü geciktirici ve zorlaştırıcı bir etki yapmamasını temin edecek şekilde düzenlenmesidir.²⁰⁰ Anayasa’nın 152. maddesinin son fıkrasında düzenlenen

¹⁹⁶ KABOĞLU, İbrahim Ö: **Anayasa Yargısı**, 1. Bası, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 1994, s. 65.

¹⁹⁷ BAŞLAR, Kemal: “Anayasa Yargısında Yeniden Yapılanma”, **Demokrasi Platformu**, Yıl 1, S. 2, Bahar 2005, s. 108.

¹⁹⁸ SABUNCU – ARNWINE ESEN, 2004, s. 237.

¹⁹⁹ Aynı yönde bkz. PEKCANITEZ, 1995, s. 286.; PACZOLAY, 2004, s. 195.

²⁰⁰ SABUNCU – ARNWINE ESEN, 2004, s. 245.

“Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz” hükmünün anayasa şikayetine etkisi ne olacaktır? Bir norm soyut veya somut norm denetimine konu teşkil etmiş ise buna ilişkin Anayasa Mahkemesi kararının Resmi Gazete'de yayımından on yıl geçmedikçe aynı normun uygulanması ile ilgili olarak anayasa şikayeti yoluna başvulamayacak mı? Bu konuda SABUNCU ve ARNWINE ESEN'in on yıl yaşığının sadece norm denetimi yasağı getirdiği, bu durumun Anayasa Mahkemesi'nin anayasa şikayetini incelemesine ve olayla sınırlı ihlal kararı vermesine engel teşkil etmeyeceği yönündeki görüşlerine katılıyoruz.²⁰¹ BAŞLAR, anayasa şikayeti kurumunun ilk kabulünde bireysel başvurunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin sadece belirli maddeleriyle sınırlandırılması, Türkiye'deki uzun süreli yargı problemi nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının anayasa şikayeti kapsamı dışında tutulmasını önermektedir.²⁰² Genel uygulamaya bakıldığında anayasa şikayeti ile ulusal anayasalarda tanımlanan hakların korunduğu görüldüğü halde, Anayasa Mahkemesi'nin Taslağında ve bu Taslak etrafında yapılan önerilerde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında yer alan hak ve özgürlüklere atıf vardır. Oysa bireyi, bir uluslararası sözleşmeye bakmak zorunda bırakmadan, korunan hak ve özgürlüklerin doğrudan Anayasa'da belirtilmesinin daha uygun olacağı kanısındayız.²⁰³ Türkiye'de, soyut ve somut norm denetiminin bütün ayrıntılarının Anayasa'da düzenlendiği dikkate alındığında, aynı sistematik içerisinde anayasa şikayetinin de 148. madde son paragraf olan *“Anayasa Mahkemesi, Anayasa ile verilen diğer*

²⁰¹ Aynı yönde bkz. SABUNCU – ARNWINE ESEN, 2004, s. 234.

²⁰² BAŞLAR, 2005, s. 110.

²⁰³ Aynı yönde bkz. GÖREN, Zafer: “Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli”, **Anayasa Yargısı**, 21, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 51, Ankara 2004, s. 288.; TÜRK, Hikmet Sami: “Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli”, **Anayasa Yargısı**, 21, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 51, Ankara 2004, s. 291.

görevleri de yerine getirir.” ibaresinden önce gelmek üzere 6. paragraf olarak “Anayasa Mahkemesi kamu makamlarının her türlü işlem ve eylemleri ile temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edildiğini düşünen vatandaşların yaptığı anayasa şikayetleri hakkında karar verir.” ibaresinin getirilmesinin ve 152. maddeden sonra 152a maddesi olarak anayasa şikayetinin soyut ve somut norm denetiminin Anayasa’da düzenlendiği ayrıntıda düzenlenmesinin uygun olacağı kanısındayız. Bu ayrıntılı düzenleme yapılacak olan maddede de kanun yollarının tüketilmiş olması, anayasa şikayetinin konusu ve şikayet için öngörülen sürenin belirtilmesinin diğer ayrıntıların ise Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’da düzenlenmesinin uygun olacağı kanısındayız.²⁰⁴ Kanımızca anayasa şikayetine konu olabilecek hakların kanunla düzenlenmesi mevcut Anayasa’nın yapısı ile çelişir ve siyasi iktidarların kolayca değiştirebileceği bir düzenleme olur. Anayasa şikayetine konu teşkil edecek temel haklar konusunda bir sınırlamaya gidilmemesi ve Almanya’daki uygulama benzeri anayasa şikayetinin en geniş şekliyle kabul edilmesi halinde temel hak ve özgürlüklerin en iyi şekilde korunacağını düşünüyoruz.²⁰⁵

²⁰⁴ HEKİMOĞLU, benzer şekilde, Anayasa’nın 148. maddesine bir fıkra eklenmesi suretiyle anayasa şikayeti kurumunun Anayasa’ya dahil edilmesi gerektiği görüşünde olup, farklı olarak anayasa şikayetinin 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile Anayasa Mahkemesi İhtüzüğünde düzenlenmesinin uygun olacağı görüşündedir. Bkz. HEKİMOĞLU, Mehmet Merdan: **Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları**, Detay Yayıncılık, Ankara 2004, s. 144-145.

²⁰⁵ Aynı yönde bkz. TURHAN, Mehmet: “Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli”, **Anayasa Yargısı**, 21, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 51, Ankara 2004, s. 250.

İKİNCİ BÖLÜM

DENETİME TABİ NORMLAR

Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi normlar, kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ile Anayasa değişiklikleridir.

I. KANUNLAR

Anayasa Mahkemesi kanunların Anayasa'ya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetlemektedir. Mahkemenin, bir normu kanun olarak kabulünde, kendi koyduğu kıstaslara göre değerlendirme yaptığını, normun adıyla bağlı kalmadığını görüyoruz. Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde verdiği kararında, Cumhuriyet öncesi dönemde çıkarılan "Asarı Atika Nizamnamesi"nin önce kanun niteliğinde olup olmadığının çözümlenmesi gerektiğini belirtip; *"...Nizamname yurt içinde bulunmuş ve bulunacak eski eserler hakkında ne işlem yapılacağını ve bunların mülkiyetinin kime ait olacağını göstermektedir. Asarı Atika Nizamnamesi bir kanunu uygulama maksadıyla düzenlenmiş olmayıp konuyu doğrudan doğruya düzenler nitelikte kurallar koymakta ve bu niteliği bakımından Anayasa'nın 107. maddesinde sözü edilen ve kanunun uygulama şeklini belirten veya kanunun emrettiği işleri açıklayan tüzüklerden ayrı bir durum göstermekte ve yürürlüğünden önceki mevzuatı ortadan kaldırmaktadır. Gerçekten Nizamnamenin yürürlüğe girdiği günde Mebusan Meclisi süresiz kapatılmış, böylece yasama ve yürütme erki Devleti temsil eden padişahın elinde toplanmış ve onun iradesi kanun kudretinde bulunmuştur. Yüksek iradenin onayı ile yürürlüğe konulan ve o günden beri uygulanagelen bu Nizamnamenin kanun niteliğinde olduğunun kabulü ve bu sebeple de Anayasa'ya aykırılık itirazının incelenmesi gerekir. Nitekim Anayasa*

Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri hakkındaki 44 sayılı Kanunun geçici beşinci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan 'Yukarıdaki fıkralar kanun adını taşımamakla beraber kanun mahiyetindeki sair metinler için de uygulanır.' hükmü de bu düşünceyi doğrulamaktadır...²⁰⁶ diyerek normun kanun adını taşıyıp taşımadığına bakmaksızın kanun niteliğinde ve kudretinde olduğunu kabul ettiği normların dava konusu olabileceğini kabul etmiştir. Yine Anayasa Mahkemesi, Osmanlı döneminde çıkarılan Zabıta Saydiye Nizamnamesinin denetime tabi norm olduğunu; "...Adı nizamname olmakla birlikte toplum için uyulması zorunlu, genel, soyut, sürekli ve konuyu doğrudan doğruya düzenler nitelikte kuralları kapsar; yani kanun değer ve gücündedir. Nizamname adını taşımasının, o çağda kanunla nizamname arasındaki ayırımın kesin olarak belirmemiş ve tüzük (nizamname) deyiminin henüz bugünkü anlam ve kavramıyla yerleşmemiş bulunmasından ileri geldiği söylenebilir."²⁰⁷ diyerek açıklamıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin, normun adı ile kendisini bağlı saymadığı ve adı ne olursa olsun kendisinin normun içeriğine göre normu adlandırıp ona göre anayasal denetime tabi tuttuğu 1982 Anayasası dönemindeki içtihatları ile de sabit olduğundan²⁰⁸, 44 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunun Geçici 5. maddesinin 3. fıkrasındaki "...Yukarıdaki fıkralar, kanun adını taşımamakla beraber kanun mahiyetindeki sair metinler içinde uygulanır." şeklindeki düzenleme²⁰⁹, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunda yer almasa da, 1982 Anayasası döneminde de

²⁰⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 6.7.1965 tarih ve Esas 1965/16 Karar 1965/41 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 3, s. 174.

²⁰⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 3.5.1966 tarih ve Esas 1966/4 Karar 1966/25 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 4, s. 170.

²⁰⁸ Bu yöndeki kararları için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 3.7.1991 tarih ve Esas 1991/6 Karar 1991/20 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 27, C. 1, s. 413.; Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.2001 tarih ve Esas 2001/424 Karar 2001/354 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 38, C. 1, s. 372-373.

²⁰⁹ Mülga Kanun metni için bkz. <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/15130.html>, 11.11.2008.

anayasal denetiminin, kanun adını taşımasa da kanun niteliğinde ve kudretinde olduğu kabul edilen normların tümünü içerdiği kuşkusuzdur.²¹⁰

Günümüzde, kanun olarak sadece 1982 Anayasası'nın 174. maddesinde belirtilen İnkılap Kanunları Anayasa Mahkemesi'nin denetimi dışındadır. Anayasa Mahkemesi İnkılâp Kanunlarının norm olarak yerini "*...Devrim Yasalarının Anayasa'nın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğu şeklinde anlaşılabilmesi ve yorumlanabilmesinin öngörülmesi, bu yasalara, diğerlerinden farklı anayasal bir güvence sağlamaktadır. Ancak bu durumun onlara, Anayasa gücü ve değeri kazandırdığı kabul edilerek, Anayasa'ya uygunluk denetimine esas alınmaları olanaklı değildir...*"²¹¹ şeklinde açıklamaktadır.

3.10.2001 Tarihli Anayasa değişikliği öncesinde Geçici 15. madde uyarınca Milli Güvenlik Konseyi döneminde çıkarılan kanunlar da Anayasal denetim dışındaydı. Bu tarihe kadar yapılan denetimlerde Anayasa Mahkemesi Geçici 15. madde kapsamında yer alan bir normun iptali için dava açıldığında; "*...madde metninde, 12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar geçecek süre içinde çıkarılan yasalar, kanun hükmünde kararname ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Yasa uyarınca alınan kararla yapılan İşlemlerin Anayasa'ya aykırı olduğu savında bulunulamaz. Bu durum karşısında, söz konusu dönemde çıkarılan yasalar hakkında Anayasa Mahkemesi'nde doğrudan iptal davası açılmayacağı gibi İtiraz yoluyla bile Anayasa'ya aykırılık savında bulunulamaz... Geçici 15. maddenin tümü dikkatli olarak incelendiğinde, yapılan düzenlemede konu edilen yasalar için mutlak bir dokunulmazlığın sağlandığını söylemek güçtür. Her şeyden önce Anayasa'da yer alan hukuk devleti ilkesi buna olur vermez. Bu madde kapsamındaki, olağanüstü*

²¹⁰ ALİEFENDİOĞLU, 1996, s. 108.

²¹¹ Anayasa Mahkemesi'nin 16.9.1998 tarih ve Esas 1997/62 Karar 1998/52 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 36, C. 1, s. 283.

yönetimin olağanüstü koşulları altında çıkarılan yasalarla yasa hükmündeki kararnamelerin geçilen demokratik düzen içinde değiştirilmesine ya da yürürlükten kaldırılmasına değin Anayasa'ya uygunluk denetimi yolu ile belirtilen dönemin tartışma konusu yapılmamasında kamu yararı görülmüştür. Ancak Yasa Koyucu, siyasal ve sosyal gelişmelere ve gereksinimlere göre, söz konusu yasal kurallardan gerekli gördüklerini değiştireceği ya da kaldırabileceği gibi Anayasa'da öngörülen koşullara uyarak Anayasa'daki geçici maddeleri de kaldırabilir. Bunlar dışında bir yargı organının Anayasa'yı dışlayan bir yorumla Geçici 15. maddeyi etkisiz duruma getirmesi olanaksızdır...²¹² diyerek bu kapsamındaki normları denetlemekten kaçınmıştır.

Anayasa Mahkemesi "atıf" yöntemi ile, kanun koyucunun, daha önce yürürlüğe koyduğu hükmü, ilgisi nedeniyle başka konudaki düzenlemeye alabileceğini belirterek, "atıf"ta bulunulan hükmün, yeni kanun tarafından da benimsenerek bünyesine girmiş olacağını, bu itibarla anayasal denetim açısından, bir kanunla yapılan yeniden düzenleme ile, başka bir kanundaki hükümlere atıf yapılması arasında fark olmadığını belirtmiştir.²¹³ Bu durumda atıf içeren hüküm ile

²¹² Anayasa Mahkemesi'nin 28.1.1992 tarih ve Esas 1992/7 Karar 1992/2 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 28, C. 1, s. 125-129. Aynı Mahiyetteki kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 12.9.1991 tarih ve Esas 1991/31 Karar 1991/27 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 27, C. 2, s. 500.; Anayasa Mahkemesi'nin 20.4.1993 tarih ve Esas 1993/20 Karar 1993/17 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 29, C. 1, s. 298. ; Anayasa Mahkemesi'nin 3.3.1992 tarih ve Esas 1991/60 Karar 1992/16 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 28, C. 1, s. 195-200.; Anayasa Mahkemesi'nin 17.3.1992 tarih ve Esas 1992/21 Karar 1992/19 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 28, C. 1, s. 229.; Anayasa Mahkemesi'nin 28.1.1992 tarih ve Esas 1999/19 Karar 1999/12 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 35, C. 2, s. 436.; Anayasa Mahkemesi'nin 12.5.1999 tarih ve Esas 1992/7 Karar 1999/17 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 35, C. 2, s. 441-442.; Anayasa Mahkemesi'nin 25.5.1999 tarih ve Esas 1999/23 Karar 1999/18 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 35, C. 2, s. 446-450.; Anayasa Mahkemesi'nin 15.6.2000 tarih ve Esas 2000/37 Karar 2000/14 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 36, C. 2, s. 710-714.; Anayasa Mahkemesi'nin 11.3.1997 tarih ve Esas 1997/23 Karar 1997/34 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 33, C. 1, s. 326-333.; Anayasa Mahkemesi'nin 26.3.1997 tarih ve Esas 1997/33 Karar 1997/39 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 33, C. 1, s. 356-361.; Anayasa Mahkemesi'nin 14.2.1996 tarih ve Esas 1996/6 Karar 1996/6 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 32, C. 2, s. 577-584.; Anayasa Mahkemesi'nin 26.6.1996 tarih ve Esas 1996/28 Karar 1996/24 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 32, C. 2, s. 756-762.; Anayasa Mahkemesi'nin 26.6.1996 tarih ve Esas 1996/29 Karar 1996/25 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 32, C. 2, s. 765-772.; Anayasa Mahkemesi'nin 16.10.1990 tarih ve Esas 1990/32 Karar 1990/25 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 26, s. 429-438.

²¹³ Anayasa Mahkemesi'nin 1.3.1984 tarih ve Esas 1984/1 Karar 1984/2 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 20, s. 201.; Anayasa Mahkemesi'nin 1.2.1990 tarih ve Esas 1990/64 Karar 1990/2 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 26, s. 64-65.

ilgili olarak yapılacak Anayasal denetim, Atfın yer aldığı hüküm ile ilgili olarak yapılacaktır ve verilecek karar her iki düzenlemeye ilişkin olacaktır.

Anayasa'nın 90. maddesi ve 2949 sayılı Kanun'un 23. maddesi uyarınca usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmalar kanun hükmünde olup, bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı açık ise de, andlaşmaları uygun bulma kanunları denetim dışında değildir. Anayasa Mahkemesi bu durumu; *"...Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında, 'usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz' denilmektedir. Uluslararası ilişkilerde sürekliliği sağlama amacı gözeterek getirilen andlaşmaların yargı denetimi dışında tutulmasına ilişkin bu kuralla anayasal denetimin dışında tutulmak istenen, yöntemince yürürlüğe konulmuş olan uluslararası andlaşmalardır. Bu nedenle, andlaşmadan bağımsız olarak onay yasalarına karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilir."*²¹⁴ şeklinde açıklamaktadır. Anayasa değişikliği yapan kanunlar, 1982 Anayasası'nın 148. maddesi uyarınca yalnızca şekil bakımından Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabidir, bu şekil denetimi de, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı ile sınırlıdır. Anayasa değişikliği ve uluslararası andlaşmalar ileride ayrıntılı olarak incelenecektir.

II. KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELER

A) OLAĞAN DÖNEM KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERİ

Kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi 1961 Anayasası'nı değiştiren 22.9.1971 tarih ve 1488 sayılı Kanunla 1961 Anayasası'nın 64.

²¹⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 27.2.1997 tarih ve Esas 1996/55 Karar 1997/33 sayılı kararı , **AYMKD**, S. 37, C. 1, s. 94-95.

maddesinde ilk defa düzenlenmiş ve anayasa yargısı denetimine tabi olduğu hususu da yine aynı maddenin son fıkrasında yer almıştır.²¹⁵

1982 Anayasası'nın 148. maddesindeki "*Anayasa Mahkemesi, kanun hükmünde kararnamelerin Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.*" şeklindeki düzenleme ile olağanüstü hal, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler anayasa yargısı denetimi dışında tutulmuştur.

Anayasa'ya uygunluk denetimi öncelikle kanun hükmünde kararnamenin yetki kanununa uygunluğunun denetimini gerektirir. Çünkü, Anayasa'da, Bakanlar Kurulu'na ancak yetki kanununda belirtilen sınırlar içerisinde kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmesi öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesi, bu yetkinin dışına çıkılmasının, kanun hükmünde kararnameyi Anayasa'ya aykırı duruma getirdiğini; "*Anayasa'nın 148. maddesinde kanun hükmünde kararnamelerin yetki yasalarına uygunluğunun denetlemesinden değil, yalnızca Anayasa'ya biçim ve esas bakımlarından uygunluğunun denetlenmesinden söz edilmekte ise de, Anayasa'ya uygunluk denetimi öncelikle kanun hükmünde kararnamenin yetki yasasına uygunluğunun denetimini gerektirir. Çünkü, Anayasa'da, Bakanlar Kurulu'na ancak yetki yasasında belirtilen sınırlar içerisinde kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmesi öngörülmüştür. Yetkinin dışına çıkılması, kanun hükmünde kararnameyi Anayasa'ya aykırı duruma getirir. Bu durumda, kanun hükmünde kararnamenin yetki yasasına aykırı olması Anayasa'ya aykırı olması ile özdeşleşir... kanun hükmünde kararnamenin yetki yasası ile olan bağı, kanun hükmünde kararnameyi aynı ya da değiştirerek kabul eden yasa ile kesilir... Bir yetki yasasına dayanmadan çıkartılan veya dayandığı yetki yasası iptal*

²¹⁵ ALİEFENDİOĞLU, 1996, s. 108.

edilen bir kanun hükmünde kararnamenin kuralları, içerikleri yönünden Anayasa'ya aykırılık oluşturmaları bile Anayasa'ya uygunluğundan söz edilemez... Bu nedenlerle, iptaline karar verilen bir yetki yasasına dayanılarak çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin, Anayasa'nın Başlangıç'ındaki 'hiç bir kişi ve kuruluşun, bu Anayasa'da gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı', 2. maddesindeki 'Hukuk devleti' ilkeleriyle, 6. maddesindeki 'Hiç kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz' kuralı ve kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisine ilişkin 91. maddesiyle bağdaştırılmaları olanaksızdır.²¹⁶ diyerek belirtmektedir.

Anayasa Mahkemesi, 3268 sayılı "Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkındaki Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Yetki Kanunu"nun 2. maddesinin (m) bendinin²¹⁷ iptali istemi ile açılan davada, "...Mevzuatımızda devlet memurlarıyla diğer kamu görevlilerinin idari, mali ve sosyal haklarıyla ilgili hükümleri içeren yasalar bellidir. Ancak, bir bir saptanması, hangi yasada bu konuda ne gibi bir hükmün bulunduğu oldukça dikkatli bir inceleme ve araştırmayı gerektirir. Burada Yasa Koyucu, bizzat yapacağı araştırmada, devlet memurları ve diğer kamu görevlileriyle ilgili kimi yasaların gözden kaçmış olabilmesi ihtimalinin yaratabileceği sakıncaları önlemek gibi bir amaçla iptali istenilen (m) bendinde olduğu şekilde bir belirlemeyi tercih etmiş bulunmaktadır. Bu tür bir tespitin, kapsam belirleme işinin ötesinde topyekün bir yetki devri olarak yorumlanması isabetli sayılamaz. Öte yandan Yetki Kanunu'nda yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin açıkça gösterilmesi gerektiği yolundaki esas da

²¹⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 5.6.2001 tarih ve Esas 2001/325 Karar 2001/98 sayılı kararı, **AYMKD**., S. 38, C. 1, s. 345.

²¹⁷ İptale konu kanun; "Bu Yetki Kanununa göre çıkartılacak Kanun Hükmünde Kararnameler; Kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan memurlarla diğer kamu görevlilerinin idari, mali ve sosyal haklarında günün ekonomik şartlarına uygun olarak;...m) Diğer Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerin Devlet memurları İle diğer kamu görevlilerinin idari, mali ve sosyal hakları ile ilgili hükümlerinde yapılacak yeni düzenleme ve değişiklikleri kapsar." şeklindedir.

1982 Anayasası'nda yer almamıştır²¹⁸ diyerek yetki kanununda yürürlükten kaldırılacak kanun hükümlerinin açıkça gösterilmemesinin Anayasa'ya aykırılık teşkil etmediğini belirtmektedir. Ancak bizce, burada verilen yetkinin genişliği Anayasa'da kanun hükmünde kararnameler için öngörülen dar bir alandaki sınırlı yetki devrini aşan bir nitelik taşır.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da bir hususun kanunla düzenleneceğinin belirtilmesinin kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılmasına engel teşkil etmediğini bir kararında; *"Kanunla düzenlenir deyiminden, ilk bakışta, lafzi bir yorumla, Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini istediği konularda mutlaka bir yasa yapılması anlamı çıkabilir. Ancak, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceği kuralı getirildikten sonra; 'Ancak, sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez' denilerek, kanun hükmünde kararname çıkarılmayacak alanın belirlenmesi ve Anayasa Koyucu'nun, 91. maddede Anayasa'nın yasayla düzenleneceğini öngördüğü konuların da kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceğini söylememesi karşısında bu konularda da kanun hükmünde karname çıkarılabileceği sonucuna varılmalıdır. Nitekim, Anayasa'nın bütçelerde değişiklik yapılabilme esaslarını gösteren 163. maddesinde yer alan, '...Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname ile bütçe de değişiklik yapmak yetkisi verilemez.' biçimindeki Anayasa buyruğu bu düşüncenin bir göstergesidir.."*²¹⁹ diyerek açıklamaktadır.

²¹⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 6.1.1987 tarih ve Esas 1986/15 Karar 1987/1 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 23, s. 13.

²¹⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 1.2.1990 tarih ve Esas 1988/64 Karar 1990/2 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 26, s. 68.; Anayasa Mahkemesi'nin 19.9.1995 tarih ve Esas 1995/39 Karar 1995/45 sayılı kararı,

Anayasa'nın 91. maddesi, sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği hükmünü içermektedir. Anayasa Mahkemesi'nin kanun hükmünde kararnamelerle ilgili Anayasaya aykırılık bulduğu kararlarının bir kısmını Anayasa'nın 91. maddesinin kanun hükmünde kararname çıkarılmayacağını belirttiği bu konularda çıkarılan kanun hükmünde kararnameler oluşturmaktadır.²²⁰

Anayasa'nın 91. maddesinde açıkça yer almayan, ancak Anayasa'ya uygun bir yorumla getirilen "önemli, ivedi ve zorunlu olma" ölçütleri ilk defa Anayasa Mahkemesi'nin "12.10.1988 tarihli, 3479 sayılı "3268 Sayılı Kanun ile 3347 Sayılı Kanunda Değişiklik Yapılması, 2954 sayılı Kanunun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un iptali istemine ilişkin" kararında Anayasa'ya aykırılık nedeni olarak yer almıştır. Anayasa Mahkemesi bu kararında; *"Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin ancak önemli, zorunlu ve ivedi durumlarda verilmesi, yasama yetkisinin devri anlamına gelecek ya da bu izlenimi verecek biçimde güncelleştirip sık sık bu yola başvurulmaması Anayasa Koyucu'nun amacına, kuşkusuz, daha uygundur.... 3479 sayılı Yasanın 1. maddesi ile 'yeni bakanlık' kurma konusunda hükümete kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmesine ilişkin bölümde de belirtildiği gibi, Anayasa'nın 91. maddesindeki konu sınırlamaları dışında, Bakanlar Kurulu'na, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilebilir. Ancak, bu yetki ivedi ve zorunlu durumlarda, kısa süreli ve belli konularda*

AYMKD, S. 32, C. 1, s. 386-387.; Anayasa Mahkemesi'nin 16.5.1989 tarih ve Esas 1989/4 Karar 1989/23 sayılı kararı, AYMKD, S. 25, s. 245.; Anayasa Mahkemesi'nin 4.4.1991 tarih ve Esas 1990/12 Karar 1991/7 sayılı kararı, AYMKD, S. 27, C. 1, s. 218.; Anayasa Mahkemesi'nin 6.1.1987 tarih ve Esas 1986/15 Karar 1987/1 sayılı kararı, AYMKD, S. 23, s. 11-12.; Anayasa Mahkemesi'nin 17.7.1990 tarih ve Esas 1990/1 Karar 1990/2 sayılı kararı, AYMKD, S. 26, s. 322-323.

²²⁰ Bu mahiyette karar için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 4.4.1991 tarih ve Esas 1990/12 Karar 1991/7 sayılı kararı, AYMKD, S. 27, C. 1, s. 229-230.

Anayasa'nın 87. ve 91. maddelerinde koşulları içerecek biçimde verilmelidir. Yapılan incelemede böyle bir 'zorunluluk ve ivedilik' olduğuna dair ne gerekçede, ne de Meclis'teki müzakerelerde bir açıklama yer almakta, yalnızca madde gerekçesinde yeni kurulan üniversitelere kadro verilebilmesi bakımından bu yetkinin gerekli olduğu belirtilmektedir.²²¹ diyerek "önemli, ivedi ve zorunlu olma" ölçütlerini işlemiştir. Bu kararın ardından, Anayasa Mahkemesi 20.10.1988 tarihli, 3481 sayılı "İdari Usul ve İşlemlerin Yeniden Düzenlenmesi ile İlgili Yetki Kanunu" nun iptali istemine ilişkin kararında da; "Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından önemli, zorunlu ve ivedi durumlar dışında ve yasama yetkisinin devri niteliğinde Bakanlar Kurulu'nun yetkilendirilmemesi gerekir."²²² diyerek "önemli, ivedi ve zorunlu olma" ölçütlerini vurgulamıştır. YÜZBAŞIOĞLU, Anayasa Mahkemesi'nin "önemli, ivedi ve zorunlu olma" ölçütleri ile ilgili içtihadına gerekçeleri ile birlikte katıldığını belirtirken²²³, ÖZBUDUN, Anayasa Mahkemesi'nin, kanun hükmünde kararname uygulamasının yaygınlaştırılmasının yasama organını devre dışı bırakacağı kaygısı ile hareket ederek, Milli Mücadelenin ve 1924 Anayasası'nın kanuncu geleneği etkisinde kaldığını, kanun hükmünde kararnamelerin geçerlilik şartlarına Anayasa'da mevcut olmayan yeni şartlar ekleyemeyeceğini, çağdaş demokrasilerde, yasama organı ne ölçüde halk iradesinden kaynaklanıyor ise, yürütme organının da o kadar halk iradesinden kaynaklandığını, üstelik yasama organının yetki kanunu çıkarmak, kanun hükmünde kararnameleri onaylamak, değiştirmek veya reddetmek suretiyle

²²¹ Anayasa Mahkemesi'nin 1.2.1990 tarih ve Esas 1988/64 Karar 1990/2 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 26, s. 68. İlk defa iptale konu olmaksızın "önemli, ivedi ve zorunlu" olma ölçütlerinin Anayasa Mahkemesi'nce kullanıldığı karar için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 16.5.1989 tarih ve Esas 1989/4 Karar 1989/23 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 25, s. 245.

²²² Anayasa Mahkemesi'nin 6.2.1990 tarih ve Esas 1988/62 Karar 1990/3 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 26, s. 103.

²²³ YÜZBAŞIOĞLU, Nemci: **Türkiye'de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi**, Beta Yayınları, İstanbul 1996, s. 109.

süreci kontrol altında tutacak yetkilerle donatılmış olduğunu ve bu denetim sürecini dilediği ölçüde hızlandırma imkanına da sahip olduğunu belirtmektedir.²²⁴

Anayasa Mahkemesi, 388 sayılı “Güneydoğu Anadolu Projesi Bölge Kalkınma İdaresi Teşkilatının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”nin dayanağını oluşturan 3479 sayılı Yetki Kanunu yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edildikten sonra, 388 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin iptali için açılan davada, 3479 Sayılı Yetki kanununun Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilmiş olması nedeniyle Kanun Hükmünde Kararnamenin dayanaksız kalıp kalmadığı sorununu incelerken; *“Yetki yasasının iptalinin, buna dayanılarak çıkartılan kanun hükmünde kararnamelere etkisi konusunda tek ve kesin bir esas koymaya ve bu doğrultuda yorum yapmaya olanak yoktur... kanun hükmünde kararnamenin dayandığı yetki yasasının iptal gerekçesi, iptali istenen kanun hükmünde kararnamenin anayasal durumunu belirleyecektir. Bu bakımdan, öncelikle 3479 sayılı Yetki Yasası’nın Anayasa’ya aykırılığı nedeniyle iptali gerekçesi üzerinde durmak gerekir. Anayasa Mahkemesi, kanun hükmünde kararname çıkarılması ile ilgili olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından verilen yetkinin, ancak “ivedi ve zorunlu” durumlarda ve çok uzun olmayan sürelerde kullanılabilir bir yetki olduğu gerekçesi ile 3479 sayılı Yetki Yasası’nı iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin sözü edilen iptal kararı ile kanun hükmünde kararnameler yönünden ilk kez ‘ivedi ve zorunlu’(abç) olma ve ‘belirli sürelerde kullanma’(abç) ölçütleri getirmiştir. Bu anayasal ölçütlerin daha önce yürürlüğe girmiş olan kanun hükmünde kararnameleri etkilemesi düşünülemez. Konulan yeni ölçütler geleceğe yönelik yeni bir anlayışı açıklamaktadır. Yetki yasasının Anayasa’nın 91. maddesinde sayılan öğelerden birine aykırı olması nedeniyle iptali durumunda, içerdiği kurallar Anayasa’ya uygun olsa bile buna dayanan kanun hükmünde kararnamelerin iptalini gerektirir. İncelenen davada... kanun hükmünde*

²²⁴ ÖZBUDUN, 2008 a, s. 248.

kararnamenin dayanaksız kaldığı savında bulunulmuştur. Anayasa'nın 91. maddesi kapsamında olan ve öbür anayasal ölçütler bakımından 91. maddeye uygun düşen bir yetki yasasının denetiminde, Anayasa Mahkemesi'nce bir yetki yasası konusunda **ilk kez uygulanan ve Anayasa'nın bütününden kaynaklanan yorumla getirilen yeni bir ölçütle iptal kararı verilmiştir. Bu ölçütün daha önce çıkan yetki yasalarının kullanım alanına etkisi kabul edildiği takdirde kanun hükmünde kararname ile yapılan düzenlemelerde istikrarsızlık ve güvensizlik yaratacak ve bu kanun hükmünde kararnamelerin tesis ettiği hukuki durumlar ve kazanılmış haklar büyük ölçüde ihlal edilebilecektir (abç).** Bu bakımdan gelecek için gözetilebilecek ve her düzenleme alanı için ayrı bir görünüm kazanmaya elverişli olan 'ivedilik, zorunluluk' ve 'belirli zamanda yetki kullanma' ölçütlerinin geçmişe dönük olarak kullanılması, hem Anayasa Mahkemesi kararlarının geçmişe yürümeyeceği yolundaki kurala aykırı olur hem de Anayasa Mahkemesi'nin 3479 sayılı Yetki Yasası'nın iptaliyle ilgili kararının gerekçesine uygun düşmez.²²⁵ diyerek, Anayasa Mahkemesi'nin 3479 sayılı Yetki Kanununun iptal edildiği kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından önce çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin dayandığı yetki kanunlarına bu ölçütlerin uygulanması ve bu kanun hükmünde kararnamelerin anılan ölçütlere göre Anayasa'ya aykırılık nedeniyle iptalinin istikrarsızlık, kararsızlık ve güvensizlik yaratacağını, Anayasa Mahkemesi kararlarının geçmişe yürümeyeceği yolundaki kurala da aykırı olacağını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında karşıoy kullanan üye ALİEFENDİOĞLU karşıoy yazısında ; "Anayasa'nın 153. maddesindeki, 'iptal kararları geriye yürümez' kuralı esas alınarak, Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'ya aykırı bularak iptal ettiği bir yetki yasasına göre, iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından önce çıkarılan kanun hükmünde kararnamelere iptal hükmünün

²²⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 17.7.1990 tarih ve Esas 1990/1 Karar 1990/21 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 26, s. 319.; Anayasa Mahkemesi'nin 4.4.1991 tarih ve Esas 1990/12 Karar 1991/7 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 27, C. 1, s. 215.

etkisi olmadığı, yetki yasasının genel düzenleyici bir yasa olmaktan çok sadece kanun hükmünde kararnamenin hukuksal yaşama geçişi için gerekli olduğu söylenebilirse de, bu görüş, kanun hükmünde kararnamelerin yasaya bağlı, türevsel niteliklerine uygun düşmemektedir. Kanun hükmünde kararnamenin, yasama işlevini temsil eden bir yetki yasasına dayanması ve ona bağlı olması karakteristiğini belirler. Bu açıdan, Anayasa Mahkemesi'nce, Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen yetki yasasına göre çıkarılan kanun hükmünde kararnameler, iptal hükmüyle Anayasal dayanaktan yoksun kalırlar²²⁶ şeklinde ifade ettiği görüşüyle yorumla getirilen yeni ölçütlerin yetki kanunu iptal edilmiş bir kanun hükmünde kararnamenin hukuki olarak varlığını sürdürmesine izin vermeyeceğini belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin norm koyma, yasama görevi yoktur. Yetki kanunu çıkarmada "önemli, ivedi ve zorunlu olma" ölçütlerini Anayasa'dan yorumla çıkaran Anayasa Mahkemesi'nin, yetki kanununu Anayasal denetime tabi tutarken ilk defa bu ölçütleri kullanmış olmasının, bu karardan önce çıkarılmış olan kanun hükmünde kararnameleri etkilemeyeceğini kabul etmenin doğru olmadığını düşünüyoruz. Anayasa Mahkemesi'nin bu durumda vereceği iptal kararının geriye yürümesi de söz konusu olmaz, çünkü iptal kararı verildiğinde, o ana kadar o kanun hükmünde kararnameye dayanılarak yapılmış işlemlerin yok hükmünde sayılması söz konusu değildir. Kaygı duyulan Anayasa Mahkemesi'nin belirttiği istikrar, güven, kazanılmış hak ile ilgili olarak gereken tedbiri alma görevinin Yasama Organı'na ait olduğu açıktır.

Anayasa Mahkemesi, kanun hükmünde kararnamenin belirli maddelerinin yürürlüğünün yasalaşma koşuluna bağlı tutulması durumunu değerlendirdiği kararında; "Anayasa'nın 148. maddesinde kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasa'ya uygunluğunun denetleneceği

²²⁶ Yılmaz ALİEFENDİOĞLU'nun karşıoy yazısı için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 17.7.1990 tarih ve Esas 1990/1 Karar 1990/21 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 26, s. 342.

hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre kanun hükmünde kararnamenin tüm maddeleri, yürürlükte olsun olmasın Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutulmalıdır. Çünkü, 148. maddede yürürlük koşulu bulunmamaktadır.... Oysa, belli bir tarihte yürürlüğe girecek maddenin anayasal denetiminin yapılması zorunludur. Çünkü, aksi halde bu maddeler soyut norm denetiminden kaçırılmış olur²²⁷ diyerek kanun hükmünde kararnamenin tüm maddelerinin, yürürlükte olsun olmasın Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutulması gerektiğini, yürürlüğü yasalaşma koşuluna bağlı olan kanun hükmünde kararnamenin de anayasa yargısı denetimine tabi olduğunu belirtmiş ve devamında Anayasa'nın 91. maddesinin altıncı fıkrasında "...Ancak kararnamede yürürlük tarihi olarak daha sonraki bir tarih de gösterilebilir." hükmünden belirli bir tarih amaçlandığını, bu hükmün kanun hükmünde kararnamenin yasalaştığı tarih gibi belirsiz bir tarihin gösterilmesine olur vermeyeceğini, bunun Anayasa'ya aykırı olduğunu belirtmiştir.²²⁸ Anayasa Mahkemesi'nin bu kararından bir normun Anayasal denetime tabi tutulması için yürürlükte bulunması şartını aramadığını anlıyoruz. Böylece Anayasa Mahkemesi'nin vereceği iptal kararı ile bir norm hiç yürürlüğe girmeden iptal edilebilmektedir.

Yetki kanunu sadece belirli bir hükümetin iktidarda olduğu döneme özel olarak çıkarılmamaktadır. Anayasa Mahkemesi bu durumu; *"Anayasa'nın 91. maddesinin ilk fıkrasında, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilebileceği belirtilmiş ve Bakanlar Kurulu'nun oluşumu yönünden bir ayırım yapılmamıştır. Ayrıca 91. maddenin üçüncü fıkrasında Bakanlar Kurulunun istifası, düşürülmesi veya yasama döneminin bitmesi, belli süre için verilmiş olan yetkinin sona ermesine sebep olmaz kuralı*

²²⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 4.4.1991 tarih ve Esas 1990/12 Karar 1991/7 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 27, C. 1, s. 231.

²²⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 4.4.1991 tarih ve Esas 1990/12 Karar 1991/7 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 27, C. 1, s. 243.

bulunmaktadır. Bu kural da Devlet faaliyetinin sürekliliği gereği olarak kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin belirli bir Bakanlar Kuruluna değil, görevde bulunan veya bulunacak Bakanlar Kuruluna verildiğini açıklamaktadır. Yetki yasası çıkarılmasını, hükümet değişikliği veya yeni hükümetin kurulması çalışmalarına bağlayan herhangi bir Anayasa kuralı yoktur. Yetki Yasası'nın çıkarılması sırasında hükümet değişikliğini gözönünde tutmak veya yeni hükümetin kurulmasını beklemek Yasama Organı'nın siyasal takdirine girer.²²⁹ diyerek açıklamaktadır.

B) OLAĞANÜSTÜ HAL KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERİ

Kural olarak tüm kanun hükmünde kararname, Anayasa'ya uygunluk yönünden Anayasa Mahkemesi'nin denetimine bağlı bulunmakla birlikte, bir yetki kanununa dayanmadan, olağanüstü hal veya sıkıyönetim döneminde Cumhurbaşkanı'nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'nca, sıkıyönetim veya olağanüstü halin gerektirdiği konularda çıkarılan kanun hükmünde kararname bundan ayırık tutulmuştur. Anayasa Mahkemesi anayasal denetim için önüne gelen kanun hükmünde kararnamenin öncelikle ilk inceleme aşamasında Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmayacağı öngörülen kararname niteliğinde olup olmadığını incelenmekte, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda düzenlenmiş kanun hükmünde kararname olduğu kanısına varırsa Anayasa'nın 148. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 19. maddelerine göre davanın yetkisizlik yönünden reddine karar vermekte, bu kapsamda kanun hükmünde kararname olmadığı kararına varırsa, işin esasının incelenmesine geçmektedir. Anayasa Mahkemesi bu durumu; *"Anayasa Mahkemesi Anayasa'ya uygunluk denetimi için önüne getirilen ve yasama veya yürütme organı tarafından yürürlüğe konulan düzenleyici işlemin*

²²⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 16.9.1993 tarih ve Esas 1993/26 Karar 1993/28 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 29, C. 1, s. 336-337.

hukuksal nitelmesini yapmak zorundadır. Çünkü, Anayasa Mahkemesi, denetlenmesi istenilen metine verilen adla kendisini bağlı sayamaz. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi 'olağanüstü hal kanun hükmünde kararname' adı altında yapılan düzenlemelerin Anayasa'nın öngördüğü ve Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutmadığı gerçekten bir 'olağanüstü hal kanun hükmünde kararname' niteliğinde olup olmadıklarını incelemek ve bu nitelikte görmediği düzenlemeler yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmak zorundadır. Anayasa'nın 148. maddesi yalnızca olağanüstü hal kanun hükmünde kararname kuralı niteliğinde olan düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutulmalarına engel oluşturur.²³⁰ diyerek açıklamaktadır.

Anayasa Mahkemesi olağanüstü hal kanun hükmünde kararname ile ilgili olarak yaptığı incelemelerde; "...olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararname olağan kanun hükmünde kararname için Anayasa'nın 91. maddesinde yer alan konu sınırlandırmalarına bağlı değildirler. **Temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasi haklar ve ödevler de bu tür kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenebilir** (abç). Ancak, Anayasa'nın 121. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında 119. madde uyarınca ilan edilen olağanüstü hallerde vatandaşlar için getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri ile olağanüstü hallerin her türü için ayrı ayrı geçerli olmak üzere, Anayasa'nın 15. maddesindeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandırılacağı veya nasıl durdurulacağı, halin gerektirdiği tedbirlerin nasıl ve ne suretle alınacağı, kamu hizmeti görevlilerine ne gibi yetkiler verileceği, görevlilerin durumlarında ne gibi değişiklikler yapılacağı ve olağanüstü yönetim usulleri, Olağanüstü Hal Kanununda düzenlenir... Buna göre Anayasa, ikinci fıkrada sayılan belirli konuların Olağanüstü Hal Yasası'nda düzenlenmesini zorunlu görmektedir. Başka bir anlatımla ikinci

²³⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 10.1.1991 tarih ve Esas 1990/25 Karar 1991/1 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 27, C. 1, s. 102.; Anayasa Mahkemesi'nin 3.7.1991 tarih ve Esas 1991/6 Karar 1991/20 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 27, C. 1, s. 389.

fıkra da sayılan konular kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyecektir. **Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri Olağanüstü Hal Yasası ile saptanan sistem içersinde 'olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda' uygulamaya yönelik olarak çıkartılabilir** (abç). Bu tür kanun hükmünde kararnamelerle yalnızca olağanüstü hal ilanını gerektiren nedenler gözetilerek, bu nedenlerin ortadan kaldırılması için o duruma özgü kimi önlemler alınabilir. Olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkartılabilecek kanun hükmünde kararnamelere Anayasa'nın 121. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları birlikte incelendiğinde başkaca işlevler yüklenemez. Bunun tersi bir anlayış; Anayasa ve Olağanüstü Hal Yasası dışında yeni bir olağanüstü hal yönetimi yaratmaya neden olur. Oysa, Anayasa, olağan anayasal düzenden ayrı ne gibi olağanüstü yönetimler kurulabileceğini saptamış ve bunların statülerinin de yasayla düzenlenmesini öngörmüştür. Olağanüstü yönetim usulleri; olağanüstü haller ve sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinden ibarettir. Anayasa, bu olağanüstü yönetimlerin hangi ilkelere göre düzenleneceğini açıkça göstermiştir. O halde, bu sayılanlar dışında farklı bir olağanüstü yönetim usulü, yasayla dahi düzenlenemez... Bu tür kanun hükmünde kararnamelerin düzenleme alanları, Anayasa'nın 121. maddesinin üçüncü ve 122. maddesinin ikinci fıkraları gereğince 'olağanüstü halin veya sıkıyönetim halini gerekli kıldığı konularla' sınırlıdır... **Olağanüstü halin gerekli kıldığı konular, olağanüstü halin neden ve amaç öğeleriyle sınırlıdır...Anayasa'nın 148. maddesinin biçim ve öz yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimi dışında tuttuğu kanun hükmünde kararnameler 'olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda' çıkartılan kanun hükmünde kararnamelerdir** (abç). Anayasa Mahkemesi'nin çıkartılan bir olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesinin bu niteliği taşıyıp taşımadığını belirlemesi ve eğer bu niteliği taşımıyorsa uygunluk denetimini yapması zorunludur... olağanüstü hal ülkenin tümü için değil yalnızca bir bölgesi için de ilan edilebilir. Bu durumda, 121. maddeye göre

yürürlüğe konulacak kanun hükmünde kararname ile getirilen önlemlerin sadece olağanüstü hal ilan edilen bölge için geçerli olması bölge dışına taşırılmaması gerekir... Olağanüstü hal ilan edilmeyen bölgelerde kişi hak ve özgürlükleri olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri ile kısıtlanamaz... Bu nedenle, **Anayasa'nın 148. maddesiyle Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutulmayan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri, yalnızca olağanüstü hal süresince olağanüstü hal ilan edilen yerlerde uygulanmak üzere ve olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerdir. Bu koşulları taşımayan kurallar olağanüstü hal kanun hükmünde kararname kuralı niteliğinde sayılamazlar ve Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlıdır** (abç).²³¹, "ülkenin bir bölgesinde ilan edilen olağanüstü hal nedeniyle olağanüstü hal ilan edilmeyen ve Meclis'in onaylamadığı bölgelerde olağanüstü hal yönetimi uygulamak ülkenin tümünü olağanüstü hal ile yönetmek demektir."²³² tespitlerini yapmaktadır. Burada Anayasa Mahkemesi'nin, bir kanun hükmünde kararnamenin olağanüstü kanun hükmünde kararname olup olmadığını incelerken; o kanun hükmünde kararnamenin süresinin olağanüstü hal veya sıkıyönetim süresi ile sınırlı olup olmadığı, uygulama alanının olağanüstü hal veya sıkıyönetim ilan edilen yerler ile sınırlı olup olmadığı ve olağanüstü halin ya da sıkıyönetimin gerekli kıldığı konulara münhasır olup olmadığı hususlarına baktığını, eğer bunlardan birinde uygunsuzluk tespit ederse, o kanun hükmünde kararnameyi olağanüstü kanun hükmünde kararname kabul etmeyerek Anayasa'ya uygunluk denetimine tabi tuttuğunu görüyoruz. ESEN, Anayasa Mahkemesi'nin bu

²³¹ Anayasa Mahkemesi'nin 10.1.1991 tarih ve Esas 1990/25 Karar 1991/1 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 27, C. 1, s. 98-101.; Anayasa Mahkemesi'nin 3.7.1991 tarih ve Esas 1991/6 Karar 1991/20 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 27, C. 1, s. 402.; Anayasa Mahkemesi'nin 22.5.2003 tarih ve Esas 2003/28 Karar 2003/42 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 40, C. 1, s. 97-100.

²³² Anayasa Mahkemesi'nin 3.7.1991 tarih ve Esas 1991/6 Karar 1991/20 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 27, C. 1, s. 404.

yorumunu, yürütme organının hukuk devleti çerçevesinde iş görmesinin sağlanması açısından isabetli bulmaktadır.²³³

Cumhurbaşkanı'nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü yönetim usullerinin gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararname çıkardığı gibi, çıkardığı bu kararnameleri de değiştirebilir veya kaldırabilir. Anayasal denetim için Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen bir olağanüstü kanun hükmünde kararnamenin, Anayasa Mahkemesi tarafından olağanüstü kanun hükmünde kararname olarak kabul edilemeyeceği ve denetime tabi tutulması gerektiğinin belirtildiği ve henüz kararın Resmi Gazete'de yayımlanmadığı aşamada, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından, kanun hükmünde kararnamede değişiklik yapılabilmektedir. Bu durumda Anayasal denetim de engellenmektedir. Anayasa Mahkemesi olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerin bu şekilde Anayasal denetimden kaçırılmasını engellemek gerektiğini belirttiğini kararında; *"...olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi niteliği taşımayan kararnameler çıkaran yürütme organı, Anayasa Mahkemesi bu tür düzenlemeleri incelemeye başlayıp olası bir iptal kararı vermek üzereyken, yürürlükten kaldırıp yeni düzenlemeler yaptığında, bu tür temel hak ve özgürlükleri düzenleyen kararnameler Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin denetimi dışında ve olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi niteliğinde olmamasına karşın Anayasa'ya uygunluk denetiminin dışında da kalabilecektir. Olağanüstü Hal kanun hükmünde kararnamesi bir başka olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi ile değiştirildiğinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin istenci dışında ve Anayasa'da olağan kanun hükmünde kararnameler bakımından yer alan konu sınırlandırmalarına bağlı olmadan sürekli düzenlemelerde bulunmak olanağı doğacaktır. Hiç kuşkusuz bu tür kanun hükmünde kararnameler üzerinde yargı*

²³³ ESEN, Selin: **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimleri**, Adalet Yayınları, Ankara 2008, s. 282.

denetiminin yokluğu ve fiilen Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin incelemesinin de ortadan kaldırılması hukuk devleti ilkesi açısından son derece sakıncalıdır... **Bu durumda Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin bu kararnameleeri en kısa sürede inceleyerek sonuçlandırması zorunlu olmaktadır** (abç). Bunun yapılması söz konusu tehlikeleri bir ölçüde de olsa azaltacaktır; çünkü **olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleeri Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onay aşamasından sonra, diğer kanun hükmünde kararnameleer gibi yasaya dönüşeceğiinden, bu yasaların Anayasa'ya uygunluğunun denetlenebileceği de kuşkusuzdur** (abç).²³⁴

diyerek olağanüstü kanun hükmünde kararnameleerin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce kısa sürede incelenmesinin önemini ortaya koymaktadır. Söz konusu iptal başvurusunda olduğu gibi Türkiye Büyük Millet Meclisi olağanüstü kanun hükmünde kararnameleeri kısa sürede incelemez ise, kısır döngü şeklinde Anayasal denetimden kaçırarak tarzda olağanüstü kanun hükmünde kararnameleer çıkarabilmek mümkündür. Anayasa'nın 121. maddesinin son fıkrasında "*Olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararnameleer çıkarabilir. Bu kararnameleer, Resmi Gazetede yayımlanır ve aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur; bunların Meclisçe onaylanmasına ilişkin süre ve usul, İçtüzükte belirlenir.*" hükmü yer almaktadır. Anayasa'da olağanüstü kanun hükmünde kararnameleerin onaylanmasına ilişkin süre ve usulün İçtüzükte belirleneceği belirtilmesine rağmen 1996 yılına kadar bu konuda bir içtüzük düzenlemesi yapılmamıştır. Uzun süre yapılmayan bahse konu düzenleme nedeniyle, 1996 yılına kadar olağanüstü kanun hükmünde kararnameleerin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde ne zaman görüşülecekleri belirsizdi, Anayasa Mahkemesi üyesi ALİFENDİOĞLU, 1996 yılı öncesinde Anayasa Mahkemesi'nin olağanüstü

²³⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 10.1.1991 tarih ve Esas 1990/25 Karar 1991/1 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 27, C. 1, s. 104.

kanun hükmünde kararnamelerin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde görüşüleceği zamana ilişkin olarak içtüzük düzenlemesi yapılmamış olmasını yetki devri nedeni saymamasını doğru bulmadığını belirttiği karşıoy yazısında; "...Anayasa'nın 121. maddesini 6., 7. ve 8. maddelerle birlikte yorumladığımızda, olağanüstü Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin denetiminde ve onunla birlikte kullanılacak bir yetki olduğu sonucuna varılır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, onaya ilişkin süre ve usulü belirleyecektir. İçtüzüğü yapmamış ise, bu yetkinin yürütmeye verilmesini uygun bulmamış demektir ve bu durumda yürütme organı, Anayasa'nın 121. maddesinde öngörülen, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda Kanun Hükmünde Kararname çıkaramaz, Olağanüstü Hal Yasası'yla yetinmek durumundadır... Aksi halde, Anayasa'nın 7. maddesinde öngörülen yasama yetkisinin devredilmezliği temel kuralı ihlal edilmiş olur. Yetki yasasına göre çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin, öncelikle ve ivedilikle görüşülmesi esasını kabul etmiş bir Anayasa'nın, yetki yasasına dayanmayan, temel hak ve özgürlüklerin tümüyle kullanılmasını durduran, yargı denetimine bağlı olmayan kanun hükmünde kararnameler için, yasamayı dışlayan bir yetkiyi benimsediği kabul edilemez ve Anayasa'nın kendi temel ilkeleriyle çeliştiği düşünülemez. Yasama yetkisinin yürütmeye devredilmesini, belli bir alanda da olsa, Cumhuriyetin nitelikleri arasında demokratik hukuk devleti ilkesine değiştirilemeyecek biçimde yer veren bir Anayasa ile bağdaştırmak olanaklı değildir."²³⁵ diyerek, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nde henüz gerekli düzenlemenin yapılmamış olması nedeniyle, Anayasa'nın 121. maddesinde öngörülen, olağanüstü kanun hükmünde kararname çıkarılmayacağını belirtmiştir. Kanımızca ALİEFENDİOĞLU'nun yaklaşımı Anayasa'nın olağanüstü hal Kanun hükmünde kararname düzenlemesiyle çelişmektedir. Türkiye Büyük Millet Meclisi

²³⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 10.1.1991 tarih ve Esas 1990/25 Karar 1991/1 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 27, C. 1, s. 111-112.

İçtüzüğü'nde 16.5.1996 tarihinden önceki durumda, düzenleme yapılmamış olmasının, olağanüstü hal kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin yürütme organına verilmesinin uygun bulunmamış olması olarak algılanamayacağını, ancak, olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde görüşüleceği zamanın belirsiz olmasıyla, hukuk devleti olma gereklerinden ciddi bir sapma yaşandığını düşünürüz.

Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nde olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerin Meclis tarafından onayına ilişkin düzenleme 16.5.1996 tarihinde 424 sayılı karar ile yapılmıştır. Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 128. maddesine göre olağanüstü kanun hükmünde kararnameler *"Anayasanın 121 ve 122. maddeleri gereğince çıkarılan ve Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulan kanun hükmünde kararnameler, Anayasanın ve İçtüzüğü'nün kanun tasarı ve tekliflerinin görüşülmesi için koyduğu kurallara göre ancak, komisyonlarda ve Genel Kurulda diğer kanun hükmünde kararnamelerle, kanun tasarı ve tekliflerinden önce ivedilikle **en geç otuz gün (abç)** içinde görüşülür ve karara bağlanır."*²³⁶ Komisyonlarda yirmi gün içinde görüşülmeyen kararnameler, Meclis Başkanlığınca Genel Kurul gündemine alınacaktır. Olağanüstü kanun hükmünde kararname otuz gün içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onaylanmazsa ne olacağı İçtüzük'te ve Anayasa'da açıkça belirtilmemiştir. YÜZBAŞIOĞLU, olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerin, Meclise sunulmalarından başlayarak otuz gün içinde karara bağlanmamaları halinde benimsenmedikleri, dolayısıyla reddedilmiş sayılmaları gerektiğini²³⁷ belirtmekte, TEZİÇ de, olağanüstü kanun hükmünde kararnamelerin, Meclise sunulmalarından başlayarak otuz gün içinde karara bağlanmamaları halinde, kendiliklerinden yürürlükten kalkacaklarını, ortadan kaldırılmaları konusunda ayrıca bir işlem yapılmasına da gerek olmadığını, aksi halde İçtüzük'teki görüşme ve karara varma

²³⁶ <http://www.tbmm.gov.tr/ictuzuk/ictuzuk.htm>, 14.3.2009.

²³⁷ YÜZBAŞIOĞLU, 1996, s. 186-188.

ile ilgili sürelerin bir anlamı olmayacağını belirtmektedir.²³⁸ ÖZBUDUN, otuz gün içinde görüşülüp karara bağlanmayan olağanüstü kanun hükmünde kararnamenin, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin açık iradesi olmadığından, zımnem reddedilmiş sayılmayacağını, İçtüzüğün 128. maddesinin, manevi bağlayıcılık dışında, gerçek bir müeyyidesinin olmadığını belirtmekte²³⁹, benzer görüşle, GÖZLER, Meclis'te görüşülmeyi bekleyen olağanüstü kanun hükmünde kararnamenin otuz gün içinde görüşülmemesi halinde, bir kanun hükmünde kararname olarak, olağanüstü hal veya sıkıyönetim süresince yürürlükte kalacağını ve bütün hüküm ve sonuçlarını doğuracağını belirtmektedir.²⁴⁰ Biz de, Anayasa'nın açık göndermesi üzerine 1996 yılında İçtüzük'te yapılan düzenleme varken, otuz gün içinde onaylanmayan olağanüstü kanun hükmünde kararnamenin, bu süre geçtikten sonra hukuk alanında sonuç doğurmasının mümkün olmayacağını, aksi düşüncenin hukuk devleti olma gereklerinden ciddi bir sapma ve keyfilik sonucu doğuracağını düşünüyoruz.

Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabileceği Anayasa'nın 15. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 15. maddesindeki bu düzenlemeye göre, olağanüstü yönetimlerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması veya bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı önlemler alınabilmesinin, bunların uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerle aykırı olmaması koşulu ile olanaklı olacağını belirttikten sonra *"Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler içine öncelikle milletlerarası hukukun genel ilkeleri, sonra da Devletin taraf olduğu"*

²³⁸ TEZİÇ, Erdoğan: **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, 11. Bası, İstanbul 2006, s. 39.

²³⁹ ÖZBUDUN, 2008 a, s. 257.

²⁴⁰ GÖZLER, Kemal: **Türk Anayasa Hukuku**, 1. Bası, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2000, s. 790.

*sözleşmelerden doğan yükümlülüklerin girdiği kabul edilmektedir.*²⁴¹ demek suretiyle uluslararası hukukun genel ilkelerini olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerin denetiminde baz aldığı belirtilmektedir.

C) TÜRKİYE BÜYÜK MİLLET MECLİSİ İÇTÜZÜĞÜ

Anayasa'nın 88. maddesinin 2. fıkrasında kanun tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde görüşülme usul ve esaslarının içtüzükle düzenleneceği, 95. maddesinin birinci fıkrasında da, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin çalışmalarını kendi yapacağı içtüzük hükümlerine göre yürüteceği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi, kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin yanında, Meclis kararı oldukları halde Türkiye Büyük Millet Meclisi İctüzüğünün de şekil ve esas bakımlarından Anayasa'ya uygunluğunu denetler. Türkiye Büyük Millet Meclisi İctüzüğü'nün Anayasa Mahkemesi'nce denetime tabi tutulması taşıdığı siyasal önemden kaynaklanmaktadır.²⁴²

Anayasa Mahkemesi kararlarında, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nun İctüzük niteliğindeki bir kararının, yine "kendi yapmış olduğu" İctüzük kuralına uyulmaması nedeniyle iptalinin olanaklı bulunmadığını, İctüzük kuralı niteliğindeki bir Genel Kurul kararının İctüzük kurallarıyla eşdeğer durumda olduğunu, Anayasa'nın 148. ve 150. maddelerinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi İctüzüğü'nün ancak Anayasa'ya uygunluk yönünden denetime bağlı olduğunun açık biçimde vurgulandığını, bu kural gereği, İctüzük değişiklikleri ya da İctüzük düzenlemesi niteliğindeki Türkiye Büyük Millet Meclisi kararlarının ancak usul ya da

²⁴¹ Anayasa Mahkemesi'nin 3.7.1991 tarih ve Esas 1991/6 Karar 1991/20 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 27, C. 1, s. 394.

²⁴² ÖZBUDUN, 2008 a, s. 394.

esas yönünden Anayasa'ya aykırılık içeriyorlarsa iptal edilebileceğini belirtmektedir.²⁴³

Anayasa Mahkemesi bir kararında “Türkiye Büyük Millet Meclisi kararının, anayasal denetime bağlı olup olmayacağı araştırılırken, bu kararın alınmasında uygulanan yöntemin ve içeriğinin niteliği üzerinde durulması, değer ve etkisinin açıklanması gerekir. Türkiye Büyük Millet Meclisi kararı, Anayasa'nın denetime bağlı tuttuğu işlerle eşdeğer ve etkide ise, anayasal denetime bağlı olması doğaldır. Bunun karşıtı bir görüş, başka bir deyişle **Türkiye Büyük Millet Meclisi kararlarının niteliği, değeri ve etkisi üzerinde durmadan, bu kararların anayasal denetim dışında kaldığının kabul edilmesi, yasa değer ve etkisinde ya da İçtüzük kuralı niteliğindeki Türkiye Büyük Millet Meclisi kararlarının anayasal denetime bağlı olmaması sonucunu doğuracağı gibi, anayasal denetimden kaçırmanın da yolunu açabilir (abç)**... Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik kararlarına göre, **Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin çalışmalarıyla ilgili usul ve esaslara ilişkin kararları, İçtüzük kuralı niteliğindedir (abç)**²⁴⁴ diyerek denetim yaparken normun adına bakmadığını, Meclis kararlarından Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin çalışmalarıyla ilgili usul ve esaslara ilişkin olanları, İçtüzük kuralı olarak kabul ettiğini belirtmektedir. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 12.3.1996 tarihli, 398 sayılı “Bakanlar Kuruluna Güven Oylaması Hakkında”ki kararı Anayasa Mahkemesi'nce “*Bakanlar Kurulu göreve başlarken yapılacak güven oylamasının Meclis çalışmaları içinde yer aldığı ve buna ilişkin düzenlemelerin Anayasa'nın uygulamaya geçirilmesi yönünden bir İçtüzük konusu olduğu açıktır. Millet Meclisi'nin 12 Eylül 1980'den önce yürürlükte bulunan 5.3.1973 günlü İçtüzüğü'nün 105. maddesinde de, 'Hükûmet programının görüşülmesi; göreve başlarken*

²⁴³ Anayasa Mahkemesi'nin 17.9.1992 tarih ve Esas 1992/26 Karar 1992/48 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 28, C. 2, s. 544.; Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.1991 tarih ve Esas 1991/27 Karar 1991/50 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 27, C. 2, s. 696.

²⁴⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 17.9.1992 tarih ve Esas 1992/26 Karar 1992/48 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 28, C. 2, s. 538.

güvenoyu' konuları düzenlenmiş, maddenin son fıkrasında da 'Güvenoyu verenlerin sayısı, güvensizlik oyu verenlerden fazlaysa Bakanlar Kurulu güven almış olur' kuralına yer verilmiştir. Anayasa'nın 'Toplantı ve karar yeter sayısı' başlıklı 96. maddesinin ilk fıkrasında ise 'Anayasada, başka bir hüküm yoksa, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır ve toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiç bir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz' denilerek bu konuda genel bir düzenleme getirilmiştir. Anayasa'da özel bir kurala yer verilmediğinden Bakanlar Kurulu göreve başlarken yapılacak güven oylamasında da bu kurala uyulması gerektiğinde duraksamaya yer yoktur. Bu durumda, Anayasa'nın 96. maddesine aykırı olan ve Anayasa'nın geçici 6. maddesi karşısında yürürlükte bulunmayan İçtüzüğü'nün 105. maddesinin son tümcesinin uygulanması olanaksızdır. Dava konusu karar ile yapılan uygulama, 'eylemlerle bir içtüzük düzenlemesi' niteliğindedir.²⁴⁵ denerek denetime tabi tutulmuş ve iptal edilmiştir. 2007 Yılında Cumhurbaşkanı seçiminde Genel Kurul'da 367 üye hazır bulunmadan seçime gidilmesini Anayasa Mahkemesi, "...Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 121. maddesinde Cumhurbaşkanı'nın Anayasa'nın 101. maddesinde yazılı nitelikleri taşıyan adaylar arasından Anayasa'nın 102. maddesi hükümlerine göre seçileceği belirtilerek göndermede bulunulan Anayasa'nın 102. maddesindeki, Cumhurbaşkanı seçiminde dava konusu Meclis kararına ilişkin ilk oylamada toplantı yetersayısının, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu olduğu sonucuna varılmıştır. Buna göre, İçtüzüğü'nün 121. maddesinde de aynı esasın benimsendiğinin kabulü gerekmektedir. Bu durumda Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin 27.4.2007 günlü, 96. Birleşiminde Başkan'ın, 184 milletvekilinin Genel Kurul'da hazır bulunmasının gündemin Cumhurbaşkanı seçimi ile ilgili kısmına geçilebilmesi için

²⁴⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 14.5.1996 tarih ve Esas 1996/19 Karar 1996/13 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 32, C. 2, s. 693-695.

yeterli bulunduğu yolundaki görüşünün kabulüne ilişkin Türkiye Büyük Millet Meclisi Kararı, İçtüzüğü'nün 121. maddesinin eylemli biçimde değiştirilmesi niteliğinde olduğundan bu kararın Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi, Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkisi içindedir.²⁴⁶ diyerek eylemli içtüzük niteliğinde görmüş ve denetleyerek iptal etmiştir.

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi'nin bazı farklı kararları da vardır, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nun 10.10.2001 tarihli, 722 sayılı "Anayasanın 92. ve 117. Maddeleri Uyarınca Hükümete İzin Verilmesine Dair Karar"ının son fıkrasının bir İçtüzük değişikliği niteliğinde olduğu belirtilerek, Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemine ilişkin başvuru nedeniyle yaptığı ilk incelemede; "...Anayasa'nın 95. maddesinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi çalışmalarının, kendi yaptığı İçtüzük hükümlerine göre yürütüleceği belirtilmiş, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 181. maddesinde de İçtüzük değişikliği yapılmasında izlenecek yöntem gösterilmiştir. İptali istenilen Türkiye Büyük Millet Meclisi kararında, İçtüzüğü'nün değiştirilmesi yönünde prosedürüne uygun bir teklif, istem veya irade bulunmadığı gibi, içeriği de gözetildiğinde kararın, açık veya eylemli bir İçtüzük düzenlemesi veya değişikliği olarak kabulü ile anayasal denetime tabi kılınması mümkün görülmemiştir. Dava konusu kararın, İçtüzüğü'nün 129. ve 130. maddelerinde öngörülen kurallara aykırılığı nedeniyle, nitelik yönünden Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin anayasal denetimine tabi olan kararları ile eşdeğerde olduğunun kabulü halinde, Anayasa'nın 85. maddesinde belirtilenler dışında kalan kimi kararlar da Anayasa Mahkemesi'nin denetim alanı içine alınmış olur. Oysa Anayasa'nın 85. maddesinde, Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetimine tabi olan Türkiye Büyük Millet Meclisi kararları sayılmış olup, bu tür yorumla bu sayılanlara ilave yapılmasında Anayasa'ya uyarlık

²⁴⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 1.5.2007 tarih ve Esas 2007/45 Karar 2007/54 sayılı Kararı, 27.6.2007 tarih ve 26565 sayılı **RG**.

*yoktur*²⁴⁷ diyerek iptal isteminin görevsizlik nedeniyle reddine karar vermiştir. Oysa, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün "Silahlı Kuvvet Gönderilmesi veya Kabulü" başlıklı 130. maddesinde "Anayasanın 92. maddesinin birinci fıkrası gereğince, Türk Silahlı Kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına belli bir süre için, Bakanlar Kurulunun istemi üzerine, Türkiye Büyük Millet Meclisince izin verilir. Bu kararı Cumhurbaşkanı uygular."²⁴⁸ şeklindeki açık düzenlemeye rağmen, 722 sayılı Meclis Kararı'nın son fıkrasında "...Anayasanın 92 nci ve 117. maddeleri uyarınca, gereği, kapsamı, sınırı, zamanı ve süresi Hükümet'çe belirlenmek üzere, terörizme karşı başlatılan sürekli özgürlük hareketi ve devamının icrası kapsamında Türk Silahlı Kuvvetleri'nin yabancı ülkelere gönderilmesi, yabancı silahlı kuvvetler unsurlarının Türkiye'de bulunması ve Hükümet'çe verilecek izin ve belirlenecek esaslar çerçevesinde bu kuvvetlerin kullanılması için Hükümet'e izin verilmesi, Genel Kurul'un 10.10.2001 tarihli 5. Birleşiminde kararlaştırılmıştır."²⁴⁹ ibaresine yer verildiği dikkate alındığında bu Meclis Kararı ile İçtüzüğün 130. maddesi açıkça değiştirildiği halde bu kararın eylemli İçtüzük değişikliği kabul edilmediği ve esasın incelenmesine geçilmediği görülmektedir. Bahse konu kararda karşı oy kullanan üyeler bu çelişkiyi; "...Çoğunluk görüşünde, 'Anayasa'nın 95. ve İçtüzüğün 181. maddelerine göre belirlenen yöntemin uygulanarak değiştirilmiş bir içtüzük kuralının bulunmadığı' belirtilerek kararın içtüzüğü değiştirmedeği sonucuna varılmaktadır. İçtüzükte belirlenen yöntem uygulanmak suretiyle herhangi bir değişiklik yapılmış olsaydı Anayasa Mahkemesi'nin bunu inceleyip incelemeyeceği konusunda bir tartışmanın olması zaten söz konusu olamazdı. Mahkeme'nin bugüne kadar verdiği kararlarda oluşan içtihat da eylemli olarak yapılan bu tür uygulamaların içtüzüğü değiştiren ya

²⁴⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.2001 tarih ve Esas 2001/424 Karar 2001/354 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 38, C. 1, s. 373-374.

²⁴⁸ <http://www.tbmm.gov.tr/ictuzuk/ictuzuk.htm>, 13.6.2007.

²⁴⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.2001 tarih ve Esas 2001/424 Karar 2001/354 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 38, C. 1, s. 369.

da yeni bir içtüzük ihdas eden kural niteliğinde olup olmadığını tespit ettikten sonra anayasal denetimini yapmak olmuştur. Çoğunluk kararının içeriğine de bakıldığında içtüzük değişikliği ya da yeni bir kural olmadığı sonucuna varmakta ancak nedenini ortaya koymamakta, İçtüzüğün 130. maddesinde öngörülen 'belli bir süre' ile izin verilip verilmediği tartışması karşılanmamaktadır.²⁵⁰ şeklinde dile getirmektedirler. Biz de, bu kararında Anayasa Mahkemesi'nin, "Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin çalışmalarına ilgili usul ve esaslara ilişkin kararları İçtüzük kuralı niteliğindedir" şeklindeki yerleşik içtihatının aksine bir yaklaşım izlediğini bu açıdan diğer kararlarıyla çelişik bir karar verdiğini düşünüyoruz.

D) ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ

1961 Anayasası'nın ilk metninde anayasa değişikliklerinin Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi olup olmayacağına ilişkin bir düzenleme bulunmuyordu.²⁵¹ Anayasa'nın 147. maddesinin birinci fıkrasında, "Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi içtüzüklerinin Anayasa'ya uygunluğunu denetler" hükmü yer almaktaydı. KIRATLI, bu dönemde, henüz Anayasa değişiklikleri denetim amacıyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmemiş ve Mahkeme anayasa değişikliklerini denetleme konusunda bir karar vermemişken yaptığı değerlendirmede, anayasa değişikliklerinin şekli bakımından denetleneceğine şüphe olmadığını, esas açısından ise denetim yapılıp yapılmayacağı hususunun Anayasa Mahkemesi içtihatlarıyla çözümleneceğini belirtmiş, değişmezlik yasağına aykırı olarak cumhuriyeti kaldırarak bir anayasa değişikliğinin ise usulüne uygun olarak yapılırsa bile, geçerli sayılmayacağını, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal

²⁵⁰ Üyeler Haşim KILIÇ, Yalçın ACARGÜN, Sacit ADALI ve Ali HÜNER'in karşıoy yazıları için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 22.11.2001 tarih ve Esas 2001/424 Karar 2001/354 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 38, C. 1, s. 376.

²⁵¹ 1961 Anayasasında kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin de denetimi için şekil ve esas denetimi şeklinde ayrıma gidilmemiş ve ilk kez Anayasa Mahkemesi'nin 16.11.1965 tarih ve Esas 1964/38 Karar 1965/59 sayılı Kararında bu husus ele alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ONAR, 1993, s. 136, dipnot 7.

edileceğini belirtmiştir.²⁵² Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde Türk Ceza Kanununun 5844 sayılı Kanunla değişik 141/1. ve 142/1. maddelerinin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmeleri istemiyle yapılan başvuru nedeniyle verdiği kararında; *"...Anayasa'nın, değiştirilme şekil ve şartları 155. maddesinde gösterilmiştir. Oradaki usullere uyularak, Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm hariç olmak üzere, Anayasa hükümlerinin değiştirilebileceğinden şüphe edilemez. Ancak Anayasa'nın bu maddesinde (değiştirilme) den söz edilmesi sebepsiz değildir... 155. maddenin, Türk toplumunu daha ileri uygarlık düzeyine çıkarmak için, Anayasa'nın ruhuna uygun değişmelere imkân sağlamak maksadıyla kabul edilmiş olduğu söz götürmez bir gerçektir. Ancak, **Türk toplumunu geriletici, temel hak ve hürriyetleri, hukuk devleti ilkesini yok edici, bir kelime ile, 1961 Anayasası'nın Özünü ortadan kaldıracı ve bu niteliği ile (değişiklik) olarak kabul edilmesi caiz olmayan ve Anayasa'nın devrilmesini öngören maksatların, sözü geçen 155. maddenin gölgesinde gerçekleştirilebilmelerini düşünmek mümkün değildir (abç)...**"²⁵³ diyerek Anayasa değişiklikleri konusunda denetim yapabileceği yolundaki ilk işaretleri vermiştir. Daha sonra, 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi şekil yönünden verdiği iptal kararında, öncelikle denetim yetkisinin sınırlarını belirlemiş şekil yönünden denetim yapacağını; *"...Esasen **155. maddede Anayasa değişikliklerinin, bazı kayıt ve şartlar dışında, kanunların görüşülmesi ve kabulü hakkındaki hükümlere uyulmak suretiyle Meclislerden geçirileceği ilkesi konulmak suretiyle bunların "kanun" nitelikleri de ayrıca belirtilmiş bulunmaktadır (abç).** Anayasa'da değişikliği öngören bir kanunun, böyle bir etkiye**

²⁵² KIRATLI, 1966, s. 105. ÖZBUDUN aksi görüşle; teorik olarak anayasa değişikliklerinin denetlenebilmesi için anayasa üstü normların veya anayasa hükümleri arasında bir hiyerarşinin varlığının kabul edilmesi gerektiği düşüncesindedir. Bkz. ÖZBUDUN, Ergun: "Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 62, S. 2, 2007, s. 259.

²⁵³ Anayasa Mahkemesi'nin 26.9.1965 tarih ve Esas 1963/173 Karar 1965/40 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 4, s. 329.

gerçekten sahip olabilmesi, yani mevcut bir Anayasa ilkesini değiştirebilmesi, kaldırabilmesi veya yeni bir Anayasa ilkesi koyabilmesi için, o kanunun Anayasa'nın 155. maddesinde yer alan hükümlere uygun olarak teklif edilmiş olması ve yasama meclislerinde de yine aynı hükümlere uygun biçimde görüşülüp kabul edilmiş bulunması gerektiğinde kuşku yoktur. Bu ilkelere uygun olmayarak yürürlüğe konulan bir metnin, Anayasa'nın mevcut hükümleri üzerinde herhangi bir etki yapması söz konusu olamayacağı gibi yeni konulan bir hüküm de Anayasa kuralı niteliğinde ve gücünde sayılamaz. Şu halde Anayasa değişikliğini öngören kanunların da teklif ve kabullerinde 155. maddedeki usul ve şartlara uyulmuş bulunulup bulunulmadığı açısından, Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi tutulmaları zorunludur...²⁵⁴ diyerek belirttikten sonra, devamla "...**1961 Anayasası, 9. maddesi ile bir değişmezlik ilkesi koymuştur** (abç). Bu maddeye göre (Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.) Buradaki değişmezlik ilkesinin sadece (Cumhuriyet) sözcüğünü hedef almadığını söylemek bile fazladır. Yani Anayasa'da sadece (Cumhuriyet) sözcüğünün değişmezliğini kabul ederek onun dışındaki bütün ilke ve kuralların değişebileceğini düşünmenin Anayasa'nın bu ilkesi ile bağdaştırılması mümkün değildir. Zira 9. maddedeki değişmezlik ilkesinin amacı, Anayasa'nın 1., 2. maddelerinde ve 2. maddenin gönderme yaptığı başlangıç bölümünde yer alan temel ilkelerle niteliği belirtilmiş, 'Cumhuriyet' sözcüğü ile ifade edilen Devlet sistemidir. Bir başka deyimle, 9. madde ile değişmezlik ilkesine bağlanan 'Cumhuriyet' sözcüğü değil, yukarıda gösterilen Anayasa maddelerinde nitelikleri belirtilmiş olan Cumhuriyet rejimidir. Şu halde, sadece 'Cumhuriyet' sözcüğünü saklı tutup, bütün bu nitelikleri, hangi istikamette olursa olsun, tamamen veya kısmen değiştirme veya kaldırmak suretiyle **1961 Anayasası'nın ilkeleriyle bağdaşması**

²⁵⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 16.6.1970 tarih ve Esas 1970/1 Karar 1970/31 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 8, s. 322-323. Aynı yönde bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 13.4.1971 tarih ve Esas 1970/41 Karar 1971/37 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 9, s. 428.

mümkün olmayan bir başka rejimi meydana getirecek bir Anayasa değişikliğinin teklif ve kabul edilmesinin Anayasa'ya aykırı düşeceğinin, tartışmayı gerektirmeyecek derecede açık olduğu ortadadır (abç). Bu bakımdan bu ilkelerde değişmeyi öngören veya Anayasa'nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bu ilkeleri değiştirme amacı güden herhangi bir kanun teklif ve kabul olunamaz. Bu esaslara aykırı olarak çıkarılmış bulunan bir kanunun Anayasa'nın mevcut hükümlerinde en küçük bir etki ve değişme yapması veya yeni bir Anayasa kuralı koyması mümkün değildir (abç).²⁵⁵ diyerek Anayasa değişikliklerini esas yönünden de denetleme görevi olduğunu belirtmiş, 1961 Anayasası'nın 73. maddesinin değiştirilmesine ve Anayasa'ya geçici bir madde eklenmesine dair 1254 sayılı Kanunun iptali istemi için yapılan başvuruda; "...Anayasa'nın Devlet şekli hükmü dışındaki hükümlerinin, hiçbir kayda tabi olmadan, Yasama Organınca değiştirilebileceği sanılmamalıdır. Çağdaş Anayasalar kendilerini koruyan ve teminat altına alan hükümler ve müesseseleri de birlikte getirmeyi sağlamışlardır. Bu arada klâsik demokrasiden ayrımlı bir sistem olarak Anayasa'yı Yasama Organına karşı daha açık bir deyim ile, çoğunluğun baskısına karşı koruyacak kurum ve hükümlerin bizim Anayasamızda yer almış bulunduğuna işaret etmek gerekir... Anayasa'nın tam bir uyum içinde birbirini tamamlayan genel hükümlerinin, Anayasa değişiklikleriyle sistem ve düzenin bozulması ve çelişiklikler içine düşürülmesi bir bütün teşkil eden hukuki yapıyı sarsar ve yıkar. Bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin, 147. madde ile kendisine verilen görev ve yetkileri kullanarak. Anayasa'yı çoğunluğun egemenliğine karşı koruyabilmesi, Anayasa'nın özellikle başlangıç kısmı, 2. 4. ve 8. maddeleri hükümlerine uygundur (abç). Şu duruma göre Anayasa değişikliklerinin esas yönünden Anayasa

²⁵⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 16.6.1970 tarih ve Esas 1970/1 Karar 1970/31 sayılı Kararı, AYMKD, S. 8, s. 323. Aynı yönde bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 13.4.1971 tarih ve Esas 1970/41 Karar 1971/37 sayılı Kararı, AYMKD, S. 9, s. 428-429.

*Mahkemesi'nin uygunluk denetimine tabi olmayacağı yolundaki görüşün anayasal dayanaktan yoksun olduğu sonucuna varılmıştır...*²⁵⁶ diyerek Anayasa değişikliklerinin esas yönünden Anayasa Mahkemesi denetimine tabi olması gerekliliğinin gerekçesini açıklamıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin kendisini Anayasa değişikliklerinde şekil ve esas yönünden bu şekilde denetime yetkili görmesi sonrasında 1961 Anayasası'nın 147. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, *"Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi içtüzüklerinin Anayasa'ya uygunluğunu denetler"* hükmü, 20.9.1971 tarih ve 1488 sayılı Kanun ile *"Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi içtüzüklerinin Anayasa'ya, Anayasa değişikliklerinin de Anayasa'da gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetler."* şeklinde değiştirilmiştir. O güne kadar Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa değişikliklerini denetlemesinin somut bir Anayasal dayanağı bulunmazken, bu değişiklik ile Anayasa değişikliklerinin denetlenebilmesinin pozitif hukuksal temeli oluşturulmuş oldu. 147. Maddede yapılan değişiklik gerekçesindeki; *"...Anayasa Mahkemesi'nin, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Anayasa vazısı olarak yaptığı Anayasa değişikliklerini denetlemesi söz konusu olamaz. Nitekim Anayasamız, dördüncü maddesinin üçüncü fıkrasında, 'Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz' hükmü yer almıştır. Şu halde Anayasa'nın sadece kanunlara ve İchtüzüklere hasrettiği bir denetleme yetkisinin, Anayasa Mahkemesi'nce Anayasa değişikliklerine teşmil edilemeyeceği tabiidir... Geçmiş yıllar tatbikatında, Anayasa değişiklikleri kanun şeklinde kabul ve ilan edildiği ve bu değişikliklerden bazıları aleyhine iptal davaları açıldığı için, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa değişiklikleri üzerinde denetim yetkisi bulunup bulunmadığı konusuna açıklık kazandırma ihtiyacı belirmiştir. Bu denetim yetkisinin, Anayasa değişikliğinin,*

²⁵⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 13.4.1971 tarih ve Esas 1970/41 Karar 1971/37 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 9, s. 428-429.

sadece teklif, müzakere ve kabul edilmesine ait Anayasa hükümlerine uygun olarak yapılmış bulunup bulunmadığı konusuna açıklık kazandırma ihtiyacı belirlemiştir. Bu denetim yetkisinin, Anayasa değişikliğinin, sadece teklif, müzakere ve kabul edilmesine ait Anayasa hükümlerine uygun olarak yapılmış bulunup bulunmadığı noktasına münhasır olduğu, esasa teşmil edilemeyeceği ve bu esasın Anayasa Mahkemesi'ne yer veren bütün demokrasilerde de aynı tarzda kabul edildiği tespit olunmuştur. Anayasa'nın 147. maddesindeki değişiklik, bu anlam dışındaki yorum ve uygulamaya yer bırakmayacaktır.²⁵⁷ açıklamalarından tali kurucu iktidarın amacının, anayasa değişiklikleri üzerindeki yargısal denetimi şekil yönünden denetimle sınırlandırmak olduğu net bir şekilde anlaşılmaktadır.

Yasama Organı'nın, Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişikliklerinde esas yönünden denetim yapmasını engellemeye yönelik olarak 1961 Anayasası'nda yaptığı anayasa değişikliği sonrasında, Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 30., 57., 136., 138. ve 148. maddelerinin Bazı Fıkralarının Değiştirilmesi ve 2 Geçici Madde Eklenmesi Hakkındaki 1699 sayılı Kanunun Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla yapılan başvuruda; "...Anayasa'nın 147. maddesinde 1488 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle Anayasa Mahkemesi'nin denetim görevinin alanı bu konuda daraltılarak, Anayasa değişikliklerinin sadece Anayasa'da gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetleme görevi, eskiden olduğu gibi, yetkisi içinde bırakılmış ve bu değişikliklerin esastan Anayasa'ya uygunluğunu denetleme ise görev ve yetkisi dışına çıkarılmış bulunmaktadır..."²⁵⁸ diyerek anayasa değişikliklerinin esastan denetlenmesi görev ve yetkisinin kendisinden alındığını ve artık esastan denetim yapamayacağını belirtmiş ve devamla "...1961 Anayasası, 9. maddesiyle önce bir değişmezlik ilkesi koymuş ve sonra bir de teklif yasağı getirmiştir. O halde, **9. madde hükmü içeriği bakımından biçime ilişkin bulunan iki yönlü bir kuraldan oluşmaktadır** (abç). Gerçekten,

²⁵⁷ Millet Meclisi Tutanak Dergisi, C. 17, s. 16-17.

²⁵⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 15.4.1975 tarih ve Esas 1973/19 Karar 1975/87 sayılı kararı, AYMKD, S. 13, s. 427.

maddede yer alan değişmezlik ilkesinin sadece 'Cumhuriyet' sözcüğünü amaç aldığı, yani Anayasa'daki 'Cumhuriyet' sözcüğünün değişmezliğini öngörerek, Cumhuriyeti oluşturan onun dışındaki ilke ve kuralların değiştirilebileceğini düşünmek, bu ilke ile bağdaştırılamaz. Çünkü 9. maddedeki değişmezlik ilkesinin asıl amacı, Anayasa'nın 1. maddesiyle 2. ve 2. maddenin gönderme yaptığı Başlangıç bölümünde yer alan temel ilke ve kurallarla niteliği belirtilerek 'Cumhuriyet' sözcüğüyle adlandırılan Devlet sistemidir. Başka bir deyimle, burada **değişmezlik ilkesine bağlanmak yoluyla güvence altına alınan "Cumhuriyet" sözcüğü değil, yukarıda gösterilen 2. madde ile Başlangıç bölümünde nitelikleri belirtilmiş olan Cumhuriyet rejimidir** (abç). Şu halde, yalnız 'Cumhuriyet' sözcüğünü saklı tutup, Cumhuriyeti oluşturan bütün bu nitelikleri, hangi doğrultuda olursa olsun, tümünü veya bir bölümünü değiştirmek veya kaldırmak yoluyla, 1961 Anayasası'nın ilkeleriyle bağdaşması olanağı bulunmayan bir başka rejimi meydana getirecek nitelikteki Anayasa değişikliğinin teklif ve kabul edilmesinin, Anayasa'ya aykırı düşeceğinin, tartışmayı gerektirmeyecek derecede açık olduğu ortadadır... **Cumhuriyet rejiminin Anayasamızda niteliğini belirleyen ilke ve kurallarında değişmeyi öngören veya Anayasa'nın öteki maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı yollardan bu ilkeleri değiştirmeyi amaç güden herhangi bir kanun teklif ve kabul edilemez** (abç)... Kanun ve o nitelikte bulunan Anayasa değişikliklerini teklif etmeyi düzenleyen Anayasa hükümleri birer biçim kuralı olduklarına göre, bunu yasaklayan bir kuralın dahi bir biçim kuralı olduğunda hiç kuşku yoktur... Anayasa, Anayasa'nın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını sürdürmek ve Anayasa'ca saptanan şekil şartları ve yöntemi dışında değiştirilmesini önlemek amacıyla hükümler düzenlemiştir. Anayasa'nın değişik 147. maddesiyle 'Anayasa değişikliklerinin Anayasa'da gösterilen şekil şartlarına uygunluğunu denetleme' yetkisinin Anayasa'yı yargısal denetim yoluyla korumakla görevli Anayasa Mahkemesi'ne tanımakla güdülen erek

de budur... 9. maddede yer alan yasak kuralı da bir şekil şartı olduğundan, 1699 sayılı Kanunun dava konusu maddeleri, diğer şekil şartları arasında bu yasak açısından da Anayasa'ya uygunluk denetiminden geçirilmelidir (abç)...²⁵⁹

diyerek şekil denetimi adı altında esas denetimi yapmaya devam etmiştir. Öyle ki, bu esas denetimini gerekçeli kararda “esasın incelenmesi” başlığı altında yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi bu karardan sonra da 1961 Anayasası döneminde; “...bir bütün olan (Türkiye Cumhuriyeti) düzeninin niteliklerini değiştirecek derecede etkisi olacak bir değişikliğin yapılmasına da olanak düşünülemez. Çünkü böyle bir değişikliğin bir an için teklif edilebileceği ve sonunda yapılabileceği düşünülecek olursa, nitelikleri Anayasa'da belirlenmiş olan Türkiye Cumhuriyetinin Devlet düzeni de başka nitelikteki bir devlet düzenine dönüşmüş olacağından, bu yeni düzenin, artık değişiklikten önceki Anayasa'da tanımlanan biçimde işlemesi söz konusu olamayacaktır... Anayasa, Anayasa'nın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını sürdürmek ve Anayasa'da saptanan biçim koşulları ve yöntemi dışında değiştirilmesini önlemek amacıyla hükümler düzenlemiştir. Anayasa'nın değişik 147. maddesiyle 'Anayasa değişikliklerinin Anayasa'da gösterilen biçim koşullarına uygunluğunu denetleme' yetkisinin ve Anayasa'yı yargısal denetim yoluyla koruma görevinin Anayasa Mahkemesi'ne tanınmasında güdülen erek de budur. Bu nedenlerle dava konusu hükümlerin biçim bakımından anayasal denetimi yapılırken, bir biçim koşulu olduğunda kuşkuya yer bırakmayan 9. maddenin öngördüğü yasak kuralı açısından da inceleme yapılması zorunludur.²⁶⁰ diyerek değişmezlik ilkesi ve teklif yasağından hareketle şekil denetimi adı altında esas

²⁵⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 15.4.1975 tarih ve Esas 1973/19 Karar 1975/87 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 13, s. 429-431.

²⁶⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 12.10.1976 tarih ve Esas 1976/38 Karar 1976/46 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 14, s. 260-263. Aynı içerikte kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 12.10.1976 tarih ve Esas 1976/26 Karar 1976/47 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 14, s. 293-294.; Anayasa Mahkemesi'nin 27.1.1977 tarih ve Esas 1976/43 Karar 1977/4 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 15, s. 114.; Anayasa Mahkemesi'nin 27.9.1977 tarih ve Esas 1977/82 Karar 1977/117 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 15, s. 456-457.

denetimi yapmaya devam etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin vardığı sonuca Anayasa'nın felsefesinden de ulaşılabileceğini belirten AKSOY, Anayasa Mahkemesi'nin rejimin yok olmasına seyirci kalamayacağını, aksini yaparsa kendi kendini iptal etmiş olacağını belirtmektedir.²⁶¹ Anayasa'nın değişmezlik maddesinin "iyi ahlak dernek öğüdü" değil de bir hukuk kuralı olduğu bu nedenle yaptırımla donatılmış sayılmasının doğal olduğunu belirten SEROZAN, Anayasa'nın gerçek koruyucusu ve kollayıcısı, son bekçisi olarak Anayasa Mahkemesi'ni görmekte²⁶², tali iktidar için Anayasa'nın özünün, özgül siyasal sistemi ve modelinin dokunulamaz birer tabu olduğunu belirtmektedir.²⁶³ SAN, anayasa normları arasında bir aşama sırası olduğunu, aşama sırasında üstün bir yer tutan anayasa ilkesi ile çelişen bir başka Anayasa hükmünün Anayasa'ya aykırı olabileceğini, böyle bir hükmün anayasa değişikliği yoluyla Yasama Organı tarafından ve yargısal denetim yoluyla da yetkili yargı organı tarafından ortadan kaldırabilmesi gerektiğini belirtmektedir.²⁶⁴ ARMAĞAN, Anayasa normları arasında hiyerarşinin varlığını kabul etmekte, fakat, bir Anayasa normunun diğer Anayasa normuna aykırılığı durumunda Anayasa Mahkemesi'nin fiilen alt derecedeki Anayasa'ya aykırı olan normu uygulamaktan kaçınabileceğini belirtmektedir.²⁶⁵ EREM, Anayasa'nın zıt hükümlü olduğunu kabul etmeye imkan olmadığını, iki zıt Anayasa normuna göre yapılacak anayasal denetimin farklı sonuçlar vereceğini, bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin bu hükümlerden birini esas alarak, diğerini anayasa iradesinin dışında sayması gerektiğini belirtmektedir.²⁶⁶ ÖZBUDUN, 1961 Anayasası'nın, değişmezlik ilkesini sadece Devlet şeklinin cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü ile

²⁶¹ AKSOY, Muammer: **Devrimci Öğretmenin Kısıymı ve Mücadelesi**, C.2, Ankara 1975, s. 1263-1264.

²⁶² SEROZAN, Rona: "Anayasayı Değiştirme Yetkisinin Sınırları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 37, S. 1-4, 1972, s. 140.

²⁶³ SEROZAN, 1972, s. 139.

²⁶⁴ SAN, Coşkun: **Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri**, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları No. 85, Ankara 1974, s. 134.

²⁶⁵ ARMAĞAN, 1967 a, s. 124.

²⁶⁶ EREM, 1962 a, s. 19.

sınırladığını, Anayasa Koyucu'nun değiştirme yasağının kapsamı içine Cumhuriyetin niteliklerini de almak istemiş olsa idi, bunu açıkça belirteceğini, bu yapılmadığına göre, istisna kurallarının genişletici şekilde yorumlanmaması gerektiğini, değiştirme yasağının kapsamının, Anayasa Mahkemesi tarafından yorum yoluyla genişletilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir.²⁶⁷ CAN da, Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası dönemindeki anayasa değişiklikleri ile ilgili yaptığı denetimlerde Kurucu Meclis çalışmalarında değiştirilmezlik kapsamına alınma teklifleri açıkça reddedilen Cumhuriyetin niteliklerinin sağladığı geniş yorum olanağıyla, türev kurucu iktidarın yetkisini kısmi teknik değişikliklerle sınırladığını, kendisine kurucu iktidar rolü biçtiğini belirtmektedir.²⁶⁸

Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa değişikliklerini denetleme konusundaki bu yaklaşımını bertaraf eden düzenleme 1982 Anayasası'nın 148/2. maddesindeki, *"Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır."* ibaresi ile getirilmiştir. Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi yelerinin beşte biri tarafından istenebilir. Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası aılamaz, def'i yoluyla da ileri sürülemez. Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa değişikliklerinde iptale karar verebilmesi için Anayasa'nın 149/1. maddesi uyarınca "te iki" oy çokluğu aranırken, 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanunla, bu ibare "beşte üç" olarak değiştirilmiştir. Bu değişikliği Anayasa Mahkemesi Başkanvekili PAKSÜT bir karşıoy yazısında; *"...Anayasa, bir yandan Anayasa değişikliklerinin denetiminin sadece şekil yönünden yapılabileceğini belirtmişse de, anayasa değişikliğinin Anayasa*

²⁶⁷ ÖZBUDUN, 2008 a, s. 175. Aynı yönde bkz. CAN, Osman: "Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 62, S. 3, 2007, s. 112.

²⁶⁸ CAN, 2007, s. 118.

Mahkemesi'nce iptal edilebilmesi için nitelikli çoğunluk (beşte üç) aranması, bu denetimin herkesçe kolayca yapılabilecek ve tartışma götürmeyecek basit bir aritmetik oy sayımından (teklif ve kabul yetersayısı) ibaret olmadığını açıkça göstermektedir. Bir teklifin altında kaç milletvekilinin imzası bulunduğu, oylamada kaç kabul oyu verildiği, görüşmeler arasında kırksekiz saat geçip geçmediği somut ve maddi gerçekler olup, bunların varlığı ya da yokluğu Anayasa Mahkemesi'nin azlık-çokluk oyuna göre belirlenemez. **Şekil bakımından iptal yetkisinin beşte üç gibi bir nitelikli çoğunluk gerektirmesi, teklif ve kabul yeter sayılarının Mahkeme üyelerince farklı şekillerde değerlendirilebileceğinin, dolayısıyla yetkinin varlığı noktasından da incelenebileceğinin bizzat Anayasa Koyucu tarafından zımnen kabul edilmiş olduğunun kanıtıdır (abç)...²⁶⁹** diyerek şekil denetiminin geniş yorumlanması gerektiği görüşünü dile getirmiştir.

1982 Anayasası'nın hazırlıkları aşamasında, Danışma Meclisinde değişmezlikle ilgili olarak kabul edilen metin "*Devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki Anayasa hükmü değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez*" şeklindedir. Değişmezlikle ilgili görüşmeler sırasında Cumhuriyetin niteliklerini içeren 2. maddenin de eklenmesi hususunda verilen önergeler özellikle Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası döneminde anayasa değişiklikleri hakkında verdiği kararlar belirtilerek eleştirilmiş²⁷⁰ ve "...toplumumuzun muhtaç olduğu istikrarı, cumhuriyetin niteliklerini teminata almadığımız zaman, ne yolla sağlayacağız?" şeklinde yöneltilen soruya, Anayasa Komisyonu Başkanı ALDIKAÇTI; "*Efendim böyle ihtimaller yahut sorular üzerine değerlendirmeler yapmak zor. Eğer kendisi, 'Bir çoğunluk çıkar, laiklik ilkesini ortadan kaldırmak isterse' diyorlarsa; eh toplumun etrafında toplandığı bir asgari fikirler nüvesi vardır, bir öz vardır, o öz, laiklik ilkesi etrafında toplanan öz parçalanmış demektir. Gücü varsa harekete geçer, ben de*

²⁶⁹ Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoy yazısı için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 27.11.2007 tarih ve Esas 2007/99 Karar 2007/86 sayılı Kararı, 19.2.2008 tarih ve 26792 sayılı RG.

²⁷⁰ Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, C. 8, s. 93-102.

yanında olurum o zaman; ama başka yapacak bir şey yok efendim. *Çoğunluk istediğini yapar.*²⁷¹ diyerek cevap vermiştir. Danışma Meclisinde bu şekilde kabul edilen metne rağmen, Milli Güvenlik Konseyi'nce gerçekleştirilen bir değişiklikle 1982 Anayasası metninde 4. maddede düzenlenen değişmezlik hususu 1961 Anayasası'na göre geniş bir şekilde yer almış²⁷² ve 2. maddedeki nitelikleri de içeren bir değişmezliğe dönüşmüştür.²⁷³ Bu durum ÇAĞLAR tarafından Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası döneminde kurduğu Cumhuriyetin özü ya da niteliklerinin değişmezliği teorisinin 1982 Anayasası ile pozitifleşmesi olarak ifade edilmektedir.²⁷⁴ ONAR da, Anayasa'daki değiştirilemez maddelerin genişlemesinin 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlara bağlanabileceği görüşündedir.²⁷⁵ Anayasa'nın 4. maddesinde öngörülen değişmezlik kuralı ile 148. maddesindeki anayasa değişikliklerinin anayasal denetimi konusundaki düzenlemeler çelişkili bir durum ortaya çıkarmakta²⁷⁶, Anayasa'da değiştirme yasağı getiren kuralların hukuki olmaktan çok, siyasal bir değer taşıdığı sonucunu doğurmaktadır.²⁷⁷ KANETİ, değişmez maddelerin Anayasa'daki diğer maddelerin değiştirilmesi yoluyla dolaylı olarak değiştirilebilmelerinin olası olduğunu, bu yoldan değiştirilmelerini önleyecek bir hukuksal güvenceye ihtiyaç olduğunu

²⁷¹ **Danışma Meclisi Tutanak Dergisi**, C. 8, s. 102.

²⁷² Danışma Meclisi ve Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonunun değişmezlik konusundaki madde gerekçeleri için bkz. **Gerekçeli Anayasa**, 1984, s. 5.

²⁷³ Anayasanın 4. maddesi; "*Anayasanın 1. maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2. maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3. maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.*" hükmünü, 148. maddesi ise; "*Anayasa Mahkemesi...Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler...Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır...*" hükmünü içermektedir.

²⁷⁴ ÇAĞLAR, 1989 a, s. 85.; ÇAĞLAR, Bakır: "Anayasa Yargısı ve Normatif Devreler Karşılaştırmalı Analizi", **Anayasa Yargısı**, 6, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 14, Ankara 1989, s. 155 (1989 b).

²⁷⁵ ONAR, Erdal: **1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu**, Ankara 1993, s. 13.

²⁷⁶ ONAR, 1993, s. 156-157. Aynı yönde bkz. KANETİ, Selim: "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'ndaki Boşlukların Anayasa Mahkemesi Tarafından Doldurulması", **Anayasa Yargısı**, 8, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 21, Ankara 1991, s. 81.

²⁷⁷ ONAR, 1993, s. 20. ; TEZİÇ bu kuralların yalnızca tarihi ve siyasal değeri olduklarını belirterek, "*Anayasalarda, değiştirilmesi yasaklanan kurallara ilişkin değişiklik isteğinin ve cesaretinin yaygınlaşması, aslında hukuku kat kat aşan toplumdaki siyasal değer yargılarının sarsılmasının bir sonucu olarak değerlendirilmeleri gerekir*" demektedir bkz. TEZİÇ, 2006, s. 168-169.

belirtmektedir.²⁷⁸ ONAR, 1982 Anayasası'nı hazırlayan kurucu iktidarın, Anayasa'daki değiştirilmesi yasaklanan hükümlerin kapsamını genişletirken, bu değiştirme yasağına uymayı sadece Yasama Organı'nın takdirine bırakmasa ve Anayasa Mahkemesi'ne bu maddeler üzerinde yapılacak değişiklikleri denetleme yetkisini vererek yargısal güvence altına alsın veya Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisini sınırlı tuttuğuna göre, değiştirilmesi yasaklanan kuralların sayısını artırmaya daha tutarlı davranmış olacağını belirtmektedir.²⁷⁹ Biz de ONAR'ın çok yerinde bulunduğu bu düşüncesine katılıyoruz.

1982 Anayasası'nın Geçici 4. maddesiyle siyasiler hakkında 5 ve 10 yıllık sürelerle getirilmiş olan siyaset yasağı, 3361 sayılı Kanunun 4. maddesinin ilk fıkrası hükmü ile yürürlükten kaldırılmış, ancak, bu hükmün onaylanarak yürürlüğe girebilmesi aynı maddenin ikinci fıkrası hükmü ile zorunlu halkoylamasına tâbi kılınmıştır. 3361 sayılı Kanunun, bahse konu siyaset yasağını kaldıran 4. maddesinin ilk fıkrası hükmünün yürürlüğe girmesinin ikinci fıkrada zorunlu halkoylaması koşuluna bağlanmasının Anayasa'nın 104., 175. ve geçici 9. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptali istemiyle açılan davada Anayasa Mahkemesi; *"...Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini belirleyen Anayasa'nın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların esas yönünden denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetimleri de, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmuştur (abc). İptali istenen bu sınırlı sebeplerden herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenmesi olanağı yoktur. Dava dilekçesinde ileri sürülen hususlar Anayasa'nın 148. ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 21. Maddelerinde sayılı ve sınırlı olarak belirlenen şekil bozukluklarından değildir. Bu itibarla işin esasına girilmeden*

²⁷⁸ KANETİ, 1991, s. 81.

²⁷⁹ ONAR, 1993, s. 164.

yetkisizlik nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekir.²⁸⁰ diyerek reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa değişiklikleri hakkında 1982 Anayasası döneminde verdiği bu ilk kararında biçim denetiminden yola çıkarak esas denetimi yapmadığı görülmektedir.

2003 Yılında Anayasa Mahkemesi Başkanı BUMİN Anayasa Mahkemesi'nin 41. Kuruluş Yıldönümü Kutlama Töreni'nde yaptığı konuşmasında; *“Anayasa değişikliklerinin esas yönünden Anayasa'nın diğer kuralları ile Uluslararası Sözleşmelere aykırılığının incelenememesi, siyasal iktidarları, hukukun genel ilkelerine aykırı olsa bile, beğenmedikleri Anayasa kurallarını sık sık değiştirerek, yasalara anayasal güvence sağlamak gibi bir gayret içine sokmaktadır... Hukukun temel ilkelerine dayanmayan, Devletin amaç ve varlık nedeniyle bağdaşmayan ve sadece belirli bir zamanda oluşan çoğunluğa dayanılarak çıkartılan yasalar, kamu vicdanında olumsuz tepkiler yaratır... Anayasa normunun, sınırlı biçimdeki şekil denetimi dışında Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi olamamasından yararlanarak, ulusalüstü hukuk normlarına veya hukukun genel ilkelerine aykırı Anayasa değişiklikleri yapmak hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.”²⁸¹* diyerek Anayasa değişiklikleri denetiminin, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlandırılmasını eleştirmiştir.

²⁸⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 18.6.1987 tarih ve Esas 1987/9 Karar 1987/15 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 23, s. 285-286. Bu kararda karşıoy kullanan Üye Yekta Güngör ÖZDEN karşıoy yazısında; *“...175. Madde değiştirilmeden, değiştirilebilecek sürekli ya da geçici öbür maddeler bu maddeye aykırı içerikte değiştirilemezler. Değiştirme ancak yürürlükteki kaynak -dayanak- özel maddeye uygun biçimde yapılabilir...Geçici 4 maddenin... 175. ve Geçici 9. Maddelere göre değiştirilmesi açık - seçik bir anayasal zorunluluktur. Bu maddelere aykırı değişiklikler, kanımca, “yok” sayılmalıdır... 3361 sayılı yasanın 4. maddesinin kabulü sırasında yürürlükteki 2709 sayılı Anayasa'nın 175. maddesine aykırı zorunlu halkoylamasının getirilmesiyle bir Anayasa değişikliği yasası için öngörülen oylama çoğunluğu, TBMM dışında ikinci bir oylamaya bağlı tutulup onunla geçerli kılınarak eksik bırakıldığından, yasalaşma tamamlanmış sayılmadığından, bu da öz değil açık biçim aykırılığının Anayasa'nın 148. maddesinde öngörülen türü olduğundan iptal kararı verilmesi görüşüyle çoğunluk kararına karşıyım.”²⁸⁰* diyerek anayasa değişikliğinin şekil denetimi kapsamına girdiğini ve “yokluk” ile sakat olduğunu belirtmiş, ancak karşıoy yazısının sonunda “iptali gerekir” demiştir.

²⁸¹ BUMİN, Mustafa: “Anayasa Mahkemesi Başkanı Mustafa BUMİN'in Töreni Açış Konuşması”, **Anayasa Yargısı**, 20, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 50, Ankara 2003, s.19-20.

Yasama Organı'nda çoğunluğu ele geçiren siyasal iktidarlar farklı düşüncelerle yanlarına çekebilecekleri yeter miktarda milletvekili ile Anayasa'nın 4. maddesinde öngörülen *"Anayasa'nın 1. maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2. maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3. maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez."* hükmüne rağmen bu kapsamda bir Anayasa değişikliği yapsalar, Anayasa Mahkemesi bu Anayasa değişikliğini esas yönünden inceleyebilecek midir? AZRAK, Anayasa'nın değişmez maddelerinin değiştirilmesi halinde Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisinin tartışılabilir olduğu görüşündedir.²⁸² KUBALI, tali kurucu iktidarın tadil yetkisinin ancak kendisine meşruluk kazandıran Anayasa'nın lafzı ve ruhu ile hukuken bağlı olmak şartıyla kullanılabileceğini, Anayasa'nın ruhunun ne zaman ihlal edilmiş olduğunun takdirinin ise Anayasa Mahkemesi'ne ait olduğunu, Anayasa'nın ruhuna aykırı bir değişikliğin (ki bunu karşı devrim olarak vasıflandırıyor) bunun ötesindeki müeyyidesinin ihtilal olacağını belirtiyor.²⁸³ YAYLA, Anayasa Mahkemesi'nin, yokluk benzeri sakatlığı tesbit edebileceğini belirterek; *"...Anayasa'nın öngördüğü şartlar, Anayasa'nın değiştirilmesi içindir. Değiştirmenin olamayacağı bir konuda, bunun şartları dahi sözkonusu edilemez. Başka bir ifadeyle, teklif ve kabul edilemez değişiklikler, böyle olduğu Anayasa Mahkemesi'nce belirlendiği anda, varlık şartını taşımadıklarından, baştan beri geçersiz kabul edilecekler ve artık bu tür metinler için, öteki şartların varlığı ya da yokluğu herhangi bir anlam ifade etmeyecektir... değişikliğin şekle uygun olup olmasını tartışmak başka şeydir, var olup olmadığını tesbit etmek başka"* demektedir.²⁸⁴ ONAR, Anayasa'daki değişmez maddelerin içeriklerini olumsuz yönde etkileyecek değişikliklerin

²⁸² AZRAK, 1984, s. 153, dipnot 4.

²⁸³ KUBALI, Hüseyin Nail: **Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler**, İÜHF Yayınları No. 1604/351, İstanbul 1971, s. 105.

²⁸⁴ YAYLA, Yıldızhan: "1982 Anayasasına Göre Devletin Özünü", **İdare Hukuku ve İlimler Dergisi**, Yıl 4, S. 1-3, 1983, s. 133-149.

yapılamayacağını²⁸⁵, bununla birlikte Anayasa'nın 148. maddesindeki açık düzenleme karşısında, çıkabilecek teknik sorunlar da dikkate alındığında yokluk kararı da verilemeyeceğini belirtmektedir.²⁸⁶ ÖZBUDUN, Anayasa'nın açık bir hükmüne dayanmayan anayasa değişikliklerinin Anayasa'ya uygunluğunun denetimini, kendi içinde mantıksal çelişki barındıran bir önerme olarak görmekte, hukuk normları hiyerarşisinde bir normun, ancak kendisinden üstün düzeyde başka bir norma aykırı düştüğü takdirde geçersiz sayılabileceğini, kendi düzeyindeki normlarla ise, arasında astlık-üstlük ilişkisi değil, ancak zaman yönünden öncelik-sonralık, konu yönünden de genellik-özellik ilişkisi söz konusu olabileceğini, usulüne uygun olarak meydana getirilmiş bir Anayasa normunun, kendisiyle eşdeğerli olan başka bir Anayasa normuna uygun olup olmadığını denetlemenin mantıken mümkün görünmediğini, anayasa mahkemelerinin içtihat yoluyla kendilerine böyle bir yetki yaratamayacağını belirtmektedir.²⁸⁷ Anayasa Mahkemesi'nin anayasa değişiklikleri konusundaki yaklaşımının anayasa değişikliklerinin akıbeti konusunda Anayasa Mahkemesi'ne sınırsız bir takdir yetkisi verdiği, anayasa değişikliklerinin değişmez olan cumhuriyet ilkesini zedeleyici nitelik taşıdıkları dolayısıyla şekil unsuru bakımından iptal edilmeleri gerektiği sonucuna varılmasının Anayasa Mahkemesi'nin hukukilik denetiminden, yerindelik denetimine kayması tehlikesini doğurduğunu belirten ÖZBUDUN, bir anayasa değişikliğinin cumhuriyetin temel niteliklerine aykırı olup olmadığının saptanmasının ancak konunun esasına girmekle mümkün olduğunu, kurucu iktidarın bu şekilde sınırlandırılmasının kabul edilemez olduğunu, toplumun çoğunluğunu temsil eden siyasal güçler arasında derin ve sürekli görüş ayrılıklarının belirmesi halinde, sonuçta Anayasa'nın değiştirilmesi ve

²⁸⁵ ONAR, 1993, s. 160.

²⁸⁶ ONAR, Anayasa Mahkemesinin yokluk kararı vermesi kabul edildiğinde; "Yokluk tespiti için süre, Anayasa Mahkemesinin salt çoğunlukla karar vermesinin mümkün olup olmayacağı, somut norm denetimi başvurusuyla yokluk tespiti yapılıp yapılmayacağı..." gibi teknik sorunlar çıkacağını belirtmektedir. Bkz. ONAR, 1993, s. 161.

²⁸⁷ ÖZBUDUN, Ergun: "Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi", **Zaman Gazetesi**, 8.5.2008 (2008 c).

anayasa yargısının yetkilerinin kısılması tehlikesinin söz konusu olabileceğini belirtmektedir.²⁸⁸ ÖZBUDUN bu düşüncesini, 1982 Anayasası düzenlemesi ile Anayasa Mahkemesi'nin Cumhuriyetin özüne uygunluk açısından anayasa değişikliklerini denetleyemeyeceği, Anayasa'daki değiştirme yasağının gerçek bir hukuki müeyyideden yoksun olduğu, bunun ancak Türkiye Büyük Millet Meclisine hitap eden manevi bir müeyyidesinin bulunduğu çıkarımına dayandırmaktadır.²⁸⁹ TURHAN da, Anayasa değişikliklerini saf siyasal sorunlar olarak görmekte ve anayasa mahkemelerinin bu tip sorunları kendi yetkilerinde görme konusunda ısrar etmelerinin, siyasete bir yarar sağlamayacağı gibi anayasa yargısına büyük zarar vereceğini belirtmektedir.²⁹⁰

Anayasa Mahkemesi 1992 yılında verdiği bir kararda; *"...Yönetim hukukunda yokluk, bir hukuksal işlemin hiç doğmamış, hukuk alemine çıkmamış sayılması sonucunu doğurur. Bu bağlamda, Anayasa yargısında yasama işlemlerinin yok sayılabilmesi ancak **yetki ve görev gaspı ya da çok ağır biçim eksikliği durumlarında** (abç) söz konusu olabilir..."*²⁹¹ demektedir. Anayasa Mahkemesi, 5678 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliğinin iptali istemi başvurusu hakkında verdiği kararda ve 5735 sayılı Kanunun iptali istemi başvurusu istemi hakkında verdiği kararda aynı yaklaşımla; *"...**Yokluk, bir normun var olmadığı ifadesidir. Yasalar bakımından, parlamento iradesinin olmaması, Cumhurbaşkanının yayımlama iradesinin bulunmaması, resmi gazetede yayımlanmaması gibi bir normun varlığının zorunlu koşulları bulunmadığı sürece "var"lıktan söz etmek olanaksızdır** (abç). Ancak, bunun dışındaki sakatlıklar, denetime tabi oldukları sürece, Anayasal denetimin konusunu*

²⁸⁸ ÖZBUDUN, 2008 a, s. 175-176.; ÖZBUDUN, 2007, s. 268.

²⁸⁹ ÖZBUDUN, 2008 a, s. 176-177.

²⁹⁰ TURHAN, Mehmet: "Anayasaya aykırı Anayasa Değişiklikleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 33, S. 1-4, 1976, s. 97.

²⁹¹ Anayasa Mahkemesi'nin 17.9.1992 tarih ve Esas 1992/26 Karar 1992/48 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 28, C. 2, s. 545.

oluşturabilirler...²⁹² demekte ve 5678 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliğinin iptali istemi başvurusu hakkında verdiği kararda devamlı “...Anayasa’da denetlenebilir olduğu kabul edilen ve uygulanacak yaptırımın da açıkça öngörüldüğü bir sakatlığın, yokluğun tespiti yoluyla giderilmesi olanaksızdır...”²⁹³ demektedir. Anayasa Mahkemesi, 5697 sayılı Kanun’un Anayasa’ya aykırılığı ileri sürülerek yokluğunun hükme bağlanması ya da iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi ile yapılan başvuruda 2007 yılında verdiği kararda da; “...Anayasa Mahkemesi’nin görev ve yetkilerini belirleyen Anayasa’nın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların esas yönünden denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetimleri de, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmuştur. Yaptırımı iptal olarak belirlenmiş bu hususlar dışında **denetim olanağı bulunmayan tali kurucu iktidar iradesinin hukuksal geçerliliği üzerinde daha ileri bir tartışma yapmak için iptal nedenlerinden daha ağır bir hukuka aykırılığın varlığı zorunludur** (abç)...²⁹⁴ diyerek Anayasa değişiklikleri ile ilgili olarak “yokluk” tespiti yapabileceği vurgusunu yapmakta, devamlı “...Anayasa Mahkemesi... **yokluğu ancak bir norma vücut veren ya da yürürlüğe koyan iradelerin yokluğu hususlarıyla sınırlı olarak kabul etmiştir** (abç).” demektedir. İdare hukukunda yokluk “esaslı bir unsurun yokluğu sebebiyle tasarrufun mevcut olmaması halidir”, bu durumda ortada sadece fiili bir durum vardır. İdari bir tasarruf yoktur. Zira tasarruf doğmamış, meydana gelmemiştir.²⁹⁵ Yetki gasbı, fonksiyon

²⁹² Anayasa Mahkemesi’nin 5.7.2007 tarih ve Esas 2007/72 Karar 2007/68 sayılı Kararı , 7.8.2007 tarih ve 26606 sayılı **RG.** ; Anayasa Mahkemesi’nin 22.10.2008 tarih ve Esas 2008/16 Karar 2008/116 sayılı Kararı, 5.6.2008 tarih ve 27032 sayılı **RG.**

²⁹³ Anayasa Mahkemesi’nin 5.7.2007 tarih ve Esas 2007/72 Karar 2007/68 sayılı Kararı , 7.8.2007 tarih ve 26606 sayılı **RG.**

²⁹⁴ Anayasa Mahkemesi’nin 27.11.2007 tarih ve Esas 2007/99 Karar 2007/86 sayılı Kararı, 19.2.2008 tarih ve 26792 sayılı **RG.**

²⁹⁵ ÖZGEN, Eralp: “İdari Tasarruflardaki Sakatlıklar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 1-4, 1960, s. 271.

gasbı, ağır ve bariz yetki tecavüzü varsa yokluk hali sözkonusudur.²⁹⁶ Yokluk sebebi olacak sakatlıkların en önemlileri konunun imkansızlığı ve gayrimeşruluğudur.²⁹⁷ Bu durumda yukarıdaki kararlardan Anayasa Mahkemesi'nin yetki ve görev gasbı halinde veya parlamento iradesinin olmaması, Cumhurbaşkanının yayımlama iradesinin bulunmaması, kanunun Resmi Gazete'de yayımlanmaması gibi bir normun varlığının zorunlu koşulları bulunmadığı hallerde yokluk kararı vermesinin sözkonusu olabileceğini anlıyoruz. YÜZBAŞIOĞLU, Anayasa Mahkemesi'nin Esas 2007/99 ve Karar 2007/86 sayılı kararında denetimin sınırlarını, şekil açısından denetim yaparım ama esasa girmem diyerek belirttiğini söyledikten sonra; *"Ama bunu 'bu teklif edilebilen anayasa değişiklikleri' için söylüyor. Bunu aşan ağır hukuka aykırılıklarla karşılaşsam, teklif edilemeyecek maddelere aykırı olursa onu denetlerim demek istiyor. Yani yokluk kararı vermesi için şekil aykırılığından daha ağır bir hukuka aykırılık olması gerekiyor. Hukuka aykırılık olduğunda şekil denetimi sınırlarını aşabilirim diyor."*²⁹⁸ açıklamasıyla Anayasa Mahkemesi'nin bu kararından "yokluk" kararı verebileceği imasında bulunduğu sonucunu çıkarmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin kararından bu anlamın çıkarılmayacağını söyleyen ÖZBUDUN, 1961 ve 1982 anayasalarının Anayasa Mahkemesi'nin yokluk kararı verebileceği konusunda açık veya dolaylı bir hüküm ihtiva etmediğini, iptal kararlarının geriye yürümemesinin, Anayasa Koyucu'nun, yokluk müeyyidesini amaçlamadığı yolunda bir kanıt olduğunu, Anayasa'nın açıkça tanımadığı bir yetkinin yorum yoluyla kazanılmasının mümkün olmadığını belirterek; *"...bir kanunun içeriği yönünden Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle yok sayılabileceğini söylemek, Anayasa'nın yasaklamış olduğu 'esas yönünden inceleme'yi, dolambaçlı (hattâ pek de dolambaçlı sayılamayacak) bir biçimde gerçekleştirmek demektir.*

²⁹⁶ ÖZGEN, 1960, s. 272-274.

²⁹⁷ ÖZGEN, 1960, s. 280.

²⁹⁸ **Vatan Gazetesi**, 20.2.2008.

*Çünkü içerik yönünden denetlemenin, esas yönünden denetlemeden başka bir şey olmadığı kuşkuya yer bırakmayacak derecede açıktır...*²⁹⁹ demektedir.

Türban düzenlemesi olarak bilinen, Anayasanın 10 ve 42. maddelerinde değişiklik içeren 5735 sayılı Kanun'un Anayasa'nın değiştirilemez, değiştirilmesi teklif dahi edilemez maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla iptali istemiyle yapılan başvuruda, Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kısa karar yapılan bir basın açıklamasıyla; *"5735 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. ve 2. maddeleri Anayasa'nın 2.,4., ve 148. maddeleri gözetilerek iptal edilmiştir. Ayrıca yürürlüğü durdurulmuştur"*³⁰⁰ denerek açıklanmıştır. Bu kısa kararın açıklanması sonrasında KANADOĞLU; *"Ben şekil yönünden iptal ettim diyen mahkemeye, sen bunu esasa girip iptal ettin diyemezsin. Teklif edilebilir olup olmadığını incelemek esasa girmek değildir."*³⁰¹ şeklinde görüşünü dile getirmiş, Anayasa değişikliklerin teklif edilmesini düzenleyen anayasa hükümlerinin şekil kuralı olduğu, dolayısıyla teklifle ilgili yasakları düzenleyen hükümlerin de şekil kuralı olduğunu, Anayasa'da yapılan değişikliklerin, teklif edilemezlik kuralıyla çatışması halinde Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisine gireceğini belirten³⁰² TEZİÇ ise, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararla yeni bir içtihat oluşturmadığını, daha önce oluşturduğu içtihadına süreklilik kazandırdığını belirtmiştir.³⁰³ Yukarıda belirtilen kısa karar açıklaması sonrasında, Anayasa Mahkemesi 22.10.2008 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan karar gerekçesinde, *"...Anayasa'nın 148. maddesinde öngörülen teklif ve oylama çoğunluğuna uyulmaksızın gerçekleştirilecek bir Anayasa değişikliği hukuken geçerli olamayacağı gibi, değiştirilmesi teklif edilemeyecek bir Anayasa kuralına yönelik değişiklik teklifi*

²⁹⁹ ÖZBUDUN, Ergun: "Anayasa Yargısı ve Yokluk Müeyyidesi", **Zaman Gazetesi**, 25.2.2008 (2008 b).

³⁰⁰ **Radikal Gazetesi**, 6.6.2008.

³⁰¹ **Radikal Gazetesi**, 7.6.2008.

³⁰² **Milliyet Gazetesi**, 9.2.2008.

³⁰³ **Milliyet Gazetesi**, 7.6.2008.

Yasama Organı'nın yetkisi kapsamında bulunmadığından, yetkisiz olduğu bir alanda yasama faaliyetine hukuksal geçerlilik tanımak da mümkün değildir. Anayasa değişikliklerinin...Anayasa normlarının bütünlüğünden doğan ve Anayasanın ilk üç maddesinde somutlaşan temel tercihe uygun olması gerekir. Bu çerçevede Anayasa'nın yetki normu olan 175. maddesi, bu yetkinin sınırını çizen 4. maddesi ve bu sınırların dışına taşan yetki kullanımının hukuksal müeyyidesini belirleme yetkisini öngören 148. maddesinin birlikte değerlendirilmesi zorunludur. Anayasa'nın 175. maddesine göre kullanılacak Anayasa'yı değiştirme yetkisinin, hukuksal geçerlilik ve etkinlik kazanabilmesi için Anayasa'nın 4. maddesinde teklif edilemez olarak belirlenen hükümlere ilişkin olmaması, teklif ve oylama çoğunluğuna uyularak ve nihayetinde ivedi görüşme yasağı ihlal edilmeden kullanılmış olması gerekir. Teklif edilebilir olmayan bir Anayasa değişikliğinin 148. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen teklif çoğunluğu koşulunu yerine getirmiş olması, hukuken geçersiz nitelikteki bir yasama tasarrufunun sırf sayısal çokluğun gücüyle etkin kılınmasının gerekçesi olamaz. Zira kurulu iktidar olan Yasama Organı'nın işlem ve eylemlerinin geçerliliği, asli kurucu iktidarın öngördüğü anayasal sınırlar içinde kalması koşuluna bağlıdır. **Anayasa'nın 148 inci maddesindeki, Anayasa değişikliklerinde şekil denetiminin 'teklif... şartına uyulup uyulmadığı' hususlarıyla sınırlı olduğunu ifade eden hüküm, yukarıdaki açıklamalar ışığında, 'geçerli teklif' koşulunun bulunup bulunmadığına yönelik olarak yapılacak bir denetimi de içerir (abç)...³⁰⁴** diyerek 1961 Anayasası döneminde yaptığı denetimlerde olduğu gibi, bu kararla 1982 Anayasası döneminde ilk kez olmak üzere, Anayasa'nın değiştirilemez maddelerine aykırı anayasa değişikliklerinin de şekil denetimi kapsamında olduğu içtihadını uygulamıştır.³⁰⁵ ÖZBUDUN, Anayasa Mahkemesi'nin bu gerekçesinin

³⁰⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 5.6.2008 tarih ve Esas 2008/16 Karar 2008/116 sayılı Kararı, 22.10.2008 tarih ve 27032 sayılı RG.

³⁰⁵ Bu kararda karşıoy kullanan Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim KILIÇ karşıoy yazısında, Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasası döneminde Anayasa değişikliklerini denetlerken,

1970'li yıllardaki gerekçesi ile aynı mahiyette olduğunu, ancak 1961 Anayasası döneminde bile zorlama ile haklılaştırılabilecek olan bu gerekçenin, 1982 Anayasası'ndaki, Anayasa değişikliklerinin denetiminin teklif, oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartlarına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlanmış olması karşısında hukukuki olmadığını belirtmektedir.³⁰⁶

Almanya'da doktrinde ve Anayasa Mahkemesi kararlarında özellikle değiştirilemez hükümlere aykırılık yönünden anayasa değişikliklerinin denetlenebileceği kabul edilmektedir. Alman Anayasa Mahkemesi 15.12.1970 tarihli kararında değiştirilemez maddelere aykırılık iddiası ile anayasa değişikliği kanununun iptali için yapılan başvuruda esastan inceleme yapmıştır³⁰⁷, ancak bugüne kadar iptal kararı vermemiştir.³⁰⁸ Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası'nda anayasa değişikliğinin denetlenebilirliği öngörülmektedir.³⁰⁹ Ayrıca, Ukrayna Cumhuriyeti Anayasası'nın 159. maddesinde³¹⁰, Kırgız Cumhuriyeti Anayasası'nın 82. maddesinde³¹¹, Moldova Cumhuriyeti Anayasası'nın 135. maddesinde³¹² ve

“Anayasanın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerinde Anayasa Mahkemesine tanınan denetim yetkisi, teklif, oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartlarına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlanmıştır. Esas yönünden denetime olanak tanınmadığı gibi 148. maddede tüketici biçimde sayılan koşulların dışında (abç) şekil yönünden denetim yapılması olanaksızdır.” dediğini hatırlatarak, bu defa aksi yönde yaklaşım sergilemesinin hukuka aykırı olduğunu belirtmiş ve devamla, *“...Sosyal ve siyasal yaşamın dinamikliğine uyum sağlamak amacıyla Anayasa'nın bütünlüğünü oluşturan normları değiştirmek suretiyle Anayasal düzende dönüşümlere (abç) ve değişikliklere her zaman gidilebilir...ilk üç maddenin dışındaki maddelerle değiştirilemez hükümlere dinamik bir yapı kazandırılarak siyasal yapının temel tercihlerinin meşruiyet temelleri güncelleştirilmiş olur (abç). Değiştirilemez kurallar dinamik bir dönüşüme tabi tutulmadığı takdirde tıkanan hukuksal yollar nedeniyle demokrasi dışı girişimlerin gündeme gelmesi kaçınılmazdır (abç). Çoğunluk görüşü, Anayasa'nın gelecek kuşakların sorunlarına cevap verme olanağını ortadan kaldırmakla, esasen kendisi değiştirilemez hükümleri işlevsiz hale getirmiştir...”* diyerek Anayasanın değiştirilemez hükümlerinin de değiştirilebilmesi gerektiği yönünde düşüncesini ortaya koymuştur.

³⁰⁶ ÖZBUDUN, Ergun: “Yeni Anayasa Şart Oldu...”, **Zaman Gazetesi**, 23.10.2008 (2008 d).

³⁰⁷ BVerfGE 30, 1. CAN, 2007, s. 113-114'den naklen.

³⁰⁸ Alman Anayasa Mahkemesine göre anayasa kuralları arasında bir önem sırası vardır, ayrıca anayasanın da üzerinde hukukun temel ilkeleri yer almaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. EROĞUL, Cem: **Anayasayı Değiştirme Sorunu (Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi)**, AÜSBF Yayını No. 371, Ankara 1974, s. 162-163.

³⁰⁹ EROĞUL, 1974, s. 161.; CAN, 2007, s. 111.

³¹⁰ EREN, Abdurrahman- ALESKERLİ, Alesker: **Yeni Anayasalar, Bağımsız Devletler Topluluğu ve Batık Cumhuriyetleri**, Türk İşbirliği ve Kalkınma İdaresi Başkanlığı Yayınları No. 82, Ankara 2005, s. 596.

³¹¹ EREN - ALESKERLİ, 2005, s. 323.

³¹² EREN - ALESKERLİ, 2005, s. 377.

Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası'nın 153. maddesinde³¹³ Anayasa Mahkemesi'ne anayasa değişiklikleri konusunda görüş bildirme yetkisi tanınmıştır. Avusturya Anayasa Mahkemesi'ne göre, Anayasa Mahkemesi hem Anayasa'nın bekçisi olmak hem de doğrudan demokrasinin uygulanmasını sağlamak zorundadır.³¹⁴ Avusturya'da Anayasa Mahkemesi anayasa değişikliğine ilişkin kanunları, kanunun usulüne uygun olarak oluşup oluşmadığı, özellikle nitelikli toplantı ve karar yeter sayılarına uygun olup olmadığı ile sınırlı olarak denetler. Anayasa'nın temel ilkelerine yönelik bir müdahale söz konusu ise mahkeme denetimine ek olarak halkoylamasına gidilmesi zorunludur.³¹⁵ İtalyan Anayasası'nda anayasa değişikliklerinin denetimi yönünde bir düzenleme mevcut değildir, Anayasa Mahkemesi, anayasa değişikliklerini içtihat yoluyla esas yönünden değil, sadece şekil yönünden denetime tabi tutmuştur.³¹⁶ CRISAFULLI, İtalyan Anayasası'nın 139. maddesindeki düzenleme ile cumhuriyet şeklinin değişmezliği esasının doğal bir sınır olarak ortaya çıktığını, bu esasta değişiklik yapıldığı takdirde Anayasa Mahkemesi'nin denetim yapacağını belirtmektedir.³¹⁷ Amerika'da, Anayasa'da değiştirme yasağı olarak sadece 5. maddede federe devletlerin kendi muvafakatları olmadıkça Senato'da eşit temsil edilmeleri kuralının anayasa değişikliği yoluyla kaldırılamayacağına dair bir düzenleme mevcuttur.³¹⁸ Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi 1920 yılında verdiği bir kararda anayasa değişikliğini şeklen incelemiş, gerekçelerini göstererek reddetmiş, fakat bu kararda esas açısından inceleme

³¹³ EREN – ALESKERLİ, 2005, s. 102.

³¹⁴ TURHAN, 1976, s. 78.; KIRATLI, 1966, s. 101-102.; KIRATLI, Metin: **Alman Federal Anayasa Mahkemesi**, AÜSBF Yayınları No. 162-144, Ankara 1963, s. 55-56.

³¹⁵ HALLER, Herbert (Çev. Osman CAN): "Avusturya Anayasa Mahkemesinin Organizasyonu ve Karar Biçimleri", **Anayasa Yargısı**, 21, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 51, Ankara 2004, s. 55-56 (2004 b).

³¹⁶ HOCAOĞLU, A. Şeref - OCAKÇIOĞLU, İsmet: **Anayasa ve Anayasa Mahkemeleri (Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi)**, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1971, s. 165-166.; KIRATLI, 1966, s. 102.; TURHAN, 1976, s. 78.

³¹⁷ CRISAFULLI, Vezio: "Le Systeme De Controle De La Constitutionnalité Des Lois En Italie", **Revue Du Droit Public Et De La Science Politique En France Et A L'Étranger**, 1968, Yıl 84, s. 94-96.

³¹⁸ TANİLLİ, Server: **Anayasalar ve Siyasal Belgeler**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976, s. 440.

yapamayacağına dair hiçbir işarete yer vermemiştir.³¹⁹ FEYZİOĞLU, bu kararda Yüksek Mahkemenin esas açısından denetim yetkisinin olduğunu zımnen kabul ettiği ve bu karara konu husustan daha önemli durumlarda Federal Mahkemenin esas denetimi açısından sessizliğini bozacağı izlenimini verdiği görüşündedir.³²⁰

Anayasa değişikliklerinin hiçbir şekilde esas denetimine tabi tutulamayacağını, Anayasa'ya aykırı Anayasa değişikliklerinin sadece siyasal yaptırıma tabi olacağını söylemenin yaşam pratiğiyle örtüşmediğini düşünüyoruz. Anayasa değişikliklerinin esas yönünden denetimi bu tarzda bir ihtiyaç hasıl olmayacağından imkansızla yakın görünmekle beraber, bunun görüldüğü ülkelerde, acı tecrübeler ve/veya demokratik yoldan iktidarın ele geçirilmesi sonrasında demokrasiyi yok etmeye yönelik çabaların olabileceği yönünde var olan kaygılar ortak payda olarak görünmektedir. Demokrasisi tam olarak oturmuş ve ırkçı, kökten dinci vb. tehditlere maruz olmayan bir ülke için Anayasa değişikliğinin Anayasa Mahkemesi tarafından denetimi, eşit normlar arasında kabul edilemeyecek bir denetim olarak görülebilirken, cumhuriyet yönetiminin sadece adını anayasada bırakabilecek bir çoğunluğun, yönetimi demokratik yollardan ele geçirebildiği bir ülkede bu denetim, demokrasinin ve anayasanın, Anayasa Mahkemesi tarafından korunması için bir gereklilik halini alabilmektedir. Bunu Almanya gibi güçlü demokrasisi olan bir batı ülkesinden, yeni demokratik yapısını oluşturmaya çalışan anayasalarını yapmış, ancak çeşitli tehlikeleri halen olası gören ülkelere kadar gözlemlemek mümkündür.

E) ULUSLARARASI ANDLAŞMALAR

Uluslararası Andlaşma, uluslararası hukukun yetki tanıdığı kişiler arasında, bir hukuk ilişkisi kurmak, kurulmuş bir hukuk ilişkisini değiştirmek, ya da

³¹⁹ FEYZİOĞLU, 1951, s. 233.

³²⁰ FEYZİOĞLU, 1951, s. 233-234. Aynı karar ile ilgili olarak aksi yönde yorum için bkz. TURHAN, 1976, s. 77.

ortadan kaldırmak amacıyla yapılan hukuki işlem olarak tanımlanabilir.³²¹ 1924 Anayasası uluslararası andlaşmaları onaylama yetkisini Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne vermişken, 1961 ve 1982 Anayasaları andlaşmaları onaylama yetkisini yürütme organına tanımış, genel ilke olarak Yasama Organı'ndan onaylamanın uygun bulunduğuna ilişkin bir kanunun geçirilmesi zorunluluğunu getirmiştir.³²² 1982 Anayasası'nın 90. maddesine göre uluslararası andlaşmalar iki değişik şekilde yürürlüğe girmektedir. Bunlardan ilki "Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlı" olduğu andlaşmalar, diğeri ise Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce onaylamanın bir kanunla uygun bulunması zorunluğuyolmayan andlaşmalardır. Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce uygun bulunması zorunluluğuyolmayan andlaşmalardan, ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin bilgisine sunulur. Uluslararası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik veya idari andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce uygun bulunması zorunluluğuyoktur, ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz. Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulması şartı aranır. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz. Usulüne göre

³²¹ ÇELİK, Edip F.: **Milletlerarası Hukuk**, C. 1, İÜHF Yayınları No: 2057/456, Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul 1975, s. 126.

³²² ÇELİK, Edip F.: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması", **İdare Hukuku ve İlimler Dergisi**, Prof.Dr.Lutfi DURAN'a Armağan Özel Sayısı, Yıl 9, S. 1-3, 1988, s.48.

yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası andlaşma hükümleri esas alınır. SOYSAL, 90. maddede belirtilen "yürürlüğe konabilir", "zorunluğu yoktur" şeklindeki esnek tabirlerden hareketle kanunla uygun bulunmaları zorunluluğu bulunmayan, hatta yayımlanmaları zorunluluğu bulunmayan andlaşmaların da Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne getirilip oylama, kanunla uygun bulma konusu yapılmasına engel bulunmadığını belirtmektedir.³²³ KANADOĞLU, Anayasa ile yargı denetimi dışında bırakılan uluslararası andlaşmaların sadece usulüne göre yürürlüğe girenlerle sınırlı olmadığı, henüz yürürlüğe girme usulü tamamlanmamış uluslararası andlaşmaların da anayasal denetime tabi olduğu görüşündedir.³²⁴

Uluslararası andlaşmaların Anayasa'ya uygunluk denetimi yasağı ile ilgili olarak 1961 Anayasası'nın 65. maddesinde; *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında 149. ve 151. maddeler gereğince Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz"*³²⁵ denmişken, bu ibare 1982 Anayasası'nın 90. maddesinde *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz"* şeklinde yer almıştır. Bu iki ifade de sonuç itibarıyla usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmalar hakkında iptal ve itiraz başvurusu yoluyla Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulamayacağını açıklamaktadır. Bu kapsamda 1982 ve 1961 Anayasalarının

³²³ SOYSAL, Mümtaz: "Uluslararası Andlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı", **Anayasa Yargısı**, 14, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 36, Ankara 1997, s.177.

³²⁴ KANADOĞLU, O. Korkut: **Anayasa Mahkemesi**, Beta Yayınları, İstanbul 2004, s. 130.

³²⁵ KARAMUSTAFAOĞLU, Tunçer- TURHAN Mehmet: **1961-1982 T.C. Anayasaları Karşılıklı Metinler ve 1876, 1921 ve 1924 Anayasa Metinleri**, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Savaş Yayınları, Ankara 1993, s. 106.

uluslararası andlaşmalar için Anayasa'ya uygunluk denetimi yönünden aynı düzenlemeyi içerdiği görülmektedir.³²⁶

1961 Anayasası hazırlanırken, Dış İlişkiler Enstitüsünün³²⁷ ve Siyasal Bilgiler Fakültesinin³²⁸ önerdikleri Tasarılarda, uluslararası andlaşma Anayasa'ya aykırı ise Anayasa değiştirilmeden andlaşmanın onaylanamayacağına dair bir düzenleme yer almıştır. Temsilciler Meclisindeki görüşmeler sırasında Anayasa Komisyonu Sözcüsü Turan GÜNEŞ, bu ibarenin Anayasa'yı mutlaka değiştirmek zorunluluğu olarak algılanabileceği eleştirisini getirmiş, esas itibariyle hükümetlerin Anayasa'ya uygun andlaşmaları Meclis'e getirmek durumunda olduklarını, ancak Anayasa'ya aykırı çok önemli bir andlaşmayı mutlaka yapmak gerekiyorsa, zaten Anayasa'yı Anayasa'da yazılı şekilde değiştirmenin mümkün olduğunu belirtmiştir.³²⁹

Temsilciler Meclisi 1961 Anayasa Tasarısı'nda "Milletlerarası Andlaşmaları Uygun Bulma" başlıklı 63. maddenin 2. fıkrası "*Milletlerarası bir andlaşmanın Anayasaya aykırı olduğu Meclislerden birinin üye tam sayısının beşte biri tarafından ileri sürülürse, bu iddia Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmedikçe, Türkiye Büyük Millet Meclisi, bu andlaşmanın onaylanmasını veya buna katılmayı uygun bulamaz*"³³⁰ hükmünü içeriyordu. Bu maddenin gerekçesinde uluslararası andlaşmaların Anayasa'ya uygunluğunun denetimi konusunda, kanunlarla ilgili denetime göre farklı bir usul getirildiği, bir andlaşmanın yürürlüğe girmesinden sonra Anayasa'ya aykırılığı dolayısıyla iptalinin, Devletin uluslararası sorumluluğunu doğurmaması için, bu denetimin önce ele alınması ve

³²⁶ 1961 Anayasası 65 nci maddesinin gerekçesinde; "...bir andlaşmanın yürürlüğe girmesinden sonra Anayasa'ya aykırılığı dolayısıyla iptalinin, Devletin milletlerarası sorumluluğunu doğurmaması için, bu murakabenin, teşrii organın tasvibinden geçmeden önce tahrir edilmesi ve sonuçlandırılması zaruridir." şeklindeki açıklamadan bir andlaşmanın Meclis onayı sonrasında anayasal denetiminin olamayacağı sonucu çıkmaktadır. Bkz. ÖZTÜRK, Kazım: **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası**, C. 2, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1966, s. 2287.

³²⁷ ÖZTÜRK, 1966 a, s. 2294-2295.

³²⁸ MERAY, Seha L.: **Devletler Hukukuna Giriş**, C. 2, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Bası, AÜSBF Yayınları No.237, Ankara 1968, s.131.; AYBAY, 1963, s. 95-96.

³²⁹ ÖZTÜRK, 1966 a, s. 2294-2295.

³³⁰ AYBAY, 1963, s. 96.

sonuçlandırılmasının gerekli olduğu belirtilmişti.³³¹ Gerekçesi ortaya konmuş olan bu düzenlemeye karşın, Milli Birlik Komitesi tarafından benimsenen madde metninde son fıkra olarak yer alan "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında 149. ve 151. maddeler gereğince Anayasa Mahkemesine başvurulamaz*" hükmü hiçbir sorgulamaya tabi tutulmaksızın Temsilciler Meclisi'nde kabul edilmiştir.³³² Bu fıkra son ana kadar yapılmış hiçbir tasarıda yer almadığı, tartışılmadığı halde kesinleşen metinde yer almıştır; ancak fıkranın 1961 Anayasasında bu şekilde yer almasının gerekçesi tam olarak bilinmemektedir.³³³ ÇELİK, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmalar kanun hükmündedir" ibaresinin 1961 Anayasası'nda onaylamayı uygun bulma kanunu olmaksızın yürürlüğe giren andlaşmaların ulusal mahkemeler tarafından uygulanmasında tereddüt yaşanmaması amacıyla getirilmiş olabileceğini belirtmektedir.³³⁴ YÜZBAŞIOĞLU, Anayasa'daki, "usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmalar kanun hükmündedir" kuralı ile güdülen amacın, Türk hukukunda kurallar kademelenmesinde andlaşmaların yerini belirlemek değil, Türk hukuk düzeninde uluslararası hukuk-ulusal hukuk ilişkilerinde tekçi (monist) görüşün benimsendiğini vurgulamak ve dolayısıyla andlaşmaların ayrıca bir ulusal hukuk işlemi gerekmez, ulusal hukuk düzeninde doğrudan uygulanabileceğine ilişkin kuşkuları ortadan kaldırmak olduğu görüşündedir.³³⁵

Anayasa Mahkemesi bir kararında, iptal konusu kanun hükmünden daha yeni tarihli olan uluslararası andlaşmanın "sonraki kanun" kabul edilmesi gerektiği, bu durumda iptali istenen kanun'un geçerliliğinin kalmadığı iddiasını içeren

³³¹ ÇELİK, 1975, s. 210.

³³² ÖZTÜRK, 1966 a, s. 2312-2313.

³³³ MERAY, 1968, s.131.

³³⁴ ÇELİK, 1975, s. 209-210.

³³⁵ YÜZBAŞIOĞLU, Nemci: **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İÜHF Yayını No. 3762/703, İstanbul 1993, s. 57. Benzer görüş için bkz. ALTUNDIŞ, Mehmet: "Anayasanın 90. Maddesinin Son Fıkrasına Eklenen Hükümle Birlikte Anayasa ile Yargı Denetimi Dışında Tutulan İşlemlere Karşı Yargı Yolu Açılabilir mi?", **Yasama Dergisi**. S. 2, Ankara 2006, s. 78.

talep karşısında, konuyu etraflıca ele almış; bu kararda bahsi geçen uluslararası andlaşmanın, kanun hükmünü geçersiz kılacak bir düzenleme getirmedeğini belirtmiş ve Anayasa'daki "usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmalar kanun hükmündedir" ibaresini, uluslararası andlaşmaların kanunlarla eşit hukuki statüde olduğu şeklinde kabul etmiştir.³³⁶

Doktrinde ortak sayılabilecek görüş, andlaşmaların doğrudan anayasal denetime tabi tutulmasının imkansızlığı yönündedir. TANÖR ve YÜZBAŞIOĞLU uygun bulma kanunundan hareketle, uluslararası andlaşmanın içeriğinin denetlenemeyeceği görüşündedirler.³³⁷ ÇELİK, uluslararası bir andlaşmanın ancak andlaşmanın onaylanmasını uygun bulma hakkındaki kanunun görüşülmesi sırasında Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin yapabileceği siyasal denetime tabi tutulabileceğini belirtmekte,³³⁸ onaylamayı uygun bulma kanunu hakkında Anayasa Mahkemesi'ne başvurma olanağı bulunup bulunmadığı sorununu, Fransız hukukunun " ayrılabilir işlem (acte détachable)" kavramıyla açıklamaktadır. ÇELİK'e göre, eğer uygun bulma kanunu, onaylanmasını uygun bulduğu andlaşmadan ayrılabilir, bağımsız olarak, kendi başına hüküm ifade edebiliyor ve iç hukuk düzeninde etki yapabiliyorsa, bu kanunun Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilir, bu kanun ancak andlaşma ile birlikte bir anlam taşıyor ve etki yapabiliyorsa, Anayasa Mahkemesi önünde bir iptal davasına konu olamaz.³³⁹ SOYSAL, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından uygun bulma şartı aranan andlaşmalarda, henüz onaylama işlemi yapılmış olmadığı için andlaşmanın dış hukuk bakımından devleti bağlayıcı nitelik taşımayacağı, "*usulüne göre yürürlüğe konulmuş olma*" şartının gerçekleşmeyeceği, bu nedenle uygun bulma kanunu aracılığıyla yürürlük kazanmamış olan andlaşmanın yargısal denetime tabi

³³⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 26.9.1965 tarih ve Esas 1963/173 Karar 1965/40 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 4, s. 327-328.

³³⁷ TANÖR – YÜZBAŞIOĞLU, 2005, s. 478.

³³⁸ ÇELİK, 1975, s. 213-214.

³³⁹ ÇELİK, 1975, s. 212.

tutulabileceği görüşündedir.³⁴⁰ Bu görüşlerin yanında uygun bulma kanunları ile dolaylı olarak denetim yapılabileceğini savunan yazarlar vardır. ÇAĞA, kanunun yürürlüğe girmesiyle, andlaşmanın yürürlüğe girmesinin farklı anlamlara geldiğini ve ikisi arasında daima bir zaman aralığı olduğunu, Anayasa'da usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmadan bahsedildiğine göre, andlaşma yürürlüğe girmediği sürece uygun bulma kanununun iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabileceğini belirtmektedir.³⁴¹ SERİM, Anayasa'ya aykırı andlaşmaların onaylanmasının, ancak Anayasa'da andlaşmaların üstünlüğüne dair bir düzenleme bulunmasına bağlı olacağını, Anayasamızda böyle bir kural bulunmadığı için Anayasa'ya aykırı andlaşmaları iç hukukta geçerli saymanın mümkün olmadığını, eğer andlaşma ülke yararı için elzemse Anayasa'nın andlaşmaya uygun şekilde değiştirilebileceğini, uluslararası istikrar düşüncesiyle uluslararası andlaşmaların denetimden uzak tutulmasının hukuk devleti ilkesiyle ters düşmeyebileceğini, ancak uygun bulma kanunlarının anayasal denetime tabi olduğunu söylemektedir.³⁴²

SOYSAL, uygun bulma kanunu olmaksızın yayımlanma ile yürürlüğe giren andlaşmalarda, anayasal denetimin andlaşmaya yönelik olarak değil, andlaşmayı yürürlüğe sokan yürütme işlemine yönelik olarak yapılabileceğini, yürürlüğe konmuş andlaşmaların kanun hükmünde oluşundan hareketle, kanunla uygun bulunmamış andlaşmayı yürürlüğe sokan Bakanlar Kurulu kararının kanun hükmünde kararname sayılabileceğini ve Anayasa'nın 148. maddesi uyarınca Anayasa'ya aykırılık iddiasının Anayasa Mahkemesi'ne götürülebileceğini, yayımlanmadan yürürlüğe sokulabilecek andlaşmalarda ise, Anayasa'ya aykırılık nedeniyle istenecek yargı denetiminin ancak o andlaşmaya dayanılarak yapılmış bir

³⁴⁰ SOYSAL, 1997, s.178-179.; SOYSAL, Mümtaz: **Dış Politika ve Parlamento**, AÜSBF Yayınları No. 183-165, Ankara 1964, s. 216.

³⁴¹ ÇAĞA, Tahir: **Hava Hukuku**, C.: I, Genel Kısım, İÜHF Yayınları No. 996/205, İstanbul 1963, s. 161.

³⁴² SERİM, Bülent: "Uluslararası Andlaşmaların Onaylanması ve Denetlenmesi", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 26, S. 2, 1993, s. 38-39.

idari işlem ortaya çıkınca mümkün olabileceğini belirtmektedir.³⁴³ ÖZBUDUN, Bakanlar Kurulu'nun Anayasa ve kanunun kendisine verdiği yetki sınırlarını aşmak suretiyle bir andlaşmayı onaylaması halinde "yolsuz onay"ın sözkonusu olduğunu, Danıştay'ın bu kararnameyi iptal yetkisi olduğu kural olarak söylenebilirse de, onay kararnamesinin iptalinin andlaşmanın da yürürlükten kalkması sonucunu doğuracağı gerçeği karşısında Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin siyasal denetim yollarını harekete geçirmesi gerektiğini belirtmektedir.³⁴⁴ Uygun bulma kanunu olmaksızın yürürlüğe giren uluslararası andlaşmaların anayasal denetimi için SOYSAL'ın öngördüğü, onay kararnamesinin kanun hükmünde kararname olarak kabulü yaklaşımına, Anayasa'da kanun hükmünde kararnamenin özel düzenlenişi ve ancak bir yetki kanununa dayanılarak çıkarılabileceğinin açık olması karşısında katılabilmek mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi 4163 sayılı "İslam Ülkeleri Arası Yatırım ve İhracat Kredi Sigortası Kurumu Kuruluş Andlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun" ile ilgili olarak yürürlüğün durdurulması ve iptal istemi ile açılan davada; *"Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında, 'usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz' denilmektedir. Uluslararası ilişkilerde sürekliliği sağlama amacı gözeterek getirilen 'andlaşmaların yargı denetimi dışında tutulması'na ilişkin bu kuralla anayasal denetimin dışında tutulmak istenen, yöntemince yürürlüğe konulmuş olan 'uluslararası andlaşmalar'dır. Bu nedenle, andlaşmadan bağımsız olarak onay yasalarına karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilir.*³⁴⁵ diyerek onay kanunları hakkında iptal davası açılabileceğini kabul etmiştir. Uluslararası andlaşmaları uygun bulma kanunları

³⁴³ SOYSAL, 1997, s.178-179.

³⁴⁴ ÖZBUDUN, 2008 a, s. 226.

³⁴⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 27.2.1997 tarih ve Esas 1996/55 Karar 1997/33 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 37, C. 1, s. 94-95.

genellikle üç maddeden ibarettir. Birinci maddesiyle andlaşmanın uygun bulunduğu, ikinci maddesiyle yürürlük tarihi ve son maddesiyle de kim tarafından yürütüleceği düzenlenmektedir. Anayasa Mahkemesi, kararında belirttiği “*andlaşmadan bağımsız olarak onay yasalarına karşı Anayasa Mahkemesi’ne başvurulabilir*” tabirini, kararın devamında “...*Onay Yasası’nın birinci maddesinin çekince konulmayan bölümünün andlaşma maddelerine bakılarak incelenmesi olanaklı değildir. Andlaşma kuralları gözetilerek yapılacak bir inceleme, andlaşma kurallarının dolaylı olarak denetlenmesi anlamına gelir. Oysa, Anayasa’nın 90. maddesi böyle bir incelemeye engeldir.*”³⁴⁶ diyerek açıklamakta ve bu açıklama sonrasında sonuç bölümünde; “...*Andlaşmanın çekince konulmayan hükümlerinin onaylanmasına ilişkin kısmının Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin reddine... karar verildi.*” demektedir. Anayasa Mahkemesi’nin kararın gerekçesindeki açıklamasından, çekince konulmayan bölümlerle ilgili olarak inceleme yapamayacağı sonucu ortaya çıkarken, sonuç bölümünde “*Andlaşmanın çekince konulmayan hükümlerinin onaylanmasına ilişkin kısmının Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin reddine*” diyerek karar vermesi, Kanun’u incelerken andlaşmanın içine girmiş ve ona göre çekince konulmayan hükümlerin onaylanmasını Anayasa’ya aykırı bulmamış izlenimi yaratmaktadır. Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin uygun bulma kanununu kabul ederken uluslararası andlaşmaları inceleyeceği, asıl kabul ya da reddedilenin uluslararası andlaşma olduğu açıkken³⁴⁷, bize göre, Anayasa Mahkemesi’nin uygun bulma kanununu Anayasa’ya uygunluk denetimine tabi tutulabileceğini belirtip, sonrasında sadece uygun bulma kanununun çekinceye ilişkin bölümlerini denetime tabi tutması, kararın kendi içinde çelişki taşıdığını ortaya koymaktadır. Kararın gerekçe bölümü dikkate alındığında Andlaşmaya bakılmaksızın uygun bulma kanunu ile ilgili olarak anayasal denetim yapılamayacağı sonucu çıktığından,

³⁴⁶ Anayasa Mahkemesi’nin 27.2.1997 tarih ve Esas 1996/5 Karar 1997/33 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 37, C. 1, s. 97.

³⁴⁷ SERİM, 1993, s.23.

Anayasa Mahkemesi'nin "iptal isteminin yetkisizlik nedeniyle reddine" şeklinde karar vermesinin daha uygun olacağını düşünmekteyiz.³⁴⁸ Bir uluslararası andlaşmanın anayasal denetimden muaf tutulmasındaki amacın ülkenin uluslararası alanda sorumluluğunun doğmasına yol açmamak olduğu açıktır. Zaten bu nedenledir ki, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.*" hükmüne yer verilmiştir. Anayasa'nın 90. maddesinin 1. fıkrasında "*Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.*" hükmü dikkate alındığında Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından uygun bulma şartı aranan andlaşmalarda, henüz onaylama işleminin yapılmadığı, dolayısıyla "usulüne göre yürürlüğe konulmuş" uluslararası andlaşmadan söz edilemeyeceği ortadadır. Bu durumda biz, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onaylanmaları bir kanunla uygun bulunmuş, fakat onaylanmamış andlaşmalar hakkında "henüz yürürlük kazanmamış" olması dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'ne iptal davası açılabileceğini, ancak Türkiye Büyük Millet meclisi tarafından uygun bulma kanunu ile uluslararası andlaşma onaylanıp, karşı tarafa bu husus iletildikten ve uluslararası andlaşma usulüne göre yürürlük kazandıktan sonra gerek doğrudan andlaşmanın, gerekse uygun bulma kanununun anayasal denetim konusu yapılamayacağını düşünüyörüz.

Federal Alman Anayasası'nın 93. maddesine göre³⁴⁹ Anayasa'ya uygunluk denetimi yapan Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş Kanunu'nda özel bir düzenleme yer almamakla birlikte, Federal Anayasa Mahkemesi 1952 yılında ilk defa Avrupa Güvenlik Birliği'ni kuran Andlaşma ile ilgili

³⁴⁸ Anayasa Mahkemesinin Anayasal denetim yapma yetkisi olmadığı yönünde verdiği karar örneği için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 10.1.1991 tarih ve Esas 1990/25 Karar 1991/1 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 27, C. 1, s. 109.

³⁴⁹ Anayasa metni için bkz. http://www.bundestag.de/htdocs_f/parlement/fonctions/cadre/loi_fondamentale.pdf, 19.8.2007

olarak verdiği karardan bu yana oluşturduğu içtihatları ile Yasama Organi'nda onaylanmış olan uluslararası andlaşmaları, onay kanunu Cumhurbaşkanı tarafından yayımlanmadan önce anayasal denetime tabi tutmaktadır.³⁵⁰ Fransız Anayasası'nın 54. maddesi, "*Cumhurbaşkanı, Başbakan, meclislerden birinin başkanı veya 60 milletvekili veya 60 senatörün bir uluslararası andlaşmanın Anayasa'ya aykırı bir hüküm içerdini ileri sürerse, ancak Anayasa değişikliğini müeakip uluslararası andlaşmanın onayı veya uygun bulunması söz konusudur.*"³⁵¹ şeklindedir. Fransız Anayasası'ndaki bu düzenleme ile Anayasa'ya uygun olmayan uluslararası andlaşmanın yürürlük kazanması ve ülkenin dış sorumluluğunun doğması önlenmiş olmaktadır.

Anayasa'da uluslararası andlaşmaların Anayasal denetimin dışında tutulmasının, Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi ve normlar hiyerarşisine uygun olmadığı düşüncesindeyiz. Bu nedenle Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin uygun bulması ile onaylanacak olan uluslararası andlaşmaların, uluslararası sorumluluk doğurmayacak şekilde, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin uygun bulmasından önce Anayasa Mahkemesi tarafından ön incelemeden geçirilmesinin, bu ön inceleme sonrasında Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'ya aykırılık olduğu yönünde bir tespiti olursa, Yasama Organi'nin, ancak Anayasa'da değişiklik yapmak suretiyle bu andlaşmayı uygun bulması şeklinde bir düzenlemenin hukuken uygun çözümlü yolu olacağını düşünüyüz. Aksi halde uluslararası andlaşma iç hukukta uygulanamaz bir andlaşma olur, ancak dış hukukta da ülkenin sorumluluğunu doğurur. Bu düşünce doğrutusunda istisnasız tüm uluslararası andlaşmaların Anayasal denetime tabi tutulmasının gerek uluslararası andlaşmaların yürürlük kazanmasını geciktireceği, gerekse Anayasa Mahkemesi'nin iş yükünü arttıracak açıktır. Bu nedenle, Fransız Anayasası'nın 54. maddesindeki düzenleme benzeri, sadece iptal

³⁵⁰ FAVOREU, 1996, s. 56.; ONAR, 2003, s. 139-140.

³⁵¹ Anayasa metni için bkz. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/constit.doc>, 6.3.2008.

davası açmaya hakkı olanlara, uygun bulma kanununun Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabulü öncesinde uluslararası andlaşmanın Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilme imkanı tanınmasının ve andlaşmanın uygunluğu hakkında görüş bildirmesi için Anayasa Mahkemesi'ne kısa bir süre şartı konulmasının, Anayasa Mahkemesi'nin olumlu görüş bildirmesi halinde Meclis tarafından uygun bulma kanununun ele alınabilmesinin uygun olacağını düşünüyoruz.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖLÇÜ NORMLAR

Anayasa'ya uygunluk denetiminde kullanılacak tüm ölçü normları içeren gruba anayasallık bloku denilmektedir.³⁵² Anayasa Mahkemesi, norm denetimi görevini yerine getirirken ölçü olarak sadece Anayasa metnini mi dikkate almalı, yoksa diğer ilke ve kuralları da anayasallık blokuna dahil etmeli midir? Bu hususta doktrinde değişik yaklaşımlar mevcuttur. GÖZLER, Anayasa'nın 148. maddesindeki, Anayasa Mahkemesinin "Anayasa'ya uygunluğu" denetleyeceği şeklindeki düzenleme karşısında, ölçü normun sadece Anayasa'nın kendisi olduğunu, Anayasa metninde geçmeyen uluslararası hukuk normları ve hukukun genel ilkelerinin ölçü norm olamayacaklarını³⁵³, Anayasa maddeleri dışındaki ölçü normlar ifadesinin Anayasa'da yer almayan bir takım ilkeleri anayasallık denetiminde ölçü norm olarak kullandırtma amacını taşıdığını belirtmektedir.³⁵⁴ YÜZBAŞIOĞLU, Anayasa'ya uygunluk denetiminde kullanılan ölçü normların yalnızca Anayasa'nın metninde yer alan pozitif kurallardan ibaret olmadığını, Anayasa metnindeki kurallarla birlikte hukukun genel ilkeleri ve uluslararası andlaşmaların da ölçü norm olduğunu belirtmektedir.³⁵⁵

I. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN ANAYASAL DENETİMDE ANAYASA HÜKÜMLERİNİ DİKKATE ALMASI

³⁵² TANÖR – YÜZBAŞIOĞLU, 2005, s.461.

³⁵³ GÖZLER, 2000, s. 883.

³⁵⁴ GÖZLER, 2000, s. 884.

³⁵⁵ YÜZBAŞIOĞLU, 1993, s. 337. Aynı yönde bkz. ÖZBUDUN, 2008 a, s. 396-399.; ALİEFENDİOĞLU, 1996, s. 99-106.; TANÖR – YÜZBAŞIOĞLU, 2005, s.463.; KIRATLI, 1966, s. 121-122.; KABOĞLU, 1994, s. 78-81.

A. ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNDE HANGİ ANAYASANIN DENETİME ESAS ALINACAĞI

Anayasa Mahkemesi, anayasal denetimi yürürlükte bulunan Anayasa'ya göre yapmaktadır. Bu durumu 1961 Anayasası döneminde çıkarılan kanunların anayasal denetimini yaparken; *“Anayasa Mahkemesi, bir yasa kuralının Anayasa'ya aykırı olup olmadığını inceleyip Anayasa'ya aykırı yasa kurallarını iptal etmekle, hukuk düzenini Anayasa'ya aykırı kurallardan arıtma görevini yaptığına göre, bu denetimin elbette yürürlükte bulunan Anayasa'ya göre yapılması gerekecektir. Diğer taraftan yürürlükten kalkan Anayasa'nın, belli koşullarla uygulanabileceğine dair geçici bir hüküm de yeni Anayasa'da yer almış değildir... Aksi halin kabulü, yürürlükte olmayan bir Anayasa'nın varlığını sürdürdüğü sonucunu doğurur ki, elbette bu sonuç, Anayasa'nın üstünlüğü ilkesine ve kamu düzeni düşüncesine aykırı düşer”* diyerek açıklamıştır.³⁵⁶ Anayasa Mahkemesi'nin Anayasal denetimin yürürlükte bulunan Anayasa'ya göre yapılması gerektiği yönündeki kararlarına üye ALİEFENDİOĞLU, *“Anayasal denetimin konusu, yasanın uygulanan hükmünün uygulanma sırasında yürürlükteki Anayasa'ya uygunluğunu saptamak olmalıdır. Çünkü, iptal davalarıyla, bir davaya bakmakta olan mahkemenin, uygulanacak bir yasa ya da yasa hükmünde karnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görmesi veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması sonucunda itiraz yoluyla yapılan başvurular ayrı nitelikteki anayasal denetim yollarıdır... İtiraz yoluyla anayasal denetimde ise,*

³⁵⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 28.4.1983 tarih ve Esas 1981/13 Karar 1983/8 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 20, s. 51-52. Anayasa Mahkemesi'nin aynı yöndeki diğer kararları için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 26.4.1983 tarih ve Esas 1983/1 Karar 1983/5 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 20, s. 33.; Anayasa Mahkemesi'nin 17.5.1983 tarih ve Esas 1982/6 Karar 1983/9 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 20, s. 71-72.; Anayasa Mahkemesi'nin 7.6.1983 tarih ve Esas 1982/1 Karar 1983/10 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 20, s. 104.; Anayasa Mahkemesi'nin 8.12.1983 tarih ve Esas 1981/10 Karar 1983/16 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 20, s. 120.; Anayasa Mahkemesi'nin 20.12.1983 tarih ve Esas 1982/4 Karar 1983/17 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 20, s. 135.; Anayasa Mahkemesi'nin 26.1.1984 tarih ve Esas 1983/9 Karar 1984/1 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 20, s. 148.; Anayasa Mahkemesi'nin 19.2.1985 tarih ve Esas 1984/15 Karar 1985/5 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 21, s. 91.

Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen ya da aykırı görülen kural, olaya uygulanmış öznel bir durum yaratılmış ve kazanılmış hak doğmuştur. Uygulanacak kural durumundaki bu hüküm Anayasal denetim sırasında yürürlükten kalkmış dahi olabilir.” diyerek katılmamıştır.³⁵⁷ Burada Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen kanun, olaya uygulanmış ve öznel bir durum yaratılmıştır, dikkate alınması gereken husus, yerel mahkemede uyuşmazlık konusunda uygulanan kanunun, uygulandığı tarihte eski Anayasa'nın yürürlükte olması nedeniyle, o tarihte yürürlükte bulunan Anayasa'ya aykırı bir kanun ile tesis edilen işlemin yerel mahkemede değerlendirildiği hususudur. Bu durumda eski Anayasa'yı (ya da Anayasa hükmünü) değil de yeni Anayasa'yı (ya da Anayasa hükmünü) anayasal denetimde ölçü olarak aldığımızda, somut norm denetimi yapmanın hukuki açıdan bir manası kalmayabilecektir. Diğer yandan ise, eski Anayasa ölçü olarak alındığında Anayasa'ya aykırı normların ayıklanması söz konusu olmayacak ve ayrıca 1982 Anayasası'nda öngörülmeleyen bir tür olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı karar verilmiş olacaktır. Bu da mevcut Anayasa düzenlemesi çerçevesinde mümkün değildir. Bu durumda olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı karar verebilme konusunda Anayasa'da değişiklik yapılmadığı sürece Anayasa Mahkemesi'nin somut norm denetiminde yeni Anayasa'yı denetime esas alması gerektiğini düşünmekteyiz. Ancak Anayasa'da Anayasa Mahkemesi'nin somut norm denetiminde karşılaşılan bu sıkıntılı durumu aşabilmesi için “Anayasa değişikliği halinde eski Anayasa hükmünün yürürlükte olduğu döneme ilişkin olarak yapılan başvurularda eski Anayasa hükmü dikkate alınarak olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı karar verilebileceği” yolunda bir düzenleme yapılmasının uygun olacağına inanıyoruz.

³⁵⁷ Üye Yılmaz ALİEFENDİOĞLU'nun karşıoy yazısı için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 17.5.1983 tarih ve Esas 1982/6 Karar 1983/9 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 20, s. 82.

B. DOKTRİNDE ANAYASAL DENETİM SIRASINDA ANAYASA İLKE VE KURALLARININ BİRBİRİNE GÖRE DURUMU HAKKINDAKİ GÖRÜŞLER

Anayasa Mahkemesi'nin gördüğü işlevin doğası gereği Anayasa Mahkemesi Anayasal denetimde ölçü norm olarak Anayasa ilke ve kurallarını esas alır. Anayasa ilke ve kurallarının birbirine göre bir hiyerarşi içerip içermediği hususu doktrinde farklı şekillerde değerlendirilmektedir.

Fransa'da 1946 tarihli Anayasa zamanında Parlamentonun Başlangıç'ta yer alan hükümlere aykırı kanun teklifini müzakere ve kabul edemeyeceği esası yerleşmişti.³⁵⁸ 1982 Anayasası'nın 2. maddesindeki "*Türkiye Cumhuriyeti, ...başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir*" hükmü ve 176. maddesindeki "*Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmı, Anayasa metnine dahildir.*" hükmü uyarınca Anayasa'nın Başlangıç kısmı da Anayasa'ya dahildir. Öncelikle, Başlangıç kısmının Anayasal denetimde ölçü norm olarak kullanılıp kullanılmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. ÖZBUDUN'a göre, anayasaların temel felsefelerini ve yapılaş sebeplerini açıklayan, edebi bir dille ve soyut şekilde yazılan Başlangıç kısımlarından doğrudan uygulanabilir hukuk normları çıkarmak kolay değildir. Başlangıç bölümlerinin hukuki değeri, daha çok pozitif Anayasa normlarının yorumlanmasında ortaya çıkar.³⁵⁹ Benzer şekilde ARSEL, Başlangıç kısmının Anayasa metnine dahil olduğu Anayasa'da belirtilmiş olsa da, bunun Başlangıç kısmına hukuki bakımdan Anayasa hükmü değeri vermeyeceğini, sadece Anayasa'ya ışık tutacak manevi bir değer şeklinde kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir.³⁶⁰ Başlangıcın doğrudan doğruya uygulanabilir hukuk kurallarından

³⁵⁸ ARSEL, İlhan: **Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları**, Birinci Kitap, Ankara 1965, s. 143.

³⁵⁹ ÖZBUDUN, 2008 a, s. 77.

³⁶⁰ ARSEL, 1965, s. 145. Aynı yönde bkz. TANÖR, Bülent: **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası**, Öncü Kitabevi, İstanbul 1969, s. 154.

ve prensiplerinden ziyade siyasi iktidarın amacını, dayandığı ve gerçekleştireceği temel prensipleri gösteren program bildiriler olduğunu belirten KUBALI, ancak içinde yeteri derecede açık, uygulanması mümkün olan hukuk kuralları varsa bunlara Anayasa içindeki kurallara eşit bir hukuki değer tanımak gerektiğini, bu şekilde ölçü norm olarak kullanılabileceğini belirtmektedir.³⁶¹ Başlangıç kısmında bulunan temel görüş ve ilkelere aykırı kanunlar hakkında Anayasa Mahkemesi'ne müracaatın mümkün olduğu görüşünde olan ALDIKAÇTI, Başlangıç kısmının ölçü norm olarak kullanılabileceğini belirtmektedir.³⁶² Bu görüşlerin yanında YÜZBAŞIOĞLU, Başlangıç'taki ilke ve kuralların ve 2. maddedeki Cumhuriyet'in niteliklerinin, 4. maddedeki *"Anayasanın 1. maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2. maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3. maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez"* hükmü nedeniyle Anayasa'nın diğer kurallarına göre şekli ve maddi anlamda üstünlüğü olduğu sonucunu ortaya çıkardığını belirterek, Başlangıç kısmının ölçü norm olarak kullanılabilirdiğinden öte bir düşünceyle, Anayasa normları arasında şekli ve maddi anlamda üstünlüğe sahip olduğunu belirtmektedir.³⁶³

YÜZBAŞIOĞLU, 1982 Anayasası'nın 12. maddesindeki; *"Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir..."* şeklindeki düzenlemenin klasik hakları içerdiğini, sosyal ve ekonomik hakların sınırını belirleyen Anayasa'nın 65. maddesindeki; *"Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir"* hükmünün ise sosyal ve ekonomik hakların klasik haklar kapsamına girmediğini gösterdiğini belirtmekte, bu görüşünü Anayasa'nın 91. maddesindeki *"Türkiye Büyük*

³⁶¹ KUBALI, 1971, s. 122-123.

³⁶² ALDIKAÇTI, Orhan: **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, 4. Bası, İÜ Yayınları No. 3000/655, İstanbul 1982, s. 172.

³⁶³ YÜZBAŞIOĞLU, 1993, s. 109.

Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez.” hükmünde sosyal ve ekonomik haklara yer verilmemiş olmasıyla desteklemektedir. Bu açıklama doğrultusunda da klasik haklara ilişkin Anayasa kurallarının, sosyal ve ekonomik haklara ilişkin Anayasa kurallarından daha üstün tutulduğunu belirtmektedir.³⁶⁴

ALİEFENDİOĞLU, Anayasa'nın 4. maddesi uyarınca, 1., 2. ve 3. maddelerinin değişmezliğinin öngörüldüğünü, 2. maddedeki düzenlemeye göre de Başlangıç ve 174. maddeler dahilinde Anayasa'nın kendi içinde kademelenmesinin ortaya çıktığını, bu şekilde, değişmezlik kuralıyla bu maddelerin diğerlerine oranla daha üstün bir konuma getirildiğini belirtmekte³⁶⁵; CANSSEL de, Anayasa'nın 1., 2., 3. maddelerinin 4. madde ile birlikte düşünülürse, Anayasa değişikliği ile değiştirilemeyecek maddeler olduklarından, diğer Anayasa hükümlerine göre üst norm niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir.³⁶⁶ Aynı görüşü savunan YÜZBAŞIOĞLU, Anayasa kuralları arasındaki kademelenmeyi, yukarıdan aşağıya doğru, Başlangıç'taki ilkeler, Cumhuriyet'in niteliklerine ilişkin ilkeler, klasik haklara ilişkin Anayasa kuralları, sosyal ve ekonomik haklara ilişkin Anayasa kuralları, Anayasa'nın maddi anlamdaki diğer kuralları ve şekli kuralları olarak sıralamakta,³⁶⁷ bu kademelenmenin Anayasa kuralları arasında, birinin diğerini geçersiz kılacağı

³⁶⁴ YÜZBAŞIOĞLU, 1993, s. 109-110.

³⁶⁵ ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: “Türk Anayasa Mahkemesi Raporu-Anayasal Normlar Hiyerarşisinin Temel Hakları Koruma İşlevi”, **VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi**, C. 2, 1990, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 17, s. 30. Aynı yönde bkz. GÖREN, Zafer: **Anayasa ve Sorumluluk**, DEÜHF Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No. 58, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara 1995, s. 37 (1995 b).

³⁶⁶ CANSSEL, Erol: “Türk Anayasa Mahkemesi Raporu-Anayasal Normlar Hiyerarşisi”, **VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi**, C. 2, 1990, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 17, s. 18.

³⁶⁷ YÜZBAŞIOĞLU, 1993, s. 110.

boyutta mutlak bir altlık-üstlük ilişkisi yaratmayacağını, burada nisbi bir altlık üstlük ilişkisinden söz edilebileceğini, bunun da üstteki Anayasa kuralının, kendisi ile çatışan alttaki Anayasa kuralını geçersiz kılması değil, alttaki kuralın kendinden üstteki kurala uygun yorumlanması şeklinde olabileceğini belirtmektedir.³⁶⁸ Yüksek bir mevki işgal eden ve anayasa değişikliği ile yürürlükten kaldırılamayacak olan küçük bir grup hukuki kuralların varlığını sorgulayan HAEFLİGER, eğer temel bir anayasa normunun daha az önemli bir norm ile çatışma içinde olduğu düşünülürse, temel norma diğerine göre öncelik verilmesi gerektiğini belirtmektedir.³⁶⁹ Alman hukuk anlayışında anayasa normlarının ilke olarak eşit olduğunu söyleyen HERZOG³⁷⁰, Alman anayasa hukuku öğretisinde teorik olarak Anayasa'ya aykırı Anayasa normlarının olabileceğini, bu çıkarımla değişik geçerlilik derecesine sahip Anayasa normlarının olacağını, ama bu durumun orjinal Anayasa metni için değil, sadece sonradan çıkan Anayasa'yı değiştirici kanunlar için düşünülebileceğini, Anayasa'nın başlangıçtan itibaren birbiri ile uyuşmayan hükümler barındırmasının muhtemel olmayacağını, Anayasa metninin çelişkisizliği varsayımına dayanarak bu tür normların Anayasa'yı yorumlama ile birbirleriyle uyumlu hale getirilmesi zorunluluğunun olduğunu belirtmektedir.³⁷¹

İki norm arasında geçerlilik ilişkisi varsa, bunların arasında hiyerarşi de olduğunu belirten GÖZLER, 1982 Anayasası'nın değiştirilemez hükümlerinin de diğer hükümleri gibi geçerliliklerini halkoylamasından aldıkları dikkate alındığında Anayasa hükümleri arasında hiyerarşi sözkonusu olmadığını açık olduğunu

³⁶⁸ YÜZBAŞIOĞLU, 1993, s. 111.

³⁶⁹ HAEFLİGER, Arthur (Çev. Ümit ÖZDAĞ): "Anayasa Normlarının Hiyerarşisi ve İnsan Haklarının Korunmasındaki İşlevi (İsviçre Federal Mahkemesi Raporu)", **VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi**, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 20, C. 5, 1990, s. 269-271.

³⁷⁰ HERZOG, Roman (Çev. Ümit ÖZDAĞ): "Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi (Alman Anayasa Mahkemesi Raporu)", Çeviren: Ümit ÖZDAĞ, **VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi**, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 18, C. 3, 1990, s. 16.

³⁷¹ HERZOG, 1990, s. 18-19.

söylemektedir.³⁷² ZIERLIEN, Anayasa normunun değiştirilebilir ya da değiştirilemez olmasının normlar arasındaki hiyerarşi sorununa cevap teşkil etmediğini, değiştirilebilirliğin hukuk düzeninin esnekliğine bağlı bir husus olduğunu, norm değiştirilebilir olsa bile, yürürlükte olduğu sürece Anayasa'daki diğer temel normlarla eşit düzeyde olduğunu belirtmektedir.³⁷³ Anayasa normları arasında hiyerarşinin varlığını kabul etmeyi, komik bir benzetmeyle "bütün insanlar eşittir, ama bazıları diğerlerine göre daha eşittir " benzetmesiyle eleştiren VEDEL, Fransız Anayasası için, bütün anayasal değerdeki düzenlemelerin aynı siyasal ve ahlaki önemde, ağırlıkta olmadığını, fakat Fransız Anayasası'nın ne metninden, ne de metnin oluşumunda mecliste yapılan tartışmalarından anayasal normlar arasında bir hiyerarşinin varlığını çıkarabilmenin mümkün olmadığını belirtmektedir.³⁷⁴

F. ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINA GÖRE ANAYASAL DENETİM SIRASINDA ANAYASA İLKE VE KURALLARININ BİRBİRİNE GÖRE DURUMU

Anayasa Mahkemesi, "Anayasa kural ve ilkeleri etki ve değer bakımından eşit olup, aralarında bir alt üst ilişkisi bulunmamaktadır."³⁷⁵, "...Anayasa hükümleri; ister yalnız ilkeleri ana çizgileri ile ve kısaca açıklanmış, ister ele aldığı konuyu bütün ayrıntılarıyla tüm olarak belirtmiş bulunsun, etki ve değer bakımından hep aynı niteliktedir..."³⁷⁶, "Anayasa ilkeleri etki ve değer bakımından eşit olup hangi nedenle olursa olsun birinin ötekine üstün tutulmasına olanak bulunmadığından,

³⁷² GÖZLER, Kemal: **Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu**, 1. Bası, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 1999, s. 170-171.

³⁷³ ZIERLIEN, Karl-Georg; "Alman Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterinin Açıklaması", **VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi**, Anayasa Mahkemesi Yayınlar No. 20, C. 5, 1990, s. 71.

³⁷⁴ VEDEL, Georges: "Souveraineté et Supraconstitutionnalité", **Pouvoirs**, No.67, 1993, s. 83-84.

³⁷⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 3.3.1992 tarih ve Esas 1991/60 Karar 1992/16 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 28, C. 1, s. 200.

³⁷⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 3 ve 4.11.1966 tarih ve Esas 1963/81 Karar 1966/40 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 4, s. 259.; Anayasa Mahkemesi'nin 11.11.1963 tarih ve Esas 1963/106 Karar 1963/270 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 1, s. 271.

bunların bir arada, ve hukukun genel kuralları gözönünde tutularak uygulanmaları zorunludur.³⁷⁷ diyerek Anayasa kural ve ilkeleri arasında bir üstlük, altlık durumu sözkonusu olmadığını belirtmekteyse de, bazı kararlarında Anayasa'nın belirli ilke ve kurallarına diğerlerine göre bir üstünlük tanıdığını görüyoruz.

Anayasa Mahkemesi; "...Anayasa'nın 176. maddesinde, Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmının, Anayasa metnine dahil olduğu açıklanmış anılan maddenin gerekçesinde de Başlangıç kısmının, Anayasa'nın diğer hükümleriyle eşdeğerde olduğu vurgulanmıştır. Cumhuriyetin niteliklerini belirleyen 2. maddesinde ise 'Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti' kuralı ile Başlangıçta belirtilen temel ilkeler Cumhuriyetin nitelikleriyle özdeşleştirilmiştir...³⁷⁸ diyerek Başlangıç'ın hukuki konumunu açıklamakta ve "Öte yandan Anayasa kuralları, ilke olma yönünden eşdeğerde bulunmakla birlikte hepsi de bir hukuki bütünün birbiriyle tutarlı, uyumlu parçalarıdır... Anayasa kuralları eşdeğerde olmakla birlikte Devletin temel kuruluşlarına ilişkin ilkelerin herhangi bir kuralın yorumunda öteki kurallara üstün değerde tutulması zorunlu ve doğaldır."³⁷⁹, "...Anayasa ile güdülen ana erek Başlangıçta (Türk Ulusunun daima yücelmesi) ve 153. maddesinde ise (Türk Ulusunun çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi) biçiminde saptanmıştır. Bu ana ereğe varılmasını engelleyebilecek ya da yozlaştırabilecek nitelikte hiç bir hak ve özgürlüğün Anayasa'da tanınmadığı, daha açık bir anlatımla bu ereğin Anayasa'nın tüm yapısına, ilke ve kurallarıyla ruhuna

³⁷⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 28.1.1992 tarih ve Esas 1992/7 Karar 1992/2 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 28, C. 1, s. 127.; Anayasa Mahkemesi'nin 13.10.1994 tarih ve Esas 1994/76 Karar 1994/73 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 30, C. 2, s. 754-755.

³⁷⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 13.6.1985 tarih ve Esas 1984/14 Karar 1985/7 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 21, s. 172-173.; Anayasa Mahkemesi'nin 9.10.1986 tarih ve Esas 1986/18 Karar 1986/24 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 22, s. 259.

³⁷⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 6.3.1973 tarih ve Esas 1972/56 Karar 1973/11 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 11, s. 141.

*egemen olduğu tartışma götürmeyen bir gerçektir...*³⁸⁰ diyerek de Başlangıç'ın Anayasa'nın diğer maddelerinden üstün olduğu vurgusunu yapmaktadır.

Anayasa'nın Başlangıç metninde; 1-5. paragraflarda Atatürk inkılâp ve ilkelerine bağlılık, 2. paragrafında çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi, 2-5. paragraflarında Atatürk medeniyetçiliği, 1., 5. ve 7. paragraflarında Atatürk milliyetçiliği, 3. paragrafta milli egemenlik, özgürlükçü demokrasi, 4. paragrafta Anayasa'nın ve hukukun üstünlüğü, erkler ayrılığı, 5. paragrafta Türk varlığının Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği, laiklik, 6. paragrafta doğal haklar, sosyal adalet ve eşitlik, insan onurunun korunması ve kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ilkelerine yer verilmiştir.³⁸¹ 1982 Anayasası'nın Başlangıç'ı, 1961 Anayasası Başlangıç'ından özellikle 8. paragrafındaki *"fikir, inanç ve kararıyla anlaşılacak, sözüne ve ruhuna bu yönde saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanmak üzere"* ibaresindeki hüküm ile ayrılmaktadır.³⁸² Anayasa Mahkemesi Başkanı H. Semih ÖZMERT, üyeler Orhan ONAR ve Mehmet ÇINARLI 1985 yılında ortak yazdıkları bir karşıoy yazısında; *"...Anayasa'nın 176. maddesindeki açıklık karşısında, Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmının, Anayasa metnine dahil bulunduğunu kabul etmek gerekirse de, burada, amaçlanan sözü edilen görüş ve ilkelerin bağımsız birer hüküm gibi uygulanmaları değil, Anayasa maddelerinde yer alan hükümlerin yorumlanmasında bu görüş ve ilkelerin gözönünde tutulmasıdır. Nitekim, sözü edilen Başlangıç kısmında 'bu Anayasa.' diye başlayıp görüş ve ilkeleri sıralayan cümlelerin 'fikir, inanç ve kararlarıyla anlaşılacak, sözüne ve ruhuna bu yönde saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanmak üzere... emanet ve tevdi olunur.' sözleriyle bitmesi de bu*

³⁸⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 21.5.1981 tarih ve Esas 1980/29 Karar 1981/22 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 19, s. 116.

³⁸¹ GÖREN, Zafer: **Anayasa Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s. 98.

³⁸² Aynı yönde Bkz. YÜZBAŞIOĞLU, 1993, s. 130.

görüşümüzü doğrulamaktadır...³⁸³ diyerek Başlangıç'ın bağımsız ölçü norm olarak değil, ama Anayasa maddelerinin yanında destek ölçü norm olarak kullanılması gerektiğini vurgulamışlardır.

Anayasa Mahkemesi, Serbest Bölgeler ile ilgili Kanunu denetlerken verdiği kararda; *"...Burada sözü edilen demokratik toplum düzeniyle hiç kuşkusuz Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kastedildiğinde duraksamaya yer yoktur."³⁸⁴* diyerek, Başlangıç'ın 3. paragrafında yer alan *"hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasa'da gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı"* şeklindeki düzenlemeyi, özgürlükçü demokrasinin "bu Anayasa'da gösterilen"le sınırlandırılması olarak algıladığını belirten bir sonucun doğmasına sebebiyet vermiştir. Anayasa'daki bahse konu düzenleme, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararındaki yorumunun aksine hiçbir kişi ve kuruluşun *"çağdaş hürriyetçi demokrasilerinin genel ve evrensel nitelikleri"* ile belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı şeklinde algılanmalıdır.³⁸⁵ Nitekim, Anayasa Mahkemesi daha sonra verdiği kararlarda; *"...Klasik demokrasiler temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir..."³⁸⁶*, *"...Başlangıç'ta geçen '... hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni...' sözcükleri, özgürlükçü demokratik düzenin gerekleriyle buna uygun hukuk düzenini bir temel olarak vurgulamıştır. Anayasa'nın 176/1. maddesine göre Anayasa metni içinde sayılan Başlangıç'ın öngördüğü düzen, siyasi partilerin serbestçe oluşup demokratik yöntemler, uygun ölçüler ve sınırlamalarla seçimlere katılabilmelerine olanak veren,*

³⁸³ Anayasa Mahkemesi'nin 13.6.1985 tarih ve Esas 1972/56 Karar 1973/11 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 11, s. 141

³⁸⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 6.10.1986 tarih ve Esas 1984/14 Karar 1985/7 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 21, s. 181 .

³⁸⁵ ARSLAN, Zühtü: Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", **Anayasa Yargısı**, 19, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 49, Ankara 2002, s. 224-225.

³⁸⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 26.11.1986 tarih ve Esas 1985/8 Karar 1986/27 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 22, s. 365.

aşırı ve hukuka aykırı engellere geçerlik tanımayan bir yapıdır. Norm denetiminde özel kurallar varken soyutlukla nitelendirilecek dolaylı hükümlere dayanmak gereksizse de, Başlangıç'ın taşıdığı açıklık karşısında demokratik yaşamın vazgeçilmez ögesi olan siyasi partilere getirilen 'olağandışı' engelleri özgürlükçü demokrasi gerekleriyle belirlenen hukuk düzenine uygun bulmak güçtür. Başlangıç kısmına aykırılık açıktır...³⁸⁷, "...Başlangıç'ta geçen '...hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni...' sözcükleri, özgürlükçü demokratik düzenin gerekleriyle buna uygun hukuk düzenini bir temel olarak vurgulamıştır...³⁸⁸ diyerek özgürlükçü demokratik düzeni 1982 Anayasası'yla gösterilen değil, klasik demokrasiler olarak bilinen, batı demokrasilerindeki özgürlükçü demokrasi anlayışı ile tanımlamıştır.³⁸⁹

Anayasa Mahkemesi, Başlangıç'ı, "Cumhuriyetin nitelikleri" ve "Devletin temel amaç ve görevleri" ile birlikte değerlendirerek, "Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2. ve 5. maddeleri yönünden inceleme" başlığı altında; *"...Günümüzde birçok demokratik batı ülkesinde uygulanan baraj sisteminin özgürlükçü demokratik düzeni, hukuk devleti ilkesini ve Cumhuriyeti olumsuz yönde etkilemesi söz konusu değildir. Savın bu kavram ve ilkeleri içeren Anayasa maddeleriyle ilgisi görülmemiştir...³⁹⁰, "...Anayasa'nın Başlangıcındaki amaçlardan biri de, denge ve düzen içinde, uygar bir yaşamdır. Bu sonucu sağlamak ve sürdürmek, kimi düzenlemeleri, önlemleri, bu arada doğal olarak kimi sınırlamaları zorunlu kılacaktır. Tüm vatandaşların Anayasa ile güvenceye bağlanmış hak ve özgürlüklerden yararlanmaları, bu haklarda belli ölçüde sınırlamayı gerektirmesi durumunda yapılan 'sınırlama', özgürlükçü demokrasiye yabancı bir kavram değildir. Sınırsız özgürlük, hukukla sınırlı bir*

³⁸⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 22.5.1987 tarih ve Esas 1986/17 Karar 1987/11 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 23, s. 223.

³⁸⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 22.5.1987 tarih ve Esas 1986/17 Karar 1987/11 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 23, s. 223.

³⁸⁹ YÜZBAŞIOĞLU, 1993, s. 125-126.

³⁹⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 22.5.1987 tarih ve Esas 1986/17 Karar 1987/11 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 23, s. 230.

yönetim biçimi olan demokrasiye uzaktır. Demokratik hukuk devleti ilkesiyle devletin demokrasiyi koruma amacı da bir hakkın ve özgürlüğün yerine göre sınırlandırılmasına olanak vermektedir. Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla getirilen sınırlamalar Anayasa'nın geçerli saydığı kurallardır. Aykırılık savı bu yönlerden de yerinde bulunmamıştır...³⁹¹ açıklamalarıyla, Anayasa ile güvenceye bağlanmış hak ve özgürlüklerin kullanılmasında, Başlangıç'ı diğer Anayasa hükümlerine göre daha üstün bir ölçü norm olarak kullandığını ortaya koymuştur.

Anayasa Mahkemesi, "...Anayasa'nın Başlangıç Bölümü'nün dördüncü paragrafında, 'kuvvetler ayrımı' ilkesine yer verilerek, kuvvetler ayrımının, devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli devlet yetkilerinin kullanılmasıyla sınırlı bir işbölümü ve işbirliği olduğu, üstünlüğün ancak Anayasa ve yasalarda bulunduğu; 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyetinin başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu; 6. maddesinde, kayıtsız şartsız milletin olan egemenlik hakkının Anayasa'nın koyduğu esaslara göre yetkili kılınan organlar eliyle kullanılacağı; 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinde olduğu, bu yetkinin devredilemeyeceği; 8. maddesinde yürütme yetkisinin ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından Anayasa ve yasalara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği; 9. maddesinde de, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı kurala bağlanmıştır. Böylece egemenliğin kullanılmasında yetkili organlar belirlenmiş ve kuvvetler ayrımı Anayasa'nın temel ilkelerinden biri olarak kabul edilmiştir..."³⁹², "...Anayasa, böylece egemenliğin kullanılmasında yetkili organları belirlemiş ve **kuvvetler ayrımını Anayasa'nın temel ilkesi yapmıştır** (abç). Bu ilke, Türkiye Cumhuriyeti'nin, Anayasa'nın 2.

³⁹¹ Anayasa Mahkemesi'nin 14.6.1988 tarih ve Esas 1988/14 Karar 1988/18 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 24, s. 255-256.

³⁹² Anayasa Mahkemesi'nin 20.5.1997 tarih ve Esas 1997/36 Karar 1997/52 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 34, C. 1, s. 130-131.

maddesinde sayılan, Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayalı demokratik, laik ve sosyal hukuk devleti niteliklerinin de dayanağıdır...³⁹³ diyerek Başlangıç'ın 4. paragrafındaki “Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli Devlet yetki ve görevlerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir işbölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu” hükmünü diğer Anayasa hükümlerinin üstünde görür tarzda ölçü norm olarak kullanmıştır.³⁹⁴

Anayasa Mahkemesi yabancılara toprak satışına ilişkin düzenleme içeren Kanun'u incelerken, “...Başlangıç'ın dördüncü paragrafındaki (şimdiki 2. paragraf); Türkiye Cumhuriyetinin “Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi” olduğu ilkesiyle de devletin beşeri unsurunu oluşturan milletin diğer milletlerle hak eşitliğine sahip bulunduğu vurgulanmıştır... açıklanan nedenlerle; toprak satışı suretiyle uluslararası ilişkilerde kimi devletlerin siyasi ve ekonomik desteğini kazanmak ve kendi olanaklarımızla gerçekleştirebileceğimiz konut sorununda önemsiz bir kaynak yaratmak maksadıyla ülke topraklarının karşılıklılık koşulu aranmadan yabancı ülkeler uyuğundaki gerçek kişilere satışına imkân veren 3278 sayılı Kanununun 1. ve 2. maddelerinin birinci fıkraları bu noktadan da

³⁹³ Anayasa Mahkemesi'nin 1.2.1990 tarih ve Esas 1988/64 Karar 1990/2 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 26, s. 62-63.

³⁹⁴ Anayasa Mahkemesi, 3481 sayılı Yetki Kanunu ile ilgili olarak açılan iptal davası hakkında verdiği kararın esas incelemesi bölümünde, “Anayasa'nın Başlangıç'ı ve 2. Maddesi Yönünden İnceleme” başlığı altında yaptığı incelemede; “...Anayasa'nın 176. maddesi hükmü uyarınca Anayasa metni sayılan Başlangıç'ının 6. paragrafında, “Kuvvetler ayrımının, Devlet organları arasında üstünlük sıralaması anlamına gelmeyip, belli devlet yetkilerinin kullanılmasından ibaret ve bununla sınırlı medenî bir iş bölümü ve işbirliği olduğu ve üstünlüğün ancak Anayasa ve kanunlarda bulunduğu” belirtilmiştir. Anayasa bu kuralı ile kamu erkleri arasında dengeyi düzenlemiştir. Ancak, TBMM'nin yasama yetkisinin devri anlamına gelebilecek nitelikte 3481 sayılı Yasa'yla belirli olmayan konularda ve sınırsız bir kapsamda Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname çıkarabilmesi için yetki vermesi bu iki kamu erki arasındaki dengeyi bozmakta ve yasama organına karşı yürütme organının üstünlük sağlamasına neden olmaktadır. Bu durum ise parlamenter demokrasinin dayanağı olan kuvvetler ayrılığı ilkesi ve Anayasa'nın 2. maddesindeki “demokratik hukuk Devleti” ilkesi ile çelişmektedir. Bu nedenle Yasa'nın 1., 2., 3. ve 4. maddeleri Anayasa'nın Başlangıç'ının 6. paragrafına aykırı olduklarından iptalleri gerekir...”³⁹⁴ diyerek 1995 yılı değişikliği öncesindeki Başlangıç'ın 6. paragrafı olan şimdiki 4. paragrafını aynı şekilde ölçü norm olarak kullanmıştır. Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 6.2.1990 tarih ve Esas 1988/62 Karar 1990/3 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 26, s. 114.

Anayasa'nın 2. maddesi karşısında Başlangıç bölümünün dördüncü paragrafında yer alan ve Anayasa'nın yorumu ve uygulanmasında siyasal kadroların öznel değerlendirmelerini etkisiz bırakmak amacıyla getirildiği kuşkusuz olan temel ilkeye aykırı görülmüştür...³⁹⁵ diyerek Başlangıç'ı ölçü norm olarak kullanmıştır. Doktrinde Başlangıç'ın 5. paragrafında yer alan; "Hiçbir faaliyetin Türk millî menfaatlerinin,... karşısında korunma göremeyeceği..."³⁹⁶ hükmünün hukukilik denetimini aşan, yerindelik denetimine kayan bir durum yarattığı görüşü hakimdir³⁹⁷. Buradaki "Türk milli menfaatleri" tabiri, oldukça muğlak bir ifade olduğundan, neredeyse yapılabilecek her türlü düzenlemeyi bu manada değerlendirmeye tabi tutmanın mümkün olduğu dikkate alındığında; bu düzenleme, Başlangıç'ı diğer tüm Anayasa maddelerinin üzerinde bir konuma çıkarmaktadır. Her ne kadar incelediğimiz kararlarda Anayasa Mahkemesi'nin ayrıntılı şekilde Başlangıç kısmından yararlandığı halde, münhasıran Başlangıç kısmına dayandırdığı Anayasa'ya aykırılık kararı bulunmadığını görüyorsak da³⁹⁸, Başlangıç'taki düzenlemeler doğrultusunda diğer Anayasa hükümlerini okumasıyla Başlangıç'ın diğer Anayasa hükümlerinin üstünde ölçü norm olarak kullanıldığını söylemek mümkündür.³⁹⁹

³⁹⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 9.10.1986 tarih ve Esas 1986/18 Karar 1986/24 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 22, s. 259-260. Aynı yönde karar için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 13.6.1985 tarih ve Esas 1984/14 Karar 1985/7 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 21, s. 173-174.

³⁹⁶ Hatırlanacağı üzere, Başlangıç'ın 5. paragrafı 2001 yılında 4709 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce; "Hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatlerinin...karşısında korunma göremeyeceği" şeklindeydi.

³⁹⁷ ÖZBUDUN, 2008 a, s. 78-79.; ÇAĞLAR, Bakır: "Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri , Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi", **Anayasa Yargısı**, 3, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 7, Ankara 1987, s. 178.; YÜZBAŞIOĞLU, 1993, s. 128.

³⁹⁸ Aynı yönde bkz. ÖZBUDUN, Ergun- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: "Türkiye Raporu", **VII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Hukuk Normlarının Anayasaya Uygunluğu Hakkındaki Kararların İçerikleri ve Etkileri**, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 12, Ankara 1988, s. 186.; GÖREN, 2006, s. 290.

³⁹⁹ YÜZBAŞIOĞLU da, Başlangıç'ın 8. paragrafında Cumhuriyetin nitelikleri dahil Anayasadaki tüm ilke ve kuralların "saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanmak üzere" şeklinde hükme bağlandığı dikkate alındığında, Anayasadaki tüm ilke ve kuralların, Başlangıçtaki ilke ve kurallara uygun yorumu ile Başlangıçtaki ilkelerin en üstte ve bağlayıcı olduğu sonucunu çıkarmaktadır. Bkz. YÜZBAŞIOĞLU, 1993, s. 119-120.

Sert çekirdekli temel haklar, olağanüstü hallerde de kullanımı ve yararlanılması durdurulamayan insan haklarıdır.⁴⁰⁰ Anayasamızın Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması başlıklı 15. maddesinin birinci fıkrasında “Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasa’da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.” dendiikten sonra ikinci fıkrasında “Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, **kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılmaz** (abç).” denerek, savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde temel hak ve hürriyetler hakkında yapılacak sınırlamaların istisnası belirtilmiştir. Bu maddeden, yaşama hakkı, maddî ve manevî varlığın bütünlüğüne dokunulamaması hakkı, din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamama ve bunlardan dolayı suçlanamama, suç ve cezaların geçmişe yürütülememesi, suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar suçlu sayılmama sert çekirdekli temel haklardır.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nunda sağlık yardımlarının süresini “18 ay” ile sınırlayan düzenlemenin iptali istemiyle açılan davada Anayasa Mahkemesi, “...Anayasa’nın 65. maddesi, **devletin sosyal ve ekonomik alanda belirtilen görevlerini** (abç) yerine getirirken: a) Ekonomik istikrarın korunması, b) Mali kaynakların yeterliliği ölçütlerini gözönünde tutması gerektiğini belirtmektedir...Anayasa’nın 65. maddesindeki bu sınırlama ile 506 sayılı Yasa’nın 34. maddesindeki itiraz konusu ‘...18 aya kadar...’ deyimini arasında bir ilişki

⁴⁰⁰ CANSEL, 1990, s. 21.; GÖREN, 1995 b, s. 35.

kurulamaz. Anayasa'nın 60. maddesi kişilere 'sosyal güvenlik hakkını' vermekle birlikte ikinci fıkrasında bunun için alınacak tedbirleri devlete görev olarak verirken 65. madde ile de bu göreve bazı sınırlamalar getirmiştir. Ancak, 60. maddede belirtilen bu sosyal hak, yine Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen '**... yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma** (abç)... hakkı' ile çok sıkı bağlantı içindedir. Dolayısıyla devlet ekonomik ve sosyal alandaki görevlerini yerine getirirken uygulayacağı sınırlamalarda 'yaşama hakkını' ortadan kaldıran düzenlemeler yapamayacaktır...⁴⁰¹ diyerek yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma hakkını sosyal hakların üstünde tuttuğunu ve sosyal hakların sınırını bu temel haklara göre oluşturduğunu ortaya koymaktadır. Anayasa Mahkemesi, 3359 sayılı "Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu"nun 3. maddesinin (c) Bendinin Anayasa'ya aykırılığı sorununu incelerken "...Anayasa, sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler konusunda devleti öncelikle görevlendirmiştir. Ancak, devlet bu görevlerini yine Anayasa'nın 65. maddesinin çizdiği sınır içinde, '...malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir'...⁴⁰² diyerek; Mülkiyet ve Kamulaştırma Kavramlarını anayasal ilkeler açısından değerlendirdiği bir başka kararında da; "...36. madde şu hükmü taşımaktadır: 'Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet haklarının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.' Bu hükme göre, taşınır veya taşınmaz mallara sahip olabilme bir haktır. Ne varki, öteki temel haklarda olduğu gibi mülk edinmek hakkı da sınırsız değildir. Kamu yararının gerekli ve zorunlu kıldığı hallerde mülkiyet hakkına yasa kuralları yoluyla sınır konulabilir...⁴⁰³ diyerek; Kamu avukatlarına, hakimlerle, cumhuriyet savcılarına ve kimi adalet görevlilerine yol giderlerinden başka yol

⁴⁰¹ Anayasa Mahkemesi'nin 17.1.1991 tarih ve Esas 1990/27 Karar 1991/2 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 27, C. 1, s. 139.

⁴⁰² Anayasa Mahkemesi'nin 19.4.1988 tarih ve Esas 1987/16 Karar 1988/8 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 24, s. 102.

⁴⁰³ Anayasa Mahkemesi'nin 12.10.1976 tarih ve Esas 1976/38 Karar 1976/46 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 14, s. 265-266.

tazminatı verilmesine rağmen bu işlemlere katılan hazine avukatlarına verilmemesi nedeniyle 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 34. maddesinin birinci fıkrasının iptali istemiyle açılan davada ise; “...Yol tazminatının, bu tazminattan yararlananlar açısından ekonomik bir hak olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Soruna bu açıdan bakıldığında ve Anayasa'nın sosyal ve ekonomik hakların sınırını belirleyen 65. maddesi gözönünde tutularak değerlendirme yapıldığında; sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini bile ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirecek olan Devletin, Hazine avukatlarına verilmesi öngörülen yol tazminatı ile ilgili düzenlemede Anayasa'ya aykırı bir tutum ve davranış içine girdiği söylenemez...”⁴⁰⁴ diyerek sosyal ve ekonomik hakların sınırını Anayasa'nın 65. maddesinde çizilen sınır içinde değerlendirdiğini belirtmektedir. 4709 Sayılı Kanunla Anayasa'da 2001 yılında yapılan değişiklik ile Anayasa'nın 65. maddesindeki sınırlamada yer alan “ekonomik istikrarın korunması” ölçütü kaldırılmış ise de, maddenin son hali olan, “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir.” şeklindeki düzenlemesi sosyal ve ekonomik hakların sınırında somut bir değişiklik yaratmıştır denemez.

Sert çekirdekli temel haklar karşısında sosyal haklar daha çok potansiyel haklar olarak nitelendirilmektedir.⁴⁰⁵ Anayasa Mahkemesi'nin kişi hürriyetleri ve siyasi haklar konusunda olumsuz, sosyal ve ekonomik haklar konusunda olumlu bir denetim yaptığını, medeni ve siyasal hak ve özgürlüklerle ilgili denetim sırasında iktidarı frenlerken, sosyal ve ekonomik haklara ilişkin denetimde Anayasa'nın öngördüğü sosyal ve ekonomik hakların somutlaştırılmasını mali

⁴⁰⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 24.11.1987 tarih ve Esas 1987/24 Karar 1987/32 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 23, s. 427.

⁴⁰⁵ CANSEL, 1990, s. 21.

kaynakların yeterliliği ölçüsünde aradığını, dolayısıyla kişi hakları ve siyasal haklardan daha etkili koruyucu bir denetim sağladığını görüyoruz.⁴⁰⁶

G. ANAYASA MAHKEMESİNİN BAZI KARARLARINDA DENETİMDE KANUNLARI DA ESAS ALMASI

Anayasa Mahkemesi kararlarında, Anayasa'ya uygunluk denetiminde Anayasa'yı esas aldığını, kanun hükümlerini esas almadığını belirtmekle beraber⁴⁰⁷, 3713 sayılı "Terörle Mücadele Kanunu"nun 2. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla iptali istemini incelerken; *"Özellikle belirsizliği ileri sürülen '...ekonomik düzen' kavramı, Türk Ceza Yasası'nın yürürlükten kaldırılan 141. ve 142. maddelerinde de yer almıştır... Bir örgüte girmenin suç sayılması, ceza hukukunda yeni değildir. Örneğin, aynı kural kaldırılan 141. maddenin beşinci fıkrasında yer almakta ve Türk Ceza Yasası'nın 168. maddesinin ikinci ve 313. maddesinin birinci fıkralarında da benzer kurallara rastlanmaktadır. Bu düzenlemeler, terör amaçlı örgütleri kurmanın ve bunlara katılmanın yaptırımsız kalmasını önlemektedir ...Benzer kurallar daha kapsamlı biçimde Türk Ceza Yasası'nın yürürlükten kaldırılan 141. maddesinin birinci ve beşinci, 163. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında yer almaktaydı (abç). 313. maddede de aynı doğrultuda hükümler yer almaktadır... Devlet, hangi amaca yönelik olursa olsun, her türlü suç örgütüyle mücadele etmek ve bunun için gerekli önlemleri almak zorundadır. Nitekim, bu tür örgütlenmeleri ağır cezai yaptırımlarına bağlayan kurallar ceza yasasında esasen*

⁴⁰⁶ ALİEFENDİOĞLU, 1990, s. 30.; ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: "Temel Hak ve Özgürlükler Açısından Anayasa Yargısı", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 24, S. 3, 1991, s. 38.

⁴⁰⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 22.1.1985 tarih ve Esas 1984/10 Karar 1985/2 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 21, s. 31.; Anayasa Mahkemesi'nin 22.12.1998 tarih ve Esas 1998/48 Karar 1998/85 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 36, C. 1, s. 359.; Anayasa Mahkemesi'nin 27.1.1981 tarih ve Esas 1980/42 Karar 1981/5 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 19, s. 22.; Anayasa Mahkemesi'nin 22.12.1992 tarih ve Esas 1992/42 Karar 1992/53 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 29, C. 1, s. 191-192.; Anayasa Mahkemesi'nin 21.6.1991 tarih ve Esas 1990/19 Karar 1991/15 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 28, C. 1, s. 17-18.; Anayasa Mahkemesi'nin 6.7.1995 tarih ve Esas 1995/6 Karar 1995/29 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 32, C. 1, s. 214.; Anayasa Mahkemesi'nin 14.11.1990 tarih ve Esas 1990/5 Karar 1990/28 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 26, s. 489-490.; Anayasa Mahkemesi'nin 22.9.1993 tarih ve Esas 1993/8 Karar 1993/31 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 30, C. 1, s. 147.

mevcuttur. 168., 169., 171., 313. ve 314. maddeler buna örnek gösterilebilir...⁴⁰⁸

diyerek bir kanun kuralının Anayasa'ya uygunluğunu bir başka kanun ile açıklama yolunu tutmuştur. Aynı kararında 3713 sayılı "Terörle Mücadele Kanunu"nun 16. maddesini incelerken de; "...3713 sayılı Yasa'nın 'Cezaların İnfazı' başlıklı üçüncü bölümünde yer alan 16. maddenin ilk fıkrasında, Terörle Mücadele Yasası kapsamına giren suçlardan mahkum olanların cezalarını, tek kişilik ya da üç kişilik oda sistemine göre inşa edilen özel infaz kurumlarında çekecekleri, maddenin ikinci fıkrasında, bu kurumda ziyaretçilerle açık görüş yaptırılmayacağı, hükümlülerin birbirleriyle ve diğer hükümlülerle irtibat ve haberleşmesine engel olunacağı öngörülmektedir... Cezanın özel infaz kurumlarında çektirilmesinden amaç, ikinci fıkrada belirtildiği üzere, hükümlülerin birbirleri ile irtibatına ve haberleşmesine engel olmaktır. Gerçekte, **hükümlülere karşı kimi önlemler alınması yeni değildir. Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkifevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzüğün 78/A maddesine göre** (abç), maddede sayılan anarşi ve terör suçlarından hükümlü olanlar, pekiştirilmiş güvenlik önlemleri alınmış, toplu iyileştirme ve eğitim uygulanan özel kapalı cezaevinde toplanırlar. Aynı Tüzüğün 78/B maddesi uyarınca, anarşi ve terör suçlarından hükümlü olanlar başta olmak üzere, hangi suçlu grubundan olursa olsunlar, ıslah olmayacakları anlaşılana kadar olay çıkaranlar, tek ya da üç kişilik odalar halinde yapılmış kapalı cezaevlerine gönderilirler. Tüzüğün 107. maddesinde, bu nitelikte suçları işleyenlerin ayrı kesim ya da koğuşlarda bulundurulacakları öngörülmektedir"⁴⁰⁹ diyerek İnfaz Kurumları ile Tevkifevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzüğün hükümlerini Anayasal denetime esas almış, kanunu ve tüzüğü bir tür destek ölçü norm olarak kullanmıştır. Eski bir

⁴⁰⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 31.3.1992 tarih ve Esas 1991/18 Karar 1992/20 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 28, C. 1, s..276.

⁴⁰⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 31.3.1992 tarih ve Esas 1991/18 Karar 1992/20 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 28, C. 1, s..311-312.

kanun veya tüzüğün uygulanagelmesinden kaynaklı şekilde Anayasa'ya aykırı olamayacağı gibi bir düşüncenin hukuki bir dayanağının olmadığı açıktır.

743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 292. maddesindeki *"Birbirleriyle evlenmeleri memnu olanlardan veya evli erkek ve kadınların zinasından doğan çocuk, tanınmaz"* şeklindeki düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla iptali istemi nedeniyle açılan davada, Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısı'nda öngörülen düzenlemeyi ve Yasama Organı'nın çıkardığı af kanunlarını, *"...Sözü edilen bu yasalar ve gerekçelerindeki açıklamalar şu gerçeği belirlemektedir: Medeni Yasa'nın evli erkeğin zinasından doğan çocuğun tanınmayacağını öngören 292. maddesinin bu kuralı evlilik dışı birleşmeleri önleyememiş, bu birleşmenin etkeni değil ancak sonucu ve ürünü olan çocukların neseplerinin düzeltilmesi bakımından köklü olmayan geçici önlemler zaman zaman çıkarılan yasalar ile alınmaya çalışılmış ve böylece sözü edilen çocuklara, sahih nesep bağı ile babalarına bağlanma olanağı tanınmıştır..."* diyerek örnek göstermiş ve anayasal denetim görevini yerine getirirken kullanmıştır.⁴¹⁰ 388 sayılı "Güneydoğu Anadolu Projesi Bölge Kalkınma İdaresi Teşkilatının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin iptali istemi nedeniyle açılan davada da başka kanunlardan örnekler vererek ***"...Görülüyor ki merkezi yönetime başka yasalarla da benzer yetkiler verilmiş bulunmaktadır. Bu hizmetler, bölgedeki alt yapının gerçekleştirilmesini sağlayacak olan faaliyetleri kapsamaktadır (abç). Yukarıda da değinildiği üzere, yerel yönetimlere bir yük ve borç getirmeden yapılacak işler olup, o yöreyi kalkındırma faaliyetlerinin bir bölümünü oluşturmaktadır. Her yönü ile kamu yararına uygun bulunduğu kuşkusuzdur. Nazım ve uygulama imar planları ve bu planları tamamlayacak parselasyon planları yapılmadan inşaatlara başlanamayacağı,***

⁴¹⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 28.2.1991 tarih ve Esas 1990/15 Karar 1991/5 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 27, C. 1, s. 169-170.

hedeflenen yatırımların gerçekleştirilemeyeceği açıktır. Bu nedenle Anayasa'ya aykırılık yoktur..."⁴¹¹ ifadeleriyle Anayasa'ya aykırılık iddiasını incelemiştir.

Anayasa Mahkemesi, anayasal denetimde kanunun ölçü norm olarak alınmasının uygun bir yöntem olmadığını, ancak bazen yararlı olduğunu, 3589 sayılı "2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun"un 3. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla iptali istemi için açılan davada; "...Dava konusu Yasa'nın Anayasa'ya uygunluğu yönünden yapılacak incelemede, **başka bir yasanın ölçü olarak kullanılması uygun bir yöntem değilse de, yasada yapılan tanımların ve getirilen düzenlemelerin Anayasa'nın ilgili maddesinin Yasa Koyucu tarafından nasıl anlaşıldığı konusuna açıklık getirmesi bakımından yararlıdır...**(abç) Üniversite ve yükseköğretim kurumları konusundaki 1982 Anayasası'nda yer alan kurallar, Anayasa'nın kabulünden önce 6.11.1981 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan ve yükseköğretimi düzenleyen 2547 sayılı Yasa'nın kurallarıyla beraberlik göstermektedir. Bu nedenle ki, 2880 sayılı Yasa'yla değişik 2547 sayılı Yasa hükümlerinin, 1982 Anayasası'nın üniversite ve yükseköğretim kurumları hakkındaki kuralları için de değerlendirilmesi gerekir. Anayasa'nın 130. maddesinin ikinci fıkrasında, üniversitelerin Devlet eliyle kurulacağına bir ayıklık getirilmekle birlikte yasayla kurulma ilkesine böyle bir ayıklık getirilmemiştir. Anayasa'nın 130. maddesinin üçüncü fıkrası da bu ilkeyi destekler niteliktedir. Anayasa, Yasa Koyucunun takdir hakkını bu ilke çerçevesinde kullanması gereğine ağırlık vermektedir. 2547 sayılı Yasa'nın amacı, 1. maddesinde; '...bütün yüksek öğretim kurumlarını ve üst kuruluşlarının teşkilatlanma, işleyiş, görev, yetki ve sorumlulukları ile eğitim-öğretim, araştırma, yayım, öğretim elemanları, öğrenciler ve diğer personel ile ilgili esasları bir bütünlük içinde düzenlemek...' olarak

⁴¹¹ Anayasa Mahkemesi'nin 17.7.1990 tarih ve Esas 1990/1 Karar 1990/21 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 26, s. 327.

belirlenmiştir. Yasa'nın 'Ana ilkeler' başlıklı 5. maddenin 'f' fıkrasında ise, genel olarak 'Yeni üniversiteler, üniversiteler içinde fakülte, enstitü ve yüksekokullar, Devlet kalkınma planları ilke ve hedefleri doğrultusunda ve yükseköğretim planlaması çerçevesinde Yükseköğretim Kurulu'nun olumlu görüşü veya önerisi üzerine kanunla kurulur.' denilmektedir. 2547 sayılı Yasa'ya 2880 sayılı Yasa'yla eklenen, vakıflarca kurulacak yükseköğretim kurumlarıyla ilgili düzenlemelere ilişkin ek 2., 15. maddeler de aynı doğrultuda düzenlenmiştir. Bu kurallar birlikte ele alındığında, **2547 sayılı Yasa'nın, vakıf üniversiteleri yönünden 'kanunla kurulma'ya bir ayrıklık getirilmediği anlaşılmaktadır** (abç). Kurucusu Devlet ya da vakıf olsun, tüm üniversiteler, birlikte ya da ayrı ayrı, yasayla kurulacaktır... ek 2. maddeye eklenen **dava konusu ikinci fıkra, sadece karar ile oluşturulacak bir üniversiteye olanak verdiği zaman, yasal dayanaktan yoksun, Anayasa'nın ve 2547 sayılı Yasa'nın amaçlamadığı bir kuruluşu ortaya çıkaracaktır** (abç). Anayasa'nın 130. maddesinin bir bütün olarak değerlendirilmesi, üniversite kavramı ve kurumunun tüm özellikleriyle gözetilmesi 'üniversite' adını taşıyacak kuruluşun yasa ile oluşturulması zorunluluğunu açık biçimde göstermektedir.⁴¹² diyerek açıklamaktadır.

1117 Sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanununun Bazı Maddeleri ile 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 426, 427 ve 428. Maddelerinin Değiştirilmesine ve 1117 sayılı Kanuna Ek Maddeler İlavesine Dair Kanun'un iptali için yapılan başvuruda Anayasa Mahkemesi; "...demokratik hak ve özgürlükler içinde önemli bir yer işgal eden basın özgürlüğünü zedelemek, öte yandan da sağlıklı bir toplumda insan ögesinin başlıca kaynağı olan çocukların ve gençlerin bedensel, ruhsal ve ahlaki gelişmelerine zarar verecek ya da onları suça itecek yayınlardan korumak zorunluluğu, tüm uygar ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de

⁴¹² Anayasa Mahkemesi'nin 30.5.1990 tarih ve Esas 1990/2 Karar 1990/10 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 26, s. 200-201.

*çağdaş bir kaygıya dönüşmüştür. Bu son derece gerekli ve duyarlı dengeyi kurmak ve korumak ise ciddi bir devlet görevi ve önemi yadsınamayacak bir Anayasa sorunu haline almıştır...*⁴¹³ demektir. Anayasa Mahkemesi bu kararıyla “maneviyat” ve “muzır” kavramlarını belirleyici unsurların, etik demokrasi anlayışını pozitifleştiren 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununun genel amaç ve temel ilkelerinde ayrıntılı olarak gösterildiği ve bu düzenlemelere aykırılığın yayım suçu doğurduğu sonucuna varmış, basın hürriyetine kamusal ahlakın korunması amacıyla sınırlama getirilmesini Anayasa’ya uygun bulmuştur.⁴¹⁴

Belirtilen kararlarda kanun hükümlerinin Anayasa Mahkemesi’nce destek ölçü norm olarak kullanıldıkları görülmektedir. Bir kanunun, yine diğer bir kanuna uygunluğunun Anayasa Mahkemesi’nce yapılacak Anayasal denetimde değerlendirilemeyeceği açıktır. Bu durum Anayasa’nın 148. maddesindeki “*Anayasa Mahkemesi kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün **Anayasaya** (abç) şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetler*” şeklinde belirlenmiş olan görevine aykırıdır. Anayasa Mahkemesi’nin, “*...Yasa’nın Anayasa’ya uygunluğu yönünden yapılacak incelemede, başka bir yasanın ölçü olarak kullanılması uygun bir yöntem değilse de, yasada yapılan tanımların ve getirilen düzenlemelerin Anayasa’nın ilgili maddesinin Yasa Koyucu tarafından nasıl anlaşıldığı konusuna açıklık getirmesi bakımından yararlıdır...*”⁴¹⁵ şeklindeki yaklaşımı, kanunu anlamadan öte, kanunun Anayasal denetiminde doğrudan bir başka kanun hükmünü ölçü almaya varmaktadır.

⁴¹³ Anayasa Mahkemesi’nin 11.2.1987 tarih ve Esas 1986/12 Karar 1987/4 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 23, s. 68.

⁴¹⁴ ÇAĞLAR, 1989 a, s. 158.

⁴¹⁵ Anayasa Mahkemesi’nin 30.5.1990 tarih ve Esas 1990/2 Karar 1990/10 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 26, s. 200-201.

II. ULUSLARARASI ANDLAŞMALAR VE ULUSLARARASI HUKUK KURALLARI

Uluslararası andlaşmaların hukuk düzenindeki yeri konusunda iki farklı görüş hakimdir. Bunlardan ikici (düalist) yaklaşıma göre uluslararası hukuk ve iç hukuk birbirinden tamamen farklı, bağımsız, hukuk düzenleridir. İç hukuk ulusal düzeydeki ilişkileri, uluslararası hukuk ise devletler arasındaki ilişkileri düzenler. Bir hukuk düzenindeki kuralın diğesinde geçerli olabilmesi, açıkça yollamada bulunulması veya aktarma yapılmasına bağılıdır. Bu nedenle kuralların çatışması sözkonusu değildir. Tekçi (monist) görüşe göre ise tek hukuk düzeni vardır. İç hukuk ve uluslararası hukuk, tek bir bütünün parçalarıdır. Monist yaklaşımda önemli olan, İç hukuk ve uluslararası hukuk kurallarından hangisinin üstün olduğu sorundur.⁴¹⁶

VEDEL, anayasaüstü hukuk normunun bulunmadığını, anayasaüstülüğün boş ama parlak sözlerden ibaret olduğunu söylerken⁴¹⁷, KELSEN uluslararası andlaşmaların kanun ve anayasaüstü olduğunu, bir uluslararası andlaşmayı yine diğeri bir uluslararası andlaşmanın değiştirebileceğini, ancak bir uluslararası andlaşmanın tek tarafı olarak değiştirilemeyeceğini, bunun da ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesine dayandığını belirtmektedir.⁴¹⁸ 1969 Viyana Sözleşmesinin 26. maddesinde ahde vefa (pacta sunt servanda) başlığı altında, yürürlükte olan her andlaşmanın tarafları bağlayacağı ve iyi niyetle uygulanması gerektiği belirtilmiş⁴¹⁹, bunun yanında Sözleşmenin 27. maddesinde ise taraflardan birinin iç hukukunun hükümlerini, bir andlaşmayı uygulamamak özrü olarak ileri süremeyeceği, 46.

⁴¹⁶ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref – GÖLCÜKLÜ, A.Feyyaz: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması”, 11. Ek Protokola Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s.19.; MERAY, 1968, s.120-123.

⁴¹⁷ VEDEL, 1993, s. 96.

⁴¹⁸ KELSEN, Hans: "La Garantie Juridictionnelle de la Constitution", **Revue Du Droit Public Et De La Science Politique En France Et A L'Etranger**, Yıl 35, 1928, s. 211.

⁴¹⁹ BOZKURT, Enver: **Türkiye'nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı**, İlaveli 3. Bası, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 2003, s. 561.

madde hükümlerinin saklı olduğu öngörülmüştür.⁴²⁰ 46. Maddede de, bir devletin, bir andlaşmayla bağlanma isteğinin, iç hukukun verdiği yetki kuralına aykırı olarak açıklanması halinde, bu aykırılığın açıkça belli olması, iç hukukun temel önemde bir kuralına aykırı olarak açıklanması halinde ise, bu aykırılığın açıkça belli olması ve iç hukukun temel önemde bir kuralına ilişkin bulunması gerektiği, bu haller dışında, taraf devletin andlaşmayla bağlanma rızasını sakatlamayacağı ifade edilmiştir.⁴²¹

Birçok Avrupa ülkesinin anayasası uluslararası belgelerle sınırlandırılmış durumdadır. Ülkelerin anayasaları, Avrupa normları karşısında boyun eğmek zorunda kalmıştır. Şimdiye kadar anayasaların uluslararası normlara uygunluğunu denetleyen bir ulusal anayasal yargı olmadı.⁴²² İç hukuk düzenine yeni bir uluslararası andlaşmanın konmasına izin verme sözkonusu olduğunda, FAVOREU, belki Fransız Anayasası'nın 54. maddesinin⁴²³ böyle bir kontrole imkan verir tarzda yorumlanabileceğini, Dünya'daki mevcut gelişmeler dikkate alındığında, anayasal normların uluslararası normlara uygunluk denetiminin uluslararası bir yargı organı tarafından yapılması fikrinin bugün için uçuk bir yaklaşım olarak görülmemesi gerektiğini belirtmektedir.⁴²⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir kararında, İrlanda Anayasası'nın 40. maddesinde belirtilen "anne kamındaki çocuğun yaşamına, annenin yaşamı ile aynı düzeyde önem verileceği ve bunun yapılacak kanuni düzenlemelerle korunacağı"na ilişkin hükme dayanılarak yapılan kanuni düzenlemelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesini ihlal ettiğini

⁴²⁰ BOZKURT, 2003, s. 562.

⁴²¹ BOZKURT, 2003, s. 567.

⁴²² FAVOREU, Louis: "Souveraineté et Supraconstitutionnalité", **Pouvoirs**, S. 67, 1993, s. 76.

⁴²³ Fransız Anayasası'nın 54. maddesi, "Cumhurbaşkanı, Başbakan, meclislerden birinin başkanı veya 60 milletvekili veya 60 senatörün bir uluslararası andlaşmanın Anayasaya aykırı bir hüküm içerdiğini ileri sürerse, ancak Anayasa değişikliğini müeakip uluslararası andlaşmanın onayı veya uygun bulunması söz konusudur." hükmünü içermektedir. Bkz. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/constit.doc>, 6.3.2008.

⁴²⁴ FAVOREU, 1993, s. 76.

kabul etmiştir.⁴²⁵ Yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir diğer kararında Anayasamızın 129. maddesindeki “Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz.” hükmüne dayanılarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda uyarı cezasının yargı denetimi dışında bırakılmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 11. ve 13. maddelerini ihlal ettiğini belirtmiştir.⁴²⁶ Bu kararlardaki asıl ihlal konularını İrlanda Anayasası’nın 40. maddesi ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 129. maddesinin oluşturduğunu görmemek imkansızdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bir çok kararında yorumladığı gibi, milli anayasaların hükümleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne göre yorumlandığı sürece dış anayasaüstülük kavramı yerleşme yolunda olacaktır.⁴²⁷ Uluslararası mahkemelerin kararları ile iç hukuk kurallarının iptaline uygulamada rastlanılmamaktadır. Uluslararası Mahkeme, bir kuralın uluslararası hukuka aykırılığı ve devletin uluslararası sorumluluğunun tespiti ile yetinmektedir.⁴²⁸ ÖZBUDUN, uluslararası andlaşmaların kanunlarla eşit değerde olduğunu savunmakta, Türkiye’nin taraf olduğu bir uluslararası andlaşma hükmünün kanun ile çatışması halinde sorunun öncelik-sonralık, genellik-özellik kuralları dahilinde çözüleceğini,⁴²⁹ ancak Anayasa’da açıkça uluslararası hukuka yollamada bulunulan 15., 16., 42. ve 92. maddelere ilişkin alanlarda ilgili uluslararası hukuk kurallarının ölçü norm olarak kullanılabileceğinde kuşku olmadığını belirtmektedir.⁴³⁰ PAZARCI, uluslararası andlaşmaların kanunlarla eşit değerde olduğunu, bunun istisnasını Anayasa’nın 15, 16, 42 ve 92. maddelerinde düzenlenen konularda yapılan

⁴²⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 29.10.1992 tarih ve 14234/88; 14235/88 başvuru numaralı kararı, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkpl97/portal.asp?sessionId=1502478&skin=hudoc-fr&action-request>, 6.3.2008.

⁴²⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 27 Mart 2007 tarih ve 6615/03 başvuru sayılı kararı, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkpl97/view.asp?item=4&portal=hbkm&action=&sessionId=6000229&skin=hudoc-en>, 6.3.2008.

⁴²⁷ FAVOREU, 1993, s. 76-77.

⁴²⁸ MERAY, 1968, s.120-124.

⁴²⁹ ÖZBUDUN, 2008 a, s. 397.

⁴³⁰ ÖZBUDUN, 2008 a, s. 398.

andlaşmaların oluşturduğunu, bu konulardaki andlaşmaların Anayasa'da öngörülen şartlar içerisinde anayasal hüküm değerini kazandıklarını belirtmektedir.⁴³¹ FENDOĞLU da, Anayasa'nın 15, 42 ve 92. maddelerinde uluslararası hukuka açıkça gönderme yapıldığından, bu dört durumda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ölçü norm olarak kullanılabileceğini belirtmektedir.⁴³² GÖZLER, uluslararası hakemlik ve yargı uygulamalarının uluslararası hukuk normlarının, anayasal normlara üstünlüğü prensibini teyid ettiği söylene de, bunun müeyyidesinin, anayasa normunun geçersizliği olmadığını, sadece uluslararası düzeyde ileri sürülemez (inopposabilité) sonucunun doğduğunu,⁴³³ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Türk Anayasa'sı arasında bir geçerlilik ilişkisi olmadığından bir hiyerarşinin bulunmadığını, bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin anayasal bloğa girmediğini, Sözleşme'nin kanun değerinde olduğunu belirtmektedir.⁴³⁴ AKİPEK usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmaların anayasal denetim dışında tutulmasını, uluslararası andlaşmaların kanunların üstünde olduğu şeklinde yorumlamaktadır.⁴³⁵ Benzer yaklaşımla SOYSAL, uluslararası andlaşmalar konusunda Anayasa'ya uygunluk denetimine başvurulamayışının, bu andlaşmalara kanunlardan daha ayrıcalıklı, üstün bir ağırlık kazandırdığını, uluslararası andlaşmalara kanunlardan biraz farklı Anayasa'ya yaklaşıcı, en azından Anayasa'ya yeni bir anlam ve yorum kazandırıcı bir ağırlık tanınması gerektiğini belirtmiştir.⁴³⁶ İBA, uluslararası andlaşmaları, Anayasa'ya üstün bir konuma değil, ama Anayasa normlarının yanında bir yere yerleştirmekte ve

⁴³¹ PAZARCI, Hüseyin: **Uluslararası Hukuk Dersleri**, 1. Kitap, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s. 32.

⁴³² FENDOĞLU, H. Tahsin: "Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında Bağımsız Ölçü Norm veya Destek Ölçü Norm Sorunu", **Anayasa Yargısı**, 17, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 42, Ankara 2000, s. 374.

⁴³³ GÖZLER, Kemal: "İnsan Hakları Normlarının Anayasüstünlüğü Sorunu", <http://www.anayasa.gen.tr/insan.htm>, 10.7.2007.

⁴³⁴ GÖZLER, 1999, s.286-289.

⁴³⁵ AKİPEK, Ö. İlhan: **Devletler Hukuku**, Birinci Kitap, Ankara 1963, s. 28.

⁴³⁶ SOYSAL, Mümtaz: "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler", **Anayasa Yargısı**, 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 5, Ankara 1986, s. 16-17 (1986 a).

özellikle temel hak ve özgürlükler konusundaki andlaşmaları, anayasal alanı genişleten yeni anayasal belgeler değerinde görmektedir.⁴³⁷ YÜZBAŞIOĞLU, Anayasa'nın 2. ve 15. maddelerinin birlikte yorumundan çıkan sonuca göre, insan haklarına ilişkin uluslararası andlaşmaların uluslarüstü hukuk kuralı olarak, Türk hukuk düzeninde, kurallar kademelenmesinde en üstte yer aldığını, anayasaüstü değer taşıdığını belirtmektedir.⁴³⁸ GÖLCÜKLÜ ve GÖZÜBÜYÜK ise, uluslararası andlaşmaları, “...Andlaşmalar kendi koydukları kurallara göre bozulabilir ya da değiştirilebilir. Sözleşme bozulmadıkça, bir yasa ile tek yanlı olarak değiştirilemez. Kaldı ki, bir devlet uluslararası andlaşmayı tek yanlı olarak da değiştiremez. Sözleşme'den sonra çıkan Anayasa, ya da yasa ile ne açıkça, ne de üstü kapalı bir biçimde Sözleşme'de değişiklik yapma olanağı yoktur.”⁴³⁹ diyerek anayasaüstü konumda kabul ediyorlar. TOLUNER, uluslararası andlaşmaların, kanunlara göre üstün olduğu görüşüne karşı çıkmakta ve andlaşmanın sonraki bir kanunla bilinçli olarak ihlalini uluslararası bir yasama fonksiyonu olarak değerlendirmek gerektiğini belirtmektedir.⁴⁴⁰ ÇELİK, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin birinci maddesi ile tarafların, Sözleşme'nin içerdiği hak ve özgürlükleri tanıma yükümü altına girmediklerini, doğrudan tanıdıklarını ve böylece Devletlerce bir kere onaylandıktan sonra, hazırlanan metin kanunların ya da anayasaların değiştirilmesini gerektirmeyeceğini, hak ve özgürlüklerin tümüyle Devletlerin mevzuatına girmiş olacağını belirtmektedir.⁴⁴¹

⁴³⁷ İBA, Şeref: **Anayasa ve Siyasal Kurumlar (100 Soruda)**, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s.183.

⁴³⁸ YÜZBAŞIOĞLU, 1993, s. 58. Aynı yönde bkz. AKILLIOĞLU, Tekin: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 44, S. 3-4, 1989, s.173.

⁴³⁹ GÖZÜBÜYÜK – GÖLCÜKLÜ, 2004, s.21.

⁴⁴⁰ TOLUNER, Sevin: **Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki ilişkiler**, İÜHF Yayınları No. 1882/418, İstanbul 1973, s. 595.

⁴⁴¹ ÇELİK, Edip F.: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması”, **İdare Hukuku ve İlimler Dergisi**, Prof.Dr.Lutfi DURAN'a Armağan Özel Sayısı, S. 1-3, Yıl 9, 1988, s. 50-51.

FENDOĞLU'na göre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ihlal kararı vermekle yetinmeyip, iç hukuk hakkında iptal kararı veremediğine göre, uluslararası hukuk normu tam anlamıyla anayasaüstü olamamaktadır. İptal sözkonusu olmadığına göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları gibi özellikle insan hakları metinleri anayasaüstü olmamakla birlikte, Anayasa Koyucu'yu bağlayan, ona yol gösteren, anayasaya yön veren, doğrudan uygulanabilen, kanunüstü değerinde metinlerdir. Anayasa Koyucu'nun uluslararası mevzuat lehine değişiklik yaparak Anayasa'yı değiştirmesi gerekmektedir.⁴⁴² ALTUNDİŞ, 5170 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında yapılan değişiklik sonrasında, uluslararası andlaşma hükümlerinin "işlevsel anlamda anayasal değere sahip" olacağını belirtmektedir.⁴⁴³

Bir alanda kanunla yapılmış bir düzenleme olmayıp, sadece uluslararası andlaşma ile düzenleme yapılmış olabilir ve Anayasa'da da hüküm bulunmayabilir. Bu durumda herhangi bir norm çatışması söz konusu olmaz. Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uluslararası andlaşma kanun hükmünde olduğundan, iç hukukta doğrudan uygulanır. Bir alan hem kanunla, hem de uluslararası andlaşma ile düzenlenmiş olup, Anayasa da uluslararası andlaşma ile paralel hükümler içerebilir. Bu durumda da kanunun zaten Anayasa hükümlerine aykırılığı sözkonusu olacağından, yine gerçek bir çatışma yoktur. İddia konusu kanunun Anayasa'ya aykırılığıdır.

Asıl problem uluslararası andlaşma ile kanun arasında çatışması bulunduğu ve Anayasa'da açık bir düzenleme olmadığı durumlarda yaşanacaktır. Bu durumda Anayasa'nın 90. maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklik sonrasında temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar kanunların üzerinde bir hukuki değere sahip olduğundan, kanun ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası

⁴⁴² FENDOĞLU, 2000, s. 381.

⁴⁴³ ALTUNDİŞ, 2006, s. 79.

andlaşma hükümleri çatışır ise uygulanacak norm uluslararası andlaşma olacaktır.⁴⁴⁴ Ancak temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan uluslararası andlaşma ile kanunun çatışması halinde ise, uluslararası andlaşma kanun ile eşit hukuki değere sahip olduğundan, kanunlar arası çatışma söz konusu olacak ve sorun iki kanun çatışmasının çözümüne kavuşturulması ile, yani sonraki kanun (lex posterior) ve özel kanun (lex specialis) dikkate alınarak çözülecektir.

Eğer bir alanda kanuni bir düzenleme olmaksızın, sadece uluslararası andlaşma ile düzenleme yapılmışsa ve Anayasa'da da bu alanda düzenle olup, uluslararası andlaşma Anayasa ile uyumlu değilse; ya da, kanun ile Anayasa'daki düzenleme uyumlu, fakat uluslararası andlaşmadaki düzenleme kanun ve Anayasa ile çatışıyorsa, bu durumda çatışmanın Anayasa'yı andlaşmaya uygun olarak yorumlama yöntemiyle çözülebileceği ileri sürülmektedir.⁴⁴⁵ Asıl sorun ise çatışmanın uygun yorum yöntemi ile çözülemeyecek boyutta ve açıklıkta olması halidir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi, ya andlaşmayı ihmal edip, Anayasa'yı uygulayacak, ya da Anayasa'yı ihmal edip, doğrudan andlaşmayı uygulayacaktır. Anayasa Mahkemesi andlaşmayı ihmal edip, Anayasa'yı uygularsa Ülkemizin uluslararası yargı organlarının yaptırımını ile karşılaşma durumu doğacaktır, yok eğer Anayasa'yı ihmal edip uluslararası andlaşmayı uygularsa da, Kanun Koyucu'nun iradesinin, Anayasa Koyucu'nun iradesinden üstün sayılması durumu doğacaktır.⁴⁴⁶

3.8.2002 tarihli 4771 sayılı Kanun'un 6. maddesi ile 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda, aynı Kanun'un 7. maddesi ile de Ceza Muhakemeleri

⁴⁴⁴ Ankara 5. İdare Mahkemesi 29.6.2004 tarih ve Esas 2003/1796 Karar 2004/1212 sayılı kararı ile Anayasa'nın 90/son maddesine dayanarak uyarma ve kınama cezasını yargı denetimine tabi tutmuş, kararda, hak arama özgürlüğünün uluslararası sözleşmeleri iç hukuk kurallarının önünde tutan Anayasa'nın 90. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmış, ayrıca Anayasa'nın 138. maddesinde yer alan hukuka uygun karar vermek iç hukuk yanında uluslararası hukuka da dahil olmak anlamına gelir denilerek, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği kararlardan örnekler sıralanmıştır. Bkz. **Radikal Gazetesi**, 4.11.2005. Tam karar metni için bkz. <http://www.memurlar.net/haber/48014/>, 20.7.2007.

⁴⁴⁵ AKILLIOĞLU, 1989, s.161.

⁴⁴⁶ YÜZBAŞIOĞLU, 1993, s. 60.

Usulü Kanununda, “Türk mahkemelerince kesin olarak verilmiş veya kesinleşmiş bir kararın veya kesinleşmiş bir ceza hükmünün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nce, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiği saptandığında muhakemenin iadesi konusu yapılabilmesinin” öngörülmesi ve bu maddelerin Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa’ya aykırı bulunmaması⁴⁴⁷, aslında 2004 yılında 5170 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası andlaşmanın, milli kanunların üzerinde yer aldığı ve bu durumun Anayasa Mahkemesi tarafından da kabulünün göstergesidir. Hatta bunun da ötesinde anayasaüstülük iddiasını dahi sorgulatır bir durumdur.

Belirtildiği üzere bazı yazarlar, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelerin uluslararası andlaşmaların genel rejiminden farklı olmasının bir zorunluluk olduğunu, Anayasa’nın 90/son fıkrasına 5170 sayılı Kanun ile eklenen ibareden önce dile getirmişler ve genellikle 1982 Anayasası’nda bunu doğrulayabilecek kurallar olarak da madde 15., 16., 42. ve 92. maddeyi göstermişlerdir.⁴⁴⁸

Anayasa Mahkemesi’nin uygulamasına baktığımızda, uluslararası andlaşmaları destek ölçü norm olarak kullandığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesi, bu yaklaşımını *“İnsan, içinde yaşadığı toplumun bireyi olması kadar, insanlığın da bir üyesidir. Bu durum, çağımızda, insan hak ve özgürlüklerini yalnızca ulusal bir sorun olmaktan çıkarmış ve ona evrensel bir anlam ve içerik kazandırmıştır. Bu açıdan Anayasa’nın Başlangıç’ı ve 2. maddesi kuralları gereği olarak ‘insan Hakları Evrensel Demeci’ ile ‘Avrupa insan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme’yi de itiraz konusu kuralın*

⁴⁴⁷ Anayasa Mahkemesi’nin 27.12.2002 tarih ve Esas 2002/146 Karar 2002/201 sayılı kararı, **AYMKD**, S. 39, C. 1, s. 322-323.

⁴⁴⁸ PAZARCI, 2001, s. 32.; YÜZBAŞIOĞLU, 1993, s. 58.; AKILLIOĞLU, 1989, s.173.; FENDOĞLU, 2000, s. 374.

değerlendirilmesinde gözden uzak tutmaya olanak yoktur.” diyerek ortaya koymaktadır.⁴⁴⁹ Ancak Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında, *“...İkinci Dünya Savaşından sonra İnsan hak ve hürriyetlerini teminat altına almak gayesiyle bir takım vesaik tanzim edilmiştir. Bunların en mühimleri Roma'da akdedilen 4.11.1950 tarihli İnsan Hak ve Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesi ile Hükümetimizce 20.3.1952 günü Paris'te imzalanan İnsan Hak ve Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesine Ek Protokol'dur. Anayasamızı tefsir ve tatbik ederken bu sözleşmeler ahkamını da daima gözönünde bulundurmak mecburiyetindeyiz...”*⁴⁵⁰ ifadesiyle uluslararası sözleşmeleri destek ölçü normun ötesinde, doğrudan Anayasa'nın yorumunda yararlanılması zorunlu norm olarak tanımlamaktadır.

Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nın VI. maddesinin 2. paragrafı *“Bu Anayasa ve... Birleşik Devletlerin yetkisi içinde yapılmış ve yapılacak bütün andlaşmalar ülkenin üstün hukuku sayılacaktır.”* demektedir.⁴⁵¹ Amerikan Anayasası'nda andlaşmalar, anayasa ve buna uygun kanunlarla eşit seviyede kabul edilmektedirler. Bununla birlikte bir andlaşmanın kanundan üstün kabul edilebilmesi, ancak Kongre tarafından kanunu değiştirebileceğine karar verilmesi haline bağlıdır.⁴⁵² Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın⁴⁵³ 25. maddesi *“uluslararası hukukun genel kuralları, federal hukukun ayrılmaz parçasıdır. Bu kurallar kanunlardan önce gelirler ve Federasyon ülkesi sakinleri için doğrudan doğruya hak ve yükümlülük doğururlar”* hükmünü, 100. madde 2. fıkrası ise, *“...Şayet bir dava sırasında, bir uluslararası hukuk kuralının federal hukukun bir parçası olup olmadığı veya fertler açısından doğrudan hak ve yükümlülükler doğurup doğurmadığı*

⁴⁴⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 16.6.1992 tarih ve Esas 1992/8 Karar 1992/39 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 28, C. 2, s. 446.; Anayasa Mahkemesi'nin 29.1.1980 tarih ve Esas 1979/38 Karar 1980/11 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 18, s. 97.

⁴⁵⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 28.12.1967 tarih ve Esas 1967/10 Karar 1967/49 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 6, s. 79.

⁴⁵¹ SOYSAL, 1986 a, s. 15.

⁴⁵² MERAY, 1968, s.127-128. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAĞLAR, 1989 a, s. 52-53.

⁴⁵³ Anayasa metni için bkz. http://www.bundestag.de/htdocs_f/parlement/fonctions/cadre/loi_fondamentale.pdf, 19.8.2007.

konusunda tereddüt oluşursa, mahkeme sorunu, Anayasa Mahkemesi'nin incelemesine sunmak zorundadır." hükmünü içermekte, genel uygulama itibarıyla da Federal Almanya uluslararası andlaşmaları kanun düzeyinde görmektedir.⁴⁵⁴ Fransız 1958 Anayasası'nın Başlangıç kısmında; *"Fransız halkı 1789 bildirisinde tanımlanan, 1946 Anayasası'nın başlangıç bölümüyle teyit edilen ve tamamlanan insan haklarına, milli egemenlik prensiplerine, 2004 çevre temel kanununda tanımlanan hak ve ödevlere önemle bağlılığını bildirir"*⁴⁵⁵ ibaresi yer almaktadır. 1946 Anayasası'nın başlangıç bölümünün 14. paragrafında ise, *"Fransa Cumhuriyeti, geleneklerine bağlı kalarak, uluslararası kamu hukuku kurallarına uyar"*⁴⁵⁶ denmektedir. Bu ibare dikkate alındığında Fransa'nın uluslararası hukuk kurallarına geleneklerine bağlı kalarak uyacağı anlaşılmaktadır.⁴⁵⁷ Fransız Anayasası'nın 55. maddesi; *"Kanuna uygun olarak onaylanmış veya kabul edilmiş her bir andlaşma veya mutabakat karşı tarafın da uygulaması şartıyla, yayımlanmalarından itibaren kanunlardan üstündür."*⁴⁵⁸ hükmünü içermektedir. Fransa'nın, uluslararası andlaşmaları kanunüstü anayasaaltı gördüğü anlaşılmaktadır.⁴⁵⁹ İtalyan Anayasası'nın 10. maddesinde *"İtalyan hukuk düzeni genel olarak tanınmış olan milletlerarası hukuk kurallarına uyar.."* denilmiş, 11. maddesinde ise *"İtalya... uluslararası barış ve adaleti temin edecek bir düzen için gerekli egemenlik sınırlamalarına razı olur..."* şeklinde düzenleme yapılmıştır.⁴⁶⁰ Uygulamalarına da baktığımızda, İtalya, uluslararası andlaşmaları kanun düzeyinde görmektedir.⁴⁶¹ İtalyan Anayasa Mahkemesi, önceleri 1964 yılında verdiği bir

⁴⁵⁴ FENDOĞLU, 2000, s. 372.

⁴⁵⁵ Anayasa metni için bkz. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/constit.doc>, 10.7.2007.

⁴⁵⁶ Anayasa metni için bkz. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/constitution/c1946.htm>, 10.7.2007.

⁴⁵⁷ MERAY, 1968, s.125.

⁴⁵⁸ Anayasa metni için bkz. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/constit.doc>, 10.7.2007.

⁴⁵⁹ FENDOĞLU, 2000, s. 372.

⁴⁶⁰ Anayasa metni için bkz. <http://fr.camera.it/index.asp?content=%2Fserv%5Fcittadini%2F1660%2F4126%2F4129%2Fdocumentotesto%2EASP%3F>, 3.7.2007.

⁴⁶¹ ÇAĞLAR, 1989 a, s. 50.; FENDOĞLU, 2000, s. 372.

kararında topluluk hukuku düzenlemelerinin Anayasal denetimde kullanılamayacağını; 1973 yılında ise bunun tam aksi yönde bir kararla kullanılabileceğini belirtmiş; 1984 yılında da 1964 yılındaki kararında durduğu noktaya geri dönmüştür.⁴⁶² Bulgaristan, Macaristan ve Çek Cumhuriyeti Anayasaları, Anayasa Mahkemelerine kanunların aynı zamanda bu ülkelerin taraf olduğu uluslararası andlaşmalara da uygunluğunu denetleme yetkisini vermişlerdir.⁴⁶³ Macaristan'da, Anayasa Mahkemesi'nin 1996 yılında verdiği kararında, bir reklamı yasaklamaya veya serbest bırakmaya mahkemelerin yetkili kılınmasına ilişkin bir kanunun Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni ölçü norm olarak kullandığı görülmektedir.⁴⁶⁴ İspanya'da Anayasa'nın 10. maddesinde; *"Anayasa'nın tanıdığı temel hak ve özgürlüklere ilişkin normlar, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve bu alanda İspanya'nın onaylamış olduğu andlaşma ve sözleşmelere uygun olarak yorumlanır."* düzenlemesiyle Anayasa Mahkemesi'nin insan hakları alanındaki uluslararası andlaşma ve sözleşmeleri denetimde ölçü norm olarak kullanması öngörülmüştür.⁴⁶⁵ Burada temel hak ve özgürlükler alanındaki andlaşmaların anayasaüstü olduğunu söylemek mümkündür.⁴⁶⁶

III. HUKUKUN GENEL İLKELERİ

Hukuk devletinin temelini hukuksal güvenlik ilkesi ve hukukun genel ilkeleri oluşturur. Hukuksal güvenliği sağlamak hukuki istikrarla mümkündür. Dolayısıyla hukuksal güvenlik ilkesi, hukukun genel ilkeleri tanınmışsa değer ve anlam taşır.⁴⁶⁷ Hukukun genel ilkeleri birçok ulusal hukuk düzeninde yer alan ve uluslararası hukuk düzenine aktarılmalarına ne hukuk mantığı ne de devletlerin değer yargıları

⁴⁶² ROUSSEAU, 1998, s. 99.

⁴⁶³ KABOĞLU, 1994, s. 78.

⁴⁶⁴ ROUSSEAU, 1998, s. 99.

⁴⁶⁵ ROUSSEAU, 1998, s. 97.

⁴⁶⁶ ÇAĞLAR, 1989 a, s. 50.

⁴⁶⁷ KABOĞLU, İbrahim Ö.: "Türkiye'de Hukuk Devletinin Gelişimi", **İnsan Hakları Yılığ**, C. 12, 1990, s. 146.

bakımından herhangi bir engel bulunmayan, devletlerin ortak değerlerini içeren kurallar olarak tanımlanmaktadır.⁴⁶⁸

Hukukun genel ilkeleri, doktrinde kabul gören Charles ROUSSEAU'nun yaptığı sınıflandırmaya göre; "uluslararası hukuk ve iç hukuk düzenlerinde ortak hukukun genel ilkeleri" ve "uluslararası hukuk düzenine özgü hukukun genel ilkeleri" olarak sınıflandırılmakta, uluslararası hukuk ve iç hukuk düzenlerinde ortak hukukun genel ilkeleri olarak; sebepsiz zenginleşme, ahde vefa, hakkın kötüye kullanılması, kimsenin kendi davasında yargıç olamaması, kazanılmış haklara saygı, verilen bir zararın giderilmesi, kesinleşmiş yargı kararına saygı... gösterilmekte; uluslararası hukuk düzenine özgü hukukun genel ilkeleri olarak da; uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğü ilkesi, Devletin bağımsızlığı ilkesi, Devletin sürekliliği ilkesi, iç hukuk yollarının tüketilmesi ilkesi... sayılmaktadır.⁴⁶⁹

Adalet Divanı Statüsününün 38.maddesinde "medeni milletlerce tanınmış genel hukuk ilkeleri" hukukun kaynakları arasında gösterilmiş; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesinde de "medeni milletler tarafından tanınan hukukun genel ilkeleri" açık bir şekilde ifade edilmiştir.⁴⁷⁰ Anayasalarımızda ise hukukun genel ilkelerine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.⁴⁷¹ FENDOĞLU'na göre, Anayasa Mahkemesi hukukun genel ilkelerini Anayasa'dan önce gelen üstün referans norm olarak benimsemiştir.⁴⁷² ÖZBUDUN ise, Anayasa Mahkemesi zaman zaman hukukun genel ilkelerinin Anayasa hükümlerinden önde geldikleri yönünde ifadeler kullansa da, Anayasa Mahkemesi'nin hukukun genel ilkelerini bağımsız ölçü norm olarak kullanmadığını, "hukuk devleti" kavramının ayrılmaz unsuru olarak

⁴⁶⁸ PAZARCI, 2001, s. 221-222.

⁴⁶⁹ PAZARCI, 2001, s. 229-230.

⁴⁷⁰ ÖZDEN, Yekta Güngör – SERİM, H. Bülent: **İnsan Haklarına ve Temel Özgürlüklerine İlişkin Uluslararası Sözleşmeler ve Bu Sözleşmelere Yer Veren Anayasa Mahkemesi Kararları**, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 35, Ankara 1997, s. 132.

⁴⁷¹ TANÖR – YÜZBAŞIOĞLU, 2005, s. 464.

⁴⁷² FENDOĞLU, 2000, s. 367.

yorumladığını belirtmektedir.⁴⁷³ Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında hukukun genel ilkelerinden söz etmesine karşın, henüz bunları somutlaştırmadığı ve açıklığa kavuşturmadığını belirten ALİEFENDİOĞLU⁴⁷⁴, Anayasa Mahkemesi'nin anayasa ilkelerinin dayandığı hukukun genel ilkelerini ölçü norm olarak kullandığı görüşündedir.⁴⁷⁵ Hukukun genel ilkeleri ile toplumun vicdanı ve değer yargıları arasında sıkı bir bağlantı bulunduğunu, hukukun genel ilkelerinin Anayasa'nın üstünde yer aldığını⁴⁷⁶, pozitif hukuk uygulamasının hukuk düzenleri için hukukun genel ilkelerine başvurma zorunluluğunu ortaya koyduğunu belirten KABOĞLU⁴⁷⁷, Anayasa Mahkemesi'nin hukukun genel ilkeleri ibaresi yerine Anayasa'nın da üstünde medeni milletlerce benimsenen ve bilinen ilkelerin varlığı ibaresini kullanmasını, "medeni" sözcüğünün nesnel bir ölçüt oluşturmadığı gerekçesiyle eleştirmekte ve Anayasa Mahkemesi'nce doğrudan hukukun genel ilkelerinin kullanılmasının hukukun genel ilkeleri kategorisinin oluşmasına katkıda bulunacağını belirtmektedir.⁴⁷⁸ TANÖR ve YÜZBAŞIOĞLU Anayasa Mahkemesi'nin hukukun genel ilkelerini, uluslararası hukuk kuralları dahil, her düzeydeki hukuk kurallarının gerçekleştirmeyi amaçladığı ve onların varlık nedeni olan temel norm niteliğinde değerlendirdiğini ve hukuk devleti ilkesine destek ölçü norm olarak kullandığını belirtmektedirler.⁴⁷⁹ GÖZLER, hukukun genel ilkeleri olarak belirtilen ilkelerinin bazılarının Anayasa'da bulunduğunu, bazılarının ise Anayasa'da bulunan ilkelere kolaylıkla bağlanabileceğini, bu nedenle hukukun genel ilkelerinin ölçü norm olarak kullanılmasından ziyade Anayasa Mahkemesi'nin bazen bu prensiplerin dayandığı Anayasa maddesini ayrıca ve açıkça belirtmeyi unutması ve ihmal etmesi

⁴⁷³ ÖZBUDUN, 2008 a, s. 399.

⁴⁷⁴ ALİEFENDİOĞLU, 1996, s. 106.

⁴⁷⁵ ÖZBUDUN- ALİEFENDİOĞLU, s. 206.; ALİEFENDİOĞLU, 1996, s. 106.

⁴⁷⁶ KABOĞLU, İbrahim Ö.: "Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı", **Anayasa Yargısı**, 8, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 21, Ankara 1991, s. 311.

⁴⁷⁷ KABOĞLU, 1991, s. 295.

⁴⁷⁸ KABOĞLU, 1991, s. 322.

⁴⁷⁹ TANÖR – YÜZBAŞIOĞLU, 2005, s. 464.

durumunun sözkonusu olduğunu belirtmektedir.⁴⁸⁰ GÖREN, Anayasa Mahkemesi'nin bugüne kadar hiçbir kararında hukukun genel ilkelerini bağımsız ölçü norm olarak kullanmadığını, Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesinin hukukun genel ilkelerinden ölçü norm olarak yararlanmanın pozitif hukuksal dayanağını oluşturduğunu söylemektedir.⁴⁸¹

Anayasa Mahkemesi, kararlarında hukuk devletini; *“her işlem ve eyleminin hukuka uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu bilen, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, **Anayasa ve hukukun üstün kurallarına (abç) bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan yasaların üstünde Yasa Koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleriyle Anayasa (abç) bulunduğu bilincinden uzaklaşmayan devlettir.**”*⁴⁸² şeklinde tanımlamıştır. Bu tanımdaki *“yasaların üstünde Yasa Koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleriyle Anayasa bulunduğu”* ibaresinden, hukukun genel ilkeleri ve Anayasa'nın iç içe geçmişliği ile Anayasa'nın hukukun genel ilkeleri dikkate alınmadan yorumlanamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası dönemindeki bir kararında; *“Mahkememiz Anayasa'nın 132. ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 1. maddeleri uyarınca **hukukun genel kurallarını dahi uygulamakla ödevlidir (abç).**”*⁴⁸³ diyerek, genel ilkeleri uygulamaya temel teşkil eden Anayasa maddesini *“Mahkemelerin Bağımsızlığı”*

⁴⁸⁰ GÖZLER, 2000, s. 884.

⁴⁸¹ GÖREN, 2006, s. 290.

⁴⁸² Anayasa Mahkemesi'nin 2.6.1989 tarih ve Esas 1988/36 Karar 1989/24 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 25, s. 262.; Anayasa Mahkemesi'nin 9.10.1997 tarih ve Esas 1996/77 Karar 1997/64 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 34, C. 1, s. 140.; Anayasa Mahkemesi'nin 17.2.2004 tarih ve Esas 2001/237 Karar 2004/16 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 40, C. 2, s. 574.; Anayasa Mahkemesi'nin 6.7.2000 tarih ve Esas 2000/21 Karar 2000/16 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 36, C. 2, s. 719-720.; Anayasa Mahkemesi'nin 15.10.2003 tarih ve Esas 2003/84 Karar 2003/89 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 39, C. 2, s. 690.

⁴⁸³ Anayasa Mahkemesi'nin 29.11.1966 tarih ve Esas 1966/11 Karar 1966/448 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 5, s. 16.

başlıklı 132. maddedeki “*Hakimler...Anayasaya, kanuna, hukuka (abç) ve vicdani kanaatlarına göre hüküm verirler*” hükmüne dayandırmıştır.

Anayasa Mahkemesi, kararlarında genellikle; “*Hukuk devletinde kanun koyucu da dahil olmak üzere devletin bütün organları üstünde hukukun mutlak bir hakimiyeti haiz olması, kanun koyucunun yasama faaliyetlerinde kendisini her zaman **Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile (abç) bağlı tutması lazımdır.** Zira kanunun da üstünde Kanun Koyucunun bozamayacağı **temel hukuk prensipleri ve Anayasa (abç) vardır**”⁴⁸⁴, “...Kanun koyucunun, ...bütün yasama tasarruflarında... **genel hukuk esasları ve özellikle Anayasa'nın ilkeleri ile (abç) bağlı olduğu aşikardır.**”⁴⁸⁵ diyerek hukukun üstün kuralları ile Anayasa'yı eşit seviyede tutmuş ancak neticede kararlarında iptal gerekçelerini Anayasa'nın ilgili maddesine dayandırmış ve bu şekilde hukukun genel ilkelerini destek ölçü norm olarak kullanmıştır.*

Anayasa Mahkemesi'nin, hukukun genel ilkelerini anayasaüstü, Anayasa'nın da dayandığı kurallar olarak gördüğü ve dolayısıyla destek ölçü norm olmanın çok ötesinde, ölçü norm olarak kullandığı, kararlarındaki; “...**İtiraz konusu kuralın Anayasa ilkelerine ve bu ilkelerin dayandığı, üstün, genel hukuk kurallarına uygun olup olmadığı araştırılarak aykırılık savı değerlendirilir (abç)**...”⁴⁸⁶, “Devletimiz, Anayasa'nın 2. maddesinde ifade edildiği gibi, bir hukuk Devletidir. Kanunlarımızın, **Anayasa'nın açık hükümlerinden önce hukukun, bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen, prensiplerine uygun olması şarttır (abç).**”⁴⁸⁷, “...Anayasa kural ve ilkeleri, etki ve değer bakımından eşit olup hangi

⁴⁸⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 3.7.1986 tarih ve Esas 1986/3 Karar 1986/15 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 22, s. 174-175.

⁴⁸⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1964 tarih ve Esas 1963/138 Karar 1964/71 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 2, s. 265.

⁴⁸⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 15.3.1988 tarih ve Esas 1987/30 Karar 1988/5 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 24, s. 77.

⁴⁸⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 22.12.1964 tarih ve Esas 1963/166 Karar 1964/76 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 2, s. 291.; Anayasa Mahkemesi'nin 27.3.1986 tarih ve Esas 1985/31 Karar 1986/11

sebeple olursa olsun birinin ötekine üstün tutulmasına olanak bulunmadığından, **bunların birarada ve hukukun genel kuralları gözönünde tutularak uygulanmaları** (abç) zorunludur...⁴⁸⁸, “...**Hukukun ana prensiplerine dayanmayan** (abç), devletin amacı ve varlığı sebebiyle bağdaşmayan ve sadece belli bir anda hasıl olan geçici bir çoğunluğun sağladığı kuvvete dayanılarak çıkarılan kanunlar toplum vicdanında olumsuz tepkiler yaratır...⁴⁸⁹, “...Kanunların Anayasa'ya uygunluğunun yargı yolu ile denetlenmesi sırasında; iptali istenen hükmün öteki kanunlara karşı olan durumunun onlarla çelişir veya çelişmez nitelikte oluşunun değil Anayasa ilkelerine ve bu ilkelerin dayandığı genel hukuk kurallarına uygun olup olmadığının araştırılması gereklidir...⁴⁹⁰, “Anayasa Devlet yapısının temelidir. Devlet kuruluşlarının yapısı ve düzeni, bu kuruluşların yetkileri, görevleri ve birbirleriyle olan ilişkileriyle karşılıklı durumları Devlet ve kişilerin haklarıyla ödevleri, bu hukuksal yapının bütünü oluştururlar. Anayasa düzeni diye adlandırabileceğimiz bu yapının öyle kuruluşları, hak ve ödev kuralları vardır ki, bunların, **hukukun üstün kurallarına** (abç) ve çağdaş uygarlığın oluşum ve gelişim süreci gereklerine aykırı düşen kimi hükümlere bağlanması, sözü geçen düzenin bütünlüğünü bozabilir.⁴⁹¹ ibarelerinden anlaşılmaktadır. Yine Anayasa Mahkemesi bir kararında; “...Anayasa'nın 15. maddesinin birinci fıkrasına göre, olağanüstü yönetimlerde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulması veya bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı önlemler alınabilmesi, bunların

sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 22, s. 119-120.; Anayasa Mahkemesi'nin 21.6.1990 tarih ve Esas 1990/7 Karar 1990/11 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 26, s. 243.; Anayasa Mahkemesi'nin 1.2.1996 tarih ve Esas 1995/20 Karar 1996/4 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 32, C. 2, s. 546.

⁴⁸⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 16.10.1990 tarih ve Esas 1990/32 Karar 1990/25 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 26, s. 436.

⁴⁸⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 11.10.1963 tarih ve Esas 1963/124 Karar 1963/243 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 1, s. 429.

⁴⁹⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 18-19.6.1968 tarih ve Esas 1966/19 Karar 1968/25 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 7, s. 28.

⁴⁹¹ Anayasa Mahkemesi'nin 23.3.1976 tarih ve Esas 1975/167 Karar 1976/19 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 14, s. 130.; Anayasa Mahkemesi'nin 12.10.1976 tarih ve Esas 1976/38 Karar 1976/46 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 14, s. 262-263.; Anayasa Mahkemesi'nin 15.4.1975 tarih ve Esas 1973/19 Karar 1975/87 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 13, s. 428.

*milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerle aykırı olmaması koşulu ile olanaklıdır. Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler içine öncelikle milletlerarası hukukun genel ilkeleri, sonra da Devletin taraf olduğu sözleşmelerden doğan yükümlülüklerin girdiği kabul edilmektedir. Şu durumda, olağanüstü yönetimlerde kişi hak ve özgürlüklerine getirilebilecek sınırlandırmaların önce **milletlerarası hukukun genel ilkelerine** (abç) sonra da Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu sözleşmelere aykırı olmaması gerekir.⁴⁹² diyerek hukukun genel ilkelerini Anayasa'nın 15. maddesine dayanak yaparak ölçü norm olarak kullandığını ortaya koymuştur.*

Dönemin Anayasa Mahkemesi Başkanı TUĞCU, Anayasa Mahkemesi'nin 44. kuruluş yıldönümü açılış konuşmasında; *"anayasalar, devletin temel organlarının yetki ve görev alanları ile işleyişlerini, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini genel ilkeler çerçevesinde düzenleyen metinlerdir. Anayasa mahkemeleri ise anayasanın üstünlüğü ilkesinin hukuksal yöntem ve araçlarla korunması işlevini yerine getirmektedirler. Bu işlev anayasa yargısının varlık nedenini ve meşruiyet temelini oluşturmaktadır. **Hukukun genel ilkeleri ve Anayasa kurallarıyla** (abç) bağdaşmayan işlem ve eylemler ile yasama tasarruflarının anayasa mahkemelerince çeşitli hukuksal yaptırımlara bağlanması, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin zorunlu bir sonucudur.⁴⁹³ diyerek hukukun genel ilkeleri ve Anayasa kurallarının ayrılmazlığını ifade etmiş ve bu yaklaşımla hukukun genel ilkelerinin destek ölçü norm olmanın ötesinde bir değer taşıdığını belirtmiştir.*

Anayasa Mahkemesi, kararlarında hukukun genel ilkelerini özel olarak tanımlama yoluna gitmemiş, bunları ayrı ayrı sıralamamıştır. Ancak kararlarında bazı ilkeleri, hukukun genel ilkelerinden olduğunu vurgulayarak ele almış ve onları

⁴⁹² Anayasa Mahkemesi'nin 3.7.1991 tarih ve Esas 1991/6 Karar 1991/20 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 27, C. 1, s. 394.

⁴⁹³ TUĞCU, Tülay: "44. Kuruluş Yıldönümü Anayasa Mahkemesi Başkanı Tülay Tuğcu'nun Açılış Konuşması", **Anayasa Yargısı**, 23, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 54, Ankara 2006, s. 2.

bazen destek ölçü norm, bazen de destek ölçü normu aşar, ölçü norma yaklaşır tarzda kullanmıştır. Bu ilkeler şöyle sıralanabilir:

A) KAZANILMIŞ HAKLARA SAYGI

Kazanılmış hak, hukukun en belirsiz, uygulama sahası çok dar, genel hukuksal durumlarda konu edilemeyen bir kavramdır. ONAR, kazanılmış hakkı; yürürlükteki hukuka uygun olarak doğan hukuki durumlar, ya da tatmin edilmedikçe, boşluğu işlem ya da eylemle geri alınması mümkün olmayan bir yetki olarak tanımlamıştır.⁴⁹⁴ Anayasa Mahkemesi, kazanılmış hak kavramını; “...*gerek öğretide ve gerek uygulamada tanımı çeşitli görüşe ve kabule elverişli bir kavram olan kazanılmış hak, özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında bireyler açısından önemli bir konudur ve genel olarak, bir hak sağlamaya elverişli nesnel yasa kurallarının bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznel hakkın korunması anlamında kabul edilebilir...*”⁴⁹⁵ diyerek açıklamakta, devamla “...**Kamu hukuku alanında böylece ortaya çıkan kazanılmış haklara, Anayasa'nın hukuk devleti ilkesine göre saygı gösterilmesi** (abç), bu hakların korunması ve konulacak kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçülerinin gözönünde tutulması **gerekir** (abç). Anayasa'nın 2. maddesi hukuk devleti olmayı Cumhuriyetin nitelikleri arasında saymıştır. Devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olması, kazanılmış haklara saygı duyulmasını gerektirir...”⁴⁹⁶, “...*hukukun evrensel ilkelerine saygı duymak hukuk devleti olmanın gereğidir... **Kazanılmış haklara saygı ilkesi hukukun genel ilkeleri ve hukuk devleti kavramı içerisinde yer alır** (abç). Bu ilkenin temel amacı ise bireylerin*

⁴⁹⁴ ONAR, Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. 1, 3. Bası, İstanbul 1966, s. 481-483.

⁴⁹⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 28.9.1988 tarih ve Esas 1988/12 Karar 1988/32 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 24, s. 439.

⁴⁹⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 28.9.1988 tarih ve Esas 1988/12 Karar 1988/32 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 24, s. 439.

*hukuk güvenliğini sağlamaktır...*⁴⁹⁷, “...söz konusu hüküm, **genel hukuk esaslarından ve hatta hukuk devleti ilkesinin gereklerinden olan kazanılmış hak kavramını zedelemek(tedir) (abç)...⁴⁹⁸ diyerek kazanılmış haklara saygı duyulmasını Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine bağlamaktadır.**

Anayasa Mahkemesi; “...Kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bir hakkın, yeni yasadan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekmektedir. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haktır. Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar ise bu nitelikte değildir.”⁴⁹⁹ diyerek kazanılmış haktan söz edebilmek için aradığı koşullarını sıralamakta; bir başka kararında; “...Bir hukuk kuralının yürürlüğü sırasında, bu kurala uygun biçimde tüm sonuçları ile kesin olarak edinilmiş hakların korunması hukuk devletinin gereğidir. Yasa Koyucunun bu haklara el atması, değiştirip geri alması düşünülemezse de, önceki yasaya göre sağlanmış bir hak, kamusal düzen, toplumsal yarar açısından ‘kazanılmış hak’ korumasından sonsuza değin yararlanamaz. Kaldı ki, aydan aya ya da belirli aylarda alınarak her alınış zamanında yürürlükte olan kurala uygunluğu esas tutulmak gereken ödemeler, kazanılmış hak kapsamında ve niteliğinde değildir...” demektedir.⁵⁰⁰ Anayasa Mahkemesi, bir başka kararında ise; “...bir memurun hukuksal statüsündeki

⁴⁹⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 10.4.2003 tarih ve Esas 2002/112 Karar 2003/33 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 39, C. 1, s. 495.; Anayasa Mahkemesi'nin 15.1.1980 tarih ve Esas 1979/30 Karar 1980/2 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 18, s. 64.

⁴⁹⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1964 tarih ve Esas 1963/138 Karar 1964/71 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 2, s. 265.

⁴⁹⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 28.12.2005 tarih ve Esas 2003/87 Karar 2005/110 sayılı Kararı, **AYMKD**, Sayı 43, s. 27-28.; Anayasa Mahkemesi'nin 3.7.1986 tarih ve Esas 1986/3 Karar 1986/15 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 22, s. 175. Aynı yönde kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.1989 tarih ve Esas 1989/11 Karar 1989/48 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 25, s. 433.; Anayasa Mahkemesi'nin 3.4.2001 tarih ve Esas 1999/50 Karar 2001/67 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 37, C. 1, s. 522.; Anayasa Mahkemesi'nin 27.2.2001 tarih ve Esas 1999/43 Karar 2001/46 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 38, C. 1, s. 297.

⁵⁰⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 19.12.1989 tarih ve Esas 1989/14 Karar 1989/49 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 25, s. 454.

*değişiklik, memurun bu değişiklikten sonraki durumunu etkileyeceğinden akçalı hakları yeni konumuna bağlı olur. Yeni konum, akçalı hakları azaltıyorsa bu durumu konuma dayanan genel bir hukuksal düzenlemenin doğal sonucu saymak gerektiğinden kazanılmış hak kavramına aykırı bulmak güçtür.*⁵⁰¹ diyerek hukuki statüdeki değişikliğin akçalı hakları azaltabileceğini, bunun kazanılmış haklara saygı ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceğini belirtmektedir. 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'na, 2229 sayılı kanun'un 33. maddesiyle eklenen Ek 2. maddenin son fıkrasında yer alan "Ancak eski basamakta geçen süreler yeni intibak ettirilen basamakta geçmiş süreler olarak değerlendirilemez" biçimindeki hükmün, Anayasa'nın 2. ve 48. maddelerine aykırılığı iddiasıyla iptaline karar verilmesi istemi ile açılan davada Anayasa Mahkemesi; "İtiraz eden mahkeme, davacının evvelce 11. basamakta prim ödeyerek geçirdiği süreleri değerlendirmeyen yasa kuralının, kazanılmış hakları çiğnediğini ve bu yüzden Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine ters düştüğünü ileri sürmektedir. Bu savın doğru olup olmadığının anlaşılabilmesi için, davacının, 2229 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden önce kazanılmış hakkının ne olduğunun araştırılması gerekir. Davacı, 2229 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 4.5.1979 tarihinden önce 11. basamağın eski değeri olan 3750 lira üzerinden bir yıl süreyle prim ödemiştir. 2229 sayılı Yasa yürürlüğe konulmasaydı, kendisine 1479 sayılı Yasanın ilgili hükümleri gereğince 11. basamağın eski değeri olan 3750 liranın % 75'i oranında yaşlılık aylığı bağlanacak ve ilgili $3750 \times 0,75 = 2.812,50$ lira aylık alacaktı. Davacı, 11. basamağın yükseltilmiş yeni değeri (8.400) lira üzerinden bir yıl süreyle prim ödememiş olduğu için, kendisine, Bağ - Kur Yasası'nın 36. maddesi gereğince, bir alt basamak olan 10. basamağın yeni değeri üzerinden $7.400 \times 0,75 = 5.550$ lira aylık bağlanmıştır. Her ne kadar, davacıya, eski hükümlere göre bir yıl

⁵⁰¹ Anayasa Mahkemesi'nin 18.5.1990 tarih ve Esas 1989/9 Karar 1990/8 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 26, s. 182.

süreyile primini ödemiş olduğu 11. basamaktan değil de, bir aşağı basamak olan 10. basamaktan yaşlılık aylığı bağlanması haksızlık gibi görünmekte ise de, **önemli olan yaşlılık aylığı bağlanan basamağın derecesi değil, bağlanacak aylığın tutarıdır** (abç). Davacının eski hükümlere göre alabileceği yaşlılık aylığı (2.812,50 lira) yeni yasayla bir katına yakın artırılmış olduğundan, kendisinin kazanılmış hakkı ihlal edilmemiş, tersine, eski yasaya göre kazanılmış hakkının üstünde bir hakka sahip olması sağlanmıştır.⁵⁰² diyerek itiraz konusu kanun kuralının kazanılmış haklara saygı ilkesine ters olmadığını, bu yüzden normun Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu iddiasının yerinde bulunmadığını belirtmiştir. Bu karar Anayasa Mahkemesi'nin kazanılmış hakkı sadece maddi yöne indirecek boyutta hesaplama yapması ve fiilen içinde bulunulan, prim ödemesi yapılmış olan 11. basamaktan geri basamağa götürülmeyi kazanılmış hakka saygı ilkesi içerisinde değerlendirmemesiyle *"Bir hukuk kuralının yürürlüğü sırasında, bu kurala uygun biçimde tüm sonuçları ile kesin olarak edinilmiş hakların korunması hukuk devletinin gereğidir."*⁵⁰³ şeklinde yaptığı tanım ile örtüşmemektedir.

Anayasa Mahkemesi, hukuk devletinin tanımını; *"Hukuk devleti, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, **kazanılmış haklara saygı** (abç) duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren... yasaların üstünde Yasa Koyucunun **da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu** (abç) bilincinde olan devlettir."*⁵⁰⁴ şeklinde yapmakta, kazanılmış haklara saygı gösterme kuralına uymadığını düşündüğü normu, *"...Kazanılmış haklara saygı ilkesi hukukun genel ilkeleri ve hukuk devleti*

⁵⁰² Anayasa Mahkemesi'nin 5.5.1981 tarih ve Esas 1981/2 Karar 1981/21 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 19, s. 98

⁵⁰³ Anayasa Mahkemesi'nin 19.12.1989 tarih ve Esas 1989/14 Karar 1989/49 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 25, s. 454.

⁵⁰⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 14.1.2003 tarih ve Esas 2001/34 Karar 2003/2 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 39, C. 1, s. 355-356.

*kavramı içerisinde yer alır... kural, Anayasa'nın 2. maddesine... aykırıdır.*⁵⁰⁵ diyerek Anayasa'nın 2. maddesine aykırılıktan iptal ederken, uyduğunu düşündüğü normu da, *"...Kazanılmış hakları ortadan kaldırmayan, yargı denetimine engel olmayan, herkes için geçerli genel kurallar getiren bu düzenleme hukukun genel ilkelerine de ters düşmemektedir... Belirtilen nedenlerle, dava konusu hüküm. Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı görülmemiştir..."*⁵⁰⁶ diyerek iptal istemini reddetmektedir. Bu yaklaşım itibarıyla kazanılmış haklara saygı ilkesinin destek ölçü norm olarak kullandığını söylemek mümkünken; *"...Kazanılmış hakların tanınması ve korunması hukuk devletlerinde benimsenen bir ana hukuk kuralıdır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda bu kuralı ortadan kaldıracak hiçbir hüküm yoktur; olabilmesi de düşünülemez..."*⁵⁰⁷ şeklinde belirttiği kararındaki **"olabilmesi de düşünülemez"** (abç) tabiriyle "kazanılmış haklara saygı ilkesini" anayasaüstü bir konuma taşıyarak kazanılmış haklara saygı ilkesini destek ölçü normdan öte ölçü norm olarak kullandığı da görülmektedir.

B) İYİ NİYET İLKESİ

Anayasa Mahkemesi, iyi niyet ilkesini, kararlarında hukukun genel ilkelerinden biri olarak kabul etmiştir.⁵⁰⁸ Bu ilke aynı zamanda Anayasa'nın 54/2. maddesinde *"Grev hakkı ve lokavt iyi niyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve millî serveti tahrip edecek şekilde kullanılamaz"* şeklinde yer almıştır. Anayasa Mahkemesi'nin bu ilkeyi daha çok Medeni Kanundaki düzenlemeyi açarak veya ilgili

⁵⁰⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 10.4.2003 tarih ve Esas 2002/112 Karar 2003/33 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 39, C. 1, s. 495.; Anayasa Mahkemesi'nin 29.11.1966 tarih ve Esas 1966/11 Karar 1966/44 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 5, s. 14.

⁵⁰⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 21.6.1989 tarih ve Esas 1988/34 Karar 1989/26 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 25, s. 285-286.

⁵⁰⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 11.11.1963 tarih ve Esas 1963/106 Karar 1963/270 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 1, s. 473.

⁵⁰⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 13.6.1985 tarih ve Esas 1984/14 Karar 1985/7 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 21, s. 168.; Anayasa Mahkemesi'nin 9.10.1986 tarih ve Esas 1986/18 Karar 1986/24 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 22, s. 255.; Anayasa Mahkemesi'nin 14.3.2005 tarih ve Esas 2003/70 Karar 2005/14 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 41, s. 417.

kanun maddesindeki düzenlemeye atıfla destek ölçü norm olarak kullandığını görüyoruz. Anayasa Mahkemesi 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 178. maddesinin iptali istemiyle açılan davada; *“...Borçlunun başvurusu üzerine, mahkemece, onun gerçekten aciz halinde olup olmadığı incelenmeden iflasına karar verilmesi ve mahkemeye borçlunun iflas istemini red etme yetkisinin tanınmaması suretiyle; itiraz konusu hükmün kötüye kullanılmasına neden olabilir. Nitekim, Medeni Kanun, herkesi haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken iyiniyet kurallarına uymakla zorunlu tutmuştur. Bu hakkın sırf başkasına zarar vermek için kullanılmasını kanun korumamaktadır. Medeni Kanun'un 2. maddesinde yer alan bu ilkenin borçlunun kendi iflasını isteyebilme hakkı için de geçerli olduğunda duraksanamaz...”*⁵⁰⁹ diyerek iyi niyet ilkesini Medeni Kanun'daki düzenlemeden hareketle destek ölçü norm olarak kullanmıştır. Yine Anayasa Mahkemesi, 399 sayılı “Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname”nin tüm maddelerinin iptali istemiyle açılan davada Kanun'un 13. maddesi ile ilgili olarak yaptığı değerlendirmede, *“Kanun Hükmünde Kararnamenin 13. maddesiyle sözleşmeli personelin sözleşmede belirtilen koşullara uyarak görevlerinden çekilebilecekleri belirtilmektedir. Belirtilecek çekilme koşullarının iyi niyet kurallarına ters düşmeyeceği doğaldır. Düzenlemede Anayasa'ya aykırılık görülmemiştir”*⁵¹⁰ (abç) diyerek iyi niyet ilkesini destek ölçü norm olarak kullanmıştır.

⁵⁰⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 20.9.1984 tarih ve Esas 1984/8 Karar 1984/10 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 20, s. 305-306.

⁵¹⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 4.4.1991 tarih ve Esas 1990/12 Karar 1991/7 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 27, C. 1, s. 168

C) AHDE VEFA İLKESİ

Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtilen hukukun genel ilkelerinden biri de ahde vefa ilkesidir.⁵¹¹ Ahde vefa, hukuk devleti olmanın en temel kurallarından biridir.⁵¹² 4694 sayılı “Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun”un 1. maddesinin Anayasa’nın 2. ve 48. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi ile açılan davada Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın “Çalışma ve sözleşme hürriyeti” başlıklı 48. maddesi uyarınca tarafların, özgür iradeleriyle ilişkilerini sözleşmelerle düzenleyip biçimlendirebileceğini, bir sözleşmenin ne zaman ve ne şekilde sona ereceğine ancak sözleşmenin taraflarınca karar verilebileceğini, Anayasa’nın 48. maddesinde koruma altına alınan bu özgürlüğün, sözleşme yapma serbestisi yanında, yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerdiğini belirttikten sonra “...Anayasa’nın 2. maddesinde Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu adaletli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa’ya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir... Dava konusu kuralla daha önce düzenlenmiş ve tarafların özgür iradeleri sonucunda belli şartlara bağlanmış olan sözleşmeler, kimi aşamalarda yeni koşullar öngörülerek değiştirilmekte ya da tümüyle sona erdirilmektedir... **bir hukuk devletinde hukuk güvenliğinin sonucu olan ahde vefa ilkesi de (abç) sözleşme özgürlüğünün korunmasını zorunlu kılar...**”⁵¹³ diyerek, mevcut sözleşmelerin kanun ile sona erdirilerek sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmesinin Anayasa’nın 2. ve 48.

⁵¹¹ Anayasa Mahkemesi’nin 13.6.1985 tarih ve Esas 1984/14 Karar 1985/7 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 21, s. 168.; Anayasa Mahkemesi’nin 9.10.1986 tarih ve Esas 1986/18 Karar 1986/24 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 22, s. 255.

⁵¹² EROĞUL, Cem: “Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına ve Anayasa Yargısına Etkileri”, **Anayasa Yargısı**, 20, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 50, Ankara 2003, s. 209-210.

⁵¹³ Anayasa Mahkemesi’nin 13.2.2002 tarih ve Esas 2001/389 Karar 2002/29 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 38, C. 2, s. 580-581.

maddelerine aykırı olduğunu belirtmiştir. 4628 sayılı “Elektrik Piyasası Kanunu”nun Geçici 4. maddesinin birinci fıkrasının ve Geçici 8. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa’ya aykırılığı nedeniyle iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi ile açılan davada da Anayasa Mahkemesi benzer şekilde; “...*Dava konusu kural ile daha önce düzenlenmiş ve tarafların özgür iradeleri sonucunda belli koşullara bağlanmış olan sözleşmeler yasayla hükümsüz kılınmaktadır. Oysa, sözleşmelerin sona erdirilmesi veya diğer koşullarla ilgili uyumsuzlukların çözümü sözleşmelerde belirtilen usul ve esaslara ya da bu konuda hüküm bulunmayan hallerde genel hukuk kurallarına bağlıdır. Öte yandan, bir hukuk devletinde hukuk güvenliğinin sonucu olan ahde vefa ilkesi de sözleşme özgürlüğünün korunmasını zorunlu kılar... mevcut sözleşmelerin yasa ile sona erdirilerek sözleşme özgürlüğüne müdahale edilmesi Anayasa’nın 2. ve 48. maddelerine aykırıdır...*”⁵¹⁴ diyerek ahde vefa ilkesini hukuk devleti olmaktan çıkarımla destek ölçü norm olarak kullanmıştır.

D) GENEL HÜKÜM-ÖZEL HÜKÜM ÇATIŞMASINDA ÖZEL HÜKMÜN UYGULANACAĞI İLKESİ

Anayasa Mahkemesi, “***Özel hükümle genel hüküm çatıştıkları durumlarda, genel hükmün değil, yalnız özel hükmün uygulanacağı hukukun genel kurallarındandır*** (abç)”⁵¹⁵ diyerek anayasal denetimi bu doğrultuda yapmaktadır. Özel hükmün genel hükümden önce geldiği kuralının hukukun genel ilkelerinden olduğunu; “...*Anayasa kural ve ilkeleri, etki ve değer bakımından eşit olup hangi sebeple olursa olsun birinin ötekine üstün tutulmasına olanak bulunmadığından, bunların birarada ve hukukun genel kuralları gözönünde tutularak uygulanmaları zorunludur... Anayasa’da belli bir konuyu düzenleyen özel ilke*

⁵¹⁴ Anayasa Mahkemesi’nin 13.2.2002 tarih ve Esas 2001/293 Karar 2002/28 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 38, C. 2, s. 573.

⁵¹⁵ Anayasa Mahkemesi’nin 29.11.1966 tarih ve Esas 1966/11 Karar 1966/448 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 5, s. 16.

varken o konuyu da kapsamı içine alabilecek nitelikte bir genel ilke bulunsa bile onun değil konuya özgü Anayasa ilkesinin uygulanması gerekmektedir... özel düzenlemenin genel düzenlemeden önce geleceği hukukun genel bir ilkesidir...⁵¹⁶

diyerek Anayasa hükümleri arasında genel-özel olma durumunu ele alarak belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi, 4303 sayılı Mersin Limanının Devlet Demiryolları ve Limanları Umum Müdürlüğüne İşletilmesi Hakkında Kanun'un 2. maddesinin (A) bendinin ikinci fıkrasında Genel Müdürlüğün tekeli altında yapacağı belirtilen işlerden petrolle ilgili olanları ayırık tutan kuralın Anayasa'ya aykırılığı nedeni ile iptali istemiyle açılan davada; "...**Genel Kuralları kapsayan bir Yasa'nın kabul edilmesiyle özel kuralları kapsayan Yasa'nın (abç) üstü örtülü olarak kaldırılmış sayılmayacağı, hukukun genel kurallarındandır. Kaldırılmış bulunduğu yasaları teker teker gösteren 6186 sayılı Yasa'nın 28. maddesinde bildirilen yasalar arasında 4303 sayılı Yasaya yer verilmiş değildir. Bu nedenlerle İtiraz konusu kuralı kapsayan Yasa'nın üstü örtülü olarak kaldırılmış bulunduğu kabul edilemez...**"⁵¹⁷

diyerek genel hüküm-özel hüküm çatışmasında özel hükmün uygulanacağı ilkesini hukuk devleti olmaktan hareketle destek ölçü norm olarak kullanmıştır.

E) DEVLETE GÜVEN İLKESİ

Anayasa Mahkemesi Başkanı Haşim KILIÇ, üye olduğu dönemde bir karardaki karşıoy yazısında; "...Devlet organları görevlerini yerine getirirken 'Hukuk Devleti' niteliğini yitirmemeli, hukukun uygar ülkelerde kabul edilen temel ilkelerini sürekli gözönünde tutmalıdır. Devlete güven, hukuk devletinin sağlamak istediği

⁵¹⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 16.10.1990 tarih ve Esas 1990/32 Karar 1990/25 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 26, s. 436.; Anayasa Mahkemesi'nin 17.3.1992 tarih ve Esas 1992/21 Karar 1992/19 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 28, C. 1, s. 227.; Anayasa Mahkemesi'nin 20.4.1993 tarih ve Esas 1993/20 Karar 1993/17 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 29, C. 1, s. 296.; Anayasa Mahkemesi'nin 13.10.1994 tarih ve Esas 1994/76 Karar 1994/73 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 30, C. 2, s. 754-755.; Anayasa Mahkemesi'nin 11.3.1997 tarih ve Esas 1997/23 Karar 1997/34 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 33, C. 1, s. 332.

⁵¹⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 22.6.1972 tarih ve Esas 1972/14 Karar 1972/34 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 10, s. 484.

*huzurlu ve istikrarlı bir ortamın sonucu olarak ortaya çıkar...*⁵¹⁸ diyerek devlete güven ilkesini hukukun genel ilkelerinden biri olarak tanımlamış ve bu ilkeyi Anayasa'da düzenlenen hukuk devleti olmaya bağlamıştır.

Anayasa Mahkemesi, hukuk devletinin en önemli niteliklerinden birinin güvenilir olmasıdır dediği Süper Emeklilik Kanunu olarak bilinen 3395 sayılı Kanun'u iptal ettiği kararı sonrasında çıkarılan 3522 sayılı Kanun'un iptali istemiyle açılan davaya ilişkin kararında; *"...Anayasa'nın 2. maddesi, Türkiye Cumhuriyeti'nin nitelikleri arasında 'Hukuk devleti' ilkesine de yer vermiştir. Hukuk devleti, Devletin bütün faaliyetlerinde hukukun egemen olduğu devlettir. Bu tür Devlette de "Hukuk güvenliği"ni sağlayan bir düzenin kurulması asıldır. **Devlet, görevlerini yerine getirirken, 'Hukuk devleti' niteliğini yitirmemeli, hukukun uygar ülkelerinde kabul edilen temel ilkelerini sürekli gözönünde tutmalıdır (abç).** Böyle bir düzende, 'Devlete güven' ilkesi vazgeçilmez temel öğelerdendir. Devlete güven, hukuk devletinin sağlamak istediği huzurlu ve istikrarlı bir ortamın sonucu olarak ortaya çıkar. Yasaların Anayasa'ya uygunluğu karinesi asıldır. **Yasalara gösterilen güven ve saygıdan kaynaklanan oluşumların sonuçlarını korumak gerekir (abç)...** Ne var ki, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile ortaya yeni bir olgu çıkmıştır. Kişiler, yürürlükteki Yasa'nın koşullarını yerine getirmelerine ve prim olarak istenilen parayı ödemelerine karşın, bir süre sonra Yasa'nın esaslarını düzenlediği farklı aylıkları alamaz duruma düşmüşlerdir. Bu Yasa'nın Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmesi nedeniyle kazanılmış haktan söz edilerek aynı statüde farklı aylıkların ödenmesini sürdürmek olanaklı değilse de, yürürlükteki Yasaya dayanarak ödemelerini yapan bu kişilerin zararlarının karşılanması 'Devlete güven' ilkesinin bir gereğidir. Söz konusu Yasanın Anayasa Mahkemesi'nce iptali sonucunda, kimi kişilerin zarara uğraması ve ödedikleri paraların devlete kalması nedeniyle*

⁵¹⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 16.1.1998 tarih ve Esas 1997/1 Karar 1998/1 sayılı Siyasi Parti Kapatma Davasına İlişkin Kararı, **AYMKD**, S. 34, C. 2, s. 1078.

karşılanamayan zararlarının giderilmesi kamu düzeni ve kamu yararı gereği olarak ortaya çıkmaktadır. insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, adalete ve eşitliğe dayanan bir **hukuk düzeni kurarak bu düzeni sürdürmekle kendini yükümlü sayan, tüm çalışmalarında hukuk kurallarına ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olup toplum yaşamında, bireylerin haksızlığa uğratılmamasını ve mutluluğunu amaç edinen bir devleti biçimleyen hukuk devleti tanımı devlete güven ilkesini de doğal olarak içerir** (abç). Devletin temel niteliğinin öğelerinden biri de güvenirliliğidir. Devletin, yaptığı düzenlemelerle haksız bir edinin sağlaması ve kişilerin haksızlığa uğratılması kabul edilemez. Hemen açıklamak gerekir ki, iptal kararı sonunda gerçekleşen ve kaçınılması olanaksız bu durum nedeniyle, Yasa Koyucu'nun 3522 sayılı Yasa'nın düzenlenmesi sırasında ilgililerin mağduriyetlerinin önlenmesini de bir ölçüde gözetmesi ile konunun değişik yönlü ve uygulamaya yönelik olmasından, Anayasa'ya aykırılık oluşturan bir nitelik görülmemekte ise de, uygulama sonuçlarının yeniden değerlendirilerek mağduriyet konusunun yukarıda belirtilen esaslarla genel hukuk ilke ve uygulamaları doğrultusunda adaletli ve güvenilir bir biçimde çözümlenmesi zorunludur...⁵¹⁹ diyerek devlete güven ilkesini hukukun genel ilkeleri arasında kabul ettiğini belirterek hukuk devleti ilkesine destek ölçü norm olarak kullanmıştır. Anayasa Mahkemesi devlete güven ilkesini hukuk güvenliği olarak vurguladığı kararında da; "...Çağdaş demokratik rejimlerin temel ilkelerinden biri olan 'hukuk devleti', Anayasa'nın 2. maddesinde 'Cumhuriyetin nitelikleri' arasında sayılmıştır. Kişilerin, devlete güven duymaları, maddi ve manevi varlıklarını korkusuzca geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk devleti düzeninde gerçekleşebilir. Bu bağlamda hukuk devleti, temel hak ve özgürlüklere saygı gösteren, onları koruyan, güçlenmelerine olanak sağlayan,

⁵¹⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.1989 tarih ve Esas 1989/11 Karar 1989/48 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 25, s. 433-434.

adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açık olan devlettir. **Hukuk devletinin sağlamlaştıkla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kişilerin, hukuk düzeninin koruması altındaki haklarını elde etmeleri için gereken her türlü önlemin alınmasını zorunlu kılar** (abç)...⁵²⁰ diyerek hukuk güvenliğini destek ölçü norm olarak kullandığı kararında yine hukuk devleti ilkesine dayanmıştır.

F) KESİN HÜKME SAYGI İLKESİ

Anayasa Mahkemesi kesin hükme saygı ilkesini değerlendirdiği kararında; "...Türk hukukunda 'Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştirmemez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.' hükmüyle kaynağı Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasında bulunan **kesin hüküm, mahkemelerce verilen, yasa yolları izlenerek ya da izlenmesi gerekli görülmeyerek sonuçlanan, uyulması, yerine getirilmesi zorunlu, itirazı ve konusunun yeniden ele alınması olanaksız kararları amaçlamaktadır** (abç). Andlaşmazlıkların sürüp gitmesini önleyerek kamu düzenine katkıda bulunma düşüncesine bağlanan 'kesin hüküm' ilkesi, yürürlükteki kurallara göre çözümlenen bir konunun, o konunun ilgilileri arasında, Yasa'nın öngördüğü 'iade-i muhakeme' gibi ayrık durum dışında, yeniden incelenmesine engeldir. Değişik yasalarda yer alan bu hukuksal kurum, yargı alanında kararlılık sağlamak amacına bağlanmaktadır. Biçimsel ve nesnel anlamda tanımları yapılan bu kurumun öğeleri, yargı kararlarına tanınan bir nitelik olması, bu niteliğin yasalarla tanınması ve yargı kararına uyulması zorunluluğudur...Anayasa'nın 2. maddesi, Türkiye

⁵²⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 31.1.1997 tarih ve Esas 1996/66 Karar 1997/7 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 33, C. 1, s. 301-302.

*Cumhuriyeti'nin nitelikleri arasında 'hukuk devleti'ne yer vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında belirtildiği gibi hukuk devleti; ...Anayasa ve hukukun üstün kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan yasaların üstünde Yasa Koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleriyle Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaşmayan devlettir. Devlet işlemlerinin hukuka uygun olması, kazanılmış haklara saygı duymayı gerektirir. **Her kesin hüküm, bir kazanılmış hakka yol açabileceğine göre, kesin hükme saygı, kazanılmış hakka saygı demektir** (abç). Hukuk devleti, kazanılmış hakları korumakla duyarlı davranarak hukuka bağlılığını örnek davranışlarla kanıtlar...⁵²¹ diyerek kesin hükme saygı ilkesini kazanılmış hakka saygı ilkesi ile bağdaştırmış, her kesin hükmün kişi yönünden kazanılmış bir hak doğurduğunu belirtmiştir. Bu ilkeyi hukukun genel ilkelerini Anayasa'da okuduğu hukuk devleti ilkesinin içerisinde bulduğunu belirtmiş, ilave olarak da Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasındaki *"Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez"* düzenlemesine dayandırarak destek ölçü norm olarak kullanmıştır.*

G) DİĞER İLKELER

Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında kullandığı diğer hukukun genel ilkeleri; kanunların geriye yürümezliği ilkesi, yeni kurallara aykırı olan önceki kuralın kendiliğinden geçersiz duruma gelmesi ilkesi ve karşılıklı muamele (mütekabiliyet) esasıdır.

Anayasa Mahkemesi, yabancıların mülk edinmeleri konusunda Tapu Kanununda yapılan değişiklikle ilgili olarak verdiği kararında genel hukuk ilkelerini; *"Milletlerarası hukuku... medeni milletlerce kabul edilen ve temel hukuk*

⁵²¹ Anayasa Mahkemesi'nin 2.6.1989 tarih ve Esas 1988/36 Karar 1989/24 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 25, s. 261-262.

*premsiplerinden bulunan, iyiniyet, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı, Devletler Hukukunun iç hukuka üstünlüğü ilkeleri... oluşturmaktadır.*⁵²² demektir, ancak, bu karardaki sayma dışında devletler hukukunun iç hukuka üstünlüğü ilkesini ölçü norm veya destek ölçü norm olarak kullandığı kararına rastlanmamaktadır. Anayasa Mahkemesi, *“Türk Yabancılar Hukukunun genel ilkelerinden olan karşılıklı muamele (mütekabiliyet) esası, öğretide en az iki devlet arasında uygulanan ve herbirinin ülkesinde diğerinin vatandaşlarına aynı mahiyetteki hakları karşılıklı tanımlarını ifade eden bir prensip olarak izah olunmaktadır. Bu prensibe göre; bir yabancı Türkiye’de bir haktan yararlanabilmesi, Türklerin de o yabancı’nın ülkesinde aynı tür ve nitelikte olan haklardan yararlanmasına bağlıdır. Karşılıklı muamele esası andlaşma ile (ahdi veya siyasi) ya da kanunla (kanuni veya fiili) olabilir. Hukukumuzda, kanuni karşılıklı muamele yabancı gerçek kişilerin ülkemizde taşınmaz mal edinme ve miras hakları konusunda da aranmaktadır.*⁵²³ diyerek Anayasa’nın 2. maddesinden kaynaklı şekilde karşılıklı muamele (mütekabiliyet) ilkesini destek ölçü norm olarak kullanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi; *“Hukukta genel kural olarak, yasalar yayımından sonraki olaylara ve durumlara uygulanırlar.”*⁵²⁴, *“Hukuk güvenliğinin gereği, yasalar genellikle yayımlanmalarından sonraki olay ve durumlara uygulanmakta olup, istisnaen kamu yararı ve düzeninin gerektirdiği durumlarda geriye doğru yürütülebilmektedir.”*⁵²⁵ dediği kararlarında kanunların geriye yürümezliği ilkesini destek ölçü norm olarak kullanmıştır. Anayasa Mahkemesi; *“Yeni kural, eski kuralı*

⁵²² Anayasa Mahkemesi’nin 13.6.1985 tarih ve Esas 1984/14 Karar 1985/7 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 21, s. 168.; Anayasa Mahkemesi’nin 9.10.1986 tarih ve Esas 1986/18 Karar 1986/24 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 22, s. 255.

⁵²³ Anayasa Mahkemesi’nin 13.6.1985 tarih ve Esas 1984/14 Karar 2005/7 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 21, s. 168-169.

⁵²⁴ Anayasa Mahkemesi’nin 16.10.1990 tarih ve Esas 1990/32 Karar 1990/25 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 26, s. 436.; Anayasa Mahkemesi’nin 20.4.1993 tarih ve Esas 1993/20 Karar 1993/17 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 29, C. 1, s. 296-297.; Anayasa Mahkemesi’nin 17.3.1992 tarih ve Esas 1992/21 Karar 1992/19 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 28, C. 1, s. 227.; Anayasa Mahkemesi’nin 13.10.1994 tarih ve Esas 1994/76 Karar 1994/73 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 30, C. 2, s. 755.

⁵²⁵ Anayasa Mahkemesi’nin 24.6.2004 tarih ve Esas 2004/18 Karar 2004/89 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 40, C. 2, s. 827-828.

yürürlükten kaldırabilir. Bu tür düzenlemeler Yasa Koyucunun takdir yetkisi içinde olan bir yasama işlemidir... bir yasaya, kendisine aykırı kuralların yürürlükten kaldırıldığına ilişkin açık bir hüküm konulmasa da yeni kurallara aykırı olan önceki kurallar kendiliğinden geçersiz duruma gelir ve uygulanma yeterliklerini yitirirler. Bu durum, hukukun genel ilkelerindedir.⁵²⁶ dediği kararında da yeni kurallara aykırı olan önceki kuralın kendiliğinden geçersiz duruma gelmesi ilkesini destek ölçü norm olarak kullanmıştır.

IV. ATATÜRK İLKE VE İNKİLÂPLARI

1961 Anayasası'nda "Başlangıç bölümünde yer alan "...Türk Milleti... Atatürk Devrimlerine bağlılığın tam şuuruna sahip olarak..." ibaresi, 1. maddede "Türkiye Devleti Bir Cumhuriyettir", 2. maddede "Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve Başlangıç'ta belirtilen temel ilkelere dayanan, milli, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir."⁵²⁷ ibaresiyle yer almıştır. Atatürk ilke ve inkılâpları 1982 Anayasası'nda "Başlangıç" bölümünde "...bu Anayasa,... Atatürk'ün belirlediği **milliyetçilik** (abç) anlayışı ve O'nun **inkılâp ve ilkeleri** (abç) doğrultusunda;... Millet iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu... Hiçbir faaliyetin... **Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâpları** (abç) ...karşısında korunma göremeyeceği ve **laiklik ilkesinin** (abç) gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı..." ibareleriyle, 1. maddede "**Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir**" (abç), 2. maddede "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, **Atatürk milliyetçiliğine** (abç) bağlı, **başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan** (abç), demokratik, **laik** (abç) ve sosyal bir hukuk Devletidir.", 13. maddede "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın

⁵²⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 19.4.1988 tarih ve Esas 1987/16 Karar 1988/8 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 24, s. 123.

⁵²⁷ 1961 Anayasası metni için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm>, 23.10.2007.

yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağılı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar,...**laik Cumhuriyetin** (abç) gereklerine... aykırı olamaz.”, 14. maddede “Anayasa’da yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirini,...**laik Cumhuriyeti** (abç) ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz...”, 42. maddede “Eğitim ve öğretim, **Atatürk ilkeleri ve inkılâpları** (abç) doğrultusunda... yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmaz.”, 58. maddede “Devlet... gençlerin... **Atatürk ilke ve inkılâpları** (abç) doğrultusunda... gelişmelerini sağlayıcı tedbirleri alır...”, 68. maddede “Siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemleri,...demokratik ve **laik Cumhuriyet** (abç) ilkelerine aykırı olamaz...”, 81. maddede “Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, göreve başlarken aşağıdaki şekilde andiçerler:... demokratik ve **laik Cumhuriyete** ve **Atatürk ilke ve inkılâplarına** (abç) bağılı kalacağıma... andiçerim”, 103. maddede “Cumhurbaşkanı, görevine başlarken Türkiye Büyük Millet Meclisi önünde aşağıdaki şekilde andiçer:... Cumhurbaşkanı sıfatıyla... **Atatürk ilke ve inkılâplarına** ve **laik Cumhuriyet ilkesine** (abç) bağılı kalacağıma... andiçerim.”, 134. maddede “Atatürkçü düşüncüyü, **Atatürk ilke ve inkılâplarını** (abç)... bilimsel yoldan araştırmak, tanıtmak ve yaymak ve yayınlar yapmak amacıyla; Atatürk’ün manevi himayelerinde, Cumhurbaşkanının gözetim ve desteğinde, Başbakanlığa bağılı; Atatürk Araştırma Merkezi, Türk Dil Kurumu, Türk Tarih Kurumu ve Atatürk Kültür Merkezinden oluşan, kamu tüzel kişiliğine sahip “Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu” kurulur.”, 136. maddede “...Diyanet İşleri Başkanlığı, **laiklik ilkesi** (abç) doğrultusunda...özel kanununda gösterilen görevleri yerine getirir.”, 174. maddede “Anayasa’nın hiçbir hükmü, Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyeti’nin **laiklik niteliğini** (abç) koruma amacını güden, aşağıda gösterilen **inkılâp kanunlarının** (abç), Anayasa’nın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin, Anayasa’ya aykırı olduğu şeklinde anlaşılabilir ve yorumlanamaz...” düzenlemeleriyle yer almıştır. İlgili

madde metinlerinden anlaşıldığı gibi cumhuriyetçilik, laiklik ve milliyetçilik ilkeleri Anayasa'nın belirtilen maddelerinde doğrudan yer almışlar, inkılâpçılık ilkesi Atatürk ilke ve İnkılapları tabirinin içinde "inkılâp" olarak geçmiş ve ayrıca 174. maddede inkılâp kanunları dolayısıyla yer almıştır. Anayasa Mahkemesi, bu durumu; *"Anayasa'nın 174. maddesi kapsamında (yer alan) devrim yasaları, Türkiye Cumhuriyeti'nin temelini oluşturan öğelerdendir...174. maddenin içeriğinde sıralanan yasaların adları, Türkiye Cumhuriyeti için önemlerini açıklamaktadır... Anayasa'da kabul edilip 'inkılâp kanunları' olarak anılmaları Türk Devrimi ve Atatürk ilkelerinin gerçekleşme aracı olduklarını göstermektedir..."*⁵²⁸ diyerek belirtmekte ve inkılâpçılık ilkesini kararlarında; *"...Devrimin kavramı, sözcüğün açık anlamından da belirleneceği üzere, durgunluğun, alışkanlığın, hareketsizliğin tersidir. Devrimcilikte hiçbir zaman duraklama yoktur. Bilim ve tekniğin gelişmesi ile modern toplum yaşamının koşulları da sürekli olarak değişikliğe uğrar. Kendisini bu değişmeye uyduramayan, yani devrim yapamayan sosyal topluluklar çağın gerisinde kalmaya ve ileri toplumların sömürgesi olmaya mahkumdurlar. İşte **Atatürk devrimlerinde temel amaç, geri kalmışlıktan kurtulmak, çağdaş uygarlık düzeyine ulaşmaktır (abç).** Belirli bir süre geçtikten sonra Atatürk devrimlerinin amaçlarına ulaştığını ve artık yeni bir atılıma gereksinme duyulmayacağını kabul etmeye olanak yoktur. Çünkü, **Atatürk devrimleri, çağdaş uygarlık düzeyi doğrultusunda sürekli hareket halindedirler ve birbirini ara vermeden izlerler (abç)**..."*⁵²⁹ şeklinde açıklayarak "çağdaş uygarlık düzeyini" inkılâpçılık ilkesinin hedefi olarak ortaya koymaktadır. Atatürk ilkelerinden halkçılık ve devletçilik ise Anayasa'da yer almamış, genel olarak Atatürk ilke ve inkılapları olarak geçmişlerdir.

⁵²⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 7.3.1989 tarih ve Esas 1989/1 Karar 1989/12 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 25, s. 143,155.

⁵²⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 11, 12, 13, 14 ve 25.02.1975 tarih ve Esas 1973/37 Karar 1975/22 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 13, s. 116.; Anayasa Mahkemesi'nin 25.10.1983 tarih ve Esas 1983/2 Karar 1983/2 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 20, s. 362-363.

Anayasa Mahkemesi; “...Atatürk’ün iktisadi görüşleri kati ve doktriner olmayıp, ülke koşullarına uygun politikalar izlenmesine açıktır. Nitekim, 1924 Anayasası’nda 1937 yılında yapılan değişiklikle Devletçilik, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin niteliklerinden biri sayıldığı halde 1961 ve 1982 Anayasalarında devletçilik ilkesine yer verilmemiştir. Bununla beraber Anayasa, liberal bir iktisadi politika takibine elverişli olduğu kadar karma bir iktisadi politika takibine de müsaittir... devletçiliğin sosyal devleti gerçekleştirmenin tek aracı olmadığı vurgulanmalıdır...”⁵³⁰, “...Cumhuriyet’in Kuruluş Dönemi’nde dahi, Devletçilik ilkesinin özel sektörün sermaye ve teknoloji birikimi yönünden yetersiz kaldığı alanlarda uygulandığı, özel sektörün herhangi bir alanda yatırım yapmak istemesi halinde kendisine hiçbir şekilde engel olunmadığı, aksine, çeşitli önlemlerle teşvik edilmiş olduğu bilinmektedir...”⁵³¹ dediği kararlarında, 1961 ve 1982 Anayasasında Devletçilik ilkesinin yer almamasının, Atatürk’ün iktisadi yönden bakış açısının sabit olmaması, ülke koşullarına göre değişebilmesine dayandığını, devletçiliğin sosyal devleti gerçekleştirmenin tek aracı olmadığını söyleyerek, Devletçilik ilkesini katı bir anlamda değerlendirmedini belirtmektedir.

Atatürk ilke ve inkılâplarından Anayasa Mahkemesi kararlarında en geniş yer tutanı hiç kuşkusuz Anayasa Mahkemesi’nin “Atatürk ilkelerinin en önemlisi”⁵³² dediği laikliktir. Atatürkçü düşünce sisteminde laiklik, bir hayat tarzı, dünya ve toplum sorunlarına akılcı ve bilimsel bir bakış açısı, Türkiye’nin çağdaşlaşması temel hedefinden ayrılamaz ve onun zorunlu bir parçasını oluşturduğundan, Anayasalarımızda laiklik özel olarak korunmuş, laikliği dolaylı yollardan çökertmeye

⁵³⁰ Anayasa Mahkemesi’nin 27.9.1985 tarih ve Esas 1985/2 Karar 1985/16 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 21, s. 222.; Aynı yönde açıklamaları içeren karar için bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 18.2.1985 tarih ve Esas 1984/9 Karar 1985/4 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 21, s. 59.

⁵³¹ Anayasa Mahkemesi’nin 24.12.1986 tarih ve Esas 1985/20 Karar 1986/30 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 22, s. 526-527.

⁵³² Anayasa Mahkemesi’nin 7.3.1989 tarih ve Esas 1989/1 Karar 1989/12 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 25, s. 143.

çalışabilecek siyasi akımların etkinlik kazanmasına sed çekilmiştir.⁵³³ Anayasa Mahkemesi; “...**Anayasa'nın 2. maddesi 'laiklik' ilkesinin kurallaştığı bir temel özelliğini taşımakta ve bu maddede Cumhuriyetin nitelikleri sayılırken, değişmezliği 9. maddenin güvencesine bağlanan düzen ana çizgileriyle ortaya konulmaktadır** (abç). Laiklik ilkesini benimseyen Cumhuriyet, hukukun laikliğini sağlamış, böylece Devlet bağımsız ve yansız bir hukuk kurumu olarak çağdaş ve uygar yapısını bulmuştur...”⁵³⁴ dediği 1961 Anayasası döneminde, din ve vicdan özgürlüğünden ne anlaşılması gerektiğini; “...Sözü edilen 19. maddenin birinci fıkrası, herkese vicdan, dini inanç ve kanaat Özgürlüğü tanımaktadır. İkinci fıkrada ise, 'kamu düzenine veya genel ahlaka veya bu amaçlarla çıkarılan kanunlara aykırı olmayan ibadetler, dini ayin ve törenler serbesttir.' denilerek, birinci fıkrada tanınan özgürlüklerin sınırsız olarak kullanılamıyacağı belirtilmektedir. Çünkü **din özgürlüğünün kimi kişilerin iç aleminden taşarak toplumun huzurunu kaçırarak boyutlara ulaşmasına, kamu düzeninin korunması ve işlerliğinin uyum içinde sağlanması düşüncesi izin vermez** (abç). Bu nedenle öngörülen bu sınırlama ile, toplumun bütün bireylerinin aynı özgürlüklerden yararlanabilmelerinin amaç edinildiğinde ve böylece bireylerin bu alandaki özgürlüklerinin güvence altına alınmak istendiğinde kuşku edilmemek gerekir. 19. maddenin üçüncü fıkrası 'Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz. Kimse, dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz'; dördüncü fıkrasının ilk tümcesi de 'Din eğitim ve öğrenimi, ancak kişilerin kendi isteğine ve küçüklerin de kanuni temsilcilerinin isteğine bağlıdır.' demek suretiyle laiklik anlayışının kimi temel ilkelerini gerçekleştirmek istemiştir. **Maddenin sonuncu fıkrası, vicdan özgürlüğünün, gerçek ve tüzel kişilerle siyasi partiler tarafından**

⁵³³ MUMCU, Ahmet – ÖZBUDUN, Ergun – FEYZİOĞLU, Turhan – ÜLKEN, Yüksel – ÇUBUKÇU, Ağâh: **Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi II**, YÖK Yayınları, Ankara 1986, s. 78.

⁵³⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 3.7.1980 tarih ve Esas 1980/19 Karar 1980/48 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 18, s. 272.

kötüye kullanılmasını önlemektedir. Bu fıkra aynı zamanda **Devletin sosyal, iktisadi, siyasi ve hukuki temel düzeninin kısmen de olsa din kurallarına dayandırılmayacağını buyurarak laiklik ilkesinin anlamını belirtmekte** (abç) ve bu ilkenin din ve devlet işlerinin birbirinden ayrı tutulması biçimindeki klasik tanımını da vurgulamaktadır...⁵³⁵ ifadeleriyle açıklamaktadır. 1327 sayılı Kanunun 9. maddesinin VI sayılı bendi ile din hizmetleri sınıfının kurulmuş olmasının Anayasa'ya aykırı olduğu öne sürülerek iptaline karar verilmesi istemiyle açılan davada Anayasa Mahkemesi; **"Hukuki yönden, klasik anlamda laiklik, din ve Devlet işlerinin birbirinden ayrılması anlamına gelmektedir** (abç). Ayrılık dinin Devlet işlerine, Devletin de din işlerine karışmaması biçimindedir ki bu anlayışa göre kilise tüm anlamı ile bağımsızdır... Laiklik din ve devlet ilişkilerini düzenleyen bir ilke olduğuna göre dini anlayış yönünden benzer koşulları bulunmayan bir ülkenin, batı hukukundaki anlamı ve biçimiyle laiklik ilkesini benimsememesini koşullardaki ayrılığın sonucu gibi görmek gerekir. Kaldı ki batı ülkelerinde dahi kimi devletlerin laiklik anlayışı arasında ayrımlar vardır... Ülkemizde 1961 Anayasası'yla kabul edilmiş olan laiklik ilkesi, geçirilen tarihi tecrübeler, devrimlere ulusun dini ve siyasi özelliklerine ve yurdumuz koşullarına uygun bir anlam taşımaktadır. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan laiklik ilkesi, Devletin niteliklerinden birini açıklar ve belirler. Buradaki **laiklik ilkesinin kavramını saptamak için Anayasa'nın konu ile yakın ilgisi bulunan, Özellikle başlangıç bölümünün, 2., 19., 153. ve 154. maddelerinin ışığı altında inceleme yapılması ve Anayasa Koyucu'nun kastettiği anlamın araştırılıp tartışılması uygun olacaktır** (abç), 1- Anayasa'nın 153. maddesinde, bu Anayasa'nın hiçbir hükmünün Türk toplumunun çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi ve Türkiye Cumhuriyetinin laiklik niteliğini koruma amacını güden, madde metninde gösterilmiş devrim kanunlarının, bu Anayasa'nın

⁵³⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 27.11.1979 tarih ve Esas 1979/9 Karar 1979/44 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 17, s. 340.

halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğu şekilde anlaşılamayacağı ve yorumlanamayacağı belirlenerek böylece laik Devlet düzeninin korunması hedef tutulmuş bulunmaktadır. **1961 Anayasası'yla güdülen ana erek başlangıç bölümünde (Türk Ulusunun daima yücelmesi) ve 153. maddesinde ise (Türk Ulusunun çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi) biçiminde saptanmıştır** (abç). Bu esasların Anayasa'da yer alması, az önce açıklanan, **ana ereğe varılmasını engelleyebilecek veya zorlaştırabilecek nitelikte hiç bir hak ve özgürlüğün Anayasa'da tanınmamış olduğunu, Anayasa'da benimsenmiş laiklik düzenine ilişkin kuralların ancak bu ana ereği gerçekleştirme doğrultusunda yorumlanabileceğini** (abç), bu ana ereğin Anayasa'da öngörülen bir çok sınırlandırmaları zorunlu kılan bir neden, daha açıkçası Anayasa'da benimsenmiş bütün temel ilkelere egemen bir düşünce olduğunu anlatır... Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda yer alan laiklik ilkesinin anlamı saptanırken dayanılacak ilk esas bu ana erektir. 2- Anayasa'nın, laiklik ilkesinin esaslarını saptayan ve düşünce ve inanç hak ve hürriyetlerini belirleyen 19. maddesinin birinci fıkrasında, ferdin manevi hayatına ilişkin olan dini inanç bölümünde sınırsız bir hürriyet tanınmış, üçüncü ve dördüncü fıkralarla da (Kimsenin ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlarını açıklamaya zorlanamayacağı ve kimsenin dini inanç ve kanaatlarından dolayı kınanamıyacağı ve dini eğitim ve öğrenimin ancak kişilerin kendi isteğine ve küçüklerin de kanuni temsilcilerinin isteğine bağlı bulunduğu) açıklanmıştır. Laiklik ilkesinin önemli esaslarından olan bu hükümler din ayrımı gözetmeksizin herkesi kapsamakta bulunmuş ve böylece din hürriyeti Anayasa inancası altına alınmıştır. 3- ...din hürriyetinin bu bölümünün, her toplumsal müessesede olduğu gibi, sınırlamalara tabi tutulmak zorunluluğu karşısında 19. maddenin ikinci fıkrasıyla dinin, bireyin manevi hayatının sınırını aşan, toplumsal bir nitelik alan ibadet, dini ayin ve törenler kamu düzenine veya genel ahlaka veya bu amaçlarla çıkarılan kanunlara aykırı olmamak

şartıyla serbest bırakılmıştır. 19. maddenin beşinci fıkrasında da kimsenin, Devletin sosyal, iktisadi, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırmaya veya siyasi veya şahsi çıkar veya nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemeyeceği, kötüye kullanmayacağı açıklanmış ve yasak dışına çıkanlar için yaptırımlar konulmuştur. 4- Anayasa'nın 19. maddesinin beşinci fıkrası, aynı zamanda laiklik ilkesinin anlamını tayin eden hükümler de getirmiştir. Bu fıkra Devletin sosyal, iktisadi, siyasi veya hukuki temel düzeninin kısmen de olsa din kurallarına dayandırılmıyacağı hükmü kabul edilmiş bulunmaktadır... Anayasa Koyucu, Anayasa'daki laiklik ilkesinin anlamını tayin ederken mabedin ve din işleriyle uğraşan kimselerin özerk veya bağımsız oldukları biçiminde bir anlam kasetmiş değildir. .. **sınırsız, denetimsiz bir din hürriyeti ve bağımsız bir dini örgütlenme anlayışının ülkemiz için pek ağır tehlikelerle yüklü olduğu uzak ve yakın tarihi tecrübelerle anlaşılmıştır** (abç). Bu nedenlerle Anayasa Koyucu, mabedin ve din işleriyle uğraşan kimselerin özerkliği veya, bağımsızlığı biçiminde sınırsız ve Devlet denetimi dışında kalan bir din hürriyeti anlayışının Anayasa'da kabul edilen laiklik düzeni ve ilkelerine uygun görmemiştir. 5- Yukarıki bentte açıklanan nedenlere dayanan zorunluluklar karşısında Anayasamızda din ve Devlet ilişkileri tayin edilirken din hürriyetinin, bireyin manevi hayatına ilişkin olanlarının dışındaki bölümleri için birtakım sınırlamalar getirilmiş ve kurulmuş olan laik devlet düzenini korumak üzere yaptırımlar konulmuştur. Bunların sonucu olarak **Devlete din hürriyeti üzerinde bir denetim yetkisi tanınmış bulunmaktadır. Bu yetki, din ayırımı gözetilmeksizin, bireylerin dini inançlara tecavüzlerini önleyici tedbirler almak ve ibadetlerin, dini ayin ve törenlerin kamu düzenine veya genel ahlaka veya bu amaçlarla çıkarılan kanunlara aykırı olup olmadığını izlemek, dini sömürmeyi ve kötüye kullanmaları ve dini taassubu önlemek gibi biçimlerde kendini göstermektedir. Böylece, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda yer alan**

ve (Türk Ulusunun daima yücelmesi), (Türk Ulusunun çağdaş uygarlık seviyesine erişmesi) deyimlerinde ifadesini bulan ana ereğin gerçekleştirilmesi mümkün görülmüştür (abc). Şu halde Anayasa'daki laiklik ilkesinin bir özelliği de Devlete din hürriyeti üzerinde denetim yetkisi tanıyan bir nitelik taşımakta olmasıdır. Özetlemek gerekirse, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda kabul edilen laiklik ilkesi: Özellikle; a) Dinin Devlet işlerinde egemen ve etkili olmaması esasını benimseme, b) Dinin, bireylerin manevi hayatına ilişkin olan dini inanç bölümünde aralarında ayırım gözetilmeksizin, sınırsız bir hürriyet tanımak suretiyle dini Anayasa inancası altına alma, c) Dinin, bireyin manevi hayatını aşarak toplumsal hayatı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin bölümlerinde, kamu düzenini, güvenini ve çıkarlarını korumak amacıyla, sınırlamalar kabul etme ve dinin kötüye kullanılmasını ve sömürülmesini yasaklama, ç) Devlete, kamu düzenini ve haklarının koruyucusu sıfatıyla dini hak ve hürriyetler üzerinde denetim yetkisi tanıma niteliklerinden oluşmuş bir ilkedir...⁵³⁶ açıklamalarıyla laiklik ilkesinin Ülkemiz için taşıdığı anlamı ortaya koymuş, Batı'daki laiklik anlayışı ile Ülkemizdeki laiklik anlayışının aynı olmadığını, laikliğin, din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılması klasik tanımı uyarınca Batı'da kilise tamamen bağımsızken, Anayasa'da düzenlenen laiklik ilkesi ile mabedin ve din işleriyle uğraşan kimselerin özerk veya bağımsız olmalarının öngörülmediğini, bu ayrımın sebeplerinin tarihsel tecrübelere dayandığını, Devlete din üzerinde bir denetim yetkisi verildiğinden, dava konusu hükümlerle din hizmetleri sınıfının kurulmuş olmasının laiklik ilkesine aykırı olmadığını söylemiştir.

1982 Anayasası'nın 176. maddesine göre, Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmı Anayasa metni kapsamındadır. Anayasa Mahkemesi, başlangıç bölümünde yer alan "Hiçbir faaliyetin... Atatürk milliyetçiliği,

⁵³⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 21.10.1971 tarih ve Esas 1970/53 Karar 1971/76 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 10, s. 61-70.

ilke ve inkılâpları... karşısında korunma göremeyeceği ve laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı⁵³⁷ hükmünden hareketle; "...Anayasa'nın 24. maddesinin dördüncü fıkrasında ifadesini bulan 'din ve ahlak eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve orta öğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır, bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlıdır' yolundaki **kural, Atatürk ilke ve inkılâplarıyla daha açık bir anlatımla Türk Devrimleriyle birlikte ele alınıp değerlendirilmelidir. Çünkü, Türk Devrimi, Atatürk'ün önderliğinde gerçekleştirilen ulusal bağımsızlığın ve çağdaşlaşma hareketinin adıdır ve bu düşünce sistemi 1982 Anayasası'nın temel dayanağını ve felsefesini oluşturmuştur** (abç).⁵³⁸, "...1982 Anayasası'nda da devletin laiklik niteliği aynen korunmuş, din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin olarak 1961 Anayasası'nın 19. maddesindeki din öğreniminin ihtiyariliği dışında kalan esaslara, 1982 Anayasası'nın 24. maddesinde yine yer verilmiş, 1961 Anayasası'nın 153. maddesindeki inkılâp kanunlarının korunmasına ilişkin hüküm, 174. madde olarak yeni Anayasa'ya aynen aktarılmış ve **Anayasa'nın Başlangıç bölümünde 1961 Anayasası'ndan daha da ileri gidilerek 'laiklik ilkesinin gereği kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya karıştırılmayacağı' açıklanmış olduğuna göre, Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasası'nın yürürlükte bulunduğu dönemde... laiklik konusunda vardığı tüm sonuçların bugün için de bütünüyle geçerliliğini koruduğunda duraksamaya yer yoktur** (abç)...⁵³⁹ diyerek laiklik ilkesini 1961 Anayasası dönemindeki kararlarında ortaya koyduğu gibi okuduğunu kabul ettiğini belirtmiş, hatta bunu bir adım daha ileriye götürüp;

⁵³⁷ <http://www.tbmm.gov.tr/Anayasa.htm>, 8.7.2007.

⁵³⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 25.10.1983 tarih ve Esas 1983/2 Karar 1983/2 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 20, s. 363-364.

⁵³⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 4.11.1986 tarih ve Esas 1986/11 Karar 1986/26 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 22, s. 313.

“...Atatürk Devrimlerinin hareket noktasında laiklik ilkesi yatar ve devrimlerin temel taşını bu ilke oluşturur. Başka bir **anlatımla laiklik ilkesi açısından verilecek en küçük bir ödün Atatürk Devrimlerini yörüngesinden saptırarak, yok olması sonucunu doğurabilir** (abç). Bu nedendir ki Anayasa'nın ‘Hiçbir düşünce ve mülahazanın... Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâpları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve laiklik ilkesinin gereği kutsal din duygularının, devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı;’ yolunda kesin bir buyruğa “başlangıç”ta yer vermek zorunluluğunu duymuş bulunmaktadır...⁵⁴⁰, “...**Laikliğin, Türk Devrimi'nin, Cumhuriyetin özü ve ulusal yaşamın temeli olduğu bir gerçektir** (abç). ‘Dinsel inanç gereği’ sözcükleri kullanılsa da Cumhuriyetin niteliklerine yönelik, bu amaç ve anlamdaki dinsel kaynaklı düzenlemelerle girişimler Anayasa karşısında geçerli olamaz. Özgürlükler Anayasa ile sınırlıdır. Anayasa'daki laiklik ilkesine ve laik eğitim kuralına karşı eylemlerin demokratik bir hak olduğu savunulamaz. **Anayasal ayrıcalığa sahip laiklik ilkesi; demokrasiye aykırı olmadığı gibi tüm hak ve özgürlüklerin de bu ilke temel alınarak değerlendirilmesi zorunludur** (abç)...⁵⁴¹ diyerek laiklik ilkesinin temel ilke olduğunu kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın diğer maddelerinin, Atatürk ilke ve inkılâplarına bağlı olarak düşünülmesi gerektiğini işlediği; “...**Laik hukuk düzeni, laik eğitim-öğretim ve laik yönetim birbirinden ayrı düşünülemez** (abç). Laik eğitimde dinsel inançlara göre hiçbir ayırım gözetilemez. Anayasa'nın ‘Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi’ başlıklı 42. maddesinin üçüncü fıkrasında ‘Eğitim ve öğretim Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmaz.’ denildikten sonra, dördüncü

⁵⁴⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 25.10.1983 tarih ve Esas 1983/2 Karar 1983/2 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 20, s. 362-363.

⁵⁴¹ Anayasa Mahkemesi'nin 7.3.1989 tarih ve Esas 1989/1 Karar 1989/12 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 25, s. 150.

fıkrasında **'Eğitim ve öğretim hürriyeti, Anayasa'ya sadakat borcunu ortadan kaldıramaz.'** denilerek **Başlangıçtaki ilkelere bağlılık pekiştirilmiştir (abç)...**⁵⁴² şeklindeki kararı, Anayasa'ya sadakatin Atatürk ilke ve inkılâplarına sadakat ile özdeşleştirilmesi ile en dikkate değer kararlardan biridir.

Anayasa Mahkemesi, laikliğin din düşmanlığı, dinsizlik ya da dine karşı olmak anlamına gelmediğini, inanç özgürlüğüne saygıdan kaynaklanan ve dini kişi özgürlüğünün enginliğine bırakan bir tutum ve davranış biçimi olduğunu belirttiği kararında; **"...Yaygın, fakat yeterli olmayan tanımına göre laiklik; din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılmasıdır (abç). Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki yerleşmiş kararlarında da: a- Dinin devlet işlerinde etkili ve egemen olmaması, b- Aralarında ayırım gözetilmeksizin bütün dinlerin anayasal güvence altına alınması, c- Dinin bireyin manevi yaşamını aşarak, toplumsal yaşamı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin bölümlerinde ; kamu düzeni, güvenliği ve yararını korumak amacıyla sınırlamalar yapılması ve dinin kötüye kullanılmasının ve sömürülmesinin yasaklanması, d- Kamu düzeninin ve haklarının koruyucusu sıfatıyla devlete, dinsel hak ve özgürlükler konusunda denetim yetkisi tanınması (abç), laiklik ilkesinin gereği olarak benimsenmiştir.**⁵⁴³ demektedir.

Anayasa Mahkemesi, bazı kararlarında, laikliği, Atatürk milliyetçiliği ile birlikte ele almaktadır. Bu bağlamda, Atatürk milliyetçiliği Anayasa'nın 2. maddesinde ve Başlangıç kısmında yer almıştır. Anayasalarımıza hakim olan milliyetçilik fikri, Atatürk'ün çağdaş, bilimsel, medeniyetçi, barışçı ve birleştirici, duygu ve düşünce birliğine, ortak kültüre ve birlikte yaşama iradesine dayanan milliyetçilik anlayışıdır.⁵⁴⁴

⁵⁴² Anayasa Mahkemesi'nin 7.3.1989 tarih ve Esas 1989/1 Karar 1989/12 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 25, s. 149.

⁵⁴³ Anayasa Mahkemesi'nin 21.6.1995 tarih ve Esas 1995/17 Karar 1985/16 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 31, C. 2, s. 545-547. Laikliği 4 madde ile özetlediği diğer bir karar için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 2.2.1996 tarih ve Esas 1995/25 Karar 1996/5 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 32, C. 2, s. 558-559.

⁵⁴⁴ MUMCU, Ahmet – ÖZBUDUN, Ergun – FEYZİOĞLU, Turhan – ÜLKEN, Yüksel – ÇUBUKÇU, Ağâh, 1986, s. 55.

Anayasa Mahkemesi, kararlarında Anayasa'da öngörülen milliyetçilik anlayışının Atatürk milliyetçiliği olduğunu "...**Atatürk Milliyetçiliği, Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkesi Türk sayan, dil, ırk ve din gibi düşüncelerle yapılacak her türlü ayrımı reddeden, birleştirici ve bütünleştirici bir anlayışı temsil eder** (abç)..."⁵⁴⁵, "...**Atatürk milliyetçiliği** (abç), gelişme ve ilerleme yolunda, uluslararası işlem ve ilişkilerde çağdaş uluslara uygun ve onlarla uyum içinde yürümekle birlikte, Türk toplumunun özel yeteneklerini ve bağımsız kimliğini koruması olarak tanımlanan **Türk milliyetçiliğinin Türk olmak mutluluğunu duyan herkesi kapsayan biçiminin adıdır** (abç). Atatürk'ün 5.11.1925 günlü söylevinde belirttiği gibi din ve mezhep bağının yerini Türk ulusçuluğu bağı almıştır. Bu tanıma göre, ulusu oluşturan öğeler arasında dil birliği, ulusal duyguyla yan yana insanlık duygusu, siyasal varlıkta birlik, yurt birliği, köken birliği, tarihsel ve ahlaksal yakınlıklar sayılır. Geçmiş ortaklığı, gelecek ve amaç birliği de öğeler arasına alınmaktadır. Türkiye Cumhuriyetini kuran Türkiye halkına Türk ulusu diyerek başka ayrımlara yer vermeyen Atatürk milliyetçiliğinde dinsel öge esas alınmamıştır... **Birleştiricilik dinsel bağda değil, Atatürk milliyetçiliğinde, ulus bağında, ulusal değerlerdedir** (abç)..."⁵⁴⁶ diyerek belirtmiştir. "...Türkiye için laiklik anlayışı, tarihsel gelişimi nedeniyle özellik taşımakta, Anayasa ile benimsenen yapısıyla, batıdan ayrı biçimde ele alınsa da, özenle korunması zorunlu bir ilke olarak yaşatılmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin.. kararlarında laikliğin hukuksal, sosyal, siyasal tanımları yanında, ulusal ve hukuksal değeri geniş biçimde belirtilmiş, özenle korunması gereken anayasal ilke niteliği vurgulanmış, Türk Ulusu'nun yücelmesi bakımından **laikliğin Anayasa'da öngörülen kimi sınırlamaları zorunlu kılan bir neden, Anayasa'da benimsenmiş bütün temel ilkelere egemen bir düşünce olduğu**

⁵⁴⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 18.2.1985 tarih ve Esas 1984/9 Karar 1985/4 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 21, s. 59-60.

⁵⁴⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 7.3.1989 tarih ve Esas 1989/1 Karar 1989/12 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 25, s. 150-151.

yinelenerek ortaya konulmuştur (abç)...⁵⁴⁷ diyen Anayasa Mahkemesi, Atatürk milliyetçiliğini, kararlarında özellikle laiklik ilkesi ile birlikte değerlendirmiştir, bunun temelinde de Atatürk milliyetçiliğinin karşısında tarihsel kökenli olarak yer alan ümmetçilik anlayışı tehlikesini görmüştür. Anayasa Mahkemesi, önce geçmişte verdiği laiklik ilkesine ilişkin kararlarını⁵⁴⁸ sıralayıp; “...(bu) kararlarda laikliğin hukuksal, sosyal, siyasal tanımları yanında, ulusal değeri geniş biçimde belirtilmiş, özenle korunması gereken anayasal ilke niteliği vurgulanmış, Türk Ulusu’nun yücelmesi bakımından laikliğin Anayasa’da öngörülen kimi sınırlamaları zorunlu kılan bir neden, Anayasa’da benimsenmiş bütün temel ilkelere egemen bir düşünce olduğu yinelenerek ortaya konulmuştur (abç). Demokratik ve laik devlet, bireyler arasında inançlarına göre ayırım gözetemez. Herkes, dinini seçmekte, inançlarını açıklamakta, din ve vicdan özgürlüğü sınırları içerisinde serbesttir. Laik bir toplumda, bireyin istediği dine ve inanca sahip olması, Yasa Koyucunun her türlü etkinin dışındadır. Devletin dinlerden birini tercih fikri, ayrı dinlere bağlı yurttaşların yasa önünde eşitliğine de aykırı düşer. Laik ülkelerde gerçek vicdan özgürlüğünden söz edilebilmesi de, laikliğin bu özgürlüğün de güvencesi olduğunu göstermektedir. Çağdaşlaşmayı hızlandıran ve Türkiye Cumhuriyeti’nin temellerinden olan laiklik ilkesi ile, devletin akla ve bilim kurallarına göre kurumlaşması amaçlanmıştır. Karşılıklı saygı, hoşgörü ve anlayışa katkıda bulunan laiklik, ulusal birliğin de temelini oluşturmuştur. Düşünce ve inanç özgürlüğü, kişileri ve toplum kesimlerini birbirine güvenle bağlayan, uluslaşmayı

⁵⁴⁷ Anayasa Mahkemesi’nin 7.3.1989 tarih ve Esas 1989/1 Karar 1989/12 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 25, s. 143,146.

⁵⁴⁸ Anayasa Mahkemesi’nin 20.5.1971 tarih ve Esas 1971/1 Karar 1971/1 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 9, s. 3-70.; Anayasa Mahkemesi’nin 21.10.1971 tarih ve Esas 1970/53 Karar 1971/76 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 10, s. 52-70.; Anayasa Mahkemesi’nin 3.7.1980 tarih ve Esas 1980/19 Karar 1980/48 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 18, s. 265-272.; Anayasa Mahkemesi’nin 25.10.1983 tarih ve Esas 1983/2 Karar 1983/2 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 20, s. 345-366.; Anayasa Mahkemesi’nin 4.11.1986 tarih ve Esas 1986/11 Karar 1986/26 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 22, s. 298-321.; Anayasa Mahkemesi’nin 7.3.1989 tarih ve Esas 1989/1 Karar 1989/12 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 25, s. 133-158.; Anayasa Mahkemesi’nin 2.2.1996 tarih ve Esas 1995/25 Karar 1996/5 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 32, C. 2, s. 549-561.

sağlayan, ulusal dayanışmayı da güçlendiren, özgür düşünce ve inanç, çağdaş uygarlığa yöneliş, ulusal yaşamda önemli aşamalarıdır. Laikliğin, insana, dine saygısı, dini kendi yerinde tutan anlayışı, akla, bilime, sanata, çağdaş yönetim biçimine ve tüm uygar gereklere kapıyı açmıştır. **Demokrasi, şeriat düzeninin karşıtıdır. Çağdaşlığın göstergesi olan bu ilke, Türkiye Cumhuriyeti'nde 'ümmet'ten, 'ulus'a geçmenin de itici gücü olmuştur** (abç). Laiklik ilkesinin kabulü ile dogmatik değerlerin yerine akla ve bilime dayanan değerler geçmiş, dinsel duygular sahibinin vicdanında dokunulmaz yerini almıştır. Değişik inançlara sahip olanlar, birlikte yaşama gereğini benimseyerek devletin kendilerine karşı eşit yaklaşımından güven duymuşlardır. Böylece, iç barış sağlanarak yurttaşlar, ulus bilinciyle, Türkiye Cumhuriyeti'ni kuran Türk Ulusu'nun bireyleri olmuşlardır. **Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesi, gücünü laiklikten almış; milliyetçilik ilkesi laiklikle tamamlanmış; Türk Devrimi laiklikle anlam kazanmıştır** (abç). Anayasa'da da bu ilkenin değiştirilemeyeceği öngörülmüştür. Laiklik devlet etkinliklerinde dinin, bilimin yerine geçmesini önleyerek çağdaşlaşmayı hızlandırmıştır. Laiklik, din ve devlet işleri ayrılığı biçiminde daraltılamaz. Boyutları daha büyük, alanı daha geniş bir uygarlık, özgürlük ve çağdaşlık ortamıdır. Türkiye'nin modernleşme felsefesi, insanca yaşama biçimi ve insanlık idealidir. Laik düzende, özgün bir sosyal kurum olan din, devlet kuruluşuna ve yönetimine egemen olamaz. Devlete egemen ve etkin güç, dinsel kurallar ve gerekler değil, akıl ve bilimdir. Din, kendi alanında, vicdanlardaki yerinde, Tanrı-insan arasındaki inanç olgusudur. Kişinin iç-inanç dünyasının düzenleyicisi olan dinin, devlet işlerinde yasal düzenlemelerin kaynağı ve dayanağı olması düşünülemez. Devlete, dinsel konularda denetim ve gözetim hakkı tanınması, din ve vicdan özgürlüğünün, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı bir sınırlama sayılamaz. Devlet-din özdeşliğinin yolaçtığı zararlar laiklikle önlenmiş, çağdaş uygarlık yolu laiklik ilkesiyle açılmış, bağımsız bir hukuk kurumu olarak yeni yapısına kavuşmuştur. Demokrasiye

*geçişin de aracı olan laiklik, Türkiye'nin yaşam felsefesidir. Laik devlette, kutsal din duyguları politikaya, dünya işlerine, hukuksal düzenlemelere kesinlikle karıştırılmaz (abç). Bu tür düzenlemeler, dinsel gerekler ve düşüncelerle değil, bilimsel verilerden yararlanılarak kişi ve toplum gereksinimlerine göre yapılır.*⁵⁴⁹ diyerek, Türkiye için laikliği yaşam felsefesi olarak görmüş, bir uygarlık, özgürlük ve çağdaşlık ortamı olarak tanımlamıştır.

Anayasa Mahkemesi, 3266 sayılı 1117 sayılı Küçükleri Muzır Neşriyattan Koruma Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun'da, mevkutelerin ve mevkute tanımına girmeyen diğer basılmış eserlerin, 18 yaşından küçüklerin maneviyatı üzerinde muzır tesir yapıp yapmadığını inceleyip karara bağlamak ve Türk Ceza Kanunu'nun 426., 427. ve 428. maddelerinde tanımlanan suçlarla ilgili olarak yargı organlarına bilirkişilik yapmak görevlerini icra etmek üzere Başbakanlık bünyesinde oluşturulan yetkili kurul'da Diyanet İşleri Başkanlığınca Din İşleri Yüksek Kurulu üyeleri arasından seçilecek bir temsilcinin yer almasının Anayasa aykırılığı iddiasını içeren iptal davasında; *"...(Kurulun) oluşum tarzına...bakıldığında, Kurul'a bir din adamının üye olarak katılmasını öngören hükmün, Anayasa'nın 'Diyanet İşleri Başkanlığı' başlığı altındaki 136. maddesi kuralına aykırı bir yönü olduğundan söz etmeye olanak görülmemektedir (abç). Kurul'un, siyasal iktidarın anlayış ve politikaları doğrultusunda hareket edeceği iddiası, bir varsayımdan öteye geçmemektedir. Kaldı ki, Anayasa'nın 24. maddesi, ilk ve ortaöğretim kurumlarında okuyan öğrencilere din ve ahlak eğitim ve öğretimini zorunlu kılmıştır. Din, ahlak kurallarını içeren sosyal bir olgudur. Kurul'a üye olarak katılan Diyanet İşleri Başkanlığı temsilcisinin, Kurul'un önüne gelen dini ve ahlaki yayınların sağlıklı biçimde incelenip değerlendirilmesinde uzman sıfatıyla önemli rolü ve olumlu katkısı olacaktır (abç)... Kurul'un diğer üyeleri*

⁵⁴⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 16.1.1998 tarih ve Esas 1997/1 Karar 1998/1 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 34, C. 2, s 1027-1029.

gibi, Din İşleri Yüksek Kurulu'ndan seçilen üye de bilirkişi olarak görev yaparken, olaya din kuralları açısından değil, toplumda geçerli olan ve genel nitelik kazanan ortak ahlaki değerler açısından yaklaşmak ve görüşünü buna göre oluşturmak zorundadır. **Yasal düzenlemenin amacı ve biçimi, konulara İslam dini açısından bakmaya olanak tanımamaktadır** (abç)...⁵⁵⁰ diyerek bizim katılamayacağımız bir biçimde toplum için ahlaki açıdan yapılacak değerlendirmelerin bir din adamına yaptırılmasını doğal karşılamış, netice itibarıyla bahse konu kurulda Diyanet İşleri Başkanlığınca Din İşleri Yüksek Kurulu üyeleri arasından seçilecek bir temsilcinin yer almasını Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Bu karar tersinden okunduğunda, Anayasa Mahkemesi'nin rejim yönünden gördüğü tehlikeye göre karar verdiğini, mevcut koşullarda bir rejim tehlikesi görmez ise "...Kurul'un, siyasal iktidarın anlayış ve politikaları doğrultusunda hareket edeceği iddiası, bir varsayımdan öteye geçmemektedir..." şeklinde bir yaklaşımla bir din adamının aldığı eğitim doğrultusunda karar vereceği, en azından böyle olmasının doğal olacağı malum olmasına karşın, yukarıda bahsi geçen kurulda din adamı görevlendirilmesini Anayasa'ya aykırı bulmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin Atatürk ilke ve inkılâplarını ölçü norm olarak kullandığı kararlarında 1961 ve 1982 Anayasası dönemlerinde bir istikrar mevcut olduğunu görmekteyiz. Anayasa Mahkemesi kararlarında, Anayasa'nın temel felsefesinin Atatürk ilke ve inkılâplarına dayandığını vurgulamakta ve bir Anayasa maddesini ele alıp, bu madde yönünden denetime konu normun incelemesini yaparken Anayasa'nın ilgili maddesini Atatürk ilke ve inkılâpları açısından yorumlayarak karar vermektedir.⁵⁵¹ Burada Anayasa maddeleri ile Atatürk ilke ve

⁵⁵⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 11.2.1987 tarih ve Esas 1986/12 Karar 1987/4 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 23, s 80.

⁵⁵¹ GÖZLER, Atatürk ilkelerinden cumhuriyetçilik, laiklik ve milliyetçilik Anayasada ayrıca yer aldığından, bu ilkelerin ölçü norm olarak kullanılabilirdiğinden şüphe olmadığını, ancak Anayasa tarafından ayrıca ve açıkça bir temel ilke olarak kabul edilmeyen devletçilik, halkçılık ve

inkılâpları arasında Anayasa Mahkemesi'nin kabul ettiği Anayasa'da yazılı olmayan bir hiyerarşi vardır denilebilir. Bu hiyerarşinin en fazla ortaya çıktığı ilke ise laiklik ilkesidir. Anayasa Mahkemesi, laiklik ilkesi konusundaki hassasiyetini ise, tarihsel gerekçelere bağlamakta, Batı'daki laiklik anlayışı ile Türkiye'deki laiklik anlayışının kültürel ve dini farklılık nedeniyle benzer olmamasının doğal olduğunu belirtmektedir. Bir Mahkeme Başkanının konuşmasında belirttiği hususları, o mahkemeye atfetmeye imkan bulunmamakla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarını verirken üyelerin güttüğü amacın ayrı bir özetini bu konuşmalarda bulmanın mümkün olduğunu düşünüyoruz. Değişik dönemlerde görev yapan Anayasa Mahkemesi Başkanları da yaptıkları açılış konuşmalarında bu hususa ayrıca vurgu yapmışlardır. Dönemin Anayasa Mahkemesi Başkanı BUMİN; *"...Anayasa Mahkemesi, verdiği kararlarla siyasi yaşamı etkilemesine karşın, kararlarında siyaset etkili olmaz. Mahkeme görevlerini yansız ve bağımsız biçimde yerine getirirken, Atatürk ilke ve devrimleriyle birlikte demokratik toplum düzeni ve hukukun üstünlüğünü de gözetir..."*⁵⁵² diyerek, TUĞCU ise; *"...Türk Anayasa Mahkemesi, kurulduğundan bu yana insan hakları ve özgürlüklerinin koruyucusu, demokratik, laik, sosyal hukuk devletinin ve diğer Anayasal değerlerin savunucusu olmuş, Atatürk İlkeleri ışığında özveri ile görev yapmıştır ve yapmaya devam edecektir..."*⁵⁵³ sözleriyle bu hususu belirtmektedirler.

inkılâpçılık'ın ölçü norm olarak kullanılabileceğini şüpheli görmektedir. Bkz. GÖZLER, 2000, s. 883.

⁵⁵² BUMİN, Mustafa: "Anayasa Mahkemesi Başkanı Mustafa BUMİN'in Töreni Açılış Konuşması", **Anayasa Yargısı**, 18, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 48, Ankara 2001, s. 1. Aynı içerikte konuşması için bkz. BUMİN, Mustafa: "Anayasa Mahkemesi Başkanı Mustafa BUMİN'in Töreni Açılış Konuşması", **Anayasa Yargısı**, 19, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 49, Ankara 2002, s. 13.

⁵⁵³ TUĞCU, Tülay: "Anayasa Mahkemesi Başkanı Tülay Tuğcu'nun Anayasa Mahkemesi'nin 45. Kuruluş Yıldönümü Törenini Açılış Konuşması", http://www.anayasa.gov.tr/images/loaded/pdf_dosyalari/mahkeme/tulay_tugcu_konusma.pdf, 5.12.2008.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

NORM DENETİMİNİN SAFHALARI

I. İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi, kendisine yapılan başvuruları inceleme evrelerini, “Anayasa Mahkemesi, Anayasa’ya uygunluk denetiminde iptal davası veya itiraz yoluyla kendisine intikal ettirilen başvuruları iki safhada incelemek durumundadır. Bunlardan birincisi, başvuru koşullarını araştıran ve bunu bir kararla saptayan ilk inceleme, ikincisi ise ilgili yasa kuralını Anayasa’ya uygunluk denetiminden geçiren esas inceleme evreleridir.”⁵⁵⁴ diyerek belirtmektedir. “Hukuk”un herşeyden önce yöntem demek olduğunu belirten ESEN, yöntem sorunlarının en yoğunlaştığı aşama olan ilk inceleme aşamasının, hem yönetilenlerin hak arama yöntemine uygun davranmalarını sağlaması, hem de Anayasa Mahkemesi’nin iş yükü altında boğulmasını önlemesi açısından önem taşıdığını vurgulamaktadır.⁵⁵⁵

Anayasa Mahkemesi, bazı kararlarında, ilk inceleme evresinde, başvuranın başvuruya yetkili olup olmadığı, davanın süresinde açılıp açılmadığı gibi hususları teyit eden ifadeler kullanırken⁵⁵⁶, bazı kararlarında da, sadece “dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir”⁵⁵⁷ diyerek ayrıntıya girmeksizin esasın incelemesine geçmektedir. Anayasa Mahkemesi’nce ilk

⁵⁵⁴ Anayasa Mahkemesi’nin 26.4.1983 tarih ve Esas 1983/1 Karar 1983/5 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 20, s. 31.

⁵⁵⁵ ESEN, 1996, s. 10.

⁵⁵⁶ Anayasa Mahkemesi’nin 13.6.1985 tarih ve Esas 1984/14 Karar 1985/7 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 21, s. 162.; Anayasa Mahkemesi’nin 18.2.1985 tarih ve Esas 1984/9 Karar 1985/4 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 21, s. 51-52.; Anayasa Mahkemesi’nin 1.3.1985 tarih ve Esas 1984/12 Karar 1985/6 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 21, s. 110.

⁵⁵⁷ Anayasa Mahkemesi’nin 27.9.1985 tarih ve Esas 1985/2 Karar 1985/16 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 21, s. 220.; Anayasa Mahkemesi’nin 28.12.1994 tarih ve Esas 1994/59 Karar 1994/83 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 33, C. 1, s. 13.; Anayasa Mahkemesi’nin 11.6.1996 tarih ve Esas 1996/1 Karar 1996/18 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 33, C. 1, s. 139-140.; Anayasa Mahkemesi’nin 28.12.1999 tarih ve Esas 1999/47 Karar 1999/46 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 36, C. 2, s. 614.; Anayasa Mahkemesi’nin 31.10.2000 tarih ve Esas 2000/62 Karar 2000/35 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 36, C. 2, s. 835-836.

inceleme evresinde eksiklikler görüldüğünde, öncelikle bunların tamamlanması istenmektedir; Anayasa Mahkemesi itiraz yolu ile mahkemelerden gelen dosyalarda konu ile ilgili belgelerin onaylı örneği yerine, dava dosyasının aslının gönderilmesini geri çevirme sebebi saymakta,⁵⁵⁸ iptali istenilen ve davada uygulanacak hüküm veya hükümler ile bunların Anayasa'ya aykırılık gerekçelerinin açıkça belirtilmemesi,⁵⁵⁹ başvuru kararının ekini oluşturan belge fotokopilerinin onaylanmadan gönderilmiş olması,⁵⁶⁰ dilekçenin her sayfası mühürle onaylandığı halde imzalanmaması⁵⁶¹ gibi hususlar ilk inceleme evresinde eksiklik sayılmaktadır. Hatta bazı kararlarda bize göre fazla şekilci bir yaklaşımla, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte biri oranındaki milletvekilleri tarafından yapılan başvuruda, dava dilekçesinin her sayfasının o sayfada ad ve soyadları ile imzaları bulunan milletvekillerinin imzalarının kendilerine ait olduğunun ayrı ayrı Meclis Başkanınca mühür ve imza ile tasdikinin gerektiği, sadece son sayfasının tasdik edilmiş olmasının, 2949 sayılı Kanun'un 27. maddesinin ikinci fıkrasına aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle başvurunun ilk incelemede geri çevrildiği görülmektedir.⁵⁶² Anayasa Mahkemesi'nin ilk inceleme evresinde aşırı titiz davrandığını söylemek mümkündür.

Anayasa Mahkemesi ilk incelemede öncelikle yöntemine uygun biçimde, görevli mahkemede bir davanın açılmış olup olmadığını sorgulamakta ve genellikle devamında itiraz konusu kuralın o davada uygulanacak kural olup olmadığını çok

⁵⁵⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 15.10.1985 tarih ve Esas 1985/26 Karar 1985/17 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 21, s. 234.; Anayasa Mahkemesi'nin 8.12.1983 tarih ve Esas 1981/10 Karar 1983/16 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 20, s. 115.

⁵⁵⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 11.9.1986 tarih ve Esas 1985/33 Karar 1986/22 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 22, s. 192.; Anayasa Mahkemesi'nin 17.4.1986 tarih ve Esas 1986/6 Karar 1986/12 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 22, s. 132.

⁵⁶⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 24.11.1987 tarih ve Esas 1987/24 Karar 1987/32 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 23, s. 422.

⁵⁶¹ Anayasa Mahkemesi'nin 27.3.1986 tarih ve Esas 1985/31 Karar 1986/11 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 22, s. 117-118.

⁵⁶² Anayasa Mahkemesi'nin 1.3.1984 tarih ve Esas 1984/2 Karar 1984/3 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 20, s. 263-264.; Anayasa Mahkemesi'nin 19.3.1987 tarih ve Esas 1986/5 Karar 1987/7 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 23, s. 142-143.

titiz bir şekilde incelemektedir.⁵⁶³ Anayasa Mahkemesi'nin bu husustaki hassasiyeti bazen dava mahkemesinin davada uygulayacağı normu doğrudan Anayasa Mahkemesi'nin tespit ettiği görüntüsünü verebilecek boyuta varabilmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin, bu konudaki hassas yaklaşımının, dava mahkemesinin önündeki davada uygulanması mümkün olmayan bir normun, salt anayasal denetime tabi tutulmasını sağlamaya yönelik olarak Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşınmasını engelleme amacını taşıdığı anlaşılmalı beraber, bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin aşırı müdahaleci davranmasının dava mahkemesinin takdir hakkını gasp sonucunu doğurabileceğini düşünüyoruz. Biz, bu konuda ilgili dava mahkemesinin yargısal denetimini yapan yüksek mahkemelerin içtihatlarının baz alınmasının doğru olacağı kanısındayız. Anayasa Mahkemesi'nin uygulanacak norm konusunu dar olarak değerlendirdiği kararlarının yanında, bu hususta oldukça esnek yaklaştığı kararları da vardır. Bir başvuruda Anayasa Mahkemesi, işin yerel mahkemeye intikali öncesinde mahkemenin dışındaki görevliler tarafından uygulanmış olan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 94. maddesini davada uygulanacak kural niteliğinde görmüştür.⁵⁶⁴ Bu davada karşıoy kullanan üyeler DARICIOĞLU, ÇINARLI ve METİN, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 94. maddesinin davada uygulanacak kural olmadığı yönündeki görüşlerini; *“Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 94. maddesi, işin Mahkemeye intikal etmesinden önce Mahkemenin dışındaki görevliler tarafından uygulanmış bulunduğu, arama işlemi ve arama sırasında elde edilen suç delillerinin delil serbestliği ilkesine uygun*

⁵⁶³ Anayasa Mahkemesi'nin 27.3.1984 tarih ve Esas 1984/3, Karar 1984/4 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 20, s. 277.; Anayasa Mahkemesi'nin 26.11.1997 tarih ve Esas 1997/54, Karar 1997/67 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 36, C. 1, s. 121-122.; Anayasa Mahkemesi'nin 18.1.1996 tarih ve Esas 1995/55, Karar 1996/1 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 32, C. 2, s. 523-526.; Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1990 tarih ve Esas 1990/37, Karar 1990/32 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 26, s. 509-511.; Anayasa Mahkemesi'nin 26.1.1989 tarih ve Esas 1989/3, Karar 1989/5 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 25, s. 38-40.

⁵⁶⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 31.3.1987 tarih ve Esas 1986/24 Karar 1987/8 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 23, s. 180.

olarak değerlendirilmesi gerektiğine göre; itiraz konusu madde davada uygulanacak hüküm niteliğinde değildir” diyerek belirtmişlerdir.⁵⁶⁵

Anayasa Mahkemesi, ilk inceleme evresinde itiraza konu kanunun belirli hükümlerinin davada uygulanacak kural olmadığı yolunda tespit yaptığında, iki değişik şekilde hareket etmektedir. Gerçekten, bazı kararlarında, ilk inceleme evresinde “davada uygulanacak kural niteliğinde olmadığından itirazın başvuran Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddine” şeklinde başvuruyu reddetmekte ve kanunun diğer hükümlerini esastan incelemeyi müteakip, sonuç bölümünde davada uygulanacak kural olmadığından itirazın başvuran Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddine ilişkin olarak tekrar aynı hususta karar almamakta⁵⁶⁶; bazı kararlarında ise, ilk incelemede verdiği bu kararı sonuç bölümünde de tekrar etmektedir.⁵⁶⁷ Kanımızca ilk inceleme evresinde verilen ve esas incelemesine konu teşkil etmeyen bu kararların, esasın incelenmesini müteakip sonuç bölümünde yinelenmesi yersiz bir tekrardır. Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında, başvuru konusu kuralın uygulanacak kural olup olmadığı hususunu esasın incelenmesi evresinde ele almaktadır.⁵⁶⁸ Anayasa Mahkemesi, iptali istenen normun davada uygulanacak kural olduğu kanısına vardıktan sonra sınırlama yapıp yapılmayacağı

⁵⁶⁵ Üyeler Necdet DARICIOĞLU, Mehmet ÇINARLI ve Selahattin METİN'in ortak karşıoy yazıları için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 31.3.1987 tarih ve Esas 1986/24 Karar 1987/8 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 23, s. 180.

⁵⁶⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 4.3.1986 tarih ve Esas 1985/16, Karar 1986/5 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 22, s. 72,76.; Anayasa Mahkemesi'nin 11.3.1986 tarih ve Esas 1985/25, Karar 1986/8 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 22, s. 84,89.

⁵⁶⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 5.5.1992 tarih ve Esas 1992/27, Karar 1992/31 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 28, C. 1, s. 405-411.

⁵⁶⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 8.1.1998 tarih ve Esas 1997/53, Karar 1998/62 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 37, C. 1, s. 173.; Anayasa Mahkemesi'nin 14.5.1997 tarih ve Esas 1996/75, Karar 1997/50 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 36, C. 1, s. 107-108.; Anayasa Mahkemesi'nin 4.2.1997 tarih ve Esas 1996/65, Karar 1997/31 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 33, C. 1, s. 309.; Anayasa Mahkemesi'nin 14.2.1997 tarih ve Esas 1997/20, Karar 1997/32 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 33, C. 1, s. 318.; Anayasa Mahkemesi'nin 17.10.1996 tarih ve Esas 1996/4, Karar 1996/39 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 32, C. 2, s. 831-832.; Anayasa Mahkemesi'nin 18.7.1995 tarih ve Esas 1994/91, Karar 1995/34 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 32, C. 1, s. 291-292.; Anayasa Mahkemesi'nin 18.7.1995 tarih ve Esas 1995/7, Karar 1995/35 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 32, C. 1, s. 321.; Anayasa Mahkemesi'nin 3.3.1992 tarih ve Esas 1991/60, Karar 1992/16 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 28, C. 1, s. 198.; Anayasa Mahkemesi'nin 1.6.1988 tarih ve Esas 1987/32, Karar 1988/14 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 24, s. 216.

hususunu genellikle ilk inceleme evresinde değerlendirmekte ve ilk inceleme aşamasında sınırlandırma kararı verdikten sonra, esas hakkında incelemesini yaparak, sonuç bölümünde bu sınırlamaya ilişkin kararı tekrar etmemektedir.⁵⁶⁹ Bazı kararlarında ise, sınırlama sorununu ilk inceleme evresinde değil de, esasın incelenmesi evresinde ele almaktadır.⁵⁷⁰ Anayasa Mahkemesi'nin, sınırlama sorununu esasın incelenmesi evresinde ele aldığı kararlarında iki değişik yöntem uyguladığını görüyoruz. İlkinde, ilk inceleme evresinde iken sınırlama sorununu esasın incelenmesi evresinde ele alacağını, *"sınırlama sorununun esas inceleme sırasında ele alınarak karara bağlanmasına"*⁵⁷¹ ya da *"sınırlamaya gerek bulunup bulunmadığı ancak, işin esasının incelenmesi sırasında yapılacak değerlendirme sonucunda sağlıklı olarak belirlenebilecektir"*⁵⁷² diyerek belirtmekte ve esasın incelenmesine geçmekte; diğerinde ise, ilk incelemede hiçbir açıklamada bulunmaksızın *"ilk inceleme toplantısında, dosyanın eksikliği bulunmadığından, işin esasının incelenmesine karar verilmiştir"*⁵⁷³ deyip, esasın incelenmesi evresinde sınırlama yapmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, 5747 sayılı Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçerisinde İlçe Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının 11, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25 ve 26. bentlerinin, 2. maddesinin (1), (2), (3) ve (4) numaralı fıkralarının, Geçici 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla iptallerine ve

⁵⁶⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 3.7.1986 tarih ve Esas 1986/3, Karar 1986/15 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 22, s. 172, 177-178.; Anayasa Mahkemesi'nin 11.9.1986 tarih ve Esas 1985/33, Karar 1986/22 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 22, s. 192, 196.

⁵⁷⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 24.11.1987 tarih ve Esas 1987/24 Karar 1987/32 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 23, s. 424-425.; Anayasa Mahkemesi'nin 29.1.1980 tarih ve Esas 1979/23, Karar 1980/9 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 18, s. 80; Anayasa Mahkemesi'nin 31.10.2008 tarih ve Esas 2008/34 Karar 2008/153 sayılı Kararı, 6.12.2008 tarih ve 27076 sayılı **RG**.

⁵⁷¹ Anayasa Mahkemesi'nin 27.3.1984 tarih ve Esas 1983/12, Karar 1984/5 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 20, s. 284.

⁵⁷² Anayasa Mahkemesi'nin 24.11.1987 tarih ve Esas 1987/24, Karar 1987/32 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 23, s. 424.

⁵⁷³ Anayasa Mahkemesi'nin 29.1.1980 tarih ve Esas 1979/23, Karar 1980/9 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 18, s. 80.

yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemiyle açılan davanın ilk inceleme safhasında “...ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine... karar verilmiştir.” dedikten sonra, esasın incelenmesi safhasında, 5747 sayılı Kanun’un Geçici 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki belediyelerin Anayasa’nın 63. maddesinde Devletin, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlayacağı, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alacağı, 2634 sayılı Turizm Teşvik Kanunu’nun 3. maddesinde, Kültür ve Turizm Koruma ve Gelişim Bölgeleri, tarihi ve kültürel değerlerin yoğun olarak yer aldığı ve/veya turizm potansiyelinin yüksek olduğu yöreleri korumak, kullanmak, sektörel kalkınmayı ve planlı gelişimi sağlamak amacıyla değerlendirmek üzere sınırları Bakanlığın önerisi ve Bakanlar Kurulu kararıyla tespit ve ilan edilen bölgeler olduğu, turizm merkezlerinin de, kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri içinde veya dışında, öncelikle geliştirilmesi öngörülen, yeri, mevki ve sınırları Bakanlığın önerisi ve Bakanlar Kurulu kararıyla tespit ve ilan edilen, turizm hareketleri ve faaliyetleri yönünden önem taşıyan yerler veya bölümler olduğunun belirtildiğine dikkat çekerek; *“İptali istenilen kuralla, sınırları itibarıyla anılan bölgelerde bulunan belde belediyelerinden, nüfusunun 2.000’in altına düştüğü belirlenenlerin tüzel kişiliklerinin, anılan hususlar üzerinde durulmaksızın köye dönüştürüldüğü anlaşıldığından, geçici 1. maddenin (1) numaralı fıkrası, Yasa’ya ekli 44 sayılı listede gösterilen belediyelerden, sınırları itibarıyla ‘Kültür ve Turizm Bakanlığı’nın önerisi ve Bakanlar Kurulu kararı ile ilan edilmiş turizm bölge, alan ve merkezleri ve kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri’ kapsamında kalanlar ile ‘Bayındırlık ve İskân Bakanlığı’nca saptanan 2008 yılı turizm öncelikli yöreler’ listesinde yer alanlar yönünden Anayasa’nın 2., 63. ve 127. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.”*⁵⁷⁴ demiş ve 5747 sayılı Kanun’da yazılı olmayan ve öngörülmeyen bir

⁵⁷⁴ Anayasa Mahkemesi’nin 31.10.2008 tarih ve Esas 2008/34 Karar 2008/153 sayılı Kararı, 6.12.2008 tarih ve 27076 sayılı **RG**.

sınırlama yapmak suretiyle karar vermiştir. Bu kararda karşıoy kullanan üyelerden KANTARCIOĞLU, ERTEN, APALAK ve PERKTAŞ ortak karşıoy yazılarında; “...iptal kararında, Yasa'ya ekli (44) sayılı listede yer alan belediyeler için, fıkrada bulunmayan kıstaslar oluşturmak suretiyle ‘iptal davası açanlar’, ‘nüfusu 2000’in üzerine çıkanlar’, ‘kültür ve turizm bölgelerinde yer alanlar’ ayırımı yapılarak sonuca ulaşılması ise, Anayasa'nın 153. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan kanun koyucu gibi hareketle yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edilemeyeceği yolundaki kurala açık bir aykırılık oluşturmakta, bunun da ötesinde Yasa Koyucunun öngörmediği yeni bir kural konulmasına böylece Yasama Organı'na ait olan bir yetkinin kullanılmasına yol açmaktadır. **Anayasa Mahkemesi dava konusu bir kuralı, bu kuralda var olan bir deyim, sözcüğü veya birden çok kişi, durum söz konusu olduğunda da bunların tamamı hakkında ya da bazıları yönünden iptal kararı verebilir** (abç). Bu kapsamda verilmiş pek çok karar bulunmaktadır. Ancak **Fıkra'da olmayan, Yasa'nın gerekçesinde bile yer almayan bazı verilere dayanan, bu yönüyle de yeni bir kural oluşturan** (abç), çoğunluk görüşünü Anayasa ile bağdaştırmak ve katılmak olanaksızdır.”⁵⁷⁵ demişlerdir. Bu kararda Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı sınırlama, Kanun'da yer almayan bir sınırlama olması nedeniyle diğer sınırlama kararlarından farklılık göstermektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bu karardaki uygulamasıyla Kanun Koyucu gibi hareket ettiğini söylemek mümkündür.

ESEN, Anayasa Mahkemesi'nin sınırlama sorununu çok geniş yorumlamasının istemle bağlı kalma kuralını zedeleyici bir durum yaratabileceğini, bunun da yargıçlar yönetiminin yolunu açabileceğini, sınırlamada çok dar yoruma gitmesinin ise, somut norm denetimi yolunu güç işler duruma getirebilme sakıncasını yaratacağını

⁵⁷⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 31.10.2008 tarih ve Esas 2008/34 Karar 2008/153 sayılı Kararı, 6.12.2008 tarih ve 27076 sayılı **RG**.

belirtmektedir.⁵⁷⁶ Sınırlama konusunda değişik uygulamalar olmasının, esasın incelenmesi evresinde başvuru konusu olayın geniş kapsamlı ele alınması ve ancak bu aşamada sınırlama yapılması gerektiğinin anlaşılması sebebine dayandığını düşünüyoruz. Anayasa Mahkemesi, esasın incelenmesi evresinde sınırlama yaptığında genellikle sonuç bölümünde bu sınırlama ile ilgili olarak ayrıca açıklama yapmaktadır⁵⁷⁷, ancak esasın incelenmesi evresinde sınırlama yapıldığı halde sonuç bölümünde hiçbir açıklama yapılmayan kararları da vardır.⁵⁷⁸ Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararın yapılan sınırlandırma çerçevesinde sonuç doğurduğu dikkate alındığında, yapılan sınırlandırmanın sonuç bölümünde mutlak surette belirtilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

II. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA

Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararında idari hukuktaki yürütmenin durdurulmasına ilişkin olarak; *"...Kamu hizmetlerinin ihdası veya yürütülmesi amacıyla idarenin yetkili organlarınca alınan icrai kararlar özel hukuktakinin tersine, bir hakim tarafından teyit edilmesine ihtiyaç olmaksızın yürütülür. Bu kararlardan zarar görenlere kararın kanuna aykırılığı sebebiyle iptalini istemek konusunda tanınmış olan hak arama hürriyeti ve idarenin bütün eylem ve işlemlerinin hiç bir halde yargı denetiminin dışında bırakılamayacağı ilkesi, kendiliğinden yürütmenin yargı mercilerince durdurulması yetkisini de kapsayıcı nitelikte sayılamaz. Bunun aksi düşünüldüğü takdirde idarenin fonksiyonunu yerine getirmesi ve kamu hizmetlerinin düzenli ve aralıksız olarak yürütülmesi mümkün*

⁵⁷⁶ ESEN, 1996, s. 115.

⁵⁷⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 27.3.1984 tarih ve Esas 1983/12, Karar 1984/5 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 20, s. 288.; Anayasa Mahkemesi'nin 24.11.1987 tarih ve Esas 1987/24, Karar 1987/32 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 23, s. 428.; Anayasa Mahkemesi'nin 2.7.1991 tarih ve Esas 1991/16, Karar 1991/19 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 27, C. 1, s. 370.

⁵⁷⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 11.9.1986 tarih ve Esas 1985/33, Karar 1986/22 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 22, s. 196-197.; Anayasa Mahkemesi'nin 29.1.1980 tarih ve Esas 1979/23, Karar 1980/9 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 18, s. 79-83.

olamaz. Bu hal ise idarede anarşi yaratılmasını yol açar. Kanun koyucu lüzumlu görürse yargı organına bu yetkiyi verebileceği gibi kamu hizmetinin niteliği bakımından kullanılmasını sakıncalı gördüğü hallerde bu yetkiyi vermemesi de mümkündür.⁵⁷⁹ diyerek yürütmeyi durdurma yetkisinin mutlak olarak yargı erki içinde yer aldığını söylemenin mümkün olmayacağını belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi tarafından yorum ile yürürlüğü durdurma yetkisi kullanılmaya başlanmadan önce, doktrinde yetkiler arası denge oluşturulması açısından, yürütmeye tanınan kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisine karşılık, kanun hükmünde kararnameler yönünden Anayasa Mahkemesi'ne yürürlüğü durdurma yetkisinin tanınması gerektiği savunulmuştur.⁵⁸⁰ Ancak Anayasa'da ve Kanun'da açıkça yer almayan yürürlüğü durdurma yetkisi, kolayca uygulanmamıştır.

Deniz Gezmiş, Yusuf Aslan ve Hüseyin İnan'ın Ölüm Cezalarının Yerine Getirilmesine Dair 1576 sayılı Kanun'un iptali ve uygulanmasının durdurulması talebini içeren 1972 yılındaki dava Anayasa Mahkemesi'ne açılan ilk yürürlüğün durdurulması istemli davadır. Anayasa Mahkemesi ilk defa karşılaştığı yürürlüğün durdurulması talebi karşısında; ***"Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılan bir kanunun, yürürlüğünün durdurulması gibi ağır sonuçları olabilecek bir yetkinin Anayasa Mahkemesi'ne ancak Anayasa ile verilmesi gerekir. Soruna bir yargılama usulü konusu gibi bakılırsa o zaman da yetkinin Mahkeme'nin kuruluşunu ve yargılama usullerini düzenleyen 44 sayılı Kanun'da yer alması sonucuna varılacaktır (abç). Anayasa Mahkemesi'ne, ne Anayasa ile ne de 44 sayılı Kanun'la böyle bir yetkinin tanınmamış olduğu ortadadır. Üstelik 152. maddenin eski metninde Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal edilen kanun ve Yasama Meclisleri***

⁵⁷⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 13.3.1964 tarih ve Esas 1963/162, Karar 1964/19 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 2, s. 288.

⁵⁸⁰ TEZİÇ, Erdoğan: "Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 5, S. 1, 1972, s.13-14.; SABUNCU, Yavuz: "Alman Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 17, S. 2, 1984, s. 86.

*İçtüzükleri hükümlerinin karar tarihinde yürürlükten kalkması öngörülmüşken 1488 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle yürürlükten kalkmanın ancak gerekçeli kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı günde gerçekleşmesi kuralı getirilmiştir. Anayasa Koyucu'nun iptal edilmiş bir kanunun yürürlükten kalkması konusunda bile gösterdiği titizlik böylece daha belirginleşmiştir. Öte yandan Anayasa'ya uygunluk denetimi için mahkemelerden gelen işlerde Anayasa'nın değişik 151. maddesi mahkemelere, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen kanun hükümleri ilgililerin öznel haklarını etkileyeceği için, Anayasa Mahkemesi kararı gelinceye dek davayı geri bırakma, başka deyimle bir çeşit yürürlüğü durdurma sayılabilecek olan kanunu uygulamama ödevi yüklediği halde iptal davalarında somut ve öznel nitelik taşıyan Yasa'lar bakımından bir ayırım yapılarak böyle bir olanak tanınmamış olması Anayasa Koyucu'nun Anayasa Mahkemesi için bir "dava konusu kanunun yürürlüğünü durdurma" yetkisini öngörmediği, düşünmediğini ortaya koyar. **Anayasa Mahkemesi'nin, uygunluk denetimini yaptığı kanunun nasıl bir özelliği olursa olsun, kendisini yorum ve kıyaslamaya giderek, Yasa'ca verilmemiş böyle bir yetki ile donatmasına olanak yoktur (abç).**⁵⁸¹ diyerek Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurma yetkisinin olmadığını söylemiştir.⁵⁸² Kararda Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğün durdurulması kararı verme yetkisinin olmamasını dayandırdığı temel husus, Anayasa'da ve Kuruluş Kanun'unda bu yönde düzenleme olmamasıdır. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi, yürürlüğü durdurma yetkisi olduğunu söylemenin mümkün olmayacağını kanıtı olarak, itiraz yolu ile norm denetiminde, dava mahkemesinin Anayasa Mahkemesi karar verinceye kadar davayı bekletmesinin bir tür yürürlüğü durdurma olduğu, Anayasa Koyucu'nun yürürlüğü*

⁵⁸¹ Anayasa Mahkemesi'nin 6.4.1972 tarih ve Esas 1972/13 Karar 1972/18 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 10, s. 282.

⁵⁸² Bu davada Anayasa Mahkemesi yürürlüğü durdurma kararı vermemekle beraber, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğündeki süreleri kısaltarak iptal kararını 11 günde vermiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. BİLGİN, Pertev: "Kanunların Uygulanmasının Anayasa Mahkemesi Tarafından Durdurulması", **Anayasa Yargısı**, 12, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 31, Ankara 1995, s. 171.

durdurma yetkisini iptal davalarını da kapsar şekilde Anayasa Mahkemesi'ne vermek istemiş olması halinde, Anayasa'ya bu yönde açık hüküm koyacağını, koymadığına göre Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurma yetkisi olduğunu kabul etmenin mümkün olmadığını belirtmektedir..

Anayasa Mahkemesi, 1977 yılında Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 93. Maddesinin Değiştirilmesine Dair Millet Meclisi'nin 643 sayılı Kararı'nın iptali ve yürütmesinin durdurulması talepli dava nedeniyle verdiği kararında, Anayasa'nın, Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini kanunlara bırakmaksızın doğrudan doğruya kendisinin düzenlediğini belirterek, *"Anayasa'nın 152. maddesinin öngördüğü temel ilke ile; Anayasa Mahkemesi'nce Anayasa'ya aykırılıkları nedeniyle iptal edilen yasa ya da İçtüzük hükümlerinin, gerekçeli kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı günde yürürlükten kalkması ve kimi hallerde Anayasa Mahkemesi'nin iptal hükmünün yürürlüğe gireceği günü ayrıca kararlaştırabilmesi yetkisiyle donatılmış bulunması, iptal hükmüne, etkisi bakımından eşdeğerde sonuç doğuracağı açık olan yürütmenin durdurulması yetkisinin ilke olarak Anayasa Mahkemesi'ne tanınmadığını ortaya koyar.*⁵⁸³ ifadesiyle, yürürlüğü durdurma konusunda kanun ile yetkilendirme olmadığı hususuna hiç değinmeden, Anayasa'da bu yönde yetki verilmediğinden Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurma yetkisinin bulunmadığını söylemiştir.

1982 Anayasası sonrasında ilk yürürlüğün durdurulması istemi, Anayasa Mahkemesi tarafından 3029 sayılı Kanun hakkında verilen iptal kararı⁵⁸⁴ sonrasında, iptal kararı Resmi Gazete'de yayımlanıncaya kadar tedbir niteliğinde olmak üzere yürürlüğün durdurulmasına karar verilmesi talebidir. Anayasa Mahkemesi bu hususta verdiği müteferrik kararında, 1972 tarihli yürürlüğün durdurulmasının

⁵⁸³ Anayasa Mahkemesi'nin 24.5.1977 tarih ve Esas 1977/60 Karar 1977/81 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 15, s. 370.

⁵⁸⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 13.6.1985 tarih ve Esas 1984/14 Karar 1985/7 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 21, s. 153-179.

reddine ilişkin kararında belirttiği hususları tekrarladıktan sonra, Kanun Koyucu'nun Anayasa Mahkemesi'ne, bir kanun hükmünün iptaline ilişkin kararların yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı geçmemek üzere ayrıca kararlaştırabilme yetkisini 153. maddesi ile tanıdığı ve böylece Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen bir kanunu, gerekli gördüğü hallerde belirli bir süre daha yürürlükte tutma hususunda yetki verdiği, ancak Anayasa'ya aykırı bulunan kanunların, iptal kararından önceki evrede, iptal kararından sonraki evrede ve iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihe kadar olan evrede uygulanmasının durdurulması konusunda bir yetki vermediğini, Anayasa hükümlerinin üstünlüğü ve bağlayıcılığı karşısında bir kanunun uygulanmasının durdurulması gibi kişi ve devlet hayatında son derece önemli ve ağır sonuçlar yaratabilecek bir konuda yargı denetimi kavramının içerik ve kapsamından yola çıkarak yorum yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin yetkili sayılmasına olanak bulunmadığını, Anayasa'nın 153. maddesinin birinci fıkrasındaki *“Anayasa Mahkemesinin kararları kesindir, iptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz.”* hükmünün de iptal kararının verildiği tarih ile bu kararın Resmi Gazetede yayımlandığı tarih arasındaki evre için yürürlüğün durdurulması kararı verilmesine engel olduğunu, Anayasa Mahkemesi'nce verilen iptal kararlarının geri yürümezliği ilkesinin de kanunların uygulanmasını durdurma yetkisinin Anayasa Mahkemesi'ne tanınmadığının diğer bir kanıtını oluşturduğunu belirtmektedir. Yine Anayasa'nın 152. maddesinde itiraz yoluna başvuran mahkemenin Anayasa Mahkemesi karar verinceye kadar 5 ay süreyle davayı bekletmesi hususu düzenlenmişken, Anayasa Mahkemesi'ne yürürlüğü durdurma yetkisinin verilmemesinin Anayasa Koyucu'nun bu yetkiyi vermediğinin göstergesi olduğu yolunda açıklamada bulunmaktadır.⁵⁸⁵ Anayasa Mahkemesi bu kararında yürürlüğü durdurma yetkisinin bulunmayışını, Anayasa'nın *“Anayasa Mahkemesinin kararları*

⁵⁸⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 1.8.1985 tarih ve Muhabere 1985/659 Müteferrik Karar 1985/4 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 21, s. 266.

kesindir, iptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz.⁵⁸⁶” hükmüne ve “iptal kararlarının geri yürümezliği ilkesine” dayandırmıştır. Bunların yanında, 1972 yılında verdiği kararında belirttiği, itiraz yoluna başvuran mahkeme için bir tür yürürlüğü durdurma sayılabilecek olan “Anayasa Mahkemesi karar verinceye kadar 5 ay süreyle davayı bekletmesi” hususu Anayasa’da düzenlenmişken, Anayasa Mahkemesi’ne yürürlüğü durdurma yetkisinin verilmemesinin Anayasa Koyucu’nun bu yetkiyi vermediğinin göstergesi olduğu düşüncesini tekrarlamıştır. Bu karardaki diğer önemli bir nokta, 1961 yılındaki kararlarda yürürlüğü durdurma istemi oyçokluğu ile reddedilmişken, bu kararda oybirliği ile reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin yürürlüğü durdurma yetkisinin olmadığı hususundaki bu kararlarına karşın, gerektiğinde yürürlüğü durdurma kararı verilmediğinde TEZİÇ, Anayasa Mahkemesi kararlarının fiilen etkisiz hale getirilebileceğini, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararını açıkladığı tarih ile bu kararın Resmi Gazete’de yayımlandığı tarih arasındaki evre içinde, iptal edilmiş kanun yürürlükte sayılacağı için, bu kanunun sağladığı imkanlardan yararlanmak isteyenlerin işlemlerini yoğunlaştırabileceği, bu durumda Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararının pek bir anlamının kalmayacağını belirterek, ortaya çıkacak sakıncayı vurgulamıştır.⁵⁸⁷

Anayasa Mahkemesi yürürlüğün durdurulması istemini reddettiği yukarıda belirtilen kararlarında, yürürlüğün durdurulması ve yürütmenin durdurulması tabirlerinin her ikisini de karışık olarak kullanmıştır. Dava açanlar da her iki tabiri karışık olarak kullanmışlardır. Doktrinde de her iki tabiri kullanan yazarlar vardır.⁵⁸⁸

⁵⁸⁶ 1961 Anayasası’nda “iptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz” şeklinde bir hüküm bulunmuyordu.

⁵⁸⁷ TEZİÇ, 2006, s. 216.

⁵⁸⁸ Yürürlüğün durdurulması tabirini kullanan yazarlar için bkz. ODYAKMAZ, Zehra: “Yürürlüğü Durdurma”, **Anayasa Yargısı**, 12, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 31, Ankara 1995, s.143-170.; ALİFENDİOĞLU, Yılmaz: “Türk Anayasal Yargısında Yürürlüğün Durdurulması”, **Danıştay Dergisi**, Yıl 25, S. 89, 1995, s. 28. Yürütmenin durdurulması tabirini kullanan yazarlar için bkz. GÜRAN, Sait: “Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması”, **Anayasa Yargısı**, 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 5, Ankara 1986, s.143-159.; TUNÇ, Hasan: “Türk Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 1, 1990, s. 51-65.; CANSEL, Erol: “Anayasa Mahkemesi’nin Verdiği İptal Kararlarından Doğan Kimi Sorunlar”,

BİLGEN ise yürütmenin durdurulması ve yürürlüğün durdurulması tabirlerinden ziyade doğru kullanımın, “kanunların uygulanmasının durdurulması veya ertelenmesi” olması gerektiğini belirtmektedir.⁵⁸⁹ Kanımızca, anlatılan husus “normun yürürlük kazanmaması” olduktan sonra kavram önemli değildir, ancak günümüzde yerleşen tabir “yürürlüğün durdurulması” olmuştur.

Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin iptali istemiyle açılan davada “*dava sonuçlanıncaya kadar, telafisi mümkün olmayan durumları önleme amacıyla yürütmeyi durdurma kararı verilmelidir*” gerekçesine dayanarak yürürlüğün durdurulması talebinde bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi bu istemi değerlendirdiği kararında, özel bir irdeleme yapılmaksızın doğrudan sonuç bölümünde; “*20.8.1993 tarihli ve 509 sayılı Türk Telekomünikasyon Anonim Şirketi Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin iptaline yönelik istem karara bağlanıp karar yürürlüğe girinceye kadar uygulamadan doğacak giderilmesi güç ve olanaksız durumları önlemek için Kanun Hükmündeki Kararname'nin yürürlüğünün durdurulmasına*” şeklinde karar vermiştir.⁵⁹⁰ Oyçokluğu ile verilen bu kararda üç üye “*Anayasa Mahkemesi yasa ve kanun hükümlerinde kararnamelerin yürürlüğünü durdurmaya yetkili olmadığından ve ayrıca bu işte koşullar oluşmadığından istemin reddi gerektiği*”; Başkan ve bir üye ise, “*isteme ve davanın bugün karara bağlanması durumuna göre bu işte yürürlüğün durdurulması kararı verilmesine gerek bulunmadığı*” gerekçeleriyle karşıoy kullanmışlardır. Anayasa Mahkemesi aynı gün yürürlüğün durdurulması ile ilgili olarak verdiği kararı takiben, iptal istemini incelediği kararının gerekçesinde; yürürlüğü durdurma konusunu ayrıntılı şekilde ele alarak; yürürlüğü durdurma

Anayasa Yargısı, 9, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 27, Ankara 1993, s. 102-104.; ÖZAY, İl Han: **Gümüşünde Yönetim**, İstanbul 1996, s. 313-316.; SOYSAL, Mümtaz: **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, 6. Bası, İstanbul 1986, s.379-380 (1986 b).

⁵⁸⁹ BİLGEN, 1995, s. 171.

⁵⁹⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 21.10.1993 tarih ve Esas 1993/33 Karar 1993/40-1 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 29, C. 1, s. 562-563.

yetkisinin, davayı görüp karara bağlama ödevi ve yetkisi içinde bir aşama olduğunu, bir kanunun Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal edilmesi gibi çok geniş bir yetkiyi Anayasa Mahkemesi'ne tanıyan Anayasa ve Kanun Koyucu'nun, daha hafif sonuçlar doğuracak olan yürürlüğü durdurma yetkisini öncelikle tanımış olduğunun kabulünün gerektiğini, çoğun içinde tersine bir hüküm ve neden olmadıkça, azın her zaman olduğunu, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasal denge aracı olarak, işlevinin etkin biçimde yerine getirilmesinin, yargılama kapsamı içinde gerekli önlemleri alma yetkisinin kullanılmasına bağlı olduğunu, 1961 ve 1982 Anayasaları ile getirilen sistemin, yürürlüğün durdurulması aracının uygulanmasını duraksama ile karşılayan ya da reddeden değil, tersine olumlu bakan, benimseyen bir anlayışa sahip olduğunu, Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurma yetkisi konusunda Anayasa ve kanunlarda boşluk olduğunu, ancak Anayasa'nın 138 ve Medeni Kanununun 1. maddesi uyarınca yargıcın, yalnız, Anayasa ve kanunlara göre değil, "hukuka" da uygun olarak vicdani kanısına göre hüküm vereceğini, buradaki "hukuk"un, yargıcın genel ilkeler çerçevesinde yasal boşluğu doldurmak üzere oluşturacağı hükmü de içerdiğini, mahkemelerin davaları çözümlerken durumuna göre zorunlu gördükleri önlemleri alabilmelerinin, 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 sonucu olduğunu, bu olguların Anayasa'nın ilgili maddeleriyle kurumlaştırılan hukuksal yöntemlerde dayanağını bulduğunu, Anayasa'nın özüne ve amacına uygun olarak, hukukun üstünlüğünü, kararlarının etkinliğini korumak zorunda olan Anayasa Mahkemesi'nin, bir kanun, kanun hükmünde kararname ya da Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün yürürlüğünü durdurma kararı verebileceğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu kararındaki gerekçesinde özellikle o güne kadar aksi yönde verdiği kararlarda öne sürülen gerekçeleri karşılama amacıyla, Anayasa'nın 153. maddesindeki "iptal kararları

geriye yürümez”⁵⁹¹, “iptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz” ve “iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarih ayrıca kararlaştırılabilir” biçimindeki kuralların, Anayasa Mahkemesi’nin yürürlüğü durdurma kararı almasına engel olmadığını belirtmiş ve bunların her birini ayrı ayrı açıklamıştır; İptal kararlarının geriye yürümemesi kuralının kazanılmış hakların korunması amacıyla getirildiğini, Anayasa Mahkemesi’nin vereceği yürürlüğü durdurma kararının, karar tarihinden önceki işlemleri etkilemeyeceğini, bu durumda kazanılmış hakların çiğnenmesinin söz konusu olmayacağını, iptal kararı kazanılmış hakları ne kadar etkiliyorsa, yürürlüğü durdurma kararının da o kadar etkileyeceğini, İptal kararlarının gerekçesi yazılmadan açıklanamayacağı kuralının da yürürlüğün durdurulmasına engel oluşturmadığını, yürürlüğün durdurulması kararı verildiğinde ortada henüz iptal kararı olmadığından açıklanmasının konu edilemeyeceğini, iptal hükmünün yürürlüğe gireceği günün ayrıca belirlenmesi kuralının da yürürlüğün durdurulması gibi gerekli ve zorunlu durumlarda başvurulacak yetkilerden olduğunu, iptal kararının yürürlüğe gireceği günün ayrıca kararlaştırılabilmesinin amacının, iptal kararının ortaya çıkardığı hukuksal boşluğun kamu düzenini tehdit etmesine ya da kamu yararını bozmasına izin verilmemesi olduğunu, yürürlüğü durdurma kararı verilirken bu koşulların gözetileceğine şüphe bulunmadığını belirtmiştir.⁵⁹² Anayasa Mahkemesi 1985 yılında red için gerekçe olarak kullandığı başvuran mahkemenin davayı Anayasa Mahkemesi’nin kararına kadar geri bırakması ile ilgili düzenlemeyi⁵⁹³, bu sefer aksi yönde gerekçe için kullanmış, Anayasa’nın 152. maddesine göre itiraz yoluna başvuran mahkemenin, davayı Anayasa Mahkemesi

⁵⁹¹ “İptal kararları geriye yürümez” hükmünün yürürlüğü durdurmayı engelleyen değil, aksine gerekliliğini dile getiren bir düzenleme olduğu görüşü için bkz. TUNÇ, 1990, s. 60-61.

⁵⁹² Anayasa Mahkemesi’nin 21.10.1993 tarih ve Esas 1993/33 Karar 1993/40-2 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 29, C. 1, s. 574-582.

⁵⁹³ Anayasa Mahkemesinin 3029 sayılı Kanun’un iptali için açılan davada verdiği iptal kararı sonrasında, yürürlüğün durdurulmasına karar verilmesi yönünde yapılan talebi reddettiği karar için bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 18.2.1985 tarih ve Esas 1984/9 Karar 1985/4 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 21, s. 62-63.

kararına kadar geri bırakmasının, bir tür yürürlüğün durdurulması olduğunu, görülmekte olan dava öznel bir hak ile sınırlı olsa da, ilk derece mahkemelerinin tek yargıcına tanınan bir yetkinin Anayasa Mahkemesi'ne tanınmamasının düşünülemeyeceğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımı, bir görevin yerine getirilmesi için kullanılan yetkinin belirlenmesinde, yalnız o görevin esas alınması gerektiği, görevi yerine getirmekle yükümlü olanların önemi bulunmadığı⁵⁹⁴, ayrıca hiyerarşinin hiç söz konusu olamayacağı bir düzen varsa onun da yargı olduğu belirtilerek eleştirilmiştir.⁵⁹⁵

Anayasa Mahkemesi verdiği ilk yürürlüğün durdurulması kararı sonrasında, yürürlüğü durdurma yetkisinin önemini; *“Yasama Organı”nın, Anayasa Mahkemesi kararlarına karşın, aynı konuyu, benzer içerikte yeniden yasalastırması sıklıkla rastlanılan bir olgudur. Yabancıya taşınmaz mal satışı⁵⁹⁶, imar affı⁵⁹⁷, milletvekillerinin emekli aylığı⁵⁹⁸ ve kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinde durum böyle olmuştur. Bütün bunlar, uygulamayı durdurma önleminin önemini göstermektedir”*⁵⁹⁹ diyerek iptal kararları sonrasında, gerekçeli karar Resmi Gazete'de yayımlanıncaya kadar doğan boşlukta Anayasa Mahkemesi kararlarını etkisiz kılmaya yönelik uygulamalara gönderme yaparak belirtmiştir. Anayasa'ya uygunluk denetimine tabi tutulan normlar kanun, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İktüzüğü, yasama dokunulmazlığının kaldırılması ile

⁵⁹⁴ ALTAY, Evren: “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yürürlüğün Durdurulması”, **Anayasa Yargısı İncelemeleri 1**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2006, s.375-376.

⁵⁹⁵ ÖZAY, 1996, s. 314.

⁵⁹⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 13.6.1995 tarih ve Esas 1984/14 Karar 1985/7 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 10, s. 273-293.; Anayasa Mahkemesi'nin 9.10.1986 tarih ve Esas 1986/118 Karar 1986/24 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 22, s. 265-266.

⁵⁹⁷ Anayasa Mahkemesinin bu hususta verdiği kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 28.6.1989 tarih ve Esas 1988/61 Karar 1989/28 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 25, s. 322-333.

⁵⁹⁸ Anayasa Mahkemesinin bu hususta verdiği kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 tarih ve Esas 1985/11 Karar 1986/29 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 22, s. 433-475.; Anayasa Mahkemesi'nin 24.5.1988 tarih ve Esas 1988/11 Karar 1988/11 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 24, s. 138-161.; Anayasa Mahkemesi'nin 2.2.1993 tarih ve Esas 1992/38 Karar 1993/5 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 29, C. 1, s. 234-253.

⁵⁹⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 21.10.1993 tarih ve Esas 1993/33 Karar 1993/40-2 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 29, C. 1, s. 574-581.

milletvekilliğinin düşmesine ilişkin meclis kararları olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğün durdurulması yetkisinin olduğunu belirttiği kararlarında, yasama dokunulmazlığının kaldırılması ve milletvekilliğinin düşmesine ilişkin meclis kararları hakkında yürürlüğün durdurulması kararı verebileceğine ilişkin bir ibare geçmemektedir. Anayasa'nın 85. maddesinde yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya milletvekilliğinin düşmesi kararlarına karşı açılan iptal davalarında Anayasa Mahkemesi'nin iptal istemini onbeş gün içerisinde kesin karara bağlayacağına belirtilmesi, yürürlüğün durdurulması yoluna bu başvurularda gidilmesine gerek duyulmayacak niteliktedir.⁶⁰⁰ Anayasa Mahkemesi, yürürlüğün durdurulması isteminde bulunabileceklerin, iptal davası açmaya veya itiraz yoluyla başvuruda bulunmaya yetkili olanlar ile sınırlı olduğunu, iptal davası açmaya veya itiraz başvurusunda bulunmaya yetkili olmayanların, bir kuralın yürürlüğünün durdurulması isteminde bulunamayacaklarını belirtmiştir.⁶⁰¹

Anayasa Mahkemesi, gerek 1993 yılı öncesinde verdiği yürürlüğün durdurulması isteminin yetkisizlik nedeniyle reddine ilişkin kararlarında, gerekse yürürlüğün durdurulması yetkisini kendinde gördüğü kararlarında, yürürlüğün durdurulması yetkisini bir usul sorunu olmaktan ziyade, anayasal denetim yetkisinin bir parçası olarak görmektedir. Bazı yazarlar, yürürlüğün durdurulmasına karar verme yetkisinin bir usul sorunu olmaması nedeniyle, Anayasa'nın düzenlenmesini kanuna bıraktığı bir konu sayılmayacağını, yetkilendirmenin Anayasa'yla, usulü düzenlemenin ise kuruluş yasasıyla yapılması gerektiğini belirtmektedirler⁶⁰². TUNÇ'a göre, Anayasa Mahkemesi'nin 1980 yılından önce verdiği yürürlüğün durdurulması isteminin reddine ilişkin kararlara vakıf olan Anayasa Koyucu'nun bu yetkiyi Anayasa Mahkemesi'ne vermek istese, Anayasa'da bu yönde düzenleme

⁶⁰⁰ ALTAY, 2006, s.360.

⁶⁰¹ Anayasa Mahkemesi'nin 14.07.1998 tarih ve Esas 1998/34 Karar 1998/46 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 34, C. 1, s. 353.

⁶⁰² ALİEFENDİOĞLU, 1996, s. 368.; CANSEL, 1993, s. 103.; TUNÇ, 1990, s. 54.

yapabilecek durumda iken, böyle bir düzenleme yapmaması, Anayasa Mahkemesi'ne yürürlüğü durdurma yetkisi verme yönünde bir iradesi bulunmadığını göstermektedir.⁶⁰³ GÜRAN, Anayasa Mahkemesi'nin görev ve sorumluluklarının ağırlığı dikkate alındığında yürürlüğün durdurulması yetkisinin bulunmamasını açıklamanın mümkün olmadığını söylemekle birlikte, *“Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini kazuistik denilebilecek biçimde belirleyen Anayasa'da yürütmenin durdurulması olanağı bulunduğunu, yargı denetimi kavramının içeriğinden ve kapsamından yola çıkarak savunmak, bulunmadığını savunmaya oranla çok daha zordur”* diyerek yürürlüğün durdurulması yetkisinin Anayasa ile tanınması gerektiğini belirtmektedir.⁶⁰⁴ ALİEFENDİOĞLU, yasaklayıcı ya da sınırlayıcı bir kuralın yokluğunda mahkemenin kendisini yetkili görebileceğine ilişkin görüşün, Anayasa'nın, hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz yönündeki kuralıyla bağdaşmadığını belirtmektedir.⁶⁰⁵ DOĞAN, yürürlüğü durdurma kurumunun Anayasa yargısında istikrarlı bir uygulama alanı bulması karşısında, yürürlüğü durdurma yetkisinin, Kuruluş Kanununa yapılacak ek bir maddeyle mümkün olduğunu belirtmektedir.⁶⁰⁶ ÖZBUDUN, ölüm cezasına ilişkin konularda olduğu gibi, kanunun uygulanması telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğuruyor ve Anayasa'ya uygunluk denetiminin anlamını tamamen ortadan kaldırıyorsa, Anayasa Mahkemesi'nin bu istisnai durumlarda, yargı denetimi kavramının içerik ve kapsamının yorumu yoluyla yürürlüğün durdurulması kararı verebileceğini, bu istisnai haller dışında Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurma yetkisinin olduğu şeklindeki yorumun bu tür kanunları pratikte Anayasa'ya uygunluk denetiminin kapsamı dışına çıkarmak

⁶⁰³ TUNÇ, 1990, s. 63.

⁶⁰⁴ GÜRAN, 1986, s.158-159.

⁶⁰⁵ ALİEFENDİOĞLU, 1996, s. 351.

⁶⁰⁶ DOĞAN, İlyas: “Anayasa Mahkemesinin Yargılama Usulü ve Anayasanın 149. Maddesinde Gerçekleştirilen Değişiklikler; 2002 Anayasa Değişikliği Işığında Anayasanın Geçici 15. Maddesi”, **Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Hukuku 1. Uluslararası Sempozyumu**, TBMM Yayınları No. 1, Ankara 2003, s. 247.

anlamına geldiğini belirtmektedir.⁶⁰⁷ BAŞLAR, Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğün durdurulması yetkisinin, Anayasa Mahkemesi'nin bir mahkeme olarak sahip olduğu en doğal yetkilerden olduğunu savunmakta ve bunun için anayasal bir dayanak aramaya gerek olmadığını vurgulamaktadır.⁶⁰⁸ YILDIZ da, son kararı vermeye yetkili olan bir kurumun, davanın gelişmesi sürecinde daha önce bir ön karar verememesinin, yargı yetkisinin işlevine uygun olarak eksiksiz kullanılması gereği ile bağdaşmayacağı düşüncesindedir.⁶⁰⁹ GÖZLER ise, Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurma yetkisinin olmadığını; *"bu konuda tartışılacak bir şey yoktur. Anayasa Mahkemesi kanunların yürütülmesinin durdurulmasına karar veremez. Çünkü, Anayasa Mahkemesi'ne Anayasamızın hiçbir yerinde böyle bir yetki verilmemiştir. Anayasa Mahkemesi, tüm kamu hukuku organları gibi, kural olarak yetkisiz bir organdır. Kendisinin sahip olduğu yetkiler, kendisine 'verilmiş' olan yetkililerdir. Anayasa Mahkemesi tüm diğer kamu hukuku organları gibi kendisine ayrıca ve açıkça yetki verilmemişse, o konuda yetkisizdir hiçbir karar alamaz."* şeklinde açıklamaktadır.⁶¹⁰

İdari yargıda verilebilecek yürütmeyi durdurma kararı ile ilgili yetkilendirmenin Anayasa'nın 125. maddesinin 6. fıkrasında *"İdari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir"* şeklinde düzenlendiği dikkate alındığında, Biz de,

⁶⁰⁷ ÖZBUDUN, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 422. ÖZBUDUN, daha sonra, 2008 yılında bu istisnai hallere değinmeksizin *"Anayasa koyucu Mahkemeye böyle bir yetki tanımak istiyorsa, bunu açık bir anayasa hükmü şeklinde, tabi olacağı şartlar ve sınırlamalar ile birlikte düzenlemelidir"* demektedir. Bkz. ÖZBUDUN, 2008 a, s. 443.

⁶⁰⁸ BAŞLAR, 2006, s.241.; KORKUT, Levent, "Anayasa Mahkemesinin Verdiği Yürürlüğün Durdurulması Kararları Üzerine Bir Değerlendirme", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 27, S. 3, Eylül 1994, s. 147.

⁶⁰⁹ YILDIZ, Mustafa: **Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı**, 1. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 1998, s. 156.

⁶¹⁰ <http://www.anayasa.gen.tr/anayasa-yargisi.htm>, 27.06.2007. Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurma kararı veremeyeceğini düşüncesinde olanlar için bkz. ODYAKMAZ, 1995, s.152.; KUZU, Burhan: **1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990, s. 208-210.

Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğün durdurulması hususunda yetkilendirilmesinin Anayasa ile yapılması gerektiğini, dolayısıyla bu yönde Anayasa değişikliği yapılmasının yerinde olacağını düşünmekteyiz. Ancak, ÖZAY'ın belirttiği gibi, *“Yasama, (Anayasa Mahkemesi'ne) gereksinim duyduğu ve çok gerekli böyle bir yetkiyi vermediğine ve vermek için de herhangi bir istek duymadığına göre, Yüksek Mahkemenin, denetimini etkili ve anlamlı kılabilmek için bu yolu tutmasını haklı bir tepki ve zorunlu bir davranış biçimi olarak nitelemekten başka çare yoktur.”*⁶¹¹

Anayasa'nın 125. maddesinin 6. fıkrasındaki düzenleme uyarınca idari yargıda yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin iki şarta bağlandığı görülmektedir. Bunlardan “açıkça hukuka aykırılık” şartı anayasal yargıda aranmamaktadır. ALİEFENDİOĞLU anayasal yargıda da “hukuka açık aykırılığın” bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğini, aksi durumun Anayasa Mahkeme'sini yerindelik denetimine götürebileceğini ya da bu tür eleştirilerle karşılaşmasına sebep olabileceğini belirtiyor.⁶¹² Anayasa Mahkemesi genellikle yürürlüğün durdurulması kararı verirken, *“doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi/iptal kararının sonuçsuz kalmaması”*⁶¹³ gerekçelerine dayanmaktadır. Ancak, *“Anayasa'ya aykırılıkları konusundaki güçlü belirtiler ile uygulanmalarından doğacak ve sonradan giderilmesi olanaksız durumlar gözetilerek Yürürlüklerinin Durdurulmasına”*⁶¹⁴ şeklinde verdiği yürürlüğü durdurma

⁶¹¹ ÖZAY, 1996, s. 316.

⁶¹² ALİEFENDİOĞLU, 1996, s. 358.

⁶¹³ Anayasa Mahkemesi'nin 30.9.2005 tarih ve Esas 2005/78 Karar 2005/15 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 41, s. 463-464.; Anayasa Mahkemesi'nin 22.9.2005 tarih ve Esas 2005/95 Karar 2005/14 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 41, s. 459-462.; Anayasa Mahkemesi'nin 28.7.2005 tarih ve Esas 2005/81 Karar 2005/12 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 41, s. 401-403.

⁶¹⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 19.11.1996 tarih ve Esas 1996/58 Karar 1996/7 sayılı Yürürlüğü Durdurma Kararı, **AYMKD**, S. 32 , C. 2, s. 588.; Anayasa Mahkemesi'nin 15.3.2001 tarih ve Esas 2001/144 Karar 2001/2 sayılı Yürürlüğü Durdurma Kararı, **AYMKD**, S. 37, C. 1, s. 321.; Anayasa Mahkemesi'nin 19.6.2001 tarih ve Esas 2001/346 Karar 2001/6-1 sayılı Yürürlüğü Durdurma Kararı, **AYMKD**, S. 37, C. 1, s. 326.; Anayasa Mahkemesi'nin 27.6.2001 tarih ve Esas 2001/293 Karar 2001/7 sayılı Yürürlüğü Durdurma Kararı, **AYMKD**, S. 37, C. 1, s. 329.; Anayasa Mahkemesi'nin 14.9.2001 tarih ve Esas 2001/382 Karar 2001/8 sayılı Yürürlüğü Durdurma Kararı, **AYMKD**, S. 37, C. 1, s. 331.; Anayasa Mahkemesi'nin 25.10.2001 tarih ve Esas 2001/389 Karar 2001/9 sayılı Yürürlüğü Durdurma Kararı, **AYMKD**, S. 37, C. 1, s. 333.; Anayasa Mahkemesi'nin 17.7.2003 tarih

kararları ve “Kanun”un Anayasa’ya aykırılık olasılığı konusunda güçlü belirtiler saptanamadığından yürürlüğünün durdurulması isteminin reddine⁶¹⁵ şeklinde verdiği yürürlüğün durdurulması isteminin reddi kararları da vardır. Bu kararlar Anayasa Mahkemesi’nin yürürlüğü durdurma kararlarının tümünde belirtmemiş olsa da, yürürlüğü durdurma kararı verirken, aslında normun Anayasa’ya aykırılığı olasılığı konusunda güçlü belirtilerin varlığı tespitini yaptığını göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi, 4331 sayılı "Tabii Afetlerden Zarar Gören Vakıf Taşınmazların Afet Öncesi Kiracılarına Kiracılık Hakkı Tanınması ve Devam Etmekte Olan Kira Sözleşmelerinin Sona Erdirilmesi ile İlgili Olarak 6570 Sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanuna Bir Ek ve Bir Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun"un 2. maddesiyle 6570 sayılı Kanun’a eklenen Geçici 6. maddenin yürürlüğünün durdurulması istemini reddettiği kararı⁶¹⁶ sonrasında, talep doğrultusunda iptal kararı vermiş⁶¹⁷ ve bu iptal kararını takiben, yeni bir yürürlüğün durdurulması talebi olmadığı halde, aynı talebi tekrar değerlendirmeye alarak; “uygulanmasından doğacak ve sonradan giderilmesi olanaksız durumların ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için iptal kararının Resmi Gazete’de yayımlanacağı güne kadar maddenin yürürlüğünün durdurulmasına” karar vermiştir.⁶¹⁸ Kanımızca Anayasa Mahkemesi’nin bu yürürlüğü durdurma kararı, başvuruçuların “yürürlüğün durdurulması” istemi ile ilgili red kararı verilmiş olsa dahi, verilen bir iptal kararı sonrasında, başvuruçuların tekrar yürürlüğün durdurulması isteminde bulunulabileceklerini göstermektedir. Anayasa

ve Esas 2003/41 Karar 2003/8 sayılı Yürürlüğü Durdurma Kararı, **AYMKD**, S. 37, C. 1, s. 432.; Anayasa Mahkemesi’nin 22.9.2005 tarih ve Esas 2005/95 Karar 2005/14 sayılı Kararı, 29.9.2005 tarih ve 25951 sayılı **RG**.

⁶¹⁵ Anayasa Mahkemesi’nin 26.2.1997 tarih ve Esas 1996/55 Karar 1997/2 sayılı Kararı, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/KARARLAR/IPTALITIRAZ/YD/YDK9702.htm>, 1.11.2008.

⁶¹⁶ Anayasa Mahkemesi’nin 16.04.1998 tarih ve Esas 1998/10 Karar 1998/3 sayılı Kararı, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisine/KARARLAR/IPTALITIRAZ/YD/YDK98-03.HTM>, 15.06.2007.

⁶¹⁷ Anayasa Mahkemesi’nin 20.05.1998 tarih ve Esas 1998/10 Karar 1998/18 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 34, C. 1, s. 321-337.

⁶¹⁸ Anayasa Mahkemesi’nin 20.05.1998 tarih ve Esas 1998/10 Karar 1998/3-2 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 34, C. 1, s. 263-264.

Mahkemesi'nin res'en yürürlüğün durdurulması kararı verebileceğini düşünen yazarlar vardır,⁶¹⁹ ancak, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonrasında verdiği yukarıda belirtilen yürürlüğün durdurulması kararında, *“Yürürlüğün Durdurulması İsteminde Bulunan: İsmail YILMAZ ve 117 Milletvekili.”* ibaresini kullanması, res'en yürürlüğün durdurulması kararı verme düşüncesiyle hareket etmediğini göstermektedir.

Anayasa Mahkemesi 4109 sayılı İl ve İlçe Kurulmasına Dair Yetki Kanunu'nun yürürlüğünün durdurulması talebi ile ilgili olarak verdiği kararında; *“uygulanmasından doğacak ve sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmi Gazete'de yayımlanacağı güne kadar yürürlüğünün durdurulmasına”* diyerek yürürlüğü durdurma kararı vermiştir.⁶²⁰ Açılan iptal davasında, Kanun Hükmünde Kararnamelerin Bakanlar Kurulunca çıkarılması için yetki veren yetki kanunlarının yürürlüklerinin durdurulmasının gereksiz olduğunu düşünen Anayasa Mahkemesi üyeleri ALİEFENDİOĞLU ve TUNCEL karşıoy yazılarında, iptal davasının incelemesi sürerken yetki kanununun yürürlükte kalmasının sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararlara neden olmayacağı, çünkü bu kanunların icrai nitelikleri olmadığı, sadece Bakanlar Kurulu'nu bir düzenleme ile ilgili yetkilendirdiği gerekçesine dayanmaktadırlar.⁶²¹ Anayasa Mahkemesi, bahse konu Yetki Kanunu'nun iptali istemini incelerken; *“...Kanun hükmünde kararnameler, ancak ivedilik gerektiren belli konularda, kısa süreli yetki yasaları temel alınarak etkin önlemler ve zorunlu düzenlemeler için yürürlüğe konulur. Nitekim, maddenin*

⁶¹⁹ SERİM, Bülent: “Anayasa Yargısında Yürürlüğü Durdurma Yetkisi”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 29, S. 1, 1996, s. 24.; ALİEFENDİOĞLU, 1996, s. 366-367.; ALTAY, 2006, s.386.

⁶²⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 4.7.1995 tarih ve Esas 1995/35 Karar 1995/2 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 31, C. 1, s. 503. Anayasa Mahkemesinin Yetki Kanunu iptali konusundaki bir diğer kararı için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 10.6.1994 tarih ve Esas 1994/50 Karar 1994/44-1 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 30, C. 1, s. 211-214.

⁶²¹ Üyeler Yılmaz ALİEFENDİOĞLU ve Lütfi F. TUNCEL'in Karşıoy Yazıları için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 4.7.1995 tarih ve Esas 1995/35 Karar 1995/2 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 31, C. 1, s. 504.

Danışma Meclisi'nde görüşülmesi sırasında kanun hükmünde kararname çıkarabilmesi için hükümete yetki verilmesinin nedeni, Anayasa Komisyonu sözcüsü tarafından, '...çok acele hallerde hükümetin elinde uygulanacak seri bir kural olmadığı için, acele olarak çıkarılıp ve hemen olayın üstüne gidilmesi gereken hallerde çıkarılması için bu düzenleme getirilmiştir...' biçiminde açıklanmış; Anayasa Komisyonu Başkanı da, '...Kanun kuvvetinde kararname... yasama meclisinin acil bir durumda kanun yapmak için geçecek sürede çıkartacağı, kanunun ihtiyacı, halledilmesi gereken meseleyi çözemeyeceği; o zaman çok geç kalınacağı endişesinden kaynaklanan bir müessesedir ve bu müessese bunun için konmuştur.' diyerek aynı doğrultuda görüş bildirmiştir... Anayasa'nın 87. maddesinde, Bakanlar Kuruluna belli konularda Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisi vermek, Türkiye Büyük Millet Meclisinin görevleri arasında sayılmış 91. maddesinde de yetki kanununda, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin, amacının, kapsamının, ilkelerinin, kullanma süresinin ve süresi içinde birden fazla kararname çıkarılıp çıkarılmayacağıının gösterileceği hükme bağlanmıştır. Bu maddelerin incelenmesinden de anlaşılacağı gibi, yasama yetkisinin devredilmezliği ile Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmesi arasında çok duyarlı bir dengenin bulunduğu görülmektedir. Bu dengenin korunması için Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce Bakanlar Kurulu'na belli konularda verilen kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin, Yasama Yetkisinin devri niteliğine dönüştürülmemesi; Anayasa'nın öngördüğü ilke ve kurallara özenle uyulması gerekir...⁶²² açıklamalarıyla yetki kanunu ile Anayasa'nın öngörmediği şekilde yetki devri yapılmaması gerektiğini belirtmektedir. Yetki kanununa dayanılarak çıkarılacak kanun hükmünde kararname Anayasa Mahkemesi'nce denetlenebilecek ise de, yetki devri yapılmaması gerektiği düşünülen bir alanda çıkarılan yetki kanunu

⁶²² Anayasa Mahkemesi'nin 4.7.1995 tarih ve Esas 1995/35 Karar 1995/26 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 31, C. 2, s. 595-597.

hakkında, “yetki kanunu icrai niteliği olan bir kanun değildir, bu nedenle yetki kanununun yürürlükte kalması sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararlara neden olmaz” demenin mümkün olmadığını düşünüyoruz.⁶²³ Bizce yetki kanununun da, kanun hükmünde kararnameden bir önceki aşama olarak, yürürlükte kalmasının sonradan giderilmesi olanaksız durum ve zararlara neden olabileceği açıktır.

Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında bir normun iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle açılan davada ilk önce yürürlüğün durdurulması talebini incelemekte ve “...Kanun'un uygulanmasından doğacak ve sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi bakımından; A. Yasa'nın iptali isteminin reddi durumunda karar gününe kadar, B. İptal isteminin kabulü durumunda ise, iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı güne kadar, yürürlüğün durdurulmasına” karar vermekte;⁶²⁴ esastan yaptığı inceleme sonrasında verdiği kararında ise, kısmi iptal, kısmi red kararı⁶²⁵ veya iptal kararı vermektedir.⁶²⁶ Bu kararlarında ortak nokta olarak sonuç bölümünde yürürlüğün durdurulması kararına

⁶²³ Karşı görüş için bkz. ALİEFENDİOĞLU, 1996, s. 353-354.; SERİM, 1996, s. 21.

⁶²⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 11.4.1994 tarih ve Esas 1994/43 Karar 1994/42-1 sayılı Yürürlüğü Durdurma Kararı, **AYMKD**, S. 30, C. 1, s. 186-196.; Anayasa Mahkemesi'nin 10.6.1994 tarih ve Esas 1994/50 Karar 1994/44-1 sayılı Yürürlüğü Durdurma Kararı, **AYMKD**, S. 30, C. 1, s. 214.; Anayasa Mahkemesi'nin 21.7.1994 tarih ve Esas 1994/63 Karar 1994/60-1 sayılı Yürürlüğü Durdurma Kararı, **AYMKD**, S. 30, C. 1, s. 582.; Anayasa Mahkemesi'nin 21.7.1994 tarih ve Esas 1994/64 Karar 1994/61-1 sayılı Yürürlüğü Durdurma Kararı, **AYMKD**, S. 30, C. 1, s. 624.; Anayasa Mahkemesi'nin 21.7.1994 tarih ve Esas 1994/66 Karar 1994/63-1 sayılı Yürürlüğü Durdurma Kararı, **AYMKD**, S. 30, C. 2, s. 676.; Anayasa Mahkemesi'nin 21.7.1994 tarih ve Esas 1994/67 Karar 1994/64-1 sayılı Yürürlüğü Durdurma Kararı, **AYMKD**, S. 30, C. 2, s. 698.; Anayasa Mahkemesi'nin 16.8.1994 tarih ve Esas 1994/70 Karar 1994/65-1 sayılı Yürürlüğü Durdurma Kararı, **AYMKD**, S. 30, C. 2, s. 724.

⁶²⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 9.12.1994 tarih ve Esas 1994/43 Karar 1994/42-2 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 31, C. 1, s. 305-306.; Anayasa Mahkemesi'nin 22.12.1994 tarih ve Esas 1994/70 Karar 1994/65-2 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 31, C. 1, s. 417-418.

⁶²⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 5.7.1994 tarih ve Esas 1994/50 Karar 1994/44-2 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 31, C. 1, s. 353-354.; Anayasa Mahkemesi'nin 21.7.1994 tarih ve Esas 1994/63 Karar 1994/60-2 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 30, C. 1, s. 619.; Anayasa Mahkemesi'nin 21.7.1994 tarih ve Esas 1994/64 Karar 1994/61-2 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 30, C. 2, s. 650.; Anayasa Mahkemesi'nin 21.7.1994 tarih ve Esas 1994/66 Karar 1994/63-2 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 30, C. 2, s. 694.; Anayasa Mahkemesi'nin 21.7.1994 tarih ve Esas 1994/67 Karar 1994/64-2 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 30, C. 2, s. 719.;

ilişkin ilave bir açıklamada bulunmamaktadır.⁶²⁷ Uygulamada, Anayasa Mahkemesi'nin bir normun, veya normun belirli bir bölümünün yürürlüğünün durdurmasına karar verdiğinde;⁶²⁸ esasın incelenmesi sonrasında o normu veya belirli bölümünü iptal ettiği⁶²⁹, esasın incelenmesinde kısmi iptal, kısmi red kararı verdiği davalarda ise, daha önce verdiği yürürlüğü durdurma kararında, “... *Yasa'nın iptali isteminin reddi durumunda karar gününe kadar, iptal isteminin kabulü durumunda ise, iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı güne kadar, yürürlüğün durdurulmasına*” formülünü uyguladığı görülmektedir.⁶³⁰ Bu durumda, yürürlüğün durdurulması süresinin alternatifli olarak verildiği kararlar dışındaki kararlarda, işleyiş bakımından yürürlüğü durdurma müessesesinin, bir tür iptal gerekçesi yazılıncaya kadar verilmiş geçici iptal kararı olduğu görülmektedir. Bu durumu daha da teyid eden, iptal isteminin ilk incelemesi aşamasında Anayasa Mahkemesi'nin, “...*yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki rapor geldikten sonra ele alınmasına...*” veya “*yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında*

⁶²⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 9.12.1994 tarih ve Esas 1994/43 Karar 1994/42-2 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 31, C. 1, s. 305-306. Anayasa Mahkemesi'nin aynı mahiyette kararları için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 16.8.1994 tarih ve Esas 1994/70 Karar 1994/65-1 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 30, C. 2, s. 721-724.; Anayasa Mahkemesi'nin 22.12.1994 tarih ve Esas 1994/70 Karar 1994/65-2 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 31, C. 1, s. 385-418.

⁶²⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 18.9.1996 tarih ve Esas 1996/61 Karar 1996/6 sayılı Yürürlüğü Durdurma Kararı, **AYMKD**, S. 32, C. 2, s. 576.; Anayasa Mahkemesi'nin 19.11.1996 tarih ve Esas 1996/58 Karar 1996/7 sayılı Yürürlüğü Durdurma Kararı, **AYMKD**, S. 32, C. 2, s. 587-588.; Anayasa Mahkemesi'nin 26.3.1997 tarih ve Esas 1996/63 Karar 1997/3 sayılı Yürürlüğü Durdurma Kararı, **AYMKD**, S. 33, C. 1, s. 269-270.; Anayasa Mahkemesi'nin 20.5.1997 tarih ve Esas 1997/36 Karar 1997/5 sayılı Yürürlüğü Durdurma Kararı, **AYMKD**, S. 33, C. 1, s. 272-273.; Anayasa Mahkemesi'nin 5.6.1997 tarih ve Esas 1996/70 Karar 1997/6 sayılı Yürürlüğü Durdurma Kararı, **AYMKD**, S. 33, C. 1, s. 275.

⁶²⁹ Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma kararı verdiği normları iptal ettiği kararları yukarıdaki dipnottaki sırasıyla şöyledir; Anayasa Mahkemesi'nin 2.10.1996 tarih ve Esas 1996/61 Karar 1996/35 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 32, C. 2, s. 823-824.; Anayasa Mahkemesi'nin 20.11.1996 tarih ve Esas 1996/58 Karar 1996/43 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 33, C. 1, s. 235-237.; Anayasa Mahkemesi'nin 26.3.1997 tarih ve Esas 1996/63 Karar 1997/40 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 37, C. 1, s. 133.; Anayasa Mahkemesi'nin 20.5.1997 tarih ve Esas 1997/36 Karar 1997/52 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 34, C. 1, s. 134.; Anayasa Mahkemesi'nin 5.6.1997 tarih ve Esas 1996/70 Karar 1997/53 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 39, C. 1, s. 34-35.

⁶³⁰ YD verilen karar, Anayasa Mahkemesi'nin 11.4.1994 tarih ve Esas 1994/43 Karar 1994/42-1 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 30, C. 1, s. 186-196. Kısmi iptal kısmi red kararı, Anayasa Mahkemesi'nin 9.12.1994 tarih ve Esas 1994/43 Karar 1994/42-2 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 31, C. 1, s. 305-306.; Anayasa Mahkemesi bu formülle verdiği kararlarında da iptal isteminde bulunulan kanunun ilgili bölümlerinin tamamını iptal edebilmektedir bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 5.7.1994 tarih ve Esas 1994/50 Karar 1994/44-2 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 31, C. 1, s. 353-354.

karara bağlanmasına” deyip⁶³¹ esasın incelenmesine geçerek normun iptaline karar verdikten sonra yürürlüğün durdurulması istemini ele alarak, “...(norm),...sayılı kararla iptal edildiğinden, uygulanmasından doğacak ve sonradan giderilmesi olanaksız durumların ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete’de yayımlanacağı güne kadar iptal edilen kuralların yürürlüklerinin durdurulmasına...⁶³² dediği kararlarıdır. Bu tarzdaki yürürlüğün durdurulması kararlarında iptal kararının tarih ve sayısı belirtilerek “iptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz” hükmüne aykırılık teşkil eder tarzda bir tür iptal kararının gerekçesi yazılıncaya kadar geçici iptal kararı verilmiş olmaktadır. Diğer

⁶³¹ İlk incelemede bu ibarelerin geçişine örnek olarak bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 21.9.1999 tarih ve Esas 1999/29 Karar 1999/36 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 37, C. 1, s.262.; Anayasa Mahkemesi’nin 5.6.2008 tarih ve Esas 2008/16 Karar 2008/116 sayılı Kararı, 22.10.2008 tarih ve 27032 sayılı **RG**.

⁶³² Anayasa Mahkemesi’nin 21.9.1999 tarih ve Esas 1999/29 Karar 1999/2 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 35, C. 2, s. 366.; Anayasa Mahkemesi’nin 21.9.1999 tarih ve Esas 1999/30 Karar 1999/3 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 35, C. 2, s. 370.; Anayasa Mahkemesi’nin 13.9.2000 tarih ve Esas 2000/14 Karar 2000/3 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 36, C. 2, s. 681-682.; Anayasa Mahkemesi’nin 5.10.2000 tarih ve Esas 2000/45 Karar 2000/5 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 36, C. 2, s. 689.; Anayasa Mahkemesi’nin 23.2.2001 tarih ve Esas 1999/42 Karar 2001/1 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 37, C. 1, s. 318.; Anayasa Mahkemesi’nin 13.2.2002 tarih ve Esas 2001/293 Karar 2002/5 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 38, C. 1, s. 441-442.; Anayasa Mahkemesi’nin 13.2.2002 tarih ve Esas 2001/389 Karar 2002/6 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 38, C. 2, s. 453-454.; Anayasa Mahkemesi’nin 21.9.2004 tarih ve Esas 2002/100 Karar 2004/9 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 40, C. 2, s. 516-517.; Anayasa Mahkemesi’nin 29.4.2003 tarih ve Esas 2003/30 Karar 2003/2 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 39, C. 1, s. 359.; Anayasa Mahkemesi’nin 23.7.2003 tarih ve Esas 2003/48 Karar 2003/9 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 39, C. 1, s. 441.; Anayasa Mahkemesi’nin 8.10.2003 tarih ve Esas 2003/67 Karar 2003/13 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 39, C. 1, s. 472.; Anayasa Mahkemesi’nin 7.10.2003 tarih ve Esas 2003/73 Karar 2003/11 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 39, C. 1, s. 456.; Anayasa Mahkemesi’nin 17.3.2004 tarih ve Esas 2003/100 Karar 2004/6 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 40, C. 2, s. 498.; Anayasa Mahkemesi’nin 15.5.2008 tarih ve Esas 2004/1 Karar 2008/12 sayılı Kararı, 28.5.2008 tarih ve 26889 sayılı **RG**.; Anayasa Mahkemesi’nin 5.4.2007 tarih ve Esas 2004/107 Karar 2007/15 sayılı Kararı, 18.4.2007 tarih ve 26497 sayılı **RG**.; Anayasa Mahkemesi’nin 5.1.2006 tarih ve Esas 2005/8 Karar 2006/1 sayılı Kararı, 7.1.2006 tarih ve 26046 sayılı **RG**.; Anayasa Mahkemesi’nin 31.1.2007 tarih ve Esas 2005/51 Karar 2007/5 sayılı Kararı, 6.2.2007 tarih ve 26426 sayılı **RG**.; Anayasa Mahkemesi’nin 5.1.2006 tarih ve Esas 2005/55 Karar 2006/3 sayılı Kararı, 6.2.2007 tarih ve 26426 sayılı **RG**.; Anayasa Mahkemesi’nin 3.9.2005 tarih ve Esas 2005/78 Karar 2005/15 sayılı Kararı, 1.10.2005 tarih ve 25953 sayılı **RG**.; Anayasa Mahkemesi’nin 22.2.2006 tarih ve Esas 2006/20 Karar 2006/6 sayılı Kararı, 1.3.2006 tarih ve 26095 sayılı **RG**.; Anayasa Mahkemesi’nin 22.3.2006 tarih ve Esas 2006/22 Karar 2006/14 sayılı Kararı, 29.3.2006 tarih ve 26123 sayılı **RG**.; Anayasa Mahkemesi’nin 9.3.2006 tarih ve Esas 2006/33 Karar 2006/10 sayılı Kararı, 15.3.2006 tarih ve 26109 sayılı **RG**.; Anayasa Mahkemesi’nin 4.5.2006 tarih ve Esas 2006/51 Karar 2006/19 sayılı Kararı, 9.5.2006 tarih ve 26163 sayılı **RG**.; Anayasa Mahkemesi’nin 15.12.2006 tarih ve Esas 2006/111 Karar 2006/36 sayılı Kararı, 26.12.2006 tarih ve 26388 sayılı **RG**.; Anayasa Mahkemesi’nin 24.9.2008 tarih ve Esas 2006/142 Karar 2008/23 sayılı Kararı, 10.10.2008 tarih ve 27020 sayılı **RG**.; Anayasa Mahkemesi’nin 24.9.2008 tarih ve Esas 2006/158 Karar 2008/24 sayılı Kararı, 10.10.2008 tarih ve 27020 sayılı **RG**.; Anayasa Mahkemesi’nin 7.2.2007 tarih ve Esas 2007/5 Karar 2007/7 sayılı Kararı, 10.2.2007 tarih ve 26430 sayılı **RG**.; Anayasa Mahkemesi’nin 5.6.2008 tarih ve Esas 2008/16 Karar 2008/16 sayılı Kararı, 13.6.2008 tarih ve 26905 sayılı **RG**.

yandan Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurma kararı sonrasında, iptal isteminin reddine karar verdiği kısımlar için oluşan durumu açıklamak çok kolay değildir. Burada iptal edilen normu belirli süre yürürlükte tutmanın tersi bir durum meydana gelmekte, hiçbir zaman Anayasa'ya aykırı olmayan normun yürürlüğü belirli bir süre durdurulmaktadır.

Anayasa Mahkemesi yürürlüğün durdurulması istemini reddettiği kararlarda genel olarak, “yürürlüğünün durdurulması isteminin reddine”⁶³³ veya “...yürürlüğünün durdurulması isteminin, koşulları gerçekleşmediğinden reddine”⁶³⁴ diyerek reddetmekte, nadir olarak yukarıda belirtildiği üzere “Kanun”un Anayasa'ya aykırılık olasılığı konusunda güçlü belirtiler saptanamadığından yürürlüğünün durdurulması isteminin reddine”⁶³⁵ ibarelerini kullanmaktadır. Anayasa'nın 153. ve 2949 sayılı Kanununun 53. maddesinde, Anayasa Mahkemesi kararlarının kesin olduğu belirtildiği dikkate alındığında, bir Anayasa Mahkemesi kararı olan yürürlüğü durdurma kararının da kesin olduğu, bu karara karşı itirazın mümkün olmadığı sonucuna varılmaktadır.⁶³⁶

Almanya'da, Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu'nda açık olarak yazmamakla birlikte, Federal Anayasa Mahkemesi sürekli bir hukuki durum yaratabileceğine göre geçici durum oluşturma yetkisinin de olduğu şeklinde yaptığı yorumla re'sen geçici tedbir kararı verebileceğini içtihat yoluyla ortaya koymuş, daha sonra Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 32/1. maddesine “Federal Anayasa Mahkemesi bir uyuşmazlık sırasında, ağır sakıncaların doğmasını önlemek veya

⁶³³ Anayasa Mahkemesi'nin 19.9.2000 tarih ve Esas 1999/39 Karar 2000/4 sayılı Yürürlüğü Durdurma İsteminin Reddi Kararı, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/YD/YDK0004.htm>, 2.11.2008.

⁶³⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 6.1.2000 tarih ve Esas 1999/50 Karar 2000/1 sayılı Yürürlüğü Durdurma İsteminin Reddi Kararı, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/YD/YDK0001.htm>, 2.11.2008, Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.2005 tarih ve Esas 2005/145 Karar 2005/23 sayılı Yürürlüğü Durdurma Kararı, **AYMKD**, Sayı 41, s. 488.

⁶³⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 26.2.1997 tarih ve Esas 1996/55 Karar 1997/2 sayılı Yürürlüğü Durdurma İsteminin Reddi Kararı, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/YD/YDK9702.htm>, 2.11.2008.

⁶³⁶ SERİM, 1996, s. 27-28.

tehdit edici bir gücü engellemek için, ya da başka bir önemli nedenle kamu yararı açısından acilen zorunlu olması durumunda geçici tedbir kararıyla bir durumu geçici olarak düzenleyebilir.” hükmü konularak içtihat yoluyla kullanılan yetkiye kanunda yer verilmiştir.⁶³⁷ Anayasa Mahkemesi'nin, sözü edilen 32. madde uyarınca geçici tedbir kararı verebilmesi için, esas hakkında yargılama yetkisinin olması, sorunun hukuki olması, derdest bir dava olması, istemde bulunulmuş olması, bir uyuşmazlık halinin olması, geçici bir düzenlemenin yapılmasının gerekli ve olanaklı olması ve hukuki koruma ihtiyacının bulunması şekli şartları ile önemli bir nedenin olması, ağır sakıncaların doğmasını önlemek veya tehdit edici bir gücü engellemek için ya da başka önemli bir nedenle kamu yararının acilen zorunlu kılması maddi durumunun varlığı şartları aranmaktadır.⁶³⁸ Federal Alman Anayasa Mahkemesi, kanunla tanınmış olan bu yetkiyi, kuvvetler ayrılığına zarar vermemek amacıyla istisnai olarak kullanmakta⁶³⁹, asıl dava açılmadan önce yapılan bir geçici tedbir istemini, ancak asıl davanın kısa bir süre içinde açılacağı kanısına ulaştığı takdirde kabul etmektedir.⁶⁴⁰ Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin geçici tedbir kararları Senato tarafından alınmışsa üç ay, üç yargıç tarafından alınmışsa bir ay geçtikten sonra kendiliğinden ortadan kalkmaktadır. Bunun amacı Mahkemeyi çabuk karar vermeye zorlamaktır.⁶⁴¹

Amerika Birleşik Devletleri'nde mahkeme, yürürlüğü durdurmayı def'i usulü ve yargısal emir yoluyla yapabilmektedir. Taraflardan birinin talebi karşısında, diğer taraf o kanunun Anayasa'ya aykırılığını ileri sürebilir, bu durumda yürürlüğü durdurma kararı verebilir, ya da Anayasa'ya aykırılık iddiasında Mahkeme yargısal

⁶³⁷ SABUNCU, 1984, s.77-78.; YILDIZ, 1998, s. 60-61.

⁶³⁸ SABUNCU, 1984, s.79-80.; YILDIZ, 1998, s. 61-73.; TUNÇ, 1990, s. 60.

⁶³⁹ ÇAĞLAR, 1987, s. 182.

⁶⁴⁰ SABUNCU, 1984, s. 79.

⁶⁴¹ SABUNCU, 1984, s. 83.

emirle yürürlüğü durdurabilir.⁶⁴² Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nda konuya ilişkin düzenleme bulunmadığından, bu uygulamalar içtihat yoluyla geliştirilmiş ve yerleşmiştir.⁶⁴³

Günümüzde genellikle siyasal sorunlar yargısal sorun niteliğini kazanmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurma yetkisinin olması, siyasal gerilimlerin güçlü olabileceği konularda Anayasa Mahkemesi'ni bir ön denetçi konumuna sokmakta, oldu bittilere karşı anayasa yargısının etkili olması açısından önemli işlevler görmektedir.⁶⁴⁴ Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurma yetkisine sahip olması gerektiğinin ve pozitif hukukun Anayasa Mahkemesi'ne bu yetkiyi tanıyıp tanımadığının başka konular olduğu⁶⁴⁵ dikkate alındığında, Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurma kararı vermesinde ortaya çıkan aykırılıkları gidermenin en doğru yolunun yürürlüğü durdurma müessesinin Anayasa'ya dahil edilmesi olacağını düşünüyoruz.

III. İPTAL İSTEMİNİN REDDİ

Anayasa Mahkemesi, norm denetiminde, iptal istemini değerlendirdikten sonra normun iptaline veya iptal isteminin reddine karar verir. İptal isteminin reddi kararının, normun Anayasa'ya aykırı olmadığını açıkladığı görüşünün⁶⁴⁶ yanında, Anayasa'ya uygunluk bildiri olduğu görüşü de⁶⁴⁷ ileri sürülmektedir. İptal isteminin reddi kararının normun Anayasa'ya aykırı olmadığını tespiti olmasının önemi, bu durumda red kararının sadece o başvuru için verilmiş olması ve aynı norm ile ilgili olarak tekrar Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilmesinden kaynaklanır. Eğer iptal

⁶⁴² ŞAHENK, Ekrem: “Kanunların Teşkilatı Esasiye Kanununa Muhalif Olup Olmadığının Kontrolü Bahsinde Amerikan Sistemi”, *Adalet Dergisi*, Yıl 32, S. 11, 1941, s. 944-945.; ODYAKMAZ, 1995, s.150.

⁶⁴³ TUNÇ, 1990, s. 57-58.

⁶⁴⁴ SABUNCU, 1984, s. 84.

⁶⁴⁵ BİLGİN, 1995, s. 177-178.

⁶⁴⁶ ALİEFENDİOĞLU, 1996, s. 296.; KIRATLI, 1966, s. 175-176.; EREM, 1962 a, s. 9.

⁶⁴⁷ TEZİÇ, 2006, s. 208.; KABOĞLU, 1994, s. 82-83.

isteminin reddi kararı Anayasa'ya uygunluk tespiti olarak kabul edilirse, o takdirde, o normla ilgili olarak tekrar Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunulması mümkün olmayacaktır. 1982 Anayasası'nın 152. maddesinin son fıkrasındaki; *"Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz."* hükmü uyarınca on yıl süre ile iptal isteminin reddi kararı Anayasa'ya uygunluk bildiri olarak kabul edilmiştir.⁶⁴⁸

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bazı red kararları, norma belli bir anlam yükleyerek, normun bu anlam içinde Anayasa'ya aykırı olmadığı şeklindedir. Anayasa Mahkemesi, bir kararında bu durumu, *"Kural olarak, Anayasa Mahkemesi'nin, gerek iptal davası gerek itiraz yolu ile önüne getirilerek iptali istenen yasa hükümlerini, kendi hukuksal görüşü ve anlayışı açısından incelemesi ve o hükmü anlam içinde Anayasa'ya uygunluk denetiminden geçirmesi gerekir. Bu yöne, Anayasa Mahkemesi'nin bir çok kararında değinilmiştir. Yasa kuralının, kararlarda yer alan bu görüşler açısından Anayasa'ya aykırı bir yönü olup olmadığının ayrı ayrı araştırılıp incelenmesinde yarar görülmüştür."* diyerek açıklamaktadır.⁶⁴⁹ Normun, sadece birisi Anayasa'ya uygun olan birden fazla yorumu olduğunda, Türkiye'de "Yorumlu Red", Kanada'da "reading down" ve "reading in", Fransa'da "sous reserve", Almanya'da "verfassugkonforme auslegung", Polonya'da ve Macaristan'da "anayasaya uyum şartı başvurusu" ve "anayasaya uygun yorum koşulu" şeklinde tabir edilen çözümler, anayasal denetim mekanizmaları tarafından icad edilmiş çözümlerdir.⁶⁵⁰

TEZİÇ, anayasa yargısının, Anayasa'ya uygunluğu ve Anayasa'ya saygıyı gerçekleştirmenin bir güvencesi olduğunu, bunun kaçınılmaz sonucu olan içtihatın

⁶⁴⁸ ALİEFENDİOĞLU, 1996, s. 297.

⁶⁴⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 26.2.1981 tarih ve Esas 1980/77 Karar 1981/13 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 19, s. 67.

⁶⁵⁰ UITZ, Reneta: "Sınırlı Devlet, Anayasacılık ve Hukukun Üstünlüğü Üzerine Dersler", **Demokrasi ve Yargı (Sempozyum)**, TBB Yayınları No. 78, Ankara 2005, s. 302-303.

bağlayıcılığının da bir normatif alanın oluşmasını zorunlu kılacağını, anayasa yargılamasının hukuku yaratma fonksiyonunu kabul etmemenin, temelde anayasa yargısına karşı olmakla aynı anlama geleceğini belirtmektedir.⁶⁵¹ ARMAĞAN, Anayasa'da bir ayırım yapılmadan kararların bağlayıcı olduğu belirtildiğinden, kararların gerekçe kısmının da bağlayıcı olduğu düşüncesindedir.⁶⁵² KIRATLI, Anayasa yargısının amacının kanun iptal etmek değil, Anayasa'nın korunması veya ona uygunluğun sağlanması olduğunu, kanun Anayasa'ya uygun olarak yorumlanabildiği takdirde bu amacın sağlanabileceğini, kanunun iptali halinde hukuk düzeninde doğacak boşluğun da önlenmiş olduğunu belirtmektedir.⁶⁵³ YILDIRIM, nasıl temyiz incelemesi ve içtihatların birleştirilmesi hukuk kurallarının birden fazla okunuşunu önleyen cihazlar ise, yorumlu red kararlarının da aynı düşünüşle, hukuk kurallarının yargı yerlerince serbest yorumunu sınırladığını, hukukta istikrar ilkesinin sağlanması için diğer yargı yerlerinin Anayasa Mahkemesi'nin yorumlu red kararları ile bağlı olması gerektiğini belirtmektedir.⁶⁵⁴ ULER, Anayasa Mahkemesi'nin yorumlu red kararlarının bağlayıcı ve geri yürür nitelikte olduğunu, iptal halinde doğan hukuki boşluğun burada doğmadığını⁶⁵⁵, ancak Anayasa Mahkemesi karar gerekçelerinin bağlayıcı olmasının, değişik yorumlarla hukukun gelişmesini sağlayabilme imkanını ortadan kaldıracığını, istikrar ilkesinin taşıdığı durağanlığın hukukun dar kalıplarda sıkışmasına sebep olabileceğini belirtmektedir.⁶⁵⁶ UITZI, yorumlu red kararlarının geçersiz kılınan kanunların miktarını kısıtlamayı amaçladığını ve yargısal itaatin erdemi olarak görülen bir araç olduğunu belirtmektedir.⁶⁵⁷ BEYME'ye göre, Anayasa

⁶⁵¹ TEZİÇ, Erdoğan: "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas açısından Denetimi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 51, S. 1-4, 1985, s.24-25.

⁶⁵² ARMAĞAN, 1967 a, s. 149.

⁶⁵³ KIRATLI, 1966, s. 170.

⁶⁵⁴ YILDIRIM, Turan: "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 26, S. 4, 1993, s. 77.; aynı yönde bkz. DURAN, 1984, s. 82.

⁶⁵⁵ ULER, Yıldırım: "Anayasa Mahkemesi İptal Kararları Geri Yürür", **Bahri Savcı'ya Armağan, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları 7**, Ankara 1988, s. 525.

⁶⁵⁶ YILDIRIM, 1993, s. 77.

⁶⁵⁷ UITZ, 2005, s. 304.

Mahkemesi'nin yorumlu red kararları, kanunun Anayasa'ya uygun olacak şekilde yorumlanması gerektiğini ifade eden, iptal kararına göre kanun koyucunun ellerini daha az bağlayan esnek yaptırım türü⁶⁵⁸ iken; ÖZBUDUN ve TURHAN'a göre, yorumlu red kararları, yasama organının hareket serbestliğini, basit iptal kararlarına oranla daha fazla sınırlandırmakta ve yasama organına yöneltilmiş pozitif direktifler niteliği taşımaktadır.⁶⁵⁹ OBERNDORFER, bir normun yorumlanmasında şüphe veya yorumdaki birçok olasılıktan hareket edilerek anayasaya uygun yoruma başvurulmasının, normun yasal metninin taşıdığı anlamını tasfiyesi haline geldiğini, bu nedenle yorumlu red kararının gerçek etkisine bakıldığında, kanunun kısmi iptaline benzetilebileceğini; iptal kararında, bir kanunun, belirli söz veya hükümlerinin bertaraf edilmesiyle ulaşılan noktaya, yorumlu red kararında, yorum yoluyla varıldığını belirtmektedir.⁶⁶⁰

Anayasa Mahkemesi genel itibarıyla, yorumlu red kararlarında norma yüklediği anlamı gerekçe bölümünde açıklamakta ve sonuç bölümünde buna ilişkin ayrı bir açıklama yapmamaktadır.⁶⁶¹ Ancak, 3670 sayılı Kanun ile 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'na Ek Madde 17 halinde "Yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak kaydı ile; Yükseköğretim Kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir." ibaresinin eklenmesi ile ilgili olarak açılan davada, Anayasa Mahkemesi, gerekçe bölümünde ayrıntılı şekilde açıklamada bulunup, daha önce türbanla ilgili olarak

⁶⁵⁸ BEYME, Klaus von: "Alman Anayasa Mahkemesi-Yeni Demokrasiler İçin Bir Model mi?", **Demokrasi ve Yargı (Sempozyum)**, TBB Yayınları No. 78, Ankara 2005, s. 90-91.

⁶⁵⁹ ÖZBUDUN, Ergun: "Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu", **Demokrasi ve Yargı (Sempozyum)**, TBB Yayınları No. 78, Ankara 2005, s. 350.; TURHAN, Mehmet: "Anayasa Yargısının İşlevi ve Meşruluğu", **Anayasa Yargısı İncelemeleri 1**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2006, s. 60-61.

⁶⁶⁰ OBERNDORFER, Peter: "Avusturya Raporu", **VII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Hukuk Normlarının Anayasaya Uygunluğu Hakkındaki Kararların İçerikleri ve Etkileri**, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 12, Ankara 1988, s. 22.

⁶⁶¹ Anayasa Mahkemesi'nin 18.2.1985 tarih ve Esas 1984/9 Karar 1985/4 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 21, s. 62-63.; Anayasa Mahkemesi'nin 16.9.1998 tarih ve Esas 1997/62 Karar 1998/52 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 36, C. 1, s. 303-304.

verdiği iptal kararının⁶⁶² bağlayıcı olduğunu hatırlatmış, “Yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak” koşulunun buna göre okunması ve uygulanması gerektiğini belirtmiş, fakat bununla yetinmeyerek kararın sonuç bölümünde; “12. maddesiyle 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’na eklenen ve içeriği bakımından dini inanç ve gereklere dayalı bulunmayan, Anayasa Mahkemesi’nin 7.3.1989 günlü, Esas 1989/1, Karar 1989/12 sayılı kararına aykırı olmayan ve Yükseköğretim Kurumlarında, çağdaş kıyafet ve görünüme ters düşen dinsel nitelikli kılık ve kıyafetin serbest bırakılmasını öngörmeyen, ancak yürürlükteki yasalara aykırı olmamak kaydıyla kılık ve kıyafette serbestlik tanıyan Ek Madde 17’nin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin reddine⁶⁶³ diyerek, gerekçenin bağlayıcılığı ile ilgili tartışmaları aşmayı amaçlar tarzda, belirtilen yorum ile red kararı verildiğini söylemiştir. ÖZBUDUN, bu kararın bir anlamda Kanun’un Anayasa Mahkemesi tarafından yeniden yazılması olduğunu belirterek Anayasa Mahkemesi’nin yargısal fonksiyonunu aştığı eleştirisini getirmektedir.⁶⁶⁴

Anayasa Mahkemesi’nin yorumlu red kararlarından bazıları, yorumun ötesine geçip, kanunu yeniden yazmakla eş anlamlı algılanabilecek bir niteliğe bürünebilmektedir. Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu’na yönetmelik çıkarma yetkisi veren 2983 sayılı Kanunun 6. maddesinin son fıkrasındaki “*Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulu’nun çalışma usul ve esasları, bu Kurul tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle tespit edilir*” ibaresindeki, “çıkartılacak” kelimesinin Anayasa Mahkemesi tarafından; “...Her ne kadar, 2983 sayılı Kanunun 6. maddesinin son fıkrası *Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulunun çalışma usul ve esasları, bu Kurul tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle tespit edilir*” hükmünü içermekte ise de, *Anayasa’nın 124. maddesinin açık ifadesi karşısında fıkra metnindeki ‘çıkartılacak’*

⁶⁶² Bu karar için bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 7.3.1989 tarih ve Esas 1989/1 Karar 1989/12 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 25, s. 133-158.

⁶⁶³ Anayasa Mahkemesi’nin 9.4.1991 tarih ve Esas 1990/36 Karar 1991/8 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 27, C. 1, s. 298-309.

⁶⁶⁴ ÖZBUDUN, 2005, s. 350.

sözcüğünü 'hazırlanacak' anlamında kabul etmek gerekir...⁶⁶⁵ denerek yorumlanması ve Anayasa'ya aykırı bulunmaması, buna en açık örnek olabilecek karardır. Burada yorumlu red kararının ötesinde, kanunu yeniden yazmaya yaklaşan bir zorlama olmuştur.

Danıştay 8. Dairesi, Sivas İdare Mahkemesi'nin 11.4.1986 tarih ve Esas 1985/531 Karar 1986/332 sayılı kararını temyizen incelerken, 2576 sayılı Kanunun 15. maddesinin 1. fıkrası uyarınca İdare Kurullarının yargısal yetkisi sona erdiği gerekçesiyle, 442 sayılı Kanun'un 33-a maddesindeki "İl ve İlçe İdare Kurulunca" sözcüğünün, Anayasa'nın 127. maddesinin 4. fıkrasına aykırılığı nedeniyle iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunmuş, Anayasa Mahkemesi bu başvuruyu incelediği kararında; "...Anayasa gereğince, İl idaresi Kanunu'na ve Köy Kanunu'nun değişik 33. maddesine dayanılarak il ve ilçe idare kurullarınca yargısal usul ve kararlarla, muhtar ve ihtiyar meclisi üyeliklerinden çıkarma görevi; 2576 sayılı Kanunla veya diğer bir kanun hükmüyle idare mahkemelerine verilmemiş, bu işler idare mahkemelerinin görev alanına alınmamış ve il ve ilçe idare kurullarının bu husustaki görev ve yetkileri sona ermemiştir. İl ve ilçe idare kurullarının bu konuda şimdiye kadar aldıkları yargısal nitelikli kararların, bundan sonra yargısal olmasına engel ve idari sayılmasını gerektiren yeni bir hükümde getirilmemiştir. Onun için evvelce olduğu gibi bundan sonra da il idare kurullarının gerek birinci, gerek ikinci derecede verdikleri bu yargısal kararlarına karşı temyiz istemlerini; 6.1.1982 günlü, 2573 sayılı Danıştay Kanunu'nun, 23. maddesindeki 'Danıştay... Bu kanunla ve diğer kanunlarla verilen görevleri yapar' kuralı ile 32. maddesindeki 'Sekizinci Daire: a) Köy, belediye ve özel idareleri ilgilendiren mevzuatın uygulanmasına, b) Mahalli idarelerin seçimle gelen organlarının organik sıfatlarını kaybetmeleri konusuna... ilişkin davaları çözümler' hükümlerine de dayanarak, doğrudan Danıştay'ın inceleyip

⁶⁶⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 18.2.1985 tarih ve Esas 1984/9 Karar 1985/4 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 21, s. 62-63.

karara bağlaması gerekmektedir...⁶⁶⁶ yorumuyla iptal istemini reddetmiştir. Bu red kararı sonrasında Danıştay 8. Dairesi bahse konu davaya ilişkin olarak verdiği kararda; *“...Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrası uyarınca Anayasa Mahkemesi kararlarının tüm yasama, yürütme ve yargı yerlerini bağlayacağı kuşkusuzdur. Aynı maddenin ikinci fıkrasında Anayasa Mahkemesi'nin Yasa Koyucu gibi hareket ederek yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde karar veremeyeceği belirtilmiştir. Bu durumda Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmeyip yürürlükte bırakılan bir yasa kuralını görülmekte olan bir davada uygulayan yargı yerlerinin bu yasa kuralının yorumunda Anayasa Mahkemesi'nin yorumuyla bağlı olmadığı, başka bir anlatımla yürürlükteki bir yasanın yorumunun ancak o yasayı uygulayan yargı yerlerinin yetkisinde bulunduğu ve birbirinden ayrı yargı yerlerinin aynı yasayı birbirinden ayrı yorumlayabileceği duraksamaya yer vermeyecek ölçüde açıktır. Bu nedenle 442 sayılı yasanın 33. maddesi yürürlükte bulunduğu ve görülmekte olan bu davada uygulanması gerektiğine göre bu maddedeki kuralların Anayasa Mahkemesi kararında yer alan gerekçelerle bağlı olmaksızın Dairemizce yorumlanması gerekmektedir...⁶⁶⁷* diyerek, kendisini Anayasa Mahkemesi'nin yorumuyla bağlı görmediğini belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin Anayasal denetim görevini icra ederken, özellikle yerel mahkemelerin içtihatlarıyla bağlı olduğu yüksek mahkemelerin, yani Yargıtay ve Danıştay'ın, o kanunu hangi yorum ile ele aldığına bakmaması, Anayasa Mahkemesi ile diğer yüksek mahkemeler arasında bir sorun halini almaktadır. Anayasa Mahkemesi; *“Anayasa Mahkemesi gerek iptal davası, gerekse itiraz yoluyla açılan davalarda bir yasa hükmünün anlamını kendi hukuki görüş ve anlayışına göre yorumlayarak bir sonuca varmakta... bu sonuç bilindiği üzere*

⁶⁶⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 24.9.1987 tarih ve Esas 1987/4 Karar 1987/20 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 23, s. 354.

⁶⁶⁷ Danıştay 8. Dairesinin 17.3.1998 tarih ve Esas 1986/402 Karar 1988/192 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, Yıl 19, S. 72-73, s. 515-516.

Anayasa'nın 153. maddesi gereğince yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlamaktadır. Ancak, az da olsa kimi yargı yerleri bu yorumla kendilerini bağlı saymamakta ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırı yorumların sürüp gitmesine ve değişik uygulamalara neden olmaktadır. Şu kadar ki, Anayasa Mahkemesi, bir yasanın Anayasa'ya uygunluk denetimini, bu yasanın ne yolda uygulandığına bakarak yapmak durumunda değildir.”⁶⁶⁸ diyerek, Anayasa'ya uygunluk denetiminin, kanunun uygulanma şekline bakılarak yapılamayacağını belirtmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararına paralel olarak, o dönemdeki Anayasa Mahkemesi Başkanı ÖZDEN, Anayasa Mahkemesi'nin 31. Kuruluş Yıldönümü Töreni açılış konuşmasında; “...Anayasa Mahkemesi'nin yorumlu red kararı da bağlayıcıdır. Tersine görüşle karara gidilmesi Anayasa'ya aykırı davranmaktır...”⁶⁶⁹ diyerek, Yargıtay ve Danıştay'ın uygulamalarına gönderme yapmaktadır. Anayasa Mahkemesi Üyesi ALİFENDİOĞLU, bir karardaki karşıoy yazısında, Anayasa Mahkemesi'nin bu görüşüne aksi bir yaklaşımla; “...Anayasa Mahkemesi... söz konusu fıkranın anlamını belirlemiş ve bu anlamla Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. ...Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 152. maddesine göre, yerel mahkemenin bakmakta olduğu bir davada 'uygulayacağı bir yasa hükmünü' Anayasa'ya aykırı bulursa iptal eder. Uygulanacak yasa hükmünün hangi anlama geldiğini ve hangi anlamla uygulanması gerektiğini belirlemek yerel mahkemeye ve bu mahkeme kararlarını temyizen inceleyecek üst yargı organına ait bir yetkidir. Öte yandan; Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın, Anayasa hükümlerinin, anayasal denetim ve Anayasa'ya uygunluğun sağlanmasıyla ilgili olmak üzere kavramların yorumlarını yapar, kimi ilkeleri belirler. Ancak uygulanacak, bir yasa hükmünün hangi anlama

⁶⁶⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 27.1.1987 tarih ve Esas 1986/19 Karar 1987/3 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 23, s. 46.

⁶⁶⁹ ÖZDEN, Yekta Güngör: “Anayasa Mahkemesi Başkanı Yekta Güngör Özden'in Töreni Açılış Konuşması”, **Anayasa Yargısı**, 10, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 28, Ankara 1993, s. 6.

geldiğini ya da uygulanma biçimini söylemez. Yerel mahkemenin uygulayacağı maddenin anlamının belirlenmesi anayasal denetim dışında kalır.” diyerek eleştirmekte⁶⁷⁰ ve Anayasa Mahkemesi’nin, temyizen inceleme yapan üst mahkeme konumunda olmaması nedeniyle, yorumlu red kararlarının Anayasa’nın 138. maddesindeki “Hiçbir organ, makam, merci veya kişi yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve yargıçlara emir ve talimat veremez, tavsiye ve telkinde bulunamaz” kuralıyla bağdaşmadığını söylemektedir.⁶⁷¹ Anayasa Mahkemesi Üyesi ŞAHİN ise, bir karardaki karşıoyunda Yargıtay ve Danıştay’ın Anayasa Mahkemesi’nin yorumlu red kararları ile kendilerini bağlı saymamalarını; “...Yorumlu red kararları, kuramsal bir kriterin ürünüdür. Henüz hukuk devleti olmayı bütün kurum ve kuralları ile gerçekleştirememiş, hukuka saygıyı ve uygar düşüncüyü yerleştirememiş ülkemizde, yorumlu ret kararlarının bağlayıcılığı tartışmalı olduğu gibi, çoğu kez de uygulanmamaktadır.”⁶⁷² diyerek eleştirmektedir. Biz, Anayasa Mahkemesi’nin, anayasal denetim için önüne gelen normu, varsa, Yüksek Mahkemelerin yerleşmiş içtihatlarını dikkate alarak, o anlam içerisinde denetlemesi gerektiğini, farklı yorum ile yaptığı anayasal denetimin, yorumlu red kararlarında gerekçenin bağlayıcılığı sorununun, çözülemeyen bir problem olarak sürüp gitmesine sebep olacağını düşünüyoruz. Yargıtay ve Danıştay, bir norma belirli bir anlam yükleyerek oturmuş bir içtihat halini alacak şekilde bu normu uygularken, Anayasa Mahkemesi’nin, “bu norm, şu anlamla Anayasa’ya aykırı değildir” demesi, diğer yüksek mahkemelere “siz norma anlam yüklemeyi bilmiyorsunuz” demesi ile eşdeğer algılanmasına sebep olmakta ve yorumlu red kararlarının asıl değerini bulamamasına yol açmaktadır. Anayasa mahkemelerinin verdiği yorumlu red kararları, sadece Türkiye’de değil, tüm anayasa mahkemeleri ile yüksek mahkemeler arasında ciddi bir çatışma

⁶⁷⁰ Anayasa Mahkemesi’nin 20.9.1984 tarih ve Esas 1984/8 Karar 1984/10 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 20, s. 311-312.

⁶⁷¹ ALİEFENDİOĞLU, 1996, s. 197.

⁶⁷² Anayasa Mahkemesi’nin 9.4.1991 tarih ve Esas 1990/36 Karar 1991/8 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 27, C. 1, s. 319.

yaratabilmektedir.⁶⁷³ 1995 Yılında Hırvatistan Yüksek Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi kararının gerekçe bölümünün diğer mahkemeleri bağlamayacağına karar vermiş ve Yüksek Mahkeme'nin bu kararından sonra, Anayasa Mahkemesi Kanunu'nda, hem Anayasa Mahkemesi kararlarının, hem de gerekçelerinin bağlayıcı olduğu hususu belirtilmiştir.⁶⁷⁴ Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kuruluş Kanunu'nun 31. maddesine göre, Mahkeme kararları gibi gerekçeleri de kanun gücündedir.⁶⁷⁵ UITZ, kanunun yorumunun anayasa mahkemelerinin değil, yüksek mahkemelerin görevi olduğu ve anayasa mahkemelerinin kanunu anayasaya aykırı görürlerse iptal etmeleri gerektiği görüşündedir.⁶⁷⁶ Biz de, yorumlu red kararı verilecek normlarda Yargıtay ve Danıştay'da normun hangi anlam içinde uygulama bulunduğu araştırılmasının ve bu anlam içinde normun anayasal denetimine tabi tutulmasının uygun olacağını değerlendiriyoruz.

Anayasa'nın yorumlanması, Rus Anayasası'nın 125. maddesinde Anayasa Mahkemesi'nin görevleri arasında sayılmış, 126. maddesinde de Anayasa Mahkemesi'nin yorum kararlarının bağlayıcı olacağı belirtilmiştir. Rus Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın yorumuna ilişkin kararlarını Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 72. maddesi uyarınca tüm üyelerin katılımıyla yapılan birleşik toplantıda ve üçte iki çoğunlukla vermektedir.⁶⁷⁷

Anayasa'da "iptal kararlarının geriye yürümezliği" ilke olarak kabul edilmişken, yorumlu red kararları için böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda, bir iptal kararı olmayan yorumlu red kararlarının karar öncesine de

⁶⁷³ İtalya'daki uygulama için bkz. "İtalya Raporu", VII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Hukuk Normlarının Anayasaya Uygunluğu Hakkındaki Kararların İçerikleri ve Etkileri, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 12, Ankara 1988, s. 145. Almanya'daki uygulama için bkz. ZEIDLER, Wolfgang: "Federal Almanya Raporu", VII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Hukuk Normlarının Anayasaya Uygunluğu Hakkındaki Kararların İçerikleri ve Etkileri, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 12, Ankara 1988, s. 48.

⁶⁷⁴ UITZ, 2005, s. 306.

⁶⁷⁵ ÇAĞLAR, Bakır: "Anayasa Yargısında Yorum Problemi, Karşılaştırmalı Analizin Katkısı", Anayasa Yargısı, 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 5, Ankara 1986, s. 192.

⁶⁷⁶ UITZ, 2005, s. 285.

⁶⁷⁷ FELDBRUGGE, Ferdinand J.M.: "Rus Anayasa Mahkemesi ve Demokrasinin Pekişmesi", Demokrasi ve Yargı (Sempozyum), TBB Yayınları No. 78, Ankara 2005, s. 256-258.

(geçmişe de) etki edeceği söylenebilir. Anayasa Mahkemesi, yorumlu red kararı vermekle, Yasama Organı'nın yaptığı normu iptal etmemiş ve iptal kararına göre daha çözümcül bir yaklaşım sergilemiş olmakla birlikte, bu uygulama ile Anayasa Mahkemesi'nin yargısal görevinin sınırlarını zorladığını, norm koyar boyuta varır sonuçlara yol açtığını düşünüyoruz.

Anayasa'nın "Anayasa'ya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi" başlıklı 152. maddesinin son fıkrasındaki "*Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.*" hükmü, 1961 Anayasası döneminde mevcut değildi. 1961 Anayasası döneminde, Anayasa Mahkemesi, "*...Anayasanın 152. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları karar tarihinde ve eğer ayrıca yürürlük günü belirtilmiş ise o günde iptal eylediği mevzuatı yürürlükten kaldırır. Yürürlükte bulunmayan bir kanunun, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemediğine göre böylece çözümlenmiş konuların bir daha mahkemeye gelmesi düşünülemez. Davanın veya itirazın reddine ilişkin kararların birincilerden farklı nitelikte olduğu ortadadır. Bunlara konu olan hükümler yürürlükte kalmış ve kararlar belirli durumlara ve koşullara dayanmakta bulunmuştur. Durumların ve koşulların değişmesi halinde sonucun da değişik olması gerekir. Böyle bir değişimin bulunup bulunmadığı ise ancak inceleme sonunda anlaşılabilir. Kaldı ki incelenecek olan eski dava ve itiraz değil, yeni bir dava veya itirazdır. Aksini düşünmek; bir kısım hükümlere dokunulmazlık tanımak, bu hükümler hakkında yargı mercilerinin yetkilerini kullanmalarını önlemek, hukuki görüşleri dondurup ebedileştirmek olur. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının böyle bir ereği bulunduğu düşüncesini destekleyecek doyurucu bir kanıtın ileri sürülmesi mümkün değildir...*"⁶⁷⁸ diyerek daha önce Anayasa'ya aykırılık iddiası reddedilmiş olan kanun

⁶⁷⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 30.9.1969 tarih ve Esas 1969/24 Karar 1969/50 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 7, s. 399.

hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla tekrar başvuru yapılabileceğini kabul etmiştir. 1982 Anayasasında, 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya aykırı bulmayarak reddettiği kanun hükmünün, tekrar Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilmesi şeklindeki uygulamanın önüne geçmek için 10 yıllık denetim yasağı getirilmiştir. Danışma Meclisi tarafından kabul edilen Anayasa Tasarısı'nda bu süre 5 yıl iken⁶⁷⁹, Milli Güvenlik Kurulu Anayasa Komisyonu tarafından "...uygulamada istikrar sağlamak maksadı ile 'beş' yıl olan süre 'on' yıla çıkarılmıştır" denilerek, 10 yıl olarak belirlenmiştir.⁶⁸⁰ Bu hükmün 1982 Anayasası'na dahil edilmesi sonrasında, Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde verdiği iptal kararlarının 10 yıl yasağına girmediğini, "...Anayasa'nın 152. maddesinin son fıkrası kuralı gerek konuluş amacı, gerek sözü ve özü bakımından, Anayasa Mahkemesi'ni 1961 Anayasası döneminde işin esasına girerek vermiş bulunduğu red kararı ile bağlı tutmamaktadır... 2709 sayılı Anayasa'nın 152. maddesinin son fıkrasında yer alan on yıllık sürenin, sözü edilen bu Anayasa hükümlerine göre itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi'ne gelmiş ve işin esasına girilerek verilmiş bulunan red kararlarının Resmi Gazete'de yayımlanmasından sonra uygulanacağına... karar verildi" diyerek açıklamaktadır.⁶⁸¹

Anayasa Mahkemesi, bir kanunu sınırlama yaparak incelediğinde, kanundaki genel düzenlemeyi sadece sınırlama yaptığı kapsam içinde iptal etmekte veya iptal istemini reddetmektedir. Bu husus 10 yıl süre ile iptal isteminde bulunma yasağı nedeniyle önem kazanmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu hususu bir kararında; "...Geçici maddenin (A) fıkrasının bir kesimi, (a) ve (b) bendleri için ortak kural niteliğindedir ve her iki bentle birlikte uygulama alanına girmektedir. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi'nin, sınırlama kararında Anayasa'nın 152. maddesini dikkate

⁶⁷⁹ Gerekeçeli Anayasa, 1984, s. 197.

⁶⁸⁰ Gerekeçeli Anayasa, 1984, s. 197.

⁶⁸¹ Anayasa Mahkemesi'nin 26.4.1983 tarih ve Esas 1983/1 Karar 1983/5 sayılı Kararı, AYMKD, S. 20, s. 33-34.

alarak konuya açıklık getirmesi gerekmektedir. Anayasa'nın 152. maddesi, Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamayacağını öngörmüştür. İtiraz yoluyla başvurularda Anayasa Mahkemesi'nin yetkisi, uygulanacak kuralla sınırlı bulunduğuna göre, Anayasa Mahkemesi'nce, uygulanacak hüküm çerçevesinde incelenmesi gereken ortak kısımlar, yalnız bu ilgi yönünden anayasal denetime tabi tutulmuş sayılırlar. Bu durumda Anayasa Mahkemesi Anayasa'ya uygunluk denetimi yaparken inceleme dışında bırakılan kesimleri de kapsayan ortak kuralların, sadece incelenen kural yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimini yapmaktır. Böylece, söz konusu ortak kısımlar Anayasa'ya aykırı bulunur ve iptal edilirse sadece (b) bendi yönünden iptal edilmiş, red edilirse yine (b) bendi yönünden reddedilmiş sayılır...⁶⁸² şeklinde açıklamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımı, ortak kuralın sadece yapılan sınırlama içinde incelenmiş olması nedeniyle, bu sınırlama dışında kalan bölümler için ortak kural ile ilgili olarak tekrar Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunmaya engel bir durum olmadığını ortaya koymaktadır.

Anayasa Mahkemesi, 10 yıl yasağının somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen ve işin esasına girilerek verilen red kararlarının Resmi Gazete'de yayımlanmasından sonra yapılacak başvurularda uygulanacağını söylemekte ve bu yönde uygulama yapmaktayken⁶⁸³, bir kararında; "...Anayasa'nın 152. maddesi yalnız dava mahkemelerini değil Anayasa Mahkemesi'ni de bağlar. Anayasa Mahkemesi, önceki kararın yayımı tarihinden sonra karar vermek durumunda ise başvurunun daha önce olup olmamasına bakmadan itirazı

⁶⁸² Anayasa Mahkemesi'nin 18.3.1986 tarih ve Esas 1985/30 Karar 1986/10 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 22, s. 109-110.

⁶⁸³ Anayasa Mahkemesi'nin 7.6.1983 tarih ve Esas 1982/1 Karar 1983/10 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 20, s. 104.; Anayasa Mahkemesi'nin 20.12.1983 tarih ve Esas 1982/4 Karar 1983/17 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 20, s. 135.

*reddetmek zorundadır...*⁶⁸⁴ diyerek iptal başvurusu kendisine yapıldıktan sonra aynı normla ilgili olarak kendisine ulaşan başvuruyu, red kararı Resmi Gazete’de yayımlanmamış olduğu halde on yıl yasağı nedeniyle reddetmiştir. Onbir üyeden beşinin muhalif kaldığı kararda, muhalif olan üyeler, itiraz yoluyla başvuruyu düzenleyen Anayasa’nın 152. ve 2949 sayılı Kanun’un 28. maddelerinin son fıkralarında, Anayasa Mahkemesi’nin işin esasına girerek verdiği ret kararının yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla tekrar Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamayacağını öngörüldüğünü, inceleme konusu işte aynı normla ilgili red kararının 09.05.1986 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmasından sonra yapılmış bir başvurudan söz edilemeyeceğini, bu nedenle esasa ilişkin incelemenin yapılması gerektiğini belirtmişlerdir.⁶⁸⁵ Anayasa Mahkemesi’nin on yıl yasağına ilişkin bu kararının isabetli olmadığını⁶⁸⁶, Anayasa’da; “...red kararının Resmi Gazete’de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe...” tabiri çok açık şekilde yazılmışken bunu başka türlü yorumlayabilmenin mümkün olmadığını düşünüyoruz.

TEZİÇ, Anayasa’nın 152/4. maddesindeki “...on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz” ibaresinde sadece kanundan söz edildiğini, bu nedenle 10 yıl yasağının kanun hükmünde kararnameleri ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünü kapsamadığını belirtmekte⁶⁸⁷, ÖDEN de, 10 yıl yasağı kuralının bir istisna kuralı olduğunu, dar yorumlanması, kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla tekrar Anayasa Mahkemesine başvuru yapılabilmesi gerektiğini, Türkiye Büyük

⁶⁸⁴ Anayasa Mahkemesi’nin 6.10.1986 tarih ve Esas 1985/21 Karar 1986/23 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 22, s. 194.

⁶⁸⁵ Üyeler Mahmut C. CUHRUK, Necdet DARICIOĞLU, Yekta Güngör ÖZDEN, Selahattin METİN ve Adnan KÜKNER’in bu karşıoyları doğrudan sonuç bölümünde yer almıştır. Bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 6.10.1986 tarih ve Esas 1985/21 Karar 1986/23 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 22, s. 196-197.

⁶⁸⁶ Aynı yönde bkz. ÖDEN, Merih: “Türk Anayasa Yargısında On Yıl Süreli Denetim Yasağı”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Yıl 55, S. 4, Ekim-Aralık 2000, s. 74-75.

⁶⁸⁷ TEZİÇ, 2006, s. 209.

Millet Meclisi'nin Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya aykırı bulmadığı kanun hükmünde kararname maddelerini aynen kabul ederek kanun maddelerine dönüştürmesi halinde de, kanun hükmünde kararname hükümlerine ilişkin red kararının kanun hükümleri hakkında verilmiş bir red kararı olarak görülemeyeceğini, Anayasa'ya aykırı bulunmamış kanun hükmünde kararname hükümlerinin yerini alan kanun hükümlerinin Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi önüne getirilebileceğini belirtmektedir.⁶⁸⁸

Doktrinde, bizim de katıldığımız üzere, Anayasa'nın 152/4. maddesinin yazılış tarzı itibarıyla 10 yıl yasağının, soyut norm denetimi sonucunda verilen red kararlarını kapsamadığı, sadece somut norm denetimi için sözkonusu olduğu görüşü hakimdir.⁶⁸⁹ 10 Yıl yasağı, Anayasa Mahkemesi'nin verdiği red kararı sonrasında, denetime tabi tutulmuş olan kanunun ve o kanun hükmünün aykırı görülmediği Anayasa hükmünün hiçbir şekilde değişikliğe uğramaması halinde sözkonusudur.⁶⁹⁰ ÖDEN, bu düşünceden hareketle, Anayasa'daki 10 yıl yasağı kuralını, "*aynı kanun hükmünün aynı anayasa hükmüne aynı gerekçeyle*" aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz şeklinde anlamak gerektiğini belirtmektedir.⁶⁹¹ Anayasa Mahkemesinin red kararı sonrasında, kanun hükmüne yapılan ekleme ile kanun hükmü yeni bir anlam kazanıyor, ancak bu ekleme ile birlikte hukuk düzeninde etki yaratabiliyorsa, bu eklemenin kanun hükmünü değiştirerek 10 yıllık yasaklamanın dışına çıkardığı söylenebilir.⁶⁹² ÖDEN, Anayasa Mahkemesinin Anayasa'ya aykırı bulmadığı bir kanun hükmünün, içinde yer aldığı kanunun değişiklik gören diğer hükümleriyle bağlantıları dolayısıyla yeni bir anlam kazanması halinde, yeni anlamıyla Anayasa'ya aykırı düştüğü gerekçesine dayanarak tekrar başvuru konusu

⁶⁸⁸ ÖDEN, 2000, s. 61-62.

⁶⁸⁹ Bkz. ÖDEN, 2000, s. 62.; ALİEFENDİOĞLU, 1996, s. 166.; ÖZBUDUN, 2008 a, s. 422.

⁶⁹⁰ ÖDEN, 2000, s. 69.

⁶⁹¹ ÖDEN, 2000, s. 71.

⁶⁹² ÖDEN, 2000, s. 65.

yapılabilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁶⁹³ Anayasa'ya aykırılık denetiminin yapılmasını, süreli de olsa kısıtlayan 10 yıl yasağı, Anayasanın üstünlüğü ilkesini zedelemektedir. Bizim de katıldığımız üzere, ÖDEN, bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırılık olasılığının belirlediği her zaman denetime tabi tutulması gerekirken, buna engel teşkil eden 10 yıl yasağının aslında hukuki istikrarı sağlamaktan öte zedelediği görüşündedir.⁶⁹⁴

V. İPTAL KARARI

Anayasa Mahkemesi'nin işlevinin bir yasama işlevi olmadığı, yargısal yol ve yöntemlerle yapılan bir Anayasa'ya uygunluk denetimi olduğu çok açık olmakla birlikte⁶⁹⁵, Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararının açıklayıcı (declaratif) veya kurucu mu (constructif) olduğu, Anayasa'ya aykırı kanunu yoklukla mı, iptal edilebilirlikle mi sakat saydığı tartışmalıdır. ÖZDEN, *“Yasa hükmündeki kararnameyi iptal etmek nasıl yürütmenin yerine geçmek sayılmıyorsa, dokunulmazlığın kaldırılması ya da üyeliğin düşmesi kararlarına itirazı karara bağlamak nasıl Yasa Koyucu yerine geçmek sayılmazsa, yasayı iptal kararı, Anayasa değişiklikleri için de olsa, Yasa Koyucu yerine geçme sayılmamalıdır.”*⁶⁹⁶ diyerek Anayasa Mahkemesi'nin işlevinin yasama değil, yargı olduğunu, anayasal denetimin Anayasa değişiklikleri için yapıldığında da Yasa Koyucu yerine geçme olarak algılanmaması gerektiğini belirtmektedir. Teorik olarak bir kanunun Anayasa'ya aykırılığının kanunun yürürlüğü ile meydana geldiği dikkate alınarak, iptal kararının açıklayıcı olduğu, yani iptal edilen kanunu yoklukla malul kıldığı söylenebilirse de, geriye yürümeme ilkesi kararın mahiyetini değiştirmektedir. Geriye yürümeme ilkesi, kural

⁶⁹³ ÖDEN, 2000, s. 66.

⁶⁹⁴ ÖDEN, 2000, s. 79.

⁶⁹⁵ ULER, 1988, s. 517.

⁶⁹⁶ ÖZDEN, Yekta Güngör: “Anayasa Mahkemesi Kanun Koyucu Gibi Hareketle, Yeni Bir Uygulamaya Yol Açacak Biçimde Hüküm Tesis Edemez” Kuralına Nasıl Gelindi? Bu Kural Nedir, Ne Değildir?” **Anayasa Yargısı**, 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 5, Ankara 1986, s. 77.

olarak, kanunu iptal tarihine kadar geçerli kıldığına göre, iptal kararı kurucudur, Anayasa'ya aykırı kanunu iptal edilebilirlikle malul kılmakta ve iptal tarihinden itibaren yürürlükten kaldırmaktadır.⁶⁹⁷ ROSSİ, kanun veya kanun kuvvetinde tasarrufun ya baştan itibaren Anayasa'ya aykırı olduğunu, ya da hep Anayasa'ya uygun kaldığını belirtmekte⁶⁹⁸, ancak iptal kararının Anayasa'da düzenleniş mahiyetinden, Anayasa'ya aykırılık hakkında iptal edilebilirliği gerektiren karardan başka karar verilemeyeceğini, yokluk ile iptal edilebilirlik arasındaki tehlikeli karışıklığın ancak Anayasa'ya şekli aykırılık konusunda normal hakim'in yetkisini koruduğu şeklinde bir yorumla bertaraf edilebileceğini belirterek yokluk kararını verme yetkisinin dava mahkemelerine bırakıldığı sonucunu çıkarıyor.⁶⁹⁹ KUNTER'e göre, iptal edilmiş kanun, o tarihte başka bir kanunla ilga edilmiş kanun gibidir.⁷⁰⁰ EREM, Yasama Organı'nın bir kanunu kaldırması ile Anayasa Mahkemesi'nce kanunun iptalinin aynı müessese olmadığını, ancak iki ayrı müessesenin aynı neticeleri verdiğini belirtmektedir.⁷⁰¹ ULER'e göre, yokluk, işlemin hukuken hiç doğmaması, dolayısıyla hiçbir sonuç doğurmaması, iptal ise işlemin sakatlığı nedeniyle yargı organınca ortadan kaldırılması olduğundan, yokluğun saptanması için Anayasa Mahkemesi'ne gerek olmadığını belirtmektedir.⁷⁰²

Anayasa Mahkemesi bir kanunu iptal ettiğinde, bize göre bu kanuna dayanarak yapılmış olan genel düzenleyici idari işlemlerin de (tüzük, yönetmelik, kararname) hükümsüz kalması ve kendiliğinden yürürlükten kalkması gerekir. İptal davası yolu ile gelen iddialarda Anayasa Mahkemesi'nin karar verme müddeti yoktur, Anayasa bu konuda herhangi bir süre koymamıştır. Ancak Anayasa'ya

⁶⁹⁷ KIRATLI, 1966, s. 186.

⁶⁹⁸ ROSSİ, Paolo (Çev. Öztekin TOSUN): Ceza Kanunlarının Anayasaya Aykırılığının Kontrolü, Çeviren. Öztekin TOSUN, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 29, S. 1-2, 1963, s. 338.

⁶⁹⁹ ROSSİ, s. 335.

⁷⁰⁰ KUNTER, 1964, s. 391 Dip Not 47.

⁷⁰¹ EREM, 1962 a, s. 22.

⁷⁰² ULER, 1988, s. 516.

aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi halinde 1961 Anayasası'nın 151/3. maddesinde Anayasa Mahkemesi'nin, işin kendisine gelişinden başlamak üzere altı ay içinde kararını vereceği ve açıklayacağı, bu süre içinde karar verilmezse, mahkemenin, Anayasa'ya aykırılık iddiasını, kendi kanısına göre çözümlenerek davayı yürüteceği; Anayasa Mahkemesi'nin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkemelerin buna uymak zorunda olduğu belirtilmiştir. 1982 Anayasası'nda ise, Anayasa Mahkemesi'nin, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını vereceği ve açıklayacağı, ancak bu süre içinde karar verilmezse mahkemenin davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandıracağı, Anayasa Mahkemesi'nin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkemenin buna uymak zorunda olduğu belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bir kanunu iptal etmesiyle bu iptal edilen, kanunun daha önce yürürlükten kaldırdığı kanunun kendiliğinden yürürlük kazanıp kazanmayacağı tartışma konusudur. Avusturya Anayasası'nın 140/6. maddesinde; *"Bir Kanun Anayasa'ya aykırılık nedeniyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiğinde, Anayasa Mahkemesi başka türlü karar almadığı sürece, iptal edilen kanun tarafından yürürlükten kaldırılmış olan bütün yasama işlemleri, kanunun iptali kararının yürürlüğe girmesiyle tekrar yürürlük kazanırlar."*⁷⁰³ şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Anayasamızda özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte, KIRATLI, kural olarak, ilga edilmiş eski kanunun, iptal ile kendiliğinden yürürlüğe girmemesi gerektiğini; ancak iki halde ilga edilmiş olan kanunun uygulanabileceğini belirtmektedir. İlk olarak, iptal edilen kanun veya bir kanun hükmü, münhasıran daha önceki bir kanunun ilgasıyla ilgili ise, burada doğrudan doğruya Yasama Organı'nın ilga iradesi iptal edildiğinden o hükmün iptali ile eski kanunun yürürlüğe girmesi gerektiğini, ikinci olarak da, iptal edilen kanun ile hukuk düzeninde bir boşluk meydana geliyorsa ve o konuda bir kanuni düzenlemenin uygulanması zorunlu ise

⁷⁰³ Anayasa metni için bkz. <http://mjp.univ-perp.fr/constit/aut1920a.htm>, 13.12.2007.

eski kanunun uygulanması gerektiğini belirtmektedir.⁷⁰⁴ ALİEFENDİOĞLU, başka bir kanunu yürürlükten kaldıran bir kanunun Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesi durumunda ilk kanunun kendiliğinden yürürlüğe girmesi görüşünü kanunların belli zaman kesitleri içinde yürürlüklerini devam ettirdikleri ve yürürlükten kalktıktan sonra dahi olay zamanındaki hukuksal kural olmaları durumunda ilke olarak uyuşmazlıkların çözümünde kullanılmalarına bağlamakta, yürürlükten kalkan kuralın ortadan kalkmadığını, sadece yeni olaylarda uygulanacak metin olarak geçerliliğini kaybettiğini, eski kanunu yürürlükten kaldıran yeni kanunun, eski kanunun belirli bir zaman kesitinden sonraki olaylarda uygulanmasını engellediğini, ancak eski kanunu ortadan kaldırmadığını belirtmektedir.⁷⁰⁵ KUNTER, iptal edilen kanunla yürürlükten kalkmış olan hükümlerin, iptal üzerine tekrar kendiliğinden yürürlüğe giremeyeceği görüşündedir.⁷⁰⁶ OCAKÇIOĞLU, Anayasa Mahkemesi'nce iptal olunan kanunun daha önceki bir kanunu açıkça ilgası ile zımnen ilga etmesinin, iptal kararını takiben önceki kanunun tekrar yürürlük kazanması yönünden farklı sonuçlar doğurduğunu; zımnen ilga hali söz konusu ise, ilga edilen kanunun Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesiyle, zımni ilga sonucu doğuran kanun ortadan kalkmış olacağından, zımnen ilga edilen önceki kanunun yeniden uygulama yeteneği kazanacağını, açık ilga durumunda, Yasama Organı önceki kanunun yürürlükten kalkması konusunda açık bir irade beyanında bulunmuş olduğundan, artık önceki kanunun yeniden yürürlüğe girmesinin yeni bir yasama tasarrufu gerektirdiğini belirtmektedir.⁷⁰⁷ Biz de bu konuda, özellikle son yıllarda çıkarılan kanunlarda, "bu kanuna aykırı olan diğer kanunlardaki hükümler" tabiri kullanılarak yasama tekniğine çok uygun bulmadığımız şekilde yapılan ilgalar ile hangi kanunda neyin tam olarak ilga edildiği belli

⁷⁰⁴ KIRATLI, 1966, s. 181-182.

⁷⁰⁵ ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: "Anayasal Denetimin Kimi Sorunları", **Yargıtay Dergisi**, C. 9, S. 1-2,, 1983, s. 52.

⁷⁰⁶ KUNTER, 1964, s. 391 Dip Not 47.

⁷⁰⁷ OCAKÇIOĞLU, İsmet.: "Anayasa Mahkemesi Kararları", **Prof.Dr. Osman F. BERKİ'ye Armağan**, AÜHF Yayınları No. 411, Ankara 1977, s.583.

olmadığından, OCAKÇIOĞLU ile aynı görüşü paylaşıyoruz. Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararında, bir kanunun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi halinde, iptal edilen bu kanun ile daha önce ilga edilmiş olan kanunun kendiliğinden yürürlüğe giremeyeceğini belirtmektedir.⁷⁰⁸ Danıştay da, Anayasa Mahkemesi ile aynı yönde değerlendirme yapmaktadır. Danıştay, Anayasa Mahkemesi tarafından 931 sayılı İş Kanununun iptalinden sonra verdiği kararında; *“...yasama meclislerince yürürlükten kaldırılmış bulunan bir Kanunun, yürürlükten kaldıran Kanunun Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilmesiyle yürürlüğe avdet etmesi bahis konusu olamaz... Kanun koymak ve değiştirmek görev ve yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisine aittir. Anayasa Mahkemesi’nin görev ve yetkisi ise Anayasa’ya aykırı gördüğü Kanunları iptal ile yürürlükten kaldırmaya karar vermekten ibarettir. Yasama Organı tarafından meriyetten kaldırılmış bulunanları meriyete koyma yetkisi kabul edilmemiştir... Anayasa Mahkemesi iptal kararları geriye yürümeyeceğine göre de meriyetten kalkmış mevzuatın geriye getirilmesi düşünülemez. Esasen 3008 sayılı İş Kanunu, sonradan çıkan ve Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilen 931 sayılı Kanunun 110. maddesi ile 12.8.1967 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararı ise 14.5.1970 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bir başka deyimle 3008 sayılı Kanunun yürürlükten kalkması tarihi ile 931 sayılı Kanunun iptal suretiyle yürürlükten kalkması arasında üç yıla yakın bir zaman geçmiştir. Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesi kararları geriye yürümez. 3008 sayılı Kanunun yeniden yürürlüğe geçmesine bu bakımdan da imkan yoktur. Binaenaleyh bahis konusu Kanununun yeniden yürürlüğe girmiş sayılmasına ve Devletin bir Kanunu gibi muamele görmesine hukuken imkan ve mesağ*

⁷⁰⁸ Anayasa Mahkemesi’nin 11.11.1963 tarih ve Esas 1963/106 Karar 1963/270 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 1, s. 471.

*bulunmadığı...*⁷⁰⁹ diyerek ilga edilen kanunun kendiliğinden yürürlüğe giremeyeceğini belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bir kanun hükmünde kararnameyi iptal etmesiyle bu iptal edilen, kanun hükmünde kararnamenin daha önce yürürlükten kaldırdığı kanunun kendiliğinden yürürlük kazanıp kazanmayacağı hususunda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1997 yılında verdiği bir kararında *"...Bir kanun hükmünde kararnamenin Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilmemesi veya Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesi hallerinde, o kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin yürürlükten kaldırdığı veya değiştirdiği kanun hükmünleri uygulanabilir hale gelmez, hukuki boşluk meydana gelir."*⁷¹⁰ demiş, Danıştay Beşinci Dairesi de, 1999 yılında verdiği bir kararında, Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı kurulmasına ilişkin 396 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin, Kadın ve Sosyal Hizmetler Müsteşarlığı Kurulması Hakkındaki 514 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yürürlükten kaldırılması ve 514 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesi sonrasında, aynı hükümleri içeren 536 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ihdası ile bu Kanun Hükmünde Kararnamenin de Anayasa Mahkemesi'nce iptali üzerine eski düzenlemenin kendiliğinden ve yeniden yürürlüğe girmeyeceğini belirtmiştir.⁷¹¹ Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı ile Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü'nün hukuki varlıkları ve bu kurumlarda yapılan işlemlerin hukuki geçerliliği hususlarında oluşan duraksamanın giderilmesi amacıyla Başbakanlık tarafından Danıştay Birinci Dairesinden istişari düşünce talebinde bulunulması üzerine, Danıştay Birinci Dairesi istişari görüşünde, *"...6.12.1989 günlü ve 396 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 'Aile Araştırma*

⁷⁰⁹ Danıştay 3. Dairesinin 9.1.1971 tarih ve Esas 1970/444 Karar 1971/10 sayılı kararı, **Danıştay İştisari Düşünceler-Cumhuriyet Dönemi- (1929-1980)**, Birinci Kitap, Ankara 1982, Karar No. 289, s. 505.

⁷¹⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 10.12.1997 tarih ve Esas 1997/19-665 Karar 1997/1018 sayılı kararı (Yayınlanmamıştır).

⁷¹¹ Danıştay 5. Dairesinin 23.6.1999 tarih ve Esas 1998/126 Karar 1999/2202 sayılı kararı, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 1.5.2009.

Kurumu' kurulmuştur. 16.8.1993 günlü 514 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile... Başkanlığa bağlı 'Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü', 'Aile ve Sosyal Araştırma Genel Müdürlüğü', 'Dış İlişkiler Dairesi Başkanlığı' ana hizmet birimleriyle 'Kadın ve Sosyal Hizmetler Müsteşarlığı' oluşturulmuş ve 42. maddesiyle de 396 sayılı Kanun Hükmünde Kararname yürürlükten kaldırılmıştır. 514 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ise, Anayasa Mahkemesi'nin 6.10.1993 günlü E:1993/41, K:1993/39 sayılı kararıyla, dayanağını oluşturan 3911 sayılı Yetki Yasasının iptal edilmiş olduğu gerekçesiyle iptal edilmiş ve oluşan hukuki boşluğun yasama organınca doldurulması için iptal kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir. Bu kararda öngörülen sürede 536 sayılı Kanun Hükmünde Kararname çıkarılmış, Kadın ve Sosyal Hizmetler Müsteşarlığı yeniden oluşturulmuş, ancak, bu Kanun Hükmünde Kararname de Anayasa Mahkemesi'nce dayanağı 3990 sayılı Yetki Yasasının iptal edilmiş olduğu gerekçesiyle 8.7.1994 günlü ve Esas 1994/58, Karar 1994/53 sayılı kararla iptal edilmiştir. Bu kararın Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdiği 28.7.1994 tarihinden sonra da, Kadın ve Sosyal Hizmetler Müsteşarlığının teşkilat ve görevleri konusunda herhangi bir yasal düzenleme yapılmamış, Müsteşarlığın hukuki varlığı, Başkanlığın 3.8.1994 günlü 1994/29 sayılı Genelgesinde yer alan '..iptal edilen kanun hükmünde kararnamelerden geriye doğru gidilerek daha önce usulüne göre yürürlüğe konulmuş ilgili mevzuatın yürürlükte bulunduğu kabul edilmek suretiyle uygulanmasına devam olunması.' yolundaki görüş doğrultusunda, 514 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlükten kaldırdığı 396 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümleri çerçevesinde sürdürülmüştür. Sorunun çözümü için öncelikle, görüş isteminde yer alan ve 'Araştırma Kurumu Başkanlığı ile Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğünün hukuki varlıklarının devam edip etmediği ve şu andaki yasal konumlarının ne olduğu'nun belirlenmesi ve bu nedenle de 514 ve 536 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerin Anayasa Mahkemesince iptali

sonucunda doğan hukuki durumun değerlendirilmesi gerekmektedir. Anayasanın 153. maddesinde, Anayasa Mahkemesi kararlarının kesin olduğu, kanun, kanun hükmünde kararname ya da bunların hükümlerinin, iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkacağı, Anayasa Mahkemesinin iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabileceği, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı belirtilmiştir. Bu hüküm karşısında Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği kanun, kanun hükmünde kararname ya da bunların hükümlerinin, iptal kararının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte, Mahkemenin süre tanınmasında ise, bu sürenin bitiminde yürürlükten kalkacağı açık bulunmaktadır... Başbakanlığın 3.8.1994 günlü 1994/29 sayılı 'iptal edilen kanun hükmünde kararnamelerden geriye doğru gidilerek daha önce usulüne göre yürürlüğe konulmuş bulunan ilgili mevzuatın yürürlükte bulunduğu kabul edilmek suretiyle uygulanmasına devam olunması'na ilişkin Genelgesi, Danıştay Beşinci Dairesinin 23.6.1999 günlü Esas 1998/126, Karar 1999/2202 sayılı kararıyla; Anayasanın 153. madesinde ifadesini bulan Anayasa Mahkemesince verilen iptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesinin doğurduğu hukuki sonuçları bertaraf edecek şekilde ve Anayasa Mahkemesinin bir kanun, kanun hükmünde kararnamenin veya bunların hükümlerinin iptal edilmesi durumunda eski yasal düzenlemenin kendiliğinden ve yeniden yürürlüğe girmeyeceği yolundaki istikrar kazanmış içtihadına aykırı görülerek iptal edilmiş bulunmaktadır. Bu durumda, 514 sayılı Kadın ve Sosyal Hizmetler Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararnamenin, Anayasa Mahkemesince iptali üzerine yürürlüğe konulan 536 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin de iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi kararının Resmi Gazetede yayımlandığı 28.7.1994 tarihinde yürürlükten kalktığı ve dolayısıyla bu Müsteşarlık ana hizmet birimlerinden olan Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı ile Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğünün hukuki varlıklarının sona erdiği; 514 sayılı Kanun

Hükmünde Kararnamenin 42. maddesiyle kaldırılmış olan Aile Araştırma Kurumu Kurulması Hakkındaki 396 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin ise yeniden yürürlüğe girmesinin hukuken olanaksız olduğu görülmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin 536 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameyi iptal eden kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı 28.7.1994 tarihinden itibaren Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı ile Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğüne tesis edilmiş işlemlerin hukuki geçerliliği olup olmadığına ilişkin istem yazısında belirtilen diğer duraksama konularının ise; hukuki varlıkları sona ermiş olan bu kurumlarca tesis edilmiş işlemlerin yasal dayanaklarının bulunmadığı olgusu karşısında, ancak, yasal düzenleme ile çözümlenebilecek nitelikte olduğu sonucuna ulaşılmıştır.⁷¹² diyerek Anayasa Mahkemesi'nin bir kanun hükmünde kararnameyi iptal etmesi halinde, bu iptal edilen kanun hükmünde kararnamenin daha önce yürürlükten kaldırdığı normun kendiliğinden yürürlük kazanamayacağını vurgulamıştır.

A) İPTAL KARARININ KESİN OLUŞU

Kesin hüküm vatandaş ve Devlet için hukuki manada istikrar yaratır. Hukuki güvenlik ve yargıya güven kesin hüküm kurumu ile sağlanır. Bir kararın kesin olması demek, artık o karara karşı normal kanun yollarına başvurulamaması demektir.⁷¹³ Kesin hükmün neticesinde, o karar aleyhine hiçbir hukuki yola başvurulamayacağı gibi, o karara konu teşkil eden ihtilaf, aynı taraflarca aynı sebebe dayanarak, yeni bir dava konusu da yapılamaz.⁷¹⁴

Anayasa'nın 153. maddesi uyarınca, Anayasa Mahkemesi'nin kararları kesindir. Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararların kesin olması, iptal edilmiş hükümlerin iptal davasının konusunu teşkil edemeyeceği, aksi halde, bu talebin konusu kalmayan dava sebebiyle reddedileceği, iptal kararlarına karşı herhangi bir

⁷¹² Danıştay 1. Dairesinin 22.9.1999 tarih ve Esas 1999/38 Karar 1999/132 sayılı istişari görüşü, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 1.5.2009.

⁷¹³ KURU, Baki: **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, AÜ Yayınları No. 187, Ankara 1964, s. 439-440.

⁷¹⁴ ARMAĞAN, 1967 a, s. 147.; KURU, 1964, s. 439.

mercie başvurulamayacağı, kararların değiştirilmesi ve ortadan kaldırması yetkisinin ancak Anayasa Mahkemesi'ne ait olduğunu ifade eder.⁷¹⁵

Anayasamızdaki düzenlemeye benzer şekilde, İtalyan Anayasası'nın 137/3. maddesinde Anayasa Konseyi kararlarının kesin olduğu⁷¹⁶, Fransız Anayasası'nın da 62/2. maddesinde Anayasa Mahkemesi kararları aleyhine hiçbir mercie başvurulamayacağı belirtilmektedir.⁷¹⁷

B) İPTAL KARARININ GERİYE YÜRÜMEMESİ

İdari yargıda iptal kararının geriye yürümesi, idari hukukun değişmez bir kuralı olarak kabul edilmektedir.⁷¹⁸ İdari iptal davalarında, idari işlemin yapıldığı, yani sakatlığın doğduğu andaki durum yargılanır. Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, bu hususu, "*...İdari bir işlem ve kararın, esastan, yetki ve şekil yönünden kanun veya yönetmeliğe aykırılığından dolayı ortadan kaldırılması için Danıştay nezdinde açılan ve idare hukukunda iptal davaları diye ayrı bir tabakada toplanan davalarda verilecek iptal hükümlerinin, davanın yöneltildiği idari işlem ve kararın alındığı tarihe kadar tesirde bulunması yine idare hukukunun bilinen bir kuralıdır...*"⁷¹⁹ diyerek açıklamaktadır. Anayasa Mahkemesi; "*...Anayasa'da, iptal kararları idari davalarda olduğu gibi düşünülmemiş ve iptal edilen kuralın baştan beri geçersiz duruma geldiği esası benimsenmemiştir. Türk anayasal sisteminde, 'Devlete güven' ilkesini sarsmamak ve ayrıca devlet yaşamında bir karmaşaya neden olmamak için iptal kararlarının geriye yürümezliği kuralı kabul edilmiştir. Böylece hukuksal ve nesnel alanda etkilerini göstermiş, sonuçlarını doğurmuş*

⁷¹⁵ ARMAĞAN, 1967 a, s. 148.

⁷¹⁶ TİKVEŞ, Özkan: **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Anayasa Yargısı**, Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi Yayınları No. 64/69, İzmir 1978, s. 54.; http://cdpc.univ-tln.fr/constit_italie_2004.htm#_ftnref34, 12.12.2007.

⁷¹⁷ <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitutionmars2007.pdf>, 13.12.2007.

⁷¹⁸ SARICA, Ragıp: **İdari Kaza**, C. 1, İÜ Yayınları No. 403/91, İstanbul 1949, s.118.

⁷¹⁹ Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulunun 25.1.1938 tarih ve 1937/202 Esas 1938/14 karar sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, S. 3, Mart 1938, s.47-48.

*bulunan durumların, iptal kararlarının yürürlüğe gireceği güne kadarki dönem için geçerli sayılması sağlanmıştır.*⁷²⁰ demektir.

Bu konuda, ceza kanunlarını ayrı bir değerlendirmeye tabi tutmak gerekir. Gerçekten, suç ve cezaların geçmişe yürümeyeceği, 1961 Anayasası'nda 33. madde, 1982 Anayasası'nda ise 38. madde ile açık anayasal kurala bağlanmıştır. Bu husus ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesinde de ifade edilmiştir.⁷²¹ 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 7. maddesi *"İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolünmüşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar. Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur..."* hükmünü taşımaktadır. Ceza hukuku açısından bir kanunun Anayasa Mahkemesi tarafından iptalinin geri yürüyeceği, Anayasa'daki geri yürümezlik ilkesinin dokunulmaz olmadığını, başka ve daha güçlü bir ilke ile karşılaştığında uygulanmayabileceğini göstermek bakımından öğreticidir.⁷²² Ceza hukuku yönünden, "kesin hüküm dokunulmazlığı"na dayanılarak iptal edilen bir kanun hükmüne göre verilmiş ve kesinleşmiş beraat kararları, iptal kararından sonra da varlığını muhafaza etmektedir. Mahkumiyet kararlarında ise, bir eylemi suç sayan kanun iptal edildiği takdirde kesin hükmün varlığı dikkate alınmaksızın iptal kararı geriye yürür.⁷²³ 1982 Anayasası'nın 152. maddesinin gerekçesinde iptal kararının geriye yürümemesi,

⁷²⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.1989 tarih ve Esas 1989/11 Karar 1989/48 sayılı Kararı, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 25, s. 436-437.

⁷²¹ AKILLIOĞLU, Tekin: "Yasaların (Anayasa Dahil) Zaman İçinde Uygulanması", **Anayasa Yargısı**, 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 4, Ankara 1984, s. 282.

⁷²² ÜLER, 1988, s. 518.

⁷²³ EREM, 1962 a, s. 15.

1961 Anayasası'nın gerekçesine atıfla⁷²⁴ "içtimai huzur mülahasasına" dayandırılmaktadır.⁷²⁵ Anayasa Mahkemesi kararlarının kesin bir şekilde geri yürümezliği ilkesi kabul edildiği takdirde, yargı tarafından verilmiş olan kararların hükümsüz sayılabileceği kesin bir şekilde reddedilmiş olur. Bu durumda, suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır hükmü ile çelişir.⁷²⁶ GÖLCÜKLÜ, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının, kanunların Yasama Organı tarafından normal usulüne uygun olarak kaldırılmasından farklı olduğunu, ceza alanında da iptal kararlarının geriye yürümemesi gerektiğini savunmakta, bunu Alman ceza kanunundaki süreli olarak çıkarılmış kanunların belirli süre sonunda otomatikman yürürlükten kalkmasının, kanunlar uyarınca verilmiş bulunan kesin mahkumiyet hükümlerine tesir etmemesine benzetmektedir.⁷²⁷ Biz, GÖLCÜKLÜ'nün, ceza alanında da iptal kararlarının geriye yürümemesi gerektiği yönündeki bu düşüncesine katılmıyoruz. Bir suçun, suç olma vasfı ortadan kalktıktan sonra, daha önce bu suça vücut veren eylemi işleyip mahkum olan ve cezası kesinleşen şahsın, artık suç olmadığı bilinen bir eylemi işledi diye, cezasının infaz edilmesinin hukuki açıdan doğru bir yaklaşım tarzı olmayacağı düşüncesindeyiz.

Anayasa Mahkemesi beş ay içinde karar vermediği durumda Anayasa'nın 152. maddesindeki, "*Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır.*" hükmü uyarınca dava mahkemesinin

⁷²⁴ **Gerekçeli Anayasa**, 1984, s. 198.

⁷²⁵ ÖZTÜRK, Kazım: **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası**, C. 3, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1966, s. 3792 (1966 b).

⁷²⁶ ROSSI, s. 346.; EREM, Faruk: "Ceza Hukuku Yönünden Anayasaya Aykırılık İddiası", **Adalet Dergisi**, Yıl 53, S. 1, 1962, s. 469-270 (1962 b).

⁷²⁷ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: "Ceza Hukuku Açısından 1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 2, 1962, s. 301-302.

mevcut kanuna göre çözümlenip esas hakkında verdiği karar kesinleştikten sonra, Anayasa Mahkemesi aksine bir karar verirse, Anayasa Mahkemesi kararının dava mahkemesinin kesinleşmiş kararını hükümsüz kılmayacağı açıktır. ULER, kanunun iptal ile ortadan kalkmış olması ile yasal dayanağı ortadan kalkmış yargılamanın yenilenmesinin, yeni kanıtlar ele geçmesine ya da tarafları ve sebebi aynı olan bir dava hakkında verilen karara aykırı yeni bir kararın verilmesine sebep olabilecek kanuni bir dayanak yokken aynı mahkeme yahut başka bir mahkeme tarafından evvelki ilam hükmüne aykırı bir karar verilmiş bulunmasına oranla çok daha önemli ve geçerli bir neden sayılması gerektiğini; böylece, iptal kararından sonra gerekirse yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebileceğini, ancak ceza mahkumiyeti durumunda buna bile gerek olmadığını belirtmektedir.⁷²⁸ BOYACIOĞLU ve KIRATLI usul kanunlarında yargılamanın yenilenmesi yolunu kabul etmekle bu sorunun aşılacağı görüşündedirler.⁷²⁹ EREM, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının hangi hallerde geri yürüyeceğinin Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da ayrıntılı olarak düzenlenmesi ile bu sorunun aşılmasının uygun olacağını belirtmektedir.⁷³⁰ Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümezliği ilkesini haklı gerekçelerle olağan karşılamak mümkünken, itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuruda, Anayasa Mahkemesi'nin beş ay içinde karar vermemesi sebebiyle "... *Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır...*" hükmünden kaynaklı olarak verilmiş ve kesinleşmiş olan kararın, Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararından etkilenmemesini kabul etmenin, Anayasa'ya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesini anlamsız kıldığı açıktır. Bizce burada Anayasa'nın kendisi içinde bir çelişki vardır. Bu nedenle biz, Yargılamanın yenilenmesi yoluna

⁷²⁸ ULER, 1988, s. 520.

⁷²⁹ BOYACIOĞLU, Ahmet: "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Defi Yolu İle Denetlenmesi", **Adalet Dergisi**, Yıl 53, S. 7-8, 1962, s. 721.; KIRATLI, 1966, s. 183.

⁷³⁰ EREM, 1962 a, s. 15.

başvurulabileceği hususunun Anayasa'nın 152. maddesinde belirtilmesi gerektiğini, aksi durumda, Anayasa'nın 152. maddesi açık iken usul kanunlarında veya Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da yapılacak düzenlemeyle sorunun aşılamayacağını düşünüyoruz.

Anayasa'nın 153. maddesi uyarınca *“Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmi Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.”* Bu süre 1961 Anayasası'nın 152. maddesinde altı ay olarak belirlenmişti. İptal kararının yürürlüğe girmesinin ertelenmesi uygulaması gerek 1961 Anayasası döneminde, gerek 1982 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi tarafından sıkça kullanılmıştır.⁷³¹ Kamu düzeni, hukuk düzeninde boşluk yaratmamak gibi gerekçelerle bu hükmün savunulacak tarafları varsa da, Anayasa'ya aykırılığı sabit olmuş bir normu, kısa bir süre için de olsa hukuk düzeninde yaşatmaya devam etmek, Anayasa'nın korunması amacıyla ve eşitlik ilkesiyle bağdaşmaz.⁷³² Ayrıca, kararın yayımı tarihinden sonra iptalin yürürlüğe gireceği tarihe kadar Anayasa'ya aykırı norm uyarınca yapılan işlemler

⁷³¹ İptal kararının yürürlüğünün ertelendiği örnek kararlar için Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 22.5.1963 tarih ve Esas 1963/205 Karar 1963/123 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 2, s. 21.; Anayasa Mahkemesi'nin 9.5.1972 tarih ve Esas 1971/58 Karar 1972/22 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 10, s. 385.; Anayasa Mahkemesi'nin 9.10.1997 tarih ve Esas 1997/55 Karar 1997/65 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 34, C. 1, s. 155.; Anayasa Mahkemesi'nin 24.6.2004 tarih ve Esas 2004/18 Karar 2004/89 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 40, C. 2, s. 829.; Anayasa Mahkemesi'nin 31.10.2000 tarih ve Esas 2000/73 Karar 2000/45 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 36, C. 2, s. 889.; Anayasa Mahkemesi'nin 21.5.2003 tarih ve Esas 2003/39 Karar 2003/40 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 39, C. 1, s. 532-533.; Anayasa Mahkemesi'nin 2.12.2004 tarih ve Esas 2001/216 Karar 2004/120 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 41, s. 259.; Anayasa Mahkemesi'nin 18.1.2005 tarih ve Esas 2004/118 Karar 2005/8 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 41, s. 390.; Anayasa Mahkemesi'nin 25.11.1993 tarih ve Esas 1993/49 Karar 1993/51 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 29, C. 2, s. 806.; Anayasa Mahkemesi'nin 21.1.2004 tarih ve Esas 2002/166 Karar 2004/3 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 40, C. 1, s. 317.; Anayasa Mahkemesi'nin 10.12.2001 tarih ve Esas 2000/42 Karar 2001/361 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 38, C. 1, s. 431.

⁷³² KIRATLI, 1966, s. 185.

hızlanabileceği gibi⁷³³, normu uygulayacak mercilerin tereddüt ve isteksizliğe düşmesi ihtimali de sözkonusu olabilir. Anayasa Mahkemesi'nce kanunun iptal edilmesi fakat yürürlüğe girmesinin bir yıla kadar ertelenmiş olması durumunda, iptal hükmü yürürlüğe girinceye kadar iptale konu kanun geçerliliğini koruyacaktır. Ancak bu durum, bakılmakta olan bir dava sırasında tarafların davada uygulanan kanunun Anayasa'ya aykırılık iddialarının Mahkemenin takdirine kalmaksızın ciddi bulunması sonucunu doğuracaktır. KIRATLI'ya göre ortaya çıkan bu durum iptal kararının yürürlüğe girmesinin ertelenmesinin gereksizliğini açık olarak ortaya koymaktadır.⁷³⁴ ULER ise, süre vermenin yalnızca Yasama Organı'na yönelik olduğu, yürütme ve yargı organlarının iptal kararıyla bağlı olacağı şeklindeki çözümün bulunabilecek ve uygulanabilecek tek çözüm olduğunu belirtmektedir.⁷³⁵ Anayasa Mahkemesi itiraz yoluyla kendisine gelen bir davada iptal kararı verdiği halde, iptal kararının yürürlüğe girişini Anayasa'nın 153. maddesine göre 1 yıla kadar ertelediği zaman, itiraz yoluna başvuran mahkeme, bu iptal kararını dikkate almaksızın sanki böyle bir iptal kararı yokmuş gibi davayı sonuçlandıracaktır. AZRAK burada itiraz mahkemesinin Anayasa'ya aykırılığı hüküm altına alınmış olan kanunu uygulamaya mecbur edilmesi halinde, bunun iptal hükmünün geriye yürümesi yerine erteleme kararının geriye yürümesi anlamına geleceğini, dava açmış olup da Anayasa'ya aykırılık itirazı kabul edilmiş olan ilgilinin davasında iptal kararı dikkate alınmazsa, sorunun onun açısından aleyhte sonuca bağlanmış olacağını, dava mahkemesi karar verdiğinde, bu davacı yönünden sorunu tekrar ele alma olanağının da olmayacağını, bu nedenle

⁷³³ Bu hususa konu teşkil eden kararlar için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 13.6.1995 tarih ve Esas 1984/14 Karar 1985/7 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 10, s. 273-293.; Anayasa Mahkemesi'nin 9.10.1986 tarih ve Esas 1986/118 Karar 1986/24 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 22, s. 265-266.; Anayasa Mahkemesi'nin 28.6.1989 tarih ve Esas 1988/61 Karar 1989/28 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 25, s. 322-333.; Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 tarih ve Esas 1985/11 Karar 1986/29 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 22, s. 433-475.; Anayasa Mahkemesi'nin 24.5.1988 tarih ve Esas 1988/11 Karar 1988/11 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 24, s. 138-161.; Anayasa Mahkemesi'nin 2.2.1993 tarih ve Esas 1992/38 Karar 1993/5 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 29, C. 1, s. 234-253.

⁷³⁴ KIRATLI, 1966, s. 185.

⁷³⁵ ULER, 1988, s. 527.

dava mahkemesinin de kendi vereceği kararı Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihe kadar bekletmesi gerektiğini, bununla beraber iki taraflı davalarda taraflardan birinin çıkarı bu sorunun hemen çözümlenmesini gerektiriyorsa, mahkemenin bu yola başvurmasının da imkansız olduğunu belirtmektedir.⁷³⁶ Biz, Anayasa'nın 153. maddesindeki "...*Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir...*" hükmünün yanında, bu hükmün sonuç doğurabilmesi açısından, Yasama Organı'na yeni normu yapması için zorlayıcı bir süre tanınması gerektiğini düşünüyoruz.

1961 Anayasası'nın Temsilciler Meclisi'nde görüşülmesi sırasında Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonuna yöneltilen "...*Anayasa Mahkemesi, bir kanunu, Anayasa'ya aykırı görerek iptal etmiştir. Ancak, bu Kanunun ilgili hükmü daha altı ay yürürlükte bırakılacaksa, bu takdirde, hüküm vatandaş hakkında uygulanacak mı, uygulanmayacak mı? Bu Kanun, artık yürürlükte olmadığına göre, acaba vatandaş, mahkemede, bu kanun, Anayasa'ya aykırıdır bana tatbik edilemez diye, defî yoluyla itiraz edebilecek mi, edemeyecek mi?...*" şeklindeki soru, komisyon sözcüsü AKSOY tarafından "...*Bu altı aylık müddetin konulmasının sebebi, iptal istemiyle bir kanun boşluğuna mani olmak içindir. Yoksa Anayasa'ya aykırı olan kanunu vatandaşlara tatbik etmek için değil, binaenaleyh bu devre içinde dahi defî davası açmak gayet tabii caizdir...*" şeklinde cevaplandırılmıştır.⁷³⁷ 1961 Anayasası'nın 152/4. maddesi "*Anayasa Mahkemesi, diğer mahkemelerden gelen Anayasaya aykırılık iddiaları üzerine verdiği hükümlerin, olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı olacağına da karar verebilir.*" hükmünü içeriyordu. Anayasa Mahkemesi genellikle iptal kararının olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı olmasına karar verirken, özellikle, iptal edilen hükmün halen yürürlükten kalkmış

⁷³⁶ AZRAK, 1984, s. 164-165.

⁷³⁷ **Türkiye Cumhuriyeti Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi**, C. 4, 1961, s. 224-225.

bulunması gerekçesine dayanmıştır.⁷³⁸ Anayasa Mahkemesi daha önce iptal ettiği ve iptal kararının 6 ay sonra yürürlüğe girmesine karar verdiği 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 15. maddesinin iptali için açılan davada olayla sınırlı karar verilmesi sorununu ele aldığı kararında; "...A)Söz konusu Anayasa Mahkemesi kararının Resmi Gazete'de yayımlanacağı tarihten altı ay sonraya kadar yürürlükte kalacak olan 1402 sayılı Kanunun 15. maddesi hükmü, bu süre içinde herkes hakkında uygulanırken sadece bu davanın sanığı olup 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar hakkındaki Kanuna aykırı olarak bıçak bulundurduğu iddiasıyla hakkında kovuşturma yapılmakta olan kişi bundan hariç tutulmuş olacaktır. Ortada, bu kişi hakkında herkesten ayrı böyle bir işlem yapılmasını zorunlu kılan veya haklı gösteren her hangi bir neden de mevcut değildir. Bu duruma göre, Anayasa'nın 152. maddesindeki yetki kullanılmak suretiyle (olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı) nitelikte karar verilmesi halinde: aa) Anayasa'nın 12. maddesine aykırı olarak eşitliği bozucu bir sonuç meydana gelecek; bb) Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptaline karar verilmiş bulunan bir hükmün Anayasa Mahkemesi kararıyla bir süre daha yürürlükte kalmasını zorunlu kılan kamu yararı düşüncesi, bu kişi söz konusu oldukça değerden düşmüş olacak ve mahkemenin önceki kararının yürürlük tarihinin altı ay sonraya bırakılmasına ilişkin gerekçesi de anlamsız kalacaktır...B- a) Anayasa'nın değişik 152. maddesinin dördüncü fıkrasında '...mahkemelerden gelen Anayasa'ya aykırılık iddiaları üzerine verilen hükümler' den söz edilmektedir. Anayasa Mahkemesi olayda, iptal hükmünü Nallıhan Asliye Ceza Mahkemesinden gelen aykırılık iddiası üzerine vermiş değildir, iptale çok daha önce bir dava sonunda 15,16.2.1972 günlü, 1971/31 - 1972/5 sayılı kararla gidilmiştir. Burada öngörülen, itiraz konusu kanun maddesinin iptal istemi yönünden yeniden incelenmesine ve karara bağlanmasına yer olmadığıdır. b) Yukarıda (a) bendinde değinilen durum

⁷³⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 27.6.1972 tarih ve Esas 1972/26 Karar 1972/38 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 10, s. 514-515.

gözönünde tutulmasa dahi 1402 sayılı Kanununun 15. maddesinin iptali hükmünün yürürlüğe girebilmesi için Anayasa Mahkemesi'nin öngördüğü altı aylık sürede dayandığı gerekçenin bir bölümü ve Nallıhan Asliye Ceza Mahkemesinin bakmakta olduğu dava sanığının işlediği ileri sürülen eylemin niteliğinin gerekçenin o bölümünü bu iş yönünden de geçerli kılmakta oluşu karşısında Anayasa'nın değişik 152. maddesinin dördüncü fıkrasındaki yetkinin olayda uygulanmasının gerekmeyeceği yolunda bir sonuca varılması olağan ve doğaldır...⁷³⁹ demıştır. Anayasa Mahkemesi, bu kararında geriye yürümezlik ilkesinin mutlak olmamasının sadece itiraz başvurusuna konu dava ile sınırlı bulunduğunu, bu itiraz başvurusu sonucunda, iptal kararı verilmiş, ancak iptal kararının yürürlüğe girmesi için belirli bir süre öngörülmüşse, artık başka itiraz yolu ile yapılan başvuruların değerlendirmeye alınamayacağını, çünkü kanunun yürürlükte olduğunu belirtmiştir. 1961 Anayasası'nın yapımında Anayasa Komisyon Sözcüsü'nün; "Bu altı aylık müddetin konulmasının sebebi, iptal istemiyle bir kanun boşluğuna mani olmak içindir. Yoksa Anayasa'ya aykırı olan kanunu vatandaşlara tatbik etmek için değil, binaenaleyh bu devre içinde dahi defî davası açmak gayet tabii caizdir" şeklindeki açıklamasının hukuk uygulamasında hayat bulmadığını görüyoruz.

Danıştay 5. Dairesi, Anayasa Mahkemesi'nin geri yürümenin sadece kanun hükmünün iptal edildiği davanın açıldığı uyuşmazlık için sözkonusu olduğu yönündeki görüşünün aksine olarak, ileri tarihte yürürlüğe girmesi kararlaştırılan bir iptal kararı ile ilgili olarak; "...Anayasa'nın, itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması durumunu düzenleyen 152. maddesinin 1. fıkrası 'Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesi'nin

⁷³⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 16.5.1972 tarih ve Esas 1972/18 Karar 1972/24 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 10, s. 394-395. Benzer mahiyette karar için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 20.4.1971 tarih ve Esas 1970/56 Karar 1971/45 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 9, s. 483-484.

bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır' hükmünü taşımakta; 3. fıkrasında da 'Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır.' kuralı yer almaktadır. Böylece Anayasa Koyucu, Anayasa'ya aykırılığı "ciddi" görülen ve kişilerin öznel (sübjektif) hakları üzerinde etki yapan bir kanun hükmünün o davanın taraflarına uygulanmasını Anayasa Mahkemesi'nce karar verilinceye kadar durdurmakta ve kişiler bu yolla, Anayasa'nın üstünlüğü prensibinin doğal sonucu olarak, Anayasa'ya aykırı bir kanunun uygulanmasından korunmakta ve himayesi altına alınmış olmaktadır. Olayda, dava konusu işlem 308 sayılı Kanun Hükmünde Kararname uyarınca tesis edilmiş olup; temyiz dilekçesi üzerinde yapılan ilk inceleme evresinde sözü geçen Kanun Hükmünde Kararnamenin Anayasa'ya aykırılığı üzerinde durulmuş ve Dairemizce itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması yönünde görüş birliğine varılmış olmakla birlikte aynı konuda Anamuhalefet partisi tarafından Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmış olduğu gözönünde tutularak itiraz yoluna başvurulması gerekli görülmemiştir. Sonuçta Anayasa Mahkemesi'nin 22.12.1988 günlü, Esas 1988/5, Karar 1988/55 sayılı kararıyla 308 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin kimi hükümleriyle birlikte dava konusu işleme dayanak oluşturan 45. maddesinin 8. fıkrası da Anayasa'nın 37. ve 155. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiş ve 25.7.1989 günlü, 20232 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan bu kararın, yayımlandığı günden altı ay sonra, yani 25.1.1990 tarihinde yürürlüğe gireceği kararın (D) bendinde hükme bağlanmıştır. Her ne kadar, Anayasa'nın 153. maddesinin 3. fıkrası 'Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi içtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar, gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca

kararlaştırabilir...'; beşinci fıkrası ise 'iptal kararları geriye yürümez' kuralını taşıtmakta ise de; Anayasa Mahkemesi'nce bir kanunun" veya kanun hükmünde kararnamenin tümünün ya da bunların belirli hükümlerinin Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiş olduğu bilindiği halde eldeki davaların Anayasa'ya aykırılığı saptanmış olan kurallara göre görüşölüp çözümlenmesi, Anayasa'nın üstünlüğu prensibine ve hukuk devleti ilkesine aykırı düşeceği için uygun görülemez. Bir başka anlatımla, **Anayasa Mahkemesi'nin, iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi ileriye dönük olarak ertelemiş bulunması öncelikle Yasama Organı'na aynı konuda, iptal kararının gerekçesine uygun olarak, yeni bir düzenleme için olanak tanımak ve ortada hukuki bir boşluk yaratmamak amacına yönelik olup yargı mercilerinin bakmakta oldukları uyuşmazlıklarda hukuka ve Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiş kuralları uygulaması ve uyuşmazlıkları bu kurallara göre çözümlenmesi sonucunu doğurmaz (abç)... Her ne kadar 308 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 45. maddesinin 8. fıkrasının iptali için, yukarıda da belirtildiği üzere ana muhalefet partisinin iptal davası açmış olduğu gözönünde tutularak, Dairemizce itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmamış ise de, eldeki işin henüz sonuçlanmamış olması karşısında iptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesinin bu davada uygulanmasına yer olmadığı açık bulunmaktadır...⁷⁴⁰ diyerek iptal kararlarında derdest davalar için geriye yürümezlik ilkesinin geçerli olmadığını, davanın başka başvuruclar tarafından açılmasının bu durumu değiştirmeyeceğini, iptalin yürürlüğe girmesi için süre verilmiş olmasının yargı mercilerinin bakmakta oldukları uyuşmazlıklarda hukuka ve Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiş kuralları uygulaması ve uyuşmazlıkları bu kurallara göre çözümlenmesi sonucunu doğurmayacağını belirtmiştir.**

⁷⁴⁰ Danıştay 5. Daire Başkanlığının 13.11.1989 tarih ve Esas 1989/779 Karar 1989/1919 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, Yıl 20, S. 78-79, sayfa 261-263.

Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı olduğu tespit edilen normun yalnız o davada ve yalnız o davanın tarafları için Anayasa'ya aykırı olduğunu kabul ve diğer davalarda ve başka taraflar hakkında Anayasa'ya aykırı olmadığını düşünmek mantıken doğru olmaz. Anayasa'ya aykırılık kararlarının Resmi Gazete'de yayınlandığı dikkate alındığında, herkesin öğrendiği bu Anayasa'ya aykırılığa rağmen kanunun genel olarak yürürlükte kalması, Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi ve normlar hiyerarşisine ciddi zarar verir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi'nin bu kararını öğrenen aynı kanunun uygulandığı diğer dava taraflarının dava sırasında bulunacakları aykırılık iddiası mahkemelerin bir tür zorunlu iddianın ciddi bulunması kararı ile ve devamında Anayasa Mahkemesi'nin zaten vermiş olduğu iptal kararını tekrarıyla sonuçlanır düşüncesindeyiz.⁷⁴¹ ALİEFENDİOĞLU; olayla sınırlı yalnız tarafları bağlayacak biçimde karar yetkisinin özellikle bütçe yasalarında iptal edilmiş bir normun Anayasa'ya uygunluk denetimi için uygun bir formül olduğu düşüncesindedir.⁷⁴²

Geri yürümezliğin savunulmasının temel nedeni, geri yürümenin hukuk güvenliğini sarsacağı endişesidir.⁷⁴³ Kanunun iptal kararının yürürlüğe girdiği tarihten itibaren hükümsüz kaldığı kabul edilirse, bir çok kazanılmış hakkın ihlal olunması, o kanuna dayanarak yapılmış bütün işlem ve eylemlerin geçersiz olması gerekecektir.⁷⁴⁴ Bazı yazarlar, iptal kararının geriye yürümemesinin kural olarak daha doğru olduğunu, bunun adalet ile hukuk güvenliği arasındaki hukuki değer seçiminde fayda ve mahsur karşılaştırması yapıldığında hukuk güvenliğinin daha ağır basmasına dayandığını belirtirken⁷⁴⁵; karşı düşüncede olanlar ise, adalet ilkesinin bazen Anayasa'ya aykırı bir kanunun iptali kararının geriye yürümesini

⁷⁴¹ Aynı yönde görüş için bkz. KIRATLI, 1966, s. 186.; ARIK, 1961, s. 846.; AZRAK, 1963, s.691.

⁷⁴² ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: "Sunulan Raporlar Kapsamında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Sorunlarının Tartışılması Paneli", **Anayasa Yargısı**, 21, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 51, s. 157.

⁷⁴³ ULER, 1988, s. 529.

⁷⁴⁴ FEYZİOĞLU, 1951, s. 58-59.

⁷⁴⁵ KIRATLI, 1966, s. 178-179.

gerektirdiğini⁷⁴⁶, iptal kararının geriye yürümemesi ilkesinin hukuk mantığına değil, faydacı bir düşünceye dayandığını, kanunlar Anayasa'ya aykırı olamayacağından Anayasa'ya aykırı olduğu kabul edilen bir metnin kanun olamayacağını belirtmektedirler.⁷⁴⁷ GÜNEŞ ise, daha da keskin bir yaklaşımla, geriye yürümezlik ilkesinin, iptal kararlarının geriye yürümezliği değil, bir kanun olarak Anayasa'nın geriye yürümezliği olduğunu söylemektedir.⁷⁴⁸

Anayasa'nın 153. maddesinin 5. fıkrası uyarınca "İptal kararları geriye yürümez.". Geriye yürüme yasağı, katı bir biçimde uygulandığı takdirde, adaletsizliğin yanında, mantığa uymayacak sonuçlar da ortaya çıkabilir. İtiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvuru sonucunda iptal kararı verildiğinde, iptal kararının geriye yürümeyeceğinin, bu normun iptali için Anayasa Mahkemesi'ne müracaat etmiş olan mahkemede uyuşmazlıkta iptal kararının dikkate alınmayacağına söylenmesi, Anayasa'nın "Anayasa'ya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi"nin düzenlendiği 152. maddesini anlamsız kılar. 152. madde uyarınca "*Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.*" Bu düzenlemeden çok açık olarak itiraz yolunda Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının geri yürüyeceğinin Anayasa'da düzenlenmiş olduğunu söylemek mümkündür. Aksi halde itiraz yoluna başvuran mahkemenin Anayasa Mahkemesi'nin vereceği kararı beklemesinin bir anlamı kalmayacaktır. 1961 Anayasası döneminde ise 152. maddede "iptal kararı geriye yürümez." dendiğinden sonra, Anayasa Mahkemesi'nin,

⁷⁴⁶ AZRAK, 1984, s. 159.; ULER, 1988, s. 529.; FEYZİOĞLU, 1951, s. 59.; KUZU, Burhan: "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, **Ord.Prof.Sulhi Dönmezer'e Armağan**, C. 52, S. 1-4, 1987, s. 201.

⁷⁴⁷ EREM, 1962 b, s.462.

⁷⁴⁸ GÜNEŞ, Turan: "CHP'nin Haksız İktisaplarının İadesi Hakkında 6195 Sayılı Kanunu İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 18, S. 3-4, 1963, s. 352.

diğer mahkemelerden gelen Anayasa'ya aykırılık iddiaları üzerine verdiği hükümlerin, olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı olacağına karar verebileceğinin düzenlenmiş olmasıyla kesin bir geriye yürüme yasağı varmış gibi düşünülebilirse de, olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı olacağına hükmedilmeden iptal kararı verildiğinde, bu iptal hükmü itiraz yoluna başvuran mahkemedeki uyuşmazlıkta dikkate alınmayacak anlamına gelmemektedir. Aksi yorum itiraz yolunu anlamsız kılar. Gerek 1961, gerekse 1982 Anayasası dönemlerinde itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne yapılan başvurular sonucunda verilen iptal kararları, uyuşmazlık konusu olayın çözümünde dikkate alınmıştır.

ULER, Anayasa'da iptal olunan kanunun "yürürlükten kalkması", "iptal kararının yürürlüğe girmesi"nden söz edilmesini, kullanılan terimlerin özensizce seçilmiş olmasına bağlamakta, yürürlük tabirinin hukuk kuralları için kullanılan bir terim olduğunu, yargı kararlarının kesinleşmesi, kesin hüküm olması, bağlayıcı olmasının sözkonusu olabileceğini, iptalin bir kaldırma (ilga) olmadığını belirtmektedir.⁷⁴⁹ KIRATLI ise, teorik olarak iptal kararının bildirici olduğuna, yani iptal edilen kanunu yoklukla malul kıldığına söylenebileceğine dikkat çekmekte; ancak, geriye yürümezlik ilkesinin, kararın mahiyetini değiştirdiğini ve kanunu iptal tarihine kadar geçerli kıldığını, bu nedenle, "yürürlükten kaldırma" ile "iptal"ın farklı kavramlar olmakla birlikte, sonuçlarının aynı olduğunu savunmaktadır.⁷⁵⁰

Danıştay, gerek 1961 Anayasası döneminde, gerek 1982 Anayasası döneminde verdiği kararlarında genel olarak idari yargıda derdest olan davalarda uygulanması gereken bir kanun hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptali halinde, iptal kararının geriye yürüyeceğini ve bu hükümlerin uygulanmayacağını belirtmektedir. Danıştay 5. Dairesi, bu hususu; "...Anayasa'nın 153. maddesinde yer alan ve iptal kararlarının geriye yürümezliğine ilişkin bulunan kural, iptal edilen

⁷⁴⁹ ULER, 1988, s. 517.

⁷⁵⁰ KIRATLI, 1966, s. 186-187. Aynı yönde görüş için bkz. ARMAĞAN, 1967 a, s. 146.

*hükümlere göre kazanılmış olan hakların ortadan kaldırılmasına veya toplum huzurunun bozulmasına yol açacak sonuçları önlemek amacıyla kabul edilmiş olup bu kuralın mutlak anlamda anlaşılıp uygulanamayacağı; özellikle bir davaya bakmakta olan mahkeme tarafından itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne götürülen konularda uygulanmasının mümkün olmadığı; aksi halde Anayasa'nın 152. maddesinde düzenlenmiş olan 'Anayasa'ya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi' (itiraz) yolunun hukuk ve uygulama yönünden sonuçsuz kalacağı hem öğretide hem de yargısal içtihatlarla kabul edilmiş bulunmaktadır. Nitekim Anayasa'nın, itiraz yoluna başvuru kanun ya da kanun hükmünde kararname ile ilgili Anayasa Mahkemesi kararının beş ay içinde gelmemesi halinde mahkemenin davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandıracağına işaret eden **152. maddesinin 3. fıkrasında yer alan 'Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır.'** yolundaki kural da **Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararlarının, bu karardan önce açılmış bulunan ve bakılmakta olan davalarda uygulanması gerektiğini açıkça vurgulamaktadır (abç)...**⁷⁵¹ diyerek kararında açıklarken, Danıştay 1. Dairesi; "Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı üzere Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümezliği kuralı, kazanılmış hakların korunmasını amaçlamaktadır. **Bu kuralın yalnız söze bağlı kalınarak yorumlanması, hukuk devleti ilkesine ve bu ilke içinde var olan adalet ve eşitlik ilkelerine aykırı sonuçlar verebilecek ve itiraz yoluyla yapılacak denetimin de amacına ters düşecektir (abç).**"⁷⁵² şeklinde geri yürümezliğin mutlak olarak algılanmasının, hukuk devleti ilkesine ve bu ilke içinde var olan adalet ve eşitlik ilkelerine aykırı sonuçlar doğuracağını belirtmektedir. 1961 Anayasası*

⁷⁵¹ Danıştay 5. Daire Başkanlığının 13.11.1989 tarih ve Esas 1989/779 Karar 1989/1919 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, Yıl 20, S. 78-79, sayfa 263.

⁷⁵² Danıştay 1. Dairesinin 11.2.2004 tarih ve 2004/8-11 E.K. sayılı kararı, <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 10.12.2007.

döneminde Danıştay Dava Daireleri Kurulu, bir kararında, “...Her ne kadar Anayasa'nın 152. maddesinin 3. fıkrası ile Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşu ve yargılama usulleri hakkındaki 44 sayılı Kanunun 50. maddesinin 6. fıkrasında, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının geriye yürüyemeyeceği belirtilmiş ise de, bu hükmün iptal kararlarının ihtilaf haline getirilmemiş muamelelere tesir etmeyeceği manasında anlaşılması gerekir. Aksi halde mahkemelerin itiraz yoluyla gönderdikleri işler hakkında Anayasa Mahkemesi'nin vereceği karara kadar davayı geri bırakacağı yolundaki Anayasa'nın 151. maddesinin 1. fıkrası ile, Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşu ve yargılama usulleri hakkındaki 44 sayılı Kanunun aynı mealdeki 27. maddesinin, itiraz yoluyla mahkemelerce gönderilen işlerde üç ay içinde Anayasa Mahkemesi tarafından karar verilmezse, mahkemenin Anayasa'ya aykırılık iddiasını, kendi kanısına göre çözümlenerek davayı yürüteceği yolundaki dördüncü fıkrası hükmü mesnetsiz kalmaktadır...”⁷⁵³ diyerek, geriye yürümeme tabirinin iptal kararlarının uyumsuzluk haline getirilmemiş durumlara tesir etmeyeceği manasında anlaşılması gerektiğini belirtmiş; Danıştay 5. Dairesi de, bir kararında; “...(geriye yürümezlik) mutlak manada kabul edildiği takdirde, Anayasa'ya aykırı bir kanuna dayanarak yapılan tasarruflar daima ve tabii olarak iptal kararından önce olacağı için, verilecek iptal kararı davacının hukukuna sirayet edemeyecek ve sonuç olarak iptal kararı hukuki neticeden yoksun kalacaktır ki, bu görüşü kabule imkan yoktur. Bu itibarla Anayasa'nın 152. maddesinin son fıkrası hükmünü ancak kazanılmış hakları saklı tutmaya yönelik olarak kabul etmek gerekir...”⁷⁵⁴ diyerek, geriye

⁷⁵³ Danıştay Dava Daireleri Kurulu'nun 8.12.1967 tarih ve Esas 1961/59 Karar 1967/1095 sayılı kararı, **Danıştay Kararlar Dergisi**, Yıl 31, S. 119-122, sayfa 108. Aynı içerikli kararlar için bkz. Danıştay Dava Daireleri Kurulunun 16.12.1966 tarih ve Esas 1963/386 Karar 1966/1642 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, Yıl 30, S. 107-110, s.120.; Danıştay 9. Dairesinin 19.12.1968 tarih ve Esas 1968/726 Karar 1968/3132 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, Yıl 32, S. 127-130, s. 301.

⁷⁵⁴ Danıştay 5. Daire Başkanlığının 27.12.1963 tarih ve Esas 1962/2199 Karar 1963/4567 sayılı kararı, **Danıştay Kararlar Dergisi**, S. 91-92, sayfa 112.; Danıştay 5. Daire Başkanlığının 3.2.1964 tarih ve Esas 1963/2420 Karar 1964/646 sayılı kararı, **Danıştay Kararlar Dergisi**, Yıl 23, S. 93-94, s. 267.; Danıştay 5. Daire Başkanlığının 5.12.1963 tarih ve Esas 1963/3000 Karar 1963/4147 sayılı kararı, **Danıştay Kararlar Dergisi**, Yıl 23, S. 91-92, s. 114.

yürümezliğin, kazanılmış hakları saklı tutmaya yönelik olarak kabul etmek gerektiği vurgusunu yapmıştır. Danıştay 8. Dairesi ise; “...‘İptal kararı geriye yürümez’ hükmünden hareket olunarak, bu dosya ile dava konusu edilen olayda yahut ihtilaf konusu edilmiş olup da halen görülmekte bulunan diğer davalarda iptal kararının uygulanamayacağı neticesinin çıkarılması, her şeyden evvel Anayasa’nın 151. maddesi hükmüne ve 152. maddede yer alan ‘Anayasa Mahkemesi kararları, devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar’ tarzında ifadesini bulan temel hukuk kurallarına aykırı düşer. Böyle bir telakki, Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürütülmesine değil hiç yürümemesi neticesini ortaya koyduğundan, Anayasa ve hukuk dışı böyle bir düşünce tasvip olunamaz ve Anayasa Mahkemesi’nce ittihaz edilmiş iptal kararının bu davada uygulanması, Anayasa Mahkemesi kararının geriye yürütülmesi olarak asla nitelendirilemez.”⁷⁵⁵ diyerek, “İptal kararı geriye yürümez” hükmünden, iptal hususunda dava konusu edilen olayda, yahut ihtilaf konusu edilmiş olup da halen görülmekte bulunan diğer davalarda, iptal kararının uygulanamayacağı neticesinin çıkarılmayacağını, derdest davalarda iptalin geri yürüyeceğini belirtmiştir.

1750 Sayılı Kanun uyarınca görevine son verilen bir üniversitede görevli Asistan ile ilgili davada, dava konusu işlemin dayanağı olan 1750 sayılı Kanun’un 30. maddesi Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş ve iptal kararının yayımı gününden başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi kararlaştırılmışken⁷⁵⁶, Danıştay 5. Dairesi, “...44 sayılı yasanın 50., Anayasa’nın 151 ve 152. maddeleri hükümlerinde bir yasa hükmünün Anayasa’ya aykırılığı nedeniyle iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi kararının ilgili yargı yerinde görülmekte olan davada uygulanması öngörülmüş olup bu husus geriye yürütme

⁷⁵⁵ Danıştay 8. Dairesinin 17.9.1968 tarih ve Esas 1967/153 Karar 1968/2783 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, Yıl 32, S. 127-130, s. 266.

⁷⁵⁶ Anayasa Mahkemesi’nin 11, 12, 13, 14 ve 25.2.1975 tarih ve Esas 1973/38 Karar 1975/23 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 13, s. 214-268.

olarak kabul edilmediği gibi 'iptal kararı geriye yürümez' hükmünden hareket olunarak bu dosya ile dava konusu edilen olayda yahut uyuşmazlık konusu edilmiş olup da halen görülmekte bulunan diğer davalarda iptal kararlarının uygulanmayacağı sonucuna ulaşılamayacağı zira böyle bir sonuç iptal kararlarının hiç uygulanmaması durumunu doğuracağından, Anayasa ve hukuk dışı olan bu şekildeki düşüncenin kabul edilemeyeceği, bu nedenle iptal edilmiş yasa hükmüne dayanan ve hukuki dayanağı ortadan kalkmış bulunan dava konusu işlemin iptaline...⁷⁵⁷ şeklinde karar vermiş; bir başka davada Danıştay 8. Dairesi, önündeki bir uyuşmazlık nedeniyle uygulanan 5590 sayılı Kanunun 57. maddesindeki Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bularak iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuş ve Anayasa Mahkemesi'nce 5590 sayılı Kanunun 57. maddesinde yer alan "mahiyetleri ve neveleri tüzükte gösterilecek hizmetler karşılığı alınacak ücretler..." kuralının "tescil ücreti" açısından sınırlandırılarak incelenen kesimi, aynı maddenin "tescil ücretine ait meclisçe tanzim olunacak nispet tarifesi Bakanlık'ça tasdik olunur" ve "Aynı muamele için yalnız bir taraftan tescil ücreti alınır" biçimindeki hükümleri Anayasa'nın 61. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiş, söz konusu 57. madde hükmünün tescil ücreti açısından iptali sonucunda bir boşluğun oluşacağı ve böylece borsaların en önemli gelir kaynaklarından birini yitirecekleri, bu durumun kamu hizmetinin yürütülmesini aksatacak bir ağırlık taşıdığı gerekçelerine dayanılarak verilen iptal hükmünün, Resmi Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe konulmasına karar verilmiştir.⁷⁵⁸ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, "...1961 Anayasası'nın 1488 sayılı Kanunla değişik 152. maddesine göre; 'Anayasa Mahkemesi'nce Anayasa'ya aykırı olduğundan iptaline karar verilen kanun veya içtüzük veya bunların iptal edilen hükümleri

⁷⁵⁷ Danıştay 5. Dairesinin 13.4.1977 tarih ve Esas 1975/8708 Karar 1977/1865 sayılı kararı, **Danıştay Beşinci Daire Kararları** (1970-1981), Birinci Kitap, C. II, Karar No. 2692, s. 432.

⁷⁵⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 27.1.1981 tarih ve Esas 1980/27 Karar 1981/9 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 19, s. 30.

gerekçeli kararın Resmi Gazete'de yayınlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez.' Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere bir kanunun derhal ve 'umuma şamil' olarak kalkmasından doğabilecek sakıncaları gidermek ve Yasama Organı'nın gereken tedbirleri almasını sağlamak maksadıyla, Anayasa Mahkemesi'ne, iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca tespit edebilme yetkisi tanınmıştır. Bu hukuki durum karşısında. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı yürürlüğe girinceye kadar iptal edilen kanun hükmünün uygulanmasına devam edileceği açıktır. **Anayasa Mahkemesi'nce verilen süre içinde, Yasama Organı'nın iptal kararında belirlenen ilkelere uygun olarak aynı konuda yeni bir kanun çıkarmış olması halinde yeni kanun eski kanun hükmünü ilga etmiş olacağı için artık eski kanun hükmünün Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının sonucunda yürürlükten kalktığı kabulü hukuken mümkün bulunmadığından, bu gibi durumlarda Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının 'geriye yürümezliği' kuralının tartışılmasına da gerek yoktur (abç).** Yukarıda yapılan açıklamaların tabii sonucu olarak, yürürlükten kaldırıldığı tarihe kadar eski kanun hükmünün uygulanmasına devam edilmesi ve yargı organının da önündeki uyuşmazlıkları olay tarihinde yürürlükte bulunan kanuna göre çözümlenerek karara bağlaması gerekmektedir. Dava konusu uyuşmazlıkta Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda anılan iptal kararı yürürlüğe girinceye kadar, 2567 sayılı Kanun çıkarılmış ve 5590 sayılı Kanunun 57. maddesi yeniden düzenlenerek borsa tescil ücretinin nisbi ücretlerde 20.000 lirayı geçmemek kaydıyla binde 5'ten ve maktu ücretlerde 20.000 liradan fazla olamayacağı belirlenmiştir. Bu durumda davanın işleme yönelik kısmının 5590 sayın kanunun işlem tarihinde yürürlükte olan 57. maddesine göre çözümlenmesi gerektiğine... karar verilerek esasın incelenmesine geçildi...⁷⁵⁹

⁷⁵⁹ Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 3.12.1982 tarih ve Esas 1982/128 Karar 1982/440

diyerek, Danıştay'ın daha önceki kararlarında oluşturduğu, “derdest idari davada Anayasa Mahkemesi'nin davaya konu kanun hükmünü iptali halinde iptal kararı geri yürür” içtihadını uygulamamış ve Anayasa Mahkemesi'nce iptalin yürürlüğe girmesi için verilen süre içinde, Yasama Organı'nın iptal kararında belirlenen ilkelere uygun olarak aynı konuda yeni bir kanun çıkarmış olması halinde yeni kanun eski kanun hükmünü ilga etmiş olacağı için artık eski kanun hükmünün Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının sonucunda yürürlükten kalktığı kabulü hukuken mümkün bulunmadığından, bu gibi durumlarda Anayasa Mahkemesi iptal kararlarının “geriye yürümezliği” kuralının tartışılmasına da gerek olmadığını söylemiştir.

Anayasa Mahkemesi, Cumhuriyet Halk Partisinin Haksız İktisaplarının İadesi Hakkındaki 14.12.1953 tarih ve 6195 sayılı Kanun'un Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla iptali istemiyle açılan davada *“Anayasa'nın 152. maddesinin üçüncü fıkrası, iptal kararının geriye yürümeyeceği hükmünü koymuş olmakla beraber bu hüküm, Anayasa'ya aykırı kanunların iptali için açılmış olan davaların görülmesine engel olmaz içtimai huzur düşüncesiyle konulduğu Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu raporundan anlaşılan Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümeyeceği hükmünün, hasıl edeceği sonuçların tayini uygulama ile ilgili bir işlem olup bu hüküm Mahkememizin görevini etkileyecek nitelikte değildir. Mahkememizin görevi usul ve kanun hükümlerine uygun olarak açılan bir davayı görmek ve iptali istenen kanun veya hükmün Anayasa'ya uygunluğunu veya aykırılığını belli ederek karara bağlamaktır; kararın geriye yürüyecek nitelikte olup olmayacağını tayin ve bunun sonuçlarını tespit etmek Anayasa Mahkemesi'nin görevi içinde bulunmamaktadır. Bu bakımdan. verilecek kararın geriye yürüyecek nitelikte olacağı düşüncesi ile açılan dava hakkında bir karar verilmesi gerekmeyeceği*

sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, Yıl 13, S. 50-51, 1984, s.152-153.

kabul edilemez (abc)⁷⁶⁰ diyerek kararın geriye yürüyecek nitelikte olup olmayacağını tayin ve bunun sonuçlarını tespit etmenin görevi olmadığını, Anayasa Mahkemesi'nin görevinin açılan davada iptali istenen normun Anayasa'ya uygunluğunu denetlemek olduğunu belirtmiştir. Karara muhalif olan üye GÜRÜN ise, karşıoyunda, *“6195 sayılı kanunun birinci maddesinin bahis konusu hükmü, ...tesirini yapmış ve bitirmiş olduğuna göre bu hüküm hakkında iptal kararı verilmesi, o tarihte neticelenmiş bu muameleye ait bir hüküm, bugünkü Anayasa bakımından yargılanması ve binnetice geriye yürüyecek nitelikte bir karar verilmesi sonucunu doğurur. Bu kararın; geriye yürümesi bahis konusu olamayacağına ve söz konusu kanun hükmünün başkaca uygulanması imkanı olmadığından geleceğe de bir tesiri bulunamayacağına göre mahkememiz Anayasa'ya aykırılık bakımından netice göstermeyecek bir işle meşgul olmuş duruma düşer... Anayasa Mahkemesi, vereceği kararların, mahiyetleri itibariyle geriye tesir edici bir hüküm taşımamaları kaydıyla, tatbikatçılar ve diğer merciler tarafından geriye yürüyecek surette tatbik edilip edilemeyeceği üzerinde durmakla mükellef değildir. Ancak bunun, mahkememizin vereceği kararın kendisinin, geriye yürüyecek nitelikte olması haliyle karıştırılmaması lazımdır. Nitekim, bu davada olduğu gibi, mahkememizin vereceği kararın konusunun; bir kanunun, devam etmekte ve daha da devam edecek olan hükümlerinin halen veya gelecekteki uygulamaları ile ilgili olmayıp tamamen geçmişte cereyan etmiş hadiseleri ve bir kanunun geçmişteki tatbik edilmiş bulunan hükümlerini hedef tutması halinde, o hükümlerin iptali hakkında verilecek karar kendiliğinden geriye yürüyecek bir nitelik taşımakta olacağından, bu gibi hallerde Anayasa Mahkemesi'nin kendisi de, Anayasa'nın 152. maddesi hükmünü gözönünde tutmak mecburiyetindedir. Zira sözü geçen 152. maddenin, tatbikatçıları vesair mercileri, Anayasa Mahkemesi kararlarını geriye yürütecek surette*

⁷⁶⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 11.10.1963 tarih ve Esas 1963/124 Karar 1963/243 sayılı Kararı, **AnayasaMahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 1, s. 427.

*uygulamaktan men ettiği hususunda nasıl herhangi bir tereddüt gösterilmiyorsa bu maddenin bizzat Anayasa Mahkemesi'ni de, geriye yürütmek suretiyle tesir gösterecek nitelikte karar vermekten evleviyetle menetmekte olduğu hususunda tereddüde düşünülmemek icap eder. Aksini düşünmek Anayasa'nın 152 nci maddesinin hem açık ifadesine, hem de maksat ve ruhuna uygun düşmez.*⁷⁶¹ demektedir. KUZU, karara muhalif olan Anayasa Mahkemesi üyesi GÜRÜN ile aynı doğrultuda, Anayasa Mahkemesi'nin, bu karar ile bir taraftan Anayasa'dan evvel hükmünü yitirmiş bir kanun hakkında ve o kanunun Anayasa'dan evvel meydana gelmiş netice ve tesirini giderici nitelikte karar verdiğini, iptal kararının geriye yürüyeceğini gördüğünü, fakat bu konunun kendisini değil, uygulamayı ilgilendireceğini söyleyerek çelişkili davrandığını belirtmektedir.⁷⁶² GÜNEŞ, iptal edilen kanunun şekli ve organik bir kanun olmakla beraber içerik itibariyle bir düzenleyici işlem olmadığını, bir sübjektif işlem olduğunu, CHP mallarının bir başka şahsın (hazinenin) mülkiyetine geçirildiğini, iptal edilenin de bu intikali tasarruf olduğunu, mülkiyeti intikal ettiren her hangi bir tasarrufun iptalinin, haksız mülkiyet edinenin bu mülkiyeti üzerinde ne tesir yaparsa, burada da hazinenin mülkiyetine o tesiri yapacağını, yani hazine mülkiyetinin sona ereceğini, muteber olmayan bir gayrimenkul satışının iptali ile 6195 sayılı kanunun iptali arasında içerik farkı olmadığını, geriye yürümezliğin, ancak, hazineye intikal tarihinden iptal tarihine kadar geçen sürede hazinenin bu mallardan bazılarını satmış ise, bu malları satın alan üçüncü şahısların mülkiyeti için sözkonusu olacağını, hazinenin bu süre içinde elde ettiği tabii ve hukuki semerelerin de CHP tarafından istenemeyeceğini belirtmektedir.⁷⁶³ ULER, bizim de iştirak ettiğimiz yaklaşımla, Anayasa'daki geri

⁷⁶¹ Üye Muhittin GÜRÜN'ün karşıoyu için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 11.10.1963 tarih ve Esas 1963/124 Karar 1963/243 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 1, s. 436-438.

⁷⁶² KUZU, 1987, s. 219-220.

⁷⁶³ GÜNEŞ, 1963, s. 360-361.

yürümezlik ilkesinin, sebepsiz zenginleşme durumunda sözkonusu olmayacağını belirtmektedir.⁷⁶⁴

Doktrinde, somut norm denetimi için geri yürüme, “ön mesele” kavramıyla da açıklanmaktadır.⁷⁶⁵ Bu görüşe göre, Anayasa'nın Anayasa'ya aykırılık sorununu bir ön mesele saydığı açıkça anlaşılmaktadır. Ön mesele hakkında verilen kararların ve varılan sonuçların eldeki davada uygulanması genel hukuk kuralları gereğidir. Ön mesele sayılan Anayasa'ya aykırılık sorununu çözümlen iptal kararı geriye yürüyerek mahkemenin elindeki ilgili davaya uygulanmayacak olsaydı, davanın bekletilmesine gerek kalmazdı. Bize göre, iptal kararı genel etkilidir. İptalin geri yürümesi bu iptalin somut ya da soyut norm denetimi sonucunda verilmesine bağlı değildir.⁷⁶⁶

1961 Anayasası'nın hazırlanmasında Kurucu Meclis Anayasa Komisyonu sözcüsü olarak görev almış olan GÜNEŞ, Anayasa'da “iptal kararlarının geri yürümeyeceği” ibaresinin yer almasını, sonradan yazdığı bir makalede, “...Gerçek şudur ki, Kurucu Meclis ve Anayasa Komisyonu mahiyet ve şümülünü iyice tespit etmeden, diğer maddelere çelişmeli bir hükmü Anayasa'ya ilave edivermiştir.” şeklinde açıklamaktadır.⁷⁶⁷ ULER, iptal kararı geri yürümez” şeklindeki Anayasa hükmünün sakatlıklar kuramına bir istisna değil, fakat iptal kararının kazanılmış hakları ve hukuksal kararlılık kazanmış durumları etkilememesi ilkesinin aşırı bir biçimde anlatımı olduğunu belirtmektedir.⁷⁶⁸ Anayasa Mahkemesi Üyesi TURAN ise Anayasa'da iptal kararlarının geri yürümeyeceği ibaresinin yer almasını, bir Anayasa Mahkemesi kararı hakkında yazdığı karşıoy yazısında; “...Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde karamamenin tamamını veya bir

⁷⁶⁴ ULER, 1988, s. 521.

⁷⁶⁵ ULER, 1988, s. 518.; OYTAN Muammer - ÖNBİLGİN Gürbüz: **T.C. Anayasasının İlke ve Kuralları ile Anayasa Mahkemesi Kararlar Dizini**, Doğan Basımevi, Ankara 1977, s. 231.

⁷⁶⁶ Aynı yönde bkz. ULER, 1988, s. 519.

⁷⁶⁷ GÜNEŞ, 1963, s. 358.

⁷⁶⁸ ULER, 1988, s. 532.

hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemediğinden yani kanun hükmünü değiştirmek veya bir hükmün Anayasa'ya uygun kısımlarını bırakıp aykırı kısımlarını iptal etmek yetkisine haiz olmadığı için, bir hükmün Anayasa'ya aykırı kısımları varsa bütünü iptal etmekte; bundan 'hukuki boşluk' meydana gelmektedir. İşte bu hukuki boşluğun, iptal kararlarının yürürlüğe girmesine kadar doğmaması istendiğinden 'iptal kararları geriye yürümez' denilmiştir. Yoksa 'Kanunlar Anayasa'ya aykırı olamaz'. Dolayısıyla kanun hükümlerinin Anayasa'ya aykırı kısımları hiçbir zaman uygulanamaz. Uygulanmışsa, sübjektif ve müktesep haklara dokunmamak şartıyla, düzeltilir, hatta işlemler geri alınır... bir hükmün, Anayasa'ya aykırılığı Anayasa Mahkemesi'nce tesbit ve kabul edilmiş kısımları o hükmün çıkarıldığı tarihten itibaren, bu kısımlarla memzuç (karışmış ve kaynaşmış) olduğundan, Anayasa'ya aykırı görülmemesine rağmen iptal edilmek zorunda kalınan kısımları ise, iptal kararının yürürlüğe girdiği tarihte ortadan kalkması gerekmektedir...⁷⁶⁹ şeklinde açıklamıştır.

Almanya'da, Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu'nda iptal kararlarının geriye yürüyeceğine veya yürümeyeceğine ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte Federal Alman Anayasa Mahkemesi içtihatlarında ve Doktrinde ilke, geri yürümedir. Anayasa'ya uygun olmayan bir kanunun ilk yapıldığı andan itibaren sakat olduğu, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının, bu sakatlığı "gösterici, bildirici" bir karar olduğu kabul edilmektedir.⁷⁷⁰ Federal Almanya'da da iptal kararlarının kesin hükümlere karşı geriye yürümezliği ilkesine bir istisna olarak, iptal edilen bir kanun hükmüne dayanarak kesinleşmiş bir mahkumiyete uğramış

⁷⁶⁹ Üye Muammer TURAN'ın karşıoy yazısı için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 24.5.1988 tarih ve Esas 1988/11 Karar 1988/11 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 24, s. 169-170.

⁷⁷⁰ ARMAĞAN, 1967 a, s. 139.; ULER, 1988, s. 532.

kimseye muhakemenin iadesini istemek hakkı tanınmıştır.”⁷⁷¹ Federal Almanya'da, iptal kararı, kesin hükümlere karşı geriye yürümemekle beraber, iptal edilen kanuna dayanan kesin hükümlerin de icrası istenemez. Örneğin, Devlet, iptal tarihine kadar tahakkuk etmiş olup ta ödenmemiş vergi borçlarını tahsil edemez. Buna karşılık kesin hüküm hallerinde eski halin iadesi de istenemez. Yani, bu olayda devletten, o zamana kadar bu kanun gereği ödenmiş olan vergilerin iadesi isteminde bulunulamaz.⁷⁷² İptal kararından evvel iptal edilen kanuna göre verilmiş idari ve yargısal kararlar, yapılmış idari işlemler hukuki temelden yoksun olsalar da geçmişe etkili olarak düşmezler. Burada kamu düzeni ve hukuki güvenlik düşünceleri ön plana geçer.⁷⁷³ Federal Almanya Anayasa Mahkemesi birçok davada, iptalin geriye yürüme etkisinden kaçınmak için kendini kanunu iptal etmeme zorunluğunda hissetmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımını dikkate alan Hükümet, hazırladığı kanun tasarısında Anayasa Mahkemesi'ne, istisnai durumlarda Anayasa'ya aykırı bir kanunun geleceğe etkili olacak şekilde iptal etme yetkisi tanınmasını öngörmüş, bu tasarı metninde; “Ciddi sebeplerin varlığı ve kamu menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Anayasa Mahkemesi'nin, iptal edilen kanunun yürürlüğünü yine Anayasa Mahkemesi tarafından belirlenecek tarihe kadar devam edeceğine karar verilebileceği, ancak bu tarihin iptal kararının verildiği tarihten sonraki bir tarih olamayacağı” öngörülmüştür. Bu tasarı, yerindelik kaygısıyla Anayasa'nın belirli bir süre ihlal edilmesinin göz yumulabilir bir durum olduğunu belirttiği gerekçesiyle Anayasa'nın üstünlüğü ve normlar hiyerarşisine uygun

⁷⁷¹ KIRATLI, 1966, s. 183.; KIRATLI, 1963, s. 39-40. Alman Anayasası'nın 79. maddesi; “78. madde hükmüne göre iptal edilen bir norma dayanılarak verilen kesinleşmiş bir ceza hükmüne karşı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre muhakemenin iadesi mümkündür. 95. maddenin ikinci fıkrası veya Özel hükümleri gereğince, 78. maddeye göre iptal edilen norma dayanılarak verilen ve fakat aleyhe kanun yoluna gitmek mümkün olmayan kararlara dokunulamaz. Bu kabil kararların icrası mümkün değildir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre cebri icra tatbik edilmek gereken hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri kanununun 767. maddesi hükmü uygulanır. Haksız iktisap iddiaları kabul edilmez.” hükmünü içermektedir. Madde metni için bkz. ARMAĞAN, 1967 a, s. 146.; <http://www.gesetze.2me.net/bver/index.html>, 25.1.2008.

⁷⁷² KIRATLI, 1966, s. 183.

⁷⁷³ ARMAĞAN, 1967 a, s. 139.

olmadığı belirtilerek eleştirilmiştir.⁷⁷⁴ İtalyan Anayasası'nın 136. maddesine göre “*Anayasa Mahkemesi, bir kanun hükmünün veya kanun gücüne sahip bir tasarrufun Anayasa'ya aykırı olduğuna karar verdiği takdirde, bu hüküm kararın yayımlanmasını takip eden günden itibaren yürürlükten kalkar.*”⁷⁷⁵ Madde metninde belirtilen, iptal kararının yayımlanmasını takip eden günden itibaren iptale konu kanun veya kanun gücüne sahip tasarrufun yürürlükten kalkması ibaresinden iptalin geçmişe etkili olmadığı anlaşılmaktadır.⁷⁷⁶ Ancak, 1953 tarihli ve 87 sayılı Kanununun 30. maddesinin son fıkrasına göre de; “*Anayasa'ya aykırılığı beyan olunan kuralın tatbiki neticesinde kesin bir mahkumiyet hükmü verilmişse, infazı ve bütün cezai neticeleri ortadan kalkar.*”⁷⁷⁷ Bu durumda İtalyan Anayasası'nın 136. maddesindeki düzenlemeye istisna veya açılım olarak kabul edilebilecek bu düzenleme karşısında İtalya'da iptalin geçmişe yürüdüğünü söyleyebiliriz. Avusturya Anayasası'nın 140/5. maddesi uyarınca, kanunun iptali yayımı tarihinde sonuç doğurmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi 18 ayı geçmemek üzere iptal kararının yürürlüğe girmesini erteleyebilir.⁷⁷⁸ Avusturya Anayasası'nın 140/7. maddesine göre ise; “*Şayet bir kanun Anayasa'ya aykırılık nedeniyle 4. paragrafa uygun olarak Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilirse, tüm mahkemeler ve idari otoriteler bu kararla bağlı olur. Anayasa Mahkemesi farklı bir karar vermediği sürece kanun dava konusu olay dışında, iptal öncesi durumlar için uygulanabilir kalır. Şayet Anayasa Mahkemesi kararında 5. paragraftaki düzenlemeye uygun olarak bir süre*

⁷⁷⁴ FROMONT, Michel: “Republique Federal Allemande, Le Tribunal Constitutionnel Federal en 1970”, **Revue Du Droit Public Et De La Science Politique En France Et A L'Etranger**, 1971, s. 1417-1418. AZRAK, Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararının geriye yürümesinin Anayasa'nın üstünlüğünü sarsacağı ve hukuk devleti ilkesine zarar vereceği düşüncesiyle Anayasa'ya aykırı bir kanunu iptal etmemesi halinde, böyle bir yaklaşımla verilen bir Anayasaya uygunluk kararının, olsa olsa bir siyasal yerindelik (opportunité politique) kararı olacağını belirtmektedir. Bkz. AZRAK, 1984, s. 152.

⁷⁷⁵ Madde metni için bkz. <http://www.cortecostituzionale.it/indexfra.asp>, 13.12.2007.; ALACA-KAPTAN, 1961, s. 500.

⁷⁷⁶ İtalyan Anayasasının bu maddesini KUZU bizim katılmadığımız bir yorumla “İlgili hüküm veya kanun yayım tarihinden itibaren ortadan kalktığına göre, İtalya'da Anayasa Mahkemesinin iptal kararları geçmişe etkili olmaktadır.” şeklinde yorumlamaktadır. Bkz. KUZU, 1987, s. 203.

⁷⁷⁷ ALACA-KAPTAN, 1961, s. 506.; ARMAĞAN, 1967 a, s. 140.

⁷⁷⁸ Madde metni için bkz. <http://mjp.univ-perp.fr/constit/aut1920a.htm>, 27.1.2007.

kararlaştırmışsa, iptale konu olay dışında, kanun belirlenen bu süre sonuna kadar uygulanabilir kalır.⁷⁷⁹ Anayasa'nın 139/6. maddesinde aynı yönde bir düzenleme Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin denetim konusuna giren yönetmelikler için; "Şayet bir yönetmelik yasaya aykırılık nedeniyle 4. paragrafa uygun olarak Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilirse, tüm mahkemeler ve idari otoriteler bu kararla bağlı olur. Anayasa Mahkemesi farklı bir karar vermediği sürece yönetmelik dava konusu olay dışında, iptal öncesi durumlar için uygulanabilir kalır. Şayet Anayasa Mahkemesi kararında 5. paragraftaki düzenlemeye uygun olarak bir süre kararlaştırmışsa, iptale konu olay dışında, yönetmelik belirlenen bu süre sonuna kadar uygulanabilir kalır."⁷⁸⁰ şeklinde mevcuttur. Avusturya Anayasası'nın 140/7 ve 139/6. maddeleri uyarınca Anayasa Mahkemesi geçmişe yönelik etkiyi iptal kararında belirtmediği sürece, genel bir norm, iptalinden önce gerçekleştirilmiş olaylar üzerinde, dava konusu olay hariç olmak üzere uygulanmaya devam edilecektir. Anayasa Mahkemesi, takdirine kalmış bir kararda bir kanunun veya bir yönetmeliğin iptaline geçmişe yönelik bir geçerlilik vermişse, o zaman iptal edilen kanun veya yönetmelik kararın henüz kesinleşmediği durumlarda artık uygulanamaz. Eğer normun iptalinden önce, ona dayanan ve kesin hüküm şeklinde ortaya çıkmış İdari kararlar veya yargısal hükümler verilmişse, o zaman bunlar da geçerli sayılarak itirazda bulunulamaz.⁷⁸¹

C) İPTAL KARARININ BAĞLAYICILIĞI

1961 Anayasası'nın 152. maddenin son fıkrasına göre, Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazetede hemen yayınlanır ve devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idari makamları, gerçek ve tüzel kişileri bağlar. Kararın bağlayıcı olmasından maddede sayılan kişi, makam ve organların Anayasa

⁷⁷⁹ Madde metni için bkz. <http://mjp.univ-perp.fr/constit/aut1920a.htm>, 27.1.2007.

⁷⁸⁰ Madde metni için bkz. <http://mjp.univ-perp.fr/constit/aut1920a.htm>, 27.1.2007.

⁷⁸¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. OBERNDORFER, 1988, s. 29.

Mahkemesi'nin kararına uygun hareket etmek zorunda oldukları anlaşılmaktadır.⁷⁸² 1961 Anayasası'nın 152. maddesinin 1. fıkrasına göre Anayasa Mahkemesi'nin kararları, gerekçesi yazılmadan açıklanamaz. Bu hüküm Anayasa'da 1971 yılında yapılan değişiklik ile konmuştur. 1971 Yılı öncesi kararlar verilmekte ve gerekçesi sonra yazılmaktaydı. Bu hüküm, gerekçe-hüküm bağlantısını sağlamaktadır.⁷⁸³ 1982 Anayasası'nın 153/son maddesine göre "*Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar.*" İki Anayasa arasında Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığını belirten düzenlemeler yönünden bir fark bulunmamaktadır. 2949 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 54. maddesinde Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı; "*Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazetede hemen yayımlanır ve Devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri ve kuruluşları bağlar.*" şeklinde düzenlenmiştir.⁷⁸⁴ Buradaki "kuruluşları" kelimesi gereksiz bir kullanımdır. ARMAĞAN, 44 Sayılı Kanun'da benzer şekilde yer alan "teşekküller" kelimesini, "*gerçek ve tüzel kişiler dışında kalıp da müstakil varlığa sahip ve Anayasa Mahkemesi kararlarına muhatap olacak bir şahıs yoktur. Şirketler ve tesisler ile sair dernekler tüzel kişi mefhumuna dahil olduğuna göre, 'teşekküller' ismi altında ayrı bir tüzel kişi yok demektir. Tüzel kişi değilse, zaten onları 'gerçek kişi' olarak bağlayacaktır*"⁷⁸⁵ diyerek eleştirmiştir. Biz de ARMAĞAN'ın bu tespitine katılıyoruz.

2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 37. maddesinin (b) bendinde, 3825 sayılı Kanun ile değişiklik yapılarak kimi atamaların Bakanın teklifi

⁷⁸² ARMAĞAN, 1967 a, s. 148.; OYTAN – ÖNBİLGİN, 1977, s. 230.; KUZU, 1987, s. 191.

⁷⁸³ KARAYALÇIN, Yaşar: **Meseleler ve Görüşler II, Eğitim-Üniversite-Hukuk**, Sevinç Matbaası, Ankara 1972, s. 53-57.; ARMAĞAN, 1975, s. 226.

⁷⁸⁴ <http://www.anayasa.gov.tr/general/icerikler.asp?contID=277&menuID=58&curID=60>, 26.12.2007.

⁷⁸⁵ ARMAĞAN, 1967 a, s. 148.

ve Başbakanın onayı ile yapılacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm, Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa Mahkemesi'nde açılan iptal davası üzerine Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.⁷⁸⁶ Bu kararda, iptal hükmünün yayımından altı ay sonra yürürlüğe gireceği belirtilmiş ve iptal kararı yürürlüğe girmeden önce çıkarılan 4141 sayılı Kanun'un geçici maddesi ile iptal kararının yürürlüğe gireceği tarih olan 12.4.1996 tarihine kadar iptal edilen kurallara dayanılarak yapılan atamaların geçerli olduğu kuralı getirilmiştir. Bu düzenlemeye göre yapılan atama ile ilgili olarak Danıştay 5. Dairesinde dersdest olan dava sırasında davacı tarafından ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık iddiasını Danıştay 5. Dairesi ciddi bularak Anayasa Mahkemesi'nden iptal isteminde bulunmuş ve Anayasa'ya aykırılık iddiasını; *"...2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yasası'nın dava konusu kararnamelere dayanak oluşturan, 3825 sayılı Yasa ile değişik 37. maddesinin (b) bendinin 2. fıkrasının sonunda yer alan '...Bakanın teklifi, Başbakanın onayı ile atama yapılır' ibaresi Adalet Bakanlığı'ndaki kimi görevlilerle ilgili müşterek kararnamelerde Cumhurbaşkanı'nın imzasına gerek görmemesi nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nce iptal edildiği halde, 4141 sayılı Yasa'nın geçici maddesiyle 2802 sayılı Yasa'nın 37. maddesinin b-2 fıkrasında yer alan ve **Anayasa Mahkemesi'nce Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen hükümde öngörülen usulle yapılan atamalara geçerlik kazandırılması ve bu yolla Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı kuralının hükümsüz bırakılması Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasına açık aykırılık oluşturmaktadır (abç)**... Anayasa Mahkemesi'nin, iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi ileriye dönük olarak ertelemiş bulunmasının öncelikle Yasama Organı'na aynı konuda, iptal kararının gerekçesine uygun olarak, yeni bir düzenleme için olanak tanımak ve ortada hukuki bir boşluk yaratmamak amacına yönelik olup, yargı mercilerinin bakmakta oldukları uyuşmazlıklarda hukuka*

⁷⁸⁶ Anayasa Mahkemesi'nin 27.4.1993 tarih ve Esas 1992/37 Karar 1993/18 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 31, C. 1, s. 135-138.

ve Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiş kuralları uygulaması ve uyuşmazlıkları bu kurallara göre çözümlenmesi sonucunu doğurmaz... Bu hukuksal durumun doğal sonucu olarak, bir kanun ya da kanun hükmünde kararnamenin uygulanması nedeniyle dava açmak durumunda kalan ve Anayasa'nın 153. maddesi uyarınca itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasını isteme hakkına sahip olan kişilerin de, olayımızda olduğu gibi, hak veya menfaatlerini ihlal eden kuralın iptal davası veya itiraz yoluyla daha önce yapılan başvuru sonucunda Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiş olması halinde iptal hükmünün hukuki sonuçlarından yararlanmaları gerekeceği açıktır... iptal edilen yasa kuralının iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihe kadar uygulanmasının sürdürülmesi nedeniyle bu uygulamaya karşı dava yoluna başvuracakların iptal kararının hukuki sonuçlarından yararlanamayacaklarının; bir yandan dava yoluna başvuran herkes için Anayasa ile tanınmış alan itiraz hakkının bunlar için fiilen işlemez hale getirilerek ortadan kalkması ve iptal kararının uygulanamaması, öte yandan Anayasa'ya aykırılığı hükmen saptanmış olan bir yasa kuralının bu aykırılığa rağmen uygulanmasının hukuken korunması gibi bir sonuca neden olur ki böylesine çelişkili bir durumun mantiken ve hukuken açıklanması olanaksızdır...⁷⁸⁷ diyerek açıklamıştır. Anayasa Mahkemesi bahse konu kanunun iptali istemiyle yapılan bu başvuruyu; "...Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, Anayasa Mahkemesi'nce verilen iptal kararı Resmi Gazete'de yayımlanıncaya kadar (iptal kararının yürürlüğe girmesi ertelenmemişse) ilgili yasa hükmü yürürlükte kalır. Yürürlükte kaldığı süre içinde iptale konu olan yasa kuralına göre yapılan idari işlemler geçerlidir. Yasa'nın dava konusu geçici maddesi ile getirilen kural, Anayasa Mahkemesi'nce verilen iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihe kadar iptal edilen yasa kuralına göre yapılan işlemlerin geçerli olmasına olanak veren Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü

⁷⁸⁷ Anayasa Mahkemesi'nin.15.10.1996 tarih ve Esas 1996/50 Karar 1996/37 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 37, C. 1, s. 48-49.

fıkrasıyla uyum içindedir...⁷⁸⁸ diyerek reddetmiştir. Bu davada karşıoy kullanan Başkan ÖZDEN ve üyeler ACARGÜN ile HÜNER; "...Biçimsel olarak, iptal kararının yürürlüğe gireceği güne değin iptal edilen kural uygulanma niteliğini yitirmemiştir. Ancak, bu görünüm, geriye yürümezlik durumunun doğruladığı gibi, iptalden önce bir tür kazanılmış hak niteliğindeki sonuçları korumaktan ve kamu düzenini sarsacak boşluk doğmasını önleyecek zorunlu uygulamalardan öteye geçmeye, aykırılığı bilinen kuralı yaşamda tutmaya, kimi gereksiz ya da sakıncalı işlemleri kotarma aracı saymaya gerekçe yapılamaz... **Anayasa buyruklarına duyarlı olmak, tanınan sürede, iptal edilen kuralı uygulamak yerine Anayasa Mahkemesi kararının öngördüğü düzenlemeyi yürürlüğe koymayı gerektirir. Direnme niteliğinde işlem, özünde geçerli olmayan sakat bir uygulamadır, hukuksallığı savunulamaz** (abç)... Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasına aykırılık daha gerçekçi ve kapsamlı yorumla saptanmalıdır. Yeni kuralın iptal edilen önceki kuralla teknik ve içerik yönden benzerliği tek koşul olmadığı gibi benzememesi de 153. maddeye aykırı bulmama nedeni olamaz. Amaç ve doğrultu, iptal edilen kuralla yapılmak istenenin sağlanmasını ise, yargı kararlarının bağlayıcılığını gerçekleştirmek için 153. maddeye aykırılıktan iptal kararı verilmelidir. Olayda, özdeşlik, özde vardır. İçerik, amaç, doğrultu aynıdır. Aynı sözcüklerin kullanılması koşul sayılmamalıdır. İptal edilen durum, başka bir anlatım ve geçici bir kuralla yenilenmekte ve yinelenmektedir.⁷⁸⁹ demişlerdir. Bizce Danıştay'ın iptal istemi gerekçesinde ve karşıoy kullanan üyelerin karşıoy yazılarında belirttiği gibi, Anayasa Mahkemesi iptal kararının yürürlüğünün ertelenmesi halinde, Yasama Organı Anayasa Mahkemesi kararının öngördüğü düzenlemeyi yürürlüğe koymak yükümlülüğü ve yargı da

⁷⁸⁸ Anayasa Mahkemesi'nin.15.10.1996 tarih ve Esas 1996/50 Karar 1996/37 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 37, C. 1, s. 59-62.

⁷⁸⁹ Anayasa Mahkemesi Başkanı Yekta Güngör ÖZDEN ve üyeler Yalçın ACARGÜN ile Ali HÜNER'in karşıoyları için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin.15.10.1996 tarih ve Esas 1996/50 Karar 1996/37 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 37, C. 1, s. 62-65.

önünde derdest olan davalarda Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararını bekletici mesele yapmak yükümlülüğü altında olmalıdır.

Anayasa Mahkemesi kararlarının herkesi bağlayacağına ilişkin hükme istisna getiren 1961 Anayasası'nın 152. maddesinin 3. fıkrasındaki "*Anayasa Mahkemesi diğer mahkemelerden gelen Anayasa'ya aykırılık iddiaları üzerine verdiği hükümlerin olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı olacağına da karar verebilir*" hükmü 1982 Anayasası'nda yer almamıştır. 1961 Anayasası'ndaki istisna hükmü sadece tarafları bağlayıcı bir karar vermeye dayandığından, yalnızca mahkemelerden gelen Anayasa'ya aykırılık iddialarında söz konusu olup, iptal davalarında uygulanabilecek bir hüküm değildi. 1961 Anayasası'nın görüşülmesi sırasında bu hüküm "*Anayasa Mahkemesi'ne yapılan itiraz üzerine, bir kanunun Anayasa'ya aykırılığı noktasından iptaline karar verildikten sonra artık yalnız bu olaya ve taraflara inhisar etmektedir. Bu durumda kanunların genellik prensibine aykırı bir hal ortaya çıkabilir.*" şeklinde eleştirilmesi sonrasında Anayasa Komisyonu Sözcüsü ARDIÇOĞLU; "*...Olayla sınırlı olarak verilen, Anayasa'ya aykırılık kararı şunu tevliediyor: Hukuken ve fiilen, bir kanunun Anayasa'ya aykırılık sebebiyle hakkında verilen ve 'olayla sınırlı' olan karar o maddeyi mefluç hale getiriyor. Bu neticeyi doğuruyor. Mahkemeler buna mümas hadise gelince bu kanunu tatbik etmeyeceklerdir. Bu tabiatıyla yasama uzvu için kafi bir ikaz olmak icabeder. Herhangi bir hadisede 'olayla sınırlı' olsa dahi, Anayasa'ya aykırılık kararı verilmesi, yasama meclisini o kısmı, o kanunu düzeltmek mecburiyetinde bırakacaktır.*" demiştir.⁷⁹⁰ Ancak Yasama Organı'nı buna zorlayıcı bir anayasal düzenleme olmadığı açıktır.⁷⁹¹

YILDIRIM, Anayasa'nın 153. maddesinde yer alan Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçesi yazılmadan açıklanamayacağına ilişkin hükmün,

⁷⁹⁰ Eleştiri ve Anayasa Komisyonu Sözcüsünün cevabı için bkz. **Türkiye Cumhuriyeti Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi**, C. 4, 1961, s. 222, 224.

⁷⁹¹ Aynı yönde bkz. ARMAĞAN, 1975, s. 46.

kararların sonuç ve gerekçelerinin birbirinden ayrı düşünölemeyeceğine, dolayısıyla bağlayıcılığına işaret eden pozitif temeli oluşturduğunu belirtmektedir.⁷⁹² Anayasa Mahkemesi de karar gerekçelerinin bağlayıcı olduğunu, “...Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik kararlarında da belirtildiği gibi bağlayıcılık, kararların sonucu kadar gerekçeleri yönünden de geçerlidir. Bu nedenle Yasa Koyucunun aynı konuda çıkaracağı yeni yasada Anayasa Mahkemesi kararının sonucu ile birlikte gerekçesini de gözönünde bulundurması gerekmektedir...”⁷⁹³ diyerek ifade etmektedir.

Anayasa Mahkemesi, 5747 sayılı Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçerisinde İlçe Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Geçici 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının iptali istemini incelediği kararında “...Geçici 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının; Yasa'ya ekli 44 sayılı listede gösterilen belediyelerden, 1- Türkiye İstatistik Kurumu tarafından gerçekleştirilen adrese dayalı nüfus sayımı sonuçlarına yasal süresi içinde iptal davası açanlar, 2- Yasa'nın yürürlüğe girdiği 22.3.2008 tarihinden önce 5393 sayılı Yasa'nın 8. maddesi uyarınca yapılan katılma işlemi ile nüfusu 2000'in üzerine çıkmış turizm bölge, alan ve merkezleri ve kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri” kapsamında kalanlar ile ‘Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'nca saptanan 2008 yılı turizm öncelikli yöreler’ listesinde yer alanlar yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 44 sayılı listede kalan bölümün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE...”⁷⁹⁴ şeklinde karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin kararın gerekçe bölümünde “...Adrese dayalı nüfus sayım sonuçlarının, ilgili belediyelere yazılı olarak bildirilmediği, Resmî Gazete'de yayımlanmadığı dikkate alındığında, ilgili belediyelerin, kendilerine ilişkin nüfus

⁷⁹² YILDIRIM, 1993, s. 74.

⁷⁹³ Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.1991 tarih ve Esas 1991/27 Karar 1991/50 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 27, C. 2, s. 700.

⁷⁹⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 31.10.2008 tarih ve Esas 2008/34 Karar 2008/153 sayılı Kararı, 6.12.2008 tarih ve 27076 sayılı **RG**.

sonuçlarından, en geç 5747 sayılı Yasa'nın Resmî Gazete'de yayımlandığı 22.3.2008 tarihi itibarıyla haberdar olduklarının ve idari dava açma sürelerinin de bu tarih itibarıyla başlayacağını kabulü gerekir.” diyerek idari dava açma süresini açıkladığı ve sonuç bölümünde bu kabulle “Türkiye İstatistik Kurumu tarafından gerçekleştirilen adrese dayalı nüfus sayımı sonuçlarına yasal süresi içinde iptal davası açanlar” diyerek sınırlama yapmak suretiyle karar verdiği; ancak bu karar sonrasında Danıştay 8. Dairesinin bir Belde Belediyesinin, İçişleri Bakanlığı tarafından yayımlanan 5747 sayılı Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçerisinde İlçe Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun uygulanmasına ilişkin 01.05.2008 tarih ve 2008/34 sayılı Genelgenin Anayasa'ya aykırı olduğu ve Adrese Dayalı Nüfus Sayımı sonuçlarının gerçek nüfusu yansıtmadığı ileri sürülerek iptali ile 5747 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğundan bahisle, Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması istemiyle açtığı davada, “...Türkiye İstatistik Kurumunca gerçekleştirilen adrese dayalı nüfus sayımı sonuçları, Resmi Gazetede yayımlanmadığı ve ilgili belediyelere tebliğ edilerek sonuçlara itiraz veya iptal davası açma imkanı tanınmadığına ve yasanın iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne doğrudan başvuru hakkı da olmadığına göre, davacı belediye tarafından nüfus sayımı sonuçlarının gerçeği yansıtmadığından bahisle, 5747 sayılı Yasanın uygulanmasına ilişkin Genelgenin iptali istemiyle açılan bu davanın da Anayasa Mahkemesi kararında belirtilen adrese dayalı nüfus sayımı sonucuna karşı açılan davalar kapsamında olduğunun kabulü zorunludur. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi kararında, Genelgenin dayanağı 5747 sayılı Yasa'nın geçici 1. maddenin (1) numaralı fıkrasının, Türkiye İstatistik Kurumu tarafından gerçekleştirilen adrese dayalı nüfus sayımı sonuçlarına yasal süresi içinde iptal davası açanlar yönünden iptaline karar verildiğinden, dava açan belediyelerin tüzel kişiliklerinin devam ettiği tartışmasızdır. Açıklanan nedenlerle, 5747 sayılı Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçerisinde İlçe Kurulması ve Bazı

*Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun uygulanmasına ilişkin 01.05.2008 gün ve 2008/34 sayılı Genelgenin davacı Belediyeye hasren iptaline... karar verildi.*⁷⁹⁵ diyerek kendini Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesi ile bağlı görmemiştir. Danıştay'ın verdiği bu karar sonrasında, Yüksek Seçim Kurulu tarafından nüfusu 2000'in altına düşen belediyelerin 6.2.2009 tarihine kadar dava açmaları halinde seçime katılabileceklerine karar verilmesi üzerine, Anayasa Mahkemesi Başkanlığından yapılan; "...süresi içinde iptal davası açanlar için, Anayasa Mahkemesi kararının gerekçe bölümünde yasal sürenin başlangıç tarihi... tespit edilmiştir. Mahkememizin bu çok açık gerekçesine rağmen kapatılan belde belediyelerinin dava açmalarına ilişkin yasal sürelerinin başlangıç tarihi 5747 sayılı yasanın yayımlandığı 22.3.2008 tarihi yerine Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeli kararının yayımlandığı 6.12.2008 günü esas alınacak şekilde değerlendirilerek, mahkeme kararımızın değiştirilmesine yol açan bir sonuca ulaşılmıştır. Kapatılan belde belediyelerinin dava açma sürelerine ilişkin alınan ve kamuoyuna yansıyan kararlar Anayasa Mahkemesi'nin ulaştığı sonucu yansıtmamaktadır. Anılan kararlar Anayasa'ya uygun görülerek iptal edilmeyen ve kapatılan belde belediyelerinin de tümünün seçime katılmalarına olanak sağlayacak bir sonuca yol açmıştır. Anayasa'nın 153. maddesinde Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve tüm yargı organlarını bağlayacağı kuşkusuzdur. Bu bağlayıcılığa karşın Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına uyulmaması ya da mahkemenin öngörmediği bir sonuç çıkarılması Anayasa'nın 153. maddesinin ihlal (gözardı) edilmesi sonucunu doğurur. Hukuk devletinde herkesin Anayasa'da öngörülen ilkelere uygun davranma ve hukuku üstün tutma zorunluluğu vardır."⁷⁹⁶ şeklindeki bir açıklamayla ilk defa olmak üzere, Anayasa Mahkemesi başkanlarının açılış konuşmalarında değinmeleri

⁷⁹⁵ Danıştay 8. Dairesinin 19.12.2008 tarih ve Esas 2008/4826 Karar 2008/8384 sayılı kararı, <http://www.memurlar.net/haber/127169/>, 26.12.2008.

⁷⁹⁶ Cumhuriyet Gazetesi, 25.12.2008.

dışında⁷⁹⁷, Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçe bölümünün diğer yüksek mahkemelerce dikkate alınmamasının Anayasa'nın 153. maddesinin ihlal edilmesi sonucunu doğurduğu yönünde bir açıklama yapılmıştır.⁷⁹⁸ Bu basın açıklaması sonrasında Danıştay Başkanlığından yapılan yazılı basın açıklamasında; “...*Danıştay Sekizinci Dairesinin, Anayasa'nın ve Danıştay Kanunu'nun kendisine vermiş olduğu görev ve yetki çerçevesinde, bakmakta olduğu dava hakkında verdiği karar, üst yargı yerince yürütülmesi durdurulmadığı ya da bozulmadığı sürece Anayasa'nın 138. maddesi uyarınca yasama ve yürütme organları ile idareyi bağlayıcı niteliktedir... her yargı yeri, görevi dahilinde olan uyumsuzluğu çözümlerken, o davada uygulanacak kuralı belirleme ve yorumlama yetkisine sahiptir. Bu yorumun isabetli olup olmadığının değerlendirilmesi ise, devam eden bir davada o yargı düzeninin temyiz merciine aittir...*”⁷⁹⁹ denmiştir. Bu gelişmelere ilişkin olarak görüşü sorulan ÖZBUDUN; “*Yüksek Seçim Kurulu'nun kararı Danıştay'ın verdiği bir karara dayanıyor. Anayasa'ya göre diğer yargı kurumları ile Anayasa Mahkemesi'nin kararının çelişmesi halinde, Anayasa Mahkemesi'nin kararının esas alınması gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin kararı vicdanımızı rahatsız etse dahi herkes için bağlayıcıdır...*”⁸⁰⁰ diyerek Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olduğunu belirtmiştir.

BOYACIOĞLU ve ULER, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı için Resmi Gazetede yayım gerekli olmadığı, Mahkemece açıklanmış bir kararın Anayasa'da sayılan yerleri bağladığı, kararların açıklanmasıyla ilgili

⁷⁹⁷ Bkz. Dipnot 667.

⁷⁹⁸ Bu yazılı basın açıklaması sonrasında Yüksek Seçim Kurulu Başkanvekili Ahmet BAŞPINAR “*Kurulumuz, hukuk devleti ilkesine, yüksek mahkeme kararlarına uygun olarak 5747 sayılı Kanun kapsamında belediyelerle ilgili kararını vermiş ve seçim takvimini gözönünde tutarak bu kararını uygulamaya koymuştur. Anayasa Mahkemesi Başkanı'nca kurulumuz kararına yönelik yapılan açıklamanın kişisel görüşü yansıttığının anlaşılması nedeniyle, bu hususta bir açıklama yapmaya ihtiyaç duyulmamıştır.*” şeklinde basına açıklamada bulunmuştur. Bkz. **Cumhuriyet Gazetesi**, 26.12.2008.

⁷⁹⁹ **Cumhuriyet Gazetesi**, 26.12.2008.

⁸⁰⁰ **Akşam Gazetesi**, 26.12.2008.

olarak 1961 Anayasası'na 1971'de getirilen ve 1982 Anayasası'na da aynen alınan kuralın, pratikte Anayasa Mahkemesi kararlarının Resmi Gazete'de yayımlanmadan duyulması sonucu etkisiz kalacağı görüşünü dile getirmektedirler.⁸⁰¹ Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olması, kararlarda istikrar olmasını zorunlu kılmaktadır. Karar gerekçelerinin bağlayıcılığını gerektiren istikrar ilkesi, bu ilkelere Anayasa Mahkemesinin de dikkat etmesini gerektirmektedir.⁸⁰² Anayasa Mahkemesi kararlarında maddi ve hukuki hataların bulunması, ortalama bir hukukçunun bilmesi gereken bilgilerin eksikliği, hukuki yorum ve mantık kurallarının dışına çıkılması, karar gerekçesinin değerini olumsuz şekilde etkilemekte ve yargı mercilerinin, Anayasa Mahkemesi kararlarında bu tarz hatalara rastladıkları zaman, gerekçesini belirterek, karar gerekçesiyle kendilerini bağlı saymamaları durumunu doğurmaktadır.⁸⁰³

Anayasa Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı kuralına aykırılıktan söz edilebilmesi için gereken koşulları; *"...Bir yasa kuralının Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasına aykırılığında söz edilebilmesi için, iptal edilen önceki kuralla içeriği yönünden 'aynı' ya da 'benzeri' olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Burada iki kuralın özdeş olması yetmeyecek, kurallar arasında 'teknik içerik ve kapsam' bakımından da benzerlik aranacaktır. Teknik içerik ve kapsam bakımından benzerlik, iptal edilen yasa ile yeniden çıkarılan yasanın sözcüğü sözcüğüne aynı olması anlamına gelmez. Çünkü, böyle bir anlayış 153. maddenin son fıkrasındaki kuralı anlamsız ve uygulanmaz kılar. Konu ve*

⁸⁰¹ BOYACIOĞLU, Ahmet H.: "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Açıklanması ve Bu Kararların Yürürlüğe Girmesi", **Danıştay Dergisi**, Yıl 17, S. 64-65, 1987, s. 28-31.; ULER, 1988, s. 531.

⁸⁰² YILDIRIM, 1993, s. 78. Anayasa Mahkemesi'nin kendi yorumuyla bağlı olmadığı görüşü için bkz. ALİEFENDİOĞLU - ÖZBUDUN, 1988, s. 192.

⁸⁰³ YILDIRIM, 1993, s. 78. Danıştay 8. Dairesinin, Anayasa Mahkemesi'nin, il-ilçe yönetim kurullarının idari yargı mercii olma niteliklerinin devam ettiğini söylemesi karşısında, kendini Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesiyle bağlı saymadığı örnek karar için bkz. Danıştay 8. Dairesinin 17.3.1998 tarih ve Esas 1986/402 Karar 1988/192 sayılı kararı, **Danıştay Dergisi**, Yıl 19, S. 72-73, s. 515-516. Anayasa Mahkemesi'nin kendi yorumuyla bağlı olmadığı görüşü için bkz. ALİEFENDİOĞLU - ÖZBUDUN, 1988, s. 192.

kapsam bakımından sözcüklerde farklılıklar olsa bile ikinci yasanın aynı amaç doğrultusunda Anayasa Mahkemesi kararına karşın onu etkisiz kılmak amacıyla çıkarıldığıнын saptanması aranan koşulun gerçekleşmiş sayılması için yeterlidir...⁸⁰⁴ diyerek açıklamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin, iptal ettiği normun içeriği yönünden aynı ya da benzerinin Yasama Organı tarafından çıkarıldığı gerekçesine dayanarak verdiği iptal kararı sonrasında üye TURAN, yazdığı karşıoy yazısında, bu durumun Anayasa'nın 153/son maddesindeki "Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar", 138. maddesindeki "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır", 11. maddesindeki "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasa'ya aykırı olamaz" şeklindeki hükümlerine aykırı olduğunu vurgulayarak; "...dava konusu kanun hükümlerinin mutlak butlanla batıl sayılması gerektiğini düşünüyorum. Aksini düşünmek, yani iptal edilen hükmü; Yasama Organı'nın biçim, deyim ve terim değişiklikleriyle esas, kavram ve anlam bakımından aynen tekrar yasalaştırabileceğini kabul etmek, yargı kararının değerini ve etkinliğini çok düşüreceği gibi, Anayasa Mahkemesi'nin 'iptal kararları geriye yürüme'diğinden Yasama Organı'na Anayasa'ya aykırı kanunları tekrar tekrar yürürlüğe koymak yetki ve imkanı tanınmış olunur ki, kanımca Anayasa da, temel hukuk kuralları da, hatta akıl ve mantık kuralları da buna ve doğurduğu sonuca kesinlikle cevaz veremez....⁸⁰⁵ demektedir. YILDIRIM, Anayasa Mahkemesi'nin iptal ettiği kararın Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasına aykırılığını tespiti sonucunda iptal kararı vermek yerine yokluğu tespit etmesi halinde, Anayasa'ya aykırılığı sürdürerek bir

⁸⁰⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.1991 tarih ve Esas 1991/27 Karar 1991/50 sayılı Kararı, **Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi**, S. 27, C. 2, s. 700.

⁸⁰⁵ Üye Muammer TURAN'ın karşıoy yazısı için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 24.5.1988 tarih ve Esas 1988/11 Karar 1988/11 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 24, s. 167-168.

takım hukuk dışı kazanımların önüne geçilmiş olunacağını, böyle bir durumda Anayasa Mahkemesi'nin kararının geriye yürümeyeceği gerekçesinin anlamsız kalacağını, hukuk alanında sonuç doğurmayan bir metne dayanılarak hak kazanmanın mümkün olamayacağını ve doğmamış bir hakkın hukuk önünde savunulmasının söz konusu edilemeyeceğini belirtmektedir.⁸⁰⁶ Bize göre nasıl ki, Fransız Anayasası'nın 62/2. maddesinde Anayasa Konseyinin kararlarının bütün kamu ve idari otoritelerini ve adli otoriteleri bağladığının⁸⁰⁷, Federal Almanya'da Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 31/1. maddesinde Anayasa Mahkemesi kararlarının eyalet ve federal Anayasa organlarını, tüm mahkeme ve resmi makamları bağladığının belirtilmesiyle⁸⁰⁸, herkes için Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olduğu anlatılabiliyor ve ek düzenlemeye gerek bulunmuyorsa, Ülkemiz için de ek düzenlemeye gerek yoktur. Aşılması gereken sorun, Anayasa veya Kanunlarda yapılacak düzenleme ile değil, hukuka saygının, başta yasama olmak üzere, yargı ve tüm diğer kurum ve kuruluşlarda yerleşmesi ile olacaktır.

D) KONUSU KALMAYAN İSTEM HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞI KARARI.

Anayasa Mahkemesi, önüne itiraz yolu ile gelen bir davada karar vermeden önce, iptale konu normun Yasama Organı tarafından değiştirilmesi halinde *"konusu kalmayan istem hakkında karar verilmesine yer olmadığına"* şeklinde karar vermekte ve inceleme yapmamaktadır.⁸⁰⁹ Bu durum, halen önündeki davada o normu kullanmak durumunda olan dava mahkemesini çözümsüz bırakmaktadır. Bu şekilde ortaya çıkan sorun, Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bir

⁸⁰⁶ YILDIRIM, 1993, s. 80.

⁸⁰⁷ Madde metni için bkz. <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitutionmars2007.pdf>, 13.12.2007.

⁸⁰⁸ ZEIDLER, 1988, s. 61. Kanun metni için bkz. <http://www.gesetze.2me.net/bver/index.html>, 26.1.2008.

⁸⁰⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 2.11.1982 tarih ve Esas 1981/12 Karar 1982/7 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 20, s. 18-26.

kararda karşıoy kullanan üyeler tarafından ortak karşıoy yazılarında; “...*Bu maddelerin daha sonra yürürlükten kaldırılmaları, anlaşmazlık olay gününde yürürlükte bulunan hükümlere göre çözümleneceğinden, davada uygulanacak hüküm olma niteliklerini ortadan kaldıramaz... Yeni hükümler, ancak yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki işlemlerde uygulanır. İtiraz başvurusunu yapan mahkemenin elindeki davada uygulanması gerekenler bu hükümler olmadığı gibi yeni hükümlere yönelik bir aykırılık savı da yoktur. Kaldı ki Anayasa Mahkemesi, ilk incelemede, esasın incelenmesi kararını vermekle iptali istenen maddelerin... uygulanacak hükümler olduğunu benimsemiştir.*”⁸¹⁰ denerek eleştirilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin denetim yetkisinin sadece geçerliliğini sürdüren normlar üzerinde var olduğunu söylemek, yürürlükten kalkmış olan, fakat yürürlükte olduğu dönemdeki işlemlerde geçerliliği devam eden normların anayasal denetim dışında bırakılmasına sebebiyet verir. Bu durum, Anayasa'ya aykırı olan normun, Anayasa'ya aykırılığı çok açık olsa dahi uyuşmazlıkların çözümünde uygulanması sonucunu doğurur. İtiraz yolunda, Anayasa Mahkemesi tarafından, bir normun yürürlükten kalkmış olmasına bakılmaksızın, somut davada uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak olması yeterli görülerek, anayasal denetime tabi tutulması gerektiğini düşünüyoruz. Bizce, aksi durum Anayasa Mahkemesi'nin anayasal denetim görevini eksik yapmasına sebebiyet verir.

⁸¹⁰ Üyeler Mehmet ÇINARLI, Necdet DARICIOĞLU, Yılmaz ALİFENDİOĞLU ve Yekta Güngör ÖZDEN'in karşıoy yazıları için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 2.11.1982 tarih ve Esas 1981/12 Karar 1982/7 sayılı Kararı, **AYMKD**, S. 20, s. 26.

SONUÇ

Yasama organı görevini icra ederken hukuk devleti olmanın gereği olarak koyduğu normun Anayasa'ya aykırı olmaması yükümlülüğü altındadır. Ancak, bu yükümlülük her zaman yasama organı tarafından çıkarılan normların anayasaya uygun olması sonucunu doğurmaz. Anayasaya aykırı olarak çıkarılabilecek normların ayıklanması gereği, anayasa yargısını doğurmuştur. Anayasa yargısı, özde, yasama organındaki çoğunluğun karşısında yer alan ve onun koyduğu normlar hakkında söz söylenen yargı alanı olduğundan, anayasa mahkemelerinin verdiği kararlar sıcak siyasal gelişmelerle ilgili olabilmekte ve anayasa mahkemeleri seçilmiş bir yasama organı karşısında dolaylı olarak millet iradesine karşı çıkan yargı organı olarak gösterilebilmekte, verdikleri kararlarla şimşekleri üzerlerine çekebilmektedirler.

Anayasa Mahkemesi içtihatları uyarınca, bir Anayasa'ya aykırılık iddiasının somut norm denetimi yoluyla dava mahkemesince Anayasa Mahkemesi'ne ulaştırılmasına karar verildiği tarihte mahkemenin belli bir davaya bakmakta olması yeterlidir. Anayasa Mahkemesi'nin işi incelediği tarihte derdest dava olması gerekmez. Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımı norm denetiminde asli amacın Anayasa'ya aykırı normların ayıklanması olduğu sonucunu doğurur. Bu sonuç ve Anayasa'nın 152. maddesinde "davaya bakmakta olan mahkeme" yönünden bir sınırlandırma getirilmemesi birlikte dikkate alındığında, iptal ve itiraz başvurularını incelerken, Anayasa Mahkemesi'nin de davaya bakmakta olan Mahkeme olarak kabul edilmesi gerektiği kanısındayız. Mevcut Anayasa Mahkemesi içtihatlarında bunun tersi uygulama görmekteyiz.⁸¹¹

Somut norm başvurusu yapılabilmesinde, dava mahkemesinin, o normun Anayasa'ya aykırı olup olmadığı hususu aydınlanmadan kararını verememesi

⁸¹¹ Bkz. Dipnot. 49, 51, 52.

kıstasının asıl belirleyici unsur olması gerektiği kanısındayız. Anayasa Mahkemesi'nin norm denetim yetkisi sadece geçerliliğini sürdüren normlar üzerinde değildir. Somut norm denetimi yolunda, Anayasa Mahkemesi tarafından, bir normun yürürlükten kalkmış olmasına bakılmaksızın, somut norm denetimine konu teşkil etmiş olan davada uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak olması yeterli görülerek, anayasal denetime tabi tutulması gerektiğini düşünüyoruz. Aksi durum Anayasa Mahkemesi'nin anayasal norm denetimi görevini eksik yapmasına sebebiyet verir. Anayasa Mahkemesi, somut norm denetiminde ilk inceleme aşamasında, başvuruda bulunan mahkemenin görevli mahkeme olup olmadığı konusunda kendi kanısına göre karar vermektedir. 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da ve 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun'da yapılacak bir düzenleme ile farklı yargı sistemleri arasında uyuşmazlık halinde somut norm denetimi yoluna başvuran mahkemenin görevli mahkeme olup olmadığı konusunda olabilecek tereddütün, konunun Anayasa Mahkemesi'nce Uyuşmazlık Mahkemesi'ne iletilmesi ve Uyuşmazlık Mahkemesinin bu yönde vereceği karar ile çözümlenmesi gerektiği kanısındayız. Bu tarz bir düzenlemeyle, görev konusunda Uyuşmazlık Mahkemesi'nin vereceği karar tüm yargı yerleri için bağlayıcı olacaktır ve Anayasa Mahkemesi'nin görev konusunda maruz kaldığı eleştiriler de son bulacaktır. Aynı yargı sistemi içerisinde görev ve yetki konularında ise aynı yaklaşımla ilgili yüksek mahkemelerin (adli yargı için Yargıtay, idari yargı için Danıştay) vereceği kararların Anayasa Mahkemesi'nce dikkate alınmasının uygun olacağını değerlendiriyoruz. Anayasa Mahkemesi'nin ilk inceleme aşamasında, normun davada uygulanacak kural olup olmadığını tespit işleminde tereddüt duyduğunda, ilgili dava mahkemesinin yargısal denetimini yapan yüksek mahkemelerin içtihatlarını baz alınmasının doğru olacağı kanısındayız.

Anayasa'ya aykırı normların hukuk aleminden temizlenmesinin anayasa yargısının asli amacı olduğu dikkate alındığında, soyut norm denetimi başvuru hakkının mevcut diğer Anayasa Mahkemeleri uygulamaları da dikkate alınarak, toplam milletvekili sayısının onda biri olarak belirlenmesinin uygun olacağını değerlendiriyoruz. Anayasa Mahkemesi'nin somut ve soyut norm denetimi başvurularının ilk incelemesini yaparken anayasal denetim yapma konusunda isteksiz davrandığı şeklinde bir algılamaya sebebiyet verebilecek şekilde bazı usul hükümlerini çok dar yorumladığı görülmektedir.⁸¹² Bize göre, Mahkemenin Anayasa'ya aykırı olabilecek bir normun hukuk alanında daha uzun bir süre kalmasına sebebiyet vermemek açısından başvuru süresini uzatacak şekilde usuli hükümleri dar yorumlamaması gerekir.

Türkiye'nin İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi'ni kabul ettiği ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı yetkisini tanıdığı dikkate alındığında, kamu gücünün temel hakkı ihlalinin öncelikle ülke içinde tespit edilmesinin doğru olacağını ve Anayasa Mahkemesi'nin iş yükünü arttırması kaygısıyla anayasa şikayeti kurumuna şüphe ile bakmamak gerektiğini düşünüyoruz. Soyut ve somut norm denetiminin bütün ayrıntılarının Anayasa'da düzenlendiği dikkate alındığında, aynı sistematik içerisinde anayasa şikayetinin 148. madde son paragrafından önce gelmek üzere 6. faragraf olarak "Anayasa Mahkemesi kamu makamlarının her türlü işlem ve eylemleri ile temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edildiğini düşünen vatandaşların yaptığı anayasa şikayetleri hakkında karar verir." ibaresinin getirilmesinin ve 152. maddeden sonra 152a maddesi olarak anayasa şikayetinin soyut ve somut norm denetiminin Anayasa'da düzenlendiği ayrıntıda düzenlenmesinin uygun olacağı kanısındayız.

⁸¹² Bkz. Dipnot 138, 140.

Anayasanın 121 ve 122. maddeleri gereğince çıkarılan ve Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulan kanun hükmünde kararnameler Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün 128. maddesine göre komisyonlarda yirmi gün içinde görüşülmez ise, Meclis Başkanlığınca Genel Kurul gündemine alınacaktır. Ancak Olağanüstü kanun hükmünde kararname otuz gün içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onaylanmazsa ne olacağı İçtüzük'te ve Anayasa'da açıkça belirtilmemiştir. Biz, Anayasa'nın açık göndermesi üzerine 1996 yılında İçtüzük'te yapılan düzenleme varken, otuz gün içinde onaylanmayan olağanüstü kanun hükmünde kararnamenin, bu süre geçtikten sonra hukuk alanında sonuç doğurmasının mümkün olmayacağını, aksi düşüncenin hukuk devleti olma gereklerinden ciddi bir sapma ve keyfilik sonucu doğuracağını düşünüyoruz.

Uluslararası andlaşmaların anayasal denetiminin yapılması ve iptaline karar verilmesi ülkenin dış sorumluluğunu doğururken, yapılmaması da uluslararası andlaşmaların Anayasa'ya aykırı olması durumunda, andlaşmaların Anayasa'ya üstün kabul edilmiş olduğu pratik sonucunu doğurmaktadır. Bu problemi aşmak için Fransız Anayasası'nın 54. maddesindeki düzenleme benzeri, Anayasa'da sadece iptal davası açmaya hakkı olanlara, uygun bulma kanununun Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabulü öncesinde uluslararası andlaşmanın Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilme imkanı tanınmasının ve andlaşmanın uygunluğu hakkında görüş bildirmesi için Anayasa Mahkemesi'ne kısa bir süre şartı konularak, Anayasa Mahkemesi'nin olumlu görüş bildirmesi halinde Meclis tarafından uygun bulma kanununun ele alınabilmesi yönünde düzenleme yapılmasının uygun olacağını düşünüyoruz.

İncelediğimiz kararlarda Anayasa Mahkemesi'nin Başlangıç kısmındaki açılımla diğer Anayasa hükümlerini değerlendirdiğini ve karar verirken Başlangıçla birlikte Anayasa'nın ilgili maddesine dayandığını bu şekilde Başlangıç kısmını, Anayasa hükümlerinin üstünde ölçü norm olarak kullanıldığını söylemek mümkündür. Anayasa Mahkemesi'nin, sosyal ve ekonomik haklara ilişkin denetimde Anayasa'da belirtilen mali kaynakların yeterliliği ölçüsünü baz aldığını, medeni ve siyasal hak ve özgürlüklerle ilgili denetimde ise daha hassas davrandığını, dolayısıyla medeni ve siyasal haklardan daha etkili koruyucu bir denetim sağladığını görüyoruz. Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında, kanun hükümlerini de destek ölçü norm olarak kullanmaktadır. Mahkemenin bu yaklaşımı Anayasa'nın 148. maddesinde yazılı olan *“Anayasa Mahkemesi kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetler”* şeklinde belirlenmiş olan görevine aykırıdır. Norm denetimi görevini yerine getirirken Anayasa Mahkemesi'nin kanunu destek ölçü norm olarak kullanmaması gerekir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında, hukukun genel ilkeleri ile Anayasa'yı eşit seviyede tutmakta ancak neticede kararlarında iptal gerekçelerini Anayasa'nın ilgili maddesine dayandırmakta ve bu şekilde hukukun genel ilkelerini destek ölçü norm olarak kullanmaktadır. Genel itibarıyla, kazanılmış haklara saygı ilkesinin destek ölçü norm olarak kullandığını söylemek mümkünken, bazı kararlarında, *“kazanılmış haklara saygı ilkesini”* anayasaüstü bir konuma taşıyarak kazanılmış haklara saygı ilkesini destek ölçü normdan öte, ölçü norm olarak kullandığı da görülmektedir. İyiniyet ilkesini daha çok Medeni Kanun'daki düzenlemeyi açarak veya ilgili kanun maddesindeki düzenlemeye atıfla, ahde vefa ilkesini, genel hüküm-özel hüküm çatışmasında özel hükmün uygulanacağı ilkesini hukuk devleti olmaktan çıkarımla, kesin hükme saygı ilkesini kazanılmış hakka saygı ilkesi ile bağdaştırarak, her

kesin hükmün kişi yönünden kazanılmış bir hak doğurduğu ve hukuk devleti ilkesinin içerisinde bulunduğu yaklaşımıyla destek ölçü norm olarak kullanmaktadır.

Anayasa'nın temel felsefesini Atatürk ilke ve inkılâplarına dayandıran Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya sadakati Atatürk ilke ve inkılâplarına sadakat ile özdeşleştirmekte, Atatürk ilke ve inkılâplarını ölçü norm olarak kullandığı kararlarında, ilgili madde yönünden denetime konu normun incelemesini yaparken Anayasa maddesini Atatürk ilke ve inkılâpları açısından yorumlayarak karar vermekte, Anayasa maddeleri ile Atatürk ilke ve inkılâpları arasında bir hiyerarşi yaratmaktadır. Bu hiyerarşinin en fazla ortaya çıktığı ilke ise laiklik ilkesidir. Anayasa Mahkemesi, laiklik ilkesi konusundaki hassasiyetini tarihsel gerekçelere bağlamakta, Batı'daki laiklik anlayışı ile Türkiye'deki laiklik anlayışının kültürel ve dini farklılık nedeniyle benzer olmamasının doğal olduğunu belirtmektedir. Anayasa değişikliklerinin anayasal denetimi, eşit normlar arasında kabul edilemeyecek bir denetimdir. Ancak özellikle geçmiş tecrübelerinde ırkçı, köktendinci vb. uygulamalara maruz kalmış ve demokratik yollardan iktidarın ele geçirilmesi suretiyle maceralara sürüklenmiş ülkelerde, anayasa değişikliklerinin anayasa mahkemesi tarafından denetlenebileceği kabulü vardır. Bu kabul daha çok anayasa değişikliklerinin anayasal denetimi uygulaması olmayacağı, ancak zorunlu kalırsa bu yolun açık olduğu şeklindedir.⁸¹³

Anayasa'da "iptal kararlarının geriye yürümezliği" ilke olarak kabul edilmişken, yorumlu red kararları için böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda karar öncesine de (geçmişe de) bir iptal kararı olmayan yorumlu red kararlarının etki edeceği, o güne kadar diğer yüksek mahkemelerin bir norma belirli bir anlam yükleyerek, bu normu uygulamış olduğu dikkate alındığında, verilmiş ve kesinleşmiş olan kararlar ile çelişki doğacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin yorumlu red

⁸¹³ CRISAFULLI, Vezio: "Le Systeme De Controle De La Constitutionnalité Des Lois En Italie", **Revue Du Droit Public Et De La Science Politique En France Et A L'Étranger**, 1968, Yıl 84, s. 94-96.

kararı verirken, bu sorunlar yumağını dikkate alarak çok düşünmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığının gerçek manada uygulanması, başta Anayasa Mahkemesi'nin kendisi olmak üzere yargı organları, Yasama Organı ve tüm diğer kişi ve kuruluşlarda hukuka saygının yerleşmesi ile olacaktır. Anayasa Mahkemesi kararının belkemiği denebilecek, bir gerekçenin göz ardı edilemeyeceğini, "Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olmasının" bu manada gerekçeyi de kapsadığının açık olduğunu düşünüyoruz. Burada, Anayasa Mahkemesi, görev konusunda uyuşmazlık mahkemesi içtihatlarını, temel uygulamalarda da yüksek mahkemelerin içtihatlarını gözeterek normun Anayasa'ya uygunluğu hakkında karar vermek suretiyle, yüksek mahkemeler arasında bir iktidar yarışı varmış havasını yaratmamak yükümlülüğü altındadır.

Anayasa Mahkemesi uzun süre yürürlüğü durdurma yetkisi olmadığını söylemiş ve 1993 yılında verdiği ilk karar sonrasında kendisinde bu yetkinin varlığını kabul etmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin kullandığı yürürlüğü durdurma yetkisi sadece kendi içtihadına dayanmaktadır, halen anayasal veya yasal dayanağa sahip değildir. Bize göre, Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğü durdurma kararı vermesinin anayasal temele oturtulması gerekir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin yürürlüğün durdurulması hususunda yetkilendirilmesinin İdari yargıdaki yürütmeyi durdurma kararı ile ilgili yetkilendirmede olduğu gibi, Anayasa'da yer alması, dolayısıyla bu yönde Anayasa değişikliği yapılması gereklidir. Ayrıca yürürlüğü durdurma isteminin hangi aşamalarda istenebileceğinin, Anayasa Mahkemesi'nin resen yürürlüğü durdurma kararı verip veremeyeceğinin belirtilmesi gerektiğini, bunun yanında verilen iptal kararı sonrasında, yürürlüğü durdurma kararı verilmesi ve Anayasa Mahkemesi'nin mevcut uygulamasında olduğu gibi bu iptal kararının künyesini belirterek yürürlüğün durdurulmasına karar vermesi halinde, Anayasa'nın *"iptal kararları gerekçesi yazılmadan açıklanamaz"* hükmüne açıkça aykırılık teşkil

edeceğinden, uygulama ile Anayasa'nın uyumlu hale getirilmesi gerektiğini düşünürüz.

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararın yapılan sınırlandırma çerçevesinde sonuç doğurduğu dikkate alındığında, yapılan sınırlandırmanın sonuç bölümünde mutlak surette belirtilmesi ve sınırlandırmanın, ancak normda yazılı olan metin üzerinden yapılması gerektiğini, aksi durumun Anayasa Mahkemesi'ni Kanun Koyucu durumuna getireceğini, Yasama Organı tarafından süratli bir şekilde gerçekleştirilen yasama faaliyeti nedeniyle, özellikle son dönem kanunlarında sıkça rastlanan "bu kanuna aykırı olan diğer kanunlardaki hükümler" tabiri kullanılarak yapılan ilgalar ile hangi kanunda neyin tam olarak ilga edildiği belli olmadığından, bu tabirin geçtiği kanunun iptali halinde, yapılan önceki belirsiz ilganın geçerli olmaması gerektiği kanısındayız.

Anayasa'nın 152. maddesinde "*Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar.*" denilerek bir süre verilmiş ve bu süre içinde karar verilmezse dava mahkemesinin davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandıracağı öngörülerek, Anayasa Mahkemesi'nin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, dava mahkemesinin buna uymak zorunda olduğu belirtilmiştir. Anayasa'da hem somut norm denetiminin öngörülmesi, hem de Anayasa Mahkemesi'nin beş ay içinde karar vermemesi halinde dava mahkemesinin davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandıracağı öngörülmesi nedeniyle, verilmiş ve kesinleşmiş olan kararın Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararından etkilenmemesini kabul etmek, somut norm denetimini anlamsız kılmaktadır. Burada Anayasa'nın kendi içinde doğan bir çelişki vardır. Bu nedenle, bize göre, beş ay içinde Anayasa Mahkemesi karar vermediğinden dolayı mevcut norma dayanarak dava mahkemesinde verilen karara karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabileceği hususunun Anayasa'nın 152. maddesinde belirtilmesi gerekir. Aksi durumda, Anayasa'nın 152.

maddesi açık iken usul kanunlarında veya Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da yapılacak düzenlemeyle sorunun aşılamayacağını düşünüyoruz. Ayrıca, dava mahkemesinin önünde derdest bir dava varken, Anayasa Mahkemesi'nce iptal kararının yürürlüğünün ertelenmesi kararı verilmesi halinde, Yasama Organı'nı iptal hükmünün yaratacağı boşluğu doldurmak için zorlayan herhangi bir Anayasa hükmü yoktur. Bizce, iptal kararının yürürlüğünün ertelenmesi, ancak bu süre içinde Yasama Organı'nı, iptal kararının yaratacağı boşluğu giderecek düzenlemeyi yapmaya zorlayacak bir düzenleme yapılması halinde anlam kazanacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı norm denetimi öncelikle, Yasama Organı tarafından, o normun Anayasa Mahkemesi'nce denetlenebileceği düşüncesiyle, anayasal denetime takılmaması için gereken koşulların yasama aşamasında sağlanması konusunda daha fazla özen gösterilmesi sonucunu doğurur. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin norm denetimi işlevi sadece, denetime konu teşkil eden norm üzerinde sonuç doğurmaz. Bugüne kadar Anayasa Mahkemesi verdiği bazı çelişkili kararlar da olmakla beraber, normların Anayasa'ya uygunluğunun sağlanması konusunda, yokluğu halinde olabilecek sıkıntıları hissettirecek şekilde hukuk alemini rahatlatan kararlar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin uygulama ile zaman içinde çıkmış olan düzenleme ihtiyaçlarının karşılanması halinde norm denetimi işlevini daha da başarılı şekilde yerine getireceğini düşünüyoruz.

ÖZET

“Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi İşlevi” adlı bu çalışmada, “norm denetimi için Anayasa Mahkemesine başvuru yolları”, “denetime tabi normlar”, “ölçü normlar” ve “norm denetiminin safhaları” dört bölüm halinde ele alınmıştır.

Çalışmanın birinci bölümünde norm denetimi için Anayasa Mahkemesine başvuru yolları ele alınmış, bunlardan somut norm denetimi (defi yolu, itiraz yolu) ve soyut norm denetimi (dava yolu) Türkiye’deki gelişim ve uygulamalarıyla ele alınmış, anayasa şikayeti (bireysel başvuru üzerine denetim) ile ilgili olarak özellikle Türkiye’de uygulanması yönündeki tartışmalar ve dünyadaki uygulamaları üzerinde durulmuştur.

İkinci bölümde, anayasal denetime tabi normlar; kanunlar, kanun hükmünde kararnameler, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü, Anayasa değişiklikleri ve uluslararası andlaşmalar olarak Anayasa Mahkemesi uygulamaları incelenerek ele alınmıştır.

Üçüncü bölümde, Anayasa Mahkemesinin yaptığı denetimde ölçü olarak kullandığı normlar; Anayasa kuralları yanında, uluslararası andlaşmalar ve uluslararası hukuk kuralları, hukukun genel ilkeleri, Atatürk ilke ve inkılâpları olarak ele alınmış, Anayasa Mahkemesinin kararları incelenerek bunların nasıl ve ne ölçüde, ölçü norm olarak kullanıldıkları incelenmiştir.

Dördüncü bölümde, norm denetiminin safhaları; ilk inceleme, yürürlüğü durdurma ve sonuç bölümünde verilen kararlar olarak, iptal isteminin reddi, iptal kararı, konusu kalmayan istem hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı olarak ele alınmış, yine Anayasa Mahkemesinin kararları ele alınarak bu safhalar incelenmiştir.

Sonuç bölümünde ise çalışma boyunca incelenen kararlarla Anayasa Mahkemesinin norm denetimi işlevi değerlendirilmiş ve konuya ilişkin bir takım önerilere yer verilmiştir.

ABSTRACT

In this study, name is “The function of the norm review of The Constitutional Court”, there are four parts; “remedies to The Constitutional Court for norm review”, “audited norms”, “reference norms” and the stages of norm review”.

In first chapter, remedies to The Constitutional Court for norm review have been investigated; from these, concrete norm review (exception remedy) and abstract norm review (suit of nullity) have been handled with development and practices in Turkey, relating to the constitutional complaint (audit by individual application) has been dwelled upon especially the discussions of practicing in Turkey and practices in the World.

In second chapter, constitutional audited norms; laws, law amending ordinances, The Grand National Assembly of Turkey Internal Regulation, constitutional changes and international treaties have been handled in accordance with The Constitutional Court’s practices.

In third cahapter, reference norms used by The Constitutional Court at time of review; in addition to constitutional rules, international treaties and international law rules, general principles of law, the principles and revolutions of Atatürk have been handled and The Constitutional Court’s decisions have been examined to find out how and to what degree used are these as reference norms.

In fourth chapter, the stages of norm review; preliminary analysis, stop the enforcement and the decisions that given at conclusion part (rejection of annulment request, annulment decree, no need to adjudge because of subject of request is not to remain) have been handled, again these stages had been examined by considering the decisions of The Constitutional Court.

In conclusion chapter, The Constitutional Court's function of the norm review is evaluated in accordance with the decisions examined in the study and some recommendations are given.

KAYNAKÇA

I. KİTAP VE MAKALELER

AKILLIOĞLU, Tekin: “Yasaların (Anayasa Dahil) Zaman İçinde Uygulanması”, **Anayasa Yargısı**, 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 4, Ankara 1984. (s. 279-291)

AKILLIOĞLU, Tekin: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 44, S. 3-4, 1989. (s. 155-173)

AKİPEK, Ö. İlhan: **Devletler Hukuku**, Birinci Kitap, Ankara 1963.

AKSOY, Muammer: **Devrimci Öğretmenin Kiyımı ve Mücadelesi**, C. 2, Ankara 1975.

ALACAĞAPTAN, Uğur: “İtalyan Anayasa Mahkemesi İle İlgili Hükümler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 18, S. 1-4'den ayrı Bası, 1961. (s. 493-517)

ALDIKAÇTI, Orhan: **Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası**, 4. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 3000/655, İstanbul 1982.

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: “Anayasal Denetimin Kimi Sorunları”, **Yargıtay Dergisi**, C. 9, S. 1-2, 1983. (s. 51-67)

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: “Türk Anayasa Mahkemesi Raporu-Anayasal Normlar Hiyerarşisinin Temel Hakları Koruma İşlevi”, **VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi**, C. 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 17, 1990. (s. 27-36)

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: “Temel Hak ve Özgürlükler Açısından Anayasa Yargısı”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 24, S. 3, 1991. (s. 27-46)

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: “Türk Anayasal Yargısında Yürürlüğün Durdurulması”, **Danıştay Dergisi**, Yıl 25, S. 89, 1995. (s. 1-29)

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: **Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.

ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: “Sunulan Raporlar Kapsamında Türk Anayasa Mahkemesi'nin Sorunlarının Tartışılması Paneli”, **Anayasa Yargısı**, 21, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 51, Ankara 2004. (s. 115-127)

ALTAY, Evren: “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yürürlüğün Durdurulması”, **Anayasa Yargısı İncelemeleri 1**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2006. (s. 359-400)

ALTUNDİŞ, Mehmet: “Anayasanın 90. Maddesinin Son Fıkrasına Eklenen Hükümle Birlikte Anayasa ile Yargı Denetimi Dışında Tutulan İşlemlere Karşı Yargı Yargı Yolu Açılabilir mi?”, **Yasama Dergisi**, S. 2, Ankara 2006. (s. 75-91)

ARIK, Kemal Fikret: “Yeni Anayasa Mahkememiz Hakkında Mukayeseli Bir İnceleme”, **Adalet Dergisi**, Yıl 52, S. 9-10, 1961. (s. 831-849)

ARMAĞAN, Servet: **Anayasa Mahkememizde Kazai Murakabe Sistemi (Doktora Tezi)**, İstanbul 1967. (1967 a).

ARMAĞAN, Servet: “Dava Mahkemelerinde Anayasaya Aykırılık Defi ve Re’sen Sevk”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 32, S. 2-4, 1967. (1967 b). (s. 715-748)

ARMAĞAN, Servet: “Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kanunu ve Bazı Özellikleri”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yeniseri, Yıl 1, S. 1, 1967. (1967 c). (s. 49-64)

ARMAĞAN, Servet: **Anayasa, Seçimler ve Anayasa Mahkemesi**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1975.

ARSEL, İlhan: **Türk Anayasa Hukukunun Umumi Esasları**, Birinci Kitap, Ankara 1965.

ARSLAN, Zühtü: Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa’nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, **Anayasa Yargısı**, 19, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 49, Ankara 2002. (s. 216-232)

AYBAY, Rona: “Anayasa’nın 151. Maddesine Göre Taraflarca İleri Sürülen Anayasa’ya Aykırılık İddialarının “Ciddi”liği Sorunu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 33, S. 3-4, 1968. (s. 155-176)

AZRAK, Ülkü: “Türk Anayasa Mahkemesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 28, S. 3-4, 1963. (s. 649-700)

AZRAK, Ülkü: “Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği”, **Anayasa Yargısı**, 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 4, Ankara 1984. (s. 151-168)

BALTA, Tahsin Bekir: “Türkiye’de Anayasa Yargısı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 18, S. 1-4, 1961. (s. 547-565)

BAŞLAR, Kemal: “Anayasa Yargısında Yeniden Yapılanma”, **Demokrasi Platformu**, Yıl 1, S. 2, 2005. (s. 87-112)

BAŞLAR, Kemal: **Anayasa Yargısında Mahkeme Kavramı**, Roma Yayınları, Ankara 2005.

BAŞLAR, Kemal: “Anayasa Yargısında Davaya Bakmakta Olan Mahkeme Kavramı”, **Anayasa Yargısı İncelemeleri 1**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2006. (s. 219-257)

BEYME, Klaus von: “Alman Anayasa Mahkemesi-Yeni Demokrasiler İçin Bir Model mi?”, **Demokrasi ve Yargı (Sempozyum)**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No.78, Ankara 2005. (s. 77-116)

BİLGİN, Pertev: “Kanunların Uygulanmasının Anayasa Mahkemesi Tarafından Durdurulması”, **Anayasa Yargısı**, 12, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 31, Ankara 1995. (s. 171-191)

BOYACIOĞLU, Ahmet: “Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Defi Yolu İle Denetlenmesi”, **Adalet Dergisi**, Yıl 53, S. 7-8, 1962. (s. 716-730)

BOYACIOĞLU, Ahmet H.: “Anayasa Mahkemesi Kararlarının Açıklanması ve Bu Kararların Yürürlüğe Girmesi”, **Danıştay Dergisi**, Yıl 17, S. 64-65, 1987. (s. 27-33)

BUMİN, Mustafa: “Anayasa Mahkemesi Başkanı Mustafa BUMİN’in Töreni Açış Konuşması”, **Anayasa Yargısı**, 18, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 48, Ankara 2001. (s. 1-14)

BUMİN, Mustafa: “Anayasa Mahkemesi Başkanı Mustafa BUMİN’in Töreni Açış Konuşması”, **Anayasa Yargısı**, 19, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 49, Ankara 2002. (s. 13-24)

BUMİN, Mustafa: “Anayasa Mahkemesi Başkanı Mustafa BUMİN’in Töreni Açış Konuşması”, **Anayasa Yargısı**, 20, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 50, Ankara 2003. (s. 11-26)

ÇAN, Osman: “Anayasayı Değiştirme İktidarı ve Denetim Sorunu”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 62, S. 3, 2007. (s. 101-139)

CANSEL, Erol: “Türk Anayasa Mahkemesi Raporu-Anayasal Normlar Hiyerarşisi”, **VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi**, C. 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 17, Ankara 1990. (s. 15-26)

CANSEL, Erol: “Anayasa Mahkemesi’nin Verdiği İptal Kararlarından Doğan Kimi Sorunlar”, **Anayasa Yargısı**, 9, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 27, Ankara 1993. (s. 87-104)

CRISAFULLI, Vezio: “Le Systeme De Controle De La Constitutionnalité Des Lois En Italie”, **Revue Du Droit Public Et De La Science Politique En France Et A L’Etranger**, Yıl 84, 1968. (s. 83-132)

ÇAĞA, Tahir: **Hava Hukuku**, C. I, Genel Kısım, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 996/205, İstanbul 1963.

ÇAĞLAR, Bakır: “Anayasa Yargısında Yorum Problemi, Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, **Anayasa Yargısı**, 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 5, Ankara 1986. (s. 163-195)

ÇAĞLAR, Bakır: “Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri , Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi”, **Anayasa Yargısı**, 3, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 7, Ankara 1987. (s. 137-187)

ÇAĞLAR, Bakır: **Anayasa Bilimi**, BFS Yayınları, 1. Bası, İstanbul 1989. (1989 a).

ÇAĞLAR, Bakır: "Anayasa Yargısı ve Normatif Devreler Karşılaştırmalı Analizi", **Anayasa Yargısı**, 6, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 14, Ankara 1989. (1989 b). (s. 117-158)

ÇELİK, Edip F.: **Milletlerarası Hukuk**, C. 1, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 2057/456, Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul 1975.

ÇELİK, Edip F.: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması", **İdare Hukuku ve İlimler Dergisi**, Prof.Dr.Lutfi DURAN'a Armağan Özel Sayısı, Yıl 9, S. 1-3, 1988. (s. 47-56)

DOĞAN, İlyas: "Anayasa Mahkemesinin Yargılama Usulü ve Anayasanın 149. Maddesinde Gerçekleştirilen Değişiklikler; 2002 Anayasa Değişikliği Işığında Anayasanın Geçici 15. Maddesi", **Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Hukuku 1. Uluslararası Sempozyumu**, TBMM Yayınları No. 1, Ankara 2003. (s. 243-248)

DURAN, Lütfi: "Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu", **Anayasa Yargısı**, 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 4, Ankara 1984. (s. 55-87)

EGLİ, Jean-François: "Anayasa Yargılamasına Şahsi Müracaat", **Anayasa Yargısı**, 9, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 27, Ankara 1993. (s. 357-365)

EREM, Faruk: **Ön Mesele (Meseli Müstehire) Olarak Anayasaya aykırılık iddiası**, Ankara 1962. (1962 a).

EREM, Faruk: "Ceza Hukuku Yönünden Anayasaya Aykırılık İddiası", **Adalet Dergisi**, Yıl 53, S. 1, 1962. (1962 b). (s. 459-471)

EREN, Abdurrahman- ALESKERLİ, Alesker: **Yeni Anayasalar, Bağımsız Devletler Topluluğu ve Batlık Cumhuriyetleri**, Türk İşbirliği ve Kalkınma İdaresi Başkanlığı Yayınları No. 82, Ankara 2005.

EROĞUL, Cem: **Anayasayı Değiştirme Sorunu (Bir Mukayeseli Hukuk İncelemesi)**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını No. 371, Ankara 1974.

EROĞUL, Cem: "Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına ve Anayasa Yargısına Etkileri", **Anayasa Yargısı**, 20, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 50, Ankara 2003. (s. 196-213)

ESEN, Selin: **İptal Davası ve İtiraz Yolunda Anayasa Mahkemesi'nin Yaptığı İlk İnceleme**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları Tezler Dizisi, Ankara 1996.

ESEN, Selin: **Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimleri**, Adalet Yayınları, Ankara 2008.

FAVOREU, Louis: "Souveraineté et Supraconstitutionnalité", **Pouvoirs**, S. 67, 1993. (s. 71-77)

FAVOREU, Louis: **Les Cours Constitutionnelles**, 3. Bası, Presses Universitaires de France, Paris 1996.

FELDBRUGGE, Ferdinand J.M.: “Rus Anayasa Mahkemesi ve Demokrasinin Pekişmesi”, **Demokrasi ve Yargı (Sempozyum)**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No:78, Ankara 2005. (s. 234-271)

FENDOĞLU, H. Tahsin: “Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında Bağımsız Ölçü Norm veya Destek Ölçü Norm Sorunu”, **Anayasa Yargısı**, 17, Anayasa Mahkemesi Yayınları No.42, Ankara 2000. (s. 363-385)

FEYZİOĞLU, Turhan: **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Kazai Murakabesi**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No. 19-1, Ankara 1951.

FROMONT, Michel: “Republique Federal Allemande, Le Tribunal Constitutionnel Federal en 1970”, **Revue Du Droit Public Et De La Science Politique En France Et A L’Etranger**, 1971. (s. 1411-1427)

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: “Ceza Hukuku Açısından 1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 2, 1962. (s. 281-304)

GÖNENÇ, Levent: **Prospects for Constitutionalism in Post-Communist Countries**, Kluwer, The Hague 2002.

GÖNENÇ, Levent: **Türkiye’de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2008.

GÖREN, Zafer: Anayasa Mahkemesi’ne Kişisel Başvuru, **Anayasa Yargısı**, 11, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 30, Ankara 1995. (1995 a) (s. 97-137)

GÖREN, Zafer: **Anayasa ve Sorumluluk**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No. 58, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara 1995. (1995 b).

GÖREN, Zafer: “Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli”, **Anayasa Yargısı**, 21, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 51, Ankara 2004. (s. 270-290)

GÖREN, Zafer: **Anayasa Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara 2006.

GÖZLER, Kemal: **Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu**, 1. Bası, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 1999.

GÖZLER, Kemal: **Türk Anayasa Hukuku**, 1. Bası, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2000.

GÖZTEPE, Ece: **Anayasa Şikayeti**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 530, Ankara 1998.

GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref – GÖLCÜKLÜ, A.Feyyaz: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması”, 11. Ek Protokola Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.

GÜNEŞ, Turan: “CHP'nin Haksız İktisaplarının İadesi Hakkında 6195 Sayılı Kanunu İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 18, S. 3-4, 1963. (s. 345-361)

GÜRAN, Sait: “Uyuşmazlık Mahkemesinde Başkanvekilliği Meselesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 30, S. 3-4, 1964. (s. 1000-1034)

GÜRAN, Sait: “Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması”, **Anayasa Yargısı**, 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 5, Ankara 1986. (s. 143-159)

HAEFLİGER, Arthur (Çev. Ümit ÖZDAĞ): “Anayasa Normlarının Hiyerarşisi ve İnsan Haklarının Korunmasındaki İşlevi (İsviçre Federal Mahkemesi Raporu)”, **VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi**, Anayasa Mahkemesi Yayınlar No. 20, C. 5, 1990.

HALLER, Herbert (Çev. Fazıl SAĞLAM): Anayasa Şikayeti ve Buna İlişkin Sorunlar(Avusturya’da Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor)”, **Anayasa Yargısı**, 21, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 51, Ankara 2004. (2004 a). (s. 179-185)

HALLER, Herbert (Çev. Osman CAN): “Avusturya Anayasa Mahkemesinin Organizasyonu ve Karar Biçimleri”, **Anayasa Yargısı**, 21, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 51, Ankara 2004. (2004 b). (s. 50-58)

HASSEMER, Winfried: “Anayasa Şikayeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Almanya’da Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor)”, **Anayasa Yargısı**, 21, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 51, Ankara 2004. (s. 164-169)

HEKİMOĞLU, Mehmet Merdan: **Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları**, Detay Yayıncılık, Ankara 2004.

HERZOG, Roman (Çev. Ümit ÖZDAĞ): “Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi (Alman Anayasa Mahkemesi Raporu)”, Çeviren: Ümit ÖZDAĞ, **VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi**, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 18, C. 3, 1990. (s. 15-22)

HOCAOĞLU, A. Şeref - OCAKÇIOĞLU, İsmet: **Anayasa ve Anayasa Mahkemeleri (Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Yargısal Denetimi)**, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1971.

İBA, Şeref: **Anayasa ve Siyasal Kurumlar (100 Soruda)**, Turhan Kitabevi, Ankara 2006.

KABOĞLU, İbrahim Ö.: “Türkiye’de Hukuk Devletinin Gelişimi”, **İnsan Hakları Yıllığı**, C. 12, 1990. (s. 139-166)

KABOĞLU, İbrahim Ö.: “Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı”, **Anayasa Yargısı**, 8, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 21, Ankara 1991. (s. 291-322)

KABOĞLU, İbrahim Ö.: **Anayasa Yargısı**, 1. Bası, İmge Kitabevi Yayınları, Ankara 1994.

KANADOĞLU, O. Korkut: **Anayasa Mahkemesi**, Beta Yayınları, İstanbul 2004.

KANETİ, Selim: "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'ndaki Boşlukların Anayasa Mahkemesi Tarafından Doldurulması", **Anayasa Yargısı**, 8, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 21, Ankara 1991. (s. 77-93)

KARAYALÇIN, Yaşar: **Meseleler ve Görüşler II, Eğitim-Üniversite-Hukuk**, Sevinç Matbaası, Ankara 1972.

KELSEN, Hans: "La Garantie Juridictionnelle de la Constitution", **Revue Du Droit Public Et De La Science Politique En France Et A L'Etranger**, Yıl 35, 1928. (s. 197-257)

KIM, Yang-Kyun: Kore'de Anayasal Başvuru Sistemi, **Anayasa Yargısı**, 9, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 27, Ankara 1993. (s. 347-355)

KIRATLI, Metin: **Alman Federal Anayasa Mahkemesi**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No. 162-144, Ankara 1963.

KIRATLI, Metin: **Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi, İtiraz Yolu**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayını, Ankara 1966.

KORKUT, Levent, "Anayasa Mahkemesinin Verdiği Yürürlüğün Durdurulması Kararları Üzerine Bir Değerlendirme", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 27, S. 3, 1994. (s. 141-147)

KUBALI, Hüseyin Nail: **Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 1604/351, İstanbul 1971.

KUNTER, Nurullah: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yenileştirilmiş ve Geliştirilmiş 2. Bası, İstanbul 1964.

KURU, Baki: **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Ankara Üniversitesi Yayınları No. 187, Ankara 1964.

KUZU, Burhan: "Anayasa Mahkemesinin İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği Sorunu", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Ord.Prof.Sulhi Dönmezer'e Armağan, C. 52, S. 1-4, 1987. (s. 185-229)

KUZU, Burhan: **1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990.

MERAY, Seha L.: **Devletler Hukukuna Giriş**, C. 2, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No. 237, Ankara 1968.

MUMCU, Ahmet - ÖZBUDUN, Ergun - FEYZİOĞLU, Turhan - ÜLKEN, Yüksel - ÇUBUKÇU, Ağâh: **Atatürk İlkeleri ve İnkılap Tarihi II**, Yükseköğretim Kurulu Yayınları, Ankara 1986.

OBERNDORFER, Peter: "Avusturya Raporu", **VII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Hukuk Normlarının Anayasaya Uygunluğu Hakkındaki Kararların İçerikleri ve Etkileri**, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 12, Ankara 1988. (s. 1-37)

OCAKÇIOĞLU, İsmet.: “Anayasa Mahkemesi Kararları”, **Prof.Dr. Osman F. BERKİ'ye Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 411, Ankara 1977. (s. 567-586)

ODYAKMAZ, Zehra: “Yürürlüğü Durdurma”, **Anayasa Yargısı**, 12, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 31, Ankara 1995. (s. 143-170)

ONAR, Erdal: **1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu**, Ankara 1993.

ONAR, Erdal: **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler**, Ankara 2003.

ONAR, Sıddık Sami: **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C. 1, 3. Bası, İstanbul 1966.

OYTAN Muammer - ÖNBİLGİN Gürbüz: **T.C. Anayasasının İlke ve Kuralları ile Anayasa Mahkemesi Kararlar Dizini**, Doğan Basımevi, Ankara 1977.

ÖDEN, Merih: “Türk Anayasa Yargısında On Yıl Süreli Denetim Yasağı”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Yıl 55, S. 4, Ekim-Aralık 2000. (s. 47-81)

ÖNBİLGİN Gürbüz: **T.C. Anayasasının İlke ve Kuralları ile Anayasa Mahkemesi Kararlar Dizini**, Doğan Basımevi, Ankara 1977.

ÖZAY, İl Han: **Günüşiğinde Yönetim**, İstanbul 1996.

ÖZBUDUN, Ergun- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: “Türkiye Raporu”, **VII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Hukuk Normlarının Anayasaya Uygunluğu Hakkındaki Kararların İçerikleri ve Etkileri**, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 12, Ankara 1988. (s. 181-206)

ÖZBUDUN, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2004.

ÖZBUDUN, Ergun: “Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu”, **Demokrasi ve Yargı (Sempozyum)**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No. 78, Ankara 2005.

ÖZBUDUN, Ergun: “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 62, S. 2, 2007. (s. 257-268)

ÖZBUDUN, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2008. (2008 a).

ÖZBUDUN, Ergun: “Anayasa Yargısı ve Yokluk Müeyyidesi”, **Zaman Gazetesi**, 25.2.2008. (2008 b).

ÖZBUDUN, Ergun: “Anayasa Değişikliklerinin Yargısal Denetimi”, **Zaman Gazetesi**, 8.5.2008. (2008 c).

ÖZBUDUN, Ergun: “Yeni Anayasa Şart Oldu...”, **Zaman Gazetesi**, 23.10.2008. (2008 d).

ÖZDEN, Yekta Güngör: “Anayasa Mahkemesi Kanun Koyucu Gibi Hareketle, Yeni Bir Uygulamaya Yol Açacak Biçimde Hüküm Tesis Edemez” Kuralına Nasıl Gelindi? Bu Kural Nedir, Ne Değildir?” **Anayasa Yargısı**, 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 5, Ankara 1986. (s. 41-90)

ÖZDEN, Yekta Güngör: “Anayasa Mahkemesi Başkanı Yekta Güngör Özden’in Töreni Açış Konuşması”, **Anayasa Yargısı**, 10, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 28, Ankara 1993. (s. 1-17)

ÖZDEN, Yekta Güngör – SERİM, H. Bülent: **İnsan Haklarına ve Temel Özgürlüklerine İlişkin Uluslararası Sözleşmeler ve Bu Sözleşmelere Yer Veren Anayasa Mahkemesi Kararları**, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 35, Ankara 1997.

ÖZEK, Çetin: “Yasama Dokunulmazlığının Kaldırılması Kararlarının Anayasa Mahkemesince İncelenmesi Konusuyla İlgili Bazı Sorunlar”, **Onar Armağanı**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No.: 2354/530, İstanbul 1977, (s. 721-776)

ÖZGEN, Eralp: “İdari Tasarruflardaki Sakatlıklar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, S. 1-4, 1960. (s. 255-289)

PACZOLAY, Peter: “Anayasa Şikayeti ve Buna İlişkin Sorunlar (Venedik’te Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor)”, **Anayasa Yargısı**, 21, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 51, Ankara 2004. (s. 194-198)

PAZARCI, Hüseyin: **Uluslararası Hukuk Dersleri**, 1. Kitap, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2001.

PEKCANITEZ, Hakan: Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikayeti”, **Anayasa Yargısı**, 12, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 31, Ankara 1995. (s. 257-287)

ROSSI, Paolo (Çev. Öztekin TOSUN): Ceza Kanunlarının Anayasaya Aykırılığının Kontrolü, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 29, S. 1-2, 1963. (s. 324-347)

ROULHAC, Cédric: “Nouvel Article 61-1 de la Constitution : La Loi Organique Se Fait Attendre...”, http://www.droits-libertes.org/article.php?id_article=97, 9.2.2009.

ROUSSEAU, Dominique: **La Justice Constitutionnelle En Europe**, 3. Bası, Montchrestien, Paris 1998.

SABUNCU, M.Yavuz: “Federal Almanya’da Anayasa Şikayeti”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 37, S. 3-4, 1982. (s. 139-152)

SABUNCU, Yavuz: “Alman Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı”, **Amme İdaresi Dergisi**, C. 17, S. 2, 1984. (s. 76-86)

SABUNCU, M. Yavuz – ARNWINE ESEN, Selin: “Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu”, , **Anayasa Yargısı**, 21, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 51, Ankara 2004. (s. 229-246)

SAĞLAM, Fazıl: "Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli", **Anayasa Yargısı**, 21, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 51, Ankara 2004. (s. 264-269)

SAN, Coşkun: **Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri**, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları No. 85, Ankara 1974.

SARICA, Ragıp: **İdari Kaza**, C. 1, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 403/91, İstanbul 1949.

SERİM, Bülent: "Uluslararası Andlaşmaların Onaylanması ve Denetlenmesi", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 26, S. 2, 1993. (s. 19-43)

SERİM, Bülent: "Anayasa Yargısında Yürürlüğü Durdurma Yetkisi", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 29, S. 1, 1996. (s. 3-28)

SEROZAN, Rona: "Anayasayı Değiştirme Yetkisinin Sınırları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 37, S. 1-4, 1972. (s. 135-141)

SOYSAL, Mümtaz: **Dış Politika ve Parlamento**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No. 183-165, Ankara 1964.

SOYSAL, Mümtaz: "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler", **Anayasa Yargısı**, 2, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 5, Ankara 1986. (1986 a). (s. 7-18)

SOYSAL, Mümtaz: **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, 6. Bası, İstanbul 1986. (1986 b).

SOYSAL, Mümtaz: "Uluslararası Andlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı", **Anayasa Yargısı**, 14, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 36, Ankara 1997. (s. 171-187)

ŞAHENK, Ekrem: "Kanunların Teşkilatı Esasiye Kanununa Muhalif Olup Olmadığının Kontrolü Bahsinde Amerikan Sistemi", **Adalet Dergisi**, Yıl 32, S. 11, 1941. (s. 941-949)

TANİLLİ, Server: **Anayasalar ve Siyasal Belgeler**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976.

TANÖR, Bülent: **Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Anayasası**, Öncü Kitabevi, İstanbul 1969.

TANÖR, Bülent – YÜZBAŞIOĞLU, Nemci: **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 7. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2005.

TEZİÇ, Erdoğan: "Yasama Yetkisi ve Kanun Hükmünde Kararnameler", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 5, S. 1, 1972. (s. 3-14)

TEZİÇ, Erdoğan: "Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas açısından Denetimi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 51, S. 1-4, 1985. (s. 23-43)

TEZİÇ, Erdoğan: **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, 11. Bası, İstanbul 2006.

TİKVEŞ, Özkan: **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Anayasa Yargısı**, Ege Üniversitesi İktisadi ve Ticari Bilimler Fakültesi Yayınları No. 64/69, İzmir 1978.

TOLUNER, Sevin: **Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki ilişkiler**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 1882/418, İstanbul 1973.

TUĞCU, Tülay: "44. Kuruluş Yıldönümü Anayasa Mahkemesi Başkanı Tülay Tuğcu'nun Açılış Konuşması", **Anayasa Yargısı**, 23, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 54, Ankara 2006. (s. 1-10)

TUNÇ, Hasan: "Türk Anayasa Yargısında Yürütmenin Durdurulması", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, S. 1, 1990. (s. 51-65)

TUNÇ, Hasan: **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı (Denetimin Kapsamı ve Organları)**, Yetkin Yayınları, Ankara 1997.

TURHAN, Mehmet: "Anayasaya aykırı Anayasa Değişiklikleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 33, S. 1-4, 1976. (s. 63-104)

TURHAN, Mehmet: "Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli", **Anayasa Yargısı**, 21, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 51, Ankara 2004. (s. 248-257)

TURHAN, Mehmet: "Anayasa Yargısının İşlevi ve Meşruluğu", **Anayasa Yargısı İncelemeleri 1**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2006. (s. 41-69)

TÜRK, Hikmet Sami: "Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli", **Anayasa Yargısı**, 21, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 51, Ankara 2004. (s. 291-295)

UITZ, Reneta: "Sınırlı Devlet, Anayasacılık ve Hukukun Üstünlüğü Üzerine Dersler", **Demokrasi ve Yargı (Sempozyum)**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları No. 78, Ankara 2005. (s. 272-309)

ULER, Yıldırım: "Anayasa Mahkemesi İptal Kararları Geri Yürür", **Bahri Savcı'ya Armağan**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları No. 7, Ankara 1988. (s. 515-534)

ÜNLÜ, Ahmet Hamdi: "Yüksek Seçim Kurulunun Niteliği Üzerine", **Danıştay Dergisi**, Yıl 33, S. 105, 2003. (s. 1-2)

VEDEL, Georges: "Souveraineté et Supraconstitutionnalité", **Pouvoirs**, No:67, 1993. (s. 80-97)

YAYLA, Yıldızhan: "1982 Anayasasına Göre Devletin Özü", **İdare Hukuku ve İlimler Dergisi**, Yıl 4, S. 1-3, 1983. (s. 132-149)

YILDIRIM, Turan: "Anayasa Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı", **Amme İdaresi Dergisi**, C. 26, S. 4, 1993. (s. 69-80)

YILDIZ, Mustafa: **Anayasa Yargısında Geçici Tedbir Kararı**, 1. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1998.

YÜZBAŞIOĞLU, Nemci: **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No. 3762/703, İstanbul 1993.

YÜZBAŞIOĞLU, Nemci: **Türkiye’de Kanun Hükmünde Kararnameler Rejimi**, Beta Yayınları, İstanbul 1996.

ZEIDLER, Wolfgang: “Federal Almanya Raporu”, **VII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Hukuk Normlarının Anayasaya Uygunluğu Hakkındaki Kararların İçerikleri ve Etkileri**, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 12, Ankara 1988. (s. 39-68)

ZIERLIEN, Karl-Georg: “Alman Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterinin Açıklaması”, **VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi**, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 20, C. 5, 1990. (s. 71-72)

II. ELEKTRONİK KAYNAKÇA

Adalet Bakanlığı İnternet Sitesi, <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr>

Anayasa Mahkemesi İnternet Sitesi, <http://www.anayasa.gov.tr>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnternet Sitesi, <http://cmiskp.echr.coe.int>

Danıştay İnternet Sitesi, <http://www.danistay.gov.tr>

DAZA, German Alfonso Lopez: “Constitutionnalisation Et Protection Judiciaire Des Droits Sociaux En Amerique Latine”, <http://www.enelsyn.gr/papers/w13/Paper%20by%20Prof.%20German%20Alfonso%20Lopez%20Daza.pdf>, 9.5.2008.

Dünya Uluslararası Anayasa Hukuku Kongresi İnternet Sitesi, <http://www.enelsyn.gr>

Federal Alman Meclisi İnternet Sitesi, <http://www.bundestag.de>

Fransız Anayasa Konseyi İnternet Sitesi, <http://www.conseil-constitutionnel.fr>

Fransız Millet Meclisi İnternet Sitesi, <http://www.assemblee-nationale.fr>

Gesetzestexte Online Metin Sitesi, <http://www.gesetze.2me.net>

GÖZLER, Kemal: “İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstüğü Sorunu”, <http://www.anayasa.gen.tr/insan.htm>, 10.7.2007.

Illinois State Üniversitesi İnternet Sitesi, <http://www.ilstu.edu>

İspanyol Senatosu İnternet Sitesi, <http://www.senado.es>

İtalyan Anayasa Mahkemesi İnternet Sitesi, <http://www.cortecostituzionale.it>

İtalyan Meclisi İnternet Sitesi, <http://fr.camera.it>

Jean-Claude Escarras Karşılaştırmalı Hukuk ve Politika Merkezi Sitesi, <http://cdpc.univ-tln.fr>

Memurlar.net internet sitesi, <http://www.memurlar.net>

Perpignan Üniversitesi Sitesi, <http://mjp.univ-perp.fr>

Türk Dil Kurumu İnternet Sitesi, <http://www.tdk.gov.tr>

Türkiye Büyük Millet Meclisi İnternet Sitesi, <http://www.tbmm.gov.tr>

Wikipedia İnternet Ansiklopedisi Sitesi, <http://fr.wikipedia.org>

III. DİĞER KAYNAKLAR

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, İdari İlimler Enstitüsü'nün Gerekçeli Anayasa Tasarısı ve Seçim Sistemi Hakkındaki Görüşü, Ajans Türk Matbaası, Ankara 1960.

AYBAY, Rona: **Karşılaştırmalı 1961 Anayasası Metin Kitabı**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 1038/219, İstanbul 1963.

BOZKURT, Enver: **Türkiye'nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı**, İlaveli 3. Bası, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara 2003.

Danışma Meclisi Tutanak Dergisi

Danıştay Dergisi

Danıştay İstisari Düşünceler-Cumhuriyet Dönemi- (1929-1980), Birinci Kitap, Ankara 1982.

Danıştay Kararlar Dergisi

Gerekçeli Anayasa, M.G.K. Değişiklik Gerekçeleri ile Birlikte, Değişim Yayınları, 1. Bası, Ankara 1984.

"İtalya Raporu", **VII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Hukuk Normlarının Anayasaya Uygunluğu Hakkındaki Kararların İçerikleri ve Etkileri**, Anayasa Mahkemesi Yayınları No. 12, Ankara 1988.

KARAMUSTAFAOĞLU, Tunçer- TURHAN Mehmet: **1961-1982 T.C. Anayasaları Karşılıklı Metinler ve 1876, 1921 ve 1924 Anayasa Metinleri**, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Savaş Yayınları, Ankara 1993.

Millet Meclisi Tutanak Dergisi

Milliyet Gazetesi

ÖZTÜRK, Kazım: **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası**, C. 2, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1966. (1966 a).

ÖZTÜRK, Kazım: **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası**, C. 3, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara 1966. (1966 b).

Radikal Gazetesi

Resmi Gazete

Türkiye Barolar Birliği Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, 4. Bası, Ankara 2007.

Türkiye Cumhuriyeti Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi, Ankara 2000.

Vatan Gazetesi

YAVUZ, Nihat: **Seçim Kanunları ve Siyasi Partiler Kanunu**, Adil Yayınevi, Ankara 2002.