

TÜRK ANAYASA YARGISINDA SOMUT NORM DENETİMİ YOLU

Çağlar BİLGİN (*)

I — GİRİŞ :

GENEL OLARAK YASALARIN ANAYASAYA UYGUNLUĞU SORUNU :

Kişi haklarının sadece yürütme organı karşısında değil, yasama organı karşısında da korunmasının gerektiği, hukuk devleti kavramının idarenin yargısal denetiminin yanında ve en az onun kadar önemli olarak, yasama organı işlemlerinin yargısal denetimini de gerektirdiği düşüncesi oldukça yenidir. Öyle ki bu düşüncenin gelişip yaygınlaşması asıl olarak, bu yüzyılın ortalarından sonra gerçekleşebilmiştir. Nedenini, yazılı ve sert anayasaların geç ortaya çıkışında aramalıdır.

Yasaların Anayasaya uygunluğunun denetlenmesi gereğinin kabulü, ona bağlı bir sorunu; bu denetimin nasıl yapılacağı sorununu gündeme getirir.

Güçler ayrılığı ilkesi açısından bakıldığında denetimin, yasama dışındaki diğer iki güçten birince yapılması gerektiği düşünülebilirse de, yasama organının bu konuda kendi kendini denetlemesi de mümkündür. Örneğin bir ikinci meclis bu amaca hizmet edebilir.

Denetimi yapan organa bakılarak siyasal ve yargısal denetimden söz edilir.

Siyasal denetim bir veya birkaç siyasal organca yapılabilir. Yukarıda sözü edilen ikinci meclisten başka, devlet başkanı veya bu amaçla oluşturulmuş özel kurullar bunlar arasında sayılabilir.

Siyasal denetimin kişi hakları açısından yeterli güvenceyi sağlayamaması, yargısal denetimin zaman içinde giderek etkin bir duruma gelmesine neden olmuştur. Beşiği Amerika Birleşik Devletle-

(*) Yargıç.

ri olan yargısal denetim, yasaların ve bazı yasama işlemlerinin anayasaya uygunluğunun yargısal mercilerce denetlenmesini anlatır. Bu amaçla özel yargı türü ve organı oluşturmak mümkün olduğu gibi, genel yargı yetkisini kullanan organlar da bu işlevi üstlenebilirler (1). İlk yol, anayasa yargısının ayrı bir yargı dalı olarak kabulü demektir. Böylece ayrı bir anayasa mahkemesi de kurulmuş olacaktır.

Anayasaya uygunluk denetimini harekete geçirecek yolların ve bunların işleyiş biçiminin belirlenmesi de sorunlardan biridir. Denetim, yasanın uygulanmakta olduğu bir somut olayla ilgili dava nedeniyle harekete geçirilebileceği gibi, somut herhangi bir durumla bağlantı bulunmaksızın, soyut olarak ileri sürülen bir aykırılık iddiası üzerine de başlayabilir. İlkinde somut, ikincisinde soyut norm denetimi sözkonusudur.

Bu çalışmada, Türk hukukuyla sınırlı olarak somut norm denetimi yolu ele alınacaktır. Amaç, somut norm denetimi sürecini olabildiğince ayrıntılı inceleyip, ağırlıklı olarak pozitif hukuk bakımından sonuçlara varmaktır.

II — SOMUT NORM DENETİMİ KAVRAMI, İŞLEYİŞİNİN KOŞULLARI VE BİÇİMİ :

A — Somut norm denetimi kavramı :

Anayasanın 152 ve 2949 Sayılı Yasanın 28. maddesi de dikkate alınarak, Türk hukuku bakımından somut norm denetimi hakkındaki şöyle bir kişisel tanım yapılabilir :

«Görülmekte olan bir dava sebebiyle uygulanacak bir veya daha çok yasa ya da yasa gücünde kararname normunun, davayı gören mahkemece Anayasaya aykırı bulunması veya taraflardan birinin bu yoldaki iddiasının ciddi olduğu kanısına varılması üzerine, bu konuda verilecek karara kadar dava geri bırakılarak işin Anayasa Mahkemesine intikal ettirilmesiyle başlayan yargısal denetim sürecine, somut norm denetimi denir.»

Hemen görüleceği gibi, bu tanımda, genel anlamda Anayasa yargısına tabi bulunan TBMM İçtüzüğü yeralmamaktadır. Çünkü, somut bir olay nedeniyle başlayacak olan somut norm denetimi, ancak böyle bir olayda kişilere uygulanma kabiliyetine sahip normlar hakkında işletilebilir. Oysa TBMM İçtüzüğü'nün, bir yargısal iş-

(1) Tüm bu konularda ayrıntılı bilgi için bkz. Ergun Özbudun, «Türk Anayasa Hukuku» Yetkin Yayınları, Ankara-1986. s: 347 vd.

leme konu,olabilecek somut bir olay nedeniyle kişilere uygulanması mümkün değildir (2).

Bu, somut ve soyut norm denetimleri arasındaki ilk farktır; TBMM İçtüzüğü soyut norm denetimine konu olabildiği halde, somut norm denetiminin konusu yapılamaz.

Somut norm denetimi yoluyla ancak görülmekte olan bir dava sebebiyle uygulanacak normların, diğerinde ise, davada uygulanıyor olma koşulu bulunmaksızın denetime elverişli bir ya da daha çok normun denetlenmesi, kapsam açısından ikinci farkı oluşturur.

Bu açıdan bakıldığında somut norm denetimi dar kapsamlı ise de, soyut norm denetiminin sadece belirli organlarca ve belirli süre içinde işletilebilmesine karşın, süreye bağlı olmadan, davanın tarafı bulunan herkesçe harekete geçirilebilmesi nedeniyle ve bu iki yönden somut norm denetimi daha geniş bir nitelik taşır (3).

Somut norm denetimi yolu için doktrinde «İtiraz», «Defi» gibi terimler kullanılmakta, bunlardan hiçbirinin, mahkemenin kendiliğinden ulaşacağı aykırılık düşüncesini kapsamadığı ileri sürülerek bazılarınca da -bu duruma ilişkin olarak- «Resen sevk»ten söz edilmektedir. Bu üç terimle anlatılanların tümünü birden kapsaması nedeniyle «Somut norm denetimi» ifadesini tercih ediyorum.

B — Somut norm denetiminin işleyiş koşulları :

Yukarıda somut norm denetimi hakkında yapılan tanım ve açıklamalar, aynı zamanda onun işleyişinin koşullarını da göstermektedir. Bu koşullar iki ana grupta toplanabilir: Bir davaya bakmakta olan bir mahkeme ve Anayasaya aykırılık düşüncesi.

İlk koşul iki ana unsuru içerir: Mevcut bir dava ve bunu gören bir mahkeme. Anayasaya aykırılık düşüncesi de, hem tarafların bu yoldaki iddialarını hem de böyle bir iddia olmaksızın mahkemece bu sonuca varılmasını anlatır. Taraflarca ileri sürülen iddianın ciddi görülüp görülmemesi, işin bir diğer yönüdür. Şimdi tüm bunların yakından incelenmesine geçilebilir.

(2) Özbudun, s: 375-76.

(3) Gerek somut ve soyut norm denetimleri arasındaki farklar ve gerekse somut norm denetiminin yarar ve sakıncaları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Özbudun, s: 375 vd. Ayrıca, Metin Kıratlı, «Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi (İtiraz yolu)» Sevinç Matbaası, Ankara-1966. s: 37-38.

1 — Bir mahkemede görülmekte olan davanın varlığı koşulu :

Burada önce dava kavramı ele alınarak hangi davanın «Görül-
mekte olan dava» niteliğini taşıdığı saptanmaya çalışılacak sonra
da, onu gören mahkeme ile ilgili sorunlar üzerinde durulacaktır.

a — Dava kavramı :

Somut norm denetimi yoluna ilişkin Anayasanın 152. maddesi
«Bir davaya bakmakta olan mahkeme» ibaresini taşımaktadır. Bu
nedenle ilkin dava terimiyle neyin anlatılmakta olduğu saptan-
malıdır.

Bir yöntem hukuku kavramı olarak dava, değişik anlam ve bo-
yutlarda düşünülebilir.

Dar anlamda dava kısaca, bir çekişme hakkında yargı çözümü
istenmesidir. Böyle alındığında, herhangi bir konuda değil, yalnız-
ca bir çekişme hakkında yargı çözümü istenmesi halinde bir dava-
dan söz edilebilecektir.

Bu durumda, salt ortada bir çekişme olmadığı için, medeni
yargının bir kolu olan çekişmesiz yargıda ve diğer yargı kolların-
daki çekişmesiz yargısal istem ve işlerde dar anlamda dava niteliği
bulunmayacaktır. Diğer deyişle, çekişme var olmadığı için bir karşı
taraf da bulunmayan tek taraflı istemlere ilişkin yargısal işlemlere
dava denemeyecektir (4).

Yargılama yöntemi açısından dava terimini bu anlamıyla almak
gerekli ve doğrudur. Çünkü bir yargısal işlemin dava niteliği taşı-
yıp taşınamaması, onun hakkında işletilecek yöntem hukuku kuralları
bakımından önemlidir.

Ancak somut norm denetimi açısından dava terimini bu şekilde
ve yöntem hukukundaki «dar anlamda dava» olarak anlamak, dar
anlamda dava kavramına sokulamayan pek çok yargısal işlem ne-
deniyle uygulanacak normların, somut norm denetimine konu edi-
lememesi sonucuna yol açar. Bu durumda, bir yargısal işlem nede-
niyle kişilere uygulanabildiği ve onların hukukunu etkileyebildiği
halde, salt uygulandığı yargısal işlem dar anlamda dava niteliği ta-
şımadığı için Anayasaya uygunluk denetimi dışında kalan normlar
olacaktır. Bunlar hakkında soyut norm denetimi yolunun açık bu-

(4) Tek taraflı veraset ilamı istemi, sabıka kaydının silinmesi istemi, evi
terkeden eşe dönmesi yolunda mahkemece ihtarda bulunulması istemi,
sayıları daha da çoğaltılabilecek örneklerden yalnızca bir kaçıdır.

lunması, diğerinin kapalı tutulmasını haklı kılamaz. Kaldı ki, süreye bağlı olması nedeniyle soyut norm denetiminin her zaman işlemesi mümkün de değildir.

Bu yüzden, Anayasanın 152. maddesindeki dava terimini, tüm yargısal işlemleri kapsayacak genişlikte anlamalıdır. Davayı «yargılama» ile eşanlam ve genişlikte almak, bu amaca ulaştırabilir. Yargılama «objektif hukukun bağımsız yargıçlarca belli bir soruna uygulanması» olduğuna göre (5) ona konu olan tüm yargısal işlemler bakımından somut norm denetimi yolu açık olabilecektir (6). Bu doğrultuda, aynı maddedeki «taraplardan biri» belirlemesini de, yerine göre tek taraf olarak anlamalıdır.

Bazı kararlarına bakılarak, Anayasa Mahkemesinin de dava kavramını böyle anladığı söylenebilir. Anayasa Mahkemesine göre, yargı yoluyla çözümlenmekte olan her iş ve bu anlamda, vasi atanması istemi, (7) yasak hakların geri verilmesi istemi (8) birer davadır.

b — Davanın «görülmekte olma» niteliğinin saptanması :

Yöntemine uygun olarak açılmış-başlamış ve yürütülmekte olan her yargılama, Anayasanın 152. maddesi anlamında «görülmekte olan dava»dır. Yürütülmekte olmaktan maksat, esas, görev veya yetki yönlerinden ya da yargılama yöntemine ilişkin bir nedenle hakkında son karar verilerek, mahkemece el çekilmemiş olmaktır. Bu, diğer yönüyle, «belli bir mahkeme bakımından derdestlik»tir. Objektif olarak derdest bulunan bir dava, örneğin kesinleşmiş görsevislik kararını veren mahkeme açısından artık derdest değildir;

-
- (5) Baki Kuru, «Nizasız Kaza» Ajans Türk Matbaası, Ankara-1961. s: 24.
- (6) Kuru'ya göre de «...Bakılmakta olan davadan maksat, mahkemede derdest (görülmekte) olan davadır. Buradaki dava terimi teknik (dar) anlamda kullanılmış olmayıp, mahkemelerde bakılmakta olan iş anlamındadır. Bu nedenle çekişmesiz yargı işleri de buradaki anlamda «dava» terimine dahildir.» Baki Kuru, «Hukuk Muhakemeleri Usulü» C: 4, Sevinç Matbaası, Ankara-1984. s: 4188.
- (7) ANM. 26.9.1968 tarih ve 1967/21-1968/36 sayılı karar. AY. C: 1, No: 19/5. s: 3
- (8) ANM. 26.1.1978 tarih ve 1977/141-1978/5 sayılı karar. AY. C: 1, No: 19/25. s: 23

Ayrıca Anayasa Mahkemesi, CMUK.nun 402. maddesi uyarınca doğan uyuşmazlık hakkında 405. madde gereğince mahkemeden karar istenmesini de dava olarak kabul etmektedir. (24.9.1974 tarih ve 1974/36-35 sayılı karar. AY. C: 1, No: 19/16. s: 12

o mahkeme, kesinleşen görevsizlik kararıyla davadan elini çekmiştir.

Görülmede olma niteliği açısından şu özel durumlara ayrıca değinmekte yarar vardır :

— İşlemden kaldırılma: HUMK.nun 409 veya İYUK.nun 26. maddesi uyarınca dosyanın işlemden kaldırılması halinde dava, açılmamış sayılma kararına kadar derdestlik ve dolayısıyla, görülmekte olma niteliğini korur.

— Durma kararı : CMUK.nun 253/4. maddesi uyarınca durma kararı verilmesi halinde, aynı maddenin 5. fıkrasına göre düşme kararı verilmeye dek, görülmekte olan bir dava vardır.

— Düşme kararı: CMUK.nun 253/5 veya TCK.nun 99. maddesi uyarınca düşme ya da TCK.nun 460. maddesine göre ortadan kaldırma kararı verilmesi halinde, dava sonuçlanmış olacağından görülmekte olan bir davadan söz edilemez.

— Ertelenme : TCK.nun 434/son maddesi gereğince ertelenmesine karar verilen ceza davası, geri gelme (avdet) koşullarının gerçekleşebileceği beş yıllık süre içinde görülmekte olma niteliğini korur.

Bunlardan başka, Anayasa Mahkemesi kararlarına konu olan iki özel durumdan da söz edilmelidir :

— Davanın yanlış açılmış olması, onun görülmekte olan dava sayılmasını engellemez (9).

— Buna karşılık Anayasa Mahkemesi, bozmadan sonra davanın görülmekte olma niteliğini kazanabilmesi için, bozmaya uyulmuş olması gerektiğine karar vermiştir (10). Bu karar doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir (11).

Anayasa Mahkemesine göre, davanın görülmekte olma niteliği, işin kendisine gelişinden sonra ortadan kalksa bile, aykırılık sorununun incelenmesine devam edilmelidir. Feragat, af, davanın kabulü gibi nedenlerle davanın sonradan ortadan kalktığı durumlarda Anayasa Mahkemesi incelemeyi sürdürmektedir. Bu yoldaki kararların gerekçelerine ileride değinilecektir.

(9) ANM. 11.10.1965 tarih ve 1965/18-53 sayılı. AY. C: 1, No: 19/1, s: 1.

(10) ANM. 21.11.1972 tarih ve 1972/47-56 sayılı. 5.2.1973 tarihli RG.

(11) Tuncer Karamustafaoğlu «İtiraz Yoluna Başvuran Mahkeme ve Bakılmakta Olan Dava» AÜHFD. C: XXXI, No: 1-4, 1974. s: 47-53.

2 — Mahkeme :

A — Genel olarak ve Anayasanın 152. maddesi anlamında mahkeme kavramı :

Genel anlamda bir makamın mahkeme olarak kabulü için, yargısal yöntemlerle çalışarak yargısal işlemler yapması, mensuplarının bağımsız ve güvenceli yargıçlar olması, yargı örgütü içinde yaşama ile yürütmenin dışında yer alması gerekir. Bu niteliklerin tümünü birden taşımayan makamlar mahkeme olarak kabul edilemez.

Anayasa Mahkemesi, bir davaya bakmakta olan mahkemeyi «Adli, askeri veya idari davalara bakan ve bu davalarda nihai hüküm vermek suretiyle anlaşmazlıkları çözümleyen her derece mahkeme» (12) veya «Bir davaya bakmakta olan, hakim niteliğindeki kişilerden kurulu, yargı yetkisine sahip, taraflar arasındaki uyuşmazlığın esasını çözümleyen merci» olarak tanımlamaktadır (13).

Bu çerçevede hakemler (14) ve Anayasada yargı bölümünde düzenlenmekle beraber HSYK mahkeme değildir (15).

Sayıştay'ın mahkeme olup olmadığı ise tartışmalıdır. 1961 Anayasasındaki düzenlemeye göre mahkeme sayılamayacağı görüşü ağırlıkta iken (16) onu yargı bölümünde düzenleyen ve eski statüsünü belli ölçüde değiştiren 1982 Anayasası bakımından, kesin hükme bağlama faaliyetleriyle ilgili olarak Sayıştay'ın da mahkeme niteliği taşıdığı düşüncesi baskındır (17).

Genel anlamda mahkemelik niteliğinde kuşku bulunmayan Uyuşmazlık Mahkemesinin de Anayasanın 152. maddesi anlamında «bir davaya bakmakta olan mahkeme» olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Bu konuda, Uyuşmazlık Mahkemesinin iki fonksiyonu arasında ayırım yapılarak, hüküm uyuşmazlıklarında davanın esası hakkında karar verilmesi nedeniyle davaya bakmakta olan mahkeme olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir (18).

(12) ANM. 12.1.1965 tarih ve 1964/51-1965/3 sayılı. AMKD, Sayı: 3, s: 19.

(13) ANM. 30.5.1967 tarih ve 1967/15-15 sayılı. AMKD, Sayı: 5, s: 119.

(14) ANM. 28.2.1963 tarih ve 1963/46-43 sayılı, AY. C: 1, No: 18/1. s: 1. Baki Kuru'ya göre 3533 S.K. na göre karar veren mecburi hakemleri de bu anlamda mahkeme saymalıdır. (Hukuk Muhakemeleri Usulü, s: 4).

(15) Sait Güran, «İdari Yargılama Usulü Üzerine Düşünceler», Tahsin Bekir Balta'ya Armağan, 1974, s: 209-11.

(17) Özbudun, s: 379.

(18) Özbudun, s: 379.

Anayasa Mahkemesi de, iki özel durumda; siyasi parti kapatma davaları ile Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalarda Anayasanın 152. maddesi anlamında mahkemedir (19). Buna karşılık, yasama dokunulmazlığının kaldırılması ve TBMM üyeliğinin düşmesi hakkındaki iptal istemlerini karara bağlarken (Anayasa m. 85) bu nitelikte değildir (20).

Anayasa Mahkemesince yapılan tanımda da belirtildiği gibi, mahkeme kavramına «her derece mahkeme» dahildir. Böylece Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Bölge İdare Mahkemeleri bu anlamda birer mahkemedir (21). Yüksek mahkemeler bir davaya ister ilk derece mahkemesi olarak, ister yasa yoluna başvurulması üzerine baksınlar, bu değişmez.

b — Görevli ve yetkili olma :

Mahkemenin, Anayasaya aykırılık düşüncesinin oluştuğu davaya bakmaya görevli ve yetkili olmasının, somut norm denetiminin işlemesi bakımından şart olup olmadığı tartışmalıdır.

Hemen belirtmelidir ki, Anayasa Mahkemesi, denetimin yapılması için davayı gören mahkemenin buna görevli ve yetkili olmasını şart koşarak, görevsiz veya yetkisiz mahkemece gelen aykırılık iddialarını, ileten mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddetmektedir. Bunu, mahkemenin bakmakta olduğu bir davanın bulunup bulunmadığını saptamak için yaptığını, böyle bir inceleme ile mahkemenin görev ve yetkisini belirlemeye çalışmadığını, yapılanın, itiraz yolu ile başvurunun ön koşullarını saptamaktan ibaret olduğunu belirtmektedir (22).

Bundan başka, bakılan davanın konusunun bir davaya konu olabilecek nitelikte bulunup bulunmadığını, ortada mahkemece çö-

(19) Erdoğan Teziç «Anayasa Hukuku», 1. Bası, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş. İstanbul-Eylül 1986, s: 206. Özbudun, s: 379-80. Ayrıca, Rona Aybay, «Anayasanın 151. Maddesine Göre Taraflarca İleri Sürülen Anayasaya Aykırılık İddialarının «ciddi»liği Sorunu». İÜHFİM, C: XXXIII, Sayı: 3-4, 1968. s: 155.

(20) Teziç, s: 206 ve dipnot 2.

(21) ANM. 15.6.1971 tarih, 1971/17-58 sayılı k. AY. C: 1, No: 18/7, s: 3.

(22) Anayasa Mahkemesinin: «mahkemenin yetkisizliği» yönünden verdiği red kararları ve gerekçeleri için örnekler: 13.6.1978 t, 78/48-40 sayılı karar. AY. C: 1, No: 19/26. s: 23, ayrıca, 2.3.1976 tarih ve 1976/9-10 sayılı karar. AY. C: 1, No: 19/24, s: 21.

zülmesi gereken bir uyuşmazlık olup olmadığını da incelemektedir (23).

Anayasa Mahkemesinin, başvurunun ön koşullarını saptamak gerekçesiyle yukarıda belirtilen yönleri inceleyip, aradığı koşullar yoksa mahkemenin yetkisizliği nedeniyle red kararı vermesi eleştirilmelidir.

İlk olarak, bir davada görev, yetki, dava konusu gibi yönleri karara bağlama görev ve yetkisinin yalnızca onu gören mahkeme veya üst yargı yerine (bazen Uyuşmazlık Mahkemesine) ait olması gereğine dayanılarak, Anayasa Mahkemesinin bu konularda inceleme yapmasının, dava mahkemesinin görevine müdahale niteliği taşıyacağı söylenebilir. Öte yandan Anayasa Mahkemesince varılan sonucun, örneğin mahkemenin yetkisizliği sonucunun yanlış olması mümkündür. Kaldı ki, yetki konusu çoğu kez kamu düzeninden değildir ve bu nedenle, taraflarca yöntemine uygun olarak ve süresinde itirazda bulunulmamışsa davayı gören mahkemece bile kendiliğinden gözetilemez.

Ayrıca bu tutum, bizzat Anayasa Mahkemesince belirtilen, somut norm denetimi yolunun benimsenmesindeki amaca da terstir: «Mahkemelere tanınan itiraz yetkisinin amacı, belli bir davada Anayasaya uygun bir hukukî durumun gerçekleşmesinin sağlanması ile yetinilmesi değil, belki, belli bir dava dolayısıyla Anayasaya aykırı olan kuralın ayıklanması ve böylece kamu düzeni bakımından Anayasaya uygun bir durumun gerçekleştirilmesidir.» (24).

Feragat, af veya benzeri nedenlerle davanın ortadan kalktığı durumlarda, Anayasaya aykırılık sorununun incelenmesine devam edilmesinde dayanılan bu gerekçe, bir anlamda, Anayasaya aykırılık sorununun ve bunun incelenmesinin, ilişkin olduğu davadan bağımsız bir konu olarak kabul edildiğini, onun sona ermesinin sorunun incelenmesine son vermeyi gerektirmeyeceği düşüncesinin benimsendiğini gösteriyor. Ancak, ilgili davanın ortadan kalkmasının incelemeyi engelleyen bir neden sayılmamasına karşın, mahkemenin görevsiz veya yetkisiz oluşunun incelemenin yapılmasına engel olarak görülmesi, çelişki oluşturmaktadır.

Kanımca, ortadan kalkmış bir davaya rağmen, Anayasaya aykırı kuralların ayıklanması düşüncesiyle incelemeye devam edilme-

(23) ANM. 20.12.1977 tarih ve 977/128-140 sayılı k. AY. C: 1, No: 19/24, s: 21.

(24) ANM. 18.2.1967 tarih, 966/31-967/45 sayılı karar. AMKD. Sayı: 5. s: 246-49.

sindeki mantık doğrudur ve aynı mantıkla bakıldığında, görülmekte olan bir dava nedeniyle oluşmuş bulunması koşuluyla, görevsiz veya yetkisiz mahkemece intikal ettirilmiş bile olsa, aykırılık sorunu incelenmelidir (25).

3 — Anayasaya aykırılık düşüncesi :

a — Hakkında Anayasaya aykırılık düşüncesi oluşabilecek norm (Uygulanacak norm) :

Anayasaya aykırılık düşüncesi ancak «bir davada uygulanacak norm» hakkında oluşabilecektir. Bu nedenle önce, uygulanacak normdan ne anlaşılması gerektiği belirlenmelidir.

Bu konuda, Anayasanın 152. maddesi ile 2949 Sayılı Yasanın 28. maddesinde kullanılan ibareler farklıdır. 2949 Sayılı Yasa, «o dava sebebiyle uygulanacak norm»dan söz etmekle, uygulanacak norm kavramına Anayasadakinden daha geniş bir anlam yüklemektedir.

Doktrinde, uygulanacak normdan anlaşılması gerekenin ne olduğu konusunda iki farklı görüş vardır.

Armağan'ca savunulan ilk görüşe göre uygulanacak normu, taraflardan birine uygulanacak her kanun olarak anlamalıdır; bu konuda «sonucu etkileyecek kanun» ölçütüne dayanmak, takdire ve kötüye kullanmaya elverişli bir tutum olur (26).

Buna karşılık ikinci görüş daha dar bir yorumdan yanadır. Buna göre uygulanacak normun saptanmasında ölçüt «esasa etkililik» olmalıdır. «...Kanun koyucu, davada uygulanacak bütün kanunları kasdetmek isteseydi «bütün» kelimesini kullanarak bunu açıkça belirtebilirdi... Ancak davanın esasına etkili olacak bir Anayasaya aykırılık meselesinin ön mesele yapılması gerekir» (27) Dava ile il-

(25) Aynı görüş: Kıratlı. s: 61-65, Özbudun. s: 378. Karşı görüş: Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C: 4, s: 4188 ve 4190.

(26) Servet Armağan, «Anayasa Mahkememizde Kazai Murakebe Sistemi» İÜHF Yayını, İstanbul-1967. s: 85-86.

(27) Kıratlı. s: 80. Yılmaz Aliefendioğlu'nun da benzer düşüncede olduğu söylenebilir: «...Hakim...bir kuralı uygulamadan karar veremeyecek durumda ise, bu kuralı Anayasa Mahkemesine getirmesi gerekir. Bkz. Yılmaz Aliefendioğlu «Türk Anayasa Yargısında İptal Davası ve İtiraz Yolu» Anayasa Yargısı, Ankara-1984, s: 123.

Özbudun ise, ikinci görüşün daha uygun olduğunu belirtmekle birlikte, 2949 Sayılı Yasanın 28. maddesindeki «O dava sebebiyle» ibaresinin, davada uygulanacak bütün kanunlar olarak yorumlanmasının mümkün olduğuna da işaret etmektedir. (s. 381).

gili olmakla birlikte, sorunun çözümünde dayanak oluşturmaya-
cak normlar, bu anlamda «uygulanacak norm» değildir (28).

Kanımca bu konuda ilk görüş doğrultusunda düşünmek; esasa
doğrudan etkili olup olmadığına ve davanın hangi aşamasında uy-
gulandığına bakılmaksızın, 2949 Sayılı Yasanın deyimiyle «o dava
sebebiyle» uygulanacak tüm normları uygulanacak norm saymak
gerekir. Hangi normun esasa etkili olup hangisinin olmayacağını
saptamanın zorluğu ve keyfiliğe yol açabilmesi bir yana, çoğu za-
man hangi normun o davada uygulanacağı bile karar aşamasından
önce belli değildir. Kaldı ki, bir dava sebebiyle uygulandığı halde,
o davanın sonucunu hiç değilse dolaylı olarak etkilemeyecek norm-
lara fazla sayıda örnek de gösterilemez.

Böylece, maddi hukuka veya yöntem hukukuna ait olsun, hatta
mahkemenin kuruluşuna, yargıç ya da savcının görev statüsüne iliş-
kin bulunsun, o dava sebebiyle uygulanacak tüm normlar hakkın-
da somut norm denetimi yolu işletilebilmelidir (29).

Anayasa Mahkemesinin de bu görüşte olduğu söylenebilir. Ör-
neğin Anayasa Mahkemesi, hakimın geçici yetki ile baktığı bir da-
vada geçici yetki verilmesine ilişkin kuralın, (30) disiplin mahke-
mesinin kuruluşu ve toplanmasına ilişkin kuralların, (31) mahkeme-
nin kuruluşu ve yargılama yöntemleriyle ilgili kuralların, (32) da-
vada uygulanacak norm niteliğinde olduklarına karar vermiştir.
Ancak bu tutumuna ters sayılabilecek kararlarına da rastlanmak-
tadır.

(28) Kemal Fikret Arık «Yeni Anayasa Mahkememiz Hakkında İnceleme».
AD. Sayı: 9-10. s: 843, Dipnot-1.

(29) Fikri içtima halinde eylemin ihlal ettiği normlardan en ağır cezayı ge-
rektiren uygulanacağından, diğerleri uygulanacak norm sayılamazlar ve
bunlar hakkında aykırılık düşüncesi oluşamaz. (Faruk Erem «Ceza Hu-
kuku Yönünden Anayasaya Aykırılık İddiası» AD. Yıl: 53, 1962. s: 460)
Buna karşılık, CMUK.nun 258. maddesi uyarınca sanığa ek savunma
hakkı verilen suçla ilgili norm, uygulanacak normdur. (ANM. 15.6.1978
tarih ve 1978/13-41 sayılı karar. AY. C: 1, No: 20/69. s: 59).

(30) ANM. 15.1.1974 t. ve 973/23-974/2 sayılı karar. 27.2.1974 t. li RG.

(31) ANM. 4.6.970 t. ve 970/6-29 sayılı karar. AY. C: 1, No: 20/29. s: 17.

(32) ANM. 6.5.1975 t. ve 974/35-975/126 s.lı karar. AMKD. Sayı: 13. s: 488.
Kuru'da, uygulanacak kanun terimini geniş biçimde yorumlamak
ve bir kanun hükmünün o davada uygulanmasının ihtimal dahilinde
olması şartı ile yetinmek gerektiği kanısındadır. (Hukuk Muhakemele-
ri Usulü, C: 4. s: 4190).

Kuşkusuz, bir normun uygulanacak norm niteliğinde olup olmadığını, öncelikle, davaya bakan ilk derece mahkemesi veya yasa yoluna gidilmesi üzerine dava kendisine gelen üst mahkeme saptayacaktır. Yukarıdaki kararlarından anlaşıldığı gibi, Anayasa Mahkemesi de bu konuyu incelemeye kendisini yetkili görmektedir. Anayasa Mahkemesinin böyle bir yetkisi var mıdır?

Hemen belirtmelidir ki, Anayasa Mahkemesinin bu yönü incelemesine imkan veren ya da engelleyen bir kural yoktur. Böyle olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi kendini buna yetkili saymakta ve aykırılık düşüncesine konu normun o davada uygulanacak nitelikte olup olmadığını inceleyerek değilse, mahkemenin yetkisizliği yönünden red kararı vermektedir.

Anayasa Mahkemesinin bu nitelikteki 1962 tarihli bir kararına karşı olan üyelerce belirtilen azlık oyundaki bir görüşe göre, uygulanacak normu saptamak bakımından Anayasa Mahkemesi yetkili ise de, bu amaçla yapılacak inceleme fazla sıkı olmamalı, dava mahkemesinin uygulamasına müdahale niteliği taşımamalıdır. Gene bu üyelere göre, yasanın olaya uygulanması, davayı gören mahkemeye ait bir yetkidir ve karardan önce olaya hangi kuralın uygulanacağı özellikle ceza davalarında kesinlikle bilinmeyeceğinden, uygulama bakımından peşin görüş belirtmekten çekinilmelidir (33).

Görüldüğü gibi bu görüşe göre, Anayasa Mahkemesinin bu inceleme bakımından yetkili bulunduğu kuşku yoktur ancak, bu yetki sınırlı olmalı, özellikle dava mahkemesinin yetkisine müdahale edilmemelidir.

Aynı görüşte olduğunu belirten Kıratlı'ya göre, bu yöndeki incelemenin dayanağı Anayasanın 151 (1961 Anayasası) ve 44 Sayılı Yasanın 27/1. (Şimdiki 2949 Sayılı Yasanın 28. maddesine tekabül ediyor) maddeleridir. Kıratlı'ya göre bu maddeler, ...itiraz konusu kanunun, o davada uygulanacak bir kanun olması şartını koymuştur. Bu şartın yerine gelmiş olup olmadığını, bu şarta bağlı işlemi yapan merciin yani Anayasa Mahkemesinin denetlemesi en makul yoldur. Ancak Anayasa Mahkemesi bunu belirlerken fazla sıkı davranmamalı, dava mahkemesinin takdirine de yer bırakmalıdır (34).

(33) ANM. 19.2.1963 t. ve 962/277-963/34 sayılı k. AMKD, Sayı: 1, s: 81.

(34) Kıratlı, s: 82-83. Ona göre bu tür sakıncalar, Almanya'daki yöntem uygulanarak giderilebilir.

Kanımca da, Anayasanın 152 ve 2949 Sayılı Yasanın 28. maddeleri çerçevesinde varılması gereken sonuç bu olmalıdır. Uygulanacak normu belirlemede asıl yetki davaya bakan mahkemenin olmalı, ancak Anayasa Mahkemesinin de, onun bu konudaki yetkisine müdahale niteliği taşımamak koşuluyla belirli bir inceleme yapma ve süzgeçten geçirme yetkisi bulunmalıdır. Bunun için de Anayasa Mahkemesince yapılması gereken, aykırılık düşüncesine konu normun o davada uygulanmasının «ihtimal dahilinde» olup olmadığının tesbitiyle yetinmektir. Dava ile ilgisizliği açık olanların dışındaki her norm, bu anlamda uygulanacak norm olarak kabul edilip, ihtimal dahilinde görülen normlardan hangisinin uygulanacağının belirlenmesi çabasına girilmemelidir. Böyle olması, Anayasa Mahkemesinin süzgeçten geçirme fonksiyonunu yerine getirmesine olanak vereceği gibi, dava mahkemesinin yetkisine müdahale edilmemesini de sağlar. Bu, somut norm denetiminin benimsenmesindeki amaca da uygun düşecektir; Anayasaya aykırı kuralların ayıklanması amacı, gereksiz ölçüde katı ve şekilci değil, esnek ve olabildiğince fazla sayıda normun denetlenmesine olanak veren bir tutumla elde edilebilir.

Uygulamada Anayasa Mahkemesi adeta kendini davaya bakan mahkeme yerine koyarak, geniş ve ayrıntılı bir incelemeyle önce maddi olayın hukuksal niteliğini saptamakta, ardından, bu nitelendirmeye göre çeşitli normların uygulanabilirlik değerini tartışıp, o davada hangi normun uygulanacağını kendine göre belirledikten sonra, eğer aykırılık düşüncesine konu norm bu değilse sorunu incelemeyi red kararı vermektedir. Yukarıda sözü edilen azlık oyundaki gerekçelere dayanılarak, bu tutumun yanlış olduğu kolayca söylenebilir. Kanımca, oradaki gerekçelere şu da eklenebilir :

Anayasa Mahkemesince davada uygulanacağı sonucuna varılan norm, olaya uygun düşmediği için davaya bakan mahkemece uygulanmayabilir. Buna karşılık Anayasa Mahkemesinin davada uygulanamayacağını belirttiği norm uygulanabilir ve buna ilişkin karar üst mahkemece onanarak ya da yasa yoluna başvurulmadığı veya başvurulmadığı için kesinleşmiş olabilir. Bu durumda, ilgili mahkemece uygulanıp sonuçlar doğuran bir norm, salt Anayasa Mahkemesi onun uygulanamayacağı kanısına vardığı için Anayasaya uygunluk denetiminden geçirilememiş olacaktır.

b — Anayasaya aykırılık düşüncesinin oluşma biçimi :

aa — Mahkemenin kendiliğinden aykırılık düşüncesine varması :

Şimdiye kadar söylenenler çerçevesinde, bir davayı gören mahkeme, o dava sebebiyle uygulanacak bir veya daha çok yasa ya da yasa gücünde kararname normunun Anayasaya aykırı olduğu sonucuna kendiliğinden varabilir.

bb — Taraflardan birince aykırılık iddiasında bulunulması :

Davanın taraflarından birince de (hatta bazen ikisince de) aykırılık iddiasında bulunulabilir. Burada öncelikle taraf kavramı ele alınmalıdır.

Bir davada davacı ve davalı durumunda bulunanların, o dava açısından «taraf» oldukları açıktır. Ceza davasında savcı ve sanık da taraf sayılır.

Bunlardan başka medeni ve (HUMK. na atıf nedeniyle) idari yargıda asli müdahil de taraf kavramına dahildir. Buna karşılık ferî müdahil taraf sayılamaz. Böyle bir ayırımın olmadığı ceza yargısı bakımından her müdahil taraf olarak kabul edilmelidir. Gene medeni ve idari yargıda kendisine dava ihbar edilen kişi de, eğer yöntemine uygun olarak davayı kendisine ihbar edenin yerine geçmiş ise taraf sayılmalıdır. Üçüncü kişi sıfatıyla, ihbar edene katıldığı durumlarda ise taraf olarak kabul edilmemeli ancak, ferî müdahil gibi yararına katıldığı tarafla birlikte hareket edebilmelidir. Ferî müdahile tanınmayan bir hakkın, üçüncü kişi sıfatıyla taraflardan birine katılana tanınması çelişki oluşturur. Davadaki durumlarının sonucu olarak hem üçüncü kişi sıfatıyla katılan hem de ferî müdahilin, katıldıkları tarafın aleyhine olarak aykırılık iddiasında bulunamamaları gerekir (35).

Ceza davasında müdahil sıfatını almayan şikayetçi, taraf değildir.

Kendisine uygulanan norm, Anayasal haklarını ve hürriyetlerini ihlal ettiği takdirde, tanığın da aykırılık iddiasında bulunabileceği ileri sürülmektedir (36). Ancak kanımca bu mümkün değildir.

(35) Kıratlı, s: 67.

(36) Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C: 4, s: 4193. Kıratlı, s: 66.

Çünkü aykırılık iddiasında bulunabilme hakkı, Anayasaca yalnız taraf niteliğinde olanlara tanınmıştır. Oysa tanık hiçbir durumda taraf sayılamaz.

Gerek mahkemece kendiliğinden aykırılık sonucuna varılması ve gerekse taraflardan birince bu iddiada bulunulması, karar kesinleşinceye dek davanın her aşamasında mümkündür. Böylece; itiraz, temyiz ve karar düzeltme aşamalarında da ilgili üst mahkeme bu sonuca varabileceği gibi, taraflarca da aykırılık iddiasında bulunulabilir. Buna göre zaman açısından sınır, kararın kesinleşme anıdır.

Aykırılık iddiasının taraflardan birince ileri sürülmesi halinde, -varsa- karşı tarafın buna diyeceklerini bildirme hakkı olmalıdır.

Aykırılık iddiasında bulunan taraf, daha sonra bu iddiasını geri alırsa ne olur? Bu ihtimal, zaman açısından üç ayrı aşamada oluşabilir :

— İddia ileri sürülmüş, davayı gören mahkemece henüz bir karar verilmemiş -örneğin, bu iddia karara bağlanmak üzere dosya bir süre için incelemeye alınmış- olabilir.

— İleri sürülen aykırılık iddiası mahkemece ara kararıyla ciddi bulunarak sorunun Anayasa Mahkemesine iletilmesine karar verilmiş, iş henüz oraya intikal etmeden iddia geri alınmış olabilir.

— Ya da Anayasa Mahkemesi işe el koyduktan sonra iddia geri alınmış olabilir.

İlk durumda ortada, ileri sürülmüş fakat mahkemece henüz hakkında olumlu veya olumsuz karar verilmemiş bir iddia vardır. Bu aşamada geri alınan iddiayı, mahkemeyi bu konuda düşünmeye davet eden bir etken olarak düşünmelidir. Mahkemenin de kendiliğinden aykırılık düşüncesine varması mümkün olduğuna göre, geri alınan iddianın mahkeme açısından oluşturduğu soru işaretinin onu böyle bir sonuca götürmesi beklenebilir. Ancak bu durumda oluşacak aykırılık düşüncesi, kaynağı taraf iddiası olmakla birlikte, bütünüyle mahkemenin kendiliğinden vardığı bir sonuçtur. Çünkü artık ortada mevcut bir iddia yoktur.

Ciddi bulmaya ilişkin ara kararından sonra iddianın geri alınmasının sonuçlarını, tümüyle genel ilkelere göre, verilmiş bir ara kararından dönebilme yetkisi açısından ele almalıdır; mahkeme, konuyu tekrar düşünüp ara kararından dönebileceği gibi, dönme-yebilir de.

Son olasılıkta ise, geri almanın hiçbir etkisi olamaz. Çünkü, Anayasa Mahkemesinin kararlarına taraf iradelerinin etkisi yoktur (37).

— İddianın ciddiliği

İddianın ciddiliği neyi anlatır? Hangi iddia ciddidir ve bu, hangi ölçüte göre saptanacaktır? Bu sorulara doktrinde farklı cevaplar verilmektedir.

Rona Aybay, bu konudaki görüşleri iki grupta toplayarak, ciddilikten «iddianın mahkemece yerinde ve haklı görülmesini» anlayanların bulunduğu ilk grupta Kuru ve Armağan'ı, buna karşılık ciddilik için «ortada, tartışılması gereken ciddi bir hukuki problemin var olduğu kanısına ulaşılmasını» yeterli gören ikinci grupta ise; Duran, Kıratlı ve Azrak'ı saymakta, kendisinin de ikinci grup-takiler gibi düşündüğünü belirtmektedir (38).

Gerçekten Kuru, «mahkemenin, uygulanacak hükmün Anayasaya aykırı olduğuna karar vermesi gereğinden» ve «iddianın mahkemece varit görülmesinden» söz etmektedir (39). Armağan'a göre ise «iddianın ciddi görülmesi demek, mahkemece kanunun hakikaten şekil ve muhteva olarak Anayasaya aykırı olduğunun kabul edilmesi demektir» (40).

Buna karşılık ikinci grupta sayılanlardan Duran'a göre ciddilik, «iddianın gerçekten aykırılık şüphesi ve tereddüdü doğurabilmesidir» (41). Kıratlı ise ciddiliğin «hukuki bakımdan tartışılmaya değer bulunmak» olarak anlaşılması gerektiği görüşündedir (42). Azrak da aynı şekilde «mahkemenin iddiayı tartışılmaya değer bulmuş olmasından» söz etmektedir (43). Son olarak Aybay da ciddilikten anlaşılması gerekenin «hukuki bakımdan tartışılmaya değer

(37) Erem, s: 462. Arık, s: 845.

(38) Rona Aybay, Anayasanın 151. Maddesine Göre Taraflarca İleri Sürülen Anayasaya Aykırılık İddialarının «ciddi»liği Sorunu. İÜHFM, C: XXXIII, Sayı: 3-4, 1968, s: 163-68.

(39) Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara-1964. s: 168.

(40) Armağan, s: 732-33.

(41) Lütü Duran, İtiraz Yolu İle Anayasaya Aykırılık İddiası ve Temel Hak ve Ödevlerin Kanunla Düzenlenmesi. İÜHFM. C: XXXI, Sayı: 1-4, s: 297.

(42) Kıratlı, s: 68-69.

(43) Ülkü Azrak, Türk Anayasa Mahkemesi, Anayasa Düzenindeki Yeri, Teşkilatı, Fonksiyonları. İÜHFM. 1963. C: XXVIII, Sayı: 3-4, s: 687.

bulunmak» olduğu kanısındadır. Gene ona göre, Anayasada kullanılan «ciddi» terimi amaca uygundur (44).

Kanımca da ikinci görüşe uygun düşünmelidir. Anayasanın 152. maddesindeki «...Veya taraflardan birinin ileri sürdüğü Anayasaya aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa...» ibaresinin başka türlü anlaşılması mümkün değildir. Yazılış biçimine göre mahkemenin ciddi olduğu kanısına varacağı şey iddiaya konu normun Anayasaya aykırılığı değil, bu yolda ileri sürülmüş olan iddianın kendisidir. Mahkemece iddianın ciddi bulunması bir şey, ona konu edilen normun gerçekten Anayasaya aykırı olduğu kanısına varılması başka bir şeydir. Özetle iddianın ciddiliğinden anlaşılması gereken, onun ve dayanak yapılan kanıt ve gerekçelerin kuşku doğurucu, tartışılmaya değer nitelikte olmasıdır.

Duran, ciddilik için bunlardan başka davayı uzatmak, karşı tarafı veya mahkemeyi uğraştırmak gibi adalete yabancı, aykırı ve zararlı düşüncelerle ileri sürülmemiş olmayı da gerekli görüyor. Böylece ona göre, bir tür saik araştırması da yapılmalıdır (45).

Duran'ın kendi deyimiyle «adalete yabancı, aykırı ve zararlı düşüncelere prim verilmemesi gibi bir amaç taşıması nedeniyle temelde oldukça haklı görünen bu görüş, Anayasaya aykırılık iddiasının özellikleri açısından bakıldığında aynı ölçüde haklı bulunmayabilir.

İlkin, her aykırılık iddiasında adalete uygun, zararlı olmayan düşüncelere dayalılığın aranmasının, hemen hiç bir iddianın ciddi görülmemesi gibi bir sonuca yol açacağı söylenebilir. Çünkü her iddiada baskın amaç, Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülen normun kendisine uygulanmasından kaçınmaktır ve bu, açıkça olmasa da davayı belli bir süre uzatmak isteğini ya da en azından, tarafın bunun bilincinde olduğunu gösterir. Öte yandan, açıkça böyle bir kötü niyete dayansa da hukuksal içeriği bakımından ciddi olduğu kanısına varılan bir aykırılık iddiasının, sırf onu ileri sürenin kötü niyeti nedeniyle ciddi görülmemesi, hem ciddiyet kavramına olması

(44) Aliefendioğlu'da ikinci grupta sayılabilir. (s: 125).

Boyacıoğlu ise, açık bir görüş belirtmemekle beraber «İddianın yerinde görülmemesi» biçiminde bir ibare kullanmaktadır. (Ahmet Boyacıoğlu, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Defi Yolu İle Denetlenmesi, AD. 1962, Sayı: 78, s: 725).

(44) Aybay, s: 175. Erem, ciddiyet terimini yerinde bulmayıp eleştirmekle beraber, bundan ne anlaşılması gerektiğini belirtmiyor. (s: 460).

(45) Duran, s: 297.

gerekenden farklı bir boyut kazandırmak anlamına gelecek hem de, somut norm denetimi yolunun kabulündeki amaca ters düşecektir. Çünkü amaç, -Anayasa Mahkemesinin ifadesiyle- belli bir dava nedeniyle Anayasaya aykırı normların ayıklanmasının sağlanmasıdır ve tüm problemler, bu amacı olabildiğince kolay gerçekleştirecek bir anlayışla değerlendirilip çözülmelidir.

Kaldı ki, kötü niyetin varlığının saptanması her zaman kolay değildir; objektif ölçütlerin bulunması güç ve dayanılacak her ölçütte belli bir keyfilik payının bulunması kaçınılmazdır.

Böylece kanımca, ciddilik saptamasında tek ölçüt hukuksal içerikte ciddiyet yani, kuşku doğuruculuk ve tartışılmaya değerlik olmalıdır. İddianın tartışılmaya değer olup olmadığı, objektif durumlara göre saptanır ve bu konuda, normun Anayasaya uygunluğu hakkında hukuk doktrininde veya kamuoyunda beliren kuşku- lar gibi tarafların dışındaki sosyolojik gerçekler de rol oynar. Eğer bu etkiler, mahkemenin ilgili normu tam bir vicdan rahatlığıyla uygulamasına engel olacak düzeyde ise, iddia ciddi bulunmalıdır (46).

Buraya kadar söylenenler, mahkemenin ileri sürülen iddiayı inceleyip değerlendirmesi ve onun hakkında ciddi veya gayri ciddi olduğu yolunda bir sonuca varması gerektiğini gösteriyor. Ancak bir özel durumda bu incelemenin yapıp yapılamayacağı tartışmalıdır. Bu özel durum, yürürlüğü ertelenmiş daha önceki bir Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilen bir norm hakkında aykırılık iddiasının ileri sürülmüş olmasıdır.

Burada öncelikle, böyle bir norm hakkında aykırılık iddiasının ileri sürülmesinin mümkün olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Aynı sorun, mahkemece kendiliğinden aykırılık sonucuna ulaşılması durumunda da gündeme gelecektir. Taraflar ve mahkemenin bu hakkı var mıdır? Bunu, şu iki soru izleyecektir: Taraflardan gelen bu tür iddianın ciddilik niteliği incelenip tartışılabilir mi? Bunlara uygun cevap verildiği takdirde, mahkeme bu sorunu Anayasa Mahkemesine iletmeli midir?

Kıratlı'ya göre bu durumda iki şekilde düşünülebilir :

— Anayasa Mahkemesi kararları bağlayıcı nitelikte bulunduğuna ve norm iptal edilmekle birlikte, bir süre daha yürürlükte kalması böyle bir kararla öngörüldüğüne göre, iddia dikkate alın-

mamalıdır. Eğer söz konusu norm uygulanmayacaksa, yürürlükten kalkma tarihinin ertelenmesinin bir anlamı olmaz.

— Buna karşılık şöyle de denebilir: Tarafların, bir normun Anayasaya aykırılığını ileri sürebilmeleri Anayasa ile tanınmış bir haktır. Ortada, yürürlükte bulunan ve kendilerine uygulanan bir norm bulunduğuna göre, taraflar onun Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürebilmelidir. Aykırılığını şüpheli olması halinde kullanılabilen bir hakkın, bu kesinleştiği zaman kullanılamaması açıklanamaz. Bu nedenle de, mahkeme, ciddiliği tartışmadan sorunu Anayasa Mahkemesine iletmek zorundadır.

Kıratlı, her iki düşünüş biçiminde de haklı yanlar bulunduğunu ancak, hem iptal kararının ertelenmesi gibi sakıncalı bir yolun bu etkilerinin azaltılması hem de, adalet duygusunu daha çok tatmin etmek bakımından ikinci görüşü uygun gördüğünü belirtiyor (47). Böylece ona göre, tarafların böyle bir normun Anayasaya aykırılığını ileri sürebilme hakkı vardır ve mahkemece yapılması gereken, iddianın ciddiliğini tartışmadan sorunu Anayasa Mahkemesine iletmektir. Boyacıoğlu da aynı görüştedir (48).

Kanımca da böyle düşünölmelidir. Ortada kendilerine uygulanan ve sonuçlar doğuran bir norm bulunduğuna göre, taraflar bunun aykırılığını ileri sürebilme ve mahkemenin de bu norm hakkında aykırılık sonucuna ulaşabilme hakkı olmalıdır. İddianın ciddiliği tartışma dışıdır çünkü, normun Anayasaya aykırılığı ciddi şekilde iddia edilmekten öte, daha önceki bir Anayasa Mahkemesi kararıyla saptanmıştır. Ve son olarak, mahkeme sorunu iletmek zorundadır çünkü, ciddi olduğu kanısına vardığı bir iddiayı, yürürlüğü ertelenmiş iptal kararının varlığını gerekçe göstererek iletmekten kaçınma hakkına sahip değildir.

Belki, hakkındaki iptal kararının yürürlük tarihi ertelenmiş bir normla ilgili aykırılık iddiasının Anayasa Mahkemesine iletilmesinde -Oraca verilecek kararın niteliği nedeniyle- hangi pratik yararın umulduğu sorusunu cevaplamak kolay değildir. Ama, tersi düşünceyle karşılaştırıldığında daha tutarlı olması ve kişinin sahip olduğu Anayasal bir hakkı; yürürlükteki ve kendisine uygulanan bir normun Anayasaya aykırılığını ileri sürebilme hakkını elinden almak için haklı hiçbir nedenin bulunmaması bir yana, -sonuçta davayı uzatma isteğini açıkça gösterse de- Anayasaya aykırılığı

(47) Kıratlı, s: 78-79.

(48) Boyacıoğlu, s: 725.

saptanmış bir kuralın kendisine uygulanmasından hiç değilse belli bir süre, -belki iptal kararının yürürlüğe girişine kadar- kaçınarak, sonuçta hiç uygulanmamasını sağlayabilmesini bir pratik yarar olarak kabul etmek mümkündür. Daha önce belirtilen, somut norm denetiminin kabulündeki amaca ters düşse de, iptalin yürürlüğünün geciktirilmesi gibi savunulamayacak bir uygulamanın yolaçabileceği sakıncaları önleyebilmenin yollarından birisi olması nedeniyle bunu meşru görmekten başka çare de olmasa gerektir (49).

Burada bir başka sorun, aykırılığı ileri sürülen norm hakkında, daha önce başlamış ve henüz sonuçlanmamış bir dava bulunması halinde ne yapılacağıdır.

Erem'e göre, «Mahkeme, ciddi gördüğü Anayasaya aykırılık iddiası hakkında, aynı hususta Anayasa Mahkemesinde bir iddianın karara bağlanmak üzere beklediğini ileri sürerek karar vermekten çekinemez.» (50).

Kanımca, her ne kadar başka bir mahkemede ileri sürülen aynı nitelikteki bir iddianın ciddi görülmüş ve Anayasa Mahkemesine iletilmiş olması diğer mahkemeler açısından bağlayıcı değilse de, böyle bir durum, iddianın ciddiliğini daha az şüpheli hale getirmelidir. Gene de mahkemenin ciddi bulup bulmama konusunda tam bir takdir yetkisi olacak, ancak iddiayı ciddi gördüğü takdirde, önceki iddiayı ileri sürerek, sorunu Anayasa Mahkemesine iletmekten çekinemeyecektir. Çünkü, henüz verilmiş bir red kararı bulunmadığına göre, ortada hukuki bir engel olmadığı gibi, aynı norm hakkında birden çok başvuru üzerine ayrı ayrı inceleme yapılması yararlı da görülebilir.

Gene Erem'e göre, Anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülmüş bir davada, örneğin zamanaşımı gibi davayı düşüren bir sebep gören mahkemenin ne yapması gerektiği de sorunlardan biridir. Kendisi bu konuda görüş belirtmemekle birlikte, İtalyan Yargıtayının böyle bir durumda önce Anayasaya aykırılık iddiasının çözümü gerektiğine karar verdiğini bildiriyor (51).

— Ciddi bulmama kararı

İleri sürülen aykırılık iddiası mahkemece ciddi bulunmayabilir. Bu durumda mahkeme, bir anlamda Anayasaya uygunluk dene-

(49) Bu durumda Anayasa Mahkemesinin hangi kararı vermesi gerektiği ayrıca tartışılabilir.

(50) Erem, s: 461. Kıratlı da aynı görüştedir. s: 72.

(51) Erem, s: 461.

timi yapmış ve iddiaya konu normu Anayasaya aykırı bulmadığını açıkça belirtmiş olacaktır.

Ciddi bulma veya bulmama yolundaki mahkeme kararları birer «ara kararı»dır ve bunlara karşı bağımsız olarak yasa yoluna gidilemez.

Anayasanın bu konuyla ilgili düzenlemesine göre (m. 152/2) ciddi bulmama kararı, temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır. Bu düzenleme iki yönden eksik ve yanlıştır :

İlk olarak, bütün mahkeme kararlarına karşı başvurulabilecek tek yasa yolu temyiz imişcesine «temyiz merciince karara bağlanma» dan söz edilmiş olmasının bir eksiklik olduğu belirtilmelidir. 1961 Anayasası bakımından bu tür bir eksiklik taşımayan ifadenin 1982 Anayasasında da aynen kullanılmış olması doğru değildir. Çünkü 1982 Anayasasından daha önce (6.1.1982 tarihinde) yürürlüğe giren 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasası, nihai kararlara karşı başvuru yolları arasında itirazı da düzenlemiştir. (İYUK, m. 45) Anayasanın 152/2. maddesinde temyiz merciince karara bağlanmadan söz edilmiş olmasına bakarak, hakkında temyiz değil de itiraz yoluna başvurulabilecek idari yargı kararlarının verildiği davalarda ciddi görülmeyen aykırılık iddialarının hiç bir zaman üst mahkemelerce incelenemeyeceği gibi bir sonuca varılabilir. Gerçi, amaçsal bir yorumla, buradaki temyiz merciinin «yasa yoluna başvurulması üzerine kararı inceleyen herhangi bir merci», temyizinde «o karara karşı gidilecek yasa yolu» olarak anlaşılması gerektiği sonucuna varılabilir. Ancak, bir Anayasada böylesine eksik bir ifadenin bulunması da eleştirilmelidir.

İkincisi, «esas hükümle birlikte karara bağlanma»dan söz eden düzenlemenin, çıkmaz yaratabilecek niteliğidir. Düzenlemeye göre, yasa yoluna başvurulması nedeniyle kararı inceleyen üst mahkeme, hem esas hem de ciddilik konusunu birlikte inceleyip karara bağlayacaktır. Oysa, bu hiçbir zaman mümkün değildir. Çünkü üst mahkeme, ciddi bulmama yolundaki ara kararını yerinde görmezse sorunun Anayasa Mahkemesine iletilmesi gerekecek, bu durumda ise esas hakkında inceleme yapılamayacaktır (52). 1961 Anayasasındaki bu ifadenin pek çok eleştiriye rağmen 1982 Anayasasında da tekrarlanmış olması, en azından yazım biçimindeki özensizliği göstermesi nedeniyle düşündürücüdür.

(52) Özbudun, s: 384. Kıratlı, s: 74.

Ciddi bulmama kararı üst mahkemece yerinde görülmezse ne yapılacaktır? Bu durumda üst mahkemenin nasıl davranacağı konusunda iki ayrı görüş vardır :

İlk görüşe göre, böyle bir durumda üst mahkeme kararı bu nedenle bozmayıp, sorunu doğrudan kendisi Anayasa Mahkemesine intikal ettirmelidir. Böylece çabukluk sağlanmış olacaktır (53). Kaldı ki, usul yasalarında gösterilen bozma nedenleri arasında bu durum yer almadığına göre, kararın bu yönden bozulması zaten mümkün değildir (54).

Diğer görüş ise, ciddi bulmama kararını yerinde görmeyen üst mahkemenin, kararı bu yönden bozarak dosyayı geri göndermesi gerektiği yolundadır (55).

Kanımca soruna, ilgili yöntem hukuku ve Anayasa kurallarını birlikte değerlendirerek yaklaşmalıdır. Bu durumda ortada, üst mahkemece yapılan ve yapılacağı Anayasada belirtilen bir yasa yolu incelemesi vardır. Gerçekte ciddi olan bir Anayasaya aykırılık iddiasının alt mahkemece bu nitelikte görülmemesi, iddianın hukuki değerinin yanlış saptandığını, hukukun olaya yanlış uygulandığını gösterir. Nihai kararda böyle bir hukuka aykırılığı saptayan üst mahkemenin bozma kararı vermesi gereği, ancak nihai kararla birlikte incelenen bir ara kararının taşıdığı hukuka aykırılık halinde de söz konusu olmalıdır. Öte yandan, hukuka aykırılık saptandığı halde sonucunda bozma kararı verilemeyecek bir yasa yolu incelemesinin yapılması anlamsızdır. Bu nedenle, üst mahkemenin kararı bozabileceğinde kuşku yoktur.

Bir kararın üst mahkemece bozulması üzerine ne yapılacağı da, gene yöntem hukuku kuralları çerçevesinde bellidir; dosya alt mahkemeye geri gönderilecektir. Aynı kurallar, mahkemenin bozma kararına karşı direnme hakkı bulunduğunu da belirtir. Direnme halinde işin Anayasa Mahkemesine intikalinin uzayacağı endişesi, bu konudaki genel kurallardan ayrılmak için haklı bir neden olamaz.

Kaldı ki, karar bozulmadan sorunun doğrudan Anayasa Mahkemesine iletilmesi halinde, üst mahkemenin, iddianın ciddi olduğu yolundaki kararının doğruluğu peşinen kabullenilmiş ve ayrıca or-

(53) Boyacıoğlu, s: 723. Aliefendioğlu, s: 123. Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C: 4, s: 4195.

(54) Boyacıoğlu, s: 723.

(55) Arık, s: 845.

taya, yanlışlığı saptanan bir kararın bozulmaması gibi garip bir durum çıkmış olacaktır. Karar bozularak işin doğrudan Anayasa Mahkemesine gönderilmesi halinde ise, mahkemenin bozmaya karşı direnme hakkı elinden alınacaktır.

Tüm bu nedenlerle kanımca, ciddi bulmama kararını yerinde görmeyen üst mahkemece yapılması gereken, kararı bu yönden bozarak geri göndermektir. Buna karşılık, aykırılık iddiası yasa yolu incelemesi sırasında üst mahkemede ileri sürülmüş ve oraca ciddi görülmüşse, sorunun doğrudan Anayasa Mahkemesine iletileceği açıktır.

C — Ciddi bulma kararı ve somut norm denetiminin işleyişi :

Gerek mahkemece kendiliğinden aykırılık sonucuna varılması ve gerekse ileri sürülen aykırılık iddiasının ciddi bulunmasına ilişkin ara kararı üzerine yapılacak işlem, Anayasanın 152. maddesine göre, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakmaktır. Böylece mahkeme, kendiliğinden ulaştığı aykırılık sonucunu veya iddiayı ciddi bulduğunu saptayan ara kararıyla, aynı zamanda davayı geri bırakacak, diğer deyişle durduracaktır.

Böylece oluşan yöntem hukukuyla ilgili duruma, bazılarınca «ön», diğer bazılarınca da «bekletici» mesele adı verilmektedir (56). Adlandırmada yerindelik dışında pratik bir fark doğmayacağı için ayrıntıya girmeden, bu durumda ortada bir bekletici sorun bulunduğu kanısında olduğumu belirtmekle yetiniyorum.

Bekletici sorun oluştuğundan sonra mahkemece yapılacak işlemler, 2949 Sayılı Yasanın 29. maddesinde ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Buna göre;

— Mahkeme kendiliğinden aykırılık sonucuna varmışsa; bu yoldaki gerekçeli kararını,

(56) Özbudun, (s: 383) Erem, (s: 459) Kıratlı, (s: 71) bunun bir «ön mesele» olduğu görüşündedirler. Ayrıca 2949 Sayılı Yasa da ön mesele terimini kullanmaktadır. (m. 18/1) Buna karşılık Kuru, (C: 4, s: 4190) ve Teziç (s: 206, Dipnot-1) bekletici mesele terimini kullanmaktadır. Kuru, ön mesele teriminin bekletici meseleyi de içine aldığını belirtiyor. (C: 3, s: 2346) Kunter'e göre de burada bir bekletici mesele söz konusudur. (Bkz. Nurullah Kunter, Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bası. Kazancı Matbaacılık Sanayii, İstanbul 1985, s: 287).

— Taraflardan birince ileri sürülen aykırılık iddiasını ciddi bulmuşsa; tarafların bu konudaki iddia ve savunmalarını ve kendisini bu kaniya götüren görüşünü açıklayan kararı,

— Dosya içeriğini ve mahkemece bu konu ile ilgili görülen belgelerin onaylı örneklerini,

Anayasa Mahkemesi başkanlığına gönderecektir.

Gelen evrak Anayasa Mahkemesi genel sekreterliğince kaleme havale edildikten sonra, durum ilgili mahkemeye bir yazı ile bildirilecektir. Mahkeme, beş aylık bekleme süresinin başlangıç tarihini bu yazıya göre saptayacaktır.

D — Anayasa Mahkemesi kararı :

1 — İptal kararı :

Anayasa Mahkemesi, aykırılık düşüncesine konu normu iptal ederse, bu karar sadece o davayla sınırlı değil, genel etki doğurur ve herkesi bağlar.

1961 Anayasasında yer alan «olayla bağlı iptal» olanağı, 1982 Anayasasında düzenlenmemiştir (57).

İptal kararının verildiği tarihe göre, davaya bakan mahkemenin uygulaması değişecektir :

— Anayasa Mahkemesi için kendisine gelişinden itibaren beş ay içinde karar verirse sorun yoktur; iptal edilen norm o davada uygulanmayacaktır.

— Bu süre dolduğu halde henüz iptal veya red kararı verilmemişse, mahkeme davayı yürürlükteki yani, aykırılık düşüncesine konu norma göre yürütüp sonuçlandıracaktır. (Anayasa m. 152/3, 2949 Sayılı Yasa m. 28/6) (58).

— Bu şekilde sonuçlandırılan davanın kararı kesinleşmeden önce Anayasa Mahkemesinin iptal kararı çıkarsa, mahkeme buna

(57) Özbudun'a göre, bunun bazı istisnai durumlar için korunması yararlı olurdu. (s: 388).

(58) Oysa 1961 Anayasasına göre bu durumda mahkeme, davayı kendi kanısına göre sonuçlandıracak yani, Anayasaya aykırılık iddiasını kendi görüşü doğrultusunda değerlendirerek, Anayasaya uygunluk denetimi yapmış olacaktı. Mahkemeyi, henüz yetkili makamca tersi kararlaştırılmamış Anayasaya aykırılık düşüncesine veya ciddi gördüğü taraf iddiasına rağmen, bunlara konu normu uygulamak zorunda bırakmaması nedeniyle, önceki düzenlemenin daha doğru olduğu kolayca söylenebilir.

uyacak, henüz kesinleşmemiş olan kararını, iptal edilen normu uygulamamak suretiyle değiştirecektir.

Hem Anayasa hem de 2949 Sayılı Yasa, iptal kararının ilgili mahkemeye «gelmesinden» söz etmektedir. Bunun anlamı, iptal kararının ilgili mahkemeye gönderilerek eline geçmesinin sağlanmasıdır. Sözü edilen kurallar, «gelirse» biçiminde bir ifade kullandıklarından, karar kesinleşmeden önce çıkan iptal kararına göre işlem yapılabilmesi, diğer deyişle ona uyulması, ancak iptal kararının ilgili mahkemeye gelmiş olması halinde mümkün olabilecektir.

Oysa Anayasanın 153. maddesine göre (f. 6) «Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazetede hemen yayınlanır ve yürütme, yasa ve yargı organlarını... bağlar.» Yani, iptal kararı Resmi Gazetede yayınlandığı tarihte sonuç doğurmaya başlayacaktır. Yukarıdaki Anayasa ve yasa kuralları ise, Resmi Gazetede yayınlanmadan başka, «gelme» şartını da öngörüyor. Yayınlanma ve ilgili mahkemeye gelme tarihleri arasında, yayınlanma tarihi lehine bir farklılık olacağı kolaylıkla söylenebilir (59). Yayınlanma tarihinde kesinleşmemiş bir karar, geliş tarihinde kesinleşmiş olabilir. Mahkemece, yayınlanma ile yetinilmeyip ayrıca iptal kararının kendisine gelmiş olması da aranacak olursa, bu arada karar kesinleştiği için artık o davada iptal kararının etkisi olamayacak demektir. Bunun kabul edilemez bir sonuç olduğu ortadadır.

Bu nedenle, iptal kararı Resmi Gazetede yayınlandığı tarihte bütün alanlarda olduğu gibi ilgili dava açısından da sonuç doğurmalı, yani mahkemece ona uyulmalıdır. Bu doğrultuda, anılan kurallardaki «gelirse» sözünü «Resmi Gazetede yayınlanırsa» biçiminde anlamak gerekirse de, böyle bir zorlamaya gerek bırakmayacak değişikliklerin yapılması daha rasyonel bir çözümdür.

(59) Geliş tarihinin yayınlanmadan daha önce olması da mümkündür. Her iki durumda da aynı sorun gündemde olacaktır. Ancak bu kez boyut farklıdır; mahkeme, Anayasa Mahkemesi kararının kendisine gelmesiyle normun iptal edildiğini öğrenmiştir. Ancak henüz RG'de yayınlanmadığı için genel bağlayıcı etkiye sahip olmayan bir karardır bu. Mahkemenin bu durumda henüz yayınlanmamış iptal kararına göre işlem yapıp yapamayacağı sorusu, Anayasa Mahkemesi kararlarının RG'de yayınlanmasındaki amaç gözönüne alınarak cevaplanmalıdır. Yayınlanmadaki amacın, genel bağlayıcılığı nedeniyle herkesçe bilinmesinin sağlanması olduğu kabul edilirse, kendisine gelmesi nedeniyle kararı bilen mahkeme açısından bu amaç gerçekleşmiştir.

2 — Yürürlüğü ertelenmiş iptal kararı :

Norm iptal edilmekle beraber Anayasanın 153/3. maddesindeki yetkiye dayanılarak iptal kararının yürürlük tarihi geciktirilmişse, dava, iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihe kadar aynı norma göre yürütülecek; ancak karar tarihinde iptal kararı yürürlüğe girmişse ilgili norm karara dayanak yapılmayacak, karar daha önce verilmiş fakat iptalin yürürlük tarihinde henüz kesinleşmemişse, iptali yürürlüğe giren norm dayanak olmaktan çıkarılarak, yeni duruma uygun şekilde değiştirilip yeni bir karar verilecektir. Kanımca, açık bir kural bulunmamakla birlikte, karar kesinleşmeden önce yürürlüğe giren ertelenmiş iptal kararının etkisini, beş aylık süre dolduktan sonra verilen normal iptal kararının, henüz kesinleşmemiş mahkeme kararına olan etkisine koşut düşünmelidir. Diğer deyişle, beş aylık bekleme süresi dolduktan sonra verilen normal (yürürlüğü ertelenmemiş) iptal kararı ilgili davanın henüz kesinleşmemiş kararını nasıl etkiliyorsa, kesinleşmeden önce yürürlüğe giren ertelenmiş iptal kararı da aynı etkiyi göstermeli; mahkemece ona uyulmalıdır (60).

3 — Red kararı :

Anayasa Mahkemesince verilecek red kararının ilgili dava açısından herhangi bir etkisi yoktur. Red kararı beş aylık sürede veya daha sonra çıkmış olsun, bu değişmeyecektir.

Ancak red kararının önemli bir sonucu vardır: İşin esasına girilerek verilen red kararının Resmi Gazetede yayınlanmasından sonra on yıl geçmedikçe, aynı normun Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz. (Anayasa m. 152/son) Buna karşılık işin esasına girilmeden örneğin, aykırılık sorununu ileten makamın mahkeme niteliğinde bulunmaması nedeniyle verilen red kararlarının böyle bir etkisi yoktur.

1961 Anayasasında yer almayan bu sınırlamanın, somut norm denetimi açısından iki Anayasa arasındaki en önemli farkı oluşturduğunu belirten Özbudun'a göre, «Bu süre çok uzundur. Hukuk normu aynı kaldığı halde, toplumun ve onun değer yargılarının değişmesi, dolayısıyla belli bir anda Anayasaya aykırı görülmeyen bir normun, daha sonra böyle görülmeye başlanması her zaman mümkündür.» (61).

(60) Verdiği karar henüz kesinleşmemiş mahkemenin iptal kararına nasıl uyacağı da yöntem hukuku kuralları açısından tartışılabilir.

(61) Özbudun, s: 385.

On yıllık süre sınırlaması, somut norm denetimi yoluyla verilen red kararından sonra aynı norm hakkında gene somut norm denetimi yoluna gidilmesine ilişkindir. Bir norm hakkındaki iptal davası reddedildikten sonra, on yıllık süre sınırlaması olmadan, aynı norm hakkında bu kez somut norm denetimi yolu işletilebilir (62). Öte yandan Anayasa Mahkemesine göre, on yıllık süre sınırlaması 1982 Anayasasının yürürlüğe girişinden sonra verilen red kararları bakımındandır. Bu nedenle, 1961 Anayasası döneminde verilen red kararları bu süreyi işletmez (63).

(62) Özbudun, s: 385.

(63) ANM. 26.4.1983 tarih ve 1983/1-5 sayılı karar. 15.4.1984 tarihli Resmi Gazete.